الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم : الحقوق .
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالبين:

- **حميدي مهدي**
- **بته عبد الوهاب**

تحت عنوان

إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الاستاذ(ة)	**جامعة المسيلة**	**رئيســا**
مبروك جنيدي	**جامعة المسيلة**	**مشرفا و مقررا**
اسم ولقب الاستاذ (ة)	**جامعة. المسيلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

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

سور الفرقان الآية 54.

شكر وتقدير

الحمد لله على نعمه التي لا ينسى ذكرها، ولا يؤدى بشيء من الأنواع شكرها، نحمده تعالى عند هذا المقام

وفي هذا المقال نثني عليه الخير كله ولا نحصي ثناءا عليه وهو أهل الحمد والشكر والثناء

وفي لحظات العرفان بالجميل وحسن الصنيع لا يسعنا إلا أن نحمد الله الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

ونصلي ونسلم على نور القلوب وضياءها حبيبنا وقرة أعيننا محمد صلى الله عليه وسلم

نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع

ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور "جنيدي مبروك" الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته التي كانت لنا خير معين في هذه الدراسة.

والشكر الجزيل للجنة المناقشة التي سيكون لها دورا كبيرا في تقويم وتثمين هذه الدراسة

وإلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة

- مهـــــــدي
- عبد الوهاب

إهـــــــداء

❖ إلـى من قال فيهما سبحانه وتعالى:﴿ فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَة قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أغلى ما في الوجود

❖ أمـــي الحبيبة الغالية .

❖ إلـــــى من كان صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا يسعني إلا أن أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي الغالي رحمه الله.

❖ إلى زوجتي رفيقة الدرب .

❖ إلى ابنتي الغالية ضحى.

❖ إلـــــــى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل عمال مكتبة باب الجامعة وخاصة أحمد مراد.

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ كما لاننسى عمال مصلحة الأجور بمدرية التربية لولاية المسيلة

❖ مهدي

إهـــــداء

❖ إلـى من قال فيهما سبحانه وتعالى:﴿ فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَةِ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أغلى ما في الوجود

❖ أمـــي الحبيبة الغالية .

❖ إلـــــى من كان سندا لنا في الحياة صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا يسعني إلا أن أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي الغالي.

❖ إلـــــــى إخوتي واخوتي الاعزاء

❖ إلـــــــى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل عمال مكتبة باب الجامعة أحمد مراد.

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ عبد الوهاب

مقدمـــــــــة

مقدمة:

شرع الله الزواج وجعله الطريقة السليمة والصحيحة لإنشاء أسرة وعائلة كنواة صالحة للمجتمع بأسره، قوامها الرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين، حيث جاء في محكم تنزيله ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1]، ولقد أولت الشريعة الإسلامية هذه العلاقة الكثير من العناية والاهتمام فحددت الشروط الأساسية لها بالإضافة إلى الالتزام بتعاليم الدين حرصا على تربية الأطفال في بيئة إسلامية سليمة، كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم شباب الأمة على الزواج والترغيب فيه والاعانة عليه.

وقد عرف المشرع الأسرة في المادة 2 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "**الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة**".[2]

فالأسرة في المفهوم الضيق لهذه المادة تتكون من الزوجين والأبناء فقط، أما في معناها الواسع فتشمل صلة ذوي القربة وذوي الأرحام، إن الحفاظ على الأسرة لا يحقق إلا بحسن الخلق والتربية الحسنة والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين وهي أساس صيانة وتماسك وترابط أي مجتمع، نبذ الآفات الاجتماعية.

وتعتبر الأسرة المحضن الأول للطفل، وهي اللبنة الأساسية لتكوين مجتمع فاضل متماسك كالبنيان المرصوص، فكل الشرائع تطمح منذ الأزل إلى بلوغ هذا المقصد، لأن صلاح الأسرة صلاح للأمة بأكملها.

إنّ رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي اعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين و رتّب عليه حقوقا، أوّلها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب و يضيع الأولاد، و لم يقل اهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب، كما كان لها أكبر الاهتمام بإثباته. و ذلك لما يتمتع به من مكانة مقدّسة بين نصوص الشرع و أحكامه الفقهية، إذ يعدّ أحد أركان و مقاصد الشريعة الخمسة التي من بينها النسل "النسب"، لذا أمر الله عزّ وجلّ الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم و نهاهم عن إنكار بنوّتهم في قوله جلّ ثنائه: ﴿**ادْعُوهُم لآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ**﴾[3]، كما توعّد الرسول الكريم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال عليه الصلاة و السلام:﴿ **من إدّعى إلى غير أبيه و هو يعلم أنه غير أبيه فالجنّة عليه حرام** ﴾ . كما نهى المرأة عن إنساب ولد إلى زوجها تعلم أنه ليس منه فقال: ﴿ **أيّما إمرأة أدخلت على قوم من**

[1]- سورة الروم، الآية21.

[2]- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 الصادر في 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.

[3]- سورة الأحزاب ، الآية 05.

ليس منهم فليست من الله في شيء و لن يدخلها الجنة ﴾، وأبطل أن يكون الزنا و العهر طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه و سلم: ﴿ **الولد للفراش و للعاهر الحجر** ﴾.

و بالتالي فإن الشارع الإسلامي قد أحاط النسب بحصانة كبيرة لتشوّقه إلى ثبوته حتى لا يضيع أو يتعرّض للضرر و حتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد.

و النسب باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء و الأجداد يدور حول محورين أساسيين و هما الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، و النفي وفق الشروط و الضوابط الشرعية و القانونية. و إذا استقر النسب التحق المنسب بقرابته و تعلّقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث و نفقة و موانع الزّواج و ترتّبت عليه حقوق و واجبات، فكان استقرار النسب استقرارا للمعاملات في المجتمع و لذلك خصّه الإسلام بما يمنع العبث به فقال عليه السلام: ﴿ **الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب و لا يورّث** ﴾.

و لقد اهتم المشرّع الجزائري بثبوت نسب الأولاد و إلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية و نظّمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، و حصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من قانون 11/84 المعدّل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرّخ في 04 ماي 2005: في الزواج الصحيح و ما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تمّ فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البيّنة، و باستبدال المشرّع حرف (و) بحرف (أو) أزال الغموض عن المادة 40 التي كان يفهم منها قبل التعديل أن إثبات النسب يقتضي اجتماع الأدلّة الشرعية السابقة، و محاولة من المشرّع الاستجابة لتطوّرات عصرنا الراهن لا سيما في المجال البيولوجي أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40. لكن نلاحظ أن المشرّع أشار إلى الطرق العلمية دون أن يحصر صورها و هذا فتح أبواب الاجتهاد للقاضي و ذلك بالاستعانة بما توصّلت إليه الدراسات العلمية في هذا المجال، كما أجاز المشرّع للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة إلا أنه لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة.

وإذا كان فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد الناتج عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية غير أن التطوّر العلمي في ميدان الطب جعل عمليّة الإنجاب ممكنة بواسطة التلقيح الاصطناعي، ومن المستجدات التي أدرجها المشرّع في هذا الإطار المادة 45 مكرّر التي وضعت الإطار القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي و ضبطت شروطه.

ولقد كان الدافع لاختيارنا موضوع إثبات النسب كمحور لهذه الدراسة لاعتبارات موضوعية كون أن النسب بالغ الخطورة وله أبعاد و آثار نفسية على الولد بدرجة أولى، كما له بعد اجتماعي لكونه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ويتضمّن حرمات الله تعالى.

كما شدننا الوقوف على التكييف الشرعي للطرق العلمية و مدى ما تحققه من مصالح بشرية و اجتماعية، رغبة منّي في تأصيل قواعد هذا الكشف الجديد و إرجاعه إلى الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلاميّة، ليكون هذا البحث بمثابة مرجع شرعي و قانوني يستفاد منه لكشف الغموض الذي يكتنف بعض الجوانب المتعلقة بالتحاليل البيولوجية خصوصا البصمة الوراثية.

ومن خلال ما تقدم ذكره يمكن طرح الإشكالية على النحو الآتي:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في إرساء القواعد المنظمة لإثبات النسب؟

تندرج تحت هذه الإشكالية جملة من التساؤلات تتمثل في:

تندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- **مدى كفاية الطرق الشرعية في إثبات النسب؟**
- **ما هيّ القواعد القانونية الشرعية و العلمية المحدّدة لإثبات النسب ؟**
- **ما موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لإثبات النسب؟**
- **هل يمكن الاستناد إلى التحاليل البيولوجية لإثبات النسب؟**
- **ما مدى مصداقيّة الطرق العلمية الحديثة في مجال النسب و سلطات القاضي في تقدير قيمتها القانونية؟**

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث من خلال حساسية الموضوع والمكانة الهامة التي يحظى بها إثبات النسب داخل الأسرة والمجتمع ، فثبوت نسب الولد لوالديه يحميه من الضياع والتشرد وكذلك

يمنع من اختلاط الأنساب، إضافة إلى كثرة المشكلات التي تثيرها قضايا النسب على مستوى القضاء، كل هذا حتم علينا دراسة الموضوع من أجل تبيان مختلف الوسائل المقررة لإثبات النسب سواء تلك الشرعية المستمدة من الكتاب والسنة أو تلك التي أتى بها التشريع المنظم لشؤون الأسرة في الجزائر والمتمثلة في مختلف الوسائل العلمية وما أنتجته من إشكالات سواء من حيث الأخذ بها أو من حيث النتائج المتوصل إليها. إذن الأهمية من هذا الجانب تتمثل في كيفية المزج في التطبيق بين الطرق العلمية والشرعية ومدى غنى الواحدة عن الأخرى.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- معرفة مختلف الطرق الشرعية والعلمية الحديثة المعتمدة في إثبات النسب.
- معرفة مدى كفاية ونجاعة هذه الطرق في إثبات النسب والمحافظة عليه، خاصة إذا علمنا أن الاعتماد على هذه الطرق يثير العديد من الإشكالات خصوصا ما يتعلق منها بالطرق العلمية ، كون المشرع الجزائري أشار إلى إمكانية اللجوء إليها دون أن يوضح المقصود بها، بالإضافة إلى بعض التعارض الموجود في تطبيقها مع مقتضيات الشريعة الإسلامية.
- فالهدف من الدراسة يتمثل في إثارة جملة من الإشكالات التي تخص هذه الطرق ومحاولة إعطاء الإجابات عليها بالاعتماد على مختلف الدراسات الفقهية والقانونية وكذلك التطبيقات القضائية في هذا المجال.

أسباب اختيار الموضوع:

هو ميولنا لدراسة والبحث في هذا الموضوع، حيث لاحظنا قلة المراجع والدراسات التي تعالجه خاصة بالجزائر هذا من جهة، ومن جهة ثانية لسبب موضوعي التعرف على الخلع من خلال النصوص القانونية التي حددها المشرع في إطار تنظيم هذا النوع من الطلاق، وما دفعني لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب تتمثل في:

1 -الأسباب الذاتية:

- علاقة الموضوع بتخصصنا أي أنه يخص الأحوال الشخصية.
- رغبتي في معالجة المواضيع التي تخص الأسرة بصفة عامة والعلاقات الزوجية بصفة خاصة من أجل معرفة الأسباب المؤدية وإيجاد الحلول لها لأن الأسرة هي الخلية الأساسية في بناء المجتمع.

- معرفة الأسباب الحقيقية والواقعية التي تؤدي إلى إثبات النسب.

2 -الأسباب الموضوعية:

- ❖ كثرة الإشكالات التي يثيرها موضوع إثبات النسب في المجتمع.
- ❖ ارتباط هذا الموضوع كثيرا بالواقع المعاش وكذلك انتشار ظاهرة الأولاد الناتجين عن العلاقات غير الشرعية.
- ❖ حماية حق الطفل في النسب من الضياع سواء في حال إنكار والديه له أو في الحالة التي يضيع فيها الولد بسبب الكوارث الطبيعية أو اختلاط المواليد في المستشفيات.
- ❖ إضافة إلى هذه الأسباب هناك الرغبة في المساهمة بإثراء البحث العلمي بموضوع من المواضيع الحديثة وكذلك فتح المجال لدراسات أخرى لاحقة ترتبط بالموضوع.
- ❖ الانجذاب إلى هذا الموضوع لأنه يمس الأسرة والمجتمع وكذلك الطفل بشكل خاص.

المنهج المتبع:

للإجابة على الإشكالية المطروحة والتعرف على جوانب الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي باعتباره الملائم لهذا الموضوع، والغالب في تحديد الظاهرة المدروسة، وكذا تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

الدراسات السابقة:

فيما يتعلق بالدراسات السابقة فهي متنوعة وكثير نذكر منها:

الدراسة الأول: أطروحة: يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015 .

وقد تناول فيها النسب بصفة عامة أي ما تعلق فيها بإثبات النسب ونفيه، وكذلك إجراءات رفع دعوى النسب.

الدراسة الثانية: أطروحة: رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع قانون خاص، 2012 .

تناولت فيها إثبات النسب ونفيه بالطرق التقليدية أو الشرعية وكذلك أثر المستجدات العلمية في إثبات النسب ونفيه.

الدراسة الثالثة: إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009.

تناولت فيها الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)،

الدراسة الرابعة : علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

تناولت فيها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي حول أحكام النسب وتطرقت فيها لإثبات النسب ونفيه.

الدراسة الخامسة : بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

تناول فيها البصمة الوراثية كوسيلة علمية وأثرها على النسب.

بينما اقتصرت دراستنا لهذا الموضوع على إثبات النسب فقط بالطرق الشرعية والعلمية دون النفي.

صعوبات الدراسة:

أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث:

- إيجاد المراجع المتخصصة وخاصة المراجع الجزائرية وقلتها على مستوى المكتبات الجامعية.
- انتشار فيروس كرونا (كوفيد 19) .
- جل الكتب الجزائرية إن لم نقل كلها تتعرض للزواج والطلاق فقط وضمنها جزيئيات حول اثبات النسب أي بصفة عامة .

خطة البحث:

وللإجابة على هذه الإشكالات عالجت هذا الموضوع وفق منهج تحليلي مقارنة لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال فصلين، تناولنا في الفصل الأول إثبات النسب بالطرق الشرعيّة من خلال فراش و إقرار و بيّنة حسب نص المادة 1/40 من قانون الأسرة و نظرا لكون الطرق العلمية هي الأمر الجديد في هذا البحث فقد خصصنا لها الفصل الثاني أين تطرّقنا إلى إثبات النسب بالطرق العلمية من خلال أهم التحاليل البيولوجيّة من فحص فصائل الدم و بصمة الحمض النووي ADN إضافة إلى بيان حجّيتها و العراقيل التي تواجه استخدامها .

الفصـــــل الأول

إثبات النسب بالطرق الشرعية

تمهيد:

يعتبر النسب من أهم الآثار التي تترتب على الزواج والطلاق معا، وإن كان نسب الطفل ثابت للأم بواقعة الولادة سواء كان هذا الولد ناتج عن علاقة شرعية أم غير ذلك.

إلا أنه لثبوت نسب الولد لأبيه لابد أن يكون ناتج عن علاقة شرعية، والغرض من ذلك هو الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطها، وقد نص المشرع الجزائري في المادة40 /1 من قانون الأسرة بأنه: " **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33 و 34 من هذا القانون .**"حيث يعتبر الزواج السبب الرئيسي لثبوت النسب من الزوج لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ **الولد للفراش و للعاهر الحجر** ﴾.

المبحث الأول:

إثبات النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد

يعد العقد الصحيح سببا شرعيا لإثبات النسب سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انقضائها بطلاق أو وفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا ولم يكن قد نفاه بالطرق المشروعة و لبحث إثبات النسب بالزواج الصحيح نقسم المبحث إلى مطلبين المطلب الأول إثبات النسب بالزواج الصحيح و المطلب الثاني إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة.

المطلب الأول:

إثبات النسب بالزواج الصحيح

الزواج الصحيح هو كل عقد استوفى ركنه الأساسي والمتمثل في التراضي المنصوص عليه في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و اشتمل على شروط الصحة الموجودة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و بانعدام الرضا يبطل الزواج حسبما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة المعدل بقولها "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، والزواج الشرعي الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته(المواد 07 إلى 31 من ق.أ.ج)، وهو زواج مرتب لكافة آثاره القانونية والشرعية في الحل، ومن أهم هذه الآثار ثبوت نسب الأولاد لآبائهم.[1]

وقد جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) "أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة" و"إذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيا قط أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت"[2]، وحتى يمكن نسب الولد لأبيه فلا بد من مدة حمل معينة بعد الزواج أو الدخول لأقلها حد و لأكثرها حد لا يعقل تجاوزه".[3]

وحول إثبات النسب نتولى تقسيمه إلى فرعين الفرع الأول إثبات نسب الولد عند قيام الزوجية، و الفرع الثاني شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح.

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث ، الاجتهادات المحكمة العليا) ، ج1، أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010 ، ص372.

[2]- المرجع نفسه، ص 372.

[3]- محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001، الجزء الثاني، ص 205.

الفرع الأول:

إثبات النسب حال قيام الرابطة الزوجية وحالاته

طبقا للمواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة الجزائري الزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد و الصحة "فإذ كان الزواج صحيحا كامل الشروط و الأركان عد صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه".

وقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد و عليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين الزواج و نفي نسب الولد عن الزواج، و لما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر لأركانه و ينفي نسب الولد فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[1]

و جاء أيضا في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/10/08، أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، و من ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل و المرأة زواجا، و لما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[2]

و هناك جملة من الشروط هي:

1. **إمكانية الاتصال بين الزوجين:**

إمكانية الاتصال بين الزوجين معناه حدوث التلاقي بينهما فعلا، فلا يتصور كون المرأة فراشا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي بينهما و الدخول الحقيقي، و من هذا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري العقد الصحيح "فالعقد وحده لا يكفي، إذ لا بد فيه من الدخول، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أقصى من مدة الحمل"[3]، فبإمكان تلاقي الزوجين بعد العقد شرط متفق عليه لكن لا يكفي مجرد العقد الصحيح.

قال الحنفية: "الحق أن التصور و الإمكان العقلي شرط، فمتى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إن ولدته الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد، حتى ولو لم يثبت التلاقي حسا"[4] محافظة على الولد من الضياع.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية لسنة 1990.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1981/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية لسنة 1989.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 373.

[4]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص 351-352.

"ويرى أصحاب المذاهب الثلاثة أن العقد الصحيح سبب لثبوت النسب إذا كان الدخول ممكنا فإذا أثبت أنه غير ممكن أو أنهما لا يتلاقيا ولم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت، ويرى ابن تميم و ابن القيم أنه لا بد لثبوت النسب من الدخول الحقيقي".

ويثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد لأنه لا يتصور عادة أن يكون الحمل من زوج ثبت عدم التلاقي بينه و بين زوجته"[1]، لأنه في هذه الحالة لا تسمع دعوى النسب ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الزواج، فإذا لم يلتق زوجته قط، و أتت بولد لأي مدة كانت أو اقتلت به ثم غاب عنها مدة سنة أتت بعدها بولد لا تسمع دعوى ذلك عند إنكاره".[2]

ومن آثار ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 و 41 من قانون الأسرة بأن العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة قانونا وشرعا و ذلك إذا كان الاتصال ممكنا بأن كانا يتلاقيا، أما إذا استحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه.

2. **أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل:**

فإن كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا يثبت النسب، لأن هذا معناه بأن الحمل ليس منه، و "قد اتفق على ذلك الأئمة الأربعة"[3]، ووضعوا شرطين:

الشرط الأول أن يكون الزوج بالغا في رأي المالكية و الشافعية و مثله في رأي الحنفية و الحنابلة "فالمراهق عند الحنفية من بلغ اثني عشرة فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ ولو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج".[4]

و الشرط الثاني أن يكون الزوج خاليا من العيوب و هي العنين، المحبوب و الخصي... هذه العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة تامة، فلو كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا تعتبر المرأة فراشا له "ومن ثم لا يثبت نسب من وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد و الوضع، و هذا متفق عليه بين الفقهاء لأن الشرط الأساسي لأي نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه و تخلف هذا الشرط يعد قرنية على أن الحمل ليس منه".[5]

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الاسكندرية، ص 155.

[2]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 390.

[3]- المرجع نفسه، ص 7.

[4]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 35.

[5]- عبدالفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، تالة، الجزائر، سنة 2000/1999، ص 254.

3. ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل:

حتى ينسب الولد لأبيه لا بد أن يولد في المدة المحددة شرعا وقانونا، وقد تم تحديد هذه المدة من طرف الفقهاء حيث اتفقوا على الحد الأدنى لولادة الولد حيا بينما اختلفوا في الحد الأقصى.

طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، و أقصاها عشرة أشهر، و من هذا يجب ألا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة و المادة 43 من قانون الأسرة ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

أ. **أدنى مدة الحمل:** من خلال نص المادة 42 من قانون الأسرة "تتفق كلمة الفقهاء على أن أقل مدة ينزل بعدها الجنين من بطن أمه متميز الأعضاء حيا ستة أشهر"[1]، و حجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾.[2]

وقوله تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ...** ﴾[3]، حيث دلت الآية الأولى على مدة الحمل الفصال معا و دلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده، و بإسقاط مدة الفصال وهي أربعة وعشرون شهرا من ثلاثين شهرا (مدة الحمل و الفصال معا) تكون مدة الحمل ستة أشهر و لا يمكن أن تكون هذه المدة أصى مدة الحمل.

وقد أيد الفقهاء هذا الاستنباط بما روي أن رجلا تزوج امرأة في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه فولدت لستة أشهر، فهم عثمان برجمها فقال بن عباس: "**أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم**" وذكر الآيتين، فدرأ عنها عثمان الحد.

فلكي يثبت نسب الولد من الزوج لا بد أن كون أمه قد وضعته لستة أشهر على الأقل من يوم تلاقي الزوجين، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/22 حيث جاء فيه "من المقرر شرعا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، و لما كان الثابت في قضية الحال أن مدة الحمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر و

[1]- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام "بحث تحليلي ودراسة . مقارنة"، ط 2، مطبعة دار التأليف، بيروت، د..س.ط ، ص 7.

[2]- سورة الأحقاف، الآية 15.

[3]- سورة لقمان، الآية 14.

عدة أيام، أقل من الحد الأدنى قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون".[1]

وقد قال الله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾[2].

وقوله تعالى أيضا:﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ فالحولان ستة أشهر، و بهذا يكون نص المادة 42 من قانون الأسرة متماشيا مع أحكام الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر.

ب. **أقصى مدة للحمل:** لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تحديد أقصى مدة الحمل التي يمكن أن يثبت بها النسب، لهذا اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا، فمن الفقهاء من يرى أن أقصى مدة الحمل أربعة سنين و هم الشافعي و الظاهر و مذهب الحنابلة و حجتهم في ذلك "ما روي عن الوليد بن مسلم قال لمالك بن أنس في حديث عن عائشة أنها قالت: **"لا تزيد المرأة في حملها عن السنتين قدر ظل مغزل"** فقال سبحان الله من يقول هذا **"هذه جارتنا امرأة محمد بنت عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاث أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربعة سنين" "و هنالك قول عند المالكية يقدرها بخمس سنين".**[3]

وعن أحمد أن أقصى مدة الحمل سنتين و هو رأي الحنفية، و قال محمد بن الحكم أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية، و قال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، ولا يزيد على ذلك".

غير أن هذه التقديرات لم تبنى على نصوص ووقائع تؤكد مدة الحمل بخمس و لا أربع ولا سنتين، و إنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، و قد يوجب الاحتياط التقدير بسنة.

و هذا ما قاله الإمام محمد أبو زهرة مفندا تلك الروايات لعدم صحتها "و إذا كان لمالك رأي فقهي وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثا و أن ذلك الرأي استمده من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نسبت إلى نساء السلف الصالح فلسنا نستطيع أن نأخذ به، لأن الطلب يقر أن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة".[4]

ولعل سبب اختلاف الفقهاء، مرجعه أن أقصى مدة الحمل لا دليل عليه من كتاب وسنة، فأراء الفقهاء اجتهادية وفق طرق استنباطهم، و اعتبارا بما شاهدوه في زمانهم، و الذي نراه أنه وقد تقدم الطب اليوم لا بد أن يكون مرجع تقدير أقصى مدة الحمل إلى أهل الخبرة.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، لسنة 1992، عدد 2، ص 7.

[2]- سورة البقرة ، الآية 233.

[3]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 8.

[4]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ص 385-386.

والأطباء والقانونيون يوافقون الفقهاء بقولهم بأن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس ليس بالإمكان المحافظة على حياته أي لا يكون قابلا للحياة.[1]

"و الطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل، بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا"[2] ويبدو أن القانون الجزائري جاء متأثرا برأي الجعفرية و الظاهرية حيث حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لما جاء في المادة 43 من قانون الأسرة و كذلك ما نصت عليه المادتين 42 و 60 من نفس القانون.

ما يمكن قوله بخصوص هذه الاختلافات أن الرأي الأقرب للصواب هو رأي ابن حزم الظاهري والذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 42 ق أ" **أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر**". وكذلك ما نصت عليه المادة 43 من نفس القانون من أنه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة يثبت نسب الولد لأبيه.

وهو ما ذهبت إليه كذلك المحكمة العليا بتأييدها لقرار المجلس القضائي الذي قضى:

"بإلحاق الولد لأبيه المطلق لأن أمه حملت به خلال قيام العلاقة الزوجية وهو فراش الزوجية ومن ثم يكون ما ينعاه الطاعن غير مؤسس يتعين رفضه"[3]

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17 "من المقرر شرعا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشر أشهر، و متى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المقررة قانونا وشرعا غير متوافرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 والولد في 1994/05/07..."[4]

4. عدم نفيه بالطرق المشروعة:

بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر و هو عدم نفي الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة، و هذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه بالطرق المشروعة".[5]

و كذلك نصت المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية**" و الشريعة الإسلامية قصرت نفي النسب بطريق واحد يتمثل في

---

[1]- العربي بختي أحكام الطلاق وحقوق الأولاد، في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، ط01، الجزائر، 2013، ص215.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 374.

[3]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعم باجتهادات المجلس الأعلى و المحكمة العليا، دار . هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014 ، ص 105.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/11/17، ملف رقم 210478، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 8.

[5]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 376.

اللعان، ويرى البعض من الفقهاء أن المقصود من الطرق المشروعة هو اللعان لاعتباره الطريق الشرعي الوحيد لنفي الولد وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، على الرغم من أنه لم يورد عبارة اللعان إلا في مادة واحدة وهي المادة 138 من ق. أ.ج، التي تنص على أنه: **" يمنع من الإرث اللعان والردة ".**

فقد قال الإمام محمد أبو زهرة: "فإذا نفاه نفيا معتبرا، فإن عليه أن يلاعن، و النفي المعتبر ألا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد، فإذا صدر عنه ما يدل على الإقرار الصريح أو الضمني بالنسب، فإن النفي بعد ذلك لا يعتبر، لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك، و من الإقرار الضمني إعداده معدات الولادة وقبوله التهيئة والصريح أن يقر بالحمل".[1]

أما إذا ولدته لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد الصحيح عليها أن تثبت نسب ولدها من زوجها حيث "لا ينتفي نسبه إلا إذا سارع الزوج إلى نفيه وقت ولادته وأن يلاعن زوجته لأنه ينفي نسب ولدها منه برميها بالزنا وهي ترميه بالقذف".[2]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 40 منه جاء فيها ما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" بمفهوم المخالفة فإن القاضي يستطيع أن يلجأ إلى الطرق العلمية لنفي النسب.

5. **شروط نفي الولد بالطرق المشروعة :**

وهي شروط متعلقة بالزوجين والولد وشروط متعلقة بأداء اللعان.

أ-الشروط المتعلقة بالزوجين والولد :وتتمثل فيما يلي:

- ضرورة أن تكون الزوجية قائمة ومعترف بها من طرف الزوج سواء كان الزواج صحيحا أم فاسدا.
- أن يكون كل من الزوجين مسلما، بالغا وعاقلا.
- أن يكون الولد المراد نفي نسبه عن الزوج حيا.
- أن تتم الملاعنة والتفريق بين الزوجين في آن واحد وفي حال وفاة أحد الزوجين قبل)إجراء اللعان لا ينتفي النسب في هذه الحالة.

ب -الشروط المتعلقة بأداء اللعان:

- إجراء اللعان في آجاله الشرعية أي حال رؤية الزنا أو العلم بالحمل بينما هناك من مدد هذه الآجال لغاية ولادة الولد، أما ما ذهبت إليه المحكمة العليا هو أن مدة اللعان هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 390.

[2]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 156-157.

العلم بالحمل.[1]

- ❖ أن يتم اللعان أمام القاضي وبأمر منه لأن الزوج هو من يقوم برفع دعوى اللعان فبما أن النسب ثابت للأم بواقعة الولادة فهو الذي يسعى لنفي الولد عنه، ثم يقوم القاضي بتوجيه صيغة اللعان له ويأمره بأدائها ثم للزوجة المدعى عليها.

من خلال ما سبق وبتوافر شروط اللعان فإنه يترتب عليه الآثار التالية:

- ❖ التفريق بين المتلاعنين بطلقة بائنة، فتتحول المرأة إلى أجنبية محرمة على الزوج.
- ❖ نفي نسب الولد عن الملاعن وإلحاقه بأمه فيرث منها وترثه ويسجل باسمها في سجلات الحالة المدنية.
- ❖ ثبوت تهمة الزنا بالزوجة رغم عدم ثبوت عملية الزنا إثباتا حقيقيا.[2]

الفرع الثاني:

إثبات النسب بعد حل الرابطة الزوجية وحالاته

إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى و أقصى مدة الحمل و بعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح، فإن هذا الولد ينسب للزوجين بناء على قرينة شرعية و قانونية و هي الولد للفراش، وقد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة و هنا يختلف حكم إثبات نسب المولود من المطلقة أو المتوفي عنها زوجها.

أولا: إثبات نسب الولد بعد الطلاق

إن إثبات نسب الولد من المطلقة قبل الدخول يختلف في حكمه عن ولد المطلقة بعد الدخول، ويجب التمييز أيضا بين الطلاق الرجعي بحيث يجوز فيه للزوج أن يرجع زوجته خلال فترة العدة و بين الطلاق البائن.

1. ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول و بعد العقد:

اختلف الفقهاء في من طلقت قبل الدخول بها و بعد العقد عليها، "فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول أو الخلوة، ثم ولدت ولد بعد الطلاق، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبة من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة، و إن أتت به بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبة من الزوج إذ لا تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة".[3]

---

[1]- يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05 -02 دار هومة ، ط02، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 ، ص 33.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهادات القضائية، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 ، ص 358.

[3]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 352.

"في المذهب الحنفي يثبت الولد إذا كانت ولادته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق"[1]، لأن المرأة عند الحنفية تعتبر فراشا بعد الزواج وليس بالوطء، "أما في المذهب الجعفري فلا يثبت الولد من المطلقة قبل الدخول لأن الدخول الحقيقي عندهم شرط لثبوت النسب".[2]

2. ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

المطلقة بعد الدخول لا تعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك، و هذا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 حيث تنص أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".[3]

ونصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، أي أن القانون اعتبر مدة العشرة أشهر تحسب من تاريخ الانفصال بين الزوجين أو الوفاة.

أما المادة 60 من نفس القانون فقد نصت على أنه "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

حسب ما نصت عليه المادة 49 من ق. أ.ج، فإن الطلاق لا يكون إلا بحكم قضائي، والإشكال الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد هو أن المشرع اعتبر مدة العشر أشهر تحتسب من تاريخ الانفصال أو الوفاة وهو ما جاء في المادة 43 ق أ، في حين أن نص المادة 60 من نفس القانون نصت على أن حساب العشر أشهر يكون من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ومنه يتضح أن هناك تناقض بين المادتين، فلو أن المطلقة مثلا ولدت بعد عشر أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق فإنه يثبت نسبه من والده المطلق ولكنها في الحقيقة أنجبته بعد مضي أقصى مدة الحمل، وما يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم يفرق بين ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيا، وثبوت نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا.[4]

فقد تلد المطلقة خلال عشرة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق و لذا بالتالي يثبت النسب من الزوج المطلق، لكن طبقا لأحكام الشريعة فإن الطلاق الحقيقي يكون من اليوم الذي يتلفظ الزوج بالطلاق، لذا تكون قد أنجبت الولد خلال مدة أكثر من عشرة أشهر، يقول بعد القادر بن حرز الله: "أنه إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو مات عنها زوجها فإن

[1]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ، ص 353.

[2]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 211.

[3]- كانت المادة 49 قبل التعديل تنص على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلاح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر.

4- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015 ، ص .50

أتت بولد بعد الطلاق أو الوفاة ثبت نسبة من الزوج إذا ولدته قبل مضي مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة" و أقصى مدة الحمل كما بينا أربع سنين في رأي الشافعية و الحنابلة و سنتان في رأي الحنفية و خمس سنوات في المشهور لدى المالكية وفي رأي الجمهور إذا ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج أو المتوفى".[1]

3. ثبوت نسب الولد بعد طلاق رجعي:

إذا أقرت الزوجة بانقضاء عدتها بعدة مدة تحتمل صدقها ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه من مطلقها[2] لعدم القطع بكذبها، و الإقرار يؤخذ بهما لم يوجد دليل قاطع على الكذب.[3]

فقد تلد الزوجة خلال مضي ستة أشهر بعد انتهاء العدة و تحمل من رجل آخر طالما أن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

"أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من أشهر من وقت الإقرار بانتهاء عدتها سواء اعتدت بالقروء أو بالأشهر فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق و لكن يجب أن تكون الفترة يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا يتجاوز أقصى مدة الحمل، و يعتبر هذا إقرارا غير صحيح لثبوت كذبها حينما ادعت انتهاء العدة في حين أنها لا تزال معتدة بدليل ولادتها لأقل من ستة أشهر وثبت كذبها بانتهاء عدتها بيقين لأنها كانت حاملا حينئذ".[4]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من الانفصال أو الوفاة".

وإذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يثبت نسب ولدها من مطلقها –عند الحنفية سواء ولدته قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو سنتين أو أكثر، إذ يحتمل أن زوجها واقعها بعد الطلاق فيثبت النسب في كل حال[5]، فالطلاق الرجعي لا يزيل الملك ويحتمل أنه راجعها.

---

[1]- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 353.

[2]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 211-212.

[3]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 391-392.

[4]- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق و آثاره، المطبعة الجديدة دمشق، الطبعة الخامسة، 1978-1979، ص 173-174.

[5]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 28.

4. ثبوت نسب الولد بعد طلاق بائن:

يشترط لثبوت نسب ولد المطلقة لأبيه أن يوضع في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين و هذا ما أكدته المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري لهذا لا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال إلا إذا أقر به الزوج المطلق.

"فإن ولدته بعد إقرارها بانقضاء العدة لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت النسب لاحتمال أن الحمل بالولد قد حدث بعد انقضاء العدة، ولا يثبت النسب لو أتت بولد لسنتين أو أكثر من وقت الطلاق لأن ذلك يكون دليلا على أنها حملت بالولد بعد الطلاق".[1]

أما إن أتت به لسنيتن فأقل ثبت نسبه.[2]

إذا تزوجت المعتدة من طلاق بائن وولدت لأقل من عشرة أشهر منذ بانت من طلاقها و أقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره، فالولد في هذه الحالة ينسب للزوج المطلق "هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/05/19" من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، و من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، و متى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني، اعتمادا على قاعدة "الولد للفراش" مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".[3]

ثانيا: إثبات نسب المولود بعد وفاة الزوج

قال تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** ﴾.[4]

فإذا زادت المدة بعد الوفاة و الولادة عن أكثر من مدة الحمل لا يثبت نسب ولدها من هذا المتوفي، أما إذا كانت أقل من ذلك ثبت نسب ولدها ثبوتا لا يقبل الانتفاء، إلا إذا أقرت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر من حين الإقرار، فإن نسبه لا يثبت.[5]

---

[1]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ، ص 29.

[2]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 391.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص 73.

[4]- سورة البقرة الآية 234.

[5]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 211-212.

وإذا حصل و أن نسبته الزوجة إلى الزوج المتوفي دون علم الورثة، وسجل على لقب الزوج خفية، فإن من حق أي شخص به مصلحة أن يطعن في هذا النسب، و أن يرفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها إلغاء ما تم تسجيله.[1]

و يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية إذا أصرت الزوجة على أن الولد من الزوج المتوفي، نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أن: "الولد ينسب إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" و عليه فإن النسب يثبت للمتوفي إذا أتت أرملته بولد ما بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدة الحمل لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة.

أما إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعية أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لتسعة أشهر فما دونها وقت الوطء، وجحدها الزوج أو الورثة، فلا يثبت إلا بحجة تامة و هي أربع نسوة، أو رجل و امرأتان أو رجلان.[2]

ثالثا: حكم ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

إذا كانت المرأة قد تزوجت مع رجل بعقد شرعي وقانوني، و دخل بها فعاشرها معاشرة الزوج لزوجته، ثم غاب عنها لسبب شرعي، كأن يكون قد دخل السجن لاتهامه بجريمة معينة، أو يكون قد ترك محل الزوجية للعلم أو للعمل خارج الوطن، أو لأداء الخدمة الوطنية، و دام هذا الغياب مدة طويلة تتجاوز العشرة أشهر و كانت الزوجة قد أتت بولد بعد القضاء أقصى مدة الحمل فهذا الولد يعتبر ولدا للفراش.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ الصادر في 1997/07/08 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش و للعاهر الحجر" ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، و متى تبين –في قضية الحال- أن ولادة الولد قد تمت و الزوجة قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، و أن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة".[3]

[1] - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، ص 219.

[2] - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 14.

[3] - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1997/07/08، ملف رقم 165408، مجلة قضائية 2001، عدد خاص ص 67.

المطلب الثاني:

إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة

يكون الزواج صحيحا وكما سبق ذكره آنفا باستيفائه لجميع أركانه وشروطه، لكن قد يحدث وأن يختل فيه ركن أو شرط من الشروط فيكون بذلك إما باطلا لا يمكن تصحيحه سواء قبل الدخول أو بعده، وقد يكون فاسدا فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، كما قد يطء رجل امرأة معينة ظنا منه أنها زوجته أو أنها حلال عليه وهو ما يعرف بنكاح الشبهة أو الوطء بشبهة مثلما كان يجب أن يسميه المشرع . وألحق المشرع الزواج غير الصحيح بالزواج الصحيح فيما يتعلق بثبوت النسب.

الفرع الأول:

إثبات النسب بالزواج الفاسد

أولا: الزواج الفاسد و أسبابه

"الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول و لكه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة".[1]

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الزواج الفاسد في المادة 33 الفقرة 2 "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، وثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فإذا فقد عقد الزواج شرطا من شروط الصحة ، رتب عليه المشرع الجزائري الفساد حسب ما جاء في المادة 9 مكرر "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية" وذلك بعد توفر ركن الرضا و الإيجاب و القبول، و ذلك: "كأن يكون عقد الزواج بدون ولي أو بغير شهود أو بدون تسمية الصداق، و تبعا لذلك فإن الزواج الفاسد هو الذي يتوافر فيه ركن التراضي ولكن تضمن سببا من أسباب الفسخ و تبين أمره قبل الدخول".[2]

ثانيا: حكم النسب في الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، "فإذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم اكتشف ذلك قبل الدخول فإنه يترتب عليه وجوب التفريق بينه و بينها ويصبح العقد كأنه عقدا باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر شرعي من الآثار المترتبة على العقد الصحيح".

---

[1]- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية و فقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1998، ص 38.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 381.

يرى جمهور الفقهاء أن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح سواء حصل الدخول أو لم يحصل، حيث يعتبر وجوده كعدمه ويجب فيه التفريق بين الزوجين فإذا دخل رجل بمن عقد عليها باطلا كان دخوله بمثابة الزنا ويجب حد الزنا على الزوجين إذا كانا عالمين بالتحريم ولا يثبت به النسب.[1]

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد: 32، 33، 34 من هذا القانون "حيث أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الفاسد إذا اكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة يفسد و لا تستحق الزوجة من الصداق شيئا"، "و اكتشاف سبب الفساد بعد الدخول وزفاف الزوجة إلى منزل الزوجية يقتضي الاستمرار في العقد رغم فساده، و يثبت النسب مع حرمة المصاهرة، ووجوب العدة إعمالا لقاعدة إحياء الولد".[2]

ثالثا: شروط إثبات النسب من الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يختلط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه ويشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ثلاثة شروط:

1. أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل بأن يكون بالغا عند المالكية و الشافعية.
2. تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية فإن لم يحمل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد، لم يثبت نسب الولد و الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لا مكان الوطء في كل منهما، و اشترط الحنفية حصول الدخول فقط، أما الخلوة فلا يكفي في إثبات النسب بالزواج الفاسد لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل و المرأة.
3. أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية و من تاريخ الدخول عند الحنفية، فلو ولدت المرأة ولدا قبل مضي ستة أشهر من الدخول أو الخلوة عند الأولين لا يثبت نسبه من الرجل لأنه يدل على وجوده قبل ذلك و أنه كمن رجل آخر "و إذا ولدته المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة ثبت نسبه من الرجل و لا ينتفي نسبه عن الرجل إلا باللعان"[3] في رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، و لا ينتفي نسبه ولو باللعان في رأي الحنفية، لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح و الزواج هنا فاسد.

إذا حدثت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول أو الخلوة في رأي المالكية ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ثبت نسبه من الرجل وإن ولدته

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ، ص 155.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 382.

[3]- وهبة الزهيلي، الفقه السلامي و أدلته، دار الفكر العربي دمشق، سنة 1989، الجزء السابع، ص 686.

بعد مضي أقصى مدة الحمل لا يثبت نسبه منه و أقصى مدة الحمل كما بيناها هي أربع سنين في رأي الشافعية و الحنابلة وخمس سنين في رأي المالكية و سنتان في رأي الحنفية و سنة شمسية لدى القانونيين و الأطباء.[1]

لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي، فإذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي عليها أو فارقها الزوج فولدت له وزادت المدة بين المفارقة و الولادة عن أكثر مدة الحمل لم يثبت نسب هذا الولد إلا إذا ادعاه.[2]

أما إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من حين الدخول، ولم تزد المدة بين المفارقة و الولادة عن أكثر مدة الحمل، فإن النسب يثبت بالفراش من غير حاجة إلى ادعائه.[3]

الفرع الثاني:

إثبات النسب بنكاح الشبهة

اثبات النسب بالوطء بشبهة هو إحدى الوسائل التي نصت عليها المادة 40 من قانون الأسيرة الجزائري، و قد أقر المشرع بثبوت النسب بالزواج الفاسد، و أن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع النكاح بشبهة فالنسب يثبت بالزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد و الدخول بشبهة، مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

أولا: الدخول بشبهة و أنواعها

"تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بالثابت، أو هي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته، أما الوطء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، فيقع خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص[4] مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤيتها سابقا وقيل أنها زوجته فيدخل بها، و مثل امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، و مثل وطء المطلقة طلاق ثلاث أثناء العدة على اعقاد أنها تحل له.

فإذا أتت بولد بعد أن تبين أنها ليست زوجته، فإن ولدته بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال ثبت نسبه منه، للتأكد أن الحمل حدث بعد هذا الدخول، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا

[1]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 253-254.

[2]- محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، المرجع السابق، ص 213.

[3]- المرجع نفسه، ص 213.

[4] وهبة الزهيلي، المرجع السابق، ص 688.

يثبت النسب منه للتأكد أن الحمل حدث قبل الاتصال، لكنه إذا ادعاه الرجل ثبت نسبه، فقد يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى.[1]

فنكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص و الشبهة في عقد الزواج تبدو بأنواع مختلفة:

كالشبهة في الحكم: كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج و نشأة عنه الدخول بالمرأة.

و الشبهة في العقد: كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات و هو ما نص عليه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة.

والشبهة في الفعل: كما لو دخل رجل على امرأة ضانا منه أنها زوجته ثم تبين أنها ليست كذلك، "و للفقهاء آراء كثيرة حول إثبات النسب بالدخول بشبهة، ففي بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الآخر بم يثبتوه، و مرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل، و ما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب من حيث العقوبة أو من حيث الإحكام كالعدة و الصداق وحرمة المصاهرة و غيرها" فالزنا لا يثبت النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش و للعاهر الحجر".

فالتشريع الإسلامي ينص على أن الشبهة لا تمحو الجريمة، و لا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ و الغلط و الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسب النية.[2]

ثانيا: حكم النسب عند الوطء بشبهة

للفقهاء آراء كثيرة حول إثبات النسب بالدخول بالشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي البعض الآخر لم يثبتوه.

في شبهة الفعل: يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد من وطء في أية حالة من حالاتها، و ذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش.

ولبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل، إذ يقولون في من زفن له غير امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطأها، فهي ليست زوجته الحقيقية، بل أجنبية عنه، و مع أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه.

في شبهة العقد: فيها يسقط الحدد عن الفاعل أو إن قال علمت أنها حرام، ويثبت النسب، لأن الوطء تعلقت به شبهة، أما عند أبي يوسف و محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة فإن الحد لازم و كذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة و عند الإمام مالك في نكاح المحارم أن من يعقد على أمه أو أخته أو

[1]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 26.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق ،المرجع السابق، ص 196.

عمته أو ذات رحم محرم منه و يطؤها فإنه يحد لذلك حد النا مادام أنه عامد عالم بالتحريم و لا يثبت به نسب، أما إذا لم يكن عالما بالحرمة، فإن الحكم منه عند هما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد و ثبت النسب.[1]

في شبهة الملك: فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء بناء عليها إن دعاه الواطئ و ذلك لن الفعل ليس يزني لوجود الشبهة في المحل، لأن النسب يحتاط في إثباته وجاء الجوهرة أن موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه.[2]

اعتبر المشرع الجزائري أن النكاح بشبهة سببا من أسباب ثبوت النسب وذلك من خلال المادة 40 ق أ ج، لكن من دون التفرقة بين شبهة وأخرى ، و أكدت ذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه " من المقرر قانون أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح... وبنكاح الشبهة...."

وعليه إن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ، وإذا ترك الرجل الموطئة عن شبهة ثبت النسب من الواطئ كما يثبت بعد الفرقة من الزواج الفاسد. إلا أنه في حالة ما إذا حدث الوطء بغير شبهة وإنما بالزنا فإن النسب لا يثبت من الزاني لأن الزنا محظور شرعا ولا يكون سببا لنعمة النسب.[3]

ما تجدر الإشارة إليه أن الشبهة يصعب إثباتها من الناحية القانونية فقد يحاول الزاني التستر بالشبهة وعلى هذا الأساس أكد الفقهاء ومنهم المالكية على ضرورة إثباتها وذلك بكل الوسائل الشرعية في الإثبات. وقد سايرت المحكمة العليا موقف الجمهور عندما قررت أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية وأن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل توثيق عقد الزواج يعد زنا.[4]

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1996، ص 214.

[2]- الإمام محمد أبو هرة، المرجع السابق، ص 388.

[3]- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008 ، ص ص 372- 373.

[4]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص 383 .

المبحث الثاني :

إثبات النسب بالإقرار والبينة

اعتمدت هاتين الوسيلتين في إثبات النسب من قبل الشريعة الإسلامية ثم الفقه وبعده القانون والقضاء، إذ انه إذا اشتملت على الشروط المحددة لها يثبت بها النسب، حيث أنه بواسطة هاتين الوسيلتين يمكن للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه كادعاء الأبوة أو البنوة أو الأمومة، أو ادعاء الأخوة والعمومة، وهو ما يسمى بالإقرار بالنسب ، أو عن طريق البينة .

المطلب الأول :

إثبات النسب بالإقرار

الإقرار لغة هو: أقر له بحقه أو قرره بالأمر وحمله على الاعتراف به .

شرعا: إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه.[1]

الإقرار يعني الاعتراف، فاعترف بالشيء أي أقر به وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معينا ابنه أو ابنته سواء كان المقر رجلا أو امرأة وسواء كان المقر له ذكر أو أنثى.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفا للإقرار في قانون الأسرة إلا أنه أورد تعريفا له في المادة 341 ق م، التي نصت على أن " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

إثبات النسب بالإقرار تضمنته المادتان 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري فقد نصت الأولى **على أن : "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأمومة ،لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة."**

ونصت الثانية على أن :" **الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة ،والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه** "

و من تحليل هذين النصين نستخلص أنه يوجد نوعين من الإقرار وهما :

- الإقرار بالبنوة أو الابوة أو الأمومة.
- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة

[1]- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، **طرق الإثبات الشرعية**، ط4 ، المكتبة الأزهرية للتراث، د ب ن، 2003، ص456.

الفرع الأول :

أنواع الإقرار

أولا : الإقرار بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة :

وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه ، هذا النوع من الإقرار يثبت به النسب متى توفر شرطين مهمين طبقا للمادة 44 المذكورة أعلاه :

أ- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب من جهة الأب إذا كان الذي يدعيه رجلا ومن جهة الأم إذا كانت التي تقر به امرأة ، لأنه إذا كان المقر له معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار ويصبح تبني، وتنطبق عليه أحكام المادة 46 من هذا القانون.

ويعتبر إبن الملاعن في حكم معلوم النسب فلا يجوز ادعاؤه أو الإقرار ببنوته لإحتمال تكذيب الملاعن نفسه أما الإقرار بالأبوة و الأمومة أن يكون المقر مجهول النسب من جهة الأب إن كان يقر بالأبوة ومن جهة الام إن كانت تقر بالأمومة[1].

ب- أن يصدقه العقل و العادة وهو ما يعرف عند الفقهاء أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر ،يعني أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقر، فإذا لم يكن بينهما فارق في السن يسمح بأن يلد المقر مثل المقر له، بطل هذا

الإقرار لاستحالة هذه الولادة ،فلا يثبت نسب[2].

مثلا : لا يعقل أن يكون سن المقر بالأبوة عشرين سنة بينما المقر له بالبنوة في العشر سنوات.

بالإضافة إلى الشروط التالية :

- ❖ أن يصدقه الشرع وذلك بأن يكون المقر له مجهول النسب فإن كان ثابت النسب كان هذا الإقرار باطلا.[3]
- ❖ أن لا يصرح المقر أثناء إقراره بأن إبنه من زنا ،كون الزنا جريمة لا تصلح للنسب.
- ❖ وبهذا جاء قرار المحكمة العليا :"**إن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف ،بأنه كان يعاشرها حبه جنسيا فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه (...) خرقو بذلك أحكام الشريعة الإسلامية.**"[4]

---

[1]- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1986 ،ص 219-220.

[2]- أحمد محمود الشافعي ،المرجع السابق، ص 155.

[3]- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص 131.

[4]- أحمد عمراني ،أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي رسالة ماجيستير في القانون الخاص، سنة 2000 ، ص 57.

- ❖ لا حاجة لتصديق المقر له بالبنوة سواء كان مميزا أو غير مميز لعدم اشتراط القانون ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة على أن الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ،فيكون قد استثنى الإقرار بالبنوة من التصديق.[1]
- ❖ **أما فيما يخص الإقرار بالبنوة والأمومة أن يصدق الرجل الذي أقر له الأبوة أو المرأة التي أقر** لها بالأمومة وهو شرط لا يمكن تخلفه لإمكان التصديق من المقر له.

المشرع الجزائري في عدم اشتراطه هذا الشرط ،يكون قد اقتضى بما عليه فقهاء المذهب المالكي فهم لا يأخذون بهذا الشرط إذ يعتبرون أن النسب حق للولد على الأب ،فيثبت بإقرار الولد دون أن يتوقف ذلك على تصديق من الولد ،ما لم يثبت كذبه و أخيرا الإثبات بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ،فإنها متى حصلت وفقا للشرطين السابقين قامت العلاقة النسبية بين الشخصين وتترتب عليها الاثار القانونية من توارث و نفقة ....إلخ.

ثانيا: الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة

وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار نسب المحمول على الغير ،هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة الحواشي ،أي لهما أصل مشترك هو أبوهما إن كان الإقرار بالأخوة ،وجد المقر و أب المقر له إن كان الإقرار بالعمومة .

لصحة هذا الإقرار فإن الشروط السالفة الذكر وهي شرطين أن يكون الشخص الاخر مجهول النسب وأن يصدقه العقل و العادة ،المشرع الجزائري أضاف شرطا ثالثا إليهما وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار.

ففي حالة الأخوة إن قال هذا أخي نشأت بينه وبين ذلك الشخص قرابة أخوة ولكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف بها الأب نفسه وقال "صحيح قوله" أو "صدق".

فثبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول عليه (أي الأب) على هذا الإقرار ،وبالتالي إن لم يصادق المحمول عليه فيبقى للمقر ،إن أصر على إقراره أن يرفع دعوى أمام القضاء يدعمها بالبينة لتثبيت النسب ،وباللجوء للخبرة بواسطة الطرق العلمية المستحدثة كطريقة من طرق إثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة وهذا بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 25 فبراير 2005 وتسمى هنا بإثبات النسب بالدعوى.

وفي حالة العمومة إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ بينه كمقر بها وبين المقر له ،ولكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الادعاء ولم يكذبه ،وأن يقيم المقر البينة على إقراره ، وهذا ما نصت عليه

[1]- فضيل سعد ، المرجع السابق ،ص200.

المادة45 من قانون الأسرة "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة ،لا يسري على غي المقر إلا بتصديقه". فآثار إثبات النسب بالإقرار بالبنوة وبالأخوة والعمومة فيها حالتين :

الحالة الأولى : عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج اثار قانونية من توارث ونفقة...إلخ.

الحالة الثانية : عندما لا يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره فالنسب من الأب عند الأخوة ومن الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبه وإنما يلزم فقط من أقر بالأخوة والعمومة ،وهو أيضا موقف الفقه الإسلامي بلا خلاف وعليه فلو مات أب المقر عن طفلين مثلا أخذ أحدهما وهو الذي لم يقر نصف التركة ويأخذ الابن المقر ثلث التركة ويأخذ المقر بالأخوة سدس التركة وهذا رأي الإمام مالك وأحمد في حين أن الإمام الحنفي قال أنه يقاسمه نصيبه، وهنا الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى اثارها المقر والمقر له أما المقر عليه وهو الأب أو الجد فلا تلزمه إلا بالتصديق على الإقرار.

وفي مجال إثبات النسب بواسطة الإقرار جاء عن المحكمة العليا :"**من المقرر شرعا أنه يثبت النسب 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 في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة ،كما أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من ق.أ.ج التي تحدد مدة الحمل ،لأن الإقرار في حالة ثبوته يغنى عن أي دليل اخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا القرار"[1]

الفرع الثاني :

دعاوى النسب الثابتة من الإقرار

قد تكون دعوى النسب مجردة عن ادعاء حق آخر وقد تكون غير مجردة بل هي ضمن حق آخر كحق الميراث أو حق النفقة .

هي نوعان : - دعاوى ليس فيها النسب على الغير.

- دعاوى فيها تحميل النسب على الغير.

[1]- فضيل سعد ،المرجع السابق ،ص ص 221-222.

أولا: دعاوى النسب التي ليس فيها النسب على الغير

أن يرفع الابن دعوى ضد الأب طالبا الحكم بثبوت نسبه منه مجردا عن طلب اخر ،هذه الدعوى مقبولة أن المدعى عليه في الدعوى حي وهو الملزم مباشرة بها.

فدعاوى النسب تقبل مجردة إذا كان كلاهما على قيد الحياة أي في حالة البنوة أو الأخوة فهي **تقبل مباشرة إذا رفعت من الأب لإثبات بنوة الابن أو العكس الابن لإثبات أبوته بأن يقر الولد** بأن فلانا أبوه لأنها تخصه شخصيا، ولكن في حالة وفاة المدعي عليه أي الأب أو الأم أو الابن، حسب الحالات ،فهذه الدعوى لا تقبل إلا إذا اقترنت بعقد اخر ،كون المدعي منه النسب غائب ،والدعوى على الغائب لا تقبل إلى ضمن دعوى أخر على حاضر....[1].

ثانيا: دعاوى النسب التي فيها تحميل على الغير

أن يرفع المدعي دعوى بطلب الميراث ،فينكر المدعى عليه صفته التي يستند عليها في الميراث ،فعلى المدعي أن يثبت دعواه و لأن يثبت نسبه من المتوفي الذي يريد حصته في تركته ، هذا كون المقصود الأصلي من الدعوى هو الحق المترتب على ثبوت النسب إذا أن الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف ،بل يبقى مجرد وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه والخصم ليس من حمل عليه النسب وإنما هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة أو قد يكون الوصي أو الموصي له ،وقد يكون الدائن.

فبوفاة من يدعي الانتساب إليه لا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق اخر على شخص حاضر.[2]

الفرع الثالث :

تمييز نظامي التبني واللقيط عن النسب الثابت بالإقرار

تأثر المجتمعات الإسلامية بالثقافات الغربية بالإضافة إلى الآثار الإيجابية كان لها الكثير من الآثار الجانبية أو السلبية، من بينها تفشي ظاهرة الأطفال غير الشرعيين أو الأطفال اللقطاء، وأسوأ من ذلك هؤلاء الأشخاص لا يتحملون مسؤولية أخطائهم إذ يرمون هؤلاء الأطفال في الشوارع أو النفايات. وحفاظا على حياة هؤلاء الأطفال الأبرياء قامت مختلف الدول و من بينها الجزائر بإنشاء دور خاصة لرعاية هذه الفئة من المجتمع.

أولا: حكم المتبني من الإقرار

يقصد بالتبني أن يتخذ الشخص ولد أجنبي عنه ابنا له ويدعي نسبه إليه.[3]

---

[1]- فضيل سعد ،المرجع السابق ،ص ص 221-222.

[2]- المحكمة العليا غ أ ش 1998/12/15 ،رقم الملف 202430 المحلية القضائية عدد خاص 2001، ص77.

[3]- نسرين شريقي ، وكمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2010 ، ص63.

لقد أبطل الإسلام نظام التبني وأمر من تبنى أحدا ألا ينسبه إلى نفسه ،وإنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف ،فإن جهل أبوه دعي أخا في الدين ،وفي ذات الوقت فتح الإسلام للناس باب الإحسان والمعروف على مصراعيه ،فللإنسان مطلق الحرية في أن يربي وأن يعلم من يشاء من الأطفال اليتامى ،ويدخل في اليتامى اللقطاء وأبناء الزنا، وعلى دربه سار المشرع الجزائري في في أحكامه لكن مانلاحظه أن الكثيرين لا يميزون بين كل من نظام التبني ونظام الإقرار بالنسب، ويجعلانهما نظاما واحدا ،إلا أن الأمر خلاف ذلك تماما فالإقرار بالنسب هو إقرار نسب صحيح شاءت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته، فالإقرار عبارة عن كشف واقعة شرعية صحيحة وليست إثبات واقعة جديدة ويشترط فيه أساسا : أن يكون المقر له مجهول النسب وألا يكون من نتاج علاقة زنا، وبالتالي فالنسب الثابت بالدعوة نسب حقيقي ،وهو يختلف عن التبني الذي يشجعه البعض لحل أزمة اللقطاء و الأولاد غير الشرعيين في البلاد.

أما التبني فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة أو بنوة مفترضة، وقد ورد في الآيتين الكريمتين 4و5 من سورة الأحزاب قوله تعالى :﴿ **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيل* ادْعُوهُمْ لآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُواْ آبَاءَهُمْ فَإِخوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ** ﴾.

وتأييدا لهذا المعنى ورد النص في المادة 46 من قانون الأسرة على أنه "يمنع التبني شرعا **و قانونا**".

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر في 2000/11/21 ملف رقم 246924 [1]،حيث جاء فيه أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا..." فمن خلال هذا القرار قرر قضاة المحكمة العليا كل ما ذكر انفا وميزوا بين التبني والنسب الصحيح سواء قد تم إثباته بالإقرار ،أو بأية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة ،فيثبت من الآيتين السالفتين الذكر والنص القانوني أنها اتفاقا على أن التبني الذي يهدف إلى ادعاء البنوة ولو معروف النسب أو مجهول النسب أمر محرم شرعا وقانونا فنجد في قرار للمحكمة العليا :

"من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا ،ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني ، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا..."[2]

ومنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب فلانا إليه ويسجله تحت لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية، ولا بموجب حكم قضائي ،وكل تصرف مخالف

[1]- مجلة قضائية، العدد الثاني سنة 2001 ،ص 297.

[2]- المحكمة العليا غ أ ش قرار في 94/06/28 ملف رقم 129761 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 155.

لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات.[1] ،ومن هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.

لكن المشرع الجزائري منع نظام التبني ،إلا أنه أقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125، والكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي (المادة116).

نصت المادة 119 : "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب " أما المادة 120 :"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب ،و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية."[2]

وبالرغم من هذه النصوص التشريعية الصريحة في منع التبني ، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الصادر في 13 جانفي 1992 والمتعلق بتغيير اللقب ،يجيز التبني بطريقة غير مباشرة حيث أنه يمكن قانونا للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب بتغيير اللقب باسم الولد ولفائدته ،وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي [3] وبهذا يكون قد أجاز الشيء الممنوع قانونا و المحرم شرعا.

كما تضيف المادة 121 معلى أنه تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي ، كما أنه يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة (المادة 123).

وقد نصت المادة الأولى منه على ما يلي: " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي يكفل قانونا في إطار الكفالة ولدا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي.

وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب.

[1]- عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ،ص220.

[2]- المادة 64 من قانون الحالة المدنية ،الصادر بأمر رقم 70-20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 -08 المؤرخ في 09 غشت 2014 ، ج ر ع 49 ، المؤرخة في 20 غشت 2014 على ما يلي: " يختار تنص على أنه :"يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء بعين الطفل بمجموعة من الأسماء تأخذ اخرها كلقب عائلي"

[3]- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الزواج والطلاق ،المرجع السابق، ص 203.

ثانيا: حكم نسب اللقيط اتجاه الاقرار

يعرف اللقيط : أنه مولود حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب، وعليه فمن ادعى نسبه منه ألحق به متى كان وجوده منه ممكنا كوجود شبه بينهما، وفي حالة ما ادعاه اثنان أو أكثر ثبت نسبه لمن أقام البينة على دعاوه.[1]

هو المنبوذ، سواء كان مازال رضيعا أن تجاوز هذه الفترة إلا أنه لا يستطيع الاستقلال بنفسه، المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة –اللقيط- في أية مادة من مواد القانون ، ولكنه منع التبني ليدخل تحت حكم التبني التقاط اللقيط طالما أن ادعاء نسبه غير متوفر لمن يريد ذلك.[2]

والنظام المتبع في الجزائر هو أنه من وجد لقيطا يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء.

جاء في نص المادة 1/67 من قانون الحالة المدنية "يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه:" أما المادة3/442 من قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى شهرين و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحداهما على عدم الإبلاغ عن طفل حديث الولادة لم يجده ولا يسلمه لضابط الحالة المدنية.

كما وتنص المادة 07 من قانون الجنسية أن يعتبر من الجنسية بالولادة في الجزائر: " الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين ويلاحظ أخيرا أن التبني والالتقاط لا أثر لهما على الإطلاق في إثبات النسب وما يترتب عليه من آثار قانونية ،كالتوريث و التحريم إلا أنه يمكن حل قضية تبني و الالتقاط بالإقرار وبالبنوة أو البينة والتي ستكون موضوع مطلبنا الموالي.

المطلب الثاني:

البينة وأثرها في إثبات النسب

تعد البينة من بين طرق إثبات النسب سواء كان هذا الأخير أصليا أو فرعيا، و ذلك إذا كانت الرابطة الزوجية غير قائمة، فإذا كانت هذه الأخيرة قائمة فلا حاجة إلى الأخذ بالبيئة كون نسب الولد يثبت بالفراش، لاتفاق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا أو زواجا فاسدا أو نكاح شبهة فإنه ينسب إلى زوجها ما لم يقم العكس على ذلك.

و البينة تعتبر إلى جانب الإقرار حجة تكشف عن وجود حق لا إنشاء له، و دعوى إلحاق النسب بالبينة كأي دعوى لا بد أن تتوفر على شروطها، فإذا قدم المدعي بالنسبة دعواه و أنكر المدعى عليه، فعلى

[1]- نسرين شريقي وكمال بوفرورة ، المرجع السابق ، ص 65 .

[2]- فضيل سعد ،المرجع السابق ،ص 277.

المدعى تقديم بينته، هذا ما سنعالجه من خلال إبراز الاختلاف الوارد بين مدلولها في المعنى العام الخاص ثم سنتطرق إلى بعض ما يدخل في حكم البينة الواجبة لإثبات النسب ، و أخيرا سنبين قوة البينة في إثبات النسب .

الفرع الأول:

مفهوم البينة وانوعها

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 ق أ ج، حيث جاء فيها "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة..." فدعوى النسب كأي دعوى أخرى بعد استيفائها لشروطها القانونية إذا تقدم المدعى بدعوى النسب و أنكر الزوج ذلك فعلى هذا الأخير تقديم البيئة، و ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد لنا المقصود من البينة الواردة في نص المادة أعلاه، فهل جميع ما يكون حجة يعتبر بينة؟ أم هي قاصرة على الشهادة؟ و إذا كانت كذلك فيكف يثبت النسب بها؟[1] و للإجابة على هذه التساؤلات سنتطرق إلى تحديد مدلول البينة طبقا للشريعة الإسلامية، ثم تحديد طبقا للمادة 40 ق أ ج .

أولا: البينة طبقا للشريعة الإسلامية

البينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود إلا أنها تختلف في نصابها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين، فأبو حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبر ظاهر ولا فراش قائم و لا إقرار الزوج بالحبل، و يقبل المالكية قول امرأتين، و يكتفي الحنابلة بقول امرأة واحدة حرة مسلمة عدل.[2]

ويقول ابن جزي في هذا الصدد بالنسبة للقوانين الفقهية في مراتب الشهادات أنها على ست مراتب، فأما الأولى شهادة أربع رجال و ذلك في الشهادة عن الرؤية في الزنا بإجمال، أما الثانية شهادة رجلين و ذلك في جميع الأمور سوى الفاحشة، و الثالثة شهادة رجل و امرأتين و ذلك في الأمور الخاصة، و الرابعة شهادة امرأتين دون رجل و ذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل و الولادة، و الخامسة رجل مع يمين في الأموال خاصة، أما السادسة امرأتان مع يمين في الأموال أيضا.[3]

---

[1]- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، . بن عكنون، الجزائر، 2007 ، ص 54.

[2]- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط 1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص 53.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، نظرية . الالتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الالتزام)، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ، ص 53.

إن الإثبات بالبينة الكاملة لا يكون إلا عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين عدول مصداقا لقوله عز و جل: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء"[1] فما ورد في هذه الآية الكريمة ينطبق على الشهادة في الحقوق بتنوعها بما فيها النسب.

و قد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل و البلوغ و الإسلام في الشاهد على النسب و اختلفوا في البصر و الحرية و النصاب و العدالة، و الأصل في الشهادة أن تكون الشهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، و تكون الشهادة شفوية يدلي بها الشاهد مستمدا إياها من ذاكرته، بحيث لا يجوز الاستعانة بأوراق مكتوبة إلا في حالات خاصة، و الشهادة أنواع إما سمعية أي غير مباشرة و هي التي يسمعها الشاهد رواية عن غيره، و هناك الشهادة بالتسامع وهي غير الأولى فهي شهادة بما يتسامعه الناس تنصب على الرأي الشائع عند جمهور الناس، و أما الشهادة بالشهرة العامة فليست شهادة بالمعنى الصحيح بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فقها وقائع معينة.[2]

و الأصل في الشهادة أن تكون معاينة المشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد الواقعة أو سمعها بنفسه جاز له الشهادة، و إن لم يرها أو يسمعها بنفسه لا تصح شهادته وقد استثنى الحنفية من هذا الأصل أمور على سبيل الاستحسان فأجازوا الشهادة بها و من هذه الأمور النسب.

فإن تنازع نسب ولد أكثر من شخص، فادعى كل منهم أنه ابنه فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه، و متى كان المدعى عليه ميتا وجب سماع الدعوى مرفقه بحقوق أخرى مثالها الميراث أو النفقة، و هذه الحقوق هي التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي.[3]

ثانيا: البينة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري

قبل محاولة ضبط مدلول البينة الوارد في المادة 40 ق أ ج، سنبين معناها اللغوي و الاصطلاحي.

المعنى اللغوي: بين، يبين، أبان، بان الشيء بيانا، ظهر و اتضح و انكشف و الجمع بيانات و هي الحجة الواضحة، البرهان، الدليل، الشهادة، أو كل ما يثبت الحق ويفصل به بين الخصوم.[4]

المعنى الاصطلاحي: هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانونا.[5]

---

[1]- سورة البقرة، الآية 282.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 312-317.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199.

[4]- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، ط1، عالم الكتب، مصر، 2008، ص 276.

[5]- إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 51.

ونلاحظ أن المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللغوي، حيث أن البينة هي الحجة التي يتوصل بها لإظهار الحق و إيضاح الحقيقة.

ونلاحظ أن المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللغوي، حيث أن البينة هي الحجة التي يتوصل بها لإظهار الحق و إيضاح الحقيقة.

و تظهر أهمية البينة على غيرها من وسائل إثبات النسب بالنظر إلى أن الطريق الأول و هو المنشئ للنسب أي الزوجية و ما يلحقها محدود الأثر إذ لا يثبت به إلا نسب الولد، أما غيره من الأخ أو العم و أبنائهم فلا بد لهم من الإقرار، و هذا الأخير في حد ذاته حجة قاصرة على المقر و لا تتعدى غيره، بخلاف البينة التي إن ثبتت كانت ملزمة لكل الأطراف، و تصلح لكل الحالات الأبوة، الأمومة، الأخوة و غيرها.[1]

فالبينة إذن هي كل وسيلة يظهر بها الحق و تنكشف حقيقته في أي نزاع أو مظلمة، ولقد عرفت البينة بأنها الحجة و يطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف و هو الشهادة و يعلق ابن القيم على هذا ويقول البينة اسم لما يبين الحق و يظهره، و من خصها بالشاهدين لم يوف مسماها ولم تأتي البينة قط في القرآن مرادا بها الشهادة و إنما أتت المراد بها الحجة و مستندين بذلك لقوله عز و جل: "لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب و المشركين منفكين حتى تأتيهم البينة"[2]، و بينة النسب هي الشهادة.

فللشهادة تعاريف متعددة عند الفقهاء، و تختلف من فقيه لآخر و من مذهب لآخر فقد عرفها الحنفية بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ في مجلس الحكم فيكون أخبار الصدق لإثبات حق للغير على الآخر، في حين أن المالكية عرفوا الشهادة بأنها: "أخبار الشاهد الحاكم إخبار ناشئا عن ظن أو شك"، و عرفها الصاوي من المالكية بأنها "أخبار عدل حاكم بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه".[3]

وبذلك تكون البينة المقصودة من المادة 40 ق أ ج، هي الشهادة دون غيرها من الأدلة.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري في المادة 40 فنجد يستعمل في النص العربي مصطلح "البينة" وفي النص الفرنسي "Preuve" فيكون لهذا الأخير عدة معاني، و المقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها من الأدلة و الأدلة متضافرة على ذلك منها: تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنتزع أي إشكال في تأويل البينة الواردة في نص المادة 40 هو شهادة الشهود".[4]

---

[1]- المرجع نفسه، ص 52.

[2]- سورة البينة، الآية 1.

[3]- سهام نهار البطون الجبور، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي و القضاء العشائري الأردني، ط1، دار يافة العلمية، الأردن، 2010، ص ص9-11.

[4]- إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 54.

الفرع الثاني:

صور البينة الواجبة لإثبات النسب وحجيتها

أولا: شهادة القابلة

الولد و أنكر الزوج كأن قالت مثلا أنها ولدت ابنا وقال الزوج أنك ولدت بنتا، فللزوجة تقديم البينة فلها أن تثبت ما أنكره زوجها من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة امرأة مسلمة معروفة بالعدالة، لأن الولادة واقعة مادية، ولا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات ويقل أن يحضر الرجال أو عدد من النساء الولادة.[1]

فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة و ذلك لأن "النسب يثبت بالفراش"، و هي مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري، وبالتالي يتم اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 ق أ ج.[2]

وما دام المراد إثباته هنا هو الولادة و تعيين المولود، فهما من الأمور التي كان لا يطلع عليها غير النساء على حد قول ابن شهاب الزهري: "قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع غيرهن من ولادة النساء و عيوبهن"، كما للزوجة أن تبين نسب ابنها الذي أنكره زوجها بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها.[3]

إضافة إلى ذلك يقول الفقهاء أن شهادة القابلة تقبل إن كانت الزوجية قائمة، فإن كانت الزوجة معتدة من طلاق، أو وفاة و أنجبت ولد، فأنكره الزوج، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين، و ذلك باعتبار أن أثار الزواج هي باقية في عدة الطلاق أو الوفاة[4]، وعليه فإن بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة و بالتالي إثبات نسب الطفل لأبيه الحقيقي عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو ممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة، خاصة و أن القانون أعطاهم صلاحية التصريح بولادة الطفل.

و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الحالة المدنية "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا الأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده" وعليه فالقابلات تكون شهادتين مقبولة أمام القضاء في إثبات النسب.[5]

---

[1]- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، . الإسكندرية، 1998 ، ص 212.

[2]- تنص المادة 222 منه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[3]- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 578.

[4]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص156-157.

[5]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 57.

و الجدير بالذكر أنه رغم إمكانية الاستعانة بهذا النوع من الشهادات للوصول إلى الحقيقة المراد إثبات النسب بها، فإنها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي في قبول شهادة القابلة من عدمها.

ثانيا: شهادة طبيب المستشفى أو العيادة

غالبا ما نجد أن المستشفيات أو العبادات الخاصة تعطي شهادات تدون فيها معلومات عن واقعة الولادة مثل الاسم، السن، تاريخ الولادة، والعيادة التي تمت الولادة فيها مع الختم عليها و تسمى هذه الشهادة "شهادة الولادة".

ومثل هذه الشهادة إن أرفقت بشهادة الطبيب يمكن أن تساعد المرأة في إثبات الولادة في حالة إنكار الزوج لها و بالتالي إثبات نسبه، خاصة و إن أثبتت بالسجلات المعدة لذلك طبقا للمادة 26 قانون مدني و المحرر طبقا للمادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/196 المتعلق بالحالة المدنية و التي تنص على ما يلي: "يبين في عقد الميلاد يوم الولادة و الساعة و المكان و جنس الطفل و الأسماء التي أعطيت له و أسماء و ألقاب و أعمار و مهنة و مسكن الأب و الأم".[1]

إلا أن شهادة الميلاد هنا لا تعد بمفردها حجة في إثبات النسب، و إن كانت تعد قرينة عليه (قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس)، إذا لم يقصد ثبوته هذا لن القيد في السجلات لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح الإملاء من الأم أو القابلة أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده هي التي تصرح، و هذا بناء على نص المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

فلا تعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها، إلا أن شهادة الميلاد يمكن أن تساعد في إثبات واقعة الولادة و بالتالي نسب الولد لأمه من خلال تأكيد صحة البيانات الواردة فيها.[2]

ولما كانت الشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه فإنه إذا رأى المشهود به أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يصح أن يشهد.[3]

والتسامع هو انتشار الخبر و إشهاره بين الناس، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة التسامع كما هو الحال في الزواج أو الولادة أو الوفاة، و الحكمة من ذلك أن هذه الأمور لا

[1]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 153.

[2]- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992، ص 406.

[3]- رمضان علي السيد جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 577.

يطلع عليها إلا خواص من الناس أو ذوي الاختصاص.[1]

فإذا اختلفت الزوجة و زوجها كأن ينكر هذا الأخير الولادة أو يعترف بها و ينكر الولد الذي عينته، فعلى الزوجة البينة ويكفيها في هذه الحالة أن تثبت ما أنكره بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها.

و بالرغم من إمكانية هذه الشهادة في إيضاح حقيقة نسب الولد إلا أن سلطة القاضي واسعة في تقدير هذه البينة فيما إذا كانت منتجة في الدعوى أو لا، خاصة إذا روعيت فيها القيود و الضوابط التي رسمت لها حتى لا تخرجها عن المعنى المقصود، هذا ما سنعالجه فيما سيأتي.

الفرع الثالث:

ضوابط حجية البينة لإثبات النسب

تظهر حتمية البينة و أهميتها في العديد من حالات إثبات النسب، و الملاحظ في ذلك أن إثبات النسب بالبينة لا يكون إلا في حالة ما إذا جمع الرجل و المرأة عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت العلاقة القائمة بين الرجل و المرأة هي علاقة غير شرعية ونتج عنها ولد، و قام النزاع بشأنه أو شأن واقعة ميلاده فلا يثبت نسب الولد إلى الشخص بأي بينة كانت، و للبينة حجيتها في إثبات النسب فهل حجيتها متعدية أم لا؟ وهل تعتبر البينة أقوى من الإقرار، هذا ما سنتطرق إليه بدء بإبراز الضوابط التي يجب أن تتسم بها البينة الواجبة لإثبات النسب، وصولا إلى حجيتها في إثباته.

أولا: ضوابط البينة لإثبات النسب

لكي تكون للبينة حجية في إثبات النسب فيجب أن تتسم ببعض من الضوابط إلى جانب ما ذكرناه سالفا، ويعني بها القيود و الشروط التي توضع عليها حتى لا تخرجها عن المعنى المقصود، و هي في الحقيقة ضوابط عامة لكل البينات بالإمكان إسقاطها على مختلف الدعاوى بما فيها دعوى إثبات النسب.

فالبينة اسم لما يبين الحق و يظهره، و عليه فلا بد من مراعاة إظهار جانب الحق من الشهادة و العدالة وهو النسب الحقيقي للطفل سواء كان أصليا أو فرعيا، كما يجب للشهادة أن توافر هذه الدعوى، بحيث تكون مطابقة لها حتى تنتج أثرها في الحكم بوجبه وتساعد في إثبات النسب الحقيقي و صدور الحكم بشأنه و بالتالي إلزام الخصم به، إضافة إلى شرط آخر يجب توفره في البينات عموما و الشهادة خاصة هو وجوب أن تكون في مجلس القضاء، لأن الحكم لا يعتمد به إذا صدر في مجلس

[1]- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون . الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 ، ص 21.

القضاء، فلو حصل خارجه لا يحقق الغاية منه ولا تنقطع به الخصومة[1]، فلهذا يجب أن تستند الشهادة إلى العلم أو غلبة الظن، فإذا اسندت إلى شك أو وهم فلا عبرة بها.[2]

ولأن البينة ينبغي أن تقوم على أساس قويم، وسند قوي بأن تكون مبينة على العلم و اليقين بمحل الإثبات، أو على ظن قوي يقرب من العلم و اليقين[3] لقوله تعالى: ﴿ **وَلا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ** ﴾ .[4]

وفي الأخير يجب أن تكون البينات موافقة للعقل أو الشرع أو الحس، لأن الإثبات إذا خالف أحدها لا يعتد به، فإذا توافرت هذه الضوابط في البيئة الواجبة لإثبات النسب كان لها دور كبير في المساعدة على ظهور الحقيقة المتعلقة بالنسب.

ثانيا: حجية البينة في إثبات النسب

إن الشهادة سواء بالمعاينة أو السماع طريق صحيح لإثبات الأنساب، سواء كان نسب المدعى به نسبا أصليا و هو البنوة و الأبوة و الأمومة، أو غير ذلك من أنواع القرابات الفرعية كالأخوة و العمومة، و هو ما عده المشرع الجزائري من خلال المادة 40 ق أ ج، لما لها من قوة شرعية وقانونية فالبينة أقوى حجة وسبيل لإثبات النسب وحجيتها متعدية و ثابتة على جميع الناس وعلى جميع الوقائع و بالتالي فهي ملزمة للخصم.

إن الثابت من الأنساب بالبينة أقوى من الثابت بالإقرار أو الدعوى، و على هذا كان الرجل الذي يدعي نسب آخر ويقيم بينة على دعواه أحق من الذي يقر بنفسه بأن فلان ابنه، لأن النسب و إن ظهر بالإقرار فهو غير مؤكد لاحتمال ورود البطلان بالبينة لأنها أقوى منه.[5]

فحجية البينة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه بل يثبت في حقه وحق غيره بخلاف الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر وحده لا يتعداه إلى غيره.[6]

إذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه، و كانت الدعوى مستوفية لشروطها القانونية و أنكرها المدعى عليه، فإذا ثبت ادعاء المدعي بالبينة أمام القاضي حكم عند ذلك نسبه من المدعى عليه وترتبت عليه كل الحقوق فيكون بذلك ملزما لمن ادعى النسب و لمن أنكره.

---

[1]- بسام محمد القواسمي، أثر الدم و البصمة الوراثية في الإثبات، ط1، دار النفائس، الأردن، 2009، ص ص 40-41.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 318.

[3]- بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 41.

[4]- سورة الزخرف، الآية 86.

[5]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 528.

[6]- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص 173.

ثم إن كانت دعوى النسب بالأبوة أو البنوة حال حياة الأب، أو الابن المدعى عليه تسمع الدعوى ولو كانت مجردة من أي حق آخر، كالإرث و النفقة لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد بذاته، فتكون الدعوى لمجرد إثبات النسب فقط.[1]

و إن كانت دعوى النسب بعد وفاة الابن، أو الأب المدعى الانتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوة و الأبوة كالأخوة و العمومة مطلقا، سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه أو بعد وفاته فإن الدعوة لا تسمع شرعا إلا في ظل دعوى مرفوقة بحث آخر لن النسب حينئذ غير مقصود بذاته بالدعوة و إنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة و الإرث.[2]

وتطلب البينة عند ذلك من المدعي أنه ابن المتوفي، فإن قدمها حكم له بالنسب و الميراث معا، لأن النسب يكون ضمن الدعوى فالحكم بالميراث يقتضي ضمنيا الحكم بالنسب.[3]

وهو ما سار عليه القضاء الجزائري هو الآخر في اعتبار شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب تطبيقا المادة 40 ق أ ج، وسواء كان هؤلاء الشهود من أقارب الزوجين أو أجانب لهم استنادا إلى المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[4] و التي تنص على ما يلي: **"لا يجوز سماع أس شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم"**.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلق، لا يجوز أيضا قبول شهادة الأخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق".

وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و البينة ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن إثبات الولد يعد إحياء له ونفيه قتلا له... حيث أنه في غالب الحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج و النسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق".[5]

---

[1]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 211.

[2] - المرجع نفسه، ص212.

[3]- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، ط1، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002، ص 379.

[4]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 21.

[5]- م ع غ أ ش، ملف رقم 1723، الصادر بتاريخ 1997/10/28، مجلة قضائية، ع1، 1997، ص 42.

خلاصة الفصل الأول:

وكخلاصة لبحثنا أن كل من التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي يسعى إلى إثبات نسب الولد من الأبوين، و يتوسع في هذا الإثبات، و يتسامع فيه، بحيث يقبل الشهادة فيه على التسامع و لا يطلب دليل عليه عند الإقرار ما دام واقع الحال لا ينافيه، و ذلك لما فيه من إحياء للنفس لأن من ليس له نسب في حكم الميت في عرف المجتمع الإسلامي.

وعموما إذا كان إثبات النسب بالإقرار والبينة متفق عليه في كل التشريعات خاصة منها الإسلامية، فإن الأمر غير ذلك في إثبات النسب بالطرق العلمية، فكيف ذلك؟

الفصـــــل الثاني

إثبات النسب
بالطرق العلمية الحديثة وحجيتها

تمهيد:

وسع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شريعة للإثبات أو للنفي وفقا لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02،

«**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**» وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالب ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب[1] ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، فما بالنا بخبرة يقينية.

و لقد تنوعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (A B O)، تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (ADN)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الاكتشاف، وهذا ما سأتناول دراسته في هذا الفصل موضحة درجة تفاوت هذه الطرق في إثبات النسب أو نفيه مع التطرق لحجيتها والصعوبات التي تواجه استخدامها في المبحثين التاليين.

[1]- القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بست غرف بتاريخ 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية –القرار رقم 222674 المؤرخ في 1999/06/15، ص 88.

المبحث الأول:

الأنظمة العلمية الحديثة لإثبات النسب

إن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أصبح ضرورة لا مفر منها وانه من غير المعقول تجاهل أهميتها في مجال إثبات النسب، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم.

إضافة إلى الأهمية الكبيرة التي يحض بها النسب في الإسلام لاعتباره من حقوق الله وكذلك أهم حق من حقوق الشخص حيث أمر الإسلام بالمحافظة على الأنساب وكذلك ضرورة إثباتها، فقد حضي النسب أيضا في وقتنا الحاضر بأهمية من طرف العلماء والأطباء الذين سعوا إلى اكتشاف طرق علمية لها دور في مجال النسب سواء بالنفي أو الإثبات.

المطلب الأول:

نظام تحليل فصائل الدم

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل والبويضة للأنثى، ومن العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية.

لايوجد تعريف محدد لتحليل الدم إلا أنه يمكن تعريفه بأنه : عبارة عن فحوص وكشوف طبية تشمل على ثلاثة أطراف الأم، الأب، الطفل وذلك من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات أنتج جينات خلايا الدم.[1]

الفرع الأول:

النتائج العلمية لفحص الدم

أولا: نظام ABO

بفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني (كارل لاند ستابير) سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادهما ببطء وعودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن الاتحاد يتم ببطء، وبعود الذم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا والبلازما يتبعان لشخص واحد، وأن الاتحاد لا يتم وينتج عن ذلك تجلط الدم (blood agglutination)، وبناء على ذلك وجد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل

[1]- يوسفات علي هاشم، " أثر تحليل الدم في ضبط النسب "، دفاتر السياسة والقانون، ع 06 ، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار ، 2012 ، ص 280.

رئيسية يرمز لها كما يلي: A – B – AB – O، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.

ومن جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة والتي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات بمولدات اشد (Antigènes) كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (Anti Bodies) في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة.[1]

و فيما يلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد والأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة، والتراكيب الجينية التي تقابلها:

الفصيل	مولدات الضد في كريات الدم الحمراء	الأجسام المضادة في البلازما	التراكيب الجينية
A	A	مضاد B (بيتا)	نفي AA هجين AO
B	B	مضاد A (ألفا)	نفي BB هجين BO
AB	AB	-----	AB
O	-------	مضاد A (ألفا) مضاد B (بيتا)	OO

و أشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O, B, A) حيث (B, A) سائدة، بينما (O) متنحية وكل نسل له اثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد.

مثال:

طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO، طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO، وإذا ورث عاملين متنحيين سيكون O وإذا ورث عاملين سائدين AB.

وقد دعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O.

[1] - جلال الجابري، الطب الشرعي و السموم، الطبعة الأولى، ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، الإصدار الأول 2002، ص 186.

- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.

وفيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة وغير الممكنة.[1]

فصائل الوالدين	فصيلة الطفل	
	ممكن	غير ممكن
O × O	O	AB, B, A
A × A	O, A	AB, B
O × A	O, A	AB, B
B × B	O, B	AB, A
B × A	O, AB, B, A	------
AB × AB	AB, B, A	O
O × AB	B, A	AB, O

ثانيا: نظام RH

لقد ثبت علميا أن 80% من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدات الضد وهي ذات 6 نماذج C, D, E, c, d, e الثلاثة الأولى سائدة والثلاثة الأخيرة متنحية، وإذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة السائدة الأولى فإنه يعتبر RH+ve (ve: Vaginal examination).

مثال:

CDE, cde, cde... وإذا كان لديه cde فإنه يعتبر Rh –ve (15% من الناس) ومن كل مولدات الضد هذه فإنه مولد الشد D هو الأكثر أهمية لأنه إذا دخل إلى شخص لا يملكه فإنه سيؤدي إلى إنتاج عيار عالي من الأجسام المضادة لذلك يصنف الناس عادة إلى Rh+ve أو Rh-ve، إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أم لا، ويساعد عامل Rh في النزاع حول الأبوة، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فإن الطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

ثالثا: نظام MN

إذا كانت مولدات الضد A, B موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فإن الأجسام المضادة ألفا وبيتا موجودة في المصل، فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل وبالتالي فإن واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم الحمراء، وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO[2]،

[1] - جلال الجابري، المرجع السابق، ص ص 188-189.

[2] - المرجع نفسه، ص ص 186-187.

ولتوضيح المسألة نعطي هذا المثال: إذا كانت الأم (M^+, N^+)، الابن (M^-, N^+) والأب المفترض (M^+, N^-) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N^+ من أمه وبالتالي M^- من أبيه.

رابعا: نظام HLA

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير الذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة عن الجسم، والعالم 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: HLA(Human Leukocyte antigen) وكل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحد 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.

الفرع الثاني:

مدى اعتبار تحليل الدم كدليل لإثبات النسب

إن كل إنسان يرث صفاته من أبيه وأمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، ففي حالة توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه، فإن هذا ليس قطيعا في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشتكر فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم.

مثال:

لو ولدت امرأتان في مستشفى واختلط الولدان وتعذر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح بعد أن تحدد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والأم والتراكيب الجينية المحتملة لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تحتمل البنوة لكن لا يمكن إثبات النسب استنادا إلى فحص فصائل الدم فقط لذلك تستدعي الحاجة فحص آخر أكثر دقة، أما في حالة استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الولد، ففي هذه الحالة تنتفي البنوة تماما، وما يمكن استخلاصه أن وراثة فصائل الدم لا تعطي أكثر من 40% في مجال إثبات النسب وتصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100% لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية وقد أفرز التطور البيولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون إثباته.[1]

[1]- مقال للدكتور إبراهيم بن ناصر الحمود، أستاذ مشارك بالمعهد العالي للقضاء بمصر، منشور على موقع www.islamtoday.net بتاريخ 2005/10/05.

و بفضل التقدم البيولوجي في مجال الوراثة فلم يعد فحص الدم قاصرا على دوره التقليدي وهو كونه دليلا مؤكدا على نفي البنوة وإنما أصبح له دور حديث إذا صار دليلا على إثبات البنوة وبطريقة لا تقبل الشك .

المطلب الثاني:

التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول:

تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه

أولا: تعريفه

لغة:

اللقح واللقاح: ماء الفحل، أي لقحت الناقة ونحوها، لقحا، ولقاحا: قبلت ماء الفحل، فهي لاقح، ويقال لقحت النخلة ولقح الزرع.

الصناعة: اسم فاعل: وصنع الشيء، عالجه صناعيا، والصناعة حرفة الصانع وعمله والصناعي ما ليس طبيعي.[1]

اصطلاحا:

"هو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من ادخال منى الزوج إلى الزوجة، أو شخص أجنبي، في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي".[2]

كما عرفه أهل الاختصاص بأنه "الحصول على المني من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة في قناة فالوب، ويعمل على تلقيحها وتكمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجيني الطبيعي".[3]

وهذا المفهوم ليس غريب عن الفقهاء الأقدمين فلقد ناقشوا هذه المسألة تحت أبواب العدة وإلحاق الولد، وغير ذلك فيما إذا يمكن المرأة من استدخال مني الزوج وقت انزاله واستدخاله من ثم لحق النسب.[4]

وفي عام 1971 توصل الطبيبان (ستبتو وإدواردز) من إبقاء البويضة الملحقة حية أكثر من ثلاثة أيام، ثم توالت التجارب إلى غاية نجاحها بولادة أول طفلة (لويز براون) من طريق التلقيح

---

[1]- مجمع اللغة العربية المعجم الوجيز، المصدر السابق، ص 562.

[2]- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2011، ص 11.

[3]- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنيني في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء، جدة، 2001، ص 229.

[4]- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 21.

الاصطناعي سنة 1978 في انجلترا، وفي سنة 1984 تمت ولادة طفلة استرالية تسمى (زوي) من جنين مخصب مجمد.[1]

ثانيا: أنواع التلقيح الاصطناعي

يقسم التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: داخلي وخارجي.

1: التلقيح الاصطناعي الداخلي:

"وهو الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم الزوجة أثناء حياة زوجها، وفي ظل زوجية قائمة، أو الإخصاب بحيوانات الزوج المنوية بعد وفاته أو إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو تلقيح بويضة امرأة أخرى بمني غير زوجها وذلك لأنه إما أن يكون الزوج ليس به مني أو كان به مني ولكنه غير صالح للإنجاب".[2]

وهذا الأسلوب هو الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي، والذي يلجأ إليه عادة في حالة ما إذا كان سبب العقم موجودا في الزوج دون الزوجة، إذ تمنعه أحد الأسباب التالية من إيصال مائه إلى المكان الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي[3] للتكاثر:

1. إذا كان عدد الحيوانات المنوية عند الزوج حوالي عشرة ملايين في المليمتر الواحد، أي نقص الحيوانات المنوية إلى أقل من الحد الأدنى.
2. عند عدم التقاء الحيوان المنوي بالبويضة بسبب انسداد في قناتي فالوب، وبالتالي لا يتم الإخصاب.
3. عدائية عنق الرحم، والتي تهاجم فيها الأجسام المضادة في مخاط العنق الرحم النطف المنوية لتقضي عليها وتعيق ولوجها للرحم.
4. عند نمو الأنسجة الرحمية خارج الرحم عن طريق انقباض بطانة الرحم، فتسد الأنابيب وتعطل أجزاء أخرى في الجهاز التناسلي.
5. عند وجود مشاكل بالرحم كإزالته بعملية أو وجوب عيوب خلقية.
6. عند عدم تمكن المبايض من إفراز البويضات بسبب مشاكل فيها أو مرضها الشديد.[4]

[1]- افروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 115.

[2]- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 19.

[3]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 142.

[4]- فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، 2011، ص ص227-228.

عند وجود هذه الأسباب يعمد إلى التدخل الطبي لإنجاح العملية عن طريق طبيب مختص حيث يقوم بسحب الخلايا الجنسية من الزوج، ثم يقوم بحقنها في رحم الزوجة، لكي تتم عملية الإخصاب، ونمو الجنين بالصورة الطبيعية.[1]

وذكر بعض ما نقل الفقهاء القدامى إلى ما يشابه هذه الفكرة من طريق غير مباشر تحت فصول متفرقة مثل باب العدة وإلحاق الولد، واستدخال المني وما يترتب عنه من النسب.[2]

2- التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب):

ويعرف بأنه "ذلك التلقيح الذي يتم عن طريق انتزاع بويضة أو أكثر من الزوجة، صالحة للإخصاب عن طريق تدخل جراحي يسمى (Laparoscopie)، ثم تلقح بمني الزوج "بغير اتصال جنسي- وتوضع في أنبوب به نفس السائل اللازم للنمو، وبعد مرور فترة من الوقت (يومين ونصف تقريبا) يتم الانقسام وبعد أن تتكون النطفة الملقحة يتم زرعها في رحم المرأة لتنمو وتتطور بعد ذلك.[3]

وقيل نه كذلك أن تلقيح بين مني الرجل وبويضة المرأة في وسط غير الرحم، كأنبوب اختبار وعند اجتماع الحيوان بالبويضة وحدوث الانقسام، تتم إعادة اللقيحة إلى رحم الأنثى سواء كانت هي صاحبة البويضة الملقحة أم غيرها.[4]

ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة عادة عند كون المانع من الحم مصدره الزوجان، أي الرجل والمرأة أو أحدهما، مما يوجب سحب الحيوان المنوي والبويضة منهما ثم الجمع بينهما في محضنة معدة لذلك، وتحت ظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة معينة وعند تكون خلية مخصبة تبدأ في الانشطار، يقوم الطبيب المختص بإعادتها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق، وأول مولود بهذه التقنية هي الطفلة (لويز بروان) التي سبق وأن أشرنا لها.[5]

أما بالنسبة للمشرع الجزائر فإنه لم ينظم عملية التلقيح الاصطناعي وصوره المختلفة بنصوص تشريعية خاصة، أو قواعد لا في قانون الصحة وترقيتها، ولا في مدونة أخلاقيات الطب، رغم أنه يمارس في العيادات الخاصة، غير أنه أجاز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط، ووضع في نفس الوقت شروطا قانونيا وضوابط -سنتناولها في المطلب الثاني- تنظم اللجوء لهذه التقنية الحديثة،

[1]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 142.

[2]- المرجع نفسه، ص143.

[3]- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 61.

[4]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 143.

[5]- المرجع نفسه، 144.

بشكل يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية[1]، وذلك بموجب المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والتي جاء فيها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

يقول المستشار أحمد نصر الجندي: "يلاحظ أن التلقيح الاصطناعي الذي جاء به النص السابق – وضع له قيدا هو أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة- دون غيرهما ولم يبين النص أن يكون التلقيح في رحم الزوجة –مما يعني أنه يجوز أن يكوكن التلقيح خارج رحم الزوجة، ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها، كما يجوز أن يكون عن طريق إدخال مني الزوج، بآلة معينة في رحم زوجته".[2]

كما يشير المستشار أحمد نصر الجندي إلى أن هذا النص جاء مطلقا بحكم عام، أي لم يحدد الحالات التي يجب فيها اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي، الأمر الذي جعل الباب مفتوحا لكل التفسيرات.[3]

الفرع الثاني:

شروط التلقيح الاصطناعي وأثره على أحكام النسب

أولا : شروطه

انطلاقا من الضوابط الشرعية التي حددها علماء الفقه الإسلامي، تنص المادة 45 مكرر المضافة عام 2005 بأن يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

1. أن يكون الزواج شرعيا: أي يقوم الأطباء بهذه العملية بعد التأكد من وجود عقد زواج شرعي، فوفقا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فإن التلقيح خاصر على الزوجين فقط، فإذا دخل طرف آخر بينهما كانت الحرمة وعدم المشروعية.

[1]- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014، ص 26.

[2]- أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص ص97-98.

[3]- المرجع نفسه، ص 98.

2. أن يكون التلقيح أثناء حياتهما وبرضا الزوجين: أي بناء على رغبتهما، فلا يجوز قانونا القيام بالتقيح بماء الزوج على زوجته بعد انتهاء الرابطة الزوجية بينهما سواء بالفسخ أو بالطلاق، أو بالموت، كما يشترط أن يكون الزوجان بالغان مع علمهما بعواقب التجربة.[1]

ولذلك فالقانون الجزائري ومنعا لأي تلاعب في مجال إثبات النسب، فإنه يمنع أخذ نطاف من رجل وتلقيح امرأة بها، دون عقد زواج شرعي بينهما، ولقد أحسن المشرع الجزائري عند تركيزه على الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي، لما نراه في وقتنا الحالي من انتشار لما يسمى ببنوك المني، والتخصيب الاصطناعي، والتجارب العلمية على الأجنة الآدمية.

3. أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: وهي الصورة التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985، بمكة المكرمة ، وعليه لا بد من استبعاد حالات الزوجة التي تلقح بماء رجل غير زوجها، وكذلك البويضة المأخوذة من زوجة أخرى والتي تلقح بماء الزوج، كما لا يجوز شرعا وقانونا استئجار رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما.[2]

ولقد تحدث بعض الفقهاء عن هذا الموضوع إذ صدرت فتوى عن دار الإفتاء المصرية جاء فيها: "إن إنشاء مستودع "بنك" تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقح بها نساء لهن صفات معينة شر مستطير على نظام الأسرة ونذير بانتهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله".[3]

وحسب هذه الفتوى إن وجود هذه البنوك يؤدي إلى إشاعة الفواحش والمنكرات، كما لو أن امرأة شابة مات عنها زوجها فتحمل سفاحا ثم تدعي أنها حامل بنطفة زوجها المتوفى، وأكد الأزهر الشريف في بيان له لانعدم الفراش، وتطبق عليه أحكام ابن الزنا، إذا كان التلقيح الاصطناعي جائزا للزوجية فبالوفاة تعدم الزوجية، وعليه فبنوك الأجنة محرمة في الإسلام لما تثيره من مشاكل لا حل لها.[4]

ثانيا: أثر التلقيح الاصطناعي على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري

1 - نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي:

ينسب الولد لأبيه وأمه بعد ولادته في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة المعاصرة الجنسية، غير أنه وبواسطة التلقيح الاصطناعي يمكن أن تأتي الزوجة بولد بغير المعاشرة، وهنا أيضا يعتبر الطفل شرعيا وينسب لأمه وأبيه، ويثبت له قبلهما كل الحقوق وعليه جميع الالتزامات التي

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 408.

[2]- المرجع نفسه ، ص 409.

[3]- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 144.

[4]- المرجع نفسه، ص 144.

للأبناء على الآباء، إذ أن تلقيح الزوجة بمني زوجها في إطار علاقة زواج شرعية، دون شك في استبدال هذا المني أو اختلاطه بمني آخر، هو جائز شرعا وقانونا (مادة 45 مكرر من قانون الأسرة) من النواحي المتعلقة بالنسب وما يتصل بها من نفقة وحرمة المصاهرة، وميراث وغيرها من الأحكام المتعلقة بهذه العملية.[1]

وفي غير هذا فإن كل طفل "أنبوب" ناشئ بالصور المحرمة من عمليات التلقيح الاصطناعي فإنه محرم شرعا وقانونا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وينسب لمن حملت به ووضعته فقط، ولا ينسب لصاحب المني الأجنبي ولا لصاحبة البويضة لقوله تعالى: ﴿ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلا اللائِي وَلَدْنَهُمْ ﴾[2]، **وهو نص قطعي في دلالته فالتلقيح بغير ماء الزوجين هو شبيه بالزنا مطلقا.**

2- موقف القانون الجزائري من عملية التقيح الصناعي:

نظرا لحداثة موضوع التلقيح الاصطناعي فإن الباحث في الأحكام القضائية المتعلقة به الشرعية منها وغير الشرعية يجدها منعدمة ولا أثر لها إطلاقا عبر كامل التراب الوطني، وذلك لقلة المراكز المتخصصة في المساعدة الطبية على الإنجاب في المستشفيات الجزائرية، والتي تقتصر على سبع مراكز فقط، كما أن للعامل الديني لدى الجزائريين دور في الاحتياط من مثل هذه المستجدات المعاصرة وذلك مخافة الوقوع في الحرام، بسبب ما يحيطها من شبهات، إلا أن ذلك لم يمنع فئة من المواطنين الذين يعانون العقم من الاتجاه إلى هذه التقنية إذ أن أول طفل جزائري ولد بتقنية التلقيح الاصطناعي كان بعنابة سنة 2001.[3]

إن القانون الجزائري ورغم تنظيمه لتقنية التلقيح الاصطناعي بنص المادة الخامسة والربعين مكرر من قانون الأسرة، إلا أن ذلك غير كافي، إذ لا بد من إعادة النظر في جميع النصوص المتعلقة بأحكام النسب في قانون الأسرة، وذلك من أجل تجنب وقوع التناقض بين المواد القانونية، وكذا من أجل صون الأنساب عن كل ما يشوبها وحفظها من الاختلاط كذلك لكي يستطيع قانون الأسرة أن يتماشى مع المستجدات العلمية والطبية المعاصرة.

وما يؤكد هذه الضرورة التناقضات الآتية:

1. التناقض الموجود بين المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي لم تكتف بوجود العقد الشرعي فقط بل اشترطت لثبوت النسب أن تكون هناك إمكانية الاتصال بين الزوجين، ولكن الفقه الإسلامي المعاصر، ورأي أبي حنيفة الذي خالف الجمهور، فإنهم لا يشترطون المخالطة

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 410.

[2]- سورة المجادلة، الآية 2.

[3]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 204.

الزوجية، بل يكفي لإثبات النسب قيام عقد الزواج ولو لم يكن هناك التقاء بين الزوجين، وعليه ونظرا للتقنيات الحديثة المكتشفة كالتلقيح الاصطناعي، فإن المولود يكون ابنا شرعيا اتفاقا ويثبت له النسب دون التقاء الزوجين.[1]

2. كما أن مدة الحمل المحددة في المادة 42 قانون الأسرة الجزائري بستة أشهر لأقل مدة للحمل وأقصاها بعشرة أشهر، تتناقض مع أسلوب التلقيح الاصطناعي في أحد نوعيه وهو "طفل الأنابيب" وهو التلقيح خارج الرحم والذي تتم مدة الحمل فيه على مرحلتين، أولا عملية الاخصاب في الأنبوب أو المحضنة المختبرية خارج الرحم والتي تستغرق أياما، ثم تعقبها مرحلة زرعه في رحم الزوجة والتي تمتد إلى غاية الولادة، وهذا يختلف عن فترة الحمل الطبيعية التي تكون متصلة، وبالتالي تطرح إشكالا حول أثر هذا الفصل على المركز القانوني ومتى يتم اعتباره كائنا حيا يحرم إلحاق الضرر به وتثبت له الحقوق كالميراث في (المادة 128، والمادة 173 من قانون الأسرة)، والوصية (المادة 187 من قانون الأسرة) والهبة (109 من قانون الأسرة)، وكذلك متى يبتدأ بحساب وجوده، هل من لحظة الإخصاب في المختبر أم من لحظة الزرع في الرحم وذلك من أجل حقه في النسب.[2]

المطلب الثالث:

نظام البصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها، وتعتبر فيها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية، وقبلت بها عدد من المحاكم الأوروبية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية لذلك يجدر بنا معرفة حقيقة البصمة الوراثية وتبيان الشروط والضوابط الشرعية لتكون قرينة لإثبات النسب أو نفيه، وهذا ما سأدرسه في المطلب الأول ومن جهة أخرى فإن اعتبار بصمة الـ ADN قدم صدق في إثبات النسب قد يبدو في بعض الأحيان مناقضا للأحكام الشرعية كقضايا اللعان لذلك تقتضي الدراسة التعرض لموقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ومكانتها من اللعان .

الفرع الأول:

تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

سنتناول تعريف البصمة الوراثية، ثم نتطرق الى أهم الخصائص التي تتميز بها، حسب ما يلي:

[1]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 223.

[2]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 223-224.

أولا : تعريف البصمة الوراثية:

وسنعرج أولا إلى تعريف البصمة الوراثية من الناحيتين اللغوية و الاصطلاحية:

1-البصمة الوراثية من الناحية اللغوية: وهي مركب وصفي من كلمتين:

البصمة: هي العلامة، و البصم (بضم الباء) هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، و يقال رجل ذو بصم غليظ.[1]

وفي لسان العرب: البصم هو فوت مابين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، و .الفوت هو ما بين كل إصبعين طولا.

الوراثة: هي نسبة إلى علم الوراثة والذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من .جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك.

وعليه فالبصمة الوراثية لغة: هي الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو الصفات الثابتة المتنقلة من الكائن إلى فرعه، وفق قوانين محددة.

البصمة الوراثية مصطلح حديث، ويعد من القضايا الجديدة والنوازل الحادثة التي لم يتكلم عنها الفقهاء المتقدمون، فقد سعى بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف البصمة الوراثية تعريفا اصطلاحيا فجاءت تعريفاتهم متقاربة، ولعل من أبرزها ما يأتي:

تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[2]، حيث قالت عن البصمة الوراثية هي: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية، التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية".

صدر إقرار من طرف المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، حيث صدر عنهم ما يأتي: "البصمة الوراثية هي: البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وإنها وسيلة تمتاز بالدقة".[3]

حيث عرفها الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا بأنها "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن وسيلة تحليل جزء من

[1]- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ط 01 ، دار النفائس للنشر و التوزيع، . الأردن، 2006 ، ص 42.

[2]- محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 51.

[3]- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 358-361.

حمض ADN، الذي يحتوي عليه خلايا جسده".[1]

كما عرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي بأنها "تعيين هوية الإنسان عن وسيلة تحليل جزء أو أجزاء من حمض ADN، المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عريضة مسلسلة وفقا لتسلسل القواد الأمنية على حمض ADN، وهو خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب، وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء)، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحب البويضة)".[2]

وعلى كل عند التأمل من التعريفات السابقة ندرك أنها وإن اختلفت عباراتها، إلا أنها تدل على مضمون واحد، وهو: ما يحمله الإنسان من جينات تحمل صفاته الوراثية التي أخذها من أبويه، والتي تدل على هويته وتميزه عن غيره.[3]

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

من اهم خصائص البصمة الوراثية ما يلي:

أ. انفراد كل شخص ببصمة وراثية لا تتوافق، ولا تتشابه مع أي شخص آخر في العالم، إلا في حالة التوأم المماثلة.[4]

ب. بصمة الحمض النووي تظهر في شكل خطوط عريضة تختلف ي السمك، والمسافة نتيجة اختلافها من شخص إلى آخر كونها صفة لكل إنسان تميزه عن الآخر، وهذه النتيجة سهل قراءتها، وحفظها، وتخزينها في الحاسوب لحين الحاجة للمقارنة.[5]

ج. دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعيت الشروط اللازمة، والتي تصل إلى نسبة 100% في دعاوى النفي، وإلى نسبة 99.99%، في دعاوى الإثبات، مما يجعلها سيدة الأدلة.[6]

---

[1]- أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد 02، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 05-07 مايو 2002، ص 685.

[2]- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (آفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، مصر، 2010، ص 40-41.

[3]- زيد بن عبد الله بم إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2014، ص 445.

[4]- جادي فايزة، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 28.

[5]- رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ص 158.

[6]- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 199.

د. يمكن استخلاص البصمة الوراثية من الحمض النووي لأي خلية في جسم الإنسان، ما عدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حمض نووي.[1]

هـ. تتميز البصمة الوراثية بمقاومتها عوامل التحلل، والعفن، والعوامل المناخية الأخرى، من برودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة، حتى أنه يمكن الحصول عليها من الآثار القديمة والحديثة.[2]

الفرع الثاني:

ضوابط استخدام البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب

أولا : ضوابط استخدام البصمة الوراثية

أجمع العلماء المتفقون بالعمل بالبصمة الوراثية على ضرورة وضع التنظيمات والضوابط المناسبة، التي تكفل دقة نتائجها، والتي حرصوا أن تكون متماشية مع أصول وقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك على أساس أن الأخذ بالبصمة الوراثية والقضاء بها يعد نازلة مستجدة، تستدعي النظر في المصالح المترتبة عليها، والحرص أن لا تتعارض مع الأدلة الشرعية، وهذه الضوابط منها ضوابط شرعية، ومنها ضوابط فنية، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

1 - الضوابط الشرعية:

- أن لا يتم التحليل، إلا بإذن من الجهة المختصة، بناء على أوامر من القضاء.[3]
- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية، صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب، والسنة الشريفة، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفاسد، ومن ثم لا يجوز استخدامها في التشكيك في صحة الأنساب المستقرة الثابتة، وزعزعة الثقة بين الزوجين.[4]
- أن يكون اللجوء إلى هذه الوسيلة في الحالات التي يجوز فيها إثبات النسب.[5]
- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية، سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو المساندين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوفر فيهم

---

[1]- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 185.

[2]- صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص 85.

[3]- حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 118.

[4]- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 49.

[5]- زيادة حمد الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، العدد 02/26، الجامعة العراقية، 2011، ص 358.

الخبرة التامة في هذا المجال، وأن يكونوا ممن يشهد لهم بالتميز العلمي، والمقدرة، والضبط التقني، حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج العلمية، ثم ضياع الحقوق من أصحابها.[1]

- بما أن البصمة الوراثية مثل الشهادة فلا تقبل نتيجتها، إذا كانت هناك مصلحة خاصة بالخبير، الذي يقوم بإجرائها، أو بالمختبر، الذي يقوم بها، وكذلك الأمر، إذا كانت هناك عداوة، فلا تقبل نتيجتها ضد الطرف الآخر، وكذلك لا ينبغي مراعاة القرابة القريبة، فلا تقبل شهادة خبير في البصمة لصالح أمه، أو أبيه، أو نحو ذلك.[2]
- أن لا تخالف نتائج التحليل حكما عقليا في الشريعة الإسلامية، كأن يثبت بنوة مولود لمن لا يولد لمثله، مثل الصبي الذي لم يبلغ، ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء من شروط ثبوت النسب.[3]
- فرض عقوبات صارمة على المخالفين لتحليلات البصمة الوراثية في مجال النسب.[4]
- أن يكون مسلما، لأن قوله شهادة، وشهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم، إلا في الوصية في السفر ونحوه، ولأن قوله يتضمن خبرا ورواية.[5]
- أن لا تتدخل المصالح الشخصية، والأهواء في هذه الفحوصات.[6]
- أن يمنع القطاع الخاص، والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية، أو التعرض للأسرة المسلمة، وتحطيم دعائمها.[7]

---

[1]- أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015، ص 317.

[2]- علي محي الدين القرد داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 65.

[3]- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 223.

[4]- عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، العدد 08. البويرة، جوان 2010، ص 76.

[5]- وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 02، 05-07 مايو 2002، ص 517.

[6]- نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، مكلة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 97.

[7]- علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 339.

2 - الضوابط الفنية:

- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة، وإذا لم يتوافر ذلك، يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال، أن تتوافر فيها الشروط، والضوابط العملية المعتبرة محليا، وعالميا في هذا المجال.[1]
- أن يكون جميع القائمين على العمل بالمختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراية- سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية-ممن تعرف فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفته، وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبرة.[2]
- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدء من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصا على سلامة تلك العينات، وضمانا لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.[3]
- عمل التحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية بوسائل متعددة، وأن لا يقل عدد المورثات "الجينات" المستعملة للوصول إلى نتائج يقينية عن ستة (06) مورثات، وإذا أثبت العلم أكثر، فيجب الأخذ به، ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان.[4]
- أن تكون هذه المخابر، والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية، والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية، والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة، مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع.[5]
- أن يتم إنشاء لجان خاصة بالبصمة الوراثية على مستوى جميع الدول، والتي تتكون من متخصصين شرعيين، أطباء، وأعوان إداريين، وتوكل لكل لجنة من تلك اللجان المكونة مهمة

[1]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 478.

[2]- بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد التاسع، ورقلة، جوان 2013، ص 265.

[3]- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 323.

[4]- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2010، ص 39.

[5]- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 337.

الإشراف على نتائج تحاليل اختبار البصمة الوراثية التي تتم على مستواها، ولتنظر بعد ذلك في مدى إمكانية اعتماد نتائجها.[1]

- أن تحاط الإجراءات الخاصة بتحاليل البصمة الوراثية بسرية تامة، وذلك نظرا لخصوصية هذا النوع من الاختبارات، وخطورة إفشاء نتائجه.[2]

فإذا توفرت هذه الشروط، والضوابط في خبراء البصمة الوراثية، وفي المعامل، ومختبرات تحليل البصمة الوراثية، فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات أو نفي النسب، باعتبارها وسيلة من الوسائل المعتبرة لإثبات النسب.[3]

ثانيا: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن التشريع الجزائرية ما زال بعيدا كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في مجال وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتات مسائلها وفروعها، ولعل خلو أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة العمومية من أدنى شك إشارة للفحص الجيني على الأقل في مجال الأغراض العلاجية البحتة، ناهيك عن الأغراض العلمية الأخرى كالهندسة الوراثية للنبات والحيوان...الخ، لأكبر دليل على جمود التشريع، وعلى عمق الفجوة بيننا وبين الدول الغربية التي بلغت مرحلة التنقيح والتعديل لقوانينها التي نظمت عملية الفحص الجيني وحدود تطبيقاتها.[4]

فلم يرد بشأن البصمة الوراثية نص يعينها بذاتها كوسيلة إثبات، أو يقعد شروط الأخذ بها، لذا يؤسس العمل بها انطلاقا من عموم النصوص ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة والإجراءات التي تتبع في ذلك سواء المدنية والجزائية.[5]

فقبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005[6]، كانت المادة 40 منه تنص على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار، والبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، لتضيف المادة 41 الموالية، أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالوسائل المشروعة".

---

[1]- بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 78.

[2]- بوجلال علي، المرجع السابق، ص 80.

[3]- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 119.

[4]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 252.

[5]- المرجع نفسه، ص 253.

[6]- القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 جويلية 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة في 03 ذو القعدة 1404 الموافق لـ 31 جويلية 1984، ص 1184-1185.

يستنتج من خلال هاتين المادتين بأن النسب في القانون الجزائري يثبت: "بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو البينة، أو بنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، كما يثبت النسب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالوسائل المشروعة".

ولما كان على المشرع الجزائري أن يتماشى هذا التطور العلمي، فكانت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري محل تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم لقانون الأسرة[1]، حيث تم استبدال في نص المادة حرف "الواو" بـ "أو" في الفقرة الأولى، حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة، فكان حرف "الواو" حرف عطف يفيد الربط والتثبيت، و"أو" تفيد التخيير، كما هو مقتضاها اللغوي.

ثم جاءت الفقرة الثانية، وهي الجانب الجديد من التعديل، تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب"، وهي إضافة حسنة وفي مكانها من طرف المشرع الجزائري في سبيل الوصول إلى الحقيقة.[2]

فنص هذه المادة أجاز للقاضي أن يلجأ في إثبات النسب إلى الوسائل العلمية، مع ملاحظة أن القانون لم يحدد هذه الوسائل وترك أمر هذا التحديد للقاضي.

ونظرا لكون وسيلة الفحص الجيني من أشهر الوسائل العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن الشفرة الوراثية التي تميز الأشخاص عن بعضهم البعض، والتي تستعمل في إثبات الأنساب أو نفيها، والتي شاع العمل بها في معظم بلدان العالم في المجال القانوني، فهي بالضرورة داخلة في محتوى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة[3]، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء بالمشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 2005 بأنه "مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية".[4]

ولا ينفي ذلك أيضا دخول غيرها من وسائل الإثبات العلمية الأخرى التي جرى العمل بها قبل ظهور تقنية البصمة الوراثية، لأن العبارة عامة ومطلقة بدون حصر أو قيد، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة على

[1]- الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ص 18-22.

[2]- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 293.

[3]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 253.

[4]- رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 169.

المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم، وإرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص، فهو بذلك صاحب القرار، إن تبين له من خلال ملابسات وحيثيات القضية دواع ذلك، أو تردد اختياره بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه أمارة جلية تعضد وتعزز أحد الاختبارين، فله أن يؤكد ظنه الغالب بالاستعانة بالوسائل العلمية ومنها البصمة الوراثية، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالطها ريب ولا شك نظرا لدقة نتائج هذه التقنية.[1]

أما بالنسبة لمرتبة البصمة الوراثية بين وسائل إثبات النسب الشرعية والمنصوص عليها في قانون الأسرة، فهي ليست على درجة واحدة من القوة، حيث يأتي في مقدمتها الزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا، أو الوطء بشبهة، ثم الإقرار، ثم البينة، وإنا كان بعض الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار، باعتبار هذه الأخيرة شهادة الواحد لنفسه، ولهذه الأسباب الثلاثة من القوة بمكان في إثبات النسب، بحيث لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية إزاءها فضلا على تقديم عليها، ولكن قد تطرأ حالات لا يمكن فيها فك النزاع حول النسب بهذه الوسائل الثلاثة، عندها يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.[2]

كما يتضح جليا من نص المادة 40 من قانون الأسرة[3] أنه ورد تسبيق الوسائل الشرعية عن الوسائل العلمية الحديثة، حينما نصت: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب".

ويتضمن هذا النص خاصة في فقرته الثانية أمرين، أحدهما: أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، وتثنيهما: أن البصمة الوراثية كسائر القرائن تخضعه لسلطة القاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية.

ومعنى هذا أنه لا يمكن أن تقدم تلك الوسيلة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، ويظهر قصد المشرع من خلال نص المادة 40 –السالفة الذكر- وذلك بإبقائه الأدلة الشرعية في الفقرة الأولى من المادة، ولو كان قصد المشرع اعتبار الوسيلة العلمية دليلا شرعيا قائما بذاتها لتم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في فقرة معا، وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان الوسائل الشرعية كما في حال النسب المجهول، أو اللقيط، أو تعارض الأدلة الشرعية، وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية من تلقاء

[1]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 255.

[2]- عيساوي فاطمة، المرجع السابق، ص 74.

[3]- ذبابي باديس، المرجع السابق، ص 124.

نفسه، أو بناء على طلب أطراف الدعوى للكشف عن حقيقة النسب، وله أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائما على أسباب سائغة.[1]

كما أن له السلطة التامة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع.

وذلك عملا بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة القرار في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.[2]

وما يؤكد أن المشرع استعمل لفظ "يثبت" في الفقرة الأولى من المادة 40، أي أنه إذا تحقق وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة، فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من نفس المادة، فإنه يفهم من استخدام المشرع عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به، وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للوسائل الشرعية على الوسائل العلمية، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01، فإنه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية والعكس صحيح، كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.

وإذا كان المشرع قصد من وراء منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقرة 02 من المادة الأخيرة، أن يحيل القاضي عند الضرورة إلى ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وما أجمعوا عليه بشأن تحديد حالات معينة للجوء فيها إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب، إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فإذا كان هذا هو المقصود فحصنا ما فعل، وعلى هذا فإن إضافة المشرع البصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب إلى جانب الوسائل التي حددها بالفقرة 01، لم تأت لإلغاء أو استبعاد أدلة الإثبات الشرعية (المستمدة من الشريعة الإسلامية) التقليدية ، بل جاءت مكملة ومسايرة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد، وكان من المستحسن على المشرع أن يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب على سبيل الاستثناء من المبدأ العام المتضمن بالفقرة الأولى من نفس المادة 40 من قانون

[1]- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 192-193.

[2]- كما تم تدشين قسما للبيولوجيا الشرعية الـ ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 وهذا الإنجاز يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية، ويتم في إحدى معاملها الفنية استعمال هذه الوسيلة في قضايا تتعلق بالنسب وادعاء البنوة أو رفضها ونحو ذلك من القضايا، شامي أحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 02، ص 193.

الأسرة، لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة غير المحددة من المحتمل أن تحدث تهديدا على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص.[1]

كما نشير أن المشرع الجزائري أصدر القانون رقم 16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016[2]، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، أين عرف البصمة الوراثية في المادة الثانية منه[3]، وفي المادة الخامسة حدد الأشخاص الذين يجوز أخذ عينات بيولوجية عنهم للحصول على البصمة الوراثية، لكن دون ذكر لمجال إثبات النسب.

إن القاضي يمكن له إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الدم، فإذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت شرعية الولد سواء قبل اللّعان أو بعده يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين. وأرى أنه يستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء من تلقاء نفسه[4]، أو بناءا على طلب أحد الزوجين الماثلين أمامه وتأخير اللّعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا. ويبقى الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويلعب دورا هاما في تدعيم وتقوية قاعدة الولد للفراش.

خلاصة ما تقدم جميعا يتضح لنا أن تقنية البصمة الوراثية من أهم الطرق العلمية البيولوجية تطورا في العالم لذلك لابد من الاستفادة من هذه الوسيلة في مجال النسب لحل مجموعة إشكالات التي أصبح يعاني منها المجتمع، لأنها ببساطة قادرة على منع اختلاط الأنساب وضياع الأولاد وفي نفس الوقت تحافظ و تصون الأعراض.

أخيرا، إذا كان المشرع قد أباح اللجوء إلى الطرق العلمية "تقنية البصمة الوراثية" في إثبات النسب، إلا أنه ترك فراغا وغموضا تشريعيا حول نص المادة02/40 في إمكانية الاستعانة بهذه التقنية

---

[1] - رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 170.

[2] - القانون رقم 16-03 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة في 17 رمضان 1437 الموافق 22 يونيو 2016، ص 5-8.

[3] - تنص المادة 02 على أنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي، الحمض النووي (الريبي المنقوص الأوكسجين): تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحد منها من قاعدة أزوتية (A) الغوانين(G)السيتوزين (C) والتيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات، المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين، المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين، التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية، بهدف الحصول على بصمة وراثية، العينات البولوجية: أنسجة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية، المقاربة: هي المقاربة بين بصمتين وراثيتين".

[4] - كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيّا فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللّعان و زوال شكوكه - من البحث الذي قدّمه د. عمر السبيل إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرّمة في دورته 16.

في نفي النسب، لذلك نعتبر أن هذه الماد ة لابد أن تعدل، فلا يمكن إبقاء عليها بنفس الصياغة والغموض الحالي.[1]

المبحث الثاني:

حجيّة الطرق العلميّة في مجال النسب والعقبات التي تواجهها

إن لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب يعد من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم، لكن هل يمكن للقاضي الشك في نتائج هذه الطرق العلمية؟ وكيف يواجه العقبات التي يحتجّ بها الخصم الذي يحاول الإفلات من الخضوع للتحليل البيولوجي؟

المطلب الأول:

حجية الطرق العلمية الحديثة

تختلف مصداقية وحجية الطرق العلمية باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد، فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية وهي وسيلة علميّة لا تكاد تخطئ للتحقق من الوالدية البيولوجية وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية [2]خلافا لتحليل فصائل الدم على النحو السابق بيانه وتبعا لذلك فإن الطرق العلمية من حيث حجيّتها تتفرّع إلى نوعين ذات حجيّة مطلقة وأخرى ذات حجيّة نسبيّة وحتى بالنسبة للطرق العلمية ذات الحجية المطلقة فإن الظروف المحيطة بها من عاملين أو أجهزة له تأثير كبير على صحة نتائجها وهذا ما سأتناوله فيما يلي:

الفرع الأول:

الحجيّة المطلقة للطرق العلمية

لقد اتفق معظم الفقهاء وعلماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية (ADN) و نظام (HLA) ذات دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم إذ لا يمكن أن يتشابه الـ ADN لشخصين إلاّ مرة واحد كل 86 بليون حالة ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي لا يتجاوز 08 مليار نسمة وبالتالي فإنه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[3].

[1]- بلعرج محمد أمين، نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية على ضوء المادة 02/40 من قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم -،2019، ص119.

[2] - الندوة الثانية عشر سنة 1998 بعنوان الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني ص 198.

[3] - نبيل سليم (البصمة الوراثية و تحديد الهوية) مقال منشور مجلة حماة الوطن عدد 265 سنة 2004 الكويت.

بدليل أن المحاكم الأوربية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما باعتبارها قرينة نفي وإثبات [1] و ما يدعّم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلّفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب المني، أو أنسجة كالعظم والجلد والشعر، كما أنها تقاوم عوامل التعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة، حتى أنه يمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة والحديثة[2].

و بالتالي فإن نتيجة البصمة الوراثية في إثبات النسب بنسبة 99,99 % وفي حالة النفي بنسبة 100 % إذا تم التحليل بطريقة سليمة، لكن ورغم ما تتمتع به البصمة الوراثية من قوة ثبوتية، فهل هذا يعني أن الإثبات بواسطتها يشكل قرينة واقعية أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى؟

الفرع الثاني:

الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية

تتنوع الطرق العلمية المعتمدة في مجال إثبات النسب، فمنها ذات الحجية المطلقة كنظام ADN ونظام HLA ومنها ذات الحجيّة النسبيّة كفحص فصائل الدم والذي لا يمكن أن يعطينا نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب وبالتالي فلا يرقى إلى دليل إثبات قطعي، لتشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس وهو ما يجعله ظنّي الدلالة.

كذلك من جهة أخرى حتى بالنسبة للطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية فيمكن اعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف، وتفتقر إلى صفة التأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين القطع والشك في صحتها خلافا للطرق الشرعية الأخرى كالإقرار والشهادة لطرحها أمام القاضي في الجلسة فيدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشرعية، وهو الأمر الذي تفتقر إليه البصمة الوراثية لأن إجراء التحاليل البيولوجية دائما يكون في غياب القاضي أي خارج نطاق المحكمة، فما الذي يدري القاضي بما يحصل في المخبر العلمي من نقل وفرز للعينات، الأمر الذي يدخل الشك في ضمير القاضي، الذي تناط به مسؤولية رد الحقوق إلى أصحابها ومن الأسباب التي تقلل من قطعية دلالة التحاليل البيولوجية ولا تبعث فيها الثقة الكافية:

***الأخطاء البشرية:** إن التحاليل الجينيّة (خصوصا البصمة الوراثية) تخضع لسيطرة الإنسان وبالتالي يقع فيها ما كان يفترض أن لا يقع، ومن ذلك الأخطاء البشرية التي تنسب إلى القائمين عليها وليس للبصمة الوراثية ذاتها، وقد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي ما نصّه: "أن الخطأ في

[1] - سعد الدين الهلالي ، المرجع السابق، ص 273.

[2] - مقال بجريدة الوطن السعودية، الصادرة يوم السبت 2004/05/01 العدد 1380.

البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك"[1] وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجوانب الإجرائية القانونية[2]، ويقول الأطباء البيولوجيون أن طريقة استخلاص الحامض النووي عملية دقيقة جدا تحتاج إلى سوائل طيّارة مثل الكلوروفورم والإيثانول ويستخدم له جهاز يسمى "إلكتروفوريسد" ويستخرج بعدة طرق مثل: طريقة (RELP) لإستخراج عينة الـ ADN من نسيج الجسم أو سوائله وتتجسّد أهمّ خطوات هذه الطريقة في الآتي:

- تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي الـ ADN طوليا، فيفصل قواعد الأدينين A والجوانين

G من ناحية والتايمين T والسيتوزين C من ناحية أخرى ويسمى هذا الأنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجيني.

- ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي.
- تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية x-ray film . وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية وقد تستغرق هذه الطريقة من 8 إلى 10 أيام ورغم أنّ جزيء الـ ADN صغير إلى درجة فائقة (حتى أنه لو جمع كل الـ ADN الذي تحتوي عليه أجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملجم) فإنّ البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبيا وواضحة[3].

و هناك تقنية أخرى تعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل أي تكبير الحمض النووي وتدعى طريقة PCR بحيث يستخرج الـ ADN ويضخّم إلى عدة ملايين من النماذج بواسطة أنزيم مكثف. وتبعات الخطأ بهذه الطريقة تكون أكثر ارتفاعا من تبعات الخطأ عند استعمال تقنيّة (RELP)[4]، وقد اشترط العلماء في كل هذه الطرق أن تكون العيّنات طازجة ونظيفة وأن لا تكون قد تعرضّت إلى اعتداءات بيئية. فكل هذه الخطوات العملية والتقنيّة لا علم للقاضي بها ولم يستوعب طريقة تحضيرها فهي محتاجة إلى جهد مكثّف من الخبراء حتى تخرج النتائج سليمة من الشوائب.

***الاستنساخ البشري:** نظرا للتطور الكبير الدي عرفه علم الهندسة الوراثية، فقد أصبح من الممكن إنتاج جنس بشري خارج الطريقة الطبيعية بواسطة تقنية الاستنساخ، فإن كان الأصل أنّ لكل إنسان ADN خاص به لا يتشابه مع غيره، ولكن ذلك يتنافى مع الاستنساخ الذي يؤدي إلى صناعة ألوف

[1] - القرار السابع بشأن البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها– المجمع الفقهي الإسلامي– الدورة 16– المرجع السابق، ص 2.

[2] - أبو الوفاء محمد ، مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، ص 692.

[3] - www.islamonline.net

[4] - وسام أحمد السمروط ، القرينة و أثرها في إثبات الجريمة – دراسة فقهية مقارنة–الطبعة الأولى لعام 2007 ، ص 300.

النسخ المتشابهة لها نفس الصفات الوراثية ونفس الـ ADN وهذا يناقض بالضرورة ما هو ثابت علميا ويؤثّر حتما على خصوصية كل كائن بشري. وبالتالي فإن عملية الاستنساخ البشري تقتل تقنية البصمة الوراثية في مهدها وتجعل القاضي أمام تحديات جديدة للوصول إلى الحقيقة، لذلك لا بدّ من تظافر الجهود عالميا لمكافحة هذه الظاهرة.

هذه أهم الأسباب التي أوهنت من قيمة التحاليل البيولوجية ورغم ذلك تبقى البصمة الوراثية خصوصا قرينة قوية أقوى بكثير من تحليل فصائل الدم التي تنفي النسب فقط ولا يمكن الاعتماد عليها في إثباته.

و نستخلص مما سبق إلى أنّ التحاليل الجينيّة تبقى قرينة ظنيّة تخضع لتقدير المحكمة وسلطتها في استخلاص الوقائع وتقدير أدلة الدعوى المطروحة أمامها. وبهذا ينتصر لواء أهل القضاء على أهل الطب لأنهم -أي أهل القضاء– هم أهل الحق والرشاد الذين أمرهم الله تعالى بقوله: "**و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**"[النساء الآية 58]

المطلب الثاني:

العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية

رغم الدور الذي تلعبه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلاّ أن هناك صعوبات تعرقل العمل بها سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع لفحص الدم، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد والشرف وهذا ما سأعالجه فيما يلي:

الفرع الأول:

الصعوبات المادية في استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما وفي الجزائر خصوصا هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيّد بأحدث التجهيزات وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين. وفي الجزائر فإن مخبر ADN الذي تم تدشينه بتاريخ: 2004/07/22 يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية وهو يساهم بدور فعّال في المجال الجنائي ويفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه،[1] إلاّ أن اعتماد بلادنا على مخبر وحيد وموجود بالجزائر العاصمة

[1]- خريسي سارة، عتيق نظيرة ، حجية تقنية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب _ المشاكل والصعوبات نموذجا_، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، 2021، ص739.

لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدّي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى، كما يتطلب بالمقابل مصاريف باهضة الثمن.

الفرع الثاني:

الصعوبات القانونية في استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب

من الصعوبات القانونية التي يمكن أن يتمسك بها الخصم للتهرب من الاختبارات الوراثية أن يتمسك بمخالفة هذه التحاليل لأحكام الشريعة الإسلامية أو بأنّ الخضوع لهذا الفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة وقاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما سأشرحه في النقاط الآتية:

أولا: مدى اتفاق الأخذ بالطرق العلمية مع مبادئ الشريعة الإسلامية

كثيرا ما تواجه عملية فحص الدم عائق كبير أسست عليه الشريعة الإسلامية أغلب أحكام النسب ولم تزعزعه أو تهدر قيمته إلاّ بما هو أقوى منه وهو اللّعان وهذا العائق هو الفراش والذي لا تستطيع البصمة الوراثية اقتلاعه لأنه ثابت بالكتاب والسنة لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ **الولد للفراش** ﴾ إضافة للّعان الذي جعلته الشريعة الإسلامية الطريق الوحيد لنفي النسب [1] و بالتالي فإنّ هناك من يتمسّك باللّعان لنفي النسب ويرفض الخضوع لفحص الدم لعدم النص عليه شرعا، ومن جهة أخرى هناك من يحتجّ بأن تحاليل الدم وخصوصا البصمة الوراثية لم يرد بشأنها حكم عن الشارع الحكيم وتجاهلوا قوله تعالى: ﴿ **سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ..** ﴾ [2] وبذلك فهي تعتبر في حكم المنصوص عليها.

و يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الأشياء الإباحة وليس التحريم، لأن تحريم ما لم يرد بشأنه نص لمجرد أنه مسكوت عنه يعتبر من باب التكليف بدون بيان وهو تكليف بما لا يطاق[3]، وإسقاطا على العمل بالقافة في إثبات النسب بناءا على العلامات الظاهرة التي يعرفها القائف كما ورد في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال "ألم تري أن مجزّزا المدلجي نظر آنفا إلى زيد إبن الحارث وأسامة بن زيد وعليها قطيفة قد

[1] - إبن القيم الجوزية ، المرجع السابق، ص 164.

[2] - سورة فصلت ، الآية 53.

[3] - www.islamonline.net

غطّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض ..."[رواه البخاري]، وبالتالي فإن سرور نبيّ الله عليه السلام دال على إقراره بالقيافة، فما بالك اليوم بخبرة طبّية يقينيّة.

ثانيا: فحص الدم ومدى إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه

لما كانت المبادئ العامة في الإثبات تذهب إلى أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه لأن الخصم المكلف بالإثبات هو الذي يجب عليه تقديم المستندات التي تؤيّد صحّة إدّعائه وله ليس أن يطرح عن نفسه عبء الإثبات ويلقيه على خصمه. فهل يجوز إلزام الشخص بتقديم عيّنة من دمه أو خصلة من شعره أو عيّنة من سائله المنوي لإجراء فحوص طبية من أجل إثبات النسب أو نفيه؟[1] وللإجابة على ذلك وقياسا على قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضّبطية القضائية أو وكيل الجمهورية تفتيش المتهم أو منزله إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها ونفس الغاية التي يسعى المشرّع إليها من خلال إجازته اللجوء للطرق العلمية في مجال إثبات النسب.

ثالثا: فحص الدم ومدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد

لقد عبّرت الجماعة الدولية ممثلة في الأمم المتحدة ومؤتمراتها عن قلقها إزاء المنجزات العلمية والتقنية الحديثة التي تولّد مشاكل اجتماعية وتعرّض للخطر الحقوق المدنية والسياسية للفرد والجماعة وتتجاوز اعتبارات تتعلق بالكرامة الإنسانية [2] و قد أوصت الأمم المتحدة على اتخاذ تدابير فعّالة منها التشريعية لكفالة استخدام التقدّم العلمي والتكنولوجي في تأكيد حقوق الإنسان وحريّاته[3]، وعلى ذلك فإن إلزام شخص بالخضوع للتحليل البيولوجي لإثبات النسب أو نفيه يعدّ مساس بحق الإنسان في الحفاظ على أسراره وخصوصياته كما أنه يعتبر تدخلا ومساسا بسلامته الجسدية[4]، وعلى المستوى المحلّي فإن الحق في السلامة الجسدية مبدأ مضمون دستوريا.[5]

وبإنزال ما تقدّم على موضوعنا نجد أن هناك تنازع بين حقّين أوّلهما هو حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة والثاني هو حق الإنسان في صيانة أسرار حياته الخاصة لأن الفحوصات الجينية تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية وبالتالي الكشف عن معلومات ذات طابع شخصي (الكشف عن الشخصية، الطبع، الاستعداد الإجرامي، الأمراض الوراثية كمعرفة اكتشاف وجود

---

[1] - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق، ص 95 – 97.

[2] - إعلان طهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران في: 1968/05/13.

[3] - الإعلان الخاص باستخدام التقدّم العلمي و التكنولوجي لصالح السلم و الخير للبشرية و الصادر عن الأمم المتحدة في: 1985/11/10

[4] - بحث للدكتور حمدي عبد الرحمان في شأن معصومية الجسد على موقع الأنترنيت www.islamonline.Net

[5] - المادة 35 دستور 96: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضدّ الحقوق و الحريات و كل ما يمس بسلامة الإنسان".
- المادة 34 دستور 96: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحضر أيّ عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة".

الجين المسبب أحد الأمراض التي لا تظهر إلا بعد سن معيّنة مثل الجين المسبب لمرض هانتجون الذي لا تظهر أعراضه إلاّ بعد بلوغ المريض سن الأربعين– وهو مرض عصبي يصيب الدماغ وله نتائج وخيمة تؤدي إلى الموت خلال فترة خمس إلى عشر سنوات) وبالموازنة بين الحقين السابقين نجد أن الأول أولى بالرعاية لكونه حق عام يهمّ المجتمع بأسره ذلك أن ثبوت النسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى وبين الأب والإبن والأم والمجتمع ككل، كما أن هذا الإشكال يحدث فقط في حالة رفض الشخص الخضوع للفحص بغيّة الحصول على العيّنة، أما عندما يتعلق الأمر برضاء الشخص وقبوله للفحص فإنّ قبوله الاختياري يحسم الإشكال. ويدخل ذلك في نطاق الحقوق التي يجوز للشخص التنازل عنها[1] كما أن التشريعات المقارنة التي تسمح بجمع بيانات البصمة الوراثية رغم أنها تشكل ضررا بالحياة الخاصة، قد سمحت بذلك في نطاق محدود جدا مع ضرورة إحاطة المعلومات المتحصلة من فحص البصمة الوراثية بقدر كبير جدا من السرية حيث يعاقب كل من يفشي أسرار البصمة الوراثية وفقا للنصوص العقابية[2]، وحبذا لو ساير المشرّع الجزائري هذا الاتجاه.

وبناءا على ما تقدم يباح المساس بالحق في الخصوصية رغم كونه من حقوق الإنسان اللّصيقة بشخصه والتي تتعلق بكرامته وهذا المساس لغايات أسمى يسعى إليها المشرّع رغم ما يلحق ذلك من ضرر بالحياة الخاصة.

ورغم كل هذه الصعوبات والعوائق التي تقف أمام التحاليل البيولوجية إلاّ أنه لا يمكن استبعاد اللجوء إلى الخبرة الطبية خصوصا بعد أن نصّ المشرّع عليها صراحة في قانون الأسرة، وبالتالي فمتى رأت المحكمة أن هناك ضرورة ما لخدمة العدالة بإجراء هذه التحاليل فلن تتأخر في الاستعانة بالخبرة الجينية.

[1] - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 99 – 100.

[2] - تعاقب المادة 226 من قانون العقوبات الفرنسي على إفشاء أسرار معلومات البصمة الوراثية بالحبس لمدة سنة و غرامة مقدارها 100 000 فرنك.

خلاصة الفصل الثاني:

وفي الأخير يمكننا القول أن الطرق العلمية يمكن أن تساهم بشكل كبير لإظهار الحقيقة في المسائل المتعمقة بالنسب سواء كان ذلك بالإثبات أو النفي، ولكن هذا لا يأتي إلا إذا توافقت الشروط والضوابط التي رسمها أهل الاختصاص. إضافة إلى توفير كل ما يلزم لضمان نجاحها ويبقى القاضي صاحب القرار في تقدير هذه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب.

الخاتمـــــــــــة

الخاتمة:

لقد حاولنا من خلال عرضنا المتواضع كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسألة إثبات النسب عموما، و دور الطرق العلمية في ذلك نظرا لما يكتسي هذا المجال من أهمية بالغة فقها و تشريعا و كذلك قضاءا ، مبرزين من خلال ذلك نطاق تطبيق هاته الطرق و دورها البيولوجي و العلمي في الإثبات من خلال درجات قيمتها و حجيتها .

إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات و الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع ، والتي تتطلب حصرها من الجانب القانوني من خلال وضع إطار قانوني للطرق العلمية أولا سواء القطعية منها التي ترقى إلى درجة اليقين كما تم تفصيله بالنسبة إلى البصمة الوراثية ADN أو نظام HLA من جهة أولى أو الضنية كذلك التي لا ترقى فيها درجة الشك إلى اليقين، و إلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب بمقابل الطرق الشرعية أو لنفيه بمقابل اللعان كوسيلة شرعية كذلك .

كما أن الضرورة تستدعي تحديد قيمتها القانونية و حجيتها من خلال بسط سلطات القاضي المكلف بشؤون الأسرة في مجال تطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية كذلك و إلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق دون حصر لمجالها و حجيتها بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليها كلما استعصى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية ،كذا و في شأن مسألة التلقيح الاصطناعي التي أسالت الكثير من الحبر من خلال التساؤل عن إثبات أو نسب الولد عن طريق هذه العملية و أساسها كطريقة علمية جديدة للإنجاب وجودا و عدما تماشيا مع وجود أو غياب إحدى شروطها الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة .

إضافة إلى أن المشرع الجزائري وإن أصاب فيما يخص وضعه لقواعد الإثبات الخاصة بالنسب وذلك من خلال تداركه للنقص الذي كان يشوب هذه الأخيرة من خلال تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 حيث أدخل نوع جديد من وسائل الإثبات يتمثل في الطرق العلمية، إلا أن هذا لم يحل مشكل إثبات النسب بصفة كلية وهذا للغموض الذي يكتنف تطبيق نص المادة 40 بشقيها، فهو لم يوفق من عدة جوانب منها:

- ❖ لم يبين أنواع الطرق العلمية التي يمكن فيها للقاضي الاستناد إليها في قضايا التنازع حول النسب، و لا الحالات التي يلتجأ إليها.
- ❖ أجاز للقاضي اللجوء إلى هذه الطرق ما يفهم منه أنه يمكن للقاضي وفي إطار السلطة التقديرية الممنوحة له أن يتغاضى اللجوء إلى الطرق العلمية وهذا قد يؤدي إلى ضياع حق الولد في معرفة أصله.

- ❖ أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون النفي بينما أن هذه الطرق فكما تصلح أن تكون دليلا للإثبات هي كذلك دليل للنفي ولها حجية قطعية في ذلك.
- ❖ أنه ترك نص الفقرة التي أضافها غامض وواسع النطاق وهذا فتح الباب أمام الاجتهاد القضائي، فهو لم يبين القيمة القانونية التي تتمتع بها هذه الطرق فهو لا بين حجيتها و لا الطبيعة القانونية لها.
- ❖ لم يبين في حالة ما إذا لجأ القاضي إلى هذه الطرق وتعيينه للخبير مدى التزامه بتقرير الخبرة، بمعنى هل هو ملزم بالنتائج المتوصل إليها أم لا.

وقد خلصنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى مجموعة من النتائج وكذلك تقديم بعض الاقتراحات التي قد تفيد هذا الموضوع.

النتائج:

- ❖ إن النسب وكقاعدة عامة يستند إلى قاعدة الولد للفراش، أي أن النسب لا يثبت إلا إذا كان الولد ناتج عن علاقة زواج شرعية قائمة على عقد زواج صحيح كامل الأركان و الشروط المتمثلة في رضا الطرفين، الصداق، الولي، الشاهدين، أهلية الزواج وكذلك انعدام الموانع الشرعية.
- ❖ الأسباب الشرعية لثبوت النسب هي الزواج الصحيح والزواج الفاسد و نكاح الشبهة و كل زواج تم فسخه بعد الدخول ، حيث حدد المشرع هذه الأسباب بالاعتماد على ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية و إن كان المشرع قد خالف الشريعة الإسلامية في نصه على نكاح الشبهة بدلا من الوطء بشبهة.
- ❖ أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك باعتباره طريق من الطرق الحديثة التي تساعد على الإنجاب، ولكن ذلك بتوفر مجموعة من الشروط تم تحديديها في نص المادة 45 مكرر من ق أ، و من هذه الشروط أن يتم التلقيح في إطار علاقة زوجية قائمة وأثناء حياة الزوجين وغير منفصلين، و أن يتم برضا كل من الطرفين و أن لا يتم التلقيح باستعمال الأم البديلة.
- ❖ نسب الولد لأمه يكون ثابت بواقعة الولادة، بينما ثبوته من الأب فبالإضافة إلى
- ❖ ضرورة أن يكون ناتج عن علاقة شرعية يجب أن يأتي الولد خلال المدة المحددة شرعا وقانونا والتي حددها القانون بستة أشهر كحد أدنى وعشرة أشهر كحد أقصى.

- ❖ النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يمكن نفيه و لا إنكاره إلا عن طريق شرعي واحد ووحيد هو اللعان مع ضرورة توفر شروطه.
- ❖ أقر المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية بثبوت نسب الولد بعد انفصال الزوجين سواء عن طريق الطلاق وإن كان المشرع لم يفرق بين الطلاق الرجعي والبائن، أو بعد وفاة الزوج وذلك متى جاء الولد خلال مدة الحمل المحددة.
- ❖ يثبت النسب بالإقرار والبينة الذين يعتبران طريقين كاشفين للنسب بعد أن كان النسب نشئا بواقعة الزواج وتحقق الولادة.
- ❖ حتى يكون الإقرار بنوعية، الإقرار بالنسب على النفس و الإقرار بالنسب على الغير صحيح لابد من توفر شروط صحته، كما أن النسب الثابت بالإقرار لا يمكن الرجوع فيه.
- ❖ إن البينة التي يثبت بها النسب وحسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هي شهادة رجل و امرأتين، بينما هناك من أقر بجواز شهادة المرأة الواحدة لكون واقعة الولادة هي من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء، وقد أجاز المشرع الجزائري شهادة القابلة.
- ❖ منعا من اختلاط الأنساب حرم التبني شرعا وقانونا.
- ❖ تحليل الدم هو وسيلة ظنية يعتمد عليها في الكشف عن النسب البيولوجي أي أنها وسيلة لا ترقى إلى درجة اليقين في إثبات النسب فنتائجها احتمالية فقط، بينما هي ذات دلالة قطعية عندما يتعلق الأمر بنفي النسب.
- ❖ البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية في إثبات النسب متى توفرت شروطها وضوابطها، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب إلا إذا كان الولد ناتج عن علاقة شرعية، بمعنى أنه إذا ثبت نسب الولد لأبيه عن طريق البصمة الوراثية وتبين عندها أنه ناتج عن علاقة غير شرعية فإنه لا يثبت نسبه لأبيه لأنه يعتبر ولد زنا، وهذا الأخير لا يصلح أن يكون سببا لثبوت نعمة النسب.
- ❖ لا يمكن تقديم الطرق العلمية على الطرق الشرعية في إثبات النسب.

الاقتراحات:

وفي الأخير و مواجهة لكثرة قضايا إثبات النسب على مستوى المحاكم، وإضافة لما سبق اقتراحه فإن الأمر يتطلّب اتخاذ حزمة من الإجراءات كما يلي:

1. ضرورة تدارك المشرع الجزائري التناقض الموجود بين المادتين 43 التي نصت على ثبوت نسب الولد لوالده إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، والمادة 60 التي نصت على

أن أقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، لأنه لو فسرنا الانفصال الوارد في المادة 43 بالطلاق الوارد في المادة 60 نجد أن ذلك يعد خروجا عن القواعد العامة للنسب، ولكن إذا لم يكن المقصود من الانفصال الطلاق وإنما يقصد به الفراق الفعلي بين الزوجين فإنه يعتمد في إثبات النسب على تاريخ الفراق الفعلي بين الزوجين.

2. نص المشرع على أنه يثبت النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة و الزواج الفاسد هو نوع من أنواع النكاح بشبهة لذا فإنه على المشرع استبدال مصطلح النكاح الفاسد وتعويضه بالوطء بشبهة.
3. نقترح كذلك على المشرع وضع نصوص قانونية تعاقب الشخص الذي يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي دون رضا الطرف الآخر من العلاقة، أو اللجوء إلى التلقيح باستعمال ماء شخص أجنبي غير الزوج، وكذلك معاقبة الأشخاص الذين يلجئون إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة.
4. على المشرع الجزائري تحديد الطرق العلمية التي يعتمد عليها في إثبات النسب، وكذلك حالات اللجوء إليها، بالإضافة إلى القيمة القانونية لها في الإثبات.
5. من أجل أن تكون الطرق العلمية فعالة في الإثبات، لابد من إلزام المشرع الجزائري للقاضي وللأطراف اللجوء إلى الطرق العلمية خاصة في الحالات التي ينعدم فيها الدليل الشرعي، أو في حالة تعارض هذه الأدلة وذلك لحسم النزاع.

قائمـــة المراجـــع

قائمة المراجع:

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب باللغة العربية

1. أبو الوفاء محمد، مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.
2. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، **طرق الإثبات الشرعية**، ط4 ، المكتبة الأزهرية للتراث، د ب ن، 2003.
3. أحمد عمراني ،أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي رسالة ماجيستير في القانون الخاص، سنة 2000 .
4. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 .
5. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، ط1، عالم الكتب، مصر، 2008.
6. أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009.
7. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
8. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط 1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .
9. أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2010.
10. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام "بحث تحليلي ودراسة . مقارنة"، ط 2، مطبعة دار التأليف، بيروت، د..س.ط.
11. بسام محمد القواسمي، أثر الدم و البصمة الوراثية في الإثبات، ط1، دار النفائس، الأردن، 2009.
12. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث ، الاجتهادات المحكمة العليا) ، ج1، أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010 .
13. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .

14. بلعرج محمد أمين، نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية على ضوء المادة 02/40 من قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم -،2019.
15. جلال الجابري، الطب الشرعي و السموم، الطبعة الأولى، ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، الإصدار الأول 2002.
16. -حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
17. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ط 01 ، دار النفائس للنشر و التوزيع، . الأردن، 2006 .
18. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
19. رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008 .
20. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الاسكندرية.
21. زيد بن عبد الله بم إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2014.
22. سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (آفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، مصر، 2010.
23. سعد فضيل ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 .
24. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .
25. سهام نهار البطون الجبور، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي و القضاء العشائري الأردني، ط1، دار يافة العلمية، الأردن، 2010.
26. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
27. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2011.

28. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
29. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992.
30. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق و آثاره، المطبعة الجديدة دمشق، الطبعة الخامسة، 1978-1979.
31. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، نظرية . الالتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الالتزام)، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 .
32. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1996.
33. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهادات القضائية، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 .
34. عبدالفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، تالة، الجزائر، سنة 2000/1999.
35. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007.
36. العربي بختي أحكام الطلاق وحقوق الأولاد، في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، ط01، الجزائر، 2013.
37. علي محي الدين القرد داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002.
38. عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنيني في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء، جدة، 2001.
39. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005.
40. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
41. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعم باجتهادات المجلس الأعلى و المحكمة العليا، دار. هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014 .
42. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

43. محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، ط1، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002.
44. محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001، الجزء الثاني.
45. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية و فقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1998.
46. نسرين شريقي ، وكمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2010 .
47. وسام أحمد السمروط ، القرينة و أثرها في إثبات الجريمة – دراسة فقهية مقارنة–الطبعة الأولى لعام 2007.
48. وهبة الزهيلي، الفقه السلامي و أدلته، دار الفكر العربي دمشق، الجزء السابع، سنة 1989،.
49. يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05 -02 دار هومة ، ط02، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
50. يوسفات علي هاشم، " أثر تحليل الدم في ضبط النسب "، دفاتر السياسة والقانون، ع 06 ، جامعة العقيد أحمد . دراية، أدرار، 2012 .

ثالثا: المقالات والبحوث العلمية

1. أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد 02، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 05-07 مايو 2002.
2. أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015.
3. -بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد التاسع، ورقلة، جوان 2013.
4. خريسي سارة، عتيق نظيرة ، حجية تقنية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب _ المشاكل والصعوبات نموذجا_، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، 2021.
5. زيادة حمد الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، العدد 02/26، الجامعة العراقية، 2011.
6. عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، العدد 08. البويرة، جوان 2010.
7. نبيل سليم (البصمة الوراثية و تحديد الهوية) مقال منشور مجلة حماة الوطن عدد 265 سنة 2004 الكويت.

8. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، مكلة المكرمة، 05-10 يناير 2002.
9. وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 02، 05-07 مايو 2002.
10. القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002.
11. مقال للدكتور إبراهيم بن ناصر الحمود، أستاذ مشارك بالمعهد العالي للقضاء بمصر، منشور على www.islamonline.Net
12. الندوة الثانية عشر سنة 1998 بعنوان الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني.
13. بحث للدكتور حمدي عبد الرحمان في شأن معصومية الجسد على موقع الأنترنيت www.islamonline.Net
14. مقال بجريدة الوطن السعودية، الصادرة يوم السبت 2004/05/01 العدد 1380.
15. القرار السابع بشأن البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها– المجمع الفقهي الإسلامي– الدورة 16.

رابعا: المذكرات والأطروحات الجامعية

1. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009.
2. بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014.
3. بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
4. جادي فايزة، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012.
5. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون . الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 .

6. صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، . بن عكنون، الجزائر، 2007 .
7. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
8. فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، 2011.
9. يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015 .

خامسا: النصوص القانونية

- **القوانين:**

1. القانون رقم 16-03 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة في 17 رمضان 1437 الموافق 22 يونيو 2016.
2. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 جويلية 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة في 03 ذو القعدة 1404 الموافق لـ 31 جويلية 1984.

- **الأوامر:**

1. الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

- **القرارات**

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية لسنة 1990.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1981/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية لسنة 1989.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، لسنة 1992، عدد 2.

4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/11/17، ملف رقم 210478، المجلة القضائية 2001، عدد خاص.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص.
6. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1997/07/08، ملف رقم 165408، مجلة قضائية 2001، عدد خاص .
7. المحكمة العليا غ أ ش 1998/12/15 ،رقم الملف 202430 المحلية القضائية عدد خاص 2001،
8. المحكمة العليا غ أ ش قرار في 94/06/28 ملف رقم 129761 المجلة القضائية عدد خاص 2001 .

سابعا: المواقع الالكترونية :

1-www.islamonline.net

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
شكر و تقدير	
إهداء	
مقدمة	أ- و
الفصل الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية.	
تمهيد	8
المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و الزواج الفاسد	9
المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح	9
الفرع الأول : إثبات النسب حال قيام الرابطة الزوجية و حالاته	10
الفرع الثاني: إثبات النسب بعد حل الرابطة الزوجية و حالاته	16
المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة	21
الفرع الأول : إثبات النسب بالزواج الفاسد	21
الفرع الثاني : إثبات النسب بنكاح الشبهة	23
المبحث الثاني : إثبات النسب بالإقرار و البينة	26
المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار وأنواعه	26
الفرع الأول: أنواع الإقرار	27
الفرع الثاني: دعاوى النسب الثابتة من الإقرار	29
الفرع الثالث: تمييز نظامي التبني واللقيط عن النسب الثابت بالإقرار	30
المطلب الثاني : البينة و أثرها في إثبات النسب	33
الفرع الأول : مفهوم البينة و أنواعها	34
الفرع الثاني : صور البينة الواجبة لإثبات النسب وحجيتها	37
الفرع الثالث: ضوابط حجية البينة لإثبات النسب.	39

خلاصة الفص الأول	42
الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية وحجيتها	
تمهيد	44
المبحث الأول: الأنظمة العلمية الحديثة لإثبات النسب	45
المطلب الأول: نظام تحليل الدم لإثبات النسب	45
الفرع الأول : مفهوم نظام تحليل الدم	45
الفرع الثاني : مدى اعتبار تحليل الدم كدليل لإثبات النسب	48
المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب	49
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه	49
الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي وأثره على أحكام النسب	52
المطلب الثالث : نظام البصمة الوراثية لإثبات النسب	55
الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية وخصائصها	55
الفرع الثاني : ضوابط استخدام البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب	58
المبحث الثاني : حجية الطرق العليمة لإثبات النسب و عقباتها	66
المطلب الأول: حجية الطرق العلمية	66
الفرع الأول : الحجية المطلقة للطرق العلمية	66
الفرع الثاني : الحجية النسبية للطرق العلمية	67
المطلب الثاني : العقبات التي تواجه الطرق العلمية	69
الفرع الأول : الصعوبات المادية في استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب	69
الفرع الثاني: الصعوبات القانونية في استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب	70
الخاتمة	75
قائمة المراجع	80

فهرس المحتويات	88
الملخص	

الملخص:

يعتبر إثبات النّسب من الآثار المهمّة التي تترتّب عن الزّواج، وهو حقّ للأولاد على آبائهم. فالمولود يتمتّع منذ ولادته بنسب أبيه، لكن هذا الأمر ليس سهلا دائما، كسهولة نسبه إلى أمّه. ذلك أنّ القانون الوضعي الجزائري، على منوال الشّريعة الإسلامية، لم يجعل من طريقة إثبات نسب الولد لأبيه إلاّ مانصّت عليه المادّتان 40 و 41 من قانون الأسرة، ومن ثم يتم نسبه سواء بالزّواج الصّحيح، أو بالإقرار، أو بالبيّنة، أو بنكاح الشّبهة أو الفاسد، أو حديثا بالطّرق العلمية من خلال نظام تحليل الدم ونظام البصمة الوراثية.

الكلمات المفتاحية: اثبات النسب، الطرق الشرعية، الأنظمة العلمية ، فصائل الدم، البصمة الوراثية.

Abstract:

Proving parentage is one of the important effects of marriage, and it is the right of children over their parents. A newborn enjoys from his birth his father's lineage, but this matter is not always easy, as is the ease of his lineage with his mother. This is because the Algerian positive law, along the lines of Islamic law, did not make the method of proving the lineage of a child to his father except what is stipulated in Articles 40 and 41 of the Family Code, and then it is attributed to him, whether by valid marriage, or by consent, or by evidence, or by the marriage of a suspect or corrupt, Or recently, by scientific methods, through the blood analysis system and the genetic fingerprinting system.

Keywords: Proving parentage, legal methods, scientific systems, blood groups, genetic fingerprint