جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور الخبرة العلمية في إثبات النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
إيلال عائشة

إشراف الأستاذ:
زعادي محمد جلول

لجنة المناقشة

الأستاذة: معزوز دليلة.....رئيسًا
الأستاذ: زعادي محمد جلول.....مشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ: خليفي سمير.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2016/02/16

قال الله تعالى:

﴿وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً﴾ (٨٥)

الشكر والتقدير

الشكر لله الواحد الأحد، الذي منّ عليّ لإنجاز هذا العمل، الذي لطالما كان صعب المنال وها أنا إستطعت تحقيقه بفضلٍ من الله ومّنة، ومن ثمّ بدعوات الطيبين لي.

ثمّ الشكر الجزيل والتقدير الكثير إلى أستاذي الفاضل "زعادي محمد جلول" الذي لم يبخل عليّ بنصائحه وتوجيهاته طيلة فترة العمل والتي كان لها بالغ الأثر في إنجاز هذه المذكرة.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه المذكرة، وتحملهم عناء قراءتها وإثرائها بانتقاداتهم البناءة، جزاهم الله عني جميعا خير الجزاء، كما أشكر كل من ساندني وساعدني من قريب أو بعيد خاصة الأستاذ المحامي السيد "بوزيد حمزة" و جميع أساتذتي بكلية الحقوق-جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة.

الإهداء

إلى التي تمطرني بالدعاء دائما.....أمي الغالية وقرّة عيني

إلى الذي سخر حياته من أجل سعادتنا.....أبي العزيز مثلي الأعلى وسندي في الحياة

إلى من لهم في قلبي محبة أكبر من قلبي....إخوتي وأخواتي وأزواجهم وأولادهم

إلى أجمل اللحظات وأحلى الذكريات.....أصدقائي وزملائي دون إستثناء

إلى كل من أحظى بمحبتهم وتقديرهم

أهدي ثمرة جهد هذا العمل إليكم جميعا

عائشـــــة

مقدمـــــــــــة

الحمد لله رب العالمين به سبحانه وتعالى على ما أراده منا نستعين، فقد كرم الإنسان على سائر المخلوقات ولم يتركه لما تمليه عليه غرائزه ونزواته الشخصية، بهذا جعل الرجل والمرأة في زواج مقترنين، وجعل بينهما مودة ورحمة أمنين، حيث قال **سبحانه وتعالى** لخلقه أجمعين :﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ (1).

والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، نصّح الأمة، وبلغ الأمانة حتى أتاه اليقين، فكان من نصائحه وأوامره أن تزوجوا معشر الشباب واظفروا بذات الدين، فقد كان هو الأسوة الحسنة والمثل الحي في معاشرته لزوجاته أمهات المؤمنين، وقد نظم الشارع الحكيم علاقة الزوج بزوجته تنظيما محكما يقوم على أقوم المبادئ لضمان سعادة الأسرة واستقرارها، وأضفى عليها قدسية خاصة، توجب الإلتزام بما شرعه الله من أحكام حدّد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين، ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ لقوله سبحانه وتعالى:﴿ **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا** ﴾(2).

فمن أهم مقاصد الزواج هو المحافظة على الأنساب ومنعه من الإختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها، ولولاه لتفككت الأسر وذابت الصلات بينها ولما بقي هناك أثر للحب والحنان، ومنه جاء إمتنان المولى سبحانه

(1)- سورة الروم، الآية 21.

(2)- سورة النساء، الآية 21.

وتعالى_على عباده فقال: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[1].

لذا أمر الله عزّ وجلّ الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم ونهاهم عن إنكار بنوّتهم في قوله جلّ ثنائه:﴿ أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ ﴾[2]، كما توعّد الرسول الكريم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال عليه الصلاة والسلام: **مَنْ إِدَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أنه غير أبيه فَالْجَنَّةُ حَرَامٌ عَلَيْهِ**"[3]، كما نهى المرأة عن إنساب ولد إلى زوجها تعلم أنه ليس منه فقال عليه الصلاة والسلام:**أَيُّمَا امْرَأَةٌ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا جَنَّتَهُ**"[4]، وأبطل أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه وسلم:**"الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"** [5].

وبالتالي فإن الشارع الإسلامي قد أحاط النسب بحصانة كبيرة لتشوّقه إلى ثبوته حتى لا يضيع أو يتعرّض للضرر وحتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد[6].

والنسب بإعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين لإثبات ذلك الحق، والنفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية.

---

(1)- سورة الفرقان، الآية 54.

(2)- سورة الأحزاب، الآية 05.

(3)- أخرجه البخاري، في كتاب الفرائض، باب من ادعى الى غير أبيه. حديث رقم 4326، ص1196.

(4)- أخرجه البخاري، المرجع السابق، ص1196.

(5)- أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، في كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو آمة. حديث رقم 6749، الجزء 08، ص153.

(6)_ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الجزء الأول، الخطبة والزواج« دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية »، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، باتنة-الجزائر-،1994، ص ص414 _415.

وإذا إستقرّ النسب إلتحق المنسب بقرابته وتعلّقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث ونفقة وموانع الزّواج وترتّبت عليه حقوق وواجبات، فكان إستقرار النسب إستقرارا للمعاملات في المجتمع، ولذلك خصّه الإسلام بما يمنع العبث به فقال عليه الصلاة والسلام: **"الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَسَب لا يُبَاعُ وَلا يُوهَب وَلا يُوَرَث"** [1].

كما نص المشرع الجزائري في المادة 40 من الأمر رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة على:

« ***يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون*** »[2]، بذلك يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول، وقد أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية لنص المادة 40 من الأمر رقم 05-02 والتي تنص على: «**يجوز *للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب***»[3]، وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على أن المشرع صرح بإمكانية اللّجوء الى طرق علمية حديثة في إثبات النسب، وهذا تماشيا مع التطورات الحديثة وللإستفادة من الإكتشافات العلمية في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثية الذي لقي انتشارا واسعا خاصة في الدول العربية التي بدأت تمهد للعمل بها.

(1)- بومجان سولاف، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، سنة 2005-2008، ص05.

(2)- راجع المادة المادة 40 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3)- راجع المادة المادة 40 فقرة 02 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أصاب المشرع الجزائري عندما نص على إمكانية اللجوء الى تحليل الـــــــ(ADN) لإثبات النسب، ذلك لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال إثبات النسب، ويمكن الإعتماد عليها في تحديد هوية الأطفال في حالة ضياعهم أو إختلاطهم في المستشفيات أو مراكز رعاية الطفولة، كذلك يمكن التعرف على الجثث المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

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

كما يستمد الموضوع أهميته من التشريع الجزائري خاصة بعد تعديل نص المادة 40 منه وذلك بتوسيع دائرة طرق إثبات النسب فقد أجاز نص المادة للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب.

تقنية البصمة الوراثية تقنية جديدة لم تصدر بشأنها كتابات كثيرة، بل لا تزال محل بحث من العلماء في المؤتمرات والندوات.

ما تعطيه البصمة الوراثية من نتائج دقيقة في مجال النسب، حاولنا إبراز موقعها من بين الطرق الشرعية لإثبات النسب سواء المتفق عليها أو المختلف فيها بين الفقهاء.

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة أحد القضايا المعاصرة والحديثة في القانون والفقه الإسلامي في مجال القضاء، لإثبات بعض الدعاوى أو إبطالها، كإثبات النسب وإلحاقه بمدعيه أو نفيه عنه، وغيرها من المسائل القضائية، وخاصة في هذا العصر الذي انتشرت فيه قرائن حديثة لم تكن معلومة سابقا، فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي

تعرف بخلايا الدم الحمراء(**A B O**)، تلا هذا الإكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية(**A D N**)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الإكتشاف. وكذلك من أهم أهدافها هو معرفة مدى إلزامية هذه الخبرة من عدمها على القاضي.

وبما أن ظاهرة إثبات النسب من المسائل الهامة في عصرنا، ورغم قلة الدراسات والمراجع حول موضوع إثبات النسب بصفة عامة والتي تختص بإثبات النسب بالطرق العلمية بصفة خاصة، وتجمع الطرق العلمية القطعية والظنية، 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.

فقد عزمت أمري على خوض غمار هذا البحث، بالإستعانة بالدراسات السابقة والأحكام والإجتهادات والقرارات القضائية في مجال الخبرة العلمية أو الطبية وذلك لمعرفة دور وسلطة القاضي في الأخذ بنتائج الخبرة الطبية أو العلمية هل هي مطلقة أم مقيدة، وتتلخص إشكالية البحث فيمايلي:

فيما تتمثل الخبرة العلمية أو الطبية؟ ومامدى فعاليتها كوسيلة من وسائل إثبات النسب؟

للإجابة على الإشكالية أعلاه إعتمدنا 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: لتحليل بعض ما تم الوقوف عليه من نصوص فقهية وقانونية وأقوال وأدلة وأحكام واجتهادات قضائية مع الإقتصار على المسائل التي تخدم البحث فقط من خلال قانون الأسرة الجزائري وذلك لخصوصية وأهمية الموضوع.

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**) الطرق العلمية الكاشفة للنسب، حيث فصلت كل طريقة على حدى، الطرق العلمية القطعية في(المبحث الأول)، ثمّ الطرق العلمية وحجيتها كقرينة لإثبات النسب في(المبحث الثاني).

أما في (**الفصل الثاني**) فيتضمن تنفيذ الخبرة العلمية في مجال إثبات النسب، بحيث سوف نتطرق في(المبحث الأول) إلى نطاق سلطة القاضي في إثبات النسب بالخبرة الطبية، وفي (المبحث الثاني) مدى تقيد القاضي بنتائج الخبرة الطبية.

الفصل الأول

الطرق العلمية الكاشفة للنسب

وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي وفقا لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم **02/05**[1] و بذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب و لقد كان هذا الإجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيّافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس و الفراسة و إمكانية التشبيه، فما بالنا بخبرة يقينية[2].

جاء هذا التعديل متزامناً مع الثورة العلمية التي تسبب فيها التطور البيولوجي، والناجم عن إستخدام وإستحداث أدق التقنيات في المعرفة العلمية.

ولاسيما ما نتج عن فحص الخلايا والجزيئات المشكلة للجسم لإثبات حقائق يقينية بعيدًا عن الظنية[3].

لذلك تطلب الأمر الإستعانة بما توصلت إليه البحوث الطبية والدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنته هذه الأخيرة، وبهذا تناولنا في(**المبحث الأول**) الطرق العلمية القطعية الدلالة، أمّا في(**المبحث الثاني**) الطرق العلمية الظّنية وحجتها كقرينة لإثبات النسب.

لهذا ستكون الدراسة علمية بحتة.

---

(1)_ تنص المادة 02/40:« ***يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب*** »

(2)_ نقلا عن بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2008، ص36.

(3)_ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر-2010، ص85.

المبحث الأول

الطرق العلمية القطعية

حصر العلماء البيولوجيون والأطباء هذه الطرق في نوعين، وهما نظام البصمة الوراثية الـــــ**(AND)** ونظام الـــــ**(HLA)** والذي يتصل بالمناعة طرقا علمية لإثبات النسب بصفة قطعية وهذا راجع لدقة ثبوتها[1].

وبهذا سنحاول قدر الإمكان أن نعرف هذه الطرق العلمية بكيفية مبسطة يسمح معها معرفة أهميتها ودورها في إثبات النسب.

وتفصيلا لكل هذا سوف نتناول في **(المطلب الأول)** نظام البصمة الوراثية الـــــ**(ADN)**، أمّا في **(المطلب الثاني)** فنتناول فيه نظام المناعة الـــــ**(HLN)**.

المطلب الأول

نظام البصمة الوراثية (ADN)

تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي إختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في الحالات التي يستفاد منها، وتعتبر فيها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا وقد شاع إستعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية، وقبلت بها عدد من المحاكم الأوربية وبدأ الإعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية[2]، لذلك يجدر بنا معرفة حقيقة البصمة الوراثية بتعريفها في **(الفرع الأول)** وتبيان خصائصها من خلال **(الفرع الثاني)** وفي**(الفرع الثالث)** شروط العمل بالبصمة الوراثية، أمّا في**(الفرع الرابع)** فسوف نتطرق لحجيّت البصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب.

---

(1)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص85.

(2)_ بومجان سولاف، المرجع السابق، ص41.

الفرع الأول_ تعريف البصمة الوراثية:

سوف نعرف البصمة الوراثية عن طريق تبيان مدلولها اللغوي، والإصطلاحي، والعلمي.

أولا: المدلول اللغوي

البصمة الوراثية جملة مركبة من كلمتين: البصمة والوراثة، لذلك يتعين تعريف كل منهما على إنقراد[1].

1) **البصمة:** جمعها بصمات، بَصَمَ، يَبْصِمِ، بَصَمًا، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه، ورسم، وطبع علامة على قماش وورق ونحوها[2]، وأصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أيّ غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل[3]،والبُصْمُ: بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين الأصبعين [4].
2) **الوراثة:** من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له[5].

(1)_ إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري(التلقيح الإصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر،2008-2009م 1429-1430ه، ص196.

(2)_ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر،2008، ص214.

(3)_ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت، بدون سنة النشر، ص08.

(4)_ ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، أ. ب. ت. ث، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 1997 ، ص210 .

(5)_ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 182.

وعلم الوراثة: العلم الذي يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الإنتقال[1].

ثانيا: المدلول الإصطلاحي

في الحقيقة المدلول الإصطلاحي 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"[2].

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 والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحامض النووي"[3].

وعرّفها الدكتور وهبة الزحيلي "بأنّها المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"[4].

وعرّفيا الدكتور مسعد الدين هلالي بأنّها "هي العلامة المخلوقة في خلايا جسم الإنسان، والمعينة لهويته، والتي تسمح بالتعرف عمى أصوله وفروعه بصفة أساسية، وتتم البصمة

(1)_ المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار التحرير للنشر، بدون طبعة، مصر،1989 ، ص664.

(2)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص195.

(3)_ حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص ص20،19.

(4)_ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من 05_2001/01/10، ص05.

البصمة عن طريق تحميل جزء أو أجزاء من حمض الـــــــ(ADN) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسم الإنسان"[1].

ولكن السؤال المطروح ماهو الحمض النووي وما أهميته في مجال إثبات النسب؟

ثالثا: التعريف العلمي للحمض النووي

الحمض النووي أو ما يعرف بـــــــــــــ(ADN) هي الحروف الأولى لمصطلح((Acide désoxyribonucléique))، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف بـــــــــــــ(ADN)، وهي إختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية، ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذا يطلق عليه" النووي"، ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر[2].

كما أن الحمض النووي الـــــــ(ADN) هو المسؤول عن إنتاج البروتينات المكونة لجسم الإنسان والتي تتحكم أيضا في عملياته الحيوية، وذلك من خلال إمداد الخمية بالمعمومات اللازمة لبناء البروتينات وتكوينها من خلال شيفرة وراثية على شكل جزء من الحامض النووي الـــــ(ADN)[3].

وهكذا يمكن إعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي

(1)_ سعد الدين مسعد هلاليّ، البصمة الوراثية وعلائقها الشّرعيّة–دراسة فقهية مقارنة–، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، 2010، ص40.

(2)_ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011، ص254.

(3)_ فليب روجيه، البصمات الوراثية، الطبعة الأولى، عويدات للنشر الطباعية، لبنان، 2003، ص144.

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.

الفرع الثاني _ خصائص البصمة الوراثية:

أظهرت البحوث الطبية البيولوجية أن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى ومن أهم هذه الخصائص مايلي[1]:

_ يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر والمني والعظام وغيرها، وذلك يعود إلى تطابق الطاقم الوراثي في كلّ خلايا الجسم، وثباته أيضا أثناء الحياة ماعدا الحالات الإستثنائية كحدود الطفرات[2].

_ يمكن إجراء هذا الفحص أيضا على جزئ صغير جدا، وقد أصبح بالإمكان تكثيره وتوليده بطرق حديثة في المختبرات لغاية الحصول على الكمية المرغوبة[3].

_ بفضل الخاصية الثانية السالفة الذكر، يمكن تكرار الفحص عدّة مرات لتأكيد النتائج، أو حفظ الجينات لمدة أطول لإستخدامها مرة أخرى ولأغراض متعددة[4].

(1)_ رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012، ص157.

(2)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص199.

(3)_ المرجع نفسه، ص199,

(4)_ المرجع نفسه، ص199.

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

_ قدرة الحمض النووي على مقاومة الظروف والتلوثات البيئية السيئة، إذ أنه يقاوم عوامل التحمل والتعفن لفترات طويلة جدا، فلا تتغير البصمة الوراثية مع مرور الزمن، مما يساعد في التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بسنوات[2].

_ إن لكل شخص بصمة وراثية لا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر، ويستحيل وجود هذا التشابه أو التوافق إلا في حالة واحدة هي التوأم المتماثل.

لأن مشؤهما خلية واحدة وتتوزع عليهما –بعد إنقسامها– ما تحتوي عليه مادة وراثية [3].

الغاية مما أوردناه سابقا هو أن كل شخص يتفرد ببصمة مميّزة عن غيره وإستحالة تطابقها مع شخص آخر ماعدا حالة التوائم الناتجة عن إنقسام بيضة واحدة مخصّبة، مع إمكانية التعرف على مصدر المحتوى الوراثي المميز للفرد ذاته، حيث يعين الجزء الموروث من الأب والجزء الموروث من الأم، وبذلك تكون للبصمة الوراثية ثمرات:

أ_ تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها الخاصة.

ب_ تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها المشتركة مع الأصل والفرع[1].

---

(1)_ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر،2008، ص24.

(2)_خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2006، ص45.

(3)_ زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطوّر العلمي والقانوني –دراسة مقارنة– رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان – الجزائر– 2011، 2012، ص238.

الفرع الثالث_ شروط العمل بالبصمة الوراثية:

من أجل ضمان صحة نتائج البصمة الوراثية، فقد ذكر بعض الفقهاء والأطباء المختصين جملة من الشروط حتى لا يستعملها البعض وسيلة للتعدي على حقوق الآخرين، وهذه الشروط نوعين: مهنية وموضوعية.

أولا: الشروط المهنية لقبول الخبرة

1-أن يتولي مهمة الكشف عن الطبيعة الشخصية خبراء وفنيون مسلمون، لإعتبار 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[2].

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[3].

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 إقروفة زبيدة أن المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة[4].

ثانيا: الشروط الموضوعية لقبول الخبرة

---

(1)_ سعد الدين مسعد الهلاليّ، المرجع السابق، ص239.

(2)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص201.

(3)_ المرجع نفسه، ص201.

(4)_ المرجع نفسه، ص201.

1-لا يسمح بإجراء إختبارات الكشف عن هوية الشخص وتعيين بنيته الوراثية إلاّ لأغراض طبية علاجية بتوجيه من الطبيب المختص المتابع للحالة المرضية للمعالج بعد إستنفاذ طرق العلاج المتاحة والمتعارف عليها، أو لأغراض الكشف عن الحقيقة في الدعاوى المرفوضة أمام المحكمة في المجال المدني أو الجنائي (الطب الشرعي) وبأمر من الجهة القضائية[1].

2-يمنع استخدام الشفرة الوراثية للتأكد من نسب 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[2].

3-تستعمل البصمة الوراثية عموما في الحالات التي حصرها الفقهاء في التنازع حول النّسب نتيجة إنعدام الأدلّة مع أحد الطرفين أو تعارضها أو تساويها في القوة، بحيث لا يسقط أحدهما الآخر، فيلجأ للبصمة كقرينة يستعان بها لتعيين صاحب الحق بدلا من القَيَافة والقرعة في أقوى منهما وأدق في النتائج [3].

4-ألاّ تخالف نتائج البصمة الوراثية الحس والعقل والمنطق، كأن تثبت نسب المولود إلى الزّوج وهو سجين أو أسير بعيد عن أهله منذ سنين، ولم يودع خلاياه الجنسية بالبنك[4].

(1)_ المرجع نفسه، ص203.

(2)_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ،الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 ، ص403.

(3)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص203.

(4)_ المرجع نفسه، ص203.

"ومن الجدير بالذكر أن التطبيقات العلمية لهذه التقنية في مجالات كشف هوية الأشخاص، قد أثبتت فاعليتها لدرجة أنّ كل دوائر الأمن المختلفة في معظم دول أوروبا باتوا ينادون بحتمية تعميم تطبيقها في كل مرة يراد فيها تحديد الجاني"[1].

الفرع الرابع_ حجيّة البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب:

سوف نتطرق لحجية البصمة الوراثية من جهتين، موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب من جهة، ومن جهة أخرى موقف التشريع الجزائري من الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب

تدّل البصمة الوراثية على هوية كل إنسان بعينه، كما أنها أفضل وسيلة عملية لتحقق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص عن غيره عن طريق الأخذ من أي خلية من خلايا جسم الإنسان: من الدم أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غير ذلك والإستدلال من خلال نتيجة البصمة الوراثية على الأشخاص[2].

يرى العديد من العلماء والباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، والتي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه فالقائف هو الذي يتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شَبَهَ الرجل بأبيه وأخيه، بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى إعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء الذين إستدلوا بحجيتها بحديث عائشة–رضي الله عنها–حيث قالت:

(1)_ نقلا عن بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل الماجستير في القانون الجنائي، جامعة قسنطينة، 2011–2012، ص13.

(2)–حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان– بدون سنة، ص159.

« دخل علي رسول الله-صلى الله عليه وسلم- ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث وأسامة إبن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضهما من بعض».

فرأوا في سرور الرسول–صلى الله عليه وسلم– دلالة على إقراره بالقيافة.

إلا أن البعض الآخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لإختلاف موضوعهما والأسس التي تبنى عليها، فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس والواقع، لذلك فالقيافة باب والبصمة الوراثية باب آخر.

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه هذا لظهورها بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر ويعتبر الـــــــــــ(ADN) العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان[1].

خلاصة القول أن الطبعة الوراثية للفرد سبيل مشروع يلائم قواعد وأصول الشرع إذا نظرنا إلى الغايات والمنافع التي تقدمها الإنسانية وقد ترقى إلى مستوى الندب والإستحباب إستنادا إلى النصوص التي تأمر بالتثبت في الأقوال والأفعال وعدم إصدار الأحكام جزافا، ووجوب أداء الحقوق لأهلها متى أثبتت البينة ذلك كـــ**قوله تعالى** :

(1)– فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وفق (قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، عدد 08 ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010، ص83.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ (6) وَاعْلَمُوا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُّمْ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الْإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ أُولَٰئِكَ هُمُ الرَّاشِدُونَ (7) ﴾[1].

فهي وسيلة يستعين بها القضاة لنفي التهم عن البراءة، وإثباتها على الفاعلين الحقيقيين، وإلحاق الأنساب بأهلها حتى لا تضيع هدرا أو تُنسب لغير أصحابها، وهذا كله يدخل في إظهار الحق وزهق الباطل مما يردع الظالم وينصف المظلوم.

وإستنادا أيضا إلى عموم الأمر بالتداوي من العلل والأمراض وإزالة العذر، لـــ**قوله_صلى الله عليه وسلم_:« لا ضرر ولا ضرار»**[2].

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، كانت المادة 40 منه تنص أنه: « ***يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون***» لتضيف المادة 41 ***الموالية***، أنه: «***ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة***»[3].

من خلال هاتين المادتين يستنتج بأن النسب في القانون الجزائري يثبت: بالزواج الصحيح، أو اللإقرار، أو البينة، أو بنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول. كما

(1)- سورة الحجرات، الآية 06_07.

(2)- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 233.

(3)- المادة 40 و41 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

يثبت النسب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، لكن المشرع الجزائري قد أضاف فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادة 40 بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة، المشار إليه سابقا، تنص على أنه: «***يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب***» [1].

وهذه الإضافة تدل على أن المشرع الجزائري أقر إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والعلوم المتصلة بها للإستفادة من الإكتشافات العلمية في هذا المجال[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في الفقرة المستحدثة من المادة 40، يقصد بالطرق العلمية الحديثة فحص الحمض النووي (AND)، لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب أو نفيه، تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء بالمشروع التمهيدي، بأنه:« **مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمدة القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية** »[3].

وعند قراءة المادة 01/40 من قانون الأسرة يفهم من خلال لفظ "**يثبت**" الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو بالبينة، أنه إذا تحقق طريق من هذه الطرق فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وعلى العكس فإن الفقرة

(1)_ رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص168.

(2)_ المرجع نفسه، ص169.

(3)_ نقلا عن تشوار جيلالي، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء41، العدد 01، السنة 2003، ص ص21-22.

الموالية من ذات المادة فإنه يفهم من إستخدام المشرع عبارة "**يجوز للقاضي**" اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية عن الطرق العلمية، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

إذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، فإنه بإمكانه عدم الإستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، والعكس صحيح كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم[1].

وإذا كان المشرع قصد من وراء منح السلطة التقديرية للقاضي بنص الفقرة 02 من المادة الأخيرة، أن يحيل القاضي عند الضرورة إلى ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما أجمعوا عليه بشأن تحديد حالات معينة للجوء فيها للبصمة الوراثية في إثبات النسب، إعمالا لنص المادة 222 من ق.أ.ج [2].

فإذا كان هذا هو مقصوده فحسنا ما فعل، وعلى هذا فإن إضافة المشرع البصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثات النسب إلى جانب الوسائل التي حددها بالفقرة الأولى، لم تأت لإلغاء أو إستبعاء أدلة الإثبات الشرعية (المستمدة من الشريعة الإسلامية) التقليدية، بل جاءت مكملة ومسايرة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد، وكان من المستحسن على المشرع أن يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب على سبيل الإستثناء من المبدأ العام المتضمن بالفقرة الأولى من نفس المادة 40 من ق.أ.ج، لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة الغير محددة من المحتمل

(1) – رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص ص169-170.

(2)- المادة 222 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة:«***كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية***».

أن تحدث تهديدا على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص[1].

المطلب الثاني

نظام المناعة الـــــ(HLA)

يعتبر نظام المناعة الـــــ(HLA) إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النسب، فنظام الـــــــ(HLA) ذو أهمية قصوى بإعتباره نظام يتعلق بالمناعة، فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلاّ أنه بالمقابل جد ثابت ومتوازن في إنتقاله من الآباء إلى الأبناء[2]، ولمعرفة هذا النظام سيتم الطرق لتعريفه في **(الفرع الأول)**، ثمّ في **(الفرع الثاني)** لحجيته في إثبات النسب.

الفرع الأول- تعريف نظام المناعة (HLA) :

(1) – رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص170.

(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير ذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، وقد أدت الأبحاث إلى إكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و سميت بنظام"HLA (Human Lymphocyte Antigen)" وكل إنسان يحصل على مركبين (HLA) مختلفين واحد من الأب والآخر من الأم، مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي أو المتكرر[1].

فنظام الـــــــ(HLA) مهم جدا بإعتباره نظاما يتعلق بالمناعة، فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا أنه جد ثابت ومتوازن في إنتقاله من الآباء والأبناء (Transmission génétique) أي إنتقال وراثي، مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص، فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا[2]، فنظام الـــــــ(HLA) مركب يتشكل في الحقيقة من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها، مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد[3]، يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين الـــــــ(HLA) مختلفين عن بعضهما البعض، واحدة من الأب والأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة[4].

الفرع الثاني- حجية نظام المناعة (HLA) في إثبات النسب:

(1)- بومجان سولاف، المرجع السابق، ص ص39-40.

(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.

(3)_ عباس العبيودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، بدون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2002، ص24.

(4)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.

إتفق جل الفقهاء المحدثين عن قطعية بعض من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية (ADN) ويليها نظام المناعة (HLA)[1]، ذلك أن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال وبالتالي فإن لأرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني إتجاههم.

فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بإنفراد كل شخص بنمط وراثي معين، لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الـــــــــــ(ADN) لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 مليون حالة أي أن نسبة التشابه يتساوى من 01 إلى 86 مليون شخص فمن ثم يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما.

لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للأباء لأن الحمض النووي وأيضا الـــــــــ(ADN) يعد دليل إثبات ونفي قاطع بنسبة 100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة ما دام أن إحتمال التشابه بين البشر غير وارد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطرق العلمية المتمثلة حسبما توصل إليه العلماء في نظامي البصمة الوراثية (ADN) ونظام (HLA) هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية، وما يأكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من أي مخلفات أدمية سائلة (دم، مني) أو أنسجة (لحم، عظم، جلد، شعر) كما أنها تقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة وجفاف، ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة والحديثة.

(1)- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة، 2002، ص305.

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الإعتماد على هذه الطرق العلمية القطعية والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب[1].

إلا أن قطعية نظام الـــــــــ(HLA) قد تقف عائقاً أمام حالة الزواج العائلي (Le mariage cansanguin) أو المتكرر، فإن الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين الـــــــــ(HLA) متشابهين يصعب الإستنتاجات والتحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية الـــــــــ(ADN)[2].

المبحث الثاني

الطرق العلمية الظنيّة وحجيّتها في إثبات النسب

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق العلمية وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها في المبحث الأول من هذا الفصل، لذلك سوف نقوم بدراسة هذه الطرق وحسب ما قسمه العلماء في **(المطلب الأول)** الطرق العلمية الظنية، أما في **(المطلب الثاني)** حجية الطرق العلمية الظنية كقرينة لإثبات النسب.

(1)_ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص305.

(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.

المطلب الأول

الطرق العلمية الظنية

إتفق معظم علماء الطب والقانون على إعتبار بعض من الطرق العلمية ذات حجية قطعية الدلالة، نظرا للخصائص الفريدة التي يتميز بها كالبصمة الوراثية مثلا، فإنه نظرا لما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية، فيعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبنيّة على أسس علمية وتقنية محضّة، وبهذا سوف نقوم بدراسة كل نظام على حدى ففي **(الفرع الأول)** نتناول فيه نظام فحص الدم الـــــ(ABO)، أما في **(الفرع الثاني)** نتطرق إلى نظام الـــــ(MNS) وفي **(الفرع الثالث)** نظام البروتينات.

الفرع الأول- نظام فحص الدم الـــــ(ABO):

بفضل التجارب التي قام بها العالم النمساوي (كارل لاندستينر) سنة 1905 الذي إكتشف فيروس شلل الأطفال سنة 1909[1]، ثمّ قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى، فلاحظ إتحادها ببطء وعودة الدم إلى شكله الطبيعي، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص أخر فلاحظ أن الإتحاد يتم ببطء و يعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا و البلازما يتبعان لشخص واحد، وأن الإتحاد لا يتم وينتج عن ذلك

(1)_ زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان،الجزائر، 2010-2011، ص244.

تجلط الدم (BLOOD AGGLUTINATION)، وبناءا على ذلك وجد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: A–B–AB–O، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع، فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة وحتى الموت[1].

يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة، والتي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد(Antigènes)، كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (anti bodies) في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة[2].

وفيمايلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد والأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة، والتراكيب الجينية التي تقابلها[3]:

الفصيلة	مولدات الضد في كريات الدم الحمراء	الأجسام المضادة في البلازما	التراكيب الجينية
A	**A**	مضاد **B** (بيتا)	نفي **AA** هجين **AO**
B	**B**	مضاد **A** (ألفا)	نفي **BB** هجين **BO**
AB	**AB**	------	**AB**
O	-----	مضاد **A** (ألفا) مضاد **B** (بيتا)	**OO**

(1)_بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص ص 36-37.

(2)_ المرجع نفسه، ص37.

(3)- المرجع نفسه، ص37.

		مضاد **B** (بيتا)	

جدول مولدات الضد والأجسام المضادة.[1]

وأشير في هذا الصدد إلى نظرية "برنستين" في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O–B–A) حيث (B–A) سائدة، بينما (O) متنحية، وكل نسل له إثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد[2].

مثال: طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أوAO ، طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO وإذا ورث عاملين متنحيين سيكون O وإذا ورث عاملين سائدين سيكون AB[3].

وقد دعمت نظرية "برنستين" بالحقائق التالية:

_ أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.

_ أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O.

_ أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة[4].

وفيمايلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة والغير الممكنة.

فصائل الوالدين	**فصيلة الدم**	
	ممكن	غير ممكن
O×O	**O**	**AB,B,A**
A×A	**O,A**	**AB,B**
O×A	**O,A**	**AB,B**
B×B	**O,B**	**AB,A**

(1)_ بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص37.

(2)_ المرجع نفسه، ص37.

(3)_ نقلا عن بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص37.

(4)_ نقلا عن بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص 37.

A×A	O,AB,B,A	-----
AB×AB	AB,B,A	O
O×AB	B,A	AB,O

جدول فصائل الوالدين وفصيلة الدم.[1]

يُعد نظام فصائل الدم خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الإحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد، مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان، و لتوضيح 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 جينيّ فصيلة الرجل في التركيب الوراثي لفصيلة الطفل، فمن المحتمل أن يكون أباه، لكن لا نستطيع أن نقطع بذلك لوجود الكثير ممن يحملون هذا الجين، أما إذا كان هناك إستحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإن هذا الدليل قاطع لنفي البنوة[3].

يتبين لنا جليا من خلال هذه المعطيات 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، وهذا يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

(1)_المرجع نفسه، ص38.

(2)- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2001، ص278.

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

-أمّا الفرض الثاني ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون كذلك، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرين، فيحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم، وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين[1].

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

يتبين لنا بناءا على ماتقدم من الشرح العلمي لسلوك فصائل الدم في الوراثة أن تحليل فصائل الدم وسيلة لنفي النسب وليس لإثباته[2].

الفرع الثاني- نظام الـــــــ(MNS):

يحتوي هذا النظام على عدة خصائص وراثية نادرة جدا، بحيث يستخدم بنفس الطريقة كنظام فحص الدم الـــــــ **(ABO)**، على سبيل المثال:

الأم **M+N+** الإبن **M-N+** الأب المفترض **M+N-**

(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 ، ص23 .

(2)- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، بدون طبعة، عمادة الدراسات العليا، غزة- فلسطين، 1433ه-2012م، ص44.

ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب بين الإبن و الأب المفترض، لأن الإبن حصل على **+N** وهي خاصية موجودة عند الأب المفترض الذي لديه **+M** وليس **–M** .

فنفي النسب ثابت ولابد أن يكون الأب الحقيقي للإبن حاصل على**–M**، وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيقي للإب[1].

وتجدر الإشارة إلى وجود حالة خاصة تتمثل في حالة وجود (**+MG**) فمثلا:

_الأب المفترض له خاصية –MG+N

–الأم لها خاصية +M+N

_الإبن له خاصية –MG+N+ [2]

يمكن القول هنا أن الإبن له خاصية من الأم و هي **+N**، وله خاصية من الأب و هي **+MG**، ففي هذه الحالة لا يمكن نفي نسب الإبن للأب المفترض، لكن لا يمكن الجزم بالقول بأن الأب المفترض هو الأب الحقيقي لإمكانية وجود هذه الخاصية عند غيره[3].

ومع ذلك فإن علماء البيولوجيا يرون بأن نظام **+MG** نادر جداً، مما يمكن القول باحتمالية كبيرة أن يكون الأب المفترض هو الأب الحقيقي[4].

الفرع الثالث– نظام البروتينات:

(1)_ نقلا عن باديس ذيابي، المرجع السابق، ص108.

(2)_ المرجع نفسه، ص108.

(3)_ المرجع نفسه، ص109.

(4)– باديس ذيابي، المرجع السابق، ص109.

إن نظام البروتينات نظام متعدد ومتغير نظرا لتعدد وتغير جينات مظهر البروتينات الموجودة في المصل وإنزيمات الكريات الحمراء، وهو نظام حديث جدا يمكّن من إستعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية (ABO)، لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، ويستعمل في التحاليل والدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية.

يبقى التمييز في مثل هذه الحالة مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية والبيولوجية[1].

تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر، والتي يقتاد إليها في مجال النفي وتعطينا مجرد إحتمالات في الإثبات، حيث لا يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة ومن بين هذه الأنظمة[2]:

_ نظام المفرزات اللعابية Le système de sécrétions salivaires
_ نظام Kell
_ نظام duffy
_ نظام kidd [3].

المطلب الثاني

حجية الطرق العلمية الظنيّة في إثبات النسب

نهى الله تعالى عن إتباع ما ليس لنا به علم، **فقال** :﴿**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ**﴾[1]، كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الإعتقاد الجازم مصدقا **لقوله**

(1)_ المرجع نفسه، ص109.
(2)– بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص39.
(3)–المرجع نفسه، ص39.

تعالى :﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴾ [2]، فالآية لم تنه عن كل ظن و إنما نهت عن بعضه، وهو أن تبنى على ما لا يجوز بناؤه عليه[3]، وفي مثله إثبات النسب.

تعتبر الطرق العلمية الظنية كنظام الـــــــ(ABO) (تحليل فصائل الدم) أو نظام المفرزات اللعابية وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى واردا بدرجة كبيرة، ومن ثم فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.

تعد هذه الأنظمة يقينةً فيما يتعلق بنفي النسب، ولكن يظل ضنيا فيما يخص إثباته، ذلك أن لكل طفل خاصية جينية يأخذها إما من الأب المفترض أو الأم، وعلى إعتبار أن الأم معلومة وثابتة أمومتها بفعل واقعة الولادة، فإن الخاصية الجينية للطفل إذا لم تكن موجودة في الأم، فضروري أن توجد في الأب، وعليه فإذا أثبت التحليل أن الخاصية غائبة من الأب المفترض، فهنا يكون القول بنفي النسب يقينياً[4].

أما إذا وجدت الخاصية الجينية عند الأب المفترض، فيمكن أن يكون هو الأب الحقيقي، كما يمكن ـــن لا يكون هو الأب الحقيقي،كون الخاصية الجينية قد نجدها عند أكثر من رجل، ولذلك اعتبر هذا النظام بأنه طريق علمي ظني الثبوت[5].

رأى البعض الآخر أن الطرق العلمية القطعية التي تمّ تفصيل بيانها من خلال المبحث الأول من هذا الفصل ظنيّة كذلك، فتقنية (ADN) لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا

---

(1)- سورة الإسراء، الآية 36.

(2)- سورة الحجرات، الآية 12.

(3)- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص66.

(4)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص106.

(5)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص106.

الدليل القاطع على إتمام شخص معين أو إلحاق نسب ولد ما أو نفيه، لذلك فإن القاضي وإن إعتمد عليها عند دراسته لملف معين، فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس، كما إعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها، وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا، فكيف يمكن إعتبارها طرقا علمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء إحتمال الشك واردا من جهة أخرى.

ففي القرار الصادر عن المحكة العليا بتاريخ 1999/06/15 بشأن نسب توأمين (ع.أ)و(ع.ع) [1]، أين نقضت قرار مجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ 1998/10/05 المؤيد لحكم محكمة قديل الصادر بتاريخ 1998/01/18 والقاضي بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة، وإعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضوا بإجراء خبرة طبية لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع وهذا خرقا للقانون ولنص المادة 40 من قانون الأسرة، التي حصرت طرق إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، والبينة، ونكاح الشبهة[2].

يتضح من القرار القضائي السابق أن القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وضل متمسكا بالطرق المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية (التقليدية) ما عرضه للنقد من بعض أساتذة القانون منهم الدكتور تشوار جيلالي الذي يرى " **أن قضاة المحكمة العليا قد تعسفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنسب عندما اعتبروا تحليل الدم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية مقضية إلى تحديد النسب في حين يفهم من عموم عبارة بالطرق المشروعة التي جاءت بها المادة 41**

(1)– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 674 222 مؤرخ في 1999/06/15، المجلة القضائية، العدد 01، 1999، ص 126.

(2)–تنص المادة 40 ق.أ.ج:« ***يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النيسب*** ».

من ق.أ.ج لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب التي يمكن القاضي من خلالها إبراز الحقيقة " [1].

وإستحابة من المشرع للتطورات الحديثة جاء تعديل قانون الأسرة الجديد الصادر بمقتضى الأمر 09/05 الذي نتج عنه إستحداث طرق ووسائل علمية حديثة لإثبات النسب.

(1)– نقلا عن تشوار جيلالي، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة، ص 19.

الفصل الثاني

تنفيذ الخبرة العلمية في مجال إثبات النسب

ظلّ الإعتقاد سائدا بأن القاضي المدني ليس له دور إيجابي في الدعوى القضائية التي ينظر فيها، فالدعوى القضائية ملك للخصوم، وهي معركة بينهم يقدّم فيها كل خصم ما يدعيه صحيحا من أجل الظفر بالنتيجة، ويبقى الفصل بيّد القاضي علاوة على ما يقدمه الخصوم من أسانيد وإثباتات[1].

أعطى المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد للقاضي حرية أكبر حتى يصبح دوره أكثر إيجابية في الملف المدني، وخوّل له صلاحيات تمكنّه من الوصول بنفسه إلى النتيجة المرجّوة، وأضحى غير مكتفي بما يقدمه له الخصوم من أسانيد وإثباتات[2] **(المبحث الأول)**.

إنْ وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطرق العلمية، فلابد له من الإستعانة بأصحاب الإختصاص وهم خبراء البيولوجيا، كون العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة، والتي على ضوئها يكون الحكم في النزاع المعروض[3]، وهذا خاصة بعدما أمر المشرع الجزائري إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب، بموجب الأمر 05-02 في المادة 40، 02/ والتي تنص على ما يلي:" ***...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب***" [4]**(المبحث الثاني)**.

(1)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص116.

(2)_ المرجع نفسه، ص116.

(3)_ المرجع نفسه، ص117.

(4)_ راجع المادة 40 الفقرة 02 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول

نطاق سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة العلمية لإثبات النسب

تنص المادة 40 الفقرة 02 من ق.أ.ج على أنه: " ... ***يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب***" [1] بالتالي هي الوسائل العلمية والتي تجيز للقاضي أن يلجأ إليها في دعاوى إثبات النسب عن طريق الأمر بتعيين خبير للقيام بما من شأنه رفع اللبس وإماطة اللثام عن الغموض الذي يكتنف النزاع في إثبات أو نفي النسب[2].

وضع القانون آليات إجرائية لسير الخبرة الطبية، وهذا ما سوف نتناوله في **(المطلب الأول)**، أمّا في **(المطلب الثاني)** فنتناول مباشرة الخبير الطبي لمهامه.

المطلب الأول

الإجراءات القانونية لسير الخبرة الطبية

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى إستشارة آراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، بإعتبارها من المسائل التقنية التي لايمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالإستعانة بهم والإسترشاد بما جاء في تقرير الخبرة[3].

(1)_ راجع المادة 40 الفقرة 02 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص117.

(3)_ محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص ص 37-38.

بهذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، **(الفرع الأول)** الأمر بتعيين خبير طبي، وفي **(الفرع الثاني)** فنخصصه لرد وإستبدال الخبير، أما في **(الفرع الثالث)** نتناول فيه تحديد أتعاب الخبير.

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 إذا ما وجدوا أنفسهم أمام دعوى إثبات النسب بالطرق العلمية فلابد لهم من الإستعانة بأصحاب الإختصاص وهم خبراء البيولوجيا، فيكلفونهم بتقديم التحاليل والفحوصات الضرورية للفصل في النزاع[1].

وأهل المعرفة الذين يتم إختيارهم، هم أعوان العدالة و"هم الخبراء القضائيين" المعتمدين لدى الهيئات القضائية، أما العملية التي يقومون بها فهي" الخبرة القضائية"[2].

تعدّ المعلومات والتفاصيل التي يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العلمي والمهني قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحا إعمالا بنص المادة 02/40 من ق.أ.ج[3] وتطبيقها للمادة 126 من ق.إ.م.إ[4].

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية، وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولا وفروعا وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة، وذلك حسب

(1)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص117.

(2)_ محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص07.

(3)_ راجع المادة 02/40 من الأمر 02/05 السالف الذكر.

(4)_ تنص المادة 126 من ق.إ.م.وإ:« ***يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة*** ».

دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع ، وفحصها ثمّ إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابا إلى الجهة القضائية المعينة[1]، ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات إستنادا إلى نص المادة 128 ق.إ.م.إ[2].

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

الفرع الثاني_ إستبدال أو رد الخبير:

يقصد برد أو إستبدال الخبير هو إجراء خوّله المشرع لأطراف الخصومة للوقوف في وجه الخبير الذي عيّنته المحكمة لإزاحته أو تبديله بغيره ، حتى يأتي رأيه بعيدا عن مضنّة التحيّز، ومحاباة خصم على خصم آخر، وبعيدا عن دافع الحقد والإنتقام، وذلك كي تكون خبرته موضع طمأنينة للخصوم والمحكمة[5].

---

(1)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص264.

(2)_ تنص المادة 128 من ق.إ.م وإ:« ***يجب أن يتضمن الحكم الآمر بإجراء الخبرة مايلي:***

1- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الإقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء،

2- بيان إسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص،

3- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا،

4- ***تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.***»

(3)_ محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص61.

(4)_ راجع نص المادة 129 من قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لــ25 فبراير سنة 2008، المتضمن ق.إ.م.وإ، ج ر 21 مؤرخة في 23-04-2008.

(5)_ عباس العبودي، شرح أحكام قانون اللإثبات المدني، بدون طبعة، دار الثقافة، عمان، 1999، ص335.

إن رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أوتعذر عليه ذلك، أُستبدل بغيره عن طريق عريضة عادية تقدم مباشرة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة والذي عينه، وتضيف المادة 132من ق.إ.م.إ[1]، أنه إذا قبل الخبير المهمة ولم يقم بها أو لم ينجز تقريره أو لم يدعه في الأجل المحدد، جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، وعند الإقتضاء الحكم عليه بالتعويضات المدنية علاوة على إمكانية إستبداله[2].

الفرع الثالث_تحديد أتعاب الخبير:

يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة ويراعي القاضي في ذلك ما بذله الخبير من مساعٍ وإحترام الآجال المحددة لإجراء الخبير، وكذا جودة العمل المنجز[3]وهذا 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، وإحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز"***[4].

وقبل ذلك يمكن للقاضي الآمر بالخبرة أن يحدد مبلغ التسبيق الذي سيستفيد منه الخبير من أجل القيام بمهامه، ويقع ذلك على عاتق من طلب الخبرة، أو الطرفين إذا كان الطلب مشترك[5].

وعلى الخبير أن يتسلم أتعابه من كتابة الضبط لأنه يمنع إستقاؤها مباشرة من أطراف الخصومة، وإذا كان الأخير قد إستفاد من مساعدة قضائية، فإن الخزينة العمومية هي التي

(1)_ راجع نص المادة 132 من قانون رقم 09/08 السالف الذكر.
(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص118.
(3)_ المرجع نفسه، ص118.
(4)_ المادة 143 من قانون رقم 09/08 السالف الذكر.
(5)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص119.

تدفع بدلا عنه وبالتالي يبقى الأمر بتعيين خبير طبي، الصلاحيات المخولة للقاضي، والتي تخضع لسلطته التقديرية في إصدار هذا الأمر من عدمه[1].

ويترتب على عدم إيداع مبلغ التسبيق في الأجل المحدد، إعتبار تعيين الخبير لاغيا[2].

وتطرح مصاريف الخبرة الطبية لاسيما تلك المتعلقة بالـــــ(ADN) أو الـــــ(HLA)، إشكالية كبيرة إعتبرها المختصون من بين أهم العراقيل المادية التي تقف حائلا أمام اللجوء إلى الخبرة الطبية، لأن تحليل (ADN) مثلا يتطلب مبالغ باهضة قياسا بالإمكانيات الواجب توافرها لإنجاز الخبرة والوصول بها إلى نتائج حقيقية[3].

الواضح أن الخبرات الطبية لتحليل (ADN) و (HLA) وغيرهما أدخلهما المشرع ضمن عامة الخبرات التي يحكمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وبالتالي فلا وجود لآلية قانونية بموجبها تحميل الخزينة العمومية بعضا من أعباء هذه الخبرات لغلاء أتعابها ومتطلباتها، ويبقى تحملها من طرف الخصوم، وهو ما قد يجعل تنفيذها محدودا جدا لغلائها من جهة والأوضاع الصعبة للخصوم عامة من جهة أخرى[4].

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

(1)_ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص265.
(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص119.
(3)_ المرجع نفسه، ص119.
(4)_المرجع نفسه، ص ص118–119.

المطلب الثاني

مباشرة الخبير الطبي لمهامه

يترتب بعد صدور الحكم القاضي بتعيين خبير والتحقق من توافر جميع الشروط والإجراءات القانونية وتحدد المهمة المسندة إليه، مباشرة الخبير لمهامه وبهذا سوف نتناول الشروع في تنفيذ الخبرة الطبية في **(الفرع الأول)** أما في **(الفرع الثاني)** إيداع تقرير الخبرة الطبية.

الفرع الأول_الشروع في تنفيذ الخبرة الطبية:

يتعين على الخبير بعد تسليمه نسخة من الحكم القاضي بتعيينه، وقبوله أداء المهمة المسندة إليه، وقبل مباشرة أي عمل من أعمال الخبرة، أن يقوم بإخطار الخصوم بصفة رسمية عن طريق محضر قضائي بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة للحضور أمامه بما يمكنه البدء في أعمال الخبرة من خلال الإستماع إليهم وتلقي منهم ملاحظاتهم وطلباتهم وتقديم له المستندات والوثائق التي يدعمون طلباتهم، فإخطار الخصوم ودعوتهم إجراء إجباري يتعين على الخبير القيام به قبل البدء في أعمال الخبرة[1]، مثل ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 92-276، حيث نصت المادة 96 منه على:« ***يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع في أي عملية خبرة، أن يخطر الشخص المعني بمهمته***»[2].

(1) محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص ص121-122.

(2)_ المرسوم التنفيذي رقم92-276 المؤرخ في 08 يوليو 1992، الصفحة 1419، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، عدد 52.

يجوز للخبير الذي أسندت إليه المهمة عقد عدة جلسات، وجب عليه في هذه الحالة تعين في نهاية كل جلسة زمن ومكان الاجتماع الموالي ويخطّر الخصوم الحاضرين به شفاهة، دون أن يكون ملزما بإخطارهم كتابة بتبليغ رسمي، طالما أنه يفترض في كل الخصوم العلم بذلك، وكانت هذه الجلسات متتابعة، أما إذا انقطع عمل الخبير ثم استأنفه فيتعين عليه دعوة الخصوم للحضور من جديد بإخطار رسمي كذلك[1].

إذا تطلب الأمر أثناء القيام بأعمال الخبرة اللجوء إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم فإنه يجوز للخبير اختيار مترجما من بين المترجمين المعتمدين أو يرجع إلى القاضي في ذلك وهذا مانصت عليه المادة 134 من ق.إ.م.وإ[2].

الفرع الثاني_إيداع تقرير الخبرة الطبية:

بانتهاء الخبير من إنجاز الخبرة المطلوبة منه يتعين عليه إيداع تقريره بأمانة الضبط، وفي هذه الحالة يحق له إرفاق تقرير الخبرة بمذكرة فيها قيمة أتعابه، أو يقدمها إلى أمانة الضبط في وقت لاحق لإيداع تقرير الخبرة.

يعود الخبير لرئيس الجهة القضائية بعد إيداعه لمذكرة أتعابه ليقوم بتحديد أتعاب الخبير النهائية طبقا لأحكام المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كون أن هذه الأخيرة هي من سلطة القاضي، مراعيا في ذلك المساعي المبذولة وإحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز، ومتى إنتهى الخبير من إنجاز الخبرة واٍعداد تقريره المكتوب بشأنها، ثمّ قام بإيداع التقرير بالمحكمة فإن تقرير الخبرة يصبح أحد أوراق

(1)_ محمد خريط، المرجع السابق، ص125.

(2)_ راجع المادة 134 من قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

الدعوى، ويحتفظ بأصله في المحكمة، ولا يجوز لغير الخصوم أو محاميهم الإطلاع عليه أو سحب نسخة منه[1].

يقوم الخصم الذي يهمه الأمر باستخراج تقرير الخبرة بعد القيام بدفع مصاريف الخبرة بصندوق المحكمة ، ثمّ تأتي مرحلة جديدة لمواصلة السير في إجراءات الدعوى الأصلية، حيث يتعين على الخصم الذي يهمه أمر الفصل في موضوع الدعوى أن يقوم بمباشرة إجراءات إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الذي قضى بتعيين الخبير، ويتم مباشرة إجراءات إعادة السير في الدعوى عن طريق عريضة رجوع الدعوى بعد الخبرة وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى المنصوص عليها في المادة 14 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

(1)_ مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، بدون طبعة، مطبعة دحلب، الجزائر، 1992، ص149.

(2)_ راجع المادة 14 من قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

المبحث الثاني

مدى تقيد القاضي بنتائج الخبرة الطبية

لم يتطرق المشرع إلى تحديد حجية الطرق العلمية مما يدفع بنا إلى التساؤل حول قيمتها القانونية ومدى حجتها في هذا المجال **(المطلب الأول)**، وفي الأخير يظهر آثار إيداع تقرير الخبرة الطبية أو العلمية على الحكم **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

حجية تقرير الخبرة الطبية

متى قدّم الخبير تقريره إلى المحكمة متضمنا الملاحظات العلمية أو الفنية، والإجابة على الأسئلة الفنية المحددة من طرف قاضي الموضوع، والنتيجة التي توصل إليها حسب ما طلب منه في الحكم القاضي بتعيينه، فإن هذا التقرير يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع، ويمكن أن يكون دليلا من أدلة الإثبات في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة

138 من ق.إ.م.وإ[1]، وبهذا سوف نتناول في **(الفرع الأول)** مناقشة تقرير الخبرة أما في **(الفرع الثاني)** مدى سلطة القاضي بالأخذ برأي الخبير.

الفرع الأول_ مناقشة تقرير الخبرة الطبية:

يعتبر تقرير الخبرة دليلا من أدلة الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق، بذلك فقد أوجب القانون على الخبير أن يضمّن تقريره نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي إستند إليها بإيجاز ودقة، والحكمة من ذلك تمكين الخصوم ثمّ المحكمة من مناقشة النتيجة التي إنتهى إليها الخبير والأسانيد التي إستند إليها.

يجوز للخصوم إبداء أقوالهم وملاحظاتهم على أعمال الخبير والنتيجة التي إنتهى إليها، ويتعين على المحكمة أن تمكنهم من ذلك وتفسح لهم المجال لتقديم ملاحظاتهم على تقرير الخبير وتمكنهم من إستعمال حقهم في مناقشته، وأن الإخلال بهذا الحق يعد إخلالا بحق الدفاع، ومن شأنه أن يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الدعوى، فتقرير الخبرة يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع وموضوعا لطعونهم[2].

(1)_ تنص المادة 138 من ق.إ.م.وإ:« ***يسجل الخبير في تقريره على الخصوص:***

1-أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم،

2-عرض تحليلي عما قام به وعاينه في حدود المهمة المسندة إليه،

3-نتائج الخبرة ».

(2)_ محمد حزيط، المرجع السابق، ص160.

يمكن للخصوم كذلك أن يطلبوا إستدعاء الخبير لمناقشته أمام المحكمة في نتيجة تقريره، كما يجوز للمحكمة إستدعاءه للمناقشة من تلقاء نفسها[1]، وهذا طبقا للمادة 141 من ق.إ.م.وإ[2].

يعني إذا ظهر للمحكمة أن التقرير ناقص أو غير واضح، فلها أن تدعو الخبير لتستوضحه فيما غمض من تقريره، أو فيما كان ناقصا، كما يجوز لها أن تلجأ إلى خبرة إضافية لتوضح نفس النقاط التقنية التي إقتضتها المهّمة الأولى[3].

تعد مسألة مناقشة الخبير سواء من القاضي أو الخصوم هي مسألة نزاهة حيوية ينبغي التوسع فيها كلما أمكن ذلك، خصوصا في الواقع التي تتحكم في إثباتها جوانب علمية وفنية القابلة للتطور بشكل دائم، مما يفرض على القاضي الحاجة إلى التعرف على خلفياتها حتى يدفع عنه شبهة الإعتقاد بتهميش دور الخبير بعدم مناقشته وإنفراده برأيه في بناء قناعته بمعزل عن رأي الخبير، الذي يفترض بأن تقاريره العلمية والفنية يعول عليها القاضي في تعزيز قناعاته لبناء عقيدة حكمه بإعتبار أن المناقشة ستتوفر على:

1) الإلمام بخلفيات علمية وفنية لم يتطرق إلها الخبير بحكم حدود التكليف، وبالمناقشة ستضاف إجابات عن إستفسارات تعزز من قناعة القاضي في بناء عقيدة حكمه.

2) تقييم تقرير الخبير والتعرف على مدى تمكنه من الإحاطة بمجمل الخبرة التي نُدب لأجلها أو عجزه في ذلك، وبهذه الطريقة سيضيف جانبا إيجابيا يدعم ماهو مقرر من أن

---

(1)_ محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص419.

(2)_ تنص المادة 141من الأمر 08-09 على:« ***إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر بإستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية*** ».

(3)_ نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، المنهج للطباعة، الإسكندرية، 2005، ص357.

تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه هو ما يستقل به قاضي الموضوع[1].

الفرع الثاني_ مدى سلطة القاضي بالأخذ برأي الخبير:

يعد القاضي الخبير الأعلى في الدعوى، فله أن يقرر مبدئيا إذا كان الأمر يستلزم تعيين خبير، وتبقى السلطة بيده في أن يأخذ برأي الخبير أم لا، أو يعين خبيرا آخر أو أن يأخذ برأي خبير دون آخر[2]، فرأي الخبير هو رأي إستشاري لا يلزم المحكمة ولا يقيد قضائها، على إعتبار أن القاضي هو صاحب القول الفاصل في الدعوى، فتقرير الخبرة دليل من أدلة الإثبات، إلا أنه ليس بالدليل القاطع أو الحاسم ويخضع لسلطة المحكمة، والتي لا تتقيد بالرأي الذي إنتهى إليه الخبير في تقريره، فلها أن تأخذ به أو بجزء منه كما لها أن تستبعده وتأخذ بما يخالف ما إنتهى إليه، فالقاضي يجري كل ذلك من أجل التطبيق السليم للقانون وسلامة الإستدلال فيما ينتهي إليه من نتائج[3].

تجسيدا لنص المادة 144 من ق.إ.م.وإ والتي تنص:« ***يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.***

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب إستبعاد نتائج الخبرة».

(1)_ نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ص357-358.

(2)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص119.

(3)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص120.

فتأسيس الحكم على نتائج الخبرة جعله القانون إختياريا للقاضي تدعيما للمبدأ الذي ذكرناه سابقا، غير أن الإستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 144 أعلاه تقيد القاضي بضرورة تسبيب إستبعاد النتائج[1].

وقد سار قضاة المحكمة العليا في هذا الإتجاه في عدة قرارات، منها ما جاء في أحدها كمايلي: "**إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين وجب الإستعانة بخبرة فاصلة وعدم الإقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل والإنصاف.**

ولما ثبت من القرار المطعون فيه أن جهة الإستئناف إعتمدت الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها دون تعديل كاف، فإنها تكون قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات والقصور في التسبيب مما يعرض القرار للنقض"[2].

وعن الوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات، وخاصة المتعلقة بخبرة الخبراء، فإن الطاعن طلب إجراء خبرة أخرى فاصلة بين الخبرتين المتناقضتين، غير أن قضاة الموضوع رفضوا ذلك بحجة أن الخبرة الثانية قد تم إنجازها على الوجه المطلوب[3].

فجاء تأسيس قضاة المحكمة العليا كمايلي:

حيث يستخلص فعلا من وقائع القضية والقرار المنتقد أن الطاعن وأمام تناقض الخبرتين طلب إجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين المتناقضتين كما هو موضح، وعوض أن تراعي جهة الإستئناف هذا التناقض الجلي الذي لا تتضح معه الحقيقة ويظل معه الغموض يكتنف القضية ويتعذر الفصل فيها وتعمل على إزالته بإجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين

(1)_ المرجع نفسه، ص120.

(2)_ نقلا عن باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص120.

(3)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص121.

تماشيا ومتطلبات تحقيق العدل والإنصاف في فض النزاع بين الطرفين، وتحقيقا للغرض الذي يرمي إليه المشرع من وراء الإستعانة بخبرة الخبراء وعدم الإقتصار على خبرة أو خبرتين، بل إجراء خبرات إن إستلزمت القضية ذلك حتى تتضح الحقيقة، كما هو الشأن بالنسبة لقضية الحال[1].

عوضا عن كل ذلك رأسا الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها ودون تعديل كاف، مما يجعلها قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات وشابت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب وعرضته للنقض[2].

وتبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي الـــــــ(ADN)، أو تحليل الدم الـــــــ(ABO)، أو غيرها من التحاليل مسائل علمية بحتة ودقيقة بالكيفية التي يصعب على القاضي إستبعادها، طالما أنه يصعب عليه تسبيب ذلك، ولهذا نجد غالبية الأحكام تعتمد الخبرات وتصادق عليها بقطع النظر عن دقتها وصحتها من عدمها[3]

المطلب الثاني

آثار إيداع تقرير الخبرة الطبية على الحكم

إنطلاقا من المادة 144 ق.إ.م.إ.ج[4]، والمادة 02/40 من ق.أ.ج[5] يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص

(1)_ نقلا عن بادس ذيابي، المرجع نفسه، ص121.

(2)_ المرجع نفسه، ص121.

(3)_ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص121.

(4)_ تنص المادة 144 ق.إ.م.وإ:« ***يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة. القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب إستبعاد نتائج الخبرة*** ».

(5)_ تنص المادة 02/40 ق.أج :« ***... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب*** ».

الطبي، وإعتمادها كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أو ردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الإسترشاد مطلق بالخبرة، غير أنه ينبغي له حين ذاك إستبعاده للخبرة كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا، لعيب شكلي، أو لإنحيازها 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 الإستناد إليهم أو الإستغناء عنهم[1].

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 ملائمة خبرة مضادة، ما دام تقدير الأدلة موكلا لقضاة الموضوع[2]، فإنه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعدد المختبرات، فإن الأمر في هذه الحالة هو أول 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[3].

(1)_ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص35.

(2)_ محمد توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص83.

(3)_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص399-400.

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 العملية ومحتواها قد تشكل عقبة في الأخذ بها أو تركه، لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالا ودون تحميل ومناقشة لعناصره وإذا فعل فإنه يمكننا القول القاضي يكون قد تنازل عن صلاحياته إلى الخبير الذي يكون هو نفسه من عينه[1].

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 فإنه 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.

(1)_ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص35.

خاتمـــــــــــــــة

من خلال دراسة موضوع إثبات النسب في القانون الجزائري، يتضح جليا ما للموضوع من أهمية بالغة تتمحور أساسا في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الأفراد والمجتمع ككل، وبناء عليه يمكن إستخلاص بعض النتائج والتوصيات فيما يلي:

-أقرت الشريعة الإسلامية الطرق الشرعية لإثبات النسب من إقرار وبينة، ونّوهت على أن يكون ذلك في إطار العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج، فأباحت بذلك الزواج وحثّت عليه، وحرمت الزنا ووضعت الحدود لها، ونهت الآباء أن يدعوا أبناء غير أبنائهم وينسبونهم إليهم، كما نهت الشريعة الإسلامية عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، وحرمت على النساء أن ينسبن لأزواجهن من ليس منهم، ونهت الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم.

-يثبت نسب الولد إلى أبيه بإحدى الطرق الثلاثة التي أجمع عليها الفقهاء: الزواج الصحيح وما يلحق به من زواج فاسد أونكاح شبهة (والتي تعد بمثابة أسباب منشئة للنسب)، أو بالإقرار، أو البينة (والتي تعد كاشفة للنسب بعد ما كان ناشئا).

-النكاح الفاسد والنكاح بشبهة كالزواج الصحيح في ثبوت النسب، ويترتب عليهما إلحاق النسب إحتياطا لإحياء الولد.

-سار المشرع الجزائري على رأي الشريعة الإسلامية بحيث وضع أطر ينبغي الحديث فيها في مجال إثبات النسب وهو الزواج الصحيح، ونكاح الشبهة وكلها علاقات شرعية.

-ظهرت طرق علمية حديثة بعد التطورات العلمية في مجال الطب وعلوم البيولوجيا والوراثة، مبنية على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجية للإنسان من أجل البحث والتأكد من الأب الطبيعي، مهما كان أساس ذلك سواء كان إطارا شرعيا أم غير ذلك.

-تلعب البصمة الوراثية دورا مهما وفعالا في مجال النسب، فيمكن بذلك الإستعانة بها في حالة تعارض الأدلة أو إنعدامها، فهي تختلف من شخص إلى آخر ولا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشبهان بها، ماعدى التوأم المتطابق.

-البصمة الوراثية رغم دقتها وقطعيتها، إلى أنها تأتي في مرتبة متأخرة بعد الطرق الشرعية المتفق عليها.

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:

-وكتوصية أقترح إعادة صياغة المادة 40 ق.أ.ج عموما وحذف الفقرة الثانية منها خصوصا، وبذلك إدراج مواد جديدة تتضمن إثبات النسب بالطرق العلمية، أي جعل حالة اللجوء للطرق العلمية في نص أو نصوص منفردة عن الطرق التقليدية .

-تجديد هذه الطرق العلمية التي يجوز اللجوء إليها خاصة أن علماء الطب والبيولوجيا قد حددوا مجموعة من الطرق منها ماهي قطعية وأخرى ظنية، بالتالي يجب على المشرع أن يحدد هذه الطرق وذلك بالنص عليها صراحة.

-جعل عبارة الجواز بصيغة عامة ليست من حق القاضي فقط، فهناك عدة حالات تدعي إلزامية اللجوء للطرق العلمية إلاّ أن هذا الحق يتوقف على إجازة القاضي دون غيره كحالة ضياع حق الأطفال في معرفة نسبهم الحقيقي.

_إدراج شروط وضوابط جديدة خاصة بالخبرة الطبية، وإخراجها من إطار القواعد العامة التي يحكمها قانون إجراءات المدنية والإدارية، بحيث يستدعي الأمر جعل الخبرة

في مجال إثبات النسب يحكمها قانون الأسرة فيدرج ضمنه مجموعة من النصوص تتضمن شروط وضوابط خاصة بمن له السلطة في اللجوء للخبرة الطبية، ومن يقوم بهذه الخبرة، ومتى يحق له اللجوء إليها.

-ضروري أن يتدخل المشرع الجزائري بشكل صريح وواضح كي يضع الإطار القانوني للطرق العلمية، ويوضح القطعية منها والظنية، وهل هي طرق للإثبات دون النفي خاصة أن المشرع في نص المادة 02/40 وضع عبارة "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية **لإثبات** النسب"، بالتالي لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية **لنفي** النسب؟

إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك إذ أن حسب ما قسمه علماء الطب والبيولوجيا يوضح لنا جليا أن هناك مجموعة من الطرق منها فحص فصائل الدم قد يكون دليلا قويا لنفي النسب.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا-المصادر:

1-القرآن الكريم برواية ورشٍ لقراءة نافع، من طريق الشاطبيّة، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، القاهرة، 2012.

2-الحديث وعلومه:

1-أبو الحسين مسمم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط1 ، السعودية، 2006.

2-أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن، دار التأصيل، ط2 ، مصر، 2012.

3-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وسننه وأيامه، دار طوق النجاة، ط1 ، لبنان، 2010.

3-المعاجم:

1-إبن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب ، المجلد الأول، دار النوادر، الكويت، 2010.

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

3-المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار التحرير للنشر، مصر، 1989.

4-المعجم الوسيط، معجم المغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.

5-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت، دون سنة النشر.

ثانيا-المراجع:

1-أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

3-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، ج1 ، أحكام الزواج، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

5-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دون طبعة دون سنة نشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

6-حسام الأحمد، البصمة الوراثية :حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

7-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

8-سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقيا الشرعية، دار الكتب المصرية، والتوزيع، السعودية،2007.

9- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، بدون بلد نشر، 2010.

10-عباس العيبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، بدون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2002.

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

12-فليب روجيه، البصمات الوراثية، الطبعة الأولى، عويدات للنشر الطباعية، لبنان، 2003.

13-محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 2001، العدد1، الكويت 1997.

14-محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الجزء الأول، الخطبة والزواج« دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية »، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، باتنة_الجزائر_،1994.

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

16-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج6 ، سوريا، 1985.

ثالثا -الرسائل والمذكرات الجامعية:

1-رسائل الدكتوراه:

1- إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتواره في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر،2009.

2-رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012.

3-زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان، الجزائر،2011.

4-عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000.

2-المذكرات:

1- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2008.

2- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012.

3-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.

4- 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.

6- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون،2012.

رابعا- المقالات:

1-فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، وفق قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، السنة الخامسة، ع08، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010، ص 83.

2-وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، مجلد3 ، مكة المكرمة، من 5 إلى 10 يناير 2001.

3- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء41، العدد 01، السنة 2003.

رابعا –القوانين والمراسيم

1–المرسوم التنفيذي رقم92–276 المؤرخ في 08 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، عدد 52، 1992.

2– أمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـــــ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78.

3– قانون رقم11–84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم للأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية، العدد 15.

4– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـــــ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21 .

خامسا– قرارات المحكمة العليا

1–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222 674 مؤرخ في 1999/06/15، المجلة القضائية، العدد 01، 1999.

2–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار صادر بتاريخ 2004/02/26، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمـــــــــــــــــــــــــــــــــــة.....06

الفصـــــــــــــل الأول: الطرق العلمية الكاشفة للنسب..... 13

المبحث الأول: الطرق العلمية القطعية.....14

المطلب الأول: نظام البصمة الوراثية الـــــ(ADN).....14

الفـــــــــــــرع الأول: تعريف البصمة الوراثية الـــــ(ADN).....15

أولا: المدلول

اللغوي.....15

البصمة.....15

الوراثة.....15

ثانيا: المدلول الإصطلاحي.....16

ثالثا: التعريف العلمي للحمض النووي الـــــــ(ADN).....17

الفـــــــــــــرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية.....18

الفـــــــــــــرع الثالث: شروط العمل بالبصمة الوراثية.....19

أولا: الشروط المهنية لقبول الخبرة.....20

ثانيا: الشروط الموضوعية لقبول الخبرة.....20

الفـــــــرع الرابع: حجية البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب.....21

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب.....22

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب.....24

المطلب الثاني: نظام المناعة الـــــــ(HLA).....27

الفـــــــــرع الأول: تعريف نظام المناعة الـــــــ(HLA).....27

الفـــــرع الثاني: حجية نظام المناعة الـــــــ(HLA) في إثبات النسب.....28

المبحث الثاني: الطرق العلمية الظنيّة وحجيّتها في إثبات النسب.....30

المطلب الأول: الطرق العلمية الظنية.....30

الفـــــــــرع الأول: نظام فحص الدم الـــــــــ(ABO).....31

الفـــــــــرع الثاني: نظام الـــــــ(MNS).....35

الفـــــــــرع الثالث: نظام البروتينات.....36

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية الظنية في إثبات النسب.....37

الفصل الثاني: تنفيذ الخبرة العلمية في محال إثبات النسب.....41

المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة الطبية لإثبات النسب.....42

المطلب الأول: الإجراءات القانونية لسير الخبرة الطبية.....42

الفـــــــــرع الأول: الأمر بتعيين خبير طبي.....43

الفـــــــــرع الثاني: إستبدال أو رد الخبير.....44

الفـــــــــرع الثالث: تحديد أتعاب الخبير.....45

المطلب الثاني: مباشرة الخبير الطبي لمهامه.....47

الفـــــــــرع الأول: الشروع في تنفيذ الخبرة الطبية.....47

الفـــــــــرع الثاني: إيداع تقرير الخبرة الطبية.....48

المبحث الثاني: مدى تقيد القاضي بنتائج الخبرة الطبية.....50

المطلب الأول: حجية تقرير الخبرة الطبية.....50

الفـــــــــرع الأول: مناقشة تقرير الخبرة الطبية.....51

الفـــــــــرع الثاني: مدى سلطة القاضي بالأخذ برأي الخبير.....52

المطلب الثاني: آثار إيداع تقرير الخبرة الطبية على الحكم.....55

خـــاتمة.....59

قائمة المصادر والمراجع.....63

الفهـــرس.....69