أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري
ما بين الإطار القانوني والتطبيق القضائي

الدكتور خلف فاروق
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي

truely focused since the dawn of history on Genealogy and gave it special attention, maintaining lineages is one of the most important pillars of the social human life to ensure its stability and purity, and purity. In contrast, the loss of lineages where deviation from the rules of common sense and a waste of the valuable human life, and this was confirmed by Islam making the maintaining of lineage one of the most important purposes of the Islamic Sharia maintain the family structure as a basic cell to form a community, which is what man-made laws tried to embody , including the Algerian legislation and through the provisions contained in the Family Law about lineage as one of the moral rights entailed of the marriage contract.

العبارات الدالة: إثبات النسب، الإقرار، البنوة، البيينة، الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، الوطء بشبهة، اللعان، التلقيح الاصطناعي، الاجتهاد القضائي.

Attribution of lineage, admitting , filiation, the evidence, the correct marriage, - the corrupt marriage , intercourse suspicion , cursing , artificial insemination, jurisprudence.

مقدمة:

لقد اهتمت البشرية منذ فجر التاريخ بالأنساب اهتماما بالغا، وأولتها عناية خاصة، وحفظ الأنساب هو من أهم دعائم قيام الحياة الإنسانية الاجتماعية وضمان استقرارها ونقائها وطهارتها، وفي المقابل فإن ضياع الأنساب فيه انحراف عن قواعد الفطرة السليمة وإهدار لقيمة الحياة الإنسانية، وهذا ما أكد عليه الإسلام بجعل حفظ النسب من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع، وهو ما حاولت تجسيده

التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري وذلك من خلال الأحكام الواردة في قانون الأسرة المتعلق بالنسب على اعتبار أنه من الحقوق المعنوية المترتبة على عقد الزواج.

وتبز أهمية هذا الموضوع في تعلق إثبات النسب بأمور ذات صلة مثل المواريث والتحريم ومنع اختلاط الأنساب، و بالتالي فموضوع إثبات النسب من القضايا التي لها أهمية كبيرة نظرا لخطورتها وتأثيرها على المجتمع، الأمر الذي يثار معه التساؤل والإشكال القانوني التالي: ما هي الأسس والأحكام المتعلقة بإثبات النسب من الناحية الإجرائية والموضوعية ؟

وقد ارتأينا للإجابة عن المشكل القانوني إتباع الخطة والمنهجية التالية :

المبحث الأول: الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بإثبات النسب

المطلب الأول: الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا بالنظر في دعاوى النسب

المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بإثبات النسب.

المبحث الثاني: موقف الإجتهاد القضائي من إثبات النسب ما بين الواقع والتطبيق

المطلب الأول: الإجتهادات القضائية في إثبات النسب ما قبل وبعد التعديل .

المطلب الثاني: الضوابط التي يستلزم على القاضي التقيد بها .

المبحث الأول

الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بإثبات النسب

وضع المشرع الجزائري قواعد قانونية متعلقة بإثبات النسب سواء من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بتنظيم الدعاوى المتعلقة بإثبات النسب، وكذلك القواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة الجزائري التي على ضوئها يفصل قاضي الموضوع في النزاعات المتعلقة بإثبات النسب.

المطلب الأول

الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى إثبات النسب إقليميا ونوعيا

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى الاختصاص الإقليمي والنوعي للمحاكم في مسائل إثبات النسب .

الفرع الأول/ الاختصاص الإقليمي للمحاكم في دعاوى النسب:

بالرجوع إلى نص المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تنص على أنه " ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعي عليه.[1]

من خلال نص المادة نجد أنها: يتحدث عن أنواع النزاعات التي تتأثر بشأن النسب عموما، وكذا الجهة القضائية المختصة بنظر تلك النزاعات وهي كالآتي:

دعوى إثبات النسب، أو الاعتراف به بنوة كانت أو أبوة أو أمومة لشخص مجهول النسب .

دعوى إنكار الأبوة.

وبخصوص الجهة القضائية المختصة، فقد حدد النص بأن ذلك اختصاص من اختصاص محكمة موطن المدعي عليه .

أما نص المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت على أنه " تنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة في جلسة سرية "[2].

من خلال نص المادة المذكورة يتضح بأن الدعاوى المثارة بشأن النسب عموما، وفقا لما ورد في المادة 490 ق إ م إ يتعين نظرها من طرف القاضي بحضور ممثل النيابة العامة، وفي جلسة سرية، وبالتالي فإنه لنظر النزاعات ذات صلة بموضوع النسب يتعين مراعاة .

ضرورة حضور ممثل النيابة العامة، بمراعاة درجة التقاضي في هذا الخصوص .

أن تتم الجلسة بصفة رسمية .

وهنا يثار انشغال بخصوص مسألة سرية الجلسة أهي سرية مطلقة، ومعنى أن تتم كافة الإجراءات على نحو لا يمت للعلنية بأية صلة أم أن الأمر يتعلق فقط بالحكم الذي سيتم النطق به في موضوع النسب .[3]

وأيضا مسألة حضور النيابة العامة في الجلسات المتعلقة بقضايا النسب فهي تحضر كطرف أصلي وهذا يتماشى مع نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة بنصها: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

وفي هذا الصدد فإن دور النيابة أثناء الجلسة، لا يقتصر فقط على تقديم الإلتماسات أو الإعتراضات بل له بعد اجتماعي فعال بحيث يشعر الحضور، أي المتواجدين بالجلسة بأن للمجتمع ممثلا قائما بدوره القانوني والعملي، والردعي منه، التربوي، والتقني ...، وغير أن الواقع أثبت في كثير من الأحيان بأن ممثل النيابة أو المجتمع هذا يكاد لا يحرك ساكنا بالجلسة ويحظر كشخص ملاحظ، وحتى حين تعطى له الكلمة فيكتفي بالقول بإلتماسه تطبيق القانون،

[1] القانون (9/8) المؤرخ في 2008/4/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الهدى 21 لسنة 2008 ص 401.

[2] القانون (9/8) المرجع السابق ص 40.

[3] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 9/8 – دار الهدى، الجزائر 2011، ص 442.

في الوقت الذي ينتظر منه تقديم مرافعة تتضمن موضوع النزاع المطروح، وملاباساته وظروفه وأساسه القانوني إن وجد ليقدم في النهاية، ما يقرره الموضوع، إيجابيا أو سلبيا " .

إلا أنه يجب في حقيقة الأمر بعد الرجوع إلى نص المادة 258 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها . " يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابيا وحضور الجلسة في القضايا التي يكون طرفا أصليا فيها حيث يستنتج أن دور النيابة العامة في الجلسات المتعلقة بالنسب يتمثل في تقديم طلباته كتابيا وجوبيا وحضور الجلسة، وبالتالي فإن ممثل النيابة العامة حينما لا يقدم مرافعة شفوية فهذا ليس تقصيرا في مهامه بالنظر إلى نص المادة 258 من نص القانون، علما أنه يجب أن تبلغ النيابة العامة 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا المتعلقة بالحالة المدنية ومنها النسب طبقا لنص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الثاني/ الإختصاص النوعي في الدعاوى المتعلقة بالنسب :

بالرجوع إلى نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تنص على أنه . " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

دعاوى إثبات النسب ...

ومنه فإن قسم شؤون الأسرة في المحكمة هو من يرجع له الإختصاص في دعاوى النسب (سواء الإعتراف بالبنوة أو بالأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب، أو إنكار الأبوة) [1]

المطلب الثاني

الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بإثبات النسب

إعتبر المشرع الجزائري أن نسب المولود إلى والدته هو من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج وعليه فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابتا بسبب الحمل المرئي والولادة فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا، لذلك نظم المشرع هذه المسألة من خلال قانون الأسرة (11/84) ضمن الفصل الخامس تحت عنوان النسب من الباب الأول المتعلق بالزواج فأورد ضمنه 7 مواد (من المادة 40 إلى 46 من قانون الأسرة).[2]

إلا أنه بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة بالأمر (02/05) أدخلت بعض التعديلات على هذه المواد ومنها المادة 40 من قانون الأسرة بإضافة الفقرة 2 التي تنص على ما يلي: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة ." وأيضا بإضافة المادة 45 مكرر من الأمر (02/05) التي تطرقت إلى التلقيح الإصطناعي وشروطه.

إلا أنه قبل التطرق إلى طرق إثبات النسب فلا من تعريف النسب لغة واصطلاحا .

[1] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 443.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 1984/6/9، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24 لسنة 1984.

أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانوني والتطبيق القضائي

1/ تعريف النسب :

النسب في اللغة: مصدر نسب يقال نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه .ويقال: بينهما نسب أو قرابة .

النسب في الإصطلاح: هو القرابة وهوالإتصال بين انسانين بالأشتراك في ولادة قريبة أوبعيدة ومن الألفاظ التي لها صلة بالنسب الرضاع والمصاهرة .[1]

2/ طرق إثبات النسب :من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر(02/05) " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للواد 32و 33و34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ." يتضح لنا أن:

أ / الزواج الصحيح: يثبت به النسب دون اشتراط دليل أو إعتراف لقوله ﷺ: " الولد للفراش ..." [متفق عليه]، ويشترط فيه ما يلي: (مضمون المادتين 41و 42 من قانون الأسرة الجزائري).

1 – أن يكون الإتصال ممكنا: أي إمكانية إلتقاء الزوجين فعلا فعادة فإذا كان الإتصال غير ممكن (كأن أحد الزوجين غائبا في بلد معين امتدت إلى أكثر من مدة الحمل أو كان سجينا كذلك فينتفي النسب دون لعان (حسب رأي الجمهور)،(وكذلك في قطع الطب المختص بعدم إمكان الولد منه)، وقد قضت المحكمة العليا بأن "العينة لا تضر بالنسب ولا يمكن التمسك" بها (7/8) 1997 ملف رقم 165408 .[2]

2 – عدم نفيه بالطرق المشروعة: في حالة ما إ ذا نفي الزوج الحمل موجود في رحم زوجته بالطرق المشروعة وفي هذه الحالة فإن الولد لا ينسب إليه ويعني بذلك سوف يتهم الزوجة بارتكاب الزنا وإن الحمل الذي في بطنها جاء نتيجة لعلاقة غير شرعية، غير أن القضاء الجزائري قد قضى في هذه الحالة بأنه ينبغي على الزوج أن يرفع دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.[3]

وقد تم تطبيق القضاء الجزائري لموضوع اللعان تنفيذا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

أي أنه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فإن اللعان في اللغة من اللعن الذي هو الطرد والإبعاد، أما اصطلاحا فاللعان: هو الطريقة التي يتم بواسطتها اتهام الزوج زوجته بالزنا أو بنفي انتساب الولد إليه. وهذا الطريق عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن من جانب الزوج والغضب من جانب الزوجة ...لقوله تعالى: ﴿

[1] محفوظ بن صغير – الإجتهاد القضائي في اللغة الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة – أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009، ص 481 و 482.

[2] كاملي مراد – الوجيز في قانون الأسرة – الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2010، ص 47 و 48.

[3] مجيدي فتحي، محاظرات لسنة رابعة علوم قانونية وإدارية –مقياس قانون الأسرة – جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2012، ص 257.

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾.[1]

3: شروط دعوى اللعان: لإجراء اللعان بين الزوجين لابد من مجموعة شروط تختلف باختلاف مدارس الفقه الإسلامي، ويمكن إجماعها في الفقه المالكي .

الشروط الخاصة بالزوجين:

أ / قيام الزوجية: ولو في العدة من طلاق رجعي أو بائنا ...وبعد العدة لنفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل ...وسواء أكان الزواج صحيحا أم فاسدا .

ب / يجب أن يكون الزوجان عاقلين بالغين: متمتعين بالأهلية الكاملة، بصرف النظر عن عدالتهما أو فسقهما .

ج / إسلام الزوج: دون الإلتفات إلى الزوجة إن كانت مسلمة أو غير ذلك .

4: موضوع اللعان:

1 – دعوى رؤية الزنا: بشرط ألا يطأها بعد الرؤية، ولا تسمع دعواه إذا تعذرت الرؤية .

2– دعوى نفي الحمل: بشرط أن يدعي أنه لم يطأها لأمر يلحق به، وأن يدعي الإستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفه قبل وضعه، فإن سكت حتى الوضع ثم نفاه لم تسمع دعواه .

وبناءا على ما تقدم من خلال تطبيقات القضاء الجزائري في موضوع اللعان يمكن تقرير ما يلي :

دعوى اللعان لا تسمع إلا وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي والتي أنف ذكرها، ومنها بالخصوص دعوى نفي النسب، حيث لا يتجاوز أجلها ثمانية (08) أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

للزوج وحده حق طلب الملاعنة، فلا يثار من طرف الزوجة، ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

عند تحقق شروط قبول الدعوى، واقتناع القاضي بذلك، يحيل الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا، أو أي مسجد في المدن الكبيرة، وليكن المسجد العتيق كما يذكر في قرات المحكمة العليا ...وهذا تماشيا مع رأي الجمهور دون الحنفية.

لا تجرى إيمان اللعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي بحضور ومعاينة الواقعة، وتبليغ الزوجين بصيغة الإيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبني عليه الأحكام المترتبة عليه، .

يصدر القاضي في أجل أحكامه المترتبة على اللعان، والتي منها تفريق الزوجين ونفي نسب الحمل أو الولد من الزوج ويمنع التوارث وفقا لنص المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري، وسقوط حد القذف عن الزوج وكذلك سقوط الحد عن الزوجة .[1]

[1] سورة النور، من الأية 9 إلى الآية 10.

ولادة الولد ما بين أدنى مدة الحمل وأقصاها : تنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "أقل مدة الحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر" وأن الحد الأدنى للمدة يبدأ من تاريخ إبرام الزواج وأن الحد الأقصى يبدأ من تاريخ الإنفصال أي من تاريخ الحكم بالطلاق أو البطلان أو الفساد أو من تاريخ وفاة الزوج،[2] وهذا حسب نص المادة 43 من نفس القانون بنصها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة". والمشرع المغربي والتونسي والسوري اعتبروا أقصى مدة الحمل سنة كاملة .[3]

إلا أنه من خلال المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع أغفل التفصيل في جملة أمور أساسية، ولم يبين المقصود من كلمة "الإنفصال" هل يقصد بها الإنفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم التلفظ بالطلاق، أو أن المراد بعبارة "الإنفصال" هو حكم الطلاق الصادر بحكم قضائي . غير أن المادة 60 من قانون الاسرة نصت على أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة .

فالقول أن الإنفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي به وفقا للمادة 49 يطرح إشكالية بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور الحكم القضائي بالطلاق، ويترتب على ذلك أن الطفل الذي ينجب قد يكون خلال مدة أكثر من عشرة أشهر إذا تم بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب شرعا وقانونا .

والملاحظ من نص المادة 43 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري وضع شرطا واحدا لثبوت النسب في حالة الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح ،وهو الولادة خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة. غير أنه إذا أتت المرأة بالولد بعد مرور أكثر من عشرة أشهر فلا يثبت نسبه إلى أبيه، إلا أنه إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفي أو ورثته.

فهنا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا النسب أمام القضاء لتعلق ذلك بإسناد النسب إلى الزوج زورا.

ملاحظة: من خلال المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري لم يبين المشرع المعيار المعتمد في اعتبار النسب من يوم الولادة الحقيقي أم من يوم تسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية .

[1] عز الدين كيحل – اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري – مجلة الفكر (العدد الثالث)، جامعة محمد خضير بسكرة، ص من 122 إلى 128.

[2] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 257.

[3] كاملي مراد، المرجع السابق، ص48.

إلا أن حقيقة الأمر أن الشهادة ليست حجة قاطعة في ثبوت النسب بل هي قرينة لإثبات عكسها ما أن يقر الرجل بصحة البيانات المدونة بها، لأنها لم توضع أصلا لإثبات النسب، وإنما الغرض منها أن يكون للمولود إسم يتميز به عن باقي الأفراد.[1]

5: إثبات النسب بالإقرار: وفي ذلك نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه القول أو العادة ."ونصت المادة 45 في نفس القانون بعدها على أن الإقرار بالنسب في غير الأبوة والبنوة لا يسري على غير المقر بتصديقه، وهو في هذه على خلاف المشرع المغربي بنص المادة 161 على أن: " لا يثبت النسب بإقرار غير الأب ." [2]

والإقرار يختلف اختلافا جذريا عن التبني لأنه لايتم إلا إذا كان هناك علاقة زوجية بين الطرفين، أما التبني فهو محرم شرعا وقانونا بموجب نص المادة 46 من قانون الأسرة، وأقر المشرع الكفالة ونظمها ضمن المرسوم الصادر في 1992/1/13 مع إمكانية منح لقب الكافل للمكفول مع بعض الشروط الأخرى منها أن يكون المكفول مجهول النسب وأن تكون الأم موافقة، وأيضا كتابة اللقب الأصلي للمكفول على ذيل عقد ميلاده.

وبالرجوع إلى الإقرار نجد أن المشرع قسمه إلى نوعين:

أ / – الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة:

إن هذا النوع من الإقرار يشترط فيه الشرطين التاليين :

1 / – ينبغي أن ينصب هذا الإقرار على شخص مجهول النسب ولو في مرض الموت .

2 / – أن يكون الإقرار يصدقه العقل أو العادة .[3]

حيث لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين من عمره أو أنه عقيم أن يدعى أو يقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته حيث أن مثل هذا الإقرار لا يقبله العقل ولا العادة،كما أنه لا يقبل ولا يتصور الادعاء أو الإقرار ببنوة طفل معلوم.

وهناك شرط ثالث يجب توفره لإثبات النسب بطريقة الإقرار وهو شرط لم يرد النص عليه صراحة في المادتين 44 و45 من قانون الأسرة، إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع، وهو من عموم المبادئ العامة، وهو شرط وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح، لأنه لا يجوز شرعا أن يولد طفل من زنا ثم يدعي ويقر الرجل أن هذا الطفل ابنه .[4]

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 489و490.

[2] سعد عبد العزيز – قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – طبعة 3 –دار هومه، الجزائر، 2011، ص 101 .

[3] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 258.

[4] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 104.

وتجدر الإشارة إلى قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نسب ولد الزنا مع أن هذه الظاهرة موجودة في المجتمع، علما أنه لو كان ولد نتاج علاقة غير شرعية قبل الزواج، وترك في المستشفى، فإذا تزوجا فيما بعد وأقر بعد الزواج ببنوته فإن هذا الإقرار يكون صحيحا قانونا ويثبت النسب به . أما شرعا فلا يثبت لأنه ولد غير شرعي.

إلا أنه بالرجوع إلى القانون المغربي في مدونة الأسرة فقد تطرق لحمل المخطوبة بالخاطب أثناء الخطبة فإذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما فإنه يبت به النسب وفي حالة إنكار الخاطب يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية (المادة 156 من المدونة).[1]

ولقد نص المشرع الجزائري صراحة من خلال قانون الحالة المدنية على أن الشخص اللقيط (مجهول النسب) حتى يكون له لقب يمنح له ضابط الحالة المدنية عددا من الأسماء على أن يكون آخرها لقبه حتى ولو كانت أمه معلومة، وهذا ما لا يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن ابن الزنا معلوم الأم ينسب إلى أمه فيأخذ لقبها ويرث منها وترثه .[2]

ب / الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (يمكن أن يكون بالأخوة أو العمومة)

وهو حمل النسب على الغير، كأن يقول أحد هذا أخي فقد حمل النسب إلى ابنه، ويشترط له تصديق الغير المحمول عليه النسب هذا الإدعاء لنص المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ".

وبناءا عليه فإن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر ولا يلزم غيره بالتصديق له كما أن آثارهذا التصديق منصرفة إلى المقر دون غيره من الأقارب، فإذا أقر شخص بأخوة مجهول النسب، وأنكر أخوته فلا يسري هذا الإقرار عليهم، وبالتالي فلا يرث منهم ويرث من المقر.

6: إثبات النسب بالبينة :

ونصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة، وقصد المشرع بالبينة الشهادة الأخذ برأي جمهور الفقهاء، والبينة أقوى من الإقرار في إثبات النسب .[3] والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين فلو ادعت المرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة .

كذلك لو تنازع اثنان نسب ولد مجهول النسب وادعى كل منهما أنه ولده، فيثبت لمن يقيم البينة على من يقر بالنسب .[4]

[1] بن شويخ الرشيد – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – طبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة – الجزائر، 2008، ص 235 .
[2] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 258.
[3] كاملي مراد، المرجع السابق، ص 49.
[4] بن شؤيخ رشيد، المرجع السابق، ص 236.

وأيضا من الاجتهادات القضائية اعتبرت البينة هي شهادة الشهود ويمكن قبول شهادتهم حتى ولو كانوا من الأقارب، ولكن نجد بعض الاجتهادات القضائية الأخرى تنص على أن البينة ليست مقتصرة على شهادة الشهود فقط بل كان يعتبر قبل التعديل حسب إحدى قرارات المحكمة العليا أن الخبرة الطبية هي بينة، في حين في بعض القرارات الأخرى كان يعتبر لجوء القاضي قبل التعديل إلى الخبرة تجاوزا للسلطة وهذا ما قد يعتبره البعض تناقضا.

7:ثبوت النسب بالزواج الفاسد: تنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء، ومن ثم فإن المشرع الجزائري وحفاظا على مصلحة الطفل فإنه لم يفرق بين سوء وحسن النية بإبرام عقد الزواج بل جاء بقاعدة تُطبقُ في كل الحالات ،ومن ثم فإنه لم يأخذ بما جاء به الفقه الإسلامي من حيث أن زواج المسلمة بغير المسلم لا يثبت فيه النسب إذا كان هذا الأخير عالما بالمنع، ولكن أن القاعدة العامة يثبت في الزواج الفاسد .[1]

وما يلاحظ من خلال المادة 40 المعدلة بنصها على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من قانون الأسرة، فنجد أن هذه الإحالة بالجملة على هذه المواد فيها خلط، لأنه بناءً على ما ذكر نجد أن المادة 34 قانون الاسرة هي التي تنص على فسخ عقد الزواج بعد الدخول.[2]

8:ثبوت النسب بالوطء بشبهة: وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة غير أنه ما يعاب على المشرع في استعماله مصطلح النكاح في هذه الحالة وهو أنه لم يفرق بين الوطء بشبهة والنكاح بشبهة لأن مصطلح النكاح ينصرف إلى الزواج ومن ثم لا يمكن القول بأن يثبت النسب بالنكاح بالشبهة لأن النكاح في هذه الحالة يعتبر فاسدا، وهذا مانصت عليه المادة 40 في شرطها الثالث " أو بكل زواج تم فسخه ... من هذا القانون " .

ويقصد بالوطء بشبهة هو الإتصال الجنسي غير الزنا، وليس على بناء عقد زواج صحيح أو فاسد ومثل ذلك وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له، فإذا نتج عن هذا الوطء بشبهة حمل فإنه يثبت النسب إلى الرجل الذي وطء بالشبهة إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من هذا الوطء بشبهة إحياء للولد.[3]

9:إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة : قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة كان قضاة المحكمة العليا وقضاة المحاكم والمجالس القضائية يطبقون النص الحرفي للمادة 40 من القانون (84 / 11)، وبالتالي كان يعتبر لجوء القاضي لأي خبرة عملية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة التشريعية.

[1] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 259.

[2] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 259.

[3] بن حرز الله عبد القادر – الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق – طبعة أولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007، ص 354.

إلا أنه بموجب الأمر (02/05) استحدث الفقرة (2) من المادة 40 التي جاء فيها: " ويجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب ."إلا أن هذه الفقرة اكتفت بالإشارة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها، وبالتالي فإطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطريقة من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه لاختلاف قضائي حول هذه الطرق .[1]

والجدير بالذكر أن المادة 40 في فقرتها (2) التي تمكن القاضي من اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب إلا أن ذلك لا يعني استغناء المشرع من شرعية العلاقة الزوجية، وهذا واضح من خلال اتجاهات المشرع في قانون الأسرة .

وبالتالي لا يمكن الإستغناء عن العلاقة الشرعية لإثبات النسب بواسطة الطرق العلمية الحديثة، وإنما في حقيقة الأمر هي عامل مساعد في طرق إثبات النسب بالإقرار أو بالبينة أو شهادة الشهود .

وبما أن المشرع لم يحدد هذه الطرق ولم يحصرها من خلال نص المادة 40 المعدلة، إلا أن هذا لا ينفي كون هذه الطرق تخضع لعدة تصنيفات تجمع بين الضنية والقطعية حسب ما جاء به المتخصصون في هذا المجال من البحوث العلمية والتوصيات المقدمة من طرفهم.

أولا/ الطرق العلمية القطعية لإثبات ونفي النسب وهي كالتالي :

1 – نظام ADN (البصمة الوراثية): وتساهم البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب باعتبارها ذات قوة تدليلية قطعية في ذلك، إذ أن ADN في جسم شخص ما هو عبارة عن لفائق مزدوجة الجانب (تكون من الأب والأم في شكل متحد) على هيئة رقائق تسمى: رقائق الحمض النووي الحلزونية، وهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم وتختلف من شخص إلى آخر.[2]

2- **نظام HLN(Polymorphe)**: يعتبر هذا النظام ذو فعالية كبيرة في مجال إثبات ونفي النسب، بالرغم من أنه نظام جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي من شخص إلى آخر إلا أنه في نفس الوقت نظام جد ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء.

إلا أنه في حالة زواج الأقارب أو الزواج المتكرر فإن الطفل هنا يتحصل من والديه على مركبي متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل مما يستدعي اللجوء إلى إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية .

ثانيا/ الطرق الضنية لنفي النسب: وهي كالآتي :

1 – نظام فحص الدم ABO: ويعتب إحدى الطرق العلمية المستعملة في مجال النسب، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية أما مع الأم وإما مع الأب، وبما أن

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 494 – 495 .

[2] محفوظ بن صغي، المرجع السابق، ص261 .

الأم معروفة دائما بواقعة الولادة، فإذا لم تكن موجودة لدى الأم فهي بالضرورة موجودة عند الأب، المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة ويتم على أساسها نفي النسب.

2 – نظام ال ANS: ويعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا، ويستخدم بنفس طريقة ABO.

ورغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة فإن إعمال القضاء لتلك الطرق لا يزال بعيدا عن الفعالية وتحقيق ماهو منشود ألا وهو إثبات النسب من أجل المحافظة على ترابط الأسرة والمجتمع .[1]

10:ثبوت النسب بالتلقيح الإصطناعي: حاول المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة أن يساير العصر، وذلك بالإستفادة من التقنيات الجديدة المعاصرة، وهذا بإيجاد حل لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد من الأزواج، فقرر الإعتماد على التلقيح الإصطناعي من خلال استحداث نص المادة 45 مكرر، واعتبره وسيلة لإثبات النسب ولكل بناءا على شروط حددتها المادة المذكورة .[2]

أ – المقصود بالتلقيح الاصطناعي :

وهو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب ويكون ذلك بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك .

والأولاد الذين يولدون بهذه الطريقة يعرفون أو يسمون " أطفال الأنابيب"

ب – شروط القيام بالتلقيح الصناعي:

من خلال نص المادة 45 مكرر من الأمر (02/05) يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي "، وأما الفقرة (2) فقد أوردت الشروط التالية:

1 – أن يكون الزواج شرعيا .

2 – أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

3 – ان يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها .

1 – منع المشرع استعمال الأم البديلة .

ويتضح من خلال الفقرة الأولى أن الحكم جاء عاما ومطلقا من كل قيد لجواز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، ومعنى هذا فتح الباب مطلقا لإتباع هذه الطريقة، ولو لم يكن هناك سبب يدعو لذلك .

[1] مجيدي فتخي، المرجع السابق، ص 261.

[2] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص103.

إضافة إلى ذلك فإن النص لم يبين إن كانت عملية التلقيح تتم داخل رحم الزوجة ،مما يعني أنه يجوز أن يكون التلقيح خارج رحم الزوجة ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها ،كما يجوز أن يكون طريق إدخال ماء الزوج معنية في رحم زوجته .

كما أن المشرع الجزائري لم يوضح الجزاء المترتب على تخلف لإحدى هذه الشروط و الآثار التي تترتب على أحد هاته الشروط من آثار على العلاقة الزوجية من جهة وبالنسبة لثبوت ونفي النسب من جهة أخرى، وبالتالي يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فبالرجوع إلى ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي نجدها أباحت صورتين من التلقيح الاصطناعي، وهما القيام بالتلقيح خارجيا وذلك بنطفة زوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وأن تؤخذ بذرة الزوج وتلقح في رحم زوجته ويتم التلقيح داخليا، مع اشتراطهم عدم اللجوء إلى التلقيح الصناعي إلا في حالة الضرورة القصوى، وأن يتم بمنتهى الإحتياط والحذر من اختلاط النطف واللقائح، وبالتالي فعملية التلقيح إذا تمت وفقا لما هو محدد شرعا وقانونا فهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين لذا يثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش، لأن الولد خلف من مائة وولد على فراشه، لأن الإنجاب بهذه الطرقة يعد عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج وهو بعد هذا يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر والداه به وتمتد به حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية والإجتماعية، ويطمئنا على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما ومنه فلا يثبت النسب عند تخلف إحدى الشروط المنصوص على ذلك صراحة .[1]

ومن خلال ما تقدم يتضح ان المشرع الجزائري من خلال قانون الاسرة اوجب لاثبات النسب وجود علاقه شرعية كاصل عام ،وبالنسبة لثبوت النسب بالامومة او البنوة التي ينسب بها الى الام فلا تطرح اشكالا لان النسب يكون للأنثى، وبالتالي فلا يحتاج الى شرعية العلاقة ،اما الثبوت بالأبوة او البنوة التي ينسب بها الى الاب فتحتاج الى شرعية العلاقة لنص المادة 46من قانون الاسرة على انه:

"يمنع التبني شرعا وقانونا ...."،كما يثبت النسب حتى في حالة الوطئ بشبهة و النكاح الباطل فمن المؤكد ان شرعية العلاقة غائبة هنا، وانما قرر المشرع ثبوت النسب بهما لحق الوالد في النسب ،بناء على وجود عقد انصرف اثره على غير الزوج في الحالة الأولى واصابه خلل في الحالة الثانية قصر به عن العقد الصحيح .

مع إمكانية القاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب دون الاستغناء عن وجود علاقة شرعية .[2]

[1] محفوظ بن صغير،المرجع السابق،ص487-488.

[2] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص262.

ونجد ان المشرع الجزائري اعطى السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء الى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، وهو على عكس المشرع المغربي الذي اكد من خلال مدونة الاسرة في نص المادة158 انه "يثبت النسب بناء على الخبرة القضائية (الطبية)ويجب على القاضي اللجوء لها في حالة اذا لم تكن الوسائل المشروعة موجوده او غير كافيه .

كما نجده أيضا قد أقر بالطرق العلمية (الخبرة الطبية) لنفي النسب، في حين أن المشرع الجزائري لم يتطرق لنفي النسب بالطرق العلمية .[1]

المبحث الثاني

موفق الاجتهاد القضائي من قضايا النسب ما بين الواقع والتطبيق

ان مسألة إثبات النسب ونفيه تثير العديد من القضايا التي تعرض على القضاء والذي غالبا ما يجد أمامه العديد من العقبات بالرغم من وجود قواعد واحكام قانونية موضوعية في قانون الأسرة. الا انها ليست بالقدر الكافي للفصل في هذه القضايا، لذلك كان لابد من اللجوء الى الاجتهاد على ضوء القواعد القانونية والشرعية، وهذا لا يعني ان القاضي له الحرية المطلقة بالاجتهاد في قضايا النسب بل هناك قيود لابد ان يستلزم بها.

المطلب الأول

الاجتهاد القضائي في قضايا النسب قبل وبعد التعديل

أولا: الاجتهادات القضائية في قضايا النسب قبل تعديل قانون الأسرة:

الملف رقم(74712) قرار بتاريخ 1991/5/21.

النسب –عدم اثباته رفض الطلب (المادة 40 من قانون الأسرة) من المقرر قانونا ان يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالاقرار وبالبينة وبنكاح الشبه، ومن ثم فان القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الطاعنة لم تثبت بأية حاله من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فان قضات الموضوع برفضهم لطلبها الرمي الى تسجيل الزواج واثبات نسب البنت طق طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استجوب ورفض الطعن .[2]

ملف رقم (172333) قرار بتاريخ 1997/10/23:

اثبات الزواج والنسب :يكمن اثباتها بادلة أخرى غير العقد الصحيح طبقا الاحكام الشريعة الاسلامية .

"من المقرر شرعا انه يمكن اثبات النسب بالزواج الصحيح والاقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبه والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة احياء الولد الان ثبوت النسب يعد احياءً له ونفيه قتلا له .

[1] مقانة بين نص المادة 40 المعدلة بالامر 2/5 والمادة 158 من مدونة الاسرة المغربية .

[2] المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد اثنان لسنه 1994،ص56.

ولما كان ثابتا ان قضات المجلس قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى اثبات الزواج والنسب بحجه ان الحكم حائز لقوة الشيء المقضي فانهم بقائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون لان حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب ، وأنه يمكن اثبات الزواج والنسب بطرق عده على غرار العقد الصحيح طبقا الاحكان الشريعة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

–الملف رقم (51414) قرار بتاريخ 1988/12/19 :

نسب الإقرار بالأمومة اثباتا له (المادتان 40 و44 من قانون الأسرة الجزائري)

من المقرر قانونا ان النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض

الملف رقم (172379) قرار بتاريخ 1997/10/28:

الموضوع: اثبات النسب: ميل الولد في مدة اكثر من ستة اشهر الحكم فسخ عقد الزواج والحاق الولد بأمة خطأ في تطبيق القانون ومخالفة له .(المادتان 40و 41من قانون الاسرة الجزائري)

من المقرر قانونا ان " اقل مدة للحمل هي ستة اشهر ."

ومن المقرر قانونا أيضا " ان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة ".

ومن المستقر عليه قضاءً انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز 08ايام من يوم العلم بالحمل .

ومن الثابت في قضية الحال ان الولد ولد في مدة حمل اكثر من ستة اشهر وان قضات الموضوع أخطؤا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة الطبية ووزن الولد واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم امام المحكمة بل امام المسجد العتيق فانهم بقضائهم بفسخ عقد زواج والحاق النسب بأمه اخطئوا في تطبيق القانون وخالفو احكام المادتيين 41و 42 من قانون الاسرة الجزائري، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

–الملف رقم (559953)قرار بتاريخ 2001/06/20.

الموضوع :التبني – اثباته –شهادة الميلاد.

[1] المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1 لسنة1997، ص42.

[2] المجلة القضائية، للمحكمة العليا، عدد خاص لسنة 2004، ص07.

المبدأ: لا تكون شهادة الميلاد في حالة التبني دليلا قاطعا على النسب ،اذا ماهي الا تصريح يمكن ابطاله بجميع وسائل الاثبات .[1]

ثانيا: الاجتهادات القضائية في قضايا النسب بعد تعديل قانون الاسرة :

الملف رقم (605592) قرار بتاريخ 2009/10/15:

الموضوع:نسب – لعان –طرق علمية حديثة .

قانون الأسرة 2/5المادتان 40و41.

المبدأ: يخول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لاثبات النسب.

حيث يتبين بالرجوع الى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه ان المطعون ضد رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه باجراء خبرة طبية لفك الشيفره الوراثيه للمطعون ضده وللطاعنه وكذا الشيفره الوراثيه للولد (ا)الذي ينكر المطعون ضده نسبة اليه ،والقول ما اذا كان ذلك الولد من صلبه ام لا، وفي حالة ما اذا كان الولد ليس من صلبه الحكم باسقاط نسبه عنه واغاء شهادة ميلاده وحيث انه يتبين فعلا بالرجوع الى أوراق الملف ان النزاع سبق طرحه على القضاء وكان اخر قرارصدر عن قضاء المسيله بتاريخ 2006/10/2 قضى بإلغاء الحكم المستانف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2003/02/01 ،وقضى من جديد بعدم قبول الملاعنه التي رفعها الطعون ضده لورودها خارج الاجل الشرعي، وبعد الطن .

وبعد لطعن بالنقض ضد ذلك القرار من قبل المطعون ضده رفضت المحكمة العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2008/07/16.

وحيث انه مادام الطعون ضده قد التجئ الى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع باتباع احكام المادة 40من قانون الأسرة بصيغتها الجديدة التي تنص على انه يثبت النسب بالزواج الصحيح او القرار...وانه يجوز للقاضي اللجوء الى العلمية لإثبات النسب .[2]

الملف رقم (355180) قرار بتاريخ 2006/3/5

الموضوع: نسب – خبرة طبية

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

[1] المجلة القضائية، العدد 1لسنة 2004،ص254.

[2] المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2010،ص246-247.

حيث الإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود المطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40من قانون الأسرة . رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البنية ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولمل تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به .[1]

من خلال هذا القرار نلاحظ أن المحكمة العليا أخذت بمسألة الإستحلاف (أي إلحاق الولد غير الشرعي بأبيه)، وبالتالي يمكن القول أنها قد أخذت برأي بعض الفقهاء الذين أجازوا مسألة الإستلحاق من غير أصحاب المذاهب الأربعة طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، لكن قضاء المحكمة العليا لم يراعوا الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة المتعلقة بالإستلحاق وأبرزها أن يكون يطلب من الأب، وهذا ما لم يتوفر في قضية الحال، وبالتالي حتى تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة لم يكن سليما حسب الأحكام الشرعية .

الملف رقم (617374) قرار بتاريخ 2011/5/12

تحقيق – خبرة – حمض النووي ADN

المبدأ: "يتعين على جهتي التحقيق، اللجوء إلى خبرة تحليل الحمض النووي ADN عندما يكون ذلك ضروريا " حيث وبالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإن غرفة الإتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة بتحليل الحمض النووي ADN بالرغم من أن هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب وعند الاقتضاء الهوية الحقيقية لكن من أشخاص الدعوى.[2]

الملف رقم (617374) قرار بتاريخ 2011/5/12

الموضوع: نسب – اغتصاب – نكاح شبهة

المبدأ: الإغتصاب – الثابت بحكم قضائي – يعد وطأ بالإكراه – ويكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب .

بدعور أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا عليها قانونا بين تاريخ إبرام عقد الزواج في 2006/8/1 وتاريخ ازدياد البنت في 2006/9/4 غير متوفرة دون مراعاة الزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن

[1] المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2006، ص473 و 474.

[2] المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العددالأول، لسنة 2007، ص 569.

قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن ظروف ومعطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة خاصة وأن الطاعنة في ردها على دعوى إلغاء النسب أكدت تعرضها للإغتصاب مما يجعل القرار مشوب بعيب القصور في التسبيب ويعرض القرار للنقض .

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية .

حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة، فإن النسب كما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للإغتصاب بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقا لنص المادة المذكورة فضلا عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقرار منه بنسب البنت وفقا لنص المادة 40 المشار إليها أو أن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على النفس وأن القرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض .[1]

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن قضاة المحكمة العليا كيفوا حادثة الإغتصاب على أنه نكاح شبهة وهذا ما لا يتلائم مع حقيقة ونكاح الشبهة، ولعل هذه المسألة ترجع إلى قصور في قانون العقوبات الذي لم يتطرق إلى حالة الحمل الناتج عن الإغتصاب على عكس المشرع المغربي الذي تطرق لها، إلى جانب احكام خاصة متعلقة بإجهاض الولد الناتج عن الإغتصاب.

المطلب الثاني

الضوابط التي يستلزم على القاضي التقيد بها

كان ينتظر من تعديل 2005 لقانون الأسرة الكثير خاصة في ما يتعلق بأحكام النسب ويتدارك من خلالها النقائص التي كانت موجودة في ظل القانون (11/84) فصحيح من خلال الأمر (2/5) حاول المشرع أن يتماشى مع التطورات البيولوجية في مجال إثبات النسب وذلك بأن أضاف إمكانية للقاضي وهو اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، وكذلك ثبوت النسب بالتلقيح الإصطناعي وفق شروط قانونية وشرعية، إلا أن هذا التعديل لم يكن في المستوى المتوقع فهو أبقى على نص المواد 44،42،41، 45، 46 من قانون الأسرة (84/ 11) دون أي تعديل،

[1] المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، لسنة2012، ص 297.

وحتى المادتين 40 المعدلة و45 مكرر المضافة بموجب الأمر وكذلك ثبوت النسب بالتلقيح الإصطناعي (2/5) قد طرحتا إشكالات عديدة في التطبيق من قبل القضاء، وفي هذا الصدد يقول: " عبد القادر ضاوي " رئيس غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على هامش أشغال الملتقى حول " دور الإجتهاد القضائي في تطوير القانون".

إن القانون الجزائري ناقص وقاصر فيما يتعلق بقضايا إثبات النسب خارج إطار الزواج خاصة في الشق الخاص باستخدام الخبرة العلمية "، فالمشرع الجزائري خصص 7 مواد فقط في قانون الأسرة تتعلق بإثبات النسب ولم يفصل في حالة عدم وجود عقد الزواج هل يثبت النسب أم لا وهو على عكس التشريعات العربية الأخرى على غرار المشرع المغربي الذي خصص في هذا الإطار 20 مادة وقد نجم عن هذه الوضعية أن أصبح تدخل المحكمة العليا صعبا في إعطاء تفسير وتحليل للمواد ذات الصلة بالموضوع وذكر الضاوي بأن المشرع الجزائري حدد في المادة 40من قانون الأسرة المعدلة بالأمر (2/5) الحالات الخاصة بإثبات النسب وكانت هذه الأخيرة صريحة وبالتالي فالقاضي لا يمكنه اللجوء إلى الخبرة الطبية – أي تحليل الحمض النووي – في حالة مطالبة الأم العزبة إثبات نسب ابنها للمدعي عليه، أما عندما يتعلق الأمر باللعان (نفي النسب من طرف الأب) في الوقت الذي تطالب فيه الأم بالعكس أي الإثبات فإن القاضي يستعين في هذه الحالة بالخبرة العلمية، وأيضا تقرير الخبرة لا يعد ملزما ولا يؤخذ به حتى لو كان إيجابيا بما أن الأمر يتعلق بعلاقة غير شرعية، وهو عكس ما هو معمول به في التشريعات العربية التي تثبت النسب حتى في هذه الحالة .

من خلال ما ذكر نجد أن المشرع الجزائري قد قصر في جانب إثبات النسب، إلا أن هذا الأمر لا يعد ذريعة للقضاء على كافة المستويات أن يقف مكتوف الأيدي في هذه المسألة لأن لها أبعاد خطيرة جدا سواء على الأسرة أو المجتمع، فهنا يجب أن يبرز دور القاضي من أجل المحافظة على الأنساب وتحقيق العدالة لأي طفل بحقه في أن ينسب لأبيه ولا يجوز لهذا الأخير أن يتنازل عن أبيه، أو أن يتبنى غير ابنه الذي من صلبه .

وبالتالي يجب على القضاة التأني في الفصل في قضايا النسب من خلال الأحكام الصادرة فيها، فلا يجعلون همهم هو تطبيق النص القانوني دون النظر إلى التأثيرات السلبية على الولد والمجتمع ولذلك يجب على المحكمة العليا أن تفعل الإجتهاد القضائي في مسائل إثبات النسب وتتدارك النقائص والثغرات خاصة فيما يتعلق بموضوع الملاعنة لكثرة دعاوى النسب ونفيه بين الزوجين ذلك أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة اللعان بالرغم من أهميتها وتأثيره على الأسرة (الفرقة بين الزجين – انتساب الولد لأمه ...إلخ)، ونجد في القانون المغربي قد تطرق اللعان ووضع شروطا له وأبرزها أن يأتي الزوج بأدلة واضحة وأن يكون بحضور محضر قضائي وأن يكون بناءً على حكم قضائي وذلك على عكس المشرع الجزائري.

كذلك يجب على قضاة المحكمة العليا من خلال اجتهاداتهم أن يضعوا إجراءات وشروط متعلقة بالخبرة العلمية لإثبات النسب ما دام أن نص المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها 2 جاء عاما ولم يحدد الطرق التي يحصرها لأن مسألة اللجوء إلى تقنية تحليل الحمض النووي في جميع الحالات يعد مسألة خطيرة من منطق أنه يفتح الباب أمام أي شخص يشك في نسب أبنائه إلى اللجوء للخبرة العلمية وهو الأمر الذي قد يحطم العلاقات الأسرية والإجتماعية، لذلك كان لابد من ضبطها من خلال تطبيقات القضاء .

وأيضا فيما يتعلق بمسألة استلحاق ولد الزنا لأبيه لم يتطرق لها المشرع الجزائري بالرغم من أن ظاهرة أولاد الزنا موجودون في المجتمع، ولم تكن الإشارة الموجودة في قانون الحالة المدنية الجزائري كافية فيما يتعلق بأحكام اللقيط لذلك يجب على القضاة تفعيل الإجتهاد في هذه المسألة تحت غطاء نص المادة 222 من قانون الأسرة أي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذه المسألة خلفت جدلا فقهيا حتى بين العلماء والأئمة فعلى القاضي في هذه الحالة أن يوفق بين ما جاءت به الشريعة وحق الولد في أن يكون له نسب .

ويجب على القضاة من خلال الإجتهاد تحديد الآثار المترتبة على إثبات النسب ونفيه لأنها تتعلق بأمور أخرى كالتوارث والمحرمية ...إلخ، لأن المشرع الجزائري لم يوضحها بالشكل الكافي وهو على عكس المشرع المغربي الذي وضح هذه الآثار فنجده نص في المادة 148 في الدونة المغربية نص أن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب ليس لها أي آثار من آثار البنوة الشرعية، ثم نص في المادة 145 من المدونة على أنه: " إذا استحق الأب هذا الولد المجهول النسب فإنه يصبح شرعيا، فينتج عنه أن يتبع الولد أباه في نسبه ودينه، ويتوارثان، وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة".

وبالتالي يجب أن يؤثر الاجتهاد القضائي على المنظومة التشريعية من خلال الضغط عليها لإعادة النظر في أحكام النسب الواردة في قانون الأسرة .

إلا أنه وللأسف بقي الاجتهاد القضائي في هذه المسائل قاصرا، فبقيت نظرة القضاة ضيقة وفي حدود المواد القانونية، وهو ما يؤدي بنا إلى التساؤل عن العقبات التي تقف أمام القاضي لوضع اجتهاد قضائي في قضايا النسب فصلا في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة أين يقول البعض: إن القضاء لم يستطع تجسيدها عمليا بصفة دقيقة وواضحة بسبب عدة عوائق منها حرمة الحياة الخاصة على اعتبار أن فحص الحمض النووي يشكل تدخلا في حياة الفرد الخاصة وباعتبارها انتهاكا للسلامة الجسدية، وأيضا عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهي أمور مجسدة بموجب الدستور، أضف إلى ذلك وجود مخبر علمي وحيد يشرف على هذه الخبرة العلمية وارتفاع كلفتها .

ولكن يجب أن لا تقف هذه العوائق أمام القاضي المكلف بشؤون الأسرة فعلية في مسائل إثبات النسب أن يحاول تطبيق قاعدة إثبات نسب الولد فيه أحياء له، وأن يراعي الإنعكاسات السلبية على الولد الذي يكون بدون نسب وكذلك تثير ذلك على المجتمع، فعلى القاضي تحقيق العدالة ولو كانت نسبية وعليه أن يوفق ويوازن بين تطبيق النص القانوني ومصلحة الولد بأن تكون له هوية وينسب إلى أبيه الحقيقي مع الإبقاء على حق كل شخص في إنكار النسب إذا لم يكن منه لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا .

خاتمة:

تعد رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية لذلك اهتم بها الإسلام وكذلك فعل المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة حينما أكد على ثبوت النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد والبينة (الشهادة) والإقرار والوطء بشبهة، وكذلك الطرق العلمية الحديثة والتلقيح الاصطناعي وحرم التبني، وأكد على مدة الحمل . ومن خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالنسب قد حاول أن يواكب التطورات البيولوجية من خلال الأمر (2/5)

ويمكن القول أن قضايا النسب هي قضايا ناجمة إما عن علاقات شرعية يحكمها عقد الزواج، كإنكار الزوج للنسب إما بادعاء عن حق أو من غير حق، وقد يكون سببها أن الزوج يريد الانتقام من زوجته بالتشهير بها أو قد يكون على جانب من الصواب، وبالتالي اتهامها بالزنا نفيا للنسب.

كما أن غياب موضوع اللعان وتفصيل إجراءاته في قانون الأسرة الجزائري يعد الثغرة القانونية التي لا تزال موجودة حتى تعديل (2005)، التي لا يكتفي معها إحالة القاضي على أحكام الشريعة بموجب المادة 222، لأن كثيرا من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد، بالرغم من أن اجتهادات المحكمة العليا وضعت بعض الإجراءات المتعلقة بدعوى اللعان ومنها أنترفع خلال 8 أيام من العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا .

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري من خلال تعديل 2005 لقانون الأسرة بموجب الأمر (2/5) أضاف الطرق العلمية الحديثة والتلقيح الإصطناعي لإثبات النسب إلا أنه لم يوضح الطرق ولم يحصرها، وكذلك لم يتطرق الى سبب اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي ومتى يكون ذلك ...إلخ .

إن الإجتهاد القضائي في قضايا النسب ما زال بعيدا عما هو متوقع منه نظرا لزيادة الإشكالات في مواضيع النسب وكثرة هذه القضايا أمام المحاكم فبقي دور القاضي في هذه المسائل دور المراقب المنفذ والمفسر في حدود معينة دون إيجاد اجتهادات ذات فاعلية في ظل وجود ثغرات في المواد القانونية المتعلقة بالنسب .

لذلك يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في الأحكام القانونية المتعلقة بالنسب وإثباته وذلك بتعديلها وتفصيل بعض الأمور الغامضة، كما أنه يجب وضع مواد قانونية تتطرق إلى إجراءات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة والتلقيح الاصطناعي في محكمة تنظم عمل المخابر والعيادات والمستشفيات التي تم ضمنها هذه الطرق.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم

أ- الكتب:

بن حرز الله عبد القادر – الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق – طبعة أولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007.

بن شويخ الرشيد – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – طبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة – الجزائر، 2008.

سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 9/8 – دار الهدى، الجزائر 2011.

سعد عبد العزيز – قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – طبعة 3 –دار هومه، الجزائر، 2011.

كاملي مراد – الوجيز في قانون الأسرة – الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2010.

مجيدي فتحي، محاظرات لسنة رابعة علوم قانونية وإدارية –مقياس قانون الأسرة – جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2012.

محفوظ بن صغير – الإجتهاد القضائي في اللغة الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة – أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009.

-عز الدين كيحل – اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري – مجلة الفكر(العدد الثالث)، جامعة محمد خضير بسكرة.

ب- المجلات:

المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنه 1994

المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الاول، لسنة1997

المجلة القضائية، للمحكمة العليا، عدد خاص، لسنة 2004

المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2006

المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العددالأول، لسنة 2007.

المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2010

ج– القوانين:

القانون رقم (11/84) المؤرخ في 1984/6/9، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24 لسنة 1984.

القانون (9/8) المؤرخ في 2008/4/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الهدى 21 لسنة 2008 .

مقانة بين نص المادة 40 المعدلة بالامر 2/5 والمادة 158 من مدونة الاسرة المغربية .