جـــامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـم الحـــقوق

إثبات النسب ونفيه بالطرق الحديثة في التشريع الجزائري

(دراسة تطبيقية)

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر حقوق

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالب :

عبد القادر مسيكة

إشراف الأستاذ :

د. مسعود هلالي

لجنة المناقشة :

- د.أحـمـــد بـورزق ..... رئـــيسا.
- د.مسـعـود هـلالـــي ..... مـقـــرّرا.
- د.عبـد الرحـمان بشـيري ..... مـــناقشا.

السنة الجامعية :1436-1437 هـ/ 2015-2016 م

جـــامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـم الحـــقوق

إثبات النسب ونفيه بالطرق الحديثة في التشريع الجزائري

(دراسة تطبيقية)

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر حقوق

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالب :

عبد القادر مسيكة

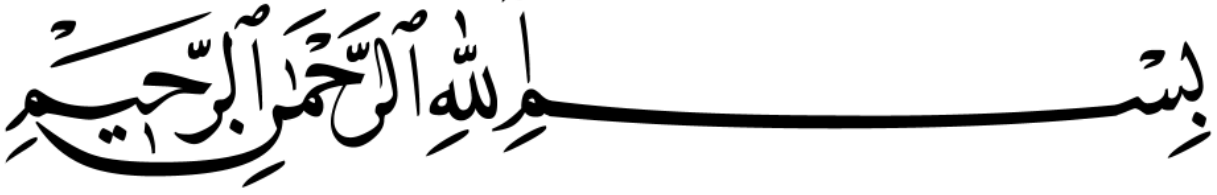
إشراف الأستاذ :

د. مسعود هلالي

لجنة المناقشة :

- د.أحـمـــد بـورزق ..... رئـــيسا.
- د.مسـعـود هـلالـــي ..... مـقـــرّرا.
- د.عبـد الرحـمان بشـيري ..... مـــناقشا.

السنة الجامعية :1436-1437 هـ/ 2015-2016 م



﴿ ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ﴾

سورة الأحزاب الآية05

إهـــداء

أهدي عملي هذا :

أمي رعاها الله و أدامها الله فخرا لنا...

إلى روح أبي العزيز رحمه الله...

إلى إخوتي وأخواتي جميعا...

إلى زوجتي الغالية...

إلى أبنائي و بناتي...

إلى كل من له حق عليّ....

شكر و عرفان

قال رسول الله صلى اله عليه وسلم : ((إن الحوت في البحر و الطير في السماء ليصلون على معلم الناس الخير)).

مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم أتقدم بخالص شكري و تقديري إلى كل من أعانني في انجاز هذه المذكرة و أخص بالذكر:

أستاذي الفاضل : الدكتور هلالي مسعود

المشرف و المؤطر الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته القيمة بداية ونهاية .

كما أقدم شكري لأعضاء لجنة المناقشة على قراءتهم المذكرة وإعطائهم الملاحظات القيمة لتصويب هذا العمل،فأسأل المولى سبحانه وتعالى أن يجعل أعمالهم في ميزان حسناتهم .

مقـــدمـــة

أولت الشريعة الإسلامية النسب فائق العناية وأحاطته ببالغ الرعاية ولا أدلَّ على ذلك من جعله في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها.

وأن من أجل مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى امتن على عباده بجعلهم شعوبا وقبائل ليتعارفوا فقال عزّ وجلّ :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوباً وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾.

ولا يتحقق التعارف و التآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها ومن أجل ذلك عني الإسلام بتنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة ضمانا لسلامة الأنساب ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه شدد وبالغ في التهديد للآباء و الأمهات حين يقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرؤون منهم أو حين ينسبون أولاد ليسوا منهم .

وحرم الإسلام الأنساب إلى غير الآباء حين قال عليه الصلاة والسلام: مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ.

ونظرا لأهمية الموضوع ومنه اختلاط الأنساب لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح وجعله طريقا أصليا في ثبوت النسب كما أقر الفقهاء بأن النسب ينسب أيضا بالإقرار أو البينة لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 :"على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 ، 34 من هذا القانون،ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وهو التعديل الوحيد في قانون الأسرة الجزائري الذي جاء يعالج موضوعا أساسيا وهو جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

الأمر الذي يدعونا إلى البحث والدراسة لما يتطلبه هذا الاكتشاف العلمي من كفاءة ودراية عالية لضمان صحة النتائج تجنبا لارتكاب أي خطأ قد يفضي إلى اختلاط الأنساب ومنه ضياع الحقوق ومن هنا جاء موضوع البحث الموسوم بـ :

إثبات النسب ونفيه بالطرق الحديثة في التشريع الجزائري – دراسة تطبيقية –

أولا الإشكالية: أحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة عن تساؤلات أثارها ولا يزال يثيرها الموضوع محل البحث و المتمثلة في :

أ- الإشكالية الرئيسية :

*ما مدى مساهمة الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب ونفيه ؟

ب-الإشكاليات الفرعية :

- كيف اهتم المشرع بثبوت نسب الأولاد وجعله ركنا و مقصدا ؟
- ما هي الطرق العلمية الحديثة التي تستعمل في إثبات النسب ؟
- هل الطرق حجة مطلقة أم نسبية ؟
- هل أخذ المشرع الجزائري بهذه الطرق وما هي سلطة القاضي في ذلك ؟
- هل هناك إجماع على استعمال هذه الطرق نفيا و إثباتا ؟

ثانيا أهمية الموضوع :وتبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال جملة من العناصر لعل أهمها

- أن النسب من الكليات الخمس التي اعتنى بها الإسلام و التي يتعين حفظها.
- النسب من أهم المواضيع الحساسة لما يترتب عن ثبوته من اسم وحق في الميراث ونفقة وجنسية وبثبوته تتحقق بعض موانع الزواج.

ثالثا أسباب اختيار الموضوع :

أسباب ذاتية :

- الرغبة في دراسة مثل هذه الموضوعات و المتعلقة بركن مهم ومقصد ثابت وهو النسب.
- الميل إلى الموضوعات ذات الطابع العلمي.

أسباب موضوعية :

- بيان الطرق القانونية لإثبات النسب و موقف المشرع منها.
- التعرض لجديد قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بإثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية.
- محاولة إظهار إثبات النسب بالطرق العلمية في شقه التطبيقي.

المنهج المتبع :

اعتمدت في معالجة البحث على :

- المنهج الاستقرائي : جمع واستقراء النصوص الشرعية و القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة
- المنهج التحليلي : تحليل بعض ما تم الوقوف عليه من نصوص فقهية وقانونية و أدلة و أحكام واجتهادات قضائية في الموضوع محل الدراسة .

الدراسات السابقة :

- النسب في ظل التطور العلمي و القانوني دراسة مقارنة للباحث زبيري بن قويدر رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان.

  وقد عرض فيها الباحث إلى : إنشاء النسب في ظل التطور العلمي و القانوني في بابه الأول بينما تعرض في الباب الثاني إلى إثبات النسب في ظل التطور العلمي و القانوني إلا أن الدراسة لم تتعرض إلى الجانب التطبيقي.
- إثبات النسب في القانون الجزائري لـ: شرقي نصيرة مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون عقود ومسؤولية قسم الحقوق جامعة البويرة.

  وقد أشارت في الفصل الأول إلى إثبات النسب بالإقرار و البينة ثم إلى إثبات النسب بالطرق العلمية في الفصل الثاني.

  أغفلت الدراسة في فصلها الأول أهم طريق في الإثبات وهو الزواج الصحيح وما يلحقه ولم تشر في الطرق العلمية إلى أنواع تحليل الدم الذي تعتبر نتائجه في النفي مؤكدة تأكيدا مطلقا.

صعوبات البحث :

- عامل الزمن و تأثيره على الدقة في العمل.
- صعوبة إسقاط الموضوع على الجانب التطبيقي ونقص القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع.

خطة البحث:

- **مقدمة**
- **الفصل التمهيدي** : النسب أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية والطرق التقليدية في إثباته.
  - **المبحث الأول** : النسب أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية.
  - **المبحث الثاني** : الطرق التقليدية في إثباته.
- **الفصل الأول** : الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ونفيه.
  - **المبحث الأول : نظام تحليل فصائل الدم.**
  - **المبحث الثاني : البصمة الوراثية وشروط العمل بها.**
- **الفصل الثاني :** حجية الطرق العلمية ومكانتها بين طرق الإثبات.
  - **المبحث الأول : حجية الطرق العلمية.**
  - **المبحث الثاني : مكانة الطرق العلمية بين طرق الإثبات نفيا وإثباتا.**
- **خـــاتمة**

الفصل التمهيدي

النسب أهميته و مكانته في الشريعة الإسلامية والطرق التقليدية لإثباته.

المبحث الأول :النسب أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني : الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه.

إن رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي اعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين ورتب عليه حقوقا أولها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأولاد .

والنسب يعد أحد أركان ومقاصد الشريعة ولقد اهتم المشرع بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية وجعل لذلك طرق معينة يمكن الإثبات بها.

ولتوضيح ذلك سوف نتطرق إلى:

- تعريف النسب ومدى أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية (المبحث الأول)
- ثم نتطرق إلى الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه (المبحث الثاني)

المبحث الأول:

النسب أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية:

فضل الله على عباده كبير ونعمه على خلقه عديدة ولعل أبرز هذه النعم رابطة النسب وإظهارا لمدى أهمية هذه الرابطة نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف النسب وأهميته في(المطلب الأول) ثم مكانته في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف النسب ومدى أهميته

الفرع الأول : تعريف النسب

أولا : التعريف اللغوي للنسب

النسب في اللغة القرابة وسميت القرابة نسب لما بينهما من صلة واتصال، ونسبت فلانا إلى أبيه أي أنسبه نسبا ونسبة إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر وذكرت نسبه، وانتسب إلى فلان أي اعتزى وادعى أنه نسيبه أي قريبه،وبينهما مناسبة ونسب أي مشاركة وقرابة،وهذا يناسب هذا أي يقاربه شبها،والنّسّابة العالم بالأنساب ،والنسب يكون من قبل الأب ومن قبل الأم [1].

وقال فخر الرازي : فجعله نسبا ذوي أنساب أي ذكورا ينسب إليهم ، فيقال فلان بن فلان ،وفلانة بنت فلان ، وذوات صهر أي إناثا يصاهرون[2] لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلذِے خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُۥ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ﴾ [3].

والاسم : النسبة بالكسر و تُجمع على نسب ، قال ابن السكيت : يكون من قِبل الأب ومن قبل الأم ، وقال بعض أهل اللغة هو في الآباء خاصة على اعتبار المرء إنما ينسب إلى أبيه فقط و لا ينسب إلى أمه إلا في حالات استثنائية وجمعه أنساب .

قال الراغب الأصفهاني : النسب و النسبة : من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان : نسب بالطول كاشتراك الأبناء ونسب بالعرض كالنسب بين بني الإخوة وبني الأعمام .

1- الجوهري إسماعيل،تاج اللغة وصحاح العربية،تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،الطبعة الثالثة،بيروت،دار العلم للملايين،1984 الجزء1 ص224.

2 - الإمام فخر،التفسير الكبير،الجزء الخامس و السادس،داء إحياء التراث العربي،الطبعة الثالثة،بدون سنة نشر،ص 26،27.

3- سورة الفرقان الآية 54.

وللنسب معان مختلفة تستعمل لتوضيحه نذكر منها اختصارا :

القرابة :

القرابة في اللغة معناها الدنو في النسب و أقارب الرجل عشيرته الأدنون وتشمل القرابة الأصول و الفروع و الحواشي.

والقرابة هي الرابطة التي تربط بين شخص و آخر سواء كانت هذه الرابطة رابطة نسب أو رابطة مصاهرة .

العصبة :

العصبة قرابة الرجل لأبيه يسموا عصبة لأنهم عصبوا به أي أحاطوا به يقال : عصب القوم بالرجل عصبا أي أحاطوا به لقتال أو حماية وبهذا اختص الذكور بهذا الاسم .

الرحم :

الرحم لغة : اسم مشتق من رحم التي تدل على الرقة و العطف و الرأفة و الرحم (علاقة) القرابة وقد سميت رحم الأنثى رحما من هذا لأن منها ما يكون ما يرحم و يرق له من ولد ، و الرحمة والرحم : الرأفة و التعاطف يقال : رحمته لنت له تراحم القوم رحم بعضهم بعضا.

قال الجوهري : الرحم أحد أسباب القرابة و الرحم هو الوعاء الذي يثبت فيه الولد في داخل أمه أي موضع تكوين الجنين و أصله النسب بين الأبناء و الأمهات [1].

الصلب :

الصلب في اللغة : عظام الظهر بأكملها

يقول بن منظور : الصلب عظم من لدن الكاهل إلى العجب وجاء ذكر الصلب في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ [2]

والآية تبين أن زوجات الأبناء من المحرمات على الرجل.

1 – الجوهري إسماعيل ، تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق ص 226.

2 – سورة النساء الآية 23.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للنسب

إن مصطلح النسب لم يحظ بتعريف جامع ومانع وكل ما تم كتابته فيه إشارات إلى معانيه

و تعاريف مختلفة بمفرداتها اللغوية وقد تمت معالجة مباحثه و قضاياه بأصولها و فروعها ضمن أبواب مختلفة مثل الزواج واللعان والإقرار.

وقد ذكر بعض المفسرين تعاريف و إشارات منها :

تعريف العلامة البقري : " هو القرابة ، والمراد بها الرحم ،وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة ،قَربت أو بُعدت ،كانت من جهة الأم أو الأب " [1].

عرفه صاحب العذب الفائض بالقرابة ثم قال : " هي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة " [2].

وحاول بعض الباحثين المعاصرين تعريف النسب بمعناه الاصطلاحي الخاص وهو القرابة من جهة الأب باعتبار أن الإنسان إنما ينسب إلى أبيه وقيل في تعريفه بأنه :

- " حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر... ".
- وعرف أيضا : " صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد ".
- رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه[3].

الفرع الثاني : قيمة النسب و فائدته

فضائل الله على خلقه جليلة وعظيمة لا يمكن حصرها و عدها قال تعالى : ﴿وَإِن تَعُدُّواْ نِعْمَةَ ٱللَّهِ لاَ تُحْصُوهَآ﴾ [4] ولعل من أهمها و أجلها نعمة النسب و الانتماء إلى الأصل والارتباط بين الفرع و أصله . ولقد حفظ الله سبحانه و تعالى النسب و عظمه و اعتنى به فجعل كل ما ينتج خارج أطره الشرعية محرما.

1- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي دار الأندلس الخضراء، السعودية، ص 95.

2- الإمام الفخر الرازي، مرجع سابق ، ص 28.

3 – القرطبي محمد، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى،1944، الجزء 13، ص 59 .

4 – سورة النحل الآية 18.

ولعل أبرز ما يتجسد عن النسب من فوائد نذكر منها اختصارا :

أولا :النسب يمتد و يرتبط بالماضي

فطرة الله التي جُبل عليها الإنسان وهي حب البقاء و التطلع إلى الخلود وغريزة عدم الفناء كلها من غرائز النفس التي وجدت فينا و خلقت معنا و لن يكون ذلك إلا في دار الخلود و لكن النسب و فطرة الإنجاب قد تحقق و لو شيئا من ذلك فذكر الإنسان قد يمتد عن طريق أبنائه وقد يرتبط بأصوله وفي الأثر يقال : ((الذكر للإنسان عمر ثان)) فقد يشعر الإنسان أن حياته لا تبدأ بميلاده ولا تنتهي بوفاته بل هي امتداد إلى آبائه و أجداده وقد تستمر من بعده إلى أبنائه و أحفاده فعمره يمتد إلى الماضي و يرتبط بالمستقبل فالذي يفقد نعمة معرفة نسبه لا يمكن له إطلاقا أن يشعر بهذا الإحساس الذي يجمع الأزمنة و يربطها بعضا ببعض لتشكل عمرا زمنيا واحدا ممتدا.

ثانيا : النسب يحفظ النسل نقاءا و عفة

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [1]

إن النسب هو الطريق الشرعي الأصوب وهو الفطرة السوية و المسلك الطبيعي الذي يحفظ الأسرة و يراعي مصلحة الأم و الولد على سواء ولهذا حذرنا المولى سبحانه وتعالى أن نسلك طرقا أخرى كالزنا لأنه فاحشة ومقتا ترفضه و تأباه الفطرة السليمة و لأنه سبيل سئ يفسد النسب و يشوهه و يخرجه عن أطره الشرعية.

وقال تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ [2]

يرشدنا ديننا بأن نستشعر النعم و نذكرها و نعددها وحذرنا من نكرانها وعدم الاعتراف بها ومنها دعوة الابن لأبيه بأصله وعدم تغيير ذلك أوتزييفه محافظة على هذه القيمة السامية وعدم المساس بها.

المطلب الثاني : مكانة النسب في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالأعراض والأنساب غاية الاهتمام، فجعلت حفظ النسل و العرض مقصدا من مقاصدها الكلية الضرورية، وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في انضباط الحياة الإنسانية، واستقامتها ، فشأن الضروريات كما قال الشاطبي : (لابد منها في قيام مصالح

1 – سورة الإسراء الآية 32.

2 – سورة الأحزاب الآية 05.

الدين و الدنيا، بحيث إذا فقدت ، لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة، و النعيم، والرجوع بالخسران المبين) [1]

ورعاية لهذا المقصد، فقد رسمت الشريعة منهجا قويما : فأباحت النكاح، وحرمت السفاح، ووضعت الحدود والحرمات، واهتمت بإثبات الأنساب، فثبوت نسب المولود حق من حقوقه، فالنسب هو الذي يرسم معالم المجتمع من خلال ضبط اللبنة الأولى فيه، ألا وهي الأسرة، ويمكن الإشارة لمنهج المشرع في حفظ النسب من جهة الوجود ومن جهة العدم.

الفرع الأول : حفظ النسب من جهة الوجود

إباحة الزواج والحث عليه :

من الكتاب:

قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُواْ﴾ [2]

وجه الدلالة :

أمرت الآية بالزواج وحثت عليه ، ولما علق الأمر على الاستطاعة انصرف من الوجوب إلى الندب ، وهو دليل على مشروعية النكاح و استحبابه ، لما فيه من العفة وحفظ النسل

من السنة النبوية:

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال :

" من استطاع الباءة ، فليتزوج ، فإنه : أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع ، فعليه بالصوم فانه له وجاء " [3].

1 – الشاطبي إبراهيم، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعارف، بيروت (2/8).

2 –سورة النساء (03) .

3– البخاري محمد بن إسماعيل،صحيح البخاري،كتاب الصوم،باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة،673/2 حديث رقم 1806.

وجه الدلالة :

الحديث فيه حث على الزواج وترغيب فيه ، وان كان الحديث قد أشار لبعض المقاصد من الزواج ، فلأنها الدافع الذي خلقه الله تعالى في الإنسان فيدفعه للزواج ، وذلك حفظا للنسل ، وللنوع الإنساني . [1]

الفرع الثاني : حفظ النسب من جهة العدم :

أولا: تحريم الزنا وتقرير العقوبة على فاعله

قال الله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ وَلاَ تَاخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُومِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ ٱلاَخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُومِنِينَ ﴾ [2]

وجه الدلالة :

تدل الآيات على حرمة الزنا، فقد نهى المشرع عن كل ما يوصل إليه ، ورتب على فعله عقوبة حدية ، حقا لله تعالى ، وذلك لخطر الوقوع فيه ، و أثره السيئ على المجتمع بأسره ، لما فيه من هدر للأعراض و الأنساب .

ثانيا: تحريم التبني

قال الله تعالى :

﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ نَآءَأَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي ٱلسَّبِيلَ ﴾ [3]

وقال الله تعالى : ﴿ٱدْعُوهُمْ لِاٰبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [4]

1 – ابن حجر أحمد بن علي، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت ، الجزء الرابع، ص 119.

2 –سورة النور الآية 02 .

3 –سورة الأحزاب (4)

4 – سورة الأحزاب الآية 05 .

وجه الدلالة :

تدل الآيات على وجوب نسب الأبناء لآبائهم ، مع تحريم نسب الأبناء إلى غير الآباء –وهو ما يعرف بالتبني – وترشد إلى أن الأعدل و الأرشد هو نسبهم لآبائهم.

ثالثا:التحذير من جحد الولد أو إدخاله على الغير

عن أبي هريرة رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى اله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعنة : " أيما امرأة أدخلت على قوم رجلا ليس منهم ، فليست من الله في شيء ولا يدخلها الله جنته و أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله عز وجل منه وفضحه على رؤوس الأولين و الآخرين يوم القيامة " [1]

وجه الدلالة :

يدل الحديث على خطورة إدخال المرأة على زوجها ما ليس منه ، وذلك لما فيه من خلط الأنساب ، وعلى خطورة تخلى الرجل عن ولده بنفي نسبه ،لذلك شدد النبي صلى الله عليه وسلم الوعيد على من ألحقت بزوجها نسبا ليس منه ، وعلى من نفى عن نفسه نسب ولده .

رابعا: التحذير من التخلي عن النسب

عن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : " ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر ومن ادعى قوما ليس له فيهم ، فليتبوأ مقعده من النار" [2]

وجه الدلالة :

إن ما جاء في الحديث من شدة وعيد لمن نفى نسب نفسه يدل على خطورة التخلي عن النسب .[3]

فكل هذا يدل على خطورة الأنساب ، و بالتالي ضرورة رعايتها ، مع الحرص على حفظها و إثباتها .

1– النسائي احمد، سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب التغليظ للانتفاء من الولد 179/06 ح3481 .

2– ابن الحجاج مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم 79/1 ،ح 61 .

3– الشوكاني محمد، نيل الأوطار، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، الجزء07 /295 .

المبحث الثاني:

الطرق المنشئة للنسب والطرق الكاشفة له:

نظرا لأهمية موضوع النسب ومنعا للاختلاط حفظ الشرع طرق إثباته وجعلها مسلكا أصليا يجب التقيد بها ويمكن تقسيم هذه الطرق إلى:

- طرق منشئة للنسب (المطلب الأول)
- وطرق كاشـفة لـــه (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الطرق المنشئة للنسب

ثبوت نسب الولد إما أن يكون من أمه و إما أن يكون من أبيه أما ثبوت نسبه من أمه فانه يحصل لمجرد الولادة سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطء بشبهة أو من زنا ولا يمكن نفي النسب من أمه بعد ثبوته بالولادة[1] . أما ثبوت النسب من أبيه فانه يتم بأحد الأسباب الآتي ذكرها :

الفرع الأول:الزواج الصحيح

ويراد به الزوجية القائمة حقيقة أو حكما بين الرجل و المرأة عند ابتداء حملها بالولد ، ولا يكون إلا بالعقد الصحيح و يلحق بالزواج الصحيح الدخول بالعقد الفاسد والوطء بشبهة ،وتسمى بشبهة الفراش [(2)] فإذا حملت الزوجة فان الولد الذي تأتي به ينسب إلى زوجها صاحب الفراش دون حاجة إلى إقرار منه بذلك،ولا إلى بينة لإثباته[(3)]، وعلى هذا فعقد الزواج الباطل لا يعد فراشا ولا يثبت به نسب ، وكذلك الوطء بدون حل ولا شبهة لأنه زنا ، و الزنا لا يثبت به نسب [(4)] .

والدليل على اعتبار الفراش سببا ثبت به النسب قوله صلى الله عليه وسلم:

" الولد للفراش و للعاهر الحجر" [(5)]، والحديث دليل على ثبوت نسب الولد بالفراش من الأب[6] ،وهو ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 41 والتي نستشف منها شروط ثبوت النسب بالفراش و ذلك كما يأتي :

---

1 – انظر الملحق،القرار رقم 01.

2 – محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، 2013، ص 400 .

3 – عبد العزيز رمضان سمك،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،2006، ص484.

4 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 388 .

5 – صحيح البخاري، البخاري كتاب البيوع ، باب تفسير المشبهات حديث رقم 2053.

6 – انظر الملحق ،القرار رقم 02.

شروط ثبوت النسب بالفراش في قانون الأسرة :

حتى يكون هذا الفراش صالحا لثبوت النسب لابد من توافر شروط نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 41 من قانون الأسرة ((ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة)) [1] ،وعليه لإثبات النسب في الزواج الصحيح يجب توافر الشروط الآتية :

1. أن يكون الزواج شرعيا أي مطابقا لما ورد في م 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[2].
2. أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا وذلك بأن يكون ممن يتأتى منه الحمل ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت بلوغه وقدرته على الإنجاب فإذا كان صغيرا لا يتصور منه الحمل فلا يثبت نسب الولد منه [3]
3. أن يكون الاتصال ممكنا: ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا و الذي يتأكد بالخلوة الصحيحة ، وهذا عند جمهور الفقهاء بأن يكون في بلد واحد أو بلدين متقاربين وكان الاتصال ممكنا عادة
4. أن لا ينفيه الزوج بالطرق المشروعة : ويقصد بها نفي النسب باللعان وذلك إذا لاعن الزوج زوجته اللعان الشرعي ،ولا بد من حكم القاضي بنفي النسب ،لأن اللعان وحده لا ينتفي به النسب[4].
5. أن يولد الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل، لقوله تعالى:

﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًاۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًاۖ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ ﴾ [5].

1 – قانون 11/84 المؤرخ في1984/06/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 /02 المؤرخ في 2005/02/27.

2 – انظر الملحق ،القرار رقم 03.

3 – المشرع لم ينص على هذا الشرط لأنه يمنع تزويج الصغار ويشترط سن الزواج بـ 19 سنة.

4 – محمد أبو زهرة ،مرجع سابق، ص 391.

5 – سورة الأحقاف الآية 15.

وقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ إِلَىَّ ٱلْمَصِيرُ ﴾ [1].

قد ذهب المشرع الجزائري من خلال م 42 من قانون الأسرة إلى أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر[2]، فلو تم الوضع بعد مرور عشرة أشهر من تاريخ الانفصال بين الزوجين سواء كان بطلاق أو وفاة أو بأي طريق آخر كالحكم عليه بعقوبة فلا يثبت بذلك نسب[3].

الفرع الثاني : ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي فقها وقانونا

ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الجديدة المعاصرة، لإيجاد حل لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد معتبر من الأزواج ، فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر.

أولا:المقصود بالتلقيح الاصطناعي

هو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب و الإنجاب ،ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوج والزوجة ، و إنما بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك ، و يلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم ، وكتدبير مساعد للحصول على الولد و الأولاد الذين يولدون بهذه الطريقة يعرفون أو يسمون ((أطفال الأنابيب)) باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمني الرجل يتم داخل الأنابيب [4] .

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 45 مكرر من الأمر 05 -02 :

" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وأخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية :

1- أن يكون الزواج شرعيا.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

---

1 – سورة لقمان الآية 14.

2 – انظر الملحق ،القرار رقم 04.

3 – اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر واختلفوا في أقصى مدته ابن رشد، بداية المجتهد ج2 /117-118.

4 – محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة1،2008ص19.

3- أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما .

4- مع اشتراط أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .

يتضح من خلال الفقرة الأولى من نص هذه المادة أن الحكم جاء عاما و مطلقا من كل قيد لجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، و معنى هذا فتح الباب مطلقا لإتباع هذه الطريقة ، ولو لم يكن هناك سبب يدعو لذلك . [1]

إضافة إلى ذلك فان النص لم يبين إن كانت عملية التلقيح في داخل رحم الزوجة ، مما يعني أنه يجوز أن يكون التلقيح خارج رحم الزوجة ، ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها ، كما يجوز أن يكون عن طريق إدخال ماء الزوج بآلة معينة في رحم زوجته .

كما أن المشرع لم يوضح الجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط ،وهو ما سنعرض له فيما يأتي من خلال بيان صور و أساليب التلقيح الاصطناعي المحظورة و المباحة شرعا .

ثانيا: أثر تخلف شروط عملية التلقيح الاصطناعي

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بموجب 05 -02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة ، ووضع شروطا لذلك ، إلا أنه لم يتعرض للجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر نظرا لاعتبارها شروطا في غاية الأهمية .

فلو تمت عملية التلقيح الاصطناعي من غير مني الزوج أو من غير عقد زواج شرعي أو بتخلف شرط موافقة الزوج الصريحة فما أثر ذلك ؟ ،وما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ؟

وقد وضع المشرع الجزائري إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يوضح ما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة ، و بالنسبة لثبوت و نفي النسب من جهة أخرى .[2]

1 - محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 405.

2 - المرجع نفسه، ص 406.

ثالثا: صور التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

1) صور التلقيح الاصطناعي المحظور:

قسم مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي إلى سبعة صور ، وهي أهم الطرق المستعملة [1]

الصورة الأولى :

أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج ، وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

الصورة الثانية :

أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة،ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثالثة :

أن يجرى التلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الصورة الرابعة :

أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي،وامرأة أجنبية،وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الخامسة :

أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى .

2) صورتا التلقيح الاصطناعي المباح شرعا :

الصورة الأولى :

أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته،ويتم التلقيح خارجيا،ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

الصورة الثانية :

أن تؤخذ بذرة الزوج،وتحقن في رحم زوجته،ويتم التلقيح داخليا.

1 - مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ،الدورة الثالثة عمان 1986 قرار رقم 16 ص 34 – 35.

3) موقف الفقه المعاصر:

اتفق أكثر الفقهاء المعاصرين على حرمة الصور الخمسة الأولى، وذلك لما تتضمنه من إدخال بيضة زوجة لقحت بماء زوجها ، أو رجل آخر ، في رحم أجنبية ، أو في رحم تلك الزوجة من ماء رجل أجنبي عنها، مما يؤدي إلى التقاء تلك العمليات بحقيقة الزنا المحرم ، فالطفل المنتج منها كولد الزنا ، فلا يثبت له نسب من زوجها ، لأن البذرة الذكرية ليست منه ، كما لا يثبت للطفل نسب من صاحب البذرة الذكرية ، لأنه ليس بزوج للحديث : <<الولد للفراش>> ، ولا هو في حالة شبهة ، و إنما يلحق نسب الطفل بأمه حينئذ كما في الزنا الحقيقي والحالات الأخرى أدعى لتحقق صورة الزنا ، وضياع نسب الطفل ، وإفساد معنى الأمومة كما فطرها الله تعالى عليها .

ومقاصد الشرع جاءت بحفظ العرض و النسب ، وهذه الأنواع من التلقيحات الصناعية ضياع لتلك المقاصد ، وخطر على كيان المجتمع الإسلامي .

وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي [1] ، من منع أساليب التلقيح الصناعي الخمس الأولى ، و إباحة الصورتين الأخيرتين ، إلا أنه زاد شرطين وهما : عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى ، و أن يتم بمنتهى الاحتياط و الحذر من اختلاط النطف واللقائح ،وهو ما ذهب إليه كثيرا من الفقهاء المعاصرين واستدلوا بما يأتي :

1- أن عملية التلقيح تتم بين مائي الزوجين وتعاد إلى رحم الزوجة ، وهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين ، لذا يثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش ، لأن الولد خلق من مائه وولد على فراشه ، ولأن الإنجاب بهذه الطريقة يعد عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج وهو بعد هذا يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر والداه به وتمتد به حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية و الاجتماعية ، و يطمئنان على دوام العشرة و بقاء المودة بينهما

2- قواعد الشرع و مقاصده الكلية جاءت بما يكفل للعباد حفظ أنفسهم ، واستمرار تعاقبهم ، وحفظ نسلهم بأن لا يشوبه اختلاط مياه غير الأزواج أو ضياع أواصر الأنساب، وفي إباحة الطريقتين الأخيرتين تأكيد على حفظ تلك المقاصد ، وتحقق السعادة النفسية و الاجتماعية للزوجين . ما ما قد يشوب حكم الإباحة لتلك الصورتين من احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت ، كذلك ما قد يحصل من تكشف للعورات المغلظة للزوج أو الزوجة أمام الأجانب اشترط مجمع الفقه الإسلامي الآتي:

1 – المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة ، الدورة الثامنة ، قرار رقم 02 –1984.

أ- عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى.
ب- أن تكون العملية بمنتهى الاحتياط و الحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.
ت- التأكد من خلال أطباء ثقات على نجاح العملية أو حصول غلبة الظن على نجاحها .
ث- الحرص على ألا تكشف عورة المرأة إلا طبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها و الضرورة قائمة.
ج- قياس التلقيح الاصطناعي على مسألة الاستدخال –مصطلح فقهي قديم – وهو حقن ماء الرجل في قبل المرأة ، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت النسب بالاستدخال [1] .

وعلى هذا فلا يثبت النسب عند تخلف إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ، حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة .

وبالمقابل فإذا أنكر الزوج أبوته للمولود الناتج من زواج صحيح ، أو فاسد وقام نزاع في ذلك بين الزوج والزوجة ، فان الفقرة الثانية من المادة 40 قد أجازت للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب ، بما في ذلك ما يسمى بالحمض النووي ، ويدخل ضمن الأسباب الكاشفة للنسب.

الفرع الثالث : ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه : " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أغفل التفصيل في جملة أمور أساسية :

المسألة الأولى :

لم يبين المقصود من كلمة " الانفصال" هل يقصد بها الانفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم تلفظ الزوج بالطلاق ، أم أن المراد بعبارة "الانفصال" هو حكم الطلاق الصادر بحكم قضائي. غير أن المادة 60 من نفس القانون قد نصت صراحة على أن: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

فالقول أن الانفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي به وفقا للمادة 49 يطرح إشكالية بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور الحكم القضائي بالطلاق ، ويترتب على ذلك أن الطفل الذي ينجب قد يكون خلال مدة أكبر من عشرة أشهر إذا تم بدء حساب مدة العشرة

1 – محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 411 .

أشهر من يوم تلفظ الزوج بالطلاق ، وهذا ما يتناقض و المبادئ الأساسية للنسب شرعا و قانونا لذلك يكون المعنى الأصح للانفصال و الذي يتماشى و أحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق الذي يصدر بحكم قضائي ، و الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين ، أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته .

وعلى هذا يرجع الأمر إلى القاضي لتفسيره كلمة <<الانفصال>> قياسا على القواعد العامة في إثبات النسب .[1]

المسالة الثانية :

كما انه لم يفرق بين ما إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعده ، فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول و الخلوة ، ثم ولدت ولدا بعد الطلاق ، فان أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة ، وان أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا ، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها .[2]

وإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا أم توفى عنها زوجها ، فان أتت بالولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة ثبت نسبه من الزوج ، أما إن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى ، وهذا رأي الجمهور [3].

المسألة الثالثة :

لم يميز المشرع الجزائري بين ما إذا كان الطلاق رجعيا أو بائنا كما فعل الفقهاء .حيث فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي و البائن ، فقالوا : إن كان الطلاق رجعيا و لم تقر المرأة بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من الزوج ، سواء أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق ، أم بعد مضي أقصى مدة الحمل ، لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها

1 – محفوظ بن صغير، مرجع سابق،ص 413

2 – المرجع نفسه، ص 414 .

3 – مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة،1983، ص 709 –710 .

فيجوز له الاستمتاع بها ، ويكون ذلك رجعة ، فان أقرت المرأة بانقضاء العدة ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار و الولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها فان كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه .

وان كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج ، ولم تقر بانقضاء العدة فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، أما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ولم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة ، فان أقرت بانقضاء العدة و المدة تحتمل انتهاء العدة فيها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار.[1]

هذا ، والملاحظ من خلال نص المادة 43 أن المشرع الجزائري قد وضع شرطا واحدا لثبوت النسب في حالة الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح ، وهو الولادة خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة . غير أنه إذا أتت المرأة بالولد بعد مرور أكثر من عشرة أشهر فلا يثبت نسبه إلى أبيه ، إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى أو ورثته .

وعليه يكون لأي شخص ذي مصلحة أن يطعن في هذا النسب و يرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زورا.

المطلب الثاني : الطرق الكاشفة للنسب

يطلق على هذه الأسباب بالكاشفة لأنها لا تنشئ الواقعة ولكن تبينها و تظهرها وتوضحها فقط وهي الإقرار و البينة أو اللجوء إلى الطرق العلمية الذي سنوضحه لاحقا.

الفرع الأول :الإقرار

أوّلا:معنى الإقرار

وهو اعتراف شخص معين بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به ،وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه سواء كان ذلك في حالتي الصحة أو المرض ، ويثبت له النسب من غير حاجة إلى بيان سبب النسب ، لأن الإنسان له ولاية على نفسه ، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ثبت

1 – محمد أبو زهرة ،الاحوال الشخصية، مرجع سابق ص 393 .

نسبه منه ، وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على الآباء مثل : النفقة و الإرث متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته [1].

ويتبين من خلال نص المادة 44 من قانون الأسرة أن الإقرار قد يكون بالبنوة ،أو الأبوة،أو بالأمومة.

ثانيا:شروط صحة الإقرار لإثبات النسب

هناك صورتان لثبوت النسب بالإقرار تختلف حسب جهة المقر ،هما إما إقرار بالنسب على النفس بالأبوة أو الاستلحاق بأنه ادعاء المدعي أنه أب لغيره،وبالمثل يكون الإقرار بالبنوة و الأمومة.

و أما الإقرار بنسب محمول على الغير فلا يقر الشخص فيه بالنسب للنفس ، ولا ينتسب هو إلى غيره ، وإنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره . كأن يقول الرجل أن فلانا أخوه أو عمه .

ولصحة الإقرار وجب توفر الشروط الآتي ذكرها وهي : [2]

- **أن يكون المقر له مجهول النسب.**
- **أن يُحتمل صدقه عادة.**
- **أن لا يقول المقر أنه ولده من الزنا.**
- **أن يصادق المقر له المقر على إقراره.**
- **أن لا ينازعه في إقراره منازع.**
- **شرط شرعية الزواج.**

ثالثا:نتائج ثبوت النسب بالإقرار

يترتب على ثبوت النسب بالإقرار بنوعيه الأحكام الآتية :

– إذا حكم بثبوت النسب من طريق الإقرار مستجمعا لشروطه لم يجز العدول عنه أو نقضه حفاظا على استقرار الأسر و المجتمع و لتعلق حق الله به ، ولم يجز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه طالما صاحب الحق الأول قد أثبته في ذمته [3] ،لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالإقرار الصحيح .

– الإقرار ولو في مرض الموت يكون نافذا كصدوره حال الصحة.

1 - وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر،الطبعة الأولى،1991، 690/07 ،691.

2- زبيري بن قويدر،النسب في ظل التطور العلمي والقانوني،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة تلمسان،2012 ص 210/209.

3 - الشربيني محمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المحتاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى 1994 ،ج 3 ، ص 305 .

– إقرار بعض الورثة بالأخوة أو العمومة دون موافقة الآخرين يجعل الإقرار لازما في حق المقر فقط فيقاسمه نصيبه دون الورثة حيث هذا الإقرار يقبل في حق المال دون النسب

– الأبناء الناتجون من الزواج العرفي غير المسجل بالبلدية و الذي تم بأركانه و شروطه الشرعية إذا تقدم من له مصلحة بطلب توثيقه عن طريق حكم قضائي و أقر الوالد بهم فانه يتم تسجيلهم تلقائيا بأثر رجعي إلى تاريخ وضعهم ، لهم كامل حقوق الفرع على الأصل[1] .

رابعا :الإقرار في ميزان القانون

لقد عالج المقنن الجزائري موضوع الإقرار في المادة 41 حيث عده سبيلا معتبرا في إثبات الأنساب شأنه شأن الزواج الصحيح و البينة و نكاح الشبهة .

وفي المادة 44 جعل الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت صحيحا متى صدقه العقل أو العادة ، إلا أن الإقرار بتلك الجهات لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه حسب المادة 45 .

وعلى المبادئ السابقة جرى العمل القضائي فقد ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا :

(من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ومن ثم فان النعي على الإقرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض لما كان من الثابت في قضية الحال أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وان اعترافها كان صحيحا ومن ثم فان قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن، كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد .

1 – انظر الملحق ،القرار رقم 05.

الفرع الثاني: البينة

أوّلا:لغة

بين و تبين و أبان وبان الشيء بيانا ظهر و اتضح و انكشف ، وجمع البينة بينات وهي الحجة الواضحة ، و التبين الإيضاح و الوضوح.[1]

ثانيا:اصطلاحا

هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانونا وهي أيضا الوسيلة المتبعة لإقامة الحجة .

نلاحظ أن المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللغوي حيث أن البينة هي الحجة التي يتوصل بها لإظهار الحق و إيضاح الحقيقة .

وتظهر أهمية البينة على غيرها من وسائل ثبوت النسب بالنظر إلى أن الطريق الأول وهو الزوجية الصحيحة محدود الأثر إذ لا يثبت به إلا نسب الولد ، أما غيره من الأخ و العم و أبنائهم فلابد له من الإقرار ، و الإقرار في حد ذاته حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى غيره ، وتفتقد في حالات إلى تصديق المقر عليه في الأخوة و العمومة بخلاف البينة التي إن ثبتت كانت ملزمة لكل الأطراف ، و تصلح لكل الحالات : أبوة ، أمومة، أخوة ، عمومة ، فالبينة إذن هي كل وسيلة يظهر بها الحق و تتكشف حقيقته في أي نزاع أو مظلمة ، وبينة النسب هي الشهادة ، و تعرف بأنها : إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء .

[1] - الجوهري إسماعيل ، تاج اللغة وصحاح العربية ، مرجع سابق ج 05 ص 2083.

ثالثا :مشروعية الشهادة

الأدلة متضافرة على مشروعية الشهادة منها :

- قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [1]

- وقال أيضا: ﴿ وَلاَ تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَّكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾[2].

- وقال أيضا: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ [3]

– وعن زيد بن خالد الجُهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها " [4]

– عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" شاهداك أو يمينه "[5]

رابعا :شروط الشهادة

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل و البلوغ و الإسلام في الشاهد على النسب و اختلفوا في البصر و النطق و الحرية و العدد و العدالة ، ونصاب الشهادة في الأنساب تختلف من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها بشهادة رجلين ، فأبو حنيفة يعتد بشهادة رجل و امرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حمل ظاهر ولا فراش قائم ويقبل المالكية قول امرأتين ويكتفى الحنابلة بشهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل ، لأن مسائل الحمل و الوضع وتعيين المولود و الاستهلال من المسائل التي لا يطلع عليها الرجال غالبا ، أما الشافعية فلا يقبلون بأقل من أربع نسوة [6]

1 – سورة البقرة الآية 282.

2 – –سورة البقرة الآية 283.

3 – سورة الطلاق الآية 02.

4 – صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود ، ح رقم 1719 ، ج 2 ، ص 215 .

5 – البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات،باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود،ح رقم 2669 ج1،ص590.

6 – ابن قدامه عبد الرحمان،الشرح الكبير بذيل المغني ،تحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرون،دار الحديث،القاهرة،2004،ج 8،ص99.

ويلحق بشهادة المعاينة الشهادة بالتسامع و الاستفاضة ولو لم يكن هؤلاء الجمع قد عاينوا الواقعة بأنفسهم ، و إنما بسماعها من أطراف أخرى يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة ، بعد أن ذاع بينهم انتساب فلان لفلان ومضى على ذلك زمن من غير ظهور ما يخالف هذا الوضع ، و لأن أمور النسب يختص بمعاينتها خواص الناس وتترتب عليها أحكام دائمة على مر الأعوام فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج و تعطيل الأحكام [1].

قال ابن قدامه : << قال ابن المنذر لا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه و لو منع ذلك لاستحالت معرفته إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه>> [2]

كما عد المشرع الجزائري شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب في المادة 40 (ق.أ.ج) –رغم أن النص الفرنسي للمادة عبر عنها بالدليل (preuve) – وسواء كان هؤلاء الشهود من أقارب الزوجين أو من الأجانب ، وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في إحدى قراراتها من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم جاز قوة الشيء المقضى فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج و النسب وإنما يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية،مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج و النسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق.

1 – الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 559.

2 – ابن قدامه عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 14.

3 – انظر الملحق ،القرار رقم 06.

الفصل الأول

الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ونفيه.

المبحث الأول : نظام تحليل فصائل الدم

المبحث الثاني : البصمة الوراثية وشروط العمل بها

لقد تبنى المشرع الجزائري أثناء سنه لقانون 1984 الطرق التقليدية لإثبات النسب الواردة في القرآن والسنة النبوية دون غيرها وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي بالتزامه تطبيق النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد وذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 1999/10/15 حيث قضى بأن إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبيا غير جائز[1]

ولكن محاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة التي نتج عنها استحداث تقنيات جديدة في المعرفة العلمية فانه أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل الإثبات أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 في الفقرة الثانية من المادة 40 و التي جاء فيها " يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب ".

ولتوضيح الطرق العلمية وتحديد المقصود منها سنتطرق إلى:

- نظام تحليل فصائل الدم (المبحث الأول).
- البصمة الوراثية وشروط العمل بها(المبحث الثاني).

1 – انظر الملحق،القرار رقم 07.

المبحث الأول : نظام تحليل فصائل الدم

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب و الأم ، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي و النصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل و البويضة الأنثى . ومن العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية .

المطلب الأول : النتائج العلمية لفحص الدم

الفرع الأول : تعريف الدم ووظيفته

أولا :التعريف اللغوي للدم

الدم من الأخلاط وأدميته ودميته تدمية إذا ضربته حتى خرج منه الدم[1].

ثانيا : التعريف في الاصطلاح العلمي

الدم (le sang) :هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين و أوردة و شعيرات دموية ، والمصنع الأساسي للدم .هو نقي العظام الذي ينتج (ثمانية ملايين خلية/ثانية) ويتكون من جزأين رئيسيين هما :

- بلازما الدم (المصورة).
- خلايا الدم.

بلازما الدم : وهي سائل يميل لونه إلى الصفرة ، وتتشكل حوالي 50 إلى 60 % من حجم الدم العام وتحتوي البلازما على 90 % ماء ، ومهمتها الرئيسية هي تسهيل حركة مرور الخلايا الدموية ، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا ،وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق و بول ونحوه إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج البدن.

خلايا الدم : وتتكون خلايا الدم من ثلاث مجموعات أساسية معروفة الوظائف هي[2]:

- كريات الدم الحمراء : ومهمتها الأساسية نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر الجسم و العودة بغاز ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين للتخلص منه .
- كريات الدم البيضاء : ومهمتها الدفاع عن الجسم ، عديمة اللون و بأشكال مختلفة.
- صفائح دموية : تُسهم في تخثر الدم ووقف النزيف .

1 – ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، دار صادر،الطبعة الرابعة 2005،ج 05 ، ص350.

2– سفيان بن عمر بورقعة،النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز اشبيليا، الطبعة الاولى،2007، ص 509.

الفرع الثاني : نظام ABO

بفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني (كارل لاند ستابير) سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادهما ببطء و عودة الدم إلى الشكل الطبيعي ، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن الاتحاد يتم ببطء ويعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا و البلازما يتبعان لشخص واحد ، و أن الاتحاد لا يتم و ينتج عن ذلك تجلط الدم (blood agglutination) وبناءا على ذلك وجد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي : A – B – AB – O ،وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.

ومن جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة والتي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة ، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد (antigènes)

كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (anti bodies) في بلازما الدم ، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة .[1]

وأشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O.B.A) حيث (B.A) سائدة ،بينما (O) متنحية وكل نسل له اثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد .

مثال : طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO ،طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO وإذا ورث عاملين متنحيين سيكون O وإذا ورث عاملين سائدين سيكون AB .

وقد دعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية :

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O.
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.

1 – جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى ،2002 الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،عمان، ص 186.

وفيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة والغير الممكنة [1]:

فصائل الوالدين	فصيلة الطفـل	
	ممكن	غير ممكن
OXO	O	AB,B ,A
AXA	O, A	AB ,B
OXA	O, A	AB, B
BXB	O, B	AB, A
BXA	O,AB,B,A	- - - - -
ABXAB	AB,B,A	O
OXAB	B,A	AB,O

الفرع الثالث : نظام RH

لقد ثبت علميا أن 80 % من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدات الضد وهي ذات 6 نماذج C,E,D,c,d, e الثلاثة الأولى سائدة والثلاثة الأخيرة متنحية ، وإذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة السائدة الأولى فانه يعتبر+ veRh (ve: vaginal examination) .

مثال : CDE, cde, cde... وإذا كان لديه cde فانه يعتبر –ve Rh (15 % من الناس) ومن كل مولدات الضد هذه فان مولد الضد D هو الأكثر أهمية لأنه إذا دخل إلى شخص لا يملكه فانه سيؤدي إلى إنتاج عيار عالي من الأجسام المضادة لذلك يصنف الناس عادة إلى +veRh أو –veRh إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أم لا . ويساعد عامل Rh في النزاع حول الأبوة ، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فان الطفل لا يكون ايجابيا أبدا .

الفرع الرابع : نظام MN

إذا كانت مولدات الضد B, A موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فان الأجسام المضادة ألفا وبيتا موجودة في المصل ، فان مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل و بالتالي فان واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون

1- جلال الجابري،مرجع سابق، ص189 .

موجودا في كريات الدم الحمراء ،وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO [1]، ولتوضيح المسألة نعطي :

إذا كانت الأم (+M,+N) ،الابن (+N,−M) و الأب المفترض (−N ,+M) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لان الابن حصل على +N من أمه و بالتالي −M من أبيه .

الفرع الخامس: نظام HLA

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي و الحفاظ عليه وغير لذاتي للتخلص منه كالجراثيم و الأعضاء و الأنسجة الأجنبية عن الجسم ، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم و الذي 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 : (HLA(Human leukocyte antigen وكل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحد من الأب و الآخر من الأم ، مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي .

المطلب الثاني : فحص فصائل الدم دليل مؤكد للنفي أو للإثبات

إن كل إنسان يرث صفاته من أبيه و أمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفين ، ففي حالة توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه ، فان هذا ليس قطعيا في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم

مثال : لو ولدت امرأتان في مستشفى و اختلط الولدان وتعذر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح[2] بعد أن تحدد فصيلة دم كل من الطفل و الرجل و الأم و التراكيب الجينية المحتملة ثم يقارن التركيب الجيني لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل ، فإذا شارك أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فانه في هذه الحالة تحتمل البنوة لكن لا يمكن إثبات النسب استنادا إلى فحص فصائل الدم فقط لذلك تستدعي الحاجة فحص آخر أكثر دقة أما في حالة استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الولد، ففي هذه الحالة تنتفي البنوة تماما .

1 – جلال الجابري،مرجع سابق،ص187.

2 – إبراهيم بن ناصر المحمود، مقال بعنوان القضاء بالقرائن المعاصرة،انظر في www. Islam today.net بتاريخ :2016/05/05 .

وما يمكن استخلاصه أن وراثة فصائل الدم لا تعطي أكثر من 40 % في مجال إثبات النسب و تصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100 %[1] لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية و قد أفرز التطور البيولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون إثباته .

وبفضل التقدم البيولوجي في مجال الوراثة فلم يعد فحص الدم قاصرا على دوره التقليدي وهو كونه دليلا مؤكدا على نفي البنوة و إنما أصبح له دور حديث إذ صار دليلا على إثبات البنوة و بطريقة لا تقبل الشك ،وهذا ما سنناقشه في المبحث الثاني.

1 – خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ،ص 173 .

المبحث الثاني : البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية التي يثبت بها النسب والعمل بها أصبح ضروري ولا يمكن تجاهل أهميتها في مجال الإثبات لذا سنوضح:

- تعريف البصمة الوراثية وخصائصها (المطلب الأول)
- الشروط الموضوعية والتقنية للعمل بها(المطلب الثاني)

المطلب الأول :البصمة الوراثية وخصائصها

الفرع أولا: تعريف البصمة الوراثية لغة واصطلاحا

أولا : البصمة

جمعها بصمات ، بصم ، يبصم ، بصما ، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه ،ورسم ، وطبع علامة على قماش وورق ونحوها .و أصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أي غليظ ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل .

والبصم : بالضم فوت مابين طرف الخنصر إلى طرف البنصر و الفوت هو مابين الأصبعين [1]

ثانيا : الوراثة

هي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال .والبصمة الوراثية في معناها الاصطلاحي ،فقد عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية .[2]

ثالثا : البصمة الوراثية اصطلاحا

بما أن مصطلح البصمة الوراثية حديث ، فلم يرد له تعريف لدى الفقهاء القدامى لكن حاول بعض الفقه الحديث تعريفها بأنها : 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

1 – ابن منظور جمال الدين، مرجع سابق، ص 210 .

2 – مسعد سعد الدين الهلالي،البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية،مكتبة الكويت الوطنية، الكويت الطبعة الأولى 2001 ص 25 .

جسده ويعرفها آخر على أنها : التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية [1].

أما التعريف الذي انتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة هو أنها : " البنية الجينية التفصيلية التي تدل عل هوية كل إنسان بعينه " [2]

والجدير بالذكر هو أن هذا التعريف جاء متماشيا تقريبا مع التعريف الذي انتهت إليه ندوة " الوراثة و الهندسة الوراثية والجينوم البشري و العلاج الجيني " برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[3] ، فقط مع استبدال مصطلح <<كل إنسان بعينه >> بمصطلح <<كل فرد بعينه >>

الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية

للطبعة الوراثية للإنسان مجموعة من الخصائص منها :

- يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر و المني و العظام وغيرها ، وذلك يعود إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم ، و ثباته أيضا أثناء الحياة ما عدا الحالات الاستثنائية كحدوث الطفرات .
- يمكن إجراء هذا الفحص أيضا على جزئ صغير جدا ، وقد أصبح بالإمكان تكثيره و توليده بطرق حديثة في المختبرات لغاية الحصول على الكمية المرغوبة.
- إن مقاومة الشريط الوراثي للعوامل الطبيعية والجوية كالحرارة والبرودة ، وعوامل التعفن و التحلل لفترة طويلة يجعله يحتفظ بخصائص بنيته فيكون بذلك دليلا قائما كل حين لاستعماله في أغراض علمية أو قانونية أو اجتماعية [4].
- دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير و الاحتمال إذا روعيت الشروط اللازمة و التي تصل إلى 100 % في دعاوى النفي ، و إلى 99.99 % في دعاوى الإثبات مما يجعلها سيدة الأدلة .
- يظهر الفحص المختبري الصبغيات بشكل واضح على هيئة خطوط عرضية تختلف في السُمك

---

1 – خليفة علي الكعبي مرجع سابق، ص 456.

2 – قرارات المجمع الفقهي الإسلامي القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها الدورة السادسة عشر من 21 إلى 26 /1422/10 مكة المكرمة ص 343.

3 – قرارات ندوة :الوراثة والهندسة الوراثية الجينيوم البشري والعلاج الجنسي رؤية إسلامية و المنعقد في الكويت من 13 الى 15 أكتوبر 1988 ص 1050 نقلا عن سفيان بن عمر بني رقعة.

4 – فؤاد عبد المنعم أحمد ، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون ، الإسكندرية :المكتبة المصرية ، (د ، ن) ص 17 .

و المسافة بين الأفراد ، يمكن تخزين تلك الصورة و حفظها في الكمبيوتر [1] وهذا ييسر عملية الاستحضار والمقارنة عند الحاجة.

- تفرد كل شخص ببصمة متميزة عن غيره واستحالت تطابقها مع شخص آخر ما عدا التوأم الناتج عن انقسام بيضة واحدة مخصبة.

1- المعايطة منصور عمر، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ، عمان : (دار النشر ، بلا) ، 2000، ص 81 .

المطلب الثاني : شروط العمل بالبصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية أسلوب فني عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفض النزاعات إلا أن العمل بها لابد أن يحاط بجملة من الضوابط و القيود حتى لا يستغلها البعض وسيلة للتعدي على حقوق الأفراد ، و الكيد للآخرين ، وهذه الشروط ضربين : شروط موضوعية ، وشروط إجرائية تقنية.

الفرع الأول : الشروط الموضوعية

أولا : أن تتم العملية بمعرفة الجهات الرسمية

يفضل أن تكون المخابر الخاصة بتحليل الدليل العلمي تابعة للدولة وألا يتم إلا بإذن جهة رسمية بالنسبة لاشتراط تبعية المخبر للدولة . إذا لم يتسن ذلك ، فيمكن الاستعانة بالمخابر الخاصة لكن بإشراف من الدولة باعتمادها رسميا .

أما الجهة الرسمية التي يمكنها الإذن بإجراء التحاليل ، فهي الهيئات القضائية الناظرة للنزاع بشأن النسب و التي تلقت طلبات بذلك من أطراف النزاع[1].

ثانيا :خصوصية إثبات نسب الطفل ثمرة التلقيح الاصطناعي

إذا كان من مقتضيات ثبوت النسب بالفراش عند الجمهور من غير الحنفية إمكان الاتصال الجنسي ، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة ، مع مراعاة مدة الحمل شرعا وقانونا ، فإنها لا تتماشى مع مدة حمل فراش الزوجية في حالة الولد الناجم عن الإنجاب الاصطناعي الذي تبناه تشريع الأسرة الجزائري مؤخرا بالمادة 45 مكرر.ومن ثم ،لا يمكن نفي نسب المولود في هذه الحالة باللجوء إلى اللعان ، لأن عدم الاتصال من مقتضيات هذه تقنية التلقيح الاصطناعي .

وبما أنه يحتمل أن يقع التلقيح بعد انفصام العلاقة الزوجية أو حتى يحتفظ بماء الزوجين لما بعد حياتهما ،فان من شأن ذلك تلك إثارة مخالفات يتبعها آثار و مشاكل قانونية .

فالوسائل الحديثة للحمل لا تشترط بحال ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه .فالعبرة إذن بحمل المرأة من مني الأب ذاته بصرف النظر عن الوسيلة التي أدت لذلك[2].

---

1 – الزبيري بن قويدر، مرجع سابق ، ص293.

2 – تشوار حميدو زكية ،حكم وسائل الحمل المعاصرة، المجلة الجامعية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر،ج 41 ،2003 ،عدد 01 ، ص 36.

ثالثا :تقييد قبول الدليل العلمي بأصول الإثبات

يواجه الدليل العلمي بعض الصعوبات في تطبيقه بحكم اصطدامه ببعض قواعد الإثبات ، أهمها قاعدة عدم جواز إجبار أحد الخصوم تقديم دليل ضد نفسه .ونعني بهذا عدم الإلزام بتقديم العينة محل الفحص قصد مقارنة الخصائص التي تحملها بخصائص الولد المتنازع حول أبوته . ولا نعلم إن كانت عبارة <<يجوز للقاضي >> الواردة في المادة 40-2 من قانون الأسرة تبعدنا عن كل تشكيك في سلطة القاضي بشأنها.

لكن على كل حال نرى ،في ظل النصوص القانونية المتاحة أنه لا ينبغي إجبار الخصم على ذلك خاصة إذا كان الغرض من الدعوى هو نفي الولد ، وان كان بالإمكان اعتبار الرفض كقرينة يستأنس بها للدلالة على عدم صدق ادعائه .

ولعل الفقه الإسلامي الحديث ينحوا هذا المنحى من خلال توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة سنة 2002 ، إذ يوصي المجمع بضرورة حظر الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء[1].

ومن المشاكل التي يواجها هذا الدليل مسألة معصومية الجسد ، التي يثيرها الإجبار على الخضوع للفحص. لكن هذا الرفض باسم مبدأ حرمة الجسد يعد ذاته تعديا شديدا على حقوق تتصل بقيم على مستوى عال من الأهمية لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد [2] ،ألا وهو حق الطفل قدر الإمكان أن يعلم نسبه ، وهو حق تكفله الاتفاقيات الدولية و القوانين الحامية لحقوق الطفل[3] ، والتي وقعت عليها الجزائر[4] .

وعلى كل حال يمكن للقاضي الوصول إلى قرينة تفيد بعكس مزاعم من يرفض خضوعه لتحليل جيني .مادام مبدأ حياد القاضي يحول دون تدخله لإجبار بالخضوع للفحص إذا كانت تلك القرينة تحفظ حق النسب من خلال قاعد إحياء الولد مع مراعاة قواعد اللعان .

---

[1] - زبيري بن قويدر،مرجع سابق،ص295.

2 – محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب،مجلة الحقوق، عدد1، ص 302 .

3 – تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها 2/7 على أن للطفل الحق قدر الإمكان في معرفة والديه وتلقي رعايتهما .

4 – بتاريخ 26-01-1990 وصدقت عليها بتاريخ : 16-04-1993 .

رابعا : قصر إثبات الأبوة بالدليل العلمي على العلاقة الشرعية

قد صدر عن المجلس الأعلى ، بأن «ابن الزنا لا ينتسب إلا لأمه »، و بأنه من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام الزواج من علاقات جنسية ، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه النسب .وأن «النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية »والأحكام في هذا الصدد كثيرة [1].

لا بل حتى تصحيح الزواج غير القابل للتصحيح لا يثبت به نسب ، وهو موقف القضاء الجزائري عندما اعتبر: أن العلاقة التي تربط الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا ، فان قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحية وإلحاق نسب الولد بأبيه ..خرقوا أحكام الشريعة ، وغيرها من قرارات النقض التي ترمي كلها في هذا الاتجاه[2] و الموافقة للحديث (الولد للفراش و للعاهر الحجر) بمعنى الحرمان حرمانه الولد الذي يدعيه [3] .لكن على خلاف ما دأب عليه القضاء سالف الذكر، فان قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 05-03-2006 الذي سبق التنويه عليه آنفا جاء مخالفا لما استقرت عليه قراراتها حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه :

.... لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة ، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف بالنسبة للآخر ولكل منهما آثار شرعية .

كذلك ،ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده هذه العلاقة مع الطاعنة فانه يلحق به ، الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه [4].

1 – انظر الملحق،القرار رقم 08.

2 – زبيري بن قويدر ،مرجع سابق ص296.

3 – يقول ابن حجر : وفي قوله :وللعاهر الحجر أي للزاني الخيبة والحرمان ، أي للزاني الخيبة ... ومعنى الخيبة هنا : حرمان الولد الذي يدعيه ... وقيل المراد بالحجر هنا : أن يرجم قال النووي : وهو ضعيف ،لأن الرجم مختص بالمحصن ، ولأنه لا يلزم رجمه نفي الولد.

4 – انظر الملحق،القرار رقم 09.

إن سكوت المشرع عن آثار العلاقة غير الشرعية لا يعطي القاضي حق التفسير دونما ضوابط وهو موقف من المشرع يختلف عن الكثير من التشريعات العربية المقارنة خاصة و أن الشريعة تعد مصدرا موضوعيا متميزا لقانون الأسرة واليها يصار في ما لا نص فيه[1]. وفي كل الأحوال لا ينبغي مخالفتها ما دام الولد للفراش و للعاهر الحجر .

لكن ما يثير الغرابة هو انقلاب المحكمة العليا عن قراراته السابقة ، ولعل ما دفعها إلى اتخاذ موقفها المغاير هذا هو مراعاة ظاهرة أبناء الزنا التي استفحلت في مجتمعاتنا ، وهو ما دفع بالبعض طرح تساؤلات تتعلق بحمايتهم ولو نسبيا وما إذا كان ذلك يعتبر خرقا للأحكام الفقهية؟

وعن مدى عدالة أن يترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤولية؟[2] أو لقول ابن تيمية من أن عمر قد ألحق أولاد الجاهلية بآبائهم اللذين يدعونهم في الإسلام.وهو القول الذي اعترض عليه الجمهور بالحديث : << الولد للفراش >>

لذلك فان هذا توجها غير سديد من القضاء –إن اطرد– بالنظر لحساسية مسألة النسب ووجوب الاحتياط فيها ، فضلا عن صراحة النصوص الشرعية بشأنها .لذلك فان ارتداد المحكمة العليا عن موقفها الثابت المنكر للنسب ثمرة العلاقات غير الشرعية لم نجد له مبررا قانونيا ، وكان يحسن بالمحكمة العليا عدم إلحاق الولد بأبيه الطبيعي لما في ذلك من تشجيع للانحراف و الرذيلة

خامسا : عدم استخدام البصمة الوراثية للتأكد من نسب ثابت :

إذا ثبت النسب بأي دليل شرعي فلا يجوز التأكد منه باستعمال البصمة الوراثية لأي سبب من الأسباب ، لما يترتب على ذلك المسلك من أضرار نفسية على الزوجة وعموما على الأسرة وانتهاء بالمجتمع.

1 – تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أن : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

2 – تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقيحات المستحدثة، المجلة العلمية للحقوق، تلمسان، عدد03، 2005، ص 32 .

الفرع الثاني : الضوابط التقنية

ويمكن إجمالها في العناصر التالية :

أ- أن تتوفر المختبرات العلمية للدليل العلمي على تقنية عالية. لأن ضعف التقنية من شأنها ألا تعطي نتائج دقيقة .ما يدخل الشك في صدقية نتائج الدليل العلمي .

ب- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية ، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية ، حرصا على سلامة تلك العينات ، وضمانا لصحة نتائجها .

ت- أن لا يقل عدد المورثات المستعملة للوصول إلى النتائج مضبوطة عن ستة مورثات <<جينات >> وهو العدد الكافي لذلك.

ث- أن تتحقق الخبرة و الدراية و الدقة في القائمين على اختبار العينات تشوفا لنتائج أكثر يقينية .

ج- أن يتم فحص العينات في أكثر من جهة اختبار معترف بها ، لتأمين عدم اطلاع كل مخبر عن نتائج المخبر الآخر ، وهذا دائما بحثا عن أكثر يقينية بالنتائج .

ح- أن تتوفر في الخبير العدالة المطلوبة ولو كان لا يدين بالإسلام ، إذ الثقة العلمية لا تكفي بل ينبغي توفر الأخلاق و العدالة في من يعينون لهذه المهمة.فلا ينبغي أن يكونوا ممن حكم عليهم لسبب إخلالهم بالشرف و الأمانة .

وللاحتياط في هذه المسألة ، يحسن ألا يشرك معهم خبير له صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة ، أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد أطراف الدعوى[1].

1 زبيري بن قويدر ، مرجع سابق، ص 300.

الفصل الثاني

حجية الطرق العلمية ومكانتها بين طرق الإثبات.

المبحث الأول : حجية الطرق العلميــة وسلطة القاضي في استعمالها.

المبحث الثاني : مكانة الطرق العلمية بين طرق الإثبات نفيا وإثباتا.

إن العقل البشري بفطرته يسعى دائما إلى البحث عن الحقيقة وإظهارها والتقيد بنتائجها ومع تطور العلم و تطور التكنولوجيا ظهرت تقنيات ووسائل حديثة تساعد على إثبات النسب وكشف التلاعب والتزوير فيه وهو ما يسمى حديثا بالطرق العلمية ،ولكن هل لهذه:

- الطرق حجية كافية والى أي مدى للقاضي إطلاق سلطته التقديرية في الأخذ بها(المبحث الأول) .
- وإذا تصـــــادمت الطـــرق العلـــمية والتقـــــليدية فأيـــهما أولـــى(المبحث الثاني).

المبحث الأول:

حجية الطرق العلمية وسلطة القاضي في استعمالها:

لقد أثار المشرع اثر تعديله على جواز الاستعانة بالطرق العلمية لإثبات النسب غير انه لم يحدد حجية هذه الطرق مما يجعلنا نثير قيمتها القانونية ودقة نتائجها وهل هي ذات حجية قطعية أم ظنية (المطلب الأول)، وما مدى سلطة القاضي في اللجوء للوسيلة العلمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حجية الطرق العلمية

الفرع الأول: الطرق العلمية ذات حجية قطعية

اتفق جل الفقهاء المحدثين عن قطعية بعض من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية واثبات البنوة عن طريقها هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الانجليزي إليك جيفري سنة 1984 ينطلق من أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها ، ويحمل وللشفرة الوراثية نصيب من جانب الفقه الإسلامي إذ لا معنى لهذه الوسيلة إذا كانت تخالف الأحكام الشرعية .[1]

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

1- السنة النبوية الشريفة :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:((بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت هذه لصاحبتها ،إنما ذهب بابنك أنت ،فتحاكمتا إلى داود فقضي به للكبرى ، فخرجت على سليمان بن داود رضي الله عنه فأخبرتاه ، فقال ائتوني بالسكين أشقه بينكما ، فقالت الصغرى يرحمك الله هو ابنها ، فقضي به للصغرى)) فوجه الدلالة هنا ، أن نبي الله سليمان عليه السلام قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة ،ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

1- شرقي نصيرة،إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر،عقود ومسؤولية،جامعة البويرة،ص 52.

2- القياس :

وقد استدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعدة أوجه ، منها جواز الاعتماد عليها قياسا على القيافة بالاستناد إلى الصفات المتشابهة بين الأبناء و الآباء و الأمهات.

إضافة إلى جواز إثبات النسب بها قياسا على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات، المعاملات بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة.[1]

ومن جهة أخرى فقد أفاد تعليق الأطباء على دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة بان نتائجها حسبهم تصل نسبة النجاح فيها إلى 99.07% وتكمن أهميتها البالغة من خلال تركيبة الحامض النووي الموجود في جسم الإنسان ، فبتحليله نجده يحتوي على جزء معين ينفرد بصفات تبقى تلازم صاحبها مدى الحياة ، ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية[2].

ولمعرفة البصمة الوراثية لشخص ما ، يتم فحص ADN لأحد المواد السائلة في جسمه ، كالدم أو المني أو اللعاب ، أو لأحد الأنسجة كالجلد ، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي التخريج تركيبة لا توجد إلا عند شخص واحد هو الأب الحقيقي[3].

ونتيجة لذلك أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية تميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية ، التي على رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب بل وقامت مجموعة من هذه التشريعات بتنظيمها حيث أقرتها بنصوص خاصة نذكر منها التشريع الفرنسي والتونسي والانجليزي [4].

---

[1] - شرقي نصيرة،إثبات النسب في القانون الجزائري،المرجع السابق ص 56.

2 – سلامي دليلة ، حماية الطفل في قانون الأسرة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق،بن عكنون،الجزائر 2008،ص23.

3– المرجع نفسه ،ص24،23.

4– شرقي نصيرة،مرجع سابق،ص54.

3- موقف التشريع

البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة فنية معتبرة لتحديد الهوية لم يرد بشأنها نص قانوني يعينها بذاتها كوسيلة إثبات أو يحدد شروطا للأخذ بها لذا يؤسس العمل بها انطلاقا من عموم النصوص ومن القواعد و المبادئ العامة في الإثبات و النص الوحيد في قانون الأسرة الذي يحمل إشارة ضمنية إلى إمكانية الاستعانة بها هو نص المادة 40 المعدلة بالأمر رقم 02/05 حيث جاء في الفقرة الأخيرة عبارة ((يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب)) .

و نظرا لكون وسيلة الفحص الجيني من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن الشفرة الوراثية التي تميز الأشخاص و التي تستعمل في إثبات النسب أو نفيه فهي بالضرورة داخلة في محتوى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة و لا ينفي أيضا دخول غيرها من وسائل الإثبات العلمية الأخرى التي جرى العمل بها لأن العبارة عامة و مطلقة بدون حصر أو قيد كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي كما سنبينه لاحقا.

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار صدر عنها في 2006/03/05 من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتت الخبرة العلمية من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق الولد بأبيه وهو الطاعن [1].

لقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار باعترافها بدور الخبرة العلمية الطبية و قوتها الثبوتية للنسب بدون منازع ، و التي أصبحت مع تطور التجارب المخبرية لا تقتصر على مجرد عينات الدم ، بل انصبت على مختلف الأنسجة و المواد السائلة [2].

1 – انظر الملحق، القرار رقم 09.

2 – بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مدعما بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج 1 ص 402 .

الفرع الثاني : الطرق العلمية ذات حجية ظنية

إن الله تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم،فقال تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾ [1]

كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتقاد الجازم مصادقا لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيراً مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾.[2]

فالآية لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه وهو أن تبنى على ما لا يجوز البناء عليه وفي مثله إثبات للنسب .

فإذا كان معظم علماء الطب والقانون قد اتفقوا على اعتبار بعض من الطرق العلمية ذات حجية قطعية الدلالة نظرا للخصائص الفريدة التي يتميز بها وفي مثالنا البصمة الوراثية . فانه نظرا لما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ، نعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبنية على أسس علمية وتقنية محضة .[3]

إن هذه الطرق العلمية الظنية التي من بينها نظام تحليل فصائل الدم ونظام HLA المرتبط بالمناعة أو نظام المفرزات اللعابية ، تعد وسائل إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون نتائجها تبقى محتملة التحقق، فهي لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي.[4]

ونظام فصائل الدم يعد خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها و التي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان لكي نحكم على أهمية هذا النظام وجب تبيين المرحلتين التي يمر بهما .[5]

---

1 – سورة الإسراء،الآية 36 .

2 – سورة الحجرات،الآية 12.

3 – شرقي نصيرة،اثبات النسب في القانون الجزائري،المرجع السابق ص56.

4 – عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، أطروحة دكتوراه القاهرة،2002 ، ص 277 .

5 – محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، 278 .

1. تحديد فصيلة الدم كل من الطفل والرجل والمرأة ، والتراكيب الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل .
2. يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

إذا وجد أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الوراثي لفصيلة الطفل ، فمن المحتمل أن يكون أباه لكن لا نستطيع أن نقطع بذلك لوجود الكثيرون ممن يحملون هذا الجين . أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فان هذا الدليل قاطع لنفي البنوة [1] ، فيتبين لنا جليا انه من خلال فحص دم الفصيلة التي ينسب إليها الزوج و الزوجة والولد أمكن التوصل إلى فرضين :

الفرض الأول هو أن فصيلة دم الطفل مخالفة بمقتضيات تناسل فصيلتين الزوجية هذا يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد . أما الفرض الثاني ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين ، فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون كذلك ، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرين ، فيحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين.

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

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

1 – عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ، مرجع سابق ، ص 278 .

المطلب الثاني :سلطة القاضي في الاستناد على الطرق العلمية في إثبات النسب

الفرع الأول : جواز الاعتماد على الخبير الطبي

بعد عرض القضية المتنازع فيها على نسب الطفل سواء من جهة الأبوة أو الأمومة أمام الجهة المختصة ينظر القاضي في وقائعها ويقدر بسلطته مدى تحقق ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه فيعمد إلى الاسترشاد برأي الخبير الطبي المختص لتنويره بالتفاصيل التي لا يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العلمي و المهني.

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من المتقاضين و الطفل المتنازع عليه و فحصها ثم إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابا إلى الجهة المعنية [1].

و الحاصل أن القاضي هو صاحب قرار[2] تعيين الخبير المنتدب في الإقليم المحلي لاختصاصه و ليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا بناء على سبب جدي كالقرابة أو وجود مصلحة شخصية و يبقى لهم حق رفض الخضوع للفحص مطلقا أو الطعن في نتيجة التقرير ذاتها بالتزوير أو الخطأ بطلب خبرة مضادة .

وقد يأتي أيضا حكم المحكمة أو قرار المجلس بتعيين الخبرة استجابة لاتفاق الخصوم أو لطلب أحدهما حيث يؤجل الفصل النهائي في القضية لغاية استكمال هذا الإجراء وتسليم النتائج النهائية.

1 – اقورفة زبيدة ،الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق ص 263 .

2 – أنظر ملحق قرار رقم 10 ص من هذه المذكرة.

الفرع الثاني : السلطة التقديرية في الأخذ بنتائج الخبرة

التقرير الطبي وثيقة رسمية و للمحكمة أن تستدعي الخبير لتقديم شروح شفوية أو توضيحات مبسطة لمضمون التقرير الطبي و هذا طبقا لنص م 141 ق.ا. م .

و للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي و اعتمادها كليا أو جزئيا في بناء قناعته و تأسيس حكمه أو ردها جملة و الحكم في الدعوى دون الاسترشاد مطلقا بالخبرة لكن عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة طبقا للمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

1 – اقورفة زبيدة ،الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق ص 265.

المبحث الثاني:

مكانة الطرق العلمية بين طرق الإثبات نفيا وإثباتا:

إن المشرع الجزائري قد فصل في تحديد طرق إثبات النسب فأشار في المادة 40 من قانون الأسرة بنصها على << يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 ، 33 ، 34 من هذا القانون

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب >>

نلاحظ أن كل هذه الأدلة الهدف منها إظهار الحقائق وإسنادها لأهلها وقد جعل الفقهاء هذه الأدلة مراتب ودرجات فما يصلح للإثبات قد لا يصلح للنفي

فإذا توافقت الأدلة فيما بينها فلا إشكال يطرح ولكن إذا تصادمت وتعارضت حول الإثبات أو النفي فأيهما نقدم الطرق التقليدية أم الطرق العلمية ؟

وللإجابة على هذا سنتطرق إلى:

- الطرق العلمية والطرق التقليدية لإثبات النسب(المطلب الأول)

ولقد أشار المشرع بنصه في م 41 على إمكانية نفي نسب الولد بالطرق المشروعة

- وهذا ما سنتناوله من خلال الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب(المطلب الثاني).

المطلب الأول:الطرق العلمية والطرق التقليدية لإثبات النسب

تضاربت اجتهادات الفقهاء المعاصرين في تحديد مكانة الوسائل العملية بشقيها الظنية والقطعية وإلى أي مدى يمكن تقديمها على الطرق الإثبات التقليدية ، ومنه نتج ظهور فريقين أولهما يجعل الطرق التقليدية أولى بالإتباع ولهم حجج في ذلك (الفرع الأول) ، وثانيهما يتقدم الطرق العلمية ويجعلها أولى بالإعمال ولهم براهين في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية

أولا:مبدأ القائلين بتقديم الأدلة الشرعية

ويمثله أغلب الفقهاء المعاصرين[1] إذ يرون أنّ أعلى مراتب البصمة الوراثية أن تكون في درجة القيافة ،وتبقى أدلّة أثبات النّسب المعهودة على ترتيبها الأصلي :زوجية _بيّنة_إقرار،حيث لا يصار إلى غيرها كالقيافة أو البصمة أو القرعة إلاّ إذا عدمت هذه الأدلّة، أو حيث يتعذر العمل بها في حالة وقوع التنازع أو التدافع فيها،أمّا إذا وجدت إحداها فلا تقوى البصمة على تضعيفها أو إسقاطها، لأنّ هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع[2]، وعامل الوراثة ليس أصلا من الأصول القاطعة الّذي تثبت به البنوة أو الأبوة أو الأمومة،بل هي مجرد ظن أو قرينة يستأنس بها عند الاختلاف على النّسب .

ثانيا : أدلتهم في ذلك كالتالي

- الأدلة الشرعية المثبتة للنّسب ورد العمل بها نصا وإجماعا، والقول بتقديم البصمة عليها إبطال للنصوص الشرعية ومخالفة لإجماع الأمة، واستخدامها بإطلاق يؤدي إلى مزاحمتها لوسائل منصوص عليها شرعا وفي هذا مصادمة النصوص أيضا.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي :"وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلاّ عند التنازع في الإثبات، وعدم الدّليل الأقوى ،أو عند تعارض الأدلة ".

- وجود منظومة شرعية لإثبات النسب اطرد العمل عليها من قبل القضاء ردحا من الزمن أقواها يتمثل في الفراش فالفراش لا يستطيع البصمة الوراثية أن تقتلعه من جذوره القوية لأنه ثابت

1 – وهو ما اسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوة (مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة) المنعقدة في الكويت في 2000/11/28.

2 – اوقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص324.

بالسنة والإجماع وهما من أهم مصادر التشريع في الفقه الإسلامي الذي يعتبر روحا لجل قوانين الأحوال الشخصية[1].

- القول بالأخذ بنتائج الفحص الوراثي إذا عارضت الفراش أو الشهادة أو الاستلحاق أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع كالتشوف لاتصال الأنساب واستقرار الأسر والمعاملات، والستر على المذنبين ، حيث سيؤدي العمل بها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب كانت ستثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة الوراثية بنتائجها اليقينية لتكشف الحقيقة .
- العمل بالفحوص الجينة والقول بمشروعيتها هو قياسها على القيافة فتنزل إذا منزلتها ولا تتقدم على الأدلة الأخرى[2].
- ثم ما يتعلق بالقائمين على مختبرات الدليل العلمي أنفسهم فالأصل في هذا الدليل هو القطع لكن الظروف المحيطة به أهدرت من قيمته ، إذ المطلوب في القائمين على تهيئة هذا الدليل يشترط فهم التعدد و النزاهة و الكفاءة و التقنيات المتقدمة وهذا تعذر توفره في كثير من الدول مما قد يدخل فيها عنصر الاحتمال ولو جزئيا
- وهناك سبب إجرائي تقني يتمثل في استعمال الخبراء في تقاريرهم من كون أن الطرف المدعي عليه مثلا << لا يمكن استبعاد المدعو .. كأب للطفل .. >> أو<< يمكن استبعاد المدعو .. كأب حقيقي >> وهو ما يثير حسب البعض شكوكا في شأنها ولو كان احتمال الاستبعاد أو عدمه تقترب من المائة بالمائة[3].
  - وعليه يرى البعض بعين الريبة لهذا الدليل و يجعلونه دونها منزلة و إن كانوا يقدمونها على الأدلة الأخرى كالقيافة و القرعة ومنه فلا يقرع الدليل العلمي إلا في حالات ضيقة تعيين فيها قرينة الفراش الصحيح و الشهادة و الإقرار.

الفرع الثاني: مذهب المخالفين

أولا : مبدأ المخالفين

يرى أصحابه وهم ثلة من أهل العلم المعاصرين أنّ البصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالإعمال من أدلّة إثبات النّسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها فراش الزّوجية أو الشهادة أو الإقرار بأنواعه ، وهي بذلك ليست دليلا مستقلا بذاتها بتقدم على تلك الأدلّة الشرعية وإنما هي بمثابة

1 . زبيري بن قويدر، مرجع سابق، ص283.

2- اوقورفة زبيدة، مرجع سابق، ص330.

3 - زبيري بن قويدر، مرجع سابق، ص285.

شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلّة من جهة، ومن جهة أخرى تعد مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنية إذا تعارضت معها، فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة تصاحب الدليل الشرعي وليست دليلا مستقلا بذاتها[1].

وقد نصت ندوة الكويت حول "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني – رؤية إسلامية–" في إحدى توصياتها "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالديه البيولوجية ، والتحقق من الشخصية ،ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى الى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء ،من غير قضايا الحدود الشرعية "[2].

ثانيا : و أدلتهم في ذلك هي

- أن الأدلة التقليدية مبينة على الظن الغالب إذا كلها لا تفيد القطع بوقوع المخالطة الزوجية التي تكون سببا للحمل ، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك ،ولا قيام الفراش الشرعي مفض وجوبا لحصول ذلك ،ولا الإقرار الذي قد يكون إقرارا على خلاف الحقيقة والواقع، فهي إذا أدلة يتطرق إليها الخطأ والنسيان والتزوير
- البصمة الوراثية مبنية على اليقين والجزم خاصة إذا روعيت الشروط والضوابط التي حددها الفقهاء تفاديا لاختلاط العينات أو تلوثها وضمان لسلامة النتائج، ويزداد الوثوق بنتائجها إذا تكرر الفحص في مختبرين منفصلين أو بين خبيرين لا علم لأحدهما بنتيجة الآخر وكانت النتائج في الحالين متطابقة ، وهي شاهد حقيقي على حصول العلاقة الزوجية ،ولا يصار إلى الظن إلا عند تعذر اليقين.
- مقاصد الشريعة الإسلامية ونصوصها تدعو إلى إعمال الفكر واستنباط علل الأحكام وعدم الجمود على ظواهر النصوص.
- الغرض من أدلة الإثبات عموما هو إبراز الحقائق وإسناد الحقوق لأهلها، وطالما وجد دليل علمي موثوق منه يحقق هذا المقصد بصورة أدق وأوضح فالعمل به أولى ، والأصل في البحث عن حكم الله في المسائل كلها هو التماس غلبة الظن قدر المستطاع، لذلك جعل الفقهاء الأدلّة مرتبة ،وبعضها أقوى من الأخرى ، وحددوا شروطا لكل دليل طلبا للكمال ،

1 – سعد الدين مسعد هلالي، مرجع سابق، ص 239.

2 – وهو ما أسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوة (مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة) المنعقدة في الكويت في 2000/11/28.

والظن ليس واحدا في جميعها ،والإنسان بفطرته حريص على أن لا ينسب إليه إلا من كان من صلبه[1].

- يقول الدكتور سفيان بن عمر بورقعة : "لأنّ دليل إثبات النّسب إذا كان صحيحا فيجب ألا يعارض دليل البصمة لأن الشرع يقيني ،ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين، وإذا ثبت بالبصمة خطأه، فكيف لنا أن نأخذ بالظنّ البين خطأه، فالبصمة الوراثية ما هي إلاّ وسيلة للتحقق من دليل صحة الإثبات.

المطلب الثاني :الطرق العلمية والطرق التقليدية لنفي النسب

إذا كان الشارع قد تساهل وتوسع في طريق إثبات الأنساب فانّه قد تشدّد في نفيها ، ولم يجعل لذلك إلا طريقا واحدا وهو اللّعان [2] فهل يتفق جميع الفقهاء على الأخذ به وتقديمه على البصمة الوراثية (الفرع الأول) أم أن هناك من يجعله في مرتبة متأخرة ويقدم عنه الطرق العلمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم اللّعان على البصمة الوراثية

أولا : مبدأ القائلين بتقديم اللعان

قبل تقديم مبدأ القائلين أن البصمة لا يمكن أن تحل محل اللعان وجب أن نعرف للعان

1. **لغة :** مصدر لاعن ، يلاعن ، ملاعنة وهو من اللعن و هو الإبعاد و الطرد.[3]
2. **اصطلاحا :** حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه.[4]

وبالرجوع إلى مبدأ القائلين بتقديم اللعان القاضي بأنه لا يمكن للبصمة الوراثية أن تحل محل اللّعان فضلا على أن تتقدم عليه أو تمنع منه ، وهو قول جمهور أهل العلم ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة سنة الفين واثنين حيث جاء فيه : <<لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان >>

1- سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص352.

2 - انظر الملحق،القرار رقم 11.

3 - الجوهري،الصحاح،مرجع سابق ج06،ص 2196.

4 - الدردير أحمد الشرح الصغير (ط،بلا)،الجزائر مؤسسة العصر 1992،ج02،ص192.

ثانيا : أدلتهم في ذلك

- اللّعان حكم شرعي ثبت بنص من القرآن وتساوي البصمة الوراثية معه زيادة على النص أمّا تقديمها عليه وإحلالها محله في حالة التعارض بينهما فهو إبطال ونسخ لنص ثابت بالكتاب والسنة والإجماع بوسيلة لا زالت في طور التجربة.
- البصمة الوراثية تعتمد على وجود أو انعدام الخصائص الجينية بين الأصل والفرع وهو الشبه بعينه وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان في واقعة هلال بن أمية دل ذلك على عدم الاعتداد بالشبه إذا عارض اللعان حيث يقدم العمل بأدلة الشرع سواء كانت مثبتة للنسب أو نافية له على الأدلة العلمية التي تتعارض معها مهما كانت قوتها[1].
- إن إجراء أيمان اللّعان [2] لها صفة تعبدية وتترتب عليه آثار عدة كدرء حد القذف عن الزوج وحد الرجم عن الزوجة وتأبيد الحرمة بينهما وغيرها ، ولا يقتصر حكمها على مجرد نفي الولد عن الزوج بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة، و التي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري .
- تقنية الفحص الوراثي لا يلجأ إليها إلا في مواطن التنازع في النسب أو جهالته شأنها شأن القياثة فإذا تم نفي النسب بطريقه الشرعي وهو اللعان فلا حاجة لغيره[3].

الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللّعان

أولا : مبدأ القائلين بتقديم البصمة

يمكن للبصمة الوراثية أن تنوب عن اللعان ونستغني بنتائجها نفيا وإثباتا وهو رأي الشيخ محمد المختار السلامي والدكتور سعد الدين مسعد هلالي الذي يقول : "وإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية إن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان ؟ وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده ، فان كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنا ، وان كان ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف إلا على قول من

1 اوقورفة زبيدة، مرجع سابق، ص330.

2 – انظر الملحق،القرار رقم 12.

3 اوقروفة زبيدة، مرجع سابق ،ص331.

يرى أن حد القذف حق المرأة ولها أن تسقطه ، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزّنا وليس من أجل نفي الولد"[1].

ثانيا : و أدلتهم في ذلك

- استدل أصحاب هذا المذهب بقوله تعالى :{والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه ،لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين} فقد خص الله الأزواج باللعان في حالة انعدام الشهود وهو استثناء من الأصل العام في القذف وإذا كان هناك بينة ما تؤيد قول الزوج فانه لا يتلعن، والبصمة بينة أقوى من الشهادة لأن دلالتها على الارتباط بين الوالد والمولود يقينية و الشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين باليقين.
- كما أن اللّعان الّذي شرع رفعا للحرج عن الأزواج لا تُعرف فيه الحقيقة فقد يفضي إلى ظلم الطفل بحرمانه من النّسب والى ظلم الزّوجة بالطعن في عرضها إذا لم يكن الزّوج ممن يتقي الله خاصة في عصرنا الذي قلّ فيه الوازع الديني ولم يعد للأسرة قدسيتها[2].
- تشوّف الشرع إلى إثبات الأنساب ولو من أدنى الطرق أو لمجرد شبهة فكيف لا نثبته بالبصمة الوراثية وهي قرينة قاطعة على أقل تقدير.

الفرع الثالث : إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية حق للمرأة أم للرجل

شرع الله تعالى حد القذف لمن يرمي غيره من الناس بالزنا ، وشرع اللعان بين الزوجين إذا ما أراد الزوج نفي الولد أو اتهاما لزوجة ، ولم يكن معه شهود . والتحاكم للبصمة الوراثية جائز إذا كان الطلب من الزوجة ، لأنه يحقق براءتها وطمأنينة الزوج ونسب الولد ، أما إن كان من الزوج فلا يجاب إليه إلا إن وافقت الزوجة لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان .

وقد أجاب الدكتور يوسف القرضاوي عن سؤال بهذا الصدد يستحسن نقله كاملا للاستفادة منه في حكم هذه المسألة المستجدة حيث يقول في ذلك : " شرع الله حد القذف لمن رمى إنسانا بالزنا رجلا كان أو امرأة –ولم يقم بينة على ذلك .

1 سعد الدين مسعد هلالي، مرجع سابق، ص 351.

2 اوقورفة زبيدة، مرجع سابق، ص333.

و البينة أن يأتي بأربعة شهداء رأوا عملية الزنا وهي تحدث بأعينهم ،دون تجسس منهم على الزاني ومن يزني بها ، قال تعالى :

﴿وَالذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَاتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً اَبَداً وَاوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤ إِلاَّ ٱلذِينَ تَابُواْ مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [1].

ولكن القرآن استثنى من هذا الحكم : الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فمن اتهم امرأته بالزنا ، فقد جعل الله له بديلا عن الشهود الأربعة : أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين .كما فصل القرآن ذلك في سورة النور .وبهذا يسقط عنه حد القذف . قال تعالى : وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَالْخَٰمِسَةُ أَن لَّعْنَتُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَالْخَٰمِسَةُ أَنْ غَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [2]. وهذا اللعان مشروع فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو اتهمها بنفي الولد منها.

فائدة اللعان :

أن يفترق الزوجان ، وينتسب الولد إلى أمه ، وقد ستر على المرأة ، فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه . وفي هذا من المصلحة ما فيه.

وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الدم ، ومعرفة الولد إن كان من صلب هذا الرجل أو لم يكن من صلبه .فقد اتفق العلماء على أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لم يستجب له ، لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى

1 سورة النور الآية(4-5).

2 سورة النور الايات من 6 الى9.

ولدها ، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها و مصلحة ولدها .ولكن الذي اختلف فيه العلماء هو ما إذا طلبت المرأة المقذوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية ،هل تجاب إلى طلبها أولا؟

أكثر العلماء قالوا : لا يجاب طلبها ، ويكتفى باللعان ، لأنه هو الذي شرعه الله لعلاج مثل هذه الحالة ، فيوقف عنده ، و يقتصر عليه ، ولا نتعداه.

ولكن الذي أرجحه أن يستجاب للمرأة في هذا الطلب ، على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها ، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها ، تدفع التهمة بها عنها ، وتحفظ بها حقها ، ولا تعتدي على حق إنسان آخر ، فهي تطلب بالاحتكام إلى البصمة لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا :

أولا: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها ، وهي جازمة بأنها غير كاذبة ، و هذا أمر يحرص عليه الشارع ألا يتهم برئ بما ليس فيه .

ثانيا: إثبات نسب ولدها من أبيه ، وهذا حق للولد ، والشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن ، وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس .

ثالثا: إراحة نفس الزوج ، وإزاحة الشك من قلبه ، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي : أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا .وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك ، والطمأنينة مكان الريبة .

وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء : الزوجة و الزوج و الولد . و أمر يحقق هذه المصالح كلها ، وليس فيه ضرر لأحد ،ولا مصادمة لنص لا ترفضه الشريعة ،بل يتفق مع مقاصدها .

وإذا طلبت الزوجة من القاضي الشرعي أو من المحكمة الشرعية الاحتكام إلى البصمة الوراثية ، فالواجب أن نستجيب لها ، رعاية لحقها في إثبات براءتها ، وحق ولدها في إثبات نسبه ، وعملا على إراحة ضمير زوجها ، وإزالة الشك عنه[1].

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

1 – يوسف القرضاوي،إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل موقع فاسألوا هل الذكر : *www.islamonline.net*.

خـــاتمـــة

من خلال دراسة موضوع النسب إثباتا ونفيا بالطرق العلمية الحديثة خلصت إلى جملة النتائج الآتية :

أولا : النتائج :

- إن الإسلام حافظ على النسب حفاظا قويا وأحاطه بسياج و العزة وصانه من كل ما من شأنه أن يؤثر في سلامته.
- إن معرفة نسب الإنسان أصلا ما هو إلا تدعيما المجتمع وتقوية العلاقة بين أولى الأرحام.
- إن الطرق المثبتة للنّسب هي الزواج الصحيح كطريق أصلي وما أُلحق به حكما وهو بناء على نكاح الشبهة أو العقد الباطل.
- إن الطرق المثبتة للنسب هي الإقرار و البينة باعتبارها وسائل تنصب على إظهار النسب المجهول.
- البصمة الوراثية تعتمد على الصفات الوراثية التي تنقلها الأصول إلى الفروع بين الأب و الأم ،وبناء عليه يمكن تعيين الطبعة الوراثية المميزة لكل شخص .
- البصمة الوراثية وسيلة علمية مشروعة لها قواعد و مقاصد الشريعة يجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب أو نفيه في مواطن النزاع و يستعان بها لتأكيد صحة أو بطلان الأدلة التقليدية من الزوجية و البينة و الإقرار خاصة في حالة التعارض و الاختلاف.

ثانيا : المقترحات :

- لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتّأكد من صحة الأنساب المستقرّة والثابتة شرعا.
- عدم اعتماد الطّرق العلميّة في مواجهة الطّريق الأصلي أي الزّواج الصّحيح.
- حصر وضبط الحالات الّتي يجوز فيها اللّجوء إلى الطّرق العلميّة في إثبات النّسب أو نفيه ولا يُترك الأمر لسلطة القاضي وتقديره.
- ضرورة تأكيد المشرّع بالنّص على أنّ الطّريق الوحيد في نفي النّسب هو الطّريق الشّرعي المتمثّل في اللّعان كأصل وذلك وفق شروط معينة.

الملاحق

نماذج من قرارات المحكمة العليا

01- غير أن الطفل بالنسبة لأمه كالشرعي لأنه ولدها يتبعها في النسب و يحمل اسمها لسائر الحقوق وميراث.و أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا.
المحكمة العليا:غ .أ.ش1988/12/19 ملف رقم 51414 م ق 1991 العدد 3 ص 52.

02- قاعدة (الولد للفراش) لا تطبق إلا في إثبات دعوى أو نفي النسب ومن ثم فان قضاة الموضوع الذين ناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة ((الولد للفراش)) فبقضائهم كما فعلوا في تطبيق القانون.
المحكمة العليا غ.أ. ش.1995/05/02 ملف رقم 103232 م ق ص 151.

03- النسب غير الشرعي لا يعترف به قانون الأسرة فالقانون الجزائري قطع نسب ولد الزنا عن الزاني بحيث لا يصح الإقرار بثبوته ولا استلحاقه.
المحكمة العليا غ.أ. ش،1986/02/24 ،ملف رقم 39473.

04- لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا أقلها ستة أشهر ولما كان من الثابت في الحال أن مدة المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى فان قضاة الموضوع بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون.
المحكمة العليا غ .أ.ش 1990/01/22 ملف رقم 57756 م ق1992 العدد2 ص70.

05- الزواج الشرعي الصحيح هو الذي استوفى أركانه و شروط صحته وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع ومن ثم متى كان الزواج العرفي متوافر على أركانه التامة والصحيحة فان القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء للشرع والقانون،وعلى هذا الأساس ليس للرجل الحق في إنكار النسب بالادعاء غير المؤسس.
المحكمة العليا غ.ا ش 1989/12/25 ملف رقم 58224 م ق 1991 العدد 4 ص 110.

06- وقضى كذلك : انه من المقرر شرعا انه يمكن إثبات النسب بالزواج لصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لان ثبوت النسب بعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان ثابتا إن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة إن الحكم جاز قوة الشيء المقضى فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون لان حجية الشيء المقضى فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وإنما يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ،مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

07- في قرار مشهور للمحكمة العليا مؤرخ في 1999/06/15 ملف رقم 222674 حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34/33/32 ق أ ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما قضوا بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى معرفة النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم.
المحكمة العليا غ.أ.ش1999/06/15 ملف رقم 222675 م ق1999 العدد01 ص 126.

08- سايرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية ، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد وكل ما نتج عنه لا يفيد المشروعة.
المحكمة العليا ع.أ.ش 2002/07/03 ملف 261925 م ق 2003 العدد 02 ص 271.
من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا و أن ابن الزنا لا ينسب الى أبيه
المحكمة العليا غ .أ.ش 1984/12/17 ، 35087.

09- يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وذلك بإثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية أي البصمة الوراثية المعروفة بالحمض النووي.
المحكمة العليا غ.أ.س 2006/03/05 ملف رقم 355180.

10- إذا أمر القاضي بإجراء خبرة طبية لإجراء تحاليل طبية تعين عليه أن يقوم بتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي طابعا وهذا كله مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحياته لفائدة الخبير.
المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم 97774 م ق العدد 02 ص 108.

11- قد قررت المحكمة العليا بأنه لا يمكن نفي النسب بالملاعنة إلا للقضاء عن طريق رفع دعوى وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية (م 3/426) بمجرد علم الزوج بالحمل لأنه إذا سكت هذا الأخير عند علمه به فلا يقبل منه اللعان ولا ينتفى النسب.

المحكمة العليا غ.أ.ش2002/12/25 ملف رقم 296020 م ق 2004 العدد 01 ص 289.

12- من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوم من علمه بوضع زوجته لحملها . قضية (ع. م) ضد (و.ب ومن معه).

13- وقضى كذلك : من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة ،ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

14- لا ينتفى الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي و يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا وقانونا في نفي النسب وهذا ما ذهب إليه قرار.

المحكمة العليا غ.أ.ش1990/07/16 ملف رقم76343 م ق1991 العدد 03 ص75.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع:

القرآن الكريم

أولا:الكتب

1)البخاري محمد بن إسماعيل،صحيح البخاري اعتنى به محمود بن ط 1 القاهرة ،مكتبة الصفا 2003.

2)ابن الحجاج مسلم صحيح مسلم اعتنى به محمد بن عيادي عبد الحليم ط 1،القاهرة،مكتبة الصفا 2003 .

3)ابن حجر أحمد بن علي ، فتح الباري (ط ،بلا) بيروت ، دار المعرفة النسائي أحمد ، سنن النسائي (ط ،لا)القاهرة ، الدار المصرية اللبنانية 1987.

4)إسماعيل الجوهري ، تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار الطبعة الثالثة ، بيروت دار العلم للملايين 1984 .

5)الإمام حجر الرازي التفسير الكبير ، الجزء الخامس ، دار إحياء التراث العربي الطبعة الثالثة بدون سنة نشر .

6)ابن قدامة عبد الرحمن ، الشرح الكبير بديل المغني تحقيق محمد شرف الدين خطاب دار الحديث القاهرة 2004 .

7)الشربيني محمد ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1994 .

8) القرطبي محمد ، الجامع لأحكام القرآن ،دارالكتب المصرية ،القاهرة ،الطبعة الأولى 1944 .

9)ابن منظور جمال الدين محمد ، لسان العرب ، دار صادر الطبعة الرابعة 2005 .

10) عمر بن محمد السبيل ،البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في مجال النسب و الجنائية ،دار الفضيلة الرياض الطبعة الأولى 2002.

11)عمر بن محمد بن إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي دار الأندلس الخضراء السعودية .

12) الشوكاني محمد ، نيل الأوطار مكتبة الدعوة الإسلامية القاهرة .

13) الشاطبي إبراهيم ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار المعارف ، بيروت (2/8).

14) محفوظ بن صغير،أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري دارالوعي2013 .
15) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي.
16) عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006 .
17) محمد مرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الأولى 2008 .
18) مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام ، الدار الجامعية ، بيروت الطبعة الرابعة 1982 .
19) العربي بلحاج ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد دار الثقافة،الطبعة الأولى2012 .
20) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر ، الطبعة الأولى 1991 .
21) سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته دار كنوز اشبيليا الطبعة الأولى 2007 .
22) خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى 2006 .
23) المعايطة منصور عمر ، الأدلة الجنائية و التحقيق الجنائي دار النشر عمان 2000
24) مسعد سعد الدين هلالي ، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية مكتبة الكويت الوطنية الكويت ، الطبعة الأولى 2001 .
25) فؤاد عبد المنعم أحمد ، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة و القانون ، الإسكندرية المكتبة المصرية.
26) 27–جلال الجابري ، الطب الشرعي و السموم الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع عمان الطبعة الأولى 2002.
27) أقورفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثرها على النسب دار الأمل الجزائر 2012 .

ثانيا:الرسائل والمذكرات الجامعية

1)عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي،إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة أطروحة دكتوراه القاهرة 2002 .

2)زبيري بن قويدر ، النسبي في ظل التطور العلمي و القانوني ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة تلمسان 2012 .

3)سلامي دليلة ، حماية الطفل في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق بن عكنون الجزائر 2008 .

4)شرقي نصيرة ، إثبات النسب في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماستر ، عقود و مسؤولية ، جامعة البويرة 2012 .

ثالثا:القوانين والمجلات القضائية

- قانون 11/84 المؤرخ في : 09 جوان 1984 و المتعلق بقانون الأسرة ، المعدل و المتمم بالأمر 02/05 بتاريخ 2005/02/27 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد : 1997/01 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد :2001/01 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد : 2006/01 .

رابعا:الدوريات

1)تشوار جيلالي نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة كلية الحقوق عدد 2005/03 تلمسان.

2)قرارات مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة 02 ج 1 عدد 02 / 1986.

3)قرارات أعمال ندوة الوراثة والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية إسلامية المنعقدة بالكويت 15/13 أكتوبر 1988 .

4)قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انعقاده المسلمين من علم الهندسة الوراثية مجلة قرارات المجمع الدورة 1419/15 هـ.

خامسا:المواقع الالكترونية

- ***www.islamtoday.net***
- ***www.islamonline.net***

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

المواضيع	الصفحة
مقدمـــة	**أ .د**
الفصل التمهيدي : النسب أهميته و مكانته في الشريعة الإسلامية والطرق التقليدية لإثباته	**06**
▪ **المبحث الأول :** النسب أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية	**07**
○ **المطلب الأول :** تعريف النسب ومدى أهميته	**07**
الفرع الأول : تعريف النسب	**07**
الفرع الثاني : قيمة النّسب وفائدته	**09**
○ **المطلب الثاني : مكانة النسب في الشريعة الإسلامية**	**10**
الفرع الأول : حفظ النسب من الوجود	**11**
الفرع الثاني : حفظ النسب من جهة العدم	**12**
▪ **المبحث الثاني : الطرق المنشئة للنسب و الطرق الكاشفة له**	**14**
○ **المطلب الأول : الطرق المنشئة للنسب**	**14**
الفرع الأول : الزّواج الصّحيح	**14**
الفرع الثاني : ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي فقها وقانونا	**16**
الفرع الثالث : ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح	**20**
○ **المطلب الثاني : الطرق الكاشفة للنسب**	**22**
الفرع الأول : الإقرار	**22**
الفرع الثاني : البينة	**25**
الفصل الأول : الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ونفيه	**29**
▪ **المبحث الأول : نظام تحليل الدم**	**30**
○ **المطلب الأول : النتائج العلمية لفحص الدم**	**30**
الفرع الأول : تعريف الدم ووظيفته	**30**
الفرع الثاني : نظام ABO	**31**
الفرع الثالث : نظام RH	**32**

الفرع الرابع : نظام MN	**32**
الفرع الخامس : نظام HLA	**33**
○ **المطلب الثاني : فحص الدم دليل مؤكد للنفي أو للإثبات**	**33**
▪ **المبحث الثاني : البصمة الوراثية وشروط العمل بها**	**35**
○ **المطلب الأول : البصمة الوراثية وخصائصها**	**35**
الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية لغة و اصطلاحا	**35**
الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية	**36**
○ **المطلب الثاني : شروط العمل بالبصمة الوراثية**	**38**
الفرع الأول : الشروط الموضوعية	**38**
الفرع الثاني : الضوابط التقنية	**42**
الفصل الثاني : حجية الطرق العلمية ومكانتها بين طرق الإثبات	**44**
▪ **المبحث الأول : حجية الطرق العلمية وسلطة القاضي في استعمالها**	**45**
○ **المطلب الأول : حجية الطرق العلمية**	**45**
الفرع الأول : الطرق العلمية ذات حجية قطعية	**45**
الفرع الثاني : الطرق العلمية ذات حجية ظنية	**48**
○ **المطلب الثاني : سلطة القاضي في الاستناد على الطرق العلمية**	**50**
الفرع الأول : جواز الاعتماد على الخبير الطبي	**50**
الفرع الثاني : السلطة التقديرية في الأخذ بنتائج الخبرة	**51**
▪ **المبحث الثاني : مكانة الطرق العلمية بين طرق الإثبات نفيا وإثباتا**	**52**
○ **المطلب الأول : الطرق العلمية و الطرق التقليدية لإثبات النسب**	**53**
الفرع الأول : مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية	**53**
الفرع الثاني : مذهب المخالفين	**54**
○ **المطلب الثاني : الطرق العلمية و الطرق التقليدية لنفي النسب**	**56**
الفرع الأول : مذهب القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية	**56**
الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان	**57**

الفرع الثالث : إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية حق للمرأة أم للرجل	**58**
خاتمـــــــة	**63**
ملحق نماذج من قرارات المحكمة العليا	**66**
قائمة المراجع و المصادر	**70**
فهرس الموضوعات	**74**