الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

# كيفية تحديد النسب ودور قاضي الأسرة

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:الحقوق

التخصص: القانون الطبي

من إعداد الطالب:

بوسروال محمد بلال

تحت إشراف الأستاذ:

زواتين خالد

أعضاء لجنة المناقشة

| | |
|---|---|
| الأستاذ بوسحبة جيلا لي | رئيسا |
| الأستاذ بن عوالي علي | مشرفا مقررا |
| الأستاذ مشرفي عبدالقادر | مناقشا |

**السنة الجامعية: 2020/2019**

**نوقشت يوم: 2020/11/03**

# شـــكـــــر

نحمد الله ونشكره على فضله ونعمه، وعملا بما أوصاني به نبينا المصطفى صلى الله عليه وسلم

وتبعا لهديه فشكر الناس من شكر المولى عز وجل

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

لهذا أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الخالص إلى الأستاذ **زواتين خالد**

على قبوله الإشراف على مذكرة تخرجي لنيل شهادة الماستر

وعلى كل ما قدمه لي من عون

وإلى كل أساتذتي في كلية الحقوق والعلوم السياسية

وكل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد بالكثير أو القليل أتقدم بالشكر.

# الإهـــــداء

مرَّت قاطرة البحث بكثير من العوائق

ومع ذلك حاولت أن أتخطَّاها بثبات بفضل من الله ومنِّه.

إلى أبويَّ وأخوتي، فلقد كانوا بمثابة العضد والسند في سبيل استكمال البحث.

ولا ينبغي أن أنسى أساتذتي ممن كان لهم الدور الأكبر في مُساندتي

أُهدي لكم بحث تخرُّجي

داعيًا المولى - عزَّ وجلَّ - أن يُطيل في أعماركم، ويرزقكم بالخيرات.

# الـــمـــقـــدمـــة

## المقدمة:

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

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

ويعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، إذ أمّن الله عز وجل على عباده بالنسب والصهر، لقوله تعالى في كتابه الكريم ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾[1].

فقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان على سائر المخلوقات ولم يتركه لما تمليه عليه غرائزه ونزواته الشخصية، بهذا جعل الرجل والمرأة في زواج مقترنين، وجعل بينهما مودة ورحمة أمنين، حيث قال سبحانه ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2].

ونصح الرسول عليه الصلاة والسلام الأمة، وبلغ الأمانة حتى أتاه اليقين، فكان من نصائحه وأوامره أن تزوجوا معشر الشباب واظفروا بذات الدين، فقد كان هو الأسوة الحسنة والمثل الحي في معاشرته لزوجاته أمهات المؤمنين، وقد نظم الشارع الحكيم علاقة الزوج بزوجته تنظيما محكما يقوم على أقوم المبادئ لضمان سعادة الأسرة واستقرارها، وأضفى عليها قدسية خاصة، توجب الإلتزام بما شرعه الله من أحكام حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين، ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ لقوله ﴿ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[3].

فمن أهم مقاصد الزواج هو المحافظة على الأنساب ومنعه من الإختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها، ولولاه لتفككت الأسر وذابت الصلات بينها ولما بقي هناك أثر للحب والحنان، ومنه جاء إمتنان المولى سبحانه وتعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[4] لذا أمر الله عزّ وجلّ الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم ونهاهم عن إنكار بنوّتهم في قوله ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ

---

[1] سورة النحل، الآية 72.

[2] سورة الروم، الآية 21

[3] سورة النساء، الآية 21

[4] سورة الفرقان، الآية 54

أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ...﴾[1] كما توعد الرسول الكريم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال عليه الصلاة السلام "مَن ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالجَنَّةُ عَلَيهِ حَرامٌ"[2] كما نهى المرأة عن انساب ولد إلى زوجها تعلم أنه ليس منه فقال عليه الصلاة والسلام أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ[3]، وأبطل أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه و سلم الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ.[4]

وبالتالي فإن الشارع الإسلامي قد أحاط النسب بحصانة كبيرة لتشوقه إلى ثبوته حتى لا يضيع أو يتعرض للضرر وحتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد.[5]

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

وإذا إستقر النسب إلتحق المنسب بقرابته وتعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث ونفقة وموانع الزواج وترتبت عليه حقوق وواجبات، فكان إستقرار النسب إستقرارا للمعاملات في المجتمع، ولذلك خصه الإسلام بما يمنع العبث به فقال عليه الصلاة و السلام " الولاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النسبِ لا يُباعُ ولا يُوهبُ ولا يُورثْ"[6].

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

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون"[7]، بذلك يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، وقد أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية لنص المادة 40 من الأمر رقم 02-05 والتي تنص على:

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 05

[2] أخرجه البخاري، في كتاب الفرائض، باب من ادعى الى غير أبيه. حديث رقم 4326، ص1196.

[3] أخرجه البخاري، المرجع السابق، ص1196.

[4] أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، في كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو آمة. حديث رقم 6749، الجزء 08، ص153.

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

[6] كتاب الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير - حرف اللام الف - المكتبة الشاملة الحديثة، ص 295.

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

"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1]، وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على أن المشرع صرح بإمكانية اللّجوء إلى طرق علمية حديثة في إثبات النسب، وهذا تماشيا مع التطورات الحديثة وللإستفادة من الإكتشافات العلمية في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثية الذي لقي انتشارا واسعا خاصة في الدول العربية التي بدأت تمهد للعمل بها.

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

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

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

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

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

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة أحد القضايا المعاصرة والحديثة في القانون والفقه الإسلامي في مجال القضاء، لإثبات بعض الدعاوى أو إبطالها، كإثبات النسب وإلحاقه بمدعيه أو نفيه عنه، وغيرها من المسائل القضائية، وخاصة في هذا العصر الذي انتشرت فيه قرائن حديثة لم تكن معلومة سابقا، فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (ABO)، تلا هذا الإكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (ADN)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الإكتشاف. وكذلك من أهم أهدافها هو معرفة مدى إلزامية هذه الخبرة من عدمها على القاضي.

وبما أن ظاهرة إثبات النسب من المسائل الهامة في عصرنا، ورغم قلة الدراسات والمراجع حول موضوع إثبات النسب بصفة عامة والتي تختص بإثبات النسب بالطرق

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

العلمية بصفة خاصة، وتجمع الطرق العلمية القطعية والظنية، إذ أغلب الدراسات تنصب على الطرق التقليدية دون العلمية، وإن وجدت فلا تشير إلى القانون الجزائري، الأمر الذي شكل صعوبة في جمع المعلومات وإسقاطها على الموضوع محل البحث.

ومن أجل القيام بالبحث قمنا بالإستعانة بالدراسات السابقة والأحكام والإجتهادات والقرارات القضائية في مجال الخبرة العلمية أو الطبية وذلك لمعرفة دور وسلطة القاضي في الأخذ بنتائج الخبرة الطبية أو العلمية هل هي مطلقة أم مقيدة، وتتلخص إشكالية البحث فيما يلي: فيما تتمثل الخبرة العلمية أو الطبية؟ ما مدى فعاليتها كوسيلة من وسائل إثبات النسب؟ وفيما يتجلى دور قاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية؟

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

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

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

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

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

أما في (الفصل الثاني) فيتضمن الدور الإيجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية، بحيث سوف نتطرق في(المبحث الأول) دور قاضي الأسرة في إجراءات الخبرة الطبية القضائية، وفي (المبحث الثاني) دور قاضي الأسرة في نتائج الخبرة الطبية القضائية.

# الفصل الأول
# الطرق العلمية الكاشفة للنسب

# الفصل الأول: الطرق العلمية الكاشفة للنسب

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

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

ولا سيما ما نتج عن فحص الخلايا والجزيئات المشكلة للجسم لإثبات حقائق يقينية بعيداعن الظنية[3].

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

لهذا ستكون الدراسة علمية بحتة.

---

[1] تنص المادة 40-02 : "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

[2] نقلا عن بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008-2005، ص.36

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

## المبحث الأول: الطرق العلمية القطعية

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

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

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

### المطلب الأول: نظام البصمة الوراثية (ADN)

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

**الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية:**

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

**أولا: المدلول اللغوي**

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

**1/ البصمة:** جمعها بصمات، بصم، يبصم، بصما، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه، ورسم، وطبع علامة على قماش وورق ونحوها[3]، وأصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أي غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل[4]،

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص85.

[2] بومجان سولاف، المرجع السابق، ص41.

[3] أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر،2008، ص214.

[4] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت، بدون سنة النشر، ص08.

والبُصْمُ : بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين الأصبعين[1].

**2/ الوراثة:** من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له[2].

**وعلم الوراثة:** العلم الذي يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الإنتقال[3].

**ثانيا: المدلول الإصطلاحي**

في الحقيقة المدلول الإصطلاحي للبصمة هو بعينه المدلول العلمي ولقد تعددت تعاريفها، فقيل هي"تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنأ المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"[4].

كما عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي "البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه "فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحامض النووي"[5].

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي "بأنها المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"[6].

وعرفها الدكتور مسعد الدين هلالي بأنها "هي العلامة المخلوقة في خلايا جسم الإنسان، والمعينة لهويته، والتي تسمح بالتعرف عمى أصوله وفروعه بصفة أساسية، وتتم البصمة عن طريق تحميل جزء أو أجزاء من حمض الـــ(ADN) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسم الإنسان"[7].

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

---

[1] ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، أ. ب. ت. ث، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 1997، ص 210.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 182.

[3] المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار التحرير للنشر، بدون طبعة، مصر،1989 ، ص664.

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

[5] حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص20،19.

[6] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من 05_2001/01/10، ص05.

[7] سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية-دراسة فقهية مقارنة-، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، 2010، ص40.

**ثالثا: التعريف العلمي للحمض النووي**

الحمض النووي أو ما يعرف بـ(ADN) هي الحروف الأولى لمصطلح" Acide désoxyribonucléique"، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف بـ(ADN)، وهي إختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية، ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذا يطلق عليه" النووي"، ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر[1].

كما أن الحمض النووي الـ(ADN) هو المسؤول عن إنتاج البروتينات المكونة لجسم الإنسان والتي تتحكم أيضا في عملياته الحيوية، وذلك من خلال إمداد الخلية بالمعلومات اللازمة لبناء البروتينات وتكوينها من خلال شيفرة وراثية على شكل جزء من الحامض النووي الـ (ADN) [2].

وهكذا يمكن إعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة، وهذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل.

**الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية:**

أظهرت البحوث الطبية البيولوجية أن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى ومن أهم هذه الخصائص ما يلي[3]:

- يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر والمني والعظام وغيرها، وذلك يعود إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم، وثباته أيضا أثناء الحياة ماعدا الحالات الإستثنائية كحدود الطفرات[4].

- يمكن إجراء هذا الفحص أيضا على جزئ صغير جدا، وقد أصبح بالإمكان تكثيره وتوليده بطرق حديثة في المختبرات لغاية الحصول على الكمية المرغوبة[5].

- بفضل الخاصية الثانية السالفة الذكر، يمكن تكرار الفحص عدة مرات لتأكيد النتائج، أو حفظ الجينات لمدة أطول لإستخدامها مرة أخرى ولأغراض متعددة[1].

---

[1] طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011، ص254.

[2] فليب روجيه، البصمات الوراثية، الطبعة الأولى، عويدات للنشر الطباعية، لبنان، 2003، ص144.

[3] رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012، ص157.

[4] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص199.

[5] المرجع نفسه، ص199.

- دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعيت فيها الشروط اللازمة، فقد تصل نسبة نجاحها حسب آراء الخبراء والأطباء إلى نسبة 99.07% في دعاوي الإثبات حيث تقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي قد تصل في ظرف زمن قصير إلى نسبة 100% مما سيجعلها سيدة الأدلة[2].

- قدرة الحمض النووي على مقاومة الظروف والتلوثات البيئية السيئة، إذ أنه يقاوم عوامل التحمل والتعفن لفترات طويلة جدا، فلا تتغير البصمة الوراثية مع مرور الزمن، مما يساعد في التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بسنوات[3].

- إن لكل شخص بصمة وراثية لا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر، ويستحيل وجود هذا التشابه أو التوافق إلا في حالة واحدة هي التوأم المتماثل، لأن منشؤهما خلية واحدة وتتوزع عليهما - بعد إنقسامها- ما تحتوي عليه مادة وراثية[4].

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

أ- تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها الخاصة.

ب- تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها المشتركة مع الأصل والفرع[5].

**الفرع الثالث: شروط العمل بالبصمة الوراثية:**

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

**أولا: الشروط المهنية لقبول الخبرة:**

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

---

[1] المرجع نفسه، ص199.

[2] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر،2008، ص24.

[3] خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2006، ص45.

[4] زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني –دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان – الجزائر- 2011، 2012، ص238.

[5] سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص239.

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

3- من أجل مصداقية أكثر يجب تكرار التحليل في مختبرين منفصلين، وإلا في مختبر واحد من طرف خبيرين، غير أن مسألة التكرار كانت محل خلاف للصعوبات التي قد تواجه الأفراد من أجل ذلك، وفي هذا الصدد تقول الدكتورة إقروفة زبيدة أن المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة.[1]

**ثانيا: الشروط الموضوعية لقبول الخبرة:**

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

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

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

4- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية الحس والعقل والمنطق، كأن تثبت نسب المولود إلى الزوج وهو سجين أو أسير بعيد عن أهله منذ سنين، ولم يودع خلاياه الجنسية بالبنك.[2]

"ومن الجدير بالذكر أن التطبيقات العلمية لهذه التقنية في مجالات كشف هوية الأشخاص، قد أثبتت فاعليتها لدرجة أن كل دوائر الأمن المختلفة في معظم دول أوروبا باتوا ينادون بحتمية تعميم تطبيقها في كل مرة يراد فيها تحديد الجاني".[3]

**الفرع الرابع: حجية البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب:**

---

[1] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص201.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ،الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 ، ص(3)_ 403.

[3] بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل الماجستير في القانون الجنائي، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص13.

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

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

تدل البصمة الوراثية على هوية كل إنسان بعينه، كما أنها أفضل وسيلة عملية لتحقق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص عن غيره عن طريق الأخذ من أي خلية من خلايا جسم الإنسان: من الدم أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غير ذلك والإستدلال من خلال نتيجة البصمة الوراثية على الأشخاص[1].

يرى العديد من العلماء والباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، والتي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه فالقائف هو الذي يتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى إعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء الذين إستدلوا بحجيتها بحديث عائشة -رضي الله عنها- حيث قالت: «دخل علي رسول الله صل الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث وأسامة ابن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضهما من بعض[2]» فرأوا في سرور الرسول -صلى الله عليه وسلم- دلالة على إقراره بالقيافة.

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

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه هذا لظهورها بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاصر ويعتبر الـ(ADN) العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان[3].

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

[1] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص159.

[2] صحيح البخاري، الحديث رقم 6418.

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

جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ * وَاعْلَمُوا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الأَمْرِ لَعَنِتُّمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ أُوْلَئِكَ هُمُ الرَّاشِدُونَ﴾[1].

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

وإستنادا أيضا إلى عموم الأمر بالتداوي من العلل والأمراض وإزالة العذر، لقوله -صلى الله عليه وسلم- : "لا ضرر ولا ضرار"[2].

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

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، كانت المادة 40 منه تنص أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون" لتضيف المادة 41 الموالية، أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"[3].

من خلال هاتين المادتين يستنتج بأن النسب في القانون الجزائري يثبت: بالزواج الصحيح، أو اللإقرار، أو البينة، أو بنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول. كما يثبت النسب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، لكن المشرع الجزائري قد أضاف فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادة 40 بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة، المشار إليه سابقا، تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[4].

وهذه الإضافة تدل على أن المشرع الجزائري أقر إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والعلوم المتصلة بها للإستفادة من الإكتشافات العلمية في هذا المجال[5].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في الفقرة المستحدثة من المادة 40، يقصد بالطرق العلمية الحديثة فحص الحمض النووي (ADN)، لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب أو نفيه، تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء بالمشروع التمهيدي، بأنه:"مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم

---

[1] سورة الحجرات، الآية 06_07.

[2] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 233.

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

[4] رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص168.

[5] المرجع نفسه، ص169.

الحديثة في القانون لمدة القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية"[1].

وعند قراءة المادة 1/40 من قانون الأسرة يفهم من خلال لفظ "يثبت" الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو بالبينة، أنه إذا تحقق طريق من هذه الطرق فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من ذات المادة فإنه يفهم من إستخدام المشرع عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية عن الطرق العلمية، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

إذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، فإنه بإمكانه عدم الإستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، والعكس صحيح كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم[2].

وإذا كان المشرع قصد من وراء منح السلطة التقديرية للقاضي بنص الفقرة 02 من المادة الأخيرة، أن يحيل القاضي عند الضرورة إلى ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما أجمعوا عليه بشأن تحديد حالات معينة للجوء فيها للبصمة الوراثية في إثبات النسب، إعمالا لنص المادة 222 من ق.أ.ج[3].

فإذا كان هذا هو مقصوده فحسنا ما فعل، وعلى هذا فإن إضافة المشرع البصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثات النسب إلى جانب الوسائل التي حددها بالفقرة الأولى، لم تأت لإلغاء أو إستبعاء أدلة الإثبات الشرعية (المستمدة من الشريعة الإسلامية) التقليدية، بل جاءت مكملة ومسايرة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد، وكان من المستحسن على المشرع أن يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب على سبيل الإستثناء من المبدأ العام المتضمن بالفقرة الأولى من نفس المادة 40 من ق.أ.ج، لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة الغير محددة من المحتمل أن تحدث تهديدا على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص[4].

---

[1] تشوار جيلالي، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء41، العدد 01، السنة 2003، ص21-22.

[2] رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 169-170.

[3] المادة 222 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة:« كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

[4] رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.170

**المطلب الثاني: نظام المناعة الـ (HLA)**

يعتبر نظام المناعة الـ(HLA) إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النسب، فنظام الـ(HLA) ذو أهمية قصوى بإعتباره نظام يتعلق بالمناعة، فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا أنه بالمقابل جد ثابت ومتوازن في إنتقاله من الآباء إلى الأبناء[1]، ولمعرفة هذا النظام سيتم الطرق لتعريفه في (الفرع الأول)، ثم في (الفرع الثاني) لحجيته في إثبات النسب.

**الفرع الأول: تعريف نظام المناعة (HLA) :**

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير ذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، وقد أدت الأبحاث إلى إكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و سميت بنظام"(HLA (Human Lymphocyte Antigen" وكل إنسان يحصل على مركبين (HLA) مختلفين واحد من الأب والآخر من الأم، مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي أو المتكرر[2].

فنظام الـ (HLA) مهم جدا بإعتباره نظاما يتعلق بالمناعة، فرغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا أنه جد ثابت ومتوازن في إنتقاله من الآباء والأبناء (Transmission génétique) أي إنتقال وراثي، مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص، فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا[3]، فنظام الـ(HLA) مركب يتشكل في الحقيقة من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها، مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد[4]، يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين الـ(HLA) مختلفين عن بعضهما البعض، واحدة من الأب والأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة[5].

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.
[2] بومجان سولاف، المرجع السابق، ص ص39-40.
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.
[4] عباس العيبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، بدون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2002، ص24.
[5] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص95.

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

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

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

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

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

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الإعتماد على هذه الطرق العلمية القطعية والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب[2].

إلا أن قطعية نظام الـ (HLA) قد تقف عائقاً أمام حالة الزواج العائلي (Le mariage cansanguin) أو المتكرر، فإن الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين الـ (HLA)متشابهين يصعب الإستنتاجات والتحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية الـ (ADN).[3]

---

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

[2] المرجع نفسه، ص.305

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.95

## المبحث الثاني: الطرق العلمية الظنية وحجيتها في إثبات النسب

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

### المطلب الأول: الطرق العلمية الظنية

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

#### الفرع الأول: نظام فحص الدم الـ(ABO):

بفضل التجارب التي قام بها العالم النمساوي "كارل لاندستينر" سنة 1905 الذي إكتشف فيروس شلل الأطفال سنة 11909، ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى، فلاحظ إتحادها ببطء وعودة الدم إلى شكله الطبيعي، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص أخر فلاحظ أن الإتحاد يتم ببطء و يعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا و البلازما يتبعان لشخص واحد، وأن الإتحاد لا يتم وينتج عن ذلك تجلط الدم (Agglutination Sanguine)، وبناءا على ذلك وجد العالم "لاند ستابير" أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: O-AB-B-A، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع، فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة وحتى الموت[2].

يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة، والتي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد(Antigènes)، كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (Anti corps) في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة[3].

وفيما يلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد والأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة، والتراكيب الجينية التي تقابلها[4]:

---

[1] زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان،الجزائر، 2011-2010، ص.244

[2] بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص ص .37-36

[3] المرجع نفسه، ص.37

[4] المرجع نفسه، ص.37

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

جدول مولدات الضد والأجسام المضادة[1].

وأشير في هذا الصدد إلى نظرية "برنستين" في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O-B-A) حيث (B-A) سائدة، بينما (O) متنحية، وكل نسل له إثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد2.

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

وقد دعمت نظرية "برنستين" بالحقائق التالية:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفلO.
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.[4]

وفيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة والغير الممكنة:

| فصائل الوالدين | فصيلة الدم | |
|---|---|---|
| | ممكن | غير ممكن |
| OxO | O | AB,B,A |
| AxA | O,A | AB,B |
| OxA | O,A | AB,B |
| BxB | O,B | AB,A |
| AxA | O,AB,A,B | --- |
| AbxAB | AB,B,A | O |
| OxAB | B,A | AB,O |

جدول فصائل الوالدين وفصيلة الدم.[5]

[1] بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص.37
[2] المرجع نفسه، ص.37
[3] المرجع نفسه، ص.37
[4] المرجع نفسه، ص.37
[5] المرجع نفسه، ص.38

يعد نظام فصائل الدم خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الإحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد، مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان، و لتوضيح على أهمية هذا النظام وجب تبيين المرحلتين التي يمر بهما:[1]

1- تحديد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والمرأة، والتراكيب الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل.

2- يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

إذا وجد أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الوراثي لفصيلة الطفل، فمن المحتمل أن يكون أباه، لكن لا نستطيع أن نقطع بذلك لوجود الكثير ممن يحملون هذا الجين، أما إذا كان هناك إستحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإن هذا الدليل قاطع لنفي البنوة[2].

يتبين لنا جليا من خلال هذه المعطيات فحص دم الفصيلة التي ينسب إليها الزوج والزوجة والولد أمكن التوصل إلى فرضين:

- الفرض الأول هو أن فصيلة دم الطفل مخالفة بمقتضيات تناسل فصيلتين الزوجية، وهذا يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

- أما الفرض الثاني ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون كذلك، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرين، فيحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم، وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين[3].

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

يتبين لنا بناءا على ما تقدم من الشرح العلمي لسلوك فصائل الدم في الوراثة أن تحليل فصائل الدم وسيلة لنفي النسب وليس لإثباته[4].

**الفرع الثاني: نظام الـ(MSN):**

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

---

[1] محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2001، ص.278

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

[3] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 ، ص. 23

[4] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، بدون طبعة، عمادة الدراسات العليا، غزة-فلسطين، 1433ه-2012م، ص.44

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

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

فنفي النسب ثابت ولابد أن يكون الأب الحقيقي للإبن حاصل علىM-، وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيقي للإبن[1].

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

- الأب المفترض له خاصية -MG+N
- الأم لها خاصية +M+N
- الإبن له خاصية +MG+N- [2]

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

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

**الفرع الثالث: نظام البروتينات:**

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

يبقى التمييز في مثل هذه الحالة مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية والبيولوجية[5].

تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر، والتي يقتاد إليها في مجال النفي وتعطينا مجرد إحتمالات في الإثبات، حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة ومن بين هذه الأنظمة[6]:

- نظام المفرزات اللعابية Le système de sécrétions salivaires ؛

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.108

[2] المرجع نفسه، ص.108

[3] المرجع نفسه، ص.109

[4] المرجع نفسه، ص.109

[5] المرجع نفسه، ص.109

[6] بومجاف سولاف، المرجع السابق، ص.39

- نظام Kell ؛
- نظام duffy ؛
- نظام kidd.[1]

[1] المرجع نفسه، ص.39

**المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية الظنية في إثبات النسب**

نهى الله تعالى عن إتباع ما ليس لنا به علم، فقال ﴿ وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[1]، كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الإعتقاد الجازم مصدقا لقوله تعالى: ﴿اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾[2]، فالآية لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه، وهو أن تبنى على ما لا يجوز بناؤه عليه[3]، وفي مثله إثبات النسب.

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

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

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

رأى البعض الآخر أن الطرق العلمية القطعية التي تم تفصيل بيانها من خلال المبحث الأول من هذا الفصل ظنية كذلك، فتقنية (ADN) لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على إتمام شخص معين أو إلحاق نسب ولد ما أو نفيه، لذلك فإن القاضي وإن إعتمد عليها عند دراسته لملف معين، فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس، كما إعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها، وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا، فكيف يمكن إعتبارها طرقا علمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء إحتمال الشك واردا من جهة أخرى.

ففي القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 بشأن نسب توأمين (ع.أ) و(ع.ع)[1]، أين نقضت قرار مجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ1998/10/05 المؤيد لحكم

---

[1] سورة الإسراء، الآية 36.

[2] سورة الحجرات، الآية 12.

[3] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.66

[4] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.106

[5] المرجع نفسه، ص.106

محكمة قديل الصادر بتاريخ 18/01/1998 والقاضي بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة، وإعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضوا بإجراء خبرة طبية لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع وهذا خرقا للقانون ولنص المادة 40 من قانون الأسرة، التي حصرت طرق إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، والبينة، ونكاح الشبهة[2].

يتضح من القرار القضائي السابق أن القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وضل متمسكا بالطرق المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية (التقليدية) ما عرضه للنقد من بعض أساتذة القانون منهم الدكتور تشوار جيلالي الذي يرى "أن قضاة المحكمة العليا قد تعسفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنسب عندما اعتبروا تحليل الدم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية مقضية إلى تحديد النسب في حين يفهم من عموم عبارة بالطرق المشروعة التي جاءت بها المادة 41 من ق.أ.ج لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب التي يمكن القاضي من خلالها إبراز الحقيقة"[3].

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

---

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

[2] تنص المادة 40 ق.أ.ج: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ... و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

[3] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة، ص .19

# الفصل الثاني
# الدور الإيجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية

# الفصل الثاني: الدور الإيجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية

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

إن طلب تعيين خبير يعد من قبيل المسائل غير الملزمة الاستجابة من قبل المحكمة إلا في حالات معينة أين لا يمكن الاستغناء عنها للفصل في الدعوة المطروحة، وتعتبر الخبرة طريقة من طرق الإثبات، كما تعد نوع من المعاينة الفنية التي تتم عن طريق أشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في المجالات الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة.

وتعتبر الخبرة الطبية القضائية تقنية ذات قوة تدليلية في إثبات النسب وبذلك جاءت المادة 40 التي تمنح للقاضي دور في إجراءات الخبرة الطبية القضائية (المبحث الأول) وكذلك في نتائج الخبرة الطبية القضائية (المبحث الثاني).

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص116.

## المبحث الأول: دور قاضي الأسرة في إجراءات الخبرة الطبية القضائية

تقترن الخبرة الطبية القضائية بجانب إجرائي، وللقاضي دور فعال فيه، وتعتبر الخبرة الطبية القضائية إجراء من إجراءات التحقيق التي يعتمد عليها القاضي للحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل الإختصاص في المسائل الطبية، لغرض الفصل في أمور طبية تكون محل نزاع بين الخصوم ولم يكن بإمكانه الإحاطة بها. فهي عبارة عن إستشارة علمية يقوم بها القاضي عادة بغرض الوصول إلى معرفة حقيقة بعض القضايا التي تتطلب معرفتها الاستعانة بأهل الإختصاص من خبراء في المجال الطبي للفصل فيها[1].

ومن خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى دور قاضي شؤون الأسرة في طلب إجراء الخبرة الطبية القضائية وإقرارها وكيفية تعيين الخبير الطبي عن طريق الأحكام العامة التي تحكم إجراءات التحقيق و الخبرة الطبية القضائية والتي تعد صورة من صور الخبرة الطبية القضائية.

### المطلب الأول: قاضي الأسرة في الإجراءات التمهيدية للخبرة الطبية القضائية

من أجل القيام بالخبرة الطبية القضائية لابد من على إجراءات تمهيدية تسبق مرحلة تنفيذ الخبرة الطبية عمليا، والتي تكون عن طريق طلب من أطراف الدعوة أو القاضي إجراء الخبرة الطبية القضائية وهذا من أجل إثبات النسب، ويتم إقرارها بموجب حكم قضائي، كل هذه الإجراءات تمر على عدة مراحل من أجل الوصول إلى نتيجة الخبرة الطبية القضائية وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال دراستنا.

#### الفرع الأول: دور قاضي الأسرة في طلب إجراء الخبرة الطبية القضائية وإقرارها

إن الخبير لا يتصل بالدعوة العمومية وإجراءاتها بمحض إرادته أو من تلقاء نفسه، بل إستجابة لإلتزام في شكل تكليف بانجاز خبرة، لذلك يلعب القاضي والخصوم أدوار هامة في انتداب الخبير.

من الناحية القانونية تستطيع كل جهة قضائية أن تأمر بإجراء خبرة ولو من تلقاء نفسها وهذا ما يقرره القانون[2]، إذ خول لكل جهة قضائية تتولى التحقيق أو تجلس للحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناءا على طلب النيابة العامة أو الخصوم أو من تلقاء نفسها وهو ما نص عليه المشرع بموجب نص المادة 126 من قانون الإجراءات الإجراءات المدنية و الإدارية "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[3].

أما بالنسبة لإقرار إجراء الخبرة فيعود في النهاية إلى قاضي الموضوع، فهو الذي يقرر إجراء الخبرة ويحدد مهامها، علما أنه الخصم سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو ضامنا

---

[1] فطناسي عبد الرحمن، حوليات جامعة قالمةللعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 23، الجزء الثاني، ماي 2018، ص 47

[2] المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

[3] أنظر أيضا المواد28، 75 قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.عدد21، مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008.

أو متدخلا أو مدخلا في الدعوى، له طلب ندب خبير في أي مرحلة كانت عليها الدعوى سواءا أمام المحكمة أو المجلس، وإذا رأى القاضي بأنه لا موجب لطلب الخبرة فعلية أن يصدر في ذلك قرارا أو أمرا مسببا.

والجدير بالذكر أن القاضي يتمتع بسلطة تقديريه واسعة في هذا الشأن، وهذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، لأن المحكمة تعتبر الخبير الأعلى في كل ما يستدعي خبرة فنية، إلا أن هذه السلطة التقديرية مرتبطة بتوفر شرطين:

1- **أن تكون المسألة من المسائل الفنية:** وهذا ما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية وذلك في نص المادة 146 والتي تقول: "يجب أن تحدد دائما في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني" ومن بين هذه المسائل تعيين خبير بيولوجي لإجراء التحاليل الجينية.
2- **عدم قدرة المحكمة على إدراك المسألة الفنية:** لا تلجأ المحكمة إلى الخبرة بمجرد وجود مسألة ذات طابع فني بل يجب أن يكون فهم المسألة وإدراكها خارج عن دائرة المعارف والثقافة العامة التي يستطيع القاضي بها إستيعاب الوقائع.[1]

**الفرع الثاني: دور قاضي الأسرة في تعيين الخبير الطبي وتحليفه اليمين القانونية**

دور قاضي الأسرة لا ينتهي عند إقرار إجراء الخبرة الطبية القضائية، بل يمتد لتعيين الخبير القضائي، و يعتبر الخبير كل شخص له من المعلومات والدراية المتعمقة في مسألة من المسائل نتيجة علومه وخبراته العلمية والعملية ما يمكنه من كشف حقيقة واقعة مادية معينة يستنبر القاضي برأيه فيما قد ينتهي إليه من قرار، وهم يعتبرون يد العدالة المنكسرة ينتدبون لحل نقط التحقيق الغامضة ولأجل تحقيق الوقائع التي يمكنهم وحدهم فقط تقديرها.[2]

ولقد نظم المشرع الجزائري الخبرة في الميدان المدني من المادة 125 إلى المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وإنتداب الخبراء يكون في صورة أمر يتضمن بيان السلطة التي قررت التعيين والدعوى القائمة وأسماء الأطراف وإسم الخبير الذي تم إختياره، كما يجب توضيح المهمة المطلوبة من الخبير وكافة النقاط التي يريد القاضي معرفتها والتي يجب أن تكون ذات طابع فني، بالإضافة إلى البيانات السابقة يجب تحديد المدة اللازمة للخبير لقديم تقريره خلالها، ونلاحظ أن المشرع لم يقيد القاضي بمهلة معينة وحسنا فعل لأن المسائل الفنية تختلف فيما بينها، فلا يمكن مسبقا تحديد زمن إعداد الخبرة.

وسلطة القاضي لا تقتصر في تعيين الخبير، بل تشمل عدد الخبراء، فله تعيين خبير واحد أو أكثر حسب نوع الخبرة، أو حسب أنواع الخبرة، كما يكون له دور في تعيين الخبير، إما من قائمة الخبراء القضائيين المسجلة أسماءهم لدى المجلس القضائي التابع إليه القاضي

[1] سلطاني توفيق، ص 133-134

[2] زيتوني سيد أحمد، حجية نتائج الخبره القضائية أمام القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019/2018، ص. 08

الذي عينه، وهو الأصل واستثناءا يختار الخبير القضائي خارج القائمة المسجلة في جدول الخبراء.[1]

تعيين الخبير يكون بموجب حكم قضائي مكتوب، يصدره قاضي الموضوع، مع العلم أن المشرع أجاز للقاضي أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق إما شفاهة أو كتابة.[2]

ويتم اختيار الخبير لقدراته وعلمه الفني من أجل أن يبدي رأيه لقاضي الموضوع في المسائل الفنية التي حددها له، دون أن يقوم بعمل قضائي. حيث يكلف في هذا الإطار بإبداء رأيه الفني الذي يستنير به القاضي من غير أن يقيده، ويعمل تحت إشراف القاضي طيلة فترة ممارسته لمهامه، يلتزم خلالها بإبلاغه بالتقدم الحاصل في تنفيذه لمهامه وما واجهه من صعوبات، دون أن يرتبط بعلاقة تبعية بالقاضي، حيث تجمع بينهما علاقة تعاون حقيقي فقط.[3]

عندما يتلقى الخبير أمر الندب ويقبل المهمة المسندة إليه فإن كل تقصير منه يعرضه لتدابير تأديبية تصل إلى درجة شطبه من جدول الخبراء. كما له واجبات يخضع لها على رأسها توليه المسألة المسندة إليه بنفسه أي بصفة شخصية، لكن يمكنه دائما إذا عرضت له مسألة خارج عن تخصصه الاستعانة بفنيين آخرين، وهذه رخصة تمنحها له المادة 149 من قانون الإجراءات الجزائية على شرط أن يحلفوا الفنيين المستعان بهم اليمين وفق الشروط المنصوص عليها.[4]

والخبير في المحكمة له وضعية خاصة ينبغي تمييزها عن وضعية الأطراف في الدعوى وباقي العناصر التي قد تتدخل في هذه المهمة، ويمكن تلخيص ذلك في النقاط التالية:

- **الخبير ليس شاهدا:** إن الخبراء ما يميزهم عن الشهود إمكانية استبدالهم ببعضهم فيحل خبير مكان خبير آخر، فمن المتصور إنطلاق خبرة بمعرفة خبير وتنتهي بمعرفة آخر، إما لأن الأول تعذر عليه مواصلة مهامه أو قصر في أداء واجباته المتعلقة بمهمته كعدم احترام المهلة المحددة له من طرف القاضي، لكن هناك من يعتبر الخبير شاهدا لكنه شاهد من نوع خاص بنقطتين: الأولى أن الشاهد عموما لا يتكلم إلا عما رآه مباشرة وبصفة شخصية لكن الخبير اتصل بالقضية دون سابق حضور أثناء وقوع أحداثها، والثانية أنه بإمكانه الإدلاء برأي وتقدير الوقائع المتعلقة بالنزاع.[5]

- **الخبير ليس قاضيا:** إن مهمة الخبير تقتصر على إعطاء رأيه والبحث في مسائل ذات طابع فني ولا يمكنه تحت هذا الوصف الفصل في المسائل التي تثار في الدعوة ورأيه يعد كأي وسيلة إثبات أخرى إلا أن هناك من يعتقد بأن المسألة الفنية تجعل من الخبير قاضيا.[6]

---

[1] مسعودان فتيحة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد الخامس، ص 257

[2] المرجع نفسه، ص 257

[3] فطناسي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 49

[4] سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 137-138

[5] المرجع نفسه، ص 138

[6] المرجع نفسه، ص 138-139

لا يكفي اللجوء إلى الرأي الفني لاعتماد نتائجه، بل لابد من توفر شروط لصحة الخبر، وقد نظم المشرع الجزائري شروط التعيين في وظيفة الخبراء ضمن المرسوم التنفيذي رقم 310/95[1] المتعلق بتحديد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته والمحددة لحقوقهم و واجباتهم،ولم يعد يقتصر الأمر على الشخص الطبيعي فقط بل أصبح يشمل الشخص المعنوي حسب ما جاء في المرسوم 310/95، لهذا كان لابد من أستفاء جملة من الشروط حتى يتم قيده في جدول الخبراء القضائيين، فبالنسبة للشخص الطبيعي فإن المادة 4 من المرسوم سابق الذكر أشارت إلى الشروط الواجب توفرها والمتمثلة فيما يلي:

1- أن تكون جنسيته جزائرية، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية؛
2- أن تكون له شهادة جامعية، أو تأهيل مهني معيّن في الاختصاص الذي يطلب التّسجيل فيه؛
3- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلّة بالآداب العامة أو الشّرف؛
4- أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التّسوية القضائية؛
5- أن لا يكون ضابطا عموميا وقع خلعه أو عزله، أو محاميّا شطب اسمه من نقابة المحامين، أو موظفا عزل بمقتضى جراء تأديبي بسبب ارتكابه وقائع مخلّة بالآداب العامة أو الشّرف؛
6- أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة؛
7- أن يكون قد مارس هذه المهنة أو هذا النّشاط في ظروف سمحت له أن يتحصّل على تأهيل كاف لمدّة لا تقلّ عن سبع (7) سنوات؛
8- أن تعتمده السّلطة الوصية في اختصاصه أو يسجّل في قائمة تعدّها هذه السّلطة.

هذا فيما يخص الشخص الطبيعي، أما فيما يخص الشخص المعنوي فإن المرسوم التنفيذي رقم 310/95 قد خول هذا حسب المادة 5 من المرسوم المذكور لكن بوضع مجموعة من الشروط بالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر للشخص المعنوي وهي:

- أن تتوفر في المسيرين الاجتماعيين الشروط المنصوص عليها في في الفقرات 3،4،5 من المادة 4؛
- أن يكون الشخص المعنوي قد مارس نشاطا لا تقل مدته عن 05 سنوات لاكتساب تأهيل كاف في التخصص الذي يطلب التسجيل فيه؛
- أن يكون له مقر رئيسي أو مؤسسة تقنية تتماشى مع تخصصه في دائرة اختصاص المجلس القضائي.[2]

أما بالنسبة لحلف اليمين فهو يعد شرط من شروط صحة الخبرة لما فيها من الاحتكام إلى ضمير الخبير وحثه أدبيا على الصدق والأمانة والنزاهة بل والجرأة في رأيه، كما أن اليمين تبقى من أهم الضمانات التي تبعث الاطمئنان في نفس القاضي ومجلبة لثقة الخصوم واطمئنانهم[3]، وقد أوجب المشرع على الخبير أن يؤدي بمجرد قيده بالجدول الخاص بالمجلس

[1] المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، كما يحدد حقوقهم و واجباتهم.
[2] سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 143
[3] المرجع نفسه، ص 143

القضائي يمينا أمامه بالصيغة المنصوص عليها في المادة 145 من قانون الإجراءات الجنائية[1]، وهذا ما كرسته أيضا المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 الواردة في الفصل الثالث بعنوان: الحقوق والواجبات أن: "يؤدي الخبراء القضائيون المقيدون أول مرة في قوائم المجالس القضائية اليمين المنصوص عليه في المادة 145 من قانون الإجراءات الجزائية ويتم إعداد محضر أداء اليمين الذي يحتفظ به في أرشيف المجلس القضائي ليرجع إليه عند الحاجة"[2] وتعتبر اليمين سارية بالنسبة لكافة القضايا التي ينتدبون فيها بعد ذلك.

يلاحظ أن المادة المذكورة لم تشر إلى ما يجب إتباعه في مرحلة المحاكمة، لكن من المتفق عليه أن الخبير يجب أن يحلف اليمين أيضا أماما المحكمة التي تنتدبه، ويقتصر هذا الإجراء على الخبراء غير المقيدين في الجدول، وذلك على أساس أن اليمين هي الضمانة الشرعية الوحيدة للتأكد من أمانة الخبراء، الأصل أن تؤدى اليمين شفاهة بالتلفظ بها، غير أنه يبدو من مقتضيات المادة 6/145 ولأسباب لم يم تحديدها أن تؤدى اليمين كتابة ويرفق الكتاب المتضمن ذلك اليمين بملف التحقيق.[3]

[1] زيتوني سيد أحمد، المرجع السابق، ص 14
[2] سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 144
[3] زيتوني سيد أحمد، المرجع السابق، ص 14

**المطلب الثاني: قاضي الأسرة وتنفيذ الخبرة الطبية القضائية**

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بهم والاسترشاد بما جاء في تقرير الخبرة.

لكن رغم ذلك يبقى لقاضي الأسرة السلطة في الخبرة الطبية القضائية أثناء تنفيذها من طرف الخبير الطبي، فلا تقتصر سلطته على إقرار الخبرة الطبية وتحديد مشتملات التقرير، بل يكون له دور في تسيير تنفيذ الخبرة الطبية القضائية، فيكون له دور المراقب وحل إشكالات تنفيذ الخبرة الطبية القضائية.

**الفرع الأول: الرقابة القضائية على تنفيذ الخبرة الطبية القضائية**

يبقى الخبير تابعا للسلطة القضائية التي انتدبته رغم تمتعه بالاستقلال الفني والعلمي، حيث ينجز مهمته تحت سلطة القاضي الذي عينه، فمنح المشرع للقاضي دور الرقابة على تنفيذ إجراء التحقيق ومنه إجراء الخبرة، كما منح له دور الإشراف على تنفيذ وإنجاز إجراءات التحقيق، التي تدخل ضمنها الخبرة القضائية، فتظل دائما هناك علاقة اتصال بين الخبير والقاضي الذي انتدبه، مع الاعتراف بالاستقلال التام للخبير في كيفية تنفيذ مهمته.[1]

لكن لا يفسر على أن القاضي تخلى عن مهمته الأصلية، وحل محله الخبير في الفصل في الدعوى، بل العكس من ذلك فهذا الأمر يبقى بمثابة اختصاص حصري لقاضي الموضوع، حيث يعتبر هذا الأخير خبير الخبراء في الدعوى.[2]

والهدف من رقابة القاضي لعمليات الخبرة هو الحرص على أن يتمتع الخبير القضائي أثناء أداء مهامه بجملة من الحقوق التي نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 310/95 نوجز أهمها:

- الحماية القانونية المقررة للخبير القضائي أثناء تأدية مهامه بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95؛
- تقاضي أتعابه عن خدماته بعد إنجاز الخبرة، والتي يتم تحديدها من طرف القاضي عينه وتحت رقابة النائب العام، وهو ما نصت عليه المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95، على أن يمنع منعا باتا عليه تقاضي هذه الأتعاب أو تسبيق منها من الأطراف مباشرة، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في هذا المجال، وأتعاب الخبير تشمل أجرته ومصاريف تنقلاته والمصاريف التي تكبدها لإنجاز المهمة المسندة إليه؛
- يتعرض كل شخص يهين الخبير القضائي أو يعتدي عليه بعنف أثناء تأدية مهامه للعقوبات المقررة في المادتين 144 و 148 من قانون العقوبات حسب الحالة.[1]

[1] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 258

[2] فطناسي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 66

والرقابة القضائية ليس رخصة للقاضي يستعملها إن رغب في ذلك أم لا، بل هي إلزام عليه، إلا أنها رقابة من طبيعية إجراءات محضة، فلا يجوز له بل يحرم عليه التدخل في المسائل الفنية التي هي من صميم اختصاص الخبير، فلا يحق له أن يقيد الخبير بإتباع وسيلة فنية معينة، على أساس أن الأمر الصادر بندب خبير يفترض أن القاضي تنقصه المعرفة اللازمة، ومن ثم فليس لتدخله في تلك النواحي أي مبرر.[2]

ومن من بين الأمور التي يحرص عليها القاضي في الرقابة الحرص على تنفيذ الخبرة في وقتها، إذ يتعين على الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه في الأجل المحدد له للقيام بها، ولا يجوز له رفض القيام بالمهمة المسندة إليه أو التأخر في تنفيذها في الآجال المحددة بدون سبب شرعي بعد قبول أداء المهمة، وإلا عد مخلا بواجباته المهنية، ومرتكبا لخطأ مهني يكون سبب لمتابعته التأديبية طبقا للأحكام المنصوص عليها في المواد 19 إلى 22 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95. دون المساس بحق الأطراف المتضررة من مطالبته أمام القضاء المدني بالتعويض المدني، وبما تسبب فيه من مصاريف طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، علاوة على استبداله بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه طبقا للفقرة الأولى من المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

**الفرع الثاني: حل الإشكالات التي تعترض الخبرة الطبية القضائية**

كثيرا ما تعترض عملية الخبرة عراقيل، مما يحول دون تنفيذ المهمة في الوقت المحدد، فيتعين علي الخبير رفع تقرير بذلك إلى قاضي الأمر، وللقاضي سلطة باتخاذ أي تدبير يراه مناسبا، كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهمة. كما يتولى القاضي تسوية الإشكالات التي تعترض التحقيق بصفة عامة وإجراء الخبرة بصفة خاصة، وذلك إما من تلقاء نفسه، أو بطلب الخصوم أو بطلب من الخبير.

حيث تعرض المشرع لذكر بعض الإشكالات التي تعترض عمل الخبير، والتي يفصل فيها القاضي بأمر غير قابل لأي طعن. ومن بين هذه الإشكالات نذكر:

- **الحصول على العينات:** وهي تعد من بين العراقيل التي تواجه الخبير، وبذلك يوجه أمر قضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية، وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولا وفروعا وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة، وذلك حسب دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع، وفحصها ثم إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابيا إلى الجهو القضائية المعينة، ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استنادا إلى نص المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1] زيتوني سيد أحمد، المرجع السابق، ص 31
[2] مسعودان فتيحة، ص 259
[3] زيتوني سيد أحمد، المرجع السابق، ص 33

- **رد الخبير:** حق الرد هو أمر وضعه المشرع لأطراف الخصومة للوقوف في وجه الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أو إزاحته أو استبداله بغيره إذا كان يخشى منه تحيزا أو محاباة لأحد الخصوم وهذا حسب ما جاء في الفقرة 01 من المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي جاء فيها: "إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين، يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية (08) أيام من تبليغه بهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في الرد بأمر غير قابل لأي طعن"، ويعود للمحكمة تقدير الأسباب إذا كانت مؤسسة ولها ما يبررها وهو حسب ما جاء في الفقرة 02 من المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص: "لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية لأي سبب جدي آخر" وللمحكمة أن ترفض طلب الرد إذا لم يكن مستندا على أي سبب وجيه وخطير.

- **المستحقات:** يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة ويراعي القاضي في ذلك ما بذله الخبير من مساع واحترام الآجال المحددة لاجراء الخبرة، وكذا جودة العمل المنجز وهذا طبقا للمادة 143 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص في فقرتها الأولى : " يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع التقرير، مراعيا في ذلك المساعي المبذولة، واحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز" وقبل ذلك يمكن للقاضي الآمر بالخبرة أن يحدد مبلغ التسبيق من أجل القيام بمهامه، ويقع على عاتق من طلب الخبرة أو الطرفين إذا كان الطلب مشترك، ويترتب على عدم إيداع مبلغ التسبيق في الآجال المحددة اعتبار تعيين الخبير لاغيا، وتطرح مصاريف الخبرة الطبية لاسيما تلك المتعلقة بال (ADN) أو (HLA)أشكالية كبيرة اعتبرها المختصون من بين أهم العراقيل المادية التي تقف حائلا أمام اللجوء إلى الخبرة الطبية، لأن هذه التحاليل تتطلب مبالغ باهظة قياسا بالإمكانيات الواجب توافرها لانجاز الخبرة والوصول بها إلى نتائج حقيقية.

- **الترجمة:** هو إشكال يطرح في المحكمة ويتعلق بتقرير الخبرة، يتمثل في الترجمة بين الخبير والقاضي نظرا للتكوين المختلف للطرفين، وعلى الرغم من أن المشرع قد أكد إمكانية استعانة الخبير بمترجم أثناء إعداده للخبرة، إلا أن هذا لم يحل الإشكال المطروح، على اعتبار أن الأمر لا يتعلق بترجمة مصطلحات لغوية، فتقرير الخبرة في الجزائر بصفة خاصة عادة ما يحرر باللغة الفرنسية، يتضمن مصطلحات علمية خالصة، تغيب في معظمها عن طبيعة التكوين العلمي للقاضي ولا يمكن تفسيرها إلا من طرف أصحاب الاختصاص. وهذا الوضع لم يزد الأمور إلا تعقيدا، وأدى إلى توسيع الهوة بين ما يتضمن تقرير الخبرة المنجزة، وما يريد القاضي للفصل في القضية المعروضة عليه، حيث يلجأ هذا الأخير في نهاية المطاف إلى طرح أسئلة مباشرة على الخبير دون الاعتماد على ما تضمنه تقرير الخبرة، الأمر الذي لا يؤدي في أغلب الأحيان إلى الحصول على الإجابة

الدقيقة التي تنسجم والإشكال المطروح، مما يؤدي في أغلب الأحيان إلى هدر حقوق المتضررين.

**المبحث الثاني: دور قاضي الأسرة في نتائج الخبرة الطبية القضائية**

متى انتهى الخبير القضائي من إنجاز مهمته، وقام بإيداع تقرير الخبرة لدى كتابة ضبط الجهة القضائية حيث يستوفي التقرير كل الإجراءات القانونية، ويعتبر هذا التقرير بالدرجة الأولى وسيلة إثبات في الدعوى بالإضافة إلى أدوار أخرى يقوم بها على غرار مساعدة القاضي، وبالتالي فإن المهمة الأساسية لتقرير الخبرة الطبية في الدعوى القضائية هي الإثبات.

لكن متى قدم الخبير تقريره يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع، ويعد القاضي الخبير الأعلى في الدعوى وهو صاحب القول الفاصل في الدعوى، والقاضي ملزم قبل الموافقة أو عدم الموافقة على تقرير الخبرة أن يقوم بدراسة الخبرة دراسة وافية ومعمقة، ويقوم بتمحيص كل ما جاء في التقرير وبتأني حتى لا تغيب عنه شاردة ولا واردة فيه، ومنه يكون للقاضي دور مهم عند صحة تقرير الخبرة الطبية القضائية (المطلب الأول) وكذلك في حالة غموض الخبرة الطبية القضائية وعدم صحتها (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: دور قاضي الأسرة عند صحة تقرير الخبرة الطبية القضائية**

إذا كان تقرير الخبرة واضحا وصحيحا بمعنى جاء وفقا للإجراءات الشكلية والموضوعية حسب ما جاء في المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن قاضي الأسرة يكون له الخيار بموجب سلطته التقديرية، إما قبول الخبرة أو رفضها حتى وإن كانت الخبرة الطبية القضائية صحيحة.

**الفرع الأول: قبول الخبرة الطبية القضائية**

قبول نتيجة الخبرة الطبية القضائية من السلطات المخولة للقاضي الآمر بالخبرة، وهو ما نصت عليه المادة 144 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي جاء فيها: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة"[1]، ويعتبر أخذ المحكمة بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير أخذا بالأسس التي استخلص منها هذه النتيجة مادام أن المحكمة لم توضح أسباب أخرى لتلك النتيجة، ليس للقاضي استبعاد رأي الخبير الذي يدلي به ، إذا كان الأمر بمعرفة متعلقة بعلم أو فن فتكون الخبرة فنية بحتة، فإذا رفضت المحكمة الأخذ برأي الخبير في مسألة فنية، فيجب ألا تستند المحكمة على مجرد القرائن وتصريحات الشهود لاستبعاد رأي الخبير في المسألة الفنية، بل يجب عليها أن تبني رأيها على اعتبارات فنية سائغة، فالقول أن القاضي الخبير الأعلى في الدعوى بما لها من سلطة تقديرية، و أنه غير

[1] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 261

مقيدة برأي الخبير طبقا للمادة 141 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يكون في المسائل الفنية البحتة التي تستلزم معرفة دقيقة[1].

والمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم توسع من حيث كيفية الأخذ بالتقرير هل في جزء منه أو كله، وكذا المعيار الذي سيتبعه القاضي في قبول الخبرة من عدمها، وكل ذلك يخضع لسلطة القاضي وفقا لقناعته الشخصية.[2]

لأن استعانة القاضي بالخبرة هو اعتراف منه بنقص معلوماته في هذا المجال، لهذا كانت الاستعانة بالمختصين لتوضيح العناصر الفنية المعقدة، وعلى ضوء هذه العناصر الفنية التي قدمها الخبير يكون القاضي اقتناعه، ومن ثم يستطيع إصدار حكمه،[3] من المقرر قانونا إذا كانت المسألة محل الخبرة فنية تخرج عن اختصاص القاضي، فإن هذا الأخير يلتزم برأي الخبير.[4]

وتبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي الـــ(ADN)، أو تحليل الدم الـــ(ABO)، أو غيرها من التحاليل مسائل علمية بحتة ودقيقة بالكيفية التي يصعب على القاضي إستبعادها، طالما أنه يصعب عليه تسبيب ذلك، ولهذا نجد غالبية الأحكام تعتمد الخبرات وتصادق عليها بقطع النظر عن دقتها وصحتها من عدمها[5].

**الفرع الثاني: رفض الخبرة الطبية القضائية**

من السلطات التي يتمتع بها القضاة منهم قاضي الأسرة رفضه واستبعاده نتيجة الخبرة حتى و إن كانت الخبرة صحيحة وهو ما نصت عليه المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية : "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة" ومن خلال المادة يتبين أنه يمكن للقاضي رفض نتيجة الخبرة فهو غير ملزم بها.[6]

فإذا لم تقتنع المحكمة بالنتائج التي وردت بتقرير الخبير فإنها تستطيع أن تصدر حكمها على أساس مختلف عما ورد بالتقرير، ويقع على المحكمة التزام بتسبيب الحكم في حالة رفض الأخذ بنتائج التقرير، وهو التزام مستمد من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاسيما المادة 11 منه التي تنص على أن: (يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة) فيقع على عاتق القاضي التزام عام بتسبيب حكمه، وكذلك ملزم بإيراد الأسباب التي من شأنها تم استبعاد

[1] بوفاتح أحمد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 8، العدد 2، سنة 2019، ص 150
[2] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 261
[3] بوفاتح أحمد، المرجع السابق ص 150
[4] المرجع نفسه، ص 151
[5] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص121.
[6] مسعودان فتيحة، المرجع نفسه، ص 262

رأي الخبير طبقا للمادة 144 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "غير أنه ينبغي عليه تسبيب نتائج الخبرة".[1]

ويعتبر تقرير الخبير رأيا استشاريا غير ملزم للمحكمة ويعد من جملة الأدلة المطروحة في الدعوى، فلها أن تأخذ به أو تطرحه إذا لم تطمأن إليه، وفي هذه الحالة يلزمها أن تبين الأسباب الداعية إلى إهمال رأي الخبير، وللمحكمة أن تجزئ رأي الخبير فتأخذ منه القدر الذي تقتنع به وبصحته على أن تعلل ذلك أيضا.[2] ،المشرع لم يبين الأسباب التي سيرفض من خلالها القاضي تقرير الخبرة، فجعلها من ضمن السلطة التقديرية له.[3]

القاعدة في شأن الخبرة أن محكمة الموضوع غير مقيدة برأي الخبير، فلها أن تأخذ به وتحكم بالرأي الذي يتعارض مع ما أثبته بناءا على الأدلة المقدمة في الدعوى متى وجدت فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها ويشترط عندئذ أن يبين أسباب عدم أخذها برأي الخبير، كذلك في حالة ما إذا كان التقرير مخالفا لهذه الأدلة غير متآلف معها،حيث تأخذ قاعدة "رأي الخبير لا يقيد المحكمة مركزها، والتي تعتبر وبحق صمام أمان يمنع من جعل الخبراء هم القضاة في كل مسائل الفن والتخصص.[4]

[1] بوفاتح أحمد، المرجع السابق، ص 147
[2] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 262
[3] نفس المرجع، ص 263
[4] زيتوني سيد أحمد، المرجع السابق، ص 79

**المطلب الثاني: قاضي الأسرة وغموض الخبرة الطبية القضائية وعدم صحتها**

متى كان تقرير الخبير صحيحا واستوفى الشروط القانونية، يكون للقاضي مطلق الحرية في تقدير ما أدلى به الخبير من آراء، فلها أن تأخذ بما أدلى به ولها أن لا تأخذ به، لكن تأتي في بعض الأحيان الخبرة الطبية القضائية في شكل غامض، أو في صورة باطلة سواءا من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية وغيرها، فلا يملك القاضي تأسيس حكمه عليه وإلا أصبح مؤسسا على إجراء باطل، ولا يمكن القول بأن القاضي له الاعتماد على التقرير الباطل لأنه يملك الرأي في تقدير نتيجة بحوث الخبراء في المسائل المتنازع عليها، لأن سلطة القاضي في تقدير آراء الخبراء لا تقوم إلا إذا كانت هذه الآراء قدمت لها في تقرير صحيح، وهذا ما يترك لقاضي الأسرة مجالا في استعمال سلطته، وإدراكه للأمور وتصويبها، فيلعب القاضي دورا فعالا وإيجابيا فيها.

**الفرع الأول: الدور الإيجابي لقاضي الأسرة عند غموض نتائج الخبرة الطبية القضائية**

يتمثل الدور الإيجابي لقاضي الأسرة عند غموض نتائج الخبرة القضائية في دعوى الخبير للمناقشة، فيقدم الخبير متى انتهى من أعماله تقريرا، لغرض تمكين الخصوم والمحكمة من مناقشة ما انتهى إليه الخبير.[1]

وقد سمح المشرع الجزائري للقاضي الآمر بالخبرة بدعوة الخبير للمناقشة، وهو ما يستنتج من خلال المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : "إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بني عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق،أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية".[2]

وبما أن الخبرة تعد دليلا من أدلة الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق، بذلك أوجب القانون على الخبير أن يتضمن تقريره نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة، والحكمة من ذلك تمكين الخصوم ثم المحكمة من مناقشة النتيجة التي انتهى إليها الخبير والأسانيد التي استند إليها.

ويجوز للخصوم إبداء أقوالهم وملاحظاتهم على أعمال الخبير والنتيجة التي إنتهى إليها، ويتعين على القاضي أن يمكنهم من استعمال حقهم في مناقشته، وأن الإخلال بهذا الحق يعد إخلالا بحق الدفاع، ومن شأنه أن يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الدعوى، فتقرير الخبرة يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع وموضوعا لطعونهم.[3]

[1] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 264

[2] مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 264

[3] حزيط محمد، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 160

يعني إذا ظهر للمحكمة أن التقرير ناقص أو غير واضح، فلها أن تدعو الخبير لتستوضحه فيما غمض من تقريره، أو فيما كان ناقصا، كما يجوز لها أن تلجأ إلى خبرة إضافية لتوضح نفس النقاط التقنية التي اقتضتها المهمة الأولى.[1]

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

- الإلمام بخلفيات علمية وفنية لم يتطرق إليها الخبير بحكم حدود التكليف، وبالمناقشة ستضاف إجابات عن إستفسارات تعزز من قناعة القاضي في بناء عقيدة حكمه؛
- تقييم تقرير الخبير والتعرف على مدى تمكنه من الإحاطة بمجمل الخبرة التي ندب لأجلها أو عجزه في ذلك، وبهذه الطريقة سيضيف جانبا إيجابيا يدعم ما هو مقرر من أن تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه هو ما يستقل به قاضي الموضوع.[2]

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

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

[1] نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، المنهج للطباعة، الإسكندرية، 2005، ص 357.

[2] المرجع نفسه، ص 357-358

**الفرع الثاني: عدم صحة الخبرة الطبية القضائية**

لم يرد نص صريح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتطرق إلى موضوع البطلان في مجال الخبرة، فيما عدا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 140 منه التي أشارت صراحة إلى حالة بطلان تقرير الخبرة المعد من قبل الخبير المقيد في الجدول والمترتب على قبوله تسبيقات عن الأتعاب والمصاريف مباشرة من الخصوم.

وبذلك يتعين الرجوع إلى القواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 60 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتحديد منها متعلقة بمصلحة خاصة للخصوم ومنها من النظام العام، وبالرجوع إلى نص المادة 60 من قانون السالف الذكر نجد أنها نصت على أنه: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

نميز في موضوع الخبرة بين العيب الذي يلحق الخبرة من حيث الموضوع (أولا)، وذلك الذي يصيبها من حيث الشكل (ثانيا).

**أولا: العيوب الموضوعية المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة:** في حالة قيام العيب الموضوعي يترتب عليه بطلان تقرير الخبرة سواء ألحق ضرر بالخصوم أو لم يلحق[1]، ونذكر بعض الأمثلة على ذلك:

- عدم قيام الخبير المعين بإجراء الخبرة بنفسه، ذلك أن الخبير يلتزم بأن يؤدي المهمة المسندة إليه بنفسه، لأن الجهة القضائية التي انتدبته إنما اختارته لمزاياه الشخصية وحلف يمينا، فلا يجوز له تكليف غيره للقيام بما أوكل إليه مهما كانت الظروف، سواء في كل أو بعض ما أوكل إليه، إلا إذا تعلق الأمر بالأعمال التحضيرية التي تسبق أداء الخبرة، كجمع المواد اللازمة لعمل الخبير أو نقل الشيء محل الخبرة من مكان إلى آخر والتي يمكن لمعاونيه القيام بها تحت مسؤوليته وإشرافه، أما الأعمال الفنية أو العلمية فلا يجوز له إطلاقا توكيل غيره بها لأنها من الأعمال التي يلتزم بها الخبير شخصيا، فإن خالف هذا الالتزام وتبين أن الخبرة أجريت من خبير آخر غير الخبير المعين في الحكم القاضي بتعيين خبير ترتب على ذلك بطلان تقرير الخبرة دون الإخلال بما قد يتعرض له الخبير المخالف من عقوبات تأديبية، وحتى من قيام مسؤوليته المدنية عما ألحقه بتصرفه من أضرار لأطراف الخصومة[2].

- مخالفة أحكام المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت مجال الخبرة في الوقائع المادية التقنية والعلمية دون المسائل القانونية، فيكون الخبير قد عرض تقريره للبطلان إذا أبدى رأيا في مسألة قانونية، سواء تعلق الأمر بتفسير نصوص قانونية أو استخلاص نقاط قانونية أو تطبيقها على وقائع الدعوى، كقيام الخبير بإجراء تحقيق وسماع الشهود بعد تحليفهم اليمين أو البحث في السندات التي يتمسك الخصوم للدفاع عن ملكيتهم أو تحديد قيمتها القانونية، ويعتبر البطلان كجزاء لإجراء خبرة في مسائل القانون من النظام العام.[3]

- أن يقوم بعمليات الخبرة خبير غير معين من طرف المحكمة، فإذا لم تكن المحكمة موافقة مسبقا على الخبير ولو رضي به الخصوم ولم تأمر بتعيينه بحكم قضائي، وقام خبير ما بعمليات

[1] حزيط محمد، مرجع سابق، ص176.
[2] بوفاتح أحمد، المرجع السابق، ص 103
[3] حزيط محمد، مرجع سابق، ص 176

الخبرة، يكون التقرير نتيجة لذلك باطلا بطلانا مطلقا، ويكون من واجب القاضي إثارة ذلك لمساسه بالنظام العام، بالإضافة إلى حق الخصوم في الطعن في التقرير بالبطلان[1].

- تكون الخبرة باطلة إذا قام بها شخص غير مؤهل لذلك، أي غير مؤهل للقيام بعمليات الخبرة كأن يكون لا يحمل مؤهلات علمية يجب توفرها في الخبير، أو كانت مؤهلاته غير صحيحة من حيث الواقع كأن تكون مزورة، أو يحدث أن تخطئ المحكمة في شخص الخبير وتعين شخصا آخر للتشابه في الاسم أو لأي سبب آخر[2]، وتكون الخبرة باطلة أيضا إذا قام بها شخص غير مختص في النقاط محل الخبرة.

- أن يقوم بأعمال الخبرة خبير واحد فقط في حين أن القانون ينص على وجوب أن يقوم بها عدد معين من الخبراء، فإنه يترتب عن ذلك بطلان الخبرة، لأن النص صراحة على وجب القيام بها من طرف عدد من الخبراء يعتبر من النظام العام والمساس بالنظام العام يوجب البطلان.[3]

- إذا قام بأعمال الخبرة عدد من الخبراء في حين أن المحكمة قد عينت خبيرا واحدا فإن التقرير يكون باطلا في هذه الحالة لعدم احترام رغبة المحكمة وبمخالفة الحكم القاضي بتعيين خبيرا واحدا لإجراء الخبرة.[4]

- إذا قام بعمليات الخبرة خبير قد شطب على اسمه من قائمة الخبراء إما بحكم جزائي أو قرار تأديبي، بشرط أن أعمال الخبرة تكون لاحقة لقرار الشطب، وأن يكون قرار الشطب قد بلغ للخبير المشطوب اسمه من القائمة وكان بعلمه[5].

- إن أعمال الخبير الأجنبي تكون باطلة لانعدام صلاحيته لشغل هذه الوظيفة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية دولية في هذا المجال[6].

يترتب البطلان على تخلف أحد المقتضيات الموضوعية حتى ولو لم يوجد نص صريح للبطلان، ولا يشترط وجود ضرر على المخالفة[7].

**ثانيا: العيوب الشكلية المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة:** في حالة قيام عيب شكلي بتقرير الخبرة فإنه يتعين التمييز ما إذا كان العيب الشكلي متعلق بالنظام العام أو كان متعلق بإجراء جوهري أو كان العيب الشكلي غير جوهري.

1- **إذا كان العيب الشكلي متعلق بالنظام العام:** فإنه يؤدي إلى بطلان الخبرة بطلب من الخصوم أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، كخلو التقرير من أي تعليل[8].

---

[1] مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، الجزائر ، 1992، ص 189

[2] حساني صبرينة، الخبير القضائي في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012، ص 65

[3] مولاي ملياني بغدادي، مرجع سابق، ص 191.

[4] حساني صبرينة، مرجع سابق، ص 65.

[5] مولاي ملياني بغدادي، مرجع سابق، ص 191.

[6] بوفاتح أحمد، مرجع سابق، ص 103

[7] المرجع نفسه، ص 104

[8] حزيط محمد، المرجع السابق، ص 177

**2- إذا كان العيب الشكلي متعلق بإجراء جوهري:** فإنه يتوقف البطلان هنا على تمسك الخصم به، وهذا البطلان ليس من النظام العام وإنما هو مقرر لصالح الخصوم ويتوقف الحكم به على قيام الضرر ومطالبة الخصم المتضرر الحكم به، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يتعين أن يدفع به الخصم المتضرر قبل أي دفاع في الموضوع، وذلك اعتبارا لأحكام المادة 60 و 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقرر أن بطلان الأعمال الإجرائية شكلا لا يتقرر إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وأنه لا يعتد بالدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته[1]، ونذكر بعض الأمثلة عن العيب الشكلي المتعلق بإجراء جوهري:

**أ .مخالفة الخبير الالتزام الذي يقع عليه:** وذلك بموجب المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بإخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة، بأن يتغافل الخبير عن استدعاء الخصوم، فلا يقوم بإخطار الخصوم أو أحدهم أصلا مما أدى إلى عدم حضورهم وإلى منعهم من تقديم ملاحظاتهم وطلباتهم، فإنه يكون قد أخل بأحد القواعد الإجرائية المقررة لأطراف الدعوى، وأن من شأن الإخلال بهذا الإجراء أن يؤدي إلى بطلان تقرير الخبرة إذا تمسك به الطرف المتضرر، فهذا البطلان وإن كان ليس مقررا بنص صريح في القانون فإنه بطلان نسبي في هذه الحالة بمقتضى القواعد العامة لبطلان الأعمال الإجرائية، لأنه مقرر لمصلحة الخصم المتضرر الذي أغفلت دعوته، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على الخصم المتضرر التمسك به أمام قاضي الموضوع قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، وليس التمسك به لأول مرة أمام المحكمة.[2]

**ب .عدم أداء الخبير غير المقيد اسمه في قائمة الخبراء اليمين القانونية:** حيث يتوقف بطلان الخبرة لهذا السبب على تمسك الخصوم به أيضا ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يتعين أن يدفع به الخصوم قبل أي دفاع في الموضوع، وفي هذا الشأن كان مجلس الدولة في قرار صادر عنه بتاريخ 2000/10/13 إثر استئناف قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم قد رفض الوجه المثار ببطلان الخبرة بمبرر أن الخبير المعين لم يؤد اليمين القانونية وأن هذا الإجراء من النظام العام، وقد أسس رفضه لهذا الوجه على أساس أن هذا الدفع لم يثر أمام قضاة الدرجة الأولى[3]، وهو ما يعني أن أداء اليمين القانونية من الخبير غير المقيد اسمه في جدول الخبراء القضائيين ليس من النظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة الخصوم ويتعين أن يدفع به الخصوم قبل أي دفاع في الموضوع[4].

---

[1] المرجع نفسه، ص 178

[2] حساني صبرينة، مرجع سابق، ص 75

[3] قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/10/13، غير منشور، مأخوذ من حزيط محمد، مرجع سابق، ص 180.

[4] مولاي ملياني بغدادي، مرجع سابق، ص 192

**3. إذا كان العيب الشكلي غير جوهري:** فلا يترتب عليه بطلانا ولا تأثير على صحة الخبرة كوضع الخبير لتقرير مستقل عن زملاءه الخبراء في حال تعددهم كميا[1].

لقد أكدت المحكمة العليا في العديد من القرارات أن مبدأ لا بطلان بدون نص لا ينطبق على الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام[2].

[1] مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 244

[2] مراد مخلوفي، البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر ،2008/2007، ص 49.

# الـــخـــاتـــمـــة

## خاتمة:

وخلاصة القول أن النسب هو صلة الإنسان، لمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد، سواء كان إلحاق الولد بأبويه بطريق الزواج الصحيح، أو غير ذلك من الطرق الشرعية الأخرى.

وإلحاق الأولاد بآبائهم له دور مهم في حياة الأشخاص، لما يترتب عن ذلك من شعور بالعاطفة ومودة فيما بينهم، وكذلك التوارث بينهما، وهذا يؤدي إلى منع تشردهم، وعدم تحولهم إلى مجرمين.

وعليه فإنه إذا ثبت نسب الولد إلى أبويه، فإنه تثبت له عليهما حقوقا أخرى، مثل تربيته إرضاعه، حضانته، النفقة عليه، ولما كان والديه أقرب الناس إليه، فهما أحق الناس بالقيام بشؤونه، مراعاة لمصالحه.

زمن أجل ذلك عنى الإسلام بإثبات نسب الولد إلى أبيه، وحرم على الآباء أن ينكروا أبنائهم، أو يدعو بنوة غيرهم، والأم التي ينسب إليها الولد هي التي ولدته، حيث لا يفرق بذلك أن تكون زوجة من نكاح صحيح، أو لا تكون زوجة أصلا.

ومن خلال دراستنا لموضوع إثبات النسب بالطرق العلمية والدور الإيجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية، وكذا تطرقنا لموقف المشرع الجزائري، ومدى تنبيه هذه الوسيلة لإثبات النسب، وما هي القواعد والشروط التي حددها القانون لصحة هذا الإثبات، وبناءا عليه قمنا بإستخلاص بعض النتائج نلخصها فيما يلي:

- الهدف من الحفاظ على النسب، هو منع إختلاط الأنساب من أجل أن تكون الحياة أيسر على الناس، وحتى لا يقع إختلاط الأنساب؛

- النسب من واحد مقاصد الشريعة التي حرص عليها الإسلام، بل جعل الإسلام ضياع النسب وإختلاطه ضياعا للبشرية جميعا، لأنه من مقاصد الشريعة الإسلامية.

طرق إثبات النسب متعددة منها طرق عامة، ومنها طرق خاصة، وفي دراستنا تطرقنا إلى إحدى الطرق الخاصة وهي الطريقة العلمية الحديثة وهذا بعد التطورات العلمية في مجال الطب وعلوم البيولوجيا والوراثة، وهي مبنية على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجية للإنسان من أجل البحث والتأكد من الأب الطبيعي، مهما كان أساس ذلك سواء كان إطارا شرعيا أم غير ذلك.

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

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

كما لقاضي شؤون الأسرة دور فعال ورئيسي في الخبرة الطبية القضائية من بدايتها إلى نهايتها، فيقدر ضرورة اللجوء إلى الخبرة، ويعين الخبير الطبي، الذي له دور فعال في إثبات النسب أو نفيه ونذكر منها:

- دور الخبير الطبي يقتصر في البحث والإجابة على المسائل الفنية التي تستعصي عن علم القاضي أما المسائل القانونية فهي من إختصاص القاضي.

- الخبير الطبي ينجز مهمته تحت إشراف ورقابة القاضي الذي عينه، مع الإعتراف بالاستقلال التام فيما يخص المجال الفني، إذ لا يحق للقاضي أن يفرض على الخبير طريقة البحث والإجابة عنها.

- على قاضي الأسرة أن لا يتعسف في استعمال سلطته في اقرار الخبرة الطبية، فلا يقرر اللجوء إلى الخبرة الطبية مع العلم أن لا جدوى منها،أو تتوفر لدى القاضي نسبة من الحذق التي تجعله يصيب في طلب الخبرة من عدمها.

- القاضي غير ملزم بالإلمام بالجانب الطبي، لإستحالة ذلك ولتشعب العلوم، إلا أنه من الضروري أن يكون ملما ولو ببعض الحقائق العلمية العامة.

- على القاضي أن يستند على أسس منطقية سليمة مقنعة، تتوافق مع أسس العدالة الشرعية بعيدا عن أعوائه وميوله الشخصية، في قبول الخبرة ورفضها.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع:

### أولا قائمة المصادر:

أ- القرآن الكريم برواية ورش.

**ب- الحديث وعلومه:**

1. **محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري**، كتاب الفرائض.
2. كتاب الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، المكتبة الشاملة الحديثة.

**ج- المعاجم:**

1. **ابن منظور جمال الدين محمد**، لسان العرب، المجلد الأول، أ. ب. ت. ث، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 1997.
2. **أحمد مختار عمر**، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر،2008.
3. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار التحرير للنشر، بدون طبعة، مصر،1989.
4. **مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي**، القاموس المحيط، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت، بدون سنة النشر.

### ثانيا المراجع:

1. **أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة**، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
2. **باديس ذيابي**، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر-2010.
3. **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ،الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
4. **تشوار جيلالي**، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.
5. **حزيط محمد**، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014.
6. **حسام الأحمد**، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

7.**خليفة علي الكعبي،** البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2006.
8.**سعد الدين مسعد هلالي،** البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية-دراسة فقهية مقارنة-، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، 2010.
9.**طارق إبراهيم الدسوقي عطية،** البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011.
10.**عائشة إبراهيم أحمد المقادمة،** إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، بدون طبعة، عمادة الدراسات العليا، غزة-فلسطين، 1433ه-2012.
11.**عباس العيبودي،** الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، بدون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2002.
12.**فليب روجيه،** البصمات الوراثية، الطبعة الأولى، عويدات للنشر الطباعية، لبنان، 2003.
13.**محمد محدة،** سلسلة فقه الأسرة، الجزء الأول، الخطبة والزواج« دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية »، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، باتنة-الجزائر-،1994.
14.**محمد محمد أبو زيد،** دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2001.
15.**مراد محمود الشنيكات،** الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
16.**مولاي ملياني بغدادي،** الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، الجزائر ، 1992.
17.**نبيل إبراهيم سعد،** وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، المنهج للطباعة، الإسكندرية، 2005.

**ثالثا الرسائل والمذكرات الجامعية:**

**أ- رسائل دكتوراه:**

1.**أقروفة زبيدة،** الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري(التلقيح الإصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر،2008-2009م -1430
2.**رابحي فاطمة الزهراء،** إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012.
3.**زبيري بن قويدر،** النسب في ظل التطور العلمي والقانوني –دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان – الجزائر- 2011، 2012.

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

**ب- مذكرات تخرج:**

1. **بوصبع فؤاد**، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل الماجستير في القانون الجنائي، جامعة قسنطينة، 2011-2012.
2. **بومجان سولاف**، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2008.
3. **حساني صبرينة**، الخبير القضائي في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012.
4. **زيتوني سيد أحمد**، حجية نتائج الخبره القضائية أمام القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019/2018.
5. **سلامي دليلة**، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
6. **مراد مخلوفي**، البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر ،2008/2007.

**رابعا المقالات:**

1. **بوفاتح أحمد**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 8، العدد 2، سنة 2019.
2. **تشوار جيلالي**، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء41، العدد 01، السنة 2003.
3. **فاطمة عيساوي**، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وفق (قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، عدد 08 ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010.
4. **فطناسي عبد الرحمن**، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 23، الجزء الثاني، ماي 2018.
5. **مسعودان فتيحة**، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد الخامس، بدون سنة.
6. **وهبة الزحيلي**، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من 05_2001/01/10.

**خامسا القوانين والمراسيم:**

1. المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري
2. المادة 40 من الأمر رقم 11-84 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير .2005
3. المادة41 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
4. المادة 222 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة:« كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».
5. المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، كما يحدد حقوقهم و واجباتهم.
6. المواد28، 75 قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.عدد21، مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008.

**سادسا قرارات المحكمة العليا:**

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

# الـــفـــهـــرس

**الشكر**
**الإهداء**
**المقدمة** 02
**الفصل الأول:** الطرق العلمية الكاشفة للنسب 07
**المبحث الأول:** الطرق العلمية القطعية 08
**المطلب الأول:** نظام البصمة الوراثية (ADN) 08
**الفرع الأول:** تعريف البصمة الوراثية 08
**أولا:** المدلول اللغوي 08
**ثانيا:** المدلول الإصطلاحي 09
**ثالثا:** التعريف العلمي للحمض النووي 10
**الفرع الثاني:** خصائص البصمة الوراثية 10
**الفرع الثالث:** شروط العمل بالبصمة الوراثية 12
**أولا:** الشروط المهنية لقبول الخبرة 12
**ثانيا:** الشروط الموضوعية لقبول الخبرة 12
**الفرع الرابع:** حجية البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب 13
**أولا:** موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب 13
**ثانيا:** موقف التشريع الجزائري من الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب 14
**المطلب الثاني:** نظام المناعة الـ (HLA) 17
**الفرع الأول:** تعريف نظام المناعة (HLA) 17
**الفرع الثاني:** حجية نظام المناعة (HLA) في إثبات النسب 18
**المبحث الثاني:** الطرق العلمية الظنية وحجيتها في إثبات النسب 19
**المطلب الأول:** الطرق العلمية الظنية 19
**الفرع الأول:** نظام فحص الدم الـ(ABO) 19
**الفرع الثاني:** نظام الـ(MSN) 22
**الفرع الثالث:** نظام البروتينات 22
**المطلب الثاني:** حجية الطرق العلمية الظنية في إثبات النسب 24
**الفصل الثاني:** الدور الإيجابي لقاضي الأسرة في الخبرة الطبية القضائية 27
**المبحث الأول:** دور قاضي الأسرة في إجراءات الخبرة الطبية القضائية 28
**المطلب الأول:** قاضي الأسرة في الإجراءات التمهيدية للخبرة الطبية القضائية 28
**الفرع الأول:** دور قاضي الأسرة في طلب إجراء الخبرة الطبية القضائية وإقرارها 28
**الفرع الثاني:** دور قاضي الأسرة في تعيين الخبير الطبي وتحليفه اليمين القانونية 29
**المطلب الثاني:** قاضي الأسرة وتنفيذ الخبرة الطبية القضائية 33
**الفرع الأول:** الرقابة القضائية على تنفيذ الخبرة الطبية القضائية 33
**الفرع الثاني:** حل الإشكالات التي تعترض الخبرة الطبية القضائية 34

**المبحث الثاني:** دور قاضي الأسرة في نتائج الخبرة الطبية القضائية 36
**المطلب الأول:** دور قاضي الأسرة عند صحة تقرير الخبرة الطبية القضائية 36
**الفرع الأول:** قبول الخبرة الطبية القضائية 36
**الفرع الثاني:** رفض الخبرة الطبية القضائية 37
**المطلب الثاني:** قاضي الأسرة وغموض الخبرة الطبية القضائية وعدم صحتها 39
**الفرع الأول:** الدور الإيجابي لقاضي الأسرة عند غموض نتائج الخبرة الطبية القضائية 39
**الفرع الثاني:** عدم صحة الخبرة الطبية القضائية 41
**الخاتمة** 46
**قائمة المصادر والمراجع** 49
**الفهرس** 54

**مـلخص مذكرة الماستر**

يكتسي موضوع إثبات النسب أهمية بالغة في القوانين الوضعية لارتباطه بعدة معطيات اجتماعية وثقافية وشرعية وأخلاقية وعلمية، لاسيما في ظل التطورات العلمية الحاصلة في مجال إثبات عن طريق البصمة الوراثية.

والبصمة الوراثية تعتبر البنية الجينية التي ينفرد بها كل شخص عن غيره، وهو ما يمكننا من التحقق من الشخصية والنسب البيولوجي، وتعتبر نقلة نوعية في إثبات النسب، والسبب يعود إلى كون نتائج الخبرة الطبية تكاد تكون قطعية في الإثبات ولا يتزعزع يقين القاضي بشأنها بل ويصدر حكمه وهو في غاية الثقة والاطمئنان، إلا أن هذه الخبرة الطبية لا تخلو من الشوائب من أجل الوصول إلى النتائج المرجوة وهنا يكون للقاضي دور رئيسي من بداية الخبرة إلى نهايتها.

**الكلمات المفتاحية:**

1/إثبات 2/النسب 3/طرق علمية 4/قاضي الأسرة

5/الخبرة الطبية القضائية

---

**Abstract of The master thesis**

The issue of establishing lineage is of great importance in man-made laws, due to its connection with many social, cultural, legal, ethical and scientific facts, Especially through the scientific developments in the field of proof by Genetic fingerprint.

The genetic fingerprint is the genetic structure that is unique to each person, this enables us to verify personality and biological lineage, and it is considered a qualitative leap in establishing lineage, the reason is due to the fact that the results of the medical experience are almost conclusive in the proof, and the judge's certainty about them is not shaken, but rather he issues his judgment with the utmost confidence and reassurance, however, this medical experience is not without flaws in order to reach the desired results, and here the judge has a major role from the beginning of the experience to its end.

**keywords:**

1/ Proof 2 / lineage 3 / scientific methods 4 / family judge

5 / Judicial medical experience