جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية

تخصص قانون أسرة

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

آليات اثبات النسب في التشريع الجزائري

إعداد الطالبتين:
1/ بشكورة منار سهى
2/ بن طاجين فريال

تحت إشراف:
الدكتور(ة): مجدوب لامية

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د/ علال ياسين	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	رئيسا
2	د/ مجدوب لامية	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر ب	مشرفا
3	د/ بوسنة رابح	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

" وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ۖ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا"

سورة الإسراء الآية 85

شكر وتقدير

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون، ولا يحصي نعمه العادون، ولا يؤدي حقه المجتهدون، الذي لا يدركه بعد الهمم ولا يناله غوص الفطن، الذي ليس لصفته حد محدود، ولا نعت موجود ولا وقت معدود، ولا أجل ممدود، فطر الخلائق بقدرته، ونشر الرياح برحمته، ووتد بالصخور

ميدان أرضه، نشكر الله سبحانه وتعالى الذي يسر لنا السبيل ووفقنا في إنجاز هذا البحث

أما بعد نتوجه بالشكر والتقدير للجنة الموقرة و للأستاذة الفاضلة:

الأستاذة

لامية مجدوب

لتأطيرها هذا العمل انطلاقا من حسن توجيهها وتعاملها وتهيئة المناخ الملائم للبحث، كما أننا نتوجه بأسمى عبارات الشكر لأستاذتنا الدكتورة بوخميس سهيلة عرفانا بفيض رعايتها للباحثين حرصا وجهدا لا يكل، كما نتوجه بالشكر الجزيل لأستاذنا الدكتور علال ياسين، وكل الأساتذة في أي مكان من يبذلون جهدهم في خدمة العلم والأجيال.

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عيه وسلم

الحمد لله عز وجل على عونه ومنه لإتمام هذا العمل رغم ما قاسيناه من صعاب وتعب

إلى من علمتني النجاح والصبر، إلى من علمتني الحياة والدتي حفظها الله

إلى من أحمل إسمه بكل فخر والدي

إلى روح الغالي جدي "شغيب يوسف" رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه

إلى من أظهروا لي أجمل ما في الحياة

أخواتي ملاكي حبيبة القلب "مريم" و القلب الرقيق "مايا لميس"

إلى كل فرد من عائلتي

أخوالي وخالاتي

إلى من كانوا مرسم الأمل، إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات وسعدت برفقتهم في دروب الحياة

صديقاتي

إلى كل من ساعدني ودعمني لإنجاز هذا العمل

أهدي ثمرة جهدي

منار سهى بشكورة

إهداء

بعد بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى نبع الحنان أمي العزيزة من أحسنت تربيتي وساهمت في تربيتي

إلى رمز الجهاد والعطاء أبي الغالي

إلى سندي أخي "عبد السلام"

إلى قوتي أخواتي

"ملاك" "رتاج" "نورسين "

إلى رفيقة الدرب والروح " رميساء قوارطة"

إلى حبيبة قلبي "رملة" بنت عمتي و الى "أمال" بنت عمي

الى الحبيبة عمتي "سعاد " وزوجة عمي "نورة "

الى كل داعم ومحب

الى كل من ساندي في إنجاز هذا العمل من قريب كان او بعيد

فريال بن طاجين

قائمة المختصرات

قانون أسرة الجزائري	ق أ ج
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق إ م إ
الجريدة الرسمية	ج ر
دون ذكر الطبعة	د ط
صفحة	ص
من صفحة إلى صفحة	ص ص

مقدمة

مقدمة:

إن العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة قد ضبطها الشرع بجملة من الشروط والضوابط حتى تكون شرعية وصحيحة لكونها من أنبل وأقدس الروابط، فاعتبره الله عز وجل هذا الزواج ميثاقا غليظا بين الزوجين، وشرع قصد رد المفاسد والرذائل عن الأمة، ورتب عليه حقوقا أولاها اهتماما ورعاية كبيرة أهمها النسب، فنسب الذرية الناتج عن هذه العلاقة يعتبر ثمرة الحياة الزوجية وغايتها وتلبية الفطرة البشرية، وهذا لحرص الإنسان على أن يكون له خلف ليحمل اسمه من بعده.

يعتبر النسب من اهم مقاصد الشريعة الإسلامية و احد الكليات الخمس المتمثلة في الدين العقل ، النسل، المال و العرض، و يعد من أبرز الروابط التي حث الشرع على حفظها لكونها ترتبط الأسرة بها بموجب رباط دائم الصلة يقوم على وحدة الدم، فهو السبيل الوحيد لصلة الإنسان بما ينتمي إليه من ذويه، السبب الشرعي الوحيد في نسب الولد لأبيه دينا وقانونا وحضارة، وعليه تبني مجموعة من الحقوق والواجبات الأبوية، فهو الإثبات والتأكيد لعلاقة الأبناء بآبائهم، وهذا حماية لهم من الضياع وللحفاظ على الأنساب من الاختلاط حتى لا تعم المحرمات بين الناس وتستباح الأعراض، والقصد من ذلك المحافظة على الروابط المقدسة في الأسرة الواحدة.

وحتى لا تضيع الأنساب ضبطت الشريعة جملة من الآليات لإقامة الدليل حول ثبوت النسب وشرعيته، وفي مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حدد النسب بأنه الصلة القائمة بين الأفراد الذين يجمعهم دم واحد وأصل واحد وهو بدوره سار مسرى الشرع في اتخاذ آليات شرعية تكون السبب لإثباته ومع الإعجاز العلمي في جسم الإنسان والثورة العلمية في المجال الطبي والبيولوجي الذي لم يعد حكرا على أهل العلم والعلماء بل توسع نطاقه ليشمل مجالات كثيرة لما له من مزايا وخصائص، وكان للوسائل العلمية باب في مجال الإثبات القانوني والقضائي لما لها من القدرة على فك الكثير من النزاعات وايجاد الحلول للعديد من القضايا العالقة في موضوعات عديدة ومن بينها النسب، فمشكلة إثبات هذا الأخير في بعض القضايا تحيلنا مباشرة للوسائل العلمية المساعدة في هذا المجال والتي تبنتها الشريعة من جهة واحتضانها القانون من جهة أخرى لما لها من دور بالغ الأهمية في مثل هذه المسائل.

فالمشرع اعتد لإثبات النسب بجملة من الآليات التي نص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاءت دون تفصيل أو توضيح وضبط، فجاءت الآليات الشرعية في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة، وتبنى الآليات العلمية في الفقرة الثانية من نفس المادة.

إن الغوص في غمار هذا الموضوع كان نتيجة وجود عدة أسباب والتي تعتبر بالغة الأهمية خاصة وأنه يمس بالمجتمع والحياة الأسرية والفرد على وجه خاص وتتلخص هذه الأسباب في شقين:

أسباب ذاتية: وتتمثل في الرغبة في اختيار الموضوع الموسوم "**آليات إثبات النسب في التشريع الجزائري**" وذلك لارتباطه الوثيق بالحياة الأسرية التي يحكمها قانون الأسرة لمعرفة توجه المشرع في هذا المجال.

وعلى اعتبار أنه موضوع حساس وذو طبيعة خاصة لارتباطه بحق من الحقوق ذات أهمية بالغة لدى الفرد والمجتمع والأسر لذا كان لزاما البحث والتحليل والتدقيق فيه وفيما يقابله من أحكام وضوابط شرعية وضعتها الشريعة وتبناها القانون إضافة إلى معرفة دور العلم والعلوم البيولوجية التي أصبحت رائدة في هذا المجال.

الاعتقاد أن هذا الموضوع لم يأخذ حقه من البحث كدراسة قانونية وعلمية ومنهجية في ظل علم الوراثة المعاصرة.

أسباب موضوعية: تتمثل في:

- معرفة الآليات الشرعية التي يمنحها القانون القوة القانونية في هذا الموضوع ومدى ارتباطها مع الواقع والتطور الاجتماعي الحاصل.
- محاولة تحليل فهم آلية احتواء المشرع للوسائل العلمية ووضع إطار تفصيلي لها، وتوضيح موقف الشرع منها في هذا النوع من القضايا.

ويستمد الموضوع أهميته من خلال اعتبار النسب من القضايا المهمة في حياة الإنسان وحفظه من المقاصد الكلية للشريعة.

وتظهر أهداف هذه الدراسة جليا في النقاط التالية:

- إعطاء القارئ لمحة حول أهم الآليات القانونية لإثبات النسب والبحث في كل آلية على حدى.
- إبراز موقف الفقه من الآليات التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

وأمام التطور العلمي وما يقدمه من نتائج دقيقة في الإثبات ما في ذلك إثبات النسب، ومع تعديل قانون الأسرة فيما يتعلق بمواد النسب، إظهار مدى توفق المشرع في حماية الأنساب من خلال هذا التعديل.

وخلال دراستنا هذا الموضوع قد واجهنا العديد من الصعوبات تتمثل عموما في قلة المراجع والدراسات حول موضوع آليات إثبات النسب بصفة عامة، والآليات العلمية بصفة خاصة، إذ أغلب الدراسات تنصب على الآليات الشرعية دون العلمية وإن وجدت فهي ترتكز على البصمة الوراثية دون الوسائل العلمية الأخرى.

الدراسات السابقة حول الموضوع: من اهم الدراسات السابقة والتي أمكنني الاطلاع عليها مايلي:

" **أحكام النسب في التشريع الجزائري** "**يوسفات علي هاشم**" أطروحة دكتوراه من بابين الأول يعالج الاحكام الموضوعية للنسب في التشريع الجزائري اما الباب الثاني فتناول الاحكام الإجرائية والطرق العلمية لإثبات النسب في التشريع الجزائري.

يطرح موضوع آليات إثبات النسب في التشريع الجزائري إشكالية رئيسية ذات طبيعة قانونية تتمثل أساسا في ما مدى توافق الأليات التي تبناها المشرع الجزائري في إثبات النسب مع التطورات العلمية المستحدثة ؟

وقد تم اللجوء إلى العديد من المناهج العلمية لمعالجة هذا الموضوع، فأحيانا اتبعنا المنهج التحليلي وأحينا سلكنا المنهج الوصفي محاولين قدر الإمكان توضيح الصورة وإبراز معالم بحثنا من خلال إيصال لوحة متناسقة مبسطة للمتلقي وإزالة اللبس في الكثير من المواضع.

وفي الواقع للإجابة على الإشكالية أعلاه اضطررنا إلى تقسيم الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول منها الآليات الشرعية لإثبات النسب، وتناولنا في الفصل الثاني الآليات العلمية لإثبات النسب وفقا للخطة أدناه

الفصل الأول الأليات الشرعية لإثبات النسب

الفصل الثاني الأليات العلمية لإثبات النسب

الفصل الأول

الأليات الشرعية لإثبات النسب

الفصل الأول: الآليات الشرعية لإثبات النسب

تعد رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده لقوله تعالى: « وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا»[1]، لذلك يعتبر مظهرا من مظاهر قدرة الله عز وجل ومن أقوى الدعائم التي تقوم الأسرة عليها، حيث يرتبط أفرادها برابطة دائمة العلة تقوم على أساس وحدة الدم.

فقد كرم الله عز وجل الإنسان على سائر خلقه، ولم يتركه لنزواته وشهواته ورغباته الشخصية، فقد نظم الشارع الحكيم العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة تنظيما محكما يقوم على أقوم المبادئ لضمان استقرار الأسرة[2].

فالنسب من أهم الآثار الناجمة على الزواج، لذا أحاطت الشريعة الإسلامية النسب وأولته أهمية كبيرة حماية لثمرة هذا الزواج، حفاظا على الأنساب ومنعااختلاطها أو ضياعها وحتى تقوم الأسرة الواحدة على وحدة الدم التي تعد أقوى الروابط بين أفرادها لقوله تعالى «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً »[3].

ونظرا للأهمية موضوع النسب ومنعا لاختلاط الأنساب وحمايتها من الضياع، فلا نسب إلا إذا كان ناتج من الإطار الشرعي الذي حدد له وهو الفراش ومالحقه، سواء كانت الزوجية قائمة أو بعد الفرقة، فيثبت بثبوت الزوجية[4].

فنسب الولد لجهة أمه ثابت في كل الحالات لأنه يثبت بواقعة الولادة على عكس نسبه لأبيه يكون محل نزاع الذي و يثبت بموجب الفراش[5].

---

[1]- الآية 54، سورة الفرقان.

[2]- محمد أحمد عقلى بني مصطفى ،"طرق إثبات النسب "، مقال متوفر في موقع الالوكة alukah.net،تاريخ النشر 2012/05/13 ، تاريخ الاطلاع 2021/03/19، الساعة 2010.

[3]- الآية 72، سورة النحل.

[4] _ بسام خضر الشطي "أهمية النسب في الإسلام " متوفر في موقع الفرقان Al-forqan.net/articles/3709.htm .

[5] _ المادة 40 من القانون 84-11،المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمررقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15،المؤرخة في 27 فبراير 2005،"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا....".

وبناء على ذلك حرص التشريع الوطني على حماية نظام النسب، فلا نسب للولد إلا بناء على الزوجة الصحيحة والشرعية وما لحقها، مؤكدا بذلك أقوال الشريعة الإسلامية.

فقد نظم المشرع مجموعة من الآليات الشرعية بصورة واضحة وصريحة المثبتة للنسب وقد نص على ذلك في نص المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى كالآتي « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار بنكاح الشبهة أو بكر زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 من هذا القانون»[1]، وهذا لما للنسب من أهمية في حماية المجتمع وتماسك الأسر وسنتناول الآليات الشرعية لإثبات النسب على وجه التفصيل وفقا لما يلي:

المبحث الأول: إثبات النسب بالفراش

يقصد بالفراش في النسب الزوجية، فالفراش التعبير المؤدب عن اللقاء الزوجي بين الزوج وزوجته والذي يكون منه الولد، وبهذا المعنى أجمع على الأخذ به دليلا لإثبات النسب لقول ابن القيم رحمه الله « أما ثبوت النسب بالفراش أجمعت عليه الأمة »[2].

فالزوجية إذا السبب الأساسي لثبوت النسب من جهة الأبوة لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[3]، والعاهر في الحديث الزاني، وله الحجر أي له عقوبة الرجم ولا نسب للولد الناتج عن هذه الخطيئة لأن النسب نعمة والنعم لا تمنح لنقمة.

أما الولد الذي جاءت به المرأة بنسب لزوجها وهو صاحب الفراش وفقا لما جاء في الحديث « الولد الفراشي » وهو الذي تحل له معاشرتها معاشرة شرعية في إطارها المشروع، وتحرم على غيره من الناس لذلك يحرم على المرأة ادخال ولد على قوم ليس منهم لما في ذلك غش وخداع وخلط للأنساب حيث جعل ذلك من الكبائر لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة أدخلت على قوم رجلا ليس منهم فليست من الله في شيء ولا يدخلها الله الجنة...»[4].

---

[1]– المادة 40 من القانون 84–11، المصدر السابق.

[2]–إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، متوفر في موقع المكتبة الشاملة al–maktaba.org ،ص 367.

[3]– محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع ، بيروت، لبنان ،2005 ،ص 1201.

[4]– موسوعة الأحاديث ،hadit.islam–db.com، تاريخ الإطلاع 2021/04/7.

فكل حمل جاءت به المرأة حال الزوجية ينسب للزوج مباشرة دون تكليف أو بيان، وكل رجل جحد نسب ولده عمدا ارتكب كبيرة من الكبائر فلا يجوز له ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم «...أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة»[1].

فالنسب من الآثار والنتائج المهمة ذات حساسية مطلقة في نظر الشريعة والقانون على حد سواء نظرا لخطورتها على الفرد و المجتمع، لذلك من حق الولد ثبوت نسبه إلى أبيه منذ ولادته بغض النظر إن كان ذلك وقت الميلاد أو بعده، فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابت بالولادة في كل الأحوال سواء كانت شرعية أو غير شرعية فهذا الأمر لا إشكال فيه، غير أن نسب الولد لأبيه ليس بتلك السهولة فهو مرتبط بالمقدمات الشيء التي تسبق وجود الطفل قيد الحياة وهي كما سبق وأن ذكرنا الزوجية، فمسألة إثبات نسب الولد لأبيه متوقفة إلى مدى توفر الزوجية الصحيحة في نظر الشرع والقانون، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث حيث أن الفراش أو الزوجية جاءت بثلاث صور لها حتى يثبت النسب على إثرها.

وهذا ما اعتمد عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 40 من قانون الأسرة، فباستقراء هذه المادة نجد أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، وهذا ما جاء في نص المادة بصريح العبارة كذلك بالزواج الفاسد وهو وفقا لما جاء في المادة « بكل زواج تم فسخه بعد الدخول »، وأخيرا نكاح الشبهة، وسنوضح ذلك بالتفصيل كالآتي.

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

يثبت الزواج الصحيح سواء كان رسميا مسجلا لدى مصالح التسجيل والمتمثلة في مصلحة الحالة المدنية أو عرفيا غير مسجل لدى مصالح التسجيل، فكلاهما زواج صحيح غير أن الزواج العرفي لا ينقصه من الناحية القانونية سوى الوثيقة الرسمية قصد إثباته للجهات الرسمية[2].

فالمشرع الجزائري لم يفرق بين الزواج الصحيح الرسمي والزواج الصحيح العرفي فيما يخص مسألة إثبات النسب إلا من حيث الإجراءات، فالأول يثبت مباشرة بمستخرج من سجلات الحالة المدنية الموجودة

[1]– ناصر الدين الألباني, كتاب إرواء الغليل في تخريج الأحاديث, الجزء الثامن, متوفر في موقع المكتبة الشاملة,ص34.

[2] _ عبد الله حاج أحمد "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " –دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي الجزائري– مجلة الدراسات الفقية والقضائية العدد 15 جامعة الوادي الجزائر 2015 ص 129 .

لدى مصالح الحالة المدنية، أما الثاني يتعين إثباته بحكم قضائي بعد إثبات الزواج المبرم أيضا بحكم قضائي قصد تسجيله[1].

فكلاهما زواج صحيح يثبت من خلاله النسب مباشرة دون الحاجة لأدلة لإثباته، حيث جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري « يثبت النسب بالزواج الصحيح...»[2]، الملاحظ من نص المادة أعلاه أن سبب ثبوت النسب هو الزواج الصحيح دون الخوض في تفاصيل وطبيعة الإثبات، كذلك أكدت المادة 4 من قانون الأسرة عن أن عقد الزواج سبيل في المحافظة على الأنساب والسبب الشرعي الذي ينتج عنه النسل في إطار تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة وفقا لنظام خاص، حيث تنص المادة على ما يلي: « الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب »[3].

إذا فالزواج الصحيح هو الزواج الشرعي الذي استوفى جميع أركانه وجميع شروطه[4].

فالركن هو الجزء الذي يرتكز عليه العقد فيتحقق بوجوده الوجود وبعدمه العدم، حيث اعتبر المشرع الجزائري الرضا الركن الوحيد والأساسي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 لقوله في نص المادة 04 أعلاه « الزواج هو عقد رضائي »[5].

والرضا المعتبر في هذا العقد هو رضا الزوجين متى توافقت إرادة الرجل والمرأة على الارتباط دون غيرهما[6]، كذلك أكدت المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على ذلك جاء فيها « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين »[7].

---

[1]- انظر المادة 61، والمادة 117 من الأمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالقانون 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017، جريدة رسمية العدد 02 المؤرخة في11 يناير 2017.

[2]- المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- المادة 4 من القانون 84-411 المصدر نفسه.

[4]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 470.

[5]- المادة 04 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[6]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (أحكام الزواج)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 142.

[7]- المادة 9 من القانون 84-11، المصدر السابق.

كذلك حسم المشرع دور الولي في مسألة الرضا فيما يخص عقد الزواج وفقا لتعديل 2005 الذي مس قانون الأسرة الجزائري، حيث أنه أنهى دور الولي بالنسبة للمرأة الراشدة وأصبح دوره يقتصر على الحضور فقط دون ضرورة ابداء رضاه في عقد الزواج.، وذلك وفقا لنص المادة 11 فقرة من قانون الأسرة حيث تنص على أنه « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها »[1].

ومنه تتولى المرأة الراشدة زواجها بنفسها ولا أثر لتخلف رضا الولي في عقد زواج الراشدة، وهذا خلاف لما كان معمول به قبل تعديل 2005 حيث كان رضا الولي محل اعتبار في عقد الزواج. أما بالنسبة لزواج القصر جاءت المادة 11 في فقرتها 02 بما يلي « يتولى زواج القصر أوليائهم..»[2].

فلا ينعقد زواج القاصر دون رضا الولي الذي يبادر باستخراج إذن من المحكمة قصد الحصول على ترخيص لتزويج القاصر غير أن رضا الولي في هذه المسألة مفيد وليس مطلقا، فلا يجوز له إجبار القاصر على الزواج دون رضاها حتى يعد الزواج صحيحا، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة حيث جاء فيها « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها..»[3].

وبانعدام الرضا يعد الزواج باطلا غير صحيح لانتفاء الركن الجوهري لانعقاده.

أما الشرط فهو الأمر الضروري الوجود وترتب عن انعدامه عدم الاعتداد بهذا العقد حسب الحالة. والمشرع الجزائري جاء بمجموعة من الشروط بعد تعديل قانون الأسرة الأخير لسنة 2005 يجب توفرها في عقد الزواج حتى يكون الزواج صحيحا ومرتبا لآثاره القانونية والشرعية، وسنوضح أهم الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج باختصار كالتالي وفقا لما ورد في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة

[1]- المادة 11 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2]- المادة 11 من القانون 84-11، المصدر نفسه.

[3]- المادة 13 من القانون 84-11، المصدر نفسه.

فشرط الاهلية جاء في نص المادة 7 من قانون الأسرة « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة[1]، حدد المشرع سن الزواج بـ 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء ولم يفرق بينهما على اعتبار أنه يقترن بالنضج العقلي الكافي لاتخاذ هكذا قرار[2].

كما أنه جاء في نص المادة 7 من قانون الأسرة أيضا «... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج»[3]، ومنه يرخص لمن دون 19 سنة بالزواج بموجب إذن يمنح من القاضي المختص متى تأكد من توفر مجموعة من المعايير تتمثل في مصلحة القاصر وضرورة إبرام هذا الزواج[4].

المشرع لم ينص على أثر مخالفة ما ورد في نص المادة 7 من قانون الأسرة في ظل تعديل 2005، غير أنه عالج ذلك في نصوص القانون 63-224 المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج في المادة 2، 3، 4 منه.

وبالرجوع للمادة 223 من قانون الأسرة والتي تنص على « تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون»[5]، وبذلك المواد 2، 3، 4 من القانون 63-224، غير مخالفة لأحكام قانون الأسرة ولانعدام نص صريح يلغي هذه الأحكام صراحة يمكن اللجوء لها في تحديد الأثر الناجم عن مخالفة أحكام المادة 7 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

وبالعودة لهذه النصوص نجد أن الزواج دون سن الأهلية المحدد قانونا يكون باطلا إذا تم الطعن فيه إما من طرف الأزواج أنفسهم أو من طرف من له منفعة أو النيابة العامة إذا لم يتحقق الدخول، ويكون قابل للإبطال بناء على طلب الزوجين وحدهما إذا تم الدخول.

---

[1]- المادة 7 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 120.

[3]- المادة 7 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[4]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 120.

[5]- المادة 223 من القانون 84-11، المصدر السابق.

كما يتعرض ضابط الحالة المدنية الذي تولى إبرام هذا العقد أو الموثق، كذلك الأزواج وممثليهم الشرعيين إلى عقوبات في حالة عدم مراعاتهم السن المحددة للزواج[1].

اما شرط الولي قبل تعديل 2005 الذي مس قانون الأسرة كان الولي في عقد الزواج ركن من أركان عقد الزواج، الا أنه بعد تعديل 2005 أصبح شرط صحة لا غير حيث جعل المرأة الراشدة تتولى تزويج نفسها بعد أن كانت سلطة إبرام عقد الزواج بالنسبة للمرأة في يد الولي، وهذا ما أكدته المادة 11 من قانون الأسرة والتي وإن بين ذلك فلا أثر لتخلف الولي في زواج الراشدة يبقى العقد صحيحا ومنتجا لآثاره في كل حالاته وفقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة في فقرتها 2 « إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حال وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل »[2].

إلا أن الحالة التي يكون فيها الولي واجب والتي ينتج عن تخلفه إما فسخ العقد إذا لم يتم الدخول وتثبيت العقد إذا تم الدخول وفقا للمادة أعلاه وهو ما تعلق بزواج القاصرة، إلا أن الأمر معقد في هذه الحالة على اعتبار أن زواج القاصرة مرتبط بالترخيص القضائي، وهذا الأخير يتقدم به الولي لذلك لا يتصور غيابه في زواج القاصر إلا إذا كان الزواج عرفيا[3].

و الصداق كشرط عرفه المشرع في نص المادة 14 من قانون الأسرة على أنه «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما شاءت»[4].

ينتج عن تخلف الصداق إما فسخ العقد إذا لم يحدث الدخول وإذا تم الدخول يثبت عقد الزواج وتستحق المرأة صداق المثل[5].

و بالنسبة للشهود تعتبر شهادة الشهود في عقد الزواج شرط من شروطه، فالمشرع كان مختصرا في هذه المسألة، فحضور الشهود في عقد الزواج يرفع اللبس حتى يخرج من السر إلى العلانية، وقد ذكر

---

[1]- انظر المواد 2، 3، 4 من القانون 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

[2]- المادة 33 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 237.

[4]- المادة 14 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[5]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 201.

الشهود في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة حيث جاء فيها «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية .....شاهدان...»[1].

إضافة الى ذلك يوجد شرط انعدام الموانع الشرعية والمقصود بذلك النساء اللواتي يحرم على الرجل الزواج بهن سواء كان ذلك حرمة مؤبدة بسبب القرابة أو رضاع أو مصاهرة أو حرمة مؤقتة وهي أنواع كالتالي:

- معتدة من طلاق أو وفاة إلى غاية نهاية عدتها.
- محصنة وهي زوجة الغير سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة.
- مطلقة الثلاث التي طلقها زوجها ثلاث طلقات يحرم على الزوج الزواج بها.
- الجمع بين المحارم.
- زواج المسلمة بغير المسلم.[2]

كذلك أضاف المشرع إجراء آخر يتمثل في تسجيل الزواج لإثباته وإثبات الآثار الناجمة عنه وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية سواء كان الزواج مبرما من طرف ضابط الحالة المدنية أو من طرف الموثق أو كان زواج عرفيا متنازعا فيه أو غير متنازع فيه فتسجيله يتطلب اتخاذ إجراءات التقاضي حتى يتم تسجيله لدى مصالح التسجيل بموجب حكم قضائي[3].

وبهذا يثبت نسب الولد الناتج عن الزواج الصحيح مباشرة شرعا وقانونا دون أي تعقيدات أثناء قيام الرابطة الزوجية، كما أنه قد تحدث فرقة بين الزوجين فتنحل الرابطة الزوجية بينهما فلا أثر على نسب الولد في هذه الحالة وتفصيلا لهاتين الحالتين سنتناول ذلك فيما يلي كالتالي:

الفرع الأول: إثبات النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية

إن العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تتم إلا في الإطار الذي حدده الشرع والقانون[4]. وبالتالي العقد الصحيح هو الإطار الشرعي والقانوني الذي يجمع بينهما وعلى اثره يثبت النسب أثناء قيام الزوجية،

[1]- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 255.
[2]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص ص 170- 178-183.
[3]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 264.
[4]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 471.

فالهدف الأساسي من الزواج الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري وإستمرار الوجود الإنساني لذلك شرعت العلاقة الزوجية كوسيلة للتناسل، فإن ولدت المرأة بعد زواجها يثبت نسب الولد مباشرة للزوج دون الحاجة لأي اعتبارات أخرى أو إجراءات معينة لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر والحجر»[1]. وصاحب الفراش حسب الحديث الشريف هو الزوج حفاظا للأنساب من الضياع والاختلاط وحماية للأعراض.

إلا أن الحمل قد يتم بالاختلاط المباشر بين الزوجين بطريقة طبيعية كما قد يحدث بغير الاتصال المباشر العضوي بينهما ويكون ذلك بالتدخل العلمي أي المساعدة الطبية، ففي ظل التطور الحاصل أصبح فرص حدوث الحمل والحصول على الأبناء أكبر لمن هم بحاجة للمساعدة حسب الحالة وفي كلا الوضعين سواء الوضع الطبيعي المباشر أو الوضع الغير الطبيعي الغير مباشر بنسب الولد لأبيه متى توفرت مجموعة الشروط وتم التقيد بمجموعة من القيود حسب الحالة[2]، وسنفصل في ذلك على النحو التالي:

أولا: نسب الولد الناتج عن الإنجاب الطبيعي

جاءت المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بالتالي «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»[3]، حدد المشرع بالنظر إلى نص المادة شروطا لثبوت نسب الولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، فحتى ينسب الولد لأبيه لابد أن تكون العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة ناتجة عن زواج شرعي إضافة إلى امكانية الاتصال بين الزوجين وأضاف عدم نفي الولد بطرق مشروعة، سنتناول هذه الشروط كالتالي:

ا. قيام الزوجية بموجب عقد زواج شرعي:

لا يمكن أن يثبت النسب الشرعي للولد الغير الشرعي الناتج عن علاقة خارج الإطار المشروع بين الرجل والمرأة، فلا يكتسب نسب أبيه نظرا للغاية السامية التي تهدف التشريعات العربية في درء جريمة الزنا والسعي لعدم انتشار المعصية لما فيها من تداعيات خطيرة حفاظا على الأنساب من الاختلاط، حيث

[1]- محمد إسماعيل البخاري ، المرجع السابق ، ص 1201.

[2]- خالد داودي، إثبات النسب ونفييه، الطبعة الأولى، دار العلمي للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 20.

[3]- المادة 41 من القانون 84-11، المصدر السابق.

الأصل في نسب الولد الزوجية الصحيحة لا غير أي علاقة خارج هذا الإطار لا نسب فيها لأن النسب نعمة والنعمة لا تمنح بمعصية كما سبق وأن وضحنا ذلك. كذلك قد وضحنا سابقا أن تكون الزوجية صحيحة بناء على عقد زواج صحيح ووضحنا الإطار القانوني والشرعي للزواج الصحيح[1].

وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه في قرارات المحكمة العليا حيث جاء كالتالي « من المقرر شرعا أنه لا تعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقة جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد...»[2].

II. إمكانية حمل الزوجة من الزوج

هذا الأمر يتحقق إذا ما توفر ما يلي:

1- إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد الشرعي:

في هذه المسألة جاء المشرع في نص المادة 41 من قانون الأسرة بأن الولد ينسب للأب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال[3].

يتضح أنه يشترط حتى يكون النسب ثابتا للولد من جهة أبيه أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكنا ولم يتعمق في هذه المسألة بل اكتفى بالإمكان العادي للتلاقي بين الزوجين أخذا عن ما استقر عليه جمهور الفقهاء[4].

استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش» وتطبيقا لذلك فإذا وجد الزواج وأتت المرأة بالولد وكان الالتقاء بينهما ممكنا عادة ونسبة للزوج فإن النسب يثبت مباشرة له[5].

---

[1]- انظر المذكرة، ص 8.

[2]- القرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/11/19 رقم الملف 34046، مجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990، ص 67.

[3]- انظر المادة 41 من الأمر 84-11، المرجع السابق

[4]- مختارية طفياني، اثبات النسب في تعين الأسرة والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 15.

[5]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 191-192.

وقد أضاف المذهب الحنبلي زيادة على الزواج الصحيح وامكانية التلاقي الدخول الحقيقي مع امكانية الوطئ وليس الدخول المشكوك فيه أي لابد من أن يكون الدخول محققا[1].

وعلى عكس المذهب الحنفي الذي يكتفي بمجرد العقد الصحيح بين الرجل والمرأة، فإذا حطت الزوجة وجاءت بالولد بعد العقد الصحيح سواء ثبت بينهما التلاقي أم لا تبرير ذلك أن التلاقي بين الزوجين ممكن عقلا.

وإذا تحقق الإمكان العقلي فقط بالنظر للظروف المحيطة والامكانية المنطقية، دون الإمكان الحسي والفعلي فالإمكان العقلي فقط يعد كافيا لثبوت النسب، وهذا عندهم قصد المحافظة على نسب الولد من الضياع، وهذا ما لم يأخذ به المشرع الجزائري[2].

كذلك لم يشترط المشرع معرفة الدخول المحقق بل اكتفى بإمكان اللقاء بين الزوجين حفاظا على الأنساب وهذا بالاعتماد على رأي جمهور المالكية والحنابلة الذي يعتمد على إمكانية الوطء في الزواج الصحيح دون اشتراطهم معرفة الدخول الحقيقي[3].

2- أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة

يثبت نسب الولد للزوج الذي يمكن أن يحدث منه الحمل، فإذا كان عقيما لا يلد فمن المنطق أن الولد ليس منه وبالتالي لا يثبت نسب الولد له.

كذلك إذا كان الزوج صغيرا أو مراهقا وحملت الزوجة بولد فإن النسب في هذه الحالة لا يثبت للزوج لعدم امكانية الحمل منه بإعتبار أنه لا يزل صغير غير بالغا لكون أنه يشترط في الزوج أن يكون بالغا قادرا حتى يتصور منه الحمل عادة[4].

---

[1]- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 188.

[2]- مختارية طفياني، المرجع السابق، ص 16.

[3]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 191.

[4]- المرجع نفسه، ص192.

III. مدة الحمل:

قال تعالى: «وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ»[1].

جعل الله عز وجل الحمل والفصال ثلاثون شهرا ثم وضع سبحانه وتعالى مدة الفصال وقدرها سنتين لقوله تعالى « وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ»[2].

وعلى هذا الأساس فإسقاط الآية الثانية من الأولى يبقى للحمل مدة ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير[3]، فمن القواعد الأساسية التي يعتمد عليها كأصل شرعي لإثبات نسب الولد وإدراجها ضمن دائرة الولد للفراش قصد تأسيس حكم ثبوت النسب من عدمه أن تضع الزوجة بالولد خلال مدة معينة.

وضع الفقهاء حدا أدنى وحد أقصى لمدة الحمل، فبالرجوع للآيتين الموضحتين أعلاه نجد أن أدنى مدة للحمل مقدرة ستة أشهر على اعتبار أن هذه المدة كافية لتشكيل الجنين ويتكون في بطن أمه حتى يولد حيا، حيث الآية الكريمة الأولى جمعت بين مدة الحمل والرضاع وقدرت بثلاثون شهرا والآية الكريمة الثانية وضحت أن مدة الرضاع يقدر بحولين كاملين أي أربعة وعشرون شهرا مما يبقى مدة ستة أشهر لتكون مدة الحمل ووضع المولود حيا وهذا حفاظا على الأعراض وحماية للأنساب وتحقيقا للمصالح[4].

وبذلك اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر درأ للشبهات وحتى يثبت نسب الولد وإبعاد شبهة النسب الفاسد عنه.

كذلك بالنظر للحاجة البيولوجية والأسباب التي تختص بها كل حامل فهذه تسعة أشهر التي تعارف عليها العباد ليست على طلاقها فقد تنقص كما قد تزيد وهذا أكده اعلم الحديث وأخبرنا به القرآن الكريم

---

[1]– سورة الأحقاف، الآية 15.

[2]– سورة لقمان، الآية 18.

[3]– عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 24.

[4]– عائشة ابراهيم أحمد المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه، قسم الشريعة الاسلامية، كلية دار العلوم، القاهرة، مصر، 2000، ص 32.

منذ أربعة عشر قرنا، أما بالنسبة لأقصى مدة للحمل لم ترد بشأن ذلك في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة، واختلف في هذا الأمر الفقهاء اختلافا كثيرا على عدة أقوال وآراء في ما يخص أقصى مدة للحمل[1]، حيث نجم عن هذا الاختلاف الآراء التالية:

الرأي الأول: وهو ما جاء عن الحنفية حيث أن أقصى مدة للحمل عندهم هي سنتين ودليلهم في ذلك ما روى من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت « لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل»[2].

بمعنى الجنين لا يمكن أن يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة.

الرأي الثاني: ما ذهب له المالكية والشافعية في القول المشهور لهم أن أقصى مدة للحمل أربعة سنوات وفي قول آخر خمسة سنوات وهناك من يزيد عن ذلك.

الرأي الثالث: هو للظاهرية حيث أقصى مدة للحمل عندهم تقدر بتسعة سنوات ودليلهم ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال « أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم تعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها»[3].

من الغريب تحديد الفقهاء هذه المدة فمن الواضح اعتمادهم في تقديرهم لها على أقوال من وثقوا بهم من الناس ولذا فليس مستبعدا أن يعتمد الفقهاء مثل هذه المدة الطويلة علاقة بما كان راسخا في ذلك الوقت مما رتبه العرف في ذلك وفقا لما تدعيه الأم في هذا الأمر خاصة في حالة الفرقة أو غياب الزوج، وقد حرص الفقهاء باتخاذ هذا الموقف بالمبالغة في هذه الفترة احتياطا لما قد يتسبب من ضياع الولد وحرمانه من حقوقه الشرعية، فضلا عن تعلق المسألة بالأعراض غير أنه من الناحية العلمية فقد أكد الأطباء استحالة ذلك، فإذا زادت المدة عن تسعة أشهر وهي المدة المعقولة والمعروفة للحمل لابد من أن تلد المرأة وإلا مات الجنين وأحدث تسمما للأم[4].

ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري قد حدد في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري صراحة أقل مدة للحمل وأقصاها حيث جاء في نص المادة التالي « أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10)

---

[1]- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 33.

[2]- المرجع نفسه، ص 33.

[3]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 24-25.

[4]- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 34.

أشهر»[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990/01/22 ملف رقم 57756 «من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وقصاها عشرة أشهر والقضاء بما يخلف ذلك به خرقا للقانون»[2].

كذلك القرار المؤرخ في 1998/11/17 الصادر من المحكمة العليا الملف رقم 210478 حيث أكدت على أنه « من المقرر قانونا ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر»[3].

حيث أن المشرع الجزائري حدد أقل مدة للحمل بستة أشهر وهو تماشى في ذلك مع ما اتفق عليه الفقهاء، فيما أنه قد حدد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر كما جاء في نص المادة أعلاه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، وهو حكم خاص لم يرد في أي من الأحكام الشرعية ولا القوانين الوضعية العربية حيث أضاف شهرا للاحتياط حماية للود من الضياع وللحفاظ على الأعراض عن المدة المقرر من الناحية الطبية وهي تسعة أشهر، كما أن هناك بعض الآراء الطبية التي أكدت أن الحمل قد يزيد عن تسعة أشهر في حالات معينة نظرا لظروف صحية للأم الحامل والجنين وأحوال أخرى، لهذا المشرع أحتاط لمثل هذه الحالات قصد الحفاظ على الاستقرار ودرء الشبهات[4].

أما عن الآراء التي وردت في القوانين الوضعية العربية نجد أن معظمها اتفق في أقل مدة لحمل واختلفوا في أقصى مدة للحمل مع المشرع الجزائري، حيث أن وفقا للمادة 128 من قانون الأحول الشخصية السوري أن أقصى مدة للحمل هي سنة شمسية وأقلها ستة أشهر، حيث تنص المادة على «أقل مدة للحمل مئة وثمانون يوما وأكثرها سنة شمسية»[5].

---

[1]- المادة 42 من الأمر 84-11، المرجع السابق.

[2]- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم أحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دارهومة للنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2001، صص30-31.

[3]- اجتهاد قضائي في غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 85.

[4]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 25.

[5]- المرسوم التشريعي 59-53 المؤرخ في 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

الملاحظ أن المشرع السوري ساير الفقه والمشرع الجزائري في أقل مدة للحمل ستة أشهر واعتمد المبالغة في أقصى مدة للحمل وقدرها بالسنة حتى بعد تعديل الذي مس قانون الأحوال الشخصية السوري سنة 2019 لم تعدل المادة وحافظ المشرع على نفس المدة[1].

كذلك المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية أن النسب يثبت للحمل الذي وضعته المرأة ما بين أدنى وأقصى مدة للحمل في المادة 155 منها وقد حدد أقل مدة للحمل بستة أشهر وأقصاها السنة في نص المادة 155 من مدونة الأسرة[2].

كذلك اعتمد المشرع الإماراتي في قانون الأسرة الإماراتي أدنى مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها السنة في نص المادة 91 منه حيث جاء فيها «أقل مدة للحمل مائة وثمانون يوما وأكثره ثلاثمئة وخمسة وستون يوما، ما لم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك»[3].

الملاحظ أن جميع القوانين الوضعية العربية اتفقت على أن أدنى مدة للحمل والتي يثبت من خلالها النسب تقدر بستة أشهر كما هو الحال لدى المشرع الجزائري، ودليل ذلك راجع لما ورد في القرآن الكريم، غير أن أقصى مدة للحمل نجد الاختلاف واضح وجلي بين ما نص عليه المشرع الجزائري وباقي التشريعات حيث نجد أن القوانين العربية اعتمد فترة السنة كأقصى مدة للحمل وهي فترة معقولة نوعا ما بالمقارنة لآراء فقهاء المذاهب.

حتى يثبت النسب لم يقتصر فقط على التشريع السوري أو المغربي والاماراتي بل كذلك حتى المشرع المصري في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية المصري والقانون الأردني في المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية.

---

[1]- انظر القانون رقم 19-04 الصادر في 2019/02/05 المتضمن تعديل المرسوم التشريعي رقم 59-53 الصادر في 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

[2]- انظر القانون رقم 03-70 الصادر في 03 فبراير 2004 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004 ، ص 418 المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-102 الصادر في 12 يناير 2016، جريدة رسمية عدد 6433 المؤرخة في 25 يناير 2016، ص 420.

[3]- انظر القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/11/19 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، نشر في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات، العدد 439 المؤرخة في 2005/11/30.

من الناحية النظرية يفترض أن تمتد مدة الحمل لمدة تسعة أشهر فالمدة الطبيعية للحمل تسعة وثلاثون أسبوعا إلا أن هذه الأرقام تبقى للاستدلال فقط، ففي حقيقة الأمر يمكن للكثير من العوامل أن تجعل مدة الحمل تتغير من امرأة لأخرى ومن حالة لأخرى بما في ذلك العوامل الوراثية والصحية كذلك سن المرأة الحامل أيضا يعتبر عامل في تحديد المدة إذ كلما زاد سن المرأة الحامل زاد احتمال أن تطول فترة الحمل أكثر وتزداد عن المعتاد عليه.

فالثابت عن أحوال الأطباء أن مدة الحمل قد تزيد عن تسعة أشهر بأسبوعين على الأكثر كأقصى حد وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري كان منطقيا حيث حدد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر، أما بخصوص المدة الطويلة فهي نادرة حيث تم تداول مقالات طبية تثبت أن الحمل قد يصل إلى مدة السنة كما هو الحال في صحيفة المحقق الطبي الأمريكي حيث أدرجت مقالا حول امرأة دام حملها 15 شهرا لذلك فالاحتمالات النادرة يلتفت إليها، وهذا ما دفع التشريعات العربية بخصوص هذه المسألة إلى جعل أقصى مدة للحمل هي السنة واحد فتوسعوا في الاحتياط قصدا للحفاظ على الأعراض وحماية الأنساب من الضياع[1].

ومنه لا يكفي حتى يلحق النسب بالزوج أن يكون عقد زواج صحيح يربط بينه وبين زوجته، وإنما لابد أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة وبالتالي فإن الولد للفراش إذا كانت الزوجية قائمة ومتى ولد في المدة المحددة قانونا[2].

IV. عدم نفي الزوج للود بالطرق المشروعة:

وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 41 من قانون الأسرة أنه يثبت نسب الولد للفراش في حالة عدم نفي الولد بالطرق المشروعة من الزوج، إلا أنه لم يحدد ما هي الطرق المشروعة لنفي نسب الولد.

وبالعودة لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية»[3].

---

[1]- عبد الرشيد بن محمد أمين بن قاسم، أقل وأكثر مدة للحمل، دراسة مقارنة فقهية طبية، تاريخ النشر 2005/05/18 متوفر على موقع elaph.wordpress.com تاريخ الإطلاع 2014/05/09 الساعة 10:55.

[2]- بلحاج العربي، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد المرجع السابق، ص 472.

[3]- المادة 222 من الأمر 84-11، المرجع السابق.

وعند الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية نجد أنها قد حددت الطريق الشرعي لنفي النسب ينفى عن طريق اللعان كما يوجد حالات ينفي فيها النسب دون الحاجة للملاعنة الشرعية[1].

1-نفي النسب باللعان:

سنحاول توضيح اللعان و ما تعلق به من احكام وفقا لما يلي:

أ- تعريف اللعان:

لغة: اللعان هو مصدر لاعن يلاعن، ملاعنة وهو من اللعن أي الطرد والابتعاد وسمي ما يحصل بين الزوجين لعانا لأن أحدهما كاذب بيقين.

اصطلاحا: فهو يكون شهادات تجري بين الزوجين مؤكدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللعن من جانب الزوج والغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقها[2].

ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالخيانة أو لنفي ولدها إليه ولم يكن له بينة، ويتم اللعان أمام القاضي بموجب رفع دعوى لعان حتى ينفي نسب الولد عن الزوج[3].

وهذا ما توجهت له المحكمة العليا الجزائرية حيث أنه من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون بموجب دعوى لعان التي حددت مدتها الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا[4].

ب-شروط صحة اللعان:

حتى يصح اللعان يشترط فيه أن تكون الزوجية قائمة بين المتلاعنين، كما أنه يستوي أن تكون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها، كذلك لابد من النطق والتلفظ بالألفاظ المقررة للعان أمام القاضي وأمام جمع من الناس[5].

---

[1]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 26.

[2]- كتاب فقه المسير في ضوء الكتاب والسنة، ص 43، متوفر في موقع www.al-eman.com تاريخ الإطلاع 2021/05/09 على الساعة 12.02.

[3]- المرجع نفسه ص 44.

[4]- القرار رقم 204821، الصادر بتاريخ 1998/10/20 المحكمة العليا مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 82.

[5]- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج إجازة مدرسة عليا للقضاء، دفعة 16، 2008/2005، ص 11.

حيث يقول الزوج أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة من الزنى، يقول ذلك أربعة مرات ويشير إليها إن كانت حاضرة ويسميها إن كانت غائبة بما تتميز به، ثم يزيد الشهادة الخامسة بعد أن يعظه القاضي ويحذره من الكذب، وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين.

ثم تقول الزوجة أربعة مرات: أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنى، ثم تزيد الشهادة الخامسة وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين[1].

ومنه يصدر اللعان بحكم من القاضي والأهم أن يكون بين زوجين مكلفين، بالغين، عاقلين، دون صدور اعتراف صريح أو ضمني من الزوج سواء أن يقر بأبوته للولد حال حملها قبل الولادة أو يصدر منه تصرفات توفي بأنه الوالد كقبول التهنئة أو بإعداد المستلزمات اللازمة للولادة متى حصل ذلك لا يمكن للزوج نفي نسب الولد بعد ذلك وينسب الولد إليه[2].

2- حالات نفي النسب دون ملاعنة شرعية

قد ينفي نسب الولد مباشرة دون الحاجة للجوء إلى اللعان وفقا للحالات التالية:

- أن تضع الزوجة مولودها دون ستة أشهر من الزواج فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل قبل الزواج ومنه ينفى النسب مباشرة من غير لعان[3]

إلا أنه استثناء قد يثبت النسب إذا ادعى وأقر الزوج بأن الولد منه ما لم يصرح أنه من زنا فيكون نسب الولد في هذه الحالة للزوج[4]

- أم يكون الزوج ممن لا يتصور منه الحمل كأن يكون صغيرا فلا ينسب الولد إليه في هذه الحالة لعدم إمكان الحمل منه، كذلك يعاني من مرض جنسي أو عقم فذلك قرينة قطعية أن الحمل ليس منه، فينفى النسب مباشرة دون اللجوء إلى اللعان.

---

[1]- فقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 44.

[2]- بومجان سولاف، المرجع السابق، ص ص 12-13.

[3]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 30.

[4]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 192.

- ثبوت عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد فإذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيان فلا نسب للولد وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري استنادا لرأي جمهور الفقهاء[1]

هذه باختصار أحكام اللعان باعتباره طريق لنفي النسب الذي يحول دون إثبات النسب في ظل الزواج الصحيح.

ثانيا: نسب الولد الناتج عن الإنجاب غير الطبيعي

إن المحافظة على النسل البشري يعد من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية قصد إعمار الأرض، لذا شرع الله عز وجل الزواج ليكون الإطار الشرعي للاختلاط المباشر بين الزوجين قصد الإنجاب عن طريق الإخصاب الطبيعي، إلا أنه في كثير من الحالات يتعذر على الزوجين الإنجاب بصورة طبيعية لعدة عوامل تحول دون إتمام الحمل.

ومع التطور العلمي الحاصل والأبحاث الطبية الحديثة والتقنيات العلمية المتطورة استطاع العلماء التوصل لطرق بديلة عن الإنجاب الطبيعي المباشر بالاعتماد على التدخل الطبي والمساعدة العلمية بإختلاف أنواعها وتعددها.

ونتيجة لذلك نظمت الشريعة الإسلامية أحكام لكل حالة من الحالات على اختلافها وتعددها، كما هو الحال للقوانين والتشريعات لضبط العمل بهذه الوسائل الحديثة حيث لكل منها قيود وشروط من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية حتى يضمن أن لا يكون في ذلك مساس بالأعراض وضياع للأنساب، وسنتناول هذه على النحو التالي:

I- الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي

إن عملية التلقيح الاصطناعي تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو اتصال جنسي طبيعي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في رحمها[2].

[1]-خالد داودي، المرجع السابق، ص ص، 30-31.

[2]- يوسف مسعودي، "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016، ص 109.

ويعرف التلقيح الاصطناعي على أنه الجمع بين خلية جنسية ذكرية بخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي برعاية طبية مختصة قصد الإنجاب[1].

المشرع الجزائري أدرج التلقيح الاصطناعي بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بموجب الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11، وعبر عنه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة دون التطرق إلى تعريفه حيث اعتمده كوسيلة لإثبات النسب وفقا للشروط التي حددها في نص المادة 45 مكرر[2].

المشرع الفرنسي لم يستخدم لفظ التلقيح الاصطناعي وإنما أدرج لفظ المساعدة الطبية، وذلك في نص المادة 152 فقرة 1 من القانون رقم 94-654 المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الصناعي المؤرخ في 29 جويلية 1994[3].

فالمساعدة الطبية للإنجاب يقصد بها الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي في بيئة مصنعة بموجب تقنيات خاصة تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبيعية وهذا ما أكدته المادة 370 من قانون الصحة لسنة 2018[4].

1- أساليب التلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي كما سبق وأن بينا هو عملية آلية دون أن يتم اتصال مباشر بين الزوج وزوجته بإدخال مني الرجل في رحم المرأة لوجود عوائق تمنع الإنجاب الطبيعي ويتم ذلك بموجب أحمد الطريقتين.

أ- التلقيح الداخلي:

---

[1]- زبيدة اقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 15.

[2]- المادة 45 مكرر من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]-Art L 152-1 loi 94-654 «l'assitance médicale a la procreation s'entent des pratiques cliniques et biologique permettent la conception invitro le transfert d'embrgons et l'insémination artificielle ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procreation en dehors du processus naturel».

[4] _ المادة 370، القانون 18_11، المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46،المؤرخة في 29 يوليو 2018 ،"المساعدة الطبية على الإنجاب عي نشاط طبي يسمح بالانجاب خارج المسار الطبيعي ...."

تتم هذه العملية بحق الزوجة لمني زوجها في رحمها لإتمام عملية التلقيح حتى يتم الحمل لوجود ضعف لدى الحيوانات المنوية للزوج، هذه الطريقة جائزة شرعا بين الزوجين وفقا لإجماع مجلس الفقه الإسلامي بمكة المكرمة[1].

ب-التلقيح الخارجي:

هذه الحالة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج خارج الوسط الطبيعي أي خارج الرحم ويتم ذلك في أنبون اختبار أو أي وعاء مخبري، وبعد حدوث عملية الانقسام الناتج عن اجتماع البويضة بالنطفة يعاد زرع تلك الكتلة في رحم الزوجة صاحبة البويضة، وتستخدم خاصة إذا كانت الزوجة تعاني من عقم إتمام عملية التخصيب الطبيعي أو لأسباب أخرى، وقد أجازت دار الإفتاء المصرية هذه العملية شرط الحصول على طفل سليم وغير مشوه[2].

2-شروط التلقيح الاصطناعي

بالنظر لخطورة عملية التلقيح الاصطناعي سواء بالنسبة للزوجين أو التي تمس بالمجتمع أو حتى تلك الماسة بالهيئة المشرفة على هذه العملية، فإنه من الضروري ضبطها وإحاطتها بمجموعة من الضوابط والشروط الشرعية والقانونية، حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرى الجزائري على مجموعة من الشروط والضوابط التي تتماشى وأحكام الشريعة الاسلامية وتتمثل في ثلاث شوط هي كالتالي:

أ- أن يكون الزواج شرعيا

يعني أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد زواج صحيح شرعي لكي يعطي للعملية أساسها القانوني، فلا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما منه لابد من أن تتم العملية أثناء الحياة الزوجية، فلا يجوز أن يتم التلقيح بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ[3].

---

[1]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 32.

[2]- المرجع نفسه، ص 33.

[3]- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 101.

وقد ظهرت في هذه المسألة اتجاهين في تحديد نسب الطفل الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الرابطة الزوجية، فالطريق الأول معاملة ابن الزنا، فإن انحلت الرابطة الزوجية بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل فلا نسب للولد الناتج بعد ذلك لأن الزوجية بين الزوج وزوجته انتهت لأن التلقيح الاصطناعي قد تم خارج إطار الرابطة الزوجية ودليلهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وبذلك لا نسب للولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي الذي تم بعد انتهاء الرابطة الزوجية[1].

أما الفريق الثاني من فقهاء الشريعة الإسلامية يرى أن نسب الولد يثبت لأبيه المتوفى إذا تمت عملية التلقيح في فترة العدة، فيجوز إجراء العملية مادامت النطفة من الزوج ويقاس في هذه الحالة على نطاح الشبهة[2].

وبذلك المشرع يكون قد أخذ بالرأي الأول لأنه مع إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية وتعتبر الزوج في حكم الأجنبي وفقا لنص المادة 45 مكرر، كما أن قواعد النسب الذي أقرها المشرع في قانون الأسرة لا تتماشى وطبيعة التلقيح الاصطناعي الذي تطول مدته[3].

ب-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

أي أن تتم موافقة من جانب كلا الزوجين على إجراء عملية الإنجاب الاصطناعي، فلابد من الرضا المشترك بين الزوجين ما دام الإنجاب مشروعا خاص بكلهما، والمنطق يفرض اتفاق الزوجين ورضاهما على إجراء هذه العملية.[4]

كذلك لابد من أن تتم العملية حال حياة الزوجين، لا يجوز أن تتم العملية بعد وفاة أحد الزوجين لأن في ذلك مساس بالمقصد القائم جراء هذه العملية، و فبهذا الشرط المشرع كان ذكيا في إدراجه لتفادي أي

---

[1]- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 89.

[2]- عارف علي عراف القوداغي، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، مكتبة جامعة الإسلامية، الأردن، 2008، ص 205.

[3]- المادة 41، المادة 45 مكرر من القانون 84-11، المصدر السابق.

[4]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 35.

إشكالات في المستقبل، حيث احتاط لما يعرف ببنوك الأجنة والتي تتولى تجميد بويضات المرأة أو مني الرجل قصد استعمالها في وقت لاحق سواء بعد الوفاة أو استغلالها في مقاصد أخرى وهو بذلك يؤكد على أن يتم التلقيح أثناء قيام الزوجة ويستبعد ذلك بعد فك الرابطة الزوجية[1].

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

تخضع هذه العملية إلى القاعدة العامة التي تحكم مسألة النسب على العموم والتي مفادها بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر لذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح لزوجة بماء رجل غير زوجها، فمن اللازم دائما في هذه الحالة أن تلقح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره، لذلك يشترط أن تتم هذه العملية تحت إشراف طبيب مسلم محلف حتى تتم العملية في الإطار الشرعي[2].

بالإضافة إلى ما سبق نجد أن المشرع الجزائري أضاف شرطا آخر يتمثل في أن يكون الزوجين يعانيان من العقم، وذلك من خلال نص المادة 371 من قانون الصحة لسنة 2018، حيث تنص المادة في فقرتها الأولى على تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة للطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا يعانيان من عقم، مؤكدة طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر[3].

بإدراجه لهذا الشرط أصبح يتماشى مع الشريعة الإسلامية صراحة حيث تشترط توافر حالة الضرورة الملحة للجوء لهذه العملية، تتمثل حالة الضرورة في اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي في استحالة المرأة أن تحمل من زوجها بالوسيلة الطبيعية ولأن الضرورات تبيح المحظورات، أبيح للزوجين في حالة العقم وضعف الخصوبة اللجوء لهذه العملية[4]، وهذا ما تبناه المشرع من خلال نص المادة 371 من قانون الصحة لسنة 2018.

---

[1]- جعدي بلقاسم، اثبات نسب طفل التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017/2016، ص 30.

[2]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 34.

[3]- المادة 371 من قانون 18_11 المرجع السابق.

[4]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 35.

وفي الختام فبالنسبة للمشرع الجزائري إذا تمت العملية وفقا للشروط المحددة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة فإن الولد الناتج في هذه الحالة يستفيد من قرينة الأبوة التي ينص عليها القانون ويثبت نسبه لأبيه المادة التي تبيح التلقيح الاصطناعي لم تشترط الإنجاب نتيجة الاتصال المباشر بين الزوجين الذي يهم في هذه الحالة هو أن يكون الولد نتيجة التقاء ماء الزوج وبيضة الزوجة وأثناء حياتهما وولد على فراشهما.

لهذا ينبغي على المشرع أن يعدل من نص المادة 41 من قانون الأسرة كونها لا تتماشى مع هذا الطرح في مجال الإنجاب بالمساعدة الطبية عن طريق التلقيح الاصطناعي، فهذا الأخير لا يتصور معه الاتصال الجنسي المباشر وإنما التقاء بويضة الزوجة بالحيوانات المنوية للزوج يكون اصطناعيا، لذلك يجب تعديل صياغة المادة 41 من قانون الأسرة لتتماشى مع المادة 45 مكرر مع قانون الأسرة[1].

هذه المسألة لا تثير اشكالية في تحديد النسب ما دام الأمر يتم وفقا لشروط والضوابط المقررة فلا خلاف هنا بين الطفل المولود نتيجة الاتصال الطبيعي والطفل الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي في مسألة ثبوت النسب[2].

وبذلك المشرع يتماشى وفقا لما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين إذ لا خلاف بينهم في مسألة النسب إذا تم بماء الزوج وفي إطار العلاقة الزوجية.

وهذا ما تبناه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة من 19 إلى 28 جانفي 1985 بشأن التلقيح الاصطناعي حيث جاء في توصياته أنه « ....وفي حالتي الجواز الاثنتين يقرر أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثوب النسب...»[3].

II- نسب الولد الناتج عن الرحم البديل

تعددت المسميات لكن المعنى نفسه تأجير الرحم الأم المستأجرة، الرحم البديل، الأم البديلة كلها مصطلحات تدل على الحمل لحساب الغير باعتبارها من التقنيات العلمية الحديثة في مجال الإنجاب

[1]- المادة 41 المادة 45 مكرر من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2]- المادة 45 مكرر من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 89.

والتي يتم اللجوء لها رغبة في معالجة حالات العقم وتحقيق حلم الأمومة والأبوة كسبيل بديل للأزواج عن الطبيعي والمعتاد[1].

1- تعريف الرحم البديل

إن عملية الإنجاب أو الحمل بالإنابة تعتبر نقلة نوعية في تقنيات الإنجاب الصناعي، هذه العملية تتم بتدخل طرف ثالث أجنبي عن الزوجين قد تكون بمقابل مادي، وهو ما يعرف باستئجار الرحم، كما يمكن أن تكون عن طريق التبرع[2].

ولبيان معنى الرحم البديل ينبغي تعريف كل مصطلح على حدى.

أ- تعريف الرحم:

فالرحم لغة موضع تكوين الولد ومن المجاز، الرحم، القرابة تجمع بني أب، وبينهما ما رحم أي قرابة قريبة، فذوو الرحم هم الأقارب، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب"[3].

أما اصطلاحا فهو «عبارة عن حويصل صغير للحجم في أسفل التجويف البطني للمرأة تتسع وتكبر تبعا لنمو الجنين بداخله إلى أن يصل إلى قمة تمدده في نهاية المحل ثم يعود إلى حالته الأولى تدريجيا بعد وضع الحمل[4].

ب-تعريف البديل:

البديل لغة: البدل وبدلته تبديلا بمعنى غيرت صورته تغييرا، أما اصطلاحا بمعنى حلول بشخص مكان آخر والمراد به هنا حلول امرأة مكان امرأة لتنوب عنها في حمل بويضتها الملقحة بماء زوجها طول فترة الحمل.

---

[1]- الصادق ظريفي، "الحمل لحساب الغير في الفقه الاسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإساءة"، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، عدد 18، السنة التاسعة، 2015، ص 02.

[2]- بن مصطفي عيسى، "الرحم البديل وآثاره المترتبة عليه"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد رقم 11، عدد 2 جوان 2019، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، 2019، ص 461.

[3]- الدرر السنية، متوفر على موقع www.dorrar.net لسنة 1442 هجرية، تاريخ الاطلاع 23 أفريل 2021 الساعة 1:09.

[4]- بن مصطفي عيسى، المرجع السابق، ص 462.

وبذلك يعرف الرحم البديل على أنه عملية يتم بموجبها إيداع بويضة امرأة مخصبة بنطفة رجل قد يكونان في الغالب زوجين في رحم امرأة أخرى قد تكون زوجة ثانية أو أجنبية بعوض أو دون عوض[1].

2- صور الرحم البديل:

تعددت صور الإنجاب بواسطة الرحم البديل وذلك بحسب الحاجة والأحوال وذلك كالآتي:

أ- الزوجة لا تكون قادرة على إنتاج البويضات ولا الحمل، فهنا الاتفاق مع امرأة على إعطاء البويضة وكذلك الحمل بعد إخصاب بويضتها من زوج المرأة التي هي الزوجة القادرة على الإنجاب.

ب-أن تكون الزوجة قادرة على إنتاج البويضات لكنها غير قادرة على الحمل، يتم الاتفاق في هذه الحالة مع امرأة على القيام بالحمل بعد أخذ بويضة الزوجة وتلقيها بمني زوجها ثم وضعها في رحم المرأة البديلة.

ج- هذه الصورة غريبة نوعا ما حيث تكون البويضة والرحم من الغير إلا أن الاختلاف هنا يكون قدرة الزوجة على الحمل لكنها وعدم الرغبة فيه مع عدم القدرة على انتاج البويضات، يتم زرع البويضة الملقحة إما في رحم امرأة أخرى غير صاحبة البويضة أو يتم زرعها في رحم صاحبة البويضة[2]

3- الطبيعة القانونية للرحم البديل

ظهر في ذلك موقفين، فريق ذهب لاعتباره عقد وآخر استبعد صفة العقد عن هذا النوع من الاتفاقات.

أ- الفريق الأول: رافض لكون الرحم البديل عقد على اعتبار أن الاتفاق غير قانوني، وهذا راجع إلى أن جسم الانسان لا يكون محل للتصرف وذلك لخروج عن دائرة الأشياء القابلة للتعامل فيها وبذلك لا يصح أن تكون محلا لأي عقد سواء عقد تبرع أو عقد معاوضة، وهو بذلك يمس بالنظام العام لكونه غير مشروع، فأغلب التشريعات في العالم ذهبت لحظر هذه العلمية صراحة وضمنيا وكونها تشكل خطرا جسيما يهدد هوية العالم الإسلامي خاصة العالم بشكل عام[3].

---

[1]- بن مصطفى عيسى، المرجع السابق ص ص462-463.

[2]-المرجع نفسه، ص ص463-464.

[3]- المرجع نفسه، ص 463.

ب-أما الفريق الثاني مؤيد لكون الرحم البديل عقد، حيث يرون أن العلاقة التي تحكم الزوجين والطرف الثالث المتمثل في الرحم البديل أو الأم البديلة عبارة عن عقد متمثل في اتفاق للحمل لحساب الغير قصد الحصول على ولد وتحقيق حلم الزوجين في ذلك، وإمكانية اسقاط أحكام العقود على مثل هذه الاتفاقات حيث تنجم عنه التزامات متبادلة للطرفين فيقع على الزوجين تحمل كافة المصاريف والنفقات من فترة زرع البويضة الملقحة إلى غاية وضع الحمل، كما في الكثير من الأحيان يكون ذلك بمقابل مادي كتعويض للطرف عن هذه العملية، وفي المقابل يقع على صاحبة الرحم البديل التزام المحافظة على الجنين وتسليمه للزوجين عند الميلاد[1]

4- حكم الرحم البديل:

تعد عملية الانجاب عن طريق الرحم البديل أو ما يعرف بتأجير الرحم غريبة المولد والنشأة حيث توصل العالم الغربي إلى اكتشاف هذه التقنية التي تعد نقلة نوعية وهامة على مستوى الطبي والبيولوجي، وما يتعلق بالإنجاب بشكل خاص، هذه العملية أثارت جدلا واسعا في الأوساط الدينية والقانونية وخصوصا في العالم الغربي، ولهذا سنوضح موقف الفقه والقانون من هذه العملية.

أ- موقف الفقه الإسلامي:

هناك رأي مؤيد لهذه العملية ويمثل هذا الموقف اتجاه الفقهاء المعاصرين[2] حيث يعتبرون الرحم البديل رضاعا وأن هذه العملية محصورة على الزوجين فقط، وغير جائز استخدام هذه الرخصة للإتجار مثلا، وبذلك يجيزون الرحم البديل في سبيل الحصول على الولد على اعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الأصل في الأمور الإباحة ما لم يرد نص على تحريمها، ومنه في ظل هذه العملية إذا تمت وفقا للشروط والضوابط المقررة فإن ذلك لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ولا في ذلك نقل للصفات الوراثية من صاحبة الرحم البديل للولد لأن الرحم مجرد حيز لاحتواء بويضة ملقحة راجعة للزوجين صاحبا العلاقة و الرحم البديل يقتصر على أنه منفعة فقط[3].

---

[1]- بلعباس أمال، بن عزيز حنان، " التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص 194.

[2] _ من أنصار هذا الإتجاه عبد المعطى بيومي عضو مجمع البحوث الإسلامي بموجب فتوى أفتاها سنة2007 مقال متوفر في موقع www.aa.com.tr/ar

[3]- ناديا قزمار، "المنظور القانوني والتشريعي لعقد إجازة الرحم"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، قسم المدني، كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا، العدد الأول، الأردن، 2015، ص 44.

هذا الرأي يعد ضعيفا لأنه يخالف رأي جمهور الفقهاء اللذين حظروا هذه العملية[1]، وقد اعتبروا ذلك من باب الزنا لوضع حيوان منوي في رحم امرأة ليست زوجة لهذا الرجل وبذلك الزنا محرم وفقا لهذا المعنى ولا يغير من الحكم أن الحيوان المنوي أدخل الرحم مصاحبا لبويضة به، كذلك وضع بويضة امرأة أجنبية في رحم امرأة أخرى قياسا على السحاق وبذلك الرحم البديل محرم من باب تحريم السحاق، كذلك هذه العملية تحمل الكثير من المفاسد والشبهات في المجتمع إضافة الى اختلاط الأنساب وضياعها في نظر الشرع والفقهاء لما في ذلك من متاجرة في الأعضاء والأعراض وهذا مساس مباشر بكرامة الإنسان وحرمة جسده[2]

والقول أن عدم تأثر الجنين وراثيا من رحم الأم المستأجرة ليس مؤكدا من الناحية الطبية لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم كما أنه يتأثر بالبيئة المحيطة به، وبالتالي القول بإباحة الرحم البديل يؤدي إلى مفاسد عظيمة من اختلاط للأنساب، وضياع للحقوق إضافة لمفاسد نفسية على الأسرة والطفل والمجتمع على العموم[3].

ب-موقف القانون

إن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بخصوص الرحم البديل فقد حظر استخدام تقنية الحمل لحساب الغير في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حيث جاء فيها «...لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة».[4]

بذلك فالمشرع قد تماشى مع الرأي الرافضلهذه العملية حماية لكرامة الإنسان و حفظا للأعراض و الأنساب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا مهما من مصادر القانون، حيث نص المشرع

[1] _ قرار مجمع البحوث الإسلامية بجلسته المنعقدة في 2001/03/29 المتضمن (استخدام رحم امرأة لوضع ماء زوجين في رحمها يكون حراما سواء كان منيا او بويضة أم جنينا) متوفر في موقع www.islamonline.net

[2] _ عارف علي عارف،"الأم البديلة " (رؤية إسلامية)، مجلة إسلام المعرفة ،عن المعهد العالي للفكر الإسلامي، السنة الخامسة ،العدد 19، 1999، ص 08.

[3]- عبادي سارة، "استئجار الرحم بين الشريعة والقانون"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، المركز الجامعي أحمد بن يحي، الونشريس، الجزائر، 2017، ص 384.

[4]- المادة 45 مكرر، القانون 84-11، المصدر السابق.

في الفقرة الثانية من المادة الأولى للقانون المدني الجزائري على أنه « وإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية».[1]

كذلك التشريع الفرنسي من أبرز التشريعات التي تناولت الموضوع بنصوص صريحة وحظر هذا النوع من التعاملات التي اعتبرها اعتداء على حرمة الانسان في نص المادة 16 من القانون المدني الفرنسي، كما أنه أصدر عقوبات لمنع مثل هذا النوع من الاتفاقات في نص المادة 227 فقرة 11 من قانون الجزائي الفرنسي إضافة للمادة 511 فقرتها 11 و24 من قانون العقوبات.[2]

غير أنه يوجد بعض من التشريعات المنظمة والتي اباحت عملية الرحم البديل ولعل أبرزها الولايات المتحدة الأمريكية المثال الأكبر لإباحة استئجار الرحم بقانون ولاية فلوريدا (قانون فلوريدا 620212 stateflorida) وهذا القانون يعد من القوانين القلائل في العالم التي نظمت هذا الموضوع[3].

أما بخصوص نسب الولد في الرحم البديل فمن ناحية أبيه ظهر قولان، الأول إذا حملت الأم البديلة وكان لها زوج فينسب الولد لزوجها ولا علاقة لصاحبة البويضة الملقحة وزوجها في نسب المولود عملا بالحديث "الولد للفراش".

أما القول الثاني ينسب لأبيه زوج صاحبة البويضة لأن بويضتها لقحت بمائه وبعد التلقيح تزرع البويضة الملحقة في رحم المتبرعة، فالولد ناتج من بويضة زوجة وماء زوج بينهما عقد زواج شرعي.

والرأي الراجح هو الرأي الثاني لأن سبب ثبوت النسب هو الزوج كون الجنين من مائه وهو ما ينتفي في زوج المتبرعة، ويتماشى هذا الرأي إذا كان هناك شك في مصدر الحمل[4].

على الرغم من الآراء الفقهية المؤيدة لعملية الرحم البديل وتسهيل الأحكام المتعلقة بها إلا أنها في نظرنا تبقى محرمة شرعا وهذا تماشيا مع رأي جمهور الفقه، والولد الناتج يعامل معاملة ولد الزنا، فلا

---

[1]– المادة الأولى، الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]– مروك نصر الدين، " الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية"، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 1999، صص، 24–25.

[3]– مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص 21.

[4]– استئجار الرحم بين الشريعة والقانون، متوفر في موقع pmb.univ–saida.dz، ص 79.

نسب له من جهة أبيه وفق قواعد القانون الجزائري والشريعة الإسلامية لما في ذلك من مفاسد تمس بالأنساب.

أما من جهة أمه فالنسب يكون بواقعة الولادة سواء كانت قد حملت به بطريقة شرعية أو كانت غير شرعية فمن تلد الطفل فإن أمومتها تثبت له، وهذا تماشيا مع أحكام النسب في قانون الأسرة.

أما بالنسبة للفقهاء المؤديين لهذه التقنية فقد ظهر رأيين بخصوص نسب الولد لجهة أمه رأي يقر بنسبه لصاحبة البويضة أي يثبت لصاحبة البذرة والمتطوعة تأخذ حكم الأم المرضعة ورأي يقر بنسب الولد الناتج للأم صاحبة الرحم التي ولدته على اعتبار أنها هي التي حملت وولدت[1].

III- نسب ولد الاستنساخ:

لعل أهم الإجازات الطبية والعلمية التي ظهرت والتي تعد نتاج التقدم العلمي في المجال الطبي والبيولوجي عمليات الاستنساخ البشري والتي تخطت مرحلة التجارب ودخلت مرحلة التنفيذ، مما جعلها تحظى باهتمام بالغ في مختلف المجالات، خاصة وأنها تتعلق بمصير الإنسان ومستقبل البشرية، هذه العملية الاستثنائية يدور حولها جدل قانوني وفقهي لم يحسم بعد.

فالاستنساخ في مجمله يعرف على أنه هو التنسيل أو تكوين نسخة مطابقة تمام للكائن الحي من حيث الخصائص الوراثية والفيزيولوجية والشكلية، وهذا خلافا للتكاثر في الطبيعة المعروف بطريقتين هما التوالد والتوالد اللاجنسي[2].

وبالتالي يعتبر الاستنساخ البشري عملية خلق غير طبيعي للإنسان بحيث تتم هذه العملية بأخذ بويضة من بيض الأنثى تجري عليها عملية مجهرية خارج الجسم لتفريغ ونزع نواتها لتزرع خلية جسمية تؤخذ من جسم ذكر غالبا لتمر بجملة من التغييرات والعمليات البيولوجية الدقيقة حتى تصل إلى مرحلة

[1]- شايحة أعمر سعيد، "أثر استئجار الرحم على ثبوت النسب"، دراسة فقهية قانونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر ،2018، ص ص، 12-13 ، ص17.

[2]- محمد يحي المحاسنة، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004، ص 264، ص 267.

نمو خلية جنينية وهي جنين بشري في أنبوب اختبار بعمر خمسة أيام ليزرع هذا الجنيني في رحم الأنثى قد تكون صاحبة البويضة في الأصل[1].

فالولد الناتج في هذه الحالة ينسب للمرأة التي ولدته بكل حال وهي أمه وينتج عليها كل الحقوق اتجاهه حتى لا يكون وسيلة افساد المجتمع، وينسب الولد للزوج لأن الخلية أخذت منهما مل ينفي الزوج عنه، فالزوج هو الأب الشرعي على رأي جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش»، فيأخذ حكم الولد الفراشي.[2].

أما إذا تمت العملية بدخول طرف ثالث خارج عن نطاق الزوجية يعني أنها تمت بإحدى الطرق المحرمة، فلا نسب للولد إلى الأب، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته وينطق عليه ما ينطق على ولد الونا، كذلك لا ينسب للزوج نسب إذا كان نتيجة سفاح أي تلقيح بويضة الزوجة بخلية للمرأة سواء كانت منها أو من امرأة أجنبية، وتبقى نسبة من جهة الأم قائما بالولادة[3].

هذا الرأي في حكم نسب الولد الناتج يعود للفقهاء المؤيدين لعملية الاستنساخ ويعود تأييدهم لذلك لمجموعة الحجج أهمها أنه لا حرج في استخدام هذه الطريقة للتكاثر البشري ضمن نطاق منظومة الأسرة، وإباحة انتاج الكائن الحي بهذه الطريق يرجع لاستخدام القدرات الفعلية للإنسان لما ميزه الله عز وجل بالعقل والتفكير والذكاء على سائر خلقه، لما في ذلك من استكشاف المزيد من آيات الله وقدرته في خلقه، ولا يحرم هذا الأمر إلا إذا كان عن طريق الزنا خارج إطار العلاقة الزوجية الشرعية، كذلك دليلهم أن نبي الله عيسى عليه السلام خلق من غير أب بصريح القرآن الكريم، وتعتبر العملية البديلة لعملية التوليد الطبيعي خاصة في الحالات التي لا أمل لها في الحصول على الولد بطرق أخرى[4].

وهذا خلاف لآراء المعرضين لعملية الاستنساخ البشري لما فيه من مساس بالقيم والأخلاق البشرية، لما فيه من مساس بالأنساب والمجتمع وإلغاء لفكرة الفردية لإمكانية انتشار نسخ متطابقة تماما، كذلك هذه

---

[1]– يوسفات علي هاشم، "أثر الاستنساخ البشري على النسب"، مجلة القانون والمجتمع، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، 2013، ص 275.

[2]– يوسفات علي هاشم، "أثر الاستنساخ البشري على النسب " المرجع السابق، ص ص، 285–286.

[3]– المرجع نفسه، ص 287.

[4]– محمد سعيد طباطباني حكيم، الاستنساخ وفتاوي طبية، الجزء الأول، متوفر في موقع ar.libeshia.ir، ص ص،23–24 .

العملية تؤدي إلى إلغاء قاعدة الزوجية في الحياة، ومخالفة لفطرة الله لما في ذلك من جهل وإسراف وإجرام في عملية الاستنساخ البشري وأبعاد خطيرة جدا فليست مجرد وسيلة للتكاثر فقط بل هي أخطر من ذلك[1].

والجدير بالذكر أن مجلس الفقه الاسلامي المنعقد في مملكة العربية السعودية بجدة في دورة مؤتمر العاشر لسنة 1997 قد أوصى بتحريم الاستنساخ البشري بأي طريقة تؤدي للتكاثر وتحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كانت رحما أم بويضة أم حيوانا منويا أم خلية جسدية للاستنساخ، كما أنه ناشد الدول الاسلامية بضرورة إصدار القوانين والأنظمة اللازمة لغلق الأبواب أمام الجهات المحلية والأجنبية بما فيها المؤسسات البحثية لعدم اتخاذ الدول الاسلامية ميدان للتجارب للاستنساخ البشري والترويج لها[2]، وهذا رأي الفقهاء بالإجماع.

أما عن موقف المشرع الجزائري من عملية الاستنساخ البشري لم يذكر نصا خاص يمنع فيه الاستنساخ غير أنه بالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع للأحكام المتعلقة بمنع الاستنساخ لدى جمهور الفقهاء المسلمين والتي تمنع الاستنساخ شرعا فإننا مخلص إلى منعها قانونا، وقد يعود سكوت المشرع الجزائري لكون عملية الاستنساخ حديثة النشأة لم نصل إليها بعد.

غير أنه يمكننا أن نستشف المنع القطعي لهذه العملية في الإنجاب من المرسوم 92-276 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب في نص المادة 06 فقرة 20 منه حيث تنص على أنه يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان.[3]كذلك أجمعت معظم الدول على حظر الاستنساخ البشري منعه ومن بينها مجموعة كبيرة من الدول الغربية أهمها الولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد الأوروبي، أستراليا، كندا، الفاتيكان وغيرها الكثير من الدول، إضافة إلى أهم الهيئات العالمية

[1]- محمد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الاباحة والتجربة في ضوء الشريعة، مذكرة ماجستير،تخصص التشريع الجنائي الاسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف الغربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2005، ص 86.

[2]- محمد بن دغليب العتيبي، المرجع السابق، ص ص، 40-41.

[3]- المادة 6 من المرسوم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاق مهنة الطب، جريدة رسمية العدد رقم 52 المؤرخة في 8 يوليو 1992.

كهيئة الأمم المتحدة، منظمة الصحة العالمية، اليونسكو والجمعية الطبية العالمية لما في ذلك من انتهاك لحرمة حياة الإنسان[1].

الفرع الثاني: اثبات النسب بعد انحلال العلاقة الزوجية

بعد انعقاد عقد الزواج الصحيح بين الرجل والمرأة تقوم الرابطة الزوجية بينهما في الإطار التشريعي وينشأ عن هذا الزواج نسل يثبت نسبه للزوج مباشرة دون قيد أو تكليف إلا أنه قد تشاء الأقدار وتحدث فرقة بين الزوجين وتنحل الرابطة الزوجية بينهما، بصورتين لا ثالث لهما، فإما تنحل الرابطة الزوجة عن طريق الطلاق، باختلاف صوره، كما تنحل عند وفاة الزوج.

لم يغفل المشرع وكذلك القانون عن مصير نسب الولد الذي قد يولد في ظل هذه الظروف، كما حسم ثبوت نسبه من عدمه وفقا لكل حالة بما يناسب مصلحة الولد في حد ذاته من جهة ومصلحة ذويه من جهة أخرى تجنبا لأي إشكالات قد تمس بهما والتي قد تحرم ذويالحقوق من الحصول على ما آل إليهم من حق.

فالمادة 43 من قانون الأسرة الجزائري تؤكد على أن نسب الولد يكون لأبيه إذا وضعت المرأة حملها خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة وتنص المادة على ما يلي: « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»[2].

وهو بذلك ذكر في نص المادة الصورتين التي تنحل بهما الرابطة الزوجية وذلك توافق مع ما ورد في نص المادة 47 من قانون الأسرة والتي جاء فيها « تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة»[3].

وبذلك سنتناول إثبات نسب الولد بعد انحلال الزواج بالطلاق كما سنتحدث عن اثبات نسب الولد بعد وفاة الزوج على الوجه الآتي:

أولا: اثبات النسب بعد الطلاق

---

[1]- حيدرة عبد الحميد، الاستنساخ البشري بين الاباحة والتجريم في ضوء القانون الوضعي، مذكرة ماستر، تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2015-2016، صص،42-48.

[2]- المادة 43 من الأمر 84-11، المرجع السابق.

[3]- المادة 47 من الأمر 84-11، المرجع نفسه.

الطلاق هو حل القيد والإطلاق بمعنى الإرسال والترك كما أنه يحمل معنى التخلي.

طلق الرجل امرأته تطليقا أي خلاها على قيد الزواج.

كذلك عرفه الفقهاء بعدة تعريفات أهمها

رفع قيد النكاح في الحال أو في المال أو إزالة النكاح أو إنقاص لحله بلفظ مخصوص فقد تكون بلفظ البائن وفي المآل أي بعد عدة ويكون بالطلاق الرجعي[1]، وبذلك نجد الطلاق ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائع.

فالطلاق الرجعي هو ذلك الطلاق الذي يملك بعده الزوج امكانية اعادة المطلقة إلى الزوجية دون الحاجة إلى عقد جديد ما دامت العدة لم تنقضي ويكون ذلك بعد الطلاق الأول والثاني الغير البائن.

إذا انتهت مدة العدة دون مراجعة يصبح الطلاق بائن ولا يستطيع مراجعتها إلا بموجب عقد جديد ومهر جديد استثناء المرأة الحامل يمكن مراجعتها خلال طول فترة الحمل إلى غاية وضعها للطفل.

في الطلاق الرجعي الزوج لا يحتاج عند مراجعة زوجته إلى موافقتها، أما الطلاق البائن فهو بدوره له صنفان هما:

- **الطلاق البائن بينونة صغرى:**فهو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الزوج بعد إقاعه للطلاق أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد وذلك لانقضاء عدتها دون أن يراجعها ومن صوره.
  - كل طلاق لا يمكن مراجعة الزوجة فيه في فترة العدة.
  - المطلقة قبل الدخول بمعنى أن يطلق زوجته التي عقد عليها قبل الدخول بها.
  - أن يقع فراق بينهما بموجب الخلع.

[1]– وهيبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، متوفر في موقع المكتبة الشاملة الحديثة al-maktaba.org/book تاريخ الاطلاع 2021/04/11، الساعة 12:08.

- **الطلاق البائن بينونة كبرى:** وهو الطلاق الذي لا يمكن فيه للزوج أن يراجع زوجته إلى بيت الزوجية لا في عدتها ولا بعد انتهاء عدتها إلا بعد أن تنكح زوجا آخر بعقد صحيح شرعي يتبعه دخول ثم يفارقها إما بموته أو طلاق بعد أن تنقضي عدتها بعقد ومهر جديدين[1]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يتطرق إلى تعريف الطلاق واكتفى بذكره كصورة من صور انحلال الرابطة الزوجية من خلال استقراء المادة 48 من قانون الأسرة حيث ينص على « يحل عقد الزواج بالطلاق...»[2].

لم ينص المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة على الطلاق البائن والطلاق الرجعي، غير أنه أشارة إلى إمكانية الرجعة في نص المادة 50 من قانون الأسرة[3]، كما أشار في نص المادة 51 [4]على عدم أحقية الزوج بمراجعة زوجته بعد طلاق الثلاث وهو بذلك يشير إلى الطلاق البائن.

وفي ظل هذه الأحكام كفلت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بدوره نسب الولد الذي قد يثبت في خضم هذه الظروف حقوقه والتي يعد النسب من أقدسها لأن من خلاله يحق له ما يجب من حقوق، غير أن الطلاق قد يقع قبل الدخول كما قد يقع بعد الدخول ولكل حالة أحكامها سنوضحها كالآتي:

ا- نسب ولد المطلقة قبل الدخول:

قال تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا»[5].

---

[1]- فارس العزاوي، أقسام الطلاق، تاريخ النشر 2004/09/04، تاريخ الإطلاع 2021/04/11 الساعة 12:41 متوفر في شبكة الألوكة،www.alukak.net/sharia.

[2]- المادة 48 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- المادة 50: " من راجع زوجته بعد الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد.."، القانون 84-11، المصدر السابق.

[4]- المادة 51: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا من بعد أن تتزوج غيره ..."،القانون 84-11 ،المصدر السابق .

[5]- الآية 49 من سورة الأحزاب.

ومنه المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها، ولأن اثبات النسب قائم على الفراش، وهذا الفراش لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول، إلا إذا كان هناك لقاء بينهما أو إمكانية تلاقي، وبذلك النسب يثبت في هذه الحالة لاحتمال الوطء الذي هو شرط لإثبات النسب.

كذلك يشترط في هذه الحالة أن يثبت وقوع الحمل قبل الفرقة كذلك يشترط أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج وأن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق[1] دون ذلك يثبت نسب الولد لأبيه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا وذلك بناء على أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطا في الأنساب وستر الأعراض[2].

II- نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

نجد قنونا أن الطلاق يثبت بحكم قضائي وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة[3]، وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء قد فرقوا بينهما والقاعدة في التشريع الجزائري أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال وفقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة[4]، والمقصود بمصطلح الانفصال بإسقاطه على نص المادة 60 من قانون الأسرة هو الطلاق[5].

1- نسب الولد بعد الطلاق الرجعي:

يثبت نسب الولد للزوج المطلق في حالة الطلاق الرجعي إذا توفر ما يلي:

- إذا وضعت الزوجة حملها في مدة أقل من عشرة أشهر، فتكون قد حملت به قبل الطلاق ويثبت نسبه.

---

[1]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 39.

[2]- طفيانمختارية، المرجع السابق، ص 53.

[3]- المادة 49 من القانون 84-11 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم".

[4]- المادة 43 من القانون 84-11 " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال.

[5]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 40.

- إذا وضعت الزوجة حملها بعد المدة القصوى أي عشرة أشهر فتكون قد حملت منه وقت العدة ومنه الزوج قد راجعها مع عدم إقرارها بانقضاء العدة. أما إذا أقرت بانقضاء العدة فلا يثبت الولد إلا إذا جاءت به لأقل من المدة الدنيا أي أقل من ستة أشهر ليثبت كذبها أو خطأها في إقرارها[1]، لأن وقت الإقرار كانت حامل بيقين.

فإذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها لاف يثبت نسبه للزوج المطلق لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة.

2- نسب الولد بعد الطلاق البائن

من المقرر شرعا أن في الطلاق البائن لا يحل للزوج المطلق أن يباشر زوجته المطلقة طلاقا بائنا أبدا كما لا يجوز مطلقا للغير خلال فترة العدة، فإذا ولدت الزوجة المطلقة ولدا خلال مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق فيثبت النسب مباشرة للزوج المطلق وذلك لاحتمال وجود الحمل قبل الطلاق وهذا في حالة أنها لم تقر بانقضاء العدة.

وإذا كانت قد أقرت بانقضاء العدة فإن الولد يثبت نسبه إذا جاءت به خلال عشرة أشهر من وقت الطلاق أو لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولا يثبت إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر.[2]

ثانيا: إثبات النسب بعد وفاة الزوج

إذا وضعت الزوجة المتوفى عنها زوجها حملها خلال مدة 10 أشهر من تاريخ وفاة الزوج المتوفى يثبت نسب الولد لأبيه وذلك وفقا لنص المدة 43 من قانون الأسرة لذلك فإذا وضعت الزوجة المتوفى عنها زوجها حملها في أقل مدة للحمل أي أقل من ستة أشهر ففي هذه الحالة لا يثبت النسب من الزوج المتوفى كذلك لا يثبت نسب الولد للزوج المتوفى إذا كانت مدة الحمل أكثر من عشر أشهر من وفاة الزوج لأنه لا يعقل أن تحمل من زوجها وهو متوفى[3].

---

[1]- طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 54.

[2]- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 53.

[3]- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 35.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج غير الصحيح ووطء الشبهة

اهتم المشرع بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكام ذلك من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأصلي لقانون الأسرة والتي بدورها بالغت في حفظ الأنساب من الضياع والتزييف وذلك لما يتمتع به النسب من مكانة مقدسة فنسب الولد من جهة أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية منها والغير الشرعية، في حين نسب الولد من أبيه فيثبت بالزواج الشرعي الذي تتحقق فيه جميع الأركان والشروط وانتفاء موانع الزواج لكي يكون الزواج صحيحا يثبت من خلال النسب الولد الناتج عنه.

إلا أن الإشكال الذي يطرح إذا كان الزواج غير الصحيح مصير النسب الولد الناتج عن هذا الزواج خاصة إذا تم الدخول فالمشرع الجزائري وبالاعتماد أيضا على الشريعة الإسلامية لم يغفل عن هذه المسألة وأدرج ضمن نص المادة 40 [1]من قانون الأسرة الزواج غير الصحيح والوطء بشبهة كوسيلة لإثبات النسب، وعليه سنتعرض إلى مسألة ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح بصورتيه بالإضافة إلى ثبوت النسب بوطء الشبهة على النحو التالي:

الفرع الأول: اثبات النسب بالزواج غير الصحيح

سنحاول توضيح الأحكام المتعلقة بالزواج غير الصحيح وأثره على النسب الناتج عنه حيث ان هذا النوع من الزواج يندرج ضمن قسمين لكل منهما احكامه وفقا مايلي:

أولا: إثبات النسب بالزواج الفاسد

إن عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى يتطلب حتى ينشأ صحيحا ويكون مرتبا لآثاره أن تتوفر عند تكوينه أركانه الأساسية والشروط التي يتطلبها القانون والشريعة انعقاده غير أنه قد يشمل على أركانه الأساسية وشروط انعقاده ويفتقد لشروط صحته، وهنا نكون أمام عقد زواج فاسد، فلا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ويكون في مقام العقد الباطل إلا أنه بعد الدخول يترتب عنه بعض آثاره، وقبل أن نبين أثر الزواج الفاسد على نسب الولد الناتج عنه سنبين الآتي:

[1]_ المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

I- تعريف الزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو كل زواج وجد فيه ركنه الأساسي المتمثل في رضا الزوجين، لكنه فقد شرطا من شروط صحته الواردة في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة[1].، ومنه تتمثل حالات الزواج الفاسد فيما يلي:

وفقا لقانون الأسرة الجزائري

- **إذا تم الزواج دون شرط من شروط الصحة:** كما لو أن يتم دون شهود أو بدون ولي في حالة وجوبه أو بدون صادق أو شاب إرادة الزوجين عيبا من عيوب الرضا كإكراه أو التدليس أو الغلط، فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وفقا لنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة[2]

إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة وفقا لنص المادة 19 من قانون الأسرة[3].

ففي هذه الحالة المشرع صححه بالدخول حيث أقر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا وذلك ما نصت عليه المادة 35 من قانون الأسرة.[4]

- **إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه**

وذلك في زواج القاصر وفقا لنص المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة «...يتولى زواج القاصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».[5] فيفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بمهر المثل وفقا لنص المادة 33 فقرة 2 المذكورة سالفا.

إذا تزوج أحد الزوجين في مرض الموت، وهذا إذا كان قصد زواجه مزاحمة الورثة بزواجه لذلك يعتبر فاسدا[6].

---

[1]- بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 382.

[2]- المادة 33 فقرة 2، " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

[3]- المادة 19، " للزوجين أن يشترطا في العقد أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" القانون 84-11 المصدر السابق.

[4]- المادة 35 « إذا اقترن الزواج بشرط بنجاحه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا» القانون 84-11 المصدر السابق.

[5]- المادة 11 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[6]- بلحاج العربي، " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 296- 298.

II- صور الأنكحة الفاسدة:

مما سبق نستخلص أن المشرع الجزائري تناول الانكحة الفاسدة في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة وقسمها بحسب فسخها إلى نوعين:

1- ما يفسخ قبل الدخول فقط، ويثبت بعد الدخول بمهر المثل، وقد سبق وأن بين حالاته وفقا لما ورد في نص المادة 33 من قانون الأسرة.

2- ما يفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا إذا كان زواجا بإحدى المحرمات وفقا لما ورد في المادة 34 من قانون الأسرة[1]

III- أثر الزواج الفاسد على ثبوت النسب

إن الاشكال الذي يثيره الزواج الفاسد خاصة بعد الدخول هو ما يتعلق بالنسب وبالأخص إذا تم فسخه من الناحية الشرعية إذا نتج عن هذا الزواج الفاسد حمل باختلاف صوره فإن المولود ينسب لأبيه الحقيقي وهو الزوج كما في النكاح الصحيح تماما، ويأخذ الولد من الرجل جميع حقوق الأبوة وأحكاماها[2].

كذلك من الناحية القانونية نجد أن المشرع ألحق الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب بالاعتماد على قاعدة أن النسب يحتاط في إثباته حماية للود من الضياع حيث أن المادة 40 من قانون الأسرة نصت « يثبت النسب.... وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون»[3].

ولا يتحقق ثبوت النسب الولد الناتج عن الزواج الفاسد إلا بتوفر جملة من الشروط نوضحها كالآتي:

- فلا يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في الزواج الفاسد إلا بالدخول، ولا يعترف بالنسب في الزواج الفاسد قبل الدخول لأن ذلك يعد زنا، لذلك يجب أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقد فاسد لأن الفراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي.

---

[1]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 166.

[2]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 192.

[3]- المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

- كذلك أن تضع المرأة حملها في أقل مدة للحمل والمتمثلة في ستة أشهر بدأ حساب هذه المدة من تاريخ الدخول، وهو قول جمهور الفقهاء وهو ما أخذ ذبه المشرع في نص المادة 40 من قانون الأسرة، وهذا على خلاف قول الحنفية اللذين يقولون أن مدة الحمل تكون من وقت العقد وليس من وقت الدخول، أما بخصوص أقصى مدة للحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحتسب من تاريخ التفريق بين الزوجين فإذا وضعت الزوجة حملها قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق يثبت نسب الولد للزوج[1].

ثانيا: إثبات النسب في الزواج الباطل

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته نظرا لارتباطه بالأسرة باعتبارها كيان المجتمع بما يترتب عليه من آثار تمس المتعاقدين من جهة ويمس الأسرة من جهة أخرى لذلك يجب أن يتوفر على جملة من الشروط المطلوبة والأركان الأساسية حتى يكون صحيحا ومنتجا لآثاره فإذا تخلف ركن من أركانه كان العقد باطلا، معدوما غير منشئ لأثره.

I- تعريف الزواج الباطل

المشرع الجزائري تجنب تعريف الزواج الباطل واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد باطلا وفقا لما نص عليه في المادة 32[2]والمادة 33 فقرة1[3] من قانون الأسرة.

ومن خلال المادتين يمكن أن نستخلص أن الزواج الباطل هو كل عقد زواج فقد ركنا من أركانه الأساسية أو الذي اختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي تعد من شروط صحته، كذلك إذا وجد مانع من موانع الزواج التي نص عليها المشرع في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة، كان بذلك الزواج باطلا لا يترتب عليه أثر شرعي لأن وجوده وعدمه سواء وعلى الزوجين أن يفترقا حالا ولو بعد الدخول[4].

---

[1]- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 53.

[2]- المادة 32، "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- المادة 33، " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، المصدر نفسه.

[4]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 376.

II- حالات الزواج الباطل وأسباب بطلانه

1- انعدام الركن الأساسي للزواج والمتعلق برضا الزوجين فإن انعدام تطابق الايجاب والقبول يعتبر باطلا وهو ما نص عليه المشرع في المواد 4، 9، 33 من قانون الأسرة[1].

2- الزواج بإحدى المحرمات لوجود مانع شرعي بين الزوجين سواء كان مانعا مؤبدا أو مؤقتا حسب الحالة وهو ما نص عليه المشرع في نص المادة 34 من قانون الأسرة[2].

كذلك ينصرف البطلان إلى زواج المسلمة بغير مسلم وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 30 من قانون الأسرة.

3- إذا انعدم أكثر من شرط واحد من شروط التي يعتبرها المشرع شرط صحة وفقا لما نص عليه المواد 33 فقرة 2، 9 مكرر، 7 مكرر من قانون الأسرة[3]

III- أثر الزواج الفاسد على ثبوت النسب

المشرع الجزائري تأثر بالفقه الإسلامي من حيث أن الزواج الباطل لا يرتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح قبل الدخول، حيث أنه لا يرتب إلا أحكاما ضمنية بوصفه واقعة مادية يستوجب التنظيم.[4]

غير أنه يرتب بعض الآثار بعد الدخول ولعل أهمها ثبوت النسب وهذا رعاية لحق الطفل وحماية للولد من الضياع[5].

وهذا وفقا لما جاء في نص المادة 34 من قانون الأسرة وأكدته المادة 40 من قانون الأسرة[6].

---

[1]- القانون 84-11، المصدر السابق.

[2]- المادة 34 "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، من القانون 84-11 المصدرنفسه.

[3]- القانون 84-11، المصدر السابق.

[4]_ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996، ص 168.

[5]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 379.

[6]- القانون 84-11، المصدر السابق.

الفرع الثاني: إثبات النسب بوطء الشبهة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على "يثبت النسب.... أو بنكاح الشبهة ..." المشرع الجزائري في نص المادة أعلاه استخدام مصطلح نكاح الشبهة بدلا عن وطء الشبهة وبالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء مختلف عن النكاح الفاسد وهذا غير صحيح لأن النكاح الفاسد يندرج ضمن أنواع نكاح الشبهة.

وبالتالي المشرع أخلط الأمور إذ كان عليه أن يدرج وطء الشبهة بدل نكاح الشبهة لكونه أقر بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في ذات النص وهذا ما يعاب على نص المادة أعلاه، إذ لابد من تعديلها وإعادة صياغتها لتصبح على النحو التالي « يثبت النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد وبوطء الشبهة ...» بدل استخدام نكاح الشبهة لأن في ذلك اخلال في المعنى وخلط في المفاهيم.[1]

كذلك المشرع لم يوضح الأحكام المتعلقة بوطء الشبهة مما يتطلب الأمر العودة لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التعرف على وطء الشبهة والأحكام الخاصة به فيما يخص ثبوت النسب بوطء الشبهة، وسنتناول ذلك كالآتي:

أولا: المقصود بوطء الشبهة وأقسامه

إن وطء الشبهة أصله من الشريعة الإسلامية وشرع بهدف الاحتراز حماية للنسب، وهو قليل الحدوث بالنظر لأحواله.

تعريف وطء الشبهة

إن وطء الشبهة ينقسم إلى لفظين لفظ وطء ولفظ شبهة، وسنوضح معنى كليهما كالآتي:

1_ لفظ الوطء

يعرف الوطء لغة على أنه العلو على شيء، مصدر الفعل وطء، يقال وطئته برجلي، أطؤه وطأ أي علوته.

ويطلق أيضا على الجماع فيقال: وطء الرجل امرأته يطؤها، وطأ، إذا جامعها وبه سمي الجماع لأن فيه استعلاء للرجل على زوجته، وأصل الوطء: الدوس بالقدم.

[1]– خالد داودي، المرجع السابق، ص 45.

ويقال وطء الشيء وطأ إذا داسه والوطء من كل شيء ما سهل ولان وفراش وطئ لا يؤدي جنب النائم[1].

أما الوطء اصطلاحا هو الاتصال الجسدي بين الرجل والمرأة في الإطار الشرعي، غير الزنا الذي يكون ن غير عقد معتبر ولا شبهة والوطء بمعنى الجماع المشروع الذي يكون سببه مشروع من عقد النكاح وملك اليمين[2].

2_ لفظ الشبهة:

الشبهة لغة « بالضم هي الالتباس وتشابه الشيئين أي اشبه كل منهما الآخر حتى التبسا، واشتبه للأمر عليه أي اختلط واشتبه في مسألة شك في صحتها، والالتباس فيه الحق بالباطل والحلال بالحرام »[3].

أما اصطلاحا تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بثابت ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسب غلط الشخص[4].

وقد كان يحتمل وجوده كثير قبل سنين طويلة لكنه أصبح في حكم الأحداث القليلة الوقوع اليوم، نظرا لاختلاف الأحوال والعباد على اعتبار أنه في الوقت الحالي أصبح الزوج ينظر إلى زوجته وتعارفان قبل الدخول ولا وجود للخطأ[5].

أقسام الشبهة

قسم وطء الشبهة إلى ثلاث أنواع هي إما أن يكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل، وسنوضحها كالتالي:

---

[1]- موسوعة المصطلحات الاسلامية terminologyenc.com، تاريخ الاطلاع 2021/04/28، ساعة الاطلاع 12 :31

[2]- المرجع نفسه.

[3]- سعيدان أسماء،" ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر 1، الجزائر،،2018، ص 432.

[4]- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 55.

[5]- يوسفات علي هاشم، احكام النسب في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 62.

1_ شبهة الملك:

شبهة الملك تسمى أيضا شبهة المحل، فهي أن يختلط الدليل الشرعي على الرجل، كأن يفهم من الدليل الشرعي أن مواقعة المرأة مباح له في حين أنه غير مباح له.

من أمثلتها أن يباشر الزوج امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ظنا منه أنه مباشرتها يكون قد راجعها له كما هو الحال في المطلقة طلاق الثلاث[1].

وفي هذه الحالة تنشأ الشبهة عن دليل مثبت في المحل وهذا الدليل ينفي الحرمة ويورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم على الرغم من وجود دليل آخر يحرم الفعل نفسه[2]

1_ شبهة العقد:

مفاد شبهة العقد هو أن يعقد الرجل على امرأة عقد زواج صحيحا ويعتقد أنها تحل له وهو يحل لها، ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يتضح أنها لم تكن تحل له وأنها محرمة عليه، كأن يتبين أنها أخته من الرضاع كنوع من الشبهات[3].

كذلك كأن يعقد على امرأة خامسة وهو في عصمته أربعة غيرها إذا كان لا يعلم بالحرمة فإذا كان عالما بأنها محرمة عليه يصبح الفعل زنا، وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 34 من قانون الأسرة على المحرمات من النساء[4].

2_ شبهة الفعل:

تتمثل في أن يطأ الرجل المرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح أو فاسد/ معتقد أنها تحل، فيتبين أنها حرام عليه[5]، وبالتالي يعتقد الرجل حل الفعل، ويطن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 55.

[2]– خالد داودي، المرجع السابق، ص 46، ص 47.

[3]– طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 47.

[4]– خالد داودي، المرجع السابق، ص 47.

[5]– عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 193.

قوي أو ضعيف أو خبر الناس، كأن يواقع امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له فيها بعد أنها ليست زوجته وهي امرأة أجنبية عنه[1].

ثانيا: حكم النسب في وطء الشبهة

لقد أقر المشرع الجزائري ثبوت النسب في وطء الشبهة وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة، فيثبت نسب الولد ممن وطء امرأة الشبهة إذا وضعته خلال المدة المحددة قانونا، وهي ما بين أقل مدة للحمل وأقصاها والتي حددها المشرع بستة أشهر لأقل مدة للحمل وعشرة أشهر لأقصى مدة للحمل في نفس القانون[2].

وللفقهاء آراء كثيرة حول مسألة ثبوت النسب بالوطء الشبهة حيث لم يكن لهم رأي واحد حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة، فهناك من أثبت النسب وآخر من لم يثبته على النحو التالي:

المتفق في حكمه

1_ حكم اثبات النسب في شبهة الملك

يثبت نسب الولد الناتج جراء الوطء في حالة شبهة لملك ادعاه الواطئ على اعتبار أن الفعل ليس بزنا لوجود شبهة في المحل والحكم لكون أن الوطء بشبهة يثبت شبهة الفراش لا غير، والفراش في هذه الحالة لا يثبت النسب، وإنما يثبته إقرار الرجل في أي وقت إبتداءا من تاريخ دخوله بالمرأة لأنه أعلم بنفسه.

فإن ادعى الواطئ نسب الولد الناتج في الوطء ثبت نسبه لأن الفعل ليس زنا لوجود شبهة في الملك ويكون ثبوت النسب في هذه الحالة على أساس الاحتياط وحفاظا لحق الولد ورعاية له من الضياع[3].

---

[1]- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 56.

[2]- المادة 42 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[3]- سعيدان أسماء، "ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج "، المرجع السابق، ص 439.

فلا خلاف بين الفقهاء في ثبوت النسب في شبهة الملك، لقول صلى الله عليه وسلم «إدروؤا الحدود على المسلمون ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن للإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة »[1].

واحتياط النسب يثبت في هذه الشبهة التي تقوم على الفعل في حد ذاته لوجود دليل شرعي قد قيد الحل ولا تقوم على ظن الفاعل[2].

المختلف في حكمه

2_ حكم اثبات النسب في شبهة العقد:

في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء، عند الحنفية فقد أقروا بعدم إقامة الحد سواء كان الفاعل عالما بالتحريم أم جاهلا له، ولكن يجب عليه دفع المهر، وفي هذه المسألة يثبت نسب الولد منه لأن الوطء تعلقت به شبهة لقوله صلى الله عليه وسلم «ادرؤا الحدود بالشبهات».

أما عند المالكية فقد اشتهر عندهم في هذه المسألة توجهين متعلقين بمدى علمه بالتحريم من عدمه، فإذا لم يكن عالما بالحرمة فإن الحكم عندهم يسقط الحد ويثبت النسب وفقا لرأي الحنفية، أما إذا كان عالما بالتحريم كأن يعقد على ذات محرم منه كأمه أو أخته فإنه يقام عليه الحد ويعتبر الفعل وزنا ولا يثبت به النسب[3].

3_ حكم النسب في شبهة الفعل:

هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء في ثبوت النسب في الوطء بشبهة الفعل حيث يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء في أي حال من حالاته حتى وإن إدعى الزوج الولد إذ أن النسب يثبت بالفراش حيث يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، وشبهة الفراش لا توجد في الوطء بشبهة الفعل والنسب لا يثبت لأن الأمر يتعلق بالفعل نفسه والفعل هنا لا شبهة فيه مطلقا، وبذلك يصنف على أنه زنا ولأن الزنا لا يثبت به النسب لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأن

[1]_ أرشيف ملتقى أهل الحديث الجزة الرابع و الأربعون ص348 متوفر في موقع المكتبة الشاملة Al-maktaba.org.

[2]-سعيداني اسماء، المرجع السابق، صص، 439-440.

[3]- باديس ذيابي، المرجع السبق، ص 57.

النسب نعمة والزنا جريمة والجريمة لا تثبت النعمة، ولا شبهة تسقط الحد في الزنا، والقاعدة إذا درئ الحديث يثبت النسب وفي هذه الحالة الحد ثابت لذلك لا يثبت النسب[1].

غير أن بعض الفقهاء اعترضوا على ذلك وأقروا بثبوت نسب الولد الناتج من وطء فيه شبهة الفعل ولا يقام الحد على الفاعل لأنهم اعتمدوا دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهذا الدليل الشرعي هو الانكار كأن تزف للرجل امرأة غير تلك التي عقد عليها فيطؤها، فهي في الحقيقة أجنبية عنه وليست زوجته الحقيقية فإذا حملت نسب الولد لمن دخل بها لأن هذا عندهم شبهة في الفعل وبالتالي ينسب الولد ممن وطء المرأة[2].

وما يسعنا القول في هذه المسألة أنه أجمع الفقه على أن كل اتصال جنسي مبني على شبهة بين الرجل وامرأة أسقط وصف الزنا عن هذا الاتصال بينهما، ولا يمكن الحكم على الولد الناتج عنه أنه ابن زنا متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة وذلك ترجيحا للحلال عن الحرام والصحيح على الفاسد، كما هو الحال في حالة الاغتصاب، فولد المغتصبة ينسب للمغتصب على اعتبار أن الاغتصاب وطء شبهة يثبت به النسب ويكيف على أنه وطء بالإكراه[3]، وهذا وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/05/12 فصلا في الطعن 617374[4]، فالمبدأ أن الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه يثبت به النسب على اعتبار أنه وطء شبهة.

في الأخير القضاء الجزائري يتوافق مع المشرع فيما يخص ثبوت النسب في وطء الشبهة مطلقا إذا جاءت المرأة بالولد ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها[5].

---

[1]- سعيدان أسماء، "ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج"، المرجع السابق، ص 437.

[2]- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 56.

[3]- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، «مادة بمادة »، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016 ، ص ص 85-86.

[4]- قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/02/12 الملف رقم 617374، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 294.

[5]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15، مجلة قضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص 126.

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبينة

بعد التطرق إلى وسائل ثبوت النسب التي تعد بمثابة الطرق المنشئة له سوف نتطرق في هذا المبحث إلى طرق كشفه واثباته بعد إنشائه حيث أجاز قانون الأسرة للشخص أن يثبت نسبه لشخص آخر منه كأم أو أب يدعي كل منهما بنوة ولي معين أو يقوم الولي بادعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين وهذا ما يسمى إقرارا في القانون أو دعوى النسب في الفقه، كما أجاز قانون الأسرة لشخص أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر، ويمكن أن يثبت النسب في كل الأحوال عن طريق البينة.

هذه الطرق تجعل النسب بعدما كان ناشئا ولكنه مجمول في نظر القانون وتسمى بالطرق القانونية لإثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

يعتبر الإقرار من الدلائل العامة في إثبات النسب، فإذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب كما سبق بيانه، فيأتي بعد الفراش في المرتبة الثانية إقرار الشخص بثبوت النسب إليه، وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار...»[1].

وبالتالي يعتبر الإقرار أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب، فالإقرار لا شيء الحق، وذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف فيه، لأنه يكشف لنا عن حق معين ويظهره للعيان.

ولقد أباحت الشريعة الإسلامية الإقرار، كأن يدعي شخص البنوة أو الأبوة أو الأمومة، كما يجوز إثبات الأخوة أو العمومة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 44 و45 من قانون الأسرة الجزائري.

يعتبر الإقرار بوجه عام اعتراف الشخص بحق أو واجب عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده[2]، والمشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يعرف الإقرار وإنما أشار إليه في المواد 40، 44، 45 من نفس القانون، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 على أنه

[1]- المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بالوجه العام لإثبات وآثار الإلتزام، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص 471.

«الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بما عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة»[1].

ولقد استنبط قضاة المحكمة العليا هذا التعريف في إحدى قراراتهم بالقول أنهمن المقرر قانونا أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بالقصور في التعليل و انعدام التأسيس القانوني.

ولما كان ثابت في قضية الحال، أن إقرار الزوجة بنفي حمل لم يقع أمام القاضي فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلحاق النسب الولي لأبيه طبقوا القانون تطبيقا صحيحا[2].

وتختلف تعاريف الإقرار بحسب مضمونه وهو في النسب يكون بنية ترتيب أثر قانوني أو حق في ذمة الآخر.

ولقد ثبتت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع، من الكتاب قوله تعالى «وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ ۚ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ »[3].

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم «وا أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها »[4].

ومن الإجماع اتفق السلف والخلف ممن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده وسائر التابعين والفقهاء على أن الإقرار حجته في حق نفسه ولم يعلم لهم فيه مخالف، فكان ذلك إجماعا[5].

---

[1]– المادة 341، الأمر 75–58، المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2]– قرار رقم 72353 بتاريخ 1989/10/30.

[3]– سورة آل عمران، الآية 81.

[4]– علال بوزروق أمال أحكام النسب بين التشريع الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2014–2015، ص 137.

[5]– محمد الخطيب الشربيني، المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مكتبة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1958، ص 238.

الفرع الأول: أحكام الإقرار بالنسب

إن المشرع الجزائري نص صراحة بالأخذ كطريقة شرعية لإثبات النسب بموجب نص المادة 40 المشار لها أعلاه مع الإشارة إلى أنه لم يورد أي شروحات تتعلق بذلك في مجال النسب لهذا سنتناول أحكام الإقرار بالنسب علة الوجه التالي:

أولا: أركان الإقرار

اشترط الفقهاء عدة أركان يقوم عليها اقرار، واتفقوا فيما بينهم على الأركان الأساسية الأربعة وهي: المقر، والمقر له، والمقر به والصيغة، وتفرد الشافعية في مذهبهم بركن خامس وهو المقر عنده، وسنبين ذلك كالتالي:

1- المقر:

وهو المخبر بالحق على نفسه للغير، وهو مطلق وغير محجور عليه وهو شخص مكلف فلا يصح إقرارا لصبي، والمجنون، والرقيق ولا المكره على الإقرار لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »، وفي حديث آخر « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم »[1].

2- المقر له:

هو المستلحق لما تضمنه الإقرار من حق، ويشترط فيه ثلاثة شروط وهي: أهلية استحقاق الحق المقر به بأن يكون أدميا، عدم تكذيب المقر له وإن كان لا يشترط القول لفظا، أن يكون معنيا نوع تعيين بحيث يتوقع منه الدعوى، والطلب، بمعنى أن يكون معلوما، موجودا[2].

3- المقر به:

هو ما تضمنه الإقرار وهو كل شيء جاز الانتفاع به، وشرطه ألا يكون مملوكا للمقر حين يقر، لأن الإقرار ليس إزالة ملك، لأن الإضافة إليه تقضي مملوكا للمقر، كقوله ديني، أو داري لعمر، لأن الإضافة

---

[1]- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، الجزء الثاني، اعتنى به عبادي الحليم، الطبعة 1، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2003، ص 133.

[2]- أنس محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوصفي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 192، ص 198.

إليه تقضي ملكه، وشرط آخر أيضا أن يكون بيد المقر، ولو مالا كما أنه لا يصح الرجوع عن الشيء المقر به[1].

4- الصيغة:

ويشترط فيها اللفظ الذي يشعر بالالتزام، وفي معناه مع البينة، وإشارة الأخرس المفهمة وتبطل الصيغة بالمضارع، أو الدعة بالإقرار أو المعلقة على شرط، فقد وضع الحنابلة قاعدة بأن كل إقرار معلق على شرط ليس بإقرار لأنه ليس بمقر في الحال، وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجب عند وجود الشرط لأن الشرط لا يقضي إجابه ذلك، ونص الحنفية على أنه لو أقر بشيء على أن يكون له ضار الشرط فإن الإقرار صحيح ويبطل الشرط لأن شرط الخيار في معنى الرجوع، والإقرار في حقوق العباد لا رجوع فيه، كما لا يصح تعليق الإقرار على المثبتة فالقرينة المغايرة قد تدخل على أصل الإقرار وتكون متصلة به وهذا يمنع صحة الإقرار عند الحنفية وهذا ما ذهب إليه المالكية.

أما عن صفة الإقرار بالنسب لا يشترط أن تكون صريحة أي أن يكون الإقرار باللفظ، فيمكن أن يكون بالإشارة حتى مع القدرة على العبارة وبالكتابة الخالية من مظنة التزوير، وذلك لوجوب الاحتياط في الأنساب، ويترتب عليها آثار وإحياء الولي[2].

والمقر عنده وهو الركن الذي استقرت به الشافعية عن غيره ويقصد به من بعيد به الحق محفوظا عندهم وإما حكم وإما إشهاد[3].

ثانيا: أنواع الإقرار

الإقرار كأصل عام يتضمن نوعين وهما إقرار قضائي ويكون أما القضاء بمناسبة نزاع معروض أمام الجهات المختصة ومحاولة إثباته، ويكون الإقرار هنا حجة على المقر.

---

[1]- جعودة سامية، حداد فتيحة، إثبات النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل الماستر حقوق، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2015، ص 23

[2]- جعودة سامية، حداد فتيحة، المرجع السابق، ص 24.

[3]- المرجع نفسه، ص 25.

أما الإقرار غير القضائي وهو الذي يحصل خارج دائرة القضاء وقد يكون شفاهة أو كتابة ويصنف من أعمال التصرف[1]، أما الإقرار كوسيلة لثبوت النسب هو إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر وهذه القرابة إما أن تكون قرابة مباشرة كرابطة الدم، وغير مباشرة كقرابة الحواشي[2].

الإقرار بالنسب عند الفقهاء نوعان: إقرار على نفس المقر وإقرار محمول على غير المقر.

أما الإقرار بالنسب على نفس المقر فهو أن الأب بالولي أو الابن بالولي كأن يقول: هذا ابني أو هذا أبي، أو هذه أمي[3].

والإقرار بنسب محمول على غير المقر فهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب كأن يقر الإنسان فيقول هذا أخي أو هذا عمي أو هذا جدي أو هذا ابن ابني[4].

لقد نص المشرع الجزائري على نوعين من الإقرار: إقرار مباشر والذي تضمنته المادة 44 من قانون الأسرة « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة والأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت من صدقه العقل والعادة ».

والإقرار الغير مباشر والذي نصت عليه المادة 45 من نفس القانون على أن « الإقرار في غير البنوة أو الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ».

1- الإقرار المباشر:

ويطلق عليه أيضا الإقرار بأصل النسب، وهو إقرار بقرابة مباشرة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له وتتمثل في الأبوة والبنوة والأمومة، وفي هذا النوع من الإقرار تحميل على نفس المقر وهو مذهب جمهور الفقهاء وخلافا للمالكية الذين قصروا الإقرار بالنسب على الإقرار بالولي وسموه استلحاقا[5].

---

[1]- دامة مربعي، والي صابر، وسائل الإثبات المدنية والعملية في بعض مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر ،2019-2020، ص ص 20- 22.

[2]أنظر المواد 32، 33، من القانون المدني الجزائري.

[3]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7266.

[4]- المرجع نفسه، ص 7268.

[5]- علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 142.

ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 44 قانون الأسرة بقوله « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة...»، وفي هذا النوع إذا توافرت شروط صحة الإقرار ثبت النسب، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار[1].

2- الإقرار غير المباشر:

وهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، ويعتبر إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كالأخوة والعمومة وسمي غير المباشر لأن فيه تحميل النسب على الغير[2].

فإذا قال هذا أخي كان إقرار بالنسب على الأب، أي على الغير لأن معناه هذا إبن أبي، فاقتضى ذلك الإقرار في أول مرة أن المقر له إبن أب المقر، واقتضى ذلك أن المقر له أخ المقر، وهذا الإقرار يتضمن أمرين، تحميل النسب على الغير، واستلحاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته.

3- الفرق بين نوعي الإقرار

الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير لا يثبت النسب فيه مباشرة وإنما يمكن أن يثبت بالنبة، أما بالنسبة للإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت النسب مباشرة.

الإقرار الذي ليس فيه تحمل النسب على الغير، يثبت فيه النسب من المقر أولا ثم يسرى لغيره، أما الإقرار الذي فيه تحمل النسب على الغير فإن النسب فيه يثبت من غير المقرر ثم يسري منه إلى المقر، ونبين هذا الفرق كالآتي:

1- من حيث الأشخاص:

يختلف الإقرار المباشر عن الإقرار غير المباشر من حيث الأشخاص المتدخلة في التصريح بإثبات النسب:

أ- **الإقرار المباشر بالنسب عند الفقهاء:** هو تصريح بإلحاق النسب لمجهول النسب ليلحق بأبيه عن طريق الإقرار بالأبوة، أو الأمومة أو البنوة ويكون صادر عن الأب أو الأم أو الابن، تبين أن الإقرار

[1]- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 390.

[2]- علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 143.

المباشر يتحقق في حالات يتم فيها إقرار أحد الرابطة القانونية والدينية بعضه ببعض سواء كان بالأبوة أم الأمومة أم بالبنوة.

ب-الإقرار غير المباشر بالنسب: يقصد به إبلاغ عن إلحاق ولي مجهول نسبه برجل صالح شرعا وعقلا أن يكون والده ليلحق نسبه به، ويكون صادر عن غير الأب والأم والابن، كأن يصدر عن الأعمام والأخوال وغيرهم، فالإقرار غير المباشر لا يأتي من أطراف أصلية وإنما عن غيرهم، ولقد اعتبرته الشريعة منجز لآثاره متى توفرت شروطه، ولقد أقر ذلك المشرع الجزائري في قانون الأسرة[1].

2-من حيث الشروط:

إن اختلاف الإقرار المباشر وغير المباشر يؤدي إلى اختلاف الشروط، فإنه لا يمكن فرض نفس الشروط لاختلاف الجهة المقرة بالنسب، ذلك أن الإقرار المباشر يسري على إثبات واقعة الولادة على النفس، في حين أن الإقرار الغير مباشر محل نسب على الغير[2].

ثالثا: شروط إثبات النسب بالإقرار

للإقرار وضع خاص أحاط به الشرع والقانون شروط خاصة تعد ضمانات لكونه تحميل للغير التزامات على نفس المقر أو تحميل النسب على الغير، وسنتطرق إلى ذلك كالآتي:

I- الشروط الموضوعية للإقرار: وتتمثل في

1-بالنسبة للإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:

جاء في نص المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة بمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة »، ونستخلص من المادة أنه لثبوت النسب يشترط توافر شروط لكل نوع من الإقرار.

أ- الإقرار بالبنوة:

- **أن يكونالولد مجهول النسب:** ومجهول النسب شرعا هو الذي لا يعرف له أب في الولي الذي ولي فيه، فإذا كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، وقد لعن رسول الله

[1]- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 244.
[2]- المرجع نفسه، ص 245.

صلى الله عليه وسلم من أنسب لغير أبيه، ولقد استثنى العلماء من هذا الشرط ولي اللعان، أما القضاء الجزائري فلم بين من هو مجهول النسب[1].

- **أن يكون الإقرار من الذي يصدقه العقل أو العادة:** أن يكون من الممكن أن يولى لمثل هذا الولي لمثل المقر، فلو كان عمر المقر ثلاثين سنة، عمر المقر له مثل ذلك أو أكثر أو أقل بقدر يسير كان كذب الإقرار ظاهرا فلا يثبت النسب[2].

ويمكن للقاضي الاستناد لقرينة الإنجاب بالسن القانوني للزواج على لبساطها وقابلية إثبات عكسها[3]، ولقد نص المشرع الجزائري على هذين الشرطين في المادة 44 من قانون الأسرة إلا أن الفقهاء أضافوا الشروط الأخرى وهي:

- أن يصدقه المقر له في إقراره: هذا الشرط يأخذ به جمهور الفقهاء ما عدا المالكية إذ يعتبرون النسب حق للولي على الأب فيثبت بالإقرار من الأب دون أن يتوقف ذلك على تصديق من الولي[4].
- أن لا يصرح المقر بأن الولي ابنه من الزنا: لا يثبت النسب إذا صرح بذلك، لأن الزنا لا يصلح لنسب لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش والعاهر للحجر »، لأن النسب نعمة تثبت من الزواج، والزنا جريمة فلا تكون الجريمة سبب لثبوت النعمة[5].

ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 44 من قانون الأسرة إلا أن المحكمة العليا استقرت في قرارها على أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه إذ جاء في قرار لها « من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة شرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذا كان من الثابت – في قضية الحال – العلاقة التي كانت تربط الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما

---

[1]– علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 146.

[2]– بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 519.

[3]– المادة 7 من قانون الأسرة التي حددت سن الزواج بـ 19 سنة.

[4]– طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 63.

[5]– علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 148.

اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولي لأبيه وتقريره حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة[1].

- **حياة الولي:** يشترط بعض الفقهاء أن يكون الولي المقر له حيا فلا يصح الإقرار إذا كان الولي ميتا وهذا رأي الحنفية، أما الشافعية يفرقون بين حالة ما إذا كان المقر له ذا مال لا يلحقه نسبه لأن إقراره ادعاء للمال، أما إذا لم يكن له مال لحق له النسب، والمالكية لا يشترطون ذلك لأن عندهم النسب حق للولي على أبيه فلا يتوقف إثباته على حياة الولي[2]، ولم تشترط ذلك المادة 44 قانون الأسرة وبذلك فالمشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي.

ب-الإقرار بالأبوة:

يقر الولي أن شخصا ما هو أبوه، ويشترط أن تتوافر الشروط الثلاثة للإقرار بالبنوة وهي: أن يكون المقر مجهول النسب، وأن يولى مثله لمثل المقر له منها، وأن يصدقه المقر له مطلقا.

أما إذا كذبه المقر له فإن للمقر في هذه الحالة إقامة النبة.

ج- الإقرار بالأمومة:

تقر المرأة بأن شخصا معينا ولدها، شرط أن لا يكون للولد أم معروفة وأن يولد مثله لمثلها، وأن يصدقها الولي في هذا الإقرار، في هذا الإقرار حلتين:

الحالة الأولى: إذا كانت المرأة المقرة غير متزوجة وغير معتدة وتوافرت الشروط سالفة الذكر، في هذه الحالة يثبت نسب الولد منها.

الحالة الثانية: إذا كانت المرأة متزوجة أو معتدة، فإما أن تقر بأن هذا الولد ابن زوجها، فيصدقها يثبت النسب، وإذا كذبها يقيم البينة بدل الإقرار. أما أن تقر بأنه ولدها من غير زوجها، فتثبت الأمومة[3].

---

[1]_ القرار رقم 341137 الصادر بتاريخ 1984/10/08، المحكمة العليا ،مجلة قضائية، العدد 04، 1989، ص 79.

[2]- طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 67.

[3]- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دس، ص 101.

كما يصح إقرار الشخص ولو في مرض الموت حسب المادة 44 من قانون الأسرة، فالمشرع الجزائري أخذ بقاعدة إحياء الولد متى توافرت الشروط المذكورة سابقا[1].

2- بالنسبة للإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة:

يقصد به إقرار شخص لآخر وكلاهما ليس أصلا لآخر ولا فرع له لهما علاقة قرابة الحواشي فقط، بمعنى يجمعهما أصل واحد مشترك بينهما فيقول المقر هذا أخي مثلا.

لقد تطرق المشرع لهذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه»، فلا يكون الإقرار هنا كافيا لثبوت النسب إلا إذا صدقه المقر عليه، فثبوت النسب في هذه الحالة معلق على تصديق المقر عليه إذا كان حيا، وإذا كان ميتا على ورثته أن يصدقوا ذلك، لأن تصديقهم يعتبر لبنة فيثبت بالبينة لا بالإقرار[2].

مما سبق نستخلص أن شروط هذا النوع من الإقرار تتمثل في:

- أن يصدقه المقر عليه إذا كان حيا، أو ورثته إذا مات.
- أن يثبت المقر إقراره بوسائل الإثبات.

II- الشروط الشكلية للإقرار:

يختلف موقف القضاء والقانون بخصوص الشكل الذي ينبغي أن ينصب فيه الإقرار بالنسب، ولم ينص المشرع الجزائري على أي شكل بخصوص الموضوع ولا الجهة التي يجب أن يدلى أمامها، وبالتالي وبالرجوع إلى القواعد العامة للإقرار نجد أنه يجب إفراغ الإقرار في شكل معين وأن يكون شفويا أو مكتوبا، والفقهاء لم يشترطوا لصحة الإقرار المثبت للنسب أن يكون أمام القاضي.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري وبالضبط إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد « ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة شهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/6 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين

[1]- علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 151.

[2]- المرجع نفسه، ص 155.

341 و461 من القانون المدني لا تطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة، كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفهوم هذا الإقرار، وعليه فإن القضاة لم يتنبهوا إلى وجوب سماع الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون »[1].

نستخلص من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط شكل معين للإقرار ولا أن يتم أمام جهة قضائية بعدم وجود نص قانوني صريح على شكل الإقرار، ترك المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني: المسائل المرتبطة بالإقرار بالنسب

إن مسألة الإقرار بالنسب تخضع لأحكام وقواعد كثيرة قد بينا مجملها أعلاه، كما أنها ترتبط بها إشكالات عديدة تتعلق بإلحاق نسب الولد في حالات معينة تتعلق أساسا بولد الزنا واللقيط والولد المتبنى، لهذا سنعالج هذه المسائل لنبين مدى أحقية الولد في الإقرار بنسبه والقانون منها على النحو التالي:

أولا: الإقرار بنسب ولد الزنا

أجمع الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على أن ابن الزنا ينسب إلى أمه التي ولدته لقوله صلى الله عليه وسلم « لأهل أمه من كانوا »، ونسب ابن الزنا من أمه هو حقيقة لا يمكن الشك فيها إطلاقا ولا ينتفي عنها، والمرأة في استلحاق الولد بنفسها كالرجل بل وأقوى منه لأنه يلحق بها من حلال كان أو حرام، لأنه لاشك منها إذا أصح أنها حملته[2].

إذا كانت المرأة فراشا وأنكر صاحب الفراش أن هذا الابن منه، وأقرت الزوجة بالزنا يكون حكمه حكم ما لو كانت أمه غير فراش وإن ذكرت الزوجة تكون بصدد مسألة ملاعنة فيفرق بينهما مفارقة أبدية ويكون ولدها ابن لعان، ولقد أجمع أهل العلم على أن الولد إذا ولد على فراش الزوجية لم ينكره صاحب

[1]– قرار رقم 210478 الصادر بتاريخ 1998/11/17، المحكمة العليا، مجلة قضائية، العددخاص، دس، ص 577.

[2]– سمية موساوي، أحكام نسب ابن الزنا والآثار المترتبة عليه في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في الحقوق، تخصص أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الوادي، الجزائر،2017–2018، ص 20.

الفراشنسب هذا الأخير له حيث قال إبن قدامى" أجمعوا على أنه إذا ولى على الفراش رجل فدعاه أخرلايلحقه " [1]

ولقد اختلف العلماء في نسب الزنا من الزاني، فالمذهب الأول لا يثبت نسب زنا ولا يلحق بالزاني إذا أقر به وهو ما ذهب إليه نسب ولد الزنا ولا يلحق بالزاني إذا أقر به، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، أما المذهب الثاني وهو قول ابن تيمية يثبت نسب ابن الزنا ويلحق بالزاني إذا أقر به، والمذهب الثالث هو ما ذهب إليه الحسن البصري وابن سرين، حيث قالوا بإلحاق ابن الزنا بالزاني إذا إستلحقه وأقيم عليه الحد[2].

لم ينظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بابن الزنا إلا أنه بالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب واستقراء المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح شبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون »، وأيضا المادة 44 من نفس القانون والتي تنص على « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة »، فما يفهم من هاتين المادتين أن الطفل ومهما كان سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو كان ابن ولد فنسبه يثبت بمجرد الإقرار أو عن طريق البصمة الوراثية في حالة انكار الأب ادعاء الولد الناتج من مائه، وبالتالي ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري يقر لهذا الأخير حق الانتساب إليه، وإذا رجعنا إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري نجده لا يقر بثبوت نسب الطفل من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعيا، وبالتالي فإن نسب ابن الزنا لأبيه يعتبر غير مقبولا، ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري وبالرغم من هذا الغموض إلا أنه تبنى موقف جمهور الفقهاء بحرمان ابن الزنا من الانتساب إلى أبيه[3].

إن أغلب دعاوى النسب المرفوعة أمام المحاكم في الجزائر سببها الزواج العرفي والتباطؤ في تسجيله حتى ينتج عنه أولاد مما يدفع الزوجين أو إحداهما إلى رفع دعوى لإثبات الزواج العرفي وإلحاق النسب.

---

[1]_ شمس الدين إبن قدامى المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1983، ص 123.

[2]_شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع عشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1993، ص 163.

[3]– شابحة اعمر سعيد، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر، 2018، ص 443.

ثانيا: الإقرار بنسب اللقيط

اللقيط مولود حيث الولادة لا يعرف أبواه، طرحه أهله بعد ولادته خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك، والتقاطه فرض عين على من يجده، وإن كان مكانه تغليب على الظن هلاكه إن ترك فيه، يكون التقاطه واجب يثبت نسبه من يدعيه بمجرد ادعائه لأنه غير معروف النسب، لأن فيه خير له.

وإن تنازع في بنسبه اثنان فإن أتى أحدهما بالبينة، ثبت نسب اللقيط منه، ورفضت دعوى الآخر، وإن لم يأت واحد منهما بالبينة قدم للملتقط إذا كان أحد أطراف النزاع، وإن كان كل منهما قد التقطه أو لم يكن أحد المدعين قد التقطه، قدم لمن يذكر علامة مميزة، وإن استويا في جميع الوجوه لن تسقط دعوى النسب، وإنما يثبت نسبه لكل منهما خوفا عليه من الضياع[1].

وإن وجد اللقيط شخصين أحدهما مسلما ولآخر كافر وتنازعا في أخذه فالمسلم أولى به وإن كان مسلمين فالقاضي هو الحكم بينهما، وإن وجد مع اللقيط مال فهو ملك له، فينفق عليه منه بعد أخذ إذن القاضي[2].

بما أن اللقيط مجهول النسب فمن مصلحته أن يثبت نسبه فمن ادعى نسبه ثبت منه بدون الحاجة إلى بينة وكأنه ولد حقيقي وله جميع الحقوق، عند المالكية لا ينسب اللقيط إلى المقر إلا إذا بين المقر وجها شرعيا له، أما عند الحنفية فإن النسب يثبت من المقر إذا توفرت فيه شروط الإقرار

وإذا ادعت المرأة بنوة اللقيط، إن كانت متزوجة يثبت نسبه منها وإن كانت غير متزوجة لا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت البينة،وفي التشريع الجزائري فإن على من وجد اللقيط أن يسلمه إلى رجال الشرطة والذين بدورهم يسلمونه إلى دار الرعاية المخصصة لتربية اللقيط وحمايتهم، وطبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية « يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه [3].

---

[1]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 529.

[2]- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة 1، 2013، ص 68.

[3]- المادة 67 من الأمر 70-20، المرجع السابق.

ويعاقب قانون العقوبات الجزائري على عدم الإبلاغ عم الطفل الحديث الولادة حسب نص المادة 442-03 « يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية...»[1].

وضابط الحالة المدنية يتسلم اللقيط وطبقا لأحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقطاء أو الأطفال المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصرح أية تسمية، وتعين للطفل مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، وفي حال ظهور والدي اللقيط الحقيقيين أو أحدهما بعد ذلك فمن حقهما أخذه من دور الرعاية الاجتماعية وإلحاقه بنسبهما[2].

ثالثا: الإقرار بنسب المتبنى

يختلف الإقرار عن التبني كون هذا الأخير هو الاعتراف بالنسب الحقيقي لمجهول النسب، أما التبني هو إلحاق شخص مجهول النسب أو معروف نسبه، ولقد حرم الإسلام التبني لقوله تعالى "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ"[3].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 46 من قانون أ ج حيث جاء فيها " يمنع التبني شرعا وقانونا"[4].

وبالتالي لا يمكن لأي جزائري أن ينسب إليه مولودا بطريق التبني ويقوم بتسجيله على لقبه لدى مصالح الحالة المدنية ويعتبره ابنه الصلبي، وإذا قام بإلحاقه فهو باطل وممنوع في نفس الوقت، ويحق لأي شخص من الورثة أو من له مصلحة أن يرفع دعوى القضاء ليطلب إلغاء ما تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية[5].

---

[1]- الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات ،المعدل و المتمم.

[2]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 69.

[3]- الأية 4، الأية5،سورة الأحزاب.

[4]- المادة 46 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[5]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 70.

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 جاء فيه: « يمنع التبني شرعا وقانونا وأن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد ميلاد للمتبني هو مخالف للقانون»[1].

فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار فرقت بين النسب الصحيح سواء المثبت بإقرار أو بأية طريقة من طرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 40 من قنون الأسرة[2].

والمشرع الجزائري قد اقترح نظام الكفالة كبديل للتبني والذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 116 إلى 125 منه، والكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من تربية نفقة ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق ويستوي أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلوم ويحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب[3].

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة

تعتبر البينة الطريق الثالث لثبوت النسب وتختلف عن الإقرار في كونها حجة متعدية وغير قاصرة حكما الثابت على المدعي عليه، أما الإقرار فهو حجة قاصرة تتعداه إلى غيره.

إن المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة استعمل في النص العربي مصطلح البينة وفي النص الفرنسي مصطلح «Preuve» فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البينة له معنيان، معنى عام ومعنى خاص.

معنى العام: ويقصد بها الحجة والبرهان وهو تعريف مناسب للنبة لأنها ترشد إلى الصواب والإقناع والدليل على ذلك قوله تعالي «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ»[4].

وقد قال ابن القيم « ان البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مراد بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل »[5].

---

[1]- قرار رقم 246924 الصادر بتاريخ 2000/11/21، المحكمة العليا،المجلة القضائية، العدد 02، 2001، ص 297.

[2]- انظر المادة 40 من قانون المدني الجزائري.

[3]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 71.

[4]- سورة الحديد، الآية 25.

[5]- علال بوزروق،أمال، المرجع السابق، ص 165.

والمعنى الخاص: يقصد بها شهادة الشهود وهو رأي جمهور الفقهاء ولقد استدلوا بقوله تعالى «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ....»[1].

لقد أورد المشرع الجزائري البينة في المادة 40 من قانون الأسرة حيث اعتبرها إحدى طرق الإثبات حيث يمكن للشخص من خلالها إقامة الدليل القاطع على أن المولود هو ابنه الحقيقي، لكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 استحدث طريقا في مجال اثبات النسب مما يفهم منه أنه اخذ بالمعنى الخاص للبينة أي شهادة الشهود[2].

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وبالأخص القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15 الذي جاء فيه « من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والنبة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول طبقا لنص المواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي يعبن خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول على إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قراراتهم للنقض».[3]

الفرع الأول: أنواع البينة

تتخذ الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة كما يمكن أن تكون بالتسامع أو بالشهرة العامة مما يلي:

أولا: الشهادة المباشرة

وهي الشهادة التي يقر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع سمعه وبصره عليه مباشرة، كالذي شاهد واقعة معينة يسردها أمام القضاء كما راها، بمعنى أن يكون ما شاهده الشاهد متعلقا بالواقعة قد تم بطريقة مباشرة ويكون ذلك عن طريق حواسه كالسمع أو البصر أو بهما معا[4].

---

[1]- الآية 282،سورة البقرة.

[2] _ انظر المادة 40 من القانون 84_11 المرجع السابق

[3]_ قرار رقم 22674 الصادر بتاريخ 1999/06/15 المحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001،ص 88.

[4]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 67.

ثانيا: الشهادة غير المباشرة

وتكون عندما يشهد بما سمع الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فالشاهد هنا لم يدرك الواقعة بنفسه وإنما سمع شخصا آخر يروي هذه الواقعة، ولا يوجد نص في القانون الجزائري يمنع الأخذ بها، وكذلك يترك أمر الأخذ بها وتقدير قيمتها لقاضي الموضوع[1].

ثالثا: الشهادة بالتسامع

وهي شهادة تنصب على واقعة المراد إثباتها بالذات بل على رأي الشائع عند جماهير الناس، فالشخص فيها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات وإنما يشهد بما سمعه عن الناس وما شاع بين الجماهير[2].

رابعا: الشهادة بالشهرة العامة

وهي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة، بشرط أن تكون لهم معرفة شخصية بالوقائع وهي مقبولة في إثبات النسب[3].

الفرع الثاني: أحكام البينة في إثبات النسب

نصت المادة 40 من قانون الأسرة على « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة ...» والبينة هي الدلائل التي تؤكد وجوب واقعة مادية بواسطة الحواس (السمع أو البصر) أو غيرهما من وسائل الإثبات، وعليه إذا ادعت امرأة ما أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه أو في حضوره وأدرك الزوج فإنه شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة يكون من طرف شهادة الأطباء والممرضات والنساء اللاتي حضرن الولادة، وإذا أثبتت الولادة وثبت المولود أمكن حينئذ نسبه إلى زوجها وتسجيله في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى الحكم الذي يقضي بثبوت النسب[4].

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول نصاب الشهادة في إثبات نسب حيث ذهب الرأي الأول وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة حيث اشترطوا أن يكون الشهود رجلين عدلين فلا تقبل شهادة النساء، والرأي

---

[1]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 67.

[2]- علال بوزروق أمال، المرجع السابق، ص 168.

[3]- خالد داودي، المرجع السابق، ص 68.

[4]- طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 73-74.

الثاني وهو رأي الحنفية حيث قالوا إن النسب يثبته بينة الشهود من رجلين ذكرين عدلين أو رجل وامرأتين، أما الرأي الثالث وهو رأي الظاهرية والذين اشترطوا في الشهود أن يكونوا إما رجلين مسلمين أو رجلا وامرأتين أو أربع نسوة أو رجل عدلا وامرأتين مع اليمين الطالب[1].

ولم يحدد المشرع الجزائري عدد الشهود غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين أو رجل وامرأتين[2].

وقد تواتر القضاء على إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تخضع إلى قانون إ م إ، أما القواعد المتصلة بذات الدليل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تسمح بسماع الشهود في كل مواضيع النزاع، فإنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الأحوال الشخصية وتعتبر شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب، وهي أقوى من الإقرار في هذا المجال من حيث الإثبات[3].

[1]- أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 209-211.

[2]- طفياني مختارية، المرجع السابق، ص 74.

[3]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 389ص390.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال دراستنا للفصل الأول نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على الوسائل الشرعية في مسألة النسب وأدرجها ضمن نص المادة 40 في الفقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث أنه لا نكون بصدد الحديث في موضوع النسب إلا إذا كان ناتج عن زواج صحيح أو زواج شبهة أو كان غير صحيح سواء كان الزواج فاسد أو باطلا حتى يثبت النسب سواء قام نزاع حول النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها.

فالوسائل المنشئة للنسب عددت وتنوعت مع التطور العلمي الحاصل فكان على القانون النظر للأحكام الشرعية وضبطها فأجاز التلقيح الاصطناعي، وأثبت النسب الناتج عنه إذا توفرت الشروط والضوابط التي وضعها الشرع والقانون، ومنع الوسائل الأخرى حتى تستقر الحياة الزوجة وتحافظ على الإطار الشرعي، لأن النسب من أهم الموضوعات لعلاقته بالأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة.

وأمام منع اختلاط النسب نجد أن المشرع أدرج الوسائل الكاشفة للنسب الحقيقي المتمثلة في الإقرار والبينة على اعتبارها من الوسائل الشرعية التي لها دور بالغ في إثبات النسب وحماية العرض.

الفصل الثاني

الأليات العلمية لإثبات النسب

الفصل الثاني: الآليات العلمية لإثبات النسب

إن النسب من أهم المواضيع التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية في النصوص والقواعد الكلية للفقه الإسلامي، بدء من تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ووضع أحكام خاصة تضبط هذه العلاقة، إضافة إلى تنظيم ما ينتج عنها من أولاد وحفظ نسبهم وغيرها من الحقوق الشرعية المتمثلة في إثبات النسب.

كذلك اهتم المشرع الجزائري بهذا النسب ونص على الأحكام المرتبطة به مستنبطا إياها من الشريعة الإسلامية غير أنه مع مرور الوقت وتطور الحياة في مختلف جوانبها وجميع أشكالها تطورا واضح المعالم في مختلف المجالات، خاصة في المجال الطبي البيولوجي وذلك بظهور تقنيات جديدة شكلت ثورة حقيقية في هذا المجال ساعدت في تغيير الكثير من المفاهيم والمعطيات المستقرة في أحكام الأسرة عموما والنسب خصوصا، حيث نجح العلم بفك التركيبة الجينية والعلاقة الوراثية التي تربط الآباء بأبنائهم نتيجة لاكتشافهم لوسائل وآليات علمية ساعدت في فهم التركيبة الوراثية للبشر.

حيث تأثرت جل التشريعات وكذلك المشرع الجزائري بهذا التطور الهائل، فتناول جانب مهم من المستجدات العلمية في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، حيث أدرج الوسائل العلمية في إثبات الأنساب وفقا للمادة 40 في فقرتها 02 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

إلا أن المشرع جاء بنص عام يشوبه الغموض فيما يتعلق بالأحكام التي تضبط هذه الوسائل دون معالجتها وتوضيح حدود استخدامها وضوابط اللجوء إليها وهذا ما سنحاول معالجته في هذا الفصل على الوجه التالي :

المبحث الأول: صور الآليات العلمية لإثبات النسب

لقد عمد المشرع في إثبات النسب للوسائل المتاحة قصد الوصول للحقيقة، ولم يغفل عن أية وسيلة ممكنة مما عرفه الإنسان، وأقره الشرع للوصول للحق بالوسائل المشروعة والغرض من ذلك حماية الحقوق من الضياع وإيصالها لمن تحق له، وهذا ما جعل المشرع يدرج الأبحاث العلمية المعاصرة كوسائل لإثبات النسب[1].

[1] – عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 200.

حيث جاء تعديل 2005 لقانون الأسرة متزامنة مع التطورات العلمية الحديثة الناجمة عن التقنيات المستحدثة في المجال البيولوجي خاصة ما يتعلق بفحص الخلايا والجزئيات المشكلة لجسم الإنسان لإثبات الحقائق بيقين، فالمشرع أضاف الفقرة 2 للمادة 40 من قانون الأسرة وأدرج الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب[1] دون بيان المقصود بها أنواعها أو حتى توضيح الأحكام المتعلقة بها، فذكرها بصفة عامة دون توضيح، على الرغم من تنوعها ووجود العديد من الطرق العلمية التي يمكن استخدامها في قضايا إثبات النسب، وعدم التحديد راجع لإمكانية احتواء مجمل ومختلف الطرق التي تم اكتشافها في الوقت الحالي أو التي ستظهر مستقبلا، لهذا سنحاول معالجة أهم الصور الواجب العمل بها في مجال إثبات النسب[2] على الوجه التالي:

المطلب الأول: البصمة الوراثية لإثبات النسب

خلق الله عز وجل الكون وجعل فيه أسرار عظيمة من مخلوقات وقوانين وصفات وخلق الإنسان وجعل وجوده يمتاز بالتفرد في الكثير من الصفات، وتتجلى هذه الخصوصية في أن لكل إنسان على وجه الأرض نمط خاص في ترتيب جيناته ضمن خلايا جسده، لا يتشارك فيها معه أي إنسان آخر.

ومنذ اكتشاف هذه الخصوصية في البصمات الجينية أو ما يعرف بالبصمات الوراثية استفاد منها العلماء والباحثين لتحقيق مصالح كبرى للبشر في شتى المجالات[3].

وتعتبر البصمة الوراثية من أهم التقدمات التي عرفتها البشرية ضمن مجال البحث العلمي والبيولوجي، حيث تعتبر إحدى أهم الوسائل المستحدثة في التعرف على الأشخاص، وساعد هذا التقدم في اكتشاف الشفرة الجينية الوراثية التي تعد الوحدة الأساسية المتحكمة بصورة فعلية في الخصائص الوراثية للإنسان والمسؤولة عن انتقال الصفات الوراثية عبر الأجيال من شخص إلى آخر[4].

مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستحدثة التي اختلف فقهاء العصر حولها، فقد شاع استعمالها في الدول الغربية في الكثير من المجالات، وقبلت بها العديد من المحاكم، وعرفت رواجا كبيرا في

---

[1] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 85.

[2] – نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 87.

[3] – عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص72.

[4] – أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 19.

السنوات الأخيرة في العالم الإسلامي والعربي خاصة، حيث بدأ الاعتماد عليها في بعض القضايا حيث ساهم هذا العلم في حدوث قفزة نوعية في مجال الإثبات خاصة لما لها من مزايا لتصبح وسيلة رائدة لدى الجهات القضائية في مختلف القضايا سواء الأمنية منها تعقب المجرمين أو الجنائية للوصول إلى حلول بشأن الجرائم، وكذا القضايا المتعلقة بالأنساب على وجه خاص الذي هو مجال دراستنا تحقيقا لمصلحة العباد وحماية للأنساب وحفظا للنسل من الضياع.

وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يتعلق بالبصمة الوراثية واعتبارها دليل صدق في إثبات النسب على النحو التالي:

الفرع الأول: المقصود بالبصمة الوراثية

إن للبصمة الوراثية كما هو معروف قوة ثبوتية في المجال الجنائي، ولا يمكننا أن نغفل عن أهميتها للمجال المدني وخصوصا في اثبات الأنساب، وهذا راجع لأنه لأحقية الطفل في أن يكون له نسب معروف وما يترتب عنه من حقوق على اعتبار أن هذا الأخير من أهم ما ركزت عليه الشريعة والقانون على حد سواء فيما يتعلق بالطفولة وحقوق الطفل.

وللبصمة الوراثية دور مهم للغاية في مجال النسب إذ تعد قرينة قوية كما سنوضح في الآتي لما لها دور في المحافظة على الأنساب من الاختلاط حفاظا على استقرار المجتمعات[1].

وقبل الخوض في الأحكام المتعلقة بالبصمة الوراثية لابد من التطرق إلى تعريفها وأهم خصائصها، والأهم توضيح مشروعيتها من الناحية الشرعية والقانونية كالآتي:

أولا: تعريف البصمة الوراثية

إن أهم الوسائل الواجب الوقوف عليها هي محاولة إعطاء تعريف دقيق وشامل يبين هذا الاكتشاف الذي غير المفاهيم والمعتقدات في مجال الإثبات، لهذا سنحاول توضيح ذلك وفقا للتالي:

1- التعريف اللغوي للبصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية مركب وضعي من كلمتين، بصمة وراثية وتعريفهما اللغوي كتالي:

[1] – بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص 65.

أ- البصمة لغة من البصم، وبصم القماش رسم عليه، وهي العلامة، وهو من كلام العامة والبصم هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال رجل ذو بصم أي غليظ[1].

وفي لسان العرب البصمة من البصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين كل إصبعين طولا[2].

ب-أما الوراثية من الوراثة من مصدر ورث وهو الانتقال وعلم الوراثة، هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال[3]

2- التعريف الاصطلاحي للبصمة لوراثية

سنحاول توضيح التعريف الاصطلاحي في البصمة الوراثية من الناحية الفقهية وكذلك من الناحية العلمية.

أ- التعريف الفقهي:

وضع الفقهاء المعاصرون العديد من التعريفات المناسبة للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة وقد اختلفوا في هذه التعريفات[4] إلا أن هذا لم يمنع من وضع تعريف فقهي للبصمة الوراثية خاصة وأن الفقه الإسلامي يتعامل مع الواقع في ضوء القواعد والأدلة الشرعية[5]

حيث عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها « العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية[6].

---

[1] – المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة الثامنة والثلاثون، المطبعة الكاثوليكية ودار المشرق، بيروت، لبنان، 2000، ص 40.

[2] – ابن المنظور، لسان العرب، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999، ص 423.

[3] – معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004، ص 60.

[4] – خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 28.

[5] – أمينة مساعدية، "القيمة القانونية للبصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب "، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، عدد الثالث، مخبر القانون والعقار، جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر، 2020، ص 566.

[6] – سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الثانية، دار التب المصرية، القاهرة، مصر، 2010، ص 40.

كذلك الدكتور وهبة الزحيلي عرف البصمة الوراثية بأنها « المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، فهي تبين مدى التشابه والتماثل أو الاختلاف بين البشر بالاعتماد على الشفرة الوراثية للإنسان التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات وتجزم بوجود الفرق أو التغاير بين المختلفات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان »[1].

إضافة إلى ذلك تم تعريفها في المؤتمر الإسلامي المنعقد من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة أن البصمة الوراثية هي « البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص معين، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الشخصية خاصة في مجال الطب الشرعي وهي ترتقي إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، كما اعتبروا البصمة الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية الإنسان عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي ADN الذي يحتوي عليه جميع خلايا الجسم[2].

وفي المجمل كان ذلك عرض لأشهر التعريفات الفقهية للبصمة الوراثية والتي أجمعت على أن هذه الأخيرة من أهم الوسائل الحديثة لمعرفة الأشخاص وتحديد هوياتهم ومعرفة أنسابهم بطريقة دقيقة في العصر الحالي كونها الصورة النمطية لتركيبة الحمض النووي الذي يحمل الصفات الوراثية للانسان التي تنتقل له من ذويه.

ب-التعريف العلمي:

إن مصطلح البصمة الوراثية أطلق أول مرة من طرف عالم الوراثة الانجليزي "إليك جيفري" سنة 1985 عن اكتشافه للجزء المميز في تركيب ADN المميز لكل شخص أثناء قيامه لفحوصات لجينات الإنسان، ومن خلال بحث نشره في نفس السنة أعلن أنه اكتشف مناطق صغيرة في الحمض النووي يستحيل أن نجد لشخصين نفس البصمة الوراثية على خلاف التوائم المتطابقة، ومن خلال بحثه توصل باستخدامه لهذه التقنية لحل مشكلة تحديد الهوية لكل انسان بما فيها إثبات الأبوة الطبيعية، من ثم في

[1] – وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، 2002، ص 15.

[2] – أمينة مساعدية، القيمة القانونية للبصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب، المرجع السابق، ص 567.

ديسمبر من نفس السنة أوضح وصفا لطريقة إجراء تحليل البصمة الوراثية بصورة تفصيلية وفي نهاية 1987 استطاع إنشاء شركة " علم الخلية " وهي الأولى في تحاليل البصمة الوراثية واعترف بها عالميا[1].

إنطلاقا بالبحوث التي أجراها هذا العالم يمكننا التوصل إلى تعريف علمي بشأن البصمة الوراثية حيث أن البصمة الوراثية هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الوراثية[2].

وتفصيلا البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة للجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل فرد، هذه الهوية يستأثر بها كل إنسان عن غيره، وهي وسيلة تكشف وتحقق من المكونات البيولوجية التي يكتسبها من ولديه مما يمكننا التوصل إلى نسبه بصورة مباشرة[3].

وكل ما يتطلب الأمر لإثبات الأبوة أو البنوة قصد تحديد نسب الطفل هو القيام بتحليل ADN لكل من الطفل والأب المزعوم عن طريق إجراء التطابق بين كل من التحليلين ولتعين البصمة الوراثية الجينية أو الوراثية يتطلب أخذ عينة صغيرة من الأنسجة التي يمكن استخلاص الحمض النووي منها حسب الحالة أو الظروف المتاحة، فإذا تم التطابق ثبت النسب، أما العكس فيدل على نفي النسب، وتقول التقارير الطبية أن العلوم والتقنيات بشأن الحمض النووي تطورت لدرجة كفيلة بالوصول إلى نسبة 100% للكشف عن هذه الحالات وغيرها في الكثير من المجالات[4].

وهذا راجع إلى أن علم الوراثة كشف عن كيفية انتقال الصفات الوراثية من كائن إلى آخر أي من الآباء إلى الأبناء مع تفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال التي تساهم بتشكيل آلية جديدة من الحمض النووي ينفرد بالكثير من الصفات الوراثية العضوية والسيكولوجية والفيزيولوجية والأهم من ذلك أنها تساعد على الكشف عن البنية الأساسية لتشكلها بموجب الحمض النووي لكل من الأبوين[5].

---

[1] – بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، المرجع السابق، ص ص53 –52.

[2] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 30.

[3] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 88.

[4] – صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 83.

[5] – أوان عبد الله محمود الفيضي، الإطار الشرعي والقانوني لعقد البصمة الوراثية، دراسة تحليلية مقارنة في الإثبات القضائي المدني، دار الفكر والقانون، العراق، 2018، ص 31.

3- التعريف القانوني للبصمة الوراثية

بالنظر إلى التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري نجد خلوها من تعريف البصمة الوراثية رغم تبنيها للطرق العلمية كوسيلة من الوسائل التي تثبت النسب، كالمشرع الجزائري الذي أدرجها ضمن المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية والتي نص فيها «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب »[1].

وباعتبار البصمة الوراثية من الوسائل العلمية لإثبات النسب كان لابد من إدراج تعريف لها أو مفاهيم عامة لها في ظل إقرار التشريعات استخدامها خاصة في إثبات النسب.

وبالعودة إلى فقهاء القانون نجد أن الفقه القانوني الفرنسي عرفها على أنها «الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام»[2].

إن هذا التعريف يربط البصمة الوراثية بقدرتها على إثبات الهوية الشخصية بما لا يدع مجالات للشك في العلاقات بين الأصول والفروع[3].

وهذا ما يجعل من البصمة الوراثية قرينة قوية لإثبات النسب على اعتبار أنها من الوسائل العلمية الدقيقة في مجال تحديد الهوية الشخصية للأفراد وعلاقتهم بذويهم.

غير أنه بالرجوع إلى القانون رقم 16-03 المتعلق باستخدام البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص نجد أن المشرع الجزائري قد أشار في المادة الثانية منه إلى مفهوم البصمة الوراثية إضافة إلى بعض المصطلحات الأخرى المتعلقة بها، حيث جاء في نص المادة 2 « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

- البصمة الوراثية التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي.

---

[1] – المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2] - jean christophe Galloux l'empriente génétique, la preuve parfaite JCP doctrine, N 3497, P 13 . Criminocarpus.org/fr/consultation/ouvrages/125040/,

[3] – مانع سلمى, زواوي عباس، "الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب"، مجلة الفكر، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018، ص 293.

- الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين) تسلسل مجموعة من النيكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدنية (A)القوانين (G) السيتوز (C) والتيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات.
- المناطق المشفرة في الحمض النووي مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين .
- المناطق الغير مشفرة في الحمض النووي مناطق من الحمض النووي لا تشفر لبروتين معين
- التحليل الوراثي مجموعة الخطوات التي تجرى على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية.
- العينات البيولوجية أنسجة أو وسائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية.
- المقاربة هي المقاربة بين بصمتين وراثيتين[1].

من خلال نص المادة نص المشرع أورد فقرات متتالية تتضمن تعريفات علمية لمصطلحات كل من البصمة الوراثية والحمض النووي والمناطق المشفرة والغير مشفرة في الحمض النووي[2].

فالمشرع من خلال هذه الفقرات تأثر بالعلوم البيولوجية في وضعه لهذه التعريفات في المقابل أهم الوظائف التي تستعمل فيها البصمة الوراثية.

كما نلاحظ أنه حصر العينات البيولوجية التي يتم استخلاص منها البصمة الوراثية من الأنسجة والسوائل، أما الفقرة الأخيرة فتناول من خلالها مصطلح المقاربة وعرفها بأنها المقارنة بين بصمتين وراثيتين.

عموما يمكن القول أن المادة بفقرتها السابعة موجهة إلى القائمين على تحاليل البصمة الوراثية ومن ثم يمكن من خلالها استخراج التنظيم الذي يتعين على القائمين على البصمة الوراثية احتوائه سواء الناحية العلمية البحتة أو من الناحية الفنية[3].

---

[1] – المادة 2 من القانون 16–03 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، جريدة رسمية العدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

[2] – المادة 2 من القانون 16–03، المرجع السابق.

[3] – زناندة عبد الرحمان، "قراءة في القانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في إجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، الجزائر، 2016، ص 38.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن البصمة الوراثية من أكثر الوسائل العلمية الدقيقة في التعرف على الأشخاص وهوياتهم وتعتبر أكثر فعالية في مجال النسب، وهذا راجع للخصائص الرئيسية التي تمتاز بها البصمة الجينية للإنسان والتي تتمثل أساسا في كونها أصل الصفات الوراثية للإنسان والمادة الوراثية الأساسية التي تحمل كل المعلومات الجينية[1]، كذلك أنها ثابتة لا تتغير بغض النظر عن النسيج، الذي تم منه التحليل ومتماثلة في جمع خلايا الجسم منذ ولادة الإنسان إلى غاية وفاته بل يمكن التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بواسطة تحليل خاص لهيكله العظمي، وهذا يدل على مصداقيتها، ومنه عدم القدرة على تغيرها أو تزويرها مهما طال الزمن، كما أنه لا يتسع المجال للتلاعب بها وهذا حفاظا على عدم اختلاط الأنساب والنسل لأن الإنسان يستحيل أن يحمل نفس البصمة الجينية مع غيره كما سبق وأن وضحنا إلا في حالة التوائم المتماثلة فقط، لهذا تعد ثورة حقيقية في مجال الإثبات القضائي لكونها تلعب دور كبير في الإثبات خاصة في قضايا الأنساب[2].

ثانيا: مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ومدى حجيتها

إن النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برابط دائم الصلة قائم على وحدة الدم، لهذا وعلى اعتبار أن البصمة الوراثية من الطرق العلمية الدقيقة القادرة على إظهار الحقيقة لمعرفة صلة القرابة بين الأشخاص والتحقق من أنسابهم[3].

فإذا كان استعمال البصمة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص لا غبار عليه فما مشروعية استخدامها في مجال إثبات النسب ومدى حجيتها في ذلك، وسنتناولها كالآتي:

I- مشروعية استخدام البصمة الوراثية

سنوضح موقف الشريعة الإسلامية حول صحة الاعتماد على البصمة الوراثية في قضايا الأنساب من جهة وموقف المشرع الجزائري من جهة أخرى.

[1] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 52- 53.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 54- 55.

[3] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 252.

1- موقف الشريعة الإسلامية

لقد توحدت الجهود الفقهية لدراسة موضوع البصمة الوراثية وإمكانية الاعتماد عليها كوسيلة لإثبات النسب، فانقسم الفقهاء إلى مؤيد ومعارض، وهذا ما أدى إلى ظهور اتجاهين نبين كل منهما فيما يلي:

أ- الاتجاه المؤيد لاعتماد البصمة الوراثية

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم الفقهاء المحدثين المنتمين إلى مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي التي تأييد الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب لما تتمتع به من قوة ثبوتية من الناحية العلمية[1].

ومن مبرراتهم وحتهم في اعتبار البصمة الوراثية مشروعة لإثبات النسب، الأخذ بالحكم من معقول النص بمعنى القياس، نجد أن العلماء قد لجؤوا إلى قياس البصمة الوراثية على القيافة، وهذا راجع إلى أن كلاهما يعتمد على التشابه في عملية النسب.

فإذا كانت القيافة مشروعة لإثبات النسب وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء فإنه بالضرورة البصمة الوراثية وسيلة مشروعة قياسا عليها[2].

فالقيافة لا تعدوا أن تكون مجرد تخمين وتتبع للقائف يعتمد فيه على الشبه بين الولد وأبيه، فالقيافة تعتمد على الهيئة الظاهرية بينما البصمة الوراثية تنظر للشبه الباطني الخفي أي المورثات الجينية المستقرة في نواة الخلية البشرية للإنسان، وهذا أكثر دقة من القيافة، فالبصمة الوراثية تحقق قصد إثبات النسب بصورة حديثة وأكثر دقة عكس القيافة التي تعتبر أيسر الوسائل مقارنة بالأولى ، وهذا لا يعني أنه لا يصح استخدام القيافة وإلغاءها كوسيلة لإثبات النسب في نظر الشرع، وهذا لأنها واردة في الكثير من النصوص الشرعية ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[3].

إضافة إلى ذلك اعتمدوا في مبرراتهم لفكرة الأخذ بالبصمة الوراثية لإثبات النسب تنزيل الواقعة على القواعد الأصولية العامة بكونها مصلحة مشروعة تحقيقا لمقصد الشرع في حفظ النسل وحماية النسب، وهذا الأمر مرغوب شرعا، فهذه الوسيلة تصلح في هذا المجال لما تحققه من مكاسب أهمها درئ المفاسد

[1] – مانع سلمى، زواوي عباس، المرجع السابق، ص 295.

[2] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 253.

[3] – المرجع نفسه، ص 253- 254.

ومراعاة مصلحة العباد وهذا لما فيه إحياء للولد والمحافظة على حقوقه من الضياع وهو في الغالب جانب جائز وفقا لما تدعوا له الشريعة الإسلامية مما يجعل الأخذ بها أمر مشروع[1].

ومنه البصمة الوراثية من الأمور المستحدثة لم يرد عليها نص في الشريعة الإسلامية إلا أن الفقهاء رأوا أن الأصل في الأشياء الإباحة وليس التحريم ما لم يرد بشأنه نص، وباعتبار أن البصمة الوراثية لا تتعارض مع قواعد الشريعة الاسلامية، فهذا يجعلها مشروعة وتمثل تطور عصريا عظيما في مجال القيافة التي يعتد به جمهور الفقهاء في إثبات النسب[2].

ب- الاتجاه المعارض لاعتماد البصمة الوراثية:

هذا الفريق ذهب إلى عدم جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، وقد استندوا في رأيهم هذا إلى ما أخذ به المذهب الحنفي في عدم جواز الأخذ بالقيافة على اعتبار أنها نوع من أنواع التخمين والتكهن ولأنها ليس لها أي مبرر شرعي ولا تندرج ضمن أي الوسائل الشرعية المقررة لإثبات النسب والمنحصرة في الفراش والإقرار والبينة ، ولهذا لا تعتبر وسيلة لإثبات النسب[3].كذلك استندوا الى فكرة أن هذه الوسيلة العلمية تتم بموجب أجهزة غير معصومة من الخطأ، ولا يخفي ما يشكله ذلك من تهديد للأسر وآثار لا يمكن تداركها إذا تم إقرارها كوسيلة من وسائل إثبات النسب[4].

بعد استعراض الرأيين نجد أن الموقف الأول كان على صواب وهو المعمول به لدى أغلبية الفقهاء المعاصرين وهو ما جاء على لسان المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في مؤتمرها المنعقد سنة 2004 حيث أوصت بالأخذ بالبصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي وإثبات البنوة والنسب، كونها من مفرزات التطور العلمي والتكنولوجي التي تم استغلالها على الوجه الصحيح لحل مشاكل إثبات النسب[5].

---

[1] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 255.

[2] – صالح بغرارة، المرجع السابق، ص 87- 88.

[3] – حسيني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 724.

[4] – عبد الرحمن أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 274.

[5] – صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 88.

2- موقف المشرع الجزائري

بالنظر لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تم تعديلها بموجب الأمر 05-02 نستنتج أن المشرع الجزائري تبنى الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصفة جوازية وهذا راجع لكونها ذات دقة في إثبات نسب الولد لأبيه، غير أنه لم يذكر البصمة الوراثية صراحة في نص المادة بالرغم من كونها أحد الطرق العالمية الأكثر كفاءة والأجدر في نطاق إثبات النسب وفقا للمادة أعلاه من قانون الأسرة[1].

بالرغم من أن البصمة الوراثية معروفة على الساحة الدولية فالمادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية جاءت بصورة مرنة وهذا ربما لتتماشى مع التطور العلمي الذي يشهده العالم المعاصر، وهذا لتتمكن من استيعاب جميع الوسائل العلمية التي ظهرت أو قد تظهر مستقبلا.

غير أنه يجب على المشرع الإشارة للبصمة الوراثية كوسيلة إثبات النسب من الناحية القانونية بنصوص أكثر دقة لما تتمتع به هذه الوسيلة من مزايا في مجال النسب[2].

كما هو الحال لدى المشرع الفرنسي الذي نظم العمل بالبصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب في المواد (من 11 إلى 16) من القانون المدني الفرنسي[3].

II- حجية البصمة الوراثية

على الرغم بالأخذ بالبصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب إلا أنه لا يزال الجدل قائم حول مدى حجيتها وقوتها في الإثبات، وهذا ما سوف نوضحه وفقا لما يلي:

1- موقف الشريعة الإسلامية:

الشريعة الاسلامية تبنت البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب بمجمل آراء الفقهاء، وفتحت بابا لاستخدام التقنيات الحديثة كوسائل إثبات أمام القضاء، حيث أنها تتميز بكونها من الأدلة المادية المعتمدة وتم تكييفها شرعا بأنها من القرائن، وبذلك تم قبولها كدليل للإثبات في مجال النسب إلا أنه انقسم الفقهاء

[1] - المادة 40 فقرة 2 من القانون 84-11، المصدر السابق.

[2] - مانع سلمى، زواوي عباس، المرجع السابق، ص 296.

[3] - عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 262.

إلى رأيين منهم من يعتبرها ذات قوة قطعية الدلالة في الإثبات وهناك من يعتبرها ذات دلالة ظنية فلا تمثل دليلا مستقلا ويستعان بها على سبيل الاستئناس[1].

فالذين يرون أن البصمة الوراثية قطعية انطلقا من فكرة ان التجارب العلمية المتكررة أثبتت نتائجها الدقيقة والتي وصلت معظمها إلى نسبة 100[2]% واستمدوا ذلك من آراء علماء الطب الحديث اللذين أكدوا دقتها في إثبات البنوة أو الأبوة لشخص من خلال إجراء فحص على الجنات الوراثية حيث دلت الأبحاث البيولوجية والطبية أن نجاح إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية يصل إلى 99.9% في أغلب الاحيانا إلى 100% وهي نسبة تعبر عن مدى دقتها، مما جعلها قرينة لا تقبل الشك وتعبر عن قطعتها في الإثبات إضافة إلى ما شهدته هذه التقنية من تطور ملحوظ هادف إلى زيادة مصداقيتها[3].

وهذا ما أكدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية خلال ندوتها الحادية عشر« أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة التي أخذ بها جمهور الفقهاء»[4].

وقد أيد هذا القرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي حيث أن البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة وتم تجنب الأخطاء البشرية فإن نتائجها تكاد تكون قطعية قد تصل إلى 100[5]%.

أما الفريق الثاني الذي يرى أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية حيث استندوا إلى أن النظريات العلمية الحديثة الطبية والبيولوجية مهما بلغت دقتها في نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك ونظر، فلا يمكن اعتبارها صحيحة 100% وخالية من العيوب كونها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها[6].

---

[1] – بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، المرجع السابق، ص ص89– 90.

[2] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 90.

[3] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 31.

[4] – المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوى متعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، 1998، متوفر في موقع www.islamset.net

[5] – بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، المرجع السابق، ص 92.

[6] – المرجع نفسه ، ص 90.

2- موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري بإدراجه للطرق العلمية وجواز اللجوء لها في إثبات النسب كما سبق وأن وضحنا جاء فضفاضا ولم يكن صريحا في تبنيه للبصمة الوراثية حيث جاءت الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة غامضة ومقتضبة وهذا راجع لنصها أن اللجوء لمثل هذه الوسائل جائز حيث لم يتم تحديد هذه الوسائل ولا الحديث عن صحتها.

كذلك النص جاء بصيغة التحيز فالأمر متروك لسلطة القاضي في إصدار أمر اللجوء لها تحت إشرافه وتوجيهه، ومنه البصمة الوراثية قرينة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا تعتبر دليلا قائما بذاته بل تعتبر دليلا مساعد أو احتياطيا للكشف عن حقيقة النسب، مما لا يستغنى الجزم بقطعية دلالة البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب من ظنيتها[1].

الفرع الثاني: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية وضماناتها

إن البصمة الوراثية حديثة العهد وعلى اعتبار أنها تتصف بالدقة والتعقيد كان لابد من وضع شروط وضوابط لاستخدام البصمة الوراثية والعمل بها في مجال إثبات النسب حتى تكون ذات مصداقية وقوة في الإثبات وسنتناولها كالآتي:

أولا: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

إن العمل بالبصمة الوراثية وخاصة في مجال إثبات النسب لابد أن يحاط بجملة من الشروط حتى لا يستغلها البعض كوسيلة للتعدي على الحقوق والأفراد وتتمثل هذه الشروط فيم يلي:

I- ضوابط شرعية للعمل بالبصمة الوراثية:

- عدم مخالفة نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من القرآن والسنة حتى لا يؤول ذلك لإهمال النصوص الشرعية تفاديا لجلب المفاسد وبالتالي عدم جواز التشكيك في صحة الأنساب المستقرة لضمان عدم زعزعة الأسرة واستقرارها[2].

[1] – أمينة مساعدية، المرجع السابق، ص 569.

[2] – عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، دارسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ، متوفر على موقع Noor-Boob.com، تاريخ الاطلاع 2021/05/28، ساعة الاطلاع 00: 11 ،ص 435

- ألا تخالف النتائج العقل والمنطق حتى لا يعتريها الخطأ والتلاعب مما ينبغي رفضها كأن يكون الولد نسبه لمن لا سبيل له للإنجاب لمرض أو عقم أو كان صغيرا غير بالغ.
- أن تكون التحاليل بموجب أمر قضائي أو من له سلطة الأمر حتى لا يؤدي ذلك للتلاعب وإتباع الأهواء[1].
- أن تستخدمه التحاليل في الحالات الجائز التأكد من إثبات نسبها لعدم ضياعه والمحافظة عليه.
- منع الشركات ذات المصالح التجارية المتجارة بالعينات لأن ذلك سبيل لتحطيم استقرار الأسر وضرب استقرارها وتلاحمها[2].

II- الضوابط العلمية للعمل بالبصمة الوراثية

- أن تكون المختبرات القائمة على هذا التحليل مزودة بأحدث الأجهزة ذات التقنيات عالية الدقة وعتاد بمواصفات فنية عالمية قابلة للاستمرارية.
- توثيق كل خطوات التحليل حرصا على سلامة العينات ولضمان صحة النتائج.
-
- تكرير التحليل في أكثر من مختبر، مختبرين على الأقل يكون المختبر معترف به، كل على إنفراد ودون علم أحداهما بالآخر لضمان الحصول على أدق النتائج وأصحها[3].
- أم تكون المختبرات والمعامل المسؤولة عن هذا النوع من التحاليل تابعة للدولة وتحت رقابتها حتى لا يتم التلاعب بها وفقا للمصالح الشخصية حتى لا يكون النسب عرضة للضياع[4].
- أن يكون العاملون في هذه المختبرات يدينون بديانة الإسلام، ممن يتسمون بالأمانة والخلق والعدل في العمل، كذلك لابد من أن يكونوا أصحاب خبرة عالية ومستوى رفيع لضمان صحة ودقة النتائج حفاظا على الحقوق[5].

---

[1] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 33.

[2] – مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، " إثبات ونفي النسب نموذجا "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020، ص 336.

[3] – أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 39.

[4] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 34.

[5] – حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 118.

- سرية المعلومات الوراثية ونتائج التحاليل المخبرية للبصمة الوراثية ضمانا لخصوصية الأفراد وإحتراما للحياة الخاصة للأشخاص، وحفاظا على مصالح العباد وحماية للأعراض، فلا يحق للقائمين على هذه التحاليل إفشاء النتائج للغير خارج نطاق القضاء[1].

هذه الضوابط ضمانا لصحة الأنساب والحفاظ على الحقوق من الضياع والأهم حماية للأعراض من غير إحداث أضرار أو زعزعة في استقرار الأسر، فإذا تمت التحاليل وفقا لهذه الضوابط فلا مانع في الأخذ بنتائجها.

ثانيا: ضمانات العمل بالبصمة الوراثية

إن تحليل واختبارات البصمة الوراثية تخضع لضمانات قانونية، هذه الضمانات سبيل اللجوء إلى هذا الدليل العلمي لإظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب.

1- ضمانات متعلقة بالأفراد:

تتمثل أساسا في الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية أو من يمثله قانونا وحماية معلوماته استنادا إلى حرمة الجسد البشري والحق في السلامة الجسدية طبقا لنص المادة 165 وما يليها من القانون 85_05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2].

كذلك حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق الشخصية وهي حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة وعدم افشاء السر المهني وفقا للمادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاق الطب وكذا ما أكدته المادة 3 من القانون 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص[3].

---

[1] – حسام الأحمد، المرجع نفسه، ص 119.

[2] – المادة 165 من القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل بالقانون 98-09 المؤرخ في 1998/08/19 " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية ".

[3] – المادة 3 من القانون 16-03، المرجع السابق، " يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية ".

2- ضمانات متعلقة بالهيئة الطبية

وذلك بمراعاة تنفيذ كافة الضوابط الشرعية والقانونية، الأخلاقية والعلمية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء التجارب والاختبارات والفحوصات الطبية على الإنسان[1].

فلا يجوز أخذ الجينات لإجراء تجارب البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة، ولا يجوز التلاعب أو العبث بالحمض النووي لأن أي خطأ يرتب مسؤولية مدنية (تقصيرية) وكذا مسؤولية جنائية تأديبية وفقا للمادة 37 من المرسوم 92-276[2].

كذلك يفضل أن تكون هذه الجهات تابعة للدولة ومعينة ومتخصصة معتمد عليها من طرف القضاء لضمان صحة نتائجها وحيادها، كما يجب أن تقوم بهذا النوع من التحاليل بناء على أوامر قضائية موجه لهذه المختبرات أو موثوقة وهذا ما أكدته المادة 4 من القانون 16-03[3].

المطلب الثاني: الطرق العلمية الأخرى لإثبات النسب

على الرغم من أهمية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب لما لها من مميزات وخصائص تجعلها ذات قوة في الإثبات، إلا أنه هناك طرق أخرى يمكننا الاستعانة بها في هذا المجال، وتعتبر هذه الطرق من أبرز الوسائل العلمية، مما يدفعنا إلى واجب التطرق لها وتوضيح أهم الأحكام المتعلقة بها، وسنوضح ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نظام المناعة HLA

يعتبر نظام المناعة HLA إحدى أقوى الطرق العلمية في إثبات أو نفي النسب كالبصمة الوراثية، فنظام HLA ذو أهمية قصوى باعتباره نظام يتعلق بالمناعة، فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا أنه بالمقابل جد ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء[4]. وسنحاولها معرفة هذا النظام عن طريق توضيح تعريفه وحجيته في إثبات النسب.

---

[1] – أمينة مساعدية، المرجع السابق، ص 570.

[2] – المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 8 يوليو 1992.

[3] – مجاهدي خديجة، المرجع السابق، ص 336.

[4] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 95.

أولا: تعريف نظام المناعة HLA

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تميز كل ما هو ذاتي للحفاظ عليه وتمييز الذاتي للتخلص منه والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي وهو الجينوم الذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، وقد تم اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي والتي تسمى Human Leukocyte Antigen وتعمل هذه الأخيرة على تحديد ما هو ذاتي، وكل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين، واحد من الأب والآخر من الأم مما يعطي له فعالية في مجال النسب، إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي[1].

فنظام HLA مهم جدا باعتباره نظام يتعلق بالمناعة فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا أنه ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء والأبناء transmission génétique أي انتقال وراثي مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف الشخص البيولوجي للأشخاص، يتشكل نظام HLA من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة[2].

ثانيا: حجية نظام المناعة HLA في إثبات النسب

اتفق أغلب الفقهاء المحدثين عن قطعية بعض من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية ADN ويليها نظام المناعة HLA، ذلك أن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في ذلك وبالتالي فإن لآرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بانفراد كل شخص بنمط وراثي معين، إذ لا يمكن أن تتشابه ADN لشخص إلا مرة واحدة كل 86 مليون حالة أي نسبة التشابه منعدمة تماما[3].

---

[1] – بلعباس سهام، الطرق العلمية لإثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة الماستر، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018، ص 33.

[2] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 95.

[3] – بوسروال محمد بلال، كيفية تحديد النسب ودور قاضي الأسرة، تخصص قانون طبي، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020، ص 17.

لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد، لأن ADN يعد دليل اثبات ونفي قاطع بنسبة 100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة مدام إن احتمال التشابه بين البشر غير وارد.

وتجدر الإشارة هنا إلى الطرق العلمية المتمثلة في البصمة الوراثية ADN ونظام HLA هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية، وما يؤكد ذلك هو إمكانية أخذها من أي مخلفات أدمية سائلة (مني، دم) أو أنسجة (كم، عظم، جلد..) كما أنها تقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة (حرارة برودة، جفاف) ليس هذا فقط بل يمكن حتى الحصول عليها من الآثار القديمة والحديثة، كذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلمية القطعية والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال اثبات النسب[1].

إن قطعية نظام HLA قد تقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي Le mariage consanguin أو المتكرر، فإن الطفل يحصل من والديه على مركبين HLA متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى البصمة الوراثية[2].

الفرع الثاني: نظام ABO ونظام MNS

لاستكشاف العلل والأمراض المستوطنة في جسم الإنسان لابد من إجراء تحليل الدم، ولقد تطورت هذه الآلية إلى درجة تحديد التصنيفات الجينية للجنس البشري، وعليه يعتبر هذا النظام من الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال النسب[3].

وإذا كانت مولدات الضد A, B موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه الذي تكون فيه الأجسام المضادة A, B موجودة في المصل فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل، وبالتالي فإن واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون

[1] – بوسروال محمد بلال، المرجع السابق، ص 17

[2] –باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 95.

[3] – دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 247.

موجودا في كريات الدم الحمراء وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO[1]، وسنتطرق لدراسة هذه الطرق بالتفصيل كالتالي:

أولا: نظام تحليل الدم ABO

في الآونة الأخيرة أظهرت الأبحاث العلمية أن دم الأفراد يتنوع إلى عدة فصائل، ولكل فصيلة خصائص خاصة بها، ومن هنا أخذ نظام فحص الدم كأحد الطرق العلمية المعروفة للاستعمال في مجال إثبات أو نفي النسب ويحدد تحليل فحص الدم فصيلة دم كل من الطفل، الأم، والأب، فلكل طفل خاصية جينية يحصل عليها إما من الأم أو من الأب، وبما أن الأم معروفة بواقعة الولادة فبالتالي إذا كانت له ميزة لم تكن عند أمه فهي بالضرورة موجودة عند أبيه، فإذا أثبت غياب هذه الميزة عند الأب المفترض فإن أبوته غير ممكنة لهذا الطفل[2].

I- تعريف الدم

1- لغة: أصله دمي، وجمعه دماء، وهو السائل الأحمر الذي يجري في عروق الإنسان والحيوان[3].

2- إصطلاحا: فهو السائل الأحمر الذي يجري في العروق من شرايين وأوردة وشعيرات دموية والمصنع الأساسي للدم[4].

3- التعريف الطبي للدم: عرفه علماء الطب بأنه نسيج متكون من خلايا وبلازما «le sang est un tissu composé de cellules est de plasma»[5]

وجاء في تعريفه في القاموس الطبي كما يلي: « الدم هو مادة حية سائلة تجري في الأوعية تغذي أنسجة الجسم وتزويده بالمواد الغذائية والأكسجين اللازمين لعملية الأيض وينقل الفضلات إلى الأعضاء المسؤولة على طرحها .»

---

[1] – جلال جابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 186 ص187.

[2] – صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 80.

[3] – قلعة جي، ومشاركوه، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار النفائس، لبنان،1996، ص 187.

[4] – سعيد سميرة، أثر المستجدات العلمية المعاصرة على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017، ص 19.

[5] – myrlam meralla, François lefre, richard trainalau, hématologie transfusion sanguine et soins infirmiers, lamarra, 4 eme édition, 2008, P 06.

«le sang est un élément vivent liquide circulant dans les vaisseaux et irriguant les tissus de l'organisme aux quels il apporte les substances nutritives et l'oxygène nécessaires au métabolismes et dont il recueille les déchets pour les importer vers les organes qui les éliment»[1].

4- المقصود بالتحليل الدموية:

وهي الفحوص الطبية التي تشتمل على ثلاثة أطراف: الأم، الأب، الطفل وذلك من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية[2]، ويتكون الدم من العناصر التالية:

أ- بلازما الدم:

وهي عبارة عن سائل يميل لونه إلى الصفرة ويشكل حوالي 50 – 60% من حجم الدم العام وتحتوي بلازما الدم على 90%ماء والباقي منه يتكون من عدة مواد غذائية ذاتية ومهمتها الأساسية تسهيل حركة الخلايا وتوصيل الغذاء إلى سائر الخلايا وتحمل البلازما الهرمونات التي تساعد على التحكم في نمو أجزاء كثيرة من الجسم[3].

ب- خلايا الدم:

وتتكون من ثلاثة مجموعات رئيسية هي:

- كريات الدم الحمراء ومهمتها نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر الجسم والعودة بغازات ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين للتخلص منه.
- كريات الدم البيضاء: ومهمتها الدفاع عن الجسم، عديمة اللون وبأشكال مختلفة.
- الصفائح الدموية: تساهم في تخثر الدم وطرق تحليلها[4]

[1] – andre damart, Jacques bournef, petit la rousse de la médecine, libraire la rousse, T 2, 2003, P 817.

[2] – يوسفات علي الهاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاتر السياسة والقانون، العدد 6، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2012، ص280.

[3] – أحمد الشافعي، مصطفى آدم، صابر فتحي، الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إبن حزم، مصر، 2013، ص 531.

[4] – زبيري بن قريد، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان، الجزائر، 2012، ص 243.

II- فصائل الدم وطرق تحليلها:

لقد تم إكتشاف الفصائل الدموية عن طريق الدكتور لاند شتانير عام 1900 م والذي لاحظ أثناء تجاربه أنه عند مزج نوعين مختلفين من فصلين أنهما لا يمتزجان، بينما إن كان نوع واحد فإنهما يمتزجان ومن هنا خرج بقاعدة علمية تقول: أن الدماء البشرية تحتوي على نوعين من موكدات التراص هي A, B ربما يكون مجتمعين معا، وبذلك تمكن بهذا الإكتشاف إلى تقسيم الدم البشري إلى أربعة مجموعات أو فصائل[1] وتتمثل هذه الفصائل فيما يلي:

1- **الفصيلة A:** وتحتوي على كريات الدم الحمراء فيها على المادة الفعالة A وتحتوي البلازما على المادة المضادة B.
2- **الفصيلة B:** والتي تحتوي كريات الدم الحمراء فيها على المادة الفعالة B تحتوي البلازما على المادة المضادة A.
3- **الفصيلة AB:** والتي تحتوي كريات الدم الحمراء فيها على المادة الفعالة AB ولا تحتوي البلازما على أي مواد مضادة، فهذه الفصيلة تقبل نقل الدم إليها من شخص آخر، ولكن لا يجب نقل دم هذه الفصيلة شخص آخر إلا من نفس الفصيلة.
4- **الفصيلة O:** لا تحتوي كريات الدم الحمراء فيها على أي مواد فعالة وتحتوي البلازما على المادة المضادة AB، فالدم من هذه الفصيلة لا تجتمع كرياته الحمراء ولا تتحلل إذا انقلت لشخص آخر، وبذلك يصلح الدم من الفصيلة O للنقل لأي شخص[2].

والفصيلة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة إذ أن كل مولود يرث فصائل دمه من والديه وفق قوانين الوراثة، ويطلق على الدم الذي يحتوي على عامل الريزيس دم موجب والدم الذي يفقد هذا العامل دم سالب[3].

III- دلالة نظام تحليل الدم ABO في إثبات النسب

لقد أثبت العلم بصفة قطعية أن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم أبويه سواء كان الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين فكل إنسان يرث صفاته من أبيه وأمه، و استثناءا لهذه القاعدة الوراثية الثابتة فإن فصيلة دم الإبن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين، فإذا عرفت فصيلة

[1] _ سعيد سميرة، المرجع السابق، ص19

[2] _ بسام محمد قواسمي، أثر الدم و البصمة الوراثية في إثبات في الفقه الإسلامي و القانون، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2010، ص51

[3] – بسام محمد قواسمي، المرجع السابق، ص 52.

دم الأم والأب تفرق فصيلة الابن وكذلك إذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب[1].

إذا كانت فصيلة دم الأب AB وفصيلة الأم A والمولود المتنازع عليه فصيلة دمه O ففي هذه الحالة يحكم وراثيا بأن المولد لا يمكن أن يكون ابنا لهما إطلاقا، أما إذا كان المولود يحمل فصيلة الدم A أو AB فنقول أنه من الممكن أن يكون هذا المولود لهذه العائلة ولا نقطع نسب لهم على سبيل اللزوم وذلك لأنه من الممكن أن يكون إبن لعائلة أخرى تحمل نفس فصائل دم هذين الأبوين[2].

إن لكل إنسان صفات يرثها من أبيه أو أمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو فصيلتين مختلفتين فهي حالة توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه فإن هذا ليس قطعيا في اثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أب الطفل واحد منهم[3].

الجدول التالي يوضح الفصائل المتوقعة وغير المتوقعة لدم الأولاد بناء على معرفة فصائل دم الأبوين:

فصائل دم الأبوين	فصائل دم المحتملة	فصائل الدم المستحيلة
A + A	O, A	AB, B
A + B	A, B, AB, O	
AB, A	A, B, AB	O
O + A	O, A	AB, B
B + B	O, B	AB, A
AB + B	AB, B, A	O
O + B	B, O	AB, A
B + B	AB, B, A	O
AB + B	B, A	AB, O

[1] – بلعباس سهام، المرجع السابق، ص 33.

[2] – المرجع نفسه، ص 34.

[3] – المرجع نفسه، ص 35

يعد نظام فصائل الدم خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها والتي لا تقيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان، ولتوضيح أهمية هذا النظام نبين المرحلتين التي يمر بهما:

- تحديد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والمرأة والتراكيب الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل.
- مقارنة التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل فإذا وجد أحد جيني فصيلة دم الرجل فمن المحتمل أن يكون أباه[1].

من خلال معطيات فحص دم الفصيلة التي نسب إليها دم الزوج والزوجة والولد توصلنا إلى فريضتين:

- إذا كانت فصيلة دم الطفل مخالفة لفصيلة دم الزوجين، يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.
- إذا كانت فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين فهذا يعني أن الزوج هو الأب الحقيق، وقد لا يكون كذلك لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون، ويحتمل أن يكون الأب المدعي عليه واحد منهم، وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين[2]

ونستنتج من خلال ما سبق أن نظام تحليل الدم ABO يعد يقينا فيما يتعلق بنفي النسب ولكن يظل ظنيا فما يخص إثباته[3].

ثانيا: نظام MNS

يحتوي هذا النظام على عدة خصائص وراثية نادرة جدا، حيث يستخدم بنفس الطريقة كنظام فحص الدم ABO على سبيل المثال: الأم $M^+ N^+$، الابن $M^- N^+$، الأب المفترض $M^+ N^-$.

ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب بين الابن والأب المفترض أن الابن حصل على N^+ وهي خاصية موجودة عند أمه، وحاصل على M^- وهي خاصية غير موجودة عند الأب المفترض الذي لديه

[1] – إيلال عائشة، دور الخبرة العلمية في إثبات النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر القانون الخاص، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محتد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016، ص 34.

[2] – سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 23.

[3] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 106.

M^+ وليس M^-، فنفي النسب ثابت ولابد أن يكون الأب الحقيقي للابن الحاصل على M^- وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيق للابن، وتجدر الإشارة إلى وجود حالة تتمثل في حالة وجود MG^+ فمثلا الأم لها خاصية $M^+ N^+$، الأب المفترض له خاصية $MG^+ N^-$، الابن له خاصية $MG^- N^+$.

هنا نقول بأن الابن له خاصية من الأم وهي N^+ وله خاصية من الأب وهي MG^+ ففي هذه الحالة لا يمكن نفي نسب الابن للأب المفترض لكننا لا يمكن أن نجزم بالقول أن الأب المفترض هو الأب الحقيقي لإمكانية وجود هذه الخاصية عند غيره[1].

مع ذلك يرى علماء البيولوجيا أن نظام MG^+ نادر جدا مما يمكن القول احتمالية كبيرة أن يكون الأب المفترض هو الأب الحقيقي.

يعتبر نظام البروتينات نظام متغير ومتعدد نظرا لتعدد وتغير جينات مظهر البروتينات الموجودة في المصل وإنزيمات الكريات الحمراء، وهو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية ABO، لأنه من البروتينات التي لديها قدرة عالية للتميز البيولوجي بين الأشخاص، ويستعمل في التحاليل والدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية على اخترق بعض الخاصيات الكيميائية والبيولوجية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية الطبية كان على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فهناك عدة أنظمة أخرى نذكر منها: نظام المفرزات اللعابية، نظام kell، نظام kidd.

إن الله تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم فقال « وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ »[3]، كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتقاد الجازم مصداقا لقوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ۖ »[4].

---

[1] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 108–109.

[2] – المرجع نفسه، ص 109.

[3] – سورة الإسراء، الآية 36.

[4] – سورة الحجرات، الآية 12.

فإذا كان معظم علماء الطب والقانون قد اتفقوا على اعتبار بعض من الطرق العلمية ذات حجية قطعية الدلالة كالبصمة الوراثية فإن نظرا لما هو جاري العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية نعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبنية على أسس علمية وتقنية محضة، وهذه الطرق العلمية الظنية التي من بينها تحليل الدم ABO ونظام MNS، نظام المفرزات اللعابية....إلخ ، تعد وسائل إثبات نسب لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين كون نتائجها تبقى محتملة التحقق فهي لا ترتقي أن تكون دليل إثبات حتمي[1].

كما تعد هذه الأنظمة يقينية فيما يتعلق بنفي النسب، ولكن يظل ظنيا في إثباته، ذلك أن لكل طفل خاصية جينية يأخذها إما من الأب المفترض أو الأم، وعليه فإذا أثنت التحليل أن الخاصية غائبة من الأب المفترض، فهنا يكون القول بنفي النسب يقينا[2].

وإذا حدث العكس فيكون أبيه الحقيقي، كما يمكن أن لا يكون كذلك لأن الخاصية الجينية نجدها عند أكثر من رجل، بتالي اعتبرت هذه الطرق بطرق علمية ظنية الثبوت.

ما يسعنا قوله بشأن الوسائل العلمية التي تستخدم في إثبات النسب وحل القضايا المتعلقة بالأنساب، ان البصمة الوراثية أكثر الوسادة وفعالية في هذا المجال.

و ذلك راجع لخصائصها و مميزاتها التي تجعل منها الأفضل للوصول للحقيقة كما أنه لم يعد من الضروري انتظار ولادة الطفل للتحقق من نسبه، فبالإمكان اجراء تحليل البصمة الوراثية Adn قبل الولادة او أثناءها بفضل التقنيات الحديثة في هذا المجال

ان تحليل ال adn من الوسائل العلمية التي يتم اللجوء لها في أغلب الحالات للحصول على نتيجة مؤكدة لمعرفة نسب الولد الحقيقي[3].

و رغم الدور الذي تلعبه هذه الوسائل و خاصة تحليل البصمة الوراثية Adn في مجال إثبات النسب الا انه هناك صعوبات تعرقل العمل بها سواء كانت مادية في العالم العربي و الجزائري خصوصا من

---

[1] – عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 277.

[2] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 106.

[3] – مقال متوفر في الموقع www.mayclinic.org/ar/tests-procedures تاريخ النشر 2020/07/17، تاريخ الاطلاع 2021/5/21على الساعة 11:40.

نقص في أجهزة المخبرية الناحية و الإمكانيات التي يمكن الإعتماد كذلك من جهة أخرى وجود عدد قليل من الخبراء و المختصين في هذا المجال على سبيل المثال في الجزائر يوجد حول ثلاث مختبرات مختصة في هذا المجال على مستوى الوطن و هذا لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني و هذا يؤدي إلى تعطيل إجراءات سير الدعوى و الأهم من ذلك يتطلب في المقابل اجراء هذا النوع من التحاليل مصاريف باهظة لإجراء التحليل[1].

لذلك توجد صعوبات القانونية تمنح اللجوء إلى هذا النوع من الادلة يتمسك بها الخصوم التهرب من هذا النوع من التحاليل اهم هذه العراقيل تمسك بها الخصوم للتهرب من هذا النوع من التحاليل أهم هذه العراقيل تمسك الخصوم في كون ان هذا الفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة وقاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه لهذا يقع على المشرع معالجة هذه الجزيئات التي من شأنها عرقة سير القضائي.

المبحث الثاني: حالات اللجوء للوسائل العلمية وقيمتها القانونية في الاثبات

إن العمل بالوسائل العلمية أصبح من أبرز المواضيع في الساحة القانونية والشرعية في مجال الإثبات عموما والمسائل المتعلقة بالنسب خصوصا، خاصة في ظل وجود الوسائل الشرعية المثبة للنسب، وتبني العمل بهذا النوع من الوسائل يعتبر قفزة نوعية في إدماج التطور العلمي والبيولوجي في قضايا فقهية ثابتة وراسخة شرعا وقانونا، وبالنظر لقوتها الثبوتية استقر العمل بهذا النوع من الوسائل في إثبات النسب رغم الأقاويل الرامية لرفضها، ولعل ذلك يعود لحداثتها رغم تأكيد العلماء والباحثين لنجاعتها ودقة نتائجها.

لهذا سنحاول التطرق لنطاق العمل بها في مجال النسب وإبراز أهم الحالات التي يمكن استخدام الوسائل العلمية فيها للإثبات، كما أننا سنعمد إلى توضيح قيمتها القانونية كوسيلة معترف بها في قضايا النسب[2].

[1] –باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 114.

[2] – المرجع نفسه، ص 110.

المطلب الأول: حالات اللجوء للآليات العلمية لإثبات النسب

إن لجوء القاضي للوسائل العلمية في مجال إثبات النسب يعد من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في قضايا الأنساب، واستعمال هذه الوسائل في هذا المجال لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية وفقا لما تم توضيحه سابقا، إذ لابد من استخدام معايير علمية دقيقة والأخذ بالشروط والضوابط اللازمة بإتباع الإجراءات القضائية السليمة للاطمئنان على نتائجها[1].

الغاية من ذلك الحصول على نتائج دقيقة قصد تحقيق العدالة والإفادة لمعرفة الحقيقة، وهذا ما جعل من البصمة الوراثية الأفضل في هذا المجال ومقدمة على سائر الوسائل العلمية الأخرى، فالقواعد الشرعية والقانونية تجيز استخدامها في التحقيق الجنائي واعتبرتها وسيلة إثبات في الجرائم، قصد تحقيق العدالة والأمن في المجتمع[2].

كما أنها تجيز استخدامها في مجال النسب وتعتبرها من القرائن القوية التي يمكن قبولها كدليل للإثبات في قضايا الأنساب[3]، غير أنها لا يمكن استخدامها واللجوء لها في قضايا النسب على عمومها رغم نتائجها الدقيقة قطعية الدلالة، على اعتبار أن ذلك إلغاء لدور الوسائل الشرعية المثبتة للنسب خاصة في قضايا التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا حماية للأعراض وحفاظا للحقوق من الضياع وصونا للأنساب[4].

وفي ظل اتخاذ المشرع منحى مرن في تعامله مع وسائل اثبات النسب يجعل الخبرة الطبية بموجب الوسائل العلمية ضمن آليات إثبات النسب تطبيقا لقاعدة إحياء الولد تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تسعى في جميع الأحوال لذلك بكل الطرق المتاحة لقول الإمام الشاطبي « القطع بقدم على الظن، فكيف لنا أن لا نأخذ بهذه الحقيقة ونكتم ما أظهر الله من حق »[5].

---

[1] – عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 200.

[2] – جمال نجيمي، المرجع السابق، ص 91.

[3] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 90.

[4] – المرجع نفسه، ص 93.

[5] – يوسف فيلالي محسن، إثبات النسب ونفيه بالتحليل، " مقارنة تشريعية وفقهية وقضائية"، مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، ندوة جهوية الثانية، مكناس، المغرب، 2007، ص 5.

يقع ضبط أوجه استخدام هذه الوسائل للحد من التلاعب والغش والإحتيال من طرف من له غايات دنيئة لتحقيق مكاسب شخصية لا تمت بالشرع بصلة[1].

الفرع الأول: الحالات اللجوء المختلف فيها

إن للتطور العلمي نتائج قطعية الدلالة وذات قوة ثبوتية في قضايا النسب مما تعتبر ثروة علمية هائلة في مجال الإثبات عامة، أدرجها المشرع الجزائري كوسيلة لإثبات النسب، غير أنه ترك النص فضفاض ولم يحدد الأحكام المتعلقة بها في ظل ذلك يوجد حالات اختلف الفقه في إمكانية اللجوء للوسائل العلمية قصد إثبات نسبها نظرا لوجود قواعد شرعية لا يجوز مخالفتها، وكذلك في المقابل توجد حالات استثنائية أجاز الشرع اللجوء فيها للوسائل العلمية لإثبات النسب المتعلق بها، وفي ظل هذا الإختلاف سنوضح هذه الحالات كالآتي:

أولا: النسب الثابت بالفراش (نسب الفراش المعلوم)

القاعدة العامة انه لا يجوز اللجوء للوسائل العلمية للتأكد من النسب الثابت لعدة اعتبارات و إلا أنه أجاز الفقه المعاصر استخدامها استثناء ضمن هذه الوضعية وهذا ما سنوضحه وفقا للتالي:

I- الموقف المعارض لاستخدام البصمة الوراثية في النسب الثابت بالفراش

إن البصمة الوراثية تؤدي إلى نتائج يقينية بإجماع الخبراء والمختصين كما سبق وأن وضحنا ذلك، فقد أجازها الفقه الإسلامي بإجماع الفقهاء قياسا على القيافة كونها في نظر الفقه الصورة المستحدثة لها لأنها تنظر في التشابه بين الفرع والأصل بصورة أعمق وأدق من الأولى التي تعتمد على الأوصاف الظاهرية فقط في ثبوت النسب[2].

وبعد الخوض في ثنايا الفراش وما تعلق من أحكام سواء في قيام الحياة الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين كما سبق وأن وضحنا ذلك[3]، نجد أن الشرع والقانون يعتبر الفراش سيد أدلة إثبات النسب وذلك أثناء الحياة الزوجية الصحيحة وبتوفر الشروط اللازمة له[4].

---

[1] – محمد جبر الألفي، مجالات إعمال البصمة الوراثية، متوفر في موقع الألوكة www.alokah.net تاريخ النشر 2015/10/15، تاريخ الإطلاع 2021/05/08 على الساعة 21:27.

[2] – عائشة سلطان ابراهيم مرزوقي، المرجع السابق، ص 309.

[3] – انظر المذكرة، ص ص 13-38.

[4] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 144.

فالنسب الشرعي الثابت بالفراش المعلوم القائم بين الزوج وزوجته لا يجوز التأكد من صحته بعد ثبوته شرعا، فلا مجال للعمل بالوسائل العلمية في هذا النطاق وأي استخدام لها يعد مخالفة لقواعد الشرع والقانون وذلك لما فيه من حفظ للأعراض والأنساب و درئ للمفاسد.[1]

ففي أغلب الظن الزوج الشاكي ضد زوجته طلبه في هذا الفراش واضح وصريح فما هو إلا نفي للنسب وليس محاولة لإثباته ولا يكون أمام القاضي في هذه الحالة الفصل في النزاع سوى حالتين لا ثالث لهما، الإعتماد على القاعدة الشرعية « الولد للفراش » كما هو الحال في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، فلا مجال للقاضي في قول أن الولد لغير صاحب الفراش المعلوم ، ويلحق الولد بأبيه وفقا لهذه القاعدة، أو أنه يلحق الولد بأمه ويلجئ للملاعنة الشرعية بين الزوجين ونفي نسب الزوج الشاكي عن الولد.

وبالتالي ليس للبصمة الوراثية أي أثر أو دور في هذا النوع من النسب الناتج عن العلاقة الزوجية الشرعية القائمة بالزوج وزوجته[2]، وهذا راجع لأسباب كثيرة أهمها أن في ذلك إلحاق الضرر بالولد وقدح في الأعراض والأنساب، كذلك فإنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان ومنه لا يجوز استخدام أي وسيلة قد تدل على انتفاء النسب عن صاحبه وهذا راجع أن للوسائل حكم الغايات ومتى كان للوسيلة غاية محرمة فإنه لا يجوز استخدامه فيما يخالف القواعد الشرعية، ونظرا لذلك يجب على الجهات المسؤولة منه ذلك والحيلولة دون حصوله، والأهم إيقاع عقوبات رادعة على المخالفين حماية للنسب ودرء الضرر[3] سدا للذرائع حتى لا يشكك العامة في أبنائهم أو أنساب فروعهم ويسهم تقديم قرينة باعتبارها أمر قطعي فيزرع الضغينة وتسبب عدم الإستقرار[4].

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا بأن ولادة جاءت خلال فترة الزوجة يترتب عنها ثبوت النسب للزوج ما لم ينفه باللعان، ومتى وجد الفراش فلا أثر للوسائل العلمية والقضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون وللقواعد المحددة شرعا، فالمحكمة ترفض إثبات النسب عن طريق الوسائل العلمية إذا كانت الزوجية قائم

---

[1] – بونوة عبد المنعم، سالم ياسر بولال، المرجع السابق، ص 118.

[2] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 46، ص 47.

[3] – بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، المرجع السابق ص 119.

[4] _ غلي السنوسي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية، " دراسة تأصيلية قانونية"، عود الندى" مجلة ثقافية فصلية "، العدد 82، لسنة 2013.

بين الزوجين[1] أخذا بما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة في 21-1422/10/26 الموافق لـ 5-2005/01/10 حيث قرر «...لا يجوز استخدام البصمة الوراثية يقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض عقوبات لأن ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم ».

II- الموقف المؤيد لاستخدام البصمة الوراثية في النسب الثابت بالفراش

على الرغم من الإجماع حول رفض اللجوء للبصمة الوراثية لإثبات النسب المثبت بالفراش الذي يعد من الأدلة الحاسمة والأساسية التي لا يعلو عليها شيء من الأدلة سوى اللعان الذي شرع لنفي النسب والثابت بالفراش[2]، إلا أنه يوجد فريق من العلماء يرى جواز اللجوء للبصمة الوراثية في النسب الثابت بالفراش هذا وقد وضع الفقهاء المعاصرون بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1- حالة شك في أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر من وقت الدخول، فحسب رأيه إن شك الزوج في زوجته منذ يوم دخل بها ولم يستطع الجزم في مسألة مدة جملها فإن البصمة الوراثية تستطيع كشف الغموض عن هذه المسألة كونها تعتبر وسيلة إثبات يقينية لا تحمل شك والتردد[3].

2- حالة نسب الولد الناتج عن وطء بشبهة في العقد أو الفعل أو ناتج عن نكاح فاسد كالشغار أو المتعة أو من زواج مطلقة أو أرملة قبل إنقضاء عدتها لمعرفة نسب الولد للزوج الأول أم الثاني وقياسا على اللجوء إلى القيافة قديما في هذا الشأن، فتكون البصمة الوراثية في هذه الحالة أقوى وتلعب دورا كبيرا في معرفة الأب الحقيق للولد[4].

3- حالة إذا تساوت البينات أو تعارضت الأدلة ففي هذه الحالة للبصمة الوراثية دور في حسم قضية النزاع القائم كأن يسافر الزوج ويحضر بعد زمن طويل فيجد زوجته ولدت ففي هذه الحالة يتم اللجوء للبصمة الوراثية[5].

---

[1] - مجاهدي خديجة، المرجع السابق، ص 341، ص 342.

[2] - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 144.

[3] - المرجع نفسه، ص 145.

[4] - المرجع نفسه، ص 145، ص 146.

[5] - عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، الطبعة الأولى، دار الفضيل للنشر و التوزيع ، الرياض ، السعودية، 2002، ص 39.

4- حالة رفض الزوج للولد الناتج عن الفراش أو إنكاره لطفله الناتج عن زواج شرعي لتحقيق غاية معينة هنا يجوز استخدام البصمة الوراثية للطعن في ما إدعاه وأكيد نسب الولد[1].

5- حالة الزوجة التي شك فيها زوجها وأقدم على ملاعنتها، نفي نسب ولدها في هذه الحالة وحتى تدفع عنها الشك والإدعاء يجوز استخدام البصمة الوراثية لدفع هذا الشك فإذا ثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الإكتفاء بالنتيجة وفي حالة العكس يمكنه ملاعنتها.[2]

وفي جميع الأحوال فإن الهدف من إجراء تحليل البصمة الوراثية هو الوصول إلى الحقيقة لهذا يجب على المشرع ضبط هذه العملية خاصة في هذا الجانب المتعلق بالفراش الشرعي، وأن يضع أحكام صريحة لما يترتب عنها من نتائج خطيرة تهدد الأمن العائلي بالدرجة الأولى[3].

حيث نجد في هذا المجال أن المشرع الفرنسي قد حدد حالات التي يجوز الرجوع فيها للبصمة الوراثية في النسب الشرعي وفقا لنص المادة 312 من القانون المدني الفرنسي وتتمثل هذه الحالات في :

- إذا أثبت أنه يوم القران حتى مائة وثمانين يوما قبل ميلاد الطفل كان بعيدا أو مصابا في حادث سبب عجزا عن معاشرته الزوجية.
- كذلك يمكن للأم إثبات نسب ولدها للأب الحقيق بعد إنحلال زواج من زوجها وزواجها من الأب الحقيق للولد فتلجأ للبصمة الوراثية لنفي أبوة الزوج الأول وإثبات صحة أبوة الزوج الثاني بكل الوسائل[4]

ثانيا: نسب ولد الزنا

إن موضوع النسب من القضايا التي لها خطر كبير، فجعلته الشريعة الإسلامية مستندا إلى الحقيقة الواقعية الصادقة والممتدة من الآباء إل الأبناء، حيث جعلت الزوجية الأصل المثبت للنسب إلا أن

[1] – زيد عبد الله بن إبراهيم ال قرون، "البصمة الوراثية و أثرها في الأثبات "، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة و أثارها الفقهية ، جامعة الأمام محمد إبن سعود الإسلامية ، 2010 ، ص 459.

[2] – علي محي الدين القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،العدد 16 ، السنة الرابعة عشرة ،ص 52.

[3] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 264.

[4] – المرجع نفسه، ص 265.

الإنسان ينحرف عن الصواب وفي بعض الحالات تنشأ علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة فيتورطا في ارتكاب جريمة الزنا، وفي الغالب ينكر الرجل الزاني ثمرة هذه العلاقة، لهذا سنوضح موقف الوسائل العلمية من هذا النسب في حالة إنكار الزاني للولد في ظل الإختلاف المتعلق بنسب ولد الزنا بين الفقه الإسلامي وكذلك في القوانين الوضعية.

I- موقف الشريعة الإسلامية:

لا مانع في الشرع والقانون الإعتماد على الوسائل العلمية في قضايا النسب على اعتبارها طريقا من الطرق العلمية المعتبرة لإثبات النسب قصد الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل، وباعتبار أن البصمة الوراثية من الوسائل العلمية القطعية بإجماع الفقهاء والتي تكيف ضمن القرائن القوية والتي تعتبر طريق صحيحة شرعا في الإثبات وإلا أنه فيما يخص نسب ولد الزنا بأبيه الزاني إنقسم الفقهاء إلى رأيين[1].

1- الرأي المعارض:

إن العلماء لم يختلفوا في مسألة أن ماء الرجل سبب لما يخلقه الله في رحم المرأة سواء كان ذلك في إطار العلاقة الشرعية المرسومة للمعاشرة أو في إطار العلاقة الغير شرعية وهي الزنا، كما أنه لا خلاف بينهم في تبعية الولد إلى أمه التي ولدته حيث ينسب لها في جميع الأحوال لضرورة الأمومة لكل طفل[2].

غير أنه حسب الرأي أن ابن الزنا لا ينسب إلى الأب في جميع الأحوال سواء ثبتت أبوته بالبصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل الأخرى[3]، فنسب ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ويثبت نسبه لأمه فقط، ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش والعاهر للحجر »[4].

فإذا وجد تشابه في تحليل الجيني بين الولد والأب الزاني لا يثبت نسب المولود من الزاني لإنتفاء سببه المشروع وهو الفراش لأن الفراش في نظرهم أقوى ما يثبت النسب شرعا[5].

---

[1] – بلبشير يعقوب، " نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2017، ص 120، ص 121.

[2] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 271.

[3] – المرجع نفسه، ص 272.

[4] محمد إسماعيل البخاري ، المرجع السابق، ص 1201.

[5] – بلبشير يعقوب، المرجع السابق، ص 121.

وحرمان الولد الناتج من علاقة الزنا من الإنتساب للأب بأي حال سواء أقر به أم لم يقر به وسواء استطاعت المرأة إثبات أبوته البيولوجية بالوسائل العلمية سواء بالبصمة الوراثية أو غيرها راجع لتحريم الزنا على المسلمين، وأن النسب نعمة والزنا جريمة والنقمة يجب أن يعاقب فاعلها ولا يكافئ بتثبيت أثارها، والزاني تعدى على حدود الله[1].

2- الرأي المؤيد:

وفقا لهذا الرأي أن إبن الزنا يلحق بالفاعل في ظل عدم وجود فراش يعارضه دليل الفقهاء المعاصرين أنه إذا كان الولد يلحق بأمه وينسب إليها مع أنها أيضا زنت وبأن الولد من ماء الزاني بها فما المانع من لحوقه بالأب.

وقد ورد عن الدكتور محمد رأفت عثمان عن مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ومجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بالولايات المتحدة الأمريكية بجواز اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب إبن الزنا شرط أن تكون الأم (المرأة الزانية) غير متزوجة خاصة في ظل وجود شواهد عديدة تؤكد ضرورة تنسيب الولد بوالده البيولوجي مع مراعاة قواعد الإستقرار والثبات مع عدم إغفال العقاب المذنب الحقيقي، وهو الزاني وإقامة الحد عليه، ولإنقاذ الولد من الضياع والعار الذي يلحقه طوال حياته[2].

فحرمان الزاني من الأبوة قرار تأديبي عقابي وليس نصا ملزما لو وجد له عقاب بديل مناسب للحقه فالمتضرر الأول والأخير من ذلك هو الطفل الذي من حقه الحصول على حياة طبيعية وجميع ما يحق له، وأهم من ذلك تنسيبه لوالده الحقيق، وبذلك يجب أن يأخذ بجريمة الزنا المتسبب في وجوده[3].

فكما يثبت بماء الزاني حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لدى جمهور الفقهاء، كذلك تثبت العدة للزانية وهي كلها آثار تثبت عن الزوجية الشرعية[4]، فمن الأجدر تحميل الزاني مسؤولية فعلته ويلزم بالولد قصد التقليل من ظاهرة الأطفال المتشردين والمجهولين وتخفيف الأعباء عن المجتمع من إنفاق وتربية،

---

[1] – أسماء حقاص، الطاهر زواقري، دور البصمة الوراثية في إلحاق نسب الولد الغير شرعي – بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، الجزائر، 2020، ص 472.

[2] – بلبشير يعقوب، المرجع السابق، ص 122.

[3] – سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص 383.

[4] – المرجع نفسه، ص 384.

ومكافحة تزوير الأنساب حتى لا تقع مسألة إختلاطها وأيضا مجابهة ظاهرة التبني في بلاد الإسلام على الرغم من تحريمها[1].

فالبصمة الوراثية في هذا السياق لا تعرف سوى العلاقة الطبيعية القائمة على مني الرجل وبويضة الأنثى كونها تستطيع الوصول لتحقيق نسب كل انسان من جهة أبويه الطبيعيين دون النظر لطبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة وترشد إلى حقيقة قطعية عند تحديدها المتسبب في وجود الولد باعتبار أن جمهور الفقهاء أخذ بالطرق العلمية في نفي النسب فإن الطرق العلمية في تعين الزاني تكون حجة على هذا الفريق في مسائل الزنا، للتأكد من الفاعل الحقيقي واثبات نسب الولد إليه حتى في ظل إنكاره[2].

II- موقف القانون الوضعي:

إن القوانين الوضعية أجازت إثبات النسب بالطرق العلمية و إعترفت بها كوسيلة للإثبات في هذا المجال إلا أنه في مسألة ولد الزنا وقع الإختلاف، وسنحاول توضيح موقف التشريعات في هذا الجانب كالتالي:

1- موقف المشرع الجزائري:

رغم إهتمام المشرع الجزائري بمسألة النسب أين حصر وسائل إثباته في المادة 40 من قانون الأسرة بالزواج الصحيح، الإقرار، البينة، ونكاح الشبهة، إلا أن الواقع يبين أن هناك حالات يصعب إثبات نسب الطفل فيها خاصة في ظل إنكاره من طرف ذويه لاسيما في العلاقة الغير شرعية، مما جعل وسائل إثبات النسب المذكورة لا تحل جميع قضايا إثبات النسب، وهذا ما جعل المشرع يلجأ للطرق العلمية لإثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية في الميدان الطبي والبيولوجي، غير أن موقف المشرع يبقى غامض بالنسبة لولد الزنا في تنسيبه لأبيه مقارنة بنسب الولد الشرعي[3].

وما يسعنا القول بشأن المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري أنها تتيح الزوج زواجا شرعيا يستعمل الوسائل المقرر لينسب الولد إليه دون أن تسمح للمرأة بتنسيب ولدها لأبيه الحقيقي سواء كان ناتجا عن طريق شرعي أو طريق غير شرعي.

---

[1] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 279.

[2] – سعد الدين محمد هلالي، المرجع السابق، ص 396.

[3] – عيسى أمعيزة، " مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري "، مجلة حقائق الدراسات النفسية والإجتماعية، العدد التاسع، جامعة الجلفة، ص 252.

وفي ظل غياب النص الصريح الذي يمكن من خلاله أن يطالب إبن الزنا أو أمه أو أيا كان بالحق الشرعي في النسب يبقى الإشكال مطروح والغموض سيد الموقف[1].

وعلى الرغم من إدراج المشرع الجزائري الوسائل العلمية في الفقرة 02 من المادة 40 من قانون الأسرة يبقى الإشكال الواقع من جهة التطبيق لوجود عوائق قانونية تحيل دون تنفيذ ذلك في الواقع كما سبق وأن أشرنا، أهمها عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه والحماية القانونية التي تمنحها النصوص المتعلقة بحرية الحياة الخاصة وحرمة انتهاك السلامة الجسدية، وبهذا تساعد الشخص المخطئ في الاحتيال على القانون وتكون في صالح إنكاره لنسب الولد الذي يعتبر ضحية في هذا النطاق[2].

إضافة إلى أن إثبات نسب ولد الزنا فيه تغليب النسب البيولوجي على النسب الشرعي، فينسب الولد لأبيه البيولوجي وفقا لما تثبته البصمة الوراثية، فالمشرع الجزائري لا يفرق بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي كنظيره الفرنسي الذي فرق بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي[3].

وفي ظل سكوت المشرع عن مصير الولد الغير شرعي يقع على القاضي البحث والتنقيب عن حكم نسب الولد الغير شرعي من المنبع الأساسي لقانون الأسرة المتمثل في الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وفي ظل إختلاف الآراء الفقهية في هذا الشأن فإن قرارات المحكمة العليا غير مستقرة، حيث جاء في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية 1984/12/17 أنه " لا نسب لإبن الزنا من جهة أبيه "، كذلك قرار صادر في 1984/11/19 أنه " لا تعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج بل مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه النسب للولد "، كذلك جاء القرار الصادر في 1984/10/08 أكثر تحديدا بشأن أثر العلاقة الغير شرعية حيث نص " العلاقة التي تربط

[1] – نور الدين بولحية، " حكم استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا – برؤية مقاصدية–"، مجلة الإحياء، العدد 15، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، الجزائر، ص 399.

[2] – المرجع نفسه، ص 401.

[3] – عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 264.

بين طرفين دون قيام الزوجية تعتبر علاقة غير شرعية وأي نسب للولد الناتج عنها يعتبر مخالفة لأحكام الشريعة[1].

وهذا راجع لأن إثبات النسب يقتصر قبل 2005 سوى على الوسائل الشرعية لهذا كان من غير الممكن اللجوء للوسائل العلمية في غياب النص، غير أنه خلافا لهذا المبدأ المحكمة العليا سلكت إتجاها مغايرا تماما وبدأت تتجه نحو إثبات نسب الطفل خارج العلاقة الشرعية حيث قضت في القرار الصادر في 2006/03/05 بإلحاق النسب الناتج عن العلاقة الغير شرعية بموجب الخبرة الطبية، وهذا نتيجة لتبني المشرع للوسائل العلمية في مجال إثبات النسب، وهذا تطبيقا لقاعدة إحياء الولد حيث فرقوا في القرار إلحاق النسب في العلاقة الغير شرعية والنسب في الزواج الشرعي[2].

ومنه اعتبر القضاة الخبرة الطبية بموجب الوسائل العلمية على رأسها البصمة الوراثية دليلا في إثبات النسب دون النظر عن كون العلاقة شرعية أو غير شرعية ومنه المحكمة العليا تثبت إلحاق نسب الأبناء من آبائهم البيولوجيين إعتمادا على تحليل البصمة الوراثية[3].

ومنه القضاة كانوا جريئين بتبنيهم للرأي الفقهي القائل بإثبات نسب الأبناء خارج العلاقة الشرعية بموجب الإعتماد على الأدلة العلمية بعد أن كان هناك رفض قاطع لمثل هذه التوجهات.

2- موقف القوانين المقارنة

إن القوانين الوضعية على العموم أجازت إثبات البنوة الطبيعية للولد الغير شرعي واعترفت بها، حيث نص القانون الفرنسي صراحة على اثبات نسب الولد خارج نطاق الزواج في نص المادة 334 من القانون المدني الفرنسي حيث أجاز إثبات البنوة الطبيعية في هذا السياق قضائيا وكافة وسائل الإثبات، شرط اقترانها بأدلة قوية تؤكد وجود علاقة بين الطفل والأب المزعوم..

[1] – بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بن محمد، وهران 2، الجزائر، 2018/2017، ص 116.

[2] – بوزيد خالد، المرجع نفسه، ص 117.

[3] – المرجع نفسه، ص 118، ص 119.

كذلك أكدت المادة 16 في فقرتها 11 من القانون رقم 94-653 إثبات نسب الولد المتنازع فيه قصد إثبات نسبه الطبيعي[1] أو الشرعي[2] من خلال دعوى قضائية بالاعتماد على تحليل الوراثي بعد موافقة القاضي والأطراف.

أما التشريعات العربية فإن غالبيتها أخذت بعدم إثبات النسب لولد الزنا إلى أبيه الزاني مستمدة ذلك من رأي جمهور الفقهاء في ذلك أهم هذه التشريعات التشريع المصري والتشريع العراقي، غير أن التشريع التونسي قد خالف المعمول به في التشريعات العربية الأخرى حيث قضى بجواز إسناد لقب الأب إلى الطفل بالإقرار أو شهادة الشهود أو بالاعتماد على التحليل الجيني، وهذا قصد إيجاد حل للطفل مجهول النسب واللقطاء حيث أجاز لهم أو لأمهاتهم التقدم للقضاء ورفع دعوى إثبات نسبهم من آبائهم البيولوجيين بموجب التحليل الجيني خاصة في ظل إنكار الأب للطفل[3]، كذلك المشرع اللبناني أقر للطفل الغير شرعي حق الانتساب إلى أبيه بموجب طلب وفقا لنص المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني[4].

يقع على القوانين العربية الاعتماد في تكوين أفكارها وترسيخ قناعاتها على الأدلة العلمية، فهذا الجحود من صميم إهدار التطور العلمي في المجال البيولوجي خاصة الذي يساهم بشكل كبير وفعال في مثل هذه القضايا لحسم النزاعات والوصول للحقيقة المطلقة، وذلك لا يصح شرعا ولا قانون فإهمال الوسائل العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية كسبيل لإثبات النسب في إطار العلاقة الغير شرعية يؤدي إلى تفاقم الوضع واستمرار حالات رمي الأطفال الرضع وقتلهم وغيرها من الأفعال الشنيعة، فالأبحاث العلمية لا تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالفها بل هي سبيل لتحميل المجرمين المسؤولية وإعطاء الحقوق للطفل البريء ضحية هذا الفعل المجرم.

---

[1] _ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ،البصمة الوراثية و احكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،دراسة فقهية مقارنة الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2013 ،ص 655

[2] _ المرجع نفسه، ص 654.

[3] _ احمد شامي ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، "دراسة فقهية و نقدية مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، قسم الشريعة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، 2008_2009 ، ص128.

[4] – عواد يوسف الشمري ، المرجع السابق ، ص 281.

الفرع الثاني: الحالات اللجوء المتفق فيها

لما كان كل اكتشاف علمي يعود بالنفع على الانسان فقد حاول العلماء إكمال الأبحاث العلمية للتوسيع في الإستفادة من تحاليل الحمض النووي، وهذا الأمر الذي جعلها محطة مهمة في العلوم الطبية قصد التعرف على الجينات الوراثية، وهذا ما جعلها رائدة في مجال إثبات النسب لدقتها كدليل قطعي للإثبات[1]خاصة وأن رابطة النسب من أسمى الروابط التي أولتها الشريعة الإسلامية إهتماما بالغا حفظا و وقاية و حماية و حرمت كل ما من شأنه المساس بها[2].

غير أنه كما سبق وأن أشرنا أن الأنساب الثابتة شرعا بإجماع الفقهاء لا يجوز استخدام الوسائل العلمية قصد التأكد منها وقد بينا الأحكام المتعلقة بذلك.

لهذا سنحاول توضيح الحالات التي يجوز فيها استخدام الوسائل العلمية المتمثلة أساسا في البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وفقا للتالي:

أولا: نسب الفراش المجهول

المقصود بذلك النسب الذي لا يعلم فيه من هو صاحب النسب ويعود ذلك لوجود سبب أو علة كضياع أو فقدان أو ظروف قاهرة والمميز في هذا النسب أنه غالبا يبحث عن الإثبات وليس النفي، كما في حالة النسب الثابت بالفراش المعلوم لأن الدعوى المرفوعة أمام القضاء في هذا النسب هي دعوى إثبات نسب وليس تصحيح لأن كلا المتنازعين على النسب المجهول يطالب بإلحاق هذا النسب به وهو نسب الولد المشتبه فيه[3].

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع برابطة العالم الإسلامي بعض الحالات التي يجوز الإعتماد فيها على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب.

ولتوضيح هذا سنستعرض صورا عدة من هذا النوع من النسب الذي نستطيع استعمال الوسائل العلمية لإثباته.

---

[1] أبو الوفا محمد أبو الوفا ابراهيم، المرجع السابق، ص 43.

[2] _ عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص 247

[3] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 47.

I- الصورة الأولى: حالة التنازع في الولد

في هذه الصورة نكون أمام متنازعين إثنين أو أكثر سواء إمرأتين أو رجلين أو رجل وإمرأة فأكثر حول نسب ولد واحد، ولهذه الصورة عدة حالات سنوضحها وفقا لما يلي:

1- حالة إختلاط الأطفال حديثي الولادة في المستشفى أو نتيجة كارثة:

قد يحدث لسبب ما اختلاط الأطفال المولدين حديثا في قسم الولادة في المستشفيات مما يصعب التمييز بين الرضع، وهذا الأمر ملموس في مواقعنا ويحصل فعلا، قد يكون هذا الفعل متعمدا بفعل فاعل لغرض ما[1] من طرف القابلات أو الممرضات أو غيرهم من الأشخاص بعدم تسليم المولود إلى والديه أو بتسليمه إلى غرباء بمقابل أو دون مقابل[2]، كما قد يكون عن طريق الخطأ أو نتيجة إهمال ولا يسعنا سوى اللجوء إلى الوسائل العلمية وإجراء تحاليل البصمة الوراثية الجينية لمعرفة نسب كل طفل[3] لحل مثل هذه القضايا المتعلقة بالنسب، كذلك قد يؤدي إختلاط الأطفال نتيجة كارثة أو حادثة قاهرة[4] قد تكون طبيعة لا إرادية كالزلازل والفيضانات أو قد تكون مفتعلة عمدية كإفتعال حريق أو إنفجار مولد كهربائي بفعل فاعل، كذلك في حالات الإخلاء السريع في مثل هذه الحالات يختلط المواليد حيثي الولادة ولا يمكن تفريقهم ومعرفتهم، وقد تحدث نزاعات على المواليد ليتم إجراء تحليل الوراثة لمعرفة أنسابهم وإلحاقهم بذويهم.

فبمجرد الإبلاغ عن الحالة يبدأ التحقيق الفوري في البلاغ ففي مثل هذه الحالات المعلومات البيولوجية تلعب دور كبير في الوصول للطفل الضائع أو المفقود، ففي الدول المتقدمة توجد إدارة قائمة لتنظيم وتسجيل هذا النوع من المعلومات مثل الحمض النووي بصمات الأصابع، سجل طبيب الأسنان الخاص بالطفل المفقود وعائلتهم خاصة في حالة عدم إمكانية التعرف البصري على الطفل فإختبار الحمض النووي يكون فعال وهذا ما تفتقره الدول العربية عامة والجزائر خاصة في حل مثل هذه القضايا[5]

---

[1] – يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 284.

[2] – حسام أحمد، المرجع السابق، ص 32.

[3] – يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 285.

[4] –خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 48.

[5] – المركز الدولي للأطفال المفقودين، نموذج إطار التعامل مع الأطفال المفقودين، متوفر في موقع www.icmec.org ص 4.

إلا أن المشرع الجزائري أشارة لهذه الحالة في المادة 05 في الفقرة 02 من القانون 16_03 فأشارة إلى إمكانية أخذ العينات من المفقودين أو أصولهم أو فروعهم لأجل الحصول على البصمة الوراثية[1].

2- الكفالة:

و هي التي لا ينسب فيها الولد للمتكفل برعايته والمقصود به الرعاية وطلب وجه الخير، ومثل هذا الأمر ما ترتضيه الشريعة فهو مشروع وشبيه بنظام الكفالة فهذه الحالة مرتبطة بسابقتها قد يكون الولد مفقود أو ضائع لأي سبب من الأسباب، تم التكفل به تحت إشراف دار الأيام أو الخدمات الاجتماعية كما قد يكون ابن زنا وترك في أماكن عامة، فيمكن إثبات نسب هذا الولد والتأكد من صحته إذا حدث وطالب به الأب الحقيقي له عن طريق تحليل البصمة الوراثية[2].

المشرع الفرنسي تطرق إلى مسألة التبني وصنفه إلى كامل وهو الذي ينسب الولد المتبني للمتبنى ويصبح له لقب جديد ونسب عادي ى ينسب للعائلة التي تبنته وفي كلا الحالتين يحق التأكد من نسبه الأصلي بموجب تحليل البصمة الوراثية وفقا للمواد 363 و356 من القانون المدني[3].

هذا الأمر غير وارد في التشريع الجزائري لكون التبني محرم شرعا وقانونا ولم يجيز المشرع سوى نظام الكفالة.

3- حالة النسب لطفل التلقيح الاصطناعي:

ينشأ طفل الأنبوب عند تلقيح البويضة بالحيوان المنوي خارج الرحم ثم تعاد البويضة الملقحة إلى الرحم لينمو الجنين طبيعيا حتى يحين وقت الولادة، وهذا العمل أصبح معتادا كوسيلة للإنجاب الحديث، فإذا تم التلاعب بأخذ ماء رجل غير الزوج أو بأخذ بويضة عن إمرأة غير الزوجة يمكن إثبات النسب للطفل المولود بواسطة هذه التقنية بموجب الوسائل العلمية المتاحة لإثبات النسب والتأكد أن من الولد تابع للزوج وزوجته أم حدث خطبا ما[4].

---

[1] _ المادة 05 من القانون 16_03 المرجع السابق .

[2] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 54.

[3] – عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، المرجع السابق، ص657.

[4] – حسام أحمد، المرجع السابق، ص 35.

كذلك تلعب الوسائل العلمية ودورا هاما في حالة اختلاط أطفال الأنابيب الذي يحدث في مراكز التلقيح الاصطناعي قبل زرع الجنين في رحم الأم المفترضة، إما لخطأ أو غرض عمدي فيجب اللجوء للتحليل الوراثي لإلحاق نسب كل طفل بأبيه وأمه.

إضافة إلى ذلك فإن إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج نتيجة تجميد الحيوانات المنوية حال حياته يعد من إشكاليات الإنجاب المستحدثة، وبالعودة لدراسات العلمية التي تؤكد أن الخلايا المجمدة تبقى صالحة للإنجاب وبالتالي الولد يلحق بالزوج المتوفى ويأخذ إسمه، وللتأكد من صحة ذلك لابد من اللجوء للبصمة الوراثية خاصة عند تشكيك ورثة المتوفى في ذلك[1].

نص المشرع الفرنسي على هذه الحالة في إطار اللجوء للطرف الثالث لمعرفة الأب البيولوجي للطفل وفقا للمواد 311 فقرة 19، فقرة 300 من القانون المدني الفرنسي[2].

4- حالة فقدان أو ضياع الأطفال:

يتم فقدان العديد من الأطفال في جميع أنحاء العالم لكن مع الأسف هذه القضية العالمية تفتقر إلى استجابة عالمية في الوقت الذي يوجد فيه الكثير من الآليات المعلوم بها في هذا المجال إلا أنها تحتاج إلى صقل والتطوير خاصة في مجال التحقيق في قضايا المفقودين من الأطفال، الفقدان أو ضياع الأطفال يكون للطفل الهارب المعرض للخطر، فقدان أو ضياع لإصابة أو حادث أو أن يكون متروكا دون مرافقة[3].

5- حالة التنازع حول اللقيط أو مجهول النسب:

سواء كان التنازع لإنتفاء الأدلة أو تساويها أو كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة نحو الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المجهول النسب أو اللقيط، فلا مجال لغير التحليل الوراثي للفصل في هذه المسائل[4].

---

[1] – أنس محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجماعة الجديدة، 2010، ص 261.

[2] – عواد يوسف الشمري، مرجع سابق، ص 268.

[3] – المركز الدولي للأطفال المفقودين، نموذج إطار عمل التعامل مع الأطفال المفقودين، ص 2، متوفر في موقع www.cmec.org

[4] – حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 32.

أو أن تدعي إمرأتين نسب الولد المجهول أو اللقيط وتصر كل منهما على أنها والدته ولا دليل يرجح إدعاء أي واحدة منهما، فالبصمة الوراثية الأدق في مثل هذه الحالات[1].

الصورة الثانية : حالة الجثث الغير متعرف عليها

أو ما يعرف بالإستعراف في حالة عدم التعرف على الجثة وكانت مجهولة أو غير متكاملة خاصة في حالة الحرب أو الكوارث، فالبصمة الوراثية فعالة في كشف ذلك على اعتبار أن نتائجها يقينية وأنها مقبولة شرعا، لنسب كل جثة إلى ذويها وإثبات النسب هنا قصد إكمال إجراءات الدفن واستخراج وثائق الوفاة للمتوفى[2].

ثانيا: حالة الجرائم

يمكن للبصمة الوراثية خاصة والوسائل العلمية إن تؤدي دورا حاسما في التوصل إلى النسب وإثباته في حالات المرتبطة بالأفعال المجرمة شرعا وقانونا وسنوضحها كالآتي:

1- إختطاف الأطفال:

تجرم مختلف القوانين الوطنية في مختلف الدول ومنها الجزائر اختطاف الأطفال، لهذا إهتمت الدول بتوفير حماية جنائية للطفل، فقد أصدر قوانين تقرر حماية الطفل على المستوى الوطني وتعدد مسؤولية الدولة إتجاه الطفولة وأوجه رعايتها والتكفل بها[3].

فإذا اختطف الطفل من ذويه ثم ادعى الخاطف أنه ابنه، واكتشف الأب الحقيقي بوجود ولده في مكان ما واختصم مع الخاطف للولد وتنازعا أمام القضاء لم يكن لكل منهما دليل أو بينة فالتحليل الوراثي سيكون الفاصل في هذا النزاع، وذلك بعدم وجود ما يتوصل به إلى الولد إلا عن طريق التحليل الوراثي[4].

---

[1] – يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 285.

[2] – علي محي الدين لقرة داغي، المرجع السابق، ص 67.

[3] – صافية أقلولي، أولد رابح صافية، جريمة اختطاف الأطفال وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 18.

[4] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق ص ص 47-48.

2- ولد المغتصبة:

كما سبق وأن وضحنا أن الاغتصاب هو فعل جنسي بالإكراه على امرأة لا تحل للممارس شرعا، وقد كيفه الفقهاء والقضاء الجزائري على أنه وطء بالإكراه في خانة وطء الشبهة فيلحق الولد بأبيه المغتصب على اعتبار أنه أبيه البيولوجي، فأساس إثبات النسب هو ليس الفعل المجرم بل إعمالا لقاعدة إحياء الولد شرط أن لا تكون الضحية متزوجة والأهم أن تكون مكرهة على ذلك[1].فبإثبات جريمة الاغتصاب واثبات المغتصب أنه الفاعل من خلال أخذ عينة من الحيوان المنوي وثبت بحكم قضائي أنه الجاني بالإضافة إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الولد للجاني، وتأكدنا قطعا أنه ابنه ففي هذه الحالة لا ضرورة لإقرار المغتصب بل يكتفي في هذه الحالة بالدليل الثابت المتمثل بالبصمة الوراثية لإلحاق النسب به، كما أنه يمكن اسقاط ذلك على النسب الناتج عن الاغتصاب الجماعي وضحايا الإرهاب فالبصمة الوراثية في هذه الجرائم دليل قوي وقطعي لإثبات النسب[2].

المطلب الثاني: القيمة القانونية للآليات العلمية

إن الوسائل العلمية يمكن أن تكون دليلا قويا في إثبات النسب مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي يلجأ لها متى أراد ذلك إلا أنه قد يجد نفسه أمام وسيلة شرعية وأخرى علمية، ومن خلال دراستنا لمكانة الطرق العلمية سنوضح الوسيلة التي يعمل بها.

فضلا عن هذه الطرق العلمية التي يتم تفضيلها في ساحة القضاء ولجوء القاضي إليها لإثبات النسب، ويكون ذلك عن طريق الخبرة الطبية التي يستعين بها في حل هذه المسائل المتعلقة بإلحاق النسب، ومن خلال هذه الدراسة سنحاول توضيح إن كانت هذه الاستعانة بصفة مطلقة أو مقيدة.

الفرع الأول: مرتبة الآليات العلمية

لقد نص المشرع على العديد من طرق إثبات نسب كالإقرار والبينة وجواز اللجوء إلى الطرق العلمية، وهي كلها آليات تسعى لإبراز النسب الحقيقي مع إبراز الحقوق إلى أهلها والأصل في الأدلة هو إلتماس

[1] – خالدي صفا هاجر، " الحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية "، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد الأول، جامعة الجلفة، الجزائر، ، 2016، ص ص 341-342.

[2] –عامر العيد، " حق ابن المغتصبة في النسب "، دفاتر السياسة والقانون، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2021، ص 231، ص 237.

غالبية الظن قدر المستطاع، لذلك جعل الفقهاء الأدلة مراتب بعضها أقوى من الآخر، ولقد اختلفوا في تحديد مرتبة الوسائل العلمية مقارنة بالوسائل الشرعية، ونتج عن ذلك مذهبين، فالمذهب الأول يقول بتقديم الأدلة التقليدية والثاني يقول بتقديم الطرق العلمية، وسنوضح ذلك كالتالي:

أولا: مذهب القائلين بتقديم الوسائل الشرعية

يمثله أغلب الفقهاء المعاصرين إذ يرون أن أغلى مراتب البصمة الوراثية أن تكون في درجة القيافة، وتبقى أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي من زوجية، بنية وإقرار حيث لا يصار إلى غيرها كالقيادة أو البصمة الوراثية أو القرعة إلا إذا انعدمت هذه الوسائل والعمل بما يكون في حالة وقوع نزاع، أما إذا وجدت إحداهما، فالطريق العلمية لا تستطيع إضعافها أو إسقاطها لأنها أقوى في تقدير الشرع، وأن الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب، لا تعتبر أصلا قاطعا لإثبات البنوة أو الأبوة أو الأمومة بل هي مجرد ظن أو قرينة يتأن سببها بعد الإختلاف في النسب[1].

- **حججهم:**

1- الأدلة الشرعية التي تثبت النسب ورد العمل بها نصا وإجماعا وبالتالي تقديم الطرق العلمية يعد إبطال للنصوص الشرعية، وبالتالي مخالفة إجماع الفقهاء، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا الصدد « وذلك لأن أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلى عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى...»[2].

2- إذا اعتمدنا الفحوص الجينية في إثبات النسب والقول بمشروعيتها فهو قياس القيافة منزل منزلتها ولتتقدم على الوسائل الأخرى، كما أن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وعناية القيافة إثبات المخلوقية من المني لإثبات الفراش، فلا تكون حجة ترقى بذلك عن باقي الأدلة وهو ما ذهب إليه الحنفية[3].

---

[1] – الأوغيل فتيحة، إثبات النسب في ظل القانون الجزائري والمقارن، مذكرة الماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص 62.

[2] – اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012، ص 324.

[3] – حسين محمود عبد الصمد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 732.

3- القول بالأخذ بنتائج الفحوصات والتقارير الطبية أمر مخالف لبعض مقاصد الشريعة، وما دامت الطرق العلمية تعطي الدليل على تأكيد الأبوة أو البنوة وغيرها فهي ستؤدي إلى الجرأة في ارتكاب الفاحشة[1].

4- من المعقول لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لمجرد دليل علمي قد يشوبه خطأ أو تلاعب، وأن النظريات العلمية مهما بلغت الدقة إلا أنها تظل محل شك ومعرضة للنقد لأنه كثيرا ما كانت النظريات العلمية تجزم بصحتها، وأصبحت لاحقا غير صحيحة ولا دقيقة[2].

ورغم هذه الحجج والبراهين التي قدمها هذا المذهب لتأكيد تقديم الطرق الشرعية على الطرق العلمية في إثبات النسب لا تعهد إلى الظن إلا عند الطرق العلمية، ومن هذا المنطق بنى أنصار المذهب المخالف رأيهم.

ثانيا: مذهب القائلين بتقديم الوسائل العلمية

يرى أصحاب هذا المبدأ أن الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية أولى بالأعمال من الطرق الشرعية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية أو الشهادة أو الإقرار بأنواعه وهي بذلك ليست دليلا مستقلا بذاته وإنما هي بمثابة شرط صحي للأخذ بالأدلة الشرعية من جهة، وتعد مانعا شرعيا من قبول تلك الطرق من جهة أخرى.

فهي تعد دلالة تلك الوسائل وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة تصاحب الدليل الشرعي وليست دليلا مستقلا بذاتها[3].

- **حججهم:**

1- الفتوى تتغير بتغيير الظروف والزمان، والإثبات في عصر الفقهاء لا يعدوا أن يكون سوى تغيير للنصوص بأدوات العصر.

---

[1] – إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 326.

[2] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 123.

[3] – براوي سميرة، اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016، ص ص40-41.

2- الوسائل الشرعية بنية على الظن الغالب لأن جميعها تفيد القطع بوقوع المغالطة الزوجة التي تكون سببا للحمل، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك ولا قيام الفراش مفضي وجوبا لحصول ذلك، ولا الإقرار، فهي أدلة قابلة للخطأ والنسيان والتزوير أما البصمة الوراثية فمبنية على اليقين والجزم، خاصة إذا أجريته تحت الشروط والضوابط التي حددها الشرع تفاديا للاختلاط وضمانا لسلامة النتائج، كما تعتبر شاهد حقيقي على حصول الزوجية ولا يصار إلى الظن إلا عند تعذر اليقين[1].

3- يرى أصحاب هذا المذهب أن البينة لها معنى الحجة والبرهان لقوله تعالى « لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ »[2].

كما قال ابن القيم « إن البينة لم تأت قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مراد بها الحجة والدليل »، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى »، ولا شك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة لأن الشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم والكذب[3].

فالحق إذا تبين بأي وجه كان لزوما الأخذ به، فبعض القرائن أقوى من الشهادة لأن الشهادة يمكن أن يشوبها الكذب والإقرار يمكن أن يكون لفرض معين فيقع باطلا، أما الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية فاحتمال الخطأ في نتائجها يعود للقائمين عليها أو عوامل التلوث، وبذلك يجب العمل بها إذا توفرت شروطها كون ذلك يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية[4].

وطالما أن التاريخ أثبت أن الفقهاء السابقين أخذوا بالقرعة والقيافة عند تعارض البينات، ولم يكن ترجيح إحداهما على الأخرى وفقا للشبهات ورد الحقائق لأصحابها فإنه يمكن في وقتنا المعاصر اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب ما دامت لا تخالف الشرع وتخدم مصالح الناس.

وبناء على ما سبق ذكره يظهر لنا أن الرأي الثاني (المذهب الثاني) أولى بالأعمال من الأول استنادا لقوة أدلتهم ومرافقتها للنصوص التي تدعوا إلى أعمال الفكر واستنباط علل الأحكام والتي تدعوا إلى عدم الجمود على ظواهر النصوص[5].

---

[1] – إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 327.

[2] – سورة البينة، الآية 1.

[3] – براوي سميرة، المرجع السابق، ص 41.

[4] – المرجع نفسه، ص 41.

[5] – إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 328.

وبمحاولة التقريب بين الطب والقانون لا يمكننا التخلي عن الدليل العلمي المؤكد في إثبات النسب وذلك لمساعدته في إظهار الحقيقة التي هي مصب أدلة الإثبات عموما[1].

كما أن الملاحظ على الآليات الشرعية لإثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري تمثل درجة واحدة من القوة وإن كان بعض الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار باعتبار هذا الأخير يمثل شهادة واحد على نفسه فلا يمكن تقديم الطرق العلمية على أحد الأدلة السابقة[2].

غير أنه قد تطرأ حالات يتعذر فيها كشف حقيقة النسب بهذه الطرق مما يحتم علينا اللجوء إلى إحدى الآليات العلمية[3].

فيتضح مما سبق أن العمل بإحدى الوسائل العلمية في إثبات النسب لا يشكل إبطالا ولا إلغاء للأحكام الشرعية الثابتة، ولا تتعارض مع نص القانون في شيء خصوصا إذا استخدمت في ظروف آمنة وفقا للشروط والضوابط المنصوص عليها شرعا قانونا[4].

والمشرع الجزائري سبق الطرق الشرعية على الطرق العلمية في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، فجعل النسب يثبت بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من نفس القانون وجعل لجوء القاضي للطرق العلمية لإثبات النسب أمرا جوازيا[5].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الأليات العلمية في إثبات النسب

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطى للقاضي صلاحيات واسعة للفصل في النزاع المعروض عليه ولإظهار الحقيقة، وهو ما يعرف بالدور الإيجابي للقاضي بصفة عامة، ولقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة، فيمكنه في اطار التحقيق تعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى مصلحة

---

[1] – الأوعيل فتيحة، المرجع السابق، ص 65.

[2] – المرجع نفسه، ص 65.

[3] – فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفقا لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة 5، العدد 8 ، المركز الجامعي العقيد محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2010، ص 74.

[4] – الأوعيل فتيحة، المرجع السابق، ص 65.

[5] – انظر المادة 40 من القانون 84-11، المصدر السابق.

مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة وباعتبار قضايا اثبات النسب إحدى القضايا المعروضة عليه فله اللجوء إلى الخبرة الطبية للفصل فيها والتي تعتبر من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية فله أن يعتمد على تقرير الخبرة كليا أو جزئيا، كما له أن يستبعده، ولقد نصت على ذلك المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة « يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 قد تأثر بالتطورات العلمية الحديثة وتطور الوسائل العلمية القادرة على مساعدة القضاء عند إصدار أحكام وقرارات قضائية وهو ما أخذت به القوانين الغربية خاصة القضاء الفرنسي وهذا زيادة بما جاء به المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة قبل التعديل بعدما كان قد نص على وسائل إثبات النسب التقليدية، وبعد التعديل فرض وسيلة أخرى وهي الطرق العلمية مما يعطي السلطة التقديرية للقاضي والحرية في اختيار الطريقة المناسبة نظرا للتطور الهائل الذي توصل إليه العلم[1].

وهذا يظهر من خلال قرارات المحكمة العليا من بينها القرار الصادر في 2006/03/05 قضية (ب.س) ضد (م.ع) حيث أن المدعية قامت بالطعن إلى المحكمة العليا لعدم الأخذ بالخبرة الطبية التي أثبتت بأن الأب هو الوالي الشرعي للطفلين من طرف مجلس قضاء المسيلة من خلال الحكم الصادر في 2004/01/26 تحت رقم 03/120 وذلك بناءا على عدم الأخذ بالمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على الطرق العلمية في إثبات النسب، وبما أن الخبرة الطبية أثبتت أن الطفل (ص.م) هو ابن المدعى عليه في الطعن بذلك يعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

والقصور في التسبيب طبقا للمادة 233 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي للقاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة الطبية إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت النسب لإبن المدعي عليه في الطعن.

وعليه المحكمة العليا بعد الإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف بين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي لإلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره

[1] – غربي مراد، بن محرر طارق، الخبرة الطبية في مسائل الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014، ص 40.

أب له كما أثبتته الخبرة الطبية معتمدين على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو إبن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة كان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه[1].

من خلال المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازيا من خلال لجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي ومطلق من حيث تقدير القاضي في الأخذ بها، وسنوضح ذلك كالتالي:

أولا: لجوء القاضي إلى الخبرة الطبية في إثبات النسب

إن طلب إجراء الخبرة الطبية القضائية حق مكرس للطرفين القاضي وأطراف الدعوى، وهو ما نص عليه المشرع بموجب نص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة »[2]، وهذا ما أقر به أهل الفقه القانوني الجزائري وغيره أمثال «نبيل صقر»، « تعيين الخبير قد يكون بطلب أصلي أو عارض من الخصوم وقد يكون بطلب من المحكمة نفسها »[3].

ويجوز للقاضي تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة من تلقاء نفسه، وذلك بعد توافر مجموعة من الشروط في إطار إحترام الضمانات المكرسة قانونا.

I- 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 المختصة متبعا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك فإن القضاة اعتبروا أنهم يحتاجون إلى من يساعدهم في خصوص هذه المسائل المرفوعة إليهم، ومن أجل

[1] – غربي موراد، بن محرر طارق، المرجع السابق، ص 40.

[2] – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

[3] – نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الخصومة – التنفيذ – التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 203.

الفصل فيها لابد من الاستعانة بأهل الاختصاص، فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية ويعمدون إلى ذلك إما تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم[1].

وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم هم أعوان العدالة «هم الخبراء القضائيين» أما العمليات التي يقومون بها فهي «الخبرة القضائية»[2] والخبير هو الشخص الذي يعينه القاضي ويستعين به في إيضاح غموض مسألة معينة يتطلب فهمها درجة عالية من العلم[3].

وقد وضع القانون آليات إجرائية لكيفية تعيين الخبراء واستبدالهم في تنفيذ الخبرة وتعيين أثمانهم، فنص على أن تعيين الخبير يجب أن يتضمنه حكم صادر يكون فيه ما يلي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة الطبية وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.
- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد الاختصاص.
- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.
- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.

يقوم الخبير بالخبرة المنصوص عليها في الحكم ويسجل في تقريره أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم، وعرض تحليلي كما قام به حالته، وفي الأخير يذكر النتائج التي توصل لها من خلال الإجابة على كل الأسئلة التي وجهت له بمناسبة الخبرة[4].

أما بالنسبة لألقاب الخبير النهائية فيتم تحديدها من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة طبقا للمادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص في فقرتها الأولى « يتم تحديد ألقاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية بعد إيداع التقرير مراعيا في ذلك المساعي المبذولة واحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز»[5].

---

[1] – إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 263.

[2] الأوعيل فتيحة، المرجع السابق، ص 57.

[3] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 117.

[4] – المرجع نفسه، ص 117.

[5] – المادة 143، القانون رقم 08–09 المرجع السابق.

ويتسلم الخبير أعتابه من أمانة الضبط لأنه يمنع عليه إستفاؤها مباشرة من الخصوم، وإذا كان هذا الأخير قد استفاد من مساعدة قضائية فإن الخزينة العمومية هي التي تدفع بدلا منه[1].

- ضرورة متابعة ما يحد من الوسائل والتقنيات التي تكشف عنها التكنولوجيا يوما بعد يوم لتسهيل العملية[2].
- أن تكون مختبرات الفحص الطبي تابعة للدولة أو تشرف عليها إشرافا مباشرا.
- أن يتم التحليل في مختبرين أو أكثر معترف بهما[3].
- أن يكون القائمون على العمل من الذين يوثق بهم علما وخلقا[4].
- أن يكون القائم على ذلك مؤهلا[5].
- ألا تربطهم علاقة قرابة أو صداقة أو عداوة أو مصلحة بأطراف القضية، وألا يكونوا قد أدينوا بحكم مخل بالشرف أو الأمانة.
- أن يكون من يتولى الكشف مسلما عادلا[6].

2_الرقابة القضائية على تنفيذ الخبرة الطبية:

يبقى الخبير تابعا للسلطة القضائية التي عينته رغم تمتعه بالاستقلال الفني والعلمي حيث ينجز مهمته تحت سلطة القاضي الذي قام بانتدابه.

فمنح المشرع للقاضي دور الرقابة على تنفيذ إجراء التحقيق، ومنه إجراء الخبرة، كما منح له دور الإشراف على التنفيذ وإنجاز إجراءات التحقيق التي تدخل ضمنها الخبرة القضائية، فتظل دائما هناك علاقة اتصال بين الخبير والقاضي الذي عينه مع الإعتراف بالإستقلال التام للخبير في كيفية تنفيذ مهمته[7].

---

[1] – براوي سميرة، المرجع السابق، ص 58.

[2] – إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 245.

[3] – براوي سميرة، المرجع السابق، ص 52.

[4] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 83.

[5] – براوي سميرة، المرجع السابق، ص 52.

[6] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 84

[7] – مسعودان فتيحة، الدور الايجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الخامس، الجزائر، ص ص 258– 259.

والرقابة القضائية ليست رخصة للقاضي يستعملها إن رغب في ذلك أم لا بل هي إلزام عليه، إلا أنها رقابة من طبيعة إجرائية محضة، فلا يجوز له بل يمنع عليه التدخل في المسائل الفنية التي هي من صميم اختصاص الخبير، فلا يحق له تقييد الخبير باتباع وسيلة فنية معينة على أساس أن الأمر الصادر بتعيين خبير، لأن القاضي تنقصه المعرفة في هذا المجال، ومن ثم فليس لتدخله في ذلك أي مبرر[1].

والهدف من رقابة القاضي لعمليات الخبرة هو تحقيق حسن سيرها وتطورها، وتحقيق سلامة الحكم من أجل إنهاء النزاع، كما يهدف أيضا إلى مساعدة الخبير ماديا، معنويا، وقانونيا ما يمكن الخبير من تجاوز بعض العوائق التي غالبا ما يصطدم بها[2].

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الخبرة الطبية

لما يودع تقرير الخبرة الطبية لدى أمانة الضبط يعيد الطرف المتعجل السير في الدعوى بعد الخبرة، ليتصل القاضي بالملف ويفصل في موضوع الدعوى

1- مدى إلزام القاضي بتقرير الخبرة الطبية:

تبقى السلطة التقديرية للقاضي في أن يقرر مبدئيا إذا كان الأمر يستلزم تعيين خبير وله أن يأخذ برأيه أولا، أو بتعين خبير آخر، كما له ان يأخذ برأي خبير دون خبير آخر وذلك من أجل التطبيق السليم للقانون والحفاظ على حقوق المتقاضين[3].

ويستمد القاضي تلك السلطة من المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من فقرتها الأولى[4]، فتأسيس الحكم على نتائج الخبرة جعله القانون اختياريا للقاضي، غير أن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 144 المذكورة سابقا تقيد القاضي بضرورة تسبيب استبعاده لنتائج الخبرة بأن يتم ذلك لعيب شكلي أو لإنحيازها أو لعدم مصداقيتها[5].

---

[1] – المرجع نفسه، ص 259.

[2] – بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية في التشريع الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 1، 2003، ص 85.

[3] – براوي سميرة، المرجع السابق، ص 58.

[4] – تنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على « يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة والقاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تبيين استبعاد نتائج الخبرة».

[5] – انظر باديس ذيابي، الرجع السابق، ص 120.

ويعتبر تقرير الخبرة الطبية تقرير علمي صامت ويتمتع القاضي وفقا لسلطته التقديرية بتقدير نتائج الخبرة فيؤخذ بما هو جدي ويترك ما يعارض الصواب، فهو غير ملزم برأي الخبير، وعليه أن يناقش تقرير الخبرة ويرد على الدفوع المشارة من قبل الخصوم وتقدير مدى ملائمة هذه الخبرة[1].

وبناءا على ما سبق يفصل القاضي إما بإثبات النسب أو رفض الدعوى لعدم التأسيس بناءا على الوثائق المرفقة بالملف بما فيها تقرير الخبرة.

2- سلطة القاضي في اجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال النسب:

القاضي الجزائري لا يمكنه في قضايا النسب إلزام أي شخص للخضوع لتحليل ما، تحليل الحمض النووي (ADN) مثلا إذا رفضه هذا الأخير، فبتالي يتعين أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار نصوص تسمح بالحكم قضائيا و فرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين، وذلك لجبرهم على الإنصياع لحكم القضاء خاصة إذا كانت عملية[2].

ونخلص في الأخير أن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلا قويا في ثبوت أو نفي النسب، مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك.

[1] – العربي بلحاج، البحوث القانونية في قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 239.

[2] – علال بوزرق أمال، المرجع السابق، ص 391.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال دراسة الفصل الثاني نجد أن المشرع الجزائري تبنى الوسائل العلمية في مجال إثبات النسب وجعل أمر اللجوء لها جوازيا بصفة عامة، دون تفصيل في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، فجعل للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في إمكانية استخدامها وكذا في الاعتماد على نتائجها.

تعد البصمة الوراثية أكثر الوسائل دقة وفعالية في جل النزاعات المتعلقة بإثبات النسب على خلاف الطرق الأخرى المتمثلة في HLA ونظام ABO ونظام البروتينات التي تعتبر أقل دقة من البصمة الوراثية

إضافة الى ذلك نجد أن الشريعة الاسلامية والفقه الإسلامي أكثر دقة وتوسعا في جانب استخدام الوسائل العلمية في إثبات النسب وعلى رأسها البصمة الوراثية.

الخاتمة

الخاتمة:

ما يمكن قوله في الأخير من خلال الجهود المبذولة لجمع المادة العلمية وعرض الآراء الفقهية والقانونية فيما يخص آليات إثبات النسب في التشريع الجزائري وعلى الرغم من المسائل المعالجة من طرف التشريعات القانونية سواء على مستوى الوطني ببساطتها من جهة، وعلى المستوى العالم العربي والإسلامي من جهة أخرى، وذلك من أجل تجسيد الحماية القانونية وترسيخ فكرة احترام الحقوق الشخصية.

إلا أن هذه المساعي المبذولة لم ترقى إلى المستوى المطلوب لحفظ الأنساب وحماية الأعراض ورد الخطر المحتوم على هذا النوع خاصة، وسلامة الأسرة وضمان استقرارها بكونها اللبنة الأولى لتكوين المجتمع وذلك بالنظر إلى الثغرات التي تحول دون تجسيد الحماية اللازمة والكاملة قصد إثبات الأنساب في ظل وجود نصوص وقوانين تفرض حماية خاصة لهذا الحق إلا أنها خلقت مساحات وفراغات قانونية ساهم في ضياع الأنساب وتشتيت الأسر، وهذا ما يعيب عمل المشرع في عدم خلق التوازن بين حق الإنسان في اثبات نسبه من جهة وكبح التلاعبات واستغلال الثغرات من جهة أخرى لحماية المجتمع والنظام العام الذي تقوم به الأسر في هذا المجال.

وعلى الرغم من مرور أكثر من أربعة عشر قرنا على أحكام الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان التي ظلت وستظل ثابتة يمكن إعمالها عن طريق القياس لسد الثغرات التي أفرزتها الحياة العصرية خاصة مع وجود الكثير من الوسائل والنقاط ذات أهمية بالغة متعلقة بموضوع إثبات النسب أغفلها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وتركها مبهمة وغامضة دون توضيح أو تنظيم، وبهذا نكون قد اجبنا على الإشكالية المطروحة سابقا.

أما بعد فقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج نذكرها كالآتي:

- إن النسب من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حيث يعتبر من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة والمجتمع بموجب رابطة الدم.

- اهتم المشرع الجزائري بالنسب فشرع لحفظه مجموعة من النصوص القانونية على اعتبار أنه من أسمى الروابط الصلة وأكثرها حساسية وتعقيدا.

- نص المشرع على الآليات الشرعية لإثبات النسب والتي تقوم في أساسها على وجود الرابطة الزوجية سواء أثناء قيامها أو بعد انحلالها.

- يعتبر الفراش الشرعي والصحيح من وسائل إنشاء النسب الذي يثبت مباشرة بموجبه دون تعقيد أو تأكيد حيث يتجسد في صور كثيرة وهي الزواج الصحيح، الزواج الفاسد ووطء الشبهة.

- تعتبر الوسائل العلمية المساعدة في الإنجاب من بين أهم التطورات العلمية في الميدان الطبي، غير أن المشرع الجزائري تبنى التلقيح الاصطناعي كوسيلة مساعدة لنشأة النسب ويثبت من خلالها عند توفر مجموعة من الشروط والضوابط دون غيرها من الوسائل الأخرى.

- تبنى المشرع الوسائل الكاشفة عن النسب المتمثلة في الإقرار والبينة حتى لا يضيع الأنساب وتخدش الأعراض.

- المشرع لم يفصل بين الطرق المنشئة والطرق الكاشفة على خلاف الفقه الإسلامي الذي فصل بينها.

- أجاز المشرع اللجوء للآليات العلمية المتاحة لإثبات النسب حيث أخضع استخدامها للسلطة التقديرية للقاضي كما أنه لم يبين القيمة القانونية لهذه الآليات.

- أجاز الفقه الإسلامي المعاصر استخدام الآليات العلمية في مجال إثبات النسب باعتبارها دليل لكن بتوفر جملة من الضوابط المحددة عكس المشرع الجزائري الذي أدرجها بصورة عامة غير محددة ودون تفصيل.

- إن البصمة الوراثية من أقوى الآليات العلمية في قضايا إثبات النسب وأكثرها دقة وهذا راجع لخصائصها ومميزاتها العلمية في ذلك.

- ضبط ال حالات استخدام الآليات العلمية في إثبات النسب ولم يجعلها على مطلقتها.

ومن هذا المنطلق ارتأينا ختاما لهذه الدراسة إدراج التوصيات المبينة أدناه كالآتي:

- يجب على المشرع إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري والتفصيل في أحكام النسب كونها وردت بصيغة عامة مما قد يؤدي إلى ضياع حق الطفل في معرفة نسبه.

- على المشرع تحديد حالات وطء الشبهة التي يجوز إثبات النسب فيها لذلك يجب التفصيل في هذا الجانب.

- على المشرع تحديد شروط الإقرار بالنسب وضوابطه فالإقرار دون أن يفتح المجال أمام استفحال الفاحشة.

- يجب على المشرع تعديل المواد المتعلقة بالوسائل العلمية في إثبات النسب بوضع أحكام خاصة بها من شروط وضوابط والأهم تحديد حالات اللجوء للآليات العلمية في مسائل إثبات النسب.

- على المشرع تحديد البصمة الوراثية كوسيلة علمية في مجال إثبات النسب وتحديد الأحكام المتعلقة بها.

- على المشرع تنظيم مسألة الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي والنص على جواز اثبات نسبه عن طريق البصمة الوراثية.

- يجب على المشرع تحديد الإطار القانوني والنطاق الذي يجب فيه استخدام الوسائل العلمية لإثبات النسب، كما يجب عليه تحديد قيمتها وقوتها القانونية في الإثبات والأهم مكانتها ضمن طرق الإثبات المشروعة في إثبات النسب.

- على المشرع وضع حد لمسألة الأطفال الغير شرعيين وكيفية إثبات نسبهم في ظل الوسائل العلمية للتصدي لظاهرة اللقطاء ومجهولي النسب، وايجاد حل لتفشي جريمة الزنا لتفادي الاضرار التي تصيب مؤسسة الزواج لتسوية هذه القضية.

- يجب على المشرع ربط مسألة الأطفال الغير شرعيين بالكفالة الواجبة في الدفتر العائلي وضمان حقهم في الميراث بموجب الوصية الواجبة قصد تحميل الزاني مسؤولية جريمته من جهة والمحافظة على الطفل الناتج من الضياع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

1- القران الكريم

2- السنة النبوية

- شمس الدين ابن قدامى المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان 1983.
- محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان ،2005.
- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، الجزء الثاني، اعتنى به عبادي الحليم، الطبعة 1، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2003.
- ناصر الدين الألباني ،كتاب إرواء الغليل في تخريج الأحاديث، الجزء الثامن، متوفر في موقع المكتبة الشاملة.

3- النصوص القانوني

- القانون 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.
- القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.
- القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل بالقانون 98-09 المؤرخ في 1998/08/19.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008،
- القانون 16-03 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، جريدة رسمية العدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.
- القانون 18_11، المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.

- الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات ،المعدل و المتمم.
- الأمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالقانون 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017، جريدة رسمية العدد 02 المؤرخة في11 يناير 2017.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل المتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 8 يوليو 1992.
- القانون رقم 03-70 الصادر في 03 فبراير 2004 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية عدد 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418 المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-102 الصادر في 12 يناير 2016، جريدة رسمية عدد 6433 المؤرخة في 25 يناير 2016.
- القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/11/19 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، نشر في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات، العدد 439 المؤرخة في 2005/11/30.
- القانون رقم 19-04 الصادر في 2019/02/05 المتضمن تعديل المرسوم التشريعي رقم 59-53 الصادر في 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

4- المؤلفات:

- ابن المنظور، لسان العرب، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999.
- أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015.
- أحمد الشافعي، مصطفى آدم، صابر فتحي، الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إبن حزم، مصر، 2013.
- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.
- أنس محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوصفي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2010.

- أوان عبد الله محمود الفيضي، الإطار الشرعي والقانوني لعقد البصمة الوراثية، دراسة تحليلية مقارنة في الإثبات القضائي المدني، دار الفكر والقانون، العراق، 2018.
- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- بسام محمد قواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات في الفقه الإسلامي والقانون، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2010.
- بعارف علي عراف القوداغي، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، مكتبة جامعة الإسلامية، الأردن، 2008.
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (أحكام الزواج)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- بونوة عبد المنعم، سالم أبو ياسر بولال، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.
- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- جلال جابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020.
- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، «مادة بمادة »، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- حسين محمود عبد الصمد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

- حسيني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- خالد داودي، إثبات النسب ونفييه، الطبعة الأولى، دار العلمي للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- زبيدة أقروفة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الثانية، دار التب المصرية، القاهرة، مصر، 2010.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة 1، 2013.
- طاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية في التشريع الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 1، 2003.
- عائشة ابراهيم أحمد المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه، قسم الشريعة الاسلامية، كلية دار العلوم، القاهرة، مصر، 2000.
- عبد الرحمن أحمد الرفاعي ،البصمة الوراثية و احكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،دراسة فقهية مقارنة الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2013.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بالوجه العام لإثبات وآثار الإلتزام، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1982.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر.

- عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، الطبعة الأولى، دار الفضيل للنشر و التوزيع ، الرياض ، السعودية، 2002.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996.
- قلعة جي، ومشاركوه، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار النفائس، لبنان،1996.
- محمد الخطيب الترني، المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مكتبة مصطفى يابي الحلي وأولاده، القاهرة، 1958.
- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- مختارية طفياني، اثبات النسب في تعين الأسرة والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2013.
- مس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع عشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1993.
- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004.
- المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة الثامنة والثلاثون، المطبعة الكاثوليكية ودار المشرق، بيروت، لبنان، 2000.
- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، 2002.
- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم أحدث مبادئ وإجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2001.
- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

5- المذكرات و الرسائل العلمية

- بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بن محمد، وهران 2، الجزائر، 2018/2017.
- زبيري بن قريد، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.

- علال بوزروق أمال أحكام النسب بين التشريع الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2014-2015.
- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015.
- أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، "دراسة فقهية و نقدية مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، قسم الشريعة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ،2008.
- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
- محمد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الاباحة والتجربة في ضوء الشريعة، مذكرة ماجستير ، تخصص التشريع الجنائي الاسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف الغربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2005
- الأوعيل فتيحة، إثبات النسب في ظل القانون الجزائري والمقارن، مذكرة الماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017.
- إيلال عائشة، دور الخبرة العلمية في إثبات النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر القانون الخاص، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محتد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016.
- براوي سميرة، اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاسرة قسم الحقوق، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016.
- بلعباس سهام، الطرق العلمية لإثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة الماستر، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018.
- بوسروال محمد بلال، كيفية تحديد النسب ودور قاضي الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص قانون طبي، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020.

- جعدي بلقاسم، اثبات نسب طفل التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017/2016.
- جعودة سامية، حداد فتيحة، إثبات النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل الماستر حقوق، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2015
- حيدرة عبد الحميد، الاستنساخ البشري بين الاباحة والتجريم في ضوء القانون الوضعي، مذكرة ماستر، تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2015-2016.
- دامة مربعي، والي صابر، وسائل الإثبات المدنية والعملية في بعض مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف لمسيلة، الجزائر، 2019-2020.
- سعيد سميرة، أثر المستجدات العلمية المعاصرة على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017.
- سمية موساوي، أحكام نسب ابن الزنا والآثار المترتبة عليه في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في الحقوق، تخصص أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد محمد لخضر، 2017-2018.
- غربي مراد، بن محرر طارق، الخبرة الطبية في مسائل الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014.
- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج إجازة مدرسة عليا للقضاء، دفعة 16، 2008/2005

6- المجلات والدوريات:

- أسماء حقاص، الطاهر زواقري، دور البصمة الوراثية في إلحاق نسب الولد الغير شرعي – بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، الجزائر، 2020.

- أمينة مساعدية، "القيمة القانونية للبصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب "، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والإجتماعية، عدد الثالث، مخبر القانون والعقار، جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر، 2020.
- بلبشير يعقوب، " نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر،2017.
- بلعباس أمال، بن عزيز حنان، " التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.
- بن مصطفي عيسى، "الرحم البديل وآثاره المترتبة عليه"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد رقم 11، عدد 2 جوان 2019، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، 2019.
- خالدي صفا هاجر، " الحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية "، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد الأول، جامعة الجلفة، الجزائر،2016.
- دراية، أدرار، الجزائر، 2012.
- زناندة عبد الرحمان، "قراءة في القانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في إجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، الجزائر، 2016.
- سعيدان أسماء، "ثبوت النسب في نطاح الشبهة والزواج"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، الجزائر،2018 .
- سلمى مانع ، عباس زواوي ، "الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب"، مجلة الفكر، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018.
- شابحة اعمر سعيد، أمعيزة عيسى ، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 6،جامعة زياتي عاشور،الجلفة، الجزائر، 2018.
- شايحة أعمر سعيد، "أثر استئجار الرحم على ثبوت النسب"، دراسة فقهية قانونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر ،2018.

- الصادق ضريفي، "الحمل لحساب الغير في الفقه الاسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإساءة"، مجلة معراف، قسم العلوم القانونية، عدد 18، جوان 2015، السنة التاسعة، 2015.
- صافية أقلولي، أولد رابح صافية، جريمة اختطاف الأطفال وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- عارف علي عارف،"الأم البديلة " (رؤية إسلامية) ، مجلة إسلام المعرفة ،عن المعهد العالي للفكر الإسلامي، السنة الخامسة ،العدد 19، 1999
- عامر العيد، " حق ابن المغتصبة في النسب "، دفاتر السياسة والقانون، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2021.
- عبادي سارة، "استئجار الرحم بين الشريعة والقانون"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، المركز الجامعي أحمد بن يحي، الونشريس، تسمسيلت، الجزائر، 2017.
- عبد الله حاج أحمد "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " –دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي الجزائري– مجلة الدراسات الفقية و القضائية، العدد 15، جامعة الوادي ،الجزائر، 2015 .
- علي محي الدين القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،العدد 16 ، السنة الرابعة عشرة.
- عيسى أمعيزة، اعمر سعيد شابحة، " مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري "، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد السادس، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر،2018 .
- غلي السنوسي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية، " دراسة تأصيلية قانونية"، عود الندى" مجلة ثقافية فصلية "، العدد 82، لسنة 2013.
- فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفقا لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة 5، العدد 8 ، المركز الجامعي العقيد محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2010.
- مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، " إثبات ونفي النسب نموذجا "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020.

- محمد يحي المحاسنة، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004.
- مروك نصر الدين ،"الام البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ،العدد الأول ،كلية الحقوق بن يوسف بن خدة ،جامعة الجزائر 1 الجزائر، 1999.
- مسعودان فتيحة، الدور الايجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الخامس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، الجزائر، 2017.
- ناديا قزمار، "المنظور القانوني والتشريعي لعقد إجازة الرحم"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، قسم المدني، كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا، العدد الأول، الأردن، 2015.
- نور الدين بولحية، " حكم استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا – برؤية مقاصدية–"، مجلة الإحياء، العدد 15، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2012.
- يوسف فيلالي محسن، إثبات النسب ونفيه بالتحليل، " مقارنة تشريعية وفقهية وقضائية"، مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، ندوة جهوية الثانية، مكناس، المغرب، 2007.
- يوسف مسعودي، "التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري"، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، الجزائر، 2016.
- يوسفات علي الهاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاتر السياسة والقانون، العدد 6، جامعة أحمد
- يوسفات علي هاشم، "أثر الاستنساخ البشري على النسب"، مجلة القانون و المجتمع، العدد 11، قسم الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر،2013.

7- الملتقيات:

- زيد عبد الله بن إبراهيم ال قرون، "البصمة الوراثية و أثرها في الأثبات "، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة و أثارها الفقهية ، جامعة الأمام محمد إبن سعود الإسلامية ، 2010.

8- الإجتهادات القضائية:

- مجلة قضائية، العدد 04، الصادرة عن المحكمة العليا، 1989.
- مجلة القضائية، العدد الأول، الصادرة عن المحكمة العليا، سنة 1990.
- مجلة قضائية عدد خاص، الصادرة عن المحكمة العليا،2001.
- المجلة القضائية، العدد 02، الصادرة عن المحكمة العليا، 2001.
- المجلة القضائية، العدد الأول، الصادرة عن المحكمة العليا، 2012.

9- المواقع الالكترونية:

www.noor-book.com
Criminocarpus.org
Al-maktaba.org
terminologyenc.com
www.cmec.org
ar.libeshia.ir
www.alukak.net/shari
www.mayclinic.org/ar/tests-procedures
pmb.univ-saida.dz
www.alokah.net
www.islamset.net
www.aa.com.tr/ar
al-maktaba.org/book
www.islamonline.net
www.dorrar.net
www.al-eman.com
www.al-eman.com
www.asjp.cerist.dz
elaph.wordpress.com
.al-maktaba.org
hadit.islam-db.com
Al-forqan.net/articles/3709.htm

ثانيا: باللغة الأجنبية

- myriam meralla, François lefre, richard trainalau, hématologie transfusion sanguine et soins infirmiers, lamarra, 4 eme édition, 2008.

- andre damart, Jacques bournef, petit la rousse de la médecine, libraire la rousse, T 2, 2003, .

فهرس المحتويات

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأول: الآليات الشرعية لإثبات النسب 6
المبحث الأول: إثبات النسب بالفراش 7
المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح 8
الفرع الأول: إثبات النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية 13
أولا: نسب الولد الناتج عن الإنجاب الطبيعي 14
ثانيا: نسب الولد الناتج عن الإنجاب غير الطبيعي 24
الفرع الثاني: اثبات النسب بعد انحلال العلاقة الزوجية 38
أولا: اثبات النسب بعد الطلاق 39
ثانيا: إثبات النسب بعد وفاة الزوج 42
المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج غير الصحيح ووطء الشبهة 43
الفرع الأول: اثبات النسب بالزواج غير الصحيح 43
أولا: إثبات النسب بالزواج الفاسد 43
ثانيا: إثبات النسب في الزواج الباطل 46
الفرع الثاني: إثبات النسب بوطء الشبهة 48
أولا: المقصود بوطء الشبهة وأقسامه 48
ثانيا: حكم النسب في وطء الشبهة 51
المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبينة 54
المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار 54
الفرع الأول: أحكام الإقرار بالنسب 56
أولا: أركان الإقرار 56
ثانيا: أنواع الإقرار 57
ثالثا: شروط إثبات النسب بالإقرار 60
الفرع الثاني: المسائل المرتبطة بالإقرار بالنسب 64
أولا: الإقرار بنسب ولد الزنا 64
ثانيا: الإقرار بنسب اللقيط 66
ثالثا: الإقرار بنسب المتبنى 67

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة 68
الفرع الأول: أنواع البينة 69
أولا: الشهادة المباشرة 69
ثانيا: الشهادة غير المباشرة..... 70
ثالثا: الشهادة بالتسامع 70
رابعا: الشهادة بالشهرة العامة 70
الفرع الثاني: أحكام البينة في إثبات النسب..... 70
خلاصة الفصل الأول:..... 72
الفصل الثاني: الآليات العلمية لإثبات النسب 74
المبحث الأول: صور الآليات العلمية لإثبات النسب..... 74
المطلب الأول: البصمة الوراثية لإثبات النسب 75
الفرع الأول: المقصود بالبصمة الوراثية 76
أولا: تعريف البصمة الوراثية..... 76
ثانيا: مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ومدى حجيتها..... 82
الفرع الثاني: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية وضماناتها 87
أولا: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية 87
ثانيا: ضمانات العمل بالبصمة الوراثية..... 89
المطلب الثاني: الطرق العلمية الأخرى لإثبات النسب 90
الفرع الأول: نظام المناعة HLA 90
أولا: تعريف نظام المناعة HLA..... 91
ثانيا: حجية نظام المناعة HLA في إثبات النسب 91
الفرع الثاني: نظام ABO ونظام MNS 92
أولا: نظام تحليل الدم ABO 93
ثانيا: نظام MNS 97
المبحث الثاني: حالات اللجوء للوسائل العلمية وقيمتها القانونية في الاثبات 100
المطلب الأول: حالات اللجوء للآليات العلمية لإثبات النسب 101
الفرع الأول: الحالات اللجوء المختلف فيها 102
أولا: النسب الثابت بالفراش (نسب الفراش المعلوم) 102
ثانيا: نسب ولد الزنا 105
الفرع الثاني: الحالات اللجوء المتفق فيها..... 112

أولا: نسب الفراش المجهول..... 112
ثانيا: حالة الجرائم 116
المطلب الثاني: القيمة القانونية للآليات العلمية..... 117
الفرع الأول: مرتبة الآليات العلمية 117
أولا: مذهب القائلين بتقديم الوسائل الشرعية 118
ثانيا: مذهب القائلين بتقديم الوسائل العلمية 119
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الأليات العلمية في إثبات النسب 121
أولا: لجوء القاضي إلى الخبرة الطبية في إثبات النسب 123
ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الخبرة الطبية 126
خلاصة الفصل الثاني: 128
خاتمة 130
قائمة المصادر والمراجع 134

ملخص الدراسة:

إن النسب من أسمى الروابط الإنسانية وأكثرها قوة، فالمشرع تماشى مع الشريعة الإسلامية في مسائل إثبات النسب، حيث أنها تعتبر النسب من القضايا ذات أهمية بالغة في حياة الفرد والمجتمع، حيث حرص الشرع والفقه في اجتهاداته على حمايته وصيانته، فأثبته بكل دليل شرعي متاح، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث أدرج جميع الوسائل الشرعية المقررة لإثبات النسب في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة والمتمثلة في الفراش، الإقرار والبينة كأساس لإثبات النسب.

وباعتبار الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ساهمت بشكل كبير في تبني الوسائل العلمية الحديثة في قضايا النسب، فمنذ اكتشافها ساهم الفقه الإسلامي في البحث لوضع تكييف شرعي لها وضبط أحكامها، فلا مانع من الإستفادة منها في ظل مساعي الشرع من التوسع في مسألة إحياء الولد، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة حيث أدرج الآليات العلمية ضمن المادة 40 في فقرتها الأخيرة، إلا أنه كان أقل دقة وتفصيل في هذا الطرح، حيث أنه تبنى هذا النوع من الوسائل بصفة عامة وجعل السلطة التقديرية للقاضي في مسألة اللجوء لها وتقديرها في قضايا النسب.

ومن خلال الدراسات العلمية وما تبناه العمل القضائي توصلنا لكون البصمة الوراثية أكثر الوسائل العلمية دقة في مجال إثبات النسب وأكثر ملائمة في هذا النوع من القضايا، كما تعتبر من أهم الأدلة التي يثبت من خلالها النسب، وهذا ما يؤكد ضرورة حماية الأنساب وإيجاد الحلول المستمرة لإثباتها.

ملخص الدراسة مترجم باللغة الإنجليزية:

Descentis one of the highest and the most powerul humanties, the legislatoris in line with islamc law in matters of proof of descent. It considers descent to be one of the most important issues in the life of the individual and society, where the law and jurisprudence ensure that it isprotected and maintained This is why the Algerian has doneitincludes all the legalmeans to establish descent in paragraph 1 artical 40 of the familly code ,wich consists of bedding recognition and proof as a basis for proof of descent .

Since islamic law is valid for every time and place , it has contributed significantly to the adoption of modern scientific methods in descenti ssues, sinceits discovery ,islamic jurisprudence has contributed to the search for a legal adaptation and control of its provisions on the issus of the boys resurrection this wasdone by the algerian legislatureunder the 2005 amendment to the familly code which incorporated scientific mechanisms into artical 40 of its final paragraphe of the familly code but it was lessprecise and detailed in this presentation , it generelly adopted this type of means and gave the judge full discretion in the metter of recourse and discretion in descent cases .

Throught scientific studies and judicial work, we have come to seethat the genetic footprint in the most accurate scientific tool in the field of recognition of descent and more appropriate in this type of case as well as one of the most important evidence from which descentise stablished ; this confirms the need to protect genealogy and find solutions to proveit.