وزارة التعليـــــم العالـــي والبحـــث العلمـــي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إثبات النسب في القانون الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة:حقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):

بوهادف علي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

مجبر فاتحة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	**بحري أم الخير**	رئيسا
الأستاذ(ة)	**مجبر فاتحة**	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	**بوسحبة جيلالي**	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022

نوقشت يوم 2022/07/14

الاهداء

إلـــــــــــــــــــــــــــــى

والدي الكريمين نبع الحنان

أستاذتي الفاضلة

والى كل من ساهم من قريب او من بعيد في هذا العمل

المتواضع

مقدمـــــــة:

لقد كانت المجتمعات البدائية تعيش حياة همجية عشوائية غير منظمة فالفرد فيها لا يعنيه غير إشباع رغباته و شهواته المتزايدة متجاهلا كل ما يمليه عقله و فطرته التي فطره الله عليها.

فكانت هذه المجتمعات مثالا واضحا على اختلال مقاييس الحياة و تشوهها إلى أن جاء الإسلام و امتن الله على بني البشر بأن هذّب سلوكهم و نظّم حياتهم، و حد من هذه الرغبات و النزوات الجامحة، فنظم علاقة الرجل بالمرأة و وضع لها نظاما خاصا هو نظام الزواج و الذي يسمو به كإنسان عن كافة مخلوقات الله تعالى الأخرى فكرّم الله به الإنسان و رفع قدره و شأنه.

فجعل الولد الذي ينتج عن هذه العلاقة الشرعية – الزواج– هو اللّبنة الأساسية و رباط الأسرة القويم الذي تقوم عليه المجتمعات و الشعوب و تستمر، و هذا مصداقا لقوله تعالى: " و هو الذي جعل من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا" [1]. فبعدما كان النسب مختلطا لا تراعى فيه أي قيم و لا تحكمه أية ضوابط أو قواعد أصبح الإنسان في –ظل الإسلام– ينحدر من أصل و سلالة واضحة بها يعرف كل إنسان أصله و نسبه و قدره و لا مجال لاختلاط الأنساب.

---

[1] سورة الفرقان الآية 54.

و هذا لأن المجتمع الإسلامي يشعر عن طريق الإسلام بشرف إنسانيته و إذا شعر المجتمع بإنسانيته سما سلوكه و تهذبت تصرفاته و استقام سيره و عزفت نفسه عن الوقوع في الكبائر أو حتى الصغائر من الدنايا و أصبحت كلها حدودا لله و محارما له.

و النّسب في اللغة العربية هو القرابة و الالتحاق فتقول مثلا: "انتسب الولد إلى أبيه أي التحق به".

أما في الشرع فالنسب هو علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه و رباط السلالة هو النسب في تكوين الأسر و العشائر و القبائل و الشعوب و الأمم.

فالنّسب الشرعي هو إلحاق الولد بأبيه دينا قانونا و حضارة و من هذا المنطق كان للنسب أهمية بالغة باعتباره أحد دعائم الأحوال الشخصية فهو امتداد حضاري للأجيال، يحفظ الكرامة البشرية و هو حقا من الحقوق الشرعية يبنى عليه الميراث و ينتج عنه موانع الزواج.

لهذه الأسباب حرص الإسلام على أن ينسب الولد إلى أبيه لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الولد للفراش و للعاهر الحجر" فجعل النسب يتبلور في دائرة الأسرة التي تكون على النكاح المشروع و الذي بدونه يعيش الإنسان ذليلا في ضيق و حرج يملؤه العار في مجتمع لا يرحم.

كما شدد النكير على الآباء الذين يجحدون هذه النعمة و يرفضونها فقال صلى الله عليه و سلم: " أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الأولين و الآخرين" رواه البخاري و مسلم.

و الأساس في النّسب هو إثباته، فإن كان الميلاد واقعة فإن النّسب إثبات، و إذا كان المولود موجودا فإن النّسب انتماء.

و لما كان الأمر كذلك، تعين تحيد طرق معينة لإثباته فما هي هذه الطرق؟.

لقد اهتم المشرع الجزائري بالنّسب و ضمنّه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة فنصت المادة 40 على أنه: " يثبت النسب بالزّواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون."

هذه المادة كانت محل تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث تم استبدال في نص المادة حرف "الواو" بحرف "أو" في الفقرة الأولى حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة ثم جاءت الفقرة الثانية و هي الجانب الجديد في التعديل، أين تم إضافة الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النّسب و هي تعتبر قفزة نوعية تبناها المشرع الجزائري مواكبة للتطورات و الإكتشافات العلمية في هذا المجال.

و بالتالي فإن طرق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري تنقسم إلى صنفين:

* طريق منشئ للنسب لا يحتاج إلى دليل و هو الفراش تناولناه في الفصل الأول و يندرج تحت هذا الأخير: الزواج الصحيح- الزواج الفاسد- الدخول بشبهة.

* طريق كاشف للنّسب يعيد إدماجه إدماجا قانونيا فقط تناولناه في الفصل الثاني و يندرج تحته: الإقرار- البيِّنة- و الطرق العلمية.

لهذا ارتأينا معالجة هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

الفصل الأول: الطرق المنشأة للنسب (الفراش).

المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

المطلب الأول: نسب المولود عند قيام الزوجية.

المطلب الثاني: ثبوت النسب في حالتي الطلاق و الوفاة.

المبحث الثاني: ثبوت النسب في الزواج الفاسد.

المطلب الأول: تعريف الزواج الفاسد و بيان أسبابه.

المطلب الثاني: الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد و المدة التي يثبت فيه.

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

المطلب الأول: الشبهة و أقسامها.

المطلب الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة.

الفصل الثاني: الطرق الكاشفة للنسب.

المبحث الأول: ثبوت النسب بالإقرار.

المطلب الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب

المطلب الثاني: الفرق بين الإقرار و التبني.

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالبينة.

المطلب الأول: تحديد مدلول البينة الواردة في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: شروط الشهادة في دعاوى النسب و نصابها.

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالطرق العلمية.

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب و سلطات القاضي في تقديرها.

الفصل الأول

الطرق المنشأة للنسب (الفراش)

للنسب أسباب ينشأ عنها، و هذه الأسباب تختلف بالنسبة لكل من الرجل و المرأة، فالرجل يثبت النسب منه- أي يلحق به- بأحد أسباب ثلاثة:

- الزواج الصحيح- الزواج الفاسد – الاتصال الجنسي بالمرأة بناءا على شبهة.

و سنتناول بإذن الله كل سبب في مبحث مستقل.

المبحث الأول: ثبوت النسب في الزواج الصحيح

عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة الزواج على أنه عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، و من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

و الزواج إذا كان كامل الشروط طبقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة عد زواجا صحيحا لإثبات النسب و هذا ما سنعالجه في هذا المبحث.

المطلب الأول: نسب المولود عند قيام الزوجية

يقصد بقيام الزوجية هو الفراش الصحيح، و الفراش يثبت به النسب، فإذا تزوج الرجل زواجا صحيحا في نظر الشرع الإسلامي و أتت زوجته بولد في مدته لحق نسبه بزوجها – تلقائيا- من غير حاجة إلى اعترافه بهذا المولود، و لذلك نجد رسول الله صلى الله

عليه و سلم يضع القاعدة العامة في هذا الخصوص [1] إذ قال: " الولد للفراش و للعاهر الحجر"[2].

بمعنى أن المرأة التي يحل للرجل أن يفترشها شرعا يثبت نسب ولدها منه كأثر لهذا الحل الذي أوجده عقد الزواج، و صارت به فراشا و تعينت له دون غيره من الرجال، و قاعدة الولد للفراش فيها حماية للزوجة، و فيها صيانة نسب ولدها، الذي تأتي به في هذا الفراش، بإلحاق نسبه إلى الزوج المفترش دون حاجة إلى اعتراف منه، لأن الفراش قرينة قوية و كافية بذاتها لإثبات أن الولد تخلق من ماء هذا الزوج فهو ينسب إليه رضى أم أبى، إذ رسم الإسلام طريق للزوج ينفي به ولد زوجته هو اللّعان و لا طريق غيره.

و لا يغير من قاعدة الولد للفراش حصول شبهة من نسب ولد ولدته الزوجة يخالف لون أبيه أو تقاطيع وسمات وجهه على ما تلعب به قوانين الوراثة، و قد بيّن رسول الإسلام ذلك عندما أتاه رجل يسأل: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال له الرسول صلى الله عليه و سلم: هل لك من إبل؟ قال الرجل: نعم، قال له الرسول صلى الله عليه و سلم: ما ألوانها؟ قال الرجل: حمر، قال له الرسول صلى الله عليه و سلم: هل فيها من أورق؟ قال الرجل: إن فيها لورقا، قال له الرسول صلى الله عليه و سلم: فأنّى أتاها ذلك؟ قال الرجل: لعله نزعة عرق يا رسول الله، فقال الرسول صلى الله عليه و سلم: فلعلّ ابنك نزعة عرق[1].

---

[1] المستشار أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البدبلة، دار الكتب القانونية، مصر –المجلة الكبرى- ص 22

[2] معنى الحديث: هنا يريد أن الولد للفراش في لفظ البخاري و هو الزواج و للعاهر الزاني الرجم عقوبة على جريمته إذا كانت تستوجب الرجم، أو الخيبة و الخسران و لا ينسب له و لو نازع فيه.
و فسره الإمام الشافعي على أنه الولد ثمرة الفراش و هو الزواج الصحيح أو وطء الجارية يملك اليمين فيستحق الزوج و ينسب إليه لأنه صاحب الفراش، و العاهر الفاجر الذي ينسل من طريق غير شرعي لا يجني خيرا فلا ينسب الولد و لا يستحق إلا الخيبة فالعاهر الحجر كناية عن خيبة سعيه و ضياع أمله.

[1] المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق ص 23

هذا حكم نبوي، يعتبر أصلا في ثبوت النسب بالفراش و هي القاعدة التي تبناها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة[2].

إذ يثبت النسب بالزواج الصحيح من دون اعتراف و لا بنية لأنه مفترض أن يكون كل حمل تحمله الزوجة في هذه الحالة يكون من زوجها، حيث يحرم عليها تمكين غيره منها:

و في هذا الاتجاه جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: " من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، و أمكن الاتصال"

و من المقرر أيضا " أن نفي النسب يجب أن تكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"

و متى تبين في قضية الحال أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي، و تمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن 6 أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانونا، فإن قضاء الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون[3].

و هذا الفراش ليكون صحيحا لثبوت النسب به و مجيء الولد منه لا بد من توافر شروط و هي كالتالي:

---

[2] أنظر المادة 40 من قانون الأسرة.

[3] المحكمة العليا غ أ ش قرار في 1998/10/20 رقم الملف 204821 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 82

أولا: إمكان حمل الزوجة من زوجها

بأن يكون الزوج بالغا أو مراهقا [1] فإن كان الزوج صغيرا لا يتصور منه الحمل لم يكن الولد ثابت النسب منه.

ثانيا: إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد

و هذا شرط متفق عليه و إنما الخلاف في المراد به أهو الإمكان و التصور العقلي أو الإمكان الفعلي و العادي ؟

فالأئمة الثلاثة: مالك و الشافعي و ابن حنبل يشترطون الإمكان العادي لا العقلي لأن الإمكان العقلي نادر و رأيهم في ذلك وجيه، لأن الأحكام تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، فلو تزوج الرجل امرأة و طلقها في مجلس العقد ثم أتت بولد لستة أشهر فأكثر لم يثبت نسبه منه.

و قد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور (م 40، 41 قانون الأسرة) و عليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة، فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة قانونا و شرعا، إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا بأن كان يتلاقيان أما إذا استحال ذلك بأن كان بعيدين عن بعضهما كل في بلد بحيث لا يمكن تلاقيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه[2].

و لكن الحنفية خالفوا في ذلك فقالوا : إن مجرد الفراش –أي العقد– وحده كاف لإلحاق النسب بالزوج صاحب الفراش و لو لم يعقب الزواج دخول بالزوجة، و الواقع أن

---

[1] المراهق عند الحنفية هو من بلغ اثني عشر سنة و عند الحنابلة من بلغ عشر سنين.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية، ص 192".

إثبات النسب من تاريخ العقد عند الحنفية و إن لم يتحقق الدخول أو الوطء إنما يقصد به حماية الولد من الضياع و ستر العرض و منع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة مثلا عندهم لو أن رجل تزوج بامرأة، و لم يلحق بها لمدة سنة فولدت بعد 6 أشهر من تاريخ الزواج ثبت النسب لاحتمال تلاقيهما لان الإمكان المطلوب عندهم الإمكان العقلي[3].

و قد ذهب ابن تيمية : إلى أكثر من ذلك فقد اشترط الدخول المحقق أي لا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي مستند إلى ما قاله الإمام أحمد و حجته في ذلك أن العرف و أصل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها[1].

لكن يجب أن نلفت النظر في هذا المضمار إلى عبارة " و أمكن الاتصال" التي جاءت بها المادة 41 إذ قد اعتقد البعض أن المشرع قد قصد من وراءها اشتراط ضرورة الاتصال الجنسي[2].

و الحقيقة أن المشرع عندما أورد هذه العبارة، إنما أتى بها كطريقة من طرائق إستلحاق نسب الابن بأبيه، طريقة لا تنفي وجود طرائق أخرى فالوسائل الحديثة للحمل و الفقه الإسلامي المعاصر لا يشترطان بحال ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه. فالعبرة إذن بحمل المرأة من مني الأب ذاته بصرف النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك.

---

[3] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا سنة 1976 ص 16

[1] أحمد عمراني أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجيستر في القانون الخاص سنة 2000 ص 24

[2] الدكتور تشوار جيلا لي، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة في العلوم الطبيعية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 96

و جارى التشريع الجزائري في التعديل الأخير الفقه المعاصر و نص على جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 45 مكرر. لهذا ارتأينا ضرورة التطرق إلى مسألة الإنجاب بواسطة هذه العملية و شروطها كونها من المستجدات التي أدرجها المشرع ضمن قانون الأسرة الجديد.

*** ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي:**

أمام تعدد طرق حمل المرأة بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط، ظهر الإنجاب الاصطناعي و حمل المرأة بواسطة التلقيح الاصطناعي.

بالإضافة إلى ارتفاع عدد الراغبين في عملية التلقيح خارج الرحم، إذ يعتبر بالنسبة لهم الأمل الوحيد في تحقيق حلم الأمومة و الأبوة، فمع هذا الانقلاب العلمي و الاجتماعي وضع المشرع الجزائري إطار قانوني و ضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية و تحريم أية عملية تستدعي تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية، هذا و قد كرس المشرع نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجديد حق اللجوء إلى هذه العملية باعتبارها أحدث الوسائل العلمية للإنجاب مؤكدا على أنه لا يمكن اللجوء إليه إلا في إطار وجود عقد زواج الذي يعطي الأساس القانوني للعملية و منع اللجوء للأم البديلة، هذا كله باعتبار أن هذه الحالة هي من مستجدات العصر و من أمهات مسائل الفقه الجديد و قد اعتمدت معايير و حددت شروط لا تتعارض مع أحكام الشرع و لا الطب.

*** شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي:**

1- **أن يكون الزواج شرعيا :** أي يكون كل من الرجل و المرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي يعطي العملية أساسها القانوني و قد سبق التطرق إلى هذه النقطة.

2- **أن يكون التلقيح برضى من الزوجين وأثناء حياتهما:** لا يجوز أن تلقح المرأة بنطاف تلقيحا اصطناعيا و يلحق به النسب و العلاقة الزوجية تكون قد انتفت أو انتهت كما أنه لا ينسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل و التي هي 10 شهور وفقا لأحكام قانون الأسرة لاسيما المادة 43 من قانون الأسرة.

3- أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم المرأة دون غيرهما : إن السبب في ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، و يجعل الزوجة مختصة بزوجها يتمتع بها وحده و ليس لغيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع و لذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح لزوجة لقحت بماء رجل غير زوجها، و في هذا يقول الشيخ جاد الحق: " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا و يكون في معنى الزنا و نتائجه، و كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح لا ينسب إلى الأب، و إنما ينسب إلى من حملت به و وضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما[1].

و تجدر الإشارة أن الطريقتان اللتين لا حرج من اللجوء إليهما هما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي[2].

---

[1] أنظر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الصناعي 23 مارس 1980، الفتاوى الإسلامية ، عدد 9 ص 13، 32 و ما يليها.

[2] قرارات و توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة للدورات 1- 10 القرارات 97 من منشورات دار القلم بدمشق و مجمع الفقه الإسلامي،، بجدة الطبعة 02 سنة 1998

أ- أن تأخذ نطفة من الزوج و بويضة من زوجته و يتم التلقيح خارجيا ثم زرع اللقيحة في رحم الزوجة.

ب- أن تأخذ بذرة الزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا.

4- لا يجوز استعمال الأم البديلة:

إن الواقع وحده و العقل بمفرده، و المجتمع الإسلامي بمنهجه يرفض العبث بأرحام النساء الموقرة، و بالأرحام التي أصلها الحرمة لذلك رأى المشرع منع استعمال الأم البديلة حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر و تستأجر، قال تعالى: " و وصيا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن"[1].

فربط القرآن الكريم بين الحمل و الأمومة فالتي تحمل هي الأم و ليست التي تمنح البويضة لقاء أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع و درء المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آتية لأن المفسدة فيها أكبر[2].

ثالثا: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية

لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع في المادة 41 أن لا ينفي نسب هذا المولود بالطرق المشروعة و الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة غير أن هذه العبارة و ردت في المادة 138 من نفس القانون " يمنع من الإرث اللعان و الرد".

---

[1] الآية 14 من سورة لقمان

[2] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 113

و اللعان هو أن يتهم الزوج زوجته بأن الولد ليس منه فيتلاعنان أمام القاضي كما يلي: يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهامه للزوجة من أن الولد ليس منه، و يقول في الخامسة أن غضب الله منه إن كان من الكاذبين، ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به، و تقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإذا تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا بتطليقة بائنة و ينفي نسب الولد من أمه فحسب، و إن لم يفرق القاضي بينهما بعد اللعان فالزوجية قائمة بينهما حتى و لو مات احدهما بعد اللعان و قبل التفريق ورثه الأخر، ما لم يوجد مانع من الإرث كاختلاف الدين[1].

و اتفق الفقهاء على أن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين في الزواج الصحيح شرعا مع قيام الزوجية بينهما حقيقة، أو حكما كما في عدة الطلاق الرجعي، فلا لعان في الزواج الفاسد بين الزوجين و بناءا على ذلك فلا سبيل إلى نفي الولد الثابت بالفراش في الزواج الفاسد لعدم تحقيق احد شرطي صحة نفي النسب و هو التلاعن بين الزوجين.

كما يشترط أن لا يكون قد صدر إقرار من الزوج بالحمل أو سكت عن نفي الحمل مع عدم إخفائه و أن يكون عقب الولادة مباشرة، و هذا ما يطلق عليه بالنفي المعتبر.

و من حيث المدة التي يجب فيها الملاعنة فان الإمام مالك رضي عنه حدد يوم واحد من يوم العلم بالحمل و إلا سقط الحق في المطالبة باللعان، و ما هو مستقر عليه في اجتهاد المحكمة العليا كما جاء في أحد قراراتها " اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق

[1] عبد العزيز عامر، المرجع السابق ص 126

و لا يصح في غيره من المساجد، و في أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه".

و من حيث الامتناع عن اللعان من الناحية القانونية فإن امتناع الزوج عن اللعان يعرضه للمتابعة بتهمة القذف تطبيقا لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات، أما إذا كان الامتناع من اللعان من الزوجة فان أحكام المادة 341 من ق.ع نصت على أن تهمة الزنا لا تثبت إلا بثلاث وسائل، بموجب محضر يحرره أحد رجال الضبط القضائي في حالة تلبس أو بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم أو إقرار قضائي، و من ثمة فانه بعدم توفر أحد هذه الأمور الثلاثة لا يمكن متابعة الزوجة بتهمة الزنا أو تفسير نكولها عن اللعان بأنه اعتراف ضمني منها بالزنا.

و عليه فإذا استطاع الزوج تقديم الدليل المذكور أعلاه فلا لعان حيث أن الزنا بالدليل المطلوب.

و تجدر الإشارة في هذا المجال أن نفي الولد بالطرق المشروعة قد فتح أمام التعديل الذي طرأ على المادة 40 بموجب الأمر 02/05، فيما يخص الطرق العلمية كوسيلة من وسائل هذا النفي باعتبارها من الطرق العلمية المشروعة لنفي النسب و ذلك أن مفهوم المخالفة في ذلك أن استعمال هذه الوسائل لإثبات النسب يقتضي بالضرورة، و من باب أولى استعماله كذلك للنفي، مادامت تؤدي إلى نفس النتيجة الأكثر حتمية مقارنة باللعان الذي يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق و الكذب معا.

رابعا: ولادة الولد بين أقل و أقصى مدة الحمل

طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة و التي تنص: " أقل مدة الحمل 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر[1] كما تنص المادة 43 ألا تتجاوز المدة في كل الأحوال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

و الطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يكمن في بطن أمه أكثر من 9 أشهر، فدليل ذلك قوله تعالي: " حملته أمه كرها و وضعته كرها و حمله و فاصله ثلاثون شهرا" [2] و قوله سبحانه : " حملته أمه وهنا على وهن و فصاله في عامين"[3] .

فمن هاتين الآيتين الكريمتين يثبت أن مدة الحمل و الرضاع 30 شهرا فإذا أسقطنا مدة الرضاع عامين أي أربع و عشرين شهرا بقيت مدة 6 أشهر و هي أقل مدة الحمل.

و هكذا فان القاعدة العامة أنه لا بد لثبوت النسب أن تأتي الولد في الفترة الواقعة بين اقل مدة الحمل و هي 6 أشهر و أكثرها و هي 10 أشهر، أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه للزوج و لكن إذا ادعاه الزوج و لم يصرح به بأنه من الزنا ففي هذه الحالة نسبه منه بالدعوة أي بالإقرار لا بالفراش[4].

و جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر و متى تبين – من قضية الحال– أن مدة الحمل المحددة قانونا و شرعا

---

[1] قوانين الأحوال الشخصية العربية تجعل أقصى الحمل سنة راجع م 84 من القانون المغربي و المادة 96 من القانون التونسي.

[2] الآية 15 سورة الأحقاف

[3] الآية 14 سورة لقمان

[4] عبد العزيز عامر، مرجع سابق ص 23

غير متوفرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 و الولد ولد في 94/05/04 كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة و الحماية الاجتماعية، لا يؤخذ به لان الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، و عليه فان قضاة الموضوع لمّا قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

أما إذا اختلف الزوجان في تاريخ النكاح، كأن تقول الزوجة تزوجتك منذ 6 أشهر أو أكثر لغرض وصولها إلى إثبات النسب من الزوج، و قال الزوج بل أقل من 6 أشهر للوصول إلى عدم ثبوت النسب فالقول قول الزوجة و هو ابنه. لكن هل يأخذ بقولها دون تحليفها؟ أم يجب عليها اليمين؟

قال أبو حنيفة: إنها لا تستحلف و يأخذ بقولها بدون يمين و قال محمد و أبو يوسف أنه يؤخذ بقولها مع يمينها[2] .

[1] المحكمة العليا، غ أ ش في 17 / 11 / 1998 رقم الملف 210478 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 85
[2] عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 23

المطلب الثاني : ثبوت النسب في حالتي الطلاق و الوفاة

نصت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل من تاريخ الانفصال أو الوفاة لكن كما هو معلوم فالطلاق رجعي و بائن إلا أن المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيا و المطلقة بائنا مع أن الفقهاء فرقوا بينهما، و الفرق يجوز للمطلق زوجته رجعيا أن يجامعها في فترة العدة و يعتبر هذا مراجعة فعلا، فقد تحمل منه خلال ذلك و تمضي 10 أشهر على وقوع الطلاق و لم يمضي بعد 10 أشهر على المراجعة الفعلية بوقوع زوجته [1] . أما الطلاق البائن مثل الموت يرفع قيد الزواج على الحال لذلك لابد من التمييز بين الطلاق الرجعي و البائن.

أولا: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق

نتطرق هنا للمطلقة قبل الدخول ثم المطلقة بعد الدخول طلاقا رجعيا ثم المطلقة بعد الدخول طلاقا بائنا، فالمتوفي عنها زوجها.

1- إثبات نسب المطلقة قبل الدخول:

لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من حيث العقد أو إن إمكان الوطء، و لأقل من 6 أشهر من حيث الطلاق فإن مجيئها به لأقل من 6 أشهر من حيث العقد أو إمكان الوطء يدل على أنها حملت به قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج. و مجيئها به لأكثر من 6 أشهر من حين الطلاق يحمل أن تكون قد حملت به بعد الطلاق، و احتمال أنها حملت به قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا لانقطاع الزوجية انقطاعا تاما.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق ص 193

2- إثبات نسب المطلقة بعد الدخول رجعيا:

إذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انقضائها، ثم جاءت بولد لأكثر من 6 أشهر من حيث الإقرار لم يثبت نسبه من مطلقها، لأن إقرارها بانقضاء العدة يقطع الزوجية، و يرجع أنها حملت به بعد ذلك، و 6 أشهر كافية لهذا.

أما إذا جاءت به اقل من 6 أشهر من حيث الإقرار فان نسبه يثبت و تعتبر كاذبة في إقرارها، و يعتبر الزوج مراجعا لها في العدة إذا زادت المدة بين الطلاق و الولادة عن أكثر مدة الحمل.

فإن لم تزد عنها لم يعد مراجعا بل تنتهي عدتها بوضع الحمل، لأن ثبوت النسب حينئذ لا يستلزم الرجعة، لاحتمال حصول الحمل قبل الطلاق و إذا لم تقر بانقضاء عدتها ثبت نسب ولدها من مطلقها و لو جاءت به بعد الطلاق بسنتين عند الحنفية، لان عدتها تمتد عنده بامتداد الطهر حتى تبلغ سن اليأس، فتبقى الزوجية قائمة حكما، و يثبت نسب ولدها، سترا على الأعراض و صيانة للولد من الضياع.

و إذا لم تزد المدة بين الطلاق و الولادة عن أكثر من مدة الحمل انتهت العدة بالوضع، و إذا زادت عد الزوج مراجعا، لأن العلوق لا يتصور حينئذ إلا بعد الطلاق.

3- إثبات النسب بالنسبة للمطلقة بعد الدخول بائنا:

لا يثبت نسب الولد المولود بعد طلاق بائن إذا أتت به المطلقة لأكثر من المدة القصوى للحمل اعتبارا من تاريخ الطلاق لأنه بمجيئه بعد أقصى مدة الحمل يكون دليلا

واضحا على أن حمل المطلقة به جاء بعد الطلاق البائن فلا يكون منه لأن وطئها في العدة محرم عليه، بخلاف الطلاق الرجعي.

و إذا لم تزد ثبت نسب ولدها منه ثبوتا لا يقبل النفي إلا إذا كانت قد أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انقضاءها، ثم جاءت بالولد لأكثر من 06 أشهر من حيث الإقرار، فان نسبه لا يثبت.

و من القرارات الصادرة من المحكمة العليا في هذا الصدد، "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل و من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل 06 أشهر و أقصاها 10 أشهر و متى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، و أن الحمل وضع بعد 04أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و حرفوا أحكام الشريعة الإسلامية[1].

و أخذ المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة بثبوت نسب الولد لأبيه، إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة إلا أنه عند تأملنا للحل الوارد في المادة السابقة يظهر لنا نوع من الإبهام، بين المادة 43 و المادة 60 من نفس القانون، فالمادة 43 نصت على عبارة الانفصال المقابل له بالنص الفرنسي " Séparation" في حين نصت المادة 60 على عبارة الطلاق المقابل له بالنص الفرنسي "Divorce".

[1] المحكمة العليا ، غ .أ.ش في 19 /05 / 1998 رقم الملف 193825 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 73

فهل فكر المشرع بالفرق بين الانفصال و الطلاق ألا يتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين، و يبقيا مع ذلك متزوجين طالما لم يصدر حكم يقضي بالطلاق فمتى يبدأ حساب هذه المدة المرجوة و هي 10 أشهر من تاريخ الانفصال أم من تاريخ الطلاق[1]؟

لكن بما أن القانون لم يعطينا الحل في حساب المدة المرجوة (10 أشهر) فإن الحل في نظرنا و إلى أن يكون النص غاية في الوضوح الأمر يعود إلى القاضي و تفسيره لكلمة الانفصال.

ثانيا: نسب المولود بعد وفاة الزوج

لإثبات نسب المتوفى عنها زوجها لابد من التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: هي إقرار الزوجة بانقضاء عدتها.

الحالة الثانية: هي عدم إقرارها بانقضاء عدتها.

ففي الحالة الأولى ينسب ولد المتوفي عنها زوجها من الزوج الذي توفي عنها إذا أتت به لأقل من 06 أشهر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها أربع أشهر و عشرا، لكون المولود وضعته في أقل مدة الحمل فتيقن أنها كانت حاملا وقت وفاة زوجها أما إذا أتت به لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها فلا يثبت نسب المولود من الزوج المتوفي عنها لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء العدة، و بالتالي فان إقرارها هذا يحمل على الصحة ما دام أن الولد يأتي في هذه الحالة من علوق تال على الوفاة.

---

[1] أنظر نص المواد 43 ، 60 من قانون الأسرة الجزائري.

أما في الحالة الثانية و هي في حالة عدم إقرارها بانقضاء عدتها فإن نسب المولود يثبت من المتوفي إذا أتت به ما بين الوفاة و بين أقصى مدة الحمل و ذلك لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة ، غير أنه إذا أتت به لأكثر من أقصى مدة الحمل بعد الوفاة فلا يثبت نسبه إليه لكون الحمل صار متيقنا بأنه حصل بعد وفاة الزوج.

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتعرض قط إلى إقرار الزوجة بانقضاء عدتها، و لم يشترط الإقرار، و إنما حدد أقصى مدة الحمل التي يمكن للزوجة أن تضع فيها حملها بعد الطلاق أو الوفاة.

ويكون نسب المولود من المطلق أو من المتوفي عنها زوجها ويلحق به ويسجل في سجلات الحالة المدنية على لقبه. و لا يمكن بأي حال من الأحوال تعرض الورثة لنسب هذا المولود، غير أنه إذا أتت به و وضعته خارج هذه المدة أي 10 أشهر من الوفاة فان نسب المولود لا يلحق بالمتوفي لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها، و باعتبار أن النسب من حق الله تعالى و هو متعلق بالنظام العام، فانه لكل من له مصلحة رفع دعوى قضائية لإلغاء نسب المولود زورا.

المبحث الثاني: إثبات النسب في الزواج الفاسد

ألحق الشارع الحكيم الفراش في الزواج الفاسد بالفراش في الزواج الصحيح في ثبوت النسب إحياء للولد إذا دخل الزوج بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا، و قد نص المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري أن يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون و منه:

المطلب الأول: تعريف الزواج الفاسد و بيان أسبابه

الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول و لكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية[1] الواردة في المادة 9 من قانون الأسرة، كأن يكون العقد بدون ولي في حالة وجوده أو بغير شهود أو كأن شمل على مانع من موانع الزواج الشرعية أو عدم توافر أهلية الزوجين، فهو الزواج الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة، و يتوفر فيه سببا من أسباب الفسخ، فالفسخ هو الجزء الذي يقرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد و الفسخ يكون وفقا للمواد 33 و 34 من قانون الأسرة.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، هذا قبل الدخول أما بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل.

إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي سواء المؤيدة أو المؤقتة فانه يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب العدة.

---

[1] د/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق الطبعة الثالثة 2004 ص 148.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 32 من قانون الأسرة كانت قبل التعديل تقرر الفسخ إذا اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد أو إذا ثبتت ردة الزوج إلا أنه تم تعديل المادة 32 منه و التي أصبحت تقرر بطلان الزواج في حالة اشتماله على شرط أو مانع يتنافى و مقتضيات العقد، هذا مع الحذف بصفة كلية ردة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج فأصبحت المادة 32 من قانون الأسرة تنص على الزواج الباطل.

إضافة إلى الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة التي أصبحت تقرر بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا ففي ماعدا ذلك يعتبر الزواج فاسدا أي إذا اختل شرط من الشروط الواردة في المادة 9 مكرر.

و منه فقد قرر المشرع الجزائري البطلان في حالتين هما:[1]

- اشتمال العقد على مانع أو شرط يتنافى و مقتضياته.
- اختلال ركن الرضا فيه.

عدا هذا يعتبر العقد فاسدا رتب عليه بعض الأحكام بعد الدخول و الزواج الفاسد و الباطل بمعنى واحد عند جمهور الفقهاء إلا الحنفية، و عند المالكية فإن الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.

[1] الاطلاع على المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد

إن سبب ثبوت النسب في النكاح الفاسد هو الدخول الحقيقي [2] بشرط أن يأتي الولد بعد 6 أشهر أو أكثر و هذه المدة تبدأ سريانها من وقت الدخول، و الحكمة في ذلك أن سبب النسب هو الدخول مع الشبهة، و لان إثبات النسب في النكاح الفاسد هو إحياء للولد حتى لا يبقى بدون والد يربيه.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار بالنية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"

و محتوى هذه المواد هي أن اختلال أي ركن من أركان عقد الزواج بإحدى المحرمات و تم اكتشاف هذا الفساد في العقد قبل البناء فيجب فسخه، و بالتالي لا يترتب عليه أي أثار، أما إذا اكتشف الأمر بعد الدخول الحقيقي ففي هذه الحالة يترتب عن فسخ العقد هذا أثار هامة و هو ثبوت النسب للزوج، غير أنه إذا لم يكن هناك دخول حقيقي فلا يثبت النسب للزوج و على هذا الأساس فالعبرة في النكاح الفاسد بالدخول فيثبت الفراش من حيث الدخول لا بمجرد العقد كما في النكاح الصحيح الذي اتفق عليه الفقهاء، على أنه السبب في ثبوت نسب الولد الذي يولد في أثناء قيام الزوجية.

[2] عبد العزيز عامر، المرجع السابق ص 79

و عن المدة التي يثبت فيها النسب في الزواج الفاسد فإنه إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم دخل بها دخولا حقيقيا ثم أتت بولد اقل من 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها لا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأن الحمل سابق على الدخول بيقين و ذلك لعدم مضي أقل مدة الحمل من وقت الدخول.

و إذا ولدت لتمام 6 أشهر أو لأكثر من تاريخ الدخول صارت فراشا له بالدخول بها بناءا على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر و لا يستطيع الزوج أن ينفي نسب هذا الولد أصلا، لأن من شروط نفي الولد اللعان.

و اللّعان لا يكون إلا بين الزوجين في الزواج الصحيح، بدليل أن الآية واردة في الذين يرمون أزواجهم. و لهذا يقول الفقهاء: " الفراش للزواج الفاسد أقوى من الفراش للزواج الصحيح"

أما إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا و لم يدخل بها ثم أتت بولد لا يثبت منه و إذا فارق الرجل المرأة التي عقد عليها عقدا فاسدا أو فرق القاضي بينهما بعد الدخول ثم ولدت بعد هذه المفارقة، فإنه يشترط لثبوت النسب ألا تزيد المدة بين الولادة عن أكثر من مدة الحمل و هي المدة التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة بنصه " أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر".

المبحث الثاني: ثبوت النسب في الوطء بشبهة

إن ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 في مجال إثبات النسب، و إن دراسة هذه المسألة تستدعي التطرق إلى مفهوم الشبهة و أقسامها و أحكامها و هو ما سوف نعالجه في هذا المبحث.

المطلب الأول: الشبهة و أقسامها

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت و هو ليس بثابت فيه [1] و أصل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم"

و نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع به الشخص و هو من الأحداث القليلة الوقود في أيامنا هذه فالدخول بشبهة على ثلاثة أنواع، لأن الشبهة إما أن تكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل.

أولا: شبهة الملك:

و تسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل، حاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على رجل فيفهم منه إباحة و قاع المرأة في حين أنه غير مباح له، و مثال هذه الشبهة أن يخالف رجل امرأة التي طلقها طلاق بائن بكناية أي ليس من ألفاظ الطلاق الصريحة، و أساس هذه الشبهة قول عمر رضي الله عنه: " الكنايات رواجع"[2] .

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص 88.

[2] عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 87

و نظرا لأن النسب يحتاط في إثباته، فإنه في هذه الحالة ينسب الولد للواطئ إذا دعاه، إن هذه الشبهة لا تثبت الفراش كاملا و إنما يثبت شبهة الفراش فقط، و شبهة الفراش قاصرة على إثبات الولد لذلك يثبت النسب إذا ادعاه و أقربه.

ثانيا شبهة العقد:

فهو إبرام الرجل عقد زواج على إمرأة، و بعد الدخول بها تبين فساد هذا العقد بسبب من الأسباب المفسدة للعقد، و مثال ذلك أن يتزوج شخص أخته من الرضاعة، و بصفة عامة الزواج بالمحارم، و هو بذلك يشبه بحد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه و أثاره.

فلو أقر الفاعل أنه كان على علم بالحرمة فإنه لا يثبت النسب لأن الفعل صار زنا، و الزنا فيه الحد و لا يثبت النسب أما إذا كان يجهل الحرمة فالأئمة الأربعة اتفقوا عن إسقاط الحد و ثبوت النسب للواطئ[1].

ثالثا: شبهة الفعل

و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و يظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، أو خبر من الناس، و من أمثلة ذلك أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة ،أو أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له من بعد أنها ليست زوجته و عليه فان شبهة الفعل يثبت النسب فيها، و لا يجب الحد على الفعل.

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أن النكاح يشبه سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهة و شبهة، و يفهم أيضا من نص المواد 40 و 42 من قانون

[1] عبد العزيز عامر المرجع السابق ص 81

الأسرة أن المشرع الجزائري لم يدرج شرط أو قيد المتمثل في زواج الموطوءة، و إنما يجب مراعاة المدة القانونية في أقل مدة الحمل و أقصاها حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة و عليه فإن خالط الرجل إمرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح، الذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب من غير توقف على دعوة من الرجل.

و لا يمكن أن ينكره إلا باللعان، و هذا كله إذا جاءت المرأة المدخول بها بشبهة بالمولود في المدة المقررة شرعا و قانونا.

المطلب الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة

للفقهاء أراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب و في الأخر لم يثبتوه.

أولا: شبهة الفعل

يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء في أية حالة من حالاتها، و إن أدعى الولد، و ذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش، و على ذلك فإن الفعل يتمخض زنا، و يجب الحد على الفاعل إن لم يدع ظن الحل، أما إذا ادعى ظن الحل فإن الحد يسقط للشبهة التي قامت في ذهن الفاعل و لبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل. إذ يقولون في من زفت له غير امرأته، و قيل له هذه امرأتك فوطئها، فهي شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه.

ثانيا: شبهة المحل

إن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء، بناء عليها إن ادعاه الواطئ، و ذلك لأن الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل، تلك الشبهة التي تقوم في الملك، أو الحق في المحل، فلم يتمخض الفعل الزنا، و ثبوت النسب هنا، لأن النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل بل على أن الفعل في ذاته حلال بدليل شرعي قد يفيد الحل.

"و لذلك جاء في الجوهرة أن كل موضع فيه شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد من الوطء، و إن ادعاه، و في كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا أدعاه"[1]

ثالثا: شبهة العقد

فيها يسقط الحد عن الفاعل، و إذا قال علمت أنها حرام ثبت النسب، لأن الوطء تعلقت به شبهة، أما عند أبي يوسف و محمد بن الحسن صاحب أبي حنفية فان الحد لازم و كذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة، و عند الإمام مالك في نكاح المحارم أن من يعقد على أمه أو أخته أو ذات رحم محرم منه و يطؤها فإنه يحد لذلك حد الزنا، مادام أنه عامد عالم بالتحريم، و لا يثبت به نسب، أما إذا لم يكن عالما بالحرمة، فان الحكم منه عندها هو الحكم عند أبي حنفية فيسقط الحد و يثبت النسب[2].

و قد نص المشرع الجزائري على ثبوت النسب في نكاح الشبهة في المادة 40 من قانون الأسرة، و ما يعاب على هذا النص أنه أقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة، و بكل نكاح فاسد و لسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصد قانون الأسرة منه، لأن المعنى الظاهر و هو أن نكاح الشبهة شيء و النكاح الفاسد شيء أخر، و هذا المعنى فاسد و غير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة بدليل أن الفقه الإسلامي يقسم الشبهة إلى قسمين: شبهة العقد و شبهة فعل.

و من هنا نرى أن المشرع الجزائري قد اختلطت عليه الأمور إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدل من النكاح بشبهة مادام أنه أقر بثبوت بالنكاح الفاسد في النص ذاته و

---

[1] عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 87

[2] د/ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق، في ق . أ. ج طبعة ثانية 1989 ص 214

هذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح، و بالنكاح الفاسد، و بالدخول بشبهة، و عليه فانه لا مناصب إذن من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بحيث تصبح على النحو التالي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالزواج الفاسد، و بالإقرار و بالنية و بالوطء بشبيه و لا داعي لإعادة تفصيل البعض منه، و بهذا التعديل للمادة 40 يتسق مع النصوص الأخرى خاصة منها ما يتعلق بالنكاح الفاسد، و ما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه.

الفصل الثانـــــي :الطرق الكاشفة للنســـــب

الإقرار و البينة يعتبران من الأدلة الكاشفة للنسّب، و هي الأدلة الأولى التي تستعمل قضاءا لإثبات حقوق ما و منها النسب ، فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأم تدّعي بنوة طفل معين أو أب يدعيها أو يقوم الابن بادعاء أمومة معينة أو أبوة معينة، كما أجاز له أن يدعي إخوة أو عمومة شخص أخر، و سمي ذلك إقرارا ويمكن أيضا إثبات النسب عن طريق البينة، و هذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئ.

هذا و قد تمت إضافة الفقرة الثانية للمادة 40 من قانون الأسرة و هذا بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، و هذا التعديل يفيد انه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة حيث تنص الفقرة 2 من المادة 40 على انه:

" و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" و منه أصبح يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه.و هو هذا يعتبر قفزة هامة قام بها المشرع الجزائري في هذا المجال تماشيا مع التطورات العلمية خاصة تلك المتعلقة بالمجال البيولوجي.

لكن يشترط للإقرار بالنسب أو إقامة البينة أو اللجوء للإثبات بواسطة الطرق العلمية أن تكون المعاشرة بين الرجل و المرأة تست ند إلى علاقة شرعية حيث إذا كانت المعاشرة غير شرعية و خارج إطار عقد الزواج فـإن هذه الطرق مجتمعة لا قيمة له و لا يمكن اعتبارها كأدلة لإثبات النسب.

و تفصيلا لكل هذا نتعرض إلى كل طريق في مبحث مستقل.

المبحث الأول: ثبوت النسّب بالإقرار

الإقرار يعني الاعتراف . اعترف بالشيء أي أقر به، و هو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معينا ابنه أو أبيه أو ابنته سواء كان المقر رجلا أو امرأة و سواء كان المقر له ذكرا أو أنثى.

و الإقرار يكون إما صراحة أو ضمنيا فالإقرار الصريح هو اعتراف الزوج في مجلس الحكم أو خارجه بان الولد ابنه و إذا صدر عنه مثل هذا الإقرار فليس له بعد ذلك أن ينفيه و الإقرار الضمني هو كل تصرف من الزوج يمكن تأويله بمعنى الإقرار الصريح و من ذلك قبول التهاني بالولد عند ولادته و الإنفاق عليه ومعاملته معاملة الآباء للأبناء[1].

و التطرق للإقرار باعتبار ه طريق كاشف لإثبات النسب يقتضي تحديد أنواعه المنصوص عليها في المادتين 44و45 من قانون الأسرة الجزائري، ثم توضيح الفرق بينه و بين نظام التبني و موقف المشرع الجزائري من هذا الأخير و هو ما سوف نتناوله تباعا فيما يلي:

المطلب الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب

إن ثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتان 44و 45 من قانون الأسرة الجزائري فنصت الأولى على أنه " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة" و نصت الثانية على أنه " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

---

[1] أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، السن، الاسم، الجنسية، إثبات الأحوال الشخصية، منشورات دار مكتبة الحياة، ص68

و من تحليل هذين النّصين نستخلص أنه يوجد نوعان من الإقرار في مجال إثبات النسب و هما:

- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة: و هو إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير.

- الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة: و هو إقرار فيه تحميل النسب عل الغير.

أولا: الإقرار بالبنوّة أو الأبوّة أو الأمومة

و هو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه و هو الإقرار بالأبوة المباشرة أو الأمومة المباشرة أو البنوة المباشرة كأن يقر مثلا بأن هذا الولد ابنه أو يقر بأن هذا الرجل أبوه فإذا أقر بأبوته لولد فإنه يكون قد حمّل النسب على نفسه و كذلك إذا أقر بأن فلانا أبوه. إلا أنه لثبوت النسب بالدّعوة في هذا النوع الأول من الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يجب توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: ألاّ يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا

فإن صرّح في إقراره بذلك لا يثبت النسب منه لأن الزنا كما ذكرنا لا يصلح سببا للنسب لقوله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر" فالولد ينسب للزوج متى كانت العلاقة الزوجية قائمة ، وولد في المدة المحددة شرعا و لم ينفيه بالطرق الشرعية(اللعان).

و عند الحنفية أنه إذا ادعى شخص نسب ولد يولد مثله لمثله و كان مجهول النسب، ثبت نسبه لكن بشروط أن لا يقر و يصرح بأنه ابن زنا، فإذا ذكر ذلك فإنه لا يثبت. و في

مذهب مالك إن ثبوت النسب بالدعوة لا يكفي فيه ألاّ يذكر أنه من الزنا بل لا بد أن يعرف كذبه بقوينة.

بالنسبة لإقرار الأم فيثبت النسب بإقرارها و لو أقرت بأنه ابنها من غير زواج شرعي لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه و إن كان لا يثبت نسبه ممن زنا بها[1].

الشرط الثاني: أن يكون الولد مجهول النسب

بمعنى أنه لا يعرف له أب إذ لو كان معروفا له أب لا يصح الإقرار لأن النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الفسخ أو الانتقال من شخص لآخر، وعلى ذلك يجب لكي ينتج الإقرار أثره أن يكون المقر له النسب مجهول النسب لا يعرف له أب[2].

و يعتبر ابن الملاعن في حكم معلوم النسب فلا يجوز ادعاؤه أو الإقرار ببنوته لاحتمال تكذيب الملاعن نفسه، لذلك استثنى العلماء من هذا الشرط و لد اللعان فـإنه لا يصح ادعاؤه بالنسب و إلحاقه بغير الأب الملاعن احتمال أن يرجع الملاعن و يكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس ابنا له.

الشرط الثالث: أن يصدّقه العقل

أي أن يكون المقر به ممّا يولد مثله لمثل من يقر بنسبه ، و ذلك في سن تسمح بأنّه يكون ابنا للمقر فلو كان المقر ببنوته أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو مقاربا بحيث لا يمكن أن يكون ابنا للمقر لم يصح إقراره، لأن الحس أوالواقع يكذبه في هذا الإقرار، فمن

---

(1) عبد العزيز عامر، المرجع السابق ص 99

(2) عبد العزيز عامر، المرجع السابق ، ص 93

قال لغلام هذا ابني و كان سن الغلام 10 سنوات و سن المقر 20 سنة لا يصح هذا الإقرار، و هذا ما عبرت عليه المادة44 من قانون الأسرة الجزائري بقولها " متى صدقه العقل".

لا حاجة لتصديق المقر له بالبنوة سواء كان مميزا أو غير مميزا لعدم اشتراط القانون ذلك،و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري على أن الإقرار بنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسرى على غير المقر إلا بتصديقه فيكون قد استثنى الإقرار بالبنوة من التصديق[1].

أما فيما يخص الإقرار بالأبوة و الأمومة فيشترط أن يصدق الرجل الذي أقرّ له الأبوة أو المرأة التي أقر لها بالأمومة و هو شرط لا يمكن تخلفه لإمكان التصديق من المقر له.

المشرع الجزائري في عدم اشتراطه هذا الشرط يكون قد اقتضى بما عليه فقهاء المذهب المالكي، فهم لا يأخذون بهذا الشرط إذ يعتبرون أن النسب حق للولد على الأب فيتوقف بإقرار الوالد دون أن يتوقف ذلك على تصديق من الولد ما لم يثبت كذبه.

فإذا توافرت هذه الشروط ثبت النسب و صار المقر له ابنا للمقر ، و من ثمة تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والديهم و منها النفقة و الميراث.

و كما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر بأبوته يثبت نسبه من المرأة التي تقر بأمومتها له إذا توافرت فيها الشروط السّالف تفصيلها ما عدا شرط ألا يصرح المقر بان

---

[1] د / فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق الجزء الأول، طبعة 1985 المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 219 – 220

الولد ابنه من الزنا فبالنسبة لإقرار الأم فيثبت النسب بإقرارها و لو أقرت بأنه ابنها من غير زواج شرعي، لأن ولد الزنا يثبت نسبة من أمه و إن كان لا يثبت نسبه ممكن زنى بها.

أما إذا كانت المرأة المقرة متزوجة ففي هذه الحالة قد تقر بأمومة هذا الولد من زوجها فيجب أن يصدقها الزوج على إقرارها لأن حالة الإقرار هذه فيها تحميل النسب على غيرها و هو الزوج و إن كذّبها فعليها أن تقيم البينة على ثبوت صحة هذا الإقرار بأنه ولد على فراش الزوجية، و إثبات الأمومة يكون بشهادة القابلة أو امرأة من أهل الصدق فمتى ثبتت أمومتها يثبت نسب المولود من الأب أيضا.

أما الإقرار بالأبوة، بأن يقر الولد بأن فلانا أبوه فيشترط فيه كذلك ما يشترط في الإقرار بالبنوة فيجب أن يكون مثل المقر يولد من مثل المقر له ، و أن يكون الولد المقر مجهول النسب و ألا يقول أنه أبوه من زنى بأمه و أن يصدقه المقر له في هذا الإقرار[1].

أما إذا لم يصدق المقر له المقر في إقراره بل كذبه فإن للمقر أن يثبت إقراره بالبينة الكاملة و هي شهادة رجلين أو شهادة رجل و امرأتين و إن عجز المقر عن الإثبات بالبينة يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر ، فإذا حلف بطل إقرار المقر ، و إن نكل و امتنع عن الحلف تثبت دعوة المقر فيثبت نسبه من المقر له.

و ما يؤخذ على المشرع الجزائري إغفاله مسألة نسب الولد غير الشرعي أو اللقيط و الواقع يدل على وجود آلاف المولودين بدون أب من أمهات عازبات و هم في تزايد سنة بعد سنة فلا داعي إذن لأن تكون المسألة مهملة ممّا يدفع بالقاضي إلى تطبيق المادة 22 من

[1] أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية، الجزء الأول، طبعة 1925 ص 365

قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فالمشرع الجزائري لم ينظم حالة اللّقيط في أية مادة من مواد القانون و لكنه منع التبني ليدخل تحت حكم التبني التقاط اللّقيط طالما أن ادعاء نسبه غير متوفر لمن يريد ذلك[2].

و النظام المتبع في الجزائر هو أنه من وجد لقيطا يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللق طاء حيث تنص المادة 67/ ق1 من قانون الحالة المدنية على أنه:" يتعين على كل شخص وجد مولود حديثا أن يصرّح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه" .

كما نصت المادة 120 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

و بالرجوع إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية فـنجدها تنص في فقرتها الرابعة على أن يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللّقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرّح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي[1].

---

[2] د / سعيد فضيل، المرجع السابق، ص 277

[1] أنظر نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

ثانيا: الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة.

و هو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على الغير، هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر و لا فرع له و إنّما قريبه قرابة الحواشي أي لهما أصل مشترك هو أبوهما إن كان الإقرار بالأخوة وجد المقر و أب المقر له إن كان الإقرار بالعمومة.

و لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري بقوله:" الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسرى على غير المقر إلا بتصديقه"[2].

و يتضح من هذا النص أن الإقرار الذي لا يكون فيه تحميل النسب عل ى الغير، لا يشترط فيه تصديق المقر عليه إن كان حيا، أو ورثته إن كان ميتا، عكس الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يصلح و حده لأن يحتج به و يكون وحده كاف لإثبات النسب بل يجب إضافة إلى هذا الإقرار أن يتحقق أحد الشرطين.

- الأول: أن يصدقه المقر عليه بالنسب إن كان حيا.
- الثاني: أن يقيم المقر بينة على إقراره أو أن يصدقه ورثة المقر عليه بعد وفلته.

فثبوت الإقرار بالأخوة مثلا معلّق على تصديق المحمول عليه (أي الأب) على هذا الإقرار و بالتالي إن لم يصدّق المحمول عليه ، فيبقى للمقر إن أصرّ على إقراره أن يرفع دعوى أمام القضاء يدعمها بالبينة لتثبيت النسب و باللجوء للخبرة بواسطة الطرق العلمية

[2] أنظر نص المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري.

المستحدثة كطريقة من طرق إثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة و هذا بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في 25 فبراير 2005.

و في حالة العمومة إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ بينه كمقر بها و بين المقر له ، و لكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الادعاء و لم يكذبه و أن يقيم المقر البينة على إقراره طبقا لنص المادة 45 من قانون الأسرة و يترتب على ثبوت النسب المحمول على الغير الآثار القانونية من توارث ونفقة ....الخ.

و كذلك إذا مات أب المقر عن الأولاد، فإن المقر له يشارك في تركة المتوفي في مواجهة المقر دون إخوته إلا إذا صدقه هؤلاء، و إذا مات المقر و لا وارث مطلقا استحق المقوله تركته.

و في مجال إثبات النسب بواسطة الإقرار جاء عن المحكمة العليا: " من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار، ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة ..."

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد. و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فان هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده يحمل الطاعنة، كما أنه المادتين 341 و 462 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و بالدّفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يعني عن أي دليل آخر و لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار[1].

إنّ أهم ما يجب علينا أن نلاحظه بصدد الحديث عن ثبوت النسب بط ريق الإقرار أو الاعتراف ببنوة أو أبوة أو أمومة الولد المجهول النسب ، هو أن يكون المعترف أو المقر ببنوته أو أبوته أو أمومته كان قد نتج عن زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة، لأنه إذا أقر شخص بأنه عاشر ، امرأة معاشرة غير شرعية خارج إطار العقد الصحيح فأنجبت الولد المعترف به فإن إقراره لا قيمة له و لا شرعية له. و بالتالي لا يجوز إسناد نسبه إلى أي رجل و لا تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب و اسم أي شخص عدا اسم أمّه و لقبها.

و لهذا يمكن القول بأنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية و قانونية الزواج قبل أن يبحث في قضية إثبات النسب، و لا يجوز له أن يحكم بإسناد نسب أي مولود إلى المدعي ببنوته أو أبوته استنادا إلى إقراره إلا بعد أن يكون قد تحقق له وثبت لديه قيام عقد زواج شرعي و قانوني قبل مدة مناسبة من تسجيل دعوى النسب لدى كتابة الضبط بالمحكمة و أن يكون قد توفرت لديه شروط الزواج وشروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا و قانونا لمدة الحمل.

[1] المحكمة العليا، غ . أ . ش 15 / 12 / 1998 ، رقم الملف 202430 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 77

و لإثبات قيام مثل هذا الزواج يجب على مدعي الأبوة أو البنوة أن يقدم رفقة طلب إثبات النسب وثيقة عقد الزواج المستخرجة من سجلات الحالة المدينة تطبيقا لما نصت عليه المادتان 21–22 من قانون الأسرة المتعلقة بإثبات الزواج وبتسجيله في سجلات الحالة المدنية، لأنه لا يقبل من القاضي لا منطقيا و لا عقلانيا أن يحكم للمدعي بما يعتبر أثرا من آثار الزواج دون أن يكون قد تأكد مسبقا من قيام هذا الزواج و شرعيته أو قانونيته، لأنه لو قلنا أن القاضي الذي تطرح عليه دعوى النسب لا يلزم ببحث شرعية أو عدم شرعية أو قانونية الزواج، وأنه يكفيه أن يقتنع بوجود علاقة أبوة بين المدعي و المدعى ببنوته استنادا فقط إلى شهادة شهود إلى وثائق عرفية أو اعترافات أو إقرارات مشبوهة فإننا نكون قد فتحنا بابا واسعا للفسق واختلاط الأنساب و قدّمنا كل المساعدات و التسهيلات لكل زانية و زان أن ينشئوا بينهم ما يشاؤون من العلاقات الحرام و يصبح أولاد الزنا كلهم أولاد شرعيين معترفا ببنوتهم بموجب أحكام قضائية.

و بصدد التطرق لدعاوي النسب نشير إلى أن دعاوي النسب التي ليس فيها تحميل النسب على الغير كأن يرفع الابن دعوى ضد الأب طالبا الحكم بثبوت نسبه منه مجردا عن طلب آخر، هذه الدّعوى مقبولة إذا كان المدّعى عليه في الدعّوى حي و هو الملزم مباشرة بها فتقبل مباشرة إذا رفعت من الأب لإثبات بنوة الأب أو العكس بأن يرفعها الأب لإثبات أبوته بأن يقر الولد بأن فلانا أبوه لأنها تخصه شخصيا و لكن في حالة وفاة المدعى عليه أي

الأب أو الأم أو الابن فهذه الدعوى لا تقبل إلا اقترنت بحق آخر كون المدعى منه النسّب غائب، و الدعوى على الغائب لا تقبل إلا ضمن دعوى أخرى على حاضر[1].

أمّا دعاوي النسب التي فيها تحميل النسب على الغير كأن يرفع المدعي دعوى يطلب الميراث فينكر المدعي عليه صفقته التي يستند عليها في الميراث فعلى المدعى أن يثبت دعواه بأن يثبت نسبه من المتوفي الذي يريد حصته في تركته لكون المقصود الأصلي من المدعى هو الحق المترتب على ثبوت النسب إذ أن الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف بل يبقى مجرد وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه و الخصم ليس من حمل عليه النسب و إنما هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة أو الدائن.

[1] د/ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 221 - 222

المطلب الثاني: الفرق بين الإقرار و التبني

أولا: تجريمه في الشرع

يختلف التبني عن الإقرار بالبنوة، فالإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب أما التبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النسب أو مجهول النسب كاللقيط و يصرح أنه يتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة ، و قد كان معروفا في الجاهلية يجعلونه كالابن الحقيقي و يأخذ أحكامه من النفقة و الميراث فلما جاء الإسلام أبطله و بيّن أنه مجرد دعوى لا أساس لها لقوله تعالى "و ما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السّبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدّين و مواليكم و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به و لكن ما تعمّدت قلوبكم و كان الله غفورا رحيما"[1] .

و هذا النظام الذي كان في الجاهلية و أتى عليه الإسلام، لا يزال معمول به في بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي و التونسي و مما يعللون به هذا النظّام أن الأخذ به يساعد على حل أزمة اللقطاء[2].

فالإقرار ببنوة فلان من علاقة غير شرعية أقامها مع امرأة. فإن إقراره هذا لا يصلح لأن يكون سبب من أسباب ثبوت النسب باعتباره ابن زنا، فنفس الشيء يقال في مسألة التبني فالتبني لا يثبت به النسب و لو كان الولد المتبنى مجهول النسب و الإلحاق بالتبني باطل إذ أن الولد الذي يثبت نسبه من شخص بالدعوة يكون ولدا حقيقيا و يكون متبنى.

---

[1] سورة الأحزاب الآيتين 4 و 5

[2] الدكتور محمد يوسف موسى، النسب و اثاره ص 25 – 26

فالإقرار ليس من الأسباب المنشأة للنسب، و إنّما هو طريق لإثباته و ظهوره، و السبب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للمرأة و الاتصال الجنسي بناءا على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة بالنسبة للرّجل، أما التبني فليس كذلك، لأنه استلحاق يخص معروف النّسب إلى أب، و استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا و ليس بولد حقيقي ، كما أن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق و لو كان المتبني له أب معلوم إما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف.

و حكمة إبطال التبني شرعا لما له من مفاسد بين الناس إذ يحرم المتبني من زواجه ببنات المتبني شرعا بالرغم من أنهنّ غير محرمات عليه و كذا الاختلاط في بيت واحد و هو أجنبي عنهن فيطّلع عنهن على أمور محرّمة شرعا كما أنه يغير الأبناء الصليبين من بعض الأنصبة في الميراث المحددة لهم شرعا .

ثانيا: تحريمه في القانون

لمّا كان تحريم النسب دينا يرتب الإثم و الجزاء فكذلك نصّ المشرع الجزائري في المادة 46 من قانون الأسرة صراحة على أنّ: " يمنع التبني شرعا و قانونا" و بناء على ذلك فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن يدعى مواطن جزائري مسلم نسب مولود إليه بطريق التبني و يقوم بتسجيله على لقبه في مصالح الحالة المدنية و يعتبر في مرتبة ابنه الصلي.

فنجد في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر انه يمنع التبني شرعا و قانونا و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا و قانونا[1].

و بالرغم من هذه النصوص التشريعية الصريحة في منع التبني فان المرسوم التنفيذي رقم 92–024 الصادر في 13 جانفي 1992 و المتعلق بتغيير اللقب ، يجبر التبني بطريقة غير مباشرة حيث أنه يمكن قانونا للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب بتغيير اللّقب باسم الولد ول فائدته، و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي[2] و بهذا يكون قد أجاز الشيء الممنوع قانونا و المحرم شرعا.

كما نصت المادة 121 من قانون الأسرة على أنه تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدّراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، كما أنه يجوز للكافل أن يتبرّع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرّع بأكثر من ذلك بطل مازاد عن الثلث إلاّ إذا أجازه الورثة طبقا لنص المادة 123 من نفس القانون.

إنّ ما يمكن قوله أن المرسوم أحدث ضجة كبيرة عند صدوره سواء كان من رجال الدين أو من رجال القانون باعتباره مخالفا للشريعة الإسلامية و ما أقره قانون الأسرة في مسالة التبني، و ما كان على الحكومة أن تجد هذا المرسوم مدّعية به رعايتها و حفظها وعطفها على مجهولي النسب لأنه لن تكون قوانينها أعدل من الشريعة و القانون الإلهي

---

[1] المحكمة العليا، غ . أ . ش قرار في 28 / 06 / 1994 ملف رقم 129761 من المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 155

[2] د / بلحاج العربي، المرجع السابق ص 203

العظيم الكامل و مهما يكن من الأمر فـإن مسألة التبني مقصول فيها بأحكام الشريعة الإسلامية منذ أكثر من 1400 سنة، و لا يجوز لنا أن نحلل ما حرم الله و إنما الحل يمكن في البحث عن الداء و معرفة مسببات هذا الجرح الإنساني الأليم ثم التصدي له بقطع جذوره تحت التراب و ذلك بالعقاب الصّارم لكل من ساهموا بزرع بذوره و محاربة كل مظاهر الانحلال الخلقي التي غزت المجتمع الإسلامي.

المبحث الثاني: ثبوت النّسب بالبينة

البينة هي أصلا الحجة و يطلقها الفقهاء على معنى مرادف و هو الشهادة و يعلق ابن القيم على هذا فيقول: "البينة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره و من خصها بالشاهدين لم يوف مسماها و لم تأتي البينة في القرآن مرادا بها الشهادة و إنما أتت مرادا بها الحجة".

و البينّة في التشريع الحديث على نوعين: البينّة الخطية و البينّة الشخصية.

أما في الشرع الإسلامي فهي تطلق على البينة الشخصية أي شهادة الشهود و لكلمة البينة معنيان معنى عام و هو الدليل أيا كان: كتابة – قرائن– اعتراف – شهود و معنى خاص و هو الشهادة دون غيرها.

و قد نص المشرع الجزائري على البينة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32–33–34 من هذا القانون".

و التطرق لمسألة البنية يقتضي تحديد مدلولها و مدى حجيتها و كذا شروط الشهادة و نصابها.

المطلب الأول:تحديد مدلول البنية الواردة في نص المادة 40 من قانون الأسرة:

إن المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة استعمل في النص العربي مصطلح البينة و في النص الفرنسي مصطلح « Preuve » فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البنية هو المعنى العام.

لكن المقصود من البنية في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة و دليلنا في ذلك هما مسألتين اثنتين.

أولا: ما هو معمول به قضائيا

حيث نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 1999/06/15 أين أثارت فيه المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من تجاوز السلطة و الذي جاء فيه:" فالقرار المنتقد القاضي بتأكيد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبير طبي قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبللطاعن أم لا .

و حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تتفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث.

و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع قد دلّ ذلك على أنهم تجاوزا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس"[1].

فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي و اعتماده كدليل مثبت للنسب مؤسسة قولها هذا على أن إثبات النسب حددت له المادة 40 من قانون الأسرة قواعد إثبات مسطّرة و ضوابط محددة و بالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم رفض في هذا القرار استعمال البينة العلمية لإثبات النسب.

[1] قرار صادر في 15 / 06 / 1999 ملف رقم 222674 الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص ص 88

ثانيا: الأمر 05– 02– المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و الم تمم لقانون الأسرة الذي استحدث الطُّرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40 السابقة الذكر.

و بالتالي تتطرق إلى البينة في معناها الوارد في نص المادة و هي شهادة الشهود .

المطلب الثاني: شروط الشهادة في دعاوي النسب ونصابها

البينة عبارة عن شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين عدول[2] و هو النصاب القانوني للشهادة و يثبت النسب بالبينة كما يثبت بالفراش و الإقرار، سواء كان النسب المدعى نسبا أصيلا و هو البنوة و الأبوة و الأمومة في الدرجة الأولى أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية كالأخوة و العمومة. فإذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه و كانت الدعوة م ستوفية شروطها الشرعية و أنكرها المدعى عليه و أثبتها المدعى بالبينة و حكم له القاضي بدعواه بناء ا على البينة ثبت نسبه من المدعى عليه و ترتبت عليه كل الحقوق و الأحكام المترتبة على قرابة النسب ، فالبينة هي أقوى من الإقرار من حيث ثبوت النسب ، لذلك لو كان هناك ولد لم يعرف له أب فأخذه رجل و أقر بنسبه ثبت النسب بناء ا على ما يدعيه كان أدق نسبه من الأول، لأن النسب و إن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه[3] .

---

[2] د / بلحاج العربي ، المرجع السابق ص 199

[3] د / أحمد محمود الشافعي ،المرجع السابق ص 157 – 158

و تمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه وحده بل قد تثبت في حقه و حتى غيره ، أما الإقرار و هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

و عليه إذا ادعى إنسان على الآخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة و أنكر المدعى عليه دعواه فالمدعى أن يثبت دعواه بالبينة و حينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الأخر.

قد تكون دعوى البنوة أو الأبوة في حياة المدعى عليه ، فدعواه تسمع مجردة و ير د الإثبات فيها على النسب قصدا و إذا كان المدعى عليه ميتا وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث أو الدين أو النفقة لان الدع وى على ميت هي دعوى على غائب فلا تسمع[1] (م85 من قانون الإجراءات المدنية). إذن الدعوى لا تسمع مجردة على أن تكون في ضمن حوار أخر بل لا بد أن تدعى حقا و تأتي الدعوى في ضمنه ، كالمطالبة بحق في الميراث سواء كان المقر عليه حيا أو ميتا.

كما أن الإقرار يستلزم التصديق بين المقر و المقر له بينما البينة فلا تستلزم لإثبات النسب بها إقرار المراد إثبات نسبه أو تصديق المدعي، فلو ادّعى شخص مثلا على آخر و أنكر المدع ى عليه هذه الدعوى فأثبتها المدعي بالبينة و أقام الحجة حكم القضاء بإثبات النسب باعتباره سببا حقيقيا قامت على صحته البينة الشرعية.

[1] د / بلحاج العربي المرجع السابق ص 199

و يشترط في الشهادة ما يشترط عامة في الشهادة بسائر الدعاوى و من شروط الشهادة: البلوغ- العقل- الحفظ- الكلام- العدالة- الإسلام- و انتقاء موانع الشهادة و هي العداوة و التهمة[2].

و الأصل في الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للمشهود عليه أو سماعهم به بأنفسهم إن كان مسموعا لكن الفقهاء أجازوا الشهادة بالتسامع استحسانا إن لم يرى الشهود ما شهدوا عليه أو سمعوه بأنفسهم إذا اخبرهم به من يثقون بهم.

[2] د / أنور الخطيب، مرجع سابق ص 32

إن فقهاء المذاهب الأربعة و إن كانوا قد اتفقوا على جواز إثبات النسب بشهادة السماع فإنهم قد اختلفوا في بيان المراد به فقال أبو حنيفة: هو أن تتواتر به الأخبار و قال الصاحبان بضرورة أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو رجل و أمرآتان و اتخذ المالكية حلا وسطا فقالوا: بـأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول و غيرهم و اشترطوا أن يقول الشهود سمعنا كذا أو نحوه و قال الشافعية و الحنابلة مثل قول أبي حنيفة، حيث اشترطوا سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب بحيث يحصل به العلم أو الظن القوى بخبرهم، إذ يحل أن يشهد الرجل على النسب و إن لم يعاين الولادة بنفسه متى اشتهر عنده ذلك كون أن عملية الولادة لا يحضرها عادة كافة الناس و إنما يرون الولد مع أمة فينسبونه لأبيه مثلا كما أجازوا ثبوته بشهادة النساء اللاتي حضرن لعملية الولادة أو الاكتفاء بخبر القابلة لتعيين الولد لأنها هي التي قامت بالولادة و هذه الولادة هي من الأشياء التي لا يطلع عليها و تكفي شهادتها مسموعة في الولادة و تعيين الولد و تكفي شهادتها فقط لإثبات النسب.

و هنا محل الخلاف فهل شهادة النساء تكفي لإثبات النسب فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة.

و في هذا الخصوص[1] فان الله تعالى لمّا ذكر الشهادة في الحقوق قال: " رجل و امرأتان" و كذلك "ممّن ترضون من الشهداء" [2] فجمع في هذه الآية رد شهادة غير العدول و شهادة النساء و إن كثرت.

---

[1] أحمد أحمد ، المرجع السابق

[2] سورة البقرة الآية 282

و قال الرسول صلى الله عليه و سلم في حديث " و شهادة امرأتين بعدل شهادة رجل"و قوله صلى الله و سلم أيضا "شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه" فيرى علماء المالكية أن البنية تكون شهادة امرأتين غير أن الأحناف يشترطون في إثبات النسب بالبينة شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين ، و قد أحاط المشرع الجزائري البينة بكثير من الضمانات و منها فرض عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور[3].

و في نهاية دراستنا للبينة كطريق كاشف للنسب نلفت النظر إلى أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج و الزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد أما إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير شرعية و لا قانونية نتج عنها ولد ووقع بعد ذلك النزاع بشأن واقعة ولادته فلا يمكن نسبه إلى أي شخص منهما بأية بينة كانت و لا يمكن تسجيله على لقبه أو باسمه في سجلات الحالة المدنية باستثناء استناد نسبه إلى والدته .

[3] المادة 235 من قانون العقوبات نصت على أنه " كل من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمسة سنوات و بغرامة من 500 الى 1000 دج

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالطرق العلمية

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري اثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي ، ففتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل و يتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 بنصها على أنه: " و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

إلا أن إضافة هذه الفقرة يطرح العديد من الإشكالات لأنه أطلق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها و حجيتها وسلطات القاضي في تقديرها فاتحا الباب على مصرعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إطار قانوني لإيداع مجالا للتأويل و التفسير أمام موضوع حساس كموضوع إثبات النسب.

لذلك سنتطرق إلى تكريس الطرق العلمية بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة في المطالب الأول ثم تحديد حجيتها وسلطات القاضي في تقديرها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب و الرا فض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أن اللعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى: " و الذين

يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلاّ أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله..."[1] فالآية ذكرت أن الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان و أي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو تزيد على كتاب الله و أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: " الولد للفراش و للعاهر الحجر" فأهدر بذلك الشبه البين و هو الذي يعتمد على البصمات الوراثية كما أن الأستاذ محمد شريف قاهر عضو المجلس الإسلامي الأعلى، ذكر أن العلم حقيقة نسبية بينما القرآن الكريم كلام الهي لخالق الكون لأنه حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان و مكان و هو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب معللا رأيه أن النص القرآني صريح وواضح و بالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية " لا اجتهاد مع وجود النص "[2].

و انطلاقا من كل ذلك تبني المجلس الإسلامي الأعلى موقفا صريحا في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية رغم عدم إصداره لأي فتوى لذلك مستظهرا وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو تنفي النسب[1].

و اعتمادا على كل ذلك قررٌ هذا الاتجاه عدم جواز الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بإغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس من عقل و نفس و شل و دين و مال.

و لقد كان المشرع الجزائري متأثر فيما سبق ذكره أثناء سنة لقانون الأسرة في سنة 1984، إذ لم يعتمد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 الفقرة الأولى

---

[1] سورة النور الآية من 6 إلى 8

[2] محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة للدكتور، محمد شريف قاهر، أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء

[1] محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة للدكتور، الغوثي بلملحة، أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء

من نفس القانون رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك و هو ما كان قد كرّسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد.

و من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جوان 1999 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه يعد الدخول طبقا للمواد 32–33–34 من هذا القانون و من ثم فان القضاء بخ لاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

و متى تبين من قضية الحال– أن قضاة المجلس لمّا قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض. و متى كان كذلك استو جب نقض القرار المطعون فيه".

يتضح من كل ما سبق أن قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة التي تحدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها و كانت تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من طرق العلمية تجاوزا للسلطة لأنها كانت تعتبر ذلك عملا تشريعيا في حد ذاته.

بينما رأي اتجاه آخر في الفقه أن استعمال هذه الطرق وسيلة علمية حتمية بنتائج ملموسة فرأوا أن الآية التي استدل بها الفريق الأول أنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة أو درؤه عنها.

و اعتبارا لكل ذلك و محاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05/02 في الفقرة الثانية من المادة 40 السالفة الذكر.

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها علما أن البحوث العلمية و التوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات و الثاني لا يرقي إلى ذلك على أساس أنه ضني الثبوت.

أولا: الطرق العلمية القطعية

أ- نظام البصمة الوراثية ADN:

إن بناء جسم الإنسان يبدأ باندماج نطفتين احدهما مذكرة " حيوان منوي" والأخرى مؤنثة " بويضة" و ينتج عن اندماج هاتين النطفتين نطفة مختلطة و هي عبارة عن بويضة ملقحة بالحيوان المنوي و تبدأ هذه النطفة المختلطة بالانقسام و أول ما ينقسم من الخلية الحية نواتها التي تحتوي على عدد من جسيمات تعرف باسم الصبغيات (كروموزم) و هي تتكون من تجمعات للحمض النووي ADN في شكل ADN فالـ ADN هو العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان عندما يلتقي المني مع البويضة فإن الـ ADN لكل من الأب و الأم يتحدان ، فكل خلية من خلايا جسم الإنسان تحمل في نواتها ما يسمى بالحامض النووي[1] و هو موجود على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء في الدم ، المني،

[1] د / نبيل سليم، البصمة الوراثية و تحديد الهوية، مجلة حماة الوطن، عدد 265 ، ص 204

الشعر أو في أي عضو من أعضاء الجسم و هو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات لها مواصفات تختلف من شخص لآخر و تبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت و هما ميزتان أساسيتان أكدهما العلماء و الباحثون لذلك أطلقوا عليها اسم البصمة الوراثية.

فمسألة النسب لها جانبان و هما: معرفة أبوة الطفل و معرفة أمومته حيث يؤكد العلماء أن الطفل و هو في بطن أمه يحمل في مكونات حامضه النووي ADN نصف مورثات أبيه و نصف مورثات أمه الموجودة على مستوى ADN كل منها، مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل[1].

بتحليل مكونات ADN له و مكونات ADN للأب لإثبات الأبوة و ADN للأم لمعرفة الأمومة بإجراء المطابقة بين ADN الطفل ،الأب و الأم، و هي مسألة فنية يقوم بإجرائها أخصاء الطب الشرعي عادة بناءا على حكم قضائي من طرف القاضي أو بطلب من الخصوم لإجراء خبرة إثبات النسب و ذلك بأخذ عينة من احد السوائل البيولوجية كالدم أو المني لكل من الطفل و الأبوين و تحليلهما و إجراء المقارنة بينهما فإذا تمت المطابقة بين ADN كل منهما ثبت النسب الطفل للأب أو الأم أو كلاهما معا و إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي نسب الطفل إليهما.

[1] د / حسين علي شحرور، كتاب الطب الشرعي، مبادء و حقائق 262 ، و د / ابراهيم صادق الجندي، تقنيات البصمة الوراثية و امكانية التحايل عليها ص 48

و يتم الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في عدة حالات منها حالات التنازع على مجهول النسب و حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب و تعذر معرفة أهلهم.

و قد رأى العديد من العلماء و الباحثين قياس البصمة الوراثية على ال قيافة و التي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قاف بمعنى تتبع أثره فالقائف هو الذي يتبع الآثار و يعرف شبه الرجل بأبيه و أخيه بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود رغم أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب ، لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء الذين استدلوا بحجيتها بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت " دخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تري أن مجززا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث و أسامة بن زيد و عليهما قطيفة قد غطّيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض فرأوا في سرور الرسول صلى الله عليه و سلم دلالة على إقراره بالقيافة .

إلا أن البعض الآخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعهما فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر فيغلب عليها الظن بينها تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسيمة أي على الحسن و الواقع لذلك فالقيافة باب و البصمة الوراثية باب آخر[1].

[1] البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 13 2002 / 2005 ص 83

و سواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر .

ثانيا: نظام HLA (مرتبط بالمناعة)

يعتبر نظامHLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النسب فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيا و إثباتا، فنظام HLA مهم جدا باعتباره نظام polymorphe أي رغم أنه جد متغير و متعدد المظهر البيولوجي إلا أنه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء Transmission Génétique مما يعطيه خاصة ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص و هو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا.

يتشكل المركب HLA من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد فكل إنسان يحصل على مركبينHLA مختلفين عن بعضهما واحدة من الأب و الأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة.

إن قطعية إثبات النسب بواسطة نظامHLA قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي أو المتكرر فإن الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين HLA متشابهين يصعب الاستنتاجات و التحاليل المخبرية مما يستدعي اللجوء إلى إثبات عن طريق نظام البصمة الوراثيةADN

ثانيا: الطرق العلمية الظنية

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا، لذلك فإنها تعرف العديد من الأنظمة التي تتمثل في:

نظام الـ ABOفحص الدّم:

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب ، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم ، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم و إما مع الأب و بما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإن كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة و لتوضيح أكثر نذكر الأمثلة التالية:

-الأم : (O)و الابن (A)ففي هذه الحالة إذا كان الرجل (O) فيستحيل أن يكون هو أب الطفل لأنه بالضرورة قد حصل على الخاصية(A) من أبيه الحقيقي.

-الأب(B) و الأم(B) إذا كان الأب(BB) أو (BO) و الأم(BB) أو (BO) فحتما الأطفال إما (O)–(B) أو(BO)فيستحيل أن يكون للأولاد في هذه الحالة أخا (A) أو (AB)

نظام الـ MNS :

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدّة خصائص وراثية نادرة جدا، يستخدم بنفس الطريقة كنظام الـABO فعلى سبيل المثال الأم+M+N الابن+M-N

الأب المفترض N+ M- ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N+ من أمه و بالتالي M- من أبيه لكن الأب المفترض M+ و ليس M- إذا فالنسب منفي بطريقة علمية.

ثالثا: نظام مجموعة البروتين les Groupes de protéines

هو نظام متعدد و متغير نظرا لتعدد و تغير هيئات مظهر البروتينات الموجودة في المصل و إنزيمات الكريات الحمراء و هو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات و تعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العاديةَ ABO، لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص و يستعمل في التحاليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، يبقى التمييز مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجة الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر و التي يلجأ إليها في مجال النفي و تعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة منها:

- نظام المفرزات اللعابية Le Système de sécrétion salivaire
- نظامKell
- نظام Duffv
- نظامKidd

ورغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة ف إن إعمال القضاء لتلك الطرق لا يحول دون وجود عقبات و عوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا و هي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية.

العوائق القانونية:

فمن هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة و احترام السلامة الجسدية و عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

1-حرمة الحياة الخاصة:

تنص المادة 34 من دستور 1996 على انه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان و يحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة".

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، و خصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخل في الحياة الخاصة للفرد ، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج و الزوجة و يكون ذا طابع شخصي خاص.

1-2-انتهاك السلامة الجسدية:

تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان " و قد تنطوي الطرق العلمية

على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان و الذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه و هو ما يعد مساس بسلامته الجسدية.

1-3- عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ، و هو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي مثلا، و هو ما يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما قد يجعله دليلا باطلا طبقا لقانون الإجراءات.

2- العوائق المادية:

2-1 وجود مخبر علمي واحد ووحيد:

لقد خصص قسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر ال ADN ـ بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس و تشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال ، حيث يشرف عليه تقنيين و باحثين مختصين في علم البيولوجيا و الوراثة تت جلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات ونفي النسب باعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل و المتمم إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على مستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع وقف عائقا ماديا حال أمام صعوبة استفراغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

أ- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توفر مخابر ذو جودة عالية و تقنية محضة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.

ب- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل و المعرفة الدقيقة بعلم الجينات و كل الأنظمة المستعملة في هذا المجال الذي يرتكز على الفرضيات و الحالات النادرة و استعمال بعض المفاعلات صعبة معقدة يجب مراقبتها بصورة دقيقة ، فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.

ج- يتطلب اعتماد نظام الـــHLA دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة و على خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات و الاحتمالات نظرا لأنه شكل إحدى الأنظمة المعقدة و الشائكة.

2-2 مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر آليات و هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة فـإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهضة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها و بالتالي يتحملها أطراف الدعوى فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشة و الاقتصادية للمواطن الجزائري، ممّا يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا.

المطلب الثاني:حجية الطرق العلمية لإثبات النسب و سلطات القاضي في تقديرها

يثور التساؤل هنا عن مدى حجية الطرق العلمية و سلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها فيما إذا كان الأمر يبقى خاضعا للقواعد الم ربوطة بالخبرة العلمية، أم أن الأمر يتطلب إخضاع هذه الطرق إلى قواعد خاصة نظرا للطبيعة العلمية و الحتمية لهذه الطرق و هو ما سيتم الإجابة عنه فيما يلي:

أولا: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

نظرا لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب فان التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطيعة الدلالة أم أنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية و هو ما سيتم مناقشته.

أ- الحجية المطلقة للطرق العلمية لإثبات النسب:

يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية تتجلى بانفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد عند أي كائن أخر في العالم ، إذ لا يمكن أن يتشابه الـADN لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 مليون حالة أي أن نسبة التشابه يتساوى من 1 إلى 86 مليون شخص و من ثمة يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[1].

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الطرق العلمية المتمثلة في نظامي البصمة الوراثية ADN و نظامHLAهي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية و ما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من أي مخلفات آدمية سائلة (دم، مني ...) أو نسخة (لحم، عظم جلد، شعر)

[1] د / نبيل سليم البصمة الوراثية و تحديد الهوية، مجلة حماية الوطن عدد 256 2004 الكويت

كما أنها تقاوم عوامل التحلل و التعفن و العوامل المناخية المختلفة كما يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة و الحديثة كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان " ايف مونتان" Yvenmontanحيث ادعت امرأة أن لها ابنة منه تدعى " أنياس" وما أضفى على الأمر نوعا من المصداقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه و قد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان و أخذ عينة من جسمه و فحص عينه من حمضه النووي و مقارنتها بالحمض النووي للبنت التي تدعى أنه أباها و بعد مدة سارت القضية و ظهرت النتائج و أثبتت أنه لا تربط الفنان و السيدة أي علاقة أبوة أو بنوة.

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلمية، سواء القطعية منها و التي تعطينا نتائج حقيقية في مجال إثبات النسب أو الظنية التي تعطينا نتائج حقيقية في مجال النفي و احتمالات في مجال الإثبات و الذي يمكن القاضي دائما من الاستعانة بها لحل الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم أولا[1]

ب- الحجية النسبية للطرق العلمية:

إذا كان معظم علماء الطب و القانون قد توصلوا إلى اعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية و نظام ال ــ HLA ذات حجية قطعية الدلالة نظرا للخصائص التي تم التطرق إليها في هذا الباب ، فإن فريقا آخر تبنى فكرة الحجية النسبية لهذه الطرق العلمية

[1] البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق ص 112

اعتماد على ما هو جاري العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية و لو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضة.

الطرق العلمية الظنية كنظام الـABO (تحليل فصائل الدم) تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي مادام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى وارد بدرجة كبيرة و من ثمة فـإن الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.

و قد رأى البعض في الطرق العلمية القطعية حجية نسبية كذلك فتقنية ال ـ ADN لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على اتهام شخص معين أو إلحاق نسب ولد ما أو نفيه، لذلك فإن القاضي و إن اعتمد عليها عند دراسته لملف معين فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس، كما اعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل سلاحا مطلقا لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها و هو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا فكيف يمكن اعتبارها طرقا علمية قاطعة الدلالة من جهة و بقاء احتمال الشك وارد من جهة ثانية؟

و هو ما يجرنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب.

ثانيا: سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

تعتبر الخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية فله أن يصادق على تقرير الخبراء كليا أو جزئيا، كما له الحكم من دونها فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسألة النسب إثباتا و نفيا للقواعد العامة من جهة ؟ و ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص مسألة نفي النسب عن طريق اللعان؟.

أ- لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية و سلطاته اتجاهها:

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجي للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم و الاسترشاد بآرائهم[1].

فالقاضي في هذه الحالة يلجأ طبقا للقواعد العامة إلى الخبرة القضائية التي تستصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو تقيه بتحديد المهام المرتبطة إليه و القول بأن الحكم تحضيري مفاده عدم اتضاح نية القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتا أم نفيا.

و هنا تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية و مدى حجيتها باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال البيولوجيا من جهة و استناد إلى القيمة العلمية للطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية و نظام الـ HLA و هو ما

---

[1] أ / محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة طبعة 2002 ص 37 و ما يليها.

رأى فيه البعض خروجا عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها رغم أن هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضع في التطبيق ذلك أن ه ذه الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها و بالتالي يمتنع حتى عن مناف شرتها باعتبارها مسألة تقنية و علمية بح تةو دقيقة و من ثمة ف إن جهل القاضي بهذه الطرق و مصطلحاتها قد يقف عائقا أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها و الاستناد عليها ثبوت للنسب أو نفيا له.

ب- تقدير القاضي لنفي النسب بين اللّعان و الطرق العلمية:

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب به طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النسب، لهذا طرحت هذه المسألة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب فهل يصح نفيه بالطرق العلمية سواء منها القطعية و الظنية التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخاة منها فيكتفي بها أم لابد من اللعان أيضا؟ و هل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللعان؟

الحقيقة إن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللعان في نفي النسب و على هذا الأساس جاء قرار المجمع

الإسلامي بالرابطة " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان".

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي ترتكز على أسس و شروط تعجيزيۃ أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان (8ايام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا المجال يتعلق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان من تفريق الزوجين و غيرها على نفيه عن طريق الطرق العلمية خاصة أمام عدم تدخل المشرع الجزائري في تحديد هذه المسألة.

و تجدر في الأخير الإشارة إلى أنه وإضافة إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب توجد قواعد و أحكام إجرائية تتمثل أساسا في وسائل ممارسة دعوى الإثبات ه ذه التي تخضع للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوى المدنية الأخرى فإنّما أن تكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حول موضوع محدد و إنما دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعية إلى جانب إثبات الزواج مثلا.

الخـــــــــاتمة:

إن من أهم مقاصد الزواج هو المحافظة على الإنسان و منعه من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط التي تكون بين أفرادها و لولاه لتفككت الأسر و ذابت أواصر الصلات بينها . و لثبوت النسب معنويات كريمة يشتمل عليها ، فهو امتداد حضاري يحفظ الكرامة البشرية و هو يعتبر حق من الحقوق الشرعية لذلك أهتم به المشرع الجزائري لدرجة تكاد أن توازي ما جاء في الشريعة الإسلامية.

حيث أنه اعتبر نسب الولد من امة ثابت شريعة أما نسبه من أبيه فقد أخضعه لجملة من الشروط و الضوابط و هذا من خلال مواد تناولت أسباب ثبوت النسب وحددتها تحديدا وفقا لمراتبها و جعلت الزواج الصحيح في أول مرتبة و ذلك لأنه الطريق الأول الصحيح و الشرعي الذي يثبت به الولد بلا جدال ، ثم عددت بعد ذلك ما يليه من أسباب و طرق إثبات النسب فأصبحت بهذا طرق إثبات النسب محددة غير متروكة لأي شخص يشاء أن يلحق نسب ولد بأي طريقة شاء كأولاد الزنا أو التبني بل حرمها و جعلها ممنوعة منعا باتا.

و كذلك تظهر عناية أهل العلم الحديث به و هو ما اقترحوه من خلال دراستهم من اكتشاف طرق حديثة و فعالة لإثبات النسب أو نفيه من خلالها . و عليه فإن السعي إلى مراجعة قانون الأسرة يبقى أمرا مرغوبا فيه لتنسجم النصوص مع المعطيات الجديدة للمجتمع الذي نعيش فيه و ذلك عن طريق إعادة صياغة نصوصه صياغة دقيقة و مضبوطة لا سيما فيما يتعلق بإثبات النسب عن طريق الطرق العلمية من خلال و ضع إطار قانوني لها سواء القطيعة منها التي ترقي إلى درجة اليقين أو الضنية التي لا ترقى فيها

درجة الشك إلى اليقين و إلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب كما أن الضرورة تستدعي تحديد قيمتها القانونية و حجيتها من خلال بسط سلطات القاضي المكلف بشؤون الأسرة في مجال تطبيقها لخلق نوع من المرونة القانونية بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليها كلما استع صرى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية و كذا في شأن مسألة التلقيح الاصطناعي التي أسالت الكثير من الحبر من خلال التساؤل عن إثبات النسب الولد عن طريق هذه العملية و أساسها كطريقة علمية جديدة للإنجاب.

كل هذه المسائل و غيرها قد تقف عائقا أمام القاضي المكلف بشؤون الأسرة لإيجاد حل قانوني بالنسبة للطرق العلمية المضافة بموجب الامر 02/05 السالف الذكر مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إطار قانوني لا يدع مجالا للتأويل و التفسير أمام موضوع كان و لا يزال يشكل اهتمام القضاة و الخبراء في نفس الوقت.

قائمة المصادر و المراجع

I- المصـــــادر:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: صحيح مسلم و البخاري.

ثالثا: النصوص القانونية:

1 دستور 1996.

2 الأمر رقم: 156/66 المؤرّخ في: 1966/06/08 المعدّل و المتمم المتضمّن قانون العقوبات.

3 الأمر رقم: 20/70 المؤرّخ في: 1970/12/19 المتعلّق بالحالة المدنية.

4 قانون رقم: 11/84 المؤرّخ في: 1984/06/09 المتضمّن قانون الأسرة المعدّل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرّخ في: 2005/02/27.

5 المرسوم التنفيذي رقم: 276/92 المؤرّخ في: 1992/06/06 المتضمّن أخلاقيات الطب.

6 المرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرّخ في: 1992/01/13 المتمم للمرسوم رقم: 157/71 المؤرّخ في: 1971/06/03 المتعلّق بتغيير اللقب..

II- المراجـــــع:

أولا: المؤلفـــات

1 أبو الوفاء محمد – مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

2 د. أحمد فرّاج حسين – أحكام الأسرة في الإسلام – الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، طبعة 1991.

3 أحمد محمود الشافعي – الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، طبعة 1987.

4 أنور العمروسي – أصول المرافعات في مسائل الأحوال الشخصية القواعد الموضوعية و الإجرائية– دار ا
الطباعة الراقية – القاهرة ، الطبعة السابعة.
5 المستشار أحمد نصر الجندي – الطلاق و التطليق و آثارهما – دار الكتب القانونية – مصر، طبعة 2004.
6 المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة – دار الكتب القانونية – مصر، طبعة
2003.
7 المستشار عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – النسب، الرّضاع،
الحضانة، نفقة الأقارب – دار الكتاب العربي – مصر، طبعة 1961.
8 إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية – القسم الثاني – الفرقة و
الحقوق و الأقارب، طبعة 1991.
9 د. بلحاج العربي – قانون الأسرة – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا – ديوان
المطبوعات الجامعية، طبعة 1994.
10 –د. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – الزواج و الطلاق – ديوان
المطبوعات الجامعية، طبعة 2004.
11 –تشوار الجيلالي – الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية – ديوان

المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.

12 –د. جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع عمان – الطبعة

الأولى / الإصدار، طبعة 2002.

13 –خليفة علي الكعبي – البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية – دار الجامعة الجديدة للنّشر، طبعة

2002.

14 –د. سعد الدين مسعد الهلالي – البصمة الوراثية و علائقها الشرعيّة – مجلس النشر العلمي – مكتبـــــة

الكويت الوطنية، الطبعة الأولى 2001.

15 –شمس الدين محمد إبن أبي بكر إبن القيّم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – دار الكتاب العلميـــة

بيروت – الجزء الرابع، الطبعة الأولى 1985.

16 –شمس الدين محمد إبن أبي بكر إبن القيّم الجوزية – الطرق الحكيمة في السياسة الشرعيّة – دار الجبـــل

بيروت ، الطبعة الأولى1998.

17 –د. صالح حنفي – قضاء الأحوال الشخصيّة – دار الكتاب العربي القاهرة.

18 –د.عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – طبع و نشر دار البحث – قسنطينة

الجزائر، الطبعة الثالثة 1989.

19 –د. عبد العزيز سعد – الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثالثة 2002.

20 –د. عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأسرة السوري – الجزء الثاني – الطلاق و آثاره – المطبعـــة
الجديدة – دمشق، الطبعة الخامسة 1979.
21 –عبد الفتّاح تقيّة – مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، طبعة
2000.
22 –د. عصام أحمد البهجي – تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية
المدنية – دار الطباعة الجديدة للنّشر، طبعة 2006.
23 –د. فضيل سعد – شرح قانون الاسرة الجزائري – الجزء الثاني – الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنيـــة
للكتاب، الطبعة الأولى 2007.
24 –د. كارم السيد غنيم – الإستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء – دار الفكر العربي،
الطبعة الأولى 1998.
25 –وسام أحمد السمروط – القرينة و أثارها في إثبات الجريمة – دراسة فقهيّة مقارنة – منشورات الحـــلبي
الحقوقيّة، الطبعة الأولى 2007.
26 –د. محمد محي الدين عبد الرحمن – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى سنة 1984.
27 –د. محمد نبيل سعد الشاذلي – أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – القاهـــــــرة

.1989

28 –مولاي ملياني بغدادي – حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، طبعة عام 1997.

29 –د. محمد سمارة – أحكام و آثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعـــــة الأولى

الإصدار الأول 2002.

30 –الإمام. محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي القاهرة، طبعة 2005.

31 –د. يوسف قاسم – حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1992.

32 –أحمد إبراهيم إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية، الجزء الأول، طبعة 1925.

33 –د / أحمد حامد، النسب في الشريعة و القانون، دار القلم الكويت، الطبعة الأولى1983

34 –أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجيستر في القانون الخاص سنة 2000.

35 –المستشار أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى.

36 –أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، السن، الاسم، الجنسية، المقام، إثبات الأحوال الشخصية، منشورات دار مكتبة الحياة.

37 –د / بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، طبعة 1999.

38 –بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد.

39 –الأستاذ: عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة 1996 دار هومة.

40 –د / عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة الأولى 1984 دار الفكر العربي.

41 –د / فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول الطبعة 1986 المؤسسة الوطنية للكتاب.

42 –د / محمد يوسف موسى، النسب و أثاره.

43 –د / نشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية.

ثانيا: المجلّات و الدوريات

1 – الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصيّة – المجلّة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع.

2 – المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأوّل.

3 – المجلّة القضائية لسنة 1995، العدد الثاني.

4 – نشرة القضاة – مديرية البحث، العدد 47، طبعة 1995.

5 – الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص، طبعة 2001.

6 – مجلّة الحقوق – د. محمد أبو زيد – دورة التقدم البيولوجي في إثبات النسب العدد الثاني الصادرة عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت 1996.

7 – مجلّة الشروق – مقال لسعيد مقدّم – الإستنساخ، العدد 314.

8 – جريدة الوطن السعودية الصادرة في: 2004/05/01، العدد 138.

9 – جريدة الشرق الأوسط الصادرة في 1422/10/27 هـ العدد 256.

10 –جريدة الأهرام العربي – الصادرة بتاريخ: 2006/04/28.

ثالثا:سلسلة البحوث الفقهية و المحاضرات

1 – مجلس مجمع الفقه الإسلامي – دورة المؤتمر العاشر حول الإنساخ البشري من: 1997/06/28 إلى: 1997/07/03.

2 – الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظّمة الإسلامية للعلوم الطبيّة بالكويت في الفترة 98/10/15/13 بعنوان: *"الوراثة و الهندسة الوراثيّة و الجينوم البشري و العلاج الجيني – رؤية إسلاميّة"*.

3 – الحلقة النقاشيّة حول حجيّة البصمة الوراثيّة لإثبات البنوّة المنعقدة بتاريخ: 03 و 2000/05/04 بالكويت.

4 – الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكّة المكرّمة لرابطة العالم الإسلامي بتاريخ: 05 و 2002/01/10.

5 – محاضرات الأستاذ ملزي عبد الرحمان – الإثبات في المواد المدنيّة – ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة السادسة عشر 2006/2005.

الفهـــــــــــرس

الاهداء..... 2.

المقدمة..... 3

الفصل الأول: الطرق المنشأة للنسب (الفراش)..... 7

المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح..... 7

المطلب الأول: نسب المولود عند قيام الزوجية..... 19

المطلب الثاني: ثبوت النسب في حالتي الطلاق و الوفاة..... 23

المبحث الثاني: ثبوت النسب في الزواج الفاسد..... 24

المطلب الأول: تعريف الزواج الفاسد و بيان أسبابه..... 24

المطلب الثاني: الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد و المدة التي يثبت فيه..... 26

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة..... 28

المطلب الأول: الشبهة و أقسامها..... 28

المطلب الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة..... 31

الفصل الثاني: الطرق الكاشفة للنسب..... 34.

المبحث الأول: ثبوت النسب بالإقرار..... 35

المطلب الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب..... 35

المطلب الثاني: الفرق بين الإقرار و التبني..... 46

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالبينة..... 50

المطلب الأول: تحديد مدلول البينة الواردة في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري...50

المطلب الثاني: شروط الشهادة في دعاوى النسب و نصابها.....52

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالطرق العلمية..... 57

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.....59

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب و سلطات القاضي في تقديرها.....73

خاتمة..... 75

المراجع..... 77

الفهرس..... 84

مـــــلخص مذكرة الماستر

إن من أهم مقاصد الزواج هو المحافظة على الإنسان و منعه من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط التي تكون بين أفرادها و لولاه لتفككت الأسر و ذابت أواصر الصلات بينها . و لثبوت النسب معنويات كريمة يشتمل عليها ، فهو امتداد حضاري يحفظ الكرامة البشرية و هو يعتبر حق من الحقوق الشرعية لذلك أه تم به المشرع الجزائري لدرجة تكاد أن توازي ما جاء في الشريعة الإسلامية ، و كذلك تظهر عناية أهل العلم الحديث باثبات النسب و هو ما اقترحوه من خلال دراستهم من اكتشاف طرق حديثة و فعالة لإثبات النسب أو نفيه من خلالها . و عليه فإن السعي إلى مراجعة قانون الأسرة يبقى أمرا مرغوبا فيه لتنسجم النصوص مع المعطيات الجديدة

الكلمات المفتاحية:

1/ الزواج 2/ لإثبات النسب 3/ الشريعة الإسلامية 4/. طرق حديثة لإثبات النسب

Abstract of Master’s Thesis

One of the most important purposes of marriage is to preserve the human being and prevent him from mixing so that the family is based on the unity of blood, which is the strongest bond that forms between its members. And to establish lineage decent morals that it includes, as it is a civilized extension that preserves human dignity and is considered a legitimate right, so the Algerian legislator cared about it to the extent that it almost parallels what was stated in Islamic law. During their studies, they discovered modern and effective ways to prove or deny parentage through them. Accordingly, seeking to revise the family law remains desirable in order to harmonize the texts with the new data

key words:

1/ Marriage 2/ to prove parentage 3/ Islamic Sharia 4/. Modern methods of proving parentage