الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف

كلية الحقوق والعلوم السياسية
رقـــــم:.....
رقم:.....

الميـدان: الحقوق و العلوم السياسية
فـرع:قانـــــــــــون خـــاص
التخصص: قانـــــــون الأسـرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــــــــــــي

من إعـــــداد الطالبـــــين:

1- دامـــــــة مربعـــــــي **2- والـــــي صابـــــــــر**

تحت عنـــــــوان

وسائل الإثبات المدنية والعلمية في بعض مسائل الأحوال الشخصية

لجنـــة المناقشـــة:

.....	جامعة المسيلـــــة	رئيســـــــا
الدكتور بقـــة عبد الحفيـــظ	جامعة المسيلـــــة	مشرفا ومقررا
الدكتورة شرفـــة ساميـــة	جامعة المسيلـــــة	مناقشـــــــا

السنة الجامعية:2020/2019

استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: صابر اللقب: والـــي

اسم الأب: رابح اسم ولقب الأم: مليانـي أم السعد

تاريخ الازدياد: 1982/11/22 مكان الازدياد: المســـيلة

رقم الهاتف: 06767524 91

البريد الالكتروني: naniprop350@gmail.com

العنوان الشخصي: حي لاردان بالمسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10,50 الشعبة/التخصص: علوم طبيعية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2000

الليسانس:

تخصص الليسانس: كلاسيك (حقوق) الدفعة/ سنة التخرج: 2005

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2020

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☒ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف:

وظيف عمومي: X قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: مديرية الشمال الفلاحي المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة: متصرف (رئيس مكتب المستخدمين والتكوين)

موظف دائم: X موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

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

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) والي صابر

الصفة: طالب، ~~أستاذ باحث~~، ~~باحث دائم~~ طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 026743379

الصادرة بتاريخ 2018/03/25 عن ~~دائرة~~/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

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

وسائل إثبات الإدارية في مسائل الأحوال الشخصية

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

التاريخ

إمضاء المعني

استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: مرابعي اللقب: دامة

اسم الأب: العمري اسم ولقب الأم: حمامة دامة

تاريخ الازدياد: 1960/07/29 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06.62.11.27.56

البريد الالكتروني: abouhichamdama@gmail.com

العنوان الشخصي: رقم 59 عمارة رقم 09 حي 1321 مسكن المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10,60 الشعبة/التخصص: الآداب والعلوم الإسلامية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا:

الليسانس:

تخصص الليسانس: الحقوق الدفعة/ سنة التخرج: 2010

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج:

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☐ متقاعد: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل: متقاعد

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

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

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) دامة مربعي

الصفة: طالب، ~~أستاذ باحث، باحث دائم~~ طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 102153706

الصادرة بتاريخ 2016/12/01 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

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

وسائل اثبات المدنية في مسائل الأحوال الشخصية

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

التاريخ

إمضاء المعني

قَالَ تَعَالَى بَعْدَ بِسْمِ اَللَّهِ اَلرَّحْمَانِ اَلرَّحِيـــمْ:

(يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ للَّهِ وَ لَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ اَلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا اَلْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اَللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)

النساء- الآية135-

إهـــــداء

إلى روح الوالد الذي طالما يذكرني بمقولته دون كلل أو ملل

(لـو كنت متعلما لجعلت منك عالمـــا).

إلى الوالـدة الكريمة حفظها الله من كل سوء وأطال الله عمرهـــا.

إلى رفيقة الدرب الزوجة الغالية التي أعادت بعث النشاط العلمي

في كياني، كيف لا؟ وهي من توجت بالمرتبة الأولى في الدفعة

الأولى في تاريخ جامعة المسيلة تخصص هندسة مدنيـــــــــة.

إلـى أولادي الأعـــــــــــزاء كل باسمـــــــــــــه.

إلى جميع الأصدقاء والأحبة أهدي هذا العمل المتواضـــــع.

دامـة مربعـي

إهـــــداء

إلى الأم الكريمة الفاضلة التي تستحق مني كل التبجيل والتقدير والتفاني في رد جميلها، الـذي لا يرد ولا يساويه شيء فـي الدنيا .....حفظهـــــــــا الله.

إلـى الأب الذي أتمنى له من كل قلبي الشفاء العاجـل، وأن يخفف عليـه الله محنته التي طالت إنه قريب مجيب.

إلى الزوجـــة التي تقاسمت معـــي مـرَّ الحياة وحلوها وكانت السنـــد في كل مواقفـــــي.

إلـى أبنـــائي الأعزاء الذين افتخر بهم دوما في كل الحياة السعدية، مريم، أيوب، ساجد جعلهـــم الله دوما في المقدمة والتفوق وزينهم أبدا بالشرف والعفة والأدب، وأَنْ يكونـوا من الصالحين المتفقهين في الدين الناهضين بالعلم والمعرفة في سبيل قضايانا العظيمة وأهدافنا الراسخـــة.

إلـى كل إخوتي وأخواتي وأهلي و أقاربي و أحبابـي وأصحابي وزملائـي وأساتذتي ومن له حق علي،أهدي هذا العمل المتواضع لكم جميعا راجيا أن يجعله الله عملا ينتفـع به ومرجعا يقتدى به في مجال البحث العلمي وخاصة قضايا مسائل الأســـــــرة.

والي صابـــر

~شكر وعرفـــــان~

الشكر والحمد لله على توفيقنا في إتمام هذا العمل المتواضع،قال تعالى :"وَمَا تَوْفِيقِـي إِلاَّ بِاللهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَ إِلَيْهِ أُنِيبُ" هود الآية 82، فما من شيء في الأرض ولا في السماء إلا يجري بمشيئته وقدرته سبحانه وتعالى عما يصفون.

ولقوله عليه الصلاة والسلام "من لا يشكر الناس لم يشكر الله"نعم فشكر الناس الذين يمدوننا بالعون ويرشدوننا إلى طريق الخير والنجاة والفلاح بيد أن طريق العلم من أعظم ما قد يشكر فيه و لهذا نتقـــــدم:

بأخلص كلمات الامتنان والعرفان وأصدق معاني التقدير و الاحترام إلى أستاذنا الفاضل المشرف على مذكرتنا الدكتور "بقة عبد الحفيظ " الذي نحيي فيه روح التواضع والمعاملة الجيدة ونفاذ البصيرة وقوة الطموح لبذل كل ما لديه لتحقيق أهدافه طلابه خاصة في ظل جائحة كورونا عافانا الله منها وإياكم ورفع عنا هذا الوباء في اقرب الآجال إنه على كل شيء قدير.

كما نتقدم بعبارات التقدير والاحترام إلى أساتذتنا الكريمة "شرفة سامية"بصفتها مناقشةً لمذكرتنا حيث أننا قبل أن نلمس فيها الرصيد العلمي القانوني والزاد المعرفي لمسنا فيها الخلق الكريم والمعاملة الطيبة، وهذا حال أصحاب العلم والباحثين،

وكذا شكرنا موصول إلى رئيس اللجنة فنقول لهم لكم منا جميعا كل عبارات التقديـــر والاحترام الذي يفوق كل الكلمات.

ونتقدم كذلك بالشكر الخالص والجزيل إلى أساتذتنا ليلى إبراهيم العدواني التي بادرت هي الأخرى بتزويدنا بما لديها من إفادة وزيادة في الجانب المنهجي أو الموضوعي فجزاها الله كل خير، وجزا كل من علمنا حرفا واحدا وأرشدنا إلى الصواب.

ولا ننسى أن نشكر كل أساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية" قسم الحقوق خاصة أساتذة قانون الأسرة الذين تشرفنا بمعرفتهم خلال سنوات الماستر فداموا دوما فـي خدمة العلم والمعرفة والنهوض بالبلاد إلى مصاف الدول المتطورة، فبالعلم تزدهر الأمـــــــم.

ولا ننسى تقديم الشكر لكل زملاء الدراسة الذين تقاسمنا معهم السراء والضراء فكنا إخوة وأسرة واحدة طوال سنوات الدراسة.

إلى كل من مد لنا يد المساعدة من بعيد أو قريب سواء ماديا أو معنويا وأرشدنا إلى المنهـــج الصحيح والمرجع المفيد وبيَّن لنا حدود نهجنا وأسلوب منهجيتنا وأثرانا بالمعلومات التي رسمنا بها الطريـــق فحفظكم الله جميعا أساتذتي الكرام وزملائي الأعزاء وأمدكم بالصحة والعافية ونور دربكم دوما بالعلم والمعرفـــة ورزقنا وإياكم جنة النعيـــــــــم.

لكم جميعا منا أرقى وأعز عبارات التقدير والاحترام

قائمة المختصرات

أولا :باللغة العربية

ق: قانون.

ق م ج: قانون المدني الجزائري.

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق أج: قانون الأسرة الجزائري.

ق ع: قانون العقوبات

ق إ ج: قانون الإجراءات الجزائية

ص : الصفحة.

ص.ص : من الصفحة إلى الصفحة.

ط :طبعة.

د.ط: دون طبعة

د.ن: دار النشر.

د.د.ن: دون دار النشر

س.ج: السنة الجامعية.

س.ن: سنة النشر.

د. س .ن :دون سنة النشر.

د .ب .ن :. دون بلد النشر

ج .ر.ج: الجريدة الرسمية الجزائرية.

ج: الجزء.

ع: العدد.

م: مجلد.

ط: الطبعة

ثانيا :باللغة الفرنسية

Art : article

Ed : édition

P : page

ثالثا : باللغة الإنجليزية

DNA : Deoxyribonucleic acid

مقدمـــــــــة:

أولا: موضوع الدراسة

إن مسائل الأحوال الشخصية هي من أهم ما ترتكز عليه حياة الإنسان كونه عنصرا ذا قيمة شرعيـــة وقانونية له حقوقه وواجباته في ظل أسرة تأسست وفق رابطة زوجية شرعية وصفها العلي القدير بالميثاق الغليظ والتي لها وزنها القانوني في ظل القوانين الوضعية السارية المفعول .

وقد يتنوع ويختلف مركز هذا الشخص في أسرته بكونه أحد الزوجين (زوج أو زوجة) أو أحد الأبناء بكونه (ابنا، أو بنتا، أو فرعا من أصحاب الميراث أو من ذوي الأرحام) أو كان أحد الأبوين (أبا أو أما أو أصلا وإن علا كأن يكون جدا أو جد لجد) وأحيانا يثور النزاع حول القضاء بمناسبة وسائل الإثبات حول قضايا الميراث أو الوصية من طرف أحد الحواشي كالإخوة مطلقا والأعمام وأبنائهم هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قد نكون في نزاع يراد إثباته أمام القضاء حول صفة الولي وأحقيته في الولاية أو الحاضن وأحقيته في الحضانة أو الوصي وأحقيته في الوصية وغيرها من الأحوال التي ذكرتها مختلف كتب الفقه الإسلامي والقانوني في مختلف التشريعات، ولأن الرابطة الزوجية هي العمود الفقري لمسألة الإثبات في الأحوال الشخصية وما قد يترتب عليها من آثار مصاحبة أو مستقبلية ونظرا لأهمية هذه الرابطة العظيمة فقـــــد قال تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا" سورة النساء الآية1.

وقال أيضا " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " سورة الروم الآية 21.

وقد جاءت السنة النبوية حاثة على الدعوة إلى الزواج وعمارة الأرض قال عليه الصلاة والسلام" تزوجوا الودود الولود فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة" .

والناظر في النصوص القرآنية والنبوية التي دعت إلى هذا الميثاق الغليظ وجعلته في قالب منظـــــــم ومحترم عكس ما كان سائدا في العصور الفانية ،حيث كانت هناك روابط زواج بأوجه متعددة وبأساليب مختلفة من حضارة إلى أخرى فنجد صوره متضاربة هنا وهناك حسب تقاليد كل حضارة وعشيرة وقبيلة، ليأتي الإسلام منظما لهذه العلاقة العظيمة حافظا لحقوق الأفراد في الأسر فنجد في كتب الفقه بابا خاصا بالنكاح والقضاء أين نجد مسائل الإثبات وكل ما يرتبط بالحياة الزوجية من يوم الخطبة إلى غاية الميراث وغيره من الآثار اللاحقة.

إن هذه الأسرة قد نظمتها القوانين المعاصرة في كتب وتشريعات وجعل لكل فردا فيها مركزا قانونيا وحقوقا وواجبات وهذا ما سلكه المشرع الجزائري بداية من الدستور ثم القوانين التشريعية لأخرى خاصة قانون الأســـــرة [1]

[1]. قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في:1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية ع15.

ونظرا لما قد يستجد على الأسرة والحالة الشخصية من مشاكل وخروق وتجاوزات من طرف أفرادها أو بسبب خارج عن إرادتهم مما قد يجعل قضايا الأحوال الشخصية عرضة على القضاء للفصل فيها والوصول إلى حلول نهائية أو تعديليه أو تصحيحية، حيث أنه وفي ظل هذه المشاكل والخروق نجد أنه لا بد من إثبات لكل حالة وإقامة الدليل أمام القضاء على كل واقعة مادية تتعلق بالأحوال الشخصية أو أي تصرف قانوني بشأنه، وهذا ما يصطلح على تسميته بوسائل الإثبات أو طرق الإثبات.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجده قد تكلم بصفة عامة على وسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري حسب الأمر رقم :75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975[1] ،حيث تضمن وسائل الإثبات بعد التعديل كما يلي: من المادة 323 إلى المادة 332 الإثبات بالكتابة، من المادة 333 إلى المادة 336 الإثبات بشهادة الشهود من المادة: 337 إلى المادة 340 الإثبات بالقرائن،المادة 341 و 342 الإثبات بالإقرار، من المادة 343 إلى 350 الإثبات باليمين[2] .

هذا ما تضمنه قانون المدني الجزائري حول وسائل الإثبات الموضوعية والتقليدية المتعارف عليها في الوسط القانوني والتي نجمعها في (الكتابة، الإقرار، اليمين، الشهود، القرائن)، كما جاءت بعض الطرق الإجرائية التي تنظم وسائل الإثبات وذلك في **ق إ م إ** [3]مثل الخبرة القضائية المادة 125 إلى145 **ق إ م إ** و كذلك المعاينة من 146 إلى 149 من نفس القانون، أما قانون الأسرة، فقد تطرق إلى وسائل إثبات تتماشى مع قضايا الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 18 حول إثبات عقد الزواج، وكذا المواد من 32 إلى 35 حول النكاح الفاسد والباطل، بعدها جاءت المواد من 40 إلى 45 التي تتكلم على مسألة غاية في الأهمية حيث هي محل عدة دراسات من طرف الباحثين والمتعلقة بمسألة إثبات النسب.

ولكون النيابة العامة صارت طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة حسب المادة 3 مكرر منه فقد اعتبرت المادة 49 المتعلقة بإثبات الطلاق عن طريق حكم قضائي وتسجيل ذلك في الحالة المدنية بسعي من طرف النيابة العامة، وكذا المادة 73 التي تحدثت على طرق إثبات النزاع حول متاع البيت، وفي ظل التطورات العلمية و التكنولوجية والبيولوجية ظهرت هناك العديد من وسائل الإثبات الحديثة والمستجدة مواكبة لتطورات العصر والتي تبنتها الكثير من التشريعات في قوانينها على غرار المشرع الجزائري، من خلال بحثنا الذي شمل الكثير من النقاط فكان شاسعا واسعا مما جعلنا نجد الصعوبة في التحكم فيه والالتزام بما هو متعلق بعنوانه قدر المستطاع، خاصة وأن مسألة الإثبات في مادة الأحوال الشخصية تمتاز بالندرة الهائلة في المراجع حولها ولكن ورغم ذلك سنحاول إسقاط هذه الوسائل في قضايا الأسرة والأحوال الشخصية وفقط.

1 المعدل والمتمم بالقانون رقم:05-10 المؤرخ في: 2005/06/20 ، ج ر ج ،ع 44.

2 القانون 05-10 المؤرخ في 20 /2005/06 ، ج ر ج،ع 44.

3 قانون رقم:08-09 المؤرخ في:2008/02/25 المتضمن ق إ م إ، ج ر ج، ع 21.

ومن ناحية وسائل الإثبات العلمية فإن المشرع الجزائري قد تحدث عنها في قانون الأسرة[1]، من خلال طرحه لذلك في نص المادة 40 التي جاء فيها جوازيه القاضي باللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب والمادة 45 مكرر التي أجازت هي الأخرى التلقيح الاصطناعي وفقا للشروط المحددة فيها، وكذا الإثبات بالبصمة الوراثية ومسألة الاستنساخ التي خلقت ضجة عارمة في الوسط القانوني والفقهي هذا وأن القرائن الطبية من فحص طبي وطب شرعي وتشريح والفحوصات الدموية التي كان لها الدور الكبير في الوصول إلى نتائج مبهرة حول إثبات مسائل الأحوال الشخصية خاصة ما تعلق بالنسب.

كما تطرقنا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وذلك من اجل عرض الجانب الشكلي في الإثبات من خلال الوقائع والإجراءات التي جرى العمل بها أمام الجهات القضائية في إثبات المسائل الشخصية خاصة حول المعاينة والخبرة الطبية لحالات الأسر.

إن أغلب ما تضمنته الدعاوى القضائية من طرف الخصوم المدعي والمدعى عليه حول مسائل الإثبات تتعلق معظمها بحالات إثبات الزواج العرفي واثبات الطلاق، أو إثبات النسب لمجهول الأبوين معا أو لأحدها أو حالة ابن المغتصبة أو الولد اللقيط كما نجد مسائل ظاهرة النزاع حول متاع البيت وطرق إثباته وغيرها من المسائل التي سنعرضها في بحثنا هذا بشكل مفصل.

ثانيا: أهمية الدراسة:

إن ما تشهده المحاكم في وقتنا الحاضر من كثرة القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة وما يتطلبه الكثير منها من إجبارية إقامة الدليل والإثبات أمام القضاء كحالة الزواج العرفي والطلاق العرفي، وكذا النزاع حول متاع البيت وإثبات النسب وغيرها، وبوجود وسائل الإثبات المدنية المعروفة كما هو الشأن في ق م ج ، فقد استلزم الواقع في ظل كثرة هذه المسائل واستحالة إثباتها أحيانا بالطرق التقليدية إلى خلق وسائل علمية وتكنولوجية وبيولوجية تساهم في الإثبات على رأسها البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعـــــي والطب الشرعـــــي وتحاليل الدم وغيرها ولأجل تسليط الضوء على هذا الجانب ارتأينا أن نخوض في الموضوع لأهميته البالغة للفرد والأسرة والمجتمع في ظل الندرة الهائلة حول مثل هذه المسائل.

ثالثا: دوافع اختيار الموضوع:

هناك دوافع ذاتية: تتمثل في رغبتنا الكبيرة من أجل ترك بصمتنا حول هذا الموضوع الذي نعتبره من أهم المسائل التي يحتاج إليها الطالب والباحث في مسائل الأحوال الشخصية من أجل إضافة معلومات مهمة حول وسائل الإثبات وما تشهده المحاكم من ناحية واقعية وقانونية فلعلنا نكون قد وفرنا الكثير من العناء على كل باحث ليجد مختلف الأفكار المتفرقة هنا وهناك مجتمعة جاهزة في مذكرتنا حول مسائل الإثبات في قانون الأسرة.

1 .الأمر 05-02 ، المرجع السابق،المادة40.

2. القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر ج، ع 21.

وهناك دوافع موضوعية. حول القيمة الكبيرة لهذا الموضوع وما فيه من حداثة ومستجدات على الساحة العالمية خاصة في وسائل الإثبات العلمية الحديثة وما تشهده المحاكم من طرح هذه المواضيع بشكل هائل خاصة في الآونة الأخيرة التي عرفت النهوض التشريعي عند مختلف الدول خاصة المتقدمة منها التي لجأت إلى الجانب العلمي في الإثبات بالموازاة مع ما هو معروف في الوسائل التقليدية والمدنية مما جعل المشرع الجزائري يشيد بها ولكن بشكل أقل ما يقال عليه بالضعيف مقارنة بما تصدره الاجتهادات القضائية خاصة على مستوى المحكمة العليا.

رابعا: الصعوبات

في الحقيقة ما خل بحث من صعوبات أثناء إعداده وتكاد أن تكون الصعوبات في مختلف البحوث الجامعية نفسها تقريبا، ومن الصعوبات التي واجهناها نذكر ما يلـــــي.

1- ما شهده العالم وكل البشرية من جائحة كورونا (كوفيد-19) حيث كان عائقا حقيقيا لكل المجالات الحيوية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وجعل كل العالم يقف حائرا مكتوف الأيدي أمام قدرة إلهية خارقة، فبسبب هذا الوباء وحفاظا على الأرواح اتخذت الدولة إجراءات وقائية للقضاء عليه من بينها، خروجنا المبكر من الجامعات وغلق المكتبات مما تسبب في ندرة المراجع وصعب من مهمة الطالب في إعداد بحثه، كما صعب من طريقة التواصل بين الطلبة المعنيين بالمذكرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى طريقة التواصل مع الأستاذ المشرف الذي كان لا يتم إلا عن طريق الإيميل والهاتف وليس التواصل العادي كالتواصل الإلكتروني في مثل هذه المشاريع.

2- كورونا ودائما في نفس الشبح أخمدت فينا الجانب المعنوي وقتلت فينا الإرادة بتأثرها النفسي العميق مما جعلتنا نكافح للوقوف مجددا كل مرة.

3- إن المراجع المتعلقة بالإثبات في مجال الأحوال الشخصية نادرة الوجود، وقليلة وإن وجدت مرجعا فلن يكون لاما جامعا بكافة المواضيع بل إننا تهنا في جمع المعلومات من هنا وهناك لنصل إلى فكرة شاملة ومفيدة.

4- لا نقول ضيق الوقت بل نقول تغير الوقت الحتمي بسبب هذا الوباء فبدلا أن نباشر عملنا في مناخ ملائم وجميل ومناسب باشرناه حتما في حرارة الصيف وكثرة الارتباطات بالعمل ومشاغل الأسرة خاصة عدم الحسبان لمثل هذا الأمر، مع الالتزامات التي قمنا بها مسبقا قبل وقوع هذا الوباء مما جعلنا نكافح للتوفيق بين الأمور.

5- صعوبة الاتصال بالزميل الشريك في البحث وهذا طبعا في ظل توصيات التباعد الجسدي لتفادي انتقال العدوى، فكان الاتصال بيننا قليلا وموجزا وبشكل مقيد جدا.

6- طريقة المناقشة في ظل حتمية الظروف والقوة القاهرة صارت ضيقة ومحصورة مقارنة بما هو معتاد العمل به.

7- تشعب موضوع البحث مما صعب من عملية الإلمام به في مذكرة صغيرة كمذكرة الماستر فنجد أن وسائل الإثبات المدنية فيها العديد مما يقال ويقال ثم نذهب إلى إثبات مسائل الأحوال الشخصية فنجده هو الآخر يتشعب إلى العديد من النقاط وكفى إقناعا ما تشهده الساحة القانونية من بحوث شائكة حول مسألة واحدة ألا وهي إثبات النسب إضافة إلى الوسائل العلمية المستحدثة في الإثبات.

خامسا:دراسات سابقة

من خلال بحثنا والتفحص في مختلف المراجع التي تحصلنا عليها عن طريق نسخ PDF بسبب غلق الجامعات وانعدام الكتب والمراجع بالدعامة الورقية، حيث وجدنا بعض البحوث والدراسات تشمل نقاطا من موضوع بحثنا وتعالج جانبا منه بشكل غير شامل ولم نجد دراسة مطابقة كليا بل كانت نسبية ونذكر منها:

1- التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، الدكتور يوسف مسعودي- مقال- جامعة احمد دراية ، أدرار وهو عبارة عن مقال تكلم فيه الدكتور على مفهوم التلقيح الاصطناعي وكذا شروطه وأساليبه وموقف المشرع الجزائري منه وهذا ما تناولناه في مذكرتنا في الفصل الثاني من المبحث الأول في المطلب الثاني بعنوان التلقيح الاصطناعي.

2- حجية وسائل الإثبات الحديثة، الطالب زروق يوسف- أطروحة دكتوراه- جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2012-2013، لقد تناولت هذه الأطروحة الإثبات ووسائله التقليدية المدنية من ناحية قواعده ومذاهبه وعبئ الإثبات ومحله ، كما أشار بشكل مفصل إلى مسألة الكتابة الالكترونية والتوقيع الإلكتروني وهذا ما تم تناوله في نقاط بحثنا.

3- أثر التطورات البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، الطالب يوسف بن شيخ - أطروحة دكتوراه- جامعة وهران، السنة الجامعية 2015-2016، حيث تناولت هذه الأطروحة مفهوم الإثبات ومبادئه كما ناقشت موضوع الأحوال الشخصية من تعريفات وغيرها ، بعدها تحدث الطالب على الجانب العلمي في وسائل الإثبات من طب شرعي وتقرير طبي إضافة إلى التحاليل الطبية ونظام البصمة الوراثية وغالبية ما جاء في هذه المذكرة قد تناولناه في مذكرتنا في العديد من النقاط وذلك بإضافة المزيد والعديد من المراجع المشابهة.

4- إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري،الطالبة: والعاج امباركة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، حيث تناولت الطالبة في بحثها عدة نقاط مهمة نذكر منها إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، والتلقيح الاصطناعي، والبصمة الوراثية، نظام تحاليل الدم، وموقف المشرع الجزائري منها وقد كانت كل هذه العناصر مدرجة ضمن بحثنا في الفصل الثاني منه.

بالإضافة إلى غيرها من المراجع الأخرى التي اعتمدنا عليها في بحثنا بمختلف أنواعها حيث أن الكتب المعتمدة وحدها قاربت الخمسون عنوانا إضافة إلى المراجع الأخرى.

سادسا: إشكالية الدراسة

لمعالجة هذا الموضوع وجب علينا طرح إشكالية رئيسية وإشكاليـــات فرعيـــــــة.

الإشكالية الرئيسية:

ما هي أبرز وسائـــل الإثبـات المدنيـة والعلمية في بعض مسائـــل الأحـــوال الشخصيـــة ؟

الإشكالات الفرعية:

1_ ما هي وسائل الإثبات المدنية التي نظمها القانون المدني الجزائري حول الإثبـــات؟

2_ ما هي أهم دعاوى الأحوال الشخصية التي يكون الإثبات فيها ضروريا أمام القضاء؟

3_ هل يعتبر نص قانون الأسرة الجزائري في مادته 40 و45 مكرر كافيا في الإثبات بالطرق العلمية ؟

4_ إلى أي مدى تعتبر القرائن الطبية ذات حجية كافية في إثبات النسب في القانون الجزائري؟

سابعا:منهج الدراســـــــــــة:

لقد سلكنا في بحثنا هذا أربعة مناهج و ذلك لأهمية الموضوع وتشعبه وما يتطلبه من وصف وتحليل واستقراء للنصوص القانونية والاجتهادات القضائية ثم المقارنة بينها عند الحاجة .

1- المنهج الوصفي:

لا يكاد أي بحث علمي مهما كان مجاله و خاصة في البحوث القانونية أن يفتقد إلى المنهج الوصفي من ناحية وصفه وحديثه على موضوع البحث و ذلك من خلال ما نجده من جانب نظري بحت حول المفاهيم و التعريفات و الشروط و الأركان و الصور و غيرها مما له علاقة بوصف الموضوع والحديث عن أهم نقاطه وتفاصيله، و قد تناولنا هذا المنهج بشكل كبير في بحثنا من خلال العديد من نقاطه.

2- المنهج التحليلي:

بعد فرز المادة المتاحة التي جمعت من هنا و هناك تم تحليلها للوصول إلى خطة تكون متماشية مع بحثنا فنجد أن تحليل المادة 40 من قانون الأسرة حول مسألة إثبات النسب بالطرق التقليدية وما تحدثت عنه حول أنواع الزواج و كذا اللجوء إلى الطرق العلمية وهذه كحالة من الحالات وما أثارته من جدال فقهي على مستوى المحكمة العليا و الباحثين قد استوجبت منا فعلا التحليل والوقوف على عدة نقاط، كما أن مسألة النزاع حول متاع البيت في المادة 73 ق أ ج جعلنا نثير العديد من النقاط في وسائل الإثبات المعمول بها قانونا وقضاء في مثل هذه الحالة، كما أن المادة 18 إلى 22 ق أ ج جعلت منا حتمية التحليل حول إجراءات تسجيل عقد الزواج و طرق إثباته المتبعة.

3- المنهج الاستقرائي:

إن استعمال هذا المنهج كان من خلال استقراء و دراسة مختلف المواد القانونية التي عالجت مسألة الإثبات في القانون المدني و كذا قانون الأسرة ومحاولة إسقاطها على القضايا المطروحة على القضاء الذي جاء بعدد هائل من الاجتهادات في هذا الشأن استقراء من النصوص القانونية المتوفرة

4- المنهج المقارن:

حيث وقفنا على أهم التشريعات التي تناولت وسائل الإثبات الحديثة و قمنا بمقارنتها مع ما ورد في القوانين الجزائرية من أجل الوقوف على تقصير المشرع والوصول إلى النتيجة والخلاصة حول توفيقه أو تقصيره.

ثامنا:خطة البحث

لقد قمنا بتقسيم بحثنا هذا إلى فصلين أساسين:

حيث سنتناول في **الفصل الأول:** وسائل الإثبات المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية حيث سنتطرق بشكل موجز إلى التعريج على وسائل الإثبات المدنية والتقليدية والتي تتمثل في الكتابة واليمين والبينـــة(شهادة الشهود) والإقرار والقرائن، ثم النظر إلى دعاوى مسائل الأحوال الشخصية المعروضة على القضاء والتي تحتاج إلى إثباتات من أجل الوصول إلى الحقيقة وإصدار أحكاما عادلة تحفظ حقوق الأطراف وقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

مبحث أول تحت عنوان وسائل الإثبات المدنية وتم تقسيمه هو الآخر إلى مطلبين أساسيين، مطلب أول:ماهية الإثبات، ومطلب ثاني :كان تحت عنوان وسائل الإثبات التقليدية (الوسائل المدنية)

أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان دعاوى الأحوال الشخصية قسمناه إلى مطلبين، مطلب أول :تحت عنوان الزواج العرفي والطلاق العرفي حيث تكلمنا على الزواج العرفي ثم على الطلاق العرفي وطرق إثباتهما ومطلب ثاني تحت عنوان آثار الرابطة الزوجية حيث تناولنا فيه مسألة النزاع حول متاع البيت ووسائل إثباته وكذا مسألة إثبات النسب .

أما **الفصل الثاني** من بحثنا فجاء تحت عنوان:وسائل الإثبات العلمية في مسائل الأحوال الشخصية حيث تناولنا فيه مبحثين:

المبحث الأول تحت عنوان البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي هذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين المطلب الأول: البصمة الوراثية ومطلب ثاني التلقيح الاصطناعي.

أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان:القرائن الطبية حيث تناولنا فيه مطلبين ،مطلب أول التقرير الطبي أما المطلب الثاني فكان تحت عنوان تحاليل الدم وأنهينا بحثنا بخاتمة ضمناها أهم النتائج والاقتراحات.

الفصل الأول

وسائل الإثبات المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية

تنقسم طرق وأدلة الإثبات التقليدية في الفقه القانوني إلى عدة تقسيمات بحسب اعتبارات فبحسب طبيعتها نجدها تنقسم إلى نوعين الأولى تسمى طرق إثبات أصلية، والأخرى طرق إثبات احتياطية، وطرق الإثبات الأصلية هي التي تقوم بذاتها في عملية الإثبات دون أن تكون مكملة لطرق أخرى مثل الكتابة، البينة، القرائن القضائية.

وأما الاحتياطيـــــــة فهي التي يلجأ إليها الخصوم عندما يفتقد لأي طريق آخر في الإثبات، وهي اليمين والإقرار إضافة إلى المعاينة والخبرة القضائية التي قد يلجأ إليها القاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية من أجل الوصول إلى الحقيقة وإنصاف الخصوم قدر المستطاع.

كما تقسم بحسب حجيتها إلى طرق إثبات ملزمة وأخرى غير ملزمة، فالطرق الملزمة هي التي حدد القانون مدى حجيتها وألزم بها القاضي ولم يترك أي سلطة في تقديرها، وهي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية، والطرق غير الملزمة فهي البينة (الشهود) والقرائن غير القضائية إذ يتمتع القاضي حيال هذين الطريقين بسلطة في تقديرها، فهو حر في قناعته بشهادة الشهود.

وهناك من الفقهاء من يقسمها إلى نوعين آخرين من حيث ما يجوز إثباته فنجد فيه الطرق المطلقة وهي التي تصح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، وتشمل الكتابة واليمين، والقرائن القضائية،كما نجد الطرق المقيدة وهي التي يجوز قبولها في إثبات بعض الوقائع دون الأخرى، وهي الشهادة والقرائن القانونية، ونجد جانبا آخر من الفقه القانوني يقسمها إلى طرق مباشرة والمتمثلة في الكتابة والشهادة تقابلها من جهة أخرى طرق غير مباشرة وهي ما كانت عن طريق الاستنباط والاستنتاج الفكري كالقرائن، وقد ارتأينا قبل الخوض في وسائل الإثبات أن نعطي لمحة موجزة عن مفهوم الإثبات ومبادئ الإثبات، وكذا عبء الإثبات والحق للأطراف فيه.

المبحث الأول: وسائل الإثبات المدنية(التقليدية)

وقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تحت عنوان الإثبات حيث قمنا بتعريفه وذكر مبادئه من خلال التكلم على المذاهب الثلاثة في الإثبات وهو المذهب المطلق والمقيد والمختلط وبعدها تطرقنا إلى قواعد الإثبات حيث تكلمنا على عبئ الإثبات ومحل الإثبات والحق فيه .

ومطلب ثاني بعنوان وسائل الإثبات المدنية من وسائل مباشرة والتي سبق الإشارة إليها في المقدمة والمتمثلة في الكتابة والإقرار واليمين والوسائل غير المباشرة التي أشير إليها هي الأخرى والمتمثلة في القرائن والشهود والمعاينة والخبرة القضائية.

المطلب الأول:ماهيـــــــة الإثبات

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم الإثبات من خلال تعريفه اللغوي و الاصطلاحي، ثم الإشارة إلى مبادئه و إبراز أهم المذاهب الفقهية التي تناولته كفرع أول،ثم نتناول قواعد الإثبات كفرع ثاني من خلال توضيح محل الإثبات وعبء الإثبات والحق فيه بالنسبة لأطراف الدعوى.

الفرع الأول:مفهوم الإثبات ومبادئه

من خلال هذا الفرع سنعطي تعريفا لغويا واصطلاحيا للإثبات حسب ما تناوله الباحثين، كما سنتطرق إلى مبادئ الإثبات الذي يمتاز بخاصتين مهمتين هما:عامل العدالة واستقرار المعاملات، وذلك من خلال التطرق إلى المذاهب الفقهية الثلاثة التي تبنت مفهوم الإثبات على حسب كل مذهب.

أولا: تعريف الإثبات لغة واصطلاحا

سنتطرق إلى التعريف اللغـــوي للإثبات حسب ما تناولته المعاجم وذلك بالوقـــوف على مصـــدره ومختلف استعمالاته اللغوية كما سنتطرق إلى التعريف الاصطلاحي خاصة من الناحية القانونية كما يلي:

1_ تعريف الإثبات لغة:ثَبَتَ،ثَبَاتاَ و ثُبُوتًا الأمر عنده تحقق و تأكد.ثَبَّتَ: الحق أكده بالبينات.الثَبَتْ جمع أَثْبَاتْ:الثبات {الحجة والبرهان، يقال" لا احكم إلا بثَبَت"}، "الأَثْبَاتْ " ثِقَات القوم، يقال " فلان ثَبَتٌ من الأَثْبات" و هو مجاز على حد قولهم " فلانٌ حُجَّةٌ" إذا كان ثقة في روايته. الإِثْبَات: الإيجاب، ضد السلب والنفي.[1]

2_ تعريف الإثبات اصطلاحا:

سنقتصر على التعريف القانوني للإثبات دون الشرعي ولقد وردت عدة تعريفات للإثبات عند فقهاء القانون وكلها متقاربة في المعنى و نكتفي بالتعريف التالي:

الإثبات هو: إقامة الدليـــــــل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[2].

يتبين لنا من خلال هذه التعريفات أن الإثبات بالمعنى القانوني هو الإثبات القضائي الذي يقوم على أساس الدليل أمام القضاء، وبالطرق التي حددها القانون على واقعة قانونية متنازع عليها، فهو بذلك يتميز عن الإثبات بمعناه

[1] المنجد في اللغة والإعلام، ط 31، منشورات دار المشرق، بيروت، 1991، حرف الثاء،ص 68.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام للإثبات-آثار الالتزام)، ج 2،دار إحياء التراث العربي، بيروت،لبنان ، د س ن، ص 13و14.

العام الذي لا يشترط أن يكون أمام القضاء عكس ما عرفه فقهاء الشريعة، كما لا يكون بطرق محددة،كما أن الإثبات القضائي الذي يعد محور دراستنا حيث أنه ينصب على إثبات الواقعة مصدر الحق.

ثانيا:مبادئ الإثبات

لما كان الغرض من الإثبات القضائي هو السعي لمطابقة الحقيقة القضائية إلى الحقيقة الواقعية كان من اللازم أن تعتني الشرائع بتنظيم الإثبات بواسطة عاملين أساسيين:

- **عامل العدالة:** الذي يؤدي إلى الوصول للحقيقة الواقعية بكل السبل عن طريق حرية القاضي في الإثبات.
- **عامل استقرار التعامل:** الذي يقتضي تقييد القاضي في أدلة محددة في الإثبات .

وعلى ضوء هذين العاملين اختلفت الأنظمة القانونية في تنظيم الإثبات و ظهرت ثلاثة مذاهب هـــــــي:

1- نظام الإثبات الحر والمطلق:

أدلة الإثبات المطلقة أو ما يطلق عليه بمذهب الإثبات الحر أو المطلق، قد أخذت به بعض الأنظمة في بدء تطورها، ولا تزال الشرائع الجرمانية والأنظمة الأنجلوسكسونية تأخذ به إلى حد كبير،كالقانون الأمريكي والانجليزي والقانون السويسري والألماني، وطبقا لهذا المذهب فانا لخصوم أحرار في تقديم أي دليل يرونه صالحا لإقناع القاضي بصحة ما يدعون، وللقاضي فيه دور ايجابي في تحري الحقيقة وإتباع أي طريق من الطرق العادلة ،وكذا كل وسيلة تؤدي إلى قناعته، وله مطلق الحرية في تقدير مدى صحة كل وسيلة إثبات وهذا المذهب يقرب كثيرا بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة[1]، يقوم هذا المذهب ليفسح المجال أمام القاضي فيتحرى الحقيقة بأية وسيلة كانت، ولو بواسطة علمه الشخصي، وقد اصطلح عليها بأدلة الإثبات المطلقة أي يثبت بها جميع أنواع الوقائع القانونية والمقصود بها(الكتابة،الإقرار،واليمين) وقد وجه إلى هذا المذهب انتقاد بأنه مؤسس على افتراض نزاهة القاضي وعدالته، مع أن القاضي مجرد بشر غير معصوم من الخطأ ولا منزه، وأن هذا النظام بعيد أن يؤدي أو يفرض نسق من الاستقرار والثقة في التعامل لأن فيه مجالا واسعا للاختلاف في التقدير من قاضي لآخر ،مما ينعكس على الخصوم أطراف الدعوى فيفقدون الثقة في القضاء[2] ، يرى هذا المذهب أن الإثبات القضائي إقناع لعقل القاضي،والإقناع لا يمكن تقييده بقواعد قانونية بل تقبل لأجله الأدلة والوسائل التي يستطيع الخصوم تقديمها ،وللقاضي حرية تامة في تقدير قيمة كل دليل من أدلة الإثبات وبذلك يصبح الإثبات أمرا نفسانيا أو منطقيا أكثر منه قانونيا [3] ، حيث أنه يتيح للخصوم حرية تقديم الدليل الذي يرونه مناسبا لاقتناع القاضي ولإثبات حقوقهم كما يتركهم أو يضعهم في حيرة من أمرهم تجاه معرفة نوع الدليل الذي يقنع القاضي دون سواه.

---

1 عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 13.

2 بكوش يحي،أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، د س ن، ص16.

3 أدور عبد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ج1،د د ن، د س ن، بيروت، ص 27.

2- نظام الإثبات القانوني أو المقيد:

على عكس المذهب السابق فإن القانون هو من يحدد طرق الإثبات في هذا المذهب وقيمة كل منها فلا يحال لمنح القاضي حرية الاستنباط أو التقصي حول الأدلة، ولا بتكملة نقصها فموقفه سلبي حيث لا يمكنه أن يقضي بعلمه الشخصي،كما أن الخصوم يجبرون على إثبات حقوقهم بوسائل محددة في القانون سلفا.

والواضح أن هذا المذهب يحقق استقرار المعاملات ويبعث الثقة في نفوس المتقاضين، ويمنع التحكـــم والتعسف في تسوية وحل المنازعات إلا انه يعاب عليه غلق السلطة التقديرية للقاضي مما قد يمنعه من تحقيق العدالة، لتباعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فكثيرا ما يكون الحق في صالح أحد الخصوم والقاضي مقتنع بذلك، لكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم تواجد الدليل الذي اشترطه القانون سلفا[1].

3- نظام الإثبات المختلط:

هذا المذهب يجمع بين المذهبين السابقين(الحر والمقيد)، بحيث يأخذ من المذهب الحر في المسائل الجنائية، ففيها يكون للقاضي السلطة الواسعة في التماس وسائل الإقناع من أي دليل يقدم إليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر، وفي المقابل يتقيد إلى حد كبير في المسائل المدنية ومنها مسائل الأحوال الشخصية، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات، وقد أخذ بهذا المذهب التشريع المصري والقانون الفرنسي والقانون الايطالي والبلجيكي،كما أخذ المشرع الجزائري بنظام الإثبات المختلط[2]، وهذا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وكذا قانون الأسرة، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية، فنجد مثلا في المواد 146،141،75،73 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 حيث أعطيت للقاضي السلطة المطلقة في تقدير وسائل الإقناع،كما أن المشرع الجزائري قيد طرائق الحكم في مجموعة من النصوص القانونية، فعلى سبيل المثال نجد الإثبات بالشهادة من القانون المدني في المواد:324 مكرر2، 333، 334، 335، 336 وقانون العقوبات في المادة 223 ومن الجانب الإجرائي نصت المواد من 88 إلى 99 من قانون الإجراءات الجزائية على سماع الشهود، إضافة إلى ذلك أشار ق إ م إ للشهود كوسيلة من وسائل الإثبات (سماع الشهود، حالات عدم قبول الشهادة، تخلف الشهود، التجريح في الشاهد، وتلقي الشهادة) بموجب نصوص المواد من 150 إلى 163 قانون الإجراءات م و إ، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأسرة في المواد 40، و41 حيث تناولت حالة إثبات النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول هذه الوسائل في الإثبات ملزمة للقاضي كما يثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وإمكان الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، إلا

[1] زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، س ج 2013/2012، ص 41.

[2] المرجع نفسه، ص 42.

أن المادة 40 من قانون الأسرة أعطت حالة جوازيه للقاضي وبوسيلة حديثة لإثبات النسب وذلك باللجوء إلى الطرق العلمية[1].

الفرع الثاني: قواعد الإثبات

سنتطرق في هذه النقطة إلى إعطاء لمحة مبسطة حول عبئ الإثبات بين طرفي الدعوى وكذا محل الإثبات أي الوقائع والتصرفات محل الإثبات ثم معرفة لمن له الحق فيه.

أولا: عبء الإثبات

الأصل أن عبئ الإثبات يقع على المدعي كأصل عام لأنه يفترض حسب القاعدة الشهيرة براءة الذمة، فمن يدعي حق في ذمة آخر عليه إثبات الواقعة التي كانت مصدرا لذلك فعلى الزوجة إثبات عدم دفع مبلغ النفقة من طرف المدعى عليه حسب نص المادة 80 من قانون الأسرة "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

ثانيا: محل الإثبات

محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته أو بعبارة أخرى هو السبب المنشئ له وهو الواقعة التي أنشأت هذا الحق و تتنوع الوقائع فإما أن تكون وقائع مادية كالطبيعية (كالوفاة)، والتي ترتب انتقال بعض الحقوق كحق الميراث في حالة وفاة المورث، وكذا واقعة الطلاق التي قد يترتب الحق في التعويض والنفقة والحضانة، وقد تكون تصرفات قانونية بدافع الإرادة لإحداث اثر قانوني معين من جانب واحد كالهبة والوصية، أو من جانبين كعقد الزواج أو الطلاق بالتراضي[2].

ثالثا: الحق في الإثبات

إن الإثبات أمام القضاء واجب وحق، فيكون واجبا وعلى من يدعي حقا ما يكون عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، أما كونه حقا له فعند تمسكه بإثبات واقعة توافرت شروطها كان على القضاء السماح له بإثباتها بكل الأدلة التي يجيزها القانون، وإذا لم يمكنه القاضي من ذلك عد إهدارا لحقه في الإثبات، وهو إخلال بحقه في الدفاع، وبالتالي يكون الحكم مشوبا بالقصور مما يؤدي لنقضه فله الإثبات بالشهود في الأحوال التي يجيزها القانون، وهذا الحق يقابله حق الخصم في إثبات العكس فله نفي ما يثبته خصمه (مجابهة الأدلة)[3].

1 يوسف بن شيخ، المرجع السابق ، ص 42 .
2 زروق يوسف،المرجع السابق ، ص 23.
3 المرجع نفسه، ص 27.

المطلب الثاني: وسائل الإثبات المدنية

المقصـــود بوسائل الإثبات المدنية وهو كل وسيلة أو طريقة إثبات جاء النص عليها في القانون المدني كالكتابـــة والإقرار والبينة والقرائن واليمين وسنبين ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الوسائل المباشرة في الإثبات

كما تم تبيانه سابقا فإن الوسائل المباشرة هي تلك الوسائل التي ترتبط بالواقعة مباشرة أو بالتصرف القانوني محل الإثبات ومنها الكتابة والإقرار والبينة.

أولا:الكتابـــــــــة:

تعتبر الكتابة أقوى وسيلة في الإثبات ويطلق عليها اسم الدليل المهيأ أي الحاضر الجاهز لإثبات الواقعة المادية أو التصرف القانوني محل الإثبات وتتنوع الكتابة وتأخذ عدة صور كما سنوضح.

كما تعد الكتابة في الأصل في إثبات التصرفات القانونية وطريقة للتعبير عن الإرادة وقد وضع لها ديننا الحنيف أهمية بالغة ووضعها في الإثبات، وجاء ذكرها في أطول آية في القرآن الكريم في قوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ " سورة البقرة الآية 282.

كما تمثل الكتابة أقوى الأدلة وتحتل منزلة متقدمة بين الأدلة القانونية في التشريعات الحديثة، لا سيما التي تتبع النظام اللاتيني بنموذجيه القانون الفرنسي والمصري عكس النظام الإنجلوسكسوني الذي يعتمد على الشهادة كأقوى دليل (أمريكا، بريطانيا).

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعط تعريفا للكتابة في القانون القديم، ولكنه بعد التعديل في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري جاء بتعريف لها، وتختلف الكتابة باختلاف الجهة التي تقوم بتحرير السند المكتوب، فهناك محررات أو سندات رسمية وأخرى عرفية ولكل منها حجية معينة في الإثبات، فنجد في مسائل الأحوال الشخصية الزواج المدني الذي يتم توثيقه بشكل رسمي أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهذا ما يسميه المشرع في قانون الأسرة بتسجيل عقد الزواج المادة 18 من قانون الأسرة، ولا يحتاج لدليل من أجل إثباته فهو مثبت بالكتابة الرسمية حماية لحقوق الطرف الضعيف (الزوجة)، أما الزواج العرفي الذي سنتطرق إليه في المبحث الثاني فهو زواج تام كامل الأركان والشروط ولكنه غير مسجل مما يستدعي إثباته بجميع الطرق حماية لحقوق الأطراف والآثار التي ستتولد عليه مستقبلا خاصة مسألة إثبات النسب وصدور حكم قضائي بتثبيتـــــه.[1]

[1] زروق يوسف ، المرجع السابق، ص 31.

1:مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة

من خلال هذا المطلب نعرف مبدأ الثبوت بالكتابة، ثم نبين ماهية الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابـــــة.

أ: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة

نصت الفقرة 2 من المادة 335 من ق م ج أن ".....وكل كتابة تصدر من الخصـــــم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا لمبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل كتابة تصدر من الخصم ويكون شأنها أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، ولقد استعمل القانون الفرنسي هذا المبدأ في بداية الأمر لإثبات بعض المسائل الخاصة بالنسب و قد عرفه الدكتور أحمد نشأت " مبدأ الثبوت بالكتابة عبارة عن كتابة ممن يراد الإثبات ضده وليست سندا كاملا بما يراد إثباته وإنما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال".[1]

ب: ماهية الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة

إن مبدأ الثبوت بالكتابة يمكن أن يرد على عدة أنواع من الأوراق، إذ أن كل كتابة تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أيا كان شكلها وأيا كان الغرض منها بشرط أن لا تكون دليلا كاملا، والورقة التي تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة وهي: **أ/** ورقة كان من الممكن أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها وتشتمل هذه كل أنواع الكتابة سواء الكتابة الرسمية أو الكتابة العرفية المعدة للإثبات أو الكتابة العرفية غير المعدة للإثبات، فكل هذه الأوراق إذا اختل أحد شروطها فإنها لا تفقد كامل قيمتها القانونية بل تصبح دليلا ناقصا يمكن تكملته بشهادة الشهود، **ب/** ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها ولكنها تشير إلى هذه الواقعة، وقد تكون الإشارة ايجابية أو سلبية، **ج/** ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها،ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة ويكون ذلك في حالة وجود علاقة بين الورقة وبين الواقعة محل الإثبات، فينتقل الإثبات بذلك من محل إلى آخر [2].

ج: تسجيل عقد الزواج بمصلحة الحالة المدنية:

إن سجلات الحالة المدنية هي سجلات رسمية وكذلك الوثائق المسجلة بها فهي عقود رسمية يثبت فيها الموظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه ، أما ما ورد في العقد الرسمي يعتبر حجة حتى يثبت تزويره وهو نافذ في كافة التراب الوطـني.

---

[1] مكيدة نعيمة، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل الوسائل التقنية والحديثة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، ع 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البليدة، ص 152.

2 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

وعليه فإن النسخ والملاحظات التي تستخرج عن العقود المدونة في السجـــلات وتحمل تاريـــخ إنشائها وتحريرها وختم و توقيع السلطة التي حررتها تعتبر وثائق رسمية لها حجتها ولها قوتها في الإثبات[1].

ومن خلال تسجيل عقد الزواج بمصلحة الحالة المدنية وتوفير الوثائق اللازمة المثبتة لصحة عقد الزواج تثبت الأنساب وتحفظ حقوق الأبناء والآباء، حيث يعد عقد الزواج دليل على مشروعية العلاقة بين الرجل والمرأة وعلى صحة نسب الذرية الناجمة عن هذا الزواج، إذ تثب هوية كل من الرجل والمرأة المقترنين وتاريخ اقترانهما لضمان حقوق الطرفين وفروعهما أثناء الزواج وبعده في حالة الطلاق أو وفاة أحد الطرفين أو أحد الأبناء.

لقد أصبح استعمال سجل الزواج إلزاميا في كل بلدية لإعطاء الصبغة القانونية والرسمية للزواج وهذا ما تضمنه قانون الحالة المدنية [2]، وذلك من خلال المواد من خلال المواد من 6 إلى 11 حول تسجيل كافة عقود الحالة المدنية بما فيها عقد الزواج والطلاق حتى تثبت الأنساب وتحفظ حقوق الأبناء والآباء، حيث تقيد في السجل كافة عقود الزواج المبرمة سواء أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق وكذلك كافة القرارات القضائية المعلنة للزواج والأحكام القضائية المثبتة للطلاق على هامش عقود الزواج [3]، وحسب المادة 22 من قانون الأســـرة يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" [4].

أما حسب المادة 71 من قانون الحالة المدنية:" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو السكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار مدة شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج" يعتبر كل من ضابط الحالة المدنية والموثقين المخولين قانونا لإبرام عقد القران، وحسب نص المادة 18 من قانون الأسرة " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة أركـــــان وشروط الزواج"

يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته عند إتمام إبرام العقد ويسلم إلى الزوجين دفتر عائلي يثبت الزواج ويكون وسيلة إثبات كتابية ورسمية تحمي حقوق كل الأطراف، وحسب المادة 73 من قانون الحالة المدنية" يجب أن يبين في العقد المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون"[5].

---

1 نعمان عبد القادر،2016، http://middi.over-bog.com/2016/03/2007.html

2 الأمر رقم:70-20 المؤرخ في:1970/02/19، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج، ع 21.

3 يحي لعمارة محامد، الحالة المدنية في الجزائر، دراسة ميدانية على عينة من بلديات الوطن، رسالة دكتوراه جامعة أحمد بن أحمد و هران 2، السنة الجامعية 2015/2014، ص194.

4 الأمر 05-02 المؤرخ في 27 /2005/02 ، ج ر ج، ع 15.

5 الأمر رقم:70-20 المؤرخ في:1970/02/19، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج، ع 21.

وإذا تم تحرير العقد أمام الموثق يسلم إلى المعنيين شهادة تثبت عقد زواجهما و يرسل ملخصا عنه في أجل 3 أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام من تاريخ استلامه[1]

2: أنواع المحررات في الإثبات بالكتابة

تختلق المحررات المتعلق بالكتابة على حسب الشخص الذي يحررها و الجهة التي أصدرتها فهناك محررات رسمية قاطعة الثبوت بالكتابة و هناك محررات عرفية اشترط بها المشرع مجموعة من الشروط في حالة اعتمادها في الإثبات

أ: المحررات الرسمية

تنقسم المحررات كشكل من أشكال الكتابة إلى محررات رسمية التي تكون وفقا لشكل قانوني ويحررها موظف أو ضابط عمومي بشكل رسمي وقانوني وعادة ما تحمل الختم والإمضاء والتاريخ وتكون مسجلة في حدود سلطة الذي قام بتحريرها فقد تكون ذات طابع إداري أو قضائي وتوثيقي وغيرها كما توجد محررات عرفية نبينها لاحقا.

أ-1: تعريف المحررات الرسمية

لقد عرف المشرع الجزائري الورقة الرسمية في المادة 324 من القانون المدني بعد التعديل بالقانون 05-10 على أنها" عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ويلاحظ على نص هذه المادة أنه عالج مسألة الإثبات، عندما عرف المشرع الورقة الرسمية بأنها عقد يثبت فيه الشخص الذي يعهد له تحريرها، كل ما يدور حول ذلك العقد والحقوق التي يتضمنها وكذلك الالتزامات التي يرتبها[2].

أ-2: مكانة الورقة الرسمية في الإثبـــــــات

إذا قدم محرر رسمي فإن ظاهره يدل على صفته الرسمية، مثل احتوائه على إمضاء أو الختم الرسمي للموظف العام وتواقيع ذوي الشأن، كما يعد بمثابة قرينة قانونية على تمتعه بالرسمية كما رأينا سابقا في تسجيل عقـــد الزواج، حيث تعفي من يتمسك به من إقرار خصمه أو إقامة الدليل على صحة التواقيع التي تضمنها المحرر، وهذه القرينة ليست بالقاطعة حيث أنه يحق لمن يدعي عدم صدور المحرر من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة إقامة الدليل على ذلك بسلك سبل الطعن بالتزوير للمحرر وفقا لما يقتضيه القانون، أو الادعاء بتزوير بيانات المحرر أو تدوين الشخص الذي يختص بتحريره لوقائع غير صحيحة وهو تزوير معنوي يجعل الواقعة غير المعترف بها في صورة واقعة معترف بها[3].

وقد تكون للمحرر الرسمي الحجية من حيث الأشخاص حسب نص المادة 324 مكرر الفقرة 5 من ق م :" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطـــــني"، وكذلك المادة

1 يحي لعمارة محامد، المرجع السابق، ص 115.

2 علي فيلالي، الالتزامات ، النظريات العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008، ص 297.

3 حامد عمر حامد، التزوير في المحررات الالكترونية ، دراسة تحليلية تأصيلية ، رسالة ماجيستر، معهد العلوم والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية، القاهرة ، الموسم الجامعي 2005 ، ص 83.

324 مكرر7 والتي جاء فيها" يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف ولو لم يعبر فيه إلا بيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء" ويفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري لم يقصر حجية الورقة الرسمية بين أطرافها فقط بل يتسع الأمر للكافة، فلا يجوز لشخص أن ينكر ما جاء في هذا المحرر، ما عدا بالطعن بالتزوير أو إثبات عكس ما جاء في المحرر الرسمي من بيانات بالطرق العادية إذا صدر من موظف عام ولكن خارج حدود اختصاصه.[1]

كما تكون لها الحجية من حيث البيانات والموضوع فبالنسبة للبيانات التي صدرت من الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة فتكون حجة على الكافة ولا يجوز المساس بهذه الحجة إلا عن طريق الطعن في المحرر بالتزوير، ومثالها تاريخ الورقة ومكان توثيقها وأسماء ذوي الشأن و أهليتهم و تواقيعهم[2].

ب: المحررات العرفية

إلى جانب المحررات الرسمية توجد المحررات العرفية كشكل غير رسمي في الكتابة، وهي ما تسمى بالسندات العادية أو ذات التوقيع الخاص من محرريها، وهي الأوراق التي يحررها الأفراد العاديون من دون أن يتولى ويتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة.

ب-1: تعريف المحرر العرفي:

هي أوراق تصدر من الأفراد دون حضور موظف عام أو ضابط عمومي رسمي ولا تخضع لأي شكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالمحرر الرسمي ويتم تحريرها بمعرفة أطرافها حسب العرف ولذلك سميت بالعرفية و هي على نوعين محررات معدة للإثبات من قبل أطرافها مسبقا لتكون أدلة للإثبات حول نزاعهم ومحررات غير معدة للإثبات.

ب-2:أنواع المحررات العرفية

تنقسم المحررات العرفية إلى محررات عرفية معدة للإثبات وذلك بتوفر مجموعة من الشروط ومحررات عرفية غير معدة للإثبات والتي سنبينها على النحو التالي:

ب-2-1: محررات عرفية معدة للإثبات:

وحتى تكون معدة للإثبات يجب أن تتوفر على الشروط المنصوص عليها في المادة 327 من القانون المدني الجزائري وهي كالتالـــــــي :

[1] زروق يوسف ، المرجع السابق، ص 40،41.

[2] المرجع نفسه، ص 42.

***شرط الكتابة:**

وقد توسع المشرع في مفهوم الكتابة، ويعد هذا بمثابة ثورة في مجال قواعد الإثبات حيث أصبح يقبل كل شكل من أشكال الكتابة[1]، ولا يشترط لها المشرع لغة معينة أو تحريرها بخط الملتزم بها أو خط المتمسك بها، فالمحرر العرفي يخضع لمبدأ الحرية في تحريره ما عدا ما استثناه القانون، وتأخذ أغلب التشريعات العربية بهذا الحكم على غرار المشرع الأردني وكذلك المصري.

****شرط التوقيع:**

حيث ينسب إلى الطرف المحرر وهو الشرط الجوهري في المحرر العرفي لأنه ينبئ عن قبول الملتزم بمضمون المحرر وهو كاف لوجوده[2]، وقد نص المشرع الجزائري عنه في المادة 327 من القانون المدني المعدل والذي أتى به هو إضافة البصمة التي لم تكن معروفة من قبل حيث أصبح بإمكان من لا يجيد القراءة والكتابة استخدام البصمة للتوقيع على المحرر العرفي الذي له حجيته في الإثبات بين أطرافه وعلى الذي وقعها الاعتراف بذلك أو سكت ولم ينكر صدورها منه حسب المادة 327 وإذا أنكر لجأ القاضي بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهادة الشهود أو خبير إذا لزم الأمر[3].

ب-2-2: محررات عرفية غير معدة للإثبات:

هي محررات لم يقصد استعمالها من أطرافها في الإثبات عند تحريرها، ولا تكون في الغالب موقعة من أصحابها، ومع هذا يمنحها القانون حجية تتفاوت قوة وضعفا وهي كالآتي:

***الرسائل والبرقيات:**

لقد نظمها المشرع في المادة 329 من القانون المدني والتي تنص على أنه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس" وكذا الدفاتر التجارية حسب المادة 330 من القانون المدنـــي وهي ليست موضوع بحثنا، إضافة إلى الأوراق والدفاتر المنزلية حسب المادة 331، وهي تلك المحررات المختلفة التي يقوم بها بعض الناس بتدوين وتسجيل بعض الوقائع الخاصة بهم في حياتهم اليومية، فإذا كان من الصعب تقبل تقديم الشخص لهذه الأوراق كدليل لنفسه فإن الأمر غير معقول بتقديمها ضده، ويتحقق ذلك في حالة إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الزوجين مثلا اللذان صارا طرفا النزاع، ويحدث ذلك في محضر حصر التركة ، وفي غير ذلك لا يمكن إلزام الشخص بتقديم أوراق منزلية أو الأمر بالاطلاع عليها كما في دفاتر التجار مثلا.[4]

---

[1] أنظر المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني ج ر ج،ع 21.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2009، ص70.

[3] المرجع نفسه، ص73.

[4] زروق يوسف،المرجع السابق، ص 59.

ب-2-3: الكتابة والتوقيع الالكترونيين:

***الكتابة الالكترونية:**

نصت المادة 323 مكرر 1 من ق م ج على ما يلي" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

كما نصت المادة 327 من نفس القانون على أنه" ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" يتبين من النصين السابقين أن المشرع الجزائري قد ساوى من حيث حجية الإثبات بين المحرر الالكتروني والمحرر الذي يتم على دعامة ورقية حيث أعطيت نفس القيمة في الإثبات التي تكون للكتابة الرسمية والعرفية أي أنَّ المشرع تبنى صراحة مبدأ التكافؤ أو التعادل الوظيفي في الإثبات بين الكتابة على الدعامة الالكترونية والكتابة على الدعامة الورقية[1].

****التوقيع الالكتروني:**

إن ما نلحظه من تطور تكنولوجي في الساحة العالمية في ظل ثورة وسائل الاتصال والتكنولوجيات الحديثة من خلال اللجوء إلى أسلوب الكتابة الكترونية والتوقيع الالكتروني وهذا ما نلمسه في الواقع المعاش في بعض بطاقات الهوية أو وثائق الحالة المدنية حول التوقيع الالكتروني في استخراج بطاقة التعريف أو جواز السفر أو غيرها وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 2 الفقرة 1 من القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين بأنه" بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[2].

ثانيا:الإقـــــــــرار

يعتبر الإقرار وسيلة مهمة من وسائل الإثبات وهو ما يعرف عند العامة بالاعتراف الشخصي بالقيام بالفعل أو التصرف وحسب القاعدة القانونية المعروفة " **الإقرار حجة قاطعة على المقر**"، أي بمعنى إذا أقر الخصـــــم واعترف بالواقعة محل النزاع أو التصرف القائم فإنه لا حاجة لدليل آخر كحالة اعتراف أب ببنوة الولد.

1- تعريف الإقرار

إن اعتراف الشخص كامل الأهلية والخالي من عيوب الإرادة أمام مجلس القضاء اعترافا كاملا لا يشوبه شك ولا غموض ولا نقص يعتبر حجة قاطعة عليه حول إثبات الواقعة القانونية ولهذا سنحاول إعطاء تعريفا للإقرار و كذا معرفة أنواعه كما يلي:

[1] المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج ر ج، ع 21.

[2] ج ر ج ، ع 06 بتاريخ 2015/02/01، ص 7.

أ- تعريف الإقرار لغة:

هو الإثبات، أَقَرَّ* إِقْرَارًا فلانًا في المكان: أي ثبَّتَهُ وسكَّنه فيه، والعاملَ على العمل: أَثْبَتَه فيه، وبالحق: أذعن واعترف به،والكلام له: بيَّنه له حتى عرفه،والقدر:نزع عنها ما لصق بها[1].

ب- تعريف الإقرار اصطلاحا:

هو الاعتراف بما يوجب حقا أو التزاما على قائله سواء قصد المقر ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد، وعليه فإن شهادة الشاهد لا تعتبر إقرارا لأن الشاهد إنما يقر بوجود الحق لا في ذمته بل في ذمة غيره، ويكون الإقرار من طرف المقر بذاته حول الاعتراف بحق في ذمته هو شخصيا كأن يقر الزوج بأن الولد ابنه أو تقر الزوجة بذلك،أو إقرارهما معا حول زواجهما العرفي و ذلك أمام القضاء.[2]

2- أنواع الإقرار وحجيته

الإقرار يتضمن نوعين أساسيين الإقرار القضائي الذي يتم أمام القضاء بمناسبة نزاع معروض ومحاولة إثباته وقد يكون إقرار غير قضائي وهو الإقرار العادي الذي يحصل خارج دائرة القضاء، وتعتبر حجية الإقرار القضائي هي الدليل الذي يعتمد عليه القضاة عادة في أحكامهم

أ-أنواع الإقـــــرار:

الغالب في الوسط الفقهي والقانوني أن هناك نوعين من الإقرار الذي جرى العمل بهما وتناولتها معظم الكتب القانونية والفقهية وهما:

أ-1 الإقرار القضائي:

عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أنه " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وقد جاء هذا التعريف مقتصرا على الإقرار القضائي فقط، ولقد جرى القول بأن الإقرار حجة على المقر لأنه يحسم النزاع في شأن الواقعة قبل الفصل في الدعوى من دون الحاجة إلى إثبات.[3]

أ-2 الإقرار غير القضائي:

إن الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، ومن أمثلته أن يصدر في دعوى بين نفس الخصوم أو أثناء تحقيق تجريه جهة إدارية أو النيابة العامة، وقد يكون شفاهة كما قد يكون كتابة مثل الرسالة أو أي ورقة أخرى غير معدة للإثبات الواقعة محل النزاع، ويعد الإقرار غير القضائي من أعمال التصرف فيشترط في من صدر منه أن تكون له أهلية أداء كاملة وإرادة غير مشوبة

---

[1] المنجد في اللغة و الأعْلام ، المرجع السابق، حرف القاف، ص 616.

[2] مجلة الملحق القضائي، ع30، أكتوبر 1995، وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية، ص 17 .

[3] فاتـح العيد ، آليات الإثبات في التشريع المدني الجزائري، مذكرة ماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحمـيد بن باديس، مستغانـم، س ج:2018/2017، ص 40.

بعيب من عيوب الرضا من إكراه أو استغلال[1]، ويخضع إثبات الإقرار غير القضائي إلى الطرق التي يثبت بها التصرف القانوني.

ب- حجية الإقـــــرار:

نصت على حجية الإقرار القضائي المادة 342 ق م ج " الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود وقائع أخرى" فمن خلال نص المادة السالفة يتبين أن الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر فلا يجوز إثبات عكسها، كما أنه لا يقبل التجزئة، ولا يمكن لمن صدر منه الرجوع عنه[2].

3-الإقرار في قانون الأسرة الجزائري

سنتحدث على هذه النقطة بشكل موجز جدا نظرا لأننا سنتطرق إليها بالتفصيل في المبحث الثاني المتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية، حيث أن المشرع نص ضمن قانون الأسرة الجزائري على الإقرار كطريق لإثبات النسب ضمن المواد: 40 و44 و45 من قانون الأسرة، لكن لم يعط له أي تعريف بموجب هذه المواد، والإقرار في ثبوت النسب قد يتخذ عدة أنواع طبقا للمواد 44 و45 السالفتي الذكر وهي:

أ_ الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:

ويطلق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الإستلحاق وكما يتضح من اسمه فهو إقرار ليس فيه واسطة بين المقر والمقر له، إذ يعترف الشخص هنا بالنسب بصفة مباشرة[3]، وفقا لشروط نراها لاحقا .

ب_ الإقرار بغير البنوة أو الأبوة أو الأمومة:

وهو على النقيض من الإقرار الأول وهو يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة حواشي فقط أي لهما أصل مشترك كالأب أو الجد، فيقول المقر مثلا هذا أخي، ويشترط فيه الآخر لثبوت النسب عدة شروط.

ثالثـــا:اليميـــــــــن

اليمـــين المقصود بها الحلف باسم الله العظيم حول إثبات واقعة أو تصرف ويكون أمام القضـــــــاء وبمناسبة النزاع وتوجد يمين حاسمة يوجهها أحد الخصمين للآخر،كما توجد اليمين المتممة يستأنس القاضي إليها لاستكمال دليلا ناقصا.

---

[1] فاتح العيد، المرجع السابق، ص 40.

[2] المرجع نفسه، ص 43.

3 بوحادة سمية، إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (البصمة الوراثية نموذجا)، مقال،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أحمد دراية ،أدرار ، ص220.

1- تعريف اليمـــــــــن

سنحاول تعريف اليمين من الناحية اللغوية والاصطلاحية كما يلـــــي:

أ-تعريف اليميـــــن لغـــــة:

اليمين جمع أيمان: البركة و القوة. يقال (فلان عندنا باليمين) أي بالمنزلة الحســـنى.و (قدم على أَيْمَنِ اليمين) أي على اليمن والبركة ، و- جمع أَيْمُنُ و أَيْمَان: القسم (مؤنثة)، أَيْمُنُ الله : اسم وضع للقسم[1]،وعليه يستخلص بأن اليمين في اللغة يقصد به الحلف يمينا بالقسم في قضية فيها أمام مجلس القضاء لإثبات الحقيقة.

ب- تعريف اليمين اصطلاحا:

اليمين في الاصطلاح الفقهي" تقوية احد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو بالتعليق بالشرط والجزاء"[2] كما عرف اليمين باعتباره وسيلة من وسائل الإثبات بأنه"تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي" والدليل على ذلك قوله تعالى:" يَحْلِفُونَ بِالله لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ"سورة التوبة الآية 62.

وعليـــــــه يستخلص بأن اليمين في الاصطلاح إثبات الحق أو نفيه وذلك يكون باستشهاد الله سبحانه وتعالى أمام مجلس القضاء.

2- أنواع اليميـــــــــن:

هناك نوعان من اليمين يعتبران وسيلتان من وسائل الإثبات بمناسبة طرح النزاع أمام القضاء وهما:

أ- اليمين الحاسمـــــــة:

لم يرد أي تعريف لليمين الحاسمة في القانون المدني الجزائري فقد جاء في نص المادة 343 منه فيما يخص اليمين الحاسمة" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك"، ولمن وجهت له اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين.

يتبين من نص المادة سالفة الذكر أن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى خصمه بقصد حسم النزاع أثناء سير الدعوى،عندما ينقصه الدليل على إدعائه ولا يقر له الخصم بصحة ما يدعيه في حالة ما إذا لم يستطع أحد الخصمين إثبات ما يدعيه.

فاليمين الحاسمة ليست طريقا عاديا للإثبات وإنما هي وسيلة أخيرة يلجأ إليها أحد الخصوم لإثبات ما يدعيه لعدم توفر الدليل لديه، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع وتنهيه، وفي حالة حلفها من طرف الخصم الموجهة إليه حكم لصالحـه، وإذا أنكل عنها حكم ضده وإذا ما ردها على خصمه وحلفها حكم له كذلك وإذا أنكـــــل

---

1 المنجد في اللغة و الأَعْلَام ، المرجع السابق ، حرف الياء، ص 927.

2 سمادي شيماء و نجاري أم هاني ، الواقعة المادية و دورها في الإثبات (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، مذكرة ماستر، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية ، أدرار، س ج: 2019/2018 ، ص32.

وتراجع عنها حكم عليه ولا ترد مرة أخرى أي ثانية[1] ، وهي ملك للخصوم وليس للقاضي الحق في توجيهها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وقد تضمنت المادة 344 شروط هذه اليمين وهي: أ- عدم مخالفتها للنظام العام[2] ب- أن تكون منتجة في الدعوى ج- تعلق الواقعة بالشخص الحالف.

ب- اليمين المتممـــــة:

هي تلك اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين لإتمام دليل ناقص وهي متروكة لتقديره إن رأى ضرورة ذلك، وتختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة من عدة وجوه، فهي متروكة لتقدير القاضي، ولا يوجهها الخصم كما هو الحال في اليمين الحاسمة ،كما أن القاضي غير مقيد فيها بالنتيجة التي تؤدي إليها من حلف أو نكول عنه.

كما أن اليمين المتممة هي غير مهمة اليمين الحاسمة وذلك أن الأولى إنما توجه لاستكمال دليل ناقص أما الثانية فهي دليل قائم بذاته يستبعد أي دليل آخر[3]، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 348 ق م ج بقوله" للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به".

***حجية اليمين المتممة:**

تكمل حجيتها في أن القاضي لا يتقيد بها فله أن يقضي بموجبها ويستفيد الحالف نتيجة حلفه وله أن يحكم ضد من حلف اليمين كما أن القاضي إذا ظهرت له أدلة جديدة منتجة في الدعوى يحكم بها مخالفا في هذه النتيجة اليمين التي حلفها الخصم، بمعنى أن القاضي له حرية في أن يقضي على أساس اليمين التي أديت أو على عناصر الإثبات الأخرى، سواء اجتمعت قبل أداء اليمين أو بعدها، ويجوز للخصم المقابل استئناف الحكم الذي استند لحلف خصمه،ولجهة الاستئناف أن تحكم بخلاف ما حكمت به المحكمة الابتدائية وأن يوجه اليمين الخصم المقابل[4].

الفرع الثاني: الوسائل غير المباشرة في الإثبات

سميت كذلك لكونها لا تنصب على الواقعة مباشرة بل تستخلص دلالتها على الواقعة المراد إثباتها عن طريق الاستنباط، وهي تسمى أيضا بغير الإلزامية كونها يتمتع القاضي حيالها بسلطة تقديريـــــة فهو حـــر في اقتناعـــــه، وسميت بالاحتياطية لأن الأطراف والخصوم يلجئون إليها عندما يفتقد طريق آخر للإثبات وهي البينة (الشهود) و القرائن و المعاينة والخبرة القضائية.

---

[1] فاتح العيد ، المرجع السابق ، ص 46.

[2] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/04/05 ملف رقم 525042 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن اليمين الحاسمة لا يجوز توجيهها إذا كانت تتعلق بمخالفة النظام العام، المجلة القضائية- ع1، 1991، ص14.

[3] مجلة الملحق القضائي، المرجع السابق،ص 37.

[4]. فاتح العيد ، المرجع السابق،ص51.

أولا: شهادة الشهود (البينة):

البينة أو شهادة الشهود هي تلك الوسيلة من وسائل الإثبات التي يقوم بها شخص غير الخصوم مما قد شاهده أو سمعه أو انتقل إليه بأية وسيلة ليشهد على ذلك أمام القضاء.

1: تعريف البينة .

سنحاول تعريف البينة من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية كما يلي:

أ-:تعريف البينة لغة:

شَهِدَ-شُهُودًا على كذا: أخبر به خبرا قاطعًا فهو شَهِدٌ جمع شُهُودْ وشُهَدْ ، وشَهُدَ – شَهَادَةً عند الحاكم لفلان أو على فلان: أدى ما عنده من الشهادة[1].

ب-:تعريف البينة اصطلاحا:

هي قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركته بحاسة من الحواس، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غـــــيره ويترتب عنها حق لغيره، فهي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره.

فالشهادة إخبار ولذلك قد تحتمل الصدق أو الكذب ولكن يقوى احتمال الصدق على احتمال الكذب فيها والحكمة من اعتماد الشهادة كدليل إثبات أن الشاهد يحمل على صدق ما يقول، حيث أنه يشهد بحق لغيره على غيره فلا مصلحة له في الكذب، فمن المفروض في الشاهد أنه عدلُ مما يجعل شهادته قرينة قوية على صحة ما يشهد كما أن احتمال العكس لا يؤدي إلى انتفائها انتفاءً تاما[2].

2 ـ خصائص البينـــــة

أ- الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة: تكون الشهادة على نقيض الكتابة لتقدير القاضي و يكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أيا كان عدد الشهود.

ب- الشهادة حجة غير قاطعة: أي أن ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من الطرق،عكس الإقرار واليمين.

ج- الشهادة حجة متعدية: أي أنها سارية على الكافة، ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة إلى الكافة وليست قاصرة على صاحبها، لاعتبارها صادرة من شخص عدل من غير الخصوم وليس له مصلحة في النزاع.

د- الشهادة دليل مقيد: لا يجوز الإثبات بها إلا في حالات معينة، لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها فحد من خطرها بتفضيل الكتابة عليها، فلا يقبل الإثبات بالشهود فيما أوجب القانون إثباته بالكتابة، إلا إذا رضي الخصم أو قبول الخصم بأن يثبت خصمه ما يدعيه بشهادة الشهود[3].

---

[1] . المنجد في اللغة و الأَعْلَام، المرجع السابق، حرف الشين، ص 406.

[2] مصطفى احمد أبو عمرو، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011 ،ص156 و 155.

[3] فاتح العيد، المرجع السابق، ص 56.

3 – أنواع الشهادة (البينة) وحجيتها

أ_ أنواع الشهـــــادة:

الشهادة ثلاثة أنـــــواع: فقد تكون مباشرة أو شهادة سماعية أو كانت عن طريق التسامع أي ما سمعه الشخص من كلام حول الواقعة في وسطه الاجتماعي وهي ثلاث أنواع[1] .

أ_1: الشهادة المباشـــــرة

وهي الصورة الغالبة للشهادة وذلك بأن يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو بما سمع ورأى وهو هنا يعتمد في شهادته الشخصية للواقعة على ما رأى أو سمع وتكون الشهادة عادة شفوية يدلي بها الشاهد أمام القاضي ولمن لا قدرة له على الكلام أن يؤدي الشهادة إذا أمكن بالكتابة أو الإشارة.

أ_2: الشهادة السماعيـــة

وهي شهادة الشاهد بما سمع نقلا عن غيره الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه، وهي أقل قيمة من الشهادة المباشرة من حيث اقتناع القاضي بها.

أ_3: الشهادة بالتسامـــع

وهي الشهادة بما هو شائع بين الناس، فصاحبها لا يروي عن شخص معين، ولا عن الواقعة بالذات، بل يشهد بما تتسامعه الناس وتتناقله عن هذه الواقعة ولذلك فهي غير قابلة للتحري.

ب_ حجية الشهـــــادة

على عكس الدليل الكتابي الذي يتمتع بقوة مطلقة في الإثبات، وهو حجة بذاته فإن شهادة الشهود حجة مقنعة وليست ملزمة،ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقديرها، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، فللقاضي هنا أن يرى أولا فيما إذا كان الإثبات بالشهادة يجيزه القانون في مثل الحالات القائم عليها النزاع،لأنه قد يكون في القضية من الأدلة مما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناعه، ثم ينظر فيما إذا كانت منتجة في الإثبات، وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقديرية أوسع مما له في الإثبات وهذا تطبيقا لنص المادة 150 من ق إ م إ [2]، حيث أنه يمكنه إتمام اقتناعه بشاهد واحد ولا يقنعه الشاهد الآخر أو أكثر، كما قد يرى أن الشهادة كافية في إثبات الوقائع المدعى بها، طالما أن الإثبات جائز بالشهادة فيها وعلى العكس يمكن له وفي حالة عدم الاطمئنان لها أن يضعها جانبا ولا يأخذ بها، فلقاضي الموضوع مطلق الحرية في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها[3]، فالعبرة ليس بكثرة الشهود أو قلتهم، كما لا عبرة بمراكزهم الاجتماعية ما دام أن شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحي بالثقة بها، فإن الشهادة لا تقيد القاضي ولا تلزمه ولو اطمأن إليها الطرفين.

---

[1] مجلة الملحق القضائي، المرجع السابق، ص 28 و29.
[2]. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ع 21 بتاريخ 2008/04/23.
[3] فاتح العيد، المرجع السابق، ص 68.

ثانيا: القرائـــــــــــــن

تعتبر القرينة بمختلف أنواعها وسيلة من وسائل الإثبات التي تناولها ق م ج، وهي من الوسائل غير المباشرة في الإثبات وسنقوم بتوضيح هذه الوسيلة الإثباتية كما يلي:

1:تعريف القرائن وأنواعها

سنتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي وكذا تعريفها في الفقه الإسلامي وفي العرف القانوني كون القرينة وسيلة من وسائل الإثبات ثم نتعرف على أنواعها كما يلي:

أ_ تعريف القرائن

للقرينة تعريف لغوي حسب معناها في معاجم اللغة ونجد التعريف الاصطلاحي كما قمنا بإعطاء التعريف الشرعي المأخوذ من فقهاء الشريعة الإسلامية والتعريف القانوني الذي وضعه فقهاء القانون.

أ-1:تعريف القرينة لغة

جمع قرينة، مأخوذة من المقارنة بمعنى المفاعلة، وفيها معنى المصاحبة، من قرنتُ الشيء بالشيء أي وصلته به، وخلاصة معنى هذه المادة أن القرينة لغة عبارة عن:شيء يقترن من تلقاء نفسه أو يقرن بواسطة غيره بشيء آخر أو مساوٍ له أو أعلى منه[1] .

أ-2:تعريف القرينة اصطلاحا

فقد جاءت القرينة في لسان الأصوليين كما في لسان الفقهـــاء وأهـــل القانـــون.

أ-2-1: في الفقه الإسلامي

عرفها الفقيه العلامة الشيخ الزرقا رحمه الله" القرينة: كل أمارة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه، وما يجعل هذا التعريف من أقوى التعاريف لبيانه حقيقة القرينة وخصائصها وأثرها فهي(أمارة) وليست دليلا، ومن صفاتها المصاحبة للشيء ـــــ كما يدل عليه المعنى اللغوي ـــــ وهي تصاحب أمرا خفيا غير ظاهر فتدل أو تشير إليه[2].

أ-2-2:في الفقه القانوني:

القرائن في القانون المدني أو الجنائي باب كبير وواسع، وقد عرفت القرينة في القانون بأنها: ما يستنبطه المشرع أو القاضي من واقعة معروفة إلى واقعة غير معروفة[3].

---

[1]. إبن منظور ، لسان العرب ، ج 10، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3 ،1414هـ ، مادة قرن، ص 198.

[2]. فهد بن سعد الجهني ،كتاب التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن و أثرها في إثبات الأحكام، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية والفقهية، كلية الطب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،ص 64.

[3]. فهد بن سعد الجهني ، المرجع السابق، ص 64.

ب_ أنواع القرينـــــــــــة:

تناولها المشرع الجزائري في ق م ج في المادة 340 و337 منه وهناك نوعين من القرائن في القانـــــــون والتي سنتطرق إليها على النحو التالي:

ب-1:القرينة القانونيـــــة

القرائن القانونية من صنع المشرع أو مصدرها التشريع[1] ،بحيث يقوم المشرع نفسه بعملية الاستنباط أو افتراض ثبوت واقعة معينة ويضعه ضمن قاعدة قانونية، ولا دخل للقاضي أو الخصوم في هذه العملية الاستنباطية أو ثبوت واقعة معينة مجهولة من خلال ثبوت واقعة أخرى، بل كل هذا يقوم به المشرع ونجده ضمن القانون ولهذا أصطلح على تسميتها بالقرائن القانونية، على هذا الأساس فإن القرائن القانونية هي الحالات التي يتولى فيها المشرع عن القاضي القيام بعملية استنتاج أمر معين من ثبوت واقعة معينة، فهي إذن قرائن حددها المشرع على سبيل الحصر، وفرضها على كل من القاضي والخصوم، فالقرينة القانونية من عمل المشرع لأنه هو الذي يختار الواقعة الثابتة، وهو الذي يجري عملية الاستنباط.

من خلال ما سبق يمكن القول أن القرينة القانونية وسيلة من وسائل الإثبات، وفي حالة توافرها فهي تعفي المستفيد منها من أي إثبات آخر، إلا إذا تم نقضها بدليل عكسي وهذا ما تشير إليه المادة 337 من ق م ج التي تنص على أنه" القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ب -2: القرينة القضائية

القرائن القضائية هي وسيلة غير مباشرة في الإثبات تقوم أساسا على عملية استنتاجيه يقوم بها القاضي وليس المشرع بحيث يستنبط ثبوت واقعة مجهولة من خلال ثبوت واقعة أخرى معلومة وثابتة، من خلال إعمال العقل والمنطق واللزوم العقلي بما له من سلطة تقديرية[2]، بحيث تختلف هذه السلطة بين القاضي المدني والقاضي الجزائي، كون الحرية الممنوحة للقاضي الجزائي التي يضمنها مبدأ حرية الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي تفسح له المجال واسعا للاستنباط والاستنتاج من خلال الوقائع المعروضة عليه، هذا على خلاف القاضي المدني الذي نجد أن حريته في هذا المجال أضيق نتيجة ما يتميز به الإثبات المدني عموما من تقييد و تضييق ينعكس على القاضي المدني فهذا الأخير مقيد والذي حتى وان كان له أن يستنبط ويعمل العقل في استخراج القرائن القضائية، فإن سلطته في هذا الإطار أضيق من سلطة القاضي الجزائي.

هذا ونجد أن القانون تطرق لهذا النوع من القرائن بحيث تنص المادة 340 من ق م ج على أنه:" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز

[1] زوزو هدى ، القرائن مفهومها وتقسيمها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة العلوم الإنسانية ، ع 18، مارس 2010، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، ص 268 و 269.

[2] المرجع نفسه ، ص 269 و270 .

فيها القانون الإثبات بالبينة" يتضح من نص المادة أن المشرع المدني قد تناول القرائن القضائية ،بحيث ترك المجال للقاضي من خلال ما له من سلطة تقديرية أن يستنبط ثبوت وقائع مجهولة من خلال ثبوت وقائع معلومة ،انطلاقا مما يعرض عليه من وقائع في هذه الدعوى، ولكن الملاحظ أن المشرع قد قيد سلطة القاضي المدني في استنباطه للقرائن القضائية بقيدين أو شرطين اثنين، الأولى أن يكون مجال إعمال القرائن القضائية في غير المجالات المخصصة للقرائن القانونية، لأنه في مثل هذه الأحوال القاضي مقيد بهذه القرائن القانونية التي وضعها المشرع، ولا مجال لإعمال القرائن القضائية، أما الشرط الثاني فيتمثل في كون المشرع قد حصر سلطة القاضي المدني في استنباط قرائن قضائية بالأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود، والحقيقة أن هذه القيود والشروط مستمدة من روح وطبيعة الإثبات المدني الذي يتميز بالتقييد للقاضي، وهو ما نلمسه في هذه المادة حيث سمح للقاضي بإعمال القرائن القضائية من جهة وقيده بشرط ألا تكون في الأحوال التي لم يقرر فيها المشرع قرائن قانونية، وأن لا يعملها إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة من جهة أخرى[1].

ج:حجية الاستدلال بالقرائن القضائية

تعد القرينة القضائية من اجتهاد واستنباط واستدلال قاضي الموضوع من وقائع مشابهة للوقائع محل النزاع، فدلالتها ليست قاطعة، فحجية القرينة القضائية تعد نفسها نفس حجية الشهادة في الإثبات، بما أنها تكون قابلة لإثبات العكس إما بالكتابة أو الشهادة أو بقرينة غيرها أو مثلها أو بغير ذلك من طرق الإثبات.

ولاعتبار أن القاضي بشر فهو غير معفى من الخطأ أورد المشرع الجزائري واعتبر القرينة من الأدلة المقيدة التي لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال مثلها مثل الشهادة، فحد من خطر احتمال خطأ القاضي في الاستنباط، بقصر الإثبات بالقرائن في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة فقط[2].

ثالثا:المعاينة والخبرة القضائية

نظرا لأن كل من المعاينة والخبرة القضائية لم يتناولها ق.م.ج في نصوصه في وسائل الإثبات والتي هي محل بحثنا(وسائل الإثبات المدنية) واكتفى بالمسائل الموضوعية فقط (الكتابة،الإقرار،اليمين، القرائن، الشهود)، وترك تنظيم الجانب الشكلي والإجرائي في مسائل الإثبات إلى ق.إ.م.إ وعليه سوف نتكلم عن هذين الوسيلتين بشكل موجز ومختصر كما تجدر الإشارة إلى أن الجانب الإجرائي في مسائل الإثبات يعتبر من النظام العام .

1: المعاينـــــــة

تعتبر المعاينة وسيلة من وسائل الإثبات والتي جاء النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كوسيلة إثبات إجرائية تطلبها المحكمة متى دعت الضرورة إلى ذلك.

[1] . زوزو هدى ، المرجع السابق ، ص 270.

[2]. فاتح العيد ، المرجع السابق، ص73.

أ_ تعريف المعاينة:

المعاينة هو انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع أي كانت طبيعته سواء كان عقارا أو منقولا، أو كل ما يقع عليه النزاع إذا كانت معاينة مجدية، فالمعاينة إذن هي انتقال المحكمة بنفسها إلى المكان القائم عليه النزاع لمشاهدته على قرب و التحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها الخصم في الدعوى، وقد يكون محلها أشياء أو أشخاص أو أماكن وتعد من أهم وسائل الإثبات لاتصالها اتصالا ماديا، بالواقعة المطلوب إثباتها[1]، وقد نصت عليها المادة 146 و 147 من ق إ م إ.

ب_حجية المعاينة:

تعد المعاينة وسيلة إثبات مباشرة نص عليها المشرع في ق.إ.م.إ باعتبار انتقال المحكمة إلى محل النزاع يسمح لها بتكوين فهم واقعي أو صحيح للقضية المعروضة عليها،حيث أنه إذا قامت المعاينة على كامل الإجراءات وفق كل المتطلبات فإن جميع ما يثبت للمحكمة في حين انتقالها يعتبر دليلا قائما في الدعوى، يتحتم على المحكمة أن تقول كلمتها فيه،فإن لم تذكر في حكمها شيئا عن نتيجة المعاينة فإن حكمها يكون ناقصا[2].

2: الخبرة القضائية

الخبرة القضائية هي وسيلة إثبات إجرائية إلى جانب المعاينة والتي تناولها كذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والخبرة تطلبها المحكمة لإثبات واقعة معينة من ذوي الخبرة و الشأن كمهندس أو خبير عقاري أو طبيب محلف أو خبير زراعي أو طبيب نفساني وغيرهم من أهل الاختصاص ليعتمدها القاضي في حكمه أو يرفضها مع التسبيب وتعتبر كل من المعاينة الميدانية والخبرة القضائية من النظام العام.

أ_ تعريف الخبرة القضائية:

لقد تعددت التعريفات للخبرة القضائية لكونها تحتل مكانة مهمة في العمل القضائي باعتبارها طريقة من طرق الإثبات المهمة لإثبات الحقوق المتنازع فيها أمام القضـــاء ، فهي العلم بالشيء والخبير هـــو العـــالم ويقال خبرت بالأمر أي أعلمته وأخبرته بالأمر إذا عرفته على الحقيقة[3]، والخبرة هي إجراء من إجراءات التحقيق يقصد بها الحصول على المعلومات الضرورية عن طريق أهل الاختصاص وذلك للبث في المسائل الفنية التي تكون محل نزاع بين الخصوم ولا يستطيع القاضي الإلمام بها[4].

ب_ دور الخبرة القضائية في الإثبات:

عند انتهاء الخبير من إنجاز المهمة المنوطة به في إطار الضوابط القانونية المنظمة لسير عمل الخبرة القضائية، يودع تقريره والذي غالبا ما يكون مكتوبا بكتابة الضبط للمحكمة المختصة التي تتولى التأشير عليه، وبه يضمن

---

[1]. فاتح العيد ، المرجع السابق ، ص 77.

[2]. المرجع نفسه، ص 81.

[3]. الشنيكات مراد محمود، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2008، ص 98.

[4]. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2007،ص 159.

الخبير كل الملاحظات العلمية أو الفنية والخلاصة التي توصل إليها حسب ما ورد في الأمر التمهيدي والإجابة على الأسئلة الفنية المحددة من طرف قاضي الموضوع.

كما للخبرة دور هام في الإثبات بالنظر إلى التطورات العلمية والتقنية التي يشهدها العصر الحالي، مما جعل الكثير من النزاعات تتعلق بوقائع لها جانب علمي أو فني يخرج عن حدود إدراك القاضي وعلمه، لذلك فقد تضمنت قوانين الإجراءات القضائية نصوصا تمكن القاضي من الاستعانة بالخبراء وذلك بالقدر اللازم في أضيق تفسير وترك زمام الخبرة بيده حيث يقدر أولا أهمية إجرائها وتقديرها ومدى الأخذ بنتيجتها وبالتالي فأهميتها في النزاع مرهونة بسلطة القاضي[1]، وقد تكلم المشرع الجزائري عن الخبرة القضائية من خلال ق.إ.م.إ من المادة 125 إلى المادة 145.

إن سلطة القاضي في الأخذ بنتائج الخبرة تكون دائما مقيدة بقواعد الإثبات التي حددها القانون، فالواقعة المادية يجوز إثباتها عن طريق الخبرة، أما التصرفات القانونية فقد حدد لها القانون طرق إثبات أخرى، فمن ناحية الوقائع المادية فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة وإنما يمكن إثباتها بالكتابة أو بغيرها من طرق الإثبات[2]، أما التصرفات والنصوص القانونية ليست محلا للإثبات لأن القاضي يعلم بها وواجبه أن يطبقها على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى، ولا يجوز للخبير التطرق إليها فلا خبرة في المسائل القانونية،حددت المادة 125 من ق إ م إ مجال الخبرة في الوقائع المادية التقنية والعلمية فقط وخرج عن مجال المسائل القانونية، لأن القضاة يفترض فيهم العلم بالقانون و الالتزام بتطبيقه.

إن التصرفات القانونية[3]، يصعب تصور إثباتها عن طريق الخبرة، إذ أن الخبرة تفترض وجود واقعة مادية تحتاج إلى تخصص فني، في حين أن ذلك لا يتوفر بالنسبة لتصرفات القانونية ومع ذلك يمكن تصور الإثبات بالخبرة في بعض التصرفات القانونية التي تتم عن طريق التعاقد الإلكتروني، مثل التصرفات المبرمة بواسطة الانترنيت أو ما يسمى بالعقود التجارية الإلكترونية،فلا يكون مقبولا إجراء الخبرة في مسائل القانون، كما ليس من صلاحيات الخبير إجراء تحقيق قانوني لأن ذلك من اختصاص القاضي وحده ولا يجوز تفويض سلطتها القضائية لغيره صراحة أو ضمنا،فعملية التكييف القانوني للوقائع المطروحة في النزاع القضائي والعلاقة بين الخصوم هي من المسائل القانونية التي يختص بها القاضي وحده، ولا يجوز للقاضي تجاوز مهمته للتطرق إليها في خبرته.

كما أن إثبات مسؤولية خصم اتجاه الآخر أو إجراء تحقيق قانوني هي من مسائل القانون أيضا التي لا يجوز للقاضي التنازل عنها للغير ويعتبر البطلان المقرر كجزاء لإجراء الخبرة في مسائل القانون فالخبرة تشمل كافة المسائل المادية التقنية أو العلمية من غير المسائل القانونية.

---

1. جرمولي ندى و فريال فلة، قيمة وسائل الإثبات الإجرائية في الإثبات المدني، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، س ج 2017/2016، ص 22 و23.
2. المرجع نفسه ، ص 25 و 26.
3. المرجع نفسه، ص 28.

المبحث الثاني: دعاوى الأحوال الشخصية

بما أن أغلب البلدان الإسلامية خضعت للاستعمار الغربي، حيث حلت قوانينه الوضعية مكان الأحكام الشرعية في بدايتها وذلك في معظم شؤون الحياة المدنية والاجتماعية وغيرها، ولم يبقى من أحكام الشريعة الإسلامية ما يطبق إلا نظام الأسرة من زواج وطلاق و إثبات نسب وميراث وغيرها، لنتوقف عند تعريف علي حسب الله:" الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا، أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية[1]، حيث سنتناول في المطلب الأول الزواج العرفي والطلاق العرفي وذلك من خلال التكلم على إثبات الزواج العرفي والطلاق العرفي وطرق إثباتهما وفي المطلب الثاني سنبين آثار الرابطة الزوجية خاصة ما تعلق بمسألة النزاع حول متاع البيت وإثباته وكذا مسألة إثبات النسب.

المطلب الأول: الزواج العرفي والطلاق العرفي

إذا كان الزواج هو تلك العلاقة الشرعية التي استحلت بكلمة الله وفقا لأركان و شروط ثابتة فقد تولى المشرع الجزائري تعريف عقد الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة ونص على ركنه الوحيد بعد التعديل الذي حصره في الرضا وفقط وجعل ما كان ركنا في القانون 84-11 شرطا حسب المادة 9 مكرر من الأمر 05-02، كما تكلم على فك الرابطة الزوجية أو ما نسميه بالطلاق في المادة 47 من نفس القانون[2]، وقد يتخذ الزواج والطلاق صور أخرى في حالة فقدان عملية تسجيلهما في الحالة المدنية مما يجعلنا أمام إثبات زواج أو طلاق عرفي .

الفرع الأول: الزواج العرفي

الزواج العرفي هو إحدى الصور التي يتم بها الزواج في كامل أركانه وشروطه ولكنه يفتقد إلى التسجيل والصبغة الرسمية المتمثلة في تسجيله أمام الحالة المدنية، وهو عادة ما يحدث في مجتمعنا بدافع من المرأة أو الرجل من أجل التهرب من إلزامية الحصول على تصريح للزواج الثاني في حالة التعدد، أو كان زواجا قد انعقد بشكل عرفي وتقليدي عند سكان البوادي الذين يجهلون ولا يكترثون للأمور القانونية في بعض الحالات، كما أن هناك طائفة من المجتمع ترى أن الزواج العرفي بإمام وشهود وولي حصنا للنفس من الوقوع في الزنا والمحرمات هو أولى أمام الله لأنه حلال في متعته، خاصة إذا كانت المرأة في ظروف مواتية كأن تكون عاملة ولها بيت ومطلقة أو عانس.

أولا: تعريف الزواج العرفي وموجبات إثباته.

سنتطرق إلى تعريف الزواج العرفي من الناحية الشرعية والقانونية، ثم نتطرق إلى الشروط الواجب توفرها من أجل إثباته كما يلي:

1 يوسف بن شيخ ، المرجع السابق، ص 48 و 49.

2. لأمر 05-02، المرجع السابق، ص 4 و6 و12.

1_ تعريف الزواج العرفي

يشترك الزواج العرفي مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل، وهو ما يجعل تعريف عقد الزواج العرفي يقترب من تعريف عقد الزواج الرسمي، فرغم اختلاف التعريفات التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التقارب في المعنى يجمعها، حيث يُعرَّف الزواج في الاصطلاح الشرعي بأنه":عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد"[1]، أو هو "عقد يُفيد حل استمتاع كل من العاقد بالأخر على الوجه المشروع"[2]، وهو ما يجعل الهدف من الزواج حل المعاشرة الزوجية على الوجه المشروع.

وتمَّ تعريف الزواج العرفي بأنه":عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يُسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحـــــدَّدة قانونا لذلك"[3].

ويظهر من خلال التعريف بأن ضابط التمييز بين الزواج العرفي والرسمي هو القيد وعدمه في سجلات الحالة المدنية، فالزواج العرفي يبقى صحيحاً ولو لم يتم تسجيله بالحالة المدنية؛ لأن إغفال هذا التسجيل وإن كان لا يُؤثّر في قيامه، فإنه يبقى لازماً لإثباته بحكم نص المادة 22 من ق أ ج.

ولقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من اعتبره عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديدها أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، بينما يرى البعض الأخر بأن القانون هو الذي يُحدِّد الآثار المترتبة على الزواج بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، فالقانون هو الذي يُحدِّد آثار عقد الزواج وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الـــــزواج نظامـــا قانونيا خاصا، يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد.[4]

أما بالنسبة لتعريف عقد الزواج في للتشريع الجزائري، فقد نصت المادة 4 من ق أ ج على أن:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وإذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشكلية من حيث تسجيله، فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية، وعليه، فإن عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري غير أنه لم يتم تسجيله.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002 ، ص 30.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، القاهرة ، دار الفكر العربي،1971 ، ص 43.

[3] بدوي علي ، " عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع" المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، ع 2، 2002 ، ص 157.

[4]. أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه و شروطه و أحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2002 ، ص36، و محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1، بيروت لبنان، المؤسسة الجامعية للتوزيع والنشر ،1992 ،ص55.

وبذلك يُعتبر هذا العقد معترفا به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله، كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب ذلك القانون في المادة 8 من ق أ ج.

2_ موجبات إثبات الزواج العرفي

ويقصد بها تلك الشروط التي يجب توفرها من أجل مباشرة إجراءات إثبات الزواج العرفي وهي:

أ _ميعاد إثبات عقد الزواج العرفي:

يعد الميعاد بمثابة شرط خاص لقبول بعض الدعاوى، ومنها دعوى اللعان على سبيل المثال، حيث نصت المادة 40 من ق أ ج، حيث أكدت أن ثبوت النسب، يتم بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول، فإنها لم تورد أي حكم صريح، يتعلق بنفيه عند قيام الـــــــزواج،فيما يعرف باللعان، وما إذا كانت ثمة مدة للتمسك به، وقد استقر الرأي لدى المحكمة العليا بهذا الشأن، بأنَّ دعوى اللعان لا تقبل ما لم ترفع خلال مهلة لا تتجاوز أسبوعا واحدا، تسري اعتبارا من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمـــــــل[1] .

أما بخصوص شرط المدة، في دعوى إثبات وتسجيل الزواج، فقد استقر قضاء المحكمة العليا،بأن دعوى إثبات الزواج غير محدد بمهلة معينة، وأن القضاء بإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، بناء على شهادة الشهود،ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج، وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون اعتراضه، يعد تطبيقا صحيحا للقانون[2].

ب_ قيام عقد الزواج:

لما كان انعقاد الزواج وطبقا للمادة (09) مكرر من ق أسرة، يحتاج إلى توافر شروطه المتمثلة في رضا الزوجين المتمتعين بأهلية الزواج، والخاليين من الموانع الشرعية، والصداق، والولي، والشاهدين، فمن خلال الرجوع لقضاء المحكمة العليا، فقد استقر الاجتهاد القضائـــــي للمحكمة العليا، بأن إثبات وتسجيـــل الـــــزواج العرفي، يتوقف على ثبوت قيام عقد الزواج على الوجه الشرعي، ومتى ثبت العكس اعتبر الزواج غير موجود، وبذلك فأية علاقة تكون قد تمت بين طرفي الدعوى، تبقى علاقة غير شرعية.

وتكريسا لهذا التوجه، أشارت في قرار لها، أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا بأركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته:"لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول"، وأن تصريح قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف، ومن جديد القضاء بصحة الزواج بين الطرفين، اعتمادا على تصريحات الشهود،لا يثبت منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشـــرع[3] وأضافت أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، لإثبات زواجها العـــــرفي، وأن

---

[1]. المحكمة العليا ، المجلة القضائية، ع 1، 2004 ،ملف رقم 296020 ، ص .ص:282 الى 284.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 71732 الصادر بتاريخ: 1999/04/23، المجلة القضائية، ع2 ، 1993 ،ص51.

[3]. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 344338 الصادر بتاريخ: 1984/09/24، المجلة القضائية، ع1، 1990 ،ص64.

القضاء برفض طلبها الرامي إلى تسجيل الزواج، يشكل تطبيقا صحيحا للقانون[1] ، وعلى العكس من ذلك، فمتى توفرت الأركان الشرعية للزواج، جاز القضاء بتثبيت الزواج العرفي، مع القضاء في نفس الحكم بالطلاق،باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي [2] .

وعليه فمتى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فان القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاء موافقا لشرع والقانون.

ثانيا: وسائل إثبات الزواج العرفي

استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي، لا يثبت إلا بشهادة العيان،التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها، أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ولما كان الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فان القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا صحيحا للقانون[3].

وتكريسا لهذا التوجه أشارت في قرار آخر، إلى أن القضاء بإلغاء الحكم المستأنف، القاضي بإثبات الزواج العرفي والنسب، ورفض الدعوى من جديد لعدم التأسيس، رغم إثبات الزواج العرفي بمحضر تحقيق وبحكم قضائي، يعد مخالفا للقانون، [4] وأن الزواج العرفي يثبت متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة ، ومتى تبين-في قضية الحال -أن أركان الزواج متوفرة، بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام، الذي قرأ الفاتحة، وتعيين المهر،وحضور الولي، فان القضاء بإثبات الزواج العرفي، المبرم بين المدعية والمرحوم يشكل تطبيقا صحيحا للقانون [5].

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب، تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي، فقد استقر قضاء المحكمة العليا، على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين- في قضية الحال -أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا سليما للقانون [6].

وحول ما إذا كان إعلان الزواج وشهره، يغني عن شهود العيان في إثبات الزواج العرفي، استقر الرأي لديه على أن الزواج الشرعي، يقوم على العلنية والشهرة، ومراعاة شروطه وأركانه، ولما كانت الطاعنة قد عجزت عن

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 747112 الصادر بتاريخ: 1991/05/21، المجلة القضائية، ع2،1994، ص56.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 125059 الصادر بتاريخ:1995/10/24، نشرة القضاة، ع53، لعام 1998، ص56.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 53272 الصادر بتاريخ:1987/03/27، المجلة القضائية، ع03، لعام 1990 ،ص82.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 248978 الصادر بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية ، ع02 ، 2001 ،ص281.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 221329 الصادر بتاريخ:1999/04/20، المجلة القضائية، ع خاص، 2001 ،ص60.

[6] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 188707 الصادر بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية ، ع خاص، 2001 ،ص50.

إثبات زواجها، رغم محاولات الشهود الذين شهدوا لها بالزواج، وأدينوا معها في جريمة التزوير،فالقضاء برفض دعواها الرامية إلى إثبات زواجها بالمتوفى،يعد تطبيقا صحيحا للقانون [1].

وحول ما إذا كانت شهادة العيان لوحدها، تكفي لإثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين، استقر قضاؤها على أن الزواج العرفي، يثبت بعد وفاة أحد الأزواج، بشهادة الشهود واليمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة: **"لا نكاح بعد الموت "**، ومن تم فالقضاء بتوجيه اليمين للزوجة، حول إعادة زواجها العرفي من الهالك، إضافة إلى سماع شهادة الشهود، يعد من قبيل التطبيق السليم للقانون [2].

وحول ماذا كان قيام الزواج العرفي، يتوقف على الدخول وتحقق الخلوة الصحيحة، ولا يثبت إلا بشهادة العيان، استقر الرأي لديها على أن الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج، تجعل الدخول قد تم شرعا، وأن الزوج اعترف بالزواج العرفي،وهو زواج ثبتت أركانه الشرعية والقانونية طبقا للمادة (09)من ق أ ج، ولما طلب الطلاق قبل الدخول، وثبت للمجلس أن الدخول تم فعلا، ونتج عنه طفل نتيجة الخلوة بالزوجة في بيت أهلها، والثابتة بصور قدمتها الزوجة، مما يجعل الدخول تم شرعا، والزواج قام بجميع أركانه، وما الدخول إلا شكل من أشكال إتمام الزواج [3].

وحول ما إذا كان الإقرار والشهادة الكتابية المدلى بها أمام الموثق، يعتد بها في إثبات الزواج أو في إثبات آثاره القانونية، استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، على أن النسب يثبت بالإقرار، لقول:خليل في باب بيان أحكام الإقرار **"ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة"**، كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد،ومتى تبين إقرار الزوج بحمل الطاعنة، وهو إقرار تم بشهادة جماعة أمام الموثق،فان هذه الشهادة لا تعتبر صلحا، بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقراره بحمل الزوجة، وأن المادتين 341 و 461 من ق م ج، لا تنطبق على قضية الحال،التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة،كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل، وطلب الطلاق قبل الدخول، قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال، يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق، وعليه فان القضاة لما لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود،الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون،وعرَّضوا قرارهم للقصور في التسبيب [4].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 75344 الصادر بتاريخ: 1990/04/30، المجلة القضائية ، ع 04، لعام 1992 ،ص65.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 204254 الصادر بتاريخ: 1998/09/22، المجلة القضائية، ع 02، 2000 ،ص173.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 289545 الصادر بتاريخ: 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا ، ع 02 ، 2004، ص373.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 202430 الصادر بتاريخ: 1998/12/15، المجلة القضائية ، ع 01، 1999 ،ص122

الفرع الثاني: الطلاق العرفي

من المعروف في الساحة القانونية والجانب القضائي أن الطلاق يقع بمختلف صوره من قبل أحد الزوجين أو بالتراضي من كليهما أو بسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 وقد تناول ق أ ج الطلاق من المادة47 إلى غاية المادة 57 إلا أنه أحيانا نكون أمام صورة من صور الطلاق العرفي والذي نبينه كالتالي:

أولا: تعريف الطلاق العرفي

سنحاول إعطاء التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق العرفي كونه من المسائل المهمة التي تعرض عادة على الجهات القضائية من أجل إثباتها بحكم قضائي وفقا لوسائل الإثبات المعمول بها كما يلي:

1:تعريف الطلاق لغة

الطلاق في اللغة إزالة القيد والتخلية والطالق من الإبل :التي طلقت في المرعى، وقيل :هي التي لا قيـــــد عليها، وكذلك الخلية .وأسير مطلق، أي حل قيده وخلي عنه ، وطلاق النساء لمعنيين:أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال [1].

2:تعريف الطلاق شرعا

تنوعت تعريفات الطلاق في الفقه الإسلامي وجميع هذه التعريفات تؤدي إلى معنى واحد، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية، غير أن هناك تعريف جامع مانع للطلاق من حيث كونه جاء جامعا مانعا مفصلا لأفراد المعرّف بطريقة سهلة بسيطة هو تعريف الحنفية:" رفع قيد النكاح الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".[2]

ورفع قيد النكاح قد يكون في الحال أو المآل كما ذكر الحنفية، ففي الحال إذا كان الطلاق بائنا ، فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلا بد من أن يعقد عليها عقدا جديدا، ويجعل لها مهرا جديدا، ولا بد من رضاها بذلك، لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن، وهذا إذا كان الطلاق بائنا ببينونة صغرى لا كبرى، ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيا ، فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا فلا يرتفع النكاح في الحال بل ينتظر إلى حين انقضاء العدة، ولذا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض، فإن انقضت عدتها التحقت بالبائن في الحكم، والتعريف الجامع المانع لطلاق العرفي هـــــو **:" ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه"**[3]

---

[1] أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج1،ط2، دار المعارف، القاهرة،مصر،1991،ص376، ابن منظور ، المرجع السابق، ص 226.

2 محمد بن علي الحصكفي الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار، تحقيق:عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 ، 2002 م ، ص 205.

[3] بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري(مقال)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ت ن 2018/06/03، ص 766.

ثانيا: إثبات الطلاق العرفي

حسب نص المادة 1/49 من ق أ ج التي تنص على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى".

في الحقيقة لقد أسالت هذه القضية الكثير من الحبر ، واختلفت في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء ، فمن قائل أن المشرع الجزائري لا يعتبر الطلاق ولا يعترف به إلا إذا كان قد وقع في ساحته وصرح به الزوج أمام القاضي ، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به ، أي أن حكم القاضي منشئ للطلاق ، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة ، ومن بينهم بلحاج العربي الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة[1] ، وكذلك الأستاذ فضيل سعد[2] ، وكذلك الأستاذ عمر زودة الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية ، وأن الطلاق لا يقع إلا بصدور حكم قضائي[3] وغيرهم كثير من الباحثين...

ومن خلال نص المادة 1/49 من قانون الأسرة:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم....** " يفهم أن طلاق الزوج الذي يوقعه بإرادته خارج ساحة القضاء لا يعتد به ، ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بحكم قضائي ، فإن لم يكن صادرا بحكم قضائي فإنه لا يعتد به من حيث تاريخه ، فالقاضي لا يعتبر نائبا عن الزوج في إصدار الطلاق أبدا ، بل المصدر للطلاق هو الزوج وهو ما أكدته المادة 48 ق أ ج:" **يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة** "، لكن تاريخ سريان هذا الطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، لذلك من الخطأ أن يقال أن الزوج لا يعتد بطلاقه إن كان طلاقه خارج ساحة القضاء ، ولكن تاريخ الاعتداد بتصريحه بالطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي ، ذلك أن القاضي كما يقال لا يحكم إلا بما طلب منه ، فلا يعقل أن يمتنع القاضي عن الحكم بالطلاق إذا صرح به الزوج سلفا ورفع بخصوصه دعوى قضائية[4] .

غير أن القاضي له أن يتمهل في الحكم حتى يقوم بإجراء عدة جلسات صلح على أن لا تتجاوز مدتها الثلاث أشهر ، كما لا يجوز للقاضي أبدا الامتناع عن القيام بجلسات الصلح ، فإذا صدر الحكم القضائي القاضي بإثبات الطلاق الواقع من الزوج فإن تاريخ الحكم القضائي بإثبات الطلاق هو المعتبر في حساب العدة وإثبات النسب والإرث وغير ذلك ، وعلى هذا التأويل تنص المادة 1/49 ، وسار الكثير من الشُرَّاح كما سبق بيانه، غير أن تبني هذا الشرح وهذا التفسير لنص هذه المادة يؤدي إلى عدة مخالفات شرعية تتعلق باحتساب العدة والرجعة وغيرها كما يؤدي إلى تضارب واضح بين نصوص قانونية أخرى، وأكثر من ذلك فإن الجمود على

1 بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 239.

2 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ج1، ص 326.

3 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، بن عكنون، الجزائر، انسيكلو بيديا للنشر، 2003، ص33.

4 بوجمعة حمد، المرجع السابق ، ص 767.

التفسير السابق يعارض الكثير من الاجتهاد والتطبيق القضائي الذي أثبت الطلاق العرفي واحتسب الطلاق من تاريخ تصريح الزوج به[1].

جاء في اجتهاد المحكمة العليا أيضا ما يلي : "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم .

وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"[2] ،وكذلك قرار آخر جاء فيه : "من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين ، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق ، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانـــــــون"[3] .

وفي قرار آخر كذلك :" يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه ، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فما على القاضي سوى الحكم له به ..."[4] وغير ذلك من القرارات التي تؤكد اعتراف القضاء بالطلاق العرفي وإثباته خارج ساحة القضاء وهذا هو الفهم الصحيح والمتفق مع الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لقانون الأسرة، كما أن هذا الفهم من طرف القضاء يجع نصوص قانون الأسرة منسجمة مع بعضها ومتفقة فيما بينها.

غير أن قضاء شؤون الأسرة وإن كان قد أخذ بالطلاق العرفي ولم يجمد على حرفية النص القانوني مراعيا في ذلك العرف المعمول به وقواعد الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها بنص القانون نفسه عند وجود فراغ قانوني حسب المادة 222 من ق أ ج، فإنه لا بد من وجود انسجام بين القضاء الخاص بشؤون الأسرة وبين النيابة العامة وكذلك قضاء العقوبات ويظهر ذلك جليا في حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل مثلا، ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا[5].

---

[1] المرجع نفسه، ص 767.

[2] قرار رقم 35026، صادر بتاريخ 1984/12/03 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع4، 1989 ،ص 86.

[3] قرار رقم 216850، صادر بتاريخ 1999/02/16 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية،عدد خاص، 2001 ،ص 100.

[4] قرار رقم 57821، صادر بتاريخ 2005/02/23 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع1، 2006 ،ص 275.

[5] بوجمعة حمد ، المرجع السابق، ص 771.

المطلب الثاني: آثار الزواج والطلاق العرفي

إن من بين الآثار التي نجدها ذات الأهمية الكبيرة في مسائل الإثبات المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تعرض بشكل هائل على الجهات القضائية، وتتطلب وسائلا ضرورية لإثباتها حسب ما نص عليه القانون في مثل هذه الحالات، ومن هذه الآثار الناتجة عن الزواج والطلاق كأصل عام نجد مسألة النزاع حول متاع البيت و مسألة إثبات النسب والتي سنوضحها كما يلي:

الفرع الأول: النزاع حول متاع البيت

قد يقع نـــزاع بين الزوجين سواء قبل الطلاق أو بعده حول أحقية كل منهما في متاع البيت وملكيته له وهذا أمر متوقع بالنظر إلى طبيعة الحياة الزوجية التي لا تكاد تخلو من الصراعات والنزاعات اليومية في ظل تأثير عدة عوامل ولعل أبرزها غياب الوازع الديني وعدم الإحساس بالمسؤولية والحقوق والواجبات ناهيك عن المودة والرحمة التي يعتبرها بعض فقهاء الشريعة من أهم الأركان المعنوية في عقد الزواج.

أولا:تعريف متـــــاع البيت

سنتطرق إلى تعريف المتاع لغة ثم نعطي التعريف الاصطلاحي لمتاع البيت حسب ما اتفق عليه الفقهاء و ذلك على النحو التالي:

1_ **تعريف المتاع لغة:** قال الزهري:" فإن المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به، ويتبلغ به ويتزود به، والفناء يأتي عليه في الدنيا"[1].

2_ **تعريف متاع البيت اصطلاحا:** متاع البيت هو: كل ما ينتفع به في بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية[2]، فهو إذن كل :" ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز أو من أدوات منزلية وجدت بعد الزفاف"[3].

ومنه فمتاع البيت بهذا المعنى:" هو كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فرش،وأثاث، وأدوات منزلية ،يستوي في ذلك أن يكون مما يخص الرجال، أو مما يخص النساء ،أو مما يخص الرجال والنساء معا.

وقد ثارت الكثير من النزاعات في هذه المسألة خاصة حول إثبات وجود أو عدم وجود متاع البيت حول المحاكم و تم صدور عدة قرارات من المحكمة العليا حول ذلك[4] .

ثانيا: إثبات متـــــاع البيت

وبالرجوع الى نص المادة 73 من ق أ ج على أنه" إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في

1 ابن منظور" لسان العرب المحيط" ، دار الجبل و دار لسان العرب، بيروت، مجلد5، 1988، ص 432.

2 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية، بيروت، ج 1، ص 230.

3 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام،دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1983، ص 434.

4 المجلة القضائية،المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 216836، الصادر بتاريخ 1999/03/16، ع خاص، 2001، ص 245.

المعتاد للرجال" و تضيف الفقرة من نفس المادة على أن المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين، وأن المتاع الذي توجه بشأنه اليمين يشترط فيه الوجود و المشاهدة فإن أنكر وجوده ولم تثبت مشاهدته، وعاز مدعيه الدليل، لم توجه بشأنه اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من ق أ ج، و إنما يحتكم فيه إلى القواعد العامة في الإثبات " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

إلا أن ما يؤخذ على الحكم الذي أتت به المادة 73 السالفة، وكذلك التطبيقات القضائية عندما تثير موضوع النزاع حول متاع البيت،فبمجرد تقديم قائمة بالمتاع من أحد الزوجين ونكران الطرف الخصم فإن القضاة يطبقون مباشرة المادة 73 وذلك بتوجيه اليمين، إلا أنه في الحقيقة المتمعن في المادة في توجيه اليمين والقواعد العامة للإثبات بصفة عامة من اشتراط توجيه اليمين في حالة الاختلاف وانعدام البينة للمدعي، وجب التأكد أولا من وجود المتاع من عدمه ثم الانتقال بعدها إلى اليمين في حالة الإنكار للحكم لمن تعود ملكية المتاع محل النزاع[1].

وهذا ما أكده قضاء المحكمة العليا حيث أكدت في القرار رقم 86097 الصادر في 1992/10/27 على أن:" الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات، و متى تبين – من قضية الحال – أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع و المسوغ لديه و طلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المسوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وخرقوا قواعد الإثبات، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأثاث و المسوغ"[2].

وعليه، فإنه يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا سواء أكان موجودا بمسكن الزوجية أو في غيره من الأماكن وبذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى في متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه، مثل أن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الخصم هنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة، وإلا فتوجه يمين النفي (النكول) للمدعى عليه طبقا للقاعدة السابقة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

أما الإشكال الآخر الذي يطرحه إضافة إلى ما يثيره هذا الموضوع من إمكانية الخلط بين ما هو من صداق الزوجة الذي هو حق لها تتصرف فيه كما تشاء،خاصة إذا كان صداق مؤجل وما هو جزء من متاع البيت، باعتبار العرف المتبع في بلادنا وفي كثير من البلاد العربية والإسلامية يلزم الزوجة بتجهيز نفسها وتجهيز بيت الزوجية بما قبضته من صداق، وهنا لا يجد القاضي نصا يعتمد عليه في إجراءات الدعوى أو يساعده على معرفة الحقيقة، وليس أمامه إلا الرجوع إلى أحكام العرف.[3]

كما أن في حالة النزاع حول متاع البيت نجد نوعين من اليمين في الإثبات:

---

[1] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد(معم باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، مطبعة طالب، ط جديدة،2008/2007، ص 77.

[2] فضيل العيش، المرجع نفسه، ص 78.

[3] فضيل العيش، المرجع نفسه،ص 78.

1_ اليمين الحاسمة:

توجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر في الدعوى الذي له حق المطالبة بالإثبات،ومنه فاليمين في مثل حالتنا هذه توجه من أحد الزوجين إلى الزوج الآخر، أو من أحدهما إلى ورثة الآخر أو من ورثة أحدهما إلى الزوج الآخر، أو من ورثة أحدهما إلى ورثة الآخر في حال وفاتهما معا – في حالة وفاة الزوجين المدعي والمدعى عليه –

"ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى..."(المادة 344 من ق م ج الفقرة2)[1]،كما يمكن رد اليمين الحاسمة من أحد الزوجين إلى الآخر ولم يمنعها القاضي، فعلى من وجهت إليه أن يؤديها أو يردها على موجهها، ويجب في الرد أن يكون على نفس الموضوع دون زيادة أو نقصان- حتى يظل الموضوع واحدا- فإن أداها من ردت عليه خسر رادها دعواه، ولا سبيل للقول برد اليمين الحاسمة ثانية.[2]

2_ اليمين المتممة:

على الزوج الذي وجهت إليه اليمين المتممة وفقا لأحكـــام نص المادة 73 ق أ ج، أن يؤديها بنفســـه وبالصيغة التي أقرتها المحكمة، والغالب أن الزوج الذي يحلف اليمين يقضى لصالحه، إذ يكون بحلفه هذا قد استكمل الأدلة التي كانت تبدو ناقصة وأقنع القاضي بصفة ما يدعيه، غير أنه إذا حدث أن ثبت بعد أداء اليمين كذبها فإن ذلك لا يحول وإمكانية المتابعة الجزائية ، فإن كانت هناك إدانة بعد المتابعة جاز للزوج الآخر المطالبة بالتعويض المدني كل ذلك من دون الإخلال بحق الطعن في الحكم الصادر تأسيسا على هذه اليمين بالطرق المرسومة قانونا.[3]

ونقول في النهاية أن النزاع حول متاع البيت بين الزوجين حال حياتهما، أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثتهما في حالة وفاتهما معا، لا تثار بشأنه اليمين المنصوص عليهما في المادة 73 ق أ ج إذا ما أنكـر وجوده وانعدمت البينـــة القاطعة، وإنما يحتكم فيه إلى القواعد العامة في الإثبات المدني والتي جاءت منصوص عليها في المواد:347،346،345،344،343 من ق م ج.

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق التقليدية

يعتبر النسب من أهم المسائل الشائكة التي تناولها الفقهاء والباحثون ورجال القانون وإذا كانت هناك طرق تقليدية حول إثبات النسب كالإقرار، وواقعة الولادة وغيرها ،فإنه ظهرت طرق علمية في الجانب البيولوجي لإثبات هذا النسب في حالة النكران أو اختلاط الأولاد، ونكتفي في هذا الفرع بالتحدث على الطرق التقليدية.

[1] عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحياء، ع 5، 2002م، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، ص 267.

[2] المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81850 الصادر بتاريخ 1992/04/14، ع خاص،2001م، ص 232.

[3] عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 278.

أولا: مفهوم النسب

لقد كان لتفشي ظاهرة الأطفال مجهولين النسب والارتفاع اللامتناهي لها، وقعها الخاص على المجتمعات بمختلف فئاتها وثقافتها وانتمائها حيث أن جل المجتمعات في العالم باتت تشكو هذا الوضع الذي تعمل مختلف التشريعات على تصحيحه عملا وامتداد لما وبما كان يعمل به من قديم العصور، التي اقترن فيها انتشار هذه الظاهرة بمحاولة ضبطه بتكريس جملة من الوسائل والطرق التي تعمل على تحيق هذه الغاية، ولأنها قديمة قدم الإنسان تزامنت تسميتها بذلك لتعرف بالطرق التقليدية في إثبات النسب.

1_ تعريف النسب:

من الناحية الاصطلاحية فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقوموا بتحديد تعريف للنسب مكتفين في ذلك بالتعريف اللغوي له[1] ، إلى جانب معالجة مسائله والقضايا المتعلقة به ، ومن هذا المنطلق عرَّفه جانب من الفقهاء بأنه تلك القرابة التي تقضي بوجود اتصال بين شخصين للاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة كانت[2] .

في حين عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه عبارة عن علاقة دم أو رابطة السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بفروعه وأصوله وحواشيه[3] .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص بأن المشرع نظم لنا أحكام النسب ضمن فصل كامل وهو الفصل الخامس من الباب الأول في المواد من 40 إلى 45 مكرر خاصة المادة 40 و41 مستهلا الحديث بطرق إثباته مباشرة دون أن يتطرق لأي تعريف له، غير أن هذا لا يمنع من تحديد معناه والذي يتضح لنا من خلال هذه المواد والذي يمكن حصره في ذات التعريف الذي جاء به الفقهاء وحتى التعريف اللغوي له.

ثانيا: طرق إثبات النسب

طرق إثبات النسب هو إلحاق الولد بأبيه أو أمه سواء بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو البينة، أو نكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه حسب ما جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة ،كما للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية بإثباته و سنوضح ذلك كما يلي:

1_ الزواج الصحيح:

ينسب الولد إلى والده متى كان الزواج صحيحا من الناحية القانونية، ولكي ينشئ عقد الزواج صحيحا وجب أن تتوفر فيه الأركان والشروط المتطلبة حتى تترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 09 و09 مكرر من الأمر رقم:05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في1984/10/08 ملف رقم 34137 بقولها: " من المقرر شرعا أن الزواج

---

[1] أحمد محمد سعيد السعدي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية مقارنة،ص 53.

[2] بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري ، قسنطينة،2011 /2012، ص 123.

[3] بوصبع فؤاد، المرجع نفسه، ص 123.

الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثمة فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجا،و لما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "[1].

وعلى هذا الأساس فإن الزواج ما دام قائما فإن النسب يثبت به متى توافرت شروطه، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدت الأم في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الانفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة وعدم وجوبها[2].

وبالرجوع الى نص المادة 40 ق أ ج[3]، فإن النسب يمكن إثباته بثلاثة طرق هي الزواج أو الإقرار وإما البينة،وطبقا للمادة 40 ق أ ج قد يكون إما صحيحا كما أشرنا أو نكاحا بشبهة أو زواج فسخ قبل الدخول.

أما بخصوص الزواج الصحيح فإن ثبوت النسب فيه لا بد من توفره على جملة من الشروط:

أ) الشروط المنصوص عليها في المادة 41: وتتمثل هذه الشروط في كل من إمكانية الاتصال بحيث يثمر عن هذا الاتصال الذي يحدث بعد العقد وبعد تلاقي ماء الرجل و المرأة الولد، ليصبح بعد ذلك لا محال من ثبوت نسب الولد لغير الزوج[4].

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم سبق نفي النسب بالطرق المشروعة، وفي البحث عن مقصد المشرع من الطرق الشرعية لنفي النسب فهو ما لم يرد فيه نص صريح يعمل على تحديده مما يقضي بالرجوع إلى نص المادة 222من ق أ ج لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية(أنظر المادة 222 من ق أ ج).

وبالتالي فإن أحكام الشريعة الإسلامية لخصت طرق نفي النسب في طريق واحد وهو ما يعرف باللعان، واللعان يكون في حالة ما اتهم الزوج زوجته إما بالخيانة الزوجية أو الزنا،إذ يتم اللعان بحلف الزوج على أنه صادق فيما يقول أي بعدم نسب الولد له، وأيضا حلف الزوجة على أنه كاذب فيما رماها به، ومن أجل صحته يشترط الفقهاء شروط وهي كل من:

-قيام الزواج الصحيح بين الزوجين المتلاعنين- وأن يكون الزوجين عاقلين- بالإضافة إلى عدم وجود أي مسلك أو طريق غير اللعان يخول الزوج إثبات الخيانة أو الزنا[5].

ب) الشروط المنصوص عليها في المادة 42 و 43: وتتمثل الشروط المنصوص عليها ضمن هذه المواد في شرط ولادة الولد بين أقل مدة حمل وأقصاها.

---

1 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، ع 4 ، ص 79.

2 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، ط 1991 ، ص 202.

3 الأمر 05-02، المرجع السابق، ص 18.

4 عائشة إبراهيم احمد المقادمة، إثبات النسب في ظل علم الوراثة،قانون جنائي، رسالة ماجيستر، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة،2012م، ص9.

5 صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في إثبات النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة،رسالة ماجيستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2007/2006، ص 21و 22.

وأقل مدة الحمل محددة بستة أشهر، وهذا ما هو مقرر شرعا، حيث جاء في قوله تعالى:" وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا" سورة الأحقاف الآية 15؛ وقوله:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ " سورة البقرة الآية 233.

أما أقصى مدة الحمل فهي محددة بعشرة أشهر، وهذا ما يؤكده الطب الحديث الذي يقضي بأن الجنين لا يمكن أن يلبث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر ونادرا ما يتجاوز هذه المدة إلى عشرة أشهر كأقصى حد[1] .

2-**النكاح الفاسد** :ويكون في أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 33 من ق أ ج في فقرتها الثانية؛ والتي تقضي بأنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"[2] .

وقبل أن نقوم بتوضيح حكم النسب في هذا النوع من النكاح، لابد لنا أيضا من أن نشير إلى أن المشرع الجزائري وقع في لبس عندما تحدث لنا عن حكم النكاح الباطل والفاسد بعدما جمعهما في نفس الفصل وهو الفصل الثالث دون أن يوضح لنا ما يعتبر من قبيل النكاح الباطل والنكاح الفاسد إلا بما يفهم من أحكام نصوص المواد من 32 إلى 35 من ق أج.

وربما كان هذا الخلط مبرر بما أن الجمهور من الفقهاء ذهبوا في فتواهم إلى الجمع .بينهما واعتبارهما وجهان لعملة واحدة .[3]

إذ أنه ومن خلال هذه المواد نجد بأن المشرع جاء بنوعين من الآثار، فهناك آثار تترتب بمناسبة اشتمال عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو بسبب اختلال ركن الرضا فيه، وهنـــــاك آثار أخرى تترتب بمناسبة اختلال أحد الشروط الواجب من أجل انعقاده.

وعليه فإنه بمناسبة الآثار الأولى نكون أمام عقد نكاح باطل، أما بمناسبة الآثار الثانية فنكون أمام عقد نكاح فاسد، وبناء على هذا نجد بأنه من المناسب جدا على المشرع لإزالة هذا اللبس وتجاوز الخلط بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل للفرق الجوهري الموجود بينهما ضرورة الفصل بينهما بصريح العبارة، وبخصوص ثبوت النسب به فلقد أتفق الفقهاء على تحقق النسب به إذا تحقق فيه الدخول الحقيقي وتوافرت فيه الشروط المطلوب توافرها في الزواج الصحيح أيضا .[4]

أما المشرع الجزائري وحسب نص المادة 40 من ق أ ج التي جاء نصها على هذا النحو:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمـــواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

---

[1] أحمد دغيش، الاجتهاد القضائي في إثبات النسب و موقف الفقه الإسلامي من قضايا النسب المعاصرة، ص 159.

[2] الأمر 05-02، المرجع السابق.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 30.

[4] عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص 9.

حيث أنه عبارة " أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و34 من هذا القانون " تحتمل في معناها الزواج الباطل والفاسد أيضا.

3-نكاح الشبهة :وهو دخول الرجل على المرأة ليست حلا له مع انتفاء العلم بذلك، .ليتضح له فيما بعد العكس من ذلك لكن بعدما أن يطأها .[1]

وفي حكم ثبوت النسب مع شبهة فكان للفقهاء اتفاق على تحقق النسب معها كون هذه الأخيرة تعمل عمل الحقيقة، أي ما يعمله الزواج الصحيح الذي تنتفي معه أي شبهة .[2]

وفيما يتعلق بالمشرع الجزائري فموقفه واضح في المادة 40 من ق أج السابق الذكر والذي يقضي ضمنها بأن النسب يثبت في هذا النوع من النكاح متى جاء وفقا لأحكام نص المادتين 42 و 43 من ق أ ج.

ثالثا :الإقرار والبينـــــــــة.

تكلمنا في المبحث الأول على الإقرار والبينة كوسيلتين من وسائل الإثبات في المسائل المدنية كأصل عام ،أما في هذا المبحث والمتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية سنتكلم عليهما في مسألة إثبات النسب بشكل مفصل وذلك لأن المشرع قد نص على هذين الوسيلتين في المادة 40 من قانون الأسرة حول إثبات النسب وذلك أن المشرع أعطى الأهمية البالغة لهذه المسألة التي لا يمكن التقصير فيها أبدا وسنوضح ذلك كما يلي:

1_الإقـــــــرار:

نص المشرع ضمن قانون الأسرة الجزائري على الإقرار كطريق لإثبات النسب ضمن نص المادة 40 و 44 و 45 لكن لم يعط له أي تعريف بموجب هذه المواد.

والإقرار لثبوت النسب به قد يتخذ عدة أنواع طبقا لنص المواد 44 و 45 من ق أج التي جاء نصها كما يلي:"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة"، " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

أ - الإقرار بالبنّوة أو الأبّوة أو الأمومة :ويطلق عليه أيضا عند فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الإستلحاق[3].

وكما يتضح من اسمه فهو إقرار ليس فيها واسطة بين المقر والمقر له إذ يعترف الشخص هنا بالنسب بصفة مباشرة دون أن يحمل النسب للغير [4] ، ومثاله أن يقر الرجل لولد أنه ابنه، أو تقر امرأة لولد أنه ابنها، أو إقرار الابن بأن فلانا أبوه أو أمه [5] .

---

[1] أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 160.

[2] عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص10.

[3] أحمد دغيش ، المرجع السابق، ص 161.

[4] نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج،2013، ص 14.

5 عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1999م،ط 2، ص 184.

ولإثبات النسب وفقا له شروط قد تكون شروط تتعلق بالمقر أو بالمقر له وقد تكون شروط صريحة أو تستفاد ضمنيا من نص المادة 44 من ق أ ج كما يلي:

-أن يكون الولد مجهول النسب :وهذا شرط منطقي لأنه من غير المتصور أن يقع الإقرار على شخص نسبه معلوم في الأصل.

_ أن يصدق الإقرار كل من العقل والعادة :فليس لا من العقل ولا من العادة أن يقر المقر بأن الولد الذي يساويه في السن ولد له .[1]

_ تصديق المقر له إقرار المقر :وهذا متى كان المقر له مميـــــــزا.

_ أن يكون المقر مختارا غير مجبر :فإذا كان مجبرا فإن إقراره لا يكون صحيحا .[2]

ب -الإقرار بغير البنّوة أو الأبّوة أو الأمومة :وهو على النقيض من الإقرار الأول، وهو يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة حواشي فقط أي لهما أصل مشترك كالأب أو الجد، فيقول المقر مثلا هذا أخي[3].

ويشترط فيه هو الآخر لثبوت النسب به شروط قد تستفاد ضمنيا أو صراحة، وقد تخص المقر أو المقر له:

_ أن يصدقه المقر عليه بالنسب إن كان حيا، أما إذا كان ميتا فعلى ورثته أن يصدقوا ذلك.

_ أن يقيم المقر بينة على إقـــــــــراره.

2_ البينـــــــة:

تعرف البينة بأنها كل حجة تقضي بتأكيد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا[4]، والتي يمكن إثباتها عن طريق الكتابة أو مشافهة أو عن طريق الإشارة أو بالكلام.

وفي تحديد النصاب المسموح به لعدد الأشخاص الذين يكون من الجائز الاعتداد بشهادتهم هو الأمر الذي كان محل اختلاف الفقهاء، فتكون الشهادة برجلين أو رجل وامرأتين عند فقهاء المذهب الحنفي، وشهادة رجلين عند فقهاء المذهب المالكي، أما عند فقهاء كل من المذهب الشافعي والحنبلي فيجوز لجميع الورثـــــــــة[5].

وكخلاصة لما سلف ذكره نذهب إلى القول بأن النسب يمكن إثباته طبقا للتشريع الجزائري وحصرا وفقا لأحد الحالات التي جاء النص عليها صراحة بموجب المادة 40 من ق أ ، حيث أنه وخارجها لا يستوي ثبوت النسب.

إلا أن هذا لا يحول دون اللجوء إلى بعض الطرق التي أطلق عليها المشرع الجزائري اسم الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب، والتي لم يتعرض لها تاركا فيها المجال مفتوح، ومن هذا المنطلق نجد بأن النسب يثبت

---

1 عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 184.

2.عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص 13 و 14.

3 احمد دغيش، المرجع السابق، ص 162.

4 توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، قانون الجنائي، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر ،باتنة،2011، ص 85.

5 وهبة الزحيلي، رؤيا اجتهادية في المسائل الفقهية المعاصرة ، دار المكتبي، ط 1، دمشق، سوريّة ، 1997م ، ص 695.

بطريقين طرق تقليدية والتي قلنا أن المشرع عمل على حصرها فلا يثبت النسب في غيرها، وطرق حديثة غير محددة، من بينها البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي والتقرير الطبي وتحاليل الدم والتي سنتعرض لها في الفصل الثاني.

ملخص الفصل الأول

إذا كان الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة قانونية ترتب آثارها، وأن مفهوم الإثبات قد تناولته ثلاث مذاهب فقهية، المذهب المطلق والمذهب المقيد والمذهب المختلط ويرجع سبب الاختلاف الجوهري بينها في مدى حرية القاضي وتقييده في وسائل الإثبات ،إلا أن المشرع الجزائري قد تمسك بالمذهب المختلط الذي يجمع بين المذهب المطلق والمقيد، كما أن هذا الإثبات يخضع إلى عدة قواعد سواء من ناحية عبء الإثبات الذي يقع عادة على من يدعيه فمن ادعى حقا وجب عليه إثباته أمام القضاء بكل الوسائل، أو سواء حول محل الإثبات الذي يكون مصدر الحق أي الواقعة القانونية التي قد تكون في شكل واقعة مادية أو في شكل تصرف قانوني، وأن الإثبات هو حق وواجب في نفس الوقت، فكونه واجب فمن يدعي حقا ما فعليه إقامة الدليل على ما يدعيه ،وكونه حق فلكل شخص الحق في الإثبات التي توفرت شروطه أمام القضاء ولا يجوز منعه من ذلك، وإلا كان إهدارا لحقه القانوني، ولقد نظم المشرع الجزائري وسائل الإثبات المدنية في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني والتي هي عبارة عن وسائل موضوعية في الإثبات، تمثلت في الوسائل المباشرة للإثبات أو الأصلية حيث ترتبط مباشرة بالواقعة محل الإثبات،هذه الوسائل تشمل كل من الكتابة الرسمية والعرفية ثم القرائن بنوعيها القضائية وغير القضائية، ثم البينة (شهادة الشهود)، تقابلها الوسائل غير المباشرة (الاحتياطية) والمتمثلة في اليمين بنوعيها المتممة والحاسمة والإقرار ، كما أن هناك وسائل إجرائية تناولها قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المواد 125 إلى 145 والتي تشمل كل من المعاينة والخبرة القضائية هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وعند الحديث على دعاوى الأحوال الشخصية نجد أن المشرع لجزائري قد تناول وسائل الإثبات في هذا الجانب، وقد تطرقنا في المطلب الثاني في دعاوى الأحوال الشخصية إلى الزواج العرفي وطرق إثباته من خلال المواد من 18 إلى 22 من قانون الأسرة وكذا الطلاق العرفي وطرق إثباته من خلال المادة 49 من قانون الأسرة،بعدها تطرقنا إلى الآثار المترتبة على هذا الزواج و انحلاله خاصة ما تعلق بمسألة إثبات النسب من خلال المواد 40 إلى 44 من ق أ والتي حصرها المشرع في الإقرار والبينة ،والزواج الصحيح ونكاح الشبهة أو أي زواج تم فسخه بعد الدخول، إضافة إلى إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية من طرف القاضي،كما أن مسألة النزاع حول متاع البيت تعتبر من بين الآثار التي تناولها قانون الأسرة في المادة 73 والتي خصها بوسيلة إثبات وحيدة تمثلت في اليمين الموجه لكلا الزوجين أو ورثتهما .

الفصل الثاني

وسائل الإثبات العلمية في مسائل الأحوال الشخصية

إن وسائل الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية في ظل التطورات العلمية والتكنولوجية، وما توصلت إليه المختبرات البيولوجية قد عرفت قفزة نوعية لا نظير لها خاصة في إثبات نسب الأولاد الذي ظل مشكلة عالقة على أبواب القضاء، ولم تكن الوسائل التقليدية أحيانا كافية مما أثقل من كاهل القضاة في اجتهاداتهم القضائية في كل مرة حول كل مسألة جديدة، ونظرا للثورة العلمية التي شهدها العالم من يوم اكتشاف تقنية البصمة الوراثيـــــة (DNA) الذي سهل الطريق على القضاء في الإثبات، وسرَّع في مسألة الوقت حول ذلك، فالبصمة الوراثية وإن كانت عبارة عن جينات وصبغيات وراثية تنتقل من الآباء نحو الأبناء حول ما يسمى بالكرموزومات والمورثات التي جعلت مسألة إثبات النسب تتأكد بالدليل العلمـــي والمخبري دون شكوك، إضافة إلى ما يعرف بالاستنساخ البشري الذي شهده العالم وكان بمناسبة استنساخ النعجة دولي مما أحدث ضجة كبيرة في الأوساط العالمية في جميع المجالات القانونية والدينية والاجتماعية والسياسية، ليظهر بعدها ما يعرف بأطفال الأنابيب، والأم البديلة والتلقيح الاصطناعي وغيرها، وقد عرف المشرع الجزائـري الاعتماد على الطرق العلمية في نص المادة 40 ق أ ج، وتطرق إلى التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 منه وفق شروط، كما أننا تطرقنا في بحثنا إلى لقرائن الطبية من طب شرعي وتشريح وفحص طبي وتحاليل الدم التي قد تلعب دور مهما في إثبات النسب، بمعنى أن الوسائل الحديثة في مسائل الأحوال الشخصية تتعلق جلها في إثبات النسب حيث اعتمدتها مختلف التشريعات خاصة الغربية في ذلك وبقت الدول الإسلامية بما فيها المشرع الجزائري متحفظا في الكثير من النقاط كحالة نفي النسب بالطرق العلمية التي استبعدها نظرا لما تمليه الشريعة الإسلامية من فكرة الملاعنة ،وكذا حفاظا على قيمة الأنساب وسمعتها كما جعل العديد من الضوابط والحدود للعمل بالمسائل العلمية في الإثبات سنراها لاحقا.

المبحث الأول:الإثبات بالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي

لقد اخترنا عنوان هذا المبحث وذلك تماشيا مع ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 حسب المادة 40 و45 السالفتي الذكر، حيث أننا سنتناول مفهوم البصمة الوراثية في المطلب الأول ونذكر كل ما يتعلق بها من خصائص وضوابط وحجية في الإثبات وغيرها، أما في المطلب الثاني فسنتكلم على التلقيح الاصطناعي حول مفهومه وشروطه وكيفية إثبات النسب.

المطلب الأول: البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية هي عبارة عن تركيبة بيولوجية تتمركز في نواة خلايا كل إنسان وتحمل صفاته الوراثية وهذا ما يدرس في مجال علم الوراثة وبتطور العلم وتوصله إلى إمكانية إثبات شخصية الفرد ونسبه من خلال هذه البصمة أو المورثة التي صار لها الدور الكبير قي الإثبات في جميع القوانين بما فيها قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية

حيث سنتكلم في هذا الفرع على تعريف البصمة الوراثية لغة و اصطلاحا ثم نتطرق إلى أهميتها في الإثبات والخصائص التي تتميز بها.

أولا :تعريف البصمة الوراثية

سنتطرق إلى التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي للبصمة الوراثية على النحو التالي:

1_ تعريف البصمة لغة:

البصمـــــة مشتقة من البَصمْ وهو : فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر يقال ما فارقتك شبرًا، ولا فترًا، ولا عتبًا، ولا رتبًا، ولا بصمًا .ورجل ذو بصم أي غليظ البصم[1].

2_تعريف البصمة الوراثية اصطلاحا:

البصمة الوراثية هي عبارة عن الحمض النووي (DNA) وهو الحامض النووي الريبوزي منقوص الأوكسجين، وحروفه الثلاثة (DNA) اختصار ؛ ،للاسم العلمي (Deoxyribo Nucleic Acid) وقد سمي بالحمض النووي نظرًا لوجوده وتمركزه في أنويه خلايا جميع الكائنات الحية[2].

وبما أن البصمة الوراثية من القضايا الجديدة والنوازل الحادثة التي لم يتكلم عنها الفقهاء المتقدمون فقد سعى بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف البصمة الوراثية تعريفًا اصطلاحيًا فجاءت تعريفاتهم متقاربة، ولعل من أبرزها ما يأتي:

التعريف الأول :عرفها بعضهم فقال: "هي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات [3] في الكائنات الحية" [4]

التعريف الثاني :وقيل "هي المادة المورِّثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحيـــــــــــــة" [5]

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، حرف الباء، ص 50.

[2] زيد بن عبد الله آل قرون،البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية،كلية الطب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المجلد الأول ، السعودية،2014، ص 443.

[3] الجينات جمع جين وهو عبارة عن قطعة أو جزء محدد من السلسلة الطويلة للدنا التي تحمل القراءة الوراثية اللازمة لتصنيع بروتينات الجسم، بمعنى أنه عبارة عن جزء الحمض النووي DNA أو جزء من الكروموزوم الذي يتحكم بإظهار صفات وراثية محددة.

[4] زيد بن عبد الله آل قرون، المرجع السابق، ص 443.

[5] المرجع نفسه، ص 443.

ثانيا: أهمية البصمة الوراثية وخصائصها

إن البصمة الوراثية من أهم مل توصل إليه الإنسان في مجال البحث العلمي في الطب والبيولوجيا المخبرية، حيث أصبحت بعد اكتشافها وسيلة غاية في الأهمية في الإثبات العلمي الدقيق سواء من ناحية الأحوال الشخصية كحالة إثبات النسب، أو من ناحية التحقيق والتحري في المسائل الجنائية، ومن أهم فوائدها معرفة بصمات الأصابع للاستدلال بها علي مرتكبي الجرائم، من خلال ما ينطبع من بصماتهم على الأجسام المصقولة في محـل الجريمة، فهي قرينة قوية في التعرف على الجناة .

ولقد تجاوزت الاكتشافات الطبية الحديثة معرفة هذه الخاصية من جسم الإنسان إلى اكتشاف خواص كثيرة فيه وإدراك مدى تأثير تلك الخواص في الوراثة عن طريق أجزاء من جسم الإنسان من دم أو شعر أو مني أو بول أو غير ذلك لتحقق بها في إثبات النسب.

وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (46) من الصبغيات (الكروموزومات) وهذه الأخيرة تتكون من المادة الوراثية - الحمض النووي الريبوزي الأكسوجيني – والذي يرمز إليه بـ:(دنا) أي الجينات الوراثية،وكل واحد من الكروموزومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريبا، وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان والطريقة التي يعمل بها، إضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات.

وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة، أن لكل إنسان جينومًا بشريًا يختص به دون سواه، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها، بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين.

ولهذا أطلقت عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذًا من عينة الحمض النووي المعروف بـ : DNA الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من صبغيات الكروموزومات، يرث نصفها وهي (23) كروموزومًا عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الأخر وهي (23) كروموزومًا يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموزومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروفة باسم DNA ذات شقين، ويرث الشخص شقًا منها عن أبيه والشق الآخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموزومات خاصة به لا تتطابق مع كروموزومات أبيه من كل وجه، ولا مع كروموزومات أمه من كل وجه كذلك وإنما جاءت خليطًا منهما.[1]

وبهذا الاختلاط يكتسب الإنسان صفة الاستقلالية عن كروموزومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموزومات والديه ، فضلا عن غيرهما.

[1] لقد سمي الحمض النووي ADN بهذا الاسم نظرا لوجوده وتمركزه في أنويه خلايا جميع الأجسام الحية بدءً من البكتيريا والفطريات والحيوانات إلى الإنسان وهو اختصار للاسم العلمي(Désoxyribose Nucleic Acid).

يقول الدكتور محمد باخصمة: " وتتكون كل بصمة من وحدات كيماوية ذات شقين، محمولة في المورثات وموزعة بطريقة مميزة تفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر، وتتكون البصمة منذ فترة الانقسام في البويضة الملقحة وتبقى كما هي حتى بعد الموت، ويرث كل فرد أحد شقي البصمة من الأب والأخر من الأم بحيث يكون الشقان بصمة جديدة، ينقل الفرد أحد شقيها إلي أبنائه، وهكذا ...."[1].

ويقول الدكتور عبد الهادي مصباح: " الحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بنفس التطابق، وهي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص، وأمراض وشيخوخة وعمر، منذ التقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدوث الحمل.[2]

وطريقة معرفة ذلك أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس من البول أو الدم أو الشعر أو المني أو العظم أو اللعاب أو خلايا الكلية أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموزومات – أي صبغيات – تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات.

فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثة له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بأبوته له، أو يقطع بنفي أبوته له، وكذلك الحال بالنسبة للأم وذلك لأن الابن – كما تقدم– يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية، بينما يرث عن أمه النصف الآخر، فإذا أثبتت التجارب الطبية والفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت طبيًا بنوته لهما.

وقد تثبت بنوته لأحد والديه بناء على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية بينما ينفى عن الآخر منهما، بناء على انتفاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية[3] .

الفرع الثاني: ضوابط البصمة الوراثية وشروط العمل بها

إن الاعتماد في العمل بخاصية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وغيره، ليس مطلق لأي شخص كان مهما كان مركزه، بل إن العمل بها تحكمها مجموعة من الضوابط والشروط اللازمة والتي نبينها كما يلي:

أولا: ضوابط البصمة الوراثية وشروطها المهنية وتتمثل فيما يلي:[4]

- أن تتوافر في الأشخاص الذين يتولون عمليات التحليل المتعلقة بها الدراية والكفاءة والخبرة اللازمة التي تتطلبها هاته العمليات،فضلا عن كون هؤلاء الأشخاص مسلمين تتوافر فيهم الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في الفائق – لأن البصمة الوراثية يقابلها في الشريعة الإسلامية ما يعرف بالقيافة ومنها الفائق - من إسلام وعدالة وعدم التهمة، وهذا عندما يتعلق الأمر بإثبات النسب في دولة عربية مسلمة.

---

1. ويدل على ذلك قول الله تعالى: (إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا) سورة الإنسان، الآية 2.

2. محمد عابد باخصمة، بعض النظرات الفقهية في البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، مناقشات جلسة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته ، (الدورة رقم 15)، ص 25.

3. عبد الهادي مصباح: الاستنساخ بين العلم و الدين، ط 2، الدار المصرية اللبنانية، بيروت، 1999، ص 105.

4. نصيرة شرقي ، المرجع السابق ، ص 40، عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص 67.

- أن تكون المخابر الخاصة بالتحليل تابعة للدولة وخاضعة لرقابتها، وهذا لأن خضوعها لغير الدول أي الخواص قد يجعل من نتائج هذه التحاليل لا تسلم من التلاعب بها.

- بالرغم من كون النتائج المترتبة على البصمة الوراثية تعتبر حجة قاطعة لا تحتمل الشك غير أن هذا لا يمنع من تدعيمها بعمل هذه التحاليل بطرق متعددة ومختلفة لإغلاق المجال أمام أي شكوك.

ثانيا: ضوابط البصمة الوراثية وشروطها الموضوعية

إن العمل في الإثبات بالبصمة الوراثية له ضوابط وشروط يجب الالتزام بها وهي:

1- ضرورة استخدام البصمة الوراثية في المجالات المحددة لها من بينها قضية إثبات النسب.

ومتى تعلق الأمر بإثبات النسب فلابد من عدم استخدامها لإثبات نسب هو في الأصل معلوم أو سبق الكشف عنه بأحد الطرق المقررة له، وهذا لما قد يترتب عنه من مفاسد،كإثارة الشكوك في النسب وتشتت الأسر...إلخ[1] .

2- أن تكون جل الأوامر المتعلقة بتحاليل البصمة الوراثية بداية من الأمر ببداية التحليل بموجب أمر صادر من القضاء أو من تخوله السلطة ذلك، وهذا الشرط هو شرط لازم لأنه بواسطته لا يسمح لكل من سولت له نفسه العبث بهذه الوسيلة.

3- أن تكون النتائج المترتبة على التحليل بواسطة البصمة الوراثية لا تخالف الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، كأن يثبت بالبصمة الوراثية نسب مولود لم يولد مثله.[2]

الفرع الثالث: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

تلعب تقنية البصمة الوراثية دورا كبيرا في مسألة إثبات النسب الذي يحمل العديد من الصور سواء من ناحية الأبوة والبنوة أو من ناحية اختلاط الأولاد بأي سبب كان ونوضح ذلك كما يلي:

أولا : حجية البصمة الوراثية من الناحية الشرعية.

مما لا يحتمل الخلاف فيه هو أن البصمة الوراثية هي مصطلح حديث النشأة فلم يعرف إلا في الآونة الأخيرة التي تزامنت مع التطور الذي شهدته بعض مجالات الحياة، غير أن الاشتراك الموجود في العلة بين البصمة الوراثية من جهة وما يعرف بالقيافة من جهة أخرى والذي يعود إلى تشابه الصفات الوراثية يقضي بتطبيق الأحكام المطبقة على القيافة وقياسها على البصمة الوراثية.[3]

وتصديق لما ما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت :دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال :" يا عائشة ألم تري بأن مجزرا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض " [4].

---

[1] نصيرة شرقي ، المرجع السابق ص 44.

[2] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص 66 و 67.

[3] أحمد حميد سعيد النعيمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ع 22، ص 127.

[4] سنن الترمذي، ج 4، باب: ما جاء في القيافة، الحديث رقم 2129،مصر،دار التأصيل،2012 ، ص 44.

أخذ جمهور الفقهاء بالقيافة واعتبروها علما صحيحا يجب القضاء به في الأنساب والآثار، حيث أخذ بها كل من الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، غير أن هذا الرأي لم يمنع جانب من الفقهاء أمثال الإمام أبو حنيفة وأصحابه للقضاء بخلاف ذلك،محتجين على قولهم في ذلك بأن الحكم بالقيافة هو حكم باطني قد يقع فيه الشبه بين الأجانب والعكس صحيح بحيث ينتفي فيه بين المشتركين ، وعززوا موقفهم هذا باللقيط الذي يدعي نسبه اثنين وتعادلت بينتهما في هذا الادعاء أو انتفت في الاثنين أين يأخذ برأيهما معا دون أي اعتبار بقول القائف.

وتجدر الإشارة في هذا الموضع إلى أنه بالرغم من اختلاف الفقهاء حول ثبوت النسب بالقيافة إلا أنهم أجمعوا حول عدم جواز نفي النسب بالفراش بها، فلا ينفى هذا الأخير إلا بطريق اللعان وفقا لأحكام الشريعة.

أما الفقهاء المعاصرون، فقد اختلفوا في جواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية فانقسموا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات هـــــــــــي:

فرأي يرى بأن البصمة الوراثية هي قرينة ظنية، وحجتهم في ذلك ترجع إلى أمرين هما عدم تمتعها بقوة الثبوتية التي تتمتع بها مثيلتها من الوسائل إلى جانب عدم الاعتراف بها من الناحية الشرعية.

ورأي آخر كان له موقف مخالف فيرى بأنها قرينة قاطعة مستدلا في ذلك بأدلة من الكتاب الكريم لما جاء في قوله تعالى:" أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...الآية" سورة الأحزاب الآية 5، كما استدلوا على قولهم هذا بأدلة من الواقع العملي الذي يثبت مدى قوة الثبوتية والحجية التي تتمتع بها البصمة الوراثية في الإثبات.

أما الرأي الثالث فكان له رأي وسط يقضي بأن البصمة الوراثية قرينة مستقلة على حد قولهم وهذا لعدم سبق حصر الإثبات على أدلة محددة[1]، إلا أن الرأي الثالث نراه الأقرب إلى الصواب فما دامت البصمة الوراثية تقنية علمية أثبتت صحتها وقوتها في الإثبات دون شكوك ولا أخطاء مما يجعلنا نسلم بصحتها في إثبات النسب أما مسألة نفي النسب بتقنية البصمة الوراثية ولكوننا مسلمين لنا في أحكام شريعتنا ما يغني عن ذلك فالنفي لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقا لأحكام الشريعة حفاظا على سلامة وثبات الأنساب التي لا يسمح التلاعب بها في أي مجال كان كما لا يعقل أن نخوض في المساس بأنساب ثابتة ومستقرة وأن مسألة الإثبات هي على مستوى الحصر والحاجة لا بصورة الإطلاق والحرية المفسدة.

هذا وقد عمد بعض الفقهاء المعاصرين إلى حصر الحالات التي يمكن فيها إثبات النسب بالبصمة الوراثية ولم يتركوه على إطلاقه، فيمكن إثبات النسب بها[2] في الحالات التالية على سبيل المثال:

أ- عند التنازع بمختلف صوره على مجهول النسب **ب-** عند الاشتباه بين المواليد **ج-** الاشتباه بين أطفال الأنابيب **د-** وأخيرا عند ضياع الأطفال واختلاطهم.

[1] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص 55 الى 59.

[2] توفيق سلطاني، المرجع السابق، ص 87.

ثانيا: حجية البصمة الوراثية من الناحية القانونية

لقد استعمل المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 40 /2من ق أ ج عبارة " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وكما يتضح منها لصريح العبارة فإن البصمة الوراثية سبيل من السبل الجائز اللجوء إليها بقصد إثبات النسب ليكون بذلك قد ساير معظم الآراء الفقهية التي قضت بنفس ذلك، إلا أنه بالرغم من ذلك نجد بأن هذا النص يعتريه اللبس والغموض لعدم تفصيل المشرع لمقصوده الكامل من وراء ذلك[1].

فبعدما نص على جواز اللجوء إلى مختلف الطرق العلمية لإثبات النسب كان عليه في نظرنا أن يحدد لنا مدلول كل منها وما يعتبر من قبيلها ولما لا يعتبر وما يجوز إثبات النسب به وما لا يجوز وحالات التي يمكن أن نكون فيها أمامها؟.

وهذا كله حصرا للاجتهاد القضائي الذي قد يفتح الباب على مصرعيه في ظل عدم وجود نص مضبوط محدد يكون عرضة للتطبيقات المتعارضة، وأهم ما جاء في الاجتهاد القضائي هو قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة حول نسب ابن المغتصبة، و التي علقت عليه فاطمة الزهراء تبوب، حيث جاء في مقالها حول النسب البيولوجي:" من الثابت علميا أنه في النصف الثاني من القرن العشرين، اكتشف وسيلة علمية لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية تعرف بالبصمة الوراثية، حيث وصلت نسبة نجاحها في مجال نفي النسب إلى حد القطع أي بنسبة 100% ،أما في مجال الإثبات فوصلت إلى القريب من القطع وذلك بنسبة 99.999% .

حيث إن تقنية البصمة الوراثية المستحدثة مكنت من معرفة الأب البيولوجي، وهو الرجل الذي عاشر أم المولود معاشرة جنسية نتج عنها حملها به،بقطع النظر عن شرعية العلاقة من عدم شرعيتها عن طريق تشابه الكروموزومات التي يحملها الطفل مع تلك التي تعود للأب البيولوجي....." [2].

وكذلك الاجتهاد القضائي الرامي إلى إجراء خبرة لتحليل ADN للتأكد من ثبوت نسب البنت للمدعـــو (ب، أ) طلب غير مؤسس كون البنت (ز) قد ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية، وأن الطاعن لم ينف الحمل بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان خلال مدة 08 أيام من تاريخ الحكم، إلا أنه كان على قضاة الموضوع اللجوء طبقا لأحكام المادة 02/40 من ق أ ج إلى الطرق العلمية لإثبات نسبها ، خاصة وأن الطاعن قد تمسك بذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بالطلاق وقام برفع دعوى موضوعها إثبات النسب عن طريق الخبرة العلمية[3].

---

[1] بوحادة سمية، المرجع السابق، ص 227و 228.

[2] المجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 734072 ، 2012/03/15، ع 1 ،2013، ص 117.

[3] مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 704222، الصادر بتاريخ 2012/03/15، ع 1، 2013، ص 262.

المطلب الثاني: التلقيـــح الاصطناعـــــي

يعتبر التلقيح الاصطناعي طريقة بديلة وحتمية يلجأ إليها الأزواج في حالة تعذر إنجابهم للأولاد بصورة طبيعية بسبب ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه الذي يحول دون إتمام الحمل، وهذا في ظل الاكتشافات العلمية الحديثة التي جعلت إمكانية الحمل بواسطة التلقيح الاصطناعي محققة وثابتة، إلى جانب الاكتشافات العلمية البيولوجية الأخرى على غرار ما يسمى بأطفال الأنابيب وذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثم تنمية البويضة المخصبة بعد اكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف وسميت هذه الطريقة في الإنجاب" بأطفال تحت الطلب "ثم ظهر أخيرا في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بـ:" استئجار الرحم "بمعنى الحمل في رحم الغير.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه

لقد كان للتلقيح الاصطناعي كتقنية من الطرق العلمية الحديثة في الحصول على الأولاد للأسر المحرومة بسبب خلقي أو فيزيولوجي وغيرها من الأسباب، والحرمان من الأولاد هو لحكمة من الله عز وجل أرادها في عباده حيث قال تعالى:" لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ "سورة الشورى الآية 49و50 ، وبظهور تقنية التلقيح الاصطناعي صار الزوجين يلجآن لهذا الطريق بحثا عن الذرية و النسل ، وسنتطرق من خلال ذلك إلى تعريف التلقيح الاصطناعي لغة واصطلاحا كما يلي

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي مركب من كلمتي التلقيح والاصطناعي، فالتلقيح في اللغة هو:

1_تعريف التلقيح لغة:

لَقَّحَ- لَقْحًا النخلَة: أَبَرَهُ أي طلع الذكور في الإناث.اللِّقَاح:جمع لَقُوحْ [ماءُ الفحل من الخيل والإبل]. اللِّقْحَة: جمع لِقَح و لِقَاح: الناقة الحَلُوب الغزيرة اللبن.[1]

أما كلمة صناعي فهي نسبة إلى صناعة، وهي مصدر يعني أن الشيء المصنوع قد تدخلت في تركيبه يد البشر[2]

2_ تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا:

إن التلقيح الاصطناعي هو عبارة عن نقل الحيوان المنوي للرجل إلى العضو التناسلي للمرأة بطرق وأساليب طبية وذلك بغير الاتصال الجنسي الطبيعي، وقد يكون التلقيح الاصطناعي داخليا كما قد يكون خارجياً .[3]

---

[1] المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، حرف اللام، ص 728.

[2] والعاج أمباركة، إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، السنة الجامعية 2013/2012، ص 43.

[3] أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية2007، ص 47.

إن التلقيح الاصطناعي عبارة عن عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو حصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في رحمها.

وقد تم إجراء أول تلقيح اصطناعي عام 1786 من قبل الكاهن الإيطالي "لازداد سبالا نزالي "وقد وقعت هذه التجربة على أنثى الكلب، وفي سنة 1781 تم إجراء أول عملية تلقيح اصطناعي على المرأة.

غير أن جانب آخر من الفقه يرى بأن " Hunter "هو من أجرى أول عملية تلقيح اصطناعي في سنة 1799تتعلق بزوجين عقيمين[1] .

وتبدو أهمية التلقيح الاصطناعي واضحة من خلال دور هذه التقنية في الحد من الاضطرابات النفسية للزوجين وتحقيق حلم الإنجاب وتخفيض حالات الطلاق، فضلا عن إمكانية تجنب الكثير من الأمراض الوراثية[2].

وبالنسبة للحالات التي يتم فيها استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي فهي عديدة نذكر من بينها:

أ- عجز رحم المرأة عن إمساك الجنين ب- نقص في كمية السائل المنوي عن الحد المطلوب للإخصاب أو ضعف الحيوانات المنوية ج- الإصابة ببعض الأمراض المزمنة[3].

ثانيا: أنواع التلقيح الاصطناعي .

هناك نوعين من التلقيح الاصطناعي الذي جرى العمل بهما في مجال الحصول على الأولاد وكلاهما يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة إلا أن الفرق يكمن في طريقة وأسلوب العمل المتبعة في ذلك والتي نبينها كما يلي:

1_ التلقيح داخل الجسم (الإستدخال):

وفقا لهذه الطريقة يتم مباشرة نقل الحيوانات المنوية من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتلتقي بعدها بالبويضة ومن ثم تتابع رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي .

2 _ التلقيح خارج الجسم(أطفال الأنابيب):

وفي هذا الأسلوب يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب زجاجي يضاف إليه مني الرجل، وبعد أن تلقح تتابع انقساماتها المتتالية ثم تعاد بعد ذلك إلى الرحم وتستكمل نموها الطبيعي[4] ،وتعتبر الطفلة " لويزا براون " أول طفلة أنابيب نتيجة تلقيح بويضة الأم بحيوان منوي من زوجها[5] .

---

[1] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2001، ص 93.

[2] زبيدة أقروفة، التلقيح الاصطناعي، دار الهدى، الجزائر،2010، ص 18 و 19.

[3] المرجع نفسه، ص 40.

[4] المرجع نفسه ، ص 10.

[5] أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب فيه.

إن التلقيح الاصطناعي بصفته طريقة من الطرق العلمية الحديثة من أجل الحصول على الولد يخضع إلى عدة شروط حتى يمكن السماح به، كما أنه وحتى يثبت النسب فيه وجب أن يشتمل على ضوابط شرعية وقانونية لإلحاق الولد الناتج عنه إلى أبويه ونوضح ذلك كما يلي:

أولا: شروط التلقيح الاصطناعي

لقد وضع المشرع الجزائري شروط التلقيح الاصطناعي وبينها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وهـــــي:

1- أن يكون الزواج شرعيا

أن يكون أطراف التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي[1]،كي تكتسي أساسها القانوني ،وبالتالي فالتلقيح يقتصر على الزوجين فقط، ويترتب على ذلك عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد زوال الرابطة الزوجية، للوقوف في طريق ووجه العلاقات الحرة غير الشرعية، ومنعها من الثبات والشرعية، للحفاظ على نقاوة الأنساب وطهارتها وحماية حقوق الطفل الناتج عن هذه العملية، وكي يثبت نسبه في أبيه يجب أن يجمع بين الطرفين عقد شرعي، توفرت فيه كل الشروط والأركان المنصوص عليها في المواد من7 إلى 35 من ق أج[2] .

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

يجب أن تجري هذه العملية بناء على رضا الزوجين[3]، وأثناء قيام حياتهما،حسب نص المادة 4 ق أ ج أن "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمـــــة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، أي لا يجب أن يجبر أحدهما الأخر على شـيء لا يرضـــاه.

ويجب على الطبيب المكلف بالعملية أن يحصل على رضا الزوجين في شكل كتابي صريح، لكون كل منهما أهل لمباشرة حقوقه وفقا لنص المادة 40 من ق م ج[4]، ولا يمكن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لان الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة هذا ما نصت عليه المادة47 من ق أ ج.

3- أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما

هذه هي الصورة الشرعية والقانونية لإثبات نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي،بحيث أنه لا يجوز شرعا وقانونا إلا إذا تم بمني الزوج وبويضة الزوجة[5]، ولا دخل للغير في ذلك، لأن الزواج الصحيح وحده يجيز العلاقة الجنسية بين الزوجين ،والزوجة تقتصر على زوجها دون غيره .

---

1 والعاج أمباركة ، المرجع السابق، ص 47.

2 قانون84-11المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في:2005/02/27، ج ر ج ،ع 15 .

3 والعاج أمباركة ، المرجع السابق، ص 47.

4 المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج رج، ع 58 ، مؤرخة في 1975/09/30 المعدل إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

5 والعاج أمباركة ، المرجع السابق، ص 48.

وعليه يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بمني رجل غير زوجها، لأن الولد الذي ينتج عن ذلك يعتبر ولد زنا، وفعل الزنا عمل محرم حسب ما نصت عليها لمادة 339 ق ع، حيث تسلط على فاعلها عقوبة جزائية[1]،لأن الزنا سبب في اختلاط الأنساب وضياع الذرية وتشرد الأطفال الناتجين عن هذه الفاحشة ،فتحل بالإنسانية النكبات والويلات والأمراض الاجتماعية والجنسية.

4- لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة.

ويدخل أيضا في حكم المنع،استعمال الأم البديلة أو الرحم المستأجر، ويكمن سبب اللجوء ،إليه في حالة ما إذا كانت المرأة سليمة المبيض إلا إنها تشكو من فقدان الرحم كاستئصاله أو به عيوب يمنع الحمل، وبالمقابل يكون زوجها سليم المني ،وعليه تؤخذ بويضة المرأة وتلقح بمني زوجها وبعدها تزرع في رحم امرأة أجنبية ،حتى تصل مرحلة الولادة تلده وتعطيه للزوجين صاحبي البويضة المخصبة.

وزرع البويضة الملقحة يمكن أن يكون في رحم امرأة قد تكون الزوجة الثانية للرجل إذا كان متعدد الزوجات،وحكم هذه الحالة في نظر المجمع الفقهي في دورته الثامنة بمكة سنة 1405 هو عدم جوازه،لأنه لا يمكن نزع طفل حملته أمه تسعة أشهر وتربى في أحشائها وتشبع بعواطفها ويقدم لامرأة بمجرد أنها صاحبة البويضة[2].

والصورة الثانية للرحم البديل، هو أن تزرع البويضة في رحم امرأة أجنبية عنه، وقد اجمع أهل الفقه بخصوص هذه الصورة بالبطلان لأنها قريبة من الفاحشة فالزنا طريقة تقليدية، والرحم البديل طريقة حديثة، حتى قيل عنها أنها زنا في قالب عصري تمس بالأخلاق والآداب العامة، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب ويثير النزاع ويزرع الحقد بين الأطراف المشاركة في العملية[3].

هذا ما عمل به المشرع الجزائري في نص المادة 2/45 مكرر من ق أج، حيث تنص على انه" لا يجوز اللجوء إلي التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، والملاحظ أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل بمنعه اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح، لأنه باب من أبواب إثارة المشاكل ولأن الله عز وجل شرف الرحم عن غيره من سائر أعضاء الجسم لأنه منبت البذرة الإنسانية ،قال تعالى :" فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ" سورة محمد الآية 22.

ثانيا: إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون،يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

---

[1] المادة 339 من قانون العقوبات على " يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها لجريمة الزنا".

[2] زبيدة أقروفة، النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية، الأيام الدراسية حول التعديلات المستحدثة في المنظومة القانونية الجزائرية، جامعة بجاية، 2005، ص 6.

[3] المرجع نفسه، ص 6.

وتنص المادة 41 من نفس القانون على ما يلي:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"،وبالرجوع إلى نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نجدها تشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين دون غيرهما، ومتى تحقق ذلك فإن النسب يكون ثابتاً، طبقا للقاعدة الفقهية " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**[1] "، ما دام أن المني من الزوج والبويضة من الزوجة، أما إذا كان التلقيح الاصطناعي بمني غير مني الزوج فإنه يتشابه في هذه الحالة مع الزنا، ولا يثبت به النسب الشرعي.[2]

يرى كثير من الفقهاء بأن التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج مهما تعددت صوره يعد أمر غير مشروع، ويأخذ حكم جريمة الزنا، لأن نتيجة كليهما في هذا الفرض واحدة وهي اختلاط الأنساب، ولا يهم هنا ما إذا تم الزنا بالصورة التقليدية المعروفة أم أنه تم عن طريق التلقيح الاصطناعي[3] .

وفي الواقع، فإنه يشترط لقيام جريمة الزنا [4] حدوث اتصال جنسي رضائي بين ذكر وأنثى، أي أنه يشترط فعل المواقعة أو الوطء الطبيعي حتى يقوم الركن المادي لهذه الجريمة، وعليه لا تقوم جريمة الزنا بتلقيح بويضة المرأة صناعيا بمني رجل برضاها سواء كان زوجها أم شخصا آخر، إذ لا وجود لنص في هذا المقام في قانون العقوبات وهذا تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وعليه، فإن الولد الناتج عن تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل غير زوجها يعتبر ولد غير شرعي دون أن يعتبر الزنا مع ذلك قائم[5]،كما يجب على المشرع أن يسعى إلى وضع نصوص صريحة تجرم هذه الحالات حماية لمصلحة كل من الطفل والمجتمع[6].

المبحث الثانـــــــــي: القرائن الطبيـــــة

إن القرائن الطبية وما نلمسه في المحاكم والقضايا المطروحة أمامها في المسائل الأحوال الشخصية المتنوعة من إثبات للنسب والأسبقية في الموت في الميراث والحضانة وغيرها نجد فيها العديد من التقريرات الطبية بأنواعها من طب شرعي خاصة في حالة وقوع الجريمة وكذا الفحص الطبي كحالة الحجر على شخص وفقا لشهادة طبية تثبت ذلك وعملية التشريح في حالة تعدد الموتى ومعرفة الأسبق في الوفاة وكذا تحاليل الدم لإثبات النسب وتعيين الزمر الدموية القريبة لأحد الوالدين، وسنبين ذلك في النقاط التالية.

---

[1]. صحيح البخاري، ج 3، ص 54، رقم (2053)، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات،طبعة دار طوق النجاة،1422 هـ، صحيح مسلـــــم، مجلد4، كتاب النكاح، باب الولد للفراش و للعاهر الحجر، ط1، دار التأصيل،مصر، 2014، ص 88..

[2]. أميرة عدلي أمير ، المرجع السابق، ص 180.

[3]. المرجع نفسه ، ص 58.

[4]. أنظر المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[5]. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات (الجرائم الواقعة على الأخلاق و الآداب العامة والأسرة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص 240.

[6]. أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الأول: التقرير الطبي

إن الطبيب ولكونه متخصص في المجال الطبي سواء كان موظفا في مؤسسة إستشفائية عمومية أو يعمل في عيادة خاصة فإن من بين ما يقوم به في مجال عمله هو كتابة التقارير الطبية اللازمة والتي سنتحدث عنها كوسيلة في الإثبات التي قد يرجع إليها القاضي ويبني عليها حكمه.

الفرع الأول:التقرير الطبي وحجيته في الإثبات

يلعب التقرير الطبي دورا كبيرا في الإثبات أمام الجهات القضائية وغالبا ما يطلبه القضاة لإثبات واقعة قانونية خاصة في الوقائع المادية وسنبين ذلك على النحو التالي:

أولا: ماهية التقريـــــر الطبي

سنقوم بإعطاء تعريفا شاملا للتقرير الطبي ثم نتحدث على أهم العناصر الشكلية والضرورية التي يجب أن تتوفر في التقرير الطبي ليكون وسيلة إثبات كاملة ومستوفية الشروط وذلك كما يلي:

1_ تعريف التقرير الطبي

هو التقرير الذي يحرره الطبيب بعد دراسة وافية وتشخيص المرض الذي يشكو منه المريض، أو بعد انتهاء فترة العلاج أو بعد الجراحة[1].

2_ محتوى التقريـــــر الطبي

يجب أن يحتوي التقرير الطبي الصحيح الكامل على ثلاث عناصر أساسية هي:

أ_ الديباجـــــة:

بشكل مختصر تحتوي على اسم الطبيب ولقبه ووظيفته، وعنوانه،واسم المنتدب ووظيفته، وساعة استلام الانتداب، والمكان الذي أجري فيه الكشف مع مراعاة الدقة، وذكر كيف حلف اليمين، وأسماء من حضروا بصفة مندوبين من قبل الشرطة،أو النيابة، اسم الشخص المراد الكشف عنه وسنه وأسماء الذين وجدوا معه عند الكشف.

ب_ المناقشـــة (صلب التقرير):

وهو عبارة عن وصف الحالة التي وجد فيها المصاب أو الجثة وصفا كاملا دقيقا، مع ذكر حالة التيبس أو التعفن إن كانت، ووصف الملابس التي كان عليها وصفا دقيقا، وما بها من تمزقات وحالتها وشكلها وأطوالها، وهل هي حديثة أو قديمة، فالواجب على الطبيب هنا أن يذكر ما شاهده فقط من أوصاف ومقاييس دون استنتاجاته الخاصة به[2].

---

[1] كنعان أحمد، الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، بيروت،ط3، 2010، ص 187.

[2] القرداغي علي محي الدين،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دار البشائر الإسلامية، بيروت،ط2، 2006، ص 161.

ج_ النتيجـــــــــة:

تحتوي على الاستنتاجات التي لا بد أن تترتب على شكل نقاط واضحة، بحيث تتضمن ما شاهده الطبيب على الجثة أو الشخص المريض، أو المصاب من العلامات والإصابات ،وما اتصل به من معلومات أو الشبهات عن الحادثة، ثم يبدي رأيه عن سبب الإصابة[1] أو الوفاة، والوقت الذي مضى على الإصابة والتنويه في نتيجة التقرير إلى تحديد الوقت والتاريخ حتى لا يتعارض ذلك مع الوقت الثابت للواقعة والتحقيقات.

الفرع الثاني:حجية التقرير الطبي في الإثبات:

إذا كان تقرير الخبرة واضحا، وصحيحا، بمعنى جاء وفقا للإجراءات الشكلية والموضوعية، فإن قاضي الأسرة يكون له الخيار بموجب سلطته التقديرية، إما أن يقبل الخبرة الطبية، أو يرفضها، وهذا ما سنراه.

أولا_ في حالة قبول الخبرة الطبية

للقاضي الذي أمر بالخبرة السلطة التقديرية في قبولها حسب نص المادة144 /1 ق إ م إ " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة"، فهذه الفقرة تسمح للقاضي بإمكانية تأسيس حكمه على نتيجة الخبرة[2]، والمادة لم توسع من حيث كيفية الأخذ بالتقرير هل في جزء منه أم كله، وكذا في المعيار الذي سيتبعه القاضي في قبول الخبرة من عدمها، وكل ذلك يخضع لسلطة القاضي وفقا لقناعته الشخصية.

لكن شراح القانون الوضعي والقضاء قاموا بدراسة ذلك، واعترفوا بالسلطة الواسعة للقاضي في تقييم نتيجة الخبرة، ومن جملة ما قيل عن ذلك، ما قال به حامد بن مساعد السحيمي: "تستطيع المحكمة أن تأخذ المواقف التالية رأي الخبير بالاستناد إلى سلطتها التقديرية أن تأخذ برأي الخبير وبأسبابه جملة وتفصيلا، وتتبنى كل ما جاء فيه،وأن تأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها رأي الخبير، مع بناء حكمها على أسباب أخرى، أن تأخذ ببعض ما تضمنه تقرير الخبير من آراء وتطرح الباقي شريطة أن تبين أسباب ذلك..." [3].

وما قال به أحمد أبو الوفاء: "وللمحكمة مطلق الحق في تقدير ما أدلى به الخبير من آراء، فلها أن تأخذ بما أدلى به ولها ألا تأخذ به،ومحل كل هذا عندما يكون تقريره صحيحا، أما إذا كان تقرير الخبير باطلا فلا تملك المحكمة بناء الحكم عليه وإلا أصبح مبنيا على إجراء باطل..." [4].

وكذا قول عباس العبودي: "إذا استوفى تقرير الخبير الإجراءات القانونية، وكانت المحكمة التي اعتمدت على هذا التقرير هي التي قررت انتدابه، فإن تقرير الخبير هذا يصح أن يكون سببا في مواجهة سائر الخصوم في الدعوى

---

[1]. القرداغي، المرجع السابق، ص 161

[2]. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2011، ص 228.

[3]. حامد بن مساعد السحيمي، دور الخبير في الدعوى الجزائية طبقا لنظام الإجراءات الجزائية السعودي، دراسة تأصيلية تحليلية، رسالة تكميلية لمتطلب الحصول على درجة الماجيستر في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007، ص 171.

[4]. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة ، 1986، ص 380.

بوصفه دليلا من أدلة الإثبات وتكون له قوة السند الرسمي..."[1]، ومن بين السلطات المخولة للقاضي الترجيح بين الخبرات [2]، وإذا وجد أكثر من خبير فللمحكمة أن تأخذ بالرأي الذي تقتنع به وتطرح باقي الآراء جانبا[3].

ثانيا_ في حالة رفض الخبرة الطبية.

من السلطات التي يتمتع بها القضاة منهم قاضي الأسرة رفضه واستبعاده نتيجة الخبرة، حتى وإن كانت الخبرة صحيحة، وهو ما نصت عليه المادة 144 /2من ق.إ.م.إ " القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة"، من خلال هذه المادة يتبين أن للقاضي الحق في رفض نتيجة الخبرة فهو غير ملزم بها.

ومن جملة ما قيل في هذا الصدد ما قال به بطاهر تواتي:" قد أكد القضاء في عديد من القرارات وفي معاني مختلفة تمتع قاضي الموضوع بحق تقدير نتائج الخبرة" [4]، وما قال به فريجة حسين "القاضي غير ملزم برأي الخبير، فالخبرة عملية فنية فللقاضي أن يأخذ بنتائج الخبرة وله أن يطرحها جانبا..." [5]، فقط يجب أن يسبب القاضي عدم أخذه بما احتواه تقرير الخبرة أي تسبيب عدم الأخذ بها كحالة قصورها أو نقصها أو تناقضها أو وجود دليل في الإثبات أنهى النزاع دون خبرة طبية.

حيث قال في هذا الصدد جمال الكيلاني" ويعتبر تقرير الخبير الفني رأيا استشاريا غير ملزم للمحكمة ويعد من جملة الأدلة المطروحة في الدعوى، فلها أن تأخذ به أو أن تطرحه إذا لم تطمئن إليه، وفي هذه الحالة يلزمها أن تبين الأسباب الداعية إلى إهمال رأي الخبير، وللمحكمة أن تجزئ رأي الخبير فتأخذ منه بالقدر الذي تقتنع به وبصحته على أن تعلل ذلك أيضا"[6]، وما قالت به أوان عبد الله الفيضي:"والمحكمة بلا شك حرة في أن تأخذ بما تطمئن إليه من تقارير الخبراء، وأن تهمل ما لا تطمئن إليه بعد بيان الأسباب..."[7].

إلا أن المشرع لم يبين الأسباب التي سيرفض من خلالها القاضي تقرير الخبرة،فجعلها من ضمن السلطة التقديرية له، إلا أن بعض فقهاء القانون تعرضوا من خلال كلامهم عن حجية الخبرة لذكر بعض الأسباب التي يؤسس عليها القاضي حكمه والتي استخلصوها من اجتهادات المحاكم سواء الجزائرية والمقارنة، فقال فيصل بن محمد العودة:" فقد يستبعد القاضي تقرير الخبرة إذا رأى أنه لم يوضح كل جوانب الغموض التي طلب من الخبير

---

[1] عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات، دراسة مقارنة ، معززة بآخر التعديلات والمبادئ القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 237.

[2] عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية ، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 60.

[3] نادي سالم صبارنة، دور الطب الشرعي والخبرة الفنية في إثبات المسؤولية الجزائية،د ط، د د ن، د س ن، د ب ن ، ص 63.

[4] بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية في التشريع الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 102

[5] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 71.

[6] جمال الكيلاني، الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد16، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2002، ص 279.

[7] أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2015، ص 134.

توضيحها، أو أنه تضمن معلومات قضائية لا يحق للخبير التدخل فيها، أو لم يبحث في الموضوع المراد الاستفسار عنه أو أن الخبير غير مسجل في جدول الخبراء أو لم تنطبق عليه الشروط القانونية لعمل الخبرة" [1]، أو ما قال به منصور عمر المعايطة:" رأي الخبير غير ملزم للمحقق أو القاضي إذا تعارضت الخبرة مع قناعة المحقق أو القاضي أو تعارضت مع ما توصل إليه التحقيق من أدلة إثبات حاسمة[2]، ولا المعايير التي يؤسس عليه القاضي رأيه".

لكن تعرض الفقهاء القانوني لبعض تلك المعايير ومنها ما قال به غازي مبارك الذنيبات:" وعلاوة على ذلك فإن القاضي وفي معرض تقديره للأدلة المستمدة من الخبرة الفنية، حتى في المسائل الفنية فإنه يمارس سلطته التقديرية ابتداًء في تقدير الظروف والملابسات التي أحاطت بهذه الأدلة[3] ، وأن تكون الحرية الممنوحة للقاضي في تقييم نتيجة الخبرة مؤسسة على اقتناع عقلي قائمة على اليقين غير خاضعة لأي عاطفة أو هوى خصوصا أنها حالة ذهنية ترتبط بضمير القاضي عند تقدير الأدلة.

فالمسألة مسألة قناعة شخصية قائمة على أسباب منطقية [4]،ولم يبين المشرع طريقة رفض الخبرة هل في مجمل الخبرة أم في جزء منها، لكن ذلك من جملة ما اعتنى به القضاء والفقه فقال في هذا الصدد فيصل محمد بن العودة: "وعلى هذا الأساس تملك المحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير الفني إذا اقتنعت به وفي هذه الحالة يكتسب التقرير الفني حجيته ولها أن تطرحه ولا تعتد به سواء في مجمله أو في جزء منه بحسب تقديرها وفي هذه الحالة يفتقد التقرير حجيته"[5].

المطلب الثانـــــي:تحاليـل الـــدم

يعتبر الدم من أهم العناصر التي خلقها الله عز وجل في الإنسان إذ به تقوم كل الأعضاء بعملها ونشاطها وتتعدد وظائف الدم في الجسم البشري إذ يمكن القول أنه لا يمكن حصرها ولا عدها وهذا إعجاز الله في خلقه لقوله تعالى " وَفِي أَنفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ" سورة الذَّارِيَات الآية21، وإن كان الدم قوام الجسم ووقوده فقد تنوعت زمراته حسب ما جاء به العلم وتعددت تركيباته هذا ما صار معروفا عند عموم الناس.

ولأن دراستنا تنصب على الإثبات في المجال العلمي والطبي فقد ثبت علميا أن التركيب الجيني لدم الولد لا يختلف ولا يخرج عن التركيب الجيني لدم الوالدين مما جعله قرينة قوية في إثبات النسب، لتصل الدرجة إلى قول العلماء بضرورة التباعد في الزواج والابتعاد عن زواج الأقارب وذلك حماية للنسل الذي قد يخلق مشوها بسبب

[1] فيصل بن محمد العودة، حجية التقارير الفنية في إثبات جرائم التزوير في النظام السعودي، رسالة ماجيستر، الرياض ، 2013، ص 117.

[2] منصور عمر لمعايطة، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء،مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 40.

[3] غازي مبارك الذنيبات، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فقها و قانونا، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 314.

[4] فيصل بن محمد العودة، المرجع السابق، ص 96 و 102.

[5] المرجع نفسه ، ص 111و 112.

تقارب الزمر في العائلات المتقاربة وهذا ما يقع عادة ومن خلال النقاط التالية سنحاول مناقشة موضوع الإثبات بتحاليل الدم.

الفرع الأول: مفهوم الدم وفصائله

أولا: مفهوم الدم

الدم سائل لزج أحمر اللون يملأ اللب والأوعية الدموية المتصلة به، ويقوم هذا السائل بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم المختلفة بالأكسجين، وتبلغ كميته في الجسم بمعدل 70 مللتر/كغ أي نسبة 13/1 من وزن الجسم، ويتكون من البلازما و خلايا الدم (الحمراء، البيضاء، والصفائح)[1].

ثانيا: فصائل الدم

ينقسم الدم إلى أربعة فصائل رئيسية يشترك فيها جميع البشر وهي (A،B،AB،O)، و تتحد هذه الفصائل بواسطة بعض البروتينات الواقعة على سطح كريات الدم الحمراء والتي تتحد بواسطة المعلومات الوراثية المرسلة من قبل أشكال جينية هي: { (O)،(B)،(A)}، ويعد كل من الجين (A،B) على الجين (O).[2]

وعليه تكون التراكيب الوراثية الجينية للفصائل الأربعة كما هو مبين في الجدول التالي[3] :

الفصيلة	التركيب الجيني
A	AA/AO
B	BB/BO
AB	AB
O	OO

وقد لوحظ أن إذا تم مزج نوعين مختلفين من الدماء فإنهما لا يمتزجان ويمتزجان إذا كانا من نوع واحد.

وأصل هذا أنه من المعروف أنه إذا أدخلت مادة بروتينية غريبة إلى دم الإنسان فإن ذلك يثير جهاز المناعة في الجسم فيكون ما يعرف (الأجسام المضادة) في بلازما الدم، ويطلق على المادة البروتينية التي سببت تكون الأجسام المضادة (الأنتجين)، وهي موجودة في كريات الدم الحمراء[4].

ويوجد في دم الإنسان نوعان رئيسيان من الأنتيجينيات: الأول (A) والثاني (B)، وقد يوجدان إما مجتمعين معا، أو منفردتين أو لا يوجدان على الإطلاق.

[1] لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، س ج 2015/2014، ص 32.
[2] المرجع نفسه، ص 34.
[3] المرجع نفسه، ص 35.
[4] المرجع نفسه، ص 35.

القرع الثاني: نظام تحليل فصائل الدم وحجيته في الإثبات

أولا: نظام تحليل الدم ABO

يعد من الطّرق العلمية التي سبق وأن تم اكتشافها منذ أمد طويل من اجل الكشف عن الأمراض التي تنخر جسم الإنسان، ومن أجل الكشف عن أشياء أخـرى لا تتعلق حتما بالمرض وإنما تتعلق بثبـوت الشخصيـة والذاتية المطلوب الكشف عنها.

ويستعمل نظام تحليل الدّم في مجال نفي النّسب وليس إثباته رغم أن نفي النسب في الأصل عندنا لا يتم إلا عن طريق اللعان وفقط باتفاق الفقهاء و رجال القانون، ولكن من أجل تسليط الضوء على هذه التقنية ارتأينا ذكرها لمعرفة حدود العمل بها، ذلك أن التّحليل يتوصل بشكل قطعي بأن نسب الولد (أ) منتفي بالنسبة للرجل(ب)، ومؤداه أن تحليل فصيلة دم الطّفل،مقارنة بدم الأم و لأب واعتبارا لكون كل طفل له خاصية جينية إمّا مع الأب وإمّا مع الأم وطالما أن هذه الأخيرة معروفة بحكم واقعة الولادة إذا كانت مشهودة ولم ترم أو تسمح في مولودها إذ لو وقع وأن سمحت في ذلك في ظل ظروف مجهولة سنكون أمام نسب مجهول يجب إثباته ، فإنّه إذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأمّ فهي بالضرورة موجودة لدى الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإنّ أبوته لهذا الطّفل مستحيلة وغير ممكنة ويقول على أساسها بنفي النّسب، وإذا ثبتت الخاصية فيمكن أن يكون الطّفل من الأب المفترض و لكن ليس على سبيل اليقين[1].

وتجدر الإشارة إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدّم التي تعتبر أنّ هناك ثلاثة عوامل موروثة (A ,B ,O) حيث أنّ (B,A) سائدة بينما (O) متنحية، وكل نسل له اثنين من هذه الثّلاث واحد من كل والد، طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أوAO ، وطفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO، إذا ورث عاملين منتجين سيكون (O) وإذا ورث عاملين سائدين سيكونAB ،ودعمت نظريته بالحقائق التالية:

_ أب O لا يمكن أن يكون له طفلAB.

_ أب AB لا يمكن أن يكون له طفلO و أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل.

و الجدول التالي يوضح الفصائل المتوقعة وغير المتوقعة لدم الأولاد بناء على معرفة فصائل الأبوين.[2]

فصائل دم الأبوين	فصائل الدم المحتملة	فصائل الدم المستحيلة
A+A	O.A	AB.B
A+B	A.B.AB.O	لا يوجد
A+AB	A.B.AB	O
O+A	O.A	AB.B
B+B	O.B	AB.A
AB+B	AB.B.A	O
O+B	B.O	AB.A
AB+AB	AB.B.A	O
O+AB	B.A	AB.O

[1] براوي سميرة، إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، السعيدة،س ج 2016/2015، ص 21.

[2] المرجع نفسه،ص 23.

ثانيا: نظام HLA (مرتبط بالمناعة)

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه ، وغير الذاتي لتخلص منه كالجراثيم، الأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات.

وقد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وسميت بنظام (Human leukocyte antigen) و هي اختصار لـ:HLA ، فكل إنسان يحصل على مركبين أحدهما من الأب والآخر من الأم مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي كون أن الطفل يحصل على مركبي HLA متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية.

و نظام HLA من الناحية الكيميائية هي جزيئات كيميائية من طبيعة بروتينية سكرية وتعتبر البطاقة الشخصية للفرد فهي تمثل المؤشر الأساسي للذات فلكل فرد نظامه الخاص به.

ويعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب أو نفيه ، فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظاما أكثر فعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا فهو نظام مهم جدا باعتباره نظام Polymorphe أي رغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي إلا أنه جد ثابت ومتوازن في انتقاله بين الآباء والأبناء Transmission Génétique مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص وهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا.[1]

ملخص الفصل الثاني

لم يكتف المشرع الجزائري بالاعتماد على وسائل الإثبات التقليدية في مسائل الأحوال الشخصية، والتي سبق وأن أشرنا إليها، بل أنه أشار إلى إمكانية لجوء القاضي إلى الطرق العلمية في إثبات النسب من خـــلال نص المادة 40 من قانون الأسرة، ومن بين هذه الوسائل العلمية نجد البصمة الوراثية والتي تعرف بـــ:DNA وهي عبارة عن صبغيات وجينات تحمل الصفات الوراثية المشتركة وتنقلها من الآباء إلى الأبناء، وأثناء اللجوء إلى إثبات النسب بسبب من الأسباب كاختلاط الأطفال مثلا، فإن تحليل جينات الوالدين مع جينات الأبناء تكون بنتائج علمية صحيحة ومتوافقة، مما تجعل النسب لا شك فيه، إضافة إلى التقنية الأخرى التي نص عليها المشرع في المادة 45 مكرر المتمثلة في التلقيح الاصطناعي، وفقا لشروط يجب توفرها في هذه العملية حتى نكون أمام نسب صحيح وعلاقة مشروعة، فمن خلال هذه التقنية صار للأسر التي تعاني من حرمان الذرية إمكانية الحصول عليها بهذه التقنية وباحترام شروطها وذلك من خلال بويضة الزوجة ومني الزوج وفي حياتهما وبرضاهما وباستبعاد فكرة الأم البديلة، ليس هذا فقط بل إن القرائن الطبية من تقرير طبي الذي يعده الطبيب المختص بطلب من المحكمة لإثبات واقعة معروضة على القضاء وإصدار حكم بشأنها، كما أن نظام تحاليل الدم مثل نظام ABO الذي

[1]. براوي سميرة، المرجع السابق، ص 20.

يعتبر وسيلة إثبات قاطعة في النسب فمن خلال الزمر الدموية للأبوين سنتحصل على نتائج قطعية وصحيحة للأبناء من خلال زمر الآباء بمعادلات علمية صحيحة وقاطعة،إضافة إلى نظام HLA الذي يعتبر من الأدلة العلمية القطعية في إثبات النسب وهو نظام متعلق بمناعة الإنسان التي تنتقل موصفاتها وقواعدها ومركباتها من الآباء إلى الأبناء ومن خلالها يمكن التأكد القطعي من علاقة النسب دون خطأ أو اختلال،كل هذه الوسائل العلمية التي ذكرناها هي وسائل قطعية في الإثبات العلمي، وقد أشار إليها المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة دون تحديد لأية منها بل جعلها مطلقة وفقا لاستدعاء الحاجة إليها.

الخاتمـــــــــــة:

تلعب وسائل الإثبات المدنية دورا كبيرا في إثبات المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فنجد أن وسائل الإثبات المدنية المذكورة في المواد من المواد323 إلى 350، والمتمثلة في الوسائل الموضوعية وهي: الكتابة والإقرار والبينة،واليمين والقرائن، هي نفسها وسائل الإثبات التي تناولها قانون الأسرة في المواد من 40 إلى 45مكرر حول إثبات النسب، بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول مع إضافة إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية، وكذا المادة من 18 إلى 22 حول تسجيل عقد الزواج بالكتابة الرسمية، والمادة 49 حول إثبات الطلاق العرفي بحكم وتسجيله، وتناولت المادة 73 اليمين في الإثبات إذا وقع النزاع حول متاع البيت، وبعد الدراسة والبحث والتحليل ارتأينا أن نضع النتائج المتوصل إليها وكذا الاقتراحات التي نراها ضرورية حول مسألة الإثبات بالوسائل المدنية في مسائل الأحوال الشخصية كما يلـــــــي:

أولا:النتائـــــــــج

1_إن سريان وسائل الإثبات المدنية المنصوص عليها في القانون المدني كوسائل عامة وموضوعية وكذا الوسائل الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبقى تلعب الدور الكبير في العملية الإثباتية كأصل عام وفي مسائل دعاوى الأحوال الشخصية التي في غالبها تستدعي إلى وسائل الإثبات .

2-إن إثبات الزواج العرفي حسب المواد من 18 إلى 22 وتسجيله في الحالة المدنية إلى جانب الطلاق العرفي حسب المادة 49 وذلك بسعي من النيابة العامة قد ساهم في الحد من الكثير من مظاهر هذا الزواج والطلاق وحافظ على حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية.

3_ يعتبر الزواج الصحيح والتلاقي بين الزوجين وسيلة ثابتة وقطعية لإثبات نسب الولد إلى أبويه سواء بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو أي نكاح تم فسخه بعد الدخول حسب المادة 40 من قانون الأسرة.

4_ ينسب الـولد لأبيه في الـــزواج الشرعي الذي وقع فيه الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة (اللعان) المادة 41 ق أ ج، وأن واقعة الولادة في حدود مدتها القانونية، والشرعية حجة قاطعة لإثبات النسب المادة 42 ق أ ج.

6- إن اللجوء إلى الطرق العلمية من طرف القاضي لإثبات النسب يعتبر طريقا قطعيا لا شك فيه لإلحاق الولد بنسب والديه عند انعدام وسائل الإثبات العادية واللجوء إلى الطرق العلمية (البصمة الوراثية).

7- إن التلقيح الاصطناعي المنصوص عليه في المادة 45 مكرر من ق أ يعتبر وسيلة علمية من أجل إعطاء فرصة للأزواج المحرومين من الذرية في حدود الشروط المذكورة في المادة وتجعل نسب الولد ثابت إلى أبويه في ظل احترام شروط هذه التقنية العلمية.

8_ إن النزاع حول متاع البيت بين الزوجين قد وضع له المشرع وسيلة إثبات قطعية وهي اليمين لكلا الزوجين أو ورثتهما حسب المادة 73 منه.

ثانيا: الاقتراحـــــــــات

1_ كان على المشرع أن يقوم بالتفصيل في الإثبات كما عمل في الجانب المدني وذلك أن الإثبات في قانون الأسرة جاء مختصرا ومفتقدا للعديد من الإجراءات وكأن المشرع يطلب بطريق غير مباشرة بضرورة الاعتماد على القانون المدني والإجراءات المدنية في مسائل الأسرة.

2_ إن التساهل في عدم تسجيل الزواج والطلاق جعل مسألة الردع غير محسوبة عند عامة الناس لحبذا لو أضاف المشرع نصوص ردعية وعقابية لكل من يخالف ذلك ويتهاون فيه خاصة مع ما تشهده المحاكم من صعوبات في هذا الجانب، وأحيانا تبقى بعض الحالات دون علم النيابة ودون إثبات مما يجعلنا و كأننا في عصر حجري مع ضرورة الحرص على محاربة ظاهرة الزواج والطلاق العرفي والحرص على تسجيلهما في الحال عند العلم بهما.

3_ إن دور النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل الأسرية حين تحريك الدعوى أو أثناء الجلسات يعتبر غير كافي بل يجب أن يكون لها الدور الأكبر كما هو حالها في المسائل الجنائية وغيرها خاصة وأن قضايا الأسر والحفاظ على المراكز القانونية لأفرادها هو أساس بقاء المجتمع وديمومة دولة القانون.

4_ إن ترك مجال الاجتهاد لقضاة المحكمة العليا في شتى القضايا التي تطرح عليها من حين لآخر وإثقال كاهلهم في البحث دوما على الحلول في غياب النص القانوني يجعلنا نقترح على المشرع ترجمة الاجتهادات القضائية الثرية والمهمة في قالب قانون لمسائل الأحوال الشخصية.

5_ إن القول بالسلطة التقديرية للقاضي حول إثبات النسب بالطرق العلمية دون تحديدها وضبطها وتبيان أساليبها وطرقها صعب من مهام القضاء وجعل الباحث القانوني يتساءل على موقف المشرع في العديد من القضايا العلمية المستجدة خاصة مع تكاثرها وانتشارها في العديد من تشريعات العالم العربي والغربي.

6- إن الإشارة دوما بالرجوع إلى المادة 222 من ق أ ج في حالة عدم وجود النص القانوني الصريح، يتطلب من الدولة أن تقوم بتنظيم تربصات فقهية وتشريعية للقضاة في مجال أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق بحياة الأسرة ،كما عليها استنباط الأحكام الشرعية والفتاوى الفقهية الموثوقة التي تساهم في حل النزاعات الأسريـــــة.

7- مواكبة المشرع الجزائري لكل التطورات العلمية والبيولوجية بصفة شاملة وإبداء آرائه وموقفه من كل ظاهـــرة والبث فيها من الناحية القانونية حتى لا نبق في حلقة مفرغة أمام القضايا القانونية المعاصرة في مجال إثبات النسب ونجد ذلك على سبيل المثال في المادة 40 ق أ ج؟؟ ،كما عليه التصدي لبعض الطرق العلمية المخالفة لأحكام الشريعة كمسألة الاستنساخ البشري الذي عارضته كل الشرائع والمنظمات كونه تلاعب بكيان الإنسان وفطرتـــه.

8- لقد جاءت في قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 العديد من الأخطاء والغموض والقصور والتجاوزات المخالفة أحيانا للشريعة والعرف، خاصة وإن طبيعة القضايا الأسرية في الجزائر أساس قيامها الشرع والتقاليد، ومن بينها ما جاء في المواد من 40 إلى 45 مكرر التي تكلمت على بعض الطرق العلمية في إثبات النسب وجعلت استعانة القاضي بهذه الطرق العلمية غامض وقاصر وغير محدد في مسائل علمية مستحدثـــــة.

قائمة المصادر والمراجـــــع

القرآن الكريـــــم برواية حفص.

أولا: كتب الحديث

1- صحيح البخاري، كتاب البيوع، طبعة دار طوق النجاة،1422 هـ.

2- صحيح مسلم، المجلد4، كتاب النكاح، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، طبعة دار التأصيل ،ط1،مصر، 2014.

3- سنن الترمذي، ج 4، باب: ما جاء في القيافة، الحديث رقم 2129،مصر،دار التأصيل،2012.

ثانيا:معاجم اللغة

1- المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة 31، منشورات دار المشرق، الشام، بيروت، لبنان،1991.

2- ابن منظور" لسان العرب المحيط" ، دار الجبل ودار لسان العرب،م 5، بيروت، 1988.

3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، دار المعارف، القاهرة، مصر،1991.

ثالثا: كتب القانون

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام)، دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان، د س ن.

2- العربي بلحاج، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2000.

3- أدور عبد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية،ج1، بيروت، لبنان، د د ن، د س ن.

4- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

5- أحمد محمد سعيد السعدي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية،دراسة فقهية مقارنة،د ط، د د ن، د ب ن، د س ن.

6- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب،ط 1999، د د ن، د ب ن.

7- أحمد دغيش، الاجتهاد القضائي في إثبات النسب وموقف الفقه الإسلامي من قضايا النسب المعاصـــرة، د د ن، د ب ن، د س ن.

8- أميرة عدلي أمير،جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2007.

9- أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

10- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 1986.

11- بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية في التشريع الجزائري، ط1، الديـــوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

12- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ط2، المؤسسة الوطنيـــــــــة للكتاب.دب ن، د س ن.

13- بدران أبـــو العينين بدران، الفقه المقارن للأحـــوال الشخصيـــــــة، دار النهضة العربيـــة، بيروت، لبنـان، د س ن.

14- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائـــر،1999.

15- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001.

16- جمال الكيلاني، الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، م 16، 2002.

17- رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، لبنان، 2007.

18- زيد بن عبد الله آل قرون، البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، كلية الطب، جامعة الإمام محمـــــــــد بن سعود الإسلامية، م1، السعودية،2014.

19- زيبـــــدة أقروفـــــة، التلقيح الاصطناعي، دار الهدى، الجزائر،2010.

20- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2011.

21- شيكات مراد محمود،الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2008.

22- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية ، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

23- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، بن عكنون، الجزائر، أنسيكلوبيديا للنشر، 2003.

24- عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،دار القلم ،الكويت،1990.
25- عبد الهادي مصباح،الاستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، ط 2، بيروت، لبنان،1999.
26- عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات، دراسة مقارنة ، معززة بآخر التعديلات والمبادئ القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006.
27- غازي مبارك الذنيبات، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فقها وقانونا، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
28- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعيـــــــــة،الجزائر،2010.
29- فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)،موفـــــــــم للنشر ،الجزائر،2008.
30- فهد بن سعد الجهني، التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام، كلية الطب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية،2014.
31- فوضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، 1986.
32- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات (الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1995.
33- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد (مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2008/2007.
34- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزئر، د ت ط.د س ن.
35- منصور عمر لمعايطة، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء،مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
36- محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون الحديث(الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر،2009.
37- مصطفى أحمد أبو عمرو، الإثبات في المواد المدنية والتجارية،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2011.
38- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام،دراسة مقارنة، ط4، لدار الجامعية، بيروت،لبنان، ، 1983.
39- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة،1971.
40- محمود كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ، 1992.
41- محمد بن علي الحصكفي الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ،ط1، بيروت، لبنان،2002.

42- نادي سالم صبارنة،دور الطب الشرعي والخبرة الفنية في إثبات المسؤولية الجزائية،د ط، د د ن، د س ن.
43- نشأة أحمد،رسالة الإثبات، د ط، د ب ن، 2008م.
44- وهبة الزحيلي، رؤية اجتهادية في المسائل الفقهية المعاصرة،دار المكتبي، ط1، دمشق، سورية،1997.
45- كنعان أحمد، الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، بيروت،ط3، 2010.
46- القرداغي علي محي الدين،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دار البشائر الإسلامية، بيروت،ط2، 2006.

رابعا:الرسائل والمذكرات

الرسائـــــــــــل:

1- يوسف بن شيخ، أثر التطورات البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة احمد بن بلة بوهران، س ج 2016/2015.
2- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، س ج 2013/2012.
3- يحي لعمارة محامد، الحالة المدنية في الجزائر، دراسة ميدانية على عينة من بلديات الوطن، رسالة دكتوراه جامعة أحمد بن أحمد و هران 2، السنة الجامعية 2015/2014.
4- حامد عمر حامد، التزوير في المحررات الالكترونية، دراسة تحليلية تأصيلية، رسالة ماجيستر، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، الموسم الجامعي 2005.
5- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، س ج 2011 /2012.
6- عائشة إبراهيم احمد المقادمة، إثبات النسب في ظل علم الوراثة،قانون جنائي، رسالة ماجيستر، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة،2012.
7- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في إثبات النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجيستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، س ج 2007/2006.
8- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، قانون الجنائي، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة،2011.
9- حامد بن مساعد السحيمي، دور الخبير في الدعوى الجزائية طبقا لنظام الإجراءات الجزائية السعودي، دراسة تأصيلية تحليلية، رسالة تكميلية لمتطلب الحصول على درجة الماجيستر في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007.

المذكرات:

1- فاتح العيد، آليات الإثبات في التشريع المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم، س ج 2018/2017.

2- جرمولي ندى و فريال فلة ، قيمة وسائل الإثبات الإجرائية في الإثبات المدني، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، س ج 2017/2016.

3- نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج،2013.

4- سمادي شيماء و نجاري أم هاني، الواقعة المادية ودورها في الإثبات (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، مذكرة ماستر،كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية،جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة الجامعية 2019/2018 .

5- العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة ، مذكرة تخرج القضاة، الدفعة 16، 2008/2005.

6- والعاج أمباركة، إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، س ج 2013/2011.

7- لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر ،بسكرة، س ج 2015/2014.

8- براوي سميرة، إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، السعيدة، س ج 2016/2015.

خامسا:المقالات

1- مكيدة نعيمة، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل الوسائل التقنية والحديثة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، ع 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البليدة.

2- بوحادة سمية، إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (البصمة الوراثية نموذجا)- مقال- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية ،أدرار.

3- مجلة الملحق القضائي، ع30، أكتوبر 1995 ، وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية.

4- زوزو هدى، القرائن مفهومها وتقسيمها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة العلوم الإنسانية، ع 18، مارس 2010، جامعة محمد خيضر ،بسكرة .

5- بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري-مقال- مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، تاريخ النشر 2018/06/03.

6- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحيـــاء، ع 5، 2002م، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة.
7- محمد عابد باخصمة، بعض النظرات الفقهية في البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، مناقشات جلسة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته ، (الدورة رقم 15).
8- بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين حضور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع02، 2002.

سادسا:مواقع الانترنت

1- نعمان عبد القادر،2016،http://middi.over-bog.com/2016/03/2007.html
2- المكتبة الوقفية.https://waqfeya.com بتاريخ:2020/07/14.

سابعا: النصوص القانونية

1- الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ج ر ج، ع 49، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
2- الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/04/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج، ع78،مؤرخـــة في:1975/09/20 المعدل إلى غاية القانـــون 07-05 المؤرخ في:2007/05/13.
3- قانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في:2005/02/27، ج ر ج، ع15 .
4- القانون 08-09 المؤرخ في:2008/02/25 المتضمن قانـون الإجراءات المدنيـــة والإداريـــــــة، ج ر ج،ع 21.
5- القانون 05-10 المؤرخ في:2005/06/20، ج ر ج، ع 44.
6- قانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فبراير سنة 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ج، ع 06 المؤرخة في 2015/02/10.

ثامنا: القرارات القضائية

1- المجلة القضائية ، ع1 ، 1991،ملف رقم:525042 ، مؤرخ في:1989/04/08.
2- المجلة القضائية ، ع1 ، 2004،ملف رقم:296020 .
3- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، ع2 ،1993،ملف رقم:71732،مؤرخ في:1999/04/23.
4- المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،ع1، 1990،ملف رقم:344338، مؤرخ في:1984/09/24.
5- المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية،ع2،1994،ملف رقم:747112، مؤرخ في:1991/05/21.
6- نشرة القضاة،غرفة الأحوال الشخصية،ع53،1998،ملف رقم:125059، مؤرخ في:1995/10/24.
7- المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،ع3، 1990، ملف رقم:53272 ، مؤرخ في:1987/03/27.

8- المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،ع2،2001،ملف رقم:248978 ، مؤرخ في:2000/11/21.
9- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ملف رقم:221329، مؤرخ في:1999/04/20.
10- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، 2001، ملف رقم:188707 ، مؤرخ في:1998/03/17.
11- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية،ع4، 1992 ، ملف رقم:75344، مؤرخ في:1990/04/30.
12- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، ع2 ، 2000، ملف رقم:204254 ، مؤرخ في:1998/09/22.
13- مجلة المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ع2 ، 2004، ملف رقم:289545 ، مؤرخ في:2002/05/08.
14- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، ع1 ، 1999، ملف رقم:202430 ، مؤرخ في:1998/11/15.
15- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، ع4 ، 1989،ملف رقم:35026 ، مؤرخ في:1984/12/03.
16- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، 2001،ملف رقم:216850 ، مؤرخ في:1999/02/16.
17- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، ع1، 2006، ملف رقم: 57821، مؤرخ في:2005/02/23.
18- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، 2001، ،ملف رقم:216836 ، مؤرخ في:1999/03/16.
19- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، 2001، ،ملف رقم:81850 ، مؤرخ في:1992/04/14.
20- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية، ع4 ، 1989.
21- مجلة المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ع1 ، 2013، ملف رقم:734072 ، مؤرخ في:2011/03/15.
22- مجلة المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ع1 ، 2013،ملف رقم:704222 ، مؤرخ في:2012/03/15.

فهرس الموضوعات.....

الموضـــــــــــــــوع **الصفحة**

مقدمـــــــة:.....01

الفصل الأول:وسائل الإثبات المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية.....08

المبحث الأول: وسائل الإثبات المدنية.....08

المطلب الأول: ماهية الإثبات.....09

الفرع الأول: مفهوم الإثبات ومبادئه.....09

أولا : تعريف الإثبات لغة واصطلاحا.....09

ثانيا:مبادئ الإثبات.....10

1_ نظام الإثبات الحر والمطلق.....10

2_نظام الإثبات المقيد.....11

3_ نظام الإثبات المختلط.....11

الفرع الثاني: قواعد الإثبات.....12

أولا: عبء الإثبات.....12

ثانيا: محل الإثبات.....12

ثالثا: الحق في الإثبات.....12

المطلب الثاني: وسائل الإثبات المدنية.....13

الفرع الأول: الوسائل المباشرة في الإثبات.....13

أولا: الكتابة.....13

1_ مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة.....14

2_ أنواع المحررات في الإثبات بالكتابة.....16

ثانيا : الإقرار.....19

1_ تعريف الإقرار.....19

2_ أنواع الإقرار وحجيته.....20

3_ الإقرار في قانون الأسرة الجزائري.....21

ثالثا: اليمين.....21

1_ تعريف اليمين.....22

2_ أنواع اليمين.....22

الفرع الثاني: الوسائل غير المباشرة في الإثبات.....23

أولا: البينة.....24

1_ تعريف البينة.....24

2_خصائص البينة.....24

3_أنواع البينة وحجيتها.....25

ثانيا: القرائن.....26

1_ تعريف القرائن أنواعها.....26

ثالثا: المعاينة والخبرة القضائية.....28

1_ المعاينة.....28

2_ الخبرة القضائية.....29

المبحث الثاني: دعاوى الأحوال الشخصية.....31

المطلب الأول:الزواج العرفي والطلاق العرفي 31

الفرع الأول : الزواج العرفي.....31

أولا: تعريف الزواج العرفي وموجبات إثباته.....31

1_ تعريف الزواج العرفي.....32

2_ موجبات إثبات الزواج العرفي.....33
ثانيا: وسائل إثبات الزواج العرفي.....34
الفرع الثاني: الطلاق العرفي.....36
أولا: تعريف الطلاق العرفي.....36
ثانيا: إثبات الطلاق العرفي.....37
المطلب الثاني: آثار الزواج والطلاق العرفي.....39
الفرع الأول: النزاع حول متاع البيت.....39
أولا: تعريف متاع البيت.....39
ثانيا: إثبات متاع البيت.....39
1_ اليمين الحاسمة.....41
2_ اليمين المتممة.....41
الفرع الثالث: إثبات النسب بالطرق التقليدية.....41
أولا: مفهوم النسب.....42
1: تعريف النسب.....42
ثانيا: طرق إثبات النسب.....42
1_الزواج الصحيح.....42
2_ النكاح الفاسد.....44
3_ نكاح الشبهة.....45
ثالثا: الإقرار والبينة.....45
1_الإقرار.....45
2_ البينة.....46

ملخص الفصل الأول.....47

الفصل الثاني: وسائل الإثبات العلمية في مسائل الأحوال الشخصية.....48

المبحث الأول: الإثبات بالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي.....48

المطلب الأول: البصمة الوراثية.....49

الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية.....49

أولا: تعريف البصمة الوراثية.....49

ثانيا: أهمية البصمة الوراثية وخصائصها.....50

الفرع الثاني: ضوابط البصمة الوراثية وشروط العمل بها.....51

أولا: ضوابط البصمة الوراثية وشروطها المهنية.....51

ثانيا: ضوابط البصمة الوراثية وشروطها الموضوعية.....52

الفرع الثالث: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.....52

أولا: حجية البصمة من الناحية الشرعية.....52

ثانيا: حجية البصمة من الناحية القانونية.....54

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي.....55

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه.....55

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي.....55

ثانيا:أنواع التلقيح الاصطناعي.....56

الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب فيه.....57

أولا: شروط التلقيح الاصطناعي.....57

ثانيا: إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي.....58

المبحث الثاني: القرائن الطبية.....59

المطلب الأول: التقرير الطبي.....60

الفرع الأول: التقرير الطبي وحجيته في الإثبات.....60

أولا: ماهية التقرير الطبي.....60

الفرع الثاني:حجية التقرير الطبي في الإثبات.....61

أولا: في حالة قبول الخبرة الطبية.....61

ثانيا: في حالة رفض الخبرة الطبية.....62

المطلب الثاني : تحاليل الدم.....63

الفرع الأول: مفهوم الدم وفصائله.....64

أولا:مفهوم الدم.....64

ثانيا: فصائل الدم.....64

الفرع الثاني: نظام تحليل فصائل الدم وحجيته في الإثبات.....65

أولا: نظام تحليل الدم ABO 65

ثانيا: نظام HLA (مرتبط بالمناعة).....66

ملخص الفصل الثاني.....66

الخاتمـــة.....68

قائمة المصادر و المراجع.....70

فهرس الموضوعات..... 78

ملخص بالعربية والإنجليزية.....

الملخص

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة قانونية ترتب آثارها، ويكون محله عادة الواقعة القانونية سواء كانت واقعة مادية كحالة الوفاة التي ينشأ عنها الميراث ،أو تكون تصرفا قانونيا كتصرف إبرام عقد الزواج الذي يرتب أثر إثبات النسب وغيرها،كما أن عبء الإثبات يقع على من يدعيه فمن أدعى حقا وجب عليه تقديم الدليل على دعواه، ويعتبر الإثبات حقا لكل شخص أن يطالب به أمام القضاء عند توفر شروطه كما أنه من جهة أخرى واجب على كل من يدعيه بتقديم الدليل، وأن الإثبات له عدة وسائل وطرق تناولها القانون المدني كأصل عام في مواده من 323 إلى 350 وتمثلت هذه الوسائل في الكتابة، والإقرار، والبينة (الشهود)، والقرائن واليمين وتعتبر هذه الوسائل التي جاءت في القانون المدني وسائل موضوعية تقابلها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسائل شكلية إجرائية تتمثل في المعاينة والخبرة القضائية حسب نص المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما من ناحية قانون الأسرة الذي هو جوهر دراستنا فقد تناول وسائل الإثبات في عدة مسائل في الأحوال الشخصية فنجده تحدث على الكتابة بمناسبة تسجيل عقد الزواج وذلك في المواد من 18 إلى 22 من قانون الأسرة، وتكلم على الإقرار والبينة والطرق العلمية كوسيلة حديثة لإثبات النسب في المادة 40 من نفس القانون، واليمين في المادة 73 حول النزاع الواقع على متاع البيت،كما تكلم على إثبات الطلاق العرفي في المادة 49 وترك للنيابة العامة السعي من أجل تسجيل كل من الزواج والطلاق العرفيين.

ولم يكتف المشرع الجزائري بالطرق التقليدية في الإثبات بل سعى إلى الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة في الإثبات من خلال المادة 40 والمادة 45مكرر التي تحدثت على التلقيح الاصطناعي،ونجد من بين الوسائل العلمية التي تبناها المشرع الجزائري في إثبات مسائل الأحوال الشخصية البصمة الوراثية والقرائن الطبية خاصة التقرير الطبي الذي يقوم به طبيب مختص بناء على طلب من المحكمة المعروض أمامها الواقعة محل الإثبات، إضافة إلى نظام تحاليل الدم سواء من ناحية الزمر الدموية أو من ناحية نظام المناعة حيث أن هذه الخاصيات تنتقل من الآباء إلى الأبناء وتكون مشتركة بينهم، وتعتبر حجة قاطعة ودامغة في الحصول على النتائج الثابتة والمحققة عند التحاليل المخبرية والتأكد من إثبات النسب.

Abstract

Proof is the establishment of evidence before the courts of a legal fact whose effects are produced, It is usually the case of a legal fact whether it be a physical fact, such as the death that gives rise to inheritance, or a legal act, such as the act of entering into a marriage contract which is the result of proof of descent and so on.

The proof is also burden of the person who claims it these instruments, which are set forth in the Civil code for in articles 323 to 350 they are « Writing, acknowledgment, Witness judicial and non-judicial evidence, and the oath of both types », and are subject-matter questions which they to in the Code civil and Administrative procedure, are a procedure from of examination and judicial experience, as provided for articles 125 to 145,of the code of civil and Administrative procedure, and also articles of the Algerian family law from him art n° 18 to 22 related to the registration of the marriage contract.

The Algerian legislator has not only used traditional methods of proof, but has also sought to use modern scientific means of proof through articles 40 and 45 bis, which refer to artificial ins, based in the authority of judge of family affairs in the appreciation of evidences, it also permitted to recourse to artificial fertilization without giving any reason for that through, article 45 bis, so it authorized to establish filiations the use of scientific means, by the text of article 40 without determining its conditions and standards like the modern theology did.

Among the scientific methods adopted by the Algerian legislature in establishing matters of personal status are the genetic fingerprint and medical evidence, in particular the medical report carried out by a competent doctor, at the request of the court in question. as well the system of blood analysis.