إثبات النسب كأثر مترتب عن الزواج بالطرق الشرعية و العلمية البيولوجية الحديثة

الدكتور : قاشي علال
أستاذ محاضر قسم " أ "
كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البليدة 2

ملخص

إن الإسلام أولى أهمية كبيرة لإثبات النسب، وإلحاق كل نسل بأبيه حيث أبطل التبني، وشرع العدة للمطلقة والأرملة على حد سواء شهورا عدة حتى يخلو الرحم، وبذلك لا ينسب المولود لغير أبيه.

كما أن المشرع الجزائري أدرج الطرق العلمية وأقر بأهمية التحاليل الحديثة من أن أجل فض النزاعات القائمة على إثبات وتحديد النسب الصحيح الشرعي، خاصة في الفقرة 02 من المادة 40.

ولإثبات النسب أهمية كبيرة إن دينا أو دنيا، إذ به تُحفظ الأنساب وتُحدد المسؤوليات، وتُحمى الحقوق الشرعية لكل ذي حق، سواء في المصالح أو المواريث.

مقدمة

أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيدا من العناية و أحاطته ببالغ الرعاية فهو يعتبر من أبرز أثار الزواج الذي اعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين و رتب عليه حقوقا أولها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب و يطيع الأولاد.

فاعتبره في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها وذلك لما يتمتع به من مكانة مقدسة بين نصوص الشرع وأحكامه الفقهية لذا أمر الله عزّوجل الآباء أن ينسبوا أليهم أولادهم و نهاهم عن إنكار بنوتهم، و حرم الإسلام كل اتصال جنسي يتم على غير أصول شرعية و أبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والتي انحرفت عن شرائع الله السماوية و لا يبح الإسلام سوى العلاقات القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتبرة بقوله تعالى "والذين هم لفروجهم حافظون (5) إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير ملومين (6) فمن ابتغى وراء ذلك فؤلئك هم العادون " (سورة المؤمنون أية رقم 5-6).

وعرف النسب من قبل العلامة البقري في قوله "هو القرابة و المراد به الرحم وهي لفظ يشمل كل من بينك و بينه قرابة قربت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم" والنسب باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء و الأجداد يدور حول محور أساسي وهو إثباته بمعنى تأكيد

حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه الله لإثبات ذلك الحق و إذا استقر النسب التحق المنسب بقرابته و تعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث و نفقة و موانع الزواج وترتبت عليه حقوقا،وواجبات أعطى المشرع الجزائري اهتمامه لثبوت نسب الأولاد و إلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية ونضمه في المواد التالية من 40 إلى 46 من قانون الأسرة وحصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من قانون 84-11 المعدل و المتمم بالأسر 05-02 المؤرخ في 04 ماي 2005 في الزواج الصحيح .

و ما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه يعد الدخول أو الإقرار أو البينة وحاول المشرع الاستجابة لتطورات العصر الراهن بما فيها مجال البيولوجيا حيث أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل الإثبات في الفقرة 02 من المادة 40 و فتح هذا المجال .

ويعتبر هذا الموضوع ذو أهمية كبيرة لكون النسب بالغ الخطورة و له أثار نفسية على الولد بدرجة أولى وللمصلحة التي يفقهها للمجتمع ولتبيان حرمات الله تعالى وعليه يمكن طرح بعض الإشكالات تخص هذا الموضوع و هي كالتالي: ما هي القواعد القانونية الشرعية والعلمية لإثبات النسب و مدى حجيتها. وللإجابة على الإشكالية التالية اعتمدنا على الخطة التالية:

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه

المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار

المطلب الثالث: البيئة و أثرها في إثبات النسب

المبحث الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

المطلب الأول: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية في مجال إثبات النسب

المطلب الثالث: العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

إن أهم ما يترتب على الزواج من أثار هو نسب المولود إلى والده و عليه فإذا كان نسب الولد لأمه ثابت نسب الحمل المرئي و الولادة فإن إسناد نسب الولد لأبيه ليس دائما سهلا لذلك نصت المادة 40 من ق. الأسرة المعدلة بأمر رقم 5-2 نصت على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بنكاح الشبهة أو بالإقرار أو البينة و هذا ما سنتناوله تبعا في المطالب التالية:

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه

إن أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الأنساب فقد حرص الشارع الحكيم والتشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري على ذلك لما له أهمية في حماية المجتمع وتماسكه، و لذا فإن الولد ينسب إلى والده متى كان الزواج صحيحا وتوافرت الشروط المعتبرة في هذه الحالة كما يثبت النسب أيضا بما ألحق الفراش الصحيح أي الزواج الفاسد والوطء بشبهة وهذا ما سنحاول تفصيله في الفرعيين التاليين.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

أولا : نسب المولود حال قيام الزوجية

1-1 التعريف: إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية فإن ولدت الزوجة بعد زواجها ثبت نسبه من ذلك الزوج دون الحاجة إلى إقرار منه أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لأنه يملك لوحده حق الاستمتاع بها[1] وهذا ثابت من قوله (صلى الله عليه وسلم)" الولد للفراش و للعاهر الحجر" وحسب الحديث الشريف فإن صاحب الفراش هو الزوج والعاهر هو الزاني ومن مدلول قوله (ص) ونظرا لأن ثبوت النسب نعمة فان جريمة الزنا لا تثبت النعمة بل يستحق صاحبها النقمة [2].

و لقد قيد المشرع الجزائري هذا النسب بشروط و هي كالتالي:

ثانيا: شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي

طبقا لنص المادة 41 ق. الأسرة فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال الجنسي و لم ينفه بالطرق المشروعة ومن هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1-2 : الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة على أساس عقد الزواج الصحيح

وعلى هذا الأساس فان القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها "...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..."[3].

2-2 : إمكانية الاتصال الزوجي بين الزوجين :

يجب أن يكون التلاقي بين الزوج و زوجته ممكنا فلو كانت هي في أقصى المغرب و هو أقصى المشرق وتزوجا بالمراسلة و لم يلتقيا قط و لم يكن في الإمكان تلاقيهما لا يثبت النسب، وهذا ما

أكده شيخ الإسلام ابن تميمة أن النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي و كذا هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية و المالكية و الحنابلة أما الحنفية فلم يشترطوا ذلك و قالوا أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال و هذا حفاظا على الولد من الضياع[4].

أما المشرع الجزائري فقد اتبع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجة المتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية و المنطق والمعقول وهذا ما أكده اجتهاد المحكمة العليا الصادر في 1986/02/24 ملف رقم 39473 :"حيث أن الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل على ذلك أن الزوج كان يزور زوجته من حين لآخر و هي في بيت خالها ... ".

2-3 : ولادة الولدين بين أقل مدة الحمل و أقصاها

لقد اتفق الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و هو موقف المشرع الجزائري في المادة 48 من ق.الأسرة و الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/11/17 ملف رقم 210478: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا وأقصاها عشرة أشهر وتبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 و الولد ولد في 1994/05/07[5].

وحكم المادة 42 فيما يخص أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا، مستنبط من قوله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها و وضعته كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهرا ..." و الآية 14 من سورة لقمان في قوله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن و فصاله في عاميين".

لقد قدرت الآية الأولى للحمل و الفصال ثلاثين شهرا و قدرت الثانية للفصال عاميين وبإسقاط الثانية من الأولى يبقي للحمل ستة أشهر وعلى هذا الأساس إذا جاءت الزوجة بالولد في مدة أقل من 06 أشهر لا يلحق نسبه بالزوج[6] .

أما بالنسبة لأقصى مدة الحمل فلم يرد بشأن ذلك نص في القرآن أو السنة و لقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة فالحنفية حددوها بمدة سنتين مستمدين هذا الرأي من قول:
عائشة رضي الله عنها :" لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل".
أما الشافعة و المالكية قالوا أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات.
أما المشرع الجزائري فقد حددها بعشرة أشهر كما جاء في نص المادة 42 ق.الأسرة.

2-4 : عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

وهذا ما ينص عليه المشرع في المادة 41 ق.الأسرة و لكنه لم يحدد هذه الطرق و بالرجوع إلى أحكام المادة 222 وأحكام الشريعة نجد أن هذه الوسيلة تتمثل في اللعان ويعرف شرعا بكونه شهادات تجري بين الزوجين مؤكدات بالإيمان من الجانبيين مقرونة باللعن من جانب الزوج والغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقها و يكون اللعان متى اتهم الزوج زوجته و طلب إقامة حد القذف وأمره القاضي بملاعنتها و مصدر اللعان في القرآن الكريم سورة النور الآية رقم 04.

ثالثا: نسب الولد يعد الفرقة الزوجية

1- ثبوت نسب المطلقة :

1-1 : ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول :

المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى:" يأيها اللذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها..." ولأن إثبات النسب قائم على الفراش و هذا الفراش لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول إلا إذا كان هناك تلاقي بينها أو على الأقل إمكانه ، والنسب في هذه الحالة يثبت لاحتمال الوطء الذي هو شرط في إثبات النسب[7] بشرط أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج و أن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق و من ثمة لا يثبت النسب إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل حمل قبل الفرقة.

و إذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة لأن ستة أشهر تصلح لتكوين الجنين و يحتمل أن تكون حملت من مطلقها و متى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا ادعاه و لم يصرح بأنه من زنا.

2-2 : ثبوت نسب المطلقة بعد الدخول

من الناحية القانونية فان الطلاق يثبت إلا بحكم طبقا لنص المادة 49 ق. الأسرة التي تنص: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...." وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا، في حين نجد أن فقهاء الشريعة فرقوا بينهما والقاعدة في التشريع الجزائري استنبطها من المادة 43 من ق.أسرة على أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال والمقصود بمصطلح الانفصال بالرجوع على نص المادة 60 هو الطلاق وهو ما أقرته المحكمة العليا[8].

2- نسب الولد المتوفى عنها زوجها

نصت المادة 43 من ق.أسرة أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة و هذا الاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة ويكون الفراش قائما وقت الوطء فيثبت النسب احتياطيا لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة .

3- ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

بالنسبة للمرأة التي غاب عنها زوجها لسبب من الأسباب كأداء الخدمة العسكرية أو دخوله السجن لارتكابه جريمة ما و استمر غيابه مدة تزيد عن عشرة دون أن يثبت أنه وقع انفصال بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد بعد انقضاء أقصى مدة الحمل من غيابه و ان المولود ينسب إلى أبيه إلا إذا نفاه و لا عن أمه وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1997/07/08 ملف رقم: 165408: "متى تبين أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة[9] .

الفرع الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة

أولا: بالزواج الفاسد

1-1: تعريف

هو الذي فقد شرط من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 09 مكررو المتمثلة في أهلية الزواج والصداق و الولي في حالة وجوبه والشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب عليها المشرع فساد النكاح بموجب الفقرة 02 من المادة 33 بحيث يفسخ الزواج قبل الدخول و يثبته بعد الدخول بصداق المثل.

2-1: شروطه

لثبوت النسب من الزواج الفاسد شروط تتمثل في الدخول الحقيقي في النكاح الفاسد لذا تحسب مدة الحمل من تاريخ الدخول و ليس تاريخ العقد و بالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لا يقل من 06 أشهر من حين الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج.

إما بالنسبة لأقصى فترة الحمل فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين و إذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي 10 أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسب من أبيه.

ثانيا: إثبات النسب عند وطء الشبهة

2-1: تعريف وطء الشبهة

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت و هو ليس بثابت فيه واصل ذلك لقوله (ص) " ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم " .

و الوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وقيل هو وطء حرام لأحد فيه و الشبهة قد تكون شبهة فعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد .

2-2 :أقسام الوطء بشبهة

أ- شبهة الفعل: وهو أن الشخص يعتقد أن الحرام حلال كأن يأتي الزوج الذي طلق زوجته ثلاثا في العدة.

ب- شبهة المحل و الملك : و تنشأ هذه الشبهة عن دليل مثبت للحل في المحل و هذا الدليل ينفي الحرمة مع وجود دليل آخر يحرم الفعل نفسه غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع.

ج- شبهة العقد: كالعقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 34 ق.الأسرة و مثال هذا النوع أن يتزوج شخص أخته أو خامسة على أربع في عصمته.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه اعتبر نكاح الشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب غير أنه يفرق بين شبهة و شبهة بقوله" يثبت النسب بالزواج الصحيح... و بنكاح الشبهة..." في نص المادة 40 ق.أسرة، و بالرجوع إلى نص المواد 40-42 ق.أسرة إذا وجبت مراعاة المدة القانونية في أقل وأقصى مدة الحمل حتى يكون النسب ثابتا في نكاح الشبهة.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار

إذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه فيأتي بعد الفراش في المرتبة الثانية إقرار الشخص بثبوت النسب إليه وفقا لنص المادة 40 ق.أسرة التي نصت "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار..." و يعد الإقرار أحد الطرق الغير لمباشرة للنسب لأن المقر يخبر بالحق لغيره و لا ينشئ ذلك الحق و معنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.

الفرع الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب

إن الإقرار ينقسم إلى نوعين النوع الأول: إقرار الشخص بالنسب على نفسه، النوع 02 :إقرار الشخص بالنسب على الغير وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادتين 44-45 ق.الأسرة.

أولا : إقرار الشخص على نفسه

و هو الأصل في الإقرار و إقرار الشخص بأن فلان ابنه من صلبه و كذلك الإقرار بأن فلان أبوه و نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 44 من ق.أسرة بقوله:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة مجهولة النسب و لو في مرض الموت متى صدق العقد أو العادة و هنا تأتي شروط ثبوت النسب في حالة الإقرار بالبنوة الشروط التالية:

أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب حتى يتمكن إثبات بنوته للمقر فلو كان له نسبا معروف لم يصح الإقرار و نسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ.

أن لا يذكر المقر أنه ولد من الزنا لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله عزّوجل.

أن يكون المقر بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما يحتمل ذلك.

أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار إن كان مميزا أهلا للمصادقة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر و يترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر و المقر له على الآخر.

أما إذا كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون الحاجة إلى تصديق لأن فيه منفعة لهذا الصغير.

فإذا توفرت هذه الشروط ثبت النسب و صار المقر له ابنا للمقر.

ثانيا: إقرار الشخص بالنسب على الغير

و يسمى بفرع النسب كالإقرار بالأخوة و العمومة فإذا قال هذا أخي كان إقرار بالنسب على أبيه لأن معناه هذا ابن أبي و هذا الإقرار يتضمن أمرين:

1- تحميل النسب على الغير .

2- استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته.

و لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 ق.أسرة التي نصت على "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه" أي أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يصلح وحده لأن يحتج به ولا يكون وحده كافيا لإثبات النسب إضافة للشروط السابقة الواردة في الإقرار بأصل النسب تحقق أحد الأمرين:

* أن يصدقه المقر عليه بالنسب ولا يكون لإقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقرارا مبتدئ بالنسب.

* أن يقيم المقر البينة على دعواه أو أن يصدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته لكن يرى بعض الفقهاء أن تصديق الورثة دعوة المقر بينة فيثبت النسب فيها بالبينة لا بالإقرار وهو النوع الثالث من مثبتات النسب لأنهما بينة[10].

وبالتالي فالإقرار بالأخوة أو العمومة مثلا يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه أي الأب عند الإقرار بالأخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة أو يقيم المقر بينة على إقراره.

الفرع الثاني: حكم التبني و اللقيط اتجاه الإقرار

إن الإقرار بالبنوة هو اعتراف حقيقي لشخص مجهول النسب فهو يعترف ببنوة ولد فيكون ابنا له من نفقة وارث و حرمة المصاهرة.

أولا: حكم التبني اتجاه الإقرار:التبني هو عقد ينشئ بين شخصيين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة و بنوة مفترضة[11] أي أنه يستحق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولدا له، و هذا ما كان سائدا في الجاهلية بحيث جعلوه كالابن الحقيقي و قد قال الله تعالى:" وما جعل ادعياكم أبنائكم فلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل ادعوهم لأبنائهم هو أقسط عند الله ..." الأحزاب الآية 4-5.

فلقد أمر الله تعالى رسوله "ص" بأن يتزوج زينب بنت جحش و هي مطلقة زيد الذي تبناه رسول الله "ص" حيث قال تعالى " فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في زواج ادعائهم انقضوا منها وطرا".

و قال رسول الله "صلى الله عليه وسلم": "من ادعى إلى غير أبيه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرف ولا عدلا ". رواه البخاري

أما القانون الجزائري فإنه يمنع التبني من خلال نص المادة 46 ق. أسرة التي تنص "منع التبني شرعا و قانونا".

وهذا ما أكدته المحكمة العليا وفقا لقرار 103032 المؤرخ 1995/05/02: "من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا و قانونا و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال..." وبالتالي لا يمكن لأي مواطن جزائري أن ينسب مولودا غليه عن طريق التبني.

ولقد أعطى المشرع نظام بديل للتبني من باب الإحسان وهو الكفالة بحيث نص عليها في المواد 116-125 ق.أسرة، والكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية وعناية ويتم ذلك بعقد أمام المحكمة أو الموثق مع احتفاظ الولد بنسب الأصلي إذا كان معلوم النسب أما إذا كان مجهول تطبق عليه المادة 64 ق.الحالة المدنية[12].

ثانيا: حكم اللقيط اتجاه الإقرار

اللقيط هو مولود حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب و لا أم طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرار من تهمة الزنا أو لغير ذلك.

و إذا أقر أحد نسب اللقيط منه ثبت نسبه منه مادامت شروط الإقرار متوفرة.

أما عند المالكية فان اللقيط لا يثبت نسبه من المقر إلا إذا تبين المقر وجها شرعيا له وهو ما أخذ به المشرع الجزائري والذي أحاطه بعناية وافرة بحيث كلف كل من وجد لقيط بأن يسلمه إلى رجال الشرطة وهؤلاء يسلمونه لإحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء ليتم تربيتهم ما لم يوافق على أن يكلفه أحد وهذا طبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية.

المطلب الثالث: البينة و أثارها في إثبات النسب

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا و قانونا باتفاق العلماء كما ذكر ذلك ابن القيم بحيث قال: "فإما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش والاستحقاق والبينة والقافة فالثلاثة الأولى متفق عليها...[13]

و البينة لغة من التبيين بمعنى الوضوح أي الدليل والحجة أما معناها الشرعي فقد عرفها علاء الدين الطرابلسي بأنها "اسم لكل ما يبين الحق و يظهره "، وسمى النبي (ص): "الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الأشكال بشهادتهم". وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم بين الحق و يظهر.

وانطلاقا من هذا الطرح فيما يتمثل مفهوم البينة في مجال النسب وفقا للمشرع الجزائري وما حجيتها مقارنة بالإقرار ؟ و سنوضح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم البينة في مجال النسب و أنواعها

أولا: مفهوم البينة في مجال النسب

انطلاقا مما سبق يتضح أن البينة معنيين:

البينة بمعنى الدليل: وهي الحجة أو البرهان وهو تعريف نظري مناسب للبينة لأنها ترشد إلى الصواب والإقناع والدليل على ذلك قوله تعالى: "لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة..." البينة أية 01 .

البينة بمفهوم الشهادة : و يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار إمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه كالسمع أو البصر بشأن واقعة متنازع عليها وقد أورد المشرع الجزائري البينة في المادة 40 ق.أسرة واعتبرها إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بدليل قاطع على أن المولود هو ابنه الأصلي.

ولكن وبالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 فقرة 02 بموجب أمر 05-02 حيث اعتبرها المشرع الطرق العلمية طريق مستقل عن البينة في مجال إثبات النسب مما يفهم منه أن المشرع يقصد بالبينة المعنى الخاص أي شهادة الشهود.

ثانيا : أنواع البينة

تتخذ البينة عدة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع أو الشهرة العامة كما يلي:

1-2 الشهادة المباشرة

و هي التي يقرها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه و بصره مباشرة كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها.

2-2 الشهادة الغير مباشرة

وتكون عندما يشهد الشخص بما سمع رواية من الغير فيشهد أنه سمع شخص معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات ولا يوجد نص في التشريع الجزائري يمنع الأخذ بها وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

3-2 الشهادة بالتسامع

وهي لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين أو عن واقعة معينة بل يشهد بما يسمعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير عنها و هذا النوع من الشهادة لا يقبل بها في المسائل المدنية ويمكن الاستئناس بها في المسائل التجارية على الرأي الراجح فقها.

4-2 الشهادة بالشهرة العامة

هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية كقاضي أو موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة بشرط أن تكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع و الشهادة بالشهرة تجوز في إثبات النسب بإجماع فقهاء الأحناف حيث أجازوا للشاهد أن يشهد بما يشهر وتتواتر الأخبار و يقع في قلبه صدقة .

الفرع الثاني : حجية البينة مقارنة بالإقرار في مجال النسب

تعتبر البينة أقوى من الإقرار[14] لكونها لا تقتصر على المقر كما هو الحال في الإقرار بحيث يثبت الحكم الثابت بالبينة في حقه و في حق غيره .

فلو كان هنالك ولد ليس له نسب معروف و أخذه رجل و ادعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أن ابنه كان أحق به من المقر وأن تبث في الظاهرة بالإقرار إلا أنه غير مؤكد باعتبار أن كلاهما أي البينة والإقرار نسب ظاهر يدل على وجود النسب الحقيقي أي وجود الفراش و ما ألحق به ما دام كذلك فإن الإقرار قد يحتمل البطلان و ظهور عدم صحة الإقرار بوجود البينة التي تعتبر أقوى منه .

ولهذا تطهر البينة و أهميتها في العديد من حالات النسب و ما يجب ملاحظته هنا أن إثبات النسب بالبينة يكون في حالة ما إذا جمع بين الرجل و المرآة عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت العلاقة قائمة بين الرجل والمرآة هي علاقة غير شرعية و نتج عن هذه العلاقة ولد و قام النزاع بشأنه و بشأن واقعة ميلاده فلا يثبت نسب الولد إلى الشخص بأي بينة كانت و يلحق نسبه بأمه[15] .

و في خاتمة هذا المبحث نلاحظ أن الطرق الثلاثة التي تمت دراستها من فراش و إقرار كلها في مرتبة واحدة بل أن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنه المنشئ له ، أما الإقرار و البينة فهما سببان ظاهريان يدل كل واحد منهما على وجود النسب الحقيقي و هو الفراش لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فراش .

المبحث الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية و حجيتها في ذلك

لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي وقف فيه بعض جمهور الفقه المرتاب و الرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فقد تبنى المجلس الإسلامي الأعلى موقفا صريحا في مسألة النسب بالطرق العلمية رغم عدم إصداره لأي فتوى تصريحيه لذلك مستظهرا وضوح القواعد الفقهية التي تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو

تنفي النسب[16]، واعتمادا على ذلك قرر هذا الاتجاه عدم جواز الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن قواعد الفقهية التي جاءت بالشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس و قد تأثر المشرع الجزائري بهذا الموقف أثناء سنه لقانون الأسرة في سنة 1984، إذ لم يعتمد سوى على الطرق الشرعية لإثبات النسب، والواردة في المادة 40 في الفقرة الأولى من ق. أسرة.

لكن لم يكن الرأي المذكور أعلاه والرافعي لإثبات النسب بالطرق العلمية جامعا بين فقهاء القانون ذلك أن اتجاه آخر رأى استعمال هذه الطرق وسيلة علمية حتمية بنتائج ملموسة وهذا ما عمل به المشرع الجزائري عند تعديله لهذا القانون بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 حيث ساير التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية ففتح مجالا واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية، وهي الطرق العلمية لإثبات النسب وبذلك يكون قد حل مشكلة عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العلمية فغالبا ما كان برفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا[17].

وعليه ستكون دراستنا في هذا المبحث علمية حيث سنتناول أنواع الطرق العلمية مع التطرق إلى حجيتها في مجال إثبات النسب و العقبات التي تواجه استخدام هذه الطرق في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد تنوعت الطرق العلمية في إثبات النسب بعدما كان العالم يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي و ذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم (ABO) تم هذا الاكتشاف الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (ADN).

وقد أدرج المشرع هذه الطرق العلمية في الفقرة 02 من المادة 40 من ق.الأسرة لكنه اكتفى بالإشارة إليها دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها علما أنة البحوث العلمية في هذا أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية الأول يصف بكونه قطعي والنوع الثاني لا يرقي بالشك إلى اليقين بكونها ضنية.

الفرع الأول: الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب

أولا: البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها و قد شاع استعمالها في الدول الغربية و قبلت بها العديد من المحاكم الأوربية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية لذلك يجب معرفة حقيقة البصمة الوراثية وتبيان الشروط و الضوابط الشرعية لتكون قرينة لإثبات النسب.

1- تعريف البصمة الوراثية

1-1 لغة: هي لفظ عامي يعني العلامة و هي مشتقة من البصم و هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر و رجل ذو بصم أي غليظ البصم و بصم بصما إذ ختم بأصبعه .

1-2 اصطلاحا: عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجنيات في الكائنات الحية[18]، و قد أرتضي المجمع الفقهي بمكة المكرمة لسنة 1998 .

التعريف الآتي "هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه".

وتعتبر النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدى كريات الدم الحمراء مستودع المادة الوراثية التي توجد على كروموزومات أو الصبغيات والتي تختلف من كائن لآخر و عددها عند الإنسان 46 كروموزوم خلافا للكروموزومات الجنسية[19] ويتركب الكروموزوم من سلسلة طويلة من المادة الوراثية ADN ويعرف بالحامض النووي الريبوزي الأكسجيني تكونت باتصال مجموعة من القواعد مشكلة سلسلتين تمثل إحداهما الصفات الوراثية للأب و الأخرى الصفات الوراثية للأم .

2- شروط البصمة الوراثية

بالرغم أنها مباحة شرعا لحصول النفع في إقامة العدل إلا أنه يشترط للعمل بها و اعتبارها دليل شرعي عدة شروط[20] .

2-1 :أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء .

2-2: أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية.

2-3:أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنيين ممن يتصفون ويتسمون بصفات الأمانة والعدل في العمل.

4-2: تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها متخصصون شرعيون وأطباء وإداريون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية.

3- الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية :

3-1: أن لا تخالف نتائجها صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب و السنة.

3-2: أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه كحالة التنازع على مجهول النسب أو الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة و حالة ضياع الأطفال.

3-3: يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل و المنطق و الحس والواقع.

3-4: منع القطاع الخاص و الشركات التجارية من المتاجرة فيها[21].

4- موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب:

4-1 : بما يخص الفراش: لقد أجمع الفقهاء على أن الفراش يعتبر أقوى الأدلة و لا يعلو عليه شيء آخر من الأدلة سوى اللعان و لا يلجا إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع في الإثبات مثلا عند شك الزوج عند وضع زوجته هل توفرت أقل مدة الحمل أو أكثر أو حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو النكاح الفاسد أو زواج المطلقة أو الأرملة .

4-2: بما يخص الإقرار: يعتبر الإقرار أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بالإجماع و عليه لا مجال لها في الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار إلا بتوفر شروط.

4-3: بما يخص البينة: فالشهادة تقدم على البصمة الوراثية عند التعارض و ذلك لثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع لقوله تعالى "واستشهدوا شهيدين من رجالكم [22] وعدم جواز تعطلة النصوص الشرعية الصحيحة بمجرد دليل علمي.

ثانيا: نظام HLA

يعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نقيا وإثباتا فهو يهتم بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي و الحفاظ عليه و الغير الذاتي للتخلص منه كالجراثيم و الأعضاء والأنسجة الأجنبية على الجسم و عن طريق الأبحاث تم اكتشاف بروتينات بنظام HLA (human cenkicyte antegen) ورغم أنه جد متغير ومتعدد

المظهر إلا أنه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص.

ويجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين مختلفين عن بعضهما واحدة من الأب و الآخر من الأم.

لكن قطعية إثبات النسب بواسطة هذا النظام قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي أو المذكر فهنا يحصل من والديه على مركبين متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل مما يستدعي اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

الفرع الثاني: الطرق العلمية الضنية في إثبات النسب

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب و الأم حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه الحقيقية عن طريق الحيوان المنوي للرجل والبويضة للأنثى ومن العلامات الوراثية الموجودة في فصائل الدم الرئيسية و هناك عدة أنظمة لفصائل الدم تتمثل فيما يلي: نظام ABO ،نظام RH، نظام MN و تعتبر وسيلة لإثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية حيث تعطينا مجرد احتمالات في الإثبات فيوجد على جانبا هذه الأنظمة يوجد أكثر من 30 نظام علمي فما تم ذكره جاء على سبيل المثال لا الحصر .

I – النتائج العلمية لفحص الدم

1-1 نظام ABO: وجد العالم لائد ستابير أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: O.AB-B-A و تشبه فصائل الدم بصمات الأصبع فهي غير قابلة للتغيير مند الولادة حتى الموت.

كما أن نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O.B.A) حيث نظام (B.A) سائدة بينما (O) متنحية و كل واحد له اثنين من هذه الثلاث.

مثال: طفل فصيلة دمه A تكون A A أو A O .

طفل فصيلة دمه B تكون B B أو B O .

و إذا ورث عاملين متنحيين يكون O و إذا ورث عاملين سائدين يكون B B.

2-1:نظام RH: لقد ثبت أن 80 % من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدا الضد و هي ستة e.d.c. E.D.C الثلاثة الأولى سائدة و الثلاثة الأخيرة متنحية و إذا كان لشخص واحد أو أكثر من

الثلاثة السائدة الأولى فإنه يعتبر RH+VP و مولد الضد D هو الأكثر أهمية لأنه دخل إلى فإنه سيؤدي إلى إنتاج معيار عالي من لأجسام المضادة و يساعد RH في النزاع حول الأبوة فإذا كان كلا الأبوين سليبين فإن الطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

3-1: نظام MN: بما أن B.A موجودة في كريات الدم الحمراء فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المعدل وعليه فإن واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس المجموعة A.B.O .

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية في مجال إثبات النسب و سلطة القاضي في تقديرها

تختلف مصداقية و حجية الطرق العلمية باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلائل قطعية خلافا لتحليل فصائل الدم على النحو السابق كما بيانه.

لذلك فإن الطرق العلمية من حيث حجيتها تتفرع إلى نوعين حجية مطلقة و أخرى نسبية وعليه يجدر بنا التساؤل على مدى اعتماد القاضي في تقدير سلطته على تقارير الخبراء الطبيين في حل المسائل العالقة لإلحاق الأبناء بآبائهم.

الفرع الأول: حجية الطرق العلمية في مجال إثبات النسب

أولا: الحجية المطلقة للطرق العلمية: لقد اتفق معظم الفقهاء و علماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية ADN و نظام HLA ذات دلائل قطعية في مجال إثبات النسب لإنفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم إذ لا يمكن أن يتشابه ADN لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 مليون حالة مقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية وبالتالي فإنه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[23].

و ما يدعم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب، المني أو أنسجة كالعظم و الجلد و الشعر.

كما أنها تقاوم عوامل التعفن و العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة و جفاف حتى أنه يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة و الحديثة و لعل أكبر مثال على فعاليته فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية

بخصوص إنسان (النايدات) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج من حوالي 9000 سنة وعرف ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية فكيف لا يكون لها حجية مطلقة في إثبات النسب[24].

ثانيا: الحجية النسبية للطرق العلمية

إن رأي القائل بأن بعض الطرق العلمية لها حجية نسبية في إثبات النسب كفحص فصائل الدم كان اعتمادا على ما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية حيث لا يعطينا نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب و بالتالي لا يرعى إلى دليل إثبات.

فطغى لتشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس وهو ما يجعله ضني حيث لا تعطي أكثر من 40% في مجال إثبات النسب و تصلح كدليل نقي 100%.

المطلب الثالث: العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة فإن إهمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون عقبات وعوائق قد تعرقل العمل بها سواء كانت مادية أو قانونية وهذا ما سنعالجه في ما يلي:

الفرع الأول: الصعوبات المادية

إن أهم عائق يواجهه العالم العربي عموما والجزائر خصوصا هو العائق المادي والذي يتمثل فيما يلي:

1- وجود مخبر علمي واحد: يعد تدشين هذا المخبر في 22-07-2004 بمناسبة عيد الشرطة بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تشجيع العمل بالبصمة الوراثية و لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال حيث يشرف عليه تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة ويساهم بدور فعال في المجال الجنائي وفي مسائل إثبات النسب أو نفيه و باعتبار أن الطرق العلمية مستحدثة في المادة 40 فقرة 02 من ق.أسرة المعدل والمتمم إلا أنه وجود مخبر علمي واحد بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على مستوى الوطني يعد في حد ذاته عائق حيث يتطلب توفر مخابر ذو جودة عالية وتقنية محضة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال و يتطلب المعرفة الدقيقة بعلم الجينات فأثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات وعلى خبراء وتقنيين أخصائيين رفعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات والاحتمالات.

2- مسألة مصاريف الخبرة

بما أن اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز على ضرورة توفر هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية ضخمة يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعباءها و بالتالي يتحملها أطراف الدعوى.

فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى أوضاع المعيشية و الاقتصادية في الجزائر وعليه يمكن القول بأن لجوء المواطن الجزائري إلى هذه الخبرة يكاد لا يكون.

الفرع الثاني: الصعوبات القانونية

من بين الصعوبات القانونية و التي يمكن للخصم أن يتمسك بها للتهرب من الاختبارات الوراثية أن يتمسك بمخالفة هذه التحليل لأحكام الشريعة الإسلامية وخضوع الفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة و قاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه وهذا ما سيتم تسرحه في النقاط التالية:

1- حرمة الحياة الخاصة

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

هذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الإنسانية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج و الزوجة تكون طابع شخصي خاص.

2- انتهاك السلامة الجسدية

حيث تنص المادة 35 من دستور 1996 "على أنه يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان" وقد تنطوي الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية وذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان والذي قد يؤخذ بطريقة الإكراه.

3- عدم جواز إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدءا عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الحلوي من اجل فحص الحمض النووي مثلا ما هو إجبار

الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهل يمكن تصور ذلك فهذا يجعل الدليل باطلا طبقا لقواعد الإجراءات حيث أن الشخص المكلف بالإثبات هو الذي يجب عليه تقديم المستندات التي تؤدي إلى صحة ادعائه لا أن يلقي عبء على خصمه.

خاتمة

من خلال الدراسة التي تمت حاولنا الاعتماد على الدراسة العلمية و القانونية التي جسدتها المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة توصلنا إلى أن القانون اقتدى بما آتت به الشريعة الإسلامية بأخذ الفراش كأساس للنسب و بالإقرار و البينة و يعتبر اعتماده على الطرق العلمية في مجال النسب ليس خروجا على مبادئ الشريعة الإسلامية طالما أن الهدف من وضعها صحيح وذلك بناء على قول القافة فالاستدلال بالبصمة الوراثية لإثبات النسب يمكن أن يقال أنها نوع من القيافة فقد تميزت بالبحث في خفايا و أسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة مما يجعلها تأخذ حكم القيافة وبالرجوع إلى المادة 40 من ق الأسرة نلاحظ أنها طرحت إشكال في تطبيقها على مستوى أقسام شؤون الأسرة حيث مازال النسب يثبت بالطرق الشرعية وهذا راجع لوجود مخبر واحد ووحيد تابع للشرطة العلمية حيث أن تعيين القائمين بالتحليل الجيني يرجع لمديره وهذا لا يتماشى مع إجراء الخبرة القضائية التي يعين فيها القاضي خبير محلف للقيام بالإجراءات .

و بالرغم من القواعد التنظيمية للنسب شرعا و قانونا إلا أن عدد قضايا النسب تعرف ارتفاعا وذلك بسبب انتشار العلاقات الغير الشرعية للزواج العرفي و فشل الزوجة في إثبات العلاقة الزوجية في المحكمة زيادة على ذلك رفض الزوج لإجراء التحاليل باعتبار انه غير ملزم قانونا.

الهوامش

[1]- أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، طبعة 1987، ص 141.

[2]- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، 2005، ص 388.

[3]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1984/11/19 ملف رقم 34046، المجلة القضائية 1990 العدد1، ص 67.

[4]- المستشار أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، طبعة 2003، ص 39.

[5]- اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص 85 .

[6]- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، ص357.

[7]- د. تشوار الجيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية ، ص 125.

[8]- المادة 60 من ق.أسرة "عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل 10أشهر من تاريخ الطلاق والوفاة.

[9]- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 67 .

[10]- د.محمد سمارة –أحكام و أثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى – إصدار 2002 ص 378 .

[11]- د.أحمد فراج الحسين – أحكام الأسرة في الإسلام – الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب 1991 ص 210.

[12]- د. بالحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – الزواج والطلاق ص 202.

[13]- د.بالحاج العربي – المرجع السابق ص 202 .

[14]- د.بالحاج العربي –المرجع السابق ص299 .

[15]- قرار صادر بتاريخ 1984/11/19 تَحت رقم 34046 – المجلةَ القضائية لسنة 90 العدد 01 ص 67.

[16]- محاضرات ألقيت على طلبة القضاة الدفعة 14 لسنة 2003 -2004 للدكتور الغوتي بالملحة أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء.

[17]- مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة الدفعة 16 (05-06) ص 36.

[18]- الدكتور سعد الدين الهلالي البصمة الوراثية و علائقها الشرعية الطبعة 2001 ، ص 25 .

[19]- د.إبراهيم ناصر الحمود مقال حول البصمة الوراثية على موقع www Islamotaday.net

[20]- مقال للدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية على الموقع السابق.

[21]- من توصيات الحلقة انتعاشية لمجمع الفقه الإسلامي بشأن البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها على موقع الانترنيت www.islam.net.com .

[22]- سورة البقرة الآية 282.

[23]- الدكتور نبيل سليم "البصمة الوراثية و تحديد الهوية" مقال منشور مجلة حماية الوطن عدد265 سنة 2004 الكويت موجود على موقع الانترنيت .

[24]- جريدة الوطن السعودية السبت2004/05/01 عدد 1380 على موقع www Islamouline.net