نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي

كوثر الهشميوي
حاصلة على دكتوراه في القانون الخاص
مكلفة بالمنازعات بنظارة أوقاف تطوان

مقدمة:

كان الإنسان محور النشاط القانوني ومحلا للحماية القانونية منذ لحظة تلقيح الحيوان المنوي بالبويضة، لينتج عن هذا التلقيح جنينا يعتبر ثمرة من ثمار الزواج ومقاصده، وقد أبدت الشريعة الإسلامية عناية فائقة به ووصفته بأنه زينة الحياة الدنيا[1]، وخصته أيضا بأحكامها منذ تخلقه جنينا إلى صيرورته فردا مؤكدة على حقه الأول بالمحافظة على حياته في بطن أمه حتى خروجه إلى الحياة صحيح البدن سليما معافى[2].

وإلى جانب الشريعة الإسلامية حاولت التشريعات الوضعية الاهتمام بدورها بالجنين والاعتراف له بمجموعة من الحقوق كحقه في النمو الطبيعي والمحافظة على حياته، فافترضت له حياة تقديرية وأجازت له الوصية والهبة وكذا الاحتفاظ بنصيبه في الميراث إلى حين ولادته، هذا بالإضافة إلى مجموعة من الحقوق المدنية الأخرى كحقه في النسب الذي يعتبر من أهم الحقوق الشخصية واللصيقة به، سواء قبل الوضع أو بعده.

وقد أولى التشريع المغربي بدوره أهمية بالغة للنسب ونظم الأحكام المتعلقة به في المواد من 150 إلى 162 من مدونة الأسرة، حيث عرفه في المادة 150 من المدونة بأنه: "لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف".

وفي الآونة الأخيرة عرفت أحكام قواعد النسب تغيرات على مستوى الواقع والقانون بسبب الطفرة التي شهدتها العلوم الطبية عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية، وما واكبها من اكتشافات بيولوجية ومستحدثات علاجية، وتأثيرها الواضح في تغيير العديد من المفاهيم والقواعد الأصولية المستقر عليها في مجالي الطب والقانون، فظهرت بذلك تقنية الإنجاب الطبي المساعد لعلاج حالات العقم وعدم الإنجاب، وبالرغم من أهمية هذه التقنيات إلا أن الإنجاب لم يعد نتيجة حتمية ولازمة للاتصال الجنسي، إذ أصبح من الممكن حدوثه دون إمكانية الاتصال بين الزوجين عن طريق تقنية التلقيح الصناعي، الذي لم يعد مقصورا على طريقة دون أخرى أو على شكل دون آخر، بل تعددت طرقه وتنوعت أشكاله حسب حالة العقم الطبي الذي يصيب كلا من الرجل أو المرأة، بل وحسب درجة التطور العلمي في مجال الطب الذي نشهد له كل يوم إنجازا جديدا قد ينعكس سلبا أو إيجابا على العلاقات الأسرية.

ونظرا لأهمية النسب باعتباره من الحقوق الشخصية للفرد ولارتباطه الوطيد بقضايا المجتمع، فإن هذا الأخير يطرح العديد من الإشكالات القانونية سواء تلك المتعلقة، بثبوت نسب الحمل في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة وغير الصحيحة،

---

[1] مصداقا لقوله تعالى في سورة الكهف الآية 46: ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا﴾.

[2] مصداقا لقوله عز وجل في سورة الحج الآية 5: ﴿يا أيها الناس إن كنتم في ريب من البعث فإنا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم﴾.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشميوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

أو خارج إطار العلاقة الزوجية التي تعتبر فيها مسألة ثبوت النسب من أكبر المعضلات تأثيرا على الحمل من جميع النواحي الاجتماعية والنفسية، وخاصة نسب الحمل الناتج عن الاغتصاب، كما أن الممارسات الطبية المستحدثة في مجال الإنجاب الصناعي كان لها وقع على أحكام قواعد النسب خاصة وأن المشرع المغربي نظم مسألة الإنجاب الصناعي ضمن قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.[1]

ولدراسة هذا الموضوع ارتأينا معالجته من خلال التطرق لحق الجنين في النسب نتيجة الإخصاب الطبيعي (المطلب الأول)، ولنسب الجنين في التقنيات المستحدثة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق الجنين في النسب نتيجة الإخصاب الطبيعي

الأصل في الإخصاب أن يتم نتيجة الالتقاء الطبيعي بين الزوجين عن طريق الجماع، دون أن يتم بتدخل من الغير، ولتحقيق ذلك لابد أن يتم وفق الشروط والأركان الشرعية والقانونية لينتج آثاره.

وهكذا، فإن الحمل الناتج عن الإخصاب الطبيعي يكون شرعيا إذا تم في إطار مؤسسة الزواج، ويكون غير شرعي إذا تم خارج إطار العلاقة غير المشروعة. غير أن هناك بعض صور الإخصاب الطبيعي، وإن لم تتم في إطار التنظيم الشرعي والقانوني لها، فإنها رغم ذلك تلحق بعقد الزواج المستوفي لأركانه وشروطه، من حيث الآثار المتعلقة بالنسب. وسوف نحاول دراسة تحديد نسب الجنين في حالة قيام الرابطة الزوجية (الفقرة الأولى) وفي حالة انتفائها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحديد النسب في حالة قيام الرابطة الزوجية

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود المدنية، أعظمها شأنا وأبعدها أثرا في حياة الفرد وبناء المجتمع[2]، ولعقد الزواج أركان وشروط يغلب عليها الطابع الآمر، إذا استوفها يعتبر الزواج صحيحا ومرتبا لكافة آثاره القانونية (أولا)، إلا أنه قد تختل أركان عقد الزواج أو شروطه، وهنا نكون أمام زواج غير صحيح رتب عليه الفقه الإسلامي وكذلك المشرع بعض الآثار ومن جملتها الحق في النسب (ثانيا).

أولا: نسب الجنين في الزواج الصحيح

يعتبر الزواج صحيحا إذا توافرت له أركانه وشروطه، وانتفت موانعه[3]، وقد جعل الله الزواج بشروطه الشرعية أساسا في اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا حتى يكون بقاء النوع البشري على أكمل وجه حفظا للأنساب وصونا للأعراض[4]. وأركان

---

[1] قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6766 بتاريخ 4 أبريل 2019 ص: 1771.

[2] نظرا لأهمية عقد الزواج فقد عنيت به مدونة الأسرة وعرفته في مادتها الرابعة بقولها: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".
الظهير الشريف رقم: 1.04.22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ موافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 5184، بتاريخ 2004/02/5 .

[3] تنص المادة 50 من مدونة الأسرة على أنه "إذا توافرت في عقد الزواج الصحيح أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع، يعتبر صحيحا، وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب المنصوص عليها في المدونة".

[4] قال سبحانه وتعالى في سورة الأعراف، الآية 189 ﴿هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملا خفيفا﴾، وقوله جل علاه ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة﴾ سورة النحل، الآية 72.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

عقد الزواج الصحيح الإيجاب والقبول، فينعقد الزواج بكل صيغة تدل على توافق إرادتي العاقدين في إنشاء العقد ورضائهما به[1]، وأن تكون الصيغة دالة على إنشاء عقد الزواج ومطلقة غير مقيدين، بأجل أو شرط واقف أو فاسخ[2].

ومن الآثار التي رتبها الشارع على عقد الزواج الصحيح أن الجنين الذي تلده الزوجة حال قيام العلاقة الزوجية وبعد انتهائها - سواء بطلاق أو وفاة - يثبت نسبه لأبيه، إذا تحققت شروط ثبوت النسب، والتي تتجلى فيما يلي:

أ - إمكانية الاتصال:

لقد اختلف الفقهاء حول تفسير هذا الشرط، فذهب جمهور الفقهاء على أن عقد الزواج يجعل المرأة فراشا للزوجية، من منطلق يبيح للزوج أن يتصل بها جنسيا، وهذا الاتصال هو السبب الحقيقي للحمل، وما العقد إلا علامة على إباحة الاتصال[3]، وعليه وبالمفهوم المعاكس، إذا انتفى التلاقي بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد، لم يثبت نسبه من الزوج، في حين ذهب الأحناف إلى رأي مخالف للجمهور عندما قرروا أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مكان الاتصال[4]، أما فقهاء الشيعة الأمامية وكذا ابن تيمية وابن رشد من المالكية اشترطوا تحقق الدخول الحقيقي لثبوت النسب ولم يكتفوا بإمكانيته[5].

ويتضح أن رأي الجمهور يمثل القول الأنسب بشكل لا ارتياب في شأنه، وهذا ما سار عليه المشرع المغربي سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[6]، وكذا مدونة الأسرة في المادة 154 منها التي تنص على أنه "يثبت نسب الولد إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال"، وبهذا الرأي أيضا أخذت بعض التشريعات المقارنة، فنص القانون الجزائري في المادة 41 على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"[7].

---

[1] - نصت المادة 10 من م. أ. على أن الزواج: "ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة وعرفا ويصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة، إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين".

[2] - نصت المادة 11 على أنه "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1 – شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة، أو الإشارة المفهومة.

2 – متطابقين وفي مجلس واحد.

3 – باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".

[3] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار المعرفة، بيروت، ط 6، 1986 م، ص: 101.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، دار الكتاب العربي، بيروت ط 2 سنة 1974 م، ص: 331 وما بعدها.

- د.عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، سنة 2006م، ص:61.

[4] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 2، العربي، م.س، ص: 247 .

[5] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، م. س، ص: 101.

- أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الدردير، فتح القدير في شرح مختصر خليل، ج 3، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، سنة 1952م، ص:301.

[6] نص الفصل 85 من المدونة الملغاة أنه "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق".

[7] قانون رقم 05 – 09، المؤرخ في 4 ماي 2005 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم لقانون رقم 84 – 11، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 27 نوفمبر 2005.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

ونصت المادة 59 من القانون الموريتاني على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"[1].

ب - تحقق مدة الحمل:

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يكفي للحقوق النسب بالزوج وجود عقد زواج صحيح يربطه بينه وبين زوجته، وإنما لابد وأن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا في حديها الأدنى والأقصى، فبالنسبة لأقل مدة أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية، وعلى مستوى جميع المذاهب السنية أن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

ويستنتج فقهاء الشريعة هذه المدة من قوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾[2]، وقوله تعالى ﴿وفصاله في عامين﴾[3]، ذلك أنه بطرح مدة الفصال المضمنة في الآية الثانية من مدة الحمل والفصال المضمنة في الآية الأولى تكون مدة الحمل ستة أشهر[4].

وفي هذا الصدد تبنى التشريع المغربي، وكذلك التشريعات العربية المقارنة نفس القاعدة الشرعية أعلاه، حيث نصت المادة 154 من مدونة الأسرة على ما يلي: «يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 – إذا ولد ستة أشهر من تاريخ العقد".

أما فيما يتعلق بأقصى أمد الحمل، فقد تضاربت مواقف الفقه الإسلامي بشأنها تضاربا كبيرا، بل وقع هذا التضارب حتى داخل المذهب الواحد، فذهب الحنفية أن أقصى مدة الحمل سنتان، ودليلهم في ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"[5]، وذهب جمهور الفقهاء - مذهب الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة ومشهور مالك - أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، ودليل هذا الحكم ما رواه الدارقطني عن مالك بن أنس رضي الله عنه قال: "هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان، امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاث أبطن في أربع سنين"[6]، وأما مذهب الظاهرية فيقول ابن حزم: "لا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر لقول

---

[1] قانون قم 2001 – 052 صادر بتاريخ 19 يوليوز 2001، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الموريتاني، منشور بمجلة الشعب، العدد رقم 7202، الخميس 26 يوليوز 2001.

[2] سورة الأحقاف، الآية: 14.

[3] سورة لقمان، الآية: 14.

[4] في هذا الصدد تروي كتب الفقه – مع تعدد الروايات – أن رجل تزوج امرأة فولدت بعد ستة أشهر من إبرام عقد الزواج، فهم الخليفة عثمان رضي الله عنه برجمهما فعارضه ابن عباس، قائلا: "لو خاصمتم بكتاب الله لخصمتكم" فإن الله تعالى يقول في سورة الأحقاف الآية 15 ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ وقول في سورة لقمان الآية 14 ﴿وفصاله في عامين﴾ فيبقى للحمل ستة أشهر، وقد درأ الحد عن الزوجة وأثبت نسب الولد من الزوج .

- ابن قدامة، المغني، ج4، م.س، ص : 477 .

وللمزيد من الإيضاح، انظر: د.محمد سلامة مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، م.س، ص: 141.

[5] ابن عابدين، حاشية بن عابدين، م.س، ص: 857 .

[6] وهناك روايات أخرى تحدد أقصى مدة الحمل في خمس سنوات وأخرى في ست وثالثة في سبع.

- السرخي، المسبوط، ج 6، دار المعرفة، بيروت، سنة 1986، ص: 45 وما بعدها.

- ابن قدامة، المغني، ج9، م.س، ص: 116 وما بعدها .

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، م. س، ص: 300.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

الله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾[1]، وقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾[2]، فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال، ورد كلام الله عز وجل جهارا"[3].

وهناك رواية أخرى في المذهب المالكي، أقر بها إلى المعتاد والمشاهدة وما أقره الطب، ما قاله "محمد بن عبد الحكم" الفقيه المالكي من أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية[4]، وهذا ما تبناه المشرع الأسري المغربي من خلال مقتضيات البند الثاني من المادة 154 من مدونة الأسرة.

ونشير أن المشرع المغربي، أقر استثناء على أقصى مدة الحمل في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل حسب نص المادة 134 م. أ.، الذي جاء فيه: "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوءه لتقرر استمرار العدة أو انتهائها".

ويستفاد من مقتضيات هذه المادة أنه إذا تم التأكد من ذوي الاختصاص بكيفية قطعية أن ما في بطن المرأة هو حمل، وجب الحكم باستمرار العدة، وبكيفية غير مباشرة الزيادة في أقصى مدة الحمل[5].

وبهذا يتضح أن المشرع المغربي لم يستطع التخلص مطلقا من موقف الإمام مالك، ومن بعض الخرافات التي تتداول داخل الأوساط الشعبية وعند العامة خاصة، والتي تزعم أن الحمل قد يرقد أو قد يرقد في بطن أمه لسنوات طوال[6].

ثانيا: تحديد النسب في الزواج غير الصحيح

سبق للمشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أن أشار بكيفية مقتضبة جدا إلى آثار الزواج غير الصحيح من خلال مقتضيات الفصل 37 منها، وفي إطار هذا الفصل الأخير ميز المشرع بين الزواج الفاسد لصداقه والزواج الفاسد لعقده، وقد قسم هذا الزواج الأخير إلى زواج مجمع على فساده وزواج مختلف في فساده[7].

---

[1] سورة الأحقاف، الآية: 15.

[2] سورة البقرة، آية: 233.

[3] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج10، م.س، ص: 384 .

[4] وهذا القول هو ما رجحه ابن رشد إذ يقول: "وهو أقرب إلى المعتاد والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا"، ابن رشد القرطبي، ج2، م.س، ص: 300.

[5] وهذا ما ذهب المجلس الأعلى إلى العمل به فقرر أنه: "إذا بقيت الريبة بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة فإنه يلتجأ على التحليل الطبي لمعرفة ما في الأرحام من علة".

- قرار المجلس الأعلى عدد 527 بتاريخ 15 – 9 – 1981 ملف اجتماعي عدد 91217 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد: 3 أكتوبر 1980، ص: 95.

[6] د.محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2007 م، ص: 96 .

وقد انتقد د.محمد جوهر موقف المشرع بتحديد أقصى مدة الحمل في سنة وحمل الريبة الذي يمكن أن يتجاوز هذه المدة على أساس أن الثابت علميا أن أقصى مدة الحمل محددة طبيا في 40 أسبوع، وهو ما يساوي 280 يوما أو تسعة أشهر .

- د.محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، فبراير 2004، ص:155.

[7] نص الفصل 37 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أن:

"النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده، وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. 2 - كل زواج مجمع على فساده كالمحرمة بالصهر من فسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده. أما إذا كان مختلفا في فساده في فسخ قبل الدخول وبعده بطلاق، ويترتب عليه وجوب العدة، وثبوت النسب ويتوارثان قبل الفسخ"

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وقد تخلى المشرع في مدونة الأسرة عن المصطلحات أعلاه، حيث عوض مصطلح العقد المجمع على فساده بالعقد الباطل، والعقد المختلف في فساده بالعقد الفاسد[1].

وهكذا يكون الزواج كقاعدة عامة باطلا إذا اختل ركن من أركانه ويكون فاسدا إذا اختل شرط من شروط صحته.

أ - نسب الجنين في حالة الزواج الباطل

اعتبر المشرع الزواج باطلا إذا اختلت فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة، أي إذا اختل فيه الإيجاب والقبول، حيث لابد من سماع الإيجاب والقبول من المتعاقدين بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، وأن يكون متطابقين، فإذا انعدم أحد هذين الركنين أو التطابق بينهما اعتبر العقد باطلا[2]، ومن الأسباب المؤدية إلى البطلان كذلك، وجود موانع شرعية بين الزوجين، سواء كانت مؤبدة، وهي المنصوص عليها ضمن المواد 36 (المحرمات بالقرابة) و37 (المحرمات بالمصاهرة) و38 (المحرمات من الرضاع) أو مؤقتة، وهي المنصوص عليها ضمن المادة 39 من مدونة الأسرة.

هذا وقد تطرقت المادة 58 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية للآثار المترتبة عن الزواج الباطل بقولها: "يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحقوق النسب وحرمة المصاهرة".

وعلى هذا الأساس، فإن الزواج الباطل يترتب عليه ثبوت النسب إذا حملت الزوجة، غير أن ذلك يتوقف على قصد الزوج، فإذا كان هذا الأخير حسن النية، يلحق به الولد وبالتالي يترتب عن هذا النسب جميع الآثار المتعلقة بالقرابة، بحيث يحرم الزواج في الدرجات الممنوعة وتحقق به نفقة القرابة والإرث.

أما إذا كان الزوج سيئ النية، أي عالما بالتحريم فلن يلحق به، بل يصبح هذا المولود ابن زنا ويبقى بالنسبة للأم كالطفل الشرعي لأنه ابنها مع ترتيب جميع الآثار الناتجة على النسب[3].

---

[1] د.إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، ع 149، سنة 2004، ص: 28 .

[2] يقصد بالتطابق أن ينصب القبول على جميع العناصر التي يتضمنها الإيجاب، كأن يفرض الخاطب وتقبلها المخطوبة جملة وتفصيلا هي شروطا ويقبل الخاطب تلك الشروط دون تحفظ، وفي غياب تطابق القبول مع الإيجاب يكون العقد باطلا حسب الفقرة الأخيرة من المادة 57 من المدونة .

د. محمد الكبشور، شرح مدونة الأسرة ج 1، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، سنة 200، ص: 346.

[3] وقد وضع الفقهاء قاعدة شرعية مفادها أنه "لا يجتمع حد ونسب".

ومعنى هذه القاعدة أن من أبرم عقد زواج باطل وكان عالما بالتحريم فهو يحد ولا يلحق به النسب، أما إذا كان جاهلا سبب التحريم فهو لا يحد ويلحق به الولد.

ويستثنى من ذلك، الحالات الآتية التي يحد فيها الزوج لأنه يعتبر زانيا، ولكن الولد الذي ينشأ عن هذا الزواج الفاسد ينسب إلى الزوج ويلحق به:

1- إذا تزوج شخص امرأة كان قد طلقها من غير أن تتزوج غيره.

2- إذا تزوج شخص امرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة.

3- إذا تزوج رجل امرأة خامسة.

- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 1، دار الفكر، ت.ط.غ، ص: 271 .

- ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم، دار الفكر، د. د. م. ت. ط، ص: 172 .

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، مؤسسة الرسالة، سنة 1992، ص: 634.

- د.عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، مطبعة طوب بريس، الرباط، ط1، سنة 2006، ص: 280 وما بعدها.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وفي هذا الصدد رأى الدكتور "محمد الشافعي" أنه كان من الأولى على المشرع حذف عبارة "حسن النية" للحفاظ على حقوق الأطفال حتى لا يبقى مصيرهم معلقا على حسن أو سوء نية الأبوين[1].

ب – ثبوت نسب الجنين في الزواج الفاسد.

يقصد بالزواج الفاسد كل زواج استوفى أركانه وشروط انعقاده، ولكنه فقد شرطا من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و61، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده[2]، وقد صنف المشرع الأسري الزواج الفاسد إلى صنفين؛ زواج فاسد لصداقه[3]، وزواج فاسد لعقده، فالزواج الفاسد لصداقه، هو ما فقد شرطا من الشروط التي يجب أن تكون في الصداق، كما لو أصدقها شيئا أو حقا مخالف للنظام العام والآداب العامة[4]. والملاحظ أن هذا الزواج لا يطرح أي إشكال فيما يخص ثبوت نسب الحمل ما دام أنه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل[5].

أما الزواج الفاسد لعقده يتحقق طبقا لمقتضيات المادة 61 من مدونة الأسرة في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المتبوتة لمن طلقها ثلاثا.

- إذا كان الزواج بدون ولي وفي حالة وجوبه.

والملاحظ أن المشرع لم يتطرق بكيفية صريحة لمسألة ثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده - على خلاف الزواج الباطل - وإنما نص في المادة 64 م. أ وبصيغة العموم على ما يلي:

"الزواج الذي يفسخ طبقا للمادتين 60 و61 أعلاه لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

وبناء على ذلك فالزواج الفاسد لعقده يرتب آثار الزواج الصحيح متى تم البناء بالزوجة، وبالتالي فإن النسب يثبت به دون اعتبار لنية الزوج، أي سواء كان الزوج حسن النية أم سيئها خلافا للزواج الباطل[6].

وفي هذا الصدد نتساءل عن مصير الحمل في حالة إبرام عقد الزواج نتيجة إكراه أو تدليس كان هو السبب الدافع إلى قبول الزواج؟

---

[1] محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش سنة 2004م، ص: 107.
ولا شك أن حسن القصد يعتبر مسألة شخصية أكثر منها موضوعية، والقاعدة أن حسن النية مفترض دائما وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه متى كانت له المصلحة في ذلك.

[2] المادة 59 من م. أ. المغربية.

[3] والملاحظ أن المشرع اعتبر الزواج الفاسد لصداقه زواجا فاسدا دون أن يحدده، ويستخلص ذلك من مضمون النص، خصوصا وأنه في الفصل 61 (من م. أ) يحدد الزواج الفاسد لعقده بصريح العبارة.
- ذ.عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط3، سنة 2000، ص: 167 .

[4] - نصت المادة 28 من م. أ. على أن "كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق".

[5] نصت المادة 60 م. أ. "يفسخ الزواج قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

[6] د.محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة: الزواج، ج1، م. س، ص: 539 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

فبالرجوع إلى المادة 63 من مدونة الأسرة نجد المشرع نظم الحكم المتعلق بهذا الزواج ضمن الفرع الثاني المتعلق بالزواج الفاسد، حيث ورد فيها:

"يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم والتدليس مع حقه في طلب التعويض".

والملاحظ من خلال هذه المادة، أن المشرع تطرق إلى كيفية فسخ هذا الزواج والمطالبة بالتعويض، دون بيان مصير نسب الحمل في هذه الحالة، هذا فضلا على أن مقتضيات المادة 64 من نفس المدونة لم تتناول إلا آثار الزواج الفاسد لصداقه والفاسد لعقده (60 و61 م. أ) قبل البناء وبعده[1].

وهكذا فإذا تعرض الزوج أو الزوجة للإكراه، أو في حالة اكتشاف وقائع كانت هي الدافع لعقد الزواج، فإنه يطلب من المحكمة فسخ هذا العقد سواء قبل البناء وبعده، على أساس انعدام ركن القبول.

والحاصل أنه إذا تم البناء في هذا الزواج ونتج عنه حمل، فإن النسب يثبت للزوج بصرف النظر عما إذا كان الزوج هو الذي مارس الإكراه أو التدليس أو مورس عليه، استنادا لتشوف الشرع للحوق النسب.

الفقرة الثانية: حق الجنين في النسب في حالة انتفاء الرابطة الزوجية

يعتبر النسب من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج، إلا أن المشرع المغربي ومراعاة منه لصيانة النسب من الضياع، سمح استثناء بثبوت نسب الحمل في حالة الاتصال بشبهة وفي حالة عدم توثيق عقد الزواج (أولا) وفي إطار هذه الاستثناءات نتساءل عن مصير نسب الجنين في حالتي الزنا والاغتصاب (ثانيا).

أولا: نسب الجنين في الأحوال الاستثنائية

سنعالج ثبوت نسب الجنين في حالة الاتصال بشبهة وفي حالة عدم توثيق عقد الزواج.

أ – ثبوت نسب الجنين في حالة الاتصال بشبهة.

الشبهة حسب بعض الفقه هي كل ما لم يتيقن هل هو حلال أم حرام[2]، ويكون ذلك في حالة إذا لم يوجد عقد زواج صحيح ولا باطل ولا فاسد ووجد دخول بامرأة، ومثل الفقهاء لذلك بأن تزف امرأة على رجل على أنها زوجته فدخل بها بناء على هذا، ثم تبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها الزواج وحملت في هذا الدخول، أو أن يجد الرجل على فراشه امرأة فيعتقد أنها زوجته فيواقعها وتحمل[3].

---

[1] نشير إلى أن المشرع حدد ضمن مقتضيات المادة 61 من المدونة حالات الزواج الفاسدة لعقد على سبيل الحصر.

[2] محمد الكبشور، البنوة والنسب، م. س، ص: 71.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، دار الإرشاد للطباعة والنشر، دون ذكر م.ت. الطبع، ص: 1 – 4. وفي قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "حيث إن الشبهة التي يثبت بها النسب هي إما شبهة الملك وتسمى أيضا شبهة الحكم كمواقعة أب جارية ابنه ظانا إباحتها له، وأما شبهة العقد كما إذا تبين أن المدخول بها أخته من الرضاع، أو شبهة الفعل كمن يتبين له بعد أن دخل بمن ظنها زوجته أنها ليست زوجته، فالوطء متحقق في الصور كلها ...".
- قرار المجلس الأعلى عدد 23 بتاريخ 31 أكتوبر 1967 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أ.ح. ش، الجزء الأول 1965 – 1989 ص:40 وما بعدها.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشميوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وثبوت المتصل من النسب بشبهة مسألة لا خلاف فيها في الفقه الإسلامي[1]، وكذلك في التشريعات العربية المقارنة[2].

والمشرع المغربي لم يخرج بدوره عن هذا التوجه، حيث نص في المادة 152 من مدونة الأسرة على أن الشبهة تعتبر سببا من أسباب لحقوق النسب، كما نص في الفقرة الأولى من المادة 155 من نفس المدونة على ما يلي: «إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل».

وبهذا يكون المشرع قد حافظ على ثبوت نسب الحمل في هذه الحالة بشرط تحقق مدة الحمل بحديها الأدنى والأقصى، غير أنه إذا كانت المرأة متزوجة فإن النسب يلحق بالزوج على اعتبار أنه صاحب الفراش الشرعي، وإن كان له أن ينفيه عن طريق الخبرة الطبية أو اللعان متى اتضح له أن الحمل ليس صادرا منه[3].

وهكذا، فمتى ثبت النسب في الاتصال عن طريق الشبهة ترتبت عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث[4].

وبالرجوع للمادة 156 من م. أ يتضح أن المشرع الأسري سمح بلحوق نسب الحمل الناتج عن الخطبة وفق شروط محددة على أساس الشبهة [5].

وهكذا فإذا تمت الخطوبة بين رجل وامرأة وتوافرت عناصر المادة 156 من مدونة الأسرة، ينتج عن ذلك ثبوت نسب الحمل للخاطب، وتصبح نفقة الجنين واجبة على والده الخطيب – سواء أبرم عقد الزواج مع الأم أم لا – وينشأ بينهما حق التوارث فيرث الواحد منهما الآخر، وبمعنى آخر، تصبح واقعة البنوة شرعية بالنسبة للأب استنادا إلى كون المادة 152

---

[1] عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، تتبين شرح كنز الدقائق، ج 3، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، سنة 1313هـ ص: 178.
- شمس الدين شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7، دون ذكر م. ط، سنة 1292 هـ ص: 115.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، م. س، ص: 255.

[2] نص المشرع الأسري الجزائري في المادة 40 التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول".
- ونصت المادة 63 من القانون الموريتاني على أنه: "إذا حملت المرأة غير المتزوجة من وطء شبهة ثبت نسب الولد لصاحب الشبهة".

[3] وفي هذا الصدد يقول د. محمد الكشبور أن الاتصال عن طريق الشبهة من الحالات النادرة الوقوع، وحتى إن حدثت فهي لا تصل عادة إلى ساحة المحاكم لأن الأطراف تفضل التستر على العلنية في هذا المجال.
- د. محمد الكشبور، م. س، ص: 75.

[4] المادة 157 من مدونة الأسرة.

[5] إن مفهوم الشبهة السابق بيانه لا يمكن إسقاطه على مضمون المادة 156 وهو ما أدى إلى اختلاف وجهات نظر الباحثين في تحديد مفهوم الشبهة الوارد في هذه المادة.
يرى الأستاذ عبد الكريم شهبون أن الشبهة بهذا المعنى هو توافر الشروط الواردة في المادة 156، في حين لا يرى أي وجود للشبهة بالمعنى الفقهي في هذه المادة. ويقول "ليس في الخطبة شيء من ذلك – فالخطيب يعرف تمام المعرفة المخطوبة، والعلاقة الجنسية التي أدت إلى الحمل تم السعي لها من الطرفين عن وعي واقتناع.
ويؤيد الأستاذ يونس الزهري هذا الرأي حيث يعتبر الشبهة المنصوص عليها في المادة 156: لا يقصد بها الاتصال بشبهة كما نظمه الفقه الإسلامي وإنما هو نوع جديد.
- د.يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد 5، يونيو 2005.
ويعتبر الباحث عبد الرحمن اللمتوني أن موضوع الشبهة في ظل أحكام المادة 156 هي توافر نية الإحصان لدى الطرفين، وإشهار العلاقة بينهما بشكل يدل على تنسل الولد من صلب الخاطب في ظل حد أدنى من المشروعية.
بينما يخلص الأستاذ محسن هشام إلى أن لفظ الشبهة إنما يفيد شبهة الظن التي سبق وأن نص عليها المشرع في المادة 151 والتي جاء فيها "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي".

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

من مدونة الأسرة حصرت أسباب لحقوق النسب في الفراش وفي الإقرار والشبهة التي تستند إليها المادة 156 في تبرير لحوق النسب بالخطيب.

ب - حماية حق الجنين في النسب في حالة عدم توثيق عقد الزواج.

إلى جانب القاعدة التي قررها المشرع من خلال الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة، والتي تقضي بأن إثبات العلاقة الزوجية يتم بالوثيقة العدلية المنجزة في إطار المواد من 65 إلى 69 من المدونة، عاد المشرع وأقر استثناء على هذه القاعدة سواء في مدونة الأحوال الشخصية[1]، أو في مدونة الأسرة الحالية، من خلال مقتضيات الفقرة الأولى والثانية من المادة 16 بقوله "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة".

وبالقراءة المتأنية لمقتضيات هذه المادة، يشترط لسماع دعوى الزوجية إثبات السبب القاهر قبل إثبات العلاقة الزوجية أمام المحكمة التي تصدر في المسألة حكما قضائيا، مع الأخذ بعين الاعتبار وجود أطفال أو حمل، وأن الدعوى رفعت في حياة الزوجين، حيث نصت في الفقرة الثانية من المادة 16 م. أ على ما يلي:

"تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت في حياة الزوجين".

ونستنتج ضمنيا من هذه المقتضيات أن المشرع يهدف إلى ترجيح جانب المرأة التي ترفع دعوى إثبات العلاقة الزوجية، وفي ذات الوقت حفظ الأجنة أو الأطفال المزدادون في إطار هذه العلاقة[2]، إلا أن مقتضيات هذه المادة أصبحت غير سارية المفعول لإنتهاء الأجل المحدد لتطبيق محتواها، وقد أعتبر البعض هذا التمديد يعد خرقا صارخا للفقرة الأولى من هذه المادة على كون وثيقة عقد الزواج هي الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، وكذا وسيلة للتحايل على المواد 40 و 41 و 19 الخاصة بمسطرة التعدد وزواج القاصر.

يمكن القول على أن بانتهاء العمل بالمقتضيات المتعلقة بالفقرة الثانية من المادة 16 من م . أ سيتعرض الحمل أو الطفل الناشئ هذا النوع من الزيجات للضياع واعتباره بن زنا وحرمانه من كافة حقوقه المادية والمعنوية.

وهكذا فإن حصر إثبات الزواج في وثيقة عقد الزواج مع استمرار الزواج بالفاتحة سيطرح العديد من الإشكالات القانونية في ظل إنهاء العمل بمسطرة ثبوت الزوجية، وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الأطفال وانتسابهم لأبيهم، نرى أنه كان من الاولى على المشرع المغربي بدل تقييد هذه المادة بأجل زمني أن يضع شروطا معينة حتى لا تكون مطية للتحايل لأغراض أخرى وذلك من خلال:

---

[1] ينص الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه:

"1 – لا يتم الزواج إلا رضا الزوجة وموافقتها وتوقيعها على مخلص عقد الزواج لدى العدلين، ولا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين 12 و13 بعده.

2 - .....3 - ..... 4 – يجوز للقاضي – بصفة استثنائية – سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها".

[2] د.محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، م. س، ص: 291 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

- وضع تدابير عقابية للمتحايلين على الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 16 إذ كانت الغاية من دعوى ثبوت الزوجية التعدد أو زواج القاصر.

- مراعاة وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، في دعوى ثبوت الزوجية وذلك لضمان حقه في النسب الذي يعتبر من أهم الحقوق اللصيقة بالفرد منذ علوقه في رحم الأم الى صيرورته وليدا ثم طفلا.

- مراقبة المحكمة وبكل جدية الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق العقد.

ثانيا: نسب الجنين في حالتي الزنا والاغتصاب

بعد أن تطرقنا لدراسة مصير نسب الجنين في الأحوال العادية والاستثنائية، سوف نقوم بتحديد مصير نسب الجنين في حالتي الزنا والاغتصاب.

أ - تحديد نسب الجنين في حالة الزنا.

ينصرف مفهوم الزنا في الفقه الإسلامي إلى وطء الرجل المرأة في فرج مشتهى طبعا محرم شرعا[1]، وقد تطرق المشرع الجنائي المغربي لجريمة الزنا، في المادتين (490 و491 ق ج)[2]، وقد اختلف الفقهاء بشأن تحديد نسب حمل الزنا إلى اتجاهين؛ فقد ذهب جمهور الفقهاء[3] إلى أن ماء الزنا مهدر وغير محترم، فالبنوة المتولدة من الزنا أجنبية عن الزاني، فلا ترثه ولا تنسب

---

[1] د.عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 5، دار الإرشاد للطباعة والنشر، ت.ط.غ، ص: 101 .
ونظرا للمضار الكثيرة التي تترتب على الزنا من أمراض بدنية واجتماعية مؤكدة، فقد وضع الله له سبحانه وتعالى حدا جاء عليه النص في سورة النور الآية 2 ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ .
وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحد المنصوص عليه في النص القرآني أعلاه، إنما ينطبق على غير المتزوج من ذكر وأنثى، أما بالنسبة للمتزوج فتطبق عليه عقوبة الرجم حتى الموت تطبيقا للسنة الفعلية الصحيحة.
انظر:
- د. محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 4، سنة 1999، ص: 88 .
- د.محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، مطبعة دار المعارف د.ذ.م.ت.ط، ط2، ص: 216 وما بعدها.

[2] نصت المادة 490 من القانون الجنائي على أن "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالسجن من شهر واحد إلى سنة".
ونصت المادة 491 من نفس القانون «يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه».
- د.الطيب الفصايلي، القانون الجنائي مع آخر التعديلات ظهير "1993/7/25"، قانون 11.99، مطبعة البديع مراكش، سنة 2001، ص: 242.
إلا أن الملاحظ في القانون الجنائي أن الشخص الذي يقترف فعل الزنا إذا كان متزوجا، اعتبر مرتكبا لجريمة الخيانة الزوجية، أما إذا كان غير متزوج فإنه يعتبر مرتكبا لجريمة الفساد.
د.عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2، سنة 2000 ص: 179.

[3] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، م.س، ص: 242 .
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 2، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص:159
- بن قدامة، المغني، ج 5، م. س، ص: 393.
- د.أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ت.ط.غ، ص:259
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج7، م.س، ص: 155 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

إليه ولا يرثها[1]، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وقوله صلى الله عليه وسلم في هذا المقام أيضا: "لا مساعاة في الإسلام من سعى في الجاهلية لحق بعصبته وما ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث"[2]، وعلى العكس من ذلك ذهب فريق من الفقهاء، كعروة بن الزبير والحسن البصري، وابن سيرين وإبراهيم النخعي، وإسحاق بن راهوية، والإمام أحمد بن تيمية، إلى ثبوت نسب المولود غير الشرعي بالزاني، إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه[3].

وقد تبنى بعض الفقه الحديث هذا الرأي حيث ذهب الأستاذ أحمد الخمليشي إلى الاستدلال بحديث "الولد للفراش" لنفي نسب كل مزداد من علاقة زنا إنما هو استدلال خارج مجال مورده، فالحديث الشريف يتعلق بحالة وجود فراش الزوجية، وفي هذه الحالة لا يقول أحد بنسب الولد للزاني ونفيه عن صاحب الفراش، وإنما الكلام قاصر على المرأة غير المتزوجة، وعبارة "للعاهر الحجر" لا تعني عدم اجتماع الحد مع النسب، لأن للزانية أيضا الحجر ومع ذلك ينسب إليها الولد [4].

وذهب الأستاذ الحسن بلحساني إلى القول بأن الشريعة لم تقطع في الحقيقة نسب ابن الزنا وإنما هو حكم قرره الفقهاء نزولا عند مقتضى الحال، فقد كان قصدهم حماية الأنساب من الاختلاط، لأن التعرف على الأب لم يكن ميسرا ولا متاحا، فتقرر أن ينسب الولد للطرف الذي ولده فعليا وهو الأم، أما اليوم، وأمام التقدم العلمي أصبحت البصمة الوراثية تثبت بصفة يقينية بنوة الأب للطفل مثلما تفعله الولادة بالنسبة للأم[5].

وعلى العموم، فإذا كان موقف الفقه من نسب ابن الزنا متأرجحا بين النفي والإثبات فإن موقف المشرع المغربي جاء صريحا ينفي نسب الحمل المتولد عن الزنا، فالمشرع الأسري عرف النسب في المادة 150 من مدونة الأسرة "لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"، ونص في المادة 144 من نفس المدونة على أن "البنوة تكون شرعية بالنسبة للأب في حالة قيام سبب من أسباب النسب، وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة عن النسب شرعا".

وبالرجوع إلى أسباب لحوق النسب المنصوص عليها في المادة 152 من مدونة الأسرة، نجدها محددة في الفراش والإقرار والشبهة، ومن تم فإن البنوة تكون غير شرعية بالنسبة للأب في حالة نشوء الولد خارج إطار الزواج، ودون أن تكون للأب شبهة تلحق الولد به، وهذه الحالات يمكن إجمالها فيما يلي:

- البنوة الناتجة عن الزواج الباطل مع ثبوت سوء نية الأب (المادة 57 م. أ)؛
- البنوة الناتجة خارج أمد الحمل (م 154).؛

---

[1] محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، ج 2، مطبعة مكتبة التربية العربي لدول الخليج، ط 1، سنة 1989، حديث رقم 2273، ص: 429 .

- أحمد بن علي حجر فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج2، م.س، ص: 38 - 39.

[2] محمد ناصر الألباني، صحيح سنن أبي داوود، كتاب الطلاق، باب ادعاء ولد الزنا، م.س، حديث رقم 2269، ص: 427.

[3] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 4، مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون ذ. ت. ط، ص: 585.

- أحمد بن علي حجر فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، ج 12، م.س، ص: 40.

- محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، عرض واستدلال ج5، مطبعة دار العلم للملايين، ط 2، سنة 1974 م، بيروت، ص:135.

- وأيضا؛ د.محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر دون ذ. ت. ط، ص: 67.

[4] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط ، ط 1، سنة 1994، ص: 88 .

[5] د.الحسن بلحساني، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 6، سنة 2002، ص: 57 و115 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

- الزنا الصريح، أي العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة اللذان يعلمان انعدام الرابطة الزوجية بينهما [1].

وقد تبنى القضاء المغربي وعلى رأسه المجلس الأعلى هذا الموقف ولم يأخذ بالاجتهاد الفقهي الداعي إلى ثبوت نسب ابن الزنا، إذ جاء في قرار له "لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح، وإن أقر الزوج ببنوتها لأنها بنت الزنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه، لقول خليل "إنما يستلحق الابن مجهول النسب.." وأن اتفاق الزوجين على أن البنت ازدادت بعد عقد النكاح بينهما على فرض صحته لا يؤدي إلى إلحاقها بالزوج"[2].

وهو نفس الاتجاه الذي تبنته محاكم الموضوع، فقد ورد في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش "وحيث إنه من الثابت شرعا وقانونا أنه لثبوت النسب يجب توافر ثلاثة شروط وهي الفراش، وإمكانية الاتصال، وولادة الابن داخل مدة الحمل الشرعي وذلك طبقا للمادة 154 من مدونة الأسرة.

وحيث إنه في نازلة الحال فإن الطرفين لم تكن بينهما إمكانية الاتصال ممكنة إذ أن الزوجة كانت خارج بيت الزوجية، وأن ادعاءها بأنها كانت تزوره يدحضه واقع حال الدعوى وتصريحاتها لدى الضابطة القضائية – بممارستها الزنا والفساد مع عدة أشخاص - .. وحيث إنه تبعا لذلك يكون نسب البنت المزدادة بتاريخ 2003/05/20 غير لاحق بالمدعي ويتعين نفيه ..."[3].

ب - ثبوت النسب في حالة الاغتصاب.

يقصد بالغصب في الفقه الإسلامي الوطء بالإكراه، بمعنى مواقعة الأنثى دون رضاها، وقد ألحق الفقهاء هذه الجريمة بجريمة القتل حتى قال بعضهم أن الزنا فيه قتل النفس[4].

وذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى أنه إذا ادعت المرأة أنه تم مواقعتها واستكرهت على الزنا لا يقام عليها الحد سواء أتت بأمارة الإكراه أولم تأت، مستدلين على ذلك بما ورد من أحاديث درء الحدود بالشبهات لقوله صلى الله عليه وسلم:

---

[1] عبد الحكيم أهوشي، وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي - دراسة سوسيوقانونية - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2005 - 2006، ص: 132 .

- أدية بواضيل، المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005 – 2006، ص: 56.

[2] قرار عدد 446، صادر بتاريخ 30 مارس 1983 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39 السنة الحادية عشر، نوفمبر 1986، ص:109.

انظر:

قرار 145 صادر بتاريخ 3 فبراير 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص: 147.

قرار عدد 213 صادر بتاريخ 13 أبريل 2005 ملف شرعي عدد 2004/2/356 أورده: د. محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء سنة 2006، الطبعة الأولى، ص: 233 .

[3] حكم المحكمة الابتدائية بمراكش عدد 1307 صادر بتاريخ 6 ماي 2004 منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 9-10 السنة 2008 م، ص:256 .

انظر: قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 252، صادر بتاريخ 2 يونيو 1995، منشور بمجلة المرافعة، عدد 7، ص: 135.

[4] ابن قدامة المغني، ج 7. م. س، ص: 422 .

- ابن نجيم، البحر الرائق، ج 7، دار المعرفة، بيروت، ط 3، سنة 1993، ص: 84 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

"ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا"[1]، في حين ذهب المالكية إلى أنه يقام عليها الحد إلا إذا جاءت بأمارة تدل على صدقها في دعواها[2].

وعلى هذا يرى الفقهاء أنه إذا استكره الرجل المرأة على الزنا أقيم عليه الحد، ولا يقام عليها لأنها مستكرهة مغلوبة على أمرها ولها مهر مثلها، ويثبت النسب إذا حملت المرأة وعليها العدة[3].

وقد أورد المشرع المغربي جريمة الاغتصاب ضمن الجرائم المرتكبة ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة، وعرفها في الفصل 486 من القانون الجنائي بقوله "الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة دون رضاها".

ويستفاد من هذا التعريف أن المشرع المغربي اشترط لقيام جريمة الاغتصاب توافر ركنين أحدهما مادي يتكون من عنصرين، أولهما عنصر المواقعة الذي يتحقق بإيلاج الرجل عضوه التناسلي كليا أو جزئيا في فرج المرأة، وثانيهما انعدام الرضا لدى المرأة والذي يظهر في انتفاء مساهمتها الإرادية في تنفيذ النشاط الإجرامي الذي أتاه الفاعل.

أما الركن الثاني فهو معنوي، يتجلى في توافر القصد الجنائي العام، ويتحقق بتوجه إرادة الجاني إلى إيقاع المجني عليها بغير رضاها مع علمه بذلك[4].

والحقيقة أن المشرع المغربي وإن نظم جريمة الاغتصاب حماية لعرض المرأة، سواء كانت متزوجة أم فتاة لم يسبق لها الزواج، لم يولي الاهتمام للحمل الناتج عن الاغتصاب على غرار موقفه من الحمل الناتج عن الخطبة بخصوص أحكام البنوة والنسب، بل اكتفى إلى اعتبار هذه البنوة شرعية بالنسبة للأم، وتحميلها جميع الآثار المترتبة عنها من بنوة ونفقة وإرث، وولاية،[5] حسب مقتضيات المادة 147 من مدونة الأسرة التي أكدت على أنه: "تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب".

وفي نظرنا، كان على المشرع الأسري أن ينظم مسألة حق الجنين الناتج عن الاغتصاب في النسب، على غرار مسألة ثبوت النسب الناتج عن الخطبة، خاصة إذا علمنا أن الاتصال الجنسي الواقع بين المرأة والرجل في فترة الخطبة يكون برضا كل واحد منهما على خلاف الأمر بالنسبة لحالة الاغتصاب الذي يكون بدون رضا الضحية بل كرها وعنوة عنها.

وفي هذا الصدد، يقول د. محمد الكشبور بأنه كان على المشرع الأسري أن يجتهد لإيجاد حل للمغتصبة التي تحمل نتيجة اغتصابها من طرف الغير أسوة باجتهاده لوجود حل للمخطوبة التي تحمل في فترة الخطوبة بالاعتماد على نظرية الشبهة المعروفة في الفقه الإسلامي[6].

---

[1] الشوكاني، نيل الأوطار، ج 7، مطبعة البالي الحلبي، مصر، سنة 1961، ص: 104 وما بعدها .
- د.محمد بن إسماعيل الضحاني، سبل السلام، ج 4 ، مطبعة البالي الحلبي، سنة 1950، ص: 15 .

[2] الإمام شهاب الدين أحمد القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، ج 4، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، سنة 2001، ص:306 .

[3] د.عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 5، م. س، ص: 81 – 82 .

[4] عبد الواحد العلمي، م. س، ص: 253.

[5] نصت المادة 146 م. أ، على ما يلي: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

[6] د.محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م. س، ص: 26 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

فيبقى الحل لتغليب حق المغتصبة وحق الحمل وسدا لذريعة الاغتصاب تطبيق القضاء المغربي الفقرة الأخيرة من المادة 147 من المدونة بكيفية يسوي من خلالها بخصوص مشروعية النسب بين الفراش والشبهة والاغتصاب بالنسبة للطرفين معا، خاصة وأن إثبات الرابطة البيولوجية بين الطفل والأب أصبحت اليوم ممكنة ويقينية عن طريق إجراء الخبرة الطبية.

المطلب الثاني: حماية حق الجنين في إثبات النسب في التقنيات المستحدثة

برزت في الآونة الأخيرة العديد من التقنيات المستحدثة في مجال الإنجاب الطبي المساعد من جملتها عملية التلقيح الصناعي، التي يترتب عليها وقوع الحمل بغير الطريق الطبيعي المعروف، الأمر الذي أثار الكثير من المشاكل القانونية في تحديد نسب الجنين إلى والديه، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا المطلب، وذلك بالوقوف بداية على تحديد مفهوم التلقيح الصناعي (الفقرة الأولى)، ثم التطرق إلى الحماية القانونية المخولة لحق الجنين في النسب من خلال الإنجاب الطبي المساعد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحمل نتيجة التلقيح الصناعي

سنتطرق في بداية هذه الفقرة لتحديد مفهوم التلقيح الصناعي (أولا)، ولتقنية تأجير الأرحام كنوع من أنواع التلقيح الصناعي الخارجي (ثانيا).

أولا: مفهوم التلقيح الصناعي

التلقيح الصناعي هو عملية أو وسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب، وذلك عن طريق التقاء النطفة بالبويضة داخل رحم المرأة، وقد يكون ذلك بين الزوجين أو من غير الزوج بغير الاتصال الجنسي[1]، ويلاحظ على هذه الوسيلة أنها تقوم على استبعاد الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة كوسيلة للإنجاب، ليحل محله حقن النطفة المذكرة في مهبل المرأة الراغبة في الحمل، فإذا تمت عملية إدخال السائل المنوي بنجاح سارت الأمور بعد ذلك كما لو كان الإنجاب طبيعيا، حيث تلتقي النطفة التي يفرزها مبيض المرأة ويتم التلقيح بينهما، ثم تلقح البويضة الملقحة بعد سبعة أيام من تاريخ التلقيح، وهذا يعرف بالتلقيح الصناعي الداخلي إذ يقتصر دور الطب على حقن النطفة المذكرة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل[2].

ولابد من الإشارة إلى أن الفقهاء المتقدمون، قد أشاروا في كتبهم إلى هذا النوع من التلقيح وإن لم يكن بكل الصور والأشكال التي عرفها العصر الحاضر، وقد عرف عندهم بما يسمى "بالاستدخال"، ويقصد به عند فقهاء الشافعية والحنفية والمالكية إدخال المني إلى المرأة بغير جماع إذا كان الزوج عاجزا على الجماع لسبب ولآخر.

---

[1] د.أنيس فهمي، العقم عند النساء، بحث منشور بمجلة العربي، عدد 220، يوليوز سنة 1985، ص: 198 .
- د.سيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ط 5، سنة 1988، ص: 379.
- د.محمد الكشبور، البنوة والنسب، م. س، هامش، ص: 15.
- D. Jean Leenardht Reflexion sur l'insemination artificielle, publiée, Biothique et droit, Paris 1988 page : 74 .

[2] د.محمد المرسي أبو زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت سنة 1992، ص:21 وما بعدها.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشيموي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وقد جاء في حاشية الدسوقي "إذا أنزل الخصي، أو المجبوب، اعتدت زوجيتهما بسبب خلويتهما، كما أنهما يلاعنان لنفي الحمل، وإن لم ينزلا فلا لعان عليهما ولا عدة على زوجتيهما لا بخلوته ولا بلعانه"[1]، وقد جاء في حاشية ابن عابدين "إذا عالج الرجل جاريته، فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء، فاستدخلته فرجها فعلقت - حبلت - وولدت فالولد ولده، والجارية أم لولده"[2].

وقد ورد في التهذيب "ولو استدخلت امرأة مني زوجها، أو مني أجنبي بالشبهة، يثبت به النسب وحرمة المصاهرة، وتجب العدة، ولا يحمل به الإحصان والتحليل"[3].

وعلى خلاف جمهور الفقهاء يرى ابن قدامة والبهوتي من الحنابلة أن التلقيح الداخلي - الاستدخال - لا يجوز ولا يعتبر وطئا ولا يترتب عليه أحكام الوطء[4].

أما التلقيح الصناعي الخارجي فهو عملية تلقيح البويضة بحيوان منوي بطريق غير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، من الرجل إلى المرأة، وتحدث هذه الطرق بتلقيح البويضة خارج جسم المرأة[5]، وقد تطرق المشرع المغربي لهذا النوع من

---

[1] د.محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ب.ذ.م.ت.ط، ص: 468.

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 3، م. س، ص: 528.

[3] الإمام أبي محمد الحسين البغوي، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي محمد عوض: التهذيب، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون ت. ط، ص: 367 .

[4] يقول ابن قدامة في المغني، "إن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمني بها ، فلا يختلط نسبهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادفا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد".

- ابن قدامة، المغني، ج 7، م.س، ص: 430.

وقال البهوتي في كشاف القناع "ولا تجب العدة بتحمل ماء الرجل".

- د.منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال، كشف القناع، ج 5، مطبعة دار الفكر، بيروت 1402 هـ، ص:412 .

[5] زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، طبعه دار القلم، الدار الشامية، ط 2، 1998، ص: 337.

وتعتمد فكرة طفل الأنبوب على أخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض بعد تحريضه بواسطة العقاقير الطبية التي يعرفها أهل الاختصاص، ويتم متابعة نمو المبيض حتى وقت خروجها بالموجات فوق الصوتية أو بواسطة منظار البطن، وبعد سحب هاته البيضة يجمع في نفس الوقت المني من الزوج، وتوضع الحيوانات المنوية في مزرعة خاصة، ثم يؤخذ مليلتر واحد من سائل المزرعة ويوضع في الطبق أو الأنبوب الذي به البويضات، ويتم التلقيح بعد أربع ساعات من الاستمناء، ثم تأخذ البويضات الملقحة وتعاد إلى رحم المرأة ويكون عددها من ثلاث إلى خمس بويضات في الغالب، مع ملاحظة أنها تعاد إلى رحم الأم بعد يومين أو ثلاثة لتنمو فيه نموا طبيعيا.

د.محمد المرسي أبو زهرة، م. س، ص: 75 وما بعدها.

وقد ولدت أول طفلة أنبوب "ليزلي براون" في بريطانيا سنة 1978 على يد الطبيب روبرت إدواردز والتي أثارت ضجة كبرى في جميع أجهزة العالم، وفتحت صفحة جديدة في تاريخ التناسل البشري ثم توالت مواليد أطفال الأنابيب، ففي فرنسا وصلت نسبة الأطفال الذين ولدوا بهذه الطريقة حوالي 10 آلاف طفل حتى سنة 1995، ويتزايد العدد بحوالي 2500 طفل كل عام، كما يبلغ العدد السنوي لمحاولات الإخصاب في الأنبوب ما يقرب 30 ألف محاولة كل عام.

- Jean Malelleaum , Fecondation Articielle Vestigne, Paris 1996 , p 103

وفي مصر يوجد الآن ما لا يقل عن 125 ألف طفل ولدوا بهذه الطريقة حتى عام 1992، وقد دخلت هذه التطبيقات حيز التنفيذ في مصر ابتداء من سنة 1986 بإنشاء مركز أطفال الأنابيب.

وأول طفل في الإخصاب خارج الرحم بالمغرب تم يوم 91/1/22 في إحدى مصحات الدار البيضاء لأم بلغت من العمر 36 سنة تعاني من عقم نتيجة إصابتها بداء السل.

وخلال سنة 1995 توصل د.عبد الإله زنير إلى توليد أو توأمين بالمغرب بواسطة التلقيح المخبري، كما توصل سنة 1996 إلى تلقيح البويضة بواسطة الحقن المجهري والمسماة بطريقة (ICSI).

- ذ.نور الدين العمراني، تقنيات الإنجاب الصناعي بالمغرب بين الممارسة الطبية وغياب الضوابط القانونية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخامس، السنة الرابعة، 2005، ص: 186.

Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

التلقيح في الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون رقم 47.14 وعرفه بالإخصاب الأنبوبي الذي يتم بتلقيح بويضة الزوجة بعد سحبها من المبيض في المختبر بالحيوان المنوي للزوج وتحضيرها وحفظها وفق شروط خاصة.

وقد اعترض بعض الفقهاء على عدم مشروعية هذه الوسيلة لما لها من آثار وخيمة من حيث أنها تؤدي إلى الشك في اختلاط الأنساب، بالإضافة إلى أنها تتيح الفرصة أمام الأطباء للتحكم في اختيار جنس الجنين الأمر الذي يترتب عليه آثار خطيرة على المجتمع بوجه عام[1].

وفي مقابل هذا الرأي نجد أغلبية الفقهاء أجازوا هذه الوسيلة، وهذا الرأي مثله المجمع الفقهي الإسلامي، حينما أقر بجواز التلقيح الصناعي الخارجي مقرونا بتوافر الشروط الآتية:

1 – وجود حالة الضرورة، أي وجود مانع يمنع من اتصال المني بالبيضة لأي سبب من الأسباب؛

2 – انتفاء الضرر على أطراف العملية بما فيهم الطفل الذي سيولد بهذه الطريق، ويكفي في هذا الأمر غلبة ظن الطبيب المعالج؛

3 – التحرز من اختلاط الأنساب؛

4 – أن تجري هذه العملية طبيبة مسلمة، فإن لم توجد فطبيبة غير مسلمة، فإن لم توجد فطبيب مسلم، وإن لم يوجد فطبيب غير مسلم ثقة حفاظا على العورات؛

5 – مراعاة الحيطة والحذر في عدم تغيير الأنابيب أو خلط محتوياتها بملحقات أجنبية[2].

ومن الناحية القانونية، فقد نظمت العديد من البلدان الغربية تقنيات الإنجاب الصناعي، متجاوزة في ذلك الحدود الأخلاقية لهذه التقنية، ففي بريطانيا أصدرت الحكومة الإنجليزية قانون الخصوبة والأجنة سنة 1990، لمعالجة حالات

---

[1] د.محمد المرسي أبو زهرة، نفس المرجع، ص: 82 – 83 .

- د.محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، م.س، ص: 134.

وهذه التقنية أثارت ولا زالت تثير النقاش بين العلماء في مدى مشروعية استخدام هذه الوسيلة بغرض التحكم في الجنس وتغيير صفاته الوراثية، هذه الوسيلة إذا استخدمت فإنه قد يصل الأمر إلى برمجة الصفات والخصائص الإنسانية وبالتالي يمكن التوصل إلى أفراد يتمتعون بخصائص معينة عليا ودنيا حسب الأحوال وهو ما يتعارض مع حق الفرد في الاحترام والكرامة الإنسانية.

- د.محمود أحمد طه محمود، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، مطبعة منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2003، ص: 239 وما بعدها.

وبالرغم من جدلية هذه التقنية ورفض الكثير من الفقهاء لها، فإن هناك بعض البلدان العربية أصدرت فتاوى بإجازة هذه التقنية، فقد أجاز مفتي الديار المصرية الحالي إمكانية تغير جنس الجنين إذا كان الزوج يرغب في إنجاب الذكر ولم يستطع ذلك.

إضافة إلى أن هذه الوسيلة يطبعها انعدام الأمان، وذلك راجع لكون أن الغموض الذي يكتنف نتائج هذه التجربة، من حيث احتمال الارتفاع في نسبة التشوه في هذا الطريق الاصطناعي عن المعتاد في الحمل بالطريق الطبيعي لعدم إمكان كشف ذلك قبل التكرار الكثير، ومن حيث احتمال تأديتها إلى أضرار أخرى مرضية لا يمكن الحزم بالأمان منها في هذه الطريقة قبل مضي زمن طويل من عمر الوليد.

- د.عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة، مطبعة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، سنة 2001 م، ص: 38 وما بعدها.

[2] فتوى المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 3، السنة الأولى، سنة 1990، ص: 213 وما بعدها.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج أول، ع 3 سنة 1987، ص: 444 وما بعدها.

توجد حوالي 16 طريقة للإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي. وكلها تعتبر مرفوضة من الناحية الشرعية ما عدا التلقيح بماء الزوج وبويضة الزوجة.

- د.محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي، مطبعة دار العلم بجدة، سنة 1986، ص: 81 وما يليها.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشميوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

العقم والخصوبة، عن طريق التلقيح الاصطناعي بين الزوجين أو غير ذلك، كما اشتمل هذا القانون أيضا على عملية تخليق الأجنة خارج الجسم البشري وكيفية تنظيم وتخزين جميع المواد الوراثية [1].

ومن الدول التي أباحت هذه التقنية أيضا القانون الفرنسي، حيث نص المرسوم الصادر في سنة 1988 على إباحة التلقيح الصناعي بين الزوجين أو من غير الأزواج وفق شروط خاصة[2]، وفي سنة 1994 صدر القانون الخاص باحترام الجسد البشري، وتضمن هذا القانون النص على ضرورة أن يكون التبرع بالخلايا التناسلية بدون مقابل، ووضع إجراءات وشروط لإجراء هذه العملية[3].

وعلى مستوى البلدان العربية، يعتبر التشريع الجزائري من التشريعات القليلة التي نظمت التلقيح الصناعي بين الزوجين، حيث نص في المادة 45 على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي:

- أن يكون الزواج شرعيا؛
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين؛
- أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما؛
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وبالرغم من شيوع استعمال تقنية التلقيح الصناعي في بلادنا[4]، فإن المشرع قبل دخول قانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب لم يحدد الضوابط القانونية لتطبيق هذه التقنية وممارستها، باستثناء وجود توصيات تمخضت عن دراسات مشتركة قام بها فقهاء في الدين ومختصون في طب الإنجاب، تلزم كل الفرق الطبية المغربية المختصة في هذا المجال أن تعمل بها، والتي تتعلق أساسا باستجابة مراكز الإنجاب للعمل تحت المراقبة الطبية وطبقا للمواصفات الدولية، ومنع اللجوء إلى أسلوب الأم الحامل لجنين ليس من صلبها، واحترام مبدأ تطبيق العلاج على الرجل والمرأة المرتبطين بعقد زواج شرعي[5].

وبهذا، أصبح الإنجاب الطبي المساعد بدخول قانون رقم 47.14 حيز التنفيذ يرتكز على سند تشريعي، يحدد كيفية ممارسة الإنجاب الطبي المساعد والأحكام المتعلقة به، وكذا الآثار المترتبة على عدم احترام الضوابط القانونية المنصوص عليها في هذا القانون.

---

[1] انظر في هذا الصدد: محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية سنة 1998، ص:41 وما بعدها.

[2] Robert Saury l'hétique medicale et sa formulation Sauramps 1991, p 106.

[3] Jean Edwards l'ursémination artificielle belge Paris 1994, p 109.

[4] وفي هذا الصدد تشير أرقام الجمعية المغربية للخصومة وموانع الحمل إلى وجود ما يقارب ألف طفل ولدوا عن طريق تقنية الأنابيب، تجري في خمسة عشر مركزا متخصصا في المغرب موزعة عبر مدن الرباط والدار البيضاء ومراكش وأكادير.

[5] القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب الصناعي: الندوة العاشرة أقيمت في أكادير، مطبوعات المملكة المغربية سنة 1986.
- ذ. نور الدين العمراني، تقنيات الإنجاب الصناعي بالمغرب، م. س، ص: 186 وما بعدها.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

ثانيا: مفهوم تأجير الأرحام

لقد أفرزت تقنية تأجير الأرحام ثورة اجتماعية بالدرجة الأولى، لاحتوائها على طرف ثالث في العملية الإنجابية، واعتبر ذلك بمثابة تحد للأفكار المتوارثة على أن الإنجاب قاصر على الزوجين فقط، مما أثار ذلك جدلا كبيرا أدى إلى اختلاف في الآراء وتضاربها حول شرعية هذه التقنية الطبية على صعيد الفقه الإسلامي والقانوني.

فتقنية تأجير الأرحام تعد تقنية طبية، تلجأ إليها الزوجة ذات الرحم المعيب، والتي لا تقدر على الحمل مع قدرتها على التبويض والإخصاب، وفي هذه الحالة يمكن استخدام هذه الوسيلة عن طريق أخذ بويضة الزوجة المخصبة وتلقيحها، بنطفة زوجها في الأنابيب، ثم تعاد البويضة المخصبة لتزرع في رحم امرأة أخرى، ذات رحم سليم تسمى صاحبة الرحم المعار أو المستأجر، أو الأم البديلة، تكون مهمتها حماية الحمل نيابة عن الزوجة حتى إذا تمت الولادة أعادت المولود إلى أصحاب البويضة المخصبة، أي الزوجين كابن لهما[1].

وللفقهاء في مسألة ثبوت النسب في الرحم البديل قولين اثنين؛ قول يرى أن النسب يثبت لصاحبة البويضة المخصبة وزوجها، وإلى هذا ذهب القائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم البديل مطلقا، ووافقهم في ذلك القائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم البديل للزوجة الثانية، واستدل أصحاب هذا القول، بأن الجنين هو التحام خلية من الرجل هي الحيوان المنوي، بخلية من الأنثى هي البويضة التي تخرج من أحد المبيضين فيتلقفها أنبوب أيسر وأيمن واصل إلى الرحم، ويتم هذا الالتحام في هذا الأنبوب منتجا البويضة الملقحة وهي التي ترحل إلى الرحم وتتغرس في بطانته، وتشرع في الانقسام إلى ملايين الخلايا التي تعطي الجنين الكامل الذي يولد طفلا، فالجنين هو التحام نصفين، نصف آت من الخصية ونصف آت من المبيض، أما الرحم فمستودع وحاضن يفي بالغذاء والنماء[2]، واستدلوا كذلك بالعديد من الآيات القرآنية[3]، التي تدل على أن الإنسان خلق من نطفة أي بويضة ملقحة بماء يخرج من الصلب والترائب، ونقل بعدها أطوارا على أن ولد ونشأ، مما يدل على أن الولد ينسب لصاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها وفقا للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن الكريم[4]، في حين ذهب القول الثاني إلى أن النسب يثبت لصاحب الرحم البديل وزوجها، وإلى هذا ذهب القائلون بعدم جواز الحمل عن طريق الرحم البديل مطلقا، ووافقهم في ذلك القائلون بعدم جواز الحمل عن طريق الرحم البديل للأجنبية[5].

---

[1] د.عارف علي، الأم البديلة أو الرحم المستأجر، مقال منشور بمجلة إسلامية، المعرفة، السنة الخامسة 1999، العدد 19، ص:86.

- د.محمد علي البار، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديثة، مقال منشور بندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، القاهرة، غشت 1997، ص: 112.

- د.عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص: 10.

[2] د.حسن حتحوت، قضايا علمية تنتظر أحكامها الشرعية ، مجلة العربي، ع 230، كانون الثاني 1978، ص: 24.

[3] كقوله تعالى في سورة النحل، الآية 4 ﴿خلق الإنسان من نطفة فإذا هو خصيم﴾

وقوله عز وجل، في سورة الكهف الآية 38 ﴿أكفرت بالذي خلقك من تراب ثم من نطفة ثم سواك رجلا﴾ .

[4] د.عارف علي، الأم البديلة أو الرحم المستأجر، رؤية إسلامية، م. س، ص: 105.

- د.عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001 ، ص : 273 .

انظر: د. محمد المرسي أبو زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، م. س، ص: 522 .

[5] د.علي الطنطاوي، آراء في التلقيح الصناعي، مقال منشور في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، سنة 1983، ص: 490 .

- د.أمينة جابر، "فلسفة الدعائم الأخلاقية فيما يسمى بالأمومة البديلة"، مقال منشور، ندوة الضوابط الأخلاقية في تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، القاهرة، غشت سنة 1997، ص: 115 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

واستدلوا على ذلك بالآيات القرآنية الشريفة التي تبين بوضوح أن الأم هي التي تحمل وتلد، وأن التخليق يكون في بطن الأم، وذلك بصريح النص، وبالتالي فإن لا عبرة بالدلالة في مقابلة النص، ومن تلك الآيات، قوله تعالى ﴿إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم﴾[1]، وقوله تعالى ﴿ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها﴾[2]، وقوله تعالى ﴿وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم﴾[3].

وطبقا لهذا الرأي واستنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، فإن الأم هي صاحبة الرحم الظئر، والأب هو صاحب الفراش إذا كانت المرأة متزوجة[4].

أما بالنسبة للقانون الوضعي، نجد المشرع المغربي تطرق لهذه التقنية في الفقرة التاسعة من المادة الثانية من القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي جاء فيها: "الحمل من أجل الغير: يتمثل في استقبال رحم امرأة للقيحة ناتجة عن الإخصاب الأنبوبي لأمشاج مأخوذة من زوجين واستكمال الحمل إلى نهايته قصد تسليمهما الطفل بعد الولادة بصفته والديه البيولوجيين".

ولقد جرم المشرع هذه التقنية صراحة بمقتضى نص المادة الخامسة من قانون رقم 47.14 التي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن استغلال الوظائف التناسلية البشرية لحساب شخص آخر أو لأغراض تجارية. ولهذه الغاية يمنع التبرع بالأمشاج واللواقح والانسجة التناسلية أو بيعها وكذا الحمل من أجل الغير".

ويمكن القول في هذا الصدد، بأنه على فرض حدوث حمل بهذه التقنية، فإن نسب الحمل يبقى مجهولا لتحريم هذه الظاهرة وتجريمها.

الفقرة الثانية: نسب الجنين في الإنجاب الطبي المساعد

يختلف تحديد نسب الجنين في التلقيح الصناعي باختلاف ما إذا كان هذا الحمل ناشئا عن إخصاب شرعي (أولا) أو ناشئا عن إخصاب غير شرعي (ثانيا)، ونظرا لدخول القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب حيز التطبيق، نتساءل عن مصير نسب الحمل الناتج عن التلقيح الصناعي؟

أولا: تحديد النسب في الإخصاب الصناعي الشرعي.

يعتبر التلقيح الصناعي شرعيا إذا استوجبته ضرورة طبية لتدارك العجز أو الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي تم تشخيصها طبيا[5]، وذلك بعد الحصول المسبق على رضا الزوجين بتلقيح نطفة الزوج ببويضة الزوجة أثناء قيام العلاقة[6]،

---

[1] سورة المجادلة، الآية : 2 .
[2] سورة الأحقاف، الآية 15.
[3] سورة النجم، الآية 32.
[4] د.عبد الله بن زيدون آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي 318/1.
[5] نصت المادة الأولى من قانون المساعدة الطبية على الإنجاب على أنه: "تهدف المساعدة الطبية على الإنجاب إلى ترادك العجز او الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي تم تشخيصها طبيا. ويمكن ان تهدف أيضا إلى تجنب إنتقال مرض خطير إلى الطفل الذي سيولد إلى أحد الزوجين يؤثر على إنجابهما.
لا يمكن ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب إلا طبقا لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه".
[6] د. محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م. س، هامش، ص: 15 .

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة الثانية عشرة من قانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، والتي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بناء على طلب مكتوب من الزوجين موقع عليه بصفة قانونية من طرفهما ومرفق بنسخة من عقد الزواج مصادق على مطابقتهما للأصل. يحدد نموذج الطلب المذكور بنص تنظيمي."

وقد نظم قانون الأسرة المغربي أسباب لحوق النسب وحددها في المادة 153 من مدونة الأسرة في الفراش، والإقرار والشبهة.

وفي المادة 158 من المدونة بين الوسائل التي يثبت بها النسب، حيث جاء فيها "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بينة سماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية"، وهكذا فإن نسب الجنين الذي ولد بالتلقيح الصناعي على فراش الزوجية يثبت نسبه لوالديه وذلك بما يلي:

أ – لتحقق شروط الفراش بوجود علاقة زوجية بين الزوجين، وتحقق إمكانية الاتصال سواء نتج الجنين من اتصال طبيعي أو نتيجة تلقيح صناعي ما دام المني من الزوج والبويضة من الزوجة[1].

ب – إن الزوج ولو لم يقر صراحة بثبوت النسب إلا أنه أقر ضمنا برضائه بعملية التلقيح وموافقته على حمل امرأته بهذه الطريقة.

ج – إن البينة متوفرة هنا، إذ الطبيب والقائمون بالعملية، وكذلك الإجراءات التي تم اتخاذها بالمركز الذي أجريت فيه العملية كلها دالة على صحة نسب الحمل أو المولود إلى والديه.

د – إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات نسب الحمل في حالة ادعاء الزوج أن النطفة ليست منه أو في حالة ادعاء الزوجة أن البويضة ليست منها[2].

---

[1] والواقع أن التلقيح الاصطناعي يثير إشكالا فيما يتعلق بمدة الحمل وخصوصا أطفال الأنابيب - على خلاف أحكام الشريعة الإسلامية - إذ أصبح من الممكن حاليا تجزئة مدة الحمل على مرحلتين، قد يفصل بينهما فاصل زمني قد يطول لشهور وربما لسنوات، فقد رأينا أن التلقيح خارج الرحم، في أنبوب اختبار يقتضي سحب بويضة مؤنثة من الزوجة ونطفة مذكرة من الزوج تمكث خلالها البويضة بعد التلقيح في الأنبوب حوالي 21 يوما، ثم تستكمل مدة الحمل بعد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، وهذا الزرع يمكن أن يتم مباشرة بعد تمام عملية التلقيح في أنبوب الاختبار وقد تطول الفترة الزمنية حسب رغبة الزوجين، وفي هذا يقول د. محمد المرسي أبو زهرة، أن مدة الحمل – تسعة أشهر – تجزأ إلى مدتين، مدة سابقة على التجميد (21 يوما) ومدة لاحقة على التجميد الباقي من الحمل، أما المدة التي تم تجميد البويضة الملقحة لها فلا تحسب من مدة الحمل لأن البويضة لا تنمو خلال هذه الفترة التي قد تطول .

- د.محمد المرسي أبو زهرة، م. س، ص: 332 .

[2] تعتبر الخبرة الطبية وسيلة حديثة في مجال إثبات النسب، وهي استشارة يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى دراية علمية، وتتميز الخبرة عن بقية وسائل الإثبات بطابعها العلمي بشكل يجعلها تحتل مكانة مرموقة في ظل نظام الإثبات الذي يزاوج بين الحقائق العلمية والحقائق الواقعية.

ولقد أولت التشريعات الحديثة أهمية قصوى للإثبات العلمي خاصة وإن مختلف الأبحاث العلمية في الحديد من الفروع قد عرفت نجاحا واسعا بشكل يستدعي الاستفادة منها لخدمة الحقيقة القانونية والعلمية.

وقد عزز المشرع المغربي بدوره وسائل إثبات النسب الكلاسيكية بوسيلة علمية حديثة تتمثل في الخبرة الطبية مستفيدا بذلك مما حققه التطور العلمي المبهر في مجال العلوم البيولوجية وخطى بذلك خطوة جريئة مسايرا بذلك روح العصر ومتطلباته مستجيبا لتطلعات بعض المعاصر الذي كان يلح في إعمال الخبرة الطبية في مجال النسب حفاظا على الأنساب من الضياع وحماية لحقوق الأبناء والأمهات وحتى الآباء.

ومعرفة البصمة الوراثية أو الجينية لشخص ما يتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسم الإنسان كالدم واللعاب أو الأنسجة كاللحم والجلد أو مواد أخرى كالشعر والعظام سواء كان إنسانا حيا أو ميتا أو حتى لو كان رفاتا. فبدراسة توافق الصفات المميزة

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشميوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

وهكذا، فثبوت نسب الجنين في إطار التلقيح الصناعي المشروع للزوجين قد أجمع عليه الفقه قياسا على الزواج الصحيح، غير أن الخلاف الذي يثار بهذا الخصوص يتعلق بالتلقيح الصناعي بين الزوجين بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق، وتثير هذه الحالة الكثير من المشاكل القانونية خاصة في تحديد نسب الحمل بعد ولادته، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء ثبوت نسب الجنين لوالديه إذا أتت الزوجة بالمولود خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فبالنسبة لنسب الجنين في حالة الطلاق فإنه متوقف على إقرار الأب بشرط ألا تكون الزوجة فراشا لزوج آخر، أما في حالة الوفاة فقد حصر جانب من الفقه المصري ثبوت النسب بإقرار الورثة، فيكون هذا إقرار بنسب فيه تحميل على الغير ويأخذ حكمه، أما إذا أنكره الورثة فلا يثبت نسبه[1].

وفي مقابل هذا الرأي اعترض بعض الفقهاء على هذا النوع من التلقيح على أساس أن العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة أو الطلاق، والتلقيح بين الزوجين هو استثناء على الأصل لا يجوز التوسع فيه[2]؛ فثبوت النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإذا انفسخ العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل هاتين الواقعتين فإن حدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب[3].

ونجد المشرع المغربي تبنى هذا التوجه الأخير من خلال تطرقه بكيفية صريحة إلى منع استعمال اللواقح والأمشاج والأنسجة التناسلية في حالة الوفاة أو الطلاق، وذلك من خلال نص المادة 26 من الفقرة الثالثة الذي ورد فيها ما يلي: "يجب أيضا إتلاف اللواقح والأمشاج والأنسجة التناسلية في حالة وفاة الشخص المعني إذا تعلق الأمر بالأمشاج والأنسجة التناسبية أو في حالة انحلال ميثاق الزوجية وفقا لأحكام مدونة الأسرة إذا تعلق الأمر باللواقح، وذلك بمجرد بلوغ هذا الأمر إلى علم المسؤول عن مركز أو وحدة المساعدة الطبية على الإنجاب".

يمكن القول في هذا الصدد، أن المشرع ذهب في التوجه الصحيح بالتنصيص صراحة على هذا المقتضى، إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة، تتوفر على ثغرة قانونية يمكن للزوجة أن تستغلها لصالحها، وذلك لتحقيق رغبتها في الإنجاب بعد الطلاق أو الاستفادة من ميراث الزوج بعد الوفاة، وذلك بلجوء هذه الأخيرة إلى إعادة زرع البويضة الملقحة في رحمها دون إخبار المسؤول عن المركز أو وحدة المساعدة الطبية بواقعتي الطلاق أو الوفاة.

وهنا، كان يتعين على المشرع أن يضمن شرطا آخر في المادة 26 من قانون رقم 47.14 يتمثل في ضرورة حضور الزوجين معا لإعادة زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة تفاديا من جهة لوقوع حمل بعد الوفاة أو الطلاق، ومن جهة أخرى لنشوء حمل أو أطفال بدون نسب شرعي.

الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل يتم اكتشاف تركيبه لا يمكن أن توجد إلا في خلية شخص واحد فقط هو الأب الحقيقي للطفل.

وهكذا يتضح أن اختيار الحمض النووي ADN لأطراف العلاقة الزوجية: الزوج والزوجة والولد تؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن نسب المولود أو الحمل يرجع إليه الزوج أو لا يرجع إليه فهذا النوع من الخبرة يتيح دليلا مؤكدا للإثبات كما يتيح دليلا في مجال النسب.

- د.محمد الهيني، إشكالية الخبرة في المادة المدنية، مجلة الشعاع، عدد 24، ص: 33.

- د.محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق الكويتي، ع 1، ص: 278 .

- ذ.عبد الكريم يوسكسو، إثبات النسب بالخبرة الطبية في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة المنتدى، ع 5، مراكش يونيو 2005، ص:179 وما بعدها.

[1] د.شرقي زكرياء الصالح، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، طبعة دار النهضة العربية، القاهر، 2001، ص: 306 وما بعدها.

[2] د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، م. س، ص: 533 وما بعدها.

[3] د. محمد علي البار، طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي، قضايا طبية فقهية معاصرة، مطبعة دار السعودية، سنة 1998، ص: 65.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

ثانيا: تحديد النسب في الإخصاب الصناعي غير الشرعي.

يعتبر التلقيح الصناعي غير شرعي، إذا لم يتم وفق الضوابط الشرعية والقانونية المحددة لممارسته[1]، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 12 من قانون 47.14 يكون التلقيح الصناعي غير قانوني إذا تم بين زوجين بواسطة أمشاج غير متأتية منهما، أو إذا تم بين شخصين لا تربطهما علاقة زوجية.

وهكذا، ففي حالة تلقيح بويضة امرأة متزوجة بنطفة رجل غير زوجها، لا خلاف في أن هذا الأسلوب حرام شرعا لأن النطفة ليست للزوج، ومع ذلك فإذا تم حدوثه، فلابد من تحديد نسب الجنين حينما يولد، ذلك أن القاعدة الفقهية أن المولود لصاحب الفراش. فالفراش قرينة على الولد للزوجين، ومن ثم يكون الزوج في هذه الحالة أب للمولود قانونا باعتباره صاحب الفراش إذا أقره صراحة أو دلالة، وتثبت بنوته للزوجة كأم للمولود، غير أن قرينة الأبوة ليست قرينة قطعية بل هي قرينة يمكن إثبات عكسها بإنكار أبوة الطفل عن طريق اللعان[2]، أو استصدار حكم قضائي بإجراء الخبرة الطبية على الحمل بعد الإدلاء بدلائل قوية – كالإدلاء بشهادة يثبت فيها عجزه عن الإنجاب – لثبوت صحة ادعاء بنفي الحمل عنه[3].

---

[1] عبد النبي ميكو، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن، المطبعة العالمية، الرباط سنة 1974، ص:235 وما بعدها.
- د.محمد نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات القسم الخاص، م.س، ص: 381 .

[2] اللعان نظام شرعي يهدف من ضمن ما يهدف إليه إلى نفي النسب، وهو نظام إسلامي خالص لا نظير له مطلقا في باقي التشريعات السامية أو القوانين الوضعية غير الإسلامية الأخرى، وقد أشار المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 153 من المدونة إلى اللعان بكيفية مقتضبة جدا، دون أن يبين مفهومه أو يحدد مسطرته وأحكامه، الأمر الذي يقضي الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي تطبيقا لمقتضيات المادة 400 من المدونة.
وهكذا فاللعان معناه الإبعاد، وقد عرفه ابن عرفة بأنه حلف الزوج على زنى زوجته ونفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكر لها حدها بحكم قاض.
- ميار الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، م.س، ص: 213.
وسبب اللعان بين الزوجين أمران أحدهما نفي حمل ظاهر بها أو ولد، وثانيهما رؤية الزنا.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير ج 3، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، ص: 393.
واللعان لا يتم إلا بواسطة حكم يصدره القضاء – م 151 من مدونة الأسرة – بناء على دعوى يقيمها الزوج العازم على اللعان، والقاضي وفقا لما استقر عليه الفقه المالكي في هذا الصدد لا يمكنه أن يقضي مطلقا باللعان – بسبب نفي الحمل أو الولد – إلا بعد تحققه من توافر مجموعة من الشروط:
1) – ألا يتصل الزوج بزوجته بعد استقراره على ملاعنتها وأن يقوم باستبرائها بحيضة واحدة أو بثلاث حيضات في قول آخر له.
- ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ت ط غ، ص: 156 وما بعدها.
2) – يجب ألا يكون الولد غير لاحق شرعا بالزوج.
- ميارة الفاسي، نفس المرجع، ص: 213.
3) – أن يلاعن الزوج في نفي الحمل أو الولد بلعان مؤخر، فلا يصح اللعان إذا تأخر لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة، ذلك أن سكوته يعد إقرارا منه بالحمل ويشترك كذلك ألا يتصل بزوجته.
يجب ألا يعترف الزوج بالحمل أو الولد الذي يلاعن بسببه صراحة أو ضمنا، كأن يقول هذا الحمل مني، أو الولد ولدي، أو يظهر الحمل بزوجته ويعلم به دون أن يدعه أو ينتف منه، فسكوته يعد إقرارا منه بالحمل.
- الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2، م.س، ص: 339.

[3] نصت المادة 153 من المدونة في فقرتيها الثانية والثالثة على أنه « يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:
- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشميوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

أما في حالة تلقيح بويضة امرأة غير متزوجة بنطفة متبرع بها، فهذه المرأة تعتبر أما للجنين، ذلك أن البويضة منها والحمل منها، ومن ثم فإن البنوة وإن كانت غير شرعية تسند إليها[1].

وهكذا اختلفت الآراء بصدد تحديد نسب الإخصاب غير الشرعي بين مؤيد ومعارض لهذا النوع من التلقيح، فقد أقر بعض الفقهاء بمشروعية هذه الوسيلة لما يثبت عليها من عمل ينم عن الحب ومساعدة الآخرين والتضامن الاجتماعي[2].

في حين يرى جانب كبير من الفقهاء أن التلقيح الصناعي من غير الزوج بكافة صوره سواء أكان برضا الزوجين وعلمهما، أو بعلم أحدهما دون الآخر يأخذ حكم جريمة الزنا، مستندين في ذلك إلى التقاء الزنا والتلقيح بغير ماء الزوج في نتيجة واحدة وهي اختلاط الأنساب[3]، وأن أي عقد خاص بهذا الأسلوب يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لبطلان المحل والسبب[4].

وقد رتب المشرع المغربي على هذا النوع من التلقيح الصناعي عقوبات زجرية، وذلك بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 درهم إلى 100.000 درهم.[5]

وهكذا، نستنتج أن في التلقيح الاصطناعي غير الشرعي اعتداء فاضح على مبادئ الدين والأخلاق المتعلقة بنظام الأسرة، والعودة إلى ما عرف في عهد الجاهلية بنكاح الاستبضاع، مما نرى معه تدخل المشرع المغربي صراحة لتحريم هذه الحالات ورفضها لآثارها السيئة بالنسبة للحمل – قبل الوضع وبعده – وكذلك بالنسبة للمجتمع.

خاتمة:

وهكذا يمكن القول في الأخير على أن موضوع حق الجنين في النسب من المواضيع الهامة، لكونه يرتبط أساسا ببناء الاسرة، ونسب الأولاد المرتبط بأبوة الأب.

وعلى الرغم من تبني المشرع الأسري للقاعدة الفقهية المتعلقة بكون الشرع متشوق للحوق النسب فإنه اعتبر الحمل الناشئ عن الاغتصاب شرعيا للام المغتصبة دون تحميل المغتصب الأثار القانونية الناتجة عن هذه الجريمة، وهنا يتعين على المشرع، وضع نصوص قانونية تنظم مسألة الحمل الناتج عن الإغتصاب على غرار مسألة الحمل الناتج عن الخطبة وذلك تغليبا لحق المغتصبة وحق الجنين، وسدا لذريعة الاغتصاب.

---

[1] د.محمد شلتوت، "الفتاوى" مطبوعات الإجابة العامة للثقافة، سنة 1959، ص: 300 .

[2] د.رضا عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، سنة 1996، ص: 95 وما بعدها.

[3] عبد النبي ميكو، م. س، ص: 332 .

انظر في هذا الصدد: حكم التبني وضوابط ثبوت النسب في الفقه الإسلامي، بصائر الرباط، مجلة علمية إسلامية، العدد الثاني، فبراير 2006 .

- د.أحمد اجويد، التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب، مقال منشور بمجلة الميادين، عدد 3، سنة 1988، ص: 175.

[4] حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية، سنة 1995، ص: 95 وما بعدها.

[5] نصت المادة 41 من قانون 47.14 على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم، على:

القيام بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب خرقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 12 أعلاه.

القيام بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب دون الحصول على طلب من الزوجين معا وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 12 أعلاه أو دون تلقي موافقتهما وفقا لأحكام المادة 13 أعلاه.

ممارسة تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب لا تتضمنها اللائحة المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه.

إنجاز التشخيص قبل الزرع خرقا لأحكام المادتين 19 و20 أعلاه.

عدم استعمال جميع الأمشاج المأخوذة من الزوجين في عملية الإخصاب خرقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 23 أعلاه.

تصدير اللواقح والأمشاج والأنسجة التناسلية إلى الخارج أو استيراد اللواقح نحو التراب الوطني، خلافا لأحكام المادة 30 أعلاه".

Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479

هذا بالإضافة الى أنه جعل ثبوت نسب الحمل في حالة الزواج الباطل متوقف على حسن نية الـزوج، ويمنهـوم المخالفـة إذا كان الزوج سيء النية فإن الجنين يعتبر ابن زنا، وهنا يتعـين عـلى المشرع حـذف عبـارة "حسـن النيـة" كسـبب مـن أسـباب لحوق النسب بالأب، وذلك حفاظا على حقوق الأجنة قبل الوضع والأطفال بعد ذلك، حتى لا يبقـى مصـيرهم معلقـا عـلى هذه العبارة.

وإلى جانب ما سبق، يمكن القول أن المشرع المغربي استطاع من خلال إصداره قانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية عـلى الإنجاب تجاوز العديد من الإشكالات القانونية التي كانت تتعلق بالإنجاب الطبي المسـاعد، خاصـة وأن المشرع المغـربي في مدونة الأسرة لم يتطرق لمسألة التلقيح الصناعي، التي تعتبر مترابطة أساسا بمسألتي البنوة والنسب.

نسب الجنين بين التشريع والتقدم العلمي
الهشمبوي ، كوثر
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 03/12/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © D. Hishām al-A'raj. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Article/142479