إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

مقـــدمـــــــة عامــة

الحمد لله رب العالمين ينفرد بالعزة و العظمة و البقاء و الكمال و الصلاة و السلام على رسول الله خاتم الأنبياء و المرسلين المبعوث بمكارم الأخلاق وأطيب الأعراق بعثه الله بالكتاب المبين وأتاه الحكمة و فضل الخطاب ليبين للناس ما نزل إليهم و ليهدي إلى صراط الله العزيز الحكيم.

إن رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي اعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوج، وجعله وسيلة لتحقيق غايات نبيلة، فهو من الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم و الجزئية و البعضية فالولد جزء من أبيه و الأب بعض من ولده.

كما جعل الله للنسب مكانة عنده وعند رسوله ولذلك جعل طريق النسب أشرف طريق ألا وهو الزواج الصحيح شرعا كما جعل الأولاد هبة منه قال تعالى:﴿ **يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء ذكورا** ﴾ .

ويقصد بنسب القرابة، يقال نسبه إلى بني فلان فهو منهم ، والجمع أنساب.

وكلمة النسب أطلقت وتشتمل - صلب- أي النسب بين الآباء و البناء خاصة سواء علو أو سفلوا كما تشمل العصبة بين الرجل وبنيه، كما تشمل كلمة نسب - رحم- أي قرابة الرجل من ناحية أمه وعمته وجدته سواء لأبيه أو لأمه ولذلك يقال بينهما رحم [1].

و النسب صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم و الغالب في استعمال كلمة النسب هو نسب الشخص لأبيه و لهذا أبطل الإسلام نظام التبني فأمر الله عز وجل أن ينسب الشخص لأبيه وهو النسب الحقيقي :﴿

أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...﴾

وقد اعتمد المشرع الجزائري لإثبات النسب ، الزواج الصحيح و الإقرار و البينة و نكاح الشبهة ، و كل زواج تم فسخه بعد الدخول ، و إن كانت مسألة نسب الولد من أمه ليست محل خلاف بين رجال الفقه الإسلامي و رجال القانون ، فإنه كذلك من المتفق عليه أيضا أن فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد المولود عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية إلى أبيه .

---

(1) : أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر 2003،ص 05.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

إلا أن التطور العلمي لم يتوقف عند هذا الحد فحسب ،بل أكدت الأبحاث العلمية في مجال الهندسة الوراثية بوجود معطيات علمية جديدة قلبت موازين الإثبات المنصوص عليها شرعاً وتشريعا بحيث أصبح من الممكن عبر فحص الحمض النووي لأي فرد من بني الإنسان الوصول إلى ما يعرف بالبصمة الوراثية وتبقى ملازمة له مدى الحياة دون أن تتشابه مع البصمة الوراثية لأي إنسان آخر[1].

و أمام هذا التطورات العلمية والبيولوجية التي سادت العالم بما فيه العالم العربي والإسلامي فإن معظم فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا فقها القانون قد اهتموا بهذه التطورات الوافدة من المختبرات الغربية و بكيفية الاستفادة من تطبيقها في الميدان البيولوجي و الطبي.

ولذلك ارتأينا البحث في الطرق إثبات النسب التقليدية منها و الحديثة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة التي جاء بها الأمر **02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005**.

وذلك عبر طرح الإشكالية الآتية:

- ما هي الأحكام التي وضعها المشرع الجزائري لتنظيم مسائل النسب ومدى توافقها مع المستجدات و التطورات العلمية ؟

و للإجابة على هذه التساؤلات كان الاعتماد على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وإسقاطها على موقف المشرع الجزائري منها و التي تناولنها في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: ثبوت النسب بالفراش.

الفصل الثاني : ثبوت النسب بالإقرار و البينة وبالطرق العلمية الحديثة .

---

(1) : أحمد عمراني ، نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي (دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين المرأتين بين أقوال الفقهاء و الحقائق العلمية) مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، دار البحث ،قسنطينة ،الجزائر، العدد فيفري 2002 ،ص 40 .

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفصل الأول: إثبات النسب بالفراش

مقدمة الفصل الأول :

الأصل في ثبوت النسب بالفراش هو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فلا يثبت الزنا نسبا لأن النسب نعمة و الزنا جريمة يستحق فاعلها النقمة و ما عهدت الجرائم مقررة للنعم في عرف الفقهاء و فضلا عن الشرع الحكيم .

و الزنا الذي لا يثبت به النسب هو الخالي من أية شبهة مسقطة للحد فإن وجدت شبهة لا يكون الفعل معها جريمة، ثبت النسب اتفاقا وإن وجدت شبهة لا تنفي كون الفعل جريمة ولكنها تسقط الحد فإن النسب يثبت معها على الأرجح [1].

قيل أن الفراش يكنى به عن المرأة لأنها هي التي توطأ، وهي التي تفترش كما يفترش ما ينام عليه كل منهما.

وقال رأي آخر أن المقصود بالفراش هو الرجل باعتبار المجاورة و المصاحبة فالرجل هو صاحب الحق في التمتع بالمرأة التي تفترش ولذلك يسمى الرجل فراشا لشدة الملاصقة بينه وبين اللفظ ولذلك قال الفقهاء أن الولد للفراش بمعنى الولد الشرعي الذي امتلك الفراش بصفة شرعية صحيحة و بموجبه ترتيب مشروعية الصلة بين الرجل و المرأة [2].

وإذا كان الإسلام قد نظم حل امرأة للرجل أو جعل من هذا الحل فراشا مرتباً لأثاره، الآ انه حرم عليه أخرى لصفة فيها

فلا تكون فراشا و بين القرآن الكريم ذلك في قوله تعالى :﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالتكم وبنات الأخ، وبنات الأخت وأمهاتكم التي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم و خلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما**﴾ [3].

فالفراش الذي يثبت به النسب هو الفراش الثابت بعقد الزواج الصحيح أو عقد الزواج الباطل بشبهة و الفاسد وبعد الفرقة وهذا ما سيأتي بيانه تفصيلا.

---

(1) : محمد علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة2 الأردن 2007،ص 349.

(2) : أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، المرجع السابق،ص25.

(3) : السورة النساء ، الآية 23.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

المبـحث الأول:

إثبات النسب بالزواج الصحيح و إثباته بعد فرقة الزوجين:

- أن الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى لخير الإنسانية، ولمصلحة المجتمع البشري، في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة،ذلك إن حفظ النوع الإنساني لا يتحقق إلا بالزواج ،في إطار العلاقة الشرعية، وهذه العلاقة لا تتم إلا في إطار عقد يحدد شروط الزواج وأركانه.... [1]
- و العقد الصحيح هو سبب الشرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين سواء من طلاق أو الوفاة.[2]

المطلب الأول:

إثبات النسب بالزواج الصحيح:

- بدايةً نود أن نشير بأن نسب الولد من الأم ،يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية ،فهي التي حملت وهي التي وضعت ،بالتالي تحمل ضفة الأم،وتسري بينهما سائر الحقوق من النسب ورضاعة.....

أما فيما يخص الرجل، يُثبت نسب الولد ألا من خلال الزواج الصحيح، وفقا لشروط التي جاءت في نص المادة41 **ق.أ.ج** . [3]

---

(1) : د/بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق.ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة2005، الجزائر، ص33.
(2) :د/ بلحاج العربي، المرجع السابق ص190.
(3) د/ بن شويخ الرشيد . الشرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)) الطبعة الولى2008. الجزائرص231

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفرع الأول:

ثبوت نسب المولود للزوج الشرعي(أثناء قيام الزوجية):

- لقد عرفت الشريعة الإسلامية الزواج في قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾.[1]
- وقد عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة بأنه عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة، و التعاون وإحصان الزوجين، و المحا فظة على الأنساب.
- و عند ما وقع تعديل هذه المادة بموجب المر رقم 05-02سنة2005لم تضف إلى هذا النص سوى كلمة واحدة هي الرضا، بحيث أصبح عقد الزواج بعد التعديل، يعرف بأنه عقد رضائي بين الرجل و المرأة. [2]
- وهذا وقد إضافة المادة 40 **ق.أ** بأنه : « يثبت النسب بالزواج الصحيح » و الزواج الصحيح هو الذي تتوفر فيه أركان الانعقاد و شروط الصحة**[7-31ق.أ]**
- لإذن إثباتُ نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة،لأن الزوجة وهي مع زوجها بعقد صحيح، يملك وحده حق الاستمتاع بها ، وحرام عليها أن تُمكن غيره من هذا الاستمتاع ، و الأصل في الإنسان الأمانة و الاستقامة. [3]

لكن في ميدان العملي فإن الاستمتاع الذي شُرع للأغراض معينة، بينها المشرع و التشريع، قد يعترضه ما يحول دون تحقيق أهدافه الشرعية، فقد تكون الزوجة كارهة لزوجها المر الذي يؤدي بها إلى إقامة علاقة غير شرعية. ومن ثم تظهر عدة مشاكل، من بينها مشكلة إثبات النسب عند حمل المرأة . هل هو من زوجها؟ آم أنه ابن زنا أي ابن رجل آخر؟.

---

(1): سورة الروم. الآية21.
(2): د.عبد العزيز سعد. المرجع السابق.ص37.
(3):د/احمد محمود الشافعي. الطلاق و حقوق الأولاد و القارب.طبعة1987.ص141.

- هذا المر دفع بالمشرع الجزائري إلى إدراج الطرق العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات، وقد تضمنت المادة40 ق.الأسرة ذلك ،وهذا تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات ، خاصة و إن الاكتشافات الطبية الحديثة ،أصبحت تلعب دوراً مهماً في تحديد نسب الطفل.
- إلا أنه و بالرغم من الوسائل المتعددة لإثبات النسب ، فالمشرع أجاز للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة**[41 ق. الأسرة. ج]** ولهذا فإن ثبوت النسب بالزوج الصحيح يتطلب مجموعة من الشروط نتعرض لها بالتفصيل في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

«شروط ثبات النسب بالزواج الصحيح»

بالرجوع إلى أحكام المادة**41 ق.أ.ج** فإن الولد يُنسبُ لأبيه متى كان الزواج شرعيا ،وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق الشرعية. و من هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي: [1]

1) فأما بالنسبة للشرط الأول، أن يكون الزواج شرعياً، فقد سبق ذكره وتفصيله في الفرع السابق، فالقانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير الشرعي ، ناتج عن العلاقات ما قبل الزواج الشرعي،أو في مرحلة الخطبة،ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه، إلا إذا كان هناك عقد زواج بصفة قانونية وشرعية .

وهذا ما قررته محكمة النقض التونسية، وهو ما ذهبت إليه الحكمة العليا غ.أ.ش 19 نوفمبر 1984

2) أمكانية الاتصال بين الزوجين:

- طبقاً للمادة **41 ق.أ.ج** فإنه حتى يُثبت نسب المولود من أبيه، يُشترط أن يثبت التلاقي بين الزوجين ، من حيث العقد مع تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي،هذا ما ذهب واستقر عليه جمهور الفقهاء، و بالنسبة للأحناف فيكفي العقد لإثبات النسب فهم لا يشترطون تحقق الدخول أو الاتصال .

---

(1) : بلحاج العربي . المرجع السابق، ص190.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

- وسنتناول رأي كل من الفريقين فيما يلي ، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور **(م 40 و41 ق.أ.)** و هو الصحيح الذي يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق المعقول[1].

أ)- رأي جمهور الفقهاء:

- ذهبوا إلى أن الفراش يحدث بالعقود، فالعقد الصحيح هو النسب في ثبوت النسب بشرط إمكان الدخول ، ويضيف المالكية الإشهاد على ذلك إذا وقع الفراق قبل الدخول، وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية، ولا يثبت النسب مثلا:«إذا عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب».

ولم يكن قد حصل بين الزوجين تلاقي ظاهر، وأكد الزوج أنه لم يصل إليها، فلا نسب بين الزوجين و الولد الذي أتت به الزوجة، لكون الحمل ليس منه قطعاً.

- هذا الحكم يوافق المالكية و الحنابلة و الشافعية، ويخالفهم في ذلك مذهب الحنفية. [2]

---

(1): د/ بلحاج العربي . المرجع السابق ص 191-192
(2):د/ سعد فضيل. شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق.طبعة1986، ص213
.

ب)- "رأي المذهب الحنفي ":

- يرى أن العقد الصحيح فراشا ولا حاجة لإمكان الاتصال ، ووجوده يكفي لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد ، و الواقع أن إثبات النسب من تاريخ العقد عند الحنفية وأن لم يتحقق الدخول أو الوطء إنما يقصد به المحافظة على الولد من الضياع ، وستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة فمثلاً:"لو أن رجل تزوج بامرأة ولم يلتقي بها لمدة سنة، فولدت بعد 6أشهر من تاريخ الزواج" ثبت النسب عندهم لاحتمال تلاقيها لأن الإمكان المطلوب عنهم هو الإمكان العقلي =(التلاقي ممكن عقلا).[1]

3)- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

- الطريق المشروع لنفي الولد هي " اللعان" فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يورد ذلك صراحة في المادة **41.ق.أ.ج** إلا أنه يُفهم من نص المادة 138 من نفس القانون :"يمنع من الإرث اللعان و الرد".
- و اللعان :**"Désaveu de paternité"** هو أن يتهم الزوج زوجته بأن الولد ليس منه وذلك أثناء قيام الزوجية [1].
- و بالتالي يثبت نسب المولود لأبيه " ما لم ينفه بالطرق المشروعة" ويستخلص من عموم هذه العبارة انه رغم الحالات التي ذكرت في المادة **40 ق.أ.ج** لثبوت النسب إلا أن المشرع أجاز للزوج نفيه بالطرق المشروعة. فحين يظهر حمل الزوجة ويتبين للزوج أنه ابن زنا يحق له أن يدعي هذا الحمل ليس منه.

أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه.

---

(1): د/ بلحاج العربي. المرجع السابق ،ص 194.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

- و بالنسبة لكيفية إجراء الملاعنة بين الزوجين،فإنه إذا ما اتضح للزوج احتمال خيانة زوجية له، ويريد نفي المولود الذي أتت به ، فليس له إلآ أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة في جلسة سرية يحضرها الزوج وال زوجة مع تقديم كل منهما الإدعاءات وحججه . في حالة إذا ما أصر الزوج على اتهام زوجته بالزنا فإن القاضي يأمره بالملاعنة:" وهي أن يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه صادق في اتهامه للزوجة من أن الولد.

ليس منه، ويقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف أربع مرات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"[1].

- فإذا تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً بطلقة بائنة،
- وفي حالة امتناع الزوج عن اللعان فإن ذلك يعرضه للمتابعة بتهمة القذف تطبيقا للأحكام **المادة296 ق.ع** وعقوبتها الحبس من5 أيام -6أشهر وغرامة 150-1500أو بإحداهما طبقا للمادة **298ق.ع.**
- وتجدر بنا الإشارة إلى أن نفي الولد بالطرق المشروعة أصبح اليوم يتم بالطرق العلمية،باعتبارها وسيلة من الوسائل هذا النفي أو بعبارة أخرى فبما أن هذه الوسائل تستعمل لإثبات النسب، فمن باب أولى أن تستعمل كذلك للنفي، مادامت تؤدي إلى نفس النتيجة الأكثر حتمية ، مقارنة مع اللعان الذي يبقى مجرد تصريح يُدلي به الزوجان يحتمل الصدق ويحتمل الكذب.

---

(1) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق،ص194.

4)- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة للحمل :

- من المعروف أن النساء يلدن في مدة 9أشهر لكن غالبا ما تتقصى امرأة عن ذلك و ناذرا ما تزيد. إلا أنه و بالرجوع إلى المادة" **42 ق.أ.ج**" نجد أن المشرع الجزائري قد حدد أدنى مدة للحمل بستة أشهر وأقصاها بعشرة أشهر .
- و من هنا يجب ألا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة م **43.ق.أ.ج** و الطب الحديث يؤكد إمكانية الوضع حلال هذه المدة[1].
- فأما فيما يتعلق "بأقل مدة الحمل " وهي ستة أشهر فدليل ذلك آيتان كريمتان من القرآن الكريم.قوله تعالى: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه إحسان، حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً....﴾ [2].

وقوله تعالى:﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه، وهنا على وهن وفصاله في عامين﴾[3] .

- فمن خلال الآيتين الكريمتين يثبت أن المدة الحمل و الرضاع هي ثلاثون شهراً، و الآية الثانية ذكرت الفطام في سنتين فقط[4] أي أربعة وعشرين شهراً فإذا أسقطنا مدة الرضاع(24شهراً) بقيت مدة 6أشهر وهي أقل مدة الحمل وقد جاءت الأبحاث الطبية تؤيدها.
- أما بالنسبة **"لأقصى مدة للحمل"** فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين" تسعة أشهر"، وامتدت إلى " سنتين" لدى البعض:

---

(1) : د/ بن شويخ الرشيد. المرجع السابق، ص231.
(2) : سورة الأحقاف الآية 15.
(3) : سورة لقمان الآية 14.
(4) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق، ص193.

- فالفقيه محمد بن الحكم من " المالكية" قال **بسنة** أما " الظاهرية" فجعلوها **تسعة أشهر** وأما " الأحناف " فجعلوها **سنتين.**
- لكن القوانين الأحوال الشخصية في بلاد العربية لم تعتمد سوى القوال التي تتفق مع العلم و الطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد عن سنة
- و أما قانون الأسرة الجزائري فأخذ بمدة أقل وهي عشرة أشهر[1].

5)- ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي:

- تأتي الولادة كإثبات لواقع اللقاء الجنسي بين أنثى و الذكر (الإنجاب الطبيعي) ز النسب لا ينظر في ثبوته إلا بعد تحقق الولادة ألا أن الحمل في وقتنا الحالي أخذ أبعادا أخرى بعد ظهور مشكلة العقم حيث توصل العلم الحديث على إيجاد حل بديل عن الإنجاب الطبيعي ألا وهي تقنية التلقيح الاصطناعي ، لكن هذا الأمر أثار إشكالات وتساؤلات عديدة حول الأطفال المولدين بهذه الكيفية وعن نسبهم ؟.
- هذا الأمر دفع المشرع الجزائري إلى إضافة مادة جديدة **45 مكرر** تنص على جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لكن ذلك لا يتم إلا بشروط.

<u>شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي:</u>

- عملية التلقيح الاصطناعي هي إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطرق الطبيعية . وقد ضبط المشرع الجزائري هذه العملية بشروط محددة وردت على سبيل الحصر:

(1) : د/ بن شويخ الرشيد . المرجع السابق، ص232.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

1)- أن يكون الزواج القائم بين طلبي التلقيح زواجا شرعياً صحيحا، وأن يكون التلقيح قد وقع برضا الزوجين أثناء حياتهما.

2)- أن يتم التلقيح الاصطناعي بواسطة مني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها وذلك يتم بطريقتين:

أ)- أن تأخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

ب)- أن تُأخذ بذرة الزوجة وتحقن في الموضع المناسب من مهبل المرأة أي زوجته دون غبرها أو رحمها تلقيحا داخليا.

3)- أن لا يكون التلقيح الاصطناعي قد وقع باللجوء إلى استعمال الأم البديلة [1] . فرأي المشرع جاء واضحا وهو منع استعمال الأم البديلة وذلك حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر . فقد ربط القرآن الكريم بين الحمل و الأمومة فبالتالي تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معين فتعين من باب سد الذرائع ودرأ المفاسد منع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة لأن المفسدة فيها اكبر [2] .

---

(1) : د/ عبد العزيز سعد . المرجع السابق ،ص102-103.

(2) : بن داود عبد القادر . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص113.

المطلب الثاني :
ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة.

يقصد بثبوت النسب بعد الطلاق إثبات النسب من تلده الزوجة بعد الفرقة و في هذا الموضوع تفصيل.

الفرع الأول :
المطلقة بعد الدخول بها.

يقول الأحناف إن المرأة التي لم تلزمها العدة ، بأن لا تكون مدخلاً بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه وهو أن تجيء بالولد لأقل من 6 أشهر من وقت طلاقها وسبب ذلك أن الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه عدة على المطلقة فهو يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه ،قال تعالى :﴿ يائيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوا هن لما لكم عليهن من عدة تعدونها ...﴾. [1]

بمعنى أن من عقد على امرأة ثم طلقها من قبل أن يدخل بها فليس له عليها عدة من هذا الطلاق، وهذا يدل على أن نكاحه لها زائل بيقين من كد وجه ومازال بيقين لا يثبت ألا بيقين مثله. [2]

أي أن يعلم يقينا أن الولد من المطلق ، فإذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها ثم جاءت بولد أقل من 6أشهر من وقت الطلاق الرجل فقد تيقن أن العلوق هذا الولد وجه في حالة الفراش ، وان الزوج وطء زوجته وهي في نكاحه، فهي إذن حامل منه ، إذ لا يحتمل أن يكون حملها بوطء بعد الطلاق ، لأن المرأة لا تلد لأقل من 6 أشهر ، ولذلك حكم بأن حملها من زوجها بوطء على فراشه ومادام الفراش فراشه في نكاح صحيح فقد ثبت نشب الولد منه.

مدة 6 أشهر التي يثبت نسب ولد من طلاقات قبل الدخول تبدأ عند من تاريخ عقد لأن ثبوت النسب عندهم سببه الظاهر هو عقد النكاح و إن كلن ثبوت النسب حكم الدخول حقيقة ، إلا أن الدخول أمر باطني ولذلك يقام النكاح مقامه في إثبات النسب يقول الرسول الله صلى الله عليه وسلم :﴿ الولد للفراش وللعاهر الحجر﴾.

---

(1) : الآية رقم 49 من سورة الأحزاب .
(2) : احمد نصر الجندي . النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، ص50.

الفرع الثاني :

نسب ولد المعتدة من طلاق رجعي.

المطلقة رجعيا في شان ثبوت نسب الولد الذي تأتي به لها عدة حالات:

الحـالة الأولى : أن تكون المطلقة من ذوات الحيض و لم تقرب انقضاء عدتها.

يقول الأحناف بأنه يثبت النسب ولد المطلقة رجعيا من مطلقها متى وضعته ويستوي إذ تأتي به لأقصى مدة أو لأقل منها ، فهي مطلقة رجعيه ، وهي زوجة واحتمال أن الزوج المطق بإمرتها في العدة وبذلك تكون قد علقت بالمولود منه . ويقول الأحناف ومعهم الشافعية ثبوت نسب الولد التي تأتي المطلقة رجعيا من مطلقها إذا جاءت بالولد لأقصى مدة الحمل لا أن تجيء به لأكثر من أقصى مدة الحمل ، ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فلا يلزمه ، الولد وحجتهم في ذلك أنها جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل ، ولم يكن الزوج المطلق رجعيا قد رجع في العدة ولذلك لا يثبت منه النسب ،لعدم أمكان حدوثه منه ، لأنه قد ثبت انقضاء عدتها بيقين ، وان الولد من علوق حادث بعد الطلاق فاشتبهت البائن [1] .

الحـالة الثانية : أن تكون المطلقة رجعيا ممن تعتد بالأشهر:

أذا كانت المطلقة رجعيا آيسة من الحيض ،أي تعتد بالأشهر هذه المرأة أذا جاءت بولد بعد الطلاق لسببين عند الأحناف فإذا نسب هذا الولد يثبت من المطلق ،سواء أقرت بانقضاء عدتها أو أم تقر

ويعللون لذلك بأنها إن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فان ولادتها تبين أنها أخطأت فيما أقرت به أما أذا كانت هذه المرأة مراهقة ، فأقرت بانقضاء عدتها ب3 أشهر ن ثم جاءت به لـ 6 أشهر فإذن ولدها هذا يلحق بالطلاق أما إذا جاءت به لـ 6 أشهر فأكثر يثبت له.

لأنها بانتهاء 3 أشهر، أما إذا اخذ بعين الاعتبار أنها كبيرة فإن عدتها تنقضي بإقرارها، فإن لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها ومحمد يقولان بأنها جاءت بالولد بأقل من 9 أشهر من الطلاق.

---

(1) : احمد نصر الجندي. الطلاق و التطليق وآثرهما . دار الكتب القانونية مصر 2003، ص730.

ثبت نسبه من المطلق ، لأن المعهود من هذه المراهقة أنها صغيرة بيقين و ما عرف ثبوته بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال ، أما أبو يوسف فيرى أنها إن جاءت بالولد لأقل من 27 شهراً فإن نسبه ينسب من المطلق ولا يثبت النسب إذا جاءت لأكثر من هذه المدة. [1]

الفرع الثالث :

نسب ولد المعتدة من طلاق بائنا .

المعتدة من طلاق بائنا قد تقر بانقضاء عدتها وقد لا تقر

الحالة الأولى : إذا لم تقر المطلقة بائناً بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لأقل من سنتين –عند الأحناف – من وقت طلاقها ثبت نسبه من الزوج المطلق لاحتمال كون الولد في بطن أمه وقت الطلاق فلا تتيقن من زوال الفراش قبل العلوق بالولد ،و مادام هذا الاحتمال قائما فالنسب يثبت احتياطيا مع أن ذلك من حمل حال المرأة على الصلاح . أما إذا جاءت بالولد لتمام سنتين لم يثبت نسبه من المطلق و يقول الكاساني في كتابه البدائع:" إذا جاءت به إلى سنتين عند الطلاق لزمه"[2] .

لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء جاء بعد الطلاق ويحتمل أن يكون ون وطء وجد في حال قيام النكاح ، وكانت حاملاً وقت الطلاق .لأن الولد يبقى في البطن على سنتين . بالاتفاق ، وهذا أُظهر في الاحتمالين إذ الظاهر من حال المسلمة ألا تتزوج في العدة و حمل أمر المسلمين على الصلاح و السداد واجب ما أمكن فيعمل عليه أو تقول كان النكاح قائما بيقين و الفراش كان ثابتا بيقين لقيام النكاح ، و الثابت بيقين لا يُزال إلا بيقين مثله ، فإذا كان الاحتمال العلوق على الفراش قائما أم نستعين بانقضاء العدة و زوال النكاح من كل وجه ، فلم نتيقن بزوال الفراش فلا نحكم بزوال بالشك.

أما إذا جاءت المعتدة من طلاق بائنا بولد لأكثر من سنتين من وقت طلاقها لا يثبت نسبه للتيقن من أن العلوق بالولد كان بعد الطلاق ولذلك لا يمكن إلحاق نسب الولد بالمطلق ، هذا ما يدعيه و لم يقل أنه من الزنا.

(1) : محمد محمد أبو زيد، التقدم البيولوجي في إلإثبات النسب مجلة الحقوق الكويت، مارس 1996السند20، العدد1،ص257.
(2) : أحمد نصر الجندي . الطلاق و التطليق. المرجع السابق ص 731.

الحالة الثانية: المطلقة بائنا إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد .

هذه المرأة إذا أتت بولد بسنتين بعد سبق إقرارها بانقضاء عدتها من وقت طلاقها ينظر في أمرها إذا كان مجيء الولد لأقل من 6 أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ثبت الولد من الطلق لظهور كذب المرأة في إقرارها بانقضاء عدتها لأنها كانت معتدة بالحمل وقت الإقرار ، أما إذا جاءت بالولد لأكثر من 6 أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ، فلا يثبت نسب الولد من المطلق إذا أتت المطلق بائنا بالولد لأكثر من سنتين من وقت الطلاق ولأكثر من 6 أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها، فلا يثبت نسب الولد من المطلق لمضي أقصى مدة الحمل فيكون حملها حادثا بعد الطلاق[1] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن ولادة الولد بيت أقصى واقل مدة الحمل طبقا للمدة **42 ق. أ** و التي تنص بأن اقل مدة الحمل 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر و من هنا يجب أن لا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال و الطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري [2].

و يلاحظ في المادة **43 ق.أ** أنها حددت حكم المطلقة على انه يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال.

غير أن المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيا و المطلقة بائنا هذا و تنص المادة 60ق.أ بأن عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل 10أشهر من تاريخ الطلاق ، كما أن المادة **61 ق.أ** تقضي بأن لا تخرج الزوجة المطلق من المسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها.

ولا تسمح دعوى النسب لولد زوجة أتت به9 بعد 10 أشهر من تاريخ الانفصال ، وعليه فإذا ولدت المعتدة رجعيا في أثناء عدتها ،ثبت النسب من المطلق ، وإذا ولدت بعد انقضاء عدتها بإقرارها بالانقضاء لا يثبت النسب إلا إذا ولدت قبل مضي 10 أشهر من تاريخ اعتبار العدة منقضية.

---

(1) :تشوير جيلال ، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقض التشريعي و التنقيحات المستحدثة،مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق ن جامعة أبوبكر بلقايد 2005، عدد 3،ص 23.

(2) : بلحاج العربي . المرجع السابق 194

الفرع الرابع :

ثبوت نسب ولد المعتدة من وفاة.

الحالة الأولى : أن تقر بانقضاء عدتها -4 أشهر 10أيام فإذا أتت بمولود لأكثر من 6 أشهر من وقت إقرارها يثبت نسبه من المتوفى ، لأنه يعد قد جاء من علوق حدث بعد إقرارها بانقضاء العدة ، أما اذا جاءت بولد لأقل من 6 أشهر من حين إقرارها فإنا النسب يثبت من المتوفى ، لأن المدة أقل من 6 أشهر فدل ذلك على كذبها في إقرارها بيقين و القاعدة أنه لا عبر بالإقرار الباطل .

الحلة الثانية :

إن شكت المعتدة من وفاة فلا تقر بانقضاء عدتها أو عدم انقضاء ها ، هذه المرأة إذا جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسبه من الزوج فانقضاء عدتها بـ 4 أشهر و 10 أيام شرطه أن لا تكون حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع حملها ، وهذا الشرط لا يمطن الوقوف عليه من جهتها و ما جاءت بالولد في العدة ، فإن نسبه يثبت من الزوج المتوفى[1].

الحالة الثالثة: إذا دعت الحمل ، ثم جاءت بالولد لقل من سنتين من وقت الوفاة ثبت النسب من الزوج المتوفى لأن ولادتها في هذه المدة يجعل من الممكن استاء العلوق بالولد حال حياة الزوج ، هذا فضلا أن إدعاءها فيه حمل لحالها على الصلاح..

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن المتوفى عنها زوجها تأخذ نفس حكم المطلقة بأن ينسب الولد إلى أبيه إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة **(43) ق.أ** وبهذا يكون قانون الأسرة قد وضع شرطا واحدا ووحيد لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المتوفى عن زوجته وهو ولادة الطفل قبل 10 أشهر من يوم الوفاة.

وعليه فإذا كانت الزوجة المد خول بها الحامل قد جاءت بمولد بعد يوم أو أسبوع أو أشهر من وفاة زوجها فإن هذا المولود ينسب إلى أبيه دون ريب وإذا لم يكن حملاها ظاهراً قبل الوفاة وجاءت بولد بعد ذلك فإن هذه الولد سوف يلحق بأبيه إذا كانت ولادته قد وقعت خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة.

---

(1) : محمد محمد أبو زيد ، المرجع السابق ،ص270

المـبحـث الثـــاني:

النسب في الزواج الفاسد ونكاح الشبهة.

لا يخلوا الزواج من أمرين إما أن يكون صحيحا شرعيا و قانونيا يفيد استمتاع كل من الرجل و المرأة بالآخر على وجه مقبول شرعا و قانونا، ومقتضى هذا العقد أنه لا يحل للزوجة و من حكمها أن تقترن بزوج آخر، و من أجل ذلك وضع المشرع أركانا وشروطا لعقد الزواج فإذا استوفاها كان صحيحا وإذا اختل أحد هذه الأركان أو الشروط كان الزواج باطلا أو فاسد، أو واقع رجل امرأة يحسبها زوجته لكان ذلك وطء بشبهة وعلى هذا الأساس يثور التساؤل حول مفهوم الزواج الفاسد أو الباطل وعلاقتهما بالنسب ثم إلى الوطء بشبهة و مسألة ثبوت النسب.

المطلب الأول : ثبوت النسب في الزواج الفاسد .

الزواج الفاسد هو الذي تخلف فيه أو فقد شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط[1] انعقاده غير أن المشرع الجزائري لم يفرق بين مصطلحي الركن و الشرط في المواد **32،33،34،35 من قانون الأسرة** الجزائري ، حيث أنه استعمل الركن للدلالة على لا من شروط الصحة و الانعقاد الواردة في المادة **03 ق. أسرة** الجزائري ثم يعود في المادة **33 ق أسرة** الجزائري ليفرق بين ما يعتبره ركنا و ما يعتبره شرط صحة إذا أنه يكمل بعضهما البعض [2].

فلا ركن في كل عقد هو الأجزاء التي يتركب منها وتحقق ماهيته ، أما الشروط فهي الأمور الخارجة عن ماهية العقد الا أنه يتوقف عليه صحته ، ويترتب عن انعدامها عدم الاعتداء بالعقد شرعاً، ورتب المشرع على تخلف ما أعتبرهما ركنان بطلان عقد الزواج.

أما الزواج الباطل هو الذي فقد شرطً من شروط الانعقاد إذ أن فقدان أي شرط من شروط الانعقاد يجعل عقد الزواج باطلا لا يترتب عليه أثر ، ويعتبر وجوده كعدمه ، كما لو فقد ركن الرضا ،فلا يحل به الدخول ، ولا غيره مما يجعله به العقد الشرعي ، ولا يقع فيه الطلاق إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقداً باطلا، كان هذا الدخول بمنزلة الزنا، ويجب على العاقدين أن يتفرقا اختيارا وإلا فرق القاضي بينهما جبراً .

يقول المذهب المالكي أن كل نكاح يدرا فيه الحد يلحق فيه الولد بالوطء لأن المشرع لما درأ عنه الحد فتح باب لإثبات النسب الولد منه ، أما من حيث وجد الحد لا يلحق نسب الولد بالوطء ويقام عليه الحد.

---

(1) : احمد نصر الدين . النسب في الإسلام . المرجع السابق، ص79.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

ويوضح ابن حزي –من المالكية- فيقول من شروط حد الزاني ألا يعقد ذلك بشبهة فإن كان الفعل بشبهة سقط الحد ، مثل أن يظن الرجل أن المرأة هي زوجته ، أو أن يكون نكاحه نكاحا فاسداً مختلفا فيه كالنكاح بدون ولى ، أو بغير شهود ، فإن كان النكاح فاسدا باتفاق الفقهاء ، كالجمع بين الأختين ، ونكاح خامسة بعد الرابعة ، ونكاح ذات المحرم من النسب ، أو الرضاع أو تزوج في العقد ، فيعد ذلك كله ألا أن يدعي الجهل بتحريم ذلك كله ففيه قولان:

هذا ويلاحظ أن النكاح الفاسد الذي يدرأ الحد ليس هو بذاته الذي يثبت النسب ، وإنما الوطء فيه هو الذي يثبت فيه النسب أما الزواج الفاسد الذي يجب فيه الحد لا يلحق به النسب الولد وإن وقع فيه الوطء.
و مؤدى هذا أن الزواج الذي يحصل خلل في ركن من أركانه[1] أو في شرط من شروط صحته عند المالكية قسمان:

- ❖ قسم اختلف الفقهاء في فساده وهو ما يكون فاسداً عندهم وصحيحا عند بعض الفقهاء ويستوي أن يكون هذا البعض احد أئمة الثلاث : الأحناف و الشافعية أو الحنابلة أو كان من غيرهم متى كان الخلاف قويا لقوة الدليل الذي استند إليه ، فإذا لم يكن الخلاف قوياً فلا يلتفت إليه .
- ❖ و قسم اتفق الفقهاء على فساده كالزواج من المحرمات نسباً أو رضاع أو مصاهرة.

ويقول المذهب الحنفي أن الزواج الفاسد هو الذي استوفى أركانه أو شروط انعقاده ، ولكنه فقد شرط من شروط صحته كالزواج بغير شهود و الزواج المؤقت و الجمع بين المرأة وعمتها و خالتها ، و الزواج قبل الدخول لا حكم له ، أما بعد الدخول فيتعلق به أحكام وفي بيان ذلك يقو ل الأحناف ، أن الأصل في نكاح الفاسد أنه ليس نكاح حقيقة وسبب ذلك انعدام محل حكمه وهو الملك لأن الملك يثبت في المنافع و المنافع البضع ملحق بجسم المرأة و جسمها ليس محلا للملك ، غير أن الشارع الحكيم في النكاح الفاسد بعد الدخول اسقط الاعتبار المنافي لحجة النكاح غذ درا الحد وصيانة مائه من الضياع و صيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة و لا عقوبة تجب المهر.
فجعل هذا الزواج منعقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة وقد استوفيت المنافع بالدخول فيثبت النسب لأن النكاح فاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش و الولد يثبت بالفراش فهذا الخير لا يزول قبل التفريق بدليل أن الرجل لو وطء قبل التفريق لا حد عليه ، ولو وطء بعد التفريق يلزمه الحد.
لا يشترط الأحناف لثبوت النسب في النكاح الفاسد أن يكون من الأنكحة المختلف على فسادها ، أو كون المتعاقدين يجهلان فسادها أو يعلمون هذا الفساد.

---

(1) : تشاوير جيلالي، مرجع سابق،ص11.

و الشافعية يرون ثبوت النسب في النكاح الفاسد سواء مجمع على فساده أو مختلف في فساده و لذلك يثبت النسب عندهم في الحالين، ويقول صاحب المعنى – من الحنابلة - [1] ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته فإذا أثبت هذا فإن اعتقد حله ليس عليه إثم و لا أدب لأنه من سائر الفروع المختلف فيها و من اعتقد حله إثم وأدب وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالتين.

الفرع الأول :

شروط ثبوت النسب في النكاح الفاسد

أولا: أن يكون هناك نكاح لكنه فاسد – موصوف بالفساد – أي تتحقق فيه شروط فساد النكاح.

ثانيا : أن يتحقق الاتصال الجنسي بالمرأة أو الخلوة بها خلوة يمكن فيها ذلك ، فإذا تزوج رجل امرأة زواجا فاسداً و لم يتصل بها اتصالا جنسيا ولم يختل بها خلوة يتمكن فيها من اتصال بها اتصالا جنسيا ثم أتت بولد فلا يلحق نسبه[2] بالرجل لأن الشروط في ثبوت النسب في الزواج الفاسد – عند الأحناف- هو الاتصال الجنسي بالمرأة .

ولا تكفي عندهم مجرد الخلوة لثبوت النسب بالزواج الفاسد وعلى هذا إذا تزوج الرجل امرأة زواجاً فاسدا ولم يتصل بها اتصالا جنسياً ولكنه اختل بها خلوة يتمكن فيها من الاتصال الجنسي ثم أتت بولد بعد مضي 6 أشهر أو أكثر من وقت الخلوة بها لا يثبت النسب و حجة الأحناف في ذلك هي أن الخلوة في الزواج الفاسد لا يحل فيها الاتصال بين الرجل و المرأة فإذا وجدت الخلوة بينهما فإنا وجودها لا يكون مظنه بوجود الاتصال الجنسي و على هذا لا يصح إقامة الخلوة في الزواج الفاسد مقام الاتصال الجنسي ولا يكون لها حكمه . فمن المقرر عند الأحناف أن فاسد النكاح لا يمنع ثبوت النسب متى ثبت الدخول الحقيقي لأن فساد النكاح ينفي حل الوطء و لا ينفي ثبوت النسب.

أما المالكية فيرون أن الرجل إذا تزوج امرأة زواجاً فاسداً ولم يتصل بها اتصالا جنسياً ولم يختل بها خلوة تمكنه منها ثم أتت بولد ، فإن نسب هذا الولد يثبت من الرجل ن وحجتهم في ذلك أن الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لإمكان الاتصال الجنسي في كل منهما و الخلوة في الزواج الصحيح تجب بها العقد ويثبت بها النسب فكذلك في الزواج الفاسد.

ثالثاً: أن يكون الرجل ممن يتصور أن يكون الحمل منه وهذا يقتضي أن يكون بالغا عند المالكية أو مجرد مراهق عند الأحناف. فإذا كان الرجل صغيراً لم يصل إلى درجة .

---

(1) : أحمد نصر الجندي . المرجع السابق ص 76.
(2) : محمد محمد أبو زيد ، المجرع السابق 248.

البلوغ و جاءت المرأة- في الزواج الفاسد – بولد فلا يثبت نسبه منه ، حتى ولو ولدته لأكثر من 6 أشهر من تاريخ العقد وسبب ذلك عدم البلوغ عند المالكية ، أما الأحناف فيكفي عندهم أن يكون الرجل مراهقاً – وهو من بلغ 12 سنة من عمره[1].

و مثل هذا الرجل إذا جاءت امرأته – في الزواج الفاسد- بولد ثبت نسبه عند الأحناف.

رابعاً: أن تأتي المرأة بولد بعد مضي 6 أشهر أو أكثر من وقت الاتصال الجنسي أ و الخلوة –كما هو رأى عند المالكية-الذين يرون أن كل نكاح يدرأ فيها الحد فالولد لاحق بالوطء بمعنى أنهم يتخذون وقت الوطء وقتا لابتداء مدة الحمل المعتبرة لثبوت النسب.

وعند الأحناف تعتبر مدة إثبات النسب 6 أشهر من الوطء ، فإن كانت المدة من الوطء، إلى الوضع 6 أشهر فأكثر ثبت النسب و الآ بأن ولدته لأقل من 6 أشهر لا يثبت النسب.

إذا تحققت الشروط الثلاثة السابقة، ثبت النسب من الرجل من غير حاجة إلى دعوة أي من غير حاجة إلى إقرار من الرجل وإذا ثبت النسب في الزواج الفاسد – فلا ينفي اللعان-.

أما الأحناف.أن شروط قيام اللعان عندهم قيام الزوجية الصحيحة.أما المالكية فيجيزون عندهم إجراء اللعان في الزواج الفاسد إلحاقا بالزواج وبرروا برأيهم بأنه حيث يلحق الرجل الولد يصح اللعان لحاجته إلى نفيه أو اللعان وضع لنفي الولد وتظهير الفراش وبهذا قال الشافعي و الحنابلة.

الفرع الثاني:

المدة المعتبرة لإثبات النسب في الزواج الفاسد.

إذا كان النسب عند جمهور الفقهاء يلحق بالزواج الفاسد فإنهم اختلفوا في المدة التي يعتد به لثبوت النسب.

قال فريق أن مدة النسب في العقد الفاسد تعتبر من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة وليس من وقت العقد عليها عقدا فاسد أو مؤدي هذا الرأيان الدخول بالزوجة شرط لابد منه لثبوت النسب في الزواج الفاسد وسند هذا الرأي أن الزواج الفاسد حرام ولذلك لم يرتب بمجرد ألآثار التي تترتب على عقد الزواج الصحيح، ولذلك يشترط في الزواج الفاسد الدخول الحقيقي و من وقت هذا الدخول نبدأ المدة المعتبرة في إثبات النسب .

---

(1) : أحمد نصر الجندي . المرجع السابق، ص80.

ويقول المالكية:«كل زواج يدرا فيه الحد فالولد لاحق بالوطء» [1] فهم يعتبرون الوطء ووقته هو وقت ابتداء الحمل المعتبر لثبوت النسب و كما يظهر من كتب الشافعية أنهم يعتبرون الوطء وقت ابتداء الحمل في الزواج الفاسد.

أما المذهب الحنفي فيعتد يوقت العقد أي هذا الوقت تبدأ المدة اللازمة لإثبات نسب المولود من الزواج في الزواج الفاسد وهذا الرأي سنده أن النكاح الفاسد كنكاح الصحيح في إثبات النسب حتى لا يضيع الولد.

وهناك فريق ثالث يعتبر النسب في الزواج الفاسد تبدأ مدته من وقت دخول الحكمي – أي الخلوة الصحيحة- والى هذا ذهب الحنابلة ولم يشترطوا وقوع الخلوة اكتفاء بالخلوة سندهم في ذلك أن مقدمات عندهم كالوطء.

من المعروف أن اقل مدة الحمل 6 أشهر هذه المدة تبدأ من وقت العقد عند من اعتبر العقد، و من وقت الدخول الحقيقي - الوطء- عند من اعتبر الدخول الحقيقي، ومن وقت الدخول الحكمي عند من اعتد به غير أن الرأي الصحيح هو الذي إعتبر تاريخ الوطء بإعتبار الدخول في النكاح الفاسد هو سبب إثبات النسب.

وهذه ما ذهب إليه المشرع الجزائري من الخلال المادة **46 من قانون الأسرة** بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد **32 و 33 و 34 ق.أ**

كما انه جاء في المادة34 بان كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب وان يمضي على الزواج الفاسد قبل مدة الحمل وهي 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي ، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين[2] فغن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه وطالما أن المادة **40 ق.ا** تنص بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول ، فإن المشرع الجزائري لا يعترفا بثبوت النسب قبل الدخول.

وبما أن أمر النسب مبني على الاحتياط فعلى هذا الأساس ففساد النكاح لا يمنع ثبوت النسب ومتى ثبت النسب لا يمكن نفيه بحال لأن نفي النسب بعد ثبوته لا يكون الآ باللعان لا يجري اللعان في النكاح الفاسد.

---

(1) : احمد نصر الجندي. النسب في الإسلام . المرجع السابق، ص86.

(2) : بلحاج العربي شرحقانون الأسرة الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية. الجزء الأول الطبعة 4 الجزائر 2005، ص195.

المطلب الثاني : ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه واصل ذلك فول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم»

فالمقصود بالدخول بالشبهة أن يتصور الرجل أن الاتصال بالمرأة مشروع مع انه ليس كذلك. [1]

وطء الشبهة هو الوطء الغلط فمن تحل له في المستقبل و قيل وهو كل وطء حرام لا حد فيه أما الشبهة في الحل وهي التي تنشا عن دليل مثبت للحل في المحل و هذا الدليل ينفي في الحرمة ن ويضرب الفقهاء مثلاً بقولهم : من وطء آمه ولده لا يجب عليه الحد لقيام الشبهة في المحل .

- الأمة الموطوءة – فقد قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم :«أنت ومالك لأبيك» هذه الشبهة رتب عليها الفقهاء

1. سقوط الحد لإنهاء الشبهات .
2. إلحاق النسب إذ كل وطء لا يوجب حدا فإن الولد يلحق بالوطء فيه، فهذا الوطء لا يعذران حقيقة، والظاهرية يرون عدم ثبوت النسب ويحد الواطئ.

وقد تكون الشبهة شبهة فعل يقول الأحناف إنها « ظن غير دليل عليه » فالوطء هذا ظن حل الوطء ولذلك كانت الشبهة في الفعل وليس في محل الوطء مثل ذلك أن يباشر الرجل معتدتةُ من الطلاق الثلاث ن حرمة هذه المباشرة ثابتة بالإجماع لن هذا المطلق بائنا بينونة كبرى لم يعد يملك المتعة على المطلقة في عدة مطلقها وهذه الآثار قد تترك للواطئ شبهة يظن بها الوطء.

و يرى فقهاء الأحناف أن شبهة الفعل تسقط الحد عن الواطئ لظنه حل الوطء إما عن ثبوت النسب فيه فيرون أن المحل نفسه لا شبهة فيه و إنما الشبهة في الفعل نفسه بما يعني أن الوطء كان زنا محض فلا يترتب عليه ثبوت النسب.

---

(1) : إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم . الوسيلة في شرح القانون الأحوال الشخصية.
الزواج و الفرقة و حقوق القارب. جار الثقافة للنشر و التوزيع. الطبعة1. الأردن 1999، ص314.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

وهناك شبهة ثالثة هي شبهة العقد. أي أن يكون هناك عقد زواج صورة لا حقيقة، وفي ذلك يرى أبو حنيفة أ، من عقد على محرم من محارمه من النسب أو الرضاع أو المصاهرة وهو يعلم أنها من محرمه فيطؤها بهذا العقد . فإن مجرد العقد شبهة تدرأ الحد وأن علم بالحرمة. [1]

وهذا يخالفه فيه الشافعية و المالكية و الحنابلة فيوجبون الحد و لا يثبتون النسب.

نصت المادة**342** من كتاب الأحكام الشرعية على أن الموطوءة بشبهة في المحل و في العقد إذا جاءت بولد يثبت شبهة من الوطء إن ادعاه وكذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت إلى الوطء وقيل هي زوجتك ولم تكن كذلك وقد قضى بأن المبثوثة، بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل وقد نصوا على أن شبهة الفعل لا يثبت بها النسب وإن ادعاه الزوج ، وصرح بذلك بن مالك في شرح المجمع بان من وطء امرأة زفت إليه وقيل له بأنها امرأته فهي شبهة في الفعل و أن النسب يثبت إذا ادعاه فإن كان هذا حال المبثوثة و المزفوفة في عدم ثبوت النسب ولو بدعوة الزوج أو بثبوت النسب يتوقف على الفراش.

وإذا جاءت المرأة بولد نتيجة الاتصال الجنسي بناء الشبهة ثبت نسبه من الرجل، إذا أتت به بعد مضي 6 أشهر أو أكثر من وقت الاتصال وإذا أتت به أقل من ذلك يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه، فيثبت نسبه ولإلزامه وجه.

وإذا زالت الشبهة وترك الرجل المرأة ثم أتت بولد أخذ حكم الولد بعد الفرقة من زواج فاسد وثبت نسبه و من ثبت بالشبهة

لا يمكن نفي هذا النسب بحال، لأن نفي النسب بعد ثبوته لا يكون إلا باللعان، ولا يجري اللعان في الزواج الفاسد و الوطء بالشبهة.

---

(1) : أحمد نصر الجندي. النسب في الإسلام المرجع السابق،ص89.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفرع الأول:

شروط ثبوت النسب في نكاح الشبهة

الوطء بشبهة فعل يشترط لتحقيقه أن يظن الفاعل بالفعل ،فإذا وطء رجل مبانته ثلاثا وهي في العدة سقط عنه الحد إن ظن خلها له، أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد وفي الحالين يثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإذا دعاه الرجل لأن هذا متعلق بالفعل نفسه إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في لأنه زنا، وكونه زنى في حقيقته في كل الحالات ، تستنتج عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب .

و يتحقق النسب بالوطء بشبهة إذا تحقق فيه ثلاث شروط [1] :

1. أن يتحقق الوطء فعلاً.
2. أن تكون الشبهة مسقطة للحد ن وقد قسم الحنفية الشبهة إلى ثلاث أنواع كما قد سلف.

- شبهة في الحكم أي أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم به إباحة وطء امرأة في حين أنها ليست مباحة كوطء جارية الابن أو الأب.
- شبهة في الفعل وهي أن يطأ الرجل امرأة ظنا أنها امرأته ثم تبين أنها ليست كذلك .
- شبهة في العقد وهي أن يعقد الرجل نكاحه عل امرأة ،ثم يثبت أنها لا تحل له ،وذلك كأن تكون أخته من الرضاعة.

3. أن يدعي الحمل الولد الذي حملت به المرأة من الوطء بشبهة لأن فراش الوطء وحده لا يثبت النسب وأما يثبته استلحاق الرجل الولد به.

ولا يثبت النسب إلى المُواقع بالدخول بالمرأة بأي نوع من أنواع هذه الشبهة ، إلا إذا ادعى الرجل الولد الذي وُلد بعد هذا الدخول فالفراش نفسه لا يثبت النسب في هذه الحالة، وإنما يثبتها إقرار الرجل في أي وقت من تاريخ دخوله بمن اشتبه فيها بنوع من الشبهة من قبل انه هو أعلم بنفسه[2] .

---

(1) : محمد سمارة. أحكام وآثار الزوجة . شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية.
دار الثقافة للنشر و التوزيع طبعة1. الأردن 2008،ص375.
(2) : محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. المكتبة العلمية لبنان2007، ص375.

الفرع الثاني :

قواعد في إثبات النسب بنكاح بشبهة

1. الشبهة في المحل و الشبهة في العقد هي شبهة حكمية ولذلك يثبت بها النسب مطلقاً، لأن الشبهة هنا فيها دليل قائم يقتضي الحل إذا العقد فيهما فاسد ويسقط به الحد ويثبت به النسب، لأن هذا الأخير يحتط في إثباته وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول.
2. ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية. فقد يثبت النسب شرعاً بدون زوجية كما يثبت بعد الوطء بشبهة .
3. كوجب قواعد الشريعة الإسلامية الاحتياط في الأنساب وتثبيت النسب و تورث به في النكاح ولو كان فاسدا أو بشبهة.

إن إثبات النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تصمنها المشرع الجزائري في المادة**40 ق.أ** وهو أن تأتي به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثر وقد نصت المادة **34 الأسرة** على كل الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء آو العدة[1].

(1) : عبد العزيز سعد . المرجع السابق،ص 104.

الفصل الثاني: إثبات النسب بالإقرار و البينة و بالطرق العلمية الحديثة

المبحث الأول :

ثبوت النسب بالإقرار و البينة

بالرجوع إلى المادة **40ق.أ ج** نجدها تنص انه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار و البينة....." وبالتالي فالإقرار و البينة هما وسيلتان من وسائل إثبات نسب المولود وهنا نطرح السؤال فما هو الإقرار؟ و ما معنى البينة؟

المطلب الأول :

ثبوت النسب بالإقرار

الإقرار يعني الاعتراف ، يقال اعتراف فلان بشيء أي اقر به، و الإقرار هو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معنا ابنه أو ابنته، سواء كان المقر ذكرا أو أنثى و سواء كان المقر له أيضا ذكرا أو أنثى.

و في هذا المعنى نصت المادة **44 ق.أ** على أنه يمكن أن:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة. أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض أو الموت متى صدقه العقل أو العادة ".

و نصت المادة "**45**" بعدها عل أن:" الإقرار بالنسب في غير الأبوة و البنوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه" [1].

ومن محاولة تحليل هذين النصين يتضح لنا انه يوجد نوعان من الإقرار و هما:

- الإقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة.
- الإقرار في غير الأبوة و البنوة و الأمومة.

---

(1) : د/ عبد العزيز سعد . المرجع السابق، ص103.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفرع الأول :
" أنواع الإقرار"

1) الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:

فبالنسبة للإقرار بنفس المقر، وهذا النوع من الإقرار يثبت به نسب متى توفر شرطين هامين وأساسين هما:

أ) أن ينصب الإقرار على الشخص مجهول النسب، من جهة الأب إذا كان الذي يدعيه رجل، ومن جهة الأم إذا كانت تقر به امرأة طبقاً للمادة**44 ق.أ.ج** و لأن إذا كان المقر له معلوم النسب إلى الأب معين لا يعتبر هذا إقرارا، بل للتبني يخضع لأحكام **46.ق.أ**.

ب) يشترط أن يكون الإقرار يقبله العقل و العادة أو الحس السليم وذلك بان يولد مثل المقر له بالبنوة من مثل المقر بحيث يكون فرق السن بينهما محتملا لهذه الولادة مثلا: لا يعقل أن يكون سن المقر بالأبوة عشرين سنة بينما المقر له بالبنوة في العشر سنوات[1] .

بالإضافة إلى أنه لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين سنة من عمره أو أنه عاجز تماما أو مريض بالعقم أن يدعي أو يقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته حيث أن مثل هذا الإقرار لا يقبله العقل و لا العادة.

جـ) بالإضافة إلى الشروط التالية هناك شرط ثالث يجب توافره لإثبات النسب بطريقة الإقرار وهو لم يرد النص عليه صراحة في المادتين**44 و45 ق.أ** إلا انه يمكن استنتاجه من قصد المشرع ومن عموم المبادئ العامة وهو شرط وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن الزواج الشرعي صحيح بحيث لا يجوز للمقر بأن يصرح أثناء إقراره بان ابنه ابن زنا كون الزنا جريمة لا تصلح لإثبات النسب[2] .

---

(1) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق، ص198.
(2) : د/ عبد العزيز سعد . المرجع السابق، ص104.

د) لا حاجة ولا ضرورة لصديق المقر له بالبنوة، سواء كان مميزا أو غير مميز، لعد اشتراط القانون ذلكن وهذا ما نصت عليه المادة 45 ق.أ على أن الإقرار بالنسب في غير النبوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بالتصديق فيكون قد استثنى الإقرار بالنبوة من التصديق[1].

2)- الإقرار في غير النبوة أو الأبوة أو الأمومة:

بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير، فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضا [2].

فهذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر، ولا فرع له، وإنما قريبه قرابة الحواشي، أي لهما أصل مشترك،هو أبوهما عند الإقرار بالأخوة ، وجد المقر و أب المقر له أن كان الإقرار بالعمومة [3].

فبالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر يضيف القانون الجزائري شرطا آخراً وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار. ففي قوله هذا أخي ستنشأ بينه وبين ذلك الشخص قرابة أخوة لكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف بها الأب نفسه وصدقه.

فثبوت الإقرار بالأخوة و العمومة معلق على تصديق المحمول عليه(**الأب)** على هذا الإقرار طبقا للمادة**45 ق.ا.ج** " الإقرار بالنسب في غير البنوة،و الأبوة ، و الأمومة ، لا يسري على غير المقر إلا بالتصديق" [4] .

الفرع الثاني:

" تميز النسب الثابت بالإقرار عن النظام التبني و نظام اللقيط":

التبني هو أن يتخذ الإنسان لبن غيره المعروف نسبه ابنا له، وقد كان نظام التبني معروفاً في الجاهلية، واستمر عدة من الزمن في صدر الإسلام، حتى جاء الإسلام وأبطله الله تعالى بقوله:﴿ أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾ [5].

---

(1) : د/ سعد فضيل. المرجع السابق، ص219-220.
(2) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق، ص198.
(3) : د/ د/ سعد فضيل. المرجع السابق، ص221.
(4) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق، ص198-199.
(5) : سورة الأحزاب. الآية رقم4-5

و من هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني، و لا يترتب على المتبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء و الأبناء، وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري في المادة**46 ق.أ** : " يمنع التبني شرعا وقانونا" [1] .

و بذلك التبني يختلف عن الإقرار بالنسب ، إلى أن الكثيرين ى يميزون بين كل من نظام التبني ونظام الإقرار بالنسب، و يجعلانهما نظام واحدا، إلى أن المر خلاف ذلك تماما، فلإقرار بالنسب هو إقرار نسب صحيح شاءت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته فالإقرار عبارة عن كشف واقعة شرعية صحيحة وليست إثبات واقعة جديدة ، وبالتالي فالنسب الثابت بالدعوى نسب حقيقي وهو يختلف عن التبني الذي يشجعه البعض كل أزمة اللقطاء و الأولاد غير الشرعيين في البلاد.

و بالرجوع إلى أحكام المادة **46 ق.أ** فإنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب فلانا إليه ويسجله تحت لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية و لا موجب حكم قضائي و كل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير و معاقبته بمقتضى قانون العقوبات . [2]

أما**" اللقيط "** فهو مولود حيٌ حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب و لا أم طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرار من التهمة الزنا أو لغير ذلك من السباب .

و حكم التقاطه أنه" فرض عين" على من وجده في مكان يغلب عليه الظنُ هلاكه لو ترك فيه، " و مندوب" إذا لم يغلب على الظن هلاكه، وفرض " كفاية" على المسلمين إن قام به أحدهم سقط عن الباقين. وأحق الناس بإمساك اللقيط من التقاطه لأحد من حاكم أو غير ه أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا كان غير أهل لحفظه و رعايته.

و النظام المتبع في الجزائر هو ـن من وجد لقيط يسلمه إلى رجال الشرطة و هؤلاء يسلمونه إلى أحدى دور الرعاية الاجتماعية لاستقبال اللقطاء.

وقد نصت **المادة67 من قانون الحالة المدنية** على انه " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا لأن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه".

---

(1) : د/ بلحاج العربي . المرجع السابق، ص200-201.

(2) : د/ عبد العزيزسعد. المرجع السابق، طبعة1989 قبل التعديل، ص220.

هذا ويعاقب القانون العقوبات **[442/ ق.ع.ج]** على عدم الإبلاغ عن الطفل حديث الولادة لمن يجده ولا يسلمه لضابط الحالة المدنية بالحبس من " 10 أيام- شهرين و غرامة مالية من 100- 1000 دج أو بإحداهما" [1].

هكذا يتضح التبني و الالتقاط لا أثر لهما على الإطلاق في إثبات النسب و ما يترتب عليه من أثار قانونية: كالتوريث على انه يمكن معالجة قضية التبني و الالتقاط بالإقرار و بالبينة، و التي ستكون موضوع المطلب الموالي.

.

المطلب الثاني :
" إثبات النسب بالبينة:"

لقد جاء في نص المادة **40 ق.أ.ج** على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...." فالمراد بالبينة هي الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية، وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما ، من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات، وللبينة معنيان:

- معنى العام: وهو الدليل أيا كان نوعه اعترافا، كتابة، شهود....
- معنى الخاص: وهو شهادة الشهود دون سواها.

لكن ما المقصود بالبينة الوارد ذكرها في المادة **40 ق.أ.ج**؟ هل هي البينة بالمفهوم العام أو البينة بالمعنى الخاص؟

الفرع الأول:
"مفهوم البينة"

إذا ما عدنا إلى النص المادة **40 ق.أ.ج** نجد المشرع قد استعمل لفظ البينة قي النص العربي، وبالمقابل استعمل لفظ**"PREUVE"** في النص الفرنسي.

إلا أن لفظ أو مصطلح **" PREUVE"** يفهم منه أن المقصود بالبينة هو المفهوم أو المعنى العام(كتابة أو اعتراف أو شهود..).

---

(1) : د/ بلحاج العربي . المرجع السابق، ص202-203 .

إلا أن المقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون سواها و الدليل على ذلك هو ما جاء في الأمر **05-02** المؤرخ في 02/27/ 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الذي استحث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة **40 ق.أ**.

و سنحاول التطرق الى البينة بمفهومها الخاص الوارد في النص المادة وهي شهادة الشهود.

الفرع الثاني :

" البينة(شهادة الشهود) كوسيلة لإثبات النسب":

يكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدليين أو رجل وامرأتين عدول. فإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص، فادعى كل منهم أنه ابنه، فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه [1].

وذلك لأن البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، و البينة عادة ما تكون مطلوبة في حال الإنكار من الزوج أو من الآخرين، فلو دعت المرأة أمومة الطفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة [2].

تمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعي عليه وحده، بل قد ثبتت في حقه وحق غيره، أما الإقرار وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

وعليه إذا ادعى إنسان على آخر بنوة أو أخوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعي عليه دعواه فالمدعي أن يثبت دعواه بالبينة و حينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بنا عليه من حقوق للطرف الآخر.

---

(1): د/ بلحاج العربي. المجرع السابق،199

(2) : د/ بن شويخ الرشيد. المرجع السابق، ص236.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

قد تكون دعوى البنوة أو الأبوة في حياة المدعي عليه دعواه فتسمع مجردة ، ويرد الإثبات فيها على النسب قصدا وإذا كان المدعي عليه ميتا وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث أو الدين أو النفقة لأن الدعوى على الميت هي دعوى على غائب فلا تسمع **(م 85من ق. الإجراءات المدنية)** [1].

كما أنه في حالة ما إذا ادعت المرأة أنها حملت من زوجها، وولدت في غيابه، وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها ، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر المولود، فإنه بالإمكان شرعا وقانونا، إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة.لكن هل شهادة النساء كافية لإثبات النسب؟.

أجابنا عن ذلك قوله تعالى: ﴿رجل وامرأتان﴾ وكذلك ﴿ ممن ترضون من الشهداء﴾ [2] فجمع في هذه الآية رد شهادة غير العدول وشهادة النساء وأن كثرت.

و قوله صلى الله عليه وسلم: "شهادة النساء جائزة فينا لا يستطيع الرجل النظر إليه".

للبينة الأخرى شروط نصت عليها المواد من **61- 75 ق.الإجراءات المدنية** ، حتى تقبل . كما أن المشرع الجزائري فد وفر للبينة الكثير من الضمانات نذكر منها ما جاءت به المادة **235 ق. العقوبات** التي فرضت عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور فقد نصت عل انه:" كل من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلا خمس سنوات و بغرامة مالية من 500- 2000 دج".

إلا أن ذلك لا يفهم على إطلاقه بأن النص لا يطرح أي إشكال يذكر، لأن إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجيتها، فتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة و تحديدا مسالة سلطة القاضي في تقدير هذه الطرق العلمية، فعلى سبيل المثال استند الباحثون أنه لا مانع شرعي في اعتماد البصمة الوراثية قي إثبات النسب نظرا لقيمتها القانونية الحتمية.

وهو ما جعل من الضرورة بنا كان التساؤل عن هذه الإشكالية التي سيتم الإجابة عنها في المطلبين.

---

(1) : د/ بلحاج العربي. المرجع السابق،ص199.

(2) : سورة البقرة. الآية رقم 282.

المبحث الثاني :

الطرق البيولوجية الحديثة.

لقد اتضح تأثير المشرع الجزائري إثر التعديل الذي طرا على القانون الأسرة بموجب الأمر **05-02** المؤرخ في 02/07 /2005 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسايرا في ذلك التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيا ت في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة ، حيث فتح المجال واسعا لقضيا لم تشهدها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية و الشخصية ن ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفترة الثانية من **المادة 40**(و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).

إلى أن ذلك لا يفهم على لإطلاقه بأن النص لا يطرح أي إشكال يذكر ، لأن إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجيتها ، فتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حوا هذه الطبيعة وتحديدا مسالة سلطة القاضي في تقدير هذه الطرق العلمية ، فعلى سبيل المثال استند الباحثون أنه لا مانع شرعي في اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرا لقيمتها القانونية الحتمية.

و هو ما جعل من الضرورة بما كان التساؤل عن هذه الإشكالية التي سيتم الإجابة عنها في المطلبين:

- ✓ المطلب الأول : تكريس الطرق البيولوجية لإثبات النسب.
- ✓ المطلب الثاني : حجية الطرق البيولوجية و سلطة القاضي في تقديرها.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

المطلب الأول :

تكريس الطرق البيولوجية لإثبات النسب:

لقد كان المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي سباقا للاعتداد بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة [1].

إلا أن هذا الطرح لم يجد صداه لدى المشرع الجزائري في القانون رقم **84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984** المضمن قانون الأسرة الذي لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من الوسائل لإثبات النسب مكتفيا في ذلك بالطرق المقررة شرعا و المنظمة في المادة **40 الفقرة الأولى من قانون الأسرة**، بإضافة إلى الجدل القائم حول قيمة الأخذ بهذه الطرق وعدم حصر المشرع لها، مع العلم بأنها تختلف بين التي يمكن نفي النسب بها فقط دون أن تكون وسلة لإثبات .

الفرع الأول :

إشكالية إدماج الطرق البيولوجية لإثبات النسب

لقد كانت مسالة إثبات النسب بالطرق البيولوجية في البداية محل جدل فقهي وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب و الرافض للطرق البيولوجية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أن اللعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى: ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله.....**﴾ [2] .

---

(1) : المشار إليه في " البصمة ومدى حجيتها قي الإثبات" مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 13 لسنة2005ص 82.

(2): الآية من 6 إلى 8 من سورة النور.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

فالمالكية ذكرت إذ أن الزواج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان وأي اعتماد على الطرق البيولوجية دون ذلك فهو تزيد على كتاب الله وان الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" الولد للفراش وللعاهر الحجر" فاهم بذلك الشبه البين وهو الذي يعتمد على البصمات الوراثية، كما أن الأستاذ الفقيه الجزائري محمد شريف فاهر عضو المجلس الإسلامي الأعلى ،ذكر أن العلم حقيقة نسبية بينما القرآن الكريم كلام إلا هي لخلق الكون لأنه حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان و مكان وهو فصل في مسالة إثبات أو نفي النسب معللا رأيه أن النص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية" اجتهاد مع وجود النص".

وانطلاقا من كل ذلك تبنى المجلس الإسلامي الأعلى موقف صريح في مسالة النسب بالطرق البيولوجية رغم عدم إصداره لأي فتوى توضيحية لذلك مستظهرا وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو تنفي النسب.

واعتمادا على كل ذلك قرر هذا الاتجاه عدم جواز الطرق البيولوجية في مسألة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس من عقل و نفس ونسل ودين ومال، كما انه لم تسمح باستعمال هذه الطرق حماية لحياة الإنسان وحفاظا لتعريض النسل وانتمائه لأي خطر كان فيه قد يكثر عديمي النسب و اللقطاء.

ولقد كان المشرع الجزائري متأثرا فيما سبق ذكره أثناء سنه لقانون الأسرة 1984 غذ لم يعتمد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة**01/40** من نفس القانون رافضا استعمال الطرق البيولوجية كوسيلة لذلك ،وهو ما كان قد كرسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جوان 1999 الذي جاء فيه " حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة**40** و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع ، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكمة إلى التشريعية، الأمر التي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس [1].

---

(1) : المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 222674 قرار بتاريخ 1999/06/15 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص طبعة2002، ص88 .

وقد أضاف قضاة الحكمة العليا في قرارهم الصادر في 1994/02/14 " من المقرر قانونا أيضا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة وبنكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد **32-33و34 من قانون الأسرة".**

يتضح من كل ما سبق أن قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النص في المادة **40 لقانون الأسرة** التي تعدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها وكانت تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف اثبت النسب أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق البيولوجية تجاوزا للسلطة كما أنها كانت تعتبر ذلك تشريعا في حد ذاته.

لم يكن الرأي المذكور أعلاه و الرافض للطرق البيولوجية لإثبات النسب جامعاً بين فقهاء القانون ذلك أن اجتهادا آخرا رأى في استعمال هذه الطرق وسيلة حتمية بنتائج ملموسة فراو أن الآية التي استدل بها الفريق الأول ن إنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة أو درأه عنها[1].

واعتبارا لكل ذلك و محاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات البيولوجية الحديثة فانه قد أدرج الطرق البيولوجية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر**05-02** في الفقرة الثانية من المادة **40** سالفة الذكر.

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها علما أن البحوث العلمية و التوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق البيولوجية يتصف الأول منها بكونه" قطعي "و الثاني ضني الثبوت يعطيا مجرد احتمالات بل وأحيانا نتائج يتحدد مجالها في النفي النسب فقط.

---

(1) : من بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين، د/ يوسف القرضاوي و محمد المختار السلامي، و عبد الله محمد عبد الله ، وأبن القيم

الفرع الثاني :

أنواع الطرق البيولوجية لإثبات النسب.

من بين الإشكالات التي أثارتها المادة **40 فقرة 02 من الأمر 05-02** أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط استعمال الطرق البيولوجية في مسألة أثبات النسب نتيجة عدم تحديد وحصر المشرع لها ، لذلك تطلب المر الاستعانة إلى ما توصلت إليه البحوث الطبية و الدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنته هذه الخيرة من طرق قطعية الدالة وأخرى لا ترقى بالشك إلى يقين كونها ظنية لهذا ستكون دراستنا علمية بحثه.

فقرة الأولى:

الطرق البيولوجية القطعية: توصل العلماء إلى اعتبار كل من البصمة الوراثية **(ADN)** و نظام **(HLA)** و الذي يتصل بالمناعة طرقا بيولوجية لإثبات النسب بصفة قطعية لأن دقة ثبوتها تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة الخطأ فيها: 01/ 2.000.000 مرة [1] .

- **أولا نظام البصمة الوراثية ADN:**

لقد رأى العديد من العلماء و الباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، والتي تعنيفي مصدرها اللغوي مصطلح قافه بمعنى تتبع أثره ليعرفه فا لقائف هو الذي يتبع الأثر ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأبيه و أخيه، بمعنى يعرف النسب بفراشه و نظره لأعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء اللذين استدلوا بحجيتها بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت :" دخل على رسول الله صلى اله عليه وسلم ذات مرة يوم مسرور تبترق أسارير وجهه، فقال : الم ترى أن مجززا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث و أسامة ابن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: عن هذه الأقدام بعضها من بعض"

---

(1) : بن داود عبد القادر . المرجع السابق نص109.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

فرأوا في سرور الرسول الله صلى الله عليه وسلم دلالة على إقراره بالقيافة.

إلا أن البعض الأخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لإخلاف موضوعهما و الأسس التي تبنى عليهما القيافة تعتمد على الشبه الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على البينة الخلية الجسمية أي على الحس و الواقع، لذلك فالقيافة باب و البصمة الوراثية باب آخر [1].

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطأ في تحقيق من إثبات أو نفي نسب الولد لبيه هذا لظهورها بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر ويعتبر**(ADN)** العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان، عندما تلتقي البويضة مع الحيوان المنوي، إذا **(ADN)** لكل من الأب و الأم بكونه متحدا و يتشكل من لفائض مزدوجة الجانب على هيئة رقائق تسمى(رقائق الحمض النووي الحلزونية يبلغ سمك جدارها من 50 مليون ملم وقطر هذا الحلزون 50/1 مليون متر مكعب) .

وتساهم البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب باعتبارها تقنية ذات قوة تدلية قطعية في ذلك فهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء الدم، المني، الشعر أو في أي عضو من أعضاء الجسم وهو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات تحمل موصفات تختلف من شخص لأخر، وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل [2].

بتحليل(**ADN**)، ومكونات (**ADN**) لأب لإثبات الأبوة و (**ADN**) الأم لإجراء المطابقة بين (**ADN**) الطفل و(**ADN**) الأم و الأب إذا تمت المطابقة ثبت نسب الطفل لأب أو الأم أ, كلاهما معاً إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي النسب الطفل إليهما.

---

(1) : البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات" المرجع السابق ،ص 83

(2) : د/حسين علي شحزور المرجع السابق "، ص262.

و الدكتور إبراهيم صادق الجندي. تقنية الوراثية، وإمكانية التحايل عليها،ص48

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

و اللجوء إلى البصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية لتحديد على أساس أن دقة صبوت النسب أو نفيه بهته الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة **99.07%** وتقول التقارير أن تطور العلوم يشان الحمص النووي كفيلة بالوصول به في ظرف زمني قريب إلى نسبة 100% [1].

لهذا يرى الأستاذ بن داود عبد القادر ضرورة تقنين جواز اللجوء للطرق البيولوجية القاطعة التي قد يقع تحديدها عن الطرق التنظيم تمييز لها عن الطريق الظنية مادام أنه لا مانع شرعي في ذلك.

كما أن الباحثين استندوا في اعتماد البصمة الوراثية طبقا لما جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة بتاريخ 21 رجب 1422هـ الموافق 8 أكتوبر 2001 توصل أن الإسلام يقر الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب ،فقد ذكر الأمين العام للمنظمة في جريدة البيان بتاريخ 2001/10/09 الدكتور أحمد الجندي أن 26 باحثا شاركوا في أعداد بحث البصمة الوراثية وذلك من الناحية الطبية والشرعية وتوصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ن و ضرورة الاحتكام إليها في حالة التنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن الإستلحاق مجهول النسب أو إنكار النسب و توريث مجهول النسب وإذا اقر بعض الإخوة ونفاها آخرون وفي حالة ادعاء امرأة بأمومتها بشخص ما دون دليل على ولادتها له ن كما انه ذكر أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الجنائي الوراثي حسب كل خلية خلايا جسمه لا يشاركه فيها أي شخص آخر وهو ما يُعرف كما سبق الذكر بـ **(ADN)** [2] .

---

(1) : بن داود عبد القادر. المرجع السابق، ص109-110.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

a. ثانيا : نظام HLA (مرتبط بالمناعة).

يعتبر نظام **HLA** إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق البيولوجية القطعية في إثبات أو نفي النسب، فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله أكثر فعالية في مجال النسب نفيا وإثباتا ، فنظام **HLA** مهم جدا باعتباره**(Polymorphe)** رغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا انه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الأب و الأبناء **(transmission génétique)** مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص. **le playmorphisme de système HLA en non fait le plus important de tout les système de marqueur connus en biologie lumineux.**

فهو الأهم في نظام التمييز البيولوجي المعروفة حاليا.

المركب **HLA (complexe HLA)** يشكل في الحقيقة من خمسة أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي منفرد.

Il permet une identification biologique exiptionelles .

يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين من **HLA** مختلفين عن بعضهما البعض واحد من الأب و الآخر من الأم تسمح بالتمييز بين أفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل أنظمة الأخرى مجتمعة ، إن قطعية إثبات النسب بواسطة نظام **HLA** قد يقف عائقا أمام حالة الزواج**(العائلي Le mariage consanguin)** أو المتكرر فإن الطفل هنا يحصل من والده على مركبين **HLA** متشابهين ينصب الاستنتاجات و التحاليل المخبرية، مما يستدعي اللجوء إلى إثبات النسب عن الطريق البصمة الوراثية **ADN**.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفقرة الثانية : الطرق البيولوجية الظنية.

أولا: نظام ABO/ فحص الدم

أظهرت الأبحاث العلمية من فتية طويلة أن دم أفراد بني البشر يتنوع إلى عدة فصائل و أن لكل فصيلة خصائص محددة[1] ، ومن هنا أخذ نظام فحص الدم كأحد الطرق البيولوجية الشائعة الاستعمال في مجال نفي النسب، ذلك أن فصيلة الدم كل من الأب و الأم تتحدد عن طريق تحليل فحص الدم .

فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم أو مع الأب وبما أن الأم معروفة بواقعة الولادة، فإذا كان له خاصية لم تكن موجودة لدى أمه فهي بالضرورة موجودة عند الأب ، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض، فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، ويتم على أساسها نفي النسب[2] وحتى تتضح الصورة أكثر نورد المثال التالي:

التراكيب الجينية	الأجسام المضادة	المادة المولدة	الفصيلة
نقي (AA) هجين (AO)	B	A	A
نقي (BB) هجين (BO)	B	B	B
(BA)	-	AB	AB
(OO)	AB	-	O

(1) : محمد محمد أبو زيد. المرجع السابق،ص276.
(2) : محمد محمد أبو زيد. المرجع السابق،ص 177 .
(3) : www.islamouline.net

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

ولتوضيح أكثر نذكر الأمثلة الآتية:

- الأم **(0)** و الابن**(A)** ففي هذه الحالة إذا كان الرجل **(0)** فيستحيل أن يكون هو أب الطفل، لأن بالضرورة قد حصل على الخاصية (A) من أبيه الحقيقي ،
- الأب **(B)**و الأم **(B)** إذا الأب **"BB"** أو **" B 0"** و الأم **"BB"** أو **"B0"** فحتما الأطفال إما **"0"**أو**"B"** أو**"B0"** مستحيل أن يكون للأولاد في هذه الحالة أخا **"A"** أو **"AB"**

ثانيا: نظام MNS :

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على هذه الخصائص الوراثية النادرة جداً، يستخدم بنفس الطريقة كنظام **ABO** فعلى سبيل المثال :

الأم **M+N+** الابن **M-N+** الأب المفترض **M+N-**.

ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على **N +** من أمه و بالتالي **M-** من أبيه لكن الأب المفترض M+ وليس M-، إذا فالنسب منفي بطريقة علمية و تجدر الإشارة إلى وجود حالة خاصة تتمثل في حالة وجود **(M6+)** الأب المفترض **M6-**/ الأم **M+N+**/ الابن **M6+N+** .

ففي هذه الحالة لا يمكن نفي النسب الابن للأب المفترض لأن الابن حصل على**(M6+)** من أمه وقد يكون قد حصل على **N+** من الرجل ولكن نظرا لأن خاصية نظام **M6+** نادرة جدا فإنه يمكن القول أن هناك احتمال كبير أن يكون الرجل هو الأب الفعلي للطفل .

ثـالـثا: نظام مجموعة البروتينات : LES GROUPES DE PROTINES

هو نظام متعددو متغير نظرا لتعدد وتغير هيئات مظهر البروتينات الموجودة في محل وأنزيمات الكريات الحمراء، وهو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العاديةABO ، لأن مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، ويستعمل في التحاليل و الدراسات . نفس البادئ كالأنظمة الدولية، يبقى التمييز مقتصر فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق البيولوجية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا للحصر، والتي يعتاد إليها في مجال النفي وتعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد في جانبها أكثر من 30 نظام عالمي يستعمل في هذا المجال عن التطورات البيولوجية الحديثة منها :

نظام الإفرازات اللعابية **Les système de sécrétion salivaire نظام pelle نظام duffr نظام Kidd** .

الفرع الثاني :
نفي النسب بين نظام اللعان و البصمة الوراثية.

نظرا لأن العلوم الطبية والبيولوجية أصبحت تلعب دورا بارزا في مسألة إثبات النسب أو نفيه ، فالسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو هل يوجد تعارض بين لجوء الزوجية لاستخدام الطرق البيولوجية لإثبات نسب مولدوها من الزوج وبين طلب الزوج إجراء اللعان؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل متعلقة بالقاعدتين الأصوليتين المعروفتين وهما **" أن اليقين لا يزول بالشك"** وقاعدة **" البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر".**

وعليه يمكن القول أن اللعان ليس من لزومه نفي النسب ، لن اللعان يقوم بنفي النسب على الشك لا على اليقين ، على العكس ما تأكده البصمة الوراثية وسنوضح ذلك من خلال ما يأتي :

أولا : نفي النسب ليس من لزوم اللعان.

إن المتفق عليه فقها بأن للزوج عند تعذره لإقامة الدليل بما يدعيه طلب اللعان لنفي نسب الولد الذي أتت به الزوجة، وإن كان هذا الإجراء مشروط بعدة قيود وأهمها أن لا يكون قد سبق للزوج أن اقر به.

وهذا ما جاء في قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/28 " من المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثماني أيام من يوم العلم بالحمل"[1] ، وأكدت ذلك في قرارها المؤرخ في 1998/10/20 حيث جاءت فيه: " من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو بروية الزنا [2] .

(1) : مع ن غ اش 1997/10/22 ، ملف رقم 172379، م ق 2001 ، عدد خاص،ص 70 .
(2) : م ع غ أش 101992/20، ملف رقم 204821، م ق 2001 ، عدد خاص ،ص 82 .

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

وهذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قرره المؤرخ في 1984/11/19 حيث جاءت فيه :" بأن النسب إذا أنكره الطاعن هو ثابت من خلال عناصر الملف الدعوى و التصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته مع أهلها و المكوث معها في الخفاء ، مدة لا ينكرها الزوج و لم يعار فيها فانه بعدم إنكار الحمل يوم سمع به ، أو لولد من ولادته في المهلة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء قواعد اللعان، سقط حقه في إنكار النسب"[1] .

يظهر مما سبق أن الزوج إذا أقر بالنسب ضمنيا أو ، فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك لأنه بإقراره فقد ثبت النسب ن وهذا الأخير هو حق للولد لا يملك الأب الرجوع فيه.

ولكن إذا تراجع الزوج عن إقراره بالنسب ألا يعد ذلك قذفا واتهاما للزوجة بالزنا، ومن ثم يمكن لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعنة بينهما وبين زوجه إلا أن الإجراء الملاعنة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج ، فالولد يبقى منسوبا إليه ويجري اللعان وفقا للعار عن الزوجة.

وبالتالي القاضي يمكن أن يستجيب لطلب الزوجة بإجراء اللعان ولكن يعطل أثر نفي النسب وترتيبا على هذا المنطق يمكن القول أن القاضي أن يجري الملاعنة دون أن يعوق ذلك في الاستجابة لإجراء فحص الدم، فإجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء الفحص الدم عن طريق البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا ، فإن كانت النتائج تؤكد انتقاء النسب فإن الإشكال في هذه الحالة يتحدد أثر اللعان في نفي النسب مع نتائج البصمة الوراثية، ولكن إن جاءت النتائج تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملاعن، حكم القاضي بلزوم النسب دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائما لكسب الفرقة بين الزوجين.

---

(1) : مع ، غ أش 1984/11/19، ملف خاص 34046 ، م ق 1990 ، عدد خاص01،ص 07 .

وهكذا يرفع التعارض بيت استخدام فحص الدم – البصمة الوراثية- في حالة الدلالة على ثبوت النسب ، وبين إجراء اللعان و أثر النافي للنسب [1] .

ثانيا: نفي النسب بطريقة اللعان يقوم على الشك لا على اليقين.

تم اتفاق العلماء على أن الولد المنتفي نسبه باللعان يلحق بأمه ، غير أن الفقه الإسلامي اقر أن الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر في منزلة مجهول النسب ن فلا يجوز لأحد غير الزوج الملاعن أن يدعي نسبهن وان هذا الولد إن نفي نسبه تبقى له بعض الأحكام لمن نفاه، حيث لا يحل لأحدهما إعطاء زكاته لآخر و لا تقبل شهادة أحدهما للآخر و لا يقتل الأب به قصاصا إذا قتله، وتثبت بينها حرمة المصاهرة ، فلا يجوز أن يزوجه من أولاده، كما لا يجوز أن يتزوج امرأته التي عقد عليها و بالعكس ولكن يكون أجنبيا في بعض الحكام كالتوارث و النفقة [2] .

الفرع الرابع:

عوائق تطبيق الطرق البيولوجية لإثبات النسب.

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق البيولوجية الحديثة فإن أعمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون وجود عقبات و عوائق قانونية قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا وهي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية.

أولا : العوائق القانونية:

و من هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة واحترام السلامة الجسدية، وعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

1) حرمة الحياة الخاصة: تنص المادة **34 من الدستور** 1996 على انه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو مساس بكرامته".
فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق البيولوجية في النسب، و خصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج و الزوجة وتكون ذات طابع شخصي خاص .

(1) :جيلا لي تشوار المرجع السابق، ص 11، 12.
(2) : محمد محمد أبو زيد، الرجع السابق ،ص294- 299 .

2) انتهاك السلامة الجسدية: تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات وعلى كل ما يسمى سلامة الإنسان" وقد تنطوي الطرق البيولوجية على مساس هذه السلامة الجسدية نذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان والذي قد يؤخذ منه بطريقة الإكراه، و هو ما يعد مساسا بسلامته الجسدية.

3) عدم جواز لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدئيا عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسهن وه ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق البيولوجية إذ أنها تقوم على إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما قد يجعله دليلا باطلان طبقا لقانون الإجراءات.

ثانيا: العوائق المادية

1- **وجود مخبر علمي واحد ووحيد :** لقد خصص قسم البيولوجي الشرعية من خلال تدشين الـ**(ADN)** بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس و تشجيع العمل بالعمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال ، حيث يشرف عليه تقنين و باحثين مختصين في علم البيولوجي و الوراثة ، تتجلى أهميته في البحث عن الدليل بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في مجال الجنائي أو في إثبات و نفي النسب باعتبار الطرق البيولوجية وسيلة مستحدثة في مادة **40** للفقرة الثانية من قانون الأسرة المعدل و المتمم إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على مستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق البيولوجية من طرف المشرع وقف عائقا ماديا حال أمام صعوبة استساغة الأمر من خلال الوجه التالية:

أ- يتطلب اللجوء إلى الطرق البيولوجية توافر ذو جودة عالية وتقنية محضة نظراً لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.

ب- يتطلب اللجوء إلى الطرق البيولوجية الإلمام الشامل و المعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال ، الذي يرتكز على الفرضيات و الحالات النادرة واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة يجب مراقبتها بصورة دقيقة فمثلا اثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل من 20 نظام غي هذا المجال للوصول إلى نتيجة الحتمية في إثبات أو نفي .

ت- يتطلب اعتماد نظام **(HLA)** دون سواه إمكانية ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر علي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات و الاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة و الشائكة.

2- مسألة مصاريف الخبرة :

إذا كان اللجوء إلى الطرق البيولوجية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول الى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر إلى آلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها ، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى ، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية و الاقتصادية لمواطن الجزائري ، مما يستدعي القول بان مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جداً.

المطلب الثاني :

القيمة القانونية للطرق البيولوجية:

لم يشير المشرع إلى القيمة القانونية للطرق البيولوجية لإثبات النسب ، مما يثير التساؤل عن مدى حجيتها وسلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها ، فيما إذا كانت الأمر خاضعا لقواعد المنوطة بالخبرة العلمية أم أن المر يتطلب إخضاع هذه الطرق إلى القواعد الخاصة نظرا للطبيعة العلمية و الحتمية لهذه الطرق وهو ما سيتم الإجابة عنه فيما يلي:

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفرع الأول:

حجية الطرق البيولوجية في إثبات النسب :

نظرا لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق البيولوجية في إثبات النسب فإن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة و بأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية و من ثمة يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجودا أو عدمه وهو ما سيتم مناقشته فيما يلي:

أولا : الحجية المطلقة للطرق البيولوجية فثبات النسب :

لقد تبنى معظم رجال القانون انطلاقا من القيمة التي تعتري الطرق البيولوجية فكرة أن لهذه الأخيرة حجية مطلقة ذلك أن الخبراء اللذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال و بالتالي فإن آرائهم تأثيرا على قرارات القاضي في تبني اتجاههم ، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بإنفراد كل شخص بنمط وراثي معين، لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يشابه الـ **ADN** لشخصين إلى لمرة واحدة كل 86 بليون حالة أي أن نسبة التشابه يتساوى من 1 إلى 86 بليون شخص فمن ثمة يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما [1] .

لذلك كانت من الناحية البيولوجية وسيلة لا تكاد تخطأ في الحقيقة لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للأب لأن الحمض النووي **ADN** يعد دليل ونفي قاطع بنسبة **100%** بشرط أن يتم تحليل بطريقة علمية سليمة مادام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد.

(1) : د/ نبيل سليم . البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد256 ، الطبعة 2001 الكويت .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطرق البيولوجية المتمثلة حسب ما توصل إليه العلماء في نظامي البصمة الوراثية**ADN** ونظام **HLA** هي الوحيدة التي تكتسي الحجة القطعية، وما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من أي مخلفات أدمية سائلة(دم، مني) أو أنسجة (لحم، عظم،جلد) كما أنها تقاوم عوامل التحلل و التعفن و العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة وجفاف، ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة و الحديثة كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان " ابن مونتان " حيث ادعت امرأة أن لها ابنة منه تدعى " أنياس" و ما أضفى على الأمر نوعا من المصداقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه وقد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان وأخذ عينة من جسمه ،فحص عينة من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للبنت التي تدعي أنه أباها وبعد مدة سرت القضية وظهرت النتائج وأثبت الخبرة له أنهلا يربط الفنان والسيدة أي علاقة أبوة أو بنوة ولعله أكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من الوسائل إثبات النسب .

و ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص الإنسان(النيدات) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9000 سنة وعلم ذلك عن طريق تحاليل البصمة الوراثية فكيف لا يكون لها بذلك حجية مطلقة في إثبات أو نفي النسب [1].

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق البيولوجية سواء القطعية منها و التي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب أو الظنية التي تعطينا نتائج حتمية في مجال النفي واحتمالات في مجال الإثبات والذي يُمكن للقاضي دائما من الاستعانة إليها لحل الكثير من السائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم أولا[2].

ثـانـيا : الحجيـة النسبيـة للطـرق البيولوجـيـة:

إذا كان معظم علماء الطب و القانون قد توصلوا إلى اعتبار بعض الطرق البيولوجية كالبصمة الوراثية الـ (HLA) ذات حجية قطعية الدلالة نظرا للخصائص التي تم التطرق إليها في هذا الباب ،فإن رأي آخر تبنى فكرة حجية النسبية لهذه الطرق البيولوجية اعتمادا على ما هو سار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ولو كانت علمية مبنية على أساس تقنية محضة .

---

(1) : جريدة الوطن السعودية، السبب 2005/05/1 العدد 1380 السنة الرابعة.

(2) : البصمة الوراثية و مدى حجيتها في لإثبات، المرجع السابق،ص112.

فالطرق البيولوجية الظنية كنظام الـ(**ABO**) لتحليل فصائل الدم، أو نظام المفرزات اللعابية تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة و الواقع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى واردا بدرجة كبيرة ، ومن ثم فإن الخبرة العلمية التي تتضمنها . تبقى هذه الطرق خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية، ليس ذلك فقط بل أن بعض رأى في الطرق البيولوجية التي تم تفصيل بينها سابقا حجية نسبية كذلك .

فتقنية الـ **(ADN)** لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على اتهام شخص معين أو إلحاق نسب ولدٍ ما أو نفيه، لذلك فإن القاضي و إن اعتمد عليها عند دراسته لملف معين لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس ، كما اعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة لأن هذه التقنية رغم حساسيتها من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها ، وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا ن فكيف يمكن اعتبارها طرقا بيولوجية قطعية الدالة من جهة ، وبقاء احتمال الشك واردا من الجهة الثانية.

وهو ما يجرنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية لقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطرق البيولوجية لإثبات أو نفي النسب.

الفرع الثاني:

سلطان القاضي في تقدير الطرق البيولوجية لإثبات النسب.

تعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطة التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة فيها أن يصادق على التقارير الخبراء كليا أو جزئيا ، كما له الحكم من دونها ، فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسالة النسب إثباتا ونفيا للقواعد العامة من جهة؟ و ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص مسألة نفي النسب عن الطريق اللعان كما هو جار العمل به.

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

أولا: لجوء القاضي إلى الخبرة البيولوجية وسلطته اتجاههما :

لا يمك بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق البيولوجية إلا باللجوء الى استشارة أراء الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجي التوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم و الاسترشاد بآرائهم [1] .

و من ثم فإن القاضي في هذه الحالة يلجأ طبقا للقواعد العامة الفصل في مثل هذا المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيستصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في الموضوع بتعين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطر البيولوجية لإثبات نسب الولد لبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية،و القول بأن الحكم التحضيري مفاده عدم اتضاح نية القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتا أو نفيا بطبيعة الحال طبقا لما يعرف في ذلك عن أحكام التحضيرية و تمهيدية كذلك إلا أن المر لا يتوقف عند الحد، بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية و مدى حجيتها.

باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال البيولوجي من جهة ، واستنادا إلى القيمة العلمية بالطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية، ونظام الـ **HLA** وهو ما رأى فيه البعض خروجا عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها رغم أن هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضوح في التطبيق، ذلك أن ها ته الطرق قد لا تسمح للقاضي فهمها و بالتالي يمتنع حتى مناقشتها باعتبارها مسالة تقنية و علمية بحثه ودقيقة ، ومن ثم فإن جهل القاضي بهذه الطرق و مصطلحا تها قد يقف عائقا أمام مناقشة لها فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتا للنسب أو نفيا له.

---

(1) : أ/ محمود توفيق إسكندرية ، الخبرة القضائية، دار هومة طبعة 2002،ص37 و ما يليها.

ثانــيا: تقديـر القاضـي لنـفي النسب بين اللعـان و الطرق البيولوجيــة:

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب به طبقا للأحكام المادة **41 من ق.أسرة** باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقها الشريعة الإسلامية في مسالة النسب ، لهذا طرحت هذه المسالة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق البيولوجية في مجال نفي النسب فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعي لنفي النسب فهل يصح نفيه بالطرق البيولوجية سواءً منها القطعية و الظنية التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخات منها فيكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضا وهل يجوز تقديم الطرق البيولوجية كوسيلة للنفي على اللعان ؟.

الحقيقة أن هذا المر كان محل خلاف فقهي كبير ، فذهب البعض إلى عدم جواز تعديم البصمة الوراثية مثلا على اللعان في نفي النسب ، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الإسلامي للرابطة" لا يجوز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان" .

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق البيولوجية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية عل عكس دعوى اللعان التي ترتكز على أسس و شروط تعجيزية أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان **(8 أيام)** أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك .

إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال يتعلق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان من تفريق للزوجين وغيرها على نفيه عن طريق الطرق البيولوجية خاصة أمام عدم تدخل المشرع الجزائري في تحديد هذه المسألة.

و تجدر في الأخير الإشارة إلى أنه إضافتا إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب توجد قواعد وأحكام إجرائية تتمثل أساسا في وسائل ممارسة دعوى الإثبات ها ته التي تخضع للقواعد العامة شانها شأن باقي الدعاوي المدنية الأخرى ، فإما أن تكون دعوى تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حوا موضوع محدد ، و إما دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعي إلى جانب إثبات الزواج مثلا.

الخاتمة:

لقد حاولنا من خلال عرضنا المتواضع كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسألة إثبات النسب عموما ، و الدور الطرق العلمية في ذلك نظرا لما يكتسي هذا المجال من أهمية بالغة فقهيا و تشريعيا وكذلك قضاء ، مبرزين من خلال ذلك نطاق تطبيق ها ته الطرق و دورها البيولوجي و العلمي في الإثبات و النفي من خلال دراجات قيمتها و حجيتها .

إلا أن ذلك لا يخلوا من التعقيدات و لإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع، و التي تتطلب حصرها من الجانب القانوني من خلال وضع إطار قانوني للطرق العلمية أو لا سواء القطعية منها التي ترقى إلى درجة اليقين كما تم تفصيلها بالنسبة للبصمة الوراثية **ADN** أو نظام **HLA** من جهة أولى أو الظنية كذلك التي لا ترقى فيها درجة الشك إلى اليقين، وإلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب بمقابل الطرق الشرعية أو لنفيه بمقابل اللعان كوسيلة شرعية كذلك

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

كل هذه المسائل وغيرها قد تقف عائقا أمام القاضي المكلف بشؤون الأسرة لإيجاد حل قانوني بالنسبة للطلاق العلمية المضافة بموجب الأمر **05-02 السالف الذكر** ، مما يستوجب التدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إطارا قانونيا لا يدع مجالا للتأويل و التفسير أمام موضوع كان ولا يزال يشكل اهتمام القضاة و الخبراء في نفس الوقت.

** المـــراجـــــع **

- د/ بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق.ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة2005، الجزائر.
- بن شويخ الرشيد . الشرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) الطبعة الولى2008، الجزائر.
- د/احمد محمود الشافعي. الطلاق و حقوق الأولاد و القارب.طبعة1987.
- د/ سعد فضيل. شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق.طبعة1986.
- د/حسين علي شحزور. كتاب" الطب الشرعي، مبادئ و حقائق".
- د/ نبيل سليم . البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد256 ، الطبعة 2001 الكويت.
- الدكتور إبراهيم صادق الجندي. تقنية الوراثية، وإمكانية التحايل عليها.
- :بن داود عبد القادر . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد .
- احمد نصر الجندي . النسب في الإسلام و الأرحام البديلة دار الكتب القانونية مصر 2003 .
- : احمد نصر الجندي. الطلاق و التطليق وآثرهما . دار الكتب القانونية مصر 2003 .
- محمد محمد أبو زيد، التقدم البيولوجي في |لإثبات النسب مجلة الحقوق الكويت، مارس 1996السند20، العدد1.
- تشوير جيلال ، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقض التشريعي و التنقيحات المستحدثة،مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق ن جامعة أبوبكر بلقايد 2005، عدد 3.
- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم . الوسيلة في شرح القانون الأحوال الشخصية.

الزواج و الفرقة و حقوق القارب. جار الثقافة للنشر و التوزيع. الطبعة1. الأردن 1999.

- محمد سمارة. أحكام وآثار الزوجة . شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية.

دار الثقافة للنشر و التوزيع طبعة1. الأردن 2008.

- محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. المكتبة العلمية لبنان2007، ص375.
- : المشار إليه في " البصمة ومدى حجيتها قي الإثبات" مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 13 لسنة2005.
- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 222674 قرار بتاريخ 1999/06/15 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص طبعة2002.
- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات" مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2002/13-2005 .
- مع ن غ اش 1997/10/22 ، ملف رقم 172379، م ق 2001.
- م ع غ أش 101992/20، ملف رقم 204821، م ق 2001 ، عدد خاص.
- م .ع ، غ أش 1984/11/19، ملف خاص 34046 ، م ق 1990 ، عدد خاص01.
- جيلا لي تشوار،القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب.
- أ/ محمود توفيق إسكندرية ، الخبرة القضائية، دار هومة طبعة 2002.
- سورة الأحزاب. الآية رقم4- ﴿
- الآية من 6 إلى 8 من سورة النور.

موقع الانترنت:

- **www.islamouline.net**

إثبات النسب و تأثير التعديل بالطرق البيولوجية

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة عامة..... 01

إثبات النسب بالفراش

مقدمـــــة 03

إثبات النسب بالزواج الصحيح و إثباته بعد فرقة الزوجين

إثبات النسب بالزواج الصحيح..... 04
ثبوت نسب المولود للزوج الشرعي(أثناء قيام الزوجية)..... 05
شروط ثبات النسب بالزواج الصحيح..... 06
شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي..... 11

ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة

المطلقة قبل الدخول بها..... 13
نسب ولد المعتدة من طلاق رجعي..... 14
نسب ولد المعتدة من طلاق بائنا..... 15
ثبوت نسب ولد المعتدة من وفاة..... 17

النسب في الزواج الفاسد ونكاح الشبهة

ثبوت النسب في الزواج الفاسد..... 18
شروط ثبوت النسب في النكاح الفاسد..... 20
المدة المعتبرة لإثبات النسب في الزواج الفاسد..... 21
ثبوت النسب بنكاح الشبهة..... 23
شروط ثبوت النسب في نكاح الشبهة..... 25
قواعد في إثبات النسب نكاح بشبهة..... 26

إثبات النسب بالإقرار و البينة و بالطرق العلمية الحديثة

ثبوت النسب بالإقرار و البينة

ثبوت النسب بالإقرار..... 27
أنواع الإقرار..... 28

تميز النسب الثابت بالإقرار عن النظام التبني و نظام اللقيط..... 29
إثبات النسب بالبينة..... 31
مفهـوم البـينــة..... 31
البينة(شهادة الشهود) كوسيلة لإثبات النسب..... 32

الطرق البيولوجية الحديثة

تكريس الطرق البيولوجية لإثبات النسب..... 35
إشكاليـة إدمـاج الطـرق العلـميـة لإثـبات النسـب..... 35
أنواع الطرق البيولوجية لإثبات النسب..... 38
الطـرق البيـولوجيـة القـطعيـة..... 38
الطـرق البيـولوجيـة الظـنيـة..... 42
نـفـي النسـب بين نظـام اللـعان و البصمـة الوراثيـة..... 45
عوائق تطبيق الطرق البيولوجية لإثبات النسب..... 47
القيمـة القانونيـة للطـرق البيـولوجيـة..... 49
حجيـة الطـرق البيـولوجيـة فـي إثـبات النسـب..... 50
سلـطان القاضـي فـي تقـديـر الطـرق البـيولوجيـة لإثبـات النسـب..... 52

الخاتمة..... 55