جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المقياس : حقوق الطفل

عنوان الدرس : حق الطفل في النسب

أهداف الدرس : معرفة حق الطفل في النسب وأهميته بالنسبة له

الحجم الساعي : ساعة ونصف

السنة: أولى ماستر

الفئة المستهدفة : طلبة ماستر قانون أسرة

ملخص الدرس : النسب هو صلة قرابة الولد بأبيه أو بأمه، وهو من أهم حقوق الطفل وبذلك تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، وقد اهتم بها الإسلام اهتماما بالغا فنهى الآباء أن يدعو أبناء غيرهم أبناءهم وينسبونهم إليهم، فجاء قوله تعالى" وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ" ،وسنتناول من خلال هذه المحاضرة أحكام ثبوت النسب وطرق إثباته في قانون الأسرة الجزائري .

أحكام ثبوت النسب وطرق إثباته في قانون الأسرة الجزائري

واضح أن المشرع الجزائري وتماشيا مع الشريعة الإسلامية قد أقام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سببا في الأولى، فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلا فإنه ينسب للزوج .

ولذلك فقد وضع الفقه الإسلامي لهذه المسألة من الأحكام ما يكفل حفظ الأنساب وصون الأعراض ، وتطبيقا لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينة تقدمها الزوجة ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث يأخذ هذا الأخير حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب ، ويسري نفس الحكم بشأن الوطء بشبهة من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها جنسيا .

كل هذه المبادئ أقرها المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون؛

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ويتضح أن نص المادة عالج أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته لذا سنتناول أسباب ثبوت النسب، وهي ثبوت النسب بالزواج الصحيح وثبوت النسب بالزواج الفاسد وثبوته بالوطء بشبهة في النقطة الأولى ونتناول طرق إثبات النسب ،وهي إثبات النسب بالإقرار وإثبات النسب بالبينة وإثباته بالطرق العلمية، وثبوته بالتلقيح الاصطناعي في النقطة الثانية.

أولا-أسباب ثبوت النسب: يثبت النسب إما بالزواج الصحيح وإما بالزواج الفاسد، ويثبت أيضا بالوطء بشبهة.

01-**ثبوت النسب بالزواج الصحيح** : تنص الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"، والحقيقة أن المشرع إنما يريد بالزواج الصحيح ما اصطلح الفقه على تسميته "فراشا صحيحا" طبقا للحديث "الولد لصاحب الفراش" ،كما قصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل على أساس عقد زواج استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة طبقا لما ورد في المواد من 07 إلى 31 من قانون الأسرة .

فالفراش يعد سببا شرعيا لثبوت النسب دون اشتراط بينة أو إقرار ممن سيثبت نسب الولد منه، ذلك أن الزوجة مقصورة على زوجها، ليس لغيره حق التمتع بها، ولا يحل لها أن تمكن غير زوجها من الاستمتاع بها، بالإضافة إلى أن العقد الصحيح يستلزم مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وكذلك المادة 42 التي تنص: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، وهذه الشروط هي:

-أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكنا: فالعقد هنا لا يكفي بل يجب أن يتم الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية، فإذا تأكد عدم التلاقي بينهما فلا يثبت النسب، لكن التطورات العلمية أثبتت أنه بالإمكان أن تصبح المرأة حاملا من دون اتصال جنسي وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي ولئن تطرق إليه المشرع الجزائري في تعديل 2005 وخصه بالمادة 45 مكرر، لكن من المستحسن أنه يضم هذه المادة إلى المادة 41 المتعلقة بإثبات النسب.

-أن تكون الولادة بين أقل وأقصى مدة حمل: من خلال نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن أدنى مدة للحمل هي ستة أشهر، واستند المشرع في ذلك إلى الشريعة الإسلامية التي حددت أدنى مدة الحمل بستة أشهر، وذلك من خلال قوله تعالى: "ووَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"، وقوله سبحانه وتعالى "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"، وبخصم مدة الفصال (الرضاع) أربعة وعشرون شهرا من ثلاثين شهرا تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل، وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر وقد أقر الطب ماذهب إليه المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا، وحدد المشرع عشرة أشهر حتى تشمل هذه المرحلة النادرة، وبهذا قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثمة فإن الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض إذا كان الثابت – في قضية الحال– أن قضاة الاستئناف طبقوا في نفي النسب صحيح القانون بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج

أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02 وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06 (أربعة وستون يوما من تاريخ الزواج) أي بأقل من مدة الحمل ستة أشهر، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا ."

هذا بالنسبة للمرأة المتزوجة، أما المطلقة أو المتوفي عنها زوجها، فقد نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."

-عدم نفي الولد بالطرق الشرعية: إن الولد الذي تأتي به الزوجة وفقا للشروط السالفة الذكر يثبت نسبه لأبيه ما لم ينفه بالطرق الشرعية، ولا يتم النفي إلا بواسطة حكم قضائي والذي يعتمد فيه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب .

ويشترط لصحة النفي أن لا يتبعه إقرار ضمني، كإعداد الزوج معدات الولادة وقبوله التهنئة...إلخ ،أو إقرار صريح كأن يقر الزوج قبل الولادة أن الحمل منه إذا كانت المدة بين الإقرار والحمل أقل من عشرة أشهر، وإذا ثبت النسب بالإقرار فلا يقبل النفي بعد ذلك .

ولم يوضح المشرع الجزائري ما المقصود بالطرق الشرعية، لكن يمكن القول أنها كل الطرق المؤدية شرعا وقانونا لنفي النسب ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة.

ب- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.

ج- نفي النسب لعدم التلاقي.

د- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.

هـ- اللعان .

02- **ثبوت النسب بالزواج الفاسد:** يأخذ الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له شريطة أن يكون الزوج قد دخل بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا، فإذا عقد رجل على امرأته عقدا فاسدا ولم يدخل بها لا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة من الزوج، فلا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي، فإذا ما أتت الزوجة بولد

لستة أشهر أو أكثر من يوم الدخول بها يثبت الولد لأبيه لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها، أما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من الدخول الحقيقي فلا يثبت نسب ولدها منه لحصول الحمل من رجل آخر، وإذا حصل التفريق بينهما من طرف القاضي أو بالتراضي، وكان ذلك بعد الدخول فإن نسب الولد لا يثبت للزوج إلا في حالة ما إذا لم تتجاوز المدة بين المفارقة والولادة عشرة أشهر، وعند ثبوت نسب الولد لأبيه، فإن هذا الأخير لا يمكنه نفيه عن طريق اللعان، كما هو الشأن بالنسبة للزواج الصحيح، فلا لعان بين الزوجين في الزواج الفاسد، ذلك أن القرآن الكريم تكلم عن الذين يرمون أزواجهم المحصنات، والزواج هنا ينصرف إلى الزواج بعقد صحيح، وقد نص المشرع الجزائري على الزواج الفاسد في المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، وبهذا يكون المشرع قد حدد للقاضي حدود هذا الزواج ومفهومه في هذا الإطار، ومنه فإن الدخول الحقيقي هو شرط أساسي لثبوت النسب في الزواج الفاسد مع مراعاة باقي الشروط التي تم ذكرها في الزواج الصحيح .

03-**ثبوت النسب بنكاح الشبهة أو الوطء بالشبهة** : ويقصد به الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة التي تزف إلى بيت زوجها دون رؤيته مسبقا، وقيل أنها زوجته فيدخل بها، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له وثبوت النسب بالوطء بشبهة هو إحدى الوسائل التي نصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة، ويرى الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار "أن المشرع جانب الصواب فقد كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة، مادام أنه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد، وأن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع النكاح بشبهة وهذا ما هو معمول به فقها إذ أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد وبالدخول بالشبهة" وتنقسم الشبهة إلى شبهة العقد، وشبهة الملك وشبهة الفعل ولكل منها حكم خاص بثبوت النسب.

أ- حكم النسب بشبهة العقد: وذلك كأن يعقد الرجل على امرأة وبعد الدخول يتبين أنها محرمة عليه بسبب الرضاع، فإن حصل حمل المرأة أو ولادة الولد قبل علمه بسبب التحريم فإن نسب الولد يثبت صحيحا، أما إذا كان يعلم بالتحريم فالعقد باطل ولا يثبت

النسب عند جمهور الفقهاء، ومثال هذا النوع أن يتزوج شخص من إحدى المحارم ويدخل بها بناء على ذلك، أو الخامسة على الرابعة وهذه الأخيرة لا تزال في عصمته أو زواجه من غير ذات دين سماوي أو كل من حددتها الشريعة الإسلامية من المحرمات.

ب–حكم النسب في شبهة الملك: وسمي أيضا بشبهة الحكم، فحاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له، ومن أمثلتها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها ظنا منه أن وقاعها يكون مراجعة لها، كما في المطلقة طلاقا رجعيا استنادا لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "الكنايات رواجع" ،وفي هذه الحالة إذا حملت المرأة فإن نسب الولد يلحق بأبيه .

ج– حكم النسب في شبهة الفعل: وتسمى الاشتباه، وفيها يعتقد الرجل ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف ، تكون هذه الشبهة كما لو دخل رجل على امرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين أنها ليست كذلك، فإذا جاءت بولد فإن النسب لا يثبت له وإن ادعى الزوج الولد، ذلك لأن النسب كي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل إذ هو لا يثبت الفراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بإحداهما ولم يتحقق أحدهما في الوطء بشبهة الفعل، وعلى ذلك فإن الفعل زنا ويجب الحد على الفاعل، إن لم يدع ظن الفعل، ولا يثبت في هذه الحالة النسب إلا إذا كان الرجل غير عالم بالتحريم .

ثانيا– طرق إثبات النسب : من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نستنتج أن طرق إثبات النسب هي الإقرار والبينة، كما يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية حسب نص المادة أيضا وجواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وثبوت النسب به حسب المادة 45 مكرر.

01– **اثبات النسب بالإقرار**: الإقرار كوسيلة لإثبات النسب نظمه المشرع الجزائري في المادتين 44 و45 من قانون الأسرة، ويقصد بالإقرار الاعتراف، فأقر بالشيء أي اعترف به، وقد عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وتعتبر المادة 342 من نفس القانون بأنه حجة قاطعة على المُقر، ومن خلال المادتين 44 و45 من قانون الأسرة، يتضح أنهما صنفا الإقرار في نوعين كلاهما

يخص مجهول النسب وهما: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة، ويسمى ذلك شرعا الإقرار بالنسب على النفس، والإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة ويسمى ذلك شرعا الإقرار بالنسب على الغير.

-الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة: ويثبت فيه النسب دون حاجة إلى بيان سببه من زواج أو غيره وبينت المادة 45 من قانون الأسرة أنه قد يصدر من طرف الأب أو الأم ويسمى إقرار بالبنوة، وقد يصدر من طرف الولد، فيسمى إقرار بالأبوة أو الأمومة.

أ-الإقرار بالبنوة: يصح إقرار الرجل والمرأة ولو في مرض الموت في نسب الولد، إذا تحققت الشروط التالية :

-أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب لا يعرف له أب، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر لا يصح الإقرار، لأن النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الانتقال إلى غيره.

-ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من زنا، فإن صرح في إقراره بذلك لا يثبت نسبه من المُقر، لأن الزنا لا يصح أن يكون سببا للنسب .

-أن يصدق المقر له المقر في إقراره إذا كان أهلا للتصديق، بأن يكون بالغا عاقلا عند الحنابلة والشافعية، أما لدى الحنفية فيكفي أن يكون مميزا فقط، لأن الإقرار حجة قاصرة عل المقر لا تتعدى إلى الغير إلا بالبينة أو بتصديقه، فإن صدق المقر له يثبت النسب، وإن كذبه كان الإقرار باطلا ولا يثبت به النسب، أما إذا كان المقر له غير مميز يثبت نسبه بالإقرار فقط دون الحاجة إلى تصديق لأن في ذلك مصلحة له، وإذا ما بلغ وأنكر هذا النسب فلا يسمع منه لأن النسب متى يثبت لا يقبل الإنكار، ومثل الإقرار بالأبوة الإقرار بالأمومة، حيث يثبت نسب الولد من المرأة التي تقر بأمومتها إذا ما توفرت الشروط المذكورة آنفا، ولا يشترط في المرأة أن تصرح بأن الولد من الزنا فنسب الولد من الأم حتى ولو أقرت أنه ابنها من علاقة غير شرعية إذا ثبتت ولادتها له وإذا كانت المرأة المقرة بالنسب متزوجة أو معتدة من زواج، فلابد من أن يصدقها الزوج في هذا الإقرار لأن الإقرار في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها وهو الزوج، فإن صدقها أو أثبت الولادة على فراش الزوجية ثبت نسب الولد منهما معا .

ب–الإقرار بالأبوة أو الأمومة: كإقرار شخص بأن فلان أبوه أو فلانة أمه، وذلك بتوفر شروط معينة كما سبق بيانها بالتفصيل عند الحديث عن الإقرار بالبنوة مع اختلاف شخص المقولة، وهي أن يولد مثله لمثل المقولة من الرجل أو المرأة أو منهما معا، وأن لا يصرح بأن أبوه من زني أمه إذا كان الإقرار بالأبوة، أما إذا كان الإقرار بالأمومة وصرح بأنه أتت به من غير زواج، وتوفرت الشروط الثلاثة السابقة وثبتت ولادته من الزنا، فإن نسبه يثبت من الأم فقط، وبهذا قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، أي مستوفي الشروط المذكورة .

–الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة : وهو إقرار بقرابة فيها واسطة بين المقر والمقر له ، فلا يثبت النسب إلا بتصديق من حمل عليه النسب وأقيمت عليه البينة، وهذا هو المعمول به في المذهب الحنفي، وهو الطريق الذي سار عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 45 من قانون الأسرة التي تنص: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، ويستخلص أن المشرع أضاف شرطا آخر في الإقرار بالأخوة والعمومة بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في نص المادة 44 من قانون الأسرة، وهو شرط أن يصدق المقر عليه كالأب عن الإقرار بالأخوة، والجد عند الإقرار بالعمومة، وأن يقيم المقر البينة على إقراره، وهذا النوع من الإقرار يعتبر حجة قاصرة على غير المقر ولا يسري في حق الغير ويترتب على هذا الإقرار ما يلي:

–إن أقر ولد لشخص توفي وتوافرت شروط الإقرار التي سبق بيانها وكان المقر للآخر بأنه أخوه صح هذا الإقرار، ولكنه لا يسري على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على إقراره، ويشارك المقر له المقر في نصيبه من الميراث، ومعنى ذلك أن الإقرار يقبل في حق المال فقط، ولا يقيد في إثبات نسب المقر له من والد المقر.

–يترتب على المقر بإقراره أنه إذا كان موسرا والمقر له معدما مستحقا للإنفاق، فإن النفقة تجب على المقر للمقر له، وهذا يعتبر من آثار الإقرار المعتبر في حق المقر.

–الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة ليس قاصرا على الإرث والنفقة، بل يمتد ليشمل أحكام الحضانة التي تسري بين المقر والمقر له ما داما قد تصادقا على ذلك.

ولم يحدد قانون الأسرة الجزائري شكلا معينا للإقرار ولا الجهة التي يدلى به أمامها، وقد سايرته في ذلك اجتهادات المحكمة العليا من خلال قراريها المؤرخين على التوالي في 1998/11/17 و1998/12/15،حيث جاء في القرار الأول أنه" من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوافرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون"، ولكن بالنظر إلى هذا القرار فإن الاجتهاد القضائي لم يوضح من هي الجهة المخولة لتلقي الإقرار، وترك الأمر غامضا ولم يحل الإشكال واكتفى بإقصاء مديرية الصحة والحماية الاجتماعية من تلقي الإقرار.

وجاء في القرار الثاني أنه "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في بيان أحكام الإقرار"... ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...إلخ" ، كما أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد ومتى تبين – في قضية الحال– أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال، التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة، كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق، وعليه فإن القضاة لما لم ينتهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ."

02-**إثبات النسب بالبينة:** جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة..."، فالمراد بالبينة هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات، ولكلمة البينة معنيان، معنى عام وهو

الدليل أيا كان نوعه، كتابة، قرائن، اعتراف شهود، ومعنى خاص وهو شهادة الشهود دون غيرها، لكن ما هو مدلول البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة؟

إن المشرع الجزائري استعمل في النص العربي للمادة مصطلح "البينة" وفي النص الفرنسي مصطلح PREUVE فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود بالبينة هو المعنى العام لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة والدليل على ذلك ما جرى به العمل قضائيا، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 أنه: "من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لنص المواد 32 و33 و34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون، ومتى تبين – في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل دم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد الإثبات المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض" ، ومن خلال هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدم، واعتماده كدليل لإثبات النسب واعتباره خرقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة والقرائن، وأخذت بالمعنى الخاص للبينة بمفهوم المخالفة لما جاء في القرار وهي شهادة الشهود.

والنصاب القانوني للشهادة يكون عن طريق رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، والبينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، وإن كان قد ثبت الإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان لأنها أقوى منه، كما تمتاز البينة عن الإقرار في أنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعي عليه وحده، بل قد تثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، وعليه إذا ادعى إنسان على الآخر بنوة أو أبوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعي عليه دعواه، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة، فإذا ثبت النسب يصبح ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر.

واشترطت القوانين شروط يجب توفرها لقبول الشهادة، كما أحاط المشرع الجزائري البينة بكثير من الضمانات ومنها فرض عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور .

03-**إثبات النسب بالطرق العلمية:** أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب دون أن يحدد هذه السلطة الجوازية تحديدا دقيقا، ودون أن يفرق بين الطرق العلمية الظنية التي يتحدد مجالها في نفي النسب كتحليل الدم والطرق العلمية الحديثة ذات الحجية المطلقة في إثبات النسب كتحليل البصمات الوراثية .

فالوسائل العلمية الظنية ومع فحص وتحليل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع دون أن تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد، لأنها تقوم على فحص الدم والفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوج والزوجة والولد فإذا كانت فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين فهذا يعني أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

فإذا ظهرت فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحد منهم، وبذلك فهي لا ترقى بالشك إلى اليقين.

أما الوسائل العلمية القطعية فهي تعتمد على حمض معين موجود في جسم الإنسان ومن خلال تركيبة هذا الحمض نجده يحتوي على جزء معين يحمل صفات وراثية خاصة بكل فرد والتي تبقى ملازمة له مدى الحياة، ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية لأنه لا يتشابه فيها إنسان مع آخر، فلكل إنسان بصمته الوراثية الخاصة به.

ولمعرفة البصمة الوراثية لشخص ما، يتم فحص الحمض النووي ADN لأحد المواد السائلة في جسمه، كالدم أو المني أو اللعاب، أو لأحد أنسجة الجسم كاللحم أو الجلد أو مواد أخرى كالشعر والعظام، ويمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفي أو إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت المميزات الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة وهذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعي عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل .

إن نتيجة البصمة الوراثية شبه قطعية أو قطعية، على خلاف في تحديد نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها بين 98% و100% ،وتفاوتت النسب إلى حد ما في التعبير عن مدى قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، فقد أثبتت الدراسات أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة جعلت إمكانية الخطأ أمرا صعبا جدا في حالات إثبات أو نفي الأبوة .

04- **إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي:** أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في تعديل 2005 حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي؛

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما.

-لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، ويتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري وضع ثلاثة شروط يجب أن تتوافر في التلقيح الاصطناعي:

أ- أن يكون الزواج شرعيا: لكي يثبت نسب الولد الناتج عن علمية التلقيح الاصطناعي يجب أن يكون ثمرة زواج شرعي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المواد من 07 إلى37 من قانون الأسرة، ذلك أن الزواج هو الوسيلة الوحيدة والطبيعية للإنجاب .

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: على اعتبار أن عقد الزواج هو عقد رضائي حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة، وأن من بين أهدافه إنجاب الأولاد فإنه يستلزم على الطبيب المختص لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي الحصول على رضا كل من الزوج والزوجة في شكل موافقة كتابية على ذلك، فالاتفاق المشترك هو الشرط الأساسي للتلقيح الاصطناعي ويجب أن يتم أثناء حياة الزوجين، ذلك أن الرابطة الزوجية تنقضي بالوفاة، وهذا ما نصت عليه المادة 47 من قانون الأسرة "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."

وبالتالي لا يجوز أن تلقح المرأة بنطاف زوجها اصطناعيا، ويلحق به النسب والعلاقة الزوجية قد انتهت، كما أنه لا نسب بعد الوفاة لانقضاء أقصى مدة الحمل والمحددة بعشرة أشهر طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة، والحكمة في ذلك منع استعمال طريقة بنوك النطاف المجمدة وما قد ينجر عنها من فساد واختلاط في الأنساب .

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما : وذلك لأن التلقيح الاصطناعي سواء الداخلي أو الخارجي، يتم بعدة أشكال، وهذا يعني جوازه شرعا وقانونا إلا إذا تم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولأن الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين ويجعل الزوجة مقتصرة على زوجها دون غيره ، وإذا ما تم التلقيح الاصطناعي بهذه الشروط التي أقرها المشرع الجزائري فإنه يثبت نسب الولد الناتج من هذه العملية لأبيه، وأقر المشرع الجزائري عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.