

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق
تخصص: قانون أسرة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: العلوم القانونية والإدارية

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

إثبات النسب في التشريع الجزائري

إشراف الاستاذ :
فراحتية كمال

اعداد الطالبين:

- قفي نبيل

- ميرة فوزي

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
برابح السعيد	أستاذ محاضر	رئيسا
فراحتية كمال	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
مهدي رضا	أستاذ محاضر	مناقشا

السنة الجامعية : 2022/2021

27 جوان 2020

ملحق بالقرار رقم 1082/20... المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد (ذ) ... قضي نيل ... الصيغة: طالب. أستاذ. باحث
الجامع (ذ) لخطافة التعريف الوطنية رقم 2020/46652 والصادرة بتاريخ 11/01/2020
المسجل (ذ) بكلية / معبد المحتوي والعلوم السليمة قسم ... المحتوي
والمكلف (ذ) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها:

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

التاريخ:

2020/06/16

توقيع المعني (ذ)

استمارة معلومات

الصورة

Prénom: Nabil

Nom: Nabil

المعلومات الشخصية:

الاسم: نيل

اللقب: نفي

رقم التسجيل: ..

اسم الأب: أحمد

اسم ولقب الأم: خلفات قطوم

تاريخ الازدياد: 1983/04/21 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0663856812

البريد الالكتروني: nabilnafi@yahoo.com

العنوان الشخصي: ..

هياكلتي مسبقا في المؤسسة - المسيلة

البيكالوريا:

المعدل: 20/21 الشعبة/التخصص: علوم اسلامية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2007

الليسانس/المهندس/DEUA: الدرجة/سنة التخرج: 2011

Spécialité: ..

تخصص: علوم ادارية وثقافية

Filière: ..

الشعبة: حقوق

القسم: حقوق

الوضعية المهنية:

موظف: عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظيفة عمومي: قطاع خاص: معاصري

المصلحة المستخدمة: .. اسم المؤسسة / الشركة: ..

الرتبة في العمل: ..

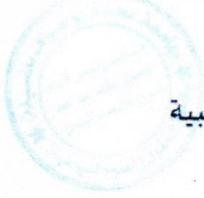
الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب



ملحق بالقرار رقم 10824 المؤرخ في 27 أفريل 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد(ة) ميرو فوزية الصفة: طالب. المهنة: باحث
الحاصل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 1022013863، والصادرة بتاريخ: 2016. 11. 22
المسجل(ة) بكنية / معيد المحتوى بقسم (العلوم والقانونية والإدارية)
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج - مذكرة ماستر - مذكرة ماجستير - أطروحة دكتوراه).
عنوانها: إثبات النسب في المستند مع الجزائري

أصح بشرفي أنني أتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ:

2022/06/16

توقيع المعني (د)

استمارة معلومات

الصورة

Prénom: ... FAWZI
Nom: ... MIRA

المعلومات الشخصية:

الاسم: ... فواز

اللقب: ... ميرة

رقم التسجيل: ...

اسم الأب: ... ناصر اسم ولقب الأم: ... عبي أم بسعد

تاريخ الازدیاد: ... 1983.11.09 مكان الازدیاد: ... ليبيا

رقم الهاتف: ... 0550.18.82.27

البريد الالكتروني: ... FAWZIANCTA@gmail.com

العنوان الشخصي: ... حي 27 سكن بليبيا

البكالوريا:

المعدل: ... 10.95 . الشعبة/التخصص: ... آداب علوم انسانية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: ... 2001

الليسانس/المهندس/DEUA: ... الدفعة/سنة التخرج

Spécialité:

تخصص: ... حقوق

Filière:

الشعبة: ... حقوق

القسم: ... العلوم القانونية، الادارية

الوضعية المهنية:

موظف: عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظیف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا "

سورة الفرقان: الآية 54

.

قائمة المختصرات:

ج. ر. ج. ج. ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج : الجزء .

د. ب. ن : دون بلد النشر

د. س. ن : دون سنة النشر

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ع : العدد

ع. خ : عدد خاص

غ. الأ. ش : غرفة الأحوال الشخصية

ق. إ. م. و. إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق. ح. م : قانون الحالة المدنية

ق. ح. ص : قانون حماية الصحة

ق. أ : قانون الأسرة

ق. ع : قانون العقوبات

ق. م : القانون المدني

هـ : هجري

مقدمة

لقد لقيت الأسرة اهتماما بالغاً سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها ، و هذا يعود العوامل أساسية منها على الخصوص تلبيتها للفطرة البشرية، لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له ابن يحمل اسمه من بعده، ذلك أن الحياة نشوء وانتماء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب، ويعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها.

إن الله تعالى قد خلق البشر من ذكر وأنثى وجعل لكل منهم غرائز تعتبر فطرية لديهم من بينها أن يميل كل من الجنسين للطرف الآخر بغرض التزاوج والتناسل والاستمتاع ، وحفاظاً على العلاقات بين البشر وتجنباً للعلاقات غير الشرعية وآثارها السلبية، شرع الله عز وجل للجنسين الرباط الشرعي الذي يمنح للرجل حق الاستمتاع بالمرأة في إطار علاقة شرعية وحيدة هي الزواج، حيث لا تحل لأحد غيره في نفس الوقت لقوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) ¹.

وتكمن الحكمة من تشريع الزواج، هو تحصين النفس وكذلك الابتعاد عن انتهاك الحرمات والمحافظة على بقاء واستمرار النوع الإنساني عن طريق التناسل .ولما كان الأولاد هم ثمرة هذه العلاقة فإن الشريعة الإسلامية عنت بهم أشد العناية فأقرت لهم مجموعة من الحقوق كالحق في الحضانه والنفقة والرضاع والنسب ، ويعتبر هذا الأخير محل بحثنا وهو ذو أهمية كبيرة بالنسبة لأطراف العلاقة، فأهم بالنسبة للمرأة تكمن في أنه يدفع عنها المساس بسمعتها وشرفها، أما بالنسبة للرجل فإنه يضمن منح نسبه لولده، لضمان استمرار نسله الصحيح والصافي، وهو بذلك يعتبر من أهم الحقوق بالنسبة للولد أيضاً، فهو يحفظه من التشرذم والضياع ويضمن له العيش ضمن أسرة ترعاه وتربيته ومن هنا يتضح أن النسب من أهم الدعائم التي تقوم عليها الأسرة لقوله تعالى: (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا) ². وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا بعد أن كان النسب في الجاهلية مبني على الادعاء والتبني، حيث كان يمكن أن يولد الولد

¹ - سورة الروم، الآية 21 .

² - سورة الفرقان، الآية 54.

من رجل شخص آخر غير الزوج، فيدعيه رجل آخر على أساس وجود شبهة بينهم، وقد يولد الولد من أبيه وأمه ويتبناه رجل آخر فينسبه إليه، فأتى الإسلام ليقضي على هذه التصرفات وشرع قواعد البنوة على أساس سليم فأمر سبحانه وتعالى بنسبة الأولاد لأبائهم وإن لم يعرف أحد أب دعي أخا في الدين لقوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا).¹

وحرصا على عدم اختلاط الأنساب، منع زواج المرأة في العدة وذلك للتأكد من أنها ليست حامل من مطلقها أو من الزوج المتوفي عنها لقوله تعالى: (وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ)² ، وأمر كذلك المعتمدة بالإقرار بما في رحمها في قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)³.

كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم، كذلك نهى الرجل من إنكار نسب ولد منه لقوله صلى الله عليه وسلم "أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين".⁴

1 - سورة الأحزاب ، الآية 5.

2 - سورة البقرة ، الآية 235.

3 - سورة البقرة ، الآية 228.

4 - أخرجه أبو داود و النسائي وابن ماجه، وصححه ابن حبان، سبل السلام، ج 3، ص 195، ص 199 نقلا عن: يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ، ص 386 .

ونهي الأبناء كذلك أن ينتسبوا إلى غير آبائهم لقوله صلى الله عليه و سلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"¹ ، كما أبطل أن يكون الزنا طريق لثبوت نعمة النسب لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"².

ويمكن تعريف النسب من الناحية اللغوية بأنه القرابة، وهو جمع: أنساب³، والنسب في اللغة يطلق على مثله ويراد به القرابة والصلة، ونسبت فلان إلى أبيه أي أنسبه، ونسبه: إذا رفعت في نسبه إليه، وانتسب إلى فلان أي ادعى أنه نسيبه، أي قريبه وهذا يناسب هذا، أي يقاربه شبهاً، والنسب يكون من قبل الأب والأم ، أي قرابة ومشاركة ونسب، ويمكن تعريفه من الناحية الاصطلاحية: بأنه رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة، لذا لم يدعها الشارع الحكيم نهياً للعواطف والأهواء ، تهبها لمن تشاء وتمنعها عن تشاء فتولاها بتشريعه وأعطاهما المزيد من عنايته وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب⁴ لقوله تعالى: (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)⁵

فقد حدد في القانون المدني في المادة 32 منه بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد مشترك حيث تنص على: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قريابه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد".

ولقد أولت الشريعة الإسلامية المسألة الأنساب عناية خاصة بأحكام بالغة الأهمية لضمان إثباته وحفظه وجوداً وعدماً، إذ اعتبرته أحد الكليات الضرورية الخمسة التي عليها مدار الشريعة وهي : الدين، النفس، العقل، النسل، المال. فشرع الإسلام الزواج ورغب فيه وعده السبيل الأنجح والمشروع لإيجاد الذرية وابتغاء النسل، كما ضبط أركانه وعين شروطه

¹ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ط1 ، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت 1424 م 12002 م، حديث رقم 6766 ، ص 1676.

² - المرجع نفسه، حديث رقم 6818، ص 1686.

³ - جبران مسعود، الرائد الصغير "معجم أبجدي للمبتدئين". دار العلم للملايين بيروت. 1892، ص 603

⁴ - تقيّة عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية "دراسة مقارنة" دار الكتاب الحديث دين ، 2012 م ، ص 258 ص 259.

⁵ - سورة الفرقان ، الآية 54.

وفصل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعاتهم، وعلى غرار الشريعة الإسلامية فإن النسب في قانون الأسرة الجزائري لا يثبت إلا إذا كان الولد ناتج عن علاقة زواج شرعية كاملة الشروط والأركان، ونظم المشرع قواعد ثبوت النسب في مجموعة المواد من المادة 40 إلى المادة 46 من ق.أ.ج منه على الطرق الشرعية التي يعتمد عليها في إثبات النسب.

حيث أكدت المادة 40 وحددتها في كل من الزواج الصحيح، النكاح الفاسد، ونكاح الشبهة، إضافة إلى كل من الإقرار والبيئة، كما أن النسب الثابت بهذه الطرق لا ينتفي ولا يمكن نفيه إلا بطريق شرعي واحد وهو اللعان، وهو ما جاء في نص المادة 41 منه أيضا، واستجابة للتطورات العلمية خاصة في المجال الطبي والبيولوجي أضاف المشرع فقرة تنص على جواز اعتماد الطرق العلمية في إثبات النسب.¹

أهمية الدراسة:

يتميز موضوع إثبات النسب بأهمية بالغة لكون هذا الأخير يحض بأهمية كبيرة 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، إذ الأهمية من هذا الجانب تتمثل في كيفية المزج في التطبيق بين الطرق العلمية والشرعية ومدى غنى الواحدة عن الأخرى.

أهداف الدراسة:

¹ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ في 1984/02/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري - ج رع 24، الصادرة في 1984/09/12.

يكمُن الهدف من دراسة هذا الموضوع في معرفة مختلف الطرق الشرعية والعلمية الحديثة المعتمدة في إثبات النسب، وكذلك 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، إذن 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:

من الأسباب التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع للبحث ما يلي:

- 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 وحمايته 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 للدراسات أخرى لاحقة ترتبط بالموضوع.

إشكالية الدراسة :

إن الإشكالات الكثيرة التي تثيرها مسائل النسب على مستوى القضاء يجعلنا نطرح الإشكال التالي :

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في إرساء القواعد المنظمة لإثبات النسب؟ وتندرج تحت هذه الإشكالية جملة من التساؤلات تتمثل في:

- مدى كفاية الطرق الشرعية في إثبات النسب؟

- ما هي القيمة الحجية التي تتمتع بها الطرق العلمية في إثبات النسب؟.

مناهج الدراسة:

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات المنبثقة عنها، سنتبع في دراستنا لهذا الموضوع منهجين يمليهما علينا طبيعة الموضوع وهما: المنهج الوصفي من خلال بيان أهم الطرق التي تتبع في إثبات النسب، كما سنتبع المنهج التحليلي لتحليل بعض من النصوص القانونية والشرعية التي عالجت موضوع إثبات النسب

الخطة المتبعة :

وأما عن الخطة التي سنتبع في الدراسة والبحث فسنستهله بمبحث تمهيدي ثم نقسمه إلى فصلين: يخصص الأول للطرق الشرعية كوسيلة لإثبات النسب وكيفية إثباته ، والثاني فسيخصص للطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب ومدى فعاليتها.

الفصل الأول

الطرق الشرعية لإثبات النسب

الفصل الأول : الطرق الشرعية لإثبات النسب

إذا كان نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية و إذا ثبت النسب منها كان لازماً و لا يمكن نفيه، فإنّ نسب الولد من أبيه، نظّم المشرع ثبوته بناء على وجود الزوجية مؤكّداً بذلك أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي لم تجعل من طريقة إثبات نسب شخص إلى والده إلاّ طريقة الزواج الصحيح وما يلحقه من زواج فاسد والوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، و هذا ما تضمّنته الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة، والذي سأطرق إليه تبعا في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه

إنّ أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الأنساب، فقد حرص الشارع الحكيم والتشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري على ذلك لما له من أهمية في حماية المجتمع وتماسكه، ولذا فإن الولد ينسب إلى والده متى كان الزواج صحيحا وتوافرت الشروط المعتمدة في هذه الحالة، كما يثبت النسب أيضا بما ألحق الفراش الصحيح أي الزواج الفاسد والوطء بشبهة. وهذا ما أحاول تفصيله في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

ينسب الولد إلى والده متى كان الزواج صحيحا من الناحية القانونية، ولكي ينشئ عقد الزواج صحيحا وجب أن تتوفر فيه الأركان والشروط المتطلبة حتى تترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين: 09 و 09 مكرّر من الأمر رقم: 02/05 المعدّل لقانون الأسرة. و هذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1984/10/08 ملف رقم: 34137 بقولها "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثمة فلا تعتبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل و المرأة زواجا. ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".¹ وعلى هذا الأساس فإن الزواج ما دام قائما فإن النسب يثبت به متى توافرت الشروط التي سأوضحها لاحقا. أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدت الأم في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الانفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة و عدم وجوبها.² و هذا ما سأفصله في فرعين:

الفرع الأول: نسب المولود حال قيام الزوجية

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، فإن ولدت الزوجة بعد زواجها ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بيّنة تقيمها الزوجة على

¹ - الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع ص 79.

² - أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، طبعة 1991 ص 202.

ذلك لأنه يملك لوحده حق الإستمتاع بها¹. وهذا ثابت من قوله صلى الله عليه و سلم: "الولد للفرش و للعاهر الحجر"، وحسب الحديث الشريف فإن صاحب الفرش هو الزوج والعاهر هو الزاني والرجم عقوبة على جريمته. ومن مدلول قوله صلى الله عليه وسلم ونظرا لأن ثبوت النسب نعمة، فإن الجريمة لا تثبت النعمة بل يستحق صاحبها النعمة². وإذا كان الحمل يحدث بالإختلاط الجنسي بين الزوجة وزوجها، فقد يحدث بغير الإتصال العضوي بينهما أي عن طريق التلقيح الإصطناعي وألحق المشرع الجزائري نسب الولد في الحالتين بأبيه ولكن قيّد ذلك بالشروط الآتية:

أولا: شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي

طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة على أساس عقد الزواج الصحيح: وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي وهذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها: "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....³

2- إمكانية الإتصال الجنسي بين الزوجين: إن العقد في الزواج الصحيح هو السبب في ثبوت نسب الولد المولود خلال الحياة الزوجية. لكن هل يكفي ذلك فقط؟ بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة فإن من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه أن يكون التلاقي بين الزوج وزوجته ممكنا وهو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أن الفرش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول بالزوجة، فلو تزوج شرقي بمغربية وثبت أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه⁴. وذهب الحنفية إلى عدم

1 - أحمد محمود الشافعي ، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، طبعة 1987 ، ص 141.

2 - الإمام أحمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، طبعة 2005 ، ص 388.

3 - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ: 1984/11/19 ملف رقم: 34046 ، المجلة القضائية 1990 ، العدد الأول ، ص 67.

4 - أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 200.

إشترط ذلك فقالوا إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الإتصال، فإذا وجد كفى لأن الإتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد¹. وهذا حفاظا على الولد من الضياع، فبتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسب الولد لأبيه. وقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى إشترط الدخول المحقق لإلحاق النسب إلى الزوج لأن المرأة عنده لا تصير فراشا إلا إذا إفتريشها زوجها وإلإفتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق².

ونلاحظ أن المشرع الجزائري بإتباعه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجة يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي والمنطق والمعقول. وعليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا وقانونا إذا كان الإتصال بين الزوجين ممكنا، أما إذا إستحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه³. وهذا ما أكدته إجتهد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/02/24، ملف رقم: 39473: "حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين والدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران حسب ما أشار إليه الحكم الجزائري لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود" - قرار غير منشور⁴. كما أشارت إلى ذلك أغلب التشريعات العربية كالقانون المصري الذي نصّ في المادة 15 من القانون الخاص بمسائل الأحوال الشخصية " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد....".

في القانون الأردني المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية والقانون السوداني المادة 98 والمادة 164 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات⁵.

1 - أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، طبعة 2003 ص 39.

2 - أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 41.

3 - بالحاج لعربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج والطلاق ص 192.

4 - بالحاج العربي ، قانون الأسرة مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994، ص 48.

5 - أنور العمروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، ص 561.

3- ولادة الولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها:

أ- أقل مدة الحمل: إتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوما وهو موقف المشرّع الجزائري أيضا في المادة 48 من قانون الأسرة و الذي أكّده المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1998/11/17 ملف رقم: 210478 "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبيّن من قضية الحال أن مدة الحمل المحدّدة قانونا وشرعا غير متوفرة لأنّ الزواج تم في: 1994/05/02 والولد قد ولد في: 1994/05/07.."¹

وحكم المادة 42 فيما يخصّ أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيّا مستتبّط من قوله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف: "و وصّينا الإنسان بوالديه إحسانا، حملته أمّه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ... والآية 14 من سورة لقمان في قوله جلّ شأنه: "ووصينا الإنسان بوالديه، حملته أمّه وهنا على وهن وفصاله في عامين ...".

فقد قدّرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهرا وقدّرت الثانية للفصال عامين وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستّة أشهر وهو تقدير العليم الخبير. وعلى هذا الأساس فإذا جاءت الزوجة بولد لسته أشهر فأكثر من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستّة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج.²

ب- أقصى مدة الحمل: لم يرد بشأن ذلك نص في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة وإختلف في ذلك الفقهاء إختلافا كبيرا على عدة أقوال:

- أنها سنتان وهو رأي الحنفية ومستند هذا الرأي ما روي من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل".

أي أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ضل عمود المغزل.

-ذهب الشافعية والمالكية في القول المشهور عندهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات وفي قول آخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

¹ - الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 85.

² - محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1984 ، ص 357.

-تسعة أشهر وهو رأي الظاهريّة وحجّتهم ما روي من قول عمر رضي الله تعالى عنه: "أيما رجل طلق إمرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها.¹

أما عن الآراء التي وردت في القوانين الوضعية، فنجد المشرع المصري نصّ في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية على: "أقل مدة الحمل مائة وثمانين يوماً وأكثرها سنة شمسية" وهو ما ورد في القانون السوري و القانون العراقي في المادة 51 والقانون الأردني في المادة 148 منه.²

بينما المشرع الجزائري فقد حدّدها بعشرة أشهر كما جاء في المادة 42 من قانون الأسرة. والطّب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمّه أكثر من تسعة أشهر إلا نادراً.

أما عن حساب أقل وأقصى مدتي الحمل فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج وإمكانية الإتصال بين الزوجين معاً.

4- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

وهو ما نصّ عليه المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة ولكن لم يحدّد هذه الطرق المشروعة لنفي النسب، وبتطبيق أحكام المادة 222 نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حدّدت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان لكن هل أنّ اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب؟

أ- تعريف اللعان:

يعرّف اللعان لغة: بأنه مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة و هو من اللعان أي الطرد والإبعاد من رحمة الله وسمّي ما يحصل بين الزوجين لعاناً لأنّ أحدهما كاذب بيقين ويستحق الطرد والإبعاد من رحمة الله.

¹ - محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية ، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى ، إصدار 2002 ، ص 373.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، القسم 2 ، الفرقة وحقوق الأقارب، طبعة 91 ، ص 311.

ويعرّف اللعان شرعا وإصطلاحا: بكونه شهادات تجري بين الزوجين مؤكّدت بالأيمان من الجانبين مقرونة باللّعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقّها.

ويكون اللعان إذا إتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه و لم يكن له بيّنة على دعواه ولم تصدّقه زوجته وطلبت إقامة حد القذف، أمره القاضي بملاعنتها¹ ومصدر اللعان في القرآن الكريم في سورة النور الآية رقم 4.

ب- إجراءات اللعان:

عندما يغلب للزوج احتمال خيانة زوجته له، و يريد أن ينفي المولود الذي أتت به بين أدنى وأقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة فيأمر القاضي الزوج إذا أصرّ على إتهام زوجته بالزنا بالملاعنة في جلسة سرية بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله أنّي لمن الصادقين فيما رميتها به" و يكرّر قوله هذا أربع مرات وفي المرة الخامسة يقول: "أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين". ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف وتقول: "أشهد بالله أنه من الكاذبين" وتكرّرها أربع مرّات وفي المرة الخامسة تقول: "أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"، وإذا تم اللعان بالكيفية المذكورة آنفا يثبت القاضي ذلك في حكمه ويفرق بين الزوجين حالا بتطبيقه بأئنة وينفي نسب الولد من الزوج.²

ومن إجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال:

- القرار رقم 69798 بتاريخ: 1991/04/23 "من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين...".

- القرار رقم 204821 بتاريخ: 1998/10/20: "من المقرر قانونا أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة الإسلامية والإجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...".³

¹ - أحمد نصر الدين الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما، طبعة 2004 ، ص 439.

² - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 22.

³ - الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 82.

-القرار رقم 172379 بتاريخ: 1997/10/28: "و من المقرر قانوناً أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ومن المقرر أيضاً أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطأوا كثيراً عندما إعتدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم يتوفر شروطه والذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق".¹

وبالرجوع إلى الإجتهاادات السابقة نلاحظ أن المحكمة العليا قد إستقرت في أن أجل نفي النسب باللعان لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا إلا أنّها في القرار الصادر بتاريخ: 1985/02/25 ملف رقم: 35934 أخذت موقفاً آخر كما يلي: "من المقرر شرعاً أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، ويكون باطلاً القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوماً من علمه بوضع زوجته لحملها".²

ج- شروط اللعان:

يشترط لصحة إجراءات الملاعنة بين الزوجين ما يلي:

- قيام الزوجية بين الزوجين المتلاعنين و هذا الشرط يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخولاً أو غير مدخول بها، كما أنّ الزواج الفاسد لا لعان فيه لأن الزوجة فيه تعتبر أجنبية.³
- النطق بألفاظ اللعان.

-أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج إعتراف بالولد صراحة أو ضمناً، ومن الإقرار الصريح أن يقرّ حال حملها وقبل الولادة بأن الحمل منه ومن قبل الإقرار الضمني

¹ - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 70

² - بلحاج العربي ، مبادئ الإجتهااد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا ، ص 47.

³ - نصر أحمد الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص 170.

إعداد معدات الولادة وقبول التهنئة بالمولود¹ ومتى حصل ذلك فلا يسوغ للزوج نفي نسب الولد بعد ذلك.

- أن يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء ما يلزم للأُم أو الولد أو في مدة التهنئة بالمولود وكل هذه الأمور تدلّ على معاصرة النفي للولادة. وعند الأحناف والحنابلة لا يصحّ عندهم اللعان بنفي النسب قبل الوضع لعدم التيقن لإحتمال أن يكون الحمل كاذبا. أما الشافعية والمالكية فقد أجازوا اللعان قبل الوضع مطلقا، لما صحّ عندهم من نفي الحمل، ويشترط المالكية التعجيل في اللعان بعد العلم سواء بالحمل أو بالولادة، وهو موقف الاجتهاد القضائي الجزائري، ومتى تم اللعان بالشروط السابق ذكرها يلحق نسب الولد بأمه ولا يعتبر ابنا للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة والإرث، أما فيما يتعلق بحقوق الله عزّ وجلّ يعامل وكأنه ابنه للإحتياط فلا يعطيه زكاته ولا تجوز شهادة أحدهما للأخر إضافة إلى المحرمية بينه وبين أولاده لإحتمال أن يكون ابنه لوجود الفراش كما لا يعدّ مجهول نسب، فلا يصح أن يدّعيه غيره.²

5- حالات ينتفي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية:

- أن تأتي به لدون ستة أشهر من الزواج، فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل به قبل الزواج لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بإتفاق الفقهاء³، وفي هذه الحالة ينتفي النسب من غير لعان، غير أنه قد يثبت النسب إذا ادّعى الزوج ثبوته ولم يصحّ بأنه من الزنا.

- أن يكون الزوج بحيث لا يتصور منه الحمل بأن يكون صغيرا فلا يثبت النسب لأننا تيقنا بأنه ليس منه بيقين لأن الزوج لا يمكنه الوطء ويلحق بهذه الحالة كل من كان مصابا بمرض جنسي يحول دون الإتصال طالما أنه يستحيل معه الإنزال والإيلاج لأن ذلك قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.

- عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد، فإذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيا، فلا يثبت نسب الولد وهو موقف المشرع الجزائري الذي أخذ برأي مالك والشافعي وأحمد إلا أن للمحكمة العليا إتجاه

¹ - عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ، النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب، ص 131.

² - المادة 138 من قانون الأسرة ، "يمنع من الإرث الرّدة واللعان".

³ - فراج أحمد حسين ، المرجع السابق ، ص 199.

آخر ورد في القرار الصادر بتاريخ 1997/07/08 ملف رقم 165408 والذي جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى ثبت في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة.¹ هذه إذا أهم أحكام اللعان بإعتباره طريقاً شرعياً لنفي النسب لكن يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق والكذب معاً. فهل يمكن نفي النسب خارج اللعان إستناداً على اليقين؟ وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ثانياً: نسب الطفل الناتج عن الإخصاب العلمي

إن المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية، لذا شرع الله النكاح حتى يكون الإختلاط بالمباشرة بين الزوجين عن طريق الإخصاب الطبيعي، إلا أنه في حالة تعذر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية بسبب ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه الذي يحول دون إتمام الحمل، فقد كشف العلم حديثاً إمكانية الحمل بواسطة التلقيح الإصطناعي، كما ثار في الوقت الحاضر في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بأطفال الأنابيب وذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثم تنمية البويضة المخصبة بعد إكمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف وسميت هذه الطريقة في الإنجاب "بأطفال تحت الطلب" ثم ظهر أخيراً في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بـ "إستنجاز الرحم" بمعنى الحمل في رحم الغير.²

ولقد نظمت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية حالات اللجوء إلى هذه الوسائل العلمية والشروط المتطلبة لذلك. فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه الوسائل العصرية للحمل؟

1- مفهوم التلقيح الإصطناعي وأنواعه:

¹ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 67.

² - أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ، ص 199.

التلقيح الإصطناعي هو إدخال مني الرجل في رحم امرأة بطريقة آلية دون أن يتم إتصال بينهما وأول ما عرف سنة 1799 قام به (hunter) حيث تعلق الأمر بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج و تمت العملية بمني هذا الأخير.¹
وتتم عملية التلقيح بأحد الطريقتين:

- **التلقيح الداخلي:** وتتم هذه الطريقة بحقن الزوجة بمني زوجها في بوق رحمها لإتمام عملية التلقيح لحاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل، وذلك في حالة ضعف الحيوان المنوي للزوج وقد أجمع مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة على أن هذا الأسلوب هو جائز شرعا بين الزوجين.²

- **التلقيح الخارجي:** وهو الحالة التي يتم فيها التلقيح بين مني الرجل وبويضة المرأة في وسط خارج الرحم كأنبوب إختبار أو أي وعاء مخبري وبعد حدوث الإنقسام المناسب الناتج عن إجتماع الحيوان المنوي بالبويضة ثم تعاد الكتلة إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة وتستعمل هذه الطريقة عادة إذا كان بالزوجة عقم يمنع وصول البويضة إلى رحمها عندما تكون قناة فالوب لدى الزوجة غير صالحة لإتمام عملية التخصيب بطريقة طبيعية أو لأي سبب آخر ولقد أجازت دائرة الإفتاء المصرية هذه العملية بشرط التأكد من عدم إمكانية إنجاب أطفال مشوّهين

2- موقف المشرّع الجزائري من عملية الإنجاب الإصطناعي:

لقد تصدى المشرّع الجزائري للتلقيح الإصطناعي في حالة تعذر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية من أجل تحقيق الرغبة الطبيعية في بناء أسرة متكاملة يكون الأولاد هم بهجتها وأجمل ما ينتج عنها وهذا بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في: 27 فيبرير 2005 حيث أضاف المشرّع المادة 45 مكرّر التي أجازت اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لكن علّقت ذلك بناء على عدة شروط كما يلي:

¹ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية الطبية ، ص 93.

² - كارم السيد غنيم ، الإستنتاج والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، ص 85.

أ- أن يكون الزواج شرعياً، فلا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما، كما يجب أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج وأن أعمال هذا الحكم يترتب عليه عدم جواز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بعد فك العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ.¹

ب- أن يتم تلقيح بويضة امرأة بماء زوجها حيث تخضع عملية التلقيح الإصطناعي إلى القاعدة الشهيرة التي تحكم مسائل النسب على العموم والتي نقول بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر ولذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي لزوجته لثقت بماء رجل غير زوجها. فمن اللازم دائماً في هذه الحالة أن تلّقح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إستبداله أو إختلاطه بمنى غيره² وفي هذا الإطار يقول شيخ الإسلام الإمام جاد الحق: "إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعاً، ويكون في معنى الزنا وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الإصطناعي لا ينسب إلى الأب وإنما ينسب إلى من حملت به ووضعته بإعتباره حالة ولادة طبيعية لولد الزنا الفعلي تماماً"، ويطرح التساؤل إذا كان رحم الزوجة غير قادر على الحمل فهل يجوز إستئجار رحم امرأة أخرى لهذا الغرض؟ لقد تصدّى المشرّع الجزائري في المادة 45 مكرّر لعدم جواز التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة الحاملة للنطفة الأمشاج وبذلك فإن المشرع الجزائري إتبع موقف الفقه الإسلامي، فقد منع شيخ الأزهر فضيلة الإمام جاد الحق رحمه الله جازماً أن ينمو الجنين في رحم امرأة أجنبية وهذا المنع أساسه منع الوقوع في الحرمة و منع ما يترتب عليه من آثار تضر بالمجتمع وفي هذا الإطار تقول الجمعية المصرية للأخلاقيات الطبيّة أنّ تأجير الأرحام دعوة إلى الفاحشة.³

مع الملاحظة أن ذلك يعد أحد صور الممارسات غير الشرعية في مجال الإخصاب التي تمارس في بعض الدول الأجنبية منذ عشرات السنين مثلها كمثل بنوك الأجنة وبنوك

1 - تشوار الجيالي ، المرجع السابق ، ص 101.

2 - تشوار الجيالي ، المرجع السابق ، ص 103.

3 - المستشار أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص 208.

السائل المنوي والإخصاب بعد وفاة الزوج وكلها مخالفة للفطرة والسنة الإلهية في الزواج والإنجاب.

ج- موافقة الزوجين على عملية إجراء الإنجاب الإصطناعي:

ما دام الإنجاب مشروعاً مشتركاً بين الزوجين فإن عدول أحدهما عن الموافقة معناه فشل المشروع المشترك، ما دامت الحياة الإنسانية لم تبدأ بعد للبويضة المخصبة.

وهناك شرط آخر تعرض له الفقه الإسلامي ولم يشر إليه المشرع صراحة وهو:

د- توافر حالة الضرورة الملحة: إن الضرورة هي التي تدفع بالزوجين إلى اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي وذلك إذا إستحال على المرأة أن تحمل من زوجها بالوسيلة الطبيعية ولأنّ الضرورات تبيح المحظورات، فقد أباح الإسلام للزوجين في حالة العقم وضعف الخصوبة اللجوء إلى هذه العملية.

وبهذا أصل إلى نتيجة مفادها: ينسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي إلى أبيه إذا توافرت الشروط الواردة في المادة 45 مكرر وهو ما أمر به فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: نسب طفل الإستنساخ

لقد عرف العلم طريقة حديثة للتوالد وذلك بواسطة إستنساخ الكائنات البشرية وهذه التقنية غير متوافرة في بلادنا إلا أن هذا لا يمنعني من دراستها وتبيان الوضعية القانونية والشرعية لها، وقد بينت تجارب الإستنساخ أنّ هذه العملية تحتوي على مخاطر سواء بالنسبة للشخص المستنسخ أو بالنسبة للمجتمع ككل.

1- ماهية الإستنساخ البشري:

يعتبر الإستنساخ البشري حدثاً واكتشافاً كبيراً في عصرنا ويتم بأحد الطريقتين:

أ- الإستنساخ الجيني: حيث يتم إستخلاص بويضات من المرأة، فتخصّب البويضة الواحدة بأكثر من حيوان منوي، فتحدث عملية الإنقسام في خلية البويضة المخصبة ويتم فصل الخليتين وتغليف كل واحدة بغشاء صناعي يسمح للجنين بالنمو وتواصل البويضة إنقساماتها لتنشأ عنها مجموعة من الأجنة المتطابقة في جيناتها الوراثية.

ب- الإستنساخ الخلوي: حيث تؤخذ خلية من أي إنسان ويتم عزل نواة تلك الخلية الحاملة للصفات الوراثية وفق طرق علمية معينة وفي المقابل تسحب نواة خلية حية من بويضة

إمراة سليمة أين يتم زرع نواة الخلية الوراثية للإنسان الأصلي في هذه الوضعية، فتتشكل بويضة جينية تحمل كل الصفات الوراثية للإنسان الأصلي ثم يتم زرعها في رحم أي امرأة.¹

1- حكم طفل الإستنساخ:

إن الإستنساخ له نتائج كارثية على الأسرة حيث يخلق أسرة غير عادية لا تبنى على رابطة الزواج المقدس وإنما على أساس عضوي مخالفة لكل قواعد الطبيعة وهذا ما أدى بي إلى طرح الأسئلة حول نسب من ينتج عن عملية الإستنساخ -إن برزت إلى الوجود- قال الله تعالى: "...أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم قل الله خالق كل شيء وهو الواحد القهار..."²

إن الإستنساخ يخرق مبدأ الزوجية وهو أمر منافي للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها ولأن الحكمة من الزواج تتجلى في أنه أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد والمحافظة على الأنساب. والإعتماد على هذه التقنية الحديثة لإنجاب ستمكن من الإستغناء عن الرجال نهائياً، إذ يكفي أن تحمل المرأة في رحمها كائناً مستنساخاً مهما كانت طبيعة الخلية المستعملة لتلقيح البويضة.

وتجنباً لهذه الأخطار عقدت منظمة المؤتمر الإسلامي عدة لقاءات بين العلماء الأطباء وفقهاء الدين من أجل مناقشة هذه المسألة من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء في: 14-17 يونيو 1997 حيث أعتد القرار رقم: 100-02 التالي:

*- تحريم الإستنساخ البشري بالطريقتين المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر

*- تحريم كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحماً أو بويضة أو حيوان منوي أو خلية جسدية للإستنساخ.

*- مباشرة الدول لسن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب المباشرة و غير المباشرة للحيلولة دون إتخاذ البلاد الإسلامية ميداناً لتجارب الإستنساخ البشري.

¹ - سعيد مقدم ، الإستنساخ ، مجلة الشروق ، عدد 314 أسبوع من 18 إلى 24 أوت 97.

² - سورة الرعد ، الآية 16.

*-متابعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الإستتساخ ومستجداته العلمية وعقد الندوات اللازمة لبيان أحكام الشريعة المتعلقة به. وفي هذا السياق إرتأى فضيلة الشيخ العلامة الدكتور يوسف القرضاوي ضرورة الوقوف ضد هذا الإكتشاف العلمي الهدّام مع تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الإستتساخ.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يذكر نصا خاصا يمنع فيه الإستتساخ، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة ومما يسبق ذكره من الأحكام المتعلقة بمنع الإستتساخ شرعا فإننا نخلص إلى منعها قانونا. ويرجع سكوت المشرع الجزائري لكون عملية الإستتساخ حديثة النشأة لم نصل إليها بعد إلا أنه يمكن إستخلاص المنع القطعي لهذه التقنية في الإنجاب من المرسوم 276/92 المتضمن أخلاقيات الطب في المادة 06 منه التي تنصّ على : "يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس إحترام حياة و شخصية الإنسان".

الفرع الثاني: نسب الولد بعد الفرقة بين الزوجين:

تتعدد حالات الفرقة بين الزوجين فإما أن تكون بطلاق أو وفاة الزوج أو فقدانه و هذا ما سأفصله فيما يلي:

أولا: ثبوت نسب ولد المطلقة

1- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول: المطلقة قبل الدخول لا عدّة عليها لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها..." ولأنّ إثبات النسب قائم على الفراش وهذا الفراش لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول إلا إذا كان هناك تلاق بينهما أو على الأقل إمكانه، والنسب في هذه الحالة يثبت لإحتمال الوطء الذي هو شرط في إثبات النسب² بشرط أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج وأن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق ومن ثمة لا يثبت النسب إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة، وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة لأنّ مدة ستة أشهر تصلح لتكوين الجنين

¹ - تشوار الجلاي ، المرجع السابق ، ص 125.

² - نصر أحمد الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما، طبعة 2004 ، ص 829.

ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الإحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا إدّعاه ولم يصرح بأنه من الزنا.¹

2- ثبوت نسب المطلقة بعد الدخول: من الناحية القانونية فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي....." وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يفرّق بين المطلقة رجعيًا والمطلقة طلاقاً بائناً، في حين نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية فرّقوا بينهما والقاعدة في التشريع الجزائري أستتبطها من المادة 43 من قانون الأسرة على أن الولد ينتسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال والمقصود بمصطلح الانفصال بالرجوع إلى نص المادة 60 هو الطلاق وهو ما أقرته المحكمة العليا.²

إلا أن هذا يصطدم مع المادة 49 من قانون الأسرة التي مفادها أن الطلاق يكون بحكم القاضي وبالتالي فإن حساب مدّة 10 أشهر من أجل إلحاق نسب الولد لأبيه تبدأ من تاريخ صدور حكم الطلاق حتى وإن كانت قد أنجبته خلال مدة أكثر من 10 أشهر من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين وهذا قد يتضارب مع القواعد الأساسية للنسب لكن وأمام عدم وضوح مصطلح الانفصال فإن القاضي يلجأ للتفسير إستناداً إلى القواعد الأساسية للنسب وإذا كان المشرع لم يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ميّزوا بينهما لكون أن الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره وإنما تبقى الزوجية قائمة حكماً طوال فترة العدة فيجوز للمطلق رجعيًا أن يستمتع بمطلّقه في عدّتها ويعتبر ذلك رجعة لها. ونميّز بين حالتين:

- أن لا تقرّ المطلقة رجعيًا بإنقضاء عدّتها من مطلقها، فيثبت نسب الولد الذي تلده من المطلق إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل، وفي هذه الحالة لا يعتبر المطلق مراجعاً ويحكم بإنقضاء عدة مطلقته بوضع حملها، أما إذا جاءت بالولد بعد أقصى مدة الحمل، فيثبت نسب المولود من المطلق لإحتمال أنها حملت أثناء العدة.³

1 - أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 203.

2 - المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

3 - أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص 52.

- أن تقرّ المطلقة رجعيًا بإنقضاء عدتها ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق رغم إقرارها بإنقضاء عدتها بشرط أن تكون الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل¹ وبذلك يكون كذبها قد ثبت بيقين لأن البطن وقته كانت يقينا مشغولة بالجنين ونتيجة لذلك فإن الإقرار يكون باطلاً وتعتبر وكأنها لم تقرّ بإنقضاء عدتها، أما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بإنقضاء عدتها فلا يثبت النسب من المطلق.

أما بخصوص الطلاق البائن فإن الزوجة فيه لا يمكن أن يمسه أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العدة وفقاً لنص المادة 30 من قانون الأسرة ولثبوت نسب الولد لأبيه يشترط أن تضعه في مدة لا تتجاوز 10 أشهر من تاريخ الطلاق وإذا تزوجت معتدة الطلاق البائن فولدت لأقل من 10 أشهر منذ بانته ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجت فإن الولد للمطلق لأنه لا يمكن أن يكون من الزوج الثاني وهذا ما طرحته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 98/05/19 ملف رقم 193825 "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطلاً ومن المقرر أن أقل مدة الحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد 04 أشهر من تاريخ الزواج الثاني وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني إعتقاداً على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".²

ثانياً: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها

نصت المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة وهذا لإحتمال أن الحمل كان قائماً وقت الوفاة ويكون الفراش قائماً

¹ - عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، الجزء الثاني ، الطلاق وآثاره ، الطبعة 5 ، ص 173.

² - عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 54-55.

وقت الوطاء فيثبت النسب إحتياطيا لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة.¹

ثالثا: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

بالنسبة للمرأة التي غاب عنها زوجها لسبب من الأسباب كأداء الخدمة العسكرية أو دخوله السجن لإرتكابه جريمة ما وإستمر غيابه مدة تزيد عن عشرة أشهر دون أن يثبت أنه وقع إتصال بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل منذ غيابه فإن المولود يسند إلى أبيه إلا إذا نفاه ولاعن أمه و هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 1997/07/08 ملف رقم: 165408 "متى تبيّن أن ولادة الطفل قد تمّت و الزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أنّ لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة".²

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد

الحق الشارع الحكيم والقانون الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب لأن القاعدة أن النسب يحتاط في إثباته إحياءا للولد³ وهذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: " يثبت النسب...وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

أولا: مفهوم الزواج الفاسد

من مراجعة المواد 32،33،34 يتّضح لي جليا أن المادة الأولى المعدلة بموجب الأمر 02/05 نصت على بطلان الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد بعد أن كانت تنصّ على فسخ النكاح أي فساده إذا إختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تبنت ردة الزوج، أما المادة 33 المعدلة فقد نصت في فقرتها الأولى على بطلان الزواج إذا إختلّ ركن الرضا وفي فقرتها الثانية نصت على الزواج الفاسد و بذلك

¹ - الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص 73.

² - الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص 67.

³ - أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص 81.

فإن المشرّع فرّق بين بطلان الزواج وفساده، فبالنسبة للزواج الباطل يكون إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته أو إذا إختل ركن الرضا أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة¹ المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر المتمثلة في أهلية الزواج والصداق والولي في حالة وجوبه والشاهدين مع إنعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب المشرّع عليها فساد النكاح بموجب الفقرة الثانية من المادة 33، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول و يثبت بعد الدخول بصداق المثل و في المادة 34 في حالة ما إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وفقاً للمواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء وهي الحالات التي سبق وأن إعتبرها المشرّع من الموانع الشرعية لعقد الزواج و رتب عليها بطلان الزواج بموجب المادة 32 من قانون الأسرة، و هذا معناه أن المشرّع أخلط مرة أخرى بين الزواج الباطل والفساد ورتّب على كليهما ثبوت النسب في حين أن الزواج الباطل عدم والعدم لا يرتّب أي أثر شرعاً و قانوناً.

ثانياً: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي، لذا تحسب مدة الحمل من تاريخ الدخول، لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكان في هذا ترتيب آثار على العقد الفاسد، وهو قول جمهور الفقهاء و المشرّع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة و بالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي فلا يثبت نسبه من الزوج لأنها ولدته بأقل من أقل مدة للحمل، فلا بد أن تكون حملت به قبل أن تصير زوجة في العقد الفاسد، أما لو أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول فإنه يثبت نسبه من الزوج. أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر إعتبراً من يوم التفريق ثبت نسبه من أبوه² ويرى الحنفية أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد فلا يمكن نفيه أصلاً، لأن النفي يستدعي اللعان وهو لا يكون إلا بين زوجين في عقد زواج صحيح إستناداً إلى الآلية

¹ - محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص 375.

² - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ص 195.

الكريمة الواردة في الذين يرمون أزواجهم وهذا معناه أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح لأن هذا الأخير يمكن نفي النسب الثابت به وفقا للشروط المذكورة سابقا.¹

الفرع الثاني: إثبات النسب عند الوطء بشبهة

ما يعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة أن المشرع أقرّ بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد، وبالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة، ومن هنا أرى أن المشرع إختلطت عليه الأمور إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقرّ بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته وهذا هو المعمول به فقها وعليه فإنه لا مناص إذا من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بحيث تصبح على النحو الآتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالزواج الفاسد وبالوطء بشبهة..."

أولا: تعريف الوطء بشبهة

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إدروا الحدود بالشبهات ما إستطعتم". والوطء بشبهة هو الإتصال الجنسي غير الزنا يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وقيل هو وطء حرام لا حدّ فيه والشبهة قد تكون شبهة الفعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد.

ثانيا: أقسام الوطء بشبهة و قواعد إثبات النسب فيها

1- **شبهة الفعل:** وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظنّ في نفسه أن الحرام حلال فالواطئ هنا ظنّ حل الوطء ولذلك كانت الشبهة في الفعل وليست في محل الوطء كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا وكونه كذلك سيقتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة² ولبعض الفقهاء

¹ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 314.

² - الامام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 145.

إعتراض فيمن زفت له غير إمرأته وقيل له هذه إمرأتك فوطئها ومع أن هذه عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للواطئ.¹

2- شبهة المحل أو الملك: وهي عكس شبهة الفعل لأن للواطئ في هذه الحالة ملكا وتنشأ هذه الشبهة عن دليل مثبت للحل في المحل وهذا الدليل ينفي الحرمة مع وجود دليل آخر يحرم الفعل نفسه غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم ويضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد ولقيام الشبهة في المحل وهو الأمة الموطوءة فقد قال صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك" فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم، ويثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناء عليها إن إدعاه الواطئ.²

3- شبهة العقد: كالعقد على إمرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة، ومثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمه أو أخته ويدخل بها بناء على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته وفيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها عليًا حرام وأما عند أبي يوسف ومحمد فإن الحد لازم ولا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا.³

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع إعتبر النكاح بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهة وشبهة بقوله: "يثبت النسب بالزواج الصحيح ... وبنكاح الشبهة..." في نص المادة 40 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى نص المواد 40، 42 من قانون الأسرة التي أوجبت مراعاة المدة القانونية في أقل وأقصى مدة الحمل حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة، وعليه إن خالط الرجل إمرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح والذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب من غير توقف على دعوة من الرجل.

المبحث الثاني : الإقرار والبينة كوسيلتين لإثبات النسب.

اعتمدت هاتين الوسيلتين في إثبات النسب من قبل الشريعة الإسلامية ثم الفقه وبعده

¹ - عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 85.

² - عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 87.

³ - بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 197.

القانون والقضاء، إذ أنه 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 (المطلب الأول)، أو عن طريق البينة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإقرار كوسيلة لإثبات للنسب.

يعتبر الإقرار من بين الأدلة المعفية من الإثبات وحجيته قاصرة على المقر وحده دون أن يتعدى إلى غيره، وهو يعتمد كوسيلة لإثبات النسب إلا أنه وإن كانت له حجية مطلقة في هذا المجال إلا أنه يشترط للاعتداد به أن يكون الولد المقر بنسبة ناتج عن علاقة شرعية. وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى التعريف بالإقرار (الفرع الأول)، دعاوى النسب الثابتة بالإقرار (الفرع الثاني)، وبيان حكم كل من نسب المتبني و اللقيط اتجاه الإقرار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف بالإقرار.

تناول المشرع الجزائري الإقرار في المواد 40، 44، 45، من ق أ، غير أنه لم يقدم تعريف له من خلال هذه الأخيرة، بينما ذكر فيها أنواع الإقرار الذي يثبت به النسب. سنتطرق هنا إلى تعريف الإقرار (أولا)، وأنواعه (ثانيا).

أولاً: تعريف الإقرار.

- الإقرار لغة هو: أقر له بحقه أو قرره بالأمر وحمله على الاعتراف به. - شرعا: إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه.¹

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 ".²

¹- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، ط4، المكتبة الأزهرية للتراث، دب ن، 2003، ص 456.

²- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78، الصادرة في 30/09/1975، معدل ومتمم.

إلا أن الإقرار الذي يهتم بخصوص الدراسة هو الإقرار بالنسب الذي يعتبر من الطرق الكاشفة للنسب والذي يقصد به اعتراف ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب.¹

وقد اعتبر المشرع الإقرار طريقاً لثبوت النسب وهو ما نصت عليه المادتين 40 و44 ق.أ. وكذلك ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه " من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار...ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة".²

ثانياً: أنواع الإقرار

من خلال استقراء نص المادتين 44 و45 من ق.أ. يتضح أن الإقرار ينقسم إلى قسمين وهما:

1/ الإقرار بأصل النسب: وهو ما يسمى بالإقرار المباشر كأن يقر الأب بأن فلان ابنه، أو أن يقر ابن بقوله أن فلانة أمه أو أن فلان أبوه. وهذا النوع من الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير كما أنه ليس لأحد من الورثة حق الاعتراض على هذا الإقرار.³

وقد نصت المادة 44 ق.أ، على أنه " يثبت النسب بالإقرار بالنبوة أو الأبوة أو الأمومة المجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "، وعليه فإنه يشترط للأخذ بهذا الإقرار مجموعة من الشروط وهي:

أ/ شروط الإقرار بالأبوة والنبوة:

- أن يصدق العقل أو العادة: وذلك بأن يولد مثل المقر بالنبوة من مثل المقر بحيث يكون فرق السن بينهما محتملاً لهذه الولادة أو أن يولد لمثل المقر له فمثلاً إذا كان سن الطفل 10 سنوات وسن المقر عشرين سنة لم يعتبر هذا الإقرار لأنه لا يعقل أن يولد للإنسان ولد وهو ابن عشر سنوات.

- أن يصدق الشرع وذلك بأن يكون المقر له مجهول النسب فإن كان ثابت النسب كان

¹ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 256.

² - قرار بتاريخ، 1998/12/15، ملف رقم 202430، غ أش، ع خ، 2001، ص 77.

³ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2007، ص 352.

هذا الإقرار باطلا.¹

• أن يصدق المقر له إن كان بالغا المقر في إقراره، حيث أنه في حالة ما إذا كان المقر له بالغا وكذب المقر بطل الإقرار، أما إذا كان المقر له غير بالغ ثبت نسبه من غير حاجة إلى تصديق لأنه غير مكلف وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له وبذلك لا يتوقف على تصديقه، كما أنه إذا كبر المقر له وأراد إنكار النسب لا يسمع إنكاره لأن نسبه قد ثبت والنسب إذا ثبت لا يمكن إنكاره.²

• أن لا يذكر المقر أن الولد ابنه من الزنا فإن صرح بذلك لا يثبت النسب لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب.³

ب/ شروط الإقرار بالأمومة:

إذا كانت المرأة غير متزوجة ولا معتدة وأقرت ببنوة ولد معين فإن النسب يثبت متى توفرت الشروط السالفة الذكر في الإقرار بالأبوة والبنوة. أما إذا كانت متزوجة أو معتدة وصدقها زوجها كان ذلك إقرار منه بنسب هذا الولد فيثبت بذلك نسبه منه، أما إذا لم يصدقها مع أنها فراش له فإنه لا يثبت نسب ذلك الولد إليه.⁴

نص المشرع الجزائري في المادة 44 من ق أ، على إثبات النسب بالإقرار بالأمومة كما أكدت كذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان ذلك الإقرار صحيحا حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض".⁵

من خلال هذه الشروط يتضح أنه إذا ثبت النسب بالإقرار أصبح حقا للولد ولا يملك

¹ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الأصاله للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 131.

² - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 257-258.

³ - المرجع نفسه، صفحة نفسها.

⁴ - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 185.

⁵ - نبيل صقر و قماروي عز الدين، المرجع السابق، ص 52.

الزوجان أو أحدهما الحق في إبطاله، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بالقول أنه "حتى ولو تعاون الزوجان على إبطاله بأن ادعيا بعدم حصول الوطء أو ادعيا بعدم الدخول أو الخلوة فادعائهما هذا أو ادعاء أحدهما لا يتعدى إلى الذي ثبت نسبه منهما، ولا يبطل حقه في النسب".¹

كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار وأن إثبات النسب يقع فيه اتساع ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد. ذلك أن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع للإبطال مفعوله".²

2/ الإقرار بنسب فرعي:

هذا النوع من الإقرار فيه تحميل النسب على الغير وذلك بأن يقر شخص بأن شخص ما أخوه أو عمه، والأخوة والعمومة في هذه الحالة لا تثبت بنوة المقر له الأب المقر أو الجده ولا يثبت نسبه لهؤلاء إلى أن يصدقوا هذا الإقرار .

ويترتب على هذا الإقرار وجوب الإنفاق على المقر له إن كان فقيرا، وفي حالة ما إذا أقر شخص بأخوة شخص معين ولم يصدقه أبوه ولا سائر الورثة فإنه يشارك المقر له المقر في نصيبه من التركة.³

تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من ق أن الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه". من خلال هذه المادة يتضح أنه وبالإضافة إلى الشروط الواردة في الإقرار بأصل النسب فإنه لا بد من تحقق أحد الأمرين:

الأول: البينة على ذلك الإقرار، مثلا إذا ادعى شخص أخوة شخص معين على المقر أن يثبت

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 238.

² - نيايي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 38.

³ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 353.

أولا نسب المقر له من والده حتى يكون إقراره صحيحا.

الثاني: تصديق المقر عليه إن كان حيا للمقر وإن كان ميتا فيكفي تصديق اثنين من الورثة للمقر في إقراره حسب قول الحنفية، بينما هناك من يشترط الإقرار من جميع الورثة حتى يثبت النسب.¹

في الأخير فإن هذا النوع من الإقرار يختلف عن الإقرار بأصل النسب في أن الإقرار بأصل النسب على الغير شرطه أن يثبت أولا النسب من الخير الذي يراد تحميل النسب عليه حتى ينسحب على المقر.²

الفرع الثاني: دعاوى النسب الثابتة بالإقرار

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

فإذا كانت الدعوى ليس فيها تحميل النسب على الغير فإنها تقبل مجردة إذا كان المدعى عليه على قيد الحياة فالدعوى تسمع ولو كانت أصلية أي ليست متصلة بحق آخر فإن أقر المدعى عليه ثبت النسب، وفي حالة وفاته لا تقبل إلا إذا اقترنت بحق آخر مطالب به كحق الميراث، لأنها دعوى على الميت و الدعوى على الغائب لا تسمع إلا إذا كانت ضمن حق آخر.³

أما بالنسبة للدعوى التي فيها تحميل النسب على الغير فهي تقبل متى تضمنت المطالبة بحق آخر على الغير، وإذا سمعت الدعوى فإن أقر المدعى عليه ثبت النسب و إن أنكر طوالب المدعي بإثبات دعواه، مثال ذلك دعوى الأخوة في ضمن دعوى النفقة.⁴

¹ - محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 3، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص 436.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 239.

³ - محمود محمد الطنطاوي، المرجع السابق، ص 338 ، أيضا: الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، د س ن، ص 400 وما بعدها . أيضا: محمود

الفرع الثالث: حكم نسب المتبني و اللقيط من الإقرار.

تأثر المجتمعات الإسلامية بالثقافات الغربية بالإضافة إلى الآثار الإيجابية كان لها الكثير من الآثار الجانبية أو السلبية، من بينها تعشي 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 إليه¹. وقد ورد حكم التبني في قوله تعالى " (3).....وما جعل أديانكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل (4) ².

وقد حرم المشرع الجزائري التبني وهو ما نصت عليه المادة 46 ق أ، " يمنع التبني شرعا و قانونا " وعليه فإنه لا يجوز لأي مسلم جزائري كان أو غيره أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني ولا يجوز له أن ينسبه إليه ولا تسجيله في سجلات الحالة المدنية ³. أكدت على ذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه " من المقرر أنه يمنع التبني شرعا و قانونا .

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا و قانونا...⁴

رغم أن المشرع الجزائري لا يجيز نظام التبني فقد أقر بنظام الكفالة التي هي التزام

محمد الطنطاوي، المرجع السابق ، ص 338.

¹ - نسرين شريقي ، وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2010، ص 63.

² - سورة الأحزاب الآية 3 و4.

³ - نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق ، ص 64.

⁴ - قرار بتاريخ 1994/06/28 ، ملف رقم 122761، ع خ 2001، ص 155، نقلا عن: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 42.

على وجه التبوع للعناية بولد قاصر من نفقة وتربية وقد نظمها في المواد من 116 إلى 125 من ق أ، وتتم الكفالة بمقتضى عقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق ولا فرق في المحكم ذلك بين ما إذا كان المكفول مجهول أو معلوم النسب حيث يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم¹ وتطبق عليه المادة 64 من ق ح م² ، إذا كان مجهول النسب. ورغم إقرار المشرع الجزائري بنظام الكفالة إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 92-24³ أثار الكثير من النزاعات فهناك من أيد هذا المرسوم واعتبر أنه في صالح المكفول لأنه يتعلق بتسهيلات إدارية فقط، أما الرأي الرفض يرى أن هذا المرسوم أدخل التبني في القانون الجزائري بصورة مستترة.⁴

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 بالطلب⁵ "

ثانيا: حكم نسب اللقيط اتجاه الإقرار.

يعرف اللقيط بذلك 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

¹ - نسرين شريقي و كمال بوفوروة ، المرجع السابق، ص 64 .

² - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية. المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 | المؤرخ في 09 غشت 2014، ج ر ع 49، المؤرخة في 20 غشت 2014. نصت المادة 64 من على ما يلي: " يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصريح..... يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء " .

³ - المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المؤرخ في 13/01/1992 ، الخاص باستلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم، ج ر ع 05 صادرة في 22/01/1992 ، يتم المرسوم رقم 51-157 المؤرخ في 03/06/1971، المتعلق بتغيير اللقب.

⁴ - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 134.

⁵ - نقلا عن: بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 143.

ثبت نسبه لمن أقام البينة على دعواه.¹

أولى المشرع الجزائري هذه الفئة بنوع من الرعاية حيث كلف كل من وجد لقيطا أن يسلمه إلى رجال الشرطة القضائية ويقومون هؤلاء بتسليمه إلى إحدى دور الرعاية². وهو ما نصت عليه المادة 67 من ق ح م " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه." وفي مقابل ذلك نصت المادة 3/442 ق ع، على معاقبة كل شخص وجد طفلا ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون وقد جاء فيها بأنه " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون...."³

المطلب الثاني : البينة كوسيلة لإثبات للنسب.

قديمًا وقبل ظهور الكتابة ولما كان الناس يعرفون بالصدق والأمان كانت البينة تعتبر من أقوى الأدلة إلا أنه وبعد ظهور الكتابة أصبحت البينة يتردد في الأخذ بها على مستوى القضاء خاصة في المسائل المدنية التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة، أما في مجال النسب تعتبر البينة من بين أقوى الأدلة التي يثبت بها النسب بجانب الفراش، وعليه سيتم التناول في هذا المطلب مفهوم البينة (الفرع الأول)، ودورها في إثبات النسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم البينة.

تعتبر البينة أقوى دليل إثبات على الإقرار فهذا الأخير يكون حجة على المقر فقط ولا يتعداه إلى غيره، بينما البينة هي حجة متعدية فلا تقتصر على المدعى عليه وحده وإنما تثبت في حقه وحق غيره. سنتطرق هنا إلى تعريف البينة وبيان أنواعها.

أولا : تعريف البينة.

¹ - نسرين شريقي وكمال بوفوروة ، المرجع السابق ، ص 65.

² - نسرين شريقي و كمال بوفوروة ، المرجع السابق ، ص ص 65-66.

³ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 ، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04/02/2014، ج ر ع 07، المؤرخة في 16/02/2014.

تعرف البينة على أنها أقوال الشهود المعروفين بالصدق والأمانة حيث يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع وتعتبر بذلك دليلا مباشرا، وللبينة كدليل إثبات معنيين: معنى عام: وهو الدليل أيا كان نوعه كتابة أو شهادة أو قرائن. معنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة¹. من خلال هذا التعريف نستنتج أن للبينة أو الشهادة مجموعة من الخصائص منها:

- أن حجيتها اتجاه الخصوم غير قاطعة بمعنى أن ما يثبت بالشهادة يصح نفيه بشهادة أخرى مقابلة.
- الشهادة حجة متعدية أي أن ما يثبت بها يعد حجة قبل الكافة على اعتبار صدورها من شاهد عدل ولم يوجد ما ينفي دلالتها.
- الشهادة دليل مقيد إذ أنه لا يجوز الاستعانة بها إلا في إثبات الوقائع القانونية المحددة تشريعيا²

وفي مجال الأحوال الشخصية فقد نص المشرع في المادة 40 من ق أ، على البينة كدليل لإثبات النسب والقراءة الأولية لهذه المادة تظهر أن المشرع لم يبين المقصود بالبينة هل هي كل ما يسمح أن يكون حجة بينة أم أنها قاصرة على شهادة الشهود؟

إلا أنه هناك من ذهب إلى القول أن المقصود من البينة الواردة في المادة 40 من ق أ، كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيره من وسائل الإثبات³. ما يعني أن المقصود من البينة هي شهادة الشهود.

ثانيا: أنواع البينة.

الأصل والقاعدة أن الشهادة تكون مباشرة إلا أنه هناك أنواع أخرى للشهادة قد يأخذ بها

¹ - بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط3، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص ص 188-189.

² - همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات: المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 305.

³ - نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 62 .

على مستوى القضاء في حالة غياب الشهادة المباشرة.

1/ الشهادة المباشرة: هي ما عرفه الشاهد بصفة مباشرة إما لأنه وقع تحت بصره كالذي يشهد بواقعة مادية رآها، أو لأنه سمعها بنفسه، أو لأنه عاينها بالسمع و البصر شأن من يحضر واقعة الولادة مثلاً.¹

2/ الشهادة السماعية: هي شهادة على شهادة حيث يشهد فيها الشاهد بما نقل إليه من الشاهد الأصلي بشأن الواقعة المشهود بها. ويمكن تحري صدقها من خلال تتبع مصدرها، بالإضافة إلى أن من يرويها يتحمل مسؤولية شخصية عما أدلى به من وقائع.²

3/ الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما تسامعه الناس عن واقعة معينة، فالشهادة هنا تنصب على الرأي الشائع بين الناس على الواقعة المراد إثباتها، هذا النوع من الشهادة لا تقبل إلا فيما نص عليه القانون.³

4/ الشهادة بالشهرة العامة: وهي ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي تدون فيها وقائع معينة ويشهد فيها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة.⁴ من هنا يتضح أن الأصل في الشهادة بمختلف أنواعها أنها شفوية، ويجب فيها أن تصدر أمام القضاء طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً وأن الشهادة التي يحصل الإدلاء بها خارج القضاء لا عبء لها ويشترط في موضوع الشهادة أن يتوافر على الشروط العامة في محل الإثبات بأن يكون موضوع الواقعة متنازع عليها وجائزة للإثبات قانوناً.⁵

الفرع الثاني: دور البيئة في عملية إثبات النسب.

اختلف الفقهاء في البيئة التي يثبت بها النسب إلى عدة آراء وهي على النحو التالي:

¹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 305.

² - المرجع نفسه، ص ص 305-306.

³ - محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 208-209.

⁴ - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 191.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 209-210.

1/ يكون إثبات النسب بالبينة عند الأحناف والشافعية بشهادة أربع نسوة لأن الأصل في الشهادة أن الحجة لا تتم إلا بشهادة رجلين والمرأتان تقومان مقام رجل واحد في الشهادة.

2/ أما عند المالكية النسب يثبت عن طريق البينة بشهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين¹، لقوله تعالى " ... و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان من ترضون من الشهداء... (282) ".²

تكون الشهادة هنا بمعاينة المشهود به أو سماعه، ففي حال رؤية الشاهد أو سماعه الواقعة معينة بنفسه جاز له أن يشهد لقوله صلى الله عليه و سلم لشاهد " ترى الشمس؟ قال نعم. قال على مثلها فاشهد. أو دع .³

وعليه إذا ادعى رجل نسب ولد وكذبه ذلك الولد في دعواه وأثبتها المدعى عليه بالبينة القاضي الحكم بثبوت نسب هذا الولد من الرجل الذي ادعاه وأقام البينة على دعواه و يترتب على ثبوت نسبه كل الحقوق الشرعية.

أثير تساؤل فقهي و قانوني حول مدى قبول شهادة المرأة منفردة دون شهادة الرجل في إثبات النسب؟

ذهب جمهور الفقهاء في هذه المسألة إلى القول أنه تكفي شهادة المرأة وحدها، وذلك في حالة قيام الزوجية، لأن النسب ثابت بالفراش والمراد هنا هو إثبات الولادة وتعيين المولود وهما من الأمور التي لا يطلع عليها غير النساء، حيث ثبت أنه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة.⁴

والثابت في التشريع الجزائري أنه تقبل شهادة المرأة الواحدة وهو ما نصت عليه المادة

¹ - العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 67.

² - سورة البقرة، الآية 282.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 386.

⁴ - محمود محمد الطنطاوي، المرجع السابق، ص 439، أيضا: رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 386.

62 من ق ح م، حيث جاء فيها "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء أو القابلات أو أي شخص حضر الولادة..."

الفصل الثاني

إثبات النسب بالطرق العلمية

الفصل الثاني : إثبات النسب بالطرق العلمية

أمام ما أصبحت تقدمه لنا العلوم البيولوجية اليوم في مجال إثبات النسب، والتي تمخضت عنها طرق أخرى تتفق وحرص الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي الشديدين على نظافة النسب ونقائه وصدقه، الذي يبعدنا كل البعد عن التلاعب والتزوير فيه، وهو ما يعرف باصطلاح "الطرق العلمية" والتي كرسها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 05/02 المعدل لقانون الأسرة (المبحث الأول).

كما أن القول بالأخذ بهذه الأدلة العلمية في هذا المجال يستدعي منا البحث أولاً في حجيتها ومدى إعمال القاضي سلطته التقديرية في الأخذ بها (المبحث الثاني).

ووقفاً عند هذا الاكتشاف العلمي الدقيق الذي يقوم بوظيفتين أساسيتين لا أكثر وهما: الإثبات والنفى، فإنه قد يحدث أن نكون أمام قاعدة تقليدية وأخرى علمية في إثبات النسب فمن الأولى بالإعمال؟ وإذا كان النفي مرتبط بأقوى دليل شرعي لنفي النسب " اللعان"، فما موقع الطرق العلمية منها (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

إن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أصبح ضرورة لا مفر منها، وإنه من غير المعقول تجاهل أهميتها في مجال إثبات النسب، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، الأمر الذي أدى بالمشروع الجزائري إلى إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب (المطلب الأول)، غير أن هذه الطرق عديدة لا يمكن حصرها لذا سنتطرق إلى نوعين فقط (المطلب الثاني)، كما أن البحث في كيفية اعتماد الطرق العلمية في القضاء، والإجراءات الواجب إتباعها، أصبح يشكل عوائق تحول دون إثبات النسب (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب

نتيجة للثورة العلمية التي شهدتها البشرية، خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات والتي نقلتنا نقلة نوعية من طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، فإنه قد برز دورها جليا في عدة مجالات منها النسب، والذي استقطب بدوره كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض ومؤيد لها.

إلا أن الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية، أصبح يميل للأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب¹. إذ هناك العديد من الدول التي سارعت إلى احتضانها صراحة وأقرتها بنصوص خاصة، نذكر منها: التشريع الفرنسي، التونسي، الانجليزي، الألماني إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية². واستنادا لهذا، ما هو موقف المشروع الجزائري من تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب؟.

إذا كانت جل التشريعات تجيز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإن المشروع الجزائري سكت عن ذلك فيما سبق، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 40 من القانون رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة قبل التعديل³، والتي كانت تطرح عدة تساؤلات من بينها: هل

¹ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 724.

² - المرجع نفسه، ص ص 737-742.

³ - حيث نصت م 40 منه على « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة والشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

يجب التقييد الحرفي بنص المادة؟ ومن ثم الجزم باستبعاد الاعتماد على الوسائل العلمية؟ أم أنه يمكن تأويل سكوت المشرع بأنه فتح المجال للقاضي بتكوين قناعته من خلال الدليل الذي يراه مناسباً؟ فكان النص بهذه الطريقة يفتح الباب للتأويلات المختلفة، مما يعد هدراً لحق الطفل في معرفة نسبه.

واعتباراً لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة، أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 في المادة 240 والتي تنص على ما يلي: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها، فجاءت العبارة عامة ومطلقة دون قيد أو حصر، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إحالة أطراف الخصومة إلى إجراء التحاليل اللازمة، مع إرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص.

فهو بذلك صاحب القرار إن تبين له من ملابسات وحيثيات القضية دواعٍ لذلك، أو كان رأيه متردد بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه أمانة جلية تدعم أحد الاختيارين، فيكون له بأن يعزز ضنه ويؤكد بالاستعانة بالوسائل العلمية على اختلافها، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة.¹

وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى الطرق العلمية، لا يكون مقترن دائماً بحالة ملاعنة الزوج لزوجته، ونفي نسب الولد منه، وإنما يجوز الاعتماد عليها في مجال إثبات النسب ضمن حالات عديدة منها:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها.

2- حالات اشتباه المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنايب، والأمثلة على ذلك عديدة منها حالات تبديل المواليد في المستشفيات، كأن يتم تسليم مولود إلى غير

¹ - اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 308.

أبويه خطأ أو عمداً، و أيضاً في بعض حالات الطوارئ. أين يتم خلط المواليد حديثي الولادة مع بعضهم البعض¹. ضف إلى ذلك حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث، أو الكوارث، أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم.²

3- الحالات التي يدعي فيها رجل أنه فقد ابنه منذ فترة طويلة و حول نسب شاب مجهول النسب أو العكس، كأن يدعى شاب نسبه إلى رجل معين فقد ابنه منذ فترة طويلة وذلك طمعا في أخذ أحدهما ميراث الآخر.³

وعليه فإن الطرق العلمية تساعد في الكشف عن حقائق، وللحديث عن ذلك وجب أولاً التطرق لأنواع هذه الطرق العلمية.

المطلب الثاني : صور الطرق العلمية لإثبات النسب

تقدم لنا اليوم العلوم البيولوجية مجموعة من الاكتشافات العلمية المختلفة التي تعد دلائل قوية، يقارب البعض منها حد القطعية في الكشف عن حقائق عديدة، منها إثبات النسب⁴ وبالنظر إلى القيمة العلمية لهذه الاكتشافات وأثرها في ثبوت النسب سنتطرق إلى أنواعها. إلا أنه لا يمكن حصر جميع الطرق العلمية لذلك سنتناول نظام البصمة الوراثية (الفرع الأول)، ونظام فصائل الدم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية

سنعالج هذا النظام من خلال ثلاث نقاط هي: تعريفها، خصائصها، وضوابطها.

أولاً: تعريف البصمة الوراثية

سنعرف البصمة الوراثية عن طريق تبيان مدلولها اللغوي، الاصطلاحي، والعلمي.

1- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 32.

2- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 324.

3- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 34.

4 - أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 277.

1- **المدلول اللغوي**: تتركب جملة البصمة الوراثية من كلمتين: البصمة والوراثة، لذلك يتعين تعريف كل منهما.

البصمة: جمعها بصمات، بصم، يبصيم، بصما، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه، ورسم، وطبع علامة على قماش وورق ونحوها¹. وأصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أي غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل². والبصم: بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين الأصبعين³.

الوراثة: من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثه وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له⁴.

2- المدلول الاصطلاحي:

في الحقيقة المدلول الاصطلاحي للبصمة هو بعينه المدلول العلمي ولقد تعددت تعاريفها، فقولها هي "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"⁵.

كما عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي "البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه" فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحمض النووي⁶. لكن ما هو الحامض النووي وما أهميته في مجال إثبات النسب؟

3- التعريف العلمي للحمض النووي وأهميته في مجال إثبات النسب

1 - أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 214.

2 - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج4، د.ط، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص 81.

3 - ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، أ.ب.ت، ت، ط1، دار صادر، لبنان، 1997، ص 210.

4 - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، د.ط، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص 182.

5 - أقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 241.

6 - حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 20.

الحامض النووي أو ما يعرف بـ (DNA) هي الحروف الأولى لمصطلح Deoxyhiboncuhic، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف (DNA)، وهي اختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية. ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذا يطلق عليه "النووي"، ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر.¹

وهكذا يمكن اعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأب وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة، وهذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

للبصمة الوراثية للإنسان مجموعة من المميزات نذكر منها:

- يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدم واللعاب أو الأنسجة كالشعر والجلد والعظام، وذلك يعود لتطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم. كما أن الحمض النووي يمتاز بقوة ثبات كبيرة جدا في أشد الظروف البيئية على اختلافها من حرارة، رطوبة، وجفاف فله قدرة على مقاومة عوامل التحلل والتعفن لفترات طويلة جدا.²
- دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعيت فيها الشروط اللازمة، فقد تصل نسبة نجاحها حسب آراء الخبراء والأطباء إلى نسبة 99.07% في دعاوي الإثبات حيث تقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي قد تصل في ظرف زمن قصير إلى نسبة 100% مما سيجعلها سيده الأداة.³

¹ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 254.

² - حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 24.

³ - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 24.

إن الغاية مما أوردناه أعلاه هو الوصول إلى أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية والعملية وسيلة لا تخطأ في التحقق من الوالدية البيولوجية¹، إذا تحققت فيها ضوابط وشروط استخدامها فما هي هذه الضوابط؟

ثالثاً: ضوابط استخدام البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية أسلوب فني عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفض النزاعات، إلا أن العمل بها لا بد أن يحاط بجملته من الضوابط حتى لا يستعملها البعض وسيلة للتعدي على حقوق الآخرين، وهذه الضوابط نوعين: مهنية وموضوعية.

1- الضوابط المهنية

1- أن يتولي مهمة الكشف عن الطبيعة الشخصية خبراء وفنيون مسلمون، لاعتبار أن نتائجها ستكون حقائق تبنى عليها أحكام شرعية، ولأن الكافر لا يؤتمن على مثل هذه الأمور رغم أنهم السباقون لاكتشافها، وإنشاء المخابر المعتمدة من أجل ذلك.²

2- وجوب الكفاءة والدراية التامة بعموم وأدق التفاصيل لهذا الأسلوب إضافة إلى الأمانة والموضوعية العلمية، هذا ويجب ألا تكون أية قرابة، صداقة، عداوة أو مصلحة بين أطراف الخصومة والقائمين على ذلك.³

3- من أجل مصداقية أكثر يجب تكرار التحليل في مختبرين منفصلين، وإلا في مختبر واحد من طرف خبيرين. غير أن مسألة التكرار كانت محل خلاف للصعوبات التي قد تواجه الأفراد من أجل ذلك، وفي هذا الصدد تقول الدكتورة أقورفة زبيدة أن المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة.

2- الضوابط الموضوعية

¹ - حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 25.

² - أقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص 247-248.

³ - المرجع نفسه، ص 248.

1- يمنع استخدام الشفرة الوراثية للتأكد من نسب ظاهر مستقر بأحد الطرق الشرعية، لما في ذلك من إثارة الشكوك والظنون وتشتت العلاقات الأسرية. مع التماس القبول المسبق الحر والواعي من المعني في حالة استخدامها. وللقاضي كامل السلطة التقديرية في إحالة الأطراف المعنية على اختبارات الكشف الوراثي.¹

2- يستخدم فحص DNA في المجالات التي حصرها الفقهاء كالتنازع حول النسب أو كنتيجة لانعدام الأدلة أو تعارضها أو حتى اتفاقها ولغيرها أسباب.²

الفرع الثاني: نظام فصائل الدم في مجال إثبات

النسب قبل التطرق إلى نظام فصائل الدم الواجبة لإثبات النسب سنتطرق إلى تعريف الدم.

أولاً: تعريف الدم

لغة: جمع دماء ودمي، دمان ودميانودموان، هو سائل حيوي أحمر اللون يسري في الجهاز الدوري للإنسان والحيوان، وينقل العناصر المغذية خلال الجسم بواسطة الأوردة والشرايين، فيقال أراق دمه سفكه، قتله، أهدر دمه، أباح قتله، ويقال جمد الدم في عروقه، خاف، ذعر وذهل.³

اصطلاحاً: هو عبارة عن نسيج سائل أحمر قاني، يقوم بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء، فهو يجري داخل الجسم أي الشرايين والأوردة والأوعية الدموية بفضل انقباض عضلة القلب.⁴

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، أحكام الزواج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 403.

² - اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص 247-248.

³ - أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 772.

⁴ - عدنان حسن عزايمة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 1990، ص 193.

ونتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي "لاندستينر" عام 1900، تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة وهي الفصيلة-O¹. AB-B-A

ثانياً: أهمية فصائل الدم في إثبات نسب الأولاد إلى الأب أو الأم أو كلاهما

وبناء على ما تقدم فإن وراثة الفصائل الدموية تبين أن جود المستضدات B و A (Antigens)، أو عدم وجودها يعتمد على وجودها في الآباء وتنتقل من جيل إلى آخر بناء على قوانين وراثية تتحكم في وجودها.²

وبالرجوع إلى ما أظهرته الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة، تبين أن دم بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل منها مميزات، ومعنى ذلك أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها. ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم، وبالإمكان معرفة بنوة أي أب أو أم لشخص ما من تطابق مادة الابن مع مادة الأب والأم.

إن العمل بنظام البصمة الوراثية، وفصائل الدم والاعتماد على نتائجها في الكثير من المسائل بما فيها إثبات النسب، ينبغي أن يجري في ظروف جيدة تسمح بإعطاء نتائج دقيقة، إلا أنه غالباً ما يواجه العمل بها عوائق قانونية وأخرى مادية، فما هي هذه العوائق؟

المطلب الثالث : عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب

¹ - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة، 2000، ص 278.

² - بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 53.

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة، لن يحدث في غالب الأحيان إن لم يكن بطريقة تلقائية، ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول من خلالها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة ولاسيما عندما يكون سيء النية.¹

فقد يتمسك الخصم بأن خضوعه لأي فحص طبي أمرا يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، بل قد يحتمي بمبدأ حرمة الجسد وحرمة الحياة الخاصة وهي في الحقيقة كلها عوائق قانونية (الفرع الأول).

كما أنه يستلزم لنجاعة الطرق العلمية في كل المجالات عامة والنسب خاصة، وجود إمكانيات مادية وبشرية مؤهلة من مختبرات وأخصائيين ، الأمر الذي قد يشكل عوائق تحول دون العمل بهذه الطرق، وهي في الحقيقة عوائق مادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوائق القانونية

يمكن تلخيص العراقيل القانونية في ثلاث:

أولاً: عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد

السؤال الذي يثور هنا هو: هل يمكن لمبدأ حرمة الجسد أن ينحني أمام حماية قيم أخرى ذات أهمية كإثبات البنوة؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فإلى أي مدى؟

لا شك أن مبدأ السلامة الجسدية يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر، وأن إجبار الشخص على الخضوع لمثل هذه الاختبارات يمثل نوعاً من الاعتداء على هذا المبدأ، إذ لا بد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية². استناداً إلى الحق في

¹ - محمد محمد أبو زيد،، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، الكويت، 1997، ص 286-287 .

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، المرجع السابق، ص 403.

السلامة الجسدية طبقا للمادة 1/161 وما يليها من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.¹

إلا أنه بمفهوم المخالفة لا يجب أن يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعديا شديدا على حقوق لا تقل أهمية عنه.

فالنسب ذا أهمية بالغة يستمدها من ثلاث أوجه، فهو حق مشترك بين الله تعالى وبين الأم والأب والولد، فهو يعد حقا لله تعالى لأنه يتصل بحرمان أوجب الله رعايتها وهذه الأخيرة لن تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب. أما وجه كونه يعد حقا للأم فلان نسب الولد لأبيه يدفع عنها تهمة ارتكاب الفاحشة والعار عنها.²

وكونه حق للأب فهذا لأنه يتمثل في ثبوت ولايته وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، إضافة إلى حق ارثه إذا مات الولد قبله والحق في إنفاق الولد عليه إذا كان محتاجا والابن قادرا. أما آخر وجه فهو حق الولد في النسب الذي يدفع العار عنه.³

إن كل هذا يؤكد على ضرورة حماية الأنساب وإيجاد أدنى الحلول التي يمكن أن تحدد لنا هوية مجهولي النسب، الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى الطرق العلمية، وبالتالي وجود ضمانات كفيلة في إثبات النسب وهو ما شدد عليه المشرع الجزائري لتفعيل دور هذه الطرق فيما يخص انتهاك السلامة الجسدية.⁴ هذا وأن المرسوم التنفيذي رقم 92-276 الذي يتضمن

¹ - القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/98 المؤرخ في 19/08/1998 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الصادر بالجريدة الرسمية، ع8، حيث تنص م 1/161 على "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو شخصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"

² - محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، الكويت، 1997، ص 302.

³ - المرجع نفسه، ص 303.

⁴ - حيث تنص م 35 من دستور 1996: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

مدونة أخلاقيات الطب¹ قد أورد بصيغة الأمر على الطبيب المكلف بالخبرة الذي يعينه القاضي أو أي سلطة أو هيئة أخرى إخطار الشخص المعني بمهمته قبل مباشرته لها.²

والواقع أننا بهذا نشجع الأفراد على التحجج بمثل هذا المبدأ الذي قد يستعمله البعض بغية الهروب من المسؤولية، مما يعد هدرا لحق الطفل في معرفة نسبة الحقيقي.

ويقول الدكتور محمد أبو زيد في هذا الصدد، أن الامتناع عن الخضوع لفحص الدم بما يتضمنه من عرقلة إقامة الدليل على إثبات البنوة، يمثل بالفعل اعتداء على قيم تتصل بالكيان المعنوي للإنسان، مما يستلزم نزولا على مقتضى هذه القيم المساس بالجسد، خاصة أن الفحص الحديث للدم يقدم الدليل على نفي النسب وإثباته بطريقة لا تقبل الشك.

والواقع أن للأطراف مطلق الحرية في رفض الخضوع للفحص أو الطعن في نتيجة التقرير ذاتها بالتزوير أو الخطأ بطلب خبرة مضادة³. إلا أن هذه الضمانات القانونية شرعت لغلق باب المشاكل الناجمة عند اللجوء إلى هذا الدليل العلمي، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب، مما يسمح للقاضي عند الاقتضاء أن يكره الشخص على الخضوع لها، لمصلحة هذا الشخص ومصلحة الطفل لمعرفة أصوله البيولوجية ومصلحة العدالة.⁴

إنه من الواضح أن المشرع يسعى جاهدا إلى توفير كل الفرص التي من خلالها يكشف الحقيقة التي تؤدي إلى معرفة النسب الصحيح، لكن هل يعني هذا أن نطاق الأدلة قد تتوسع بأن تعطى للخصم الحق في أن يجبر خصمه بتقديم ما بيده من أدلة تساعد على إظهار

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 52، بتاريخ 1992/07/08

² - حسب المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب فالخبرة هي: "عمل يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما، الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

³ - اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 264.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 403.

الحقيقة؟ هذا الذي سيؤدي بنا إلى دراسة صعوبة ثانية قد تواجه اللجوء إلى الطرق العلمية الإثبات النسب.

ثانياً: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه، على أساس تصور معين للخصومة، و هو أن كل طرف فيها يدافع على مصالحه، فيبحث عن كل ما يمكن أن يقلب الدعوى لصالحه دون الحاجة إلى معاونة الطرف الآخر بتقديم ما يكون بيده من أدلة. فالطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، ويعجز عن تقديم الدليل الذي يؤيد ادعائه يخسر الدعوى، في حين يكسبها الطرف الآخر.¹

غير أن اتجاهها حديثاً يرفض هذا الاعتقاد السابق، ويرى أن على الخصوم التزام بالمشاركة والمعاونة في الإثبات، بمعنى تقديم كل ما يمكن أن يساعد في الكشف عن الحقيقة، مما يتحمله الطرفان مجتمعان. وهو ما سوف يلقي انتهاكا إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ أنسجة وخلايا من جسمه لإثبات البنوة أو غيره، والذي يعد إجباراً للشخص على تقديم دليل ضد نفسه، الأمر الذي يجعله باطلاً إجرائياً²، وإن كان القانون يسمح بمخالفة المبدأ استثناءً مثل ما يتعلق بالمواد التجارية. وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي كان قد أخذ فيمل سبق موقفاً أكثر صراحة من غيره، فقد جاءت المادة 10 من القانون المدني والمعدلة بالقانون الصادر في 05 يوليو 1972 تكريس مبدأ عام بمقتضاه يخول القاضي سلطة تقديرية في إجبار الخصوم والغير عن طريق الغرامة التهديدية بتقديم ما لديهم من مستندات³، كما أن للبصمة الوراثية نصيب من ذلك.

ويظهر مما سبق أنه بالرغم من إمكانية التحجج بمبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه بالنظر إلى هذه المستجدات الطبية، فإنه حتى يستجاب لهذه التطورات

¹ - محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 298.

² - المرجع نفسه، ص ص 299-300 .

³ - المرجع نفسه، ص ذاتها.

يجب أن تشمل حركة التعديل عددا من القوانين، وهي بدورها ستوفر حماية للطرفين المنكر للنسب الذي يحتج بهذا المبدأ، والطفل مجهول النسب.

ثالثا: حرمة الحياة الخاصة

لكل فرد منا حياته الخاصة، فلا يجوز انتهاكها بأي شكل من الأشكال، كما أن المشرع الجزائري اعتبرها حق دستوري تضمنه الدولة، وذلك استنادا إلى المادة 34 منه.¹ فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية في مجال النسب، وخصوصا فحص الحامض النووي، فهي تفتح الباب للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال النمط الوراثي الذي يتميز به كل شخص، ما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة، وهي التي كانت ذات طابع شخصي خاص.²

إن حماية هذه المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية تعد حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة، وعدم إفشاء السر المهني حسب المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

يتضح مما سبق ذكره، أنه لكي تعتبر الطرق العلمية وسيلة فعالة في إثبات النسب لا بد أن تخضع ل ضمانات قانونية، لغلق باب المشاكل المترتبة عن اللجوء إلى إحدى الأدلة العلمية، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية للطفل. فلا بد من الحصول على موافقة من يخضع للفحص، إضافة إلى حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق الشخصية والذين يشكل بدورها ضمانا ثالثة هي عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

إلا أن هذه الضمانات القانونية إن وجدت فإنها لا تكفي لوجود عقبات أخرى تقف أمام إبراز النسب الحقيقي للطفل.

¹ - تنص المادة 34 من دستور 1996 على ما يلي: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي وأي مساس بالكرامة".

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 403.

الفرع الثاني: العوائق المادية

بعد وصول القضية المتنازع فيها حول نسب الطفل أمام الجهة القضائية المختصة يقوم القاضي المخول قانونا بالنظر في وقائع القضية، وأقوال المتخاصمين، ويقدر بسلطته مدى وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب خاصة إذا كانت الدفوع التي يؤسس الأطراف عليها دعواهم لم تكون قناعة لديه للنطق بالحكم.¹

ولا يمكن بأي حال من الأحوال القاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة الخبراء والعلماء المختصين في ذلك، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية.

إن المعمل الوحيد المرخص له بالجزائر للقيام بالفحوصات الطبية هو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن مقره بين عكنون، الذي أنشئ سنة 2004، وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006. وقد تفرع عن المختبر المركزي للشرطة العلمية مختبران جهويان، أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة ببنياية مديرية الشرطة العلمية والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية. وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن والعدالة، ويتشكل مستخدميها من موظفي الشرطة والأعوان المدنيين من مختلف التخصصات.²

ولعل استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع، يعد عائقا ماديا يحول دون تحقيق إرادة القاضي في الكشف عن النسب الحقيقي، وبالتالي التقليل من فئات مجهولي النسب.

إضافة إلى ذلك فإن اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز على وجوب توافر مختبرات معززة بأحدث التجهيزات، التي يتم بواسطتها الكشف عن العينات، إضافة إلى خبراء وفنيون ذوي

¹ - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 263.

² - المرجع نفسه، ص 267، هامش رقم 1.

كفاءات عالية ودراية تامة بهذا المجال. بالمقابل يتطلب ذلك تكاليف باهظة يتقاضاها الخبير أو تصرف للمختبر مباشرة، وهي من المصاريف القضائية التي يتحملها أطراف الدعوى، خاصة إذا رأى القاضي وجوب تكرار الفحص في مختبرين منفصلين¹. مما يثقل كاهل المواطن البسيط الذي قد لا يستطيع حتى على دفع مبالغ الخبرة الواحدة.

وفي الأخير، فإنه على الرغم من الصعوبات والمشاكل التي قد تواجه استخدام الطرق العلمية في مجال منازعات البنوة، فإنه لا يمكننا تجاهل الدور الذي تلعبه في مجال إثبات النسب من خلال دقة نتائجها، فإلى أي مدى يمكن أن تكون نسبة الخطأ فيها؟ وهل جميع الطرق العلمية قطعية الدلالة في إثبات النسب

المبحث الثاني : حجية الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي، والذي نجم عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية، تستخدم في الكشف عن حقائق غامضة منها إثبات النسب والتي نصت عليها المادة 2/40 ق.أ.ج.

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تحديد حجية الطرق العلمية مما يدفع بنا إلى التساؤل حول قيمتها القانونية ومدى دقة نتائجها في هذا المجال (المطلب الأول)، ثم نبين ما بيد القاضي من سلطات في الأخذ بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : قوة الطرق العلمية في إثبات النسب

نظرا لسكوت المشرع الجزائري عن قيمة هذه الوسائل العلمية، فإن العمل بها يؤسس انطلاقا من عموم النصوص، ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة ونتائجها فيكون بناء على ذلك الحكم بقطعية هذه الطرق العلمية (الفرع الأول)، أو ضنية الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق علمية ذات حجية قطعية

¹ - إقرفة زبيدة، المرجع السابق، ص 265.

اتفق جل الفقهاء المحدثين عن قطعياً بعض من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية¹. وإثبات البصمة عن طريقها هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الإنجليزي إريك جيفري سنة 1984، ينطلق من أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها، ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم². وللشفرة الوراثية نصيب من جانب الفقه الإسلامي إذ لا معنى لهذه الوسيلة إن كانت تخالف الأحكام الشرعية³.

ذهب جانب من الفقه إلى جواز الأعمال بالبصمة الوراثية في ثبوت النسب، تخريجاً من مذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية القائلين بجواز اللجوء إلى القياس⁴. وقد اعتمد أصحاب هذا المذهب في تدعيمه بعدة أدلة بعضها من السنة وأخرى من القياس نذكر منها:

1- السنة النبوية الشريفة: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت هذه لصاحبته، إنما ذهب بابنك أنت، فتحاكمتا إلى داود فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود رضي الله عنه فأخبرته، فقال انتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى»⁵.

فوجه الدلالة هنا، أن نبي الله سليمان رضي الله عنه قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

1 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 305.

2 - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 231.

3 - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 718.

4 - القياس نسبة إلى القائف، وهو الذي يعرف الأشباه فيعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، وهو كذلك الذي يتبع الآثار ويعرفها ويطلب الضالة والهارب، فعلى هذا تشتمل دلالاته من يلحق النسب ويقتص الأثر، مذكور من طرف: عدنان حسن عزليزة، المرجع السابق، ص 103.

5 - صحيح البخاري، كتاب الفرائض، ج3، باب قوله تعالى: "ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أوب"، ح رقم 3244، ص 1260، مذكور من طرف: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 720، هامش رقم 1839.

2- القياس: وقد استدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعدة أوجه، منها جواز الاعتماد عليها قياساً على القيافة بالاستناد إلى الصفات المتشابهة بين الآباء والأبناء والأمهات.¹

إضافة إلى جواز إثبات النسب بها قياساً على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات، المعاملات بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة.² ومن جهة أخرى فقد أفاد تعليق الأطباء على دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة بأن نتائجها حسبهم تصل نسبة النجاح فيها إلى 99.07 % .

وتكمن أهميتها البالغة من خلال تركيبية الحامض النووي الموجود في جسم الإنسان، فبتحليله نجده يحتوي على جزء معين ينفرد بصفات تبقى تلازم صاحبها مدى الحياة، ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية.³

ولمعرفة البصمة الوراثية لشخص ما، يتم فحص ADN لأحد المواد السائلة في جسمه، كالدّم أو المنى أو اللعاب، أو لأحد الأنسجة كالجلد، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبية لا توجد إلا عند شخص واحد هو الأب الحقيقي.⁴

ونتيجة لذلك أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية تميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية، التي على رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب. بل وقامت مجموعة من هذه

1 - إلا أنه ظهر مذهب ثاني يرى عدم قياس البصمة الوراثية على القيافة، كونها تعتمد الشبيه الظاهر، بينما تعتمد البصمة على شبه الخلية الجسمية للفرد، وذلك تفريعاً إلى ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، باعتبار أن الشرع حصر دليل النسب في الزواج فقط. حيث يرى حسن محمود عبد الدايم صحة رأي الجمهور وبطلان رأي مخالفهم بناء على ما استدل به المانعون للبصمة الوراثية، كون أنه لا مجال للرأي ما دامت السنة قد دلت على ثبوت النسب بهذه الطريقة.

2 - حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 720 - 721.

3 - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 23.

4 - المرجع نفسه، ص ص 23-24.

التشريعات بتنظيمها حيث أقرتها بنصوص خاصة نذكر منها التشريع الفرنسي والتونسي والانجليزي.¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص عليها بطريقة ضمنية من خلال المادة

40/2 من ق.أ. ج، بحيث جاءت العبارة عامة ومطلقة مما يجعل وسيلة الفحص الجيني داخلة في محتواها، كونها من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن النسب الحقيقي، والتي تساعد مستخدميها في الوصول تقريبا إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالفها ريب ولا شك.²

وبناء عليه نتائجها تقنية شبه قطعية، كونها مبينة على الصفات الوراثية العلمية والبيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي إلى حد بعيد، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار صدر عنها في 2006/03/05، من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أباً له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه، وهو الطاعن.³

فقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار باعترافها بدور الخبرة العلمية الطبية، وقوتها الثبوتية للنسب بدون منازع، والتي أصبحت مع تطور التجارب المخبرية لا تقتصر على مجرد عينات الدم، بل انصبت على مختلف الأنسجة و المواد السائلة.⁴

¹ - حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص 737، 741.

² - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 308.

³ - م.ع، غ.أ. ش، ملف رقم 35518، الصادر بتاريخ 2006/03/05، مجلة قضائية، ع1، 2006، ص 469.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 402.

ويتبين مما سبق أن هذا النظام يعتبر اكتشاف علمي عظيم، ذو مصداقية عالية وموثوقية تامة، مما يجعله يفرض نفسه في مجال إثبات النسب، فالعمل به يحفظ الأولاد من الضياع والأنساب من الاختلاط وتركه مضيعة وهدرًا لنسب الطفل.

الفرع الثاني: طرق علمية ذات حجية ظنية

إن الله تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم، فقال: «ولا تقف ما ليس لك به علم¹». كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتقاد الجازم مصداقًا لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرًا من الظن إن بعض الظن إثم»². فالآية لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه، وهو أن تبني على ما لا يجوز بناؤه عليه. وفي مثله إثبات نسب.

فإذا كان معظم علماء الطب والقانون قد اتفقوا على اعتبار بعض من الطرق العلمية ذات حجية قطعية الدلالة، نظرًا للخصائص الفريدة التي يتميز بها وفي مثالنا البصمة الوراثية. فإنه نظرًا لما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية، نعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبينة على أسس علمية وتقنية محضه.

إن هذه الطرق العلمية الظنية التي من بينها نظام تحليل فصائل الدم ونظام HLA المرتبط بالمناعة أو نظام المفززات اللعابية، تعد وسائل إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون نتائجها تبقى محتملة التحقق، فهي لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي³. ونظام فصائل الدم يعد خير مثال على إثبات البنية أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان ولكي نحكم على أهمية هذا النظام وجب تبين المرحلتين التي يمر بهما:⁴

¹ - سورة الإسراء، الآية 36. (4) سورة الحجرات، الآية 12.

² - أسماء مندور عبد العزيز بوخريمة، المرجع السابق، ص ص 310-311.

³ - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 277.

⁴ - محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 278.

1/ تحديد فصيلة دم كل من الطفل و الرجل والمرأة، والتراكيب الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل.

2/ يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

إذا وجد أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الوراثي لفصيلة الطفل، فمن المحتمل أن يكون أباه، لكن لا نستطيع أن نقطع بذلك لوجود الكثيرين ممن يحملون هذا الجين. أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فان هذا الدليل قاطع لنفي البنوة.¹

فيتبين لنا جليا أنه من خلال فحص دم الفصيلة التي ينسب إليها الزوج والزوجة والولد أمكن التوصل إلى فرضين: الفرض الأول هو أن فصيلة دم الطفل مخالفة بمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجية، هذا يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد. أما الفرض الثاني ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون كذلك، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرين، فيحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين.²

فقد أفادت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي أن تحليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتقاء النسب، أما بشأن ثبوته فالأمر مجرد احتمالات، وقد تقدمت العلوم البيولوجية الجديدة وأصبح ممكنا عن طريق اختبارات علم الوراثة التحقق من ثبوت النسب الا انتقائه فقط.

وينبغي الإشارة إلى أن هذه التحاليل الجينية المستحدثة لا تشكل هي الأخرى سلاحا مطلقا لأول وهلة، لأنه رغم حساسية هذه التقنية فإنه ينبغي على القضاء إحاطتها بشروط وضوابط للأخذ بها، وهو ما يجرنا للحديث عن سلطة القاضي في تعيين الخبير مع إبراز مدى صلاحيته في رفضها أو قبولها.

¹ - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 278.

² - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 23.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب

تنص المادة 40 في فقرتها الأخيرة «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب» فهي تلك الوسائل القطعية الدلالة التي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه غير أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازيا من خلال اللجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي (الفرع الأول)، ومطلق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها، خاصة من خلال ربطها الزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو النكاح الفاسد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأمر بتعيين خبير طبي

بمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب طفل أو أكثر، سواء تعلق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، أمام الجهة القضائية المختصة متبعا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك، فإن القضاة لدى تصديهم للفصل فيها، إذ اعتبروا أنهم يحتاجون إلى من ينورهم في خصوص المسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم دراية فيها يعمدون تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم، إلى أهل المعرفة فيكفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاع.¹

وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم، هم أعوان العدالة وأهم الخبراء القضائيين "أما العمليات التي يقومون بها فهي "الخبرة القضائية".²

إن تلك المعلومات والتفاصيل التي لا يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العلمي والمهني، قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحا إعمالا بالمادة 2/40 من ق.أ. ج وتطبيقها للمادة 126 من ق.م.إ.ج.³

¹ - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 263.

² - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 7.

³ - حيث تنص م 126 منه «يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة».

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية، وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولاً وفروعاً وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة وذلك حسب دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع، وفحصها ثم إعطاء النتيجة النهائية سلباً أو إيجاباً إلى الجهة القضائية المعنية¹. ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استناداً إلى نص المادة 128 من ق.إ.م.إ. ج.

والحاصل أن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي، الإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا بناء على سبب جدي كالقربة أو وجود مصلحة شخصية². كما أن القاضي هو المخول قانوناً بتقدير الأتعاب ومصروفات الخبرة استناداً إلى كشف الأتعاب والطرف الذي يتحملها³. حسب نص المادة 129 من ق.إ.م.إ. ج.

أما بالنسبة لأتعاب الخبير النهائية فيتم تحديدها من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة طبقاً للمادة 143 من نفس القانون والتي تنص في فقرتها الأولى: «يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع التقرير، مراعيًا في ذلك المساعي المبذولة، واحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز».

وعلى الخبير أن يتسلم أتعابه من كتابة الضبط لأنه يمنع استيفائها مباشرة من أطراف الخصومة، وإذا كان هذا الأخير قد استفاد من مساعدة قضائية فإن الخزينة العمومية هي التي تدفع بدلاً عنه وبالتالي يبقى الأمر بتعيين خبير طبي من الصلاحيات المخولة للقاضي، والتي تخضع لسلطته التقديرية في إصدار هذا الأمر من عدمه⁴.

¹ - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 264.

² - حيث تنص م 133 من ق.إ.م.إ. ج : «إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه لهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن . لا يقبل الرد إلا بسبب القربة المباشرة أو القربة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر»..

³ - محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 265.

وبالتالي يمكن القول أن القاضي المخول بالفصل في الدعوى- هو الذي يقدر بسلطته بعد النظر في وقائع و أقوال المتخاصمين مدى تحقق ضرورة الإستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه.

الفرع الثاني: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم انطلاقا من المادة 114 ق.إ.م.إ.ج¹
والمادة 2/40 من ق.أ. ج .

يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادها كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أو ردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد مطلقا بالخبرة، غير أنه ينبغي له حين ذاك تسبب استبعاده للخبرة. كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا، لعيب شكلي، أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

ورغم التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبرة في أحكام وقرارات القضاة، فإنها لا تفرض عليهم شيئا أبدا، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم².

وتلحق التقارير الطبية بالقضية ويمكن نقدها ومناقشتها، أو تبريرها بمقالات، وتبقى حقوق الدفاع كاملة. فللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة الطبية، والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، ما دام تقدير الأدلة موكولا لقضاة الموضوع³، فإنه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعدد المختبرات، فإن الأمر في هذه الحالة موكول لقضاة الموضوع أيضا، لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب الشرعي.

¹ - تنص م 114 من ق...م.! «يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة . القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة »

² - عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 35

³ - محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص 83.

حيث أن تقرير الخبير بعد إجراء التحاليل اللازمة هو تقرير صامت، يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه، فيأخذ ما هو مجدي، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير.¹

غير أن هذا الطرح لا يكون بنفس الوضوح في التطبيق دائماً، ذلك أن هاته الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها، وبالتالي يتمتع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة، ومن ثم فإن جهل القاضي بهذه الطرق العلمية ومحتواها قد يشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها. لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالاً ودون تحليل ومناقشة عناصره، وإذا فعل فإنه يمكننا القول أن القاضي يكون قد تنازل عن صلاحياته إلى الخبير الذي يكون هو نفسه من عينه.²

وما يجب توضيحه في الأخير، أنه رغم إمكانية جهل القاضي بمحتوى تقارير الخبرة الطبية، التي يمكن أن تساعد في إظهار النسب الحقيقي للطفل، فإنه إذا تلتقت هذه التقارير النقد، والمناقشة، فإنه يمكن أن تؤثر بشكل كبير على مجرى الحكم عن طريق إظهار الحقيقة المتعلقة بالنسب، غير أن صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي.

ونخلص في الأخير، أن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلاً قوياً في ثبوت النسب وحتى نفيه، مما يجعلها سلاحاً قوياً في يد القاضي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك، بهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب، وحتى نفيه، فما مكانة الطرق التقليدية في نفي النسب بين هذه الوسائل العلمية.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ص ص 399-400.

² - عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 35.

المبحث الثالث : الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب

إذا كان اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب طبقاً لأحكام المادة 41 ق.أ. ج¹، لاعتباره أقوى الطرق في مجال نفي النسب، وإن كانت الزوجية قائمة وأمكن الاتصال بين الزوجين. فإن العلوم الطبية قد أثبتت لنا وجود أدلة جد دقيقة، يغلب فيها اليقين عن الظن. ونخص بالذكر الفحص الجيني وفصائل الدم، اللذين يقومان بوظيفتان لا أكثر، الإثبات والنفي، وبالوقوف أمام نص المادة 2/40 م ق.أ.ج، فإن المشرع تركها مبهمة لأنه قصر الطرق العلمية على إثبات النسب دون أن يشير إلى إمكانية استخدامها في حالة النفي، في حين يمكن أن تتعارض نتائج هذه الطرق مع أقوال الزوج، حيث تطابق عينة الزوج مع عينة الولد فهل يصح الاعتماد على تلك النتائج وبالتالي إثبات نسب الطفل إليه وعدم الاستجابة لطلب الزوج للملاعنة؟ وإذا أثبتت النتائج صحة ادعاء الزوج فهل يكفي بها دون استكمال اللعان؟

للإجابة على ذلك ظهر اتجاهان الأول يرى تقديم اللعان على الطرق العلمية (الفرع الأول)، والثاني يرى تقديم الطرق العلمية عليه (الفرع الثاني).

المطلب الأول: مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

قبل التطرق إلى مضمون هذا المذهب ينبغي تعريف اللعان وشروطه ثم بيان موقفهم.

أولاً: تعريف اللعان

يعتبر اللعان عند اصطلاح الفقهاء عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن أو الغضب، وسببه: قذف الرجل زوجته قذف يوجب الحد في الأجنبية، بأن يقول لها: أنت زانية، أو رايتك تزنين، أو بالزانية يا زانية، أو بنفي نسب ولدها عن نفسه.²

¹ - تنص م 41 ق.أ. ج "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

² - أحمد فراح حسين، المرجع السابق، ص 162.

واللعان حكم شرعي ثبت بنص القرآن، وهو قوله تعالى: " والذين يرون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين قاع والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ولاي".¹

ثانيا: شروط اللعان : يشترط في اللعان عموما ما يلي:

- 1- قيام الزوجية بين المتلاعنين، ولو كان النكاح فاسد، مع وجوب أن يكون الزوجين مسلمين حرين مكلفين، لأن الصغير لو قذف لا يحد.²
- 2- التعجل في إجراء اللعان، وذلك خلال الآجال الشرعية حال رؤية الزنا أو الحكم بالحمل، ما لم يكن هناك عذر مقبول، غير أن المالكية اشترطوا الفورية بعدم العلم بذلك وجعلوه من يوم إلى يومين على الأكثر. إضافة ألا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة أو دلالة لأنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار.³

ثالثا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن ينفي النسب الشرعي الثابت بالفراش الزوجية إلا باللعان فقط، وعليه فقد توصل بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول: "بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان". وهذا ما يؤيده قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي حيث جاء فيه "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"⁴. وبالنتيجة لا يمكن إثبات النسب بعد أن ينتفي باللعان.

رابعا: حجج القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

وقد استدل أنصار هذا المذهب بأدلة نذكر منها.

1 - سورة النور، الآية 6-7.

2 - عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 165.

3 - المرجع نفسه، ص ذاتها.

4 - قرار مجلس مجمع الفقه في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة 21- 26/10/1422 هـ الموافق ل

2002/10/10

1- أن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان، ولو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها بالفاحشة، لأنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية. كما لا نستطيع أن نعتمد على الطرق العلمية فحسب فهي قرينة لا أكثر، وتقيم حد الزنا على الزوجة، بل لا بد من البينة، فكيف نقدمها على اللعان ولا نقدمها على الحد؟¹

2- إن إجراء يمين اللعان لها صفة تعبدية بخلاف الطرق العلمية التي تقوم على معرفة الحقيقة العلمية المجردة، التي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري². فلا يجوز شرعا الاعتماد على هذا النوع من الأدلة في نفي النسب، ولا يجوز اثبات النسب بها بعد نفيها اللعان، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لان في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم.³

إن من أهم الآثار التي يرتبها اللعان نفي الولد، وهو قطع نسب الولد عن الزوج وإحاقه بأمه وهو أثر اجمع عليه فقهاء المسلمين، وهذا يحدث رغم أن الزواج متحقق بشروطه.⁴ إضافة إلى ذلك فإن هذه الطرق العلمية تقدم لنا اليوم أدلة شبه قطعية ح ول انتفاء النسب، وإذا قلنا النفي فإن الفحص الحديث للدم وحتى فصائل الدم تعطينا دليلا على التحقق من ذلك، إذ ليس بالنادر أن يلجأ الزوج الذي يريد التهرب من ثبوت نسب الطفل منه إلى طلب إجراء اللعان، وباستكمال إجراءاته ينتفي النسب عنه وبالتالي يلحق الطفل بأمه، وهكذا يبدوا لنا وجود تعارض بين لجوء الزوجة للطرق العلمية لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب الزوج إجراء اللعان وما ينتج من تفريق بينهما⁵. وقد نجم عن ذلك ظهور مذهب ثاني يرى إمكانية تسبيق الطرق العلمية على اللعان.

1 - بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 82.

2 - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 331.

3 - أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص 324.

4 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 292.

5 - والواقع أنه تعارض ظاهري أكثر منه حقيقي، لأنه إذا أمكننا أن نكشف على أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان، وأن ثبوت النسب الولد للزوج لا يتعارض مع بقاء اللعان سببا للفرقة بين الزوجين، أمكن في نفس الوقت رفع التعارض بين

المطلب الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان

يمكن للطرق العلمية أن تكون بديلاً للعان فيستغني عنه بنتائجها إثبات ونفياً، لأن انتقاء النسب ليس من لزوم اللعان، فقد يثبت نسب الولد من الزوج، ويبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فقطع النسب ليس من ضرورة اللعان.¹

كما أن اللعان لا يلجأ إليه الزوج إلا إن انعدم الشهود، ولا يكون ثمة شاهد إلا الزوج فقط، لقوله تعالى: " ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم "²، حينئذ يجد اللعان موقفه وفقاً للآية الكريمة.

أما إذا كانت نتائج استخدام الطرق العلمية التي تثبت صحة ما يدعيه الزوج وتشهد القول به وبالتالي تنفي النسب عنه، فليس هناك ضرورة للعان، ذلك أن هذه التحاليل تقوم مقامه، كما أن نتائجها قطعية ويقينية، كونها مبنية على صفات وراثية علمية بيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يوسع دائرة معرفة الأب الحقيقي "البيولوجي".³

وتقول الدكتورة أقورفة زبيدة بخصوص موقع البصمة الوراثية من اللعان أن البعض قد قصرها على حالة إثبات نتائجها للبنوة بخلاف أقوال الزوج، فيعمل بها دون اللعان، كما تقول أن الدكتور محمد سليمان الأشقر قد ذهب إلى القول: "إذا ثبت باختبارات البصمة الوراثية أن الزوج هو الأب الطبيعي للمولود فإن ذلك يمنع نفي الولد عنه، لكن لا يسقط حقه في إجراء اللعان لأن المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت أو زنت ثم حملت من زوجها".⁴

فإلحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإذا أثبت الطرق العلمية نسب الطفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النفقة أو لغيرها من الأسباب،

استخدام فحص الدم المثبت للنسب واللعان كإجراء للتفريق بينهما، مذكور من طرف: محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 287.

1 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 289.

2 - سورة النور، الآية 6.

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 402.

4 - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 334.

فإن العدل يقضي أن نلحق الطفل بأبيه، ولا نمكن الأب من اللعان، لئلا يكون سببا في ضياع الطفل.

فيقول الدكتور عبد المعطي بيومي في هذا المجال والذي يعتبر من المؤيدين لهذا المذهب: "أن اللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم، وضعف فيه الوازع الديني، وأن الأخذ بالوسائل العلمية خاصة تحليل لـ DNA بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء، ومحقة لمصلحتهم، وواضحة للعدالة موضع صحيح، تردع المتطاولين على الشرف وتحفظ الأنساب..."¹

واستنادا لكل ما سبق ذكره يتضح لنا جليا المركز الحساس لكل من الطرق العلمية واللعان، كون هذا الأخير حكم شرعي نزل به الروح الأمين، أما الطرق العلمية فهي تلك الطرق التي تعبر لنا عن حقائق علمية يقينية يستبعد الاعتراض عليها، وبالتالي فمجال الاستفادة من هذه الأدلة المستحدثة مفتوح في مجال اللعان متى روعيت فيها شروط الحس والشرع.

فإذا كانت الغاية من وراء طلب الزوج للعان هو اتهام الزوجة ارتكاب الفاحشة دون ارتباطه بحمل، فهنا يلجأ للعان دون التحاليل الطبية لتأكيد وقوع الفاحشة، إذ الحد لا يقام بناء على نتائج الخبرة. أما إذا قصد الزوج نفي الحمل أو المولود عن صلبه دون اتهام للزوجة بالرديلة، ففي هكذا حالات يمكن أن تتدخل الطرق العلمية لحسم النزاع لإثبات نسب المولود الحقيقي دون حاجة لإجراء اللعان. والفصل الأبدي بين الزوجين، حيث ينتسب الحمل أو المولود إلى الزوج إذا تطابقت عينات الحمض النووي معه، وتقصى أبوته إذا تغيرت أشكال العينات دون أن يؤثر ذلك على سير الزوجية.²

وتضيف الدكتورة إقورفة زبيدة أنه إذا طالب الزوج باللعان لنفي الحمل الذي يعتقد أنه ناتج عن علاقة محرمة، فللقاضي كامل السلطة التقديرية في الأمر بإحالة المدعي صاحب الفراش على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الوراثية ومقارنتها مع الولد للتأكد أو لنفي دعوى الزوج، فسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة وواسعة بناء على المادة 2/40 من ق.أ.ج.

¹ - حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص 809-810.

² - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 335.

كما وأنه مراعاة لمصلحة الطفل من خلال صيانة حقوقه وعدم تعريضه لمختلف أنواع الإضرار، أولى بالإعمال من مصلحة الزوج لمجرد شكوك تلازمه.

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

خاتمة

خاتمة :

يعتبر النسب ومن خلال ما سبق من أهم الدعائم التي يقوم عليها المجتمع وكذلك الأسرة لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على حفظه من الضياع وذلك رعاية للولد ومنعا من اختلاط الأنساب، وهو ما ذهبت إليه مختلف القوانين العربية وما سار عليه القانون الجزائري وذلك من خلال سنه قواعد قانونية تبين من خلالها كيفية إثباته .

وكإجابة عن الإشكالية المطروحة يمكن القول أن المشرع الجزائري وفق من جانب أنه بعد تعديل المادة 1/40 من ق. أ، أصبح النسب يثبت بإحدى الطرق الشرعية دون أن تكون مجتمعة مثلما كانت عليه المادة قبل التعديل. 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: *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 الطبيعية القانونية لها.

- 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 عن 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.
- 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:

1/- 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.

2/- 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 ذهب إليه الشريعة الإسلامية و إن كان المشرع قد خالف الشريعة الإسلامية في نصه على نكاح الشبهة بدلا من الوطء بشبهة.

3/- أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك باعتباره طريق من الطرق الحديثة التي تساعد على الإنجاب، ولكن ذلك بتوفر مجموعة من الشروط تم تحديدها 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، وأن يتم برضا كل من الطرفين وأن لا يتم التلقيح باستعمال الأم البديلة.

4/- 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.

5/- النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يمكن نفيه و لا إنكاره إلا عن طريق شرعي واحد ووحيد، هو اللعان مع ضرورة توفر شروطه.

6/- 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 والباطن، أو بعد وفاة الزوج ، وذلك متى جاء الولد خلال مدة الحمل المحددة..

7/- يثبت النسب بالإقرار والبيينة الذين يعتبران طريقتين كاشفتين للنسب، بعد أن كان النسب نشئ بواقعة الزواج وتحقق الولادة.

8/- حتى يكون الإقرار بنوعية، الإقرار بالنسب على النفس والإقرار بالنسب على الغير صحيح لابد من توفر شروط صحته، كما أن النسب الثابت بالإقرار لا يمكن الرجوع فيه.

9/- 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.

10/- منعا من اختلاط الأنساب حرم التبني شرعا وقانونا .

11/- 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.

12/- 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.

13/- لا يمكن تقديم الطرق العلمية على الطرق الشرعية في إثبات النسب .

الاقتراحات:

1/- نص المشرع على أنه يثبت النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة والزواج الفاسد هو نوع من أنواع النكاح بشبهة، لذا فإنه على المشرع استبدال مصطلح النكاح الفاسد وتعويضه بالوط بشبهة.

2/- 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

لنسب، 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.

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 باللجوء إلى الطرق العلمية خاصة في الحالات التي ينعدم فيها الدليل الشرعي، أو في حالة تعارض هذه الأدلة وذلك لحسم النزاع .

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً : المصادر

1/ القرآن الكريم .

2/ الحديث وعلومه

- أ- محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003 .
ب- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحدود، ج 2، 2003، مكتبة الصفا،
القاهرة

ثانياً : الكتب

•- الكتب العامة :

- 1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الإسكندرية، 1998.
- 2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر
2009.
- 3- بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في التربية الإسلامية والقانون، د.ط، مؤسسة شباب
الجامعة، الإسكندرية، د. س. ن. ، دار النفائس، الأردن،
- 4- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط4، 2010،
- 5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث
الاجتهادات المحكمة العليا)، ج 1 ، أحكام الزواج، ط 4 ديوان المطبوعات الجامعية
2010.
- 6- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ج . أحكام الزواج، ط 3 ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 7- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1 2008، دار الخلدونية الجزائرية
2008.

- 8- حسين محمود عبد الصمد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1 دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2007.
- 9- رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان. 2007
- 10- سهام نهار البطون الجبور، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي القضاء العشائري الأردني، ط1 دار يافة العالمية الأردن 2010.
- 11- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2011 .
- 12- الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992 .
- 13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الالتزام)، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية.لبنان 2000 .
- 14- عبد العزيز سعد ،أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية،دار هومة، الجزائر 2008 .
- 15- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة الجزائر،. 1996.
- 16- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائرية في ثوبه الجديد ،ط1، دار هومة، الجزائر ، 2007 .
- 17- عدنان حسين عزايزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ط1، دارعمان للنشر والتوزيع، عمان،. 1990 .
- 18- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1 المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005 .
- 19- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .

- 20- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، الأردن . 2002 .
- 21- محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة الجزائر . 2002 .
- الكتب المتخصصة:
- 22- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دارالقلم ، الكويت ، 1983 .
- 23- أسماء ممدوح عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، ط1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 .
- 24- إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1 الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2012 .
- 25- حسام أحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2007 .
- 26- كمال صالح البنا ، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1 القاهرة 2002 .
- 27- نيايبي باديس، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري الإقرار ، البيئة، التلقيح الاصطناعي، البصمة الوراثية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر . 2010 .
- 28- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013 .

ثالثا : المقالات

- 1- فؤاد عبد اللطيف أحمد، البصمة الوراثية، ما لها وما عليها ومكانتها بين وسائل الإثبات ،مجلة معارف، السنة السابعة، ع13 ، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية ،جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، ديسمبر 2012 .
- 2- فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، (وفق قانون الأسرة الجزائري). مجلة معارف السنة الخامسة. ع8، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج. 2010 البويرة، الجزائر، جوان 2010 .

3- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب ، مجلة الحقوق، سنة 2001 ع1 الكويت 1997.

رابعاً : الرسائل والمذكرات الجامعية

- 1- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 .
- 2- 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.
- 3- بومجان سولاف ، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 2005/ 2006 .
- 4- شرقي نصيرة ، إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013/2012 .

خامساً : قرارات المحكمة العليا

- 1- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1991/10/28. ملف 1723، مجلة قضائية عدد 01 سنة 1997 .
- 2- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ : 1998/11/17 ملف رقم 210478، مجلة قضائية، عدد خاص. 2001 .
- 3- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2006/03/05 ملف رقم 35518، عدد خاص 2000.
- 4- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2001. عدد 4.01.

سادساً : القوانين والمراسيم

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 96-438. مؤرخ في 26 رجب 1417, الموافق 1997/12/07 يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28. الذي يتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, الصادر بالجريدة الرسمية, ع 76, المؤرخ في 1996/12/08.
- 2- الأمر رقم 70-20, المؤرخ 13 ذي الحجة, 1389 الموافق 19 فبراير 1970. المتعلق بالحالة المدنية.
- 3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري, المعدل والمتمم, الصادر بالجريدة الرسمية ع 78.
- 4- القانون 84-11 مؤرخ في 90 رمضان 1404, الموافق 9 يونيو 1984, المتضمن قانون الأسرة, المعدل والمتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية ع 15.
- 5- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985, يتعلق بحماية الصحة وترقيتها, المعدل والمتمم الصادر بالجريدة الرسمية ع 8.
- 6- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الصادرة بالجريدة الرسمية ع 14 مؤرخة في 2006/06/08.
- 7- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالجريدة الرسمية ع 21.
- 8- المرسوم تنفيذي رقم 11-122 المؤرخ في 20 مارس 2011, المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية.

ثامنا : مواقع الانترنت

1- <http://www.bouzeri.net>

2- نسب الولد بعد الفرقة بين الزوجين في القانون الجزائري.

عن www.droit7.blogspot.com. يوم 2016/02/21، الساعة 15:30

3- حجية الطرق العلمية في مجال إثبات النسب والعقبات التي تواجهها

عن www.droit7.blogspot.com. يوم 2016/04/04. الساعة 17:00

4- سعيد الزعيم ، إثبات النسب

عن www.marocdroit.com : يوم 2016/04/14 الساعة 18:00.

فهرس الموضوعات :

	شكر و تقدير
	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
الفصل الأول : الطرق الشرعية لإثبات النسب	
09	المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه
09	المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح
09	الفرع الأول: نسب المولود حال قيام الزوجية
10	أولاً: شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي
17	ثانياً: نسب الطفل الناتج عن الإخصاب العلمي
20	ثالثاً: نسب طفل الإستساح
22	الفرع الثاني: نسب الولد بعد الفرقة بين الزوجين
22	أولاً: ثبوت نسب ولد المطلقة
25	ثانياً: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها
25	ثالثاً: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها
25	المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة
25	الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد
25	أولاً: مفهوم الزواج الفاسد
26	ثانياً: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد
27	الفرع الثاني: إثبات النسب عند الوطء بشبهة
27	أولاً: تعريف الوطء بشبهة
27	ثانياً: أقسام الوطء بشبهة و قواعد إثبات النسب فيها
29	المبحث الثاني : الإقرار والبينة كوسيلتين لإثبات النسب.
29	المطلب الأول : الإقرار كوسيلة لإثبات للنسب.
29	الفرع الأول: التعريف بالإقرار.
29	أولاً: تعريف الإقرار.
30	ثانياً: أنواع الإقرار

33	الفرع الثاني: دعاوى النسب الثابتة بالإقرار
34	الفرع الثالث: حكم نسب المتبني و اللقيط من الإقرار.
34	أولاً: حكم المتبني من الإقرار.
36	المطلب الثاني : البيئة كوسيلة لإثبات للنسب.
36	ثانياً: حكم نسب اللقيط اتجاه الإقرار.
37	الفرع الأول: مفهوم البيئة.
37	أولاً : تعريف البيئة.
38	ثانياً: أنواع البيئة.
39	الفرع الثاني: دور البيئة في عملية إثبات النسب.
الفصل الثاني : إثبات النسب بالطرق العلمية	
43	المبحث الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب
43	المطلب الأول: مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب
45	المطلب الثاني : صور الطرق العلمية لإثبات النسب
45	الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية
45	أولاً: تعريف البصمة الوراثية
47	ثانياً: خصائص البصمة الوراثية
48	ثالثاً: ضوابط استخدام البصمة الوراثية
49	الفرع الثاني: نظام فصائل الدم في مجال إثبات
49	أولاً: تعريف الدم
50	ثانياً: أهمية فصائل الدم في إثبات نسب الأولاد إلى الأب أو الأم أو كلاهما
51	المطلب الثالث : عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب
51	الفرع الأول: العوائق القانونية
51	أولاً: عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد
54	ثانياً: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

55	ثالثا: حرمة الحياة الخاصة
56	الفرع الثاني: العوائق المادية
57	المبحث الثاني : حجية الطرق العلمية لإثبات النسب
57	المطلب الأول : قوة الطرق العلمية في إثبات النسب
57	الفرع الأول: طرق علمية ذات حجية قطعية
61	الفرع الثاني: طرق علمية ذات حجية ظنية
63	المطلب الثاني :سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب
63	الفرع الأول: الأمر بتعيين خبير طبي
65	الفرع الثاني: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم انطلاقا من المادة 114 ق.إ.م.إ.ج . والمادة 2/40 من ق.أ. ج .
67	المبحث الثالث : الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب
67	المطلب الأول: مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية
68	أولا: تعريف اللعان
68	ثانيا: شروط اللعان
68	ثالثا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية
68	رابعا: حجج القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية
70	المطلب الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان
74	خاتمة
79	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس الموضوعات
	ملخص

ملخص :

يترتب عن الزواج آثار من أهمها إثبات النسب والذي يعتبر حق أصيل للأولاد ، فهم يتمتعون به منذ ولادتهم ، ولكن لا يعتبر أمرا سهلا في كل الحالات مثل ما هو في حالة النسب للأم .

وقد أقر المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية والتي تعتبر من مصادره الأصلية ، إثبات نسب الولد لأبيه ، فيما نصت عليه المادتان 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 المعدل والمتمم ، حيث حدد طرق إثباته بالزواج الصحيح أو الاقرار أو البيينة أو بنكاح الشبهة أو الفاسد ، وأيضا أضاف قانون الأسرة حديثا اعتماد الطرق العلمية من خلال تحليل الدم والتلقيح الاصطناعي ونظام البصمة الوراثية .

الكلمات المفتاحية : إثبات النسب - الطرق الشرعية - الأنظمة العلمية - فصائل الدم - التلقيح الاصطناعي - البصمة الوراثية .

Summary:

Marriage results in consequences, the most important of which is proving paternity, which is considered an inherent right for children, and they enjoy it since their birth, but it is not considered an easy matter in all cases, as it is in the case of paternity of the mother.

The Algerian legislator, in the manner of Islamic Sharia, which is considered one of its original sources, has approved the proof of the paternity of the child to his father, as stipulated in Articles 40 and 41 of the Algerian Family Code 02/05, amended and supplemented, where he specified the ways to prove it through valid marriage, confession, evidence, suspicious or corrupt marriage. The family law also recently added the adoption of scientific methods through blood analysis, artificial insemination and genetic fingerprinting system.

Keywords: Proving parentage - legal methods - scientific systems - blood groups - artificial insemination - genetic fingerprint.