



جامعة وهران 2- محمد بن احمد  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة  
لنيل شهادة دكتوراه في العلوم  
تخصص قانون خاص

## إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن

مقدمة ومناقشة علنا من طرف

الطالب بوزيد خالد

أمام لجنة المناقشة

مروان محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2	رئيسا
بن عزوز بن صابر	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	مشرفا مقررا
بولنوار مليكة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران 2	عضوا مناقشا
زهودور سهلي	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2	عضوا مناقشا
مزيان محمد الأمين	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
مشواة حليلة	أستاذة محاضرة أ	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا

# إهداء

إلى من علمني العطاء بدون انتظار والمثابرة والثقة بالنفس والصمود أمام كل  
مواقب الحياة، أحمل اسمه بكل افتخار.

روح والدي طيبج الله ثراه وأسكنه فسيح جناته.

إلى من قال فيها الرسول الكريم "إن الجنة تحت أقدام الأمهات" أمي الغالية  
أطال الله في عمرها

إلى إخوتي .

إلى جميع أساتذة جامعة مستغانم.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

بوزيد خالد

قال الله تعالى:

{سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ  
يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ  
عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ }

سورة فصلت 53

صدق الله العظيم

## قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية.

ق. القانون

ق.أ.ج. قانون الأسرة الجزائري.

م.أ.ش.م. مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

ق.أ.ش.م. قانون الأحوال الشخصية المصري.

ق.أ.ش.س. قانون الأحوال الشخصية السوري.

ق.م.ج. القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف. القانون المدني الفرنسي.

ق.ع.ج. قانون العقوبات الجزائري.

م. مجلة.

م.م.ق. مجلة المنتدى القانوني.

م.ق. المجلة القضائية.

م.ع.ق.إ. مجلة العلوم القانونية والإدارية.

م.م.ع. مجلة المحكمة العليا.

م.ش.ق. مجلة الشريعة والقانون.

د.م.ج. ديوان المطبوعات الجامعية.

م.ع.ق.إ.س. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م.ج.ع.ق.إ.س. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م.ع.إ.س. مجلة العلوم الإجتماعية والإسلامية.

م.أ.ش.ت. مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

م.أ.ق. مجلة الأمن والقانون.

ص. صفحة.

ط. طبعة

ج. جزء.

د.ط. دون ذكر الطبعة.

د.س.ن. دون ذكر سنة النشر.

ج.ر. الجريدة الرسمية.

م.ع. المحكمة العليا.

ع. عدد.

ع.خ. عدد خاص.  
م.أ. المجلس الأعلى.  
غ.أ.ش. غرفة الأحوال الشخصية.  
ن.ق. نشرة القضاة.  
م. ميلادية.  
هـ. هجرية.  
ل. لتر.  
ملم3. ميليمتر مكعب.  
غ. غرام.  
سم3. سنتمتر مكعب.  
ملغ. ميلغرام.  
ثانيا: باللغة الفرنسية.

**Art.** Article

**C.Civ.** Code civil.

**Ed.** édition.

**J.O. R.F.** journal officiel.de la république française.

**P.** page.

**Op.Cit.** Ouvrage précité.

**N.** numéro.

**J.C.P.** Juris classeur périodique.

**Rev.** Revue.

## مقدمة

لقد أولت الشريعة الإسلامية اهتمامها البالغ بالنسب باعتباره ركن من أركان الأسرة المسلمة التي هي لبنة من لبنات المجتمع، ودعامة من الدعائم التي يقوم عليها كل مجتمع صالح، حيث أرسيت الشريعة الغراء قواعدها وأسسها لحماية هذا النسب وتصفيته من الفساد والرذيلة واعتبرته من مقاصد الشريعة الإسلامية التي منها النسل، وأحاطته بسياج منيع وحصين ليظل النسب شامخا عزيزا مستقرا في واحة الألفة والمحبة. ولتحقيق ذلك قرّرت الشرائع السماوية فرض الزواج الذي يعد رباطا منشئا لعلاقات المودة والرحمة والتعاون<sup>1</sup>. والذي يعد ميثاقا غليظا ونظمته القوانين الوضعية بما يضمن الحقوق ويحدد التزامات كل من الطرفين.

إن أهم غاية مشروعة يهدف إليها الزواج وتتطلع إليها النفس البشرية هي الأولاد<sup>2</sup>، الذين هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وبهجة الدنيا وزينتها<sup>3</sup>. وهم العدة ومستقبل الأسرة والأمة، ومن أجل ذلك أولتهم الشريعة الإسلامية، ومن بعدها التشريع الوضعي، عناية كبيرة، واهتماما عظيما، فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل، من حين أن تدب فيه الحياة وهو ما يزال جنينا<sup>4</sup> في بطن أمه إلى أن يشب ويتعرع، كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكملة وصيانة أفراده وحفظه من الانحلال والفساد، وتهيئة حياة صالحة لعامة هذا الكون الذي أراد الله عمارته إلى الوقت المقدر في علمه تعالى. فإذا ما ولد حافظت عليه من الذل وحصنته من الضياع، وأبعدته عن العار، وبينت له حقوقه وحفظتها.

إن أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه هو النسب الذي يعد أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده.

إن رابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظيمة أنعمها الله على الإنسان إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وذابت الصلات بينها، ولما بقي أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب، فقال جل شأنه: {وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا} <sup>5</sup>. أي خلق البشر من الماء وجعل منه الزوجين، الذكر الذي

<sup>1</sup> قال الله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} .سورة الروم، الآية 21.

<sup>2</sup> قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ} الحجرات 13. ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: { تَزَوَّجُوا الْوُلُودَ الْوُدُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأَنْبِيَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ} .رواه الإمام أحمد عن أنس.

<sup>3</sup> قال الله تعالى: {الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا} . سورة الكهف، الآية 46.

<sup>4</sup> تنص المادة 25 من (ق.م.ج) " على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

<sup>5</sup> سورة الفرقان، الآية 54.

ينتسب إليه ويتعرف به، والأنثى التي يصهر بها ويرتبط مع الآخرين عن طريقها، وكان ريك قديرا، حيث خلق هذه الرابطة الكريمة، رابطة النسب والمصاهرة ليجد الأطفال الضعفاء في ظلها من العطف والرحمة والحنان ما يكفل لهم التربية الحسنة والتوجيه النافع والنشأة الكريمة الصالحة، وسيكون للأسرة منها البقاء القوي الشامخ، والصلاحية الكاملة للبقاء والازدهار والتغلب على عوامل الاضطراب والانحلال التي تزجها المدنية الزائفة الجارية. وكان ريك قديرا، حيث اقتضت حكمته أن يحيط هذه الرابطة القوية ذات الأثر البعيد في كيان المجتمع كله بجملة من الأحكام، سياجا منيعا يحفظها من الفساد والفناء، ويكفل لها الإنتاج القوي لخير المجتمع الإسلامي، بل ولخير البشرية كلها.

لقد كان النسب<sup>1</sup> في الجاهلية قبل مجيء الإسلام يقوم على الفراش والولادة والإدعاء والتبني، فيولد الولد على فراش الزوجية أو ملك، فينتسب إلى صاحبه، ويولد الولد من سفاح فيدعيه رجل ويقول أصبت أمه وهو يشبهني فيكون له وينسب إليه، ويولد الولد لأبيه وأمه فيتبناه رجل ويستلحقه فيكون له، وينسب إليه، ويكون لديه كالابن الصلبي على السواء.

وغير هذا وذاك صور توارثوها وأقاموا عليها، حتى جاء الإسلام وسار في علاج هذا الأمر، سيره في علاج سائر الأمور التي عدلها أو قضى عليها من الأساس بتدرج خطوة خطوة، حتى إذا ما صلحت النفوس قضى فحسم، وحكم فقطع.

جار الأوضاع وسابرها زما، ثم قضى على التبني وأبطل حكمه فقال جل شأنه: { وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ }<sup>2</sup>.

إن العدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن لأبيه الحقيقي لا لأبيه المزور، والإسلام دين العدل والحق، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكرا أو أنثى لا ينسجم معها قطعا في الخلق والدين.

<sup>1</sup> **النسب لغة:** مصدر نسب يقال: نسبه إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه، ويقال نسب من تميم أي منهم، والجمع أنساب مثل سبب أسباب، وهو نسيبه أي قريبه، وينسب إلى ما يوضح ويميز من أب وأم وحي وقبيلة وبلد وصناعة، وانتسب وانتسب، ذكر نسبه، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا، أي انتسب لنا حتى نعرفك. والنسب والمناسب، والجمع نساء وأنساء، وفلانا يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه. وتنسب أي ادعى أنه نسيبك، ورجل نسيب منسوب، ذو حسب ونسب. ويقال فلان نسيبي وهم أنسابي. وقيل: إن العرب إنما كانت تنتسب إلى القبائل، ولما سكنت الأرياف والمدن استعادت من العجم والنبط الانتساب إلى البلدان فكان عرفا طارئا، والأول هو الأصل عندهم فكان أولى.

ومن هنا استعيرت النسبة في المقادير، لأنها صلة على وجه مخصوص، فقالوا تؤخذ الديون من التركة، والزكاة من الأنواع بنسبة الحاصل، أي بحسابه ومقداره، والمناسب: القريب وبينهما مناسبة، وهذا يناسب هذا أي يقاربه شيئا. ثم استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال بينهما نسب أي قرابة وسواء جاز بينهما التناكح أو لا، وجمعه أنساب. ابن منظور، لسان العرب، نسقه و علق عليه و وضع فهارسه علي شيري، مجلد 14، دار إحياء التراث العربي، ط1، محققة، 1408هـ - 1988م.

**النسب في الاصطلاح:** هو القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشترار في ولادة قريبة أو بعيدة. فالنسب في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي. محمد محمود حسن، النسب و أحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط1، سنة 1999.

ويتصل بالنسب ألفاظ أخرى مثل النسل والعصبة والعقب والقعدد، والصلة بين النسب وهذه الألفاظ أن النسب أعم منها.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 4.

وأبطل أن يكون الزنا أو العهر طريقاً لثبوت النسب فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « لا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ، ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ».<sup>1</sup>

والشارع الإسلامي يتشوف إلى ثبوت نسب الولد، حتى لا يضيع أو يتعرض للضرر وحتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد.

لقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الآباء عن إنكار نسب الأولاد، وتوعدهم على ذلك بالعقاب الشديد، لما رواه أبو هريرة أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ الْمَلَاعِنَةِ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِّنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ ، وَلَمْ يَدْخُلْهَا اللَّهُ جَنَّتْهُ . وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَدَّ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، اِحْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الْخَلَائِقِ فِي الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ ».<sup>2</sup> وقد نهى الأبناء أيضاً من أن ينتسبوا إلى غير آبائهم، فقال: « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ ».<sup>3</sup> وروى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ غَنَمٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ قَالَ: كُنْتُ تَحْتَ نَاقَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، رَغَبَةً عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ، وَالْمَلَائِكَةِ، وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ ».<sup>4</sup>

كما حرم على المرأة أن تنسب إلى زوجها ولدا تعلم أنه ليس منه<sup>5</sup> فقال: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِّنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَمْ يَدْخُلْهَا اللَّهُ جَنَّتْهُ ».<sup>6</sup>

لقد فننت الشريعة الإسلامية للنسب وأحكامه مبادئ وقواعد عامة تكفل حماية وصيانته من الضياع والعبث إذا ما اتخذت هذه القواعد للرشد سبيلاً، كما نهى الشرع عن خلاف ذلك فقال الله تعالى: { وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا }.<sup>7</sup>

الواقع أن ثبوت النسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى وبين الأم والأب والولد. فوجه كونه حقا لله فلا أنه يتصل بحرمان أوجب الله رعايتها، وهذه الرعاية لن تتأتى إلا بالمحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي، والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

<sup>2</sup> رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح.

<sup>3</sup> رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن سعد بن أبي وقاس وأبي بكره وهو حديث صحيح.

<sup>4</sup> رواه أبو داود عن أنس.

<sup>5</sup> أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج4، الأحوال الشخصية- العتق - الأيمان، دار القلم، دمشق، ط1، 1417-1997م، ص449.

<sup>6</sup> رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 231.

<sup>8</sup> تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م، ع، ق، إ،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع03، 2005، ص03.



أما عن وجه كونه حقا للأب، فلأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ولايته عليه مادام صغيرا، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له. وحق إرثه إن مات الولد قبله، وحقه في إنفاق الولد عليه ما دام الأب محتاجا والابن قادرا.

أما عن وجه كونه حقا للولد فلأنه محتاج إليه دفعا للعار عن نفسه بكونه ولد الزنا، ولأنه يترتب له حقوقا بينها الشرع كما بينتها القوانين الوضعية، كحق النفقة والحضانة والإرث<sup>1</sup>.

إن حق الطفل في النسب بأن يكون له أب وأم معروفا به، من أهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية واليوم يتجه الفكر القانوني المعاصر نحو الاهتمام بهذا الحق.

إن المشرع الجزائري<sup>2</sup> كغيره من التشريعات الإسلامية اهتم بموضوع النسب اهتماما كبيرا ووضع له القواعد الأساسية مستنبطا إياها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الأول ل(ق.أ.ج). فنظّمه في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول مخصصا له المواد من 40 إلى 46 من (ق.أ.ج).

لقد حفل القرن العشرون بتطور هائل في العلوم الأساسية والذي انعكس بدوره على المجالات التطبيقية، وكان نصيب الطب منها حظا وافرا. ولعلنا لا نكون مبالغين إن قلنا ما بأن شهده هذا القرن في الآونة الأخيرة من تقدم وتطور في العلوم البيولوجية يعتبر أكثر بكثير مما أحرزته البشرية في تاريخها الطويل كله. هذه التطورات العلمية البيولوجية قلبت موازين الإثبات المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية رأسا على عقب. مما جعل البعض يقول بإمكانية الإستثناء عن الطرق الشرعية في إثبات النسب.

إن التطورات العلمية والبيولوجية الحديثة التي شهدتها البشرية -في هذا القرن- كشفت عن وجود وسائل للإنجاب الاصطناعي كبديل للإنجاب الطبيعي لمكافحة ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عمقه، استقبلها ذو الحاجة بكثير من الإعجاب وبكثير من الأمل، وأصبح عدد المستخدمين لها يزداد يوما بعد يوم. ومما ساعد على استعمال هذه الوسائل الطبية هو النتائج الإيجابية التي

<sup>1</sup> وقضت محكمة النقض المصرية أنه:

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان ثبوت النسب حقا أصليا للأم لتدفع به عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعبر بولد ليس له أب معروف، فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد، لأنه يترتب له حقوقا بينها الشرع وبينتها القوانين الوضعية. كحق النفقة والرضاعة والحضانة والإرث، ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها، فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى.

ومن ثم فلا يعيب الحكم وقد ثبت لديه إقرار الطاعن بالفراش، أن يطرح مدلول ما جاء بالإقرار المقدم من الطاعن والمنسوب صدوره إلى المطعون عليها من أنه لم يعاشرها معاشرة الأزواج، طالما أن فيه إسقاطا لحقوق الصغير لا تملكه". محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 20، ع 1، مارس 1996، ص 78

<sup>2</sup> لم يضمن المشرع الجزائري قانون الأسرة تعريفا للنسب، على غرار المشرع المغربي الذي عرفه في المادة 150 بأنه: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف". ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

توصل إليها العلماء، وهم بصدد بحثهم في تقنيات تجميد بذور الإنجاب الذكرية والبويضات المخصبة وطرق حفظها بمراكز متخصصة لفترة زمنية، ثم إعادتها لأصحابها بهدف ممارسة محاولات التلقيح الصناعي خارج رحم المرأة.

ضف إلى ذلك، فقد علم بما لا يدع مجالاً للشك، أن التطورات العلمية والبيولوجية الحديثة لم تتوقف عند هذا الحد فحسب، بل كشفت عن وجود طرق علمية حديثة انعكست على مواد الإثبات المدنية والجزائية، وقد برز دورها جلياً في إثبات النسب.

مسايرة للتطورات العلمية الحديثة، نص المشرع الجزائري على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أثناء تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27/02/2005<sup>1</sup>. إلا أن النص على الطرق العلمية لم يخل من الغموض على اعتبار أن التعديل جاء مقتضياً وغير شامل بالمزيد من التفسير والوضوح مما جعل الاجتهادات القضائية تتعدد وليست على قلب رجل واحد، ولا على نسق واحد. لأن المشرع لم يحدد الطرق العلمية التي خصها بالذكر في (ق.أ.ج)، رغم أن العلميين يصنفون الطرق العلمية بالقطعية الثبوت والظنية الثبوت، كما أنه لم يحدد حجيتها في إثبات النسب. هل هي ذات دلالة قطعية أم ظنية.

كما أنه لم يحل أهم إشكال كان يعترض تطبيق الطرق العلمية، وهو تعارض الطرق العلمية الثابتة بالاجتهاد مع الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان، والذي هو ثابت بالنص. واكتفى المشرع بالنص على الطرق العلمية في قانون الأسرة في فقرة واحدة.

وأكثر من ذلك، فإن المشرع لم يتطرق لمسألة مهمة شغلت بال الكثير من الفقهاء المعاصرين بين مؤيد ومعارض، وهي مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب. وبرز الغموض جلياً عندما نص المشرع على جواز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، فهل هذا يعني أنه لا يجوز استخدامها في نفي النسب؟ وهكذا بقي المشرع - وأمام النصوص المقتضية لقانون الأسرة - يكتفي بنص المادة 222 منه، والتي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>2</sup>. إلا أن الحل الذي انتهجه المشرع هو في حد ذاته إشكال، لأن الآراء الفقهية منتشرة هي الأخرى ومختلفة في أحكام الشريعة الإسلامية وليست على فتوى واحدة، وهذا ما جعل الأحكام القضائية مختلفة ومتضاربة.

بعد انتظار طويل، واستجابة لصيحات شراح القانون بصفة عامة والقضاء بصفة خاصة، الذين نادوا بضرورة تدخل المشرع، والنص على قانون أو مرسوم يبين استخدام الطرق العلمية. وبعد انتظار طويل - بقيت فيه الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج) تثير جدلاً كبيراً بين رجال الفقه والقانون

<sup>1</sup> تجب الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في (09/26/1984م) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري قد تم تعديله بموجب الأمر رقم (05-02) المؤرخ في (27/02/2005م).

<sup>2</sup> ق رقم (05-02) المؤرخ في (27/02/2005م) المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في (09/26/1984م) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

بصفة عامة والقضاة بصفة خاصة- صدر القانون رقم(16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.<sup>1</sup>

إلا أنه ورغم صدور هذا القانون - والذي كنا نعتقد أنه سيزيل الغموض الذي كان يعترى الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج) - إلا أن الغموض بقي واردا، ويتجلى ذلك من عدة نواحي:  
- أن المشرع نص على الطرق العلمية في (ق.أ.ج)، إلا أنه نص في القانون رقم(16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص<sup>2</sup>، على طريقة علمية واحدة والمتمثلة في البصمة الوراثية. مما يفهم أنه لا يجوز استخدام أي طريق علمي آخر - كشفت عنه التطورات العلمية الحديثة - في إثبات النسب.

- هل يتم استعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب وفيه ؟ أم مجال استعمالها هو النفي فقط؟  
- أن المشرع لم يبين حجية البصمة الوراثية، هل هي قرينة قطعية أم ظنية في مجال النسب؟.  
- في حالة إجراء اللعان هل يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب؟. وفي حالة جواز ذلك فأبي الطريقتين أولى بالإعمال في حالة تعارض اللعان مع البصمة الوراثية؟.

ولعل السبب في ذلك يرجع الى أن المشرع عندما أصدر القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.<sup>3</sup> ركز على استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي فقط، وإهمل استخدامها في مجال النسب.

ضف إلى ذلك، رغم أن المشرع الجزائري أوضح الأطر التي ينبغي الحديث فيها عن إثبات النسب، وهي العلاقات الشرعية، إلا أن الخائضين في مسألة تبني الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب بدأوا يقللون من أهمية العلاقة الشرعية ويلوِّحون بالقول بأن الأب الطبيعي يمكن أن يلحق به ابنه حتى ولو كان ذلك في إطار علاقة غير شرعية، أو حتى إذا تعلق الأمر بميلاد طفل عن طريق جناية هناك العرض. فالنص على الطرق العلمية كدليل إثبات النسب بدأ يخرج القانونيين على المبدأ العام المتمثل في إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية الشرعية، وبدأ الحديث فعليا عن الأب الطبيعي بدلا من الأب الشرعي، وهو - في اعتقادنا - يشكل خطرا داهما في المحافظة على الأنساب، وتشجيعا ضمريا على العلاقات غير الشرعية ومخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وأكثر من ذلك فإن المحكمة العليا في الجزائر، والتي طالما دافعت عن إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية الشرعية، سارت في الآونة الأخيرة عكس ذلك، وبدأت تتراجع عن القاعدة الشرعية التي طالما تبنتها في جميع قراراتها المتعلقة بنسب. " الْوَلَدُ لِلْفِرَاسِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ. " ويتضح ذلك من

<sup>1</sup> ق رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473هـ الموافق ل19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الواثية في الإجراءات القضائية وزالتعرف على الأشخاص.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

خلال بعض قراراتها التي اعتبرت فيها كشف الأب الطبيعي لولد من جريمة أخلاقية من خلال الحمض النووي كاف لإلحاق النسب به، بحجة إلزام الأب بمسؤولياته جراء ما قام به من فعل مجرم. إن هذه التطورات العلمية الحديثة - والتي كشفت عن وجود طرق علمية حديثة لإثبات النسب وهذه التحولات التي أصبحت مخيفة- والتي طرأت على النسب، الذي يعد كلية شرعية يقينية مقررة في كل أمة وملة، ثابتة في جميع الأديان والعقائد والقوانين والأعراف والأنظمة، كانت الدافع لاختيار موضوع إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم (02-05) المؤرخ في 2005/02/27<sup>1</sup>، وصدور القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص<sup>2</sup> الذي لم يحل الإشكالات القانونية والقضائية وحتى الشرعية- باعتبار أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية-. ولم يزل الغموض الوارد في قانون الأسرة.

إن هذه الممارسات التي استتبعته التطور العلمي، انعكست آثارها على الساحة القانونية لتطرح على رجال الفقه والقانون بصفة عامة والقضاء بصفة خاصة مجموعة هائلة ومعقدة من المشاكل المستجدة.

وأردت أن تكون رسالتي نافذة على هذا الموضوع عل وعسى تجيب على هذه التساؤلات والإشكالات القانونية على ضوء تشريع الأسرة الجزائري والمقارن، لاسيما التشريعات العربية. وأردت أن أوضح ذلك بمعالجة الإشكالية التالية:

### الإشكالية:

ما مدى كفاية تشريع الأسرة الجزائري والتشريعات المقارنة في استيعاب التطورات العلمية الحديثة التي كشفت عن وجود طرق علمية حديثة لإثبات النسب؟ وهل أن السعي وراء تعديل قانون الأسرة هو أمر مرغوب فيه فقط أم ضرورة حتمية؟.

للإجابة على هذه الأسئلة ارتأيت تقسيم موضوع البحث إلى مقدمة للموضوع وبابين، وكل باب يحتوي على فصلين، وكل فصل يحتوي على بحثين، وكل بحث يرفقه مطالب وخاتمة مدعمة بالنتائج.

تناولت في الباب الأول قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب، والذي قسمته إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول القيمة العلمية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب، وتناولت في الفصل الثاني القيمة القانونية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب. وتناولت في الباب الثاني مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب، والذي قسمته إلى فصلين، تناولت في الفصل

<sup>1</sup> ق رقم (02-05) المؤرخ في (2005/02/27م) المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في (1984/26/09م) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> قانون رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473هـ الموافق ل19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الواثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

الأول مكانة الطرق العلمية من أسباب ثبوت النسب، وتناولت في الفصل الثاني مكانة الطرق العلمية من الطرق التقليدية لإثبات النسب، وخاتمة مدعمة بالنتائج. وقد أسقطت على البحث المنهج المقارن لأنه الأنسب لهذا الموضوع، والمنهج التحليلي في عين المكان عند اقتضاء الضرورة، وذلك لتحليل النصوص القانونية التي عالجت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة لا سيما العربية.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

في طي الثورة العلمية التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات واستكمال الخريطة المورثية التي انعكست على مواد الإثبات المدنية والجزائية، ونقلتها نقلة نوعية من غياهب طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، وقد برز دورها جليا في مجال إثبات النسب، الذي استقطب كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض لها وآخذ بها.

واليوم تقدم لنا العلوم البيولوجية، في مجال الفحص الطبي بما يكشف لآعن نفي النسب فقط، وإنما يكشف عن إثباته أيضا وبطريقة لا تقبل الشك.

على هذا النحو صارت الطرق العلمية، مجالا مكملا للعدالة، لا يمكن الاستغناء عنها، بل وحتمية لكشف الحقيقة، إذ بفضلها عرفت نظرية الإثبات مرحلة جديدة شكلت فيها أحد الدعائم القوية التي تلعب دورا مباشرا في التأثير على عقيدة القاضي<sup>1</sup>.

وإزاء ذلك الأمس غير المتاح فيه إلا الظاهر المتحكم فيه صاحب الفراش، وما يقابله اليوم من اكتشاف علمي في مجال الفحص الطبي، نتساءل ألا يمكن الاستعانة بهذا الأسلوب العلمي الذي يمدنا - كما سوف نرى - بدليل مؤكد لا بشأن نفي النسب فقط، وإنما بشأن إثباته أيضا، لا سيما أصبح دليلا قويا يسلم به القضاء الأجنبي في كل مشكلات إثبات النسب، خاصة عندما يثور تنازع النسب سلبا أو إيجابا، ويتصور حدوث ذلك عندما تقع الفرقة بين الزوجين، ثم تتزوج المرأة برجل آخر، ثم تأتي بولد في مدة يحتمل فيها حدوث الحمل من الزوج المطلق، كما يحتمل حدوثه من الزوج الثاني<sup>2</sup>.

هكذا تنظم مشكلة تنازع النسب إلى مشكلة عدم قبول دعوى النسب، وإلى مشكلة نفي النسب باللعان، فيتسع نطاق دعوتنا للأخذ بالطرق العلمية، هذا الذي يحفظ الأولاد من الضياع والأنساب من الاختلاط، فضلا عن الحفاظ عن ضياع الشرف، هذف حاول الفقهاء تحقيقه لدرجة أنهم قرروا بعض الأحكام التي لا تتفق مع مجاري العادات.

وترتيباً على ذلك، فإننا نرى ضرورة اللجوء إلى هذا الدليل العلمي كوسيلة تحسم مشكلة تنازع النسب، فأمام ادعاء المتنازعين يصعب تقديم ادعاء على الآخر، دون الاعتماد على مثل هذا الدليل العلمي الذي كشفت عنه التطورات العلمية الحديثة، وإلا جازفنا بحلول قائمة على الشك والاحتمال في زمن يقدم لنا شبه اليقين، إن لم يكن اليقين ذاته.

لكن تشوقنا للأخذ بهذا الدليل العمي، يتوقف على إبراز الدور الذي يقدمه في هذا المجال.

<sup>1</sup> عبد العالي حاحة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، م.م.ق، م دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص82.  
<sup>2</sup> محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، م الحقوق، الكويت، ع1، السنة20، مارس، 1996، ص211.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إذ يظهر واضحا ضرورة الإعتماد على الفحص الحديث، لترجيح أحد المتنازعين على الآخر، فإن الأمل يبقى مرهونا على بيان القيمة العلمية للطرق العلمية البيولوجية أولا، ثم بيان القيمة القانونية<sup>2</sup> التي تحضى بها الطرق العلمية البيولوجية في مجال إثبات النسب.

لأجل ذلك، سنقسم هذا الباب إلى فصلين، سنخصص الفصل الأول لبيان القيمة العلمية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب، والفصل الثاني نخصصه لبيان القيمة القانونية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

---

<sup>1</sup> نقصد بالقيمة العلمية للطرق العلمية: النتائج التي تقدمها الطرق العلمية كدليل لإظهار الحقيقة في مجال إثبات النسب. هل هي ذات دلالة قطعية؟ أم ظنية.

<sup>2</sup> نقصد بالقيمة القانونية للطرق العلمية: مدى تقدير المشرع والقضاء لنتائج الطرق العلمية، واعتمادها كدليل لإثبات النسب.

## الفصل الأول: القيمة العلمية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات

### النسب.

تعتبر الطرق العلمية البيولوجية من المسائل المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعا في المجالات التي يستفاد منها، وقد شاع استعمالها في الدول الغربية والإسلامية. وقد أحدث هذا الاكتشاف العلمي ثورة في مجال الانتماء الأسري أو الانتساب العائلي<sup>1</sup>.

لقد نص المشرع الجزائري على جواز اللجوء للطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج)<sup>2</sup>، دون أن يبين أنواع هذه الطرق، ثم أصدر المشرع الجزائري قانون رقم (16-03) الذي نص على البصمة الوراثية فقط دون غيرها من الطرق العلمية الأخرى، مما جعل البعض يعتقد أن المشرع الجزائري يحصر الطرق العلمية في البصمة الوراثية فقط، وإذا كان الأمر كذلك، فلماذا استعمل المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج) عبارة الجمع والتي تدل على وجود أكثر من طريقة واحدة. كما أن المشرع لم يبين حجية الطرق العلمية في إثبات النسب، هل هي ذات حجية مطلقة أم ذات حجية نسبية؟.

إن سكوت المشرع عن ذلك، جعلنا نتساءل عن أنواع الطرق العلمية التي كشفت عنها البحوث الطبية البيولوجية، ومدى حجيتها في إثبات بالنسب.

للإجابة على هذه التساؤلات، سنقسم هذا الفصل إلى بحثين، سنخصص المبحث الأول لبيان لأنواع الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب، ونخصص المبحث الثاني لبيان حجية الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### المبحث الأول: أنواع الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

تعددت الاكتشافات العلمية إلى درجة جعلت المؤرخين يطلقون على كل عصر ما يتميز به من إنجازات علمية، وإذا كان لا بد من إبراز ما عليه العصر الحالي، فإن الهندسة الوراثية سوف تكون في طليعة هذه الانجازات العلمية التي كان من أهم نتائجها اكتشاف طرق علمية وما أحرزته من نتائج في مجال إثبات النسب والتحقق من الهوية، حتى أصبحت حقيقة علمية ثابتة ودليل مادي مؤكد<sup>4</sup>. ولا شك

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص212.

<sup>2</sup> ق رقم (02-05) المؤرخ في(27/02/2005م) المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في (09/26/1984م) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> ق رقم(16-03) مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

<sup>4</sup> هشام السيد متولي، تقنية الحمض النووي في مجال البحث الجنائي، م العلوم الطبية الشرعية، الجمعية المصرية للعلوم الطبية، القاهرة، القسم العربي، 1998، ص1.2.3.



## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أن البحوث العلمية البيولوجية أضافت الكثير من التقنيات المتطورة في مجال إثبات النسب. فتنطبق العلم في حل مشكلات تنازع النسب يعين القضاة في الوصول إلى الحقيقة.

لقد حصر العلماء البيولوجيون والأطباء الطرق العلمية لإثبات النسب في نوعين، نوع قطعي الثبوت، ويدخل ضمن هذا النوع نظام البصمة الوراثية، ونوع ثاني ظني الثبوت، وهو نظام تحليل فصائل الدم، ومن ثم فإن هذه الطرق تختلف من حيث حجيتها وقوتها الدلالية في إثبات النسب<sup>1</sup>. ولأن المشرع الجزائري لم يبين أنواع الطرق العلمية التي كشفت عنها العلوم الطبية البيولوجية في إثبات النسب، لزاما علينا أن نبين أنواع هذه الطرق العلمية.

لأجل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لنظام البصمة الوراثية، ونخصص المطلب الثاني لنظام فحص الدم.

### المطلب الأول: نظام البصمة الوراثية .

يعد موضوع البصمة الوراثية من المسائل المستجدة التي أفرزها التطور العلمي في المجال الطبي والبيولوجي، وقد انتشر إعمال هذه التقنية الحديثة في الكثير من دول العالم لا سيما الغربية منها، التي كانت سباقا في اكتشافها والعمل بها، فتمت بذلك الاستعانة بها من طرف الجهات القضائية بمختلف درجاتها، ومواكبة للتطور العلمي الحاصل، فإنه شرع مؤخرا في بعض الدول العربية والإسلامية الاعتماد على نظام البصمة الوراثية كطريق علمي يستعان به في مجال إثبات النسب.

وسنحاول قدر الإمكان أن نعرف بنظام البصمة الوراثية كيفية مبسطة يسمح معها معرفة مجالات استخدامها، وأهميتها في إثبات بالنسب.

### الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية.

إن الكلام عن مفهوم الشيء يستلزم بطبيعة الحال البحث في تعريفه ثم تمييزه عن المصطلحات التي تماثله أو تقترب منه في معناه أو في آثاره، إذا فمن المتعين علينا عند بيان مفهوم البصمة الوراثية أن نوضح حقيقتها، ثم نفرق بينها وبين غيرها من الأمور التي قد تشبه بها أو تختلط معها في معناها أو تقترب منها في آثارها.

### أولا: تعريف البصمة الوراثية.

من أهم المسائل التي نقشاها العلماء و الفقهاء منذ ظهور البصمة الوراثية، هي محاولة إعطاء تعريف دقيق وشامل يفصح عن ماهية الاكتشاف الحديث الذي أبهر العالم، وتحقيقا لذلك عقدت الكثير من المؤتمرات والندوات وألفت الكثير من المراجع التي تناولت البصمة الوراثية.

<sup>1</sup> باديس نياي، حجية الطرق الشرعية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تليح اصطناعي، البصمة الوراثية (D N A)، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2010، ص85.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

وعليه سنتطرق إلى التعريف اللغوي ثم التعريف العلمي والفقهي وأخيراً التعريف القانوني للبصمة الوراثية.

### 1- التعريف اللغوي للبصمة الوراثية.

مصطلح البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين، البصمة والوراثية. وسوف نتناول بيان كل قطعة منها في اللغة على حدة.  
أ- البصمة لغة.

من بصم وبصم بصما القماش رسم عليه، والبصمة لغة العلامة، وهو من كلام العامة، والبصم هو ما بين الخنصر إلى طرف البنصر. وبصم بصمة إذا ختم بطرف أصابعه والبصمة آثار الختم بالأصبع<sup>1</sup>.

وأصل الكلمة في معجم اللغة بضم الباء وسكون الصاد يطلق على معنيين: الأول هو الكثيف والغليظ تقول رجل ذو بصم، أي غليظ، و ثوب له بصم إذا كان كثيف الغزل، والثاني هو فوت<sup>2</sup> ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فرقتك شبراً<sup>3</sup> ولا فترا<sup>4</sup> ولا اعتباراً<sup>5</sup> ولا رتباً<sup>6</sup> ولا بصماً.

والبصمة عند الإطلاق ينصرف مذلولها إلى بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة.<sup>7</sup>  
ب- الوراثة لغة.

الوراثية نعت، وهي مشتقة من الوراثة، ومعناها في اللغة الانتقال، تقول ورث فلان أباه يرثه وراثته وميراثاً أي صار إليه بعد موته، ويقال ورثت فلاناً مالا أرثه ورثاً وورثاً، إذا مات مورثك فصار ميراثه لك. قال جل شأنه: {وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا }<sup>8</sup>، أي يبقى بعدي فينتقل له ميراثي.  
ويقال ورث المجد وغيره، وورث أباه مالا ومجده أي ورثه عنه، فهو وارث، وهي وراثته، والجمع ورثة، وأورثه الشيء أعقبه إياه<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، نسقه و علاق عليه و وضع فهارسه علي شيري، مجلد 12، دار إحياء التراث العربي، ط1، طبعة محققة، 1408هـ - 1988م، ص5

<sup>2</sup> الفوت هو ما بين كل أصبعين طولاً.

<sup>3</sup> الشير هو ما بين الإبهام و الخنصر.

<sup>4</sup> الفتر هو ما بين السبابة والإبهام .

<sup>5</sup> العتب هم ما بين السطى والسبابة، أو ما بين البنصر والوسطى.

<sup>6</sup> الرتب هو ما بين البنصر و الوسطى، أو هو ما بين البنصر والخنصر.

<sup>7</sup> إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، إعداد مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، القاهرة، ط4، سنة 2004م، ص60.

<sup>8</sup> سورة مريم الآية 5-6.

<sup>9</sup> سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، ط1، سنة 1998، ص377.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

والوارث صفة من صفات الله تعالى، وهو الباقي والدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم. فالله تعالى يرث الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين، أي يبقى بعد فناء الكل، ويفنى من سواه فيرجع ما كان من ملك العباد إليه وحده لا شريك له<sup>1</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ الْعُلَمَاءَ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ، إِنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَمْ يُوْرَثُوا دِينَارًا وَلَا دِرْهَمًا، إِنَّمَا وَرِثُوا الْعِلْمَ، فَمَنْ أَخَذَهُ أَخَذَ بِحِطِّ وَافِرٍ"<sup>2</sup>.

### 2- التعريف الفقهي للبصمة الوراثية.

نظرا لحدائثة مصطلح البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، فإن الفقه الإسلامي لا يوجد فيه تعريف لها، إلا أن هذا لا يمنع من وضع تعريف للبصمة الوراثية لاسيما وأن الفقه الإسلامي إنما يتعامل مع الواقع في ضوء القواعد والأدلة الشرعية.

في المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت عنوان "مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة"، ثم تعريف البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لتكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية<sup>3</sup>، وتمثل تطورا عصبيا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه"<sup>4</sup>.

لقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف حيث جاء في دورته السادسة عشر: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وأنها وسيلة تمتاز بالدقة"<sup>5</sup>.

لقد عرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي بأنها: "العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته، والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية"<sup>6</sup> وعرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي في موضع آخر أكثر تفصيلا وجعله التعريف المقترح منه<sup>7</sup> فقال: "البصمة الوراثية تعني تعيين

<sup>1</sup> ابن منظور ، لسان العرب، نفس المرجع، ص199-ص200.

<sup>2</sup> ابن ماجه ، المقدمة ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، ص56. مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، سنة2004، ص60.

<sup>3</sup> ذهب أغلب الفقهاء في هذا المؤتمر وغيره من المؤتمرات والندوات الفقهية إلى عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في قضايا الحدود.

<sup>4</sup> ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنينوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1414هـ الموافق ل13-15 أكتوبر 1998م. نقلا عن حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، ط2، سنة 2011، ص83.

<sup>5</sup> المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، القرار السابع، الدورة السادسة عشر 1422هـ-2002م.

<sup>6</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، أستاذ القانون المقارن بجامعة الأزهر، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة مقارنة، القاهرة، ط2، سنة 1431هـ، 2010م، ص40.

<sup>7</sup> وقد رجح هذا التعريف الدكتور حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص86.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا، وهو خاصية لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب صاحب الماء، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم صاحبة البويضة<sup>1</sup>. وقد عرفها بعضهم بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حمض الدنا (D N A) التي تحتوي عليه خلايا جسده." <sup>2</sup> وعرفها البعض الآخر فقال: "هي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية." <sup>3</sup>

### 3- التعريف العلمي للبصمة الوراثية.

للتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يمكن الرجوع إلى علم الوراثة والإرشاد الجيني، وهو من العلوم الحديثة التي وصل إليها علماء هذا العصر، ولم يعرف سابقا بتفاصيله ووقائعه. ولقد اجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف جامع مانع للبصمة الوراثية، إلا أن تعاريفهم للبصمة الوراثية قد تباينت مبنى ومعنى من الناحية العلمية إلى أربعة اتجاهات نوجزها في ما يلي:

#### أ-الإتجاه الأول.

يرى أن البصمة الوراثية هي عبارة عن صورة لتركيب المادة الحاملة للعوامل الوراثية للحمض النووي (D N A) الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان.<sup>4</sup> يبدو أن أنصار هذا الإتجاه يقتصرون على تعريف البصمة الوراثية على مجرد الوصف دون تحديد لماهيتها أو بيان وظيفتها، فهوليس تعريفا بالماهية، فقصوره عن الإحاطة بالمعرف واضح، إذ من شرط التعريف أن يكون شاملا لكافة صور المعرف وجميع أفرادها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص40.

<sup>2</sup> أبو الوفاء محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، منشور على الموقع: [www.wilipia.com](http://www.wilipia.com)

<sup>3</sup> رمسيس بهنام، البوليس العلمي، فن التحقيق، ص150، نقلا عن زين بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون، عضو هيئة التدريس بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية، ص443، منشور على الموقع...[www.dar-alifta.org](http://www.dar-alifta.org)

<sup>4</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص88.

<sup>5</sup> المرجع السابق، ص89.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### ب-الإتجاه الثاني.

يعرف البصمة الوراثية: " عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي، وهذه التتابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل شخص".<sup>1</sup> يؤخذ على أصحاب هذا الاتجاه أنهم اكتفوا في تعريفهم للبصمة الوراثية بإظهار مظهر أو أكثر من مظاهرها، مع ذكر لطبيعتها الجينية. ولم يتعرضوا للطبيعة البنائية للبصمة الوراثية، فضلا عن أن تعريف البصمة الوراثية بأنها " فردية خاصة بكل شخص" ليس تعريفا لها بالحد، لأن ذلك ليس على سبيل الإطلاق، إذ من الثابت علميا أن البصمة الوراثية تتشابه في التوائم المتطابقة الناشئة عن انقسام بويضة مخصبة واحدة.

### ج-الإتجاه الثالث.

عرفها بأنها: " صورة لتكوين المادة الحاملة للعوامل الوراثية، أي صورة الحمض النووي (D N A) الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان".<sup>2</sup> ما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه فيه قصور في إدراك حقيقة البصمة الوراثية ومعرفة ماهيتها الجينية، وركز على انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء.

### د-الإتجاه الرابع.

عرف أصحاب هذا الاتجاه البصمة الوراثية بأنها: " النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحمض النووي (D N A)، مجهول الوظيفة، وهذه التتابعات تعتر فريدة ومميزة لكل فرد ولم تتماثل في شخصين بعينين، وإنما في التوائم المتطابقة".<sup>3</sup> ما يؤخذ على هذا التعريف أنه أغفل دور البصمة الوراثية في مجال البحوث العلمية والعلاج التي أثبتت الدراسات نجاحها فيها".

وما يلاحظ على هذه الاتجاهات الأربعة في تعريفها للبصمة الوراثية من الناحية العلمية، أنها لم تبين المقومات الجوهرية والخصائص الذاتية للبصمة الوراثية، فهي سلكت في هذه التعاريف مسلكا معيبا حيث عرّفت البصمة الوراثية بأشياء خارجية عن كيانها الذاتي.

<sup>1</sup> عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم ، جامعة الأزهر، سنة 2000، ص305.

<sup>2</sup> عبد الله عبد الغني غانم ، دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثالث، جامعة الإمارات، 1423هـ-2002م، ص1229.

<sup>3</sup> ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1414هـ الموافق ل13-15 أكتوبر 1998م. نقلا عن حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص87.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

لقد رجح الدكتور حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد الاتجاه الأخير، لكونه يتضمن تحديد لماهية البصمة الوراثية، وإبرازاً لدورها في التمييز بين الأفراد، ورغم أنه أغفل دور البصمة الوراثية في مجال البحوث العلمية والعلاج.<sup>1</sup>

يرى الدكتور خليفة على الكعبي أن التعريف الأنسب للبصمة الوراثية هو التعريف الذي جاء في البحث المعنون ب" مقدمة فحص الحمض النووي الديكوسي الريبوزي في مجال البحث الجنائي والذي عرف البصمة الوراثية بأنها:" التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية".<sup>2</sup>

### 4- التعريف القانوني للبصمة الوراثية.

على الرغم من نص التشريعات الوضعية في قوانينها الداخلية على البصمة الوراثية، وإقرار العمل بها في المحاكم، كدليل نفي وإثبات للنسب، وفي المجال الجنائي<sup>3</sup>، إلا أن الكثير من التشريعات لم تتعرض لتعريف دقيق أو تحديد مفهوم للبصمة الوراثية، بخلاف المشرع الجزائري .

### أ- تعريف البصمة الوراثية في التشريع الجزائري.

لم نعر على أي تعريف للبصمة الوراثية في (ق.أ.ج)، لأن المشرع في التعديل الأخير ل(ق.أ.ج) اكتفى بعبارة " الطرق العلمية" في الفقرة الثانية من المادة 40 إذ جاء فيها مايلي:  
"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".<sup>4</sup>

إلا أنه أورد تعريفاً للبصمة الوراثية في القانون رقم(16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، وذلك في المادة الثانية منه والذي جاء فيها ما يلي:  
" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1-البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي.

2- الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين): تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدينين (A) الغوانين (G) السيتوزين (C) والتيمين (T) ومن سكر ريبوز منقوص الأكسجين ومجموعة فوسفات.

3-المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين.

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص 96.

<sup>2</sup> مقدمة في فحص الحمض النووي الديكوسي ريبوزي في مجال البحث الجنائي، الناشر س آ سي، 1997، ص173، 161. نقلاً عن خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، ط1، 1426، 1-هـ-2006م، ص45.

<sup>3</sup> نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية، م.ع.ق.إ، دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، ع 7، 2010، ص211.

<sup>4</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

4- المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين.  
5- التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية.

6- العينات البيولوجية: أنسجة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية.

7- المقارنة: هي المقارنة بين بصمتين وراثيتين.<sup>1</sup>

ب- تعريف البصمة الوراثية في التشريعات المقارنة.

سننظر إلى تعريف البصمة الوراثية في بعض التشريعات العربية والتشريع الفرنسي.

1- تعريف البصمة الوراثية في التشريع المصري.

لم يورد المشرع المصري تعريفا للبصمة الوراثية في (ق.أ.ش.م). وإنما اكتفى في نص المادة السابعة منه بذكر عبارة: "أدلة قطعية جازمة".<sup>2</sup>

2- تعريف البصمة الوراثية في التشريع المغربي.

نفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي الذي اكتفى بذكر عبارة "أبواسطة خبرة تفيد القطع". وذلك في المادة 153 من (م. أ. ش. م) وذلك في التعديل المدخل على المدونة.<sup>3</sup>  
لعل غياب تعريف البصمة الوراثية في التشريعات يرجع إلى إلقاء مهمة تعريف البصمة الوراثية على عاتق الفقه القانوني، إلا أن هذا الأخير لم يشغل باله كثيرا في البحث عن تعريف قانوني للبصمة الوراثية.

3- تعريف البصمة الوراثية في التشريع الفرنسي.

لا يوجد حتى في الفقه القانوني الفرنسي تعريف متفق عليه للبصمة الوراثية، وإن كان بعض الفقهاء قد بادروا إلى إيجاد تعريف قانوني للبصمة الوراثية بأنها: "الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي، وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام".<sup>4</sup>  
وعرفها آخرون بأنها:

" Ensemble des caractéristiques génétiques d'un être vivant qui en détermine l'originarité"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ق رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

<sup>2</sup> (ق.أ.ش.م). الجديد لسنة 2000.

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 الصادر 12 من ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016.

<sup>4</sup> JEAN CRISTOPHE GALLOUX, l'empreinte génétique, la preuve parfaite, J.C.P, 1991, 1.3497, P 13

<sup>5</sup> GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, Lexique des termes juridiques, DaLLoz, Paris, éd22, 2014/2015, p 414.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أي مجموع الخصائص الجينية المميزة لكل فرد والتي تحدد أصله وهويته. وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يحتاج لتحديد معنى (D N A).

لقد عرفها بعض فقهاء القانون أيضا بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء حامض (D N A) التي تحتوي عليه خلايا جسده".<sup>1</sup>

لقد تم تعريف البصمة الوراثية في اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين بأنها: "البصمة الوراثية" هي البنية الوراثية التي ينفرد بها كل شخص عن غيره، والتي تمكننا من التحقق من الشخصية والوالدية".<sup>2</sup>

هذا وقد حاول بعض فقهاء القانون المصريين تعريف البصمة الوراثية بأنها: "المادة الحاملة للعوامل الوراثية والحينات في الكائنات الحية".<sup>3</sup>

ومع ذلك فإنه يؤخذ على هذه التعاريف القانونية بما فيها التشريع الجزائري، إهمالها لذكر مصادقية نتائجها التي تقترب من اليقين، وهذا هو أهم عنصر في التعريف القانوني للبصمة الوراثية الذي يجعل القضاء يأخذ بها، وكذلك إهمالها لدورها عن كشفها في الأسباب المؤدية للأمراض الوراثية.<sup>4</sup>

### ثانيا: التفرقة بين البصمة الوراثية والبصمات الجسدية الأخرى.

لما كانت البصمة الوراثية وسيلة إثبات قاطعة، وتناولتها النظم القانونية في بعض الدول، إلا أن بحوث العلماء لم تتوقف عند البصمة الوراثية، بل تجاوزت ذلك، حيث تم اكتشاف أنواع أخرى من البصمات.<sup>5</sup> لذلك كان لابد علينا أن نبين أنواع البصمات الجسدية الأخرى، ثم نقارن بينها وبين البصمة الوراثية.

#### 1- أنواع البصمات الجسدية الأخرى.

بالرغم من اشتراك البشر في وحدة الخلق ووحدة التركيب، إلا أنه لا يمكن أن يتشابه اثنان منهم ويتطابقا تطابقا تاما في جميع بصمات الجسم، لذلك سنحاول ذكر أهم أنواع البصمات الجسدية، ودور كل منها في تحقيق هوية الأفراد.

<sup>1</sup> إبراهيم محمد أبو الوفاء، نفس المرجع، ص 6، 5.

<sup>2</sup> اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين، البصمة الوراثية (D.N.A) في الإثبات، يومي 09-10 أبريل 2008، البصمة الوراثية (D.N.A) في الإثبات.

<sup>3</sup> إبراهيم محمد أبو الوفاء، نفس المرجع، ص 6، 5.

<sup>4</sup> لهذا يرى الفقيه الفرنسي ماير أنه لكي نصف مصطلحا في القانون، لابد أن نبحث عن الطبيعة الخاصة به، أوبجوهره وهذا ما يسميه الفقهاء الدوليون التعرف على المصطلحات بشمولية أكثر، والبصمة الوراثية لا تستثنى من هذه القاعدة.

Mayer, Droit international privé, édition Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd, Pari, 1991, p151.

<sup>5</sup> عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، ط1، 2006، القاهرة، ص 77.



أ- بصمة الأصابع. (البنان)<sup>1</sup>.

تتكون بصمة الأصابع من مجموعة من الخطوط البارزة في بشرة الجلد وفراغات بين هذه الخطوط تعرف بالأخاديد أو الوديان، تتمدد هذه الخطوط وتتولى وتتفرع عنها فروع لتأخذ في النهاية - وفي كل شخص - شكلاً مميزاً، وهذه الخطوط تترك أثرها على كل جسم تلمسه وعلى الأسطح الملساء بشكل خاص، لذلك هي تستخدم في كشف هوية الشخص أو التأكد منها<sup>2</sup>. وهي لا تشابه على الإطلاق، فلا يوجد شخصين في العالم لهما نفس البصمة، كما أن بصمة الأصابع لا يمكن أن تتطابق حتى بالنسبة للتوائم، من الممكن أن تكون متشابهة جداً عند النظر إليها بالعين المجردة، ولكن هذا لا يعني تطابقهما تماماً<sup>3</sup>. كما أنها لا تتغير بعد موت الإنسان، فهي تظل مميزة وثابتة، وبذلك فهي تعد دليلاً قاطعاً ومميزاً لشخصية الإنسان، ومعمول بها في كل دول العالم، ويعتمد عليها القائمون على تحقيق القضايا الجنائية لكشف المجرمين<sup>4</sup>.

ب- بصمة العرق الرائحة<sup>5</sup>.

لقد أمكن تحليل عرق الأشخاص بواسطة التحليل الطيفي للتعرف على عناصره، لأن العرق اكتشف أن لكل شخص بصمة عرق خاصة تميزه، وتعتبر رائحة العرق أحد الشواهد في مكان الجريمة، لهذا تستخدم الكلاب البوليسية في شمها والتعرف على المجرم من رائحته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول العلماء : لقد ذكر الله البنان ليلفتنا إلى عظيم قدرته، حيث أودع سرا عجبيا في أطراف الأصابع، فيقول الله تعالى: {بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نَسُوِّيَ بَنَانَهُ} سورة القيامة . الآية 04. والمراد بتسوية البنان في الآية الكريمة، هو التفرد بين البشر في بصمات الأصابع، يقول الصابوني في مؤلفه " صفوة التفاسير" في بيان معنى الآية : " أي بلى نجمعها ونحن قادرون على أن نعيد أطراف أصابعه التي هي أصغر أعضائه وأدقها أجزاء وألطفها التماما، فكيف يكبار العظام ؟ وإنما ذكر الله البنان وهي رؤوس الأصابع، لما فيها من غرابة الوضع ودقة الصنع، لأن الخطوط والتجاويف الدقيقة التي في أطراف أصابع إنسان لا تماثلها خطوط أخرى في أصابع شخص آخر على وجه الأرض، ولذلك يعتمدون على بصمات الأصابع في تحقيق شخصية الإنسان في هذا العصر". محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، 3م، دار القرآن الكريم، بيروت، لبنان، ط4، 484، 1981.

<sup>2</sup> محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، د.ط، سنة 2010، ص58.

<sup>3</sup> نمذجة نظام برمجي لحكومة إلكترونية مع التطبيق على بصمة الأصابع، المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر، ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزيتونة الأردنية، 23-26 أبريل 2012، الأردن.

<sup>4</sup> فاطمة نبيهة يوسف أبو عياش، بحث تحت عنوان " البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي" جامعة القدس، نفس المرجع، ص07. أسامة محمد الصغير، البصمات ووسائل فحصها وحجبتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر القانوني، د.ط، سنة 2005، ص22.

<sup>5</sup> لقد أشار القرآن الكريم إلى بصمة العرق (الرائحة) وذلك في قوله تعالى: {وَلَمَّا فَصَلَتِ الْعِيرُ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لَأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ أَوْلَىٰ أَنْ تُقَدِّدُونَ} يوسف، الآية 94. ففي الآية تأكيد لبصمة سيدنا يوسف عليه السلام التي تميزه عن كل البشر حيث عرف الأب نبي الله يعقوب عليه السلام سيدنا يوسف عليه السلام من رائحته عرقه على الثوب الذي أرسله له يوسف عليه السلام حيث قال: {أَذْهَبُوا بِمِصْبِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيرًا وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ}. سورة يوسف، الآية 93.

<sup>6</sup> عبد الجبار محمود السمراني، الرائحة والبصمة الكيماوية، م الشرطة، ع 369، السنة 31، الإمارات العربية المتحدة سبتمبر، 2001، ص33، 32. دليل جنائي، مقال منشور 2017/11/17 على الموقع <https://ar.wikipedia-org>.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

قام الدكتور "سيفاني شاكرز" بجامعة كلاركسون بتطوير جزء إضافي يلحق ببرامج قراءة البصمات، ومهمته اكتشاف بصمة العرق من خلال تتبع مسار الرشح عند قراءة صور بصمات الأصابع وهو ما لا يحدث في أصابع الموتى.<sup>1</sup>

### ج- بصمة الشفاه.

هي بصمة مميزة، كونه لا يتفق فيها إثنان في العالم، ويتم أخذها بواسطة جهاز بداخله حبر غير مرئي، بحيث يضغط بالجهاز على شفاه الشخص بعد وضع ورقة من النوع الحساس فتطبع عليها بصمة الشفاه، كما تؤخذ بصمة الشفاه عن عقب السجارة.<sup>2</sup>

### د- بصمات الصوت.

بصمات الصوت كالبصمات الأخرى، لا تتطابق، وتختلف من فرد لآخر، وهي من الوسائل الحديثة التي يمكن من خلالها تحديد هوية الشخص، فكل شخص يولد بصوت ينفرد عن غيره.<sup>3</sup> والصوت هو عبارة عن اهتزازات للأوتار الصوتية في الحنجرة بفعل هواء الزفير، تشترك تسع غضاريف صغيرة تحيط باللسان والشفاه ليخرجوا معا نبرة صوتية مميزة للإنسان.<sup>4</sup>

لقد أسست في الولايات المتحدة الأمريكية جهات معروفة تهتم بالدراسات والأبحاث في مجال بصمة الصوت أهمها، الجمعية الدولية للتعرف على الشخصية عن طريق بصمة الصوت التي تأسست 1972 في ولاية ميامي، ومعهد التعرف على الأصوات بولاية نيوجرسي، وشركة بيل الأمريكية للهاتف التي تملك أكبر المعالم للدراسات الصوتية.<sup>5</sup> وتستخدم الدول الأوروبية بصمة الصوت في البنوك، بحيث يحدد لكل عميل خزائن خاصة، تعتمد على جهاز لتحليل الصوت، إذ لا تفتح هذه

<sup>1</sup> لغة العصر، الكمبيوتر والألعاب، جريدة الأهرام، 17 ذي الحجة 1426هـ الموافق ل17 يناير 2006، ع43506، ص23. حسين محمد علي، الجريمة و أساليب البحث الجنائي، دار المعرفة القاهرة، ط2، سنة1996. ص319. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص146.

<sup>2</sup> من القضايا التي استخدمت فيها بصمة الشفاه في مجال الإثبات، عام 1968، عندما أرسل شخصا مجهولا خطابا إلى مدير عام شرطة طوكيو، ويتضمن تهديدا بنسف مقر شرطة العاصمة، ولم يكن من آثار هذا الخطاب سوى آثار شفتين على المظروف من الخارج، وقد تم إرسال المظروف إلى مصلحة الطب الشرعي للأسنان بكلية الطب، بطوكيو، وفي نفس الوقت تم اعتقال عدد من المشتبه فيهم، وبمضاهاة بصمات الشفاه الموجودة على المظروف المرسل ببصمة شفاه أحد المشتبه فيهم فانطبقت تماما. وقد نشرت مجلة الطب الشرعي الصادرة في يونيو 1997 مقالا تحت عنوان "تحقيق ذاتية الشخص عن طريق بصمة الشفاه" يفيد بأنه في سنة 1950 تبين في حادث مرور أن التجاعيد والتشققات في الشفتين لها نفس الخواص الشخصية التي تتمتع بها بصمات الأصابع، وهو نفس الأمر الذي قدره أحد العلماء البرازيليين بالجامعة الفيدرالية عام 1966، أسامة محمد الصغير، نفس المرجع، ص46.

<sup>3</sup> فلقد جعل الله تعالى بصمة لسيدنا سليمان عليه السلام، جعل النملة تتعرف عليه بقدرة الله تعالى، فقال الله تعالى في كتابه الحكيم: {حَتَّىٰ إِذَا تَوَّأَ عَلَىٰ وَادِي النَّعْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّعْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ} سورة النمل، الآية 18. وهذا من بين الإعجاز العلمي في القرآن الكريم.

<sup>4</sup> منصور المعاينة، البصمات والتشريح الجنائي، الدلالات الأمنية والجنائية، م.أ.ق، ع 2200، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر، سنة 2000، محمد عوض أبو النجا، علم البصمات التطبيقي، ط02، الرياض، 1990، ص22.

<sup>5</sup> أحمد عوض غنيم، الجديد في البصمات، م الشرطة، ع338، السنة29، الإمارات العربية المتحدة، فبراير 1999، ص39.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الخرائن إلا ببصمة صوت العميل كما تستخدم بصمة الصوت في الكشف عن المجرمين، إذ تتم عملية المضاهاة بين تسجيل صوت المجرم على شريط وتسجيل صوت المشتبه فيه على شريط آخر، ثم يتم فحص كل تسجيل باستخدام جهاز التخطيط التحليلي للصوت.<sup>1</sup>

### و- بصمة الأسنان.

تعتبر بصمة الأسنان حسب باحثو "الأندوثولوجي" الذين يدرسون الطب الشرعي أن لهذه الأخيرة بصمة تقوم بناء على الأوضاع الترابطية للأسنان وحجم كل سن ومساحته، وكذا المسافات البينية بين كل سن وآخر، والبروزات الظاهرة لها على حافتها وحافة الأخاديد والمتمثلة في الثلمات الموجودة على الأسنان الأمامية والخلفية، بالإضافة إلى شكل القواطع الأمامية والجانبية والأنياب وطول كل منها وشكل الأسنان الخلفية وحالتها الصحية إن كانت مسوسة أو سليمة وعدد هذه الأسنان.<sup>2</sup>

ويرجع تاريخ استخدام الأسنان في مجال الإثبات إلى سنة 1878م، في حادثة حريق وقع بدار الأوبرا بفيينا، حيث كان للأسنان دور في التعرف على الجثث المحروقة.<sup>3</sup>

### هـ- بصمة الأقدام.

يقصد بها الانطباعات التي تتركها الأقدام وهي عارية من كل لباس وغير محتذية والناجم من جلد باطن القدم، ولم ينتفع بأثر القدم كبصمة لها شكل هندسي معين كونه من خطوط حلمية يتم الحصول عليها بطرق فنية وعلمية إلا في العصر الحديث في منتصف القرن التاسع عشر في أوربا.<sup>4</sup> ولم تحظ بصمات الأقدام بالاهتمام الذي حظيت به بصمات الأصابع في مجال الإثبات وهوية الأفراد والتعرف على المجرمين، ويرجع ذلك إلى نذرة وجودها في مكان الجريمة، إذ أن معظم ما يوجد من آثار أقدام تكون لطبعات أحذية.<sup>5</sup>

### و- بصمة الأذن.

هي عبارة عن الشكل الخارجي لصوان الأذن، الجزء المكشوف من الأذن أو الأذن الخارجية، والتي تتميز بأنها فريدة ومميزة لكل إنسان ولا يتشابه فيها إثنان من البشر. وهي لا تتغير منذ ولادة الإنسان

<sup>1</sup> بحث منشور على الموقع : [www.shaimaatalla.com](http://www.shaimaatalla.com)

<sup>2</sup> La médecine médico légale, <http://www.médecine.médico.légale.com>, p01.

<sup>3</sup> رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجين البشري، دار النهضة العربية 1998، ص174، مقتبس عن حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص192.

<sup>4</sup> طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، سنة 2011، ص162.

<sup>5</sup> تعتبر بصمات الأقدام أكثر قدما وتجدر في التاريخ، حيث ترجع إلى زمن قص الأثر عند العرب القدامى والذي لا يزال معمولا به إلى اليوم، وهذا لأن هؤلاء العرب ينشئون منذ صغرهم في الصحاري يرعون الغنم والإبل، وعند ضياعها يتعقبونها ويسترشدون عن مكانها بآثار الأقدام، ثم تدريبوا على التفرقة بين مختلف آثار الأقدام ما إن كان الأثر لإنسان أو حيوان، بل أكثر من ذلك أنه باستطاعتهم التعرف ما إذا كان أثر القدم لرجل أو لامرأة، وما إن كان سليما أو مريضا في إحدى عينيه، أو جزءا من أجزاء جسمه، وما إن كانت المرأة حبلية أم لا، وكان ذلك يتوقف على الخبرة وقوة البصيرة.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

وحتى الممات<sup>1</sup>. وعلاوة على ذلك فإن شكل الأذن قد يختلف حتى لدى الشخص الواحد، وأكثر من ذلك فإن بصمة الأذن اليمنى تختلف عن بصمة الأذن اليسرى في الشخص الواحد.<sup>2</sup> تعتمد بصمة الأذن كوسيلة قاطعة للإثبات على دقة نقل التكوين الكامل للأذن على الورق عن طريق استخدام وسائل التصوير المبتكرة لهذا الغرض، بالإضافة إلى الاستفادة من شكل الخطوط البشرية التي تكون صورة الأذن بحيث يتم قياسها بأسلوب مستحدث في ضوء استخدام العلم في دراسة مقاييس جسم الإنسان<sup>3</sup>. ولقد قام علماء بريطانيون بتطوير نظام حاسوب عام 2004 يسمح بالتعرف على بصمة الأذن، ويعد هذا أول حاسوب في العالم مصمم للتعرف على بصمة الأذن.<sup>4</sup>

ز - بصمة المخ.

تطلق بصمة المخ على التقنية الجديدة التي ابتكرها " لورانس فارويل" والتي يمكن أن يتحدد من خلالها مدى علم المشتبه به بالجريمة، بحيث تعمل تقنية فارويل الجديدة بقياس وتحليل طبيعة النشاط الكهربائي للمخ في أقل من الثانية لدى مواجهة صاحبه بشيء على علم به، فعلى سبيل المثال إذا ما عرض على متهم بالقتل جسم أو شيء لايعرفه سواه من مسرح الجريمة التي ارتكب فيها الجريمة، فإن مخه يسجل على الفور ردة فعل بطريقة لا إرادية، أما الشخص الذي لم يكن في موقع الجريمة فلا يسجل مخه أي ردة فعل. وتسجل التقنية ردود أفعال المخ بواسطة أقطاب كهربائية متصلة بالرأس ترصد نشاط المخ كموجات تظهر على شاشة الجهاز.<sup>5</sup>

ر - البصمة القزحية والشبكية للعين.

تكمن بالتدقيق في التركيبة البيولوجية لقزحية العين وشبكية العين، ويقصد بشبكية العين أنها الطبقة العصبية الحساسة للعين، وتكون الجزء الداخلي لجدار العين، وتغطيها شبكة من الأوعية الدموية. أما قزحية العين فهي مجموعة الثقوب والشقوق التي يتركز بعضها حول حدقة العين، وتختلف من شخص لآخر من حيث العدد والشكل والمسافة بينهما، أيضا تضم بصمة القزحية الصبغات الملونة للقزحية التي تختلف من شخص لآخر حتى ولو أعطيت نفس اللون ظاهريا، لأن

<sup>1</sup> بالإضافة إلى بصمة الأصبع، تعرف على سبعة بصمات أخرى للكشف عن هوية الإنسان، مقال منشور على الموقع: <http://www.tazaLLambz.com>. إلهام صالح بن خليفة، دور البصمات والآثار المادية في الإثبات الجنائي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2014، ص87-88.

<sup>2</sup> إلهام صالح بن خليفة، المرجع السابق، ص88، 87.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص135-136.

<sup>4</sup> بالإضافة إلى بصمة الأصبع، تعرف على سبعة بصمات أخرى للكشف عن هوية الإنسان، نفس المرجع.

<sup>5</sup> محافظي محمود، البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2011-2012، ص13.

هناك فروق ودرجات عديدة للون نفسه، وبهذا تتكون بصمة مميزة للعين تختلف من شخص لآخر ولا يمكن أن تتطابق.<sup>1</sup> بل لا تتشابه بصمة العين اليمنى مع بصمة العين اليسرى في الشخص الواحد.<sup>2</sup>

## 2- الاختلاف بين البصمة الوراثية والبصمات الجسدية الأخرى.

من خلال ذكرنا لأنواع البصمات الجسدية، ودور كل منها في تحقيق هوية الأفراد، فإنه يتضح لنا أن هناك أوجه اختلاف واضحة بينها وبين البصمة الوراثية، وتتمثل هذه الاختلافات في ما يلي:

### أ- الإختلاف في الوظيفة.

رغم اتفاق البصمة الوراثية مع بصمات الجسد البارزة في مجال تحقيق هوية الأفراد والتعرف على المجرمين، إلا أنها تختلف عنها في عدة وظائف هامة وتنفرد بأنشطة كثيرة تتعدم فيها البصمات الأخرى تماما، وذلك كاستخدامها في مسائل إثبات النسب ونفيه، وفي مجال الهجرة والجنسية، والتعرف على المفقودين وضحايا الحروب والحوادث المعتمدة، كما أنها تستخدم في مجالات البحوث العلمية والعلاج وتشخيص الأمراض الوراثية وتحديد الأصول النباتية والحيوانية.

أما بصمات الجسم الأخرى غير الوراثية، فإنها لا تؤدي هذه الوظائف، وهو ما يدل على أن البصمة الوراثية أعظم وأرقى من باقي بصمات الجسم الأخرى.<sup>3</sup>

### ب- الاختلاف في الطبيعة.

تبين لنا فيما سبق أن البصمة الوراثية من طبيعة بيولوجية، وأن بناؤها يقوم على أساس وراثي يستمد من الشخص من أبويه، بينما البصمات الجسدية الأخرى ليست من تلك الطبيعة ولا تتأثر غالبا بالوراثة، وهذا ما أكدته البحوث والدراسات العلمية. ففي عام 1880 توصل عالم الوراثة " فولفار " إلى أنه لا دليل على أن بصمات الأصابع والأقدام وطبقات الشفاه وأشكال الأذن متوارثة، إلا أنه في عام 1891 كتب العالم الإنجليزي الشهير " فرانسيس جالتون " مقالا نشرته مجلة الطبيعة، اعتبر فيه هذا النوع من البصمات يسير حسب طريقة خاصة، وأنها تتأثر بالمؤثرات العضوية الفيزيولوجية، مستنتجا أن هذه البصمات من طبيعة وراثية، إلا أن " فرانسيس جالتون " لم يقدم الأدلة الكافية لإثبات دعواه، ولذا رفض العالم الفرنسي " آدمون لوكار " هذا الاستنتاج، وظل الأمر على هذا النحو، إلى أن حسم العلماء في مؤتمر التاريخ الطبيعي الجنائي للإنسان، الذي قرروا فيه، بعد دراسة عميقة لخمسة أجيال في عائلة واحدة أنه لا أثر للوراثة في بصمات أفراد أصابعها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة أول دولة في العالم تطبق نظام التعرف على الهوية للقادمين إليها والمسافرين من بلدها ببصمة العين في جميع منافذها الجوية والبرية والبحرية.

<sup>2</sup> طارق إبراهيم الدسوقي عطية، نفس المرجع، ص162. محمد نجيب سعد، استخدام التكنولوجيا، بصمة قزحية العين، جريدة الحياة، 02-05-2005، ص01، مقال على الموقع: <http://www.aLLhayat.com>

<sup>3</sup> عبد الهادي مصباح، علم الوراثة يؤكد آدم وحواء من الجنة إلى إفريقيا، الدار، القاهرة، ط1، 1997، ص125، 126.

<sup>4</sup> حسين محمد علي، الجريمة وأساليب البحث الجنائي، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1996، ص319.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ثالثا: الاختلاف في طريقة الإثبات.

تختلف كذلك البصمة الوراثية عن البصمات الجسدية الأخرى من حيث المنهج والطريق المتبع في الإثبات، فالبصمات الجسدية الأخرى تعتمد في إثبات الشخصية على دراسة الأشكال الخارجية لها ومعرفة الفروق فيما بينها. ففي بصمات الأصابع مثلا، فإنه يعتمد على الأشكال المختلفة للخطوط الحلمية البارزة، لتقارن بعد ذلك مع تلك المحفوظة، ليتم بعدها كشف تشابه النقط فيما بين البصمتين، أما البصمة الوراثية، فإنها تعتمد في الإثبات على تحليل جزء أو أكثر من الحمض النووي<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: مراحل ظهور البصمة الوراثية إلى حيز الوجود.

مرت دراسة الإنسان لذاته بعدة مراحل، عرف أولا أن جسمه يتكون من خلايا، وأنه بداخل كل خلية نواة مسؤولة عن حياة الخلية، ثم اكتشف بأن النواة تحتضن الصبغات أو المكروموزومات الست والأربعين 46 كروموزوم، ثم اكتشف بأن الصبغات أو المكروموزومات تقع في شكل شريط مرتب عليه حوالي ثلاثين ألف جين كالخرز على الخيط، ثم اكتشف بأن الجين<sup>2</sup> الواحد يتكون من أربعة عناصر متضافرة، ثم اتحد علماء هذا العصر<sup>3</sup> لدراسة عناصر الجين فيما يسمى بمشروع "الجنيوم البشري العملاق". وسنتحدث عن هذه المراحل بالتفصيل.

أولا: الخلية<sup>4</sup> والنواة.

من الاكتشافات العظيمة التي ساهمت في الدفع نحو اكتشاف البصمة الوراثية اكتشاف الخلية وما تحمله من أسرار عجيبة عن الكائن الحي، هذا الأخير الذي يتكون من وحدات تنبض بالحياة تسمى الخلايا الحية، والتي تشكل وحدة البناء، أو البنية الأساسية التي تتكون منها جميع الكائنات الحية من البكتيريا إلى الإنسان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص154. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة2013، ص85-86. مايينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2014/2015، ص53.

<sup>2</sup> كلمة "جين" كلمة يونانية gronos، وهي تعني الأصل والعرق أو السلالة أو المورثة، كإرم السيد غنيم، الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، ط1، 1418هـ-1998م، ص20.

<sup>3</sup> لقد أعلن علماء هذا العصر صراحة أن ماتوصلوا لمعرفة لا يصل إلا لنسبة 01 بالمائة من أسرار هذا العالم.

<sup>4</sup> عندما تم اختراع المجهر الميكروسكوب في أواخر القرن السادس عشر، تمكن العلماء من معرفة الكثير عن دقائق تركيب تلك الكائنات، وفي عام 1665 وجد روبرت هوك أثناء فحصه لقطاع رقيق من الفلين تحت المجهر أنه يتكون من حبات صغيرة جوفاء أطلق عليها اسم الخلايا. ويعود اكتشاف الخلية حسب العلماء إلى 1660، على يد عالم الأحياء الإنجليزي "hook robert"، الذي رسم صورة لخلايا الطحالب والفلين على شكل وحدات ذات أبعاد تشبه القوالب. الزعيري خالد أحمد، الخلية الجذعية، عالم المعرفة، الكويت، دط، 2008، ص20.

<sup>5</sup> إن بعض المخلوقات، والتي تسمى الكائنات الحية الدنيا مثل البكتيريا، تتكون من خلية واحدة فقط، تقوم بجميع الوظائف الحيوية التي يقوم بها الكائن الحي، مثل التغذية، والهضم، والتنفس، والتكاثر أما الكائنات الحية العليا كالحيوانات الفقارية والإنسان تتكون أجسامها من بلايين الخلايا. عبد القادر الخياط، فريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، المجلد الرابع، الإمارات، 5-7 ماي، 2002، ص1428.

إن الخلية هي أصغر وحدة في تركيب الكائن الحي، يحيط بها غشاء سيتوبلازمي يعطي لها شكلها المميز، ويحفظ مكوناتها المتقلة، ويفصلها عن الخلايا المجاورة كما يتكفل بالتبادل مع الوسط الخارجي<sup>1</sup>. كما تعرف أيضا أنها الوحدة الوظيفية والتركيبية الأساسية للحياة والتي تحتوي على مواد حية محاطة بغشاء. ويمكن تعريفها أيضا: "أنها أصغر جزء من المادة الحية"<sup>2</sup>.

تتكون الخلية من سيتوبلازم محاط بجدار الخلية وتتوسطه النواة، والسيتوبلازم هو الجزء المحيط بالنواة ويحتوي على العديد من التركيبات والجسيمات الصغيرة اللازمة للحياة، وأهم هذه الجسيمات التي تلعب دورا هاما في الوراثة عن طريق الأم هي جسيمات الميتوكوندريا<sup>3</sup>.

تعرف النواة بأنها تركيب كروي تقريبا في وسط الخلية، حيث يحتوي على الكروموزومات التي تتكون بدورها من الحامض النووي الدنا، وتعتبر النواة هي المركز العام في الخلية الذي يسيطر على وظيفة الخلية وينظمها، إذ أن جميع الكائنات الحية ذات الخلايا المتعددة تملك النواة في كل خلية منها، ماعدا كريات الدم الحمراء فهي بغير نواة، فيما عدا بعض الزواحف التي تكون لخلايا الدم الحمراء فيها نواة<sup>4</sup>.

وكل مادة تحتضن المادة الإريثة أو الحصىلة الإريثة بداية من الخواص المشتركة بين البشر جميعهم أو بين السلالات المتقاربة وانتهاء بالتفصيلات التي تختص بالفرد وتميزه بذاته، حيث لايطابقه فرد آخر من الناس منذ بداية الإنسانية وحتى نهايتها، حيث تبين أن لكل شخص في الوجود - ماعدا التوائم المتطابقة- تفرّد بيولوجي خاص به يأخذه من أبويه بالتساوي لحظة الإخصاب، ويمكنه من الاستقلال بنظام وراثي فريد يتميز به عن غيره من بني جنسه<sup>5</sup>.

#### ثانيا: الصبغات<sup>6</sup> أو الكروموزومات داخل النواة وتكاثرها.

اكتشف العلماء أن المادة الوراثية التي تسكن نواة الخلية تشكل خيوطا أوأشرطة ملتفة بشكل لولبي محكم بحيث لو تسنى فردها لكانت خيطا أو شريطا طوله ستة أقدام، وهي عبارة عن أجسام صغيرة

<sup>1</sup> العريض شيخة سالم، الوراثة مالها وما عليها، دار الحرف العربي، ط1، سنة 2003، ص10.  
<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، ط1، 1426هـ-2006م، ص12.

COQUOZ Raphael, COMPTE Jennifer, HALL Diana, HICKS Tacha et TORNI Franco, Preuve par ADN – La génétique au service de la justice, Presse polytechniques et universitaires romandes, 33<sup>ème</sup> éd, 2013, p.01.

<sup>3</sup> سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط1، 2007، ص313.

<sup>4</sup> خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، نفس المرجع، ص14.

<sup>5</sup> سعد الدين مسعد الهاللي، نفس المرجع، ص33.

<sup>6</sup> يطلق على الكروموزومات بالصبغات لأنها تلون عند الصبغ، لأنه بعد أن عرف العلماء شكل الكروموزومات ودرستها قام العلماء بصبغتها ومشاهدتها تحت المجهر، وقد تمكن العلماء من التعرف على هذه الأجسام الصغيرة وترتيبها بحسب تسلسلها ابتداء بالزوج الأول وانتهاء بالزوج الثالث والعشرين.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

جدًا يسميها العلماء بالكروموزومات<sup>1</sup>، وعددها ستة وأربعون 46 كروموزوما، ماعدا الحيوان المنوي والبويضة اللذين يحتويان على 23 كروموزوما فقط، منها 22 كروموزوما جسديا، وكروموزوما واحدا يحدد الجنس.<sup>2</sup>

ثم اكتشف العلماء العلاقة بين عدد الأمراض الوراثية وبين اختلالات تصيب الكروموزوم، وكان أول ما اكتشف الاختلالات في العدد، فإذا زاد كروموزوم واحد على الكروموزومين اللذين يحملان رقما معيناً في سلم الترتيب ينتج عن ذلك مرض كذا من الأمراض الوراثية<sup>3</sup>. وإذا نقص كروموزوم حتى أصبح أحد زوجي الكروموزومات فردا واحداً، فهي أمانة مرض معين<sup>4</sup>. وقد تصاب الكروموزومات بالخلل ليس في عددها نقصاً أو زيادة، وإنما في غياب قطعة صغيرة من أحد الكروموزومات، أو حتى في انقلاب عاليها سافلها، وهو ما يسبب أمراضاً معينة.<sup>5</sup>

### 1- أنواع الكروموزومات داخل النواة.

تنقسم الكروموزومات إلى مجموعتين، تسمى المجموعة الأولى بالكروموزومات الذاتية، وهي اثنان وعشرون زوجاً، تتشابه تشابهاً تاماً في كل من الذكر والأنثى، وهي التي تؤثر في الصفات الجسدية، كالطول والقامة، ولون الشعر، ولون العينين، ولون البشرة، والقابلية للأمراض. والمجموعة الثانية وهي الكروموزومات الجنسية، وعددها زوج واحد وهو مماثل في الأنثى، يسمى كروموزوم X، بينما يختلف هذا الزوج في الذكر حيث يكون فرد منه X وهو مماثل لكروموزوم X الموجود عند الأنثى، والفرد الآخر الأقصر يسمى كروموزوم Y، والكروموزومات الجنسية هي السؤولة عن الصفات الجنسية.<sup>6</sup>

### 2- أنواع الانقسام الخلوي للكروموزومات.

لقد بينت الأبحاث العلمية أن العوامل الوراثية تنتقل من خلية إلى أخرى أثناء الانقسام الخلوي، والذي يتنوع إلى نوعين:

أ- النوع الأول: الانقسام الخيطي أي الفتيلي أو غيرالمباشر: يؤدي هذا النوع إلى إيجاد خلية تماثل الخلية السابقة (الخلية الأم)، وتحتوي نفس عدد الكروموزومات الستة والأربعين وتتميز هذه الخلية

<sup>1</sup> زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 1429- 1430هـ/2008/2009م، ص188.

<sup>2</sup> حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص68

<sup>3</sup> مثل مرض الطفل المغولي، حيث إن سبب هذا المرض هو زيادة كروموزوم في الزوج الثاني والعشرين، فنراه ثلاثة كروموزومات وليس اثنين.

<sup>4</sup> مثل التيرنز، حيث يختفي أحد الكروموزومين المؤنثين.

<sup>5</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص33-34.

<sup>6</sup> MALEK Kamel, Jean Christophe MINO et Karine LACOMBE, Santé publique (Médecine légale, médecine du travail), Editions ESTEM et MED-LINE, Paris, 1996, p.161.



الجسمية باحتوائها على العدد الكامل من المادة الوراثية، ستة وأربعين كروموزوما على عكس الخلايا الجنسية.<sup>1</sup> وهذا النوع من الانقسام الخلوي يحدث في كل خلايا الجسم الإنساني - ماعدا الخلايا الجنسية- أثناء النوم والتئام الجروح وتعويض الفاقد.

**ب- النوع الثاني : الانقسام الاختزالي:** يؤدي هذا النوع إلى إنتاج خلايا مختلفة عن الخلايا الأم، وبه يتم اختزال الكروموزومات الستة والأربعين إلى نصفها، وهو ثلاثة وعشرين كروموزوما، وهذا النوع من الانقسام يحدث أثناء تكوين الأمشاج في كل من خصية الرجل ومبيض الأنثى، ولهذا فإن النواة في كل من البويضة والحيوان المنوي تحتوي العدد النصفى من الكروموزومات، فإذا تم تلقيح البويضة بالحيوان المنوي فإن الخلية الناتجة -أي المخصبة- تكون النواة فيها محتوية للعدد الكامل للكروموزومات، وهو ثلاثة وعشرون زوجا، أي ستة وأربعين فردا.

**ثالثا: اكتشاف الحمض النووي والجينات:(الجينات المنظومة على خيوط الصبغات أو الكروموزومات).**

بعد تطور التقنية في صناعة المجهر، اكتشف العلماء أن شريط أو خيط الصبغات يتكون من سلسلتين من حمض (D N A)<sup>2</sup>، ويسمى بالحامض النووي لتمرّكه في أنوية الخلايا<sup>3</sup>. وهاتان السلسلتان تلتفان على بعضها البعض بشكل حلزوني حول محور واحد وتكونان لولبا مزدوجا على شكل شريط كاسيت طوله 2800كلم، ويترتب على هذا الدنا حوالي ثلاثين ألف جين منظومة كالخرز على الخيط، وهي جزء من هذا الحامض النووي الموجود في الكروموزوم.

والجين أو المجين هو أحد حلقات الشريط الوراثي الذي يحتويه (D N A)<sup>4</sup>. أو هو عبارة عن جزء جزء من الحمض النووي على الكروموزوم، وكل واحد من الكروموزوم يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية، قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريبا، وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان، والطريقة التي يعمل بها، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات.<sup>5</sup>

وفي سنة 1953 كان أول من وضع طراز البصمة الوراثية هما العالمان " جيمس واطسن" و " فرانسيس كريك" حيث أثبتنا أن الجين يتكون من حمض النووي وهو بدوره يتكون من زوجين متكررين من القواعد، كل منهما حمضان أمينيان متعاشقان، لا يتعاشق كل منهما إلا مع وصيفه، وهذه الأربعة

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، نفس المرجع، ص15.  
<sup>2</sup> ثم اكتشاف الحمض النووي لأول مرة عام 1868 من قبل العالم الألماني " فريدريك ميشر" بألمانيا وذلك من الخلايا المتيحة الموجودة في المضادات الجراحية.  
<sup>3</sup> سفيان بن عمر بورقة ، نفس المرجع، ص316.

<sup>4</sup> COQUOZ Raphael, COMPTE Jennifer, HALL Diana, HICKS Tacha et TORNI Franco, op, cit, p.21-22.

<sup>5</sup> عمر بن محمد السبيل، إمام وخطيب المسجد الحرام وعضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة أم القرى، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة، دار الفضيلة، ط1، 1423-2002م، ص10.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

هي في الواقع حروف لغة الحياة، وهذه الأحماض هي: الأدينين، والتايمين، والجوانين، والسيتوسين، وترتبط هذه الأربعة في صورة زوجين على طول الحمض النووي بشكل مرتب ومنتظم.<sup>1</sup>

رابعا: من الجين إلى البصمة الوراثية (مرحلة اكتشاف البصمة الوراثية، الكأس المقدسة).

إن اكتشاف مصطلح البصمة الوراثية كان على يد عالم الوراثة البروفسور "إليك جيفري"<sup>2</sup> أستاذ الوراثة الجزئية في جامعة ليستر بإنجلترا عام 1984، عندما اكتشف وهو يجري فحوصا روتينية لجينات الإنسان تلك المميزات الفريدة لكل شخص بحيث تميزه عن غيره.<sup>3</sup>

فالثابت إذن أن الحمض النووي يبدي تكرارا خاصا بين الناس عند مواقع معينة، ويظهر اختلافا يسمح بالتمييز بين الناس، وحوالي 99,5% من (D N A) يكون متماثل عند كل الناس، وهذا ما يجعلنا كائنات إنسانية، أما 0,5% المتبقية فهي التي تمثل الاختلافات الطفيفة بين الأشخاص، كاختلاف شكل العين والأنف وما إلى ذلك، وهي التي تهتم العلماء في مجال الطب الشرعي والتحقيقات الجنائية، حيث أن هذا الجزء يختلف بدرجة عالية في تكرار الأزواج القاعدية بين الأفراد، وقد استفاد العلماء من خاصية ترتيب القواعد النترو جينية على طول الحمض النووي في إثبات أن لكل شخص حمضا نوويا يختلف عن غيره من الناس، وقد يتشابه بعض الناس في الأنماط الجينية لبعض الجينات، ولكن لا يمكن أن يشترك شخصان في الأنماط الجينية لجميع الكائنات.

ويوجز "إريك لاندر" محاولات العلماء في ذلك حتى توصلوا إلى بصمة الدنا، فيقول: " ثمة تقدمات أساسية تمت في القرن العشرين في دراسة وراثة الإنسان، ووفرت بثبات أدوات جديدة لتحليل عينات الشواهد في القضايا الجنائية ونزاعات البتوة، ثم أدرك علماء الطب الشرعي بسرعة أن الدنا هو محقق الهوية الأخير، فيه كل الخصائص المطلوبة خاصة وأنه يتحمل الظروف السيئة المحيطة كارتفاع درجة الحرارة، حيث يمكن عمل البصمة الوراثية من التلوثات المنوية أو الدموية الجافة والتي

<sup>1</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، 37، خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص22.  
<sup>2</sup> يقول البروفسور " إليك جيفري" مكتشف البصمة الوراثية: "أنه في الساعة التاسعة وخمس دقائق من صباح ذلك اليوم الذي اكتشف فيه البصمة الوراثية، والذي صادف يوم الإثنين من شهر سبتمبر 1984 تغيرت حياتي كلها تماما، لكون مثل هذه اللحظات نادرة في ميدان العلوم، ثم قال: " لقدكنا في ذلك اليوم نتلقى نماذج مختلفة وغير عادية من الحمض النووي من أشخاص مختلفين بما فيهم العاملة الفنية التي تعمل معنا، ومن أبيها وأمها أيضا، ومن مخلوقات غير بشرية أيضا، وكان انطباعي أن النتائج كانت معقدة جدا، لكن على حين غرة اكتشف أننا توصلنا إلى البصمة الوراثية، هذا الاكتشاف الكبير الذي جاء مفاجئا، فتح عصرا جديدا في العلوم والتكنولوجيا، وقام فريق البحث بالتمسك بتطبيق هذا الاكتشاف وأثره على القضايا مثل الجرائم والنسب، وتحديد الأبوة والتوائم، إضافة إلى كل الأمور التي تتعلق بالحفاظ على التنوع الحيوي بالنسبة إلى الفصائل الحيوية النباتية الأخرى للحفاظ على البيئة وصيانتها، وفي تلك الليلة أضافت زوجة البروفسور " إليك جيفري": " تلك الليلة أدركت أن لهذا الإكتشاف بعدا جديدا سياسيا الذي من شأنه تغيير أساليب النزاع فيما يتعلق بهوية المهاجرين، خاصة عندما لا توجد وثائق ثبوتية". وفعلا ما أن جرى حل القضايا الأولى في مختلف هذه القضايا، حتى انفتح الباب على مصراعيه لآلاف القضايا التي شرع مختبر جامعة ليستر في التعامل معها. البروفسور " إليك جيفريك" سهل التعرف على المجرمين وتحديد هوية الأشخاص، مقال منشور بجريدة الشرق الأوسط، مأخوذ من الشبكة العالمية للإنترنت، نقلًا عن حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص72.  
<sup>3</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص37.

مضى عليها وقت طويل، كما يمكن عملها كذلك من بقايا العظام وخصوصا عظام الإنسان وكذلك الشعر والجلد.

هذه هي جزيئات البصمة الوراثية والتي لم تكتشف دفعة واحدة، وإنما جاءت على شكل تطورات علمية اكتشفها العلماء مرحلة مرحلة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: خصائص البصمة الوراثية.

تتمتع البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص التي تجعلها فريدة من نوعها، مقارنة بالأدلة الأخرى، وسنوضح هذه الخصائص فيما يلي.

#### أولاً: خاصية التفرد والتميز.

تعتمد البصمة الوراثية على حقيقة علمية، مؤداها أن لكل شخص بصمة وراثية لا تتفق ولا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص، فالحامض النووي يتميز بحمل الصفات الوراثية الخاصة بكل فرد والتي تبقى ملازمة له مدى حياته، ولا يتشابه فيها إنسان مع آخر - عدا التوائم المتطابقة<sup>2</sup> - فلكل إنسان على وجه الأرض بصمته الوراثية الخاصة به<sup>3</sup>، إذ لا يمكن أن يتشابه (D N A) لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة<sup>4</sup>، ومقارنة مع عدد سكان الأرضية الذي يتجاوز 08 مليار نسمة فإنه يمكن القول بأن نسبة التشابه منعددة تماماً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بعد ذكر مراحل اكتشاف البصمة الوراثية، نستفيد أن الخلية آية، والنواة آية، والكروموزوم آية، والحمض النووي آية، والبصمة الوراثية آية، كل هذه الآيات تؤكد صدق هذا التنبؤ العظيم من كلام رب العالمين. ولو تمعنا أكثر عندما وضَّح الله الأماكن التي سيربهم آياته فيها فقال جل سأنه: {سُنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ} سورة فصلت، الآية 53. أي موضعين الموضوع الأول: موضع علوي وهي الأفاق التي جمع أفق، وهي الناحية من السماء أي آيات السماء والكواكب والنجوم من البرق والعواصف إلى غير ذلك من أقطار السماوات، وأما الموضوع الثاني: فهو في أنفسهم فقد قيل إن أنفسهم تعني حوادث الأرض، ومن بينها جسم الإنسان، وهذا ما ذكره الشوكاني في الفتح. الإمام محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الجامع بين فن الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية بيروت، المجلد الرابع، ص 653.

ويقول الإمام القرطبي في هذا الشأن: " أليس هذا هو الإعجاز العلمي في القرآن والسنة". أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد الثامن، ج 5، ص 244.

<sup>2</sup> La diversité des sequences et la très grande variabilité du nombre de répétition d'un individu à un autre explique qu'à l'exception des vrais jumeaux, il est hautement improbable que deux individus aient la même empreinte. GILLIQUET Véronique, biologie, groupe de boeck, Bruxelles, France, 2009, p 146.

<sup>3</sup> نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية، م.ع.ق.إ، دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ع 9، 2010، ص 201. بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، م العدل، وزارة العدل السعودية، 1429هـ، ص 93.

<sup>4</sup> معرفة البصمة الوراثية للأبوة أو البنوة تصل نسبة نجاحها إلى 99,99% نظرا لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع هذه الصفات الوراثية، ونسبة النجاح في الوصول إلى القرار الصحيح تكون مطمئنة، لأنه في حالة الشك يتم زيادة عدد الأحماض الأمينية ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية.

<sup>5</sup> نبيل رياض سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، م حماة الوطن، الكويت، ع 265، سنة 2004، ص 24. عبلة الكحلوي، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، القاهرة، د.ط، سنة 2010، ص 09.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ولتوضيح ذلك فإن أنسجة الجسم مكونة من خلايا<sup>1</sup>، وكل خلية تحتوي على نواة هي المسؤولة عن حياة الخلية ووظيفتها، كما أن النواة في كل خلية تحمل المادة الوراثية بداية من الخواص التي تجمع بين الجنس البشري وانتهاء بالتفصيلات التي تختص بالفرد ولا يشاركه فيها آخر، منذ خلق الإنسانية إلى انتهاءها<sup>2</sup>.

**ثانيا: خاصية الثبات وعدم التغير.**

أظهرت الدراسات العلمية الحديثة مقدره الحمض النووي (D N A) على تحمل الظروف الجوية السيئة المحيطة، وخصوصا ارتفاع درجة الحرارة حيث يمكن عمل البصمة الوراثية من التلوثات المنوية أو الدموية الجافة، والتي مضى عليها وقت طويل، ويمكن عملها من بقايا العظام، وخصوصا عظام الأسنان، وبجانب أي تلوثات بيولوجية مرفوعة من مكان الحادث مثل الشعر والجلد والدّم والتلوثات المنوية<sup>3</sup>. وهذه الخاصية تعني عند عدم وجود آثار لبصمات الأصابع للمجرمين على مسرح الجريمة<sup>4</sup>.

**ثالثا: خاصية تعدد مصادر استخلاص البصمة الوراثية.**

إن مصادر البصمة الوراثية متعددة، فهي موجودة في كل خلايا الجسم - ما عدا كريات الدم الحمراء لأنها ليس لها نواة<sup>5</sup> كما رأينا-. ولها تباين عظيم، فالبصمة من خلايا كريات الدم البيضاء مثلا متطابقة أيضا مع أي خلية في أي جزء آخر من الجسم مثل الشعر والجلد والعظام، ومتطابقة أيضا مع أي بصمة من أي سائل من سوائل الجسم، مثل اللعاب والسائل المنوي والمخاط. فكل بصمات الخلايا تلك متشابهة، وبذلك يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من عينات الجسم،

<sup>1</sup> توجد في الجسم عشرة ترليونونات أي مليون مليون من الخلايا.  
<sup>2</sup> أحمد هندی، أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية سابقا، طرق الإثبات المعاصرة، فقه العدالة في الإسلام، دراسة في البصمة الوراثية وبصمات الأصابع والصوت والدم والرائحة والإثبات الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منها، ورقة عمل مقدمة لندوة " فقه العصر ومناهج التجديد الديني والفقهي " الذي تنظمه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بسلطنة عمان، الندوة الرابعة عشر ، 5-8 أبريل سنة 2015، ص08.  
<sup>3</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، لوران الإسكندرية، د.ط، ص17.  
<sup>4</sup> من أبرز الجرائم التي تم حسمها بالبصمة الوراثية في هذا المجال، ما حدث في قرية الرعب الإنجليزية ناربرة ، فقد اغتصبت فيها فتاتان بشكل مرعب وقاس، الأولى الصبية ليندا البالغة من العمر 15 عاما والتي اغتصبت في 21 فيفري 1983م وعثر على جنتها مغتصبة ومخنوقة ولا أثر للجاني إلا سائله المنوي، والثانية الصبية دون آشويرت البالغة من العمر 15 عاما، التي اغتصبت بنفس الطريقة في 31 تموز عام 1986م، ولكن اغتصابها تكرر بعد موتها مع جنتها بمنتهى الوحشية، وعندما ذاع صيت اكتشاف " ليك جيفري " مكتشف البصمة الوراثية أرسلت له النيابة عينة من دم المتهم " ريتشارد بكلاند" وعينة من السائل المنوي الذي وجد مختلطا بالجنين، والغريب أن المتهم كان قد اعترف باغتصاب الثانية ولكنه لم يغتصب الأولى، ولكن يبدو أن اعترافه كان نتيجة الضرب والتعذيب وذلك لأن العالم " جيفري" قرر بعد الفحص أن المتهم لم يغتصب أو يقتل أي فتاة منهما، وبدأت أعجب مطاردة في التاريخ حيث أمرت النيابة بأخذ عينات من دم ولعاب كل شباب ورجال القرية والقرى المجاورة حتى تم الوصول إلى القاتل المغتصب الخباز الإنجليزي " كولين بيتشفورك". الذي حكم عليه بالسجن مدى الحياة، وذلك في 23 كانون الثاني 1988.

<sup>5</sup> JEAN CRISTOPHE GALLOUX ,op,cit, p108.

والكمية الكافية تقدر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية<sup>1</sup>. كما أن البصمة الوراثية للشخص لا تتغير ولا تتبدل بمرور العمر، وجزئى (D N A) ثابت إلى حد كبير<sup>2</sup>.

لقد أثبتت البحوث العلمية، أن البصمة الوراثية تظل محتفظة بخاصية الثبات وعدم التغير عند اختلاط المواد البيولوجية لأكثر من شخص، كما يحدث عند أخذ مسحات مهبلية في قضايا الإغتصاب حيث تختلط التلوثات المنوية بالإفرازات المهبلية، وهو ما لا يمكن تحديده بالوسائل التقليدية<sup>3</sup>.

#### رابعاً: خاصية الدقة في النتائج.

إن البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان، وذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن، فقد دلت الأبحاث التجريبية أن نسبة النجاح في دعاوى النفي تصل إلى 100% وفي دعاوى الإثبات تصل إلى 99,99%، وهذا ما يجعلها سيدة الأدلة<sup>4</sup>. كما تظهر بصمة الحمض النووي بشكل واضح على هيئة خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة بين الأفراد، ويمكن تخزين تلك الصورة في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها<sup>5</sup>.

وعلى هذا الأساس بدأت العديد من الدول في إنشاء بنوك لقواعد معلومات تستند على الحمض النووي كأساس للتعريف بجميع مواطنيها، مع إنشاء قسم خاص في البنك للمشتبه بهم في مختلف القضايا ليكون دليلاً يمكن العودة إليه عند حدوث حالة إستباه.

#### خامساً:

تعتبر البصمة الوراثية أحد الأساليب التي تسهم بشكل فعال في مساعدة الضحايا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبدالله إبراهيم نجا، الأسس العلمية لاختبار البصمة الوراثية في القرآن والسنة، بحوث المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، محور الطب وعلوم الحياة، ج2، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، 2011، ص13-14.

<sup>2</sup> نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002، ص231.

<sup>3</sup> أحمد ممدوح حجازي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعين، ص20، منشور على موقع الانترنت.

<sup>4</sup> بديعة ممدوح حجازي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعين، ص20، منشور على موقع الانترنت، يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بكايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص244.

<sup>5</sup> ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، م. ق. ع 08، سنة 2003، ص182.

<sup>6</sup> من أمثلة ذلك مأساة الطائرة المصرية سنة 2000، حيث نشرت الوكالات العالمية خبر عودة رفات 25 جثة من المحيط

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### الفرع الرابع: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

لما كانت البصمة الوراثية تتصف بخاصية الدقة والتعقيد ولها صلة وطيدة بالمقررات الشرعية للنسب، كان لابد على الفقهاء من أن يقوموا بوضع ضوابط وشروط حتى يجوز العمل بها، وذلك من الناحيتين الشرعية والعملية الطبية، ونظرا لقوة العلاقة التي تربط بين الأطباء وفقهاء الشريعة على اعتبار أن الأطباء المختصون هم الضلع المساعد لأهل الشرع في كشف خبايا لادارية لأهل الشرع بها حتى يتسنى لأهل الشرع إصدار أحكامهم الشرعية بناء على أقوال أهل الطب.

### أولا: الضوابط الشرعية والقانونية للعمل بالبصمة الوراثية.

1- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة النبوية الشريفة. فلا شك أنه لا يوجد مانع شرعا ولا قانونا من الإعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب، بل إن ضرورة التطور العلمي تقتضي توظيفها واعتبارها طريق من الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا بهدف الوصول إلى الحقيقة التي يعتمد عليها لإرساء مبادئ العدل والإنصاف الذي يقوم عليها القضاء. وعلى هذا الأساس لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لتعطيل أورد الطرق الشرعية والقانونية<sup>1</sup> التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 40 من (ق أ ج)، كما أنه لا يجوز استعمالها أو التلاعب بها للتشكيك في الزيجات أو الأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين، وذلك بأن توضع آليات دقيقة لمنع الإحتيال والغش.<sup>2</sup>

لقد منع المشرع الجزائري في المادة الثامنة من القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، استعمال البصمة الوراثية لغير الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون، فقد جاء في نص المادة الثامنة مايلي: "يمنع استعمال العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه"<sup>3</sup>. كما يعاقب كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمة الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه. وهذا طبقا للمادة 17 والتي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من سنة إلى (3) سنوات ويغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج، كل من

<sup>1</sup> سيتم تفصيل ذلك في الباب الثاني من هذه الدراسة المعنون ب"مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب".

<sup>2</sup> بن صغير مراد، حجية الصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديثة مع الفقه الإسلامي، دفاثر السياسة والقانون، ع9، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص264.

<sup>3</sup> ق رقم (16-03) المؤرخ في 14 رمضان عام 1437، الموافق ل19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه".

2- أن يكون إجراء البصمة الوراثية بأمر من القاضي، ذلك أن القضاء هو المخول الوحيد للنظر فيما يراه مناسباً من طرق إثبات النسب وهذا ما نصت عليه المادة 40 الفقرة الثانية من (ق أ ج): "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>1</sup>.

ووفقاً لهذا الشرط لا يستطيع أي شخص من تلقاء نفسه أن يطلب إجراء تحليل الحمض النووي بصفة شخصية أو بدون أن تكون هناك دعوى أو إذن من القضاء، ويمنع على الجهة القائمة بأمر التحليل أن تقوم به قبل استفتاء الشروط .

3- يفضل أن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة، وإذا لم يتوفر ذلك يمكن الإستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة<sup>2</sup>، ويمنع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصلحة الخاصة من المتاجرة فيها. وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم (03-16) والتي جاء فيها ما يلي: " تجري التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل المخابر والخبراء المعتمدين طبقاً للتشريع المعمول بهما"<sup>3</sup>. بل يجب فرض عقوبات رادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة وتحطيم دعائها المستقرة، كما يمنع إفساء نتائج اختبارات وتحاليل البصمة الوراثية للغير خارج نطاق الخصومة القضائية، لأن ذلك يرقى إلى درجة الجريمة في التشريع الجزائري، ذلك لأن المادة 255 من القانون رقم (85-05) تنص على أنه: "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على كل من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206-226 من هذا القانون". وقد نصت المادة 18 من القانون رقم (03-16) على معاقبة كل من يفشي نتائج البصمة الوراثية إذ جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج، كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية"<sup>4</sup>.

في هذا الصدد ولتفعيل دور البصمة الوراثية وإعطائها مكانتها، فإننا نرى، أنه يقتضي الأمر إجراء هذا التحليل ضمن الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر من (ق.أ.ج)، والمرسوم

<sup>1</sup> ق رقم (02-05) المؤرخ في (2005/02/27م) المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> فلقد أوصت اللجنة القومية للأخلاقيات في فرنسا بقصر استخدامه على المعامل المتخصصة والمعتمدة رسمياً.

<sup>3</sup> قانون رقم (03-16) المؤرخ في 14 رمضان عام 1437، الموافق ل19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

<sup>4</sup> المرجع السابق.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

التنفيذي رقم 06-154 المرخ في 11/05/2006،<sup>1</sup> بأن لا تقتصر الفحوصات على البحث عن وجود أمراض، أو أمراض جنسية لإثبات لياقة الخاطبين للزواج، بأن تتوسع لإعطاء الإستشارة الوراثية للكشف المبكر عن الأمراض الوراثية أوالحينية، على أن يكون هذا من شروط الفحص الطبي قبل الزواج. ويتم تدوين تحاليل (D N A) مع بيانات الزوجين ضمن وثيقة الزواج.

هكذا نستخلص أن تحليل البصمة الوراثية يعطي النتيجة يقينا بأمانة وفقا للضمانات القانونية والفنية المقررة، ولأمانع من الاعتماد على نتائجها لإثبات النسب بما يتماشى مع مقاصد الشريعة، غير أن الوسائط وما يتخلل مثل هذه العمليات هي من قد يقلل من هذا اليقين أي من سلامة النتيجة ودقتها، وكذلك الأخطاء البشرية كاختلاط العينات الخاضعة للفحص البيولوجي الجيني، أو عدم العناية التامة أو عدم النظافة....إلخ....

4- يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علما وخلقا، وألا يكون حكم عليهم بحكم مغل بالشرف أو الأمانة.

5- أن يستعمل تحاليل البصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه وذلك كلما دعت الضرورة لذلك.

6- ألا تتقدم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية التي نص عليها القانون الخاصة بثبوت النسب في المادة 40 من (ق.أ.ج)، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية والقانونية، إذ يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب في قضايا تتنازع النسب شريطة ثبوت الفراش<sup>2</sup>. فتحليل الحمض النووي الذي يثبت العلاقة البيولوجية الحتمية بين الولد وأبيه، لا يثبت النسب تلقائيا لمجرد هذه العلاقة بالفحوصات الطبية، وإنما يجب ربطها بوجود الفراش الشرعي المبني على العقد الشرعي<sup>3</sup> متى توافرت شروطه الشرعية والقانونية الواردة في المادة 40 فقرة 1، من (ق.أ.ج) والمادة 41، 42، 43.<sup>4</sup> وعليه نقول لايجوز للقاضي الأمر بتحليل الحمض النووي إلا إذا وجد الفراش الشرعي، لأنه لايجوز شرعا ولا قانونا إثبات النسب من غير الفراش.

**ثانيا: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية من الناحية العملية.**

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، الصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، نفس المرجع، ص49.

<sup>3</sup> غرداين خديجة، نظام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مداخلات اليوم الدراسي، "قانون الأسرة الواقع والأفاق"، 27 فبراير، سنة 2017، المركز الجامعي، مغنية، معهد الحقوق والعلوم السيلسية، قسم الحقوق، ص18.

<sup>4</sup> ق رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتتم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.



1- أن تكون المختبرات مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للإستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة.

2- أن يجري إختبار البصمة الوراثية مسلم عدل، لأن قوله شهادة، وشهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم، إلا الوصية في السفر ونحوه. وهناك من استرط أن يكون العاملون على البصمة الوراثية أكثر من خبير قياسا على الشهادة<sup>1</sup>، وهناك من يرى جواز عمل المسلم العدل<sup>2</sup>، قياسا على القيافة، وهو قول الشافعية والظاهرية وأبو ثور الأوزاعي. وهناك من أرجع تعدد الخبراء للقاضي<sup>3</sup>، وهو الرأي الراجح، فمتى رأى القاضي في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة أخذ بخبرته، وإذا ما شك في صحة النتائج فلا حرج من تكرار التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا الذي ورد في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر<sup>4</sup>.

وبذلك فإن المشرع الفرنسي وحرصا منه على نتائج اختبارات البصمة الوراثية، فإنه قصر هذا الإجراء على خبراء معينين وفق شروط يحددها القانون، وفي هذا السياق نصت المادة 06 من القانون رقم 489/71 والمتعلق بالخبراء القضائيين المعدل والمتمم<sup>5</sup> على اشتراط أن يكون الشخص القائم بتحليل البصمة الوراثية مسجلا في القائمة المنصوص عليها في المادة الثانية من ذات القانون، وأن يحصل على ترخيص بذلك بعد استقاء الشروط التي يحددها مرسوم مجلس الدولة. والتي نصت على:

Sont seules habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. Les personnes inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat<sup>6</sup>.

وبصدور المرسوم رقم 109/97 المؤرخ في 06 فبراير 1997 المتضمن شروط اعتماد الأشخاص المؤهلين للقيام بمهام تحديد الهوية عن طريق البصمات الوراثية في إطار الاجراءات القضائية، المعدل والمتمم، فإنه تم تحديد تلك الشروط على النحو التالي:

أن يكون الشخص القائم على تحليل البصمة الوراثية حائزا على اعتماد تمنحه اللجنة المختصة التي أنشأت لهذا الغرض، وهو مانصت عليه المادة الثالثة من هذا المرسوم والتي جاء فيها:

<sup>1</sup> ورجح هذا الرأي، الدكتور محمد الأشقر، والدكتور علي القره داغي، والدكتور فؤاد المنعم، والدكتور حسن الشادلي.  
<sup>2</sup> ورجح هذا الرأي، سعد الدين مسعد الهلالي، والدكتور وهبة الزحيلي.  
<sup>3</sup> ورجح هذا الرأي، عمر بن محمد السبيل والذي قال: "والذي أراه أن الأمر راجع إلى الحاكم الشرعي..." عمر بن محمد السبيل، نفس المرجع، ص36.  
<sup>4</sup> المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 28-29 محرم 1421.  
<sup>5</sup> تم هذا القانون بموجب المادة السادسة من القانون رقم 653/94 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري.  
<sup>6</sup> La Loi N94/635 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, J.O.R.F N175 du 30 juillet 1994.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

« Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de la procédure extra judiciaire d'identification des personnes décédées les personnes physiques ou morales ayant fait l'objet, dans des conditions fixées par les dispositions ci-après, d'un agrément délivré pour une période de cinq ans renouvelable par la commission instituée à l'article 1<sup>er</sup> »<sup>1</sup>

أن يكون مسجلا بهيئة الخبراء لقضائين، وهو مانصت عليه المادة الرابعة من هذا المرسوم، أنه لا يمكن أن يمنح الاعتماد المذكور في المادة الثالثة إلا لأشخاص طبيعية أو معنوية مسجلة على إحدى القوائم المنشأة بموجب المادة الثانية من القانون الصادر في 1971/06/29 المتعلق بالخبراء القضائين، والمادة 157 من قانون الإجراءات الجزائية. والتي نصت على:

« L'agrément prévu à l'article 3 ne pourra être accordé qu'à des personnes physiques ou morales inscrites sur une des listes instituées en vertu de l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 susvisée relative aux experts judiciaires et de l'article 157 du code de procédure pénale .. »<sup>2</sup>

أن يكون القائم على تحليل البصمة الوراثية حائز على المؤهل العلمي المطلوب في التخصصات التي يتطلبها هذا النوع من الاختبارات البيولوجية، مع وجوب أن تكون لهذا الأخير تجارب تطبيقية في مجال البيولوجيا الجزئية<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط وذلك في نص المادة 07 من القانون رقم (16-03) والتي نصت على ما يلي: " تجري التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل المخابر والخبراء المعتمدين طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

لا يجري التحليل الوراثي إلا على المناطق المشفرة دون تحديد الجنس<sup>4</sup>. " إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على دور البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب مثل المشرع الفرنسي.

3- ينبغي ألا يقبل قول الخبير في البصمة الوراثية إذا كان يجر لنفسه نفعا أو يدفع عنها ضررا<sup>5</sup>، وأن يكون ذا خبرة وتجربة بأن يكون مؤهلا واشتهر عنه الإصابة<sup>1</sup>، وألا يكون ذا صلة أو قرابة أو

<sup>1</sup> ART 3 modifié par le décret N°2012/125 du 30/01/2012.J.O.R.F N0026 du 31/01/2012.

<sup>2</sup> Art 4 modifié par le décret N° 2002/931 .DécretN2002/931 du11/06/202,J.O.R.F N 137 du14/06/2002.

<sup>3</sup> هيام اسماعيل السمحاوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د، ط، سنة 2013، ص571، 572. سه ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د، ط، سنة 2010، ص38.

<sup>4</sup> ق رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

<sup>5</sup> محمد الأشقر إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنيوم البشري والعلاج الجيني، الكويت 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ الموافق ل13-15 أكتوبر 1997، ج 1، 458، نقلا عن خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص51.

عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، وهذا حسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر<sup>2</sup>.

4- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرصاً على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة<sup>3</sup>.

#### الفرع الخامس: مجالات استخدام البصمة الوراثية.

تؤدي البصمة الوراثية دوراً هاماً وبارزاً في شتى نواحي الحياة الاجتماعية، وذلك بفضل ما تتطلى به هذه التقنية من خصائص ومميزات بالإضافة إلى مصداقيتها في مجال البحث عن الدليل، لذلك يرى المختصون في المجال الطبي أنه يمكن استخدام البصمة الوراثية في ميادين كثيرة ومتنوعة، أهمها مجال النسب والمجال الجنائي والمجال الطبي<sup>5</sup>.

#### أولاً: استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.

لقد لعبت البصمة الوراثية دوراً كبيراً في حسم المنازعات في مسألة النسب، فأصبح الاعتماد على هذه التقنية التي تفوقت على غيرها من الطرق العلمية في مجال إثبات النسب<sup>6</sup>. والمقصود بهذا النسب هو الذي يعلم فيه من هو صاحب الفراش، وذلك لوجود علة أوسبب كضياع أو فقدان أو كوارث، ويتميز هذا النسب في أغلبيته بالإثبات وليس بالنفي، وصور هذا النوع من النسب هي :

1- الصورة الأولى: تنازع الإثنتين في الولد: قد يكون المتنازعان على الولد رجلين، أو رجل وامرأة، أو امرأتين، وهذه الصورة لها عدة حالات وهي كالآتي:

#### أ- عند الإشتباه في اختلاط المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2013، ص138.

<sup>2</sup> من توصيات الحلقة النقاشية لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1422هـ/2002م، مكة المكرمة.

<sup>3</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، القانون شامل، بحث منشور على الموقع، [droit.7.blogspot.com](http://droit.7.blogspot.com) دون ذكر صاحب البحث. علي القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مالمجمع الفقهي الإسلامي، ع16، سنة 2003، ص63-64.

<sup>4</sup> إن اكتشاف القوانين المتعلقة بالوراثة ومعرفة ترتيب عناصرها المشتركة والخاصة ومعرفة كيفية الاستفادة منها مما هياه الله للبشر من العلم في هذا الزمان، كما قال الله تعالى: { وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ } سورة البقرة الآية، 255.

<sup>5</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص67.

<sup>6</sup> SCHORNE Deborah, *Enfant de qu ? procréation assistée et filiation en Suisse et au Québec*, thèse pour l'obtention du grade de maitre en Droit- option biotechnologie, facultés des études supérieures de Montréal, 2007, p27.

<sup>7</sup> بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، م.م.ع، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ع01، السنة 2012، ص34.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

قد يحدث ذلك بفعل معتمد في بعض القابلات لغرض ما، أو يتم بطريق الخطأ، أو نتيجة إهمال، أو حصول أمر طارئ في المستشفى كالحريق وغيره. و في هذه الحالات يصعب على الأمهات التمييز بين الإبن والأجنبي، فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل وإحاقه بوالديه<sup>1</sup>.

### ب- إختطاف الأطفال.

كما لوقام شخص باختطاف ولد من آخر ثم تنبأه على أنه أب، ثم بعد فترة من الزمن علم الأب الحقيقي بوجود ولده في مكان ما، ثم خاصم الخاطف للولد، ورفع الأمر أمام القاضي، ولم تكن لأي منهما بينة، ففي هذه الحالة يتم استخدام تقنية البصمة الوراثية لمعرفة الأب الحقيقي<sup>2</sup>.

### ج- عند الإشتباه في أطفال الأنابيب.

قد يحدث ذلك في مراكز التلقيح الإصطناعي إما عمداً، أو عن طريق الخطأ، كأن يقوم الطبيب أو مساعده بتلقيح بويضة امرأة في حاجة إلى التلقيح الإصطناعي بماء يظنه ماء زوجها ، وهذا العمل ينتج عن ثلاثة حالات:

- 1- أن تكون المرأة الملقحة حاملة لجنين مخلوق من بويضتها وماء زوجها مع عدم التأكد.
  - 2- أن تكون المرأة الملقحة حاملة لجنين مخلوق من بويضتها وماء رجل أجنبي عنها.
  - 3- أن تكون المرأة الملقحة حاملة لجنين مخلوق من ماء زوجها ولبويضة امرأة أخرى غيرها.
- وفي هذه الحالة يمكن الإستعانة بتقنية البصمة الوراثية لمعرفة نسب الطفل وإحاقه بوالديه<sup>3</sup>. لذلك يلزم على هذه المراكز اتخاذ الإحتياطات الأزمة لمنع حدوث أي اختلاط في العينات، لأن ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب وإحاق الضرر.

### د- ماكان سبب التنازع فيه يرجع إلى انتفاء أدلة الإثبات الشرعية أو تساويها، أو تعارضها.

أي ماكان فقهاء الشريعة يحكمون فيه بالقيافة، وذلك في الحالات التالية:

<sup>1</sup> حبة عفاف، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، م المنتدى القانوني، م دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، 4ع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص69.

<sup>2</sup> وفي هذا الصدد نذكر القضية التي وقعت في السودان عام 1950، عندما قام أحد الرحالة البدو بالسودان باختطاف بنت صغيرة من مدينة أم درمان، وفرّ هارباً في الصحراء حيث يقيم في البادية، وبعد مضي عدة سنوات قام بالدخول بالبنت إلى المدينة فرآها أحد أقاربها وأخبر والدها، حينها تنازع والد البنت مع المختطف أمام القاضي الشرعي، فلم يجد القاضي ما يرجح به الأدلة لكل من الطرفين، ونظراً لأنه لا توجد أدلة أو أوراق ثبوتية فاحتكم القاضي الشرعي إلى القيافة عن طريق قانقين أثبتوا خلالها أن البنت هي للأب الحقيقي الشاكي وليس للمختطف، وتم إحالة المتهم إلى محكمة الجنايات، حيث اعترف المتهم بأن البنت ليست ابنته وأنه قام بخطفها . خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص71.

<sup>3</sup> عائشة إبراهيم المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية ، غزة، 1433هـ-2012م، ص81. أمرق عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب إثبات النسب، دار النهضة العربية ، مصر، ط 1، 2006 ، ص106.

1- في حالة نسب الولد الناتج عن الوطئ بشبهة، أو من النكاح الفاسد، أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها ثم ولدت فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني الحالي، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الأب الحقيقي ونسب الولد إليه. وقدما كان يحتكم في هذه الحالة إلى إجراء القرعة<sup>1</sup> أو عرض الولد على القائف<sup>2</sup> ليقرر أي الوطنيين أحق بالنسب.<sup>3</sup>

2- في حالة الإغتصاب والإستكراه لامرأة متزوجة. وقد ولدت مولودا وشك زوجها في نسبه إليه، فيمكن هنا أن يعرض الأمر على البصمة الوراثية لتحديد الوالد لهذا المولود، وقد كان فقهاء الشريعة في هذه الحالة يحتكمون إلى القائف.

3- عند الشك في أن الحمل قد جاء في غير المدة المعتبرة شرعا، كأن يطلق الرجل زوجته ثم تلد ولدا، فيدعي الزوج أن الولد ليس منه، لأنه ولد في غير المدة المعتبرة شرعا.<sup>4</sup> وتتفي الزوجة ذلك، وحينئذ يمكن الاحتكام للبصمة الوراثية لتحديد أن الولد من الزوج أو من غيره، وبذلك ينتهي النزاع. وكذلك إذا ادعى الزوج أن الحمل قد حدث قبل زواجه من المرأة، أي أن الحمل ليس منه، وغير ذلك من صور الاختلاف بين الزوجين.<sup>5</sup>

4- أن يلحق شخص طفلا لقيطا أو ضائعا. فلقد اجتهد الفقهاء في إلحاق اللقيط بمن يدعيه، إذا تحققت شروط الإقرار بالنسب، فإن أقر رجلان أو أكثر بنسب هذا اللقيط قدم صاحب البينة، فإن أقام كل واحد بينة فقد تعارضت، وكذلك إن لم تكن لأي منهما بينة، ففي هتين الحالتين اختلف الفقهاء على رأيين، الرأي الأول وهو رأي الجمهور والذي يرى عرضه على القافة، الرأي الثاني وهو رأي الحنفية والذي يرى أن يحكم بالولد للمتازعين معا لأن ليس أحدهما أولى على الآخر.<sup>6</sup>

في هذه الحالة يرى الفقهاء المعاصرون أنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الحقيقة ونسب الطفل للأب الحقيقي، بل إن ماتت بته البصمة الوراثية حجة مقبولة ملزمة، إذا توافرت الشروط المطلوبة، وبذلك تسهم البصمة الوراثية في حل مشكلة اللقيط ومجهول النسب.<sup>7</sup>

## 2- الصورة الثانية: معرفة الجثث المتفحمة عن طريق "الإستعراف".

<sup>1</sup> القرعة هي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله، إذا لم يكن تعيينه بحجة.

<sup>2</sup> سيتم التفصيل في موضوع القيافة في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1989، ج17، ص181. محمد الخطيب الشريني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 2006.

<sup>4</sup> فقد أجمع الفقهاء (المذاهب الأربعة) على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وسيتم تفصيل ذلك لاحقا في الباب الثاني من هذه الدراسة.

<sup>5</sup> عائشة إبراهيم المقادمة، نفس المرجع، ص83.

<sup>6</sup> كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الفكر، م4، دط، لبنان ص113.

<sup>7</sup> بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، نفس المرجع، ص34.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

يعرف بأنه مجموعة من العلامات والأوصاف والمميزات التي تميز شخصا معينا عن سواه مدى الحياة، وقد يمتد العمل بالإستعراف إلى الموتى في حالات التغيرات والتشوهات وعند تقطيع أوصال الجثة إذا كانت أشلاء الجثة غير متكاملة، فهنا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية للتعرف على هوية الجثث<sup>1</sup>.

### 3- الصورة الثالثة: دعاوى الهجرة والجنسية.

هذا الأمر شائع في كثير من الدول كالإمارات والمملكة السعودية وإنجلترا ، التي استخدمت تقنية البصمة الوراثية في جرائم تزوير أوراق الهجرة لإدخال شخص لا يمت بأي صلة قرابة للمقيم في دولة المهجر على أنه من أقاربه، وأيضا حالات الإنتساب للأشخاص الميتين. ونخلص في هذا النوع من النسب أن استعمال البصمة الوراثية في نسب من تجهل هويته، غالبا ما يتم عن طريق القضاء نظرا لوجود خصومة أمام القاضي، وبعض الحالات التي تتكفل الشرطة بإجراء تحاليل الحمض النووي.

### ثانيا: في المجال الجنائي.

يتم استخدام البصمة الوراثية في مجال القانون الجنائي في أنواع متعددة من الجرائم منها.

#### 1- جرائم القتل.

تعتبر جرائم القتل والجرح من أهم المجالات التي تستخدم فيها تقنية البصمة الوراثية في حال وجود أي آثار للجاني على مسرح الجريمة، وكذلك الجرائم الإنتحارية. ولتسهيل التعامل مع هذه القضايا أصبحت الدول الأوروبية تستخدم أرشيف من الملفات الخاصة بالمواليد، يتم فيه أخذ البصمة الوراثية لكل مولود حديث والاحتفاظ بها للرجوع إليها في أي وقت، وعند العثور على الجثة سواء أكانت محترمة أم مدفونة في الأرض من مدة ومتحللة، فيمكن الحصول منها على عينات للحمض النووي عن طريق الخلايا الموجودة بالعظام مثلا، واستخلاص وتحليل هذه الخلايا بهذه التقنية والحصول على نتائج البصمة الوراثية ومقارنتها بالدليل الموجود بملفات المواليد. وغالبية الدول تستخدم هذه التقنية في هذا وخصوصا إنجلترا<sup>2</sup>.

#### 2- جرائم العرض.

تستعمل تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن جرائم العرض بأنواعها كاللواط والزنا والاعتصاب وهتك العرض المصاحب لجرح خلف عينة أو أثرا، وكل فعل ارتبط بجناية أو جنحة في قضايا

<sup>1</sup> ومثال ذلك ما حدث في قطار أسوان الذي راح ضحيته فرابة الألف جثة لا صورة لها ولا مظهر لها ولا خيط يربط الجثة بذويها، فتم اختبار الحمض النووي لهذه البقايا الأدمية ومقارنتها مع أبناء المتوفين وأبائهم وذويهم. لمياء فتحي عوض، البصمة الوراثية للحمض النووي كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، الدورة الثانية والأربعون، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، القاهرة، سنة 2001، ص15.

<sup>2</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص352.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

العرض تركت آثارا أو عينات مفيدة للتحليل البيولوجي، وكل حادثة تركت أثرا أو سائلا أو عينة من المتهم على المجني عليه، ويمكن الاستفادة منها في تحليل البصمة الوراثية.<sup>1</sup> لقد سلّمت معظم المحاكم في مختلف البلدان بقيمة البصمة الوراثية واعتمدت على نتائجها في المجال الجنائي، ولم يقتصر الأمر فقط على محاكم الدول الغربية وغيرها من الدول المتقدمة، بل تعدى ذلك إلى الكثير من محاكم الدول العربية والإسلامية مثل الجزائر<sup>2</sup>، ومصر<sup>3</sup> وبذلك تكون البصمة الوراثية قد أثبتت فاعليتها منذ بدء استخدامها، فقد ساهمت في القبض على الكثير من المتهمين<sup>4</sup>.

إن هذه الدقة التي تقدمها البصمة الوراثية جعلت التشريعات الوضعية تأخذ بها في مجال النسب وأقرتها بنصوص خاصة<sup>5</sup>.

### ثالثا: في المجال الطبي.

لما كان الحامض النووي (D N A) لأي كائن حي عبارة عن بصمة لا تتكرر في أي خلية أخرى لأي كائن حي آخر، فقد أمكن استخدام هذا التمييز في تسلسل الحامض النووي واختلافه من كائن إلى آخر في الكشف عن الحامض النووي للميكروب المسبب للأمراض المعدية، سواء كان بكتيريا، أو فيروسا، أم طفيلا أم فطرا<sup>6</sup>.

وقد تمكن العلماء من خلال معرفتهم بالتركيب الجيني للحامض النووي للمكروب من صنع ما يسمى بالمجس أو "probe" والذي يمكن من خلاله الكشف عن الحمض النووي للمكروب المسبب للأمراض.

<sup>1</sup> حبة عفاف، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، م المنتدى القانونية، م دورية علمية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع4، ص69. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص67.

<sup>2</sup> أعلن مدير الشرطة القضائية بالمديرية العامة للأمن الوطني أنه سيتم إنشاء بطاقة آلية للتعرف على الهويات من خلال البصمة الوراثية، وأضاف أن المختبر المتخصص في تحليل البصمة الوراثية للمديرية العامة للأمن، الذي أنشئ سنة 2004، عالج 3500 قضية تتعلق بالبصمات الوراثية وردت في مختلف مصالح الأمن والعدالة ما سمح بحل 80% من قضايا تتعلق بالإجرام العنيف والعادي وكذا الإرهاب والتعرف على ضحايا الكوارث، وتحديد علاقات النسب في الإطار الجنائي والمدني. الشرطة تنجح في حل 80% من قضايا الجرائم والإرهاب بالبصمة الوراثية، جريدة الخبر الجزائرية، ع الصار بتاريخ 2010/10/27، م.

<sup>3</sup> لقد استقرت محكمة النقض المصرية في أن القرائن الفعلية أو القضائية، تعتبر دليلا كاملا يجوز للقاضي أن يستمد قناعته منها للحكم بالإدانة، ومن أحكامها في هذا المجال: "أن القرائن من طرق الإثبات الأصلية في المواد الجنائية، فللقاضي أن يعتمد عليها دون غيرها، ولا يصلح الاعتراض على الرأي المستخلص منها". وبهذا يتبين أن قضاء النقض المصري لا يتقيد لإثبات الإدانة بنوع معين من الأدلة، بل يكفي في الدليل المادي الذي تقوم عليه المحكمة في الحكم بالإدانة أن يؤدي إلى الحقيقة، سواء كان مباشرا كالإعتراف وشهادة الشهود أو غير مباشر كالبصمات الوراثية وسائر القرائن الفعلية.

<sup>4</sup> فواز صالح، دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية، م جامعة العلوم القانونية والإقتصادية، ديمشق، سنة 2007، م 23، ع 1، ص318.

<sup>5</sup> سيتم تفصيل ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>6</sup> ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، م.ش.ق، جويلية، 2005، ع18، سنة 2003، ص183-184.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

من خلال معرفة التركيب الجيني للجزئ المعدي في الفيروس، أو البكتيريا، أو غير ذلك من الكائنات المعدية، تمكن العلماء من خلال تطعيم أمصال تحتوي على نفس هذا التسلسل من الحامض النووي للجزئ المعدي من خلال علم الهندسة الوراثية، مثل التطعيم ضد فيروس الالتهاب الكبدي الوبائي D. وقد امتدت تطبيقات البصمة الوراثية في المجال الطبي لتشمل أنواع كثيرة في مجال العلاج الطبي، مثل التعرف على نوعية الخلايا المطلوب زراعتها، وتحليل الأورام، وزراعة الأنسجة.<sup>1</sup> مما تقدم يظهر أن استخدام البصمة الوراثية واسع لاحصر له، حيث يستعان بها كذلك إلى جانب ما سبق بيانه، في اختبار سبب الموت المفاجئ، ودراسة الأجناس وغيرها.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: نظام فحص الدم.

الدم هو أساس الحياة، تتم من خلاله كافة العمليات الحيوية التي يحتاجها الانسان، ولا تقتصر أهمية الدم على هذه الناحية الطبية فحسب، بل أصبحت أهميته واسعة تمتد إلى الروابط الإجتماعية، وتحديد المراكز القانونية في قضايا شؤون الأسرة، فقد تعمقت الأبحاث في مجال الدم وأصبح فحص الدم له قيمة قانونية متميزة ودليل هام في قضايا تنازع البنوة، ورغم أن حقيقته نتائج تحليل الدم ليست قاطعة أو حاسمة إلا في حالة النفي فقط<sup>3</sup>، إلا أن دورها الكبير في حل الكثير من القضايا في مجال نفي النسب تجعل من الضروري عدم إهمال هذه الطريقة البيولوجية العلمية، لذلك كان من الضروري البحث في هذه الطريقة العلمية المثلثة في نظام فحص الدم، وذلك بتحديد مفهوم نظام فحص الدم ثم تحديد فصائل الدم.

### الفرع الأول: مفهوم نظام فحص الدم.

لمعرفة نظام فحص الدم يستلزم الأمر أولاً تحديد تعريف للدم ، ثم بيان مكوناته ثم خصائصه. أولاً:تعريف الدم.

#### 1- التعريف اللغوي للدم.

هو سائل أحمر يجري في عروق الانسان والحيوان. ويقال دمي الشيء يدمى دمي ودمياً فهو دم، ويقال في التنثية دموان والجمع دماء.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2013، ص202، ناصر عبد الله الميمان، نفس المرجع، ص191.

<sup>2</sup> بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بكايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2016-2017.

<sup>3</sup> علاق برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بكايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص294-295.

<sup>4</sup> عبد الله العلابي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت ط1، سنة 1974، ص417.



## 2- التعريف الإصطلاحي للدم.

لقد أورد مجمع الفقه الاسلامي في دورته المنعقدة في جدة في الفترة ما بين 06 إلى 11 فبراير 1988 تعريفا للدم، حيث جاء في قراره: "يقصد بالدم أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، سواء كان متصلابه أم منفصلا عنه، وأن الدم يعتبر من فصائل الإنسان المتجددة."<sup>1</sup> يتضح من خلال هذا التعريف أن مجمع الفقه الإسلامي اعتبر الدم عضو من أعضاء الإنسان. وقد عرفه آخرون أنه: "سائل لزج أحمر اللون، يملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به، ويقوم هذا السائل بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء، ويتكون من جزئين رئيسيين هما: بلازما الدم: وهي سائل يميل إلى الأصف، وتشكل حوالي 50 إلى 60% من حجم الدم العام، وخلايا الدم: وتتكون من مجموعات أساسية هي كريات الدم الحمراء وكريات الدم البيضاء والصفائح الدموية."<sup>2</sup>

عرفه آخرون أنه: "عبارة عن سائل مركب يتكون من الخلايا والبلازما، وتنقسم خلايا الدم إلى ثلاثة مجموعات هي كريات الدم الحمراء وهذه الكريات دورها فعال في تحديد فصيلة الدم، وكريات الدم البيضاء وأخيرا الصفائح الدموية. أما البلازما فتتقسم إلى أربعة تركيبات هي: الألبين، الهيموقلوبين، الفيبروجين، وعوامل التخثر وعددها 13 عامل .

يعرف الدم أيضا: "بأنه عبارة عن سائل خاص يوجد بالجهاز الدوري بالجسم، ويقوم الدم بمهام كثيرة، فهو يقوم بتنظيم حرارة الجسم والمحافظة على محتوياته من الماء وتنظيم التمثيل الغذائي وتنظيم تفاعل الدم والأنسجة وجعلها ثابتة، كما يقوم بالمحافظة على الضغط الأزموزي لخلايا وأنسجة الجسم ويقوم أيضا بنقل الغذاء والأكسجين لأنسجة الجسم المختلفة كما يقوم بمهام الدفاع عن الجسم، وتبلغ كميته في الجسم بمعدل 70 مللتر/ كلغ."<sup>3</sup>

هذا الإختلاف في التعريف انتقل إلى فقهاء القانون حول اعتبار الدم نسيج أم عضو ومدى انعكاس المفهوم على الآثار القانونية المترتبة عنه، فهناك من اعتبر أنه من غير المنطقي تعريف الدم على أنه عضو مستدلا بالتعريف اللغوي للعضو بأنه كل لحم وافر بعظمه.<sup>4</sup> لذلك لزاما أن نبحث عن تعريف للدم عند أهل الاختصاص وهم الأطباء.

<sup>1</sup> زهدور كوثر، المسؤولية المدنية لعمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2013/2012، ص156.

<sup>2</sup> عدنان حسن عزازية، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأردن، السنة الجامعية 1986/1987، ص193.

<sup>3</sup> محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، سنة 1955، ص05، وظائف نقل الدم، مقال منشور على الموقع [http // maudoo3.com](http://maudoo3.com) ، عايش زيتون، علم حياة الانسان، بيولوجيا الانسان، دار الشروق، عمان، ط01، د.س.ط، ص333.

<sup>4</sup> منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط1992، 2، ص16.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### 3- التعريف الطبي للدم.

عرّفه علماء الطب بأنه نسيج متكون من خلايا و بلازما.

"<sup>1</sup> Le sang est un tissu composé de cellules et de plasma"

وعرفه البعض الآخر بأنه: "عضو ولكن بدون حدود ثابتة"

" C'est un organe"

جاء في تعريفه في القاموس الطبي:

الدم هو مادة حية سائلة، تجري في الأوعية تغذي أنسجة الجسم وتزوده بالمواد الغذائية والأكسجين اللازمين لعملية الأيض وينقل الفضلات إلى الأعضاء المسؤولة على طرحها.

Le sang est un élément vivant liquide circulant dans les vaisseaux et irriguant les tissus de l'organisme auxquels il apporte les substances nutritives et l'oxygène nécessaires au métabolisme et dont il recueille les déchets pour les emporter vers les organes qui les éliminent.<sup>2</sup>

### ثانيا: الخصائص الفيزيائية للدم.

يتميز الدم بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

#### 1- اللون.

لون الدم أحمر وذلك لوجود الهيموجلوبين الذي يضيفي على الدم هذا اللون، ويختلف اللون الأحمر في الشرايين عنه في الأوردة، فهو أحمر فاتح في الشرايين بسبب وجود الأكسجين وأحمر قاتم في الأوردة بسبب وجود ثاني أكسيد الكربون.

#### 2- درجة الحرارة.

درجة الحرارة ثابتة في الدم مع وجود بعض الفروقات فيه من عضو لآخر حسب حاجة هذا العضو للحرارة من أجل القيام بوظيفته الرئيسية، فمثلا حرارة الكبد تساوي 41-40 درجة، أما الدماغ فدرجة حرارته تساوي أقل من 36 درجة مئوية. والمعدل العام لدرجة حرارة الجسم يتراوح بين 36,8 إلى 37,8 درجة مئوية.

#### 2- كثافة الدم.

يشكل الدم تقريبا 05 كغ من وزن الإنسان البالغ، فكل شخص يزن 60 كغ يحتوي على 05 لتر من الدم في جسمه، فهو يشكل نسبة 1/12 من وزن الجسم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Myriam Moralla, Francois Lefere, Richrd Trainaeau, Hématologie, Transfusion sanguine et soins infirmiers, Lamarre, 4<sup>ème</sup> éd, 2008, p.06.

<sup>2</sup> ANDRE Damart , JACQUES bournerf, Petit larousse de la médecine, Librairie Larousse.T2, 2003, P817.

نقلا عن زهدور كوثر، نفس المرجع، ص155.

<sup>3</sup> وظائف نقل الدم، مقال منشور على الموقع [http // maudoo3.com](http://maudoo3.com)

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### 3- لزوجة الدم.

هي عبارة عن قوة احتكاك الدّم بجدران الشرايين والأوردة، وهي بشكل أساسي تعتمد على البروتينات الموجودة في البلازما وبالأخص الفيبرونوجين وتتمثل أهميتها في الحفاظ على الضغط الدموي.

### 4-الضغط الأسموزي.

ينتج هذا الضغط عن وجود البلورات والأملاح في البلازما وترجع أهميته إلى المحافظة على تعادل الأملاح والماء داخل الخلية وخارجها في الشرايين والأوعية الدموية الدقيقة. فمثلا وجود الأملاح بكثرة في الدم يسبب سحب الماء من الخلايا وهذا يؤدي إلى التجفاف، أما قلة الأملاح فيسبب دخول الماء إلى الخلايا وهذا ما يعرف بالتسمّم المائي.

### 5-الضغط الكولويديو إسموزي.

ينتج هذا الضغط عن وجود البروتينات في البلازما وهو يساوي إلى 25ملم زئبقي وترجع أهميته إلى المحافظة على وجود الماء داخل الأوعية الدموية (حجم الدم )، تبادل المواد الغذائية بين الدم والخلايا. كما أن نقص البروتين في الدم يؤدي إلى نقص الضغط الكولويديو والإسموزي مما يبقي الماء داخل الخلية وتحدث الوذمة (oedema) وهذا الضغَط هو أقل من الضغَط الأسموزي عادة.

**الفرع الثاني: وظائف الدم وتركيبته.**

### أولا:وظائف الدم.

للدم وظائف عديدة يقوم بها تتميز عن باقي السوائل الأخرى في الجسم تتمثل فيما يلي:

#### 1- الوظيفة التنفسية.

يقوم الدم بنقل الأوكسجين من أعضاء التنفس (الرئتين)إلى الأنسجة بواسطة هيموجلوبين الكريات الحمراء، ونقل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين لطرحتها خارج الجسم.

#### 2- الوظيفة الغذائية والإخراجية.

يقوم الدم بنقل وتوزيع المواد الغذائية من الجهاز الهضمي إلى جميع أنحاء الجسم. كما يقوم الدّم بنقل المواد الإخراجية لطرحتها خارج الجسم، مثل نقل ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين والبولة إلى الكليتين.<sup>1</sup>

#### 4- تنظيم حرارة الجسم وتنظيم الاستقلاب.

يساعد الدّم في تنظيم درجة حرارة الجسم، حيث يقوم بتوزيع الحرارة على أجزاء الجسم المختلفة.

<sup>1</sup> مقال منشور على الموقع : [http:// www.tbbeb.net/ask/showthread.php](http://www.tbbeb.net/ask/showthread.php)

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

كما يقوم الدم بنقل وحمل الأنزيمات من أماكن تصنيعها إلى بقية أعضاء الجسم، وذلك من أجل عمليات البناء والهدم<sup>1</sup>.

### 6- الحماية.

تتم بواسطة كريات الدم البيضاء بسبب قدرتها على التهام الميكروبات، وبالتالي حماية الجسم من الأمراض، كما يوجد في الدم الأجسام المضادة التي تحمي الجسم من العدوى الجرثومية.

### 7- تنظيم إفرازات الهرمونات وحملها.

حيث يقوم الدم بتنظيم إفرازات الهرمونات من غددها عن طريق التغذية الإرجاعية السالبة، ويحافظ على نسبتها بشكل متوازن في الدم كما يقوم الدم بنقل الهرمونات إلى أماكن عملها.

### 8- توازن الماء.

حيث يقوم الدم بالمحافظة على كمية الماء الموجودة في الجسم، وذلك عن طريق إخراج الماء الزائد عبر الكليتين والجلد.

### 9- تجلط الدم.

حيث يتم وقف النزيف الناتج عن إصابة الأوعية الدموية عن طريق التجلط بواسطة الفيبرينوجين الموجود في البلازما .

### 10- الدور الوافي.

حيث يقوم الدم بالمحافظة على PH الدم بسبب احتوائه على الأجهزة الدائرة الخاصة بذلك.

### ثانيا: تركيب الدم<sup>2</sup>.

يتكون الدم من العناصر التالية:

#### 1- البلازما

#### أ-تعريف البلازما.

عبارة عن سائل مائي صافي، لونه أصفر باهت، تسبح فيه مكونات الدم الأخرى، وهو يشكل 55% من حجم الدم<sup>3</sup>. ولبلازما الدم وظيفتين مهمتين داخل الجسم، فهي تعمل على نقل المواد الغذائية الأزمة للخلية من مكان امتصاصها أو تصنيعها إلى باقي أجزاء الجسم. كما تعمل على نقل نواتج عمليات الأيض داخل الجسم.

<sup>1</sup> وظائف نقل الدم، مقال منشور على الموقع [http // maudoo3.com](http://maudoo3.com) ، عايش زيتون، نفس المرجع، ص333.  
<sup>2</sup> من الآيات التي نراها في نفوسنا هذا الدم الذي يجري في عروقنا، هذا السائل الأحمر الذي هو قوام حياتنا، مؤلف من كريات حمراء وكريات بيضاء وصفائح دموية. قال الله تعالى: {سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَّلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ} فصلت، الآية 53.  
<sup>3</sup> منذر الفضل ، نفس المرجع ،ص16.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### ب-خصائص البلازما.

- 1-اللون: يميل اللون إلى الأصفر وذلك بسبب وجود bilirubin.
  - 2- الشكل: البلازما عديمة الشكل.
  - 3-الكثافة: تبلغ كثافة البلازما 1,027غم /س3، وهي تعتمد على البروتينات البلازمية.
  - 4- اللزوجة : الدم سائل لزج.
- د- مكونات البلازما.

تتكون البلازما الدموية من العناصر التالية:

- 1- الماء: ويشكل 90% من حجم البلازما. ويعمل كمذيب لبعض المواد، وينقل المواد العضوية وغير العضوية، كما أنه يعمل على الحفاظ على درجة حرارة الجسم.
- 2-مواد صلبة: وتشكل 10% من حجم البلازما منها:  
- المواد العضوية: وتمثل 9% . وهي بدورها تتكون من:  
\* مواد بروتينية: تمثل 6-8 % من حجم البلازما، أي 6-8 غ/سم 3 بلازما. وتكمن أهميتها في أنها تنظم عمليات الأيض، وتعمل على تخثر الدم والدفاع عن الجسم والحفاظ على الضغط الأسموزي. وهي تنقسم إلى:

-الألبومين aLbumin ويشكل 55% من بروتينات البلازما وهذا يساوي 3,8-5,1 غ /100سم3 بلازما.

-الغلوبولين gLobulin ويشكل 38% من المواد البروتينية، وهذا يساوي 3غم/100سم3 بلازما.  
-فيبرينوجين fibrinogen. ويشكل 7% من المواد البروتينية، وهذا يساوي 200-400 ملغم /100سم3 بلازما.<sup>1</sup>

\* المواد غير البروتينية. وتنقسم إلى:  
مواد غذائية وهي:

-السكريات gLucose ونسبتها 80-120 ملغم /100 سم3 بلازما.  
-الدهنيات Lipid ونسبتها 11-53 ملغم/100سم3 بلازما.  
-مواد إخراجية مثل :

البول: urea ونسبتها 11-53 ملغم/100 سم3 بلازما.  
كرياتنين creatinine ونسبتها 0,8-1,2 ملغم / 100سم3 بلازما.  
حمض البول uric acid نسبتها 0,3-0,7 ملغم /100سم3 بلازما.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> مقال منشور على الموقع : [http:// www.tbceb.net/ask/showthread.php](http://www.tbceb.net/ask/showthread.php)  
<sup>2</sup> منتدى الوراثة الطبية ، مقال على الموقع .[www.djelfa.dz](http://www.djelfa.dz)

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

- المواد غير العضوية: **non organic materials** وتمثل 01% وهي تضم:

البوتاسيوم potassium، ونسبته 5،5-3،5 ميلي اكويفيلانت/ل me/L

الصوديوم sodium ونسبته 153-135 ميلي اكويفيلانت/ل me/L

الكالسيوم ونسبته 10،2-8،8 ملغم /100سم3 بلازما

مغنيسيوم manganese ونسبته 2،5-1،6 ملغم /100سم3 بلازما.

الحديد iron ونسبته 150-100 ملغم /100سم3 بلازما.

الكلور ونسبته 110-38 ميلي اكويفيلانت/ل me/L

البايكروبيونات.

### 2- خلايا الدم:

يمكن تصنيفها إلى خلايا الدم الحمراء والخلايا الدموية البيضاء والصفائح الدموية.

### أ-كريات الدم الحمراء.

هي كرات على شكل أقراص مقعرة الوجهين لها جدار رقيق وليس لها نواة، وقطرها سبع ميكرونات<sup>1</sup>، وتشكل الكريات الحمراء أغلبية الخلايا المكونة للدم، حيث تمثل نسبة 99% من خلايا الدم، وتنشأ من النخاع الأحمر في العظام الكبيرة الحجم بمعدل عشرة ملايين كرة دم حمراء في الساعة، وتتجدد كل مائة وأربعة وعشرين يوماً، ويختلف عددها في جسم الإنسان على حسب اختلاف الجنس، إذ يبلغ عددها عند البالغين الذكور حوال خمسة ملايين خلية في ملم3، بينما يبلغ عددها عند الإناث البالغات حوالي أربعة ملايين ونصف خلية دم في ملم3. وتحتوي بداخلها على مادة الهيموقلوبين وهي عبارة عن مركب من الحديد والبروتين، والهيموقلوبين هو الذي يعطي للدم لونه الأحمر، ومن مميزات هذا المركب أنه سهل الإتحاد بالأكسجين، ولذلك سميت كريات الدم الحمراء حاملة الأكسجين، وعندما يتشبع بالأكسجين يصبح لونه أحمر قانيا<sup>2</sup>.

### 1-وظائف كريات الدم الحمراء.

تتنوع وظائف كريات الدم الحمراء، فمن أبرز وظائفها ما يلي :

- تقوم بدور مهم جداً في عملية تنظيم تفاعل الدم .

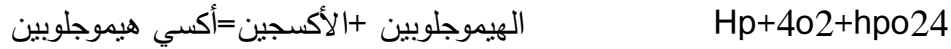
<sup>1</sup> لو نفق قليلا عند الكريات الحمراء، فإن أبعادها دقيقة، قطرها سبع ميكرونات، أي إذا قسمنا الميليمتر إلى ألف قسم، فقطر الكرية التي تشبه رغيف الخبز، سبع ميكرونات، أي سبع أجزاء من ألف الميليمتر، وعددها التقريبي، خمسة وثلاثين أمامها اثنا عشر صف، لكن لو رصفنا هذه الكريات واحدة إلى جنب الأخرى لطوقت الأرض في خط الإستواء سبع مرات، لأنه في الميليمتر الواحد المكعب يوجد خمس ملايين كرية حمراء، والشئ الذي لا يصدق أن هناك أوعية شعرية لا يزيد قطرها عن قطر كرية الدم الحمراء، فعندئذ تتناول هذه الكرية الحمراء فتأخذ شكلا بيضويا من أجل أن تسير في هذا الوعاء الدقيق، وهذه آية من آيات الله تعالى، قال الله تعالى: "سُئِرِهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَّلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ" سورة فصلت. الآية 56

<sup>2</sup> مقال منشور على الموقع : <http://mawdoo3.com>

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

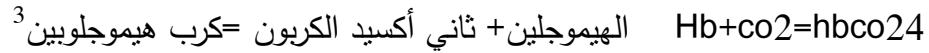
- تعمل على المحافظة على مادة الهيموجلوبين في الدم ومنعه من التحلل والتحول إلى صبغات صفراوية كما تمنعه من أن يتم فرزه في البول<sup>1</sup>، حيث أن مادة الهيموجلوبين هي التي تجعل كريات الدم الحمراء قادرة على نقل الأكسجين من الأنسجة إلى الرئتين، والعكس أي من الرئتين إلى الأنسجة. كما تنقل غاز ثاني أكسيد الكربون<sup>2</sup>، وتتم عملية نقل الغازات على النحو الآتي:

• **نقل غاز الأكسجين:** تتحد مادة الحديد الموجودة بجزيئة الهيم لمادة الهيموجلوبين بالأكسجين، فتتحول الهيموجلوبين إلى الأكسي هيموجلوبين فيتحول من أحمر قاتم إلى أحمر فاتح .



• **نقل غاز ثاني أكسيد الكربون:**

كما تنقل الهيموجلوبين غاز الأكسجين تنقل كذلك غاز ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين لطرحه خارجا عن طريق الزفير، حيث يتحد غاز ثاني أكسيد الكربون مع الغلوبين على النحو التالي:



2- **عوامل تكوين خلايا الدم الحمراء.**

تتمثل العوامل التي يجب توافرها حتى يمكن تكوين خلايا الدم الحمراء في جسم الإنسان فيما يلي:

- يجب أن يكون نخاع العظام سليما، ولذلك فإذا أصابه أي مرض أو أي تلف كما يحدث في حالة التعرض لأشعة X والإشعاعات الذرية أو بعض السموم فإن ذلك يؤدي إلى نقص في عدد كرات الدم الحمراء.

- يجب أن يحتوي الغذاء على عنصر الحديد لأنه يدخل في تركيب مادة الهيموجلوبين، ويوجد الحديد في السبانخ والبقول والتفاح واللحوم وصفار البيض، وإذا لم يتوفر الحديد في الغذاء أو لم يتمكن الجسم من الاستفادة من الحديد في الغذاء يصبح لون الدم باهتا، وهذا ما يحدث في أحد أنواع الأنيميا ( فقر الدم )، ويسهل علاجها بإعطاء المريض أدوية تحتوي على مركبات الحديد.

- يجب أن يحتوي الغذاء على فيتامين b12 الذي يطلق عليه العامل المانع لفقر الدم الخبيث، وقد وجد أن هذا الفيتامين يتحد مع عامل آخر وهو العامل الداخلي والذي تفرزه المعدة ثم يمتص من

<sup>1</sup> مقال منشور على الموقع : [http:// www.tbcb.net/ask/showthread.php](http://www.tbcb.net/ask/showthread.php)

<sup>2</sup> محمد راتب النابلسي، موضوعات علمية من خطب الجمعة، كريات الدم الحمراء، منشور على الموقع:

[http:// mawdoo3.com](http://mawdoo3.com)

<sup>3</sup> DORA Bachir, BELABES Saliha, SmaïL Farida, BOUZID Kamel, Hématologie, T2, Office des publication universitaires, Alger, 1987, p227.

نقلا عن زهدور كوثر، نفس المرجع، ص169.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الأمعاء ويخترن في الكبد إلى أن يستخدمه نخاع العظام، وهذا الفيتامين هام جدا لاستكمال نمو خلايا الدم الحمراء.<sup>1</sup>

### 3- مراحل تكوين كريات الدم الحمراء.

يبدأ تكوين كريات الدم الحمراء من الأسبوع الرابع من الحمل وحتى الشهر السادس منه في الطحال والكبد وفي الأشهر الثلاثة الأخيرة من الحمل، تتكون هذه الكريات في نخاع العظام وقليلًا في الطحال والكبد، وفي الأطفال والبالغين تتكون كريات الدم الحمراء في نخاع العظام الأحمر الموجود في العظام المفالطة كعظام الوجه والكثف والجمجمة والضلع والعمود الفقري ونهايات العظام الطويلة في الجسم كعظمي الفخذ والعضد، وتمر كريات الدم الحمراء بعدة مراحل قبل التكوين:<sup>2</sup>

- تمر بطور يسمى بداية التكوين.
- تمر بطور آخر يسمى ب تكوين مبكر
- تمر بطور آخر يسمى ب تكوين متوسط.
- تمر بطور آخر يسمى تكوين شبه متكامل.
- ومن ثم تمر بطور آخر تصبح فيه كرة الدم الحمراء غير ناضجة.
- ثم تتكون كرة دم حمراء ناضجة.

### ب-الكريات الدموية البيضاء.

كريات الدم البيضاء هي إحدى مكونات الدم، وتختلف خلايا الدم البيضاء عن خلايا الدم الحمراء بعدم وجود الهيموجلوبين، ولكنها تتميز عنها بوجود النواة، وفي الحقيقة فإن اللون الأصلي لهذه الخلايا يعتبر شفاف، لكنه عندما تنفصل عن بقية الخلايا تشكل طبقة مكثفة بيضاء اللون نتيجة لانعكاس الضوء، فهي تظهر تحت المجهر باللون الأبيض، ويبلغ عدد خلايا الدم البيضاء من 4000 إلى 10000 في ملم<sup>3</sup> من الدم، ومسؤوليتها هي الدفاع عن الجسم ضد الأجسام والخلايا الغريبة التي يتعرض لها والخلايا السرطانية والخلايا المضرة، لذا تمتاز بقدرتها على التنقل من الدم إلى الأنسجة، وتكون آلية مهاجمتها للأجسام الغريبة عن طريق البلع أو بإنتاج الأجسام المضادة، وتستطيع خلايا الدم البيضاء العيش من عدة ساعات إلى عدة أيام حسب حالة الشخص إن كان مريضاً أو طبيعياً، ماعدا الخلايا اللمفاوية فهي قد تعيش من أيام إلى سنين طويلة، ويكون ذلك في حال كانت تستخدم في حفظ المعلومات عن الأجسام والخلايا الغريبة التي أصيب بها الجسم، وهو ما يسمى بالمناعة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> طبيب العرب، أنواع ووظائف خلايا الدم ، بحث منشور على الموقع [www.wilipédia.org](http://www.wilipédia.org)

<sup>2</sup> المرجع السابق. محمد راتب النابلسي، نفس المرجع.

<sup>3</sup> مقال منشور على الموقع التالي: <http://www.3rbdr.ne>



### 1-أنواع خلايا الدم البيضاء.

يمكن تصنيف هذه الخلايا حسب مظهرها تحت المجهر إلى نوعين، الخلايا المحببة والخلايا غير المحببة وهذا بالنظر إلى وجود أو عدم وجود حبيبات<sup>1</sup> في السيتوبلازم.

#### • الخلايا المحببة.

تسمى الخلايا المتعددة النوى، وتتكون في نخاع العظام الأحمر مثل الكريات الحمراء، وتحتوي على الخلايا المتعادلة، وعددها من 200-700 خلية في الميكروليتر الواحد أي ما نسبته 40-80% من مجمل التعداد. والخلايا الحمضية وعددها 2-50 خلية في الميكروليتر الواحد، أي مانسبته 1-60% من مجمل التعداد. والخلايا القاعدية وعددها 2-10 خلية في الميكروليتر الواحد، أي مانسبته 1-2% من مجمل التعداد. وقد سميت وقسمت إلى هذه الأقسام تبعاً لاستجابتها إلى الصبغات المستخدمة في التحضير المجهرى<sup>2</sup>.

#### • الخلايا غير المحببة.

تتكون في الأنسجة الليمفاوية كالكبد والطحال والغدد الليمفاوية، وهي تحتوي على الخلايا اللمفاوية بأنواعها التائية والبائية والقاتلة وعددها من 100-300 خلية في الميكروليتر الواحد أي مانسبته 20-40% من مجمل التعداد. والخلايا الوحيدة وعددها من 2-100 خلية في الميكروليتر الواحد أي مانسبته 2-10% من مجمل التعداد.

### 2- وظائف الكريات الدموية البيضاء.

#### • الخلايا المحببة.

تتركز وظيفة الخلايا المحببة بشكل عام على ابتلاع الأجسام والخلايا الغريبة المتطفلة، وتظهر هذه الوظيفة على النحو التالي:

الخلايا المتعادلة: وظيفتها مهاجمة الخلايا البكتيرية والفطريات.

الخلايا الحمضية: مهاجمة الطفيليات ومهاجمة الأجسام الغريبة التي تتسبب بالحساسية كغبار الطلع ، إذ أن للكريات الحامضة علاقة مباشرة بالحساسية إذ تمتص الهيستامين الناتج عن حالات الحساسية، كما أنها تمنع تأثير المواد السامة والبروتينات الغريبة التي تدخل جسم الإنسان، كما لها دور في عملية تجلط الدم من خلال إفرازها لمادة البلازمينوجات التي تتحول إلى مذوب اللفين، والذي يعتبر إنزيم يعمل على هضم اللفين من الدم المتخثر.

<sup>1</sup> الحبيبات : ليسوسومات تحتوي أنزيمات هاضمة.

<sup>2</sup> إدوارد شيبان، فصائل الدم ونقل الدم، مقال منشور على الموقع: [www.sehha.com](http://www.sehha.com)

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الخلايا القاعدية: تقوم بإفراز مادة الهيستامين كاستجابة للتعرض للإلتهابات، كما تقوم بتكوين مادة الكبدين، وهي مادة مضادة لتجمد الدم، وتعمل على منع تخثر الدم وتحرير الدهون من الدم.<sup>1</sup>

### • الخلايا غير المحببة.

الخلايا الوحيدة: مسؤولة عن بلع الخلايا المتطفلة، وتنظيف الجسم من حطام الخلايا الميتة.

الخلايا للمفاوية: ( القاتلة والبائية والتائية).

الخلايا القاتلة: مهاجمة الفيروسات والخلايا السرطانية .

الخلايا البائية: إطلاق الأجسام المضادة ودعم تحفيز الخلايا التائية.

الخلايا التائية: تحفيز الخلايا البائية، وتعمل كجسر بين الاستجابات المناعية الفطرية والتكيفية، وتعمل على تثبيت حدوث أمراض المناعة الذاتية في الجسم من خلال إعادة الجهاز المناعي للعمل بالطريقة الاعتيادية قبل التعرض للإصابة بالمرض.<sup>2</sup>

### 3: الصفائح الدموية.

هي أجسام دائرية لا تحمل صفات الخلية العادية يبلغ عددها 150-400 ألف صفيحة /ملم<sup>3</sup>. وتلعب الصفائح الدموية دورا أساسيا في تجلط الدم عند حدوث الإصابة، فبذلك تساعد على إيقاف النزيف وعلى التئام الجروح.<sup>4</sup> كما تعمل على تفعيل وتنشيط عملية انقباض العروق، وتفعيل وتنشيط عملية تجمع الصفائح وتنشيط رد فعل مادة البر ثومين.<sup>5</sup>

### الفرع الثالث: فصائل الدم.<sup>6</sup>

يوجد عدة أنظمة لتصنيف الدم، ولكن أشهرها هو نظام (A B O) وعامل (R H) المرتبط بهذا الأخير نظام (KeLL-CALLano).

### أولا: نظام (A B O).

ظهر هذا النظام في بداية القرن العشرين حيث قام عالم نمساوي يدعى "لانديشتاينز" Landsteiner بإجراء دراسة واسعة سنة 1901، استمرت عدة سنوات هدف من ورائها مقارنة دماء الناس مع بعضها ومعرفة التشابه والاختلاف بينهما<sup>7</sup>، وفعل ذلك من خلال أخذ عينات من الدم وخلطها معا لفحص فيما إذا كان هذا الخلط يؤدي إلى تجلط الدم أم لا. وقد نجح هذا العالم في

<sup>1</sup> مقال منشور على الموقع: <http://www.3rbdr.net> 606

<sup>2</sup> طبيب العرب، بحث كامل عن أنواع ووظائف الدم، نفس المرجع.

<sup>3</sup> منتدى الوراثة الطبية، نفس المرجع.

<sup>4</sup> طبيب العرب، بحث كامل عن أنواع ووظائف الدم، نفس المرجع.

<sup>5</sup> زهدور كوثر، نفس المرجع، ص 171.

<sup>6</sup> إن فصائل دم الزوجين لها تأثير على الإنجاب، وإنه في بعض الأحيان يجب على الزوجين أخذ بعض الإحتياطات اللازمة لضمان سلامة الطفل بإذن الله.

<sup>7</sup> علاق برزوق أمال، نفس المرجع، ص 296.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

تصنيف دم الناس إلى أربع مجموعات يرمز لها: A-B-AB-O ، وذلك تبعا لتواجدها وانتشارها في النسيج الدموي، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع، فهي غير قابلة للتغير منذ الولادة حتى الموت<sup>1</sup>. وتتمثل هذه المجموعات الأربع فيما يلي:

-مجموعة تتميز خلاياها الحمراء باحتوائها على المادة (A)، لم يكن لاندشتاينز بعرف طبيعة هذه المادة، لذا قرر أن هؤلاء الناس لديهم فصيلة دم A.

-مجموعة تتميز خلاياها الحمراء باحتوائها على مادة أخرى سماهاB، لم يكن لاندشتاينز يعرف طبيعة هذه المادة، لذا قرر أن هؤلاء الناس لديهم فصيلة دم B.

-مجموعة تتميز خلاياها الحمراء باحتوائها على المادتين A وB، لذا قرر أن هؤلاء الناس لديهم فصيلة دم AB.

-مجموعة تتميز خلاياها الحمراء بعدم باحتوائها على المادتين المذكورتين، لذا قرر أن هؤلاء الناس لديهم فصيلة دم O، (أي لاتحتوي على A ولا على B)<sup>2</sup>.

ويوجد نوعين من مسببات التلاصق (الأنتيجينات) في هذا النظام من فصائل الدم وهما: A وB، ونوعين رئيسيين من الأجسام المضادة لهما وهما (Anti-B) (Anti-A) ، ولا يمكن أن يوجد داخل دم الشخص الواحد مسببات التلاصق (A) والأجسام المضادة (Anti-A) ، ومسببات التلاصق B والأجسام المضادة (Anti-B)<sup>3</sup>.

فإذا اجتمع الأنتيجان A.B في الدم كانت الفصيلة AB. وإذا خلا منهما الدم كانت الفصيلة O.

إذا ظهر في الدم أنتجين A وحده كانت الفصيلة A.

إذا ظهر في الدم أنتجين B وحده كانت الفصيلة B.<sup>4</sup>

وتعتبر فصيلة الدم O هي الفصيلة الوحيدة التي لا يوجد بها أي أنتيجينات (مسببات التلاصق) فيمكن نقلها إلى أي فصيلة أخرى بأمان وتسمى هذه الفصيلة المعطي العام.

والشخص الذي يحمل فصيلة الدم AB يمكنه استقبال أي دم من أي فصيلة أخرى، وذلك لأنه لا يحتوي على أي أجسام مضادة ولذلك تسمى المستقبل العام.

<sup>1</sup> إدوار شيبان، نفس المرجع.

<sup>2</sup> مجاميع الدم، (فصائل الدم)، مقال على الموقع، إدوارد شيبان، المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

<sup>4</sup> فصائل الدم وتوافقها بين الزوجين لإنجاب طفل سليم، مقال منشور على الموقع // <https://www.thaqafnafsak.com/2012/05/bLog-post-4533.html>

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ثانيا: نظام (R H) - عامل البندر، عامل ريسيس **Rhesus Factor**.<sup>1</sup>

لقد اكتشف هذا العامل سنة 1940 من طرف العالمان "لاندشتاينز" و"وينز"، حيث تم اكتشاف وجود مسببات تلاحق أخرى غير "A"، "B"، وتسمى مسببات التلاحق (Antigine D)D، ويشار له بالرمز RH.<sup>2</sup>

يحتوي نظام **Rhesus** على خمسة مستضدات (أنتيجات) وهي: D-C-cE-e موجودة على غشاء كريات الدم الحمراء، ولا وجود لها إطلاقا في غشاء الصفائح الدموية.<sup>3</sup> ويسمى الشخص الذي يحتوي دمه على هذا العامل موجب عامل الريسيس، ويشار إليه بالرمز RH+، أما الشخص الذي يخلو دمه من هذا العامل يسمى سالب عامل الريسيس، ويرمز له بـ RH-.

لقد وجد أن 85% من أفراد الجنس البشري يحملون هذا العامل (RH+)، والنسبة الباقية 15% لا يحملونه (RH-)، وكما وجد أنه يمكن نقل دم (RH+) إلى دم (RH+)، ونقل دم (RH-) إلى دم (RH-) ونقل دم (RH-) إلى دم (RH+) دون أن يحدث أي تلاحق لدى المعطي والمستقبل، ولكن إذا تم نقل دم (RH+) إلى شخص دمه (RH-) لأول مرة فإن دم المستقبل يقوم بتكوين أجسام مضادة (Anti-D) ولا تحدث أي مضاعفات، وإذا تم نقله مرة أخرى، فإن مسبب التلاحق (D) يتفاعل مع الأجسام المضادة (Anti-D) التي تكونت في دم المستقبل سابقا مسببة تلاحق في كريات الدم الحمراء، وغالبا ما تؤدي إلى الوفاة.<sup>4</sup>

ويمكن أن نتعرف على نوع فصيلة الدم عن طريق إحدى الطريقتين:

أ- الشريحة الزجاجية.

1- نجهز شريحة زجاجية ونضع عليها ثلاث نقاط، واحدة من محلول (Ant-A) في طرف الشريحة، ونقطة من محلول (Anti-B) ونقطة من محلول (Anti-D).

2- نضع نقطة من دم الشخص المراد الكشف عن فصيلته على كل محلول، وننتظر قليلا.

3- ننظر إلى الاحتمالات التالية:

- إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-A)، وأعطت تجمعات أيضا مع محلول (Anti-B) فتكون الفصيلة AB.

<sup>1</sup> يعتبر مصطلح Rhesus إسم ل Macaque ( قرد أسياوي) التي أجريت عليها التجارب لتفعيل هذا النظام.

<sup>2</sup> مجاميع الدم، (فصائل الدم)، نفس المرجع.

<sup>3</sup> زهدور كوثر، نفس المرجع، ص185.

<sup>4</sup> مجاميع الدم، (فصائل الدم)، نفس المرجع.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

- إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-A)، ولم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة A.

- إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-A)، ولكنها أعطت تجمعات مع محلول (Anti-B) فتكون الفصيلة B.

- إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-A) ولم تعط أيضا أي تجمعات مع محلول (Anti-B) فتكون الفصيلة إذا O.

- إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-D) فيكون عامل الرّيزيس موجبا (RH+).

- إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-D)، فيكون عامل الرّيزيس سالبا (RH-)<sup>1</sup>.  
ب- طريقة أنابيب الاختبار.

1- نأخذ ثلاثة أنابيب ونسميها A-B-D.

2- نأخذ عينة الدم، ونعمل لها غسل ثلاث مرات بواسطة محلول ملحي فيسيولوجي، بجهاز خاص بذلك.

3- نقوم بإضافة نقطتين من الدم في كل أنبوب.

4- نظيف نقطتين من محلول (Anti-A) في الأنبوبة A. وينفس المقدار نضع من المحلول (Anti-B) في الأنبوبة B. وأيضا نضع من المحلول (Anti-D) في الأنبوبة D.

5- نقوم بوضع الأنابيب الثلاثة في جهاز الطرد المركزي لمدة 15 ثانية بسرعة 200 لفة في الدقيقة.

6- نقوم بإخراج الأنابيب ونشاهد حدوث التجلط من عدمه لننظر إلى الاحتمالات كما في طريقة الشريحة الزجاجية.

### ثالثا: نظام Kell-Callano (Les système kell CALLano)

يأتي هذا النظام مباشرة بعد نظام Rhésus من حيث مولدات المناعة، ويتميز هذا النظام بوجود

الجسم المستضد (الأنتجين) K (Ag keLL).

وفي هذا النظام لا يوجد أجسام مضادة طبيعية بل هي مكتسبة عن طريق عملية نقل الدم أو الحمل باعتبارها من نوع الكريينات المناعية صنف G (IgG).

مع الملاحظة أن 90% من الأشخاص لا يحملون هذا الجسم المستضد (K)، وعليه يجب أخذ الحذر عند نقل الدم إذ يتعرض حامل الدم (K-) إلى نفس المخاطر التي يتعرض لها حامل الدم (D-) عند حقنه ب K+<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص303.

<sup>2</sup> زهدور كوثر، نفس المرجع، ص187، 188.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

هذا وتجب الإشارة إلا أنه يوجد أكثر من 26 نظاما لتحديد الفصائل المختلفة للدم، والأنظمة التي ثم ذكرها هي الأكثر شيوعا.

### المبحث الثاني: حجية الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

تتفرع الطرق العلمية من حيث حجيتها إلى نوعين، طرق علمية ذات حجية مطلقة وأخرى ذات حجية نسبية، وحتى بالنسب للطرق العلمية ذات الحجية المطلقة، فإن الظروف المحيطة بها من عاملين وأجهزة له تأثير كبير على صحة نتائجها، مما يفقدها قيمتها العلمية المطلقة. إن المشرع الجزائري لم يبين في (ق.أ.ج) حجية الطرق العلمية في إثبات النسب، لذلك لزاما علينا أن نبين حجيتها. لأجل ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لبيان الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب، ونخصص المطلب الثاني لبيان الحجية النسبية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### المطلب الأول: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إذا كان الحمل يحدث بالطريقة الطبيعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية والتمثلة في الاتصال الجنسي بين الزوجين، إلا أنه قد يحدث الحمل بغير الطريقة الطبيعية والتمثلة في التلقيح الاصطناعي.

لأجل ذلك سنقوم ببيان الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب الطبيعي، والنسب غير الطبيعي (الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي).

الفرع الأول: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية لإثبات النسب الطبيعي. (الناتج عن عملية الاتصال الطبيعي).

لقد اتفق معظم الفقهاء وعلماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية (A.D.N) ذات دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كل شخص بنمط مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم<sup>1</sup>. إذ لا يمكن أن يتشابه (A.D.N) لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي يتجاوز 08 مليار نسمة، فإنه يمكن القول بأن نسبة التشابه منعدمة تماما<sup>2</sup>.

فقد توصل المجتمعون في الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية التي عقدت في دولة الكويت عام 1998/1419م، بعد تدارس أحكام البصمة الوراثية وأقوال الفقهاء فيها، وشرح طريقة البصمة الوراثية من قبل علماء مركز الوراثة وما جرى من تحاور ونقاش مستفيض إلى أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه

<sup>1</sup> فسيحان الخالق الباري المصور القائل في كتابه: {وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ} سورة الذاريات، الآية 21.  
<sup>2</sup> نبيل رياض سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، م حماة الوطن، ع 265، سنة 2004، الكويت.

فيها أي شخص في العالم، والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل طورا عصبيا عظيما في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات، وقد أقر ذلك المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته الخامسة عشر والسادسة عشر.<sup>1</sup>

يرى المختصون أن النتيجة في هذه الحالات قطعية أو شبه قطعية، ولا سيما عند تكرار التجارب، ودقة المعامل المخبرية، ومهارة خبراء البصمة الوراثية، فالنتائج مع توافر هذه الضمانات قد تكون قطعية.<sup>2</sup>

يقول أحد الأطباء في هذا الصدد: "لقد ثبت أن استعمال الأسلوب العلمي الحديث بأعداد كثيرة من الصفات الوراثية كدلالات البصمة الوراثية يسهل اتخاذ القرار بالإثبات أو النفي للأبوة والنسب والقربا، بالإضافة إلى مختلف القضايا الجنائية مثل التعرف على وجود القاتل أو السارق، أو الزاني من عقب السجارة، حيث إن وجود أثر اللعاب، أو وجود بقايا من بشرة الجاني أو شعرة من جسمه أو من مسحات المني مأخوذة من جسم المرأة، تشكل مادة خصبة لاكتشاف صاحب البصمة الوراثية من هذه الأجزاء، ونسب النجاح في الوصول إلى القرار الصحيح مطمئنة، لأنه في حالة الشك يتم زيادة عدد الأحماض الأمينية ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية".<sup>3</sup>

ودليل ذلك أن المحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما باعتبارها قرينة نفي وإثبات، وإلى جانب ذلك يمكن عمل هذه البصمة من أي مخلفات آدمية سائلة كالدم واللعاب وغيرها، وكما أن الحامض النووي يقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل الجوية المختلفة من حرارة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة وبذلك يمكن عمل البصمة الوراثية أيضا من الآثار القديمة جدا، ناهيك عن أن هذه البصمة تظهر على هيئة خطوط عريضة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر لحين الطلب والمقارنة. وهذا ما يدعم حجيتها في مجال إثبات النسب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سنة 2011، ص103.

<sup>2</sup> FRANCOIS Christine , le fichier national des empreintes génétiques , Université de Lille Droit et santé, faculté Des sciences juridiques politiques et sociales , DEA Droit et justice, Anné universitaire 2001-2002,P 50.

إبراهيم صادق الجندي، تقنية البصمة الوراثية وإمكانية التحايل عليها، م الأمن والحياة، ع 19، 218 أكتوبر 2000. ص12.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص425، 424.

<sup>4</sup> JEAN CRISTOPHE GALLOUX ,op,cit,p.3497

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

وما يؤكد أن البصمة الوراثية ذات دلالة قاطعة، استعمالها في حل بعض القضايا التي وقعت في

الوقت المعاصر، بحيث لم يتم حلها إلا عن طريق البصمة الوراثية، ومن بين هذه القضايا:

1- قضية "بيل كلينتون" الرئيس الأمريكي السابق مع "مونيكا ليوينسي" المتربصة بالبيت الأبيض، وتتلخص وقائع هذه القضية أن "مونيكا ليوينسي" ادعت أنها كانت على علاقة مع الرئيس الأمريكي "بيل كلينتون"، غير أن هذا الأخير نفى هذه الواقعة، وادعى أنها من قبيل التشهير بشخصيته، وهذا قبل الانتخابات الرئاسية، غير أن "مونيكا" كان لها دليل قاطع على قولها، يتمثل في ملابسها الداخلية، وقد أجريت تحاليل (D N A) على السائل المنوي، وقبل الكشف عن نتائج تحليل (D N A) قام "بيل كلينتون" بالاعتراف، وفضل فضح نفسه على أن تتم إدانته من طرف المحكمة.<sup>1</sup>

2- ومن القضايا المعاصرة التي استعملت فيها البصمة الوراثية أيضا، القضية المتعلقة بالرئيس العراقي الراحل "صدام حسين" في وجود شبيه له، الأمر الذي دفع الولايات المتحدة الأمريكية إلى تأجيل أسره إلى غاية التأكد من هويته عن طريق تحليل (D N A).

وتجدر الإشارة، إلى أن أمريكا كانت تحتفظ ب (D N A) "صدام حسين"، عندما كان حليفا لها، وتمت مقارنة هذه العينات مع عينات أخرى أخذت من شعر "صدام حسين" ولعابه مباشرة بعد أسره في الحجر التكريتي. والتي أذيعت مباشرة على الهواء، أين شاهد العالم بأسره الطبيب الأمريكي وهو يفحصه، وللتأكد أكثر قورنت بعينات أخرى أخذت مباشرة بعد سقوط بغداد العاصمة وفرار "صدام حسين" من فرشة الأسنان التي كان يستعملها ومن السيجار الكوبي الذي كان يدخنه، وللتأكد أكثر وقطع الشك باليقين، ثم أخذ عينات من الحامض النووي للأخ غير الشقيق لصدام حسين، والمدعو "برزان التكريتي"، وهو أخوه من أمه، والذي يحمل نفس الجينات التي يحملها "صدام حسين"، وأهم ما في الأمر هو دراسة مصدر الطاقة في الخلية، والتي تسمى "الميتو كوندريا" والتي تورث من خلال الأم فقط، ومقارنتها بتلك التي لدى "صدام حسين".<sup>2</sup>

وبعد كل هذه العمليات والمقارنات ثم التأكد وبصفة قطعية بأن المحتجز هو الرئيس العراقي "صدام حسين"، وأن الأمر لا يتعلق بشبيه له.

3- كما استخدمت تقنية تحليل الحمض النووي أيضا في قضية سقوط الطائرة المصرية بالقرب من الشواطئ الأمريكية عام 1999م، إذ تم أخذ عينات من دم أقارب الضحايا للتعرف على أشلاء هؤلاء الضحايا من خلال مضاهاة الصفات الوراثية للدم والأسنان وشعر الرأس.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> علاق برزوق أمال، نفي المرجع، ص 15.

<sup>2</sup> مقال بجريدة الوفد المصرية الصادرة يوم 20/10/2004 الموقع: [www.elwafd.org](http://www.elwafd.org)

<sup>3</sup> دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية، غزة، 1426هـ-2005م، ص 61.



وبناء على ماسبق، يرى المختصون أن النتيجة في هذه الحالات قطعية، ولا سيما عند تكرار التجارب ودقة المعامل المخبرية، ومهارة خبراء البصمة الوراثية، فالنتائج مع توافر هذه الضمانات قد تكون قطعية.<sup>1</sup> ولا يمكن الطعن في نتائجها إلا بالتزوير.<sup>2</sup>

ولم يتوقف الأمر في استعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب ومسائل القرب، بل لعبت دورا كبيرا في إثبات الاتهام الجنائي عن طريق الوصول إلى الجاني الحقيقي، من خلال تحليل آثار الدماء، أو السائل المنوي في جرائم الاغتصاب عن طريق فحص البصمة الوراثية المستمدة من مني المتهم العالق بالمجني عليه.<sup>3</sup>

4- من القضايا التي كشفت فيها البصمة الوراثية وبصفة قطعية عن الجناة الحقيقيين قضية الدكتور "سام شبرد" والذي أدين بقتل زوجته ضريا حتى الموت في عام 1955م أمام محكمة أوهايو بالولايات المتحدة الأمريكية، فتحولت القضية إلى رأي عام، ووسط الضغط الإعلامي، أغلق الملف الذي كان يذكر احتمالية وجود شخص ثالث وجدت آثار دمائه على سرير المجني عليها أثناء المقاومة، وقضى الزوج الدكتور "سام" عشرة سنوات في السجن، ثم أعيدت محاكمته عام 1965، وحصل على برائته التي لم يفتتح بها الكثيرون حتى جاء عام 1993، وهذا حينما طلب الإبن الوحيد للدكتور "سام" فتح القضية من جديد وتطبيق اختبار البصمة الوراثية والتي أكدت أن الدماء الموجودة على السرير ليست دماء الدكتور "سام"، بل دماء صديق العائلة وأدانت البصمة الوراثية، وأسدل الستار على أطول محاكمة في التاريخ عام 2000، وهذا بعد أن حددت البصمة الوراثية كلمتها في هذا الخصوص.<sup>4</sup>

ولهذا فإن المحاكم تأخذ بهذا التحليل للحامض النووي الآن، لأنه أصبح في حكم المؤكد صحة هذا النسب إذا وجد تشابه بين الأب والابن.<sup>5</sup>

وقد بدأت بعض الدول مثل إنجلترا وأمريكا في عمل بنك قاعدة بيانات للحامض النووي للمواطنين جميعا أو على الأقل المشتبه فيهم حتى يكون لديهم الدليل في حالة الاشتباه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> يرى الطبيب الدكتور " نجم عبد الله عبد الواحد" أن البصمة الوراثية تستطيع أن تحدد الأم والأب والأخ والأخت بصورة فائقة تصل إلى 99,99% أي أن نسبة السلبية لم تتجاوز 0,0001% ، ويمكنها كذلك نفي النسب بنسبة 100%، ففي حالة تنازع اثنين في ولد يمكن إثباته لأحدهما.

<sup>2</sup> حبة عفاف، نفس المرجع، ص86.

<sup>3</sup> نزار كريمة ، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية، م.ع.ق.إ، دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ع7، ص82. عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، البصمة الوراثية، م.م، مقال منشور على الموقع، <http://www.gulfkids.com>

<sup>4</sup> فاطمة نبيهة يوسف أبو عياش، بحث بعنوان البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، جامعة القدس، ص10.

<sup>5</sup> عبد العالي حاحة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، م.م.ق، م دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص82.

<sup>6</sup> إبراهيم صادق الجندي، نفس المرجع.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الفرع الثاني: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب غير الطبيعي (الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي).

تعتبر حاجة الإنسان إلى إنجاب ذرية ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ، وأهم غاية تتطلّع إليها النفس البشرية، وحثّت عليها الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

وتعتبر عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين هي الوسيلة الطبيعية والوحيدة للإنجاب والتي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، إلا أن هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تحول دون تحقيق هذه النتيجة، ترجع أساساً إلى العقم التام لدى أحد الزوجين أو إلى خلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما<sup>2</sup>.

لقد تصدّت العلوم الطبية الحديثة لهذه العوائق، إذ كشفت عن طريقة للحمل غير الطريقة الطبيعية والتي تتمثل في التلقيح الاصطناعي. فما هو مفهوم عملية التلقيح الاصطناعي؟ وكيف يثبت نسب المولود من التلقيح الاصطناعي؟ لا سيما إذا كان الإثبات بالطرق العلمية؟ وهل للطرق العلمية حجية قاطعة لإثبات نسب المولود من عملية التلقيح الاصطناعي؟ وما هي الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة إثبات النسب الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي بالطرق العلمية؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات، فإنّه قد برزت عدّة تساؤلات شرعية وقانونية تتعلّق بالبحث في هذه المسألة، ينبغي الإجابة عنها. تتمثل في موقف الشريعة الإسلامية من فكرة التلقيح الاصطناعي؟ خاصة عندما يتطلب الأمر تدخّل شخص ثالث أجنبي عن الزوجين، طبيياً كان أو وسيطاً يساهم في إتمام هذه العملية بمقابل أو عن طريق التبرّع، إذ قد يؤدي ذلك إلى الانحراف في استخدام هذه الطريقة في غير إطارها الأخلاقي، بعيداً عن الضوابط الدينية والقانونية؟ وكيف عالج المشرّع الجزائري هذه المسألة في ظل التعديلات التي أحدثتها في (ق.أ.ج) بموجب الأمر رقم 05-02؟

<sup>1</sup> قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾. سورة الحجرات الآية 13.  
وقال أيضاً: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾. سورة الروم، الآية 21.  
عن ابن جرير قال: أَخْبَرْتُ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي هِلَالٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "تَنَاجَوْا تَكْتُمُوا، فَإِنِّي أَنَا هِيَ بِكُمْ الْيَوْمَ الْقِيَامَةَ".  
ويقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تَزَوَّجُوا الْوُدَّ الْوُلُودَ، فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْيَوْمَ الْقِيَامَةَ".

<sup>2</sup> تفنقر تقديرات انتشار العقم إلى الدقة والتفاوت من إقليم إلى آخر. فيوجد نحو 10.8% من المتزوجين يعانون من مشكلة العقم وبتطبيق ذلك على سكان العالم نجد أن هناك 50-80 مليون نسمة يعانون من العقم. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، د.ط، سنة 2007، ص 05.

أولاً: مفهوم التلقيح الاصطناعي.

## 1- تعريف التلقيح الاصطناعي.

لقد اختلفت التعريفات حينما اقتضى الأمر تحديد المقصود من التلقيح الإصطناعي. فعرفه البعض بأنه: «إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود أي من غير الاتصال الجنسي»<sup>1</sup>.

وقال آخرون أنه: «إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي». وإذا تفحصنا هذين التعريفين فإننا نجدهما شاملين لمجمل العمليات التي تحقق عملية التلقيح بغير الطريق الطبيعي، حتى ولو لم تكن الغاية من ذلك هو العلاج.

ونظراً لشمولية هذين التعريفين، فقد اقترح جانب من الفقه تعريفاً مغايراً مؤداه أن عملية التلقيح الاصطناعي: «هي مجموعة الأعمال الهادفة إلى وضع البذور الذكرية والأنثوية معا بطريقة صناعية بقصد الإدماج». غير أن هذا التعريف يؤخذ عليه إهماله للطابع العلاجي للتلقيح الاصطناعي.

وتفادياً لهذا النقص الذي يشوب هذا التعريف، فقد حاول بعض المشاركين في المؤتمر الدولي للعقم المنعقد بنيويورك عام 1953 استبدال عبارة صناعي بعلاجي، ذلك حتى يتجلى الطابع العلاجي لعملية التلقيح الاصطناعي. وبذلك أصبح التلقيح الاصطناعي يعرف بأنه: «عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي».

ويرى الدكتور العربي الشحط أن هذا التعريف يبقى أقرب إلى الواقع، لأنه يبرز الطابع العلاجي لعملية التلقيح الاصطناعي، ويؤدي إلى استبعاد كل طريقة غير علاجية أو تقليدية، حتى ولو كان من شأنها أن تحقق عملية الإنجاب عن طريق الإستدخال<sup>2</sup>.

## 2- التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي.

يرى البعض أن تقنية التلقيح الاصطناعي ترجع إلى العرب، فهم الذين استعملوا هذه التقنية منذ القرن الرابع عشر ميلادي، حيث كانت بعض القبائل العربية تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من خيل أصيل، بهدف اصطفاء سلالات جيدة من الخيول<sup>3</sup>. ثم انتقلت إلى أوروبا واستعملها الأوروبيون على البشر.

في بداية الأمر قام الإنسان بالتلقيح الاصطناعي على سبيل التجربة، ولكن ما إن تحققت أول تجربة حتى هُلل الإباحيون وأنزلوها من أنفسهم منزلة الرضا والاستحسان. وقالوا عنها تجربة علمية

<sup>1</sup> أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم؛ القاهرة، ط2، سنة 1998.  
<sup>2</sup> العربي الشحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 1999-2000، ص07.  
<sup>3</sup> أحمد زياد سلامة، نفس المرجع، ص53، حسيني هيكل، نفس المرجع، ص112.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

رائدة باستعادة العلم الآن بعد نجاح عملية التلقيح الاصطناعي أن يقضي على العقم الطبيعي<sup>1</sup>. وعلى كل المشاكل الزوجية القائمة بسببه<sup>2</sup>.

يقال أن أول من مارس التلقيح الاصطناعي على البشر هو "جون هنتز" سنة 1799، وقد أجازته الكنيسة وقتها، وكان الأمر يتعلّق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وتمت العملية بمني هذا الأخير. وفي عام 1966 حقّق العالم الإيطالي "دانييل بتروشي" إنجازا علميا على طريقة طفل الأنابيب وذلك عن طريق تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص يعدّ بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن. وفي سنة 1958 اكتشف الدكتور "إدواردز" اللحظة الحاسمة التي من الممكن للبويضة من خلالها أن تقبل اللقاح. فبعد المشاهدة والمراقبة لعينة مجهريّة مستمرة، ثم ملاحظة تغيير طفيف في شكل البويضة والتي لا يتعدّى حجمها رأس الدبوس.

هذا، ولقد نجح العالم "إستيه" بعد سنوات من التجارب في التوصل إلى أنه من السهل الحصول على بويضات من داخل البطن واستخدامها للتلقيح بعد مراعاة إتمام الفتح بطريقة صحية وأنه من الأفضل والأحدث الاعتماد على السونار لإرشاد الجراح.

في عام 1971 استطاع العالمان "شبتو" و "إدواردز" تخطي عقبة مهمة تتمثل في إبقاء اللقاح حيًا لثلاثة أو أربعة أيام، ذلك أن هذه المدّة تعدّ كافية بذاتها لبداية تكوّن الجنين ومن ثم إعادته إلى الرحم ثانية، ولكن ظلت عقبة تحضير الرحم لاستقبال لقاح الجنين<sup>3</sup>. إلى أن نجح الدكتور "إدواردز" في تلقيح بويضة السيدة "ليزلي براون" بمني زوجها السيّد "جلبرت جون براون"، حيث تم الحمل وولدت أول طفلة عن طريق الأنابيب في العالم في 1987/07/25 أطلق عليها اسم "Luis Braun"<sup>4</sup>. وانتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول بما في ذلك الدول الإسلامية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لقد عرّف الطب العقم على أساس أنه العجز عن الإنجاب بعد مرور مدّة معيّنة من الزمن، حيث يراه بعض الأطباء أنه فشل الحمل بعد مضي سنة كاملة على المعاشرة الزوجية، في حين يرى البعض الآخر أنّه لا بد من التفرقة هنا بين العقم الذي يعدّ مرضاً لا علاج له، كغياب الخصية وعدم وجود المبيض، وعدم الإنجاب بسبب وجود عيب. زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41، ع 01، سنة 2003، ص 25-26.

<sup>2</sup> فولدة الزوج دائما تضع زوجة الابن غير المنجبة في مقارنة أقل شأنًا من بقية زوجات أولادها الآخرين، وتقارنها بهن، وأحيانا يصل الأمر إلى نبذ هذه الزوجة ومعاقبتها على عدم قدرتها على الإنجاب بعكس الحال ممّا لو كانت هذه الزوجة منجبة فتتال احترام وتقدير أهل زوجها، فالأولاد في الريف عزوة وقوة ومكانة اجتماعية.

<sup>3</sup> زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2010، ص 16-17-18. حسيني هيكل، ص 113.

<sup>4</sup> محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي ومحاذره، م العربية، جده، 1986، ص 54.

<sup>5</sup> لقد أسست الدكتورة "صديقة كمال" - التي توصف بأنها أم أطفال الأنابيب في العالم- أول مستشفى لأطفال الأنابيب في الشرق الأوسط ومقرّها المملكة العربية السعودية. وقد تمت أول عملية تلقيح اصطناعي خارج الرحم في الجزائر بعبادة الفرابي بعنابة، في بداية شهر أوت 1999 وحاليا مازالت تقوم بهذه العمليات في إطار التشريع والقانون الساري المفعول، ويقدر عدد العمليات سنويا حوالي 700 عملية حسب التصريحات التي أدلى بها الدكتور عيساوي المختص بأمراض النساء والتوليد بالعبادة.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من عملية التلقيح الاصطناعي.

ينقسم التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: التلقيح الاصطناعي الداخلي والتلقيح الاصطناعي الخارجي. وسنتطرق لموقف الفقهاء المعاصرين من هذين النوعين من التلقيح الاصطناعي.

### 1- التلقيح الاصطناعي الداخلي.

يعرّف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه: "الحصول على المنى من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة في قناة فالوب، ويعمل على تلقيحها وتكمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجنيني الطبيعي".

يأخذ التلقيح الاصطناعي الداخلي عدّة صور، فقد يتم تلقيح الزوجة بماء زوجها، وتلقيح الزوجة بماء الغير، أو تلقيحها بماء مشترك بين الزوج وغيره<sup>1</sup>. غير أن هذه الصور من التلقيح أثارت جدلا ونقاشا في الفقه الإسلامي المعاصر. وأن النتيجة التي توصل إليها قد بنيت بالدرجة الأولى على وجوب التفرقة بين تلك الصور من أجل تبيان حكمها الشرعي، وخاصة في مسألة النسل والتي جعلها الإسلام إحدى الكليات الخمس التي يجب المحافظة عليها، إذ وضع لها سياجا يمنع أي عدوان عليها.

أ- التلقيح الصناعي الداخلي بماء الزوج.

يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عندما تكون الحيوانات المنوية للزوج سليمة والأنابيب عند زوجته مفتوحة والرحم جيد، ولكن السبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادات ضد الحيوانات المنوية في عنق الرحم، وللتغلب على ذلك تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج وتحقن رأسا داخل التجويف الداخلي للرحم، ولذلك تعد هذه الصورة عبارة عن عملية حقن لحيوانات الزوج في الرحم بدلا من وضعها في المهبل.

وطالما كان التلقيح بحيوانات الزوج وبويضة الزوجة فإنه على الراجح من أقوال العلماء في أن الولد الذي يأتي بهذه الطريقة هو ولد طبيعي وشرعي للزوجين، يثبت نسبه سواء جاءت المرأة بهذا الولد أثناء حياة الزوجين أو في عدّة المرأة من طلاق أو وفاة<sup>2</sup>.

وهذا هو موقف جمهور الفقهاء المعاصرين، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي<sup>3</sup>. وبه قالت اللجان الطبية الفقهية<sup>4</sup> في جميع الدول الإسلامية، وبه قالت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في

<sup>1</sup> زكية حميدو تشوار، وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، نفس المرجع، ص29.

<sup>2</sup> حسيني هيكل، نفس المرجع، ص130.

<sup>3</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، الدورة السابعة المنعقدة بمكة المكرمة ما بين 11 إلى 17 من ربيع الآخر 1403هـ-الموافق 19 جانفي 1983م

<sup>4</sup> على سبيل المثال اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن والمنبثقة عن جمعية العلوم الطبية الأردنية.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ندوتها حول الإنجاب في ضوء الإسلام. وهي أول فتوى للأزهر الشريف نشرت بجريدة الجمهورية المصرية<sup>1</sup>.

لكن، إذا أمكن وجود امرأة عالمة كطبيبة مسلمة قادرة على تنفيذ المعالجة - والتي تحتاج إلى انكشاف المرأة على من يعالجها- تنفيذًا صحيحًا سليماً بالنظر الطبي لم يجز شرعاً أن يعهد إلى طبيب من الرجال ليقوم بهذه الطريقة من المعالجة.

على كل حال، فلإجراء هذه الصورة من التلقيح اشترط الفقهاء<sup>2</sup> الشروط التالية:

- أن يتم التلقيح الاصطناعي إذا دعت الحاجة القصوى إليه.

- أن تكون الزوجية قائمة.

- أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها<sup>3</sup>.

ب- التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء متبرّع لا تربطه بالمرأة علاقة الزوجية.

إن سبب إجراء هذه العملية هو عقم الرجل الناتج عن قلة الحيوانات المنوية له، أو وجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدرتها على اختراق البويضة، فيتم استخدام ماء رجل غير الزوج، أو بماء مشترك بين الزوج وغيره، وساعد على ظهور هذه الحالة ما يعرف حالياً باسم بنوك المنى،<sup>4</sup> والمنتشرة في كثير من البلاد الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها...، حيث يؤخذ المنى من مانح بمقابل أو بغير مقابل، ويحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النتروجين السائل عند درجة 180° مئوية تحت الصفر، ثم يعطى ذلك المنى للنساء اللاتي ترغبن في ذلك، سواء كان لهنّ أزواج أم لا<sup>5</sup>.

وإذا شرّعت إباحة الصورة الأولى من التلقيح الاصطناعي لأسباب ومقاصد معقولة، غير أنه من الوهم تأييد عملية تلقيح الزوجة بماء غير زوجها أو بماء مشترك بين الزوج وغيره، إذ لم يقل به أحد في الفقه الإسلامي، ولم يعتنقه أي تشريع من التشريعات الإسلامية. فهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي محظورة شرعاً وتشريعاً لما فيها من خلط الأنساب ونسبة الأولاد لغير آبائهن، ظف إلى

<sup>1</sup> أيمن مططفى الجمل، م دى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، د. ط، سنة 2008، ص 175. زكية حميدو تشوار، نفس المرجع، ص 30. الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، م 9، ص 3213.

<sup>2</sup> جاد الحق علي جاد الحق، الشيخ محمد شلتوت، الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، د. يوسف القرضاوي، د. وهبة الزحيلي.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د. م. ج، الجزائر، سنة 2001، ص 98 وما بعدها.

<sup>4</sup> ظهر أول بنك للأجنة المجمدة في نيويورك سنة 1973 على يد العالم المصري د. سعد حافظ، ويقوم البنك بتخصيب البويضة بالحيوان المنوي ثم الاحتفاظ بها مخصبة في أوان طبية في سائل النتروجين الذي يوفر لها درجة حرارة 180° مئوية تحت الصفر، حسيني هيك، نفس المرجع، ص 132.

<sup>5</sup> وقد وصل الأمر إلى أبعد من ذلك، حيث تكونت شركات في الولايات المتحدة لشراء منى العباقره وأبطال الرياضة والفنانين المشهورين ثم يبيعه لمن ترغب من النساء بعد عرضه في كتالوجات خاصة.

ذلك أن هناك تشابه كبير بين هذه الصورة ونكاح الاستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية وحرّمه الإسلام<sup>1</sup>.

وفي ذلك يقول الشيخ جاد الحق: «إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها، فهو محرّم شرعا، ويكون في معنى الزنا»<sup>2</sup>.

هذا ويلاحظ أن تأكيد حفظ اختلاط الأنساب يستخلص كذلك من الموقف العام للمشرع الجزائري في (ق.أ.ج) حيث نص على أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب وذلك في المادة 04: من ق.أ.ج: «الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب...»<sup>3</sup>.

## 2- التلقيح الاصطناعي الخارجي.

يلاحظ في بداية الأمر أن الفقه الإسلامي المعاصر فرّق في إطار التلقيح الاصطناعي الخارجي، بين عملية التلقيح التي تتم بماء الزوج وبويضة الزوجة في أنبوب، وهو ما يعرف بطفل الأنبوب. وعملية التلقيح التي تتم باستعارة الرحم وبكل ما في حكمها.

### أ- التلقيح الاصطناعي الخارجي الأنبوبي (أطفال الأنابيب).

يتم عن طريق استخراج الحيوان المنوي وكذا البويضة والجمع بينهما. أي إجراء عملية التلقيح في أنبوب اختباري، ثم تنقل البويضة المخصبة أو ما يسمى بالنطفة الأمشاج إلى رحم الزوجة لإتمام أطوار نمو الجنين، وتستعمل هذه الحالة عندما تكون قناة فالوب لدى الزوجة غير صالحة لإتمام عملية التخصيب بطريقة طبيعية أو لأي سبب آخر<sup>4</sup>. وتبعا لهذه التطورات والحقائق العلمية، ينبغي معرفة الحكم الشرعي لهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي.

لقد ثار هذا السؤال في الفقه الإسلامي المعاصر واختلفت آراء الفقهاء بشأنه بين مؤيد ومعارض، فذهب بعضهم إلى عدم جواز هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي، مستدلين بأن قاعدة سد الذرائع<sup>5</sup> تفرض منع طفل الأنبوب وذلك نظرا لما تحتاجه هذه الطريقة من الكشف عن عورة المرأة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الطريق تحفه المخاطر من كل جانب، فلا يؤمن الخطأ في الأنابيب، وهو أمر وارد في المختبرات والتحليل فيعطى مني رجل مكان آخر، وتسلم لقيحة مكان

<sup>1</sup> زكية حميدو تشوار، نفس المرجع، ص37، 38.

<sup>2</sup> جاد الحق علي جاد الحق التلقيح الصناعي. الفتاوى الإسلامية، ع9، 1980، ص313

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م.ع.ق.إ، جامعة أوبوكر بلقايد- تلمسان- ع02، سنة 2004، ص01.

<sup>5</sup> المراد بقاعدة سد الذرائع، أن الوسيلة إذا أفضت إلى مفسدة كانت فاسدة، فوجب قطع الذريعة لما ينجم عنها من مفسد.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أخرى، وهنا يقع المحذور وتختلط الأنساب<sup>1</sup>. في حين يرى البعض الآخر أن العملية تعدّ في حدّ ذاتها جائزة وليس هناك ما يحضرها إذا تمت وفقا لبعض الشروط والضوابط الشرعية، وقالوا أن التداوي مباح شرعا، وما التلقيح إلا صورة من صور التداوي وعلاج العقم، وأن النكاح مشروع للتنازل بالقصد الأول<sup>2</sup>.

والرأي الراجح في الفقه الإسلامي يتجه إلى تأييد الاتجاه الأخير، ومن يقضي بإباحة إجراء هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، وهذا ما أكده العلماء المسلمون عقب الدورة السابعة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة<sup>3</sup>، والمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر<sup>4</sup>.

يرى الشيخ "محمود شلتوت" في هذا السياق أنه: «بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني... أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون... وكان عملا مشروعاً».

لقد ارتأى الشيخ عز الدين الخطيب التميمي مفتي المملكة الهاشمية في فتواه الصادرة 02 يناير 1985: «إن مجلس الإفتاء في المملكة الهاشمية بحث هذا الموضوع... وتوصل إلى أن التلقيح الصناعي (طفل الأنبوب) أمر جائز في الشريعة الإسلامية للضرورة إذا جرى التلقيح حال قيام الزوجية بين الزوجين فقط، أي بمني الزوج وبويضة الزوجة، إذا اقتضت ظروف الزوجية للجوء إليه بشروط وقواعد تضمن سلامة الأنساب»<sup>5</sup>.

### ب- استئجار الأرحام.

الأم البديلة أو تأجير الرحم يعبر عنه عادة بعدة تعابير كالأم البديلة<sup>6</sup>، وإجارة الرحم، واستئجار الأرحام، والأم بالواسطة، تتعدّد التسميات والمفهوم واحد. وهو: «وهو المرأة التي تقبل شغل رحمها

<sup>1</sup> ومن قبيل ذلك ما حدث في فنزويلا حيث أرادت أملة أن تنجب بطريقة التلقيح الاصطناعي، فحقنها أحد الأطباء بمني مجهول قد يكون لكلب وولدت أربعة توائم أشباه كلاب توفي ثلاثتهم وبقي رابعهم، ولما بلغ السنة الأولى من عمره، بدأ يحاول الكلام بما يشبه النباح، علاوة على أن لهذا المخلوق الغريب شعر كثيف في جسمه، وأذنان طويلتان كأذني الكلب، وحوافر ذات مخالب ووجه كوجه الكلب. الأستاذ عمر صدوق، محاضرات في القانون الدولي العام، د.م.ج، سنة 2002، ص 107، حسيني هيكل، نفس المرجع، ص .

<sup>2</sup> عَنْ أَسَامَةَ بْنِ شَرِيكٍ ، قَالَ : جَاءَتِ الْأَعْرَابُ إِلَيَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، " أَيُّ النَّاسِ خَيْرٌ ؟ " ، قَالَ : أَحْسَنُهُمْ خُلُقًا " ، قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أُنْتَدَاؤِي ؟ قَالَ : " نَعَمْ ، تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يُنْزِلْ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ الشِّفَاءَ

<sup>3</sup> حيث أوضحوا في قرارهم الخامس بجواز اللجوء إلى هذه العملية من التلقيح.

<sup>4</sup> "أخذ بويضة الزوجة التي لا تحمل وتلقيحها بمني زوجها خارج رحمها الأنابيب وإعادتها بعد إخصابها إلى رحم تلك الزوجة دون استبدال أو خلط بمني إنسان أو حيوان لداع طبي، وبعد نصح طبيب حاذق مجرب بتعيين هذا الطريق، هذه الصورة جائزة شرعا". المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية الفتوى رقم 1225، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، م 9، القاهرة، 1404هـ / 1984.

<sup>5</sup> زكية حميدو تشوار، نفس المرجع ص 42.

<sup>6</sup> لقد عبر المشرع الجزائري عن استئجار الرحم بالأم البديلة وذلك في المادة 45 مكرر من (ق.أ.ج).



بمقابل أو بدونه، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصصة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة»<sup>1</sup>.

ولقد نوقش هذا الموضوع من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية في ندوة بالكويت بتاريخ 1983/05/24 تحت عنوان " الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة" من أجل إيضاح الحكم الشرعي للرحم الظئر، غير أنه لم يقع إجماع على تحريم هذه التقنية الحديثة وأن المنتدبين اختلفوا حول أسباب عدم إجازتها والتي دارت أساسا حول شبهة الزنا واختلاط الأنساب.

ثم عرضت المسألة على المجمع الفقهي بمكة المكرمة فأصدر فتوى تجيز هذه الحالة عند الحاجة، وفي نفس الوقت نصح المجمع الفقهي المذكور بعدم اللجوء إلى هذه التقنية إلا للضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر.

غير أن المجمع الفقهي تراجع عن هذه الفتوى في دورة لاحقة واعتبر نقل اللقيحة إلى رحم زوجة ثانية حرام على أساس أن الزوجة الثانية تعتبر أجنبية بالنسبة للزوجة الأولى<sup>2</sup>. لأن المشاكل المثارة بشأنه قد لا تعدّ ولا تحصى، ويكفي في هذا الصدد التذكير بما وقع في البلاد الغربية من نزاعات قضائية سببها امتناع الأم البديلة عن إرجاع الطفل بعد ولادته، وما صاحب ذلك من اختلاط في الأنساب<sup>3</sup>. وهو ما لا يجوز تقبله في المجتمع الإسلامي. وفي حالات أخرى يتم رفض الولد من طرف الأم المؤجرة وكذا الزوجين لأنه ولد مشوها<sup>4</sup>. وأخذ بهذا الرأي الشيخ يوسف القرضاوي والشيخ علي الطنطاوي والشيخ أحمد مصطفى الزرقاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نصر الدين مروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ج.ع.إ.ق.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، ع04، 1999، ص13.

<sup>2</sup> عبد الكريم مأمون، نفس المرجع، ص25.

<sup>3</sup> وفي هذا الصدد يقول د.تشوار الجبالي: « فمن الملاحظ فإن إنابة الأمومة يمكن أن تعدّ طبقا للعمليات السابقة سبيلا ناجعا ليس بالنسبة للزوجين فحسب، بل حتى بالنسبة لغير الزوجين، وللمرأة الواحدة غير المتزوجة، وللواطنين والسحّاقين لكن يلاحظ أيضا أن المشاكل المنبثقة عن هذه التقنية عديدة ومتنوعة في الميدان القانوني ... وفي الواقع أنه كثيرا ما تبين أن الأمهات الحملات لم تكن كلهن ذات الأخلاق الفاضلة اللواتي تردن فعلا مساعدة الأزواج غير القادرين على الإنجاب، وغالبا ما تتجه النساء إلى هذه التقنية كون أنها مصدر للرفاهية والرزق، أي أن دافع المتاجرة بجسدهنّ هو الذي يدفعهن إلى استئجار بطونهن. جبالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، نفس المرجع، ص110-111.

<sup>4</sup> يقول د.جبالي تشوار: « إذا ألقينا نظرة على هذه المشاكل نجدها تختلف باختلاف أحوال الطفل والمرأة مؤجرة البطن والزوجين. لقد أعلمنا أنه في بعض الحالات قد قررت مؤجرة البطن الاحتفاظ بالطفل، وإن هذا الأخير كان في حالات ثانية طفل زوج مؤجرة البطن، وفي حالات ثالثة أنّ الأم الحاملة وكذا الزوجين رفضوا أخذ الطفل لأنه ولد مشوهاً». المرجع السابق ص110.

<sup>5</sup> زكية حميدو تشوار، نفس المرجع، ص44.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ثالثا: التلقيح الاصطناعي في ظل تعديلات قانون الأسرة تحت مجهر النقد والتحليل.

أمام تعدد طرق حمل المرأة - التي عرفتھا العلوم الطبية الحديثة بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط<sup>1</sup> - لم يكن المشرع الجزائري بمعزل عن هذا التطور الحديث. فمن هذا الانقلاب العلمي والاجتماعي، وضع المشرع الجزائري الإطار القانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه الطريقة للإنجاب، وهذا بشكل يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية. هذا وإن كانت المادة 41 من (ق.أ.ج) نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»<sup>2</sup>.

إلا أن عبارة « وأمكن الاتصال » لا تنفي وجود طرق حديثة يلحق بها نسب الابن لأبيه، إذ لا يشترط الفقه الإسلامي المعاصر ضرورة الاتصال الجنسي لتمتع الابن بنسب أبيه، إذ العبرة بحمل المرأة من مني الأب ذاته، بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك<sup>3</sup>.

لذلك ونظرا لتماشي مسألة التلقيح الاصطناعي ومقاصد الشرع كونه يهدف إلى تحقيق أكبر مقاصده، فلم يبقى مجال في التشكيك في النسب ومدى شرعيته في هذه الحالة. والمتأمل للأحكام الشرعية يجد أنها قضت أن الصورة المباحة من صور التلقيح الاصطناعي تنحصر في كونها بين شخصين الرجل والمرأة، و يرتبطان برابطة قران.

لقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر<sup>4</sup> المدرجة بالأمر رقم 05-02 هذا الشرط للجوء إلى التلقيح الاصطناعي، إذ لا يمكن تصوّره إلا في إطار وجود عقد زواج، ومنعه لما يسمى بالأم البديلة، وهذا معناه أنه في ظل القانون الجزائري لا يمكننا أن نتصور أبدا اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في غير صورته المحددة في المادة 45 مكرر من (ق.أ.ج) والتي تتماشى مع الشريعة الإسلامية، وقد حدّد نص المادة 45 مكرر الضوابط التي تحكم التلقيح الاصطناعي في حالة ما إذا اختار الزوجان هذا الطريق والتي نجلها فيما يلي:

### 1- أن يكون الزواج شرعيا.

أي لا يمكن إجراء هذه العملية لرجل وامرأة أجنبيين عن بعضهما، إذ يعدّ القران الإطار الشرعي والقانوني لهذه العملية، وهذا شرط منطقي ومعقول. يقوم على ترجيح العلاقة الشرعية على العلاقة

<sup>1</sup> أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص53-55.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 02/27/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، نفس المرجع، ص96.

<sup>4</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 02/27/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

غير الشرعية. وعقد الزواج الذي يكون أساسا لعملية التلقيح الاصطناعي، فإنه يثبت إما بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو بحكم قضائي، كما تقتضيه المادة 22 من (ق.أ.ج)<sup>1</sup> لا ريب أن لهذا النص حكمته، فقد أراد المشرع من وضعه أن يقضي على كل تفكير في إقامة أسرة من زوج واحد. فالمشرع رفض رفضا باتا أن يتم تلقيح امرأة عزباء، ولم يقرر المشرع زوال حق التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة إلا رعاية لمصلحة الأطفال وحتى لا يمكن برمجة الأطفال اليتامى مسبقا<sup>2</sup>.

لكن ما يؤخذ على هذا الشرط، أن المشرع لم يحدد المقصود بالزواج الشرعي فهل هو ذلك الزواج المبني على أسس تشريعية أي المسجل والمثبت بعقد مدني أمام موظف مؤهل قانونا لذلك، أم أنه ذلك الزواج العرفي المبني على الفاتحة والتي نصت عليه المادة السادسة من (ق.أ.ج)<sup>3</sup>. إذا اعتبرنا أن كل من الزواج الشرعي (بالفاتحة)، والزواج المدني يندرجان في مفهوم الزواج الشرعي، فإنه يطرح باب التساؤل عندما يتعلق الأمر بنسب المولود، فإذا كان نسب المولود بالطريقة الطبيعية تعثره صعوبات كثيرة عندما يتعلق الأمر بالزواج العرفي، من حيث المدة الزمنية التي يستغرقها إجراء تثبيث الزواج العرفي وما يصاحب العملية من تحقيق، من منطلق أن المسألة خطيرة وقد يصاحبها اختلاط في الأنساب مما يستوجب معه التحري من لدن السلطات المختصة، هذه المدة قد تصل إلى سنوات يكون المولود في تلك المدة في حكم ابن الزنا ويسجل باسم الأم، ومن ثم فإن نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي لزوجين متزوجين بعقد زواج عرفي ستعثره عوائق أكثر من ذلك، ولو أنه يفترض أن يطلب مركز التلقيح الاصطناعي عقد الزواج الرسمي. لكن لا يمكن استبعاد فرضية إجراء المركز لعملية التلقيح الاصطناعي بموجب عقد زواج عرفي.

## 2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

إن المشكل المثار هنا هل يمكن إجبار أحد الزوجين الطرف الآخر على القيام بالتلقيح الاصطناعي؟ وهل يمكن الاستناد إلى هذا الرفض كسبب لإنهاء العلاقة الزوجية؟ طبقا للمادة 19 من (ق.أ.ج)<sup>4</sup>، للزوجين الحق في اشتراط ما يريانه ضروريا ما لم يكن منافي للقانون. وعليه فإن عدم وجود هذا الشرط يخول مبدئيا للزوجين رفض القيام به.

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> قندوز إسماعيل، النظام القانوني للتلقيح الاصطناعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بشار، 2007-2008. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء والفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دط، 2006، ص 121-122.

<sup>3</sup> مجدوب نوال، إشكالات إثبات المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة، م جيل للأبحاث القانونية المعمقة، ع 15، ص 11.

<sup>4</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 02/27 /2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أما عن مدى تأثيره على الرابطة الزوجية<sup>1</sup>، فإنه إذا رفض أحد الزوجين اللجوء إلى هذه الطريقة فإنه يحرم الطرف الآخر من سعادة الشعور بالأبوة، وعليه فإن طلب الطلاق المقدم من الزوج لهذا السبب يكون مؤسسا قانونا ومبررا موضوعا، كما أنه إذا تمّ هذا الرفض من طرف الزوج، يمكن طبقا للمادة 53 من (ق.أ.ج)<sup>2</sup> للزوجة طلب التطليق<sup>3</sup>. هذا ويمكن لأحد الطرفين وقياسا على الإجهاض، أن يرفض القيام بالتلقيح الاصطناعي إن وجد مبررا لذلك كالمرض الوراثي الذي يحتمل انتقاله إلى الأبناء مثلا.

أما عن استراط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 45 مكرر من (ق.أ.ج) أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين، فحسن فعل المشرع الجزائري، لأن الهدف من وضع هذا الشرط هو منع ما اصطلح عليه "ببنوك المنى" والموجودة في الدول المتقدمة، والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمنى الزوج بعد وفاته، وهو أمر يثير عدة إشكالات عملية من حيث إثبات النسب والميراث، لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث.

إن الإشكال الذي يطرح عندما يتعلق الأمر بالبويضات المجمدة، عند نجاح التلقيح الإصطناعي في المرة الأولى وبقاء البويضات المجمدة في البنك وبيعها لاحقا<sup>4</sup>، والحل الأنجع الذي جاء به مجمع الفقه الإسلامي هو إتلاف تلك البويضات دون اعتبار ذلك تجهيضا، لأن المضار تتجلى في اختلاط الأنساب ولا وجود لجنين في رحم الأم، كما أوصى المجمع بترك البويضات الفائضة بعد نجاح عملية التلقيح الأولى دون رعاية صحية حتى تنتهي حياة البويضات الفائضة بالوجه الطبيعي<sup>5</sup>.

لقد اشترط المشرع الجزائري لاستحقاق الميراث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الميراث<sup>6</sup>. ومن جهة أخرى اشترط المشرع حتى يرث يرث الحمل أن يولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت عليه علامة ظاهرة بالحياة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> يعيش تمام آمال وأوجيل نبيلة، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، م.م.ق، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع4، ص106.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> العربي الشحط، نفس المرجع، ص264.

<sup>4</sup> لم ينص المشرع الجزائري على إهدار الأجنة الزائدة في المادة 45 من (ق.أ.ج) ولا في قانون الصحة. بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، ص75.

<sup>5</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 55، والمتعلق بحكم البويضات الملقحة، المؤتمر السادس المنعقد بجدة، المملكة العربية السعودية، من 14 إلى 20 مارس، سنة 1999.

<sup>6</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>7</sup> المرجع السابق.

يفهم من اشتراط المشرع أن يتم التلقيح الإصطناعي في حياة الزوجين تفادي الوقوع في تعقيدات قد تكبل قضاة الموضوع من حيث مسألة استحقاق الميراث، ولا سيما أن أساس ومنبع (ق.أ.ج) هو أحكام الشريعة الإسلامية .

قد يبدو أن اشتراط المشرع أن يتم التلقيح الإصطناعي في حياة الزوجين هو سابق لأوانه في الجزائر- كما يرى البعض- بسبب عدم وجود بنوك المنى، إلى أنه في اعتقادنا حسن ما فعل المشرع أخذا للحيطه، لأنه رغم عدم وجود "بنوك المنى" في الجزائر فإنه قد يخرج الزوجان خارج الدولة الجزائرية لإجراء التلقيح الإصطناعي، وقد تنتقل الزوجة بعد وفاة زوجها من أجل إجراء عملية التلقيح الإصطناعي. وبالتالي فكل هذه الإشكالات أصاب المشرع الجزائري بتجنبها من خلال اشتراطه أن يتم التلقيح الإصطناعي خلال حياة الزوجين لاغير.

إذا لا يجوز تلقيح المرأة بنطاق زوجها تلقيا اصطناعيا بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة، لأن المشرع الجزائري قد حرم عملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة زوجها وهو رأي غالبية الفقه الإسلامي، وبهذا فإن المشرع بنصه على شرط حياة الزوجين، يمنع الأرملة بعد وفاة زوجها من إجراء هاته العملية، هذا لأن الرابطة الزوجية تنقطع بوفاة أحد الزوجين، فمن غير المنطقي أن تأتي الأرملة بمولود بعد وفاة زوجها بمدة تفوق مدة الحمل والتي قررّها المشرع بعشرة أشهر<sup>1</sup>. كما لا يجوز أيضا اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالفسخ.

خلاصة لهذا الشرط، نقول أن المشرع الجزائري منع عملية التلقيح الإصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة، وسواء كانت العملية أثناء العدة أو بعد انتهائها، لأن هذه العملية تمت إجازتها للزوجين أثناء حياتهما وبوجود رابطة زوجية صحيحة، ولأن العمل بغير ذلك يؤدي إلى برمجة أطفال بدون نسب، كما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

إلا أنه وبالتدقيق في عبارة " أن يكون التلقيح الإصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما" الواردة في المادة 45 من (ق.أ.ج)<sup>2</sup>، أنه لا يجوز اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة فقط، وتجاوز هذه العملية بعد الطلاق، وهذا غير صحيح، لذلك في اعتقادنا على المشرع أن ينص على عبارة " أن يكون التلقيح الإصطناعي برضا الزوجين وأثناء قيام الزوجية".

### 3- أن يتم بمنى الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما.

هذا حفاظا على حرمة النسب وشرعيته، وقد أفتى الشيخ أحمد حماني بجواز استعمال التلقيح الاصطناعي بماء الزوجين لا غير. معتمدا في ذلك على توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة (ق.أ.ج)

<sup>1</sup> سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/ 2017، ص 64.  
<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

على مبادئ الاجتهاد الجماعي، لا سيما اجتهاد مجمع الفقه الإسلامي والذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي شرعا بطريقتين:

- أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجيا على أن تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا وهذا بعد سماع شرح الخبراء والأطباء، وما عدا هذين الطريقتين فهو محرّم شرعا<sup>1</sup>.

هذا وتجب الإشارة إلى ضرورة إضافة شرط آخر، والذي أجمع عليه فقهاء الشريعة الذين أجازوا التلقيح الاصطناعي وهو الضرورة. أي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا عند الضرورة القصوى، إلا إذا استحال على المرأة أن تحمل من الطريقة الطبيعية لاغير، لأن الأمور تعلل بمصالحها ولأن الضرورة تبيح المحظور، ولأن الفقه الإسلامي لم يفتح باب التلقيح الاصطناعي على مصرعيه كما فعله المشرعون الغربيون، بل جعله بمثابة استثناء يرد على القاعدة العامة<sup>2</sup>.

هذا ومن جهة أخرى، فإن المشرّع الجزائري أغفل بيان الجزاء المترتب على تخلف أحد هذه الشروط الواردة بالمادة 45 مكرر، ونظرا لاعتبارها شروط غاية في الأهمية، فإن التفكير في الآثار المترتبة على تخلفها لا يقل أهمية كذلك.

فما هو أثر تخلف الرضا؟ أو إذا كان التلقيح بغير مني الزوج أو بويضة الزوجة أو بدون زواج شرعي أصلا؟ وما موقف المشرّع الجزائري اتجاه ذلك؟.

لم يتناول المشرّع الجزائري هذه المسألة رغم تأثيرها على مسألة ثبوت النسب ونفيه. وهذا على خلاف بعض التشريعات التي رتبت جزاء على كل عملية استدعت تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية، مثل المشرع الليبي والسوداني.

كان على المشرّع -في اعتقادنا- وضع هذه الشروط ضمن إطار جزائي يضمن عدم الخروج عن هذه الضوابط. لأن كل مساهم في عملية التلقيح الاصطناعي خارج الأطر الشرعية والقانونية سيفلت من المسؤولية الجنائية، من منطلق أن الفعل المولد لاختلاط الأنساب ممنوع في (ق.أ.ج)، إلا أنه غير مجرم بعقوبات واضحة، مما يتطلب عصرنة وتحديث المنظومة القانونية حتى يمكنها مواكبة التحديات التي تطرحها فكرة التلقيح الاصطناعي.

ظف إلى ذلك فإن المشرع الجزائري منع في (ق.أ.ج) إستئجار الأرحام، إلا أنه لم يجرم هذا الفعل في (ق.أ.ج)، ولم يحدّد العقوبة الواجبة التطبيق على المرأة التي تؤجر رحمها أو تهدي رحمها

<sup>1</sup> يعيش تمام آمال وأقو جيل نبيلة، نفس المرجع، ص 107.  
<sup>2</sup> هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، دراسة طبية فقهية مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السادسة، ع17، ص610.

في(ق.ع.ج). كما أنه يستلزم إفراغ الرضا في شكل معين لتتقطن الأطراف المعنية بخطورة هذه العملية وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها.

رابعاً: إثبات نسب المولود من التلقيح الإصطناعي بالطرق العلمية.

إذا كان من السهل إثبات أو نفي النسب في حالة الحمل الطبيعي، من خلال إثبات عدم المعاشرة مع الزوجة بسبب مرض عضوي مثبت طبيًا، أو نظراً لهجرة الزوج لمدة تفوق مدة الحمل، أو إثبات عدم الدخول، إلا أن مثل هذه الأدلة غير قابلة للإستناد عليها في التلقيح الإصطناعي، باعتبار أنه لا يوجد اتصال جنسي طبيعي<sup>1</sup>.

فإذا تم إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بنفس الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 45 من (ق.أ.ج) فإنه - كما ترى الدكتورة مجدوب نوال- لا يثار الإشكال بالنسبة للنسب، بحيث يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية المستحدثة والمقررة لإثبات النسب من منطلق أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إليها من خلال نص المادة 40 من (ق.أ.ج)، والتي نصت على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>2</sup>. فهذه العبارة تعني أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب سواء كان من الطريق الطبيعي أو من التلقيح الإصطناعي<sup>3</sup>. وتعتبر البصمة الوراثية ذات حجية مطلقة في إثبات نسب المولود من التلقيح الإصطناعي، شأنها شأن إثبات نسب المولود من الطريق الطبيعي.

إلا أنه- وفي اعتقادنا- على المشرع أن ينص صراحة على جواز اللجوء للطرق العلمية لإثبات أو نفي نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الإصطناعي، لأنه قد يفهم من عبارة "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" أنه يجوز استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب الطبيعي فقط. أما المشرع الفرنسي، فقد اتخذ موقفاً من الطرق العلمية لإثبات النسب الطبيعي<sup>4</sup>، - أي الناتج عن عملية الإتصال الجنسي- أما بخصوص النسب الناتج عن عملية التلقيح الإصطناعي، فلا سبيل لاعتماد البصمة الوراثية بشأنه، وذلك نظراً لعلم الطرفين مسبقاً بالحقيقة البيولوجية للطفل، وإذا تمت عملية إخصاب المرأة بماء غير زوجها فلا يمكن إثبات علاقة الأبوة بين الولد وهذا الأخير، طبقاً للمادة 311-19 (ق.م.ف) التي نفت العلاقة بين الطفل والماتح، والتي نصت على :

<sup>1</sup> سكيريقة محمد الطيب، نفس المرجع.

<sup>2</sup> ق رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن للتقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> مجدوب نوال، إشكالات إثبات المولود بالتلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الأسرة، نفس المرجع، ص 11.

<sup>4</sup> سيتم توضيح ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'autreur du don et l'enfant issu de la procréation.<sup>1</sup>

إن المشرع الفر نسي وضع مبدأ جديد في حالة التلقيح بواسطة مني الغير، وهو النسب غير قابل للمنازعة، يعني ذلك أن الزوج حينما يعبر عن رضاه بخضوع زوجته لهذا النوع من التلقيح لا يمكن أن يشكك في شرعية النسب استنادا للفقرة الثانية من المادة 311-20 من (ق.م.ف)، مما يعني أن نسب الطفل مرتبط برضا الزوج، غير أن هذا المبدأ له استثناءات منها:  
-إثبات أن النسب لم يكن نتيجة عملية التلقيح الاصطناعي.

-يكون الرضا غير فعال في الحالات التالية: الوفاة، الطلاق أو الانفصال الجسماني، أو توقف العلاقة الحرة، وهذا ما أكدته المادة 311-20 من (ق.م.ف).

كما أن المشرع الفرنسي وضع مبدأ السرية، إذ لا يمكن للطفل التعرف على أصله البيولوجي، والهدف من ذلك ضمان الاستقرار العائلي للطفل، وهذا ما أكدته المادة 16/8 من (ق.م.ف).<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الحجية النسبية للطرق العلمية في إثبات النسب.

لقد أفادت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي أن تحاليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتفاء النسب عند المنازعة فيه أما بشأن ثبوته فالأمر مجرد احتمالات.<sup>3</sup>

كذلك من جهة أخرى حتى بالنسبة للطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية، فيمكن اعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف، وتفتقر إلى صفة التأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين القطع والشك في صحتها خلافا للطرق الشرعية الأخرى كالإقرار والشهادة عند طرحها أمام القاضي في الجلسة فيدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشرعية، وهو الأمر الذي تفتقر إليه البصمة الوراثية، لأن إجراء التحاليل البيولوجية دائما يكون في غياب القاضي، أي خارج نطاق المحكمة، فما الذي يدري القاضي بما يحصل في المخبر العلمي من نقل وفرز للعينات، الأمر الذي يدخل الشك في ضمير القاضي الذي تناط به مسؤولية رد الحقوق إلى أصحابها، ومن الأسباب التي تقلل من قطعيتها التحاليل البيولوجية ولا تبعث فيها الثقة الكاملة إضافة إلى نظام تحليل الدم، الأخطاء البشرية وعملية الاستنساخ البشري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> علاق برزوق أمال، نفس المرجع، ص156.

<sup>2</sup>بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المسائلة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري،-دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية، 2013/2014، ص72.

<sup>3</sup> محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2004، ص95.

<sup>4</sup>إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في القانون الجزائري، القانون الشامل، مقال منشور على الموقع التالي: [droit7.blogspot.com/2013/11/blogpost4591.html](http://droit7.blogspot.com/2013/11/blogpost4591.html)



## الفرع الأول: تحليل فصائل الدم.

لقد أظهرت الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة، أن دم بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل فصيلة خصائص محددة - كما رأينا- وعن طريق فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة، والزوج والولد، أمكن التوصل إلى أحد الفرضين:

أولاً: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين معاً، وهذا معناه أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل وذلك على وجه التأكيد.

ثانياً: تظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين معاً، وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحدا منهم.

بناء على ذلك وعلى ضوء هذه المعطيات العلمية المتاحة تبين أن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع، ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكد، بل هي قرينة يعوزها البرهان<sup>1</sup>. وهكذا يكون واضحاً أهمية هذا التحليل بالنسبة للطرف الذي يريد التوصل إلى دليل نفي، فهذا الفحص يمكن أن يفيد في خصوص دعواه، إذ قد يثبت من نتيجة التحليل أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه<sup>2</sup>. أما بالنسبة للطرف الذي يريد التوصل إلى دليل إثبات، فلن يجدي معه هذا التحليل، فالزوجة العفيفة التي اتهمها زوجها زوراً وبهتاناً بأن الولد ليس منه لن تجد في تحليل الدم الوسيلة التي تثبت أن الطفل من الزوج. فغاية ما تحصل عليه هو احتمالات غير مؤكدة.<sup>3</sup>

## ثانياً: الأخطاء البشرية.

إن التحاليل الجينية، وخصوصاً البصمة الوراثية تخضع لسيطرة الإنسان، وبالتالي يقع فيما كان يفترض ألا يقع، ومن ذلك الأخطاء البشرية التي تنسب إلى القائمين بتحليل البصمة الوراثية وليس للبصمة الوراثية ذاتها. وهذا ما أكدته المجمع الفقهي في قراره السابع إذ جاء فيه: "أن الأخطاء في البصمة الوراثية ليست واردة من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك." وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجانب الإجرائية القانونية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص51، ص52.

<sup>2</sup> وهذا ما يفسر جواز تمسك الخصوم أمام المحاكم لإجراء فحص الدم لنفي النسب، وجواز رفض هذا الطلب من قبل المحكمة يعد إخلالاً بحق الدفاع، وهذا ما جعل فقهاء القانون ينادون بضرورة النص على الطرق العلمية لنفي النسب وإثباته.

<sup>3</sup> عبد العالي حاحة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، م.م.ق، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص82.

إبراهيم بن ناصر، أستاذ مشارك بالمعهد العالي للقضاء بمصر، مقال منشور على الموقع التالي:

www. Islamtoday. net

<sup>4</sup> حجية الطرق العلمية في مجال النسب والعقبات التي تواجهها، القانون الشامل، مقال منشور على الموقع:

droit7.bLogspot.com

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إن الخطأ البشري له دور كبير في النتائج، ففي قضية "Lazaro sotoLusson" الذي تم اتهمه بجرم الفعل المخل بالحياة على قاصر، مكث بالسجن لمدة عام، إلى أن تمكن محاميه من إثبات أن المكلف بجهاز الكمبيوتر عوض أن يضع إسم الفاعل الواقعي والحقيقي وضع إسم المتهم "Lazaro sotoLusson"

كما أن البروفسور "wiliam thopmson" في جامعة "أرفين" بكاليفورنيا المتخصص في (D.N.A) أكد أن عامل في "FBI" مكتب التحقيقات الفدرالي في ولاية "هوستن" لم يقرأ نتائج الخبرة بطريقة جيدة، وتأكد ذلك بعد إعادة التحاليل الجينية للمرة الثانية، وقد تم إحداث منظمة غير حكومية في أمريكا سميت "مشروع البراءة" وقد تمكنت من الإفراج عن 138 شخص حكم عليهم بالموت خطأ. وقد سارت في هذا الإتجاه الشرطة الإيرلندية بإعادة النظر في النتائج المتوصل إليها، وكان هدفها هو البحث عن إمكانية اختلاط العينات بمؤثرات جارجة عنها، ويقترح البروفسور "إليك جيفري" أن يتم تسجيل عينات جميع السكان، كما أن التحليل لا يتم من طرف الشرطة وإنما من طرف سلطة مستقلة مستعملة طريقة التشخيص بالبصمة الوراثية.<sup>1</sup>

يقول الأطباء البيولوجيون أن طريقة استخلاص الحامض النووي عملية دقيقة جدا تحتاج إلى وسائل مثل الكلوروفورم والإيثانول، ويستخدم له جهاز يسمى "إكتروفوريسد"، ويستخرج بعدة طرق مثل طريقة RELP لاستخراج عينة (D.N.A) من نسيج الجسم أو سوائله، وتتجسد هذه الخطوات فيما يلي: -تقطع العينة بواسطة إنزيم معين يمكنه قطع شريطي (D.N.A) طوليا، فيفصل قواعد الأدينين A والجوانين G من ناحية، والتايمين T والسيتوزين C من ناحية أخرى، ويسمى هذا الإنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجيني.

-ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي.  
-تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية، وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط ذاكنة اللون ومتوازنة، وقد تستغرق هذه الطريقة من 08 إلى 10 أيام، ورغم أن جزيئ (D.N.A) صغير إلى درجة فائقة- حتى أنه لو جمع كل (D.N.A) الذي تحتوي عليه أجساد سكان الكرة الأرضية لما زاد وزنه عن 36 ملجم- فإن البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبيا وواضحة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علم الإجرام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية، 2011، 2010، ص155.  
<sup>2</sup> حجية الطرق العلمية في مجال النسب والعقبات التي تواجهها، نفس المرجع.

كما أن هناك تقنية أخرى تعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل، أي تكبير الحمض النووي وتدعى طريقة PCR بحيث يستخرج (D.N.A) ويضخم إلى عدة ملايين من النماذج بواسطة أنزيم مكثف. وتبعات الخطأ بهذه الطريقة تكون أكثر ارتفاعاً من تبعات الخطأ عند استعمال تقنية relp<sup>1</sup>. لقد اشترط العلماء في كل هذه الطرق أن تكون العينات طازجة ونظيفة وأن لا تكون قد تعرضت إلى اعتداءات بيئية، فهي تحتاج إلى جهد مكثف من الخبراء حتى تخرج النتائج سليمة من الشوائب. فكل هذه الخطوات العلمية لأعلم للقاضي بها. وقد أضاف التقدم البيولوجي في مجال علم الوراثة، إلى المعطيات العلمية السابقة، معطيات علمية أكثر تطوراً حيث أصبح من الممكن الاعتماد عليها في مجال نفي النسب وإثباته<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: ظاهرة الاستنساخ البشري.

الاستنساخ قضية بارزة في عالمنا المعاصر، ظهرت إلى الوجود نتيجة الثورة البيولوجية العظمى التي حظيت باهتمام علمي وإعلامي كبير وبعناية فائقة. ولقد أصبح العالم اليوم مشغولاً شغلاً كبيراً بنتائج العلماء الباهرة وتجاربهم في الاكتشافات العلمية الطبية التي تسعى للوصول إلى الاستنساخ البشري.

فما معنى الاستنساخ البشري، وماذا يترتب عليه من آثار إنسانية وأخلاقية ودينية؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية والقانون من هذه الظاهرة؟ وهل يمكن إثبات نسب الشخص المستنسخ؟ وهل للاستنساخ البشري تأثير على الحجية المطلقة للطرق العلمية؟ وفي ذلك إجابة لتساؤلات الكثير من الناس.

### أولاً: تعريف الاستنساخ.

عرفه الدكتور شعبان الكومي فايد أنه: "عملية يقصد منها استحداث كائن حي، بنقل النواة من خلية جسدية حية إلى بيضة منزوعة النواة، أو بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة، كما يقصد منها استحداث نبات أو عضو أو جنين معين أو خلية معينة بطرق عملية لأهداف تنموية وعلاجية"<sup>3</sup>.

ويعرفه الدكتور "هاني رزق" أستاذ علم الجنين في كلية الطب بجامعة دمشق أنه: "تشكيل كائن حي كنسخة مطابقة تماماً من حيث الخصائص الوراثية والفيزيولوجية والشكلية لكائن حي آخر، فهو

<sup>1</sup> مقال منشور على الموقع: www.islamonline.net - المرجع السابق.

<sup>2</sup> حجبة الطرق العلمية في مجال النسب والعقب التي تواجهها، نفس المرجع.

<sup>3</sup> شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د.ط، سنة 2006، ص 12.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إذا توالد لا جنسي، أي من غير تلاجح، وهو شائع في النباتات مثل طريقة التهجين، وأما في الكائنات الحية أو الحيوانية فلا يزال في ميدان التجربة المخبرية<sup>1</sup>.

وعرفه الدكتور منصور كافي: "هو استخدام حيوان منوي وبويضة لتكوين النطفة، ثم يتم عمل عدة نسخ من هذه النطفة، بحيث تكون عدة أجنة يتم وضعها في رحم أمم أخرى أو أكثر من أم. لتتم عملية الولادة لعدة نسخ من هذه النطفة الأولية ولقد استخدمت هذه الطريقة في الحيوانات لأغراض شتى<sup>2</sup>.  
ثانياً: الحكم الشرعي للاستنساخ البشري<sup>3</sup> ومشروعيته.

حكم الاستنساخ البشري، المنع والتحرير والحظر، وهو يعتبر كبيرة عظمى وجناية في حق الحياة، وضرباً من ضروب الإفساد في الأرض وإهلاك الحرث والنسل.

والتحرير هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة في الوقت الحاضر، والتي قد تعرف في المستقبل، والتي تهدف إلى التكاثر البشري باعتماد أسلوب مخالف للطريقة الشرعية في التنازل والتوالد<sup>4</sup>. وتم حظر الاستنساخ البشري شرعاً للأسباب التالية.

### 1- منافاة جوهر العقيدة الإسلامية.

من الأبعاد الخطيرة للاستنساخ البشري أن يخل بمبادئ العقيدة الإسلامية وينافي جوهرها وحقيقتها، وذلك لما قد يوقعه في بعض النفوس الضعيفة إيماناً من أن الاستنساخ ضرب من القدرة الفائقة والغلبة العلمية التي قد تصل إلى درجة مضاهاة خلق الله ومماراته والاقتراب منه، الأمر الذي قد يؤدي إلى قلب بعض القيم والأبنية الدينية العقدية المقررة منذ بداية الخليقة، وإلى أن يتخذ الذين في قلوبهم مرض ذلك ذريعة لزعزعة الإيمان وإضعاف العقيدة لدى ثلثة من الناس.

فقد توهم البعض في بداية بروز الاستنساخ على الساحة العالمية أن ذلك الاستنساخ مضاهاة لخلق الله تبارك وتعالى، وادعاء درجة مهمة من التخليق<sup>5</sup> إذ استعملوا لفظ التخليق نطاقاً أوتضمننا لأمرين اثنين:

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الاستنساخ، الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية، دار الفكر، دمشق، ط1، 1418هـ - 1997م، ص117.

<sup>2</sup> منصور كافي، الاستنساخ، مفهومه، أنواعه، حكمه، الأحياء، م.ع.إ.س، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع7، 1421هـ/ 2003م، ص184.

<sup>3</sup> في سنة 1993 تمّت أول محاولة للاستنساخ البشري في الولايات المتحدة الأمريكية على الطريقة التوأمية، وتم الإعلان عنها في مؤتمر الخصوبة الأمريكية بمدينة مونريال. وكذلك استنساخ الأجنة وإبقائها حية لفترة وصلت إلى ستة أيام. وفي سنة 1997 تم في الولايات المتحدة الأمريكية في ولاية أوريجون استنساخ توأم لقرد "الريزوس" بطريقة نسخ الأجنة أو الاستنساخ الجنسي. وفي 27 فيفري 1997 أعلن العالم الاسكتلندي "إيان ويلوت" صحبة فريق من علماء معهد روزلين عن ميلاد النعجة "دولي" بطريق الاستنساخ. وقد كانت تمويل المعهد المؤسسة PPI، المتاجرة في الأدوية.

<sup>4</sup> نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، دار الزاحم، ط 1، 1422هـ - 2001م، ص66-67.

<sup>5</sup> إذا كان ادعاء التخليق لم يصرّحوا به بوضوح وجلاء لأنهم يعرفون سذاجته وحقارته، ومنافاته لمبادئ العلم والمنطق والحس والتجريب، وإنما أضمره في نفوسهم وتوهموه بسبب الغرور والشهرة والإصابة بداء جنون العظمة والكبرياء العلمي، والخيلاء.

أ- لإيهام بأنه قريب من الخلق الإلهي وشبيه له.

ب- لتحاكي لفظ الخلق الذي يختص به الخالق القدير وحده، إذ يخشى أن يؤدي استعمال لفظ الخلق أو التخليق إلى ظهور المعارضة الشديدة والاستنكار القوي من قبل جميع الأديان والعقائد.

غير أن واقع الحال يكذب ذلك، فأين هم من الخلق أو بعض الخلق الذي تفرّد الله به؟ وأين هم ممن أوهموا به ضعاف الحال ومرضى القلوب؟ فهم يدركون بمواطن أنفسهم أن عملهم لم يكن سوى عمل اعتمدوا فيه مواد ومكونات مخلوقة وموجودة، واجتهدوا في التنسيق بينها وفق سنن الله وقوانينه وأقداره التي فوض أعمالها وتطبيقها للخبراء والمختصين والعلماء، فهم بلا شك منفذون لأحكامه ومطيعون لأوامره وعبيد له اضطرارا أو اختيارا<sup>1</sup>. قال تعالى: { أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ }<sup>2</sup>. وقوله تعالى: { أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ نَحْنُ قَدَرْنَا بَيْنَكُمْ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ }<sup>3</sup>.

وقد تحدى الله جميع الناس بهذا الإبداع والخلق والتكوين لأصغر الأشياء وأدقها، فقال تعالى في قبيله: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ ضُرِبَ مَثَلٌ فَاستَمِعُوا لَهُ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَاباً وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ وَإِنْ يَسئَلُهُمُ الذُّبَابُ شَيْئاً لَّا يَسْتَفِيدُوهُ مِنْهُ ضَعْفَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ }<sup>4</sup>. كما أنه لا يتصور إنسان في صورة أبداع ولا أكمل ولا أجمل من صورة الإنسان وذلك في قوله تعالى: «لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم»<sup>5</sup>.

ظف إلى ذلك أن الرّوح الموجودة للحياة هي عند الله تعالى كما قال جلّ شأنه: { وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً }<sup>6</sup>.

إن ادعاء التخليق أمر مضحك وساذج، ولا يليق بمن تصدى للعلم وتجاربه ومنافعه ولا يستساغ من ذوي العقول الراجحة وأرباب الفطر الصالحة الذين وصفهم الله بأنهم يخشونه، وذلك بسبب ما أوصلهم إليه علمهم من نور وهداية وإطلاع على الأسرار العجيبة والبراهين الساطعة المودعة في هذا الوجود، قال جل في علاه: { إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ }<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الواقع الذي ينبغي معرفته أن الخلق هو الإيجاد من العدم ومن اللا شيء، وأما الاستنساخ فهو تصرف في مواد مخلوقة بدقة متناهية، وإتقان بديع، والخلق لله وحده ينفرد به جل شأنه، فهو الخالق القدير، لذا اقتصر القرآن الكريم في إثبات وجود الله تعالى على دليل إمكان الخلق، فقال تعالى: { أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ } سورة المؤمنون، الآية 14.

<sup>2</sup> سورة الرعد، الآية 16.

<sup>3</sup> سورة الواقعة، الآية 62.

<sup>4</sup> سورة الحج، الآية 74.

<sup>5</sup> سورة التين، الآية 04.

<sup>6</sup> سورة الإسراء، الآية 85.

<sup>7</sup> سورة فاطر، الآية 28.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### 2- معارضة الاستنساخ البشري للأدلة التشريعية<sup>1</sup>.

إن المتأمل في حقيقة الاستنساخ البشري يدرك بتمام الوضوح والجلاء أنه جاء على خلاف الأدلة والمصادر الشرعية جملة وتفصيلاً، تصريحاً وتلميحاً، كلياً وجزئياً. فهو معارض لتلك الأدلة من جميع الوجوه وكافتها، إذ لا يوجد ولا دليل واحد أو نص واحد أو معنى واحد متفق عليه أو مختلف فيه، أو رأي معين معمول به أو مشهور أو متروك أو مهجور أو غير ذلك مما قد يظن أنه مؤيد للاستنساخ البشري ومناصر له، أو على الأقل ساكت عنه، وقد تركه للنظر والاجتهاد.

### أ- معارضة الاستنساخ لنصوص الكتاب والسنة:

الاستنساخ البشري يخالف النصوص المتعلقة بالتكاثر البشري على الطريقة المعروفة من التقاء الزوجين ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: {إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا} <sup>2</sup>. وقوله: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ} <sup>3</sup>. وقوله: {فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ يُخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ} <sup>4</sup>. ويقول النبي صلى الله عليه وسلم « تَرَوُّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ، فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ». <sup>5</sup>

فقد دلت هذه النصوص وغيرها على أن التناسل والتكاثر يقوم على أساس الوقاع أوالاتصال بين الزوجين، فتلقح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي للزوج، لتتكون اللقيحة أوالنطفة الأمشاج الحاملة لمورثات وخصائص الأب والأم معا، والتي سيتكون بموجبها بإذن الله تعالى المخلوق الجديد الذي سيكون فرعاً معلوم الأصل والنسب.

هذا هو طريق التكاثر البشري الكوني الشرعي الذي أراده الله منذ الأزل. وهو الذي ينبغي أن يمضي إلى يوم القيامة، وبظل حقيقة معلومة وسنة دائمة. قال تعالى: { فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَحْوِيلًا } <sup>5</sup>.

إن معارضة الاستنساخ البشري لنصوص الكتاب والسنة ليست محصورة فيما يتعلق بطريقة التكاثر البشري، وأنواع تغيير خلق الله فقط، بل أنها تشمل مجالات كثيرة تتصل بما أثبتته الوحي الكريم، قرآنا وسنة من إثبات لصفات الخلق والتقدير والتدبير وتوزيع الأرزاق والمواهب والعقول

<sup>1</sup> الأدلة الإسراء، الآية 85.

<sup>1</sup> سورة فاطر التشريعية هي مصادر التشريع الإسلامي وأصوله وقواعده والتي يعرف منها الأحكام الشرعية الفقهية، وهي تشمل القرآن الكريم، والسنة والإجماع، والقياس، والاستحسان، والمصلحة المرسلية، والعرف، والاستصحاب، وسد الذرائع، وشرع من قبلنا ما لم يردنا ناسخ وغير ذلك، وهذه المصادر التشريعية يقسمها العلماء إلى مصادر متفق عليها ومختلف فيها، أو مصادر أصلية وأخرى تبعية، أو مصادر نقلية وأخرى عقلية.

<sup>2</sup> سورة الإنسان، الآية 02.

<sup>3</sup> سورة النجم، الآية 46.

<sup>4</sup> سورة الطارق، 05-06-07.

<sup>5</sup> سورة فاطر، الآية 43.

والمورثات والتصرف في الخلق بمشيئة الله وقدرته وإرادته، وكذلك من تقرير الدعوة إلى العلم النافع والنظر الهادف في الكون وأسراره وآياته، واستثمار ذلك فيما يخدم الإنسانية، ويحقق نجاحها وخيراتها ونفعها، وغير ذلك من المجالات التي قررها الوحي، والتي خالفها الاستنساخ البشري مخالفة صريحة<sup>1</sup>.

### ب- معارضة الاستنساخ البشري للإجماع<sup>2</sup>.

لقد اتفق علماء الشريعة على وجوب منع الاستنساخ البشري، ولزوم منع تجاربه ومنجزاته، والإجماع منعقد بصورة قطعية، ويقينية ثابتة، وهو يستند إلى نصوص الوحي الكريم وإلى قواعد المصلحة ورفع الضرر ودرء المفساد.

لقد أصدر الدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية خلال ندوة نقابة الأطباء المصرية في القاهرة، في 16 مارس 1997م، حيث أعلن فيها: «إن الإجماع قائم من الناحية العلمية والطبية، على أن استنساخ البشر مرفوض، وأيضاً من الناحية الأخلاقية ومن الناحية العقلية ومن الناحية الاجتماعية وأضاف قائلاً: إن قضية الاستنساخ محرمة من الناحية الشرعية، إذ أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم، وأن الله خلق الإنسان بيده، ولا يمكن للإنسان أن يصل إلى مشابهة خلق الله سبحانه<sup>3</sup>، وعليه لا يجوز للإنسان أن يتمرد على حكمة الله ويبحث في فضل الله عليه. ويظيف: ومن هنا أرى أنه من باب سدّ الذرائع لا يجوز أن نبحث في هذه القضية ولا نتحدث إلا عن مصلحة البشر»<sup>4</sup>.

وفي هذا السياق ارتأى فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي: «أنه يجب أن نقف ضد هذا الاكتشاف العلمي الهدام، إذ أن الاستفادة من التقدم العلمي في علاج بعض الأمراض المستعصية وبعض الأمراض الوراثية، وعلاج بعض أسباب العقم، فلا مانع من ذلك، ولكن بشرط ألا يكون ذلك فتحاً لباب خطير، وإذا خفنا أنه إذا فتحنا هذا الباب فلن يسد، فالأولى بنا أن نسد من أول الأمر»<sup>5</sup>. مستندا في ذلك إلى قاعدة سدّ الذرائع<sup>6</sup>.

هذا ويرى فضيلة الدكتور السيد طنطاوي: «أن الأمر غير طبيعي، ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الاستنساخ، لأن خروج الإنسان يتم نتيجة تلقيح بويضة أنثى بحيوان منوي من ذكر، أما

<sup>1</sup> نور الدين مختار الخادمي، نفس المرجع، ص 82-83.

<sup>2</sup> الإجماع هو المصدر الثالث بعد الكتاب والسنة، وهو اتفاق المجتهدين في عصر من العصور بعد عصر النبوة على قضية من القضايا، سواء أكان أمراً عقائدياً، أو تشريعياً أو أخلاقياً أو غير ذلك، مما تأكدت مشروعيته، وتبينت مصلحته.

<sup>3</sup> مع هذا الاستثناء وهو أنه إذا كان من الممكن أن تتجه الدراسات لنفع البشرية وحل مشكلاتها في قضية استنساخ العضو المطلوب، فقط هذا جائز من الناحية الشرعية.

<sup>4</sup> منصور كافي، نفس المرجع، ص 187، جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، نفس المرجع، ص 187.

<sup>5</sup> يوسف القرضاوي، حوار مع مجلة المجتمع حول الاستنساخ، ص 30-31، نقل عن جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، نفس المرجع، ص 129.

<sup>6</sup> قاعدة سدّ الذرائع مفادها أنه لو كان هناك أمراً مباحاً، ولكنه إذا فتح الباب له سيؤدي إلى أمور مستتكرة، ومفاسد للناس فتمنع هذا الأمر المباح سداً للذريعة إلى الفساد، فدرأ المفساد أولى من جلب المصالح.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

خلاف ذلك فهو ضد الأخلاقية والاجتماعية، لأن الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأن العلم يجب أن يقوم على أمور ثلاثة هي: الإيمان والأخلاق وخدمة البشرية. كما يجب أن يحافظ على مقاصد الشريعة»<sup>1</sup>

### 3- إبطال القياس للاستنساخ البشري<sup>2</sup>.

الاستنساخ ليس له ما يؤيده من القياس، إذ ليس هناك نظيرا يمكن إلحاق الاستنساخ البشري به، من جهة الإباحة والتجوز، ولا يوجد أصل يمكن أن يقاس عليه ذلك الاستنساخ، فهو أمر غريب وشاذ جاء على خلاف الأصول والأدلة والقواعد، فليس بينه وبين تلك الأصول مناسبة ولا ملائمة، ولو في درجات بسيطة جدا من حيث الاعتبار والقبول الشرعيين.

إذن فليس هناك ما يبيح الاستنساخ من قبل القياس، وأما إذا أردنا أن نستخدم القياس في إبطال الاستنساخ البشري جاز لنا القول بأن هناك بعض الأمور والمسائل الشرعية التي يمكن أن نقيس عليها ذلك الاستنساخ لوجود بعض الأوصاف المشتركة بينها والتي أدت إلى التحريم والمنع. فيمكن أن نلحقه ببعض الطرق الفاسدة في التوليد والتناسل والتكاثر على غرار نكاح الاستبضاع وكراء الرحم وبنوك الأجنة، وأن نلحقه ببعض الأنكحة الفاسدة كنكاح المتعة ونكاح المحارم وما تؤول إليه من هناك الأنساب والأعراض، ومنافاة المقاصد الأصلية للزواج، ومخالفة الفطرة السليمة في المعاشرة الزوجية ذات الأبعاد والروابط المشروعة عقائديا ووجدانيا وجنسيا وحضاريا وأخلاقيا.

إن الأمر الجامع بين كل تلك الأنكحة الفاسدة والأنماط الغربية في التناسل، هو إهدارها لمقصد حفظ النسب والعرض والنسل، وهو نفس الأمر الموجود في الاستنساخ البشري الذي لم يرق إلا على هتك ذلك المقصد الكلي العام، ولم يبن على إدخال الروابط الأسرية والاجتماعية ومنظومة الأخلاق والقيم والعقائد دائرة الفوضى والاهتزاز. فبأي شيء يختلف الاستنساخ البشري عن ظاهرة الاستبضاع في الجاهلية، فكلاهما يشتركان في إقحام الأطراف الأجنبية في العلاقة الزوجية. وبماذا يختلف الاستنساخ البشري عن كراء الأرحام وتجميد الخلايا الجنسية، فكل هذه الأنماط فيها تلاعب بالأنساب والأعراض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد سيد طنطاوي، شيخ الأزهر، مجلة الشروق من 18 إلى 24 أوت 1997، ص18، نقل عن كارم السيد غنيم، نفس المرجع، ص150-151.

<sup>2</sup> القياس هو المصدر الرابع بعد الكتاب والسنة والإجماع، وهو إلحاق أمر لم ينص عليه بأمر وقع التنصيص عليه لاشتراكهما في علة الحكم. مثل: تحريم شحم الخنزير قياسا على لحمه لعله النجاسة والقذارة والضرر. وتحريم المخدرات بمختلف أنواعها قياسا على الخمر لعله إذهاب العقل وضياع المال والصحة والسلامة البدنية والنفسية.

<sup>3</sup> منصور كافي، نفس المرجع، ص188، نور الدين مختار الخادمي، نفس المرجع، ص87 وما بعدها.



د- مخالفة الاستنساخ البشري للعرف<sup>1</sup>.

الاستنساخ أمر غريب على الطباع الإنسانية والتقاليد الحياتية في الإعمار والتكاثر، إذ لم نتعارف الأمم والجماعات والقبائل منذ بدء الخليقة على مثل هذه الأساليب الاستنساخية في التوليد والتناسل، بل إن أعرافها جرت على خلاف ذلك. وتعاقبت على استهجان ما يخالف فطرتها وطبيعتها، وعلى استنكار التلاعب بكرامة الإنسان وتحويله إلى مآرب للتجربة والاختبار والإهانة والاستخفاف. ثم إن العرف المعتبر شرعا هو العرف الذي لا يصادم أصلا أو حكما أو نصا شرعيا مقررًا، وهو الذي يحقق للناس النفع ويدراً عنهم الضرر، أما العرف الذي يحل حراما أو يحرم حلالا فلا اعتداد به ولا قيمة له وهو مرفوض ومردود.

إن العرف الشرعي الصحيح يمنع الاستنساخ البشري، لأن هذا الأخير مصادم لكل المنظومة الشرعية وجميع أحكامها ونصوصها اجتماعا وانفرادا.

## هـ- مخالفة الاستنساخ البشري للأخلاق.

إن الجانب الأخلاقي للاستنساخ هو ما يجعله مربعا بشكل أساسي لما للأخلاق من دور حضاري سواء في علاقة الإنسان مع الإنسان، أو في علاقة الإنسان مع الطبيعة، أو من حوله، فإذا فصل الاستنساخ عن الأخلاق يكون كارثة ستحقيق بما بقي من القيم، فلا التلاعب بمصير البشر مقبول إنسانيا، ولا التلاعب بالطبيعة كذلك.

إن الاستنساخ يظهر مهددا لمنظومة أخلاقية تشريعية سارت على نهجها البشرية آلاف الأعوام، إنها أزمة الأخلاق وليست أزمة الاستنساخ، فالاستنساخ حدث علمي يدخل في إطار الكشف العلمي، قال تعالى: {سُرِّيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَّلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ} <sup>2</sup>. ولكن فقدان البعد الأخلاقي في حضارة اليوم يحول كل شيء إلى وسيلة تدمير وإفساد<sup>3</sup>.

## ثالثا: حكم الاستنساخ البشري في التشريع.

## 1- حكم الاستنساخ البشري في القانون الجزائري.

في الواقع من يقلب النظر في مجموعات القوانين الجزائرية يستطيع أن يلاحظ أنه لم يكن لهذه المسألة فيها شأن، ولم يرد فيها نص خاص، وسبب سكوت المشرع عن إعطاء حل معين لهذه المسألة أو الإشارة إلى تطبيق قانون معين يرجع إلى أن مسألة الاستنساخ البشري مسألة حديثة النشأة.

<sup>1</sup> العرف هو الأمر المعروف في حياة الناس، والذي اعتادوا عليه في معاملاتهم وأقوالهم ومعاشهم، دون أن يعارض مصالحهم ومنافعهم، أو يبطل أصلا أو حكما شرعيا معلوما، والعرف يستأنس إليه في معرفة الأحكام وتطبيقها.

<sup>2</sup> سورة فصلت، الآية 53.

<sup>3</sup> عبد الواحد علواني، الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق على مشارف القرن الحادي والعشرين، دار الفكر المعاصر، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ص169-170.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إن سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة لا يكون منبعا لفتح باب الاستنساخ البشري. خاصة وأن الجزائر لا تأخذ قانونيا إلا بالاككتشافات البيولوجية التي تعود بالمنفعة على المجتمع، وأقصى ما يمكن ألا يتسامح فيه القانون هو إمكان ممارسة الباحثين الاستنساخ على الكائن البشري، لما ينطوي عنه من مخاطر عظمى سواء أكان ذلك بالنسبة للشخص المستنسخ ذاته أم بالنسبة للمجتمع ككل. هذا ويرى الأستاذ جيلالي تشوار: " أن المنع القطعي لهذه التجربة والتقنية الحديثة للإنتاج يمكن استخلاصها من المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن قانون أخلاقيات الطب، والذي ينص في الفقرة الثانية من المادة السادسة على أنه: " يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان". ويتطبيق هذا النص تطبيقا صارما يعتبر حظر إجراء الاستنساخ البشري نتيجة منطقية للمحافظة على الكائن البشري<sup>1</sup>.

### 2- حكم الاستنساخ البشري في التشريعات المقارنة.

من جانب القانون المقارن، قد أقرت هذا الحل بعض تشريعات الدول الغربية، وقد اتخذت هذه الدول إجراءات إزاء الاستنساخ البشري، فقد قررت الحكومة الإيطالية في مرسوم صادر من وزارة الصحة في مارس 1997، منع الاستنساخ البشري والحيواني. كما أنه في الولايات المتحدة قد تم تحضير مشروع قانونين يمنع بمقتضاهما كل تمويل فيدرالي للأبحاث الخاصة بالاستنساخ البشري، مع اعتبار هذه الأبحاث جريمة يعاقب عليها بغرامة 5000 دولار أمريكي. وفي 23/03/1997 قد استدعى الكونغرس الأمريكي إليه العالم «إيان ويلموت» رائد الاستنساخ وأخذ منه استنكاره لنسخ البشر وإقراره بعدم التفكير فيه<sup>2</sup>. وفي بوليفيا وافق البرلمان على مشروع قانون يمنع بمقتضاه الاستنساخ البشري. أما البرلمان الأرجنتيني فقد أعد مشروع قانون يجرم هذه المسألة ويفرض عقوبات جنائية مشددة على إجراء تجارب على الإنسان. كما أوصت مجموعة من المؤسسات بمنع الاستنساخ على البشر ومنها:

### 1- المنظمة العالمية للصحة:

لقد جاء في إعلان 11 مارس 1998 وغيره ليؤكد على أن التوالد بواسطة استنساخ الكائنات البشرية غير مقبول أخلاقيا، ويشكل انتهاكا لحرمة الحياة البشرية والأخلاق، وقد طلب المدير العام للمنظمة بدراسة عامة عن المضاعفات وتقنيات الاستنساخ المستخدمة على الحيوانات والنباتات

<sup>1</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، نفس المرجع، ص125-126.  
<sup>2</sup> عدنان سبيعي، الاستنساخ المستجد: مناهج ومواقف إنسانية، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م، ص199.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

والصحة الإنسانية وتقويم وتوضيح المضاعفات الأخلاقية والعلمية والاجتماعية للاستنساخ البشري، في مجال الصحة البشرية.

### 2-المجلس الأوروبي:

من خلال إعداده لاتفاقية حول حقوق الإنسان والبيولوجيا الطبية تم التوقيع عليها مؤخرا في أوفيديو.

### 3-منظمة اليونسكو:

من خلال اللجنة الدولية للأخلاقيات والبيولوجيا التابعة لها حيث تعد إعلانا عالميا حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان.

### 4- اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاقيات وعلوم الحياة والصحة بفرنسا.

### 5- اللجنة الوطنية للأخلاقيات بتونس.

### 6- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية:

من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة في الدار البيضاء بالمغرب بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية وقد حضرها حوالي ستون من كبار الفقهاء والأطباء والعلماء<sup>1</sup>.

### رابعا: مدى تأثير الاستنساخ البشري على الحجية المطلقة للطرق العلمية.

إن تخطي العلم لاستنساخ النعجة دولي وانصرافه إلى إنتاج إنسان، فإن ذلك سيؤدي لا محال إلى صناعة آلاف النسخ المتشابهة التي ليس لها أب ولا أم ولا مكانة في المجتمع، ومن هذا المنطلق فإننا في المستقبل سنكون أمام مجموعة من الأشخاص متطابقة في كل شيء، أي أن لها نفس الصفات الوراثية ونفس (D N A) وهذا ما يؤثر حتما على خصوصية كل كائن بشري، ويناقض بالضرورة ما هو ثابت علميا، بأن لكل إنسان (D N A) خاص به ولا يمكن أن يشابه غيره، وبالتالي فلو استمر التطور العلمي في هذا المجال على حاله فسنكون أمام عدة أشخاص يحملون نفس (D N A) وهذا ما ينقل تقنية البصمة الوراثية من مصاف الدليل القطعي غير قابل لإثبات العكس، إلى زمرة الأدلة النسبية التي تحتاج إلى تحري أكثر لترقى إلى مرتبة الدليل القطعي، بل أكثر من ذلك، فلو أبيضت عملية الاستنساخ البشري فإن ذلك سيؤدي حتما إلى وأد تقنية البصمة الوراثية وسيجعل القاضي أمام تحديات جديدة للوصول إلى الحقيقة<sup>2</sup>.

هذه هي الأسباب التي أوهنت من قيمة التحاليل البيولوجية، ورغم ذلك تبقى البصمة الوراثية قرينة قوية أقوى بكثير من تحليل فصائل الدم . وفي كل الأحوال لا يمكن الشك مطلقا في مستوى نجاعة

<sup>1</sup> منصور كافي، نفس المرجع، ص186.

<sup>2</sup> توفيق سلطاني، نفس المرجع، ص153. مقال على الموقع: [www.djeLfa.info](http://www.djeLfa.info)، ص108، 107.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

التحاليل العلمية، وهي من دون شك ذات دلالة قطعية من حيث أنها حقيقة بيولوجية وعلمية ثابتة، لايرقى إليها الشك إلا ماتم استثناءه<sup>1</sup>.

نخلص من خلا دراستنا لحجية الطرق العلمية أنها تبقى قرينة قطعية من حيث بنائها ولكنها ظنية من حيث تطبيقها لأنها تخضع لتقدير المحكمة وسلطانها في استخلاص الوقائع وتقدير أدلة الدعوى المطروحة أمامها ، وبهذا ينتصر لواء القضاء على أهل الطب، لأنهم هم أهل الحق والرشاد الذين أمرهم الله تعالى بالحكم بالعدل فقال جل شأنه: {وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً }<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، القانون الشامل، نفس المرجع  
<sup>2</sup>سورة النساء ، الآية 58.

## الفصل الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات

### النسب.

إن الشارع الحكيم قد أولى النسب عناية فائقة مشرعا من الأحكام ما يحفظه ويصونه حتى لا يكون عرضة للأهواء والعواطف، فقد حددت الشريعة الإسلامية طرقا شرعية لإثباته وهي الفراش والإقرار والبينة، ونفس الأمر اعتمدته التشريعات الوضعية لاسيما الإسلامية، التي ارتأت هي الأخرى تنظيم أحكامه تنظيما دقيقا<sup>1</sup>.

إلا أنه قد علم بما لا يدع مجالا للشك - كما رأينا - أن التطورات العلمية البيولوجية الحديثة قد كشفت عن وجود طرق علمية حديثة، وقد برز دورها جليا في مجال إثبات النسب، وثار الخلاف بشأنها بين آخذ بها ورافض لها، وزاد الخلاف بشأنها<sup>2</sup>.

عندئذ فلا حرج أن يتدخل المصلحون، وذوو العلم وأولو الأمر، ليأخذوا من آراء الفقهاء سواء المذاهب الأربعة، أو غيرهم ما يكون أصلح للناس، كذلك لا حرج أن يأخذوا بما يراه المتخصصون في فروع العلم المختلفة، لأن الأحكام المتعلقة بالنواحي الاجتماعية تتغير، لا شك، بتغير الظروف والأحوال وأخلاقيات الناس وسلوكهم.

في الحقيقة بعد الجولة التي خاضها الباحث في بيان القيمة العلمية للطرق العلمية، من تبيان أنواعها وحجيتها في إثبات النسب، فلا يخفى على الباحث تشوقه إلى رؤية تشريع وقضاء جزائري، يعتمد في تكوين عقيدته وترسيخ اقتناعه، على أدلة علمية لا يصح شرعا أن تهدر، فهي نتاج أبحاث علمية لفكر إنساني متصل، لا يتجافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه من المقرر شرعا وجوب معرفة الحقائق على وجهها الصحيح بالرجوع إلى قول أهل البصر والمعرفة، ولا شك أن الطب الشرعي الحديث وأخصائي علم الوراثة هم أهل البصر والمعرفة في مجال فحص الدم واختبارات الوراثة، فيتحتم الرجوع إليهم في هذا الأمر.

لكن هذا التشوق لا يجب أن يحجب عنا رؤية بعض الصعوبات التي تكتنف اللجوء إلى إجراء فحص الدم واختبارات الوراثة كوسيلة لإثبات النسب.

لذلك، لزاما علينا أن نبين القيمة القانونية للطرق العلمية، وذلك ببيان موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب بالطرق العلمية، ثم نبين موقف التشريع. وبعد ذلك نتعرض لمواجهة الصعوبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب.

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 285.

<sup>2</sup> عبد العالي حاحة، رياض دنش، نفس المرجع، ص 82.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

لأجل ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية بين الشرع والتشريع، وسنتناول في المبحث الثاني الصعوبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب.

### المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية بين الشرع والتشريع.

لقد اختلف المشرع الجزائري أثر الشريعة الإسلامية وحدا حدودها، فجميع المبادئ والقواعد التي سطرها الفقه الإسلامي قننها المشرع الجزائري في (ق.أ.ج)، فنص على أن النسب يثبت بالفراش والإقرار والبيينة، ولم يجعل من الزنا سببا لثبوت النسب، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك صراحة في (ق.أ.ج)، وعلى هذا الرأي سار القضاء الجزائري<sup>1</sup>.

إلا أنه ويتقدم العلوم البيولوجية والتي كشفت عن ظهور الطرق العلمية ونتائجها القطعية في إثبات النسب، كانت محل دراسة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في السنوات الأخيرة بهدف تحديد قيمتها، ومدى جواز العمل بها كدليل أمام القضاء. واشتد الخلاف بشأنها لما ظهر بعض الخائضين في مسألة تبني الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب، الذين بدعوا يقللون من أهمية العلاقة الشرعية، ويلوحون بالقول بأن الأب الطبيعي يمكن أن يلحق به ابنه حتى لو كان ذلك في إطار علاقة غير شرعية إذا اثبتت الطرق العلمية العلاقة البيولوجية بين الإبن والأب<sup>2</sup>.

لأجل ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لبيان موقف الشريعة الإسلامية والتشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية، وسنخصص المطلب الثاني لبيان موقف الشريعة الإسلامية والتشريع من إثبات النسب غير الشرعي (الطبيعي) بالطرق العلمية.

### المطلب الأول: موقف الشرع والتشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

في الوقت الذي أقرت فيه الشريعة الإسلامية، ومن بعدها التشريع والقضاء الطرق الشرعية لإثبات النسب، من فراش وإقرار وبيينة، ظهرت الطرق العلمية المبنية على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجية للإنسان من أجل البحث والتأكد من النسب.

لذا وجب علينا التطرق إلى بيان موقف الشريعة الإسلامية والتشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية الحديثة.

<sup>1</sup> سيتم تفصيل ذلك أكثر في الباب الثاني من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> باديس ذيابي، نفس المرجع، ص

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية. إن الطرق العلمية من الأمور المستجدة، فلم يرد فيها نص في التشريع الإسلامي، ونتيجة لذلك وقف الفقهاء المعاصرون مواقف متباينة بشأن الحديث عنها ومدى اعتبارها دليلاً لإثبات النسب الشرعي.<sup>1</sup>

لقد ثار هذا السؤال في الفقه الإسلامي فعلاً، ولكن من زاوية أخرى حيث تحدث عن ما أسماه بالقيافة<sup>2</sup>. واختلفت الآراء بشأن الحل الواجب الإتباع في مجال إثبات النسب. فجمهور الفقهاء<sup>3</sup> وخاصة الشافعية اعتبروا القيافة طريقاً لإثبات النسب، إذ كانوا يثبتون النسب بناء على علامات الوراثة الظاهرة<sup>4</sup>، كتشابه الأصابع والأرجل وغير ذلك من علامات الوراثة الظاهرة، فإذا تزوجت المعتدة من زوج آخر في عدتها من زوج سابق، وأنت بولد يمكن أن يكون منهما، فيثبت نسب الطفل عندهم لأحد الزوجين بالقيافة، وإذا ادعى رجلان لقيطاً، فيثبت نسب الطفل لواحد منهم بالقيافة أيضاً.

أما الحنفية فيرون أن الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد، إلا أن يكون هناك فراش لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ». فإن عدم الفراش أو اشتراكا في الفراش كان الولد بينهما ولا يعمل بقول القائف، بل يحكم بالولد الذي ادّعاه اثنان لهما جميعاً<sup>5</sup>. واستدلوا في منعهم للقيافة بأدلة منها: إن القيافة رجم بالغيب، وقول على الله بغير علم قال تعالى: {وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ} <sup>6</sup>. فقالوا هذه صفة القائف، حيث إن قوله رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله - عزوجل - بعلمه، وهو ما في الأرحام، والقيافة ليست إلا حرز وتخمين، فلا يجوز الاعتماد عليها، كما لايجوز الاعتماد على النجوم، وعلى علم الرمل والفأل وغير ذلك من أنواع الحرز والتخمين، واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: {أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ} <sup>7</sup>. فقالوا: القيافة من أحكام الجاهلية وقد أنكرت بعد الإسلام وعدت من الباطل<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص357.

<sup>2</sup> القيافة تتبع الآثار ومعرفتها، والقائف هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، بمعنى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود.

<sup>3</sup> وهم مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور الأوزاعي.

<sup>4</sup> هناك من المجيزين للقيافة من يعتبرها ملكة في النفس لا تكتسب بالتعليم، وهناك من يعتبرها علماً يكتسب ويمكن تعلمه.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2، 1405-1985م، ص680.

<sup>6</sup> سورة الإسراء، الآية 36.

<sup>7</sup> سورة المائدة، الآية 50.

<sup>8</sup> سعيد أحمد صالح فرج، عميد التطوير الجامعي والجودة النوعية، ببحث بعنوان، القيافة، تعريفها، شروطها ومشروعيتها وشروط العمل بها، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، ص06.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

والواقع أنه بفحص موقف فقهاء الحنفية فإننا نلاحظ أن الاعتبار الذي دفعهم لرفض الأخذ بالقيافة في مجال النسب هو أنها تقوم على شيء من الحدس والتخمين لا على الاستدلال اليقين. واستدل الجمهور في أخذهم بالقيافة بالحديث الذي رواه ابنُ جُرَيْجٍ عن عروة ابنِ شِهَابٍ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَيْهَا مَسْرُورًا تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ فَقَالَ: « أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالَ مُجَزَّرٌ<sup>1</sup> مُجَزَّرُ الْمُدَلَجِيِّ لِرَيْدٍ وَأُسَامَةَ؟ وَرَأَى أَقْدَامَهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ »<sup>2</sup>. ففيه دليل على ثبوت العمل بالقيافة.

قال الإمام الشافعي: " فلو لم يكن في القيافة إلا هذا انبغى أن يكون فيه دلالة أنه علم، ولو لم يكن علما لقال له لا تقل هذا لأنك إن أصبت في شيء لم آمن عليك أن تخطئ في غيره، وفي خطئك قذف محصنة أو نفي نسب وما أقره إلا أنه رضيه ورآه علما"<sup>3</sup>.

لقد استدل الجمهور أيضا بإثبات عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس بن مالك الحكم بالقيافة، فكان عمر يليب أولاد الجاهلية بمن استلاطهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا، فنظر إليه، فقال القائف لقد اشتركا فيه. فضربه عمر بالدرّة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت كان هذا لأحد الرجلين، يأتي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظن، ونظن أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها، فأهر يقت عليه دما، ثم خلف هذا عليها تعني الآخر، فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وإل أيهما شئت قالوا: فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع<sup>4</sup>.

لهذا يمكن القول بأنه إذا كانت القيافة تعتمد على علامات الوراثة، وهي طريق ظني، فإن البصمة الوراثية تعتمد على علامات باطنة وهي دقيقة وأكيدة تعتمد على تحليل عوامل الوراثة المشتركة بين الولد والأب، لذا فإن البصمة الوراثية تعتبر قيافة العصر وهي من باب أولى بالاتباع<sup>5</sup>. بناء على هذا ذهب العلماء المعاصرون إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقا لإثبات النسب من حيث الجملة واختلفوا في بعض القضايا الفرعية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سمي هذا الرجل القائف مجزرا، لأنه جزا نواصي قوم وهو مجزر المدلجي.

<sup>2</sup> رواه الجماعة عن عائشة.

<sup>3</sup> سليمان بن عمر بن محمد، حاشية البجريمي، المكتبة الإسلامية، د.ط. د.س.ط، ديار بكر، ج 4، ص 312.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 681

<sup>5</sup> لقد رأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية على القيافة من باب أولى، واعتبارها قرينة قوية والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود. وقد جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية " البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرينة القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية وتمثل تطورا عسريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى"ندوة مدى حجبية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة.



الفرع الثاني: موقف التشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

بعد ظهور الطرق العلمية كوسيلة للإثبات أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات يميل إلى الأخذ بها في مجال إثبات النسب، بما فيها التشريعات العربية، خاصة بعد أن قال الفقهاء كلمتهم فيها. لذلك سنتعرض لبيان موقف التشريع الجزائري والمقارن من إثبات النسب بالطرق العلمية.

أولاً: موقف التشريع الجزائري من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

سنتعرض لبيان موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية في (ق.أ.ج) وفي القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

### 1- في قانون الأسرة:

إن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم (11/84)<sup>2</sup> لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات أونفي النسب مكتفياً بالطرق القانونية التي قررها الشرع والواردة في المادة 40 من (ق.أ.ج) التي نصت على ما يلي: « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة و بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون»<sup>3</sup>. وبهذا فإن المشرع الجزائري لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب.

إلا أنه استجابة للتطورات الحديثة جاء تعديل (ق.أ.ج) الصادر بمقتضى الأمر رقم (05-02) لسدّ مختلف الثغرات القانونية التي تعترى (ق.أ.ج). كما جاء استجابة للتطورات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي التي نتج عنها استحداث طرق ووسائل علمية حديثة لإثبات النسب ونفيه.

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم (05-02) المعدل والمتمم للقانون رقم (11/84) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري، فقرة جديدة في نص المادة 40 إذ نصت على ما يلي: « يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»<sup>4</sup>.

مما يدل على أن المشرع الجزائري قد وسع من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حلّ إشكالية عويصة كانت مطروحة على

<sup>1</sup> أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، دط، 2010، ص36.

<sup>2</sup> ق رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري. المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005.

<sup>3</sup> المرجع

<sup>4</sup> ق رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري..

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

مستوى القضاء الجزائري حيث كان يرفض الإثبات عن طريق الخبرة الطبية على أساس أنها ليست من الوسائل المقررة والمسطرة في المادة 40 من (ق.أ.ج)<sup>1</sup>.

نخلص في دراستنا أن المشرع الجزائري قد أصاب عندما نص على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ذلك لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال النسب، ويمكن الاعتماد عليها في تحديد هوية الأطفال في حالة ضياعهم، واختلاطهم في المستشفيات أو مراكز رعاية الطفولة، كذلك يمكن التعرف بواسطتها على الجثث المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

هذا وتجب الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية بمعنى أن القاضي في قضايا النسب ليس ملزما بإخضاع أي شخص للفحص الطبي، فالأمر جوازي. إذ أن المشرع بدأ الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج)<sup>2</sup> بكلمة "يجوز" وهي تدل على الاختيار فلا يمكن أن نلزم القاضي الذي يفرض الاستجابة لطلب الزوجة بإجراء الفحص الطبي كما أن القاضي يجد في ذلك كل السلطة التقديرية في الأمر بإجراء الفحص الطبي، مما يؤدي إلى ضياع الأنساب.

لذلك -في اعتقادنا- أنه ينبغي وضع التحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة، وذلك لإلزام الزوج بالخضوع للفحص الطبي في حالة إنكاره للنسب خاصة إذا كان الزواج شرعيا.

هذا وتجب الملاحظة أيضا -في اعتقادنا- أنه كان على المشرع أن يبين ماهي الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه. فهل يقصد بها كل ما هو متواجد على الساحة العلمية منذ بداية الكشف عنها، بما في ذلك تحليل الزمر الدموية وغيرها وصولا إلى البصمة الوراثية، أم أنه يقصد بالتحديد البصمة الوراثية لأن البعض يفسر ما جاء به المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 40 على أنه إشارة إلى اللجوء للبصمة الوراثية في إثبات النسب، دون غيرها من الطرق العلمية الأخرى.

ضف إلى ذلك، أنه إذا أردنا الوقوف عند الفقرة الثانية من نص المادة 40 نجد أنها تنص على اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فهل هذا يعني أنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب، مع أن الخطورة تكمن في نفي النسب أيضا. وهذا ما يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 في فقرتها الثانية. لذلك -في اعتقادنا- أنه على المشرع أن ينص صراحة على اللجوء للطرق العلمية لنفي النسب أيضا.

ما يؤخذ على المشرع الجزائري أيضا أنه لم يبين مصير هؤلاء الذين يقدمون ادعاءات باطلة، وعلى أساسها يتم إخضاع أشخاص إلى تحاليل تنفي نسب أو علاقة الأطفال بهم. فكان على المشرع الجزائري فرض عقوبات رادعة في مجالات مماثلة حتى لا يتم التشهير أو تشويه سمعة الآخرين.

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

كما أنه - في اعتقادنا - على المشرع إلزام القاضي باللجوء إلى الطرق العلمية سواء لنفي النسب أو إثباته، متى كان الزواج شرعياً، وهذا حتى لا نسوي بين العلاقات الشرعية وغير الشرعية في ثبوت النسب.

لذلك - في اعتقادنا - على المشرع التدخل وعلى جناح السرعة لإعادة صياغة جديدة للفقرة

الثانية من نص المادة 40 من (ق.أ.ج)، والنص صراحة على أن أساس الطرق العلمية في إثبات النسب هو وجود العلاقة الشرعية والمتمثلة في الزواج الشرعي لا غير، وهذا حتى لا نساهم في تشكيل أجيال من اللقطاء بحجة إيجاد مخرج لهم، هذا المخرج الذي يؤدي إلى تفشي جريمة الزنا، أو ما يعرف عند القانونيين بالجريمة الأخلاقية، فاللقيط في الإسلام مكفول الحقوق في الإطار الذي يوجد عليه، ولا يمكن تحت أي ظرف من الظروف أن نغير وضعه القانوني استجابة لوضع أخلاقي واجتماعي معكوس.

لذلك - في اعتقادنا - أنه لا مناص من إعادة صياغة الفقرة الثانية من نص المادة 40 (ق.أ.ج) وليصبح نصها كالتالي: "يجب على القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه إذا كان الزواج شرعياً".

**ب- القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص تحت مجهر النقد والتحليل.**

استجابة لصيحات شراح القانون بصفة عامة والقضاة بصفة خاصة، الذين نادوا بضرورة تدخل المشرع لسن قانون يحدد الكيفيات والإجراءات المتبعة في حالة اللجوء إلى الفحص الطبي، ووضع الضوابط والاحتياطات اللازمة لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل. ويبين أنواع الطرق العلمية وحجيتها في إثبات النسب، صدر القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص. - والذي يحتوي على عشرين مادة - والذي أورد فيه المشرع تعريفاً للبصمة الوراثية، وهذا على خلاف التشريعات العربية وحتى التشريع الفرنسي الذي لم تتضمن قوانينه تعريفاً للبصمة الوراثية.<sup>1</sup>

كما يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استعمال هذه التقنية استناداً إلى عدة مبادئ أهمها حماية الحياة الخاصة للأشخاص، وتحقيق الموازنة بينها وبين ضرورة حفظ الأسرة وحماية المجتمع من الإجرام بمختلف أشكاله، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 03 من هذا القانون والذي نصت على ما يلي: " يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية، احترام

<sup>1</sup> سبق تفصيل ذلك في الفصل الثالث من الباب الأول من هذه الدراسة.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطيائهم الشخصية، وفقا لأحكام هذا القانون والتشريع الساري المفعول.<sup>1</sup>

كما يسمح هذا القانون باستعمال البصمة الوراثية للأشخاص في الإثبات أمام القضاء، غير أنه يعطي لهذا الأخير وحده سلطة الأمر بأخذ عينات بيولوجية من الأشخاص وتحليلها تلقائيا، أو بناء على طلب الشرطة القضائية في إطار التحريات التي يقومون بها، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 04 من هذا القانون والتي نصت على ما يلي: "يخول وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وقضاة الحكم بأخذ عينات بيولوجية وإجراء تحاليل وراثية عليها وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون .

وفقا لنفس الأحكام، يجوز لضباط الشرطة القضائية، في إطار تحرياتهم، طلب أخذ عينات بيولوجية وإجراء تحاليل وراثية عليها بعد الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية المختصة.<sup>2</sup> يحدد هذا القانون أيضا شروط وكيفيات استعمال البصمة الوراثية، لا سيما ما تعلق بالفئات التي يمكن إخضاعها لتحليل البصمة الوراثية، وهذا ما يتضح من خلال المادة 05 من هذا القانون، والذي جاء فيها: "يجوز أخذ العينات البيولوجية من أجل الحصول على البصمة الوراثية من :

- الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جنايات أو جنح ضد أمن الدولة، أو ضد الأشخاص، أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، وأي جناية أو جنحة أخرى إذا رأت الجهة القضائية ضرورة ذلك.

-الأشخاص المشتبه فيهم في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائيا من أجل هذه الأفعال.

- ضحايا الجرائم.

-الأشخاص الآخرين المتواجدين بمكان الجريمة، لتمييز آثارهم عن آثار المشتبه فيهم .  
-المحبوسين المحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية لمدة تتجاوز ثلاث سنوات لارتكابهم جنايات أو جنح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب أو أي جناية أو جنحة أخرى إذا رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك.  
يمكن أيضا أخذ العينات البيولوجية من:

<sup>1</sup> ق رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.  
<sup>2</sup> المرجع السابق.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

- الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية .
- المتوفين مجهولي الهوية.
- المفقودين أو أصولهم وفروعهم.
- المتطوعين.

باستثناء المتطوعين، لا يجوز أخذ العينات البيولوجية لإجراء التحاليل الوراثية في الحالات الأخرى إلا بموجب أمر قضائي أو رخصة من القاضي المختص.

لا تؤخذ العينات البيولوجية من الطفل إلا بحضور والديه أو وصيه أو الشخص الذي يتولى حضنته أو من ينوب عنهم قانوناً، وفي حالة عدم إمكان ذلك، بحضور ممثل النيابة العامة التي توجد المؤسسة العقابية بدائرة اختصاصها.

يمكن أخذ العينات البيولوجية أيضاً من مكان ارتكاب الجريمة.<sup>1</sup>  
كما حدد هذا القانون الأشخاص المؤهلين لأخذ العينات من أجل إجراء التحاليل في المادة 06 منه والذي جاء فيها :

تؤخذ العينات البيولوجية وفقاً للمقاييس العلمية المتعارف عليها من قبل :

- ضباط وأعاون الشرطة القضائية من ذوي الإختصاص.
  - الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض، تحت إشراف ضباط الشرطة القضائية.
  - الأشخاص المسخرين من طرف السلطة القضائية.<sup>2</sup>
- كما حدد هذا القانون أيضاً الأجهزة المعتمدة لإجراء التحاليل، وحدود استعمال البصمة الوراثية وذلك في نص المادة 07 من هذا القانون: " تجري التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل المخابر والخبراء المعتمدين طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.  
لا يجري التحليل الوراثي إلا على المناطق المشفرة دون تحديد الجنس<sup>3</sup>."

كما نص القانون على إنشاء مصلحة مركزية للبصمات الوراثية يديرها قاضٍ تساعده خلية تقنية، تتكلف هذه المصلحة بتشكيل وإدارة وحفظ القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية المتحصل عليها من تحليل العينات البيولوجية، وذلك في نص المادة 09 منه: " تنشأ لدى وزارة العدل، مصلحة مركزية للبصمات الوراثية، يديرها قاضٍ تساعده خلية تقنية .

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

تكلف هذه المصلحة بتشكيل وإدارة وحفظ القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية المتحصل عليها من تحليل العينات البيولوجية طبقاً لأحكام هذا القانون.

تحدد شروط وكيفيات تنظيم المصلحة المركزية عن طريق التنظيم.<sup>1</sup>  
كذلك نص المادة 10: " تسجل بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية بسعي من النيابة العامة المختصة، البصمات الخاصة بما يأتي:

- المشتبه فيهم المنصوص عليهم في المادة 5 أعلاه، الذين تمت متابعتهم جزائياً.
- الأشخاص المسموح لهم بالتواجد بمكان الجريمة بسبب وظائفهم أو مهامهم.
- الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائياً من أجل هذه الأفعال.

- ضحايا الجرائم.
- المحكوم عليهم نهائياً من أجل الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه.
- الأشخاص المتوفين مجهولي الهوية. الأشخاص المفقودين أو أصولهم أوفروعهم.
- الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب سنهم أو حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي أو خلل في قواهم العقلية.

- المتطوعين.
  - تنشأ بطاقة خاصة لكل فئة من الفئات المذكورة أعلاه، وبطاقة خاصة بالأدلة الجنائية.
  - تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.<sup>2</sup>
- كذلك المادة 11 والتي نصت على: " يتولى القاضي المكلف بالمصلحة المركزية للبصمات الوراثية :

- التأشير على المعطيات الوراثية قبل تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية.
- السهر على تسجيل المعطيات في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية وضمان حفظها.
- الإشراف على إجراء عمليات المقارنة.<sup>3</sup>

كما نص القانون أيضاً على حفظ البصمة الوراثية للأشخاص في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية لمدة محددة تختلف باختلاف الأشخاص وذلك في المادة 14 منه والتي نصت على: "لا يمكن حفظ البصمة الوراثية في القاعدة الوطنية للبصمات لمدة تفوق :

- خمسة وعشرون 25 سنة بالنسبة لأصول وفروع الأشخاص المفقودين.

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

-خمس وعشرون 25 سنة بالنسبة للأشخاص المشتبه فيهم المتابعين المستفيدين من أمر بانتفاء وجه الدعوى أم حكم بالبراءة نهائي.

-أربعين 40 سنة بالنسبة للأشخاص المحكوم عليهم من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً والمفقودين والأشخاص المتوفين مجهولي الهوية.

تلغى البصمة الوراثية من القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، بأمر من القاضي المكلف بالمصلحة المركزية للبصمات الوراثية تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو من الأشخاص المعنيين بانتفاء المدد المذكورة في هذه المادة ، أو إذا أصبح الاحتفاظ بها غير مجد.<sup>1</sup>

كما نص القانون أيضاً على وجوب إتلاف العينات البيولوجية إذا لم يعد الاحتفاظ بها ضرورياً، وعند صدور حكم نهائي في الدعوى. وذلك في المادة 15 منه والتي نصت على: "تتلف العينات البيولوجية بأمر من الجهة القضائية المختصة، تلقائياً أو بطلب من مصالح الأمن المختصة إذا لم يعد الاحتفاظ بها ضرورياً، وفي كل الأحوال عند صدور حكم نهائي في الدعوى.<sup>2</sup>

إن أهم ما جاء به هذا القانون- والذي نادى به شراح القانون منذ صدور الأمر رقم (02-05) المعدل والمتمم للقانون لقانون الأسرة والذي نص على جواز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب- هو فرض عقوبات جزائية لكل من يستعمل العينات البيولوجية، أو البصمات الوراثية لغير الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون كالأغراض التجارية، أو لأغراض شخصية، أو كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، لأن هذا يعتبر من قبيل إفشاء الأسرار الشخصية. وهذا ما نصت عليه المادة 17 والتي نصت على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج ، كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقاً لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه.<sup>3</sup>

والمادة 18 والتي نصت على: "يعاقب بالحبس من ستة 6 أشهر إلى ثلاث 3 سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج، كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية.<sup>4</sup>

رغم كل هذا إلا أنه يؤخذ على هذا القانون أنه:

1- ركز على كيفية استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي وإهماله لمجال النسب.

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

<sup>4</sup> المرجع السابق.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

2- نص القانون على طريقة علمية واحدة وهي البصمة الوراثية، مما يفهم أن المقصود بالطرق العلمية في الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.أ.ج) هو البصمة الوراثية فقط، وهذا -في اعتقادنا- غير صحيح، لأن المشرع ذكر في (ق.أ.ج) عبارة تدل على الجمع، مما يعني وجود أكثر من طريقة واحدة، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن المشرع يقصد بالطرق العلمية في (ق.أ.ج)، كل ما كشفت عنه الأبحاث الطبية من طرق لإثبات النسب.

3- إن المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية بمعنى أن القاضي في قضايا النسب ليس ملزماً بإخضاع أي شخص للفحص الطبي، فالأمر جوازي. وهذا ما يتضح من خلال المادة 4 السالفة الذكر من القانون رقم (16-03) فلا يمكن أن نلزم القاضي الذي يرفض الاستجابة لطلب الزوجة بإجراء البصمة الوراثية، كما أن القاضي يجد في ذلك كل السلطة التقديرية في الأمر بإجراء البصمة الوراثية، مما يؤدي إلى ضياع الأنساب .

4- إن اللجوء إلى الفحص الطبي لإثبات النسب قد يعجز بعض الزوجات اللاتي يرغبن في إثبات نسب الولد الذي أنكره الزوج، مما يؤدي إلى ضياع كثير من الأنساب، فلذلك ينبغي على الدولة تحمل تكلفة إجراءات التحاليل الطبية، كما ينبغي على الدولة تكوين خبراء محلفين وذو ثقة مختصين في التحاليل الجينية.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فلقد كانت المحكمة العليا قبل تعديل (ق.أ.ج) بموجب الأمر رقم (05-02) المعدل والمتمم ل(ق.أ.ج) ترفض إثبات النسب بالطرق العلمية، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: «من المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 من (ق.أ.ج)، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض. ومتى كان ذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه»<sup>1</sup>.

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من (ق.أ.ج) القديم، مما جعلهم يرون أن اللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه يعدّ تجاوزاً للسلطة.

<sup>1</sup> م ع، غ أش، 28، ملف رقم 222674، 1999/06/01، م ق، ع.خ، سنة 2001، ص 88



لقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيافة التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، فما لنا بإثبات باليقين.

أما بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم (05-02) أصبحت المحكمة العليا تجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما يتضح من خلال قرارها رقم 081553 الصادر في 2006/03/05 والذي جاء فيه مايلي: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.

ولما تبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود "ص ب" للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (A.D.N) معتمدين في ذلك على المادة 40 من (ق.أ.ج) رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية (A.D.N) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك.

ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعن فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>

هذا وتجب الملاحظة أيضا من جهة أخرى أن الفقهاء يرون أن الطرق العلمية الحديثة لا يثبت بها النسب لوحدها، كما في حالة الزنا<sup>2</sup>، فالقاعدة الشرعية تقول: « أَوْلَادُ لِإِفْرَاشٍ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ ». فعلى القاضي قبل أن يبحث عن نسب الطفل عليه أن يتأكد من شرعية الزواج أولا. فالزنا لا يعدّ طريقا لثبوت النسب - كما رأينا - فأبناء الزنا شرعا لا ينسبون لأبائهم، حتى لو عرف آباؤهم.

<sup>1</sup> م ع، غ أش، ملف رقم 355180، 2006/03/05، م ق، ع 01، سنة 2010، ص 469-473-474.  
<sup>2</sup> رفض الشيخ محمد الجزائر- الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر- دعوة البعض إلى استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا، قائلًا: "لا ينبغي للجوء إلى أي وسيلة لإثبات نسب هذا الابن لأنه ماء هدر" مقال منشور على الموقع:

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

ثانيا: موقف بعض التشريعات المقارنة من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية<sup>1</sup>.  
سننظر لموقف المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية.

### 1- موقف المشرع الفرنسي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد أجاز المشرع الفرنسي استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، وذلك في القانون رقم 94-653 الصادر في 29 جويلية 1994م المتعلق باحترام الجسد البشري<sup>2</sup>، حيث نص في المادة الخامسة منه على إضافة فصل ثالث للباب الأول من الكتاب الأول للقانون المدني المعنون بـ  
De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques.

أي "دراسة الخصائص الجينية للشخص وتحديد شخصيته عن طريق الفحص بالجينات الوراثية".  
حيث نصت المادة 16/11 من (ق.م.ف) -المضافة- على أنه: "وفي مجال القانون المدني، فإن تحديد شخصية الفرد بناء على تحاليل الجينات الوراثية لا يجب البحث عنه إلا بمناسبة إتمام إجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص، ويصدد دعوى إنشاء أو منازعة في رابطة البنوة أو دعوى طلب نفقة أو الإعفاء منها."

... en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides....<sup>3</sup>

بذلك، فإن المشرع الفرنسي قد حدد نطاق هذه الاستخدامات بدعوى مرفوعة أمام القضاء، وبعد أمر القاضي، وأن يكون الأمر بصدد دعوى إنشاء بنوة شرعية أو طبيعية<sup>4</sup>، أو إنكار البنوة الشرعية أو الطبيعية أيا كان المدعي أو المدعى عليه في هذه الدعاوى .

وفقا للمادة 16/11 من (ق.م.ف)، فإنه لا يستطيع أي شخص من تلقاء نفسه أن يطلب إجراء هذا الفحص الطبي بصفة شخصية وبدون أن تكون هناك دعوى أو إذن من الجهة القضائية المختصة

<sup>1</sup> لقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية على جواز الأخذ بالطرق العلمية ،فقد نصت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المادة السابعة : "للطفل الحق في أن يعرف والديه، وأن يقوم هذان الوالدان بتثنته ." وقد نصت المادة الخامسة من إتفاقية استراسبورج الأوروبية على: "جواز الأخذ بالدليل العلمي دون تفرقة بين البصمة الوراثية وغيرها في الإثبات."

<sup>2</sup> La Loi n 94/635 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, précitée.

<sup>3</sup> Art modifié par La Loi n 2011/267 du 14 mars 2011, précitée.

<sup>4</sup> لقد فرق القانون الفرنسي بين البنوة الطبيعية والبنوة الشرعية لكي يمنح بعض الحقوق للاطفال غير الشرعيين "البنوة الطبيعية"، في محاولة لمساواتهم بالأطفال الشرعيين " البنوة الشرعية"، لاعتبارات ومنطلقات إنسانية محضة تتمثل في براءة الإبن من سبب وجوده طبيعيا كان أو شرعيا.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

التي تأمر أو تسمح بهذا التحليل. كما تستخدم هذه الوسيلة في حالة دعوى طلب الحصول على نفقة للطفل أو الأم، أو طلب الإعفاء منها وهذا ما نصت عليه المادة 342 من (ق.م.ف):

"Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut "reclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فلقد أثبتت الطرق العلمية جدواها كدليل علمي في قضايا النسب،

حيث وصفها البعض بملكة الإثبات<sup>2</sup> "La reine des preuves"

من خلال استقرائنا لأحكام القضاء الفرنسي نجد أنه اعتبر البصمة الوراثية وفحص الدم وسيلة نفي أو إثبات لا تقبل الشك، وتقرب من اليقين. وهذا يتضح من خلال بعض المنازعات التي عرضت على القضاء الفرنسي:

### • دعوى تنازع النسب.

تتلخص وقائع هذا النزاع في أن سيدة متزوجة أنجبت طفلا وألحق نسبه لزوجها، ثم طلقت وتزوجت بآخر، وبعدها رفعت دعوى تطلب فيها نفي نسب الطفل من مطلقها وثبوتها من الزوج الثاني. فقضت محكمة الاستئناف في 11 ديسمبر 1975 بتكليف خبير حددت مهمته بإجراء اختبارات البصمة الوراثية بالنسبة للأطراف المعنية (الأم .الطفل .المطلق .الزوج الثاني). بغرض توضيح أي من الزوجين يعد مستبعدا ولا يعزى إليه نسب الطفل وأيهما لا يعد مستبعدا ويمكن اعتباره الأب، وعلى الخبير-حددت المحكمة- أن يوضح درجة احتمال الأبوة.

وفي 1976/03/03 أودع الخبير تقريره الذي يفيد استبعاد الزوج الأول واعتبار الزوج الثاني هو الأب الحقيقي للطفل على وجه يقترب من اليقين. حيث قدر نسبة احتمالات البنوة بدرجة تصل إلى 999,84 واستنادا إلى هذا التقرير قضت المحكمة في 1976/12/16 بثبوت نسب الطفل إلى الزوج الثاني باعتباره الأب الحقيقي.<sup>3</sup>

جاء في قرار آخر الصادر عن محكمة تولوز بتاريخ 2000/07/10 رقم 04010 /1997 والذي جاع فيه: "حيث أنه نتج من الخبرة أن دراسة مجموعات (H L P) وتحاليل (D N A) مكنت من استبعاد أبوة المدعي للطفلة، وينبغي نتيجة لذلك الاستجابة للطالب والقول أن الطفلة تحمل من الآن فصاعدا الإسم العائلي للأم مع الإشارة إلى هذا الحكم في عقد ولادة هذه الطفلة."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Art 342 du code civil.

<sup>2</sup> «... l'empreinte génétique devient en matière de filiation, la reine des preuves», ANNIE Bottiau, Empreinte génétique et Droit de La filiation, Chronique, recueil Dalloz, Sirey, Paris, 1989, p273.

<sup>3</sup> محمد محمد أبو زيد ، نفس المرجع، ص56.

<sup>4</sup> قرار محكمة المنازعات الكبرى بتولوز غرفة الأسرة صدر في 10 يوليو سنة 2000 ، رقم 04010 ، سنة 1997،مجلة الملف ، 7ع، ص237، مقتبس من مقال ،الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء المغربي والمقارن ، مقال منشور على الموقع التالي .www.startimes.com

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### • دعوى إثبات البنوة الشرعية.

وجد الحكم الصادر عن محكمة باريس الجزائية في 24 يناير 1983، وتتلخص وقائع القضية في طلب الزوج لإجراء فحص مجاميع الدّم من أجل التحقق من ادعائه بأنه ليس أب هذا الطفل الذي ولدته زوجته بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ عدم إمكان المصالحة بينهما، وقرار المحكمة بانفصالهما، وقد استجابت المحكمة لهذا الطلب رغم أنه قد ثبت لديها من وقائع النزاع أن الزوج كان يقضي في غالب الأحيان الليل أو عطلة نهاية الأسبوع عند زوجته، وأيضاً على الرغم من ثبوت أنه كان قد اصطحبها في زيارة لأحد الأطباء لإجراء عملية إجهاض.<sup>1</sup>

هكذا يبقى واضحاً أنه رغم قيام الدليل الظاهري على أن الزوج هو الأب الحقيقي، إلا أن المحكمة استجابت لطلب إجراء فحص مجاميع الدم لتقديم الدليل على أن الزوج لا يمكن أن يكون الأب الحقيقي للولد المزعوم أنه منه.

لقد أصدرت أيضاً محكمة استئناف "bordeaux" بتاريخ 1997/02/01 قرراً أيدت فيه حكم المحكمة الابتدائية الذي قضى بإثبات نسب الطفل للمدعى عليه باعتماد تحاليل البصمة الوراثية.<sup>2</sup> من خلال هذه الأحكام القضائية يتضح مدى تقدير القضاء الفرنسي للدليل العلمي (فحص الدم والبصمة الوراثية)، والاعتماد عليها في حسم منازعات ومشكلات النسب.

### 2- موقف المشرع المصري من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد نصت المادة السابعة من (ق.أ.ش.م) على مايلي: "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليه إمضاؤه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء".<sup>3</sup> يتضح من خلال هذه المادة أنه يلزم توافر ثلاثة شروط أو توافر أحدهما لقبول دعوى الإقرار بالنسب بعد الوفاة وهي:

1- وجود أوراق رسمية تتضمن إقرار المورث بأبوته للولد.

2- وجود أوراق عرفية محررة جميعها بخط المتوفى، وتحمل إمضاؤه تدل على إقراره بأبوته للولد.

3- توافر أدلة قطعية جازمة تدل على صحة بنوة الطالب.

يتبين من خلال الشرط الثالث<sup>4</sup> أن المشرع المصري قد أقر إثبات النسب في هذه الحالة إذا توافرت أدلة قطعية جازمة تدل على صحة نسب المدعى من مورثه، أخذاً في ذلك بما وصل إليه العلم

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص59.

<sup>2</sup> DOUTREMEPUICH Christian et DOUTREMEPUICH Françoise, les empreintes génétiques, John LIBBEY Eur text, paris, 1998, p14.

<sup>3</sup> ق.أ.ش.م الجديد رقم 01 لسنة 2000.

<sup>4</sup> لم ينص المشرع المصري صراحة على الطرق العلمية في ق.أ.ش.م إنما يستنتج من خلال الشرط الثالث.

الحديث في مجالات الطب والهندسة الوراثية أو وسائل التقدم العلمي الأخرى كالتسجيلات الصوتية أو المرئية، على أن يخضع الأمر في ذلك لتقدير المحكمة. ويشترط لقبول هذه الأدلة، أن تكون قائمة وموجودة قبل إقامة الدعوى وفقا لنص المادة، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.<sup>1</sup>

أما القضاء المصري، فقد اعتد بالطرق العلمية في مجال إثبات النسب الشرعي، وهذا مايتضح من خلال الحكم الصادر عن محكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في 28/06/1997. والذي جاء فيه ما يلي: "لما كان من المقرر قانونا أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات، لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئنت إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه، فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل للمدعى عليه.

والمقصود بتقرير الطب الشرعي في الواقعة هو تقرير عن فحص المحتوى الوراثي (D.N.A)، وفي ذات الحكم تبين المحكمة ذلك وتسجل عليه ملحوظة مهمة حيث جاء في الحكم:

".....ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع، وهو تحليل مقابل الأنسجة وبالأخص الحمض النووي (D.N.A) على أن يلاحظ أن النسب الذي يثبت هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي ولا تلازم بين النسبين"<sup>2</sup>.

ما يلاحظ على القضاء المصري أنه اعتبر التحاليل الطبية سبب رابع لثبوت النسب دون أن يفرق بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي، ودون أن يبين حدود عدم التلازم بين النسبين. وهذا التقسيم مأخوذ عن القانون الفرنسي<sup>3</sup> والذي يقسم البنوة إلى بنوة شرعية وبنوة غير شرعية. ويؤخذ بنتائج الفحص الوراثي إذا تم الفحص بأمر من القاضي<sup>4</sup>.

### 3- موقف المشرع التونسي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد نظم المشرع التونسي أحكام النسب في الفصل 68 من (م.أ.ش.ت) الذي نص على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر". ومن ثم فهو لم يشير إلى الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب مكتفيا بالوسائل الشرعية فقط، غير أنه أجاز اللجوء إليها لإثبات النسب الطبيعي فقط في القانون الصادر بتاريخ 28/10/1998 المعدل بالقانون رقم 51 لسنة

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2013، ص231.

<sup>2</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص647.

<sup>3</sup> لقد تم بيان هذا التقسيم في القانون الفرنسي.

<sup>4</sup> إن ماذهب إليه القضاء المصري مخالف تماما لأحكام الشريعة الإسلامية، لأنها لا تقر بالبنوة الطبيعية، إذا عرت عن الأسباب الشرعية، وتلحق الطفل في هذه الحالة بأمه، تضييقا منها على مرتكبي الرذيلة، بعدم إقرار أية آثار لجريمتهم عسى أن يكون ما يلحق بالأم حينئذ من عار زاجرا عن الخطيئة وردعا لمن يرتكبها، فالنسب كما ذهب فقهاء الشريعة هو نعمة، والنعمة لا تأتي من المحذور.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

2003، وذلك في المادة الأولى إذ جاء فيها مايلي: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له إسما ولقبها العائلي، أو تطلب الإذن بذلك طبقا لأحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل."<sup>1</sup>

بمقتضى هذا النص، يفهم أن المشرع التونسي لم يجرز اللجوء إلى التحليل الجيني إلا في مجال البنية الطبيعية تاركا مسألة إثبات النسب الشرعي للطرق الشرعية التقليدية طبقا لأحكام مجلة الأحوال الشخصية.

أمام إجازة المشرع التونسي للتحليل الجيني واعتماده كوسيلة لإثبات النسب الطبيعي، فإنه من باب أولى اعتماد ذلك أيضا لإثبات النسب الشرعي، بل إن هذا الأخير يكون أولى بالإثبات، والطرق العلمية المعبر عنها في القانون "بالتحليل الجيني" هي وسيلة علمية مكتملة للطرق الشرعية، كما أن استخدامها في هذا المجال يكون لغرض المحافظة على مقصد النسب.

أما القضاء التونسي، لم يعتد بالطرق العلمية في مجال إثبات النسب الشرعي، وهذا مايتضح من خلال الحكم الصادر عن محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر 1975/04/29 الذي جاء فيه ما يلي:

" يثبت النسب بالاقرار بوجود اتصال جنسي ناتج عن علاقة زواج شرعية، ولا عمل بالاعتراف المبني على علاقة غير شرعية عملا بالقاعدة القانونية "الولد للفراش وللعاشر الحجر". الواردة في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.<sup>2</sup>

جاء في قرار آخر الصادر بتاريخ 1981/01/06 : " المقصود من لفظ الفراش الوارد بالفصل 68 من (م.أ.ش.ت) إنما هو الزواج الشرعي كيفما كان وجه إبرامه، ولا يندرج في مدلوله ومرماه رابطة الاتصال الناتج عن علاقة الزنا، وتأسيسا على ذلك ، فالولد المخلف من الاتصال الواضح على وجه الزنا لا يعتبر ابنا شرعيا ولا يثبت بذلك نسبه إليه، وإنما الولد للفراش وللعاشر الحجر."<sup>3</sup>.

جاء في قرار آخر أكثر توضيحا: " حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون 75 لسنة

<sup>1</sup> ق. عدد 75 لسنة 1989، المؤرخ في 1998/10/28، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، المعدل بموجب ق عدد 51 لسنة 2003، المؤرخ في 2003/07/07، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادرة بتاريخ 2003/07/08.

<sup>2</sup> جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ع.ق.إ.كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 3ع، ص27، سنة 2005.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

1998، ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

يستنتج من خلال هذه القرارات أن القضاء التونسي لم يعتمد الطرق العلمية في إثبات النسب الشرعي.

#### 4- موقف المشرع المغربي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 89 من (م.أ.ش.م) على مايلي: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ولد على فراش من زوجته."<sup>2</sup> هذا بالنسبة لإثبات النسب، أما بالنسبة لنفية فإن المشرع المغربي لم يسلك نفس المضموم حيث جاء في الفصل 91 من المدونة "على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب."<sup>3</sup>

فالإشكال الذي كان يطرح عند شراح المدونة يتعلق بعبارة "الوسائل المقررة شرعا" الواردة في الفصل 91 من المدونة، هل هي المرتبطة بأحكام الشريعة، أم تلك القواعد القانونية المرتبطة بموضوع الإثبات بصفة عامة، وبعبارة أخرى هل أن المشرع المغربي أعطى للقاضي في مجال نفي النسب سلطة تقديرية في اعتماد أية وسيلة إثبات يراها مناسبة وتحقق العدل والإنصاف، كاعتماده على الخبرة الطبية في نفي النسب وإثباته؟

إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعا تفيد فقط الوسائل التي جاء بها الفقه الإسلامي فلا يمكن الاعتماد على الخبرة الطبية. أما في الحالة المعاكسة إذا اعتبرنا الوسائل الشرعية تمثل كل الوسائل المتاحة، فإن المحاكم تكون ملزمة بالأخذ بالخبرة الطبية، وإلا فإنها تكون قد خالفت القانون.

نتيجة لهذا الخلاف الفقهي بسبب غموض النص، واحتماله معنيين، جاء النص على الأخذ بالخبرة الطبية صراحة كوسيلة لإثبات ونفي النسب<sup>4</sup>، وذلك في المادة 153 من (م.أ.ش.م) والتي نصت على مايلي: "يثبت الفراش بما يثبت به الزوجية، ويعتبر الفراش بشروطه حجة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: -إدلاء الزوج بدلائل قوية تدل على ادعائه.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص29.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 الصادر 12 من ذي الحجة 1424 ، 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

<sup>4</sup> أوضح السيد وزير العدل المغربي أن اعتماد الخبرة في هذا الباب وسيلة للطعن في حجية الفراش ، يشترط في ذلك أن يصدر أمر بها من طرف المحكمة التي يرجع إليها في الأخير تقدير قيمتها الإثباتية حسب الحالات، وأن تتوفر كذلك باقي الشروط الواردة في المادة 153. المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية والإستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، ط-2004.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.<sup>1</sup>

ما يلاحظ على المادة 153 من المدونة أنها بينت مدى حجية الفراش في ثبوت النسب واعتبرتها حجة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا بإحدى الوسيلتين التاليتين. اللعان الذي يتم وفق الأحكام والمقتضيات المقررة في الفقه الإسلامي، والخبرة التي تفيد القطع مع توافر بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 153.

أما موقف القضاء المغربي، فقبل تعديل المدونة المغربية إستقر العمل القضائي على عدم الأخذ بالخبرة الطبية في مجال قضايا إثبات ونفي النسب، وهذا ما يتضح من خلال القرارات التالية:

-القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء رقم 38 الصادر بتاريخ 20 يناير سنة 2000، والذي جاء فيه: " فيما يتعلق بالوسيلة الثانية، حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم الإرتكاز على أساس ذلك أنه التمس إجراء خبرة على الفصيلة الدموية لإثبات النسب، إلا أن المحكمة لم تستجب. لكن حيث أن إجراء بحث أو تحقيق من شأن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لها الحق في صرف النظر عن إجراءات استعملت سلطتها في ذلك، مادام أن التحليلات الطبية ليست من وسائل إثبات النسب أو نفيه، فتكون الوسيلة غير وجيهة."<sup>2</sup>

-جاء في قرار آخر: "إن ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب وليس من بين هذه الوسائل وسيلة التحليل الطبي."<sup>3</sup>

لقد ذهب المجلس الأعلى بغرفة الست مجتمعة إلى عدم الأخذ بالخبرة الطبية عن طريق تحاليل الدم في إثبات نسب البنات التي ولدت داخل أجل سنة من تاريخ طلاق الأم رغم إدلاء الطالب بحكم نهائي صادر عن محكمة المنازعات الكبرى بتولوز بفرنسا. والذي أقر أن البنات ليست من صلبه اعتمادا على الخبرة الطبية، وذلك اعتمادا على الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وذلك لكونه أنه كان في وسع الزوج الطاعن نفي النسب عن طريق اللعان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 الصادر 12 من ذي الحجة 1424 ، 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى، ع 38، بتاريخ 1994/01/25، ملف شرعي، ع 96/571 غير منشور. زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء، مقال منشور على الموقع التالي

www.startimes.com

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى، ع 527، بتاريخ 1981/09/15، م.م.أ.ق، ع 30، ص 95. المرجع السابق.

<sup>4</sup> رغم وجود اتفاقية بشأن التعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، فإن تطبيق هذه الاتفاقية رهين بعدم مخالفة قانون إحدى الدول لقواعد النظام العام في الدول الأخرى، فالفصل الرابع من هذه الاتفاقية ينص على أنه: "لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدول الأخرى، إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام.



ومن القرارات التي استبعدت الخبرة الطبية أيضا ، القرار الصادر بتاريخ 2002/10/13، والذي لم يعتبر الخبرة الطبية من الوسائل المقررة شرعا لإثبات أو نفي النسب.<sup>1</sup> إلا أن المجلس الأعلى أصدر قرار مخالفًا تمامًا بتاريخ 2005/03/09، والذي صرح فيه بأنه يتعين الأخذ بالخبرة الطبية فيما يخص نفي النسب، وذلك لما اعتبرت على أنه: "كان على المحكمة أن تبحث في وسائل الإثبات المعتمدة شرعا، ومن بينها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها، والمحكمة لما اكتفت بالقول ردا على ملتزم إجراء الخبرة بأن ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف، دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنها لم تضع لما قالت به أساسا وعرضت قرارها بذلك للنقض."<sup>2</sup>

أما بعد التعديل الذي رفع الغموض الذي كان يشوب المادة 19 والنص على المادة 153 والتي نصت صراحة على جواز اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب ونفيه، أصبح القضاء المغربي يأخذ بالطرق العلمية في إثبات ونفي النسب، وهذا ما يتضح من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، الصادر بتاريخ 2005/10/24، والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث أن من القرائن التي يمكن اعتمادها كذلك لوجود العلاقة الزوجية الخبرة المثبتة لعلاقة البنوة إلى المدعى عليه، بالإضافة إلى الاستماع إلى الشهود.

وحيث أنه تبعا لذلك فقد أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية حول وجود علاقة بيولوجية بين المدعى عليه والبنات المزدادة 1998/06/13، مع استعمال جميع الوسائل العلمية والطبية التي من شأنها إثبات ما هو وارد أعلاه.

وحيث أنجز تقرير طبي من طرف المختبر الوطني للشرطة العلمية المؤرخ في 2005/02/21، الذي جاء فيه أنه أخذ عينة لعاب السيدة ج والسيد(و) والمدعى عليه والطفلة(ة)، لإجراء خبرة جينية لتحديد العلاقة البيولوجية ما بين الطفلة "ة" بنت "و" وبناء عليه، يتبين من خلال نتائج الخبرة الجينية بثبوت بنوة الطفلة "ة" للمسمى "و"، بنسبة تفوق 99,99%.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى رقم الصادر في 2002/11/13، ملف شرعي ع132، م.م.أ.ق، ع مزدوج 59-60 سنة 2002، زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء، نفس المرجع.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى رقم الصادر في 2005/03/09، ملف شرعي ع615، غير منشور، أورده رشيد حمداوي، "إثبات ونفي النسب بالتحاليل الطبية" المعهد العالي للقضاء 2003-2005، ص34، زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء، نفس المرجع.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى رقم الصادر في 2005/10/24، ملف رقم 619/03، م الأسرة، ع1 يوليو 2005، زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، ال زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، إثبات أو نفي النسب بالوسائل العلمية الحديثة، مقال منشور عبر الموقع: [www.startim.com](http://www.startim.com) ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2015، ص141.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

من خلال استقراءنا لموقف القضاء الجزائري والقضاء المقارن، يتضح لنا أن الأخذ بالطرق العلمية يبقى خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي بإمكانه مناقشتها وكذلك استبعادها إذا رأى ذلك<sup>1</sup>.

هذا ما أمكن الوقوف عليه في حكم استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب الشرعي، فهل يجوز إعمال هذه الأخيرة في إثبات النسب غيرالشرعي؟ وما موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون؟  
**المطلب الثاني: موقف الشرع والتشريع من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.**  
إبن الزنا، أو الولد غير الشرعي، هو الذي جاء عن طريق العلاقة غير الشرعية، وبشأنه اختلفت مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون حول مدى إمكانية إثبات نسبه إلى أبيه عن طريق إجراء التحاليل الطبية، فانقسم الفقه الإسلامي والقانوني بذلك وتراوحت آراؤه بين مؤيد ومعارض، والأمر كذلك بالنسبة للقضاء، فمنهم من أجاز ذلك من خلال النص على جواز إثبات النسب الطبيعي بالطرق العلمية ضمن أحكام خاصة، بينما منع جانب آخر من التشريعات هذا النوع من النسب<sup>2</sup>.  
ولما كان الأمر محل خلاف في الفقه الإسلامي والتشريع، لزاما علينا أن تطرق إلى بيان هذا الاختلاف .

**الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.**  
لقد تناول العلماء القدامى والمحدثون قضية ولد الزنا المولود خارج رباط الزوجية بالدراسة والبحث وإعمال النظر الجاد والاستنباط، وذلك لما تؤول له هذه القضية من إشكالات تدور في كافة الأصعدة الدينية والاجتماعية والأخلاقية والقانونية، وأهمها الروابط النسبية في محاولة لإدراك الحكم المبني على الأصول والثوابت الشرعية، وربطها بما يستجد من اكتشافات على الساحة العلمية - كالطرق العلمية ، ولا سيما البصمة الوراثية - التي يمكن من خلالها الوصول إلى حقيقة الرابطة الوراثية بين ابن الزنا ومن يدعيه ولدا، مما يتطلب من المجتهدين والعلماء الوقوف أمام هذه الحقائق وقفة جادة والإلمام بأبجدياتها وتفهمها بدقة للتمكن من إعادة بناء الاجتهاد في ضوءها، وإنزال الحكم المتناسب مع طبيعتها والمتوافق مع روح ومقاصد التشريع.

إن الأساس الذي تقوم عليه مسألة نسب ولد الزنا إلى الزاني إذا ادعاه حيث لا فراش، هو وجود الدعوى من الزاني لنسب ما ولد له من الزنا مع عدم وجود الفراش<sup>3</sup>. وإن هذه الدعوى من الزاني لنسب ولد الزنا هو مجرد ادعاء لا دليل عليه ولا أمانة، وإثبات النسب بمجرد الدعوى يفتح باب المفسدة، فلا

<sup>1</sup> لقد نص المشرع المغربي على صراحة في الفصل 66 من المسطرة المدنية: "لا يلزم القاضي برأي الخبير المعين."

<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص285.

<sup>3</sup> إشراف الشيخ محمد صالح المنجد، تفصيل خلاف العلماء في حكم استلحاق ابن الزنا، مقال منشور على الموقع

<https://islamqa.info/ar/192131>.

يؤمن معه إلحاق الشخص بمن لا ينتسب إليه، ولا يخفى ما في ذلك من أثر سلبي على ما أمرنا الله بحفظه وجعله مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو حفظ النسل. وقد جاءت آراء العلماء في المسألة في مذهبين :

أولا: المذهب الأول.

هو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الحنابلة والإمام الشوكاني، حيث يرى هذا الفريق عدم إلحاق الولد بالزاني إذا ادعاه<sup>1</sup>. وسواء ثبت أبوته بموجب البصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل الأخرى أم لا، وهو الذي لم ير أن تلك الدلائل كافية في إثبات النسب وتصديق الزاني في دعواه<sup>2</sup>. واستدلوا في ذلك من السنة والإجماع والمعقول.

### 1- الدليل من السنة.

استدل الجمهور بأن ابن الزنى لا ينسب إلى الزاني وإن ادعاه بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>3</sup>. وقول النبي صلى الله عليه وسلم أيضا: " لا مُسَاعَاةَ فِي الْإِسْلَامِ مَنْ سَاعَى فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَقَدْ أَحَقَّ بِعَصَبَتِهِ ، وَمَنْ أَدْعَى وَلَدًا مِنْ غَيْرِ رِشْدَةٍ فَلَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ "<sup>4</sup> ووجه الدلالة في هذه الأحاديث ما كان عليه أهل الجاهلية من استلحاق أولاد الزنى، وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، قال أبو عمر بن عبد البر إذا لم هناك فراش، لأنهم كانوا في جاهليتهم يسافحون ويناكحون، وقد أمضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما جاء الإسلام أبطل الرسول صلى الله عليه وسلم حكم الزنى لتحريم الله إياه فقال : " الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>5</sup>. فنهى أن يلحق في الإسلام ولد الزنى.<sup>6</sup>

### 2- الدليل من الإجماع.

لقد أجمعت الأمة على أن لا يلحق في الإسلام ولد الزنى نقلا عن نبيها صلى الله عليه وسلم، حيث جعل الرسول كل ولد يولد على فراش يلحق بصاحبه، إلا أن ينفيه باللعان. فأبناء الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، عضو هيئة التدريس بقسم الفقه في كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية، الجمعية الفقهية السعودية، ص239. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص757. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص285. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص242، 243.

<sup>2</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص754. سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص355 وما بعدها.

<sup>3</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب السنة.

<sup>4</sup> ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج10، دط، د.س.ن، ص40.

<sup>5</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب السنة.

<sup>6</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص286.

<sup>7</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص754. ابن حجر العسقلاني، نفس المرجع، ص41.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### 3-الدليل من المعقول.

استدل أنصار هذا الرأي من عدة أوجه نذكرها على النحو التالي:

1-أن ماء الزنا هدر لا حرمة له ولا يترتب عليه أثر، فلا ينسب ابن الزنى للزاني بدعواه،<sup>1</sup> وجاء في المبسوط: " إن النسب نعمة والزنى جريمة، والجريمة لا يستحق صاحبها النعمة بل يستحق العقوبة ليكون ذلك زجراً عن ارتكابها".<sup>2</sup>

2-إن جعل الزنا سبباً لثبوت النسب، يفتح الباب للمنحرفين من خلال إقامة علاقات غير شرعية يحصلون نتیجتها على نسب لأولادهم خارج إطار الزوجية، فيستوي بذلك الإبن الشرعي وابن الزنى في النسب.<sup>3</sup>

3-أن النسب نعمة والزنى نقمة وجريمة يجب أن يعاقب فاعلها لا أن يكافأ بنسب أو غيره، وأن الزاني قد تعدى حدود الله تعالى في فعلته، فلو ألقنا الولد به لكان ذريعة لكل فاسد لم يستطع الوصول إلى المرأة بالطرق الشرعية ليصيبها ويتخذ من ذلك وسيلة لإنجاب الولد، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده.<sup>4</sup>

لقد أوضح مفتي مصر، الدكتور علي جمعة في هذا الشأن أن: "علماء العصر الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأُم بالميلاد، أما بالنسبة للأب، فلا بد أن يتم عن طريق الوسائل الشرعية وليس غيرها... لذا نعتبر إثبات النسب لابن الزنا غير سليم وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل البصمة الوراثية".<sup>5</sup>

### ثانياً: المذهب الثاني.

يرى أنصار هذا المذهب أنه يثبت نسب ولد الزنا ويلحق بالزاني إذا ادعاه مطلقاً، وقد ربط أنصار هذا المذهب إثبات نسب ولد الزنا من الزاني بوجود دلائل وأمارات ظاهرة تؤكد هذا الأمر. وإليه ذهب سليمان بن يسار وإسحاق بن راهويه، وعروة بن الزبير. وروي هذا عن الحسن وابن سريين وشيخ الإسلام ابن تيمية والفقهاء الخنيلي ابن القيم وبعض من المالكية.<sup>6</sup> واستندوا في ذلك من السنة والمعقول.

<sup>1</sup> إثبات نسب ولد الزنى، بحث منشور على موقع الأنترنت دون ذكر صاحب البحث.

<sup>2</sup> محمد ابن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 17، دار المعرفة بيروت، لبنان، 1989، ص154.

<sup>3</sup> بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2017، ص135.

<sup>4</sup> سعد الدين مسعد هلال، نفس المرجع، ص330.

<sup>5</sup> مفتي مصر ضد إثبات نسب ولد الزنا بال DNA مقال منشور على الموقع: //

<http://www.istifada.com/forums/showthread.php?i=17291>

<sup>6</sup> عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، نفس المرجع، ص239. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص757. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص285. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص242، 243.

## 1-الدليل من السنة.

ماورد في صحيح مسلم عن أنس بن مالك، أن هلال بن أمية قذف امرأه بشريك بن سمحاء وكان أخ البراء لأمه، وكان أول رجل لاعن في الإسلام، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا " أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَيْهَا مَسْرُورًا تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ ، فَقَالَ : أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالَ مُجَرَّرُ الْمُدَلْحِيِّ لِرَيْدٍ ، وَأُسَامَةَ ؟ وَرَأَى أَقْدَامَهُمَا فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ". عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ نَحْوَهُ وَزَادَ فِيهِ: " وَهُمَا فِي قَطِيفَةٍ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، وَلَمْ يَذْكَرْ بَرِيقَ أَسَارِيرِ وَجْهِهِ"<sup>1</sup>.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام حكمه في إلحاق الولد على صاحب الشبه، وهو صاحب الماء، فوجب أن يلحق ولد الزنا بمن هو من مائه إذا أقر به أو أثبتت أي وسيلة أبوته.<sup>2</sup>

لقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أنه إذا استلحق الرجل ولده من الزنا ولا فراش فإنه يلحق به، ففي استلحاق الزاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشا قولان لأهل العلم، والنبي صلى الله عليه وسلم قال: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، فجعل الولد للفراش دون العاهر، فالمرأة تحت الزوج فراشا، فإذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشا، ولم يكن للعاهر الحجر حينئذ، بل إذا استلحق ولده لحقه، كما استدلل ابن تيمية بأن عمر ألام أولاد الجاهلية بأبائهم الذين يدعونهم في الإسلام.<sup>3</sup>

في هذا السياق يوافق الدكتور محمّد رأفت عثمان عضو مجمع البحوث الإسلامية أيضا على جواز اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنى من المرأة غير المتزوجة بقوله: " يجوز أن ينسب ولد الزنى من المرأة غير المتزوجة إلى الزاني، حيث قال بذلك كثير من كبار الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم وبعض المالكية، أما إذا كان ولد الزنى من امرأة متزوجة فلا يجوز بإجماع العلماء أن يدعيه الزاني ويطالب بإلحاق نسبه به للقاعدة التي بينها الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أبي عبد الله بن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدى العباد، م2، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص189 وما بعدها

<sup>2</sup> أبي عبد الله بن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص218.

<sup>3</sup> أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، سنة2010، ص203.

<sup>4</sup> إبراهيم أحمد عثمان، قاضي المحكمة العليا بالسودان وعضو مجمع الفقه الاسلامي، دور البصمة الوراثية في قضايا النسب، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض1428هـ الموافق ل2007م، ص21.

مفتي مصر ضد إثبات نسب ولد الزنا با DNA مقال منشور على الموقع: // <http://www.istifada.com/forums/showthread.php§=17291>

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

### 2-الدليل من المعقول:

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول من عدة أوجه منها:

1-إن الأب هو أحد الزانين، فإذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها، مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانين واشتركا فيه، وانفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعيه غيره.<sup>1</sup>

2- أن تنسب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب.

3-ذهب بعض الفقه أن ابن الزنى يلحق بأبيه بسبب ظهور البصمة الوراثية، لما لها من دور في إنقاذ الأطفال المتشردين، إضافة إلى تحميل الزاني مسؤولية التربية والإنفاق انطلاقاً من القاعدة الفقهية: "الغنم بالغرم" فكما غنم اللذة غرم التربية والإنفاق.<sup>2</sup>

بعد عرض أدلة كل فريق من الجمهور وسيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فإن خليفة علي الكعبي يرى أن حجة الجمهور حجة صحيحة ومقبولة لأن التأويل وقع من مورد النص، وكما أن اجتهاد شيخ الإسلام ومن وافقه مقبول نوعاً ما، فهو اجتهاد في فهم النص الصريح.

غير أن علي الكعبي يرى أن الحجة أقوى مع الجمهور من أن الزاني لا يلحق به الولد، نظراً لدلالة النص الصريح في قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>3</sup>. أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعله الشنيع وارتكابه أكبر الفواحش. وأما قياس ابن تيمية الذي مفاده أن الزاني هو أحد الزانين فقد أجاب عنه أحد الباحثين المعاصرين فقال: "وأما قياس ابن تيمية الزاني على الأم فهو قياس مع الفارق لاختلاف طبيعة كل منهما ولأن النسب يثبت في جانبها بالولادة مما لا يحتمل الشك بخلاف الأب فإن وطأه لها مظنة الحمل وعدمه، ولأن الأب هو من حكم الشرع بصحة أبوته لا من ادعى ذلك بنفسه لأنه لا اعتبار شرعاً بماء الزاني"<sup>4</sup>. ولقد وافق الدكتور يوسف القرضاوي هذه الفتوى بقوله: "...لأن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنى..."<sup>5</sup>.

إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز إلحاق ولد الزنى بالزاني بغض النظر عما إذا كانت الزوجة متزوجة أم لا، هو الرأي الراجح في هذا العصر، وعليه مهما تقدم العلم وتمكن من إثبات علاقة الأبوة، فإنه من غير الممكن إلحاق أبناء الزنى بأبائهم حتى ولو أقر الآباء بأبوتهم.

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص760.

<sup>2</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص387.

<sup>3</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

<sup>4</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص291، 290.

<sup>5</sup> ما بين الدين والعلم علائق متواصل، الحمض النووي جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر، مقال منشور على

الموقع: <http://www.raya.com>

الفرع الثاني: موقف التشريع من إثبات نسب غير الشرعي بالطرق العلمية.

لقد أجازت بعض التشريعات العربية والغربية إثبات نسب الطفل الناتج عن العلاقات غير الشرعية عن طريق مختلف أدلة الإثبات المتعارف عليها، بما فيها الطرق العلمية، غير أن أغلب التشريعات العربية لم تتعرض لهذه المسألة اعتباراً لعدم المساواة بين الزنا والعلاقة الشرعية. وعليه سنتناول حكم إثبات نسب ابن الزنا بالطرق العلمية في التشريع الجزائري ثم حكم إثبات نسب ابن الزنا بالطرق العلمية في التشريع المقارن.

أولاً: موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد اقتفى المشرع الجزائري أثر الشريعة الإسلامية وحداً حدودها، فجميع المبادئ والقواعد التي سطرها الفقه الإسلامي، فنّتها المشرع الجزائري في (ق.أ.ج)<sup>1</sup> - وكل ذلك حرصاً على الولد وعدم تضييعه وإثبات نسبه، فهو أول حق يثبت للولد بعد انفصاله عن أمه - فاعتبر الزواج الصحيح سبباً لثبوت نسب الولد من أبيه، وألحق به الزواج الفاسد ونكاح الشبهة، ولم يجعل من الزنا سبباً لثبوت النسب، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك صراحة في (ق.أ.ج)، وسكت عن هذه المسألة خلافاً للمشرع المغربي الذي نص صراحة على ذلك<sup>2</sup>.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد دفع بالقاضي إلى البحث والتنقيب عن حكم نسب الطفل غير الشرعي من المنبع الأساسي ل(ق.أ.ج)، المتمثل في الشريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة 222: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية»<sup>3</sup>.

هكذا يبقى واضحاً أن المحكمة مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية والتي أبطلت ما كان في الجاهلة من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا. وهذا ما يتضح من خلال الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر 1984/12/17 والذي جاء فيه: «ابن الزنا لا ينتسب لأبيه»<sup>4</sup>. وكذلك القرار الصادر في 1984/11/19: «من المقرر شرعاً أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد. وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج. ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه وبني نسب الولد فإنه بقضائه هذا كان مطابقاً

<sup>1</sup> ستم ذكر ذلك بالتفصيل في الباب الثاني المعنون بمكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.  
<sup>2</sup> جاء في الفصل 2/83 من المدونة المغربية: «البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب ولا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقاً». والبنوة غير الشرعية: كما ذكر شراح المدونة هي الناتجة عن الفاحشة. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق والولاية ونتائجها، ط2، مزيدة ومنقحة دار النشر، المعرفة، ص343-344.

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> م ع، غ أ ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م ق سنة 1990، ع 01، ص 86.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

لأحكام الشريعة الإسلامية. <sup>1</sup> وكان قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/10/08 أكثر تحديدا لما يعتبر من أثر العلاقات غير الشرعية، عندما نص على أن: « العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. <sup>2</sup> ».

وتأكيدا لكل ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 1990/01/22 بأنه " إذا كانت مدة الحمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون" <sup>3</sup>.

من هذا المنطلق، استقر القضاء الجزائري على عدم جواز ثبوت النسب الناتج عن العلاقات غير الشرعية سواء باستخدام الأدلة الشرعية التقليدية، أو باستخدام اختبار التحليل الطبي، وذلك لعدم وجود نص تشريعي في هذا الخصوص، وبالتالي بقيت المحكمة مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية والتي أبطلت ما كان في الجاهلة من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا.

غير أنه وخلافا لهذا المبدأ الشرعي - والذي كانت تستند عليه المحكمة العليا، والتي طالما كانت تدافع عن إثبات نسب الطفل الشرعي - فقد سلكت طريقا مغايرا تماما وبدأت تتدرج نحو إثبات نسب الابن الطبيعي وهذا ما يتضح من خلالها الصادر في 2006/03/05، حيث قضى بإلحاق نسب الطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية. والذي جاء فيه مايلي: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.

ولما تبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود "ص ب" للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (D.N.A) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية (D.N.A) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك.

<sup>1</sup> م ع، غ أش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م ق، سنة 1990، ع 01، ص 67.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م ق سنة 1989، ع 04، ص 79.

<sup>3</sup> م ع، غ أش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق سنة 1992، ع 02، ص 71.



ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعن فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

يتبين من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا اعتبروا الخبرة الطبية دليلاً في إثبات النسب بغض النظر عن كون العلاقة شرعية أو غير شرعية. ومن جهة أخرى فإن قضاة المحكمة العليا ألحقوا نسب الطفل غير الشرعي، في حين أنهم أكدوا في عدة قرارات سابقة على أن النسب لا يثبت بالعلاقات غير الشرعية.

ضف إلى ذلك، فإن قضاة المحكمة العليا ألحقوا نسب الأبناء الطبيعيين (البنوة غير الشرعية) من آبائهم البيولوجيين، اعتماداً على تحاليل البصمة الوراثية، نتيجة جرائم اغتصاب، وكيفوا الاغتصاب الثابت بحكم قضائي نكاح شبهة ويثبت به النسب. وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: "المبدأ: الإغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطناً بالإكراه، وكيف بكونه نكاح شبهة، ويثبت به النسب".

.....حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

حيث أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 40 من (ق.أ.ج) فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة وبالكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للإغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة منه للتهرب من المسؤولية الجزائية، لأنه حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه وكيف بأنه نكاح شبهة، يثبت به النسب وفقاً لنص المادة المذكورة، فضلاً عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته وتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقراراً منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 من (ق.أ.ج) ... مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار.

فلهذه الأسباب قضت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلاً وموضوعاً، ونقض القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر، وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> م ع، غ أش، ملف رقم 355180، 2006/03/05، م ق، ع 01، سنة 2010، ص 469-473-474.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، ملف رقم 617374، 2011/05/12، م.م.ع، ع 01، سنة 2012.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

هذا وتجرب الملاحظة، أن هذه القرارات كانت محل تساؤل عند شراح القانون حول سبب التحول الجديد والمفاجئ للمحكمة العليا، والمتمثل في إثبات نسب ابن الزنا بعدما كان القضاء يرفضه. مما يدل على أن قضاء المحكمة العليا كانوا جريئين بتبنيهم للرأي الفقهي القائل بإثبات نسب الأبناء الطبيعيين.<sup>1</sup>

هذا وتجرب الملاحظة أيضا من جهة أخرى، أن الفقهاء يرون أن الطرق العلمية الحديثة لا يثبت بها النسب لوحدها، كما في حالة الزنا، فالقاعدة الشرعية تقول: «الولد للفرش وللعاهر الحجر»<sup>2</sup>. مما ينبغي ملاحظته أيضا أن الإقرار بالولد لا يصح إلا إذا توافرت شروط صحة الزواج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/02/24 والذي جاء فيه: «الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد ولا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج»<sup>3</sup>.

لذلك - في اعتقادنا - أنه على القاضي قبل أن يبحث عن نسب الطفل عليه أن يتأكد من شرعية الزواج أولا. فالزنا لا يعدّ طريقا لثبوت النسب - كما رأينا - فأبناء الزنا شرعا لا ينسبون لأبائهم، حتى لو عرف أبائهم.

إلا أن المحكمة العليا تراجعت عن موقفها الذي قضى بإثبات النسب الطبيعي، ورجوعها إلى موقفها الأول وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر في 17/12/2015 في قضية الطاعن عديم اللقب (أ) ضد المطعون ضدهما (ع.ز) و (ح.ف) وريثتي (ح.ع)، والذي جاء في تسميته "...وهي طرق مباشرة يخضع كل طريق منها لشروط وأحكام يتعين على من يطالب بإثبات النسب تحديد السبب أو الطريق القائم على أساسه الطلب، وليس من بين هذه الطرق التي يثبت بها النسب العلاقة غير الشرعية التي لا توصف بأنها وطء شبهة أو وطء بالإكراه وفق ما انتهى إليه اجتهاد المحكمة العليا. حيث أنه وبالرجوع إلى القرار الصادر عن المجلس بتاريخ 2009/05/05 القاضي بالخبرة يتبين..... وبالتالي فطالما أن المقر أكد أن علاقته بوالدة المقر له الطاعن هي علاقة غير شرعية، وهي بذلك توصف بأنها زنا.....، فإن النسب في هذه الحالة لا يثبت للمقر له ولو كان نتيجة تحاليل الحمض النووي المأمور بها بالقرار التحضيري إيجابية.<sup>4</sup>

يتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا رفضت طلب الطاعن عديم اللقب الرامي إلى إثبات نسبه من أبيه (ح.ع) على أساس إقرار هذا الأخير أن العلاقة التي كانت تجمعهم بأم الطاعن علاقة غير شرعية، وذلك بالرغم من أن نتائج البصمة الوراثية أثبتت علاقة الأبوة بين الطرفين.

<sup>1</sup> باديس ذيابي، نفس المرجع، ص139.

<sup>2</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.م. ج، 1994، ص55.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، ملف رقم 0940101، 2006/03/05، غير منشور.

يظهر أن المحكمة العليا قد عدلت عن موقفها القاضي بإثبات النسب الطبيعي، ولم تعترف بالعلاقة غير الشرعية لتكون سببا لثبوت النسب، دون أن تأخذ بعين الاعتبار الدليل المستخدم، لأن ابن الزنا لا يلحق بأبيه حتى ولو أكدت التحاليل الطبية علاقة الأبوة بين الولد وأبيه المزعوم.<sup>1</sup>

ثانيا: موقف التشريع المقارن من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

1- موقف المشرع الفرنسي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد أجاز المشرع الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية والاعتراف بها ووضح ذلك في (ق.م.ف) في المادة 334 منه والتي نصت على مايلي: "الاعتراف بالولد الطبيعي يكون بشهادة محررة وصحيحة إذا لم يكن هذا الاعتراف في شهادة الميلاد".

كما أجاز المشرع الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية خارج نطاق عقد الزواج بكافة طرق الاثبات شريطة أن تكون هناك قرائن وأدلة قوية، طبقا للمادة 342 من (ق.م.ف). كما كرس المشرع الفرنسي ذلك بموجب القانون رقم 653/94 المؤرخ في 1994/07/29 المعدل للقانون المدني، حيث أجاز بموجب المادة 11/16 منه إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية في كل قضايا النسب، سواء كان النسب شرعيا أو طبيعيا، شرط أن يتم ذلك بموافقة الأطراف وفي إطار دعوى قضائية. حيث نصت المادة 11/16 من (ق.م.ف) -المضافة- على أنه: "وفي مجال القانون المدني، فإن تحديد شخصية الفرد بناء على تحاليل الجينات الوراثية لا يجب البحث عنه إلا بمناسبة إتمام إجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص، وبصدد دعوى إنشاء أو منازعة في رابطة البنوة أو دعوى طلب نفقة أو الإعفاء منها."

... en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides....<sup>2</sup>.

أما القضاء في فرنسا، فإنه يجيز إثبات النسب الطبيعي بالطرق العلمية وهذا ما يتضح من خلال القرارات التالية:

1- لقد قامت محكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر 1982 بتأييد حكم محكمة الاستئناف القاضي بثبوت البنوة الطبيعية لطفل من الأب المدعى عليه بعد أن كشف فحص الدم الذي أمرت به المحكمة أن المدعى عليه هو أب هذا الطفل. وقد رأيت محكمة النقض أنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إن هي التفتت عن إجابة طلب المدعى عليه بإجراء فحص دم مكمل للفحص السابق بغرض تحديد نسبة ترجيح كونه الأب متى وجد في الفحص الأول ما يفيد استحالة أن الطفل لا يعزى إليه.

<sup>1</sup> هذا رأي أغلبية الفقهاء المعاصرين كما سبق بيانه.

<sup>2</sup> Art modifié par La Loi n 2011/267 du 14 mars 2011, précitée.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

2- وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أيضا في حكم آخر في 01 فبراير 1983 أينما أيدت حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بنسب طفل للأب المدعى عليه بعد إجراء فحص الدم والذي بين أن المدعى عليه هو أب الطفل بنسبة تكاد تصل إلى اليقين، ولذا فلا تثريب على محكمة الاستئناف أن ترفض طلب الأب المدعى عليه بإجراء فحوصات تكميلية لتحديد تاريخ بدء الحمل<sup>1</sup> بهدف أن يثبت أن الحمل حدث في الفترة التي كان متغيبا فيها ومن ثم لا يكون الحمل منه<sup>2</sup>.

3- وقد أصدرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 2015/09/08 فيما يتعلق بقضية Aurore x ضد Bernard y قرار يقضي بإلحاق نسب البنت Aurore x بوالدها Bernard y وذلك اعتمادا على نتائج الخبرة البيولوجية المأمور بها من طرف المحكمة الابتدائية والتي أكدت علاقة الأبوة بين الطرفين.<sup>3</sup>

من خلال هذه الأحكام القضائية يتضح مدى تقدير القضاء الفرنسي للدليل العلمي الناتج عن فحص الدم والبصمة الوراثية، في إثبات النسب الطبيعي.

### 2- موقف المشرع التونسي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لقد نص المشرع التونسي<sup>4</sup> صراحة في (ق.أ.ش.ت) على جواز إثبات نسب المجهول ومن في حكمه بواسطة التحليل الجيني أو بواسطة البصمة الوراثية، مخالفا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، ونص على ذلك في المادة الأولى من (ق.أ.ش.ت) رقم 75 لسنة 1998. المعدل بالقانون رقم 51 لسنة 2003 إذ جاء فيها مايلي:

"على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له إسما ولقبها العائلي، أو تطلب الإذن بذلك طبقا لأحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل."<sup>5</sup>

غير أن السؤال الذي يطرح هو السبب الذي جعل المشرع التونسي يجيز إثبات نسب هؤلاء الأطفال غير الشرعيين اعتمادا على الاختبارات الجينية مخالفا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية؟.

<sup>1</sup> يقول الأطباء أنه لا توجد وسائل علمية في وقتنا الحالي تفيد بصفة مؤكدة بدء تاريخ الحمل، وإذا من الممكن تحديد تاريخ بدء الحمل فهو تقريبي، لذا فإن احتمالات الخطأ تكون واردة، وعلى هذا فإن تحديد التاريخ الدقيق لبدء الحمل أمر مازال في نطاق الاحتمالات وليس بيقين. ومازالت أبحاث الأطباء مستمرة للوصول إلى نتائج مؤكدة لدرجة حد معرفة تاريخ اليوم الذي حدث فيه الإتصال الجنسي الذي سبب الحمل.

<sup>2</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص57.

<sup>3</sup> Cour d'Appel de Paris, 08/09/2015, mentionné dans: cass.civ.1<sup>er</sup>, 09/11/2016.

<sup>4</sup> يعد المشرع التونسي هو أول المشرعين العرب الذي يجيز إثبات نسب المجهول، ويضرب أحكام الشريعة عرض الحائط صراحة.

<sup>5</sup> إبراهيم بن طارق الجندي، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، م البحوث، المجلد 10، ع19، 2001، ص16.

أما عن موقف القضاء التونسي، فقبل صدور قانون 1998، كان القضاء التونسي يرفض نسب الأبناء غير الشرعيين، وهو ما تبنته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر 1975/04/29 الذي جاء فيه: "يثبت النسب بالاقرار بوجود اتصال جنسي ناتج عن علاقة شرعية زواج، ولا عمل بالاعتراف المبني على علاقة غير شرعية عملا بالقاعدة القانونية "الولد للفراش وللعاهر الحجر" الواردة في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.<sup>1</sup>

جاء في قرار آخر الصادر بتاريخ 1981/01/06: "المقصود من لفظ الفراش الوارد بالفصل 68 من (م.أ.ش) إنما هو الزواج الشرعي كيفما كان وجه إبرامه، ولا يندرج في مدلوله ومرماه رابطة الاتصال الناتج عن علاقة الزنا، وتأسيسا على ذلك، فالولد المخلف من الاتصال الواضح على وجه الزنا لا يعتبر ابنا شرعيا ولا يثبت بذلك نسبه إليه، وإنما الولد للفراش وللعاهر الحجر."

لكن بصدور قانون سنة 1998 أصبح القضاء يجيز تتسيب الأبناء الطبيعيين، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 2000/11/16 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون 75 لسنة 1998، ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية.<sup>2</sup>

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص هو السبب الذي جعل المشرع التونسي يجيز استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب الطبيعي، في حين أنه لم يشر إلى جواز إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية في مجلة الأحوال الشخصية. وكأن ابن الزنى هو أولى من الابن الشرعي في حقه في النسب.

### 3- موقف المشرع المغربي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.

لم ينص المشرع المغربي على جواز إثبات نسب ابن الزنا سواء عن طريق الوسائل الشرعية أو الطرق العلمية، لكن بعد تعديل سنة 2004 فقد استعان المشرع المغربي بالطرق العلمية كدليل لإثبات النسب الطبيعي. حيث نصت المادة 56 من المدونة المغربية على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل المخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية..."

لقد كان القضاء المغربي قبل تعديل سنة 2004 يرفض إلحاق نسب ابن الزنا، ولا يعترف بالعلاقات بين المخطوبين، فلا ينسب بذلك الأولاد الناتجين عنها لأبائهم كونهم أولاد زنا، وهذا ما يتضح من خلال قرار المجلس الأعلى المغربي والذي جاء فيه: "لا يلحق نسب البنت المولودة قبل

<sup>1</sup> جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية، نفس المرجع، ص27.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص29.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

النكاح، وإن أقر الزوج بينوتها لأنها بنت زنا، وابن الزنا لا يصح الإقرار بينوته ولا استلحاقه لقول خليل "إنما يستلحق الأبن مجهول النسب... وأن اتفاق الزوجين على أن البنت ازدادت بعد عقد النكاح على فرض صحته لا يؤدي إلى إلحاقها بالزوج".<sup>1</sup>

أما بعد التعديل لسنة 2004، أصبح القضاء المغربي يجيز إثبات نسب الطفل الطبيعي، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر بتاريخ 2008/01/02 والذي جاء فيه مايلي: "أن الخبرة الجينية تثبت نسب الطفل الناتج عن العلاقة القائمة بين الطالب والمطلوبة متى كانا يتعاشران معاشرة الأزواج".<sup>2</sup> هذا وتجدر الإشارة أن هذا الموقف القضائي المتبني لإلحاق النسب الناتج عن علاقة الخاطب بالمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج، إنما مرده التوجه التشريعي الذي جاء به المشرع المغربي لما سوى بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني: مواجهة الصعوبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب.

حتى يكون الدليل المستمد من تحليل الدم أوالبصمة الوراثية مقبولا، يجب أن تكون وسيلة الحصول عليه مشروعة، بمعنى يجب أن تكون الإجراءات التي اتبعت للحصول على الدليل مطابقة للإجراءات المنصوص عليها قانونا، فإذا كان الدليل قد وصل إلى القضاء بوسيلة غير مشروعة، انهار وأصبح لا قيمة له. واستخدام الطرق العلمية كدليل علمي في إثبات النسب، يثير بعض المشاكل والصعوبات، ذلك أن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة لن يحدث في غالب الأحيان، ولذا فمن المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة (D.N.A)، أو تحليل الدم، لا سيما عندما يكون سيء النية.<sup>4</sup>

فقد يتمسك الخصم بأن الطرق العلمية أمر يتعارض مع الأخذ بالألعان كإجراء شرعي لنفي النسب، أو يزعم أنه أسلوب يتجافى مع أحكام الشريعة الإسلامية. كذلك قد يتمسك الخصم بأن الخضوع لهذه التقنية الحديثة أمر يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. بل قد يحتمي الخصم بمبدأ معصومية الجسد تهريا من الكشف عن الحقيقة.

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، ملف رقم 446، قضاء المجلس الأعلى، ع39، ص109. مقتبس عن بوجلال علي، نفس المرجع، 137.

<sup>2</sup> زرويل محمد، أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء، نفس المرجع.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية، نفس المرجع، ص26.

<sup>4</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص859.

الواقع، أنه بقدر إمكانية التغلب على هذه الصعوبات، بقدر ما نمهد الطريق أمام القضاء، لأنه يحقق للإسلام تشوقه في حفظ الأنساب فلا تختلط، ولا يضيع الولد والشرف<sup>1</sup>، وسنحاول بحث كل صعوبة على حدى.

لأجل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول التعارض بين الطرق العلمية واللعان، وسنتناول في المطلب الثاني الطرق العلمية ومدى جواز المساس ببدأ معصومية الجسد وإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

### المطلب الأول: التعارض<sup>2</sup> بين الطرق العلمية واللعان.

قد يلجأ الزوج الذي يريد التنصل من ثبوت نسب الحمل أو المولود منه إلى إجراء اللعان إذا ما توافرت شروطه، وكأثر له ينتقي النسب عنه ويلحق المولود بأمه عند تمام اللعان، لأن النسب الثابت بإحدى الطرق الشرعية لا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان، وهو الأمر الذي سارت عليه معظم التشريعات الإسلامية<sup>3</sup>، ونظرا لاكتشاف الطرق العلمية، لا سيما البصمة الوراثية وكون نتائجها قطعية، فإنه قد تلجأ بعض الزوجات أحيانا إلى طلب إجراء تحاليل الدم أوالبصمة الوراثية كوسيلة لإثبات نسب مولودها من الزوج الملعان، فإذا ما ظهرت النتائج مثبتة لنسب المولود من الزوج يقع حينها الإشكال بين طلب الزوج في إجراء اللعان وما يترتب عليه من إلحاق الولد بالأم، وبين نتيجة الطرق العلمية الطرق التي عارضت هذا الأثر<sup>4</sup>.

قبل الإجابة على الإشكال، لزاما علينا أن نتطرق لأحكام اللعان وما يترتب عليه.

### الفرع الأول: تعريف اللعان وشروطه.

لم يورد المشرع الجزائري في (ق.أ.ج) تعريفا للعان ولا شروطه، لذا لزاما علينا أن نبحث عن ذلك في الفقه.

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص60-61.

<sup>2</sup> إن التعارض هو الممانعة على سبيل المقابلة وإذا تقابلت الحجتان على سبيل المدافعة والممانعة سميت معارضة، وذلك بأن يقتضي أحد الدليلين أو الحجتين أو الأمارتين ثبوت أمر والآخر انتقاه. عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، نفس المرجع، ص457..

<sup>3</sup> FORTIER Corine, le Droit musulman en pratique.genre, filiation et bioéthique, Droit et Culture, Rev internationale interdisciplinaire, L'Harmattan, paris, France,2010,N59,p29.

<sup>4</sup> عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، نفس المرجع، ص 425.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أولاً: تعريف اللعان.

سنتطرق لتعريف اللعان لغة وشرعا.

### 1- في اللغة.

اللعان لغة هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة، وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل، وهو من اللعن وهو الإبعاد والطرده من الخير، وقيل الطرد والإبعاد من رحمة الله<sup>1</sup>.

### 2- شرعا.

عرفه الحنفية: "أنه شهادات مؤكدات بالإيمان من الجانبيين مقرونة باللعن<sup>2</sup> القائم حد القذف بالنسبة للزوج، وبالغضب<sup>3</sup> القائم مقام حد الزنا بالنسبة للزوجة<sup>4</sup>".

وعرفه المالكية: "بأنه حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفى حملها وحلفها على تكذيبه أربعاً<sup>5</sup>". وعرفه الشافعية: "كلمات معلومة جعلت حجة المضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفى الولد<sup>6</sup>".

ترجع مشروعية اللعان إلى القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾<sup>7</sup>. والأكثر في الروايات أن سبب نزول هذه الآيات قصة هلال بن أمية وزوجته<sup>8</sup>، وقال النووي في شرح مسلم أن السبب في آية اللعان قصة عويمر العجلاني واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "لقد أنزل الله فيك وفي صاحبك قرآنا"<sup>9</sup>. ويكون اللعان

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلق عليه ووضع فهرسة، علي شيري، المجلد الثاني عشر، دار إحياء التراث العربي، ط1، طبعة محققة سنة 1408هـ-1988م.

<sup>2</sup> جاء في الفتح: اللعان مأخوذ من اللعن، لأن الملاعن يقول في الخامسة، لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، واختير لفظ اللعن دون الغضب في التسمية لأنه قول الرجل وهو الذي بدئ به، وقيل سمي لعانا لأن اللعن الطرد والإبعاد.

<sup>3</sup> الغضب هو السخط وإنزال العذاب بالمغضوب عليه، وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعلمن كثيرا اللعن فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب، كما ورد في الحديث "إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير" شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، ص 285.

<sup>4</sup> محمد رواس قلعجي، موسوعة فقه عبد الله بن عمر، دار النفائس، ط1، سنة 1406هـ-1916م، عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص506.

<sup>5</sup> أنس حسن محمد ناجي، نفس المرجع، ص 296.

<sup>6</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص393.

<sup>7</sup> سورة النور، الآية 6-7-8-9.

<sup>8</sup> محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، طبعة جديدة، ص 619.

<sup>9</sup> محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، ط1426، 2005م، ص318.



## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ولم يكن له أربعة شهود يشهدون عليها بما رماها به<sup>1</sup>، وقد يكون إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ونفي الولد<sup>2</sup>.

### ثانياً: شروط اللعان:

إذا كانت الشريعة الإسلامية وما جاءت به من عند الله قد أخذت بنفي النسب، إلا أن هذا النفي ليس على إطلاقه وعمومه، وإنما يكون وفق شروط أو ضوابط شرعية<sup>3</sup> نوجزها فيما يلي:

#### 1- قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين.

يستوي في ذلك أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، كما هو الحال في المطلقة طلاقاً رجعياً خلال أجل العدة. والعبارة بالقذف تكون في الوقت الذي وقع فيه، بأن تكون أثناء قيام الزوجية، سواء دخل الزوج بزوجه أو لم يدخل بها. ولا لعان بقذف زوجة صارت ميتة ولا لعان بقذف المرأة المبانة ويحد زوجها الأصلي كالأجنبي كما لا يقع اللعان إلا في الزواج الصحيح. وأجاز البعض اللعان في الزوج الفاسد<sup>4</sup>.

#### 2- أن يكون نفي الولد فور العلم به.

هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في الفورية وتحديد المدة التي يجوز فيها للزوج أن يلاعن لنفي الولد. فذهب الحنفية إلى أن المدة تقدر بمدة تهنئة المولود، وتقدير ذلك مفوض إلى القاضي. ويرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية أن نفي الولد يتقدر بأكثر مدة النفاس، وهي أربعون يوماً، وحجتهم أن النفاس أثر الولادة، فيأخذ حكمها<sup>5</sup>. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن نفي الولد يتقدر بالعرف، والعرف قاض بالتعجيل فور العلم إلا إذا كان تأخيره لعذر<sup>6</sup>.

#### 3- أن يكون كل من الزوجين عاقلين بالغين.

لا يصح اللعان بالاتفاق من صبي ومجنون. قال الكاساني: "وأما اعتبار العقل والبلوغ فلاّن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين، فلا يكونان من أهل اللعان بالإجماع"<sup>7</sup>. واختلفوا في

<sup>1</sup> يجوز اللعان في هذه الحالة إذا تحقق من زناها، كأن رآها تزني، أو أقرت هي، ووقع في نفسه صدقها، والأولى في هذه الحالة أن يطلقها ولا يلاعنها، فإذا لم يتحقق من زناها فإنه لا يجوز أن يرميها به. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الشرعية السابعة، 1405-1985م، ص318.

<sup>2</sup> شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 457. السيد سابق، المرجع السابق، ص318.

<sup>3</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص385.

<sup>4</sup> شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، نفس المرجع، ص457.

<sup>5</sup> حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، نفس المرجع، ص787.

<sup>6</sup> أنس محمد ناجي، نفس المرجع، ص273-274.

<sup>7</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص412.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

لعان الأخرس فقال مالك والشافعي يلاعن إذا فهم عنه، وقال أبو حنيفة لا يلاعن، لأنه ليس من أهل الشهادة، وأما الأعمى فاجمعوا على جواز لعانه<sup>1</sup>.

### 4-عدم إقرار الزوج بالولد.

هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، وهو ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب صراحة أو ضمنا، ومن الإقرار الصريح كأن يقول هذا الحمل أو الولد مني، ومن الإقرار الضمني، كأن يسير مع زوجته وهي حامل إلى الطبيب لمداواتها أو أن يقبل التهنة بالمولود، لأن العاقل لا يسكت عادة عند التهنة بولد ليس منه، أو أن يشتري الحاجيات اللازمة للولد<sup>2</sup>. وبالتالي إذا أقر الزوج بالنسب فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك، لأنه عندما أقر به فقد ثبت، والنسب حق للولد لا يملك الزوج الرجوع عنه بالنفي<sup>3</sup>.

### 5-ألا يكون للزوج بينه أخرى لإثبات زنا زوجته.

لقد اشترط الفقهاء لصحة اللعان ألا يكون للزوج بينه أخرى لإثبات زنا زوجته، وأن تكون الزوجة ناكرة لفعل الزنا إنكارا صريحا واضحا، وذلك أنه لو وجدت لدى الزوج حجج ودلائل أخرى كافية لإثبات زنا زوجته أو كانت قد اعترفت بممارستها لجريمة الزنا، فلا حاجة إلى إجراء اللعان، لأن اللعان ما شرع إلا عند ما لا يمكن للزوج أن يثبت الزنا بالدليل المطلوب<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: أحكام اللعان.

#### أولا: دعوى اللعان.

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو بنفي الولد إليه ولم يستطع إثبات ذلك أمام القضاء، فله أن يرفع إلى المحكمة دعوى اللعان ونفي الولد، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر 1998/10/20: "ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"<sup>5</sup>. وجاء في قرار: "ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> السيد سابق، نفس المرجع، ص321.

<sup>2</sup> حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، ط1، 1422هـ-2001، ص368، عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص131. أنس محمد ناجي، نفس المرجع، ص307.

<sup>3</sup> أنس محمد ناجي، المرجع السابق، ص307.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، د.م.ج، الجزائر، ط5، سنة 1999.

<sup>5</sup> م ع، غ أش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م ق سنة 2001، ع.خ، ص 82.

<sup>6</sup> م ع، غ أش، 1998/10/20، ملف رقم 172379، م ق سنة 2001، ع.خ ص 70.

فيأمر القاضي الزوج إذا أصر على اتهام زوجته بالزنا بالملاعنة بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها ويكرر قوله أربع مرات وفي الخامسة يقول: "أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين"، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به، ثم تخمس بالغصب<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب على غرار بعض التشريعات العربية التي نصت على مدة رفع دعوى اللعان مثل المشرع اللبناني في المادة 15 التي نصت على أنه: "ترفع دعوى إنكار النسب خلال شهر من تاريخ الولادة إذا كان الزوج حاضرا ومن تاريخ علمه بالولادة إذا كان الزوج غائبا"<sup>2</sup>.

كذلك المشرع السوري في المادة في المادة 217 من (ق.أ.ش.س) التي نصت على ما يلي: "يجب اتخاذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها"<sup>3</sup>.  
كذلك المشرع الكويتي في المادة 177: "يجب اتخاذ إجراءات اللعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها"<sup>4</sup>

إلا أن المحكمة العليا الجزائرية حدد مدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب. وهذا ما يتضح من خلال القرارات التالية:

" ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"<sup>5</sup>.

وجاء في قرار آخر " ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام"<sup>6</sup>.  
وجاء في قرار آخر: " من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>7</sup>.

بالرجوع إلى القرارات السابقة نجد أن المحكمة العليا قد استقرت على أن مدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.

إلا أن المحكمة العليا اتخذت موقفا مغايرا في قرار آخر الصادر في 1995/10/25 إذ جاء فيه: " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو بالوضع أو برؤية الزنا"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> وهذه الكيفية متفق عليها بين الفقهاء.

<sup>2</sup> مدونة الأحوال الشخصية اللبنانية الصادرة سنة 1948.

<sup>3</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم

34 الصادر بتاريخ 1975/12/31م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2000م

<sup>4</sup> قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>5</sup> م ع، غ أش، 1998/10/28 ملف رقم 204821 ، م ق سنة 2001، ع.خ ص 82.

<sup>6</sup> م ع، غ أش، 1993/11/23 ملف رقم 99000 ، م ق سنة 2001، ع.خ ص 64.

<sup>7</sup> م ع، غ أش، 1997/10/28 ملف رقم 172379 ، م ق ع.خ سنة 2001 ص 70.

<sup>8</sup> م ع، غ أش، 19985/03/11، ملف رقم 35992، م ق، ع 01، سنة 1989 ، ص 82.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

أما عن مكان إجراء اللعان فقال الفقهاء أن لعان المسلم يتم في المسجد، لأنه أشرف الأماكن، وأوجبه المالكية فيه. إذ جاء في بلغة السالك لأقرب المسالك: "والمسلم يلاعن وجوبا في المسجد لأنه أشرف الأماكن فيغلب فيه به"<sup>1</sup>. ولم يحدد المشرع الجزائري مكان إجراء اللعان<sup>2</sup>. غير أن المحكمة العليا نصت في قراراتها على أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد، إذ جاء في قرارها الصادر في 1998/10/28 " ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر... واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد العتيق"<sup>3</sup>.

### ثانيا: مندوبات اللعان :

يستحب في اللعان ما يلي:

- 1- أن يوعظ القاضي المتلاعنين عند إرادة الشروع في اللعان. ويذكرهما بأن عذاب الدنيا أهون من الآخرة... كما صح في السنة<sup>4</sup>.
- 2- يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لا ينقصون عن أربعة، ويستحب أن يكون بعد العصر<sup>5</sup>.
- 3- يستحب أن يتلاعنا قياما، واتفق العلماء على أن السنة في اللعان تقديم الرجل على المرأة<sup>6</sup>، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة. لما روي عن النبي " صلى الله عليه وسلم" أنه قال لهلال ابن أمية: " قم فاشهد أربع شهادات"<sup>7</sup>.

### ثالثا: آثار اللعان .

إذا تم اللعان بالشروط السابق ذكرها فإنه يرتب الآثار التالية:

- 1- سقوط حد القذف عن الزوج وحد الزنا عن الزوجة، فقد جعل الله عز وجل لعان الزوج دارئا لحد القذف عنه وجعل لعان الزوجة دارئا لحد الزنا عنها.
- 2- وجوب التفريق بين المتلاعنين لمجرد تمام اللعان. وقال الجمهور أن الفرقة باللعان فسخ وليست بطلاق وأنها فرقة مؤبدة، في حين ذهب الحنفية إلى أن الفرقة باللعان هي طلاق بائن، توجب حرمة

<sup>1</sup> أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج1، دارالمعرفة، بيروت، 1398هـ-1978م، ص 495.

<sup>2</sup> لقد قيل لنا من طرف بعض القضاة أن اللعان يتم في المحكمة ولا يتم في المسجد ولكن لم نحصل على حكم أو قرار يبين أن اللعان يتم في المحكمة.

<sup>3</sup> م ع، غ أ ش، ملف رقم 172379، م ق، ع.خ، سنة 2001، ص 70.

<sup>4</sup> ابن القيم الجوزي، نفس المرجع، ص 101.

<sup>5</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، طبعة جديدة منقحة، دار الكتب الجزائر، ص194. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 2006، ص 458.

<sup>6</sup> السيد سابق، نفس المرجع، ص321.

<sup>7</sup> موفق الدين بن قدامي، المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بعناية جماعة من العلماء، سنة 1403هـ-1983م، ص46.

مؤقتة فقط بحيث يجوز للزوج أن يعود لزوجته بعقد جديد<sup>1</sup>. ورجح ابن قدامي المقدسي في الشرح الكبير رأي الجمهور فقال: "... ولنا أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً، فكانت فسحا كفرقة الرضاع..."<sup>2</sup>. على هذا الرأي سار القضاء الجزائري فاعتبر الفرقة باللعان فسح توجب تحريماً مؤبداً، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/04/23م " من المقرر شرعاً و قانوناً أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين، ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس"<sup>3</sup>.

3. انتفاء نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه إذا كان اللعان لنفي النسب، لما ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث عمر أن النبي "صلى الله عليه وسلم" فرق بين المتلاعنين وألحق الولد بالمرأة<sup>4</sup>. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها السابق ذكره.

هذا بالنسبة للأحكام التي تلزمه، أما بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة وتظل قائمة بالنسبة للولد، فإنه يعامل كأنه ابنه من باب الاحتياط. فلا يعطيه زكاة ماله، ولو قتله لا قصاص عليه، وتثبت المحرمية بينه وبين أولاده ولا تجوز شهادة كل منهما على الآخر، ولا يعد مجهول النسب فلا يصح أن يدعيه غيره، وإذا كذب نفسه ثبت نسب الولد منه ويزول كل أثر للعان بالنسبة للولد<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: مدى اتفاق الاعتداد بالطرق العلمية مع التمسك باللّعان.

بعد الجولة العريضة التي خاضها الباحث بين طيات اللعان، وما يترتب عليه من آثار وأحكام فإنه يجدر بنا أن نعرض إلى مسألة في غاية الأهمية ويمكن أن تقلع الغبار على العديد من القضايا الناتجة عن التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري في العشريتين الأخيرتين، وهي المسألة الكامنة في التساؤل عن مدى سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية، إذا أقر الخصم بأن الأخذ بهذه التقنية العلمية الحديثة كدليل في إثبات البنوة أمر يتنافى والمبادئ التي بني عليها اللعان الذي سطرته الشريعة الإسلامية كإجراء شرعي لنفي النسب.

يبدو لأول وهلة وجود تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام الفحص الطبي كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب إجراء اللعان وما يترتب على إجرائه من التفريق بين الزوجين وإلحاق الولد

<sup>1</sup> أحمد نصرالجندي، من فرق الزوجية الخلع والإيلاء الظهار واللعان، دار الكتب القانونية، دط، سنة 2005، ص 289.

<sup>2</sup> شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بعناية جماعة من العلماء، سنة 1403هـ-1983م ص47.

<sup>3</sup> م ع، غ أش، 1991/04/23، ملف رقم 69798، م ق، ع3، سنة 1994 ص 54.

<sup>4</sup> محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج2، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، ط2، سنة 1403هـ-1982م، ص432.

<sup>5</sup> السيد سابق، نفس المرجع، ص234. أحمد نصرالجندي، من فرق الزوجية، نفس المرجع، ص 291.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

بالأم. والواقع أن هذا التعارض هو تعارض ظاهري أكثر مما هو تعارض حقيقي، ويتضح ذلك من خلال الكشف عن الأمرين التاليين:

**أولا: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.**

قد يثبت نسب الولد من الزوج، ويبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فنفي النسب ليس من ضرورة اللعان، هذا القول يتضح صحته من خلال دراستنا لقاعدتين من القواعد التي تحكم إجراء اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب.<sup>1</sup>

**1- عدم جواز نفي النسب باللعان بعد الإقرار به.**

من المتفق عليه فقها أن للزوج عند تعذره على إقامة الدليل بما يدعيه الحق في طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل الذي جاءت به زوجته، وأن هذا الإجراء مشروط بعدة قيود، أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بنسب الطفل.<sup>2</sup> وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر 1997/10/28: «من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل»<sup>3</sup>. وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر 1998/10/20: «من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا»<sup>4</sup>.

وهذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر 1984/11/19 حيث قضى: «بأن النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها ولم يعارضها، فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به، أو الولد حين ولادته في المدة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان، يسقط حقه في إنكار النسب»<sup>5</sup>.

يظهر لأول وهلة من هذا التقديم أن الزوج متى أقر بالنسب ضمنيا أو تصريحيا فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك، لأنه عندما أقر به فقد ثبت، والنسب حق للولد لا يملك الزوج الرجوع عنه بالنفي، ولكن إذا تراجع الزوج عن إقراره بالنسب فإن ذلك يعد اتهاما للزوجة بالزنا، ومن ثم لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها. إلا أن إجراء الملاعنة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج، فالولد يبقى منسوبا إليه ويجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة.

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 62.

<sup>2</sup> سواء كان الإقرار صريحا أو ضمنيا كما سبق وأن بينا هذا الشرط.

<sup>3</sup> م ع، غ أش، 1997/10/28، ملف رقم 172379، م ق، ع خ، سنة 2001، ص 70.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، 1998/10/28، ملف رقم 204821، م ق، ع خ، سنة 2001، ص 82.

<sup>5</sup> م ع، غ أش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م ق، ع 01، سنة 1999، ص 67.

بناء على ما سبق فإن القاضي يمكنه أن يجيب الزوجة لطلبها لإجراء اللعان، ولكن يعطل أثره في نفي النسب<sup>1</sup>.

ترتبطا على هذا المنطق، يمكن القول بأن القاضي يمكن أن يجري الملائعة دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء الفحص الطبي، فإجراء الملائعة يتم للتفريق بين الزوجين، وإجراء الفحص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملائع هو الأب الحقيقي أم لا. فإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب فلا مشكلة، حيث يصبح اللعان سببا موجبا للفرقة، وينتفي النسب عن الزوج، وهكذا يتحد أثر اللعان في نفي النسب مع نتيجة الفحص الطبي التي أفادت أيضا انتفاء النسب. وإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملائع حكم القاضي بلزوم النسب دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائما كسبب موجب للفرقة بين الزوجين. وبذلك يرفع التعارض بين استخدام الفحص الطبي إذا ما أفاد في ثبوت النسب من الزوج المدعى عليه وبين اللعان كإجراء شرعي لنفي النسب<sup>2</sup>.

## 2- تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر للملائعة.

اتفق الفقهاء على أنه إذا أکذب الزوج نفسه بعد الملائعة، فإنه يترتب على هذا التکذيب ثبوت النسب منه، وهذا يعني أن تكذيب الزوج لنفسه يؤدي إلى زوال أثر اللعان في قطع النسب، ويعود للولد نسبه من الملائع. ولم ينص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في (ق.أ.ج) وأحال ذلك إلى الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 من (ق.أ.ج).

خلافا للمشرع الجزائري، فقد نص المشرع الكويتي في (ق.أ.ش.ك) على ذلك صراحة في المادة 179 إذ جاء فيها ما يلي: «إذا اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام ونفي النسب، لزمه نسب الولد ولو بعد الحكم بنفيه»<sup>3</sup>.

هكذا يتضح تماما أن ثبوت النسب من الزوج في حالة تكذيبه لنفسه بعد الملائعة لا يتعارض مع استمرار اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين<sup>4</sup>. وهذا يعني أن إجراء اللعان يبقى قائما صحيحا، ولكن يعطل أثره في نفي النسب فيثبت النسب بعدما كان منتفيا ومقطوعا<sup>5</sup>.

من هنا يمكننا القول بأن القاضي يمكنه أن يجري الملائعة بين الزوجين، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، ويأمر بخضوع الأطراف للفحص الطبي، فإن دلّ الفحص على أن الزوج هو الأب

<sup>1</sup> جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41، ع 01، سنة 2003، ص 11.

<sup>2</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 65.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 65.

<sup>4</sup> سواء أكانت الفرقة باللعان فسحا توجب تحريما مؤبدا أو طلاقا بحيث يمكن للزوج أن يعود لزوجته، وقد سبق وأن بينا اختلاف الفقهاء في نوع الفرقة باللعان وموقف القضاء الجزائري.

<sup>5</sup> وفي هذا الصدد يقول أبو يوسف من الحنفية: «إن النسب يثبت في الحال بعد التکذيب مع أن حكم الحرمة يظل قائما».

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الحقيقي فهذا يعدّ تكذيباً للزوج ويجب أن يؤدي إلى ثبوت النسب منه، ويسري نفس الحكم حتى ولو كان القاضي قد سبق وقضى بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب. كذلك، فكما أن لتكذيب الزوج لنفسه أثراً في ثبوت النسب بعدما كان منتقياً، فإن إثبات كذب الزوج عن طريق الفحص الطبي الشاهد على أنه الأب الحقيقي يجب أن يؤدي إلى ثبوت النسب بعدما كان منتقياً ويبقى اللعان كسبب للتفرقة بين الزوجين. هكذا يرتفع التعارض بين استخدام الطرق العلمية في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافي للنسب.

### ثانياً: انتفاء النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين.

إذا نفي الرجل ابنه وتم اللعان بنفسه له، انتفى نسبه من أبيه وسقطت نفقته عنه، وانتفى التوارث بينهما، ولحق بأمه، فهي ترثه وهو يرثها، هذا بالنسبة للأحكام التي تلزمه<sup>1</sup>، أما بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة، فإنه يعامل كأنه ابنه من باب الاحتياط، ولو قتله لا قصاص عليه وتثبت المحرمية بينه وبين أولاده ولا يعدّ مجهول النسب فلا يصح أن يدعيه غيره<sup>2</sup>.

الواقع أن علة اعتباره ولد اللعان يعامل كابن الزوج الملاعن في خصوص سائر الأحكام الشرعية عدا النفقة والميراث<sup>3</sup>، هو أن الحكم بنفي النسب لا يدل بصفة يقينية على أن الولد ليس للزوج، إذ يحتمل أن يكون ابنه، ولكنه كذب بأيمانه حتى ينفي نسب الولد إليه، أو قد راوده الشك فتسرّع وطلب إجراء اللعان.

بالتالي يتضح لنا أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين، لأنه إما أن يكون الزوج صادقاً أو تكون الزوجة صادقة، فنسبة الصدق تكون 50%. وطالما كان الأمر محل شك، فليس من العدل أن لا نعطي للزوجة الحق في طلب إجراء الفحص الطبي لقطع الشك باليقين، خاصة في زمان تطورت فيه العلوم الطبية وأصبحت تقدم نتائج يقينية لمعرفة الأب الحقيقي للولد<sup>4</sup>.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن إجراء الفحص يمنع اختلاط الأنساب، وضياع الأولاد وصون الأعراض، وتدعيم وتقوية قاعدة «الولد للفراس» التي كاد أن يقوضها مجرد اتهام الزوج لزوجته وطلب إجراء اللعان، إذ لا يكون مقبولاً شرعاً وقانوناً أن نستمر على هذه الحال والعلوم الحديثة تقدم لنا دليلاً مؤكداً يرد على الاتهام.

<sup>1</sup> أنس حسن محمد ناجي، نفس المرجع، ص305.

<sup>2</sup> السيد سابق، نفس المرجع، ص234. أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، نفس المرجع، ص 291

<sup>3</sup> لا تثبت النفقة والميراث إلا بسبب متيقن، لا على سبب يقوم على الظن.

<sup>4</sup> وفي هذا الصدد يقول ابن القيم الجوزي: «فأي طريق أستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له». ابن القيم الجوزي، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، د.ط، بيروت، 1978، ص19



ثالثاً: انتفاء النسب بالطرق العلمية دون اللعان.

كثيراً ما تواجه الطرق العلمية عائقاً كبيراً يتمثل في اللعان، هذا العائق الذي لا تستطيع الطرق العلمية اقتلعه لأنه ثابت بالكتاب، وبالتالي فإن هناك من يتمسك باللعان لنفي النسب ويرفض الخضوع للفحص الطبي لعدم النص عليه شرعاً، ومن جهة أخرى هناك من يحتج بأن الطرق العلمية لم يرد بشأنها حكم عن الشارع الحكيم<sup>1</sup>.

أمام عدم ورود نصوص صريحة بينت أحكام اللعان فكان لابد من الرجوع لآراء الفقهاء. الحقيقة أن هذه المسألة أشغلت كثيراً من الباحثين والمجتهدين، ولم تفوتهم دقة هذه المسألة الاجتهادية الحديثة وذلك لما يتمتع به علماءنا من نظرة ثاقبة وفكرة محكمة تجاه القضايا العصرية بما يتفق وروح الشرع ولا يخالفه. وقد انقسم علماء العصر الحديث ومجتهديهم من الباحثين والمفكرين في هذه المسألة إلى فريقين<sup>2</sup>:

ذهب البعض إلى عدم جواز تقديم الطرق العلمية على اللعان، لأن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان<sup>3</sup>، وقال بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي: «لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان»<sup>4</sup>.

يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل: "لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، وذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة علمية مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين"<sup>5</sup>.

يقول علي جمعة: "إن الاعتماد على تحليل البصمة الوراثية المعروف باسم (D.N.A) في نفي النسب، فإنه لا يجوز شرعاً، حيث أن التحاليل يعترئها الخطأ البشري المحتمل، وحتى لودلت البصمة الوراثية في نفسها على النسب وإثباته يقينا فإن ذلك اليقين في نفسه يقع الظن في طريق إثباته مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب. أما إثبات النسب بهذه البصمة الوراثية فلا يكون إلا في عقد صحيح لا يتم اللعان فيه بين الزوجين، فإن تم اللعان فاللعان أقوى من البصمة الوراثية"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> حجة الطرق العلمية في مجال النسب والعقبات التي تواجهها، القانون الشامل، نفس المرجع.

<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، نفس المرجع، 442.

<sup>3</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، نفس المرجع، ص 351.

<sup>4</sup> المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، 1422 هـ - 2001 م.

<sup>5</sup> عمر بن محمد السبيل، نفس المرجع، 148.

<sup>6</sup> علي جمعة، مفتي الديار المصرية سابقاً، مدى جواز الاستناد شرعاً إلى أقوال الأطباء والتحليل الطبية وتحاليل البصمة الوراثية في إثبات الزنا ونفي النسب، مقال منشور على الموقع:

<http://www.dar-alifta.org/viewfatwa.aspxid>.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

لقد استدلت القائلون بهذا القول بأن الآية ذكرت بأن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ لللعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية تزيد على كتاب الله، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد. وقالوا أن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان، فالنسب يلحق الزوج لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش» ولا ينتفي عنه إلا باللعان. فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة<sup>1</sup>. وكما لا نستطيع أن نعتمد على البصمة الوراثية فحسب ونقيم حد الزنا على الزوجة، بل لابد من البينة. فكيف نقدم البصمة الوراثية على اللعان ولا نقدمها على الحد. ذهب البعض الآخر إلى أن الطرق العلمية تتوب عن اللعان وتحل محله لأن نتائجها يقينية، وبالتالي يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بالبصمة الوراثية لنفي النسب. وقال بهذا الرأي محمد المختار السلامي، ويوسف القرضاوي وعبد الله محمد بن عبد الله، وسعد الدين مسعد الهلالي، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية<sup>2</sup>.

لقد استدلت القائلون بهذا القول بقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ...}. فاللعان يكون عندما ينعدم الشهود، وليس ثمة شاهد، فالزوج فقط حينها يقوم بإجراء اللعان، أما إذا كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب لللعان أصلا. وقالوا أن الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب، ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب، ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالطرق العلمية، وقوله تعالى: {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ} <sup>3</sup>. فقالوا أن شق القميص من جهة معينة اعتبر نوعا من الشهادة، والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة. وأضافوا: إن نتائج الطرق العلمية قطعية يقينية، فإذا أجرينا تحاليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد نفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الواقع ونخالف العقل، ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى، وهي ليست تعبدية، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة، والشرع ينتزه أن يثبت حكما مبنيا على المكابرة. وقالوا أيضا: إن الشارع الحكيم يتشوق إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير. وإنفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج مع خراب الذم عند بعض الناس في هذا الزمان وتعدد حالات باعث الكيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل، إحقاقا للحق وباعثا لاستقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قال عبد الستار فتح الله: «إذا نفى الزوج ولدا من زوجته ولد على فراشه، فلا يلتفت إلى قول القائف ولا تحليل البصمة الوراثية، لأن ذلك يعارض حكما شرعيا مقررًا وهو إجراء اللعان بين الزوجين».

<sup>2</sup> «إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج، فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك».

<sup>3</sup> سورة يوسف، الآية 26.

<sup>4</sup> وأكثر من ذلك فقد ذهب الفقهاء المعاصرون القائلون بهذا الرأي إلى أنه ينبغي للقضاة إحالة الزوجين لإجراء الفحص الطبي قبل إجراء اللعان.

إن الرأي الراجح في هذه المسألة هو الرأي الثاني، فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له، فلا وجه لإجراء اللعان، لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود والطرق العلمية تعتبر بينة، وكما أن الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويبعد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين<sup>1</sup>. ويقول الدكتور علي القره داغي والدكتور علي يوسف المحمدي: "بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: الطرق العلمية ومدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه والمساس بمبدأ معصومية الجسد**

قد يدعي الشخص الذي يرفض اللجوء إلى الفحص الطبي، أن هذا الإجراء يتعارض مع مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. ومبدأ معصومية الجسد. وكل هذا من أجل نفيه للنسب والتهرب من المسؤولية.

**الفرع الأول: الطرق العلمية ومدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.**

يعتبر مبدأ عدم جواز إلزام الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، من أهم المبادئ التي أخذ بها المشرع الجزائري في الإثبات<sup>3</sup>، ويقصد بهذا المبدأ أنه إذا كان لدى أحد طرفي الخصوم دليل يفيد خصمه فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل، لأنه من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم دليل يملكه ولا يريد تقديمه<sup>4</sup>.

هذا التصور يتماشى مع مبدأ حياد القاضي، ذلك المبدأ الذي يجعل موقف القاضي سلبيا هو الآخر، فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة وفقا للإجراءات التي يضعها القانون دون تدخل من جانبه<sup>5</sup>.

إن الأخذ بالطرق العلمية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، ذلك لأنها تقوم بإجبار الأب أو الأم على الخضوع لفحص الحامض النووي أو أخذ بصمات معينة أو تحليل فصيلة الدم وغيرها، وهذا يعد إجبارا وإلزاما للشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما يجعله دليلا باطلا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، مقال حول البصمة الوراثية. <http://maitreherrada.maktoobblog.com>

<sup>2</sup> علي محي الدين القرهداغي، وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، سنة 2005، ص355-356.

<sup>3</sup> حبه عفاف، نفس المرجع، ص70.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار هومة، الطبعة الأولى، 2008-2009، ص29.

<sup>5</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص861.

<sup>6</sup> عبد العالي حاجة، رياض دنش، نفس المرجع، ص85. حبه عفاف، نفس المرجع، ص70.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

الواقع أن اتجاها حديثا يرفض التصور السابق، ويرى أن على الخصوم التزاما بالمشاركة وبالمعاونة في الإثبات.

إن نقطة البداية في هذا الاتجاه الحديث هي التمييز بين عبئ الإثبات، وعبئ إقامة الدليل. فبخصوص عبء الإثبات فالمقصود به العبئ السلبي للإثبات، بمعنى عبئ خطر أو تبعة الإثبات وهذا ما يتحمله طرف واحد فقط وهو المدعي بخلاف الظاهر أصلا أو عرضا أو فرضا<sup>1</sup>. والذي لم يستطع أن يثبت صحة ادعاءاته، أما بخصوص عبء إقامة الدليل فيقصد به العبء الإيجابي للإثبات، بمعنى عبء تقديم الأدلة التي تساعد في الكشف عن الحقيقة، وهذا العبء يتحمله الطرفان معا. وبهذا يتضح أن إسناد مخاطرة الإثبات إلى الخصم الذي فشل في إثبات ما يدعيه لا يحول دون قيام خصمه الذي لا يقع عليه هذا العبء بالمعاونة في الإثبات.

كذلك فإن اليمين التي تعدّ وسيلة يلجأ إليها الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يلزم فيها خصمه بأن يقول الحقيقة. فهي مظهر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة<sup>2</sup>. كذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضبطية القضائية أو وكيل الجمهورية بتفتيش المتهم أو منزله جبرا عنه إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، ونفس الغاية التي يسعى إليها المشرع الجزائري من خلال إجازته للطرق العلمية في مجال إثبات النسب. هكذا يتبين أن الخصوم أنفسهم مكلفون بالتعاون في الكشف عن الحقيقة. ومن هنا يرفع التعارض بين الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب أو نفيه وبين مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

إن القضاء الجزائري في قضايا إثبات النسب لا يمكنه أن يلزم أي شخص للخضوع لإجراء تحليل الدم أو البصمة الوراثية في حالة رفضه لعدم وجود نص يجبره على ذلك، لذلك -في اعتقادنا- على المشرع أن يتدخل بسن نصوص قانونية تلزم الأشخاص بالانصياع لحكم القضاء القاضي بالتحليل الطبي، خاصة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل، وذلك للمحافظة على مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثل في حفظ النسب.

إذا، فمن الواضح أنه -حفاظا على الولد من الضياع- على المشرع أن يعطي الخصم في أن يجبر خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلة تساعد على إظهار الحقيقة، وهذا معناه أن نطاق الأدلة التي يجوز للخصم إجبار خصمه على تقديمها يمتد ليشمل المساس بجسم الانسان، كما هو شأن الحصول

<sup>1</sup> سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد 1، الأدلة المطلقة، مطبعة السلام، القاهرة، ط5، مزودة بأحدث أحكام النقض حتى 1990م، 1991م، ص  
<sup>2</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص75.

على عينة أو خلية من الجسم لفحصها، وهذا يؤدي بنا إلى مواجهة صعوبة أخرى تتمثل في مبدأ معصومية الجسد.

### الفرع الثاني: الطرق العلمية ومدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد<sup>1</sup>.

لقد تطورت نظرة المجتمعات والشعوب إذ أصبحت كرامة الإنسان من انشغالاتها الرئيسية، حيث أنه بعد إلغاء نظام الرق<sup>2</sup>، وتجريم عقوبة الأعمال الشاقة والتعذيب بمختلف أنواعه<sup>3</sup>، وتجريم مثل هذه الأعمال من السلوكات، ظهرت مبادرة جديدة لتعزيز كرامة الإنسان، منها إلغاء عقوبة الإعدام، واستبدال إجراء الحبس الاحتياطي بالمراقبة القضائية، وتحسين ظروف الإقامة في المؤسسات العقابية، وتوفير وسائل التربية... إلخ.<sup>4</sup>

كما أصبحت الشعوب تعمل كذلك على صيانة كرامة الإنسان من بعض المخاطر الناتجة عن التقدم العلمي كعملية استبدال الأنسجة والأجهزة البشرية، وعملية الاستنساخ، وكل ما يمس السلامة الجسدية للأشخاص، وقد تجسدت هذه الانشغالات في توفير الحماية القانونية اللازمة، بحيث أصبحت السلامة الجسدية للشخص حقا من حقوق الإنسان العالمية<sup>5</sup>.

لقد عبرت الجماعات الدولية ممثلة في الأمم المتحدة ومؤتمراتها عن قلقها إزاء المنجزات العلمية والتقنية الحديثة التي تولد مشاكل اجتماعية وتعرض للحقوق المدنية والسياسية للفرد والجماعة وتتجاوز اعتبارات تتعلق بالكرامة الانسانية<sup>6</sup>، وقد أوصت الأمم المتحدة على اتخاذ تدابير فعالة لكفالة استخدام التقدم العلمي والتكنولوجي في تأكيد حقوق الإنسان وحياته<sup>7</sup>.

لم يتخلف المشرع الجزائري عن مواكبة التطور الحاصل في المجتمع الدولي حيث كرس الدستور حقوق الإنسان لا سيما من خلال المادة 34 التي نصت على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات

<sup>1</sup> يقصد بمبدأ معصومية الجسد حماية يضيفها القانون على الجسد منذ كونه جنينا حتى استحالته إلى تراب ( ما بعد الوفاة) في كل مكوناته العضوية والنفسية مع مراعاة تدعيم الصحة الفردية للشخص.

<sup>2</sup> تنص المادة 04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص، ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1984 الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 712 بتاريخ 10 ديسمبر 1984.

<sup>3</sup> تنص المادة 05 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة". المرجع السابق

<sup>4</sup> أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص52.

<sup>5</sup> على فلالي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، سنة 2007، ص358-359. رابح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، م.ع.ق.إ، دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جباللي ليايس، سيدي بلعباس، ع7، سنة 2010، ص153

<sup>6</sup> إعلان طاهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان بطهران في 13/05/1968. الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم والخير للبشرية والصادر عن الأمم المتحدة في 10/11/1985.

<sup>7</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، القانون شامل، نفس المرجع.

## الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.

المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس بسلامة الإنسان<sup>1</sup>. والمادة 37 التي نصت على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، وحميها القانون"<sup>2</sup>. وكذلك نص المادة الثالثة من ق رقم (03-16) والتي نصت على ما يلي: "يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية، احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية، وفقا لأحكام هذا القانون والتشريع الساري المفعول"<sup>3</sup>.

من خلال ما تقدم يتضح أن هناك تعارض بين حقين أولهما يتمثل في حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة والثاني هو حق الإنسان في صيانة أسرار حياته الخاصة، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بتحليل فصائل الدم التي تتطلب عملية إجرائها نوعا من التدخل على الجسم الإنساني عن طريق سحب بعض من دم المعني باستخدام أجهزة معينة.

من هنا يطرح السؤال: إلى أي مدى ينحني مبدأ معصومية الجسد أمام حماية قيمة أخرى لا تقل أهمية وهي مسألة النسب؟ أو بعبارة أخرى: إلى أي مدى يمكن للفحص أن يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد التي يحميها الدستور<sup>4</sup>؟

لا شك أن الإجماع على الخضوع للفحص الطبي يعدّ نوعا من الاعتداء على مبدأ حرمة الجسد والذي يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر. ولكن ألا يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعديا شديدا على حقوق ذات أهمية لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد؟. فحق الطفل في النسب من أهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية وأوجببت رعايتها والحفاظ عليها. لذلك يجوز إجبار الشخص للخضوع للفحص الطبي من أجل إثبات النسب أو نفيه رغم أن هذا مساس بحرمة الجسد وكرامة الإنسان، إلا أن هذا المساس يكون لغايات أسمى، يسعى إليها المشرع، وهي حفظ الأنساب ومنعها من الاختلاط، وبهذا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية ومبدأ معصومية الجسد.

إذا كان هناك شيء من التعارض بين المصلحة العامة للمجتمع، في أن يكون لكل طفل أب يقوم على تربيته، وبين المصلحة الشخصية، وهي صيانة معصومية الجسد، فإن غالبية الفقه القانوني يرحب المصلحة العامة على حساب حق الإنسان على جسده، وهذا الترجيح له اعتبارات أشارت إليها محكمة (LILL) الفرنسية في حكمها الصادر 1947، بخصوص منازعة زوجين حول إثبات بنوة ابن لهما، حيث يستخلص من وقائع القضية أن الزوج المدعي التمس من المحكمة تعيين

<sup>1</sup> دستور 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم لدستور 23 فبراير 1989، ج.ر، ع 94 لسنة 1976.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> ق رقم 03-16 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

<sup>4</sup> توفيق سلطاني، نفس المرجع، ص 68.

خبير لفحص عينة من دمه ودم الأم والطفل قصد التحقق من نسب الابن، في حين أن الزوجة رفضت ذلك، مرتكزة في دفاعها على مخالفة الإجراء المطلوب لمبدأ الحرية الشخصية ومبدأ معصومية الجسد، إلا أن المحكمة أمرت بإخضاع المدعى عليها لإجراء الفحص الطبي.<sup>1</sup> ومن بين الاعتبارات التي ذكرتها المحكمة ، أنه لا يمكن التذرع بمبدأ معصومية الجسد للحيلولة دون إجراء تلك الفحوص، كما أن للقضاء أن يستخدم الوسائل التي يعتقد أنها مناسبة لإظهار الحقيقة، ومنها وسيلة الفحص العلمي.

هذا، ولقد رجحت بعض التشريعات حق الطفل في معرفة أصوله على حق الشخص في السلامة الجسدية، كالمشرع الألماني حيث تلزم المادة 37 من قانون أصول المحاكمات الألمانية، كل شخص، وليس فقط الأطراف في الدعوى أن يقبل الخضوع لأي اختبار بيولوجي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد محمد أبوزيد، نفس المرجع، ص76.  
<sup>2</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص390.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد حصر المشرع الجزائري طرق إثبات النسب في الفراش والبينة والإقرار، وبموجب التعديل الأخير المدخل على (ق.أ.ج)، اعتبر الطرق العلمية طريقة لإثبات النسب، فإذا تساوت هذه الأدلة فيما بينها في الإثبات فلا إشكال يطرح، غير أن تعارضها يجعلنا نبحث عن الأولى بالإعمال<sup>1</sup>، فأيهما نقدم؟ أنرجح الأدلة التقليدية الثابتة بالنص؟ أم نرجح الطرق العلمية الثابتة بالاجتهاد؟.

إذا رجحنا الطرق التقليدية، وإن كانت ثابتة بالنص، فإننا نكون قد ألغينا طريقا علميا قطعيا يقينيا. خاصة البصمة الوراثية، وإذا رجحنا الطرق العلمية وألغينا الأدلة الشرعية التقليدية، فإننا نكون قد رجحنا طريقا ثابتا بالاجتهاد على طرق وإن كانت ظنية فهي ثابتة بالنص.

الحقيقة إن مسألة الأدلة الشرعية لثبوت النسب وموقع البصمة البصمة الوراثية من هذه الطرق لهو أمر خطير ومهم للغاية، ذلك أن تقديم دليل علمي يندرج تحت قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، على أدلة ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع، لهو في قمة الخطورة والاقتراء على كتاب الله إن لم ذلك مبنيًا على الحيطة والحذر والضوابط الشرعية والاجتهاد القائم على الكتاب والسنة الشريفة.<sup>2</sup> ولقد أثارت هذه المسألة نقاشا كبيرا بين الفقهاء المعاصرين.

فما هو موقف علمائنا المعاصرين وفقهائنا المفكرين في هذا العصر، فيما يخص الأدلة الشرعية الصحيحة وموقفها من الطرق العلمية؟. ولماذا ينادي الكثير بتقديم الطرق العلمية على الأدلة الشرعية، وهل هذا سيخدم الأمة الإسلامية ومصالح الناس في هذا القرن البيولوجي الذي أثرى العالم بأحداثه وبقفزاته العلمية الحديثة؟. وما هو موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من هذه المسألة؟.

للإجابة على هذه الأسئلة ارتئينا تقسيم الباب الثاني من هذه الدراسة إلى فصلين. سنخصص الفصل الأول لدراسة مكانة الطرق العلمية من أسباب ثبوت النسب. وسنخصص الفصل الثاني لدراسة مكانة الطرق العلمية من الطرق التقليدية لإثبات النسب.

<sup>1</sup> بوجلال علي، نفس المرجع، ص140.  
<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص370.



### الفصل الأول: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من أسباب ثبوت النسب.

إذا كانت مسألة إثبات نسب الولد من أمه ليست محل خلاف بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون، ذلك أن واقعة الولادة هي سبب ثبوت نسب الولد من أمه في كل الحالات وسواء أكانت الولادة شرعية أم غير شرعية،<sup>1</sup> فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها، دون توقف على شيء آخر من فراش أو إقرار أو إدعاء، فهي التي حملت وهي التي وضعت وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث، وإذا ثبت النسب كان لازماً لا يمكن نفيه.<sup>2</sup>

كذلك من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج الصحيح، الذي يعتبر السبب الرئيسي في ثبوت نسب الولد من الأب، والأصل الشرعي الذي يرتكز عليه نظام النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». ويقصد بالفراش الزواج الصحيح، ويلحق بالزواج الصحيح كما فرع فقهاء الشريعة الإسلامية الزواج الفاسد، الذي يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب. لأن النسب يحتاط في إثباته كما لا يحتاط في غيره، إحياء للولد وحفاظاً عليه من الضياع، بل وذهب البعض إلى جواز بنائه على الاحتمالات النادرة حملاً للمرأة على الصّلاح، ونفس الحكم بالنسبة لمخالطة الرجل للمرأة بناء على شبهة،<sup>3</sup> ولا مجال للتوازي بين الزنا والفراش بشأن ثبوت النسب من الأب.<sup>4</sup>

إذن فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسب اهتماماً بالغاً، واحتاطت في إثباته أيما احتياط، فوضعت من الأحكام ما يكفل صيانة الولد من الضياع، ويمنع اختلاط الأنساب ويصون الأعراض، ويبعد العار، واجتمعت كلمة الفقهاء بشأن بعض الأحكام، وثار الخلاف بينهم بشأن بعضها الآخر.<sup>5</sup>

واضح أن المشرّع الجزائري اقتفى أثر الشريعة الإسلامية وحدا حدودها، فجميع هذه المبادئ والقواعد التي سطرّها الفقه الإسلامي، فنّنها المشرّع الجزائري في (ق.أ.ج) - وكل ذلك حرصاً على الولد وعدم تضييعه وإثبات نسبه، فهو أول حق يثبت للولد بعد انفصاله عن أمه-. فاعتبر الزواج الصحيح سبباً لثبوت نسب الولد من أبيه، وألحق به الزواج الفاسد ونكاح الشبهة، ولم يجعل من الزنا

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة ثالثة، الجزائر، ط3، سنة 1999-2000، ص283.

<sup>2</sup> لم يشر المشرّع الجزائري إلى ذلك صراحة في قانون الأسرة، خلافاً للمشرع الليبي الذي يعترف صراحة بثبوت نسب الطفل إلى أمه دون قيد أو شرط حيث نصت المادة 56 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما الصادر في 19 أبريل 1984 على أنه: «يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط، ويترتب على هذا النسب جميع نتائج المتفرعة من الأمومة والبنوة مالية كانت أو غير مالية».

<sup>3</sup> رضا السيد عبد العاطي، صيغ دعاوى الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، الناشر: المتحدون، دار مصر، المكتب الثقافي، دار السماح، دط، د.س.ط، ص89، 90.

<sup>4</sup> سبق تفصيل ذلك في الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>5</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص04. حسن حسنين، أحكام الأسرة فقها وقضاء طبقاً لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الأفاق العربية، ط1، 1422هـ - 2001م، ص367.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

سببا لثبوت النسب، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك صراحة في (ق.أ.ج)، وسكت عن هذه المسألة خلافا للمشرع المغربي الذي نص صراحة على ذلك<sup>1</sup>.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد دفع بالقاضي إلى البحث والتنقيب عن حكم نسب الطفل غير الشرعي من المنبع الأساسي ل(ق.أ.ج)، المتمثل في الشريعة الإسلامية، طبقا لنص المادة 222: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»<sup>2</sup>.

هكذا يبقى واضحا أن المحكمة مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية والتي أبطلت ما كان في الجاهلة من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، وهذا ما يتضح من الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر 1984/12/17<sup>3</sup> والذي جاء فيه: «ابن الزنا لا ينتسب لأبيه»<sup>3</sup>.

وكذلك القرار الصادر في 1984/11/19<sup>4</sup>: «من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد. وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج. ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه ونفي نسب الولد فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية»<sup>4</sup>.

لقد كان قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/10/08 أكثر تحديدا لما يعتبر من أثر العلاقات غير الشرعية، عندما نص على أن: «العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية»<sup>5</sup>.

تأكيدا لكل ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 1990/01/22 بأنه " إذا كانت مدة الحمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون" <sup>6</sup>.

ويستشف من القرارات السابقة أن المحكمة العليا لم تجعل من الزنا سببا لثبوت النسب، وبذلك يكون القضاء الجزائري متماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> جاء في الفصل 2/83 من المدونة المغربية « البنية غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب ولا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا». والبنوة غير الشرعية: كما ذكر شراح المدونة هي الناتجة عن الفاحشة. دط، ص 343-344.

<sup>2</sup> قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> م ع، غ أش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م ق سنة 1990، ع 01، ص 86.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م ق، سنة 1990، ع 01، ص 67.

<sup>5</sup> م ع، غ أش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م ق سنة 1989، ع 04، ص 79.

<sup>6</sup> م ع، غ أش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق سنة 1992، ع 02، ص 71.

<sup>7</sup> في الآونة الأخيرة بدأت المحكمة العليا تتدرج شيئا فشيئا نحو إثبات النسب الطبيعي. وقد تم تفصيل ذلك في الباب الأول من هذه الدراسة.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

---

بناء على ما سبق، سنقسّم الفصل الأول إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول مكانة الطرق العلمية من الزواج، وفي المبحث الثاني مكانة الطرق العلمية من الوطاء بالشبهة.

### المبحث الأول: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الزواج.

عقد الزواج إما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح، فأما عقد الزواج الصحيح فقد اتفق الفقهاء على أنه كل عقد استوفى أركانه وشروطه، وحسب (ق.أ.ج) هو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 09 المادة 09 مكرر.

إلا أنهم اختلفوا في غير الصحيح، فقسّمه البعض إلى باطل وفساد، خلافاً للبعض الآخر الذي لا يقرّ بهذا التقسيم ويرى أنّ الزواج الباطل والفساد شيء واحد.

أما المشرع الجزائري، فقسم عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد، وهو ما جاء في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأوّل، من قانون الأسرة المعدّل والمتمّم بموجب الأمر رقم (05-02) متأثراً بالمذهب الحنفي الذي قسّم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد خلافاً لبقية المذاهب الذين يرون أن الزواج الباطل والفساد بمعنى واحد.

لأجل ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سندرس في المطلب الأول مكانة الطرق العلمية من الزواج الصحيح، وسندرس في المطلب الثاني مكانة الطرق العلمية من الزواج غير الصحيح.

### المطلب الأول: الزواج الصحيح.

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج الصحيح يعتبر سبباً في ثبوت نسب الولد لأبيه دون حاجة إلى اعتراف من الزوج اعترافاً صحيحاً، أو إقامة بينة على البينة<sup>1</sup>. وما يؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب في الزواج الصحيح ما رواه المحدثون<sup>2</sup> عن النبي "صلى الله عليه وسلم" «الولد للفرش وللعاهر الحجر»<sup>3</sup>.

والمعنى أن الولد ثمرة الفرش وهو الزواج الصحيح وأما الذي لا يتخذ زوجة تختص به فيكون عاهراً، لا ثمرة له، ولا ينسب إليه الولد، وإنما له الحجر تعبيراً عن خيبته وأنه لم يجن ثمرة من زناه. ولأن ثبوت النسب نعمة، والزنا جريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النقمة<sup>4</sup>.

إن السبب في ثبوت النسب بالزواج الصحيح، دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين، ويجعل الزوجة مقصورة على زوجها يستمتع بها وحده ويحرم عليها تمكين غيره منها، فهو الذي تعتبر المرأة به فرشاً، ولذا يسمى بالفرش الصحيح، ويستتبع

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 283-284. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، 187.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، سنة 1996، ص 209. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، ط1، 1428هـ-2007م، ص 350.

<sup>3</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

<sup>4</sup> أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، د.ط، ص 570.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ذلك أن يكون كل حمل تحمله المرأة يعتبر من زوجها، واحتمال أنه من غيره أمر مرفوض، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة في (ق.أ.ج)، فاعتبر الزواج الصحيح سببا شرعيا لثبوت النسب في نص المادة 40 إذ نصت على ما يلي: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة...». وأكد ذلك في المادة 41 إذ نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»<sup>1</sup>. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، إذ جاء في قرار لها: « من المقرر شرعا أن الولد للفراس وللعاشر الحجر»<sup>2</sup>.

إن الزواج الصحيح من الناحية القانونية هو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 09 والمادة 09 مكرر<sup>3</sup>. فإذا كان الزواج مستوفيا لهذه الأركان والشروط اعتبر صحيحا وعدّ صالحا لإثبات النسب. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1982/11/12: «يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق»<sup>4</sup>.

فمن زاوية القانون يعتبر النسب من أهم الحقوق التي تثبت للمولود<sup>5</sup> من الزواج الصحيح، إلا أن المولود قد يولد أثناء قيام الزوجية، وقد يولد بعد الفرقة بين الزوجين لأي سبب من أسباب الفرقة، ويختلف حكم النسب حسب كل حالة، وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية، وثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين.

### الفرع الأول: ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية<sup>6</sup>.

من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية، أن الولد ينسب لأبيه إذا ولد خلال قيام الزوجية دون حاجة لاعتراف أو بينة، إلا أن أعمال هذا المبدأ يتوقف على جملة من الشروط أوضحها فقهاؤنا المسلمون بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه واستمد منها القانون الوضعي أحكامه<sup>7</sup>.

تتنوع هذه الشروط، منها ما يتعلق بالزوجين معا إذ يشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي، ومنها ما يتعلق بالزوج إذ يجب أن يكون ممن يتصور منه الحمل. ومنها ما يتعلق

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، 1997/07/08، ملف رقم 165408، م ق، سنة 2001، ص 67.

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، 1984/11/12، ملف رقم 28784، ن ق، سنة 1986، عدد 02، ص 32.

<sup>5</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، نفس المرجع، ص 163.

<sup>6</sup> عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، الطلاق وآثاره، ط 5، سنة 1978-1979، المطبعة الجديدة دمشق، ص 163.

<sup>7</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 11، عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 284.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

بالولد إذ يجب أن يولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل وألا يقوم الزوج بنفيه بالطرق المشروعة. وسنقوم بدراسة هذه الشروط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولاً: إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد.

### 1- في الفقه.

لم يختلف الفقهاء على إمكانية التلاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح، وإنما اختلفوا حول حقيقة هذا التلاقي، فهل تم ذلك بالدخول الفعلي أم بمجرد إبرام العقد<sup>1</sup>. انقسم الفقه بهذا الخصوص إلى اتجاهين:

فقد اشترط جمهور الفقهاء إمكان الدخول، أي إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد عادة، فلو انتفى إمكان التلاقي لا يثبت النسب<sup>2</sup>، ونتيجة لذلك إذا تزوج رجل مع امرأة وأتت بولد لسنة أشهر فأكثر من وقت الزواج وكان الزوج ممن يتصور منه الحمل، ولكن ثبت أن الزوجين لم يلتقيا قط أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما، فإنه لا يثبت نسب هذا الولد<sup>3</sup>. ذلك أنه لو فرضنا أن الزوج قد دخل السجن السجن لمدة أكثر من المدة القصوى للحمل ولم يخرج منه، وأن زوجته حملت خلال هذه المدة، فإن نسب هذا الولد لا يمكن أن يلحق بالزوج، وكذلك إذا لم يمكن الاتصال بين الزوجين بسبب عيب في الزوج كإثبات أنه عقيم بالوسائل الطبية<sup>4</sup>.

فلا يكفي عند الجمهور مجرد الإمكان العقلي لثبوت النسب، لأن الإمكان العقلي نادر الحدوث، والأحكام الشرعية إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر. ونتيجة لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج عند الجمهور طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين بعد العقد.

أما الحنفية فلم يشترطوا إمكان الدخول، وبذلك قد خالفوا الجمهور واكتفوا بالعقد الصحيح واعتبروه كافياً لثبوت النسب. فمتى جاءت المرأة بولد بعد العقد الصحيح لتتمام سنة أشهر فأكثر يثبت النسب سواء ثبت التلاقي أم لا<sup>5</sup>. وقد قيل في تبرير هذا المذهب أن التلاقي ممكن عقلاً والإمكان العقلي كافٍ لثبوت النسب محافظة على الولد من الضياع<sup>6</sup>. وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، سنة 1863، ص 387.

<sup>2</sup> محمد أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر، لبنان، ج 3، د.ط، ص 216. عبد الفتاح تقي، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 284. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص 701.

<sup>3</sup> أحمد الغندور، نفس المرجع، ص 571.

<sup>4</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص 209-210.

<sup>5</sup> جاء في الفتح: «قال بعض المشايخ: إن قيام الفراش يعني الزواج الصحيح كافٍ لثبوت النسب ولا يعتبر إمكان الدخول، بل العقد قائم مقامه، كما في تزوج المشرقي بالمغربية...» كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، م 4 دار الفكر، لبنان، ص 350.

<sup>6</sup> رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، ص 569.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

بالمشرق من امرأة بالمغرب بينهما مسافة سنة، فولدت لسنة أشهر من تاريخ العقد يثبت النسب، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات<sup>1</sup>.

إن المذهب الحنفي مذهب موسع، إذ أنه يقضي بثبوت نسب الولد من الزوج سواء ثبت التلاقي أم لا، وعدم انتفائه إلا باللعان، ويلحق الولد لعموم الحديث «الولد للفراش...» وفي ذلك احتياط للولد وعدم ضياعه والستر على الأعراض ومنع وقوع مشكلة اللقطاء.

غير أن المذهب الحنفي لم يسلم من النقد فقد قيل أن تطبيقه يؤدي إلى ظهور حالات ينسب فيها الأولاد لأبائهم غير الشرعيين وخاصة في زمان فسدت فيه الذمم، وساءت الأخلاق، ومثاله أن يتزوج رجل ويعيش مع زوجته فترة من الزمن ينجب فيها ولدا ثم يسافر إلى بلد آخر ويطول غيابه عدة سنوات ولم يرجع إلى مقرّ الزوجية، ولم ينتقل إليه ثم يعود فيجد المنسوب إليه ولدين أو ثلاث<sup>2</sup>.

أما شيخ الإسلام ابن تيمية فقد اشترط الدخول الحقيقي، فإذا انتفى لا يثبت النسب، وقال: "إن أحمد رضي الله عنه أشار إليه في رواية حرب، فإنه نص في روايته فيمن طلق امرأته قبل البناء وأتت بولد فأنكره، فقد قال إنه ينتفي عنه بغير لعان"<sup>3</sup>، وقد رجح هذا القول ابن القيم في زاد المعاد وهو تلميذ ابن تيمية<sup>4</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، فاشتراط الدخول الحقيقي فيه عسر شديد وهذا الأمر لا يطّلع عليه غير الزوجين، فالإكتفاء بإمكان الدخول هو المعقول<sup>5</sup>.

إن المتفحص لهذه الاتجاهات الثلاث، سرعان ما يلمس أن اتجاه الجمهور هو الاتجاه الأوسط، فلم يجعل مجرد العقد سببا لثبوت النسب، ولم يشترط الدخول الحقيقي، بل اشترط إمكان الدخول. ولا شك أن أوسط الأقوال هو عدلها، فقد أفرط من قال أنه لا يعتبر إمكان الوطء وأن العقد بمجردة يكفي... ومن قال أنه لا بد من العلم بالدخول... فيه تقريط. فالتوسط بين الإفراط والتفريط هو الحق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> «كرامات الأولياء حق، فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة، وقد يكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوى لهم المسافات البعيدة».

<sup>2</sup> «غير أن هذا النقد مردود عليه بأن في اللعان طريق الخلاص من هذا النسب، فالزوج الذي يكون على يقين أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان».

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 388.

<sup>4</sup> فقال «هذا هو الصحيح المجزوم به، وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج، ولم يبين بها لمجرد إمكان ذلك، وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشا قبل البناء، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبين بامرأته ولا دخل بها، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك. وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، ولا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق وبالله التوفيق...». أبي عبد الله بن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدى العباد، نفس المرجع، ص 115.

<sup>5</sup> وفي هذا الصدد يقول الإمام الشوكاني: «إن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب، وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط». محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج 6، نفس المرجع، ص 297.

<sup>6</sup> محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 388.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### 2- في التشريع.

#### أ- في التشريع الجزائري.

لقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور، وهو الصحيح الذي يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي والمنطق والمعقول، فالولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المسند لهذا العقد غير لاحق. ونصّ المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في المادة 41 من (ق.أ.ج) إذ نصت على أنه: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال...»<sup>1</sup>. واضح أن المشرع الجزائري اكتفى بإمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي<sup>2</sup> مثلما ذهب إليه الجمهور، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها. إذ جاء في قرارها: «من المقرر قانوناً أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»<sup>3</sup>. وجاء في قرار آخر: «حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين والدليل أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران حسبما أشار إليه الحكم الجزائري لمحكمة البيضا بعد سماع ثلاثة شهود»<sup>4</sup>.

#### ب- في التشريع المقارن.

لقد اختارت أغلب التشريعات العربية مذهب الجمهور الذي اشترط إمكان التلاقي لثبوت النسب.

#### 1- في التشريع المغربي.

لقد أخذت المدونة المغربية برأي الجمهور وذلك في الفصل الخامس والثمانون من المدونة إذ جاء فيه ما يلي: «الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>ق رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984م المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> إذا كنا بصدد إثبات النسب الناشئ عن الزواج العرفي، فلا بد أولاً أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة قبل المطالبة بإثبات النسب، فتلجأ الزوجة لإثبات الزواج العرفي، ثم تلحقه بإثبات النسب. لأن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي ويعتبر زواجا صحيحا إذا توافرت أركانه وشروطه طبقاً لنص المادة 6 من (ق.أ.ج)، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر 12/11/1982 «يعتبر كل زواج صحيحاً إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتنترب عليه آثاره وكافة الحقوق». م ع، غ أ ش، 12/11/1982، ملف رقم 28784، ن ق، سنة 1986، ع 02، ص 32. وجاء في قرار آخر: " متى كان الزواج العرفي متوافر على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون موافقاً للشرع والقانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". م ع، غ أ ش، 25/12/1989، ملف رقم 58224، م ق، 1991، ع 4، ص 114.

<sup>3</sup> م ع، غ أ ش، 23/11/1993، ملف رقم 99000، م ق، سنة 2001، ع خ، ص 64.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص 48.

<sup>5</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 349.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### 2- في التشريع المصري.

كذلك المشرع المصري أخذ برأي الجمهور في المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1929 «لا تسمع عند الإنكار، دعوى النسب لزوجته ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد»<sup>1</sup>.

### 3- في التشريع السوري.

لقد أخذ المشرع السوري أيضا برأي الجمهور وذلك في المادة 260 من (ق.أ.ش.س) والتي نصت على ما يلي: "لا يثبت النسب إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين..."<sup>2</sup>

### 4- المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية في الكويت.

لقد اختارت المذكرة الإيضاحية رأي الجمهور، إذ توضح: «واختار المشروع المذاهب التي تشترط للنسب إمكان التلاقي بين الزوجين، وظاهر أن هذا أعدل الأقوال، وهو المتبع الآن، ويمنع الجراءة علي إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بالأمهات... فإن مضى على عقد الزواج... وأمكن الاتصال ثبت نسب الولد»<sup>3</sup>.

على أنه لا بد أن نشير إلى أمر هام وهو أن العقد مع إمكانية الدخول على فرض حصوله هل يكفي ذلك لثبوت النسب؟ فقد يكون الزوج صغيرا مثلا، لا يولد لمثله، وثم العقد صحيحا، وجاءت زوجته بولد ضمن فترة الحمل المقررة شرعا، فهذا لا يثبت نسبه من أبيه، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته، ومن ثم لا يثبت النسب مهما كانت المدة بين العقد والوضع<sup>4</sup>. على أن هذا الأمر وإن كان نادر الحصول في عصرنا، بعد أن حدّد القانون سن الزواج غير أنه لا بد من بيان حكمه، لأن للقاضي أن يسجل عقدا ثم دون السن القانوني للزواج<sup>5</sup> إذا حصل حمل وجاءت الزوجة بولد وذلك رعاية لحق الولد في النسب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> هذا ويجب الإشارة إلى أن المحاكم في مصر اعتنقت ربحا من الزمن مذهب الحنفية، إلا أن سببا أخلاقيا كان وراء تدخل المشرع وعدوله عن الأخذ بالمذهب الحنفي، فالتطبيق العملي لأحكامه بهذا الشأن فتح مجالاً أمام طائفة من النساء اللاتي فسدت أخلاقهن كي يأتين بأولاد غير شرعيين وينسبنهن لأزواجهن.

<sup>2</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 09/07/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيّدة ومنقحة، سنة 2000م

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408هـ-1988م، ص 798.

<sup>4</sup> عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص 284.

<sup>5</sup> تنص المادة 7 من ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

<sup>6</sup> اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ، حيث ذهب الحنفية إلى أن النسب يثبت ببلوغ الغلام اثني عشرة سنة وهي أدنى مدة البلوغ، أما المالكية فلم يحددوا سناً معينة للبلوغ بقولهم: "أن الزوجة لو أتت بولد والزوج خصي (من نزعت خصيتها وبقي ذكره) أو محجوب، فينتقي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملها منه عادة لاعقلا"، وذهب الشافعية في الصحيح والحنابلة إلى أن الولد يولد له بعد عشر سنين، بديعة علي أحمد، نفس المرجع، ص 31.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لكن من الأمور التي يمكن أن تثار هنا لو أن شخصا كبير السن ولكنه عقيم أو مصاب بمرض جنسي يمنعه من الاتصال بزوجه خلال المدة المقررة للحمل.

لهذا يمكن القول بأنه يشترط لثبوت النسب فضلا على العقد وإمكانية الاتصال، إمكانية حمل الزوجة من زوجها، أي أن يولد لمثل هذا الزوج ولد، والأمر في هذا للطب الذي يقرر قدرة الزوج على الإنجاب أو استحالة ذلك، لأنه لا خلاف لدى الفقهاء على أن الشرط الأساسي لثبوت النسب هو أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه عرفاً<sup>1</sup>.

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذا الشرط صراحة في (ق.أ.ج) وأحال ذلك على ما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من (ق.أ.ج). كما أن هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة. ولقد نصّ المشرع الكويتي صراحة على هذا الشرط في المادة 166، «لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت بطريق قطعي أنه غير مخصب أو لا يمكنه أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة»<sup>2</sup>. وجاء في مذكرته الإيضاحية: «قد يكون بالرجل ما لا يمكن بسببه إنجاب الولد منه، مثل بعض حالات العقم، أو قطع أعضائه الجنسية أو تهتكها، وإثبات النسب في هذه الحال لمجرد الفراش وإمكانه هو أمر مستحيل في العادة وقد أدى فساد الذم، وسوء الأخلاق، إلى الجراءة على إلحاق نسب أولاد غير شرعيين بأزواج هذه حالهم، والإسلام في تشوفه لثبوت النسب، إنما حرص على الأنساب الصحيحة النقية، كما حرص على تطهير الأسرة من الدخلاء، فبينت هذه المادة عدم ثبوت النسب إذا ما ثبت بطريق قطعي أن الرجل غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد، لمانع خلقي أو مرضي، وعند النزاع في ذلك أجاز للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين، ومن المقرر أن القطعي يراد به الظن الراجح في هذا المجال. ومصدر ذلك مذهبا الإمامين: مالك وأحمد»<sup>3</sup>.

### ثانيا: مدة الحمل<sup>4</sup>

يعتبر هذا الشرط من الشروط ذات الأهمية في إلحاق النسب، ولقد أجمع الفقهاء على أن النسب لا يثبت إلا إذا أتى في فترة واقعة بين أقل الحمل وأكثرها<sup>5</sup>. ومدة الحمل تبنى على أحكام فقهية فقهيّة وقانونية كثيرة ومهمة. إذ لا بد من بيان الأساس الذي يُبنى عليه تحديدها في الفقه الإسلامي،

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص167. جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، نفس المرجع، ص20. كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، المعيار، دورية علمية محكمة، تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع09، 1425هـ-2004م، ص542.

<sup>2</sup> أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل بمحاكم الكويت، مكتبة الفلاح، ص573.

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408هـ-1988م. ص797

<sup>4</sup> المراد بالحمل: الزمن الذي يمكثه الجنين في بطن أمه.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص676.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وبيان القول الراجح فيها، وما ينبني عليها من أحكام، مع مقارنة ذلك بأراء الأطباء<sup>1</sup>، وما عليه العمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المعاصرة. وعليه سنوضح مدة الحمل في الفقه والطب والقانون.

### 1- أدنى مدة الحمل.

#### أ- أدنى مدة الحمل في الفقه:

لقد أجمع الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية<sup>2</sup>، واستنبطوا ذلك من مجموع آيتين في كتاب الله هما قوله تعالى: {وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا}<sup>3</sup>. وقوله تعالى: {وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ}<sup>4</sup>. فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثون شهرا، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير<sup>5</sup>. ولا يمكن أن تكون هذه المدة أقصى مدة للحمل. لأن المشاهد في كل العصور والأحوال يخالف ذلك، فالنساء يزدن عن هذه المدة، فاعتبرت الستة أشهر أدنى مدة للحمل<sup>6</sup>.

إن ما يؤكد هذا الاستدلال، ما روي عن رجل تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج، وبلغ ذلك سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه - فعزم على إقامة حد الزنا عليها، فعلم بذلك سيدنا علي رضي الله عنه، فأتاه وذكره بالآيتين، فدرأ عنها الحد وأثبت النسب من الزوج<sup>7</sup>. وبناء على هذا الاستدلال المروي أجمع الفقه على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر قمرية.

#### ب- أدنى مدة الحمل في الطب.

أقل مدة للحمل يعيشها الجنين إذا ولد بعد تمامها هي ستة أشهر عند الأطباء، والجنين لا يكون قابلا للحياة إذا ولد قبل نهاية الشهر السادس وبداية الشهر السابع، لأن الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطور بعد بشكل ملائم، ويقرر الأطباء أن الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر، يتميز بصفة مهمة وهي قدرته على التنفس بانتظام لعدة أيام إذا ولد وهو في هذا العمر، بل وتكون

<sup>1</sup> محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، م.ش.د.إ، ع70، سنة 2007 ص273. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص193.

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، ص221. قال الفقهاء: إن أقل مدة للحمل ستة أشهر، وفي بعض الأقوال ستة أشهر إلا خمسة أيام، لاحتمال أن تكون الشهور العربية قد نقصت يوما في آخرها خمس مرات وإن كان هذا نادر. أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، م6، 1401هـ-1981، دار الجيل بيروت، ص134.

<sup>3</sup> سورة الأحقاف، الآية 25.

<sup>4</sup> سورة لقمان، الآية 14.

<sup>5</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص282.

<sup>6</sup> أحمد محمود خليل: الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام النقص والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، سنة2008، ص349، - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص357.

<sup>7</sup> ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969 ص157.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لديه فرصة للعيش إذا وضع داخل حضانة مناسبة، والستة أشهر هي أدنى مدّة للحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة<sup>1</sup>.

### ج-أدنى مدّة الحمل في التشريع.

لقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ومشروعات قوانين الأحوال الشخصية في كثير من البلاد الإسلامية بما اتفق عليه الفقهاء والأطباء، فحدّدت أدنى مدّة الحمل بستة أشهر ومن ذلك ما يلي:

#### 1- أدنى مدّة للحمل في القانون الجزائري.

تنص المادة 42 من (ق.أ.ج) على ما يلي: «أقل مدّة للحمل ستة 06 أشهر»<sup>2</sup>. يتضح من خلال نص المادة 42 أنّ المشرّع الجزائري حدّد أدنى مدّة الحمل بستة أشهر. وعليه فإن جاءت المرأة بولد لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الزواج بها مع إمكانية الدخول ما طلب منها بينة لإثبات نسب الولد لأبيه، وليس للأب إنكاره إلا بالطرق المشروعة، أمّا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج، لأن الحمل سابق على الزواج فلا يكون حاصل من هذا الزواج إذ أنّ أقل مدّة الحمل ستة أشهر. فهذا دليل على أن الزوجة حملت به قبل زواجها، إلا إذا ادّعاها ولم يصرح بأنه من الزنا فيثبت بالدعوى لا بالفراش. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، إذ جاء في قرارها: «من المقرّر شرعا أنّ الولد للفراش وأن أقل مدّة الحمل ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض»<sup>3</sup>. وجاء في قرار آخر: «من المقرّر قانونا أن أقل مدّة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقا للقانون. و لما كان الثابت في قضية الحال أنّ مدّة الحمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرّر قانونا، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»<sup>4</sup>.

إلا أن المشرّع الجزائري لم يحدّد التقويم الواجب العمل به، ولذلك يحق لنا أن نتساءل هنا عما إذا كانت الستة أشهر تحسب على أساس التقويم الهجري أم الميلادي، علما أن المادة الثالثة من (ق.م.ج) تنص على أنّه: «تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»<sup>5</sup>. ذلك»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص288.

<sup>2</sup> ق رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> م ع، غ أش، 1984/12/17، ملف رقم35087، م ق، سنة1990، عدد01، ص86.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، 1990/01/22، ملف رقم57756، م ق، سنة1992، عدد02، ص71.

<sup>5</sup> ق رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتمم للقانون رقم75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني الجزائري.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وسدًا لهذا الفراغ التشريعي جرى العمل في محاكمنا بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث قضت فيه: «بالفعل فإن قضاة الموضوع، قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1998 لتوافر أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة الجزائري، ولعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تمّ في 16/11/1988، وتاريخ ولادة الولد يوم 05/06/1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من 06 أشهر. وأن المادة 42 ق.أ. تنص على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر»<sup>1</sup>. وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية، لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية<sup>2</sup>.

2-أدنى مدة الحمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة ومشروعات قوانينها.  
\* القانون المغربي.

جاء في الفصل 84 من (م.أ.ش.م): «أقل مدة الحمل ستة أشهر»<sup>3</sup>.

\* القانون الكويتي.

تنص المادة 166 من (ق.أ.ش.ك) «ما يلي: «أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية»<sup>4</sup>. وجاء في مذكرته الإيضاحية: «لا خلاف بين أئمة الدين في أن أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية»<sup>5</sup>.  
\* القانون الأردني.

تنص المادة 147 «ولد الزوجة من زواج صحيح... إذا ولد لستة أشهر... والمراد بالأشهر في هذا القانون الأشهر القمرية»<sup>6</sup>.  
\* القانون السوري.

تنص المادة 128 من (ق.أ.ش.س) على أن: «أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما»<sup>7</sup>.

\* مشروع القانون العربي الموحد لمجلس وزراء العدل العرب.

تنص المادة 80 منه على أن: «أقل مدة الحمل ستة أشهر»<sup>8</sup>.

\* مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي.

تنص المادة 74 منه على أن: «أقل مدة الحمل ستة أشهر»<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> م ع، غ أ ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص 65.  
<sup>2</sup> جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.أ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 39، رقم 01، سنة 2002، ص 157.  
<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 345.  
<sup>4</sup> أحمد الغندور، نفس المرجع، ص 583.  
<sup>5</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 1408هـ-1988م، ص 795.  
<sup>6</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص 289.  
<sup>7</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 07/09/1953 المعدل والمتمم بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000م.  
<sup>8</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص 290.  
<sup>9</sup> المرجع السابق، ص 290.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ما يلاحظ في هذه القوانين ومشروعات القوانين المشار إليها أنها متفقة على أن أقل مدّة للحمل ستة أشهر، وهي بهذا أخذت بما اتفق عليه الفقهاء والأطباء، وحدّدت ستة أشهر ولم تحدّد نوعها باستثناء القانونين الأردني والكويتي الذين نصّا على أنها أشهر قمرية، وحدّد القانون السوري أقل مدّة للحمل بالأيام، وهو الأفضل لكونه أضبط عند التطبيق من التحديد بالأشهر. فلماذا لم يحدّد المشرع الجزائري أدنى مدّة الحمل بستة أشهر قمرية مثل المشرّع الكويتي والأردني حتى يكون متماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية. خاصة وأن المادة الثالثة من القانون المدني تنصّ على أن الآجال تحسب بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

### 2- أقصى مدة الحمل.

#### أ- أقصى مدة الحمل في الفقه.

لا يوجد بشأن أقصى مدة الحمل لا كتاب ولا سنة<sup>1</sup>، لذلك اختلف الفقهاء في تقدير أقصى مدة مدة الحمل اختلافا كبيرا<sup>2</sup>، واعتمدوا في تحديدهم لهذه المدّة على أقوال من وثقوا بهم من الناس. وللفقهاء المسلمين آراء وأقوال متباينة ومتباعة<sup>3</sup>.

الرأي الأول: لا يوجد أكثر مدة للحمل. وهو قول أبي عبيد وإحدى روايات ثلاث عن الإمام مالك ورجحه من العلماء المعاصرين، محمد الأمين الشنقيطي. ودليل هذا القول أن الشارع الحكيم لم يحدّد مدّة لأقصى الحمل<sup>4</sup>.

الرأي الثاني: خمس سنين وهو المشهور في مذهب المالكية، وهو قول الليث بن سعد وعباد بن العوام<sup>5</sup>. ورواية عن مالك، ودليل هذا القول وجود نساء حملن لخمس سنين.

الرأي الثالث: أربع سنين. وهو رأي الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة، ورجحه من العلماء المعاصرين صالح بن فوزان الفوزان، ودليل هذا القول أنّ ما لا نصّ فيه يرجع فيه إلى الوجود. وقد وجد الحمل لأربع سنين. لأن نساء بني عجلان يحملن لأربع سنين. فقد روي عن مالك بن أنس قال: هذه جارتنا امرأة بن محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة، كل بطن في أربع سنين<sup>6</sup>. وقيل أن الضحّاك ولدته أمّه لأربع سنين وولدتها بعدما نبث ثنياه، وهو

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، سنة1996، ص210، أحمد محمود خليل، نفس المرجع، ص349.

<sup>2</sup> أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صححها وقابلها على عدة بنسخ مهمة نخبة من العلماء الأجلاء، ج2، ص352.

<sup>3</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص21. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص677.

<sup>4</sup> محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1995، 1415، ص228.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص688.

<sup>6</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي بيروت1984، ص358.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

يضحك فسمي ضحاكًا، وعبد العزيز الماجشوني ولدته أمه لأربع سنين. وهذه عادة معروفة عند نساء ماجشون أنهن يلدن لأربع سنين<sup>1</sup>.

**الرأي الرابع:** ثلاث سنوات وهو رأي آخر للمالكية. ودليل هذا القول ما رواه الواقدي في قوله: سمعت مالك بن أنس يقول: «قد كان الحمل ثلاث سنين وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنوات» يعني نفسه، لأنه كما يقول في كتاب المناقب والسير بأن أمه حملت به ثلاث سنين<sup>2</sup>.

**الرأي الخامس:** سنتان وهو رأي الحنفية، ودليل هذا القول، ما رواه البيهقي والدارقطني في سنيهما، عن عبد الرحمن عن ابن جريح عن جميلة بن سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: «وما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحوّل ظل عمود المغزل»<sup>3</sup>. أي بقدر ظل المغزل حال الدوران، والغرض تقليل المدة. فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال. والمقصود أنّ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، ورواية المبسوط والإيضاح ولو بفلكة مغزل<sup>4</sup>. ويقول الحنفية أن مثل هذا لا يعرف بالرأي ولا مدخلا للقياس في تعيين مدة الحمل. فدلّ ذلك على أن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت ذلك سماعاً من صاحب الوحي صلى الله عليه وسلّم، فيكون منها حجة<sup>5</sup>.

**الرأي السادس:** سنة قمرية وهو رأي محمد بن عبد الحكم من المالكية، ودليل هذا القول أنّه أقرب إلى المعتاد في الحمل<sup>6</sup>.

**الرأي السابع:** تسعة أشهر قمرية. وهو رأي داود وابن حزم وأصحابهم من الظاهرية ونسبه ابن حزم في المحلى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ قال: قال عمر: «أيّما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها...»<sup>7</sup>

**والجعفرية لهم أقوال مختلفة:** فقل تسعة أشهر، وقل عشرة، وقل سنة، ثم اختلفوا في تحديدها، وأنّ ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فإن بعضهنّ تلد لتسعة أشهر، وبعضهن لعشرة، وقد يتفق نادراً بلوغ السنة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص293.

<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص118-119.

<sup>3</sup> محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ط2 شهاب الجزائر، سنة2000، ص424، أحمد الغندور، نفس المرجع، ص575.

<sup>4</sup> برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح بداية المبتدي، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص362.

<sup>5</sup> جاء في الفتح: «والظاهر أنها قالتها سماعاً من صاحب الوحي». كمال بن الهمام، نفس المرجع، ص224.

<sup>6</sup> مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، المكتب الإسلامي، ط7، 1417-1997م، ص260. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص677.

<sup>7</sup> أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج10، دار الفكر، لبنان، سنة2001، ص133.

<sup>8</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1397هـ، 1977م، ص679.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الواقع أن ما ذهب إليه الجعفرية والظاهرية ومحمد بن عبد الحكم أقرب إلى العقل ومن النادر ما تعدو مدّة الحمل هذا القدر.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في أكثر مدّة الحمل، تبيّن أنه لا يوجد نص من الكتاب أو السنة النبوية المشرفة يحدد أكثر مدّة الحمل، وإنما اعتمد تحديدهم على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض، أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة- رضي الله عنها- كما يرى فريق آخر، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء. وطالما الأمر كذلك يكون المرجع الوحيد في تحديد أكثر مدّة الحمل هو عادة النساء في ذلك وقد صرح بعض الفقهاء بهذا<sup>1</sup>. وأعلم الناس بعادة النساء هم الأطباء.

### ب- أقصى مدّة الحمل في الطب.

اختلفت تقديرات الأطباء في أقصى مدّة يمكن أن يمكثها الجنين في بطن أمّه ثم يولد حيًا، فأقلّ ما قيل فيها هو عشرة أشهر، - وهو قول الدكتور أحمد ترعاني، الدكتور محي الدين كحالة- وأكثر ما قيل فيها أحد عشر شهرا، - وهو قول الدكتور أحمد محمد كنعان- وهذه الآراء متقاربة والقول بأن أقصى مدة الحمل أحد عشر شهرا هو أبلغها في الاحتياط لكونه يستوعب جميع الحالات النادرة كما جاء في تعليل القائلين به<sup>2</sup>. وغالب مدّة الحمل عند الأطباء 280 يوما، وهي تساوي تسعة أشهر وثلاثا وثلاثا تقريبا. وذكروا أن غالب مدّة الحمل مدّة تقريبية قد تنقص أو تزيد بأسبوع أو أسبوعين<sup>3</sup>. وقول الأطباء بشأن أقصى مدّة الحمل لا يتعارض مع الشرع، ذلك لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة. ذلك لأن كل الذي ثبت من آراء الأئمة لا يرقى إلى مرتبة اليقين<sup>4</sup>.

### ج- أقصى مدّة الحمل في التشريع.

طالما لا يوجد في تحديد أقصى مدة الحمل لا كتاب ولا سنة، فقد اختلفت القوانين الوضعية العربية ومشاريع قوانين الأحوال الشخصية العربية في تقدير أقصى مدة الحمل على النحو التالي:

#### 1- أقصى مدّة الحمل في القانون الجزائري.

لم يكن القانون الجزائري بعيدا عن التأثير بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة، إذ حدّد أقصى مدّة الحمل بعشرة أشهر وذلك في المادة 42 من (ق.أ.ج) إذ نصّت على أنّ: «أقل مدّة الحمل ستة 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر»<sup>5</sup>. وقد جعل المشرّع الجزائري عشرة أشهر أقصى مدة الحمل حتى يشمل جميع الحالات النادرة، إعمالا لمبدأ وجوب الاحتياط في

<sup>1</sup> قال ابن رشد «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة». ابن رشد، نفس المرجع، ص352.

<sup>2</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص305.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص315.

<sup>4</sup> محمد محدّة، نفس المرجع، ص426.

<sup>5</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

النسب وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها. إذ جاء في قرار لها: « من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً للقانون»<sup>1</sup>. وجاء في قرار آخر: « من المقرر شرعاً أنّ الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر»<sup>2</sup>. وجاء في قرار آخر الصادر في 1985/02/25 « من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً للقانون»<sup>3</sup>.

غير أن المشرّع الجزائري أطلق العشرة أشهر ولم يحدّد نوعها هل هي قمرية أو شمسية. ومادام لا يوجد بشأن أقصى مدة الحمل لا كتاب ولا سنة، فلا مانع من أن تكون عشرة أشهر شمسية.

**2- أقصى مدة الحمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة.**

**\* القانون المغربي.**

جاء في الفصل 84 من (م.أ.ش.م) ما يلي: «أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76»<sup>4</sup>.

**\* القانون الأردني.**

تنص المادة 174 على ما يلي: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أنتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أنتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة». وحدد القانون السنة بالسنة القمرية الهجرية في المادة 185 «المراد بالسنة الواردة في هذا القانون السنة القمرية الهجرية»<sup>5</sup>.

**\* القانون السوري.**

تنص المادة 128 من (ق.أ.ش.س) على ما يلي: «أقل مدة... وأكثرها سنة شمسية»<sup>6</sup>.

**\* القانون الكويتي.**

تنص المادة 166 من (ق.أ.ش.ك) على ما يلي: «أقل مدة الحمل... وأكثرها خمس وستون وثلاثمائة يوم»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> م ع، غ أش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق، 1992، عدد 02، ص 71.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، 1998/05/19، ملف رقم 193825، ع خ، 2001، ص 73.

<sup>3</sup> نبيل صقر، أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د.ط، سنة 2007، ص 38.

<sup>4</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 345.

<sup>5</sup> محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص 309-310.

<sup>6</sup> قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2000م.

<sup>7</sup> أحمد الغندور، نفس المرجع، ص 575.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وجاء في مذكرته الإيضاحية: «... فواضح أنّ هذه المسألة ليس فيها كتاب ولا سنة، وأنّ الأولى هو اعتبار رأي الأطباء الشرعيين بجعل أقصى مدة الحمل سنة شمسية، فإنه تقدير سليم ألفه الناس، ويقرب منه رأي محمد بن الحكم، وفيه احتياط كاف للحالات النادرة»<sup>1</sup>.

**\*مشروع القانون العربي الموحد لمجلس وزراء العدل العرب.**

تنص المادة 80 منه على أن: «أقل مدة الحمل ... وأكثرها سنة»<sup>2</sup>.

**\*مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي.**

تنص المادة 74 منه على ما يلي: «أقل مدة الحمل ... وأكثرها سنة»<sup>3</sup>.

ما يلاحظ على أكثر مدّة الحمل في القوانين العربية ومشروعات القوانين المشار إليها ما عدا القانون الجزائري أنها منقّقة على أن أكثر مدة الحمل سنة، ولم يحدد البعض نوع السنة وجعلها البعض الآخر سنة شمسية. كالقانون السوري، وحدّدها القانون الكويتي بالأيام (365) يوما وهي عدد أيام السنة الشمسية، وانفرد القانون الأردني بجعل السنة قمرية، ولعل مردّ تحديد القوانين للسنة الشمسية يعود لمبالغة هذه القوانين في الاحتياط، إذ أنّ السنة الشمسية أطول من القمرية. وما يلاحظ أيضا أن هذه القوانين حدّدت أقصى مدّة للحمل بسنة، مع أن أطول مدة للحمل عند الأطباء أكثر ما قيل فيها أحد عشر شهرا.

**ثالثا: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة.**

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحا وأمكن الإتصال بين الزوجين، ومضت مدة الحمل الكافية المطلوبة في الشرع والقانون في ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، ثبت نسب الولد من الزوج ولا يجوز له نفيه إلا بالطرق المشروعة.<sup>4</sup>

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 41 من (ق.أ.ج)، والتي تنص على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"<sup>5</sup>. المشروعة<sup>5</sup>. وعليه فمتى جاءت المرأة بولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل في الزواج الصحيح وثبت إمكان التلاقي بين الزوجين، فلا يثبت النسب إذا نفاه الزوج بالطرق المشروعة.

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب، إذ استعمل عبارة ما لم ينفه بالطرق المشروعة، وهي عبارة تكتسي عدة معاني، لذا يسوغ لنا أن نتساءل عن الطرق الشرعية لنفي النسب. وما دام المشرع لم ينص على الوسائل الشرعية لنفي النسب. فيكون بذلك قد ترك تقديره هذه

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408 هـ 1988م.

<sup>2</sup> محمد سليمان النور، ص 311.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 311.

<sup>4</sup> رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 1429 هـ/الموافق ل 2008م، ص 273.

<sup>5</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الوسائل بالدرجة الأولى للمحكمة، وبالتالي فلا مناص من اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن الطرق الشرعية لنفي النسب طبقاً لأحكام المادة 222 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع بشأنه لأحكام الشريعة الإسلامية".<sup>1</sup>

طبقاً للمبادئ الشرعية لما يظهر حمل الزوجة فيجب على الزوج إذا تبين له زنا الزوجة، أن يدعي أن حملها هذا ليس منه، إذ فبحسب القاعدة العامة، أن كل ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئياً ولداً للفراش. وإذا لم يستطع الزوج إثبات دعواه أمام القضاء، فإنه يلجأ إلى كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب.

### 1- طرق نفي النسب في التشريع الجزائري.

#### أ- نفي النسب باللعان.

إذا لم يستطع الزوج إثبات دعواه أمام المحكمة، فإنه يلجأ إلى اللعان كإجراء شرعي لنفي النسب، طبقاً للمادة 41 السالفة الذكر من (ق.أ.ج)، وإذا تم اللعان انتفى نسب الولد وألحق بأمه.<sup>2</sup>

#### ب- نفي النسب بالطرق العلمية.

بالرجوع إلى الأمر رقم (02-05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة نجد أنه أضاف فقرة جديدة في نص المادة 40 إذ جاء فيها ما يلي: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>3</sup>. إن هذه الفقرة نصت على إثبات النسب بالطرق العلمية وليس نفيه، مما يدفعنا إلى القول أن المشرع الجزائري ترك مسألة نفي النسب للعان فقط دون الطرق العلمية.

أما بالنسبة للقضاء، إذا تتبعنا مجمل القضايا في الجزائر فإننا نجدتها متواترة من جهة اعتمادها على اللعان فقط في نفي النسب دون الطرق العلمية. وهذا ما يتضح خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/10/15 والذي جاء فيه: " حيث أنه مادام المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان، فلا يجوز له التذرع بأحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه يجوز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>4</sup>.

لقد كان قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/03/15 أكثر وضوحاً في عدم جواز نفي النسب بالطرق العلمية إذ جاء فيه ما يلي: " أن عدم قيام الزوج بنفي نسب ابنته المولودة أثناء العلاقة الزوجية بالطرق المشروعة، يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

حيث أنه قد ثبت من الحكم المستأنف، ومن القرار المطعون فيه بالنقض، أن البنت المذكورة قد ولدت أثناء العلاقة الزوجية الشرعية التي كانت تربطه بالمطعون ضدها، ولم يثبت قيامه بنفي

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> تم التفصيل في أحكام اللعان في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

<sup>4</sup> م.ع، غ.أ.ش، 2009/10/15، ملف رقم 605592، 2010، ع1، ص245-246.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

نسبها عنه بالطرق المشروعة، وبالتالي فإن ثبوت نسبها إليه قد أصبح طبقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة أمراً مفروغاً منه، وأن مسألة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات ذلك النسب لم يعد يجدي نفعاً، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء تحاليل الحمض النووي على البنات المذكورة للتأكد من صحة نسبها إليه. على هذا الأساس يكونون قد بنوا قرارهم على أساس قانوني سليم، الأمر الذي يجعل الوجه المثار بهذا الشكل غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن<sup>1</sup>.

يتضح من خلال هذين القرارين، أن القضاء الجزائري يعتبر اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب.

إذا أردنا الوقوف عند الفقرة الثانية من نص المادة 40 نجد أنها تنص على اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فهل هذا يعني أنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب، مع أن الخطورة تكمن في نفي النسب أيضاً. وهذا ما يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 في فقرتها الثانية. لذلك في اعتقادنا - أنه على المشرع أن ينص صراحة على اللجوء للطرق العلمية لنفي النسب أيضاً. مادام هنالك رأي فقهي قائل بجواز الاعتماد على الطرق العلمية لنفي النسب<sup>2</sup>.

خلافاً للمشرع الجزائري، نصت بعض التشريعات العربية المقارنة على جواز نفي النسب بالطرق العلمية، مثل المشرع المغربي الذي نص على ذلك في المادة 153 من (م.أ.ش.م) المعدلة والتي نصت على مايلي: "يثبت الفراش بما يثبتا به الزوجية، ويعتبر الفراش بشروطه حجة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تقيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج بدلائل قوية تدل على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.<sup>3</sup>

يتضح من خلال نص المادة 153 أن المشرع المغربي قد أجاز اللجوء لاستعمال الطرق العلمية سواء لإثبات النسب أو نفيه، وهو ما سمح للقضاء المغربي بإعمال الطرق العلمية في نفي النسب في كثير من القضايا المطروحة أمامه.

أما المشرع التونسي فلقد نص على مسألة نفي النسب في المادة 75 من (م.أ.ش.ت) والتي نصت على أنه: "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم، وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، 2012/10/03، ملف رقم 704222، 2013، ع1، ص262.

<sup>2</sup> سبق تفصيل ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 الصادر 12 من ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

<sup>4</sup> عدد 51 لسنة 2003، المؤرخ في 2003/07/07، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادرة بتاريخ 2003/07/08.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع التونسي أجاز استخدام الطرق العلمية في نفي النسب، وذلك باستعماله عبارة "جميع وسائل الإثبات الشرعية". التي فسرهما القضاء التونسي تفسيراً موسعاً، بخلاف المشرع الجزائري، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 17/01/1974 والذي جاء فيه ما يلي: "إن الاعتماد على التحاليل الطبية في نفي النسب-لا إثباته- اعتماداً على وسائل إثبات شرعية ما دام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لآخر حسب تحاليل خاصة تؤدي إلى نتیجتها بدون شك أو جدل"<sup>1</sup>

يتضح أن القضاء التونسي بالفعل قد فسر النص التشريعي تفسيراً موسعاً وأعطى قراءة إيجابية لعبارة "جميع الوسائل الشرعية" الواردة بنص المادة 75 السالفة الذكر، هذا التفسير جعله يقبل الطرق العلمية في مجال نفي النسب.

### 2- حالات نفي النسب.

يمكن إجمال حالات نفي النسب فيما يلي:

#### أ- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.

إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة، فلا يثبت نسب الولد إذا كان الزوج ممن لا يتصور منه حدوث الحمل، سواء كان صغيراً أو مراهقاً أو كان كبيراً عقيماً أو مصاباً بمرض جنسي يحول دون الإنسال، فإذا وضعت الزوجة مولوداً كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، ونفي النسب في هذه الحالة نفي قاطع، لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير خبرة احتياطية، فربما قضى الله أمراً كان مفعولاً<sup>2</sup>، وقد حدث هذا وذكره الله في القرآن الكريم فقال جل شأنه: ﴿قَالَتْ يَا وَيْلَتَى أَأَلِدُ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ﴾<sup>3</sup>.

لكن إذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه، وبعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب يبقين علمي غير قابل للشك فطبقاً لنص المادة 41 السالفة الذكر والتي أشارت إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة، وهو مصطلح واسع، وبالتالي يمكن إدخال هذه الحال ضمنه، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة في استطاعة الطب الحديث أن يثبتها، وهي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية، نفس المرجع، ص 16.

<sup>2</sup> عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع، ص 183. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 194.

<sup>3</sup> سورة هود، الآية 72-73.

<sup>4</sup> علاق برزوق أمال، نفس المرجع، ص 46.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### ب-نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.

إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، ويسري نفس الحكم في حالة الدخول قبل الطلاق. وتجب الإشارة إلا أن (ق.أ.ج) في المادة 43 أقر النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة،<sup>1</sup> ولم تنص عن الطلاق قبل الدخول، فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانوناً، فإذا تبين أن الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما، كذلك إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين بسبب العجز الجنسي كون الزوج لا يستطيع بيقين معايشة الزوجة أو منعه منذ الزواج من الدخول بها، أو تزوج بالوكالة وهو غائب في بلد آخر، وعند عودته وجدها حامل، وإن كانت هذه المسائل نادرة الحدوث.

### ج-نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.

إذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الدخول، فلا يثبت نسب المولود من الزوج، وكذلك الأمر إذا وضع الحمل لمد تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

### الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين.

الزواج مادام قائماً، فإن النسب يثبت به، متى توافرت الشروط التي أوضحناها، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بأي سبب كان بطلاق أو وفاة، أو بتوقيف هذه الرابطة بغياب الزوج عن زوجته، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ولدته الزوجة في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الانفصال، و تبعا لوجوب العدة على المرأة وعدم وجوبها، وتبعا لتقدير أقصى مدة الحمل<sup>2</sup>.

على كل حال، لم يورد المشرع الجزائري تفصيلاً لهذه الحالات المختلفة لثبوت النسب على غرار بعض التشريعات العربية، وفيما يلي بيان حكم كل حالة.

### أولاً: ثبوت نسب ولد المطلقة.

يختلف حكم نسب المولود من المطلقة بحسب ما إذا كان الولد قد ولد بعد الدخول أم قبله<sup>3</sup>.

#### 1-المطلقة قبل الدخول.

نشير بداية إلى أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى: "لَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ

<sup>1</sup>ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

<sup>2</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع ص286، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 202.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي، القاهرة، 1994، ص 98.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً {<sup>1</sup>. وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر 1996/06/18 "من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب على المرأة المطلقة غير المدخول بها".<sup>2</sup>

فإذا جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول، فإن النسب يثبت من المطلق متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر، وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، فيكون الولد للفراش، باعتبار أن ستة أشهر أقل مدة للحمل ويحكم بأن الزوج قد دخل بزوجته وحملت منه قبل أن تطلق منه. وتعتبر الولادة دليلاً على أن الطلاق كان بعد الدخول لا قبله، فيثبت النسب ولا ينتفي إلا باللعان، وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق، فإن النسب لا يثبت وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض أنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الطلاق، لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الطلاق، لأن مدة الستة أشهر تصلح لتكوين الجنين، ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها، ومتى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب، لأن المطلقة قبل الدخول والخلوة يشترط لثبوت نسب ولدها، أن يحصل اليقين بأن الحمل منه. ولكن ولأن الأمر احتمال لا يقين فقد أقر الفقهاء بثبوت نسب الولد إذا ادّعاها الزوج ولم يصرح بأنه من الزنا، ويحمل على ذلك أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطاً في الأنساب وستراً للأعراض<sup>3</sup>. ومثال ذلك إذا تزوج رجل امرأة في غرة شهر صفر ثم طلقها في ربيع الآخر، أي بعد شهرين، وولدت في رمضان (أقل من ستة أشهر) فإن نسب الولد يثبت لأنه ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق<sup>4</sup>.

إلا أن بالدخول المحقق، ومضي المدة المحددة للحمل وهي ستة أشهر من حين الوطاء، وإذا اختلف الزوجان مذهب الجعفرية لا يقر بثبوت النسب إذا جاء الولد بعد الطلاق دون الدخول، فالنسب لا يثبت عندهم إلا في زمن المقاربة وكانت هناك وقائع وقرائن تدل على قول الزوجة أو على قول الزوج عمل بحسبهما، أما إذا فقدت الأدلة أو اشتبه الحال أخذ القاضي بقول الزوجة بعد أن يحلفها اليمين على أنه قاربها منذ ستة أشهر وألحق الولد بالزوج.

### 2- المطلقة بعد الدخول.

حتى يثبت نسب الطفل المولود بعد الطلاق يلزم أن يكون قد ولد خلال مدة معينة. وقد اختلف الفقهاء حول تحديد بدء سريانها، ومرد هذا الاختلاف هو التمييز بين نوع الفرقة وعدمه.

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية 49. برواية حفص عن عاصم.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، 1996/06/18، ملف رقم 137571، م ق ع 02، سنة 1997، ص 93.  
<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعية للنشر، الإسكندرية 1418 هـ، 1998 م، ص 203- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.

<sup>4</sup> أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة، دار الجامعية، بيروت، 1987، ص 146.

<sup>5</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 28.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

أ-الاتجاه القائم على عدم التمييز بين نوع الفرقة.

يرى هذا الاتجاه أنه لا فرق بين المطلقة رجعياً والمطلقة بائناً، و لا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة، فمتى طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة، وأنت بولد ثبت نسبه من الزوج بشرط أن تلده قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق ولا ينتفي النسب إلا باللعان، فهذا هو الإجراء الشرعي لنفي النسب. وهذا رأي الجمهور.<sup>1</sup>

ب-الاتجاه القائم على التمييز بين نوع الفرقة.

يرى هذا الاتجاه أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة، إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة، وتبعا لوجوب العدة من عدمها، وعلى هذا ميزوا بين ولد المطلقة رجعياً وولد المطلقة بائناً وهو اتجاه الحنفية.<sup>2</sup>

### 1-ثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً.

الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية، فور صدوره، وإنما تبقى الزوجية قائمة حكماً، طوال فترة العدة، فيجوز للمطلق رجعياً أن يستمتع بمطلقاته في عدتها<sup>3</sup>، ويعتبر ذلك رجعة لها، وأما بخصوص ثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً فميز بين حالتين:

\*الحالة الأولى: إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء عدتها من مطلقها.

إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء عدتها من مطلقها، يثبت نسب الولد من الزوج سواء أنت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة الحمل، وأساس ذلك أن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها، فيجوز له الاستمتاع بها و يحتمل أنه راجعها، والنسب يثبت عند الحنفية بهذا القدر من الاحتمال. وعليه فإن وضعته قبل مضي أقصى مدة الحمل تكون قد حملت به قبل الطلاق، وإن وضعته بعد المدة القصوى للحمل، تكون قد حملت منه وقت العدة، أي يحتمل أن يكون راجعها أثناء العدة<sup>4</sup>. وعليه فيثبت نسب ولد المطلقة رجعياً للمطلق في أي وقت تأتي به بعد الطلاق، طالما لم تقر بانقضاء العدة، ولا ينتفي النسب إلا باللعان.

جاء في الفتح: "... ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها، لاحتمال العلق في حالة العدة، وإن جاءت به لأقل من سنتين بانتم من زوجها بانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلق<sup>5</sup> في النكاح أو في العدة، لأنه يحتمل العلق قبل الطلاق

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع ص286، أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، نفس المرجع، ص155.

<sup>2</sup> محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص31.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، نفس المرجع، ص 501. محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص321، عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع، ص174.

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، نفس المرجع، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 204.

<sup>5</sup> العلقه قطعة الدم الجامدة، وسميت علقه لرطوبتها وتعلقها بما تمر به، فإذا جفت فليست علقه، محمد الرازي فخر الدين الدين بن العلامة ضياء الدين عمر، تفسير الفخر الرازي، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، المجلد الرابع، ج27،



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك، وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة، لأن العلق بعد الطلاق. والظاهر أنه منه لانتقاء الزنا منها فيصير بالوطة مراجعا<sup>1</sup>.

قال صاحب شرح بداية المبتدي: "ويثبت نسب ولد المطلقة رجعيًا إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ولو جاءت به لعشرين سنة أو أكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها"<sup>2</sup>.

لذلك، إن وضعت المرأة ولدها في مدة أقل من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، تكون قد حملت به قبل الطلاق، فيثبت النسب من المطلق، وإن وضعت بعد عشرة أشهر تكون قد حملت منه وقت العدة، ويثبت النسب أيضا من المطلق، هذا ما لم تقر بانقضاء عدتها<sup>3</sup>.

**\*الحالة الثانية: إذا أقرت المرأة بانقضاء.**

إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة وكانت المدة تحتمل انقضائها- بأن كانت سنتين يوما على رأي أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين على قول صاحبه- ثم جاءت بولد وكانت المدة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر ثبت نسبه من المطلق لينقن قيام الحمل وقت الإقرار، وهذا أمانة على أن الحمل حدث من المطلق وبشرط أن تكون الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل. أما عن إقرار الزوجة بانقضاء العدة فإنها تعد مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه ومن ثم لا يعمل به<sup>4</sup>.

أما إن كانت المدة بين الإقرار والولادة ستة أشهر فأكثر، فلا يثبت النسب وينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان، وأساس ذلك هو عدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، إذ يحتمل أن يكون بعد الإقرار، وهذا يعني أننا أمام احتمالين، الأول أن يكون الولد من المطلق، والثاني احتمال أن يكون الولد من غيره، ويقوى الاحتمال الثاني أن المرأة أقرت بانقضاء عدتها، وعليه يقوى احتمال أن يكون الولد من غير المطلق بينما يضعف احتمال أنه منه، ولهذا قرّر الفقهاء عدم ثبوت نسب الولد من المطلق. ولأن الأمر يتعلق بالظن والاحتمال لا اليقين، فقرر الفقهاء ثبوت النسب إذا ادّعا الزوج ولم يصرح بأنه من الزنا<sup>5</sup>.

دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، 1981م، ص9. أبي الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد الجوزي، زاد اليسر في علم التفسير، ج5، المكتبة الإسلامية، ط1403، 3-1983م، ص406. والمعنى أنه إذا كان الولد تعلق بأمه وهي فراش لزوجها فيثبت النسب من الزوج.

<sup>1</sup> كمال بن الهمام، نفس المرجع، ص351-352.

<sup>2</sup> برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح بداية المبتدي، المجلد الرابع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص351.

<sup>3</sup> محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر، نفس المرجع، ص406.

<sup>4</sup> عبد الفتاح تقيية، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع ص286. عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص173، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص203،

<sup>5</sup> محمد محمد أبوزيد، نفس المرجع، ص32.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### 2- ثبوت نسب ولد المطلقة باننا.

أما بخصوص الطلاق البائن، فإن الزوجة فيه، لا يمكن أن يمسها أي رجل سواء زوجها، أو غيره خلال فترة العدة، وفقا لنص المادة 30، (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه: " يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، والمعتدة من الطلاق...كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين...<sup>1</sup>. وطبقا للمذهب الحنفي يثبت نسب ولد المطلقة باننا في حالتين:

#### \*الحالة الأولى: إذا أقرت الزوجة بانقضاء العدة

إذا أقرت الزوجة بانقضاء العدة والمدة تحتل انقضاء العدة فيها، يثبت النسب من المطلق إذا توافر الشرطان الآتيان:

**الشرط الأول: أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر.**

علة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل انقضاء العدة، أو وقتها، إذ يعد ذلك أمارة على أن الحمل حدث من الزوج، أما عن إقرار الزوجة بانقضاء عدتها والذي يعني خلوها من الحمل، فلا يعتد به، لأنها قد تكون كاذبة في إقرارها أو مخطئة في التقدير. وإذا أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الإقرار إلى الولادة، ففي هذه الحالة تصدق بما أقرته من انقضاء عدتها، ولا يثبت نسب المولود للمطلق لوجود احتمال أن الحمل قد وقع بعد انقضاء العدة.

**الشرط الثاني: أن تكون المدة المنقضية بين الطلاق والولادة هي أقل من سنتين.**

مدة السنتين هي أقصى مدة الحمل عند الحنفية. - وعشرة أشهر في القانون الجزائري- وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، وهذا يؤكد أن الحمل وقع في وقت تحل لزوجها أن يتصل بها، وهذا يعد أمارة على حدوث الحمل من الزوج، فيحكم بثبوت النسب احتياطيا، وإن كانت المدة المنقضية بين الطلاق والولادة أكثر من أقصى مدة الحمل فلا يثبت النسب للتيقن من أن الحمل حدث بعد الطلاق، فلا ينسب الولد للزوج المطلق. وإذا انتقى أحد هذين الشرطين، فإن النسب ينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان<sup>2</sup>.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19/05/1998م والذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال، أن الزواج وقع على امرأة مازالت في العدة وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت

<sup>1</sup> ق رقم 05- 02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والتمم للقانون رقم 84- 11 المؤرخ في 1984/06/09م،

المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> كمال الدرغ، حماية حقوق الطفل، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع9، 1425هـ - 2004م، ص545-546.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الزوج الثاني اعتمادا على قاعدة "الولد للفراش" مع أن الزواج الثاني باطل، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

**\*الحالة الثانية: إذا لم تقر الزوجة بانقضاء عدتها.**

إذا لم تقر الزوجة بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من المطلق بشرط واحد وهو أن تأتي به قبل مضي أقصى مدة الحمل وهي سنتان عند الحنفية وعشرة أشهر في القانون الجزائري، وعلّة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق وهذه أمانة على أن الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النسب منه. وإذا أتت به بعد مضي هذه المدة، لم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق فلا يثبت النسب بالفراش، إلا إذا ادّعاها الزوج، وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار فيثبت النسب<sup>2</sup>.

**ثانيا: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها.**

بداية نشير إلى أن عدة الوفاة- وسبب وجوبها الوفاة بعد زواج صحيح، سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أم بعده، وسواء أكانت ممن تحيض أم لا، بشرط ألا تكون حاملا- مدتها أربعة أشهر وعشرا، لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا}<sup>3</sup>. وبموجب قوله عليه الصلاة و السلام: {لا يحل لإمرة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا}<sup>4</sup>. ومنه ما جاء في مغني المحتاج ما يلي: "لقد قدرت عدة الوفاة بهذه المدة، لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم أربعين يوما علقة، ثم أربعين يوما مضغة، ثم ينفخ فيه الروح في العشر. فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل"<sup>5</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 59 من (ق.أ.ج): "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام"<sup>6</sup>. أما بخصوص ثبوت نسب المتوفى عنها زوجها فإن الأئمة الثلاثة أخذوا بحكم موحد ولم يفرقوا بين حالة إقرار الزوجة وعدم إقرارها. فمتى كانت المدة المنقضية بين الوفاة والولادة أقصى مدة الحمل يثبت النسب من الزوج المتوفى، لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة. وتبعا لذلك يكون الفراش قائما وقت الوفاة فيثبت النسب احتياطا لمصلحة الولد، ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من أقصى مدة الحمل، لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة، فينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - م ع، غ أش، 19/05/1998، ملف رقم 193825، م ق سنة 2001، ع.خ، ص 73.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع ص 685. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، المكتب الإسلامي، ط5، 1417 هـ- 1998 م، ص 264.

محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع ص 34، محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 290-291.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية: 234.

<sup>4</sup> رواه البخاري ومسلم.

<sup>5</sup> مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط1، 2006.

<sup>6</sup> ق رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984م،

المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>7</sup> أحمد أحمد موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1، 1983، ص133، محمد أبو زيد، نفس المرجع ص54.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

أما الحنفية فيميزون بين حالة إقرار الزوجة المتوفى عنها زوجها وحالة عدم إقرارها:

### 1- إقرار الزوجة بانقضاء عدتها.

يعني خلوها من الحمل، ففي هذه الحالة ينسب ولد المتوفى عنها زوجها من الزوج المتوفى إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها فيتبين أنها كانت حاملا وقت وفاة زوجها لكون المولود وضعته في أقل مدة الحمل و يظهر كذبها في دعوى انقضاء عدتها. وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسب الولد من الزوج المتوفى، لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها. وأن تكون المدة المنقضية بين الوفاة والولادة أقل من أقصى مدة الحمل للتأكد من أن الحمل حصل قبل الوفاة<sup>1</sup>.

### 2- عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها.

أي إذا ادعت الحمل، ففي هذه الحالة فإن النسب يثبت من الزوج المتوفى إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الوفاة إلى الولادة لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة، وأما إذا أتت به بعد مضي هذه المدة لم يكن هناك احتمال أنها حملت به قبل الوفاة وتكون قد حملت به بعد الوفاة فلا يثبت النسب من الزوج المتوفى<sup>2</sup>.

ذهب الجعفرية إلى أن المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد لأقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها من حين الوفاة ثبت نسبه من زوجها وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت نسبه ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم<sup>3</sup>.

هذه هي أحكام ثبوت النسب بعد الفرقة بسبب الطلاق أو الوفاة، وقال بعض علماء الحنفية على أصل عام هو: "أن كل مطلقة لم يكن مدخولا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه، ويجيء لأقل من ستة أشهر. وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج، إلا إذا علم يقينا أنه ليس منه، وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين<sup>4</sup>.

بالرجوع للفقهاء الجزائري فإنهم لم يفصل تفصيل الفقهاء حيث أعطى حكما موحدًا لجميع الحالات، فلم يفرق بين حالة الطلاق الرجعي، وحالة الطلاق البائن، وحالة المتوفى عنها زوجها، فمتى كانت المدة المنقضية بين تاريخ الولادة و الانفصال أو الوفاة أقصى مدة الحمل يثبت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى، وإذا أتت به لأكثر من المدة القصوى للحمل لا يثبت النسب. وهذا ما نصت عليه المادة 43 من (ق.أ.ج) بنصها " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة 10 أشهر من تاريخ

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، نفس المرجع، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص205.  
<sup>2</sup> مصطفى السباعي نفس المرجع، ص 264. عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 287، 288. محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص33.  
<sup>3</sup> عبد الفتاح تقيّة، الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات شالة، ط 2007، ص108، 107. محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع ص 691.  
<sup>4</sup> أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 205.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الطلاق أو الوفاة<sup>1</sup>. وأكدت ذلك المادة 60 من (ق.أ.ج) بنصها على أن: «عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة»<sup>2</sup>. وأحال المشرع الجزائري التفصيل على ما ورد في الفقه الإسلامي تطبيقاً لنص المادة 222 من (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»<sup>3</sup>.

لكن الأفضل أن تفصل بعض الجوانب عند إثراء قانون الأسرة مثل بعض التشريعات العربية. كالتشريع السوري الذي أخذ بالتفصيل الذي جاء في الفقه الإسلامي من حيث المبدأ في المادتين 130 و 131 من (ق.أ.ش.س) لبيان نسب الولد بعد الفرقة أو وفاة الزوج فقرر أنه إذا ولدت المطلقة من طلاق رجعي أو بائن أو المتوفى عنها زوجها فإما أن تكون أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر: أ- إذا كانت قد أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد يثبت نسبه من الزوج إذا ولد لأقل من ستة أشهر أي 180 يوماً من وقت الإقرار بانقضاء العدة وأقل من سنة شمسية من وقت الطلاق أو الموت لتبين كذبها بانقضاء العدة.

ب- وإن لم تكن أقرت بانقضاء العدة، يثبت نسب ولدها من زوجها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت نسبه إذا ولدته لأكثر من سنة إلا إذا ادّعاها زوج المطلقة، أو ادّعاها ورثة المتوفى<sup>4</sup>.

كذلك، قد أوردت المذكرة الإيضاحية تفصيلاً لهذه الحالات، حيث جاء فيها: "والمعتدة من طلاق رجعي إذا اعتبرت منقضية العدة بمضي المدة أو بالإقرار، ثم جاءت بولد بعد ذلك بأقل من ستة أشهر يثبت نسب هذا الولد من المطلق ولو كانت الولادة بعد أن مضى أكثر من سنة شمسية على تاريخ الطلاق، وتعتبر الولادة دليل الرجعة.... ومعتدة البائن أو الفسخ لا تحل معاشرتها ممن فارقها خلال العدة فلا يقدر بينهما معاشرة إلا قبل الفرقة، وقد انقطع إمكان هذه المعاشرة حساً بالنسبة إلى معتدة الوفاة، ومن ثم اختلفنا عن معدة الرجعي، فلا بد لثبوت نسب مولودهما من أن يولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة أو الوفاة. فالمعتدة من بائن أو فسخ أو وفاة إذا لم تقر بانقضاء العدة، يثبت نسب ولدها متى أتت به في أثناء هذه المدة، ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه بالفراش، ولكن إذا ادّعاها الزوج أو ورثه المتوفى، و توافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار فإنه يثبت النسب.

<sup>1</sup> ق رقم 05- 02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنيني الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> المرجع السابق .

<sup>3</sup> كمال لدرع، نفس المرجع ص 547.

<sup>4</sup> ق الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وإن أقرت بانقضاء العدة في مدة تحتمل الانقضاء يثبت النسب، إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت الإقرار ولأقل من خمسة وسنتين وثلاثمائة يوم من وقت الفرقة أو الوفاة<sup>1</sup>.  
إذا تأملنا في الحل الوارد في التشريع الجزائري بشأن بدء حساب المدة القصوى للحمل يظهر لنا أن هناك نوع من الإبهام والغموض بين نص المادة 43، ونص المادة 60 من (ق.أ.ج).  
فقد نصت المادة 43 على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع خلال عشرة 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، في حين تقضي المادة 60 بأن "أقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

هل فكر واضعو القانون في الفرق بين مصطلح "الانفصال" ومصطلح "الطلاق"؟ أليس من المتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين، ويبقى مع ذلك متزوجين طالما لم يصدر حكم يقضي في حقهما بالطلاق؟ خاصة وأنه من الناحية القانونية فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقاً لنص المادة 49 من (ق.أ.ج): "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"<sup>2</sup>. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها.  
إذ جاء في قرار لها "من المقرر قانوناً أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي"<sup>3</sup>. وجاء في قرار آخر "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق"<sup>4</sup>.  
وجاء في قرار آخر "من المقرر قانوناً أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج لعقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون"<sup>5</sup>.  
وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر الطلاق واقعا بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق. وعليه متى يبدأ حساب أقصى مدة الحمل هل من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين أم تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

إذا فسرنا الانفصال بالطلاق وهذا هو الذي أشارت إليه المادة 60 من (ق.أ.ج) وبدأنا الحساب من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، فإن الولد يثبت نسبه من المطلق إذا وضعته خلال عشرة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ولكن في الحقيقة فإن المرأة قد أنجبته في مدة أكثر من عشرة أشهر، لأن الفرقة الحقيقية لا تكون من وقت صدور الحكم بالطلاق بل من اليوم الذي يتلفظ فيه الزوج

<sup>1</sup>المذكورة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 140/هـ-1988، ص 799، ص 800

<sup>2</sup>ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup>م ع، غ أش: 1996/07/09، ملف رقم 138949، م ق، اع 6 سنة 1996، ص 97.

<sup>4</sup>م ع، غ أش: 1989/11/25 ملف رقم 57812 م ق، ع 3 سنة 1991، ص 71.

<sup>5</sup>م ع، غ أش: 1988/07/18 ملف رقم 49858 م ق، عدد 01، سنة 1992، ص 37.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

بالطلاق، وبالتالي تكون الولادة قد حصلت في مدة أطول من أقصى مدة الحمل، ورغم ذلك يثبت النسب، وهذا يتضارب مع القواعد الأساسية للنسب وفيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. أما إذا كان المقصود بالانفصال<sup>1</sup> هو الفرقة الحقيقية وبدأنا حساب مدة عشرة أشهر من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين وليس من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وكانت المدة المنقضية بين تاريخ الانفصال الحقيقي بين الزوجين والولادة هي أقصى مدة الحمل، يثبت النسب شرعا وقانونا. كان على المشرع الجزائري أن يحدد المصطلحات، وهو نفس الغموض الوارد في المدونة المغربية إذ استعملت تارة اصطلاح "الفرق" في الفصل 86، وتارة مصطلحات "الطلاق" و"التطليق" و"الفسخ" و"المفارقة" في الفصل 76 من المدونة المغربية.<sup>2</sup>

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن (ق.أ.ج) - كما سبق وأن بينا- لا يعتد بالطلاق إلا بصدور حكم قضائي يقضي بالطلاق، وعليه فقد تطلق المرأة طلاقا رجعيا، وقبل صدور الحكم بالطلاق تتقضي عدتها، وتدخل في الطلاق البائن وما دام لم يصدر حكم بالطلاق فيجوز للزوج أن يراجعها، بدون عقد جديد، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1988/07/18 "من المقر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين، ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون"<sup>3</sup>. وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز للزوج أن يراجع زوجته إذا باننت منه بينونة صغرى إلا بعقد جديد وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

### ثالثا: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها.

لقد عرّف المشرع الجزائري الغائب في المادة 110 من (ق.أ.ج) بنصها "الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".<sup>4</sup>

للغائب مركز قانوني خاص. فمادامت حياته مؤكدة ومتيقن منها، يعين له قيم بقرار قضائي يتولى مباشرة حقوقه والتزاماته فترة غيابه، ذلك لأن شخصيته القانونية لم تنته بعد.<sup>5</sup> إذا تزوج رجل مع امرأة بعقد شرعي وقانوني، ودخل بها فعاشها معاشرة الأزواج ثم غاب عنها لسبب شرعي كأن يكون قد دخل السجن لاتهامه بجريمة معينة أو يكون قد ترك محل الزوجية للتعليم أو للعمل خارج الوطن أو لأداء خدمة عسكرية أو لتجارة أو غيرها ودامت هذه الغيبة مدة أكثر من

<sup>1</sup> يقصد بالانفصال: الانفصال الجسدي بين الزوجين أما الفرقة الحقيقية هي الانفصال الفعلي بين الزوجين.

<sup>2</sup> - جلال تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، نفس المرجع، ص 161.

<sup>3</sup> - م ع، غ أش، 1998/07/18، ملف رقم 49858، م ق، عدد 01، سنة 1992، ص 37.

<sup>4</sup> - ق رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط10، سنة 2008، ص219.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

عشر أشهر دون أن يثبت أنه وقع تلاق أو اتصال بين الزوجين وكانت الزوجة قد أتت بمولود بعد انقضاء أقصى مدة الحمل، فإن هذا المولود سيبقى يعتبر ولدا للفراش، ويمكن إسناد نسبه إلى أبيه وستجبله أو تقييده على لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية إلا إذا كان هذا الزوج قد نفاه باللعان، لأن سكوته وتقبل التهنة بولادته أو تقديم الهدايا له أو لأمه بسبب ولادته يعتبر إقرارا بأن الولد ولده ولم يعد يقبل نفيه أو التملص من الانتساب إليه.<sup>1</sup> وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/07/08م حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت. وأن لا تأثير لغيب الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة.<sup>2</sup>

إلا أن المحكمة العليا اتخذت موقفا مغايرا في قرارها الصادر في 1998/10/20. إذ جاء فيه: "متى تبين في قضية الحال أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي. وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: الزواج غيرالصحيح.

إذا كان الفقهاء اتفقوا على أن الزواج الصحيح هو الذي استوفى أركانه وشروطه، إلا أنهم اختلفوا في غير الصحيح، فقسّمه البعض إلى باطل وفساد، خلافا للبعض الآخر الذي لا يقّر بهذا التقسيم ويرى أنّ الزواج الباطل والفساد شيء واحد.

أما المشرّع الجزائري، فقسم عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد، وهو ما جاء في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول، من (ق.أ.ج) المعدّل والمتمّم بموجب الأمر رقم 02-05 متأثرا بالمذهب الحنفي الذي قسّم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد خلافا لبقية المذاهب الذين يرون أن الزواج الباطل والفساد بمعنى واحد .

فلقد ذهب المشرّع الجزائري إلى أن البطلان أقوى من الفساد، فكلمّا كان الخلل قويا لا يمكن تداركه كان العقد باطلا، ومتى أمكن تدارك هذا الخلل، اعتبر العقد فاسدا.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 212.

<sup>2</sup> م ع ، غ أ ش: 1997/07/08، ملف رقم 165408، م ق. سنة 2001، ع خ، ص 67.

<sup>3</sup> يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02-05، دار هومة، الطبعة الثانية، سنة 2007، ص 34.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

هذا ويجب الإشارة إلى أن التعديل الأخير ل(ق.أ.ج)، قد مسّ عقد الزواج الباطل والفساد أو عقد الزواج بصفة عامة، بل هو لب تعديل (ق.أ.ج) والذي أثار ضجة كبيرة وتجاوزات لأحكام الشريعة وأثار اهتمام العامة والمتخصصين في القانون.<sup>1</sup>

ولقد نص المشرع الجزائري على أحكام الزواج الباطل والفساد في المواد 32، 33، 34 من (ق.أ.ج) وعلى كل لم يرد في هذه المواد بالتدقيق أحكام الزواج الباطل والفساد بل هناك غموض والتباس وتتقاض بين المواد. ومادام الأمر محلّ خلاف لزام علينا أن نتطرّق لهذا الاختلاف القائم حول ثبوت النسب من الزواج الباطل والفساد.

### الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والفساد

نتناول في هذا المطلب مفهوم الزواج الباطل والفساد في الفقه والتشريع.

#### أولاً: الزواج الباطل والفساد في الفقه.

#### 1- تعريف الباطل والفساد والفرق بينهما.

البطلان في اللّغة الضياع والخسران، يقول ابن منظور « بَطَلَ الشيء يبطل بَطْلاً، وبُطُولاً وبُطْلَاناً ذهب ضياعاً وخسراناً فهو باطل<sup>2</sup>. والباطل عند الجمهور مقابل الصحيح، فكل ما ليس بصحيح فعندهم باطل. وفي ذلك يقول الزركشي الشافعي: « يقابل الصّحة البطلان، فمن قال الصّحة وقوع الفعل كافياً في إسقاط القضاء، قال البطلان هو وقوعه غير كاف لإسقاط القضاء، ومن قال الصّحة موافقة الأمر. البطلان مخالفته<sup>3</sup>».

الفساد في اللّغة فَسَدَ يَفْسُدُ وَيَفْسُدُ فَسَادًا وَفُسُودًا، فهو فَاسِدٌ وَفَسِيدٌ فيهما، قال الله تعالى: { وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ } .هو نقيض الصّلاح. يقال: فَسَدَ اللَّحْمُ إِذَا أَثْنُ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ<sup>4</sup>.

لا فرق عند جمهور الفقهاء بين الباطل والفساد، فكل باطل عندهم فاسد، وكل فاسد عندهم باطل، يقول الزركشي الشافعي: « والفساد والباطل عندنا مترادفان، فكل فاسد باطل وعكسه»، وعند الحنفية يفترقان. ويقول البعلي الحنبلي: « والفساد عندنا مرادف للباطل، فهما اسمان لمسمّى واحد<sup>5</sup>». يفرق الحنفية بين الباطل والفساد فيجعلونهما نوعان. لا نوعاً واحداً، جاء في البدائع: « الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل». ويقول الجرجاني الحنفي: « الفساد قسم ثالث ما بين الصّحة والباطل عندنا».

<sup>1</sup> فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2008/2007، ص11.  
<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلّق عليه ووضع فهارسه علي شيري، المجلّد 1، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1408-1988، ص432.  
<sup>3</sup> سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط2، 1418-1997، ص93.  
<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلّق عليه ووضع فهارسه علي شيري، المجلّد العاشر، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1408-1988، ص261.  
<sup>5</sup> سليمان الأشقر، نفس المرجع، ص93.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

يقول الحنفية في التفريق بينهما: الفاسد مشروع بأصله لا بوصفه والباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شرائط الصحة، ويمثلون للفاسد في المعاملات بعقد الرّبا، فإنه مشروع من حيث أنه بيع، وممنوع من حيث إنه عقد ربا. ومثال الباطل عندهم بيع الأحرار من الرجال والنساء، وبيع الخمر ونحو ذلك والباطل عندهم وجوده كعدمه، ذلك أنه لا اعتبار له شرعا، فوجوده صورة فحسب، أما الفاسد عندهم فإنه إذا اتّصل بالقبض يفيد الملك الخبيث، والجمهور يخالفونهم فيقولون هو كالباطل لا يفيد شيئا<sup>1</sup>.

### 2-الباطل والفاسد في عقود النكاح.

لا يفرق جمهور أهل العلم بين النكاح الباطل والفاسد، فالنكاح الباطل والفاسد بمعنى واحد ، فالزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل الخلل في أركانه أو شرط من شروط صحته<sup>2</sup>. وأما الحنفية الذين يفرّقون بين الباطل والفاسد في غير النكاح فهل يفرّقون بينهما في النكاح؟

يقول الدكتور سليمان الأشقر: " أنّ الحنفية لا يفرّقون بين الباطل والفاسد في عقود النكاح إذ يقول: « يظن بعض الباحثين المعاصرين أنّ الحنفية يطردون قاعدتهم في التفرقة بين الباطل والفاسد في عقود النكاح، وهذا غير صحيح، فالحنفية لخطورة عقد النكاح لا يفرّقون بينهما». وفي ذلك يقول الكمال بن الهمام من الحنفية في الفتح: « إنّ العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء». وكثير من كتب الحنفية تقرّر هذا. ويقول أيضا -سليمان الأشقر- : « يظن بعض الباحثين الذين كتبوا في الزواج والأحوال الشخصية أنّ مناط التفرقة هو ترتيب بعض الآثار على بعض العقود دون البعض الآخر، وهذا أيضا غير صواب، فمناط التفرقة هو الإقرار على العقد وعدم فسخه - فالحنفية كما سبق النقل عنهم- يذهبون إلى أن البيع الفاسد يفيد الملك الخبيث، أمّا النكاح الفاسد فيجب فسخه عندهم قبل الدخول وبعده ولا يقرون الأنكحة الفاسدة بحال»<sup>3</sup>.

إلا أن كثيرا من الفقهاء يذكرون أن الحنفية يفرّقون بين النكاح الباطل والفاسد، فالزواج الباطل هو ما حصل الخلل في أركانه، أو فقد شرطا من شروط انعقاده، كما إذا كان العاقد فاقدا الأهلية، أو خالف القبول الإيجاب، والزواج بالمحارم على الرأي الراجح، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم أنها متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية ونحوها<sup>4</sup>. أما الزواج الفاسد فهو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده، وفقد شرطا من شروط صحته كما إذا عقد الزواج من

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 94 ص 95.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 115، 112.

<sup>3</sup> سليمان الأشقر، نفس المرجع، ص 95، 96.

<sup>4</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1967، ص 176.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

غير حضور الشاهدين، والزواج الوقت، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة وباطل عند الصحابين<sup>1</sup>.

ثانيا: مفهوم الزواج الباطل والفاقد في التشريع.

### 1- الزواج الباطل.

عقد الزواج الباطل لا وجود له في نظر القانون الذي قرّر إبطاله ولو بعد الدخول، وقد نصّ المشرّع الجزائري بعد التعديل الأخير ل(ق.أ.ج) بموجب الأمر رقم(05-02) المعدل والمتمم ل(ق.أ.ج)، على حالات الزواج الباطل في المواد32، 33، 34.

وعليه فعقد الزواج وفقا للتعديل الأخير يكون باطلا في الحالات التالية:

1. إذا اختل ركن التراضي والذي اعتبره المشرّع الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج، متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة33 من (ق.أ.ج) بنصها: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»<sup>2</sup>.

2. اشتمال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أوالمؤقتة التي نصّ عليها المشرّع في المواد23 إلى المادة30 من (ق.أ.ج) ، وهذا ما نصت عليه المادة 32 المعدلة : « يبطل الزواج إذا شمل على مانع...»<sup>3</sup>.

3. اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، طبقا للمادة 32 المعدلة : « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد». فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط إذا لم يكن يتنافى ومقتضيات العقد. وفي ذلك نص المادة 19 المعدلة من (ق.أ.ج): « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون». وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر 1971/03/03، إذ جاء فيه: «حيث أن المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط ألا تحلّ حراما أو تحرمّ حلالا وبشرط ألا تتناقض روح العقد»<sup>4</sup>.

هذا وتجب الإشارة إلى أن المشرّع قبل التعديل الأخير (ق.أ.ج) لم يبيّن ما هي الشروط التي لا يجوز للزوجين اشتراطها في عقد الزواج، أو التي يجوز لهما اشتراطها. أما بعد التعديل، فقد نصّ على بعض الشروط الأساسية التي كثيرا ما تؤدي إلى خلافات بين الزوجين، وهي على سبيل التمثيل

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص176. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص74. سليمان الأشقر، نفس المرجع، 97. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، شرح لتشريعات الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون 100 لسنة 1985، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، ط4، منقحة ومزيدة، ص473.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 الصادر 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

<sup>4</sup> م ع، غ ق خ ، 1971/03/03، ن ق، 1972، عدد 02، ص39.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لا على سبيل الحصر. وذلك في المادة 19 من (ق.أ.ج) والتي نصت على ما يلي: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة». ولم يفصل في هذه الشروط تفصيل الفقهاء وأحال ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 (ق.أ.ج).

### 2- الزواج الفاسد.

هو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول. ويعتبر الفسخ هو الجزء الذي رتبته المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/06/25. " من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا.<sup>1</sup>

إذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يفسخ الزواج، أما إذا تبين بعد الدخول فيثبت الزواج. ونص المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير ل(ق.أ.ج) على حالات الزواج الفاسد في المادة 33 المعدلة والمادة 08 مكرر واحد المدرجة بالأمر رقم (05-02) المتضمن تعديل (ق.أ.ج). من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج فاسدا في الحالات التالية:

1. فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 09 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصداق والولي في حالة وجوبه. طبقا لنص المادة 33 المعدلة التي تنص على ما يلي: « ... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»<sup>2</sup>.

في هذه الحالة يفسخ عقد الزواج قبل الدخول، إذا تبين سبب الفساد قبل ذلك، وإذا تم اكتشافه بعد الدخول، فيثبت ويصحح.

بالرجوع إلى المادة 09 مكرر نجد أنها اعتبرت الأهلية وانعدام الموانع الشرعية شرطان للصحة - بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرناها- يترتب على تخلفها الفساد، إلا أن الأهلية تعتبر جزءا من الرضا، يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1966/12/07. " من المقرر شرعا وقانونا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> م ع غ أش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد 04، ص 99.  
<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 الصادر 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري  
<sup>3</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص 31.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ضف إلى ذلك، أن الموانع الشرعية ليست شرطا للصحة، لأن العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد، فيفسخ قبل الدخول وبعده، طبقا للمادة 32 المعدلة، وأكدت ذلك المادة 34 من (ق.أ.ج) <sup>1</sup>.

2. عدم حصول الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي. وهذه الحالة استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم ل(ق.أ.ج)، إذ رتب المشرع الجزائري فسخ الزواج الجديد ولكن قبل الدخول إذا لم يحصل الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي، وهذا ما نصت عليه المادة 08 مكرر 1، المدرجة بالأمر رقم 02-05: « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه» <sup>2</sup>.

أما إذا تم الدخول دون الحصول على ترخيص قضائي فما مصير عقد الزواج الجديد؟ سكت المشرع الجزائري في هذه الحالة، -وفي اعتقادنا- قياسا على ما جاء في المادة 33 من (ق.أ.ج)، يمكن القول بثبوت الزواج بعد الدخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص مع حق كل زوجة في المطالبة بالتطليق على أساس التدليس <sup>3</sup>، طبقا للمادة 08 مكرر المدرجة بالأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم ل(ق.أ.ج)، إذ نصت على مايلي: « في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق» <sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح.

#### أولا: ثبوت النسب من الزواج الباطل.

الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول، ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، لأن الشرع يوجب عدم المضي في الزواج الباطل، ولا تجب على المرأة العدة بعد التفريق ولا تجب به نفقة ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها، ولا يثبت به توارث ولا نسب للولد الذي يولد من هذا الدخول.

لقد رتب جمهور الفقهاء ثبوت النسب <sup>5</sup>. على الوطء في الزواج الباطل إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم ولا يعتبر الوطء زنا، وإذا كان عالما بالتحريم اعتبر الوطء زنا ووجب الحد ولا يثبت النسب <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبوعة طالب، طبعة جديدة، 2007-2008، ص15، ص16.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 الصادر 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> قبل التعديل الأخير ل(ق.أ.ج) كان للزوجتين السابقة واللاحقة في حالة عدم علمهما بالزواج الجديد، طلب التطليق على أساس الغش أو عدم الرضا طبقا لنص المادة 08 السابقة: « ... يسمح بالزواج بأكثر من زوجة... ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا».

<sup>4</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> وأخذ بهذا الرأي الصحاحبان أبو يوسف، ومحمد من الحنفية.

<sup>6</sup> محمد محمود حسن، النسب و أحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط1، سنة 1999، ص49.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

فمن أتى امرأة محرّمة بصهر مؤيد كابنة زوجته المدخول بها وأمها مطلقا، أو تزوّج أخته من الرضاع، أو من النسب، أو شيئا من ذات المحارم، عالما بالتحريم أقيم عليه الحد ولا يلحق به الولد<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: «إذا كان الزوجان أو أحدهما يعلم أن زواجهما معا زواجا ممنوعا قانونا ومحرم شرعا وتعمّدا هذا الزواج، فإن زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا، ويعتبر زنا، ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا نفقة»<sup>2</sup>.

يقول الأستاذ فضيل سعد: «إن النكاح الباطل لا يترتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد، الذي يقوم غير مستوف لشروط النكاح الشرعي»<sup>3</sup>.

ما يلاحظ على القانون الجزائري أنه رتبّ على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب وذلك في المادة 34 من (ق.أ.ج) والتي نصت على ما يلي: «كل زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء»<sup>4</sup>.

هذا وتجب الإشارة إلى أن المشرّع استعمل مصطلح "يفسخ" فهذا لا يعني أن الزواج من المحرمات فاسد باعتبار أن الفسخ هو الجزاء المترتب على الزواج الفاسد، كما ذهب بعض شراح القانون<sup>5</sup>. فالزواج الفاسد حقيقة يفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول فيثبت ولا يفسخ، أما المادة 34 فنصت على أن الزواج من المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، مما يفهم أن الزواج من المحرمات باطل في (ق.أ.ج)، ويحب على المرأة الإستبراء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: "وحيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب"<sup>6</sup>. وكما أن الزواج من المحرمات يعتبر من الموانع الشرعية التي سبق وأن اعتبرها المشرّع الجزائري سببا لبطلان عقد الزواج في المادة 32 السابقة.

إن ما يلفت الانتباه أكثر، أنه وبعد التدقيق في نص المادة 34 والمادة 40 يتضح لأول وهلة أن المشرّع الجزائري رتبّ على الزواج الباطل بعد الدخول ثبوت النسب ولكنه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة، أو الأخت من الرضاع، أو النسب أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها، كما قضت بذلك المادة 34 من (ق.أ.ج).

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص170.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص213-214.

<sup>3</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج2، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص165.

<sup>4</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> العربي بلحاج، عبد العزيز سعد، الغوثي بن ملحة.

<sup>6</sup> العربي بلحاج، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص34.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء - كما سبق وأن رأينا- رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم، أما إذا كان عالما بالتحريم لا يثبت النسب ويعتبر الوطء زنا. وعلى هذا الرأي سار قضاء المحكمة العليا في قراراته. فقد جاء في القرار الصادر 1986/02/24: « حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد زواج مؤرخ في 1981/11/02، وكان جاهلا هذه الحالة حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب»<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر: " يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم صدور الحكم بالطلاق"<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذه القرارات أن المحكمة العليا رتبت ثبوت النسب من الزواج الباطل في حالة جهل الزوج بالتحريم أخذا برأي الجمهور. فكيف يسوغ التوفيق إذن بين تلك النصوص وهذه القرارات وأحكام الشريعة الإسلامية.

خلافًا لذلك فرقت المدونة المغربية بين الزواج الفاسد المجمع على فساده والزواج الفاسد غير المجمع على فساده، فأقرت بثبوت النسب بالنسبة للأول إلا في حالة جهل المانع، أما في الحالة الثانية تمسكت بثبوت النسب بصرف النظر عن نية الزوج. وهذا ما أفصح عنه الفصل 37 من (م.أ.ش.م) المحال إليه بالفصل 86: إذ نص على ما يلي: " الزواج المجمع على فساده كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب إن كان حسن القصد"<sup>3</sup>.

### ثانيا: ثبوت النسب في الزواج الفاسد.

حرصت الشريعة الإسلامية على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إعمالا لمبدأ الاحتياط في ثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع، فجعلت الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا<sup>4</sup>.

إن (ق.أ.ج) لا يختلف كثيرا عن الشريعة الإسلامية، إذ حدا حدوها فاعتبر الزواج الفاسد سببا لثبوت النسب في نص المادة 40 من (ق.أ.ج). والتي نصت على ما يلي: « يثبت النسب في الزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أوينكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخته بعد الدخول طبقا لأحكام المواد 32، 33،

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغربية، نفس المرجع، ص148.

<sup>4</sup> وفي هذا الصدد يقول عبد الرحمن الصابوني: « الفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث ثبوت النسب، أن الزواج الصحيح يثبت فيه النسب إذا جاءت الزوجة بعد مضي ستة أشهر مئة تاريخ العقد، بينما في الزواج الفاسد لا يثبت النسب إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي».

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

34، من هذا القانون»<sup>1</sup> وبمراجعة أحكام هذه المواد، يتضح لنا بجلاء أن ثبوت النسب من الزواج الفاسد يتوقف على توافر الشروط التالية:

### 1- الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد.

يترتب على الزواج الفاسد حالتان يختلف فيهما حكم النسب بالنسبة إن كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

#### أ- حكم النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول.

لا يترتب على العقد الفاسد قبل الدخول أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا تعتد المرأة ولا تجب لها نفقة، ولا صداق، طبقاً لنص المادة 33 من (ق.أ.ج) ، ولا توارث بين الزوجين، ويتعين عليهما أن يفترقا في الحال من تلقاء نفسيهما، بحيث أن الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة، ويعتبر الزواج غير موجود حكماً ولا يثبت النسب<sup>2</sup>، وهذا ما يفهم من نص المادة 40 « ويكل زواج تم فسخه بعد الدخول...». فإذا عقد الرجل على امرأة عقداً فاسداً، ولم يدخل بها ثم أنت بولد لا يثبت نسبه منه لأن عقد الزواج الفاسد قبل الدخول هو والباطل سواء إلا إذا ادّعاها، ولم يصرح بأنه من الزنا.<sup>3</sup>

#### ب- حكم النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول.

نظراً لخطورة الوضع في هذه الحالة، رتب المشرع ثبوت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن عقد عليها عقداً فاسداً وحصل حمل من هذا الدخول، وذلك مراعاة للولد وعدم تضييعه. وهذا الحكم تضمنته المادة 40 من (ق.أ.ج) التي تعتبر المبدأ العام لثبوت النسب والتي نصت على ما يلي :

« يثبت النسب بالزواج الصحيح.... ويكل زواج تم فسخه بعد الدخول، طبقاً للمواد 32، 33، 34، من هذا القانون». والمادة 33 المعدلة من نفس القانون التي نصت على أنه: «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل».

بهذا يكون المشرع الجزائري قد ربط ثبوت النسب في الزواج الفاسد بالدخول واعتبره لازماً لذلك. وعليه فإذا عقد رجل على امرأة عقداً فاسداً، ثم اكتشف سبب الفساد قبل الدخول، لا يثبت النسب، بل لا ينتج العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح. أما إذا اكتشف سبب الفساد بعد الدخول، فإن هذا الزواج يثبت ويصح ويترتب عليه ثبوت النسب، وتجب العدة على المرأة، وتبدأ من يوم الفرقة بين الطرفين إذ كان ذلك من تلقاء أنفسهما أو بمقتضى حكم قضائي، وتثبت حرمة المصاهرة،

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11.

<sup>2</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، ط1، 2005، ص74، ص75.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص206، عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص168.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

فيحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة وفروعها، كما يحرم عليها أصوله وفروعه، وتستحق الزوجة صداق المثل إن لم يتم تسمية الصداق طبقاً لنص المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

### 2- ولادة المولود في مدة مخصوصة.

لا يكفي الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد لثبوت النسب، فلا بد أن يولد المولود في مدة محددة، وتختلف هذه المدة، بحسب ما إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أو يكون قد حصل تفريق بينهما.

### أ- مدة ثبوت النسب أثناء قيام الزوجية من زواج فاسد.

اتفق الفقهاء أن المدة التي يجب أن يولد فيها الولد ليثبت نسبه من الزواج الفاسد هي ستة أشهر فأكثر إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر لا يثبت النسب، إلا أنهم اختلفوا في الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدة، على رأيين، الأول يرى أن النسب يثبت إذا جاءت المرأة بولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد قياساً على الزواج الصحيح، لأن حكم النكاح الفاسد يؤخذ من الصحيح وهو رأي أبو حنيفة وأبو يوسف، وبهذا قال المالكية والشافعية والحنابلة<sup>2</sup>.

أما فيرى أن احتساب المدة يبدأ من تاريخ الدخول، وهو رأي الإمام محمد بن الحسن وذوهم إلى أن عقد الزواج الفاسد لا أثر له قبل الدخول، فكيف ترتب له حكم النسب اعتباراً من تاريخ العقد الذي لم يعترف به الشارع الحكيم إلا بعد الدخول. وهو الرأي المفتى به لدى الأحناف<sup>3</sup>.

فإذا عقد الرجل على امرأة عقداً فاسداً، ودخل بها ثم جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر وكان الزوج ممن يتصور منه الحمل، يثبت نسب الولد من الزوج، لأنه صاحب الفراش، وإن أنت به لأقل منها لا يثبت النسب منه، لأنه على وجه اليقين أن الحمل حاصل قبل الدخول، إلا إذا ادّعاها ولم يصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه بالإقرار لا بالفراش. ويحمل إقراره على أن المرأة حملت به من دخول بعقد سابق أو بوطء بشبهة<sup>4</sup>.

يذكر الدكتور عبد الفتاح تقيّة قولاً للحنفية: «أنه لكل هذا لا يصح أن يقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح ويكون من المعتبر في ثبوت النسب بالزواج الفاسد هو الدخول، فيتعيّن أن يكون احتساب المدة التي يثبت فيها النسب من وقت الدخول لا من وقت العقد، كما قال أبو حنيفة، وأبو

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد يقول عبد الرحمن الصابوني: «الزواج الفاسد قبل الدخول هو والباطل سواء، أما بعد الدخول، فيثبت له بعض الآثار ومنها ثبوت النسب».

<sup>2</sup> وفي هذا الصدد يقول أبو حنيفة وأبو يوسف: «لا فرق بين الفاسد والصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد».

<sup>3</sup> على أن الفقهاء المتأخرين من الأحناف قالوا أن: «رأي محمد بن الحسن ولو كان الرأي المفتى به ولكنه غير ملزم لأن الأحكام تتغير بتغير الأزمان فما يفتى به في عصر قد لا يفتى به في عصر آخر».

<sup>4</sup> سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1، آثار الزواج وانحلاله، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط2، 1989، ص504.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

يوسف<sup>1</sup>. وبهذا الرأي أخذ (ق.أ.ج)، وبذلك يكون ابتداء حساب مدّة الحمل في الزواج الفاسد من تاريخ الدخول الحقيقي وليس من تاريخ العقد، وهذا ما يفهم من نص المادة 40 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

### ب- مدة ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد<sup>3</sup>.

إذا حصلت الفرقة بالتراضي أو بتفريق من القاضي بعد الدخول في عقد الزواج الفاسد، يثبت نسب المولود إذا جاءت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة وبشرط أن يكون لستة أشهر على الأقل من تاريخ الدخول<sup>4</sup>. ولا خلاف بين الفقهاء في أن أقصى مدة الحمل تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين<sup>5</sup>، وإلى هذا ذهب المشرّع الجزائري في المادة 43: «يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»<sup>6</sup>

إذا، يثبت نسب الولد لمن تأتي به لأقل من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال. وسبب ثبوت النسب في هذه الحالة أنه لم يتيقن من حصول العلق بعد الفرقة، إذ المدة تحتمل حصوله قبل الفرقة لأن أقصى مدة للحمل عشرة أشهر، فيثبت النسب احتياطاً للولد، وإن أتت به لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال لا يثبت النسب. وأساس عدم الثبوت في هذه الحالة أنه أصبح متيقناً أن العلق حصل بعد الفرقة لأنه أتى لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال، فلا يثبت نسب الولد من الزوج لاحتمال أن يكون الولد من غير زوج أمه الشرعي. إلا إذا ادّعا ولم يصرّح بأنه من الزنا.

إن معظم التشريعات العربية أخذت بهذا الرأي، فلا حاجة للتفصيل، غير أنها تختلف عن التشريع الجزائري في أنها أقرت بثبوت النسب إذا ولد المولود خلال سنة من تاريخ التفريق أو المتاركة لأن أقصى مدة الحمل عندهم هي سنة شمسية.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع في هذا الصدد، أنه حصر ترتيب ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول وفقاً للمواد 32، 33، 34، من (ق.أ.ج)، والحصر هنا غير موفق، لأنه يتنافى ومصالحة الطفل ويتعارض مع صيانة أحد حقوقه السامية المتمثلة في نسبه لأبيه، ولكي تتوافر الحكمة التي تواخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان ينبغي على غرار التشريعات العربية المغاربية الأخرى، أن يكتفي بالتنصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدلا من ذكر المواد المتعلقة به، لأن التفسير الضيق لنص المادة 40 يؤدي إلى حرمان الطفل من النسب في حالات

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، نفس المرجع، ص 285.

<sup>2</sup> معظم التشريعات العربية أخذت بهذا الرأي.

<sup>3</sup> كمال لدرع، نفس المرجع، ص 546.

<sup>4</sup> الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، نفس المرجع، ص 75.

<sup>5</sup> عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 168.

<sup>6</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الفساد غير الواردة في تلك المواد. ومن هذه الحالات، نجد زواج المسلم دون علمه بالمشاركة، وكذلك زواج الشخص الذي اتخذ قراره بالتعاقد عن غير اختبار كاف، إما نتيجة غلط أو نتيجة تدليس<sup>1</sup>.

هذا وتجب الإشارة، إلى أنه يوجد تناقض بين المواد المنظمة للنسب من الزواج غير الصحيح. ويتضح ذلك من نص المادة 41 من (ق.أ.ج) التي تقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إذا كان الزواج شرعياً أي صحيح، في حين تنص المادة 40 من نفس القانون، على ثبوت النسب حتى ولو كان الزواج فاسداً أو جاء نتيجة لوطء بشبهة أي حتى إذا كان غير صحيح، أو غير قائم تماماً، وتعبير آخر لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة بشأن نسب الطفل فاعتبرته شرعياً في كل الحالات في حين أن المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة أن الطفل لا ينسب لأبيه إذا كان الزواج غير صحيح<sup>2</sup>. هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن هناك تناقض بين المادة 32، والمادة 35. فلقد نصت المادة 32: «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد». ونصت المادة 35 «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً»<sup>3</sup>.

لقد قضت المادة 32 ببطلان عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين أن المادة 35 قضت ببطلان الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد فقط والإبقاء على العقد صحيحاً. فكان على المشرع أثناء إثرائه لقانون الأسرة سنة 2005 أن ينتبه لهذا التناقض. وفي -اعتقادنا - كان على المشرع أن يأخذ بالحكم الذي تضمنته المادة 35 لأنه يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق». وقوله أيضاً: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

<sup>1</sup> القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.أ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41، ع 01، سنة 2003،

<sup>2</sup> تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية، نفس المرجع.

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

### المبحث الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الوطاء بشبهة

قبل أن نتطرق لثبوت النسب في الوطاء بشبهة لزام علينا أن نتطرق لمفهوم الوطاء بشبهة أولاً، وبناء على هذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الوطاء بشبهة، ثم نتبعه بثبوت النسب في الوطاء بشبهة في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول: مفهوم الوطاء بشبهة.

إن أصول التشريع عند جميع الأئمة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنا متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة، فإذا توافر للقاضي تسعة وتسعون حثية على أنه ابن زنا وتوفرت له حثية واحدة على أنه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ أنه ابن شبهة وطرح ما عداها ترجيحاً للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد، وقد ثبت عند جميع الأئمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "الحدود تدرأ بالشبهات". ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا.

#### الفرع الأول: تعريف الشبهة والوطء بشبهة.

الشبهة هي ما لم يتيقن من كونه حراماً أو حلالاً، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة، أو ما يشبه الثابت وليس بالثابت، أي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته، وأصل الشبهة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أدرأ والحدود بالشبهات»<sup>1</sup>.

أما الوطاء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد<sup>2</sup>، فيقع الخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص كوطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته، أو وطاء المطلقة ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقادها أنها تحل له أو زفت إليه المرأة خطأ<sup>3</sup>. وعرفه الدكتور سعد الدين مسعد الهاللي أنه: "كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعياً صحيحاً وليست زنا حتى توجب الحد"<sup>4</sup>.

يختلف الوطاء بشبهة عن الزنا، في أن هذا الأخير لا يثبت نسباً، لأن الشريعة أهدرت الزنا، وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره سبباً لثبوت النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش وللعاهر الحجر». وإذا أقر الرجل أن ابنه من الزنا، فلا يثبت له النسب، ولأن النسب نعمة من الله، والزنا محظور شرعاً ولا يعقل أن تتال النعم بارتكاب المحظور.

<sup>1</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 49.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ص 668.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، د.م.ج، ص 1، ص 195. ص 196. باديس ذبياني، نفس المرجع، ص 55.

<sup>4</sup> سعد الدين مسعد الهاللي، نفس المرجع، ص 284.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### الفرع الثاني: أقسام الشبهة

الشبهة في عقد الزواج تظهر في أشكال مختلفة قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أنواع نوجزها فيما يلي<sup>1</sup>.

#### أولاً: شبهة الفعل.

وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وفيها يعتقد الشخص حلّ الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال، من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس، أي يظن الرجل ما ليس بدليل دليل مبيحا لفعله دون أن يكون كذلك في الواقع<sup>2</sup>.

وعلة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل أنها صحبت نفس الفعل، ولم تقم بالمحل الذي لا شبهة في تحريمه، ولكن الظن قائم بذهن الفاعل بسبب جهله الشرع<sup>3</sup>. كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة، أو التي خالعتها على مال، أو من دخل على امرأة ظنا أنها زوجته ثم تبين له أنها ليست زوجته. وإن كانت الحرمة ثابتة بالإجماع في كل هؤلاء، لأن حرمتهم مقطوع بها، إلا أن الحد يسقط بالشبهة التي قامت في ذهن الفاعل - مع أن الفعل في حقيقته زنا. - إذا ادعى ظنّ الحل، وإذا لم يدع ظنّ الحل يجب عليه الحد<sup>4</sup>.

#### ثانياً: شبهة الملك.

وتسمى كذلك شبهة المحل، أو شبهة الحكم، وهي عكس شبهة الفعل، بحيث لا يشترط فيها ظنّ الحل كما هو الشأن في شبهة الفعل، لأن اللواط في هذه الحالة ملكا. وتتحقق شبهة الملك إذا وجد دليل شرعي يثبت حلّ الفعل الذي ارتكب، وهذا الدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يعارضه يحرم الفعل نفسه ويكون الفعل محرّم حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم.

كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عن هذا الجهل دخول المرأة، ومثال ذلك رجل طلق زوجته بلفظ الكناية<sup>5</sup> ويترتب عليه عدم جواز اتصال الزوج بزوجه المطلقة أثناء العدة. كونه أصبح طلاقاً بائناً، ولكن هذا الزوج ظن أنه طلاق رجعي لا بائن يجوز له الاتصال بزوجه أثناء العدة الرجعية وحملت نتيجة ذلك<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 284.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، ط 2004، ص 115.

<sup>3</sup> عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص 86، عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 358.

<sup>4</sup> أحمد محمود خليل، نفس المرجع، ص 354، ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 45.

<sup>5</sup> أساس هذه الشبهة قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «الكنايات رواجع».

<sup>6</sup> سميح عاطف الزين، مجمع البيان، موسوعة الأحكام الشرعية، الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية، ط 1، 1991، ص 186.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ويضرب الفقهاء مثلاً بقولهم: "من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد لقيام الشبهة في المحل وهو الأمة الموطوءة. فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك». فالفعل في حد ذاته ليس بزنا لوجود شبهة في المحل والحكم<sup>1</sup>.

### ثالثاً: شبهة العقد.

ومؤداه أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية ويعتقد أنها حل له وهو حل لها<sup>2</sup>، وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات ومثال هذا النوع من الشبهة أن يتزوج شخص أخته من الرضاع، أو خامسة على أربع في عصمته، أو زواجه من غير ذات دين سماوي، أو كل من حددتها الشريعة الإسلامية من المحرمات. وفيها يسقط الحد عن الفاعل-مطلقا- وإن قال علمت أنها علي حرام وهو قول أبو حنيفة، وعند الصحابان فإن الحد لازم إن كان يعلم الحرمة. وهو قول الجمهور، لأنهم يعتبرون الفعل زنا، والزنا يجب فيه الحد<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: ثبوت النسب في الوطاء بشبهة.

يختلف الحكم في ثبوت النسب باختلاف نوع الشبهة، وسنتطرق لثبوت النسب في الوطاء بالشبهة في الفقه والتشريع.

### الفرع الأول: موقف الفقهاء من ثبوت النسب في الوطاء بشبهة.

لم يكن للفقهاء رأي واحد حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، فالبعض أثبتوا النسب والبعض الآخر لم يثبتوه، ومرّد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول، هل تعتبر كالزواج الفاسد، أو كالزواج الباطل<sup>4</sup>.

### أولاً: ثبوت النسب من شبهة الفعل.

اختلف الفقهاء في ثبوت النسب في الوطاء بشبهة من الفاعل. فذهب البعض إلى عدم ثبوت النسب في أي حالة من حالاتها، وإن ادّعى الزوج الولد، لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش، والفراش أو شبهة الفراش لا توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منهما في الوطاء بشبهة الفعل، فإن النسب لا يثبت سواء في ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة، لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا، وكونه كذلك يستتبع عدم ثبوت النسب، لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة<sup>5</sup>. وقال القاضي أبو يعلى وعزاه إلى

<sup>1</sup> عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص 86.

<sup>2</sup> باديس ذبياني، نفس المرجع، ص 55.

<sup>3</sup> عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 170، بدران أبو العينين بدران، نفس المرجع، ص 176. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، النكاح الطلاق، المكتبة التوفيقية، ص 124.

<sup>4</sup> باديس ذبياني، نفس المرجع، ص 56.

<sup>5</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 45، ص 46.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

إلى أبي بكر: «إنه لا يلحق به، لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك، ولم يوجد شيء من ذلك، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه كالزنا»<sup>1</sup>.

إلا أن لبعض الفقهاء اعتراض فيمن زفت له امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها، فهي ليست زوجته الحقيقية بل أجنبية عنه، ومع أن هذه عندهم شبهة في الفعل، فإن النسب يثبت، ولا يكون الحد على الفاعل لأنه اعتمد دليلاً شرعياً، في موضع الاشتباه وهذا الدليل الشرعي هو الإخبار.

لقد نقل الشلبي في حاشيته على شرح الكنز عن الكمال: «... لأن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء، إذ قول الواحد مقبول في المعاملات وهذا الدليل مع كونه في واقع الأمر غير صحيح إلا أنه توجد شبهة يندراً بها الحد، ويثبت بها النسب وعلى المزفوفة العدة»<sup>2</sup>.

يذكر زياد أحمد سلامة عن الأستاذ مصطفى الزرقاء، قصة وقعت في عهد الإمام أبي حنيفة في أن أخوين عقداً عقدوا زواجاً وأقيم لهما عرس واحد وزفت إلى كل منهما عروس أخيه خطأً، وقد قرّر الفقهاء وجوب العدة على العروسين لوطئهما بالشبهة، وإذا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفرائض الشرعية للزوج الذي عقد عليها، ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة، قال: «هل يرضى كل من الأخوين بمن زفت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم كل منهما يرضى، أشار بأن يطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد له على من دخل بها»<sup>3</sup>.

**ثانياً: ثبوت النسب في شبهة الملك.**

يثبت النسب للواطئ في شبهة الملك إذا ادّعاه، وذلك لأن الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم، ويثبت النسب، لأن النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل، بل على أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل.

وجاء في الجوهرية: «كل موضع فيه شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد من الواطئ وإن ادّعاه، وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب فيه إذا ادّعاه»<sup>4</sup>.

**ثالثاً: ثبوت النسب في شبهة العقد.**

يثبت النسب في شبهة العقد إذا حصل حمل أو ولادة قبل علم الواطئ بسبب التحريم لأن الوطء تعلقت به شبهة، أما إذا كان يعلم بالتحريم فإن العقد باطل ولا شبهة فيه قط ولا يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء، وبهذا أخذ الصحابان أبو يوسف ومحمد. وقال الكمال بن الهمام من الحنفية لا يثبت النسب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد محمود حسن، نفس المرجع، ص50.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص86.

<sup>3</sup> زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط2، دار العزيمة للعلوم، القاهرة، 1998، ص142، ص143.

<sup>4</sup> باديس ذبياني، نفس المرجع، ص57.

<sup>5</sup> كمال بن الهمام، نفس المرجع، ص259، وذكر عبد الرحمن الصابوني قول ابن الهمام أيضاً في مؤلفه، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، نفس المرجع، ص170، ص171.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ذهب الجعفرية إلى أن الوطء بشبهة سواء سبقه عقد أولاً، يلحق النسب بالواطئ، إذا توافرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش باشتراط الدخول الحقيقي، ومضي ستة أشهر ما بين الوطء والولادة، ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حيث المفارقة، وإذا ثبت نسبه لا ينتفي عن الواطئ بانتفائه بل يلزم به قهراً عنه<sup>1</sup>.

غير أن المشهور عن الإمام أحمد أنه لا يفرق بين الشبهة والأخرى، فيثبت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص، فمتى وطئ الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ، فقال: «كل من درأت عنه الحد في وطء ألحقت الولد به ولأنه وطء اعتقد الواطئ حلّه، فلحق به النسب»<sup>2</sup>.

يقول الإمام محمد أبو زهرة: «أن الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أية شبهة مسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب على الراجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الحالة الأولى»<sup>3</sup>.

هذا، ولقد ادّعى المستشرق الفرنسي "بوسكي"، بأن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوح للخروج والهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحد الشرعي. ورد على ذلك الدكتور بلحاج العربي مبرزاً حقيقة نظام الشبهة في التشريع الإسلامي فقال: «إن هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم، وعن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة، ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحس نية، والأمر متروك لتقدير القاضي، فالجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد ولا هروب، وليس كما فهم ذلك المستشرق الفرنسي بوسكي»<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: موقف التشريع من ثبوت النسب في الوطء بشبهة.

سننظر لموقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النسب في الوطء بشبهة.

### أولاً: موقف التشريع الجزائري من ثبوت النسب في الوطء بشبهة.

تنص المادة 40 من (ق.أ.ج) على ما يلي: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أوبالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، طبقاً للمواد 32، 33، 34، من هذا القانون»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد أحمد سراج ومحمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، سنة 1999، ص186، عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص358.

<sup>3</sup> محمد محمود حسن، نفس المرجع، ص50.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص389.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص197.

<sup>5</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتعم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ما يلاحظ من نص المادة 40 أن المشرع الجزائري اعتبر الوطاء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرّق بين شبهة وأخرى، وكل ذلك مع مراعاة أدنى وأقصى مدّة الحمل المنصوص عليها في (ق.أ.ج)، وبهذا يكون المشرع الجزائري قدأخذ بالمشهور عن الإمام أحمد. وقد أكدت المحكمة العليا في قراراتها أنّ الوطاء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب إذ جاء في قرار لها: «من المقرّر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون».

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنات قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>1</sup>

وجاء في قرار آخر: «من المقرّر قانوناً أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً».

ومن المقرّر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبيّنة وبنكاح الشبهة، و بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفاً للقانون».<sup>2</sup>

وعليه فإنّ أنت امرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطاء، ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه، وإنّ أنت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الوطاء لا يثبت النسب لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا إذا ادّعاها إذ يكون قد وطئها بشبهة أخرى. وإذا ترك الرجل الموطوءة بشبهة يثبت النسب من الواطئ كما يثبت بعد الفرقة من الزواج الفاسد. وبهذا يكون المشرّع الجزائري أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد بن حنبل.<sup>3</sup>

ثانياً: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النسب في الوطاء بشبهة.

### 1- المشرع المغربي.

لقد أخذت (م.أ.ش.م) أيضاً بالمشهور عن الإمام أحمد إذ أقرت ثبوت النسب في الوطاء بشبهة دون أن تميّز بين شبهة وأخرى وذلك في الفصل السابع والثمانون إنجاء فيه ما يلي: «الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ».<sup>4</sup>

### 2- المشرع السوري.

<sup>1</sup> م ع غ أ ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م ق، سنة 1994، عدد 02، ص 56.  
<sup>2</sup> م ع غ أ ش، 1999/06/15، ملف رقم 222674، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص 88.  
<sup>3</sup> لقد أخذت بعض الدول العربية والإسلامية بالمشهور عن الإمام أحمد لأنه أقرب إلى الواقع والمنطق وأقرب إلى المصلحة في ثبوت النسب، وينسجم مع فكرة الاحتمال لثبوت النسب.  
<sup>4</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 357.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد أخذ القانون السوري أيضا بالمشهور عن الإمام أحمد في نص المادة 133 من (ق.أ.ش.س)، إذ نصت على ما يلي: «الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ»<sup>1</sup>.

### 3- المذكر الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

لقد أخذت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية في الكويت أيضا بالمشهور عن الإمام أحمد بن حنبل إذ جاء فيها: «... وقد أخذ المشروع في هذا الموضوع بالاجتهاد الحنبلي لأنه أقرب إلى المصلحة في ثبوت النسب»<sup>2</sup>.

هذا وتجب الإشارة إلى أنه اتضح لنا أن نص المادة 40 من (ق.أ.ج) - الذي يعتبر المبدأ العام في ثبوت النسب - معيب شكلا. فكان على المشرع الجزائري - أثناء تعديله ل(ق.أ.ج) سنة 2005 - أن يعيد صياغة نص المادة 40، وما يعاب على هذا النص أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرع، لأن المعنى الظاهر في نص المادة 40 أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، ومن هنا نرى أن الأمور اختلطت على المشرع، ولم ينتبه لهذا الخلط أثناء تعديله الأخير ل(ق.أ.ج). إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة. ما دام أنه أقر ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته، وهذا هو المعمول به فقها. حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة. وهو نفس الخلط الذي وقعت فيه المحكمة العليا في قراراتها السابق ذكرها.

لا مناص - في اعتقادنا - من إعادة صياغة نص المادة 40 من (ق.أ.ج) - والتي تعتبر المبدأ العام لثبوت النسب - بحيث تصبح صياغتها كالتالي: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الزواج الفاسد، أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بالوطء بشبهة». ولا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد ما دامت المادة 32، 33، 34، قد تولّت تفصيل البعض منه. وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى خاصة فيما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه. ويكون بذلك المشرع الجزائري قد حقّق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء الشبهة<sup>3</sup>.

خلافا للتشريع الجزائري استعملت المدونة المغربية الوطء بشبهة، وذلك في الفصل السابع والثمانون إذ جاء فيه ما يلي: «الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد بين أقل مدة الحمل

<sup>1</sup> قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 الصادر 1953/09/07.

<sup>2</sup> المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408 هـ / 1988 م.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار، النقايس التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية المنظمة للنسب، نفس المرجع، ص 148، ص 147.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وأكثرها، فيثبت النسب من الواطئ»<sup>1</sup>. وكذلك القانون السوري في المادة 133: «الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، يثبت نسبه من الواطئ»<sup>2</sup>.  
أما عن مكانة الطرق العلمية من الفرائش، فلقد أجمع الفقهاء السابقون و العلماء المعاصرون على أن الفرائش يعتبر أقوى الأدلة وذلك أثناء قيام الحياة الزوجية الصحيحة إذا توافرت الشروط اللازمة له.

ليبان موقف الطرق العلمية من هذا الدليل القوي فمن الضروري طرح أقوال العلماء المعاصرين حول موقف الطرق العلمية من الفرائش مع ذكر الحالات التي يرونها مناسبة في استعمال البصمة الوراثية.

يقول الأستاذ محمد الأشقر: " إنه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية، والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بيانها. ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح، كحالة الشخص المجهول النسب إن ادعاه اثنان فأكثر، وكحالة مجهول النسب إن ادعى هو انه ابن فلان أو فلان من الناس، وأراد الأب المقر له، أوورثته التأكد من صحة ذلك.<sup>3</sup>

يقول الدكتور علي محي الدين القره داغي حول البصمة الوراثية والفرائش: " فالقاعدة الأساسية هي أن لا يعلو على الفرائش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب به".  
يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "وتقدم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتها لإثبات النسب كالبينة والاستلحاق والفرائش أي علاقة الزوجية، لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية و القيافة إلا عند التنازع في الإثبات أو عدم الدليل الأقوى.<sup>4</sup>  
يقول الدكتور نصر فريد واصل: "بالنظر لأدلة ثبوت النسب السابقة وهي حالة الزوجية .....يتضح لنا أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب، فالقيافة علم من العلوم يقوم على الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة، وكذلك البصمة الوراثية فإنها تقوم بمعرفة الشبه بين الولد ووالديه، ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي... وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النسب من الفرائش والبينة والشهادة والإقرار إذا وجدت كلها أو بعضها فإنها لا تقدم على البصمة الوراثية أو القيافة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص357.

<sup>2</sup> قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09، 153/09/07.

<sup>3</sup> نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، دراسة فقهية إجتماعية، أخلاقية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، مقال على الموقع الأنترنت.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، سلسلة مطبوعات رابطة العالم الإسلامي، ط1، مكة المكرمة، السعودية، سنة 2004، ص12-13.

<sup>5</sup> دكتور نصر فريد واصل، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، نفس المرجع، ص26.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد جاء في الفقرة الثانية من القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: "إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية"<sup>1</sup> فالقرار يبين بوضوح منزلة البصمة الوراثية من أدلة النسب الشرعية، بحيث لا تقدم على أدلة الإثبات التقليدية.

جاء في ملخص الحلقة النقاشية ل"ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة" المنعقدة في الكويت: "اتفق أكثر الحضور على أن البصمة الوراثية ترقى إلى دليل القیافة، ولا تقدم على الفرائش...."<sup>2</sup>.

لقد استند هؤلاء العلماء في تبرير موقفهم على حجج من الكتاب والسنة والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>3</sup>.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عزوجل نسب الأولاد للأمهات للقطع بولادتهن لهم بخلاف الآباء الذين عبر عنهم بقوله: {الْمَوْلُودِ لَهُ}. لأن المولود له قد لا يكون الأب الحقيقي إلا أنه بولادة المولود على فراشه، فإنه ينسب إليه مع الاكتفاء بذلك، وعدم البحث فيما إذا كان صاحب الفرائش هو الأب الحقيقي أم لا، لأنه لما ولد على فراشه نسب إليه إعمالاً للأصل، فالأصل أن ينسب الولد لصاحب الفرائش.<sup>4</sup>

ومن السنة ما جاء في سنن أبي داود، حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب، عن الزهري، قال: "أَخْبَرَنَا اللَّيْثُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ عَنِ عُرْوَةَ عَنِ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ : اخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ ، فَقَالَ سَعْدٌ : هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَهْدَ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ انظُرْ إِلَيَّ شَبَّهِهُ ؟ وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَوُلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيَّ شَبَّهِهُ فَرَأَى شَبَّهًا بَيْنًا بَعْتَبَةَ ، فَقَالَ : " هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَاحْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتُ زَمْعَةَ " قَالَتْ : فَلَمْ يَرَ سَوْدَةَ قَطُّ ، وَلَمْ يَذْكَرْ مُحَمَّدُ بْنُ رُمِحٍ قَوْلَهُ : يَا عَبْدُ". مما رأى من شبهه بعتبة، و كانت سودة زوج النبي صلى الله عليه وسلم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، القرار السابع، الدورة السادسة عشر 1422هـ-2002م.

<sup>2</sup> ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة في الكويت في 28-29/01/1421هـ، نقلا عن نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، دراسة فقهية إجتماعية، أخلاقية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، مقال على الموقع الأنترنت

<sup>3</sup> سورة البقرة 233.

<sup>4</sup> عائشة إبراهيم المقادمة، نفس المرجع، ص69.

<sup>5</sup> أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2002، ص613-614. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، باب الولد للفرائش، ج2، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، د.ط، مصر، سنة 2002.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد دلّ الحديث على إثبات النسب بالفراش رغم وجود ما يخالف ذلك وهو شبه الغلام بغير صاحب الفراش، فبالرغم من اعتبار الشبه والأخذ به في لحوق النسب، إلا أنه لم يقوى على معارضة سبب أقوى منه، فالشبه إذا عارض الفراش قدّم عليه الفراش<sup>1</sup>.

أما من المعقول، فقد كان استدلال العلماء بما يلي:

1- الطرق الشرعية هي وسائل قام على اعتبارها والاعتداد بها نصوص القرآن والسنة وإجماع الأمة، فلا يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية، لأنه يؤدي إلى إبطال النصوص الشرعية وهدم أمر مجمع عليه بين العلماء في كافة العصور، والأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها وإبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها وهو أمر مستحيل<sup>2</sup>.

2- إن اعتماد الطرق العلمية أساس لإثبات النسب مطلقاً، - أي في حال الزواج وعدمه - يعني اعتبار النسب لصاحب الماء وليس لصاحب الفراش، والقاعدة الفقهية المستقرة في الفقه الإسلامي هي اعتبار الفراش لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>3</sup>، وهو خبر استفاض بين الصحابة رضي الله عنهم.

3- القول بالأخذ بنتائج البصمة الوراثية إذا عارضت الفراش أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع كالتشوف لاتصال الأنساب واستقرار الأسر والمعاملات، حيث سيؤدي العمل بها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب كانت ستثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة الوراثية<sup>4</sup>.

4- إن أساس إجازة استخدام الطرق العلمية والقول بمشروعيتها هو قياس على القيافة، ومن ثم فإنها تنزل إلى منزلتها ولا تتقدم على الأدلة الشرعية الأخرى.

لكن رغم أن الزوجية الصحيحة هي إحدى طرق إثبات النسب الشرعي للحمل وأقواها بالضوابط والشروط التي أوردها الفقهاء، لكن ليس كل مولود يوضع على فراش الزوجية ينسب لصاحب الفراش وجوباً، حيث أن هناك بعض الحالات أين يتحقق فراش الزوجية بشروطه الشرعية، ولكن رغم ذلك لا يتحقق أثره بانتساب الحمل لصاحب الفراش، وذلك حينما تتعارض الحقيقة العقلية المنطقية الجلية مع ظاهرة الحقيقة الشرعية بأن يطرأ مانع حسي وعقلي يصادم الحقيقة الشرعية، فلا يحتاج الزوج حينئذ لدفع هذا الحمل الغريب عن صلبه إلى الملاعنة، بل الحقيقة الظاهرة تعد برهاناً قاطعاً وكافية بذاتها على إسقاط النسب والتبرئ من الحمل، وأمثلة ذلك، الحالات التي ساقها الفقهاء في مدوناتهم وجعلوها استثناء من القاعدة العامة "الولد للفراش" ومنها<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدى العباد، نفس المرجع، ص 219.

<sup>2</sup> سفيان بن عمر بورقة، نفس المرجع، ص 347.

<sup>3</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

<sup>4</sup> إفرودة زوييدة، نفس المرجع، ص 326.

<sup>5</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص 341، 340.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

- الحمل الذي تضعه زوجة الصغير الذي لا يتصور منه الحمل.
- المولود الذي يوضع لأقل من ستة أشهر من الدخول بالزوجة.
- الغائب عن أهله مدة يستحيل أن يكون قد اجتمع بهم كإقامته في بلد نائي، أو كان محبوساً أو أسيراً، ولو في موطنه.

حيث لو عرضت هذه الحالات وعيوبها على أهل الدراية من أطباء التوليد ومعالجة العقم لجزموا باستحالة أن يولد لمثل هؤلاء، واستحالة أن يعيش الحمل الذي يوضع لأقل من ستة أشهر، والطب في هذا المقام قد قطع أشواطاً لا يستهان بها، خاصة مع ظهور أجهزة الكشف والتصوير الداخلي لجسم الإنسان، وتعدد أساليب الاختبارات الطبية، وتحديد عمر الجنين، والوقوف على حقائق الأمراض، ومنها العقم.

لهذا وضع علماء العصر بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال الطرق العلمية أثناء قيام الفراش و هذه الحالات هي :

-إذا شك الزوج عند وضع زوجته هل توافرت أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الدخول، فهنا يمكن للطرق العلمية تقييم هذه الحالة . وقد سبق وأن بينا أن الفقهاء اتفقوا على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و لكن اختلفوا في مدة اعتبار المدة من الدخول أوالعقد<sup>1</sup>. ففي هذه الحالة تؤخذ عينة دم من الجنين ويتم مطابقتها مع الصفات الوراثية للأب والأم.<sup>2</sup>

يقول العلماء المعاصرون في هذا الصدد: " إذا ما شك إنسان في حمل زوجته منذ يوم دخل بها هل هو أقل من ستة أشهر أو أكثر و لم يستطع الجزم بهذا، فالبصمة الوراثية تستطيع كشف غموض هذه المسألة و ذلك بأن تؤخذ عينة دم من الجنين ويتم مطابقتها مع الصفات الوراثية بالنسبة للأب والأم، فإن كانت الصفات الوراثية في الطفل تخالف الصفات الوراثية التي في الأب فهذا دليل على أن الابن ليس من هذا الزوج. وأن المدة هذه ليست مدة شرعية لأنه كما ذكر أهل المعرفة أن البصمة الوراثية تعتبر وسيلة إثبات ونفي بنسبة مائة بالمائة وأن نتائجها يقينية لا تحتمل الشك و التردد"<sup>3</sup>

هذا، ويعتبر الأطباء المختصون وأهل الخبرة الضلع المساعد لأهل الشرع، وعلى هذا فقد أقر أهل الطب حجية البصمة الوراثية و قبلها الشرع بصدر واسع، ومما أثبتته الطب أنه من المستحيل وجود تطابق بين بصمتين بشكل تام حتى ولو كانا توأمين من بويضة واحدة ونسبة احتمال تطابق بصمتين هي 01 من 64 مليون إنسان، وهذا العدد من الاستحالة أن يتوافر على وجه الكرة الأرضية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تم بيان ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني من الدراسة.

<sup>2</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية في القانون الجزائري، القانون الشامل، نفس المرجع، ص9.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، نفس المرجع، ص06.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص6. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام القضائية، نفس المرجع، ص219.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

هذه هي الحالة الأولى التي يبرز فيها دور الطرق العلمية لمعرفة نسب الولد حيث لا دليل ولا شهادة إلا الطرق العلمية .

- حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من النكاح الفاسد مثل الشغار والمتعة، أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق<sup>1</sup>

- إذا تساوت البيّنات أو تعارضت الأدلة كالشهود وغيرهم.

كما تلعب الطرق العلمية دورها في حسم النزاع الدائر بين الزوج وزوجته فيما إذا ادعت المرأة أن الولد ولد على فراش الزوجية وكان زوجها قد سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدتها ولدت، فأنكر هذا الولد.<sup>2</sup>

-إختلاف الزوج مع زوجته وادعائه أن الحمل قد حدث قبل الزواج بها و بالتالي فليس منها، فحينئذ يعرض الأمر على الطرق العلمية، وكذلك بالنسبة لزوجته المطلقة التي ولدت ولدا فادعى الزوج أن الحمل قد جاء في غير المدة المعتبر شرعا و نفت الزوجة ذلك.<sup>3</sup>

- الإستفادة من الطرق العلمية في حالات الاشتباه في أطفال الأنايب، فطفل الأنبوب الجائر تكوينه بالتلقيح الإصطناعي شرعا مقصور على الزوجين فقط، فإذا حدث اشتباه أو إشكال في ملابسات التلقيح، فيمكن الاعتماد على الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية، حفاظا على إثبات نسب الجنين وعدم تعريضه للضياع أو النفي.<sup>4</sup>

6- أن يلحق شخص طفلا لقيطا لنفسه ثم يظهر أهله ومعهم الأدلة، أو يدعي ولد نفسه لرجل فقد ابنه منذ زمن طمعا في المال، أو العكس، يدعي رجل أبوته لولد غني ليس أب له.<sup>5</sup>

7- اختلاط الأطفال في المستشفى، وقد يحدث بفعل متعمد من بعض القابلات لغرض ما أويتم بطريق الخطأ أو نتيجة الإهمال، ففي هذه الحالة يصعب على الأمهات التمييز بين الإبن والأجنبي، فيمكن التحقق من نسب كل طفل من والده الحقيقي عن طريق الطرق العلمية.<sup>6</sup>

هذا وتجرب الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين مكانة الطرق العلمية من الفراش، ولم يحدد الحالات التي يجوز اللجوء فيها إلى الطرق العلمية بوجود الفراش. ولم يفصل تفصيل الفقهاء المعاصرين، ويبقى القضاء هو من يتحمل عبئ البحث عن الحالات التي يجوز فيها استعمال الطرق

<sup>1</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية في القانون الجزائري، القانون شامل، نفس المرجع، ص9.

<sup>2</sup> عمر بن محمد السبيل، إمام وخطيب المسجد الحرام وعضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة أم القرى. نفس المرجع، ص39.

<sup>3</sup> علي القره داغي، نفس المرجع، ص43.

<sup>4</sup> عائشة إبراهيم المقادمة، نفس المرجع، ص81.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نفس المرجع، ص342.

<sup>6</sup> أشرف عبد الرزاق ويح، نفس المرجع، ص106.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

---

العلمية بوجود الفراش، تطبيقا للمادة 222 من (ق.أ.ج) والتي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".<sup>1</sup> ونفس الأمر بالنسب للقوانين العربية. ولكن الأفضل أن يتم تفصيل ذلك.

بهذا نكون قد أنهينا الفصل الأول الذي عنوانه بمكانة الطرق العلمية من أسباب ثبوت النسب وبيّنا فيه أسباب ثبوت النسب، وموقف الطرق العلمية منها واختلاف الفقهاء، وتوضيح الالتباس والتناقض بين المواد من جهة، وبين المواد وقضاء المحكمة العليا من جهة أخرى.

---

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتمّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.



## الفصل الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الطرق التقليدية لإثبات النسب.

إن طريقة الإقرار والبينة تعتبر من قبيل الإثبات اللاحق لما نتج عن معايشرة شرعية بين الرجل والمرأة، لذا يشترط للإقرار بالنسب أو إقامة البينة أن تكون تلك المعايشرة بين الرجل والمرأة مستندة إلى عقد زواج صحيح أو فاسد، أو وطئ بشبهة.

إن النسب كما يثبت بالفراش يثبت بالإقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب، بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو الفاسد أو بشبهة.

هذه الطرق تجعل النسب يكشف بعدما كان ناشئاً ولكنه مجهول في نظر القانون. وتسمى هذه الطرق بالطرق التقليدية لإثبات النسب.

نتيجة للتقدم العلمي، والذي كشف عن ظهور طرق علمية بيولوجية، والتي أصبحت تعطي نتائج يقينية، وقد برز دورها في مجال النسب، ظهر جدل فقهي وقانوني حول تقديمها على الطرق التقليدية. لأجل ذلك سنقسم هذا الفصل من الدراسة إلى مبحثين، سندرس في المبحث الأول مكانة الطرق العلمية من الإقرار، وفي المبحث الثاني مكانة الطرق العلمية من البينة. و لمعرفة ذلك يستلزم الأمر الإحاطة بأحكام ثبوت النسب بالإقرار والبينة.

### المبحث الأول: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الإقرار.

يعتبر الإقرار من أدلة الشرع في إثبات النسب، وهو دليل شرعي لاخلاف فيه بين الجمهور. ويستعمل الإقرار أحياناً بألفاظ مختلفة، فيطلق عليه مصطلح الاعتراف، يقال إعترف بالنسب أي أقر به، أما فقهاء الحنفية فعبروا عنه بالدعوى، بمعنى ثبوت النسب بالدعوى، أما المالكية والشافعية والحنابلة فيطلقون عليه مصطلح الاستلحاق، والاستلحاق موجب للحقوق النسب، ليس مثل التبني المحرم المنهى عنه شرعاً، فمن شروط المستلحق أن يعلم أن المستلحق ابنه، أو يظن ذلك ظناً قوياً، وحينئذ شرع له الإسلام استلحاقه وإثبات نسبه منه<sup>1</sup>. ويعتبر الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات المتفق عليها، ولكنه حجة قاصرة، بعكس الشهادة التي هي حجة متعدية<sup>2</sup>. ويتم إثبات النسب بالإقرار وحده

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، 317.

<sup>2</sup> أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء، دراسة اجتماعية فقهية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2007، 2، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، ص 528. كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعوى ثبوت النسب والإرث، عالم الكتب، ط1، 1422 هـ / 2002 م، ص 10.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

من غير أن يقترن به ما يبين وجهه، لأنه إن بين الوجه كان ذلك هو السبب في ثبوت النسب دون الإقرار المجرد<sup>1</sup>.

لمعرفة مكانة الطرق العلمية من الإقرار، لزاما علينا أن نتطرق لمفهوم الإقرار، ثم نبين ثبوت النسب بالإقرار. ولأجل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لمفهوم الإقرار، ونخصص المطلب الثاني لثبوت النسب بالإقرار.

### المطلب الأول: مفهوم الإقرار.

إذا ولدت الزوجة حال قيام الزوجية ولدا ولم يكن قد مضى عليها من حين العقد مع إمكان الدخول إلى حين الولادة ستة أشهر، فتكون قد حملت قبل أن تكون زوجة لهذا الزوج، فلا يثبت نسب ولدها، ولكن إذا أقر الزوج بأن هذا الولد ابنه ولم يصرح بأنه من الزنا، فإن نسبه يثبت بهذا الإقرار، ولا يصح ردّ إقراره، صيانة للولد من الضياع، فضلا عن أن الأخذ بهذا الإقرار يطابق الأصل الذي هو حمل الناس على الصلاح<sup>2</sup>.

على كل حال، فإن ثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتين 44 والمادة 45 من (ق.أ.ج).

### الفرع الأول: تعريف الإقرار.

#### أولا: التعريف اللغوي:

الإقرار لغة هو الإذعان للحق والاعتراف به، أقر بالحق أي اعترف به وقد قرره عليه وقرره بالحق غيره حتى أقر. ويأتي بمعنى الاعتراف: اعترف بذنبي عرفا واعترف: أقر وعرف له أي أقر، والمعترفون جمع وهم الذين يقرون على أنفسهم، ومنه قولهم له علي ألف اعتراف وتوكيد<sup>3</sup>.

#### ثانيا: التعريف الإصطلاحي:

لقد أورد الفقهاء تعريف للإقرار، فعرفه الدكتور الغوثي بن ملحة: «الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه، من شأنها أن تحدث ضده آثارا قانونية». <sup>4</sup> وعرفه الدكتور محمد سعدي الصبري: «الإقرار هو اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه» <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2006-2007،

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج11، نفس المرجع، ص102.

<sup>4</sup> الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للاشغال التربوية، ط1، 2001، ص74.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار هومة، ط1، 2008-2009، ص213.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد عرفه المالكية بأنه: "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه". وعرفه الحنابلة بأنه: "إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكل أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه".<sup>1</sup>

الخلاصة مما سبق يتبين أن الإقرار من حيث المعنى اللغوي يدور حول الاعتراف وهو الأقرب للإقرار من غير توسع، وكل المصطلحات الأخرى اللغوية تدور حول الاعتراف بشيء ما سواء كان حقاً أو ذنباً. وأما من حيث المعنى الإصطلاحي فإنه يدور حول "إخبار بحق" أو "إظهار لحق".

**ثالثاً: التعريف القانوني.**

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً للإقرار في (ق.أ.ج) غير أنه أورد تعريفاً للإقرار في المادة 341 من (ق.م.ج)، إذ نصت على أن: « الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ».<sup>2</sup>

إن الإقرار الذي يهمننا في دراستنا -والذي يعتبر أحد الطرق غير المباشرة أو الكاشفة للنسب- هو الإقرار بالنسب. ويسمى في الفقه الإسلامي بالدعوى، وهو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.<sup>3</sup> وتتنوع القرابة إلى نوعين، القرابة المباشرة وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالأبوة والبنوة والأمومة. والقرابة الغير مباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر كالأخوة والعمومة، و مثلها قرابة الأصول والفروع، بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة.<sup>4</sup>

لقد اعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقة لثبوت النسب في المادة 40 من (ق.أ.ج) والتي تعتبر المبدأ العام لثبوت النسب، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها. إذ جاء في قرار له: « من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة. كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأتكة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد ».<sup>5</sup> وجاء في قرار آخر: « من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون.

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 319.

<sup>2</sup> ق رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المتضمن التقنين المدني الجزائري.

<sup>3</sup> محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989.

<sup>4</sup> ق رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م.

<sup>5</sup> م ع، غ أ ش، 1998/12/15، ملف رقم 202430، م ق سنة 2001، عدد خاص، ص 77.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>. وجاء في قرار آخر: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعدّ إحياء له وفيه قتلا له<sup>2</sup>. »

### الفرع الثاني: حكم الإقرار بالنسب.

اتفق الفقهاء على أن حكم الاستلحاق عند الصدق واجب، وفيه حرام، ويعد من الكبائر، لأنه كفران النعمة، وفيه تضييع الأنساب، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلَيْسَ بِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾<sup>3</sup>. فنكران الأب لابنه وانتفاء الابن من أبيه كفر لنعمة الله لنعمة البنوة وللأبوة التي امتن الله بها على عباده. وقد أكد النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فقال: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَمْ يَدْخِلْهَا اللَّهُ جَنَّتْهُ »<sup>4</sup>. وقال أيضا: « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوْلِيهِ، رَعَبَةٌ عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ، وَالْمَلَائِكَةِ، وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ »<sup>5</sup>. وقال أيضا: « أَيُّمَا رَجُلٍ جَدَدٌ وَوَلَدُهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، احْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الْخَلَائِقِ فِي الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ »<sup>6</sup>.

وأدلة ثبوت الإقرار واردة بالكتاب والسنة والإجماع. فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَضْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَضْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾<sup>7</sup>.

وقوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>8</sup>. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05، دار هومة، ط2، 2007، ص32.

<sup>2</sup> م ع، غ أ ش، 1997/10/28، ملف رقم 72333، م ق، سنة 1997، عدد 01، ص42.

<sup>3</sup> سورة النحل، الآية، 74.

<sup>4</sup> رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح

<sup>5</sup> رواه أبو داود عن أنس.

<sup>6</sup> رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح.

<sup>7</sup> سورة آل عمران، الآية، 18.

<sup>8</sup> سورة التوبة، الآية، 102.

<sup>9</sup> سورة النساء، الآية، 135.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وجه الدلالة شهادة المرء على نفسه، إقراره بالحقائق، وقوله الحق في كل أمر وقيامه بالقسط عليها كذلك. وأن الله أمر العبد بأن يشهد على نفسه بالحق، ويسمى الإقرار على نفسه شهادة، كما تسمى الشهادة على الغير إقرار.

ومن السنة، قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني حيث قال: " اخْتَصَمَ رَجُلَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَحَدُهُمَا : أَفْضِي بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ . وَقَالَ الْآخَرُ : أَجَلْ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفْضِي بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنْدَنْ لِي أَنْ أَنْكَلَّمَ . فَقَالَ : " تَكَلَّمْ " فَقَالَ : إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا لِهَذَا الرَّجُلِ فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ فَأَخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَأَنْتَدِينُهُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَبِجَارِيَةٍ، ثُمَّ إِنِّي سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ، فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي مِائَةَ جَلْدَةٍ وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَإِنَّمَا الرَّجْمُ عَلَى الْمَرْأَةِ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ ، لِأَفْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ، أَمَا غَنَمُكَ وَجَارِيَتُكَ فَرَدُّ عَلَيْكَ " . وَجَلَدَ ابْنَهُ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَغَرَّبَهُ عَامًا ، وَأَمَرَ أَنْيْسًا الْأَسْلَمِيَّ أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الْآخِرِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا . فَأَعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا"<sup>1</sup>. وإقامة حد الرجم على الغامدية بعد إقرارها أمام الرسول باقترافها الفاحشة، فعن عمر ابن حصين رضي الله عنه، أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال: "أحسن إليها فإذا وضعت فأتني بها، ففعل، فأمر بها نبي الله صلى الله عليه وسلم فشكت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت، فقال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن جاءت بنفسها إلى الله تعالى.<sup>2</sup>

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم علّق مسألة إقامة الحد على الاعتراف، فإن اعترفت وترجم، وكان هذا دليل الإقرار. ولو لم يكن الإقرار حجة لما أخذ به سيد الخلق وهو أعلم الناس بالأحكام الشرعية.

أما من الإجماع، فلقد أجمعت الأمة على صحة الإقرار، ذلك لأن الإقرار إخبار ينفي التهمة، والريبة. فإن العاقل لا يقر على نفسه كذبا يضر به نفسه أو ماله ولهذا أجمعت الأمة من السابقين واللاحقين على أن الإقرار يعتبر حجة شرعية غير قابلة للشك، ويجب الأخذ بها<sup>3</sup>. ولهذا كان حكمه أقوى من الشهادة.

<sup>1</sup> مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، اعتنى به محمد بن عبادي بن عبد الحلیم، ج2، ط1، القاهرة، ص233.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ط10، ص197. خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص320.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### الفرع الثالث: أنواع الإقرار.

تنص المادة 44 من (ق.أ.ج): "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو بالأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"<sup>1</sup>. وتنص المادة 45 من نفس القانون: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"<sup>2</sup>.

يتضح من نص المادتين 44 والمادة 45 من (ق.أ.ج) أن الإقرار بالنسب يتنوع إلى نوعين:

#### أولاً: الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

يسمى لدى الفقهاء بالإقرار بالنسب على النفس، ويسمى أيضا الإقرار بأصل النسب، وهذا الإقرار يكون بالولد الصلبي ابناً أو بنتاً، وبالوالدين المباشرين له كأن يقول هذا ابني أو أبي، وهذه ابنتي أو أمي<sup>3</sup>، في هذه الحالة لا يكون في الإقرار بالنسب تحميل للنسب على الغير<sup>4</sup>، لأن المقر إذا أقر بالولد يكون قد حمل النسب على نفسه، وكذلك إذا أقر أن فلانا أبوه فإنه يكون قد حمل النسب على نفسه أيضاً لأن في هذين الإقرارين لا يشترط أن يثبت النسب من الغير حتى ينسحب على المقر، ولذا يسمى أيضا بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير<sup>5</sup>. ونص المشرع الجزائري على هذا النوع من الإقرار في المادة 44 من (ق.أ.ج): « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة...»<sup>6</sup>. وفي هذا النوع إذا توافرت شروط صحة الإقرار، ثبت النسب وأصبح المقر بالنسب ابناً أو بنتاً أو أباً أو أمّاً، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار، وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر، لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرهما، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت عليها جميع الآثار وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام، دون استثناء<sup>7</sup>.

#### ثانياً: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.

هو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير، ويعبر عنه بالإقرار الذي فيه حمل النسب على الغير، ويسمى أيضا الإقرار بفرع النسب، ويكون هذا الإقرار بالنوع الثاني من القرابة، كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد، وواضح أن هذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر أولاً، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر. فإذا قال هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه أي على الغير،

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي. دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، سنة 1992، ص 390، محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 695.

<sup>4</sup> أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، سنة 2004، ص 359.

<sup>5</sup> أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2008، ص 359.

<sup>6</sup> ق رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمّم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م

المتضمن التقنين المدني الجزائري

<sup>7</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 695.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لأن معناه هذا ابن أبي، فافتضى ذلك الإقرار في أول مرة أن المقر له ابن لأب المقر، واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر. وإذا قال هذا عمي، كان إقرار بالنسب على جده<sup>1</sup>، لأن معناه هذا ابن جدي، وهكذا بقية القرابات، وهذا الإقرار يتضمن أمرين:

1. تحميل النسب على الغير.

2. استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته<sup>2</sup>.

ويختلف الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير عن الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، في أن الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، فإن النسب فيه يثبت أولاً من المقر ثم يسري إلى غيره، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فإن النسب يثبت فيه من غير المقر ثم يسري منه إلى غيره.

### الفرع الرابع: مسألة التبني اتجاه الإقرار.

كان النسب في الجاهلية قبل الإسلام يثبت عن طريق الفراه والولادة، والإدعاء والتبني، فكان يولد الولد على فراش الزوجية أو الملك، فينسب إلى صاحبه، ويولد الولد من سفاح فيدعيه رجل فيقول أصبت أمه وهو يشبهني، فيكون له، وينسب إليه، ويولد الولد لأبيه وأمّه فيتبناه رجل ويستلحقه فيكون له وينسب إليه، ويكون له كالابن النسبي على السواء<sup>3</sup>، وتسري عليه أحكام البنوة كلها من الإرث والنكاح والطلاق ومحرمات المصاهرة وغير ذلك مما يتعلق بأحوال الابن الصلبي على الوجه الشرعي المعروف. فالتبني هنا ينزل هذا الولد المتبني منزلة ابنه ويلتزم له بحقوق الولد ويقطع نسبه إلى غيره<sup>4</sup>.

يختلف الإقرار عن التبني المعروف في البلاد الغربية، فالإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، أما التبني فهو إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر، والتصريح بأنه ولد له وهو ليس ولد له في الحقيقة<sup>5</sup>.

كما يختلف التبني عن النظام المعمول به حالياً في مجال الرعاية الاجتماعية كإيداع طفل لدى أسرة أمينة لرعايته وتنشئته في بيئة صالحة، إذا كان الطفل مجهول الأبوين، أو مشرداً، أو يخشى عليه من الانحراف، وهو في هذه الحالة لا ينسب إلى الأسرة التي ألحق بها، ولا يدعي رب الأسرة أنه ابنه أو أنه قد تبناه.

<sup>1</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج2، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص219-220.  
<sup>2</sup> محمود حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان الأردن، د.ط، سن 1984، ص105.  
<sup>3</sup> أسامة الحموي، نفس المرجع، ص515.  
<sup>4</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص703.  
<sup>5</sup> صالح بوغرارة، نفس المرجع، ص80.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد عرف أهل الجاهلية التبني فكان الرجل منهم إذا راقه غلام ضمه إلى نفسه ولقد كان نظام التبني معروفا حتى عند غير العرب قديما، إلى أن جاء الإسلام وأبطله<sup>1</sup>.  
ولتوضيح أكثر سنتعرض لنظام التبني في الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري والمقارن، ثم نبين موقف القضاء الجزائري من نظام التبني مع تحديد أسباب تحريم التبني، وإحلال نظام الكفالة الذي أقرته الشريعة الإسلامية.  
**أولا: تعريف التبني.**

### 1-التبني لغة:

من بني، جمع ابن مضافا إلى النفس، و يقال تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه اتخذه ابنا.  
وفي حديث أبي حذيفة: أنه تبني سالما، أي اتخذه ابنا، والدعي المنسوب إلى غير أبيه، والدعوة بكسر الدال ادعاء الولد.<sup>2</sup> وغلب في استعمال العرب لفظ ادعاء على التبني، إذ جاء في مثل ادعى فلان فلانا، ومنه الدعي وهو المتبني، قال الله تعالى: { وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ }<sup>3</sup>. وأدعيائكم، جمع دعي، وهو الذي يدعي ابنا وليس ابنه.  
قال الشاعر: دعي القوم ينصر مدعيه يلحقه بذئ النسب الصميم.  
أبي الإسلام لا أب لي سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم.

### 2-التبني اصطلاحا:

التبني هو استلحاق شخص ولدا معروفا بالنسب لغيره، أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولدا له، وفي الحقيقة هو ليس كذلك. وجاء في تفسير الطبري: التبني هو ادعاء رجل ولدا وليس بابنه<sup>4</sup>. وعرفه الشيخ أبو زهرة: "التبني هو أن يلحق شخص ولدا به، وإن لم يكن ابنه حقيقيا"<sup>5</sup>. وعرفه حقيقيا<sup>5</sup>. وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي: " هو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بنفسه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها بما فيها استحقاق الميراث"<sup>6</sup>. وعرفه الدكتور عبد العزيز سعد: " التبني هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب " وقال : " التبني هو تزيف للنسب"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2006، ص 110. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ط 1، سنة 2014، ص 78.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، المجلد 14 نفس المرجع، 91.

<sup>3</sup> سورة الأحزاب، الآية 4.

<sup>4</sup> أبي جعفر محمد ابن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، ضبط وتعليق شاكر محمود، ج 21، ط 1، دار إحياء التراث العربي، ص 137.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، ص 397.

<sup>6</sup> يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 13، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1980، ص 218.

<sup>7</sup> عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، سنة 2002، ص 151.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

جاء في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني: " الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له".<sup>1</sup>

يختلف نظام الإقرار بالنسب اختلافا جوهريا عن نظام التبني، ذلك أن نظام الإقرار بالنسب يكون من علاقة شرعية ونسب صحيح لكن ظروف خاصة وقاهرة شانت بالأبوين عدم تثبيته في وقته. فالإقرار هو كشف واقعة مادية شرعية صحيحة وليست إثباتا لواقعة جديدة ، وكما بينا أنه يشترط في الإقرار بالنسب أن يكون المقر له مجهول النسب وليس معنى ذلك أن يكون نتاج علاقة غير شرعية، وبالتالي فالنسب الثابت بالدعوى نسب صحيح وحقيقي وليس مجرد إلحاق صوري بنسب غير حقيقي لأبوة أو بنة مفترضة، وهو ما يعرف بنظام التبني الذي أنكره الإسلام وقال بتحريمه<sup>2</sup>.

ثانيا: أحكام التبني.

### 1- تحريم الإسلام للتبني.

كان نظام التبني شائعا في المجتمع الجاهلي قبل الإسلام، فكان الرجل إذا أعجبه غلام لنشاطه أو جلده أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، يضمه إلى نفسه، ويجعل له مثل نصيب الذكر من أولاده الصليبين من ميراثه، وليس هذا فحسب، بل كان ينسب إليه، فيقال فلان ابن فلان، حتى إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبني على عادة العرب - قبل أن يبعث رسولا- شابا من بلاد الشام، باعه رجل من تهامة، فاشتراه حكيم ابن حزام ابن خويلد، ثم وهبه إلى عمته خديجة بنت خويلد، زوج النبي صلى الله عليه وسلم، ووهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأعتقه وتبناه، وهو زيد ابن حارثة، الذي آثر البقاء مع النبي صلى الله عليه وسلم، على العودة إلى أهله وقومه في بلاد الشام، وحينما تبناه النبي صلى الله عليه وسلم قال: " يَا مَنْ حَضَرَ اشْهَدُوا أَنَّ زَيْدًا ابْنِي، يَرِثُنِي وَأَرِثُهُ ". وكان يدعى زيد ابن محمد<sup>3</sup>، فقد جاء في الصحيحين عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: " أن زيد ابن حارثة رضي الله عنه، مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل القرآن".<sup>4</sup>

كذلك فإن الظروف الاجتماعية والسياسية آنذاك اقتضت الأخذ بنظام التبني، إذ كان المتبني يضم إلى الأسرة ويساندها ويؤازرها في حروبها ويعينها على التجارة ويكون له الحق في تركة من تبناه

<sup>1</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، 2007، ص 388.

<sup>2</sup> باديس ذبياني، نفس المرجع، ص 69-70.

<sup>3</sup> شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الإسلام، دورية العلوم والبحوث الإسلامية، 4ع، فبراير 2012، ص 4.

<sup>4</sup> أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب، الشيخ همام البخاري، المكتبة العصرية، بيروت 2004، طبعة كاملة في مجلد واحد، ص 253.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

كالابن الحقيقي سواء بسواء. ولما كان التبني معروفا لدى العرب قبل الإسلام فقد ظل معترفا به في صدر الإسلام.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية نظام التبني الذي كان سائدا في الجاهلية وفي صدر الإسلام، فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي، لا لأبيه المزور. والإسلام دين الحق والعدل، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكرا أو أنثى لا ينسجم معها قطعا في خلق ولا دين، فمن تبني لقيطا أو مجهول النسب وادعى أنه ولده، لم يكن ولده حقيقة، فلا يثبت التوارث بينهما، ولا تجرى عليه أحكام التحريم بالقرابة، ومن كان له أب معروف نسب إلى أبيه، ومن جهل أبوه دعي مولى وأخا في الدين منعا من تغيير الحقائق، وحفظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع أو الانتقاص<sup>1</sup>. وقد عده البعض من الكبائر، وقيل من فعله مستحلا له مستخفا بحكم الله فيه متجرئا على الله به فقد كفر. **أ- تحريم التبني بالتشريع القولي.**

أبطل الله جلّت حكمته التبني في السنة الخامسة من الهجرة، وحرّمه بإحكام صارمة، فقال جل في علاه: " { وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ } " <sup>2</sup> فبين الله في هذه الآيات<sup>3</sup> أن قول الرجل لولد غيره "ابني" لا يقتضي أن يكون ابنا له حقيقيا تثبت له أحكام البنوة، فالمخلوق من صلب رجل لا يمكن أن يكون من صلب رجل آخر، وقد أمر الله برد انتساب الأدياء إلى آبائهم إن كانوا معروفين، وإلا فهم إخوة في الدين وموالي، وأن هذا هو الأعدل والأوسط .

لقد أكد الله سبحانه وتعالى بطلان تبني زيد في آيتين أخريتين فقال الله تعالى: { فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا } <sup>4</sup>. وقوله تعالى: { لَمَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا } <sup>5</sup>. وقوله تعالى: { وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا } <sup>6</sup> ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: « مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، رَغْبَةً عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ، وَالْمَلَائِكَةِ، وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ » <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 674.

<sup>2</sup> الأحزاب، الآية 5.

<sup>3</sup> ذكر القرطبي في تفسيره، أنه أجمع أهل التفسير على أن هذه الآيات نزلت في زيد بن حارثة، وروى الأئمة أن عمر قال: ما كنا ندعوزيد بن حارثة إلا زيد بن محمد حتى نزلت الآية "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله" أي أعدل وأحق عند الله.

<sup>4</sup> سورة الأحزاب، الآية 38.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية 23.

<sup>6</sup> رواه أبووداد عن أنس.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

### ب-تحريم التبني بالتشريع الفعلي.

يمكن لنا تحديد أحكام إبطال التبني فعلا حسب ما هو وارد في أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها الشرعية حسب ما يلي:

1- قطع الميراث بين ذلك المتبني وبين متبناه، ويذكر أن فيه نزل قوله تعالى: {وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا} وقال تعالى: {وَالَّذِينَ آمَنُوا مِن بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ}.<sup>2</sup> وأخرج ابن جرير عن سعيد بن المسيب أنه قال: "إنما نزلت هذه الآية في الذين كانوا يتبنون رجالا غير أبناءهم، ويورثونهم فأنزل الله فيهم وجعل لهم نصيبا في الوصية". ورد الله الميراث إلى الموالى في ذوي الرحم والعصبة وأبى الله للمدعين ميراثا ممن ادعاهم وتبناهم، ولكن الله جعل لهم نصيبا في الوصية.

2- تحليل زوجة المتبني بعدما يفارقها للمتبني، حينما زوج الله رسول الله صلى الله عليه وسلم بزینب بنت جحش بعدما طلقها زيد بن حارثة، الذي كان يدعى ابنه قبل نزول الآيات في رفع التبني، وذلك لرفع كل شك ودفع كل حرج على المؤمنين في إباحتهم زواج مطلقات أدعيائهم، وأن يوقنوا أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله، وبين الله حكمة ذلك بقوله تعالى: { فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا }.<sup>3</sup> وقال الله تعالى في آية أخرى { وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا }<sup>4</sup> لإخراج الأدعياء من ذلك الحكم.

### 2-الحكمة من تحريم الشريعة الإسلامية لنظام التبني.

لقد حرم الله اتلاسلام التبني للأسباب التالية:

#### أ- منع اختلاط الأنساب.

-لقد حرم الإسلام نظام التبني لما فيه من اختلاط الأنساب، فليس ثمة من شك أن هذا التبني فيه إدخال عنصر غريب إلى العائلة وباسم البنوة يعاشر أهل البيت على أساس أنه منهم وهو في الحقيقة ليس منهم، كما يهدم كثيرا من الحقوق ويفوتها على أصحابها الحقيقيين، وقد يكون وسيلة للكيد والإضرار وحرمان الورثة، فتتهدر بذلك النظم الشرعية، ويحل الحرام محل الحلال<sup>5</sup>. ولكي لا يترك هؤلاء الأبناء بغير رابطة في الجماعة بعد إلغاء رابطة التبني، قرر الإسلام جعلهم إخوة في

<sup>1</sup> سورة النساء ، الآية 33

<sup>2</sup> سورة التوبة ، الآية 187.

<sup>3</sup> سورة الأحزاب، الآية، 38.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 23.

<sup>5</sup> أسامة الحموي، نفس المرجع، ص518.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الدين في حالة عدم الاهتداء إلى معرفة آبائهم الحقيقيين، ويعاملون معاملة شرعية حسب ما تقتضيه قواعد العدالة والإحسان في الإسلام. فقال جل شأنه: {ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ} <sup>1</sup>. وبعد الاجتهاد في رد الأنساب على حقائقها فليس على المؤمنين حرج من مؤاخذه في الحالات التي يعجزون على الاهتداء فيها إلى النسب الصحيح، فقال تعالى: {وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ} <sup>2</sup> وهذه السماح مردها إلى الله سبحانه وتعالى: {وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا}.

- التبني ظلم والظلم حرام، حرّمه الله على نفسه وعلى عباده <sup>3</sup>. فالابن يكون مظلوما بتغميض عينيه عن الحقيقة المرة التي تتمثل في أنه ليس ابنا لهذا الأب المتبني.

-التبني يجعل الشخص المتبني يعيش مع نساء أجنبيات عنه لا تربطه بهن رابطة مشروعّة فيطلع منهن على ما حرم الله الإطلاع عليه <sup>4</sup>.

بهذا انتهى أمر التبني في التشريع الإسلامي، وأصبح رابطة غير معترف بها، لا يترتب عليه أي حكم، ومن أقدم عليه كان آثما وكان عمله باطلا. فالتبني كلمة فارغة ليس ورائها حقيقة خارجية، والكلام باللسان لا يبديل الحقائق ولا يغير الواقع ولا يجعل الغريب قريبا ولا الأجنبي أصيلا.

لهذه الأسباب حرمت الشريعة الإسلامية التبني، لمنافاته مبدأ العدل والحق، ولأنه كذب وافتراف على الله سبحانه وتعالى وعلى الناس <sup>5</sup>.

### ثالثا: التبني في التشريع.

سنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التبني وبعض التشريعات المقارنة.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من نظام التبني.

بعد المرحلة الاستعمارية كان من المقرر تمديد العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي، في الجزائر مع اختيار جزئي لهذا التشريع، حيث يتطلب إلغاء الأحكام التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري ترك جانبا قضية التبني لتبقى مسألة بين المسلمين إذ أنه لا يمكن تصور مخالفة مسلم للآيات القرآنية التي تحرم التبني قطعا.

لقد واجه المجتمع الجزائري مشكلة الأطفال المهملين المحرومين من دفء العائلة <sup>6</sup> بعد الاستقلال بروح الإحسان والتضامن التي تدفع بكل جزائري إلى مساعدة هذه الفئة من الأطفال. وفي

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية 04.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 04.

<sup>3</sup> جاء في الحديث القدسي "يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا".

<sup>4</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 704.

<sup>5</sup> شادية الصادق الحسن، نفس المرجع، ص 7.

<sup>6</sup> يمكن تقسيم مجموعة الأطفال المحرومين من دفء العائلة أو الذي تعجز عائلاتهم عن التكفل بهم بعد الاستقلال إلى فئتين:

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

سنة 1984 صدر (ق.أ.ج) الذي منع التبني صراحة بموجب المادة 46 منه والتي نصت على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا"<sup>1</sup>. ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي جزائري أن يتبنى طفلا أو أن ينسبه إلى نفسه، أو يسجله على اسمه في سجلات الحالة المدنية، وكل تصرف مخالف لذلك يعرض فاعله لتهمة التزوير في الوثائق الرسمية المعاقب عليها في (ق.ع.ج).

على هذا الاتجاه سار القضاء الجزائري، فلم يجعل من التبني طريقا لإثبات النسب وهذا ما يتبين من القرار الصادر عن المحكمة العليا، إذ جاء فيه: "من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا". ومتى تبين في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، قد أخطئوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>. وجاء في قرار آخر: "من المقرر قانونا أن التبني ممنوع قانونا وأن الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". وحيث إن حصر طلب الطاعنين - الحاليين - في إبطال التبني الذي أقامه المرحوم (ط- ن) فإن قضاة الموضوع عندما ناقشوا الدعوى وكأنها تتعلق بنفي النسب وطبقوا قاعدة الولد للفراش "فإنهم أساءوا التكييف مما ينجر عنه نقض قرارهم بدون إحالة"<sup>3</sup>. وجاء في قرار آخر: "يمنع التبني شرعا وقانونا، وأن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد ميلاد المتبني هو مخالفة للقانون"<sup>4</sup>. وجاء في قرار آخر "من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة (شهادات الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصيغة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها نزاع تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن قدم أمام قضاة الموضوع شاهدين ذاكرًا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة 1997، وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف

1- فئة أبناء الشهداء: لم يكن تصور تبني أبناء الشهداء، في ذهنية الجزائريين، فابن الشهيد أجدر له أن يحمل اسم والده ليخلده في ذاكرة المجتمع الجزائري ووجد ما يسمى بواجب الدولة اتجاه أبناء الشهداء.

2- فئة الأطفال الآخرين: تعامل المجتمع الجزائري مع هذه الفئة بروح العطف والإحسان وحاول بعض المسلمين الوصول إلى حل لهم، بإيجاد نظام بديل للتبني وهو ما يعرف بالكفالة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وأجازها المشرع الجزائري كما سنرى.

<sup>1</sup> ق رقم (02-05)، المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11)، المؤرخ في (09 - 06)، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، ملف رقم 122761، 1994-06-28، م ق، سنة 2001، ع خ، ص 155.

<sup>3</sup> نبيل صقر، أحمد لعور، نفس المرجع، ص 46.

<sup>4</sup> م ع، غ أش، 2000-11-21، ملف رقم 246924، م ق، سنة 2001، ع 02، ص 297.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

يتضح من خلال القرارات السابقة أن المحكمة العليا أبطلت التبني ولم تجعل منه طريقا لثبوت النسب.

### 2- التبني في بعض القوانين العربية المقارنة.

سنتطرق للتبني في بعض القوانين العربية وفي القانون الفرنسي.

#### أ- القانون المغربي.

لقد منع المشرع المغربي التبني بنص صريح في الفصل 149 في الفقرة 2-3، من (م.أ.ش.م) حيث جاء فيها: "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية تبني الجزء أو الوصية، ويعرف بالتنزيل منزلة الولد فلا يثبت به نسب ويجري عليه أحكام الوصية"<sup>2</sup>.

#### ب- القانون الكويتي.

لقد منع المشرع الكويتي أيضا التبني وذلك في المادة 167 إذ جاء فيها ما يلي: "لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب".

#### ج- القانون السوري.

كذلك المشرع السوري قد منع التبني في المادة 217 من (ق.أ.ش.س) إذ نصت على ما يلي: "لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب".

#### د- القانون التونسي.

لقد اتفقت أغلب القوانين العربية على تحريم التبني، إلا أن المشرع التونسي قد خرج عن هذا الإجماع وذهب إلى ما ذهب إليه القوانين الغربية في إجازة التبني<sup>3</sup> بمقتضى القانون رقم 27 لسنة 1998 في الفصلين الثامن والثالث عشر. ويشترط القانون التونسي في التبني الشروط التالية:

- 1- يشترط في المتبني أن يكون رشيدا، وأن يكون متزوجا أو فقد زوجته بوفاتها أو طلاقها.
- 2- أن يكون فارق السن بين المتبني والمتبني خمسة عشر سنة على الأقل.
- 3- يجوز للتونسي أن يتبنى أجنبيا.
- 4- يشترط موافقة الزوج الآخر على التبني إن كان طلب التبني من أحد الزوجين.
- 5- يجب أن يكون المتبني قاصرا ذكرا كان أو أنثى.

<sup>1</sup> م ع، غ أ ش، 18-01-2000، ملف رقم 234949، م ق، سنة 2001، ع خ، ص 158.

<sup>2</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 343.

<sup>3</sup> بن عطية بو عبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علوم الشريعة، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم علوم الشريعة جامعة وهران، 2002/2001، ص 58.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

- 6- يكون التبني بحكم قضائي.
  - 7- يحمل المتبني اسم متبنيه.
  - 8- يكون للمتبني ذات حقوق الأبناء الصليبين للمتبني.
  - 9- تظل موانع الزواج بين أقارب المتبني قائمة فلا يجوز له الزواج بمحرم منه من أسرته الحقيقية<sup>1</sup>.
- و- القانون الفرنسي.

لقد وردت أحكام التبني في المواد 343 إلى المادة 967 من (ق.م.ف)، وقد أدخلت تعديلات على هذه المواد بموجب قوانين لاحقة، وينقسم التبني في (ق.م.ف) إلى نوعين.

### -التبني الكامل.

لقد نظم المشرع الفرنسي أحكام التبني الكامل في المواد 343 إلى المادة 359 من (ق.م.ف)، وهذا النوع من التبني ينشئ رابطة النسب بين المتبني والمتبني. ففي التبني الكامل يطلب الزوجين غير المنفصلين جسمانيا تبني طفل، يتجاوز 15 سنة من عمره، ويشترط أن يكون موجودا في مراكز التبني منذ 06 أشهر على الأقل طبقا للمادة 354 من (ق.م.ف) ويكون للطفل المتبني نفس حقوق وواجبات الطفل الشرعي طبقا للمادة 356 من (ق.م.ف). ويمكن للطفل المتبني الحصول على إسم وجنسية العائلة التي تبنته، ويتحصل على شهادة ميلاد جديدة.<sup>2</sup>

### -التبني البسيط.

في هذا النوع من التبني لا يعتبر السن شرط أساسي، إذ لا يؤخذ بعين الاعتبار، طبقا للمادة 360 من (ق.م.ف)، وهذا النوع من التبني يرجع إلى المتبني كل الحقوق الأبوية، ويبقى الطفل على اتصال بعائلته البيولوجية، ويحتفظ بحقوقه حتى فيم يخص الإرث.

إن الطفل المتبني بالتبني الناقص له حقوق وواجبات على كلتا العائلتين، لكن إذا كان يحمل إسم عائلته المتبنية لا يمكن له أخذ جنسيتهم تلقائيا، ويمكن لجديه بالتبني أن يحرماه من الميراث، لكن يمكنه الحصول عليها علنيا حتى بلوغه سن الرشد. ولا يحصل على إسم المتبني بكامل حقوقه، طبقا للمادة 363 من (ق.م.ف). ويمكن سحب التبني الناقص لأسباب خطيرة بطلب من المتبني أو المتبني، ويمكن للطفل المتبني عند بلوغه سن الرشد أن يعلن الجنسية الفرنسية إذا كان يقطن في تلك الفترة بفرنسا. كما يمكن للطفل المتبني الحصول على الجنسية الفرنسية إذا احتضن في فرنسا لمدة 5 سنوات، ومترى عند شخص فرنسي الجنسية، أو أرسل إلى المصالح الاجتماعية للطفولة. وأيضا إذا

<sup>1</sup> محمد صبيحي نجيم، محمد صبحي نجيم، محاضرات في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 3، 1992، ص63.

<sup>2</sup> Yamina houhou, thèse La kafala en droit algerien et ses effets en droit français, université de Pau et des pays de L adour, 2014 ;p196.

محمد صبحي نجيم ، نفس المرجع ، ص61. علال آمال، التبني والكفالة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2010/2009، ص52.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

احتضن في فرنسا وتلقى حينئذ تكويناً فرنسياً لمدة 5 سنوات على الأقل إما عن طريق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة.<sup>1</sup>

### رابعاً: إحلال نظام الكفالة محل التبني.

تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية قرر المشرع الجزائري منع التبني شرعاً وقانوناً طبقاً لنص المادة 46 من (ق.أ.ج). ولكنه ونظراً للمشاكل وما ترتب على قضية التبني من أخذ ورد، وكذلك بالنسبة لوضعية بعض الأطفال اللقطاء، وبعض الأسر التي لا تسعد بالإنجاب، ارتأى المشرع الجزائري أن يلجأ إلى حل يتمثل في إقراره لنظام الكفالة، ونظم أحكامها في المواد 116 إلى 125 من (ق.أ.ج).

لقد عرّف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 116 من (ق.أ.ج): « الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي »<sup>2</sup>.

فالكفالة تهدف أولاً وقبل كل شيء إلى حفظ الأطفال اللقطاء والأيتام من الوقوع في أيدي المجرمين والمستغلين والذين اشتبهوا باستغلال الأطفال في عملياتهم الإجرامية سواء تمثل ذلك في التحريض على الدعارة أو السرقة مما يسبب ولا ريب في ذلك أمراض نفسية وعقلية للأطفال، تجعلهم ينزلون عن المجتمع وتساعد في تهيمشهم وبالتالي إلى الخروج عن الأخلاق والمبادئ الإسلامية والقانون. لذلك حث النبي صلى الله عليه وسلم على كفالة الأطفال حفاظاً عليهم من الضياع. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين وأشار إلى السبابة والوسطى ». إن الكفالة هي أحد المواضيع الأكثر جدالاً ونقاشاً وملتقيات بين الأوساط العلمية القانونية والشرعية وفي الجمعيات الخيرية خاصة تلك المكلفة برعاية الطفولة. وقد أخضعت هذه الأخيرة نظام الكفالة لشروط دقيقة ومحددة وضعها المشرع قصد تفريقها عن التبني، وحتى يتجنب كل خلط ودمج بينهما، ولمنع أي عملية احتيالية يكون من شأنها أن تسرب نظام التبني في القانون الجزائري في صورة مستترة.

### 1- شروط الكفالة.

هذه الشروط تتعلق بطرفي الكفالة، أي هناك شروط تتعلق بالكافل وأخرى تتعلق بالمكفول.

#### أ- الشروط الخاصة بالكافل.

تنص المادة 118 من (ق.أ.ج). على ما يلي: « يشترط أن يكون الكافل أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته... »<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> ق رقم (02-05) المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

من خلال هذه المادة يتضح لنا شروط الكافل وهي:

**1. شرط الإسلام:** اشترط المشرع في الكافل الديانة الإسلامية حتى يتربى الطفل على أساس تعاليمها ومبادئها ولكي يكبر مسلماً في مجتمع مسلم، والحكمة من ذلك حفظ الطفل خلقاً، وحتى يتحلى بأخلاق سامية كامتثال كمال الآداب مع من رباها وتعب في تربيته عن طريق طاعته والإحسان إليه، والعطف عليه مصداقاً لقوله تعالى: {وَاحْفَظْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا} <sup>2</sup>. وحكم عديدة أخرى.

**2. أن يكون عاقلاً.**

أي أن يكون معروف بحسن التصرفات والمعاملات، فلا يجوز وضع الطفل بين أيدي شخص معروف باستغلال الأطفال القصر في الدعارة، أو المتاجرة في المخدرات، أو له سلوك مخالف للأخلاق، فمثل هؤلاء غير مؤهلين للتكفل بأطفال قصر.

**3. الأهلية الكاملة.**

فالأهلية حسب (ق.م.ج) في مادته <sup>3</sup>40 لا تكتمل إلا ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة.

**4- القدرة على رعاية المكفول.**

طبقاً للمادة 118 يشترط أن يكون الكافل قادراً على رعاية المكفول، أي يكون قادراً على توفير الرعاية المادية اللائقة للمكفول والمعنوية، فيجب أن يكون الكافل يعمل ويتقاضى مبلغاً يكفيه لتغطية نفقاته العائلية سواء الضرورية أو الكمالية. أما من ناحية الرعاية المعنوية، فتشترط اللجنة أن يقوم الكافل بتعليم الطفل وتنشده اللجنة في ذلك، إذ تقوم بالمراقبة عن طريق موظفيها مهما طال الزمن، حيث أنها تعدّ ملفات مرقمة ومضبوطة وتراجعها دورياً لهذا الغرض <sup>4</sup>.

ولا فرق بين أن يكون الكافل رجلاً أو امرأة، وإذا أُقبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر.

**ب- الشروط الخاصة بالمكفول.**

لم يرد في (ق.أ.ج) شروط بالنسبة للمكفول.

ومن خلال استقراءنا لبعض النصوص القانونية يمكن لنا تحديد الشروط الواجب توافرها في المكفول.

**1. عن سن المكفول:**

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> سورة الإسراء، الآية 23.

<sup>3</sup> تنص المادة 40 من (ق.م.ج): «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر.. وسن الرشد 19 سنة».

<sup>4</sup> مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام وقانون الأسرة الجزائري، م المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة العلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، ع 09، جمادى الأولى 1425هـ - جويلية 2004م، ص 518-519.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

إن المادة 116 نصت فقط على الولد القاصر، وعليه بالرجوع إلى المادة 40 في فقرتها الثانية من (ق.م.ج) فالولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد 19 سنة كاملة.

### 2. عن نسب المكفول:

كما ورد في (ق.أ.ج)، المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب، وفي ذلك صورتان: 1- يمكن أن يكون الولد المكفول معلوم النسب وهو ولد لأبوين. فإذا كان الاثنان على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما، وإذا توفي أحد الزوجين أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن الكفالة، فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي. وأخيرا إذا توفي الأبوان معا، أو عاجزا عن التعبير عن إرادتهما لأسباب ما، يكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد<sup>1</sup>.

وكثيرا ما تكون الكفالة للطفل المعلوم النسب بين الأقارب، كأن يكون المكفول إما أخ الكافل، أو ابن أخته، وطبقا للمادة 120 من (ق.أ.ج): « يجب أن يحتفظ المكفول المعلوم النسب بنسبه الأصلي»<sup>2</sup>.

2- أما إذا كان الولد المكفول مجهول النسب كاللقيط مثلا، فإن مدير الصحة العمومية والسكان المختص هو الذي يوافق على الكفالة. وأما عن نسب الطفل المجهول النسب، فنصت على ذلك المادة 120 من (ق.أ.ج): « ... إذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية». وبالرجوع إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية في الفقرة الثالثة، نجدها تنص على ما يلي: « ... يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي»<sup>3</sup>.

ولا فرق بين أن يكون المكفول ذكرا أو أنثى. وفيما بعد صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 المتمم للمرسوم رقم (71-157) المؤرخ في 03 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

### خامسا: المرسوم التنفيذي رقم (92-24) الخاص باستحقاق المكفول بالكافل.

لقد أثار هذا المرسوم التنفيذي - مرسوم غزالي - ضجة كبيرة في وسط المجتمع الجزائري بين مؤيدين ومعارضين، ونتيجة لهذا الجدل القائم حول هذا المرسوم سندرس محتوى هذا المرسوم، ثم نرى الطبيعة القانونية لهذا المرسوم.

<sup>1</sup> الغوثي بن ملح، نفس المرجع، ص 170.

<sup>2</sup> رقم (02-05) المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في 09/06/2005، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> الأمر رقم (70-20) المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

1- محتوى المرسوم التنفيذي رقم (92-24).

جاء المرسوم بالتعديل التالي:

المادة الأولى. يضاف المقطع 2 أدناه: "كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا 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 قاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب".<sup>1</sup>

المادة الخامسة مكرر 1: "يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون".<sup>2</sup>

المادة الخامسة مكرر 2: "لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 03 أعلاه، عندما يطلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى المقطع 02 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 الأولى، المقطع 02، أعلاه.

ويصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، ويكون محل التسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 05 مكرر أعلاه".<sup>3</sup>

إن الجدير بالذكر أن فحوى المرسوم يقضي باستلحاق المكفول بالكافل عن طريق التسمية، بحيث يمكن للكافل أن يعطي لقبه للمكفول مع العلم أنه يعلم علم اليقين أنه ليس من صلبه.

وفي الحقيقة، أنه ما يفهم من النصوص السابقة الذكر أن مرسوم غزالي أقرب إلى التبني، لأن من آثار التبني، أن يأخذ الطفل لقب من تبناه.

2- الطبيعة القانونية لمحتوى المرسوم التنفيذي.

يرى الأستاذ مصطفى معوان أن الطبيعة القانونية لما جاء في مرسوم غزالي من الوجهة القانونية ما هو إلا نظام التبني، ولا ينتابنا شك في ذلك. نظرا لما جاء به المرسوم وهو استلحاق المكفول بالكافل عن طريق اللقب ويظيف قائلا: نحن أمام تبني تام يجعل للمكفول حق الإرث، لأن هذا المرسوم خلق سببا من أسباب الإرث ألا وهو القرابة، ودليل ذلك ما جاء في المادة 126 من (ق.أ.ج) «أسباب الإرث القرابية».

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 المتمم للمرسوم رقم (71-157) المؤرخ في 03 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> المرجع السابق.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

هذه الآثار تجعل من العلاقة الموجودة بين الكافل والمكفول تشبه إلى حد بعيد العلاقة التي تربط الأب بأبنائه الشرعيين.

لذا نعود ونؤكد أن هذا المرسوم أدخل التبني في القانون الجزائري بصورة مستترة، مع أن القانون الجزائري سار على نهج أحكام الشريعة الإسلامية وحرّم بدوره التبني صراحة في المادة 46 من (ق.أ.ج)، وعلى ذلك فإن التعارض بين قانون الأسرة والمرسوم التنفيذي رقم (92-24) تعارض صارخ من الناحية القانونية<sup>1</sup>.

### سادسا: الآثار المترتبة على عقد الكفالة.

إن الكفالة تحدث نفس الآثار التي تخلفها علاقة القرابة إلى حد ما. ونقصد هنا بالقرابة التي توجد بين الأب وابنه الشرعي.

ويتضح من نص المادة 116 - 121 - 122 - 123 من (ق.أ.ج)، أن الكفالة ترتب آثارا بالنسبة للكافل وبالنسبة للمكفول.

### 1- حقوق وواجبات الكافل.

نبدأ بدراسة حقوق وواجبات الكافل، لأنه هو الطرف الأهم في هذه العلاقة ولأن القانون خصّه بمواد تحدد واجباته وحقوقه.

#### أ- حقوق الكافل.

تنتقل الولاية القانونية للكافل على نفس المكفول بمقتضى عقد الكفالة، طبقا للمادة 121 من (ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي: « تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»<sup>2</sup>. وعليه فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربية المكفول ورعايته، كما له الحق في مراقبة علاقات المكفول ونشاطاته، فله أن يمنع زيارات أشخاص إن كانوا ممن لا يستحب رفقتهم وذلك حتى يضمن له أخلاقا سليمة، كما له الحق في تربيته بما يراه هو أجدر اتباعا.

وأخيرا فإن الكفالة تخول للكافل الحق في إدارة أموال المكفول لصالحه حتى يبلغ سن الرشد، فيعهد له إدارة أمواله ومباشرة حقوقه بنفسه طبقا لنص المادة 122 من (ق.أ.ج): « يدير الكافل أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول»<sup>3</sup>.

#### ب- واجبات الكافل.

<sup>1</sup> مصطفى معوان، نفس المرجع، ص528.

<sup>2</sup> ق رقم (05-02) المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.  
<sup>3</sup> المرجع السابق.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

أما الواجبات التي تقع على الكافل تتمثل في واجب التربية والرعاية وواجب النفقة، وهي تشمل الغذاء، والسكن والعلاج والكسوة، وغيرها. مثلما هو معتاد في معاملة الأب لابنه الصليبي، وهذا ما يستشف من نص المادة 116 من (ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي: «الكفالة التزام على وجه التبرع بولد قاصر من نفقة ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي»<sup>1</sup>. وينفق الكافل على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إذا كان ذكراً، وأولى حين زواج البنت المكفولة. كما على الكافل أن ينفق على المكفول إذا كان عاجزاً حتى بعد أن يبلغ سن الرشد.

### 2- حقوق وواجبات المكفول.

تجدر الإشارة إلى أن حقوق وواجبات المكفول تبرز في مرحلتين مختلفتين من حياته، إذ تظهر الحقوق في مرحلة الصبي عامة، بينما تظهر الواجبات بعد البلوغ أي حينما يصبح قادراً على التكفل بشؤونه بدون مساعدة الكافل.

#### أ- حقوق المكفول.

فأما الحقوق فلا تحتاج إلى أن نردها، فلقد درسناها من خلال تعرضنا لواجبات الكافل، وما يمكن أن نصيفه فقط أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع بماله للمكفول في حدود الثلث، طبقاً لنص المادة 123 من (ق.أ.ج): «يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة»<sup>2</sup>.

#### ب- واجبات المكفول.

جاء في الكثير من المواقع في الكتاب الحكيم والسنة بوجوب طاعة الوالدين ورعايتهما، جزاء لما بذلاه من جهد وعناية ورعاية لأولادهما فقال تعالى: ﴿رَوْقَصَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ وَلَا تَنْهَرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾<sup>3</sup>. فذلك الكافل يقضي معظم وقته في العمل حرصاً على ضمان قوت المكفول، في سبيل تمكينه من العيش في غنى عن الحاجة ويسعى لتربيته أحسن تربية وتعليمه، أليس من واجب المكفول طاعة هذا الشخص الذي كفله صغيراً، والرفق به في الكبر بل والترحم عليه بعد الممات مثله مثل الأب الحقيقي. كما يجب على المكفول الذي بلغ سن الرشد الإنفاق على كافله إذا كان عاجزاً في حاجة إلى النفقة، وتتضمن النفقة مراعاة احتياجات الكافل من الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، فهي عبارة عن مساعدة الطفل المكفول لكافله الذي رياه وسهر عليه، فهي أعظم واجب على عاتق المكفول.

#### المطلب الثاني: ثبوت النسب بالإقرار.

<sup>1</sup> المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> سورة الإسراء، الآية 23.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

إن الإقرار بالنسب أيا كان نوعه، سواء كان إقرار فيه تحميل النسب على نفس المقر أو فيه تحميل النسب على الغير، له وضع خاص أحاطه الفقه والقانون بضمانات وشروط خاصة سواء تعلقت بالمقر نفسه أو المقر له بالنسب. ومتى توافرت هذه الشروط كان الإقرار حجة في ثبوت النسب.

لقد اتفق الفقهاء على أن الإقرار يثبت في حق من أقر به كما يثبت بالفراش وغيره من طرق إثبات النسب الشرعية، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية اختلفت فيما يشترط لصحة الإقرار بالنسب<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

تنص المادة 44 من (ق.أ.ج): «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة»<sup>2</sup>. من خلال نص المادة 44 يتضح لنا شروط ثبوت النسب بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير.

### أولاً: الإقرار بالبنوة.

يشترط لثبوت النسب بالإقرار بالبنوة جملة من الشروط نوجزها في ما يلي:

#### 1- ألا يكون المقر به مشهور النسب.

أي أن يكون الولد مجهول النسب، ومجهول النسب شرعا هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، أو البلد الذي هو فيه، فإذا كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، لأن الشرع يقضي بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص لا يقبل منه الانتقال إلى غيره<sup>3</sup>. فقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير موالیه. فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ادعى إلى غير أبيه أو ادعى إلى غير موالیه فقد كفر»<sup>4</sup>. واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان فإنه لا يصح ادعاؤه بالنسب وإحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه، فيما ادعاه، من أن الولد ليس منه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص324.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تفتين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> أبي إسحاق الشيرازي، ج5، الجنايات السيروالجهاد- الحدود- الأفضية والشهادات والإقرار، نفس المرجع، ص704. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلد 20، ص7663.

<sup>4</sup> أحمد بن حنبل، المسند، وبهامشيه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المجلد الثاني، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، ص74.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع ص690، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص208.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 44 من (ق.أ.ج) والتي نصت على ما يلي: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"<sup>1</sup>.

كذلك المشرع المغربي في الفصل 160 من (م.أ.ش.م) والتي نصت على أنه: "يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية: ..... أن يكون الولد المقر به معلوم النسب"<sup>2</sup>.

كذلك المشرع السوري في المادة 134 من (ق.أ.ش.س) على أنه: "الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر"<sup>3</sup> جاء في المذكرة الإيضاحية: «أن يكون المقر له مجهول النسب، فلو كان معلوم النسب من أب معين بطل الإقرار، لأنه مكذب شرعا، ومن هذا القبيل ما إذا ثبت أن أم هذا الولد لم تزله لغير المقر حتى ماتت»<sup>4</sup>.

لم يبين المشرع الجزائري ولا المغربي ولا المذكرة الإيضاحية من هو مجهول النسب، وحتى القضاء الجزائري لم يبين من هو مجهول النسب خلافا للقضاء المصري الذي بين من هو مجهول النسب، إذ أقرت محكمة النقض المصرية: «... ولئن اختلفت الأقوال في مذهب الحنفية حول من يعتبر شخصا مجهول النسب، فذهب البعض إلى أنه من لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، وقرر البعض الآخر أنه الذي لا يعلم له أب في البلد الذي يوجد فيه، إلا أن القول على أنه يراعى في الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب في البلدين معا دفعا للحرج وتحويطا في إثبات الأنساب»<sup>5</sup>.

### 2- ألا يكذبه الحس.

أي أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة. أي أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله لمثل من يقر بنسبه، وذلك في سن تسمح بأن يكون ابنا للمقر، فلو كان المقر له بالبنوة أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو مقاربا، بحيث لا يمكن أن يكون ابنا للمقر عادة لم يصح إقراره، ولأن العقل والعادة يكذبه في هذا الإقرار، فمن قال لغلام هذا ابني، وكان سن الغلام

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة صيغة مهيئة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

<sup>3</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2000م.

<sup>4</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 1408 هـ - 1988م، ص 802.

<sup>5</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 74.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار، لأن العقل والعادة يكذب هذا الإقرار، وبالتالي لا يثبت النسب بهذا الإقرار، لأنه كاذب<sup>1</sup>.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في (ق.أ.ج) في المادة 44 إذ جاء فيها ما يلي: «... متى صدقه العقل أو العادة»<sup>2</sup>.

كذلك المشرع المغربي نص على هذا الشرط في الفصل 160 من (م.أ.ش.م) والتي نصت على أنه: "يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية: ... ألا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقلا أو عادة"<sup>3</sup>.

جاء في المذكرة الإيضاحية: «ألا يكذبه العقل، مثل كون المقر ليس أسن ممن ادعى أنه ولده بحيث يكون فرق السن بينه وبين الولد لا يحتمل هذه البنوة، لأنه كذبه الحس، فلم يصح الإقرار لاستحالته، كأن يستلحق من ولد في بلد بعيد لم يدخله قط»<sup>4</sup>.

لقد كان القانون السوري أكثر توضيحا لهذا الشرط فقد نص في المادة 134 الفقرة الأولى من (ق.أ.ش.س) على أنه: «يثبت النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة»<sup>5</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية: "يشترط لصحة الإقرار بالبنوة أو الأبوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكنا ولادته لمثل المقر"<sup>6</sup>.

كذلك إذا نازع المقر في إقراره منازع غيره لم يثبت نسبه، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارض الإقراران، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

لقد نص المشرع الجزائري على هذين الشرطين في المادة 44 من (ق.أ.ج). إلا أن الفقهاء أضافوا شروطا أخرى بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه وهي:

### 1- أن يصدقه المقر له في إقراره إذا كان أهلا للتصديق.

ذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور ومميزاً عند الحنفية، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره، إلا ببينة أو تصديق، فإذا كان المقر له طفلاً غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق، لأنه ليس أهلاً للتصديق، فلا عبارة له بل كلامه لغو لا يتلفت إليه، وفي

<sup>1</sup> رمضان على السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 585. كمال لدرع، نفس المرجع، ص 93، مصطفى السباعي، نفس المرجع، ص 266

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

<sup>4</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 1408 هـ - 1988 م، ص 802.

<sup>5</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2000 م

<sup>6</sup> معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط5، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1990، ص 48.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ثبوت نسبه من المقر مصلحة له، فلا يتوقف على التصديق<sup>1</sup>. وقال المالكية، ليس تصديق المقر به شرطاً لثبوت النسب من المقر، لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه، إذا لم يقد دليل على كذب المقر<sup>2</sup>.

لم تشترط المادة 44 من (ق.أ.ج) تصديق المقر له بالبينة، سواء كان مميزاً أو غير مميز، فإذا توافرت هذه الشروط ثبت النسب وصار المقر له إبناً للمقر. ومن ثمة تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والديهم ومنها النفقة والميراث، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي الذي لا يشترط تصديق المقر له لثبوت النسب من المقر كما أسلفنا.

خلافاً للمشرع الجزائري، فإن المدونة المغربية أخذت برأي الجمهور وذلك في الفصل 160 من المدونة: "...أن يوافق المستلحق-بفتح الحاء-إذا كان راشداً حين الاستلحاق. وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد"<sup>3</sup>.

كذلك المشرع السوري في المادة 160: "...ولا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان مكلفاً"<sup>4</sup>.

لقد نصت المذكرة الإيضاحية أيضاً على هذا الشرط وأخذت برأي الجمهور إذ جاء فيها:

«... أن يصدق الولد المقر له إذا كان بالغاً، وهذا على خلاف المذهب الحنفي الذي يشترط التصديق من المميز أيضاً ولكنه مذهب الإمامين الشافعي وأحمد، وقد راعى المشروع في ذلك أن طور التمييز لا يتأتى فيه البصر العميق بالأمر من جميع جوانبها، فالتمييز فيه غير تام ولا مستوعب للنتائج، والوعي فيه ينبعث عن عقل غض لم ينضج، ولم تكمل استنارته، ومن مصلحة الذي لم يبلغ حدّ التكليف أن يثبت نسبه دون توقف على التصديق حتى يستفيد بوجود من يتعهده، ويباعد بينه وبين منابع المرارة والنقمة على المجتمع، ويصان من الضياع المادي والأدبي»<sup>5</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية: «نص الفقهاء على أنه إذا أقر شخص بنسب ولد يثبت

نسبه منه إن كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله وصادق المقر له إذا كان مميزاً»<sup>6</sup>.

### 2- ألا يدعي المقر بأن الولد ابنه من الزنا.

هذا لأن النسب نعمة تثبت من الزواج، والزنا جريمة، ولا يصح أن يثبت النسب من الجريمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الْوَلَدُ لِلْفَرْشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»<sup>7</sup>. ولكون النسب نعمة وهي لا

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 289، محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 398.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 691.

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة 2016

<sup>4</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 09/07/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيّدة ومنقحة، سنة 2000م

<sup>5</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية في القضاء في الكويت، 1408هـ- 1988م، ص 502.

<sup>6</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 75.

<sup>7</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي، والجماعة أحمد وأصحاب الكتب السنة.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

تتال بالمحذور وفعل الجريمة<sup>1</sup>. ويقول جلّ شأنه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾<sup>2</sup>.

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 44، وكذلك المشرع المغربي والسوري بخلاف المذكرة الإيضاحية التي كانت أكثر وضوحاً إذ نصت على أنه: «ألا يصرح بأن الولد من الزنا، فإن صرح بهذا السبب غير المشروع لم يثبت النسب، لأنه نفي الفراش»<sup>3</sup>.

إلا أن المحكمة العليا الجزائرية استقرت في قراراتها على أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه إذ جاء في قرار لها: «من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً.

ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إذ كان الثابت - في قضية الحال - أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة»<sup>4</sup>.

لقد اشترط الحنفية لصحة الإقرار بالنسب أيضاً حياة الولد، فلو أقر شخص بأن فلان ابنه، وكان المقر له بالبنوة ميتاً، لم يصح هذا الإقرار، ولا يثبت به النسب إذ لا حاجة بعد الوفاة لإثبات النسب، لأنه لا يحتاج الميت إلى تكريم ولا تشريف. واستثنى الحنفية منه ما إذا كان للإبن المتوفى أولاد، فإن الإقرار بنسبه بعد وفاته يكون صحيحاً، رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم.

لم يشترط المالكية حياة الولد المقر به، لأن النسب حق للولد على أبيه، فلا يتوقف إثباته على حياة الولد، كما لا يتوقف على تصديقه، إلا أن الأب لا يرث الإبن الذي استلحقه، إلا إذا كان له ولد، أو كان المال قليلاً، حتى لا يتهم الأب بأن إقراره لأجل المال الكثير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لقد صدرت عدة فتاوى من دار الإفتاء المصرية، مفادها أن الإقرار بالبنوة لا يصح إذا صرح المقر بأن هذا الولد ابنه من الزنا، فتوى رقم 961 لفضيلة الشيخ علام نصار. "سئل الشيخ عن بنت من الزنا قيدها شخص باسمه، فهل له أن يستلحق مثل هذه المولودة، فيثبت في دفتر المواليد أنه والدها أم أن مثل هذه المولودة تعتبر مجهولة النسب فلا تستلحق؟ وما قيمة الإقرار في دفتر المواليد شرعاً؟ فأجاب: إن هذه المولودة لا يثبت نسبها، لأن وطأه لأمرها محض زنا، كما روته النيابة على لسانها، وعن الثاني أن استلحاق الشخص الذي قيد هذه المولودة لنفسه غير مقبول شرعاً ولا يثبت به نسب البنت منه، والجواب عن السؤال الثالث، أنه لا قيمة لإقراره بنسب البنت إليه وقيدها باسمه في دفتر المواليد... والله أعلم". الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، يشرف على إصدارها فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، والدكتور جمال الدين محمد محمود، المجلد 6، ط2، ص2183-2184.

<sup>2</sup> سورة النحل، الآية 72.

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408 هـ / 1988 م.

<sup>4</sup> م ع، غ أ ش، 1984/10/08، ملف رقم 341137، م ق، 1989، ع 04، ص 79.

<sup>5</sup> كمال لدرع، نفس المرجع، ص 553، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، 692.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

لم تشترط المادة 44 من (ق.أ.ج) حياة المقر له بالولد، ولا التشريعات العر بية وبذلك تكون قد أخذت بالمذهب المالكي.

يقول فقهاء الحنفية أن النسب يصح بدون بيان سببه، كما لو سكت المقر دون أن يصرح صراحة عن سبب العلاقة بينه وبين أم الولد، ويحمل حينئذ على أن السبب شرعي صحيح حتى ولو كان الظاهر يكذب هذا الإدعاء. وذهب المالكية أنه إذا كان الظاهر يكذب إقرار الرجل فلا يثبت النسب.

لقد رجّح الدكتور عبد الرحمن الصابوني قول المالكية إذ قال: «ليس من المنطق ولا من المعقول بشيء أن يدعي شخص بنوة لقيط أو لاجئ لم يثبت أي لقاء بينه وبين أم هذا الولد بدعوى أنه لم يذكر سببا للصلة الزوجية فصَحَّ إقراره»<sup>1</sup>.

### ثانيا: إقرار الولد بالأبوة أو الأمومة.

كما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد، يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين، أو بأمومة امرأة معينة، وتثبت الأبوة والأمومة إذا توفرت شروط ثلاثة:

- 1- أن يكون المقر مجهول النسب.
- 2- وأن يولد مثله لمثل المقر له منها.
- 3- وأن يصدقه المقر له مطلقا، لأنه لا يكون إلا كبيرا أو كبيرة. ويزيد إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا.

أما إذا كذبه المقر له، فإن للمقر في هذه الحالة أن يثبت إقراره بالبينة، فإذا عجز عن ذلك يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقر، وإن نكل ثبتت دعوى المقر، فيثبت نسبه من المقر له.

أما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أنت به من سفاح، وتوافرت الشروط الثلاثة السابقة، وأثبتت ولادته من الزنا ثبت نسبه منها، وهذا كذلك إن صدقته. وإن لم تصدقه في إقراره فإنه يستطيع إثباته بالبينة، وإن عجز عن الإثبات بالبينة تحلف المرأة المقر لها بأن المقر ليس ابنها، فإن حلفت بطل الإقرار، ولم يثبت نسبه منها، وإن نكلت ثبت نسبه منها<sup>2</sup>.

### ثالثا: الإقرار بالأمومة "إقرار المرأة بالولد".

كما يقبل الإقرار من الرجل بالبنوة يقبل من المرأة الإقرار بالأمومة بشرط ألا يكون للولد أم معروفة، وأن يولد مثله لمثلها، وأن يصدقها الولد في هذا الإقرار، ويقتصر النسب عليها إن لم تكن زوجة ولا معتدة، فيثبت بإقرارها من غير بينة أصلا، لأن فيه إلزام على نفسها دون غيرها، فإن كانت

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص176.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص699، أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص209، عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص98 وما بعدها.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد ليس من هذا الزوج أي أقرت بالولد يثبت النسب منها بإقرارها، لأن في هذا الإقرار إلزام لنفسها لا لغيرها، وهي أهل للالتزام بالنسب كالرجل. فإن لم تدع أنه من غير زوجها، لا يثبت النسب من زوجها، إلا إذا صدقها الزوج في ذلك الإقرار، لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها وهو الزوج، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابلة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منهما معا<sup>1</sup>.

إن الفرق بين إقرار المرأة ببنة ولد من الزنا، وإقرار الرجل بذلك. أنه يصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف، وعند الجعفرية على الخلاف، لأن ولادته واقعة محسوسة لا يمكن إنكارها.

لم يفصل المشرع الجزائري في هذه الحالات الخاصة بإقراره المرأة وأحال ذلك لما ورد في الفقه الإسلامي تطبيقاً للمادة 222 من (ق.أ.ج). وقد قضت المحكمة العليا، بأنه: «من المقرر قانوناً أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحاً ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته القانون غير سديد يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحاً، وثم فإن قضاة المجلس بموافقته على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس فقد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن»<sup>2</sup>.  
لم يرد في التشريع المغربي والسوري أيضاً تفصيلاً لهذه الحالات الخاصة بإقراره المرأة.

خلافاً للتشريعات السابقة، فإن المذكرة الإيضاحية ذكرت الحالات الخاصة بإقرار المرأة، إذ جاء فيها: «وفي إقرار الأم بنسب الولد تراعى شروط إقرار الرجل بالولد أيضاً، وألا تكون ذات زوج، ولا معتدة وقت أن ولد، فيثبت النسب منها حينئذ بإقرارها. لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها»<sup>3</sup>. ولا يشترط أن يكون المقر صحيحاً، فيصح الإقرار بالنسب ولو في مرض الموت، متى توافرت شروط الإقرار<sup>4</sup>. ونصت على ذلك صراحة المادة 44 من (ق.أ.ج) بنصها: «... ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

جاء في المذكرة الإيضاحية «... في إقرار الرجل بالبنة صحيحاً كان أو مريضاً، وسواء أكان الولد صغيراً أم كبيراً، حياً أو ميتاً، يثبت نسبه من الرجل المقر متى توافرت الشروط الآتية...»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 698-699، حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، سنة 1998م، ص 294.

<sup>2</sup> م ع، غ أش، 1988/12/19، ملف رقم 51414/م ق، 1991، ع 3، ص 52.

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408 هـ / 1988م، ص 803.

<sup>4</sup> مصطفى السباعي، نفس المرجع، ص 266.

<sup>5</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408 هـ / 1988م، ص 807.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

نصت المدونة المغربية أيضا على جواز الإقرار بالنسب ولو في مرض الموت في الفصل 160 إذ نص على مايلي: "يثبت النسب بإقرار الأب ببنة الولد ولو في مرض الموت بمجهول النسب، يثبت به النسب من المقر بالشروط الآتية...<sup>1</sup>". وكذلك القانون السوري في الفقرة الأولى من المادة 134<sup>2</sup>. مما ينبغي ملاحظته أنه إذا ثبت النسب لا يمكن نفيه، لأن النسب إذا ثبت لا ينفك بأي حال<sup>3</sup>. وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/02/24 بأن: «الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد ولا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج»<sup>4</sup>. جاء في المذكرة الإيضاحية «... وواضح أن النسب الثابت بالإقرار على هذه الوجهة لا يقبل النفي، ولا يتحول من شخص إلى غيره، كما هو مقرر في كل نسب ثابت»<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: ثبوت النسب بالإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.

يقصد به الإقرار بنسب محمول على الغير، وهو الإقرار بما يتفرع عن النسب. أي أن الإقرار يتعدى المقر إلى غيره، كأن يقر شخص بأن هذا أبوه أو عمه. وعليه يتوقف ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره.

والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره ولا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير. فيرد إقراره بالنسب، فلا يثبت به نسب المقر، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه<sup>6</sup>. فلذلك لا يصلح هذا الإقرار وحده لثبوت النسب. فبالإضافة إلى الشروط السابقة، يزداد عليه شرط آخر، وهو تصديق الغير. فإذا قال شخص هذا أخي، ففيه تحميل النسب على الغير وهو الأب، فيشترط لثبوت نسبه أن يصدقه أبوه فيه<sup>7</sup>. وإذا قال هذا عمي، ففيه تحميل النسب على الغير أيضا، لأن معناه هذا ابن جدي فيشترط أن يصدقه جدّه فيه.

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من (ق.أ.ج) بنصّها: «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه». فمن خلال هذه المادة يتضح أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير لا يكون وحده كافيا لثبوت النسب، فيشترط أن يصدقه المقر عليه.

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص383.

<sup>2</sup> قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07م، المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيّة ومنقحة، 2000.

<sup>3</sup> "الإقرار بالبنوة يثبت به النسب شرعا متى تحققت شروطه الشرعية. النسب الصحيح لا يقبل التحويل". المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد السادس، ص 2099.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ص55.

<sup>5</sup> المذكرة الإيضاحية، نفس المرجع، ص803.

<sup>6</sup> عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، سنة1424هـ-2003م، ص256. محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص180.

<sup>7</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص693.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

إذن ثبوت النسب بالإقرار في هذه الحالة معلق على تصديق المحمول عليه على هذا الإقرار، وإن لم يصدق المحمول عليه وأصرّ المقر على إقراره، فله أن يقيم البينة على صحة الإقرار، أو أن يصدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته، لأن تصديقهم يعتبر بينة، فيثبت النسب بالبينة لا بالإقرار. وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/12/15 إذ جاء فيه: "...ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة 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 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحالة التي يحكمها قانون الأسرة. كما أنه لا يمكن الجمع بين....

وعليه فإن قضاة الموضوع لما لم ينتهوا على وجوب سماع شهادة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب.<sup>1</sup> فإن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة، أو لم تقم بينة على صحة الإقرار، يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا فقيرا، والمقر هو موسرا، وبشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه، هذا رأي الحنفية. قال المالكية يأخذ المقر له بالأخوة المقدر الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره. فإذا أقر ولد بأخوة آخر، وأنكر الولد الآخر، أخذ المنكر نصف التركة وشارك المقر له المقر في النصف الآخر عند الحنفية. وعند المالكية يأخذ المنكر نصيبه كاملا ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة.<sup>2</sup>

أما عن شكل الإقرار فلم ينص المشرع الجزائري على شكل معين للإقرار وبالتالي يجوز الإقرار بالنسب في أي شكل كان شفويا أو مكتوبا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: «... حيث أن المادتين 40 و 44 من قانون الأسرة يثبتان أن النسب بالإقرار دون تحديد لأي شكل يقع به هذا الإقرار لحمل في بطن أمه....»<sup>(3)</sup>.

بخلاف المشرع الجزائري، فإن المشرع المغربي حدد شكل الإقرار في الفصل 161: "يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> م ع، غ أش، 1998/12/15، ملف رقم، 034202، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص 77.

<sup>2</sup> وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 693.

<sup>3</sup> نبيل صقر أحمد لعور، نفس المرجع، ص 41..

<sup>4</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 03، 1424 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: «الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقرًا بالحق استثناء من قاعدة لا ينسب لساكت قول»<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر « إن المقرر في فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهرًا وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما في البطن»<sup>2</sup>.

ولم يحدد المشرع الجزائري في (ق.أ.ج) مكان الإقرار، فهل يشترط أن يتم الإقرار أمام القاضي؟ بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا، فإننا نلاحظ وجود غموض وإبهام، وهذا ما يتضح من خلال القرارين التاليين:

1- «من المقرر قانونًا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر... كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونًا لتلقي الإقرار. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون»<sup>3</sup>.

يفهم من رفض المحكمة الإقرار الذي تم أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية وقولها أنها غير مؤهلة قانونًا لتلقي القرار أن هناك جهة مختصة لتلقي الإقرار، إلا أن المحكمة العليا لم تفصح عنها، وبالتالي يبقى الإشكال مطروح والأمر غامض، فهل يتم الإقرار أمام المحكمة؟

2- «من المقرر شرعًا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في بيان أحكام الإقرار... ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة....»

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعية عن إقرار 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 الأسرة.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه «<sup>4</sup>.

يفهم من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام المحكمة.

<sup>1</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 69.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> م ع ، غ أ ش ، 1998/11/17، ملف رقم 210478، م ق 2001، عدد خاص، ص 85.

<sup>4</sup> م ع ، غ أ ش ، 1998/12/15، ملق رقم 202430، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص 77.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

أما أهم ما يجب علينا أن نلاحظه بصدد الحديث عن ثبوت النسب بطريق الإقرار أو الاعتراف ببنوة أو أبوة أو أمومة الولد المجهول النسب. هو أن يكون المعترف أو المقر ببنوته أو أبوته أو أمومته، كان قد نتج عن زواج صحيح أو فاسد أو وطء شبيهة، لأنه إذا أقر شخص بأنه عاشر امرأة معاشرة غير شرعية فأنجبت الولد المعترف به فإن إقراره لا قيمة ولا شرعية له، وبالتالي لا يجوز إسناد نسبه إلى أي رجل، ولا تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب وإسم أي شخص عدا إسم أمه ولقبها.

لهذا يمكن القول بأنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية وقانونية الزواج قبل أن يبحث في إثبات النسب، ولا يجوز له أن يحكم بإسناد نسب أي مولود إلى المدعي ببنوته أو أبوته استنادا إلى إقراره إلا بعد أن يكون قد تحقق له وثبت لديه قيام عقد زواج شرعي وقانوني قبل مدة مناسبة من تسجيل دعوى النسب لدى كتابة الضبط بالمحكمة، وأن يكون قد توافرت لديه شروط الزواج، وشروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا وقانونا لمدة الحمل. ولإثبات قيام مثل هذا الزواج يجب على مدعي الأبوة أو البنوة أن يقدم رخصة طلب إثبات النسب وثيقة عقد زواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، تطبيقا لنص المادة 21-22 من (ق.أ.ج) <sup>1</sup>. المتعلقة بإثبات الزواج وتسجيله، لأنه لا يقبل القاضي لا منطقيا ولا عقليا ولا شرعا أن يحكم للمدعي بما يعتبر أثرا من آثار الزواج دون أن يكون قد تأكد من قيام هذا الزواج وشرعيته أو قانونيته، ولأنه لو قلنا أن القاضي الذي تطرح عليه دعوى النسب لا يلزم أن يبحث عن شرعية أو عدم شرعية أو قانونية الزواج، وأنه يكفي أن يقتنع بوجود علاقة أبوة بين المدعي والمدعى ببنوته استنادا فقط إلى شهادة شهود أو وثائق عرفية أو اعترافات أو إقرارات مشبوهة، فإننا نكون قد فتحنا مجالا واسعا للفسق واختلاط الأنساب، وقدمنا كل المساعدات والتسهيلات، بل وحفزنا كل زان وزانية على القيام بعلاقات غير شرعية لأنهما يكونان مطمئنان أنه لما يولد لهما ولد، فيذهبان إلى المحكمة، ويقران أن الولد ولدتهما، وما على القاضي إلا أن يقول «أمين» ثم يقرر إسناد نسب الولد إلى والده الذي ادعاه، وأن تلك المرأة هي أمه، وبذلك يسوى نسب الأولاد الشرعيين والأولاد غير الشرعيين بموجب أحكام قضائية وهذا ما يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية <sup>2</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/02/24، على ضرورة توافر شروط صحة الزواج في الإقرار، وإذا كان الزواج عرفي وشرعي فيتم إثباته بحكم قضائي أولا، ما دام المشرع

<sup>1</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.  
<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص216، 217.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الجزائري يعترف بالزواج العرفي، إذ جاء في هذا القرار: «... الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد ولا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج...»<sup>1</sup>.

أما عن مكانة الطرق العلمية من الإقرار، فلقد أجمع الفقهاء على أن الإقرار يعتبر أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب، لأن الإقرار حجة على من أقر على نفسه بحق من الحقوق الشرعية<sup>2</sup>، فهل الطرق العلمية، لاسيما البصمة الوراثية تقدم على الإقرار نظرا لقوتها؟.

يقول الدكتور خليفة علي الكعبي: " أنه وبالإطلاع على مؤلفات العلماء المعاصرين، باعتبارهم أهل العلم والذكر، وذلك فيما يخص البصمة الوراثية، تبين لي أن العلماء مجمعون على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية باعتباره حجة شرعية تدين المعترف على نفسه بما عليه أو في ذمته من حقوق، كمن أقر بالزنى، أو أقر أن هذا ابني، وذلك بتوافر جميع الشروط المعتبرة للإقرار، سواء بالنسبة للمقر، أو المقر له أو المقر به. ففي هذه الحالات لا خلاف ألمسه بين علمائنا المعاصرين في تأخير البصمة الوراثية على الإقرار.

ثم يضيف قائلاً: ولتوضيح ذلك كله فإني أستطيع أن أقول إن البصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار<sup>3</sup>.

والحالات التي لا تمسها البصمة الوراثية عند وجود الإقرار هي:

**1-** إذا أقر الرجل بنسب مجهول النسب وتوفرت شروط الإقرار بالنسب، فإنه يلتحق به للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا عبر المقر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار، إلا أن هناك من يجيز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا كذب المقر له المقر، باعتبار أن النسب حق للولد، فينبغي على الأب أن يثبتته بأي دليل، والذي تحل محله البصمة الوراثية في ظل غياب أي دليل آخر، بشرط رضا المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية<sup>4</sup>.

**2-** إقرار بعض الأخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة، ولا يثبت به نسب، وتقتصر آثاره على المقر في حدود نصيبه من الإرث<sup>5</sup>، لأن من الشروط المعتبرة للإقرار المحمول على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب، وفي حالة عدم تحقق ذلك فلا مجال للبصمة الوراثية في هذه الحالة.

يضيف الدكتور عمر بن محمد السبيل حالة أخرى يسقط فيها دور البصمة الوراثية بوجود الإقرار، وذلك في حالة إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناء على قول البصمة الوراثية، ثم أقام

<sup>1</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص55.

<sup>2</sup> ابن القيم الجوزية، نفس المرجع، ص158.

<sup>3</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص338.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، نفس المرجع، ص15. خليفة علي الكعبي، المرجع

السابق، ص339. عمر السبيل، نفس المرجع، ص38.

<sup>5</sup> عزيز وزلجي، إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية، نفس المرجع، ص11.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الآخر بينة على أنه ولده، فإنه يحكم له به، ويسقط دور البصمة الوراثية، لأنها بدل عن البينة، فتسقط بوجودها، لأنها الأصل، كالتيتم مع الماء، وكذلك الصمة الوراثية.<sup>1</sup>

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن أئمة الفقهاء السابقين أخذوا بالقرعة والقافة عند تعارض البيئات، ولم يمكن ترجيح إحداها على الأخرى، دفعا للشبهات وردا للحقوق لأصحابها، فإن لكل عصر طريقته الخاصة به لمعرفة نسب المولود المتنازع عليه شريطة أن تكون هذه الطريقة موافقة للشرع وتخدم مصالح الناس كافة، وبالتالي من باب أولى اللجوء إلى الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية، كدليل مادي محسوس لكشف غموض واقعة النسب المراد التحقق منها.<sup>2</sup>

لم يفصل المشرع الجزائري تفصيل الفقهاء، فلم يبين الحالات التي لا يجوز فيها استخدام الطرق العلمية بوجود الإقرار، فيكون بذلك قد دفع بالقاضي إلى البحث عنها في أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً للمادة 222 من (ق.أ.ج)<sup>3</sup> السالفة الذكر. ولكن الأولى أن تفصل هذه الأمور في قانون (ق.أ.ج) .

ونفس الأمر بالنسبة للتشريعات العربية المقارنة التي لم تفصل هي الأخرى تفصيل الفقهاء في قوانينها.

### المبحث الثاني: مكانة الطرق العلمية من البينة.<sup>4</sup>

تعتبر البينة أحد أدلة الشرع المجمع على صحة العمل بها، كما نقل ابن القيم في إجماعه<sup>5</sup>، وتعتبر إحدى الطرق في إثبات النسب، ولما كان لأثرها في إثبات النسب أكبر الأهمية، فقد أولاها الفقهاء اهتماما كبيرا.

إن الفرق بين البينة والفراش، أن هذا الأخير هو السبب المنشئ للنسب - كما قلنا آنفا- أما البينة فهي أمر كاشف لهذا النسب، مثلها مثل الإقرار، وإن كانت البينة أيضا تختلف عن الإقرار حيث أنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه فقط، بل يثبت عليه وعلى غيره، أما الإقرار فحجية الحكم الصادر بناء عليه حجية قاصرة على المقر لا يتعداه إلى الغير.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عمر بن محمد السبيل، نفس المرجع، ص37.

<sup>2</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية، نفس المرجع، ص11.

<sup>3</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> سمي النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة، لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود، لأن بهم يبين الحق ويظهر.

<sup>5</sup> قال ابن القيم الجوزي: «فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة، وجهات ثبوت النسب أربعة: الفراش والإستلحاق والبينة والقافة، فالثلاثة الأولى متفق عليها». الإمام الحافظ أبي عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد في خير هدى العباد، المجلد الثاني، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت ص113.

<sup>6</sup> عبد الفتاح تقي، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص292.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

إن ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة<sup>1</sup>.

والمثال العملي لإعمال البينة في إثبات النسب أن تدعي امرأة على رجل أنها ولدت منه، في حين أنها لم تكن فراشا لزوجية صحيحة، أو حتى فاسدة، ولم يقر الرجل بنسب ابنه له بل أنكر، في هذه الحالة يحق للمرأة أن تثبت نسب طفلها إلى هذا الرجل بالبينة أي بشهادة الشهود وتستقل محكمة الموضوع بتقدير الشهادة.

نظر لقوة العلاقة التي تربط الطرق العلمية مع البينة، جعل البعض يقول بتقديم الطرق العلمية على البينة بخلاف البعض الآخر. واشتد الخلاف بشأن ذلك في الكثير من المؤتمرات والندوات الفقهية. أمام سكوت المشرع عن هذه المسألة، فإننا سنقوم ببيان موقف الطرق العلمية من البينة، وأيهما أولى بالإعمال، ولمعرفة ذلك لزاما علينا أن نتطرق أولا لأحكام ثبوت النسب بالبينة. لأجل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سندرس في المطلب الأول مفهوم البينة، وسندرس في المطلب الثاني ثبوت النسب بالبينة.

### المطلب الأول: مفهوم البينة.

لقد اكتفى المشرع الجزائري في (ق.أ.ج) بذكر كلمة البينة في المادة 40 منه والتي نصت على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة..."<sup>2</sup>. ولا ندري ماذا يقصد المشرع بالبينة. بخلاف المشرع المغربي الذي نص على شهادة عدلين أو بينة السماع في الفصل 157 من (م.أ.ش.م) والذي جاء فيه: "يثبت النسب بالفراش أو...، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع..."<sup>3</sup>

الأمر الذي جعلنا نبحت عن تعريف البينة في الفقه.

### الفرع الأول: تعريف البينة.

يعتبر القانونيون أن للبينة معنيان: معنى عام ومعنى خاص<sup>4</sup>.

### أولاً: المعنى العام.

يقول الدكتور خليفة علي الكعبي أن البينة في معناها العام هي الحجة والدليل أو البرهان، وهما عكس الظلال أو الغي، ثم يضيف قائلاً: وهو تعريف مناسب للبينة لأنها ترشد إلى الصواب والإقناع<sup>5</sup>،

<sup>1</sup> كمال لدرع، نفس المرجع، ص 554.

<sup>2</sup> ق رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة مهيئة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

<sup>4</sup> باديس ذبياني، نفس المرجع، ص 77.

<sup>5</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 264.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

والدليل على ذلك قوله تعالى: {لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ} <sup>1</sup>. وقوله تعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} <sup>2</sup>. وقد قال ابن القيم: «إن البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل.» <sup>3</sup>.

### ثانيا: المعنى الخاص:

هي شهادة الشهود أو الشهود، وهو قول الحنيفة والحنابلة، ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم في الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره. وعرفها ابن قدامة فقال: "واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كما يشاهد المشهود عليه، وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه. وقد وردت في قوله تعالى {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} <sup>4</sup>.

لقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرية إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها. **الفرع الثاني: أنواع البينة.**

تتخذ البينة عدة صور قد تكون مباشرة أو غير مباشرة، كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع أو بالشهرة العامة.

### أولاً: الشهادة المباشرة.

هي الشهادة التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها، بمعنى أن يكون ما أدركه الشاهد متعلقا بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع أو البصر أو بهما معا. **ثانيا: الشهادة السماعية.**

تكون غير مباشرة، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي شهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر، رآها بعينه أو سمعها بأذنه، وتبعاً لذلك

<sup>1</sup> سورة البينة، الآية 01.

<sup>2</sup> سورة الحديد، الآية 25.

<sup>3</sup> ابن القيم الجوزي، نفس المرجع، ص 158.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 282.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة<sup>1</sup>، وهي جائزة قانونا إذ لا يوجد نص في القانون الجزائري يمنع الأخذ بها، لذلك يترك أمر الأخذ بها، وتقدير قيمتها لقاضي الموضوع.

### ثالثا: الشهادة بالتسامع.

هي شهادة لا تتصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين، ولا عن واقعة معينة بالذات، وإنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير بشأنها، وتجوز الشهادة بالتسامع في مسائل النسب<sup>2</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية: «الشهادة بالتسامع وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، جائزة عند الأحناف في مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمرا متواترا مشتهرا، سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار، ويقع في قلبه صدقها»<sup>3</sup>.

### رابعا: الشهادة بالشهرة العامة.

هي لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح، وإنما هي عبارة عن ورقة مكتوبة، تحرر أمام جهة رسمية وتدون فيها وقائع معينة، يشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة، فهذه الشهادة تفترض وجود موظف عام كقاضي أو موثق، يدلي أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها، ويشترط أن يكون لهؤلاء الشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة وهي مقبولة في إثبات النسب.

### المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة ومقارنتها بالإقرار.

#### الفرع الأول: إثبات النسب بالبينة في التشريع.

اعتبر المشرع الجزائري البينة إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن الولد هو ابنه الصلبي، وذلك في نص المادة 40 من (ق.أ.ج) وأكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها:

إذ جاء في قرار لها: «من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ونكاح الشبهة، ومن تم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1982، ص313.

<sup>2</sup> إن الأصل في الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للمشهود عليه، أو سماعه به نفسه إن كان مسموعا، لكن الحنفية أجازوا الشهادة بالسماع استحسانا، وإن لم ير الشهود ما شهدوا عليه أو يسمعوه بأنفسهم، إذا أخبرهم به من يتقون بهم، ومن هذه الأمور النسب، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمان، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسماع لتعطلت الأحكام، محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص705.

<sup>3</sup> ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص100.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن»<sup>1</sup>.

جاء في قرار آخر: «من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة، والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له، ونفيه قتلا له.

ولما كان الثابت أن قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة، كإثبات الزواج والنسب، وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. مما استوجب نقض القرار المطعون فيه»<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى الأمر رقم 05-02 نجد أن المشرع الجزائري استحدثت فقرة ثانية في المادة 40 من (ق.أ.ج) نصت جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مما يدل على أن المشرع الجزائري اعتبر هذه الطرق العلمية طريقا مستقلا عن البينة في مجال إثبات النسب، مما يفهم أن المشرع الجزائري يقصد بالبينة المعنى الخاص، أي شهادة الشهود لا غير، وهذا ما يستشف من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999: «إذ جاء فيه: «ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار وبالبينة وبالنكاح الشبهة وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن تم فإن القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفا للقانون».

ومتى تبين في - قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا للقواعد المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض».

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»<sup>3</sup>.

مما يؤكد أن المشرع الجزائري اعتمد البينة بمعنى الشهادة وليس بمعنى أي دليل يوصل إلى الحقيقة.

<sup>1</sup> م ع، غ أش 1991/05/21، ملف رقم 74712، م ق، عدد2، سنة 1994، ص56.

<sup>2</sup> م ع، غ أش 1999/10/28، ملف رقم 172333، م ق، عدد 01، سنة 1997، ص42.

<sup>3</sup> م ع، غ أش 1999/06/15، ملف رقم 222674، م ق، عدد خاص، سنة 2001، ص88.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ومن جهة أخرى، فإن المعنى الخاص هو المقصود في المادة 333 من (ق،م،ج) قبل تعديلها فكانت تنص على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف... ، فلا يجوز الإثبات بالشهود يقضي بغير ذلك".<sup>1</sup> وكذلك المواد 334-335-336. فقد استبدلت كلمة البينة بشهادة الشهود.

فقد أجاز المشرع أن يأمر القاضي بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية، وهذا ما ورد في المادة 150 من (ق.إ.م.إ.)، ويحدد القاضي في الحكم الأمر بسماع الشهود الوقائع التي يسمعون حولها، ويوم وساعة الجلسة لذلك مع مراعاة الظروف الخاصة بكل قضية.

يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا، كما يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم في القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، وأن دعاوى إثبات النسب تعد من القضايا المتعلقة بالأشخاص، وسماع القصر البالغين لسن التمييز، ويجوز سماعهم على سبيل الاستدلال.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: كيفية ثبوت النسب بالبينة.

إذا كان إثبات النسب بالبينة متفق عليه بين الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في نصاب الشهادة، في إثبات النسب والولادة على النحو التالي:  
أولا: نصاب الشهادة في إثبات النسب.

ذهب المالكية إلى أن النسب يثبت بالنسب بشهادة رجلين عدلين فقط، ووجه ذلك عندهم أن النسب ليس بمال، ولا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص<sup>3</sup>، واستدلوا بقوله تعالى: **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ**<sup>4</sup>. وقوله تعالى في الإشهاد على الرجعة: **{ وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا }**<sup>5</sup>.

وقالوا إن ما يطلع عليه الرجال غالبا من غير العقوبات كالنكاح والطلاق والرجعة والعنق والبلوغ والإيلاء والظهار والنسب والرضاع فإنه يثبت بشهادة رجلين عدلين لأن الله تعالى نص على شهادة الرجلين في الطلاق والرجعة والوصاية<sup>6</sup> وقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم (58-75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم (07-05) المؤرخ في 13 ماي 2007. المتضمن التقنين المدني الجزائري.

<sup>2</sup> باديس نياي، نفس المرجع، ص 82-83.

<sup>3</sup> محمد محمود حسن، نفس المرجع، ص 90.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>6</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 266.

<sup>7</sup> أبو هب الله محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.س.ط، ص 291.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

ذلك لأن النسب أولى فقدم على المال، لأن المقصود من المال الحصول عليه، وأما النسب فالمقصود إثباته فلا يثبت إلا بشاهدين بخلاف المال فإنه يثبت بشاهد عدل ذكر وامرأتين مع اليمين<sup>1</sup>. لقوله تعالى: {فَرَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى}<sup>2</sup>.

وعند الجمهور جازت شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، واختلفوا في العدد لحديث المرأة التي شهدت بالرضاع في قول النبي صلى الله عليه وسلم: "كيف وقد أرضعتها". قال القرطبي: "أما شهادة النساء في الحدود فغير جائزة في قول عامة الفقهاء وكذلك في النكاح والطلاق في قول أكثر العلماء، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما، وإنما يشهدن في الأموال، وكل ما لا يشهدن فيه فلا يشهدن على شهادة غيرهن فيه، كان معهن رجل أو لم يكن، ولا ينقلن شهادة إلا مع رجل، ينقلن عن رجل وامرأة، ويقضى باثنين منهن في كل ما لا يحضره غيرهن كالولادة والاستهلال ونحو ذلك، وهذا كله مذهب مالك<sup>3</sup>. ويثبت عند الشافعية والحنبلة وأبي يوسف بشهادة جميع الورثة<sup>4</sup>.

ذهب الحنفية إلى النسب يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتان، لأن هذا هو الأصل في نصاب الشهادة<sup>5</sup>. أما الشيعة فقد فرقوا بين النسب والولادة، فاشتروا في إثبات النسب شهادة رجلين، ولم يفرقوا بين الحقوق المالية وغير المالية أما في الولادة فأجازوا شهادة امرأة منفردة<sup>6</sup>. عند الجعفرية لا تثبت دعوى النسب إلا بشهادة رجلين عدلين، ولا تقبل شهادة النساء لا منفردات ولا منظمات إلى الرجال، كما تثبت بالاستفاضة<sup>7</sup>.

واشترط الظاهرية في الشهود أن يكونوا رجلين مسلمين عدلين أو رجل وامرأتين، أو أربع نسوة أو رجلا عدلا وامرأتين مع يمين الطالب. واستدل ابن حزم الظاهري على هذا كله فقال: وأما قول الرجلين في سائر الحقوق كلها أو رجل وامرأتان فإن الله تعالى يقول: {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا}<sup>8</sup>. وقوله: { وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن

<sup>1</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 266-267.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>3</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص 172.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 690.

<sup>5</sup> يستبين ذلك من خلال الآية الكريمة: {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا}. البقرة، الآية 282. والحكمة من جعل شهادة امرأتان مساوية لشهادة رجل واحد، هي أن المرأة معرضة للنسيان وأن وجود معها أخرى تذكرها بما قد تنساه، ممدوح عزمي، نفس المرجع، ص 97.

<sup>6</sup> أحمد أحمد، نفس المرجع، ص 153.

<sup>7</sup> وهي أن يشتهر الإنسان عند جماعة يقيم بينهم بأنه ابن فلان، بحيث إذا سئل عنه منسوبا إليه دل عليه.

<sup>8</sup> سورة البقرة، الآية 282.



## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ<sup>1</sup>. وقول النبي صلى الله عليه وسلم في الأرض الذي اختصم فيها رجل عنده قال له: "شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك"<sup>2</sup>.

### ثانيا: نصاب الشهادة في إثبات الولادة.

اتفق الفقهاء على أن الولد ينسب لأمه، سواء كان من سفاح أو نكاح، لأنها هي التي حملت وهي التي وضعت. فقال الله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَأِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ }<sup>3</sup>.

فكل امرأة وضعت مولودها فهو ينسب إليها، فإذا لم يعرف الولد أو وقع الشك في كونه ذكرا أو أنثى، كان المصير في إثبات ذلك إلى شهادة النساء الذين شهدوا الولادة.

اتفقت آراء الفقهاء حول جواز النساء منفردات دون الرجال فيما يطلع عليه النساء مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء، ثم اختلفوا في نصاب الشهادة، فقال مالك يكفي في ذلك شهادة امرأتان، قيل مع انتشار الأمر وقيل إن لم ينتشر، وعن الشافعي أنه لا أقل من أربع نسوة فيما يغيب عنه الرجال.<sup>4</sup>

جاء في المغني: "وبقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل، ورواية أخرى لأحمد لا تقبل فيها إلا امرأتان"<sup>5</sup>.

لقد اعتد المشرع الجزائري بالبينة الكاملة كدليل لإثبات النسب وهي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتان<sup>6</sup> أخذا بمذهب الأحناف لأنه هو الراجح لقوة وجهه، وللاحتياط في ثبوت النسب<sup>7</sup>.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في مجال الإثبات بالشهادة أن القاضي لا يعرف الشهود، ولا يعلم شيئا عن مقدار اتصافهم بالصدق والعدالة والاستقامة، فقد تحتمل الشهادة الكذب، خاصة في زمان فسدت فيه الأخلاق وساءت الذمم، لذا فقد اشترطت القوانين شروطا يجب توافرها لقبول الشهادة حددها (ق.إ.م.إ.)، وفرضت عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور، وخولت للقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة والأخذ بها من عدمه.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>2</sup> خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 269-270.

<sup>3</sup> سورة المجادلة، الآية 02.

<sup>4</sup> علاق برزوق آمال، نفس المرجع، ص 174.

<sup>5</sup> موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامي، المغني، الجزء 12، نفس المرجع، ص 15-16.

<sup>6</sup> منصور مبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007/2008، ص 16. يقاش فراس،

دعوى النسب بين الشريعة والقانون، م.ق، ع2، جويلية، 2010، ص 16.

<sup>7</sup> رجع هذا مجموعة من العلماء المعاصرين، مثل الدكتور خليفة علي الكعبي، والدكتور حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

الفرع الثاني: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب.

البينة حجة متعددة لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت في حقه وفي حق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، فلذلك فإن ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار<sup>1</sup>.

لذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى نسب رجح صاحب البينة، فلو كان ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه، وتوافرت شروط الإقرار السابقة، ثبت نسبه بذلك بالإقرار. ولكن إذا جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة على أنه ابنه كان أحق به من المقر، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار، إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة، لأنها أقوى منه<sup>2</sup>.

مما يجب ملاحظة أن دعوى النسب تقبل مجردة في بعض الحالات ولا تقبل في بعضها الآخر على التفصيل التالي:

- إذا كانت متصلة بأصل النسب وهو الأبوة والبنوة، فإن كانت حال حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى سواء كانت مجردة من أي حق آخر، أم كانت ضمن حق آخر، كالنفقة أو الإرث.

وإن كانت بعد وفاة الأب أو الابن، فإن الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت ضمن حق آخر، لأن المدعى عليه إذا كان ميتا كان في حكم الغائب، والغائب لا يصح القضاء عليه قصدا ويصح تبعاً<sup>3</sup>.

- إذا كانت الدعوى بما تفرّع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلاً، فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى عليه أو ميتاً، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير أولاً وهو الأب أو الجد، فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدعي بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث.

فإذا ادعى النسب مجرداً عن أي حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل، وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب، كالنفقة أو الميراث كانت دعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب، والخصم هنا من بيده التركة، فيقضى له بالحق الذي يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً<sup>4</sup>.

ما نرى ضرورة ملاحظته أيضاً هو أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوّره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير شرعية ولا قانونية، ونتج عن هذه العلاقات ولد ثم وقع النزاع بشأن واقعة ولادته أو بشأنه

<sup>1</sup> كمال لدرع، نفس المرجع، ص554، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص690.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص705

<sup>3</sup> عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص292.

<sup>4</sup> محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص706، ص707.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

هو ذاته، فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأية بيينة كانت ولا يمكن تسجيله على لقبه أو باسمه في سجلات الحالة المدنية، باستثناء إسناد نسبه إلى والدته<sup>1</sup>.

أما عن موقف الطرق العلمية من البيينة فيرى أغلب الفقهاء<sup>2</sup> أن الشهادة تقدم على الطرق العلمية عند التعارض وليس العكس وذلك للأدلة التالية:

- أن الشهادة ثابتة في القرآن والسنة والاجماع وبحجتها والعمل عليها منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى: {وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا}<sup>3</sup>. وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ}<sup>4</sup>.

- إن القول بتقديم كل دليل علمي على أدلة الشرع، سيؤدي في النهاية إلى جحود كتاب الله وإهدار سنة نبيه الكريم صلى الله عليه وسلم، وإحلال كل دليل استجد محل الأدلة الشرعية خاصة في زمان يشهد اكتشاف تقنيات واختراعات تجعل العقل حائرا<sup>5</sup>.

- لا ينبغي تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من الكتاب والسنة<sup>6</sup>، لمجرد دليل علمي علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب لمجرد هفوة أو شيء من الغبار أو العطب<sup>7</sup>.

- يمكن وقوع التزوير في الطرق العلمية، خاصة إذا كانت لمطامع انتقامية أو لأغراض شخصية، بخلاف الشهادة الشرعية، فإنها تقام بعد القسم على كتاب الله.

- فيصل النزاع وسيد الموقف هو القاضي، فقد يستشف من الطرق العلمية قرينة يطمئن بها قلبه وتدتم الشهادة، وقد يكون العكس<sup>8</sup>.

رغم اتفاق أغلب الفقهاء على أن الطرق العلمية لا تقدم على الشهادة في إثبات النسب، إلا أنهم وضعوا بعض الحالات التي تقدم فيها الطرق العلمية على البيينة وهي:

- التنازع على نسب اللقيط وكان لكل واحد منهما بيينة تعارض بيينة الآخر.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 218.

<sup>2</sup> هبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نفس المرجع، ص 27. ابن القيم الجوزية، نفس المرجع، ص 164. فريد نصر الدين واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نفس المرجع، ص 26. علي القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 18.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>5</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص 484.

<sup>6</sup> جاء في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته 16: " أنه لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية، بما فيها البيينة والإقرار، ذلك أن البصمة الوراثية لم يأت دليل لاعتبارها قاعدة في إثبات النسب، كما هو الحال بالنسبة للإقرار والبيينة والإقرار، ومن ثم فلا مجال لتقديمها عليها، ومتى ثبت النسب بإحدى هذه الطرق لم يكن هناك مجال لإعمال البصمة الوراثية.

<sup>7</sup> يشير الاستاد خليفة علي الكعبي: " أن هناك عدد قليل من الباحثين ومجتهدى العصر يتنبه بخصوص الأخطاء التي ترتكب في البصمة الوراثية، فالبصمة الوراثية رغم حداثة ودقتها إلا أنها تظل عرضة للنتائج المضللة، إذا لم تستخدم بدقة، وذلك بسبب القصور في الأدلة الفنية المؤدية أحيانا إلى إهدار الدليل بأكمله.

<sup>8</sup> إثبات النسب بالطرق العلمية في القانون الجزائري، القانون شامل، نفس المرجع.

## الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

- اتفقوا أيضا على جواز استعمال الطرق العلمية في تعارض البينتين والمستلحقين للولد الذين لا بيينة لهما، فإن الفاصل في هذه الحالة هو الطرق العلمية، كما هو معروف سابقا عند التعارض في البيئات ولم يمكن الترجيح بينهما نستخدم القافة كدليل، ويقول الدكتور علي القرّة داغي في هذا الصدد: " إنه ينبغي اللجوء للبصمة الوراثية لقطع النزاع بين صاحب البينتين، وذلك لأن البصمة الوراثية علم حديث لا يتعارض مع النصوص الشرعية إذا استخدت بشكل صحيح فيما يخدم المصالح، وإلا فما معنى قوله: تعالى: {سَتُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ }<sup>1</sup>.

-تستعمل الطرق العلمية في حالة الشاهد الواحد، سواء رجلا أو امرأة، لإثبات صحة انتساب طفل لرجل معين أو امرأة معينة، أو نفيه عنهما.<sup>2</sup>

-إذا ادعى شخص عنده بيينة، (أي شهود) نسب طفل عند آخر قد نسب إليه بلا بيينة، وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد رأفت عثمان: " إذا تعارضت شهادة الشهود مع ما أسفرت عنه الاختبارات الوراثية، كما لو كان هناك تنازع بين اثنين على طفل، كل منهما يدعي أنه ابنه وشهد شاهد أو أكثر بأن الطفل ابن لأحد المتنازعين، ولكن البصمة الوراثية أثبتت أنه ليس ابنه، وإنما هو ابن الآخر، أو ليس ابنا لأي منهما، فهل نعمل بما أفصحت عنه البصمة الوراثية ونرد شهادة الشهود، أو يجب الأخذ بما شهدوا به، ونرد ما أفادته البصمة الوراثية؟ ثم يقول: أرى أنه يجب الأخذ حينئذ بما أفادته البصمة الوراثية بعد الاحتياط الشديد في إجراء الاختبار الوراثي."<sup>3</sup>

مما ينبغي ملاحظته أيضا أنه تبين لنا حقيقة بعد دراستنا لإثبات النسب بالفراش والإقرار والبيينة أن هذه الطرق ليست كلها على مرتبة واحدة، بل أن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب والمنشئ له، وأما الإقرار والبيينة، فهما سببان ظاهريان كاشفان له، يدل كل منهما على وجود النسب الحقيقي وهو الفراش، لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة الفراش. هذا من جهة

من جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري لم يبين الحالات التي يجوز فيها تقديم الطرق العلمية على الأدلة الشرعية، المتمثلة في الزواج والإقرار والبيينة. وألقى مهمة ذلك على عاتق القضاء الذي ينبغي عليه اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عنها وتقديرها. وداءما تطبيقا للمادة 222 من (ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سورة فصلت الآية 53.

<sup>2</sup> ابراهيم صادق الجندي والحسيني حسين حسن، نفس المرجع، ص634.

<sup>3</sup> محمد رأفت عثمان، نفس المرجع، ص128.

<sup>4</sup> ق رقم (02-05) المؤرخ في (2005/02/27م) المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) المؤرخ في (1984/26/09م) المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

## الخاتمة:

إن النسب من المسائل المهمة التي حرصت الشريعة الإسلامية والفقهاء في اجتهادهم على صونها وحمايتها، فأثبتته بكل دليل شرعي وتشددت في نفيه، فلا ينتفي إلا بأقوالها ، ولأنها شريعة صالحة لكل زمان ومكان كانت الاستفادة من كل ما تجدر به التطورات العلمية الحديثة، كما هو الحال في النسب، فكان اكتشاف الطرق العلمية الحديثة وما تلتها من ندوات ومؤتمرات لبحث التكيف الشرعي لها، دلالة على ريادة الفقه الإسلامي والعاملين عليه في رعاية النسب والمبادرة بالأخذ بالاكتشافات العلمية .

هذا والأخذ بالطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب لا بد أن يوافق مقاصد الشريعة الإسلامية في الأحكام، فلا يخالف المعلوم منها بالضرورة ولا الثابت بنص، ومن ثم كانت الضوابط التي وضعها المقررون في المجمع الفقهي بمكة المكرمة لتأكيد أنه لا مانع من الاستفادة من الطرق العلمية في إثبات النسب، بشرط أن تتناسق مع الطرق الثابتة شرعا فلا تعارضها.

ولقد جعلت الشريعة الإسلامية أهم مقاصد الزواج هو المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط، حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط التي تكون بين أفرادها ولولاه لتفككت الأسرة، وذابت أواصر الصلات بينها.

ونظرا لما للنسب من أهمية، فقد اهتمت به الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا وأحاطته بسياج يمنع عليه أي عدوان.

ولقد اتضح من خلال هذا البحث المتواضع أن (ق.أ.ج) حدا حدو الشريعة الإسلامية واقتفى أثرها عند تنظيمه لأحكام ثبوت النسب، ويتضح ذلك في عدة أمور:

1. أن المشرع الجزائري جعل الفراش كأساس لثبوت النسب، والإقرار والبينة. وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري. وكما أن أخذه بالطرق العلمية في مجال النسب لا يعد خروجاً على مبادئ الشرع طالما أن الهدف منها هو وضع الحقائق في مكانها الصحيح، خاصة وأن الفقهاء المعاصرين قد أجازوا اللجوء إلى الطرق العلمية في مجال النسب سواء للنفي أو للإثبات، وبالتالي فإن التسليم بذلك يؤصل ما هو مقرر شرعا بأن الولد للفراش، مع ضرورة أخذ الحيطة والحذر والالتزام بالضوابط الشرعية.

2. تحريم الزنا وعدم اعتمادها طريقاً لإثبات النسب، وهذا حتى لا يسوي بين العلاقة الشرعية والعلاقة غير الشرعية، وهذا تطبيقاً للقاعدة الشرعية: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»<sup>1</sup>. وقد تبنت المحكمة العليا هذه القاعدة في قراراتها .

<sup>1</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي، والجماعة أحمد وأصحاب الكتب الستة.

3. إجازة المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي بالنسبة للذين يعانون من ضعف الخصوبة ويرغبون في إنجاب الأولاد.

4. منع الاستنساخ البشري الذي حرّمته الشريعة الإسلامية لما فيه من المفسد وتقويت للمقاصد، وإهدار للنسب الذي يعدّ كلبية شرعية، فالاستنساخ البشري قد أتى على هذه الكلية الشرعية، لا ليخدرها وينقص قيمتها فحسب، وإنما جاء بكل ما أوتي من قوة ليمحقها ويعدمها،

ورغم كل هذا، فإنه من خلال دراستنا المتواضعة لموضوع النسب، اتضح لنا أن أحكام النسب بصفة عامة وثبوت النسب بالطرق العلمية بصفة خاصة، ما زالت تحتاج إلى بعض التعديلات رغم حداثة التعديل المدخل على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27 فبراير 2005م. ورغم صدور القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

لذلك، فإن السعي إلى مراجعة قانون الأسرة يبقى أمرا مرغوبا فيه، وذلك لإعادة صياغة دقيقة ومضبوطة لنصوصه لإزالة الغموض والتناقض بين المواد، وإضافة ما يسدّد سير الأسرة الجزائرية شريطة ألا يخالف ذلك الثوابت الشرعية.

وفي اعتقادنا أنه على المشرع الجزائري أن يأخذ بتوصيات الملتقى الوطني<sup>1</sup> حول قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري المنعقد بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، وكذلك الملتقى الدولي<sup>2</sup> حول أشكال الزواج وإثبات النسب، المنعقد بكلية الحقوق بجامعة بوهران. وقد أوصى المشاركون بما يلي:

- 1- الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا في تشريع الأسرة والتشريعات المرتبطة به.
- 2- عند إحداث أي إثراء أو تعديل لقانون الأسرة الجزائري ينبغي العودة إلى المذاهب الفقهية.
- 3- إعادة النظر في صياغة قانون الأسرة لإزالة التناقضات الموجودة في العديد من المواد من جهة، والتدقيق في المصطلحات الشرعية والقانونية بما يحقق الانسجام بينها من جهة أخرى.
- 4- استبدال الألفاظ التي تحتمل أكثر من معنى بألفاظ تكافئها ولا تحتمل إلا معنى واحد.
- 5- إنشاء هيئة استشارية للقضاء عامة ومتخصصة في قضايا الأسرة، مكونة من متخصصين في الشريعة الإسلامية، والقانون، واللغة، وعلم الاجتماع، وعلم النفس، والطب، على سبيل الخبرة على أن تنشأ لها فروع على مستوى كل مجلس قضائي.
- 6- تعديل القوانين المرتبطة بقانون الأسرة بما لا يتعارض معه.

<sup>1</sup> الملتقى الوطني حول قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري المنعقد بكلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة أيام 14-15-16-محرم 1425هـ الموافق 06-07-08-مارس 2004م.

<sup>2</sup> الملتقى الدولي المنعقد بكلية الحقوق بجامعة وهران سنة 2010.

ومن خلال بحثنا هذا المتواضع - خاصة بعد التعديل المدخل على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم (02-05) المؤرخ في 27 فبراير 2005م. وصدور القانون رقم (16-03) المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص-. استرعى انتباهنا بعض الملاحظات المتعلقة بالطرق العلمية لثبوت النسب والتي نتمنى من المشرع الجزائري أن يأخذها بعين الاعتبار في المستقبل القريب وتتمثل فيما يلي:

1- أول ما على المشرع فعله- في اعتقادنا- عند إجرائه لأي تعديل في (ق.أ.ج) ، هو إعادة صياغة نص المادة 222 من (ق.أ.ج)، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ليصبح نصها كالتالي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه المالكي." وأي أمر أراد المشرع أخذه من مذهب آخر يتم النص عليه في قانون الأسرة، وهذا حتى لا تتضارب الأحكام القضائية في المسألة الواحدة. مثلما ورد في المدونة المغربية والتي جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه المالكي بما يحقق العدل والمساواة"<sup>1</sup>.

2- تحديد المشرع الطرق العلمية التي يجوز اللجوء إليها في مجال النسب سواء في قانون الأسرة أو في مرسوم لاحق.

3- على المشرع أن ينص صراحة على جواز اللجوء للطرق لنفي النسب أيضا، وإن كان شراح القانون يرون أنها تستعمل للنفي والإثبات، إلا أن البعض يرون أنه لا يجوز استعمالها إلا في الإثبات، ويبقى اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب.

4- إن اللجوء إلى الفحص الطبي لإثبات النسب قد يعجز بعض الزوجات اللاتي يرغبن في إثبات نسب الولد الذي أنكره الزوج، مما يؤدي إلى ضياع كثير من الأنساب، فلذلك ينبغي على الدولة تحمل تكلفة إجراءات التحاليل الطبية، كما ينبغي على الدولة تكوين خبراء محلفين وذو ثقة مختصين في التحاليل الجينية.

5- على المشرع تنظيم موضوع نسب الطفل الناتج عن عملية التلقيح الإصطناعي ، والنص صراحة على جواز استخدام طرقتي تحليل الدم والبصمة الوراثية من أجل إثبات النسب ونفيه.

6- بالتدقيق في عبارة "أن يكون التلقيح الإصطناعي برضا الزوجي وأثناء حياتهما" الواردة في المادة 45 من (ق.أ.ج) ، أنه لا يجوز اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة فقط، وتجاوز هذه العملية بعد الطلاق، أو في مرحلة العدة ، وهذا- في اعتقادنا- غير صحيح، لذلك نقترح أن ينص المشرع على عبارة "أن يكون التلقيح الإصطناعي برضا الزوجين وأثناء قيام الزوجية."

<sup>1</sup>ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424،03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة. صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة 2016.

7- على المشرع التدخل أيضا وعلى جناح السرعة لإعادة صياغة جديدة للفقرة الثانية من نص المادة 40 من (ق.أ.ج)، والنص صراحة على أن أساس الطرق العلمية في إثبات النسب هو وجود العلاقة الشرعية والمتمثلة في الزواج الشرعي لا غير، وهذا حتى لا نساهم في تشكيل أجيال من اللقطاء بحجة إيجاد مخرج لهم هذا المخرج الذي يؤدي إلى تفشي جريمة الزنا ، أو ما يعرف عند القانونيين بالجريمة الأخلاقية ، فاللقيط في الإسلام مكفول الحقوق في الإطار الذي يوجد عليه، ولا يمكن تحت أي ظرف من الظروف أن نغير وضعه القانوني استجابة لوضع أخلاقي واجتماعي معكوس.

8- على المشرع إلزام القاضي باللجوء إلى الطرق العلمية سواء لنفي النسب أو إثباته ، متى كان الزواج شرعيا. وهذا حتى لا نسوي بين العلاقات الشرعية وغير الشرعية في ثبوت النسب.

9- على المشرع النص صراحة على جواز استعمال الطرق العلمية في مجال النسب إلا في حالة النزاع فيه، لأنه لا يجوز شرعا استعمال الطرق العلمية في النسب الثابت وهذا حفاظا على استقرار المجتمع ، وعدم إحداث هزات اجتماعية فيه.

بناء على ماسبق نقترح صياغة جديدة للفقرة الثانية من نص المادة 40 من (ق.أ.ج) ، والتي -في اعتقادنا- أنها تزيل الغموض وتحل الإشكالات القانونية المطروحة، وليصبح نصها كالتالي: " يجب على القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أونفيه، إذا كان الزواج شرعيا، سواء كان النسب طبيعيا أو ناتجا عن عملية التلقيح الاصطناعي".

ويضيف فقرة ثالثة: " يقصد بالطرق العلمية في هذا القانون نظام فحص الدم والبصمة الوراثية".

ويضيف فقرة رابعة: " لا يجوز استعمال الطرق العلمية في مجال النسب إلا عند النزاع فيه".

كما نقترح صدور مرسوم يبين كيفية تطبيق الطرق العلمية في مجال النسب، وقيمتها القانونية وحجيتها، وكل مل يتعلق بالطرق العلمية في مجال النسب.

كما أنه استرعى انتباهنا بعض الملاحظات المتعلقة بموضوع إثبات النسب بصفة عامة عند

تناولنا لمكانة الطرق الشرعية من الطرق العلمية لثبوت النسب وتتمثل فيما يلي:

1. بعد التدقيق في نص المادة 32 والمادة 35 من (ق.أ.ج) اتضح لنا وجود تناقض بين المادة 32 والمادة 35، فلقد قضت المادة 32 ببطلان عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين أن المادة 35 قضت ببطلان الشرط فقط الذي يتنافى ومقتضيات العقد. وإبقاء العقد صحيحا.

فكان على المشرع الجزائري أن ينتبه لهذا التناقض ويأخذ بالحكم الذي تضمنته المادة 35 لأنه يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

2. ضرورة تدخل المشرع لوضع أحكام تخص نفي النسب باللعان وبيان إجراءاته مثل المدونة المغربية.



3. بعد التدقيق في نص المادة 34 والمادة 40 يتضح لأول وهلة أن المشرع الجزائري رتب على الزواج الباطل ثبوت النسب، ولكنه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كنكاح المرأة المتزوجة أوالمعتدة، أو الأخت من الرضاع أو النسب الذي يكون الرجل عالما فيه بالحرمة، وبين الذي لم يكن عالما بها، كما قضت بذلك المادة 34 من (ق.أ.ج).

غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم، وإذا كان عالما بالتحريم لا يثبت النسب، ويعتبر الوطء زنا. وهذا ما أكدته المحكمة العليا.

كيفية التوفيق بين تلك النصوص وقرارات المحكمة العليا، ومبادئ الشريعة الإسلامية؟  
4. إن نص المادة 40 من (ق.أ.ج) معيب شكلا رغم أن التعديل الأخير لقانون الأسرة قد مس هذا النص.

وما يعاب على هذا النص أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرع. لأن المعنى الظاهر في نص المادة 40 أن نكاح الشبهة شيء والزواج الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأن الزواج الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، ورغم استبدال المشرع في التعديل الأخير عبارة «بكل نكاح تم فسخه» بعبارة «بكل زواج تم فسخه». إلا أن نص المادة يبقى معيبا، لأن العيب ليس في العبارة، بل في النص ذاته. فكان على المشرع أن يتكلم عن الوطء بالشبهة مادام أنه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد في النص ذاته، وهذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح والفاسد والدخول بشبهة.

وبهذا يصبح نص المادة 40 من (ق.أ.ج) متماشيا مع المصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه.

7. وكما أن نفس المادة نصت على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب مما قد يفهم بمفهوم المخالفة أنه لا يمكن الاستعانة بهذه الطرق لنفي النسب.

08. إن المادة 41 من (ق.أ.ج) تقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إذا كان الزواج شرعيا أي صحيحا، في حين أن المادة 40 من نفس القانون تقضي بثبوت النسب ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لشبهة، أي إذا كان غير صحيح. ويتعبير آخر لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والفاسد والوطء بشبهة بشأن ثبوت نسب الطفل فاعتبرته شرعيا في كل الحالات، في حين أن المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة بأن الطفل لا يثبت نسبه لأبيه إذا كان الزواج غير صحيح.

11. هناك نوع من الغموض والإبهام بين نص المادة 43 والمادة 60 من (ق.أ.ج) ، حيث تنص المادة 43 على أنه: «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال

أو الوفاة» في حين تنص المادة 60 من ذات القانون على أن: «أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق».

فهل فكّر واضعو القانون في الفرق بين مصطلح الانفصال ومصطلح الطلاق؟  
أليس من المتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين ومع ذلك يبقى الزوجان متزوجان طالما لم يصدر في حقهما حكم يقضي بالطلاق، لأن (ق.أ.ج) لا يعتد بالطلاق إلا إذا صدر الحكم بالطلاق.

فمتى نبدأ حساب المدة؟ هل من تاريخ الانفصال الجسدي بين الزوجين، أم من تاريخ صدور حكم الطلاق؟

فكان على المشرع أن يوحد المصطلحات ليزيل هذا الغموض الموجود بين المادتين.  
09. ضرورة إعادة النظر في المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 الخاص باستحقاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم والذي أثار ضجة بين أوساط الفقهاء  
10. ينبغي وضع نصوص قانونية صريحة تمنع محاولات الاستتساخ البشري وتجريمه.

## قائمة المراجع

القرآن الكريم.

السنة النبوية الشريفة.

أولاً: المراجع باللغة العربية.

### 1- المراجع الشرعية:

1. ابن جزى، القوانين الفقهية، طبعة جديدة منقحة، دار الكتب، الجزائر، د.ط.، د.س. ط.
2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج10، دط، د.س.ن.
3. ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج7، دار إحياء التراث العربي، د.ط، بيروت، 1969.
4. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، باب الولد للفراس، ج2، الدار المصرية اللبنانية، مصر، القاهرة، د.ط، سنة 2002.
5. أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب، الشيخ همام البخاري، المكتبة العصرية، بيروت طبعة كاملة في مجلد واحد، 2004.
6. أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2002.
7. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد الثامن، ج5، بيروت، لبنان، طى، سنة 2006.
8. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.س.ط.
9. أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج10، دار الفكر، لبنان، سنة 2001.
10. أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج4، الأحوال الشخصية- العتق - الأيمان، دار القلم، دمشق، ط1، 1417هـ-1997م.
11. أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج5، الجنايات السيروالجهاد- الحدود- الأفضية والشهادات والإقرار، دار القلم، دمشق، ط1، 1417هـ-1997م.
12. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صححها وقابلها علي عدة بنسخ مهمة نخبة من العلماء الأجلاء، ج2.
13. أبي جعفر محمد ابن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، ضبط وتعليق شاعر محمود، ج21، ط1، دار إحياء التراث العربي.
14. أبي عبد الله بن القيم الجوزي، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، 1978.
15. أبي عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد في خير هدى العباد، المجلد الثاني، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

16. أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، المجلد السادس، دار الجيل بيروت، د.ط، 1401هـ-1981.
17. أحمد بن حنبل، المسند، وبهامشيه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المجلد الثاني، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.
18. أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1398هـ - 1978م.
19. الإمام محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الجامع بين فن الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية بيروت، المجلد الرابع. د.ط، د.س.ط.
20. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، سنة 1967.
21. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح بداية المبتدي، المجلد الرابع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. د.ط.
22. سليمان بن عمر بن محمد، حاشية البجريمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، ج 4، د.ط، د.س.ط.
23. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الشرعية السابقة، 1405هـ-1985م.
24. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامى المقدسي، الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بعناية جماعة من العلماء، سنة 1403هـ-1983م.
25. شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج 4، دار الفكر، بيروت. د.ط، د.س.ط.
26. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1989، ج 17،
27. شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
28. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، تحقيق وتعليق وتخرّيج ودراسة أحمد فريد المزيدي و محمد فؤاد رشا، ج4، النكاح الطلاق، المكتبة التوفيقية.
29. عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد المالكي الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، حقق أصوله وعلق عليه وخرّج أحاديثه الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج5، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.
30. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982
31. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الفكر، المجلد الرابع، لبنان. د.ط.

32. محمد ابن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 17، دار المعرفة بيروت ، لبنان، د.ط، سنة 1989
33. محمد أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر، لبنان، ج3، د.ط.
34. محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج2، دار الفكر والنشر، بيروت، 1995، 1415هـ.
35. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 2006.
36. محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر، تفسير الفخر الرازي: المشتهر بالتفسير الكبير ومفتاح الغيب، المجلد الرابع، ج27، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، 1981هـ .
37. محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، طبعة جديدة.
38. محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج2، المجلس الأعلى الشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، ط2، سنة 1403هـ-1982م.
39. محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الجامع بين فن الرواية والدراية من علم التفسير، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط2.
40. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1426هـ-2005م.
41. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1426هـ-2005م.
42. محمد رواس قلججي، موسوعة فقه عبد الله بن عمر، دار النفائس، ط1، سنة 1406هـ-1916م.
43. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير ، المجلد3، دار القرآن الكريم، بيروت، لبنان، ط4، سنة 1406-1916.
44. مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، اعتنى به محمد بن عبادي بن عبد الحليم، ج2، ط1، القاهرة.
45. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامي، المغني، ج9، در الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بالأوفست بعناية جماعة من العلماء، 1403هـ-1983م.
46. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2، 1405هـ-1985م.
47. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط13، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1980.
- 2-المراجع الحديثة:
- أ/ المراجع العامة:
1. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي، د.ط، سنة 1994.

2. أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1، سنة1983.
3. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، د.ط.
4. أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم؛ القاهرة، ط2، سنة 1998.
5. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
6. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 1988.
7. أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، سنة2004.
8. أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د.ط، سنة 2007.
9. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، 1987.
10. أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2008.
11. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.
12. أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، سنة2004.
13. أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية الخلع والإيلاء و الظهار واللعان، دار الكتب القانونية، د.ط، سنة 2005.
14. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط10، سنة 2008.
15. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1.
16. بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.م.ج، الجزائر، 1994.
17. حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، ط1، 1422هـ-2001،
18. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، سنة 1998م.
19. حسين محمد علي، الجريمة و أساليب البحث الجنائي، دار المعرفة القاهرة، ط2، سنة1996.
20. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، د.ط، سنة2007.

21. رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 1429هـ/الموافق ل2008م.
22. رضا السيد عبد العاطي، صيغ دعاوى الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، الناشر: المتحدون، دار مصر، المكتب الثقافي، دار السماح، د.ط، د.س.ط.
23. رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.
24. الزعيري خالد أحمد، الخلية الجذعية، عالم المعرفة، الكويت، د.ط، 2008.
25. سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1، آثار الزواج وانحلاله، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط2، 1989.
26. سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، سنة2002
27. سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع ، ط1، 2007.
28. سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط2، 1418هـ-1997م.
29. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، مطبعة السلام، القاهرة، ط5 مزودة بأحدث أحكام النقص حتى 1990م، 1991م.
30. سميح عاطف الزين، مجمع البيان، موسوعة الأحكام الشرعية، الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية، ط1، 1991.
31. شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د.ط، سنة 2006
32. عايش زيتون، علم حياة الانسان، بيولوجيا الانسان، دار الشروق ، عمان ، ط01.
33. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، سنة1978، 1979.
34. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1982.
35. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، سنة 1996.
36. عبد الفتاح تقنية، الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، طبعة 2007.
37. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة ثالة، الجزائر سنة1999-2000.

38. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، ط1، 1428هـ - 2007م.
39. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الزواج والطلاق والولاية ونتائجها، ط2، مزيدة ومنقحة دار النشر، المعرفة، د.س.ط.
40. عبد الهادي مصباح، علم الوراثة يؤكد آدم وحواء من الجنة إلى إفريقيا، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط1، 1997..
41. عبد الواحد علواني، الاستتساخ جدل العلم والدين والأخلاق على مشارف القرن الحادي والعشرين، دار الفكر المعاصر، ط1، 1418هـ - 1997م.
42. عدنان سبيعي، الاستتساخ المستجد، مناهج ومواقف إنسانية، دار الفكر المعاصر، ط1، 1418هـ - 1997م.
43. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، سنة 2014، ص78.
44. عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ - 2003م،
45. على فلالي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، سنة 2007.
46. عمر صدوق، محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2002.
47. الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، ط1، 2005.
48. الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001.
49. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، ط جديدة، 2007-2008.
50. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج2، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
51. كارم السيد غنيم، الاستتساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، ط1، 1418هـ - 1998م، ص20.
52. كمال صالح البناء، المشكلات العلمية في دعاوي ثبوت النسب والإرث، عالم الكتب، ط1، 1422هـ / 2002م.
53. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، سنة 1863.
54. محمد أحمد سراج ومحمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999.



55. محمد صبحي نجيم، محاضرات في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992.
56. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دارهومة، ط1، 2008-2009.
57. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، سنة 1955.
58. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، شهاب الجزائر، ط2، سنة 2000.
59. محمد محمود حسن، النسب و أحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط1، سنة 1999.
60. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.
61. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1397هـ، 1977.
62. محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989.
63. محمود حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان الأردن، 1984.
64. محمود حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان الأردن، د.ط، سنة 1984.
65. محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، طبعة 1، سنة 2002.
66. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، المكتب الإسلامي، ط7، 1417هـ-1997.
67. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط5، 1990.
68. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، شرح لتشريعات الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون 100 لسنة 1985، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، ط4، منقحة ومزينة.
69. نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2006،
70. نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، دار الزاحم، ط1، 1422هـ-2001،
71. هيام اسماعيل السمحاوي، إيجاز الر حم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.ط، سنة 2013.

72. وهبة الزحيلي، الاستنساخ، الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية، دار الفكر، دمشق، ط1، 1418هـ - 1997م.
73. يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم (02/05) دار هومة، ط2، 2007.
74. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي. دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992. ب/المراجع الخاص:
1. أسامة محمد الصغير، البصمات ووسائل فحصها وحجبتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر القانوني، د.ط، سنة 2005.
2. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، سنة 2010.
3. إلهام صالح بن خليفة، دور البصمات والآثار المادية في الإثبات الجنائي، دار الثقافة، عمان، الأردن، طبعة 1، 2014.
4. أمرق عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب، دار النهضة العربية، مصر، ط1، سنة 2006.
5. -أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، د.ط، 2010.
6. أيمن مططفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، د.ط، سنة 2008.
7. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية (D N A)، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 10، د.س.ط.
8. بديعة علي أحمد ، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سنة 2011.
9. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دم.ج، الجزائر، سنة 2001.
10. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجبتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، ط2، سنة 2011.
11. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، سنة 2004.
12. ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجبتها في إثبات النسب، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د.ط، سنة 2010.

13. سعد الدين مسعد الهلالي، أستاذ القانون المقارن بجامعة الأزهر، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة مقارنة، القاهرة، ط 2. سنة 1431هـ، 2010م.
14. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2013،
15. طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، سنة 2011.
16. عبد البسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، القاهرة، ط1، سنة 2006.
17. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2013.
18. عبلة الكحلوي، البصمة الوراثية وحجبتها في الإثبات الجنائي، القاهرة، د.ط، سنة 2010.
19. العريض شيخة سالم، الوراثة مالها وما عليها، دار الحرف العربي، ط1، سنة 2003.
20. عمر بن محمد السبيل، إمام وخطيب المسجد الحرام وعضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة أم القرى البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنسية، دار الفضيلة، ط1، سنة 1423-2002م.
21. فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، لوران الإسكندرية. د.ط.
22. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دارالجامعة الجديدة، الاسكندرية، د.ط، سنة 2010.
23. منذر الفضل، التعرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط2، سنة 1992.
- 3- كتب اللغة :**
1. إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، إعداد مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، القاهرة، ط4، سنة 2004م.
2. ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلّق عليه ووضع فهارسه علي شيري، المجلد1، دار إحياء التراث العربي، ط1، المجلد، 14، 1408هـ-1988م.
3. ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلّق عليه ووضع فهارسه علي شيري، المجلد 2، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1408هـ-1988م.
4. ابن منظور، لسان العرب، نسقه و علاّق عليه و وضع فهارسه علي شيري، المجلد5، دار إحياء التراث العربي، ط1، طبعة محققة، 1408هـ - 1988 م.
5. ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلّق عليه ووضع فهارسه علي شيري، المجلد 10، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1408هـ-1988م.

6. ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري، ج11 دار إحياء التراث العربي، ط1، 1408هـ-1988م
7. ابن منظور، لسان العرب، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري، مجلد 12، دار إحياء التراث العربي، ط1، طبعة محققة، 1408هـ-1988م.
8. أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط1، سنة 1998.
9. عبد الله العلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت ط 1، سنة 1974،
- 4- الرسائل والمذكرات العلمية :

أ/ أطروحات الدكتوراه.

1. زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 1429-1430هـ/2008/2009م.
2. زهدور كوثر، المسؤولية المدنية لعمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2012/2013.
3. العربي الشحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 1999-2000
4. علاق برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015.
5. النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2010/2011.
6. يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015.

ب/ مذكرات الماجستير:

1. بغدالي الجيالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2013-2014.
2. بن عطية بو عبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علوم الشريعة، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم علوم الشريعة، جامعة وهران، 2001/، 2002،

3. **بوجلال علي**، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2016-2017.
4. **توفيق سلطاني**، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علم الإجرام، السنة الجامعية 201-2011،
5. **سكيريفة محمد الطيب**، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أوبكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2016 / 2017.
6. **صالح بوغراة**، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2006- 2007.
7. **عائشة إبراهيم المقادمة**، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1433هـ-2012م.
8. **عائشة سلطان المرزوقي**، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم ، جامعة الأزهر، سنة 2000، ص305.
9. **عدنان حسن عزيزة** ، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية،(البصمات ، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الشريعة، جامعة الأردن، السنة الجامعية 1987، 1986.
10. **علال آمال**، التنبؤ والكفالة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2009/2010.
11. **قندوز اسماعيل**، النظام القانوني للتلقيح الاصطناعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بشار، السنة الجامعية 2007-2008.
12. **محافظي محمود**، البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2011-2012.
13. **منصوري مبروك**، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007/2008.
14. **يوسفات علي هاشم**، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2014 / 2015.

## 5-المقالات:

1. **إبراهيم بن طارق الجندي**، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، م البحوث، المجلد 10، ع 19 ، 2001.

2. إبراهيم بن طارق الجندي، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، م البحوث، المجلد 10، ع19، 2001،
3. إبراهيم صادق الجندي، تقنية البصمة الوراثية وإمكانية التحايل عليها، م الأمن والحياة، ع 218، 19 أكتوبر 2000.
4. أحمد عوض غنيم، الجديد في البصمات ، مجلة الشرطة ، ع338، السنة29، الإمارات العربية المتحدة، فبراير 1999،
5. أحمد ممدوح حجازي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعين.
6. أحمد هندی، أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية سابقا، طرق الإثبات المعاصرة، 25 فقه العدالة في الإسلام، (دراسة في البصمة الوراثية وبصمات الأصابع والصوت والدم والرائحة والإثبات الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منها، ورقة عمل مقدمة لندوة " فقه العصر ومناهج التجديد الديني والفقهية " الذي تنظمه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بسلطنة عمان ، الندوة الرابعة عشر ، 5-8 أبريل سنة 2015.
7. أحمد عمراني، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران.
8. أسامة الحموي، التنبؤ ومشكلة اللقطاء، دراسة اجتماعية فقهية مقارنة،م جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية القانونية، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق ع2، سنة2007.
9. أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، 5-7 ماي، 2002، المجلد الرابع، 1428.
10. بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، م.م.ع، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ع01، السنة2012.
11. بن صغير مراد، حجية الصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديثة مع الفقه الإسلامي، دفاثر السياسة والقانون، ع9، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.
12. بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، م العدل، وزارة العدل السعودية، 1429هـ.
13. جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.أ. س، ج 36، رقم 04، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998.
14. جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.أ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41، ع 01، سنة 2003،

15. **جيلالي تشوار**، النفاص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.أ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج39، رقم01، سنة.
16. **جيلالي تشوار**، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة، م.ع.ق.أ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
17. **حبة عفاف**، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، م.م.ق، مجلة دورية علمية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
18. **رابح طاهير**، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، م.ع.ق.إ، دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ع7، سنة2010.
19. **زكية حميدو تشوار**، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج41، ع01، سنة2003.
20. **عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين**، عضو هيئة التدريس بقسم الفقه في كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية، م الجمعية الفقهية السعودية.
21. **عبد الجبار محمود السمراني**، الرائحة والبصمة الكيماوية، م الشرطة، ع369، السنة31، الإمارات العربية المتحدة، سبتمبر، 2001.
22. **عبد العالي حاحة**، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، م.م.ق، م دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
23. **عبد القادر الخياط**، فريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، المجلد4، 5-7 ماي، 1428هـ-2002م.
24. **عبد الكريم مأمون**، رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م.ع.ق.إ، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- ع02، سنة2004.
25. **عبد الله عبد الغني غانم**، دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 1423هـ-2002م.
26. **علي القرهداغي**، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، ع16، سنة2003،
27. **علي القرهداغي**، وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، سنة2005.
28. **فاطمة نبيهة يوسف أبو عياش**، بحث بعنوان البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، جامعة القدس.

29. **فؤاد عبد المنعم أحمد**، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، لوران الإسكندرية.
30. **فواز صالح**، دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والإقتصادية، سنة 2007، المجلد 23، ع 1.
31. **كمال لدرع**، حماية حقوق الطفل، المعيار، دورية علمية محكمة، تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع 09، 1425هـ-2004م.
32. **مجدوب نوال**، إشكالات إثبات المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة، م جيل للأبحاث القانونية المعمقة، ع 15.
33. **محمد الأشقر**، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم اتلشيري والعلاج الجيني، الكويت 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ الموافق ل13-15 أكتوبر 1997، ج 1.
34. **محمد سليمان النور**، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع 70، سنة 2007م.
35. **محمد عبدالله إبراهيم نجا**، الأسس العلمية لاختبار البصمة الوراثية في القرآن والسنة، بحوث المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، محور الطب وعلوم الحياة، ج 2، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، 2011.
36. **محمد علي البار**، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي ومحاذره، م العربية، جده، 1986.
37. **محمد محمد أبو زيد**، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، م.ح، الكويت، السنة 20، ع 1، مارس 1996.
38. **محمود عبد الله نجا**، الأسس العلمية لاختبار البصمة الوراثية في القرآن والسنة، المؤتمر العلمي العاشر للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، محور الطب وعلوم الحياة، ج 2، سنة 2011.
39. **مصطفى معوان**، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة العلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، ع 09، جمادى الأولى 1425هـ- جويلية 2004م،
40. **منصور المعايطه**، البصمات والتشريح الجنائي، الدلالات الأمنية والجنائية، م الأمن والقانون، ع 2200، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر، سنة 2000.
41. **منصور كافي**، الاستنساخ، مفهومه، أنواعه، حكمه، الأحياء، م.ع.إ.س، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع 7، 1421هـ/ 2003م، ص 184.



42. ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، م.ش.ق، جويلية 2005، ع18، سنة 2003.
43. نبيل رياض سليم ، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، م حماة الوطن ، الكويت ، ع265، سنة 2004،
44. نجم عبد الله الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الاسلامي ، مكة المكرمة، 2002، ص231.
45. نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية، م.ع.ق.إ دورية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ع7، 2010،
46. نصر الدين مروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ج.ع.إ.ق.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، ع04، 1999،
47. نمذجة نظام برمجي لحكومة إلكترونية مع التطبيق على بصمة الأصبع، المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر ، ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة ، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزيتونة الأردنية، 23-26 أبريل 2012، عمان ، الأردن.
48. هشام السيد متولي، تقنية الحمض النووي في مجال البحث الجنائي، م، العلوم الطبية الشرعية، الجمعية المصرية للعلوم الطبية، القاهرة، القسم العربي، 1998.
49. هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، دراسة طبية فقهية مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ع17، السنة السادسة.
50. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، سلسلة مطبوعات رابطة العالم الإسلامي، ط1، مكة المكرمة، السعودية، سنة 2004.
51. يعيش تمام آمال وأوجيل نبيلة، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، م.م.ق، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع4.
52. يقاش فراس، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، م.ق، ع2، جويلية، 2010.

#### 6-البحوث والدراسات:

1. إبراهيم أحمد عثمان، قاضي المحكمة العليا بالسودان وعضو مجمع الفقه الاسلامي، دور البصمة الوراثية في قضايا النسب، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض 1428هـ الموافق ل 2007م.
2. إبراهيم أحمد عثمان، قاضي المحكمة العليا بالسودان وعضو مجمع الفقه الاسلامي، دور البصمة الوراثية في قضايا النسب، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض 1428هـ الموافق ل 2007م.

3. **بديعة ممدوح حجازي**، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعون.
4. **البصمة الوراثية للحامض النووي** كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة ، الدورة الثانية والأربعون ، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، القاهرة.
5. **المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة** من خلال أجوبة السيد وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية والإستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، ط-2004
6. **جاد الحق علي جاد الحق**، التلقيح الصناعي. الفتاوى الإسلامية، ع، 1980
7. **جريدة الخبر الجزائرية**، ع الصار بتاريخ 2010/10/27، م
8. **الدراسات العليا**، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، لوران الإسكندرية.
9. **زين بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون**، عضو هيئة التدريس بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية.
10. **سعيد أحمد صالح فرج**، عميد التطوير الجامعي والجودة النوعية، ببحث بعنوان، القيافة، تعريفها، شروطها ومشروعيتها وشروط العمل بها، جامعة المدينة العالمية ، ماليزيا.
11. **الشرطة تنجح في حل 80 % من قضايا الجرائم والإرهاب بالبصمة الوراثية**، جريدة الخبر الجزائرية ، ع الصار بتاريخ 2010/10/27م.
12. **الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية**، يشرف على إصدارها فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، والدكتور جمال الدين محمد محمود، المجلد السادس، ط2
13. **الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية**، م9، ص3213.
14. **قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالتلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب**، الدورة السابعة المنعقدة بمكة المكرمة ما بين 11 إلى 17 من ربيع الآخر 1403هـ - الموافق 19 جانفي 1983م.
15. **قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 55**، والمتعلق بحكم البويضات الملقحة، المؤتمر السادس المنعقد بجدة، المملكة العربية السعودية، من 14 إلى 20 مارس، سنة 1999.
16. **لغة العصر**، الكمبيوتر والألعاب، جريدة الأهرام، 17 ذي الحجة 1426هـ الموافق ل 17 يناير 2006، ع 43506.
17. **لمياء فتحي عوض**، البصمة الوراثية للحامض النووي كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، الدورة الثانية والأربعون، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، القاهرة، سنة 2001،
18. **المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية الفتوى رقم 1225**، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، م9، القاهرة، 1404هـ / 1984م.

19. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلد 9، القاهرة، 1404هـ / 1984م

20. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلد 20.

21. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية، من دار الإفتاء المصرية، المجلد 6.

22. المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، القرار السابع، الدورة السادسة عشر 1422هـ - 2002م.

23. المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، 1422هـ - 2001م.

24. مقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية والإستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، ط1..

25. المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 28-29 محرم 1421. 13 ماي 2000.

26. ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1414هـ الموافق ل13-15 أكتوبر 1998م.

#### 7- الملتقيات العلمية:

1. الملتقى الدولي المنعقد بكلية الحقوق بجامعة وهران سنة 2010.

2. الملتقى الوطني حول قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري المنعقد بكلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة أيام 14-15-16 محرم 1425هـ الموافق 06-07-08-مارس 2004م.

3. اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين، البصمة الوراثية (D.N.A) في الإثبات، يومي 09-10 أبريل 2008، البصمة الوراثية (D.N.A) في الإثبات.

4. غرداين خديجة، نظام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مداخلات اليوم الدراسي، "قانون الأسرة الواقع والآفاق"، 27 فبراير، سنة 2017، المركز الجامعي، مغنية، معهد الحقوق والعلوم السيلسية، قسم الحقوق.

#### 8- الاجتهاد القضائي:

##### أ/المجلات القضائية:

1-المجلة القضائية سنة 1989 عدد04.

2-المجلة القضائية سنة 1990 عدد01.

3-المجلة القضائية سنة 1991 عدد03.

4-المجلة القضائية سنة 1991 ع04.

5-المجلة القضائية سنة 1992 ع01.

6-المجلة القضائية سنة 1992 ع02.

- 7-المجلة القضائية سنة 1994 ع02.
- 8-المجلة القضائية سنة 1996 ع06.
- 9-المجلة القضائية سنة 1997 ع01.
- 10-المجلة القضائية سنة 1999 ع01.
- 11-المجلة القضائية سنة 2001 ع01.
- 12-المجلة القضائية سنة 2001 ع02.
- 13-المجلة القضائية سنة 2001 ع.خ.
- 14- المجلة القضائية سنة 2004 ع02.
- 15- المجلة القضائية سنة 2007 ع02.
- 16- المجلة القضائية سنة 2010 ع02.

#### ب/نشرة القضاة:

1-ن.ق 1972 ع02.

2- ن.ق 1986 ع 02.

#### 9- النصوص القانونية:

#### أ/ النصوص القانونية الدولية.

#### 1-الاتفاقيات والإعلانات الدولية.

- 1.إعلان المنظمة العالمية للصحة في 11 مارس 1998.
2. المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الندوة الفقهية الطبية التاسعة في الدار البيضاء بالمغرب بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية.
3. اتفاقية المجلس الأوروبي حول حقوق الإنسان والبيولوجيا الطبية تم التوقيع عليها مؤخرا في أوفيديو.
- 4.اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاقيات وعلوم الحياة والصحة بفرنسا.
- 5.الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1984 الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 712 بتاريخ 10 ديسمبر 1984
- 2-التشريعات المقارنة:
- 1.المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 1408هـ- 1988م.
- 2.قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2000م
- 3.ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 ذي الحجة 1424،03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70-4. بمثابة مدونة الأسرة.صيغة محينة بتاريخ 25 يناير سنة2016.
- 5.قانون الأحوال الشخصية المصري الجديد رقم 01 لسنة 2000.

6. القانون الكويتي رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية.

7. قانون عدد 75 لسنة 1989، المؤرخ في 28/10/1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أومجهولي النسب، المعدل بموجب ق عدد 51 لسنة 2003، المؤرخ في 07/07/2003، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادرة بتاريخ 08/07/2003.

8. مدونة الأحوال الشخصية اللبنانية الصادرة سنة 1948

ب/ النصوص القانونية الوطنية:

1- الدستور:

دستور 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم لدستور 23 فبراير 1989، ج.ر، ع 94 لسنة 1976.

2- القوانين:

1. قانون رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم (07-05) المؤرخ في 13 ماي 2007. المتضمن التقنين المدني الجزائري.

2. قانون رقم (84-11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27 فبراير 2005. المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

3. قانون رقم 16-03 مؤرخ في 14 رمضان عام 1473 الموافق ل 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

4. الأمر رقم (70-20) المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

3- المراسيم:

1- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 المتمم للمرسوم رقم (71-157) المؤرخ في 03 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

2. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

3. المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن قانون أخلاقيات الطب.

10- مواقع الإنترنت:

1. [http // maudoo3.com](http://maudoo3.com)
2. [http www.djelfa..](http://www.djelfa..) [www.wilipédia.org](http://www.wilipédia.org)
3. [http// www.tbbeb.net/ask/showthread.php](http://www.tbbeb.net/ask/showthread.php)
4. [http// www.tbbeb.net/ask/showthread.php](http://www.tbbeb.net/ask/showthread.php)
5. [http//www.3rbdr.net](http://www.3rbdr.net)
6. [http//www.islamset.com./arabic/abioethics/basma/basma.htm](http://www.islamset.com./arabic/abioethics/basma/basma.htm)
7. [http//www.islamtoday.net](http://www.islamtoday.net)
8. [http//www.raya.com](http://www.raya.com)
9. [http/www. médecin médico L égaLe.com.p01](http://www.médecien_médico_L_égaLe.com.p01)
10. [http/www.aLLhayat.com](http://www.aLLhayat.com)

11. <http://maitreherrada.maktoobblog.com>
12. [http://www.islamonline.net/arabic/sharih\\_corner/fatwa/topic\\_06/2006/07/01.shtml](http://www.islamonline.net/arabic/sharih_corner/fatwa/topic_06/2006/07/01.shtml).
13. [http://www.islamonline.net/arabic/sharih\\_corner/fatwa/topic\\_06/2006/07/01.shtml](http://www.islamonline.net/arabic/sharih_corner/fatwa/topic_06/2006/07/01.shtml)
14. <https://www.thaqafnafsak.com/2012/05/bLog-post-4533.html>
15. <https://islamqa.info/ar/192131>.
16. <https://ar.wikipedia.org>.
17. [www.isqtifida.com/forums/showread.php?t=dz](http://www.isqtifida.com/forums/showread.php?t=dz): http
18. [www.startimes.com](http://www.startimes.com)
19. [www.thaqafnafsak.com](http://www.thaqafnafsak.com):http
20. [www.wilipédia.org](http://www.wilipédia.org)
21. [www.elwafd.ord](http://www.elwafd.ord)

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية.

### Les Ouvrages.

1. ANDRE Damart , JACQUES bournerf, Petit larousse de la médecine, Librairie Larousse.T2, 2003.
2. ANNIE Bottiau, Empreinte génétique et Droit de La filiation, Chronique, recueil Dalloz, Sirey, Paris,1989.
3. COQUOZ Raphael, COMPTE Jennifer, HALL Diana, HICKS Tacha et TORNI Franco, Preuve par ADN – La génétique au service de la justice, Presse polytechniques et universitaires romandes, 33<sup>ème</sup> éd, 2013.
4. DORA Bachir, BELABES Saliha, SmaïL Farida, BOUZID Kamel, Hématologie, T2, Office des publication universitaires, Alger, 1987.
5. DOUTREMEPUICH Christian et DOUTREMEPUICH Françoise , les empreintes génétiques, John LIBBEY Eur text, paris,1998.
6. DOUTREMEPUICH Christian et DOUTREMEPUICH Françoise , les empreintes génétiques, John LIBBEY Eur text, paris,1998 .
7. GILLIQUET Véronique, biologie, groupe de boeck, Bruxelles, France, 2009.
8. GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, Lexique des termes juridiques, DaLLoz, Paris, éd22, 2014/2015.
9. MALEK Kamel, Jean Christophe MINO et Karine LACOMBE, Santé publique (Médecine légale, médecine du travail), Editions ESTEM et MED-LINE, Paris, 1996.
10. Mayer, Droit international privé, édition Montchrestien. 4<sup>ème</sup> éd, Pari,1991,
11. Myriam Moralla, Francois Lefere, Richrd Trainaeau, Hématologie, Transfusion sanguine et soins infirmiers, Lamarre, 4<sup>ème</sup> éd, 2008.

### Thésés et mémoires.

1. FRANCOIS Christine , le fichier national des empreintes génétiques , Université de Lille 2 Droit et santé, faculté Des sciences juridiques politiques et sociales , DEA Droit et justice, Anné universitaire 2001-2002 .
2. SCHORNE Deborah, Enfant de qu ? procréation assistée et filiation en Suisse et au Québec, thèse pour l'obtention du grade de maitre en Droit- option biotechnologie, facultés des études supérieures de Montréal, 2007.
3. Yamina houhou, thèse La kafala en droit algerien et ses effets en droit français, université de Pau et des pays de L adour, 2014 .

### **Articles**

1. FORTIER Corine, le Droit musulman en pratique.genre, filiation et bioéthique, Droit et Culture, Rev internationale interdisciplinaire, L'Harmattan, paris, France,2010,N59.
2. GaLLoux ( Jean- Christophe).L,empreinte génétique: Lapreuve parfaite § semaine. juridique,1991,doctrine,n3497
3. JEAN CRISTOPHE GALLOUX, l'empreinte génétique, la preuve parfaite, J.C.P, 1991, 1.3497.
4. Schorno deborah, Enfant de qui ? procréation assistée et fiLation en suisse et au Québec,thèse pour L ,obtention du grade de maitre en droi- option biotechnoLogie, facuLtés des études supérieures de montréal,2007,p27.

### **Textes législatifs.**

1. La Loi N94/635 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain,J.O.R.F N175 du 30 juillet 1994.
2. DécretN2002/931 du11/06/202,J.O.R.F N 137 du14/06/2002.
3. DécretN2012/125du 30/01/2012.J.O.R.F N0026du31/01/2012.
4. Code civil francais, modifié et complété.

## الفهرس

03.....	مقدمة
11.....	الباب الأول: قيمة الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
13.....	الفصل الأول: القيمة العلمية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
13.....	المبحث الأول: أنواع الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
14.....	المطلب الأول: نظام البصمة الوراثية
14.....	الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية
14.....	أولاً: تعريف البصمة الوراثية
15.....	1: التعريف اللغوي
16.....	2: التعريف الفقهي
17.....	3: التعريف العلمي
17.....	أ: الاتجاه الأول
18.....	ب: الاتجاه الثاني
18.....	ج: الاتجاه الثالث
18.....	د: الاتجاه الرابع
19.....	4: التعريف القانوني للبصمة الوراثية
19.....	أ- تعريف البصمة الوراثية في التشريع الجزائري
20.....	ب- تعريف البصمة الوراثية في التشريعات المقارنة
20.....	1- في التشريع المصري
20.....	2- في التشريع المغربي
20.....	3- في التشريع الفرنسي
21.....	ثانياً: التفرقة البصمة الوراثية والبصمات الجسدية الأخرى
21.....	1: أنواع البصمات الجسدية الأخرى
22.....	أ: بصمة الأصابع
22.....	ب: بصمة العرق
23.....	ج: بصمة الشفاه
23.....	د: بصمات الصوت
24.....	و: بصمة الأسنان
24.....	ه: بصمة الأقدام
24.....	و: بصمة الأذن
25.....	ز: بصمة المخ
25.....	ر: البصمة القرصية والشبكية للعين
26.....	2: الاختلاف بين البصمة الوراثية والبصمات الجسدية الأخرى
26.....	أ- الاختلاف في الوظيفة
26.....	ب- الاختلاف في الطبيعة
27.....	ج- الاختلاف في طريقة الإثبات
27.....	الفرع الثاني: مراحل ظهور البصمة الوراثية إلى حيز الوجود
27.....	أولاً: الخلية والنواة
28.....	ثانياً: الصبغات أو الكروموزومات
29.....	1: أنواع الكروموزومات داخل النواة



29.....	2: أنواع الانقسام الخلوي للكروموزومات.....
29.....	أ:النوع الأول: الانقسام الخيطي أي الفتيلي أو غير المباشر.....
30.....	ب:النوع الثاني الانقسام الاختزالي.....
30.....	ثالثا: اكتشاف الحمض النووي والجينات:(الجينات المنظومة على خيوط الصبغات أو الكروموزومات).....
31.....	رابعا: من الجين إلى البصمة الوراثية-مرحلة اكتشاف البصمة الوراثية.....
32.....	الفرع الثالث:خصائص البصمة الوراثية.....
32.....	أولا: خاصية التفرّد والتميز.....
33.....	ثانيا: خاصية الثبات وعدم التغير.....
33.....	ثالثا:تعدد مصادر استخلاص البصمة الوراثية.....
34.....	رابعا: الدقة في النتائج.....
34.....	الفرع الرابع: ظوابط العمل بالبصمة الوراثية.....
35.....	أولا:الظوابط الشرعية والقانونية للعمل بالبصمة الوراثية.....
35.....	ثانيا:ظوابط العمل بالبصمة الوراثية من الناحية العلمية.....
40.....	الفرع الخامس : مجالات استخدام البصمة الوراثية.....
40.....	أولا: استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.....
40.....	1:الصورة الأولى: تنازع الاثنين في الولد.....
42.....	2: الصورة الثانية: معرفة الجنت المتفحمة عن طريق الاستعراف.....
43.....	2:الصورة الثالثة: دعاوى الهجرة والجنسية.....
43.....	ثانيا: استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي.....
43.....	1: جرائم القتل.....
43.....	2: جرائم العرض.....
44.....	ثالثا : استخدام البصمة الوراثية في المجال الطبي.....
45.....	المطلب الثاني: نظام فحص الدم.....
45.....	الفرع الأول : مفهوم نظام فحص الدم.....
45.....	أولا : تعريف الدم.....
45.....	1: التعريف اللغوي.....
46.....	2: التعريف الإصطلاحي.....
47.....	3: التعريف الطبي.....
47.....	ثانيا: الخصائص الفيزيائية للدم.....
47.....	1: اللون.....
47.....	2: درجة الحرارة.....
47.....	3: كثافة الدم.....
48.....	4: لزوجة الدم.....
48.....	5: الضغط الأسموزي للدم.....
48.....	6: الضغط الكولويدي إسموزي.....
48.....	الفرع الثاني:وظائف الدم و تركيبه.....
48.....	أولا: وظائف الدم.....
48.....	1:- الوظيفة التنفسية.....
48.....	2: الوظيفة الغذائية والإخراجية.....
48.....	3: تنظيم حرارة الجسم وتنظيم الاستقلال.....
49.....	4: الحماية.....

49	5:تنظيم إفرازات الهرمونات وحملها
49	6: توازن الماء
49	7:تجلط الدم
49	8:الدور الوافي
49	ثانيا : تركيب الدم
49	1: البلازما
49	أ: تعريف البلازما
50	ب: خصائص البلازما
50	ج:مكونات البلازما
51	2: خلايا الدم
51	أ- كريات الدم الحمراء
51	1-وظائف كريات الدم الحمراء
52	2-عوامل تكوين كريات الدم الحمراء
53	3- مراحل تكوين كريات الدم الحمراء
53	ب-كريات الدموية البيضاء
53	1- أنواع خلايا الدم البيضاء
53	2-وظائف كريات الدم البيضاء
55	3:الصفائح الدموية
55	الفرع الثالث: فصائل الدم
55	أولا: نظام ABO
57	ثانيا: نظام (R H) - عامل البندر، عامل ريسيس Rhésus Factor
58	ثالثا: نظام Kell-Callano (Les système kell CALLano)
59	المبحث الثاني: حجية الطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
59	المطلب الأول: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
59	الفرع الأول: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب الطبيعي
59	الفرع الثاني: الحجية المطلقة للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب غير الطبيعي.(النتائج عن عملية التلقيح الاصطناعي)
63	أولا: مفهوم التلقيح الاصطناعي
64	1: تعريف التلقيح الاصطناعي
64	2: التطور التاريخي لعملية التلقيح الاصطناعي
66	ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من عملية التلقيح الاصطناعي
66	1: التلقيح الاصطناعي الداخلي
66	أ: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج
67	ب: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء متبرع لا تربطه بالمرأة علاقة زوجية
68	2: التلقيح الاصطناعي الخارجي
68	أ: التلقيح الاصطناعي الخارجي الأنبوبي (أطفال الأنابيب)
69	ب: استئجار الأرحام
71	ثالثا: التلقيح الاصطناعي في ظل تعديلات قانون الأسرة تحت مجهر النقد والتحليل
76	رابعا: إثبات نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي بالطرق العلمية
77	المطلب الثاني: الحجية النسبية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب
78	الفرع الأول: تحليل فصائل الدم
78	الفرع الثاني: الأخطاء البشرية

80	الفرع الثالث: ظاهرة الاستنساخ البشري.
80	أولاً: تعريف الاستنساخ البشري.
81	ثانياً: الحكم الشرعي للاستنساخ البشري ومشروعيته.
81	1: منافاة جوهر العقيدة الإسلامية.
83	2: معارضة الاستنساخ البشري للأدلة التشريعية.
83	أ: معارضة الاستنساخ البشري لنصوص الكتاب والسنة.
84	ب: معارضة الاستنساخ البشري للإجماع.
85	ج: بطلان القياس للاستنساخ البشري.
86	د: مخالفة الاستنساخ البشري للعرف.
86	ه: مخالفة الاستنساخ البشري للأخلاق.
86	ثالثاً: حكم الاستنساخ البشري في التشريع.
86	1- حكم الاستنساخ البشري في القانون الجزائري.
87	2- حكم الاستنساخ البشري في القوانين المقارنة.
88	رابعاً: مدى تأثير الإستنساخ البشري على الحجية المطلقة للطرق العلمية.
90	الفصل الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية البيولوجية في إثبات النسب.
91	المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية بين الشرع والتشريع.
91	المطلب الأول: موقف الشرع والتشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
92	الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
94	الفرع الثاني: موقف التشريع من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
94	أولاً: موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
94	1: في قانون الأسرة.
94	2: القانون رقم 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية والتعرف على الأشخاص تحت مجهر النقد والتحليل.
96	ثانياً: موقف بعض التشريعات المقارنة من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
103	1: موقف المشرع الفرنسي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
103	2: موقف المشرع المصري من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
105	3: موقف المشرع التونسي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
106	4: موقف المشرع المغربي من إثبات النسب الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
108	المطلب الثاني: موقف الشرع والتشريع من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
111	الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
111	أولاً: المذهب الأول.
111	ثانياً: المذهب الثاني.
113	الفرع الثاني: موقف التشريع من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
116	أولاً: موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
116	ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية.
120	أ- موقف المشرع الفرنسي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
120	ب- موقف المشرع التونسي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
121	ج- موقف المشرع المغربي من إثبات النسب غير الشرعي بالطرق العلمية البيولوجية.
122	المبحث الثاني: مواجهة الصعوبات التي تواجه استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.
123	المطلب الأول: التعارض بين اللعان والطرق العلمية.

124	الفرع الأول: تعريف اللعان وشروطه.
125	أولاً: تعريف اللعان.
126	ثانياً: شروط اللعان.
127	الفرع الثاني: أحكام اللعان.
127	أولاً: دعوى اللعان.
129	ثانياً: مندوبات اللعان.
129	ثالثاً: آثار اللعان.
130	الفرع الثالث: مدى اتفاق الاعتداد بالطرق العلمية مع التمسك باللعان.
131	أولاً: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.
131	1: عدم جواز نفي النسب بعد الإقرار به.
132	2: تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر للملاعنة.
133	ثانياً: انتفاء النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين.
134	ثالثاً: انتفاء النسب بالطرق العلمية دون اللعان.
	المطلب الثاني: الطرق العلمية ومدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه والمساس بمبدأ معصومية الجسد.
136	الفرع الأول: الطرق العلمية ومدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.
138	الفرع الثاني: الطرق العلمية ومدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد.
141	الباب الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب.
142	الفصل الأول: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من أسباب ثبوت النسب.
145	المبحث الأول: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الزواج.
145	المطلب الأول: الزواج الصحيح.
146	الفرع الأول: ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية.
147	أولاً: إمكانية الاتصال بين الزوجين.
147	1: في الفقه.
149	2: في التشريع.
149	أ: في التشريع الجزائري.
149	ب: في التشريع المقارن.
149	1: في التشريع المغربي.
150	2: في التشريع المصري.
150	3: في لبثشريع السوري.
150	4: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية في الكويت.
151	ثانياً: مدة الحمل.
152	1: أدنى مدة الحمل.
152	أ: أدنى مدة الحمل في الفقه.
152	ب: أدنى مدة الحمل في الطب.
153	ج: أدنى مدة الحمل في القانون الجزائري.
154	2- أدنى مدة الحمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة ومشروعات قوانينها.
154	*القانون المغربي.

154.....	* القانون الكويتي
154.....	* القانون الأردني
154.....	* القانون السوري
154.....	* مشروع القانون العربي الموحد لمجلس وزراء العدل العرب
154.....	* مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي
155 .....	<b>2: أقصى مدة الحمل</b>
155 .....	أ: أقصى مدة الحمل في الفقه
157 .....	ب: أقصى مدة الحمل في الطب
157 .....	ج: أقصى مدة الحمل في التشريع
157.....	<b>1: أقصى مدة الحمل في القانون الجزائري</b>
158.....	<b>2: أقصى مدة الحمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة ومشروعات قوانينها</b>
158.....	* القانون المغربي
158.....	* القانون الأردني
158.....	* القانون السوري
158.....	* القانون الكويتي
159.....	* مشروع القانون العربي الموحد لمجلس وزراء العدل العرب
159.....	* مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لدول تعاون المجلس الخليجي
154 .....	<b>ثالثا : عدم نفي الولد بالطرق المشروعة</b>
160.....	<b>1- طرق نفي النسب في التشريع الجزائري</b>
160.....	أ: نفي النسب باللعان
160.....	ب: نفي النسب بالطرق العلمية
162.....	<b>2- حالات نفي النسب</b>
162.....	أ: نفي النسب لعدم الإنجاب
163.....	ب: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل
163 .....	<b>الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين</b>
163 .....	<b>أولا: ثبوت نسب ولد المطلقة</b>
163 .....	<b>1: المطلقة قبل الدخول</b>
164 .....	<b>2: المطلقة بعد الدخول</b>
165 .....	أ: الاتجاه القائم على عدم التمييز بين نوع الفرقة
165 .....	ب: الاتجاه القائم على التمييز بين نوع الفرقة
165 .....	<b>1: ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيًا</b>
165.....	* الحالة الأولى: إذا لم تقر المطلقة بانقضاء عدتها
166.....	* الحالة الثانية: إذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها
167 .....	<b>2: ثبوت نسب ولد المطلقة باننا</b>
167.....	* الحالة الأولى: إذا أقرت الزوجة بانقضاء العدة
168.....	* الحالة الثانية: إذا لم تقر الزوجة بانقضاء العدة
168 .....	<b>ثانيا: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها</b>
169.....	<b>1: إقرار الزوجة بانقضاء عدتها</b>

169	2: عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها
172	ثالثا: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها
173	<b>المطلب الثاني: الزواج الغير الصحيح - الباطل والفاسد</b>
174	<b>الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاسد</b>
174	أولا: الزواج الباطل والفاسد في الفقه
147	1: تعريف الباطل والفاسد والفرق بينهما
175	2:- الباطل والفاسد في عقود النكاح
176	ثانيا: الزواج الباطل والفاسد في التشريع
176	1: الزواج الباطل
177	2: الزواج الفاسد
178	<b>الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح</b>
178	أولا: ثبوت النسب من الزواج الباطل
180	ثانيا: ثبوت النسب من الزواج الفاسد
181	1- الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد
181	أ- حكم النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول
181	ب: حكم النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول
182	2- ولادة المولود في مدة مخصوصة
182	أ- مدة ثبوت النسب أثناء قيام الزوجية من الزواج الفاسد
183	ب-مدة ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد
185	<b>المبحث الثاني: الوطء بشبهة</b>
185	<b>المطلب الأول: مفهوم الوطء بشبهة</b>
185	<b>الفرع الأول: تعريف الشبهة والوطء بشبهة</b>
186	<b>الفرع الثاني: أقسام الشبهة</b>
186	أولا: شبهة الفعل
186	ثانيا: شبهة الملك
187	ثالثا: شبهة العقد
187	<b>المطلب الثاني: ثبوت النسب من الوطء بشبهة</b>
187	<b>الفرع الأول: موقف الفقهاء من ثبوت النسب من الوطء بشبهة</b>
187	أولا: ثبوت النسب في شبهة الفعل
188	ثانيا: ثبوت النسب في شبهة الملك
188	ثالثا: ثبوت النسب في شبهة العقد
189	<b>الفرع الثاني: موقف التشريع من ثبوت النسب في الوطء بشبهة</b>
189	أولا: موقف التشريع من ثبوت النسب من الوطء بشبهة
190	ثانيا: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النسب في الوطء بشبهة
190	1-المشرع المغربي
190	2:المشرع السوري
191	3: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي
198	<b>الفصل الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من الطرق التقليدية لثبوت النسب</b>
198	<b>المبحث الأول:مكانة الطرق العلمية من الإقرار</b>
199	<b>المطلب الأول: مفهوم الإقرار</b>
199	<b>الفرع الأول: تعريف الإقرار</b>
199	أولا: التعريف اللغوي
199	ثانيا: التعريف الإصطلاحي

200	.....	ثالثا: التعريف القانوني.
201	.....	الفرع الثاني: حكم الإقرار بالنسب
203	.....	الفرع الثالث: أنواع الإقرار
203	.....	أولا: الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة
203	.....	ثانيا: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة
204	.....	الفرع الرابع: مسألة التبني اتجاه الإقرار
205	.....	أولا: تعريف التبني
205	.....	1: التبني لغة
205	.....	2: التبني اصطلاحا
206	.....	ثانيا: أحكام التبني
206	.....	1: تحريم الإسلام للتبني
207	.....	أ: تحريم التبني بالتشريع القولي
207	.....	ب: تحريم التبني بالتشريع الفعلي
208	.....	2: الحكمة من تحريم الشريعة الإسلامية لنظام التبني
209	.....	ثالثا: التبني في التشريع
209	.....	1-موقف المشرع الجزائري من نظام التبني
211	.....	2-التبني في بعض القوانين العربية المقارنة
211	.....	أ:القانون المغربي
211	.....	ب:القانون الكويتي
211	.....	ج: القانون السوري
211	.....	د:القانون التونسي
212	.....	و:القانون الفرنسي
213	.....	رابعا: إحلال الكفالة محل التبني
213	.....	1- شروط الكفالة
213	.....	أ:الشروط الخاصة بالكافل
214	.....	ب: الشروط الخاصة بالمكفول
215	.....	خامسا: المرسوم التنفيذي رقم(92-24) الخاص باستلحاق المكفول بالمكفول
215	.....	1:محتوى المرسوم
216	.....	2- الطبيعة القانونية للمرسوم
217	.....	سادسا: الآثار المترتبة على عقد الكفالة
217	.....	1:حقوق وواجبات الكافل
217	.....	أ:حقوق الكافل
217	.....	ب:واجبات الكافل
218	.....	2-حقوق وواجبات المكفول
218	.....	الطلب الثاني: شروط ثبوت النسب بالإقرار
219	.....	الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة
219	.....	أولا: الإقرار بالبنوة
224	.....	ثانيا: إقرار الولد (بالأبوة أو الأمومة)
224	.....	ثالثا: الإقرار بالأمومة
226	.....	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة
231	.....	المبحث الثاني: مكانة الطرق العلمية البيولوجية من البيئة
232	.....	المطلب الأول: مفهوم البيئة
232	.....	الفرع الأول: تعريف البيئة

232.....	أولاً: المعنى العام.....
233.....	ثانياً: المعنى الخاص.....
233.....	الفرع الثاني: أنواع البيّنة.....
233.....	أولاً: الشهادة المباشرة.....
232.....	ثانياً: الشهادة السماعية.....
234.....	ثالثاً: الشهادة بالتسامع.....
234.....	رابعاً: الشهادة بالشهرة العامة.....
234.....	المطلب الثاني: إثبات النسب بالبيّنة ومقارنتها بالإقرار.....
234.....	الفرع الأول : إثبات النسب بالبيّنة في التشريع.....
236.....	الفرع الثاني : كيفية ثبوت النسب بالبيّنة.....
236.....	أولاً: نصاب الشهادة في إثبات النسب.....
238.....	ثانياً: نصاب الشهادة في الولادة.....
242.....	الخاتمة.....
248.....	قائمة المراجع.....
269.....	الملاحق.....
304.....	الفهرس.....