جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالبتين:
*الكيحل وردة *كرة عقيلة

يوم: 2022/06/28

عنوان المذكرة

طرق اثبات النسب في الشريعة و القانون

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ حسن عبد الرزاق	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
اسم ولقب الأستاذ دبابش عبد الرؤوف	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
اسم ولقب الأستاذ دعدوعة عبد المنعم	أ. م س أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021 - 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

اهداء

بعد الصلاة والسلام على خير الأنام حامل رسالة محمد صلى الله عليه وسلم

نهدي هذا العمل المتواضع إلى :

أعز وأغلى ما يمكن التضحية من أجلهما فهما سبب وجودنا في الحياة وسندي

و دعمي لخوض المسار والدينا الكريمين اللذين أمل من الله عز وجل أن يطيل

عمريهما ويقدرنا دائما على إسعادهما و إرضائهما.

إلى من جمعتنا بهم صلة الرحم إلى من يحملون في أعينهم ذكريات طفولتنا وشبابنا

إلى إخوتي و أخواتي الذين ساعدونا كثيرا و أمدونا بالعون.

إلى الأهل والأقارب واحدا واحدا كبيرهم و صغيرهم دون استثناء.

إلى جميع طلبة العلم

وردة و عقيلة

شكر و تقدير

يسعدنا أن نتقدم بخالص شكرنا و امتناننا لأستاذنا الفاضل المشرف الدكتور

دوايش عبد الرؤوف على ما أولانا إليه من فائق عنايته و توجيهاته ما ادخره يدا

عندنا كما لا يفوتنا أن نتقدم بشكرنا الجزيل لعمال المكتبة و بقية الأساتذة

على تيسيرهم العسير ومد يد العون والمساعدة .

نسأل الله أن يجزيهم عنا خير الجزاء و أن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم.

إنه سميع قريب مجيب

قائمة المختصرات

ج : جزء

ح : حديث

ص : صفحة

ط : طبعة

ع : عدد

م : مجلد

ب ب ن : بدون بلد النشر

ب ج : بدون جزء

ب س ن : بدون سنة النشر

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

مقدمة

التعريف بالموضوع:

تعد العلاقة الزوجية من أقدم و أهم الروابط التي عظمتها الشريعة الإسلامية، و جعلت لها أهمية بالغة كونها الوسيلة الشرعية لحفظ النسب التي تقوم على أساس المودة و الرحمة لقوله تعالى :

﴿ و مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا و جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً و رَحْمَةً ﴾[1].

تحظى الشريعة الإسلامية بحماية للأولاد حقوقهم، والذين هم ثمرة الزواج و زينة الحياة قبل أن توضع القوانين والمواثيق المتعلقة بحماية الأطفال.

أهمية الموضوع:

يعتبر النسب حقيقة في هذا الوجود اعتنى الإسلام بالمحافظة عليه و جعله رابطة عظيمة من خلال وضع قواعد و ضوابط و طرق لإثباته و لحمايته من الفساد و الاضطراب ، و من بين هذه الطرق التقليدية الشرعية الناشئة المتمثلة في الزواج الصحيح والفاسد ونكاح الشبهة أما الكاشفة فتكمن في الإقرار و البينة و القيافة و القرعة ، و بالنسبة للطرق المستحدثة العلمية تناولنا فيها ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي كوسيلة ناشئة للنسب و البصمة الوراثية كطريق كاشف عن النسب ، فهي من أقوى المبادئ التي تحمي الأنساب من الاختلاط ، و التعدي على حرمات الله لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا و صِهْرًا و كَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾[2].

فالنسب عموما هو أن يتبع الولد أباه و يرتب له حقوقا و واجبات الأبوية و البنوة.

و لأن الشريعة الإسلامية قد جعلت لمس ألة النسب عناية خاصة لضمان إثباته ، من حيث الوجود والعدم إلا أنها اعتبرته من الكليات الخمس وهي : الدين و النفس و العقل و النسل و المال ، كما أن العلاقة بين الرجل والمرأة جاءت كضمان من اختلاط الأنساب، وأبطلت جميع

[1] سورة الروم (الآية 21).

[2] سورة الفرقان (الآية 54).

أنواع العلاقات التي انحرفت عن شرائع الله تعالى، حتى جاء الإسلام وقضى على هذه الظاهرة و جعل الولد للفراش.

و أمام انتشار ظاهرة الأولاد المجهولين النسب نتيجة عدم تحمل بالمسؤولية من قبل الرجل و المرأة ، الذي يرجع لقلة الوعي و الاهتمام و هذا ما يترتب عليه أثار سلبية و خطيرة بدرجة أولى على الأولاد ، وتجعلهم غير مرغوب فيهم في المجتمع ، و على هذا الأساس أعطت الشريعة الإسلامية لهم جميع حقوقهم.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد اخترنا موضوع طرق إثبات النسب للأسباب التالية :

* أنه إلى جانب طرق الشرعية الأصلية نستطيع إثبات بغيرها عن طريق طرق المستحدثة كالتلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية .

* كذلك أنه موضوع شخصي يخص الأولاد بدرجة الأولى ، وموضوعي يتضمن كيفية إثبات نسب الطفل المولود شرعا أو قانونا.

* إن وجود طرق الإثبات تمنع الأسر من وقوع في المفاسد والمنكرات من جهة ، وتجنب تعدي على شرائع حدود الله من جهة أخرى.

* لولا وجود هذه الطرق لأصبح الطفل يدور في مسألة مجهول النسب.

أهداف الموضوع:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع طرق إثبات النسب بين الشريعة و القانون ، هو بيان طرق قانونية و شرعية و البحث في كل طريقة على حدا ، و كذلك إبراز موقف المشرع و الفقه من طرق الإثبات الواردة في قانون الأسرة ، و أمام ما أصبحت تقدمه لنا اليوم الطرق العلمية من نتائج دقيقة و صحيحة ، و كذلك ما يتعلق بالمواد القانونية المتعلقة بالنسب و إثباته.

الدراسات السابقة:

و أمام قلة الدراسات التي تعني بالموضوع وتجمع بين طرق الإثبات ، إذ أننا نجد أغلب الدراسات تعتمد على الطرق الشرعية كأصل دون العلمية ، وحتى و إن وجدت فلا تشير إلى القانون الجزائري حتى لو أن المشرع أجاز الإثبات بها ، وهذا الأمر شكل صعوبة في جمع المعلومات لتعدد أراء الفقهاء فيها وفي تطبيقها ومضمونها وإسقاطها في بحثنا المتواضع .

اشكالية الموضوع:

و على هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية :

- كيف تكفلت الشريعة و القانون في إثبات النسب؟

خطة البحث:

و للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم الخطة إلى فصلين :

حيث اعتمدنا على خطة ثنائية إذ قمنا بتخصيص **الفصل الأول** الطرق التقليدية الشرعية لإثبات النسب ، حيث تناولنا في **المبحث الأول** الطرق المنشئة للنسب ، أما **المبحث الثاني** الطرق الكاشفة للنسب.

أما **الفصل الثاني** فخصصناه للطرق المستحدثة العلمية لإثبات النسب ، حيث تناولنا في **المبحث الأول** ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي ، أما في **المبحث الثاني** ماهية البصمة الوراثية.

الفصل الأول :

الطرق التقليدية الشرعية لإثبات النسب

الفصل الأول :الطرق التقليدية الشرعية لإثبات النسب

يعد النسب من أهم الآثار التي تترتب على الزواج، منها نسب الأولاد الذين هم نتاج هذا الزواج .

و قد أحاطت الشريعة الإسلامية النسب و منحته أهمية كبيرة لقوله تعالى : ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾[1]، و قوله تعالى :﴿وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[2].

و نظرا لأهمية الموضوع ، و منعا للاختلاط في الأنساب فإن الشرع الإسلامي في موضوع النسب لم يعترف إلا بالنسب الذي سينتج عن الزواج الصحيح ، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب و أن كل من ثبت نسبه من أبيه عن طريق الزواج الصحيح كان هذا زواجا صحيحا، و لا يحتاج إثباته إلا بوسائل و طرق أخرى.

و لهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش، أي ما ينتج عن الزواج الصحيح استنادا إلى الحديث الصحيح : «الولد للفراش و للعاهر الحجر».

ومعنى هذا الحديث أن الولد يلحق بالأب الذي له زوجية صحيحة علما أن الفراش هو المرأة و قد يعبر به أيضا عن حالة الافتراش ، و الطرق الشرعية لثبوت النسب هي نفس الطرق المنصوص عليها في المادة 40/ 01 قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول" طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

و بما أنه نُسِبَ لأمه يثبت بواقعة الولادة متى ولدته أمه ، و إن لإثباته من جهة الأب فإن المادة 40 قانون الأسرة الجزائري جاءت صريحة و واضحة من حيث شرعية الطرق التي يتم عرضها في المباحث التالية :

[1] سورة النحل (الآية 72).

[2] سورة الفرقان (الآية 54).

المبحث الأول : الطرق المنشئة للنسب

يعتبر النسب ثمرة من ثمرات الزواج ، لأن الحمل و الولادة من النتائج التي تترتب على العلاقة الشرعية التي تربط كلا من الزوج و الزوجة، كما نشير إلى أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء كانت علاقة شرعية أو غير شرعية ، فالأم هي التي حملت و وضعت و تسري سائر الحقوق من نسب و رضاع و ميراث و نفقة و باقي الحقوق[1].

لذا نجد أن الفقهاء لم يختلفوا في شأن ثبوت النسب بالنسبة للمرأة، إذ قالوا : متى جاءت المرأة بالولد ثبت نسبه منها دون أن تطالب بالإثبات ، أما بالنسبة للرجل فهو يثبت في حقه بطرق مختلفة للإثبات و تفصيلا لكل هذا سنتناول إثبات النسب بالزواج الصحيح في (المطلب الأول) من تبيان شروطه ، و في (المطلب الثاني) تناولنا إثبات النسب بالزواج الفاسد من تعريف و شروط، أما في (المطلب الثالث) سنتناول إثبات النسب بنكاح الشبهة من تعريف و شروط.

[1] نزليوي نعيمة، جرلول حميدة ، الطرق الشرعية و العلمية للإثبات النسب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكليلي محند اولحاج ، البويرة ، ص8 .

المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح

اتفق الفقهاء على أن الزواج الصحيح الذي ينتج عنه الولد ، و الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا تنسب إلى زوجها (الولد للفراش).

الفرع الأول : المقصود بالفراش

الفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة، و تقوم الزوجية بتمام العقد و الدخول و بمعنى آخر من لحظة كون الزواج الصحيح، و يلحق به أيضا الزواج الفاسد و الوطء بشبهة.

فإذا ولدت المرأة بعد زواجها ثبت نسب الولد من الزوج ، دون حاجة إلى إقرار أو بينة لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : «الولد للفراش»، و يرجع السبب في ذلك إلى أن المرأة مقصورة على زوجها فقط، فلا يصح أن يكون حملها من غير زوجها لأن الأصل في الإنسان البراءة.

الفرع الثاني : شروط الواجبة في ثبوت النسب بالفراش

الشرط الأول : وجود عقد الزواج

لكي يثبت النسب بالفراش يلزم وجود عقد زواج مبرم بين الزوجين ، و لما كانت القاعدة الشرعية في إثبات النسب ، أنه إذا أسند لزواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوت النسب أولا أن يكون الزواج ثابت لا نزاع فيه و لو أننا بصدد إثبات النسب الناشئ عن الزواج العرفي فلا بد أولا أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة قبل المطالبة بثبوت النسب ، فتلجأ الزوجة لإثبات الزواج العرفي و بعد إتمام هذا الإثبات طبقا للقواعد التي أسلفناها في الباب السابق من هذا الكتاب، تقوم بإثبات هذا النسب بالفراش و يراعى في ذلك ، أن الزواج يثبت بكافة طرق الإثبات الشرعية كالبينة أو الإقرار أو اليمين[1].

[1] ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب و دعاوى ثبوت الزوجية و التبني للمسلمين و غير المسلمين، في ضوء الفقه و القضاء، ب ج ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 39 .

الشرط الثاني : إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد

و هذا شرط متفق عليه و إنما الخلاف في المراد به ، أهو الإمكان و التصور العقلي أو الإمكان الفعلي و العادي؟[1].

قال الحنفية : الحق أن التصور و الإمكان العقلي شرط، فمتى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إن ولدته الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد ، حتى و لو لم يثبت التلاقي حسا، فلو تزوج مشرقي مغربية و لم يلتقيا في الظاهر مدة سنة فولدت ولدا لستة أشهر من تاريخ الزواج ، ثبت النسب لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة ، و كرامات الأولياء حق فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة ، و يكون الزوج من أهل الحظوة الذين تطوى لهم المسافات البعيدة.

و رفض الأئمة الثلاثة هذا المنطق ، و قالوا إمكان التلاقي بالفعل أو الحس و العادة و إمكان الوطء و الدخول، لأن الإمكان العقلي نادر و لا يصح أن يكون له دور في نطاق العقود الظاهرة و الأحكام، إنما تبنى على الكثير الغالب أو الظاهر المشاهد لا القليل النادر أو الخفي غير المحتمل عادة، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا لم يثبت نسب الولد من الزوج ، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل.

و فائدة الخلاف : أن الولد لا ينتفي نسبه في رأي الحنفية إلا باللعان و ينتفي بدون لعان في رأي الجمهور لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين عادة[2].

[1] عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل، ط 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص351 .

[2] المرجع نفسه، ص 352 .

الشرط الثالث : أن تمضي أقل مدة حمل و هي ستة أشهر

و تحسب هذه المدة من تاريخ العقد أو من تاريخ الدخول حالة الزواج الفاسد ، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ، فهذا دليل على أن الحمل سابق على النكاح فلا يكون هذا الحمل من هذا الزواج.

و الدليل على ذلك ما روى بأنه دفع إلى«عمر» أن امرأة ولدت ستة أشهر من وقت زواجها ، فهم «عمر» رضي الله عنه بإقامة الحد عليها ، فقال له «علي» رضي الله عنه (ليس لك ذلك) قال الله تعالى :﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[1]، و قال الله تعالى: ﴿ وَ حَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾[2]، فأخلى عمر رضي الله عنه سبيلها، و يروى أن الذي قال له ذلك هو ابن عباس ، و هذا رأي الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء.

الشرط الرابع: أن تلد المرأة لأول مرة من أقصى مدة الحمل

و أقصى مدة حمل عند الأحناف هي سنتين، و يسري هذا الشرط لثبوت النسب بالفراش على المرأة التي تلد بعد طلاقها بائنا أو طلاقا رجعيا قبل أو بعد الدخول ، أو المرأة المتوفى عنها زوجها و الأيسه و المطلقة الصغيرة، سواء بعد الدخول أم قبله أو الصغيرة المتوفي عنها زوجها و لكل حالة أحكامها[3].

[1] سورة البقرة(الآية 233).

[2] سورة الأحقاف(الآية 15).

[3] ممدوح عزمى، المرجع السابق، ص41 .

المطلب الثاني : إثبات النسب بالزواج الفاسد

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مفهوم الزواج الفاسد ، و دوره في إثبات النسب للولد و لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي.

و من منطلق مفهوم الزواج الفاسد ، نجد أنه لإثبات نسب الولد لابد من توفر شروط تثبت نسبه.

الفرع الأول : تعريف الزواج الفاسد

يتضمن الزواج الفاسد مجموعة من التعريفات من الناحية اللغوية و الاصطلاحيةو التشريعية.

أولا : التعريف اللغوي : الفساد لغة : هو تغيير الشيء عن الحالة السليمة فهو ضد الصلاح[1].

ثانيا : التعريف الاصطلاحي : عرف الأحناف :

العقد الفاسد بأنه العقد المشروع بأصله لا بوصفه ، و ضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة[2].

فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه أو شرط من شروطه لا إلى ركن من أركانه.

فسبب الفساد هو اختلال في شروط صحة العقد ، و هي عناصر خارج ماهيته مع انعقاده لسلامة أركانه.

* تعريف العقد الفاسد على مذهب الإمام مالك : الفساد نوعان :

[1] قلمام عمر، الزواج الفاسد، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة ماستر، قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ص44 .

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ب ج ، ب ط ، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1997، ص 94 .

1. العقد المجمع على فساده : و من أمثلة ذلك نجد نكاح المحارم بنسب أو رضاع و الجمع بين الأختين و تزوج الخامسة في عدة الرابعة.

2 .العقد المختلف في فساده:

مثل النكاح في حال الإحرام بالنسب ، فإنه فاسد عند المالكية صحيح عند الحنفية و فيه المسمى إن كان حلالا بعد الوطء و مهر المثل إن كان المهر حراما كخمر و لا شيء فيه إن فسخ قبل الوطء و منه نكاح الشغار ، و كان لا يجوز الإقدام عليه بالإجماع ، و لكن الحنفية يقولون بصحته بعد الوقوع و المالكية يقولون بفساده.

* تعريف العقد الفاسد على مذهب الإمام احمد بن حنبل :

النكاح الفاسد هو ما اختل فيه شرط ، و منه نكاح المتعة و نكاح الشغار و منه أن يشترط ما ينافي العقد كان يتزوجها بشرط أن لا يحل له وطؤها.

* تعريف العقد الفاسد عند الشافعية :

النكاح عندهم ما اختل شرط من الشروط المقدمة ، أما النكاح الباطل فهو ما اختل فيه ركن و حكم الفاسد واحد في الغالب[1].

ثالثا : التعريف التشريعي

نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على التقسيم الثلاثي في عقد الزواج، كونه إما يكون صحيح أو فاسد أو باطل ، و وافقته في هذه المنهجية المدونة المغربية و قانون الأحوال الشخصية الأردني و السوري. و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أيضا أنه لم يعرف الزواج الفاسد في قانون الأسرة، بل اكتفى فقط بذكر الأسباب المؤدية إلى فساد عقد الزواج و هذا ما

[1] نور الدين أبو لحية ، عقد الزواج و شروطه، ط 1، دار الكتاب الحديث للطباعة و النشر و التوزيع ، القاهرة ، ص 64 ص 65 .

يمكن استخلاصه من المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 التي تضمنت الشروط اللازمة لعقد الزواج[1].

الفرع الثاني : شروط إثبات النسب من الزواج الفاسد

لثبوت النسب بالزواج الفاسد لا بد من توفر مجموعة من الشروط ألا و هي:

قال الحنفية : إن الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح ، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد و محافظة عليه، لكن وفق شروط يتم توضيحها كالأتي :

* أن يكون للرجل ممن يتصور منه الحمل، أي أن يكون بالغا حسب قول المالكية و الشافعية، أو يكون بالغا أو مراهقا حسب قول الحنفي و الحنابلة، فإذا كان الزوج صغير أو لا يتصور الحمل منه، فلا يثبت النسب في مثل هذه الحالات[2].

* تحقق الدخول بالمرأة أو الخلو بها في رأي المالكية ، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل و المرأة، أي أن يثبت ثبوت التقاء الزوجين، في حالة الإنكار فلا تسمع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها و بين زوجها[3].

* أن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل و هي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي ، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد ، فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.

[1] المادة 09 مكرر من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق27 فبراير 2005 يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في09 رمضان 1404 هـ الموافق ل09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، الصادر بالجريدة الرسمية ، ع 15 سنة 42 .

[2] نزليوي نعيمة، جرلول حميدة، المرجع السابق، ص 14 .

[3] عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثارهما، دراسة فقهية و مقارنة، مكتبة الزهراء للنشر و التوزيع، دار النهضة العربية للنشر، لبنان، 2009، ص275 .

المطلب الثالث : إثبات النسب بنكاح الشبهة

يعد ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو أحد الطرق التي تناولتها المادة 40 قانون الأسرة الجزائري لإثبات النسب، إلا أن الفقهاء تعددت أرائهم فبعض منهم أثبتوا النسب ، و بعضهم الآخر لم يثبتوه.

و ما يعاب على المادة 40 قانون الأسرة الجزائري أن المشرع أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة ، و بكل نكاح فاسد و بالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء و النكاح الفاسد شيء آخر، و هذا المعنى فاسد و غير صحيح لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة.

الفرع الأول : تعريف الوطء بالشبهة

يعد الوطء بالشبهة طريق لثبوت النسب و يقصد به:

و المقصود بالشبهة الأمر الذي يصحب الثابت و هو ليس بثابت فيه ، و أصل ذلك قوله صلى الهص عليه وسلم«ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1].

الوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا و ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة ، و قيل أنها زوجته فيدخل بها ، و مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته ، و مثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة ، على اعتقاد أنها تحل له[2].

[1] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، كتاب الحدود، باب أن الحد لا يجب بالتهم و أنه يسقط بالشبهات، ط 1 ، بيت الأفكار الدولية، ب ب ن، 1993، ص126 .

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 354 .

الفرع الثاني : أنواع الوطء بالشبهة

يقوم الوطء بالشبهة على ثلاثة أنواع و هي:

و الشبهة ثلاثة أنواع :

أولا : شبهة الفعل

و هي أن يظن الفاعل حل الفعل، مثال ذلك أن يطء الرجل مبانته ثلاثة و هي في العدة سقط عنه الحد، لكونه قد ظن أنها حلال له أما إذا كان عالما بالحرمة وجب عليه الحد ، و في الحالتين لا يثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة لأن الأمر متعلق بالفعل نفسه ، و الفعل يعد زنا و كونه كذلك يتبع عدم ثبوت النسب فيه[1].

ثانيا : شبهة الملك

و هي عكس شبهة الفعل لأن الواطئ في هذه الحالة ملكا، 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 فيما يتعلق بهذا التحريم ، و يضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد ، و لقيام الشبهة في المحل و هو الأمة الموطؤة، فقد قال صلى الله عليه وسلم : «أنت و مالك لأبيك»، فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل و الحكم و يثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناءا عليها إن ادعاه الواطئ[2].

[1] ممدوح عزمى، المرجع السابق، ص 45.

[2] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب ، ب ط، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر، ب س ن ، ص 85 ، 87 .

ثالثا : شبهة العقد

كالعقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات ، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة، و مثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمه أو أخته، و يدخل بها بناءا على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته و فيها يسقط الحد عن الفاعل، و إن قال علمت أنها عليا حرام فعند أبي يوسف و محمد، فإن الحد لازم و لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا[1].

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ، الزواج و الطلاق، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص 197 .

المبحث الثاني : الطرق الكاشفة للنسب

كما يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بالشبهة ، يثبت كذلك بالإقرار و البينة والقيافة والقرعة اللذين يعتبروا من الطرق التقليدية (الشرعية)، التي رسمها القانون في حدود الضوابط و المبادئ التي تناولها المشرع الجزائري ، في بعض المواد و تفصيلا لهذا سنتناول الإقرار في (المطلب الأول) من خلال تعريفه و ذكر أنواعه و شروطه، و في (المطلب الثاني) نتناول البينة من خلال مفهومها و بيان أنواعها و حجيتها وفي (المطلب الثالث) القيافة والقرعة من خلال تعريفها وشروطها والمذاهب المتخذ بها.

المطلب الأول : إثبات النسب بالإقرار

يعتبر الإقرار من الطرق التي يثبت بها النسب ، لقوله تعالى :﴿ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ ﴾[1] ، و معنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.

الفرع الأول : تعريف الإقرار بالنسب

أولا : التعريف اللغوي

الإقرار لغة هو إثبات الشيء و الاعتراف به.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

هو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر، و قيل هو اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق[2].

ثالثا : أدلة الفقهاء للإقرار

* من القرآن الكريم

و ذلك في قوله تعالى : ﴿ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾[3].

و قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾[4].

و قوله تعالى : ﴿ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ﴾[5].

*من السنة النبوية الشريفة

---

[1] سورة التوبة (الآية 102) .

[2] بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، ب ط ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص650 .

[3] سورة آل عمران (الآية 81) .

[4] سورة النساء (الآية 135) .

[5] سورة البقرة (الآية 282) .

جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله ! طهرني فقال : «ويحك ارجع ! فاستغفر الله وتب إليه» قال : فرجع غير بعيد ، ثم جاء فقال : يا رسول الله ! طهرني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «ويحك ارجع ! فاستغفر الله وتب إليه » قال : فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال : يا رسول الله ! طهرني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم حتى إذا كانت الرابعة، قال له الرسول الله صلى الله عليه وسلم : (فيم أطهرك؟) فقال : من الزنا، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ابه جنون ؟) فأخبر أنه ليس بمجنون ، فقال : (اشرب خمرا؟)، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر ، قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أزنيت ؟) فقال نعم ، فأمر به فرجم[1].

الفرع الثاني : أنواع الإقرار

أولا : بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة

كأن يقول هذا ابني ، أو هذا أبي ، أو هذه أمي ، فإن المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره شرطين هامين و هما : أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، و أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة، و هما ما جاء في المادة 44 قانون الأسرة الجزائري و التي تنص: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "[2].

ثانيا : بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر

أي أن هذا الإقرار يكون في غير البنوة و الأبوة و الأمومة، و هو ما يعرف بالإقرار فيه حمل النسب على الغي، أي يكون فيه واسطة بين المقر و المقر له كالأخوة و العمومة.

لأن الإقرار– كما ذكرنا– هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، فإن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة ، أو لم تقم البينة على صحة الإقرار فإن المقر يعامل بمقتضى

[1] أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق و الكره، رقم ح 5270، ص 1043.أخرجه مسلم:كتاب الحدود،باب من اعترف على نفسه، رقم ح 1695، ص 704.

[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص652 .

إقراره في حق نفسه ، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا و فقيرا، و كان المقر ميسور الحال و عليه يشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه[1].

الفرع الثالث : شروط صحة الإقرار

يعتبر الإقرار وسيلة لإثبات النسب ، و قد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط لصحته و هي :

أولا : الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب

*أن يكون منصب على شخص مجهول النسب

*أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة

و عليه إذا توفرت هذه الشروط، يصح الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة و يثبت النسب بهذا الإقرار، لأن فيه تحميل النسب على النفس.

و على هذا السبيل لم يخالف المشرع الجزائري شروط التي وضعها جمهور الفقهاء لصحة الإقرار إذا كان يحمله المقر على نفسه من أهمها :

*أن يكون المقر بالنسب مكلفا.

*أن يكون المدعي به ممكن الثبوت من المدعي، و يعبر عن هذا الشرط بقوله إلا يكذبه الحس أو أن يولد مثله لمثله.

*أن يكون للمدعي مصلحة في دعوى النسب.

*أن يكون للمدعي به نسبه مجهول النسب[2].

[1] شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية ، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2013/2012، ص14 .

[2] فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفق قانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعارف، السنة الخامسة،ع 8، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، جوان، 2010، ص 70.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب

الشروط السابقة الذكر هي نفسها الشروط الواجب توفرها في المقر بالنسب و يزيد عليها شرط آخر و هو أن يوافق المقر له بالنسب المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار.

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به

و هذه الشروط هي :

*أن لا يكون النسب يكذبه الحس و الشرع .

*كما أنه يشترط أن لا يكون المقر له بالنسب معروف النسب من غير المقر ، لأن الشرع يحكم هنا بعدم استحقاق المقر له بالمقر ، و هذا ما ذهب إليه الأحناف و المالكية و الشافعية و الحنابلة و الإمامية و الزيدية.

*أن يوافق الإقرار بالنسب العقل و العادة[1].

الفرق بين الإقرار و التبني

ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف، لأن الإقرار لا ينشئ النسب و إنما هو طريق لإثباته و ظهوره، أما التبني فهو تصرف منشئ للنسب[2].

يثبت النسب بالإقرار إذا توافرت الشروط و يكون صحيحا حقيقيا كما عرفنا ، أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية و مدنية محضة، لأبوة و بنوة مفترضة، و لذلك يكون في من له أبوان معروفان فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية، و قضى عليه الإسلام لقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾، ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾[3].

[1] نزليوي نعيمة، جرلول حميدة ، المرجع السابق، ص25 .

[2] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، ج 8 ، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 695 .

[3] سورة الأحزاب (الآيتان 4، 5) .

المطلب الثاني : إثبات النسب بالبينة

بعد ما كان الإقرار طريق ثاني لثبوت النسب، إلا أنه يعد حجة قاصرة لا يسري إلا على المقر عكس البينة فهي حجة متعدية غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعي عليه ، بل تتعداه إلى غيره من حيث الإثبات.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 40 قانون الأسرة الجزائري على أن البينة وسيلة من وسائل إثبات النسب أي أنه" يثبت النسب بالزواج و بالإقرار و بالبينة. . ."[1].

الفرع الأول : مفهوم البينة

أولا : البينة بمعنى الدليل

و هي الحجة أو البرهان و هو تعريف نظري مناسب للبينة، لأنها ترشد إلى الصواب و الإقناع و الدليل على ذلك قوله تعالى :﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَة ﴾[2].

و قد قال ابن القيم : إن البينة لم تأت فقط في القرآن مرادا بها الشاهدان ، و إنما أتت مراد بها الحجة و الدليل و كذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : «البينة على المدعي» و لا شك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة، لأن الشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم و الكذب.

ثانيا : البينة بمفهوم الشهادة

و يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء ، عما أدركه بحاسة من حواسه كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها ، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره و يترتب عنها حق لغيره[3].

[1] المادة 40 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] سورة البينة (الآية 01).

[3] محاضرات الأستاذ الدكتور ملزي عبد الرحمان، الإثبات في المواد المدنية، ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة 16، ص 33.

الفرع الثاني : أنواع البينة

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

أولا : الشهادة المباشرة

وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره فيكون عارفا للواقعة محل النزاع معرفة شخصية عن طريق ادراكه لها بسمعه أو بصره أو بكليهما و هي أقوى أنواع الشهادة و تخضع في تقديرها لسلطة القاضي[1].

ثانيا : الشهادة الغير مباشرة

أو الشهادة السمعية و تختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه، أو سمعها بأذنه و تبعا لذلك تعتبر الشهادة السمعية شهادة على الشهادة و هي جائزة قانونا مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية[2].

ثالثا : الشهادة بالتسامع

و هي شهادة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين و لا عن واقعة معينة بالذات و إنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة ، و ما شاع بين الجماهير بشأنها و لما كان من الصعب[3].

---

[1] مفيدة ميدون ، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2015، ص 31 .

[2] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، رسالة الماجستير ، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2007، ص 17 ، 18 .

[3] محاضرات الأستاذ الدكتور ملزي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 34 .

الفرع الثالث : حجية البينة

نص المشرع الجزائري في نص المادة 40قانون الأسرة الجزائري بأنه : " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة ".

حيث أن البينة الدليل الذي يقدمه الشخص لينتسب به النسب، و ذلك بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين، و يعتبر ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار ، و لأن هذا الأخير يقوم بشهادة الواحد، فإذا تنازع النسب بين أكثر من شخص فإنه يقضي به لمن يقدم حجة كاملة على أنه هذا ابنه[1].

و في الأخير نستخلص أن التشريع الوضعي و التشريع الإسلامي، يسعيان إلى إثبات النسب و ذلك أن حجة الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج و النسب، و إنما يمكن إثبات هذا الأخيران بعدة طرق على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث : القيافة و القرعة

تعتبر القيافة وسيلة من وسائل إثبات النسب ، كونها من الطرق الكاشفة لإثبات النسب حيث أننا سوف نتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي وشروط العمل بهما و كذلك إبراز رأي مذاهب العلماء في الأخذ بهما و هذا ما نعرضه لاحقا.

[1] فاطمة عيساوي ، المرجع السابق، ص 70 .

الفرع الأول : مفهوم القيافة

تحتوي القيافة على مجموعة من التعريفات و هي:

أولا : التعريف اللغوي

اقتاف وقاف أثره قفوا وقوفا و قيافة إذا تبعه ، و القائف الذي يعرف الآثار و الجمع القافة.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه.

و القائف هو الذي يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود[1].

ثالثا : شروط العمل بالقافة

* ألا يعارض قول القائف نسبا ثابتا بالفراش أو البينة أو الإقرار ، و عليه تنصب القافة على حالات التنازع في البنوة على خلاف بين المذاهب الفقهية في تحديد تلك الحالات.

* أن يكون القائف بالغا عاقلا مسلما ذكرا عدلا.

* أن يكون مجربا له خبرة في إصابة الحق.

*انتقاء العداوة عن الذي ينفيه عنه وانتفاء الصداقة عمن يلحقه به.

*أضاف البعض شرط التعدد لأن نظر القائف شهادة فلا بد من اثنين في حين من اعتد بقول قائف واحد جعل نظره حكما كحكم القاضي ، وبدليل سرور النبي صلى الله عليه وسلم بقول قائف واحد[2] .

[1] اقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثرها على النسب ، (دراسة فقهية قانونية) ، ب ج ، ب ط ، دار الأمل للطباعة و النشر والتوزيع ، تيزي وزو ،2012 ،ص 62 ، 63 .

[2] الشيرازي إبراهيم ، المهذب ، تحقيق محمد الزحيلي ، ج 3 ، ط1 ، دار القلم دمشق ، و دار الشامية بيروت ، 1996 ، ص 444 .

*واشترط آخرون كون القائف من بني مدلج لكن الأظهر أنه علم لا يختص بقوم أو قبيلة بعينها بل كل من ثبت الإصابة منه و المعرفة بهذا العلم فيصح قوله إذا حكم بين المتنازعين وإذا عين القائف صاحب الولد لم يصح إسقاط قوله و العدول عن ذلك النسب حتى لا يكون مدعاة للتلاعب إلا أن تقام حجة تعارض قول القائف فحينئذ تقدم عليه لأنها الأصل والأقوى في الإثبات منه وإذا مات المتنازع عليه عرض على القائف ميتا و إذا مات أحد الخصوم جاز عرض الولد مع أحد الأقارب، وإن ألحقه القائف بناء على الملامح و العلامات الظاهرة و الآخر بناء على الملامح و العلامات الباطنة قدم هذا الأخير لأن في قوله زيادة حذق و بصيرة[1].

رابعا : مذاهب العلماء في الأخذ بها

و قد اختلف الفقهاء في اعتبارها طريقا لثبوت النسب ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك و الشافعي و أحمد و أبو ثور و الأوزاعي و أبى الحكم ، ومثلوا له كما إذا ادعى رجلان ولدا و لم يكن لأحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا كالوطء في العدة، و احتج القائلون بالقافة بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : « ألم تسمعني ما قال محرز المدجلي لزيد و أسامة و رأى أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض » قالوا و هذا مروي عن ابن عباس و عن انس بن مالك و لا مخالف لهم من الصحابة ، و أما الحنفية فقالوا الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام : «الولد للفراش» فإذا عدم بالحق أو اشتركا للفراش كان ذلك بينهما و كأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية، فإنه ليس يلزم من قال إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع و روي مثل قولهم عن عمر و رواه عبد الرزاق عن علي[2].

---

[1] الشربيني محمد ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ب ط ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، القاهرة ، 1993، ص 380 .

[2] ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ب ط ، دار الجيل ، بيروت ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، 1424هـ 2004 ص 574 .

الفرع الثاني : مفهوم القرعة

تعتبر القرعة من طرق الاثبات و لها عدة معاني:

أولا : التعريف اللغوي

القرعة هي السهمة و النصيب ، و المقارعة المساهمة [1] ، و قد اقترع القوم و تقارعوا ضربوا القرعة، و أقرعت بين الشركاء في شيء يقتسمونه ، والاقتراع : الاختيار، يقال اقترع فلان : أي اختير[2].

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

حيلة يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه[3].

ثالثا : مذاهب العلماء في الأخذ بها

أسلفنا القول في الفقرة السابقة أنه يلجأ إلى القيافة عند تكافؤ الأدلة المتفق عليها من غير مرجح أو التنازع بدون بينة على مذهب الجمهور ، إلا أن أقوال القافة قد تتعارض في واقعة واحدة بـأن يلحق القائف الصبي المتنازع عليه بالمدعي الأول و يلحقه القائف الأخر بالمدعي الثاني مما يؤدي إلى عدم الاعتداد بأقوالهم جميعا لأنهم تساووا بدون مرجح وكذا لو حكموا بالاشتراك في نسبه أو نفيه عن المتنازعين أو أشكل عليهم الأمر فتوقفوا فيه، أو انعدمت القافة من أساسها فالحكم في هذه الصور على ثلاثة أقوال :

[1] أنس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب ،(دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية)، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 232 .

[2] ابن منظور جمال الدين محمد ، لسان العرب ، ج 37 ، ب ط ، دار المعرفة ، ب ب ن ، ب س ن، ص 3597 .

[3] الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ،ج 33 ، ب ط ، ب د ن، الكويت ، ب س ن، ص 109 .

القول الأول :

أن يقرع بين المتنازعين فأيهما خرجت له القرعة ألحق به و هو رأي المالكية في الإماء، و الشافعي في القديم، و إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، و الظاهرية، وابن أبي ليلى، و ابن راهوية[1].

القول الثاني :

يرى الإمام مالك و الشافعي و رواية عن الإمام أحمد أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ثم يخير بين المتداعيين بحسب الميل الذي يجده في نفسه ، و لا يلحق واحد باثنين فإن بلغ و امتنع عن الانتساب فقيل يحبس حتى يختار واحدا و قيل يوقف في أمره لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾[2].

القول الثالث :

أن المتنازع عليه يضيع نسبه و لا حكم لاختياره، و هو وجه عند الإمام مالك والحنابلة.

و الظاهر والله أعلم أن مذهب القائلين بالقرعة و هي أقصى ما يمكن الترجيح به عند فقدان مرجح سواها في مثل هذه الخصومة مع ضعفه أقرب لتحقيق مصلحة الولد بحفظه و رعايته و إعالته بدلا من القول بانتظار بلوغه ليختار من شاء من المدعيين أو القول بضياع نسبه مطلقا[3].

[1] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق ص72 .

[2] سورة الحجرات، (الآية 13).

[3] اقروفة زبيدة ، المرجع نفسه ص74 .

من خلال دراستنا للطرق التقليدية الشرعية لإثبات النسب ، حيث تناولنا في هذا الفصل الطرق الناشئة لإثبات النسب و تتمثل في الزواج الصحيح و الفاسد و نكاح الشبهة أما الطرق الكاشفة تناولنا فيها الإقرار و البينة و القيافة و القرعة حيث نستنتج من خلال هذا أن القانون اقتدى و أخذ بما شرعه الله تعالى ولم يخالف ذلك الذي اعتبر الفراش أساس النسب قبل أي طريقة فلا يثبت النسب بالإقرار و لا البينة و لا القيافة و لا القرعة إلا إذا ثبت بالزواج الصحيح.

كما أن وجود هذه الطرق له أهمية كبيرة في حياة الطفل المولود لثبوتي نسبه و تمتعه بكامل حقوقه ، و هذا ما تناولناه ضمن فصلنا من إبراز تعريفات لكل طريقة وشروط و أنواع و كيفية إثبات النسب بها، و هذا ما تمكنا من الوصول إليه و معرفته من خلال بحثنا لهذا الموضوع الذي يعد أخطر وأصعب المواضيع من حيث تطبيقه على حياة الأولاد المجهولين النسب و لولا وجود هذه الطرق لأصبح الأولاد يدورون في حلقة مفرغة مجهولين أسرهم ومحرومين من كافة الحقوق و كذلك حفاظا على حرمات الله و المنع من اختلاط الأنساب.

الفصل الثاني :

الطرق المستحدثة العلمية لإثبات النسب

الفصل الثاني : الطرق المستحدثة العلمية لإثبات النسب

فحظي النسب بنصيب من هذا التطور ، فاستحدث طرقا أخرى لإثباته إضافة للطرق الشرعية، و هي الطرق العلمية المستحدثة الناشئة والكاشفة فكيف يتم إدماجها في ق أج و بالنسبة للشريعة الإسلامية ؟ و ما هي أنواعها ؟ فهذه النقاط التي سوف ندرسها من خلال المبحثين، حيث نتناول في المبحث الأول ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي كطريق ناشئ للنسب، أما بخصوص المبحث الثاني نتناول فيه البصمة الوراثية و ماهيتها كطريق كاشف للنسب.

المبحث الأول : ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

يعتبر التلقيح الاصطناعي أحد الوسائل الناجحة في علاج العقم ، و يكرس أحد مبادئ حقوق الإنسان ، و هو حق الفرد في الإنجاب و انتقاء النسل و تلبية نداء الفطرة بإشباع غريزة الأمومة و الأبوة ، و لا يخفى ما في هذا الانجاز العلمي من تكثير النسل، فالقوة البشرية التي يملكها أي بلد ، هي قوة لها حسابها و وزنها في فرز أقطاب القوة ، و من خلال هذه الأخيرة سندرس في المطلب الأول (تعريف التلقيح الاصطناعي و أنواعه) ، أما المطلب الثاني ندرس فيه (شروط التلقيح الاصطناعي في التشريع الإسلامي و القانون)، أما بخصوص المطلب الثالث نتناول فيه(إثبات النسب للطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي).

المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي و أنواعه

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

للتلقيح الاصطناعي مجموعة من التعريفات الا و هي:

أولا: التعريف اللغوي

يقال لقحت الناقة لقحا و لقاحا ، و كذلك الشجرة ، و ألقح الفحل الناقة لقاحا ، و قبلت اللقاح فهي لاقح من لواقح، و القاح النخلة، تلقيحها لقحا، و الريح السحاب[1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

يراد به عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها إخصاب البويضة بحيوان منوي ، و ذلك يعتبر طريق الاتصال الجنسي الطبيعي ، و قيل في تعريفه :هو عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة ، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ، ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي[2].

و التعريف المقترح لعملية التلقيح الاصطناعي هو جمع بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب.

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي : القاموس المحيط ، ج 1، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1995م ، 1415هـ ،ص339.

[2] حسيني إبراهيم أحمد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، جامعة عين الشمس بالقاهرة ، إشراف د. فيصل زكي عبد الواحد ، د. محجوب، 2006، ص119 .

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

يمكن تقسيم أنواع التلقيح الاصطناعي بعدة اعتبارات ، و كذلك بحسب قيام التلقيح حال قيام الزوجية و حال انتفائها و أيضا باعتبار الماء و باعتبار الرحم و كذلك بحسب مكان الإخصاب و بكل هذه الاعتبارات فإن الأنواع تشمل كل الصور المتوقعة للتلقيح الاصطناعي كالاستدخال و طفل الأنابيب و بهذا الاعتبار فإن التلقيح الاصطناعي ينقسم إلى نوعين هما :

التلقيح الاصطناعي الداخلي و التلقيح الاصطناعي الخارجي و يندرج تحت كل من نوع عدة صور كما سيتضح لنا :

* النوع الأول : التلقيح الاصطناعي الداخلي

و هو ما أخذ فيه ماء الرجل و حقن في محله المناسب داخل مهبل المرأة زوجة أو غيرها و يسمى أيضا بالإخصاب الداخلي أو التلقيح الاخصابي الذاتي[1].

و عرفه الدكتور حسيني إبراهيم أحمد : بأنه "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب و ذلك لضرورة علاجية و بضوابط لابد من توافرها [2]."

هذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي و في الغالب يلجأ إليه في حالة كون سبب العقم مستحكم في الزوج دون الزوجة إذ تمنعه أحد الأسباب التي سبق عرضها من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر و قد أشار بعض الفقهاء الأقدمين إلى ما يقارب هذه الفكرة نظريا عن طريق غير مباشر تحت أبواب متفرقة كالعتق و العدة و أحكام المجبوب و إلحاق الولد و استدخال المني و ما يترتب عنه من النسب[3].

[1] بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، قضايا فقهية معاصرة ، م 1 ، ط 1 ، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع ، بيروت ، ب س ن ، ص 262.

[2] حسيني إبراهيم احمد ، المرجع السابق ، ص 431.

[3] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص 142 .

* النوع الثاني : التلقيح الاصطناعي الخارجي

هو جمع الحيوانات المنوية مع البيضات في أنبوب مختبري مهيأ في وسط اصطناعيا ، و بعد الالتحام تنقل البيضة الملقحة إلى الرحم.

هذا النوع يلجأ إليه عادة في حالة كون المانع من الحمل مصدره الطرفان الرجل و المرأة أو أحدهما مما يستدعي سحب بذرات الإنجاب منهما ثم الجمع بينهما في المحضنة المعدة لذلك و تحت شروط و ظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة يومين و نصف تقريبا، و عندما يتم التحام الخليتين لتكوين خلية مخصبة تبدأ في الانشطار فيقوم الأخصائي بنقلها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق[1].

المطلب الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي و القانون

أولا: في الفقه الإسلامي

*أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية يخول له إجراء مثل هذه العمليات.

*أن يكون فريق طبي من أطباء و أعوان النقيبين في المختبرات ، الذين يساهمون جميعا في عملية التلقيح ثقاة ومن أهل الأمانة العلمية و الانضباط و الضمير المهني ، حتى لا يجد الاحتيال و الاستبدال و التهاون منفذا للدس على الأنساب، و إذا وقع التزوير فتفرض متابعات جزائية صارمة ضد فاعليها قد تصل إلى حد الحرمان و الإقصاء من ممارسة المهنة الطبية نهائيا.

* أن لا تؤدي عملية الإخصاب إلى نتائج سلبية على صحة الزوجة ، خاصة الترتيبات التي تسبق عملية الزرع ، كإعطاء بعض الأدوية لتنبيه المبيض و التي لها بعض الآثار الجانبية كانتفاخ البطن و الارتشاح و غيرها[2].

[1] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص 143 .

[2] إقروفة زبيدة ، المرجع نفسه ، ص 144 ، 145 .

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

نصت عليه المادة 45 مكرر من ق أ ج بقولها :

* أن يكون الزواج شرعا.
* أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.
* أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرها.
* لا يجوز إلا التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة[1].

المطلب الثالث: إثبات النسب للطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي

فيختلف نسب الطفل المولود عن التلقيح الاصطناعي باختلاف ما إذا كان هذا الطفل قد ولد حال الحياة الزوجية أو بعد انتهاء الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة ، أم هذا الطفل ولد خارج نطاق العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة ، و من هذا سوف نتحدث عن نسب الطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي حال قيام الحياة الزوجية (الفرع الأول) ، و نتناول في(الفرع الثاني) نسب الطفل المولود بعد انتهاء الرابطة الزوجية ، و كذلك نتناول أيضا في(الفرع الثالث) عن نسب الطفل المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي خارج نطاق العلاقة الزوجية.

الفرع الأول: نسب الطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي حال قيام الحياة الزوجية

إذ ولد الطفل بطريقة التلقيح الاصطناعي من الزوجة على قيد الحياة ، سواء كان التلقيح داخليا يأخذ السائل المنوي من الرجل و تلقيحه ببويضة المرأة داخل رحمها ، أو كان التلقيح خارجيا بطريقة طفل الأنابيب ، فإن النسب في هذه الحالة يثبت للطفل من جهة الأب و الأم و ذلك لما يلي :

[1] المادة 45 من الأمر رقم 05 /02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق .

- إن هذا الفرض لا يثير أدنى مشكلة من ناحية تحديد النسب ، إذ المعتبر في النسب ماء الزوج و ماء الزوجة، و قد يثبت أنا ماؤهما هما اللذان أجريا عليهم التلقيح.

- إن الزوج إذا لم يقر صراحته بثبوت النسب إلا أنه أقر ضمانا برضائه بعملية التلقيح ، و موافقة على حمل امرأته بهذه الطريقة.

- إن البينة متوافرة هنا ، إذ الطبيب و القائمون بالعملية ، و كذلك الإجراءات التي تم اتخاذها بالمركز الذي أجريت فيه العملية كلها دالة على صحة نسب الطفل إلي والديه[1].

الفرع الثاني: نسب المولود من التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء رابطة الوفاة أو الزوجية بالطلاق

قد يحدث أن تتم عملية الزرع بعد انقضاء الزوجية بالطلاق أو الوفاة و تأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تاريخ الطلاق و الوفاة أو بعد مضي أكثر من سنة الأمر الذي يؤدي إلى إثارة بعض المشاكل بخصوص أبوة هذا الطفل و من هنا يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول:

أن تتم عملية الزرع بعد انقضاء الزوجية بالطلاق أو الوفاة و تأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تاريخ ذلك.

- بالنسبة للزوجة : يثبت النسب منها بالحمل و الولادة سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة.

- بالنسبة للزوج : يثبت النسب منه لأن الطفل قد ولد على فراش الزوجية سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا أو كانت من تاريخ الوفاة[2].

الفرض الثاني:

إذا أتت بالولد لأكثر من سنة بعد تاريخ الطلاق أو الوفاة و تفرق هذا بين أمرين:

الأول: إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 256 .

[2] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع نفسه ، ص 257 .

أ - إذا أنكره المطلق لا يثبت نسبه و هنا يكفي إنكار لنفي النسب.

ب- إذ أقره المطلق فإنه يثبت نسبه منه بإقرار هكإقرار الرجل بالولد مجهول النسب إلا أ نه يشترط ألا تكون الزوجة فراشا للزوج أخر و صدور الإقرار مستوفيا لشرائطه و لا أثر إنكار الورثة لنسب الصغير بعد ذلك.

الثاني: إذ أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الوفاة لأمر يتوقف على إقرار ورثة الزوج المتوفى بالنسب أو إنكاره و نفرق بين حالتي الإقرار بالولد أو إنكاره.

و لكن هنا مشكلة تثار بشأن موافقة الزوج قبل وفاته بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي :

الراجح أنه إذا أخذ ماء الزوج برضاه ثابت قبل وفاته و مات مصرا على رغبته فإنه يكون للزوجة أن تستمر في إتمام الإجراءات إلى النهاية دون حاجة إلى رضاء جديد من ورثة زوجها و بالتالي ينسب المولود فيما لو تم الحمل بنجاح الإخصاب خارج الرحم و بعد نقل النطفة الملقحة إلى الزوجة و لا مجال لاعتراض الورثة حتى و لو كان في استعمال هذا الحق المتصل بشخص الزوج ما يمس حقوقهم المالية[1].

الفرع الثالث: عن النسب المولود الناتج من التلقيح الاصطناعي خارج نطاق العلاقة الزوجية

هنا نجد الأم هي أم صاحبة البويضة و هي الأم التي حملت و وضعت كما أن النطفة كانت من الزوج لكننا في هذه الحالة أمام فرضين:

أ - تحديد النسب في حالة التبرع بالحمل

ففي هذه الحالة نكون أمام امرأتين امرأةً صاحبة البويضة غير قادرة الحمل لأسباب طبية و امرأة صاحبة رحم مستعار تحمل و تلد و ذلك بأخذ البويضة من امرأة و تلقيحها بماء زوجها خارج الرحم ثم تزرع هذه اللقيحة في امرأة أخرى غير التي أخذت منها البويضة ، و مرد ذلك إلى النزاع في اعتبار الأب من يكون و كذلك الأم ، هل الأب صاحب المنوي أو

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 257 ، 258.

صاحب الفراش أو غير ذلك و هل الأم هي صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم بالولادة أم غير ذلك و في هذه الحالة يكون نسب الولد للمرأتين معا أم لأحدهما[1].

ب - تحديد النسب في حالة التبرع بنطفة الذكر

إذا كانت نطفة الرجل غير مخصبة لوجود عقم لديه أو غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى عدم الإنجاب فإنه لابد في هذه الحالة من اللجوء إلى الحصول على نطفة شخص أخر متبرع ثم يتم تلقيح بويضة الزوجة بها و لتحديد نسب هذا الطفل في هذه الحالة طبقا لقواعد العامة في النسب فالأمر يقتضي التفرقة بين فريضتين:

* إذا كانت متزوجة

ففي هذه الحالة نحن أمام امرأة تم تلقيحها بنطفة رجل أجنبي عنها مع أنها متزوجة من رجل أخر و بالتالي فإن الحديث عن نسب هذا الطفل مثار خلاف بين العلماء ، فذهب البعض إلى القول أن هذا الطفل يستفيد من قرينة الأبوة ، و من ثم ينسب هذا الطفل إلى الزوج باعتباره أنه صاحب الفراش إذا اقره صراحة أو دلالة لمن سكت[2].

بينما ذهب رأي أخر إلى القول بأن تلقيح الزوجة بنطفة رجل أخر أجنبي عنها أمر يلتقي مع الزنا المباشر، و بالتالي فإن نسبه يلحق أمه.

و قد يستطيع الزوج في هذه الحالة إنكار نسب الولد ، فمن المعروف أن قرينة الأبوة ليست قطعية، فيجوز للزوج أن ينكر نسب هذا الولد عن طريق البصمة الوراثية.

*إذا كانت المرأة غير متزوجة

في هذه الحالة لا تثور صعوبة كبيرة ، فالمرأة التي تم تلقيحها بالنطفة ، فيه تحميل على الغير فلا يقترن به إلا لمن أقر بالنسب[3].

[1] شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دراسة مقارنة، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص310.

[2] شوقي زكرياء الصالحي، المرجع نفسه، ص317.

[3] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 260.

المطلب الرابع : الموقف الفقهي و القانوني من التلقيح الاصطناعي

أولا : الموقف الفقهي

أورد الإمام أحمد و المقدسي و بزار عن أنس رضي الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أن الماء الذي يكون منه الولد أرهقته على صخرة ،لأخرج الله منها ولدا وليخلقن الله تعالى نفسا هو خالقها »[1].

و على هذا الأساس نجد فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في مس ألة التلقيح الاصطناعي في قولهم نذكر فيما يلي :

أولا : حكم التلقيح الاصطناعي الداخلي

للفقهاء المعاصرين في حكم هذه المسألة قولان نذكرهم كالأتي :

*جواز عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي

و يكون ضمن ضوابط وشروط معينة وهو قول جمهور العلماء المعاصرين ومنهم الشيخ محمود شلتوت والشيخ جاد الحق على جاد الحق والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء و الدكتور يوسف القرضاوي و الدكتور عبد الكريم زيدان و الدكتور وهبة الزحيلي و أخذ بهذا القول مجلس الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي و منهم الشيخ عبد الله البسام و الدكتور صالح الفوزان و غيرهم.

أدلة القول بجواز إجراء التلقيح الداخلي بين الزوجين :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

- قياس التلقيح الاصطناعي الداخلي بهذه الصورة على التلقيح الطبيعي بجامع كون كل منهما يبتغي به تحصيل النسل بطريق شرعي وهو الزواج.

[1] أحمد نصر الله صبري ، الجامع الصغير للإمام السيوطي والألباني ، ب ج ، ط 1 ، شركة ألفا للنشر والإنتاج الفني ، مصر، 2008 ، ص 740 .

 إن من مقاصد الشريعة الإسلامية إبقاء النسل وحفظه وهذا لا يتحقق إلا بالزواج الذي فيه الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة ، وحيث تعذر ذلك فإنه يلجأ إلى استعمال طريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي لتحقيق هذا المقصد العظيم[1] .

* عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي الداخلي

من بين الفقهاء المعاصرين الذين قالوا به نجد الشيخ أحمد الحجي

أدلة القول بعدم الجواز:

 إن الله سبحانه و تعالى شرع الاتصال الجنسي بين الزوجين لغاية أساسية وهي تأمين السكن النفسي الناتج عن المتعة الحسية و العاطفية و ثنائية تابعة لها و هي إنجاب الأطفال ضمنا لاستمرار النسل والتلقيح بهذه الصورة يحقق الثانية دون الأولى ومعلوم أن الثانية لا تتحقق إلا بشرط تحقيق الأولى مصداقا لقوله تعالى :﴿ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾[2] قوله تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴾[3].

 أما الدليل الثاني الذي يستدل بعدم جواز التلقيح هو كون أن التلقيح الاصطناعي ينافي كرامة الإنسان وفيه امتهان لها قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾[4].

ثانيا : حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي

لاحظنا في الفصل السابق الفرق بين التلقيح الداخلي والخارجي فيعد التلقيح الخارجي أصعب من الداخلي في كونه أن صوره تتم في المختبر خاصة منها تقنية طفل الأنابيب و كذلك تقنية الحقن المجهر.

[1] خالد حدة ، أحكام التلقيح الاصطناعي في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة ، 2013 /2014 ، ص37 .

[2] سورة الأعراف (الآية 189).

[3] سورة البقرة (الآية 187).

[4] سورة الإسراء (الآية70).

و هذا ما اختلف فيه الفقهاء فانقسموا إلى مذهبين :

* جواز التلقيح الاصطناعي الخارجي :

هو رأي المجمع الفقهي المنعقد في مكة المكرمة الدورة السابعة سنة 1404هـ، استدل أصحاب هذا المذهب القائلون بالجواز :

- يستعمل التلقيح الاصطناعي الخارجي في حالة وجود الضرورة أي وجود مانع يمنع في حقيقة الأمر لا يلجأ الأطباء إلى اتصال المني بالبويضة لسبب من أسباب التلقيح الخارجي إلا بعد فشل محاولات التلقيح الداخلي المتكررة .

- التحرز من اختلاط الأنساب .

- مراعاة الحيطة و الحذر في عدم تغيير الأنابيب أو خلط محتوياتها بملحقات أجنبية[1].

*عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي الخارجي :

يرى أصحاب هذا المذهب بعدم الجواز المطلق ، و استدلوا بما يلي :

- انعدام الأمان إذ أن الغموض الذي يكتنف نتائج هذه التجربة من حيث احتمال الارتفاع في نسبة التشوه في هذه الطريقة عن المعتاد في الحمل الطبيعي ، لعدم إمكانية كشف ذلك قبل التكرار الكثير ومن حيث احتمال تأديتها إلى أضرار أخرى مرضية لا يمكن الجزم بالأمان منها في هذه الطريقة قبل مضي زمن طويل من عمر الوليد.

- إن هذه الوسيلة تؤدي إلى الشك في الأنساب ومن ثم فقد تكون ذريعة للفساد ، إذ أن للنسب في الإسلام له أهمية فعليه يؤسس قوام الأسرة وحقوقها وحقوق أفرادها ويرجع السبب في الشك في الأنساب إلى أن إجراء عملية التلقيح تطول لأيام ، و مع كثرة راغبي الإنجاب فقد يخطئ الطبيب المشرف ويستبدل أنبوبا أخر[2].

[1] أحمد محمد لطفي ، مذكرة التلقيح الاصطناعي ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 124.
[2] أحمد محمد لطفي ، المرجع السابق ، ص 126 .

ثانيا: موقف الشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يقصد في حقيقة الأمر في عملية التلقيح الاصطناعي و صوره المختلفة بنصوص تشريعية خاصة أو قواعد تنظيمية لها ، غير أن ذلك لا ينفعنا من أ ن نستكشف موقف مشرعنا من خلال نص المادة 41 من ق أج : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة "[1].

و عليه فـإنه طبقا للتشريع الجزائري يبقى الزوج هو الوسيلة الطبيعية للإنجاب لأنه هو وحدة الأساس النظام الاجتماعي في الجزائر طبقا لأحكام نص المادة 4 من ق أج[2].

[1] المادة 41 من الأمر رقم 05 /02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] المادة 4 ، المرجع نفسه.

المبحث الثاني : ماهية البصمة الوراثية

لقد حصر العلماء البيولوجيون و الأطباء هذه الطرق في نوعين نوع قطعي الثبوت و يدخل ضمنه البصمة الوراثية (DNA) و نظام (NLA) و نوع ظني الثبوت يدخل ضمنه نظام (ABO) و فحص الدم (MSN) ونظام مجموعات البروتينات و استنادا على ذلك و على نظام البصمة الوراثية سنقوم بدراسة مفصلة من خلال المطالب التالية : (المطلب الأول) تعريف البصمة الوراثية و خصائصها ، و (المطلب الثاني) شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها، أما في (المطلب الثالث) نتناول دور البصمة الوراثية لإثبات النسب، و في (المطلب الرابع) نتناول الموقف الفقهي و القانوني للبصمة الوراثية.

المطلب الأول : تعريف البصمة الوراثية و خصائصها

حيث نتناول في هذا المطلب إدراج تعريف للبصمة الوراثية و كذلك ذكر الخصائص التي تميزها عن غيرها من طرق إثبات النسب و هذا ما سيتم عرضه.

الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية

أولا : التعريف اللغوي

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين (البصمة) و(الوراثة) رسم عليه ، و البصمة من بصم - بصما- أي ختم بطرف إصبعه، البصمة أثر الختم بالأصبع.

أما الوراثة علم يبحث في انتقال صفات الكائنات الحية من جيل إلى جيل أخر و تفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال[1].

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

من الملاحظ أنه يوجد في الفقه الإسلامي تعريف البصمة الوراثية لحداثة هذا المصطلح الذي يعد من الأمور العلمية المستحدثة التي لم توجد في عصر الفقهاء الأوائل و قد حاول بعض الفقهاء العلماء المعاصرين وضع تعريف للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات الحديثة و التي سنعرض البعض منها على النحو التالي :

لقد عرّف أحد العلماء بأنها "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع" ، و تنتهي في تعريف المقترح للبصمة الوراثية على أنها :

"تعيين هوية إنسان عن طريق تحليل جزء من حمض الدنا المتمركز في النواة أي خلية من خلايا جسمه"، و يظهر هذا تحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل لقواعد أمنية على حمض الدنا و هي خاصة لكل إنسان تميزه عن أخر في الترتيب و في المسافة مابين الخطوط العرضية

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 19 ، 20 .

تماثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) و تمثل سلسلة أخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة)[1].

و عرفت كذلك بأنها صورة لتركيب المادة الحاملة للعوامل الوراثية أي هي صورة الحمض النووي DNA الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان و بمعنى أدق هي صورة نتائج النيوكليوتيدات التي تكون جزئي حمض النووي الوراثي ل DNA و قيل أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص عن طريق مقارنة مقاطع DNA.

و يتضح لنا من هذه التعريفات السابقة :

- أنها متقاربة في المعنى و متباينة في عبارتها.

- أنها تدور جميعا حول محورين أساسين، و هما انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء و دراسة التركيب الوراثي[2].

الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية

تتميز البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص و هي:

* عدم التوافق و التشابه بين كل فرد عند تحليل البصمة الوراثية و هذا استحالة من بين ستة مليار نسمة إلا في حالة التوأم المتماثلة الواحدة ·

* تعتبر البصمة الوراثية هي أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان و كذلك في إثبات أو نفي الأبوة أو النبوة البيولوجية ، و ذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن ·

* تقوم البصمة الوراثية بنفي التهمة عن المتهم ·

[1] سعد الدين مسعد الهلالي ، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية (أفاق فقهية وقانونية جديدة) دراسة مقارنة ، ط 1 ، دار الكتب المصرية ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2010 ، ص 40 ، 41 .

[2] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 22 ، 23 .

* قوة الحمض النووي تجعله يتحمل أسوأ الظروف و التلوثات البيئية كالتعفن و التغيرات الجوية و لا تفقده هيئته ، و لا يتغير الأمر الذي يعطيه قابلية المرونة و السهولة لمعرفة أصحاب الأشلاء حتى و لو بعد وفاته بعدة سنوات ، بواسطة تحليل جزء من هيكله.

* يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أعضاء الجسم أو سوائله حتى بعد جفافها، و لا باختلاف أنواع العينات من مواد الجسم ، بل البصمة الموجودة في أي مكان جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر.

و بعد إن عرفنا أهم خصائص و مميزات البصمة الوراثية ، رأيت أن أتعرض لمدى مصداقية النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية، فلا شك أن النتائج التي حققتها البصمة الوراثية قد أبهرت العلماء في العصر الحديث ، مما جعلها مثار للحديث في العديد من المؤتمرات العلمية ، كما بحثها الفقهاء من الناحية الشرعية و أقيم حولها من الأبحاث و المؤتمرات و التي انتهت أغلبها إلى أن البصمة الوراثية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الولادة البيولوجية، و التحقق من الشخصية و لاسيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، و تمثل تطور عصريا ضخما في علم القيافة الذي يعتد به جمهور المذاهب الفقهية[1].

هذا و إن كانت البصمة الوراثية تتجلى بكل الخصائص و المميزات و لها مصداقية فهل يمكن اعتماد عليها في إثبات الأحكام الشرعية مثل إثبات النسب، أو الطب الشرعي (المجال الجنائي و مجال تحديد هوية الشخص).

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 29.

المطلب الثاني : شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها

الفرع الأول : شروط العمل بالبصمة الوراثية

فعند إجراء تحليل البصمة الوراثية لابد من توافر مجموعة من الشروط حيث سوف ندرس في (الفرع الأول) الشروط من الناحية الشرعية و العلمية ، و كذلك من الناحية المهنية و الموضوعية أما بخصوص (الفرع الثاني) ندرس فيه ضوابط البصمة الوراثية.

أولا : **الشروط الشرعية**

* فيشترط فيمن يتولى إجراء التحليل الشروط التي اشترطها الفقهاء في القائف و هي : الإسلام و العدالة، و أن يكون خبيرا مؤهلا و قد اشتهر عنه الإصابة.

* و يشترط فيمن يتولى إجراء التحليل خلوه من موانع الشهادة المعروفة ، و يشترط أيضا أن يكون أكثر من واحد لأنها شهادة على قول بعض أهل العلم و لا يقبل في الحقوق أقل من شاهدين.

* أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية على أوامر من القضاء أو من له سلطة ولي الأمر حتى يقفل باب تلاعب و إتباع الأهواء الظنية عند ضعاف النفوس.

ثانيا: الشروط العلمية

* أن تكون المختبرات التي تجري فيها البصمة الوراثية ذات تقنية عالية.

* توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية ، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية ، حرصا على سلامة تلك العينات و ضمانا لصحة نتائجها.

* أن يجري التحليل في مختبرين على الأقل ، و معترف بهما ، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء اختبار نتيجة المختبر الأخر[1].

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 38 ،39 .

ثالثا: الشروط المهنية

* أن تكون المختبرات المعدة لهذا النوع من الفحوص الجينية مجهزة بأحدث العتاد و الأجهزة التي بواسطتها الكشف بدقة عن العينات مع ضمان الصيانة المستمرة و الرقابة الدورية لها ، بالإضافة إلى ضرورة متابعة ما يجّد من الوسائل و التقنيات التي تكشف عنها التكنولوجية يوما بعد يوم لتسهيل العملية.

* أن يكون القائمون على مباشرة هذه الاختبارات من ذوي الكفاءة العالية و الدراية التامة بعموم و تفاصيل هذا الأسلوب العلمي سواء من الناحية العلمية أو التقنية ، حاصلين على شهادات في التخصص، و مؤهلين بحكم الخبرة و التجريب لممارسة هذا العمل الطبي.

* ألا تربطهم علاقة قرابة ، أو صداقة ، أو عداوة ، أو مصلحة بأطراف الخصومة ، و ألا يكونوا قد أدينوا بحكم مخل بالشرف أو الأمانة ، و إذا ثبت خلاف ذلك سقط الاحتجاج بالنتيجة[1].

رابعا : الشروط الموضوعية

* يمنع استعمالها للتأكد أو لإسقاط نسب مستقر بأحد الطرق الشرعية من الزوجية و البينة و الإقرار، لأن ذلك يؤدي إلى إثارة الشكوك و الظنون السيئة و فقد الثقة بين الزوجين مما يقوض نظام الأسرة و يشتت العلاقات، و نحن مطالبون بالحكم بالظاهر و حمل أنساب الناس و أعراضهم محمل الطهارة و العفة و هذا هو الأصل.

* تستعمل البصمة الوراثية عموما في الحالات التي حصرها الفقهاء في التنازع حول النسب نتيجة انعدام الأدلة مع أحد الطرفين أو تعارضهما أو تساويها في القوة ، بحيث لا يسقط أحدهما الأخر ، فيلجأ للبصمة كقرينة يستعان بها لتعيين صاحب الحق بدلا من القيافة و القرعة فهي أقوى منهما و أدق في النتائج.

[1] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص245 ، 246 .

* ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية الحس و العقل و المنطق ، كأن تثبت نسب المولود إلى الزوج و هو سجين أو أسير بعيد عن أهله منذ سنين، و لم يودع خلاياه الجنسية بالبنك[1].

الفرع الثاني : ضوابط استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب

*عدم استخدام البصمة الوراثية في التأكد من النسب ثابت

يؤدي فساد العلاقة الزوجية إذا ما ذهب الزوج يتأكد أن مولوده هو من نسله سواء عن طريق البصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل ، و سوف تشعر الزوجة بأنها ليست محلا للثقة أمام زوجها ، مما يؤدي إلى شعورها بالظلم من قبل زوجها ، و هذا سوف ينعكس على الحياة الزوجية بالسلب و يجعلها معرضة للانفصال و هذا مسلك التأكد من نسب ثابت فيه من الوسوسة و الشك المنبوذين شرعا ، و قد أمرنا القرآن الكريم بالتعوذ منهما فقال تعالى : ﴿قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ 1 مَلِكِ النَّاسِ 2 إِلَهِ النَّاسِ 3 مِنْ شَرِّ الْوَسْوَاسِ الْخَنَّاسِ 4 الَّذِي يُوَسْوِسُ فِي صُدُورِ النَّاسِ5 مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ6﴾[2]

*عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب

فإذا كان استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب أمر يحقق مصلحة مشروعة ، يجب أن لا تصادم الوسائل الشرعية لإثبات النسب ، كالفراش و الإقرار ، و البينة، و القافة و القرعة.

و هذه الوسائل ليست على درجة واحدة في القوة حيث يأتي في مقدمتها الفراش ثم الإقرار ثم البينة، فهذه الوسائل الثلاثة من القوة في إثبات النسب بمكان ، بحيث لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية إزاءها فضلا عن تقديمها عنها ، و لكن قد تطرأ حالات لا يمكن فيها فك النزاع حول نسب ثابت بهذه الوسائل إلا باللجوء إلى القافة أو القرعة و في مثل هذه الحالات يمكن

[1] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق، ص248 ، 249 .

[2] سورة الناس

استعمال البصمة الوراثية بديلا عنها بالنسبة لتقديمها على القافة، فهو من باب القياس الأولوي، و أما تقديمها على القرعة فهو من باب الحكم بالمؤكد على ما هو مظنون[1].

*عدم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

إذا ثبت النسب ثبوتا شرعيا ، فإنه لا يجوز نفيه بعد ثبوته إلا بوسيلة واحدة و هي اللعان و يدل على ذلك ما ورد في كتاب الله عز وجل في قوله تعالى : ﴿ وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ 6 وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ7 وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ8 وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ9﴾[2].

وجه الدلالة في هذه الآيات: أنها فيها فرج للأزواج إذا افتقد الزوج زوجته تعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها و يحضرها إلى الإمام كما أمر الله تعالى ، و إنما كانت شهادة الزوج على زوجته دارئه عن الحد لأن الغالب أن الزوج لا يقدم على رمي زوجته إلا خوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه فينفيه اللعان.

فيتضح أنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان ، و كذلك يمنع اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي النسب الثابت بطريق الفراش ، لأن للوسائل حكم الغايات ، فما كون وسيلة لغاية محرمة، فإن للوسيلة حكم الغاية[3].

المطلب الثالث : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

ذكرنا سابقا ب أن النسب الشرعي ، يثبت بالفراش الناتج عن عقد زواج صحيح أو زواج فاسد و نكاح الشبهة و كذا بالإقرار و البينة و القيافة و القرعة ، و هذا وفقا للمواد 32 / 33 34 /40 من ق أ ج ، كما أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب المادة 2/40 ق أ ج في حالة تعذر أو الوصول إلى حل بواسطة الطرق الشرعية و القانونية لثبوت

[1] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع السابق ، ص 41 .

[2] سورة النور (الآيات6،7،8، 9).

[3] أنس حسن محمد ناجي ، المرجع نفسه، ص 43.

النسب حسب المادة 1/40 ق أ ج، و الذهاب مباشرة إلى الطرق العلمية منها البصمة الوراثية لإثبات النسب المادة 2/40 ق أ ج ، أو نفي نسب أبوة ثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها، و بالإضافة إلى هذا فإن نفي النسب لا يكون إلا باللعان وفقا للمادة 41 ق أ ج، أي نفي النسب لا يكون إلا بالطريق التي حددها الله عز وجل[1].

يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالات التالية :

* حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال و نحوها و كذا اشتباه في أطفال الأنابيب.

* التحقق من هوية المفقودين و الغائبين و أسرى الحروب و الجثث المجهولة[2].

* لمنع اللعان[3].

* الحالات التي يدعي فيها رجل أنه فقد ابنه لفترة طويلة.

المطلب الرابع : الموقف الفقهي و القانوني للبصمة الوراثية

نتناول ضمن هذا المطلب موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية في (الفرع الأول) أما بخصوص(الفرع الثاني) نتناول فيه موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية.

الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية

بما أن البصمة الوراثية من القضايا الحديثة و الاكتشافات العلمية فإنه لا يوجد للفقهاء المتقدمين أي كلام حيالها ، إلا أن كثيرا من الفقهاء المعاصرين تناولوا هذا الموضوع فانقسموا حول حكم البصمة الوراثية في إثبات النسب إلى رأيين:

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق أخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج 1 أحكام الزواج، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010،ص 396.

[2] اقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص280 ، 281 .

[3] بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 398 .

أولا : موقف المؤيدين من البصمة الوراثية

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن البصمة الوراثية طريقة صحيحة شرعا لإثبات النسب، حيث قال عمر بن محمد السبيل في كتابه " البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية " نظرا لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب و الحاقة بأدنى سبب فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية مبنية على المعرفة و الخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء و الأبناء[1]، و استدلوا ذلك بأدلة منها:

* من السنة

عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رجلا أتى إلى النبي صلى الله عليه و سلم قال: يا رسول الله ؟ ولد لي غلام فقال : هل لك من ابل ؟

قال: نعم، قال: ما ألوانها ؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أروق ؟ قال : نعم ، قال: فاني هذا ؟ قال: لعله نزعه عرق، قال: فلعل ابنك هذا نزعه عرق »[2].

* من القياس

قال الفقهاء المعاصرون أنه يمكن قياس البصمة الوراثية على القافة بجامع أن كليهما يعتمد على التشابه في عملية إثبات النسب ، و لما كانت القافة وسيلة مشروعة لإثبات النسب عند جمهور الفقهاء فإن البصمة الوراثية تكون وسيلة مشروعة قياسا عليها فالقاف يتكلم عن حدس و فراسة.

فإن كان معتمد القيافة في إلحاق النسب إنما هو الشبه فحسب و هو أمر مشروع ، فإن البصمة الوراثية لا معتمد فيها في إثبات النسب سوى وجود الشبه بين الأصل و الفرع مع فارق واحد بينهما و هو أن الشبه الذي تستند إليه القافة هو الشبه الظاهري للأعضاء و الهيئة بينما

[1] نورة بخوش، الطرق العلمية لإثبات النسب، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مذكرة الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، قسم الشريعة، جامعة الوادي، 2016 /2017 ، ص 41.

[2] أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، ح 5305 ، ص1352 .

الشبه المعتمد في البصمة الوراثية إنما هو شبه طبي خفي يبحث في المورثات الجينية المستقرة في نواة الخلية البشرية و هذا الشبه في البصمة الوراثية يتميز في دلالة على النسب بالدقة و التطابق بناء على ما تحمله البصمة الوراثية من أوصاف جينية خاصة بكل فرد من بني الإنسان[1].

* من المعقول

استدل القائلون بحجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بالمعقول حيث قالوا: إن أصول الشرع و قواعده يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب ، و الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب و عدم انقطاعها ، و لهذا اكتفي في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، و الدعوى مع الإمكان ، و ظاهر الفراش فلا يستبعد أن يكون الشبه التي تقوم عليه البصمة الوراثية الخالي عن سبب مقاوم له كافيا في ثبوته[2] .

* من المصلحة المشروعة

إن موضوع استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب يحقق مصلحة مشروعة شهد الشارع لأصلها بالاعتبار ، كما هو معلوم لدى العلماء فإن المعنى المناسب الذي يشهده الشرع بقبوله لا إشكال في صحته و لا خلاف في إعماله ، و بناء عليه لما كان إثبات النسب أمرا مرغوبا شرعا و البصمة الوراثية تصلح وسيلة لإثبات النسب فهي تدخل ضمن ما هو مشروع من وسائل مثل الفراش و الإقرار والبينة و القيافة، لأنها تحقق مصلحة معتبرة شرعا[3].

[1] نورة بخوش ، المرجع السابق ، ص 42 .

[2] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الوضعي ، ب ج ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2009، ص 724،723 .

[3] الهادي الحسيني الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب(نظرة شرعية)، المجلة العربية للعلوم الأمنية و التدريب، الرياض:أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ع 35، محرم 1424 هـ ، 18م ، ص24.

ثانيا : موقف المعارضين من البصمة الوراثية

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، حيث قال بهذا كل من وزارة الأوقاف الكويتية و بعض العلماء المعاصرين من بينهم خليفة علي الكعبي حيث قال في كتابه : البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، و الذي أراه مناسبا و متفقا مع البصمة الوراثية و ذلك من حيث إعطائها الوضع الحقيقي و المناسب لها ، و من حيث أيضا اختيار اللفظ و المعنى المناسب فإنني أتوصل في النهاية إلى القول بـأن البصمة الوراثية إنما هي قرينة قوية لا تقدم أي دليل شرعي نهائيا و لا يقام بها حكم على استقلال ما لم تدعمها بيانات أخرى[1].

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية

إن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 لم يتضمن نصا خاصا بالبصمة الوراثية، و لكن اكتفى فقط بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كطرق أو كوسائل لإثبات النسب حسب مادة 4 من ق أ ج.

حيث أن نص المادة ورد بصيغة التخبير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و إحالة الخصوم إلى إجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم أو الفصل في القضية عند ظهور النتائج و لكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي بأخذ هذه النتائج أم لا.

لكن المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 40 ق أ ج حصر الاستعانة بالأساليب العلمية و منها البصمة الوراثية في إثبات النسب فقط دون حالات النفي و هذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة أي يبقى الأسلوب القانوني المعهود لنفي النسب هو اللعان و لكن حسب ما جاء في نص المادة 41 ق أ ج ، لم يحدد هذه الطرق المشروعة و لكن تركها مفتوحة و عامة مما يمكن دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب[2].

[1] نورة بخوش ، المرجع السابق ، ص 44.

[2] القانون رقم11/84 المعدل و المتمم للأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

أما من الناحية العلمية و نظرا لحداثة هذه التقنية "البصمة الوراثية "و لغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة، نستخلص أن جمهور الفقهاء المذاهب الأربعة و المشرع الجزائري لا يزالون متوجسين من البصمة الوراثية، و يرون أنها محل ظن و لا ترقى أبدا لمستوى الدلالة القطعية و النتائج المتحصل عليها من تحليل البصمة الوراثية عكس الطرق الشرعية التي يعود الأصل ألا و هو« الولد للفراش و للعاهر الحجر» أي أن إثبات النسب يكون بالفراش و هو الأصل.

و في ختامنا لهذا الفصل نستنتج أن إلى جانب الطرق التقليدية الشرعية الطرق المستحدثة العلمية لإثبات النسب المتمثلة في التلقيح الاصطناعي الطريق الناشئ للنسب و البصمة الوراثية الطريق الكاشف ، و هذا فضل يعود إلى التطور العلمي والتكنولوجي لهذه الطرق و كذلك إلى جوازها و العمل بها على أرض الواقع لأن لولا لم تكن هذه الطرق لأصبح الطفل يدور في مسألة مجهول النسب و محروم من كامل حقوقه و واجباته و أيضا لمنع اختلاط الأنساب و التعدي على حرمات الله عز وجل.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا للموضوع في الشريعة و القانون الجزائري من حيث بيان طرق المخولة قانون لإثبات النسب أمام القاضي وتعرض لكل طريقة على حدى المكونة من الإقرار و البينة و الزواج و القيافة و القرعة ، و كذلك الطرق المستحدثة من قبل المشرع يتضح لنا حاليا الموضوع يتميز بأهمية بالغة يتمحور أساسا في أثار وخيمة التي تعكس على الطفل و المجتمع ككل و بناءا عليه قمنا باستخلاص بعض النتائج و الاقتراحات :

أولا : النتائج

- إن لم تثبت نسب الطفل عن طريق الزواج الصحيح أو ما يلحقه فلا يمكن إثباته لا بالطرق التقليدية و لا حتى بالطرق المستحدثة و العكس إذ اثبت به فهو يغني عن اللجوء إلى باقي الطرق و للإشارة فإن الطفل المعلوم النسب يخرج عن دائرة إثبات إذ تقتصر هذا الأخير على مجهول النسب.

- إن المشرع الجزائري قد سلك الطرق من خلال التبني إلا أنه قد يتصور البعض أن إبطاله فيه انهيار مصالح الطفل و حرمانه العيش في كنف أسرة من باب الدفاع عنه باسم الإنسانية و الرحمة و في الحقيقة أن إبطاله فيه صيانة الحقوق أولا نظرا لما فيه من أثار سلبية أهمها اختلاط الأنساب.

- يجوز الإشهاد على نتائج الطرق العلمية في مجال إثبات النسب و نفيه بحيث يمكن أن نستخدم بعض منها كدليل قوي و لكن بحيطة و تحفظ شديدين و ذلك استنادا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

- كما أن للتلقيح الاصطناعي سلبيات و ايجابيات ، و هذه الأخيرة تكمن في مساعدة الزوجين على الإنجاب و تحقيق حلمهما ، و إخراجهما من هاجس الوحدة و الاكتئاب و منعهما من الخروج عن الطريق الشرعي الذي حدده الله في كتابه ، و إنجاب أطفال غير شرعيين.

- إن التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة طبية حديثة في علاج العقم والقضاء على أسبابه تلقته الأوساط العلمية بالقبول من خلال ثبوت فعاليته في الممارسة العملية.

- تجوز عملية التلقيح الاصطناعي بشقيه الداخلي و الخارجي بين الزوجين بشرط إجرائها في إطارها و ضوابطها الشرعية.

- منع إجراء التلقيح الاصطناعي أثناء العدة من الوفاة أو الطلاق أخذا بالأحوط.

- أما البصمة الوراثية تعتمد على الصفات الوراثية التي تنقلها الأصول إلى الفروع مناصفة بين الأب و الأم وبناء عليه يمكن تعيين الطبعة الوراثية المميزة لكل شخص و تعيين الأصول التي ينحدر منها.

- لا يجوز نفي الأنساب الثابتة المستقرة و لا التحقق منها بالبصمة الوراثية.

- إن استعمال الأساليب العلمية الحديثة في الإثبات كالبصمة الوراثية يؤدي إلى انحصار العمل بالقيافة والقرعة في المواطن التي حكم الفقهاء بها و تحل البصمة الوراثية مكانهما مما يؤدي إلى جلاء الأنساب بصفة قطعية في العديد من صور التنازع و التي تضاربت فيها الآراء الفقهية.

ثانيا : الاقتراحات و التوصيات

- نقترح التفرقة بين الأسباب المنشئة للنسب هي الزواج الصحيح و الزواج الفاسد و نكاح الشبهة أما طرق إثبات من جهة الأم تكون بالحمل المشاهد و الولادة ، و من جهة الأب تكون شهادة الشاهدين أو شهادة التسامع أو الوسائل العلمية المحددة في قانون الأسرة الجزائري المادة40 فقرة 2.

- أجاز المشرع الجزائري استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب على سبيل الحصر.

- فرض عقوبات صارمة على كل مخالفين ضوابط تحليل البصمة الوراثية سواء كانوا أباء أو مخبرين مختصين في التحاليل.

- و لحبذا على المشرع أن يصدر نص قانوني يخضع الأب لهذه التحاليل و إذا رفض يعتبر رفضه دليلا على صحة نسب الابن له.

- يجب استرشاد كل من فقيه الشرع و فقيه القانون برأي الخبير الطبي في مثل هذه القضايا المستجدة حتى تكون الأحكام الشرعية والتشريعات الوضعية منسجمة و متماشية مع الحقائق العلمية.

- وضع قانون ينظم و يجمع شتات مسائل التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية في وثيقة واحدة أو على الأقل تنظيمهما بصورة محكمة و مفصلة في مواد مستقلة تحت الفصل الخامس من الباب الأول المتعلق بالنسب ضمن قانون الأسرة مع الاسترشاد بالفقه الإسلامي و التشريعات المقارنة.

و في الأخير نرجوا من الله تعالى أن نكون قد وفقنا في انجاز هذا البحث المتواضع لما له من قيمة مهمة في حياة الأسرة و المجتمع.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر

أ - القرآن الكريم، برواية ورش عن نافع.

ب - الأحاديث النبوية

1- أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق و الكره ، رقم ح 5270 ، أخرجه مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه، رقم ح 1695.

2 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد،ح 5305.

ج - المعاجم و القواميس

1 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2، ب ط ، دار الجيل ، بيروت ، مكتبة الأزهرية ، القاهرة، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، 1424هـ، 2004.

2- ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، ج 37، ب ط ، دار المعرفة، ب ب ن، ب س ن.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي : القاموس المحيط ، ج 1، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1995م ، 1415هـ ،ص339.

د- النصوص القانونية

1- أمر رقم02/05 المؤرخ في18 محرم 1426هـ الموافق27 فبراير2005 يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 15 سنة 42.

ثانيا : المؤلفات

أ- كتب عامة

1 - أحمد نصر الله صبري ، الجامع الصغير للإمام السيوطي و الألباني ، ب ج، ط 1، شركة ألفا للنشر و الإنتاج الفني، مصر، 2008 .

2 - الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ج ،33 ، ب ط، ب د ن، الكويت، ب س ن.

3- الشربيني محمد، مغني المحتاج، ج3، ب ط، مكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، القاهرة، 1993.

4 - الشيرازي إبراهيم ، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي ، ج 3، ط 1، دار القلم دمشق ، دار الشامية بيروت ، 1996.

5 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج و الطلاق، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

6 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق أخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج 1، أحكام الزواج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2010 .

7 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013.

8- بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، قضايا فقهية معاصرة ، م 1، ط1 ، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ب س ن.

9- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ب ج ، ب ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

10- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثارهما ، دراسة فقهية و مقارنة، مكتبة الزهراء للنشر و التوزيع، دار النهضة العربية للنشر ، لبنان، 2009.

11- عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا ، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر، ب س ن.

12- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، حسب أخر تعديل، ط 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.

13- عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، ب ج ، ب ط ، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.

14 - محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار ، كتاب الحدود ، باب أن الجد لا يجب بالتهم وأنه يسقط بالشبهات، ط 1، بيت الأفكار الدولية، ب ب ن، 1993.

15- ممدوح عزمى، دعوى ثبوت النسب و دعاوى ثبوت الزوجية و التبني للمسلمين و غير المسلمين ، في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

16- نور الدين أبو لحية ، عقد الزواج و شروطه ، ط 1، دار الكتاب الحديث للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة.

17- وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، ج 8، دار الفكر، دمشق، سوريا.

ب - كتب متخصصة

1- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب ، (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.

2- اقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب ، (دراسة فقهية قانونية) ، ب ج ، ب ط ، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، تيزي وزو،2012.

3- سعد الدين مسعد الهلالي ، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية (أفاق فقهية وقانونية جديدة) دراسة مقارنة، ط 1، دار الكتب المصرية، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010.

4- شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، دراسة مقارنة، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

ثالثا : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ - الرسائل

1- حسيني إبراهيم احمد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس بالقاهرة، إشراف د. فيصل زكي عبد الواحد، د. محجوب، 2006.

ب - المذكرات

1- أحمد محمد لطفي، مذكرة التلقيح الاصطناعي، ط 1، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.

2- خالد حدة ، أحكام التلقيح الاصطناعي في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة ، 2013 /2014.

3- شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2013/2012.

4- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، رسالة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2007.

5- قلمام عمر، الزواج الفاسد، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة ماستر ، قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.

6- مفيدة ميدون، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2015.

7- نزليوي نعيمة، جرلول حميدة ، الطرق الشرعية و العلمية لإثبات النسب ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكليلي محند اولحاج، البويرة.

8- نورة بخوش، الطرق العلمية لإثبات النسب ، دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مذكرة الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، قسم الشريعة، جامعة الوادي، 2016 /2017.

رابع : المجلات و المحاضرات

1- الهادي الحسيني الشبيلي ، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية) ، المجلة العربية للعلوم الأمنية و التدريب، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ع 35، محرم 1424 هـ ، 18 م.

2- فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وفق قانون الأسرة الجزائري ، مجلة المعارف، السنة الخامسة،ع 8، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010.

3- محاضرات الأستاذ الدكتور ملزي عبد الرحمان ، الإثبات في المواد المدنية ، ألقيت على الطلبة القضاة ، الدفعة 16.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة.....أ

الفصل الأول :الطرق التقليدية الشرعية لإثبات النسب

المبحث الأول : الطرق المنشئة للنسب.....2

المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح 3

الفرع الأول : المقصود بالفراش 3

الفرع الثاني : شروط الواجبة في ثبوت النسب بالفراش.....3

الشرط الأول : وجود عقد الزواج.....3

الشرط الثاني : إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد 4

الشرط الثالث : أن تمضي أقل مدة حمل و هي ستة أشهر 5

الشرط الرابع: أن تلد المرأة لأول من أقصى مدة الحمل 5

المطلب الثاني : إثبات النسب بالزواج الفاسد 6

الفرع الأول : تعريف الزواج الفاسد 6

أولا: التعريف اللغوي.....6

ثانيا: التعريف الاصطلاحي 6

ثالثا: التعريف القانوني 7

الفرع الثاني : شروط إثبات النسب من الزواج الفاسد.....8

المطلب الثالث : إثبات النسب بنكاح الشبهة.....9

الفرع الأول : تعريف الوطء بالشبهة.....9

الفرع الثاني : أنواع الوطء بالشبهة.....10

أولا : شبهة الفعل 10

ثانيا : شبهة الملك 10

ثالثا : شبهة العقد 11

المبحث الثاني : الطرق الكاشفة للنسب 12

المطلب الأول : إثبات النسب بالإقرار.....13

الفرع الأول : تعريف الإقرار بالنسب 13

أولا: التعريف اللغوي 13

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....13

ثالثا: أدلة الفقهاء للإقرار 13

الفرع الثاني : أنواع الإقرار 14
أولا : بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة.....14
ثانيا : بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر.....14
الفرع الثالث : شروط صحة الإقرار 15
أولا : الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب 15
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب 16
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به 16
المطلب الثاني : إثبات النسب بالبينة 17
الفرع الأول : مفهوم البينة.....17
أولا : البينة بمعنى الدليل.....17
ثانيا : البينة بمفهوم الشهادة 17
الفرع الثاني : أنواع البينة 18
أولا : الشهادة المباشرة 18
ثانيا : الشهادة الغير مباشرة.....18
ثالثا : الشهادة بالتسامع 18
الفرع الثالث : حجية البينة.....19
المطلب الثالث : القيافة و القرعة 19
الفرع الأول : مفهوم القيافة 20
أولا: التعريف اللغوي 20
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 20
ثالثا: شروط العمل بالقافة 20
رابعا: مذاهب العلماء في الأخذ بها 21
الفرع الثاني : مفهوم القرعة.....22
أولا: التعريف اللغوي 22
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 22
ثالثا: مذاهب العلماء في الأخذ بها 23
الفصل الثاني: الطرق المستحدثة العلمية لإثبات النسب
المبحث الأول : ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي 26
المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي و أنواعه.....27
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي 27

أولا: التعريف اللغوي 27
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 27
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي 28
النوع الأول : التلقيح الاصطناعي الداخلي 28
النوع الثاني : التلقيح الاصطناعي الخارجي 29

المطلب الثاني : شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي و القانون 29
أولا: في الفقه الإسلامي 29
ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري 30
المطلب الثالث: إثبات النسب للطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي 30
الفرع الأول: نسب الطفل المولود عن عملية التلقيح الاصطناعي حال قيام الحياة الزوجية 30
الفرع الثاني: نسب المولود من التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء رابطة الوفاة أو الزوجية بالطلاق 31
الفرع الثالث: عن النسب المولود الناتج من التلقيح الاصطناعي خارج نطاق العلاقة الزوجية 32
المطلب الرابع : الموقف الفقهي و القانوني من التلقيح الاصطناعي.....34
أولا : الموقف الفقهي.....34
ثانيا: موقف التشريع الجزائري 37
المبحث الثاني : ماهية البصمة الوراثية 38
المطلب الأول : تعريف البصمة الوراثية و خصائصها.....39
الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية 39
أولا: التعريف اللغوي.....39
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 39
الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية 40
المطلب الثاني : شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها 42
الفرع الأول : شروط العمل بالبصمة الوراثية.....42
أولا: الشروط الشرعية 42
ثانيا: الشروط العلمية 42
ثالثا: الشروط المهنية.....43
رابعا: الشروط الموضوعية 43
الفرع الثاني : ضوابط استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.....44

فهرس الموضوعات

المطلب الثالث : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب 45
المطلب الرابع : الموقف الفقهي و القانوني للبصمة الوراثية 46
الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية.....46
أولا : موقف المؤيدين من البصمة الوراثية 46
ثانيا : موقف المعارضين من البصمة الوراثية.....49
الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية 49
خاتمة 51
قائمة المصادر و المراجع.....54
فهرس الموضوعات.....58
ملخص

الملخص

يعتبر موضوع إثبات النسب من المواضيع المتعلقة بحياة الأولاد ، و يشمل الطرق الشرعية و المستحدثة، و انعدامها يرتب أثار وخيمة في الأسر و المجتمعات ككل ، و هذا ما تم دراسته و التطرق إليه في هذه المذكرة بشقيها الشرعي و القانوني و كذلك بالنسبة للفقهاء من جهة و المشرع الجزائري من جهة أخرى.

Summary

The issue of proving parentage is one of the topics related to the lives of children, and it includes the legal and modern methods, and the lack of it leads to dire effects on families and societies as a whole, and this is what has been studied and addressed in this memorandum, in both its legal and legal aspects, as well as for the jurists on the one hand and On the other hand, the Algerian legislator.