

جامعة سعد دحلب البلدية

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : عقود ومسؤولية

طرق إثبات النسب في القانون الجزائري

دراسة نظرية وتطبيقية

من إعداد

وداد – أحمد العربي

أمام اللجنة المشكلة من

د. بوشمة خالد

أ.د. سرير ميلود

د. سنيي محمد

أ. سطنبولي محي الدين

أستاذ محاضراً، جامعة البلدية

أستاذ التعليم العالي، جامعة البلدية

أستاذ محاضراً، جامعة البلدية

أستاذ مساعد أ، جامعة البلدية

رئيساً

مشرفاً ومقرراً

عضواً مناقشاً

عضواً مناقشاً

البلدية، ديسمبر 2012

شكر

أتوجه بعظيم الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور سرير ميلود الذي تفضل بالإشراف على هذه الدراسة ولم يبخل علي بتوجيهاته العلمية القيمة كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة الفاضلة جلاب نعناعة دون أن أنسى جميع الأساتذة الذين شاركوا في تأطيرنا وإلى كل من كان لي شرف التعامل معهم طيلة مشواري الدراسي.

ملخص

تعتبر مسألة النسب من المسائل التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وخصتها بعناية كبيرة وحددت لها أحكام قصد المحافظة على الأنساب من الاختلاط وحماية لحقوق الأطفال من الضياع، وقد حدد المشرع الجزائري طرق إثبات النسب في قانون الأسرة في المادة 40 حيث نصت "يثبت النسب بالزواج الـ حيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح ثم فسحه بعد الدخول.

مسألة النسب لا يمكن تصورهما إلا في إطار علاقة زوجية فقد ربط المشرع بين النسب وعلاقة الزواج، بحيث جعل الثاني سببا في الأول. فيثبت النسب بالزواج الصحيح متى أمكن الاتصال بين الزوجين وولد الولد في المدة المحددة شرعا بين أقل مدة وهي ستة أشهر وأقصى مدة عشرة أشهر ، وعدم نفيه بالطرق المشروعة حيث سمح للزوج بنفي نسب الولد عنه إذا تبين أن الولد ليس منه فيلجأ إلى اللعان وذلك في مدة ثمانية أيام من يوم العلم بالزنا أو بالحمل.

وقد خطى المشرع خطوة إيجابية من أجل علاج العقم حيث أجاز للزوجين اللجوء إلى وسائل الحمل المعاصرة وذلك بالاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي والذي يتم إما داخليا أو خارجيا، كما وضع ضوابط. تنظم هذه العملية وتتمثل في رضا الزوجين على عملية التلقيح وأن تتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون أن يتدخل طرف ثالث، بالإضافة إلى شرط عدم استعمال الأم البديلة حيث نص صراحة عليها في المادة 45 الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة، كما تعرضنا إلى الزواج الفاسد ونكاح الشبهة فالمشرع الجزائري لا يعترف بإثبات النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول لأن ذلك يعد زنا، بل يعترف به بعد الدخول وتترتب عليه آثار قانونية تتمثل في النسب والإرث والنفقة مراعاة لمصلحة الولد.

أما بالنسبة لنكاح الشبهة فقد أقر المشرع بثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة وأقصاها، كما يثبت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية إما بوفاة الزوج أو الطلاق، وينسب الولد لأبيه إذا أقر به، والإقرار نوعان إقرار مباشر وهو حجة للمقر ومقصورة عليه لا يتعداه إلى غيره ويجب أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب وأن

يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة، والنوع الثاني الإقرار بالنسب المحمول على الغير وهو أن يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة حواشيبي، أي لهما أصل مشترك هو أبوهما، ويجب توفر نفس الشروط السالفة الذكر، كما تبني المشرع الجزائري البيئة لإثبات النسب.

وقد حذا المشرع خطوة ايجابية وحرص على الاستفادة من التطورات العلمية المستحدثة في المجال الطبي والبيولوجي حيث أجاز بعد تعديل قانون الأسرة في 2005 اللجوء إلى الطرق العلمية، إلا أنه لم يحدد هذه الطرق. هل كان يقصد القطعية وهي البصمة الوراثية على اعتبار أن نتائجها دقيقة لا تترك مجال للشك أم الظنية وهي نظام تحليل الدم.

قائمة الجداول

الصفحة	عنوان الجدول	الرقم
65	نظام تحليل الدم	01

الفهرس

ملخص

شكر

قائمة الجداول

الفهرس

9	مقدمة
12	الفصل الأول: إثبات النسب بالطرق التقليدية
12	تمهيد
13	1.1. إثبات النسب بالزواج وبعد انحلال الرابطة الزوجية
13	1.1.1. شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح
29	2.1.1.1. إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية
32	2.1.1. إثبات النسب في الزواج غير صحيح
32	1.2.1.1. ثبوت في نكاح الشبهة
35	2.2.1.1. إثبات النسب في الزواج الفاسد
38	2.1. إثبات النسب بالإقرار والبينة
38	1.2.1. إثبات النسب بالإقرار
39	1.1.2.1. شروط الإقرار
41	2.1.2.1. أنواع الإقرار

44	3.1.2.1. مظاهر الاختلاف بين نوعي الإقرار
45	2.2.1. إثبات النسب بالبينة
45	1.2.2.1. مفهوم البينة وأنواعها
46	2.2.2.1. أنواع الشهادة
47	3.2.2.1. شهادة الشهود في البينة
48	الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية
48	تمهيد
49	1.2. البصمة الوراثية كطريق علمي قطعي الثبوت
49	1.1.2. ماهية البصمة الوراثية
49	1.1.1.2. تعريف البصمة الوراثية وخصائصها
52	2.1.1.2. خصائص البصمة الوراثية
54	2.1.1.2. تكيف البصمة الوراثية وأهميتها
54	1.2.1.1.2. التكيف الشرعي والقانوني للبصمة الوراثية
55	2.2.1.1.2. مدى حجية البصمة الوراثية
55	3.2.1.1.2. موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية
57	2.1.2. شروط العمل بالبصمة الوراثية وعوائق تطبيقها
57	1.2.1.2. حالات وشروط الاعتماد على البصمة الوراثية

63	2.2. نظام تحليل الدم كطريق علمي ظني الثبوت.....
63	1.2.2. مفهوم نظام تحليل الدم.....
63	1.1.2.2 مدى حجية نظام تحليل الدم
66	2.1.2.2. موقف المشرع من استخدام نظام تحليل الدم.....
71	2.2.2.2. سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب
71	1.2.2.2.2. حجية الطرق العلمية في إثبات النسب
72	2.2.2.2.2. لجوء القاضي إلى الخبرة الطبية ومدى التزامه بها
77	الخاتمة
79	المراجع.....

مقدمة

الأسرة هي النواة الأولى لبناء المجتمع، وتتوقف قوة المجتمع على قوة الأسرة. تتكون الأسرة ابتداء بعقد الزواج وهي التي تقدم الأجيال للمستقبل فقد خصتها الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام وأوضحت كثيرا من الأحكام التي تتعلق بها، نصت المادة الثانية من قانون الأسرة الجزائري على أنه "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة "

والأساس الذي تقوم عليه الأسرة ومن بعدها المجتمعات والأمم هي العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة، وقد خص الشارع الكريم هذه العلاقة بنظام معين لما لها من أهمية بالغة ودور فعال في بناء الأسرة والمجتمع. فقد جعل الزواج رباط مقدس يربط الزوجين بميثاق غليظ وجعله ركيزة أساسية لتسلسل الذرية والمحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط. وما دام أن الأولاد هم غاية الحياة الزوجية وثمرتها ولا تنتج هذه الثمرة إلا من خلال عقد الزواج الصحيح الذي يرتب آثار وحقوق للأولاد فقد دعت الشريعة الإسلامية للمحافظة عليهم وقررت لهم حقوق. من الحقوق الشرعية التي تثبت للأولاد هو النسب لأنه يتعلق بحقوق مشتركة فيدخل حق الله تعالى وحقوق أطراف النسب وهم الأب والأم والولد.

وقد حرص الإسلام على حماية النسب من خلال تنظيم علاقة الرجل بالمرأة في إطار شرعي وحرّم أية علاقة خارج هذا المقصد لأنها سبب من أسباب ضياع نسب الأولاد .

فإذا نظرنا إلى آثار الزواج نجدها مادية وطبيعية، فإذا عادت الآثار المادية على الزوجين فإن الآثار الطبيعية لا يمكن التعبير عنها إلا بقدم الولد بميلاده تثبت له الحياة، والحياة نشوء وانتماء فتنشأ بواقعة الميلاد وانتمائه يتجسد بثبوت نسبه، لأن مواجهة الدنيا بدون الوالدين تعتبر جحيم. لأن من أهم مقاصد عقد الزواج إلحاق الولد بابيه منعا لاختلاط الأنساب حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم التي تعتبر أقوى الروابط بين أفرادها.

لاشك أن الولد يثبت نسبه من أمه بحسب الأصل بالولادة، ومتى ولدت المرأة ولدا ثبت نسبه منها، ويثبت النسب لجهة الأم بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من علاقة شرعية أو غير شرعية وإذا ثبتت الولادة استحال نفيها بعد ذلك، ومن ثم يكفي لثبوت الأمومة إثبات تحقق واقعة الميلاد ذاتها، ولا يحتاج الأمر لإثبات إذا كان الحمل ظاهرا أو اعترف به الزوج، أو سكت فلم ينكر.

ومنع الشرع الآباء من إنكار نسب الأولاد. حرم على المرأة نسب مولودها إلى غير أبيه فقال صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم. فليست من الله في شيء. ولن يدخلها جنته، وأيما رجل جدد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة" أحث الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه مادامت العلاقة الزوجية قائمة.

حرم التبني لما يمثل هذا الأخير من اعتداء على هوية الطفل بإدخاله بيت غير بيت أصله الأمر الذي له انعكاسات وخيمة على مستقبل الطفل وخاصة بعد أن يعلم بواقعة التبني التي قد تسبب له صدمة لذلك وضع العلماء ضوابط محكمة بهدف حماية الطفل وضمان لحقوقه.

المشرع الجزائري مثل سائر التشريعات العربية التي وضعت أحكام متعلقة بالنسب إلا أن هذه الأحكام لم تسلم من نقائص خاصة عند تطبيقها مما جعل المشرع يدخل تعديل على قانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي أدرج فيه الطرق العلمية في مجال النسب والاستفادة من التقنيات الحديثة للحمل المعاصر من أجل علاج العقم.

والنسب لغة مشتق من مصدر الانتساب. وقيل هو في الآباء خاصة، وتنسب أي ادعى أنه نسيبك يقال القريب من تقرب لا من تنسب. [1]

الفقهاء لم يعرف النسب حيث اكتفوا بمعالجة الأمور التي من شأنها أن تضمن نقاءه. بما في ذلك قاعدة الاحتياط في النسب الذي يجسدها اعتباره يثبت في الأنكحة الباطلة والفاصلة.

وضع الشرع ضوابط لإلحاق الولد بأبيه من خلال ما نتج عن زواج صحيح اعتمادا على قاعدة الولد للفراش. ويلحق بهذه الأخيرة ما نتج عن شبهة تدرأ الحد. ابتغاء المحافظة على الولد من الضياع.

وقد تعدد وسائل الإنجاب بعدما كانت مقتصرة على العملية الطبيعية بين الزوجين. حيث أجاز المشرع للزوجين على إثر تعديل 2005 اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي لكن المشكلة تثار حول نسب الولد الناتج عن هذه العملية. إذا ما افترضنا تدخل طرف ثالث عن الزوجين من أجل

تحقيق هدف الإنجاب ومدى مشروعية العملية في حد ذاتها وبالنظر إلى المستجدات والتطورات العلمية بادر المشرع إلى إحداث تعديل على الأحكام المنظمة لإثبات النسب بموجب الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

حيث أجاز الاعتماد على الطرق العلمية لإثبات النسب كطريقة تحليل الدم والبصمة الوراثية كحل لمشكلة النسب سواء كان الولد ناتج عن علاقة طبيعية أم ناتج عن التلقيح الاصطناعي.

إن مسألة النسب لا تطرح فقط أثناء قيام الرابطة الزوجية بل تتعدى ذلك إلى بعد انقضائها سواء بالطلاق أو بالموت بعدما أصبح التقدم العلمي يملي معطيات جديدة كتخزين الحيوان المنوي والإنجاب بطريقة الأنابيب كل ذلك جعلنا نتساءل هل الطرق التي اعتمدها المشرع قبل وبعد التعديل كافية لحماية النسب أما الأمر ما زال يحتاج إلى إعادة النظر. هل البصمة الوراثية تعد من الوسائل المعتمدة ضمناً من طرف مشرعنا وما مدى حجيتها في تنظيم مسائل النسب ونظراً لأهمية موضوع النسب وخطورته لما له من تأثير على الفرد وعلى المجتمع فقد اعتمدت على دراسة تحليلية في شرح نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنسب بعد تعديل 2005.

سننتظر في الفصل الأول إلى الطرق التقليدية في إثبات النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية. وموقف المشرع من ذلك. وإثبات النسب بالطرق الشرعية الإقرار والبينة. ومنتظر في الفصل الثاني إلى إثبات النسب بالطرق الحديثة العلمية. البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات. ونظام تحليل الدم.

الفصل 1

إثبات النسب بالطرق التقليدية

تمهيد:

يعتبر النسب من أهم المواضيع التي تناولتها التشريعات والنسب من أهم الآثار المنجزة عن الرابطة الزوجية وهو يعد حق من حقوق الأولاد. وهذا الارتباط الذي وضعه بين النسب وعلاقة الزواج بحيث جعل الثاني سببا للأول.

استمد من إحكام الشريعة الإسلامية التي اهتمت بالأولاد الذين يأتون نتيجة هذه الرابطة المقدسة فالزوجية هي السبب الأساسي في إثبات النسب من جهة الأبوة حيث حث الإسلام ان ينسب الولد لأبيه مادامت العلاقة الزوجية قائمة. ولذلك جعل النسب يدور في كنف الأسرة القائمة على العلاقة الشرعية وقد جاء في الآية الكريمة:

وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا.

وعرف النسب على انه القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشترار في ولادة قريبة أو بعيدة. والنسب نعمة عظيمة انعم الله تعالى به على البشر. وهو الصلة بين إنسان وآخر [2] ، وهو أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها رباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم. فالولد جزء من أبيه، والنسب هو إلحاق الولد بابيه باعتباره الأصل الذي يتفرع عنه الولد. [3]

فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابت ومؤكد في مختلف الأحوال سواء كانت الولادة شرعية أم غير شرعية وإذا ثبتت الولادة استحال نفيها بعد ذلك. ومن ثم يكفي لثبوت الأمومة إثبات تحقق واقعة الميلاد ذاتها. ولا يحتاج الأمر لإثبات إذا كان الحمل ظاهرا أو اعترف به الزوج. أو سكت فلم ينكر. ومنعا لاختلاط الأنساب فإن الشرع الإسلامي لا يعترف بنسب من جهة الأب خارج ما هو بناء على العلاقة الزوجية مهما كانت طبيعتها وبالتالي من ثبت نسبه بالزواج كان صحيحا واستغنى عن إثباته بواسطة أخرى.

لكن قد يضطر الشخص إلى إثبات نسبه وذلك بإقامة الدليل على ذلك وقد حددت الشريعة الإسلامية طرق إثبات النسب وهي الإقرار والبينة والزواج وغيرها من أدلة الإثبات التي اعتمدها

فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى هذا الأساس فإننا نتناول الموضوع من خلال مبحثين المبحث الأول نخصه لإثبات النسب تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش وهي الزواج الصحيح، نكاح الشبهة والنكاح الفاسد.

والمبحث الثاني نخصه للتحدث عن الطرق الشرعية في إثبات النسب وهي الإقرار والبينة.

1.1. إثبات النسب بالزواج وبعد انحلال الرابطة الزوجية:

ما الزواج في الحقيقة إلا تنظيم لصلات الرجال والنساء على شكل معين وفق نظام خاص الذي ينتج عنه الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري واستمرار الوجود الإنساني لذا شرع الله العلاقة الزوجية وسيلة لاستقرار والتناسل وهذه العلاقة لا تتم إلا في إطار عقد حددت الشريعة والقانون أركانه وشروطه والعقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة.

الزوجية هي السبب في إثبات النسب من جهة الأبوة وقد عرف قانون الأسرة الجزائري الزواج في المادة الرابعة على أنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي

يعرف الزواج لغة: الضم والتداخل.

اصطلاحاً: فيقصد به العقد الذي يرتبط بموجبه رجل بامرأة على الوجه الشرعي، قصد تحقيق الغاية التي حددها الشارع منه. أو هو العقد الذي وضعه الشارع يفيد استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد.

1.1.1. شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح:

حتى يكون الزواج صحيحاً وحجة قاطعة لنسب الطفل ودون الحاجة إلى اشتراط الإقرار أو البينة ممن يثبت نسب الولد إليه فقد وضع المشرع شروطاً منها ما يتعلق بالزوجين معاً كقيام الزوجية وإمكانية الاتصال ومنها ما يخص الزوج باعتباره أن نسب الولد من الأم ثابت. كعدم نفيه بالطرق المشروعة.

إن الولد يمكن أن ينتسب إلى والده إذا لم ينفه الزوج بالطرق المشروعة، ومتى حصلت الولادة خلال أقل مدة الحمل وأكثرها، ومتى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال بين الزوجين.

أولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل:

لإعمال الأصل الشرعي الولد للفراش وضع فقهاء الشريعة حد أدنى وحداً أقصى لمدة الحمل أما بالنسبة لأقل مدة الحمل فلقد اجمعوا على أنها ستة أشهر، وهي المدة التي يحتاج إليها الجنين [5]، وللبقاء في بطن أمه مدة لتكون فيها والمعروف أن المرأة تلد لتسعة أشهر [4]، وغالبا ما تنقص المرأة عن ذلك ونادرا ما تزيد.

نسب الولد من أمه ثابت في جميع الأحوال سواء كان شرعياً أم لا، وخلافاً لذلك فإن الرجل لا يثبت نسب الولد منه إلا من خلال زواج صحيح. إلا أن ما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية لمدة الحمل هو ستة أشهر لأن المدة كافية لتكوين الجنين وميلاده حياً كما هو مستفاد من قوله تعالى "وحمله وفصاله ثلاثون شهراً....." "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين....." "

إن أدنى مدة للحمل هي 6 أشهر هذا إذا أجرينا خصماً للحولين الكاملين من الثلاثين شهراً. وإذا كان الإجماع حاصلًا بالنسبة للمدة الدنيا للحمل، فإن أقصى مدة الحمل ستعرف واقعا مغايراً ومتأرجحاً لا يمكن ضبطه واقعيًا بصورة قطعية حيث لم يرد نص بخصوص أكثر مدة الحمل وأقصاها لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية، وبالتالي لا يمكن التنصيص عليه بالقاطع لأن صاحب النص هو الله العالم بخلقه ومراحل تكوينهم وأطوارهم لقوله تعالى (...الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار) [8]، وإنما وجدت اجتهادات فقهية وللفقهاء المسلمين آراء متباينة [9].

فالقول الأول للائمة الثلاث مالك، الشافعي، والحنبلي عما رواه الدارقطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول: "هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشر سنة كل بطن في أربع سنين".

أما أبو حنيفة النعمان فيقول: "إن أكثر مدة الحمل هي عامين وسنده في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل. [10] وقد انتهى القانون المصري مستعينا بأقوال الأطباء في أقصى مدة الحمل إلى أنه لا تسع دعوى نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذ أتت به لأكثر من سنة من وقت الوفاة أو الطلاق. ويرى الطب الحديث أن مدة الحمل هي تسعة أشهر إلى ما يقارب العشرة أشهر.

المشرع الجزائري جعل أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر، كما ورد في المادة 42 من قانون الأسرة، أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

من خلال نص المادة يتضح لنا أنه لا يمكن ثبوت نسب الطفل لأبيه إذا جاءت به المرأة قبل مضي ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد، وتكون بداية حساب المدة من قيام الزوجية شرعا وإمكانية الاتصال الشرعي وعليه فإذا كان عقد الزواج صحيحا وأمكن الاتصال وولدت الزوجة ولدا بعد ستة أشهر وقبل عشرة شهور ولم يقيم الزوج بنفيه، فإن نسب هذا الولد يلحق بأبيه لأن الستة شهور كافية باعتبار أنها أقل مدة شرعية لثبوت النسب، في هذه الحالة لا يحتاج إثبات النسب إلى إقرار الزوج أو أن تقيم الزوجة البينة، إذ أتت به قبل ستة أشهر ينتفي نسب الولد ذلك يدل أن الحمل قد حدث قبل الفراش، الحمل ينسب لغير الزوج ولكن قد يكون من الزوج ولكنه قد حدث قبل الفراش لهذا أجاز الفقهاء ثبوت النسب في هذه الحالة إذا ادعاه الزوج ولم يقل أنه من زنا ثبوت النسب يكون بالإقرار لا بالفراش[5]، كذلك إذا جاءت به أمه لمدة أكثر من عشرة أشهر بعد العقد الصحيح ولم تكن بينهما تلاقي، خلال هذه المدة فإنه لا يمكن إسناده إلى أبيه ولا يجوز نسبه إليه.

وقد جاء قرار المحكمة العليا" من المقرر شرعا إن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش"، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض.

إذا كان الثابت في قضية الحال_ إن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم نفي النسب بعد أن تبين لديهم إن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02. 11. 1981 وأن البنت ازدادت يوم 06. 01. 1982 أربعة وستون يوما من تاريخ الزواج أي بأقل من مدة ستة أشهر، أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[11]

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 22. 01. 1990 انه من المقرر قانونا بان اقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال ان مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام اقل من الحد الأدنى قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل من أبيه خرقوا القانون. [11]

||- عدم النفي بالطرق المشروعة:

إن تبني المشرع لقاعدة الولد للفراش من خلال نصوص خاصة بنسب الطفل لدليل على حرصه على المحافظة على حق الولد في النسب وما يترتب عليه من حقوق أخرى. والحفاظ على شرف المرأة داخل المجتمع وتطلعه إلى الرقي بهذا المجتمع إلى القيم العليا ونبذ الانحلال الخلقي.

فإذا كان المشرع قد أعطى هذه الحماية للمرأة والولد فلا بد أن يكون للرجل حق محمي. فإذا كان حق الولد في انتمائه إلى أبيه حق محمي. فإن للزوج الحق في نفي نسب الولد إذا تبين انه ليس من صلبه. هذا ما جاء في نص المادة 41 من قانون الأسرة أن نسب الولد ثابت لجهة الأب ما لم يتم بنفيه بالطرق المشروعة وقد جاءت العبارة بصيغة الجمع مما يجعلنا نتساءل عن ما هي هذه الطرق التي قصدها المشرع ويمكن إجمال هذه الطرق فيما يلي: [12]

- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة: يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها. أو يقيم الدليل على عدم ولادتها. وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح. [12]

كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة. أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها حملها أو شهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع.

- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب: إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بان ثبت عقمه أو صار شيخاً لا يقوى على الإنجاب جاز له نفي النسب [14] فإذا وضعت الزوجة مولوداً كان للزوج نفي النسب. لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير خبرة احتياطاً وقد يكتشف الزوج بعد مدة على زواجه وبعد أن أنجبت الزوجة انه غير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك فما مصير نسب الولد وهل ينفي النسب بأثر رجعي أم لا.

المادة 41 قانون الأسرة نصت على إمكانية نفي النسب بالطرق المشروعة وبالتالي يمكن إدراج هذه الحالة ضمنه. لأن في الوقت الحالي أصبح من السهل التأكد من مسالة عدم القدرة على الإنجاب. وقد استقر القضاء الجزائي على نفي الحمل يجب أن يكون خلال ثمانية أيام.

- نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين: إذا ثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد. فلا يثبت نسب الولد منه. وكذلك بالنسبة لحالة الطلاق قبل الدخول وقد جاء في نص المادة 43 من ق.ا.ج.. أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. فقد تدعي الزوجة أنها حامل بعد الطلاق. فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كانت الولادة خلال المدة المقررة قانوناً. فإذا تبين أن الزوج طلقها قبل الدخول فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما. [17]

- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل: حددت المادة 42 ق.ا.ج أقل مدة الحمل بستة أشهر. وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر. فإذا ولد الولد قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول فلا يثبت نسب الولد. ونفس الأمر إذا ولد لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

- نفي النسب عن طريق اللعان: المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 ق.أ.ج غير أن عبارة اللعان وردت في المادة 138 من نفس القانون "...يمنع من الإرث اللعان والرد".

نستخلص من عموم عبارة (لم ينفه بالطرق المشروعة) إن المشرع الجزائري قد أجاز للزوج نفيه بالطرق المشروعة رغم ذكر الحالات في المادة 40.

لأن القاعدة العامة هي أن كل ما تأتي به الزوجة من حمل يعتبر مبدئياً ولد الفراش في هذه الحالة يتعين على الزوج إنكار نسب ولد الزوجة إذا لم يستطع إثبات ذلك قضائياً يلجأ للعان.

اللعان يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين ونفي نسب الولد عنه وأحقه بأمه وحتى ينتج اللعان أثاره لا بد من توفر شروط:

شروط اللعان: لكي ينتج اللعان أثره في نفي نسب الولد عن الملائع والحاقة بأمه يجب أن تجتمع للنفي عدة شروط. [15]

أن يكون نفي الولد فور العلم به: اختلف العلماء في المدة التي يجوز للزوج فيها أن يلاعن لنفي الولد بعد ولادته.

يرى أصحاب الرأي الأول أن وقت اللعان لنفي الولد يكون عقب الولادة أي في مدة قبول التهنئة للمولود "أبو حنيفة".

أن يسارع الزوج إلى نفي الولد ساعة ولادته أو في الأيام التي تلي الولادة فإن سكت عن نفيه في هذه الأيام اعتبر إقراراً بنسبه فلا يقبل نفيه بعد ذلك لان المنصوص عليه شرعاً أن النسب الثابت لا ينقض. [2]

الرأي الثاني يعتبر أن وقت اللعان لنفي الولد يقدر بأكثر مدة النفاس وهو أربعون يوماً.

الرأي الثالث وقت اللعان لنفي الولد يقدر بالعرف والعرف قاض بالتعجيل فور العلم إلا إذا كان التأخير بعذر (المالكية، الشافعية، الحنابلة).

عدم إقرار الزوج - قبل نفي الولد- إقراراً صريحاً ودلالته على أن الولد منه. فالإقرار الصريح كأن يقول هذا ولدي أو هذا الولد مني. والإقرار بالدلالة كان يعتني بالولد فيشتري له فرشاً أو ثياباً أو يقبل التهنئة به [19]. هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء.

تحقق حياة الولد المراد نفيه: اختلفت الآراء حول هذا الشرط:

- القول الأول يشترط ان يكون الولد حيا عند اللعان، وقبل التفريق بينهما فلا ينتفي نسبه لأن النفي حكم والميت لا يصح الحكم عليه [18] ، هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة.
- القول الثاني حياة الولد عند اللعان ليست بشرط لنفي النسب لأن نسبه لا ينقطع بالموت بل يقال مات ولد فلان (المالكية، الشافعية، الحنابلة).
- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين.
- أن يكون الزوجين مكلفين.
- أن يكون الزوج مختارا للعان، وغير مكره عليه.
- أن يقذف الزوج زوجته بالزنا، فتكذبه.
- أن يكون اللعان بأمر من الإمام أو نائبه.
- لا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان.

أن لا يكذب الزوج نفسه فإن اكذب نفسه لحقه نسب الولد. [19]

الآثار المترتبة عن اللعان: يمكن حصر الآثار المترتبة عن اللعان في اثنتين هاميتين هما: الفرقة بين المتلاعنين. ونفي نسب الولد من أبيه والحاقة بأمه. الفرقة بين المتلاعنين: أجمع الفقهاء أنه متى تم التلاعن بين الزوجين وقعت الفرقة بينهما بشكل مؤكد ولا حديث عن رفع التحريم بينهما بأي حال من الأحوال.

ويثور التساؤل حول ما إذا تراجع الزوج عن ملاحظته لزوجته والإقرار بأن الولد منه. فيرى جمهور الفقهاء بأن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً وأن الفرقة تظل أبدية. الفرقة الواقعة باللعان تعد فسحا حسب رأي جمهور الفقهاء ودليلهم على ذلك تأييد التحريم. وان الفسخ باللعان يمنع المرأة من مستحقاتها كنفقة العدة والمسكن. وهما الحقان المستوجبان عند الطلاق لا الفسخ.

- نفي نسب الولد من أبيه والحاقة بأمه: إذا نفى الرجل نسب ابنه وحكم له بذلك ينتفي نسب الولد من أبيه وتزول كل الآثار المترتبة عن هذا النسب من نفقة وتوارث بينهما وتسقط كل الحقوق التي كانت تابعة لرابطة الأبوة والبنوة كما لا يجوز شهادة احدهما على الآخر ويلحق بأمه وله أن يرثها وترث منه نصيبها المقرر شرعا ويرثه إخوته من أمه" [21] ، وقد اشترط الفقهاء في مسالة نفي الولد عن الأب عدة شروط :

-النفي الفوري يجب أن يبادر الزوج إلى نفي الولد متى علم بعدم شرعية الولد. وعليه أن يحضر إلى القاضي ليقطع نسبه عن هذا الولد ولان أي تراخي عن نفيه يعتبر دليل على قبول الولد.

-ألا يقر الزوج بالولد صراحة أو دلالة وهذا شرط أساسي لنفي الولد. وإلا كان الأولى ثبوت الولد لأن هذا من حقوق الولد ألا يطعن في صحة نسبه.

-حياة الولد المراد نفيه.

بالإضافة إلى أثر ثالث وهو سقوط حد القذف عن الزوج إن كانت زوجته محصنة وسقوط التعزير عنه، إن لم تكن محصنة وسقوط حد الزنا عن المرأة بنص القرآن عليه.

- وهنا كبعض الأحكام تظل قائمة بالنسبة للولد المنفي نسبه باللعان.

-عدم جواز شهادة الولد لأصله الملاحن أو الأصل لفرعه.

-عدم جواز القصاص من الرجل بقتل ولده المنفي.

-أن يكذب الرجل الملاحن نفسه فيعود نسب الولد له.

-إبقاء المحرمية فلا يجوز أن يزوج الملاحن بنته للولد الذي نفي نسبه لاحتمال أن يكون ابنا له.

موقف القضاء الجزائري من اللعان: من الناحية العلمية وبالرجوع إلى القضاء الجزائري فإننا نجد أنه استقر على أن نفي النسب "يجب أن يكون باللعان" وبأن يكون ذلك خلال ثمانية أيام وبتالي يزيد هذا من صعوبة الموقف، لأن المدة لا تراعي الظروف التي قد تكون قاهرة بحيث تجعل الزوج حتى ولو كان على علم بإنجاب زوجته وكان يريد نفي نسب الولد إلا أنه لا يستطيع القيام بذلك وذلك نظرا للظروف التي لم تساعده مثلا كان في الخارج في عمل لا يسمح له بالتخلي عنه أو كان مسجون لا يستطيع الخروج منه.

من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا. وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية.

ومن المستقر عليه القضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا. ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بابيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من ق 1 واخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42. فيما يخص إلحاق النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[22]

وفي قرار آخر يتجلى استقرار اللعان كطريقة وحيدة لنفي النسب حيث جاء في قرار آخر بأنه من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا. [22]

وهذا تأكيدا لقرار المجلس الأعلى حيث قضى بأن النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لا ينكرها الزوج ولم يعارضها. فإنه بعدم إنكار الحمل يوم سمع به أو الولد حيث ولادته في المهلة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان سقط حقه في إنكار الأبوة.

ما يمكن ملاحظته أن المحكمة العليا لم تفرق بين نفي النسب أثناء الحمل ونفيه بعد الولادة. المحكمة تتكلم عن وجوب نفي الحمل من يوم العلم به أي قبل الولادة ثم تتحدث عن الأجل لنفي الحمل وهي ثمانية أيام وقد أخذت المحكمة العليا بالمذهب المالكي في جواز نفي الحمل عند العلم به وقبل الولادة .

في حين أخذ المجلس الأعلى بمذهب أبي حنيفة وهو مدة نفي الحمل بعد الولادة.

III- قيام الزوجية وإمكانية الاتصال: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين نصت المادة 10 قانون الأسرة الجزائري. يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا أن واقعة الزواج لا تكفي وحدها لثبوت النسب من جهة الأب بل يتطلب الأمر بعد إبرام العقد إمكانية الاتصال بين الزوجين [16] ، واختلقت آراء الفقهاء حول مدلول إمكانية الاتصال بين الزوجين كسبب لثبوت نسب الطفل من جهة الأب وهذه الآراء تتمحور في الاتجاهات الثلاث.

ذهب أصحاب الاتجاه الأول الحنفية إلى القول بالاكتفاء بعقد الزواج الصحيح لثبوت النسب دون الحاجة إلى البحث فيما إذا كان حصل اتصال مباشر بين الزوجين لأن مجرد العقد يكفي لإثبات نسب الولد إلى صاحب العقد [5]، ومتى جاء الولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر سواء ثبت التلاقي أم لا، لأن التلاقي ممكن عقلا والإمكان العقلي كاف لثبوت النسب عندهم ، والقصد من هذا حماية الولد من الضياع. [24]

ويرى أصحاب الاتجاه الثاني المالكية والشافعية بأنه لا يكفي لتحقيق الفراش حصول عقد صحيح حتى يثبت النسب، بل لا بد من أن يكون بين الزوجين اتصال، لأن عقد الزواج عندهم لا يقوم مقام الوطاء، إلا حيث يكون مظنة له وبمجرد عدم الإمكان يقطع بأنه ليس مظنة له، ويرى المالكية أنه إذا وقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية فلا يثبت النسب وعدم إمكانية

الاتصال قد تكون لبعد الزوجين عن بعضهما كأن يكون الزوج قد سافر في عمل وترك الزوجة وامتدت غيبته إلى أكثر من أقصى مدة الحمل فإن نسب المولود لا يمكن أن يلحق بالزوج ولا نسب بينهما.

وبين الاتجاهين ظهر الاتجاه الثالث يقول أبعد من ذلك كما عبر عنه ابن تيمية عندما اشترط لثبوت النسب الدخول المحقق، فالفراش لا يثبت إلا بعد التحقق من الدخول وهو يستند إلى ما قال به الإمام أحمد وحجتهم في ذلك أن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء، وقد أيده ابن القيم في هذا الرأي إذ قال في زاد المعاد هذا هو الصحيح المجزوم، وإلا كيف تصير المرأة فراشا ولم يلتق الزوج بها لمجرد إمكان بعيد، وكيف تأتي الشريعة لإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق. [25]

وقد تبنى المشرع رأي جمهور الفقهاء من أن النسب بالعقد مع إمكانية الدخول. ذلك أن الفراش يحدث بالعقد وان العقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب شريطة إمكانية الدخول والمعاشرة الحقيقية. ويثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد لأنه لا يتصور أن يكون الحمل من زوج ثبت عدم التلاقي بينه وبين زوجته [24] لأن إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بيعة.

وقد أكد قضاة المحكمة العليا في الجزائر على شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاشر الحجر ومن المقرر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وإلا تأتير لغيبته الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة وان القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون وتأسيسا على هذا الوجه اعتبر قضاة المحكمة العليا أن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة وان دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة التي طبقت قاعدة الولد للفراش وللعاشر الحجر. [26]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي :

من المقرر قانونا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الزنا.

ومتى تبين في _قضية الحال_ أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بان البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني. كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانوناً، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون. [26]

إذا كان المشرع يعتبر شرط الاتصال بين الزوجين شرط أساسي لإثبات النسب للطفل، فما مصير الطفل الذي تحمل به الزوجة بدون اتصال طبيعي، بينها هو وبين زوجها إذا علمنا أن المشرع قد أجاز طريقة علمية حديثة للإنجاب تؤدي نفس الوظيفة التي تؤديها الطريقة العادية وهي ما تسمى بالتلقيح الاصطناعي، وهذا ما سنتطرق إليه في النقطة التالية.

التلقيح الصناعي:

إن حب البقاء غريزة في الإنسان وحتى لا ينقطع نسله وجدت الطريقة العادية للإنجاب الطبيعي عن طريق زواج شرعي ينسب الولد لأبيه. لكن قد يكون عائقاً ما لدى الزوج أو الزوجة يمنعهما من الإنجاب بالطريق الطبيعي. وحتى لا تهدد حياة العائلة وتضفي عليها كابوساً من الألم والحزن، فقد سعى الإنسان إلى تطوير معارفه في مجال الإنجاب حيث ظهرت عملية الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي حتى تخفف من معاناة المحرومين من الإنجاب. وضعت ضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى والإطار الشرعي. [27]

التلقيح الاصطناعي هو طريق حديث وسيل جديد من أجل تحقيق حلم الأمومة والأبوة لدى الأزواج. فمع التطور العلمي الحاصل في هذا المجال لم يعد الإنجاب منحصرًا فقط بالمفهوم الطبيعي. إذ ظهر الإنجاب الاصطناعي ومعه تحمل المرأة بواسطة تلقيح عندما يتعسر عليها الإنجاب الطبيعي [16]

والتلقيح الاصطناعي هو سبيل علمي من أجل إيجاد أولاد في حال عجز الطريق الطبيعي وهو الجماع.

كما عرف الإنجاب الصناعي هو العملية التي بإجرائها يتم تخصيب بويضة الزوجة عن طريق التقائها مع حيوان منوي لزوجها. سواء حدث الالتقاء داخل الرحم. أو تم في أنبوب أو لا ثم نقلت بعد ذلك البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة دون تدخل من الغير مطلقاً وذلك في حياة الزوج وفي قيام علاقة زوجية بين الزوجين. [28]

وقد عرف التلقيح في دائرة الأشجار والحيوان وأول من اجري التلقيح كان سنة 1780 قام به الكاهن الايطالي لازداد سبالانز إلى الأخصائي بعلم الغرائز. قام بأول عملية على أنثى كلب فكلت

التجربة بالنجاح. وفي سنة 1781 أجريت أول عملية على المرأة ونجحت التجربة. بينما يرجع جانب آخر من الفقه أن أول عملية تلقيح صناعي في تاريخ البشري قام بها هنتر سنة 1799. ففي هذه التجربة كان يتعلق الأمر بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج وأن العملية تمت بمني هذا الأخير. وتمت أول عملية تلقيح بواسطة الغير سنة 1884.

موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي أو الأساس القانوني للإنجاب الصناعي في الجزائر:

على غرار عمليات زرع الأعضاء التي لم يشملها التنظيم القانوني في الجزائر إلا ابتداء من سنة 1985. فقد عرفت الاستفادة من تقنيات الإنجاب الاصطناعي هي الأخرى تأخرا كبيرا من الناحية القانونية. فرغم أن الاستفادة من التقنيات في الجزائر تعود إلى الربع الأخير من القرن الماضي إلا أن نصوص أجازتها لم تظهر إلا مؤخرا. من خلال تعديل القانون رقم 84_11 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05_02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005. قبل صدور النص القانوني استند الأطباء في الجزائر على فتاوى المجامع الفقهية الإسلامية والآراء الفردية لعلماء المسلمين التي تناولت دراسة هذه التقنيات وضبطت شروطها. [32]

بعد تعديل أباح المشرع الجزائري اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي جاء في نص المادة 45 مكرر فقرة 1 "...يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

فالأمر بات جوازيا لكن في نفس الوقت المشرع لم يترك المجال مفتوحا على مصراعيه كما فعل الغرب بل وضع إطار قانوني ينظم هذه العملية ويجعلها تتماشى مع أحكام الشريعة وذلك بتحريم أية عملية تستدعي تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية. ولا تتم العملية إلا إذا ادعت إليه الضرورة القصوى. حيث تستنفذ جميع الطرق لتداوي وعند استحالة الحمل. فيكون مقصد الزوجين من اللجوء إلى هذه التقنية مباحا شرعا.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 45 مكرر على :

-- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما. لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

1_ أن يكون الزواج شرعيا: إذ لا يجوز في إطار الشريعة الإسلامية لغير النكاح كشكل للرباط بين المرأة والرجل وقد عبر المشرع صراحة على هذا الشرط حيث اشترط على طالب الاستفادة من هذه التقنية أن تربطهم علاقة شرعية. أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين. بعقد شرعي مستوفي الأركان ومسجل رسميا وقانونيا لدى مصالح الحالة المدنية. إن لفظ الزواج الشرعي قد يفهمه البعض توفر الأركان الشرعية للزواج دون التطرق إلى مسألة إثبات الزواج وتسجيله بسجلات الحالة

المدنية. فكان على المشرع أن يعطي الوصف الدقيق للزواج زيادة على الشرعية بالنص على الرسمية متجنباً أي تفسير مغاير [16].

ويثير شرط قيام العلاقة الزوجية للاستفادة من التلقيح الاصطناعي الكثير من المسائل القانونية. أولها مدى ضرورة استمرار العلاقة الزوجية لحظة التلقيح فقد تنفك الرابطة الزوجية أما بطريقة إرادية أو غير إرادية فما مصير عملية التلقيح.

الحالة الأولى: انتهاء العلاقة الزوجية بطريقة إرادية:

أ/ وقوع الطلاق بإرادة الطرفين بعد الحصول على ماء الزوج وبويضة الزوجة ولكن قبل تلقيح الزوجة أو تخصيب البويضة. في هذه الحالة يحجب التوقف عند هذا الحد لأنه لم تعد هناك علاقة زوجية تبرر التلقيح.

ب/ وقوع الطلاق بعد تخصيب البويضة وقبل زرعها في رحم الزوجة: تعتبر هذه الحالة أكثر تعقيداً من الحالة الأولى لأن الأمر لن يخلو هنا من خلاف في وجهات النظر بشأن اللحظة التي تبدأ فيها الحياة لدى الفقهاء. بمعنى آخر تحديد الطبيعة القانونية للبويضة المخصبة. هل هي كائن إنساني وبالتالي تستحق الحماية القانونية أم لم تصل بعد إلى هذه المرحلة.

فقد ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن البويضة المخصبة تشكل بداية الحياة ويجب أن تعطى لها الفرصة لكي تستمر في النمو. إذ لا يجوز التلاعب بالبويضة المخصبة أو الاعتداء على حقها في الحياة. فهي تشبه الجنين الذي لا يجوز إجهاضه بسبب الطلاق.

في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول إن الحياة الإنسانية لم تبدأ بعد في البويضة المخصبة ولا تستحق حماية أكثر من الحماية المقررة للجنين الذي لم يكتمل بعد أربعة أشهر وهو ميعاد نفخ الروح. ومن ثم لا مانع لدى هذا الاتجاه من رفض عملية الزرع على أساس أنه إذا كان يحق لها الإجهاض فمن باب أولى ألا تزرع البويضة المخصبة. [5]

الحالة الثانية: انتهاء العلاقة الزوجية بطريقة غير إرادية:

قد تحدث وفاة الزوج بعد سحب النطف والبويضة لغرض التلقيح. أو بعد تخصيب البويضة ولكن قبل عملية الزرع. وتشبه هذه الحالة إلى حد بعيد حالة التخصيب التي تقع قبل الطلاق ومن ثم فهي تأخذ نفس الحكم. أما وفاة الزوجة فإنها تضع حداً لكل المشاكل سواء تمت الوفاة قبل أو بعد التخصيب. بحكم أنه لا يمكن زرع البويضة بعدئذ.

ويتفق أغلبية الفقهاء على إن الوفاة تضع حدا للعلاقة الزوجية ولا يجوز تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفى لأن حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية. فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل لحظة الوفاة أو الطلاق فإن حدوث الحمل بعد لحظة الوفاة يلغي النسب. وقد منع المشرع الجزائري صراحة عملية التلقيح بعد وفاة الزوج حيث تشترط المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.[5]

رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي:

أقرت كل التشريعات على ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي ينبغي أن يحظى بإحكام قانونية واضحة. وقد سار المشرع الجزائري مع القواعد العامة التي وضعها في شروط قيام العلاقة الزوجية وأركانها والآثار المترتبة عنها. لا سيما فيما يتعلق بالنسب وإنجاب الأولاد[16] ، فلا يمكن إجبار الأزواج على أنجاب الأولاد فهو حق خاص بهما، لهما الاتفاق على ذلك بكل حرية. ومن هذا المنطلق لا يكون التلقيح الاصطناعي إلا برضا الزوجين وأثناء حياتهما وهو أمر منطقي بحكم أن تبعة العملية يتحملها الزوجين معا وليس أحدهما. ومن ثم يتعين على الطبيب التأكد بنفسه من موافقة الزوجين الخالية من العيوب وإلا تقع المسؤولية عليه. وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الموافقة المطلوبة لعمليات التلقيح الاصطناعي. مما يعني أنه يكفي حصول الطبيب على الرضا الشفهي من الزوجين لكي يعتد به من الناحية القانونية أن يكون رضاء حرا ومسبوقا بإعلام كاف خال من أي ضغوط أو إكراه. وقد يحدث التصرف تحت تأثيرا لإكراه فيكون التصرف قابلا للإبطال قبل إجراء عملية التلقيح. أما إذا تمت العملية فإنه لا يجوز له التخلي عن الحمل عن طريق الإجهاض بحكم أن إرادته كانت معيبة يوما أن وافق على التلقيح الاصطناعي. وكما ان رضا الزوجين لا يكون من الناحية القانونية معتبرا إلا إذا تم تبصيرهم بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي خارج الرحم أو داخله ونسبة النجاح المتوقعة وصحة الطفل.

وكذلك لا يعتد برضا الزوج إلا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح. أما إذا وافق على التلقيح ثم توفي مباشرة وقبل البدء، فإنه يحظر التلقيح في هذه الحالة وهذا ما جاء في نص المادة 45 مكرر الفقرة الثالثة: "...أن يكون التلقيح برضا الزوجين وإثناء حياتهما...." المشرع الجزائري على غرار الفقه الإسلامي. لا يبيح إنجاب طفل يتيم، كما أنه لا يسمح بالتلقيح بعد انحلال الرابطة الزوجية.

يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

تخضع عملية التلقيح إلى القاعدة الشهيرة تحكم مسائل النسب على العموم والتي تقول بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر. والمراد بها هنا أن الولد لصاحب الفراش. وهو الزوج ومن هذا المنطلق فإن تلقيح الزوجة من مني غير زوجها محرم شرعا يقول الشيخ جاد الحق.... فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا. ويكون في معنى الزنا ونتائجه وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب جبرا. وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما. [29]

لقد نظم قانون الأسرة صلة الرجل بالمرأة واختلاطهما بوجوب ان يكون هذا في ظل عقد زواج صحيح تكريما لنطفة الإنسان التي يخلق منها الولد لقوله تعالى: "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج" [34] ، وإذا شرع تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها قصد تحقيق حلم الإنجاب لدى الزوجين. إلا أنه يحظر قانونا إجراء عملية التلقيح الصناعي لامرأة لقحت بويضتها من غير زوجها وذلك للحجج التالية:

- تتعارض هذه العملية مع النظام العام لكونها عملية غير أخلاقية ولو كان الغرض علاج العقم. فلا عبرة هنا برضا الزوجين. فكل اتفاق يخالف النظام العام يعتبر باطلا بطلانا مطلقا. وهذا منعا لخلط الأنساب [35] ، حيث سينسب الولد إما لأب بيولوجي طبيعي وأما لأبيه الشرعي ولكن بمشاركة الغير في الحمل وهذا يخالف قوله تعالى "...أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله...".
-كيف هذا الفعل على انه شبيه بالزنا لان هذا الأخير يشترط المواقعة الجنسية. وهما يؤديان إلى تحقيق هدف واحد وهو وضع ماء رجل أجنبي في رحم امرأة غير مرتبطتين بعقد قران .
-تلقيح المحارم. كلما زاد عدد الذين يلحقون من النساء بماء رجل واحد كلما زاد الاحتمال بان تلحق أمه أو أخته أو عمته أو خالته أو ابنته بمائه.
-زيادة احتمالات تشوه الطفل أن من شأن التلقيح الصناعي أن يزيد في احتمالات تشوه الطفل نتيجة استخدام الوسائل المخبرية.

إن السر الشرعي من منع التبني والزنا هو حفظ الأنساب من أن تختلط [30] ، وهذا لا يتحقق بناتا عند اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح. فمن اللازم ان تلحق الزوجة بمنى زوجها وحتى يتم ذلك يتطلب الأمر وجود ضمانات لنقل الماء والبويضة.

عدم استعمال الأم البديلة: منع المشرع استعمال الأم البديلة بصريح العبارة في المادة 45 الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة بنصه على ما يلي: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة" ذلك أن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية وليست سلعة تستعمل على سبيل الإيجار والاستئجار. [16]

وهذه العملية عبارة عن تلقيح خارجي في وعاء اختبار بين بذرتي الزوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية تتطوع بحملها لقاء مقابل أو قد تكون تلقيح خارجي بين بويضة المرأة المستعارة وماء الزوج مع زرع بعد ذلك اللقيحة في رحم هذه المرأة. وقد تتم هذه العملية دون مقابل في فرضية أن تكون المتطوعة الزوجة الأخرى للرجل. فتسمى هذه العملية بإعارة الرحم لكونها تتم دون مقابل.

والسبب في تحريم الحمل بالإنابة أن هذا العقد محله غير مشروع وسببه باطلا بطلانا مطلق ولا يرتب أية آثار. لأنه يتعلق بالطفل فمخالفته للنصوص القانونية وتعارضه مع الأخلاق أصبح أمراً ثابتاً وواضحاً. كما أن طبقاً للقواعد القانونية العامة. فإنه لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن حق من حقوقه قبل إنشائه. فالمرأة الحاملة بالإنابة تلتزم مسبقاً بتخلي عن أمومتها قبل وجود الطفل أي قبل بروز حقها في الأمومة. [29]

وعليه فأغلبية القوانين الحديثة ترفض رفضاً قاطعاً هذا النوع من العقود طبقاً للمبادئ العامة تعتبر المتاجرة في الأشياء تصرفاً مباحاً. إلا أن الأعضاء التناسلية للمرأة الحاملة لا يمكن في أي حال من الأحوال تكيفها من الناحية القانونية بالأشياء. بل هي جزء لا يتجزأ من جسمها وتعد هذه العملية مفسداً لمعنى الأمومة حيث أن صاحبة البطن ما هي إلا حاضنة فتحمل وتلد ثم تترك الولد لصاحبة البويضة. علماً أن رابطة المولود بأمه تكون من ناحيتين. أولهما رابطة التكوين والوراثة. منبوعها البويضة. وثانيهما رابطة الحمل والولادة منبوعها الرحم وهذه الرابطة منقطعة باستعمال إلام البديلة. بالإضافة إلى الآثار على تكوين الطفل النفسي والاجتماعي. خاصة إذا علم أن امرأة أجنبية حملته وليس التي نشأ في أحضانها.

نلاحظ أن المشرع الجزائري أباح اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بموجب الأمر 02/ 05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ووضع شروط و ضوابط ، لكنه لم يتطرق إلى الجزاء المترتب عن تخلف احد الشروط فلو حدث وان تمت عملية التلقيح من غير مني الزوج، أو بدون وجود عقد شرعي، أو بدون رضا الزوج أو بعد موته ،عدم استعمال الأم البديلة. فما سيكون موقف المشرع من هذا؟ [16]

وبمفهوم المخالفة فإن عدم توفر إحدى الشروط يؤدي إلى نفي النسب والقول بعدم شرعيته. رغم أنه لم ينص صراحة على ذلك. قال البعض في محاولة للإجابة عن التقصير أن التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج يأخذ حكم الولد الناشئ من زنا. وهذا ما يجعل نفيه واجباً طبقاً لمقتضيات الشرع.

لكن الأمر يختلف إذا كنا بصدد علاقة شرعية والتلقيح تم بماء الزوجين ولكن بغير رضا الزوج، فأى الأحكام يمكن تطبيقه وخاصة أن موافقة الزوج تعد شرطا ضروريا.

على المشرع التفكير عميقا أن يكون أكثر دقة، والنص صراحة على الجزاء المترتب على الإخلال بشرط من الشروط التي جاءت بها المادة 45 مكرر من قانون الأسرة مثلما فعلت التشريعات العربية.

أساليب التلقيح الاصطناعي

1- التلقيح داخل الجسم: يتضمن هذا النوع من التلقيح أسلوبين هما:

- الأسلوب الأول: يتم اخذ الحيوانات المنوية للزوج وتحقن في رحم الزوجة حتى تلتقي بعدها النطفاء التقاء طبيعيا بالبويضة.

- الأسلوب الثاني: تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب لزوجة رجل آخر وبعدها يتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية.

2- التلقيح خارج الجسم الإخصاب في الزجاج طفل الأنابيب:

تؤخذ بويضة من المرأة ثم توضع في طبق زجاجي "طبق بتري" يحتوي على سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البويضة ونموها ثم يضاف مني الرجل إلى البويضة، فإذا لقحت تركت لتتقسّم انقساماتها المنتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام وبعدها تعاد إلى الرحم لتنمو طبيعيا وتولد بولادة طبيعية أو قيصرية [33].

2.1.1.1. إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية:

تنحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري إما بالطلاق أو بوفاة الزوج وكلتا الحالتين لا تأثير على نسب الولد، مادام الحمل يأخذ مداه الأدنى والأقصى فالمادة 43 من قانون الأسرة تؤكد على أن نسب الابن يكون لأبيه إذا وضع الحمل عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وبهذا النص يكون قانون الأسرة قد وضع شرطا واحدا لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفى عن زوجته. [9]

أ/إثبات النسب بعد الطلاق:

لم يكن المشرع الجزائري دقيقا في نص المادة 43 من قانون الأسرة، عندما استعمل لفظ الانفصال هل كان يقصد الطلاق أم الانفصال الجسدي؟ مثل سائر التشريعات الغربية، الحقيقة أن

المشرع الجزائري لا يعترف بالتفريق الجسدي كمرحلة من مراحل اللجوء إلى الطلاق وإنما تبنى ما أكدته الشريعة الإسلامية في وجود طلاق بأنواعه.

طلاق رجعي يمكن من خلاله الزوج أن يراجع زوجته دون مهر وعقد جديدين وطلاق بائنا بينونة صغرى يمكن من خلاله الزوج أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين في حين لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلى عصمته في الطلاق البائن بينونة كبرى إلا بعدما تتزوج رجلا غيره.

يرى بعض القانونيين أن المشرع الجزائري كان قاصدا استعمال لفظ الانفصال بدلا من الطلاق والمصطلحان ليس بالمعنى نفسه ذلك انه يمكن حصول الانفصال وفرقة بين الزوجين لا يعاشران فيها بعضهما بعض مع وجود العلاقة قائمة بسبب تأخر المحكمة في النطق بالطلاق والذي لا يعتد به إلا بصدور حكم كما نوهت عن ذلك المادة 49.

فلو اعتبرنا أن الزوجة أثناء فترة الفرقة مع زوجها يمكن أن تلد ولدا والتفريق دام لأكثر من عشرة أشهر، واعتبارا لكون الطلاق لم يصدر بعد بموجب حكم قضائي فالنتيجة هي إمكانية نسب الولد للزوج رغم وجود فترة معتبرة من الانفصال وهو ما يتناقض والقواعد الشرعية للنسب.

غير أن هذا الاتجاه لا يسلم من النقد لعدة اعتبارات أهمها: إن المشرع نص على الطلاق وليس على التفريق الجسدي، ولا يمكن تصور انحلال الرابطة الزوجية خارج صورتي الطلاق أو الوفاة. وقيام الزوجية وعدم قطعها بإحدى الصورتين تبقي جميع الآثار الناتجة قائمة وأهم اثر هو إثبات النسب، ويبقى للزوج الحق في رفع دعوى اللعان إذا أراد نفي النسب. من المعلوم أن الطلاق الرجعي يمكن الزوج من رد زوجته لعصمته دون الحاجة إلى مهر وعقد جديدين. فإذا جاء الولد خلال فترة العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء مدتها يثبت النسب من الزوج المطلق، سواء أتت به الزوجة اقل من مدة الحمل أو لأقصاها، أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا فهناك حالتين يجب التمييز بينهما:

- إذا أتت الزوجة بالطفل لأكثر من ستة أشهر من إقرارها فبذلك لا ينسب للمطلق لأنه يحتمل أن تلده من رجل آخر.

- إذا جاءت بالطفل لأقل من ستة أشهر من إقرارها يثبت النسب للأب المطلق على أن المدة بين الطلاق ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، وهنا يثبت إقرارها بانتهاء العدة كاذب لكونها كانت حاملا وانقضاء العدة يكون بوضع الحمل.

أما بالنسبة للطلاق البائن فلا يمكن أن تكون هناك علاقة بين الزوجة وزوجها أو غيره خلال فترة العدة، فيثبت نسب الولد للزوج المطلق بشرط أن يولد الولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق،

لكن إذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل تصديقها وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق. [16]

ب/إثبات النسب بعد وفاة الزوج:

تعد الوفاة سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، فإذا توفي الزوج فإن عقد الزواج ينحل تلقائيا من نفسه وبحكم القانون، ويترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة. ويبدأ حساب عدة المتوفى عنها زوجها من يوم وفاة الزوج بأربعة أشهر وعشرة أيام، وقد جاء في نص المادة 59 من قانون الأسرة والمادة 43 المدة التي يلحق الولد بنسب أبيه وهي لا تزيد عن عشرة أشهر لان هذا الحد الأقصى، والمتفق على أنه من النادر وصول الحمل إليه ويعني هذا أن زوجة المتوفى لو جاءت بالولد بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نهاية عدتها والتي تحسب من تاريخ الوفاة، وبعد إقرار بانتهاء العدة فإن مجموع أربعة أشهر وعشر مضافة إلى ستة أشهر تصبح زائدة على الحد الأقصى بعشرة أيام على حسب المادة 43.

في هذه الحالة لا يلحق الولد بنسب الزوج لاحتمال أنه من شخص آخر، وإذا ثبت أنه ولد لأكثر من عشرة أشهر ونسبته الزوجة إلى الزوج المتوفى وسجل على لقبه فإن من حق أي شخص له مصلحة من الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أن يطعن في هذا النسب، ويرفع دعوى أمام القضاء ليلطلب إلغاء ما حصل تسجيله في سجلات الحالة المدنية مما يتعلق بإسناد نسب هذا الولد إلى الزوج زورا. [9]

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه -من المقرر أيضا- ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وان عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى تبين- من قضية الحال- أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وان الانفصال الواقع كان اثر خلاف بينهما ولم يكن في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لإحكام المادتين 43 والمادة 60 من قانون الأسرة ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما لان الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعة وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا [37].

وفي معرض تأسيسهم أشار قضاة المحكمة العليا أن الانفصال المشار إليه في المادة 43 من قانون الأسرة إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث اثر خلاف مثل ما يزعم اللاعن من انه انقطع عن الاتصال بزوجته، وعليه أن يعلم بان العصمة بينهما قائمة وان زوجته تبقى فراشا له إلى أن يقع الطلاق.

2.1.1. إثبات النسب في الزواج غير صحيح

1.2.1.1. ثبوت في نكاح الشبهة

مسألة الشبهة تعتبر من أهم المواضيع التي ينبغي التوقف عندها وخاصة في جانبها السلبي والمؤدي إلى العقوبة أو الحرمان، لان المسألة قد يختلط فيها الصواب بالخطأ والنية الحسنة بالسيئة وقد يقع المحذور من غيران يقصد ومن ثم يترتب عنه نتائج بحكم العادة والقانون. والشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها. حيث اجمعوا فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي المبني على شبهة يحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة.

مفهوم الشبهة: تعرف الشبهة لغة على أنها الالتباس في أمر من الأمور فلا يعود يعرف أحلال هو أم حرام. أو هي ما يشبه الثابت وليس بثابت.

أما اصطلاحاً: تعني هو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد الزواج الصحيح أو الفاسد. [38]

وهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص [39]، يثبت نسب المولود من وطء بشبهة، إذا تحققت الشروط التالية: إذا جاءت به أمه ما بين أقل مدة الحمل وبين أقصاها. فإن أتى الولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه، وإن أنت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك إلا انه إذا ادعاه ثبت نسبه منه إذ قد يكون وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى [24] ، لأن فراش الوطء وحده لا يثبت النسب، وإنما يثبته إستلحاق الرجل الولد به. أن يتحقق الوطء فعلا أن تكون الشبهة مسقطه للحكم [40].

والشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة فتكون إما شبهة حكم أو ملك، أو تكون شبهة عقد، أو شبهة فعل.

شبهة الحكم أو الملك: فحاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين انه غير مباح له، ومثاله أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً وهي في عدتها منه ضانا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقاً رجعيًا [10] .

شبهة في العقد: فحاصلها أن يعقد الرجل على امرأة ويدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له، كما إذا تبين أنها أخته من الرضاع مثلاً.

ومثل هذه الشبهة ممكنة الوقوع وهي أقوى من التي من قبلها.

شبهة الفعل: ومؤداه أن يعتقد الرجل حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس، فيدخل على امرأة ظنا منه أنها زوجته. ثم يتبين أنها غير كذلك [4].
حكم وأثار إثبات النسب في نكاح الشبهة:

للفقهاء آراء مختلفة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، ففي بعضها اثبتوا النسب. وفي بعضها الآخر لم يثبتوه.

ومرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل وما ينشا عنه من آثار أخرى غير النسب من حيث العقوبة، أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة وغير ذلك.

ففي شبهة الفعل يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء. في أية حالة من حالاتها وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل. وأنه لا يثبت بغير الفراش. في حين اعترض فقهاء آخريين على الاعتراض في شبهة الفعل ودليلهم أنه من زفت له امرأته وقيل له هذه زوجتك فدخل بها بالرغم من أنها أجنبية عنه، فالنسب يثبت للولد.

وفي شبهة العقد يسقط الحد عن الفاعل ويثبت النسب، لأن الوطء تعلق به شبهة وان قال علمت بأنها حرام. في حين قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة: فإن الحد لازم. وكذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة، وعند مالك يقام الحد في نكاح المحارم من يعقد على ذات محرم منه ويطأها، فإنه يحده حد الزنا مادام أنه عالما بالتحريم. أما إذا لم يكن عالما بالحرمة فإن الحكم يسقط الحد ويثبت النسب، وفي نكاح شبهة الملك فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء بناء عليها إن ادعاه الواطئ.

ونستخلص من هذا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اجمعوا على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل إثباتهم النسب في نكاح الشبهة.

موقف المشرع الجزائري من نكاح الشبهة:

قبل التعديل كان كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء وهذا ما جاءت به نص المادة 34 من ق.أ.ج:

"كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

وبعد التعديل ظل ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد أقر مطلقاً ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها. [16]

وتأكد ولادته من ذلك الوطاء، فإن هذا الولد ينسب لأبيه لأن ذلك يعد تطبيقاً سليماً للقانون، وقد صرح الأستاذ الفرنسي بوسكي أن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوحة للهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحد الشرعي. فهو يرى أن الجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي دون تردد وردا على ذلك يرى الأستاذ العربي بلحاج أن هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم وعن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بان الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن النية والأمر موكل لتقدير القاضي. [41]

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه- من المقرر- قانوناً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو البينة و بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون.

2.2.1.1. إثبات النسب في الزواج الفاسد

مفهوم الزواج الفاسد: الزواج الفاسد هو العقد الذي يحتوي الإيجاب والقبول لكنه فقد شرطا من شروطه الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

كأن يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق، كما يشتمل على مانع من موانع الزوجية أو عدم توافر أهلية الزوجين فيكون عقدا مختلا من شرط من شروط الصحة، ويعد ذلك سببا من أسباب الفسخ الذي يعد الأثر المقرر قانونا .

وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادتين 33- 34 قانون الأسرة الجزائري: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. [42]

إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي، فإنه يفسخ قبل الدخول أو بعده ويترتب عليه إثبات النسب وجوبه.

بالرجوع إلى نص المادة 33 ق.ا.ج إذا تم الزواج بدون شاهدين يعتبر مظهر من مظاهر فساد الزواج.

لأن عقد الزواج يترتب حقوق للأولاد في النسب، لذلك أوجب المشرع إخراج هذا العقد إلى العلانية لأنه في حالة إنكار الزوج لنسب ابنه فيضيع مصير هذا الأخير.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء في وجوب الشهادة عند إبرام العقد، ورتب على تخلفها فسخ العقد قبل الدخول كما أضاف المشرع شرط الصداق عند إبرام العقد واعتبره شرطا أساسيا رغم وجود اختلاف حول طبيعة الصداق حيث يعتبره البعض ركن ويعتبره ماخرون أثر من آثار الزواج كما اعتبر المشرع عقد الزواج بدون صداق لا اثر له قبل الدخول ولفظ (بدون) دلالة على أن العقد وقع لكن بدون ذكر اسم الصداق ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري لا يعترف بنكاح التفويض والذي اجتازه الفقه المالكي [43] .

ومن صورته أن تتفق الزوجة مع الزوج على عقد الزواج بدون ذكر الصداق ويبقى العقد صحيحا في هذه الحالة.

كذلك حالة إذا تم الزواج بدون ولي للمرأة في حالة وجوبه، وهنا نتساءل ما إذا يقصد بحالة وجوبه هل يعني حالة كون الولي ركنا لا شرطا، وبالتالي يكون أثر تخلفه البطلان أم أنه يقصد بحالة وجوبه بالنسبة للقاصر.

وإذا ما رجعنا إلى نص المادة 11 قانون الأسرة الجزائري. فإنه ذكر حالتين:

الأولى لا تعتبر الولي كشرط يترتب على عدم حضوره فسخ العقد قبل الدخول حيث نصت المادة على "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها" وما يستخلص من نص المادة ان وجود الولي ليس شرط أساسي ولا يترتب تخلفه فسخ العقد.

أما بالنسبة للقاصرة إذا لم يتولى زواجها الولي فيكون الزواج فاسدا ويفسخ قبل الدخول طبقا لنص المادة 11 الفقرة الثالثة انه " يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الشاب فاحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

كذلك وجود مانع من موانع الزواج سواء كانت مؤقتة أو مؤبدة حسب المادة 23 يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة أو المؤقتة والتحرير المؤبد يتحقق في ما يلي: القرابة، المصاهرة، الرضاع .

أما التحريم المؤقت فيتحقق في حالة الجمع بين الأختين، الزواج بزوجة الغير، أو المعتدة، زواج الرجل بخامسة في ذمته أربعة، زواج الرجل بمطلقته ثلاث طلاقات وكذلك زواج المسلمة بغير المسلم [25] ، وعلى هذا الأساس يظل النكاح باطلا كلما وقع على نوع من هذه الأنواع فيفسخ قبل الدخول وحتى لو حصل الدخول، ويترتب عليه ثبوت نسب الولد إلى أبيه إذا جاءت به أمه بعد ستة شهور على الأقل وقبل انقضاء عشرة شهور على الأكثر، ابتداء من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة، وليس من تاريخ العقد فإن جاءت به لأقل هذه المدة فلا ينسب لأبيه لوجود احتمال قوي بان الولد لرجل آخر غير زوج أمه الشرعي والقانوني. وأما إذا كان الزوجان أو احدهما يعلم أن هذا الزواج محرم شرعا. وتعتمد الزواج سيكون زواج باطلا لا فاسدا ويعتبر زنا ولا يثبت به نسب ولا تورث [9] .

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 18. 01. 2000 على انه من الثابت شرعا فسخ الزواج بسبب الرضاع. وأن القرار المطعون فيه القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون [44] .

شروط إثبات النسب بالزواج الفاسد: لا يعترف المشرع الجزائري بإثبات النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول لأن ذلك يعتبر زنا بل يعترف به بعد الدخول ويترتب عليه آثارا قانونية متمثلة في النسب، الإرث، والنفقة وذلك مراعاة لمصلحة الولد وقد حرصت الشريعة الإسلامية على أن النسب يثبت في الزواج الفاسد مثله مثل الزواج الصحيح وذلك إعمالا لمبدأ وجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظا للولد من الضياع. [45] ويشترط في ذلك:

-أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا، فلو لم يكن هناك دخول فلا محل للقول بالنسب لان الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي.

- أن يدعيه الأب بكيفية لا يرفضها العقل ولا العادة.

-أن تأتي المرأة بالولد في اقل مدة للحمل وهي ستة أشهر [16] من تاريخ الدخول أو الخلوة.

يرى بعض الفقهاء أن مدة الحمل تحسب من وقت الدخول، في حين يرى آخرون أن مدة الحمل تكون من وقت العقد.

وقد سار القضاء الجزائري على موقف إثبات النسب للنكاح الفاسد، فقد جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر شرعا انه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة ". كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

آثار الفساد على نسب الولد: من خلال ما جاءت به المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري. فإنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البيينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون.

المشرع الجزائري منح الحماية للولد من أجل الحفاظ على نسبه حيث جعل الأثر المترتب على الزواج الفاسد أو الصحيح واحد من حيث إثبات النسب، فيلحق الولد بابيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي، أما أقصى مدة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.

يرى بعض الفقهاء أنه بالنسبة للزواج الباطل يجب توفر حسن النية لدى الزوجين. أي عدم العلم بالتحريم. إما في حالة سوء النية فان الطفل الناجم عن تلك العلاقة لا يثبت له النسب. بالتالي يكون ابن زنا على أساس أن العلاقة غير شرعية. في حين أن من الفقه من لا يشترط توافر حسن النية من عدمه ويقضي بعدم ثبوت النسب في حالة الإجماع على فساد النكاح أمام هذين الرأيين يكون المشرع قد زواج بينهما فاخذ من الرأي الثاني عدم اعتبار حسن النية من سوءها وأخذ من الرأي الأول تحقق نسب الولد لأبيه بغض النظر كون الزواج فاسد أم باطلا.

2.1. إثبات النسب بالإقرار والبيينة

هي الطرق العادية أو كما يطلق عليها البعض الطرق التقليدية الوسيلة الأكثر اعتمادا لإثبات النسب، حيث تعتمد عليها جل التشريعات العربية والإسلامية، ويعتبر الإقرار والبيينة من أهم الطرق في إثبات النسب.

1.2.1. إثبات النسب بالإقرار

الإقرار في القانون المدني الجزائري عرفته المادة 341 على أنه "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة" [16]. ويمكن تعريفه كذلك بأنه الاعتراف بالشيء وهو أن يصرح الشخص صراحة بقيامه بفعل معين وتصديق واقعة معينة، كما عرفته محكمة النقض الفرنسية على أنه: "تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث هذه آثار قانونية" [45].

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى المشرع في المادة 40 بذكر الإقرار على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيينة.

شرعا الإقرار هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل بالفظ أو ما في حكمه وبذلك يخرج منه ما يدعيه الخصم من حق له على الغير. [46]

والإقرار بالنسب وهو أن يقر شخص ببنته لشخص آخر مجهول النسب وكما يصح الإقرار بالبنته يصح أيضا أن يكون الإقرار بالأبوة والأمومة كما قول المقر هذه أمي وهذا أبي أو قول المقر هذا ابني.

أدلة حجية الإقرار:

يعتبر الإقرار حجة ثابتة والدليل على ذلك وروده في القران والسنة والإجماع .

في القرآن قال تعالى: (أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا).

وقال (يأيتها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين

(

في السنة ما روي عن ماعز انه اقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم

حيث أقام عليه الحد بمجرد إقراره.

في الإجماع فلقد أجمعت الأمة على صحة الإقرار وكونه حجة يمكن الاعتماد عليها في إصدار الأحكام.

ويعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه لا غيره حيث لا يتعدى أثره إلى غير المقر .

1.1.2.1. شروط الإقرار:

نصت المادة 44 من قانون الأسرة على شرطين أساسيين لصحة الإقرار بالبنوة أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة. فالإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد ولا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج [48]، وعليه يصح إقرار شخص في مرض الموت بالولد إذا كان المقر له مجهول النسب متى صدقه العقل أو العادة.

بالنسبة للشروط الأول: أن يكون الولد مجهول النسب ويقصد به كل شخص ولد في بلد ولا يعلم له أب. فإن كان للمقر له معلوم النسب لا يصح الإقرار نظرا لان أصول ثبوت النسب مقررة لحماية مصالح مجهولين النسب أما من هم معلومين النسب فلا يصح الإقرار بنسبهم من آخرين [46] ، لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ وفي ذلك يقول ابن قدامة.

فإن كان المقر له بالنسب معروف النسب لم يصح الإقرار. لأنه يقطع نسب الثابت من غيره. وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه [49] .

بالنسبة لفقهاء الشريعة يعترف فريق بصحة الإقرار حماية للولد من الضياع في حين يرفض آخرون هذا الأمر ويربطون الحق بأنه لا يأتي إلا إذا كان الإقرار دون ذكر أن الابن من زنا [50]، بحجة أن الشريعة الإسلامية لا ترتب آثار أو حقوقا على الجرائم لصالح مرتكبيها وبالتالي لا اثر للإقرار بالنسب إذا صرح صاحبه أن الولد جاء نتيجة علاقة غير شرعية. سواء كان الإقرار بالأبوة أو بالبنوة.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري يمكن القول أن المشرع يعترف بإثبات النسب عن طريق الإقرار المجرد لأنه لم يشترط في هذا الأخير ربطه لزواج أو شبهة [48] ، وهذا يعني أن الإقرار ينسب ابن الزنا ممكن وهو ما أشارت إليه المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري ولكن إن عدنا إلى المادة 41 من نفس القانون نجدها تنص على انه لا يثبت نسب الولد من أبيه إلا عن طريق الزواج الشرعي وبالتالي إثبات نسب ابن الزنا من أبيه غير مقبول حتى ولو اقر به الوالد أو الولد وقال انه ابني من الزنا.

2- أن يصدقه العقل والعادة: ويعني هذا أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر أي أن يكون من الممكن ميلاد مثل الولد المقر له كان يكون السن مناسباً فلا يمكن اعتماد إقرار مقر بالأبوة سنة عشرين عاماً لمقر له بالبنوة عمره عشر سنوات [48] ، بالإضافة إلى أنه لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين سنة من عمره أو أنه عاجز أو مريض بالعقم أن يدعي أو أن يقر بأن الولد ابنه حيث أن مثل هذا الإقرار لا يقبله العقل أو العادة وقد استقر العمل شرعاً على أن الفرق بين سن المقر والمقر له لكي يصح الإقرار هو اثنتا عشر سنة وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هي اثنتي عشر سنة بالنسبة للفتى. [46]

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا على أنه من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانوناً وشرعاً غير متوفرة لأن الزواج تم في 02/05/1994 والولد قد ولد في 07/05/1994. كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانوناً لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن. وتأسيساً لما ورد في القرار أكد القضاة بان النسب لا يثبت بالعلاقة غير شرعية [51] .

كما أكد قرار آخر جاء فيه: إن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه يعاشر الآخر خارج إطار الزواج. فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإحقاق الولد بأبيه يكونون قد خرقتوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ويشترط كذلك أن يكون المقر بالغاً. فلا يصح الإقرار من الهازل أو المجنون أو المعتوه: ألا يصرح المقر أن الولد من الزنا. أي يجب أن ينطوي الإقرار على اعتراف بالبنوة الحقيقية للمقر له فيبطل الإقرار إذا صرح المقر أن الولد ابنه من علاقة غير شرعية.

وقد أبدت ذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 24.06. 1968 بأنه لو صرح المقر بأن ولده من زنا أو التبني فإن الإقرار يبطل والحكمة من ذلك كون النسب نعمة من عند الخالق فلا يكون الزنا سبباً في هذه النعمة.

- أن يصدق المقر له إذا كان مميزاً. [46] ، يشترط أن يصدق المقر له بالنسب المقر. وذلك شريطة كونه أهلاً لذلك. وأهلية التصديق هي كون المقر مميزاً وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى الغير إلا إذا صدقه هذا الأخير. فإن كذبه فلا يثبت ما أقر به المقر. إذا كان المقر له غير مميز أي لا يستطيع التعبير عن ذاته يثبت النسب بعد الإقرار من غير حاجة إلى التصديق لعدم أهليته

للتصديق. والحكمة من عدم اشتراط التصديق من الصبي المقر له الغير مميز هو ما يحتويه الإقرار من إثبات نسب لهذا الطفل مما ينطبق في طبياته حماية شرعية لهذا الطفل.

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط أي تصديق المقر له بالبنوة سواء كان مميزا أو غير مميز وهو واضح من خلال مفهوم المخالفة. بدليل ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة على أن الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير مقر إلا بتصديقه. فيكون بذلك قد استثنى الإقرار بالبنوة من التصديق. أما فيما يخص الإقرار بالأبوة والأمومة أن يصدق الرجل الذي أقر له بالأبوة أو المرأة التي أقر لها بالأمومة. وهو شرط لا يمكن تخلفه لإمكان التصديق من المقر له.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرجوع عن الإقرار بالنسب المباشر لا يصح وذلك لأن الإقرار علة توجب الحكم بذاتها دون حاجة للقضاء وما دام قد ثبت الحكم به وتعلقت به حقوق العباد فإنه لا يصح الرجوع عنه.

2.1.2.1. أنواع الإقرار

أقرت المادة 44 قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة".

في حين نصت المادة 45 على أنه: "الإقرار في غير البنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

من خلال المادتين يتضح أن هناك نوعان من الإقرار:

أ-الإقرار المباشر أو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، النسب المحمول على المقر نفسه: وهو الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقر. وهذا النوع من الإقرار يثبت به النسب متى توافرت شروطه [16] ، دون الحاجة إلى بيان سبب النسب لان الإنسان له ولاية فله أن يلتزم بما يشاء. والإقرار حجة ملزمة للمقر ومقصورة عليه لا يتعداه إلى غيره وعلى ذلك، إذا أقر إنسان ببنوة احد من الناس ثبت نسبه إليه وتبعاً لذلك تثبت له جميع الحقوق التي للأبناء على إبانهم كالإرث و النفقة متى توافرت الشروط المعتمدة لصحته ومن الأصول المقررة أيضا انه إذا أثبتت الأبوة أو البنوة يثبت الصلات النسبية المختلفة. [47]

فمثلا إذا اثبت بنوة شخص لشخص آخر ثبت تبعاً لذلك جميع الصلات النسبية الأخرى من إخوة وعمومة وغيرها. وتكون العلاقة بين المقر والمقر له علاقة مباشرة لا وسيط فيها.

ب- الإقرار بالنسب المحمول على الغير أو الإقرار من غير البنوة أو الأمومة.

يتم هذا الإقرار بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة الحواشي أي لهما أصل مشترك هو أبوهما. ولصحة هذا الإقرار لابد من توافر الشروط السابقة وهما شرطا. - أن يكون الشخص الآخر مجهول النسب. وأن يصدقه العقل والعادة وكان المشرع الجزائري قد أضاف شرطا ثالثا يتمثل في أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار. [16] وقد نصت المادة 45 قانون الأسرة الجزائري على الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

مثلا إذا قال شخص أن هذا أخي تنشأ بينه وبين الشخص قرابة أخوة ولكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف به الأب وصدق ذلك أنه لثبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول على الإقرار وهو الأب. وإذا لم يقر الأب ولم يصادق على ما أقر به ابنه فيبقى للمقر إن أصر على إقراره أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بإثبات النسب ويدعم طلبه القضائي بالبينة أو بالطرق العلمية التي استحدثها قانون الأسرة في تعديل 05/ 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005 .

وفي حالة العمومة. إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ بينه كمقر بها وبين المقر له. ولكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الادعاء ولم يكذبه. وأن يقيم المقر البينة على إقراره. وهذا ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه. كآثار لثبوت النسب بالإقرار بالبنوة وبالأخوة والعمومة حالتان:

- عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج آثارا قانونية من توارث ونفقة.
- عندما لا يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره فالنسب من الأب عند الأخوة ومن الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبه. وإنما يلزم فقط من أقر بالأخوة والعمومة. [16] وقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلي:

من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان إحكام الإقرار ولزم لحمل في بطن امرأة. كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله. فيثبت حتى مع الشك وفي الانكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد ومتى تبين في قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06. فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا. بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة. كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل. لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر. ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

كما لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق. رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.

وعليه فإن قضاة لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهما خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [52]

ويمكن أن يثبت النسب بالإقرار بالأمومة متى كان الإقرار صحيحا وموافقة للشروط التي يتطلبها وقد جاء في قرارا لمحكمة العليا ما يلي: من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا. ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض.

ولما كان ثابت-في قضية الحال- أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وان اعترافها صحيح. ومن ثم فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

ويضيف القانون الجزائري شرطا آخر وهو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار، ففي قوله هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك، وقد نصت المادة 45 قانون الأسرة الجزائري على الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

وتنشأ دعاوى إثبات النسب بالإقرار نوعان وهي:

- دعاوى ليس فيها تحميل النسب على الغير.

- ودعاوى فيها تحميل النسب على الغير.

- بالنسبة للدعاوى التي ليس فيها تحميل على الغير: مثالها أن يرفع "المدعي الابن دعوى ضد المدعى عليه الأب يطالب فيها بالحكم بإثبات النسب فقط مجردا عن أي طلب آخر.

فالدعوى هنا مقبولة لأن المدعي عليه حيا يرزق وهو الملزم مباشرة بالدعوى. لذلك فالدعاوى المتعلقة بإثبات النسب تقبل مجردة إذا كان المدعي والمدعى عليه على قيد الحياة.

أما إذا كان المدعى عليه الأب متوفى فإن الدعوى لا تقبل مجردة إلا إذا اقترنت بطلب آخر يكون فيها المدعى عليه "حاضرا".

2- بالنسبة للدعوى التي فيها تحميل النسب على الغير: مثالها أن يرفع المدعى دعوة يطلب فيها الميراث. فيرد المدعى عليه بإنكار حق المدعي صفته التي يستند عليها في الميراث.

فهنا على المدعى أن يثبت دعواه ولأن يثبت نسبه من المتوفى الذي يريد حصته من تركته. كون الطلب الأساسي والمقصود من الدعوى هو الحق المترتب عن ثبوت النسب. إذ أن الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف بل يبقى مجرد وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه. والخصم ليس من حمل عليه النسب وإنما هو كل من له وعليه حق في التركة. كالورثة أو قد يكون الوصي أو الموصى له. وقد يكون الدائن. وبوفاة من يدعي الانتساب إليه لا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر على شخص حاضر. [16]

3.1.2.1. مظاهر الاختلاف بين نوعي الإقرار:

تبرز أهم الفروق بين الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير والإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير [57].

- النسب في الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت بالإقرار المجرد. ما دامت شروطه متوفرة. أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به مجردا البتة.

2- الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت فيه النسب أولا من المقر. وإن كان يسري منه إلى غيره. أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فإن النسب يثبت فيه أولا من غير المقر ثم يسري منه إلى المقر.

3- ويترتب على ما تقدم أن الدعوى بالنسب تصح أن تكون مجردة عن حق آخر إذا كانت من النوع الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير. مادام المدعي عليه حيا. ومرد ذلك أن النسب في هذه الدعوى مقصود لذاته والمدعي عليه خصم فيها لأنه هو الملزم بالدعوى مباشرة وإذا المدعي عليه في النسب الذي ليس فيه تحميل على الغير ميتا فإن الدعوى بالنسب مجردة لا تسمع. لأن دعوى النسب بعد الموت ليس الغرض منها مجرد ثبوت النسب بل التوصل لحق آخر مبني على ثبوت النسب. فالنسب إذن في هذه الحالة ليس غاية بل وسيلة. ومن ناحية أخرى فإن المدعي عليه في النسب متوفى ولا تقام الدعوى على متوفى. فلا بد إذن من إقامتها على آخر حي بحق آخر. ويكون النسب تابعا.

والحال كذلك إذا كانت الدعوى حال الحياة بغير الأبوة والبنوة. لأن قصد المدعي فيها ليس إثبات النسب المجرد. فالخصم في إثبات النسب ليس هو المدعي عليه بل هو شخص آخر كالأب عند

الادعاء بالأخوة وكالجد عند الادعاء بالعمومة. فالمقصود من هذه الدعوى إذن حق آخر كالمطالبة بالنفقة أو عدم الرجوع في الهبة.

2.2.1. إثبات النسب بالبينة

البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعي عليه بل يثبت في حقه وحق غيره وتعد البينة من بين الوسائل التي تبنها المشرع الجزائري لإثبات النسب. ذلك حرصا منه على المحافظة على مصلحة الولد من الضياع، والبينة هي مصطلح عام ويشمل عدة وسائل قانونية يمكن اللجوء إليها لإثبات النسب فما مفهوم البينة وإلى أي مدى يمكن الاعتماد عليها لإثبات النسب.

1.2.2.1. مفهوم البينة وأنواعها

البينة لغة: هي الوضوح. والجلء والبيان. ويقال استبان الصبح أي أصبح واضحا.

كما يقال كذلك أنه على بينة من أمره أي على وضوح وعدم الخفاء[58] فالشخص إذا قدم بينة على حقه فإنه بذلك يجعله واضحا ويزيل ما كان عليه من لبس وخفاء ليصبح ظاهرا أمام الجميع. البينة اصطلاحا: مجموع الدلائل والحجج التي تقف شاهدة على حديث واقعة مادية وحصولها حصولا حقيقيا يقينا. وذلك بشتى الطرق الدالة عليها من سمع أو بصر.

ولا يعتبر مفهوم البينة واحد عند القانونيين فمنهم من يرى أن للبينة معنيين معنى عام ومعنى خاص.

المعنى العام للبينة: هي كل دليل أيا كان نوعه كتابة. قرائن. اعتراف أو شهادة الشهود أو حجة تؤكد وقوعا حقيقيا لواقعة مادية أو قانونية معينة[59] ، وهو المعنى الذي يطبق على قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

ويقول ابن القيم الجوزي البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماها. ولم يأت في القرآن الكريم قط حصرها في الشهادة وإنما أنت مرادا بها الحجة التي تثبت الحق أيا كانت هذه الحجة.[60]

المعنى الخاص للبينة: يقصد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة لان الشهادة في الماضي كانت الدليل الأكثر اعتمادا وعلى هذا الأساس انصرف لفظ البينة إلى الشهادة، والأصل انه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه[2] ، وفي ذلك يقول ابن الجوزي لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما علم يقينا لاشك فيه إما بروية أو بسماعه[60] .

2.2.2.1. أنواع الشهادة:

1- الشهادة المباشرة: يذكر فيها الشاهد ما رأى وسمع فيكون على دراية بالواقعة محل النزاع وتعتبر أقوى أنواع الشهادة.

2-شهادة الشيوخ: هي شهادة غير مباشرة يذكر الشاهد ما سمعه من رواية غيره حول الواقعة محل الإثبات والتي أدركها سمعه وبصره رواها لهذا الشاهد.

3 شهادة بالتسامع: تأخذ هذه الصورة ما يدور حول مسامع الناس وروايتهم عن الواقعة فهي ليست شهادة مباشرة حضر وقائعها هو شخصيا أو شهادة مستمدة من شخص آخر محدد.[24]

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع كما هو الشأن في الزواج والدخول بالزوجة ودليلهم على ذلك الخوف من تعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج.[38]

إن الشهادة كدليل لإثبات الحق جاء أصلها في الكتاب والسنة. أما من الكتاب ففي قوله تعالى (وأستشهد شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى).[61]

وقوله تعالى (...وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ...) [62]

أما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على المدعي عليه. أما فيما يتعلق بالشهادة على إثبات النسب فإن بعض الفقهاء يرى انه لا خلاف حول مسالة إثبات النسب بشهادة رجلين. أما عند الحنفية يقضي في النسب بشهادة الواحد عند قيام النكاح وهذا الرأي لم يطبق إلا في مسالة إثبات النسب.

3.2.2.1. شهادة الشهود في البيئة

يرى جمع من القانونيين والفقهاء أن إثبات النسب بالبيئة تقتصر أساسا في شهادة الشهود ودليلهم في ذلك مسالتان هما:

أولهما أن قضاة المحكمة العليا أخذوا بمفهوم البيئة الضيقة عندما أكدوا أن قواعد إثبات النسب محددة في المادة 40 من قانون الأسرة والتي من بينها البيئة. ولو كان المقصود المعنى العام لاستجاب قضاة المحكمة العليا لاعتماد فحص الدم من طرف خبير طبي كدليل لإثبات النسب وذلك ثابت من خلال القرار الأتي [63].

"من المقرر قانونا أيضا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34.33.32 من هذا القانون، ومتى تبين -من قضية الحال- إن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض وتأسيسا لقرارهم أكد قضاة المحكمة العليا أن إثبات النسب حددته حصريا المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن ان تحدث. ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع. فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكومية إلى التشريعية. الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

والجدير بالذكر أن القرار أعلاه المؤرخ في 15/06/1999 كان قبل التعديل المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي اقر الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب.

الأمر الثاني أنه بعد التعديل نص قانون الأسرة على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب حيث جاء نص المادة 40 "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب...". وبالتالي فإن مجموعة الخبرات الطبية والتحليل الطبية نص عليها بشكل مستقل عن الطرق الشرعية والتي من ضمنها البيئة. ما يفهم أن البيئة المقصودة في مجال إثبات النسب تتمثل أساسا في شهادة الشهود.

وعموما يمكن القول أن البيئة هي أقوى من الإقرار من حيث ثبوت النسب.

وتتميز عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعي عليه. بل قد يثبت في حقه وحق غيره. أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعدى إلى غيره.

الفصل 2

إثبات النسب بالطرق العلمية

تمهيد:

نتيجة التقدم العلمي المذهل توصل الإنسان إلى اكتشافات علمية أدت إلى تغيرات في مجالات متعددة سواء في مجال الأسرة وإثبات النسب ونفيه.

تعتبر مسألة إثبات النسب من القضايا الاجتماعية التي اهتم المشرع الجزائري بها وخاصة بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 الذي جاء متزامنا مع الثورة العلمية مسائرا في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة وقد حرص المشرع على الاستفادة من هذا التقدم العلمي في مجال تطبيقات الهندسة الوراثية. حيث أضاف الطرق العلمية الحديثة من أجل إثبات النسب أو نفيه.

وقد حصر العلماء البيولوجيون والأطباء هذه الطرق في نوعين. نوع قطعي الثبوت. ويدخل ضمن هذا النوع نظام البصمة الوراثية. ا.د.ن. ونظام ش.ل.ا.. ونوع ثاني ظني الثبوت ويدخل في إطاره نظام ا.ب.ا فحص الدم. ونظام م.ن.س ونظام مجموعة البروتينات.

حيث أكدت الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة "يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب.

وسنتطرق في هذا الفصل إلى الحديث عن الطرق العلمية القطعية الثبوت ونعني بها نظامي البصمة الوراثية.

ثم نتطرق إلى الطرق العلمية الظنية الثبوت ونعني بها فحص الدم .

1.2. البصمة الوراثية كطريق علمي قطعي الثبوت

تعد البصمة الوراثية من الاكتشافات الطبية الحديثة التي تميزت بدقة وقطعية نتائجها من خلال ما حققته من نتائج ايجابية سواء تعلق الأمر بالمجال الجنائي أو بمجال النسب وإثباته وهي تعتبر وسيلة إثبات قطعية.

لم تعرف البصمة الوراثية حتى عام 1984 حينما نشر د. "إليك جيفريز" عالم الوراثة بجامعة "ليستر" بلندن بحثًا أوضح فيه إن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات. وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة. وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد. ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط. بل إن احتمال تشابه بصمتين وارثتين بين شخص وآخر هو واحد في التريليون. مما يجعل التشابه مستحيلًا. وسجل الدكتور "إليك" براءة اكتشافه عام 1985. وأطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية للإنسان.

1.1.2 ماهية البصمة الوراثية

1.1.1.2 تعاريف البصمة الوراثية وخصائصها

لغة: البصمة كلمة عامية تعني العلامة. نقول بصمة القماش بصما. أي رسم عليه [49]، أما في وقتنا الحاضر فيراد بها بصمات الأصابع وقد قام العلماء بتصنيف البصمات التي تتعلق بالأصابع بما فيها من منحنيات وخطوط وثنيات ومنخفضات ومرتفعات إلى أصناف عديدة، وجمعوها تحت أنواع رئيسية تتفرع عنها أنواع فرعية وذلك لسهولة تتبعها. وحين تعرض عليهم بصمة ما. يرجعونها إلى ما لديهم من أنواع، وبذلك يتعرفون على صاحبها بسهولة، وهذه البصمات لا تتشابه إطلاقًا حتى في أصابع الشخص الواحد.

والوراثية نسبة إلى الوراثة مصدر ورث. ومنه ورث فلان إرثًا. أي صار إليه بعد موت مورثه. علم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر. فهو يفسر سبب التشابه بين الأب وابنه [49]، وقد انتهى مجمع اللغة العربية في القاهرة إلى تعريف البصمة الوراثية... بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع.

اصطلاحًا: أعطيت للبصمة الوراثية عدة تعاريف اتجهت كلها إلى مفهوم واحد، فقد عرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية نظام البصمة الوراثية على أنها البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه. [64]

وعرفها المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي أنها..مركب كيميائي ذو شقين بها ينفرد كل إنسان عن غيره.

وعرفها مفتي الأراضي المصرية سابقا فضيلة الشيخ فريد واصل بقوله: البصمة الوراثية في اصطلاح العلماء يقصد بها تحديد هوية الإنسان عن طريق جزء أو أجزاء من حمض A.D.N الحمض المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه.

- البصمة الوراثية ..هي المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية.وهي مثل تحليل الدم وبصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة تبين مدى التشابه والتماثل بين الشئيين أو الاختلاف بينهما.فهي بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات وتجزم بوجود الفرق أو التباين بين المختلفات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة أحد علوم الحياة[65] .

-هي تعين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء من أجزاء من حمض د.ا.ن المتمركزة في نواة اي خلية من خلايا جسمه[66] .

- هي الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده[67] .

- هي اختلاف في التركيب الوراثي لمنطقة الانترون وينفرد بها كل شخص تماما وتورث. أي أن الطفل يحصل على نصف هذه الاختلافات من الأم. وعلى النصف الآخر من الأب. ليكون مزيجا وراثيا جديدا يجمع بين خصائص الوالدين وخصائص مستودع وراثي متسع من قدامى الأسلاف[68].

- مهما تعددت التعاريف فإن البصمة الوراثية هي المادة الوراثية أو البنية الجينية المفصلة التي يستأثر بها الشخص عن غيره .والتي تكشف وتتحقق من المكونات البيولوجية لكل إنسان .وذكر العالمان وادسون وكريك أن الحمض النووي A.D.N يتألف من شريطين يلتقيان حول بعضهما البعض على هيئة سلم حلزوني. ويحتوي الجزئي على متتابعات من الفوسفات والسكر ودرجات هذا السلم تتكون من ارتباط أربع قواعد كيميائية تحت اسم ادينين -أ- .تيامين-ت- .سيتوزين-س- .وجوانين-ج- .

ويكون هذا الجزئي في الإنسان نحوى ثلاثة بلايين ونصف البليون قاعدة كل مجموعة من هذه القواعد تحتل جينيا من المائة ألف جينية الموجودة في الإنسان، ولقد تم اكتشاف البصمة الوراثية عام 1984 حينما أجرى عالم الوراثة اليك جيفريز بحثا أوضح فيه إن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة. وعند مواصلة لأبحاثه توصل بعد عام أن هذه

التتابعات مميزة لكل فرد ولا يمكنها أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوأم المتماثلة فقط. وإن نسبة تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في الترليون مما يجعل التشابه مستحيلا.

وعن كيفية الحصول على الطبيعة الوراثية فقد ذكر الدكتور محمود محمد شعبان الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة في ملتقى دولي حول البصمة الوراثية كدليل في الإثبات يوم 09-10/ افريل 2008 .

- تستخرج عينة A.D.N من نسيج الجسم أو سوائله مثل الشعر. الدم أو الريق.
- تقطع العينة بواسطة إنزيم معين يمكنه قطع شريطي.ا.د.ن طويلا فيفصل قواعد الادينين.والجوانين.ج في ناحية واليتامين ت. والسيتوزين س. في ناحية أخرى ويسمى هذا الإنزيم بالمقص الجيني.
- ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي وتتكون بذلك مرات طولية من الجزء المفضل عن الشريط متوقف طولها على عدد المكررات.
- تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية. [65] .

علميا: للتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يمكن الرجوع إلى علم الوراثة والإرشاد الجيني. وهو من العلوم الحديثة التي وصل إليها علماء هذا العصر ولم يعرف سابقا بتفاصيله. ووقائعه. ولعل من العوامل المساعدة على اكتشافه تلك التقنية الحديثة الفائقة الدقة من المجهر وأجهزة التحليل والأشعة.

وقد تعددت تعاريف البصمة الوراثية من الناحية العلمية. إلا انه يمكن رد هذه التعاريف إلى اتجاهات الأربعة.

الاتجاه الأول: عرف أصحاب هذا الاتجاه بأن البصمة الوراثية: إنها النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحمض النووي مجهول الوظيفة. وهذه التتابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل فرد. ولم تتماثل في شخصين بعينين، وإنما في التوائم المتطابقة [69] .

وذهب البعض الآخر من أصحاب هذا الاتجاه إلى تعريف آخر بأنها صورة تتابع النيوكليوتيدات. التي تكون جزيء الحمض النووي المميزة لكل فرد والتي لا تتشابه بين اثنين من البشر. إلا في حالات التوائم المتماثلة [70] .

الاتجاه الثاني: عرف أصحاب هذا الاتجاه البصمة الوراثية بأنها اختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة الانترون. وينفرد بها كل شخص تماما وتورث [68] .

الاتجاه الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية هي عبارة عن صورة لتركيبة المادة الحاملة للعوامل الوراثية الحمض النووي الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان [70].

الاتجاه الرابع: خلط أصحاب هذا الاتجاه بين البصمة الوراثية وبين جزئ البروتين. حيث عرفوا البصمة الوراثية بأنها تتابع الأحماض الأمينية. بتسلسل معين. وهذا التسلسل هو الذي يعطي الأمر للجين. بإظهار صفة. أو وظيفة معينة. تتغير لو تغير هذا التسلسل في موضع واحد فقط من ترتيب الحامض النووي [71].

قانونياً: إنها الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي. وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام [72].

كما عرفت أنها المعلومات ذو الطبيعة الجينية والفردية والتي تخص الشخص. بالمعنى الضيق وتعتبر مصدر واصل الكيان الإنساني عند الاختلاف. فهي تحدد صفاته وشخصيته. وليس هي الشخص نفسه. ولا برمجة للشخص. إنها تشكل رسالة تحمل جانب من شخصية الإنسان. وتمنحه الوجود بالقوة. وإمكانية الحياة والمخاطرة معا.

2.1.1.2. خصائص البصمة الوراثية:

لقد أظهرت البحوث الطبية البيولوجية إن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة ومن هذه الخصائص..

1 -تختلف البصمة الوراثية من شخص لأخر. ولا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشبهان في هذه البصمة. ما عدا التوائم المتطابقة. أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد. تتميز البصمة الوراثية بتعدد وتنوع مصادرها. مما يجعل من الممكن عمل هذه البصمة من أي مخلفات أدمية سائلة. دم. لعاب. مني. أو أنسجة...لحم. عظم. جلد. شعر.

وهذه الخاصية تغني عند عدم وجود آثار لبصمات الأصابع للمجرمين في مسرح الجريمة.

2: البصمة الوراثية موجودة في كل خلايا الجسم...معدا كريات الدم الحمراء... ولها تباين عظيم. فهناك موقع للتباين بين كل 1000 نواتية. في طاقم وراثي يحتوي ثلاثة بلاين نواتية. كما أن البصمة الوراثية للشخص متطابقة في جميع خلايا جسمه. ولا تتغير أو تتبدل بمرور العمر. وجزء الدنا A.D.N. ثابت إلى حد كبير.

3: تتميز البصمة الوراثية بمقاومتها عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية الأخرى من حرارة وبرودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة. حتى انه يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة.

4: يعتقد العلماء أنها أدق وسيلة عرفت حتى الآن. في تحديد هوية صاحبها وكذا في إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية. وان نتائجها شبه قطعية. إذ لا تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها عن 98 % إذا أجريت طبق معايير وضوابط معينة.

يأخذ كل إنسان نصف A.D.N من أبيه. ونصف من أمه وبذلك يتكون A.D.N الخاص به نصف شبه أبيه والنصف الآخر شبه أمه.

5: تقاوم "A.D.N" أسوأ الظروف والتلوثات البيئية ولا تفقد ماهيتها ولا تتغير.

يمكن التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بواسطة تحليل شيء من هيكله.

يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أعضاء الجسم. أو سوائله حتى بعد جفافها ولا تختلف باختلاف أنواع العينات من مواد الجسم. بل البصمة الموجودة في أي جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر [20].

ومن المميزات الهامة للبصمة الوراثية. أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة تسهل قراءتها والتعرف عليها وحفظها وتخزينها في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها.

يتيح استخدام البصمة الوراثية اكتشاف آلاف الجرائم التي قيدت ضد مجهول. وقد فتحت المحاكم البريطانية والأمريكية ملفات عدد كبير من الجرائم المجهولة. وفتحت التحقيقات فيها. وقد برأت البصمة الوراثية مئات الأشخاص من جرائم القتل. كما أدانت آخرين. وكانت لها الكلمة الفاصلة في قضايا الأنساب.

تعتبر البصمة الوراثية أحد الأساليب التي تسهم بشكل فعال في مساعدة الضحايا [72].

2.1.1.2. تكيف البصمة الوراثية وأهميتها

للبصمة الوراثية أهمية واسعة في شتى المجالات. فتعتبر أساس الفصل الدقيق في جرائم السرقة والقتل والاعتصاب. إذ يمكن باستعمال أي شيء متخلف عن المجرم في مكان الجريمة كجزء من جلده، أو دمه، أو شعره.... وهي الأشياء التي تحتوي على حمض الدنا A.D.N والذي يمكن استخلاصه منها ولو مر عليها وقت طويل. كما تعتبر أدق القرائن في قضايا النسب العائلي والبنوة. وكذلك في قضايا الإرث وتوزيع التركات والأموال.

تقوم الولايات المتحدة الأمريكية حالياً بتصنيف الحمض الدنا لجميع المواليد ليسهل تعين هوية من يخطف منهم. ويسهل العثور عليه.

1.2.1.1.2. التكيف الشرعي والقانوني للبصمة الوراثية

أ- التكيف الشرعي:

تعد البصمة الوراثية حدث علمي جديد. تدل بيقين على صاحب الأثر المتروك في ساحة الجريمة ولكن ليس بالتأكد صاحب هذا الأثر هو الجاني فقد يصادف وجوده لحظة ارتكاب الجريمة دون أن يكون هو الفاعل.

يرى أغلبية العلماء المعاصرون صحة الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي وإثبات النسب والجرائم التي ليس فيها حد شرعي باعتباره امن القرائن القطعية وقد توصل المجتمعون في الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية التي عقدت في دولة الكويت عام 1998/1419 إلى أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده. والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولاسيما في المجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية. [72]

ب- التكيف القانوني:

في مجال إثبات النسب الفقه الإسلامي وقواعده وأدلته العامة لا تأبى من الأخذ بهذه التقنية الجديدة كدليل لإثبات النسب قياساً على القيافة وهي الخبرة في إلحاق نسب الولد بمن يشبهه ممن يدعون نسبه بناء على ما بينهما من مشاركة أو اتحاد في الأعضاء وسائر الأحوال والأخلاق وتجد أعمال الخبرة أساس مشروعيتها في قوله تعالى "فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون" [73]. وهكذا

يجمع الفقهاء على اعتبار البصمة الوراثية وسيلة من وسائل الإثبات. وإنها ترقى إلى مرتبة القرينة القاطعة في غير قضايا الحدود الشرعية. وأنه يجوز اللجوء إلى أهل الخبرة في هذا الشأن.

2.2.1.1.2. مدى حجية البصمة الوراثية

لقد اجمع الفقهاء والقانونيين على جعل البصمة الوراثية من القرائن التي يمكن قبولها في الإثبات. إلا أنهم اختلفوا في جعلها قرينة قطعية الثبوت أم ظنية الثبوت. فالذين يرون أن البصمة الوراثية قرينة قطعية انطلقوا من فكرة أن التجارب العلمية المتكررة أثبتت أن نتائجها دقيقة ووصلت معظمها إلى نسبة مئة بالمئة.

واستمد أصحاب هذا الرأي أن علماء الطب الحديث مقتنعون بأنهم يستطيعوا إثبات البنوة أو الأبوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى 100%. وفي حالة الإثبات فإنه يصل إلى نسبة 99%.

وذكر الدكتور العسولي في مؤلفته بصمة الوراثية أن مؤدى ذلك أن تؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس. ويتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموزومات أي صبغيات تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات، وبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن مورثة له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية. فيحكم عندئذ بأبوته له. أو يقع بنفي أبوته له. وكذلك الحال بالنسبة للام. وذلك لان الابن يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية بينما يرث عن أمه النصف الآخر [16].

3.2.1.1.2. موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية

لقد نص قانون الأسرة الجزائري على وسائل إثبات النسب المتمثلة في الزواج والإقرار والبينة وقد اخذ هذه الطرق من الشريعة الإسلامية وأجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومن هذه الطرق العلمية البصمة الوراثية فهل يمكن الاستغناء عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب والاكتفاء بالبصمة الوراثية باعتبارها أدق الوسائل في إثبات النسب.

انقسم العلماء المعاصرين إلى فرقتين منهم من يرى جواز الأخذ بالبصمة والاكتفاء بها عن الوسائل الأخرى في حين يرى آخرون أنه لا يمكن استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب إلا بعد العجز عن إثباته بالطرق الشرعية [74].

1- القول بالاكتفاء بالبصمة الوراثية لإثبات النسب: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب والاكتفاء بها عن الوسائل الشرعية الأخرى على اعتبار أن نتائجها تصل إلى درجة من الدقة لا تترك مجالاً للشك أنها الأقوى في الدلالة من القرائن بل حتى الشهادة. وحتى من الإقرار الذي كما بينت الكثير من الوقائع لم يعد يعتبر سيد الأدلة فهناك من الحالات التي لا يتفق فيها إقرار المتهم مع ما يتوافر من أدلة. وقالوا إن الإقرار من المؤشرات الظنية أو التخمينية والتي لا يمكن قياسها وما ينطبق على الإقرار ينطبق على الشهادة وأن اللعان كالإقرار من حيث القيمة العلمية والاعتماد على الخطأ والصواب في نفي النسب. كما يروا أن الوسائل التقليدية ليست أمورا تعبدية حتى نتخرج من تأخيرها بعد ظهور البصمة الوراثية [75]. إلا أن هذا القول تعرض إلى كثير من النقد والرد وذلك.

- لأن رأي أحكام الشريعة الثابتة لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على فسخا وهذا أمر غير ممكن.

- إن النظريات العلمية مهما بلغت من الدقة والقطع بصحتها من طرف المختصين، فتبقى محل شك لأن التاريخ اثبت لنا عدم صحة الكثير من النظريات التي كانت محل جزم وقطع بصحتها في وقت من الأوقات.

- من الأمور التي أكدت عليها اللجنة العلمية لدراسة البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بدورته الخامسة عشر:

إن النصوص الشرعية ودلالاتها هي الأساس فلا يقدم شيء عليها. إن للشريعة مقاصد خاصة في النسب وغيره لذا يجب أن نلاحظ هذه المقاصد عند إقرار أي دليل. إن البصمة الوراثية وإن أثبتت الأبوة أو البنوة البيولوجية، أي أن هذه النطفة من ذلك الرجل فإن الشريعة الإسلامية تشترط شروطاً أخرى لإثبات النسب منها وجود العقد أو عدم ثبوت الزنا. أن هذه الشريعة لا يمكن أن تتعارض حقائقها مع الحقائق العلمية لأن مصدرها من خالق واحد عليم خبير [74].

2- القول بعدم استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب إلا بعد العجز عن إثباته بالطرق الشرعية.

يرى المعارضين لتقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية الشهادة والإقرار والبيينة وحجتهم أن الشهادة عند العلماء ليست قولاً في الإثبات لفقهاء وإنما هي إحدى وسائل الإثبات والحجج القضائية المظهرة للحق. قام على اعتبارها والاعتداد بها نصوص القرآن والسنة والإجماع. وقد أجمعت الأمة على أن الشهادة حجة مشروعة وكذلك الطرق الأخرى كالإقرار أو البيينة أو الفراش. فكيف يمكن أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الآن في طور التجربة ويعترف الخبراء باحتمال إن يعتربها الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل [75].

إن الوسائل الشرعية لإثبات النسب والمنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري ليست على درجة واحدة من القوة حيث يأتي في مقدمتها الزواج سواء كان صحيحاً أو فاسداً أو الوطء بشبهة ثم الإقرار ثم البينة، وإن كان بعض الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار باعتبار هذا الأخير شهادة الواحد لنفسه ولهذه الوسائل الثلاث من القوة لإثبات النسب ولكن قد تطرأ حالات لا يمكن فيها حل النزاع المتعلق بالنسب بهذه الوسائل الثلاث، عندها يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية إثبات النسب.

2.1.2. شروط العمل بالبصمة الوراثية وعوائق تطبيقها

1.2.1.2. حالات وشروط الاعتماد على البصمة الوراثية

حالات الاعتماد على البصمة الوراثية [18]

- تنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.
- الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال، وكذلك الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- تبديل المواليد في مستشفيات الولادة وتسليمه إلى غير أبويه الحقيقيين خطأ أو عمداً.
- ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفتهم، أو وجود جنث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.
- إنكار الرجل أبوته لطفل نتيجة علاقة غير شرعية .
- حالات التي تدعي فيها المرأة أن مولودها يخص رجلاً معيناً لإجباره على الزواج.
- الحالات التي يدعي فيها رجل فقد ابنه منذ فترة طويلة نسب شاب مجهول النسب.
- تتنازع امرأتان على أمومة ولد وتساوتا في البينة.
- إثبات النسب لطفل الأنبوب عندما يحدث تلاعب وتأخذ بويضة من غير الزوجة أو أخذ حيوانات منوية من غير الزوج. فيمكن إثبات النسب للطفل المولود بواسطة مقارنة البصمة الوراثية له مع الزوج والزوجة.
- إثبات درجة القرابة بين الأفراد في حالة ادعاء القرابة بقصد الإرث بعد وفاة أحد الأثرياء.

شروط العمل بالبصمة الوراثية:

ولأن البصمة الوراثية مجرد قرينة لا يجوز تقديمها على الطرق الشرعية المتفق عليها في إثبات النسب فهي وسيلة علمية حديثة لا غنى للقضاء عنها لذلك وضع الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية شروطا وضوابط عديدة حتى يتم إعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب.

-أن تقبل البصمة الوراثية من أهل الاختصاص[72] أن لا يتم التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة. الاستعانة بأكبر الخبراء في علم الوراثة والبيولوجيا الجزيئية وخبراء الطب الشرعي في هذا المجال حتى يستطيعوا تحليل النتيجة التي توصلوا إليها بالشكل الأمثل.

-أن تكون مختبرات الفحص تابعة للدولة، وإذا لم يتوافر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة ويشترط أن تتوفر فيها الشروط و الضوابط العلمية المعتمدة محليا وعالميا في هذا المجال .

-أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة بالإضافة إلى المعرفة والخبرة في مجال تخصصه في المختبر.

- أن يكون القائم على العمل في المختبرات ممن يوثق بهم علما وخلقا. توافر الخبرة والتجربة فيمن يحكم بذلك بان يكون مؤهلا.

-أن يجري اختبار البصمة الوراثية مسلم عدل لان قوله شهادة وشهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم.

-يلزم في الإثبات بالبصمة الوراثية أن تكون قطعية والمراد بالقطع هنا علم الطمأنينة وليس علم اليقين.

-أن لا تخالف البصمة الوراثية أحكام الشريعة الإسلامية كان تثبت مثلا بنوة مولود لمن لا يولد لمثله. - أن يجري التحاليل في مخبرين على الأقل معترف بهما مع اخذ جميع الاحتياطات اللازمة لسرية العملية[76] .

-توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

-عمل التحاليل الخاصة بالبصمة بطرق متعددة، وبعدد اكبر من الأحماض الامينية ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان.

والضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية يجب :

- ❖ ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفساد. ومن ثم لا يجوز استخدامها في تشكيك في صحة الأنساب المستقرة والثابتة وزعزعة الثقة بين الزوجين.
- ❖ يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق. فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه ، مثلاً: يولد لمثله لا يعقل أن يأتي بولد وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعترها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع.
- ❖ أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناء على أوامر من القضاء أو من له سلطة.
- ❖ أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه. وذلك كاختلاط المواليد .
- ❖ منع قطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح بالعينات من المتاجرة فيها وإغلاقها فوراً وفرض العقوبات الرادعة لكل من يحاول التلاعب بالجينات البشرية [75].

نظام H. L. A المرتبط بالمناعة:

يعد النظام المرتبط بالمناعة إحدى الطرق العلمية في إثبات أو نفي النسب إلى جانب نظام البصمة الوراثية A.D.N يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تميز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه والغير الذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، وقد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وسميت بنظام «human.leukocyte antigen»

[77]. فنظام HLA ذو أهمية قصوى باعتباره نظام، ورغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي من شخص لآخر إلا أنه بالمقابل جد ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء أي انتقال وراثي مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص، فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حالياً، فنظام HLA مركب ويتشكل من خمسة أنظمة متشابهة فيما بينها، مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد، يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين مختلفين عن بعضهما البعض، واحدة من الأب والأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة، إن قطعية إثبات النسب بواسطة HLA قد يقف عائقاً أمام حالة الزواج العائلي فإن الطفل هنا يحصل على مركبين من والديه|متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية

[16].

2.2.1.2. عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب

رغم الدور الذي تلعبه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلا أن هناك صعوبات تعرقل العمل بها سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتج به الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع لفحص الدم. الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضع الولد.

أ-العوائق القانونية:

من الصعوبات القانونية التي يمكن أن يتمسك بها الخصم للتهرب من الاختبارات الوراثية ان يتمسك بمخالفة هذه التحاليل لأحكام الشريعة الإسلامية لان هناك من يتمسك باللعان الذي جعلته الشريعة الطريق الوحيد لنفي النسب ويرفض الخضوع لفحص الدم لعدم النص عليه شرعا

عندما أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب لم يخص هذا الموضوع الحساس بأحكام قانونية واضحة مما فتح الباب على مصرعيه لرجال القانون لتبيان التناقض الموجود مع تطبيق المادة 40فقرة الثانية من قانون الأسرة مع مبادئ قانونية سامية ترتقي إلى مبادئ دستورية فإجبار المتقاضى على إجراء تحاليل الدم أو تحاليل البصمة الوراثية من أجل تأكيد النسب من عدمه قد يصطدم مع مبدأ دستوري يتعلق بعدم انتهاك حرمة الإنسان كما نوهت عن ذلك المادة أربع و ثلاثون من الدستور والتي تنص: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

إذ يعتبر أصحاب هذا الرأي أن المادة 34من الدستور تشكل إحدى العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب خصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد كونها تبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد للغير بمعلومات خاصة بالزوجين وتكون ذات طابع شخصي.

وأن الأفعال التي تستهدف الحريات والحقوق تعد مخالفات يعاقب عليها القانون كما تنص على ذلك المادة 35من الدستور والتي ""تنص: يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية""، كما أن مختلف القوانين الإجرائية أقرت مبدأ عاما مؤداه انه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وان اللجوء إلى اخذ عينات دم شخص هو إجباره على تقديم دليل ضد نفسه.

ب- العوائق المادية:

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي والجزائري خاصة هو العائق المادي إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة مجهزة بأحدث التجهيزات وبخبراء

وأخصائيين وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة. تتوفر الجزائر على مخبر A.D.N الذي تم تدشينه في 2004/ 07/ 22 ويعد أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية إلا أن توفر مخبر واحد لا يكفي لتغطية التحاليل على المستوى الوطني وهذا يؤدي إلى تعطيل إجراءات سير الدعوى [16].

أوصى مجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة لسنة ألفين واثنين ما يلي:

- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء وان يكون في مختبرات للجهات المختصة وان تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها.

- أن توضع آلية دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات -الجينات المستعملة للفحص- بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

هذه التوصيات تعد ضرورية للتنفيذ لحساسية الموضوع لاسيما إذا علمنا بان هناك عراقيل مادية جمة تعيق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب فعلى مستوى الجزائر لازالت الأمور في بدايتها من خلال توافر المختبرات المعدة لهذا الشأن، فلا نعد سوى مخبرا مخصصا لقسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر البصمة الوراثية ادن بتاريخ اثنان وعشرون جويلية ألفين وأربع والذي يعد مخبرا يحتوي على كل التقنيات الحديثة ويشرف عليه تقنيون وباحثون مختصون، إلا أنه يظل غير كاف قياسا بحجم العمل المطلوب منه انجازه* لاسيما ان المخبر المذكور الوحيد على المستوى الوطني مخصص أيضا لمختلف التحاليل المتعلقة بالجانب الجنائي ووجود مخبر وحيد أصبح يطرح عائقا ماديا ولذلك لا بد من:

توفير مخابر جديدة على كفاءة عالية وجود تقنية للحصول على نتائج صحيحة وحقيقية ومطابقة للواقع.

- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية كفاءات عن علم البيولوجيا تمتاز بالإتمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال المرتكز على الفرضيات والحالات النادرة.

- محاولة اعتماد انظم اهرى في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحقيقية والصحيحة.

- كما يتطلب اعتماد نظام HLA دون سواه إمكانيات ضخمة بداية بتخصيص مخبر عالي الجودة وخبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى في المجال.

2.2. نظام تحليل الدم كطريق علمي ظني الثبوت

يشمل الدم عل العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم حيث يأخذ الولد نصف صفاته من أبيه والنصف الآخر من أمه
يعتبر نظام تحليل الدم طريقة لنفي النسب ونظام تحليل الدم يعتبر من الطرق الظنية .وهو طريق لنفي النسب.

1.2.2. مفهوم نظام تحليل الدم

تحليل الدم من الطرق العلمية التي تم اكتشافها منذ مدة طويلة من اجل الكشف عن الأمراض بالإضافة إلى استعماله في المجال الجنائي للكشف عن هوية مرتكبي الجرائم كما يعتمد عليه في مجال نفي النسب وليس إثباته، ذلك أن التحليل يتوصل بشكل قطعي بان نسب (A) منتفي بالنسبة للرجل (B) في حين لا يمكن ان نتوصل من خلاله إلى القول قطعيا بان نسب (A) ثابت بالنسبة للرجل (B) ، ومؤداه أن تحلل فصيلة دم الطفل والأم والأب .

واعتبارا لكون كل طفل له خاصية جينية إما مع الأب وإما مع الأم وطالما الأم معروفة بحكم واقعة الولادة، فإنه إذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل مستحيلة وغير ممكنة ويقوم على أساسها بنفي النسب، وإذا ثبتت الخاصية فيمكن أن يكون الطفل من الأب المفترض، ولكن ليس على سبيل اليقين.

يقول الأستاذ مرجي انه يستحيل إقامة الإثبات المباشر للأبوة إذ أن الاكتشافات المستمرة للبيولوجيا تمكن ما من شك الوصول إلى احتمال أكثر فأكثر دون يقين إلى أن إثبات عدم الأبوة أمرا ممكنا إلا أن الوسائل العلمية لا يمكنها إعطاء نتائج حقيقية إلا في حالات محددة [29] .

1.1.2.2. مدى حجية نظام تحليل الدم [16].

يعد نظام تحليل الدم يقينيا فيما يتعلق بنفي النسب ولكن يظل ضنيا فيما يتعلق بإثباته، ذلك أن لكل طفل خاصية جينية يأخذها إما من الأب المفترض أو من الأم ،وعلى اعتبار أن الأم معلومة وثابتة وأمومتها بفعل واقعة الولادة فإن خاصية الجينية للطفل إذا لم تكن موجودة في الأم فضروري أن توجد في الأب وعليه فإذا اثبت التحليل أن الخاصية غائبة من الأب المفترض فهنا يكون القول بنفي النسب يقينا. أما إذا وجدت الخاصية الجينية عند الأب المفترض فيمكن أن يكون هو الأب

الحقيقي/ كما يمكن غير ذلك لكون الخاصية الجينية قد نجدها عند أكثر من رجل / ولذلك اعتبر هذا النظام بأنه طريق علمي ظني الثبوت.

ويتضح من الجدول التالي هذه الفصائل وما يقابلها من مواد مولدة وأجسام مضادة تراكيب جينية كما يلي:

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

وللتوضيح أكثر يمكن ذكر الأمثلة التالية..

إذا كانت فصيلة دم الأم (O) وفصيلة دم الابن (A) وكانت فصيلة دم الأب المفترض (O) فهنا نكون أمام استحالة ثبوت النسب بين الابن والأب المفترض على اعتبار ان فصيلة دم الطفل (A) لا بد أن تكون هي خاصية الأب الحقيقي.

لأن (O) و (O) لا يمكن أن نحصل على فصيلة من نوع (O). وبالتالي فنفي النسب مؤكد بين الأب المفترض والطفل في هذه الحالة.

وإذا كانت فصيلة دم الأب (O) وفصيلة دم الطفل (O) وفصيلة دم إلام (O) فهنا نقول ان الابن اخذ خاصية والديه. غير أننا لا يمكن أن نثبت بان الأب المفترض هو الأب الحقيقي على اعتبار أننا يمكن ان نجد أكثر من شخص مدعى عليه حامل لفصيلة (O).

أ-نظام MNS :

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في انه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا. ويستخدم بنفس الطريقة كنظام (ABO) فعلى سبيل المثال:

الأم M+N+

الأب المفترض M+N-

الابن M-N+

في هذه الحالة يستحيل إثبات النسب بين الابن والأب المفترض .لان الابن حاصل على N+ وهي خاصية موجودة عند أمه. وحاصل على M- وهي خاصية غير موجودة عند الأب المفترض الذي لديه M+ وليس M- فنفي النسب ثابت ولا بد أن يكون الأب الحقيقي للابن حاصل على M-. وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيقي للابن.

وتجدر الإشارة إلى وجود حالة خاصة تتمثل في حالة وجود M G+ فمثلا:

الأم لها خاصية M+N+

الأب المفترض له خاصية – MG+N

الابن له خاصية – MG+N+

هنا نقول بأن الابن له خاصية من إلام وهي N+. وله خاصية من الأب وهي MG+. ففي هذه الحالة لا يمكن نفي النسب الابن للأب المفترض. لكننا لا يمكن الجزم بالقول بان الأب المفترض هو الأب الحقيقي لإمكانية وجود هذه الخاصية عند غيره.

ومع ذلك فان علماء البيولوجيا يرون بان نظام MG+ نادرا جدا. مما يمكن القول باحتمالية كبيرة أن يكون الأب المفترض هو الأب الحقيقي [16] .

ب-نظام مجموعة البروتينات:

هو نظام متغير ومتعدد.تغير وتعدد جينات مظهر البروتينات الموجودة في المصل وإنزيمات الكريات الحمراء.وهو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية (ABO) لان مع البروتينات توجد قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص. ويستعمل في التحاليل والدراسات نفس المبادئ كالأنظمة مع اختلاف في بعض الخاصيات الكيميائية والبيولوجية.

وتوجد أنظمة أخرى تدخل ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية الثبوت .ولكنها قطعية الدلالة فيما يتعلق بنفي النسب.

وعدها المختصون بثلاثين نظاما علميا ناتجا عن التطورات البيولوجية الحديثة[16] .

2.1.2.2. موقف المشرع من استخدام نظام تحليل الدم

اتخذ المشرع الجزائري بالنسبة لتقنية استخدام تحليل الدم موقفين احدهما كان قبل التعديل أما الثاني فهو بعد صدور القانون 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

أ- موقف المشرع الجزائري من استخدام طريقة تحليل الدم:

قبل التعديل لم ينص المشرع على استخدام هذه التقنية كالدليل لإثبات النسب حيث كان يعتمد على الطرق المنصوص عليها في المادة 40 ق.ا.ج ولم تتضمن اعتماد طريق تحليل الدم لإثبات النسب . ورغم الجهود التي بذلها القضاء إلا انه ظل يعتمد في أحكامه على الآراء الفقهية القديمة مكتفيا بها في مسائل إثبات النسب. غاضا بذلك الطرف عن التطور العلمي الجديد. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 15/جوان/1999 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا" [25].

ومن المقرر أيضا انه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة. وان عدة الحامل وضع حملها. وأقصى مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله.

ومتى تبين- من قضية الحال- أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وان الانفصال الواقع كان اثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لإحكام المادتين 43/60.

ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي.

وثبتت نسب التوأمين لان الطاعن لم ينفه باللعان وعليه فان القضاة وبقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون . مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

ومن المقرر قانونا أيضا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة. بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34/33/32.

من هذا القانون ومن ثم فان القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين-من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا

وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة .فانه بقضائهم كما فعلوا تجاوز سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقد[78] .

وعلى هذا الأساس يبدو أن الأمر كان واضحا وصارما لدى القضاء الجزائري في استبعاد اي وسيلة حديثة لنفي أو إثبات النسب سواء كان عن طريق تحليل الدم أو البصمة الوراثية ويعتبر العمل بهما خرقا للقانون وغير جائز .ويتضح مدى تمسك المشرع الجزائري بالوسائل التقليدية في إثبات النسب.

ب- عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من استخدام تحليل الدم لإثبات النسب:

من الواضح أن القضاء الجزائري كان يرفض هذه التقنية في إثبات النسب صراحة لكن ه بعد تعديل المادة 40 ق أ ج خطى خطوة ايجابية من اجل الاستفادة من هذه التقنيات الحديثة في مجال إثبات النسب إلا أن الأمر لازال غامضا خاصة حول هذه التقنية وهذا الغموض يجسده أمران.. الأمر الأول: هو أن القضاء لم يجعلها من باب ما يبين الحق.مما يطرح استفهاما حول هل الموقف نفسه مازال كما هو بالنسبة للرفض لهذه التقنية[25] .

أما الأمر الثاني: والذي يتعلق بالتعديل في حد ذاته.فان المشرع أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. إما أن يأخذ بها أو لا يأخذ بها. بمعنى أن له السلطة التقديرية في العمل بها وتحديد هذه الطرق العلمية. ورغم أن المشرع أشار إليها في عمومية النص. إلا أن استخدامها لا يزال غامضا وترك عبء تحديد مضمونه للقضاء وهذا الأخير مازال متحفظا اتجاه تجسيد سلطته في تطبيق هذه التقنية. ويرجع ذلك إلى عدة عوامل أهمها حداثة هذه الوسيلة العلمية. عدم تهيئة مخابر خاصة لاستقبال الفصل في هذا الأمر غير تلك التي لدى مصالح الشرطة الاعتماد على الوسائل التقليدية سواء للإثبات أو لنفي وهذا ما تعكسه قرارات المحكمة العليا.

2.2.2. سلطات القاضي في تقدير طرق إثبات النسب

1.2.2.2. دعوى النسب

تعتبر دعوى إثبات النسب من الدعاوى التي يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر فيها طبقاً لما نصت عليه المادة 423 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أن قسم شؤون الأسرة ينظر في دعاوى إثبات الزواج أي أن النسب وإثباته لصيق بإثبات الزواج خاصة إذا علمنا إن إثبات النسب يأتي كنتيجة لإثبات الزواج. بان الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية. وهذا التسجيل يمكن الزوجين من استخراج وثائق تثبت صفتهم. فالمرأة المتزوجة عرفياً لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة. تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو دفتر العائلة وبما أن زواجها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجها. لما يولد الولد سوف يقيد على اسم والدته وهذا ما يعرض سمعته وسمعة والدته للأقارب بالإضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أية جهة إدارية.

أ- الجوانب الشكلية لدعوى إثبات النسب

إن حق اللجوء إلى القضاء يتجسد من الناحية الإجرائية في إمكانية الادعاء أي حرية رفع دعوى وتقديم الادعاءات والدفاع عنها بالطلبات والدفع للحصول على حكم قضائي يفصل في فحوى تلك الادعاءات وقد تم التركيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المحاور الأساسية لسير الدعوى ابتداءً من تقديم العريضة إلى غاية صدور الحكم الفاصل في النزاع بالإضافة إلى توحيد القواعد الإجرائية وتطبيقها على كل الجهات القضائية.

❖ عريضة افتتاح دعوى إثبات النسب:

إن عريضة افتتاح الدعوى واحدة بالنسبة لجميع الدعاوى بمعنى لا توجد بيانات خاصة بدعوى إثبات النسب وذلك بصريح نص المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فبالنسبة للمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدعوى يتم رفعها بعريضة مكتوبة وذلك بخلاف ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يتيح للمدعي اللجوء للتصريح الشفهي أما بالنسبة للمادة الثانية فإنها تشترط أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى ستة بيانات تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلاً [79].

تنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي

-ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

تنص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية.

-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى:

-اسم ولقب المدعي وموطنه.

-اسم ولقب وموطن المدعي عليه فان لم يكن له موطن معلوم فاخر موطنه.

-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني -

عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى .

-الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى .

إذن لا توجد عريضة افتتاحية خاصة من حيث الشكل لدعوى إثبات النسب الأمر الذي يجنب المدعي المتاهات الإجرائية غير ان الفقرة السادسة من المادة خمس عشر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث إثارته لمسالة المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى والتي غالبا ما تكون غير متاحة في دعوى إثبات النسب وان لم نقل أنها منعدمة وذلك بالرجوع لطرق إثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة المواد 40 إلى 45.

❖ صفة التقاضي في دعوى إثبات النسب:

دعوى إثبات النسب يتم رفعها أمام قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي فان المشرع الجزائري استبدل قسم الأحوال الشخصية بقسم شؤون الأسرة بعد تحديد الجهة التي تنظر في دعوى النسب يتعين تحديد مفهوم صفة التقاضي في دعوى إثبات النسب إذ لا يكفي أن تتوفر المصلحة القائمة أو المحتملة في من يدعي أمام القضاء بل يجب أن يتمتع بصفة التقاضي أي السند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء بمعنى الترخيص رغم انه لا يجوز أن توضع شروط مسبقة لرفع الدعوى القضائية أيا كان نوعها [79] .

إن صفة التقاضي المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرا عليها تغير جذري مقارنة بالقانون القديم من حيث إمكانية إثارة القاضي لمسالة انعدام صفة التقاضي تلقائيا [80] . سواء في المدعي أو في المدعي عليه الذي غالبا ما يكون في دعوى إثبات النسب ناكرا له وبالتالي قد يستفيد المدعي عليه في دعوى إثبات النسب من مكاسب إجرائية على جميع درجات التقاضي من حيث إمكانية إثارة مسالة الصفة في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة وذلك لارتباط الصفة بالنظام العام.

الاختصاص الإقليمي في دعوى إثبات النسب:

أفرد المشرع الجزائري في القسم الخاص من الباب الأول تحت عنوان دعاوى النسب صيغة الجمع المادتين 490 و491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بان حدد الاختصاص الإقليمي بمحكمة موطن المدعي عليه في دعوى الاعتراف بالبنوة أو الأبوة أو بالأبوة لشخص مجهول النسب أو إنكار بالبنوة وبالتالي فإن المادة 490 من ق.إ.م.إ. رقم 1 ، مرتبطة بشكل مباشر بنص المادة 44 من قانون الأسرة بينما بقي الغموض سائدا حول المادة 40 من قانون الأسرة المتعلقة بطرق ثبوت النسب كما أن الغموض يزداد عند قراءة نص المادة 426 من (ق.إ.م.إ.) التي أورد منها المشرع مصطلح دعاوى إثبات النسب بينما المادة 490 من (ق.إ.م.إ.) ورد فيها مصطلح دعوى الإقرار بالنسب مما يثير فراغا قانونيا من حيث الاختلاف بين دعوى إثبات النسب ودعوى الاعتراف بالنسب وبالتالي فإن الاختصاص الإقليمي في دعوى إثبات النسب بقي مجهولا خاصة وأنه لا يمكن إعمال مبدأ القياس في القواعد الإجرائية لارتباطها بالنظام العام علما أن المادة 491 من ق.إ.م.إ. تثير الغموض والالتباس من حيث أن دعوى الاعتراف بالنسب تتم بحضور ممثل النيابة وفي جلسة سرية علما أن إدراج عبارة بحضور ممثل النيابة تعتبر من قبيل تحصيل الحاصل مادام أن المادة ثلاثة مكرر من قانون الأسرة لسنة 2005 تنص على أنه تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون أي أن النيابة طرف أصلي لها من الحقوق ما للطرف المدعي والمدعي عليه كما أن حضورها.

تنص المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو الأبوة أو بالأبوة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعي عليه".

إلزامي أي ليس اختياري الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن وجود دعوى الاعتراف بالنسب من عدمه بحيث أن مصطلح الاعتراف يعني عدم وجود منازعة من حيث وجود الإقرار وبالتالي لما أوجب المشرع سرية الجلسة ضف إلى ذلك فإن دعوى إثبات النسب تتم في جلسة علنية من حيث تبادل المذكرات وبالتالي هل أهمل المشرع الجزائري دعاوى إثبات النسب وأبقى على دعوى واحدة هي دعوى الاعتراف بالنسب الأمر الذي يبرز تناقضا صارخا من حيث أن المشرع الجزائري يتكلم عن دعاوى إثبات النسب بصيغة الجمع ثم يحصر مسألة الاختصاص الإقليمي في دعوى واحدة وهي الاعتراف بالنسب.

دعوى إلحاق النسب في قانون الأسرة:

اهتم المشرع الجزائري بإثبات نسب الأولاد وإحاقهم بابيهم لأنهم اللبنة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري ولقد نظم أحكامه في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة.

فالنسب الشرعي هو الذي يلحق فيه الولد أباه في القانون وما ينتج عن ذلك من الحق في الميراث وكذلك موانع الزواج والواجبات الأبوية والبنوية أما النسب الغير شرعي لا يرتب عليه أي شيء فهو كالعدم ويمكن تشبيهه بالعقد الباطل بطلانا مطلقا.

ويعود السبب في اهتمام المشرع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب وما ينتج عن ذلك من حفظ للمجتمع من الفساد وإرساء قواعد متينة تجعل الروابط الأسرية قوية [79].

2.2.2.2. سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

تعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كلياً أو جزئياً كما له الحكم دونها.

1.2.2.2.2. حجية الطرق العلمية في إثبات النسب:

نظرا لعدم تحديد المشرع لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب فإن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة وبأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية [77].

أ- الحجية المطلقة للطرق العلمية لإثبات النسب:

لقد تبنى معظم رجال القانون انطلاقا من القيمة التي تعترى مجال الطرق العلمية فكرة ان لهذه الأخيرة حجية مطلقة ذلك أن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال وبالتالي فإن لأرائهم 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. لذلك كانت من الناحية العلمي وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للإباء لأن الحمض النووي يعد دليل إثبات ونفي قاطع بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة.

ب الحجية النسبية للطرق العلمية لإثبات النسب:

تتنوع الطرق العلمية المعتمدة في مجال إثبات النسب. فمنها ذات الحجية المطلقة كالنظام A.D.N ونظام HLA. ومنها ذات الحجية النسبية كفحص فصائل الدم والذي لا يمكن أن يعطينا

نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب وبالتالي فلا يرقى إلى دليل إثبات قطعي. لتشابه فصائل الدم. عند الكثير من الناس. وهو ما جعله ظني الدلالة. ومن جهة أخرى حتى بالنسبة للطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية فيمكن اعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف. وتفتقر إلى صفة التأثير على القاضي. الذي يجد نفسه بين القطع والشك. في صحتها خلافا للطرق الشرعية الأخرى كالإقرار والشهادة ل طرحها أمام القاضي في الجلسة. فيدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشرعية. وهو الأمر الذي تفتقر البصمة الوراثية لأن إجراء التحاليل البيولوجية تكون خارج نطاق المحكمة مما يدخل الشك في ضمير القاضي ومن الأسباب التي تقلل من قطعيتها دلالة التحاليل البيولوجية [77].

الأخطاء البشرية: إن تحاليل البصمة الوراثية تخضع لسيطرة الإنسان وبالتالي تقع أخطاء بشرية التي تنسب إلى القائمين عليها وليس للبصمة الوراثية وقد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي. وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك [81]. وترجع الأخطاء إلى القصور في الجوانب الفنية والعلمية والجوانب الإجرائية القانونية.

2.2.2.2. لجوء القاضي إلى الخبرة الطبية ومدى التزامه بها

1- ضرورة اللجوء إلى الخبرة الطبية: لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة أراء الخبراء والعلماء المتخصصين للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم والاسترشاد بأرائهم [82].

كون العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى نتائج الدقيقة والتي على ضوءها يكون النزاع المعروف وقد خول القانون للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من احد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص من اجل القيام بتقرير مفصل ومسبب. ويوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوط إليه بدقة.

للقاضي أن يقرر في الدعوى إن كان الأمر يستلزم تعيين خبير وتبقى له الكلمة في أن يأخذ برأي الخبير أم لا أو يعين خبير آخر أو أن يأخذ برأي خبير دون آخر وله تقدير لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها والقاضي يجري كل ذلك من اجل التطبيق السليم للقانون وسلامة الاستدلال فيما ينتهي إليه من نتائج وقد جاء في المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. التي نصت على: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبير".

فتأسيس الحكم على نتائج الخبرة جعله القانون اختياريا للقاضي غير أنه مقيد بضرورة تسبيب استبعاده للنتائج الخبرة.

وقد سار قضاء المحكمة العليا في هذا الاتجاه في عدة قرارات منها:

إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل والإنصاف ولما ثبت من القرار المطعون فيه أن جهة الاستئناف اعتمدت الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها دون تعليل كاف فإنها تكون قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات والقصور في التسبيب مما يعرض القرار للنقض.

وعن الوجه المأخوذ من خرق الإشكال الجوهرية للإجراءات وخاصة المتعلقة بخبرة الخبراء، فإن الطاعن طلب إجراء خبرة أخرى فاصلة بين الخبرتين المتناقضتين. غير أن قضاة الموضوع رفضوا ذلك بحجة أن الخبرة الثانية قد تم انجازها على الوجه المطلوب.

فجاء تأسيس قضاة المحكمة العليا كما يلي:

حيث يستخلص فعلا من وقائع القضية والقرار المنتقد أن الطاعن وأمام تناقض الخبرتين طلب إجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين المتناقضتين كما هو موضح. وعض أن تراعي جهة الاستئناف هذا التناقض الجلي الذي لا تتضح معه الحقيقة ويظل معه الغموض يكتنف القضية ويتعذر الفصل فيها وتعمل على إزالته بإجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين تماشيا ومتطلبات تحقيق العدل والإنصاف في فض النزاع بين الطرفين. وتحقيقا للغرض الذي يرمي إليه المشرع من وراء الاستعانة بخبرة الخبراء. وعدم الاقتصار على خبرة أو خبرتين بل إجراء خبرات أن استلزمت القضية ذلك حتى تتضح الحقيقة. كما هو الشأن بالنسبة لقضية الحال.

وعوضا عن كل ذلك اعتمدت رأسا الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها دون تعليل كاف. مما يجعلها قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات وشابت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب وعرضته للنقض.

وتبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي أو تحليل الدم أو غيرها من التحاليل مسائل علمية بحثة ودقيقة بالكيفية التي يصعب على القاضي استبعادها طالما انه يصعب عليه تسبيب ذلك ولهذا نجد غالبية الأحكام تعتمد الخبرات وتصادق عليها بقطع النظر عن دقتها وصحتها من عدمها. [83]

2- ترجيح الطرق الشرعية عن الطرق العلمية في إثبات النسب: المتعارف عليه أن الفراش والإقرار والبيينة أدلة في إثبات النسب كطرق شرعية عمل بها الفقهاء منذ زمن طويل.

وقد ظهرت طرق علمية حديثة كدليل جديد وهو نظام البصمة الوراثية فما منزلتها من أدلة النسب السابقة.

اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد منزلة هاته عن تلك وظهر قولان:

القول الأول: يرى أنه يجب تقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية كونها تحقق أكثر ما تحققه الطرق الشرعية ويبينوا رأيهم في النقاط التالية:

- قوله تعالى في سورة الأحزاب الآية (5) والتي تدعو إلى أن ينسب الشخص إلى الأب الحقيقي، وان يعرف الأب الحقيقي وان يبذل جهد في المعرفة لكي يأتي نسب الولد حقاً.
- ومن المعقول أن وسائل الإثبات التي عمل بها الفقهاء منذ القدم لا تعدو أن تكون سوى تفسير النصوص بأدوات العصر. والمعنى أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والظرف.

القول الثاني: يرى أصحابه انه ينبغي تقديم الأدلة الشرعية عن البصمة الوراثية ويبينوا رأيهم في النقاط التالية:

- قوله تعالى في سورة البقرة الآية (233) (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة..) فقد نسب الله تعالى الأولاد للأمهات للقطع بولادتهن لهم بخلاف الآباء بقوله (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف..).
- ومن السنة الحديث "الولد للفراس وللعاهر الحجر."
- ومن المعقول لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية لمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه خطأ أو تلاعب [16].

وإن النظريات العلمية مهما بلغت من القطع والدقة إلا أنها تظل محل شك ونظر ومعرضة للنقد فيما بعد لأنه كثيراً ما كانت نظريات علمية يجزمون بصحتها ثم أصبحت فيما بعد مع التقدم العلمي غير صحيحة ولا دقيقة، والواضح هو إن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصحة والواقعية، وعليه فالقاضي عليه أن يلجا في دعوى إثبات النسب أن يلجأ إلى الطرق الشرعية أولاً، وإذا استحال الأمر أمكنه اللجوء إلى الطرق العلمية وتسييق الطرق الشرعية واضح في نص المادة 40 ق.أ.ج "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32.33.34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

3- ترجيح الطرق الشرعية عن الطرق العلمية في نفي النسب: إذا كان المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 من ق.أ.ج فإنه سكت عن ذلك فيما يتعلق بدعاوى نفي النسب. إذ ترك المادة 41 كما هي تنص على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة والطريق الشرعي الوحيد الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النسب هو اللعان.

ليطرح إشكال يتعلق بتقدير سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية سواء ما تعلق بالوسائل القطعية كنظام ADN أو الظنية (ABO) الرأي لم يكن واحدا إذ ذهب البعض إلى ترجيح الطرق العلمية. مادامت حجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط تكون تعجيزية أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان وهي 8 أيام. فحين ذهب فريق آخر إلى عدم جواز تقديم نظام البصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب. وذلك ما تبناه مؤتمر المجمع الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب. ولا يجوز تقديمها على اللعان". [16].

4- مدى توفر قوة الشيء المقضي في دعوى إثبات النسب: من الثابت قانونا المادة 338 من القانون المدني فان قوة الشيء المقضي فيه تتطلب عنصران أساسيان وهما وحدة الأطراف ووحدة الموضوع التي وصفها المشرع الجزائري بالمحل والسبب غير أنه عندما يتعلق الأمر بدعوى النسب التي توصف بأنها دعوى مرتبطة بحالة الأشخاص فإن مبدأ قوة الشيء المقضي فيه لا يعمل به وهو ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 127333 المؤرخ في 28 أكتوبر 1987 بحيث جاء فيها ما يلي:

• من المقرر شرعا انه يمكن إثبات النسب بالزواج والإقرار بالبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والانكحة الفاسدة .

علما بأنه قد تطرح دعوى تثبيت الزواج أو دعوى الطلاق تكون فيها الزوجة حامل غير أنها قد لا تطلب الإشهاد على حملها الذي تضعه لاحقا لتلك الدعوى ثم تأتي على مستوى الاستئناف للمطالبة بإلحاق نسب المولود في حين انه من الناحية الإجرائية فان ذلك يعتبر طلبا جديدا طبقا للمادة 343 من ق.إ.م.لأن الطلبات التي لا تعتبر جديدة هي تلك المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض ولو كان أساسها القانوني مغايرا.

المادة 338 ق. م الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

إذن فإن عدم الاعتداد بقوة الشيء المقضي فيه في دعاوى النسب مرده إلى أن دعوى إثبات النسب ونظرا لارتباطها بحالة الأشخاص التي توقف تنفيذ أي قرار أو حكم في حالة الطعن بالنقض المادة 361 من ق.إ.م.إ تثير إشكاليات عديدة حول الوقت الطويل نسبيا الذي يستغرقه الطعن بالنقض الأمر الذي يجعل الطفل في حالة من التأرجح بين انعدام النسب وثبوت النسب وما ينجر عن ذلك من عدم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وبالنتيجة عدم استحقاقه للنفقة وكذلك انعدام الجهة الحاضرة نظرا لأن وضعه القانوني يمكن وصفه بالمعطل لفترة غير وجيزة من الزمن [79] .

الخاتمة

نستخلص من هذه الدراسة أن مسألة النسب من المسائل التي لا يمكن تصورها إلا في ضوء علاقة زوجية. مهما كانت طبيعة هذه العلاقة. لذلك فقد ربط المشرع بين النسب وعلاقة الزواج بحيث جعل الثاني سببا للأول.

النسب هو أول حق يثبت للولد بعد انفصاله عن أمه. ومسألة إثبات النسب متعلقة بمسألة إثبات العلاقة إذ انه عند رفع دعوى إثبات نسب البنوة فلا بد من إثبات العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة التي تنتج عنها الحمل ومما لا شك فيه أن الزوجية المطلوبة في إثبات النسب هي الزوجية الصحيحة ويكون إثباتها في الشريعة الإسلامية بالعقد الصحيح وبالخوة الصحيحة ومتى أمكن الاتصال بين الزوجين.

ومن هنا وضع أحكاما لثبوت النسب، واختلف الفقهاء حول تحديد هذا المدلول فبينما يرى البعض الاكتفاء بعقد الزواج ولو لم يتحقق الدخول، ربط رأي آخر ثبوت النسب بالاتصال بين الزوجين، فيما يرى فريق ثالث وجود العقد مع إمكانية الاتصال بين الزوجين وهذا الرأي يميل إليه المشرع الجزائري.

كما خطى المشرع الجزائري خطوة ايجابية في الاستفادة من التطورات العلمية قصد معالجة العقم بإدخاله تعديلا جديدا يجيز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أما داخليا اثار خارجيا ونظم المشرع هذه التقنية في المادة 45 مكرر قانون الأسرة بضوابط وشروط يجب الخضوع لها والتي تقيد الحرية المطلقة للأشخاص في الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي باعتباره رخصة وليس حق. لا يجوز تلقيح المرأة بماء غير زوجها لأن الولد الناتج عن هذه العملية يكون في حكم ابن الزنا.

كما تعرضنا لمسألة الانكحة الفاسدة والأثر المترتب عنها من إثبات نسب الولد لأن النسب يحتاط له ولا يحتاط عليه. وإلى مسألة تحديد مدة الحمل حيث حدد المشرع 10 أشهر كأقصى مدة وستة أشهر كأدنى مدة للحمل. كما أن المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب وقد حصرها القضاء في طريق واحد وهو اللعان. للرجل الحق في نفي الولد عنه إذا تبين انه ليس من صلبه.

فيسارع إلى نفيه خلال مدة ثمانية أيام من علمه بحمل زوجته. فإن أقر به فلا يجوز الرجوع عن إقراره.

وإن كان الإقرار حجة ملزمة للمقر واعتبر سيد الأدلة إلا أنه في بعض الأحيان لا يكون الإقرار والبيئة كافيان لإثبات النسب. هذا ما جعل المشرع بعد 2005 يدخل تعديل على قانون الأسرة بالأمر 02/05 ويدرج الطرق العلمية كالطريق لإثبات النسب. وهذه الطرق منها من صنفها العلماء على أنها قطعية الثبوت كالبصمة الوراثية نظرا لخصائصها. التي تعتبر من أدق الوسائل في الإثبات سواء في مجال النسب أو المجال الجنائي. بالإضافة إلى الطرق الظنية الثبوت وهي نظام تحليل الدم. وتطرقنا إلى سلطات القاضي في اللجوء إلى هذه الطرق هل هي سلطة مطلقة يجوز له الأمر بها وإخضاع الأشخاص لها أم أنها سلطة مقيدة حيث يرجع الأمر للأشخاص في المثول لأمر القاضي. ومدى حجية هذه الطرق بحيث يجوز ترجيحها على الطرق الشرعية أم لا يجوز ذلك. وبين هذا وذاك تظهر على أرض الواقع عوائق مادية وقانونية تجعل من الصعب تطبيق هذه الطرق بكل حرية.

نقترح مايلي:

- إن مشكلة إثبات النسب هي بالدرجة الأولى حماية لحقوق الطفل أكثر مما هي لمعرفة نسبه. لذلك يجب مواكبة التطور في مجال النسب بالبصمة الوراثية. لذلك على المشرع أن يدمج البصمة الوراثية كدليل من أدلة إثبات النسب في نص المادة 40 من قانون الأسرة مع إدراج شرط موافقة أطراف دعوى النسب لإجراء مثل هذه التحاليل الطبية لان جسم الإنسان يحظى بحرمة لا يجب الاعتداء عليها .

- يجب سن نصوص تنظيمية لتحديد الكيفيان والإجراءات المتبعة في حالة إجراء الفحص وضع ضوابط واحتياطات لضمان سلامة نتائج التحاليل كتوفير الجاهزة إجراء ها تحت إشراف ومراقبة المختصين.

- جاء في المادة 40 قانون الأسرة الفقرة الثانية أن المشرع أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية بمعنى أن القاضي لا يمكنه في قضايا النسب إلزام أي شخص للخضوع لفحص A.D.N. كما أنه لا يبين مصير الذين يتقدمون بادعاءات باطلة ويتم إخضاع أشخاص إلى تحليل ثم تبين التحاليل عكس ما يدعون به على المشرع فرض عقوبات رادعة حتى لا يتم التشهير بهم.

-على المشرع أن يعيد النظر في المدة المقررة شرعا لنفي النسب وهي ثمانية أيام لأنها تعد غير كافية بالنسبة للزوج باعتبار أنه بعيد.

المراجع

1. القرآن الكريم، "سورة الفرقان"، الآية 54 .
2. كمال صالح البناء، الزواج العرفي، ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، دون سنة نشر.
3. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب (الجزائر، الطبعة 1986)
4. العربي بلحاج، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، الجزء 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، (طبعة 1996)
5. عائشة سلطان، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، (جامعة القاهرة، مصر، 2000)
6. القرآن الكريم، "سورة البقرة"، الآية 233
7. القرآن الكريم، "سورة لقمان"، الآية 14
8. القرآن الكريم، "سورة الرعد"، الآية 8
9. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة الثالثة، بدون سنة نشر .
10. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، دون سنة نشر.
11. قرار المحكمة العليا رقم 35087 ، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية لسنة (1990)، العدد 1 .
12. بن شويخ الرشيد مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، رقم 3 ، (2005).

13. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، طبعة () 1983.
14. د. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج II.
15. سهير سلامة حافظ الأغا، فوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن 2010
16. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، طبعة (2010) ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
17. سورة النور، الآية 06 إلى 09
18. حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة | ، (2010).
19. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه، الدار الجامعية، طبعة (1987) .
20. ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، (من 22 إلى 24 صفر 1423) .
21. محمد المختار السلامي التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، (من 22 الى 24 صفر، 1423)
22. قرار المحكمة العليا رقم 35934 ، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية لسنة (1989)، العدد | .
23. قرار المحكمة العليا، رقم الملف 204821 ، بتاريخ 1998/ 10 / 20 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.
24. رمضان علي السيد الشرنباصي. أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، دون سنة نشر.
25. محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري

والقانون الموريتاني مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص، سنة 2007)

26. قرار المحكمة العليا، رقم الملف 165408 ، بتاريخ 08 / 07 / 7199، المجلة القضائية لسنة (2001)، عدد 1.

27. عامر قاسم احمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، طبعة (2001).

28. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دون سنة نشر.

29. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1 ، (2001).

30. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة 11 ، سنة 1977 م.

31. متولي الشعراوي الفتاوى الكبرى، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، الطبعة () 2003

32. مأمون عبد الحكيم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، رقم 4 ، (2006).

33. العوفي لامية، مذكرة التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، دفعة 16 ، (2007-2008)

34. القرآن الكريم، "سورة الإنسان"، الآية 2

35. عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، القاهرة، بدون طبعة، دون سنة نشر.

36. القرآن الكريم، "سورة الأحزاب"، الآية 5

37. قرار المحكمة العليا رقم 222674 ، مؤرخ في 15 جوان 1999 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة (2001)

38. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة بالجزائر، (1992) .

39. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، طبعة الأولى، (2009).
40. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، (2002) .
41. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، طبعة () 2004.
42. محمد بنيعش، أحكام النسب لحماية الأسرة في الإسلام، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، (2007) .
43. رواق فتيحة، تميز أركان عقد الزواج وشروطه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، (1994-1995).
44. قرار المحكمة العليا، غ.إ.ش.م. ، 2000/01/18، ملف رقم 204823 ، م.ق (1990)، ع 1 .
45. يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المعاصر والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ط II ، دون سنة نشر.
46. ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي، طبعة (2004) .
47. بدران أبو العنين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب، الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة (1987) .
48. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفق قرارات المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ط (2000) .
49. عبد الرزاق ويح موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية ، (2006).
50. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة، دون سنة نشر.

51. قرار المحكمة العليا رقم 210478 ، بتاريخ 1998/11/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، سنة (2001) .
52. قرار المحكمة العليا رقم 202430 ، بتاريخ 1998/12/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، سنة (2001) .
53. قرار المحكمة العليا رقم 51414 ، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية لسنة (1991)، العدد III .
54. القرآن الكريم، "سورة آل عمران"، الآية 80
55. القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 135
56. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام دار التراث العربي، لبنان، ج II ، ط (1982).
57. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، النسب، الرضاع، حضانة، نفقة الأقارب، دار الفكر، بدون طبعة، دون سنة نشر.
58. أحمد أحمد، النسب في الشريعة والقانون، دار العلوم، الكويت، الطبعة الأولى، () 1983.
59. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، بدون طبعة، دون سنة نشر.
60. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج II ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط III. دون سنة نشر.
61. القرآن الكريم، "سورة البقرة"، الآية 282
62. القرآن الكريم، "سورة الطلاق"، الآية 02
63. قرار المحكمة العليا رقم 222674 ، بتاريخ 1999/06/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، سنة (2001) .
64. الندوة العلمية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، (الفترة ما بين 13 إلى 15 أكتوبر 1998)

65. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، أنظر بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المجلد الثاني ، بدون طبعة، دون سنة نشر.
66. سعد الدين سعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، (2001).
67. أبو الوفا محمد ابراهيم مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني ، من 5-7 ماي 2002.
68. سواحل وجدي عبد الفتاح، الهندسة الوراثية والتقنية الحيوية، رؤية عربية الجينوم ، بدون طبعة، دون سنة نشر.
69. صديقة العوضي، ورزق النجار، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة بدولة الكويت، عام (1998) .
70. د. عبد الله عبد الغني، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون عام (1998) ج III.
71. عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، عام (1998).
72. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دون سنة نشر.
73. القرآن الكريم، "سورة النحل"، الآية 43
74. فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعارف، العدد 8 ، جوان، تصدر عن المركز الجامعي العقيد اكلي محند اولحاح، البويرة، الجزائر، () 2010.
75. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، دون سنة نشر.
76. بوسطلة شهرزاد، دفاتر السياسة والقانون، مجلة دورية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة قاصدي مرباح، (2009) .

77. بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء.
78. قرار المحكمة العليا غ.أ.ش، 15/06/1999، رقم الملف 222674.
79. يقاش فراس، مجلة القانون، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة وهران، جويلية () 2010
80. عبد السلام زيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، - ترجمة للمحاكمة العادلة - الجزائر، سنة (2009).
81. القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16 .
82. محمد توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة ، ط (2002) .
83. قرار المحكمة العليا رقم 159373، بتاريخ 18/11/1998، المجلة القضائية لسنة 1998.