جامع اكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

حجية إثبات النسب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبتين:
- ربيع نعيمة
- دواجي خديجة

إشراف الأستاذ:
د/ ربيع زاهية

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....رئيسا
الأستاذ(ة): د/ربيع زاهية.....مشرفا و مقررا
الأستاذ(ة): .....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2024/07/08
السنة الجامعية: 2024/2023

شكر وعرفان

الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،

نشكر الله تعالى ونحمده حمدا كثيرا بان اتممنا هذا العمل بفضله وعونه وتوفيقه

يقول رسولنا الكريم:" من لم يشكر النّاس لم يشكر الله " من هنا نتقدم ببالغ الشكر والاحترام والتقدير للأستاذة والدكتورة

"ربيع زاهية" لإشرافها على عملنا هذا حيث مدّت لنا يد العون بتوجيهاتها السّديدة والمستمرة وبقلب مفتوح وابتسامة دائمة طول فترة الدراسة.

كما نقدم شكرنا وتقديرنا لأعضاء لجنة المناقشة، ونشكر كل من ساهم في إتمام هذه المذكرة ماديا او معنويا، من قريب او من بعيد.

إهـــــــــداء

الى من تعهداني في الصغر وكانا لي نبراسا يضيء فكري بالنصح والتوجيه في الكبر الى من كان دعاؤهما سرا في نجاحي

الى نبع الحنان والحب والعطف

الى والديا الكريمين اطال الله في عمرهما.

الى اخوتي ابراهيم وسفيان وزوجاتهم ابناءهم.

الى اخواتي فتيحة ليندة دونيا وازواجهن وأولادهن.

الى زوجي وشريك حياتي والى فلذات اكبادي أمين، فيصل، عبد الله.

الى حماتي الحنون التي كانت عونا وسندا لي.

الى كل أصدقائي واحبابي في العمل وخاصة مكتب المشاريع ومؤسسة المسجد والتكوين.

الى زملائي في الجامعة والذين تشرفت بمعرفتهم.

الى كل من ذكرهم قلبي ولم يذكرهم قلمي اهدي هذا العمل المتواضع.

إهـــــــــداء

الى من علموني العطاء دون مقابل

الى من حفزوني على التقدم وامدوني يد العون

الى والديا الكريمين اطال الله في عمرهما وادام صحتهما

الى زوجي قرة عيني

الى المؤنسات الغاليات شهد ولينة ويارا

الى خالتي الحنون البروفيسور ذهبية

الى زميلتي في المذكرة ربيع نعيمة

الى كل من دعمني معنويا وماديا

اهدي هذا العمل المتواضع

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الاسرة ركيزة المجتمع والتي بفضلها يكون هذا الأخير متين وموحد وعليه يجب ان تقوم هذه الاسرة على أسس ودعائم راسخة ومن بين هذه الأسس نجد رابطة الزواج، والتي تعتبر وقاية وتحصين للنفس والحفاظ على النسل بما شرعه الله ورسولهوحرصا على ذلك اهتمت الشريعة الإسلامية بهذا النسل فجعلت له مجموعة من الحقوق والتي تنظم حياتهم منها نذكر منها حق النفقة وحق الحضانة وحق الرضاعة ولا ننسى حق النسب والذي هو فحوى بحثنا هذا.

يعتبر علم النسب علم واسع وهام حيث يحتاج الى دراسة متأنية لفهمه بشكل كاملاذ انه يساعد على الحفاظ على الروابط العائلية من خلال معرفة الأقارب وتقوية العلاقات بينهم وتحديد من يستحق الميراث وفق الشريعة الإسلامية ويعتبر من اهم الأسس التي تقوم عليها الاسرة حيث قال تعلى في كتابه العزيز "**وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قدير**"[1].

وقد اعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لهذا الموضوع في القانون المدني وحرص على ثبوت النسب بشكل كبير ووضع نصوص وتنظيمات من اجل اثبات هذه الظاهرة كما اجتهد العلماء واهل الطب والبيولوجيا للسعي الى احداث طرق علمية تساعدنا على حل الكثير من قضايا اثبات النسب والبحث في كل طريقة على حدي والتركيز على اهم الطرق الحديثة التي توصلنا الى نتائج أكثر دقة في الاثبات.

[1] سورة الفرقان،الآية54.

أهمية الدراسة:

الهدف من هذه الدراسة هي ان هذا الموضوع اصبح مشكلة في وقتنا الحالي لكثرة الزواج العرفي وانتشار ظاهرة النسب المجهول الناتج عن العلاقات الغير شرعية فتوجب علينا حماية الطفل المن ضياع نسبه جراء الكوارث الطبيعية لان ذلك يؤثر على الاسرة وبالتالي على المجتمع.

إشكالية الدراسة: كيف يثبت النسب وماهي حجيته في القانون الجزائري والقانون الفرنسي؟

وقد اعتمدنا في الإجابة على هذه الإشكالية على النهج التحليلي والنهج الوصفي وذلك من خلال التطرق الى النصوص والاوامر القضائية وتحليلها ومقارنتها بأحكام الشريعة والقانون الفرنسي كما لجانا الى جمع وتحصيل المعلومات التي لها صلة بالموضوع.

وقسمنا هذا العمل الي فصلين:

- **الفصل الأول:** الذي تناولنا فيه الطرق الشرعية في اثبات النسب.
- **الفصل الثاني:** ثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في اثبات النسب.

الفصل الأول:

اثبات النسب بالطرق الشرعية

الفصل الأول:

اثبات النسب بالطرق الشرعية

قبل التطرق الى كيفية اثبات النسب الشرعية لزم علينا تعريف النسب لغة واصطلاحا وقانونا ومكانته في الشريعة الإسلامية.

فالنسب في اللغة هو اتصال شيء بشيء فحسب ابن المنظور فان مصطلح النسب يقيد صحة انتماء شخص ما لأبيه او لا، وعليه فهو رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول وذلك ضمن ضوابط شرعية مبينة على القرابة بين الزوجين حيث ينسب الولد سواء اكان ذلك عن طريق الزواج الصحيح او الفاسد.

اما اصطلاحا فهو القرابة وهده الأخيرة هي اتصال بين شخصين بالاشتراك في الولادة.

اما قانونا فقد عرفه القانون على انه لُحْمَة شرعية بين الاب وولده تنتقل من السلف الى الخَلَف كما اعتبرت المادة 40من قانون الاسرة ان اثبات النسب يكون بالزواج الصحيح او بالإقرار او البينة او بنكاح الشبهة[1].

اعطى الإسلام مكانة مهمة للنسب اذ اعتبره من الضروريات لأنه جاء للمحافظة على الارحام والانساب وقد جمع الأستاذ عبد الله بن الطاهر ضروريات الإسلام الخمس في البيت الشعري التالي:

النفس والعقل كذا المال وجب صون لها والدين أيضا والنسب.

اما عن المشرع الفرنسي فقد اعتمد على الطرق التقليدية في اثبات النسب وميز بذلك بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي والذي يعتبر هذا الأخير حسب القانون الجزائري ابن زنا وقد

[1] الامر رقم02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984.

نجد بعض الصعوبات في المقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي فهذا الأخير لا يعتد بالطرق الكلاسيكية في اثبات النسب وعليه فان المقارنة هنا ستكاد تكون منعدمة ومحدودة.

سنتناول في فصلنا هذا مبحثين فالأول سيكون عن اثبات النسب بالفراش والثاني سيكون اثباته بغير الفراش.

المبحث الأول:

اثبات النسب وفق قاعدة الولد للفراش

انّ نسب الولد لامّه لا يعتبر محلّ خلاف بين علماء الدّين ورجال القانون لان واقعة الولادة تثبت ذلك سواءا اكانت الولادة شرعيّة او غير شرعيّة لأنّها هي التي حملت وهي التي وضعت وبالتالي ينسب اليها دون اللجوء للإقرار او الفراش او أي طريقة أخرى للإثبات وعليه تسري عليها كل صفات الام من نسب وارضاع وميراث[1]،ان الشريعة الإسلامية تظهر اهتماما بالغا بنسب الولد لأبيه حيث انها تنكر نفي نسب الأبناء فقد قال الرسول –صلى الله عليه وسلم–:"ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه ويعلم انه اباه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الاولين والأخرين.." اخرجه أبو داوود والنسائي وصححه ابن حبان.[2]

ان القانون الجزائري اتبع إثر الشريعة الإسلامية واقتدى بها في جميع المبادئ والقواعد التي كتبها الفقه الإسلامي وقد دونها المشرع في قانون الاسرة وذلك حرصا على نسب الولد وعدم تضييعه.

المطلب الأول:

اثبات النسب بالزواج الصحيح

ان الهدف من الزواج الصحيح هو المحافظة على الانساب وحسب المادة 04 من قانون الاسرة الجزائري المعدلة في 27فبراير 2005 فان الزواج هو عقد يتم بين الرجل والمرأة يشترط فيه الرضى بين الطرفين وذلك لتكوين اسرة أساسها المودة والرحمة وتحصين المرأة كل هذا للحفاظ على الانساب والارحام.

---

[1] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ واحكام الفقه الإسلامي ط3 الجزائر 2000 ص285.

[2] الشيخ عبد الجليل احمد علي، احكام الاسرة في الشريعة الإسلامية، فقها وقانونا مطبعة الاشعاع الفنية مصر 2001ص124.

من العلوم ان شروط اثبات النسب بالزواج الصحيح هو ذلك المتعلق بقيام الزوجية قانونا وشرعا وإمكانية وقوع الحمل كاثر للاتصال الشرعي وولادة الطفل في مدة لا تقل عن 06 أشهر كأقل تقدير و10 أشهر كأكثر تقدير.

الفرع الأول: اثبات النسب عند قيام الرابطة الزوجية:

هناك علاقة وثيقة ومتينة بين النسب والميثاق الغليظ الذي يربط الزوجين حيث يعتبر هذا الأخير سببا في ثبوت الأول ونجد ان القران والسنة النبوية واجماع العلماء قد اكدوا على ذلك فقد قال الرسول –ص–:" الولد للفراش وللعاهر الحجر" اما عن الاجماع فقد اجمع فقهاء الدين على ان ثبوت النسب بالفراش أساسه الزواج الصحيح لذا يسمى بالفراش الصحيح لذا يستوجب اثبات نسب الابن لأبيه دون الرجوع الى الإقرار ومحاولة نفي هذا النسب امر مرفوض.

نصت المادة 08 و09 مكرر من قانون الاسرة الجزائري بوجوب الرضى بين الطرفين وتوفر الشروط التالية في عقد الزواج:

- أهلية الزوج.
- الصداق.
- الولي.
- الشاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية.

كما تذكرنا المادة 40 من نفس القانون على انه النسب يثبت بالزواج الصحيح...وقد تم تعريف الزواج الصحيح فيما سبق.

- **قيام الزوجية وإمكانية الاتصال شرعا.**

لا يسمح القانون الجزائري بإثبات النسب الشرعي للطفل الغير الشرعي الناتج عن العلاقات ما قبل الزواج. وحسب المادة 41 من قانون الاسرة فان الحاق نسب الابن لأبيه يجب ان يتم بالاتصال بين الزوج وزوجته فعلا وجاء النص صريحا في هذا وقد وافق جمهور العلماء على ان النسب يأتي بإمكانية الدخول يعني ان اثبات النسب يأتي شرط المعاشرة الحقيقية والفعلية..

في حين يرى المالكية انه إذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا يمكن ان يلحق النسب كما نوهوا ايضا الى استحالة الاتصال بين الزوجين بسبب البعد كأن يكون الزوج في بلد والزوجة في بلد اخر ما يستبعد وجود النسب بين الولد الذي أتت به الزوجة وبين الزوج وتم اتفق المالكية والشافعية على هذا الحكم.

اما في حال تم الزواج بعقد غير لاحق كان يتم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة او الوكالة فان القانون يعتبر هذا العقد كحجية في ثبوت نسب الطفل المولود لكن يكون ذلك ضمن الفترة المحددة شرعا وقانونا[1].

يرى الحنفية ان الفراش مرتبط بالعقد الصحيح بمعنى إمكانية الاتصال الفعلي والحسي وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء واستدلوا بذلك ان العقد صحيح هو دليل على اثبات النسب فمتى أتت المرأة بولد وبعقد صحيح مكتمل الأركان لمدة لا تقل عن 06 أشهر يثبت نسب طفلها سواء تم الاتصال.

او لم يتم؟؟؟حيث أكد بعض شيوخ الحنفية انه متى ما كان العقد قائما فانه يحل مقام الدخول

وقد أكد قضاة المحكمة العليا شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل للإثبات النسب ففي قرارها الصادر في 1997/07/08 قضت بان الولد للفراش وللعاهر الحجركما قال نبينا الكريم.

وعليه فان مدة نفي النسب لا تتجاوز 08 أيام ومتى اثبت ان الولادة حدثت والعلاقة الزوجية قائمة والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة وان دعوى الغيبية لا أساس لها من الصحة وذلك بالرجوع للمادة 41 من قانون الاسرة الجزائري والتي اخذت بقاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر وبما ان عملية الاتصال الجنسي هي الطريقة الوحيدة للإنجاب.

[1]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ج1 ط4، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية الجزائر 2005 ص31.

- **ولادة الولد بين مدتي الحمل المقررتين قانونا:**

من المعلوم ان مدة تكون الجنين في رحم امه تكون تسعة أشهر، لكن هذه المدة تحتمل الزيادة او النقصان.

فمدة الحمل تكون ستة أشهر او عشرة أشهر كحد اقصى وهذا ما أكدته المادة 42من ق ا ج استنادا الى قول الله تعالى: ***"وحمله وفصاله ثلاثون شهرا***"[1] وكذا قوله: ***"وفصاله في عامين***"[2].

وعليه يجب ان لا تتعدى مدة الحمل عشرة أشهر لعد الانفصال او موت الزوج حسب المادة 43 من ق ا ج.

وقد اخذ المشرع الجزائري بالدليل الطبي كذلك لأنه من النادر ان تحمل الام لمدة 10 أشهر.

اما عن القانون المقارن فانه يؤكد ان الولد الشرعي هو ذلك الذي يولد جراء علاقة شرعية متكاملة الأركان حيث يربط ابوي الطفل عقد صحيح والذي يثبت نسبه لامه التي ولدته ما يترتب عليه ان الزوج هو الاب الشرعي، هذا في الحالات العادية الطبيعية وتوجد حالات استثنائية كأن ينكر الزوج ابوته للولد مما يستوجب على الزوجة إيجاد طرق للإثبات نسب ابنها لهذا الزوج حسب ما نص عليه المشرع الفرنسي في المواد3199/ 328من القانون المدني الفرنسي والذي يؤكد على حجج وادلة اثبات النسب للولد[3].

والتي تتمثل في ادلة غير قضائية مثل عقد الميلاد والحالة الظاهرة للطفل possession d'état de L'Enfantاما عن الأدلة القضائية للإثبات النسب فقد اعتمد المشرع الفرنسي على ادلة أخرى تقدم امام القضاء والتي قد تقدم من طرف الولد الذي يدفع بدعوى المطالبة بالحالة وقد يطالب الزوجين او أحدهما باسترداد نسب الابن.

---

[1] سورة الاحقاف الآية 15.

[2] سورة لقمان الآية 14.

[3] La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrit sur le registre de l'état civil.

وعليه نستنتج انه يحق للزوجين رفع دعوى للمطالبة بإثبات النسب للولد الشرعي حسب المواد المذكورة آنفا في القانون الفرنسي.

- **عدم نفي النسب بالوسائل المشروعة:**

لا يجوز للزوج انكار المولود ونفي نسبه الا بالطرق الشرعية التي عبر عليها القانون الجزائري في نص المادة 41 من ق ا ج."... ولم ينفه بالطرق المشروعة...."حيث ان الرابطة الزوجية ليست محصنة من عدم الثقة وسوء الظن وفي غياب الحجج المادية فان العلاقة الزوجية تتوتر وقد تصبح مستحيلة وعليه شرع اللعان كطريقة لنفي النسب وفك الرابطة الزوجية.

لم يذكر المشرع الجزائري اللعان بصريح العبارة بل استبدله بجملة "ولم ينفه بالطرق المشروع " وذلك في المادة 14 من ق ا ج باستثناء المادة 138 من ق ا ج الذي ذكر فيها عبارة اللعان في قوله: "يمنع الإرث واللعان والردة "[1].

ـ تعريف اللّعان:

ومعنى اللّعان انه مصطلح اشتقّ من كلمة اللّعنة او الطّرد والخروج امّا اصطلاح فهو عبارة عن شهادات مرفقة بالغضب واللّعن تقوم مقام القذف في حقّ الملعون.

ـ دليل مشروعيه:

ان اللعان مشروع بالقران والسنة والاجماع.

فلو رجعنا للسنة فانه وعن ابن العباس رضي الله عنه ان أحد الانصار قذف زوجه فأحلفها النبي ثم فرق بينهما بعد ذلك اما في الاجماع فقد اجمع العلماء على مشروعية اللعان.

[1] باديس ذيابي حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دار الهديتين مليلة الجزائر 2010، ص40.

ـ صفة اللعان:

إذا قذف الزوج زوجته بالزنا فانه بذلك ينفي نسب الطفل المولود منها دون امتلاكه للدليل الذي يقر ويثبت ما جاء به، إذا وفي هذه الحالة يأمره القاضي بان يصرح ويقول:" اشهد الله انني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة بنفي النسب وبان الولد هو ابن زنا "، وهنا يذكر اسم الزوجة ويشير اليها ويعيد كلامه أربع مرات ويقول في المرة الخامسة غضب الله عليا ان كان من الصا دقين وعليه يكون قد اتم الملاعنة.

ـ شروط اللعان:

يشترط في اللعان كي يكون صحيحا ان يشمل عدة شروط نذكر منها:

- ان يكون في حضور امام او نائب عنه.
- ان يأتي كل منهما باللعان بعد القائه عليه فان بادر به قبل ان يلقيه الامام عليه لم يعتد به لأنه يصبح كأنه يحلف امام هيئة المحكمة قبل ان تطلب منه ذلك.
- استكمال تلفظ اللعان لخمس مرات دون إنقاص أي عبارة منها والا الغي ولم يقبل.
- ترتيب اللفظ دون زيادة او إنقاص او تسبيق كلمة عن أخرى.
- يجب إشارة كل واحد منهما للآخر ان كان حاضرا وتسميته ان كان غائبا.

ـ دعوى اللعان واحكامها:

تقضي بعض قوانين الدول العربية الى وجوب الدفع بنفي النسب خلال شهر واحد من تاريخ الولادة إذا كان حاضرا ومن تاريخ علمه بالولادة إذا كان غائبا.

كما حدد القانون الفرنسي مدة ستة أشهر كأقصى حد لرفع دعوى نفي النسب وهذا من تاريخ وضع الحمل وستة أشهر من تاريخ عودته إذا ما كان الزوج غائبا وقد اخذ المشرع الجزائري

بنفس المدة لكنه استثنى في ذلك فرضية علم الزوج بميلاد الابن وقد أكد القضاء على عدم قبول الدعوى في حال تأخر ولو يوم واحد بعد علمه بواقعة الولادة او حتى رؤيته للزنا.[1]

ـ الاثار المترتبة عن اللعان:

يمكن ان نحصر الاثار المترتبة عن اللعان في شرطين مهمين واساسيين نلخصهما فيما يلي:

أ- التفرقة بين المتلاعنين:

اجمع الفقهاء انه إذا تلاعن الزوجان فان مآل علاقتهما هي التفكك والطلاق رسميا مع عدم العودة مع بعض مجددا وأساس التفرقة في هذه الحالة هو وقوع نوع من عدم الثقة بين الزوجين ما يؤدي بدوره الى نوع من التشنج في العلاقة والكراهية بين الطرفين هذا ما يفكك الرابطة الزوجية ويجعلها منحلة.

لكن السؤال المطروح هنا هو: ماذا لو تراجع الزوج عن ملاعنة زوجته واعترف بان المولود

هو طفله ومن صلبه؟

لقد تطرق جمهور الفقهاء الى هذا الموضوع معتبرين ان التفريق بين الزوجين يبقى دائم واستدلوا بالأحاديث السابقة، على خلاف الحنفية الذين ارجحوا حكم بطلان اللعان إذا ما تاكو من كذب الزوج وعليه فان الولد ينتسب له وتعود له زوجنه لكن بالمقابل يقام عليه الحد والذي هو الجلد مائة جلدة بعد ذلك يمكن له مراجعة زوجته بعقد جديد.

كما نستطيع ان نتساءل عن التفرقة باللعان هل تعد طلاقا ام فسخا للعقد؟

يرى علماء الدين ان التفرقة باللعان تعتبر فسخا ويرجعون ذلك الى تأييد التحريم وبذلك تجرد المرأة.

من حقوقها كاملة مثل النفقة والعدة والسكن وهذه الحقوق تحكم بها المحكمة في حال الطلاق.

[1] الدكتور المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائري دراسة فقهية، دار هومة للنشر، الجزائر، 1998 ص 366

لكن فقهاء المذهب الحنفي يؤكدون انه طلاق بائن.[1]

ب- انكار عقوبة التعزير او القذف عن الزوج وكذا عقوبة الزنا على الزوجة.

التعزير هو لعان المرأة الغير محصنة اما القذف فهو لعان المرأة محصنة ففي كلتا الحالتين إذا لم يلاعن الرجل زوجته وجب عليه الحد كما سبق ذكره اما المرأة الغير المحصنة فقد ذهب فقهاء المذهب المالكي والشافعية الى وجوب عقابها حسب ما جاء في القران والذي هو الجلد للبكر والرجم للمتزوجة.

وعلى ضوء ما درسناه نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يضع احكاما ردعية فيما يتعلق بإنكار النسب وقد اتبع في ذلك راي الفقهاء في الشريعة الإسلامية والتي لا نعيبها في شيء الا اننا نعلم انه لا يقام الحد على الزوج او الزوجة في وقتنا الحالي على غرار القانون الفرنسي الذي سكت عن هذه الطرق في نفي النسب ولم يصرح بها قانونا.

ـ ثبوت النسب بالقيافة:

القيافة تعني تتبع الأثر في اللغة، وعند العرب هي الشبه بيت الرجل وأخاه او والده اما اصطلاحا فلها نفس المعنى اللغوي.[2]

تعتبر القيافة دليلا يمكن على أساسه قياس الأدلة العلمية، فقد اختلف الفقهاء في مشروعية الاخذ بها كحجية في حل قضايا اثبات النسب اذ ذهب البعض الى جواز الاعتماد عليها مالم تتعارض الأدلة او وجود دلائل قوية، ونجد ذلك في قول الرسول –ص– "لعله نزعة عرق " وهذا تأكيدا لإثبات الشبه والنظر فيه.

اما الحنفية فقد ذهبوا الى عدم الاخذ بالقيافة لأنهم يؤكدون على ان الولد للفراش بمعنى انه لاولد لمن لا فراش له.

---

[1] علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2 دار الكتاب العربي، لبنان، 1984ص170.

[2] ابن منظور، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، لبنان، ط1 1999، ص 349.

ان الاخذ بالقيافة كحجة في اثبات النسب امر جائز لأنها تقوم على التخمين لا على الاستدلال وهذا ما قد يدفع بالقضية الى الاثبات عن طريق الوسائل العلمية الحديثة لقطع الشك من اليقين لان هذه الأخيرة تتميز بالدقة في تمييز الشبه او اختلافه بين الاب وابنه.

الفرع الثاني: اثبات النسب بعد فك الرابطة الزوجية

تتكون القرينة القانونية والشرعية وانساب الابن لأبيه طبقا لقاعدة الولد للفراش إذا ما تمت الولادة وفق عقد صحيح وأيضا بقيام الرابطة الزوجية وبعد الدخول بالزوجة كما يجب ان تستفي شروط الولادة بأدنى مدة او أقصاها كما حددها الشرع والقانون لكن ماذا لو كانت الولادة بعد انحلال الرابطة الزوجية اما بالطلاق او الوفاة كما نصت على ذلك المادة 47 من ق ا ج.

فكيف ينسب الولد لأبيه بعد الطلاق؟ او الوفاة؟ هل يخضعان لنفس الشروط؟

سنكتفي في هذا الفرع عن التحدث عما جاء في دين الإسلام وفي القانون الجزائري دون الفرنسي لان هذا الأخير لم يتطرق اليها.

- **اثبات نسب المطلقة قبل الدخول:**

يقول تعالى في كتابه العزيز: ***"يا أيها الذين امنو إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا*** " سورة الأحزاب الآية 49.[1]

القاعدة تقول الولد للفراش وعليه فان اثبات النسب يكون على هذا الاسا س فالمرأة المطلقة قبل الدخول لا عدة لها وان جاءت بالابن لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فإن ذلك يثبت ان الولد وجد بالفراش أي بقيام العلاقة الزوجية الصحيحة وبذلك يتم اثبات النسب للاب حسب علماء الفقه والإسلام.

[1] القران الكريم، نفس المرجع السابق.

واذا جاءت بالولد في مدة ستة اشهر او اكثر فلا يقين ان الحمل حصل قبل الانفصال لأنه من الممكن ان تكون قد حملت به بعد الانفصال لان مدة ستة اشهر مناسبة لتكون الجنين وبذلك يحتمل ان تحبل من زوجها السابق وبذلك لا وجود للإثبات في هذه الحالة الا اذا ادعى ذلك ولم يقر بانه من الزنا.[1]

- **اثبات نسب المطلقة بعد الدخول:**

ان البحث في هذه المسالة يتطلب التمييز بين ما إذا كان الطلاق رجعيا او بائنا، فالمشرع الجزائري وفي المادة 43 من ق ا ج، حدد مدة الحمل ب عشرة أشهر كأقصى حد في قضايا اثبات النسب الا انه لم يفرق بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي.

ـ إذا كان الطلاق الرجعي:

لقد ثبت عن الشرع الجزائري ان الابن ينسب لأبيه في حال وضع الحمل خلال العشرة أشهر التي تلي الطلاق، وعليه إذا ولد الطفل بعد يوم واحد من المدة المحددة في القانون فانه لن ينسب لوالده اما إذا استوفى هدة العشر اشهر ثم ولد فسينسب لأبيه وبما ان المشرع الجزائري لم يجعل للانفصال تعريفا معينا فان الكلمة الأخيرة لتعريف الانفصال تعود للقاضي وقد يعتمد في ذلك الى تفسيره للقواعد العامة للنسب حيث ان القضاء الجزائري قد ميز بين الطلاق البائن والرجعي مقتبسا ذلك من قواعد الشريعة الإسلامية.[2]

ـ إذا كان الطلاق بائنا:

في هذه الحالة قد تقر الزوجة بانقضاء عدتها او لا.

الحالة الأولى: إقرار المطلقة انقضاء عدتها.

إذا ما اقرت المرأة اثبات نسب ابنها من زوجها السابق فانه يجب توفر شرطين اساسين وهما:

---

[1] العربي بالحاج، ... الوجيز، نفس المرجع السابق 193.

[2] عبد الفتاح تقية، .. نفس المرجع السابق ص690.

1-ان لا تتعدى المدة المنقضية بين الولادة والإقرار لا تتعدى أدنى مدة الحمل والتي تتمثل في 06 أشهر.

2-ان تقتصر المدة المنقضية من الولادة او الوفاة او الطلاق على اقصى مدة للحمل وهي كما اقرها المشرع الجزائري 10 أشهر كأكثر تقدير بينما حددها الحنفية ب سنتين كاملتين.

الحالة الثانية: عدم إقرار المطلقة بانقضاء العدة.

هنا في هده الحالة يشترط ان تكون المدة بين الحمل والولادة وبين الوفاة او الطلاق هي أقصر مدة يعني ستة أشهر كي ينسب الابن لأبيه.

- ثبوت نسب طفل التي توفى زوجها:

في حال كان الزواج صحيحا فان نسب الولد يثبت لأبيه المتوفى بمجرد ثبوت الزوجية بينهما والتي هي الولادة بين تاريخ الوفاة وبين اقصى مدة الحمل أي 10 اشهر واذا كانت المدة اكثر من ذلك فلا يثبت النسب لأنه بات واضحا ان الحمل حدث بعد الوفاة، اذا ما نسبته الارملة لزوجها المتوفي دون علم ورثته فانه بإمكانهم الطعن في هذا النسب وذلك برفع دعوى امام الجهات القضائية المختصة للمطالبة بإلغائه اذا ما تم تسجيله على لقب الزوج خِفْيَة هذا في راي القانون الجزائري اما عن راي الفقه الإسلامي فانهم يرون ان نسب ابن الارملة له نفس حكم المطلقة طلاقا بائنا سواء كان هناك إقرار ام لا وقد سبق دراسة كبتا الحالتين.[1]

هذا فيما يخص المتوفي عنها زوجها فماذا عن التي غاب عنها زوجها؟

- **ثبوت نسب ابن التي غاب عنها زوجها:**

في حال ما ارتبطت المرأة برجل وتم الزواج بعقد يستوفي شروطه الشرعية والقانونية وتم الدخول والمعاشرة الزوجية وسافر الزوج بعدها لأسباب شرعية كالعمل او العلم او حتى بعد اتهامه بجريمة معينة دخل على أثرها الى السجن وجاءه ولد في هذه الفترة وبعد ان انقضت مدة الحمل أقصاها كما هو في القانون والشرع -10 اشهرٍ- انه يعتبر ابنه ويسند له النسب الا في خالة

[1] علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، تلمسان، الجزائر ص 93.

ما نفاه هذا الأخير عن طريق اللعان، وإذا تقبل الزوج ابنه وسكت عن ذلك كان يتقبل التهنئة والهدايا فيعتبر ذلك اقرارا بنسب ابنه له ولا يمكنه نفي ذلك فيما بعد.[1]

قد ترفع الزوجة دعوى امام القضاء على زوجها الغائب، وجاء الحكم بموته فعليها هنا ان تبدأ عدتها من تاريخ اصدار الحكم، لكن ماذا لو عاد هذا الزوج بعد ان اتمت الزوجة عدتها وكانت قد وأعادت الزواج مرة أخرى بغير زوجها، واتت بمولود فكيف يكون الحكم ولمن ينسب الولد؟

انقسم المذهب الحنفي في هذه الحالة الى رأيين:

***الرأي الأول:** إذا ما تمت الولادة بعد ستة أشهر او اقل من تاريخ الزواج الثاني فان الولد ينسب الى الزوج الأول.

***الرأي الثاني:** ايد هذا الراي ما جاءت به النظرية الولي حيث نسبت الولد الى الزوج الأول في حال ما كانت مدة الحمل بين ستة أشهر او اقل من يمم الزواج الثاني لكن بالمقابل إذا ما بلغت مدة هذا الحمل أكثر من المدة المذكورة سابق وتعدت الى أكثر من ذلك فان نسب الولد سيتعلق بالزوج الثاني.

تناولنا في هذا المطلب اثبات النسب بالزواج الصحيح بعد الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية بالنسبة وبينا موقف القضاء والتشريع الجزائري منه دون ذكر التشريع المقارن لأنه لم يصرح في مواده عن الزواج الصحيح وبالتالي فلا مجال للمقارنة.

[1] محمد عاشق البيريني –التسهيل الضروري لمسائل الفتوى في الفقهج2 ط1 مصر ص191.

المطلب الثاني:

اثبات النسب بالزواج الغير صحيح وبنكاح الشبهة

قد يكون عقد الزواج عقدا صحيحا مستوف لكل شروطه المنصوص عليها في المادة09من قانون الاسرة الجزائري. لكن قد يحتمل ان يكون غير صحيح، وهذا الأخير قسمه جمهور علماء الفقه الى فاسد او باطل والى نكاح الشبهة؛ لو رجعنا الى نص المادة 32 و33 من الامر 02/05 وفقا لنص المادة 40 من ق ا ج: فان النسب يثبت بنكاح الشبهة وكل زواج تم فسخه بعد الدخول، وهذا ما جاء في المواد 34/33/32من هذا القانون.[1]

الفرع الأول: اثبات النسب في الزواج الفاسد والباطل

الزواج الباطل هو الزواج الذي يختل فيه ركن التراضي حسب المادة 33 من قانون الاسرة اذ نص على انه: "يبطل الزواج إذا اختلّ ركن الرضا" او في حال شمل عقد الزواج مانع شرعي المادة 32 ق ا ج كما يمكن القول ان احتواء عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضيات العقد

- **الزواج الفاسد**

اما الزواج الفاسد فهو عقد زواج لم يستوفي شروطه وتبين ذلك قبل الدخول وقد قضى المجلس الأعلى في قرار صدر عنه بتاريخ 1984/06/25 على انه من المقرر شرعا انه لا يحكم بفسخ عقد النكاح الا اذا كان النكاح فاسدا شرعا.[2]

وقد اعتبر المشرع الجزائري ان الزواج يكون فاسدا في الحالات التالية:

- في حال ما تم الزواج بدون حضور الولي او رضا احد الطرفين او غياب الشاهدين او دون صداق سيتم فسخ هذا العقد قبل الدخول اما اذا اكتشف بعد الدخول فيثبت ويصح.

---

[1] الامر رقم 02/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الاسرة الجزائري.

[2] المحكمة العليا /غرفة الأحوال الشخصية 1984/06/25 ملف رقم 33715، مجلة قضائية 1989 العدد 04ا، ص99.

- في خال زواج القاصر بدون وليلان القانون وضع شرط وجوب الولي في المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الاسرة واذا لم يكن لها ولي فالقاضي هو ولي من لا ولي له.
- اذا كان القصد من الزواج لغير ما شرع له كان يكون احد الزوجين مريضا مرض الموت تم إتمام.
- العقد من اجل الميراث فقط في هذه الحالة يفسخ العقد قبل الدخول ويعتبر بعدها انه زواج فاسد.

- **حكم النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول:**

ان القانون الجزائري وبحكم المادة 40 من ق ا ج اثبتت نسب الطفل المولود لابيه وان اتضح ان الزواج كان فاسدا مراعاة للابن وحماية له من الضياع؛ وإذا عرف سبب فساد الزواج يجب ان يصحح وينتج عنه اثبات النسب.

- **الزواج الباطل:**

باعتبار ان عقد الزواج يقوم على عدة اركان وشروط يجب عدم اغفالها عند ابرامه فان أي خلل يشوبه يصبح هذا الأخير باطلا...فالزواج الباطل هو عقد فقد أحد اركانه الأساسية التي شرعها القانون والشريعة حيث ان راي الجمهور ان كل ما ليس صحيحا يعتبر باطلا.

- **أسباب البطلان:**

سنتطرق الى بعض الأسباب التي تبطل عقد الزواج:

- في حال افتقار عقد الزواج الى أحد اهم العناصر والمتمثل في الموافقة بين الزوجين، المادة 32 من ق ا ج.
- يتم ابطال عقد الزواج في حال الدخول بأحد المحرمات ويترتب على ذلك اثبات النسب، المادة 34 من ق ا ج.
- زواج المرأة المسلمة من غير المسلم او الزوج من غير ذات الدين او كان أحد الزوجين مرتدا في هذه الحالة يكون الزواج باطلا، المادة 32 ق ا ج.

اثار الزواج الباطل في ثبوت النسب:

- لا توارث بين الزوجين إذا ثبت بطلان الزواج طبقا للمادة 131 ق ا ج.
- يثبت نسب الابن وهذا حفاظا على مصلحته طبقا للمادة 40 ق ا ج.
- لا مهر لزوجة ثبت بطلان زواجها المادة 33 ق ا ج.
- إذا ما أغفل الزوجان بطلان العقد وتم الدخول، اعتبر ذلك زنا.[1]

الفرع الثاني: اثبات النسب بنكاح الشبهة

نصت المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري على ان النسب يثبت بنكاح الشبهة وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح نكاح الشبهة بدل وطء الشبهة وعليه فالمعنى الحقيقي لنكاح الشبهة مختلف تماما عن النكاح الفاسد،أغفل المشرع الاحكام المتعلقة بوطء الشبهة مما يجعلنا نعود الى المادة 222 من ق ا ج والتي تحيلنا الى احكام الشريعة الإسلامية، وقبل التطرق اليه يجب علينا تعريف الوطء بالشبهة واقسامها.

- **تعريف الوطء بالشبهة:** لغة تعني الارتفاع عن الشيء واصل الوطء هو الدوس بالقدم اما اصطلاحا فهو الاتصال الجنسي بناءا على عقد زواج غير صحيح او فاسد مثلا ان يطأ الرجل زوجته وهي معتدة عن طلاق بائن اعتقادا منه انها انه طلاق رجعي.[2]
- **اقسام الشبهة:** قسم الفقهاء نكاح الشبهة الى 03، فأما ان يكون شبهة ملك او شبهة عقد او شبهة فعل.

<u>شبهة ملك</u>: وهي عبارة عن الدليل الشرعي الذي يثبت في المكان وهذا الدليل على ينفي التحريم ويثير الشك في حكم الشرع في هذا التحريم رغم وجود ادلة أخرى تحرم الفعل نفسه.[3]

<u>شبهة الفعل:</u> وهي ان يؤمن الرجل بان الفعل المحرم الذي قام به حلال دون الاستشهاد بأدلة شرعية او قانونية كان يجامع امرأة ظن انها زوجته في البداية لكن اتضح عكس ذلك.

---

[1] العربي بالحاج، ... الوجيز، المرجع السابق، ص 152.

[2] موسوعة المصطلحات الإسلامية terminologie. Com تاريخ الاطلاع 2024/06/20 الساعة 14:52.

[3] احمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق او الطلاق، دار الكتب القانونية، الجزائر 2004 ص 115.

يرى علماء الفقه خاصة منهم الحنفية ان النسب يثبت في حال جامع الرجل امرأة بالخطأ وحملت منه حتى وان كان ذلك في حين شبهة الفعل.[1]

شبهة العقد: وهو ان يتزوج الرجل امرأة زواجا صحيحا للوهلة الأولى وبعد الدخول عليها يتضح انها من المحرمات، كأن يتزوج الرجل من اخته بالرضاع او ان يعدد بالخامسة وهو في عصمته أربع ظنا منه انه طلق احداهن، اعتبر جمهور الفقهاء ان هذه الشبهة عبارة عن فعل زنا وعليه يجب إقامة الحد ولا ينتسب الولد لأبيه في هذه الحالة إذ حيثما وجد الحد نفي النسب.

وقد جاء على لسان الفقهاء ان النكاح يدرأ عليه الحد، فالولد لاحق بالوطء، وحيث وجب الحد لا يلحق النسب.

فبعد ان تكلمنا عن اثبات النسب بالفراش والذي يتضمن الزواج الصحيح والغير الصحيح واختتمناه بنكاح الشبهة الذي قننه المشرع الجزائري والحق فيه النسب للوالد؛ سنتعرض في المبحث الثاني الى النسب بغير الفراش.

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ط1، ج9 العراق 1992 ص 115.

المبحث الثاني

اثبات النسب بغير الفراش

تكلمنا فيما سبق عن طرق اثبات نسب الابن لأبيه عن طريق دعوى قضائية ترفعها الزوجة ضد زوجها او العكس يعني ان الزوج يرفع دعوى نفي النسب للمولود؛ لكن في هذا المبحث سوف ندرس كيفية ادعاء الولد ابوة رجل معين او امومة امرأة أخرى وكذلك ادعاء ام او اب بنوة طفل ما.

وعليه سنقسم هذا البحث الى مطلبين الأول سيكون حول اثبات النسب بالإقرار والبينة والثاني حول حكم نسب اللقيط والمتبني.

المطلب الأول

اثبات النسب بالقرار والبينة:

يعتبر الإقرار والبينة من بين الوسائل التي اعتد بها المشرع لإثبات النسب حيث يشترط لإقامة الإقرار او البينة إقامة معاشرة شرعية بين الزوجين تكون قائمة على عقد صحيح او باطل او وطء الشبهة.

الفرع الأول: اثبات النسب بالإقرار

فالإقرار في اللغة هو الاعتراف بالحق اما اصطلاحا فانه وسيلة للاعتراف بالبنوة الحقيقية حيث ينتج أثره القانوني في كل الحالات بمعنى سواء اكان المُقرُّ صادقا او كاذبا.[1]

استفردت المادة 341 من قانون الاسرة الجزائري بذكر الإقرار صراحة اذ نصت على ان: "الإقرار هو تصريح الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الحادثة".

[1] احمد فراج حسين، احكام الاسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، الإسكندرية، مصر، 1988، ص220.

- أنواع الإقرار: يوجد نوعين من الإقرار حسب المشرع الجزائري، وهذا ما استخلصناه من المادتين 44 و45 في ق ا ج فالمادة الأولى نصت على ثبوت الإقرار يكون اما بالأبوة او الامومة او البنوة اما المادة الثانية فتناولت القرار بغير الابوة او الامومة او البنوة

الإقرار بالبنوة او الأبوة او الأمومة: فقهاء الدين يرون انه الإقرار بأصل النسب يعني ان يقر الاب بمسؤولية النسب ويقول انه ابنه بالتالي يحمله على نفسه دون غيره، لكن يجب ان يكون يستوعب العقل ذلك، حيث لا يمكن من رجل عقيم ان يقر ويدعي ان الولد او ابنه وأيضا الابن إذا ما اقر ان فلانا هو ابوه فهو بذلك قد حمّل النسب على نفسه وقد جاء القانون الجزائري في المادة 44 من ق ا ج ان النسب بالإقرار يثبت بالأبوة او البنوة او الامومة.... وهذا النوع من الإقرار يستوفي شروط من الواجب توفرها حتى يثبت النسب ويصبح أبا او اما او بنتا او ابنا مع العلم انه لا رجوع في هذا الإقرار، ومن بين هذه الشروط نجد:[1]

I. ***الإقرار بالبنوة*** تتعلق هذه الشروط بالابن محل الإقرار حيث يجب ان تتوفر فيه ليثبت النسب وهي:

1- ان يكون الطفل ذو نسب مجهول.
2- ان يكون الاعتراف مما يعتقده العقل والعادة.
3- ان لا يكون الولد ابنه من الزنا.
4- ان يكون الطفل على قيد الحياة.

II. ***إقرار الابن بابيه*** يعني ان يعترف الطفل ان فلانا هو ابوه ويشترط فيه ثلاث شروط هي:

1-ان يكون للمقر اب وام مجهولان يعني ذو نسب مجهول.
2-ان يكون المقر له صادقا.
3-ان لا يعترف انه ابوه بالزنا.

---

[1]غربي ذهبية شهيناز، احكام النسب في قانون الاسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة الماستر لنيل شهادة التخرج، البويرة الجزائر 2015 ص32.

III. ***إقرار الام بالولد*** في هذه الحالة الام هي من تعترف بان الولد ابنها وتقر بذلك فكما للاب الحق في الإقرار بالبنوة فللام كذلك الاقرار بالأمومة؛ ونميز حالتين في هذا النوع:

- في حالة ما إذا كانت الام عازبة ولا هي في فترة العدة من زواج سابق فان النسب يثبت عليها دون الرجل حتى وان كان ابن زنا.[1]
- في حال ما إذا كانت الام مرتبطة بزواج صحيح او غير صحيح كالزواج الباطل او الفاسد وأقرت ان الطفل ابنها من زوجها فإما ان يثبت نسبه اليهما معا إذا ما صدقها الزوج اما إذا لم يصدقها فان النسب يثبت بالبينة بدل الإقرار.[2]

الاقرار بغير الابوة والامومة والبنوة وهو ذلك الذي يكون بالنسب الفرعي؛ بمعنى ان تكون علاقة بين المعترف والمُعْتَرَفْ له حيث يعرف عند جمهور الفقهاء بانه "إقرار نسب غير مباشر يتضمن تحميل النسب على غيره..."[3] كالإقرار بالعمومة او الاخوة او الأجداد فمثلا اذا اقر الشخص ان فلانا اخاه يكون بذلك قد نسب الامر الى ابيه أي على الغير.

هذا النوع من الإقرار يترك أثره على الميراث اذ يصبح للمقر نصيب من مال المقر عليه بعد وفاته طبعا.

- حجية الاقرار في اثبات النسب: ان قانون الاسرة الجزائري في مادتيه 44 و45 يجيز القرار في اثبات النسب لان الذي يدعي الابوة او الامومة لولد ما يجب ان يثبت ذلك كما سبق وذكرنا انفا. فكلما توفرت الشروط المدروسة سابقا ثبتت حجية الإقرار.

اما فقهاء الشريعة فيرون ان اثبات الإقرار يكون في حالة النسب الأصلي فقط دون الفرعي.

---

[1] العربي بالحاج، الوجيز في....، نفس المرجع السابق ص 197

[2] العربي بالحاج، نفس المرجع السابق ص 199

الفرع الثاني: اثبات النسب بالبينة

البينة هي الوضوح، أي وضّح الدليل واعطاه حجة قوية كالحِلفان والقسَم. اما اصطلاحا فهي الدليل على وجود الحادثة او وقوع الدعوى القضائية بالطريقة التي اتخذها القانون. اما شرعا فهي الكشف عن الحق بسماع الشهادة من الشهود، سواء بقرائن او بالبراهين والأدلة كما جاء

في قول الله تعالى:"**....** ***واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى...***"[1].

حيث كانت الشهادة في الزمن الماضي يعتد بها كدليل قاطع وعليه فان لفظ البينة اخذ مجرى الشهادة اما في القانون فحسب المادة 40 من ق ا ج فان البينة تعد وسيلة من وسائل الاثبات خاصة بعد التعديل الذي طرأ عليها بموجب الامر 02/05 حيث ادخل طريقة مستقلة عن الدليل في مجال اثبات النسب، يفهم منها ان المشرع قصد المعنى الخاص لهذا الدليل الا وهي شهادة الشهود.

- **أنواع البينة:**

للبينة أنواع عديدة سنلخصها فيما يلي:

- **الشهادة المباشرة:** وهي ان يقر الشاهد في المجلس القضائي بما رآه وسمعه مباشرة، كمن يكون حاضرا في حادثة ما فيسرد ما شاهده بمعنى لن يكون مدركا بالحادثة مباشرة.
- **الشهادة غير المباشرة:** وهي عكس الأولى اذ يأتي الشاهد بما سمعه عن غيره كان يقول سمعت فلانا قال ان... فهو بهذا يروي الحادثة بالشهادة السمعية عن شهادة أخرى، لم ينص القانون الجزائري بأخذها او منع الاعتداد بها لذا يترك للقاضي حق الاخذ بها او لا.

[1] سورة البقرة الآية 282.

- **الشهادة بالسماع:** حيث ان الشاهد في هذه الحالة لا يهد بما رآه هو او بما سمعه عن غيره انما يروي ما سمعه عند الرأي العام وما شاع بين الجماهير.

هذه الشهادة لا يعتد بها في القضايا المدنية مطلقا لكن في قضايا النسب استثنى الفقهاء مبدا عدم الاعتداد بها حيث أجازوا الشهادة بالتّسامع من الناس[1] وهذا كضرورة لحماية مصالح الناس.

- **الشهادة بالشهرة العامة:** وهي عبارة عن وثيقة رسمية تحرر امام الموثق او أي جهة رسمية يشهد بها الشهود شرط ان يكون لهم اتصال مباشر بالقضية، وعلى ان يكون الشاهد معروف بمصداقية أقواله ولا يملك دافع للكذب في عن الواقعة وقد ذهب المشرع الجزائري الى عدم تقبل الاخذ بها بصفة مطلقة في قضايا جنائية خاصة الخطيرة منها.

اما في قضايا الاسرة واثبات النسب فقد اعتبر المشرع ان البينة أحد طرق الاثبات بحيث يمكن اثبات ان الولد من صلب الاب وبالدليل القاطع.

- حجية البينة مقارنة بالإقرار في اثبات النسب:

ان إثر الاثبات بالبينة يتعدى حجة المدعى عليه ولا يقتصر عليه فقط اذ يثبت في حقه وحق غيره لكن الاقرار حجته تقتصر على الشخص المقر ولا تتعدى الى غيره، إذا تعارضت البينة بالإقرار فان الأصل هو تقديم البينة لأنها تثبت الوقائع اما الإقرار فهو مجرد كلام قد يكذب صاحبه.

والذي يجب التنبيه اليه ان دعوى النسب في حال ما كانت متعلقة بالأصل، يعني بالأبوة والبنوة والأمومة، فإنها تضمن حق النفقة او الميراث؛ اما في حال ما إذا كانت متعلقة بموت الب او الابن فان الدعوى لا ينظر فيها، كون المدعي ميت وعليه فالحكم يكون حكم غائب والغائب كما هو معروف في القانون لا يصح الحكم او القضاء عليه قصدا او تبعا.

[1] العربي بالحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994 ص94

اما إذا كانت الدعوى على الفرع كالنسب من العمومة والاجداد او الاخوة فلا تسمع دعوى النسب لان المدعي قد تكون له نية سيئة وكان يقصد بهذه الدعوة ما بترتب عليها من اثار الميراث والنفقة كما سبق لنا القول.

المطلب الثاني

حكم نسب اللقيط والتبني

ان اثبات النسب يترتب عليه بعض الاستثناءات مثل نسب الطفل مجهول الهوية أي اللقيط وكذلك التبني، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الموضوع بأهمية بالغة كون هذه الشريحة من المجتمع لا معيل ولا كفيل لها. فاللقيط هو ذلك الطفل المنبوذ الذي ترك في الشارع او أي مكان اخر دون رعاية او كافل معلوم وقد اتفقت جماهير الفقه على ان السن المعلومة في اللقيط هي منذ ولادته الى بلوغه سن التمييز.[1]

الفرع الأول: حكم نسب اللقيط

اذا تكلمنا عن اللقيط فانه من الواجب علينا ان نشير الى الفئة التي تشاركه في الاحكام القضائية ونستطيع تمييز:

– **طفل الزنا:** وهو الذي يولد جراء علاقة غير شرعية وهو يتشارك مع ولد اللعان كل الاحكام حيث انه لا يرث من الرجل الذي جاء منه، لكنه يرث من امه لأنه قد ينتسب لامه لكن لا يلحق نسبه لأبيه.

يرى المشرع الفرنسي ان الابن المجهول النسب له الحق في الانتساب سواء عن طريق القضاء او بدونه؛ اذ نجده لم يضع شروطا في ذلك، تنص المادة 335 من القانون المدني الفرنسي على:

[1] عبد الفتاح تقية، مباحث.... نفس المرجع السابق ص 292.

"La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.[1]

وتشرح هذه المادة طريقة الاعتراف حيث قد يكون بعق الميلاد او بعقد رسمي امام الجهات المختصة كالقاضي مثلا او الموثق وعليه فهذا الاعتراف يكسب الولد نسبا عاديا لا اعتراض عليه امام القانون.

غافلة شرط الاهلية في العقد، فحسب القانون الفرنسي يستطيع القاصر الاعتراف بالنسب ويلحق بابنه بصفة عادية.

- **الحالة الظاهرة عند الطفل:** ان المشرع الفرنسي صرح بنسب الطفل وعقد الاعتراف لمنح الطفل نسب طبيعي او بيولوجي وقد أوضح بموجب قانون 18/04 الحالة الظاهرة للطفل مشيرا بذلك الى هوية الطفل وإمكانية اقامته مع الام ورجل اخر حيث ينسب الولد الى امه.

- ادعاء النسب عن طريق القضاء نميز فيه حالتين:

الحالة الأولى: البحث عن الامومة البيولوجية بمقتضى المادة 341 من القانون المدني الفرنسي فانه يلحق نسب الطفل الى امه عن طريق عقد الميلاد وإذا لم يدون اسم الام فيه يثبت النسب عن طريق الشهود او الأدلة والقرائن

الحالة الثانية: البحث عن الابة البيولوجية أكد القانون الفرنسي على انه اتخذ كل احتياطاته وتدابيره في البحث عن الاب البيولوجي والحقيقي لكن قبل ذلك يجب ان يقترن ذلك بوجود براهين وقرائن تلحق النسب للابن نذكر منها اثبات المعاشرة الحقيقية كوعد صديقها لها بالزواج او حتى الى تعرضها للاغتصاب.

- كيفية ثبوت نسب اللقيط: اختلف الفقهاء عن القوانين الغربية في الحاق النسب باللقيط في الفقه الإسلامي حيث قسمت اراءهم الى:

[1]Jaquelinerubellin – devichi.op -cit p549.

فرض عين: فاذا عثر على الولد في مكان قد يتسبب في هلاكه فرض علينا التقاطه، وقد حرمت الشريعة ترك أي طفل وحد خارج اذ يجب التقاطه.

مندوب: حيث يعثر عليه في مكان لا يتسبب في هلاكه مثل المسجد او المشفى.

فرض كفاية: إذا عثر على ولدين أحدهما مسلم واخر غير مسلم فان من الأولى ان نلتقط المسلم أولا.

إذا وجد مال مع اللقيط فهو مله ويجب انفاقه عليه بعد استاذان القاضي طبعا.[1]

ان المشرع الجزائري لم يتطرق الى اللقيط في أي مادة من مواد القانون، حيث ان النظام في الجزائر هو، اذا عثر على اللقيط فانه يجب ان يسلم لرجل الشرطة وهم من يتكفل بتسليمه لدار رعاية الأطفال التابعة للضمان الاجتماعي وذلك لتربيته والعناية به الى ان يصل الى السن المعينة. وفي نفس الوقت القانون الجزائري يعاقب كل من يجد طفلا لقيطا ويسكت عنه ولا يسلمه لأجهزة الامن الجزائرية.

الفرع الثاني: حكم النسب بالتبني

في هذا الفرع سنتناول راي المشرع الفرنسي أكثر من الجزائري لان المشرع الجزائري لم يتناول نظام التبني صراحة الا ما نجده في المادة 46 والتي تنص على"... يمنع التبني شرعا وقانونا..." حيث انه يستمد قوانينه من الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة حرمت التبني شكلا ومضمونا وعليه سنعرف التبني كما جاء في الشريعة ثم في القانون لنذهب الى القانون الفرنسي وما نصت قوانينه على التبني.

لقد جاء الإسلام وغير طباع الناس وخلقهم ومن بين الأمور التي عالجها وحرمها هي التبني والذي هو عبارة عن علاقة اسرية تشمل الابوة والامومة تقوم على أساس الاهلية والإرادة لكن دون أي رابط بينهما كرابطة الدم مثلا ففي الجاهلية كان الناس يتبنون الأولاد وينسبوهم اليهم الى ان جاء الإسلام وحرم مثل هذه الأفعال.

[1] العربي بالحاج، ...الوجيز نفس المرجع السابق ص 202.

- **تعريف التبني:**

وقد عرف عبد العزيز سعد التبني على انه ادعاء بالبنوة لولد مجهول او معلوم النسب وتجريده من نسبه الحقيقي ما الفقه الإسلامي فقد جعل للتبني صورتان؛

الأولى: هي ان يتبنى الشخص ولدا وهو على دراية كاملة انه ليس ابنه ويتعامل معه كاب حقيقي لكن دون الحاق النسب له.

الثانية: هي ان يتبنى أحدهم طفلا لكنه يلحقه لنسبه ويثبت له احكام البنوة الحقيقية.[1]

- **أنواع التبني:** قسم المشرع الفرنسي التبني الى قسمين:

- **التبني المكتملL' adoption plainer:**

وهو الذي يجعل للمتبنى نسبا وهو الذي لا أصل له حيث يشارك افراد العائلة المتبناة كل حقوقهم وواجباتهم –اقصد هنا الأولاد– ويشترط فيه ان يكون سنه لا يتجاوز 15 سنة كما يجب ان يكون من المقيمين في مراكز العناية بالطفولة حسب المادة 356 و357 من ق م ف.

- **التبني البسيطL'adoption simple**

- لا يشترط سن معينة في هذا النوع من التبني المادة 360 ق م ف كما لا يستطيع الطفل اخذ جنسية الذين تبنوه الا بعد مرور خمس سنوات كما يمكن ان يسحب منه التبني بطلب منه او من الطرف الثاني.
- من هنا نستنتج ان القانون الفرنسي اخذ بالتبني عكس القانون الجزائري الذي اخذ بالكفالة كبديل عنه.
- شروط التبني سبق وقلنا ان التبني حرمته الشرائع السماوية والقوانين العربية والجزائرية وعليه سنتطرق هنا الى شروط التبني حسب القانون المقارن والتي سنلخصها فيما يلي:

❖ يجب توفر أسباب مقنعة للتبني والمحكمة هي الهيئة التي تقدر هذه الأسباب.

[1] حمود شلتوت، الفتوى، الإسلام عقيدة وشريعة ط1 دار النشر قسنطينة الجزائر ص231

- ❖ اشترط القانون الفرنسي على طالب التبني ان يكون سنه فوق 28 سنة.
- ❖ إذا ما كان للطفل المتبني ولي أصلي فتجب موافقته على طلب التبني مع جود مصلحة المتبنى.
- ❖ إذا كان الولد المُطَالَبُ للتّبني به تحت سنّ السادسة عشر فإنه يجن التكفل به على الأقل ستة أشهر قبل تبنيه حيث يقتضي ذلك بعض الإجراءات التي يجب اتمامها.

- **اجراءات التبني في القانون الفرنسي:**

تضمنت إجراءات التبني في القانون الفرنسي خطوتين هامتين نذكرهما على النحو التالي:

أولا: تحرير وثيقة عقد التبني بعد التحقيق اذ تقوم الجهات القضائية المختصة بتحرير الحكم القضائي والذي ينشا عقد التبني والذي يكون قابلا للطعن فيه اذ يجوز ان يرفع الطعن كل من تضرر بالحكم القاضي بالتبني، كما يجوز للنيابة العامة ان ترفع هي الأخرى طعنا ضد حكم القاضي إذا لم يراعي ذلك الحكم المصلحة العامة للطفل.

ثانيا: وتتمثل في تقديم طلب امام الجهات القضائية المعنية وذلك بحضور قاضي الاختصاص وأطراف الدعوى مع الممثل عن السلطة الإدارية.[1]

وخلافا للقانون المقارن فقد استبدل الشرع الجزائري، التبني بنظام الكفالة حيث نظمه بقوانين ومراسيم قضائية.

وملخص القول ان المشرع الجزائري لجأ الى الطرق الشرعية في قضايا اثبات النسب ونظمها ضمن مواد قانونية في قانون الاسرة الجزائري اذ لا يمكننا معالجة هذه الدعاوى ملم تتسم بالشروط التي حددها المشرع كالزواج الصحيح او الغير الصحيح مثل الزواج الفاسد او الباطل او الوطء بالشبهة.

[1] القانون المدني الفرنسي.

ومع التطور العلمي كان لزاما على المشرع الجزائري ان يواكب هذا التطور ويعدد وسائل اثبات النسب.

ويضبط احكامه الشرعية ليجيز اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي والاستنساخ دون الاخلال بالشريعة الإسلامية وهذا ما سنتطرق له في الفصل الثاني من دراستنا هذه.

الفصل الثاني

الاحكام العامة للطرق العلمية في إثبات النسب

الفصل الثاني

الاحكام العامة للطرق العلمية في إثبات النسب

نص المشرع الجزائري في المادة 40 الفقرة 02 من قانون الاسرة على انه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لأثبات النسب مما يؤكد انه ساير البحوث العلمية الحديثة والتطور التكنولوجي والبيولوجي الذي يستهدف التقنيات الجديدة في اثبات النسب وقد تم تحليل ذلك في ثلاث مباحث تناولنا فيه كل من البصمة الوراثية وفصائل الدم.

ومن هذا المنطلق نرى ان المشرع الجزائري لم يحدد انواع تلك الطرق العلمية التي يمكن ان يلجا اليها القاضي في دعاوى اثبات النسب، كما انه لم يحدد أيضا الحالات التي نستطيع اثبات النسب فيها بهذه الاخيرة ... فهل يمكن للمدعي اللجوء اليها في حل توفرت الشروط الشرعية ام في حال غيابها فقط؟

وعليه قمنا في هذا الفصل بدراسة مبحثين الاول تناولنا فيه انواع الوسائل الحديثة التي اعتمدها المشرع.

اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الحجية القانونية وموقف القضاء من الطرق العلمية الحديثة.

المبحث الاول:

اثبات النسب بالبصمة الوراثية وتحليل الدم ودور التلقيح الاصطناعي والاستنساخ في ذلك

تكمن العلماء المختصين في مجال الطب من إعطاء أهمية بالغة لمجال البحث في الطرق العلمية، كما أعطاها له ديننا الحنيف وفقهاء الشريعة والإسلام.

ومع تطور العلم تم اكتشاف عدة طرق ووسائل علمية ساعدت على حل أكثر القضايا تعقيدا في مجال النسب نذكر منهم البصمة الوراثية ونظام تحليل الدم بالإضافة إلى التلقيح الاصطناعي والاستنساخ.

المطلب الأول:

اثبات النسب البصمة الوراثية ونظام تحليل الدم

سنتسهل بحثنا هذا بمفهوم البصمة الوراثية وكيفية اثبات النسب بها وحكمها في القانون الجزائري والقانون الفرنسي ثم ننتقل الى نظام تحليل الفصائل الدموية، وذلك باعتبار ان هذه الطرق هي الأكثر اعتمادا من طرف التشريع و الشريعة في دعاوى التنازع حول النسب.

الفرع الأول: مفهوم نظام البصمة الوراثية

ان اعتماد الوسائل العلمية في اثبات النسب أصبح ضرورة اذ لا يمكن التغاضي عن أهميتها، حيث يعد الفحص النووي من أكثر الوسائل العلمية دقة وفعالية في اثبات النسب والبصمة في التعريف اللغوي مشتقة من بصم يعني ما بين طرف الخنصر الى طرف البنصر، يقال رجل ذو بصم أي غليظ البصم[1]وهذا يعني الختم بالصبع وقد اجتمع علماء

[1]احمد الدردير ن الشرح الصغير، الجزء الثالث أقرب المسالك الى مذهب الامام مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية الجزائر 1992، ص 102.

اللغة على ان البصمة تعني أثر الختم بالأصبع اما اصطلاحا فقد عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي على انها تعيين هوية الانسان عن طريق تحليل جزء من حمض الدنا {يعني الحمض النووي او الجيني DNA المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه.[1]

ظهر ما يسمى بالبصمة الوراثية بعد ان توصل علماء الطب الى ان جسم الانسان يتكون من عدد لا يحصى من الخلايا وتحتوي كل خلية على نواة مسؤولة عن حياة كل خلية وظيفتها، ونواة تضم مادة وراثية وحمضا نوويا يحتوي على كروموسومات من الابوين.. نصفها من الاب والنصف الاخر من الام.

يمكن تطبيق تقنية البصمة الوراثية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدم واللعاب او الانسجة كالشعر والجلد والعظام ويعود ذلك لتطابق جميع الانسجة الوراثية في كل خلايا الجسم وعليه نجده يتميز بقوة اثباتية هائلة كما تتسم ببقائه في أقسى الظروف البيئية ولفترات طويلة جدا وتأتي نتائجها دقيقة جدا اذ لا تقبل احتمال الخطأ حيث تصل نسبة نجاحها الى 99.07% في دعاوى اثبات النسب.

[1] انس حسن محمد ناجي البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات النسب دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن طبعة 2002 ص 150.

عينة من خلية البصمة الوراثية للتحليل

وتمتاز هذه الوسيلة بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والشخصية، اذ لا يمكن ان تتشابه الطفرة الجينية بين عدة اشخاص حيث يحمل الشخص الشفرة الوراثية عن امه وابيه في خليته الجينية فيتم تحليل الحمض النووي الذي تم نزعه من السوائل كالدم واللعاب او البول او المني او الشعر ثم تحلل بما تحتويه من صبغات جينية او كروموسومات بعد النتائج يتضح إذا ما كان الولد يحمل نفس جينات ابويه فتثبت عندئذ ابوته للولد اما إذا ما وجد اختلاف في الجينات هنا وفي هذه الحالة يتم نفي النسب.

ـ دور البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب.

اعتمد الفقه الإسلامي على الطرق التقليدية في اثبات النسب واهمها ما يعرف بطريقة القيافة والتي تعني النظر الى الولد والى اعضاءه والشبه الموجود بينه وبين والده وكانت هذه الطريقة تستعمل في حال عدم وجود البينة والإقرار وحالة الاشتباه في نسب الطفل والتنازع عليه.

نستطيع اعتبار البصمة الوراثية نوع من أنواع القيافة التي يمكن لنا الاستشهاد بها في اثبات النسب حيث انها تبحث في طيات واسرار النمط الوراثي للحمض النووي بدقة كبيرة كما سبق الذكر سابقا وحسب أسامة الصلابي ان البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ التحقق من والوالدية البيولوجية.[1]

يتم اللجوء الى البصمة الوراثية في قضايا النزاع في نسب الولد إذا ما تعصبت الطرق التقليدية في حل هذا الأخير وذلك في العديد من الحالات نذكر منها:

– في حال انتفاء الأدلة او تساويها او بسبب الاشتراك في الوطء بشبهة.

– في حال اختلاط الاطفال او ضياعهم بسبب الكوارث الطبيعية او الحروب وبذلك تعذر التعرف على أهلهم.

–في حال ادعت المرأة ان ولدها يخص رجلا معينا لأسباب منها اجباره على الزواج او الطمع في الميراث

–في حال عزم الزوج على اللعان فان التحليل الجيني يحل النزاع كدليل علمي قاطع.

هذا حسب التشريع الجزائري لكن بعض التشريعات الغربية وأهمها التشريع الفرنسي، والذي كان صارما في التعامل مع مسالة الإدارة البيولوجية ودورها في اثبات النسب، حيث انه نص على ان القضاء هو من يجب ان يأمر بأجراء التحاليل الجينية ولا يجوز لأحد أن يلجا اليها. فبموجب المادة 11/16 من القانون الفرنسي دائما فانه قد تم السماح للقضاء بالرجوع الى اختبارات البصمة الوراثية في نطاق الدعوى القضائية مما يعني عدم اللجوء اليها الا بأمر او بدعوى امام القضاء فيا يخص النسب ووفقا لنفس المادة 11/16 فانه لا يستطيع أي شخص ان يطلب اجراء هذا الاختبار او الفحص بصفة شخصية من الأسباب التي جعلته يقيد الذهاب الى التحليل النووي في اثبات النسب هي التخوف من تهديد الاستقرار العائلي للأسرة

[1] ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون 2003، ع 18.

والطفل من وجهة نظرهم، حيث انه في معظم الحالات التي تم الحكم فيها قضائيا كانت النتيجة عدم اتفاق الحقيقة البيولوجية ومسالة النسب وهذا بسبب انتشار العلاقات خارج اطار الزواج.

وبالعودة الى المادة 11 من القانون المدني الفرنسي فإنها أوضحت انه لا يجوز اللجوء الى تحليل البصمة الوراثية في القضايا المدنية الا في نطاق الدعوى التي تهدف الى اثبات او نفي صلة الدم وتهدف الى إلزام.

الاب بالنفقة على الطفل او الغاء هذه النفقة. كما يجب ان تهدف هذه الدعوى الى البحث عن الحقيقة البيولوجية.

الفرع الثاني: نظام تحليل فصائل الدم.

يحظى الدم بأهمية كبيرة في مجال التطور العلمي، وعليه يتم الاعتماد عليه كحجية علمية لإثبات النسب إلى جانب الطرق العلمية الأخرى.

قبل التطرق الى المقصود بتحليل الدم كوسيلة لإثبات النسب سوف نتطرق الى تعريف الدم لغويا واصطلاحا وعليه سنتعرف على أنواع فصائل الدم ودور التحاليل الدموية في اثبات النسب.

ـ مفهوم الفصائل الدموية:

الدم لغة معناه دمى جمع دماء ودمى وهو سائل احمر يجري في عروق الكائنات الحية اما اصطلاحا فقد صنفه الأطباء على انه سائل احمر الذي يضخه القلب عبر شرايين واوردة وشعيرات دموية الى الجسم وهو عبارة عن نسيج مؤلف من خلايا عديدة ومتنوعة وهي كريات بيضاء وأخرى حمراء وصفائح دموية تسبح جميعها في سائل لزج يدعى البلازما[1] اما

[1] احمد الدردير نفس المرجع السابق ص 124

تحليل الدم فهو عبارة عن كشف طبي وفحص يشمل الام والأب والولد وذلك للتأكد من فصائل الدم.

ـ مكونات الدم:

يتكون الدم من عدة عناصر نذكرها باختصار في الاتي:

- **البلازما:** وهي السائل الذي تسبح فيه الكريات الدموية حيث تبلغ النسبة الكلية لهذا السائل في حجم الدم الى 54% ودورها هو المرور في الشرايين لكل أعضاء الجسم فهي بذلك توزع الغذاء في الجسم وتكسبه الطاقة اللازمة التي يستعملها الكائن الحي للقيام بمجهوداته الشخصية كالتنقل والعمل... الخ كما انها تحتوي على مخزن مصغر لكل ما يلزم خلايا الجسم من مصادر الطاقة.
- **كريات الم الحمراء:** يتخذ الدم لونه الأحمر من هذه الكريات اذ ان لها شكل غريب فهي عبارة عن قرص مسطح دائري لا نواة فيه حيث يمكن لها ان تغير من شكلها لكن دون انقسامها فهي تحتوي على الهيموجلوبين وهي المسؤولة عن نقل الاوكسجين الى الخلايا التي تحتاجها وتكل هذه الكريات نسبة 40% الى 45 % من الدم.
- **كريات الدم البيضاء:** مع ان اسمها كريات بيضاء الا انها عديمة اللون وحجمها أكبر من الكريات الحمراء لها حركة ذاتية ولها القدرة على الانقسام وتسبح عكس الخلايا الحمراء، هذه الكريات تساعد على تكوين المناعة في الجسم حيث انها تساعد على مقاومة الفيروسات والعدوى بحيث انها تؤدي وظيفة دفاعية ومناعية ضد المرض كما ان لها القدرة على التهام الميكروبات والجراثيم التي تحاول اختراق الجسم.[1]
- **الصفائح الدموية:** هي عبارة خلايا صغيرة بيضاوية الشكل، لا تحتوي على نواة فيها تتشكل من أجزاء السيتوبلازم الموجودة في النخاع العظمي وتدعى بالخلايا المتجلطة حيث تلعب دورا هاما فيوقف النزيف تعمل الصفائح الدموية على تجليط الدم وتساعد على عملية البلعمة [1] وبما اننا تكلمنا عن مكونات الدم فسنتطرق الى أنواع وفصائل الدم.

---

[1] أسامة محمد صلابي، مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات مجلة كلية الادب العدد 35 جامعة قاريوس، ليبيا 2011 ص 15.

يعتمد فحص الدم على ركيزة علمية قوية مفادها ان دم الانسان يختلف من فرد لأخر وقد قسمها خبراء الطب الى أربعة فصائل رئيسية [A. B.AB. O] ويستند هذا التقسيم الى وجود مولد الضد او انعدامه في كريات الدم الحمراء، ويطلق على وجود الضد اسم الاجلوتنوجين:

- فصيلة دم A تحتوي على اجلوتينوجينA في كريات الدم الحمراء وتحتوي على اجلوتينوجين Bفي البلازما.
- فصيلة دم B وتحتوي على اجلوتينوجينB في كريات الدم الحمراء وتحتوي على اجلوتينوجينAفي البلازما.
- فصيلة دم ABوتحتوي على اجلوتينوجينB في كريات الدم الحمراء ولا تحتوي أي اجلوتينوجين في البلازما.[1]
- فصيلة دم O وتحتوي على اجلوتينوجينAفي واجلوتينوجينBفي البلازما ولا تحتوي على أي اجليتينوجين في كريات الدم الحمراء.

[1]البروكي امينة، الفاتحي الزهرة، الحيادي رشيدة وسائل اثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، بحث لنيل إجازة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن الزهر، اغادير، 2013 ص 55.

من هنا يتضح ان عملية نقل الدم بين الأشخاص يجب ان تتسم بالتوافق بين الفصائل الدموية سواء للشخص الدي تبرع او الشخص المتلقي فالذي يحمل فصيلة A لا يمكنه ان يتبرع للذي فصيلة دمه B.

ـ دور التحاليل الدموية في اثبات النسب:

تتأثر فصيلة الدم بين الولد وابويه، سواء اكانت فصيلة دم الوالدين متشابهتان او مختلفتان حيث انه اذا تم التعرف على فصيلة دم الابوين فانه حتما يمكن معرفة فصيلة دم الابن. تعتمد الكثير من الدول على تحاليل الدم لإثبات الابوة في حال النزاع حول النسب الا ان النتائج ليست قطعية.

ان فحص دم الابوان والولد يتميز بفرضيتين:

الفرضية الأولى: وهي التي يمكن ان تكون فيه فصيلة دم الولد مخالفة لفصيلة نسل الزوجين وهذا مايؤكد عدم ثبوت النسب للاب بمعنى انه ليس الاب الحقيقي للولد، وقد نشرح هذا حسب الجدول الاتي،

أطفال غير محتملين	الأطفال المحتملين	الابوين
O	A. B	O+AB
0	A.B. AB	A+AB
O	A.B. AB	B+AB
O	A.B. AB	AB+AB

الجدول الثاني:

A.B. AB	O	O+
AB. B	O. A	O+A
AB. A	O+B	O+B

–	O.A.B. AB	A+B

الفرضية الثانية: وهي الحالة التي يتم التوافق بين فصيلة دم الابوين والابن وهنا تتأرجح النتيجة حول ان يكون الاب هو الحقيقي ام لا والسبب ان فصيلة الدم للشخص قد تتوافق مع عدة اشخاص فاذا كانت فصيلة دم الوالد A فليس بالضرورة ان تكون نفسها للولد وعليه لا تعد دليلا مؤكدا على ثبوت نسب الولد للزوج[1].

وبعد هذا التحليل يتضح لنا ان العمل على التحاليل الدموية لا يساعد في حل قضية النسب المتاحة في الجهات القضائية بالشكل الإيجابي حيث تعتبر كدليل قاطع لنفي النسب لكن العكس ليس صحيحا اذ ان النتائج النهائية لا تعتبر دليل اثبات مؤكد النسب وعليه فان نتائجها لها قيمة سلبية أكثر منها إيجابية في:

ـ موقف المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي من اثبات النسب بفحص الفصيلة الدموية:

لم يتناول المشرع الجزائري تحليل الفصائل الدموية في حل قضايا اثبات النسب بصريح العبارة حيث ترك المجال مفتوحا اذ نجد ان المادة 02/40قد عممت كل الوسائل العلمية الحديثة"..... بالطرق العلمية الحديثة...." حسب ما جاء فيها وتماشيا مع المستجدات الحديثة تناول المشرع الجزائري في قانون الاسرة حسب اخر تعديل له وبمقتضى الامر رقم 05-02المتضمن قانون الاسرة[2]، فانه قد تم استحداث وسائل علمية حديثة في اثبات النسب الا ان المحكمة العليا ترفض نتائج التحاليل الدموية ما لم تكن مرفقة بخبرة البصمة الوراثية كما انها تعتمد بالدرجة الأولى بطريقة اللعان في مسالة نفي النسب.

اما المشرع الفرنسي فقد كان يأخذ بالنتائج النهائية المستخلصة من تحليل فصائل الدم حيث كانت تعتبرها كقرينة بسيطة لحل القضية وقد تركت للقاضي الحرية الكاملة في الاخذ او

[1] رابحي فاطمة الزهراء اثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،2012، ص132.

[2] الامر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1428هـ الموافق ل27فيفري 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 جوان 1984، المتضمن قانون الاسرة الجزائري ج.ر رقم 44، 2005.

عدم الاخذ بها، و ذلك حسب المادة 11/311 من القانون المدني، مما فسح المجال امام الخصوم في الطعن لدى المحكمة ورفض طلب تحليل الدم مما قد يؤثر في سير القضية هذا ما ادى الى إعادة النظر في هذا الامر وقد اسفر ذلك بالزام القاضي بأخذ هذه التحاليل بعين الاعتبار وعدم رفض أي طلب يشمل فحص الدم[1] وعدم الاخذ بالمبررات التي مفادها ان النتائج المتوصل اليها لا يمكن الوثوق بها وعليه فانه منذ صدور اخر تعديل للقانون الفرنسي في 1970 فان الفحص عن طريق تحليل الدم اصبح يعتبر امرا الزاميا وعلى المحكمة ان تتخذ الإجراءات الازمة في حل القضايا المتعلقة بإثبات البنوة كما يجب على المدعى عليه ان يمتثل لأوامر المحكمة وذلك بعدم رفض أي اجراء قضائي والا اعتبر هذا كدليل وقرينة ضده.

المطلب الثاني:

دور التلقيح الاصطناعي وظاهرة الاستنساخ في اثبات النسب

لقد تطور العلم والطب الى درجة انه أصبح يعالج العقم بطرق مختلفة منها ما يدعى بالتلقيح الاصطناعي ومنها ما أطلقوا عليه اسم الاستنساخ البشري وسنتطرق في هذا المطلب الى التعريف بكلا الظاهرتين وكذلك أثرهما في اثبات النسب مع راي القانون والشرع فيهما..

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي

قبل المباشرة في تحليل الموضوع يجب أولا التطرق الى تعريف التلقيح الاصطناعي فلغة ان كلمة التلقيح تفيد الحبل يعني الحمل أي ما تحمله الام في بطنها من جنين او اجنة.

[1] www.genetique.org.com.

أما اصطلاحا فهو عبارة عن عملية يتم بموجبها الاتحاد بين خليتين جنسيتين ذكرية وانثوية لكن يتم ذلك بطريقة العلمية غير الطبيعية قصد الانجاب ويتم ذلك برعاية طبيب مختص.

عملية التلقيح الاصطناعي

ـ أهمية التلقيح الاصطناعي:

ان لعملية التلقيح الاصطناعي أهمية كبيرة على الفرد والمجتمع، اذ تساعد على حل بعض المشاكل الاجتماعية خاصة تلك المتعلقة بالإنجاب وتقليص نسبة الطلاق خاصة إذا علمنا ان القانون الجزائري يعتبر العقم أحد الأسباب المقنعة للزوجين بان يحلا الرابطة الزوجية كما يعتبر هذا التلقيح سببا وجيها في علاج العقم لدى الزوجين وهذا ما يؤدي الى التقليل من الاضطرابات النفسية التي تواجه هذين الأخيرين.

وكذا اشباع غريزة الامومة والابوة التي تأتي بالفطرة مع الانسان كما لا يخفى علينا ان هذه التقنية تمكننا من تجنب العديد من الامراض الوراثية من خلال الفحص الجيني للعينة قبل زرعها في الرحم واختيار الخلية السليمة وكذلك التحكم في جنس الجنين.[1]

يتم اللجوء الى التلقيح الاصطناعي لعدة أسباب نذكر منها مثلا:

*عدم قدرة رحم المرأة على حمل الجنين.

* الإصابة بأمراض مزمنة حيث يتم تناول ادوية قد لا تساعد على الانجاب.

* وجود تشوه او عيب خلقي سواء عند الرجل او المرأة يمنع من الحمل والانجاب بالطريقة الطبيعية.

* وجود بعض الامراض الوراثية وخلل في الهرمونات عند الزوج.

* وأخيرا إصابة أحد الزوجين او كلاهما بأمراض نفسية قد تؤثر على الانجاب وتحول دون الحمل الطبيعي.[2]

ـ خطوات التلقيح الاصطناعي:

1. حتى تتم عملية التلقيح بطريقة سليمة يجب أولا اجراء بعض الفحوصات والتحاليل التي تؤكد خلو المرأة من أي مرض يعيق العملية وقابليتها للحمل دون مخاطر.
2. تناول بعض الادوية والمكملات الغذائية التي تساعد على تنشيط هرمون الاباضة.
3. حقن الخلية الجنسية الذكرية داخل الخلية الانثوية إذا كان تلقيحا داخليا او سحبها خرجا عن طريق وسيلة طبية رفيعة ليتم التلقيح خارجيا طبعا بعد التخدير الموضعي.

---

[1] الدكتورة زبيدة اقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010 ص 210.

[2] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010 ص 99.

4. التأكد من سلامة الجنين من التشوهات وذلك بالفحوصات المخبرية.

رغم ان التحديثات الطبية المعاصرة في مجال التلقيح الاصطناعي قد ساهمت في اشباع غريزة الامومة والابوة ومنحتهم حق الحمل والانجاب ولو بالطرق المخالفة للطبيعة، الا انها في ذات الوقت اسفرت عنها قضايا دينية وقانونية وأخلاقية معقدة أدت الى نقاش مستمر على جميع المستويات،

ـ شروط اللجوء الى التلقيح الاصطناعي:

أدى التطور العلمي في مجال الطب الى إعادة النظر في طرق حمل المرأة، فبعدما كان ينحصر في مجاله الطبيعي فقط، تنوع واخذ مجرا اخر وقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم هذه الطرق وفقا لشروط ومعايير تتناسب والدين الإسلامي حيث خصص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة في هذا التنظيم لما رأى انها تتناسب مع الشريعة كما انه ذكر في المادة 41 من قانون الاسرة دائما بما مفهومه ان الولد ينسب لأبيه إذا ما كان بالزواج الشرعي او بما امكنه الاتصال والتي تعني عدم نفي الطرق الحديثة لإلحاق النسب للوالد والعبرة من ذلك هو حبل الزوجة من زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي أدت الى ذلك وقد اشترط في ذلك ان تتم هذه العملية بطريقة لا تخالف فيها الشرع والدين الإسلامي.

اما المشرع الفرنسي فقد اشترط ان يكون الزوجين الذين يلقحان اصطناعيا على قيد الحياة لأننا نعلم ان الدول الغربية تلجا الى تجميد الحيوانات المنوية وكذا البويضات حتى يتم استعمالها فيما بعد وقد يتم ذلك بعد وفاة أحد هما مما يؤثر في نسب الأطفال المولدين بتلك الطريقة.[1]

وسنذكر بعض الشروط الطبية والموضوعية التي تشمل هذا العلم:

[1]GEAN CHRISTOFE GALLOUX ,l'empreinte génétique.la preuve parfaite, 1991, p 102.

***الشروط الطبية:**

1. على المركز الطبي الذي يشرف على عملية التلقيح بين الزوجين ان يكون حاملا لترخيص رسمي يؤوله على اجراء هذه العمليات
2. كفاءة الأطباء والممرضين وكل من يساعد على اجراء عملية التخصيب الجينية وتميزهم بالضمير المهني والأمانة العلمية لتفادي أي مشاكل كتزوير الفحوصات او استبدال الخلايا مما يؤدي الى المتابعة القضائية والجزائية حيث قد يحرمون من ممارسة مهنتهم نهائيا
3. يجب ان تكون عملية الاخصاب إيجابية فلا تؤثر على صحة المرأة ولا تعود عليها بآثار سلبية
4. ان يثبت التقرير الطبي العجز عند أحد الزوجين او كلاهما في حمل الجنين بصفة طبيعية وفق تحاليل وفحوص طبية متكررة.

***الشروط الموضوعية:**

الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في عملية التلقيح الاصطناعي هي:

- ضرورة المعالجة يعني ان الطبيب المشرف يجب عليه ان يتأكد من اتباع الزوجين لعدة طرق للمعالجة لكن لم تأتي باي نتيجة وعليه فالطريقة الوحيدة للإنجاب هي التلقيح.
- يجب ان يكون الزواج القائم بينهما رسمي وفي إطار قانوني وشرعي مسجل لدى مصالح الحالة المدنية او بمقتضى حكم قضائي حسب المادة 22 من قانون الاسرة الجزائري.
- اما المرتبطين بزواج عرفي فلا يمكنهما الاستفادة من هذه العملية الا بعد تسجيله قضائيا حتى يتسنى اثبات نسب الطفل المولد جينيا للاب البيولوجي.
- ***الشروط الواجب توفرها في الزوجين:**

– **أن يكون الزواج شرعيا:** إذ لا يمكن اجراء عملية التلقيح الاصطناعي لرجل و امرأة أجنبيين عن بعضهما.

-أن يكومن التلقيح برضا الزوجين و في حياتهما لا بعد موت أحدهما، اذ أن المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نص على أنه " يجب أن تتم العملية أثناء حياتهما".

- أن تتم عملية التلقيح بالخلايا الذكرية للزوج مع البويضات الأنثوية في رحم الزوجة دون غيرهما.

- لا يجوز استعمال الأم البديلة.

ان المشرع الجزائري اثبت جديته وصرامته اتجاه هذه العملية المستجدة في العلم الحديث فطوقها بعدة شروط استوجبت ضمان نسب الطفل المولود عن طريق الانابيب يعني التلقيح الخارجي عكس المشرع الفرنسي الذي استباح عملية التلقيح على الأشخاص المتحولين إذا ما اثبتوا ذلك وقد تبنت المحكمة الاوربية لحقوق الانسان والمحكمة الفرنسية هذا الموقف في 1997.[1]

بعد تعديل قانون الاسرة سنة 2005 اعتمد المشرع الجزائري على جواز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي وفق ضوابط والتي تتمثل في الزواج الشرعي كما يجب ان يتم التلقيح بموافقة الزوجين وفي حياتهما وذلك بالاعتماد على بويضة الزوجة ورحمها وبحيوانات الزوج دون اللجوء الى الام البديلة او استئجار الرحم كما هو معروف في القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي الذي يبيح مثل هذه العمليات بل ويشجع عليها وذلك للقضاء على ظاهرة العقم.

كان موقف القضاء الفرنسي صارما في بداية الامر حيث رفض الإقرار بمبدأ عملية التلقيح الاصطناعي استنادا الى وقائع قضية bordeaux بعد ان كانت نتائج هذه العملية فاشلة مما أدى الى استياء الزوجين ورفضهما دفع التكاليف الباهظة لكن نتيجة لتطور الطب اقبل الناس الى علاج عقمهم ب التلقيح الجيني مما أدى الى عدول المشرع الفرنسي عن موقفه السابق وسمحت بالعلاج بهذا النوع من التلقيح حسب محكمة Toulouse سنة 1982.

[1] Légifrance.gouv.fr.

اختلف الفقهاء في تحليل وتحريم عملية التلقيح الاصطناعي فمنهم من ايدها واعتبرها علاجا فعالا مستندا الى ان الهدف الرئيسي من الزواج هو الانجاب وتحصيل النسل والمحافظة عليه واشترطوا في ذلك ان يكون بين الزوجين وواقع بين الشريعة والقانون ويخضع لنظام المجتمع الفضيل وعليه لا اثم عليهم ولا هم يحزنون، ومنهم من استنكرها وحجتهم في ذلك ان المرأة قد تكشف على عورتها عند العلاج بأسلوب التلقيح الاصطناعي كما قد يختلط فيها نتيجة الخطأ في الحيوانات المنوية او في البويضات.

من خلال ما تم ذكره سابقا أرى ان الاتجاه الأول كان الأكثر مشروعية حيث نوافجه فيما تطرق لان الاعتماد على التلقيح الاصطناعي مفاده العلاج وليس الفتنة إذا ما كشفت عورتها إذا لا يمكننا ان نعتد بقاعدة سن الاسباب والذرائع.

ـ اثبات النسب في عمليات التلقيح الاصطناعي:

يرى جل العلماء انه يجب ان تراعى الضوابط الأخلاقية والوازع الديني في حال اللجوء الى التلقيح الاصطناعي وذلك للتمكن من الحفاظ على نسب الجنين المولود بهذه الطريقة واذا رجعنا الى القانون الفرنسي فاننا نجده يتفرع في ذلك كونه اباح التلقيح عبر الام البديلة او حتى عن طريق تأجير الارحام حتى وان كان نفس القانون يعاقب على هذا الفعل اذا كان ذلك بمقابل مادي ومع كل هذه المباحات فانه قد سكت عن مسالة النسب بالنسبة للمولود الناجم عن التلقيح.[1]

الفرعالثاني: ظاهرة الاستنساخ le clonage

تعتبر ظاهرة الاستنساخ عملية بيولوجية معقدة اذ تهدف الى انتاج نسخة مطابقة للأصل من الكائن الحي سواء كان ذلك من خلية او نسيج او حتى من الكائن الحي الكامل.

[1]محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، 1986،العدد 02 ص 57.

طبقت هذه الظاهرة على الطب بهدف علاج الامراض المزمنة والتي استعصى امر شفاءها مثل السرطان او زراعة الأعضاء هذا بالنسبة للإنسان اما في النبات فقد استعمل لغرض تحسين المحاصيل الزراعية وزيادة الإنتاج ننتقل الى الحيوان وكانت النعجة دولي اول كائن حي استنسخ والهدف منه كما برر ذلك علماء البيولوجيا هو انقاذ الأنواع المهددة بالانقراض.

اثار هذا العلم موجة من الجدل الأخلاقي على المستوى الدولي فطرحت عدة تساؤلات فيما يخص الاستنساخ البشري مثل:

- هل من الطبيعي والأخلاقي انشاء نسخة مطابقة للإنسان؟

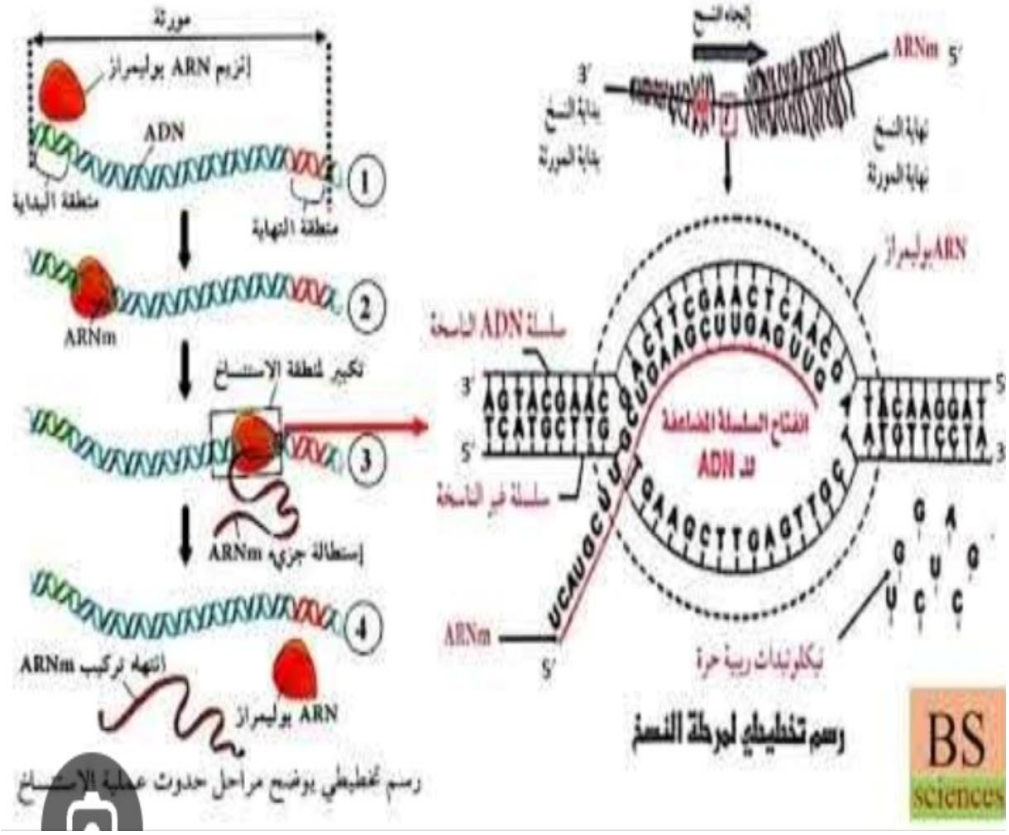
- ماهي الهوية الشخصية للمستنسخ وهل هو فرد مستقل او نفس الكائن المستنسخ؟

- هل للكائن المستنسخ حرية اختيار حياته الشخصية ام انه سيستغل لأغراض عسكرية وتجارية؟

ـ موقف الشريعة الإسلامية من ظاهرة الاستنساخ:

حرمت الشريعة الإسلامية الاستنساخ لأنه يتنافى والقاعدة الأساسية في الخلق حيث ان الله عز وجل خلق ونوع في الجنس واللون، واي علم يتنافى مع قاعدة الله في تصويره للكون يعتبر حراما فالإسلام لم يكن يوما ضد العلم فهو الذي كان يحثنا عليه كما كان يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **«اطلبوا العلم من المهد الى اللحد"** وقال ايضا: "**طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة".**

لكن إنجاب مولود من غير الطرق المشرعة والمعروفة لدى العامة من امتزاج الخلية الذكرية بالخلية الانثوية فهذا امر محرم وبشكل مفروغ منه حيث لا المنطق ولا القواعد الدولية ولا الشريعة الإسلامية تسمح بحدوث هذا لأنه يهدم أسس ودعائم الانساب والقرابة والارحام.



ـ موقف المشرع الجزائري من ظاهرة الاستنساخ:

لم يتطرق القانون الجزائري لهذه الظاهرة، حيث اننا نلاحظ غياب نص صريح يحلل او يمنع الاستنساخ وعلى هذا الأساس فان المشرع الجزائري يحولنا الى احكام المادة 222من قانون الأسرة والتي تتضمن احكام الشريعة الإسلامية والتي كما سبق وذكرنا انها تحرم الاستنساخ وتمنعه منعا باتا لأنه يشكل تهديدا لمستقبل البشرية من حيث القرابة والنسب والعلاقة بين الزوج وزوجته.

ويمكننا استنتاج هذا المنع بالرجوع الى المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م، والذي ينظم اخلاقيات الطب حيث يجب على الطبيب ممارسة وتأدية واجباته على أساس احترام شخصية الانسان وحياته.[1]

لقد استخلصنا ان القانون الجزائري قد منع هذه الطريقة الحديثة في الانجاب كما سبق ذكره الا اننا نعيب على المشرع عدم سنه لقوانين صريحة تفيد بذلك، مع ترتيب عقوبات جزائية على كل من يساهم او يتبع هذا العلاج.

ـ موقف المشرع الفرنسي من الاستنساخ:

خلافا على المعهود فقد أتت كل التشريعات الدولية ومن بينها الفرنسية على منع أي اجراء للاستنساخ يهدف الى خلق انسان يحمل نفس الخصائص الجينية التي يتمتع بها انسان اخر وهذا ما جاء في المادة 16-4 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

"Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine "

بمعنى لا يمكن لاحد ان يضر بسلامة النوع البشري، كما اقترح المجلس الدولي الفرنسي إضافة فقرة لنفس المادة المذكورة أعلاه والتي تنص على:

« Tout intervention ayant pour but de faire naitre un enfant ou de faire développer un humain dont le génome serait identique à celui d'un autre être humain vivant ou décédé »[2].

نلاحظ المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري قد احدث عقوبات ردعية لكل من يحاول استنساخ الجنس البشري حسب المادة 2151-3 من قانون الصحة العمومية والتي مفادها انه يعاقب بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة مالية تتراوح بين 100الف أورو، كل طبيب لجا الى الاستنساخ الجيني.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب.

[2] Loi N ¨94-653 du 29 juillet 1994.relative au respect du corps humain.

وعليه استنادا على ما تم دراسته فان جل القوانين الدولية بما في ذلك العربية والغربية اتفقت على منع وحضر الاستنساخ البشري نافعا كان او ضارا.

ـ اثبات النسب للإنسان المستنسخ:

تواجه البشرية تهديدا كبيرا فيما يخص الكائنات المستنسخة فالمشكلة لا تكمن فقط في تلاشي الغلاقة الزوجية المقدسة وانما في كيفية اثبات نسب هذا المولود حيث لا يوجد أي نص قانوني لا دوليا ولا عربيا يحدد كيفية اثبات النسب لهذا الشخص وعليه فلا وجود لأي اعتبار له سوآءا كان استنساخه نافعا او ضارا للإنسانية.[1]

وكملاحظة فقط حول مسالة اثبات النسب بالطرق العلمية نعيب على المشرع الجزائري عدم معالجته لها وسكوته عن توضيح موقفه إزاء هذا الموضوع فقد يعود ذلك لحداثة التقنيات العلمية واستحداث طرق علمية متطورة تعالج بعض القضايا.. ومع ذلك كان على المشرع الجزائري مواكبة العصرنة وتعديل القانون حسب اخر المستجدات حتى يعالج مواضيع حساسة وضعت تحت تصرفه وعدم فتح أبواب الصراع حول القضايا الموجودة على مستوى المحاكم الجزائرية خاصة فيما يخص اثبات النسب في قضايا التلقيح الاصطناعي او بالبصمة الوراثية.

الفرق بين الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي:

يتشابه الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي في:

- انهما من الوسائل العلمية الحديثة كل منهما يساعد على القضاء على العقم.
- تعتبران سبيلا للإنجاب.
- يتم الإخصاب فيها بغير الطرق الطبيعية.

[1] الدكتور يوسف القرضاوي، حوار مع مجلة المجتمع حول الاستنساخ، ص30-31.

كما انهما يختلفان في:

– ان التلقيح يتم بين طرفين إذ تؤخذ خلية جنسية من الذكر والأخرى من الأنثى ويتم الدمج بينهما، أما الاستنساخ فيتم أخذ عينة أو خلية جسدية لا جنسية من طرف واحد فقط.

– عملية التلقيح لا تتحكم في جنس مولود إلا إذ تدخل الطبيب في ذلك، اما الاستنساخ فيمكن التحكم في المولود حيث إذا أخذت العينة الجسدية من رجل يكون المولود ذكرا، اما إذا أخذت من امرأة تكون أنثى.

– في التلقيح يتم الإنجاب من الطرفين رجل وامرأة أما في الاستنساخ فتكون من طرف واحد حيث تؤخذ العينة وتدمج مع البويضة وتزرع في الرحم.

– شرع القانون الجزائري اللجوء إلى التلقيح في حال تطلب الأمكر ذلك، عكس الاستنساخ الذي حرمه الشرع والدين والقانون.

_

المبحث الثاني

القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها

إن العديد من التشريعات واكبت التطـور العلمـي وقننت الطرق العلمية الحديثـة في قوانينها و قامت باللجوء إليها على مستوى الجهات القضائية في مختلف الدعاوى المرفوعة في المحاكم الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير الخبرة الطبية

ورد في المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري انه يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب، والقاعدة أن القاضي هو الخبير الأول في القضية لذا يعود له الأمر في تقرير ما اذا ما كانت الدعوة تستدعي تعيين خبير طبي أم لا و له الحق في تغيير الخبير اذا استدعى الأمر و هو من يقرر بأي رأي خبير يأخذ.

الفرع الأول: تعيين الخبير الطبي

الخبير الطبي هو موظف يملك خبرة طبية حيث يمكننا الاستعانة به وبآرائه كمرجع فقط دون الزامية القضاء بها، بعد ان يتم رفع موضوع اثبات الابوة الى القضاء وخاصة الجهاز القضائي المختص، يتم اتباع عدة إجراءات قانونية لتسوية هذا النزاع ويجوز للقاضي الطلب من أحد طرفيا لنزاع ان تعيين خبير او اكثر من نفس التخصص وذلك استنادا على المعلومات المقدمة والتي قد تكون كافية في حل الموضوع محل النزاع. ومن المفترض ان تؤخذ العينات المراد تحليلها من الوالدين وبعض الأقارب ومن الطفل الذي يستوجب اثبات

نسبه وتفحص، وبغض النظر عن كل ما سبق يجب ان يحتوي هذا الطلب على معلومات كثيرة حسب ما صنفها القانون في المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويمكننا تلخيص هذه الخطوات على النحو التالي:

- عرض الأسباب التي دعت الى اللجوء للخبرة عند الضرورة وشرح سبب تعيين عدة خبراء.
- الاستعانة بالخبير الطبي لمؤهل علميا والقانوني لإجراء مثل هذه التحاليل البيولوجية.
- تسمية المحكمة او المجلس التابع للجهة او الدائرة القضائية.
- يجب ان تكون مهمة الخبير دقيقة مع تعيين أسماء والقاب المعنيين بالكشف الجيني.
- تمييز الطرف الذي يتحمل المصاريف التي تكلفها المهمة ومبلغ التسبيق حسب المادة 129من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- القاضي هو صاحب قرار تعيين الخبير المنتدب في الإقليم المحلي باختصاصه لإجراء الفحوصات الوراثية، ولا يحق لأطراف الخصوم ان يرفضوه او يستبدلوه الا لسبب وجيه مثل القرابة او المصلحة الشخصية، حيث ان الخبير مجبر على الالتزام بالتقيد بحدود مهمته الموكلة له وليس له ان يوسع من مهمته كان يجري فحوصات أخرى لم تطلب منه كما يجب عليه التزام الصمت وعدم افشاء اسرار الفحوصات لطرف اجنبي مهما كانت صفته[1]، واذا تجاوز سلطته او اخل بمسؤولياته فانه سيتم مسائلته حسب درجة الخطأ الذي ارتكبه في حق الأطراف فيكون عقابه اما مدنيا او تأديبيا او جزائيا.

وفي حالة ما إذا قامت المحكمة بتعيين الخبير الطبي وفق ما اتفق عليه الخصوم او أحدهما واستكمل هذا الاجراء حتى نهايته فان النتائج الأخيرة تقدم للقاضي والذي هو مخول قانونيا بتقدير تكلفة الاتعاب ومصاريف التحاليل وكشف الخبرة وذلك حسب المادة 129و 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1]عبد العزيز سعد، للبحث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، ص 35.

وفي الأخير فان للمحكمة حق استدعاء الخبير مرة أخرى لتقديم شروح شفوية او حتى توضيحات بسيطة إذا ما استعصى عليهم فهم بعض المصطلحات العلمية المدونة في وثيقة التقرير الطبي بعد انيتم ايداعها لدى الجهات المختصة والتي تعتبر وثيقة رسمية يستدل بها قانونيا.

الفرع الثاني: فعالية الخبرة الطبية على حكم القاضي

بعدما تطرقنا لنص المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت بصريح العبارة على ان القاضي يمكنه ان يؤسس حكمه وفق النتائج التي تحصل عليها من الخبرة الطبية، غير ان هذا لا يعني ان القاضي ملزم براي الخبير الطبي وفي حلة استبعاده لنتائج الخبرة وجب عليه تبرير هذا الاستبعاد لان الخبير الطبي ما هو الا مستشار قامت العدالة بالاستعانة بهم عندما تعذر عليهم الفصل في بعض القضايا والتي تفوق حيز معرفتهم وبالتالي يجوز للقضاء الاستعانة بهم او الاستغناء عنهم[1]، ورغم دقة هذه التقارير الا انها تبقى قابلة للنقد والمناقشة كما تبقى حقوق الدفاع كاملة لا تغيير فيها.

يقوم القاضي بأخذ ما يفيده من تقرير الخبير الطبي ويترك ما يخالف العقل لان هذا الأخير غير ملزم للقاضي[2] كون الطرق العلمية قد يصعب على القاضي فهمها لأنها علمية بحتة وبالتالي لا يمكن مناقشتها من قبل هذا الأخير وقد تشكل عقبة في الاخذ بها او عدم ذلك فالقاضي لا يستطيع المصادقة على تقرير الخبرة دون ان يناقشه او يحلله، وفي حال استعان بها القاضي واخذ نتائجها في الحكم في القضية فانه يمكننا القول ان القاضي قد تنازل عن صلاحيته للخبير الذي عينه هو بنفسه.

[1] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص35.

[2] إسكندر محمد توفيق، الخبرة القضائية، المرجع السابق نفسه، ص83.

عند مناقشة وتحليل التقارير الطبية التي تم تقديمها للمحكمة للاستشهاد بها في قضية اثبات النسب، يمكن تغيير مجرى الحكم في القضية فقد تظهر نسب الطفل محل النزاع. ورغم كل هذا فان الخبرة الطبية وملازمتها مع القضاء تبقى دائما تحت امرة القاضي.[1]

وأخيرا يمكننا ان نجزم ان الوسائل والطرق العلمية في اثبات النسب [البصمة الوراثية وفصائل الدم] هي ادلة قوية لحل القضايا الموجودة على مستوى المحاكم ومجالس القضاء وحلها إذا ما تعصب عليهم حلها بالطرق التقليدية، لذا تعتبر من الأسلحة القوية التي يمتلك فيها القاضي حق الاستعانة بها متى تيسر له ذلك.

المطلب الثاني

شروط وعراقيل الطرق العلمية في اثبات النسب

على الرغم من أن الوسائل العلمية الحديثة لعبت دور هام في مجال اثبات النسب أو نفيه غير أنه يتخللها بعض الصعوبات و العراقيل المادية أو القانونية أو الشرعية و المهنية، لذا يجب التغلب عليها لتسهيل اللجوء إليها و معالجة القضايا المعقدة لإثبات النسب، كي لا يضيع الولد و الشرف.

الفرع الأول: شروط اثبات النسب بالوسائل الحديثة

- **الشروط الشرعية:**

- ان تكون حجية هذه الوسائل الطبية قوية وقطعية.
- ان ال تخالف النصوص الشرعية الموجودة في الكتاب والسنة.
- ان لا تخالف العقل والمنطق مثل اثبات النسب لامرأة أستأصل رحمها.
- ان تتوافق والمعلومات المصادقة من اهل الاختصاص فلا يعتد بالفرضيات العلمية.

[1] سورة فصلت، الآية 53.

- **الشروط المهنية:**

- تجهيز المختبرات بأحدث المعدات والتجهيزات التي بفضلها يتم الوصول الى ادق النتائج مع ضمان الصيانة والمراقبة لهذه الأجهزة.
- ان تكون هذه المخابر تابعة للدولة او على الأقل تشرف عليها مباشرة.
- ان يجرى هذا التحليل في مخبرين او أكثر على ان تضمن عدم معرفة أحد المختبرين
- يجب ان يتولى مهمة الكشف عن هوية الشخص خبراء ومختصون مسلمون.
- ان يكون الخبراء ومساعديهم القائمين بالتحاليل الطبية من ذوي الكفاءات العالية.
- وأخيرا ان لا تربطهم علاقة قرابة او عداوة بأطراف القضية وان لا يكونوا قد أدين بحكم مخل بالشرف او الأمانة.

- **الشروط الموضوعية:**

–ان لا يتم التحليل الا بإذن من الجهة المختصة بناءا على أوامر القضاء.

– يجوز الاعتماد على الوسائل العلمية الحديثة في مجال اثبات النسب في قضايا التنازع.

–لا يجوز شرعا وقانونا تقديم الوسائل العلمية الحديثة على اللعان كما لا يجوز التخلي او الاستغناء على اللعان لأنه يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية في تضييق وسائل اثبات النسب.[1]

الفرع الثاني: ضمانات اللجوء الى الوسائل العلمية الحديثة في اثبات النسب

ان اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب يخضع لضمانات قانونية أهمها:

- موافقة الخاضع للخبرة الطبية، استنادا لمبدأ حرمة الجسد البشري والحق في السلامة الجسدية طبقا للمادة 161وما يليها من القانون رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/16 المعدل بالقانون رقم 98/09 المؤرخ في 1998/08/19 المتعلق بحماية الصحة

[1] رابحي فاطمة الزهراء، نفس المرجع السابق، ص 205.

وترقيتها، وتختلف شروط هذه الموافقة، وذلك وفقا لما إذا كانت الخبرة الطبية ستجرى على شخص حي او شخص ميت.

- حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حقا من حقوق الشخصية، وهي حماية شرعية وقانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة وعدم افشاء السر المهني، المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92/276 المؤرخ في 1992/07/06.
- يلتزم الخبير الطبي بمراعاة كافة المعايير العلمية والضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية والقيم الدينية والاجتماعية التي تصنعها السلطات المختصة لأجراء التجارب والاختبارات والفحوصات الطبية على الانسان.[1]

الفرع الثالث: العراقيل التي تتعرض لها الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب

أتاح لنا المشرع الجزائري اللجوء الى الطرق العلمية لحل قضايا النسب المرفوعة في نطاق اختصاصه.

غير انه غفل على ابداء حلول للعراقيل التي تتخلله او قد تعترض حله لمسالة النسب وقد نستطيع حصر هذه العراقيل فيها ما هو مادي او قانوني وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب الخير من بحثنا هذا.

ـ العراقيل المادية:

نظرا لقلة الإمكانيات المادية والمتمثلة في مخابر التحاليل وكذا البالغ المالية الباهظة التي تقدم لأجل الحصول على نتائج قاطعة لإثبات النسب للولد.

ففي الجزائر تم انشاء مخبر واحد مختص، وهو المخبر المركزي للشرطة العلمية الذي يقع في بن عكنون حيث تم بناءه سنة 2004 ولم يدخل حيز العمل والتنفيذ الا سنة 2006 كما تم انشاء مخبرين جهويين الأول في قسنطينة والثاني في وهران وهذا لم يحدث الا بعد 14 سنة من انشاء المخبر الأول وهي عبارة عن مخابر ومصالح ملحقة بالشرطة العلمية

[1] قرار مجلس الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة في مجالات الاستفادة منها.

والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية، وتتمثل مهام هذه المخابر بتقديم معلومات لمصالح الامن والعدالة عندما يكونون بحاجتها.[1]

كما لا ننسى التكاليف الباهظة التي تفتقر للسند القانوني الذي يجعل الخزينة تتحمل اعباءها وبالتالي يكون أطراف القضية هم من يتحملون هذه الأعباء وهذا ما جعلهم لا يعتمدون على هذه الطريقة ويتهربون من اللجوء اليها.

رغم كل العوائق التي تتخلل العمل بالتحاليل الطبية والبصمة الوراثية في اثبات النسب فانه لا يمكننا استبعاد الخبرة الطبية فقد تلجا لها المحكمة إذا ما اقتضى الامر ذلك حيث ان المشرع الجزائري أشار اليها صراحة ضمن قانون الاسرة.

اما عن القانون الفرنسي فقد سمح باستعمال الطرق العلمية الحديثة في حل القضايا مع انها تمس بالحياة الخاصة للفرد، ولكن هذا لا يعني انها تساهلت مع الامر حيث سمحت باستعماله في حدود ضيقة جدا واستوجبت التعامل معها بسرية كبيرة جدا اذ يعاقب القانون كل من يفشي اسرار الفرد.

ـ العراقيل القانونية:

بعد ان تطرقنا الى العراقيل المادية سنتكلم عن العراقيل القانونية بشكل مختصر والتي تتمثل في:

- ❖ عدم اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه: هو عبارة عن مبدا عام يسري على اغلب القوانين والتنظيمات الداخلية للدول، فلا يمكن ان يتم اجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه وهذا استنادا على ثلاث صيغ واختيارات يمكن اخذها بعين الاعتبار وهي:

1- عدم معاقبة الرفض في حد ذاته.

[1] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ص 267.

2-أي شخص يرفض الخضوع للتحاليل لا يتعرض للعقاب.
3-اجبار المتهم للخضوع للتحاليل.

اخذ المشرع الجزائري بنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تفيد ان ان الاعتراف شانه شان أي دليل اخر فالقاضي له كل الحرية مع العلم انه غير ملزم بجعل طرفي الخصومة تقديم دليل على دفاعهم كونه يتلقى ادلة الاثبات كما يسلمها له المتخاصمون.

اما المشرع الفرنسي فقد كان جريئا وشديدا في نفس الوقت فحسب المادة 10 من القانون المدني الفرنسي فان كل شخص يلتزم بتقديم أي دليل يساعد القضاء في اظهار الحقيقة وقد يتعدى الامر الى حد اجباره على تقديم الأدلة التي تفك وتحل القضية.[1]

❖ الحق في عدم انتهاك سلامة الجسد: يعد هذا المبدأ أساس المجتمعات الغربية ناهيك عن المجتمعات العربية.

ففي الجزائر اتحدت كل القوانين بما في ذلك المادة 35من الدستور على وجوب عقاب كل من تسول له نفسه ان يرتكب مخالفات تمس سلامة الانسان او حقا من حقوقه.

وقد نصت المادة 161 الفقرة الالي من القانون رقم 05/85 المتعلق بالصحة وترقيتها انه يجب الحصول على موافقة الشخص لان يخضع للخبرة الطبية[2].

اما عن القانون الفرنسي فقد اقر على وجوب احترام الشخص بمقتضى قانون 1994/07/29المتعلق باحترام جسم الانسان.

ان للنسب أهمية بالغة وكبيرة لا تقل عن أهمية هذا المبدأ، حيث يجب حماية الانساب من الاختلاط وإيجاد حلول لتحديد هوية الأشخاص المجهولين النسب كما ورد في المرسوم

[1]Le cod civil Francis.

[2]المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 6 يونيو 1992 يتضمن مدونة الطب الصادر بالجريدة الرسمية ع 52 بتاريخ 07/08/ 1992.

التنفيذي رقم 276/92 الذي يتضمن مدونة اخلاقيات الطب 2 والذي امر فيه الأطباء المكلفون من طرف القاضي او أي جهة مختصة ان يبلغ الشخص بإجراء التحليل قبل المباشرة.

- ❖ حرمة الحياة الخاصة: هي أحد الحقوق الدستورية التي يضمنها المشرع الجزائري حسب المادة 34 من الدستور لسنة 1996 والتي مفادها ان الدولة لن تنتهك حرمة الانسان ويتم حضر أي عنف جسدي او معنوي أواي مساس بكرامة الشخص هذه المادة هي أحد اهم العراقيل التي تقف في طريق اثبات النسب بالطرق العلمية لأنه يجب حماية الشخص وعدم افشاء أي معلومات وراثية متعلقة به وهذا ما جاءت به المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب[1].

بعد قيامنا بدراسة للعراقيل القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب تبين لنا انه يجب وضع ضمانات قانونية للتصدي لجميع المشاكل التي قد تترتب عنها في حال تم اللجوء اليها لمعرفة الأصل البيولوجي للطفل.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 نفس المرجع السابق.

خلاصة القول، تعتبر الطرق العلمية الحديثة قفزة واسعة في عالم الطب فهي ثروة هائلة قدمتها لنا التكنولوجيا الجزيئية وقد أصبحت حقيقة ملموسة وواقعية لا سيما في مجال الاعتماد عليها لإثبات النسب حيث اعتمدها الكثير من الدول في العالم كقرينة أساسية في قضايا النسب اذ اعتبرها القضاء كحجية وقرينة دامغة وأساسية يتم اللجوء اليها في حال تعذر حل أي نزاع حول النسب بالطرق التقليدية وتأكيد بنوة وامومة الطفل محل النزاع وقد اكد عليها القانون الجزائري في المادة 40 من قانون الاسرة بانه يكتسي أهمية كبيرة للحفاظ على الانساب من الاختلاط والمجتمع وكذلك على الطفل المراد اثبات نسبه.

وقد وصلنا في نهاية بحثنا هذا الى ان للوسائل العلمية سلبيات وإيجابيات عديدة ومن إيجابيات انه اهم الطرق للبحث في اثبات النسب ومع ذلك لا يمكنها ان تلغي الطرق الشرعية كما انه لا يمكننا الاعتماد عليها بصفة نهائية لان نتائجها قد تحتمل الخطأ خاصة تلك المتعلقة بالتحليل الفصائل الدموية.

وقد أغفل المشرع الجزائري انه يمكن ان ننفي بها النسب فهي بذلك يمكن ان تستغل لنفي النسب كما يمكن ان تثبته وفي الأخير كان لزاما على الدولة الجزائرية من انجاز مخابر عديدة للمساهمة في إيجاد الحلول بصفة مستعجلة للمائل التي لا تزال عالقة بالعدل والانصاف لأهلها.

خاتمة

ان اثبات النسب ممن القضايا الشائكة التي تناولها المشرع الجزائري لان النسب في حد ذاته هو من الأسس التي تقوم عليه الاسرة وبموجبه ينظم المجتمع من التشتت والضياع وقد جاءت الشريعة الإسلامية باحكام تتناول جوانب عديدة للنسب وذلك منعا لاختلاطه، واتبعه المشرع الجزائري وحذا حذوه، حيث استمد منه كيفية اثبات النسب بالطرق الشرعية شاملا بذلك قاعدة الولد للفراش اذ تكلم عن الزواج الصحيح والزواج الغير صحيحكالزواج الباطل او الفاسد ونكاح الشبهة، كما قنن اثبات النسب وفق مبدا الولد لغير الفراش فتكلم عن الإقرار واللعان والبينة وأوضح الفرق بينهما ولو بشكل بسيط وبين بعدها احكام اللقيط والتبني علما انه حرم التبني وعوضه بالكفالة تماشيا واحكام الدين والفقه.

نص القانون الجزائري الى إمكانية اللجوء الى الوسائل الحديثة في الحاق النسب كالبصمة الوراثية وتحليل الدم وحتى للطرق الحديثة في المساعدة على الانجاب وكيفية تقييدها وانسابها لكن اعترته عدة عراقيل منها الموضوعية والمادية كالتكاليف الباهضة وندرة المخابر المختصة في هذا المجالوجعل امر اللجوء اليها بتقدير من القاضي وله حق قبولها او رفضها فياليت القضاء والجهات المختصة تأخذ بعين الاعتبار هذه النقائص وتحاول ان تجد لها الحلول المناسبة كانشاء مخابر جديدة او منشات علمية تختص في هذا الجانب مع تكوين أطباء اكفاء ذوو خبرة في هذا المجال والعمل على مواكبة التطور العلمي دون الاخلال باحكام الشريعة كما سبق ذكره.

بعض **المقترحات:**

سنحاول تقديم بعض الاقتراحات للمشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لحل قضايا النسب المرفوعة امام الجهات القضائية المختصة في كلا البلدين فلكل قانون مساوئه ومحاسنه؛ المشرع الجزائري اقتدى في اثبات النسب بالطرق الشرعية بأحكام السنة والدين الإسلامي، ولم يعتد كثيرا بالطرق العلمية الحديثة واستبعدها حيث رأى انه يمكن ان تمس بالأسرة والمجتمع وعليه نرى انه يمكن المشرع ان يعدل من المواد القانونية المتعلقة بضبط النسب لإزالة بعض العراقيل التي تشوبه وهذه بعض اقتراحاتنا:

- إعادة النظر في المادتين 40/34 من قانون الاسرة الجزائري حيث نلاحظ ان المشرع الجزائري قد أبطل اثبات النسب بالزواج الباطل والفاسد في حين لو ركزنا وتمعننا فيهما فأننا نلاحظ انه قد جعل الحاق النسب بالزواج الباطل والوطء بالشبهة في كفتين متساويتين.
- إعادة صياغة المادة 40 من قانون الاسرة لإنها ورغم التعديل الأخير غير انها اقرت الحاق النسب بوطء الشبهة والزواج الباطل حيث نفهم من النص ان هناك اختلاف بين معنى الزواج الباطل ونكاح الشبهة في حين ان الاول عبارة عن نوع من أنواع النكاح بالشبهة.
- وعليه كان على المشرع ان يتماشى تعبيره والمعمول به فقها لأنه مصدر استنباطه للقانون كان يتكلم عن الوطء بالشبهة لأنه الحق النسب بالزواج الفاسد.
- دائما في المادة 40 من ق ا ج لم يحدد المشرع الطرق العلمية التي يجب اللجوء اليها لإثبات النسب او نفيه وعليه فان الامر يقتصر في هذه الحالة الأخيرة يقتصر على اللعان فقط.
- إزاحة الغموض الذي يشوب المادة 43 و63 من قانون الاسرة حيث لم يفرق المشرع بين مصطلح الطلاق والانفصال لأنه يمكن للزوجين ان ينفصلا جسديا دون اللجوء الى الطلاق.
- المشرع الجزائري أغفل جانب الجزاء في الاخلال بأساسيات التلقيح الاصطناعي وعليه نقترح إضافة بعض القوانين التي تنص على العقوبات التي تمس كل من استغل هذه الثغرة لمصالحه الشخصية كان يزوّر الحقائق او يقوم بعملية التلقيح دون رضا وقبول الطرف الثاني.
- وضع قوانين صارمة وصريحة لمنع الاستنساخ البشري وتجريمها بعقوبات صارمة.

اما عن المشرع الفرنسي فقد اعتمد على الطرق العلمية ونظمها بطريقة دقيقة حيث فتح بابا امام التطور والبحث العمي واستعان به في حل أكثر القضايا تعقيدا، لكن نعيب عليه عدم التزامه بالأحكام العامة لتنظيم الاسرة ما يؤدي الى اختلاط الانساب وعليه نقترح مايلي:

- ان يحد من البحث والتوسع في الجال العلمي.

- تعيين الطبيعة القانونية للخلايا الجنسية الانثوية –البويضات–.
- إعادة النظر في التبرع بالبويضات والحيوانات المنوية كالغاء مبدا مجهوليتها لانه من حق الطفل ان يعلم باصله الطبيعي.
- حَضْر الاستنساخ بنص صريح في التشريع الفرنسي وتجريمه لما له من اخطار العبث في النسب.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع:

1/ المراجع باللغة العربية:

أولا– المصادر

القران الكريم.

ثانيا–الكتب

1. ابن منظور، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، لبنان، ط1 1999.
2. احمد الدردير ن الشرح الصغير، الجزء الثالث أقرب المسالك الى مذهب الامام مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية الجزائر 1992.
3. احمد فراج حسين، احكام الاسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، الإسكندرية، مصر، 1988.
4. احمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق او الطلاق، دار الكتب القانونية، الجزائر 2004.
5. أسامة محمد صلابي، مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات مجلة كلية الادب العدد 35 جامعة قاريوس، ليبيا 2011.
6. اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
7. انس حسن محمد ناجي البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات النسب دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن طبعة 2002.
8. باديس ذيابي حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010.
9. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010.

10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ج1 ط4، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية الجزائر 2005.
11. حمود شلتوت، الفتوى، الإسلام عقيدة وشريعة ط1 دار النشر قسنطينة الجزائر.
12. الدكتور المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائري دراسة فقهية، دار هومة للنشر، الجزائر، 1998.
13. الدكتورة زبيدة اقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010.
14. رابحي فاطمة الزهراء اثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012.
15. الشيخ عبد الجليل احمد علي، احكام الاسرة في الشريعة الإسلامية، فقها وقانونا مطبعة الاشعاع الفنية مصر 2001.
16. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2008.
17. عبد العزيز سعد، للبحث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر.
18. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ واحكام الفقه الإسلامي ط3 الجزائر 2000.
19. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ط1، ج9 العراق 1992.
20. العربي بالحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
21. علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2 دار الكتاب العربي، لبنان، 1984.
22. محمد عاشق البيريني –التسهيل الضروري لمسائل الفتوى في الفقه ج2 ط1 مصر.

ثالثا– الرسائل والمذكرات الجامعية

1. البروكي امينة، الفاتحي الزهرة، الحيادي رشيدة وسائل اثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، بحث لنيل إجازة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن الزهر، اغادير، 2013.
2. علال برزوق امال، احكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، تلمسان، الجزائر.
3. غربي ذهبية شهيناز، احكام النسب في قانون الاسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة الماستر لنيل شهادة التخرج، البويرة الجزائر 2015.

رابعا–المقالات

1. محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، 1986،العدد 02.
2. ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون 2003، ع 18.

خامسا – القوانين والمراسيم

1. امر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1428هـ الموافق ل 27فيفري 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 جوان 1984، المتضمن قانون الاسرة الجزائري ج.ر رقم 44، 2005.
2. القانون المدني الفرنسي.
3. مرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 6 يونيو 1992 يتضمن مدونة الطب الصادر بالجريدة الرسمية ع 52 بتاريخ 07/08/ 1992.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1. موسوعة المصطلحات الإسلامية terminologie.Com تاريخ الاطلاع 2024/06/20 الساعة 14:52.
2. www.genetique.org.com.

2/ المراجع باللغة الأجنبية

1. GEAN CHRISTOFE GALLOUX , l’empreinte génétique.la preuve parfaite, 1991, p 102.
2. La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrit sur le registre de l’état civil.
3. Légifrance.gouv.fr.
4. Loi N ¨94-653 du 29 juillet 1994.relative au respect du corps humain.

فهرس

الموضوعات

الموضوع	الصفحة
شكر وعرفان	
إهـــداء	
قائمة المختصرات	
المقدمة	1
الفصل الأول: اثبات النسب بالطرق بالشرعية	
تمهيد الفصل الأول	4
المبحث الأول: اثبات النسب وفق قاعدة الولد للفراش	6
المطلب الأول: اثبات النسب بالزواج الصحيح	6
الفرع الأول: اثبات النسب عند قيام الرابطة الزوجية	7
الفرع الثاني: اثبات النسب بعد فك الرابطة الزوجية	14
المطلب الثاني: اثبات النسب بالزواج الغير صحيح	18
الفرع الأول: اثبات النسب في الزواج الفاسد والباطل	18
الفرع الثاني: اثبات النسب بنكاح الشبهة	20
المبحث الثاني: اثبات النسب بغير الفراش	22
المطلب الأول: اثبات النسب بالبينة والإقرار	22
الفرع الأول: اثبات النسب بالإقرار	22
الفرع الثاني: اثبات النسب بالبينة	25
المطلب الثاني: حكم النسب على اللقيط والتبني	27
الفرع الأول: حكم نسب اللقيط	27
الفرع الثاني: حكم النسب بالتبني	29
الفصل الثاني: الاحكام العامة للطرق العلمية في اثبات النسب	
تمهيد الفصل الثاني	34
المبحث الأول: اثبات النسب بالبصمة الوراثية وتحليل الدم ودور التلقيح الاصطناعي والاستنساخ في ذلك	35

المطلب الأول: اثبات النسب بالبصمة الوراثية ونظام تحليل الدم	35
الفرع الأول: مفهوم نظام البصمة الوراثية	35
الفرع الثاني: نظام تحليل فصائل الدم	39
المطلب الثاني: دور التلقيح الاصطناعي والاستنساخ في اثبات النسب.	44
الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي	44
الفرع الثاني: ظاهرة الاستنساخ le clonage	50
المبحث الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها	54
المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الخبرة الطبية	54
الفرع الأول: تعيين الخبير الطبي	54
الفرع الثاني: فعالية الخبرة الطبية على حكم القاضي	56
المطلب الثاني: شروط وعراقيل الطرق العلمية في لثبات النسب	57
الفرع الأول: شروط اثبات النسب بالوسائل الحديثة	57
الفرع الثاني: ضمانات اللجوء الى الوسائل العلمية الحديثة في اثبات النسب	58
الفرع الثالث: العراقيل التي تتعرض لها الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب	59
الخاتمة	65
قائمة المراجع	69
فهرس الموضوعات	74