اثبات النسب بين الشريعة والطب والقانون

مقدمة

بسم الله والحمد لله مدبر الملك والملكوت المنفرد بالعزة والجبروت رافع السماء بغير عماد، المقدر فيها أرزاق العباد والصلاة والسلام على محمد قامع الأباطيل الهادي إلى سواء السبيل وعلى أله وزوجه وذريته وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد .

فبتوفيق من الله سبحانه وتعالى وفي سلسلة إثراء مذكرات التخرج قمنا بإنجاز مذكراتنا تحت عنوان"إثبات النسب بين الشريعة الطب والقانون"، فجاءت موافقتنا على هذا الموضوع القيم من بعد ما عرضه علينا الأستاذ الفاضل، نضرا لأهميته وحساسيته الواقعية في الحياة الاجتماعية حيث أثيرت إشكالات عديدة حاليا بخصوص هذه المسألة.

و يعتبر موضوع النسب هذا من أبدع المواضيع وأكثرها تشعبا وإثارة كلما تعمقت فيه فإن الإسلام جاء بتشريع كامل تناول فيه جميع جوانب الحياة لبناء مجتمع سليم، قوامه العيش الرغيد في ظل المعاملات والسلوكيات المهذبة بفضل التشبث بالعقيدة والإيمان وقد أسس الإسلام مجتمع المسلمين على شرف الإنسانية والعفة، والابتعاد عن الحرام واجتناب المعاصي وبالتالي ضاق الخناق على المفاسد وأبعدت مظاهر العار الجنسي والرغبات الحيوانية وتمكن المسلم من غرائزه ووجهها وجهتها الصحيحة في قالب إسلامي محض ألا وهو الأسرة.

فمن المسلم به لدى العقلاء وكبائر الباحثين أن طريقة التعرف الصحيح على مجتمع ما تكمن في مكانة الأسرة فيه، فكلما كانت هذه الأخيرة على درجة الرقي الاجتماعي كلما

كان المجتمع كذلك، والعكس صحيح إذ لا يمكن أن يعوض الأسرة في توجيه الأفراد أي مؤسسة اجتماعية مهما كانت ومهما كان شأن المشرفين عليها.

لهذا قد أولى الإسلام اهتمام كبير ورعاية أكبر للأسرة فجعل كل شيء في مكانه وأرجع الجذور إلى أصولها وأنار كل ظلام، وهذا ما يبين أهمية النسب الذي يعتبر من إحدى النعم التي أمن بها الله تعالى على عباده ويتمثل أساسا في إلحاق الشخص بأصله أو فرعه الشرعي، وهو إحدى أهم القواعد في تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التكامل الخلقي في المجتمع، فالهدف الرئيسي من وراء قضية النسب قانونا وشرعا هو منع اختلاط الأنساب وحفظه من الفساد إذ يقول جل جلاله في سورة النحل الآية72 «والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة»

لكن بالرغم من أهمية وضرورة هذه القضية إلا أن المشرع لم يخصص لها مجال واسع في تشريعاته حيث عالجها في ستة مواد فقط بشكل مختصر دون التعمق فيها وهذا ما جعلنا نبحث أكثر في هذه القواعد ومفادها في أحكام الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء من خلال إشكالات تطرح نفسها في هذا الموضوع فما هي حقيقة النسب الشرعي؟ وكيف يمكن إثباته؟ ومتى يمكن نفيه وإبطاله؟

للإجابة على هذه التساؤلات التي بينا فيها أسباب النسب الشرعي وإثباته ومتى يفقد هذا الأخير شرعيته فيبطل.ارتأينا أن نقسم بحثنا وفقا للخطة التالية:

-**في المبحث التمهيدي** تناولنا مفهوم النسب وأهميته، حيث تطرقنا في المطلب الأول لتعريف النسب أما المطلب الثاني فتكلمنا عن أهميته.

_**وفي الفصل الأول** تولينا دراسة ثبوت النسب بالفراش وعالجناه في مبحثين كالأتي:

المبحث الأول تناولنا فيه ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية، الذي قسمناه بدوره إلى مطلبين، المطلب الأول ثبوت النسب بالزواج الصحيح أما المطلب الثاني ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية.

و المبحث الثاني تناولنا فيه ثبوت النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة، كذلك قمنا بتقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول ثبوت النسب بالزواج الفاسد والمطلب الثاني ثبوت النسب بنكاح الشبهة.

-**أما في الفصل الثاني** تولينا بالدراسة ثبوت النسب بالإقرار والبينة والطرق العلمية الحديثة في ظل مبحثين، عالجنا في الأول ثبوت النسب بالإقرار والبينة وفقا لمطلبين، حيث تناولنا في المطلب الأول ثبوت النسب بالإقرار وفي المطلب الثاني ثبوت النسب بالبينة.

أما المبحث الثاني والذي حاولنا من خلاله بيان ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة تحت مطلبين فتكلمنا في المطلب الأول عن تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب والمطلب الثاني عن القيمة القانونية للطرق العلمية.

المبحث التمهيدي : مفهوم النسب وأهميته

اهتم الإسلام بالأسرة حيث جعلها تبنى على قاعدة صحيحة حفاظا على عدم اختلاط الأنساب لسلامة المجتمع . فالنسب هو أهّم حقّ للأولاد لذا تولاه الشارع بشريعة وأعطاه المزيد من العناية.

ولكي نوضح ذلك أكثر فمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول لتعريف النسب والمطلب الثاني أهمية النسب.

المطلب الأول: تعريف النسب:

النسب هو من نسب ينسب نسيبا الشاعر فلانة عرض هواها وحبها وينسب نسبا ونسبه الشيء إلى فلان عزاه إليه – ناسب فلانا شِركة في نسبه شاكله ويقال : " ناسب الأمر أو فلانا (1) لاءمه ووافق مزاجه، انتسب : ذكر نسبه إلى فلان – تناسبا / النساب والنسابة في العالم بالأنساب / النسب : بقرابة

في اللغة: عرف الفيومي والجوهري وابن منظور النسب على أنه مصدر مفرد أنساب و الاسم النسبة بالكسر وقد تظم (2). وقال ابن فارس أن أصله اتصال شيء بشيء (3) .

والنسب يطلق على عدة معاني أهمها : **القرابة والالتحاق** فتقول فلان يناسب فلانا فهو نسيبه ، أي قريبه ، ويقال : نسبه في بني فلان أي قرابته فهو منهم .

والنسب يكون من قبل الآباء والأمهات ، وقيل انه يختص بالآباء دون غيرهم ، تقول : نسبته إلى أبيه نسبا أي عزوته إليه، وانتسب إلى أبيه، أي اعتزى ، ويقال : نسبت فلانا إلى أبيه أي أنسبته ، وتقول أنسبته نسبا إذا رفعت في نسبة إلى جده الأكبر (4)

---

(1) قاموس عربي – " الهدى " الأستاذ إبراهيم قلاتي ، دار الهدى عين مليلة – الجزائر .

(2) الفيومي، المصباح المنير ، مادة النسب ، ص 357 – الجوهري ، الصحاح ، مادة النسب 224/1 – ابن منظور – لسان العرب ، مادة النسب ، 530/8.

(3) ابن فارس ، مقاييس اللغة ، مادة النسب 423/5.

(4) ابن منظور ، المرجع نفسه ، ص 530/8 ، 531/8 – الفيومي ، المرجع نفسه ، ص357.

و منه قوله تعالى:﴿ **وهو الذي خلق من الماء بشرا وجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا** ﴾(1)و النسب من لا يحل نكاحه، والصهر من يحل نكاحه.(2)

والطريق المستقيم يقال له النسب ، والنسيبان ، والنسيب هو الطريق المستقيم الواضح بحيث لا يشعر سالكه بانقطاعه، وهو طريقة واحدة ، وقيل هو ما وجد من أثر الطريق . (3)

وكل ذلك معناه الوصل بدون اختلاط الأنساب ويكون بالزواج الصحيح بناء على الأب والأم الحقيقيين بواسطة ما يسمى القرابة الصحيحة.

و القوة والشدة: يقال أنسبت الرياح، إذا اشتدت وقويت ، واستا فت التراب والحصى (4) .

فإذا تأملنا المعاني بدقة وجدناها ترجع لأصلها وهو اتصال شيء بشيء. فالابن متصل بالآباء والأجداد ، والطريق المستقيم متصلة بعضها ببعض دون انقطاع ، والرياح الشديدة تكون متصلة بالاسترسال والصون أيضا .

أما النسب في الاصطلاح: فلم يتجاوز أكثر الفقهاء في تعريفهم للنسب المعنى اللغوي، بل نجد الكثير منهم لا يذكر تعريفا له مكتفيا بذكر أسبابه الشرعية ، وتنوعت تعريفات الفقهاء للنسب بحسب الأبواب التي تحدثوا فيها عنه ، وكلها لا تخرج عن معناه اللغوي وأكثر ما تطرق الفقهاء للنسب كان عند حديثهم عن أسباب الميراث في كتاب الفرائض ، وفي كتاب الوصايا، وفيما يلي تعريفا له عند أشهر المذاهب الفقهية :

أ) عرف الحنفية النسب بأنه : الانتساب إلى جهة الآباء (5) ويعبرون عنه في كتاب

---

(1) سورة الفرقان – الآية 54.

(2) أبوجيب ، القاموس الفقهي ، مادة النسب ، ص351.

(3) ابن منظور، المرجع نفسه 350/8 ، الجوهري ،المرجع نفسه ص 224/1 ،ابن فارس ، المرجع نفسه 423/5.

(4) ابن منظور ، المرجع نفسه 531/8 ، الفيروز أبادي ،القاموس المحيط ص176 .

(5) الموصلي ، الاختيار لتعديل المختار، 78/5 .

الفرائض بالرحم (1).

ب) عرفه المالكية بأنه: الانتساب لآب معين (2) ويعبرون عنه في كتاب الفرائض بأنه القرابة (3) .

ج) عرفه الشافعية والحنابلة : بأنه القرابة (4) وفسر الشيباني من الحنابلة هذه القرابة بقوله : "

هو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة .(5)

فقد عرف الحنفية النسب في باب الوصايا عند قول الشخص :" أوصي لآهل نسبي" فمعلوم عند الفقهاء باتفاق أن النسب يكون من جهة الآباء فقط ، وأما عند الحنابلة فعرفوه في كتاب الفرائض ، فتجدهم يعبرون عنه بعبارة : ولادة قريبة أو بعيدة ، ويستحقون الإرث بحسب ترتيبهم في عمود النسب .

عرفوا النسب من حيث الأحكام التي تترتب عليه في كل باب فيمكن القول أن تعريفهم غير جامع لأنه لم يشمل النسب من جهة الأمهات ، ولم يشمل الحقيقة التي يتحقق بها من عقد صحيح أو غيره .

فالنسب يعرف على انه اتصال شخص بغيره بولادة لفراش صحيح أو ما يلحق به فقد اشتمل هذا التعريف على أن النسب للآباء والأمهات معا . وأنه يثبت بالفراش الصحيح أو ما يلحق به من ملك يمين ونكاح فاسد أو وطء بشبهة .

لذا فالنسب يعتبر من أهم الحقوق الشرعية التي لا يصح للزوجين أن يتفقا عند عقد الزواج على نفيه ، وهو حق مشترك بين الله تعالى وأطراف النسب وهم :الأب والأم والولد .

فكونه حق للولد نظرا لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه كونه ولد زنا، ولأن ثبوت النسب

---

(1) الموصلي ، الاختيار لتعديل المختار ،(86/5).

(2) الأزهري ، جواهر الإكليل(100/2.)

(3) الدسوقي ، حاشية ، (6 /540) ، الصاوي، بلغة السالك،(428/2.)

(4) الشربيني ، مغني المحتاج(304/3)، النجدي ، هداية الراغب (422)،الشيباني ، نيل المآرب (40/2.)

(5) الشيباني ، نفس المرجع (40/2).

يستتبع للولد حقوقا منها حق النفقة وحق الرضاع وحق الحضانة وحق الإرث (1)

وقد جاء في القرآن الكريم قول الله تعالى﴿**والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات**﴾ (2) .

المطلب الثاني: أهمية النسب

مرجع النسب إلى صلب الرجل، والصلب هو النسب بين الآباء والأبناء علوا أو سفلوا والرحم صلة بين الأبناء والأمهات والقصد منه هو درجة القرابة من الجد الأكبر من جهة الأب فما علا .

ومن خلال قول الله تعالى﴿ **قل لا أسألكم عليه أجرا إلا المودة في القربى** ﴾. فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسب وخلصته من عادات العرب في الجاهلية فلم تسمح الغريب ولا بإخراج الابن وحرمة الزنا والاختلاط بالأنساب .

فالنسب يعتبر من أهم السبل التي تحقق حاجة زوجية فيها قدر عال من الأهمية في الحياة البشرية ، وهذه الحاجة هي التي تدفع الشخص إلى البقاء والخلود . فالأبناء هم همزة وصل بين الأجيال عن طريقهم تستمر الانجازات والمجهودات التي شرع فيها الآباء أو توقفوا عندها . عن طريقها نحس أن عمرنا التاريخي أكثر من خمسة عشرة قرنا من الزمن ولو عشنا متوسط عمر لا يزيد عن 60 سنة (3). هذا الأساس لا يتحقق بالنسبة لمجهولي النسب ، ولا من مات دون أن ينجب ، فالأولاد في الحياة هم رجال المستقبل، وعليهم يعتمد الوجود لأنهم محط الآمال ومعقد الرجاء وعبر هذه الأجيال تتكون ما يسمى بالحلقة التاريخية . فالنسب هو أصرة متينة من أواصر البشر ألهمهم الله تعالى العناية بها إذ قال جل جلاله﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل**

---

(1) بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة الشباب الجامعية للطباعة والنشر ،الإسكندرية ، ص 149 .

(2) سورة النحل، الآية 71.

(3) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 1986، ص 210.

لتعارفوا ﴾.وقوله أيضا﴿ **والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة** ﴾.(1) بذلك فالنسب هو امتداد حضاري .

كذلك يحفظ النسب الكرامة البشرية . فالطبيعة البشرية تأبى القبح وتتمسك بالنظافة والصفاء، حيث أنها تعتنق كل ما من شانه أن يوصل بهذا الغرض، (فعن طريقه يرفع الظلم عن الولد من جهة وعن أمه من جهة أخرى) (2) . فالمشرع الجزائري حفاظا على كرامة الطفل قد أيد إلحاق الولد بأبيه كل ما أمكن ذلك.

والشريعة الإسلامية من خلال أحكامها خصت للأولاد جانبا عظيما من الاهتمام حفاظا على قيام المجتمع . وصانت الأنساب من الضياع والكذب والتزييف وجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المعرة والضياع وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة و الاتهام بالفحشاء وحقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده من أن يضيع أو ينسب لغيره، " فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل ، وحصنته من الضياع وأبعدته عن العار ، فأثبتت له النسب من والديه فكان هذا أول حق يثبت له بعد انفصاله من أمه ".(3)

فقد جاء في سورة مريم : ﴿**يا ليتني مت قبل هذا وكنت نسيا منسيا** ﴾ (4) . ذكرت هذه الآية الشريفة بعد معرفة مريم بحملها وخوفا من الفضيحة التي ترفضها الطبيعة البشرية لكنها عرفت أن هذا قضاء الله وقدره .

إن الزنا لا يثبت النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " لأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة، بل تستحق النقمة والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطة للحد (5). بذلك يعتبر النسب إقرار بنعم الله.

---

(1) سورة النحل ، الآية 72.

(2) فضيل سعد ، المرجع السابق، ص 211.

(3) بدران أبو العينين بدران ،المرجع السابق،ص 1 .

(4) سورة مريم ،الآية 23.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة، طبعة الثانية، ص 387.

فقد سعى الإسلام لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة واجتهاد الفقهاء وحرصهم على إلحاق الابن بنسب الزواج متى وجدت قرينة على الإلحاق ، فحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش " معناه أن كل ولد على فراش الزوجية يعدّ ابنا شرعيا . وحفظ النسب من الفساد والاضطراب وإرساء قواعد النبوة على أساس سليم حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها " (1) لقوله تعالى ﴿**وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا**﴾

. وقوله سبحانه وتعالى في إبطال الطرق غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ﴿ **وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله . فإن لم تعلموا أبائكم فأخوانكم في الدين ومواليكم**﴾ (2) فالإسلام أوجب منح الأطفال مجهولي النسب أسماء وهوية ، ومن أجل ذلك وإلى جانب الأخوة في الدين استحسن الشرع لفائدتهم حق الموالاة من خلال إدماج عديمي النسب في المجتمعات الإسلامية ، وقد شدد النكير على الآباء الذين يجحدون نسب أولادهم لقوله عليه السلام : " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الخلائق ".كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم لقوله ﴿**من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه ، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة**﴾

---

(1) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول،الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999 ، ص 188 – 189.

(2) سورة الأحزاب، الآيتين 4 -5.

الفصل الأول : ثبوت النسب بالفراش:

الزواج في الفقه الإسلامي هو الفراش وعليه فالزواج الصحيح هو الذي يحلل للرجل معاشرة زوجته و الزوجة تكون بزوجها في حق الاستمتاع ومحرمة على غيره فإذا جاءت بولد نتيجة هذه المعاشرة فإنه ينسب للزوج ومن هنا يأتي قول النبيّ صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .

المبحث الأول : ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية :

يعدّ العقد الصحيح سببا شرعيا لثبوت النسب سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انقضائها بطلاق أو وفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا ولم يكن قد نقاه بالطرق المشروعة ولبحث ثبوت النسب بالزواج الصحيح نتولى تقسيمه إلى مطلبين المطلب الأول ثبوت النسب بالزواج الصحيح والمطلب الثاني ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية .

المطلب الأول : ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

الزواج الصحيح هو كل عقد استوفى ركنه الأساسي والمتمثل في التراضي المنصوص عليه في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري المعدل واشتمل على شروط الصحة الموجودة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وبانعدام الرضا يبطل الزواج حسبما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة المعدل بقولها " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " .

وقد جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) " أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " "وإذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيا قط أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت " (1) وحتى يمكن نسبة الولد لأبيه فلا بدّ من مدة حمل معينة بعد الزواج أو الدخول لأقلها حدّ ولأكثرها حدّ لا يعقل تجاوزه " (2).

ولبحث ثبوت النسب نتولى تقسيمه إلى فرعين الفرع الأول ثبوت نسب الولد عند قيام الزوجية، والفرع الثاني شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح.

الفرع الأول: ثبوت نسب المولود عند قيام الزوجية:

طبقا للمواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة الجزائري الزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة " فإذا كان الزواج صحيحا كامل الشروط والأركان عدّ صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه " (3) .

---

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 190.

(2) محمد كمال الدين إمام ، الأحوال الشخصية للمسلمين ، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية ، منشأة المعارف الإسكندرية 2001 ، الجزء الثاني ص 205 .

(3) بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص190 ، 191.

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

وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/10/08 أنه: " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا . ومن تمّ فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا . ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية " (2)

وهناك جملة من الشروط هي :

---

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19 ، ملف رقم 34046 ، المجلة القضائية لسنة 1990.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 1984/10/08 ، ملف رقم 34137 ، المجلة القضائية لسنة 1989

1- إمكانية الاتصال بين الزوجين

إمكانية الاتصال بين الزوجين معناه حدوث التلاقي بينهما فعلا، فلا يتصور كون المرأة فراشا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي بينهما والدخول الحقيقي ، ومن هذا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري العقد الصحيح " فالعقد وحده لا يكفي، إذ لابد فيه من الدخول ، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج ، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أقصى من مدة الحمل " (1) ، فإمكان تلاقي الزوجين بعد العقد شرط متفق عليه لكن لا يكفي مجرد العقد الصحيح .

قال الحنفية " الحق أن التصور والإمكان العقلي شرط ، فمتى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إن ولدته الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد ، حتى ولو لم يثبت التلاقي حسا " (2) محافظة على الولد من الضياع .

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

---

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 192.

(2) عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 351 – 352.

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

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

2- أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل :

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

الشرط الأول أن يكون الزوج بالغا في رأي المالكية والشافعية ومثله في رأي الحنفية والحنابلة " فالمراهق عند الحنفية من بلغ اثني عشرة فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ ولو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج " (4)

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية ، ص 155.

(2) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 390.

(3) المرجع نفسه، ص7.

(4) عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ص 35.

والشرط الثاني أن يكون الزوج خاليا من العيوب وهي العنين ، المجبوب والخصي ... هذه العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة تامة ، فلو كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا تعتبر المرأة فراشا له " ومن تم لا يثبت نسب من وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء لأن الشرط الأساسي لأي نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه وتخلف هذا الشرط يعدّ قرنية على أن الحمل ليس منه " (1).

3- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل :

طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنصّ على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأقصاها عشرة أشهر ، ومن هذا يجب ألا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة والمادة 43 من قانون الأسرة ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

أ – أدنى مدة الحمل :

من خلال نص المادة 42 من قانون الأسرة " تتفق كلمة الفقهاء على أن اقل مدة ينزل بعدها الجنين من بطن أمّه متميز الأعضاء حيّا ستة أشهر " (2) وحجّتهم في ذلك قوله تعالى﴿**ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا**﴾ (3) .

---

(1) عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، تالة الجزائر سنة 2000/1999 ،ص 254 .

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ص 7

(3) سورة الأحقاف ، الآية 15.

وقوله تعالى﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين**....﴾(1) حيث دلت الآية الأولى على مدة الحمل والفصال معا ودلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده ، وبإسقاط مدة الفصال وهي أربعة وعشرون شهرا من ثلاثين شهرا (مدة الحمل والفصال معا)تكون مدة الحمل ستة أشهر ولا يمكن أن تكون هذه المدة أقصى مدة الحمل .

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

فلكي يثبت نسب الولد من الزوج لا بدّ أن تكون أمه قد وضعته لستة أشهر على الأقل من يوم تلاقي الزوجين ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار ها الصادر بتاريخ 1990/01/22 حيث جاء فيه " من المقرر شرعا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقا للقانون ، ولما كان الثابت في قضية الحال أن مدة الحمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام ، أقل من الحد الأدنى قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون "(2) .

وقد قال الله تعالى﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة**﴾

وقوله تعالى أيضا﴿**وحمله وفصاله ثلاثون شهرا** ﴾ فالحولان ستة أشهر ، وبهذا يكون نص المادة 42 من قانون الأسرة متماشيا مع أحكام الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر .

---

(1) سورة لقمان ، الآية 14.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 1990/01/22 ، ملف رقم 57756 ، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 2 ،ص 7.

ب – **أقصى مدة الحمل :**

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تحديد أقصى مدة الحمل التي يمكن أن يثبت بها النسب ، لهذا اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا ، فمن الفقهاء مَن يرى أن أقصى مدة الحمل أربع سنين وهم الشافعي والظاهر ومذهب الحنابلة وحُجّتهم في ذلك " ما روي عن الوليد بن مسلم قال لمالك بن انس في حديث عن عائشة أنها قالت : " لا تزيد المرأة في حملها عن السنتين قدر ظل مغزل " فقال سبحان الله من يقول هذا (هذه جارتنا امرأة محمد بت عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاث أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربعة سنين) و"هنالك قول عند المالكية يقدرها بخمس سنين " (1).

(1) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ص8.

" وعن أحمد أن أقصى مدة الحمل سنتين وهو رأي الحنفية ، وقال محمد بن الحكم أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، ولا يزيد على ذلك "

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

وهذا ما قاله الإمام محمد أبو زهرة مفندا تلك الروايات لعدم صحتها " وإذا كان لمالك رأي فقهي وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثا وأن ذلك الرأي استمده من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نسبت إلى نساء السلف الصالح فلسنا نستطيع أن نأخذ به ، لأن الطب يقر أن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة " (1) .

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

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

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17 " من المقرر شرعا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ، ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المقررة قانونا وشرعا غير متوافرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 والولد في 1994/05/07..." (3)

---

(1) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 385 – 386.

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 192 – 193.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 1998/11/17، ملف رقم 210478، المجلة القضائية 2001 ، عدد خاص ، ص8.

4- عدم نفيه بالطرق المشروعة :

بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر وهو عدم نفي الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة ، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري :" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه بالطرق المشروعة ".

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

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

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

---

(1) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 390.

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص156 – 157.

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

الفرع الثاني : ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي

" التلقيح الاصطناعي هو سبيل علمي لإيجاد أولاد حال عجز الطريق الطبيعي وهو الجماع فالإنجاب لم يعد نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية التي تحدث عادة بين الرجل والمرأة ، بل أصبح الإنجاب بدون هذا الاتصال وحلّ محلّه زرع الحيوان المنوي في رحم المرأة بوسائل طبية ، بطريق مباشر يعرف بالتلقيح الصناعي الداخلي ، أو بطريق غير مباشر وهو ما يعرف بالتلقيح الصناعي الخارجي أو أبناء الأنابيب ".(1)

وأول ما عرف التلقيح الاصطناعي عرف في دائرة الأشجار والحيوانات ، وأول تلقيح أجري كان سنة 1780 ، قام به الكاهن الايطالي "لازداد سبالانزالي " الأخصائي بعلم الغرائز ، وقد أجرى أول عملية على أنثى الكلب فكللت بالنجاح ، وفي سنة 1781 أجريت أول عملية على المرأة تكللت هي الأخرى بالنجاح(2). وقد نظم قانون الأسرة ثبوت النسب الشرعي بناء على وجوب الزوجية في المادة 41 ولكن الوسائل الحديثة للحمل والفقه الإسلامي المعاصر لا يشترطان ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه ، ما دفع بالمشرع الجزائري إدخال الطرق العلمية كطريق من طرق إثبات النسب وذلك من خلال التعديل الذي طرأ على المادة 40 من قانون الأسرة حيث تمّ إضافة فقرة جديدة جاء فيها : " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق

---

(1) عبد الحفيظ أوسوكين ، قانون الأسرة والتطورات العلمية ،مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة ، كلية الحقوق 2007 ، ص 54 – 55.

(2) جيلالي تشوار , الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية 01_2001، الطبعة الأولى، ص 93 – 94.

العلمية لإثبات النسب " من أجل مراعاة مصلحة الطفل في إثبات النسب وعدم اختلاط الأنساب من جهة أخرى .

" فقد ذهب أغلب الفقهاء إلى تحريم إجراء عملية التلقيح

الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أي بعد انتهاء الحياة الزوجية التي تنتهي عندهم منذ لحظة الوفاة . وأن التلقيح إذا تمّ في هذه الحالة فإنه يتمّ بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي مما يستوجب تحريما. وبالتالي لا ينسب المولود إلى صاحب النطفة وتعد في حكم الزنا "(1)

وحتى تكون عملية التلقيح الاصطناعي مثبتة للنسب ، فإن الفقهاء

يشترطون توافر شروط معينة ، وبالرجوع إلى نص المادة 44 مكرر : (الأمر رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة2005) بنصها " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي "ويخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية : أن يكون الزواج شرعيا ، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما ، وأن يتمّ التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة . وسيكون التفصيل فيها كالتالي :

1- **أن لا يتم التلقيح الصناعي إلا إذا دعت إليه داعية :**

الأمر مرهون هنا بالضرورة أي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا عند

الضرورة القصوى ، بحيث يستحيل على المرأة أن تحمل من المرافقة الطبيعية لأن الأمور تعلل بمصالحها ولأن الضرورة تبيح المحظورات ، فقد أسس الفقه علّة التحريم على قوله تعالى :

﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما تصنعون﴾ ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ... ﴾ (2)

---

(1) عبد الحفيظ أوسوكين ، المرجع السابق، ص 58.

(2) سورة النور ، الاتين 30 -31.

وعلى المعني أن يقدم طلبا بذلك ويترك الأمر للأطباء الذين سيقومون بإجراء عملية التلقيح فلهم أن يقروه عليه ، ولهم أن يرفضوه في ظروف استثنائية كقدرة الزوجة على الحمل بالطريقة الطبيعية (1)

2- ألا يخضع لهذه العملية إلا الزوجان :

فإذا طلق الزوج زوجته أو مات عنها ثم أجريت لها عملية التلقيح الاصطناعي

فلا يثبت النسب " لهذا يشترط الفقه الإسلامي أن يكون كل من الرجل والمرأة مرتبطين برباط القرآن، إذ لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين حفاظا منه على الشرف وصيانة للفرد والمجتمع مما قد تسببه العلاقات الحرة من أضرار وخيمة "(2).

3- أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها :

أن عقد الزواج الصحيح يبيح العلاقات الجنسية بين الزوجين ويقصر الزوجة على زوجها وحده ، وليس لغيره أن يغالطها جنسيا ، لذلك يحظر إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لزوجة بماء رجل غير زوجها حفاظا على حرمة النسب وشرعيته " فقد جاء في قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الذي كان قد أفتى فيه الشيخ أحمد حماني عليه رحمة الله منذ 1973 بجواز التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة " حيث اعتمدت اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة على مبادئ الاجتهاد الجماعي ، لاسيما اجتهاد مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمرات الثالث بعمان الأردن أيام 11 -16أكتوبر 1986 .

---

(1) جيلالي تشوار ، المرجع السابق ، ص 48.

(2) المرجع نفسه ، ص100.

بموجب قرار رقم 16 (04-03) الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي بطريقتين ، وحرمت ما عداها بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء ، والطريقتان هما :

1) أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع في رحم الزوجة 2) أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا " (1)

موقف المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة سنة2005

" حسم المشرع الجزائري الأمر بشكل صريح في الأمر المعدل لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 ، المتضمن قانون الأسرة حيث نص في المادة 45 مكرر على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، ومن ضمن الشروط التي اشترطها أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما " (2) .

فمن خلال ما جاء في نص المادة 45 مكرر من قانون الآسرة يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الفقه الإسلامي سواء من حيث شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي واعتبار أحكامه وسيلة لإثبات النسب في حالة وجود مانع يحول دون اللجوء إلى تحقيق الإنجاب بالطريق الطبيعي في الزواج أو من حيث اللجوء إلى استعمال الأم البديلة .

ونظرا لتطور العلوم الطبية الحديثة في مجال الإخصاب واقتراح الطرق الكفيلة لمعالجة العقم وضعف الخصوبة لدى الزوجين ، فإن بعض الأساليب التي جاء بها تتماشى مع قواعد الدين والأخلاق ومع بعض النصوص القانونية السارية المفعول ، وبعضها الآخر يتنافى مع مبادئ

---

(1) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة للدورات1-10 القرارات 1-97 عن منشورات دار القلم بدمشق – الطبعة 2 سنة 1998.

(2) عبد الحفيظ اوسوكين ، المرجع السابق ، ص 66.

وقواعد الشرع والتشريع ." لهذا أصبح من الضروري على علماء الشريعة، الأطباء ، ورجال القانون وغيرهم العمل على وضع ضوابط وحدود لتحكم كل عمل بحث طبقا لمقتضيات الشرع والأخلاق والقيم النبيلة " (1)

العلاقات غير الشرعية:

ذهب المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة إلى القول أن من أهداف الزواج :" تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

حيث :" أن الله تعالى شرع العلاقة لأغراض ومقاصد معينة ، منها حقّ الاستمتاع لكل طرفي الزواج الذي يعدّ من الحقوق المشتركة بين الزوجين ، ولا يمكن عندئذ لأي زوج الشذوذ عن هذه القاعدة " (2).

المطلب الثاني : ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية :

إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة الحمل وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح ، فإن هذا الولد ينسب للزوجين بناء على قرينة شرعية وقانونية وهي الولد للفراش . وقد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وهنا يختلف حكم ثبوت نسب المولود من المطلقة أو المتوفى عنها زوجها .

---

(1) عبد الحفيظ أوسوكين ، المرجع السابق ، ص67.

(2) جيلالي تشوار ، المرجع السابق ، ص 162.

الفرع الأول: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق :

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

1- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول وبعد العقد :

اختلف الفقهاء في من طلقت قبل الدخول بها وبعد العقد عليها ، " فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول أو الخلوة ، ثم ولدت ولد بعد الطلاق ، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبة من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة ، وإن أتت به بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبة من الزوج إذ لا تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة (1)

" في المذهب الحنفي يثبت الولد إذا كانت ولادته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق " (2) ، لأن المرأة عند الحنفية تعتبر فراشا بعد الزواج وليس بالوطء " " أما في المذهب الجعفري فلا يثبت الولد من المطلقة قبل الدخول لأن الدخول الحقيقي عندهم شرط لثبوت النسب (3)

2- ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول :

المطلقة بعد الدخول لا تعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك ، وهذا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 حيث تنص أنه : " لا يثبت الطلاق إل بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من

---

(1) عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص 352.

(2) نفس المرجع ، ص 353.

(3) محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 211.

تاريخ رفع الدعوى " (1)

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

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

فقد تلد المطلقة خلال عشرة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ولذا بالتالي يثبت النسب من الزوج المطلق ، لكن طبقا لأحكام الشريعة فإن الطلاق الحقيقي يكون من اليوم الذي يتلفظ فيه الزوج بالطلاق . لذا تكون قد أنجبت الولد خلال مدة أكثر من عشرة أشهر . يقول عبد القادر بن حرز الله : " أنه إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو مات عنها زوجها فإن أتت بولد بعد الطلاق أو الوفاة ثبت نسبه من الزوج إذا ولدته قبل مضي مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة " وأقصى مدة الحمل كما بيّنا أربع سنين في رأي الشافعية والحنابلة وسنتان في رأي الحنفية وخمس سنوات في المشهور لدى المالكية وفي رأي الجمهور إذا ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج أو المتوفى".(2)

3- ثبوت نسب الولد بعد طلاق رجعي :

إذا أقرّت الزوجة بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل صدقها ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه من مطلقها (3) لعدم القطع بكذبها ،

---

(1) كانت المادة 49 قبل التعديل تنص على ما يلي : لايثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولة الصلاح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر.

(2) عبد القادر حرز الله ، المرجع السابق ، ص 353.

(3) محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 211- 212.

" والإقرار يؤخذ به ما لم يوجد دليل قاطع على الكذب (1)

فقد تلد الزوجة خلال مضي ستة أشهر بعد انتهاء العدة وتحمل من رجل آخر طالما أن اقل مدة الحمل ستة أشهر .

" أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانتهاء عدتها سواء اعتدت بالقروء أو بالأشهر فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق ولكن يجب أن تكون الفترة يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا يتجاوز أقصى مدة الحمل ، ويعتبر هذا إقرارا غير صحيح لثبوت كذبها حينما ادّعت انتهاء العدة في حين أنها لا تزال معتدّة بدليل ولادتها لأقل من ستة أشهر وثبت كذبها بانتهاء عدتها بيقين لأنها كانت حاملا حينئذ " (2)

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

وإذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يثبت نسب ولدها من مطلقها – عند الحنفية سواء ولدته قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو سنتين أو أكثر، إذ يحتمل أن زوجها واقعها بعد الطلاق فيثبت النسب في كل حال (3) ، فالطلاق الرجعي لا يزيل الملك ويحتمل أنه راجعها .

4- ثبوت نسب الولد بعد طلاق بائن :

يشترط لثبوت نسب ولد المطلقة لأبيه أن يوضع في مدة عشرة أشهر

---

(1) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 391 – 392.

(2) عبدالرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة دمشق، الطبعة الخامسة،1978-1979، ص 173-174.

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ، ص 28.

من تاريخ الطلاق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين وهذا ما أكدته المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري لهذا لا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال إلا إذا أقر به الزوج المطلق .

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

أما إن أتت به لسنتين فأقل ثبت نسبه (2) .

إذا تزوجت المعتدة من طلاق بائن وولدت لأقل من عشرة أشهر منذ بانت من طلاقها وأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره ، فالولد في هذه الحالة ينسب للزوج المطلق

" هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/05/19 "

من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين في قضية الحال ان الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني ، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني ، اعتمادا على قاعدة " الولد للفراش" مع أن الزواج الثاني باطل شرعيا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية (3)

---

(1) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 29.

(2) محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 391.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،1998.05.19 ملف رقم 193825 ، مجلة قضائية 2001 عدد خاص ، ص 73.

الفرع الثاني: ثبوت نسب المولود بعد وفاة الزوج :

قال تعالى :﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ، فإن بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبيرا** ﴾ (1).

فإذا زادت المدة بين الوفاة والولادة عن أكثر من مدة الحمل لا يثبت نسب ولدها من هذا المتوفى، أما إذا كانت أقل من ذلك ثبت نسب ولدها ثبوتا لا يقبل الانتفاء ، إلا إذا أقرت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر من حين الإقرار ، فإن نسبه لا يثبت (2) .

وإذا حصل وأن نسبته الزوجية إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة ، وسجل على لقب الزوج خفية، فإن من حق أي شخص به مصلحة أن يطعن في هذا النسب ، وأن يرفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها إلغاء ما تم تسجيله (3) ,

ويمكن اللجوء إلى الطرق العلمية إذا أصرت الزوجة على أن الولد من الزوج المتوفى،

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أن : " الولد ينسب إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " . وعليه فإن النسب يثبت للمتوفى إذا أتت أرملته بولد ما بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدة الحمل لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة .

أما إذا ادعت معتدّة الطلاق الرجعية أو البائن أو معتدّة الوفاة الولادة لتسعة لتسعة أشهر فما دونها وقت الوطء ، وجحدها الزوج أو الورثة ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهي أربع نسوة ، أو رجل وامرأتان أو رجلان (4) .

---

(1) سورة البقرة، الآية 234.

(2) محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص211 – 212

(3) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة،الجزائر، الطبعة الثالثة، ص219.

(4) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 14.

حكم ولد المرأة التي غاب عنها زوجها :

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

وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ الصادر في 1997.07.08 حيث جاء فيه : "من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر " ومن المستقر عليه قضاءاً أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين – في قضية الحال – أن ولادة الولد قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة " (1) .

المبحث الثاني : ثبوت النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة .

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.

الفرع الأول : الزواج الفاسد وأسبابه .

" الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة " (2)

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الزواج الفاسد في المادة 33 الفقرة 2 " إذا تم

---

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1997.07.08 .ملف رقم 165408، مجلة قضائية 2001 ، عدد خاص ص67.

(2) محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، سنة 1998 ، ص 38.

الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وليّ في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

فإذا فقد عقد الزواج شرطا من شروط الصحة، رتّب عليه المشرع الجزائري الفساد حسب ما جاء في المادة 9 مكرر ". يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهليه الزواج ، الصداق ، الوليّ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية " وذلك بعد توافر ركن الرضا والإيجاب والقبول، و ذلك: "كأن يكون عقد الزواج بدون وليّ أو بغير شهود أو بدون تسمية الصداق ، وتبعا لذلك فإن الزواج الفاسد هو الذي يتوافر فيه ركن التراضي ولكن تضمن سببا من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول " (1)

حكم النسب في الزواج الفاسد :

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

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

الفرع الثاني : شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

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

---

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 148.

(2) المرجع نفسه ، ص 196.

1) أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل بأن يكون بالغا عند المالكية و الشافعية .

2) تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية فإن لم يحمل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد، لم يثبت نسب الولد والخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لا مكان الوطء في كل منهما . واشترط الحنفية حصول الدخول فقط، أما الخلوة فلا يكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل و المرأة .

3) أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية ومن تاريخ الدخول عند الحنفية ، فلو ولدت المرأة ولدا قبل مضي ستة أشهر من الدخول أو الخلوة عند الأولين لا يثبت نسبه من الرجل لأنه يدل على وجوده قبل ذلك وأنه كمن رجل آخر . "وإذا ولدته المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة ثبت نسبه من الرجل ولا ينتفي نسبه عن الرجل إلا باللعان"[1] في رأي المالكية والشافعية والحنابلة .

ولا ينتفي نسبه إلا باللعان رأي المالكية والشافعية و الحنابلة .

ولا ينتفي نسبه ولو باللعان في رأي الحنفية ، لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح والزواج هنا فاسد .

إذا حدثت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول أو الخلوة في رأي المالكية ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ثبت نسبه من الرجل وإن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل لا يثبت نسبه منه وأقصى مدة الحمل كما بيناها هي أربع سنين في رأي الشافعية والحنابلة وخمس سنين في رأي المالكية وسنتان في رأي الحنفية وسنة شمسية لدى القانونيين والأطباء [2]

---

(1) وهبة الزهيلي، الفقه السلامي وأدلته، دار الفكر العربي دمشق، سنة1952، الجزء السابع، ص 686.

(2) عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص253 ، 254 .

لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي، فإذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي عليها أو فارقها الزوج فولدت له وزادت المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل لم يثبت نسب هذا الولد إلا إذا ادعاه (1).

أما إذا ولدت لستة أشهر أو أكثر من حين الدخول ، ولم تزد المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل ، فإن النسب يثبت بالفراش من غير حاجة إلى ادعائه (2)

المطلب الثاني : ثبوت النسب بنكاح الشبهة .

ثبوت النسب بالوطء بشبهة هوإحدى الوسائل التي نصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري. وقد أقر المشرع بثبوت النسب بالزواج الفاسد، وأن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع النكاح بشبهة فالنسب يثبت بالزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد والدخول بشبهة، مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة .

الفرع الأول : الدخول بشبهة و أنواعها

" تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بالثابت ، أو هي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته ، أما الوطء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد . فيقع خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص (3) مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤيتها سابقا وقيل أنها زوجته فيدخل بها، ومثل امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثل وطء المطلقة طلاق ثلاث أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له .

فإذا أتت بولد بعد أن تبين أنها ليست زوجته ، فإن ولدته بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من

---

(1) محمد كمال الدين إمام ، الأحوال الشخصيه للمسلمين، المرجع السابق ص 213.

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق ، ص 213 .

(3) وهبه الزهيلي، المرجع السابق، 688 .

وقت الاتصال ثبت نسبه منه ، للتأكد أن الحمل حدث بعد هذا الدخول . وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه للتأكد أن الحمل حدث قلب الاتصال ، لكنه إذا ادعاه الرجل ثبت نسبه . فقد يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى (1)

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

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

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

والشبهة في الفعل : كما لو دخل رجل على امرأة ضانا منه أنها زوجته ثم تبين أنها ليست كذلك .

" وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ، ففي بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الأخر بم يثبتوه . ومرّد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل، وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب من حيث العقوبة أو من حيث الإحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة وغيرها " . فالزنا لا يثبت النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .

فالتشريع الإسلامي ينص على أن الشبهة لا تمحو الجريمة ، ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ والغلط والجهل الذي وقع فيه الشخص بحسب النية . (2)

---

(1) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 26.

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 196 .

الفرع الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة

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

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

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

* **في شبهة العقد** : فيها يسقط الحدّ عن الفاعل أو إن قال علمت أنها حرام ، ويثبت النسب ، لأن الوطء تعلقت به شبهة . أما عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة فإن الحدّ لازم وكذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة وعند الإمام مالك في نكاح المحارم أن من يعقد على أمه أو أخته أو عمته أو ذات رحم محرم منه ويطؤها فإنه يحد لذلك حدّ النا ما دام أنه عامد عالم بالتحريم و لا يثبت به نسب . أما إذا لم يكن عالما بالحرمة ، فإن الحكم منه عند هما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحدّ ويثبت النسب (1)

***في شبهة الملك**: فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء بناء عليها إن دعاه الواطئ وذلك لأن الفعل ليس يزني لوجود الشبهة في المحل ، لأن النسب يحتاط في إثباته وجاء الجوهرة أن موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادّعاه (2)

---

(1) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر،الطبعة الثانية، سنة 1989، ص 214.

(2) الإمام محمد أبو هرة، المرجع السابق ، ص 388.

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

الإقرار و البينة يعتبران من الأدلة العامة في النسب و في غيره و هي الأدلة التي يستعملها القضاء لإثبات حقوق ما و منها النسب، فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأم تدعي بنوة طفل معين أو أب يدعيها أو يقوم الابن بادعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة أب معينة. كما أجاز له أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر . و سمي ذلك إقرار أو دعوى النسب في الفقه، ويمكن أيضا إثبات النسب عن طريق البينة وهذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئا –هذا و قد تمت إضافة فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة فهذا بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة و هذا التعديل يفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة حيث تنصّ المادة 40 في الفقرة 02 على أنه :" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" ومنه أصبح يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه الأمر يصلح في كلتا الحالتين و هذا يعتبر قفزة هامة قام بها المشرع الجزائري في هذا المجال تماشيا مع التطورات العلمية خاصة تلك المتعلقة بالمجال البيولوجي . لكن هذه الفقرة و هذا الإدماج و رغم أهميته لا يخلو من العيوب و السلبيات و التعقيدات التي أثارت جدالات عدة في الوسط الفقهي القانوني و أيضا تثير عدّة مشاكل عند التطبيق في الواقع العملي و هو الأمر الذي ستتناوله بتفصيل أكثر في المبحث المخصص لشرحها.

لكن يشترط للإقرار بالنسب أو إقامة البينة أو اللجوء للإثبات بواسطة الطرق العلمية أن تكون المعاشرة بين الرجل و المرأة تستند إلى علاقة شرعية حيث إذا كانت المعاشرة غير شرعية و خارج إطار عقد الزواج فإنّ الإقرار أو البينة أو الإثبات بالطرق العلمية لا قيمة له و لا يمكن اعتبارها كأدلة لإثبات النسب.

المبحث الأول: ثبوت النسب بالإقرار و البينة :

المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار

يعرف الإقرار لغة أنه إثبات الشيء بالاعتراف فنقول أقرّ بالشيء أي اعترف به أما شرعا فيرى المالكية على أنّه الاعتراف بما يقتصر حكمه على قائله و عرّفه الشافعية أنه إخبار خاص عن حق سابق على المخبر أما عند الحنفية فهو إخبار عن ثبوت الحق للغير على النفس و من هذه التعاريف نستنتج أن نقطة توافقها فيما يخص تعريف الإقرار على أنه اعتراف بحق سابق للغير بمعنى أن كل من لديه حق لإنسان فأخبر بذلك الحق ذلك الإنسان فمعناه أنه اعترف به.

و يسميه البعض النسب بالدعوة و معنى ذلك إخبار الشخص بوجود القرابة بينه و بين شخص آخر .و يحتمل فيه أن يكون صحيحا أو كاذبا ،لكن رغم ذلك فقد اعتبر دليل فحجة أمام القاضي فهو ملزم بالأخذ به و لكن بدليل معقول و هو رجحان الصدق على الكذب لأنّ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه.

أدلة حجية الإقرار : يعتبر الإقرار حجة ثابتة و الدليل على ذلك وروده في القرآن و السنّة و الإجماع .

***في القرآن** : قال الله تعالى﴿**قال أأقررتم و أخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا**﴾(1) و قال﴿**يا أيّها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله و لو على أنفسكم أو الوالدين و الأقربين**﴾(2)

* **في السنّة** : ما روي إلى ما عز أنه أقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه و سلم حيث أقام رسول الله الحد على ماعز بمجرد إقراره

***في الإجماع** : فلقد اجتمعت الأمة على صحة الإقرار و كونه حجة يمكن الاعتماد عليها في إصدار الأحكام و يعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقرّ نفسه لا غيره

---

(1) سورة آل عمران ، الآية 80 .

(2) سورة النساء ، الآية 135 .

حيث لا يتعدى أثره إلى غير المقر.

يتم إثبات النسب بالإقرار وحده من غير أن يقترن به ما يبيّن وجهه لأنّ بيان الوجه كان هو السبب في ثبوت النسب دون الإقرار المجرد، و يسمى إثبات النسب بالدعوى (1)

ويقصد به أن يدّعي شخص نسب ولد يولد مثله لمثله و كان مجهول النسب بشرط ألاّ يذكر أنه ولد زنا يأتي بتعريفه في هذه المواد، ولكنه عرفه في نص المادة 341 من القانون المدني حيث نصّت " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعه قانونية مدّعي بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة " وقد تعرّض

أيضا إلى أنواعه من خلال المادتين 44و45 من قانون الأسرة حيث نصّت المادة 44 منه على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة " و نصّت المادة 45 على أن الإقرار بالنسب في غير البنوة أو الأبوّة أو الأمومة لاسيما على غير المقر إلا بتصريفه .

بهذا يتّضح أن للإقرار صفات و قد وضعت شروط يجب توافرها لإثبات النسب بالإقرار .

الفرع الأول : أنواع الإقرار

كما يثبت النسب بالفراش يثبت بالإقرار ، و الإقرار بالنسب نوعان :

إقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة ، و إقرار في غير الأبوة و البنوة و الأمومة تقديرا لأنه في ثبوت نسبه مصلحة له و إذا أنكر هذا النسب بعد أن كبر لا يسمع منه لأنّ النسب متى ثبت لا يقبل الإبطال من الأب أو الإبن و أن لا يدعي المقر أن الولد ابنه من الزنا إلاّ أن النسب نعمة تثبت من الزواج و الزنا جريمة ،

---

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص395.

ولا يصح أن يثبت النسب من الجريمة لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر"[1]

كما لا يثبت النسب إذا ادعى المقرّ أنّه تبنّاه [2]، لأنّ التّبني محرم شرعا و ممنوع قانونا لقوله تعالى﴿ **و ما جعل أبناءكم أدعياءكم ذلكم قولكم بأفواهكم**﴾ [3] ونصّت المادة 48 من قانون الأسرة على أنّه " يمنع التبني شرعا و قانونا ".

2- الإقرار بالأبوة من خلاله يقرّ الولد أن شخصا معينا هو أبوه ، و يشترط فيه أن تتوافر شروط الإقرار بالبنوة حيث " إذا أقر شخص بأنّ فلان أبوه، و كان المقر مجهول الأب في البلد الذي يكون. و كان ممّن يولد مثله ذلك الشخص ، و صدّقه المقرّ له في إقراره ثبتت أبوته له " [4]

كما يمكن أن يقر الولد بأنّ امرأة معينة هي أمه ، و هذا الإقرار يأخذ

حكم الإقرار بالأبوّة باستثناء شرط الزّنا لأنّ ولد الزّنا يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال "ذلك أنّ ولد الزّنا لا يثبت نسبه من أمّه بالإقرار المجرّد بالولادة ، و يثبت نسبه من الزّنا إن ثبت ولادتها له ". [5]

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ص 162 .

(2) عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ، ص 176 .

(3) سورة الأحزاب ، الآية 04.

(4) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، 37 .

(5) محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص 396 .

الإقرار بالبنوة والأبوة و الأمومة :

وهذا ما نصّت عليه المادة 44 من قانون الأسرة :" يثبت النسب بالإقرار بالنبوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة "

وهو ما اصطلح عليه فقهاء الشريعة بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير حيث :" الإقرار ببنوة نسب المقر له ابتداء ثم يتعداه إلى غيره مثل الإقرار بأن هذا الولد ابنه ففيه ثبوت نسب الولد من هذا المقر ثم يتبع ذلك أن يكون أبو المقر جداً له وأخوه عماً له و أولاده إخوة له و هكذا ....."[1]

و عليه يتبيّن من نصّ المادة 44 من ق أ السالفة الذكر أنه لثبوت النسب يشترط توافر شروط بالنسبة لكل نوع من الإقرار. ومن أهم هذه الشروط :

الإقرار بالبنوة :

يشرط في هذه الحالة أن يكون الولد مجهول النسب بمعنى لا يعرف له أب ،إذ لو كان معروف الأب فلا يصحّ الإقرار .

و بالنسبة لولد اللّعان بعد القضاء بنفيه فإنّه يصبح معلوم الأب " فالإقرار في هذه الحالة لا ينتج أثره أيضا لأنّ هذا الولد بالرّغم من انتفاء نسبه من أبيه إلاّ أنّه يحتمل كذب الملاعن نفسه بعد نفيه الولد ، و في هذه الحالة يثبت نسبه من أبيه "[2]

و يشترط أيضا : " أن يكون المقر له بالبنوة ممّا يولد مثله لمثل من يقرّ نسبه ، بحيث لو كان المقرّ له إبن 15 سنة و المقرّ إبن 20 سنة فإنّه لا يصحّ إقراره لأن العقل و العادة تكذبه و بالتالي لا يثبت النسب بهذا الإقرار لأنه كاذب [3] كما يشرط أن يصدقه المقر له على إقراره إذا كان أهلا للتّصديق " بأن يكون في سنّ التّمييز أمّا إذا كان غير مميّز فإنّه يعتبر مصدقاً ".

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق، ص 161 .

(2) وهبة الزهيلي ، المرجع السابق ، ص 640.

(3) عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ، ص 176 .

الإقرار بالأمومة :

في هذا النّوع من الإقرار تقرّ المرأة بأن شخصاً معيناً ولدها ،و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19|12|1988 " من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد توجب الرفض ولما كان الثابت . في قضية الحال . أن المطعون ضدّها اعترفت بأنه ابنها وإنّ اعترافها كان صحيحا ومن تمّ فإنّ قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبّقوا صحيح القانون "(1) . " فإن أقرّت المرأة بالأمومة لصبيّ غير بالغ يولد مثله لمثلها وصدّقها إن كان مميّزاً أو لم يصدّقها صحّ إقرارها عليه ويرث منها الصبيّ وترث منه . (2)

وإذا كانت المرأة المقرّة بالنسب متزوّجة أو معتدّة من زواج على الرجل أن يصادقها حتى يثبت نسبه منه .

وإن كذبها ففي هذه الحالة تثبت فيها الفراش بالبينة ويثبت النسب في هذه الحالة بالبينة بدل الإقرار .

كما يصحّ إقرار الشخص ولو في مرض الموت حسب ما جاء في المادة 44 من قانون الأسرة إعمالا لقاعدة " إحياء الولد " . متى توافرت الشروط السابقة الذكر . (3)

---

(1) المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية 19/ 12/ 1988، ملف رقم 51414 ، المجلة القضائية 1991، عدد 03، ص 52 .

(2) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 32.

(3) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 198 .

الإقرار في غير الأبوة و الأمومة والبنوة

هذا النّوع من الإقرار لا يثبت النسب به إلاّ إذا تحقق أحد الأمرين " البيّنة أو تصديق المقرّ عليه إن كان حيّاً ، أو اثنين من الورثة إن كان ميّتاً " (1) وهو الطريق الذي سار عليه المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 45 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلاّ بتصديقه " فيستخلص أن المشرّع الجزائري أضاف شرطاً آخر في الإقرار بالأخوة والعمومة وهو شرط أن يصدّقه المقرّ عليه كالأب عند الإقرار بالأخوة والجدّ عند الإقرار بالعمومة،وأن يقيم المقر البيّنة على إقراره (2) فهذا النوع من الإقرار يعتبر حجّة قاصرة على غير المقرّ ولا يسري في حق الغير ، ويترتّب على هذا الإقرار ما يلي :

"إذا أقرّ شخص لآخر أنه أخوه فلا يكون إبناً لأبيه ، ولا أخاً لإخوته ولا عماً لأولاده ، وإنّما يترتّب على هذا الإقرار معاملة المقرّ نفسه بإقراره في حق نفسه فقط .

_ إذا كان المقر له بالأخوة فقيراً و جبث نفقته على أخيه المقر.

_ إذا مات المقر وليس له ورثة أصلا أو له زوجة فقط أخذ المقر له كل التركة في الحالة الأولى والباقي بعد أخذ الزوجة نصيبها " (3)

وإذا مات أبو المقر بالأخوة، وترك أولاداً من بينهم هذا المقر ولم يصدّقه واحد منهم في إقراره، فإنّ المقرّ له لا يرث من تركة هذا الأب (4)

---

(1) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 39 .

(2) بالحاج العربي ، المرجع السابق ، 198 ، 199 .

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق .ص 163.

(4) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 39.

الفرع الثاني: دعاوى النسب الثابتة من الإقرار:

دعاوى النسب التي ليس فيها تحميل النسب على الغير :

هو أن يرفع الابن دعوى ضدّ الأب طالبا الحكم بثبوت نسبه منه مجردا عن طلب آخر،هذه الدعوى مقبولة أنّ المدّعى عليه في الدعوى حيّ وهو الملزم مباشرة بها. فدعاوى النسب تقبل مجردة إذا كان كلاهما على قيد الحياة أي في حالة البنوة أو الإخوّة فهي تقبل مباشرة إذا رفعت من الأب لإثبات بنوّة الابن أو العكس، الابن لإثبات أبوّته بأن يقرّ الولد بأنّ فلان أبوه لأنها تخصه شخصيا ،ولكن في حالة وفاة المدعي عليه أيّ الأب أو الأم أو الابن حسب الحالات ،فهذه الدعوى لا تقبل إلا إذا اقترنت بعقد آخر كون المدعي منه النسب غائب .

و الدعوى على الغائب لا تقبل إلى ضمن دعوى آخر على حاضر .....(1)

دعاوى النسب التي فيها تحميل على الغير :

أن يرفع المدعي دعوى بطلب الميراث ،فينكر المدعى عليه صفته التي يستند عليها في الميراث فعلى المدعي أن يثبت دعواه ولأن يثبت نسبه من المتوفى الذي يريد حصته في تركته .

هذا كون المقصود الأصلي من الدعوى هو الحقّ المترتّب على ثبوت النسب إذ أن الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف. بل يبقى مجرد وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه الخصم ليس من حمل عليه النسب وإنّما هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة أو قد يكون الوصيّ أو الموصي له ،وقد يكون الدائن .

فبوفاة من يدعي الانتساب إليه لا تسمع الدعوى، إلاّ إذا كانت ضمن حق آخر على شخص حاضر (2)

---

(1) سعد فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1999 الجزء الأول، ص 213

(2) المحكمة العليا، غ أ ش 15 | 12 | 1998 ،رقم الملف 202430، المحلية القضائية عدد خاص 2001، ص 77

الفرع الثالث: أحكام اللقيط والتّبني :

اللقيط هو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم طرحه أهله خوفا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب. (1)

وحكم التقاطه فرض عين على من وجده في مكان يغلب عليه الظّن , هلاكه لو ترك فيه أو مندوب إذ لم يغلب على الظّن هلاكه ، وفرض كفاية على المسلمين إن قام به أحدهم سقط على الباقين .

إذا كان ملتقط اللقيط شخصاً واحداً فهو أحقّ بالكفالة متى رغب في ذلك ولا يأخذه الحاكم منه , أما إذا كان أكثر من واحد فالأولوية للأرجح بينهم ، أما إذا كان في نفس المنزلة من الإسلام والحرية والقدرة ، فالقرار بحق الكفالة يعود للقاضي .

إذا ادعى شخص أقرّ بنوته للطفل الملتقط ثبت نسبه منه بشرط أن يستوفي الإقرار جميع شروطه كما ذكر سابقا حتى وإذا كان المقرّ غير مسلم، هذا بخصوص حكم اللقيط في الشريعة الإسلامية أما في مجال قانون الأسرة الجزائري فلم يشر إليه المشرع بل ترك ذلك

لمجال قانون الحالة المدنية حيث أوجب على كل شخص وجد لقيطا أن يسلمه إلى الشرطة أو لضابط الحالة المدنية (2) الذي يقوم بتسليمه لأحدى دور الرعاية الاجتماعية المتخصّصة بذلك، حيث تتكفل الدولة بحمايته ورعايته وتسخيره لخدمة الوطن كونه جزائري بالولادة حسب المادة 7 فقرة 2 من قانون الجنسية , ويعاقب كل شخص التقط طفلا ولم يسلمه إلى المصالح المذكورة وذلك حسب أحكام قانون العقوبات المادة 442 \3 حيث حددت العقوبة بالحبس من 10 أيام إلى شهرين مع غرامة مالية قيمتها من 100 دينار إلى 1000 دينار . وبالتالي حكم اللقيط يدخل تحت حكم الأطفال مجهولي النسب حيث تميز الدولة الأشخاص الراغبين في تقديم خدمة إنسانية بكفالته دون إلحاق اسمه العائلي بهؤلاء الأطفال .

---

(1) بالحاج العربي . المرجع السابق , ص 200 .

(2) المادة 67 من قانون الحالة المدنية .

أمّا التبني L'adoption هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له أو مجهول النسب كاللقيط مثلا مصرّحاً في ذلك رغبته في اتخاذه ولداً له مع علمه الأكيد أنه ليس ولده [1] . وقد عرفه الصابوني بأنّه ادعاء الشّخص بنوّة ولد معروف النسب من شخص معيّن أو مجهول النسب أي أن يتّخذ الإنسان ابن الغير كابن له .

إن عملية التبني هي عملية تلفيق وتزييف للحقيقة ومخالفة لنظم الكون و الشّرع الإلهي والمتبني هو شخص مزوّر للحقيقة يحلّل ما حرّمه الله والقانون ، إنّ عملية التبني هي علاقة تستجوب شخصين : الشخص الكبير (الرجل أو المرأة) وهو الشخص المتبني ، والشخص الثاني هو الطفل وهو المتبنى [2] .

الفرق بين التّبني والإقرار بالبنوّة :

إنّ الإقرار بالبنوّة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص ما كان مجهول النسب ثم تبيّن أنه ابن فلان . فيقوم هذا الأخير بالإقرار بنوّة الولد له فيلحقه باسمه الذي هو نسبه الحقيقي أما التّبني فهو استلحاق شخص لولد معلوم النسب أو مجهوله فينسبه إليه وهو على يقين أنه ابنه .

وعليه ومن خلال هاذين التعريفين يتّضح أن هناك فرق شاسع بين عمليتي التبني والإقرار بالبنوّة .

---

(1) بالحاج العربي ، مرجع السابق، ص 200 .

(2) المرجع نفسه، ص 201 .

ـ الإقرار بالبنوّة هو سبب كاشف للنسب أما التبني فهو سبب منشئ للنسب [1] .

. إنّ الإقرار هو الإقرار بشيء صحيح كان مخفيا لأسباب وظروف منعت من ظهور هذه الحقيقة فهو هنا إظهار لواقعة قانونية شرعية وحقيقية [2] .

أما التبني فهو عبارة عن عقد صوري لا أساس له من الصحة أي إنشاء واقعة جديدة.

. الإقرار يكون لشخص على طفل مجهول [3] النسب بينما التبني فقد يكون كذلك كما قد يكون لشخص معلوم النسب.

---

(1) وهبة الزهيلي، المرجع السابق، ص295 .

(2) في شروط الإقرار تتطرق إليها في الفصل الثاني .

(3) محمد مصطفى شلبي ، دراسة مقارنة بين فقه الشريعة والمذهب الجعفري والقانون، ص 723 .

الفرع الرابع: حكم التبني في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري

لقد كان هذا النظام معروفا في الجاهلية واستمر مدة من الزمن في صدر الإسلام إلى أن نزلت الآية الكريمة التي تحرم هذه العملية وذلك في حادثة زيد بن حارثة حيث تبنّاه الرّسول صلى الله عليه وسلّم وأضفى عليه أبوته فنزل قوله تعالى ﴿**وما جعل** أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل , ادعوهم **لإبائهم هو أقسط عند الله**﴾. (1) ومن ثمّ أصبح زيد يدعى زيد بن حارثة وليس زيد بن محمد , وإن هذه الآية الكريمة لنص صريح على عدم مشروعية التبني , وعليه من قام بهذا التصرف يكون قد خالف مبادئ الله سبحانه وتعالى ، وإن الحكمة في هذا التحريم لواضحة كون الإسلام يحث على الحفاظ وسلامة الأسرة لعدم اختلاط النسب وجعل لكل ذي حق حقه , فأسباب النسب واضحة وتكمن أساسا في رابطة الدم ورابطة الأبوّة والبنوّة ، الحقيقة فالعدل أن يدعي الولد لأبيه الذي هو امتداد له وذلك عن طريق رباط شرعي وعلاقة محلّلة شرعا ألا وهي الزواج لقوله تعالى﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات﴾ (2) .

فالتبني ما هو إلاّ ظلم لأنّ فيه اعتداء على حقوق الغير والظلم حرام في الإسلام.

---

(1) سورة الأحزاب، الآية، (65) .

(2) سورة النحل، الآية، 72 .

حسب ما جاء في الحديث القدسي (يا عبادي لقد حرّمت الظلم على نفسي و حرمته فيما بينكم فلا تظالموا) (1) .

فمن بين المفاسد (2) التي تثيرها عملية التبني في المجتمع والتي يرفضها الدين والعقل:

- إدخال شخص أجنبي في الأسرة فيطلع من بناتها ما حرمه الله.
- يحرم على المتبنى الزواج منهن مع أنهن محلّلات له .
- يشارك المتبني الأسرة في الميراث الذي حدّده الله فيحرم من ذلك البعض ممّا يستحقونه شرعا.
- أو يكون هذا المتبنى ثريا فترثه هذه الأسرة التي تبنّته وبالتالي تحرم أسرة الشخص المتبنى الأصلي من الميراث والتي هي أحقّ به .

فلكل هذه المفاسد حرم الله التبني وأنه من لحق شخص غريب بنسبه فيعدّ مخالفا لحكم الله . **أما حكمه في القانون الجزائري**

فقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 45 من قانون الأسرة حيث منعه صراحة وبصفة قطعية حسب نص نفس المادة (يمنع التبني قانونا وشرعا). وعليه فإن النص صريح بتحريم عملية التبني ومفاده أنه لا يجوز لأي شخص مسلم يخضع للقانون الجزائري أن يدّعي بنوّة طفل ما معلوم أو مجهول النسب (3) ولا يجوز أبدا أن ينسب إليه ويسجل على لقبه في سجلات الحالة المدنية سواء في مركز الحالة المدنية أو باستصدار حكم قضائي فكل تصرف من هذا القبيل يعدّ باطل بطلانا مطلقاً بل أكثر من ذلك فيعاقب كل من يقوم به على أساس جريمة التزوير حسب أحكام قانون العقوبات .

---

(1) فضيل سعد، المرجع السابق ، ص 225 .

(2) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 723 .

(3) عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 22 .

فالزواج شرّع لحفظ الأنساب وحماية الأسر من الاختلاط حسب ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في أحكام الزواج. وعملية التبني لا تقدم هذه الغاية النبيلة بل على العكس فهو يهدمها ويهدم المجتمع، وعلى هذا الأساس منعه المشرع الجزائري .

غير أنه عام 1992 قام رئيس الحكومة " أحمد غزالي " بتغييرٍ إذ أصدر بناء على مرسوم تنفيذي رقم 24/92 إمكانية تقدم الشخص الذي يكفل قانونا ولد قاصر مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب هذا الولد وذلك قصد إلحاقه بلقبه بعد موافقة الأم الشرعية إن كانت معروفة أو على قيد الحياة ويترتب على ذلك التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية من هنا نلاحظ أنّ " أحمد غزالي " خلق تبني من نوع خاص وذلك بإلحاق الطفل بنسب التبني مع بقاء اسمه ولقبه الأصلي على الهامش .

وكان هدف غزالي آنذاك هو تكييف وتسهيل التكفل بهؤلاء الأبرياء وإمكانية وضعهم في أسر لاستمرارية حياتهم بصفة طبيعية . فهل حقا نجح فيما كان يرمي إليه أحمد غزالي؟ .

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة

تعتبر البينة من أسباب ثبوت النسب وهي أقوى من الإقرار وهي حجة متعدية إلى الغير على عكس الإقرار الذي هو حجة قاصرة على المقرّ نفسه كما سيأتي بيانه في المطلب الموالي (1).

والبينة مأخوذة من كلمة بيان وهو الإيضاح والتعريف بمعنى أوضح الشيء وعرّفه , هذا لغة أما شرعا فهي كل حجّة أو دليل يؤكّد وجود كل واقعة مادية وجودا حقيقيا سواء بواسطة السمع أو البصر (2) .

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن المقصود بالبينة هو شهادة الشهود وقد سميوا بالشهود لأنه بهم يتبين بمن يلحق نسب الولد . وقد استدل الفقهاء في ذلك من بعض النصوص حيث وردت كلمة البينة ولو كان المراد بها الشهادة . مثال هذه النصوص ما أخرجه البخاري وأبو داوود و الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنه أن هلال ابن أميّة قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلّم فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : {البينة أو جلد في ظهرك } والمقصود بلفظ البيّنة هنا هو شهادة الشهود على قذف المحصنات وقد ورد في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على إثبات النسب بالبينة حيث جاء : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة " (3).

الفرع الأول : تحديد مدلول البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة :

المادة 40 ق أ: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، بالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم نسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34من هذا القانون "

إنّ المشرّع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة استعمل في النص العربي مصطلح "البينة"

---

(1) بالحاج العربي ، المرجع السابق، ص 704 .

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص217 .

(3) قانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل له، (قانون رقم05-09 المؤرخ في4مايو2005) .

وفي النص الفرنسي مصطلح" preuve " فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن المقصود البينة هو المعنى العام (1)

لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة و دليلنا في ذلك هما مسالتين اثنين :

ما هو معمول به قضائيا : حيث نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 1999/06/15 أين أثارت فيه المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من تجاوز السلطة والذي جاء فيه فالقرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبير طبي قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الوالدين بأن ينسبا للطاعن أم لا و حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع قد دلّ ذلك على أنّه متجاوزا سلطتهم الحاكمة إلى الشريعة الذي بتعيين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس (2).

فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي و اعتماده كدليل مثبت للنسب مؤسسة قولها هذا على أن إثبات النسب حددت له المادة 40 ت أ قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة وبالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم الرفض في هذا القرار استعمال البينة العلمية لإثبات النسب.

الأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الذي استحدث الطرق العامة كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40' ق.أ.

---

1) مجلة المحاماة . التعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 15-06-99من إعداد لملوع نية ص 63

2) قرار صادر في 15|06|1999 ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ص 88

الفرع الثاني: البينة الشرعية لإثبات النسب (شهادة الشهود)

"لقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها "(1)

وهذا ما يطلقه جمهور الفقهاء بقولهم هي إخبار صادق بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير والأصل فيها أنّه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه ، ولمعرفة المعني الذي يقصده المشرع الجزائري بالبينة في المادة 40 من قانون الأسرة ترجع إلى اجتهادات المحكمة العليا فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 | 06 | 1999 على أنّه "من المقرر قانونا أيضا أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة و بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لنص المواد 32، 33، 34 من هذا القانون ،ومن ثم فان القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون ، ومتى تبيّن _ في قضية الحال _أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية بقصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرّضوا قرارهم للنقض (2)

نستخلص من هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب و اعتباره خرق لإحكام المادة 40 من قانون الأسرة أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة والقرائن ، وأخذت بالمعنى الخاص للبينة بمفهوم المخالفة لما جاء في القرار وهي شهادة الشهود .

---

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بالوجه العام ،الإثبات و أثار الالتزام،الجزء الثاني ،دار الإحياء التراث العربي بيروت لبنان طبعة 1982 ،ص 311.

2) المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 15 | 06 | 1999 ملف رقم 22274 عدد خاص ، ص 88

الفرع الثالث: أنواع البينة

للبينة عدة أنواع يمكن تلخيصها فيما يلي :

الشّهادة المباشرة وهي التي يقول فيها الشّاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره، فالشّاهد يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية ، سواء رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو رأى وسمع، وتكون الشّهادة عادة شفوية وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

" فالشّهادة تكون بمعاينة الشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد وإن لم يره أو يسمعه بنفسه لا يحلّ له أن يشهد " (1)

والشّهادة السّماعية تكون غير مباشرة ، وتختلف عن الشّهادة المباشرة كون أنّ الشّاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره ، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه أو سمعها بأذنه ،وتبعا لذلك تعتبر الشّهادة السّماعية شهادة على الشّهادة ،وهي جائزة قانونا ،مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية .(2)

أما الشّهادة بالتسامع فهذه الشّهادة صاحبها يشهد بما يتسامعه النّاس عن الواقعة المراد إثباتها وما شاع بين الناس بشأنها حيث أنّ " التسامع هو استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس" (3)والشّهادة بالتسامع غير مقبولة إلاّ فيما نص عليه القانون صراحة .

والشّهادة بالشّهرة العامة وهي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرّر أمام جهة رسمية ، تدوّن فيها وقائع معيّنة يشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشّهرة العامة (4) وهي لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح .

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 163 .

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 311.

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع نفسه، ص 163.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 314 .

ويكون إثبات النسب بالبينة عند جمهور الفقهاء بالشّهادة سواء في نظر من قال منهم شهادة رجل وامرأتين أو شهادة رجلين كالمالكية . " كما تجوز في النسب الشّهادة بالشّهرة والشّهادة السّماعية

وهذا ما يجري عليه الفقه والقضاء فإذا رأى شخص رجلا وامرأة يسكنان بيتاً واحداً ويعاشر كل منهما الآخر معاشرة الأزواج له أن يشهد بأنها امرأته ". (1)

كما أن فقهاء الحنفية أجازوا الشّهادة بالتّسامع في مسائل النّسب بالإجماع ، إلا أنهم لم يجيزوا للشّاهد أن يشهد تسامعاً إلاّ إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصوّر تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع في فلية صدقة ، أو يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ، فيصبح له نوع من العلم الميسّر في حق المشهود به " وتبعا لذلك يكون الإثبات في النسب بالبيّنة الكاملة عن طريق شهادة رجلين أو رجل و امرأتين عدول فإنّ تنازع في نسب ولد أكثر من شخص فادّعى كل منهما أنه أبنه ، فهو ابن من أقام البيّنة الكاملة على دعواه كما أنّه إذا ادّعى شخص على آخر ببنوّة أو أبوة أو أخوة أو عمومة ، أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعي عليه دعواه فللمدّعي أن يثبت دعواه بالبينة، وحينئذ يثبت النسب و يصبح ملزماً لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر "(2).

المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد اعتدّ بالبيّنة الكاملة كدليل لإثبات النسب وهي شهادة رجلين أو شهادة رجل و امرأتين.

---

(1) عبد الرحمن الصابوني ،المرجع السابق ،ص 222.

(2) بالحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 199

وإن ادّعت امرأة بأنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره، وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية و أنكر كون الولد منه وأنّ الولد الذي بين يديها هو ليس نفسه الذي ولدته، فإنّه بالإمكان شرعا و قانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاّتي حضرن عملية الولادة أو الطبيب أو ممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة .

وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 62 من قانون الحالة المدنية حيث جاء فيها : " يصرّح بولادة الطفل الأب أو الأم، و إلاّ فالأطباء والقابلات، أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشّخص الذي ولدت الأم عنده " وعليه فالقابلات تكون شهادتهن مقبولة أمام القضاء في ثبوت النسب .

المبحث الثاني : ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة:

لقد اتّضح تأثر المشرّع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 بالثّورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسايرا في ذلك التّطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية و الشخصية، و يتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 (و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).

إلاّ أنّ ذلك لا يفهم على إطلاقه بأنّ النّص لا يطرح أي إشكال يذكر، لأنّ إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها و حجيتها، فتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة و تحديداً مسألة 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 مطلبين:

المطلب الأول:تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب.

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية و سلطة القاضي في تقديرها.

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد كان المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي سبّاقاً للاعتداد بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة

إلاّ أنّ هذا الطرح لم يجد صداه لدى المشرّع الجزائري في القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمّن قانون الأسرة الذي لم ينّص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب مكتفيا في ذلك بالطرق المقرّرة شرعا و المنظمة في المادة 40 الفقرة الأولى من قانون الأسرة، بالإضافة إلى الجدل القائم حول قيمة الأخذ بهذه الطرق و عدم حصر المشرع لها، مع العلم بأنها تختلف بين التي يمكن نفي النسب بها فقط دون أن تكون وسيلة للإثبات و هو ما سيتم معالجته في الفروع التالية:

الفرع الأول:إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب.

الفرع الثاني:أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب.

الفرع الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب.

---

(1) المشار إليه في "البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات",مذكرة تخرج نيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ,الدفعة13لسنة2005,ص82.

الفرع الأول: إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب:

لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب و الرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أن اللّعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتماداً على قوله تعالى ﴿**و الذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله...**﴾(1) فالآية ذكرت إذ أنّ الزّوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للّعان و أيّ اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو تزيّيد على كتاب الله و أن الرسول صلى الله عليه وسلّم قال : " الولد للفراش و للعاهر الحجر "، فأهدر بذلك الشّبه البيّن و هو الذي يعتمد على البصمات الوراثية، كما أنّ الأستاذ الفقيه الجزائري محمد شريف قاهر عضو المجلس الإسلامي الأعلى، ذكر أنّ العلم حقيقة نسبيّة بينما القرآن الكريم كلام إلاهي لخلق الكون لأنه حقيقية مطلقة صالحة لكل زمان و مكان و هو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب معلّلا رأيه أنّ النّص القرآني صريح وواضح و بالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية " لا اجتهاد مع وجود النّص".(2).

و انطلاقا من كل ذلك تبنى المجلس الإسلامي الأعلى موقفا صريحا في مسألة النسب بالطرق العلمية رغم عدم إصداره لأي فتوى توضيحية لذلك مستظهراً وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو تنفي النسب (3) .

و اعتمادا على كل ذلك قرّر هذا الاتجاه عدم جواز الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ الكلّيات الخمس من عقل و نفس، و نسل و دين و مال .

---

(1) الآية من06 إلى 08 من سورة النور

(2) محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة 14 لسنة2003-2004 للدكتور محمد شريف قاهر,أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء .

(3) محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة 14لسنة 2003-2004 للدكتور الغوتي بالملحة أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء.

كما أنّه 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 متأثّرا فيما سبق ذكره أثناء سنّه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتمد سوى بالطرق الشّرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 فقرة 01 من نفس القانون رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، و هو ما كان قد كرّسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النّص القانوني الذي لا يقبل أيّ تأويل أو اجتهاد .

و من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 15جوان 1999 الذي جاء فيه: " حيث أنّ إثبات النّسب قد حدّدته المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطّرة و ضوابط محدّدة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع، ممّا دلّ ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس ".(1)

وقد أضاف قضاة المحكمة العليا في قرارهم الصادر في 1994/02/14 : " من المقرّر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة و بنكاه الشبهة وبكلّ نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة " .

يتّضح من كل ما سبق أن قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبّقوا النص الحرفي للمادة 40 لقانون الأسرة التي تحدّد طرق إثبات النسب قبل تعديلها و كانت تعتبر لجوء القاضي لأيّ خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأيّ طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة لأنها كانت تعتبر ذلك تشريعا في حد ذاته .

---

(1) المحكمة العليا غ أ ش،ملف رقم 22267،قرار بتاريخ 15-06-1999 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2002ص88.

لم يكن الرأي المذكور أعلاه و الرافض للطرق العلمية لإثبات النسب جامعا بين فقهاء القانون، ذلك أن اتجاها آخرا رأى في استعمال هذه الطرق وسيلة علمية حتمية بنتائج
ملموسة. فرأوا أن الآية التي استدلّ بها الفريق الأول، إنّما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة أو درأه عنها(1).

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

غير أنّ هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها علما أن البحوث العلمية و التوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات و الثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ضنّي الثّبوت يعطينا مجرد احتمالات بل و أحيانا نتائج يتحدد مجالها في نفي النسب فقط .

الفرع الثاني: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب:

من بين الإشكاليات التي أثارتها المادة 40 فقرة 02 من الأمر05-02 أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم تحديد و حصر المشرّع لها، لذلك تطلّب الأمر الاستعانة إلى ما توصلت إليه البحوث الطبية
والدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنّته هذه الأخيرة من طرق علمية قطعية الدلالة و أخرى لا ترقى بالشك إلى اليقين كونها ظنية .
لهذا ستكون دراستنا علمية بحتة.

---

(1) من بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين,الدكتور يوسف القرضاوي محمد المختار السلامي,و عبد الله محمد عبد الله و ابن القيم الجوزية .

الطرق العلمية القطعية:

توصّل العلماء إلى اعتبار كل من البصمة الوراثية ADN و نظام HLA و الذي يتصل بالمناعة طرقا علمية لإثبات النسب بصفة قطعية لأن دقّة ثبوتها تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة الخطأ فيها: 2.000.000/01مرة [1].

نظام البصمة الوراثية ADN:

لقد رأى العديد من العلماء و الباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوّية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، و التي تعني في مصدرها اللّغوي مصطلح قافة بمعنى تتبّع أثره ليعرفه فالقائف هو الذي يتبع الآثار و يعرفها، و يعرف شبه الرجل بأبيه و أخيه، بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء الذين استدلّوا بحجتيها بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت : " دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلّم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال : ألم ترى أن مجزرا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث و أسامة ابن زيد و عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال : إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض."[2]

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

إلاّ أنّ البعض الآخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعهما و الأسس التي تبنى عليها فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس و الواقع، لذلك فالقيافة باب و البصمة الوراثية باب آخر [3] .

---

[1] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية2004، ص109.

[2] المرجع نفسه. ص110.

[3] "البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات "مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, دفعة2002/13 -2005 ص83.

و سواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعدّ وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه هذا لظهورها بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر و يعتبر ال ADN العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان، عندما تلتقي البويضة مع الحيوان المنوي، إذا ADN لكل من الأب و الأم بكونه متحدا و يتشكل من لفائف مزدوجة الجانب على هيئة رقائق تسمى (رقائق الحمض النووي الحلزونية يبلغ سمك جدارها من 50 مليون ملم و قطر هذا الحلزون 50/01 مليون متر مكعب).

و تساهم البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب باعتبارها تقنية ذات قوة تدليلية قطعية في ذلك فهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء الدم، المني، الشعر أو في أي عضو من أعضاء الجسم و هو عبارة عن بروتين يحمل مورّثات أو جينات تحمل مواصفات تختلف من شخص لآخر، و تبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت مماّ يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل[1] ، بتحليل ADN له، و مكوّنات ADN للأب لإثبات الأبوة و ADN الأم لإجراء المطابقة بين ADN الطفل و ADN الأم و الأب إذا تمّت المطابقة تبث نسب الطفل للأب أو للأم أو كلاهما معا إذا لم تتّم المطابقة فهذا يدل على نفي نسب الطفل إليهما .

و اللجوء للبصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتّم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس أنّ دقّة ثبوت النسب أو نفيه بهذه الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة99.07%و تقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول به في ظرف زمن قريب إلى نسبة 100 % لهذا يرى الأستاذ بن داود عبد القادر ضرورة تقنين جواز اللجوء للطرق العلمية القاطعة التي قد يقع تحديدها عن طريق التنظيم تمييزاً لها عن الطرق العلمية الظنّية ما دام أنه لا مانع شرعي في ذلك [2].

---

(1) حسين علي شحرور ,كتاب"الطب الشرعي, مبادئ و حقائق "ص262

(2) إبراهيم صادق الجندي, تقنية البصمة الوراثية و إمكانية التحاليل عليها ص48.

كما أن الباحثين استندوا في اعتماد البصمة الوراثية طبقا لما جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة بتاريخ 21رجب 1422 الموافق ل08 أكتوبر2001 توصل إلى أن الإسلام يقرّ 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 إعداد بحث البصمة الوراثية و ذلك من الناحية الطبية و الشرعية و توصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، و ضرورة الاحتكام إليها في حالة تنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه و توريث مجهول النسب و إذا أقر بعض الأخوة بأخوّته ونفاها آخرون وفي حالة ادعاء امرأة بأمومتها لشخص ما دون دليل على ولادتها، كما أنّه ذكر أنّ كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيها أي شخص آخر وهو ما يعرف كما سبق الذكر ب ADN [1] .

نظام HLA (مرتبط بالمناعة) :

يعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطيعة في إثبات أو نفي النسب، فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيا وإثباتا، فنظام HLA مهّم جداً باعتباره نظاما (polymoRpHE)أي رغم أنّه جد متغيّر ومتعدد المظهر البيولوجي (شخص إلى آخر) إلاّ أنّه جدّ ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء (transmission génétique) مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص .

فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا .[2]

المركب HLA (complexes HLA) يتشكل في الحقيقة من خمس أنظمة متشابكة فينا بينها مما

---

(1) بن داود عبد القادر، المرجع السابق ،صفحة 109،110.

(2) المرجع نفسه، ص 112.

يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد il permet une identification biologique exiphonnelles يجب معرفة أنّ كل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين عن بعضهما واحد من الأب و الأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة.

إن قطعية إثبات النسب بواسطة نظام HLA قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي (le marriage cosanguin) أو المتكرر فإنّ الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين HLA متشابهين يصعب التحاليل و الاستنتاجات المجترية، مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية ADN .

الطرق العلمية الظنية:

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا، لذلك فإنها تعرف العديد من الأنظمة التي تتمثل في :

نظام ال ABO /فحص الدم:

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائعة استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إمّا مع الأم و إمّا مع الأب، و بما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإنّ أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، و يتمّ على أساس نفي النسب و يتّضح من الجدول التالي هذه الفصائل و ما يقابلها من مواد مولدة antigènesو أجسام مضادة تراكيب جينية :

---

(1) نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن عدد256، 2004، الكويت، ص100.

(2) البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص93.

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

و لتوضيح أكثر نذكر الأمثلة الآتية :

-الأم (O) و الابن (A) ففي هذه الحالة إذا كان الرجل (O) فيستحيل أن يكون هو أب الطفل، لأنه بالضرورة قد حصل على الخاصية (A) من أبيه الحقيقي .

-الأب (B) و الأم (B) إذا الأب BB أو BO و الأم BB أوBO فحتما الأطفال إما O أو B أو BO تحيل أن يكون للأولاد في هذه الحالة أخا A أو AB .

نظام ال MNS :

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا، يستخدم بنفس الطريقة كنظام ال ABO ، فعلى سبيل المثال:

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

ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأنّ الابن حصل على N+ من أمه و بالتالي M- من أبيه لكن الأب المفترض M+ و ليس M-[1] إذاً فالنسب منفي بطريقة علمية.

و تجدر الإشارة إلى وجود حالة تتمثل في حالة وجود (MG+)

-الأب المفترض MG+N-

-الأم M+N+

-الابن MG+N+

---

(1) http://www.islamodine.net/arabic/contemporary/01/2000/article7.shtkl

ففي هذه الحالة لا يمكن نفي نسب الابن للأب المفترض لأنّ الابن حصل على (MG+) من أمه و قد يكون قد حصل على (N+) من الرجل و لكن نظرا لأن خاصية نظام MG+ نادرة جدا فإنّه يمكن القول أن هناك احتمال كبير أن يكون الرجل هو أب فعلي للطفل.[1]

نظام مجموعة البروتينات:les groupes de protéines

هو نظام متعدد و متغير نظرا لتعدد و تغير هيئات البروتينات الموجودة في المصل و أنزيمات الكريات الحمراء، و هو نظام حديث جداً يمكّن من استعمال هذه العلامات و يعطي نتائج أكثر دقّة من فصائل الدم العادية ABO، لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، و يستعمل في التحاليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، يبقى التمييز مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ ما تمّ ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر و التي يقتاد إليها في مجال النفي و تعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد إلى جانبها أكثر 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة منها:

-نظام المفرزات اللّعابية le système de sécrétion salivaire

-نظام kell

-نظام duffv

-نظام Kidd [2]

---

[1] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص144.

[2] نبيل سليم، المرجع السابق، ص103.

الفرع الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب:

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

العوائق القانونية:

فمن هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة،احترام السلامة الجسدية و عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه .

1/-حرمة الحياة الخاصة:

تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان و يحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة ".

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة 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 و تكون ذات طابع شخصي خاص .

2/-انتهاك السلامة الجسدية:

تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان " و قد تنطوي الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان و الذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، و هو ما يعد مساسا بسلامته الجسدية.

3/-عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدءا عاما بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، و هو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم

على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي مثلا، وهو ما يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما قد يجعله دليلا باطلا، طبقا لقانون الإجراءات.

العوائق المادية:

1/-وجود مخبر علمي واحد و وحيد:

لقد خصّص قسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر ال ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس و تشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال، حيث يشرف عليه تقنيين و باحثين مختصين في علم البيولوجيا و الوراثة، تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو إثبات و نفي النسب باعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة 40للفقرة الثانية من قانون الأسرة المعدل و المتمم، إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع وقف عائقا ماديا حال أمام صعوبة استساغة الأمر من خلال الأوجه التالية: أ-يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية و تقنية محظة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال .

ب-يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل و المعرفة الدقيقة بعلم الجينات و كل الأنظمة المستعملة في هذا المجال، الذي يرتكز على الفرضيات و الحالات النادرة و استعمال بعض المفاعلات صعبة و معقدة يجب مراقبتها بصورة دقيقة فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.

ج-يتطلب اعتماد نظام ال HLA دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة و على خبراء تقنيين أخصائيين في الإحصائيات و الاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة و الشائكة .

2/-مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر البيانات و هياكل مادية ضخمة للوصول الى نتائج فعالة، فإنّ ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، و بالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والإقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأنّ مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقاً جداً .[1]

المطلب الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية

لم يشر المشرّع إلى القيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب، مما يثير التساؤل عن مدى حجيتها و سلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها ، فيما إذا كان الأمر يبقى خاضعا للقواعد المنوطة بالخبرة العلمية، أم أن الأمر يتطلب إخضاع هذه الطرق إلى قواعد خاصة نظرا للطبيعة العلمية و الحتمية لهذه الطرق، و هو ما سيتم الإجابة عنه فيما يلي :

الفرع الأول:حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

الفرع الثاني :سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية

الفرع الأول :حجية الطرق العلمية في إثبات النسب:

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

---

[1] نبيل سليم، المرجع السابق، ص106.

الحجية المطلقة للطرق العلمية لإثبات النسب:

لقد تبنى معظم رجال القانون انطلاقا من القيمة التي تعتري مجال الطرق العلمية فكرة أن لهذه الأخيرة حجية مطلقة ذلك أنّ الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال و بالتالي فإنّ 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، لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه ال ADN لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون أي أن نسبة التشابه يتساوى من 01 إلى 86 بليون شخص فمن تم يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما.(1)

لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للآباء لأن الحمض النووي و أيضا ال ADN يعد دليل إثبات و نفي قاطع بنسبة100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة مادام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد .

---

(1) نبيل سليم، المرجع السابق، ص107.

و تجدر الإشارة هنا إلى أنّ الطرق العلمية المتمثلة حسب ما توصل إليه العلماء في نظامي البصمة الوراثية ADN و نظام HLA هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية، و ما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من أي مخلفات آدمية (دم ،مني) أو أنسجة (لحم ،عظم ،جلد ،شعر) كما أنها تقاوم عوامل التحلل و التعفن و العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة و جفاف، ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها حتى من الإثارة القديمة و الحديثة كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان "ايف منتان" حيث ادّعت إمرة أن لها ابنة منه تدعى "انياس"

و ما أضفى على الأمر نوعا من المصداقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه و قد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان و أخد عينة من جسمه وفحص عينة من حمضه النووي و مقارنتها بالحمض النووي للبنت التي تدعي أنه أباها، و بعد مدّة سارت القضية و ظهرت النتائج و أثبتت الخبرة أنه لا يربط الفنان و السيدة أي علاقة أبوة أو بنوة، و لعل أن أكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص إنسان (الناديات) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9000 سنة و علم ذلك من طريق تحليل 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 العلمية سواء القطعية منها و التي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب، أو الظنية التي تعطينا نتائج حتمية في مجال النفي و احتمالات في مجال الإثبات والذّي يمكن القاضي دائما من الاستعانة إليها لحل الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم أو لا.(2)

---

(1) جريدة الوطن السعودية، السبب 2004/05/01 عدد 1380 السنة2004.

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

الحجية النسبية للطرق العلمية:

إذا كان معظم علماء الطبّ و القانون قد توصلوا إلى اعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية و نظام ال HLA ذات حجية قطعية الدلالة نظرا للخصائص التي تم التطرق إليها في هذا الباب، فإنّ فري آخر تبني فكرة الحجية النسبية لهذه الطرق العلمية اعتمادا على ما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ولو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضة.

فالطرق العلمية الظنية كنظام الABO (تحليل 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 الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي مادام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى واردا بدرجة كبيرة ، و من تم فان الخبرة العلمية التي تتضمن هاته الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية .

ليس ذلك فقط بل أن البعض رأى في الطرق العلمية التي تم تفصيل بيانها سابقا حجية نسبية كذلك ، فتقنية الADN لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على اتهام شخص معين أو إلحاق نسب ولد ما أو نفيه ، لذلك فان القاضي و إن اعتمد عليها عند دراسته لملف معين فهي لا تلقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس ، كما اعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة للان هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها ، و هو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا ، فكيف يمكن اعتبارها طرقا علمية قطعية الدلالة من جهة ، و بقاء احتمال الشك واردا من الجهة الثانية

و هو ما يجرنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب.

الفرع الثاني : سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

تعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة القاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كليا أو جزئيا ، كما له الحكم من دونها ،فهل تخضع مسألة تقدير الخبر ة العلمية في مسألة النسب إثبات و نفيا للقواعد العامة من جهة ؟

و ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص مسألة نفي النسب عن طريق اللعان كما هو جار العمل به.

لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية و سلطاته اتجاهها:

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم و الاسترشاد بآرائهم (1) .

و من تمّ فان القاضي في هذه الحالة يلجأ طبقا للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيستصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية، و القول بأنّ الحكم تحضيري مفاده عدم اتضاح نيّة القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتا أم نفيا بطبيعة الحال طبقا لما يعرف في ذلك عن الأحكام التحضيرية و التمهيدية كذلك.

إلاّ أنّ الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية و مدى حجيتها باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال

---

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

البيولوجيا من جهة، و استنادا إلى القيمة العلمية بالطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية، و نظام ال HLA و هو 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 هاته الطرق قد لا يتيح للقاضي فهمها و بالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية و علمية بحتة و دقيقة، و من تمّ فإنّ جهل القاضي بهذه الطرق و مصطلحاتها قد يقف عائقا أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها و الاستناد عليها ثبوتا للنسب أو نفياً له .

تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان و الطرق العلمية:

يعتبر اللّعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب به طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النسب، لهذا طرحت هذه المسألة، إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب فإذا كان اللّعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب فهل يصحّ نفيه بالطرق العلمية سواء منها القطعية و الظنية التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخّاة منها فيكتفي بها أم لا بد من اللّعان أيضا و هل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللّعان ؟

" الحقيقة أن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير، فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللّعان في نفي النسب، و على هذا الأساس جاء قرار المجمع الإسلامي بالرابطة " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان "

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي ترتكز على أسس و شروط تعجيزية أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان (08 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك ".[1]

---

[1] محمد توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص

إلاّ أنّ التساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال يتعلق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللّعان من تفريق للزوجين و غيرها على نفيه عن طريق الطرق العلمية خاصة أمام عدم تدخل المشرع الجزائري في تحديد هذه المسألة.

و تجدر في الأخير الإشارة إلى أنه و إضافة إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب، توجد قواعد و أحكام إجرائية تتمثل أساسا في وسائل ممارسة دعوى الإثبات هاته التي تخضع للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوي المدنية الأخرى، فإما أن تكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حول موضوع محدد، و إما دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعية إلى جانب إثبات الزواج مثلا.

الخـاتمـة

بعد إنهاء دراستنا المتواضعة هذه وتجولنا وسط كتب الفقه ودراسات الفقهاء كالنحلة التي تجول وسط الزهور اشتياقا للرحيق لا يسعنا إلا أن نقول أن موضوع النسب موضوع شاسع وواسع، هذا ما جعل المشرع الجزائري يغفل عن عدة نقاط إلا أننا لاحظنا أنه قد حذا نفس حذو الشريعة الإسلامية بخصوص أحكام النسب حيث تناولها في المادة40 من قانون الأسرة على سبيل الحصر.

لكن بالرغم من كل ذلك فهو لم يوضح ولم يثري مسألة اللعان في حالة نفي النسب كما في الشريعة الإسلامية، حيث ذكر اللعان فقط في مسألة موانع الإرث حسب المادة 138 من فانون الأسرة:(يمنع من الإرث اللعان والردة)، كان عليه أن يبين شروطه وربما قد تعمد ذلك لإحالتنا لأحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة222 من قانون الأسرة.

في خصوص مسألة التلقيح الاصطناعي، فالمشرع الجزائري لم يعالج هذه القضية على الإطلاق بل سكت عن تبيان موقفه بصدد هذا الموضوع، ربما يعود ذلك لحداثة هذه التقنية، لكن رغم ذلك كان عليه التطرق إليها وللإشارة لموقفه منها عن طريق مشروع تعديل قانون الأسرة حتى تكون القوانين متماشية ومسايرة للمستجدات اليومية.

كان على المشرع الجزائري أن يعالج كل المواضيع الحساسة، لأن سكوته عن أي قضية يفتح المجال للصراع في تحليلها، ربما يكون هذا التحليل مسايرا للتطورات العلمية وفي نفس الوقت مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية، لذا وجب عليه أن يبين موقفه بخصوص أي مسألة

ما، كعملية التلقيح الاصطناعي مثلا خاصة وأن العلم يعرف تطورا ملحوظا واكتشافات قيمة وتحولات في عام الأجنة مثل عملية الاستنساخ.

ولهذا حاولنا من خلال مذكرتنا هذه إثراء جميع المسائل الخاصة بثبوت النسب الواضحة والمبهمة وذلك من خلال دراستنا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ومدى موافقتها لهذه المسائل ونتمنى أن نكون قد ألممنا بجميع النقاط التي يتطلب هذا الموضوع دراستها.

وبهذا نكون قد أنهينا عملنا هذا راجين من الله تعالى أن نكون وفقنا فيه فإن أصبنا فذلك فضل من عند الله وإن أخطأنا فمن عندنا كبنيّ إنس فميزتنا الخطأ و النسيان وكما قال الرسول صلى الله عليه وسلم" من اجتهد وأصاب له أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر"

قائمة المصادر و المراجع

المصادر:

القرآن الكريم.

قائمة المراجع

- الأزهري،جواهر الإكليل.
- الدسوقي، حاشية.
- الشربيني، مغني المحتاج.
- الشيباني، نيل المآرب.
- الصاوي، بلغة السالك.
- الموصلي، الاختبار لتعديل المختار.
- النجدي، هداية الراغب.

1-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الجامعة الجديدة، 2004

2-إبراهيم صادق الجندي، تقنية البصمة الوراثية و إمكانية التحاليل عليها.

3-الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية.

4-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة2005 الجزء الأول.

5- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانونية، مؤسسة الشباب الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية، سنة 1987.

6- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004

7-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، طبعة1999.

8- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية 01-2001 الطبعة الأولى.

9-حسين علي شحرور، كتاب الطب الشرعي، مبادئ و حقائق.

10-رمضان علي السيد الشرنباصي،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

11-سعد فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1999 الجزء الأول.

12- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، دار الكتب والوثائق المصرية، رقم 01 سنة 2000.

13-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007.

14-عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، تالة الجزائر سنة 2000/1999.

15-عبد الحفيظ أوسوكين ، قانون الأسرة والتطورات العلمية ،مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة ، كلية الحقوق 2007.

16-عبدالرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة دمشق، الطبعة الخامسة،1978-1979.

17-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ،الجزائر ، الطبعة الثالثة.1996.

18-عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات و أثار الالتزام، الجزء الثاني ،دار الإحياء التراث العربي بيروت لبنان طبعة 1982..

19-محمد كمال الدين إمام ، الأحوال الشخصية للمسلمين ، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية ، منشأة المعارف الإسكندرية 2001 ، الجزء الثاني ص 205

20-محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1998.

21-محمد مصطفى شلبي، دراسة مقارنة بين فقه الشريعة والمذهب الجعفري والقانون(63)

22-محمود توفيق اسكندر ، الخبرة القضائية ، دار هومة ، طبعة 2002.

23–محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984.

24-نبيل سليم (البصمة الوراثية و تحديد الهوية ، مجلة حماية الوطن عدد 256،2004، الكويت.

25–وهبه الزهيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، دمشق، سنة 1952، الجزء السابع.

26-جريدة الوطن السعودية ، السبب 2004/05/01، عدد 1380، لسنة 2004.

القواميس:

- قاموس عربي، الهدى، الأستاذ إبراهيم قلاتي، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
- الفيومي، المصباح المنير، مادة النسب.
- الجوهري، الصحاح، مادة النسب.
- ابن منظور، لسان العرب، مادة النسب.
- ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة النسب.
- ابن جيب، القاموس الفقهي، مادة النسب.
- الفيروز أبادي، القاموس المحيط.

2-المجلات القضائية

1-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19 ، ملف رقم 34046، المجلة القضائية لسنة 1999، عدد 01.

2-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/10/08 ،ملف رقم 34137، المجلة القضائية لسنة1989، عدد 04.

3-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1990/01/22 ،ملف رقم 57756، المجلة القضائية لسنة1992، عدد خاص.

4-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/11/17 ،ملف رقم210478، المجلة القضائية لسنة2001، عدد خاص.

5-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1994/05/19 ،ملف رقم 193825، المجلة القضائية لسنة2001، عدد خاص.

6-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1997/07/08 ،ملف رقم 165408، المجلة القضائية لسنة2001، عدد خاص.

7-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/12/15 ،ملف رقم 202430، المجلة القضائية لسنة2001، عدد خاص.

8-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1999/06/15 ، ملف رقم 22274، المجلة القضائية لسنة2002، عدد خاص.

9-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1999/06/15 ، ملف رقم 22267،

المجلة القضائية لسنة2002، عدد خاص.

10-ملف رقم222647 للاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية99/06/15.

11-مجلة المحاماة، التعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 1999/06/15، من إعداد لملوع نية.

المقالات والمحاضرات:

- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة التخرج، إجازة المدرسة العليا، دفعة13 ،لسنة2003-2005.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، بجدة للدورات1-10، القرارات عن المنشورات، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية، سنة1998.
- محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة14، لسنة2003-2004، للدكتور محمد شريف قاهر أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء.
- محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة14، لسنة2003-2004، للدكتور الغوتي بلملحة.

قانون الأسرة حسب آخر تعديل له(قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005)

- المادة 40 من (الأمر05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005) :" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد

الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون. ويجوز للقاضي اللجوء لإلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

- المادة 41:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".
- المادة 42:" أقل مدة الحمل ستة(6)أشهر وأقصاها عشرة(10)أشهر ".
- المادة 43:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10)أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".
- المادة 44:" ينسب الولد بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت مت صدقه العقل أو العادة ".
- المادة 45:" الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".
- المادة 45 مكرر:" يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي".
- المادة 46:" يمنع التبني شرعا".
- المادة 58 :" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".
- المادة 59:" تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".
- المادة 60:" عدة الحامل وضع حملها، أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".
- المادة67 من قانون الحالة المدنية.

الفهرس

المقدمة.....(1)

المبحث التمهيدي: مفهوم النسب وأهميته .....(5)

المطلب الأول: تعريف النسب.....(5)

المطلب الثاني: أهمية النسب .....(8)

الفصل الأول: ثبوت النسب بالفراش.....(12)

المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية.....(13)

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح. .....(14)

الفرع الأول: ثبوت نسب المولود عند قيام الزوجية .....(14)

الفرع الثاني: ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي.....(23)

المطلب الثاني: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية.....(27)

الفرع الأول: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق.....(28)

الفرع الثاني: ثبوت نسب المولود بعد وفاة الزوج.....(32)

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة.....(33)

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.....(33)

الفرع الأول: الزواج الفاسد وأسبابه.....(33)

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد.....(34)

المطلب الثاني: ثبوت النسب بنكاح الشبهة.....(36)

الفرع الأول: الدخول بشبهة وأنواعها.....(36)

الفرع الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة.....(38)

الفصل الثاني: ثبوت النسب بالإقرار والبينة والطرق العلمية الحديثة.....(40)

المبحث الأول: ثبوت النسب بالإقرار والبينة.....(41)

المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار.....(41)

الفرع الأول: أنواع الإقرار. .....(42)

الفرع الثاني: دعاوى النسب الثابتة من الإقرار. .....(47)

الفرع الثالث: أحكام اللقيط والتبني.....(48)

الفرع الرابع: حكم التبني والشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري.....(51)

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة.....(54)

الفرع الأول: تحليل مدلول البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة . ....(54)

الفرع الثاني: البينة الشرعية لإثبات النسب (شهادة الشهود). .....(56)

الفرع الثالث: أنواع البينة.....(57)

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة.....(60)

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب.....(61)

الفرع الأول: إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب.....(62)

الفرع الثاني: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب.....(64)

الفرع الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب.....(71)

المطلب الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية .....(73)

الفرع الأول: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب.....(73)

الفرع الثاني: سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب.....(77)

الخاتمة.....(81)