جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

إثبات النسب في ظل القانون الجزائري والمقارن

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة:
- الأوعيل فتيحة

إشراف الأستاذ:
- بن الصادق احمد

لجنة المناقشة

1- د. صدارة محمد.....رئيسا

2- د. بن الصادق احمد.....مشرفا مقررا

3- د.حمزة عباس.....مناقشا

السنة الجامعية 2017/2016

شكر وتقدير

الشكر لله تعالى الذي أعانني على انجاز هذا البحث

والواجب يقضي بإسناد الفضل للأهله ، لذا أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي بن الصادق أحمد على قبوله الإشراف و متابعته للبحث منذ أن كان مجرد أفكار متناثرة ، لغاية أن غدا بفضل الله مذكرة جامعية.

كما أتوجه بخالص الشكر والعرفان بصفة خاصة لكل أساتذة كلية الحقوق جامعة زيان عاشور بالجلفة بصفة عامة

وخالص الشكر والعرفان إلى كل من أسند إليا خدمة أو معروف من قريب أو من بعيد شمل به إنجاز هذا البحث

إهداء

أهدي هذا العمل إلى رمز المحبة والحنان إلى التي يعجز اللسان عن شكرها التي رفع الله شئنها وجعل الجنة تحت أقدامها أمي أطال الله عمرها وحفظها.

وإلى قرة عيني الذي جد في العمل لأجلي أبي أطال الله عمره وحفظه.

إلى إخوة وأخواتي و أبنائهم

أهدي هذا العمل

فتيحة

مقدمة

تحضى الأسرة منذ أمد بعيد بعناية فائقة باعتبارها قوام وأساس المجتمع، بدءا بالشريعة الإسلامية التي وجهت قسطا كبيرا من عنايتها نحو تدعيم الأسرة، وصولا إلى التشريعات الوضعية التي أحاطتها هي الأخرى بما يكفل لها الصلاح والاستقرار.

فقد لقيت الأسرة اهتماما بالغا، سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها، وهذا يعود لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبيتها للفطرة البشرية، لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له ابن يحمل اسمه من بعده، ذلك أن الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب.

ويعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، إذ امـــّن الله عزوجل على عباده بالنّسب والصهر، لقوله تعالى "وَاللَّـــهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّـــهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"[1].

وقال جل شأنه: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾"[2].

والنسب في اللغة يطلق على معاني عدة أهمها القرابة، فالنسب واحد الأنساب والنَسبة مثله ويراد به القرابة والصلة، ونسبت فلان إلى أبيه أي أنسبه ونسبة إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر وذكرت نسبه، وانتسب إلى فلان أي ادعى أنه نسيبه أي قريبه، وبينهما مناسبة ونسب، أي مشاركة وقرابة، وهذا يناسب هذا أي يقاربه شبهًا والنسب يكون من قبل الأب ومن قبل الأم[3].

أما اصطلاحا: فالنسب لم يحدد بتعريف جامع ومانع، غير أنه لا يخرج عن معناه اللغوي فهو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه[4].

---

[1] سورة النحل، الآية 72.

[2] سورة الفرقان، الآية 54.

[3] إسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج1، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1984، ص224.

[4] أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار العلم، الكويت، 1403ه، ص17.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد في القانون المدني[1]المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك حيث تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري على":تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد".

ولقد أولت الشريعة الإسلامية لمسألة الأنساب عناية خاصة، وأحاطتها بسياج منيع من الأحكام بالغة الأهمية لضمان إثباته وحفظه وجودا وعدما، إذ اعتبرته أحد الكليات الخمسة التي عليها مدار الشريعة وهي: الدين، النفس، العقل، النسل، المال.

فشرع الإسلام الزواج ورغَب فيه وعدّه السبيل الأنجح والمشروع لإيجاد الذرية وابتغاء النسل، كما ضبط أركانه وعين شروطه وفصّل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعاتهم، فجعله عقدا ينبني على التأبيد والدوام، حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض، وحتى ينشأ الأبناء في أحضان والديهم وفي كنف أسرة مستقيمة تحيطهم بالحنان والأمان. فالأبناء هم ركيزة المجتمع، إذا كانت نشأتهم سوية كانوا فعالين في المجتمع، أما إذا نشؤوا في كنف أسرة غير مستقرة أو أكثر من ذلك نبذ من قبل الأب فإنه سيكون الدافع للانحراف والضياع مما يكون الباعث في تكوين السلوك الإجرامي لديهم.

لذلك فإننا نجد الشرع قد ألغى كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية، وأوجب الحد على مرتكب الفاحشة، وعدّها من كبائر الإثم والمعاصي التي توجب سخـــط الله ومقت العباد، وشددت العقوبة عليها. وما هذا إلا نوع من الحصانة والحماية للمجتمع حتى لا تستفحل فيه الفاحشة وما يعقبها من الفساد الذي يكون أدناه انتشار أطفال لا نسب لهم.

وبالمقابل نجد حرص الشارع واهتمامه بموضوع الأنساب لحمايتها من الضياع والتنازع من جهة، ومن جهة أخرى ضمان جريان الآثار والحقوق التي تتفرع عنها والتي لا تقتصر فقط على المولود بل تمس عمود النسب بأكمله، وكل درجات القرابة

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 31.

وأمام انتشار ظاهرة الأولاد مجهولي النسب نتيجة الجهل وعدم التحلي بالمسؤولية من قبل الوالدين اتجاه أطفالهم، والذي ينحدر من قلة الوعي لديهم بالآثار الخطيرة لموضوع النسب التي إن غابت تعود بالسلب على الطفل والمجتمع ككل، فمجرد الشك في نسب الولد يجعل منه كائن غير مرغوب فيه رغم أنه غير مذنب في تواجده في تلك الحالة، فيتعرض لمختلف أنواع الإهمال الصحي والنفسي والتربوي والاجتماعي. وهذا يعد واحدا من بين الدوافع التي أدت بنا إلى اختيار الموضوع محل الدراسة.

إن الإعجاز العلمي في جسم بني البشر لم يعد حكرا على أهل الطب والبيولوجيا وحدهم بل توسع نطاقه ليشمل مجالات تتعدى ذلك، مما جعله أسلوبا ناجعا في فك الكثير من المنازعات القضائية ومنها منازعات البنوة مما جعل من هذه الأخيرة مشكلة علمية أكثر منها قانونية وأمام هذه التحولات البيولوجية في علم الهندسة الوراثية، أصبح الأمر يدعو إلى البحث وتبني معالجة المشكلة معالجة شرعية وتشريعية على ضوء هذه الطرق المستحدثة.

والواضح أن 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 بسيط قد يفضي إلى اختلاط الأنساب، تصدع الأسر، وضياع الحقوق.

ومن هنا كان موضوع إثبات النسب موضوعا مهما، بل إن رابطة النسب تعد أسمى وأرفع الروابط الإنسانية، بحيث أولتها الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا وعناية فائقة حفظا ووقاية وعلاجا وجعلتها من الضروريات الخمس.

كما يستمد الموضوع أهميته من اهتمام التشريع الجزائري به على غرار باقي التشريعات بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم دينا وقانونا، لعظم أمره وجلال شأنه، فشرع له من الأسباب ما يحقق هدفه من تكوين أسرة مستقيمة ومترابطة، حيث يظهر ذلك جليا من خلال تعديل قانون الأسرة الذي وسع من دائرة إثبات النسب و الذي يعد من أهم القوانين التنظيمية وأخطرها وهذا نابع من كونه ينظم جانبا حساسا من الحياة الاجتماعية ألا وهو الأسرة التي يتوقف عليها بناء المجتمع.

إن الهدف المرجو من خلال دراسة موضوع إثبات النسب في القانون الجزائري هو بيان الطرق القانونية لإثبات النسب والبحث في كل طريقة على حدى. وكذا إبراز موقف الفقه من طرق الإثبات الواردة في قانون الأسرة، وأمام ما أصبحت تقدمه لنا اليوم الطرق العلمية من نتائج دقيقة في الإثبات بما في ذلك إثبات البنوة وحتى نفيها، وجب التعرض لجديد قانون الأسرة فيما يتعلق بمواد النسب مع إظهار مدى توفق المشرع في حماية الأنساب من خلال هذا التعديل، وبيان موقع الطرق العلمية بين طرق إثبات ونفي النسب.

وأمام قلة الدراسات التي تعنى بالموضوع وتجمع بين طرق الإثبات الثلاث، الإقرار والبينة والطرق العلمية، إذ أغلب الدراسات تنصب على الطرق التقليدية، دون العلمية، وإن وجدت فلا تشير إلى القانون الجزائري، الأمر الذي شكل صعوبة في جمع المعلومات وإسقاطها على الموضوع محل البحث.

وبمحاولة مني في إسقاط الموضوع على الواقع العملي التطبيقي وجدت صعوبة كبيرة في الحصول على بعض المعلومات التي يجري بها العمل قضائيا من خلال محاولة إجراء مقابلات مع أهل الاختصاص.

لذا كان من الضروري الوقوف عند اهتمام المشرع الجزائري بوضعية الطفل في إحدى جوانبها وهي حرصه على إلحاقه بنسبه الأصلي وذلك من خلال الإجابة على الإشكالية التالية:

ما هي الوسائل الشرعية والعلمية التي تحكم إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على الإشكالية أعلاه اعتمدنا منهجين أساسيين في تناول الموضوع هما:

المنهج الوصفي: من خلال جمع المعلومات وتحصيل أغلب ما له صلة بموضوع الدراسة وعرضها وكذا عرض آراء الفقهاء وعرض أدلتهم.

المنهج التحليلي: لمعالجة بعض ما تم الوقوف عليه من نصوص فقهية وقانونية وأقوال وأدلة وأحكام واجتهادات قضائية مع الاقتصار على المسائل التي تخدم البحث فقط من خلال قانون الأسرة الجزائري.

وبما أن إثبات النسب يشكل محور هذه الدراسة التي ما هي إلا تتبع لما ورد في قانون الأسرة الجزائري حول طرق إثبات النسب، ارتأينا تقسيمها إلى فصلين:

يعالج الفصل الأول إثبات النسب بالإقرار والبينة، حيث فصلت أحكام كل طريـــقة على حـــدى، إثبات النسب بالإقرار (المبحث الأول)، ثم إثبات النسب بالبينة (المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني فيتضمن إثبات النسب بالطرق العلمية، والمتمثل أساسا في تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب (المبحث الأول)، مع بيان حجية الطرق العليمة لإثبات النسب (المبحث الثاني)، وأخيرا مرتبة الطرق العلمية بين طرق إثبات النسب ونفيه (المبحث الثالث).

الفصل الأول

إثبات النسب بالإقرار والبينة

تعد رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده، ومظهر من مظاهر قدرته، مصداقا لقوله عز وجل ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[1].

ونظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لاختلاط الأنساب، فإنه لا نكون بصدد الحديث عن موضوع النسب إلا إذا كان نتاج زواج صحيح أو نكاح شبهة أو نكاح فاسد. كما أنه غالبا ما يكون الحديث عن واقعة إثبات النسب في حالة نزاع يثور حوله، سواء كان الزواج قائم أو بعد الفرقة وقد يثور هذا النزاع إما بالإيجاب وإما بالسلب، فقد يبدوا الأمر لأول وهلة سهلا يمكن إثبات النسب فيه بثبوت الزوجية وهذا استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم«الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2]. فنسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات، لكن نسب الأب هو الأمر المتنازع فيه غالبا والذي يستدعي اللجوء إلى الطرق التي تكشف لنا عن نسب الطفل الحقيقي، ومن بينها الإقرار والبينة، باعتبارهما وسائل تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيكشف عنه بهذه الطرق ويصبح علنا ومعترف به شرعا وقانونا.

وأمام تفشي ظاهرة الأولاد مجهولي النسب في كل المجتمعات بما فيها الجزائر، نجد أن حقوق هؤلاء الأبرياء تضيع بلا مسؤولية من أهلهم بعدما أحاطها الشرع والقانون بالاهتمام البالغ، والدليل على ذلك توسيع وسائل إثبات النسب وتضيق فرص إنكاره.

وأمام منع اختلاط الأنساب نجد القانون الجزائري يمنع أي شخص يدعي بنوة ولد مع علمه بعدم وجود أية رابطة تربطه به، كل هذه النقاط سنتطرق إليها من خلال الإقرار (المبحث الأول)، ثم البنية (المبحث الثاني).

---

[1] سورة الفرقان، الآية 54.

[2] محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب البيوع، ج1، باب تفسير المشبهات، ط1، مكتبة الصفا،القاهرة، 2003، حديث رقم 2053، ص 448، واللفظ له.

المبحث الأول

إثبات النسب بالإقرار

يعد الإقرار من الطرق الكاشفة للنسب، فالإقرار لا ينشئ الحق، ذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به، لأنه يكشف لنا عن حق معين ويظهره للعيان، حيث أجاز قانون الأسرة للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأم أو أب يدعي كل منهما أمومة أو أبوة ولد معين، أو يقوم الولد بادعاء البنوة لامرأة معينة أو رجل ما.

كما أجاز القانون لشخص أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر، وكل هذا في حدود الضوابط والمبادئ التي رسمها القانون، والتي تعرض لها المشرع الجزائري من خلال المواد 40 و44 و45 من قانون الأسرة الجزائري[1]، وتفصيلا لكل هذا سنتناول الإقرار في هذا المبحث من خلال تعريفه وتبيان أنواعه (المطلب الأول)، ولاعتبار الإقرار طريقا من بين طرق الإثبات في مجال النسب يجب أن يتوافر على شروط (المطلب الثاني)، ثم سنبين قوة الإقرار في إثبات النسب وإلى أي مدى يعتد به في ذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المقصود بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب

يعتبر الإقرار بوجه عام اعتراف شخص بحق أو واجب عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده[2]. والمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يأتي بتعريف الإقرار، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 على أنه: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

ويجد موقعه من بين طرق إثبات النسب عامة في المادة 40 من قانون الأسرة و بصفة خاصة في المادتين 44 و45 منه.

---

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير2005، الصادر بالجريدة الرسمية، ع15.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات-آثار الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص471.

وتختلف تعاريف الإقرار بحسب مضمونه، وهو في النسب يكون بنية ترتيب أثر قانوني أو حق في ذمة الآخر (الفرع الأول)، كما أن مصبه يختلف باختلاف من وجه إليه. فالإقرار أنواع (الفرع الثاني)،

الفرع الأول: تعريف الإقرار بالنسب

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الإقرار وتبيان الفرق بينه وبين التبني:

أولا: تعريف الإقرار

يعد الإقرار من بين طرق إثبات النسب، ويسميه البعض الدعوة، ويختلف تعريفه حسب موضوعه، فإذا كان محله الاعتراف بالولد فإنه يعني ألا يلتحق نسب الولد بأبيه إلا إذا اعترف به قانونا[1].

1- لغة: مصدره كلمة أقر، يقال أقر الشيء في المكان ثبته فيه وقرر فلان على الحق، جعله معترفا به مذعنا له، وتقرر الأمر بمعنى استقر وثبت[2].

2- اصطلاحا: هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه[3].

وللإقرار تعاريف متعددة تدل على عدم اتفاق الفقهاء على تعريف الإقرار، فقيل أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل أنه إخبار من الشخص بحق عليه للغير، كما يقال أنه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق[4].

3- يجد الاعتراف أدلة عدة من القرءان الكريم أو من السنة النبوية الشريفة نذكر منها ما يلي:

1- من القرءان الكريم

قوله تعالى :﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ﴾[5].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص35.

[2] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، د.ط، المكتبة الإسلامية، تركيا، د. س. ن، مذكور من طرف: إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 725.

[3] أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د.ط، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992، ص212.

[4] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري،د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص86.

[5] سورة آل عمران، الآية 81.

وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّـــهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾[1].

2- من السنة النبوية اشريفة

إقامة حد الرجم على الغامدية بعد إقرارها أمام الرسول باقترافها الفاحشة، فعن عمران بن حصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت نبي الله (صلى الله عليه وسلم) وهي حُبلى من الزنا فقالت: يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي فدعا نبي الله (صلى الله عليه وسلم) وليها فقال:«أحسن إليها فإذا وضعت فآتني بها»، ففعل فأمر بها نبي الله (صلى الله عليه وسلم) فشكت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها فقال له عمر تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت؟ فقال:«لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أن جاءت بنفسها لله تعالى»[2].

وينطبق هذا على مطلق الإقرار الذي يمس مختلف الحقوق وعديد الدعاوى، وما نحن بصدده هو الإقرار بالنسب. فيعرفه المالكية استنادا إلى صيغة الإقرار، فإن كان هذا الأخير مباشرا يعرفونه بأنه:«إقرار ذكر مكلف ولو سفيها بأنه أب لشخص مجهول النسب سواء عند العامة أو الخاصة وهذا ما لم يكذبه العقل أو العادة أو الشرع»، أما إذا كانت صيغة الإقرار غير مباشرة فهو «اعتراف اثنين بوجود ثالث»[3].

فالإقرار كوسيلة لثبوت النسب هو إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخـــر، وهذه الأخيرة نوعان:إما أن تكون مباشرة أي هي الصلة القائمة بين الأصول والفروع، وإما أن تكون غير مباشرة، والتي يقصد بها قرابة الحواشي، وهي الرابطة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم أصلا أو فرعا للآخر، وهذا ما تضمنته المادة 33 من القانون المدني الجزائري[4].

---

[1] سورة النساء، الآية 135.

[2] إبن الحجاج مسلم في صحيحه، كتاب الحدود،ج2، باب من إعترف على نفسه بالزنى، ح 1996، ط1، مكتب الصفا، القاهرة، ،2003، ص203.

[3] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص 55- 56.

[4] حيث تنص م 33 منه على : "القرابة المباشرة هي الصلة مابين الأصول والفروع . وقرابة الحواشي هي الرابطة مابين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر".

إذا كان الإقرار هو أن يتقدم شخص ويدعي أن فلان ابنه، فماذا عن الشخص الذي يدعي أن فلان ابنه مع علمه بعدم وجود أية قرابة بينهما؟

ثانيا: الفرق بين الإقرار والتبني

الإقرار يختلف عن التبني، بحيث يعتبر هذا الأخير إحدى لصائق النسب ومعناه اتخاذ المرء ابنا له من غير صلبه، ويسمى هذا الابن متبنى، وسماه الإسلام "دعي" أي ابن بالدعوى لا بالحقيقة، فيكون بلفظ اللسان لا بسلالة الدم[1].

وهذا النظام كان متفشي في الجاهلية بل كان نظاما يؤخذ به في كثير من المسائل، فكان من المعتاد إذا أعجب رجل بأحد الغلمان اتخذه ابنا له، ويلحقه بنسبه ويتوارثان توارث النسب، واستمر هذا النظام مدة من الزمن في صدر الإسلام[2]، حتى أبطله الله تعالى بقوله عز وجل: «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَـٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّـهُ غَفُورًا رَّحِيمًا» وقوله كذلك عزوجل «مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَـٰكِن رَّسُولَ اللَّـهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّـهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا»[3].

فالتبني إذا هو أن يدعي شخصا بنوة ولد معلوم أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولدا له ويعطيه اسمه. وهو عكس الإقرار الذي هو إخبار شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر، وإنه منعا لاختلاط الأنساب ومحافظة عليها شرعت الشريعة الإسلامية أحكاما خاصة حماية لها، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي حرم التبني وذلك من خلال نص المادة 46 ق.أ.ج[4].

ومن هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء، وعليه فلا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب، والمشرع الجزائري يمنع التبني لكنه يقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من خلال المواد 116 إلى 125 من ق.أ.ج . والكفالة هي التزام على وجه التبرع

---

(1) كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2002، ص75.

(2) أحمد حمد، المرجع السابق، ص ص213- 214.

(3) سورة الأحزاب، الآية 5 ، و الآية 40 .

(4) تنص م 46 من ق.أ.ج: « يمنع التبني شرعا وقانونا».

بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية فهي تتم بعقد شرعي أمام المحكمة والموثق(116، 117 ق.أ.ج).ويستوي في ذلك أن يكون الولد المكفول مجهول أو معلوم النسب (119 ق.أ.ج) ويحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب (م 120 ق.أ.ج)[1].

وبالتالي لا يمكن لأي جزائري أن ينسب إليه مولود بطريق التبني ويقوم بتسجيله على لقبه لدى مصالح الحالة المدنية، وإذا قام بإلحاقه فهو باطل وممنوع في نفس الوقت فيكون من حق الورثة أو ممن له مصلحة أن يرفع دعوى أمام القضاء ليطلب إلغاء ما تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

وبهذا يكون المشرع قد سلك أحسن الطرق من خلال منع هذا النظام، وقد يتصور أن إبطال التبني فيه إهدار لمصالح الطفل وحرمانه أن يعيش في كنف أسرة من باب الدفاع عنه باسم الإنسانية والرحمة، وفي الحقيقة أن إبطاله فيه صيانة لحقوق الأولاد وإلحاقهم بنسبهم الحقيقي، خاصة أن هذا المنع هو حكم الشرع والقانون في آن واحد نظرا للآثار السلبية التي قد تنجر عنه ، فهذا الأخير قد ينشأ حقوقا لم تكن من قبل ويبطل حقوقا كانت ثابتة وقد يحلل ما حرمه الشرع و يحرم ما حلله .

وبناءا عليه يمكن القول أن الإقرار يختلف عن التبني، كون هذا الأخير ينشئ النسب عكس الإقرار الذي يساعدنا في الكشف عن نسب حقيقي اعتبارا للقرابة التي تربط المقر بالمقر له، فالإقرار يعد صحيحا ومنتجا لأثاره ومحققا لمقصده على خلاف التبني الممنوع شرعا و قانونا[2].

الإقرار يشمل الاعتراف بالقرابة المباشرة وغير المباشرة ولذلك يقسم أهل العلم الإقرار إلى نوعين فما هما؟

الفرع الثاني: أنواع الإقرار بالنسب

الإقرار نوعان:

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ،ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004، ص201.

[2] المطلع عليه بتاريخ: 12-04-2013 .http://www.bouzeri.net/arab/index.php?option=com

أولا: الإقرار بأصل النسب

إقرار بقرابة لا تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، وهي ما عددته المادة 44 ق. أ. ج بالبنوة، الأبوة، الأمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير. كأن يقول الشخص هذا ابني، بحيث يجب أن يكون ممن يقبله العقل والعادة حيث أنه لا يتصور من رجل عاجز تماما عن الإنجاب، كأن يكون مريضا بالعقم، أن يدعي ويقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته مع وجوب توافر بعض الشروط الأخرى التي سنتناولها بالتفصيل لاحقا[1].

ثانيا: الإقرار بنسب فرعي

إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كالأخوة والعمومة. وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، وهو ما نصت عليه المادة 45 ق. أ. ج[2]. كأن يقول هذا أخي وهو في الحقيقة يقول هذا ابن أبي. ومثل هذا النوع من الإقرار لا يجعل المقر له بالأخوة ابنا لأب المقر لأن هذا النوع من الإقرار بالنسب لا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب. فالإقرار بالأخ لا يصح إلا إذا صدقه الأب، والإقرار بالعم لا يصح إلا بتصديق الجد له، لأنه الأصل الذي ينحدر منه العم، فهذا ما ينطبق على الذي يعرف الإقرار على أنه اعتراف ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب[3].

وفي حالة كون الإستلحاق من جهة المرأة، بأن قالت هذا ابني أو ابنتي، أو من جهة الفرع نحوها، بأن قال هذه أمي، فإن الحالة فيها تفصيل:

1- إذا كانت المرأة في عصمة زوج حقيقة أو حكما، فلا يثبت نسب المستلحق إلى زوجها إلا بتصديقه أو ببينة قاطعة لأن فيه تحميل على الغير، أما إذا صرحت بأنه من غير هذا الزوج، فيلحقها النسب دون الزوج.

---

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص208.

(2) تنص م 45 من ق.أ.ج «الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

(3) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

2- أما إذا لم تكن ذات زوج فنسب المستلحق ثابت دون الالتفات لكون هذا الولد هو ثمرة زواج شرعي أو فاحشة، لأن النسب بجهة الأم ثابت بالواقعة المادية وهي الوضع، دون قيد الفراش[1].

يستفاد مما سبق ذكره أن الإقرار تصرف قانوني كباقي التصرفات القانونيـــة الأخـــرى، فيجب إذن أن تتوفر فيه عامة شروط التصرف القانوني، ومنها اتجاه إرادة المقر إلى إحداث اثر قانوني، بمعنى أن يكون الإقرار صادرا من المقر بقصد الاعتراف بالحق المدعى به، في صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين. إضافة إلى وجوب أن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر من الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة[2].

ولكي يحقق الإقرار غايته في إثبات النسب، وبالتالي إلحاق الولد بأبيه شرعا وقانونا وجب توفره على شروط خاصة، وهي ما سوف يتم التطرق إليه.

المطلب الثاني

شروط الأخذ بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب

الإقرار بالنسب أيا كان نوعه سواء كان إقرارا فيه تحميل النسب على نفس المقر، أو فيه تحميل النسب على الغير، له وضع خاص أحاطه الفقه والقانون بضمانات وشروط خاصة، سواء تعلقت بالمقر نفسه أو المقر له بالنسب، أو حتى في المقر به، وهي في مجملها شروط موضوعية (الفرع الأول)، لكن هل اكتفى المشرع الجزائري بهذه الشروط أو أنه أوجب أن يفرغ الإقرار في قالب معين؟ (الفرع الثاني)، هذا ما سنحاول الوصول إليه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للإقرار

يشترط في الإقرار بالنسب عموما شروط مختلفة سنوردها كالتالي:

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص58-59.

[2] طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، الجزائر، 2006، ص 56.

أولا: الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب

1- أن يكون المقر بالغا عاقلا كما يقول جمهور الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، بمفهوم المخالفة لا يكون إقرار الصبي أو المجنون بالنسب صحيحا[1].

2- أن يكون مختارا في إقراره، فالإكراه لا يصح معه الإقرار بالنسب، وهذا ما قال به الأحناف والمالكية والشافعية[2].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب

1- أن لا يكون الشخص ثابت النسب، ثم يأتي آخر ويدعي نسبه إليه.

2- أن يصادق المقر له المقر في إقراره. بالإضافة إلى شرط مهم وهو ان لا يكون قد ولد من علاقة غير شرعية.

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به

1- أن لا يكذبه الحس والشرع؛ بمعنى ان تصدقه أحوال العرف والعادة، وهذا هو الشرط الذي أكد عليه المالكية على اعتبار الإقرار الذي يكذبه العقل والعادة إقرار غير صحيح[3].

ومن خلال تفحص المادتين 44 و45 ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري أخضع الإقرار بالنسب إلى وجوب توفر شرطين أساسيين هما:

1- أن يتعلق الإقرار بولد مجهول النسب، لأنه لا يجوز ان ينصب الإقرار على ولد معلوم النسب.

2- أن يكون الإقرار مما يقبله الحس والشرع، حيث من غير المتصور من شخص يبلغ الخمسين من عمره، أن يدعي أو يقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته، وهذا الأخير قد بلغ 45 من عمره. كما أنه لا يقبل ولا يتصور الاعتراف ببنوة طفل معلوم النسب، ومعروف عند أهله وقومه أنه ابن فلان، أو أنه مسجل في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى تصريح والده

---

[1] أحمد فراح حسين، المرجع السابق، ص 93.

[2] المرجع نفسه، ص 93.

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص ص 93- 94.

فلان الفلاني بتاريخ يوم ولادته، كون الطفل يصرح بولادته في الآجال المحدد حسب قانون الحالة المدنية، كما يلزم ببيان المعلومات الخاصة بالطفل والوالدين كاملة في عقد الميلاد، وهذا طبقا للمادة 63 من قانون الحالة المدنية[1].

وهناك شرط ثالث يجب توفره لإثبات النسب بطريقة الإقرار، وهو الذي لم يتم النص عليه صراحة في المادتين 44 و45 من ق.أ.ج، إلا أنه يستدل من نص المادة 40 وهو وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح، لأنه شرعا لا يجوز أن ينسب طفل من زنا إلى الأب وإن كان الأم كذلك[2].

كما أنه ينبغي الإشارة إلى أنه إذا صدر الإقرار عن شخص ما في مرض الموت؛ فإنه يثبت النسب به مثلما يثبت حال الصحة[3].

فأهم ما يجب علينا أن نلاحظه بصدد الحديث عن ثبوت النسب بطريق الإقرار هو أن يكون المقر به كان قد نتج عن زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة، لأنه إذا أقر شخص بأنه عاشر امرأة معاشرة غير شرعية خارج إطار عقد الزواج فأنجبت الولد المعترف به، فإن إقراره لا محل ولا شرعية له، وبالتالي لا يجوز إسناد نسبه إلى أي رجل، ولا تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب أو اسم أي شخص عدا اسم أمه.

ولهذا يمكن القول بأنه لو قلنا أن القاضي الذي تطرح عليه دعوى النسب، لا يلزم ببحث شرعية أو عدم شرعية أو قانونية الزواج، وأنه يكفيه أن يقتنع بوجود علاقة أبوة بين المدعي والمدعى ببنوته، استنادا فقط إلى شهادة الشهود وإلى وثائق عرفية أو اعترافات غير يقينية، نكون قد فتحنا بابا واسعا للفسق واختلاط الأنساب، وبالتالي نكون قد قدمنا كل التسهيلات لإنشاء علاقات غير مشروعة.

لكن ماذا عن الإقرار الذي ينصب عن اللقيط؟ هل يثبت نسبه منه إذا أقر شخص بنسبه إليه واعترف أنه منه؟

---

[1] الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام1389 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د.ط، دار هومه للطباعة، الجزائر، 2007، ص104.

[3] تنص م 44 ق.أ.ج « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

الاعتراف بالنسب الشرعي وحده ليس المقصود منه أن يعيش الطفل مجهول النسب دون اسم ولا هوية، فالذي سعى إليه الإسلام ليس محاربة هؤلاء الأطفال أو نبذهم، بل سعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة، والملاحظ من اجتهادات الفقهاء مدى حرصهم على إلحاق الابن بنسب الزوج متى وجدت قرينة على ذلك ومن أجله توسع الفقهاء في وسائل إثبات النسب، وضيق فرص إنكاره[1].

كما أنه إن شاء الملتقط أو أي مواطن آخر الالتزام بحفظ الولد المجهول ورعايته تبرعا وفقا لإجراءات عقد الكفالة المحددة (116 إلى 118 ق.أ.ج) كان له ذلك. كما يمكن للملتقط أو لشخص آخر أن يدعيه ويستلحقه إذا توفرت شروط الإقرار. غير أنه ظهر بذلك قولان عند الفقهاء:

القول الأول: يثبت نسب اللقيط ممن ادعاه الملتقط أو غيره دون حاجة إلى إقامة البينة على أنه ابنه، فثبت لهذا جميع أحكام البنوة وفي قبول مثل هذه الدعوى مصلحتين، مصلحة المدعي في حصوله على ولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية، ومصلحة أخرى للقيط لأنه لو اشترط إقامة البينة في مثل هذه الدعوى لضاع الكثير من الأنساب وهذا مخالف لمقصود الشرع الذي هو المحافظة على النسب والاحتياط له ما أمكن، وممن قال بهذا جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية[2].

القول الثاني: وهو قول المالكية الذين قالوا أنه لا يلحق اللقيط بالملتقط أو بغيره بمجرد الدعوى، فأضافوا قيد إقامة المدعي البينة عل أنه ابنه، وبالتالي لا يكفي قول المدعي بأنه ضاع له ولده، بل لابد من إقامة البينة لأنه يحتمل أن يدعيه غيره، أو لا يكون لدعواه وجه كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه رماه لما سمع الناس يقولون من طرح ولده عاش، أو كان يطرحه لغلاء أو خوف عليه من شيء يصيبه لما بينه وبين غيره مما يدل على صدقه، وبذلك فإن توفرت البينة التحق اللقيط بمن ادعاه[3].

---

[1] عبد العزيز سغد، المرجع السابق، ص 104.

[2] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص92.

[3] المرجع نفسه، ص 96.

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينظم في أية مادة من مواد القانون مثل هذه الحالة، مع العلم أنه قرر أن النسب يثبت بالاستلحاق وهو الإقرار المجرد بالنسب، والذي بعد الإقرار به لا يحتمل النفي وهو ما نصت عليه المادة 40 من ق.أ.ج.

وخلاصة القول أن إثبات النسب بالإقرار لا يجوز اعتماده أو الحكم به إلا مع توفر شرط كون الولد المقر أو المعترف به مجهول النسب وشرط إمكانية أن يولد مثله لمثل المقر، وشرط عدم كون المعترف به مولودا من زنا مع تصديق المعترف به لادعاء المعترف إن كان راشدا.

إضافة لذلك يجب أن يكون الإقرار ممن يقبله العقل والعادة أو الحس والشرع استنادا إلى نص المادة 44 من ق.أ.ج، والتي أدت ببعض الفقهاء بعد تحليلهم لهذه المادة بالقول أن المشرع الجزائري قد تبنى الاتجاه القائل بعدم قبول الدعوى المجردة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 45 من نفس القانون وما قرره أيضا القضاء الجزائري، ومقتضى ذلك هو ثبوت علاقة زواج شرعية سابقة لتاريخ الإقرار وهو ما يتعين على القاضي التأكد منه قبل البحث في مسألة إثبات النسب[1].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للإقرار

يختلف موقف القانون عن موقف القضاء بخصوص الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه الإقرار بالنسب، ولم ينص تقنين الأسرة الجزائري على أي شكل بخصوص الموضوع، ولا الجهة التي يدلى به أمامها. وبتالي الرجوع إلى القواعد العامة للإقرار أمر لابد منه والتي لا تقيده بشكل معين، فقد يكون شفويا أو مكتوبا في مذكرة يرفعها المعني إلى القضاء.

وأما بالنسبة إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء لم يشترطوا لصحة الإقرار المثبت للنسب أن يكون أمام القاضي، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي معتبرين في ذلك أن الإقرار يكون صحيحا ومرتبا لكافة آثاره متى استوفى شروط قيامه بغض النظر إن كان في مجلس القضاء أو غيره[2].

---

[1] طفايني مخطارية، المرجع السابق، ص ص 105-107.

[2] المرجع نفسه، ص ص 59-60.

لكن بالرجوع إلى القضاء الجزائري وبالضبط إلى اجتهادات المحكمة العليا فنأخذ من بينها قرارين أصدرتهما في هذا الشأن، الأول كان بتاريخ 1998/11/17، والثاني في 1998/12/15.

جاء في الأول ما يلي:"من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين – من قضية الحال– أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوافرة لأن الزواج تم في 1994/05/02، والولد قد ولد في 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة و الحماية الاجتماعية لا يؤخذ لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى النسب لان النسب لا يتبين بالعلاقة الغير الشرعية طبقوا صحيح القانون"[1].

وما يمكن أن نفهمه من هذا القرار أن هناك جهة مختصة لتلقي الإقرار، وذلك بمفهوم المخالفة لمضمون القرار، وعدم تحديد تلك الجهة واكتفائه القرار بإقصاء مديرية الصحة والحماية الاجتماعية، وبالتالي أبقى الإشكال قائما.

أما بالنسبة للقرار الثاني فقد جاء فيه ما يلي :"ومتى تبين – من قضية الحال –أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

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

وعليه فإن القضاة لم يتنبهوا إلى وجوب سماع الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا لشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"[2].

---

[1] م،ع، غ.أ.ش، ملف رقم 210478، الصادر بتاريخ 1998/11/17، مجلة قضائية، ع خاص،2001، ص 577.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 20243، الصادر بتاريخ 1998/12/15، مجلة قضائية السابقة، ص 77.

فنستنتج من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام جهاز القضاة، وأن الإقرار لا يخضع إلى أي شكل محدد،لهذا يبقى الإشكال قائما أمام القاضي والمتقاضي[1].

وبالرجوع إلى القانون رقم 06-02 الذي يتضمن تنظيم مهنة الموثق[2]، فإننا نجده يضم الإقرار بالنسب ضمن العقود التصريحية، والتي يدلي من خلالها الأطراف بموضوع أو حق معين قصد ترتيب اثر قانوني، مع إلزام أنفسهم بما صرحوا به وذلك دون الإخلال بالبيانات التي يجب أن يتضمنها العقد الذي يحرره الموثق سواء تعلقت بالأطراف أو موضوع العقد أو الموثق وهذا استنادا إلى نص المادة 29 من نفس القانون[3].

المطلب الثالث

حجية الإقرار في إثبات النسب

بالرجوع إلى المادتين 44 و45 ق.أ.ج، ومن محاولة تحليل هذين النصين يتضح لنا أن قانون الأسرة أجاز إثبات النسب بطريقة الإقرار، والاعتراف بالمولود كابن لمدعي الأبوة أو الأمومة أو غيرهما وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شروط، فمتى توفرت هذه الشروط كان للإقرار حجة في إثبات النسب، وللحديث عن مدى حجيته في إثبات النسب، أهي حجية قطعية أم قاصرة؟ سنتطرق إليها و ذلك من خلال الحجية القاصرة للإقرار (الفرع الأول)، والحجية القاطعة للإقرار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحجية القاصرة للإقرار في إثبات النسب

يعتبر الإقرار في نظر الفقهاء حجة قاصرة، أي لا تسري أحكامها إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالأبوة والأمومة والبنوة، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر،2007 ص ص 47 – 48.

[2] قانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 14، المؤرخة في 2006/06/08.

[3] مقابلة مع الموثق الأستاذ مراد زوايد الكائن مكتبه بدائرة اختصاص مجلس قضاء البويرة، حي المحور المالي. أجريت بتاريخ 2013/04/3.

وهو ما تضمنته المادتين 44 و45 ق.أ.ج، إلا أن ثبوت النسب بالإقرار بشقيه يترتب عليه عدة نتائج.

كما أن الإقرار الذي يصدر عن صاحبه في مرض الموت يكون صحيحا نافذا كصدوره حال الصحة طبقا للمادة 44 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي:"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.

أما حجية الإقرار الذي يصدر عن بعض الورثة بالإخوة أو العمومة دون موافقة الآخرين، يجعل الإقرار لازما في حق المقر فقط، فيقاسمه نصيبه دون باقي الورثة، بحيث أن هذا الإقرار يقبل في حق المال دون النسب[1]. فلا يثبت هذا الأخير ممن حمل عليه، لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره إلا إذا صدقه هذا الغير أو أقيمت عليه بينة، وبناءا على ذلك إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلا يكون ابنا لأبيه ولا أخا لإخوته ولا عما لأولاد هذا إذا لم يصدقه، وإنما يترتب على هذا الإقرار معاملة المقر نفسه بإقراره في حق نفسه فقط فإذا لم يثبت البنوة والأبوة فلا يستطيع أن يثبت القرابات المتفرعة عنها غير أن المقر هنا يعامل بإقراره بما يلزمه من الحقوق المالية، فيلتزم بالإنفاق على المقر له إذا كان محتاجا ويرث المقر له إذا لم يكن له وارث غيره[2].

وأما الأبناء ثمرة الزواج العرفي الغير مسجل في مصالح البلدية والذي تم بأركانه وشروطه الشرعية، إذا تقدم من له المصلحة بطلب توثيقه عن طريق حكم قضائي وأقر الوالد بهم فإنه يتم تسجيلهم بأثر رجعي إلى تاريخ ولادتهم[3].

فالإقرار في القانون الجزائري له حجيته متى توافرت فيه الشروط الازمة، فعده سبيلا معتبرا في إثبات النسب شأنه شأن الطرق الأخرى، فثبوت النسب بالإقرار يرتب حقوق للولد

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 188.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 576.

[3] معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص 125.

المقر له بالنسب ولا تملك الأم إسقاط حقوق هذا الأخير كما لا يجوز للزوجين إبطال هذا الحق بعد ثبوته إلا باللعان[1].

الفرع الثاني: الحجية القاطعة للإقرار في إثبات النسب

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع الإقرار في المادة الأربعين من قانون الأسرة حيث عده طريقا مشروع لإثبات النسب وله مكانته في القانون، شأنه شأن باقي الطرق الشرعية الأخرى، إلا أنه قبل الحديث عن مدى قوة الإقرار في إثبات النسب ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية وقانونية الزواج قبل أن يحكم بإسناد نسب أي مولود إلى المدعي ببنوته أو أبوته أو غير ذلك استنادا إلى إقراره بمعنى أن يكون قد تحقق له وثبت لديه قيام عقد زواج شرعي وقانوني وأن يكون قد توافرت لديه شروط الزواج[2]، وشروط ولادة الطفل خلال الأجل المحدد شرعا وقانونا لمدة الحمل[3].

فإذا حكم بثبوت النسب عن طريق الإقرار مستجمعا لشروطه لم يجز العدول عنه أو نقضه حفاظا على استقرار الأسرة والمجتمع ولتعلق حق الله به، ولا يجوز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه، طالما صاحب الحق الأول قد أثبته في ذمته[4]، وهو ما تضمنته المادة 85 من مشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية:«لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالإقرار الصحيح»[5].

وإذا كان ثبوت النسب عن طريق الإقرار يعتبر ذا أهمية بالغة، بحيث يمكنه قلب الموازين، وذلك بالحضور والإدعاء بأن ولد ما ولده و لو كان ولد زنا، فإنه بالإمكان اللجوء إلى طريق آخر أكثر موضوعية وهو البينة، فما هي البينة؟ وفيما تتمثل أحكامها؟

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص61.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 216.

[3] تنص م 42 من ق.أ.ج « أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر».

[4] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص60.

[5] المرجع نفسه، ص ذاتها.

المبحث الثاني
إثبات النسب بالبينة

تعد البينة من بين طرق إثبات النسب سواء كان هذا الأخير أصليا أو فرعيا، وذلك إذا كانت الرابطة الزوجية غير قائمة، فإذا كانت هذه الأخيرة قائمة فلا حاجة إلى الأخذ بالبينة كون نسب الولد يثبت بالفراش، لاتفاق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا أو زواجا فاسدا أو نكاح شبهة فإنه ينسب إلى زوجها ما لم يقم العكس على ذلك.

والبينة تعتبر إلى جانب الإقرار حجة تكشف عن وجود حق لا إنشاء له، ودعوى إلحاق النسب بالبينة كأي دعوى لا بد أن تتوفر على شروطها، فإذا قدم المدعي بالنسب دعواه وأنكر المدعى عليه، فعلى المدعي تقديم بينته، هذا ما سنعالجه من خلال إبراز الاختلاف الوارد بين مدلولها في المعنى العام والمعنى الخاص (المطلب الأول)، ثم سنتطرق إلى بعض ما يدخل في حكم البينة الواجبة لإثبات النسب (المطلب الثاني)، وأخيرا سنبين قوة البينة في إثبات النسب (المطلب الثالث).

المطلب الأول
تعريف البينة

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 ق.أ.ج، حيث جاء فيها:«يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة...». فدعوى النسب كأي دعوى أخرى بعد استيفائها لشروطها القانونية إذا تقدم المدعى بدعوى النسب وأنكر الزوج ذلك فعلى هذا الأخير تقديم البينة، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد لنا المقصود من البينة الواردة في نص المادة أعلاه، فهل جميع ما يُكون حجة يعتبر بينة؟ أم هي قاصرة على الشهادة؟ وإذا كانت كذلك فكيف يثبت النسب بها؟[1]. وللإجابة على هذه التساؤلات سنتطرق إلى تحديد مدلول البينة طبقا للشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم تحديده طبقا للمادة 40 ق.أ.ج (الفرع الثاني).

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص54.

الفرع الأول: البينة طبقا للشريعة الإسلامية

البينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود إلا أنها تختلف في نصابها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين، فأبو حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا إقرار الزوج بالحبل، ويقبل المالكية قول امرأتين، ويكتفي الحنابلة بقول امرأة واحدة حرة مسلمة عدل[1].

ويقول ابن جزى في هذا الصدد بالنسبة للقوانين الفقهية في مراتب الشهادات أنها على ست مراتب، فأما الأولى شهادة أربع رجال وذلك في الشهادة عن الرؤية في الزنا بإجماع، أما الثانية شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى الفاحشة، والثالثة شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال الخاصة، والرابعة شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة، والخامسة رجل مع يمين في الأموال خاصة، أما السادسة امرأتان مع يمين في الأموال أيضا[2].

إن الإثبات بالبينة الكاملة لا يكون إلا عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول مصداقا لقوله عز وجل:﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾[3]. فما ورد في هذه الآية الكريمة ينطبق على الشهادة في الحقوق بتنوعها بما فيها النسب.

وقد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل والبلوغ والإسلام في الشاهد على النسب واختلفوا في البصر والحرية والنصاب والعدالة، والأصل في الشهادة أن تكون الشهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، وتكون الشهادة شفوية يدلي بها الشاهد مستمدا إياها من ذاكرته، بحيث لا يجوز الاستعانة بأوراق مكتوبة إلا في حالات خاصة. والشهادة أنواع إما سمعية أي غير مباشرة وهي التي يسمعها الشاهد رواية عن غيره، وهناك الشهادة بالتسامع وهي غير الأولى فهي شهادة بما يتسامعه الناس تنصب على الرأي الشائع عند جمهور الناس، وأما الشهادة بالشهرة العامة فليست شهادة بالمعنى الصحيح بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فيها وقائع معينة[4].

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 53.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 53، هامش رقم 2.

[3] سورة البقرة، الآية 282.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص، ص 312- 317.

والأصل في الشهادة أن تكون معاينة المشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد الواقعة أو سمعها بنفسه جاز له الشهادة، وإن لم يرها أو يسمعها بنفسه لا تصح شهادته. وقد استثنى الحنفية من هذا الأصل أمور على سبيل الاستحسان فأجازوا الشهادة بها ومن هذه الأمور النسب.

فإن تنازع نسب ولد أكثر من شخص، فادعى كل منهم أنه ابنه فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه، ومتى كان المدعى عليه ميتا وجب سماع الدعوى مرفقة بحقوق أخرى مثالها الميراث أو النفقة، وهذه الحقوق هي التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي[1].

الفرع الثاني: البينة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري

قبل محاولة ضبط مدلول البينة الوارد في المادة 40 ق.أ.ج، سنبين معناها اللغوي والاصطلاحي.

المعنى اللغوي: بين، يبين، أبان، بان الشيء بيانا، ظهر واتضح وانكشف والجمع بيانات وهي الحجة الواضحة، البرهان، الدليل، الشهادة، أو كل ما يثبت الحق ويفصل به بين الخصوم[2].

المعنى الاصطلاحي: هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانونا[3].

ونلاحظ أن المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللغوي، حيث أن البينة هي الحجة التي يتوصل بها لإظهار الحق وإيضاح الحقيقة.

وتظهر أهمية البينة على غيرها من وسائل ثبوت النسب بالنظر إلى أن الطريق الأول وهو المنشئ للنسب أي الزوجية وما يلحقها محدود الأثر إذ لا يثبت به إلا نسب الولد، أما غيره من الأخ أو العم وأبنائهم فلا بد لهم من الإقرار، وهذا الأخير في حد ذاته حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى غيره، بخلاف البينة التي إن ثبتت كانت ملزمة لكل الأطراف، وتصلح لكل الحالات الأبوة، الأمومة، الأخوة وغيرها[4].

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص199.

[2] أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، ط1، عالم الكتب، مصر، 2008، ص 276.

[3] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 51.

[4] المرجع نفسه، ص 52.

فالبينة إذن هي كل وسيلة يظهر بها الحق وتنكشف حقيقته في أي نزاع أو مظلمة، ولقد عرفت البينة بأنها الحجة ويطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهو الشهادة ويعلق ابن القيم على هذا ويقول البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماها ولم تأتي البينة قط في القرآن مرادا بها الشهادة وإنما أتت المراد بها الحجة ومستندين بذلك لقوله عز وجل:﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴾[1]. وبينة النسب هي الشهادة.

فاللشهادة تعاريف متعددة عند الفقهاء، وتختلف من فقيه لآخر ومن مذهب لآخر فقد عرفها الحنفية بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ في مجلس الحكم فيكون أخبار الصدق لإثبات حق للغير على الآخر، في حين أن المالكية عرفوا الشهادة بأنها:"أخبار الشاهد الحاكم إخبارا ناشئا عن ظن أو شك"، وعرفها الصاوي من المالكية بأنها:"أخبار عدل حاكم بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"[2].

وبذلك تكون البينة المقصودة من المادة 40 ق.أ.ج هي الشهادة دون غيرها من الأدلة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في المادة 40 فنجده يستعمل في النص العربي مصطلح "البينة" وفي النص الفرنسي "Preuve" فيكون لهذا الأخير عدة معاني، والمقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها من الأدلة والأدلة متضافرة على ذلك منها: تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنتزع إي إشكال في تأويل البينة الواردة في نص المادة 40 هو شهادة الشهود[3].

---

[1] سورة البينة، الآية 1.

[2] سهام نهار البطون الجبور، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي والقضاء العشائري الأردني، ط1، دار يافة العلمية، الأردن، 2010، ص ص9،11.

[3] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص54.

المطلب الثاني

صور

الولد وأنكر الزوج كأن قالت مثلا أنها ولدت ابنا وقال الزوج أنك ولدت بنتا. فللزوجة تقديم البينة فلها أن تثبت ما أنكره زوجها من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة امرأة مسلمة معروفة بالعدالة، لأن الولادة واقعة مادية، ولا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات ويقل أن يحضر الرجال أو عدد من النساء الولادة[1].

فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وذلك لأن «النسب يثبت بالفراش»، وهي مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري؛ وبالتالي يتم اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 ق.أ.ج[2].

وما دام المراد إثباته هنا هو الولادة وتعيين المولود، فهما من الأمور التي كان لا يطلع عليها غير النساء على حد قول ابن شهاب الزهري: (قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن). كما للزوجة أن تبين نسب ابنها الذي أنكره زوجها بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها[3].

إضافة إلى ذلك يقول الفقهاء أن شهادة القابلة تقبل إن كانت الزوجية قائمة، فإن كانت الزوجة معتدة من طلاق، أو وفاة و أنجبت ولد، فأنكره الزوج، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وذلك باعتبار أن أثار الزواج هي باقية في عدة الطلاق أو الوفاة[4]. وعليه فإنه بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة وبالتالي إثبات نسب الطفل لأبيه الحقيقي عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو ممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة، خاصة وأن القانون أعطاهم صلاحية التصريح بولادة الطفل.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الحالة المدنية "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا الأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده". وعليه فالقابلات تكون شهادتهن مقبولة أمام القضاء في ثبوت النسب[5].

---

[1] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 212.

[2] تنص م 222 منه « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص578.

[4] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 156- 157.

[5] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص57.

والجدير بالذكر أنه رغم إمكانية الاستعانة بهذا النوع من الشهادات للوصول إلى الحقيقة المراد إثبات النسب بها، فإنها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي في قبول شهادة القابلة من عدمها.

الفرع الثاني: شهادة طبيب المستشفى أو العيادة

غالبا ما نجد أن المستشفيات أو العيادات الخاصة تعطي شهادات تدون فيها معلومات عن واقعة الولادة مثل الاسم، السن، تاريخ الولادة، والعيادة التي تمت الولادة فيها مع الختم عليها وتسمى هذه الشهادة "شهادة الولادة".

ومثل هذه الشهادة إن أُرفقت بشهادة الطبيب يمكن أن تساعد المرأة في إثبات الولادة في حالة إنكار الزوج لها وبالتالي إثبات نسبه، خاصة وأن أثبتت الولادة بالسجلات المعدة لذلك طبقا للمادة 26 قانون مدني والمحرر طبقا للمادة 63 من الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية والتي تنص على ما يلي:" يبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأم"[1].

إلا أن شهادة الميلاد هنا لا تعد بمفردها حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه (قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس)، إذا لم يقصد ثبوته هذا لأن القيد في السجلات لا يشترط فيه أن يكون بناءا على طلب الأب أو وكيله، بل يصح الإملاء من الأم أو القابلة أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده هي التي تصرح، وهذا بناء على نص المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

فلا تعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها، إلا أن شهادة الميلاد يمكن أن تساعد في ثبوت واقعة الولادة وبالتالي نسب الولد لأمه من خلال تأكيد صحة البيانات الواردة فيها[2].

---

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص153.

[2] عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1992، ص406.

ولما كانت الشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه فإنه إذا رأى المشهود به أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يصح أن يشهد[1].

والتسامع هو انتشار الخبر وإشهاره بين الناس، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة التسامع كما هو الحال في الزواج أو الولادة أو الوفاة. والحكمة من ذلك أن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص من الناس أو ذوي الاختصاص[2].

فإذا اختلفت الزوجة وزوجها كأن ينكر هذا الأخير الولادة أو يعترف بها وينكر الولد الذي عينته، فعلى الزوجة البينة ويكفيها في هذه الحالة أن تثبت ما أنكره بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها.

وبالرغم من إمكانية هذه الشهادة في إيضاح حقيقة نسب الولد إلا أن سلطة القاضي واسعة في تقدير هذه البينة فيما إذا كانت منتجة في الدعوى أو لا، خاصة إذا روعيت فيها القيود والضوابط التي رسمت لها حتى لا تخرجها عن المعنى المقصود، هذا ما سنعالجه فيما سيأتي.

المطلب الثالث

ضوابط حجية البينة لإثبات النسب

تظهر حتمية البينة وأهميتها في العديد من حالات إثبات النسب. و الملاحظ في ذلك أن إثبات النسب بالبينة لا يكون إلا في حالة ما إذا جمع الرجل والمرأة عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة هي علاقة غير شرعيـــة ونتج عنها ولد، وقام النزاع بشأنه أو شأن واقعة ميلاده فلا يثبت نسب الولد إلى الشخص بأي بينة كانت، وللبينة حجيتها في إثبات النسب فهل حجيتها متعدية أم لا؟ وهل تعتبر البينة أقوى من الإقرار، هذا ما سنتطرق إليه بدءا بإبراز الضوابط التي يجب أن تتسم بها البينة الواجبة لإثبات النسب (الفرع الأول)، وصولا إلى حجيتها في إثباته (الفرع الثاني).

---

[1] رمضان علي السيد جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 577.

[2] سلامي دليلة، المرجع الشرنباصي، السابق، ص 21.

الفرع الأول: ضوابط البينة لإثبات النسب

لكي تكون للبينة حجية في إثبات النسب فيجب أن تتسم ببعض من الضوابط إلى جانب ما ذكرناه سالفا، ويعنى بها القيود والشروط التي توضع عليها حتى لا تخرجها عن المعنى المقصود، وهي في الحقيقة ضوابط عامة لكل البينات بالإمكان إسقاطها على مختلف الدعاوى بما فيها دعوى إثبات النسب.

فالبينة اسم لما يبين الحق ويظهره، وعليه فلا بد من مراعاة إظهار جانب الحق من الشهادة والعدالة وهو النسب الحقيقي للطفل سواء كان أصليا أو فرعيا، كما يجب للشهادة أن توافق هذه الدعوى، بحيث تكون مطابقة لها حتى تنتج أثرها في الحكم بموجبه وتساعد في إثبات النسب الحقيقي وصدور الحكم بشأنه وبالتالي إلزام الخصم به. إضافة إلى شرط آخر يجب توفره في البينات عموما والشهادة خاصة هو وجوب أن تكون في مجلس القضاء؛ لأن الحكم لا يعتد به إلا إذا صدر في مجلس القضاء، فلو حصل خارجه لا يحقق الغاية منه ولا تنقطع به الخصومة[1] ، بمعنى آخر وجوب وجود نزاع أو إنكار من طرف الخصم.

إن البينة تقوم أساسا على أمانة الشهود، فحتى إذا هم لم يكذبوا فهم معرضون للنسيان ثم إن الدقة تنقصهم فلهذا يجب أن تستند الشهادة إلى العلم أو غلبة الظن، فإذا أسندت إلى شك أو وهم فلا عبرة بها[2].

ولأن البينة ينبغي أن تقوم على أساس قويم، وسند قوي بأن تكون مبنية على العلم واليقين بمحل الإثبات، أو على ظن قوي يقرب من العلم واليقين[3] لقوله تعالى: «وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾»[4].

وفي الأخير يجب أن تكون البينات موافقة للعقل أو الشرع أو الحس، لأن الإثبات إذا خالف أحدها لا يعتد به. فإذا توافرت هذه الضوابط في البينة الواجبة لإثبات النسب كان لها دور كبير في المساعدة على ظهور الحقيقة المتعلقة بالنسب.

---

[1] بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط1، دار النفائس، الأردن، 2009، ص ص 40- 41.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 318.

[3] بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 41.

[4] سورة الزخرف، الآية 86.

الفرع الثاني: حجية البينة في إثبات النسب

إن الشهادة سواء بالمعاينة أو السماع طريق صحيح لإثبات الأنساب، سواء كان نسب المدعى به نسبا أصليا وهو البنوة والأبوة والأمومة، أو غير ذلك من أنواع القرابات الفرعية كالأخوة والعمومة، وهو ما عده المشرع الجزائري من خلال المادة 40 ق.أ.ج، لما لها من قوة شرعية وقانونية. فالبينة أقوى حجة وسبيل لإثبات النسب وحجيتها متعدية وثابتة على جميع الناس وعلى جميع الوقائع وبالتالي فهي ملزمة للخصم.

إن الثابت من الأنساب بالبينة أقوى من الثابت بالإقرار أو الدعوة، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعي نسب آخر ويقيم بينة على دعواه أحق من الذي يقر بنفسه بأن فلان ابنه، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار فهو غير مؤكد لاحتمال ورود البطلان بالبينة لأنها أقوى منه[1].

فحجية البينة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه بل يثبت في حقه وحق غيره بخلاف الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر وحده لا يتعداه إلى غيره[2].

إذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه، وكانت الدعوى مستوفية لشروطها القانونية وأنكرها المدعى عليه، فإذا ثبت ادعاء المدعي بالبينة أمام القاضي حكم عند ذلك نسبه من المدعى عليه وترتبت عليه كل الحقوق فيكون بذلك ملزما لمن ادعى النسب ولمن أنكره.

ثم إن كانت دعوى النسب بالأبوة أو البنوة حال حياة الأب، أو الابن المدعى عليه تسمع الدعوى ولو كانت مجردة من أي حق آخر، كالإرث والنفقة لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد بذاته، فتكون الدعوى لمجرد إثبات النسب فقط[3].

وإن كانت دعوى النسب بعد وفاة الابن، أو الأب المدعى الانتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوة والأبوة كالأخوة والعمومة مطلقا، سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص528.

[2] عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص173.

[3] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص211.

الانتساب إليه أو بعد وفاته فإن الدعوة لا تسمع شرعا إلا في ظل دعوى مرفوقة بحق آخر لأن النسب حينئذ غير مقصود بذاته بالدعوة وإنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث[1].

وتطلب البينة عند ذلك من المدعي أنه ابن المتوفي، فإن قدمها حكم له بالنسب والميراث معا، لأن النسب يكون ضمن الدعوى فالحكم بالميراث يقتضي ضمنيا الحكم بالنسب[2].

وهو ما سار عليه القضاء الجزائري هو الآخر في اعتبار شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب تطبيقا المادة 40 ق.أ.ج، وسواء كان هؤلاء الشهود من أقارب الزوجين أو أجانب لهم استنادا إلى المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] والتي تنص على ما يلي:"لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولـــو كان مطلق، لا يجوز أيضا قبول شهادة الأخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".

وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في إحدى قراراتها:"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود والبينة ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت الولد يعد إحياء له ونفيه قتلا له... حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق"[4].

ونخلص في الأخير إلى أن كل من التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي يسعى إلى إثبات نسب الولد من الأبوين، ويتوسع في هذا الإثبات، ويتسامح فيه، بحيث يقبل الشهادة فيه

---

[1] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 212.

[2] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية ، ط1، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002، ص 379.

[3] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 21.

[4] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 1723، الصادر بتاريخ 1997/10/28، مجلة قضائية، ع 1، 1997، ص42.

على التسامع ولا يطلب دليل عليه عند الإقرار ما دام واقع الحال لا ينافيه، وذلك لما فيه من إحياء للنفس لأن من ليس له نسب في حكم الميت في عرف المجتمع الإسلامي.

وعموما إذا كان إثبات النسب بالإقرار والبينة متفق عليه في كل التشريعات خاصة منها الإسلامية، فإن الأمر غير ذلك في إثبات النسب بالطرق العلمية. فكيف ذلك؟

الفصل الثاني
إثبات النسب بالطرق العلمية

أمام ما أصبحت تقدمه لنا العلوم البيولوجية اليوم في مجال إثبات النسب، والتي تمخضت عنها طرق أخرى تتفق وحرص الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي الشديدين على نظافة النسب ونقائه وصدقه، الذي يبعدنا كل البعد عن التلاعب والتزوير فيه، وهو ما يعرف باصطلاح "الطرق العلمية" والتي كرسها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 02/05 المعدل لقانون الأسرة (المبحث الأول).

كما أن القول بالأخذ بهذه الأدلة العلمية في هذا المجال يستدعي منا البحث أولا في حجيتها ومدى أعمال القاضي سلطته التقديرية في الأخذ بها (المبحث الثاني).

ووقوفا عند هذا الاكتشاف العلمي الدقيق الذي يقوم بوظيفتين أساسيتين لا أكثر وهما: الإثبات والنفي، فانه قد يحدث أن نكون أمام قاعدة تقليدية وأخرى علمية في إثبات النسب فمن الأولى بالإعمال؟ وإذا كان النفي مرتبط بأقوى دليل شرعي لنفي النسب " اللعان"، فما موقع الطرق العلمية منها (المبحث الثالث).

المبحث الأول

تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

إن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أصبح ضرورة لا مفر منها، وإنه من غير المعقول تجاهل أهميتها في مجال إثبات النسب، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب(المطلب الأول)، غير أن هذه الطرق عديدة لا يمكن حصرها لذا سنتطرق إلى نوعين فقط(المطلب الثاني)، كما أن البحث في كيفية اعتماد الطرق العلمية في القضاء و الإجراءات الواجب إتباعها، أصبح يشكل عوائق تحول دون إثبات النسب(المطلب الثالث).

المطلب الأول

مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب

نتيجة للثورة العلمية التي شهدتها البشرية، خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات والتي نقلتنا نقلة نوعية من طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، فانه قد برز دورها جليا في عدة مجالات منها النسب، والذي استقطب بدوره كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض ومؤيد لها.

إلا أن الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية، أصبح يميل للأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب[1]. إذ هناك العديد من الدول التي سارعت إلى احتضانها صراحة وأقرتها بنصوص خاصة، نذكر منها: التشريع الفرنسي، التونسي، الانجليزي، الألماني إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية[2]. واستنادا لهذا ما هو موقف المشرع الجزائري من تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب؟

إذا كانت جل التشريعات تجيز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإن المشرع الجزائري سكت عن ذلك فيما سبق، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 40 من القانون

---

[1] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 724.

[2] المرجع نفسه، ص ص 737-742.

رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة قبل التعديل[1]، والتي كانت تطرح عدة تساؤلات من بينها: هل يجب التقيد الحرفي بنص المادة؟ ومن ثم الجزم باستبعاد الاعتماد على الوسائل العلمية؟ أم أنه يمكن تأويل سكوت المشرع بأنه فتح المجال للقاضي بتكوين قناعته من خلال الدليل الذي يراه مناسبا؟ فكان النص بهذه الطريقة يفتح الباب للتأويلات المختلفة، مما يعد هدرا لحق الطفل في معرفة نسبه.

واعتبارا لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثـــة، أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في المادة 2/40 والتي تنص على ما يلي: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصـــود منهـــا، فجاءت العبارة عامة ومطلقة دون قيد أو حصر، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إحالة أطراف الخصومة إلى إجراء التحاليل اللازمة، مع إرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص.

فهو بذلك صاحب القرار إن تبين له من ملابسات وحيثيات القضية دواع لذلك، أو كان رأيه متردد بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه أمارة جلية تدعم أحد الاختيارين، فيكون له بأن يعزز ضنه ويؤكده بالاستعانة بالوسائل العلمية على اختلافها، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة[2].

وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى الطرق العلمية، لا يكون مقترن دائما بحالة ملاعنة الزوج لزوجته، ونفي نسب الولد منه، وإنما يجوز الاعتماد عليها في مجال إثبات النسب ضمن حالات عديدة منها:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها.

---

[1] حيث نصت م 40 منه على « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة والشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

[2] اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 308.

2- حالات اشتباه المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنابيب، والأمثلة على ذلك عديدة منها حالات تبديل المواليد في المستشفيات، كأن يتم تسليم مولود إلى غير أبويه خطأ أو عمدا، وأيضا في بعض حالات الطوارئ. أين يتم خلط المواليد حديثي الولادة مع بعضهم البعض[1]. ضف إلى ذلك حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث، أو الكوارث، أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم[2].

3- الحالات التي يدعي فيها رجل أنه فقد ابنه منذ فترة طوية حول نسب شاب مجهول النسب أو العكس، كأن يدعى شاب نسبه إلى رجل معين فقد ابنه منذ فترة طويلة وذلك طمعا في أخذ أحدهما ميراث الآخر[3].

وعليه فإن الطرق العلمية تساعد في الكشف عن حقائق عديدة منها إثبات النسب وللحديث عن ذلك وجب أولا التطرق لأنواع هذه الطرق العلمية.

المطلب الثاني

صور الطرق العلمية لإثبات النسب

تقدم لنا اليوم العلوم البيولوجية مجموعة من الاكتشافات العلمية المختلفة التي تعد دلائل قوية، يقارب البعض منها حد القطعية في الكشف عن حقائق عديدة، منها إثبات النسب[4]. وبالنظر إلى القيمة العلمية لهذه الاكتشافات وأثرها في ثبوت النسب سنتطرق إلى أنواعها. إلا أنه لا يمكن حصر جميع الطرق العلمية لذلك سنتناول نظام البصمة الوراثية (الفرع الأول)، ونظام فصائل الدم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية

سنعالج هذا النظام من خلال ثلاث نقاط هي: تعريفها، خصائصها، وضوابطها.

---

(1) حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 32.

(2) أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 324.

(3) حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 34.

(4) أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 277.

أولا: تعريف البصمة الوراثية

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

1- المدلول اللغوي

تتركب جملة البصمة الوراثية من كلمتين: البصمة والوراثة، لذلك يتعين تعريف كل منهما.

البصمة: جمعها بصمات، بَصَمَ، يَبْصِمِ، بصمًا، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه، ورسم، وطبع علامة على قماش وورق ونحوها[1]. وأصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أي غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل[2]. والبُصْمُ: بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين الأصبعين[3].

الوراثة: من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له[4].

2- المدلول الاصطلاحي

في الحقيقة المدلول الاصطلاحي للبصمة هو بعينه المدلول العلمي ولقد تعددت تعاريفها، فقيل هي "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنأ المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"[5].

كما عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي "البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه" فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية

---

(1) أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 214.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج4، د.ط، دار الجيل،، بيروت، د.س.ن، ص 81.

(3) ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، أ. ب. ت. ث، ط1، دار صادر، لبنان، 1997،ص .210

(4) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، د. ط، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص 182.

(5) اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 241.

والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحامض النووي[1]. لكن ما هو الحامض النووي وما أهميته في مجال إثبات النسب؟

3- التعريف العلمي للحامض النووي وأهميته في مجال إثبات النسب

الحامض النووي أو ما يعرف بـــ (DNA) هي الحروف الأولى لمصطلح Deoxy hiboncuhic، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف (DNA)، وهي اختصار 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 نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر[2].

وهكذا يمكن اعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثير 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 الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

للبصمة الوراثية للإنسان مجموعة من المميزات نذكر منها:

- 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 بقـــــوة ثبات كبيرة جدا في أشد الظروف البيئية على اختلافها من حرارة، رطوبة، وجفاف فله قدرة على مقاومة عوامل التحلل والتعفن لفترات طويلة جدا[3].

- دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعيت فيها الشروط اللازمة، فقد تصل نسبة نجاحها حسب آراء الخبراء والأطباء إلى نسبة 99.07% في دعاوي الإثبات

---

[1] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 20.

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

[3] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 24.

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

إن الغاية مما أوردناه أعلاه هو الوصول إلى أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية والعملية وسيلة لا تخطأ في التحقق من الوالدية البيولوجية[2]، إذا تحققت فيها ضوابط وشروط استخدامها فما هي هذه الضوابط؟

ثالثا: ضوابط استخدام البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية أسلوب فني عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفض النزاعات، إلا أن العمل بها لا بد أن يحاط بجملة من الضوابط حتى لا يستعملها البعض وسيلة للتعدي على حقوق الآخرين، وهذه الضوابط نوعين: مهنية وموضوعية.

1- الضوابط المهنية

1- أن يتولي مهمة الكشف عن الطبيعة الشخصية خبراء وفنيون مسلمون، لاعتبار أن نتائجها ستكون حقائق تبنى عليها أحكام شرعية، ولأن الكافر لا يؤتمن على مثل هذه الأمور رغم أنهم السباقون لاكتشافها، وإنشاء المخابر المعتمدة من أجل ذلك[3].

2- وجوب الكفاءة والدراية التامة بعموم وأدق التفاصيل لهذا الأسلوب إضافة إلى الأمانة والموضوعية العلمية، هذا ويجب ألا تكون أية قرابة، صداقة، عداوة أو مصلحة بين أطراف الخصومة والقائمين على ذلك[4].

3- من أجل مصداقية أكثر يجب تكرار التحليل في مختبرين منفصلين، وإلا في مختبر واحد من طرف خبيرين. غير أن مسألة التكرار كانت محل خلاف للصعوبات التي قد تواجه الأفراد من أجل ذلك، وفي هذا الصدد تقول الدكتورة اقورفة زبيدة أن المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة.

---

[1] سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 24.

[2] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 25.

[3] اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص 247-248.

[4] المرجع نفسه، ص248.

2- الضوابط الموضوعية

1- يمنع استخدام الشفرة الوراثية للتأكد من نسـب ظاهر مستقر بأحد الطرق الشرعية، لما في ذلك من إثارة الشكوك والظنون وتشتت العلاقات الأسرية. مع التماس القبول المسبق الحر والواعي من المعني في حالة استخدامها. وللقاضي كامل السلطة التقديرية في إحالة الأطراف المعنية على اختبارات الكشف الوراثي[1].

2- يستخدم فحص DNA في المجالات التي حصرها الفقهاء كالتنازع حول النسب أو كنتيجة لانعدام الأدلة أو تعارضها أو حتى اتفاقها ولغيرها أسباب[2].

الفرع الثاني: نظام فصائل الدم في مجال إثبات النسب

قبل التطرق إلى نظام فصائل الدم الواجبة لإثبات النسب سنتطرق إلى تعريف الدم.

أولا: تعريف الدم

لغة: جمع دماء ودُمي، دمان ودَمَيان ودَمَوان، هو سائل حيوي أحمر اللون يسري في الجهاز الدوري للإنسان والحيوان، وينقل العناصر المغذية خلال الجسم بواسطة الأوردة والشرايين، فيقال أراق دمه سفكه، قتله، أهدر دمه، أباح قتله، ويقال جمد الدم فـي عروقـه، خاف، ذعر وذهل[3].

اصطلاحا: هو عبارة عن نسيج سائل أحمر قاني، يقوم بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء، فهو يجري داخل الجسم أي الشرايين والأوردة والأوعية الدموية بفضل انقباض عضلة القلب[4].

ونتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي "لاندستينر" عام 1900، تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة وهي الفصيلة A ، B، AB، O[5].

---

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، أحكام الزواج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 ، ص 403.

(2) اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص 247-248.

(3) أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 772 .

(4) عدنان حسن عزايزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 1990، ص 193.

(5) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة، 2000، ص 278.

ثانيا: أهمية فصائل الدم في إثبات نسب الأولاد إلى الأب أو الأم أو كلاهما

وبناء على ما تقدم فإن وراثة الفصائل الدموية تبين أن جود المستضدات A و B (Antigens)، أو عدم وجودها يعتمد على وجودها في الآباء وتنتقل من جيل إلى آخر بناء على قوانين وراثية تتحكم في وجودها[1].

وبالرجوع إلى ما أظهرته الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة، تبين أن دم بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل منها مميزاتها، ومعنى ذلك أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها. ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم، وبالإمكان معرفة بنوة أي أب أو أم لشخص ما من تطابق مادة الابن مع مادة الأب والأم.

إن العمل بنظام البصمة الوراثية، وفصائل الدم والاعتماد على نتائجها في الكثير من المسائل بما فيها إثبات النسب، ينبغي أن يجري في ظروف جيدة تسمح بإعطاء نتائج دقيقة، إلا انه غالبا ما يواجه العمل بها عوائق قانونية وأخرى مادية، فما هي هذه العوائق؟

المطلب الثالث

عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة، لن يحدث في غالب الأحيان إن لم يكن بطريقة تلقائية، ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول من خلالها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة ولاسيما عندما يكون سيء النية[2].

فقد يتمسك الخصم بأن خضوعه لأي فحص طبي أمرا يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، بل قد يحتمي بمبدأ حرمة الجسد وحرمة الحياة الخاصة وهي في الحقيقة كلها عوائق قانونية (الفرع الأول).

كما أنه يستلزم لنجاعة الطرق العلمية في كل المجالات عامة والنسب خاصة، وجود إمكانيات مادية وبشرية مؤهلة من مختبرات وأخصائيين،الأمر الذي قد يشكل عوائق تحول دون العمل بهذه الطرق، وهي في الحقيقة عوائق مادية (الفرع الثاني).

---

[1] بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 53.

[2] محمد محمد أبو زيد،، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، الكويت، 1997، ص ص 286-287.

الفرع الأول: العوائق القانونية

يمكن تلخيص العراقيل القانونية في ثلاث:

أولا: عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد

السؤال الذي يثور هنا هو: هل يمكن لمبدأ حرمة الجسد أن ينحني أمام حماية قيم أخرى ذات أهمية كإثبات البنوة؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فإلى أي مدى؟

لا شك أن مبدأ السلامة الجسدية يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر، وأن إجبار الشخص على الخضوع لمثل هذه الاختبارات يمثل نوعا من الاعتداء على هذا المبدأ، إذ لا بد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية[1]. استنادا إلى الحق في السلامة الجسدية طبقا للمادة 1/161 وما يليها من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2].

إلا أنه بمفهوم المخالفة لا يجب أن يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعديا شديدا على حقوق لا تقل أهمية عنه.

فالنسب ذا أهمية بالغة يستمدها من ثلاث أوجه، فهو حق مشترك بين الله تعالى وبين الأم والأب والولد، فهو يعد حقا لله تعالى لأنه يتصل بحرمات أوجب الله رعايتها وهذه الأخيرة لن تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب. أما وجه كونه يعد حقا للأم فلأن نسب الولد لأبيه يدفع عنها تهمة ارتكاب الفاحشة والعار عنها[3].

وكونه حق للأب فهذا لأنه يتمثل في ثبوت ولايته وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، إضافة إلى حق ارثه إذا مات الولد قبله والحق في إنفاق الولد عليه إذا كان محتاجا والابن قادرا.أما آخر وجه فهو حق الولد في النسب الذي يدفع العار عنه[4].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، المرجع السابق، ص 403.

[2] القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/2/16، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/98 المؤرخ في 1998/8/19 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 8، حيث تنص م 1/161 على "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو شخصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"

[3] محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، الكويت، 1997، ص 302.

[4] المرجع نفسه، ص 303.

إن كل هذا يؤكد على ضرورة حماية الأنساب وإيجاد أدنى الحلول التي يمكن أن تحدد لنا هوية مجهولي النسب، الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى الطرق العلمية، وبالتالي وجود ضمانات كفيلة في إثبات النسب وهو ما شدد عليه المشرع الجزائري لتفعيل دور هذه الطرق فيما يخص انتهاك السلامة الجسدية[1].

هذا وأن المرسوم التنفيذي رقم 92-276 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب[2] قد أورد بصيغة الأمر على الطبيب المكلف بالخبرة الذي يعينه القاضي أو أي سلطة أو هيئة أخرى إخطار الشخص المعني بمهمته قبل مباشرته لها[3].

والواقع أننا بهذا نشجع الأفراد على التحجج بمثل هذا المبدأ الذي قد يستعمله البعض بغية الهروب من المسؤولية، مما يعد هدرا لحق الطفل في معرفة نسبه الحقيقي.

ويقول الدكتور محمد محمد أبو زيد في هذا الصدد، أن الامتناع عن الخضوع لفحص الدم بما يتضمنه من عرقلة إقامة الدليل على إثبات البنوة، يمثل بالفعل اعتداء على قيم تتصل بالكيان المعنوي للإنسان، مما يستلزم نزولا على مقتضى هذه القيم المساس بالجسد، خاصة أن الفحص الحديث للدم يقدم الدليل على نفي النسب وإثباته بطريقة لا تقبل الشك.

والواقع أن للأطراف مطلق الحرية في رفض الخضوع للفحص أو الطعن في نتيجة التقرير ذاتها بالتزوير أو الخطأ بطلب خبرة مضادة[4]. إلا أن هذه الضمانات القانونية شرعت لغلق باب المشاكل الناجمة عند اللجوء إلى هذا الدليل العلمي، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب، مما يسمح للقاضي عند الاقتضاء أن يكره الشخص على الخضوع لها، لمصلحة هذا الشخص ومصلحة الطفل لمعرفة أصوله البيولوجية ومصلحة العدالة[5].

---

[1] حيث تنص م 35 من دستور 1996: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

[2] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـــ 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 52، بتاريخ 1992/7/8.

[3] حسب المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب فالخبرة هي: "عمل يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما، الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

[4] اقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 264.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 403.

إنه من الواضح أن المشرع يسعى جاهدا إلى توفير كل الفرص التي من خلالها يكشف الحقيقة التي تؤدي إلى معرفة النسب الصحيح، لكن هل يعني هذا أن نطاق الأدلة قد تتوسع بأن تعطى للخصم الحق في أن يجبر خصمه بتقديم ما بيده من أدلة تساعد على إظهار الحقيقة؟ هذا الذي سيؤدي بنا إلى دراسة صعوبة ثانية قد تواجه اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ثانيا: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه، على أساس تصور معين للخصومة، و هو أن كل طرف فيها يدافع على مصالحه، فيبحث عن كل ما يمكن أن يقلب الدعوى لصالحه دون الحاجة إلى معاونة الطرف الآخر بتقديم ما يكون بيده من أدلة. فالطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، ويعجز عن تقديم الدليل الذي يؤيد ادعائه يخسر الدعوى، في حين يكسبها الطرف الآخر[1].

غير أن اتجاها حديثا يرفض هذا الاعتقاد السابق، ويرى أن على الخصوم التزام بالمشاركة والمعاونة في الإثبات، بمعنى تقديم كل ما يمكن أن يساعد في الكشف عن الحقـيقة، مما يتحمله الطرفان مجتمعان. وهو ما سوف يلقى انتهاكا إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ أنسجة وخلايا من جسمه لإثبات البنوة أو غيره، والذي يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه، الأمر الذي يجعله باطلا إجرائيا[2]، وإن كان القانون يسمح بمخالفة المبدأ استثناءا مثل ما يتعلق بالمواد التجارية.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي كان قـــد أخذ فيمل سبق موقفا أكثر صراحة من غيره، فقد جاءت المادة 10 من القانون المدني والمعدلة بالقانون الصادر في 05 يوليو 1972 تكريس مبدأ عام بمقتضاه يخول القاضي سلطة تقديرية في إجبار الخصوم والغير عن طريق الغرامة التهديدية بتقديم ما لديهم من مستندات[3]، كما أن للبصمة الوراثية نصيب من ذلك.

---

[1] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 298.

[2] المرجع نفسه، ص ص 299-300.

[3] المرجع نفسه، ص ذاتها.

ويظهر مما سبق أنه بالرغم من إمكانية التحجج بمبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه بالنظر إلى هذه المستجدات الطبية، فإنه حتى يستجاب لهذه التطورات يجب أن تشمل حركة التعديل عددا من القوانين، وهي بدورها ستوفر حماية للطرفين المنكر للنسب الذي يحتج بهذا المبدأ، والطفل مجهول النسب.

ثالثا: حرمة الحياة الخاصة

لكل فرد منا حياته الخاصة، فلا يجوز انتهاكها بأي شكل من الأشكال، كما أن المشرع الجزائري اعتبرها حق دستوري تضمنه الدولة، وذلك استنادا إلى المادة 34 منه[1].

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية في مجال النسب، وخصوصا فحص الحامض النووي، فهي تفتح الباب للبحث عن الخصائص الوراثية مـــــن خلال النمط الوراثي الذي يتميز به كل شخص، ما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة، وهي التي كانت ذات طابع شخصي خاص[2].

إن حماية هذه المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية تعد حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة، وعدم إفشـــاء السر المهني حسب المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

يتضح مما سبق ذكره، أنه لكي تعتبر الطرق العلمية وسيلة فعالة في إثبات النسب لابد أن تخضع لضمانات قانونية، لغلق باب المشاكل المترتبة عن اللجوء إلى إحدى الأدلة العلمية، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية للطفل. فلا بد من الحصول على موافقة من يخضع للفحص، إضافة إلى حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق الشخصية واللذين يشكل بدورهما ضمانة ثالثة هي عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

إلا أن هذه الضمانات القانونية إن وجدت فإنها لا تكفي لوجود عقبات أخرى تقف عائقا أمام إبراز النسب الحقيقي للطفل.

---

[1] تنص المادة 34 من دستور 1996 على ما يلي: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي وأي مساس بالكرامة".

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 403.

الفرع الثاني: العوائق المادية

بعد وصول القضية المتنازع فيها حول نسب الطفل أمام الجهة القضائية المختصة يقوم القاضي المخول قانونا بالنظر في وقائع القضية، وأقوال المتخاصمين، ويقدر بسلطته مدى وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب خاصة إذا كانت الدفوع التي يؤسس الأطراف عليها دعواهم لم تكون قناعة لديه للنطق بالحكم[1].

ولا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة الخبراء والعلماء المختصين في ذلك، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية.

إن المعمل الوحيد المرخص له بالجزائر للقيام بالفحوصات الطبية هو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن مقره ببن عكنون، الذي أنشئ سنة 2004، وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006. وقد تفرع عن المختبر المركزي للشرطة العلمية مختبران جهويان، أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة بنيابة مديرية الشرطة العلمية والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية. وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن والعدالة، ويتشكل مستخدميها من موظفي الشرطة والأعوان المدنيين من مختلف التخصصات[2].

ولعل استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع، يعد عائقا ماديا يحول دون تحقيق إرادة القاضي في الكشف عن النسب الحقيقي، وبالتالي التقليل من فئات مجهولي النسب.

إضافة إلى ذلك فإن اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز على وجوب توافر مختبرات معززة بأحدث التجهيزات، التي يتم بواسطتها الكشف عن العينات، إضافة إلى خبراء وفنيون ذوي كفاءات عالية ودراية تامة بهذا المجال. بالمقابل يتطلب ذلك تكاليف باهظة يتقاضاها الخبير أو تصرف للمختبر مباشرة، وهي من المصاريف القضائية التي يتحملها أطراف

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 263.

[2] المرجع نفسه، ص 267، هامش رقم 1.

الدعوى، خاصة إذا رأى القاضي وجوب تكرار الفحص في مختبرين منفصلين[1]. مما يثقل كاهل المواطن البسيط الذي قد لا يستطيع حتى على دفع مبالغ الخبرة الواحدة.

وفي الأخير، فإنه على الرغم من الصعوبات والمشاكل التي قد تواجه استخدام الطرق العلمية في مجال منازعات البنوة، فإنه لا يمكننا تجاهل الدور الذي تلعبه في مجال إثبات النسب من خلال دقة نتائجها، فإلى أي مدى يمكن أن تكون نسبة الخطأ فيها؟ وهل جميع الطرق العلمية قطعية الدلالة في إثبات النسب

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 265.

المبحث الثاني
حجية الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي، والذي نجم عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية، تستخدم في الكشف عن حقائق غامضة منها إثبات النسب والتي نصت عليها المادة 2/40 ق.أ.ج.

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تحديد حجية الطرق العلمية مما يدفع بنا إلى التساؤل حول قيمتها القانونية ومدى دقة نتائجها في هذا المجال (المطلب الأول)، ثم نبين ما بيد القاضي من سلطات في الأخذ بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول
قوة الطرق العلمية في إثبات النسب

نظرا لسكوت المشرع الجزائري عن قيمة هذه الوسائل العلمية، فإن العمل بها يؤسس انطلاقا من عموم النصوص، ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة ونتائجها فيكون بناء على ذلك الحكم بقطعية هذه الطرق العلمية (الفرع الأول)، أو ضنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق علمية ذات حجية قطعية

اتفق جل الفقهاء المحدثين عن قطعية بعض من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية[1]. 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 الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم[2]. وللشفرة الوراثية نصيب من جانب الفقه الإسلامي إذ لا معنى لهذه الوسيلة إن كانت تخالف الأحكام الشرعية[3].

---

[1] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 305.

[2] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 231.

[3] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 718.

ذهب جانب من الفقه إلى جواز الإعمال بالبصمة الوراثية في ثبوت النسب، تخريجا من مذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة[1]. 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، فخرجتا على سليمان بن داود رضي الله عنه فأخبرتاه، فقال ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى»[2].

فوجه الدلالة هنا، أن نبي الله سليمان رضي الله عنه قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

2- القياس

وقد استدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعدة أوجه، منها جواز الاعتماد عليها قياسا على القيافة بالاستناد إلى الصفات المتشابهة بين الأبناء والآباء والأمهات[3].

إضافة إلى جواز إثبات النسب بها قياسا على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات، المعاملات بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة[4].

---

[1] القيافة نسبة إلى القائف، وهو الذي يعرف الأشباه فيعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، وهو كذلك الذي يتبع الآثار ويعرفها ويطلب الضالة والهارب، فعلى هذا تشتمل دلالته من يلحق النسب ويقتص الأثر، مذكور من طرف: عدنان حسن عزايزة، المرجع السابق، ص 103.

[2] صحيح البخاري، كتاب الفرائض،ج3، باب قوله تعالى: "ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أوب"، ح رقم 3244، ص 1260، مذكور من طرف: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 720، هامش رقم 1839.

[3] إلا أنه ظهر مذهب ثاني يرى عدم قياس البصمة الوراثية على القيافة، كونها تعتمد الشبيه الظاهر، بينما تعتمد البصمة على شبه الخلية الجسمية للفرد، وذلك تفريعا إلى ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، باعتبار أن الشرع حصر دليل النسب في الزواج فقط. حيث يرى حسن محمود عبد الدايم صحة رأي الجمهور وبطلان رأي مخالفهم بناء على ما استدل به المانعون للبصمة الوراثية، كون أنه لا مجال للرأي ما دامت السنة قد دلت على ثبوت النسب بهذه الطريقة.

[4] حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 720- 721.

ومن جهة أخرى فقد أفاد تعليق الأطباء على دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة بأن 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[1].

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 إلى تخريج تركيبة لا توجد إلا عند شخص واحد هو الأب الحقيقي[2].

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[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص عليها بطريقة ضمنية من خلال المادة 2/40 من ق.أ.ج، بحيث جاءت العبارة عامة ومطلقة مما يجعل وسيلة الفحص الجيني داخلة في محتواها، كونها من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن النسب الحقيقي، والتي تساعد مستخدميها في الوصول تقريبا إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالفها ريب ولا شك[4].

وبناءا عليه نتائجها تقنية شبه قطعية، كونها مبينة على الصفات الوراثية العلمية والبيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي إلى حد بعيد، 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

---

(1) سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 23.

(2) المرجع نفسه، ص ص 23-24.

(3) حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص 737، 741.

(4) إ قورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 308.

أبا له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومـــــن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه، وهو الطاعن[1].

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

ويتبين مما سبق أن هذا النظام يعتبر اكتشاف علمي عظيم، ذو مصداقية عالية وموثوقية تامة، مما يجعله يفرض نفسه في مجال إثبات النسب، فالعمل به يحفظ الأولاد من الضياع والأنساب من الاختلاط وتركه مضيعة وهدرا لنسب الطفل.

الفرع الثاني: طرق علمية ذات حجية ظنية

إن الله تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم، فقال: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»[3]. كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتقاد الجازم مصداقا لقوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ»[4].

فالآية لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه، وهو أن تبنى على ما لا يجوز بناؤه عليه[5]. وفي مثله إثبات نسب.

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. فإنه نظرا لما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية، نعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبينة على أسس علمية وتقنية محضة.

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 35518، الصادر بتاريخ 2006/03/05، مجلة قضائية، ع1، 2006، ص 469.

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 402.

[3] سورة الإسراء، الآية 36.

[4] سورة الحجرات، الآية 12.

[5] أسماء مندور عبد العزيز بوخريمة، المرجع السابق، ص ص 310-311.

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[1].

ونظام فصائل الدم يعد خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان ولكي نحكم على أهمية هذا النظام وجب تبيين المرحلتين التي يمر بهما[2]:

1- تحديد فصيلة دم 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[3]. فيتبن لنا جليا أنه من خلال فحص دم الفصيلة التي ينسب إليها الزوج والزوجة 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 قــد يشترك فيها أناس كثيرين، فيحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين[4].

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

---

(1) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 277.

(2) محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 278.

(3) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 278.

(4) سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 23.

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

المطلب الثاني

سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب

تنص المادة 40 في فقرتها الأخيرة «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب» فهي تلك الوسائل القطعية الدلالة التي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه غير أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازيا من خلال اللجوء القاضي لإصدار الأمر بتعين خبير طبي (الفرع الأول)، ومطلق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها، خاصة من خلال ربطها الزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو النكاح الفاسد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأمر بتعيين خبير طبي

بمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب طفل أو أكثر، سواء تعلق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، أمام الجهة القضائية المختصة متبعا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك، فإن القضاة لدى تصديهم للفصل فيها، إذ اعتبروا أنهم يحتاجون إلى من ينورهم في خصوص المسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم دراية فيها يعمدون تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم، إلى أهل المعرفة فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاع[1].

وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم، هم أعوان العدالة و"هم الخبراء القضائيين" أما العمليات التي يقومون بها فهي "الخبرة القضائية"[2].

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 263.

[2] محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 7.

إن تلك المعلومات والتفاصيل التي لا يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العـــلمي والمـــهني، قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحا إعمالا بالمادة 2/40 من ق.أ.ج وتطبيقها للمادة 126 من ق.إ م.إ.ج[1].

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية، وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولا وفروعا وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة وذلك حسب دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع، وفحصها ثم إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابا إلى الجهة القضائية المعنية[2]. ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استنادا إلى نص المادة 128 من ق.إ.م.إ.ج.

والحاصل أن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي، لإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا بناءا على سبب جدي كالقرابة أو وجود مصلحة شخصية[3]. كما أن القاضي هو المخول قانونا بتقدير الأتعاب ومصروفات الخبرة استنادا إلى كشف الأتعاب والطرف الذي يتحملها[4]. حسب نص المادة 129 من ق.إ.م.إ.ج.

أما بالنسبة لأتعاب الخبير النهائية فيتم تحديدها من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة طبقا للمادة 143 من نفس القانون والتي تنص في فقرتها الأولى: «يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع التقرير، مراعيا في ذلك المساعي المبذولة، واحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز».

---

(1) حيث تنص م 126 منه «يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة».

(2) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 264.

(3) حيث تنص م 133 من ق إ.م.إ.ج :«إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه لهذا التعين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن .

لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر».

(4) محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص 61.

وعلى الخبير أن يتسلم أتعابه من كتابة الضبط لأنه يمنع استفاؤها مباشرة من أطراف الخصومة، وإذا كان هذا الأخير قد استفاد من مساعدة قضائية فإن الخزينة العمومية هي التي تدفع بدلا عنه وبالتالي يبقى الأمر بتعيين خبير طبي من الصلاحيات المخولة للقاضي، والتي تخضع لسلطته التقديرية في إصدار هذا الأمر من عدمه[1].

وبالتالي يمكن القول أن القاضي المخول –بالفصل في الدعوى–هو الذي يقدر بسلطته بعد النظر في وقائع وأقوال المتخاصمين مدى تحقق ضرورة الإستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه.

الفرع الثاني: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم

انطلاقا من المادة 114 ق.إ.م.إ.ج[2] والمادة 2/40 من ق.أ.ج يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية فـــي هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادها كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أو ردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد مطلقا بالخبرة، غير أنه ينبغي له حين ذاك تسبيب استبعاده للخبرة. كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا، لعيب شكلي، أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

ورغم التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبرة في أحكام وقرارات القضاة، فإنها لا تفرض عليهم شيئا أبدا، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم[3].

وتلحق التقارير الطبية بالقضية ويمكن نقدها ومناقشتها، أو تبريرها بمقالات، وتبقى حقوق الدفاع كاملة. فللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة الطبية، والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، مـــا دام تقدير الأدلة موكولا لقضاة الموضوع[4]، فإنه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعدد

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 265.

[2] تنص م 114 من ق.إ.م.إ «يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة .
القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ».

[3] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 35

[4] محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص 83.

المختبرات، فان الأمر في هذه الحالة موكول لقضاة الموضوع أيضا، لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب الشرعي.

حيث أن تقرير الخبير بعد إجراء التحاليل اللازمة هو تقرير صامت، يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه، فيأخذ ما هو مجدي، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير[1].

غير أن هذا الطرح لا يكون بنفس الوضوح في التطبيق دائما، ذلك أن هاته الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها، وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة، ومن ثم فإن جهل القاضي بهذه الطرق العلمية ومحتواها قد يشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها. لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالا ودون تحليل ومناقشة لعناصره، وإذا فعل فإنه يمكننا القول أن القاضي يكون قد تنازل عن صلاحياته إلى الخبير الذي يكون هو نفسه من عينه[2].

وما يجب توضيحه في الأخير، أنه رغم إمكانية جهل القاضي بمحتوى تقارير الخبرة الطبية، التي يمكن أن تساعد في إظهار النسب الحقيقي للطفل، فإنه إذا تلقت هذه التقارير النقد، والمناقشة، فانه يمكن أن تؤثر بشكل كبير على مجرى الحكم عن طريق إظهار الحقيقة المتعلقة بالنسب، غير أن صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

ونخلص في الأخير، أن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلا قويا في ثبوت النسب وحتى نفيه، مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك، بهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب، وحتى نفيه، فما مكانة الطرق التقليدية لإثبات ونفي النسب بين هذه الوسائل العلمية؟

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ص ص 399-400.

[2] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 35.

المبحث الثالث

مرتبة الطرق العلمية بين طرق إثبات النسب ونفيه

لقد عدد لنا المشرع الجزائري طرق إثبات النسب بين الإقرار والبينة، وجواز اللجوء إلى الطرق العلمية، وهي كلها أدلة تسعى إلى إبراز النسب الحقيقي مع إسناد الحقوق لأهلها، والأصل في الأدلة هو التماس غلبة الظن قدر المستطاع، لذلك جعل الفقهاء الأدلة مراتب، بعضها أقوى من الآخر.

فلا إشكال يطرح إن تساوت الأدلة فيما بينها، غير أن تعارضها حول إثبات النسب أو نفيه يجعلنا نبحث عن الأولى بالإعمال، الطرق التقليدية أم الطرق العلمية؟ لهذا سنتطرق إلى كل من الطرق العلمية والطرق التقليدية لإثبات النسب (المطلب الأول).

وان كان الشارع قد تساهل وتوسع في طرق إثبات النسب فانه قد تشدد في نفيها ولعل أقواه هو اللعان، فهل يمكن لطرق العلمية ان تثبت النسب بعد نفيه؟ وماذا إن أثبتت نتائج الفحوصات الطبية كذب دعوى الزوج؟ فهل يكتفي بذلك ويستغني عن اللعان هذا ما سنتناوله من خلال الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطرق العلمية والطرق التقليدية لإثبات النسب

اختلف الفقهاء المعاصرين في تحديد مرتبة الوسائل العلمية وبالضبط الطرق القطعية منها بين طرق إثبات النسب التقليدية، ونتج عن ذلك ظهور فريقين، أحدهما يجعلها دليلا بعديا للأدلة التقليدية (الفرع الأول)، والآخر يجعلها تكميليا للطرق التقليدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة التقليدية

أولا: موقف القائلين بتقديم الادلة التقليدية

ويمثل هذا المذهب أغلب الفقهاء المعاصرين، إذ يرون أنه لا يمكن تقديم الأدلة العلمية على أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي، إقرار وبينة مع وجوب توافر الزوجية، حيث لا يعهد إلى غيرها كالبصمة الوراثية أو تحليل فصائل الدم، إلا إذا انعدمت

الأدلة، أو حالة وقوع التعارض فيما بينها. فأما إذا وجدت إحداهما فلا تقوى الطرق العلمية وحتى القطعية منها على تضعيفها أو إسقاطها، لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع لها[1].

وإن أخذنا بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب لا يعد أصلا من الأصول القاطعة الذي تثبت به البنوة أو الأبوة أو الأمومة، بل هي دليل يؤخذ به للاستئناس لا أكثر عند الاختلاف على النسب[2].

ثانيا: حجج القائلين بتقديم الادلة التقليدية

ولهذا الفريق حججهم نذكر منها:

1- الأدلة الشرعية التي تثبت النسب ورد العمل بها نصا وإجماعا، والقول بتقديم الأدلة العلمية فيه إبطال للنصوص الشرعية، وبالتالي مخالفة إجماع الفقهاء ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا الصدد «وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى...»[3].

2- إذا اعتمدنا الفحوص الجينية في إثبات النسب والقول بمشروعيتها، فهو قياس على القيافة فتنزل إذا منزلتها، ولا تتقدم على الأدلة الأخرى، كما أن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لإثبات الفراش، فلا تكون حجة ترقى بذلك عن باقي الأدلة وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية[4].

3- القول بالأخذ بنتائج الفحوصات والتقارير الطبية أمر مخالف لبعض مقاصد الشـــرع، منها التستر على المذنبين، حيث سيقودنا على نهجها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب، بحيث سيؤدي إلى الجرأة إلى ارتكاب الفاحشة ما دامت الطرق العلمية تعطيهم الدليل على تأكيد الأبوة أو البنوة أو غيرها[5].

---

(1) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 324.

(2) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 732.

(3) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 325.

(4) حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 724.

(5) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 326.

يتضح مما سبق أنه رغم ما دافع به أنصار هذا الاتجاه من أدلة، فان هذه الأخيرة لا ترقى إلى درجة اليقين، وتبقى قيمتها نسبية في الثبوت الشرعي للنسب، ولا يعهد إلى الظن إلا عند تعذر اليقين الذي لا نجده إلا عند الطرق العلمية القطعية ومن هذا المنطلق بنى أنصار المذهب المخالف موقفهم.

الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية

أولا: موقف القائلين بتقديم الطرق العلمية

يرى أصحاب هذا المذهب، وهم يمثلون ثلة من أهل العلم المعاصرين، أن الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية أولى بالإعمال من الأدلة التقليدية، إذا تعارضت نتائجها مع الإقرار أو البينة إذا وجد عقد زواج[1].

ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق العلمية

لهذا الفريق حجج أهمها:

وهي بذلك ليست دليلا قائما بذاته يعلوا على تلك الأدلة الشرعية، وإنما هي بمثابة شرط حسي[2] لصحة الأخذ بتلك الأدلة من ناحية، ومن ناحية أخرى فهي تعد مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنية، فهي ترفعها لمقام اليقين لاعتبار أنها دليلا قاطعا يصاحب الدليل الشرعي الآخر وليس مشتقا عنه. وقد ورد في ندوة الكويت حـــول "الوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري والعلاج الجيني –رؤية إسلامية–"[3] في إحدى توصياتها:

"البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء، من غير قضايا الحدود الشرعية".

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 326.

[2] إن الأمور المدركة بالحس نوعان: الأول: نوع يشرك فيه العام والخاص كالقصر والطول، والبياض والسواد، والثاني ما يلزم فيه الإشراك كرؤية الهلال ومعرفة الأوقات ونحو ذلك مما يختص به أهل المعرفة، والبصمة الوراثية تعد من قبل هذا النوع الأخير، فلا يدرك ماهيتها إلا أهل الخبرة من الأطباء والبيولوجيين، مذكور من طرف: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 730.

[3] ندوة الكويت المنعقدة تاريخ 23–25 جمادي الأخيرة 1419ه /13–15 أكتوبر 1998 مذكور من طرف: إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 327، هامش رقم 03.

حيث يتبين لنا أن الأدلة التقليدية مبنية على الظن الغالب إذ كلها لا تفيد القطع في إثبات النسب، فالشهود معرضون للنسيان. والإقرار قد يكون على خلاف الحقيقة والواقع.

فهي في الواقع أدلة يتسرب إليها النسيان والخطأ إضافة إلى التزوير، ولهذا فإذا ما تعارضت نتائج إحدى الطرق العلمية مع البينة على سبيل المثال، فيصح بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها، على عكس أقوال الشهود الذين يشهدون بما لا يعلمون، وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح فالإنسان معرض للنسيان والخطأ.

كما أن احتمال التزوير والخطأ غير وارد في بعض الطرق العلمية، وإن وجد فيكون ضئيل جداً يكاد يكون منعدم الوقوع للظروف العملية التي تجري فيها الفحوصات[1].

أما بالنسبة للإقرار ففي كل نماذجه تصلح الطرق العلمية القطعية أن تلعب دوراً أساسيا في حسم الخلاف بدلا عنه، كذلك الأمر في تحميل النسب على الغير، ومدى سريان الاعتراف بالنسب على الأقارب أو قصوره على المقر، فإذا كانت نتائج التحاليل متطابقة الخصائص بين المقر والمقر له دل ذلك على صحة الإقرار، فتقوم هذه الأخيرة مقام هذا النوع من الإقرار[2].

ولعل ما أسند عليه معترضوا تقديم الطرق العلمية على التقليدية أن نتائجها غير دقيقة لما قد يحصل أثناء الفحص من أخطاء بشرية ومعملية، كاختلاط العينات المأخوذة من شخص بعينات لشخص أخر، أو بسبب أخطاء خبير أو غيره من العاملين في مختبرات الفحص الوراثي في أي إجراء من الإجراءات، أو عدم العناية التامة بآلات الفحص، وغيرها من الأخطاء[3].

وهذا لا يعد بالسبب الجدي لاستبعاد الطرق العلمية، لأنه ما من طريق من طرق إثبات النسب إلا وهو مظنة لحصول الخطأ فيه، أضف إلى ذلك أن مشروعية الأخذ بهذا النوع من الأدلة مقترن بشروط وضمانات عديدة، درءاً لهذه الأخطاء المحتملة، فالخطأ يمكن أن لا يكون من الاختبار ذاته، ولكن يمكن أن يقع ممن يقومون به[4].

---

(1) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 327.

(2) المرجع نفسه، ص ذاتها.

(3) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص734.

(4) فؤاد عبد اللّطيف أحمد، البصمة الوراثية (لما لها وما عليها ومكانتها بين وسائل الإثبات)، مجلة معارف، السنة7، ع 13، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، ديسمبر 2012، ص49.

وبناءا على ما سبق ذكره يظهر لنا أن الرأي الثاني أولى بالإعمال من الأول، استناداً لقوة أدلتهم وموافقتها لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية، ونصوصها التي تدعوا إلى إعمال الفكر واستنباط علل الأحكام، والتي تدعوا إلى عدم الجمود على ظواهر النصوص[1].

وبمحاولة التقريب بين الطب والقانون، لا يمكننا أن نهدر دليلا علميا مؤكداً في مجال مهم كهذا، وخاصة أن الأدلة الأخرى لا تقدم مثل ما يقدمه هذا الدليل العلمي من مساعدة في إظهار الحقيقة التي هي مصب أدلة الإثبات عموماً[2].

كما أن الملاحظ على الوسائل الشرعية لإثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري أنها تمثل درجة واحدة من القوة، وإن كان بعض من الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار، باعتبار هذا الأخير يمثل شهادة واحد عن نفسه، فلا يمكن تقديم الطرق العلمية على أحد الأدلة السابقة.

غير أنه قد تطرأ حالات، يتعذر فيها كشف حقيقة النسب بهذه الوسائل، مما يحتم علينا اللجوء إلى إحدى هذه الأدلة العلمية[3]، لتأكيد شجرة العائلة واثبات البنوة. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين[4]، وما يأخذ به قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 222 منه التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يتم النص عليه في هذا التقنين.

فيتضح مما سبق أن العمل بإحدى الطرق العلمية في إثبات النسب، لا يشكل إبطالا ولا إلغاء للأحكام الشرعية الثابتة، ولا تعارض مع نصوص القانون في شيء، خصوصا إذا استخدمت وفقا للشروط والضوابط المنصوص عليها شرعا وقانونا، ونشير أخيرا، إلى أن الفقهاء إن كانوا يؤكدون على تساوي الطرق العلمية مع الأدلة التقليدية لإثبات النسب وأنه لا يمكن أن تتقدم عليه فكيف هو الأمر مع اللعان الذي يعتبر أقوى الطرق الشرعية لنفي النسب؟ ومن هذا المنطلق يمكن التساؤل عما يلي إذا أثبتت نتائج الفحوصات الطبية استبعاد

---

(1) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص328.

(2) محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص286.

(3) فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفقا لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة5، ع 08، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010، ص74.

(4) فؤاد عبد اللّطيف أحمد، المرجع السابق، ص40.

وجود رابطة بين الطفل والأب المفترض، فهل يمكن اعتبارها دليلا بديلا عن اللعان؟ في نفي النسب هذا ما سنحاول الإجابة عليه فيما سيأتي.

المطلب الثاني

الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب

إذا كان اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب طبقا لأحكام المادة 41 ق.أ.ج[1]، لاعتباره أقوى الطرق في مجال نفي النسب، وإن كانت الزوجية قائمة وأمكن الاتصال بين الزوجين. فإن العلوم الطبية قد أثبتت لنا وجود أدلة جد دقيقة، يغلب فيها اليقين عن الظن.

ونخص بالذكر الفحص الجيني وفصائل الدم، اللذين يقومان بوظيفتان لا أكثر، الإثبات والنفي، وبالوقوف أمام نص المادة 2/40 م ق.أ.ج، فإن المشرع تركها مبهمة لأنه قصر الطرق العلمية على إثبات النسب دون أن يشير إلى إمكانية استخدامها في حالة النفي، في حين يمكن أن تتعارض نتائج هذه الطرق مع أقوال الزوج، حيث تطابق عينة الزوج مع عينة الولد فهل يصح الاعتماد على تلك النتائج وبالتالي إثبات نسب الطفل إليه وعدم الاستجابة لطلب الزوج للملاعنة؟ وإذا أثبتت النتائج صحة ادعاء الزوج فهل يكتفي بها دون استكمال اللعان؟

للإجابة على ذلك ظهر اتجاهان الأول يرى تقديم اللعان على الطرق العلمية (الفرع الأول)، والثاني يرى تقديم الطرق العلمية عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

قبل التطرق إلى مضمون هذا المذهب ينبغي تعريف اللعان وشروطه ثم بيان موقفهم.

[1] تنص م 41 ق.أ.ج "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

أولا: تعريف اللعان

يعتبر اللعان عند اصطلاح الفقهاء عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن أو الغضب، وسببه: قذف الرجل زوجته قذف يوجب الحد في الأجنبية، بأن يقول لها: أنت زانية، أو رايتك تزنين، أو بالزانية يا زانية، أو بنفي نسب ولدها عن نفسه[1].

واللعان حكم شرعي ثبت بنص القرآن، وهو قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّـــهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّـــهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾"[2].

ثانيا: شروط اللعان

يشترط في اللعان عموما ما يلي:

1- قيام الزوجية بين المتلاعنين، ولو كان النكاح فاسد، مع وجوب أن يكون الزوجين مسلمين حرين مكلفين، لأن الصغير لو قذف لا يحد[3].

2- التعجل في إجراء اللعان، وذلك خلال الآجال الشرعية حال رؤية الزنا أو الحكم بالحمل، ما لم يكن هناك عذر مقبول، غير أن المالكية اشترطوا الفورية بعدم العلم بذلك وجعلوه من يوم إلى يومين على الأكثر. إضافة ألا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة أو دلالة لأنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار[4].

ثالثا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن ينفى النسب الشرعي الثابت بالفراش الزوجية إلا باللعان فقط، وعليه فقد توصل بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول: "بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان". وهذا ما يؤيده قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم

---

(1) أحمد فراح حسين، المرجع السابق، ص162.

(2) سورة النور، الآية 6-7.

(3) عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 165.

(4) المرجع نفسه، ص ذاتها.

الإسلامي حيث جاء فيه "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"[1] .وبالنتيجة لا يمكن إثبات النسب بعد أن ينتفي باللعان.

رابعا: حجج القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية:

وقد استدل أنصار هذا المذهب بأدلة نذكر منها.

1- أن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان، ولو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها بالفاحشة، لأنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناءًا على نظريات طبية. كما لا نستطيع أن تعتمد على الطرق العلمية فحسب فهي قرينة لا أكثر، وتقيم حد الزنا على الزوجة، بل لا بد من البينة، فكيف نقدمها على اللعان ولا نقدمها على الحد؟[2].

2- إن إجراء يمين اللعان لها صفة تعبدية بخلاف الطرق العلمية التي تقوم على معرفة الحقيقة العلمية المجردة، التي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري[3]. فلا يجوز شرعا الاعتماد على هذا النوع من الأدلة في نفي النسب، ولا يجوز اثبات النسب بها بعد نفيها اللعان، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لان في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم[4].

إن من أهم الآثار التي يرتبها اللعان نفي الولد، وهو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه وهو أثر اجمع عليه فقهاء المسلمين، وهذا يحدث رغم أن الزواج متحقق بشروطه[5].

إضافة إلى ذلك فإن هذه الطرق العلمية تقدم لنا اليوم أدلة شبه قطعية حـــــول انتفاء النسب، وإذا قلنا النفي فإن الفحص الحديث للدم وحتى فصائل الدم تعطينا دليلا على التحقق من ذلك، إذ ليس بالنادر أن يلجأ الزوج الذي يريد التهرب من ثبوت نسب الطفل منه إلى

---

[1] قرار مجلس مجمع الفقه في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة 21-1422/10/26ه الموافق لـ 5-2002/10/10. مذكور من طرف: بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص81، هامش رقم 2.

[2] بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص82.

[3] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص331.

[4] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص324.

[5] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص292.

طلب إجراء اللعان، وباستكمال إجراءاته ينتفي النسب عنه وبالتالي يلحق الطفل بأمه، وهكذا يبدوا لنا وجود تعارض بين لجوء الزوجة للطرق العلمية لإثبات مولودِها من الزوج، وبين طلب الزوج إجراء اللعان وما ينتج من تفريق بينهما[1]. وقد نجم عن ذلك ظهور مذهب ثاني يرى إمكانية تسبيق الطرق العلمية على اللعان.

الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان

يمكن للطرق العلمية أن تكون بديلا للعان فيستغنى عنه بنتائجها إثبات ونفيا، لأن انتقاء النسب ليس من لزوم اللعان، فقد يثبت نسب الولد من الزوج، ويبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فقطع النسب ليس من ضرورة اللعان[2].

كما أن اللعان لا يلجأ إليه الزوج إلا إن انعدم الشهود، ولا يكون ثمة شاهد إلا الزوج فقط، لقوله تعالى: " وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ "[3]، حينئذ يجد اللعان موقفه وفقا للآية الكريمة.

أما إذا كانت نتائج استخدام الطرق العلمية التي تثبت صحة ما يدعيه الزوج وتشهد لقوله وبالتالي تنفي النسب عنه، فليس هناك ضرورة للعان، ذلك أن هذه التحاليل تقوم مقامه ، كما أن نتائجها قطعية ويقينية، كونها مبنية على صفات وراثية علمية بيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يوسع دائرة معرفة الأب الحقيقي "البيولوجي"[4].

وتقول الدكتورة اقورفة زبيدة بخصوص موقع البصمة الوراثية من اللعان أن البعض قد قصرها على حالة إثبات نتائجها للبنوة بخلاف أقوال الزوج، فيعمل بها دون اللعان، كما تقول أن الدكتور محمد سليمان الأشقر قد ذهب إلى القول: "إذا ثبت باختبارات البصمة

---

[1] والواقع انه تعارض ظاهري أكثر منه حقيقي، لأنه إذا أمكنا أن نكشف على أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان، وأن ثبوت النسب الولد للزوج لا يتعارض مع بقاء اللعان سببا للفرقة بين الزوجين، أمكن في نفس الوقت رفع التعارض بين استخدام فحص الدم المثبت للنسب واللعان كإجراء للتفريق بينهما، مذكور من طرف: محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص287.

[2] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص289.

[3] سورة النور، الآية 6.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص402.

الوراثية أن الزوج هو الأب الطبيعي للمولود فإن ذلك يمنع نفي الولد عنه، لكن لا يسقط حقه في إجراء اللعان لان المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت أو زنت ثم حملت من زوجها"[1].

فإلحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإذا أثبت الطرق العلمية نسب الطفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النفقة أو لغيرها من الأسباب، فإن العدل يقضي أن نلحق الطفل بأبيه، ولا نمكن الأب من اللعان، لئلا يكون سببا في ضياع الطفل.

فيقول الدكتور عبد المعطي بيومي في هذا المجال والذي يعتبر من المؤيدين لهذا المذهب: "أن اللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم، وضعف فيه الوازع الديني، وأن الأخذ بالوسائل العلمية خاصة تحليل لـــ DNA بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء، ومحققة لمصلحتهم، وواضعة للعدالة موضع صحيح، تردع المتطاولين على الشرف وتحفظ الأنساب..."[2].

واستنادا لكل ما سبق ذكره يتضح لنا جليا المركز الحساس لكل من الطرق العلمية واللعان، كون هذا الأخير حكم شرعي نزل به الروح الأمين، أما الطرق العلمية فهي تلك الطرق التي تعبر لنا عن حقائق علمية يقينية يستبعد الاعتراض عليها، وبالتالي فمجال الاستفادة من هذه الأدلة المستحدثة مفتوح في مجال اللعان متى روعيت فيها شروط الحس والشرع.

فإذا كانت الغاية من وراء طلب الزوج للعان هو اتهام الزوجة ارتكاب الفاحشة دون ارتباطه بحمل، فهنا يلجأ للعان دون التحاليل الطبية لتأكيد وقوع الفاحشة، إذ الحد لا يقام بناءً على نتائج الخبرة. أما إذا قصد الزوج نفي الحمل أو المولود عن صلبه دون اتهام للزوجة بالرذيلة، ففي هكذا حالات يمكن أن تتدخل الطرق العلمية لحسم النزاع لإثبات نسب المولود الحقيقي دون حاجة لإجراء اللعان. والفصل الأبدي بين الزوجين، حيث ينتسب الحمل أو

---

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص334.

[2] حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص 809-810.

المولود إلى الزوج إذا تطابقت عينات الحمض النووي معه، وتقصى أبوته إذا تغايرت أشكال العينات دون أن يؤثر ذلك على سير الزوجية[1].

وتضيف الدكتورة إقورفة زبيدة أنه إذا طالب الزوج باللعان لنفي الحمل الذي يعتقد أنه ناتج عن علاقة محرمة، فللقاضي كامل السلطة التقديرية في الأمر بإحالة المدعي صاحب الفراش على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الوراثية ومقارنتها مع الولد للتأكد أو لنفي دعـــــوى الزوج، فسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة وواسعة بناءً على المادة 2/40 من ق.أ.ج.

كما وأنه مراعاة لمصلحة الطفل من خلال صيانة حقوقه وعدم تعريضه لمختلف أنواع الإجرام، أولى بالإعمال من مصلحة الزوج لمجرد شكوك تلازمه.

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 والضوابط التي رسمها أهل الاختصاص. إضافة إل توفير كل ما يلزم لضمان نجاحها ويبقى القاضي صاحب القرار في تقدير هذه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب.

[1] إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 335.

خاتمـــة

من خلال دراستنا لموضوع إثبات النسب في القانون الجزائري، من حيث بيان الطرق المخولة قانونا لإثبات النسب أمام القاضي، والتعرض لكل طريقة على حدا، المتكونة من الإقرار والبينة والطرق العلمية المستحدثة من قبل المشرع، يتضح لنا جليا ما للموضوع من أهمية بالغة تتمحور أساسا في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الطفل والمجتمع ككل، وبناء عليه قمنا باستخلاص 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 باسم الإنسانية والرحمة، وفي الحقيقة أن إبطاله فيه صيانة لحقوق الأولاد نظرا لما له من آثار سلبية أهمها اختلاط الأنساب.

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

– البصمة الوراثية وسيلة علمية مشهورة بدقة نتائجها، بحيث أصبحت تلعب دورا فعالا في مجال إثبات النسب في مواطن النزاع، فيمكن الاستفادة منها في حالة تعارض الأدلة أو انعدامها. لكن لا يمكن أن تكون نظاما بديلا يلغي الأدلة الشرعية، وإنما تنوب عنها في حالة غيابها أو تعارضها.

– إن أقوى الطرق المشروعة لنفي الولد هو اللعان، غير أنه ووقوفا أمام مصلحة الطفل في معرفة أصله. وحماية له من الضياع يرجح الاستعانة بنتائج الكشف عن الشفرة الوراثية للتقليل من حالات النفي، وللإشارة فإن ذلك يبقى خاضعا لسلطة القاضي التقديرية.

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:

– جعل اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أمرا جوازيا وروده بصيغة عامة دون تفصيل قد يكون سببا في ضياع حق الطفل في معرفة نسبه الحقيقي.

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

– لقد نص المشرع على إمكانية استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب، مما يفهم أنه لا يمكن استخدامها في نفي النسب، في حين أثبت الواقع عكس ذلك إذ يمكن أن يكون على سبيل المثال نظام فصائل الدم دليلا قويا 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 الاختصاص 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 تُربط ارتباطا وثيقا بمثل هذه المستجدات الطبية، نذكر منها قانون الأسرة، القانون المدني، حتى يحصل نوعا من التكامل والانسجام بين هذه التشريعات الوضعية والحقائق العليمة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- القرآن الكريم

2- الحديث وعلومه

1- محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب البيوع، ج1، باب تفسير المشبهات، اعتنى به محمود بن الجميل، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003.

2- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحدود، ج2، بـــاب من إعترف على نفسه بالزنى، اعتنى به محمد بن عبادى بن عبد الحليم، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003.

3- المعاجم

1- أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د.ط، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992.

2- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، ط1، عالم الكتب، مصر، 2008.

3- إسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج1، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1984.

4- جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول (أ، ب، ت، ش) ط1، دار صادر، لبنان، 1997.

5- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، د.ط، دار الجيل، بيروت، د.س.ن.

ثانيا: الكتب

أ – الكتب العامة

1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

3- بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في التربية الإسلامية والقانون، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.س.ن.

4- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط1، دار النفائس، الأردن، 2010.

5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، ج1، أحكام الزواج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

6- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ج1، أحكام الزواج، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

7- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

8- حسين محمود عبد الصمد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

9- رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

10- سهام نهار البطون الجبور، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي والقضاء العشائري الأردني، ط1، دار يافة العالمية، الأردن، 2010.

11- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2011.

12- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992.

13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الالتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

14- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائ، 2008.

15- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.

16- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائرية في ثوبه الجديد، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2007.

17- عدنان حسين عزايزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 1990.

17- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

18- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

19- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

20- محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2002.

ب- الكتب المتخصصة

1- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار القلم، الكويت، 1983.

2- أسماء ممدوح عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

3- إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

4- حسام أحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

5- كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2002.

ثالثا- المقالات

1- فؤاد عبد اللطيف أحمد، البصمة الوراثية (ما لها وما عليها ومكانتها بين وسائل الإثبات)، مجلة معارف، السنة السابعة، ع13، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة، أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، ديسمبر 2012.

2- فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، (وفق قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، ع8، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010.

3- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، 01، الكويت، 1997.

رابعا- الرسائل والمذكرات الجامعية

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.

2- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، 2007.

3- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، 2006.

4- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة، 2002.

5- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلات الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2004.

خامسا- قرارات المحكمة العليا

1-المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 1723، مجلة قضائية، عدد 01، 1997.

2- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210478، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

3- المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 20243، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

4-المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 35518، مجلة قضائية، عدد 01، 2001.

سادسا- المقابلات

1- مقابلة مع الموثق الأستاذ مراد زوايد، الكائن مكتبه بدائرة اختصاص مجلس قضاء البويرة، حي المحور المالي، بتاريخ 2013/04/3.

سابعا- القوانين والمراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26/رجب/1417، الموافق 1996/12/7 يتعلق بإصدار تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28، الذي يتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالجريدة الرسمية، ع76، المؤرخة في 1996/12/8.

2- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية ع78.

4- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم للأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية ع15.

5- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية ع8 .

6- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الصادر بالجريدة الرسمية ع14 المؤرخة في 8-6-2006.

7- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية ع21.

8- مرسوم تنفيذي رقم 11-122 المؤرخ في 20 مارس 2011، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية.

ثامنا- موقع الإنترنت:

1- http://www.bouzeri.net.

فهرس
الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة 02

الفصل الأول: إثبات النسب بالإقرار والبينة

المبحث الأول: إثبات النسب بالإقرار 09
المطلب الأول: المقصود بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب 09
الفرع الأول: تعريف الإقرار بالنسب 10
أولا: تعريف الإقرار 10
ثانيا: الفرق بين الإقرار والتبني 12
الفرع الثاني: أنواع الإقرار بالنسب..... 13
أولا: الإقرار بأصل النسب 14
ثانيا: الإقرار بنسب فرعي 14
المطلب الثاني: شروط الأخذ بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب 15
الفرع الأول: الشروط الموضوعية للإقرار 15
أولا: الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب 16
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب..... 16
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به 16
الفرع الثاني: الشروط الشكلية للإقرار 19
المطلب الثالث: حجية الإقرار في إثبات النسب 21
الفرع الأول: الحجية القاصرة للإقرار في إثبات النسب..... 21
الفرع الثاني: الحجية القاطعة للإقرار في إثبات النسب..... 23
المبحث الثاني: إثبات النسب بالبينة..... 24
المطلب الأول: تعريف البينة 24
الفرع الأول: البينة طبقا للشريعة الإسلامية..... 25
الفرع الثاني: البينة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري..... 26
المطلب الثاني: صور البينة الواجبة لإثبات النسب 28
الفرع الأول: شهادة القابلة..... 28

الفرع الثاني: شهادة طبيب المستشفى أو العيادة 30
المطلب الثالث: ضوابط حجية البينة لإثبات النسب 31
الفرع الأول: ضوابط حجية البينة لإثبات النسب 32
الفرع الثاني: حجية البينة في إثبات النسب 33

الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية

المبحث الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب 38
المطلب الأول: مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب 38
المطلب الثاني: صور الطرق العلمية لإثبات النسب 40
الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية 40
أولا: تعريف البصمة الوراثية 41
ثانيا: خصائص البصمة الوراثية 42
ثالثا: ضوابط استخدام البصمة الوراثية 43
الفرع الثاني: نظام فصائل الدم في مجال إثبات النسب 44
أولا: تعريف الدم 44
ثانيا: أهمية فصائل الدم في إثبات نسب الأولاد إلى الأب أو الأم أو كلاهما 45
المطلب الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب 45
الفرع الأول: العوائق القانونية 46
أولا: عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد 46
ثانيا: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه 48
ثالثا: حرمة الحياة الخاصة 49
الفرع الثاني: العوائق المادية 50
المبحث الثاني: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب 52
المطلب الأول: قوة الطرق العلمية في إثبات النسب 52
الفرع الأول: طرق علمية ذات حجية قطعية 52
الفرع الثاني: طرق علمية ذات حجية ظنية 55
المطلب الثاني: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب 57
الفرع الأول: الأمر بتعيين خبير طبي 57

الفرع الثاني: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم 59
المبحث الثالث: مرتبة الطرق العلمية بين طرق إثبات النسب ونفيه 61
المطلب الأول: الطرق العلمية والطرق التقليدية لإثبات النسب 61
الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة التقليدية 61
أولا: موقف القائلين بتقديم الأدلة التقليدية 61
ثانيا: حجج القائلين بتقديم الأدلة التقليدية 62
الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية..... 63
أولا: موقف القائلين بتقديم الطرق العلمية..... 63
ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق العلمية..... 63
المطلب الثاني: الطرق العلمية والطرق المشروعة لنفي النسب..... 66
الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية..... 66
أولا: تعريف اللعان 67
ثانيا: شروط اللعان..... 67
ثالثا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية 67
رابعا: حجج القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية..... 68
الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان..... 69
خاتمة 73
قائمة المصادر والمراجع..... 76
الفهرس 83

قائمة المختصرات

د: دكتور.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ط: طبعة.

د.ط: دون طبعة.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ج: جزء.

م: المادة.

م.ع: المحكمة العليا.

غ. أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ع: عدد.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ح: حديث.