جامعة 20 أوت 1955 _ سكيكدة _

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في قانون الأحوال الشخصية

إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري و الإجتهادات القضائية

من إعداد الطالب(ة): **المشرف: بودفع علي**

تعابني حنان **المشرف المساعد: عبادة سيف الإسلام**

لجنة المناقشة:

1. **الدكتور: رحماني منصور..... رئيسا.**
2. **الدكتور: بودفع علي.....مشرفا و مقررا.**
3. **الأستاذ: عبادة سيف الإسلام..... مشرفا مساعدا.**
4. **الأستاذ: كيفاجي الضيف..... مناقشا.**

دورة جوان 2013

الإهداء

أهــدي هذا العمل :

- إلى والدي اللذين لهما الفضل في وجودي.
- إلى كل أفراد العائلة الكريمة: المتزوجين، و زوجاتهم و أولادهم.
- إلى وهاب، رمزي، موسى.
- إلى زملائي في التخصص، أحوال شخصية 2011-2013.
- إلى صديقاتي، سهام، عائشة، فاطمة الزهراء، ابتسام.
- إلى كل من منحني من علمه و توجيهه و لو بكلمة طيبة.
- إلى جميع طلاب العلم في كل مكان.

شكر و تقدير

الشكر و الحمد لله ربي العالمين.

أتقدم بخالص شكري إلى أسرة البحث العلمي بالكلية

أساتذة و طلبة و إدارة.

و أخص بالذكر، الأستاذ الدكتور: بودفع علي على قبوله الإشراف على هذا العمل

و الأستاذ المشرف و المساعد : عبادة سيف الإسلام.

و الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو بعيد و لو بكلمة طيبة.

قائمة المختصرات

- **ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.**
- **ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.**
- **ق ح م: قانون الحالة المدنية.**
- **ق م: قانون مدني.**
- **ق ع: قانون العقوبات.**
- **إ ق غ أ ش: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.**
- **م ق: مجلة قضائية.**
- **ج: جزء.**
- **م: مجلد.**

بســـــــــــــم الله الرحمـــــن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين.

الزواج سنة من سنن الله تعالى في خلقه ، و لما كان كذلك فقد أولته الشرائع السماوية عناية بالغة ، و كذلك فعلت الشريعة الإسلامية العظيمة و جعلته من أقدس العلاقات على وجه الأرض ، ولعل من أهم مظاهر قدسيته أنه شرع للحفاظ على النسل و الأنساب و تحصين النفس البشرية عن الوقوع في الخطأ و الرذيلة ، مصداقا لقوله تعالى:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " _ الروم:20_ و قوله عز و جل :" وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنْ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً " _ الفرقان:54_.

فالزواج هو السبيل الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة و تكوينها على أساس المحبة و المودة و الرحمة، و هو السبيل الشرعي الوحيد لعمارة الأرض و الاستخلاف فيها و المحافظة على الأنساب.

و النسب نتيجة طبيعية و شرعية للزواج ، و هو أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، فهو نعمة عظمى أنعمها الله تعالى على الإنسان و خصه بها فقال جلّ و علا:" وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ " _ النحل:72_ .

و نظرا لأهميته، و منعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما نتج منه عن الزواج الصحيح ، إذ جعله طريقا أصليا لثبوته ، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان نسبه صحيحا ;و لهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش ، أي ما نتج عن الزواج الصحيح استنادا للحديث الشريف:" الولد

للفراش و للعاهر الحجر" [1] ، أما قبل الزواج فلا يثبت النسب لأن هذه الفترة تعتبر خطبة و ليست زواجا و كل التقاء بين الرجل و المرأة في هذه الفترة غير جائز و لا يثبت به النسب.

هذا و قد دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية و موضوعية، فالسبب الذاتي يتمثل في الرغبة الجامحة في دراسة المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة لاسيما ما يتعلق منها بحقوق الأطفال كونهم اللبنة الأساسية في الأسرة خاصة حقهم في النسب.

أما السبب الموضوعي فيتمثل في إجراء دراسة تحليلية لأهم المسائل القانونية المتعلقة بالنسب و كذا ما صدر بشأنها من قرارات قضائية لضبطها.

و لهذه الأهمية البالغة فقد قرر الشارع الحكيم و كذا القوانين الوضعية من الوسائل ما يحقق ذلك إثباتا و نفيا، حتى لا يضيع النسب لما في ضياعه من ظلم يلحق مجهول النسب، و ما يصيبه من معاناة نفسية تلازمه طوال حياته و تؤثر في سلوكه، و تشعره دائما بالظلم و الحرمان.

و قد نظم المشرع الجزائري موضوع النسب و إشكالاته في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة ، سار في ذلك على درب الشريعة الإسلامية عندما نص على وسائل النسب الشرعية، و مواكبة منه للتطور العلمي و البيولوجي فقد قام بتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 حيث أضاف للمادة 40 منه فقرة ثانية نصت على إمكانية لجوء القاضي للوسائل العلمية ، لكنه لم يحدد نوعا معينا من الوسائل العلمية التي يجوز للقاضي اللجوء إليها .

---

[1] أخرجه مسلم في صحيحه ، في كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش 1457/10.

بالإضافة إلى ذلك فقد أجاز المشرع الجزائري عملية الإنجاب بالتدخل الطبي في حالة وجود عوائق مرضية تحول دون تحقيق نتيجة الولادة، و ذلك بواسطة التلقيح الاصطناعي عندما أضاف المادة 45 مكرر التي تجيز ذلك للزوجين فقط، لكن هذه الطريقة أثارت جدلا كبيرا بين مؤيد و معارض.

و مساهمة منا في بيان هذه الحقائق جاء عنوان البحث كما يلي:

إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري و الإجتهادات القضائية

و انطلاقا مما ذكرناه تتضح الأهمية البالغة لدراسة موضوع إثبات النسب، و ذلك نظرا لكون هذا الحق _ النسب_ مرتبط بشكل أساسي بالكرامة الإنسانية فبواسطته تحمى باقي الحقوق للأفراد، كما تتجلى أهميته في تعلقه بالواقع الأسري و الاجتماعي و العلمي المستجد مما يدعونا إلى تجديد البحث و مواكبة النقد، إضافة إلى ذلك الحاجة إلى الكشف عن موقف الشريعة الإسلامية في الكثير من القضايا المعاصرة خاصة الطرق العلمية المستجدة و علاقتها بإثبات النسب.

و أملنا أن يساهم هذا البحث و لو بجزء بسيط في تنوير عقل القارئ لأحكام النسب، و ذلك من خلال الإجابة على الإشكالية التالية:

ما هي أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد التعديل؟ و ما موقف القضاء من التعديلات التي أضافها المشرع بعد تعديل 2005؟

و للإجابة على هذه الإشكالية و كذا الحصول على نتائج مقبولة و معقولة كان لزاما علينا إتباع المنهج المناسب الذي من شأنه تحقيق هذا الغرض، و على هذا فقد ارتأينا اعتماد **المنهج الاستقرائي** الذي يقوم أساسا على تتبع كل الجزئيات المتعلقة بالموضوع، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري ، بالإضافة إلى **المنهج التحليلي** الذي يعتمد على تحليل كل ما من شأنه أن يخدم الموضوع، و من هنا فإن المنهج المتبع هو: **المنهج الاستقرائي و التحليلي.**

و تجدر الإشارة أن موضوع إثبات النسب تناوله العديد من الباحثين، لعل البعض منها ما يلي:

1_ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، محفوظ بن صغير ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009.

2_ حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، صالح بوغرارة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر "يوسف بن خده" ، بن عكنون ، 2007.

3_ البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي _ دراسة مقارنة_، عبد الرحمن أحمد الرفاعي، مصر،2005.

و ككل البحوث العلمية، فإن هذا البحث لم يسلم من الصعوبات و المطبات لعل أهمها: صعوبة التنقل بين الولايات لجمع المادة العلمية ، أيضا قصر الفترة المخصصة لإنجاز المذكرة، بالإضافة إلى الظروف المادية الصعبة التي مرت بها عائلتي مما صعب علي إنجاز المهمة نوعا ما.

هذا مجمل ما حاولنا دراسته في هذا البحث مع الاستعانة بما توفر لدينا من مراجع و قوانين ، مع التركيز على الجانب العملي وفق المنهجية التالية:

فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للنسب

المبحث الأول: مفهوم النسب و أهميته

المبحث الثاني: عناية التشريع بالنسب

الفصل الأول: أساس ثبوت النسب

المبحث الأول: ثبوت النسب بفراش الزوجية

المبحث الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة الزوجية

المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على ثبوت النسب

الفصل الثاني: ثبوت النسب و تأثير التعديل الجديد

المبحث الأول: الوسائل الشرعية

المبحث الثاني: الوسائل العلمية

المبحث الثالث: دور القاضي في دعاوى النسب

إن النسب رابطة سامية وصلة عظيمة بين الآباء و الأبناء، و هو أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم، ولما كانت كذلك فقد أولاه الشارع الحكيم عناية كبيرة، وكذا فعلت القوانين الوضعية.

ولهذا أردت في هذا الفصل أن أعطي لمحة حول النسب بصفة عامة، من تحديد لمفهومه لغويا و اصطلاحيا، وإبراز لأهميته، و أخيرا تبيان عناية كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري به، وهذا في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول: مفهوم النسب و أهميته.

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، **الأول:** أفردته لتحديد مفهوم النسب،

و الثاني: خصصته لإبراز أهمية النسب.

المطلب الأول: مفهوم النسب

الفرع الأول: لغة:

النسب لغة: هو نسب القرابات[1]، وفلان يناسب فلان فهو نسيبه، أي قريبه[2]،

قال ابن السكيت: يكون من قبل الأب ومن قبل الأم[3].

الفرع الثاني: اصطلاحا:

" هو القرابة و الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"[4].

كما يعرف النسب أيضا بأنه: " صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء و الأجداد"[5].

---

[1]– ابن منظور (الإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري)، لسان العرب، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003 ، المجلد 1، ص889.

[2] – محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط 1، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1994، ص 281.

[3] – الفيومي، المصباح المنير، دار الفكر، المملكة العربية السعودية، ج 2، ص 270.

[4] – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009،ص 482.

[5]– أحمد محمد مومني و إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، ط 1، دار المسيرة، عمان الأردن، 2009، ص 175.

المطلب الثاني: أهمية النسب.

لا شك أن للنسب أهمية كبيرة بالنسبة للرابطة الأسرية، فهو العامل الأساسي في ارتباط أفراد الأسرة بعضهم ببعض، وانتمائهم وتعاونهم و تآزرهم، قال تعالى:

" وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا "– الفرقان:54–[1]

أيضا فثبوته للولد يدفع عنه وعن والده التعرض للعار و الضياع، وثبوت النسب للأم يحميها وولدها من الفضيحة والرمي بالسوء،ويؤدي كذلك إلى صيانة الأسرة من كل ريبة[2].

بالإضافة إلى ذلك فالنسب حق شرعي مشترك[3]، فهو حق الله تعالى، وحق للأب و الأم والابن:

فهو حق لله: لأنه يتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع، فلا يجوز التنازل عنه أو التواطؤ على تغييره.

حق للأب: فمن حق هذا الأخير أن ينسب إليه ابنه الذي ولد على فراشه، وليس لأحد أن ينازعه فيه.

حق للأم: فمن حقها أن تدفع عن نفسها تهمة الزنا، و أن تصون ابنها من الضياع.

---

1 – كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة،2004،عدد9، ص 541.

2 – أحمد محمد مومني و إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 175.

3– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ص 186.

4– معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط 9، ج 2، 2000، ص 10.

والنسب كذلك حق للولد نفسه: إذ أنه محتاج إلى نسبه من أبيه لدفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا ،ولأنه تترتب له حقوق أخرى إذا ثبت نسبه من الأب.[4]

فالنسب طريق يبعد العار الذي هو شعور بالذنب بمخالفة الفرد قواعد الحياة التي فطر عليه الإنسان، و إقرار بنعم الله وجحودها خسران يوم القيامة.[1]

ويرجع اهتمام الشارع الحكيم بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد

و الاضطراب، و إرساء قواعد البنوة على أساس سليم، وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها.[2]

المبحث الثاني: عناية التشريع بالنسب

هذا المبحث قسمته بدوره إلى مطلبين: **فالمطلب الأول:** حاولت تبيان هذا اهتمام الشريعة الإسلامية بالنسب، **أما المطلب الثاني:** فقد خصصته لدراسة عناية التشريع الجزائري بالنسب.

المطلب الأول: عناية الشريعة الإسلامية بالنسب.

سأبين في المطلب حجم العناية التي أولتها الشريعة الإسلامية للنسب وذلك كما يلي:

_ تحريم كل اتصال جنسي لا يتم على أصول شرعية، و أبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب، حيث أنه لا يترتب آثارا على هذه العلاقات

---

[1] – أنظر الموقع الإلكتروني : http://starlaws. Allgoo.net/F31- montada.

[2] – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 466.

كالنسب مثلا، فقد قال الرسول – صلى الله عليه وسلم – في الحديث" الولد للفراش وللعاهر الحجر".[1]

_ قضى الشارع الحكيم على نظام التبني و أسقط حكمه فقال الله تعالى: " وما جعل أدعياءكم و أبنائكم ذلكم قولكم بأفواههم والله يقول الحق و هو يهدي السبيل، ادعوهم لآبائهم ....." – الأحزاب: 4 و5 – [2]

–كما نهى الله الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، وتوعدهم بالعقاب و العذاب، دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه – أي يعلم أنه ابنه – احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الخلائق".[3]

– كذلك نهى الشارع الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آباءهم وحرم عليهم الجنة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام " ولعل الحكمة من ذلك أن انتساب الولد إلى غير أبيه عقوق للأب وإساءة إليه."[4]

---

1 – محمد أحمد عقلة بني مصطفى، طرق إثبات النسب، أنظر الموقع الإلكتروني:
6507./http://www.alukah.net/Authors/view/Sharia

2 – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد نفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 243.

3 – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية الأربعة و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية،بيروت، ج 1، ص 486.

4 – المرجع السابق نفسه و الصفحة.

– وأكثر من هذا حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه، فقال عليه السلام: " أيّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته".[1]

المطلب الثاني: عناية التشريع الجزائري بالنسب.

تظهر عناية المشرع الجزائري بالنسب من خلال عدة تشريعات هي كالتالي:

فنجده قد أفرد له فصلا كاملا بعنوان النسب في قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27، فقد نص على مختلف الطرق التي من شأنها أن تكفل للابن حقه في النسب من زواج صحيح وفاسد، ونكاح الشبهة وإقرار وبينة، بالإضافة إلى جواز اللجوء في الطرق العلمية من طرف القاضي وهذا ما يتجلى من خلال نص المادة 40 ق أ وما يليها.

منع التبني شرعا وقانونا، وذلك في المادة 46 ق أ التي تنص على أن: " يمنع التبني شرعا و قانونا".

و أيضا نجد المشرع الجزائري قد نص في المادتين 490 و 491 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم في 2008/02/25 حيث نص المادة 490 على أن: " ترفع دعوة الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعي عليه".

كما تلزم المادة 491 أن يكون النظر في الدعوة المذكورة في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة و أن تكون الجلسة سرية.

---

1 – بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص486.

الزواج رابطة مقدسة شرعها الله سبحانه تعالى لحفظ النفس، وبناء أسرة أساسها المودة و الرحمة، فهو منشأ الأبناء الأساسي الذي يكسبهم الكثير من الحقوق بما في ذلك النسب، هذا الحق الذي تبنى عليه حياتهم، فهو يكفل لهم العيش بكرامة وعزة.

ولهذا ارتأيت أن أخصص هذا الفصل لتبيان أساس ثبوت النسب. وقد قسمته إلى 3 مباحث: **المبحث الأول: عنوانه:**_ثبوت النسب بفراش الزوجية، **و المبحث الثاني: و_عنوانه** ثبوت النسب بعد الفرقة الزوجية. **أما المبحث الثالث:** فقد خصصته لدراسة الاستثناء الوارد على ثبوت النسب.

وفيما يلي تفصيل كل ذلك:

المبحث الأول: ثبوت النسب بفراش الزوجية

لما كان الزواج هو السبيل الشرعي للتناسل وحفظ النوع البشري، فكل ما نتج عن الزواج من أبناء ينسب إلى أبيه، سواء كان زواج صحيحا أو فاسدا، أو زواجا مقترنا بشبهة، ولهذا ارتأيت توضيح ذلك في هذا المبحث الذي قسمته إلى ثلاثة مطالب على التوالي:

المطلب الأول: الزواج الصحيح:

يشترط في ثبوت النسب من الزواج الصحيح أربعة شروط، ارتأيت أن أوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: إبرام الزواج الصحيح

عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة التي تنص على أن:

" الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب "

فالزواج الشرعي الصحيح هو ذلك الذي استوفى جميع أركانه وشروط صحته،[1] المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

و إذا ما صدر العقد صحيحا كما تم بيانه ترتب عليه أحكامه آثاره،[2] من وجوب المهر والنفقة وثبوت نسب الأولاد.....

---

1 –العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، 2012، عمان، الأردن، ج1، ص466.

2 – نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 75.

فإذا ولد للرجل من زوجته ولد في زواج صحيح، فإنه ينسب إليه شرعا وقانونا. وهذا من نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 ق أ التي تنص على أن:" يثبت النسب بالزواج صحيح ... " والمادة 41 ق أ التي تنص على أن: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ...".

الفرع الثاني: إمكانية الاتصال بين الزوجين.

يقصد بهذا الشرط، أنه بالإضافة إلى زواج صحيح، لابد من ثبوت إمكان تلقائي بين الزوجين بعد العقد،[1] فالعقد وحده لا يكفي، إذا لابد من الدخول بالزوجة دخولا حقيقيا، وهذا رأي جمهور الفقهاء إذ هو شرط عند الأئمة الثلاثة (مالك و الشافعي و أحمد)،لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال.[2]

وخالفهم الحنفية، فلم يشترط ذلك، فقالوا بالعقد، فإذا وجد كفى، ولأن الاتصال لا يطلع بخلاف العقد.[3]

ومن هنا نجد المشرع الجزائري يشترط في المادة 41 ق أ ، ضرورة إمكانية الاتصال بين الزوجين، إما بالدخول الحقيقي، أو إمكانية الاتصال الجنسي بينهما بعد العقد، أما إذا ثبت عدم التلاقي بينهما، كأن يكون الزوج مسجونا أو غائبا لمدة تفوق أقصى مدة للحمل، أو أن يثبت الزوج أنه عقيم، فلا يثبت النسب إليه.[4]

---

1 – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 471.

2 – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 705.

3 – محمد مصطفى شلبي، المصدر السابق، ص 705.

4 – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 209 . 210

الفرع الثالث: مدة الحمل.

أولا: أقل مدة للحمل.

لقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل و التي من خلالها يولد الجنين من بطن أمه مكتمل الأعضاء هي ستة أشهر، على اعتبار أن الشهر ثلاثون يوما.[1]

وقد جاء تحديد المدة الأقل لحمل الزوجة بستة أشهر من قوله تعالى: " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين ..." لقمان –14–، و قوله أيضا:

" ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " الأحقاف –15 – .

والملاحظ هنا أن الآية الأولى قد حددت لنا مدة الفصال (الفطام) وحده عامين، أما الآية الثانية فحددت لنا مدة الحمل و الفصال معا بثلاثين شهرا، فإذا تم إسقاط مدة الرضاع أي عامين من المدة الحمل و الرضاع معا و التي هي ثلاثون شهرا يبقى للحمل ستة أشهر ، وهي أقل مدة للحمل، و هو الرأي الذي تأثر به المشرع الجزائري عندما نص في المادة 42 ق أ أن: " أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر..." [2]

---

1 – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية الأربعة و المذهب الجعفري و القانون، مصدر سابق، ص 489.

2 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، دار الهدى، الجزائر،2010، ص 20.21.

ثانيا: أكثر مدة للحمل.

مما لا شك فيه أن مدة الحمل الطبيعية هي 9 أشهر، وحسب الإحصائيات الطبية فإن تأخر الجنين في بطن أمه أكثر من ذلك يسبب له بعض التغيرات العضوية، التي تؤثر على حياته بعد الولادة.[1]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 ق أ على أن: " أقل مدة للحمل ستة (06) أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر".

فنجده حدد أقصى مدة للحمل بعشر (10) أشهر على خلاف ما عملت به قوانين الأحوال الشخصية التي أخذت برأي الطب فاعتبرتها سنة قمرية.[2]

واختلف في ذلك العلماء ولهم فيها أقوال.[3]

فالحنفية قالوا أنها سنتان، لقول عائشة رضي الله عنها: " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين، ولو بفلكة مغزل".

والشافعية والحنابلة قالوا بأن أقصى مدة للحمل أربع (04) سنين، وخمس (05) سنين، وهو المشهور عند المالكية.

---

1 -نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 1989، عدد 4، ص 251.

2 – كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار،جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة، الجزائر، 2004، عدد 9، ص 544.

3 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، و أدلته، ط 1، دار الفكر، دمشق، سوريا،1984، ج 7، ص 678.

الفرع الرابع: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة" اللعان "

إن الشرط الرابع الواجب توافره حتى يسند الولد لأبيه في الزواج الصحيح هو عدم نفي الأب للولد بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان.[1] وفيما يأتي توضيح لمفهوم اللعان والشروط الواجب توافرها حتى يؤخذ به قضاء. بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه.

أولا: تعريف اللعان:

لغة: لعن: أبيت اللعن: كلمة كانت العرب تحي بها ملوكها في الجاهلية، تقول للملك، أبيت اللعن: معناه أبيت أيها الملك أن تأتي ما تلعن عليه،

واللعن: الإبعاد والطرد من الخير، وقيل: الطرد و الإبعاد من الله، ومن الخلق السب و الدعاء.[2]

اصطلاحا: هو شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها.[3]

1-عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 210.

2 – ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، م 13، ص 477.

3 – الجرجاني (السيد الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي،التعريفات، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ص 192.

ثانيا: شروط اللعان.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على اللعان صراحة ولا على شروطه، إلا أنه يفهم من المادة 138 ق أ، و أيضا الاجتهادات القضائية التي وضعت شروطا لابد من توافرها لصحة اللعان، ومع ذلك فالمادة 222 ق أ تنص على أنه:

" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الشرط الأول: قيام الزوجية : لقوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم " النور –6– ولو كان الزواج فاسدا، وعلى هذا يشترط للملاَعَنة أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين، وثابتة ومعترف بها من الزوج .[1]

الشرط الثاني: أن يكون الزوجين عاقلين، بالغين ومسلمين.

قال مالك والشافعي بأنه لا يشترط أن يكون المتلاعنين مسلمين، فيكفي أن يكون أحدهما مسلما والثاني كتابيا، أما أبو حنيفة فقال: " أنه لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين(*)"، وقد أجمعوا أيضا على أن من شروطه البلوغ والعقل.

---

1 – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 478.

(*) : ويقولون أنه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد في القذف بينهما وقد اتفقوا على أن العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر، وربما احتجوا بما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله (ص) قال: " لا لعان بين أربع. العبدين والكافرين". أنظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، كتاب اللعان، 1339 ه، ص 111.

الشرط الثالث: احترام مدة اللعان

لقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب، **{من المقرر أن النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية (08) أيام، من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا}.**[1]

أما إذا مرت هذه المدة ولم يرفع الزوج دعوى اللعان فيسقط حقه في ذلك.

الشرط الرابع: صيغة اللعان

يتمثل أصل صيغة اللعان في قوله تعالى:" والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين(06) والخامسة إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين(07) ويذرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين(08) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين(09)."النور-6-،

وإذا تم اللعان بين الزوجين بالصيغة المذكورة فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، ونفى نسب الولد من الزوج.[2]

كما إن الاجتهادات القضائية، مع قصور القانون في بيان مكان إجراء اللعان قد اهتمت بهذا الإجراء.

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/11/20، ملف رقم 21 2048، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001 ، عدد خاص، الأبيار، الجزائر العاصمة ، ص82.
2- احمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص82.

فقد جاء في قرار لها ما يلي :[1]

{ من المقرر قانونا أن" أقل مدة حمل هي ستة أشهر" ،

ومن المقرر أيضا" أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"

ومن المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.

ومن الثابت – في قضية الحال – أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة الطبية ووزن الولد، واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من ق أ.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه}

1– قرار المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 79 1723، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، 2001، ص70.

ثالثا: آثار اللعان

إذا تلاعن الزوجان ثبت بتلاعنهما الآثار التالية:

1 - التفريق المؤبد بينهما:" لحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر " أن رجلا لاعن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم، وانتفل من ولدها ففرق رسول الله (ص) بينهما"[1]

2 - استحقاق الملاعنة للصداق: بما إن اللعان يجب أن يكون والزوجية قائمة، فإذا حصل اللعان قبل أو بعد الدخول وبعد العقد فالزوجة هنا تستحق نصف المهر، أما إذا حصل اللعان بعد الدخول فإنها تستحق المهر كاملا، وهذا ما نصت عليه المادة 16 ق.أ [2]

3 - نفي النسب من الأب وثبوته من الأم: لحديث ابن عمر:" أن النبي (ص) لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة"[3]

4 - ثبوت التوارث بين الملاعنة وولدها[4]: لحديث يونس عن ابن شهاب، عن سهل بن سعد الأنصاري أن عويمرا الأنصاري أتى عاصم بن عدي، وساق الحديث بمثل حديث مالك، وأدرج في الحديث قوله:" وكان فراقه إياها، تعد سنه في المتلاعنين، وزاد

1- أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب اللعان، انظر شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، ج3، (1233)، ص 190.

2- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 481.

3- عبد العظيم بن بدوي، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، ط3، دار الإمام مالك، البليدة، الجزائر، 2001، ص 438.

4- المرجع السابق نفسه، ص 439.

فيه: قال سهل: فكانت حاملا، فكان ابنها يدعى إلى أمه، ثم جرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها".[1]

1- رواه مسلم، كتاب اللعان، (1492)، ص 1130.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد

الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد

هو ذلك العقد الذي تم بتوافر ركن الرضا من إيجاب وقبول، لكنه فقد شرطا من شروط صحته المنصوص عليها في المادة 09 مكرر ق أ.[1]

الفرع الثاني: أسباب فسخ الزواج الفاسد[2]

تتمثل أسباب فسخ الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري فيما يلي:

5 - انعقاد الزواج دون شرط من شروط صحته المنصوص عليها قانون، في المادة 09 مكرر ق.أ، والمتمثلة في الأهلية، الولي، الصداق والشاهدان.

6 - إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي كالزواج بالمحرمات مؤبدا، (م24 ق.أ) أو مؤقتا (م 30 ق.أ).

7 - إذا تزوج أحد الزوجين في مرض الموت، فبذلك يكون المريض قاصدا مزاحمة الورثة بزواجه، فعقده هنا من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (م 131، 222 ق.أ).

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص 51.
2- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 385.

الفرع الثالث: آثار الزواج الفاســـــــد

أولا: الصداق: في الزواج الفاسد قبل الدخول، يفسخ هذا الزواج، ولا صداق فيه، وهذا ما نصت عليه م 2/33 ق.أ، أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل.[1]

غير أن المادة 34 من ق.أ نصت على أنه:" كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده..." بمعنى أنه حتى ولو تم الدخول فان الزواج يفسخ وتترتب عليه آثاره.

ثانيـــــــا: النسب: إن أساس ثبوت النسب في الزواج الفاسد هو الدخول الحقيقي، وإذا لم يثبت دخول حقيقي لا يثبت النسب، ومتى حصل دخول وجاء الولد بعده بستة أشهر فأكثر، فإن النسب يثبت ولا يقبل النفي، والمدة تحتسب من وقت الدخول لا من العقد، لأن سبب النسب هنا هو الدخول.[2]

ونجد المشرع الجزائري قد نص على ثبوت النسب في الزواج الفاسد الذي تم فسخه بعد الدخول فقط، وهذا ما نص عليه المادة 40 ق.أ، وأيضا الزواج بإحدى المحرمات فإنه يثبت به النسب وفق ما نصت عليه المادة 34 ق.أ.

1- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,مرجع سابق، ص 388.
2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، د ت، ص287

المطلب الثالث: نكاح الشبهة

الفرع الأول: مفهوم الشبهة

أولا: تعريف الشبهة:

تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بثابت ونكاح الشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد.[1]

ثانيا: أنواع نكاح الشبهـــــــة:

8 - **شبهة العقد:** هي أن يعقد الرجل على امرأة، ويدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحل له، ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له، كأن يبين أنها أخته من الرضاعة.[2]

9 - **شبهة الفعل:** وهي مثل أن يجد الرجل امرأة على فراشه فيطؤها ظنا منه أنها زوجته ثم يتبين له أنها ليس كذلك.[3]

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص 688.
2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ج1، ص 196.
3- وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص 688.

الفرع الثاني: آثـــــــار نكـــاح الشبهـــــة

كما سبق تعريف نكاح الشبهة فلا هو عقد زواج صحيح أو فاسد، ولا هو زنا يوجب الحد، وبالتالي فهو يفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا ما جاء النص به في المادة 34 ق.أ التي تقر بأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

أما بالنسبة للنسب، فإذا دخل الرجل على امرأة بشبهة بأن عقد على امرأة فزفت إليه أخرى، وقيل له أنها زوجتك، أو طلق الرجل امرأته ثلاثا، ثم اتصل بها أثناء العدة معتقدا أنها تحل له ثم جاءت هذه أو تلك بولد فانه لا يثبت منه إلا إذا ادعاه، بشرط أن يثبت انه كان يعتقد الحل.[1]و أن تأتي المرأة بالولد بين اقل مدة للحمل وأقصاها.

غير أن فقهاء القانون قالوا بأن الوطء المستند إلى شبهة النكاح لا هو زنا يجب فيه الحد، ولا هو دخول حقيقي يرتكز إلى عقد نكاح، ولذلك يلحق فيه الولد بأبيه، لأنه نكاح مختلف فيه والاختلاف في الشبهة، والشبهة تفسر لصالح الولد بشرط أن يولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها من تاريخ الدخول، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المواد (34، 40، 41، 42 و 43 ق أ).[2]

1- أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص259.

2- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص483.

المبحث الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة

تنحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري بوسيلتين لا ثالث لهما، فإما أن تكون عن طريق الطلاق بكافة صوره، وإما عن طريق الوفاة، وفي كلتا الحالتين لا تأثير على نسب الولد في حالة انحلال الرابطة الزوجية.[1]

ولهذا عمدت إلى الحديث عن نسب الولد بعد انحلال الزواج بالطلاق في المطلب الأول، ثم التكلم عن نسب الولد بعد انحلال الزواج بوفاة الزوج في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نسب ولد المعتدة من طلاق

لم يفرق المشرع الجزائري بين الطلاق قبل الدخول والخلوة، وبين الطلاق بعد الدخول، وهذا جلي من خلال المادة 43 ق أ حيث انه لم ينص على ذلك صراحة تاركا هذه المسالة للفقهاء، ونجده ينص على الانفصال دون أن يحدد معناه هل يقصد به الطلاق أم الانفصال الجسدي مع بقاء العلاقة الزوجية قائمة؟

والحقيقة أن قانون الأسرة لم يعترف بالتفريق الجسدي كمرحلة من مراحل اللجوء إلى الطلاق، وإنما تبنى ما أقرته الشريعة الإسلامية من أنواع الطلاق، وبالتالي يتفرق الطلاق إلى **طلاق رجعي** وهو ما نصت عليه المادة 50 ق أ حيث يمكن فيه للزوج أن يراجع زوجته دونما حاجة إلى عقد ومهر جديدين،

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص 32.

وفي هذه الحالة إذا أتت الزوجة بولد خلال فترة العدة دون إقرار منها بانقضاء مدتها يثبت النسب من الزوج سواء أتت به اقل من مدة الحمل أو أقصاها.[1]

وإلى **طلاق بائن** لا يمكن للزوجة أن يطأها أي رجل سواء كان زوجها أو أي رجل آخر أثناء فترة العدة، فيثبت النسب إلى الزوج المطلق، لكن يشترط أن يولد في مدة عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق.

لكن إذا أقرت الزوجة بانقضاء عدتها في مدة يحتمل تصديقها وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار فلا يثبت للمطلق.[2]

المطلب الثاني: نسب ولد المعتدة من وفاة

تنص المادة 43 ق.أ على أن:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

فإذا وضعت الزوجة المتوفى عنها زوجها طفلها في اقل من مدة الحمل، أي أقل من ستة (06) أشهر، فهنا لا يثبت النسب من الزوج المتوفى.

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص 33و 34.
* وتجدر الإشارة إلى أن القران الكريم حرم على النساء أن يكتمن ما في بطونهن خصوصا وأن من حقوق الطفل حقه في نسبه الصحيح قال الله تعالى:" ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمنّ بالله واليوم الآخر" سورة البقرة228.* انظر: سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، 2010.
2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص 35.

وفي حالة أنها وضعت طفلا بين تاريخ وفاة زوجها وأقصى مدة للحمل عشر(10) أشهر، فان نسب الطفل يثبت للمتوفى.

أما إذا استمرت مدة الحمل أكثر من عشرة أشهر من وفاة الزوج، فانه لا يثبت النسب في هذه الحالة لأنه لا يعقل أن تحمل من زوجها المتوفى.[1]

وقد سارت المحكمة العليا في نفس الاتجاه وطرحت في هذا الصدد عدة قرارات، فقد جاء في قرار لها ما يلي: [2]

{ من المقرر أيضا انه نسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى تبين- من قضية الحال- أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 ق.أ، ومن ثم فان العصمة بينهما قائمة و الزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه باللعان.

وعليه فان القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون}.

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص35.
2- قرار المحكمة العليا رقم 74 2226 مؤرخ في: 1999/06/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص ، ص 88.

المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على ثبوت النسب

وفي هذا المبحث أحاول أن الفت انتباه القارئ إلى شريحة من أفراد المجتمع الذين يذوقون الأمرين من جراء أخطاء ارتكبت في لحظة غفلة من مرتكبيها ألا وهي فئة اللقطاء أو بالأحرى مجهولي النسب، وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: أفردته لدراسة أحكام اللقيط، من تعريف له وحكم التقاطه أما **المطلب الثاني:** فقد خصصته لدراسة نسب اللقيط.

المطلب الأول: أحكام اللقيط

لقد أولت الشريعة الإسلامية الأطفال عناية بالغة، وتعرض الفقهاء لنوع خاص منهم هو الأجدر بالعناية نظرا لفقده من يعوله ويتعهده من أب أو قريب، وذلك النوع هو المعروف عند الناس باسم اللقيط[1].

وقد أوضح القانون الجزائري الإجراءات المتبعة في حكم تسلم اللقيط دون أن يتناول تعريفه تاركا ذلك لرجال الفقه.

1- مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة " أمحمد بوقره" بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، د ت ، ص 101.و أنظر: حنان قرقوتي، رعاية اليتيم في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص107 و ما يليها.

الفرع الأول: مفهوم اللقيط وحكم التقاطه

أولا: لغة: لقط الشيء، لقطا أخذه من الأرض فهو لاقط، ولقّاط ولقّاطة، والمفعول ملقوط.

واللُقَطَـــــة: الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه.[1]

ثانيا اصطلاحا: هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة، خوفا من مسؤولية إعالته أو فرار من تهمة الريبة أو الزنا، فلا يعرف أبوه ولا أمه أو لسبب آخر.[2]

ثالثـــــــا: حكم التقـــــاطـــــــــــــه

يقول محمد أبو زهرة:" إيواء اللقيط فرض كفاية على كل من يعلم به، ويكون فرض عين على من يراه في مكان، ويغلب على ظنه الهلاك إن تركه، وان لم تخش الهلاك كان إيواؤه مندوبا إليه".[3]

1- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2005، ص 834.
2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1991، ج5، ص 764.
3.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 401، وقد اختلف الفقهاء في حكامه بين الندب إليه وبين جعله فرض كفاية وآخرون قالوا بأنه فرض عين انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، مصدر سابق، ص 764.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من " اللقيط"

لقد أوضح المشرع الجزائري الإجراءات المتبع في حكم تسلم اللقيط دون أن يورد تعريفا له تاركا ذلك لرجال الفقه.على خلاف بعض القوانين العربية مثل القانون السوري.[1]

فنجده لم يتعرض له في قانون الأسرة إلا من باب الإشارة، في مواطن متفرقة من مختلف القوانين.

فقانون الأسرة نص في المادة 44 منه على انه" يثبت النسب بالإقرار بالنبوة، أو الأبوة أو الأمومة، المجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة."، وكذلك الأمر في المادة 119 ق أ التي تنص على أن:" الولد المكفول إما يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

وقد نصت المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية على أنه: ".... يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين

1- في سوريا فقد نظم المرسوم التشريعي رقم 107، الصادر في: 1970/05/04 أحكام اللقطاء، انظر: عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، دمشق سورية، ص 185.

لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".[1]

أما في حالة العثور على الطفل اللقيط فان المادة 67 من ق ح م نصت على أنه:" يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه..."

بالإضافة إلى قانون العقوبات الذي أوجب حماية طفل غير قادر على الحركة واعتبر الامتناع عن المساعدة جريمة معاقب عليها بالمواد من 314 إلى 317 ق ع .[2]

كما نصت أيضا المادة 442 في فقرتها الثالثة على انه: " كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه .....وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية....." يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000دج إلى 16.000 دج أو بإحدى العقوبتين.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ص 247

2- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،المرجع نفسه، ص 248.

ومع كل هذا كان على المشرع أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة، لان ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة بكثرة، ولهذا يستوجب توفير الحمية الكافية لهؤلاء الضعفاء لأنه لا ذنب لهم.[1]

المطلب الثاني: نسب اللقيط

في هذا المطلب سوف أتطرق لدراسة نسب اللقيط وذلك على النحو التالي: **الفرع الأول:** خصصته لدراسة ادعاء نسب اللقيط، أما **الفرع الثاني:** فقد أفردته لتبيان موقف المشرع الجزائري من نسب اللقيط.

الفرع الأول: ادعـــــاء نسب اللقيط

يقول سيد سابق[2]:" من ادعى نسبه من ذكر أو أنثى ألحق به متى كان وجوده منه ممكنا، لما فيه من مصلحة اللقيط دون ضرر يلحق بغيره، وحينئذ يثبت نسبه وارثته لمدعيه، فان ادعاه أكثر من واحد ثبت نسبه لمن أقام البينة على دعواه، فان لم يكن لهم

1- الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 247
2- سيد سابق، فقه السنة، ط1، دار المؤيد، الرياض، 2001، ج3، ص 172.

بينة أو أقامها كل واحد منهم عرض على القافة[1] الذين يعرفون الأنساب بالشبه ومتى حكم بنسبه قائف واحد أخذ بحكمه متى كان مكلفا ذكرا عدلا مجربا في الإصابة".*

لكن الكثير من القانونيين يعتبرون ادعاء نسب اللقيط هو نفسه الإقرار بالنسب، ويقولون أن شرط المقر له يجب أن يكون مجهول النسب من أبيه، بما أن نسب الأم ثابت بالولادة، لكن هذا الكلام ليس صحيحا، لأن الإسلام حرم التبني، وبالتالي حتى ولو ثبت نسب اللقيط من الأب فانه لا يلحق نسبه به خاصة إذا كان الطفل نتيجة علاقة غير شرعية، إذ قال الله تعالى:"... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... "ــ الأحزاب 04ــ ثم قوله تعالى:" ..... ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ....."- الأحزاب 5-.[2]

فتدل الآية على أن الملتقط عليه فقط واجب الرعاية والتربية إن أراد ذلك و لا يلحق نسب اللقيط به، وإنما الولد ينسب لأبيه إن كان معروفا، و إن لم يعرف سمي الطفل أخاً في الدين.

1- القيافة: هي تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقافة هم من يتبع الأثر ويعرف صاحبه انظر:http/www.alukah.net/Authors/view/Sharia/6507.

*" وقد ثبت في الصحيحين: من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله (ص) ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال:" ألم تري أن مجززاً المد لجي نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض"، فَسُرَّ النبي (ص) بقول القائف ولو كانت كما يقول المنازعون من أمر الجاهلية كالكهانة ونحوها لما سر بها، ولا أعجب بها، انظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن قيم الجوزية، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هــ/1984 م، ج5، ص418.

2- هذه الفكرة مأخوذة من: باديس ديابي، حجية الطريق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص69. وانظر: روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني، أبي الفضل شهاب الدين، والسيد محمود الألوسي البغدادي، م 11، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص 192 وما يليها.و أيضا، القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،ط1،مكتبة الصفا، 2005، ج13،ص89 و ما يليها.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نسب اللقيط

كما رأينا سابقا فالمشرع الجزائري لم ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة، بل أشار إلى بعض أحكام في قوانين متفرقة.

لكن نجد بعض القانونيين يعتبرون أن الإقرار بالنسب هو نفسه نظام التبني[1]، ويقولون بأن من شروط الإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب أي لقيطا، بالرغم من أنه ينص في المادة 46 ق أ على أن:" يمنع التبني شرعا وقانونا"، وبالتالي فالملتقط لا يجوز له أن ينسب اللقيط إليه بأن يعطيه اسمه بل عليه رعايته والاهتمام لأموره، وهذا ما هو مقرر بنظام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 ق أ، فالكفالة كما جاء النص عليها تكون على طفل معلوم النسب و مجهول النسب أيضا.

بالإضافة إلى أن الإقرار هو كشف لواقعة مادية وصحيحة والنسب فيه يكون من علاقة شرعية، وكما ذكرنا سابقا يشترط في الإقرار بالنسب أن يكون المقر له مجهول النسب، وليس معنى ذلك أن يكون نتاج علاقة غير شرعية[2]، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار أصدرت وجاء فيه:

{ من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر

1- باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق، ص 69.
2- باديس ذيابي،المرجع السابق نفسه ، ص69

ومتى تبين– من قضية الحال– أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لان الزواج تم في: 1994/05/02 والولد قد ولد في : 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لان النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان هذا استوجب رفض الطعن}[1]

لكن المفارقة تحصل عندما نجد المشرع الجزائري يمنع التبني من جهة[2]، ومن جهة أخرى صدور المرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرخ في: 1992/01/13 والمتعلق بتغيير اللقب المعدل والمتمم للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في: 1971/06/03.

وقد جاءت المادة الأولى المعدلة كما يلي:" كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل، حامل الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق.

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة

1– قرار المحكمة العليا رقم 210478، مؤرخ في:1998/11/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 85.

2– قرار المحكمة العليا رقم 122761، مؤرخ في: 1994/06/28، الذي جاء فيه:" من المقرر انه يمنع التبني شرعا وقانونا..." انظر: فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 45.

لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب."

هذا المرسوم[1] الذي يجيز التبني بطريقة غير مباشرة والذي طرح عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون متسائلين عما إذا كان هذا المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟ وهل يعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم أنه يبقى في إطار الكفالة؟[2]

وإذا كان البعض قد اعتبره اقرب للتبني[3]، بل هو من الوجهة القانونية ما هو إلا نظام التبني ولا شك في ذلك.

إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن هذا المرسوم أدخل التبني في المنظومة القانونية الجزائرية ولو بصورة مستترة، فان البعض الآخر اعتبره في صالح المكفول لأنه يتعلق بتسهيلات إدارية فقط[4]، ولعل هذا يفهم أيضا من نص المادة 121 ق أ التي جاء فيها:" تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية...."

1- ستجدون في ملحق المذكرة نص المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في: 1992/01/13، (جريدة رسمية رقم 05 مؤرخة في: 1992/01/22).

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب، مرجع سابق ص 71، وما يليها.

3- معوان مصطفى، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة، مجلة المعيار، جامعة الامير عبد القادر، العدد 9، قسنطينة، 2004، ص 523.

4- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص111.

ويبقي واضحا أن المرسوم جاء مخالفا للمادة 46 ق أ التي تمنع التبني شرعا وقانونا، وأيضا المادة 120 ق أ التي تنص على أن:" ....وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

وقد تصدى قضاة المحكمة العليا في البداية لما أريد له أن يكسب الطابع القانوني من خلال المرسوم التنفيذي في إحدى قراراتهم عندما أقروا بعدم قيام نظام التبني.[1]

1–قرار المحكمة العليا رقم: 103232 مؤرخ في: 1995/05/02، انظر نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص 111.

بعد أن تم التطرق إلى أساس ثبوت النسب الذي يعد بمثابة المنشئ له، سوف نتطرق إلى طرق كشفه و إثباته في الفصل الثاني ،فقد أجاز قانون الأسرة الجزائري للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه و ذلك باستعمال ما يسمى بالإقرار في القانون أو دعوى النسب في الفقه ،و يمكن في جميع الأحوال أن يثبت النسب عن طريق البينة، و هذا ما هو منصوص عليه في المادة 1/40 ق أ ج.[1]

بالإضافة إلى هذا ،فقد تم تعديل المادة 40 ق أ بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 التي أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مواكبة للتطورات العلمية و البيولوجية .

غير أن المشرع الجزائري لم يوضح ما هي الطرق العلمية التي يمكن اللجوء إليها، فالنص جاء عاما، لم يحدد بشكل دقيق الوسيلة المقصودة، و هذا ما أثار جدلا كبيرا وسط القانونيين و الفقهاء.

لهذا سيتم التطرق في هذا الفصل لدراسة كل من الإقرار و البينة باعتبارهما طرق عامة لإثبات النسب في **المبحث الأول**، ثم تبيان المقصود بالطرق العلمية في **المبحث الثاني**، و أخيرا في **المبحث الثالث** تبيان لدور القاضي في دعاوى النسب،

و فيما يلي تفصيل كل ذلك:

1- صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة قي قانون الأسرة ،رسالة ماجستير،جامعة الجزائر "يوسف بن خده"،بن عكنون،2007،ص41.

المبحث الأول: الوسائل الشرعية

يعتبر الإقرار و البينة من الأدلة العامة في النسب و غيره، و هما من الأدلة التي تستعمل قضاءا لإثبات الحقوق.

و تفصيلا لكل منهما: نتعرض لكل من الإقرار و البينة في مطلبين مختلفين:

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

الفرع الأول: تعريف الإقرار

أولا: لغة [1]: أقر: يقر إقرارا له:اعترف، أقر الله عينه:أرضاه. أقر الشيء:أثبته .

ثانيا:اصطلاحا[2]: هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه.

ثالثا :قانونا: نص المشرع الجزائري في المادة 1/40ق أ على أن يثبت النسب بالإقرار، لكنه لم يورد تعريفا شاملا له، إلا أننا نجده ينص على تعريفه في المادة 341 ق م التي جاء فيها:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

الفرع الثاني: أنواع الإقرار بالنسب:

يتفرع الإقرار بالنسب إلى فرعين: إقرار بالبنوة و الأمومة و الأبوة، و إقرار في غير البنوة و الأمومة و الأبوة.

---

1 – أحمد بن نعمان، المفتاح، ط1، دار الأمة،الجزائر ،2001 ، ص61.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1984 ،ج6 ، ص610

أولا: إقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة: نصت على هذا النوع من الإقرار بالنسب المادة 44 ق أ حيث جاء فيها "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت من صدقه العقل أو العادة".

و الملاحظ أن هذا النوع من الإقرار يكون على نفس المقر كأن يدعى بنوة أو أبوة أو أمومة،فهذا الإقرار يصح و لو كان المقر في مرض الموت،و لكن يشترط في ذلك[1]:

– أن يصدقه العقل أو الحس، بأن يكون فرق السن بين المقر و المقر له يحتمل هذه البنوة [2].

– أن يكون المقر له مجهول النسب، وهذا من جهة الأب إذا كان من يدعيه رجلا، ومن جهة الأم إذا كانت التي تدعيه امرأة ، أما إذا كان معلوم النسب فلا يصح الإقرار،و إذا حصل يصبح تبني و هذا ما لا يصح شرعا و لا قانونا طبقا للمادة 46 ق أ. [3]

ثانيا:إقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة:

نصت على ذلك المادة 45 ق أ، و قد جاء فيها:"الإقرار بالنسب في غير البنوة،و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

1– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق ،ص234.

2– عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط1 ، دار الثقافة ، عمان، الأردن، 2004، ص257.

3– باديس ذيابي ، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق ،ص 62

(*): و قد أضاف بعض الفقهاء شروط أخرى منها :ألا ينازع المقر شخص آخر، أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله، أن يكون ممن لا قول له كالصغير و المجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول .أنظر:ابن قدامه ،المغني و شرح الكبير، دار الكتاب العربي،بيروت لبنان،1972،ج5،ص327 و ما يليها.

و يسمى أيضا هذا النوع من الإقرار " بحمل النسب على الغير"، و يكون كأن يدعي شخص ما أخوة شخص آخر أو عمومته.

و لصحة هذا الإقرار لابد من توافر الشروط السالفة الذكر، و قد أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا يتمثل في أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار. [1].

مثلا: إذا قال شخص أن هذا أخي تنشأ بينه و بين ذلك الشخص قرابة أخوة،و لكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف به الأب و صدق ذلك.

ذلك أنه بثبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول على الإقرار و هو الأب، فإذا لم يقر الأب و لم يصدق على ما أقر به ابنه فيبقى للمقر إن أصر هو على إقراره أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بإثبات النسب.[2]

أما في حالة العمومة، فإن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ بينه كمقر بها و بين المقر له، و لكن لا تلزم الجد و باقي الأشخاص إلا إذا صدقوا ذلك الإدعاء.

و لهذا النوع من الإقرار آثار من ناحيتين :[3]

– الأولى عندما يصدق الغير الإقرار، ففي هذه الحالة تنتج الآثار القانونية مثل: الميراث و النفقة.

---

1 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص 64.

2– باديس ذيابي ، حجية الطرق...، المرجع السابق نفسه ، ص 64 و 65. أنظر أيضا : و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 7 ، مرجع سابق، ص 693.

3 – محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية " الخطبة و الزواج"، دار الشهاب، باتنة ، الجزائر، ج1،ص185.

– الثانية عندما لا يصدق الغير، أو يصدق الجد و الأب فقط و الباقي لا يصدق ذلك، ففي هذه الحالة تترتب الآثار في حق المصدق فقط أما غير المصدق فلا يمكن أن يتشارك الميراث و النفقة مع المقر.

ثالثا : الفرق بين الإقرار بالنسب و الإستلحاق:

عند التطرق للمادة 44 ق أ نجدها تنص على أنه " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو بالأبوة أو الأمومة ، لمجهول النسب و لو في مرض الموت من صدقه العقل أو العادة "

نلاحظ أنه يفهم من عبارة " مجهول النسب" إمكانية أن يكون الطفل نتاج علاقة غير شرعية فهو بالتالي ولد زنا، و على اعتبار الزنا جريمة معاقب عليها قانونا و محرمة شرعا فلا يجوز المكافأة على الجريمة، و بالتالي لا يثبت نسب ولد الزنا حتى و لو اعترف به الأب.

و تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نسب ولد الزنا مع أن هذه الظاهرة موجودة في كل المجتمعات.[1]

و لهذا اتفق الفقهاء على وجوب أن يكون الطفل المقر له بالنسب نتاج علاقة زواج شرعية ، و ذلك لسد باب التحايل على أحكام النسب،[2] و هذا إذا كان الأب هو المقر، أما

1 – الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص235.

2 – الرشيد بن شويخ ، المرجع السابق نفسه و الصفحة.

إذا كانت الأم هي التي أقرت بالنسب، فلا يجب توفر هذا الشرط ،و بالتالي يثبت النسب للولد إلى أمه سواء كان الولد نتاج علاقة شرعية أو غير شرعية.

و في مجال إثبات النسب بواسطة الإقرار جاء عن المحكمة العليا ما يلي: [1] **{من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار "....و لزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..."**

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

و متى تبين ـــــــــ في قضية الحال ـــــ أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 ، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة،كما أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و الدفع بالمادة 41 من ق أ، التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوت يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار،

1- قرار المحكمة العليا رقم 202430 المؤرخ في 1998/12/15، الاجتهاد القضائي ل غ أ ش، م ق لسنة 2001، عدد خاص، ص 77.

و عليه فإن القضاة لما لم يتفطنوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الدين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثوق ،فإنهم بدلك خالفوا الشرع و القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

و متى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه }.

الفرع الثالث: شروط صحة الإقرار

القاعدة في الإقرار ثبوت النسب المباشر على المقر نفسه، ولصحة هذا الإقرار يشترط القانون الجزائري ثلاثة شروط وفقا للمادتين 44 و 45 من ق أ و قبل التطرق لها نذكر الشروط العامة التي اتفق عليها الفقهاء و هي كالتالي:

أولا: الشروط العامة

اتفق جمهور الفقهاء على مجموعة من الشروط العامة لصحة الإقرار بالنسب ، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1 -**أن يكون المقر عاقلا بالغا:** بألا يكون صبيا أو مجنونا أو معتوها أو مكرها ،فإن كان كذلك فلا يقبل إقراره.[1]

1- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، مرجع سابق ، ص488 .

2 -**أن يكون فارق السن بينهما يقبل البنوة :** بأن يكون المقر له مما يولد مثله لمثل من يقر بنسبه فلو كان المقر له بالبنوة أكثر سنا من المقر ،لم يصح إقراره لأن الواقع يكذبه.[1]

3 -**أن لا يذكر أن الولد من زنا**[2]: لأنه كما ذكرنا سابقا أن الزنا جريمة و لا يجوز أن يكافئ مرتكبها بنعمة النسب على الرغم من أن الطفل لا ذنب له ،فهو نتيجة لحظة طيش كان هو ضحيتها.

ثانيا: الشروط الخاصة

و هي ما نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 44، 45 من ق أ، فنجده قسمها إلى قسمين حسب حالة الإقرار كالتالي:

1 – **الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:** يشترط في هذه الحالة شرطين أساسيين هما:

- أن يكون الطفل مجهول النسب [3] من الأب أو الأم.

---

1 – أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق ،ص260 .أنظر أيضا : محمد باوني ،عقد الزواج و آثاره ، مرجع سابق ،ص164 .

2 – أكرم ياغي ،قوانين الأحوال الشخصية تشريعا و فقها و قضاء ، ط1 منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان 2007،ص201 .

3 – أما إذا كان معلوم النسب فلا يصح الإقرار، و يكون باطلا لأن الشخص لا يمكن أن يكون له أبوان في الوقت نفسه.أنظر: محمد باوني، عقد الزواج و آثاره ، مرجع سابق، ص164، و أنظر أيضا : معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص38.

-أن يصدقه العقل و العادة، بأن يكون السن بينهما يسمح بكون المقر له ابنا للمقر، فلو كان المقر له أكبر سنا من المقر كما لو كان ابن عشر سنوات و المقر ابن خمسة عشر سنة لم يصح إقراره، لأن العقل و الواقع يكذبه.

2 -**الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة:** إن الشرطين السابقين معتبران هنا أيضا ،و قد أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر و هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار، فقول الشخص هذا أخي ،يشترط لثبوت نسبه أن يصدقه أبوه في ذلك. [1]

و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة:

أشرنا في المطلب السابق إلى أن الإقرار لا يثبت به النسب إلا بتصديقه من المقر عليه ،أما إذا لم يصدقه المقر عليه أو ورثته و أصر المقر على ذلك فليس أمامه إلا إثبات دعواه عن طريق البينة، و هو ما نحن بصدد دراسته في هذا المطلب باعتبارها طريقة من طرق إثبات النسب، و قد نصت المادة 40 من ق أ على أن البينة وسيلة من وسائل إثبات النسب، و جاء فيها بأن:"يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة ...".

1 - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص489.

الفرع الأول: نطاق البينة

أولا: تعريف البينة

الحجة و الدليل و البرهان و يقال: البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر.[1]

قال تعالى: "لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب و المشركين منفكين حتى تأتيهم البينة " – البينة: 01 –

فالمقصود بالبينة في الآية الكريمة العلامة أو الحجة.

ثانيا: الفرق بين البينة و الإقرار

إن البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه ،بل يثبت في حقه و حق غيره، أما الإقرار فهو كما سبق بيانه حجة قاصرة على المقر لا تتعداه بحيث إذا أقر شخص ما بنوة شخص آخر فلا يلزم هذا الإقرار غيره إلا بتصديقه على عكس البينة.[2]

بالإضافة إلى أن ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة، ولأن النسب و إن ظهر بالإقرار فإنه غير مؤكد، فمن المحتمل إبطاله بالبينة.

---

1 –أحمد بن نعمان، المفتاح، مصدر سابق، ص 123.

2 –وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مصدر سابق ، ص695.و أنظر أيضا: بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص525.

الفرع الثاني: مدلول البينة كدليل لإثبات النسب

أولا: شمول البينة على كافة الأدلة :استعمل المشرع الجزائري مصطلح "البينة " في المادة 40 من ق أ و يقابلها في الترجمة الفرنسية استعماله لمصطلح « La preuve » و مفهوم هذا الأخير مقصود عام ، مما يجعله يشمل كافة أدلة الإثبات بما فيها الأدلة الكتابية ،القرائن و الشهود ،و هي المنصوص عنها في المواد من 323 إلى 350 من التقنين المدني الجزائري.[1]

فإذا تم اتخاذ الدليل الكتابي كدليل من مشتملات البينة، فإن المدعي بإثباته النسب يمكنه أن يقدم دليلا كتابيا يثبت أن ما يدعيه مؤسس و حقيقي ، كإثبات واقعة الزواج العرفي عن طريق ورقة مكتوبة و موقعة من طرف أصحاب العلاقة.

بالإضافة إلى الدليل الكتابي يوجد ما يسمى بالقرينة القانونية التي بدورها تنطوي تحت مفهوم البينة، و قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 337 ق م و التي جاء فيها:" القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"

ثانيا : قصور البينة على شهادة الشهود: هناك من قال بأن البينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها من الأدلة و دليلهم في ذلك ما يلي:[2]

---

1 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص 78.

2 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوي النسب، المرجع نفسه ،ص 79.

1 -**الاعتماد على المفهوم الضيق للبينة :** و ذلك ما أكده قضاة المحكمة العليا عندما أكدوا أن قواعد إثبات النسب محددة في المادة 40 و التي من بينها البينة، و لو كانوا يقصدون البينة بالمفهوم العام لأقروا اعتماد فحص الدم من طرق خبير طبي لإثبات النسب.[1]

و تجدر الإشارة أن القرار المذكور جاء قبل التعديل المؤرخ في 2005/02/27.

2 -**توسيع مفهوم البينة:** و ذلك بصدور الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، و الذي نص على جواز إثبات النسب بالطرق العلمية، إلا أن هذا التعديل جاء النص به في فقرة مستقلة عن الطرق الشرعية لإثبات النسب التي من بينها "البينة".

و بالتالي فإن البينة المقصودة في مجال إثبات النسب تتمثل أساسا في شهادة الشهود.[2]

---

1 – قرار المحكمة العليا : رقم 222674 المؤرخ في 1999/06/15، إ ق غ ش، م ق لسنة 2001 ،عدد خاص ، ص88

2 – نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين عند الحنفية و محمد، و شهادة رجلين فقط عند المالكية و جميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف. أنظر: و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مصدر سابق، ص 695.

المبحث الثاني: دور الوسائل العلمية في إثبات النسب

قبل التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري في 2005/02/27 بموجب الأمر 02/05/ كان إثبات النسب يقتصر على الطرق الشرعية التقليدية المتمثلة أساسا في الزواج الصحيح و نكاح الشهية و الزواج الفاسد، و أيضا الإقرار و البينة.

و لكن وبعد هذا التعديل و تزامنا مع الثورة العلمية التي تسبب فيها التطور البيولوجي إلى جانب التطور التكنولوجي، فقد أضاف المشرع الجزائري ما أسماه بالطرق العلمية لإثبات النسب، مع أن الملاحظ أنه لم يحدد بدقة المقصود منها رغم تعدد و تنوعها. وقد أكد المشرع الجزائري ذلك في الفقرة الثانية من المادة 40 المعدلة من قانون الأسرة بقوله: "... ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

و لهذا و بهدف تبيان حقيقة الطرق العلمية، سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أنواع الطرق العلمية المعتمدة في إثبات النسب في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فخصصته لدراسة نسب الطفل الناتج عن طريقة الإنجاب الحديثة المعروفة بالتلقيح الاصطناعي،

و ذلك فيما يلي:

المطلب الأول:أنواع الطرق العلمية المعتمدة في النسب

سأتناول في هذا المطلب تحليل الزمر الدموية و مدى قدرتها على إثبات النسب في الفرع الأول، ثم تحليل البصمة الوراثية، مفهومها و ضوابط استخدامها و أيضا مشروعية استخدامها في دعاوى النسب و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحليل الزمر الدموية

هناك نوعان من هذا التحليل،أحدهما مرتبط نوعا ما بالبصمة الوراثية و هو نظام الـــ HLA المرتبط بالمناعة، و الثاني نظام تحليل الدم الـــ ABO .

أولا: نظام الـــ HLA المرتبط بالمناعة

كما ذكرنا سابقا، فهذا النظام مرتبط نوعا ما بالبصمة الوراثية فهو من الطرق العلمية القطعية في إثبات و نفي النسب،إذ هو ذو أهمية كبيرة، إذ يعتبر الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا، فهو يتميز بقدرته الفائقة في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص[1].

فنظام الـــ HLA مركب و يشكل من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها، فكل إنسان يتحصل على مركبين HLA. واحدة من الأب و الأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمع.

---

1 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب،مرجع سابق، ص95.

لكن قطعية إثبات النسب بواسطة هذا النظام قد تقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي أو المتكرر، و بالتالي هنا الطفل يحصل من والديه على مركبين متشابهين مما يصعب الاستنتاجات و التحاليل المجهرية، مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق البصمة الوراثية[1].

ثانيا: نظام تحليل الدم ABO

كان أول ظهور لهذا النظام منذ أمد طويل من أجل الكشف عن الأمراض، كما أنه استعمل أيضا في المجال الجنائي للكشف عن هوية مرتكبي الجرائم و هو أيضا يستعمل في مجال النسب و لكن في نفيه و ليس إثباته [2].

و مؤداه أن تحلل فصيلة دم الطفل و الأم و الأب، فيتوصل بشكل قطعي إلى انتفاء نسب (أ) من (ب)، و لا يمكنه أن يتوصل إلى القول بقطعية ثبوت نسب (أ) من أبيه (ب) [3].

فالطفل له خاصية جينية إما مع الأب و إما مع الأم، و إذا كانت له خاصية لم تكن لدى الأم فهي بالضرورة موجودة عند الأب، و إذا ثبت غيابها عند الطرفين فإن أبوة الأب المفترض لهذا الطفل مستحيلة، و يمكنه من خلال ذلك نفي النسب.

و للتوضيح أكثر يمكن ذكر هذا المثال:

---

1 – باديس ذيابي،حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، ص95.

2 – باديس ذيابي، المرجع السابق نفسه، ص 105.

3– المرجع نفسه و الصفحة.

إذا كانت فصيلة دم الأم (0) و فصيلة دم الابن (A) و كانت فصيلة دم الأب المفترض (0)، فهنا نكون أمام استحالة ثبوت النسب بين الابن، و الأب المفترض على اعتباره أن فصيلة دم الطفل (A) لابد أن تكون هي خاصية الأب الحقيقي، و لأن (0) و(0) لا يمكن أن نحصل على فصيلة من نوع (A) [1].

و لذلك سمي هذا النظام بضني الثبوت فيما يتعلق بإثبات النسب.

الفرع الثاني: تحليل البصمة الوراثية

أولا: مفهوم البصمة الوراثية

عبارة البصمة الوراثية مكونة من كلمتين "البصمة "و "الوراثية "، و عليه سأتطرق إلى تحديد المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لكل منهما، ثم المفهوم الشامل للعبارة.

1- **لغة** :[2]

أ- **البصمة** : مشتقة من البصم. و هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، و فعل بصم: أي ختم بطرف إصبعه.

ب- **الوراثية** : نسبة إلى علم الوراثة، و هي من مصدر " ورث ".

---

1 – باديس ذيابي،حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص105 و ما يليها.

2 – ابن منظور، لسان العرب، مادة "بصم " و " ورث "

2- اصطلاحا:

أ- **البصمة:** صورة من النتوءات و الانحناءات المسامية في جلد أطراف الأصابع، أثر هذه النتوءات في شيء، علامة يطبعها إفراز مادة ذهنية [1]*.

ب- **الوراثية :** علم الوراثة هو العلم الذي يبحث في أسباب التشابه و نتائجه، و الاختلافات في الصفات بين الأفراد الذين تربطهم صلة القرابة، و هو يوضح بالدقة العلاقة بين الأجيال المتعاقبة[2].

3- التعريف الشامل لعبارة"البصمة الوراثية"

أول من أطلق اصطلاح البصمة الوراثية هو مكتشفها البروفيسور" أليك جيفري" و كان ذلك عام 1984، و في عام 1985 أخذ استخدام البصمة الوراثية في الإثبات منحى كبير، بحيث نصبت نفسها قاضيا حقيقيا لفصل العديد من القضايا العالقة في المحاكم و بشكل قطعي[3].

---

1 - سعدي الضناوي، المعجم المفصل في العرب و الدخيل، ط1، دار الكتب العلمية،2004 بيروت، لبنان، ص 94.

(*) كان رسول الله (صلى الله عليه و سلم) هو أول من تحدث عن خصائص الحمض النووي، و ذلك في حديث الفزاري الذي جاء إلى الرسول (ص) يريد نفي ولده لوجود اختلاف بينه و بين ولده في لون البشرة. فقال له رسول الله(ص): هل لك من إبل ؟ قال:نعم، قال : ما لونها ؟ قال: حمر. قال: هل فيها أزرق؟ قال: نعم، قال: فأني له ذلك؟ قال: لعله نزعه عرق. قال عليه الصلاة و السلام فلعل ابنك هذا نزعة عرق) لمزيد من المعلومات أنظر : الدكتور: إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب و الجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية و الطب الشرعي، بتاريخ 2007/13/12،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص10.

2- أشرف عبد الرزاق ويج، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، 2006، القاهرة ، ص 21.

3 - حسام الأحمد، البصمة الوراثية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، بيروت، لبنان، ص 11.

و قد عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بما يلي:" هي البصمة الجينية التفصيلية التي تدل على هوية فرد بعينه "[1].

و قد جاء في إقرار للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة حيث جاء فيه:" البصمة الوراثية هي البينة الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، و أنها وسيلة تمتاز بالدقة "[2].

4- التعريف العلمي للبصمة:

" هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية "[3].

أو " هي اختلافات في التركيب الوراثي لمنظمة الأنترون، و ينفرد بها كل شخص تماما و تورث"[4].

ثانيا: ضوابط و ضمانات اللجوء إلى البصمة الوراثية[5].

من أجل ضمان صحة نتائج البصمة الوراثية فقد ذكر بعض الفقهاء و الأطباء المختصين ضوابط لا بد من تحققها كي يمكن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية، هذه

---

1 – الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعيار، العدد 5، 2003، ص92.

2 – جليلة نعمان، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2009، ص33.

3 – المرجع السابق نفسه و الصفحة.

4 – الفقهاء و الأطباء: البصمة الوراثية تثبت النسب شرعا، أنظر الموقع على الانترنيت:.http:/www.islamonline.net/iol-arabic/qadaya/qdl.asp

5 – الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية، مجلة المعيار، عدد 5، ص106.

الضوابط منها ما يتعلق بمرتبتها من طرف إثبات و نفي النسب الشرعية، و منها ما يتعلق بطريقة إجرائها و نتائجها.

1- مرتبة البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية:

إن استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أمر تمليه المصلحة، و أنه يحقق مصلحة مشروعة،و حتى لا تصادم الوسائل الشرعية المنصوص عنها فقد وضع لها مجموعة من الضوابط أوجزها فيما يلي:

أ- يجب استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب لا في نفيه:

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 41 من ق أ على أن طريقة نفي الولد هي اللعان وافقه في ذلك قضاء المحكمة، و بالتالي لا يمكن تقديم استخدام البصمة الوراثية على اللعان[1].

ب- عدم استعمال البصمة الوراثية في التأكد من نسب ثابت:

فإذا اثبت نسب الشخص بالوسائل المقررة شرعا مثل:الفراش و غيره، فلا مجال للجوء إلى البصمة الوراثية للتأكد من ذلك، لأن في ذلك تشكيك في أنساب الناس و شرفهم، و فيه أيضا نشر لعدم الثقة بين الأزواج.[2]

---

1 - قد أجمع الفقهاء أيضا على عدم تقديم البصمة الوراثية على ما يسمونه بالقيافة لأنهم يعتبرونها طريقا شرعيا لإثبات النسب. أنظر الموقع على الإنترنيت: .-topic& r-id=68 &action=show-res? php.index/ar/www.gulFkidz.com//:http

2- الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعيار، عدد 5، مرجع سابق، ص107و108.

ج- عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عنها[1].

يتضح ذلك من خلال التمعن في نص المادة 40 من ق أ، بحيث نجد المشرع الجزائري نص على جملة الوسائل الشرعية في الفقرة الأولى و لم يكمل الفقرة بالنص على الوسائل العلمية، بل خصص لها فقرة ثانية مما يدل على أنه في دعاوى النسب يجب استعمال الوسائل الشرعية، وفي حالة قصورها، يمكن اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية لذلك.

د- استخدام البصمة الوراثية في إطار شرعي:

إذ لا يمكن اللجوء إلى فحص البصمة الوراثية إلا بعد استنفاذ الطرق الشرعية كما ذكرنا سابقا، و التي من بينها الفراش، بحيث يجب أن يكون الولد المراد إثبات نسبه ناتجا عن علاقة زواج شرعية و ليس ابن زنا، حتى لا يفتح المجال التحايل و التلاعب بأحكام النسب [2].

و قد جاء في قوله صلى الله عليه و سلم :" الولد للفراش و للعاهر الحجر "،فالمقصود هنا بالفراش هو الزواج الصحيح الذي ينتج ثماره و يكافأ عليه صاحبه، أما العاهر و هو الزاني فلا يجوز مكافئته على جرمه، لأنه أراد الفساد و الجريمة حتى و لو ثبت أن الولد جاء من مائه.

1- الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مرجع سابق، ص108.

2- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات – دراسة مقارنة- بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،ط1 دار الفكر الجامعي، 2008، الإسكندرية، مصر، ص753 و ما يليها.

2- طريقة إجراء البصمة الوراثية و نتائجها:

إن الطرق العلمية حسب المادة 2/40 من قانون الأسرة، هي عبارة خبرة قضائية تخضع لأحكام الخبرة المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية، و من ثم فالأخذ بها يجب أن يقترن بمجموعة من الضوابط لضمان إجرائها في ظروف سليمة و أيضا ضمان ظهور نتائج دقيقة،هذه الضوابط نوجزها فيما يلي:

- ضرورة وجود مختبرات فحص البصمة الوراثية تابعة للدولة، أو تشرف عليها إشرافا مباشرا، مع توفر جميع الضوابط العملية المعملية المعتبرة في هذا المجال [1].

- أن يكون العاملون في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية من أهل الاختصاص، و أن يكونوا أيضا مسلمين و عدول، لأن قولهم شهادة، و شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم [2].

- أن يجري التحليل في مختبرين على الأقل معترف بهما، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر،[3] إلا أن هذا الأمر مفقود في الجزائر لأن الأمور لازالت في بدايتها، فلا يوجد سوى مخبر واحد مخصص لقسم البيولوجيا الشرعية، و قد تم تدشين

---

1 –جدع أمال، الحقوق المعنوية للأنباء في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة،2012، ص55.

2 – عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدة،ص11. أنظر الموقع:.http://islamtoday.net/nawafeth/author-880-htm

3 – حسام الأحمد، البصمة الوراثية، مرجع سابق، 119.

هذا المخبر بتاريخ 2004/07/22، فهو لا يفي بالغرض المطلوب لاسيما و أنه تنجز فيه مختلف التحاليل الأخرى[1].

ثالثا: مشروعية استخدام البصمة الوراثية في دعاوى النسب

ذهب العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، و ذلك تخريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة عند النزاع على النسب أو عند تعارض البينات أو تساوي الأدلة في ذلك[2].

و من بين العلماء الذين أجازوا استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب هم علماء المجمع الفقهي الإسلامي و ذلك من خلال مناقشتهم للموضوع في الجلسة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21إلى 1422/10/26 هـ الموافق لـ 2002/10/05 م، حيث أوردوا قراراً تضمن تعريفا للبصمة الوراثية، و مجالات الاستفادة منها، و مصادرها و قد جاء في هذا القرار: "أن البصمة الوراثية هي عبارة عن البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه...، و يمكن أخذها من أي خلية في الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره".

و فيما يخص مجالات الاستفادة منها فقد قرروا ما يلي:

---

1 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص115.

2 – حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص718 و ما يليها.

– حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صوره سواء كان ذلك بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان ذلك بسبب الاشتراك في وطء الشبهة. [1]

– حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الطفولة و كذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

– حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث و تعذر معرفة أهاليهم [2].

رابعا: موقف المشرع الجزائري و القضاء الجزائري من البصمة الوراثية

لم يكن المشرع الجزائري يعترف بالبصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب، فقد كان ينص على ثبوت النسب بالوسائل الشرعية المتمثلة أساسا في فراش الزوجية سواء كان صحيحا أو فاسدا أو بشبهة و الإقرار و البينة، و هو ما أكده القضاء الجزائري حين قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 222674 المؤرخ في 1999/06/15. [3]

---

1 – الفارسي محمد، إثبات النسب عن طريق تحليل البصمة الوراثية، أنظر الموقع على الانترنيت– http://www.ahlalhadeeth.com/vb/forumdisplay.php. ?f=34.

2 – مثال: حالة عودة طفل من ضحايا أمواج المد إلى والديه في سريلانكا في يوم الأربعاء 16 فبراير 2005، حيث تسلم الأبوان طفلهما بعد أمر المحكمة بإجراء فحص الـــDNA و ثبت أنهما الوالدان الحقيقيان: أنظر: إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب و الجرائم الجنائية، مرجع سابق، ص27.

3 – تم بيان مضمون هذا القرار سابقا عندما تحدثنا عن البينة.

هذا القرار الذي عرض قرار قضاة المجلس للنقض عندما أمروا بإجراء فحص الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا و قانونا في المادة 40 من ق أ قبل تعديلها.

أما بعد التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05/ المؤرخ في 2005/02/27، فقد قام بإدراج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب و ذلك في المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، و الملاحظ أن المحكمة العليا قد تداركت الوضع في القرار الحديث [1] رقم 355180 المؤرخ في 2006/03/05 من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص م) للمطعون ضده باعتباره أبا له، كما أثبتت الخبرة الطبية(ADN).[2]

1 – العربي بلحاج، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 504.

2– قرار المحكمة العليا رقم 355180، المؤرخ في 2006/03/05، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الأول، ص469

المطلب الثاني: نسب الطفل بالتلقيح الاصطناعي

أثار التقدم العلمي في المجال البيولوجي و علم الوراثة و الجينات الكثير من المخاوف و التساؤلات حول إمكانية التحكم في الجنس و محاولة تخليق أجناس ذات مواصفات معينة.[1]

فقد كشفت هذه العلوم البيولوجية الحديثة على وحدة وسائل للإنجاب بالطرق الصناعية، و ذلك بهدف وحيد يتمثل في علاج العقم و تحقيق حلم الأمومة و الأبوة لهؤلاء الأشخاص.

و تجمع التشريعات العربية على اعتبار الإنجاب أحد الأهداف العليا لعقد الزواج ، إذ تبدو أهمية التناسل واضحة و جلية من خلال نص المشرع الجزائري في المادة 4 من ق أ على أن:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها... التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".[2]

و لكن ليس دائما ما يبرم هذا الزواج بين رجل و امرأة قادرين على الإنجاب الطبيعي، و بالتالي يلجأ الزوجان إلى أساليب أخرى لتحقيق هذا الغرض، و من بين هذه الأساليب "التلقيح الاصطناعي" الذي أصبح الحل الوحيد للإنجاب في العالم بأسره.

و عليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التلقيح الاصطناعي، و توضيح مشروعيته، ثم تعداد الشروط الواجب توافره للقيام بالعملية وفق ما نص به المشرع الجزائري.

وذلك في ثلاثة فروع على التوالي:

1- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، 2006، الإسكندرية، ص68.

2– جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 153.

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

أولا: لغة:[1] التلقيح: التأبير، و هو شق طلع النخلة الأنثى بِذَرِّ شيء من طلع النخلة الذكر فيه، سواء تشقق الطلع بنفسه أم بفعل الإنسان. يقال: نخلة مؤبَّرة و مأبورة.

و في الحديث الشريف:" خير المال سكة مأبورة".

و السكة: النخل المصفوف.

المأبورة: الملقحة.

اصطلاحا : التلقيح الصناعي هو تعبير يطلق على عملية نقل الحيوانات المنوية بعد تنقيتها إلى داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن، و هذا الإجراء يجب أن يتم في وقت التبويض لدى المرأة الذي يحدده الطبيب المختص. [2]

ففي الجزائر تشهد العيادات و المستشفيات الآلاف من هذه العملية التي أقرها المشرع الجزائري في تعديل 02/05 و ذلك بالنص على العملية بقوله في المادة 45 مكرر1:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي...".[3]

و حسب ما كشفت عنه العلوم البيولوجية الحديثة،فإن التلقيح الاصطناعي يتم بإحدى الوسيلتين:[4] إما بالتلقيح الداخلي و إما بالتلقيح الخارجي.

---

1 – سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ط2، دار الفكر، 1988، دمشق، سوريا، ص11.

2– أحمد محمد لطفي أحمد،التلقيح الصناعي بين الأطباء و آراء الفقهاء،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص58

3– باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص.25

4 – التلقيح الداخلي أو تلقيح داخل الجسم ؛و يتم عن طريق إدخال الحيوان المنوي إلى قناة فالوب بالرحم ليتحد مع البويضة، و بهذا الإتحاد تتكون النطفة أمشاجا،أما التلقيح الخارجي أو التلقيح خارج جسم الإنسان،فيتم باستخراج الحيوان المنوي و استخراج البويضة و الجمع بينهما في أنبوب اختبار ليتحدا،ثم تستدخل اللقيحة إلى الرحم. لمزيد من المعلومات أنظر: صالح بوغرارة،حق الأولاد في النسب و الحضانة، مرجع سابق، ص18 و ما يليها. أنظر أيضا:محمد علي البار،خلق الإنسان بين الطب و القرآن ط4، دار السعودية،1983م–1403 ه–جدة، ص 511 و ما يليها.

الفرع الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي

اعتبر الفقه الإسلامي عملية التلقيح الاصطناعي أمرا مشروعا طالما أن بويضة الزوجة قد لقحت بماء زوجها.[1]

كما أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي[2] كان قد أجمع على جواز استعمال هذه الطريقة بغية الإستيلاد (بغير الطريق الطبيعي للإنجاب).

يتم بإحدى الطريقتين اللتان تم ذكرهما سابقا، حيث تبين لمجلس المجمع أن الأسلوب الثاني المتمثل في التلقيح الخارجي يعتمد على خمسة أساليب مختلفة عن بعضها البعض،

و بعد دراستها من قبل علماء المجمع فقد قرروا ما يلي:

_ إن الأسلوب الأول جائز شرعا بالشروط اللازمة لذلك، و لكن بعد التأكد من حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل. و كذلك الأسلوب الثالث فهو في رأيهم مقبول مبدئيا لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك.

_ أما عن الأسلوب السابع فقد قرروا عدم جوازه إلا عند الحاجة القصوى و بالشروط العامة.

و قد أوصى المجمع الحريصين على دينهم بألا يلجئوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى و بمنتهى الاحتياط و الحذر، لما فيها من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعا، و من احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار.[3]

1 – جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاستكشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، مرجع سابق، ص 156.

2 – قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى لعام 1397 هـ إلى الدورة الثامنة لعام 1405 هـ. مكة المكرمة.

3 - القرار الثاني في الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الإسلامي، 1405 هـ ،ص105.

الفرع الثالث: شروط عملية التلقيح الاصطناعي

ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الجديدة المعاصرة،لإيجاد حل لمشكلة عسر الإنجاب لدى عدد معتبر من الأزواج، فقرر اعتماد عملية التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل النسب [1] ، و لكنه قيدها بمجموعة من الشروط نص عليها في المادة 45 مكرر حيث جاء فيها:

"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي..."

يجب أن تتوفر العملية على الشروط التالية:

أولا:أن يكون الزواج شرعيا:

يكون ذلك بأن يتم التلقيح الاصطناعي الشرعي و القانوني بأخذ ماء الزوج،و بويضة صالحة للإخصاب من زوجته الشرعية،ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها،بعد تأكد الأطباء من وجود عقد زواج شرعي بينهما، و عليه إذا دخل أجنبي بين الزوجين كان ذلك محرما و غير مشروع،[2]و هو شبيه بالزنا حتى و لو كان بموافقة الزوج على ذلك.[3]

ثانيا: أن يتم التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما:

يشترط لرضا الزوجين أن يكونا بالغين 19 سنة كاملة حسب المادة 40 ق م، و أن يكون الرضا مكتوبا و صريحا و سليما من العيوب، و أيضا أن يكونا عالمين بعواقب هذه العملية، فإذا كانا كذلك تكون العملية قد أجريت بشكل مشروع لأن الشرط الأساسي متوفر و هو

1- محفوظ بن صغير،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقه في قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق،ص484 و ما يليها.

2- العربي بلحاج،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق،ص510،و أنظر:الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة المعدل،مرجع سابق، ص245.

3 – و هو ما كان معروفا عند العرب في جاهليتهم، و الذي ذكرته السيدة عائشة رضي الله عنها في حديثها عن أنواع النكاح في الجاهلية. أنظر: محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص517.

الرضا، بالإضافة إلى الرضا،فإن المشرع الجزائري قرر بوجوب أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين، و بالتالي لا يجوز للزوجة أن تطلب إجراء العملية بعد وفاة زوجها بحجة أنها تريد الإنجاب منه و لكن الظروف حالت دون ذلك. و قد عرفت هذه الفكرة بما يسمى ببنوك الأجنة،إذ يقوم الأشخاص بتخزين النطاف في بنوك مخصصة لذلك، حيث أصبحت عملية حفظ السائل المنوي بطريقة التبريد من أهم الوسائل لعلاج بعض حالات نقص الخصوبة على مستوى العالم.[1]

و لكن ماذا لو حصل أن أحد الزوجين لم يكن موافقا على هذه العملية، بحجة أنها تتطلب مبالغ كبيرة من الأموال مع تبيان في نسبة نجاحها أو أنه أبدى اشمئزازا من هذه العملية ؟

في هذا الصدد يقول الدكتور تشوار جيلالي:" إن الزوج الرافض لعملية التلقيح الصناعي يكون في غياب عذر مجيد، مرتكبا لخطأ مبرر لفك الرابطة الزوجية،فهنا يمكن، من جهة، للرجل أن يتمسك بالطلاق على الوجه المطلق،كما أنه للمرأة من جهة أخرى أن تطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق[2]، حسب الفقرة 10 من المادة 53 ق أ:"لكل ضرر معتبر شرعا". و الرفض هنا يسبب حالة من الحزن و الضرر النفسي للزوجة لأن فيه حرمان لها من حقها في ممارسة الأمومة مع إمكان منحها هذا الحق،زيادة على ذلك فإن مصاريف هذه العملية تدخل في نطاق نفقة الزوج على زوجته المنصوص عليها في المادة 78 ق أ التي تنص على مشتملات النفقة، التي من بينها العلاج.

ثالثا:أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.

هذا الشرط أقره المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة، عندما أقر بجواز الاعتماد على الأسلوب الثالث المتمثل في أخذ البذرتان الذكرية و الأنثوية من رجل

1 – محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة)و حكم الشرع فيها، المعهد العلمي بمحافظة القريات، ص 309 و ما يليها.

2 - جيلالي تشوار،الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، مرجع سابق،ص 154و ما يليها.

و امرأة يكون أحدهما زوج للآخر. و يتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة. [1]

رابعا: عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة:

يلجأ إلى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة به خلل، و لا يمكن للمرأة إنتاج بويضات بسبب علة فيه مع قدرتها على الإنجاب، و يكون الزوج سليما، ففي هذه الحالة تتبرع امرأة أخرى ببويضات تؤخذ منها و تخصب ثم تلقح بها الزوجة، و بهذا يصبح الولد منسوبا واقعيا لامرأتين، فما الحكم الشرعي في هذه الصورة؟ و إلى أي من المرأتين ينسب الولد، هل لصاحبة البويضة، أم لصاحبة الرحم؟[2].

انقسم الفقه إلى قسمين: الأول يقول بأن الأم هي التي حملت و وضعت،أما القسم الثاني:فيقول: بما أن الولد ينسب لأبيه – صاحب النطفة – فإنه ينسب أيضا إلى جهة الأم صاحبة البويضة.[3]

و أدلتهم في ذلك ما يلي :

القسم الأول: الأم هي التي حملت ووضعت[4]

_ اعتبار الأم التي حملت و وضعت، بما في ذلك من معاناة و مشقة، فجوهر الأمومة بذل و عطاء و صبر و تحمل، و بهذا المفهوم للأمومة تكون الأم التي حملت ووضعت هي التي تستحق لقب الأم.

1 – قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي ، الدورة الثامنة، 1405 هـ، مرجع سابق، ص 141.

2 – أحمد عمراني، نسب المولود بالتلقيح الصناعي(دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء و الحقائق العلمية)،مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، العدد 11، فيفري 2002، ص 40 و ما يليها.

3 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 43

4 – المرجع السابق نفسه و الصفحة.

_ كل طفل ناتج عن طريق محرم من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب و إنما ينسب إلى الأم التي أنجبته، فهو يشبه ولد الزنا، فهذا الأخير لا ينسب لأبيه، و ينسب إلى أمه بواقعة الولادة.

_ إشارة النصوص القرآنية إلى أن الأم هي التي حملت ووضعت مثل:"إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم " – المجادلة 02 –

القسم الثاني: الأم هي صاحبة البويضة: [1]

بناءا على رأي الطب فإن الخصائص الوراثية مودعة في البويضة، و بالتالي فالجنين سيحمل كل هذه الصفات من صاحبة البويضة،أما الرحم الذي حمله فيعتبر بمثابة حاضنة له، و تعامل صاحبة الرحم على أنها مرضعة فقط.

_ الأم التي حملت كالمرضعة، فالولد يستخلص منها غذاءه و كذلك يفعل الجنين المزروع في رحم المرأة التي حملت به، أما السجل الوراثي الحقيقي له فهو من الخلايا الجنسية للأبوين، إذن فالأصول الوراثية ترجع أساسا إلى الوالدين اللذين شاركا بخلاياهما الجنسية.

نلخص في النهاية إلى أن هذا النوع من التلقيح الاصطناعي يخلق نوعا من الصراع في نسب الطفل،لأنه في بعض الأحيان و بعد إجراء العملية و تتم الولادة، يمكن أن يحدث و أن تغير المرأة صاحبة الرحم رأيها و تقرر الاحتفاظ بالولد على اعتبار أنها من حملته و تعبت معه، و أحيانا أخرى ما يولد الطفل مشوها و يقرر الزوج عدم الاحتفاظ به، فما الحل في هذه الحالة.

لهذا نص المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من ق أ، صراحة على أنه " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".[2]

1– أحمد عمراني،نسب الطفل بالتلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 42.

2 – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 513.

المبحث الثالث: دور القاضي في دعاوى النسب

قبل التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري، كان يعتقد أن القاضي ليس له دور فعال في الدعوى القضائية،فكانت هذه الأخيرة عبارة عن معركة بين الخصوم يحاول كل منهم تقديم الأدلة و البراهين على أن ما يقوله صحيح،و يبقى للقاضي الفصل في الدعوى.

غير أنه بعد التعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25. أصبح للقاضي حرية أكبر و دور أكثر إيجابية في الكثير من القضايا.

غير أن موضوع النسب لم نلحظ اهتماما كبيرا به، فنجد المشرع قد تناوله في القسم الخامس من الفصل الأول المتعلق بقسم شؤون الأسرة، و ذلك في مادتين، المادة 490 ق إ م إ، التي حددت الاختصاص المحلي لدعوى الاعتراف بالنسب أو إنكاره، الذي يؤول الاختصاص إلى محكمة موطن المدعى عليه. و المادة 491 منه، فقد نصت على إجراءات النظر في الدعوى،حيث تنص على أن :"ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة و في جلسة سرية". و هنا يطرح التساؤل : ما المقصود بسرية الجلسة؟ و ما هو دور النيابة العامة في دعاوى النسب؟[1] و ما هو الدور الذي يلعبه القاضي في دعاوى إثبات النسب؟.

1 - في مقابلة تم إجراءها مع قاضية شؤون الأسرة لمحكمة عزابة ،ولاية سكيكدة، صرحت بأن :دعوى النسب تكون في جلسة سرية بمعنى لا يتم الفصل فيها في قاعة الجلسات و إنما في مكتب القاضي و بحضور أطراف الدعوى و يتم سماع كل منهم

على حدى، أما عن حضور ممثل النيابة العامة فإنه لتقديم طلبات، و لكن في الغالب ما يمتنع ممثل النيابة العامة عن تقديم الطلبات أو بالأحرى لا تكون له طلبات و بالتالي يكون حضوره شكلي فقط. هذه المقابلة أجريت يوم 2013/05/29 على الساعة الثانية زوالا.

المطلب الأول: تعيين الخبراء

لقد خول المشرع للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة من أجل القيام بإعداد تقرير خبرة في موضوع محدد.و هذا ما منصوص عليه في المادة 126 ق إ م إ، و تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي (125 ق إ م إ).

و في دعاوى إثبات النسب يخول القاضي أن يأمر بتعيين خبير للقيام بما من شأنه دفع اللبس و إماطة الغموض الذي يعتدي النزاع في إثبات أو نفي النسب.[1]

و قد وضع القانون قواعد إجرائية لكيفية تعيين الخبراء، و ردهم و استبدالهم،و كذلك في تنفيذ الخبرة و تحديد أتعابهم.

و هذا ما سيتم تناوله فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الخبرة

أولا: تعريف الخبرة.

بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن، المشرع لم يورد تعريفا دقيقا للخبرة، تاركا ذلك للفقه.

وتعرف الخبرة بأنها:"عملية بحث و تحر، يؤمر بها بطلب من الخصوم، أو تلقائيا، كلما رأى القضاة أنهم بحاجة إلى مشاركة أهل الاختصاص، لملاحظة أمور، أو تقدير واقع، أو أساليب و مبررات غير واضحة".[2]

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص 117.

2- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، 2007، الجزائر، ص55

ثانيا: الحكم المشتمل للأمر بالخبرة

إن تعيين الخبير يجب أن يكون بحكم صادر من القاضي، و يجب أن يتضمن الحكم على الشروط المنصوص عنها في المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص: "يجب أن يتضمن الحكم الآمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة،و عند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.
- بيان اسم و لقب و عنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص.
- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.
- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

ثالثا: يمين الخبراء

يكون تعيين الخبراء بناءا على مسابقة، يتقدم لها أصحاب الشهادات الجامعية،و يشترط فيها التجربة الميدانية، و بعد أن تجرى تحريات عن ماضي المترشح، يستلم الاعتماد أي يتم تعيينه و يحدد الإقليم الذي يعمل فيه لدى مجلس قضاة محدد. و بعد ذلك يقصد المجلس المذكور و يتقدم أمام النائب العام ليؤدي يمينه بحضور المجلس.[1]

و اليمين هو إجراء جوهري، فهو من النظام العام يجب أن يؤدى قبل القيام بالوظيفة.

أما إذا لم يكن معينا بصفة رسمية في المجلس، فإنه حسب المادة 131 ق إ م إ، يجب على الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، أن يؤدي اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الآمر بالخبرة.

و تودع نسخة من المحضر في ملف القضية.

1 - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، مرجع سابق، ص 65.

الفرع الثاني: تقرير الخبرة

أولا: إجراء الخبرة

تنص المادة 127 ق إ م إ على أنه:" في حالة تعدد الخبراء المعينين، يقومون بأعمال الخبرة معا و يعدون تقريرا واحدا، و إذا اختلفت آرائهم وجب على كل واحد منهم تسبيب رأيه".

يفهم من نص المادة أنه على الخبراء القيام بالخبرة معا، و إلا كانت الخبرة باطلة، و لا يجوز لهم تكليف أحدهم للقيام بالعمل بدلا عنهم.و يجب عليهم قراءة الحكم الذي عينهم لتحديد و تدقيق هدف الخبرة.[1]*

ثانيا : مصاريف الخبرة

جاء في نص المادة 129 ق إ م إ بأن القاضي الآمر بالخبرة هو الذي يحدد مبلغ التسبيق، على أن يكون مقاربا قدر الإمكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعاب و مصاريف الخبير.

و يعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده. و يترتب عن عدم إيداع التسبيق في الأجل المحدد اعتبار تعيين الخبير لاغيا.

كما أن المادة 143 من ق إ م إ جاء النص فيها على تحديد أتعاب الخبير التي يحددها رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع تقرير الخبرة، ثم يأذن رئيس الجهة القضائية لأمانة الضبط، بتسليم المبالغ المودعة لديها للخبير، و كذلك يأمر باستكمال المبالغ المستحقة للخبير مع تعيين الخصم الذي يتحمل ذلك.

---

1 - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، مرجع سابق، ص 69.

* مهمة الخبير تخضع للمرسوم التنفيذي رقم 310-95 المؤرخ في: 1995/10/10، جريدة رسمية رقم:60 بتاريخ 1995/10/15.

ثالثا: مسؤولية الخبير

قد يتأخر الخبير أو يرفض القيام بالخبرة، و قد يقوم بها و لكن لا ينجزها على أكمل وجه، بأن يتهاون عن سوء نية في إنجازها أو تعمد الكذب فيها بغية الإساءة إلى أحد الأطراف فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيما.[1] يعاقب عليه بموجب المادة 238 من ق ع التي جاء فيها:" الخبير المعين من السلطة القضائية الذي يبدي شفهيا أو كتابيا رأيا كاذبا أو مؤيدا وقائع يعلم أنها غير مطابقة للحقيقة و ذلك في أية حالة كانت عليها الإجراءات تطبق عليها العقوبات المقررة لشهادة الزور وفقا للتقسيم المنصوص عليه في المواد من 232 إلى 235".

الفرع الثالث: الطعن في الخبرة

أولا: استبدال ورد الخبراء

إن رد الخبير يقتضي ذكر الأسباب التي تبرر الاعتراض على قيامه بالمهمة التي أوكلت له للقيام بها.

و تنص المادة 132 من ق إ م إ على أنه:" إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره، بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه.

و يجوز أيا لأحد الخصوم رد الخبير المعين، و يجب عليه في هذه الحالة أن يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه هذه العريضة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال 8 أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين.

و يفصل في هذا الطلب فورا بأمر غير قابل لأي طعن.

1 - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، مرجع سابق، ص 79.

و لعل الأسباب التي تجعل أحد الخصوم يطلب رد الخبير هي ما جاء النص عليها في المادة 133 من ق إ م إ، و هي: القرابة المباشرة و غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة، أو لوجود مصلحة شخصية، أو لأي سبب جدِّي آخر.

ثانيا : سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة [1]

لقد سبق و أن ذكرنا أن الخبراء مستشارون تعينهم العدالة تسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، و لآراء الخبراء تأثير كبير في قرارات القضاة لكنها لا تلزمهم في شيء.

و على اعتبار أن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى، فله أن يقرر مبدئيا إذا كان يستلزم الأخذ برأي الخبير أم لا.

و قد جسدت المادة 144 من ق إ م إ ذلك بقولها:" يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير،غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة."

فأخذ القاضي بتقرير الخبرة يبقى اختياريا، غير أن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 144 المذكورة أعلاه، توجب على القاضي ضرورة تسبيب استبعاده لنتائج الخبرة.

و قد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في عدة قرارات منها ما جاء في قرار رقم 159373 المؤرخ في 1998/11/18 .[2]

و تبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (ADN) أو غيرها من التحاليل مسائل عملية بحتة تتطلب الكثير من الدقة في إنجازها بالكيفية التي يصعب على القاضي استبعادها طالما

1 - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص119. و أنظر أيضا: محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، مرجع سابق، ص83.
2 - المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني ص 55.

أنه يصعب عليه تسبيب ذلك لأن نتائجها غالبا ما تكون دقيقة، و لهذا نجد غالبية الأحكام تأخذ بالخبرات و تصادق عليها.[1]

المطلب الثاني: الترجيح بين الوسائل الشرعية و العلمية في دعاوى النسب

إن المتعارف عليه أن الفراش و الإقرار و البينة أدلة في إثبات النسب كطرق شرعية اعتمد عليها الفقهاء منذ زمن بعيد، بالإضافة إلى طرق نفي النسب المتمثلة في اللعان.

و قد ظهرت طرق علمية حديثة كدليل جديد، و المتمثلة في البصمة الوراثية (ADN) نظرا للنتائج التي توصلت إليها منذ اكتشافها.

فما هي منزلة هذه الطريقة من الأدلة السابقة؟ [2]

الفرع الأول: ترجيح الطرق الشرعية عن الطريق العلمية في إثبات النسب

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، و الاكتفاء بها عن الوسائل الشرعية، على اعتبار أنها الأقوى في الدلالة على صاحب الماء، فقد أثبتت التجارب أنه إذا تم إجراء الفحص مع الشروط اللازمة، فإنها تعطي نتائج تصل إلى درجة لا تدع مجالا للشك.[3]

و حسب رأيهم أيضا أن وسائل الإثبات التي عمل بها الفقهاء منذ القدم ليست سوى تفسير للنصوص بأدوات العصر، مع العلم أن الفتوى تتغير بتغيير الزمان و الظرف.[4]

1 - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص121.

2 – باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب، المرجع السابق، ص122.

3 – أشرف عبد الرزاق ويج،موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، مرجع سابق، ص96.

4 - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية ..، مرجع سابق، ص122.

و على العكس من ذلك، فقد جمهور من العلماء إلى أنه لا يجوز الالتجاء إلى البصمة الوراثية إلا في الحالات التي يحصل فيها التنازع في النسب، بسبب الإختلاطات، أو تساوي وسائل الإثبات المعروفة شرعا و تعادلها.[1]

و أدلتهم في ذلك أنه لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة لمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه خطأ أو تلاعب، و أن النظريات العلمية مهما بلغت من القطع و الدقة إلا أنها تظل محل شك، لأنه ثبت أن الكثير من النظريات العلمية كان أصحابها يجزمون بصحتها ثم أصبحت بعد ذلك غير صحيحة و لا دقيقة.[2]

1 - أشرف عبد الرزاق ويج،موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، مرجع سابق، ص98.
2 - أنظر الموقع على الانترنيت:http://www.awsat.com/asharqfiles.asp ?issueno=9873

الفرع الثاني: ترجيح الطرق الشرعية عن الطرق العلمية في نفي النسب

نص المشرع الجزائري في المادة 40 في فقرتها الثانية من ق أ على أنه:"...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب".

و الملاحظ أنه قصر استخدام البصمة الوراثية في الإثبات فقط، و سكت عن نفي النسب بهذه الطريقة، و ترك المادة 41 ق أ تنص على نسب الولد لأبيه إذا لم ينفه بالطرق المشروعة، و الطريق الشرعي الوحيد الذي قال به فقهاء الشريعة و القانون في نفي النسب هو اللعان.

فقد أكد الدكتور الشيخ صالح آل الشيخ رئيس المحاكم الجزائية،بالرياض على أن الأصل في ذلك هو:" تطبيق اللعان و لا تقدم البصمة الوراثية عليه، و في حالة إنكار و نفي الرجل البنوة عقب اللعان، رغم ما إثبات البصمة الوراثية عكس ذلك يبقى الأخذ بما ادعاه الرجل."[1]

كما جاء أيضا في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر بمكة المكرمة:"أنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان."[2]

1- أنظر الموقع على الانترنيت: http://www.awsat.com/asharqfiles.as? Issueno=9873
2- أنظر الموقع على الانترنيت: http://www.ahlalhdeeth.com/vb/member.php?u=59591

الخاتمـــــــــــــــــــــــــــــــة

بعد حمد الله و شكره على توفيقه في إتمام هذا البحث، فإن هذه الدراسة حول إثبات النسب جاءت عن طريق تتبع مسائل الموضوع فقها و قانونا و قضاء، و أثر ذلك على الفرد و المجتمع.

فقد حاولنا من خلال هذا البحث كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسألة إثبات النسب، فكانت النتائج التالية:

1. النسب هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء و الأجداد, من أجل هذا عني الإسلام بإثبات نسب الولد لأبيه و حرم على الآباء أن ينكروا أبناءهم أو يدعوا بنوة غيرهم، و أن الأم التي ينسب إليها هي التي ولدته بصرف النظر عن كونها زوجة أم لا.
2. يثبت النسب بواحدة من الحالات المنصوص عنها في المواد من 40 إلى 45 من ق أ، حيث يظهر تأثر المشرع الجزائري بما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا المجال.
3. يستثنى من إثبات النسب الأطفال اللقطاء أو ما يطلق عليهم بأطفال الإسعاف العمومي، حيث إذا عثر على طفل ملقى في الأرض لا يعرف أبواه فإن الدولة تتكفل به، و قد نظم المشرع الجزائري أحكام اللقيط في مواد مختلفة من قوانين متفرقة مثل: قانون العقوبات و قانون الحالة المدنية.
4. منع المشرع الجزائري تبني هذه الفئة من الأشخاص بموجب المادة 46 من ق أ، و استبدله بنظام الكفالة المنظمة بالمواد من 116 إلى 120 من قانون الأسرة.

5. صدور المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13 أسال الكثير من الحبر حول ما إذا كان هذا المرسوم هو الوجه المستتر للتبني الذي منعه في المادة 46 من ق أ، على الرغم من أن هذا الإجراء يتعلق بتسهيل المسائل الإدارية فقط.
6. التعديل الذي جاء به المشرع في 2005 جاء مواكبة للتطور العلمي و البيولوجي للطب ، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 40 منه تنص على إمكانية لجوء القاضي للطرق العلمية في إثبات النسب.
7. أضاف المشرع الجزائري أيضا المادة 45 مكرر التي تنص على جواز اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي كبديل عن الإنجاب الطبيعي و ذلك كلما دعت الضرورة لها، و قد حدد المشرع شروطها و ضوابطها في المادة نفسها.

و الجدير بالذكر أن بعض مواد قانون الأسرة الخاصة بالنسب جاءت غامضة و عامة، مما يفتح الباب للتأويل و الاجتهاد و لهذا جاءت التوصيات التالية:

1. ضرورة حصر الطرق العلمية التي يجوز للقاضي اللجوء إليها في إثبات النسب، و ذلك نظرا للتعقيدات و الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع و وضعها في إطارها القانوني و الشرعي.
2. إن تأويل الفقهاء الطرق العلمية بالبصمة الوراثية كان لأنها تمتاز بحجية إثبات قطعية كما أثبت ذلك العلم ، إلا أن تطبيقها في الجزائر اصطدم بعوائق عديدة منها: وجود مخبر وحيد على المستوى الوطني، بالإضافة إلى صعوبة إجراءات تنفيذها و الخوف من التلاعب بنتائجها، و لهذا على الدولة الاهتمام بهذا الموضوع.

3. على المشرع تحديد القيمة القانونية للطرق العلمية و حجيتها من خلال بسط سلطات القاضي المكلف بشؤون الأسرة في مجال التطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية مما يسهل على القضاة اللجوء إليها كلما صعب عليهم الإثبات بالطرق الشرعية.
4. نقترح على المشرع أيضا أن يحدد أحكام اللعان بشكل دقيق من خلال تبيان إجراءاته، باعتباره الوسيلة الوحيدة المقررة شرعا لنفي النسب.
5. على المشرع الاهتمام بمسألة التلقيح الاصطناعي كطريقة علمية جديدة للإنجاب، و ذلك بتحديد أحكامها بدقة و توضيح آثار غياب إحدى شروطها الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة خاصة شرط رضا الزوجين.

و لهذا نأمل من المشرع الجزائري تدارك هذه الأمور حتى لا يقع التلاعب بنصوص القانون.

و أخيرا، فإن هذه النتائج و التوصيات تبقى محل تقدير و نظر حسب اختلاف وجهات النظر.

هذا و إن أصبت فمن الله وحده و الفضل له تعالى أولا و آخرا، و إن أخطأت فمن نفسي و الشيطان.

و صلى الله و سلم غلى نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين و من تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية:

1. البخاري، حاشية السندي ، دار المعرفة ، ج3 ، بيروت ، لبنان.
2. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط6 ، مؤسسة الرسالة ، ج5، 1984.
3. ابن قدامة، المغني و الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج5، بيروت ، لبنان.
4. ابن بدوي عبد العظيم، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، ط3، دار الإمام مالك، البليدة، الجزائر، 2001.
5. مالك بن أنس، الموطأ، دار و مكتبة الهلال، بيروت، 2008.
6. مسلم، صحيح مسلم، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
7. الزرقاني، شرح موطأ الإمام مالك، ج3، دار الفكر.

كتب التفسير:

8. الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، دار الحديث، القاهرة، مجلد11, 2005.
9. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط1، مكتبة الصفا، ج13، القاهرة، 2005.

المؤلفات:

الكتب الفقهية

10. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد و نفقة الأقارب، الدار الجامعية، 1998.

11. أحمد محمد مومني و إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، ط1، دار المسيرة، 2009، عمان ، الأردن.

12. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت.

13. حنان قرقوتي، رعاية اليتيم في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص107 و ما يليها.

14. عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر, بيروت، لبنان.

15. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر.

16. القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ،1339ه، مصر.

17. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.

18. محمد باوني، عقد الزواج و آثاره _ دراسة مقارنة بين الفقه و القانون _، ط1، 2009, مكتبة اقرأ، قسنطينة ، الجزائر.

19. محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) و حكم الشرع فيها، المعهد العلمي، محافظة القريات.

20. محمد محدة ، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية،ج1، دار الشهاب، باتنة ، الجزائر.

21. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4, 1983, الدار الجامعية، بيروت.

22. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، ط4، الدار السعودية، 1983, جدة.

23. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، ط9، 2001, ج2 .

24. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1،دار الفكر،ج5، دمشق ، سوريا،1991.

25. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته،ط1، ج6،1991.

26. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1,ج7, 1992.

الكتب القانونية:

27. أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه و شروطه و أحكامه، منشأة المعارف ، 2006.

28. أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية تشريعا و فقها و قضاءا،ط1، 2007، مكتبة زين الحقوقية، بيروت ، لبنان.

29. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001، بن عكنون ، الجزائر.

30. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، 2010، دار طليطلة،الجزائر.

31. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة ، 2012، ج1،عمان ، الأردن.

32. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية ، ج1,بن عكنون ، الجزائر.

33. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3, دار هومة، 1996, بوزريعة، الجزائر.

34. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، 2004، عمان ، الأردن.

35. عصام أنور سليم، حقوق الطفل، 2001، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.

36. عشوش كريم، العقد الطبي، 2007، دار هومة، بوزريعة ، الجزائر.

37. العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية, 2005.

38. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط2، 2008, ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون ، الجزائر.

39. محمود توفيق اسكندر, الخبرة القضائية، 2007, دار هومة, الجزائر.

الكتب الخاصة:

40. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

41. أشرف عبد الرزاق ويج، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، 2006, دار النهضة العربية, طنطا، مصر.

42. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات – دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط1، 2008،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

43. حسام الأحمد، البصمة الوراثية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، بيروت، لبنان.

44. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي، 2006، الإسكندرية.

المعاجم اللغوية:

1. ابن منظور(العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري)، لسان العرب،ط1، المجلد 1 و 13،دار الكتب العلمية،2003، بيروت ، لبنان.

2. أحمد بن نعمان، المفتاح ، ط1، دار الأمة، 2001, الجزائر.

3. الجرجاني(السيد الشريف أبي الحسن علي بن محمد علي الحسيني الجرجاني الحنفي)، التعريفات، ط2 ، دار الكتب العلمية، 2003،بيروت، لبنان.

4. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي: لغة و اصطلاحا،ط2، دار الفكر، 1988، دمشق، سوريا.

5. سعدي ضناوي، المعجم المفصل في المعرب و الدخيل،ط1، دار الكتب العلمية، 2004، بيروت ، لبنان.

6. الرازي(الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، 1986، بيروت.

7. الفيومي(أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي)، المصباح المنير، دار الفكر، ج2، المملكة العربية السعودية.

المقالات و الأبحاث العلمية:

أولا: المقالات

1. أحمد عمراني، نسب المولود بالتلقيح الصناعي(دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء و الحقائق العلمية)، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 11، 2002.

2. معوان مصطفى , أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر , العدد 9 ، قسنطينة ، 2004.

3. نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد 4، 1989، الكويت.

4. كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد9، 2004.

5. الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب(نظرة شرعية)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد5، 2003.

ثانيا: الأبحاث العلمية

6. جدع أمال، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة20 أوت 1955 _سكيكدة_، كلية الحقوق، 2012.

7. جليلة نعمان، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955 _سكيكدة_ ، كلية الحقوق، 2012.

8. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر"يوسف بن خده"، بن عكنون ، 2008.

9. صالح بوغرارة، حق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر"يوسف بن خده" ، بن عكنون،2007.

10.طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة "محمد بوقرة"، بومرداس.

11. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، الجزائر،2009.

12. إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب و الجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية و الطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2-1428/11/4ه الموافق لـــ 12-2007/11/14م، الأردن.

النصوص القانونية:

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق لـــ 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 ه الموافق لـــ 27 فبراير 2005 ج ر 15.

2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

3. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات.

4. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

5. الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1379 الموافق لـــ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

6. مرسوم رقم 71- 157 مؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391 ه الموافق لـــ 3 يونيو 1971 يتعلق بتغيير اللقب، متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 08 يناير 1992 (ج ر 5 مؤرخة في 22-01-1992).

القرارات القضائية:

1. قرار رقم 99000 المؤرخ في 1993/11/23 ، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
2. قرار رقم 202430 المؤرخ في 1998/12/15، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
3. قرار رقم 222674 المؤرخ في 1990/06/15 ، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
4. قرار رقم 204821 المؤرخ في 1998/11/20 ، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
5. قرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28 ، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
6. قرار رقم 122761 المؤرخ في 1994/06/28 .
7. قرار رقم 210478 المؤرخ في 1998/11/17 , إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
8. قرار رقم 103232 المؤرخ في 1995/05/02 ، إ ق غ أ ش ، عدد خاص، 2001.
9. قرار رقم 355180 المؤرخ في 2006/03/05، م ق لسنة 2006، العدد الأول.

مواقع الإنترنت:

1. http ://www.islamonline.net/id-arabic/qadaya/qd/asp.
2. http ://www.gulFkidz.com/ar/index.php ?action=Show-res&r-id=68&topic.
3. http ://www .islamtoday.net/nawafeth/author_880_htm.
4. http ://www.ahlahadeeth .com./vb/forumdisplay.php. ?f=34
5. http:// www.awsat.com/ashargfilees.asp? Issueno=9873.
6. http://www.alukah.net/Authors/view/Sharia.6507.

فهرست

مقدمة.....أ

فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للنسب.....05

المبحث الأول: مفهوم النسب و أهميته.....06

المطلب الأول: مفهوم النسب.....06

الفرع الأول: لغة.....06

الفرع الثاني:اصطلاحا.....06

المطلب الثاني: أهمية النسب.....07

المبحث الثاني: عناية التشريع بالنسب.....08

المطلب الأول: عناية الشريعة الإسلامية بالنسب.....09

المطلب الثاني: عناية التشريع الجزائري بالنسب.....10

الفصل الأول: أساس ثبوت النســــــــب.....11

المبحث الأول: ثبوت النسب بفراش الزوجية.....12

المطلب الأول: الزواج الصحيح.....12

الفرع الأول: إبرام الزواج الصحيح.....12

الفرع الثاني: إمكانية الاتصال بين الزوجين.....13

الفرع الثالث: مدة الحمل.....14

أولا: أقل مدة للحمل.....14

ثانيا: أكثر مدة للحمل.....15
الفرع الرابع: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة " اللعان".....16
أولا: تعريف اللعان.....16
لغة.....16
اصطلاحا.....16
ثانيا: شروط صحة اللعان.....17
ثالثا: آثار اللعان.....20
المطلب الثاني: الزواج الفاسد.....22
الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد.....22
الفرع الثاني: أسباب فسخ الزواج الفاسد.....23
الفرع الثالث: آثار الزواج الفاسد.....23
المطلب الثالث: نكاح الشبهة.....24
الفرع الأول: مفهوم الشبهة.....24
أولا: تعريف الشبهة.....24
ثانيا: أنواع الشبهة.....24
الفرع الثاني :آثار نكاح الشبهة.....25
المبحث الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة الزوجية.....26
المطلب الأول: نسب ولد المعتدة من طلاق 26
المطلب الثاني: نسب ولد المعتدة من وفاة.....27

المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على ثبوت النسب.....29
المطلب الأول: أحكام اللقيط.....29
الفرع الأول: مفهوم اللقيط و حكم التقاطه.....30
أولا: لغة.....30
ثانيا: اصطلاحا.....30
ثالثا: حكم التقاطه.....30
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اللقيط.....31
المطلب الثاني: نسب اللقيط.....32
الفرع الأول: ادعاء نسب اللقيط.....33
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نسب اللقيط.....34
الفصل الثاني:ثبوت النسب و تأثير التعديل الجديد.....38
المبحث الأول: الوسائل الشرعية.....39
المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار.....39
الفرع الأول: تعريف الإقرار.....39
أولا: لغة.....39
ثانيا: اصطلاحا.....39
ثالثا: قانونا.....39
الفرع الثاني: أنواع الإقرار بالنسب.....39
أولا: إقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة.....40

ثانيا: إقرار في غير البنوة و الأبوة و الأمومة.....40
ثالثا: الفرق بين الإقرار بالنسب و الإستلحاق.....42
الفرع الثالث: شروط صحة الإقرار.....44
أولا: الشروط العامة.....44
ثانيا: الشروط الخاصة.....45
المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة.....46
الفرع الأول: نطاق البينة.....47
أولا: تعريف البينة.....47
ثانيا : الفرق بين البينة و الإقرار.....47
الفرع الثاني: مدلول البينة كدليل لإثبات النسب.....48
أولا: شمول البينة على كافة الأدلة.....48
ثانيا: قصور البينة على شهادة الشهود.....48
المبحث الثاني: دور الوسائل العلمية في إثبات النسب.....50
المطلب الأول: أنواع الطرق العلمية المعتمدة في النسب.....51
الفرع الأول: تحليل الزمر الدموية.....51
أولا: نظام الـــ HLA المرتبط بالمناعة.....51
ثانيا: نظام تحليل الدم ABO.....52
الفرع الثاني: تحليل البصمة الوراثية.....53
أولا: مفهوم البصمة الوراثية.....53

لغة.....53
اصطلاحا.....53
التعريف الشامل لعبارة البصمة الوراثية.....53
التعريف العلمي للبصمة الوراثية.....54
ثانيا: ضوابط و ضمانات اللجوء إلى البصمة الوراثية.....55
ثالثا: مشروعية استخدام البصمة الوراثية في دعاوى النسب.....59
رابعا: موقف التشريع و القضاء الجزائري من البصمة الوراثية.....60
المطلب الثاني: نسب الطفل بالتلقيح الاصطناعي.....62
الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.....63
أولا: لغة.....63
ثانيا: اصطلاحا.....63
الفرع الثاني: مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي.....64
الفرع الثالث: شروط عملية التلقيح الاصطناعي.....65
أولا: أن يكون الزواج شرعيا.....65
ثانيا: أن يتم التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.....65
ثالثا: أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.....66
رابعا: عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.....67
المبحث الثالث: دور القاضي في دعاوى النسب.....69
المطلب الأول: تعيين الخبراء.....70

الفرع الأول: مفهوم الخبرة.....70
أولا: تعريف الخبرة.....70
ثانيا:الحكم المشتمل الأمر بالخبرة.....71
ثالثا: يمين الخبير.....71
الفرع الثاني: تقرير الخبرة.....72
أولا: إجراء الخبرة.....72
ثانيا: مصاريف الخبرة.....72
ثالثا: مسؤولية الخبير.....73
الفرع الأول: الطعن في الخبرة.....73
أولا: استبدال و رد الخبراء.....73
ثانيا: سلطة القاضي في الأخذ بالخبرة.....74
المطلب الثاني: الترجيح بين الوسائل الشرعية و العلمية في دعاوى النسب.....75
الفرع الأول: ترجيح الوسائل الشرعية عن الوسائل العلمية في إثبات النسب.....75
الفرع الثاني: ترجيح الوسائل الشرعية عن الوسائل العلمية في نفي النسب.....77
الخاتمة.....78
الملاحق.....78
قائمة
المراجع.....78
فهرست.....78

الملاحق

الملحق 1

مرسوم رقم 71-157 مؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391هـ الموافق لـ: 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب { ج ر 47 مؤرخة في:1971/06/11}

متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في: 8 رجب 1412هـ الموافق لـ: 13 يناير 1992 { ج ر 5 مؤرخة في: 1992/01/22}

المادة الاولى: كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا الى وزير العدل، حامل الاختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق.

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في اطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

2: ينشر الطلب، في نفس الوقت، في الجرائد المحلية لمكان ولادة الطالب، وعند الاقتضاء لمكان سكناه اذا كان منفصلا عن مكان الولادة، وذلك بناء على طلبه.

المادة 3: تقدم الاعتراضات في هذا الشأن الى وزير العدل، حامل الأختام، خلال مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ النشر المذكورة أعلاه، وبعد التحقيق في الملف من قبل وزير العدل يرفع الملف عند انقضاء المهلة المذكورة الى لجنة مشكلة من ممثلين لوزير العدل وممثلين لوزير الداخلية يعينان لهذا الغرض من السلطة التابعين لها.

المادة 4: اذا لم يحصل اي اعتراض أو لم يقبل الاعتراض المرفوع فيجوز تغيير اللقب بموجب مرسوم.

ويسري عندئذ مفعول التغيير من يوم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 5: تصحح في هذه الحالة عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد وأولاده القصر بناء على طلب وكيل الدولة لمحل السكن.

المادة 5 مكرر 1: يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل و الإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 5 مكرر 2: لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في اطار المادة الاولى، المقطع الثاني أعلاه، يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الاولى، المقطع 2 أعلاه.

يصدر الامر في غضون الايام الثلاثين(30) الموالية لتاريخ الاخطار من وزير العدل، ويكون محل تسجيل واشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه.

المادة 6: يكلف وزير العدل، حامل الاختام ووزير الداخلية، كل فيما يخصه بتنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

وحرر بالجزائر في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ: 03 يونيو سنة 1971.

هواري بومدين

الملحق 02

<u>قرارات المحكمة العليا</u>

ملف رقم 99000 قرار بتاريخ 1993/11/23

قضية: (ع ح) ضد: (ش ع)

نفي النسب- مدة الحمل تتجاوز ستة أشهر- عدم نفي النسب في المدة المحددة شرعا للعان- التمسك بالشهادة الطبية- الحكم بإثبات الزواج ونفي النسب- خطأ في تطبيق القانون.

(المادتان 41 و 42 من ق أ)

من المقرر قانونا أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض الحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من ق أ وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من ق أ، فيما يخص الحاق النسب.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ان المحكمة العليا

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

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناءا على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ: 1991/11/11.

بعد الاستماع الى سيد الهاشمي هويدي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد عيبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسماة (ع ح) قد طلبت نقض وابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 1991/04/07 القاضي بتأييد حكم محكمة بئر مراد رايس المؤرخ في:1989/12/25 القاضي بصحة الزواج العرفي الواقع يوم: 16 نوفمبر 1988 والامر بتسجيله بالحالة المدنية وكذلك بالطلاق ..الخ....

ويرفض الطلب المتعلق بالنسب

حيث استندت الطاعنة في طلبها على وجه وحيد للنقض.

حيث أن المطعون ضده لم يرد

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار

<u>على الوجه الوحيد:</u> المأخوذ من خرق المادتين 41، 42 من ق أ بدعوى أن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادتين عندما قضوا بعدم الحاق نسب الولد الى المطعون ضده مع ان اقل مدة الحمل هي ستة اشهر.

حيث انه بالفعل فان قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر اركانه طبقا للمادة 09 من ق أ لعدم وجود اي نزاع بشأنه ولا بشأن

الدخول الذي تم يوم 16 نوفمبر 1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وان المادة 42 من ق أ تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

حيث أن دعوى المطعون ضده من انه قد اكتشف شهادة طبية مؤرخة في 29 اكتوبر 1988 صادرة عن الدكتور نقاز من أن الطاعنة قد كانت حاملا منذ شهرين مع ان الشهادة لا تعتبر دليلا قطعيا في صحتها خصوصا و ان الشهادة تذكر بأن وضع الحمل يكون يوم 05 جوان 1989 وهو ما وقع فعلا وهي مصادفة غريبة مما يجعل الشك في صحة هذه الشهادة.

حيث أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج المذكور مع ذلك فقد رفضوا الحاق نسب الولد المطعون ضده وهو ما يتناقض مع نص المادة 41 من ق أ التي تنص على أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة اضافة الى ان المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به مع العلم أ آجال نفي الحمل ضيقة جدا كما نص على ذلك فقهاء الشريعة الاسلامية وقد استقر الاجتهاد القضائي على انها لا تتجاوز ثمانية أيام وعليه فالوجه مؤسس الامر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.

لهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا: غرفة الاحوال الشخصية – نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 1991/04/07 واحالة القضية و الاطراف على نفس المجلس بتشكيل آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث والعشرين من شهر نوفمبر سنة ثلاثة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية- المتركبة من السادة:

دحماني محمود	الرئيس
الهاشمي هويدي	المستشار المقرر
الابيض أحمد	المستشار

بحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام، بمساهمة السيد دليلش صالح كاتب الضبط

ملف رقم: 202430 قرار بتاريخ: 1998/12/15

إثبات النسب بالإقرار – عدم سماع القضاة لجماعة الشهود الذين حضروا شهادة الاقرار أمام الموثق من طرف المطعون ضده – قصور في النسب –

(الشرعية الاسلامية)

من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل من باب بيان أحكام الاقرار"

".... ولزم الاقرار لحمل في بطن امرأة.... " الخ

كما أن اثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة احياء الولد.

ومتى تبين - قضية الحال – أن المطعون ضده أقل بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ: 1997/04/06، فان هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن اقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341، 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الاسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الاقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من ق أ، التي تحدد مدة الحمل، لان الاقرار في حالة ثبوته يغني عنه أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

كما انه لا يمكن الجمع بين الاقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول الى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.

وعليه فان القضاة لما لم ينتبهوا الى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا اقرار المطعون ضده أمام الموثق، فانهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المحكمة العليا

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

وبعد المداولة القانونية اصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية

بعد الاطلاع مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ: 1998/03/22 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها شركة المحامين المطعون ضده الاستاذ بن فليس علي فردي الربيع.

وبعد الاستماع الى السيدة خيرات مليكة المستشارة المقرر في تلاوة تقريرها المكتوب والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية الى نقض القرار المطعون فيه واحالته.

حيث أن السيدة (م ح) طعنت بالنقض بعريضة قدمها محاميها الاستاذ منصوري جيلالي بتاريخ: 1998/03/22في القرار الصادر في: 1997/12/10 عن مجلس قضاء أم البواقي الذي قضى بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بتأييد الحكم المستأنف الصادر في: 1997/09/02 عن محكمة قايس التي قضت بالطلاق قبل الدخول بين الطرفين بإرادة الزوج المنفردة والزام المطلقة بأن ترد نصف الصداق المقدر بـ: 75000 دج.

حيث أن الطاعنة دفعت الرسم القضائي

حيث ان المطعون ضده (م ط) قدم بواسطة شركة المحامين الاستاذ بن فليس علي و من معه، مذكرة جواب يلتمس فيها رفض الطعن.

حيث أن الطعن مستوفي الشروط القانونية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع/

حيث أن الطاعنة استندت في تدعيم طعنها لنقض القرار المطعون فيه على وجهتين:

الوجه الاول: المأخوذ من انعدام أو قصور الاسباب

بدعوى أن الطاعنة قدمت وثيقة مؤرخة في: 1997/04/06 امام الموثق وبين الطرفين وتتضمن تصريح المطعون ضده بالزواج العرفي الذي تم مع الطاعنة في شهر أوت 1996 وكذلك اقرار بحمل الطاعنة امام الشهود المذكورين في الوثيقة ورغم ذلك فالقرار المطعون فيه اعتمد فقط على عقد الزواج المؤرخ في: 1997/01/02 دون التطرق الى ما ورد في هذه الوثيقة.

الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية من الاجراءات.

بدعوى أن المجلس اكتفى بالقول أن المدعى عليه صرح بأنه لم يدخل بالمدعية دون التطرق الى ما ورد في الوثيقة المؤرخة في: 1997/04/06 بحضور الشهود المذكورين في الوثيقة، مع ان الطاعنة دفعت بأن المطعون ضده قد دخل بها، ورغم ذلك فالقرار المطعون فيه اعتمد على عقد الزواج المؤرخ في: 1997/01/02 وقضى بالطلاق قبل الدخول، مع الامر باسترداد نصف الصداق.

على الوجهين معا لارتباطهما

حيث أن القول بأن الاقرار لا يكون الا أمام القضاء، تطبيقا للمادة 341 من ق م، مع أن هذه المادة لا تطبق في قضايا الحالة التي يحكمها قانون خاص هو قانون الاسرة، ولان اثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة " احياء الولد".

حيث أن القول أيضا بان الشهادة المؤرخة في: 1997/04/06 أمام الموثق هي عبارة عن صلح لا يجوز طبقا للمادة 461 من القانون المدني، مع أن هذا الوصف للوثيقة لا يصح بل

هي توثيق لشهادة جماعة عن اقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة ورغم ذلك لم ينتبه قضاة الموضوع لوجود سماع هؤلاء الشهود.

حيث ان المادتين 40 و 44 من قانون الاسرة تثبتان النسب بالقرار دون تحديد لأي شكل يقع به هذا الإقرار، الأمر الذي ينطبق مع قول خليل في باب بيان احكام الاقرار....." ولزم الاقرار لحمل في بطن المرأة".....الخ

حيث انه لا يمكن الجمع بين الاقرار بالحمل والدفع بالمادة 42 من ق أ التي تحدد اقل مدة الحمل بستة أشهر، لان الاقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، بمعنى أنه لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

حيث انه لا يمكن الجمع ايضا بين الاقرار بالحمل وبين طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول الى استرداد نصف الصداق، رغم ان الصداق المدفوع كان يغلب عليه معنى التعويض اكثر من مقابل الصداق، وعليه فالوجهين مؤسسين الامر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون في واحالة القضية والاطراف لمجلس قضاء باتنة.

لهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا: غرفة الاحول الشخصية والمواريث- بقبول الطعن شكلا.

وفي الموضوع:

بنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ: 1997/12/10 عن مجلس قضاء أم البواقي واحالة القضية لمجلس قضاء باتنة للفصل فيها طبقا للقانون، على المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر ديسمبر ثمانية وتسعون وتسعمائة والف ميلادية من قبل المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية والمواريث- المتركبة من السادة:

هويدي الهاشمي الرئيس

مليكة خيرات المستشارة المقررة

اسماعيلي عبد الكريم المستشار

بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام، وبمساعدة السيد نويوات ماجد أمين ضبط رئيسي.

ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 1990/06/15.

قضية: (ع ب) ضد (م ل)

ولادة التوأمين حال قيام الحياة الزوجية- عدم نفي النسب عن طريق اللعان- الحكم بإثبات النسب- إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبيا غير جائز.

(المواد 40- 43- 60 من ق أ)

من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا

1 -من المقرر ايضا أن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة اشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وان عدة الحامل وضع حملها واقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة.

ومتى تبين- من قضية الحال- ان ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان اثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 من ق أ، ومن ثم فان العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لان الطاعن لم ينفه باللعان.

وعليه فان القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الوجه الاول لعدم التأسيس.

2 - ومن المقرر قانونا ايضا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فان القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين- من قضية الحال- ان قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول الى تحديد النسب خلافا لقواعد اثبات النسب

المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الاسرة، فانهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ان المحكمة العليا

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

بعد المداولة القانونية اصدرت القرار الاتي نصه:

وبناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ: 01 فيفري 1999.

بعد الاستماع الى السيد الهاشمي هويدي رئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد حبيش محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث ان المسمى (ع ب) قد طلب نقض وابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ: 1998/10/05 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة قديل بتاريخ: 1998/01/18 القاضي بتعيين الدكتور حاكم أحمد العامل بالمستشفى الجامعي بوهران خبيرا لفحص وتحليل دم الاطراف والولدين (ع أ، ع ع) المولودين في: 1995/10/27 قصد تحديد نسب الولدين.

حيث استند الطاعن في طلبه على اربعة اوجه للنقض.

حيث ان المطعون ضدها لم ترد.

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار.

عن الوجه الأول: المأخوذ من إغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات بدعوى ان المحكمة قديل غير مختصة محليا انما يعود الاختصاص الى محكمة سعيدة موطن الطاعن.

لكن وحيث ان دعوى النسب هي مثل دعاوي الطلاق أو العودة الى مسكن الزوجية يكون الاختصاص فيها امام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية طبقا للفقرة الخامسة من المادة 08 من ق إ م وعليه فالوجه غير مؤسس.

الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون ويتضمن فرعين:

عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 43 من ق أ .

بدعوى أن المادة 43 من ق أ تقضي بأن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة والمطعون ضدها تعترف بأن الطاعن قد غادر مسكن الزوجية يوم:1995/10/14 أي بعد 19 شهر.

لكن وحيث أن المادة 60 من ق أ تعني أن الانفصال المشار إليه في المادة 43 من ق أ، إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث اثر خلاف مثل ما يزعم الطاعن من انه انقطع عن الاتصال بزوجته وعليه أن يعلم بأن العصمة بينهما قائمة وأن زوجته تبقى فراشا له إلى أن يقع الطلاق.

حيث قضت محكمة سعيدة في: 1996/01/27 بالطلاق مما يعني أو ولادة التوأمين موضوع النزاع كانت في ظل قيام الزوجية بين الطرفين.

حيث أن المادة 41 من ق ا قضت بأنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة يعني اللعان وعليه فالفرع غير مؤسس.

عن الفرع الثاني: المأخوذ من مخالفة الفقرة الرابعة من المادة 144 من ق إ م.

بدعوى أن القرار المنتقد لم يقم بالتأشير الإجمالي على الوثائق.

لكن وحيث أن التأشير الإجمالي على الوثائق لا يعتبر من الإشكال الجوهرية لإجراءات وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس.

الوجه الثالث: المأخوذ من قصور الأسباب.

بدعوى أن القرار المنتقد قد اكتفى بتأييد الحكم المستأنف.

لكن وحيث أنه عكس ما يدعي الطاعن فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف على اعتبار أن التوأمين قد ولدوا حال قيام الزوجية وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الرابع : المأخوذ من تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم مختلفة طبقا للفقرة السادسة من المادة 233 من ق إ م.

بدعوى أن القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة في 1996/12/10 قد قضى برفض نسب التوأمين بينما القرار الصادر في 1998/10/01 قد أيد الحكم القاضي بتعيين خبرة طبية حول إلحاق نسب التوأمين.

لكن و حيث أن قرار مجلس قضاء سعيدة قد رفض طلب النسب على اعتبار أنه طلب جديد و ليس على أسلس أن الطلب مرفوض أما مجلس قضاء وهران المشار إليه فهو القرار المنتقد الآن مما يدل على أنه ليس بنهائي إضافة إلى أنه لا يوجد أي تناقض بين القرارين و عليه فالوجه غير مؤسس.

على الوجه المثار تلقائيا من المحكمة العليا: و المأخوذ من تجاوز السلطة.

حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا.

حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 و ما بعدها من ق أ الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية و المواريث—

بقبول الطعن شكلا و نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05 و إحالة القضية و الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضدهما بالمصاريف القضائية.

و بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر جوان تسعة و تسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- متركبة من السادة:

الهاشمي هويدي الرئيس المقرر.

اسماعيلي عبد الكريم المستشار.

أمقران المهدي المستشار.

بحضور السيد حبيش محمد المحامي العام، و بمساعدة السيد زاوي ناصر أمين ضبط.

ملف رقم 355180 قرار بتاريخ: 2006/03/05

قضية (ب–س) ضد (م–ع)

الموضوع: نسب– خبرة طبية

قانون الأسرة: المادتان 40 و41.

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

إن المحكمة العليا

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

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي بيانه:

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

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

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

حيث أن المدعوة (ب–س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها الأستاذ تباني أحمد المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ:2004/01/26 تحت رقم: 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة الغرفة المدنية قسم الأحوال الشخصية القاضي في الشكل: قبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع: المصادقة على الحكم

المستأنف هذا الأخير كان قد صادق على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ: 2002/11/26 تحت رقمن 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس.

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

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

الفرع الأول: بدعوى وطبقا للمادة 339 من القانون المدني فإن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ: 2001/04/11 إن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيديا بتعيين خبير لإجراء تحاليل الأديان على المتهم للتأكد من الأبوة وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر نهائي والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم وكذا القرار المؤيد له محل الطعن اخطأ عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

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

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

الوجه الثاني: مأخوذ من تناقض أحكام نهائية طبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ: 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة فان الخبير وبمقتضى هذا الحكم اثبت إن الطاعن (ص-م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن والحكم الجزائي الصادر بتاريخ: 2000/08/09 صادق على تلك الخبرة أي أنه أثبت نسب الولد للمدعى عليه في الطعن، وان ذلك الحكم لم يتم استئنافه وأنه صادر نهائيا

وأنه بذلك يكون متناقض مع القرار المطعون فيه ، كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

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

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة القضائية و الحكم الجزائي المصادق عليها، إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت نسب الابن للمدعى عليه في الطعن، و أن عدم مناقشة القرار المطعون فيه لتلك الدفوعات والرد عليها سواء بالإيجاب أو السلب يعد قصورا في التسبيب.

حيث أن المدعى عليه في الطعن رد على الأوجه المثارة وخلص إلى رفض الطعن.

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

حيث أن الرسم القضائي سدد.

وعليه المحكمة العليا

في الشكل:

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

في الموضوع:

في الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما:

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى نسب المولود(ص .م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتت الخبرة العلمية (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، و لما

كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وان كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما أثار شرعية كذلك، ولما تبين في – قضية الحال – أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فانه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهـــــــــذه الأسبـــــــــــــــــــاب

قررت المحكمة العليا –غرفة الأحوال قبول الشخصية والمواريث–

قبول الطعن بالنقض شكلا، وموضوعا وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ:2004/01/26 تحت رقم: 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة، وبإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر مارس سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المتكونة من السادة:

لعوامري علاوة الرئيس
أمقران المهدي المستشار
خيرات مليكة المستشارة
ملاك الهاشمي المستشار المقرر
نعمان السعيد المستشار
بوزيد لخضر المستشار

بحضور السيدة/ صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة، وبمساعدة السيد/ زاوي ناصر أمين قسم ضبط.

قرار المجمع الفقهي الإسلامي

لرابطة العالم الإسلامي

القرار الثاني: من دورته الثامنة عام 1405

بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد صلى اله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405هـ إلى يوم الاثنين7 جمادى الأولى 1405هـ الموافق لـ:19-28 يناير 1985م، قد نظر في الملاحظات التي أبداها بعض أعضائه حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين: 11-16 ربيع الاخر1404هـ ونصها:

" **إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم**".

يظهر لمجلس المجمع إنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة، وملخص الملاحظات عليها:

" **إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد**

اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة احد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الأخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقة لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وان ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة".

كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها.

وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار أليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404هـ بحيث يصبح قرار المجلس المشار إليه في موضوع التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب على النحو التالي:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر في الدراسة التي قدمها عضو المجلس مصطفى أحمد الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، الأمر الذي شغل الناس وكان من أبرز قضايا الساعة في العالم، واستعرض المجلس ما تحقق في هذا المجال من انجازات طبية توصل إليها العلم والتقنية في العصر الحاضر، لإنجاب الأطفال من بني الإنسان والتغلب على أسباب العقم المختلفة المانعة من الإستيلاد.

وقد تبين للمجلس من تلك الدراسة الوافية المشار إليها أن التلقيح الاصطناعي بغية الإستيلاد (بغير الطريق الطبيعي وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقتين أساسيتين:

- طريقة التلقيح الداخلي، وذلك بحقن نطفة الجل في الموضع المناسب من باطن المرأة.
- وطريق التلقيح الخارجي بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية، ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة.

ولابد في الطريقتين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية.

وقد تبين لمجلس المجمع الفقهي من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة، أن الأساليب والوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي بطريقيه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاد هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية، بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا، وهي الأساليب التالية:

في التلقيح الاصطناعي الداخلي

الأسلوب الأول:

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي التقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله، كما في حالة الجماع، وهذا لأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة إلى الموضوع المناسب.

الأسلوب الثاني:

أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون لزوج عقيما لا بذرة في مائة، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي

الأسلوب الثالث:

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده الزوجة طفلا أو طفلة وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الانجاز اعلمي الذي يسره الله، و ولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكورا وإناثا وتوائم، تناقلت أخبارها الصحف العالمية وسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته(يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة به.

الأسلوب الخامس:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجة له (يسمونهما متبرعين) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

ويلجئون إلى ذلك حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم وزوجها عقيم ويريدان ولدا.

الأسلوب السادس: أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها.

ويلجئون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

- هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع الفقهي فيما نشر وأذيع انه يتم فعلا تطبيقه في أوروبا و أمريكا من استخدام هذه الانجازات لأغراض مختلفة، منها تجاري ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشري)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة لدى نساء غير متزوجات أو نساء متزوجات لا يحملن بسبب فيهن، أو في أزواجهن، وما أنشئ لتلك الأغراض المختلفة من مصارف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجال بصورة تقنية تجعلها قابلة للتلقيح بها إلى مدة طويلة، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين تبرعا أو لقاء عوض، إلى آخر ما يقال انه واقع اليوم في بعض بلاد العالم.

النظر الشرعي بمنظار الشريعة الإسلامية

هذا وان مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

أولا: أحكام عامـــــــة

1 -إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف.
2 -إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجا، يعتبر ذلك غرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

3- كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها بينه الاتصال الجنسي مباحا لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب.

ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

ثانيا: حكم التلقيح الاصطناعي

1- إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

2- إن الأسلوب الأول(الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة الأنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل.

3- إن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للأخر، ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته بالنظر إلى الشرعي، لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوافر الشرائط العامة الأنفة الذكر.

4- وفي حالتي الجواز الاثنتين يقرر المجمع إن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التحق نسبه به.

5- وأما الأساليب الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقين الداخلي والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لا البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لان المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصورتين الجائزتين شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فان مجلس المجمع الفقهي ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجئوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع الفقهي في هذه لقضية ذات الحساسية الدينية القوية من قضايا الساعة، ويرجو من الله أن يكون صوابا، واله بحانه أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ولم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين.

[توقيع]
نائب الرئيس
د. عبد الله عمر نصيف

[توقيع]
رئيس مجلس المجمع الفقهي
عبد العزيز بن عبد الله بن باز
متوقف في الأول والثالثة أما بقية
الصور الأربع فلا خلاف في تحريمها

الأعضـــــــــــــــــــــــــــــاء

محمد بن جبير

[توقيع]
عبد الله العبد الرحمان البسام
الفوزان

[توقيع]
صالح بن فوزان بن عبد الله

[توقيع]
محمد بن عبد الله بن سبيل
متوقف في جواز الأسلوب الثالث

[توقيع]
مصطفى احمد الزرقاء

[توقيع]
محمد محمود الصواف

[توقيع]
صالح بن عثيمين

[توقيع]
محمد رشيد قباني

[توقيع]
محمد الشاذلي النفير

[توقيع] **[توقيع]** **[توقيع]**

أبو بكر جومى د. أحمد فهمي أبو سنة محمد الحبيب بن **الخوجة**

أوافق على الحالة الأولى دون غيرها

[توقيع] **[توقيع]**

د. أبو بكر أبو زيد مبروك بن مسعود العوادي محمد بن سالم بن عبد الودود

متوقف في جميع الصور

[توقيع]

د. طلال عمر بافقيه

مقرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي

الملحق 01

المرسوم رقم 71-157 مؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391 ه الموافق لـــ 3 يونيو 1971م المتعلق بتغيير اللقب [ج ر 47 مؤرخة في 1971/06/11].

متتم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 8 رجب 1412ه الموافق لـــ 13 يناير 1992م [ج ر 5 مؤرخة في 1992/01/22].

المادة الأولى: كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل، حامل الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق.

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد و لفائدته و ذلك بقصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، و عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 02: ينشر الطلب، في نفس الوقت في الجرائد المحلية لمكان ولادة الطالب، و عند الاقتضاء لمكان سكناه إذا كان منفصلا عن مكان الولادة، و ذلك بناء على طلبه.

المادة 03: تقدم الاعتراضات في هذا الشأن إلى وزير العدل، حمل الأختام خلال مهلة ستة أشهر ابتداءا من تاريخ النشر المذكورة أعلاه. و بعد التحقيق في الملف من قبل الوزير العدل يرفع الملف عند انقضاء المهلة المذكورة إلى لجنة مشكلة من ممثلين لوزير العدل و ممثلين لوزير الداخلية يعينان لهذا الغرض من السلطة التابعين لها.

المادة 04: إذا لم يحصل أي اعتراض أو لم يقبل الاعتراض المرفوع فيجوز تغيير اللقب بموجب مرسوم.

و يسري عندئذ مفعول التغيير من يوم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 05: تصحح في هذه الحالة عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد و أولاده القصر بناء على طلب وكيل الدولة لمحل السكن.

المادة 05 مكرر1: يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل و الإشارة على الهامش في سجلات و عقود و مستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط و الحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 05 مكرر2: لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى، المقطع الثاني أعلاه.

يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، و يتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى، المقطع 2 أعلاه.

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، و يكون محل تسجيل و إشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر1 أعلاه.

المادة 06: يكلف وزير العدل حامل الأختام و وزير الداخلية، كل فيما يخصه بتنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

و حرر بالجزائر في 10 ربيع الثاني1391ه الموافق لــ 3 يونيو سنة1971م

هواري بومدين