جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

وسائل إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- خضراوي هبة الله
- حيرش رقية

إشراف الأستاذ:
-د. بن نويوة عبد المجيد

لجنة المناقشة

-د/أ. هواري صباح	رئيسا
-د/أ. بن نويوة عبد المجيد	مقررا
-د/أ. بورزق أحمد	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم والحمدلله رب العالمين الذي وفقنا وأعاننا

على إنهاء هذا البحث والخروج به بهذه الصورة المتكاملة

وانطلاقا من مبدأ أنه لا يشكر الله من لا يشكر الناس، فإننا نتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور " بن نويوة عبد المجيد " الذي رافقنا في مسيرتنا لإنجاز هذا البحث .

ثم الشكر لوالداي ولإخوتي وأخواتي وإلى أساتذتي .

إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى أمي وأبي وإخوتي وأخواتي

وأسأل الله عز وجل أن ييسر ويبارك لي في عملي هذا

والحمد لله رب العالمين

مقدمة

مقدمة

مع تزايد ثورة الهائلة في مجال العلوم الطبية والبيولوجية في بروز أحداث وإنجازات وإكتشافات علمية في مجال الجينات البشرية والهندسة الوراثية وكذا مكونات الجسم البشري فقد ظهر في هذا العصر إنجازات لا حد لها ، نظراً للتطور الهائل والثورة في هذا المجال ورغم أهميته في إكتشاف أسرار الكون وتفتح الإنسان في أفاق بديع صنع الله في هذا الكون لقوله تعالى : (سنريهم ءاياتنا في الأفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق) {فصلت: 53} حيث كثرة إكتشافات الانسان ونجاحه الجبار في هذه العلوم وتقدمه الهائل في تحقيق مصلحة الإنسان فقد يحتاج هذا التيار إلى ترتيبها وتعديلها وتوظيفها وفق شريعة الله المحكمة . ونقصد هنا بالتحديد مجال البصمة الوراثية وعمليات استئجار الأرحام وغيرها من إنجازات لها علاقة بخارطة الجينات ، إذ يكاد يأخذ هذا مساراً غير محدود إذ يتزايد ويتعاظم مخاطره إذا تركناه دون تحديد ضوابط له .

ونتيجة لهذه الظاهرة المهولة بمخاطر تهز كيان الإنسان وصلته بنسبه ومجتمعه وفساد الأنساب التي تؤدي إلى حياة فوضوية خالية من القيم والأخلاق والتي تمزق الأسر ويختلط الحلال والحرام وتستباح الأعراض ويصبح واقع الإنسان مثل واقع الحيوانات .

حيث أن أقدس ما يحمله الإنسان هو عرضه ونسبه ووجب الحفاظ عليه إذ جاءت الشريعة لتضبط هذه الفطرة وحمايته من الشكوك وتسقط عنه التدنيس ، وعلى الرغم من أن الإسلام يضبط هذا الواقع إلا أنه لا يمنع أو يحجر الباحثين من التفكير في حلول وتوسيع آفاق المعرفة وتحقيق مصالح الإنسان لكن بشرط أن يتفق ذلك العلم صيانة نسب الإنسان .

وعليه جاءت الدراسة التحليلة لأحكام الشرعية المرتبطة بمكتشافات العلمية و دراستها من خلال تأثيرها المباشر أو غير المباشر على النسب.

وعلى هذا الأساس جاء هذا البحث من أجل تبيان النسب في الإسلام وفي العلم من خلال دراسة التطورات العلمية التي لها علاقة به وكذا دراسة إنعكاساتها وأثارها على الانسان وما يترتب عليها من أحكام الشرعية . ومن أهم الأسئلة التي أدرجتها هي :

مقدمة

– ما هي أهم الأدلة التي تثبت النسب ؟ ومدى إعتماد الوسائل العلمية الحديثة في إثباته ؟

– ما مدى إمكانية التطور العلمي وكذا الطرق الشرعية في إثبات النسب في القانون الجزائري ؟ . ومن خلال هذا أسست خطة البحث التي تشمل :

مقدمة والتي كان فيها نظرة عامة التي اشتملت على بيان وتمهيد للموضوع وجاءت بفصلين :

الفصل الأول : إثبات النسب بالطرق الشرعية

المبحث الأول : طرق المنشئة للنسب

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

الفصل الثاني : إثبات النسب بالطرق العلمية

المبحث الأول : أنواع الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب

المبحث الثاني : فعالية الطرق العلمية في إثبات النسب

الفصل الأول

إثبات النسب بالطرق الشرعية

المبحث الأول : الطرق المنشئة للنسب

المبحث الثاني : الطرق الكاشفة للنسب

يقصد بثبوت النسب إلحاق الأولاد بأمهم وأبيهم ، ويثبت نسب الاولاد للأم بمجرد أنها هي من ولدتهم أي بالولادة كما قال الكاساني " فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لأنه في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها "[1] ، أما بالنسبة للرجل فيشترط عدة شروط أهمها على الإطلاق وجود رابطة زواج حيث لا ينسب أبناء الزنا لوالدهم وتنص المادة 40 من القانون الأسرة على أنه " 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 للطرق العلمية لإثبات النسب " حيث يستخلص من هذا أن المشرع قد حدد الحالات التي يمكن أن يتم بمقتضاها إثبات النسب الشرعي وهي على النحو التالي :

– الزواج الصحيح : وهو الزواج الذي توفرت فيه أركانه وشروطه بالإضافة إلى توفر شروط نصت عليها المواد 41 ، 43 ، 42 وتتمثل في إمكانية الإتصال بين الزوجين وعدم نفي النسب بالطرق الشرعية وولادة الطفل بين المدة الدنيا والقصوى للحمل (بين ستة وعشرة أشهر) .

– الزواج الفاسد : ويقصد به الزواج بأحد المحرمات من النساء ، كما يمكن إضافة الزواج الباطل هذا على إعتبار أنه إذا تم الدخول ينسب الولد لأبيه .

– الإقرار : إعتراف شخص بإلحاق نسب شخص مجهول به وهو حجة المقر دون غيره وينقسم إلى الإقرار بالبنوة ، الإقرار بالأمومة ، إقرار بالأبوة .

[1] الكاساني، بدائع الصنائع ، الجزء الثاني ، ص255 .

– البينة : وهو الدليل والحجة الذي يثبت النسب كشهادة الطبيب أو المستشفى الذي حضر الولادة .

– نكاح الشبهة : وهو الدخول بإمراة يظن الرجل أنها حلاله وهي غير ذلك في الحقيقة فإن حملت ثبت نسب الولد . وعلى هذا الأساس تناولنا في :

المبحث الأول : الطرق المنشئة للنسب

حرص المشرع الجزائري وباقي التشريعات على أهمية المحافظة على الأنساب والتي هي من مقاصد الزواج وأساسيات تماسك المجتمع وحمايته . حيث أن الولد ينسب إلى والده متى توافرت شروط الزواج الصحيح كما يثبت النسب أيضا بما ألحق الفراش صحيح أي الزواج الفاسد والوطء بشبهة . وعلى هذا الأساس سنحاول شرحه من خلال :

المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح و إثباته بعد الطلاق

ينسب الولد إلى والده متى كان الزواج صحيحاً من الناحية القانونية ومن أجل إنشاء عقد زواج صحيح وجب توفر فيه الأركان والشروط الشرعية والقانونية مادة 09 والمكرر من الأمر 02/05 . وعلى هذا الأساس فالزواج مادام قائماً فإن النسب يثبت به متى توافرت الشروط أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الطلاق أو الوفاة أو غيرها فإن النسب لايثبت إلا إذا ولدت الأم في مدة مخصوصة تبعاً لنوع الفرقة التي يترتب عليها الإنفصال وتبعاً لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة وعدم وجوبها . وعلى هذا الأساس تناولنا فيه :

الفرع الأول : نسب المولود حال قيام الزوجية

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية فلا يحتاج إلى إقرار أو بينة حيث إذا كان العمل يحدث بالإختلاط الجنسي بين الزوجين فقد يحدث بغير الإتصال العضوي أي عن طريق التلقيح الإصطناعي وألحق المشرع الجزائري نسب الولد في حالتين لأبيه ولكن وفق شروط :

أولاً : شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي

طبقاً للمادة 41 ق الأسرة " الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وعليه لثبوت النسب بالزواج الصحيح مايلي :

1- الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة على أساس عقد الزواج الصحيح حسب قرار المحكمة العليا " من المقرر شرعاً أنه لا يعتبر دخولا مايقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد "[1].

2 – إمكانية الإتصال الجنسي بين الزوجين ، حيث ذهب المشرع الجزائري بإتباع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجة يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي والمنطق والمعقول وعليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعاً وقانونا إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا. أما إذا إستحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضيهما كل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه . وهذا ما أكده إجتهاد المحكمة العليا " حيث أن الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين " .

3 – ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها :

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ : 1984/11/19 ملف رقم : 34046 ، المجلة القضائية 1990 ،ـ العدد الأول ، 67

أقل مدة عمل مادة 48 ق.أ " من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر وحكم مادة 42 بأقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً مستنبط من الآية 15 من سورة الأحقاف : " ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " .

والأية 14 من سورة لقمان : " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين ". وعليه فإذا جاءت الزوجية بولد لـ 6 أشهر فأكثر من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا جاءت بالولد لأقل من 6 أشهر لم يلحق نسبه بالزوج .

ب- أقصى من الحمل والتي حددها المشرع الجزائري في 10 أشهر كما جاء في المادة 42 ق.أ والطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من 9 أشهر إلا نادراً وأما عن حساب أقل وأقصى مدة الحمل فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج وإمكانية الإتصال بين زوجين معاً .

4 – عدم نفي الولد بالطرق المشروعة : بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان والتي متى توافرت شروطه يلحق نسب الولد بأمه ولا يعتبر إبناً للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة والإرث . أما فيما يتعلق بحقوق الله عز وجل يعامل وكأنه إبنه للإحتياط فلا يعطيه زكاته ولا تجوز شهادة أحدهما للآخر إضافة إلى المحرمة بينه وبين أولاده لإحتمال أن يكون إبنه لوجود الفراش كما لا يعد مجهول النسب فلا يصح أن يدعيه غيره .

5 – حالات ينتهي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية أي أن تأتي به لدون 6 أشهر من الزواج فلا يثبت نسبه لتحقيق حصول الحمل به قبل الزواج لأن أقل مدة الحمل 6 أشهر بإتفاق الفقهاء وفي هذه الحالة ينفي النسب من غير لعان غير أنه قد يثبت النسب إذا إدعى الزوج ثبوته ولم يصرح بأنه من الزنا وأن يكون الزوج صغير لا يتصور منه الحمل أو مريضاً مرض جنسي وأيضاً عدم تلاقي بين الزوجين بعد العقد حسب قرار 1997/07/08 ملف رقم 165408 " من المستقر عليه أن مدة نفي

النسب لا يتجاوز 08 أيام . ومتى ثبت في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة .

ثانياً : نسب طفل الناتج عن الإخصاب العلمي

إن المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية لذا شرع الله النكاح حتى يكون الإختلاط بالمباشرة بين الزوجين عن طريق الإخصاب الطبيعي ، إلا أنه في حالة تعذر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية بسبب ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه الذي يحول دون إتمام الحمل ، فقد كشف العلم الحديث إمكانية الحمل بواسطة التلقيح الإصطناعي ، كما ثار في الوقت الحاضر في شأن إنجاب الأولاد مايسمى بأطفال الأنابيب وذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية ، ثم تنمية البويضة المخصبة بعد إكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف وسميت هذه الطريقة في الإنجاب " بأطفال تحت الطلب " ثم ظهر أخيراً في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى ب " إستئجار الرحم " بمعنى الحمل في رحم الغير .[1]

كما أجاز المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي ولكن وفق شروط منها :

أ- أن يكون الزواج شرعياً وخلال فترة الزواج وليس بعد فك الرابطة بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ .

ب- أن يتم تلقيح بويضة المرأة من مني زوجها كما لا يجوز حسب المادة 45 **مكرر بإستئجار رحم إمرأة أخرى** .

ج- موافقة الزوجة على إجراء عملية **الإنجاب الاصطناعي** .

ثالثاً : نسب طفل الإستنساخ

[1] المستشار أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص 199 .

حيث أن المشرع الجزائري لم يذكر نصاً خاصاً يمنع فيه الإستنساخ ، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة والشريعة الإسلامية نجد أن هذه العملية ممنوعة قطعا في تقنية الإنجاب المرسوم 276/92 المتضمن أخلاقيات الطب في المادة 06 منه التي تنص أنه " يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس إحترام حياة الشخصية للإنسان " .

الفرع الثاني : إثبات النسب بعد الفرقة بين الزوجين

تتنوع حالات ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين إما عن طريق الطلاق أو وفاة الزوج أو فقدانه والتي تكمن في :

1- ثبوت نسب ولد المطلقة والذي يكون في :

أ- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول وعليه لا عدة عليها لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها "... وعليه النسب في هذه الحالة يثبت بإحتمال الوطء[1] ... بشرط أن تكون الولادة بعد 6 أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج وأن تكون الولادة خلال 6 لأشهر من وقت الطلاق ومن ثمة لا يثبت النسب إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة وإذا جاءت به لتمام 6 أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لإحتمالية أن تكون حملت به بعد الفرقة لأن مدة 6 أشهر تصلح لتكوين جنين ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الإحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا إدعاه ولم يصرح بأنه من الزنا " .[2]

[1] المستشار أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما ، طبعة 2004 ، ص 829 .

[2] د. أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 203 .

ب- ثبوت نسب المطلقة بعد الدخول حسب المادة 49 من قانون الأسرة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي .... " والذي يكون على النحو التالي :

1- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا :

يثبت الولد من هذه المطلقة إذا لم تقر بإنتهاء عدتها سواءً ولدت قبل مضي سنة من تاريخ الطلاق أو بعد مضي سنة أو أكثر لأنها ما دامت في العدة جاز للرجل أن يراجعها بالاتصال الجنسي فإذا جاءت بالولد قبل مضي سنتين من وقت الطلاق حمل ذلك على أنها حملت به في أول العدة وإذا ولدت بعد سنة أو أكثر كان الظن أن زوجها عاشرها بعد الطلاق ويحكم في دعواها بثبوت الولد وبمراجعة الزوج إياها أما إذا أقرت بإنتهاء عدتها . وكانت المدة منذ الطلاق تحتمل إنتهاءها فإن نسب الولد لا يثبت إلا إذا كانت لمدة بين إقرارها وولادتها أقل من 9 أشهر أما إذا كانت 6 أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه إلا إذا إدعاه الزوج .

2- ثبوت النسب بعد الطلاق البائن :

أ- يثبت نسب الولد من المطلقة طلاقا بائنا بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا أقرت بإنقضاء عدتها مدة تحمل انتهاءها وولدت لأقل من 6 أشهر من تاريخ الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والوضع أقل من سنتين .

ب- أما إذا لم تقر بإنتهاء العدة وجاءت بالولد قبل مضي سنة من وقت الطلاق لأن أقصى مدة الحمل سنة طبقا للقانون ولذلك إذا ولدته بعد مضي سنة أو أكثر فلا يثبت نسبه للرجل إلا اذا إعترف به لأن الزوج لا يحل له أن يعاشر المطلقة طلاقا بائنا فإذا وضعت الولد لأكثر من سنة كان ذلك دليلا على أنها حملت به بعد الطلاق البائن فلا يجوز إثبات نسبه إلا إذا إدعاه .

2- ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها : ويأخذ نفس حكم ولد المطلقة طلاقا بائنا .

3- ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها : وذلك من خلال سبب أو أسباب مثل أداء الخدمة العسكرية أو إرتكابه جريمة ما وطال غيابه أكثر من 10 أشهر دون إثبات وقوع إتصال بين الزوجين وجاءت بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل منذ غيابه فإن المولود ينسب إلى أبيه إلا إذا نفاه .

المطلب الثاني : إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة

الفرع الأول : ثبوت النسب بالزواج الفاسد

إذ يحرص التشريع الإسلامي على ثبوت نسب الولد حتى لا يضيع ولذلك يثبت النسب في الزواج الفاسد كما يثبت في الزواج الصحيح و لكن وفق شروط :

1- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقداً فاسداً .

2- أن يكون الزوج ممن يمكن أن تحمل المرأة منه بأن يكون بالغاً أو مراهقاً في نحو 12 سنة .

3- أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة الحمل وهي 6 أشهر .

الفرع الثاني : ثبوت النسب بنكاح الشبهة

أ- شبهة الفعل : وتسمى أيضا شبهة الإشتباه ، أي إشتباه الأمر على صاحبه وظنه ما ليس بدليل دليلاً على الحل ، ومن صورها :

1- وطء المطلقة ثلاثاً وكذا المختلعة في العدة .

2-وطء من زفت إليه وهي غير الزوجة التي عقد عليها معتمداً على قول النساء هي زوجتك ويثبت النسب في الصورتين شرط أن تأتي بالولد بعد 6 أشهر أو لتمامها من حين الوقع .

ب- شبهة المحل : ومعناه قيام الدليل النافي للحرمة ، فليست مبنية على ظن المكلف واعتقاده ، بل على كون محل الفعل فيه وجه حل للفعل المأتي به وتسمى أيضا شبهة الحكمية لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل وهذا النوع من الشبهة مسقط للحد أيضا وقد مثل العلماء لهذا النوع من الشبهة بصور عدة منها :

1- الرجل يواقع معتدته من طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية .

2 وطء الرجل جارية ولده .

ومعنى هذه الشبهة ثبوت الملك ولو من وجه ، فمثلاً في وطء جارية ولده لا يحد لقيام المقتضى للملك وهو قول النبي : " أنت و مالك لأبيك " .

ج- شبهة العقد : وهي ما كان الإشتباه بحل الوطء فيها ناشئا عن عقد غير صحيح كأن يجري رجل عقد زواجه على إمراة ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد كالذي يدخل بزوجته ثم يظهر له أنها من المحرمات عليه من جهة الرضاع أو أنه جمع بين الأختين أو زواج من خامسة و في عصمته أربع أو الرجل يطأ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي لإختلاف العلماء والإختلاف يورث الشبهة تأسيسا على ما سبق يمكن الخلوص الى أن جمهور الفقهاء وإستناد إلى قوله : " ادرؤوا الحدود بالشبهات "[1] . ذهب إلى أن الوطء بشبهة يثبت النسب ، فثبوت النسب هنا إنما جاء من جهة ظن الواطئ بخلاف الزنا فلا ظن فيه .

المبحث الثاني : الطرق الكاشفة للنسب

وتكمن هذه الطرق في إثبات النسب بالإقرار والبينة وهذا ما أدرجته في :

المطلب الأول : إثبات النسب بالإقرار

[1] شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ،ص 694 ، 695 .

الفرع الأول : معنى الإقرار بالنسب

ومعنى الإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر وهي نوعان :

1- قرابة مباشرة : وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة .

2- قرابة غير مباشرة : وهي الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر، كالأخوة والعمومة ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والأحفاد "[1] ...

الفرع الثاني : أنواع الإقرار بالنسب

ويكون الإقرار بالنسب قرابة مباشرة كالأبوة والبنوة أو القرابة الغير مباشرة كالأخوة والعمومة والذي أقرها الفقهاء على نوعين :

1- الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير : ويسمى بإقرار بأصل النسب وهو الإقرار بالأبوة المباشرة أو البنوة المباشرة حيث إقرار الشخص بأن هذا إبنه من صلبه هو إقرار ليس فيه تحميل النسب على غيره ، قال إبن المنذر : " و أجمعوا على أن الرجل الذي قال : هذا الطفل إبني وليس للطفل نسب معروف ينسب إليه ، وأن نسبه يثبت بإقراره أجمعوا على أن رجلاً بالغاً من الرجال لو قال : هذا أبي وأقر له البالغ ولا نسب للمقر معروف أنه إبنه إذا جاز لمثله مثله" .[2]

وقد إشترط الفقهاء شروط لهذا الإقرار :

1- أن يكون المقر له مجهول النسب أي غير معروف النسب من أب أخر فإذا كان كذالك كان باطلاً ، بإستثناء ولد اللعان فإن حكم نفي نسبه من الزوج الملاعن يعتبر في حكم ثابت النسب فلا يثبت

[1] الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ص236 .

[2] – إبن المنذر محمد ، الإجماع ، تحقيق : د.فؤاد عبد المنعم أحمد ، دار الدعوة ، ط 3 ، 1402هـ ، ص71 .

نسبه بالإقرار غير الملاعن لجواز أن يكذب الملاعن عن نفسه فيثبت نسبه منه ولأن في قبول هذا الإقرار تسجيلا للفاحشة على المرأة .

2- أي إن كان المقر ببنوته أكبر من المقر أو مساوي له في السن لم يصح إقراره لأن الواقع يكذبه .

3- قال المالكية : ليس تصديق المقر به شرطاً لثبوت النسب من المقر ، لأن النسب حق للولد على الأب ، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه ، إذا لم يقم دليل على كذب المقر ...[1]

4- ألا يذكر المقر بأن هذا الولد من الزنا لأنه إن ذكر ذلك فقد بين السبب ، ولم يعد الإقرار مجرداً ، والمعروف أن الزنا لا يصلح سببا للنسب ...[2]

2- إقرار فيه تحميل النسب على الغير : أي الإقرار بالقرابة غير المباشرة كإقرار الأخوة والأعمام والأجداد والأحفاد ، وإقرار شخص أن هذا إبن إبنه مثلاً ينسب هذا لإبنه فيه تحميل للنسب لأنه لا يثبت النسب له إلا بعد ثبوته لإبنه وهذا النوع من النسب لا يقبل لأن فيها تحميل النسب على الغير ، وإذا المقر أقام دعوة بينة على دعواه فيثبت النسب بالبينة لا بالإقرار وكذلك صدقه من حمل النسب عليه لأن في تصديقه يعتبر بينة فيثبت النسب ومرد الثبوت هنا هو البينة . " وفي حالة عدم التصديق وعدم البينة لا يثبت النسب لكن يعامل المقر بإقراره من ناحية الميراث . " [3]

" ومن ناحية غيره من الحقوق التي ترجع إلى نفسه ، وهذا مثل وجوب نفقته عليه إذا كان فقيراً وكان المقر ميسوراً " ...[4]

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته : (دراسة فقهية تحليلية) ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية (الرياض) ، ط1 ، 2007 ، ص 281 .

[2] المرجع نفسه ، ص281 .

[3] الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء 07 ، ص 693 .

[4] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 282

كما جاء عند المالكية والحنفية عن الإقرار هو أن يبين المقر وجه النسب من خلال إستناد في دعواه على بينة تدل على صدقه وإلا أعتبر باطلاً . وعليه فرق الفقهاء بين الإقرار بالنسب والتبني ، فالإقرار هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه . أما التبني فهو إستلحاق شخص ولد معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ، ويصرح أنه يتخذه ولداً له مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة ..." [1]

المطلب الثاني : إثبات النسب بالبينة

وهو الدليل الثاني لإثبات أن النسب كان من نكاح شرعي . فالدليل الأول الفراش الشرعي في نكاح أو يمين ، وأما البينة فتقوم على الشهادة بأن فلان من نكاح شرعي . أي البينة على إثبات الفراش ... " .[2]

حيث نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح ، وبالإقرار والبينة والمراد بالبينة هنا هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات ، والبينة هي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات . ويكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين ، أو رجل وإمرأتين عدول ، فإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص وإدعى كل منهم أنه إبنه فهو إبن من يقيم البينة الكاملة على دعواه ، كما أنه إذا إدعى انسان على أخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو العمومة أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعى عليه دعواه ، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة . وكثيرا ما يتم اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب زيادة عن الوسائل المنصوص عليها قانوناً وقد نص قانون الأسرة في المادة 40 /2 المعدلة على أنه يجوز اللجوء على الطرق العلمية لاثبات النسب ،

[1] شلبي ، المرجع السابق ، ص 703 .

[2] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 265 .

وهذا الأمر لم ينص عليه في النص القديم ، فإذا حدث تنازع على ولد مجهول النسب وكان بواسطة الإقرار فهنا لابد من اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات العلاقة ، فمن ثبتت علاقة النسب إليه دون الآخر ، وإذا لم تثبت لأي أحد لايثبت النسب لكيلهما ، على عكس لو إدعى فقط نسبه فإنه يثبت إذا صدقه العقل أو العادة . ومتى كان المدعى عليه ميتاً وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث أو الدين أو النفقة ، وهذه الحقوق هي التي تكون موضع الخصومة الحقيقي .

الفصل الثاني

إثبات النسب بالطرق العلمية

المبحث الأول : أنواع الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب

المبحث الثاني : فعاليــة الطـرق العلمية فــي إثبــات النسب

قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري لم يكن المشرع الجزائري يعتمد في إثبات النسب إلا على الطرق الشرعية المحددة في نص المادة 40 من ق.أ ، وقد أكدت ذلك أيضاً الإجتهادات القضائية حيث رفضت اللجوء إلى أي نوع من أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب لأن ذلك يعد مخالفة للطرق الشرعية المحددة في المادة 40 من ق.أ ، لكن رغبة من المشرع الجزائري في مسايرة التطورات العلمية والبيولوجية التي توصل إليها العلم حديثاً وكذلك سعياً منه لسد النقص والفراغ الذي يشوب بعض النصوص التشريعية قام بإضافة أو إدراج فقرة ثانية في نفس المادة ، يقضي فيها بإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حيث جاء فيها مايلي : "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" .

إلا أنه ما يعاب على هذه الفقرة أنها جاءت غامضة وواسعة النطاق إذ أن المشرع لم يحدد فيها فيها أنواع تلك الطرق العلمية التي يجوز فيها للقاضي اللجوء إليها في قضايا التنازع حول النسب . إضافة إلى أنه لم يحدد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى هذه الطرق ، وهل يلجأ إليها أثناء غياب الطرق الشرعية أم أنه يمكنه اللجوء إليها ولو بوجود الطرق الشرعية ؟ .

إضافة إلى هذا فإن القضاء لم يحسم موقفه بين الأخذ بها من عدمه وذلك لعدم قيام المشرع بتحديد القيمة العلمية لهذه الطرق[1] .

وللتفصيل أكثر تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

- المبحث الأول نتناول فيه البعض من أنواع الطرق العلمية المعتمدة في إثبات النسب .
- المبحث الثاني نتناول فيه فعالية هذه الطرق العلمية في إثبات النسب من خلال بيان موقف القضاء والتشريع منها وحجيتها .

[1] بكيري منيرة ومحزم ليندة ، إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي (جيجل) ، 2016 ، ص 48 .

المبحث الأول : أنواع الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب

تقدم لنا اليوم العلوم البيولوجية مجموعة من الإكتشافات العلمية المختلفة التي تعد دلائل قوية ، يقارب البعض منها حد القطعية في الكشف عن حقائق عديدة منها إثبات النسب[1] .

وبالنظر إلى القيمة العلمية لهذه الإكتشافات وأثرها في ثبوت النسب سنتطرق إلى أنواعها . إلا أنه لا يمكن حصر جميع الطرق العلمية لذلك سنتناول نظام تحليل فصائل الدم (المطلب الأول) ، والبصمة الوراثية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : نظام تحليل فصائل الدم

نتناول في هذا المطلب الحديث عن طبيعة الدم ومكوناته ، وسنقوم ببيان الفصائل الدموية ودلالتها على ثبوت النسب ، والحكم الشرعي لإستخدام تحليل الدم في إثبات النسب .

الفرع الأول : طبيعة الدم ومكوناته ووظائفه الحيوية

أولاً : طبيعة الدم

الدم (BLOOD) هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية ، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام (BONE HARROW) الذي ينتج أكثر من (7 ملايين خلية/ ثانية)[2] .

ثانياً : مكونات الدم

[1] أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الأول ، ط1 ، عالم الكتب ، مصر ، 2008 ، ص 277 .

[2] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص507 .

أما من الناحية التركيبية للدم فإنه يتكون من جزأين رئيسيين هما : بلازما الدم أو المصورة (PLASMA) وخلايا الدم .

1/ بلازما الدم أو المصورة : وهي سائل يميل لونه إلى الصفرة ، وتشكل حوالي 50–60% من حجم الدم العام ، وتحتوي البلازما على 90% ماء ، ومهمتها الأساسية هي تسهيل حركة الخلايا الدموية ، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا ، وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق وبول ونحوه إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج البدن[1] .

2/ خلايا الدم : وتتكون خلايا الدم من ثلاث مجموعات رئيسية ، وهي :

– كريات الدم الحمراء (ERYTHROCYTES) ، وتدعى أيضاً بالخلايا الحمر وتبلغ نسبتها وسطياً (5 ملايين/ملم مكعب) ، ومهمتها الأساسية نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر خلايا البدن والعودة بغاز ثاني أوكسيد الكربون من الخلايا إلى الرئتين للتخلص منه . للكرية الحمراء شكل مسطح يشبه القرص ، وهي رقيقة في الوسط أكثر من الأطراف وتشبه الكعكة المدورة ولكن دون ثقب في الوسط[2] .

– كريات الدم البيضاء (LEUCOCYTE) ، وتدعى أيضاً بالخلايا بالخلايا البيض : تبلغ نسبتها وسطياً (6 آلاف/ملم مكعب) ، ومهمتها الأساسية الدفاع عن الجسم ضد العوامل المرضية من جراثيم ونحوها . معظم هذه الخلايا مستديرة وعديمة اللون ولها أحجام عديدة وتختلف أشكال نواتها .

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 507 .

[2] المرجع نفسه ، ص 508 .

- صفيحات دموية (PLATELETS) وتعرف أيضاً بخلايا التخثر : تبلغ نسبتها وسطياً (300ألف/ملم مكعب) مهمتها الأساسية المساهمة في تخثر أصغر العناصر المشكلة في الدم .

ويشكل الدم نحو (7%) من وزن الإنسان ، وإذا ما فقد الإنسان كمية معينة من دمه فإنه يتعرض للموت لأن الدم يحمل إلى الخلايا عنصر الحياة الأول وهو الأكسجين ، ولهذا يعبر الفقهاء عن القتل بـ (إراقة الدم) ، لأن القتل يترافق في الغالب بنزيف دموي (BLEEDING) .

وقد يحمل الدم في بعض الظروف عوامل مرضية كالجراثيم والفيروسات والطفيليات ، ولهذا يعد الدم وسطاً خطراً يمكن أن ينقل العدوى بالمرض إلى الآخرين .

ثالثاً : وظائف الدم الحيوية

يقوم الدم بمهام كثيرة أثناء مروره ودورانه في جسم الإنسان ، ومن أهم هذه الوظائف على سبيل الإختصار[1] :

1- نقل الأكسجين من الجهاز التنفسي إلى جميع خلايا الجسم .

2- نقل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الجهاز التنفسي .

3- نقل الغذاء بعد هضمه إلى جميع أعضاء الجسم .

4- نقل فضلات التحول الغذائي إلى أعضاء الإخراج .

5- توفير الطاقة اللازمة إلى جميع خلايا الجسم .

6- نقل وتوزيع الهرمونات إلى جميع خلايا الجسم .

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع **السابق** ، ص 509 .

7- توزيع وتنظيم حرارة الجسم .

8- الدفاع عن الجسم وحمايته من الأمراض .

9- وقف نزف الدم خارج الأوعية الدموية والمساعدة في عمليات تجلط الدم .

الفرع الثاني : تعرف تحليل الدم ، والفصائل الدموية

أولاً : تعريف تحليل الدم

ومعناه : معرفة مكوناته وفصائله وخصائصه . ويستعمل تحليل الدم من الناحية القانونية في ناحيتين[1] :

1- في التحري عن الأبوة ، حيث يدعي رجل ما بأنه والد طفل وعن طريق الإختبار لتحليل الدم يمكن أن يثبت أبوة هذا الرجل أو ينفيها ، وفي حوادث خطف الأطفال أو إختلاط المواليد في المستشفيات .

2- في التحقيق الجنائي ويكون في حالتين :

أ. التوصل لمعرفة الجاني .

ب. لإثبات جريمة شرب الخمر .

ثانياً : فصائل الدم وأهميتها [2]

يستعملها الأطباء ويعنون بها تحديد نوعية دم الشخص .

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 510 .

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

ينقسم الدم إلى أربع فصائل رئيسية يشترك فيها جميع البشر وهي ما يرمز إليه بالأحرف التالية : A , B , AB , O .

وأول من إستخدم نظام الفصائل الدموية المعروفة هو العالم النمساوي (لاند شتينر) عام 1901 م ، وإليه يرجع الفضل في عملية نقل الدم من شخص إلى آخر وفق هذه الفصائل وبذلك حاز على جائزة نوبل في هذا الإنجاز الطبي .

ويتوقف تقسيم فصائل الدم على وجود مادة تسمى (الأجلوتنوجين) في كرات الدم الحمر ، ومادة تسمى (الأجلوتنوتين) في البلازما ، فالإنسان الذي تحتوي كرات دمه الحمر (أجلوتنوجين A) يكون من فصيلة (A) ، والإنسان الذي تحتوي كرات دمه الحمر على (أجلوتنوجين B) يكون من فصيلة (B) ، والذي لا تحتوي كرات دمه الحمر على أي نوع من الأجلوتنوجين يكون من فصيلة (O) ، أما الإنسان الذي تحتوي كرات دمه الحمر على نوعي الأجلوتنوجين A ، B أو AB فإنه يكون من فصيلة (AB) .[1]

أما السيرم أو البلازما فيحتوي على مادة كيماوية تسمى بالأجلوتنين ، وهي نوعان هما : أجلوتينين (A) ، وأجلوتينين (B) ، أو ما يسمى مضاد (A) ومضاد (B) .

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تقسيم فصائل الدم إلى أربع فصائل أساسية ، وذلك على النحو التالي :[2]

1/ الفصيلة (A) : إذا كانت كرات الدم الحمر تحتوي على أجلوتنوجين (A) ، وكانت بلازما الدم تحتوي على أجلوتينين (B) أو مضاد (B) .

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 511 .

[2] المرجع نفسه ، ص 512 .

2/ الفصيلة (B) : إذا كانت كرات الدم الحمر تحتوي على أجلوتنوجين (B) ، وكانت بلازما الدم تحتوي على أجلوتينين (A) أو مضاد (A) .

3/ الفصيلة (AB) : إذا كانت كرات الدم الحمر تحتوي على نوعي أجلوتنوجين (AB) ، ولا يوجد في مصلها أجسام مضادة .

4/ الفصيلة (O) : إذا كانت كرات الدم الحمر لا تحتوي على أي نوع من الأجلوتنوجين ، وكانت بلازما الدم تحتوي على أجلوتينين (A,B) أو مضاد (A,B) .

ومعرفة هذه الفصائل وخواصها له فوائد كثيرة ، وأهم فائدة لها تظهر في مجال عمليات نقل الدم ، حيث يتعين التوافق التام بين دم المعطي ودم الآخذ ، لأن الشخص الذي يتلقى الدم من فصيلة غير مماثلة لفصيلة دمه يعرض نفسه للخطر ، لأنه لا يمكن لأي حال من الأحوال أن تجمع المواد اللاصقة والأجسام المضادة لها في دم شخص واحد ، وذلك لأن إجتماعها يسبب إلتصاقاً لخلايا الدم الحمر ، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى إنسداد الأوعية الدموية في جسم الشخص الذي نقل إليه الدم وموته الحتمي نتيجة هذا الإلتصاق الدموي .[1]

الفرع الثالث : دلالة تحليل الدم على إثبات النسب

من مجالات الإستفادة من معرفة فصائل الدم حل المشاكل الخاصة بقضايا تنازع البنوة ، أو حالات الإشتباه أو الإختلاط في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها ، أو حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث والكوارث ، وتعذر معرفة أهليهم وكذا عند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب ، أو الزلازل وما شابه ذلك .

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 513 .

فعن طريق معرفة فصيلة دم الطفل وفصيلة دم من يتنازعون عليه يمكن الوصول إلى معرفة نسبة الولد إلى من يدعيه .

وهذه المعرفة تعتمد على وراثة مجاميع الدم وهي كالتالي :

إن مجموعة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة ، وهي تنتقل من الوالدين إلى الأطفال تبعاً لقانون مندل الوراثي ، وأول من أثبت ذلك (فون دنجرن) و(هرشفيلد) ، وقد إعتبر أن مولدتي التراص أو الأجلوتنوجين (A,B) هما العامل الأساس في وراثة المجاميع الدموية لكونهما يظهران قبل الجسم المضاد ولكونهما ثابتتين أيضاً ، فيكون تطبيق قوانين الوراثة على مجاميع الدم حسب النظام التالي :

1/ لا يمكن إنتقال مولدة التراص ووجودها في كريات دم الأولاد ما لم تكن موجودة عند أحد الأبوين على الأقل .

2/ عند عدم وجود إحداهما عند الأبوين لا نجد لها أثراً عند الأولاد .

3/ عند وجود إحداهما عند الأبوين معاً ، فإنها توجد عادة عند أغلب الأولاد .

4/ يعتبر وجود إحداهما صفة سائدة وتظهر وحدها عند الأفراد المنحدرين من الطبقة الأولى .

5/ يعتبر عدم وجود إحداهما صفة متنحية ، فلا تظهر عند أفراد الطبقة الأولى وإنما تظهر في ذرية الطبقات المتعاقبة .

وعلى هذا يمكن تطبيق هذه القواعد في مختلف حالات وجود المجاميع الدموية ، فإذا عرفت فصيلة دم كل من الأب والأم يمكن معرفة فصيلة دم الإبن أو إذا وجدت فصيلة دم الإبن وفصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب .[1]

الفرع الرابع : الحكم الشرعي لإستخدام تحليل فصيلة الدم في إثبات النسب

سبق التنويه إلى أن الشريعة تحض على العلم ، وتعتد بنتائجه القاطعة في فهم وتطبيق أحكامها الشرعية ، كما سبق معنا التقرير بأن جميع أدلة إثبات النسب إذا عارض المقطوع به من الحس أو العقل وجب صرف النظر عنها وعدم الإعتداد بها مهما كان ذلك الدليل طالما أنه كان مفيداً للظن ، لأن المظنون به لا يمكن أن يعارض المقطوع ، وما يقرره الشرع لا يمكن أن يخالف ما يقطع به الحس أو العقل .[2]

بناءً على هذا إذا إدعى زوجان إبناً لهما وجد لقيطاً في مكان ما أو في حالة ضياعه بسبب حدوث كارثة أو زلزال وأرسلوا في البحث عنه وطلبه ، ثم تبين بعد فحص فصيلة دم الثلاثة أن الولد يمكن أن يكون لهما ، فإن الشرع يعتبر ذلك الدليل دليلاً مقبولاً وكافياً في إلحاق الولد بمن إدعاه ، وإنما كان ذلك في نظر الباحث كافياً ومقبولاً لأن غاية ما يستفاد من توافق فصائل الدم بين مدعي النسب والمدعى له ، وهو الولد هو الدلالة على قدر من الإحتمال القوي بكون الولد قد تخلق من ماء من يدعيه ، ولا ينف أن يكون من غيره نظراً لوجود عديد من الأشخاص لهم الفصائل نفسها ، فإذا كانت الدعوى فردية أي لا ينازع المدعي آخر في الدعوى ، فإننا نثبت بها النسب بناءً على ذلك الإحتمال القوي ، ولأنه لا يوجد معنا دليل قطعي من الشرع أو العقل أو الحس كونه من غير ، والأنساب تلحق بالإحتمال ، و لأن مصلحة الشرع في إتصال

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 514 .

[2] المرجع نفسه ، ص 516 .

الأنساب لا في إنقطاعها لإحتمال أن يكون ذلك صحيحاً ، ولما فيه من مصلحة إحياء الولد ودفع الهلاك الذي قد يلحقه بسبب قطع نسبه عن أبيه ، ولذا تقرر في الشريعة بأن "الشارع متشوف إلى إثبات الأنساب" ، ولأن "الشبهة ملحقة بالحقيقة في محل الإحتياط" – كما نص على ذلك الفقهاء – وإثبات النسب مما راعى الشارع فيه الإحتياط .[1]

أما في حالات تنازع البنوة –كالحال مثلاً عند إختلاط الأطفال في المستشفيات– وإدعى الطفل أكثر من شخص ، فإذا كانت نتيجة فحص الدم بين الأطراف المتنازعة في صالح أحدهم دون الآخرين كان ذلك دليلاً على أن الطفل يحتمل أن يكون إبنه فيلحق به دون أحدهم أما إذا حصل الإشتراك في نتيجة فحص الدم بين أكثر من واحد ، أو أمكن أن يكون من واحد لا بعينه ، فهنا لا يمكن الإكتفاء بهذه النتيجة في الإلحاق ، لأن عملية فحص الدم كما سبق البيان ليست وسيلة يقينية لإثبات النسب نظراً لوجود العديد من الأشخاص يحملون الفصائل نفسها ، من أجل ذلك لا يعتمد عليها وحدها في حالات قضايا تنازع البنوة التي من هذا القبيل ، وتكون الأطراف المتنازعة متساوية من جهة قوة الدليل ولا مرجح بينهما ، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى وسيلة أخرى تحسم النزاع وهي البصمة الوراثية ، فيستعاض عن فحص الدم بدراسة جزئية (DNA) في خلايا الدم لتحديد البنوة للإثبات اليقيني للنسب فمثلاً إذا إدعى رجلان فصيلة أحدهما (O) والآخر (A) نسب طفل فصيلته (AB) فمن المستحيل أن يكون الطفل إبناً للرجل الذي فصيلته (O) ، وهناك إحتمال بأنه إبن للرجل الذي فصيلته (AB) ، وبذلك نلحقه به ، وتكتفي بتحليل الدم في إلحاق النسب إذا تعذر الوصول إلى إختبار البصمة الوراثية .[2]

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 517 .

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

لكن لو كان الرجلان يحملان نفس الفصيلة الدموية (A) مثلاً فهنا لا يمكن إلحاق الطفل بأحدهما ، وبذلك يمكن اللجوء إلى البصمة لإثبات النسب على وجه اليقين .[1]

ولهذا من الخطأ العلمي القول بأن : "... نتيجة تحليل الدم قرينة قوية وقاطعة لبيان الحق وتجلية وجهه بدون محاباة وموارية "[2] ، لأنه من المقرر من الواجهة العلمية أن مسألة اليقين في إثبات النسب بواسطة تحليل الدم غير واردة أصلاً ، وإنما هي مجرد إحتمالات نظراً لوجود الإشتراك في فصائل الدم بين البشر .[3]

المطلب الثاني : البصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي إختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها ، وتعتبر فيها حجة يعتمد عليها كلياً أو جزئياً وقد شاع إستعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية ، وقبلت بها عدد من المحاكم الأوروبية وبدأ الإعتماد عليها مؤخراً في البلاد الإسلامية لذلك يجدر بنا معرفة حقيقة البصمة الوراثية وتبيان الشروط والضوابط الشرعية لتكون قرينة لإثبات النسب ،[4] وكذا دور البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب . لذا سنتطرق لتعريف البصمة الوراثية وخصائصها في (الفرع الأول) ، شروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب (الفرع الثاني) ، ودور البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة ، المرجع السابق ، ص 518 .

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[4] بومجان سولاف ، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، 2008 ، ص 41 .

أولاً : تعريف البصمة الوراثية

سنعرف البصمة الوراثية عن طريق تبيان مدلولها اللغوي ، الإصطلاحي ، والعلمي .

1/ المدلول اللغوي : مصطلح (البصمة الوراثية) مركب وصفي من كلمتين : (البصمة) و(الوراثية) ، وسوف أتناول بيان كل لقطة منهما في اللغة على حدا .

- البصمة : كلمة عامية تعني العلامة . تقول : بصم القماش بصماً ، أي رسم عليه .

وقد أقر مجمع اللغة العربية لفظ البصمة بمعنى أثر الختم بالأصبع[1] .

تقول : بصم بصماً : أي ختم بطرف إصبعه ، بعد دهنه بمادة مخصوصة تشبه المداد الأسود .

والبصمة عند الإنطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع ، وهي : الإنطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء ، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة ، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع .[2]

- الوراثية : نعت ، وهي مشتقة من الوراثة ، ومعناها في اللغة الإنتقال .

تقول : ورث فلان أباه يرثه وراثة وميراثاً ، أي صار إليه بعد موت مورثه .

وقال تعالى إخباراً عن زكرياء (عليه السلام) ودعائه إياه : " **وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي**

[1] حسنى محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 77 .

[2] المرجع نفسه ، ص 78 .

وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيا (5) يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ ... (6) [1]" ، أي يبقى بعدي فينتقل له ميراثي .

2/ المدلول الإصطلاحي : الوراثة هي : علم يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر ، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الإنتقال .

وعليه ، فإذا ما إعتبرنا لفظ (البصمة) بمعنى العلامة أو أثر الختم بالإصبع –كما إعتمدها مجمع اللغة العربية– ولفظ (الوراثة) بمعنى الإنتقال ، فإنه يمكن تعريف مصطلح (البصمة الوراثية) في اللغة بأنه العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء ، أو من الأصول إلى الفروع ، وفق قوانين محددة يمكن تعلمها .[2]

3/ التعريف العلمي للحامض النووي وأهميته في مجال إثبات النسب : الحامض النووي وما يعرف بـ (DNA) هي الحروف الأولى لمصطلح DEOXY HIBONCUHIC ، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الإستغناء عنه ، وهي إختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين ، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية ، ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية ، لذا يطلق عليه "النووي" ، ويشكل هذا الأخير نظاماً يحدد خصائص كل فرد بإعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر .[3]

وهكذا يمكن إعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثر من المجالات فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة ، وهذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب

---

[1] سورة مريم ، الآيتان 5–6 .

[2] حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 82 .

[3] طارق إبراهيم الدسوقي عطية ، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي ، دار الجامعة الجديدة ، د.م.ط ، ط1 ، 2011 ، ص 254 .

الحقيقي ، فإذا وجدت هذة التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل .[1]

ثانياً خصائص البصمة الوراثية :

لقد أظهرت البحوث الطبية البيولوجية أن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى ، ومن أهم هذه الخصائص ما يلي :

1/ تختلف البصمة الوراثية من شخص لآخر ، ولا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشابهان في هذه البصمة ، ماعدا التوائم المتطابقة (الحقيقية) ، أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد .

2/ يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدم واللعاب أو الأنسجة كالشعر والجلد والعظام ، وذلك يعود لتطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم . كما أن الحمض النووي يمتاز بقوة ثبات كبيرة جداً في أشد الظروف البيئية على إختلافها من حرارة ورطوبة وجفاف ، فله قدرة على مقاومة عوامل التحلل والتعفن لفترات طويلة جداً .[2]

3/ دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والإحتمال ، إذا روعيت فيها الشروط اللازمة ، فقد تصل نسبة نجاحها حسب آراء الخبراء والأطباء إلى نسبة 99،07% في دعاوي الإثبات حيث تقول

[1] شرقي نصيرة ، إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، 2013 ، ص 42 .

[2] حسام الأحمد ، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ، ص 24 .

التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي قد تصل في ظرف زمن قصير إلى نسبة 100% مما سيجعلها سيدة الأدلة .[1]

الفرع الثاني : شروط وظوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

أولاً : شروط العمل بالبصمة الوراثية

إشترط الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية شروطاً عديدة حتى تقبل ، والشروط التي ينبغي توافرها فيما يلي :

– أن تقبل البصمة الوراثية من أهل الإختصاص (أي شيوعها وإنتشار العمل بها) ، ولذلك نص الفقهاء في كتبهم في غير موضع : (أن الحكم للكثير الغالب لا بالقليل النادر) ، كما أن الله تعالى إعتبر الرضا في الشهادة كما قال : "... **فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء** ...".[2]

– أن لا يتم التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة .

– الإستعانة بأكبر الخبراء في علم الوراثة والبيولوجيا الجزيئية وخبراء الطب الشرعي في هذا المجال .[3]

– أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة أو المختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة .

[1] سلامي دليلة ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008 ، ص 24 .

[2] سورة البقرة ، الآية 282 .

[3] حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 478 .

– أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية ممن تتوافر فيهم أهلية قبول الشهادة ، وممن يوثق بهم علماً وخلقاً ، أن لا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أومنفعة بأحد المتداعيين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة .[1]

– أن يجري إختبار البصمة الوراثية مسلم عدل ، لأن قوله شهادة ، وشهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم إلا في الوصية والسفر ونحوه .

وهذا الشرط إنما يكون في حالة إثبات النسب لمسلم ، أما في حالة إثبات النسب لغير المسلم فإن قول غير المسلم يقبل في حق غير مسلم آخر عند بعض أهل العلم ، كما في الشهادة .[2]

– يلزم في الإثبات بالبصمة الوراثية أن تكون قطعية ، والمراد بالقطع هنا علم الطمأنينة وليس علم اليقين ، إذ لا سبيل إلى القطع بمعنى اليقين في باب القرائن . وعلى هذا فإنه لا يقبل في الإثبات إلا بالقرائن القوية .

– أن لا تخالف البصمة الوراثية حكماً عقلياً مقرراً في الشريعة الإسلامية ، كأن تثبت مثلاً : بنوة مولود لمن لا يولد لمثله ، مثل الصبي الذي لم يبلغ ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء في شروط ثبوت النسب .[3]

ثانياً : ضوابط قبول البصمة الوراثية

[1] حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 479 .

[2] المرجع نفسه ، ص 480 .

[3] المرجع نفسه ، ص 481 .

بما أن العلم يؤكد أن إختبار الحامض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هو أقوى الإختبارات التي يمكن أن يعتمد عليها القضاة في حكمهم على المجرمين والمتهمين ، فقد كان لا بد من وضع ضوابط عديدة للتأكد من إجراء هذا الإختبار بدقة متناهية .[1]

وعلى أية حال فإنه يمكننا تقسيم ضوابط قبول البصمة الوراثية إلى قسمين : أحدهما : ضوابط إجرائية ، وثانيهما : ضوابط تقنية .

1/ الضوابط الإجرائية : أدى العمل بالبصمة الوراثية إلى ظهور مشاكل عديدة ، تولد عنها بعض الضوابط الإجرائية التي يتطلب مراعاتها قبل الدعوى إلى تعميم الأخذ بها والعمل بموجبها ، ومن أهم هذه الضوابط :

– جمع العينات وتوثيقها : ثبت من الناحية العلمية أن العينات البيولوجية تفقد حيويتها وتفاعلها إذا لم تجمع ولم تحفظ بطريقة سليمة ، وتحقيقاً لذلك ، يجب توثيق جميع العينات ، بحيث يتم تدوين العناصر والأجزاء ، كما يجب أن تتضمن الإستمارة التي سيحال بواسطتها الأثر إلى المختبر للتحليل ، على جميع التفاصيل الخاصة بالعينة .

– إعتماد المعامل المناسبة : نص مرسوم مجلس الدولة الفرنسي رقم 159/97 الصادر في 1997/02/06م ، والخاص بشروط إعتماد الأشخاص الأكفاء بالقيام بالتعرف بالبصمات الوراثية في إطار الإجراءات الجنائية في مادته التاسعة على أنه :[2]

(يجب أن تمتلك المعامل التي تتم فيها مهام التعرف على الأشخاص بالبصمات الوراثية ، المرافق والتجهيزات المناسبة لتقنيات بيولوجيا الجزيئات المستخدمة ، ويجب أن تنجز الأعمال بضمان الغياب التام لأي تلوث ...) .

[1] حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 471 .

[2] المرجع نفسه ، ص 472 .

– مراقبة النوعية : نص قانون الصحة العامة الفرنسي الجديد الصادر في 1996/05/08م على أثرين خاصين بشأن تحليل البصمات الوراثية ، هما :

الأول : ويتعلق بالرقابة على النوعية الخاصة بالحمض النووي (DNA) ، وهو ما نصت عليه المادة رقم 761–24 من القانون السابق بوجوب الرقابة على النوعية التي يجب أن تتصف بها تحاليل التعرف بالبصمات الوراثية المنجزة في إطار إجراءات قضائية .[1]

الثاني : ويتناول إنتظام الرقابة ، حيث نصت المادة رقم 567–3 من القانون السابق على أن تنجز الرقابة على النوعية من قبل وكالة الدواء الفرنسية مرتين على الأقل في السنة ، وتسلم النتائج فوراً إلى صاحب الإعتماد .[2]

– حماية المعلومات أو المعطيات : نص المبدأ السابع من التوصية رقم 1–92 R ، الصادر عن المجلس الأوروبي عام 1992م على أنه : يجب أن يتم تحليل الحامض النووي في نطاق إحترام التوصيات والقواعد التي أقرها المجلس الأوروبي والمتعلقة بإحترام وحماية المعلومات ذات الطبيعة الشخصية في قطاع البوليس .[3]

الفرع الثالث : دور البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب :

كان الفقه الإسلامي في مجال إثبات النسب يعتمد على مايعرف بالقيافة ، حيث يعرف القائف بأنه الذي يعرف النسب بالنظر إلى أعضاء الولد ، وكانت القيافة تستعمل في إثبات

[1] حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 473 .

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

النسب عند عدم وجود البينة والإقرار وحالة الإشتباه في نسب المولود والتنازع عليه ، فيعرض على القافة ومن ألحقته به القافة من المتنازعين نسبه ألحق به .[1]

إلا أنه وبظهور الوسائل العلمية المختلفة ومنها البصمة الوراثية أصبح يعتمد عليها كوسيلة قطعية في إثبات النسب ، التي تقوم على معرفة الشبه بين الولد ووالديه ، لكن ذلك عن طريق النمط الوراثي العلمي للحامض النووي .

يمكن القول بأن البصمة الوراثية والإستدلال بها في إثبات النسب نوع من علم القافة ، حيث تميزت بالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة ما يجعلها تأخذ حكم القيافة العلمية متى توفرت الشروط والضوابط التي حددها الفقهاء في القيافة ، حيث جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية أن : " البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية ".[2]

نلاحظ أنه فيما عاد الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب والمحددة في المادة 40 من ق.أ فإنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية كخبرة ودليل علمي لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجياً ، والتي كرسها المشرع في الفقرة الثانية من المادة 40 ق.أ ، وذلك لغرض حل مختلف قضايا التنازع حول النسب في الكثير من الحالات منها :

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع سواءً أكان التنازع على مجهول النسب بسبب إنتفاء الأدلة أو تساويها أو بسبب الإشتراك في الوطء بشبهة .

[1] عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية إستخدامها في النسب والجناية ، ط1 ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، 2002 ، ص 25 .

[2] أسامة محمد الصلابي ، " مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات " ، مجلة كلية الآداب ، مجلة علمية محكمة ، العدد 35 ، جامعة قاريونس ، ليبيا ، 2011 ، ص 15 .

– حالات إشتباه المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وكذا الإشتباه في أطفال الأنابيب .

– حلات ضياع الأطفال وإختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم .[1]

– حالات إدعاء المرأة أن مولودها يخص رجلاً معيناً ، لإجباره على الزواج أو طمعاً في الميراث والنفقة للتأكد من النسب سلباً أو إيجاباً .

بالإضافة إلى هذه الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ، فإنه هناك حالات لا مجال فيها للعمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب منها ما يلي :

– إقرار رجل بنسب مجهول النسب وتوفرت شروط الإقرار يلتحق به النسب ولا يجوز عندئذ اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لعدم وجود المنازع .[2]

– إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناءً على البصمة الوراثية ، ثم قام الآخر البينة على أنه ولده فإنه يحكم له به ويسقط العمل بالبصمة لأنه بدل على البينة ، فيسقط بوجودها .[3]

[1] بن صغير مراد ، " حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب " ، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، ع 09 ، 2013 ، ص 263 .

[2] أسامة محمد الصلابي ، المرجع السابق ، ص16 .

[3] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

وفي الأخير وبناءً على ما سبق يمكن القول أن البصمة الوراثية دليل علمي قطعي في إثبات النسب إلا أنه لا يمكن أن تتقدم على الطرق الشرعية والقانونية الواردة في المادة 1/40 ق.أ . حيث يلجأ إليها في حالة غياب هذه الطرق أو في حالة تعارضها .

ما يعني أن الأبوة الثابتة بهذه الطرق لا يمكن إبطالها بالبصمة الوراثية ، كما أن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقاً لما أكدت عليه المادة 41 من ق.أ.ج .[1]

المبحث الثاني : فعالية الطرق العلمية في إثبات النسب

رغم إستجابة المشرع الجزائري للتطورات البيولوجية الحديثة وإدراجه الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب في قانون الأسرة إلا أنه أغفل جانب مهم يتعلق بها يتمثل في عدم تبيانه القيمة القانونية لهذه الطرق؟ ومدى دقة النتائج التي يتوصل إليها؟ وهذا طرح العديد من الإشكالات على مستوى القضاء في الأخذ بها أم لا . وتفصيلاً لهذا تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول : يتناول بيان موقف القانون من الطرق العلمية .

الثاني : يتناول حجية الطرق العلمية وعوائق اللجوء إليها .

المطلب الأول : موقف التشريع والقضاء من الطرق العلمية

هناك من التشريعات من إستجابت إلى التطورات العلمية الحديثة وأدرجت الطرق العلمية في قوانينها ، وقامت بالأخذ بها على مستوى القضاء في مختلف دعاوى الأحوال الشخصية ،

[1] بن صغير مراد ، المرجع السابق ، ص264 .

وهناك البعض الآخر منها لم تقم بإدراجها في قوانينها ما جعل بالقضاء فيها متردد في الإعتماد عليها .

نتناول في هذا العنصر موقف التشريع من الطرق العلمية في إثبات النسب (الفرع الأول) ، وموقف القضاء كذلك منها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : موقف التشريع من الطرق العلمية

أول ما ظهرت الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية ، إعتمدت عليها أغلب التشريعات الغربية وأجازت إستخدام هذه الطرق في إثبات النسب بعد أن كانت تستخدم كوسيلة للإثبات في المواد المدنية والجزائية فقط ، كما أقرت كذلك حديثاً الدول العربية إعتماد الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب .

سنتناول في هذا العنصر موقف بعض التشريعات المقارنة (أولاً) ، ثم موقف التشريع الجزائري (ثانياً)

أولاً : موقف التشريع المقارن

في فرنسا لم يسمح المشرع الفرنسي بإجراء الخبرة البيولوجية إلا في نطاق دعوى قضائية وأن يكون الأمر بصدد إنشاء بنوة قانونية أو طبيعية أو إنكارهما وهو ما أكده المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 1994/07/29 الذي أضاف بموجبه المادة 11/16 إلى القانون المدني حيث جاء فيها " لا يجوز اللجوء إلى تحليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلا في نطاق دعوى تهدف إلى إثبات علاقة النسب أو نفيها أو تهدف إلى إلزام الأب بالإنفاق على الطفل أو إلغاء هذه النفقة ، ويجب أن يكون الهدف من هذه الدعاوى هو البحث عن الحقيقة البيولوجية "

طبقاً لهذا النص فإنه لا يمكن لأي شخص أن يطلب إجراء هذا الفحص من تلقاء نفسه ودون أن يكون هناك دعوى أو إذن من الجهة القضائية المختصة .[1]

وفي ألمانيا نصت المادة 372 من قانون الإجراءات المدنية على أن القاضي يلزم بالبحث في قضايا الأنساب بأعمال الخبرة وبما تكشف عنه من نتائج تعد حقائق علمية .[2]

يعتبر المشرع التونسي أول من أجاز إثبات النسب بالطرق العلمية حيث جاء في الفصل الثالث مكرر من القانون المتعلق بإسناد اللقب العائلي أنه : "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو الأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الإبتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل" .

ثانياً : موقف التشريع الجزائري

قبل تعديل قانون الأسرة كان النسب يثبت حسب نص المادتين 40 و41 منه بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول ، كما يثبت النسب متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة .

والمشرع بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة أضاف فقرة ثانية إلى نص المادة 40 ينص فيها أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

[1] رابحي فاطمة الزهراء ، إثبات النسب ، أطروحة الدكتوراه في الحقوق ، فرع القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2012 ، ص 164 .

[2] إقروفة زبيدة ، " النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)" ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، ع1 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2010 ، ص 74 .

هذه الإضافة كانت تماشياً مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية ويمكن القول أن المشرع يقصد من الطرق العلمية في هذه الفقرة فحص الحمض النووي (DNA) لإعتباره دليل علمي قاطع في إثبات النسب عكس تحليل الدم الذي يعد طريق للنفي .[1]

ذهب بعض من الفقه الجزائري من الشراح والمفسرين إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن يبيح اللجوء إلى الطرق العلمية في كلتا حالات التنازع حول النسب سواءً الإثبات أو النفي ، ما دام أنه إقتنع بها في حالة الإثبات وذلك لتحقيق العدالة بصورة أوسع نطاقاً .[2]

إن هذه الفقرة لم تأت لإلغاء أو إستبعاد أدلة الإثبات الشرعية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 40 وإنما جاءت مكملة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد علاقة الآباء والأولاد ، إلا أنه كان على المشرع الجزائري أن يبين الحالات التي يجوز فيها للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب على سبيل الإستثناء من المبدأ العام لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة غير المحددة قد تحدث تهديد على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص .[3]

الفرع الثاني : موقف القضاء من الطرق العلمية

إن ما تتميز به الطرق العلمية من خصائص جعلها تلقى قبولاً من طرف القضاء الذي أصبح يعتمد عليها كوسيلة في مجال المنازعات الخاصة بالنسب ، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال ما ذهب إليه الإجتهاد القضائي المقارن وكذلك القضاء الجزائري .

أولاً : موقف القضاء المقارن

[1] رابحي فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 169 .

[2] بلحاج العربي ، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2013 ، ص242-243 .

[3] رابحي فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 167-168 .

أكدت محاكم القضاء الفرنسي الدور الذي تلعبه الطرق العلمية في إثبات النسب حيث أصدرت محكمة بوردو بتاريخ 1997/02/01 حكماً أيدت فيه حكم محكمة أول درجة الذي قضت فيه بنسب الطفل للمدعى عليه إستناداً إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية ، كما دعت كذلك محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع إلى الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب وذلك في تقريرها السنوي لعام 1987 .[1]

وبالنسبة للقضاء المغربي فإنه قبل تعديل مدونة الأسرة كان يرفض إعتماد الطرق اللعمية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب رغم أنه كان يعتمد عليها في ميادين أخرى عند بثه في منازعات تخص الأحوال الشخصية .[2]

حيث جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 527 لسنة 1991 : "بأنه يلتجأ للتحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علةً أو حملاً إذا بقيت الريبة في الحمل بعد إنقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولا يلتجأ لهذه الوسيلة في نفي النسب ..." .[3]

إلا أنه وبعد تعديل مدونة الأسرة لسنة 2004 ونص المشرع على إمكانية اللجوء على الخبرة الطبية إضافة إلى كثرة المنازعات المطروحة أمام القضاء بصدد إثبات أو نفي النسب أصبح القضاء المغربي يلجأ إلى الخبرة الطبية وعلى رأسها البصمة الوراثية لإعتبراها وسيلة قطعية وحاسمة .[4]

ثانيا : موقف القضاء الجزائري

---

[1] رابحي فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 175 .

[2] خالد برجاوي ، تطور قواعد النسب في القانون المغربي ، مجلة رسالة المحاماة ، ع 27 ، الرباط ، د.س.ن ، ص 5 .

[3] إقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص 80 .

[4] خالد برجاوي ، المرجع السابق ، ص 6 .

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فهو قبل تعديل قانون الأسرة كان يرفض اللجوء إلى الطرق العلمية سواءً تحليل الدم أو البصمة الوراثية ، ويمكن إرجاع ذلك إلى عدم وجود نص لا في القانون ولا في الشريعة الإسلامية يجيز ذلك .[1]

أكدت هذا الرفض العديد من قرارات المحكمة العليا منها : "من المقرر قانوناً أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً...ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزا سلطتهم قرارهم للنقض .

ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه" .[2]

يتبين من هذا القرار أن قضاة المجلس قد طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة قبل التعديل .

إلا أنه وبعد تعديل قانون الأسرة وإضافة المشرع للفقرة الثانية من المادة 40 حيث أصبحت المحكمة العليا تجيز اللجوء إلى الطرق العلمية حيث جاء في أحد قراراتها :

"حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص–م) للمطعون ضده بإعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (DNA) التي أثبتت أن الطفل هو إبن المطعون ضده

[1] بكيري منيرة وحزم ليندة ، المرجع السابق ، ص 72 .

[2] قرار بتاريخ 1999/06/15 ، ملف رقم 222674 ، غ أ ش ، ع خ 2001 ، ص 88 ، نقلاً عن : العيش فضيل ، المرجع السابق ، ص 38 .

ومن صلبه بناءً على العلاقة التي كانت 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 أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك ، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به ..." .[1]

كذلك حكم المحكمة العليا الذي قض بإلحاق نسب المرجع لأبيه وأمه ليصبح نسبهما بشهادتي ميلاد كل واحد منهما في سجلات الحالة المدنية .

ما يفهم من خلال هذا القرار أن هذا الولد ناتج عن علاقة غير شرعية أي أنه إبن زنا وما دام كذلك فإنه كان على المحكمة العليا تأييد حكم المجلس بعدم إلحاق الولد لأبيه لأن الزنا حرام من الناحية الشرعية والقانونية وان الولد الناتج عنها ينسب للأم فقط ولا ينسب للأب .

المطلب الثاني : حجية الطرق العلمية وعقبات اللجوء إليها

عندما يعرض نزاع على القاضي يتعلق بإثبات النسب بالطرق العلمية فإن أول ما يمكن أن يتبادر إلى ذهن القاضي هو ما القيمة والحجية التي تتمتع بها هذه الطرق في الإثبات؟ وهل هناك شيء يمكن أن يعيق تطبيق هذه الطرق في حالة الأخذ بها . من هنا نتناول في الفرع الأول : حجية الطرق وبعدها سنعرج إلى العوائق التي تواجه الطرق العلمية وتحول دون اللجوء إليها .

الفرع الأول : حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

[1] قرار بتاريخ 2006/03/05 ، ملف رقم 355180 ، نقلاً عن : نبيل صقر وقمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 45 .

هناك بعض الطرق العلمية لها حجية مطلقة في إثبات النسب كالبصمة الوراثية على الرغم من أن لها البعض من الأسباب التي قد تجعل من قيمتها تتحول إلى نسبية ، كما أنه هناك من الطرق التي تكون بحد ذاتها ظنية في إثبات النسب .

أولاً : الحجية المطلقة للطرق العلمية

تتسم البصمة الوراثية بأنها دليل علمي قاطع لا تقبل في ذاتها الخطأ في إثبات النسب ، وهي بصفتها هذه تعد حجة علمية يجب الإعتداد بها كما أنها حجة متعدية إلى غير أطراف النزاع ، فموضوع الإثبات بها لا يخص المتداعيين فحسب ، بل يمس الغير ممن تربطهم صلة القرابة بأطراف الدعوى ، والبصمة الوراثية بصفاتها هذه تخرج عن كونها دليل إثبات بالكتابة أو الشهادة أو الإقرار وإنما هي دليل يستند إلى وسائل التقدم العلمي .[1]

ودلالة قطعية البصمة الوراثية في مجال النسب يعود لميزة البصمة إذ أن كل فرد ينفرد بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم ، حيث أن نسبة وجود شبه بين حمض الـ DNA لشخصين منعدمة تماماً .

وما يدعم كذلك الحجية القطعية للبصمة أيضاً هو إمكانية إستخلاصها من أي مخلفات آدمية سواءً الشعر أو الدم أو اللعاب وحتى العظام ، إضافة إلى قدرتها على مقاومة عوامل التعفن وعوامل المناخ المختلفة من حرارة وبرودة ،[2] والمثال على على ذلك أن إنسان (النايدال)

[1] شكر محمد داود السليم وأحمد حميد سعيد النعيمي ، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12 ، ع 43 ، 2010 ، ص 54 .

[2] حجية الطرق العلمية في مجال النسب والعقبات التي تواجهها : droit7.blogspot.com ، يوم 2021/06/09 ، الساعة 21:03 .

وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 09 آلاف سنة ، وتم التعرف عليه بواسطة تحليل البصمة الوراثية .[1]

إن نتائج البصمة الوراثية حسب ما قال به علماء الطب في إثبات الأبوة أو البنوة تصل إلى نسبة 99,99 بالمائة ، بينما تصل إلى نسبة 100 بالمائة في حالة نفي النسب لكن تحقق هذه النتائج مرتبط بضرورة القيام بهذه التحاليل بطريقة سليمة .[2]

ثانياً : الحجية النسبية للطرق العلمية

بعد نظام تحليل الدم من الطرق الظنية في إثبات النسب حيث لا يرقى الشك في نتائجه إلى درجة اليقين لكون نتائجه محتملة التوقع والسبب في ذلك هو التشابه الموجود بي فصائل دم الكثير من الناس وعدم إنفراد كل شخص بفصيلة دمه ، حيث أنه في حالة وجود تشابه بين فصيلة دم الأب والإبن لا يمكن الجزم أن ذلك الرجل هو أب الطفل لأنه هناك العديد من الأشخاص لهم نفس تلك الفصيلة ، لكن في حالة عدم وجود أي شبه بين فصيلة دم الإبن والأب فإن هذا التحليل قاطع في نفي النسب .[3]منه يتضح أن تحليل الدم يفيد في إنتفاء النسب أما ثبوته فالأمر هو مجرد إحتمال فقط .

كذلك من جهة أخرى فإن البصمة الوراثية وعلى الرغم من أن حجيتها قطعية إلا أنه لها بعض السلبيات التي قد تنقص من قطعيتها .

---

[1] زوامبي فتحي ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، فرع إدارة أعمال ، جامعة خميس مليانة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2013/2012 ، ص 77 .

[2] حجية الطرق العلمية في مجال النسب والعقبات التي تواجهها : droit7.blogspot.com ، يوم 2021/06/09 ، الساعة 21:03 .

[3] لينة بن دادة ، إثبات النسب بالوسائل العلمية ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأسرة ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ، 2015 ، ص 53 .

وقد ذهب إتجاه من الفقه إلى إعتبارها قرينة ظنية لا ترقى إلى حد القرائن القطعية لأنها عرضة للخطأ ، وكذلك لكونها ليست من البيانات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب وقد إستدل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة منها :

أنه لا يمكن إعتبار البصمة الوراثية دليلاً شرعياً لأن الأدلة الشرعية المعتبرة في إثبات النسب هي فقط الإقرار والبينة والزوجية القائمة بين الزوجين .[1]

البصمة الوراثية تفتقر إلى صفة التأثير في نفسية القاضي ما يجعله يتردد في الأخذ بها كدليل قطعي ، والسبب في ذلك هو أن إجراء هذه التحاليل البيولوجية يكون دائماً في غياب القاضي خلافاً للشهادة والإقرار اللذان يعتبران أدلة ملموسة ولها قوة في التأثير على نفسية القاضي .

الظروف المحيطة بالبصمة الوراثية من حيث نقل العينات وكيفية إجراء الإختبارات عليها والحصول على النتائج تساهم في الإنقاص من قيمتها .[2]

الفرع الثاني : العقبات التي تواجه تطبيق الطرق العلمية

هناك البعض من الحالات التي تحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، بينما هناك البعض منها قد يحتج بها الشخص المعني وذلك قصد التهرب من الخضوع للتحاليل الطبية سواءً تحليل الدم أو البصمة الوراثية ، ومن هذه العقبات ماهي قانونية ومنها ماهي مادية .

[1] زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ، مجلة الجامعة الإسلامية ، ع 26 ، ص 353 .

[2] المرجع نفسه ، ص 354 .

أولاً : العقبات القانونية التي تواجه تطبيق الطرق العلمية

ويمكن تلخيصها فيما يلي :

1/ عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد :

إن إجبار الشخص على الخضوع لمثل هذه الإختبارات هو بمثابة إعتداء ، إذ أنه لا بد من الحصول على موافقة الشخص الذي يخضع لهذه الخبرة ،[1] وهو ماا كرسته المادة 161 وما يليها من قانون الصحة حيث جاء فيها "لايجوز إنتزاع أعضاء الإنسان أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" .[2]

لكن لا يجوز للشخص رفض الخضوع للفحص تحججاً بهذا المبدأ ، فالنسب ذو أهمية بالغة فقبل أن يكون حق للشخص هو حق لله تعالى حيث أمر بالمحافظة على الأنساب ، وهو حق للأم فنسب الولد لأبيه يدفع عنها تهمة إرتكابها الفاحشة ، كما هو حق للأب لأنه يتمثل في ثبوت ولايته وحق للإبن الذي يدفع عنه العار .

والحقيقة أن تكريس مثل هذا المبدأ يشجع الأفراد على التحجج به لغرض الهروب من المسؤولية ، إلا أنه وعند الإقتضاء يمكن للقاضي إكراه الشخص على الخضوع لهذه التحاليل سواءً أكان ذلك لمصلحة الشخص ذاته أو لمصلحة الطفل لغرض معرفة أصوله البيولوجية .[3]

إن إجراء الشخص للتحاليل الطبية لا يمكن أن يشكل إعتداء على حرمة أو سلامة الجسد كونها لا تسبب أي ضرر على الشخص ، وعليه كان على المشرع أن ينص وبشكل

---

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص 680 .

[2] القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 ، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها ، ج ر ع 8 صادر في 1985/02/17 ، معدل بالقانون رقم 08-13 مؤرخ في 2008/07/20 ، ج ر ع 48 ، صادرة في 2008/08/03 .

[3] لينة بن دادة ، المرجع السابق ، ص 42-43 .

صريح على إمكانية القاضي في إجبار الشخص الذي يرفض اللجوء إلى مثل هذه التحاليل خاصة إذا كان هذا الأمر يحقق مصلحة الطفل .

2/ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه :

تقوم هذه القاعدة على أن كل شخص يقف أمام القضاء يسعى إلى الدفاع عن مصالحه ، فيبحث عن كل ما من شأنه أن يقلب الدعوى لصالحه دون القيام بمعاونة الطرف الآخر عن طريق تقديم ما يكون لديه من أدلة ، فالطرف الذي يعجز عن تقديم دليل لتدعيم إدعاءاته يخسر الدعوى .[1]

كما نجد كذلك مختلف الأنظمة الإجرائية تنص على عدم اللجوء إلى إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه .[2]

غير أنه هناك إتجاه من الفقه يرفض هذا الإعتقاد ويرى بضرورة قيام الخصوم بمشاركة الأدلة للكشف عن الحقيقة ، وفي هذه الحالة فإنه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية يعني بإجبار الشخص المعني على أخذ الأنسجة والخلايا من جسمه لإثبات البنوة الذي يعد في حد ذاته تقديم دليل ضد نفسه الأمر الذي يجعل هذا الإجراء باطلاً .[3]

نجد في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي إتخذ موقفاً من هذا فنص في المادة 10 من القانون المدني على "إلتزام كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة ، ويجوز إجباره على التنفيذ عن طريق غرامة تهديدية أو مدنية" .

---

[1] لينة بن دادة ، المرجع السابق ، ص 44 .

[2] علال برزوق أمال ، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة أبوبكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2015 ، ص 370 .

[3] المرجع نفسه ، ص 371 .

كان على المشرع الجزائري وضع مثل هذا النص خاصة في هذا المجال "إثبات النسب" لأن المراد حمايته هنا هو الطفل .

كما أن هذا المبدأ لا ينطبق على موضوع إثبات النسب لأن الرجل من مصلحته أن يعرف إذا كان الطفل إبناً له .[1]

3/ حرمة الحياة الخاصة :

لقد إعتبر المشرع الجزائري الحياة الخاصة للفرد حقاً دستورياً تضمنه الدولة وذلك من خلال نص المادة 34 من الدستور الذي جاء فيها : "تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة" .[2]

وعليه فالقيام بإجبار الشخص على الخضوع للتحاليل العلمية قد يفتح الباب للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال النمط الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بمعلومات تخص الزوجين وتكون ذات طابع شخصي خاص .[3]

وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن المشرع الجزائري ألزم الأطباء الإلتزام بالسر المهني حيث نص على معاقبة كل من يخالف ذلك وهو ما نصت عليه المادة 235 من قانون حماية الصحة

[1] باديس ذيابي ، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، "إقرار ، بينة ، تلقيح إصطناعي ، البصمة الوراثية ، نظام تحليل الدم" ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص 114 .

[2] مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 1996/12/07 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28 ، ج.ر.ج.ج.ع 76 الصادر بتاريخ 1996/12/08 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 المتضمن تعديل الدستور ج.ر.ج.ج.ع 25 ، الصادر في 2002/04/14 المعدل بموجب قانون رقم 19/08 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري ، ج.ر.ج.ج.ع 63 الصادر في 2008/11/16 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في : 2016/03/06 ، ج.ر.ع 14 ، ل 2016/03/07 .

[3] لينة بن دادة ، المرجع السابق ، ص 46 .

وترقيتها بأن : "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206 و226 من هذا القانون" .

المادة 206 من ق.ح.ص : " يضمن إحترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم كافة الأطباء ..." .

ثانياً : العقبات المادية التي تواجه تطبيق الطرق العلمية

إن القاضي الذي يفصل في قضايا شؤون الأسرة لا يمكنه الفصل في دعاوي إثبات النسب بالطرق العلمية سواءً تحليل الدم أو البصمة الوراثية إلا عن طريق الإستعانة بالخبراء والمتخصصين في ذلك ، لغرض التوصل لنتائج علمية دقيقة بإعتبارها من المسائل التقنية .[1]

إلا أنه حتى يتمكن القاضي من إعتماد الطرق العلمية وتعيين الخبراء والمتخصصين لا بد من توافر مختبرات مزودة بأحدث التجهيزات التي يتم بواسطتها الكشف عن العينات ، ويتطلب في المقابل تكاليف باهضة يتحملها أطراف الدعوى يتقاضاها الخبير أو تصرف للمختبر مباشرة .[2]

بينما نجد أن الدول الأوروبية ومنها فرنسا ليس لديها مثل هذه الصعوبات لوجود المخابر العلمية لديهم وبكثرة ، وكذلك توفر الخبراء والأخصائيون .[3]

عدم وجود المختبرات المخصصة لإجراء هذه الفحوصات ، فعلى مستوى الجزائر لازالت الأمور في بدايتها فلا يوجد سوى مخبر واحد مخصص لقسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر البصمة الوراثية (DNA) بتاريخ 2004/07/22 ، وهو يحتوي على كل التقنيات

[1] شرقي نصيرة ، المرجع السابق السابق ، ص 50 .

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3] علال برزوق أمال ، المرجع السابق ، ص 372 .

الحديثة ويقوم بالإشراف عليه تقنيون وباحثون متخصصون ، لكنه ومع ذلك يظل غير كاف بالنظر إلى حجم الأعمال المطلوبة منه ، فهو الذي يشرف على مختلف التحاليل سواءً المتعلقة بالجانب الجنائي أو بمسائل الأحوال الشخصية .[1]

وعليه يمكن القول أن وجود مخبر علمي واحد على المستوى الوطني قد يحول دون تحقيق إرادة القاضي في الكشف عن النسب ، كما قد يؤدي ذلك أيضاً إلى عدم إعتماد الطرق العلمية بشكل مطلق ما يكثر من وجود الأطفال مجهولي النسب .

وفي الأخير وعلى الرغم من أن للطرق العلمية بعض السلبيات والعقبات التي تحول دون تحقيق الغرض منها إلا أنه لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه في مجال إثبات النسب وذلك لدقة نتائجها إذا ما تمت بالطريقة السليمة .

[1] ذيابي باديس ، المرجع السابق ، ص 115 .

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع وسائل إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري ، من حيث بيان الطرق المخولة قانوناً لإثبات النسب أمام القاضي والتعرض لكل طريقة على حدا ، والطرق العلمية المستحدثة من قبل المشرع ، يتضح لنا جلياً ما للموضوع من أهمية بالغة تتمحور أساساً في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الطفل والمجتمع ككل وبناءً عليه قمنا بإستغلال بعض النتائج نلخصها فيما يلي :

– إذا لم يثبت نسب الطفل عن طريق الزواج الصحيح أو ما يلحقه فلا يمكن إثباته لا بالإقرار ولا بالبينة ولا حتى بالطرق العلمية ، والعكس إذا ثبت به فهو يغني عن اللجوء إلى باقي الطرق وللإشارة فإن الطفل معلوم النسب يخرج من دائرة الإثبات إذ يقتصر هذا الأخير على مجهول النسب .

– إن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق من خلال منع نظام التبني إلا أنه قد يتصور البعض أن إبطاله فيه إهدار لمصالح الطفل وحرمانه أن يعيش في كنف أسرة من باب الدفاع عنه بإسم الإنسانية والرحمة ، وفي الحقيقة أن إبطاله فيها صيانة لحقوق الأولاد نظراً لما له من آثار سلبية أهمها إختلاط الأنساب .

– يجوز الإعتماد على نتائج الطرق العلمية في مجال إثبات النسب ونفيه بحث يمكن أن نستخدم البعض منها كدليل قوي ولكن بحيطة وتحفظ شديدين وذلك إستناداً إلى م 2/40 من قانون الأسرة الجزائري .

– البصمة الوراثية وسيلة علمية مشهورة بدقة نتائجها ، بحيث أصبحت تلعب دوراً فعالاً في مجال إثبات النسب في مواطن النزاع ، فيمكن الإستفادة منها في حالة تعارض الأدلة أو إنعدامها . لكن تنوب عنها في حالة غيابها أو تعارضها .

– وما تجدر الإشارة إليه أن هناك بعض النقاط والمسائل المتعلقة بموضوع إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري ، قد أغفلها وتركها المشرع مبهمة وغامضة دون تنظيم ولا توضيح نذكر منها :

خاتمة

– جعل اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أمراً جوازياً وأورده بصيغة عامة دون تفصيل قد يكون سبباً في ضياع حق الطفل في معرفة نسبه الحقيقي .

– أغفل المشرع الجزائري التصدي للمدعى عليه وهو يرفض الخضوع للإختبارات الطبية بحجة قانونية قد تصبح عائقاً أمام تعرف الولد على أصله ، كالتذرع بحرمة الجسد أو الحياة الخاصة .

– لقد نص المشرع على إمكانية إستخدام الطرق العلمية في إثبات النسب ، مما يفهم أنه لا يمكن إستخدامها في نفي النسب ، في حين أثبت الواقع عكس ذلك إذ يمكن أن يكون على سبيل المثال نظام فصائل الدم دليلاً قوياً على نفي النسب .

– إن توفير مختبر مركزي واحد على المستوى الوطني يقلل من نسبة اللجوء إلى الوسائل العلمية ، كما أنها يمكن أن تستغرق مدة طويلة لغاية وصول نتائج الكشف عن حقيقة النسب ، لذا يجب على ذوي الإختصاص توفير العتاد المادي وكذا الكفاءات البشرية العالية وذات الخبرة للكشف عن الحقائق العلمية للنسب بتوفير كل ما يلزم من مخابر وأجهزة متوفرة على أحدث التقنيات .

– وفي الأخير شمول حركة التعديل على عدد آخر من القوانين حتى ترتبط إرتباطاً وثيقاً بمثل هذه المستجدات الطبية ، نذكر منها قانون الأسرة ، القانون المدني ، حتى يحصل نوعاً من التكامل والإنسجام بين هذه التشريعات الوضعية والحقائق العلمية .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر

1- القرآن الكريم

2- المعاجم

1- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، عالم الكتب ، مصر ، 2008 .

ثانيا : الكتب

1- د. أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ، طبعة 1991 .

2- حسنى محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009 .

3- طارق إبراهيم الدسوقي عطية ، البصمات و أثرها في الإثبات الجنائي ، دار الجامعة الجديدة ، د.م.ط ، الطبعة الأولى ، 2011 .

4-حسام الأحمد ، البصمة الوراثية (حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب) ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 .

5- الكساني بدائع الصنائع ، الجزء الثاني .

6- المستشار أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة .

7- المستشار أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما ، طبعة 2004 .

8- شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام .

9-إبن المنذر محمد ، الإجماع ، تحقيق : د. فؤاد عبد المنعم أحمد ، دار الدعوة ، طبعة 3 ، 1402 .

10- سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته : (دراسة فقهية تحليلية) ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية : (الرياض) ، الطبعة الأولى ، 2007 .

11- الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء 7 .

12- عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية إستخدامها في النسب والجناية ، الطبعة الأولى ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، 2002 .

13- بلحاج العربي ، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2013 .

14- بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 .

15- باديس ذيابي ، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، " إقرار ، بينة ، تلقيح إصطناعي ، البصمة الوراثية ، نظام تحليل الدم " ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 .

16- بن صغير مراد ، " حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب " ، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 9 ، 2013 .

ثالثا : المذكرات والرسائل الجامعية

1- بكيري منيرة ومحزم ليندا ، إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي (جيجل) ، 2016 .

2- بومجان سولاف ، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، 2008 .

3- رابحي فاطمة الزهراء ، إثبات النسب ، أطروحة الدكتوراه في الحقوق ، فرع القانون الخاص ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، 2012 .

4- زوامبي فتحي ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، فرع إدارة الأعمال ، جامعة خميس مليانة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2012 / 2013 .

5- سلامي دليلة ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008 .

6- شرقي نصيرة ، إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، 2013 .

7- علال برزوق أمال ، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2015 .

8- لينا بن دادة ، إثبات النسب بالوسائل العلمية ، مذكرة مكملة لمقتضات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأسرة ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ، 2015 .

رابعا : المقالات

1- أسامة محمد الصلابي ، " مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات " ، مجلة كلية الآداب ، مجلة علمية محكمة ، العدد 35 ، جامعة قاريونس ، ليبيا ، 2011 .

2- إقروفة زبيدة ، " النسب بيت تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربي والعربية (البصمة الوراثية) " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد 1 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2010 .

3- خالد برجاوي ، تطور قواعد النسب في القانون المغربي ، مجلة رسالة المحاماة ، العدد 27 ، الرباط ، دون سنة نشر .

4- شكر محمد داود السليم وأحمد حميد سعيد النعيمي ، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12 ، ع 43 ، 2010 .

5- زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد 26 .

خامسا : قرارات المحكمة العليا

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 54046 ، المجلة القضائية 1990 ، العدد الأول .

2- المحكمة العليا ، تاريخ 1986/02/24 ، رقم 39473 .

3- قرار بتاريخ 1999/06/15 ، ملف رقم 222674 ، غ . أ . ش ، ع . خ 2001 ، 88 ، نقلا عن : العيش فضيل ، المرجع السابق .

4- قرار بتاريخ 2006/03/05 ، ملف رقم 355180 ، نقلا عن : نبيل صقر وقمراوي عز الدين ، المرجع السابق .

سادسا : القوانين والمراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 1996/12/07 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28 ، ج . ر . ج . ج . ع 76 الصادر بتاريخ 1996/12/08 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 المتضمن تعديل الدستور ج . ر . ج . ج . ع 25 ، الصادر فسي 2002/04/14 المعدل بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري ، ج . ر . ج . ج . ع 63 الصادر في 2008/11/16 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 ، ج . ر . ع 14 ، 2016/03/07 .

2- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 ، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها ، ج . ر . ع 8 صادر في 1985/02/17 ، معدل بالقانون رقم 08-13 مؤرخ في 2008/07/20 ، ج . ر . ع 48 ، صادر في 2008/08/03 .

سابعا : المواقع الإلكترونية

1- Droit.blogspot.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الشكر	
الإهداء	
مقدمة	
الفصل الأول : إثبات النسب بالطرق الشرعية	
المبحث الأول : الطرق المنشئة للنسب	6
المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح إثباته بعد الطلاق	6
الفرع الأول : نسب المولود حال قيام الزوجية	7
الفرع الثاني : إثبات النسب بعد الفرقة بين الزوجين	10
المطلب الثاني : إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة	12
الفرع الأول : ثبوت النسب بالزواج الفاسد	12
الفرع الثاني : ثبوت النسب بنكاح الشبهة	12
المبحث الثاني : الطرق الكاشفة للنسب	13
المطلب الأول : إثبات النسب بالإقرار	13
الفرع الأول : معنى الإقرار بالنسب	14
الفرع الثاني : أنواع الإقرار بالنسب	14
المطلب الثاني : إثبات النسب بالبينة	16
الفصل الثاني : إثبات النسب بالطرق العلمية	
المبحث الأول : أنواع الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب	20
المطلب الأول : نظام تحليل فصائل الدم	20

الفرع الأول : طبيعة الدم ومكوناته ووظائفه الحيوية	20
الفرع الثاني : تعريف تحليل الدم ، والفصائل الدموية	23
الفرع الثالث : دلالة تحليل الدم على إثبات النسب	25
الفرع الرابع : الحكم الشرعي لإستخدام تحليل فصيلة الدم في إثبات النسب	27
المطلب الثاني : البصمة الوراثية	29
الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية وخصائصها	29
الفرع الثاني : شروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب	33
الفرع الثالث : دور البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب	36
المبحث الثاني : فعالية الطرق العلمية في إثبات النسب	39
المطلب الأول : موقف التشريع والقضاء من الطرق العلمية	39
الفرع الأول : موقف التشريع من الطرق العلمية	40
الفرع الثاني : موقف القضاء من الطرق العلمية	42
المطلب الثاني : حجية الطرق العلمية وعقبات اللجوء إليها	45
الفرع الأول : حجية الطرق العلمية	45
الفرع الثاني : عقبات اللجوء إلى الطرق العلمية	48
خاتمة	55
قائمة المصادر و المراجع	58