الدفع بالنظام العام في نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري

The push by public order in the filiation of the childas a result of artificial insemination in Algerian legislation

الباحث(ة) / نوي دلال*
كلية الحقوق –جامعة الجزائر
عضوة في مخبر قانون الأسرة
dalalnoui@gmail.com

د/ العشي نوارة
كلية الحقوق –جامعة الجزائر
رئيسة فرقة بحث بمخبر قانون الأسرة
n.elachi@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال:2019/10/26 تاريخ القبول:2019/12/01 تاريخ النشر:2020/01/16

الملخص:

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى المساعدة الطبية من أجل الإنجاب،إلا أنه أحاطها بضوابط من أجل الحفاظ على الأنساب التي تعتبر من النظام العام، منها ضوابط عامة تشمل كافة مسائل النسب، ومنها ما هو خاص بالتلقيح الاصطناعي،إضافة إلى ترتيب جزاء على مخالفة أحد ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الصحة، فإذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي في إطار علاقة غير شرعية، أو بعد انحلال الرابطة الزوجية، أو بتدخل طرف ثالث متبرع، فينبغي على القاضي الحكم بعدم شرعية النسب، واستبعاد تطبيق أي قانون أجنبي مختص يقضي بثبوت النسب لمخالفته النظام العام، وتطبيق القانون الجزائري محله.

الكلمات المفتاحية:النظام العام، التلقيح الاصطناعي، النسب، تنازع القوانين، قانون الأسرة.

Abstract:

The Algerian legislator authorized the use a medical assistance for reproductive, But put her controls to protect their filiation because they are from public order, including general controls covering all matters of filiation, And special regulations for artificial insemination, In addition to arranging a penalty for violating one of controls of artificial insemination. If the process of artificial inseminationis performed in the framework of an illegal relationship; illegal marriage, after the dissolution of the marital relationship, or the intervention of a third party donor, the judge must rule on the illegality of filiation And the exclusion‘s the application of any law a foreigner specialized provides for the establishment of filiation for violating public order, and application Algerian law in its place.

Keywords: Public order, Artificial insemination, Filiation,Conflict of laws, Family law.

***المؤلف المرسل:** نوي دلال

مقدمة:

تعتبر الأسرة الركيزة الأساسية لقوة المجتمع، فاستمرار المجتمع من استمرار الأسرة، ويكون ذلك عن طريق الإنجاب الذي يحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية، ويمثل مصلحة جوهرية لبقاء المجتمع كون الأولاد مستقبل الأمة.

فإن العقم وعدم القدرة على الإنجاب من أهم المشاكل الاجتماعية الصحية، لهذا أحاطها العلماء والمفكرون باهتمامهم الخاص إلى أن توصلوا لابتكار طرق وأساليب فنية طبية فعالة للقضاء على العقم، ومساعدة الفرد على الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي بالمساعدة الطبية.

بالإضافة إلى أن الطبيعة البشرية تأبى سبيل القبح والفضيحة، وتثبت بالطهر والصفاء، لهذا شُرع النسب لحفظ كرامة البشر وبقاء المجتمع متماسكا وقويا ونظيفا، فالنسب يمس بالأسرة ككل لهذا فقد شرع إحقاقا للحق وإبطالا للباطل، فالنسب هو إلحاق الولد بوالديه أو أحدهما، ويكون بصلة الدم وليس بالتبني أو الولاء أو الادعاء وإلا كان باطلا.

ولما كان للنسب هذا القدر من الأهمية والتأثير على كيان المجتمع، فهو يعتبر من ضمن مسائل النظام العام والآداب العامة التي يجب حفظها، لهذا وضعت التشريعات القانونية له بعض الضوابط لتحكمه، والتي تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر، خاصة بعد الاكتشافات الحديثة التي غيرت مفهوم الزواج والتناسل،وأدخلت مفهوما جديدا على معنى الأسرة وتكوينها وقلبت موازينها، وفي بعض الحالات محتها نتيجة حملها الكثير من المحظورات، خاصة إذا أسئ استعمالها لأنها تمس بمصداقية النسب وسلامته.

لهذا لابد من وضع حد لهذه التحولات الخطيرة، والسماح بها في الحدود المشروعة من أجل الحفاظ على مشروعية النسب الناتج عنها وبالتالي ثبوته، فعلى القاضي التدخل ووضع رقابة عليها حتى لا تستخدم لغير غايتها الأصلية.

وبالاطلاع على التشريع الجزائري، نجد أنّ المشرعنظم مسألة النسب في قانون الأسرة[1]من خلال المواد من 40 إلى 46، وخصص المادة 45 مكرر لبيان حكم وشروط عملية التلقيح الاصطناعي، إضافة إلى تنظيم هذه العملية في قانون الصحة الجديد[2] في قسم عنوانه أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من المادة 370 إلى المادة 376.

إن مخالفة شروط عملية التلقيح الاصطناعي لها آثار خطيرة على مسألة نسب المولود ثمرة التلقيح الاصطناعي، يضاف إلى ذلك مشكل تنازع القوانين في حال الزواج المختلط، لما فيه من اختلاف الجنسية بين الطرفين، الأمر الذي يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق، بل والأكثر من ذلك أن القانون الواجب

---

[1]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

2– قانون رقم 11–18 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46، بتاريخ 29 يوليو 2018.

التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين قد يكون في بعض الحالات مخالفا للنظام العام والآداب العامة لدولة القاضي، نظرا لاختلاف الضوابط التي تحددها كل دولة، ويرجع ذلك لتأثر الدول إما بالدين والتقاليد، وإما بالحرية والمساواة.

من خلال ما تقدم يمكن طرح الإشكالية الآتية:

ما هي الضوابط التي حددها المشرع الجزائري لتنظيم مسألة نسب المولود ثمرة التلقيح الاصطناعي؟ وما هي الآثار المترتبة على مخالفة النظام العام في هذه المسألة؟

ولحل هذه الإشكالية رأينا تقسيم الخطة إلى مبحثين؛ الأول خصصناه لضوابط نسب المولود ثمرة التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، والثاني تناولنا فيه فكرةإعمال النظام العام في مسألة نسب المولود ثمرة التلقيح الاصطناعي، وقد اتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي والاستقرائي للنصوص والأحكام المنظمة للمسألة محل البحث، مع الاستعانة ببعض المناهج الأخرى كالمنهج المقارن في مواضع تقتضي ذلك.

المبحث الأول: ضوابط نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

نظرا لحاجة المجتمع الجزائري لمواكبة التطورات العلمية الحاصلة في العصر الحالي في مجال الإنجاب، والمتمثل في المساعدة الطبية –التلقيحالاصطناعي– لما فيها من منفعة خاصة وأخرى عامة من جهة، وحاجته لحفظ النظام العام في مجال النسب من جهة أخرى، وجد المشرع الجزائري نفسه مضطرا لمسايرة هذه التطورات مع وضع ضوابط تحكمها إلى جانب ضوابط النسب العامة المتعلقة بالإنجاب الطبيعي المقررة سابقا.

سنحاول من خلال هذا المبحث توضيح الضوابط العامة للنسب في المطلب الأول، وتوضيح الضوابط الخاصة بعملية التلقيح الاصطناعي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الضوابط العامة للنسب

حدد المشرع الجزائري ضوابط النسب العامة من خلال المواد من **41 إلى 43 من قانون الأسرة،** وتتمثل في: توفر شرط الزواج، وإمكان الاتصال (الفرع الأول)، وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة، وأن تأتي به مابين أقل وأقصى مدة حمل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: توفر شرط الزواج مع إمكانية الاتصال

أولا: توفر شرط الزواج

يعمل القضاء بمبدأ التيسير في إثبات النسب، والاحتياط في نفيه إذا تعلق الأمر بزواج وإن كان عرفيا مادام مستكملا لأركانه وشروطه، وحتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة ونكاح الشبهة طبقا لقاعدة إحياء الولد، وبالمقابل يعمل بمبدأ سد الذرائع إذا تعلق الأمر بعلاقة غير شرعية حفظا للأنساب، ومنعا

لانتشار العلاقات المحرمة والتهاون في حماية الأعراض، الأمر الذي يؤدي إلى فساد المجتمع والإخلال بنظامه العام وآدابه العامة، كما لو كان زواج عرفي غير ثابت لاحتمال كونه غطاء لعلاقة غير شرعية نتج عنها، ونفس الأمر إذا ثبت أنه علاقة غير شرعية لوجود اعتراف أو حكم جزائي.[1]

وجاء في نص **المادة 40 من قانون الأسرة** كذلك أن النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول ثابت، ويرتب آثاره القانونية مراعاة لمصلحة الولد، إلا أنه لا يثبت نسبه قبل الدخول لاعتباره في حكم الزنا.

ثانيا: **إمكانية الاتصال**

ويكون ذلك بتحقق بلوغ الزوج وعدم وجود المانع، كالعقم والعيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل، ولا من العقيم أو من كان فيه أحد العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، فهذا قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، مع وجوب الأخذ بعين الاعتبار أن العقم تقلصت صوره في عصرنا بسبب التطور العلمي في مجال الإنجاب، إضافة إلى هذا يشترط إمكان التلاقي بين الزوجين، فإن العقد لا يكفي لإثبات النسب إلى الزوج، إذ لابد فيه من الدخول أو الخلوة.

وعليه فإن للزوج حق نفي نسب الولد إذا وضعته زوجته لأكثر من أقصى مدة حمل من تاريخ غيبته عنها وثبت عدم تلاقيهما[2]، مع عدم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فإذا لم ينفه بأحد الطرق المشروعة أو سكت عن ذلك ثبت نسبه إليه.

فالعبرة بتلاقي الزوجين هو تلاقي بويضة الزوجة بنطفة الزوج، سواء حدث هذا التلاقي عن طريق الاتصال الجنسي، أو عن طريق التلقيح الاصطناعي، ويوحي مصطلح الاتصال بتكرار يصاحب كل مولود وليس المولود الأول فقط.[3]

الفرع الثاني: عدم نفي الولد وأن يوضع بين أدنى وأقصى مدة للحمل

أولا: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

المشرع ترك الباب مفتوحا لاجتهاد القاضي في اختيار الوسيلة المناسبة التي تقتضيها مسألة نفي النسب، سواء بثبوت حالة زنا بإحدى الأدلة المذكورة في م 341 من ق ع،[1] أو بحكم قضائي، أو شهادة

---

[1]– انظر: العشي نوارة، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر1، العدد31، ج2، 2017، ص272 إلى303.

[2]– انظر:– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2015، طبعة 2، ص630.– عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016، ص90. – بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2007، ص28،13.

[3]– انظر: عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، المرجع السابق، ص109، 192.

أربعة شهود، أو عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين لمدة تزيد عن أقصى مدة الحمل المنصوص عليها قانونا وهي عشرة أشهر، مع ثبوت عدم القيام بعملية التلقيح الاصطناعي، أو ثبوت عقم الزوج يقينا مع استحالة إنجابه بأي طريقة كانت، فإذا لم يوجد أحد هذه الأدلة كان للزوج الانتقال إلى طريق مشروع آخر لنفي النسب وهو اللعان.

لا يتم اللعان إلا بحكم قضائي صادر عن القضاء، بناء على طلب الزوج الذي تأكد أن الحمل الذي ببطن زوجته أو الولد الذي وضعته ليس من صلبه، وهو ما ورد في سورة النور الآيات من 6 إلى 9وللعان شروط:

1- أن يتم اللعان بناء على دعوى يقيمها الزوج وبواسطة حكم قضائي.

2- قيام الزوجية حقيقة أو حكما قبل انقضاء العدة.

3- أن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغا مسلما.

4- أن لا يتصل الزوج بزوجته بعد استقراره على ملاعنتها.

5- التعجيل من غير تأخير في رفع دعوى اللعان، والمدة حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا، أو العلم بالحمل أو الولادة، مع مراعاة الظروف الخاصة للزوج.[2]

6- أن يظل الولد حيا أثناء اللعان.

7- أن تتم الملاعنة والحكم بالتفريق، فإذا مات أحدهما قبل حصول اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق بينهما وقطع نسب الولد عن أبيه فإن النسب لا ينتفي.

8- لا يجوز اعتماد الشهادة الطبية لنفي النسب، ولا الاعتماد على الشك والظن في اللعان.[3]

1_ الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 1966/06/08 المتعلق بقانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 2016/06/19.

[2]- قرار رقم 76343 في 1990/07/16، سايس جمال، الاجتهادات الجزائرية في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الطبعة الأولى، 2013، ج1، ص507، نقلا عن المجلة القضائية، 1991، عدد3، ص75.

-قرار رقم 172379 في 1997/10/28، سايس جمال، المرجع السابق، ج2، ص930، نقلا عن نشرة القضاء، 1999، عدد54، ص103.

- قرار 296020 في 2002/12/25، سايس جمال، المرجع السابق، ج3، ص1241، نقلا عن المجلة القضائية، 2004، عدد1، ص282.

[3]- انظر: - ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج حلاق محمد صبحي حسن، مكتبة ابن تيمية، مصر، الجزء 3، ص221 الى228.-بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص636 إلى 643. - ديابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص47، 50.

والجدير بالملاحظة أن الزوج يكون معرضا للمتابعة بتهمة القذف تطبيقا لأحكام المادة 296، 298 من قانون العقوبات في حالة امتناعهعن اللعان بعد اتهام زوجته، أما إذا كان الامتناع عن اللعان من الزوجة فإن المادة 341 من قانون العقوبات نصت على أن جريمة الزنا لا تثبت إلا بثلاث وسائل: محضر يحرره أحد رجال الضبط القضائي في حالة التلبس، أو بإقرار في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، أو قرار قضائي، وإلا لا يمكن متابعة الزوجة بتهمة الزنا، أو تفسير نكولها عن اللعان بأنه اعتراف ضمني منها بالزنا.[1]

يترتب على نفي النسب الولد إلى الأب معاملة الولد من باب الاحتياط كأنه ابنه في بعض الأحكام، فلا يصح أن يدعيه غيره، وتثبت حرمة المصاهرة بينهما، وعدم قبول شهادة أحدهما للآخر، لأنه قد يكذِّب نفسه بعد اللعان فتجب عليه عقوبة القذف ويثبت نسب الولد منه، كما يترتب عن اللعان عدم التوارث بينهما.[2]

قد تكون دعوى اللعان لمجرد شكوك أو حقد أو للتحرر من النفقة على الولد، لهذا على القاضي التحقق من أن الزوج متأكد أن زوجته زنت مع شخص آخر، بل ورأى ذلك بعينه ولم يخبره أحد، وأنه متأكد أن هذا الولد ليس من صلبه ولا مجال للشك في ذلك، وعليه أن يوضح للزوج أن لعانه إذا كان لمجرد شكوك فإنه يعرض نفسه للمتابعة الجزائية بجريمة القذف المقررة في قانون العقوبات، وذلك حفظا لنسب المولود ولشرف الزوجة وحماية للنظام العام في المجتمع.

ثانيا: وضع الولد بين أدنى وأقصى مدة للحمل

تتمثل أدنى مدة حمل في ستة أشهر، ولم يحدد المشرع صراحة تاريخ بدء حساب هذه المدة، لكن يفهم من خلال م 40 من قانون الأسرة عندما نص أن النسب يثبت بالزواج الصحيح ...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول أن حساب أدنى مدة الحمل يكون من تاريخ الدخول بالنسبة للزواج الذي تم فسخه، وبما أنه لم يقيد الزواج الصحيح بالدخول فيبدأ حساب هذه المدة من تاريخ العقد متى أمكن الاتصال أو الخلوة بين الزوجين.

وفي حال تخلف شرط المدة الدنيا ينتفي نسب المولود دون حاجة إلى لعان، لاحتمال أن الولد من الزوج بسبب علاقة غير شرعية، أو قد يكون من رجل آخر، وفي الحالتين لا يثبت النسب.

لكن في هذه الحالة أي تخلف المدة الدنيا للحمل هل يتم نفي النسب تلقائيا أم لابد من رفع دعوى من قبل الزوج، إن هذا الشرط يتراوح بين المصلحة العامة التي لا يجوز التنازل عنها من قبل أي كان، والمتعلقة بالنظام العام وهو ما يخول للقاضي أو ضابط الحالة المدنية أن يثيره من تلقاء نفسه، وبين

---

[1]– انظر: مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص32، 33.

[2]– انظر: مخطارية طفياني، المرجع السابق، ص34، 35.

المصلحة الخاصة التي تجيز لمن تقررت له أن يتنازل عنها إن شاء؟ والأصح في هذه المسألة أن رفع دعوى نفي النسب حق للزوج وحده دون غيره.

إن أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة طبقا لما نصت عليه المادتان 42، 43 من قانون الأسرة،وقد اختلف رجال القانون في تفسير تاريخ الانفصال، فمنهم من فسره على أنه تاريخ صدور حكم الطلاق،[1] ومنهم من فسره على أنه تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء،[2] ومنهم من فسره على أنه تاريخ التلفظ بالطلاق،[3] وهذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح لأن نص المادة 49 قانون الأسرة يقصد به الإثبات، وحكم الطلاق هو وسيلة لإثبات وقوع الطلاق، فالطلاق واقع وما لم يوجد فيه نص صريح يلجأ فيه القاضي إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، وعلى هذا الرأي جمهور الفقهاء.[4]

فإذا جاءت المتوفى عنها زوجها أو المطلقة بولد لأكثر من 10 أشهر من تاريخ وفاة زوجها أو انفصالها عنه، لا ينسب ولدها له إلا إذا ادعاه هو أو ورثته في حال موته، حفظا للأنساب التي تعتبر من النظام العام والآداب العامة، وينبغي على القاضي تحري تاريخ وقوع الطلاق قبل الفصل في قضية النسب المطروحة أمامه.

المطلب الثاني: الضوابط الخاصة بعملية التلقيح الاصطناعي

إن مجال الضوابط القانونية اللازمة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي يتسع ويضيق بحسب النظام العام والآداب في كل دولة، ذلك بحسب إدراك التشريعات للضرورات القانونية والأخلاقية والاجتماعية التي يتسم بها التلقيح الاصطناعي، وعليه فإن مجال الشروط يتسع في المجتمعات المحافظة ويضيق مداه في التشريعات المتحررة.

---

[1]– انظر: –بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص634. – ديابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص33.

[2]– انظر: –تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة (من منظور الفقه والتشريع والقضاء)، دار نشر ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص53، 54.– داودي عبد القادر، أحكام الأسرة (بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري)، دار البصائر للنشر والتوزيع، حسين داي، الجزائر،2010، ص 253، 254.

[3]– انظر: – لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، دار ابن مرابط، ط1، 2009، ص80، 81. – المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص40.

[4]– انظر: –ابن قدامة المقدسي موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد الدمشقي الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن محسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ج11، 1997، ص234، 235. – سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت، مجلد5، ص125 إلى 128.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه أجاز عملية التلقيح الاصطناعي ووضع لها ضوابط في المادة45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة، وهذه الضوابط منها ما يتعلق بصفة الزواج وأخرى تتعلق بحال الزوجين وفيها ما يرتبط بعدم تدخل طرف ثالث.

الفرع الأول: ضوابط متعلقة بالزواج وحال الزوجين

أولا: أن يكون الزواج شرعياومسجلا:

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بعقد زواج شرعي مسجل رسميا وقانونيا أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق، فقد نصت المادة 45 مكررمن قانون الأسرة: "أن يكون الزواج شرعيا" ونصت المادة 371 من قانون الصحة: "تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب،على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا"، وعليه لا يمكن للمتزوجين عرفيا الاستفادة من هذه العملية إلا بعد تثبيت زواجهما بحكم قضائي.[1]ولا يجوز إجراء هذه العملية لرجل وامرأة أجنبيين عن بعضهما، كون المشرع الجزائري لا يعترف بأي أثر تنتجه أي علاقة بين رجل وامرأة إلا في إطار العلاقة الزوجية الشرعية، وإلا اعتبر عملا غير شرعي يعاقب عليه القانون، فعلى الأطباء أو المراكز التي تقوم بهذه العملية التحقق من وجود وثيقة تثبتالزواج الشرعي بين المتقدمين لإجراء هذه العملية.[2]

ثانيا: ضوابط تتعلق بحال الزوجين

أ- أن يكون التلقيح برضا الزوجين

يجب على المركز الذي يقوم بعملية التلقيح الاصطناعي التأكد من رضا الطرفين قبل إجراء العملية، ويشترط في الرضا أن يكون متبصرا وحرا ومشروعا خاليا من العيوب.[3]وأضافت المادة 371 أن يكون التعبير عن هذا الرضا بشكل كتابي.

فإذا تواطأت الزوجة مع الطبيب دون موافقة الزوج وجب تحديد مسؤولية الطبيب الذي تولى العملية وجزاؤه القانوني لإقدامه على هذا التصرف مع متابعة الزوجة على ذلك، وإن كان الزوج هو المتواطِأ مع الطبيب فللزوجة أن تتابع هذا الأخير جزائيا كفاعل أصلي بتهمة اقتراف جريمة هتك العرض

---

[1]- انظر: بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014، ص8.

2- انظر: -يعيش تمام أمال، أقوجيل نبيلة، ضوابط التلقيح الاصطناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد4، 2007، ص 106.- النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011، ص112.

3- بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص10.

بالقوة، ومتابعة الزوج كشريك في هذا الجرم، لأن الكشف عن عورتها والمساس بجسدها يعتبر خدشا بحيائها واعتداءا على عرضها وحرمتها.[1]

ب- أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين

يشترط لإتمام عملية التلقيح التأكد من حياة الزوجين لأن موت أحدهما يعني أن العلاقة الزوجية بينهما قد انتهت، ولا يجوز اللجوء إلى بنوك النطف المجمدة، وما قد يترتب عنها من اختلاط الأنساب، فلا يجوز أن تلقح المرأة بنطف زوجها المتوفى تلقيحا صناعيا أثناء العدة أو بعدها، لأن ذلك يعتبر خارج أطر العلاقة الزوجية التي انتهت من تاريخ وفاة الزوج.[2]

الفرع الثاني: عدم تدخل طرف ثالث في عملية التلقيح

أولا: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

وهذا الحكم نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة صراحة، وأكدته المادة 371من قانون الصحة، وعليه يجب أن تكون عملية التلقيح الاصطناعي إما بأخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة وتلقيحها خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وإما بأخذ نطفة الزوج وحقنها في الموضع المناسب من مهبل الزوجة أو رحمها تلقيحا داخليا، علما أن مخالفة هذا الشرط بعلم وقصد لا يثبت به النسب ويعتبر في حكم الزنا ويعاقب عليه القانون، أما في حالة الخطأ الفني من الجهة الطبية فإن الأمر له أحكام أخرى.[3]

ثانيا: لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة

المشرع الجزائري منع الاستعانة بالأم البديلة نص على ذلك في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "لايجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة" ومنعه كذلك في قانون الصحة الجديد،والأم البديلة هي طرف ثالث في عملية التلقيح الاصطناعي تقوم باحتضان البويضة الملقحة لأحد الزوجين لتحملها في رحمها ثم تقوم بتقديم المولود لهما بعد ذلك[4]، وهذا التصرف ممنوع تحت طائلة العقاب إذ يمكن متابعة الفاعلين جزائيا، وكل من قدم وساطة أو مساعدة طبية عليه.

والجدير بالذكر بعد بيان شروط التلقيح الاصطناعي أن المشرع الجزائري أغفل لسنوات بيان الجزاء المترتب على تخلف هذه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بعد تعديله بموجب الأمر 05-02 سنة 2005، رغم أن التفكير في الآثار المترتبة عن تخلف هذه الشروط لا يقل أهمية عن وضعها، كونها أداة ردع وضمان لاحترام هذه الضوابط، لكنه تدارك الوضع في قانون الصحة الجديد سنة

1- إقروفة زوبيدة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص115.

2- انظر: -ديابي باديس، المرجع السابق، ص27. - النحوي سليمان، المرجع السابق، ص114.

3- انظر: - بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص15.- يعيش تمام أمال، أوقجيل نبيلة، المرجع السابق، ص107.

4- ديابي باديس، المرجع السابق، ص31.

2018، حيث نص فيالمادة 434على أن من يخالف أحكام المادة 371 منه والمتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب يعاقب بالحبس من خمس5 سنوات إلى عشر10 سنوات، وبغرامة من 500.000دج إلى 1000.000دج

المبحث الثاني: إعمال النظام العام في مسألة نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي

إذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي وفق الشروط القانونية المحددة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة، فإن المولود الناتج عن هذه العملية في هذه الحالة يستفيد من قرينة الأبوة، ولو أن ذلك تم بتدخل طبي، وبالتالي يثبت النسب شرعا وقانونا طالما كان في إطار الضوابط المحددة له.[1] لكن ماذا يترتب على تخلف إحدى هذه الضوابط؟ (المطلب الأول)، هذا ويحدث أن نكون بصدد تنازع القوانين في حال الزواج المختلط، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، فما هو القانون الذي ينبغي على القاضي تحكيمه لحل النزاع في مثل هذه الحالة؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعمال النظام العام الداخلي في مسألة نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي

مع العلم أن غياب الرضا في عملية التلقيح الاصطناعي رغم اعتباره ضروريا إلا أنه لا يؤثر على نسب المولود، مادامت شروط ثبوت النسب متوفرة، سواء أرغمت الزوجة على عملية التلقيح الاصطناعي، أو أرغم الزوج عليها، كأن يحتال عليه من قبل الزوجة والطبيب، فإنه لا يمكن إبطال النسب لغياب الرضا، ولا يجوز للزوج إنكار نسب الطفل الناتج عن عملية تلقيح الاصطناعي بدون رضاه، مادامت شروط النسب متوفرة فإن المولود نتج عن تلقيح بويضة الزوجة بمنيه هو لا غيره، وفي حال قيام الزوجية بينهما.[2]

في المقابل هناك شروطإذا تمت مخالفتها حكم القاضي بنفي النسب وعدم شرعيته حفظا للنظام العام كأن يكون التلقيح بدون زواج شرعي أو بعد انحلال العلاقة الزوجية أو يكون التلقيح بمني رجل أجنبي أو باللجوء للأم البديلة.

الفرع الأول: حالة التلقيح بعد انحلال الرابطة الزوجية أو بغير ماء الزوج

يكون التلقيح بعد انحلال الرابطة الزوجية إما عن طريق زرع اللقيحة المجمدة، أو تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها المجمد بعد وفاته أو طلاقها منه، ويولد المولود إما أثناء الفترة المقررة قانونا (10

---

[1]– انظر: –بغدالي الجيلالي، ص 79. – مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، عدد1، 2016، ص 116.– مخطارية طفياني، المرجع السابق، ص83، 84.

[2]– انظر: –إقروفة زوبيدة، المرجع السابق، ص114، 115. –سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر –1–، كلية الحقوق، 2013، ص96. –عمران عائشة، المرجع السابق، ص334، 335.

أشهر)أو بعدها،اختلف الفقه إلى اتجاهين، منهم من ميز بين ولادته لأكثر من 10 أشهر من يوم الوفاة أو الطلاق، فلا يثبت نسبه من والده ولا ميراث له، أما إذا ولد خلال 10 أشهر من يوم الوفاة أو الطلاق يثبت نسبه بعد الوفاة، أما بعد الطلاق يتوقف نسبه على إقرار والده به،[1] أما الاتجاه الثاني وهو الرأي الراجح في نظرنا، فيقول بأن الولد يلحق بالزوجة دون غيرها في جميع الحالات لأن المشرع منع ذلك،[2]لانتفاء العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق البائن.[3]

بالنسبة للتلقيح بغير ماء الزوج فإن المشرع الجزائري اشترط أن تكون عملية التلقيح الاصطناعي بماء الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، مما يعني أن الطفل في هذه الحالة لا ينسب لصاحب الفراش أي الزوج ولا ينسب كذلك لصاحب المني، والمادة 4 منقانون الأسرة تنص على المحافظة على الأنساب، بمعنى أن المشرع الجزائري يمنع كل فعل من شأنه أن يخل بمسألة النسب.[4]

فالتلقيح بغير ماء الزوج يتشابه مع الزنا، ولا يثبت به النسب الشرعي، لأن نتيجتهما واحدة وهي اختلاط الأنساب، والولد الناتج عن هذه العملية يعتبر ولدا غير شرعي دون أن يعتبر هذا الفعل زنا حقيقة، أما إذا كان التلقيح بغير مني الزوج ودون علمه، نسب إليه المولود بحكم الفراش، أما إذا كان يعلم فلا ينسب إليه عقابا له لإقراره صورة مشابهة للزنا بامرأته، قطعا لدابر الفساد وسدا للذرائع، لأنه قد يجر الزوج لدفع زوجته للزنا الحقيقي للحصول على الذرية إذا كان عقيما،[5] إضافة إلى ما فيه من تلاعب بالأنساب.

وقرر المشرع جزاء لمخالفته هذا المنع، ووضع نصالتجريم هذه الحالات حماية لمصلحة الطفل والمجتمع، وبالتالي الحفاظ على النظام العام والآداب، في المادة 434 من قانون الصحة، وبالمقابل نجد أن القانون الليبي جرم التلقيح الاصطناعي إذا كان من غير ماء زوج المرأة في المادة 304/أ، ب من قانون العقوبات.[6]

---

[1]– سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي، المرجع السابق، ص191، 203.

[2]– بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص81.

[3]– ديابي باديس، المرجع السابق، ص27.

[4]– بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص 83.

[5]– انظر: – مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 116، 117. – مخطارية طفياني، المرجع السابق، ص84، 85. ديابي باديس، المرجع السابق، ص29.

[6]– **م403 ق ع الليبي:** "كل من لقَّح امرأة تلقيحًا صناعيًا بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات.وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها. وتزاد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم.

تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحًا صناعياً أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيًا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات .ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير."

الفرع الثاني: حالة الاستعانة بالأم البديلة

إذا كانت الأم البديلة أجنبية ذات زوج، فإنه ينسب لزوجها لولادته على فراشه، وله نفيه بالطرق المشروعة وفق ما تقرره المادة 41 من قانون الأسرة، أما إذا كانت غير متزوجة فيصعب القول، فإما أن يأخذ المولود حكم اللقيط، أو يلحق بوالده البيولوجي تخريجا على بعض أهل العلم بنسب ولد الزنا، لأن إجارة الرحم وإن كانت محرمة لأنها في معنى الزنا إلا أنها لا تصل درجته.

لكن المشرع الجزائري لم يعترف لولد الزنا بالنسب أصلا، وبالتالي يكون الولد ثمرة إجارة الرحم من أم بديلة غير الزوجة وفق قواعد النسب في القانون الجزائري محروم النسب من جهة الأبوة،[1]حيث يكون النسب منتفيا لعدم توفر الشرط الأساسي لإثبات البنوة وهو الزوجية، كون صاحبة الرحم أجنبية[2].

وفي حالة كون المرأة التي قامت بعملية الحمل (الأم البديلة) زوجة ثانية للزوج، فيثبت نسب الولد إليه من الناحية الشرعية مع العلم أن القانون الجزائري منع المعاملة بالبويضات حتى بين الزوجات الضراتفي المادة 374 من قانون الصحة،أما بالنسبة لنسبه إلى الأم، فبناءا على الحكم بالظاهر فإن الأم هي التي ولدت الولد، فينسب إلى الأم البديلة، وهذا في حد ذاته معاملة بنقيض المقصود حتى لا تكون وسيلة إلى القيام بهذا الفعل الذي تحرمه الشريعة الإسلامية.

فالأمومة تثبت بالولادة، وإذا ثبت نسبه إلى أمه لا يمكنه نفيه بعد ذلك، نصت المادة 321 قانون العقوبات أن: "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته"،والحقيقة الظاهرة أن الأمهي التي حملت ووضعت، وكل من أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، يعتبر مرتكبا لجريمة يعاقب عليها القانون.[3]

المطلب الثاني: إعمال النظام العام على تنازع القوانين في نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي

طبقا لقواعد الإسناد لقانون القاضي، قد يحدث أن يكون الاختصاص لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي للقانون الأجنبي، بوصفه القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، كما قد يحدث أن يكون هذا القانون الأجنبي المختص وفقا لقانون القاضي مخالفا للمبادئ القانونية الأساسية

---

[1]– انظر: –بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص85.– بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، ص174، 175. –مخطارية طفياني، المرجع السابق، ص91.

[2]– إقروفة زوبيدة، التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص119، 120.

[3]– انظر: –مخطارية طفياني، المرجع السابق، ص89، 90. – بلباهي سعيدة، ص174، 175.

لدولة القاضي، ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام والآداب العامة، وتطبيق قانون دولة القاضي محله، وهو ما استقرت عليه معظم التشريعات في العالم.

إن قواعد التنازع المتعلقة بالنسب تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لذلك جعلها الفقهاء تخضع لقانون الجنسية، إذ ليس في تطبيق القانون أي صعوبة إذا اتحدت جنسية أطراف العلاقة، لأن النسب يخضع لقانون الجنسية المشتركة، لكن الصعوبة تظهر عند اختلاف جنسيتهم، مما يتطلب تحديد قانون الطرف الذي يعتد بجنسيته، فهل يعتد بقانون جنسية الزوج أم الزوجة أم الابن؟ ذلك بالإضافة إلى ضبط الوقت الذي يعتد فيه بالجنسية.[1]

فيثور الدفع بالنظام العام نظرا لاختلاف القواعد المنظمة للنسب، خاصة عندما يتعلق الأمر بالبنوة الطبيعية، فنجد أغلب الدول العربية لا تعترف إلا بالبنوة الشرعية، في حين نجد أغلب القوانين الغربية المشبعة بمبادئ الحرية والمساواة تعترف بالبنوة الطبيعية، والتي أصبحت تحتل مكانة هامة في مجتمعها، فتعترف للطفل غير شرعي بنفس حقوق الطفل الشرعي، وهو ما سنحاول التطرق إليه.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسبالشرعي

النسب الشرعي هو انتساب الولد لأبوين تربط بينهما علاقة شرعية، تتمثل في الزواج.[2]

لقد تباينت مواقف الدول في تعيين القانون الذي يحكم النسب، فبالنسبة للمشرع الجزائري نجد أنه نص صراحة في المادة 13 مكرر من القانون المدني[3] على أنه: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت الميلاد.

وفي حال وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة." فالمعيار هنا هو جنسية الأب وقت الميلاد أوالوفاة.

---

[1]– انظر: – زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، قانون دولي خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011، ص93.– الحديثي علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2013، ص 188، 189. –الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين –تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية– دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، الطبعة 2، 2013، ص182، 183.

[2]– الحديثي علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص189. –المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص146.

[3]– الأمر رقم 75–58 مؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–07 مؤرخ في 2007/05/13.

في حين نجد أن المشرع الفرنسي نص في المادة 311_18 من القانون المدني[1]على أن: "البنوة يرعاها القانون الشخصي للأم يوم ولادة الولد، إذا كانت الأم غير معروفة، فالقانون الشخصي للولد."

فالأصل هنا أن النسب يخضع لقانون جنسية الأم، أما في حال كانت الأم مجهولة يخضع النسب إلى قانون جنسية الولد، استثناءا نجد أن المشرع الفرنسي نص في المادة 311_15 من نفس القانون على ما يلي: "غير أنه إذا كان ((للولد وأبيه وأمه أو أحدهم)) إقامتهم المعتادة في فرنسا، مجتمعين أو منفصلين، فإن حيازة النسب تنتج كل الآثار التي تنشا عنها وفقا للقانون الفرنسي، حتى ولو كانت سائر عناصر البنوة يمكن أن ترتبط بقانون أجنبي." من خلال هذه المادة يبرز المشرع الفرنسي حفاظه على النظام العام في مسألة النسب داخل بلده، فاستبعد تطبيق أي قانون آخر غير القانون الفرنسي على المواطنين الفرنسيين في مسألة النسب.

ويتجلى الحفاظ على النظام العام في مسألة النسب كذلك في التشريع الجزائري من خلال المادة 221 قانون الأسرة التي تنص:" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني." كون أغلب أحكام قانون الأسرة تعتبر من النظام العام والآداب العامة، وكذلك المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة."

فالقانون الجزائري وحده الذي يطبق على المواطنين الذين يحملون الجنسية الجزائرية أو المقيمين بالجزائر، وللقاضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حال مخالفته للنظام العام والآداب العامة، في الجزائر وتطبيق القانون الجزائري.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي

النسب الطبيعي هو انتساب الولد لأحد والديه، دون أن تقوم بين الوالدين علاقة شرعية عن طريق الزواج.[2]

أغلب التشريعات العربية تتحفظ في هذه المسألة، خاصة إذا كان الولد غير الشرعي منحدرا من زنا، لذلك لا تجيز إثبات البنوة الطبيعية للوالد حتى لو أجازها قانون جنسية والده، وبالتالي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم هذه المسألة لتعارضه مع نظامها العام.[1]

---

[1]–قانون رقم 72–73 مؤرخ في 03 يناير 1972، المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

[2]– الحديثي علي خليل إسماعيل، المرجع السابق، ص192. –المصري محمد وليد، المرجع السابق، ص147.

وبالمقابل نجد بعض تشريعات الدول الغربية تعترف بالنسب الطبيعي، من بينها المشرع الفرنسي في المادة 327 من القانون المدني الفرنسي[2] التي تنص على أنه: "يمكن إعلان الأبوة خارج الزواج قضائيا"، كما تجيز بعض تشريعات هذه الدول تصحيح النسب بالزواج ليصبح الولد غير الشرعي ابنا شرعيا.[3] فأي قانون يخضع له النسب الطبيعي؟.

يميل جانب من الفقه والقضاء إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الولد، في حين يرى جانب آخر تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه أما أو أبا، باعتبار أن المقصود من البنوة الطبيعية هو نسب الولد بوالده قانونا، لما يترتب عنه من التزامات على عاتق المنتسب إليه، فبشكل عام تخضع مسألة النسب الطبيعي إلى قانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين.[4]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيثبت نسب الولد الطبيعي لوالدته فقط، سواء كان الأب معروفا أو مجهولا، إضافة إلى أن المشرع لم يتناول القانون الواجب التطبيق على البنوة الطبيعية، كما لا يمكن إخضاعه لأحكام المادة 13 مكرر من القانون المدني، ذلك لعدم اعتراف المشرع الجزائري بالأسرة الطبيعية خارج الزواج، وبالتالي لا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج لعدم وجود حقوق مكتسبة أصلا.[5]

وبالرجوع إلى المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني نجد أنها تنص على الأتي: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين." وبالرجوع للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص نجد اختلافا فقهيا وقضائيا في هذه المسألة كما سبق توضيحه، وعلى الرأي الراجح من أقوالهم يأخذ بقانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه ما لم يكن مخالفا للنظام العام في الجزائر، أما إذا كان أحد الأطراف جزائري الجنسية أو مقيما في الجزائر فإنه يطبق القانون الجزائري طبقا لنص المادة 221 من قانون الأسرة.

وقضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23/04/ 1991 كما يلي: "وحيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين.

هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها وقد ثبت القرار في حيثياته أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة (قانونية) بين الطرفين وقبل زواجهما، وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي

---

[1]– الحديثي علي خليل إسماعيل، المرجع السابق، ص193.

2– قانون رقم 93– 22 مؤرخ في 08 يناير 1993، المتعلق بالقانون المدني الفرنسي،مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

[3]– الداودي غالب علي، المرجع السابق، ص185.

[4]– الحديثي علي خليل إسماعيل، المرجع السابق، ص193. –أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019، ص469.

[5]– أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص469.

يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء."[1]

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي

إن نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي في حالة وجود عنصر أجنبي ومع توفرالشروط المنصوص عليها في القانون الجزائري لا تطرح إشكالا، لكنإذا ثبت أمام القاضي الجزائري أن هذه العملية تمت دون الالتزام بالضوابط الشرعية فإنه يحكم بعدم ثبوت هذا النسب.

فإذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي في إطار علاقة غير شرعية، أو بعد انحلال الرابطة الزوجية إما بوفاة أو بطلاق، أو مع استخدام أم بديلة أو مني شخص متبرع غير الزوج، حكم القضاء الوطنيبعدم ثبوت نسب الولد للطرف الراغب في الأبوة رغممموافقته على هذه العملية ويتماستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يقضي بثبوت النسب إلى الوالد في مثل هذه الحالات، وتطبيق القانون الجزائري حفظا للنظام العام والآداب العامة، وفق ما هو مقرر في المادة 24 من القانون المدني الجزائري، والقضاء بثبوت نسب الولد لأمه فقط.

في المقابل فإن المشرع الفرنسي يجيز عملية التلقيح الاصطناعي خارج إطار علاقة شرعية –زواج–، أو بتدخل شخص ثالث، وهو ما يتجلى في المواد 311–19 و311–20 من القانون المدني الفرنسي رقم 94–653[2]، وفي حال القيام بعملية التلقيح الاصطناعي في الحالات المذكورة، يلزم المشرع الفرنسي من وافق على الإنجاب بالمساعدة الطبية بمسؤوليته اتجاه الأم والولد، حتى مع إنكاره الولد بعد ذلك، بل والأكثر من ذلك يعتبر المشرع الفرنسي نسب الولد إليه مسألة من النظام العام.

هذا ويستبعد المشرع الفرنسي استنادا للمادة 311–15 من القانون المدني الفرنسي رقم 72–73 السابق الذكر أي قانون أجنبي مختص ينفي نسب الولد من الأب، طالما كان أحد أطراف الدعوى مقيما في فرنسا أو يحمل جنسيتها.

خاتمة:

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، لما فيه من منافع تخدم الزوجين والمجتمع ككل، وقيد اللجوء إلى هذا النوع من التناسل بضوابط خاصة، درءا للمفاسد

---

[1]– قرار غير منشور، مقتبس من: زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص96، نقلا عن عليلوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، ج1، 2006، ص169، 170.

2– قانون رقم 94– 653 مؤرخ في 29 يوليو 1994، المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

والمخاطر التي قد تنجر عنه والتي تمس بمسألة النسب، كما أنه استبعد كل قانون أجنبي مختص مخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر وطبق القانون الجزائري بدلا عنه، وحكم بعدم ثبوت النسب إلى الوالد في بعض الحالات.

كما أن المشرع الجزائري استدرك الفراغ القانوني المتعلق بجزاء كل من يخالف الضوابط التي شرعها في عملية التلقيح الاصطناعي، حيث وضع عقوبة متمثلة في الحبس والغرامة المالية بموجب المادة 434 من قانون الصحةذلك أن نسب الولد ثمرة هذه العملية يتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

وحسن ما فعل المشرع عندما قام بالعمل على وضع جزاءات رادعة لمخالفة الضوابط اللازمة في عملية التلقيح الاصطناعي ضمانا لاحترامها،لأن عدم ثبوت نسب الولد لوالده لا يمكن أن يكون وحده حلا كافيا لمشكلة تزايد عدد الأطفال الذين لا ينسبون إلى والديهم في المستقبل.

قائمةالمصادر والمراجع

أولا / قائمةالمصادر:

أ-النصوص القانونية:

1-الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 1966/06/08 المتعلق بقانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 2016/06/19.

2- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 مؤرخ في 2007/05/13.

3-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1984/06/12، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

4- قانون رقم 11-18 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46، بتاريخ 29 يوليو 2018.

5- قانون رقم 72-73 مؤرخ في 03 يناير 1972، المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

6- قانون رقم 93- 22 مؤرخ في 08 يناير 1993،المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

7- قانون رقم 94- 653 مؤرخ في 29 يوليو 1994، المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، مترجم بالعربية، دالوز، 2009 للطبعة الفرنسية، ترجمة جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت،2012 للطبعة العربية دالوز.

ثانيا /قائمة المراجع:

أ-الكتب:

1-ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج حلاق محمد صبحي حسن، مكتبة ابن تيمية، مصر، الجزء 3.

2–ابن قدامة المقدسي موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد الدمشقي الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن محسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3،دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، 1997.

3–إقروفة زوبيدة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

4–الحديثي علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2013.

5–الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين –تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية–دراسة مقارنة،الطبعة 2، دار الثقافة، الأردن، 2013،

6– المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

7–المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.

8–أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019.

9–بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري،طبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2015.

10–تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة (من منظور الفقه والتشريع والقضاء)، دار نشر ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011.

11–داودي عبد القادر، أحكام الأسرة (بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، دار البصائر للنشر والتوزيع، حسين داي، الجزائر،2010.

12–ديابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

13– سحنون بن سعيد التنوحي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت.

14–لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط1، دار ابن مرابط، الجزائر، 2009.

15–مخطاريةطفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.

ب–المذكرات والرسائل الجامعية:

1– النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011.

2–بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014.

3–بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015.

4-بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2007.

5-زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، قانون دولي خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011.

6-سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 2013.

7-عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016.

ج-الاجتهاد القضائي:

1- قرار رقم 76343 في 1990/07/16، سايس جمال، الاجتهادات الجزائرية في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك،الطبعة الأولى، 2013، ج1، ص507، نقلا عن المجلة القضائية، 1991، عدد3، ص75.

2-قرار رقم 172379 في 1997/10/28،سايس جمال، الاجتهادات الجزائرية في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ص930، نقلا عن نشرة القضاء، 1999، عدد54، ص103.

3- قرار 296020 في 2002/12/25، سايس جمال، الاجتهادات الجزائرية في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1241، نقلا عن المجلة القضائية، 2004، عدد1، ص282.

د-المقالات:

1- العشي نوارة، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر1، 2017، العدد31، ج2، ص272 إلى303.

2-مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، عدد1، 2016.

3-يعيش تمام أمال، أقوجيل نبيلة، ضوابط التلقيح الاصطناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد4، 2007.