جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

نكاح الشبهة وحجيته في إثبات النسب

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:
- قارة مريم
- قاصري صبرين

تحت إشراف الأستاذة:
- بن مدخن ليلى

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة: مقنانة مبروكة ---------- رئيسة
الأستاذة : بن مدخن ليلى ---------- مشرفة ومقرّرة
الأستاذة: سعدون كريمة ---------- ممتحنة

السنة الجامعية
2020-2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـر وتقديـر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

*نتقدم بأسمى عبارات الاحترام والتقدير بعد الحمد لله عز وجل إلى الأستاذة المشرفة "**بن مدخن ليلى**" والتي رافقتنا بمودة وغرست في أنفسنا قوة العزيمة في كل خطوة من خطوات العمل دون ضجر أو ملل، ولم تبخل علينا جهدا أو شيئا من وقتها الثمين رغم كل الظروف والأوضاع جزاها الله خير جزاء.*

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نشكر كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية– الذين ساهموا في تعليمنا مبادئ وأسس القانون ولم يبخلوا علينا بنصائحهم وإرشاداتهم.

كما لا ننسى تقديم جزيل الشكر لزملاء المشوار الدراسي كل باسمه ومن لم نستطع ذكره في هذا المقام يبقى محفوظا في ذاكرة الأيام.

ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير والاحترام لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم قبول وقراءة وتدقيق هذه المذكرة من أجل تصحيحها وتصويبها.

مـريـم / صبريـن

إهـــــــــداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

*أهدي عملي هذا إلى أعظم وأحب إنسانة في الوجود إلى من كانت سر نجاحي في كل مراحل حياتي "**أمـــي**" الغالية حفظها الله وأطال في عمرها .*

*إلى قرة عيني من أحمل اسمه بكل فخر وكان لي المثل الأعلى في الجد والعناء ومحفزي في الحياة "**أبـــــي**" الغالي حفظه الله وأطال في عمره.*

إلى إخوتي وأخواتي أحباء قلبي.

إلى أعز وأغلى إنسان على قلبي إلى من وثق بقدراتي ومنحني القوة والعزيمة لمواصلة الدرب وسار معي طيلة مشواري الدراسي.

إلى رمز البراءة أبناء إخوتي وأخواتي.

*إلى زميلتي ورفيقتي في المذكرة "**صبرين**" .*

إلى كل رفيقات دربي .

إلى كل من يعرفني قريبا أو بعيدا .

قارة مريم

إهـــــــــداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أهدي ثمرة جهدي

*إلى رمز المحبة والحنان التي أضاءت حياتي بعطفها وحبها "**أمي**" أطال الله في عمرها وحفظها.*

*إلى من كان يراقبني الليل والنهار ويجلب لي النور في الظلام وعلمني الصمود أمام عواقب الحياة "**أبي**" أطال الله في عمره وحفظه.*

إلى من هم فرحتي و سروري أخواتي وإخوتي.

إلى كل الأهل والأقارب.

*إلى زميلتي ورفيقتي في المذكرة "**مريـــم**".*

إلى من مشينا الدرب خطوة بخطوة وسلكنا السنوات حصدا وعجافا بالمر والحلو صديقاتي.

إلى كل الأشخاص الذين أحمل لهم المحبة والتقدير.

قاصري صبرين

قائمة المختصرات

ج: جزء.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مقـــــــدمـة

خلق الله عز وجل الإنسان وفضله على سائر المخلوقات فجاء في قوله تعالى:"وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا" [1]، وجعله خليفة في الأرض وذلك في قوله تعالى: "وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ" [2].

إنّ خلافة العبد لربه في الأرض تكون بإعمارها والعيش فيها وإقامة علاقات في إطار الجماعة، ويكون ذلك عن طريق عقد زواج، والذي وضع له الله عز وجل أحكاما في محكم تنزيله، من أجل حل الاستمتاع بين الزوجين على الوجه المشروع، والابتعاد عن الرذيلة والمحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط، وضمان حقوق الأولاد الذين هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها وبهجة الدنيا وزينتها، حيث جاء في قوله تعالى: "ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا" [3].

لقد أدرك المشرع الجزائري قدسية عقد الزواج وأحكامه من خلال قانون الأسرة ونصوصه المحددة لركنه والشروط التي ينبغي توفرها لقيام عقد زواج صحيح، والذي يعد بدوره من أهم أسباب ثبوت النّسب، إضافة إلى أسباب أخرى ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة **40** من ق.أ[4] ومنها نكاح الشّبهة، فالقول أن هذا الأخير هو سبب من أسباب ثبوت النّسب فيه توافق بين النصوص القانونية والفقهية.

---

[1]– سورة الإسراء، الآية 70.

[2]– سورة البقرة، الآية 30.

[3]– سورة الكهف، الآية 46.

[4]– أنظر المادة 40 من قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع24، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.

فمسألة ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة مسألة عالجها الفقه الإسلامي، حيث ذهب مجمل الفقه إلى إقرار ضرورة إثبات النّسب في نكاح الشّبهة من أجل الحفاظ على النسل ومنع اختلاطه، وهو أمر سارت عليه أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري.

وتكمن أهمية دراسة الموضوع في تحديد مختلف القواعد والأحكام المتعلقة بنكاح الشّبهة وحجيته في إثبات النّسب، وإبراز مدى خصوصية هذا الموضوع والاشكالات التي يثيرها سواء من الجانب الفقهي أو من الجانب العملي.

إن الهدف من هذه الدراسة هو معالجة موضوع نكاح الشّبهة لاعتباره من المواضيع المتشعبة سواء في الفقه الإسلامي، أو من وجهة نظر المشرع الجزائري، وكذا التدقيق في الأحكام المكرسة في هذا الإطار والمتعلقة بهذا الموضوع، رغبة في الإلمام بجميع أحكامه لإيجاد حلول للإشكالات المتعلقة به، خاصة أنّ نكاح الشّبهة يرتب آثار تمتد إلى الأولاد لاعتبارها ثمرة هذا النكاح، وهو ما يتطلب الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاط النسل.

أما عن سبب اختيارنا لهذا الموضوع هو عدم تطرق الباحثين إليه بصفة دقيقة ومستقلة، بل اكتفوا الإشارة إليه بصفة عامة وموجزة، وهو ما دفعنا إلى تسليط الضوء على أهم القواعد المتعلقة به وإظهار نقاط التوافق والاختلاف.

إذا كان موضوع إثبات النّسب قد عرف عدة دراسات سابقة، فإنّ موضوع نكاح الشّبهة لا نجد له دراسات مفصلة في الجانب القانوني، بل فقط إشارات إلى بعض جوانبه، وهو الأمر الذي شكل صعوبة في جمع المعلومات وإسقاطها على الموضوع محل الدراسة.

انطلاقا مما تقدم سيتم التوسع في الموضوع، ومحاولة الإلمام بمختلف الأحكام والجوانب المتعلقة به، وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية:

هل يعتبر عدم نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بثبوت النّسب بنكاح الشّبهة دافعا للعودة لأحكام الفقه الإسلامي؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك باستقراء الأحكام الفقهية والقانونية المؤطرة لموضوع نكاح الشّبهة وحجيته في إثبات النّسب راغبين في إيجاد حلول لمختلف الإشكالات التي يطرحها هذا الأخير، كما اعتمدنا على المنهج المقارن تارة بين الفقه الإسلامي والتشريعات كلما كان من الضروري إجراء المقارنة.

وقسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين، حيث جاء الفصل الأوّل بعنوان نكاح الشّبهة وتم التطرق فيه إلى مفهوم نكاح الشّبهة وكذا أحكام نكاح الشّبهة، أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة حيث تناولنا فيه حكم إثبات النّسب وشروطه وكذا دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة.

الفصل الأوّل

نكـــــاح الشّبهة

يعدّ موضوع نكاح الشّبهة من المواضيع التي أخذت قسطا من اهتمام بعض الفقهاء والتشريعات، إذ حاول الجانب الأوّل دراسة نكاح الشّبهة في شقّه المفاهيمي ومختلف الأحكام المتعلقة به، في حين أشارت إليه بعض التشريعات ومنها التشريع الجزائري دون وضع تعريف محدد له، حيث يطرح موضوع نكاح الشّبهة إشكالات عملية لارتباطه ارتباطا وثيقا بحقوق الأفراد وكذا لمساسه بالخلية الأساسية في المجتمع ألا وهي الأسرة بشكل عام والمساس بالميثاق الغليظ وهو عقد الزواج بشكل خاص.

وبُغية الإلمام بكافة الجوانب المرتبطة بنكاح الشّبهة وحجّيته في إثبات النّسب سنقوم بدراسة مفهوم نكاح الشّبهة (مبحث أوّل)، ثم سنتعرض بعد ذلك إلى تبيان أحكام نكاح الشّبهة (مبحث ثاني).

المبحث الأوّل

مفهوم نكاح الشّبهة

يشوب موضوع نكاح الشّبهة غموضا لابدّ من إزالته، وذلك قبل التطرق إلى مختلف الأحكام الفقهية والقانونية العامة أو الخاصة المؤطرة لهذا الموضوع، وعليه يفترض منا مسبقا تقديم مفهوم لنكاح الشّبهة.

يستلزم إتيان مفهوم نكاح الشّبهة التعرض إلى تعريفه (مطلب أوّل)، وذلك بحكم أنّ أي موضوع قانوني يتطلب ضبط مفاهيمه وإزالة كل ما يثيره من لُبس، وكذا تبيان مختلف الأقسام التي وضعها الفقه، وذلك بحكم أنّ هذه الأقسام لا نجدها لا في التشريع الجزائري ولا في بعض التشريعات الأخرى، مما يدفعنا لدراستها في المجال الفقهي (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل

تعريف نكاح الشّبهة

يبدوا من الوهلة الأولى أن الإتيان بتعريف نكاح الشّبهة مسألة تفرض علينا مسبقا تحديد تعريفه لغة (فرع أوّل)، كما حاول الفقه سواء الشرعي أو القانوني دراسة نكاح الشبهة في جانبه المفاهيمي، وهذا ما سنتطرق إليه في التعريف الاصطلاحي لنكاح الشبهة (فرع ثاني)، وفي بعض الأحيان قد يقع الباحث القانوني في خلط ما بين نكاح الشّبهة وبين بعض المصطلحات القانونية الأخرى، أو بصيغة أخرى تمييزه عن أصناف عقد الزواج، فمن أجل إزالة اللبس أو الخطأ الذي قد يقع فيه الباحث، سنقوم بتمييز نكاح الشّبهة عن بعض المصطلحات المشابهة له (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

التعريف اللغوي لنكاح الشّبهة

وردت عدة تعاريف سواء لمصطلح النّكاح عامة أو نكاح الشّبهة خاصة، فيتطلب لمعرفة التعريف اللغوي لنكاح الشّبهة التطرق بداية للمقصود بالنّكاح من الناحية اللغوية والذي يعد مصطلحا لا يطرح أي إشكال فمعناه الضم والتداخل، ويقال أيضا نكح فلان امرأة بمعنى تزوجها، ولما كان النكاح بمعنى الضم والجمع، سمي التزوج نكاحا لما فيه من ضم كل من الزوجين إلى الآخر شرعا[1].

أما مصطلح الشّبهة فيحمل مدلولا واسع فيقال فيه أَشْبَه الشيءُ بالشيءَ، والمُشتبهات من الأمور المتماثلات، كما يقصد به كذلك الشّبه والمثل، تشبيه الشيء بماثله، ويقصد بالشّبهة كذلك الالتباس (أمور مُشتبِهة ومُشَبِّهة) [2].

وبإسقاط هذا المعنى يمكن القول بأنّ نكاح الشّبهة هو زواج يتماثل مع أنواع الزواج الأخرى.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي لنكاح الشبهة

يندرج في إطار التعريف الاصطلاحي لنكاح الشبهة ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية (أولا)، وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون (ثانيا).

---

[1]– محمد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، دار الكتب العلمية، مصر، 1980، ص400.

[2]– ابن منظور جمال الدين مكرم، **لسان العرب**، ج13، دار المعارف الإسلامية، مصر، (د.س.ن)، ص503.

أولا: التعريف الفقهي الشرعي لنكاح الشبهة

تختلف التعريفات الفقهية الشرعية الإسلامية الواردة على نكاح الشّبهة وذلك باختلاف المذاهب المتّبعة، فسنقوم بالتركيز على ما ورد في المذاهب الأربعة، مع الإشارة إلى أنّ هذه الأخيرة لم تقدم تعريفا لمصطلح نكاح الشّبهة، وإنّما حاولت منح كلا من المصطلحين مدلولا خاصا به، ممّا يستوجب القيام بعملية الإسقاط بغية الوصول إلى تعريف يمكن من خلاله إزالة الغموض الذي يشوب هذين المصطلحين.

أ- المذهب المالكي

يُعرف الفقه المالكي النّكاح بأنّه: "عقد على مجرد متعة التلذّذ بآدمية غير موجب قيمتها وغير عالم عاقدها حرمتها، إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع"، فبالتالي النكاح عبارة عن عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذّذ خرج به كل عقد، وهو بمثابة عقد تمليك وانتفاع بالبضع وسائر بدن الزوجة، ويكون النكاح على من له رغبة فيه ويخشى على نفسه من الزنا[1].

لم يتفق الفقه المالكي على تعريف واحد للشّبهة، وهو ما يُشبه الثابت وليس بثابت بمعنى تحقق المباح صورة مع عدم ثبوته لا حقيقة ولا حكما، وبصيغة أخرى هو الشيء المجهول تحليله على الحقيقة أو تحريمه على الحقيقة[2].

---

[1]- محمد بن عبد الرحمن المغربي، **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل**، ج4، دار عالم للكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 557.

[2]- خليل بن إسحاق المالكي، **التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك**، ج2، دار الكتب العلمية لبنان، 2010، ص 255.

ب-المذهب الحنفي

عرّف فقهاء المذهب الحنفي النكاح بأنّه: "عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر"[1].

وعرّفه البعض الآخر أنّه: "عقد بلفظ اِنكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع، وهم يريدون بالمنفعة الانتفاع كغيرهم، لأن المرأة التي وطئت بشبهة أو بزنا كرها عنها لها مهر مثلها وهي تملكه لا الزوج إن كانت متزوجة" [2]، كما يستند هذا الجانب في التعريف إلى حديث النبي ﷺ: "فَلها المَهرُ بما استحَلَّ من فَرْجِهَا" [3].

في حين لم يستقر المذهب الحنفي على تعريف واحد لمصطلح الشّبهة، بحيث تعددت تعاريفه نتيجة الأقسام التي عرفها، فعرّفه البعض بأنّه: "شبه، اشتباه، وشبه مشابهة وثبت في حق من اشتبه عليه حل الفعل وحرمته، ولا يوجد دليل شرعي يفيد الحل فعندئذ يكون ظن حل الفعل من غير أن يستند إلى دليل شرعي ضعيف أو قوي، يفيد الحل وبالرغم من ذلك يعتمد في ظنه على ما لا يصلح أن يكون دليلا"، حيث جاء في قول هذا الاتجاه: "ظن غير الدليل دليلا" [4]، وذهب الجانب الآخر للقول بأنّ الشّبهة: "ما يشبه الثابت وليس بثابت" ومنهم من قال: "ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة" [5].

---

[1]- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ط4، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1998، ص23.

[2]- الجزيري عبد الرحمان، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج4، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1969، ص106.

[3]- محي الدين أبي زكريا يحي بن شريف النووي، **صحيح مسلم بشرح النووي**، كتاب النكاح، باب تحريم النكاح المحرم، حديث رقم 1873، ج5، مكتبة الإيمان المنصورة، مصر، (د.س.ن)، ص163.

[4]- الكساني علاء الدين، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص33.

[5]- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة، **المغني على مختصر الخرشي**، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص592.

ما يلاحظ على التعاريف المقدمة من طرف فقهاء المذهب الحنفي أنّها تعتمد على معيار المتعة في عقد الزواج، وبإضافة عبارة الشّبهة يتضح أنّه هنالك زواج، إلا أنّه ينعدم الدليل القوى في شأنه.

ج- المذهب الشافعي

ذهب جمهور فقهاء المذهب الشافعي للقول بأنّ النكاح: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته، أو بصيغة أخرى أن الحقيقة في العقد مجاز في الوطء"[1]، اعتمد فقه المذهب الشافعي على قوله تعالى: **"حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"** [2].

يتضح بأنّ النكاح وفقا للمذهب الشافعي هو عقد يتضمن إباحة استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وسمي بذلك لأنّه يجمع بين شخصين ويضمّ أحدهما إلى الآخر.

أما الشّبهة فيعرفها الشافعية: "بما يقرب من المعنى الشرعي العام، فقالوا: أنّها كل ما ليس بواضح الحلّ والحرمة مما تعارضته الأدلة وتنازعته النصوص وتجادلته المعاني والأوصاف، فبعضها يعضّده دليل الحرام وبعضها يعضّده دليل الحلال، فهي ما تردّد بين الحلال والحرام، وقال الماوردي: "الشبهة ما اشتبه حكمه بالاختلاف في إباحته" [3].

د- المذهب الحنبلي

النكاح لدى الحنابلة هو حقيقة في العقد ومجاز في الوطء، وقيل أنّه حقيقة في العقد

---

[1]- أبو عبد الله محمد إدريس الشافعي القرشي، **كتاب النكاح في الفقه المنهجي على المذهب الإمام الشافعي**، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000، ص 11.

[2]- سورة البقرة، الآية 230.

[3]- نقلا عن: أبو محمد الحسن بن محمد بن الفراء البغوي، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص 245.

والوطء جميعا، وقيل هو مجاز في العقد وحقيقة في الوطء.

أما الشّبهة تُعرف لدى الحنابلة بأنّه هو وجود مبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته بالإضافة أنّ الشّبهة هو ما يفعله المرء دون أن يكون له علم بأنّ الفعل محرم، كالناكح نكاح المتعة وهو يحسب أنّ ذلك حلال له[1].

يتضح من خلال ما تقدم من تعريفات للنكاح في المذاهب الأربعة اتفاق جمهور المالكية والشافعية وكذا فقه الحنابلة حول اعتباره حقيقة في العقد مجاز في الوطء، فيظهر الخلاف الذي انفرد به المذهب الحنفي الذي يعتبر أنّه حقيقة في الوطء ومجاز في العقد، إلاّ أنّ كل المذاهب خصت تعريفا للشّبهة بالرغم من اتفاقها في مسألة أخرى أنّ النكاح يضمن المتعة بين الزوجين[2].

ثانيا: التعريف القانوني لنكاح الشّبهة

كرّس المشّرع الجزائري أحكام الزّواج بموجب القانون **84-11** المعدل والمتمم وباستقراء متن المواد الواردة فيه نجد أنّ المشرع لم يُعرف "**نكاح الشّبهة**" بل اكتفي بتعريف الزواج بشكل عام وذلك بموجب نص المادة **04** ق.أ.ج، غير أنّه أشار إليه كآلية لإثبات النّسب، وذلك بموجب نص المادة **40** من نفس القانون، حيث جاء فيها: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة**"[3].

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري تغاضي عن منح تعريف للشّبهة أو تخصيص مادة من خلالها يُبين لنا المقصود بنكاح الشّبهة، خاصة أنّ للزواج أهمية قصوى سواء في التشريعات أو في القوانين الوضعية، إلاّ أنّه أجاز الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة وجود فراغ في قانون الأسرة، وذلك من خلال انتهاج المشرع

---

[1]- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة، المرجع السابق، ص106.

[2]- المرجع نفسه، ص106.

[3]- الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

لأسلوب الإحالة في المادة **222** ق.أ، والمنصوص فيها ما يأتي: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

الفرع الثالث

تمييز نكاح الشّبهة عن بعض المصطلحات المشابهة له

بمّا أنّ نكاح الشبهة وطء من غير زنا ولا عقد صحيح، فقد يقع الباحث في مجال العلوم القانونية وحتى الفقهية في خلط ما بين نكاح الشّبهة وبعض المصطلحات الأكثر تداولا، وحتى في المجال التطبيقي، فمن الضروري بداية التمييز ما بين نكاح الشّبهة والزواج الصحيح (أوّلا)، ثم بعد ذلك تبيان الفرق ما بين نكاح الشّبهة والزواج الفاسد (ثانيا)، وفي الأخير تمييزه عن الزواج الباطل (ثالثا).

أوّلا: تمييز نكاح الشّبهة عن الزواج الصحيح

يقتضي التمييز بين الزواج الصحيح ونكاح الشّبهة، الاعتماد على معيار التعريف (أ) ومن حيث ثبوت نسب الولد (ب).

أ- من حيث التعريف:

إذّا كان الزواج المعتد به في قانون الأسرة الجزائري هو ذلك العقد الرضائي الذي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، بغية تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين وكذا المحافظة على الأنساب[1].

[1]- تنص المادة 04 من الأمر رقم 05-02، المرجع السابق، على أنّه: "**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

فمن أجل صحة هذا العقد اشترط المشرع الجزائري استيفاء ركن الرضا حسب المادة **9** من ق.أ، إلى جانب تحقق شروط عالجتها المادة **9 مكرر** من ق.أ.ج، واستكمال العاقدين شرط الأهلية وذلك بموجب المادة **07** من ق.أ.ج، وضرورة أن يكون كلا طرفي الرابطة الزوجية خاليين من الموانع الشرعية المنصوص عليها في المادة **23** من ذات القانون، ومن جهة أخرى ضرورة استيفاء الشكلية الصحيحة المطلوبة في عقد الزواج والتي عالجها المشرع الجزائري في أحكام المادة **22** من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة[1].

بينما يُعرف نكاح الشّبهة بالوطء وهو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد الزواج الصحيح أو الفاسد، مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقادا أنّها تحل له[2]، كما يظهر الاختلاف أنّ نكاح الشّبهة غير مؤطر بأركان ولا بشروط، بل اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إليه في نص المادة **40** ق.أ ضمن وسائل إثبات النّسب.

ب- من حيث ثبوت النّسب:

طبقا للمواد من**07** إلى**31** من قانون الأسرة الجزائري، الزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة، فالنّسب فيه يُثبت دون اشتراط البيّنة أو المبدأ أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه[3]، أمّا نسب الولد المولود من وطء بالشّبهة فنجد فيه عدة أراء فقهية، فالبعض منهم أثبت النّسب والبعض الآخر لم يثبته، مما أثار مشكل الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو الباطل، وترتب ذات الآثار

---

[1]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2]- طفياني مخطارية، **إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2013، ص. ص 46 -47.

[3]- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 147.

فالإثبات في نكاح الشّبهة يحتاج إلى البينة خاصة أن الزنا لا يثبت النّسب، وله وصف الجريمة متى تحققت أركانها وشروطها[1].

ثانيا: تمييز نكاح الشّبهة عن النكاح الفاسد

سنعتمد على معيار الاصطلاح لكل من أنظمة الزواج من أجل الوصول إلى التفرقة ما بين نكاح الشّبهة ونكاح الفاسد (أ)، كما أنّنا سنركز على أثر النّسب من حيث إثباته (ب).

أ- من حيث التعريف:

النكاح الفاسد هو ذلك العقد المشروع بأصله لا بِوصفه، وضابط العقد الفاسد هو ما تخلف عنه شرط من شروط الصحة[2]، يتضح أن العقد الفاسد للمشروعية إلى جانب ذلك هو عقد قابل للتصحيح ويرتب بعض آثار العقد الصحيح[3].

إنّ المشرع الجزائري لم يعرف الزواج الفاسد في قانون الأسرة، بل اكتفى بذكر الأسباب المؤدية لفسخ عقد الزواج، وهذا ما يمكن استنتاجه من خلال المادة **9 مكرر**، والوارد فيها مايأتي: "**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية:**

- **أهلية الزواج،**
- **الصداق،**
- **الولي،**

---

[1]- سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 209.

[2]- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 94.

[3]- أبو القاسم الزين، **عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد من الفسخ والتصحيح**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015، ص 113.

- شاهدان،

- انعدام الموانع الشرعية للزواج" [1].

أما بالنسبة لنكاح الشّبهة وكما سبق تعريفه، فلا يكيف بأنّه زواج فاسد.

ب- ثبوت النّسب:

إذّا كان إثبات النّسب في نكاح الشّبهة يعتمد أساسًا على البينة كما سبق ذكره، فإنّ ثبوت النّسب في النكاح الفاسد هناك عدة أسباب تساهم في فساده، إلا أنّه الذهاب للقول بثبوت النّسب فيه إحياء للولد ورعاية لمصلحته، فإنّ هذا الزواج أقرب إلى الصحيح منه إلى الفاسد، حسب ما ذهبت إليه مختلف المذاهب الفقهية[2]، فيثبت نسب الولد في الخلوة مما يعني تحقق الاتصال الجنسي، وهذا عند الفقه المالكي، كما أنّه لا يمكن نفي نسب الولد عن الرجل إلا باللّعان، والأمر ذاته تبناه المذهب الشافعي والحنفي، على خلاف المذهب الحنبلي الذي يعتبر عدم أصحية اللعان إلا بعد زواج صحيح[3].

ثالثا: تمييز نكاح الشّبهة عن النكاح الباطل

في مجال تمييز نكاح الشّبهة عن عقد الزواج الباطل سنتبع ذات المعايير المتبعة أثناء تمييزنا ما بين نكاح الشبهة والزواج الصحيح والفاسد، وذلك من خلال التطرق إلى تبيان المدلول القانوني للنكاح الباطل (أ)، والتركيز على تمييز ما بين هذه الأنظمة أو العقود من حيث أثر النّسب (ب).

---

[1]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2]- بن صغير محفوظ، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 415.

[3]- سعادي لعلى، **الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2015، ص 233.

أ- من حيث المدلول القانوني:

الزواج الباطل نكاح أقرّ المشرع الجزائري بإبطاله ولو بعد الدخول وذلك لتخلف ركنه أو شرطين فأكثر[1]، فالمشرع الجزائري ميّز الزواج الباطل عن سائر العقود، بحيث أنّه جعل النّكاح الباطل في المرتبة الأولى مقارنة بالنكاح الفاسد، حيث أنّ بطلان العقد يكون نتيجة لتخلف ركن الرضا المنصوص عليه في المادة **9** من ق.أ، وكذا الشرط الأخير من المادة **9 مكرر** وهي حالة الزواج بإحدى المحرمات سواء تم الدخول أو لم يتم، ففي كلتا الحالتين يفسخ العقد[2]، لأنّ المشرع الجزائري نص صراحة في المادة **33** من الأمر 05-02 على ما يلي: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.**

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"[3].

ب- من حيث ثبوت النّسب:

لا يُرتب الزواج الباطل أي أثر ولو تم الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، كما يقتضي أن يتم التفرقة بين الزوجين في الحال، أين قال جمهور الفقهاء والصالحين من الحنفية لا يجب المهر بالدخول في الزواج الباطل، بل يجب حدّ الزنا على الزوجين إذا كان مكلفين عالمين بالتحريم، وهذا الخلاف لأبي حنيفة الذي يرى إقامة الحد لشبهة العقد[4].

إلا أنّ المشرع الجزائري أجاز إثبات النّسب في نكاح الشّبهة متى تعلق النكاح بأحد المحرمات من أجل غاية واحدة وهو الحفاظ على النّسب وعدم اختلاطه، حيث جاء في

---

[1]- طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 42.

[2]- دبابش عبد الرؤوف، "ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة والقانون الأسرة الجزائري"، **مجلة الاجتهاد القضائي**، ع7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص 71.

[3]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[4]- ابن رشد، **بداية المجتهد ونهايته المقتصد**، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1988، ص 974.

المادة **34** من ق.أ: "**كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء**"[1]، وأكد المبدأ كذلك في المادة **40** ق.أ أي يمكن من خلاله إثبات النّسب.

إنّ ثبوت النّسب لدى الفقه يكون بشكل مطلق إذا وقع الدخول بعد العقد لوجود الشّبهة لأنّها تُسقط الحد، فإذا سقط الحد ثبت النّسب ولو كان العقد باطلا، مادام لم يقر الزوج بالزنا وذلك احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه[2].

المطلب الثاني

الأقسام المقررة لنكاح الشّبهة وفقا للفقه الإسلامي

اهتم جمهور الفقهاء الأربعة بوضع تقسيم للشّبهة وذلك بغية الوصول إلى معرفة كل الصور التي قد تتجسد من خلالها هذه الشّبهة، كما أن دراسة مختلف التقسيمات الواردة في كل مذهب يساعد الباحث القانوني على معرفة المقصود بالشّبهة، بشكل دقيق حتى يتمكن من استيعاب الموضوع خاصة أنّ النكاح أو الزواج مسألة مقدسة، وتتمحور هذه التقسيمات في شبهة الفعل (فرع أوّل)، وفي شبهة المحل (فرع ثاني)، وفي الأخير شبهة العقد(فرع ثالث).

الفرع الأوّل

شبهة الفعل

يطلق على شبهة الفعل لدى **المالكية** بشبهة في الموطوءة، وتتمثل هذه الأخيرة في ذلك

---

[1]– أمر رقم 05–02، المرجع السابق.

[2]– دلاندة يوسف، **قانون الأسرة (منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب أمر رقم 05–02)**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 46.

الرجل المجاهد إذا وطء الجارية من الغنيمة قبل القسمة وبعد الأحرار فلا حدّ عليه لشبهة الملكية، و كذا تقوم الشّبهة في الموطوءة إذا وطء الرجل جارية ولده فلا حد عليه[1]، استنادا إلى قوله ﷺ: "أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيك"، إن وجه الدلالة من هذا الحديث أن مال الولد لأبيه والحديث إن لم يكن يدل على ذلك دلالة حقيقته فلا أقل من أنّه يورث شبهة ملكية مال الولد لأبيه [2].

أما الفقه **الحنفي** فشبهة الفعل تتمثل في شبه اشتباه وشبهة المشابهة، هي تسمية تطلق على الفعل أين تثبت في حق من اشتبه عليه حل الفعل وحرمته، ولا يوجد دليل شرعي يفيد الحل، فعندئذ يكون ظن حل الفعل من غير أن يستند إلى دليل شرعي ضعيف أو قوي يفيد الحل، لذلك عبر الفقهاء عنها بقولهم ظن غير الدليل دليلا، ولا بد فيها من الظن وإلا خرجت عن كونها شبهة لأنّه لا يوجد دليل لتثبيتها[3].

وعليه فإنّ الشّبهة في الفعل هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لا في محله وهي الموطوءة، لأنّ حرمة المحل هنا مقطوع بها في حالة لم يقم دليل يثبت ملك عارضُه في حل المحل شبهة أصلا ويدخل ضمن المواضيع التي أوردها الفقه الحنفي في شبهة الفعل كل من وطء جارية أبيه، جارية أمه، جدته، أو جارية زوجته، وطء مطلقة بثلاث وهي لازالت في عدتها[4].

في حين تعتبر شبهة الفعل لدى المذهب **الشافعي** بشبهة الطريق ويطلق عليها تسمية أخرى وهي شبهة الجهة، تقوم أساسا على اختلاف الفقهاء بِتحليل الفعل أو بتحريمه، فكلما

---

[1]– إبراهيم محمود عباس، "ضوابط الشبهة في درء الحدود"، **مجلة الكلية**، ع28، قسم الفقه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، 2012، ص127.

[2]– المرجع نفسه، ص127.

[3]– محمد الأمين المشهور ببن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2000، ص 122.

[4]– إبراهيم محمود عباس، المرجع السابق، ص 123.

اختلف حوله فقهاء الشريعة الإسلامية بين من يقول بضرورة وجوب الحدّ وبين جانب آخر يسقطون الحدّ باعتبار أن الحدود تدرئ بالشبهات.

مثال هذا النوع من الشّبهة يظهر في الخلاف الذي ثار حول صحة انعقاد عقد الزواج بدون ولي فجمهور الفقهاء يسلمون بعدم صحته ويعتبرونه زنا، أما الإمام أبو حنفية فيعتبر العقد صحيحا، فالمالكية كذلك يجيزونه، فهذا الاختلاف الفقهي هو الذي يُعتبر شبهة مما يسقط الحد[1].

غير أن الفقه الشافعي يشترطون في الرأي المخالف أن يكون مستندًا إلى حجج منطقية بحكم أن الخلاف الذي يعتد به عندهم هو الذي ينشأ عن تقابل أدلة أهل العلم لا عن مجرد اختلاف آرائهم[2].

أما المذهب **الحنبلي** وبعد الاطلاع على مجمل الكتب الفقهية التي تناولت الشّبهة في المذهب الحنبلي فنخلص بالقول بأنّ هذا المذهب لم يقسم الشّبهة كما فعلتها المذاهب السابقة والمذكورة أعلاه.

الفرع الثاني

شبهة المحل

شبهة المحل لدى **المالكية** لا تتعلق بالموطوءة، وإنّما هي شّبهة ناشئة عن اختلافات فقهية حيث يكون أحد المجتهدين قال بالحِل والآخر بالتحريم، على سبيل المثال: اختلاف

---

[1]– عودة عبد القادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بقانون الوضعي**، ج2، دار الكتاب العربي، مصر، 2006، ص318.

[2]– بن عمر بن حيدرة الكثيري، "الشبهات الدارئة للحدود عند الشافعية"، **المجلة الجامعية**، ع4، كلية الجامعة، المملكة العربية السعودية، 2016، ص28.

العلماء بين إباحة الموطئة في نكاح المتعة، والقول بتحريمه دون وجوب الحدّ، نتج عن ذلك شبهة[1].

وعند الفقه **الحنفي** تسمى أيضا الشّبهة الحكمية، أو شبهة الملك، وهي عكس شبهة الفعل، وتقوم هذه الشبهة على الاشتباه في حكم الشرع بحل المحل، فيشترط في هذه الشّبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة، وهي تتحقق بدليل شرعي بنفي الحرمة[2].

ومنه زواج رجل من أخته في الرضاع وهو لا يعلم أنها أخته، وحتى المقربون أكدوا بانعدام الرابطة المحرمة، إلا أنّه تبين بعد ذلك بوجود الرابطة المحرمة (الرضاعة) فاقتضى الأمر إلى ضرورة وجود دليل الحل، والمتمثل في اختيار أشخاص يعلمون بوجود الصلة المحرمة، فإنّ هذا الدليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم[3].

اتفق الفقهاء في مسألة سقوط الحد في شبهة الفعل بالنظر إلى الجهل بحكم التحريم لأنّ "الحدود تدرئ بالشّبهات"، لكن الأمر الذي وقع فيه اختلاف هو ثبوت النّسب وسقوط وصف الزنا في الفعل، حيث انقسم الفقه إلى جانبين، قضى الأول بضرورة ثبوت النّسب وهو قول الجمهور تأسيسا على أن الشّبهة تسقط وصف الزنا، بينما الجانب الآخر يرى أنّ الشّبهة لا تسقط وصف الزنا ولا يثبت فيها النّسب، إلا بعض الأقوال فقط التي قُرّرت من أجل مصلحة الولد، والتي دعت إلى الاعتماد على الشّبهة من أجل إثبات النّسب[4].

---

[1]– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009، ص95.

[2]– محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، لبنان، 1997، ص 149.

[3]– عبد الله محمد دفع الله، **أحكام النسب في الإسلام**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة القاهرة، مصر، 1979، ص 121.

[4]– محمد أبو الزهرة، المرجع السابق، ص149.

والشّبهة في المحل عند **الشافعية** يُطلق عليها كذّلك اصطلاحا شبهة الملك، وتقوم هذه الأخيرة متى كان المحل مِلكا للفاعل مما يملك صلاحية وسلطة تمليكه شرعا دون أي اعتبار لظن الفاعل بحرمة المحل.

ومثاله يظهر في الشخص الذي يجامع مطلقته طلاقا رجعيا على اعتقاد منه أنّ ذلك الطلاق قد أصبح طلاقا بائنا لانقضاء فترة العدة فالفاعل في هذه الحالة يكون آثما بفعله إلاّ أنّه لا يطبق عليه حد الزنا لعدم حرمة المحل[1].

أما الفقه **الحنبلي** فذات الأمر يسري على شبهة المحل أين لا نجد تقسيم لنكاح الشّبهة في الكتب الفقهية بل اكتفوا بتعداد أمثلة.

الفرع الثالث

شبهة العقد

هي شبهة انفرد بها الإمام أبو حنيفة حيث تقوم هذه الشّبهة على وجود صورة العقد لا حقيقته، أين تثبت الشّبهة بالعقد حتى لو كان ذلك العقد متفق على تحريمه وهو على يقين بها[2].

إنّ شّبهة العقد تؤدي إلى سقوط الحد عن الفاعل حتى وإن قال شخص بأنّه عالم بالتحريم، أما الإمام أبو حنيفة فذهب إلى القول بأنّ الحد لازم ولا يثبت النّسب إذا كان الشخص يعلم أن الفعل محرم، فيتغير وصف الفعل ليصبح زنا[3].

---

[1]– شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المناهج**، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.س.ن)، ص404.

[1]– عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءً (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة، الأقارب)**، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، (د.س.ن)، ص83.

[3]– موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن القدامة، المرجع السابق، ص149.

المبحث الثاني

أحكام نكاح الشّبهة

باعتبار نكاح الشّبهة هو وطء جنسي من غير الزنا، وليس بعقد زواج صحيح أو فاسد، فبتحقق الشّبهة يقتضي التفرقة بين أطراف هذه الرابطة، فالأمر يستوجب علينا دراسة تحقق هذه الشّبهة (مطلب أوّل)، ثم بعد ذلك آثار هذا التحقق على الرابطة الزوجية (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل

أسباب تحقق الشّبهة

تتحقق الشّبهة عامة وفي نكاح الشّبهة خاصة بوجود مجموعة من الأسباب، والتي تظهر أساسا لدى الفقه الإسلامي، والمتمثلة في التعارض كسبب لحصول نكاح الشّبهة (فرع أوّل)، ثم بعد ذلك تحقق نكاح الشّبهة بالشك (فرع ثاني)، وبالإضافة إلى الاختلاف الفقهي كسبيل لتحقق نكاح الشّبهة (فرع ثالث)، وفي الأخير الإخبار المُقتضى لنكاح الشّبهة (فرع رابع).

الفرع الأوّل

التعارض كسبب لحصول نكاح الشّبهة

يقصد بالتعارض المنع بالاعتراض عن بلوغ المراد[1]، ويصطلح عليه بتقابل حجّتين متساويتين على وجه توجب كل واحدة منها ضد ما توجبه الأخرى[2]، فإنّ التعارض

[1]– ابن منظور جمال الدين مكرم، المرجع السابق، ص178.

[2]– السرخسي شمس الدين، **كتاب المبسوط**، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص12.

المقصود به هو تعارض غير حقيقي خاصة أنّه لا يوجد أحكام في الشريعة الإسلامية تتعارض في الواقع فإنّما يكون التعارض فقط في الظاهر[1].

ومثاله يظهر أثناء تعارض نكاح الشّبهة لوجود الرضاعة كرابطة محرمة لأنّ أحكام الشريعة الإسلامية واضحة في مجال تحريم النكاح بالأخت في الرضاعة[2]، وكذا اعتبار الوطء في نكاح الشّبهة زنا وذلك في مظهره الخارجي فإنكار المشتبه فيه يعد شبهة تدرئ الحدّ وذلك تأسيسا على حديث سهل بن سعد عن النبي ﷺ أن رجلا أتاه فأقرّ عنده أنّه زنا بامرأة سماها به، فبعث النبي ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك، فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحدّ وتركها [3].

الفرع الثاني

تحقق نكاح الشّبهة بالشك

الشّك هو على خلاف اليقين، وهو التردد بين شيئين، سواءً استوى طرفاه، أو رجح أحدهما على الآخر[4]، ويصطلح عليه بالتردد بين أمرين دون ترجيح لأحدهما عند الشاك ويظهر الشّك في السبب المُحلل والمُحرم، حيث إذّا كانّ التحريم معلوما قبل أن يقع الشك في المحلل فهذه الشّبهة يجب اجتنابها، مثاله أن يقوم رجل بنكاح امرأة كان يعلم أنّها أخته في الرضاع، أو كانت في ظّل عدة فالتحريم في هذه الحالة لا يترك أي يقين للشك[5].

---

[1]– علاء الدين وائل الزهيدي جنينة، **أثر الشبهة على أحكام الأحوال الشخصية وصورها المعاصرة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2017، ص18.

[2]– عبد الله محمد دفع الله، المرجع السابق، ص121.

[3]–نقلا عن: حسني الجندي، **المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام**، دار النهضة، مصر، 2005، ص729.

[4]– محمد بن عبد الرحمن المغربي، المرجع السابق، ص586

[5]– ابن نجيم زين دين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط2، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، (د.س.ن)، ص142.

بالإضافة إلى الحالة التي يُعرف الحل ويشك في المحرم، مثاله إذّا نكح امرتان رجلان وطار طائر وقال أحدهما إذّا كان هذا غراب فامرأتي طالق، وقال الآخر إنْ لم يكن غُرابا فامرأتي طالق، فالتبس أمر الطائر فلا يقضي بالتحريم في واحد منهما ولا يلزمهما اجتنابهما[1].

الفرع الثالث

الاختلاف الفقهي كسبيل لتحقق نكاح الشّبهة

يقصد بالخلاف الفقهي منازعة تجرى بين المتعارضين لإحقاق حق أو لإبطال باطل وقد استعمل الفقهاء هذه الكلمة للدلالة على اختلاف الآراء، وهذا التعريف تبناه الفقهاء القدامى، أما الخلاف باعتباره علما على فن خاص، فيصطلح عليه بذلك العلم الذي من خلاله يتم إيراد الحجج الشرعية ودفع الشّبهة وقوادح الأدلة الخلافية، بإيراد البراهين القطعية[2].

ومثاله يظهر بوجوب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه، كالنكاح بلا ولي فالحنفية يجيزونه، وسقوط الحد سبب ذلك هو قول جمهور العلماء لأنّ الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة وخاصة أن الحدود تدرئ بالشّبهات[3].

الفرع الرابع

الإخبار المقتضي للشّبهة يؤدي إلى تحققها

الإخبار المقتضي للشّبهة يعني الإخبار الذي اقترنت به قرائن تؤكد وتوقع في الاشتباه

---

[1]– زين الدين العراقي، **كتاب الحلال والحرام من إحياء علوم الدين**، دار الكتب العلمية، لبنان، 2012، ص136.

[2]– محمد أبو الزهرة، المرجع السابق، ص217.

[3]– موفق الدين أبو محمد عبد الله احمد المعروف بابن قدامة، المرجع السابق، ص184.

والذي يُعد أحد أسباب تحقق الشّبهة، والمثال المجسد في نكاح الشّبهة هو أن يعقد شخص على امرأة، ثم تزف إليه أخرى بناءً على أنّها زوجته، ويدخل بها على هذا الاعتقاد ثم يتبين أنّها ليست المرأة التي عقد عليها، فإن وطئها فإنّه لا يرتب حد عليه وذلك اتفاقا لوجود الإخبار المقتضي للشّبهة[1].

المطلب الثاني

آثار نكاح الشّبهة

إذا كانت الشّبهة تتحقق وفقا لما تم تبيانه أعلاه فإنّ تحقق هذه الأخيرة يُرتب آثارا على الرابطة الزوجية ومصيرها خاصة لتحقق الحُرمة، فالمشرع الجزائري عالج مسألة عقود الزواج التي يشوبها خلل، أو بصيغة أخرى التي تكون محلها إحدى المحرمات، والتي سماها المشرع الجزائري بموانع الزواج ورتب لها الفسخ كجزاء (فرع أول)، إلى جانب ذلك ثبوت النّسب والاستبراء (فرع ثاني)، مع وجوب المهر (فرع ثالث)، وأخيرا حرمة المصاهرة (فرع رابع).

الفرع الأوّل

فسخ نكاح الشّبهة

الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري في الأصل على العقد الفاسد الذي لم يستوفي الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة، متى تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول[2].

والمشرع الجزائري جعل الأثر القانوني للشّبهة والتي قصد بها هنا نكاح أحد المحرمات هو الفسخ، مما يعني أنّ نكاح الشّبهة ليس بزواج صحيح، بحكم أنّ انحلال الرابطة الزوجية

---

[1]– السرخسي شمس الدين، المرجع السابق، ص57

[2]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص149.

الصحيحة تكون إما بالطلاق الذي هو إزالة ملك النكاح وبه تنحل الرابطة ويكون إنهاءها بحكم قضائي[1]، أو بالتطليق والخلع كسبيلين لانحلال الرابطة الزوجية من طرف الزوجة متى تحققت الشروط والأسباب الواردة في المواد **53-54** ق.أ.ج.

الفرع الثاني

ثبوت النّسب ووجوب الاستبراء

إن المشرع الجزائري لم يقر فقط الفسخ كجزاء، بل رتب آثارا أخرى خاصة أنّ الرابطة الزوجية مقدسة وليس لها تأثير فقط على أطرافها، وإنّما آثارها تذهب لتشمل ما يترتب عن هذه الرابطة من ثمار خاصة الأولاد، فالمشرع أقرّ ضرورة ثبوت النّسب (أوّلا)، وكذلك ضرورة الاستبراء بالنسبة للمرأة (ثانيا).

أوّلا: ثبوت النّسب

يقصد بالنّسب تلك القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل، والبُنوة عن طريق نسبة الولد لأبيه، بالإضافة أنّ النّسب يكمن بإلحاق الولد بأبيه قانونا ودينا، واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد[2].

إذا كان نكاح الشّبهة هو نكاح يقع خطأ سبب غلط يقع فيه الشخص، وإن كان يُحتمل وجوده قبل سنين طويلة فإنّه يُعتبر اليوم في حكم الأحداث النادرة، ومثاله الزواج بامرأة فيتبين بعد الدخول أنّها من المحرمات، فأقر المشرع ثبوت النّسب في هذه الحالة[3].

---

[1]- ناجي بلقاسم علالي، **الطلاق في المجتمع الجزائري**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص62.

[2]- سعد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص120.

[3]- سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص214.

ويُثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا ولدته المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها بهدف تأكد ولادته حينئذ من ذلك الوطء، أين أجاز المشرع الإثبات به في المادة**40** من ق.أ.ج، وخاصة أن الوطء المستند إلى شبهة نكاح ليس بزنا بحيث لا يجب فيه الحد، ولا دخول حقيقي يرتكز إلى عقد نكاح، لذلك يلحق فيه الولد بأبيه لأنّه نكاح مختلف فيه والاختلاف بين شبهة وشبهة تفسر لصالح الولد[1].

ثانيا: وجوب الاستبراء

يُقصد بالاستبراء تقصي بحث الشيء لقطع الشّبهة عنه، والمراد به في الشرع: تربص المرأة مدة معلومة للتأكد من براءة رحمها من الحمل بسبب الزنا أو الوطء بالشبهة، أو بسبب انتقال الأمة بملك اليمين، أما حكم الاستبراء هو الوجوب حفاظا على الأنساب[2]، حيث جاء في حديث النبي ﷺ: "**لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ يَسْقِيَمَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ**"، "**وَلَا يَحِلُّ لأمْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَومِ الآخِرِ أَنْ يَقَعَ عَلى اِمرأَةٍ منَ السَّبيِ حَتى يَسْتَبرِئَهَا وَلَا يَحِلُّ لِأمرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَومِ الآخِرِ أَنْ يَبِيعَ مَغْنمًا حتَّى يُقسِمَ**"[3].

فالاستبراء في وطء الشّبهة يكون في ذلك الشخص الذي يوطئ امرأة غلطا يظن أنّها زوجته، فإنّ الماء الحاصل من هذا الوطء يجب على المرأة الاستبراء منه، حيث أكّد المشرع هذا المبدأ في المادة **34** من ق.أ والواردة فيها: "**كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه بثبوت النسب، ووجوب الاستبراء**"[4]، ما يلاحظ أنّ المشرع

---

[1]– بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفقا لأخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص483.

[2]– الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج3، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص125

[3]– زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، **مختصر سنن أبي داود**، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، حديث رقم 2158، ج2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1431، ص36.

[4]– قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

الجزائري لم يحدد مدة الاستبراء الأمر الذي يدفعنا للرجوع إلى الفقه الإسلامي، فهذا الأخير يعتبر مدة الاستبراء تخضع لأحكام العدّة لأنّ الغاية واحدة وهي التأكد من براءة الرحم[1].

والعدة واجبة لقوله تعالى: **"يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا"** [2].

إذا فالعدة هي مدة معينة حددها الله عز وجل تنتظرها المرأة بعد الفرقة بينها وبين زوجها[3]، وهي على أنواع:

*** العدّة بالقرء:**

هي عدة خاصة بالمطلقة التي تم الدخول بها وغير حامل وكانت من ذوات الحيض لقوله تعالى: **"وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ"** [4].

*** العدّة بالأشهر:**

تحسب العدّة هنا بمدة محددة حددها القرآن الكريم بصورة واضحة فلا تقبل الزيادة ولا النقصان، وهي على نوعين: عدّة اليائس من الحيض وهي ثلاثة أشهر، لقوله تعالى:

---

[1]– الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص126.

[2]– سورة الطلاق، الآية 1.

[3]– دوادي عبد القادر، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ط3، دار البضائع للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص369.

[4]– سورة البقرة، الآية 228.

"وَٱلَّٰٓـِٔيسَ يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ"[1] بالإضافة إلى عدة المتوفى عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى: "وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ"[2]، إن العدّة هو سبيل أقره الشّارع وتبنته التشريعات للتأكد من براءة الرحم ومنع اختلاط الأنساب[3].

الفرع الثالث

وجوب المهر

المهر يقصد به الصداق أو البائنة أو النحلة، حيث أنّه من المظالم التي رفعها الإسلام عن الزوجة ومنح لها الحق في تملكه خاصة أنّها حرمت منه في الجاهلية، وحتى القانون الوضعي أقر للزوجة الحق في المهر إذ يسقط عن الزوج في كل فرقة قبل الدخول أو إذا أبرأته قبل الدخول بها، أو وهبته مادام أنه حق وملك خالص لها، ولها الحرية الكاملة في التصرف فيه[4].

جاء قانون الأسرة الجزائري لينص كذلك على المهر، حيث جاء في المادة **14** ما يلي: "**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**"[5].

أما بخصوص المهر في نكاح الشّبهة خاصة أنّه وطء من غير زنا، وليس بعقد صحيح ولا فاسد، والمشرع الجزائري لم ينص على مصير المهر في نكاح الشّبهة، أمر

---

[1]– سورة الطلاق، الآية 4.

[2]– سورة البقرة، الآية 234.

[3]– بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص226.

[4]– أحمد خليفة العقيلي، **الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية**، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1990، ص.ص 151–152.

[5]– قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

يدفعنا بضرورة الرجوع إلى المذاهب الفقهية بداية بالمذهب المالكي(أ)، ثم بعد ذلك المذهب الحنفي (ب)، بالإضافة إلى المذهب الشافعي (ج)، وفي الأخير المذهب الحنبلي(د).

أ- المذهب المالكي

إنّ حكم المهر لدى المالكية هو أن الوطء بشبهة يوجب مهر المثل، ويسقط الحدّ والمالكية يعتبرون الشبهة في غير العمد، فمتى كان غير متعمد بأن كان ناسيا، كمن طلق امرأته طلاقا بائنا ونسي فوطئها، أو كان غالطا بأن أراد أن يجامع امرأته فغالط في غيرها أو كان جاهلا للحكم بأن كان قريب عهد بالإسلام ويجهل أن الزنا محرم[1].

ب- المذهب الحنفي

يرى المذهب الحنفي أن الوطء بشبهة يجب فيه مهر المثل، والقاعدة عند الحنفية أن كل وطء في دار الإسلام بغير ملك يمين، أما أن يوجب المهر أو الحد، فهناك عدة أمثلة منها: الصبي إذا نكح بدون إذن وطاوعته، فإنه لا مهر عليه، ولا حد بوطئها، وكذا شخص يملك أمة فباعها بيعا صحيحا، ثم وطئها قبل أن يسلمها للمشتري فلا حد عليه ولا مهر لها ولكن للمشتري أن ينقص من ثمنها ما قابل البكارة إن كانت بكرا وإلا فلا، كذلك العبد إذا وطء سيدته بشبهة، فلا مهر لها، ولا حد، بالإضافة لشخص وطء جارية موقوفة عليه فإنه لا مهر عليه ولا حد[2].

ج- المذهب الشافعي

يذهب الفقه الشافعي للقول بأنّ الموطوءة بنكاح الشّبهة لها مهر المثل، مع التذكير أنّ هذا المذهب يتخذ في نكاح الشّبهة شبهة المحل، الملك، والفاعل، فإذا اتحد شخص الشّبهة

---

[1]- الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص125.

[2]- المرجع نفسه، ص.ص 122- 123.

لا يتعدد المهر، كما إذا وطء نائمة بشبهة أنّها امرأته اليوم، ثم وطئها بنفس هذه الشبهة بعد أيام، وكان لم يدفع لها المهر فإنّ عليه مهرا واحدا [1].

د- المذهب الحنبلي

مذهب ابن حنبل يقر بأنّ الوطء بشبهة يقتضي مهر المثل، ويرفع الحد، والشّبهة في الملك كأن يطأ أمته المحرمة عليه برضاع لاعتقاد حلها بملكه، أو اشتبه في عينها بأن ظنها امرأته وليست كذلك، أو وطئها بعد طلاق بائن في عدتها منه، أو وطء أمة مشتركة بينه وبين غيره لشبهة الملك أيضا، أو وطء في عقد فاسد عند الحنابلة صحيح عند غيرهم فإن كل ذلك يرفع الحد[2].

يتبين من خلال المذاهب الأربعة وجوب المهر في نكاح الشّبهة متى تحقق الوطء ومقداره هو مهر المثل، والذي يقصد به مهر مثيلتها من النساء إذ لم يُسمى الصداق وتقديره يكون اعتبارا من يوم العقد في النكاح الصحيح، ويقدر اعتبارا من يوم الدخول في النكاح الفاسد أو متى تحققت الشّبهة وقد دخل بها[3].

الفرع الرابع

حرمة المصاهرة

تعتبر المصاهرة قرابة حاصلة بالزواج من جهة الإناث، ولقد جاء لفظ المصاهرة في القرآن الكريم في قوله تعالى: "**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا نَسَبًا وَ صِهْرًا**" [4].

---

[1]- الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 125.

[2]- المرجع نفسه، ص 125.

[3]- دوادي عبد القادر، المرجع السابق، ص 168.

[4]- سورة الفرقان، الآية 54.

فتنشأ قرابة المصاهرة بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، بصيغة أخرى قرابة الزوج لأهل زوجته، وقد نص المشرع الجزائري على أصناف المحرمات بالمصاهرة في المادة **26** من قانون الأسرة [1].

إن اعتبار نكاح الشّبهة وطء من غير زنا وليس بزواج صحيح ولا بفاسد والأخذ به في مجال الاعتراف، وإثبات النّسب يعني أن المصاهرة تنشأ خاصة قبل التأكد الفعلي والتحقق من وجود الشّبهة، فبالتالي تثبت المصاهرة في وطء الشّبهة أو بعقد صحيح، فاسد أو زنا[2].

[1]– تنص المادة 26 من القانون رقم 84-11، المرجع السابق، على ما يلي: "**المحرمات بالمصاهرة هي: 1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها؛ 2- فروعها إن حصل الدخول بها؛ 3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا؛ 4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا**"

[2]– الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 127.

الفصل الثّاني

ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة

من المسلم به أنّ نكاح الشّبهة هو وطء من غير زنا، ولا هو دخول حقيقي مبني على عقد نكاح، وقيام حالة الشّبهة يترتب عنها بعض الآثار يعدّ النّسب من بين أهمها، حيث تقتضي ضرورة الحفاظ على نسب الأولاد إلحاق نسبهم بالموطئ، فهو يعدّ حقا مقدسا وبالتالي وجدت إمكانية الاعتداد بنكاح الشّبهة في إثبات النّسب.

ولدراسة كيفية ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة ينبغي دراسة حكمه والشروط الواجب توافرها للاعتداد به (مبحث أوّل)، فالقول أنّ الحق في النّسب هو من الحقوق المقدسة والمعترف بها قد يشوب هنالك نزاع حول إثبات هذا النّسب بتحقق الشّبهة، فبالتّالي كرّس المشرع الجزائري آلية ووسيلة من خلالها يمكن للشخص أن يثبت النّسب، وهو اللجوء إلى القضاء عن طريق المباشرة ورفع دعوى ثبوت النّسب، وهذه الأخيرة لابّد أن تكون مستوفية لجلّ الشروط الشكلية والموضوعية التي أقرّها المشرع، مبرزين موقف القضاء في مثل هذه القضايا (مبحث ثاني).

المبحث الأوّل

حكم إثبات النّسب في نكاح الشّبهة وشروطه

النّسب من الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصّلة تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، ورابطة النّسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنقسم به، وهو نعمة أنعمها الله على الإنسان[1].

ولعلّ النّسب في الزواج الصحيح لا يطرح أي إشكال أمام نكاح الشّبهة الذي يعتبر وطء دون زواج صحيح ولا فاسد، فلابدّ من معرفة حكم ثبوت النّسب فيه، خاصة أنّ النّسب من أهم حقوق الطفل (مطلب أول)، كما لا يمكن الاعتداد بنكاح الشّبهة من أجل إثبات النّسب فيه إلا بتحقق مجموعة من الشروط مرتكزة أساسا على الحمل والولادة (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل

حكم إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

اختلف الفقه في مسألة ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة، فأثبته البعض ونفاه البعض الآخر، ولعلّ مَردُ ذلك إلى التكييف الذي منحوه لواقعة الدخول والوطء، ولدراسة حكم النّسب في نكاح الشّبهة ينبغي التطرق إلى موقف الفقه (فرع أوّل)، بالإضافة إلى تطرق موقف المشرع الجزائري لحكم ثبوت النّسب عن طريق الشّبهة شأنه في ذلك شأن بعض التشريعات المقارنة (فرع ثاني).

---

[1]– رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص563.

الفرع الأوّل

حكم إثبات النّسب بنكاح الشّبهة في الفقه

لمعرفة حكم ثبوت النّسب بالوطء بشّبهة في الفقه الإسلامي، يقتضي دراسة حكم ثبوت هذا النّسب في كل قسم من الأقسام، بداية بشبهة الفعل (أوّلا)، ثم بعد ذلك شبهة الملك (ثانيا)، وفي الأخير شبهة العقد (ثالثا).

أوّلا: ثبوت النّسب بوجود شبهة الفعل

إنّ حالة الشّبهة بالفعل كمن زفّت إليه غير امرأته وقيل له هذه امرأتك، ثم تبيّن غير ذلك، فيرى بعض الفقهاء أنّ النّسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء في أي حالة من حالاتها، وذلك أن النّسب لا يثبت بغير الفراش، إلا أنّه اعترض بعض الفقهاء في شبهة الفعل إذ يقولون من زفّت له غير امرأته وهي ليست زوجته حقيقة، بل أجنبية عنه فإنّ النّسب يثبت للولد الحاصل من هذا الوطء[1].

ووردت قصة في عهد الإمام أبو حنيفة تتمثل في أنّ أخوين عقدا عقد زواج وأقيم لهما عرس واحد، وزفّت إلى كل واحد منهما عروس أخيه خطأ، وقد قرر الفقهاء حينئذ وجوب العدّة على العروسين لوطئهما بالشّبهة، وإذّا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أنّ الفراش الشرعي للزوج الذي عقد عليها، ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة، قال: هل يرضى كل من الأخوين بمن زفّت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم كل منهما يرضى، أشار بأن يطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد له على من دخل بها[2].

---

[1]– السرخسي شمس الدين، المرجع السابق، ص85.

[2]– زياد أحمد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، ط2، دار العربية للعلوم، مصر، 1998، ص. ص 142–143.

ثانيا: ثبوت النّسب بوجود شبهة الملك

شبهة الملك تسمى بشّبهة الحكم، فحاصلها أن يثبته الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنّه غير مباح له، يثبت النّسب للولد الحاصل في الوطء وذلك لأنّ الفعل ليس بزنا لوجود الشّبهة في المحل، وقد أجمع الفقه الإسلامي على أنّ الاتصال الجنسي المبني على الشّبهة يمحو وصف الزّنا، والدليل على ذلك إثباتهم للنّسب مستندين إلى أنّ الزنا لا يثبت نسبا، وجاء في قوله ﷺ : "**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجر**" [1].

وعليه فإنّ ثبوت النّسب من أفضل النعم، والزنا يعد جريمة، والجريمة لا تثبت نعمة فالشّبهة تزيل وصف الزنا وتمحو وصف الجريمة، لذلك يثبت النّسب على الراجح[2].

ثالثا: ثبوت النّسب بوجود شبهة العقد

شبهة العقد كمن يعقد على امرأة وهي تحرم عليه ولم يعلم بذلك، ففيه يثبت النّسب دون خلاف، فيسقط الحدّ عن الفاعل ويثبت النسب، لأن الوطء تعلقت به الشّبهة[3]، وعلى خلاف الإمام **مالك** فإنّه في نكاح المحارم من يعقد على أمه أو أخته أو ذات رحم محرم منه ويطئها فإنّه يعدّ لذلك حدّ الزنا مادام أنّه عالم بالتحريم، ولا يثبت به النّسب أما إذا لم يكن يعلم بالحرمة فيسقط الحدّ ويثبت النّسب[4].

---

[1]– أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457، ج1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1424، ص666.

[2]– محمد أبو الزهرة، المرجع السابق، ص389.

[3]– بلجراف سمية، "إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه"، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012، ص213.

[4]– محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة لحاج لخصر، باتنة، 2009، ص. ص503– 504.

أما مذهب **الحنابلة** فهو يقرّ بوجوب إقامة الحدّ على الفاعل ولا يثبت النّسب إن كان يعلم بالحرمة، فما نلاحظ على مذهب الحنابلة أنّه لا يقرّ تفريق في ثبوت النّسب بين الشّبهة وأخرى لكون ذلك يتحقق مع احتياط في ثبوت النّسب[1].

وعند **الجعفرية** فإنّ وطء الشّبهة سواءً سبقه العقد أم لا، يلحق النّسب بالواطئ إذا توافرت الشروط التي يثبت بها النّسب بالفراش وهي:

1- الدخول الحقيقي.

2- مضي ستة أشهر بين الوطء والولادة.

3- عدم زيادة المدة عن أقصى مدة الحمل[2].

الفرع الثاني

حكم اثبات النّسب بنكاح الشّبهة في التشريع

سنتناول ضمن مقتضيات هذا الفرع موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النسب في الوطء بشبهة (أولا)، ثم التطرق لموقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النّسب في النكاح بشبهة

سنحاول تبيان موقف بعض التشريعات بداية بالتشريع المغربي (أ)، ثم بعد ذلك بالتشريع السوري (ب)، وأخيرا ما جاء به قانون الأحوال الشخصية الأردني (ج).

---

[1]- طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص48.

[2]- محمد أحمد سراج، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص168.

أ- المشرع المغربي

بالعودة إلى مدونة الأسرة المغربية نجد أنّ المشرع المغربي بخصوص ثبوت النّسب في الوطء بشبهة قد ذكره في أكثر من مادة، وبالرجوع إلى نص المادة **152** من هذه المدونة نجد أنها تنص على ما يلي: " **أسباب لحوق النّسب:**

1- الفراش؛

2- الإقرار؛

3- الشّبهة."

كما جاء كذلك في المادة **155** ما يأتي: "**إذا نتج عن الاتصال بالشّبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسب الولد من المتصل. يثبت النّسب الناتج عن الشّبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا**" [1].

يتضح من خلال المادتين**152** و**155** من مدونة الأسرة المغربية بأنّ المشرع المغربي قد أخذ بنكاح الشّبهة وجعله سببا من أسباب الحق في النّسب، وما يلاحظ كذلك من خلال المادة **155** من هذه مدونة أنّه يظهر الاختلاف بينه وبين المشرع الجزائري، فإذْ كان هذا الأخير يعتبر نكاح الشّبهة كآلية لإثبات النّسب، فإنّ المشرع المغربي يرى بأنّ النّسب في واقعة الشّبهة تثبت بكل وسائل الإثبات المعتمدة والمقرّرة في التشريع المغربي.

[1]- ظهير شريف، رقم 22-04-01 صادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق ل 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر، ع 5184، الصادر 14 ذو الحجة 1424، الموافق ل 5 فبراير 2004، المعدل والمتمم.

ب- المشرع السوري

يعتبر المشرع السوري أن الوطء بشبهة ضمن أسباب ثبوت النّسب، حيث أكد ذلك في المادة **1/133** من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "**الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ**" [1].

يتضح من خلال نص المادة **133** أن المشرع السوري يأخذ بالوطء بشبهة في مسألة إثبات النّسب، وذلك بشكل صريح.

ج- المشرع الأردني

جعل المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية نكاح الشّبهة كسبب لإثبات النّسب

وذلك وفقا لمقتضيات المادة **158/ب**: "**يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الدخول أو الوطء بشبهة**" [2].

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من ثبوت النّسب في النّكاح بشبهة

تنص المادة **40** من ق.أ.ج: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون**"[3] .

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بمرسوم تشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المعدل بالقانون رقم 82 سنة 2001.

[3]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

ما يلاحظ من نص المادة **40** أنّ المشرع الجزائري اعتبر الوطء بشبهة سببا من أسباب ثبوت النّسب غير أنّه لم يفرق بين شبهة وأخرى، و ذلك مع مراعاة أدنى وأقصى مدة الحمل المنصوص عليها في قانون الأسرة.

فبهذا يكون المشرع قد أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد، وهو ما تؤكده بعض قرارات المحكمة العليا[1].

يتبين لنا من خلال بعض هذه التشريعات المقارنة بأنّ المشرع المغربي هو الذي كان أكثر وضوحا مقارنة بالتشريع الجزائري، السوري والأردني، أين جعل الشّبهة كسبب لثبوت النّسب، وذلك بشكل صريح في المادة **152** السالفة الذكر.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توفرها لثبوت النّسب في نكاح الشّبهة

لاعتبار نكاح الشّبهة سببا من أسباب إثبات النّسب، لا بدّ أن يكون مستوفيا لجملة من الشروط، بداية بشرط الاتصال الجنسي بين الزوجين (فرع أوّل)، ووجوب قيام وتحقق واقعة الحمل (فرع ثاني)، وفي الأخير شرط عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

شرط الاتصال الجنسي بين الزوجين

يُعدّ وجود شرط إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين من الشروط المتفق عليها، مع الاختلاف في المراد به أهو الإمكان والتصور العقلي أو الامكان الفعلي والعادي، فلإزالة هذا

[1]– بوزيد خالد، **إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران 2، 2018، ص 190.

التساؤل نجد **الأئمة الثلاث** وهم: الإمام مالك، والشافعي، وابن حنبل، يشترطون الإمكان العادي لا العقلي بحكم أنّ الإمكان العقلي نادر، ورأيهم في ذلك وجيه لأنّ الأحكام تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، فلو تزوج رجل امرأة وطلقها في مجلس ثم أتت بولد لستة أشهر أو أكثر لم يثبت نسبه منه[1].

إلاّ أنّ **الحنفية** خالفوا في ذلك، بالقول أنّ مجرد الفراش أي العقد وحده كاف لإلحاق النّسب بالزوج صاحب الفراش ولو لم يعقب الزواج الدخول بالزوجة، والواقع أنّ اثبات النّسب من تاريخ العقد عند الحنفية وإن لم يتحقق الدخول أو الوطء، إنّما يقصد به حماية الولد من الضياع وسِتْر العرض ومنع مشكلة اللقطاء[2].

وذهب **ابن تميمة** للقول أنّه لا يكفي لتحقق الفراش إمكان التلاقي، بل لابد من الدخول المحقق، أي لا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي، مؤسسين ذلك بقولهم كيف تصبح المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج، بمعنى أنّ المرأة لا تصبح فراشا إلا ببناء ودخول حقيقي[3].

وبالعودة إلى التشريع الجزائري، فإنّ المشرع الجزائري أخذ بشرط إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين لإثبات نسب الولد لأبيه، وذلك في المادة **41** من تقنين الأسرة والتي تنص على أنّه: "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة** "، وعليه ففي حالة ما إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة فإنّ هذا العقد يكون سببا لثبوت النّسب ضمن الفترة المقررة شرعا وقانونا، إذا كان الاتصال

---

[1]– طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص52.

[2]– عامر عبد العزيز، المرجع السابق، ص. ص 16–17.

[3]– عمراني أحمد، **أحكام النسب بين الانجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2000، ص. ص 24– 25.

بين الزوجين ممكنا بأن كان يتلاقيان، أما إذا استحال ذلك كبعدهما وإقامة كل طرف في بلد آخر بحيث يجعل إمكانية التلاقي مستحيلة فإنّ نسب الولد لا يلحق بأبيه[1].

الفرع الثاني

وجوب قيام الحمل

لدراسة شرط قيام الحمل التطرق لمدته وذلك بين أقل مدة الحمل وأقصاها (أوّلا)، مع دراسة كيفية استخدام مدة الحمل في إثبات النسب (ثانيا).

أوّلا: مدّة الحمل

من القواعد الأساسية التي يبنى عليها الأصل الشرعي قاعدة الولد للفراش، ومن ثم يؤسس عليها الحكم بثبوت النّسب أو نفيه، ويقصد به أن تأتي الزوجة بالولد خلال مدة معينة من الزواج، فأقل مدة الحمل التي يكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا هي ستة أشهر واستنبط الفقه ذلك انطلاقا من عدة آيات، بداية من قول الشارع الحكيم: **"وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا"**[2]، وقوله كذلك: **"وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ"**[3].

لقد قدرت الآية الأولى الحمل والفصال في ثلاثين شهرا، وقدرت الثانية الفصال بمعنى الفطام في عامين، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر[4].

---

[1]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 192.

[2]– سورة الأحقاف، الآية 15.

[3]– سورة لقمان، الآية 14.

[4]– طهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية)**، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 69.

أما أقصي مدة الحمل هي أن لا تزيد عن سنة من تاريخ الفرقة بينهما، وفي المذهب المالكي خمسة سنين، أما في المذهب الحنفي أقصي مدة الحمل هي سنتان، استنادا إلى ما روي عن **السيدة عائشة** من قولها: "**مَا تزِيدُ المرأَة فِي الحَملِ عَلى سَنتَيْن قَدر مَا يَتحول ظِل عَمُود الغَزَال**"، وقال الشافعي أربع سنين، وقال أحمد أنّ أقصى مدة للحمل هي سنتان[1].

وبخصوص التشريع الجزائري فنص على أقل مدة الحمل وأقصاها في المادة **42** من ق.أ.ج، حيث ورد فيها: "**أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشر(10) أشهر**"[2].

ثانيا: كيفية استخدام مدة الحمل في إثبات النّسب

الاستعانة بمدة الحمل بحدّيها الأدنى والأقصى أمر لا غنى عنه لتقرير ثبوت النّسب أو نفيه، سواء جاءت الولادة أثناء قيام الفراش الصحيح أو الفراش الفاسد أو شبهة الفراش ففي حالة قيام الفراش بشبهة فإنّ الفقهاء يذهبون لحساب مدة ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وحتى الولادة، وعليه إذا خالط الرجل المرأة بشبهة ثم أتت بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ المخالطة لازمهُ النّسب، أما إذا أتت بالولد قبل مضي هذه المدة فلا يثبت النّسب إلاّ إذا ادّعاه، ويحمل الأمر على أنّه قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى[3].

---

[1]– معوض عبد التواب، **الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية**، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 489.

[2]– قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

[3]– عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، **إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم: الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص 41.

الفرع الثالث

عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللعان)

لثبوت نسب الولد لأبيه متى أمكن الاتصال بين الزوجين، وكان في خلال المدة المقرّرة شرعا وقانونا، ولم ينفيه والده بالطرق المشروعة، أمّا إذا ثبت عدم الدخول بين الزوجين أو أنّهما لم يلتقيا قطّ فإنّ النّسب لا يثبت[1]، وهذا الطريق في إثبات النّسب مستنبط من قوله ﷺ: "**الوَلَدُ لِلفِرَاشِ وِ لِلعَاهِرِ الحَجر**"، وهو ما أكده المشرع الجزائري بقوله: "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة**"[2].

والطرق المشروعة لنفي النّسب هي اللعان، ولدراسة أحكامه لا بّد من معرفة المقصود باللعان ودليل مشروعيته (أولا)، ثم بعد ذلك دراسة شروط اللعان (ثانيا).

أوّلا: المقصود باللّعان ودليل مشروعيته

اللّعان هو شهادات مؤكدة يؤديها الزوجان تقوم مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة، أو هو ما يقع بين الزوجين بسبب نفي شرعية حمل أو دعوى رؤية الزنا فيتحالفان كما نص عليه القرآن الكريم[3].

وقد يكون سبب الملاعنة هو مشاهدة الزوج زوجته وهي ترتكب الزنا مع أجنبي أو لنفي حملها من الانتساب إليه لعدم مقاربتها أو غيابه عنها مدة تتعدى أشهر الحمل[4].

---

[1]– نقلا عن: سديد بلخير، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. ص 23–24.

[2]– قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

[3]– كمال صالح البنا، **المشكلات العلمية في دعاوي النسب والإرث**، عالم الكتاب، (د.ب.ن)، 2002، ص08.

[4]– نجومن م. قندوز سناء، "اللعان واشكالاته الفقهية، القانونية والقضائية"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص 113.

أما عن مشروعية اللّعان فدليله من الكتاب، قوله تعالى: "**وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ (٤)إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَ أَصۡلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ (٥) وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ (٦) وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ (٧) وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ (٨) وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ (٩)**»[1].

أما من السنّة النبوية حيث جاء عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلّى الله عليه وسلّم شريك من بني سَحْماءْ، فقال له النبي صلّى الله عليه وسلّم: "**البَينَة أوْ حَد فِي ظَهرِك**"، فقال يا رسول الله: "**إذَّا رَأى أحَدُنا علَي اِمرَأتِهِ رَجُلا ينْطلِق يَلتَمِس البَينَة وَ الذِي بَعثَكَ بِالحَقِ غنَي لَا صادِق وَ ليزَلنَ الله تَعالَى مَا يبرأُ ظَهرِي مِن الحَد**"، وكانت هذه الواقعة هي سبب مشروعية اللعان[2].

ثانيا: شروط اللعان

هناك من الشروط ما يتعلق بالزوجين (أ)، وهناك ما يتعلق بالولد (ب)، مع التنبيه أنّ هنالك شروط أخرى تتعلق بضوابط أداء اللعان.

أ- ما يتعلق بالزوجين

يقتضي أن تكون الزوجية قائمة ما بين المتلاعنين وثابتة ومعترف بها من الزوج سواء

---

[1]- سورة النور، الآيات من 4 إلى 9.

[2]- نقلا عن: أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص 168.

كان زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة، وسواء كانت الزوجة تم الدخول بها أو لم يتم وقد تحفظ الحنفية عن هذا الشرط باستبعاد إمكانية الملاعنة في غير زواج صحيح، على خلاف أنهم أقروا بإمكانية اللعان بالزوج والمطلقة منه رجعيا في العدة مادام النكاح صحيح لأنّه في حكم الزوجة، ولابدّ أن يكون كل من الزوجين عاقلا وبالغا وأضاف الحنفية شرط عفاف الزوجة والزوج أن لا يكونا فاسقين، أو وقع عليهما الحدّ سابقا للقذف أو غيره[1].

ب- ما يتعلق بالولد

لابدّ أن يكون الولد الذي يريد الزوج نفي نسبه حيا أثناء اللعان وألا يتقدم الإقرار بنسب اللعان لأنّه لا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنّسب، وتتم الملاعنة والحكم بالتفريق بين الزوجين في آن واحد وهما على قيد الحياة، فإذا نفي الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده، وقبل الحكم بالتفريق فلا ينتفي النّسب في هذه الحالة [2].

المبحث الثاني

دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

سبق وأشرنا بأنّ الحق في النّسب من الحقوق المقدسة شرعا وقانونا وثمرة من ثمرات عقد الزواج، فهذا الأخير قد يكون وقع بشبهة مما قد يطرح إشكالات في مسألة النّسب إلى درجة نشوب نزاع بين أطراف الرابطة الزوجية، فخولت الفقرة **2** من المادة **158**من الدستور الجزائري الحق لكل شخص في اللجوء إلى القضاء، وذلك تفعيلا لمبدأ الحق في التقاضي[3]

---

[1]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. ص 163- 164.

[2]- نجومن م. قندوز سناء، المرجع السابق، ص 116.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتضمن الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 مارس 2016، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع14، الصادر في 07 مارس 2016.

فتعدّ الدعوى القضائية هي الآلية والوسيلة المشروعة للمطالبة بحق ما أو توفير الحماية له[1]، ولن تمارس إلا إذا كانت مستوفية لمجموعة الشروط المقرّرة لها قانونا (مطلب أوّل).

وتعد مسألة النّسب في نكاح الشّبهة من المواضيع التي لم يفصل فيها المشرع الجزائري كثيرا وفي كيفية مباشرة الدعوى المتعلقة بها أمام القاضي المختص، مما يطرح عدة إشكالات تطبيقية (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل

شروط رفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

نشير منذ البداية إلى أنّ المشرع الجزائري لم يخصص لهذه الدعوى إجراءات وشروط خاصة، مما يقتضي منا العودة إلى القواعد العامة، فيفترض لرفع الدعوى القضائية أن تكون في الشكل القانوني المطلوب والمتمثل في احترام ومراعاة الشروط الشكلية (فرع أول) بالإضافة إلي ضرورة التقيد بالشروط الموضوعية (فرع ثاني).

الفرع الأوّل

الشروط الشكلية لرفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

تجنّبا لإجابة القاضي المتمثلة في عدم قبول الدعوى شكلا لابدّ لهذه الأخيرة أن تشتمل على شروط شكلية بداية بعريضة افتتاح الدعوى (أوّلا)، ولابدّ أن ترفع هذه الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة (ثانيا).

[1]– بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص29.

أوّلا: عريضة افتتاح الدعوى

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 14 منه على أن ترفع الدعوى القضائية بواسطة محرر ورقي يسمى "عريضة افتتاح الدعوى"[1]، ويجب أن تحتوي عريضة افتتاح الدعوى على البيانات الآتية:

- الجهة القضائية المختصة.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه.
- ذكر الشخص المعنوي وأسانيده.
- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيده.
- ذكر المستندات المؤيدة للدعوى [2].

هذه البيانات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي بيانات إلزامية، بحيث استهلّها المشرع بمصطلح " يجب" أي على سبيل الوجوب، ولابدّ كذلك من قيد العريضة وفقا لما جاء في المادة **16** من ق.إ.م.إ. المنصوص فيها: "**تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة...**".

وأضافت المادة **17** من نفس القانون على أنّه: "**لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...**"، وبعد القيد يأتي إجراء التبليغ

[1]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع21، الصادر في 23 أبريل 2008.

[2]- أنظر المادة 15 من قانون 08-09، المرجع نفسه.

تفعيلا لمبدأ الوَجاهية المنصوص عليها في المادة **03** من ق.إ.م.إ: "**يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته...**"[1].

ويكون التبليغ عن طريق التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة للنظر في الدعوى، حيث يعد خطوة أساسية في مسار الدعوى[2]، فلا يمكن تصور عدم مواجهة المدعى عليه بالادعاءات المقدمة ضده أمام القضاء[3]، وتفعيلا كذلك لمبدأ شكلية العمل الإجرائي، ويكون التبليغ عن طريق محضر قضائي بمعنى بشكل رسمي[4].

رتب المشرع الجزائري جزاء لعدم احترام رافع الدعوى البيانات الواجب توفرها في عريضة افتتاح الدعوى، وهو عدم قبولها شكلا وذلك ما ورد بصفة صريحة في المادة **15** ق.إ.م.إ[5]، بحكم أنّ تلك البيانات ذات صلة بالنظام العام وضمانا لحسن سيرورة مرفق العدالة[6].

ثانيا: القضاء المختص في دعوى ثبوت النّسب

نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص في الباب الثاني من الكتاب الأول الخاص بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وباستقراء النصوص القانونية الواردة فيه يتضح أنّ هنالك اختصاص نوعي(أ) واختصاص إقليمي(ب).

---

[1]– قانون 09-08، المرجع السابق.

[2]– ختال ريمة، حمداوي وهيبة، **نظرية الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 49.

[3]– سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 45.

[4]–دلاندة يوسف، **الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص28.

[5]– قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[6]– بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 50.

أ-الاختصاص النوعي في دعوى اثبات النّسب في نكاح الشّبهة

يقصد بالاختصاص النوعي صلاحية وسلطة المحاكم في الفصل في القضايا المطروحة أمامها، ويعتبر الاختصاص النوعي بمثابة رابطة قانونية بين القضاء وبين الموضوع أو الحق المراد حمايته[1]، أما تحديد الاختصاص النوعي في دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة يتطلب العودة إلى المادتين **32** و**423** من ق.إ.م.إ، حيث ورد في المادة **32** ما يلي: "**المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام...**".

وقضايا شؤون الأسرة تتم جدولتها في القسم المختص بها، وفي حالة ما إذا كانت تلك المحكمة منعدمة الأقسام يبقى القسم المدني صاحب الاختصاص[2].

أما المادة **432** في فقرتها الثالثة من ق.إ.م.إ، والتي تنص على أنّه: "**ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: - دعاوى إثبات الزواج والنسب**"

ب- الاختصاص الإقليمي في دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

الاختصاص الإقليمي هو تحديد المحكمة التي يؤول لها سلطة النظر في النزاع، وهذه الصلاحية مقيدة بمجال جغرافي أو مكاني، ولكل محكمة نصيب على مستوى إقليم الدولة ولعل الهدف الرئيسي من توزيع القضايا بين إقليم الدولة هو جعل المؤسسة القضائية أقرب للمتقاضين، وضمان سرعة الفصل في القضايا[3].

فتباشر دعوى ثبوت النّسب أمام محكمة موطن المدعى عليه وذلك ما جاء به المشرع الجزائري في المادة **490** من ق.إ.م.إ، والتي تنص على أنّه: "**ترفع دعوى الاعتراف**

---

[1]-دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 37.

[2]- القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[3]- يوسفات علي هاشم، **أحكام النسب في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 169.

بالنّسب، بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه".

وأضافت المادة **491** على وجوب تحقق شرطين، والتي تنص على أنّه: "**ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية**"[1].

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لرفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

إضافة إلى الشروط الشكلية التي تطرقنا إليها، ألزم المشرع الجزائري أن تتوفر في دعوى الحكم بإثبات النّسب في نكاح الشّبهة على شروط موضوعية، بداية من مباشرتها من طرف أشخاص لهم الصفة(أوّلا)، وأن تكون لهم غاية من رفع الدعوى أي مصلحة تعود علي رافعها(ثانيا)، ولا تمارس هذه الدعوى إلا من طرف أشخاص تتوفر فيهم الأهلية القانونية الواجبة (ثالثا).

أولا: الصفة

الصفة في دعوى إثبات النّسب بنكاح الشّبهة هي أن يكون رافع الدعوى صاحب الحق بصورة شخصية أو نيابية، اختصه القانون بهذا المركز دون غيره، فللأم الصفة في دعوى إثبات النّسب لابنها من أبيه مادام في يدها، وذلك لتدفع عن نفسها تهمة الزّنا، فصفتها كأم تكسبها الصفة بشكل مطلق[2]، مع التنبيه أنّ شرط الصفة من النظام العام يثيرها القاضي

---

[1]– قانون رقم 08–09، المرجع السابق.

[2]– عمران عائشة، **إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2016، ص13.

من تلقاء نفسه سواء تعلق الأمر بصفة المدعي أو المدعى عليه، خاصة ما تعلق بالقاصر الذي يحتاج إلى ولي ينوبه سواء ولاية نيابية قانونية أو قضائية وكذا اتفاقية، وبالتالي ترفض الدعوى استنادا إلى المادة **13** من ق.إ.م.إ، وذلك عملا بالقاعدة أنّه لا دعوى من دون صفة[1].

ثانيا: المصلحة

لا يقصد بالمصلحة أن يكون هنالك حق شخصي ذاتي، بل تمتد لتشمل واجبات الشخص، وهي رابطة بين الحق أو المركز القانوني المطالب به، أين لا يجوز للشّخص اللجوء للقضاء ما لم تكن له أيّة مصلحة في ذلك أين يثيرها الخصوم وكذا المحكمة، سواء كانت مصلحة مادية أو أدبية، قليلة أو كبيرة، بشرط ألا يتعسف الشخص في استعمال حقّه وكل ذلك ينساب من فكرة مرفق القضاء، الذي يهدف إلى إشباع حاجات الأشخاص من الحماية القضائية، وفي حالة انعدام المصلحة فلا تقبل الدعوى شكلا [2].

ثالثا: الأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وكذا القدرة على الحفاظ على المراكز القانونية إذا تعلق الأمر بالخصومة القضائية وممارستها، إذن الأهلية ليست شرط لقبول الدعوى بحيث يمكن أن تفقد في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، بل جعلها المشرّع الجزائري شرط لمباشرة الدعوى[3].

---

[1]– أنظر المادة 13 من القانون رقم 08–09، المرجع السابق

[2]– زودة عمر، **الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء**، ط2، انسكلوبيديا للنشر، الجزائر، 2015، ص. ص 62– 63.

[3]– زروتي الطيب، **الكامل في العرائض القضائية**، ج1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 07.

يترتب عن تخلف شرط الأهلية عدم قبول الدعوى شكلا، وهو دفع يثيره القاضي من تلقاء نفسه، ويجوز له كذلك أن يثار تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي، وهذا طبقا لنص المادة **65** من ق.إ.م.إ، أما إذا كانت الأهلية شرط لصحة الإجراءات والممارسة القضائية للدعوى، وبالتالي فإنّ دعوى عديم الأهلية أو ناقصها تكون مقبولة إذا كانت مستوفية لشرطي الصفة والمصلحة، إلا أنّ الأثر القانوني الناتج هو عدم قدرة الشخص على مباشرة الدعوى بنفسه[1].

إلا أنّه يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، حسب ما جاء في المادة **07** في فقرتها **02** من قانون الأسرة الجزائري[2].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة

للقاضي الدور الفاصل في دعوى إثبات النّسب، إذ منح له المشرع الجزائري صلاحيات تساعده في الوصول لحل ملائم للنزاع[3]، ولعلّ وجود الشّبهة أحد الأسباب التي جعلت المشرع الجزائري يمنح القاضي صلاحية أو إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب الذي كان بموجب وطء شبهة (فرع أول)، كما من الممكن أن يعتمد القاضي في مثل هذه القضايا المعروضة عليه بالاجتهادات القضائية من أجل الفصل في النزاع وإلا كان متهما بجريمة إنكار العدالة (فرع ثاني).

---

[1]– عوض أحمد الزعبي، **أصول المحاكمات المدنية**، ج2، ط2، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. ص 444– 445.

[2]– تنص المادة 07 فقرة 02 من الأمر 05–02، المرجع السابق، على أنّه: "**يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات**".

[3]– إجعاد سيلية، زيداني تيزيري، **دعوى إثبات النسب**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: المهن القانونية والقضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019، ص63.

الفرع الأوّل

إثبات النّسب في نكاح الشّبهة بالطرق العلمية

إذا كان المشرع الجزائري قد أجاز ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة بموجب المادة **40** من ق.أ، فإنّ الشّبهة بحد ذاتها تجعل القاضي في بعض الأحيان ملزما للجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النّسب وصيانة لحقوق الأولاد ومنع اختلاط الأنساب، وذلك بموجب المادة **2/40** من ق.أ والمنصوص فيها: "**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**" [1].

ويتضح من نص المادة **2/40** من ق.أ.ج أن إمكانية لجوء القاضي للوسائل العلمية هي جوازية وليست على سبيل الإلزام وذلك باستعمال المشرع لعبارة (يجوز)، فمن الممكن أن يستعين قاضي شؤون الأسرة بالخبرة العلمية من أجل الفصل في النزاع، وذلك بشكل تلقائي أو بطلب من الخصوم حسب ما أقرّه المشرع الجزائري في المادة **425** من ق.إ.م.إ، والتي تنص على أنّه: "**أن يأمر في اطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة**" [2].

وللقاضي أن يقدر بعد النظر في وقائع وأقوال المتقاضين مدى تحقق ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية[3].

وكذا لابد أن يتضمن طلب القاضي للخبرة الأمر بأخذ عينات وفحصّها من أجل تحديد نسب الطفل ومنح الجهة القضائية المختصة نتيجة نهائية، خاصة أن الخبرة تساهم في رفع

---

[1]– القانون رقم 84–11، المرجع السابق.

[2]– القانون رقم 08–09، المرجع السابق.

[3]– علال مرزوق أمال، **أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2015، ص380.

اللبس وإماطة اللثام عن الغموض الذي يشوب النزاع في إثبات النّسب[1]، مع التأكيد على مسألة أن القاضي غير ملزم بنتائج الخبرة، وهذا ما ورد بشكل صريح في المادة **144** من ق.إ.م.إ والتي ورد فيها: "**يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.**

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

أما في حالة تعدد وتعارض الخبرات الطبية وأقوال خبراء البصمة الوراثية فتأسيس الحكم على نتائج الخبرة جعله القانون اختياريا لقاضي الموضوع، مع ضرورة تسبيبه لاستبعاد نتائج تلك الخبرة، بمعنى أن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية، خاصة أن المسألة ذو طبيعة حساسة لارتباطها بالنسب الشرعي وحقوق الطفل[2].

رغم السلطة الممنوحة للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، إلا أنه مقيد بعدة مبادئ قانونية (أولا)، كما قد تواجهه بعض الإشكالات المادية (ثانيا).

أوّلا: المبادئ القانونية المقيدة لسلطة القاضي

تتمحور هذه المبادئ في بعض النصوص المكرسة في الدستور أو القانون، والتي في بعض الأحيان يجعلها الخصم فرصة ويستغلها للتهرب من الفحص الوراثي، والتي يمكن أن نختصرها فيما يأتي:

أ- حُرمة الحياة الخاصة

لكل فرد الحق في حماية خصوصيته وذلك للمحافظة على سرية حياته الخاصة بشكل

---

[1]- ذيابي باديس، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص123.

[2]- شرقي نصيرة، **إثبات النسب في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص60.

لا تكون عرضة للناس[1]، والمؤسس الدستوري بدوره سعى إلى حماية الحرمة وهذا ما نص عليه في المادة **46** من الدستور الجزائري: "**لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون**"[2].

يتضح أنّ مبدأ حرمة الحياة الخاصة تشكل عقبة أمام الفحص النووي الذي يراه البعض تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، كونه يفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية للشخص مما قد يمدّ الغير بمعلومات خاصة للزوجين أين تكتسي طابع شخصي وسري[3].

ب- عدم المساس بحرمة الجسد

لقد عنيت الشّريعة الغرّاء بحياة الإنسان وجسده وأعضائه عناية كبيرة وفائقة، فالإنسان مكرم ومحترم لا يجوز لأي شخص المساس به أو بأي جزء من أجزاء جسده إلّا بالحق[4] كما سعت أغلب التشريعات إلى جعل الأفعال المرتكبة والتي تستهدف الحقوق والحريات وتشكل اعتداء على جسد الشخص أفعال منصوص ومعاقب عليها[5].

غير أنّ الوسيلة التي يتبعها الخبراء لأخذ عينات من الأشخاص لتحليلها لا تشكل أي ضرر لشخص بحكم أنّه تُأخذ من اللّعاب أو الشعر أو غيرها، ومنه يكون التحليل الجيني لا

---

[1]- سوزان عدنان، "انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت، دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد2، ع3، جامعة دمشق، سوريا، 2013، ص426.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

[3]- زقاوي حميد، "عقبات اثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية "، **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، ع3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016، ص100.

[4]- أحلوش بولحبال زينب، **حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2016، ص101.

[5]- سعد عبد العزيز، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014 ص138.

يمس ولا يشكل أي خرق لمبدأ عدم جواز المساس بحرمة الجسد، والمنصوص عليها في المادة **35** من الدستور الجزائري[1].

ج- مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على إتيان دليل ضد نفسه بنفسه

من مبادئ قواعد الإثبات مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على إتيان دليل ضد نفسه بنفسه، خاصة أنّ المكلف بالإثبات هو من يُلزم بتقديم المستندات التي تؤيد صحة ما يدعيه وليس أن يلقي عبء الاثبات على الخصوم[2].

ثانيا: الإشكالات المادية

إضافة إلى المبادئ القانونية التي تعد بمثابة قيود على سلطة القاضي للاستعانة بالطرق العلمية لإثبات النّسب، وقد تواجه القاضي بعض الإشكالات المادية، نذكر منها:

أ- قلة المخابر العلمية المختصة

إنّ المخبر المركزي للشرطة العلمية المتواجد في بن عكنون(الجزائر) الذي أنشأ في سنة 2004 هو المعمل الوحيد الذي رخص له للقيام بالفحوصات الطبية، وقد تفرع عن هذا المخبر مخبرين جهويين أحدهما بولاية قسنطينة والثاني في ولاية وهران.

المركز الوطني للشرطة العلمية هو مركز تابع لمديرية الشرطة القضائية، المخبر الوحيد، مما يعني قلة المخابر العلمية الذي يعد أحد الإشكالات التي تحول دون تحقيق إرادة الأطراف في الكشف عن النّسب الحقيقي للشخص، وذلك نظرا للعدد الهائل والمتزايد

---

[1]- تنص المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المرجع السابق، على أنه:" **يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية**".

[2]- الغوثي بن ملحة، **قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص161.

لدعاوى النّسب ونقص الإمكانات المخبرية ذات الجودة العالية[1]، إلى جانب أنّ اللجوء إلى الطرق العلمية تحتاج إلى كفاءات علمية في علم البيولوجيا والمعرفة الدقيقة في علم الجينات[2].

ب- مصاريف الخبرة

إنّ إجراء تحاليل البصمة الوراثية تتطلب مبالغ مالية باهضة يتقاضاها الخبير أو ينبغي أن تصرف للمختبر مباشرة، وهي من المصاريف القضائية التي تقع على أطراف النزاع خاصة في حالة ما قدر القاضي وجوب إعادة الفحص الجيني في مخبرين منفصلين ومختلفين، مما يزيد من المصاريف القضائية التي قد لا يستطيع المواطن دفعها[3].

ورغم كل الصعوبات والإشكالات التي تقف كحاجز أمام التحاليل الجينية، إلّا أنّه من غير الممكن الاستغناء عنها أو استبعادها في دعوى إثبات النّسب خاصة إذا تمسك ذوي المصلحة والمسموح لهم شرعا، ومتى رأى قاضي الموضوع أنّه هناك ضرورة تتطلب إجراء التحاليل فلن يتأخر في الاستعانة ضمانا وصيانة لحقوق الأفراد[4].

الفرع الثاني

أمثلة عن بعض الاجتهادات القضائية في دعوى إثبات النسب بنكاح الشّبهة

إنّ قضايا الزواج والنّسب من القضايا التي يمكن للقاضي فيها أن يستعين ببعض الاجتهادات القضائية السابقة، فقضايا ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة تعد من القضايا

---

[1]- بوحادة سمية، "إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية -البصمة الوراثية نموذجا-"، **مجلة الدراسات والبحوث القانونية**، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، (د.س.ن)، ص229.

[2]- ذيابي باديس، المرجع السابق، ص115.

[3]- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص65.

[4]- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص373.

المتشعبة التي لا يملك فيها القاضي نصوصا قانونية عدّة، ما عدى المادة **40** من ق.أ.ج، كما أنّ هذه المادة لا يجد فيها متسع من المعلومات حتى يُكوّن قناعة، ماعدا إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية.

ومن القرارات القضائية المؤكدة لثبوت النّسب في نكاح الشّبهة ما صدر عن المحكمة العليا إذ جاء في أحد قراراتها: "من المقرّر قانونا أنّه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا"، ومن المقرّر قانونا أيضا أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة، وبكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد **32، 33، 34** من هذا القانون، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون[1].

كما صدر عن المحكمة العليا قرارا بتاريخ 2012/05/12 أثار الكثير من الجدل في الوسط القانوني و الفقهي، حيث تضمن القرار المبدأ التالي: "**الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكيّف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النّسب**" [2]، بحيث تتلخص حيثيات القرار في وجود عقد زواج تم إبرامه في سنة 2006، ورتب ميلاد بنت بتاريخ 2006/09/04، أي بعد شهر وبضعة أيام من تاريخ عقد الزواج، تم تسجيلها في سجل الحالة المدنية على اسم المطعون ضده(ب.أ)، فباشر هذا الأخير دعوى يطالب من خلالها إسقاط نسب البنت عنه، وإلحاقها بأمها على أساس ولادتها قبل الدخول وبعد شهر واحد من تاريخ إبرام عقد الزواج، أما المدعى عليها(ب.ف) أكدت بأن المدعي هو من قام بتسجيل البنت على اسمه، ولذلك طالبت بتحقيق في ذلك وعلى إثره إلتمست رفض الدعوى، فصدر

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم 222674، مؤرخ في 1999/06/15، قضية (ع.ب) ضد (م.ل)، المجلة القضائية، ع01، 1999.

[2]– أنظر الملحق.

في هذه الدعوى حكم بتاريخ 2006/12/09 يقضي بإسقاط نسب البنت عن المدعي، على أساس ولادتها خارج المدة القانونية المعتبرة شرعا وقانونا [1].

فاستأنفت المدعى عليها أمام غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء معسكر، فأكدت أمام هيئة المجلس تعرضها للاغتصاب، وأنّ عقد الزواج قد تم إبرامه من أجل تفادى المتابعة الجزائية، وأكدت أن المستأنف عليه قد أقر بالحمل، فأكد مجلس قضاء معسكر بموجب قرار مؤرخ في 2007/03/28 يقضي بتأييد الحكم الابتدائي، فقامت (ب.ف) بالطعن في هذا القرار بطريق النقض أمام المحكمة العليا بتاريخ 2009/03/08، بحيث صدر قرار بتاريخ 2011/05/12، وهو القرار محل الدراسة.

وعليه جاء قرار المحكمة العليا بأنّ الاغتصاب في حالة ثبوته بحكم قضائي يكيف على أنّه نكاح شبهة، ومن خلاله يثبت النّسب حسب ما جاء في المادة **40** من ق.أ.ج، كما أنّه إذا ثبت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح بالبنت لدى ضابط الحالة المدنية فهذا يعد إقرار منه بنسب البنت، ولا يحق له نفيه أو التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه، لما في ذلك من مصلحة للبنت وإحياء لها.

وبالنسبة للأسباب التي دفعت بالمحكمة العليا لتغيير اجتهادها فيمكن تلخيصها في مداخلة الرئيس السابق لغرفة الأحوال الشخصية السيد علاوة لعوامري بمجلس قضاء سطيف سنة 2006، ولعل أهمها إلحاق نسب الأطفال الذين ولدوا جراء الاغتصاب الذي تعرضت

[1]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم617374، مؤرخ في 2011/05/12، قضية (ب.ف) ضد (ب.أ)، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2012.

له النساء من قبل الإرهابيين في فترة العشرية السوداء والسبب الآخر يكمن في حسن النية والرأفة بالأطفال وحماية حقوقهم[1].

وهذا على خلاف ما قضى به قضاة الموضوع من اعتبار القضية يحكمها نص المادة **42** ق.أ.ج، بانعدام المدة القانونية اللازمة للحمل الشرعي، من هنا جاء تساؤل: هل يمكن تكييف الاغتصاب تحت مسمى نكاح الشّبهة وفقا لما عينته المادة **40 ق،أ،ج؟**، وبالتالي يثبت فيه النّسب.

من خلال هذا القرار تتبادر إلى أذهاننا إشكالات عدة، ولعلّ السبب في ذلك هو نقص المواد القانونية المؤطرة لموضوع ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة، والإشكال الآخر يتعلق بالأساس الذي استند إليه القضاة لاعتبار الاغتصاب نكاح شبهة، رغم أن المفهومين لا يدليان بمعنى واحد، خاصة أنّه كان للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو أمر نص عليه المشرع الجزائري في المادة **222** من قانون الأسرة[2].

فبالاطلاع على المذاهب الأربعة نجد أن قرار المحكمة العليا لا يوجد له أساس في الفقه، وعليه فإنّ ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الشق المتعلق بتكييف الاغتصاب بأنّه وطء بالإكراه يكيف على أنّه نكاح شبهة يثبت به النّسب من الواطئ، أمر غير صحيح مجانب للصواب، لأنّه كما سبق عرضه لا يجد له في الفقه الإسلامي محملا ومستندا[3].

---

[1]– مطالبي بلقاسم، "مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)"، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية**، ع12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، (د.س.ن)، ص 180.

[2]– تنص المادة 222 من القانون رقم 11/84، المرجع السابق، على أنّه: " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"

[3]– مطالبي بلقاسم، المرجع السابق، ص 179.

إذًا فنكاح الشّبهة الذي يثبت به النّسب في الفقه الإسلامي والذي عينته المادة **40** من ق.أ.ج هو ما كان متعلقا بالرجل (الواطئ) لا بالمرأة (الموطوءة)، وهذا ما تبين عند الحديث عن الشّبهة في المذاهب الفقهية، أما الاغتصاب فالشّبهة الواردة فيه متعلقة بالمرأة تدرأ عنها العقوبة هي فقط، ولا علاقة لها بالرجل المغتصب، فهذا التكييف بعيد جدا من أن يقول به فقيه من الفقهاء.

وبالعودة إلى المذاهب الفقهية فإنّ نكاح الشّبهة هو وطء ليس بزنا، وليس بعقد صحيح ولا فاسد، مما يعني أنّه ليس باغتصاب، خاصة أنّ فكرة الاغتصاب توحي إلى إقامة علاقة جنسية دون رضا، أما في نكاح الشّبهة فيكون هناك رضى بين أطراف الرابطة، دون علم الطرفين لوجود الحرمة بينهما، مما يعني ظهور الشّبهة فيدرئ عنهما الحد ويثبت النّسب، أما الاغتصاب فهو ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة لا تحل له شرعا وقانونا بالإكراه ودون رضاها، يعد في حق الموطوءة شبهة ويعتبر في حق الرجل زنا، يوجب ثبوت العقوبة[1].

[1]– مطالبي بلقاسم، المرجع السابق، ص 173.

خـــاتمـــــــة

إنّ تحليل أهم جوانب موضوع نكاح الشّبهة وحجيته في إثبات النّسب واستقراء أهم الأسس القانونية والفقهية والقضائية المتعلقة به، كان بهدف رفع الغموض على بعض الأحكام المرتبطة به، ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

– أنّ الفقه الإسلامي اعتبر نكاح الشّبهة وطء من غير زنا ولا عقد زواج صحيح أو فاسد، أما تقنين الأسرة الجزائري لم يعرف نكاح الشّبهة نفسه نفس التشريعات المقارنة.

– من بين المفاهيم التي قد تتشابه مع نكاح الشّبهة نجد الزواج الصحيح، الفاسد والباطل، إلا أنّ المشرع الجزائري وضع أحكاما للزواج الصحيح وكذا الفاسد والباطل بشكل يمكن للباحث القانوني معرفة الاختلاف الجوهري بينهما.

– كما اتضح لنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع وللأحكام المتعلقة به مدى اهتمام الفقه الإسلامي وخاصة المذاهب الأربعة بدراسة مسائل النّسب وطرق إثباته، بما فيها نكاح الشبهة، محاولين بذلك إيجاد حلول لمختلف الاشكالات المرتبطة بهذا الموضوع خاصة التي يثيرها نكاح الشّبهة.

– في حالة نشوب نزاع حول ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة يمكن لمن له مصلحة اللجوء إلى القضاء المختص إقليميا ونوعيا في مثل هذه القضايا، وذلك وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بتأسيس دعواه على نص المادة **40** من قانون الأسرة التي أجازت إثبات النّسب بنكاح الشّبهة.

– إلا أنّ هذا النوع من الدعاوى يثير العديد من الاشكالات على مستوى القضاء، لعل أبرزها غياب النصوص القانونية ومطالبة القاضي بالاعتماد على الأحكام الفقهية لمختلف المذاهب، وهو ما يطرح تساؤل حول مرجعية القاضي في فصله لموضوع النزاع المعروض أمامه، وخاصة أنّ ذات المادة تنص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب.

– وبالعودة للمادة **41** من قانون الأسرة فهي تقضي بشكل صريح بثبوت نسب الطفل لأبيه إذّا كان الزواج شرعيا بمعنى صحيحا، في حين أن المادة **40** من ذات القانون تقضي بثبوت النّسب ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لشّبهة، بمعنى أنّه زواج غير صحيح فبتعبير آخر لقد سوى المشرع بين الزواج الصحيح، الفاسد والوطء بشبهة بشأن ثبوت نسب الطفل، فاعتبره المشرع شرعيا في كل الحالات وفقا للمادة **40**، مما يعني أنّ هنالك نوع من الغموض والإبهام بين هذه النصوص.

وبناء على ما تم ذكره أعلاه فحبذا على المشرع الأخذ بما يلي من اقتراحات:

– يتطلب من المشرع الجزائري إعادة صياغة النصوص القانونية في تقنين الأسرة خاصة المتعلقة بموضوع النّسب، وأكثر من ذلك إدراج نصوص قانونية جديدة من أجل ضمان عدم ضياع حق النّسب المترتب عن نكاح الشّبهة.

– على المشرع الجزائري أن يراعي الدقة والضبط في إعادة صياغة المادة **40**، أين اعتبر فيها نكاح الشّبهة وسيلة لإثبات النّسب دون أن يضع له معايير أو اجراءات خاصة.

– حبذا على المشرع الجزائري إدراج نص قانوني من خلاله يرشد القاضي إلى أي مذهب يعود إليه في مثل هذه المسائل.

– على المشرع الجزائري السعي نحو تكوين قضاة متخصصين في مجال الأسرة بشكل يضمن التحكم والقدرة على الفصل في جميع قضايا شؤون الأسرة، نظرا لحساسيتها واعتبارها أساس قيام المجتمع.

– ومن جهة أخرى نأمل على الباحثين القانونيين الزيادة في البحث في مثل هذه المواضيع، والبحث على أحكام شرعية لارتباطها بمسائل فقهية معاصرة، حتى لا يبقى الفقه جامدا معتمدا على اجتهادات قديمة.

– وبخصوص القرار المتعلق باعتبار الاغتصاب نكاح شبهة فما جاء به قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم غايته الأساسية حفظ النّسب، وتفسير النص وفقا لإرادة المشرع لذّا يتعين على المشرع الجزائري لتفادي أحكام قضائية متناقضة وسدّ كل الثّغرات والفراغات القانونية أن يقوم بتفعيل وإثراء المواد الواردة في قانون الأسرة، خاصة ما يتعلق بالنّسب باعتباره حق مقدس.

فرغم سعي المشرع الجزائري إلى إدراج نكاح الشّبهة كآلية لإثبات النّسب، والحفاظ على النسل ومنعه من الاختلاط إلا أنّ النقائص تبقي ظاهرة، مما ينبغي على المشرع الجزائري إدراج نصوص قانونية، من خلالها يزيل الغموض الذي يشوب مصطلح نكاح الشّبهة ولو بمنحه تعريفا بسيطا، ولما لا وضع نص قانوني يتناول من خلاله المشرع شروط ومعايير التي من خلالها يمكن تكييف النّكاح بأنّه شبهة، ومنه يكون قد وضع حلولا لمختلف الإشكالات العلمية والعملية.

الملحـــــــق

ملف رقم 617374 قرار بتاريخ 2011/05/12

قضية (ب.ف) ضد (ب.ا) بحضور النيابة العامة

الموضوع: نسب - اغتصاب - نكاح شبهة.

قانون الأسرة : المادة : 40.

المبدأ: الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكيَّف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلانية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون،الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد : 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و 557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2009/03/08.

بعد الاستماع إلى السيد تواتي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد رحمين براهيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة والرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وعليه فإن المحكمة العليا

وحيث أن الطاعنة (ب.ف) بنت (ح) طعنت بطريق النقض بتاريخ 2009/03/08 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذ بلقرينات شفيق

بوعلام المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء معسكر بتاريخ 2007/03/28 فهرس رقم 00568 /07 القاضي في الشكل قبول الاستئناف **شكلا**، **في الموضوع** : تأييد الحكم المعاد في جميع ما قضى به.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 2006/09/18 أقام المدعي (ب.ا) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه وإلحاقها بوالدتها كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء تحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2006/12/09 القاضي بإسقاط نسب البنت (م. ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدها على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبة المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف أصدر المجلس القرار المؤرخ في 2007/03/28 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

حيث أن الطاعنة تثير **وجهين للطعن** لتأسيس طعنها.

حيث أن المطعون ضده لم يرد على عريضة الطعن.

وعليه :

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الآجال فهو حينئذ مقبول شكلا.

من حيث الموضوع :

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات،

بدعوى أنه لا يبدو من القرار المطعون فيه أن القضية بلغت للنائب العام قبل عشرة أيام من يوم الجلسة وفقا لنص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية مما يعرض القرار للنقض.

لكن حيث أنه خلافا لما ورد في الوجه فإن النيابة العامة ممثلة في الخصومة كطرف أصلي حسبما هو ثابت من ديباجة القرار مما يدل وأن النيابة اطلعت على القضية وقدمت التماساتها ويكون بذلك الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب،

بدعوى أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا بين تاريخ إبرام عقد الزواج في 2006/08/01 وتاريخ ازدياد البنت في 2006/09/04 غير متوفرة دون مراعاة للزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن 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 على تعرضها للاغتصاب 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 فكما 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 للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء 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 وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار 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.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار.

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهـــذه الأســـبـــاب

قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 2008/03/23 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

والمصـــاريف القضائيـــة علـى المطعـون ضـــده.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني عشر من شهر ماي سنة ألفين و إحدى عشر من قبل المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- و المتركبة من السادة :

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
تواتي الصديق	مستشارا مقررا
ملاك الهاشمي	مستشارا
بوزيد لخضر	مستشارا
فضيل عيسى	مستشارا
سكة قويدر	مستشارا

بحضور السيد : رحمين براهيم-المحامي العام،
و بمساعدة السيد : طريف سمير-أمين الضبط.

قائمـــة المصادر والمـــراجع

❖ **المصادر**

- **القـرآن الكـريم.**

❖ **المراجع**

أولا/ الكتـب

1.أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي، كتاب النكاح في الفقه المنهجي على المذهب الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000.

2.أبو محمد الحسن بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.

3.أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457، ج1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1424هـ.

4.أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1990.

5.أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998.

6.ابن رشد، بداية المجتهد ونهايته المقتصد، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1988.

7.ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، (د.س.ن).

8.الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1969.

9.السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.

10. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه الملكي وأدلته، ج3، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

11. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

12. الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

13. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

14. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج الطلاق، الميراث، الوصية)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

15. ـــــــــــــــ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفقا لأخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

16. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

17. بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

18. حسني الجندي، المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

19. خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010.

20. دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

21. ـــــــــــــ، قانون الأسرة (منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب أمر رقم 05-02)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

22. دوادي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط3، دار البضائع للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

23. ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

24. رمضان علي سيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي القانون والقضاء، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2011.

25. زروتي الطيب، الكامل في العرائض القضائية، ج1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

26. زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مختصر سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، حديث رقم 2158، ج2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1431هـ.

27. زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، انسكلوبيديا للنشر، الجزائر، 2015.

28. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط2، دار العربية للعلوم، مصر، 1998.

29. زين الدين العراقي، كتاب الحلال والحرام من إحياء علوم الدين، دار الكتب العلمية، لبنان، 2012.

30. سديد بلخير، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

31. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.

32. ـــــــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

33. ـــــــــــــــ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

34. ـــــــــــــــ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

35. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

36. شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.س.ن).

37. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2013.

38. طهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية)، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

39. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة، الأقارب)، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، (د.س.ن).

40. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

41. عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بقانون الوضعي، ج2، دار الكتاب العربي، مصر، 2006.

42. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ط2، دار وائل لنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

43. كمال صالح البنا، المشكلات العلمية في دعاوي النسب والإرث، عالم الكتاب، (د.ب.ن)، 2002.

44. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، لبنان، 1997.

45. محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

46. محمد الأمين المشهور ببن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2000.

47. محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ج4، دار عالم للكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

48. محي الدين أبي زكريا يحي بن شريف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب النكاح، باب تحريم النكاح المحرم، حديث رقم 1873، ج5، مكتبة الإيمان المنصورة، مصر، (د.س.ن).

49. معوض عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997.

50. منصور بن يونس بن إدريس البهوت، كشاف القناع على متن الايقاع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009.

51. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة، المغني على مختصر الخرشي، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.

52. ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

53. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط2، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1998.

ثانيا/ الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1. أحلوش بولحبال زينب، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2016.

2. بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران 2، 2018.

3. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2015.

4. عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم: الشريعة الإسلامية كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 2000.

5. عبد الله محمد دفع الله، أحكام النسب في الإسلام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة القاهرة، مصر، 1979.

6. علال مرزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2015.

7. عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2016.

8. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة لحاج لخصر، باتنة، 2009.

9. يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2015.

ب- مذكرات الماجستير

1. أبو القاسم الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد من الفسخ والتصحيح، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

2. أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2000.

3. علاء الدين وائل الزهيدي جنينة، أثر الشبهة على أحكام الأحوال الشخصية وصورها المعاصرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2017.

ج- مذكرات الماستر

1. إجعاد سيلية، زيدان تيزيري، دعوى إثبات النسب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: المهن القانونية والقضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.

2. ختال ريمة، حمداوي وهيبة، نظرية الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

3. شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

ثالثا/ المقالات العلمية

1. إبراهيم محمود عباس، "ضوابط الشبهة في درء الحدود"، **مجلة الكلية**، ع28، قسم الفقه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، 2012، ص. ص 113- 154.

2. بلجراف سامية، "إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه "، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، ع4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012، ص. ص 195- 230.

3. بن عمر بن حيدرة الكثيري، "الشبهات الدارئة للحدود عند الشافعية"، **المجلة الجامعية**، ع4، كلية الجامعة، المملكة العربية السعودية، 2016، ص. ص25- 113.

4. بوحادة سمية، "إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة-البصمة الوراثية نموذجا- "، **مجلة الدراسات والبحوث القانونية**، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، (د.س.ن)، ص. ص 215- 234.

5. دبابش عبد الرؤوف، "ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، **مجلة الاجتهاد القضائي**، ع7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص. ص 69- 76.

6. زقاوي حميد، "عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية"، **مجلة الدراسات القانونية والمقارنة**، ع3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2016، ص. ص 94- 106.

7. سوزان عدنان، "انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد29، ع3، جامعة دمشق سوريا، 2013، ص. ص 421- 452.

8. مطالبي بلقاسم، "مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا(اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)"، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية**، ع12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، (د.س.ن)، ص. ص 169- 192.

9. نجومن م. قندوز سناء، "اللعان وإشكالاته الفقهية، القانونية والقضائية"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. ص 113- 132.

رابعا/ النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

أ-1- الدستور

1. المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في07 ديسمبر 1996، المتضمن الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع76، الصادر في08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16، المؤرخ في26 مارس 2016، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع14، الصادر في07 مارس 2016.

أ-2- النصوص التشريعية

1. قانون رقم 11/84 المؤرخ في9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع24، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في27 فبراير، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع15، الصادر في27 فبراير2005.

2. قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع21، الصادر في23 أبريل 2008.

ب- النصوص القانونية الأجنبية

1. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بمرسوم تشريعي رقم 59 بتاريخ09/07/ 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

2. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المعدل بالقانون رقم 82 سنة 2001.

3. ظهير شريف، رقم 22-04-01 صادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق ل 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، ع 5184، الصادر في 14 ذو الحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، المعدل والمتمم.

خامسا/ الاجتهاد القضائي

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 222674 مؤرخ في 1999/06/15، قضية (ع.ب) ضد (م.ل)، المجلة القضائية، ع01، 1999.

2. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 617374 مؤرخ في 2011/05/12، قضية (ب.ف) ضد (ب.أ)، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2012.

سادسا/ المعاجم

1. ابن منظور جمال الدين مكرم، لسان العرب، ج13، (د.ط)، دار المعارف الإسلامية، مصر، (د.س.ن).

2. مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، (د.ط)، دار الكتب العلمية، مصر، 1980.

فهرس المحتويات

الشكر والتقدير	
الإهداء	
قائمة لأهم المختصرات	
مقدمة	3
الفصل الأوّل **نكاح الشّبهة**	
الفصل الأوّل: نكاح الشّبهة	7
المبحث الأوّل: مفهوم نكاح الشّبهة	8
المطلب الأوّل: تعريف نكاح الشّبهة	8
الفرع الأوّل: التعريف اللغوي لنكاح الشّبهة	9
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لنكاح الشّبهة	9
أوّلا: التعريف الفقهي لنكاح الشّبهة	10
ثانيا: التعريف القانوني لنكاح الشّبهة	13
الفرع الثالث: تمييز نكاح الشّبهة عن بعض المصطلحات المشابهة له	14
أوّلا: تمييز نكاح الشّبهة عن الزواج الصحيح	14
ثانيا: تمييز نكاح الشّبهة عن النكاح الفاسد	16
ثالثا: تمييز نكاح الشّبهة عن النكاح الباطل	17
المطلب الثاني: الأقسام المقررة لنكاح الشّبهة وفقا للفقه الإسلامي	19
الفرع الأوّل: شبهة الفعل	19
الفرع الثاني: شبهة المحل	21
الفرع الثالث: شبهة العقد	23
المبحث الثاني: أحكام نكاح الشّبهة	24

المطلب الأوّل: أسباب تحقق الشّبهة	24
الفرع الأوّل: التعارض كسبب لحصول نكاح الشّبهة	24
الفرع الثاني: تحقق نكاح الشّبهة بالشك	25
الفرع الثالث: الاختلاف الفقهي كسبيل لتحقق نكاح الشّبهة	26
الفرع الرابع: الإخبار المقتضي للشّبهة يؤدي إلى تحققها	26
المطلب الثاني: آثار نكاح الشّبهة	27
الفرع الأوّل: فسخ نكاح الشّبهة	27
الفرع الثاني: ثبوت النّسب ووجوب الاستبراء	28
أولا: ثبوت النّسب	28
ثانيا: وجوب الاستبراء	29
الفرع الثالث: وجوب المهر	31
الفرع الرابع: حرمة المصاهرة	33
الفصل الثاني **ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة**	
الفصل الثاني: ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة	36
المبحث الأوّل: حكم إثبات النّسب في نكاح الشّبهة وشروطه	37
المطلب الأوّل: حكم إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	37
الفرع الأوّل: حكم إثبات النّسب بنكاح الشّبهة في الفقه	38
أوّلا: ثبوت النسب بوجود شبهة الفعل	38
ثانيا: ثبوت النسب بوجود شبهة الملك	39
ثالثا: ثبوت النسب بوجود شبهة العقد	39
الفرع الثاني: حكم إثبات النّسب بنكاح الشّبهة في التشريع	40

أوّلا: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من ثبوت النّسب في النكاح بشبهة	40
ثانيا: موقف التشريع الجزائري من ثبوت النّسب في النكاح بشبهة	42
المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها لثبوت النّسب في نكاح الشّبهة	43
الفرع الأول: شرط الاتصال الجنسي بين الزوجين	43
الفرع الثاني: وجوب قيام الحمل	45
أوّلا: مدّة الحمل	45
ثانيا: كيفية استخدام مدة الحمل في إثبات النّسب	46
الفرع الثالث: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللّعان)	47
أوّلا: المقصود باللّعان و دليل مشروعيته	47
ثانيا: شروط اللّعان	48
المبحث الثاني: دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	49
المطلب الأوّل: شروط رفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	50
الفرع الأوّل: الشروط الشكلية لرفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	50
أوّلا: عريضة افتتاح الدعوى	51
ثانيا: القضاء المختص في دعوى ثبوت النّسب	52
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لرفع دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	54
أوّلا: الصفة	54
ثانيا: المصلحة	55
ثالثا: الأهلية	55
المطلب الثاني: سلطة القاضي في دعوى إثبات النّسب في نكاح الشّبهة	56
الفرع الأوّل: إثبات النّسب في نكاح الشّبهة بالطرق العلمية	57
أوّلا: المبادئ القانونية المقيدة لسلطة القاضي	58

ثانيا: الإشكالات المادية	60
الفرع الثاني: أمثلة عن بعض الاجتهادات القضائية في دعوى إثبات النّسب بنكاح الشّبهة	61
خاتمة	67
الملحق	
قائمة المصادر والمراجع	71
الفهرس	83

ملخص

يعتبر موضوع "**نكاح الشّبهة وحجيته في إثبات النّسب**" من أكثر المواضيع التي تثير اشكالات قانونية عملية وعلمية، بالرغم من أهميتها بين مواضيع الأحوال الشخصية فالنّكاح ميثاق غليظ والشّبهة مصطلح متشعب، أما النّسب فهو أثر من آثار الزواج وحق من الحقوق المقدسة جعل له الفقه الإسلامي مكانة خاصة بين الأحكام الفقهية، وكرس له المشرع الجزائري حماية قانونية.

إنّ دراستنا لهذا الموضوع وبيان مختلف الأحكام المتعلقة بنكاح الشّبهة وحجيته في إثبات النّسب دفعتنا إلى التطرق إلى مختلف الأحكام الفقهية، بالرغم من الاختلاف الحاصل بينها وتعدد الآراء بشأنها محاولين بذلك سد الفراغ الذي تركه المشرع عند نصه على الأحكام المتعلقة بالنّسب.

الكلمات المفتاحية:

نكاح الشّبهة، ثبوت النّسب، الحجية

Résumé

Le thème du **« Mariage de suspicion et de son autorité dans l'établissement de la lignée »** est considéré comme l'un des sujets les plus importants qui soulèvent des problèmes juridiques pratiques et scientifiques, malgré son importance dans la question du statut personnel. La jurisprudence islamique lui a donné une place particulière et le législateur algérien lui a également consacré une protection juridique.

Notre étude de cette question et la clarification des différentes dispositions liées au mariage de suspicion et à son autorité dans l'établissement de la lignée, nous ont incités à nous pencher sur les différents jugements jurisprudentiels, malgré la différence entre eux et la pluralité des opinions à leur sujet, en essayant de combler le vide laissé par le législateur lorsqu'il a stipulé les dispositions relatives à la généalogie.

Mots Clés

Mariage de suspicion, l’affiliation de l’enfant , authenticité