الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمن ميرة _ بجاية _

كلية الحقوق والعلوم السياسية

إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذة:**

والعالج أمباركة مقنانة مبروكة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....رئيسا

الأستاذ مقنانة مبروكة.....مشرفة ومقررة

الأستاذ.....ممتحنا

السنة الجامعية

2012 _ 2013

إهداء

اهدي هذا العمل المتواضع إلى من جعلت الجنة تحت أقدامها

منبع الحب والحنان والتي أحاطتني برعايتها دائما أمي العزيزة

إلى من عمل وتعب وسقاني من عرق جبينه رمز العطاء أبي العزيز

إلى جدي وجدتي رحمهما الله سائلة المولي عز وجل أن يغفر

لهما ويجعل مأواهما الفردوس الأعلى

إلى إخوتي وأخواتي أحباء قلبي

اهدي عملي هذا داعية من الله

عز وجل أن يتقبله مني .

مقدمة :

لقد اهتم الدين الإسلامي بالأنساب اهتماما بالغا وجعل حفظ العرض مقصد من مقاصده الشرعية الضرورية، لان حفظ الأنساب من الضياع والاختلاط أساس الحياة الإنسانية وحرمتها ، كي يكون المجتمع طاهرا نقيا، لان ضياع الأنساب فيه إهدار لقيمة حياة الفرد و انحطاط أخلاقه كما يحدث كما يحدث في بعض الدول الغربية التي لا تحكمها لا عقيدة ولا دين.

النسب هو القرابة و الالتحاق كأن ينسب الولد إلى أبيه، كما انه رابطة تربط الإنسان بغيره من جهة الدم لقوله تعالى: " و**هَوَ الذي خَلَق من المَاء بَشَراً فَجَعَلَه نسبًا وصهرًا وكاَنَ رَبكَ قَديرًا**"[1]

حيث جعلت الأسرة هي الوعاء الذي تنمو فيه هذه الرابطة الدموية، خاصة تلك التي تجمع بين الأب وابنه الذي يتبعه في الدين والقانون وتنشأ بينهما الحقوق والواجبات، هذا هو النسب الشرعي الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية والذي جعلت فيه حق للولد كي ينعم بحياة كريمة وإنسانية يحض فيها بتربية ورعاية كاملة تحميه من التشرد والضياع، والتفريط في ذلك تجعله مجهول النسب وسط مجتمع لا يملك القابلية للاعتراف بهذه الفئة، ولا يعترف بمولود كانسان تمنحه حقوقه وهويته.

وتجدر الإشارة إلى أن إثبات النسب للطفل ليس حقا له وحده ، لكن فيه أيضا حق للأب في صيانة ولده من الضياع وله حق الإنفاق والولاية عليه، كما أن للام حق في ذلك أن تصون نفسها من الذل والعار وتدفع عنها تهمة الزنا و يثبت لها حق الإرث من ولدها، كما أن في ثبوت النسب حق لله تعالى وهو ما يتحقق به مصلحة المجتمع ونسب إلى الله سبحانه لعظم شأنه وعمومية نفعه.

لذلك الشريعة الإسلامية نهت الآباء من إنكار أولادهم، وحثتهم على إنسا بهم إليهم، هذا ما أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم: "**أَ يمَا رَجل جَحَدَ وَلَدَه وَهو يَنْظر إليه احْتَجَبَ الله منْه يَوْمَ القيامَة**

[1] _ سورة الفرقان، الآية 54.

وَفَضَحَه علَى رؤوس الخَلائقْ". لان ذلك يعرض الأم والولد للذل والعار، وقوله تعالى :" **ادعوهم لا بائهم هو اقسط عند الله**"[1] ، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام في الأبناء الذين ينتسبون إلى غير أبائهم " **من ادعي إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام**"، و قوله جل وعلا:" **و لا تطع كل حلاف مهين هماز مشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم**" [2] ، و الزنيم هو الدعي إلى غيره أي ينسب إلى غيره، ويلتصق في قوم ليس منهم ولا يعرف من أبوه[3].

وعليه فالإسلام أبطل ما يعمل به في الجاهلية، من إلحاق الأولاد عن طريق العهر والزنا، لقوله صلى الله عليه وسلم :" **الوَلَد للفرَاْش وللعاَهرْ الحَجْرْ**"، كما حرم نظام التبني الذي يتنافي مع الواقع وجعل النسب واقعة حقيقية ممتدة من الآباء إلى الأبناء صونا للأنساب، كي تقوم رابطة البنوة على أساس صحيح.

ولهذا السبب يبقي الأساس في النسب هو إثباته هذا ما سارت عليه التشريعات العربية عامة والتشريع الجزائري خاصة، بحيث أولي اهتمام كبير لقضية النسب، وضرورة ثبوت نسب الأولاد إلى ذويهم معتمدا في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية ونضمه في المواد 40 إلى45 مكرر من ق ا ج.

وجاء في مضمون المادة 40 ق ا ج بطرق إثبات النسب المتمثلة في الزواج الصحيح، النكاح الفاسد، الوطء بشبهة، الإقرار والبينة، إلا أن هذه المادة عدلت في 2005 بموجب الأمر 02/05 أين غير المشرع من صياغتها مستبدلا حرف (و) الذي يفهم منه انه لابد من توفر كل الأدلة الشرعية السابقة حتى يثبت النسب، بحرف (أو) الذي يفيد التخيير وبالتالي أزال الغموض عن المادة، كما استحدث الفقرة

---

[1] _سورة الأحزاب، الآية 05

[2] _ سورة القلم، الآية 10_13

[3] _ أبي يحي محمد بن صمادح التجيبي، **مختصر تفسير الطبري ومعجم مواضيع القران الكريم**، ط1، دار الخير للقران الكريم، لبنان، 2002، ص.564.

الثانية من هذه المادة أين كرس وأباح اللجؤ الى الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب، وهي قفزة نوعية تبناها المشرع الجزائري تبين استجابته للاكتشافات التي توصل إليها العلم الحديث في المجال البيولوجي والوسائل العلمية التي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة، واثبات العلاقة الحتمية التي تربط بين الولد وأبيه.

إلا أن المشرع صاغ المادة بصفة عامة، ولم يحدد أنواع هذه الطرق هذا ما يفتح مجال الاجتهاد للقاضي وسط المستجدات العلمية كالبصمة الوراثية ونظام تحليل فصائل الدم التي يعتمد عليها للكشف عن النسب ،إلى جانب عملية التلقيح الاصطناعي باعتباره طريق علمي منشئ للنسب، هذا ما يقودنا إلى طرح الإشكالات التالية:

ما هي الطرق الشرعية والعلمية المحددة لإثبات النسب في القانون الجزائري؟

وما المقصود بالتلقيح الاصطناعي؟

وما مدي حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب؟

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأينا إلى تقسيم بحثنا هذا إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول الطرق التقليدية لإثبات النسب، في حين خصصنا الفصل الثاني للطرق الحديثة.

الفصل الأول

إثبات النسب بالطرق التقليدية

الحياة نشوء وانتماء، نشؤ بواقعة الولادة وانتماء بثبوت النسب الذي يعتبر من أهم الحقوق الثابتة للأولاد، لذلك اهتم به الإسلام وحرص على إثباته عن طريق العلاقة الشرعية والمقدسة التي تجمع الرجل بزوجته بعيدا عن العلاقات الحرة غير الشرعية التي تؤدي إلى اختلاط الانساب ، هذا ما نظمه المشرع الجزائري في نص المادة **1/40** من قانون الأسرة حيث نصت على الطرق التقليدية لإثبات النسب، والتي ستكون موضوع دراستنا في هذا الفصل حيث تنقسم إلى طرق منشئة والمتمثلة في كل من الزواج الصحيح بما فيه من النكاح الفاسد والوطء بالشبهة والتي سنتناولها في المبحث الأول إلى جانب الطرق الكاشفة وهي الإقرار و البينة والتي ندرسها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الطرق االمنشئة لإثبات النسب

للنسب أسباب ينشئ عنها ويثبت وجوده بها، وهذه الأسباب تختلف بين للرجل والمرأة، ولان نسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات الشرعية والغير الشرعية لأنها معروفة بواقعة الولادة والتي لا يمكن إنكارها، إلا أن نسبه من أبيه يكون عن طريق الرابطة القائمة على الوجه الشرعي والتي يكون مسعاها أهداف أخلاقية، منها التناسل والحفاظ على الأنساب وعليه فالرجل يثبت النسب منه في حالة الزواج الصحيح والنكاح الفاسد والوطء بالشبهة، فالرجل الذي تجمعه بالمرأة العلاقة الزوجية الصحيحة يحق له الاستمتاع بها وعلى هذا فلا مجال لإنكار نسب الولد الذي تأتي به، هذا ما سنحاول توضيحه

من خلال تخصيص (المطلب الأول) للزواج الصحيح ونتطرق في (المطلب الثاني) للنكاح الفاسد، وأخيرا (المطلب الثالث) نتعرض فيه للوطء بالشبهة.

المطلب الأول

ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يعتبر الفراش أقوى وأولى الأدلة الشرعية لإثبات نسب الولد لصاحب الفراش باعتباره زوج وماعدا ذلك من علاقة فهي محرمة يقع صاحبها تحت طائلة العقاب الحدي للزاني، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر** "، فالزوج له حق الاستمتاع بزوجته دون غيرها [1]، ولان الفراش الصحيح هو العلاقة القائمة بين الزوجين بذلك تكون المرأة معدة للولادة من هذا الرجل، ولا يكون ذلك عادة إلا بالزواج الصحيح، وما يلحقه به الشرع استثناءا من زواج فاسد والاتصال عن طريق الشبهة في مجال النسب.

الفرع الأول

شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح

اتفق الفقهاء على أن العقد في الزواج الصحيح هو السبب في ثبوت نسب الولد وهو الفراش الصحيح إذا توفرت فيه الشروط المقررة في فقه الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في ما يلي:

أولا: الزوجية القائمة على أساس عقد الزواج الصحيح

عقد الزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة، عملا بالمواد من(**7** الى**31** من ق اج) ومتى كان الزواج صحيحا كامل الشروط والأركان أصبح صالحا لإثبات النسب[1] .

وعلى هذا الأساس فان القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي، ناتج عن علاقة ما قبل الزواج الصحيح، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الذي ينص على انه: من المقرر شرعا انه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد[2].ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا لأنه ثمرة لعلاقة غير شرعية[3].

وعليه فان الولد ينسب إلى والده متى كان الزواج صحيحا استوفى كل الأركان والشروط الواجبة حتى تترتب عليه الآثار القانونية والشرعية التي وردت في نص المادتين **9** و**9** مكرر من الأمر **02/05 المتضمن قانون الأسرة**[4].

هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/10/08 ،ملف رقم 34137 بقولها: من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا ومن ثمة فلا

---

[1] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة_الخطبة_الزواج_الطلاق_الميراث_الوصية)**،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999 ،ص.191

[2] _ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 84/11/19، ملف رقم 34046 المجلة القضائية 1990، عدد1، ص.67.

[3] _ عبد الله يوسف، **موسوعة الأحوال الشخصية**، ج 2 ، الإسكندرية، ص.777.

[4] _ سلاف بومجان، **إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة**، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة السادسة عشر، 2008، ص.07.

تعتبر العلاقة الغير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فان القضاء بغير ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

وما يفهم من ذلك أن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد، هذا ما نصت عليه المادة **40** ق اج بان النسب يثبت بالزواج، كما نص في المادة **41** على الشروط الواجب توفرها لثبوت النسب بالزواج الصحيح لأنه ومتى توفرت هذه الشروط لابد من إلحاق الولد الذي يكون ثمرة الزواج الصحيح بذويهم، وهذه الأحكام مستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية واستقرار الأنساب وحمايتها من الضياع والاختلاط[2].

ثانيا: أن يثبت التلاقي بين الزوجين

إن العقد وحده لا يكفي لإثبات النسب ، بل يجب أن يثبت دخول الزوج على زوجته بدون ذلك لا يمكن إثبات النسب هذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة **41** من ق ا ج، انه لابد من تحقق الدخول والاتصال الجنسي بين الزوجين كي يثبت النسب[3] ، لأنه من غير الممكن تصور وجود حمل ينسب لزوج لم يتصل جنسيا بزوجته، هذا ما اختلف فيه الفقهاء حيث أن الحنفية يرون أن نسب الولد يثبت بمجرد العقد الصحيح ولو لم تكن هناك معاشرة وتلاقي الزوجين، فالبنسبة للحنفية الإمكان العقلي

[1] _ الاجتهاد القضائي غ ا ش ، م ق ، عدد4، 1989، ص.79.

[2] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.07.

[3] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.192

يكفي لإثبات النسب[1] ، لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة كما لو تزوج تونسي بمغربية ولم يلتقيا في الظاهر مدة سنة فلو ولدت ولدا لستة أشهر من تاريخ الزواج ثبت نسب الولد[2].

هذا ما رفضه الأئمة الثلاثة (مالك، الشافعي، واحمد) اشترطوا التلاقي بين الزوجين والوطء والدخول كي يثبت النسب، ولأن ما ذهب إليه أبو حنيفة نادر ولا يمكن العمل به فانه كي يثبت النسب يجب أن يتأكد اللقاء الحسي والفعلي بين الزوجين[3].

والمشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور الذي يتفق مع قواعد الشريعة والمنطق، هذا ما يظهر من استقراء نص المادتين 40 و41 من ق اج[4].

وعليه إذا لم يتمكن الرجل من الدخول على زوجته فلا يلحقه ما جاءت به، كما لو طلق الزوج في مجلس العقد، أو إذا فصلت بينهما مسافة بعيدة ولم يثبت انتقال احدهما للأخر، فلا يلحقه ما تأتي به من ولد لأنه ليس منه حقيقة[5].

ثالثا: ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل

الأصل الشرعي في قوله صلى الله عليه وسلم:" **الولد للفراش.....**" يؤسس عليه الحكم بثبوت النسب أو نفيه، ذلك أن تأتي المرأة بالولد خلال مدة معينة من الزواج لكي يصح إثبات نسبه لصاحب

---

[1] _ محمد كمال إمام، **الطلاق عند المسلمين(دراسة فقهية قانونية)**، د ط ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1997، ص.165.

[2] _ عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**،ط 1،(د.ب.ن)،(د.س.ن)، ص.351_352.

[3] _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج 7، دمشق،1985، ص.682.

[4] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،المرجع السابق، ص.192.

[5] _ محمد إبراهيم الحفناوي، **الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق**، ط 2، مكتبة الإيمان بالمنصورة، جامعة الأزهر، (د.س.ن)،ص.453.

الفراش[1]، ولان الحمل له مدة محددة لها حد أدنى من غير الممكن أن يتشكل الجنين ويولد حيا اقل منها وله حد معتاد وغالب جرت عادة النساء بالولادة فيه، كما أن له حد أقصى لا يمكن أن يمكث الجنين في بطن أمه أكثر منه[2]، وعلى ذلك اجمع الفقهاء على أن:

أ_ أقل مدة الحمل: ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبو حنيفة، ودليل إجماع الفقهاء على هذه المدة هو العمل بالآيتين من القران الكريم في قوله تعالى:"**حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا**"، وقوله سبحانه:" **حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين** ".

بحيث حددت الآية الأولى مدة الحمل وفصاله معا بثلاثين شهرا.

ودلت الثانية على الفصال وحده بعامين، وبإسقاط مدة العامين من الثلاثون شهرا تكون مدة الحمل ستة أشهر[3].

وقد أيد هذا الاستنباط ما روى عن رجل ولدت زوجته لستة أشهر من وقت الزواج، فرفع الأمر إل عثمان رضي الله عنه فهم برجمها، فقال ابن عباس أما أنها خاصمتكم إلى كتاب الله لخاصمتكم وذكر هاتين الآيتين فأخذ عثمان بقوله ودرأ عنها الحد[4] .

---

[1] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، **إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، 2000، ص.32.

[2] _ عبد الله يوسف، المرجع السابق، ص.769.

[3] _ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.696.

[4] _ محمد الحفناوي، المرجع السابق، ص.192_193.

وهذه المدة اخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة **42** ق اج بان أقل مدة الحمل ستة أشهر كما جاء قرار المحكمة العليا:

من المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل هي 6 أشهر وان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاءا انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل 8 أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع اخطؤا عندما اعتمدوا على الخبرة فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب للام، اخطؤا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين **41 و42** من ق اج مما يستوجب نقض القرار[1] .

وقد حدث وان وردت بمحكه الجلفة في أن امرأة كانت متزوجة عرفيا ثم طلقت عرفيا، وأعادت الزواج ثانية في مكان أخر دون علم زوجها الثاني بزواجها الأول وطلاقها، وقد أنجبت هذه المرأة ولد بعد ستة أشهر من زواجها الثاني ولم ينكر الزوج الثاني نسب الولد، لأنه ولد في الفترة القانونية وان زواجه بهذه المرأة ثبته وسجل لدى مصالح الحالة المدنية، لكن حدث وان نازع الزوج الأول في نسب الولد بأنه ابنه وانه لم يطلق هذه الزوجة، لكن الحكم كان بتثبيت النسب للزوج الثاني، لان القانون يعتد بالفترة القانونية للحمل والزواج الرسمي.

ولان ثبوت الأنساب من أعظم المصالح والحقوق للأولاد، فإذا أتت به المرأة لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج لتحقق حصول الحمل قبل الزواج.

[1] _ المحكمة العليا، غ ا ش، 1997/10/28، م ق، العدد الخاص2001، ص.70.

اقر الطب ما ذهب إليه المشرع في أقصى مدة الحمل على أن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا[1] .

ب_ أقصى مدة الحمل: لا دليل على أقصى مدة الحمل في الكتاب والسنة، لذلك اختلف الفقهاء اختلافا كثيرا ولهم أقوال كثيرة في ذلك.

بالنسبة للحنفية يقولون أن أكثر مدة الحمل سنتان، استندوا في ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها:"لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين"[2].

وعند الشافعي أربع سنوات، وعند الفقه مالك خمس سنوات وقيل أربع سنوات، وقال محمد بن الحكم أنها سنة قمرية، وذهب ابن حزم إلى أنها تسعة أشهر، أما عند الليث ثلاث سنوات، وعند الزهري روايتان ستة سنوات وسبعة سنوات، وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمان وبعض أصحاب مالك ست سنوات[3] .

وتبقى هذه الآراء اجتهادية، اعتبارا لما شهدوه في زمانهم، والطب هو المرجع الوحيد لتقدير أقصى مدة الحمل، بان الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر,

هذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة **42** ق اج التي تنص على أن أقصى مدة الحمل 10 أشهر.

[1] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.192_193

[2] _ محمد إبراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص.404

[3] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.33_34

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها القاضي بناءا على المواد **43** و **63** ق ا، من المقرر أن الولد يثبت نسبه لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر أيضا انه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق[1] .

رابعا: أن يكون الزوج يتصور منه الإنجاب

يجب أن يكون الزوج بالغا، أو مراهقا على الأقل، فلو كان صغيرا دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشا، لأنها لا يمكن أن تحمل منه، فإذا حملت وهي في زوجية مع هذا الرجل[2]،لا ينسب الولد إليه لان هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه[3] .

خامسا: ألا ينفيه بالطرق المشروعة

اتفق العلماء على جواز إنكار الرجل لنسب الولد الذي ولد على فراشه، ذلك إذا وجد في زوجته ما يدعو لنفي النسب عن نفسه ذلك إذا شك إن حمل زوجته ليس منه، ثم بلغ درجة اليقين أو الظن الغالب في أن هذا الحمل من غيره، أن يلاعن لنفي الولد ويعد هذا من النفي الشرعي للنسب[4]

---

[1] _ المجلة القضائية، غ ا ش، ملف رقم 222674، مؤرخ في 1999/06/15، قضية (ع ب) ضد (م ل)، م ق 1999، العدد 1، ص.126.

[2] _ خالد خلدون احمد العويوي، **دعوى إثبات النسب وتطبيقاتها في المحاكم الفلسطينية**، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا،جامعة الخليل، فلسطين، 2009، ص.44.

[3] _ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 3، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1987، ص.389.

[4] _ حسني محمود عبد الدايم، **البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات** ، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2008، ص.343.

أ_تعريف اللعان

_اللعان لغة: من مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة، أي من اللّعن، ينطبق ذلك لما يحصل بين الزوجين لان احدهما يكذب، وبذلك يطرد من رحمة الله[1] ،قال تعالى:" **ويلعنهم اللاّعنون**"[2] .

قال الرافعي بأن اللعان كلمات معلومة، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه، وألحق العار به لاشتماله على كلمة اللّعن[3] .

2_ اللعان اصطلاحا: اختلف الفقهاء في ذلك،فمنهم من اعتبره شهادات، ومنهم من اعتبره إيمان، بالنسبة للحنفية فان اللعان شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللّعن، مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها.

أما عند المالكية هو: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه[4].

ب_ أدلة مشروعية اللعان:

من الكتاب والسنة والإجماع كما يلي:

---

[1] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.11.

[2] _ سورة البقرة، الآية 159.

[3] _ الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القز ويني الشافعي،**العزيز شرح الوجيز**، ج 8، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 1997، ص.333.

[4] _ سهير سلامة حافظ الأغا، **قوادح النسب في ضوء علم الوراثة**، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص.18_19.

1_ من الكتاب:

قوله تعالى:"**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصديقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرؤوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين**"[1] .

هذه الآيات فيها فرج للأزواج، وتعطي لهم مخرج في حالة ما إذا قذف الزوج زوجته ولا يمكنه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله تعالى، فشهادته تكفي لتقوم مقام البينة المبرئة له من الحد، لان الزوج يقدم على رمي زوجته خوفا من إلحاقه نسب أولاد ليسوا من صلبه فينفيهم باللعان[2] .

2_ من السنة:

عن ابن شهاب أن سعد الساعدى اخبره أن عويمر العجلاني، انه لما جاء الرسول صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال:" يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا كيف يفعل؟ فقال عليه الصلاة والسلام :" **قد انزل الله فيك وفي صاحبتك، فاذهب فات بها**"، فتلاعنا أمام الناس، فلما فرغا، فقال عويمر:" كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين.

[1] _ سورة النور، الآيات 6_9.

[2] _ سهير سلامة حافظ الأغا، المرجع السابق، ص.20.

3_ من الإجماع:

في حالة ما إذا قذف الزوج زوجته بالزنا، ولم يأتي ببينة ، حكم السلف والخلف باللعان بين الزوجين، فكان ذلك إجماعا[1] ،لان الأمة أجمعت على أن الزوج له حق اللعان إذا قذف زوجته بالزنا وذكر الإجماع على هذا ابن المنذر، والإمام النووي، والشوكاني، وابن رشد، واليه ذهب عامة الفقهاء[2] .

ج_ شروط صحة اللعان:

كي ينتج اللعان أثره في نفي النسب عن الملاعن وإلحاقه بأمه، يشترط الفقهاء مايلي:

_ قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين سواء تم الدخول آو لم يتم، وعليه لا يقع اللعان في الزواج الفاسد أو الباطل، ولا يمكن قذف الأجنبية ولا المطلقة بائنا ولو في عدتها.

_ لا بد من توفر البلوغ والعقل في الزوجين، وان لا يكون الزوج سبق وان اقر بهذا الولد سواء كان إقرار صريح أو ضمني، فلا يمكنه بعد ذلك نفيه ولا استدعاء الزوجة للملاعنة.

_ ألا تكون للزوج بينة يثبت بها زنا زوجته وان تنكر الزوجة إنكارا صريحا واضحا للزنا المنسوب إليها، لأنه لو كان عكس ذلك فلا يصح اللجوء إلى إجراءات اللعان ، وفي حالة اللعان أمام القاضي بتوفر شروطه تستلزم الفرقة بين الزوجين وهي فرقة مؤبدة لان الثقة تنعدم بينهما، هذا رأي جمهور الفقهاء، أما الحنفية يقولون أنها فرقة مؤقتة يمكن للزوج أن يعود إلى زوجته بعقد جديد.

---

[1] _ اشرف عبد الرازق ويح، **موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية**، (د ط)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص.130_131.

[2] _ سهير سلامة حافظ الأغا، المرجع السابق، ص.21.

أما المشرع الجزائري لم يذكره كسبب من أسباب الطلاق، أشار إليه ضمنيا في المادة **41** ثم ذكره صراحة في المادة **138** ق اج كسبب مانع من التوارث[1] .

د_ إجراءات اللعان:

يقوم الزوج باتهام زوجته أثناء قيام الزوجية بأن الولد ليس منه، ثم يتلاعن الزوجين أمام القاضي كما يلي: بحيث يقوم الحاكم بطلب للزوج بان يأتي ببينة على ما رماها به، فان أتى ببينة أقيم عليها الحد، أما إذا لم يأتي ببينة يقول له التعن بذلك يكرر أربع مرات أني لمن الصادقين ثم يقول في الخامسة وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين، إذا تم هذا الكلام سقط عنه الحد لها والذي رماها به، فان لم يلتعن حد القذف فإذا التعن على حد ما ذكرنا قيل لها إن التعنت وإلا حددت حد الزنا، فتقول بالله انه لمن الكاذبين أربع مرات وفي الخامسة تقول علي غضب الله إن كان من الصادقين[2] .

أما بالنسبة لمكان ووقت اللعان فانه وكما جاء في نشرة القضاة 54 ملف 172379، وحسب المادة **41** ق ا ج ينسب الولد لأبيه ما لم ينفيه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمحكمة ، وفي اجل لا يتجاوز 8 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه[3].

---

[1] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.347_348.

[2] _ الإمام الجليل، **المحلي**، ج10، دار الطباعة المنيرية ، مصر، ص.143.

[3] _ نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، الجزائر، 2008، ص.55.

الفرع الثاني

ثبوت نسب الولد بعد فرقة الزوجين

تنتهي العلاقة الزوجية إما بالطلاق أو الوفاة، لذلك تختلف أحكام ثبوت نسب الولد الذي تأتي به المرأة خلال هذه الفترة، والفرقة يمكن أن تكون قبل الدخول والخلوة، أو الفرقة بعد الدخول[1] .

أولا: نسب الولد بعد الفرقة قبل الدخول والخلوة

إذا جاءت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة وقبل مضي ستة أشهر من تاريخ الفرقة[2] ، أي آن المدة المنقضية بين الولادة والطلاق اقل من ستة أشهر، ثبت النسب من الزوج، لليقين أنها حملته قبل الفرقة عملا بقوله صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش....."، أما إذا كان ذلك بعد مضي ستة أشهر من الطلاق، فلا يثبت نسبه من الزوج، لأنه لا يمكن ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزوج، ولان الولادة حدثت بعد مضي فترة من الطلاق دون دخول، لهذا يغلب الظن ان الحمل جاء من غير الزوج[3] .

---

[1] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.19.

[2] _ أسامة الحموي، **التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد23، ع2، 2007، ص.525.

[3] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.24.

ثانيا: نسب الولد بعد الفرقة وبعد الدخول

جاء في نص المادة 43 ق اج بان المطلقة أو المتوقي عنها زوجها، يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ومن المعروف أن هناك الطلاق البائن والطلاق الرجعي، غير أن المشرع الجزائري لم يميز بينهما على عكس الفقهاء الذين فرقوا بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا[1] .

ا_ المطلقة رجعيا:

في الطلاق الرجعي يمكن للزوج مجامعة زوجته خلال فترة العدة، ويحق له أن يستمتع بها ولا تحرم عليه بذلك يمكن ان تحمل في هذه الفترة.

1_ في حالة ما إذا أقرت بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لمدة تفوق ستة أشهر من وقت الإقرار فالنسب لا يثبت من مطلقها، أما إذا جاءت لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار فالنسب يثبت على ان الحمل حدث من المطلق[2] ، وإذا ظهر أنها خاطئة في إقرارها بانقضاء العدة وأنها كانت حاملا حين أقرت وان انقضاء عدتها حين وضع حملها، حكمها حكم المطلقة التي لم تقر بانقضاء عدتها[3].

2_ في حالة عدم الإقرار بانقضاء عدتها، الأحناف يقرون بثبوت النسب ولو جاءت به بعد مضي سنتين أو أكثر باعتبار أن الحنفية ذهبوا إلى أن أكثر مدة الحمل سنتان[4].

---

[1] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.193.

[2] _ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص.166.

[3] _ عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت،1990، ص.182.

[4] _ أسامة الحموي، المرجع السابق، ص.525.

ب_ المطلقة بائنا:

إذا أتت المرآة بولد وهي في طلاق بائن لأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه لصاحب الفراش هذا عند الحنفية، أما إذا كانت المدة سنتين أو أكثر لا يثبت النسب للمطلق هذا إذا لم تقر المرأة بانقضاء عدتها، أما إذا أقرت بذلك بعد مدة يمكن معها انتهاء العدة فان الولد الذي يأتي لمدة أكثر من ستة أشهر من حين الإقرار فان نسبه لا يثبت[1] .

المطلب الثاني

ثبوت النسب في الزواج الفاسد

سادت في الجاهلية انكحه فاسدة قبل بعثة النبي عليه الصلاة والسلام، كما ظهرت أيضا في عصرنا هذا ليس عليها أي دليل لا من كتاب الله تعالى، ولا من سنة الرسول صلى الله عليه وسلم[2] ، وعليه ما مصير الولد الذي يكون ثمرة هذا الزواج ؟ وهل حكم هذا الزواج يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب[3] ؟.

[1] _ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص.167.

[2] _ محمود المصري أبو عمار، **الزواج الإسلامي السعيد**، ط1، دار البيان الحديثة، القاهرة،2006، ص.137.

[3] _ اشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.55.

الفرع لأول

تعريف الزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو العقد الذي توفر فيه الإيجاب والقبول، لكنه فقد شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة **9** مكرر من ق اج، كان ينعقد العقد من دون ولي أو بغير شهود، ا وان يشتمل علي مانع من موانع الزواج الشرعية، كالزواج بإحدى المحرمات، أو عدم توفر كمال الأهلية للزوجين، إذا الزواج الفاسد هو الزواج الذي يختل فيه شرط من شروط صحة العقد.

إن يؤدي غياب إحدى هذه الشروط يؤدي إلى فسخ العقد ويكون وفقا للمواد**32،33،34** من ق ا[1]، ومن مراجعة هذه المواد والأحكام الواردة فيها، يتضح بجلاء أن المادة **32** من ق ا ج نصت على فسخ النكاح أي فساده إذا اختل احد شروطه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما نص المادة **33** ق ا ج جاء فيها على انه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول لصداق المثل، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وجاءت المادة **34** ق اج على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده[2].

[1] _ ريمه مخبي، علاء بوتهلولة، **إثبات النسب في ضوء التشريح الجزائري**، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة الخامسة عشرة، 2007، ص.14.

[2] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1996، ص213.

ولقد ورد في نص المادة 40 ق ا ج **على انه يثبت النسب.... بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34، من ق اج**، يتضح لنا أن المادة 34 هي وحدها التي تنص على فسخ عقد الزواج بعد الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب والاستبراء[1] .

إذا ثبت بان الزواج بإحدى المحرمات كان بحسن النية أو ثبت ردة الزوج المسلم منهما وخروجه من الإسلام أي أصبح كافرا بعد إسلامه، فان مصير هذا العقد هو الفسخ ولو بعد الدخول، ويترتب عليه ثبوت نسب الولد إلى أبيه، ذلك إذا ولد بعد ستة أشهر على الأقل وقبل انقضاء عشرة أشهر على الأكثر ابتداءا من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة وليس من تاريخ العقد.

أما إذا ولد لمدة تقل عن ستة أشهر من تاريخ الدخول أو لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال فلا ينسب إلى صاحب الفراش لوجود احتمال بان الولد ليس منه.

أما إذا تعمد الزوجين زواجهما رغم علمهما بأنه زواج ممنوع شرعا وقانونا، فانه يكون زواج باطل لا فاسد فقط، ويعتبر زنا وبذلك لا يثبت به النسب[2].

ومن المقرر أن الزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، فيحتاط في إثباته أحياءا للولد.

---

[1] _ عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد االتعديل الجديد)**، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر،2009، ص.102.

[2] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق،ص.213_214

الفرع الثاني

الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد

إذا ظهر فساد العقد قبل الدخول يجب فسخه حتى لا تنتج عنه اثأر قد تكون سلبية، أما إذا كشف بعد الدخول مثل الزواج باحدي النساء الواردة في المادة 30 من ق اج كالمرأة المحصنة، فانه وكما قضت به المحكمة العليا في قرارها المتضمن :" حيث أن الطاعن اثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة رجل أخر بموجب عقد مؤرخ في 1985/11/02 ولم تطلق منه وكان يجهل ذلك، حيث وباعتماده أحكام الشريعة الإسلامية فانه المحصنة تحرم على الزوج الثاني فان هذا العقد يفسخ قبل الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب بعد الدخول

ولان قضاة الموضوع حكموا بالبطلان على مسؤولية الزوج بدون مراعاة أحكام الفقه وعليه فالقرار واجب النقض، كما جاء في قرار المحكمة العليا والذي كان نصه إن اقترنت الزوجة بزوج ثاني وهي مرتبطة شرعيا بزوجها الأول فإنها بذلك اقترفت جريمة الزنا بإرادتها ولا مجال لتفسير أخر[1] ، ويترتب في هذه الحالة على فسخ العقد اثأر منها ثبوت النسب للزوج إذا تم الدخول الحقيقي وليس لمجرد العقد[2] .

ويشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد، وكما اتفق الفقهاء على وجوب الدخول الحقيقي بالعقد، مع باقي الشروط الواجبة لإثبات النسب في الزواج الصحيح.

---

[1] _ العربي بلحاج، **قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص.34.

[2] _ محمد نصر الجندي، **النسب في الإسلام والأرحام البديلة**، دار الكتب، مصر،(د.س.ن)، ص.88 .

أما قبل الدخول فلا يترتب على النكاح الفاسد شيء من أثار الزوجية، لأنه لا فراش في النكاح الفاسد إلا بالدخول الحقيقي[1] .

المطلب الثالث

ثبوت النسب في الدخول بشبهة

إلى جانب ثبوت النسب بالزواج الصحيح والنكاح الفاسد الواردة في المادة 40 ق اج ، أيضا الوطء بشبهة يعتبر كطريق من طرق ثبوت النسبة أقسام وأحكام وهذا ما سنراه في هذه الفروع[2]

الفرع الأول

الشبهة وأقسامها

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه [3] .

ونكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يتبين انه اشتمل على خطا أو على مانع، كان يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع ثم يتبين أنها أخته بالرضاعة.

أو هو اتصال جنسي غير الزنا وليس بناء على عقد وزواج صحيح أو فاسد كأن يجامع الرجل زوجته المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له، وأقسام الشبهة في عقد الزواج أقسام مختلفة منها[1]:

---

[1] _ عائشة إبراهيم،احمد المقادمة، المرجع السابق، ص.17.

[2] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.208.

[3] _ ريمة مخبي ، علاء بوتهلولة، المرجع السابق، ص.17.

أولا: شبهة الملك: (الحكم المحل)

وتسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة المحل، وهو أن يشتبه الدليل الشرعي على رجل فيفهم منه أباحة وجامع امرأة في حين أنها لا تحل له، كان يدخل رجل على زوجته التي طلقها طلاق بائن بألفاظ الكتابة وليست الصريحة، أساس هذه الشبهة قول عمر رضي الله عنه:"**الكنايات رواجع**".

ثانيا: شبهة العقد

وهو أن يعقد الرجل على امرأة وبعد الدخول بها يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب، كأن يتزوج الرجل بأخته من الرضاعة[2] .

ثالثا: شبهة الفعل

وفيه يظن الشخص حل الفعل ، ويظن في نفسه أن الحرام حلال، كان يقوم الرجل بوطء امرأة يجدها على فراشه فيظنها زوجته، فان شبهة الفعل يثبت النسب فيها[3] .

وما يعاب على المشرع في استعماله مصطلح النكاح في نص المادة 40 ق ا على انه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

بحيث أن المشرع أضحى لم يفرق بين الوطء بشبهة والنكاح بشبهة لان استعمال مصطلح النكاح من قبل المشرع ينصرف إلى الزواج، ومن ثمة لا يمكن القول بان يثبت النسب بالنكاح بالشبهة

---

[1]_ رمضان علي السيد السرنباص، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية**، جامعة الإسكندرية، لبنان،(د.س.ن)، ص.38.

[2]_ ريمة مخبي، علاء بوتهلولة، المرجع السابق، ص.17_18.

[3]_ ريمة مخبي ،علاء بوتهلولة ،المرجع السابق، ص.46

لان النكاح في هذه الحالة يعتبر فاسدا وهذا ما نص عليه المشرع في الشطر الثالث من المادة 40 قانون الأسرة[1] .

وجعل القيد الوحيد لثبوت النسب في النكاح بشبهة هو مراعاة المدة القانونية لأقل وأقصى مدة الحمل المنصوص عليها في المادتين42 و43 من قا اج.

ذلك حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة و عليه إذا كانت هناك مخالطة جنسية بين الرجل والمرأة بشبهة، كان الولد ملحقا بالفراش الصحيح والذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب دون الحاجة إلى إقرار الزوج[2] .

الفرع الثاني

حكم النسب عند الوطء بشبهة

للفقهاء أراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، منهم من اثبت النسب، ومنهم من لم يثبتوه، ويعود ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد وكالباطل، وما ينشأ عنه من اثأر أخرى عدا النسب[3] .

[1] _الجيلالي تشوار ، **محاضرات في قانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية**، جامعة تلمسان، ص.46.

[2] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.24_25.

[3] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.196_197.

أولا: في شبهة الفعل

يرى البعض أن النسب لا يثبت وإن اقره الزوج، ذلك أن النسب لكي يثبت يجب ان يكون هناك ملك أو عقد في المحل ولا يثبت بغير فراش، فالبنسبة لهم يعتبر ذلك زنا.

ثانيا: في شبهة المحل

النسب يثبت للولد الناتج عن الوطء، ذلك إذا ادعاه الوطء ولا يعتبر ذلك زنا لوجود الشبهة في المحل والتي تقوم في الملك أو الحق في المحل يتمخض الفعل زنا.

ثالثا: في شبهة العقد

فيها يسقط الحد عن الفاعل، إذا علم إنها حرام عليه ثبت النسب لان الوطء تعلقت به شبهة، أما بالنسبة لرأي أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة فان الحد لازم كما انه لا يثبت النسب إذا كان يعلم بالحرمة[1]

المبحث الثاني

الطرق الكاشفة لإثبات النسب

إذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب على النحو السابق بيانه فيأتي بعده إقرار الشخص بثبوت النسب إليه وفقا لنص المادة 40 ق اج، ويعد الإقرار إحدى الطرق الغير المباشرة أو الكاشفة للنسب لان المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشىء ذلك الحق، وهو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه

[1] _ ريمة مخبي ، علاء بوتهلولة ، المرجع السابق، ص.18_19.

وبين شخص أخر[1]، إلى جانب البينة التي هي شهادة يكشف بها عن نسب مجهول، وعلى هذا ارتأينا إلى دراسة الإقرار وما فيه من أنواع(المطلب الأول) وتبيان نصاب البينة وحجيتها في إثبات النسب(المطلب الثاني).

المطلب الاول

ثبوت النسب بالإقرار

اجمع الفقهاء على أن الإقرار أقوى الأدلة الشرعية، وان كان حجة قاصرة على المقر به إلا انه لا يمنع كونه سيد الأدلة لأنه يظهر الحق ويقطع التنازع[2].

والمقصود بالإقرار:

لغة: الإثبات، قرّ الشيء، يقرر قرارا إذا ثبت[3].

أما **اصطلاحا:** فهو الاعتراف بالحق، مأخوذ من المقر وهو المكان كأن المكان يجعل الحق في موضعه وهو إخبار عما في نفس الأمر لا إنشاء.

وقد ثبت مشروعية الإقرار في الكتاب والسنة والإجماع[4] ، قوله تعالى:" **وإذ اخذ الله ميثاق النبين لما أتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال**

---

[1] _ حميدة ناسلي، **محاضرة بعنوان عقود الزواج العرفية**، مجلس قضاء مسيلة، 02/ 01/ 2008، على الموقع http:/ www.Courdesial. mjustie.dz

[2] _ محمد فريد الشافعي، **البصمة الوراثية ودورها في الإثبات**، (د ط)، دار البيان، القاهرة، 2006، ص.65_66.

[3] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج6، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، 1985، ص.610.

[4] _ منصور بن يونس البهوتي، **الروض المربع شرح زاد المستنقع**، دار المؤيد، (د. ب. ن)،

أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين"[1] .

وقوله كذلك: " **يايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم**".

ومن السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام الحد على ماعز والغا مدية بناء على إقرارهما بالزنا، وأجمعت الأمة من عهد النبي (ص) إلى يومنا هذا إن الإقرار حجة على المقر يؤخذ به ويعامل بمقتضاه[2] .

والتعبير عن الإقرار يكون إما صراحة أو ضمنيا، فالصريح كأن يعترف الزوج بان الولد ابنه، أما الإقرار الضمني هو كل تصرف يصدر من الزوج يتضمن معنى الإقرار كان يقبل التهاني بالولد عند ولادته[3].

وللإقرار شروط لابد من توفرها كي يكون صحيحا، أولها يجب آن يصدر من مكلف وهو البالغ والعاقل كما يجب أن يكون المقر مختارا لإقراره وليس مكرها، والشرط الثالث أن لا يكون محجورا عليه لان المحجور عليه ممنوع من التصرف[4].

وعلى كل حال فان الإقرار وثبوت النسب به نظمته المادتين 44_45 من ق ا ج، حيث تنص الأولى انه:" **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب، ولو في مرض الموت،**

(د. س. ن)، ص.728.

[1] _ سورة إل عمران، الآية81.

[2] _ محمد فريد الشافعي، المرجع السابق، ص.66.

[3] _ ريمة مخبي ،علاء بوتهلولة ، المرجع السابق، ص.22.

[4] _ محمد بن صالح العثمين، **الشرح الممتع على زاد المتقنع**، ط1، دار ابن الجوري، السعودية، 1428هـ، ص.483_485.

متى صدقه العقل والعادة"، ونصت الثانية على أن:" **الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**".

الفرع الأول

أنواع الإقرار المثبت للنسب

من تحليل واستقراء نص المادتين 44_45 ق ا ج، نجد أن الإقرار ينقسم إلى قسمين وهما[1] إقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر به وهي الأبوة والبنوة والأمومة وبعبارة أخرى هو إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير، أما النوع الثاني هو إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له كالأخوة والعمومة وبعبارة أخرى إقرار فيه تحميل النسب[2] على الغير.

أولا: الإقرار بالبنوة والأبوة و الأمومة

هو ما يعبر عنه الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، هو إقرار بأصل النسب ولا يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له هذا ما نصت عليه المادة 44 من ق ا ج على انه:" **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة**"[3].

عند فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على هذا النوع من الإقرار اسم الاستلحاق، ويشترط لصحة هذا الإقرار وهو أن يقر الرجل ببنوة الطفل الشروط التالية:

---

[1] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**،المرجع السابق، ص.215.

[2] _ عبد الله يوسف، المرجع السابق، ص.803.

[3] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**،المرجع نفسه، ص.215.

أ_ أن لا يصرح المقر بان الولد ابنه من الزنا، لان الزنا لا يصح أن يكون سببا للنسب[1]، هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا، بأنه من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا، وان ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه.

ب_ أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب أي غير معروف الأب، أما إذا كان معروف الأب فانه لا يثبت له بالإقرار نسب جديد لان النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الفسخ أو الانتقال من شخص لأخر كم في بدائع الصنائع للكساني، وقد قضى عمر أن من اعترف بولد ساعة ثم أنكر الحق به شاء أم أبى[2].

ج_ أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة بحيث يكون فرق السن بينهما معقول ومقبول، لو كان الطفل ذو 10 سنوات وسن المقر 20 سنة، لا يصح إقراره لان الواقع يكذب[3]، وعليه يجب أن يكون المقر اكبر من المقر له ان كان إقرارا بالأبوة أو الأمومة على طفل يجب أن يكون الفارق بينهما 12 سنة ونصف لان العادة جرت على أن لا يولد للإنسان ولد في اقل من هذا العمر[4].

د_ أن يصدق المقر له ادعاء المقر ذلك إذا كان بالغا ، أما إذا كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه، فإذا بلغ الصغير أو فاقد الأهلية كالمجنون أو أنكر النسب فانه لا يسقط[5] .

---

[1] _ دليلة سلامي، **حماية الطفل في قانون الأسرة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2007_2008، ص.16

[2] _ فضيلة الشيخ عطية صقر، **موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام(تربية الأولاد في الإسلام)**، ج4، مكتبة وهبة، مصر، 2002، ص.94.

[3] _ العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الآسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.198.

[4] _ كمال صالح، **الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة الإسلامية والقانون**، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.220.

[5] _ أبي إسحاق إبراهيم علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج3، ط1،دار الكتب العلمية، لبنان، 1990، ص.484.

أما إذا كانت المقرة ببنوة الطفل زوجة أو معتدة يشترط أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا لان فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه[1].

في حالة ما إذا اقر الولد بان فلان أبوه أو فلانة أمه، هذا ما يسمى بالإقرار بالأبوة أو الأمومة فلا يصح هذا الإقرار إلا إذا توفرت الشروط السالفة الذكر في الإقرار بالبنوة مع اختلاف في الشخص المقر له، أن يولد مثله بمثل المقر له من الرجل أو المرأة أو منهما معا، وان يكون المقر مجهول النسب ووجوب مصادقة المقر له، وان لا يصرح المقر بان الرجل أبوة من زنا بأمه إذا كان الإقرار بالأبوة، أما في الإقرار بالأمومة وصرح بأنه أتت به من غير زواج مع توافر الشروط السابقة وثبتت ولادته من الزنا فان نسبه يثبت من الأم فقط ولو من علاقة غير شرعية فلا ينفي عنها ذلك صفة الأمومة[2] . و متى تحققت هذه الشروط فالنّسب يثبت للولد و يصبح في مكانة الأولاد الآخرين و له نفس حقوقهم من نفقة و ميراث.

أما النّوع الثاني من الإقرار هو:

ثانيا: إقرار بنسب محمول على غير المقر

و هو الإقرار في غير البنّوة أو الأمومة كالإقرار بالأخّوة أو العمومة ، هنا لا يثبت النّسب ممن حمل عليه لأنّ الإقرار في هذه الحالة حجة قاصرة على نفس المقر، ولا يمكن أن يكون حجة على الغير إلّا إذا صدق هذا الغير أو أقيمت عليه بينة ،و بناءا على هذا إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلا يكون ابنا لأبيه و لا أخا لإخوانه[3])حتى يصدقه الأب و يعترف به، هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون

[1] _ العربي بلحاج،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.198.

[2] _ دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.17.

[3] – رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص .385.

الأسرة الجزائري على أنّه:" **الإقرار بالنّسب في النبوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**"[1].

و يشترط لصحة هذا الإقرار بالإضافة إلى الشروط السالفة الذّكر في الإقرار بالنبوة و الأمومة و الأبوة ،أن يوافق المحمول عليه بالنسبة على هذا الإقرار إذا قال شخص هذا أخي يشترط ثبوت نسبه أن يصدقه أبوه في ذلك فإذا صدّقه ثبت نسبه من الأب، و إن لم يصدقه لن يثبت النّسب إلى الأب، فإذا جاء ببينّة بشاهدين يشهدان على قوله ثبت نسب الولد إلى الأب بالبينّة.

إذن فالإقرار بالأخوة و العمومة، يشترط أن يصدقه المقر عليه الأب عند الإقرار بالأخوة و الجدّ عند الإقرار بالعمومة، و أن يقيم المقر بيّنة على إقراره و يبقى للمقر له جميع الحقوق[2]، لأنّ الإقرار اعتراف مقصود بواقعة منتجة لأثر قانوني على عاتق من يصدر منه[3].

و على كلّ حال فإنّ الإقرار بالنّسب لولد مجهول النّسب ،يجب أن يكون ناتج عن زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة، لأنّه إذا كان من علاقة غير شرعية فإنّ النّسب لا يثبت إلى أيّ رجل، وعليه يتعيّن على القاضي الذّي تطرح عليه دعوى إثبات النّسب أن يبحث أولاّ عن شرعية الزّواج وقيام عقد شرعي و قانوني قبل البحث عن إثبات النّسب ، متى توفرّت شروط الزّواج و شروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا و قانونا لمدة الحمل.

و على هذا على مدعى البنّوة أو الأبّوة أن يقدّم رفقة طلب إثبات النّسب وثيقة عقد الزّواج المستخرجة من سجلات الحالة المدنية ،و فقا للمادة 05 من القانون رقم 224-63[1]، عملا كذلك بنص

---

[1]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ،المرجع السابق، ص. 216.

[2]- أسامة الحموى، مرجع سابق، ص .529.

[3]– أوديت الياس اسكندر، شعبان عبد العاطي عطية، محسن احمد عبد الرحمن، **معجم القانون**، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ص. 54.

المادتين 21 و 22 من قانون الأسرة المتعلقتين بإثبات الزّواج و تسجيله في سجلات الحالة المدنية، فالقاضي لا يجب أن يكتفي بوجود علاقة زواج شرعية مستندا إلى شهادة الشّهود أو وثائق عرفية أو اعترافات مشبوهة ،فيكون ذلك سببا لاختلاط الأنساب و يسهل لكلّ زاني و زانية إثبات نسب الولد الذّي يكون ثمرة علاقتهما المحرمّة[2]، خاصة أنّ الأرقام الرّسمية تشير إلى أن ثلاثة آلاف طفل(3000 طفل) بلا نسب يأتون إلى هذه الدنيا سنويا[3]، فلو نتصوّر ثبوت نسب هذا العدد الهائل من الأطفال الغير الشرعيين لأصبح أولاد الزّنا كلّهم أولاد شرعيين معترفا ببنوتهم بموجب أحكام قضائية[4].

الفرع الثاني

الفرق بين الإقرار بالنّسب و نظام التّبني

يختلف الإقرار بالبنّوة عن التّبني، كون الإقرار اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النّسب، فيكون ثابت النّسب منه و ليس له نسب أخر و يتساوى مع ابنه الثّابت نسبه بالفراش و لا فرق بينهما إلّا في طريق الإثبات و تثبت له كلّ الحقوق من ميراث و نفقة و حرمة المصاهرة.

أمّا نظام الّتبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النّسب أو مجهول النّسب كاللّقيط، بحيث يكون كالولد الحقيقي يأخذ أحكامه من النّفقة و الميراث[5]، بالرّغم من كون هذا النّظام مجرد عقد ينشئ

---

[1]– المادة 05 من القانون رقم 63/224 المتعلقة بعدم قبول أيّ دعوى للحكم بأي أثر من آثار الزّواج ما لم يقدّم المدعي عقد زواج مسجّل أو مقيّد في سجلات الحالة المدنية.

[2]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص. 216–217.

[3]- مريم شريطية ، جريدة الخبر ليوم 20 أفريل 2013، العدد 7050، ص. 14

[4]– سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص. 217.

[5]– خلدون خالد أحمد العويوى، المرجع السابق، ص. 66.

بين شخصين علاقات صورية و مدنية محضة ،لأبوة و بنوة مفترضة لا يجعل هذا الابن القريب ابنا شرعيا إذ لا قرابة حقيقية بينهما[1].

و التبنّي معروف في الجاهلية و استمر مدّة من الزّمن في صدر الإسلام ،حتى أبطله اللّه تعالى لمّا أنزل قوله جلّ و علا:" **ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند اللّه**"[2]، و كذا قوله عزّ و جلّ:

" .....**و ما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و اللّه يقول الحقّ و هو يهدي السّبيل**"[3].

و تدّل الآيات على وجوب نسب الأبناء لآبائهم، و تحريم نسبه إلى غير الآباء و هو ما يعرف بالتّبني و توضح أنّ الأعدل و الأرشد هو نسبتهم لآبائهم[4].

و لأنّ نظام الأسرة قائم على أسس شرعية ثابتة لا تتغير، والتبنّي قد يكون وسيلة للفساد لأنّ له صلة وثيقة بالزّنا الذّي حرّمه الإسلام و الذّي لا يعترف بأيّ آثار من آثار الزّنا و منها النّسب[5].

قال اللّه تعالى:" **وَلاَ تَقْرَبُوا الزّنَا إنَّها كَانَ فَاحِشَةً وَ سَاءَ سَبِيلاَ** "[6]

و قال أيضا:" **الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَائَةَ جَلْدَةٍ** "[7].

---

[1]– أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 517–520.

[2]– سورة الأحزاب، الآية 05.

[3]– سورة الأحزاب، الآية 04.

[4]- مازن إسماعيل هنية، د. أحمد دياب شويدح، **نفي النّسب في الفقه الإسلامي و دور الحقائق العلمية المعاصرة فيه**، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2008، ص. 05.

[5]– أسامة الحموى ، المرجع السابق،ص. 518_518

[6]– سورة الإسراء، الآية 32.

[7]– سورة النّور، الآية 2.

و يدخل في ذلك اللقيط الّذي هو مولود حديث الولادة مجهول غير معروف الأبوين، طرحه أهله خوفا من الفقر و فرارا من تهمة الزّنا، و من التقطه وادعاه ابنا يكون ابنا شرعيا له، و المشرع

الجزائري نصّ في المادة 46 من قا ا ج على أنّه " **يمنع التّبني شرعا و قانونا**"،

لأنّه أقر نظام الكفالة للقيام على وجه التّبرع بولد قاصر المنصوص عليه في المادة 116 من ق اج [1].

و بهذا فالتبني لا يمكن أن يثبت به النّسب بما أنّ الشريعة الحكيمة حرمته عكس الإقرار بالنّسب الذّي هو طريقة للكشف عن النّسب و ثبوته متى توفّرت الشّروط المدروسة سابقا، فيتمخض على آثار تجعل المقر له ينعم بمجموعة من الحقوق كالنّفقة و الميراث ،عكس نظام التبني الذّي تكون الآثار المترتبة عليه باطلة، خاصة فيها ما يتعلق بالميراث لأنّه إثبات لواقعة غير موجودة من قبل و إلحاق لنسب مفترض لا أساس له في الواقع في دعاوى النّسب مفترض لا أساس له في الواقع[2].

و من دراستنا لهذا المطلب باعتبار أن الإقرار في إثبات النّسب أمر كاشف له يحقق مصلحة اجتماعية و هي إلحاق النّسب بمن يدّعيه، بالّرغم من ذلك إلا أنّه لا يصل إلى درجة الدّليل الكامل بحيث ترجح عليه البيّنة باعتبارها طريقا آخر كاشف للنّسب، هذا ما سنراه في هذا المطلب.

---

[1]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, المرجع السابق، ص201

[2]– باديس ذيابي ،**حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**،دار النشر و التوزيع عين ميلة،الجزائر،2010 ،ص.68

المطلب الثاني

ثبوت النّسب بالبيّنة

تعتبر البيّنة طريق من طرق إثبات النّسب شرعا وقانونا، لقد اعتبرها جمهور الفقهاء الشّهادة، رأى بعضهم أنّها كلّ ما تقوم به الحجة من طرق الإثبات، و لقد قصد المشرع الجزائري المعنى الأوّل أي أنّ البينّة هي الشّهادة[1].

و هي فرض على الشّهود إحياء للحقوق و حفظ لها من الضياع و لا يسعهم كتمانها[2]، قوله تعالى:" **وَ لاَ يْأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا**"[3].

و قال تبارك و تعالى:" **وَ لاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمُهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبَهُ والله بمَا تَعْمَلونَ عَليمْ**"[4].

و سمى الرّسول صلّى اللّه عليه و سلّم الشهود ببيّنة لوقوع البيان بقولهم و ارتفاع الإشكال بشهادتهم[5]، و قد نصّ المشرع الجزائري على البينة في المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، و يمكن دراسة لفظ البينّة و المقصود بها في الجوانب التّالية:

---

[1]-مراد كاملي، **الوجيز في قانون الأسرة**، جامعة العربي بن م أم البواقي، 2009-2010، ص49

[2]- محمد عاشق الهى البرني، **التّسهيل الضروري لمسائل القدوري**، ج2، مكتبة الشيخ كراتشي، المملكة العربية السّعودية، 1412ه، ص. 193.

[3]- سورة البقرة، الآية 282.

[4]- سورة البقرة، الآية 283.

[5]- سلاف بومجان، المرجع السابق، ص 32.

الفرع الأول

تعريف البيّنة و نصابها في إثبات النّسب

أولا: تعريف البيّنة

أ- **لغة:** البيّنة مؤنّث بيّن من بان الشيء تبيّن بيانا أي اتضّح، و البيّنة هي الحجة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة.

ب- اصطلاحا: المقصود بالبيّنة في مجال إثبات النّسب الشهادة أو الشهود و سمي الشّهود ببيّنة لأنّ بهم يبين الحق و يظهر.

و أعطى الفقهاء تعريفات متعددة للشهادة ،منها تعريف الشافعية على أنّها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد ، والبعض منهم قالوا أنّ البيّنة اسم لكلّ ما يبين الحق و يظهره فلا تتوقف على الشّهادة فحسب بل تشمل كل أنواع البينات[1].

و الشهادة مأخوذة من المشاهدة ،و هي الاطلاع على الشيء فهي إخبار عما شهد، وهي في الشّرع إخبار لإثبات حق لغيره على غيره بلفظ خاص، و الأصل في مشروعيتها[2]، آيات من قوله

تعالى :"**ياايها الذينَ امَنوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لله**"[3]، و قوله تعالى:" **يايها الذينَ امَنوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالقِسْطِ**"[1].

---

[1]- إبراهيم أحمد المقادمة عائشة، المرجع السابق، ص 18.

[2]_مصطفى ديب البغا، د.القرشي عبد الرّحيم،
سالم الرشدي، **الدعاوي و البيّنات و القضاء**، ط1، دار المصطفى، 2006، ص 61.

[3]- سورة النّساء، الآية 135.

و على الشّاهد أن يشهد على شيء حضره و على بيّنة منه يجب أن تتوفر في الّشاهد الشّروط الّتالية: العقل، البلوغ بحيث لا تقبل شهادة الصبيان و لا المجنون، و لابد من توفر شرط الإسلام و شرط الكلام فلا تقبل شهادة الأخرس و لو فهمت إشارته[2].

ثانيا: النّصاب القانوني و الشّرعي للبيّنة في إثبات النّسب

إنّ اللّه سبحانه و تعالى أوجب في حد القذف أربعة شهود، أمّا نصاب الشّهادة في دعوى النّسب هناك اختلاف بين الفقهاء[3]:

فالبينّة التي يثبت بها النّسب هي شهادة رجلين أو رجل، و امرأتين، لقوله تعالى:" **واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل واحد و امرأتان**" ،هذا عند أبي حنيفة و محمد، أماّ المالكية قالوا بأنّه تجب شهادة رجلين فقط و لابد من شهادة كلّ الورثة في رأي الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف[4].

و الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية بأنّه تجوز شهادة رجل و امرأتين في إثبات النّسب[5]، كما تجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة[6]، لأنّ شهادة النّساء جائزة في كلّ ما لا يطلع عليه الرّجال،

---

[1]– سورة المائدة، الآية 08.

[2]– منصور يونس البهوتي، المرجع السابق، ص721.

[3]– عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، المرجع السابق، ص. 19.

[4]– وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص. 695.

[5]– عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، المرجع السابق، ص. 19.

[6]– البصري أبي القاسم عبيد اللّه بن الحسين بن الحسن بن الجلاب، **التفريع**، ج 2، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان، 1987، ص237–238.

و الشّهادة يمكن أن تكون بالتسامع، و المقصود من ذلك هو استفاضة الخبر و اشتهاره بين النّاس هذا ما ذهب إليه المذاهب الأربعة على جواز إثبات النّسب بشهادة السّماع[1].

وأمّا المشرع الجزائري فلم يوضح هذا النّصاب للشهادة في إثبات النّسب لما أورد البيّنة كطريق لإثبات النّسب في المادة 40 من قا ا، إلّا أنّه ما هو معمول به هو ما ذهب إليه أبي حنيفة و العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التّي تحيلنا إليها المادة 222 من قانون الأسرة[2].

الفرع الثاني

حجية البينة في إثبات النّسب مقارنة بالإقرار به

تعتبر البينة أقوى دليل و حجة لإثبات النّسب متى كانت العلاقة الزّوجية غير قائمة أما إذا كانت قائمة فلا حاجة للبيّنة في إثبات النّسب إنّما يثبت بالفراش الفراش الصّحيح.

و إذا كان الإقرار حجة قاصرة على المقر دون تعديه إلى الغير، فإنّ البيّنة حجة متعدية إلى الغير لذا فهي أقوى الأدلة في إثبات النّسب[3]، فالثابت بها من الأنساب أقوى من الثابت بالإقرار[4]، فإذا تنازع شخصين على نسب ولد فإنّ نسبه يثبت مع من أقام البيّنة على دعواه، و ذلك في أيّ نوع من القرابة[5].

---

[1]– رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 386–387.

[2]– دليلة سلامي ،المرجع السابق، ص. 20.

[3]– سلامي دليلة ، المرجع سابق، ص 20.

[4]– أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 75.

[5]– العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع سابق، ص 217.

كما يمكن للمرأة التي أنكر زوجها واقعة الولادة أو حتّى الولد الّذي أولدته أن تثبت واقعة الولادة عن طريق شهادة النّساء اللاّتي حضرن عملية الولادة لأنّ النّبي صلّى اللّه عليه و سلّم أجاز شهادة القابلة ذلك أن النّسب ثابت بالفراش، و المراد ثباته هي واقعة الولادة و تعين المولود و هما من الأمور التّي تطّلع عليها النّساء[1].

و تبقى البيّنة أقوى أدّلة الإثبات في مجال النّسب و كما جاء في قرار المحكمة العليا أنّه من المقرر شرعا و قانونا أنّه يمكن إثبات النّسب بالزّواج الصحيح و بالإقرار و البيّنة و شهادة شهود و نكاح شبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة و تطبيقا لقاعدة إحياء الولد و نفيه قتلا له و لما كان ثابتا أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزّواج و النّسب بحجة أنّ الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، فبقضائهم هذا أخطئوا في تطبيق القانون[2].

[1]– سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع سابق، ص 217.

[2]– المحكمة العليا، ع.ا.ش، ملف رقم 172333، مؤرخ في 1997/10/28، قضية(رف) ضد(ص.ع)، م ق 1/97، ص42.

الفصل الثاني

إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة

ساهم التطور العلمي الذي شهده العالم في السنوات الأخيرة، في ظهور الكثير من المستجدات العلمية خاصة في المجال الطبي و التي يمكن الاعتماد عليها في قضية النسب سواء من حيث إثباته أو نفيه، حتى ارتقت إلى درجة الدلائل القطعية اليقينية، ومن هذه الوسائل ما يساهم في إنشاء النسب و منها ما يعتمد عليها للكشف عنه، وقد كرس المشرع الجزائري الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من ق ا ج المعدلة بموجب الأمر 05/ 02 والتي تنص على انه "**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، ومن اجل تعدد و اختلاف الإشكالات التي تثيرها الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب، ارتأينا إلى دراسة الطرق المنشئة (مبحث أول) والطرق الكاشفة (مبحث ثاني) [1].

المبحث الأول

الطرق المنشئة

يعتبر التلقيح الاصطناعي من احدث الوسائل العلمية للإنجاب, والمراد بها أن تحمل المرأة دون اتصال جنسي طبيعي بينها وبين زوجها، ويتم اللجوء إليه في حالة إصابة احد الزوجين بالعقم أو أي

[1] _ المادة 40 من ق ا حررت في ظل القانون رقم11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار وبالبينة و بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و34 من هذا القانون "

مرض يكون عائقا يحول دون إتمام الحمل بالطريق الطبيعي، وعليه وضع المشرع الجزائري إطار قانوني وضوابط من شانها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية ذلك في نص المادة 45 مكرر من ق اج[1] .

المطلب الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي و شروطه

ولما كان التلقيح الاصطناعي طريق حديث لإنشاء الحمل, بعدما كان ذلك غير ممكن إلا عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين، فانه كان من المناسب أن نحاول وضع تعريف للتلقيح الاصطناعي وبيان شروطه.

الفرع الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي

هذا المصطلح يتكون من كلمتين هما التلقيح و الصناعي، بحيث المقصود بالتلقيح في اللغة وضع طلع الذكور في الإناث، و هو مأخوذ من لقح الناقة، والملا قيح هي الأمهات و ما في بطونها من الأجنة، أما في الاصطلاح هو إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية [2]، وهو تلقيح بويضتها بماء زوجها وبهذا المعني هو المزج بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية على يد طبيب مختص [3]

[1] _ انظر المادة 45 مكرر من القانون رقم 84 /11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 ،المتعلق بقانون الأسرة المعدل و المتمم بقانون رقم 02/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005 ،ج.ر.ع 15 مؤرخة في 2005/02/27

[2] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.120

[3] _ زبيدة اقروفة ، **التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**،دار الهدى ،الجزائر،2010 ،ص.41_45

بواسطة الحقن وقت التبويض لدى المرأة ،و الذي يحدده الطبيب بواسطة جهاز خاص و يكمن الهدف من هذه العملية هو علاج حالات العقم بواسطة التحقق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة في عضوها التناسلي دون اتصال جنسي طبيعي[1] .

أما كلمة الصناعي نسبة إلى صناعة،و هي مصدر يعني أن الشئ المصنوع قد تدخلت في تركيبه يد البشر[2] .

و التلقيح الاصطناعي على نوعين هما:

أولا:التلقيح الاصطناعي الداخلي

يتم بحقن الحيوانات المنوية للزوج في الموضع المناسب من مهبل الزوجة أو رحمها،حتى تلتقي طبيعيا بالبويضة التي يفرزها احدي مبايض المرأة كما لو انه اتصال جنسي طبيعي، و هو علاج لعقم ناتج عن أسباب منها:

ـ ضآلة عدد الحيوانات المنوية للزوج .

ـ زيادة حموضة المهبل مما يؤدي إلى قتل الحيوانات المنوية ،أو عدم التوافق بين خلايا الجهاز التناسلي للمرأة، والحيوانات المنوية مما يؤدي إلى تلفها.

ـ إذا كانت إفرازات عنق الرحم تعيق دخول الحيوانات المنوية .

[1] _ احمد محمد لطفي احمد،**التلقيح الصناعي**،ط1،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص.58

[2] _عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق،ص.120

ـ إصابة الزوج بمرض عضوي يسبب له عجز في إيصال مائه عند الاتصال الجنسي مع زوجته إلى مكانها المناسب.

أما الأسلوب الثاني لهذا النوع من التلقيح،هو إدخال ماء رجل غريب عن المرأة على أن تؤخذ نطفة من هذا الرجل و تحقن في رحم زوجة رجل أخر ،ويتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية كما في الأسلوب الأول، ويتم اللجوء إليه في حالة عقم الزوج[1]، و قد عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بادخار المني أو استدخاله[2].

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي

يتم بخلط الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مخبري،في وسط ملائم مهيأ لذلك،شبيه للوسط الطبيعي وبعد حصول الالتحام فيما بينها تزرع في رحم المرأة ،لتواصل نموها الطبيعي إلى آن تتم الولادة ،ويسمى بالخارجي لأنه يحدث خارج الرحم ،ويلجا إلى هذا النوع من التلقيح عندما يكون مانع الحمل يعيق كلا الزوجين احدهما[3]،وله صور عديدة منها:

1_ أن تؤخذ بويضة من امرأة معينة، ومني رجل أجنبي عنها ويتم ذلك في حالة عقم الزوج، وحكم هذه الحالة هو التحريم لأنه دخل فيها عنصر أجنبي وبالتالي يؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب، لان المرأة أدخلت على الأسرة نسبا ليس منها، لقوله صلى اله عليه و سلم:" أيما امرأة أدخلت على قوم نسبا ليس منهم فليست من الله في شيء وان يدخلها الله الجنة".

---

[1] _لامية العوفي، **التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة**، رسالة مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16،2008، ص.9

[2] _ عطا عبد العاطي السنباطي، **بنوك النطف و الأجنة،(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**، ط1،دار النهضة العربية،2001، ص.71.

[3] _ زبيدة اقروفة،**التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص.44.

2_ تلقح بويضة المرأة بمني زوجها في أنبوب اختبار ثم تعاد إلى رحمها، و سبب اللجوء إليه هو عقم الزوجة لكون قناة فالوب لا توصل البويضة إلى الرحم ليتم التلقيح طبيعيا، وحكم هذه الحالة في قول الشيخ مصطفى الزرقاء هو ترجيح جانب الخطر فلا تمارس إلا في حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة والملحة، لأنه يحتمل تشوه الجنين.

3_تلقح بويضة امرأة أجنبية بمني رجل أجنبي عنها، والحمل يتم في رحم زوجة هذا الرجل، وسبب اللجؤ إليه هو خلل في مبيض الزوجة ،وهذه العملية محرمة لان فيها عنصر أجنبي وهي المرأة المتبرعة بالبويضة، ومعني ذلك الزنا وبالتالي اختلاط الأنساب.

4_تكون البويضة من متبرعة والحيوان المنوي من متبرع والحمل يتم داخل رحم الزوجة (غير المتبرعة بالبويضة) ، وتتم هذه العملية عندما يكون كلا الزوجين عاجزين عن الإنجاب، وبالتالي يكونا كأنهما اشترا هذا الولد وبالتالي فانه عمل محرم.

5_هو أن يقدم الزوج سائله المنوي إلى مصرف المنى ،وبعد وفاته تسترجعه زوجته وتلقح به خارجيا ، و الحكم الشرعي لهذه الصورة من التلقيح هو التحريم بعد انتهاء العدة وجوازها أثنائها [1].

الفرع الثاني

أخلاقيات وشروط ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أهمل وضع قانون ينضم الجوانب الفنية والأخلاقية للمختبرات والمراكز، وكذا الفريق المكلف بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي، تمنع وتحذر تجاوز الحدود

[1]_زياد احمد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة**، ط2، الدار العربية للعلوم، عمان،1998 ،ص.86_98.

الشرعية والقانونية وكذا الأخلاقية لضمان حرمة الجنين ومنع اختلاط الأنساب ، ومن الشروط الواجب توفرها في الفريق الطبي المكلف بهذه العملية نذكر ما يلي:

1_ على المركز المشرف على عملية التخصيب أن يحصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية تسمح له بالقيام بمثل هذه العمليات.

2_يجب أن يتسم الفريق المكلف بذلك بالأمانة العلمية والثقة والضمير المهني الحرص على عدم اختلاط الأجنة ببعضها مما يؤدي اختلاط الأنساب و تجنب التزوير لان ذلك يعد إهمال يعرض صاحبه لمتابعة جزائية .

3_مراعاة أحكام الفحص الطبي،خاصة ما يتعلق بالعورة والحرص على الكشف منها ما يلزم فقط دون المبالغة ،وتشديد المراقبة على الترتيبات التي تسبق العملية .

4_استخراج العدد المطلوب من البويضات دون الزيادة عن العدد المحتاج اليه لإتمام عملية الزرع ،ذلك بعد التيقن من العجز عن الحمل بالطريق الطبيعي بناءا على تقرير طبي .

5_ تخصيص سجلات تدون فيها بيانات الأطراف المشاركة، من الزوجين و الفريق الطبي و المساعدين و كل ما يتعلق بالعملية [1].

وانطلاقا من ضوابط الشريعة الإسلامية التي حددها الفقه الإسلامي، نصت المادة 45 مكرر من ق ا ج المستحدثة بموجب تعديل 2005 على إجازة اللجؤ إلى التلقيح الاصطناعي ووضعت الشروط التالية و هي شروط تتعلق بالزوجين:

[1] _ زبيدة اقروفة،**التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق،ص.45_47

أولا: أن يكون الزواج شرعيا

أن يكون أطراف التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي،كي تكتسي أساسها القانوني ،و بالتالي فالتلقيح يقتصر على الزوجين فقط [1]،و يترتب على ذلك عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد زوال الرابطة الزوجية ،للوقوف في طريق ووجه العلاقات الحرة الغير الشرعية ،ومنعها من الثبات و الشرعية، للحفاظ على نقاوة الأنساب و طهارتها و حماية حقوق الطفل الناتج عن هذه العملية [2]، وكي يثبت نسبه في ابيه يجب ان يجمع بين الطرفين عقد شرعي، توفرت فيه كل الشروط و الأركان المنصوص عليها في المواد من 7الى 35 من ق اج [3].

ثانيا:أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما

يجب أن تجري هذه العملية بناءا على رضا الزوجين، وأثناء قيام حياتهما،حسب نص المادة 4 ق ا ج أن "**الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب**"، أي لا يجب أن يجبر احدهما الأخر على شيء لا يرضاها، و يجب على الطبيب المكلف بالعملية أن يحصل على رضا الزوجين في شكل كتابي صريح، لكون كل منهما أهل لمباشرة حقوقه وفقا لنص المادة 40 من ق م[4]، ولا يمكن اللجوء إلى تلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لان الرابطة الزوجية تنتمي بالوفاة هذا ما نصت المادة 47

[1]_حميدي حاج، **الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي** ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا القضاء، الدفعة 17، 2009، ص. 49 .

[2]_ زبيدة اقروفة، **التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص.48.

[3]_انظر نصوص المواد من 7 إلى 35 من القانون رقم 84_11 ،المذكور سابقا.

[4]–انظر نص المادة 40 من الأمر رقم 75_58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 / 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج.رع 78 مؤرخة في 1375/09/30 ،المعدل إلى غاية القانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

من ق ا ج، ومن استقراء نص المادة 128 من ق اج يفهم انه لا يمكن اللجوء إلى استعمال طريقة بنوك النطف المجمدة [1].

ثالثا: أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما

هذه هي الصورة الشرعية و القانونية لإثبات نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي،بحيث انه لا يجوز شرعا و قانونا إلا إذا تم بمني الزوج وبويضة الزوجة و لا دخل للغير في ذلك، لان الزواج الصحيح وحده يجيز العلاقة الجنسية بين الزوجين و الزوجة تقتصر على زوجها دون غيره ،و عليه يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بمني رجل غير زوجها، لان الولد الذي ينتج عن ذلك يعتبر ولد الزنا، و فعل الزنا عمل محرم حسب ما نصت عليها لمادة 339 ق ع، حيث تسلط على فاعلها عقوبة جزائية [2]،لان الزنا سبب في اختلاط الأنساب ، وضياع الذرية ،وتشرد الأطفال ثمرة هذه الفاحشة ،فتحل بالإنسانية النكبات والويلات والأمراض الاجتماعية و الجنسية [3].

رابعا: لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة

و يدخل أيضا في حكم المنع،استعمال الأم البديلة أو الرحم المستأجر، و يكمن سبب اللجوء ،إليه في حالة ما إذا كانت المرأة سليمة المبيض إلا إنها تشكو من فقدان الرحم كاستئصاله أو به عيوب يمنع الحمل، وبالمقابل يكون زوجها سليم المني ،وعليه تؤخذ بويضة المرأة تلقح بمني زوجها وبعدها تزرع

---

[1] _انظر نص المادتين 47 و128 من القانون رقم 11/84 المعدل بموجب الأمر 02/05 مذكور سابقا.

[2] –.تنص المادة 339 من قانون العقوبات على"يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.
و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

[3] – احمد الرسوني، محمد الزحيلي، محمد عثمان شبير، **حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة، سلسلة كتاب الأمة**، السنة الثانية والعشرون ع87 ،1423ه ، ص.31.

في رحم امرأة أجنبية ،حتى تصل مرحلة الولادة تلده وتعطيه للزوجين صاحبي البويضة المخصبة[1] وزرع البويضة الملقحة يمكن أن يكون في رحم امرأة قد تكون الزوجة الثانية للرجل إذا كان متعدد الزوجات،وحكم هذه الحالة في نظر المجمع الفقهي في دورته الثامنة بمكة سنة 1405 هو عدم جوازه،لأنه لا يمكن نزع طفل حملته أمه تسعة أشهر وتربى في أحشائها وتشبع بعواطفها و يقدم لامرأة بمجرد أنها صاحبة البويضة [2].

والصورة الثانية للرحم البديل، هو أن تزرع البويضة في رحم امرأة أجنبية عنه، وقد اجمع أهل الفقه بخصوص هذه الصورة بالبطلان لأنها قريبة من الفاحشة فالزنا طريقة تقليدية، والرحم البديل طريقة حديثة، حتى قيل عنها أنها زنا في قالب عصري تمس بالأخلاق و الآداب العامة، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب ويثير النزاع ويزرع الحقد بين الأطراف المشاركة في العملية [3].

هذا ما عمل به المشرع الجزائري في نص المادة 45 /2 مكرر من ق اج، حيث تنص على انهً لا يجوز اللجؤ إلي التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، والملاحظ أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل بمنعه اللجؤ إلى هذا النوع من التلقيح، لأنه باب من أبواب إثارة المشاكل ولان الله عز و جل شرف الرحم عن غيره من سائر أعضاء الجسم لأنه منبت البذرة الإنسانية ،قوله تعالى : " **فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض و تقطعوا أرحامكم** " [4].

---

[1]_عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق ، ص.86.

[2]_زبيدة اقروفة، **النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية، الأيام الدراسية حول التعديلات المستحدثة في المنظومة القانونية الجزائرية**، جامعة بجاية، 2005،ص.6.

[3]_زبيدة اقروفة،**النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية**،المرجع نفسه، ص.6.

[4]_سورة محمد،الآية،22

وقوله كذلك عز وجل : " **و اتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام ا ن الله كان عليكم رقيبا**"[1]

وقوله أيضا : " **و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيئ عليم**" [2]

وكل هذه الآيات الكريمة مجدت الرحم، لذلك فلا مجال للتلاعب به وجعله محلا للاستئجار.

المطلب الثاني

التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

اختلفت نضرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لنظام الإنجاب الاصطناعي ,لكونه يتم بطرق عدة وأساليب مختلفة ،سواء فيما يخص العملية بحد ذاتها أي أن يتم التلقيح داخلي ،أو خارجي ما يسمى بأطفال الأنابيب، أو فيما يتعلق بالأطراف المشاركة و المستفيدة من التلقيح ، فيما إذا كانت تنحصر بين الزوجين الذين يربط بينهما عقد زواج صحيح وعلاقة شرعية، أو هناك تدخل طرف أجنبي سواء ببويضة أو نطفة أو رحم بديل، ولان التلقيح الاصطناعي هو السبيل الوحيد للإنجاب أمام المحرومين من الذرية الأسباب العقم المختلفة بالنسبة للرجل أو للمرأة، و عليه يتعين دراسة هذا العنصر في فرعين مستقلين، بحيث يتناول في (الفرع الأول)موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي،وموقف القانون الوضعي (فرع ثاني).

[1] _ سورة النساء، الآية،1
[2] _ سورة الأنفال، الآية،75

الفرع الأول

نظرة الفقه الإسلامي لنظام الإنجاب الاصطناعي

إن الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي، طريقة مستحدثة مخالفة لنظام الإنجاب الطبيعي الذي يتجلى في العلاقة الجنسية الطبيعية بين الزوجين، لذلك لا نجد في أحكام ونصوص القران الكريم ما يبيح أو يحرم هذه التقنية، وعليه يبقى إقرار شرعيتها أو عدم شرعيتها خاضعة لما يفتي به الفقهاء المسلمون، من خلال اجتهاداتهم وقراراتهم في مختلف الندوات والمؤتمرات الفقهية في هذا المجال.

أولا: حالات الإنجاب الاصطناعي المتفق على شرعيتها.

اتضح من خلال القرارات الصادرة عن الجهات المعنية بإصدار الفتاوى الشرعية انه هناك حالتين اتفق الفقهاء حديثا على إباحة استعمال التلقيح الاصطناعي وهي :

1_ حالة اخذ نطفة الزوج و حقنها في رحم زوجته، مع استبعاد كل الشكوك في اختلاط هذه النطف أو استبدالها بنطف الغير.

2_حالة اخذ بويضة الزوجة العاقم وتلقح بنطفة زوجها، خارج الرحم في أنبوب اختبار، ثم إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة نفسها، ففي هذه الحالة يثبت نسب الولد من والده صاحب النطفة وأمه صاحبة البويضة، لأنهما المصدر الوحيد لهذا المولود دون تدخل طرف ثالث في هذه العملية .

حيث أباح الفقهاء هذه الحالات لتحقيق المقاصد الشرعية للدين، كذلك غلبت المصلحة على بعد المفسدة، وهي الاستعانة بالطرق الطبية للتغلب على مشاكل العقم[1]

كما انه توجد حالة جواز التخصيب بخلايا الخصية الدائرية للزوج، معالجتها بالهرمونات حتى تنشا الحيوانات، و تصبح ناضجة وتلقح بها بويضة الزوجة،إن هذه الطريقة تعالج اشد حالات العقم عند الرجال،لانعدام وجود الحيوانات المنوية، بحيث تنتج الخلايا الدائرية الحيوانات المنوية في يوم واحد بدلا من 72 يوم التي هي المدة الطبيعية التي يتكون فيها الحيوان المنوي[2].

ثانيا:حالات الإنجاب الاصطناعي الغير مباحة

وهي أربعة أساليب للتلقيح الاصطناعي سواء الداخلي أو الخارجي جميعها محرمة بالنظر الإسلامي ،لا مجال لإباحتها لان فيها عنصر أجنبي وهي:

1_الحالة المتعلقة بتدخل زوجة ثانية برحم و بويضة لصالح ضرتها أو استعمال رحم بديل لأجنبية ، لقوله تعالى :" **و الذينَ هم لفروجهم حَافظون إلاَ عَلى أزوَاجهم أَو مَا مَلَكَتَ أيمانهم غير ملومين**"[3]، معني الآية انه لا يجوز وضع ماء الرجل في امرأة غير زوجته، يفهم ذلك أيضا من قوله تعالى:" **و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة.....**"[4].

---

[1] _حميدي حاج، ، المرجع السابق، ص.35_36 .

[2] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ،المرجع السابق، ص.176_177 ."هذه الحالة حديثة ولم أجد أي تعليق للفقهاء المعاصرين عليها ولكن أقيس عليها حكم الحالات السابقة....."

[3] _سورة المعا رج، الآية ،29_30 .

[4] _سورة النحل، الآية، 72.

هذا ما استند إليه بعض من منع وحرم اللجوء إلى هذه الحالة من التلقيح، منهم مجلس الفتوى بمكة، كذلك المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة، بعدها غير رأيه المعلن في دورته السابعة وهذا ما سرى عليه المشاركين في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام [1].

2_حالة التلقيح بعد الوفاة: إن المعمول به شرعا أن ثبوت النسب يتضمن شرط أساسي، وهو قيام الزوجية وقت اتصال المني برحم المرأة، والملاحظ في هذه الحالة هو أن حياة الزوج قد انتهت بالوفاة، ولو بقيت الحيوانات المنوية محفوظة بتقنيات متطورة، ولان الموت يعتبر محرم هذا أفتى به المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عام 1404 هـ، كذلك العلماء الذين حظروا ندوة الإنجاب في الكويت [2].

3_التلقيح بغير نطفة الزوج، بالرغم من كون البعض يجز هذه الحالة، إلا انه يبقى عدة فقهاء ينادون بخطرها لان الاستعانة بنطفة أجنبية يخالف قواعد الأخلاق والدين،ويؤدي إلى اختلاط الانساب، وعليه فإنها تعتبر إثم على الأطراف المشاركة في الأخذ والرد، لذلك فهي موضع إجماع فقهاء الأمة الإسلامية على تحريمها وبطلانها [3]

[1] _ زبيدة اقروفة ،**التلقيح الاصطناعي**،المرجع السابق، ص.64_65 .
[2] _عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.256 _257
[3] _ زبيدة اقروفة،**التلقيح الاصطناعي**، المرجع نفسه، ص.69 .

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من التلقيح الاصطناعي

اختلفت نظرة المشرع الجزائري، و التشريعات المقارنة لعملية التلقيح الاصطناعي،و لان هذه التقنية مستحدثة، فان المشرع الجزائري لم ينص عليها إلا بعد تعديل 2005 بموجب الأمر 05_02، وقيدها بمجموعة من الشروط مراعاة لأحكام الشريعة الإسلامية، على خلاف التشريعات الغربية التي تركتها لأهواء ورغبات الأطراف المشاركة في العملية دون عقيدة تحكمها.

أولا: موقف بعض القوانين العربية

إن القوانين العربية تفتقر لتشريع يعالج موضوع التلقيح الاصطناعي، وتعتبر الدولة الليبية أول دولة بادرت إلى تقنين هذا الموضوع حيث رفض المشرع الليبي هذه التقنية بكل أساليبها واعتبر من قام بها مقترفا لجريمة يعاقب عليها، أما البعض الأخر من البلدان العربية فنجدها اكتفت بما تفرضه القواعد العامة في تشريعها. ولم تشر إلى موضوع التلقيح الاصطناعي مثل مصر، حيث أن التلقيح بعد الوفاة او الطلاق كذلك الرحم البديل ممنوعان قانونا لأنهما يخالفان أحكام الدين الإسلامي.

ثانيا:موقف التشريع الغربي في عملية التلقيح الاصطناعي

نحاول من خلال هذا العنصر عرض أهم ما تطرحه عملية التلقيح الاصطناعي من مسائل قانونية في بعض التشريعات الغربية وهي:

1_نظرة التشريع الفرنسي لعملية التلقيح الاصطناعي

كانت عملية التلقيح الاصطناعي في القانون الفرنسي، تخضع للقوانين التي تنضم الصحة العمومية أو شروط ممارسة العمل الطبي، واستمر الأمر كذلك [1] حتى سنة 1994 عندما صدر القانون رقم 654/94 المتعلق بهبة واستعمال عناصر ومنتجات الجسد الإنساني والمساعدة الطبية للإنجاب.

و محتوى النصوص الواردة في هذه القوانين، تجسد إقرار المشرع الفرنسي مشروعية ممارسة اغلب عمليات التلقيح الاصطناعي، وفق شروط موضوعية وشكلية مختلفة فالشروط الشكلية المتعلقة بطالب الاستفادة من التلقيح، السماح بإجراء هذه العملية حتى في العلاقات الحرة التي لا تقل عن سنتين من قيامها، كما سمح بالتلقيح بعد الوفاة، ومنع التلقيح بالنسبة للغرباء والأرملة، بالإضافة إلى شرط توفر الرضا لدى الطرفين وبلوغهما سن الإنجاب، أما الشروط الموضوعية تتمثل في الهدف من التلقيح وهو علاج حالة العقم ومخالفة هذا الحكم يعد جريمة يخضع صاحبها لعقوبة جزائية[2].

2_نظرة التشريع البريطاني لعملية التلقيح الاصطناعي

اصدر قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة، في سنة 1990 المتضمن قواعد وإجراءات تنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي وتخصيصه مراكز لحفظ معلومات الأطراف المساهمة في الإنجاب.

وتشترط لمشروعية الرحم المستأجر أن يكون مجانا وبرضا الأطراف، وبلوغ الأطراف اللذان يستفيدان من الطفل سن 18، هذا ما جاء به القانون الصادر سنة 1985 ومنع القانون البريطاني انتساب الولد إلى والده في حالة التلقيح بعد الوفاة.

---

[1] _ زبيدة اقروفة ، **التلقيح الاصطناعي**،المرجع السابق، ص.89،95،97،99،100،104.

[2] _حميدي حاج،المرجع السابق،ص.40_42

3_**نظرة التشريع الأمريكي لعملية التلقيح الاصطناعي**:اختلف القضاء الأمريكي على إجازة استعمال الرحم البديل، وهناك اختلاف في موقف قانون مختلف الولايات المكونة لهذه المجموعة،بحيث هناك من الولايات من قننت وسمحت باستعمال الرحم المستأجر،وهناك من الولايات من منعت هذا الأسلوب [1].

أولا: موقف المشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي

إن عملية التلقيح الاصطناعي لم تكن مسموح بها في ظل القانون 85_11 المتضمن قانون الأسرة، إنما أباحها المشرع بعد تعديل هذا القانون بموجب الأمر 05_02. ذلك ما نصت عليه المادة 45 مكرر[2] بحيث وضع لها إطار قانوني مضمونه احترام ضوابط وأحكام الدين الحنيف،إلا انه بالنظر إلى تطور هذه العملية وسيرها في بعض الدول، نجد أن نص هذه المادة أهمل جوانب عدة لعملية التلقيح الاصطناعي، لم يضع لها أحكام، مثل الاتفاق مع الطبيب الذي تسند إليه مهمة إجراء العملية، كذلك وجود لجنة طبية تهتم بالعقد وتضع ضوابط لابد للطبيب الامتثال لها،كما لم توضح المادة الأسباب التي يجب أن تتوفر كي يتمكن الزوجين من اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي، مثلما فعل المشرع الفرنسي الذي حدد الهدف من التلقيح الاصطناعي والذي يتمثل في علاج العقم الثابت طبيا لدى الزوج والزوجة[3]

[1]_ زبيدة اقروفة، **التلقيح الاصطناعي**،المرجع السابق،ص.86_88
[2]_نص المادة 45 مكرر من ق ا " **يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي "**
[3]_لامية العوفي، المرجع السابق، ص.25_26

بينما المشرع الجزائري اكتفى في المادة المذكورة سابقا بمنع اللجوء إلى استعمال الأم، البديلة، وذكر الشروط الواجب احترامها لإجراء عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية، وهي شروط سبق وان تطرقنا إليها بالتفصيل في الفقرات السابقة في هذا البحث[1].

والجدير بالذكر أن على مستوى القضاء، قضايا التلقيح الاصطناعي نادرة نظرا لحداثة هذه العملية بالإضافة إلى نقص الإمكانيات والعتاد الطبي. وإنها تتطلب أخصائيين على مستوى عال من الكفاءة والدراية والخبرة بتقنيات هذه العملية، بالإضافة إلى أن المواطن الجزائري يحتاط لدينه خوفا من الوقوع في الحرام.

المبحث الثاني

الطرق الكاشفة للنسب

لقد أفضى التقدم العلمي البيولوجي إلى اكتشاف وسائل إثبات جديدة، هي نظام تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية والتي تعتبر من أدق وسائل الإثبات سواء في إثبات الجرائم، أو فيما يتعلق بقضايا النسب إثباته أو نفيه بواسطة الحمض النووي أو أل ADN المستخلصة من أجزاء عديدة من جسم الإنسان مثل الدم ،المني، جذر الشعر،العظم أو اللعاب ....الخ، بحيث اكتشف بأنه لا يمكن تشابه شخصين في الصفات الوراثية من هذه الأجزاء ولان البصمة الوراثية وسيلة قطعية ودقيقة كما جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[2]، فإنها تساعد القاضي للوصول إلى الحقيقة خاصة في مجال إثبات النسب والعلاقة الأبوية البيولوجية بين الأب

[1] _ انظر الصفحات،من 6 إلى 8 من هذا البحث.

[2] _ "البصمة الوراثية من الناحية العلمية لا تكاد تخطئ في التحقق من الو الدية البيو لوجية،و التحقق من الشخصية و لاسيما في مجال الطب الشرعي ...." .

وابنه،ولما كانت شائعة الاستعمال في الدول الغربية فانه حتى الدول العربية أخذت بها ،منها المشرع الجزائري الذي أباح للقاضي اللجؤ إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وفقا لما نصت عليه المادة 2/40 من ق ا والمستحدثة في 2005 بموجب الأمر 05/02، وتوضيحا لما تقدم سنتطرق إلى تعريف البصمة الوراثية وحكمها الشرعي و حجيتها في إثبات النسب في (المطلب أول)،و نبين تعريف نظام تحليل فصائل الدم ونتائجها العلمية، وحجيتها في إثبات النسب في (المطلب الثاني).

المطلب الاول

ماهية البصمة الوراثية وحكمها الشرعي وحجيتها في اثبات النسب

خلق الله الإنسان و أحسن خلقه و أودع فيه من الصفات و المميزات التي سمى بها على كل المخلوقات،وجعل وجوده يمتاز بالتفرد في مجموعة من الخصوصيات،بما فيها مختلف البصمات المتعلقة بكل عضو من جسمه لقوله تعالى:" **وفي الأرض آيات للموقنين وفي أنفسكم أفلاَ تبصرونَ**"[1]، وقوله كذلك عز وجل:" **قل سيروا في الأرض فانظروا كيف بدأ الخلق....**"[2]، ودليل الآيات الكريمة هو اختلاف كل إنسان عن الأخر في تركيبة الحمض النووي، وان الإنسان خلق من نطفة أمشاج يرث جزء صفاته من أمه والنصف الأخر من أبيه وهي صفات يحتويها الحمض النووي وعليه ما المقصود بالبصمة الوراثية وما حكمها الشرعي وما مدى حجيتها في إثبات النسب؟.

[1] _ سورة الذاريات، الآية،20 _21
[2] _ سورة العنكبوت، الاية20.

الفرع الأول

تعريف البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية مركبة من كلمتين: بصمة والوراثة، وعليه نعرف كل كلمة على حدى كي نتوصل إلى تعريف البصمة الوراثية .

أولا: البصمة لغة

مشتقة من البصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر[1] ، يقال ما فرقتك شبرا ولا بصما، و رجل ذو بصم اى غليظ، و البصمة اثر الختم بالأصبع [2].

ثانيا:الوراثة لغة

مصدر من ورث، يقال ورث فلان المال أي يرثه، والميراث يشمل الماديات والمعنويات [3]، قوله تعالى: "**وورث سليمان داود و قال يأيها الناس عَلمنَا مَنطقَ الطَير وَ أوتيينا من كل شَيء إنَ هذَا لَهو الفضل المبين**" [4] أي انه ورث النبوة و الملك وليس المال، قوله كذلك عز وجل:"**وزكرياء إذ نادي رب لا**

[1] _ والفوت هو ما بين كل إصبعين طولا.
[2] _حسام الأحمد، **البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب**،(ط1)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2010،ص.19
[3] _عائشة إبراهيم المقادمة،المرجع السابق،ص.48
[4] _سورة النمل،الآية، 16.

تذرني فردا و أنت خير الوارثين"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم:" **إن العلماء ورثة الأنبياء لم يورثوا دينارا، ولا درهما إنما ورثوا العلم فمن اخذ به اخذ بحظ وافر**"[2] .

ثالثا: تعريف علم الوراثة اصطلاحا

هو علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل الى اخر وتفسير الظواهر المتعلقة بكيفية حدوث ها الانتقال[3].

أو هو ذلك العلم الذي يبحث عن أسباب ونتائج التشابه والاختلاف في صفات بين الأفراد، الذين تربطهم صلة قرابة[4] ، وعليه فان تعريف البصمة الوراثية كما عرفها المجمع الفقهي الإسلامي، بأنها البنية الجنية نسبة إلى الجنات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان[5] .

وبذلك فهي تعين هوية الشخص عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنأ (ADN المتمركز في نواة آي خلية من خلايا الجسم ، وهي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي[6]، النووي[6]، ويعمل بهذه التقنية في عدة مجالات منها: مجال النسب، المجال الجنائي مثل جرائم الاعتداءات الجنسية كالاغتصاب بالإضافة إلى تحديد الجنس للآثار البيولوجية التي تؤخذ من مصر

---

[1] _ سورة الأنبياء،الآية،89

_اخرجه ابن ماجة في سننه(المقدمة/ باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، ح223 ،ص56) وأخرجه أبو داود في سننه(كتاب العلم/الحث على طلب العلم،ح3641 ،ص551) وأخرجه الترمذي في سننه(كتاب العلم /باب ما جاء في فضل [2] العبادة،ح 2682، ص604 .).

[3] _ حسام الأحمد،المرجع السابق،ص.19

[4] _ عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص.49.

[5] _ نشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، ع 8، 2009، ص.10.

[6] _ زبيدة اقروفة، **النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية**، المرجع السابق، ص.09.

وقوع الحادث، كذلك عند التفحم أو التشوه وبالتالي يصعب التعرف على الجثة[1]، كذا عند اختطاف الأطفال أو الاختلاط في المستشفيات أو التعرف على هوية الضحايا في مختلف الكوارث [2].

ولصحة نتائج تحليل الحمض النووي أل D A N والعمل بها، وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط لابد من احترامها منها:

أنة لا يتم الإقدام على هذا التحليل إلا بعد الحصول على إذن وترخيص من الجهة الرسمية المختصة، أن يتم التحليل في مختبرين على الأقل ومعترف بهما، أن تكون المختبرات تابعة للدولة أما الخاصة تكون خاضعة لإشراف الدولة، أما المعنيين والقائمون بهذا التحليل يجب أن يكونوا من أهل الأمانة علما وخلقا[3]، أن تكون النتائج المتحصل عليها غير منافية للمنطق والواقع، مثلا لا يمكن أن نتصور حدوث الحمل من شخص أصيب بمرض يمنعه من ذلك، وان يكون صغير السن لا يمكنه الإنجاب[4].

[1] _ إبراهيم صادق الجندي، **محاضرة في البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب والجريمة**، 2002، ص.04.

[2] _ زبيدة اقروفة، **النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية** المرجع السابق، ص.11.

[3] _ سعيد بويزري، **نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية**، 25 أكتوبر 2010، ص.06.

[4] _ زبيدة اقروفة، **النسب بين الطرق التقليدية والعلوم الطبية** ، المرجع السابق، ص.12.

الفرع الثاني

الحكم الشرعي للبصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب

أولا: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية

ذهب العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وقد دعم هؤلاء رأيهم بالأدلة التالية.

ا _ من السنة

عن البخاري ومسلم عن عائشة ا ن أم سليم الأنصارية قالت: يا رسول الله انّ الله لا يستحي الحق من الحق فهل على المرأة غسل إذا احتلمت؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" نعم إذا رأت الماء، فقالت:" أو تحتلم المرأة؟ فقال :" تربت يداك فبما يشبهها ولدها".

دليل ذلك أن المني يوجب الشبه، وعليه الشبه دليل شرعي في إثبات النسب، وماء الأبوين الذي يتكون منهما الجنين هو الذي يكسب الولد صفات موجودة في الوالدين هذا دليل البصمة الوراثية[1].

وعن أبي هريرة رضي عنه، أن رجلا أتى إلى النبي فقال:" يا رسول الله ولد لي غلام اسود فقال هل لك ابل؟ فقال نعم، قال:" ما ألوانها" قال:"هل فيها من أورق؟ قال نعم:" فأنى هذا؟ قال:" لعله نزعه عرق" قال:"فلعل ابنك هذا نزعه عرق". إن الرسول عليه الصلاة والسلام أول من تحدث عن الحمض النووي، وان الصفات الوراثية المتكونة لدى الجنين غير مستقلة عن الآباء والأجداد، وعلم الوراثة توصل إلى أن في كل خلية من خلايا الجسم عدد ثابت من الكروموزومات، التي عبر عنها النبي بالعروق تحمل

[1] _ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص.718_719.

صفات وراثية، لذلك فان نتائج الحمض النووي تعتبر دليل من الأدلة الشرعية فهي حجة تبنى عليها الأحكام[1].

أ: من القياس :

قياس البصمة الوراثية على القيافة كما رأينا في الفصل الأول بان النسب يثبت لصاحب الفراش وهو صاحب الماء، ولان البويضة الواحدة لا تلقح إلا بنطفة واحدة لنشأة النطفة الأمشاج التي تنقل الصفات الوراثية إلى الجنين، لقوله تعالى" **يأيها الناس إن خلقناكم من ذكر وأنثى**"[2] قوله كذلك عز وجل:" **إن خلقنا الإنسان من نطفة**"[3].

وعليه عند استعمال تحليل البصمة الوراثية على أي خلية من الجنين تثبت نسبه 100% لذلك فهي تقاس على القيافة [4]، لأنهما عبارة عن وسيلتين لمقارنة أوجه الشبه و الاختلاف، بحيث أن القيافة تعتمد على الصفات الشكلية، أما البصمة الوراثية يعتمد فيها على تحليل الحمض النووي [5]ADNبواسطة مختبرات وتقنيات عالية، لذلك فنتائجها دقيقة لأنها تعتمد على نتائج مادية ملموسة، والشبه الذي يكون فيها يدل على النسب بدقة والتطابق، وعليه فإنها تقوم بكل ما تقوم به القيافة[6]، وأكثر لان القيافة لم يعد لها وجود، لذلك يمكن الاستفادة من التقدم الطبي في هذا الشأن[7].

---

[1] _ عائشة إبراهيم احمد المقادمة، المرجع السابق، ص.61.
[2] _ سورة الحجرات، الآية،13
[3] _ سورة الإنسان، الآية 02.
[4] _ **القيافة** :هي اعتبار الاشتباه لإلحاق الأنساب، تقوم على الحدس والتخمين، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكم القائف.
[5] _ بحوث المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القران والسنة، **محور الطب وعلوم الحياة**، ج 2، دار جياد للنشر والتوزيع، ص.23.
[6] _ عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.117_119.
[7] _ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص.714.

لان تقنية البصمة الوراثية ADN تعد دليل إثبات ونفي قاطع بنسبة 100% إذا تم تحليل الحمض النووي في ظروف جيدة وبطريقة سليمة، لان احتمال التشابه بين البشر غير وارد، عكس فصائل الدم التي تعتبر وسيلة إثبات نسبية الاحتمال، هذا ما سنراه في دراستنا اللاحقة[1].

أما بالنسبة لمكانة البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية، فانه وعلى كل حال لا يجب ان تتعارض مع أدلة الإثبات الشرعية التقليدية[2]. بحيث أجمع الفقهاء على إن الفراش اقوي الأدلة ولا يسمو عليه إلا اللعان، ونفس الموقف بالنسبة للبينة لأنه لا يمكن تعطيل وتأخير النصوص الشرعية لمجرد دليل علمي، يمكن أن يقع في الخطأ. كما اجمع العلماء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية إذا اقر الرجل باستلحاق الولد إليه فلا مجال للاحتكام إلى البصمة الوراثية[3].

ثانيا:حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن كل شخص له نمط وراثي خاص يميزه عن غيره ، وهي بصمات تكشف عن هوية صاحبها عن طريق تحليل الحمض النووي أو ما يسمي بالبصمة الوراثية و عليه ما مدي حجية هذه الأخيرة في إثبات النسب.

ا: الحجية المطلقة للبصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية تعد وسيلة إثبات قطعية في إلحاق نسب الأبناء إلى الآباء، ذلك إن كل شخص يتميز بتركيب وراثي مستقل و منفرد عن الآخرين، ولا يوجد تشابه بين شخص و أخر، ففي هذه

[1] _ نشرة المحامي، المرجع السابق، ص.12.
[2] _ محمد فريد الشافعي، المرجع السابق،ص.127.
[3] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.45_47.

الخصية تكمن قطعية دلالة البصمة الوراثية سواء في إثبات النسب أو نفيه[1] ولان الجنين يأخذ نصف من الصفات من الأب عن طريق الحيوان المنوي، والنصف الآخر من الأم عن طريق البويضة، لهذا الصفات الوراثية الموجودة في الولد توجد في كل من الأب والأم تبعا لقانون مندل للوراثة[(2)].

وبناءا على ذلك فهذه التقنية يمكن لها أن تثبت النسب أو تنفيه،عن طريق تحديد البصمة الوراثية للولد و مقارنتها بالبصمة الوراثية لكل من الأب والأم[3].

ب: الحجية النسبية للبصمة الوراثية

بالرغم أن هناك حجج ونتائج تضفي الدلالة القطعية على البصمة الوراثية ، إلا أنها ليست سلاح مطلق، لأنها تبقي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي في مدي اقتناعه بنتائجها، لأنها تملك صفة التأثير عليه بحيث انه يراوده الشك في صحتها، على عكس الطرق الشرعية كالإقرار والبينة التي تطرح أمامه وتقنعه وتدخل عليه اليقين، هذا ما تفتقر إليه البصمة الوراثية، لأنها تتم خارج المحكمة بعيدة عن القاضي الذي لم يرى ما يحدث في المخبر وظروف إجراء التحليل، هذا ما يقلل من قطعية دلالة البصمة الوراثية[(4)].

بالإضافة إلى عوامل أخرى منها الاستنساخ، بحيث توصل العلم إلى استنساخ الإنسان، وبالتالي يكون هناك أشخاص عديدة متشابهة لها نمط وراثي واحد لا أم لها ولا أب ولا مكان في المجتمع، هذا ما

[1] _ نشرة المحامي، المرجع السابق،.ص.12.
[2] _ ينص على انه :" أي صفة وراثية أو عامل وراثي في الأبناء لابد أن يكون موجودا في احد الأبوين"
[3] _ إبراهيم احمد عثمان، **دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية**، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007، ص.16.
[4] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.53.

يؤثر على خصوصية الكائن البشري ويناقض نظام البصمة الوراثية ، هذا ما يضفي عليها الحجية النسبية[1].

كدلك عامل الأخطاء البشرية، ولان عملية التحليل الحمض النووي تخضع لسيطرة القائمين عليها، وبالتالي يقعون في أخطاء تؤثر على نتائج هذا التحليل، كما جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهية[2] و يقول الأطباء البيولوجيون أن طريقة استخلاص الحمض النووي عملية دقيقة لابد من التفطن والتيقن منه[3].

المطلب الثاني

نظام تحليل فصائل الدم وحجيتها في إثبات النسب

إلى جانب تقنية البصمة الوراثية التي تتسم بالدلالة القطعية في الإثبات، توجد أنظمة أخرى تدخل ضمن الطرق الحديثة التي يعتمد عليها القاضي في إثبات النسب أو نفيه، وهي أنظمة تحليل فصائل الدم بالرغم أن قيمتها في الإثبات لم ترق إلى درجة القطعية مثل البصمة الوراثية، وعليه فما المقصود بنظام تحليل الدم وما هي حجيتها في إثبات النسب؟.

[1] _ نشرة المحامي، المرجع السابق، ص.12.
[2] _" إن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، إنما الخطأ في الجهد البشري او عامل التلوث او غير ذلك".
[3] _ سلاف بومجان، المرجع السابق، ص.53.

الفرع الأول

تعريف نظام تحليل فصائل الدم ونتائجها العلمية

أولا: تعريف نظام تحليل فصائل الدم

عبارة عن فحوص وتحاليل طبية تحدد زمرة الدم لأشخاص معينة، وهي تشمل ثلاثة أطراف هم الأب، الأم، الابن ذلك للتأكد من فصائل دموية[1] عن طريق كشوفات طبية طويلة للتأكد من قدرة الإنجاب لكل من الأب والأم خلال فترة إنجاب الطفل أو ادعاء الحمل فيه، كما تكشف هذه التحاليل على شخصية وسن الطفل ثم تليها فترة التحاليل الطبية، وتشمل فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات(أنتيجات) خلايا الدم البيضاء ثم وضع أساس كيميائي على أساسه صنف الدم البشري إلى 4 فصائل هي: O.A.B. AB، ذلك نتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي" لاند ستينر" سنة 1900[2].

ثانيا: النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم

أ_ نظام ABO: نتج عن التجارب التي قام بها العالم الألماني "كارل لاند ستينر" سنة 1905 بحيث فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص، ثم مزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادهما ببطء وعودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وبعدها قام بمزج خلايا دم احد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن اتحادها ببعضها يتم ببطء حتى يعود الدم إلى شكله الطبيعي، كما

[1] _ يوسفات علي الهاشم، " **اثر تحليل الدم في ضبط النسب**"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة احمد دراية، ادرار_الجزائر، ع 6، 2012، ص.280.

[2] _ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.277_ 278.

في الحالة التي كان فيها البلازما والخلايا تابعة لشخص واحد أو أن الاتحاد لا يتم، هذا ما بين أن دم الإنسان ينقسم إلى أربع فصائل رئيسية كما اشرنا إليها سابقا، وهي تشبه بصمات الأصابع غير قابلة للتغير منذ الولادة حتى الموت[1] .

ولكل طفل خاصية جنية يرثها من الأم أو الأب، فإذا ما توفرت خاصية في الطفل غير موجودة في الأم المعروفة بواقعة الولادة، فإنها بالضرورة موجودة في الأب، فإذا ثبت عدم وجودها في الأب فان أبويته لهذا الطفل غير ممكنة هذا ما توضحه الأمثلة التالية:

_ الأم(o) والابن(A) ففي هذه الحالة إذا كان الرجل(O) فانه يستحيل أن يكون أب الطفل لأنه تحصل على الخاصية (A) من أبيه الحقيقي.

_ الأب(B) والأم(B) إذا كان الأب(B B) أو(B O) والأم(B B) أو(B O) فحتما الأطفال إما(O) أو(B) أو(B O) فيستحيل أن يكون للأولاد في هذه الحالة أخا(A) أو(A B)[2].

ب_ نظام MNS:

هذا النظام يتميز بعدة خصائص وراثية نادرة جدا تستعمل بنفس طريقة ABO فمثلا لو ان الأم تحمل خاصية+M+N والابن+M-N فمن المفروض ان يكون الأب+M-N ففي هذه الحالة يستحيل ان يثبت النسب للأب لان الابن حصل على+N من أمه وبالتالي-M من أبيه لكن الأب المفترض +Mوليس -Mاذا النسب ينفي بطريقة علمية .

[1] _ سلاف بومجان المرجع السابق، ص.37.
[2] _ ريمة مخبي ، علاء بوتهلولة المرجع السابق، ص.43.

ج_ نظام مجموعة البروتين

يتميز هذا النظام بالتغير والتعدد نظرا لتغير وتعدد مظهر البروتينات التى يحتويها المصل وأنزيمات الكريات الحمراء، وهو نظام حديث، واستعمال هذه العلامات تمكن من إعطاء نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية ABO لان احتوائه على البروتينات يمكن من التميز البيولوجي بين الأشخاص.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأنظمة تعتبر ظنية، إلا انه يوجد نظام HLA مرتبط بالمناعة إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية لان فيه خصائص تجعله أكثر فعالية في إثبات النسب أو نفيه، لأنه يتميز بالثبات والتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء[1] .

وما تم ذكره من هذه الأنظمة ذات الحجية الظنية كان على سبيل الحصر، بحيث تعطينا مجرد احتمالات في مجال الإثبات، بحيث يوجد أكثر من 30 نظام علمي يتهدى به في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة[2] .

الفرع الثاني: حجية التحاليل الدموية في الشريعة الإسلامية

إن الدين الإسلامي يحث على العلم، وعليه فانه يعتد بنتائج التحاليل الدموية خاصة في مجال إثبات النسب، لأنه متشوف إلى اتصال الأنساب ومحاربة ضياعها، فإذا ادعى زوجان ابنا لهما عند حدوث زلزال واثبت فحص الدم انه لهما، فالمشرع يعتبر ذلك دليل قاطع، وعلى ذلك فان الدين الحنيف يؤيد ويساير ما توصل إليه التقدم العلمي في مختلف المجالات[3].

[1] _ مخبي ريمة، بوتهلولة علاء، المرجع نفسه، ص.42_44.
[2] _ محمد الصعوب، **إثبات النسب بالطرق العلمية في ظل القانون المدني والإداري الجديد**، على الموقع: http :www ,lawjo ,net
[3] _ يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص.282 _ 284.

الفرع الثالث

حجية التحاليل الدموية في بعض التشريعات المقارنة

تباينت نظرة التشريعات المقارنة فيما بينها لنظام تحليل الدم في مجال إثبات النسب، فلكل مشرع وجهة نظره لهذه التقنية الحديثة.

أولا: حجية التحاليل الدموية في القانون الفرنسي

تطورت الأحكام القضائية فيما يخص الحجية القانونية فيما يخص الحجية القضائية لفحص الدم، بحيث في بدايتها اتجهت إلى أن الأخذ بنتائج تحليل الدم يعد قرينة بسيطة للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بها أو لا، وبعد تطور نطاق فحص الدم أصبح أمر ملزم للقاضي، وبالتالي القضاء الفرنسي اخذ اتجاه آخر في ذلك، وقال الأستاذ "هوللو" بان الأخذ بفحص الدم يحقق مصلحة للخصوم لذلك لا يجوز لهم الامتناع عن إعطاء الدم، وهذا الاتجاه استقرت عليه قرارات المحاكم الفرنسية وكذا التعديل الصادر في1955/07/15 الذي اعتبر فحص الدم سببا كافيا للدفاع والتي يلجأ إليها الأب المزعوم .

ثانيا: حجية التحاليل الدموية في القانون اللبناني

أجاز القانون اللبناني اللجوء إلى التحاليل الدموية، وجاء في المادة 343 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية بأنه يجوز ان يتناول التحقيق الفني اتخاذ إجراء على جسم الإنسان كفحص الدم، شرط أن لا يكون مخالفا لقواعد الفن أو مفضيا إلى ضرر هام.

ثالثا_ حجية التحاليل الدموية في القانون الجزائري

عدل المشرع الجزائري المادة 40 بموجب الأمر 05_02 سنة 2005 بحيث أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، وما يعاب على هذه المادة أنها جاءت عامة، ولم تحدد المقصود بالتحاليل الدموية وتحليل فصيلة الدم، إلا انه يفهم من ذلك أن المشرع قصد في هذه المادة الطرق العلمية التي شرحها الفقهاء وهي تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية[1].

[1]_يوسفات على هاشم، المرجع السابق،ص.282 _283

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع تمكنا من الوصول إلى النتائج و التوصيات التالية:

إن الشريعة الإسلامية اهتمت بالأنساب اهتماما بالغا، لأنه أساس الكرامة البشرية وحق من الحقوق الشرعية التي تجمع أفراد الأسرة الواحدة برابطة دم تجسد أواصر الصلات بينهم.

بالاعتماد على الدراسة القانونية والشرعية كذا الطبية والعلمية، التي شملت الطرق التقليدية والحديثة في إثبات النسب، والتي نضمها المشرع الجزائري في المادة 40 و45 مكرر من ق ا ج ، بحيث سار على منهج الشريعة الإسلامية، لما وضعته من قواعد وضوابط تحكم رابطة النسب، وعليه اقر الزواج الصحيح كأساس في إثبات نسب الولد لصاحب الفراش دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش..." ولا مجال لإنكاره لأنه صاحب الماء الذي تخلق منه هذا الولد، إلا عن طريق اللعان كوسيلة شرعية تعتبر مخرجا للزوج عند فقده البينة المثبتة لزنا زوجته.

أولا: النتائج

_إذا كان الزواج الصحيح طريق منشئ للنسب ويثبت به، فان الإقرار والبينة طريقان من الطرق التقليدية المشروعة الكاشفة له، وهي طرق مقررة شرعا وقانونا لا بد من العمل بها ولا بديل عنها.

_ومع التقدم العلمي والاكتشافات التي وصل إليها خاصة في علم البيولوجيات والوراثة فكانت به بعض الدلالات الضنية من خلال مطابقة فصائل الدم بين الأبناء والآباء، إلا أن وصل إلى اكتشاف البصمة الوراثية بدلالتها على هوية كل إنسان وانفراده بنمط خاص في التركيب الوراثي، فإنها لا تكاد تخطئ من التحقق من الو الدية البيولوجية عن طريق تحليل الحمض النووي(ADN)، وفق شروط

وضوابط لازمة كي يعتد بنتائجها ويؤخذ بها، على أن لا يأمر بها القاضي منذ الوهلة الأولى من التنازع في النسب، بل عليه ابتداءا العمل بالطرق الشرعية المنصوص عليها في المادة 40 ق ا ج لأنها أولى.

_وكذا تقنية الإنجاب الاصطناعي باعتبارها طريقة علمية مستحدثة للإنجاب خلافا للطريق الطبيعي، فالبرغم من اتفاق الفقهاء على مشروعيته كطريق الاستشفاء من أمراض نقص الخصوبة التي تصيب الإنسان أو تعذر الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين، إلا انه تقيده ضوابط وأحكام، وشروط واردة في المادة 45 مكرر من ق ا ج لا بد من احترامها اجتنابا لظاهرة اختلاط الأنساب.

ثانيا:التوصيات

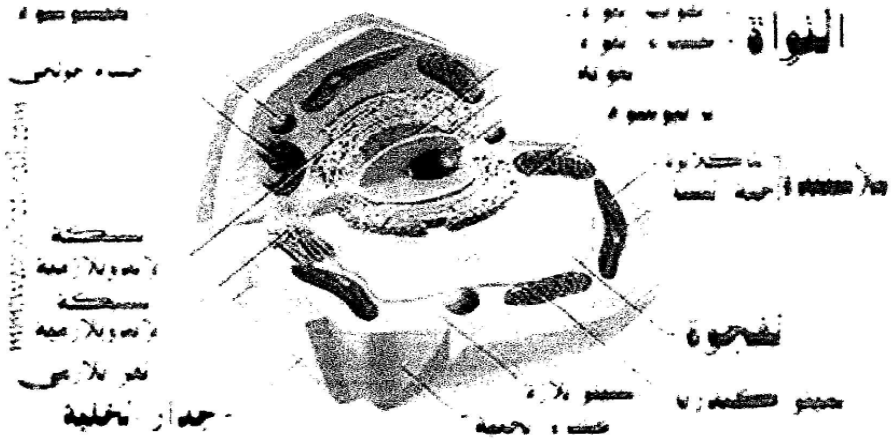
إن المشرع الجزائري حسنا ما فعل لمواكبته التقدم العلمي وما وصل إليه من اكتشافات في مجال إثبات النسب، إلا انه قصر في تشريعه فيها لأنه لم يضع لها إطار قانوني يجسد هده الطرق العلمية بكثير من الدقة والتفصيل.

لذلك ينبغي للمشرع الجزائري إعادة النظر في تجسيده الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب بالكثير من الدقة والوضوح، وإظهار قيمتها القانونية وحجيتها في إثبات النسب، فاسحا بذلك أمام القاضي مجال الاستئناس بها في حالة عدم وجود دليل شرعي ليحل به النزاع المطروح أمامه.

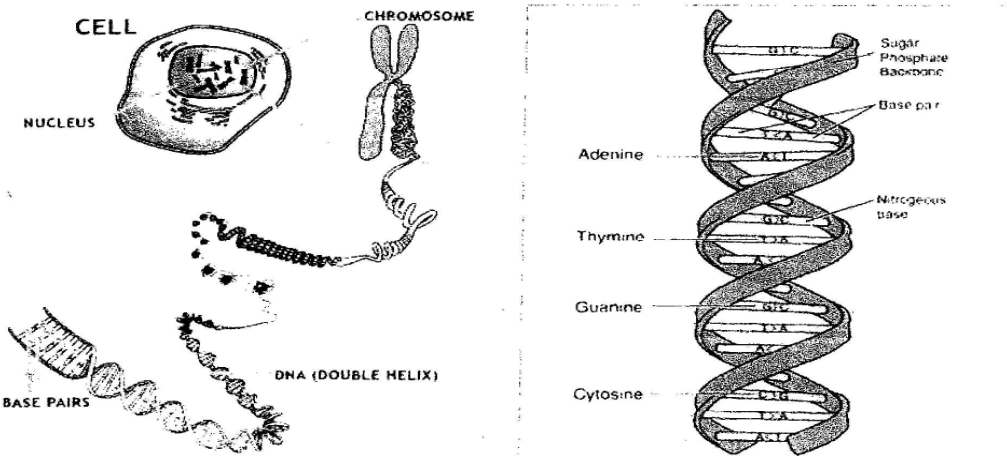
وعليه فموضوع إثبات النسب له بالغ الأهمية، لأنه من المواضيع الحساسة والخطيرة المتعلقة بالحياة البشرية خاصة مع المستجدات العلمية، لهذا على طلاب العلم الشرعي تكثيف الجهود للبحث فيه

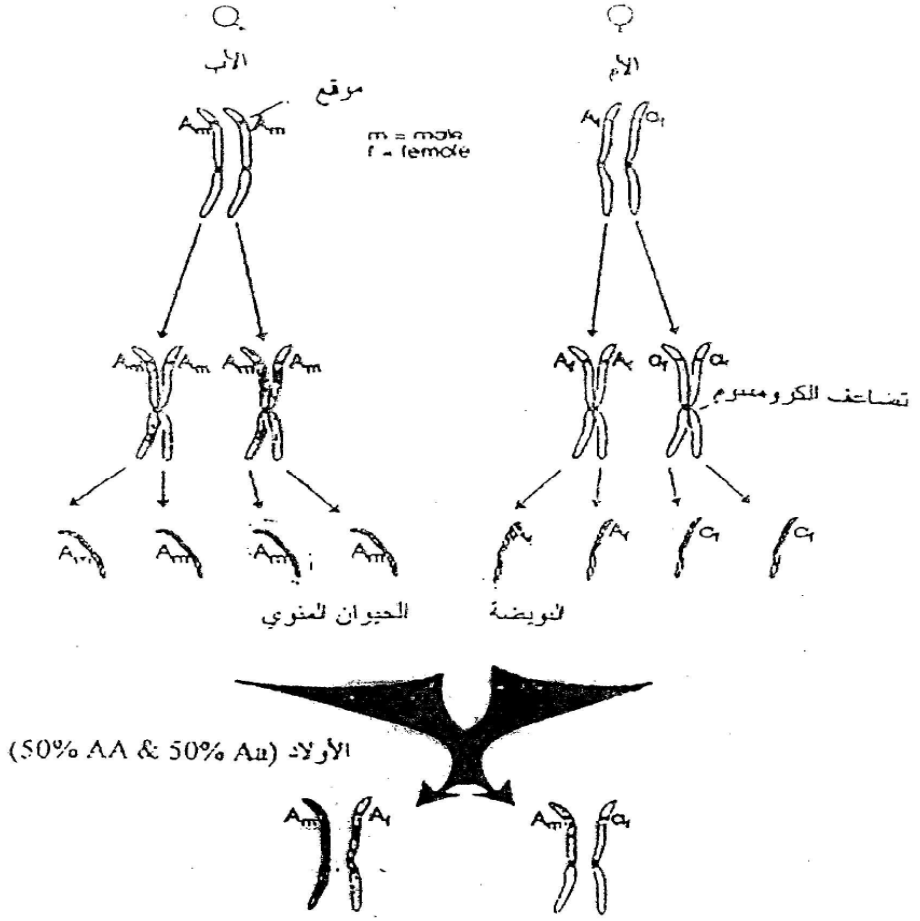
بمزيد من التعمق والتفسير لمواكبة التطورات العلمية والاهتمام بها لتتسم التشريعات بنوع من الثراء في هذا المجال.

الملاحق



الخلية ومكوناتها





الشكل رقم (٤)

عملية التوارث مثال لتوارث زوج كروموسومي واحد حيث الأب متماثل الأليل (AA) والأم مختلفة الأليل (Aa)

ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/03/05

قضية: (ب س) ضد:(م ع)

نسب _ خبرة طبية.

(المادتان 40_41 من قانون الأسرة)

يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي(المادة 41 من نفس القانون)، وبين الحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي بيانه:

بناء على المواد: 231، 233، 235، 239، 240، 241، 242، 243، 244 وما بعدها 275 والمادة 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2004/05/15 .

بعد الاستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث ان المدعوة (ب. س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها الأستاذ تباني احمد المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة الغرفة المدنية قسم الأحوال الشخصية القاضي في الشكل بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع المصادقة على الحكم المستأنف هذا الأخير كان قد صادق على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/11/26 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن الطاعنة استندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول : مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية، وينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول:

بدعوى وطبقا للمادة 339 من القانون المدني فان القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم، وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2001/04/11 أن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيديا بتعيين خبير لإجراء تحليل (ADN) على المتهم للتأكد من الأبوة، وان الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن، وان نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر نهائي، والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم والقرار المؤيد له محل الطعن أخطا عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

الفرع الثاني: مأخوذ من مخالفة أحكام المادة 40 من قانون الأسرة.

بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة ذكرت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ... الخ، وان الخبرة أثبتت أن الطفل(ص.م) هو ابن المدعى عليه في الطعن، وذلك يعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

الوجه الثاني : مأخوذ من تناقض أحكام نهائية طبقا للمادة 233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة، فان الخبير وبمقتضى هذا الحكم اثبت أن الطفل(ص.م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن، والحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2000/08/09 صادق على تلك الخبرة، اي انه اثبت الابن للمدعى عليه في الطعن، وان ذلك الحكم لم يتم استئنافه وانه صادر نهائيا، وانه بذلك يكون متناقضا مع القرار المطعون فيه، كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

الوجه الثالث :مأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة 233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة القضائية والحكم الجزائي المصادق عليها، إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت

نسب الابن للمدعى عليه في الطعن، وان عدم مناقشة القرار المطعون فيه لتلك الدفوعات والرد عليها سواء بالإيجاب أو السلب يعد قصور في التسبيب.

حيث أن المدعى عليه في الطعن رد على الوجه المثار وخلص الى رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحوبا بتقرير المستشار المقرر وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن الرسم القضائي سدد.

وعليه المحكمة العليا

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض جاء وفق الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا، فهو مقبول.

في الموضوع:

عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما:

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد انه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناءا

على العلاقة التى كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بابيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، خاصة وان كلاهما يختلف عن الأخر، ولكل واحد منهما أثار شرعية كذلك.

ولما تبين _من قضية الحال_أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة، فانه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا_غرفة الأحوال الشخصية والمواريث_ قبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة، وباحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وتحميل المطعون ضده بالمصارف القضائية.

لهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العالمية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر مارس سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا_غرفة الأحوال الشخصية والمواريث_ المتركبة من السادة:

لعوامري علاوة	الرئيس
امقران المهدي	المستشار
خيرا ت مليكة	المستشارة

ملاك الهاشمي	المستشار المقرر
بوزيد لخضر	المستشار
نعمان سعيد	المستشار

بحضور السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة وبمساعدة السيد زاوي ناصر امين قسم الضبط.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1_احمد محمد لطفي احمد، التلقيح الصناعي، الطبعة الأولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.

2_أبي إسحاق إبراهيم علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، الطبعة الأولي، دار الكتب القانونية ، لبنان، 1990.

3_اشرف عبد الرازق ويح، موقع البصمة من وسائل إثبات النسب الشرعية، دون طبعة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة.

4_احمد الرسوني، محمد الزحيلي، محمد عثمان شبير، حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة، سلسلة كتاب السنة الثانية والعشرون،ع87 ،1423هـ

5_ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

6_العربي بلحاج، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية،2000

7_البصري أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب، التفريع، الجزء الثاني ، الطبعة الأولي، دار الغرب الإسلامي، بيروت_لبنان،1987

8_الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القز ويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، الجزء الثامن ، الطبعة الأولي، دار الكتب العلمية بيروت، 1997.

9_الإمام الجليل، المحلي، الجزء العاشر، دار الطباعة المنيرية، مصر،(دون سنة النشر),

10_باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب علي ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار النشر والتوزيع عين ميلة، الجزائر،2010

11 _حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدي حجيتها في الإثبات، الطبعة الأولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

12_حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2010.

13 _عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل الجديد)،الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر،2009.

14 _عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996

15_عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار اللم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990

16_عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولي، دون سنة النشر،دون بلد النشر.

17_عبد الله يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الإسكندرية، دون سنة النشر.

18_عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية،2001

19_محمود المصري أبو عمار،الزواج الإسلامي السعيد،الطبعة الأولي، دار البيان الحديثة، القاهرة، 2006.

20_محمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب،مصر،دون سنة النشر.

21_محمد فريد الشافعي،البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دون طبعة،دار البيان، القاهرة،2006.

22_ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

23_محمد بن صالح العثمين، الشرح الممتع على زاد المتقنع، الطبعة الأولي، دار ابن الجوري، السعودية،1428

24_مصطفي ديب البغا، القرشي عبد الرخيم،سالم الرشدي، الدعاوي والبينات والقضاء، الطبعة الأولي، دار المصطفي،2006

25_محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق،الطبعة الأولي، مكتبة الإيمان بالمنصورة، جامعة الأزهر، دون سنة النشر.

26_ محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة.

27_محمد كمال إمام الطلاق عند المسلمين(دراسة فقهية قانونية)، دون طبعة،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997

28_محمد عاشق الهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، الجزء الثاني، مكتبة الشيخ كراتشي، المملكة العربية السعودية، 1412هـ.

29_فضيلة الشيخ عطية صقر،موسوعة الأسرة رعاية الإسلام (تربية الأولاد في الإسلام)،الجزء الجزء الرابع، مكتبة وهبة، مصر،2002.

30_نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وتطبيقا، الجزائر،2008.

31_رمضان علي السيد السرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة الإسكندرية، لبنان، دون سنة النشر.

32_كمال صالح، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب القانونية، مصر.

33_وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دمشق،1985 .

34 _ زبيدة اقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الهدي، الجزائر،2010.

35_زياد احمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة الثانية، الدار العربية للعلوم، عمان، 1998.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

_ الرسائل:

دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الاسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2007 2008

_عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي،إثبات النسب وفق المعطيات العلمية المعاصرة،(دراسة فقهية و تشريعية مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، 2000

_خالد خلدون احمد العويوي، دعوى إثبات النسب وتطبيقاتها في المحكم الفلسطينية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2009.

_سهير سلامة حافظ الأغا قوادح النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة،2010.

_لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، رسالة مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر،2008.

_المذكرات:

_ريمة مخبي، بوتهلولة علاء، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري،مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الخامسة عشر،2007.

2_._سلاف بومجان،إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات لقانون الأسرة، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة السادسة عشر،

_ حميدي حاج، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي،مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر،2009.

ثالثا: المقالات والبحوث

_المقالات:

_أسامة الحموي،التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد 23، ع2، 2007.

_مازن إسماعيل هنية، احمد دياب شويدح،نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السادس عشر،ع2 ،2008.

_يوسفات علي الهاشم، اثر تحليل الدم في ضبط النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة احمد دراية، ادرار _الجزائر،2012.

البحوث:

_الجيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان.

_إبراهيم صادق الجندي، محاضرة في البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب والجريمة،2002

_ مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي،2009_2010.

_نشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين/ سطيف،العدد2009،08.

_سعيد بويزري،نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية،25 اكتوبر 2010.

_بحوث المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القران والسنة،محور الطب وعلوم الحياة،ج2، دار جياد للنشر والتوزيع.

_إبراهيم احمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والعلوم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،2007.

_مريم شرايطية،جريدة الخبر ليوم 20ا فريل 2013، العدد 7050.

رابعا: المواقع الالكترونية

_حميدة ناسلي، محاضرة بعنوان عقود الزواج العرفية، مجلس قضاء مسيلة،2008/01/02 ، علي الموقع: http:/ www.Courdesial. mjustie.dz

محمد الصعوب،إثبات النسب بالطرق العلمية في ظل القانون المدني والاداري الجديد، على الموقع:

http :www ,lawjo ,net

خامسا: النصوص القانونية

_قانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 2005/02/27، ج.ر.ع 15 مؤرخة في 2005/02/27

_الامررقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 1975/09/30 ، المعدل إلى غاية القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

سادسا: القرارات القضائية

_المحكمة العليا،غ.ا.ش، ملف رقم 172333 ،مؤرخ في 1997/10/28،قضية(رف)ضد(ص ع)، م ق 1/97.

_المحكمة العليا،غ.ا.ش،1997/10/28، م ق العد الخاص،2001.

_المحكمة العليا، غ.ا.ش، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34046 ، م ق 1990 ،عدد01.

_المجلة القضائية، غ.ا.ش، ملف رقم 222674، مؤرخ في 1999/06/15 ، قضية (ع ب) ضد(م ل)، م ق1999، ع01.

_الاجتهاد القضائي غ.ا.ش، م ق،العدد 04، 1989

الفهرس

مقدمة: ---------- 01

الفصل الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب ---------- 04

المبحث الأول: الطرق المنشئة لإثبات النسب---------- 04

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح---------- 05

الفرع الأول: شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح ---------- 05

أولا: الزوجية القائمة على أساس عقد الزواج الصحيح---------- 06

ثانيا: أن يثبت التلاقي بين الزوجين ---------- 07

ثالثا: ولادة الولد بين اقل وأقصي مدة الحمل---------- 08

أ: اقل مدة الحمل ---------- 09

ب: أقصى مدة الحمل ---------- 11

رابعا: أن يكون الزوج يتصور منه الإنجاب ---------- 12

خامسا: ألا ينفيه الزوج بالطرق المشروعة ---------- 12

أ: تعريف اللعان---------- 13

1_ اللعان لغة---------- 13

2_ اللعان اصطلاحا---------- 13

ب: أدلة مشروعية اللعان ---------- 13

1_ من الكتاب ---------- 14

2_ من السنة---------- 15

3_ من الإجماع----------15
ج: شروط صحة اللعان ----------15
د: إجراءات اللعان----------16
الفرع الثاني: ثبوت نسب الولد بعد فرقة الزوجين----------17
أولا: نسب الولد بعد الفرقة قبل الدخول والخلوة ----------17
ثانيا:نسب الولد بعد بعد الفرقة و بعد الدخول----------18
أ: المطلقة رجعيا ----------18
ب: المطلقة بائنا ----------19
المطلب الثاني: ثبوت النسب في الزواج الفاسد----------19
الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد----------20
الفرع الثاني: الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد ----------22
المطلب الثالث: ثبوت النسب في الدخول بشبهة----------23
الفرع الأول: الشبهة وأقسامها----------23
أولا: شبهة الملك ----------24
ثانيا: شبهة العقد----------24
ثالثا: شبهة الفعل ----------24
الفرع الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة----------25
أولا: في شبهة الفعل ----------26
ثانيا: في شبهة المحل----------26
ثالثا: في شبهة العقد ----------26

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة لإثبات النسب----------26

المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار ----------27

الفرع الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب----------29

أولا: الاقرا ر بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ----------29

ثانيا: إقرار بنسب محمول على غير المقر----------31

الفرع الثاني: الفرق بين الإقرار بالنسب ونظام التبني ---------- 33

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة ----------36

الفرع الأول: تعريف البينة ونصابها في إثبات النسب ----------37

أولا: تعريف البينة----------37

أ: لغة ----------37

ب: اصطلاحا ----------38

ثانيا: النصاب القانوني للبينة في إثبات النسب----------39

الفرع الثاني: حجية البينة في إثبات النسب مقارنة بلا قرار ----------41

الفصل الثاني:إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة---------- 41

المبحث الأول: الطرق المنشئة ---------- 41

المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وشروطه ---------- 42

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي ---------- 42

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي ---------- 43

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي ---------- 44

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي ---------- 45

أولا: أن يكون الزواج شرعيا ---------- 47

ثانيا: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما---------- 47

ثالثا: أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة ---------- 48

رابعا: لا يجوز اللجؤ إلي الأم البديلة---------- 48

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي---- 50

الفرع الأول: نظرة الفقه الإسلامي لنظام الإنجاب الاصطناعي---------- 51

أولا: حالات الإنجاب الاصطناعي المتفق على شرعيتها ---------- 51

ثانيا: حالات الإنجاب الاصطناعي الغير مباحة---------- 52

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة من التلقيح الاصطناعي ---------- 54

أولا: موقف بعض القوانين العربية ---------- 54

ثانيا: موقف التشريع الغربي من عملية التلقيح الاصطناعي ---------- 54

1: نظرة التشريع الفرنسي ---------- 54

2: نظرة التشريع البريطاني ---------- 55

3: نظرة التشريع الأمريكي ---------- 56

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي---------- 56

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة ---------- 57

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية وحكمها الشرعي وحجيتها في إثبات

النسب---------- 58

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية---------- 59

ثانيا: الوراثة لغة ---------- 59

اولا: البصمة لغة ---------- 59

ثالثا: تعريف علم الوراثة---------- 60

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب------ 62

اولا: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية ---------- 62

من السنة---------- 62

ب: من القياس ---------- 63

ثانيا: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ---------- 64

أ: الحجية المطلقة ---------- 64

ب: الحجية النسبية ---------- 65

المطلب الثاني:نظام تحليل فصائل الدم وحجيتها في إثبات النسب--------- 66

الفرع الأول: تعريف نظام تحليل فصائل الدم ونتائجها العلمية ---------- 67

أولا: تعريف نظام تحليل فصائل الدم ---------- 67

ثانيا: النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم ---------- 67

أ:نظام ABO---------- 67

ب:نظامMNS ---------- 68

ج: نظام مجموعة البروتين ---------- 69

الفرع الثاني: :حجية التحاليل الدموية في الشريعة الإسلامية

:حجية التحاليل الدموية في الشريعة الإسلامية ---------- 70

الفرع الثالث: حجية التحاليل الدموية في بعض التشريعات المقارنة -------- 70

أولا: حجية التحاليل الدموية في القانون الفرنسي ---------- 70

ثانيا: حجية التحاليل الدموية في القانون اللبناني ---------- 70

ثالثا: حجية التحاليل الدموية في القانون الجزائري ---------- 71

خاتمة ----------72

الملاحق ----------

قائمة المراجع ----------**75**

الفهرس ----------82