جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات ونفي النسب

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الخاص

من إعداد الطالبين:
- مشطر عادل
- مقنانة حورية

تحت إشراف:
مقنانة مبروكة

أعضاء لجنة المناقشة

*أستاذة سعدون كريمة.....**رئيسة**،
* أستاذة مقنانة مبروكة.....،.....**مشرفة**،
*أستاذة إقروفة زبيدة.....**ممتحنة**.

السنة الجامعية 2020-2021

بسم الله الرحمان الرحيم

كلمات شكر وإمتنان

بسم الله بدأنا وعلى الله نعم الاتكال

نحمد الله على نعمة التوفيق، له الحمد و الشكر والفضل كله في إعداد هذا العمل المتواضع.

فلولا تيسيره عز وجل وعظم شأنه بتوفير الأسباب ما كنا كتبنا حرفا واحدا منه.

بمناسبة إنهاء هذا الجهد البسيط، لا يسعنا إلا أن نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من ساهم بإعداده من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع.

نتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان و التقدير إلى كل الأساتذة اللذين ساهموا في تربيتنا وتوجيهنا من الابتدائي إلى الجامعة إلا أننا نخص بالامتنان في إنجازه الأستاذة الفاضلة **مقنانة مبروكة** التي لم تبخل علينا بوقتها الثمين ورصيدها المعرفي القيم، والعون، التوجيه والنصيحة أطال الله في عمرها وجزاها الله خيرا.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أغلى ما في حياتي أسرتي الصغيرة، إلى أعز إنسانة في الوجود أمي العزيزة الغالية الحنونة أطال الله في عمرها التي كانت دعما وسندا طيلة حياتي في كل قراراتي.

إلى من قضى نصف عمره ساعيا شاقيا لتربيتي وتعليمي وإنشائي على المنهاج الصحيح أبي العزيز الغالي جعل الله في عمره البركة.

إلى أختي الصغيرة المطيعة والمدللة أسيا أمد الله في عمرها.

إلى مقربة العائلة والصديقة العزيزة على قلبي حنان التي كانت عونا وسندا لي.

إلى زميلتي و صديقتي مقنانة حورية التي نعم السند في إعداد المذكرة و التي كانت صبورة معي

في هذه الرحلة القصيرة في البحث عن المراجع و الكتب، و مناقشة النقاط الحساسة وطبعا في تحرير المذكرة.

عادل

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صلي وسلم على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين إلى يوم الدين

أهدي هذا العمل إلى ملاكي في الحياة وأعظم وأحب إنسانة في الوجود إلى معنى الحب والحنان و مصدر العطاء والتضحية إلى من كان سر نجاحي ومن كان سندا لي في كل مراحل حياتي إلى التي حملتني وهنا على وهن وغمرتني بحنانها أمي الغالية حفظها الله و أطال في عمرها.

إلى قرة عيني أبي الذي علمني العطاء بدون إنتظار والمثابرة والثقة بالنفس والصمود أمام كل عواقب الحياة.

إلى كل أفراد عائلتي

أختي و أخي ليلية و جلال.

إلى عمة الغالية التي كانت سند لي حياة .

إلى رفيقة دربي في الحياة روزة.

إلى زميلي و صديقي عادل مشطر الذي كان نعم الصديق.

إلى كل أصدقائي sbejaia velo et loisir، ندير، إمليا، نسرين، فراح، فهيمة، حنان، كنزة، دهية، سامي، لعيد، نوال، طاهر، مومن، طاوس، رضا، سيليا، سيلينا، رياض، حمزة، ريان، توفيق.

حورية

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج: الجزء

د ط: دون طبعة

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ط: طبعة

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

م: ميلادي

هـ: هجري

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: page

مقدمة

لا يختلف إثنان على أنّ الأسرة هي أساس المجتمع، وأول خلية ينشا فيها الفرد، لذلك عمدت العديد من التشريعات إلى تنظيمها ووضعها في حيز قانوني يبين كيفية إنشائها وتكوينها، تحديدا التشريعات العربية التي تعتبر معظمها الشريعة الإسلامية أول مصدر للقوانين، خاصة ما ينظم الأحوال الشخصية وشؤون الأسرة، فقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بالأسرة من حيث تكوينها وأسس صلاحها، فعمدت إلى وضع نظام شامل، كامل و محكم تنشا فيه الرابطة الزوجية التي تعتبر أول خطوة نحو إنشاء أسرة تتمتع بكامل مقوماتها، فجعل الله تعالى أساس هذه الرابطة المودة و الرحمة ويتضح ذلك جليا في قوله تعالى:" **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَل بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون**"[1]، فالزواج رابطة مقدسة حتى إن الله جل جلاله سماه بالميثاق الغليظ في قرآنه الكريم:"**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضى بَعْضُكُمْ إِلى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثاقًا غَلِيظً**"[2]، كما جعله وسيلة لبقاء النسل البشري وذلك بإنجاب الأولاد لكن حينها يترتب على عاتق الأولياء حقوق جمَّة اتجاه أولادهم من تربية وتعليم و حفظ و رعاية وغيرها فلعلَّ أهم وأول هذه الحقوق النَّسب .

النسب ببساطة هو الصلة والقرابة والالتحاق، كأن ينسب الولد إلى أصله أي أبيه أو بعبارة أخرى هو رابطة تربط الإنسان بغيره على أساس رابطة الدم والقرابة لقوله تعالى:" **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا**"[3]، من أجل هذا حافظ الإسلام على أصالة النسب وحرم انساب الأبناء إلى غير أبائهم، قال تعالى:" **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**"[4].

[1] – سورة الروم، الآية 21.

[2] – سورة النساء، الآية 21.

[3] – سورة الفرقان، الآية 54.

[4] – سورة الأحزاب، الآية 5.

إذا النسب هو الأساس الجوهري الذي تقوم عليه الأسرة فيرتبط أفردها برباط الدم، فكل اتصال جنسي خارج إطار الزواج محرم شرعا وقانونا، ذلك محافظة على الأنساب وحمايته من الاختلاط و الضياع وكذلك لمنع ألآباء من إنكار نسب أولادهم والتهرب من مسؤولياتهم.

إن الأبناء ثمرة العلاقة الشرعية المقدسة و المولود على الفراش الزوجية يثبت نسبه لأبيه دون وسيلة إثبات أو دون الحاجة لإستلحاقه.

إلا أن الإنسان ليس معصوما من الخطأ و الوقوع في الذنب فمن طبيعته النقص و النسيان فقد يحدث أن ينحرف عن منهج الله القويم بسبب ضعفه وقلة إيمانه أمام شهواته لقول الله عزَّ و جَّل:" **زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ**"[1]، نتيجة هذا الضعف قد تنشا علاقة بين الرجل و المرأة على نحو يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فيتورط الاثنان في جريمة زنا سواء بتواطؤ منهما معا أو بالإكراه والاغتصاب فينتج عن هذا الفعل الشنيع حمل وإنجاب ولد، هنا يثار إشكال في جواز إثبات نسب الولد و إلحاقة بأبيه وعدم جواز ذلك فاختلفت الآراء الفقهية حول هذا الموضوع هذا من جهة، أما من جهة أخرى فقد لا يكون الإشكال في إثبات النسب أو إنكاره ليس نتيجة خطأ إرتكبه رجل و إمرأة وإنما لأسباب قد تكون فقهية أو دينية أو قانونية ما قد يشكل عائقا نحو تحديد نسب الولد الحقيقي ، وذلك قد يستصعب الأمور على الطفل ويضفي الغموض حول مستقبله ما قد يؤثر على حياته سلبا نظرا لخصوصية الموضوع وحساسيته.

عملت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع والتزييف فجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المعرَّة، الضياع و الإحتقار كذا حقا للأم لتحمي شرفها واتهامها بالفاحشة وبالطبع حقا للأب بحفظ نسبه وعرضه من كل شك وريبة ذلك بجعل طرق يثبت بها النسب أو يدحضه، حيث إستقر إثبات النسب أو نفيه على قواعد سار عليها الفقهاء في اجتهاداتهم ونظمتها القوانين فسار القضاة في مسائل النسب على مبدأ الإحتياط فالفصل في موضوع النسب لا يحتمل

[1] – سورة آل عمران، الآية 14.

الخطأ نظرا لخطورته وحساسيته، مع التطور التكنولوجي الهائل ظهرت وسائل علمية من شانها المساهمة في الفصل في قضايا النسب إعتمادا على دقتها، إلا أن هذه الأخيرة تعترضها مجموعة من العوائق في تطبيقها بل تكاد تمنع إستغلالها في مجال النسب سواء في إثباته أو حتى نفيه.

إن النسب من القضايا عظيمة الشأن و البالغة الأهمية خاصة وأنها تتعلق بقيام الأسرة ودوامها و كذا موضوع عوائق إثبات نفي النسب الذي يعتبر من الموضوعات المستحدثة تحظى باهتمام بالغ لدى الفقهاء والقانونيين ساعيين وراء إيجاد حلول منطقية وعملية لمحو هذه العوائق التي تحول دون إثبات النسب أو نفيه بطرق تقطع الشك باليقين فلا تدع مجالا للشك والريبة في صحة أو زيف نسب ما.

نظرا لأهمية الموضوع الذي يعتبر أحد الأسباب التي دفعت بنا إلى دراسته كونه موضوع جِد حساس ومن المسائل الخاصة التي قد تمس أي شخص إضافة إلى كثرة القضايا المتعلقة بالنسب فتعددت وتفرعت أسباب الميل لدراسة هذا الموضوع فتتمثل أهمها في الرغبة الذاتية في معرفة أهم العوائق التي قد يواجهها الإنسان في إثبات النسب أو نفيه و معرفة وجهات النظر المختلفة للفقهاء القدامى و المعاصرين حول الموضوع ، إثارة أبرز النقاط الحساسة، يعتبر النسب أكثر المواضيع جدلا في وقتنا الحالي والأكثر تداولا و إن سوء الفصل فيه عند القضاء قد يؤدي إلى دمار الأسرة وتفتتها.

يتعين بنا الإشارة إلى أن إقدامنا على إعداد هذا العمل المتواضع لم يكن بالأمر السهل و الهيِن فلقد واجهنا عقبات عديدة وصعوبات كثيرة أولها طبعا الوباء كوفيد19 الذي حل على العالم بأسره وقيده ففرض غلق الجامعات و المكتبات كإجراء احترازي للحد من تفشي الوباء نسال الله جل جلاله العفو والعافية وأن يزيل عنا الوباء، ضيق الوقت وصعوبة التنقل ما بين الولايات لضفر بالمراجع كما نشير إلى أن الوباء العالمي والإجراءات الصحية الصارمة قد منعتنا من الإلتقاء بذوي الاختصاص من أساتذة القانون والأئمة المتمكنين في الموضوع.

وعليه فان الإشكالية التي تطرح نفسها هي: فيما تتمثل أهم العوائق الشرعية وقانونية وعلمية في إثبات النسب وكذا نفيه؟

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة، أخذنا بمجموعة من المناهج المختلفة التي تخدم موضوعنا وتساهم في إيصال الفكرة، تتمثل هذه المناهج في المنهج الوصفي و التحليلي، وكذا المقارن، فبواسطتهم سنقوم بفكِّ الغموض عن العديد من المفاهيم وتحليلها، وبالطبع سنقارن بين النصوص القانونية والأحكام القضائية الجزائرية بالنصوص القانونية وأحكام قضائية المقارنة.

بالتالي قمنا بتقسيم موضوع قيد الدراسة إلى فصلين أساسيّين حيث ندرس في (الفصل الأول) أهم العوائق في إثبات النسب الذي أدرجنا فيه عوائق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية (مبحث أول)، كذا عوائق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري[1] (مبحث ثاني).

أما(الفصل الثاني) خصصناه لدراسة عوائق نفي النسب، أين قسمناه بدوره إلى مبحثين أين سلطنا الضوء على عوائق نفي النسب في الشريعة الإسلامية (مبحث أول)، وعوائق نفي النسب بالطرق العلمية (مبحث ثاني).

قد حوصلنا جملة من النتائج و المقترحات ضمنها في الخاتمة.

[1]- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، ج. ر، عدد 24، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 24، المؤرخة في 31 جويلية 1984.

الفصل الأول

عوائق إثبات النسب

إن إثبات النسب مشكلة إجتماعية خطيرة تشغل إهتمام كثير من العلماء في جميع أنحاء العالم فضلا عن هذا كله ينتج عن إثبات النسب مشاكل قضائية تستغرق وقتا أمام المحاكم للفصل فيها.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن هناك مشاكل أخرى تواجه أمر إثبات النسب و ذلك سواء على الصعيد الشرعي أو على الصعيد العلمي المتمثل في التحولات البيولوجية الهائلة في عالم البصمة الوراثية الذي أدخل مفهوم جديدا على معنى الأسرة وتكوينها وجعل موازين الأسرة تنقلب بل وفي بعض الأحيان تمحى نهائيا مما جعل فقهاء القانون والدين يحاولون وضع حل لهذه التحولات الخطيرة .

نظرا لأهمية النسب في أي مجتمع في العالم خاصة العربي وبالأخص المجتمع الإسلامي لابد أن ألا تكون هنالك عقبات لإثبات النسب، إلا أن الواقع المعاش يظهر لنا بعض العراقيل والعقبات التي تحول دون إثبات النسب الصحيح.

وعليه، إرتئينا أن ندرس في هذا الفصل المعنون بعوائق إثبات النسب أبرز وأهم العقبات والعوائق الموجودة سواء على الصعيد الفقهي أو القانوني، وبالتالي سنتناول في المبحث الأول عوائق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية، أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى عوائق إثبات النسب في التشريع الجزائري.

المبحث الأول

عوائق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية

أولت الشريعة الإسلامية إهتماما كبيرا للنسب وإلحاقه حتى في إنشائه ووضعت شرطا واحدا فقط لإثبات النسب وإلحاقه وهو الفراش وإن عدم تحقق هذا الشرط فلا نسب لطفل من أبيه في حال ثبوت الزنا حتى وإن وجدت قرائن قوية تثبت صلة الدم بين الطفل وأبيه البيولوجي.

كذلك إقتصرت طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية فقط على ثلاث وسائل التي تعتبر أقواها حجية أولها الفراش (المطلب أول)، وسنتطرق إلى الوسيلتين الأخريتين القيافة والقرعة (المطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم قاعدة الولد للفراش

ذكر إبن القيم أن ثبوت النسب بالفراش قد أجمع عليه جميع العلماء وهو من الطرق الثلاث الشرعية لإثبات النسب التي إتفق عليه المسلمون، وأن النكاح يثبت به الفراش، وعليه سنعرف الفراش ومدلوليته (فرع أول)، مدى تكريس بعض التشريعات لهذه القاعدة (فرع ثان)، مدى حجية قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر(فرع ثالث)، وحكم إثبات نسب إبن الزنا (فرع رابع)[1].

الفرع الأول

تعريف الفراش ومشروعيته

يتعين علينا في هذا الفرع الإشارة إلى التعريف اللغوي، الفقهي، والإصطلاحي(أولا) وسنتعرض إلى مدلوليته من القرآن، من السنة والقانون (ثانيا) .

[1]– محمد بن قيم الجوزيّة، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، المجلد الأول، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة مكرمة، 1428هـ، ص 718.

أولا: تعريف الفراش

1) التعريف اللغوي

الفراش كلمة مأخوذة من الفعل الثلاثي فرشا ويدل على تمهيد الشيء وبسطه يقال: فرشت الفراش، إفرشه، وبجمع على فراش وإفترشه وطئه، فالفراش في اللغة هو الوطئ[1].

2) التعريف الإصطلاحي

يقصد به العلاقة الزوجية بين الزوج والزوجة أو الزوجة في علاقتها الشرعية بالرجل وكذلك يفسر الفراش بأنه تعيين المرأة للولادة لشخص واحد[2].

3) التعريف الفقهي

إختلفت تعاريف الفراش من فقيه لآخر فعرفه الإمام النووي:"إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشا له، أتت بولد لمدة الإمكان منه لحقه الولد وصار بينهما ولد يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة"، والمراد به عند الشافعية بنظر الإمام النووي هو الزوجة[3].

قال الإمام الباجي:" الفراش هي الأمة لأنها تصير فراشا بإقرار السيد بالوطئ"[4].

ثانيا: مشروعية الفراش

1) من القران الكريم

عن الآيات القرآنية الدالة على الفراش ومنها قوله تعال:" ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِم "[5] وقوله تعالى:"وَما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"[6] ،وقوله تعالى: ""

---

[1]- محمد إبن منصور الأنصاري، **لسان العرب**، دار صادر للنشر والتوزيع، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، بيروت، 1414هـ، ص ص 3382-3383.

[2]- كمال الدين إمام أحمد، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1996، ص 298.

[3]- يحي بي شرف النووي، **المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، تحقيق محمد عبد اللطيف، الجزء العاشر، كتاب الرضع، باب الولد للفراش وتقي الشبهات، الطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1347هـ، ص 37.

[4]- أبو سليمان الباجي، **المنتقى في شرح الموطئ**، (كتاب النكاح)، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، د. ط، القاهرة، 1332هـ، الجزء الرابع، ص 241.

[5]- سورة الأحزاب، الآية 5.

[6]- سورة الأحزاب، الآية 4-5.

وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَة [1]، **وقوله تعالى:**" وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ "[2]**وقوله كذلك:**" الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا"[3].

2) من السنة

مدلولية الفراش تظهر في قول رسول الله صلى الله عليه و سلم:"**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[4]، والمراد بالفراش هو قيام الرابطة الزوجية أي وجود عقد قران صحيح.

3) من القانون

حسب نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري يثبت النسب فقط حسب حالات مذكورة على سبيل الحصر إلا أنها تجتمع كلها في شيء جوهري واحد وهو الفراش وهذا ما يتضح من خلال فحواها، حيث تنص على أنه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...**"[5] .

كما تنص المادة 41 من نفس القانون على أنه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"[6].

يتضح لنا من خلال هذين النصين أنه لثبوت النسب لابد من زواج صحيح أي لابد من الفراش.

[1]– سورة النحل، الآية 72.

[2]– سورة الواقعة، الآية 34.

[3]– سورة البقرة، الآية 22

[4]– مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، الجزء الثاني، دار إحياء الكتيب العربية، الرياض السعودية، 1991، ص 1080.

[5]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[6]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

الفرع الثاني

مدى تكريس بعض التشريعات لقاعدة الولد للفراش

رغم أن قاعدة الولد للفراش منبعها الشريعة الإسلامية ومختلف التشريعات العربية تعتبرها أساسا لقوانينها خاصة ما يتعلق بشؤون الأسرة إلا أن ما يلاحظ عند إلقاء نظرة عن التشريعات نجد بعض الإختلافات في هذا الصدد المتعلق بقاعدة الولد للفراش، فإننا سنحاول دراسة هذه الإختلافات ومواقف بعض التشريعات الإسلامية والعربية.

أولا: موقف التشريع المغربي

لقد ورد في مدونة الأسرة المغربية في قسم النسب ضمن المادة 152[1] من أسباب لحوق النسب للفراش ويعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لايمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، كما يثبت الولد بالفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد أو أمكن الاتصال سوآءا كان العقد صحيحا أم فاسدا أو إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق فإذا نتج عن الإتصال شبهة حمل أو ولدت المرأة ما بين أقل مدة للحمل أو أكثرها ثبت الولد من المتصل.

كذلك تنص المادة 185 من مدونة الأسرة المغاربية:" **يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدليين أو بالبينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية**"[2].

هنا يلاحظ على المشرع المغربي أنه جعل من أسباب لحوق النسب وإنشائه هي الفراش إذ جعله في المرتبة الأولى، ثم هناك أسباب أخرى لم تكن البصمة الوراثية من ضمنها بل جعل هذه الأخيرة من وسائل إثبات النسب في مرتبة لا ترقى إلى مستوى الفراش بدليل أن مدونة الأسرة إعتبرت الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه.

---

[1]- المادة 152:"**أسباب لحوق النسب:1- الفراش، 2-الإقرار، 3-الشبهة**"، قانون 03-70، مدونة الأسرة المغاربية، مؤرخ في 03 فيفري 2004، جريدة الرسمية للمملكة المغاربية، الصادر في 2004/02/05، عدد 5184.

[2]- قانون رقم 03-70، مدونة الأسرة المغاربية، مرجع سابق.

ثانيا: موقف التشريع التونسي

يتضح من الفصل **68** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه:"**يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة**".

فإنه بمجرد قراءة هذا النص يتضح أن المشرع التونسي قد إستعمل لإثبات النسب أي البنوة الشرعية دليل الفراش وإستعمال عبارات مقتبسة من الفقه الإسلامي التي تعني قيام الرابطة الزوجية الشرعية.

وما يكن إستخلاصه، أن المشرع التونسي لم يعرّف الفراش ولم يضع له مفهوم خاص بينما إكتفى في نص الفصل 71 من مجلة الأحوال الشخصية بقول:"**إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيح أو فاسد يثبت نسب المولود من الزوج**"[1].

فإن ولدت الزوجة خلال المدة القانونية للحمل وهي ستة أشهر كحد أدني للحمل أو أقصاها سنة (12شهر) طبقا للفصلين 35[2] و69[3] من مجلة الأحوال الشخصية فإنه يثبت نسب المولود من أبيه.

حسب المشرع التونسي فإن إثبات النسب بالزواج الصحيح يتم بمجرد إبرام عقد الزواج **(النكاح)**، وهي وجهة الإمام أبي حنيفة وقد تبنت محكمة التعقيب هذا الاتجاه في أحد قراراتها الذي جاء فيه:"**الزواج يثبت به النسب بمجرد وجود علاقة زوجية تستند إلى رسم صداق ونتيجة لذلك**

[1]– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، 1956/08/17.

[2]– الفصل 35:" **تعتد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة، و تعتد المتوفي عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة أما الحامل فعدتها وضع حملها، وأقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[3]– الفصل 69:"**لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما و بين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق**"، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع نفسه.

يثبت الولد تلقائيا للزوج دون الحاجة لإثبات دخول بالزوجة لترتيب تلك النتيجة فإثبات عقد الزواج كاف لإثبات النسب"[1].

وتجدر بنا الإشارة أنه في التشريع التونسي وبالتحديد في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية[2]حدد المشرع وسائل إثبات النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر ولم يتم ذكر أي وسيلة أخرى حتى بعد إصدار قانون 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب في الفصل الأول من هذا القانون.

إن إثبات البنوة الطبيعية يكون بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، ويفهم من هذا أن المشرع التونسي جعل البصمة الوراثية في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة لكن في مجال العلاقة الزوجية غير الشرعية، بينما خص الفراش بالعلاقة الزوجية الصحيحة وبالتالي لا يمكن للبصمة الوراثية أن ترقى لمستوى دليل الفراش.

نحن بصدد الحديث دائما عن المشرع التونسي أنه أباح لمجهولي النسب والأطفال المهملين الناتجين عن علاقة غير شرعية إثبات نسبهم لأبيهم باستعمال البصمة الوراثية متى أكدت الصلة الجينية بين الطفل مجهول النسب وأبيه[3].

والسؤال الذي يطرح نفسه قد سبق وأثار جدلا واسع حول هذا القانون بحيث هل خالف المشرع التونسي أحكام الشريعة الإسلامية في إعتماد البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب في مرتبة مساوية للفراش؟ أم أنه قد أوجد حلا موضوعيا لأطفال مجهولي النسب؟

---

[1]– قرار تعقيبي مدني، عدد 27777، مؤرخ في 26 جانفي 1993، م.ق.ت 1998.

[2]– الفصل 68:"**يثبت** النسب **بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر**"، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق.

[3]- يعقوب بلبشير، **حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 23.

ثالثا: موقف التشريع الجزائري

حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري بالتحديد في الكتاب الأول، الباب الأول، الفصل الخامس الخاص بالنسب في المادة 40 التي تنص على أنه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.**

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1].

كذلك المادة 41 من نفس القانون حيث تنص على أنه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"[2].

يتضح من هاتين المادتين أنه لابد من توافر شرط الفراش أي عقد صحيح شرعي لثبوت نسب الولد من أبيه وقيام الرابطة الزوجية، وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا لابد من تحقق شروط أساسية وهي: الرابطة الزوجية وإمكانية الإتصال بين الزوجين لإثبات النسب ففي قرار المحكمة العليا جاء فيها مايلي:"**من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقرر عليه قضاءا أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من العلم بالحمل أو الولادة، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وإلا تأثير لغيبة الطاعن مادمت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون**"[3].

وفي نفس الموضوع في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيها مايلي:"**ومن المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدد مدتها الشرعية**

[1]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 165408، بتاريخ1997/07/08، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر، 2007، ص 67.

والإجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الزنا، ومتى تبين في قضية الحال أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينفي النسب بالطرق المشروعة قانونا، فإن قضاة الموضوع بقضائهم الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون"[1].

ويتضح من هذا القرار أن الولد للفراش ومادامت العلاقة الزوجية قائمة وشرعية ولا يمكن نفي نسب الولد إلاّ باللعان.

الفرع الثالث

مدى حجية قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر

صحيح أن قاعدة الولد للفراش قد ساهمت في تنظيم الأسرة المسلمة إلا أن هناك بعض النقاط التي لابد من تسليط الضوء.

بداية لابد من الإشارة إلى القانون التونسي الذي يعتمد على قاعدة الولد للفراش بمعنى بمجرد إنعقاد عقد الزواج فإن الولد ينسب إلى والده وذلك وفق مذهب أبي حنيفة.

حيث يرى هذا المذهب الإكتفاء بعقد الزواج الصحيح، فيقولون أنه متى جيء بالولد بعد عقد صحيح لتمام ستة أشهر فأكثر، ثبت سواء ثبت الدخول أو التلاقي بينهما أم لا، فالإمكان العقلي كاف لثبوت النسب عندهم محافظة على الولد من الضياع[2].

ربما كان الهدف الذي يسعى إليه أنصار هذا المذهب هو الحفاظ على الطفل من الضياع لكن لا يمكن تصور حدوث حمل عند الزوجة دون إمكانية التلاقي وعدم الدخول بها هذا من جهة،

---

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 204821، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001، ص 82.

[2]– مخطارية طفياني، **إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائرية والفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013، ص ص 16–17.

ومن جهة أخرى قد وقع أنصار هذا المذهب في إلحاق الولد بغير أبيه البيولوجي مما قد يؤدي إلى إختلاط أنساب وعواقب أخرى جمة أثر هذا الخطأ.

كذلك لتفعيل قاعدة الولد للفراش لابد من إمكانية التلاقي بين الزوجين فلا يتصور إلحاق نسب لطفل من زوج أمه لإستحالة التلاقي بين الزوجين هذا أولا، أما ثانيا: إحتمال كون الطفل إبن زوج الأم هو نفس مقدار إحتمال كونه غير أب، وحتى إن كان هنالك إمكانية التلاقي فذلك لا يعني أن الزوج يجامع زوجته فقد يكون الزوج والزوجة في نفس البيت الزوجية إلا أنه لا وجود لعلاقة زوجية أو فراش أو بمعنى لا يوجد علاقة جنسية.

فإن تطبيق المذهب الحنفي قد يسفر عنه حالات ينسب فيها الأولاد لغير أبائهم وخاصة في زمان فسدت فيه الذمم وساءت الأخلاق، ومثال عن ذلك زواج يعقد بوكالة ثم تأتي الزوجة بولد دون أن تلتقي زوجها من حين العقد إلى الولادة فتزف وهي حامل في شهرها الأول وتلده عند زوجها في شهر معين في السابع أو الثامن أو حتى العاشر فينسب إلى غير أبيه، أو كأن يتزوج رجل ويعيش مع زوجته فترة من الزمن ينجب فيها ولدا وبعدها يسافر ويعود بعد مدة فيجد قد نسب إليه ولد أخر فيخيل إليه أنه منه وينسب إليه[1].

هذا من جهة، أما من جهة أخرى إن أتى إثنان قد أخطا وزنا وأرادا إلحاق نسب الطفل المجهول النسب يرفض ذلك لأن أحكام الشريعة الإسلامية لا يثبت نسب طفل زنى لأنه ببساطة إبن زنى ويظل مجهول النسب أو ينسب لأمه فقط.

فما ذنب طفل بريئا أخطا والديه أن يظل دون نسب وما أحوجه عليه في زماننا هذا، فتكفي نظرة المجتمع له وإحتقارهم له، فعمدت بعض التشريعات إلى مخالفة قاعدة الولد للفراش تحت قاعدة **(الضرورات تبيح المحضورات)** وذلك لإيجاد حل لمجهولي النسب وتسهيل حياتهم العملية ويجب كباقي أقرائهم وعلى سبيل المثال التشريع التونسي حيث ينص قانون 1998 المتعلق بإسناد

[1]- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 17.

اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب يكون بالإقرار وبشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني[1].

ويفهم من هذا النص أن المشرع التونسي قد سمح بإلحاق الطفل مجهول النسب بوالده رغم كونه ناتج عن علاقة غير شرعية، في حين خص الفراش بالعلاقة الزوجية الصحيحة وبالتالي لا يمكن للبصمة الوراثية أن ترقى لمستوى دليل الفراش وذلك فيما يخص العلاقة الزوجية الشرعية لكن في العلاقة غير الشرعية في حالة عدم وجود الفراش تكون البصمة الوراثية سبيل ثبوت نسب الطفل مجهول النسب[2].

بعكس المشرع الجزائري الذي إشترط مجموعة من الشروط لإلحاق نسب الولد بأبيه وتتلخص هذه الشروط في نص المواد 40[3] 41[4] و42[5]، ونلاحظ أول شرط يمكن إستنتاجه من نص المادة 40[6] أنه لابد من تحقق الفراش مهما كانت صفته من زواج صحيح أو نكاح شبهة، كما إشترط شرط آخر وهو الدخول الحقيقي حيث يفهم بأنه ينسب الولد لأبيه بكل زواج تم فسخه بعد الدخول أي أن المشرع الجزائري إشترط الدخول الحقيقي على الزوجة لكي ينسب الولد بعكس المشرع التونسي الذي إكتفى بالعقد هذا من جهة، و من جهة أخرى أوضح المشرع الجزائري في نص المادة 41 بأنه لابد من أن يكون الزواج شرعيا فلا يكفي أن يكون زواجا ينقصه بعض شروطه لتحقق ما يسمى إنساب الولد بالفراش، كما إشترط في المادة 41[7] شرط آخر وهو شرط

---

[1]– أنيس سكمة، **إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون**، عدد 75، سنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الوطني الأعلى للقضاء، تونس، 2001، ص ص 18–19.

[2]– يعقوب بلبشير، مرجع سابق، ص 23.

[3]– المادة 40:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه طبقا للمواد 32و 33و 34 من هذا القانون**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]– المادة 41:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[5]– المادة 42:"**أقل مدة للحمل ستة أشهر(6) وأقصاها عشرة(10) أشهر**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[6]– انظر المادة 40، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[7]– المادة 41:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

أساسي ومنطقي لإلحاق النسب وهو شرط التلاقي الذي لم يتطرق إليه المشرع التونسي أو تشريع آخر لكن هذه النقطة تحسب للمشرع الجزائري الذي تفطن لهذا الشرط الجوهري لتحقق النسب، إضافة إلى هذه الشروط إشترط عدم نفي أبيه للولد بالطرق المشروعة وشرط ولادة الولد بين أقصى مدة حمل وهي ستة(6) أشهر وأقصاها عشرة(10) أشهر وسنتطرق إلى شرح هذه الشروط في المبحث الثاني، في المطلب الأول، في الفرع الأول المعنون بعوائق إثبات النسب بالزواج الصحيح.

لكن ما يلاحظ على قرار المحكمة العليا، حيث جاء فيها:"من المقرر شرعا **أن الولد للفراش و للعاهر الحجر**، ومن المستقر عليه قضاءا أن مدة نفي النسب لا تتجاوز مدة 8 أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت الزوجية قائمة بين الزوجين وأنّ الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة فإنه لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزّوجية قائمة"[1]، هنا يلاحظ نوع من التناقض بين بعض النصوص القانونية و قرار هذه المحكمة حيث أنه في المادة 42[2] قد إشترطت إمكانية التلاقي بين الزوجين لثبوت النسب إلاّ أنّه في هذا القرار قد إتخذ من قاعدة الولد للفراش مرجع و أساس لهذا الحكم إلا أنه ليس من المنطقي أن تحمل الزوجة من زوجها الغائب حيث أن بالرجوع إلى وقائع هذه القضية نلاحظ أن الزّوجة أو المرأة قد تزوجت مع رجل بعقد شرعي وقانوني ودخل بها وعاشرها معاشرة الزوج لزوجته ثم غاب عنها لسبب شرعي كأن يكون قد دخل السجن لإتهام بالجريمة وغاب مدة أكثر من المدة القانونية المسجلة للحمل فكيف إن أتت الزوجة بعد مرور هذه المدة الزمنية دون وقوع تلاقي أو إتصال زوجين بولد ويسند إلى أبيه فالعقل والمنطق يجزم بإستحالة كون نسب هذا الولد من أبيه الغائب جراء غيابه وإستحالة

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 165408، بتاريخ 1997/07/08، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001 ص 67.

[2]– المادة 42:"**أقل مدة الحمل ستة(6) أشهر وأقصاها عشرة(10)أشهر**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

التلاقي بينهما، فهنا كما قلنا سابق هناك نوع من التناقض بين الحكم الصادر عن المحكمة العليا وعن ما إشترطه المشرع في نص المادة 41[1] و42[2] كذلك ما خالف العقل والمنطق[3].

الفرع الرابع

حكم إثبات نسب إبن الزنا

يوجد خلاف واسع بين علماء المسلمين حول جواز إلحاق نسب الطفل مجهول النسب بأبيه إذا كان نتيجة زنا وذلك بين مؤيد ومعارض وخلال دراستنا هذه سنعرض وجهة نظر وحجج كلا الفريقين.

أولا: عدم جواز إثبات نسب إبن الزنا

يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يلحق ولد الزنا بأبيه على الإطلاق سواء عرف والده أو لم يعرف، أو سواء أقر به الزاني أو لا، وبل حتى وإن أثبتت الأم العلاقة البيولوجية بين الولد وأبيه وذلك من خلال البصمة الوراثية أو غيرها[4]، ويستند أصحاب هذا الرأي على ما يلي:

. قوله تعالى:" **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** "[5] هذا حسب رأيهم دليل قاطع على تحريمه، حتى لا يؤدي إلى الإخلال بالنظام الإجتماعي وتشيع الفاحشة.

---

[1]– المادة 41:" **ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– المادة 42:"**أقل مدة الحمل ستة(6) وأقصاها(10) أشهر**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[3]– صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الصحيحة في قانون الأسرة**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 28.

[4]– فاطمة الزهرة رابحي، **إثبات النسب**، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق، فرع قانون خاص، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012، ص 205.

[5]– سورة الإسراء، الآية 32.

. ما رواه البخاري ومسلم: عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[1]، وأن ثبوت النسب مقصور فقط على الفراش وهو الزواج.

. إن موقف الشريعة الإسلامية من ولد الزنى يتسم بالتشدد حرصا على المصلحة العامة، لذلك فأي تساهل في هذه المسألة سيؤدي إلى إختلاط الأنساب ونزاعات لاحد لها وخاصة في قضايا الميراث حيث أن هذا الأخير يقسم على أساس النسب، كما أن إلحاق إبن الزنى بالزاني يشجع على الإغتصاب والعلاقات غير الشرعية والإنحلال الأخلاقي[2].

. إذا أجزنا نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية نفتح الباب لإعتبار الزنا أصلا لثبوت النسب، فتكثر العلاقات غير الشرعية والإنحلال الأخلاقي ويرفض تماما الدكتور قاهر الشريف عضو مجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر إثبات النسب من غير تواجد الفراش، ويدعو إلى ضرورة دفع الضرر قبل جلب النفع[3]، وإنطلاقا من هذا المذهب نعترف أن هناك أطفال غير شرعيين حيث تشير وزارة التضامن إلى أكثر من 10 ألاف طفل يولدون سنويا في الجزائر خارج إطار الزواج والعدد غير دقيق، وإنما هو أكثر من هذا والعدد في إزدياد، وهو بالأساس ضحايا يعيشون حالة نفسية يرثى لها على جميع المستويات لكن لا يجب تحت هذا العذر فتح الباب أمام هذه المسألة والسماح بإثبات نسب إبن الزنا بالبصمة الوراثية[4]، فإن الدكتور قاهر الشريف حدد المشكلة بدقة وإكتفى بإتخاذ موقف وهو عدم جواز إثبات نسب إبن الزنا إلا أنه لم يقدم حلا ناجعا لهذه المعضلة.

ثانيا: جواز إستلحاق إبن الزنا بأبيه لظهور البصمة الوراثية

يرى أنصار هذا الرأي وكثرتهم من فقهاء المعاصرون أن إبن الزنا يلحق بأبيه لظهور البصمة الوراثية التي تبين حجة الله وفضله في خلق الإنسان وكذا كيفية تصويره له وكذلك يبين

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري، كتاب الفرائض**، باب الولد للفراش حرة كانت أو أما، الجزء الثالث، حديث رقم 6368، ص 1480.

[2]– فتيحة جبريح، **جريمة الزنا**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة، جامعة الجزائر،الجزائر، 2005، ص 214.

[3]– جريدة الخبر الأسبوعي، **البصمة الوراثية وأثرها على نسب إبن العلاقة الغير الشرعية**، العدد 408، من 23 إلى 29 ديسمبر 2006، ص 13.

[4]– جريدة الشروق اليومي، **وزارة التضامن تعلن أكثر من 10 ألاف ولادة سنوية خارج إطار الزواج**، العدد 1908، الأحد 04 فيفري 2007، ص 11.

الإعجاز العلمي في كيفية تصوير الإنسان على هيئته والعلاقة البيولوجية بين الأب وإبنه بعد ثبوت وإنتشار العمل بها وقطعية دلالتها التي تحدد صاحب المني وجناته.

ويعتمد أصحاب هذا الرأي على رأيهم أن بإستلحاق إبن الزنا بأبيه لظهور البصمة الوراثية وبأنه لا وجود لدليل من الكتاب والسنة ينهي عن إلحاق إبن الزنا بالزاني بل الشواهد تدل على أنه لابد من إلحاق كل مولود بوالده لمنع إختلاط الأنساب وحفظ الأولاد من الضياع والحفاظ على حقوقهم[1].

قد أجاز أيضا بعض علماء الأزهر منهم الدكتور المعطى بيومي عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر إستخدام تحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا حيث قال:"إن القول بأن ماء الزنا هو هدر أي ما ينتج غير معترف به، فيه تجاهل لمصالح المسلمين وما قام الشرع إلا لتحقيق هذه المصالح"[2]، فعليه إن أخذنا بهذا المبدأ حققنا فوائد كثيرة:

. إن إثبات ولد الزنا بالبصمة الوراثية سيؤدي إلى التقليل من جرائم الزنا لإن الزاني إذا أدرك أنه سيتحمل عاقبة جرمه فسيفكر ألف مرة قبل الإقدام على الفاحشة.

. إنقاذ المتشردين من أطفال المسلمين وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد أو بجوار حاويات القمامة إن لم نقل بداخلها.

. تحمل المسؤولية للمنسب بالتربية والإنفاق عملا لقاعدة "**الغنم بالغرم**".

. التقليل من ظاهرة التبني الشائعة في بلاد المسلمين لأن تحليل البصمة الوراثية سيحدد روابط الدم ويفصلها عن روابط التبني ويحدد نسب الطفل ويمنع إختلاط الأنساب وإجتناب الزواج بالمحارم.

---

[1]– فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص 208.

[2]– جريدة الشروق اليومي، **هل يجوز إستغلال البصمة الوراثية لإثبات نسب إبن الزنا**، العدد 1694، الأربعاء 24 ماي 2006، ص 21.

. التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب كحمل الزوجة من غير زوجها مستغلة غيابه أو غفلته أو حتى مرضه أو عجزه الجنسي.

. من الضروري لأطفال اللقطاء ومجهولي النسب البحث عن عائلتهم ومعرفة أمهاتهم حتى يقلل من ظاهرة إنتشار دار الأيتام وتقليل الحمل عليها.

. كما قد يقلل ذلك من نسبة الجرائم والإنحراف بحيث إن أكثر نسبة من المجرمين والمنحرفين، حتى الإرهابيين هم حقيقة ضحية لتعنيف المجتمع وإحتقارهم لكونهم لقطاء وتلقيبهم بأبناء الشوارع.

. التقليل من الأطفال المرضى الذين يعانون من الإنهيار العصبي وإنفصام الشخصية وكذا العنف وعدم التأقلم مع المجتمع لكونهم مجهولين النسب.

. إذا صحت نسبة ولد زنا من الكافر من أبيه دون برهان إلا بإدعائهم فلماذا لا يحصل المسلم على تلك الميزة مع إشتراط البرهان لأن ديننا هو دين الحق[1].

يقول إبن تيمية:"لو إستلحق مجهول النسب، وقال أنه إبني بإتفاق جميع المسلمين إذا كان ذلك ممكنا ولم يدع أحد أنه إبنه"[2].

لعل السبب الحقيقي وراء عدم إنساب إبن الزنا من الزاني هو عدم التيقن والتأكد من كونه صاحب الماء الذي كان سبب في وقوع الحمل، بخلاف وعكس الرابطة الزوجية أي الفراش.

إتفق الفقهاء بنسب إبن الزنا من أمه وذلك على أساس أن أمه معروفة ورابطة الدم موجودة ومتأكد منها لكن بعد تطور العلم حاليا وأصبح وجود دليل قطعي يثبت الصلة الجينية بين إبن الزنا والزاني وذلك بالبصمة الوراثية، فلا حرج في إنساب إبن الزنا من الزاني وذلك بعد تأكد

---

[1]– فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص 210.

[2]– مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلامي إبن تيمية، **إظهار حب القطاع**، باب ما يلحق من النسب، الجزء 34، الفقرة 14، ص 11.

يمكن الاطلاع على الموقع الالكتروني :

http://books.google.dz

تم الاطلاع عليه يوم الأربعاء 26 جوان 2021 على (33: 16)

صلة الدم والجينية بينهما وذلك سيقينا من عدة مشاكل قانونية وحتى إجتماعية، التي قد يواجهها إبن الزنا البريء من الجريمة فليس عليه تحمل تبعاتها[1].

المطلب الثاني

المقصود بالقيافة والقرعة

لم يكن الفراش الطريقة الوحيدة في الشريعة الإسلامية لثبوت النسب إنما وجدت طرق أخرى لكشف وإثبات النسب وذلك في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم، والصحابة رضي الله عنهم منها القيافة والقرعة وعلى هذا الأساس سندرس مفهوم القيافة من كل جوانبها(فرع أول) وسنتناول مفهوم القرعة كأداة ووسيلة لإثبات النسب حسب الشريعة الإسلامية(فرع ثاني)،و كذا قياس القرعة على القيافة في إثبات النسب(فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم القيافة

لقد أخذت العديد من المذاهب الإسلامية بالقيافة والعمل بها وذلك من المذهب المالكي، الشافعي والحنبلي بحيث يرى أنصار هذه المذاهب أن القيافة سبيلا في الكشف عن نسب مجهول النسب وحمايته من الضياع وعليه نلجأ إلى تعريف القيافة وتبيان مدلوليتها وشروط العمل بها.

أولا: تعريف القيافة

1) لغة

إقتاف وقاف أثره وقوفا وقيافة إذا تبعه، والقائف الذي يعرف الآثار والجمع القافة[2].

---

[1]– فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 213.

[2]– إبن المنظور، لسان العرب، **دار إحياء التراث العربي**، لبنان، 2010، ص 3709.

2) إصطلاحا

القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه[1].

ثانيا: مشروعية القيافة

1) هنالك بعض العلماء أخذوا بنص هذا الحديث كأساس لإعتماد على القيافة في ثبوت النسب، فعن عائشة رضي الله عنها قالت:"**دخل علّي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً، فقال: يا عائشة ألم تري أن مجززا المد لجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطي رؤسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض**"[2].

ووجه الدلالة منه إن سرور النبي صلى الله عليه وسلم بقول القائف وهو لا يسري بحق دليل على إقراره العمل بالقيافة.

لكن إعتذر أنصار هذا الرأي عن هذا الحديث لأن ليس هنالك محل النزاع ولم يقع فيه إلحاق متنازع عليه بحيث كان أسامة لاحقا بفراش وزيد كذلك، فكان قول القائف إبطالا لطعن الكفار بسبب إعترافهم بحكم القافة وإبطال طعنهم حق فلم يسري على النبي إلّا الحق.

وكان الحكم في القافة فقط في الجاهلية وكان يحتاج له لتعدد أنكحتهم أما في الإسلام لم يكونوا بحاجة إليه لوجود فراش واحد[3].

2) ولعل الدليل الثاني ما رواه الإمام مالك أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن إدعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد إمرأة فدعي عمر رضي الله عنه قائفا فنظر إليهما فقال القائف:"**لقد إشترك فيه فضربه عمر بن الخطاب بالذرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبر فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في أبل أهلها فلا يفرقها حتى يظن و تظن أنه قد**

---

[1]- زبيدة إقروفة، **الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثارها على النسب**، (دراسة فقهية مقارنة)، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 62.

[2]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري، كتاب الفرائض**، باب القائف، الجزء الثالث، حديث رقم 6771، ص 302.

[3]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص ص 62–63.

إستمر بها حبل ثم إنصرف عنها فاهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال: فكبر القائف فقال عمر للغلام و لي أيهما شئت"[1].

وعليه كان عمر رضي الله عنه يدعو القافة عند التنازع في نسب طفل وذلك بمحضر الصحابة، فكانت القيافة وسيلة شرعية لمعرفة الأنساب ويتضح عن هذا الحديث أنه يستحيل إجتماع مائين في طفل واحد وقوله إختر ما شئت قصده إختر كافل لطفل وليس إختر لمن يولى نسب الطفل[2].

ثالثا: شروط العمل بالقيافة

. إن أول شرط هو ألا يعارض قول القائف نسبا ثابتا بالفراش أو البينة أو الإقرار وعليه القيافة هي حالات التنازل في البنوة على خلاف بين المذاهب الفقهية في تحديد تلك الحالات.

. يشترط في القائف أن يكون بالغا عاقلا مسلما ذكرا عادلا.

. أن يكون مجربا له خبرة في إصابة الحق.

. إنتفاء العداوة عن الذي ينفيه عنه، و إنتفاء الصداقة عمن يلحقه به.

. أضاف البعض شرط التعدد لأن نظر القائف شهادة، فلا بد من قائفين إثنين أو أكثر من أجل تحديد الشبه وتأكيده.

. هنالك من فصل في ما يجب أن يكون الشبه فهناك من قرر كون الشبه في الصفات الجسدية وعلامات خصوصية وعلامات ظاهرة دون غيرها، وهناك من رأى أنه لابد من أن يتعدى الشبه إلى أكثر من ذلك من التصرفات و طريقة المشي والكلام وغير ذلك.

[1]– أنس بن مالك، الموطأ(ط، بلا)، **(كتاب الأقضية** القضاء بإلحاق الولد بأبيه)، د.ط، دار الكتب العلمية، الجزائر، د. س. ن، ص 421.

[2]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 65.

. كذلك هنالك من إشترط حياة الشخص المراد إلحاق النسب به أو عرضه عند أحد الأقارب ليقرر نسبه[1].

رابعا: مدى حجية القيافة في إثبات النسب

لعل السبب وراء إعتماد القيافة كوسيلة لإلحاق النسب هو خوف من ضياع الطفل وحفظ حقوق المسلمين، لكن ليس من المعقول أن يثبت النسب أحد فقط على أساس الشبه دون أساس علمي فقد يكون الإعتماد على أساس الشبه ظلم للطرف الأخر وإجحاف في حقه، هذا من جهة أما من جهة أخرى إن الله تعالى قد شرع اللعان لنفي النسب ولم يأمر بإعمال القيافة ولو كانت فيه حجية قاطعة ليتم الإستبعاد عن اللعان وإستبداله بالقيافة.

كما أنه قد لا يكون هناك شبه واضح بين الطفل و أبيه، لو أخذنا بمبدأ الشبه فقط، لضاع نصف أطفال المسلمين لإنعدام الشبه ولعل أقوى دليل هو ما حدث مع رسولنا صلى الله عليه وسلم، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه أعرابي فقال:"**يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود**، قال رسول الله: **هل لك إبل؟**، قال: **نعم**، قال رسول الله: **ما لونها** ؟، قال: **حمر**، قال: **هل فيه أورق؟**، قال: **نعم**، قال:**فأنى كان ذلك**، قال:**أراه عرق نزعه**، قال: **فلعل إبنك هذا نزعه عرق**"[2].

مما سبق يتضح من نص الحديث أن الشبه ليس أساس لا للنفي ولا حتى لإثبات النسب ولا يجوز العمل بالقيافة في حال ثبوت الفراش، والقيافة مبدئها الظن والتشكيك والتخمين، والتشابه في الملامح الخارجية وبعض الصفات وهذه الصفات والتشابه يمكن أن تجمع بين أكثر من شخصين وهم لا تجمع بينهم علاقة أو صلة قرابة[3]، وأي عاقلا أو مسلم يرى ويصادف حالات يكون هناك دم أو قرابة بين المتشابهين.

---

[1]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 70

[2]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الحدود، باب ما جاء في التعريض، الجزء الثالث، حديث رقم 6847، ص 320.

[3]– محمد إبن القيم، **الطرق الحكيمة**، تحقيق أيمن عرف، د. ط، المكتبة التوفيقية، مصر، د. س. ن، ص245.

لكن في زماننا هذا وبوجود وسيلة قطعية لثبوت ونفي النسب يمكن للقيافة والشبه أن يكون مفتاح الحقيقة والذي من شأنه أن يمنع إختلاط الأنساب وضياع مصلحة المسلمين وذلك بإقران القيافة مع الطرق الحديثة لإثبات النسب وصحته من عدمه عن طريق التحليل الجيني أو ما يعرف بالبصمة الوراثية.

لكن يجدر بنا القول أنه أجاز اللجوء إلى القيافة كحل أخير في حالة إنعدام أي وسيلة أخرى، وذلك لحماية الطفل من الضياع، أما الآن توجد وسيلة قطعية جاز إقرنها بالبصمة الوراثية لضمان عدم إختلاط الأنساب وظلم حقوق المسلمين.

الفرع الثاني

مفهوم القرعة

القرعة وسيلة من وسائل ثبوت النسب وأضعفها، إلا أنها الوسيلة الأخيرة التي لجأ إليها الصحابة في عهد النبي عليه الصلاة والسلام عند إنقطاع السبل في إثبات النسب وإلحاقه بنسب أحدهم وعليه علينا تعريف القرعة(أولا) والتطرق لمدلوليها(ثانيا) وكذا مدى حجيتها لإثبات النسب(ثالثا).

أولا: تعريف القرعة

1) لغة

القرعة هي السهمة والنصيب والمقارعة المساهمة وقد إقترع القوم وتقارعو، ضربوا القرعة وأقرعت بين الشركاء في شيء يقسمونه، والإقتراع هو الإختيار، يقال إقترع فلان أي أختير فلان[1].

2) إصطلاحا

القرعة هي حيلة يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه[2].

---

[1]– محمد بن منصور الأنصاري، مرجع سابق، ص 3592.

[2]– إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، المكتبة الإسلامية، تركيا، د.س ن، ص ص 727–728.

ثانيا: مشروعية القرعة

لقد كان كبار علماء الدّين الإسلامي من الشافعي، الإمام مالك بن أنس وكذلك الإمام أحمد بن حمبل قولهم في القرعة بإعتبارها أداة ووسيلة لإثبات النسب.

1) من السنة النبوية:

عن عائشة رضي الله عنها قالت:"**كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفر أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمه خرج بها معه**"[1].

كما نقل عن زيد بن أرقم قال:**أتى علي بن أبي طالب وهو بالّيمن في ثلاثة قد وقعوا على إمرأة في طهر واحد فسأل إثنين فقال: أنقران لهذا بالولد؟ فقال:لا ثم سأل إثنين فقال:أنقران لهذا بالولد؟ فقال: لا، فجعل كما سأل إثنين أنقران لهذا بالولد قال: لا فأقرع بينهم وألحق الولد بالذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدّية فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه**"[2].

فيعتبر المؤيدون للقرعة أنها الخلاص والحل لمشكلة إلحاق النسب عند إنسداد كل الطرق الأخرى وإن كان ضعيفا فلأولى أن يكون حفظ الطفل وحفظ عرضه من تركه دون وسيلة تثبيت نسبه، في حين يرى الشافعي أنه لابد من أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ثم يخير الميل الذي يجد راحته ونفسه وينسب إليه[3].

2) قول الشافعي

أشار الشافعي على جواز القرعة وإستدل بذلك من قوله تعالى في القرآن الكريم:"**وَمَا كُنتَ لَدَيهِم إِذ يُلقُونَ أَقلَٰمَهُم أَيُّهُم يَكفُلُ مَريَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيهِم إِذ يَختَصِمُونَ**"[4].

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **فتح الباري، شرح صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفر، حديث رقم 4913، ص 221.

[2]– أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار النسائي، **سنن النسائي**، تحقيق دكتور عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، كتاب الطلاق، باب القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه، مجلد 3، الجزء السادس، ص 186.

[3]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص ص 72–73.

[4]– سورة آل عمران، الآية 44.

كذلك قوله تعالى :" **وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ(139) إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ(140) فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِين(141)** "[1].

فيقول الشافعي رحمه الله أصل القرعة في كتاب الله عز وجل في قصة المقترعين على من يكفل مريم عليها السلام و المقارعي يونس عليه السلام، ففي قصة مريم عليها السلام تخاصم المخترعون على من يكفلها وتدافعوا على كفالتها فما كان الحل إلا القرعة ليتبين كافلها ويلبي حاجاتها قال الشافعي أن القرعة تلزم المعنيين بها بتحمل مسؤولية ما إقترعوا عليه.

فالقرعة تلزم أحدهم ما يدفع عنه وتلخص له مارعي فيه لنفسه وتقطع ذلك عن غيره هو في حاله[2].

3) قول الإمام أحمد بن حنبل

كباقي الأئمة أقر الإمام أحمد بجواز القرعة أما فيما يخص النسب فقد كان يرى الإمام أحمد أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ثم يخير ببن المتداعيين في نسبه بحسب الميل الذي يجده في نفسه وقيل يحبس عن الإنتساب حتى يبلغ حتى يختار واحد فقط[3] .

فالقرعة ترجع عند فقدان مرجع لتحديد النسب دون سواها مع ضعفه لتحقيق مصلحة الولد وحفضه من الضياع ورعايته فيرى بعض الحنابلة أنه لابد من الإقتراع بدلا من القول بإنتظار بلوغه لإختيار من شاء[4].

ثالثا: شروط القرعة

يرى بعض الفقهاء الذين يعتبرون القرعة و سيلة لإثبات النسب إن هناك مجموعة من الشروط التي لابد من توافرها لإعمال القرعة وإلا لا يجوز إثبات النسب بها وهي:

---

[1]– سورة الصافات، الآية 139–140–141.

[2]– الإمام الشافعي، **كتاب الأم**، باب القرعة، الجزء الثامن، المطبعة الأميرية، مصر، 1903، ص 9.

[3]– خالد بن أحمد الصمي بابطين، **القرعة وبعض إستعمالاتها في الحقوق المتساوية في الشريعة**، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، د س ن، ص ص 306–307.

[4]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص ص 73–74.

. أن يكون نسب الولد مجهول لا معلوم.

. أن يكون هذا الولد محل القرعة نتيجة علاقة شرعية صحيحة.

. وجود متداعيين متخاصمين أو أكثر و ذلك على حد سواء لإثبات النسب أو إنكاره فالاقتراع يكون لظفر بشيء أو دفعه نفسه.

. تقديم القيافة على القرعة فإن إستحالت يلجأ إلى القرعة كحل أخير لإثبات نسب الولد.

. لا يجوز الاستدلال بالقرعة أو أي وسيلة أخرى متى كان الفراش صحيحا و الحمل في مدته.

. يتفق الحنفية والمالكية وهو المذهب عند كل من الشافعية والحنابلة، على عدم استعمال القرعة في إثبات نسب اللقيط إلى أحد مدعي نسبه.

قال الشافعية: ولو أقاما بينتين متعارضتين بنسبه سقطتا في الأظهر، ويرجع إلى قول القائف، والثاني: لا تسقطان، وترجع أحدهما الموافق لها قول القائف بقوله، فمال الإثنين واحد، وهما وجهان مفرغان على قول التساقط في التعارض في الأموال، ولا يأتي هنا ما فرع على مقابله، من أقوال: الوقف والقسمة والقرعة ، وقيل: تأتي القرعة هنا، وقال إبن قدامة: إذا إدعاه إثنان فكان لأحدهما به بينة فهو إبنه، ولا يمكن إستعمالها، لأن إستعمالها في المال، أما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل له هنا، وأما بالإقتراع بينهما، والقرعة لا يثبت بها النسب، فإن قيل أن ثبوته هاهنا يكون بالبينة لا بالقرعة، وإنما القرعة مرجحة، لقلنا: يلزم إنه إذا إشترك رجلان في وطء إمرأة فأتت بولد يقرع بينهما يكون لحقوه بالوطء لا بالقرعة[1].

رابعا: مدى حجية القرعة كوسيلة لإثبات النسب

القرعة طريق ضعيف من طرق إثبات النسب، يعمل به عند التنازع مع عدم وجود المرجع، وقد إختلف الفقهاء فيه فهناك من رآه الحل عند إنقطاع السبل في إثبات النسب وذلك كل من المذهب الشافعي، المالكية وحتى الحنابلة، إلا أن الحنيفية قالوا وأشاروا على عدم جواز العمل بها

[1]- موسعة الفقهية الكويتية، **إستعمال القرعة في إثبات النسب اللقيط**، ص 213.

منشور على الموقع الالكتروني التالي :

http://www.alneam.com

تم الاطلاع عليه 7 جوان 2021 على الساعة 26: 12

وإذا إختلف إثنان على نسب ولد وأقاما بّينة، فإنه يثبت النسب لهما معا، إلا أن هذا الرأي لم يصب وهو عدم إمكانية نسب الولد إلى شخصين، وذلك لا يجوز ولا يمكن من الناحية الدينية ولا حتى العلمية[1].

كذلك لا وجود لنص في القرآن يتحدث عن القرعة في النسب فقوله تعالى واضح في الآية الكريمة :" **وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ** "[2].

صحيح أنه وردت في النص القرعة إلا أنها عن كفالة مريم عليها السلام معروفة النسب وكانت القرعة بين المتخاصمين على من يكفلها لا على من تنسب إليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلا يجوز الإعتداء بالقرعة في إثبات النسب فلربما أنسب إلى غير أبيه الحقيقي فتختلط الأنساب ويقع الخطأ، ولربما كان السبب و راء الاعتداء بها من بعض فقهاء هو خوفهم من ضياع الولد وحرمانه من نسب بشرفه إلا أن ذلك خطا محظ.

وقد رجع مذهب الجمهور في عدم الإعتداء بالقرعة، لأن الأحاديث الواردة عن القرعة متكلم فيها من جهة ومن جهة أخرى إن إثبات النسب أمر خطير لا يتناسب مع أسلوب القرعة، وذلك لعدم حجيتها القاطعة وإنما تكون القرعة فيما يستسهل من الأمور كسفر إحدى الزوجات مع زوجها كما حدث مع النبي صلى الله عليه و سلم ونحو ذلك مما الخطب فيه، بخلاف النسب الذي يتعلق به أمور في العلاقات الإجتماعية والحقوق المالية وغير ذلك مما تقدم[3].

فبتالي إن هذه الإجتهادات الفقهية للعلماء في القرعة، كوسيلة لإثبات النسب لهما أثر عملي لكن هذا في ذلك الزمان وتلك الظروف ولم يكن للناس آنذاك بديل يغنيهم عن هذه الوسيلة حين إقطاع السبل بهم[4]، وعليه فالقرعة ليس لها حجية قاطعة في إثبات النسب بل بالعكس قد تؤدي إلى خطأ جسيم وخطير وهو إنتساب الولد لغير أبيه.

---

[1]– علا الدين الكساني، **تحقيق علي محمود معوض وعادل أحمد عبد الموجود**، مجلد 8، طبعة 2، دار الكتب العلمية، 2003، ص 488.

[2]– سورة آل عمران، الآية 44.

[3]– أحمد محمد سعيد السعدي، **إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية**، دراسة فقهية مقارنة، د. ط، كلية اللاهوت، جامعة الفتح، تركيا، 2014، ص 61.

[4]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 75.

وهذا مخالفة واضحة للشرّع والديّن، فقد قال الله تعالى في قرآنه الكريم:" **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**"[1].

الفرع الثالث
قياس القرعة على القيافة في إثبات النسب

لاشك من كون القرعة وكذا القيافة من الطرق التي قد إستعملت فيما مضى وذلك في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضي الله عنهم لتحديد النسب والحاقة إلا أن هاتين الوسيلتين ليستا في نفس المرتبة ولا الحجية ولا الأسبقية ولا حتى في المد لولية .

أولا: من حيث الحجية

القيافة عند الفقهاء هي إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبهة بينه وبينهم والقيافة عند الفقهاء مخصوصة بمعرفة النسب عند الاشتباه والقيافة أساسها الشبه في حيث أن القرعة طريقة يحدد فيها صاحب الولد على أساس الحظ وذلك متى خرج سهمه من القرعة وعليه فإن القرعة أقل حجية ومرتبة من القيافة فالقرعة تقوم على أساس الحظ والسهم دون إحتمالية واضحة أو تأسيس عن وجود علاقة بين الولد والمتقارعين ككل والقرعة كلما زاد عدد المقترعين والمختصمين كان إحتمال إنتساب الولد لغير أبيه أكبر في حين أن القيافة تقوم على أساس الشبه والعلاقة الواضحة والمكشوفة للعيان بين الولد وأبيه.

وعليه فإن القيافة أقوى حجية لوجود تأسيس لإلحاق النسب إلا وهو الشبه بعكس القرعة

التي تعتمد على السهم والحظ[2].

---

[1]– سورة الأحزاب، الآية 4–5.

[2]– محمد أحمد عقلة بني مصطفى، **طرق إثبات النسب**، 13 ماي 2012.

http://www.alukah.net>sharia

مقال تم الاطلاع عليه:

ثانيا: من حيث الأسبقية

إن كلا من القيافة والقرعة تعدان من الوسائل التي يلجا إليها في حالة التنازع على النسب سواء في محاولة إثباته أو في حالة نفيه لكن هناك سؤال يطرح نفسه وهو في حالة التنازع على النسب أي الوسيلتين أسبق في تطبيقها؟ ومن البديهي أن تكون الوسيلة الأكثر حجية و قطعية أو على الأقل الأقرب إلى الصواب هي الأسبق وفي هذه الحالة تكون القيافة أسبق إلى تطبيق لكونها تعتمد على شبه الذي يجسد الصلة بين الولد وأبيه ويظهر ذلك في التشابه في بعض أعضائه ورغم ضعف القيافة إلا أنها تبقى أفضل من القرعة لإعتماد هذه الأخيرة على عامل الحظ في النسب فليس من المعقول بقرعة فيخرج سهم وهو والد الطفل ينسب إليه .

ففي رواية عن الإمام مالك أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن إدعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد إمرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال:" **القائف قد إشتركا فيه، فضربه عمر بن الخطاب بالذرة، ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا لأحد رجلين يأتيني وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظّن وتظّنّ أنه قد إستمر به حبل ثم إنصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الأخر فلا أدري من أيهما هو قال: فكبر القائف فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت**[1] ".

ويتضح من مفهوم هذه الواقعة إن عمر بن الخطاب كان يدعو القافة عند التنازع بمحضر الصحابة من غير نكير ويجعل على القيافة كوسيلة وولى عند تنازع خصمين أو متداعيين أو أكثر حول نسب طفل واحد.

يوم 6 جوان 2021 13:14

[1]– أنس بن مالك، مرجع سابق، ص 421.

المبحث الثاني

عوائق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

لقد إهتم المشرع الجزائري بموضوع النسب نظرا لخصوصيته وأثاره اللامتناهية في العلاقات الإجتماعية وكذا الحقوق المالية وإعتبارات أخرى لا حصر لها، حيث عمد المشرع الجزائري إلى تخصيص حيز خاص يتناول موضوع النسب في قانون الأسرة وذلك في الفصل الخامس تحت عنوان النسب، في الكتاب الأول المعنون بالزواج وإنحلاله .

إلا أن هذا القانون أو هذه المواد يتحدد بها بعض الثغرات وذلك في ما يخص إثبات النسب وكذا نفيه، إلا أننا سنتطرق في هذا المبحث إلى عوائق إثبات النسب وذلك في مطلبين، الأول سندرس فيه عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح والإقرار، أما في المطلب الثاني سنتناول موضوع عوائق إثبات النسب بالبينة وكذا بالوسائل العلمية.

المطلب الأول

عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح والإقرار

يعتبر الزواج الصحيح أقوى الأدلة الشرعية والقانونية لثبوت النسب بإعتباره السبب والوسيلة المنشأة له، في حين أن الإقرار وسيلة كاشفة للنسب وأقلها مدلولية، وقد أخص المشرع الجزائري بالذكر كل من الزواج الصحيح والإقرار بإعتبارهما وسيلتين لإثبات النسب وقد أخص لهما حيزا تناول فيه هاتين الوسيلتين وشروط إلحاق النسب به.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى دراسة هاتين الوسيلتين وذلك من الجانب الفقهي، الإصطلاحي والقانوني، حيث تناولنا عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح(فرع أول) والمقصود بالإقرار (فرع ثاني).

الفرع الأول
عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح

يعتبر الزواج الطريقة الوحيدة الشرعية والقانونية لإحلال والرابطة بين الرجل والمرأة وذلك عند توافر مجموعة من الشروط تختلف من تشريع إلى آخر وهذه الأخيرة تترتب عنها مجموعة من النتائج منها إثبات النسب لكن علينا أولا التطرق إلى تعريف الزواج الصحيح(أولا)، وكذلك شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح(ثانيا)، وكذا إثبات نسب الولد بعد إنحلال الرابطة الزوجية(ثالثا).

أولا: تعريف الزواج الصحيح

1) لغة

أ) تعريف الزواج لغة

الزواج بالفتح من التزويج يعني النكاح وهو إقتران الرجل بالمرأة، نقول زوجت فلانا بمعنى أنكحته وزوج الشيء بالشيء وزوجه إليه قرنه والأزواج القرناء، والزوج الفرد الذي له قرين، والرجل زوج المرأة أي بعلها وهي زوجه أيضا[1] وبها جاء القرآن :"**وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ**"[2].

ب) تعريف الصحيح لغة

الصّحة الصّح، الصحاح خلاف السقم وهو أيضا البراءة من كل عيب وريب، والصحيح الحق و هو خلاف الباطل والصحيح من الشعر ما سلم من النقص[3].

2) **إصطلاحا**

تعريف الزواج إصطلاحا

هي العلاقة التي يجتمع فيها رجلا يدعى الزوج و إمرأة تدعى الزوجة لبناء عائلة، والزواج علاقة متعارف عليها، لها أسس دينية، مجتمعية وقانونية تحدد كيفية قيامها[1].

---

[1]– محمد بن منصور الأنصاري، مرجع سابق، ص ص 1885–1886.

[2]– سورة البقرة، الآية 35.

[3]– إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، مرجع سابق، ص 507.

3) شرعا

هو عقد المستجمع للأركان والشروط المطلوبة شرعا لإحلال العشرة بين الرجل و المرأة، و يعبر عنه أيضا بفراش الزوجية و معنى الفراش" تعين المرأة للولادة لشخص واحد"[2].

4) قانونا

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"**الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"[3].

ثانيا: شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح

1) قيام العلاقة الزوجية وإمكانية إتصال الزوجين

لقد إعتبر المشرع الجزائري الرضا ركنا أساسيا لإنعقاد عقد الزواج ويظهر ذلك في نص المادة 09 من قانون الأسرة حيث تنص على أنه:"**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"[4]، فتبادل الرضا بين الزوجين ركن حقيقي للزواج وعلى أساسه تبنى العلاقة الزوجية، فتوافق الإرادة من الأمور النفسية التي يصعب الإطلاع عليها، لذا لابد من تعبير يدل عليه[5]، حيث تنص المادة 10 من نفس القانون على أنه:"**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.**

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"[6] هذا من جهة، أما من جهة أخرى فقد إشترط العقل والمنطق على وجوب إمكانية

---

[1]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 35 .

[2]– زبيدة إقروفة، مرجع نفسه، ص 36.

[3]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[5]– باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، (إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم)، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 15.

[6]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

الإتصال بين الزوجين لحدوث حمل، فلا يتصور حدوثه دون إتصال ووجود علاقة بين الزوجين، ووفقا لأحكام نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**[1]"، فالنص كان واضحا وصريحا حيث تبنى ما جاء به جمهور الفقهاء من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول والمعاشرة الحقيقية، كما يضيف المالكية القول أنهم إذا وقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتا بطرق شرعية فلا يثبت النسب.

وعدم إمكانية الإتصال قد يكون بحكم بعد الزوجين عن بعضهما، كأن يكون الرجل في المشرق والمرأة في المغرب.

فلا لقاء بينهما، وهذا يوافقه كل من الشافعية والمالكية دون الأحناف[2]، فيرى أنصار هذا المذهب الإكتفاء بعقد الزواج الصحيح، فيقولون أنه متى جيء بالولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت النسب سواء ثبت التلاقي بينهما أم لا، و ذلك حفاظا على الولد من الضياع[3].

لكن إذا تم تطبيق مذهب الحنفية وما يراه في هذا الخصوص، فإننا قد وقعنا في المحضور وقد أشرنا إلى ذلك سابقا، أن بمجرد إنساب الولد الذي جيء به دون إمكانية التلاقي والإتصال بين الزوجين فقد قمنا بمخالفة أحكام الشريعة وقمنا كذلك بتحريف النسب، قال الله تعالى:"... **وَما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ...(5)**"[4]، وعليه لا يجوز الإدعاء بنسب مجهول النسب ما لم توجد قرينة تأكد على ذلك أو إنساب الولد لغير أبيه.

---

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[94]– سعيد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، الجزء الأول، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 213.

[3]–مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 16.

[4]– سورة الأحزاب، الآية 4–5.

وبعبارة أكثر وضوحا يمكن أن نقول بأن ظاهر الآيتين ينهي عن إدعاء بنوة طفل معلوم الأب لما في ذلك من إغتصاب الأنساب بتجريد الطفل من نسبه وإضفاء نسب الغير عليه دون أي مبرر شرعي [1].

وتجدر بنا الإشارة إلى نقطة هامة في نفس السياق وفي إمكانية الإتصال، فالقصد من إمكانية الإتصال ليس فقط بعد المسافة حسب بعض المذاهب منها المالكية والشافعية أو إبن تيمية، وإنما قد يكون الزوج والزوجة تحت سقف واحد وغرفة واحدة وسرير واحد إلا إن الإتصال غير موجود والعلاقة الجنسية غير قائمة.

وعليه فان حسب المذاهب السالفة الذكر فإن الإتصال الجنسي مقرون بالمسافة والبعد بين الزوجين وهذا خطأ جسيم.

وإنما المقصود بالإتصال هو العلاقة الواقعة على الفراش الزوجية أي الجماع[2]، وعليه يتم حساب مدة الحمل ووقوعه من أخر مرة تم فيه الجماع وليس من تاريخ الفراق بينهم.

2) أقل وأقصى مدة الحمل

لا يجوز إلحاق نسب الولد لأبيه وفق قاعدة الولد للفراش إلا كما إقتضاه الشرع والقانون فقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية حدا أدني وأقصى للحمل وذلك لإعمال القاعدة السالفة الذكر وإلحاق نسب الولد لأبيه.

فكانت أقل مدة للحمل هي ستة أشهر قمرية وذلك بإجماع فقهاء الدين وذلك على أساس ما جاء في قوله تعالى:" **وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ**

[1]– عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 217.

[2]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة، الخطبة، الطلاق، الميراث، الوصية)**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 192.

وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"[1]، و كذلك قوله تعالى:"**وَوَصَّيْنَا الْإِنْسانَ بوالدَيْه حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلى وَهْنٍ وَفصالُهُ في عامَيْن**"[2]، وقال تعالى:" **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**"[3].

فدلت الآية الأولى على مدة الفصل وفصاله بثلاثين شهرا، ودلت الآية 14 من سورة لقمان على مدة الرضاعة وهي عامين كاملين، وبالتالي أن بإسقاط عامين من الثلاثون شهرا يتضح أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر[4]، وعليه لاخلاف على أقل مدة للحمل وخاصة بوجود نصوص قرآنية إلا أن بخصوص أقصى مدة للحمل لم يرد نص لا من القرآن ولا السنة ما جعل الفقهاء يختلفون حول أقصى مدة للحمل لاختلاف الحجج والأسس كذلك الوقائع التي أسسوا عليها فتواهم.

فكان قول أبي حنيفة رحمه الله أن أكثر مدة الحمل وأقصاها هي سنتين وكان سنده في حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، وهو قولها:"**ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل**"[5].

أما قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله الإمام مالك والشافعي وأحمد هو أن أكثر مدة للحمل أربع سنين وسندهم كان في ما رواه الدار قطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول:"**هذه جارتنا إمرأة محمد بن عجلان إمرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في 12 سنة كل بطن في أربع سنين**"[6].

---

[1]– سورة الأحقاف، الآية 15.

[2]– سورة لقمان، الآية 14.

[3]– سورة البقرة، الآية 233.

[4]– أمباركة ولعالج، **إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة ، الجزائر، 2013، ص 9.

[5]– بدر الدين العيني الحنفيّ، **كتاب البناية شرح الهداية**، تحقيق شعبان أيمن صالح، كتاب الطلاق، باب ثبوت النسب، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 641.

[6]– عبد الله بن أحمد بن محمد قدامى المقدسي، **المغني**، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، كتاب العدد، باب مسألة أقصى مدة للحمل أربع سنين، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 2010، حديث 6337، ص 98.

لعل سبب إختلاف الفقهاء مرجعه كان ما شهدوه في زمانهم وهذا ما يثبت إختلاف إجتهاداتهم وفتواهم، إلاّ أن مع تقدم الطب والعلوم كان لابد من إعتبار أقصى مدة للحمل وتحديدها يرجع إلى أهل الخبرة[1].

بينما المشرع الجزائري نص في المادة 42 من قانون الأسرة على أنه:"**أقل مدة الحمل ستة(6) أشهر وأقصاها عشرة(10) أشهر**"[2]، وبذلك قد حدد مدة الحمل بستة أشهر كأقل مدة للحمل وأقصاها بعشرة أشهر رغم أن الطب الحديث أقر بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلاّ نادرا ولربما حدد المشرع المدة القصوى للحمل بعشرة أشهر ليشمل بعض هذه الحالات النادرة.

لكن يحدث و أن يبقى الجنين أكثر من عشرة أشهر في بطن أمه وذلك حسب العديد من الإحصائيات والتي تبين أن نحو 25% من النساء يلدن في الأسبوع الثاني والأربعين أي نحو294 يوم و نحو 12% يلدن في الأسبوع 43 أي بعد 301 يوم و3% فقط يلدن في الأسبوع 44 أي 308 يوم[3].

وعليه فإن عدم أخذ هذه الفئة بعين الإعتبار لا إجحاف كبير بحقها، وبالتالي فإن هذا يكون بمثابة عقبة لإثبات نسب الطفل والولد بإعتبار أقصى مدة الحمل في التشريع الجزائري هي عشرة أشهر، بعكس المشرع التونسي الذي أخذ هذه الفئة بعين الإعتبار وقد منح مدة سنة كاملة لأقصى مدة للحمل، ويتضح ذلك من الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية:"**لا يثبت النسب**

---

[1]– أمباركة والعالج، مرجع سابق، ص 11.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]– هبة عبد الله سعد، **ما أقصى موعد لتأخر الولادة**

نشر المقال في 4 أكتوبر 2020

http://www.supermama.me>posts

تم الاطلاع عليه في 04 جوان 2021 على الساعة 12:10

عن إنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من تاريخ الطلاق"[1].

أما المشرع الجزائري نص في المادة 43 من قانون الأسرة على أنه:"**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"[2].**

ذلك أن الأب يكون قد إتصل بزوجته يوما واحدا أو في آخر يوم قبل الإنفصال أو الوفاة ولذلك ينسب الولد إليه إذا وضعت حملها خلال عشرة أشهر التالية قبل تاريخ الإنفصال، وإمكان القاضي اللجوء إلى الخبرة العلمية إذا حدث نزاع في ذلك وما يترتب عليه من آثار كالنسب والميراث وكذا موانع الزواج[3].

وعليه يتضح من خلال نص المادة 43[4] من قانون الأسرة المذكور أعلاه على أن المشرع قد حرص إثبات نسب الولد من أبيه بعد انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو الوفاة ، لكن لم يفصل في هذه المادة كثيرا فماذا كان يقصد المشرع من كلمة الانفصال هل قصد الإنفصال الجسماني أو عدم إمكانية التلاقي؟

ويغلب الظن على قصده لمعنى الطلاق بإعتبار أن المشرع قد تناول الإتصال في نص المادة 41 من قانون الأسرة[5]، إلا أن هذا الوضع تغلب عليه العديد من العوائق والعقبات وترد عليه عدة تساؤلات، سنتطرق إليه لاحقا تحت عنوان إثبات النسب بعد إنحلال الرابطة الزوجية.

---

[1]– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]– لحسين بن شيخ أيث ملويا، **قانون الأسرة**، نص وشرحا، النسخة العربية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص 51.

[4]– المادة 43:"**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق.

[5]– المادة 41،"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

3) عدم نفي نسب الولد بالطرق المشروعة

لقد إشترط المشرع الجزائري عدم تقدم الأب لنفي نسب الولد منه و ذلك بالطرق المشروعة المتاحة قانونا لثبوت نسب الولد منه و يتضح ذلك من نص المادة 41 التي تنص على أنه :"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة**"[1].

رغم أن المشرع ذكر عبارة:"**لم ينفه بالطرق المشروعة**"، إلا أنه لم يحدد هذه الطرق المشروعة بل إكتفى بهذه العبارة إلا أنه يمكن إستنباط وفهم أن أحد هذه الطرق المشروعة والوحيدة المذكورة في نصوص قانون الأسرة في المادة 138 أنه من موانع الإرث: اللعان، حيث تنص المادة على أنه:"**يمنع من الإرث اللعان و الردة**"[2].

وعليه يفهم من هذا النص بأن اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب حسب التشريع الجزائري وسنتطرق إلى دراسة اللعان بالتفصيل في الفصل الثاني المعنون بعوائق نفي النسب تحديدا في المبحث الأول الذي خصص للعان كوسيلة لنفي النسب.

4) التأكد من عدم عقم الزوج

لقد نص المشرع الجزائري على إلزامية إجراء فحوصات طبية قبل إبرام عقد الزواج وذلك للتأكد من سلامة الأزواج والكشف عن بعض الأمراض وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1427، الموافق ل 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر، ج ر، الأمر رقم 05-02، المعدل والمتمم، للقانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، جريدة الرسمية، عدد 24، مؤرخ في 14 مايو 2006.

[1]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[114]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

حسب المادة 2 من هذا المرسوم تنص على أنه:"**يجب على كل طلب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم**"[1].

ولعل أهم التحاليل المطلوبة قبل الزواج المذكورة في هذا المرسوم وذلك حسب نص المادة 3، تحليل فصائل الدم (rhesus+abo)[2] ، كما نص على فحص عيادي شامل إلا أنه على المشرع التفصيل وتحديد نوع التحاليل.

إلا أنه إكتفى بعبارة فحص عيادي شامل وتحاليل الدم، في حين كان لابد من إدراج تحاليل أخرى منها اختبار الخصوبة وذلك لمعرفة إذا كان الزوجين غير قادر على الإنجاب خاصة الزوج لتفادي مشاكل إثبات ونفي النسب وذلك في حالة خيانة الزوجة وحملها من شخص أخر وهذا الشخص سيقي من إختلاط الأنساب و ضياعها[3]، و من هذه التحاليل أيضا التحاليل الفيروسية المتنقلة جنسيا للكشف عن حالات مرض نقص المناعة "ايدز"، إلتهاب الكبد الوبائي و غيرها من الأمراض و الأوبئة.

ثالثا: إثبات نسب الولد بعد إنحلال الرابطة الزوجية

بالعودة إلى أحكام قانون الأسرة فإن الرابطة الزوجية تنحل بطريقتين وذلك بالطلاق أو الوفاة حسب ما ورد في المادة 47 التي تنص على أنه:"**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو**

---

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 06–154، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام1427، الموافق ل 11 مايو 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7مكرر، من القانون رقم 84–11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404، موافق ل 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 31، مؤرخة في 14 مايو 2006.

[2]– مرسوم تنفيذي رقم 06–154، يحدد شروط و كيفيات تطبيق المادة 7، مرجع نفسه.

[3]– أهم الفحوصات الواجب إجرائها قبل الزواج

تاريخ نشر المقال 2019/06/25

http://arabicpast..net

تم الاطلاع عليه 6 جوان على الساعة 00:10

الوفاة"[1]، كلاهما يستوجب على المرأة أن تعتد، وذلك إما لإستبراء الرحم أو إنتظار ظهور حمل من الزوج أو إلحاق نسب الولد به وذلك بتطبيق العدة وأحكامها.

1) تعريف العدة

أ) لغة

بكسر العين من الفعل عدّ، وهو إحصاء شيء، ومنها عدة المرأة[2].

ب) إصطلاحا:

عرفها أصحاب المذاهب الأربعة بتعاريف مختلفة، فقد عرفها الأحناف بأنها: "تربص يلزم المرأة زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة"، و عند المالكية:"مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق أو موت أو فساد نكاح"، أما الشافعية فقد عرفها بأنها :"إسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أوللتعبد"، و جاء عند الحنابلة على أنه:"التربص المحدود شرعا"[3]، وقال تعالى:"**وَلَا تَعزِمُواْ عُقدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبلُغَ ٱلكِتَٰبُ أَجَلَهُ**"[4].

ت) قانونا:

أما قانونا فلم يضع المشرع الجزائري تعريفا للعدة وإنما ترك ذلك للفقه وإكتفى بتحديد أجالها و ذلك حسب ما جاء في ق أ ج ، في الكتاب الأول في الفصل الثاني الذي سماه بآثار الطلاق حيث تناول العدة وأجالها، فتختلف عدة المرأة حسب نوع الفرقة الزوجية أو على حسب نوع إنحلال الرابطة الزوجية.

---

[1]– قانون رقم84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– محمد بن منصور الأنصاري، مرجع سابق، ص ص 2832–2833.

[3]– محمد عقلة الحسن العلي، **عدّة الوفاة مفهومها وأحكامها في الشريعة الإسلامية**، كلة الحياة، جامعة بينقول، تركيا، 2015، ص 75.

مقال منشور على الموقع التالي:

http://www.derpersiparr.org.tr

تم الإطلاع عليه يوم 13 جوان 2021 على الساعة 14:13

[4]– سورة البقرة، الآية 235.

2) أحكام العدة

لقد وضع المشرع الجزائري فصلا خاص بالعدة و ذلك في الكتاب الأول الزواج و إنحلاله من قانون الأسرة و كان مرجع هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية.

ورد في نص المادة 58 ق أ ج:"**تعتد المطلقة المد خول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**"[1]، فيتضح أنه عدة المطلقة التي تحيض هي ثلاثة قروء كما هو الحال ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى:" **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** "[2]، وعليه فإذا طلقت المرأة في طهر ثم حاضت، ثم طهرت ثم حاضت، ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت إنقضت عدتها[3].

أما فيما يخص عدة المتوفى عنها زوجها فقد أقر القانون و الشرع بعدة مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام في قوله تعالى:" **وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** "[4].

فكانت نفس المدة المقررة قانونا وأكدت المادة 59 من قانون الأسرة على أنه:"**تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده**"[5].

أما ما يخص عدة الحامل هي وضع حملها وهذا ما أشارت إليه المادة 60 من نفس القانون:"**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"[6].

---

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– سورة البقرة، الآية 228.

[3]– فوزي رمضان، **عدة المطلقة**، الحكمة الإلهية والمعجزة العلمية، مؤسسة العالمية للثقافة والعلوم، الجزائر، ص 34.

[4]– سورة البقرة، الآية 234.

[5]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[6]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

- **ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح**

نصت المادة 43 من قانون الأسرة:"**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة**"[1]، إلا أنه لو لاحظنا أن المشرع الجزائري قد أغفل في تحديد العديد من التفاصيل وذلك في العديد من المواقف الأساسية وهي:

بين المقصود من كلمة "**الإنفصال**" فهل قصد المشرع الإنفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم المراد بعبارة"**الانفصال**"هو حكم الطلاق الصادر بحكم قضائي، غير أنه في نص المادة 60[2] جاءت صريحة حيث أن أقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، فالقول الإنفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي وفقا لنص المادة 49[3] من قانون الأسرة الجزائري يطرح إشكالية بدء حساب العدة[4].

فهل تبدأ العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أو من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، فشرعا العدة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، فهذا بين الشرع والقانون هو بمثابة عائق في إثبات النسب [5]ويضعنا أمام إحتمالية زواج المرأة بعد إعتدادها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وذلك عرفيا عرفيا من شخص أخر بزواج صحيح فتحمل منه، إلا أنها بمجرد أن تلد الطفل ينسب إلى طليقها وذلك بسبب المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 60 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"[6] ولا

---

[1]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[2]- المادة 60:"**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10)من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[3]- المادة 49:"**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3)أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[4]- محفوظ بن صغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 412.

[5]- جسيدة لونيسي، **إحتساب العدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، 2016، ص 21.

[6]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

يخفى على الجميع أن إجراءات رفع دعوى الطلاق تأخذ وقتا طويلا للفصل فيها بداية من تقديم العريضة الافتتاحية وتحديد أول جلسة وتقرير جلسات صلح التي تكون أقصى مدتها هي 3 أشهر حسب المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته(3)أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى**"[1] وبعد حكم الطلاق بجلسة أخرى فتكون المدة بين تلفظ الزوج بلفظ الطلاق وصدور حكم بالطلاق سنة و ربما أكثر وإذا أضفنا أقصى مدة للحمل المنصوص عليها في المادة 60[2] قانون الأسرة نكون أمام أكثر من 22 شهرا.

وخلال هذه المدة الزمنية يمكن للزوجة أن تتزوج عرفيا زواجا صحيحا مرة أخرى وتحمل ولدا فينسب لطليقها كونه ولد في المدة القانونية المنصوص عليها قانونا فيستصعب إثبات نسب الولد لأبيه الحقيقي رغم أن الزواج صحيح وشرعي وجائز وليس مخالفا للشرع وما أكثر هذه الحالات المعروضة أمام القضاء للفصل فيها[3].

أما التفرقة القانونية الثانية فإن المشرع لم يفرق بين إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعده، فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وقبل الخلوة ثم ولدت ولد بعد الطلاق، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة، و إن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج لإحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره، و إحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا، لأن زوجيتها إنقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها و إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا أم توفي عنها زوجها، فإن أتت بالولد قبل مضي أقصى مدة

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– المادة 60:"**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10)أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[3]– محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 413.

للحمل من يوم الطلاق أو الوفاة ثبت نسبه من الزوج، أما إن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى و هذا رأي الجمهور[1].

الفرع الثاني

المقصود بالإقرار

يعتبر الإقرار من الطرق الكاشفة للنسب المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، بالتحديد في المادة 44[2] وذلك وفق شروط محددة.

أولا: تعريف الإقرار وشروطه

1) تعريف الإقرار

أ) لغة

الإذعان للحقّ والإعتراف به، أقر بالحقّ، أي إعترف به وقد قرّره عليه، وقرّره بالحق غيره حتى أقرّ[3].

ب) إصطلاحا

هو إدعاء المدعي، أنه أب لغيره، فيصدق في إلحاق الولد.

كما عرف على أنه: الإعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه وإختلف الأئمة الأربعة على معنى الإقرار.

ت) فقها

فعند الحنفية: هو إخبار بحق الأخر لا إثبات له عليه.

وعرفه المالكية: بأنه خبر يوجب حكم صدقه قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه.

الشافعية: إنه إخبار يحق على المقر.

---

[1]- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص ص 413-414.

[2]- المادة 44،"**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]- إبن المنظور، مرجع سابق، ص 3582.

الحنابلة: هو إظهار مكلف مختار ما عليه، بلفظ أو كتابة أو إشارة اخرص[1].

ث) قانونا

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للإقرار في قانون الأسرة، إلا أنه تطرق إليه في القانون المدني حيث عرّفه في نص المادة 341 على أن:"**الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**"[2].

2) شروط الإقرار

بالنسبة لشروط الإقرار لقّد تطّرق إليها المشرع الجزائري في نص المادة 44 من قانون الأسرة على أنه يمكن أن:"**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة**"[3] ونصت كذلك المادة 45 على أن:"**الإقرار بالنسب في غير الأبوة والبنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**"[4].

وما يمكن إستخلاصه من خلال تحليل هذين النصين يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري بطريقة إعتراف بالمولود كإبن لمدعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شرطين أساسيين هما[5]:

---

[1]– سامي جعودة، فتيحة حداد، **إثبات النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية الجزائر، 2015، ص ص 7–8.

[2]– أمر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[3]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[5]– عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، سلسلة تبسيط للقوانين، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 103.

أ) أن يكون الولد المقر به مجهول النسب

يقصد بهذا الشرط كون الولد ليس له نسب معروف وثابت، شخص أخر غير المقر لذلك لا يستلحق معلوم النسب ولا يجوز الادعاء بأنساب ولد معروف نسبه مسبقا.

ب) أن لا يكذبه العقل والعادة

يعني عدم وجود قرائن و دلائل تجعل من الإقرار غير صحيح و بل مستحيل، كفارق السن، أو بعد المسافة، أو عجز تام، أو مرض عقم، وعدم الإنجاب، الإدعاء والإقرار بنسب ولد أنه من صلبه[1].

ت) ويرى الدكتور عبد العزيز سعد أن هناك شرط أخر ثالث لم ينص عليه في المادتين السالفتين الذكر إلا أنه يمكن إستنتاجه من قصد المشرع، ومن عموم المبادئ العامة وهو شرط وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة[2].

لأنه حسب الشرع و القانون لا يجوز شرعا أن يولد طفل زنا ثم يدعي و يقر الرجل أن هذا الطفل إبنه و يلحقه بنسبه.

ثانيا: أنواع الإقرار

1) الإقرار المباشر(الإقرار بأصل النسب)

هو إقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، وهو ما يعرف لدى الفقهاء بالإقرار بالنسب مجهول على المقر نفسه و كما يسميه البعض بالإقرار الذي ليس فيه حمل النسب على الغير[3].

[1]– سامية جهود، حداد فتيحة، مرجع سابق، ص 43.

[2]– عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل الزواج**، مرجع سابق، ص 104.

[3]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 61.

ولقد ورد هذا النوع من الإقرار في نص المادة 44 من قانون الأسرة الجزائرية:"**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة**"[1].

فيشترط لصحة ثبوت النسب بهذا النوع من الإقرار:

أ) أن يكون مما يمكن أن يولد له بمثله فلو كان عمر المقر له تقريبا أو مساويا لعمر المقر مثلا، كان كذب والإقرار واضحا ظاهرا فلا يثبت به نسب[2].

ب) أن يكون الولد(المقر له) مجهول النسب لا يعرف له أب أو أم مثلا فإن كان معروف النسب (كالأب) وإدعاه مدع، عد كاذبا.

ت) أن يصدق المقر له إن كان مميزا المقر، لأن الإقرار حجية قاصرة لا يتعدى إلى الغير بدون بينة، أما لو كان المقر له طفلا غير مميز، فلا يحتاج إلى تصديقه و يثبت نسبه من مدعيه، لأن في ثبوت النسب مصلحة كبرى له و للمجتمع[3].

ث) ألا يصرح المقر بأن المقر له إبنه من الزنا، فإن صرح بأنه من زنا، لن يثبت نسبه منه، لأن النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النقمة[4]، فإن حسب ما جاء في قرار المحكمة العليا بأنه أي إتصال جنسي قبل عقد الزواج يعد إبن زنا لا ينسب إلى أبيه[5].

2) الإقرار غير مباشر (الإقرار بما يتفرع عن الأصل)

وهو الإقرار من غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة وهو ما يعرف كذلك بالإقرار بنسب مجهول على الغير، كالعمومة و الإخوة و قد تم ذكر هذا النوع من الإقرار في نص المادة 45 من ق أ

---

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– مباركة والعالج، مرجع سابق، ص 30.

[3]– عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، دراسة شرعية قانونية مقارنة، الطبعة الثالثة، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص 224.

[4]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 224.

[5]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، الاجتهاد القضائي، العدد الأول، الجزائر، 1999.

أن:"**الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**"[1]، وعليه أنه لا يثبت به النسب إلا بأحد الأدلة الآتية:

أ) البينة.

ب) تصديق المقر عليه إن كان حيا.

ت) تصديق الورثة إن كان ميتا، فإن أقر واحد فقط و أنكر غيره عومل بمقتضى إقراره هو فقط في الميراث لأن الإقرار حجية قاصرة ولا يتعداه إلى غيره[2].

ثالثا: مدى حجية الإقرار في إثبات النسب

يتضح من نصوص المادتين 44[3] و45[4] من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد أجاز إثبات النسب بطريقة الإقرار، التي تعد من الطرق الكاشفة للنسب، إلا أنه لتحقق ثبوت النسب بالطريقة المذكورة لابد من توافر شروط محددة قد تم التطرق إليها سالفا.

وفي هذا الصدد إختلفت أراء الفقهاء في كون الإقرار محدود الحجية أو في كونها حجية قاطعة في إثبات النسب:

1) الإقرار حجة محدودة في إثبات النسب

بالعودة إلى أحكام المادتين 44[5] و45[6] من قانون الأسرة يتضح كون الإقرار لا تسري أحكامه إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة، أما في غير ذلك فقد إشترط المشرع

---

[1]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]- عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 226.

[3]- المادة 44:"**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة**"، قانون 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]- المادة 45:"**الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[5]- المادة 44:"**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[6]- المادة 45:"**الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا تصديقه**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة ، مرجع نفسه.

الجزائري شرط التصديق، بمعنى أن أي إقرار بالإخوة أو العمومة لا يسري عليهم أحكامه إلا بتصديقه، وبصورة أوضح أن حجية الإقرار الذي يصدر عن بعض الورثة بالأخوة أو العمومة دون موافقة الغير يجعل الإقرار لازما في حق المقر دون غيره، فيقاسمه نصيبه دون باقي الورثة.

وعليه إذ أن الطريقة الوحيدة الذي يثبت النسب بها هي الإقرار الصادر عن الأب والأم في حين أن الإقرار الصادر في غير ذلك من إقرار بالعمومة أو الأخوة فإنها حجية تقتصر فقط على حق المال دون النسب وهذا النوع من الإقرار لا يغير شيئا في الحالة المدنية لمجهول النسب ولا يكسبه نسب أهله وهذا ما يثبت أن الإقرار الغير المباشر أو ما يسمى بالإقرار بما تفرع عن الأصل له حجية ضعيفة في إثبات النسب[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن الإقرار قد يكون سبيل معتبرا في إثبات النسب إلا أنه لا يملك الحجية التي تثبت صلة القرابة أو صلة الدم بين المقر و المقر به، فالإقرار كثير ما يكون فيه إشتباه أو تزيف الأنساب، فكثيرا ما يخطأ المقر وتختلط عليه الأمور، كذلك يمكن أن يكون الإقرار وسيلة للتحايل على القانون لإثبات نسب طفل ناتج عن علاقة غير شرعية وذلك بإدعاء أنه ثمرة زواج عرفي فيسجل في مصالح البلدية، عن طريق حكم قضائي وإلحاق نسبه عن طريق الإقرار دون البينة.

كما يمكن للإقرار أن يكون تزوير وإدعاء بالباطل، وإدخال أجنبي بالأسرة لا يمت بصلة إليها، فيرتب إختلاط الأنساب ونتائج أخرى خطيرة لتزاوج بمحرمات وغيرها من المخاطر[2].

2) الحجية القاطعة للإقرار في إثبات النسب

إعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقا مشروعا لإثبات النسب وقد أورده في نص المادة 40[1] من قانون الأسرة فجعله في مرتبة تساوي الطرق الأخرى الكاشفة عن النسب من بينة وبصمة وراثية.

[1]– سامية جعود، فتيحة حداد، مرجع سابق، ص 61.

[2]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 226.

إلا أنه لابد من الإشارة على أن القاضي لا يكتفي بالإقرار ليثبت النسب بل عليه البحث في مدى الصلة بين المقر والمقر له ويبحث في شرعية العلاقة و قانونية الزواج [2] وثبوت مدة الحمل وشروط ولادة الولد في الآجال المحددة قانونا وشرعا[3]، كذلك إقتران الإقرار بالبصمة الوراثية لإثبات الصلة الموجودة بين المقر والمقر له[4].

المطلب الثاني

عوائق إثبات النسب بالبينة و الوسائل العلمية

تعتبر البينة و الوسائل العلمية من أهم الوسائل الكاشفة عن النسب نظرا لحجيتها و قوة ثبوتيتها إلا أن هاتين الوسيلتين تواجهها عقبات و عراقيل يصعب من خلالها إثبات النسب، وعليه فإننا خصصنا هذا المطلب لنوضح و نعرف أهم هذه العوائق: حيث تطرقنا إلى مفهوم البينة(فرع أول)، وعوائق إثبات النسب بالوسائل العلمية(فرع ثاني).

الفرع الأول

مفهوم البينة

يقصد بالبينة مجموعة من الدلائل و الحجج التي تقف شاهدة على حدوث واقعة مادية وحصولها حصولا حقيقيا يقينيا و ذلك بشتى الطرق الدالة عليها من سمع أو بصر[5].

---

[1]– المادة 40:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة ، مرج سابق.

[2]– عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، مرجع سابق، ص 216.

[3]– المادة 42"**أقل مدة الحمل ستة أشهر، أقصاها عشرة(10)أشهر**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]– سامية جعود، فتيحة حداد، مرجع سابق، ص 62.

[5]– كمال صالح ألبنا، **المشكلات العملية في دعاوي النسب والإرث**، عالم الكتب للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص 14.

أولا: تعريف البينة و صورها

1) تعريف البينة

أ) لغة

مستنبطة من الوضوح والجلاء والبيان ويقال:"**إستبيان الصبح والصحو هو على بينة من أمره**"[1].

ب) إصطلاحا

وله معنيان:

-المعنى العام للبينة:

هو الدليل آيا كان نوعه كتابة كان أو قرائن قانونية أو شهود أو إعتراف.

-المعنى الخاص للبينة

و هذا المعنى محصور في شهادة الشهود دون غيرها[2].

2) صور البينة

أ) البينة كمفهوم شامل لكافة الأدلة

المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة إستعمل مصطلح البينة وأشار إليه في النص الفرنسي بمصطلح (preuve).

« **la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage**

[1]- محمد بن منصور الأنصاري، مرجع سابق، ص 406.

[2]- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 74.

annulé après consommation, conformément aux articles 32, 33 et 34 de la présente loi».[1]

إن مفهوم كلمة (**preuve**) مقصوده عام أي أن المشرع الجزائري بهذه الترجمة قد أخذ بالمفهوم العام للبينة وهي كل ما يشمله من أدلة كتابية والقرائن القانونية والشهود .

وعليه فإنه إذا تم الأخذ بهذا المقصود فإنه يمكن إعتبار الكتابة والقرائن القانونية من إطارات مشتملات البينة، فالمدعي إذا له الحق بإثبات النسب بدليل كتابي ليثبت ما يدعيه مؤسس وحقيقي وغير مزور[2].

ب) البينة كمفهوم مقتصر على شهادة الشهود

يرى بعض فقهاء القانون أن إثبات النسب بالبينة تقتصر على شهادة الشهود دون غيرها ويؤسسون رأيهم في مسألتين:

ما جاء في قرار المحكمة العليا[3] الذي أخذ بمفهوم البينة الضيق عندما أكدوا أن قواعد إثبات النسب محددة في المادة 40[4] والتي من بينها البينة ولو كان المقصود بالبينة المعنى العام لاستجابة قضاة المحكمة العليا، بالإعتماد على فحص الدم من طرف خبير كدليل لإثبات النسب وذلك ثابت من خلال القرار الذي تم إتخاذه.

فمن المقرر قانونا في المادة 40 ق أ أنه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون**"[5]، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

---

[1]–Loi n°84–11, du 09 juin 1984, portant code de la famille, modifiée et complétée, avec l'ordonnance n°05–02, du 27 février 2005.

[169]– hocine benchikh ath mellouya, code de la famille, article avec explication, dar elhouda, 'l Algérie, 2014,p 16.

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1999.

[4]– أنظر المادة 40، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[5]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلاف القواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

وتأسيسا لقرارهم أكد قضاة المحكمة العليا أن إثبات النسب حددته حصريا المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، ويدل ذلك على أنهم قد تجاوزا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه[1].

أما المسالة الثانية وهو إضافة الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فقد فصل المشرع الجزائري الخبرات الطبية والتحاليل ووضعها بشكل مستقل عن الطرق الشرعية والتي من ظمنها البينة مما يعني أن المشرع الجزائري قصد بالبينة شهادة شهود دون غيرها[2].

وعليه فإن المشرع الجزائري قد قصد بالبينة شهادة شهود لإثبات النسب إلا أنه لم يوضح ذلك و لم يقدم النصاب للشهادة وعلى إثر ذلك تحيلنا المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية[3].

فالبينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين لقوله تعالى:" **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**"[4] إلا أن هنالك من عارض شهادة النساء دون الرجال .

---

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، الإجتهاد القضائي، العدد الأول، الجزائر، 1999.

[2]– باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مرجع نفسه، ص 79.

[3]– مباركة و العالج، مرجع سابق، ص 39.

[4]– سورة البقرة، الآية 282.

إلا أن شهادة إمرأتين منفردتين دون الرجال جائز لقوله صلى الله عليه وسلم:"**قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن**"[1]، فيفهم من هذا الحديث أنه تجوز شهادة النساء فقط في حالتين ولادة النساء أو فيما يتعلق بعيوبهن وكل ما لا يطلع عليه الرجال.

ثانيا: مدى حجية البينة في إثبات النسب

متى ثبتت دعوى النسب بالبينة فإن حجيتها قاطعة ولا تقتصر على المدعى عليه بل تتعداها إلى الغير ويحتج بها على الكافة وقد قضت محكمة النقض المصرية أن القضاء في النسب هو قضاء على الكافة ولا يقتصر فقط على أطرافه[2].

إلا أن نلاحظ وجود تناقض بما فرضته المحكمة العليا للقضية رقم 222674 في غرفة الأحوال الشخصية بإعتبار البينة شهادة شهود دون غيره و إتخاذها المفهوم الضيق للبينة[3] مع ترجمة نص المادة 40 إلى اللغة الفرنسية فالبينة في الترجمة كانت (**preuve**) وكلمة preuve تحمل معنى البينة بالمفهوم العام الذي يشتمل كافة القرائن القانونية وكذلك الكتابة، وشهادة الشهود وإلى ما ذلك .

ويرى الدكتور باديس ذيابي أن في محاولة القول بأن البينة تجسد في شهادة الشهود فقط، فإنه ليس صحيح ودقيق تماما لأنهم قد إقتصروا فقط في دليلهم على الخبرة العلمية غير أنهم لم يتحدثوا على الدليل الكتابي ولا عن القرائن واقتصروا فقط في حديثهم عن الخبرة العلمية[4].

ولا يخفى أنه لم يتطرقوا إلى حالة تعارض البينة في صورة من صور المعنى العام للبينة من قرائن قانونية وكتابة مع المعنى الخاص للبينة المقصود به الشهادة فقط فأيهم أقوى حجية

---

[1]– محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، **المبسوط**، كتاب الشهادات، باب شهادة النساء، ب. ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، ص 143.

[2]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 74.

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، الإجتهاد القضائي، العدد الأول، الجزائر، 1999.

[4]– باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 81.

وثبوتية في قضايا النسب كذلك نشير إلى كثرة فساد الذمم و الأخلاق و كثرة الزور فكثيرا ما تكون الشهادات زورا متى غاب الصدق والأمانة فقد نصت المادة 235 من تقنين العقوبات على أنه:"**كل من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20000 إلى 100000 دينار جزائري**"[1].

الفرع الثاني
عوائق إثبات النسب بالوسائل العلمية

الوسائل العلمية تعتبر ثروة في علم الطب الحديث حيث أصبحت تستخدم في جميع المجالات القانونية على إختلافها من الطب الجنائي والتحاليل و الخبرات الطبية في قانون الأسرة الجزائري.

ورغم تكريس القانون الجزائري للوسائل العلمية في إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، فإن إعمال القضاء لتلك الوسائل على إختلافها من أنواع الوسائل العلمية والطبية البيولوجية يحول دون عقبات وعوائق تقف حائلا دون تطبيقها، في مجال إثبات النسب فمنها عوائق تخص مسائل قانونية وأخرى مادية فيحتج الخصم من أجل إفلاس من هذه الفحوصات والتهرب من تحمل مسؤولية الطفل والأمر الذي يتحتم الإحاطة بهذه العراقيل وعرضها[2].

أولا: العوائق القانونية

1) المبادئ الدستورية

لطالما كان الدستور يبين النظام السائد في البلاد وكونه الحامي القانوني الأول الذي يخدم المواطنين إلا أن هنالك ثغرات قانونية ومواد تقف دون ذلك وتكون عائق لتحقيق العدالة.

[1]– أمر رقم 66–156، مؤرخ 18 صفر 1386، الموافق ل 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية، عدد 49، صادر في 21 صفر 1386، الموافق ل 11 يونيو 1966 معدل ومتمم.

[2]– يعقوب بلبشير، مرجع سابق، ص 169.

أ) حرمة الحياة الخاصة

إن إجبار المتقاضي على إجراء تحاليل الدم والبصمة الوراثية من أجل تأكيد النسب من عدمه يصطدم مع مبدأ دستوري يتعلق بعدم إنتهاك حرمة الشخص.

كما أنا المادة 34 من دستور 1996 و التي تنص على:"**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة**"[1].

حيث تشير هذه المادة إلى إحدى العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة خصوصا تحليل الحمض النووي الذي يشكل تدخل واضح في الحياة الخاصة للفرد كونها تتدخل في خصائص الوراثية وكما قد يمد بمعلومات خاصة بين الزوجين وتكون هذه المعلومات ذات طابع شخصي، وتدخل في خصوصية الحياة الزوجية والفردية على حد سواء[2].

ب) انتهاك مبدأ حرمة السلامة الجسدية

إن إجراء أي تحليل طبي وبالأخص البصمة الوراثية تستوجب أخذ عينّات من جسم الإنسان وذلك من خلال أخذ عينات الدم أو السائل المنوي أو الشعر أو حتى اللعاب، إلا أن أخذ العينات يخالف المادة 35 من دستور 1996 التي تنص على أنه:"**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية**"[3]، وليس الدستور فقط الذي يحمي السلامة الجسدية إنما أيضا قانون الإجراءات الجزائية وحتى قانون العقوبات[4].

---

[1]– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة ر سمية، عدد 76، صادر في 07 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

[2]– باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص ص 110-111.

[3]– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر 1996، مرجع سابق.

[4]– سولاف بوحناف، **إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الدفعة 2006، الجزائر، د.س.ن، ص 56.

ت) عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

إن المبدأ كرسته مختلف القوانين الإجرائية مبدأ عاما راسخا بحيث لا يجوز إجبار الشخص على منح دليل ضد نفسه، فأخذ عينات من شخص سواء كان دم أو خصلة شعر أو غيره وتقديمها للفحص الجنائي هو خرق للمبدأ القانوني الراسخ[1].

2) في قانون الأسرة الجزائري

الإستعانة بالوسائل العلمية تكون بأمر من القاضي

تنص المادة 40 من قانون الأسرة في الفقرة الثانية منها:"**ويجوز للقاضي الإستعانة بالوسائل العلمية في إثبات النسب**"[2].

تنص هذه المادة وبوضوح أن الوسائل العلمية تكون بأمر من القاضي فقط دون غيره وذلك متى رأى قاضي الموضوع الحاجة إليها إلا أن هذه المادة هي بمثابة عقبة لإثبات النسب.

حيث لو كان بإمكان اللجوء إلى البصمة الوراثية قبل اللجوء إلى القضاء لخف الحمل على القضاء من جهة و يوفر الوقت والجهد على كل من المتداعيين والقضاء.

ثانيا: العوائق المادية

1. وجود مخبر واحد على المستوى الوطن

لعل أهم ما يقف عائقا أمام الأخذ بالطرق العلمية وخاصة البصمة الوراثية هو وجود مخبر واحد على مستوى الدولة الجزائرية المتواجد في ولاية الجزائر العاصمة، أما تدشينه في 22 جويلية 2004 وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006، وقد تفرع عنه مختبران جهويان أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة بنيابة مديرية الشرطة العلمية والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية، وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن

[1]– باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 111.

[2]– قانون رقم84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

والعدالة[1]، بالتالي فإن هذا المخبر الوحيد لا يكفي لتغطية كل التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدي إلى تعطل وتأخر دعاوي النسب[2].

2. تكلفة تحليل البصمة الوراثية

تختلف تكلفة التحليل من بلد إلى أخر وكذا تختلف القيمة حسب طبيعة الإختبار ودرجة تعقيده إضافة لإختلاف نوع العينة، فعلى سبيل المثال تكلفة تحليل البصمة الوراثية في حال أخذ العينة من اللعاب مثل الكشف عن النسب في دولة الأردن هو ما يعادل 282,829 دينار أردني، أما في الولايات المتحدة الأمركية يصل إلى 399 دولار، و تبلغ تكلفة تحليل DNA لتحديد النسب وتحديد هوية النسب في ما يقارب 2000 جنيه في مصر، أما في الجزائر يأخذ عينة من اللعاب أو الدم أكثر من 45000 دينار جزائري و هذا المبلغ ليس بالهين أو القليل وتعتبر تكلفة باهظة خاصة على ذوي الدخل الضعيف مما يستصعب من إجراء هذا التحليل[3].

ثالثا: مدى حجية الوسائل العلمية على إختلافها في إثبات النسب

لقد ذكرنا سالفا أن نسب الولد لأبيه لا يثبت إلا بأحد الأنساب التي إتفق عليها جمهور العلماء وذلك بالزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بالشبهة والمعبر عنه بالفراش والإقرار وطبعا البينة وهي الشهادة.

إلا أنه فضلا عن كل هذه الأنساب المذكورة فإن هنالك سببين آخرين وهما القيافة والقرعة إلا أن هنالك نوع من الخلاف بين العلماء فمن يرى في جواز الإعتماد على هاتين الوسيلتين لإعتبارهما وسيلتين لإثبات النسب، ومن يرى في عدم الأخذ بها وعدم الإعتماد على هاتين الوسيلتين لكونهما وسائل ضنية الثبوت وضعف حجيتها.

---

[1]– سعد عبد اللاوي، **الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2015، ص 168.

[2]– يعقوب بلبشير، مرجع سابق، ص 171.

[3]– الأحمد حسام، **البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب**، منشورات الحلي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 77.

ويمكن قياس البصمة الوراثية وكذا فصائل الدم على القيافة والقرعة وجعلهما في حكم هاتين الوسيلتين أو بالأحرى أولى منهما أي القرعة والقيافة[1] .

1) مدى حجية فصائل الدم الرئيسية

لكل إنسان صفات ومميزات في دمه تختلف من إنسان لآخر فيرث كل شخص صفات الدم من أبيه وأمه سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو فصيلتين مختلفتين إلا أنه يحدث وأن لا يحمل الولد دم أبويه الإثنين أو أحدهما بل أحد أفراد العائلة وفي حالة توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه فإن هذا ليس قطعيا في إثبات نسبه لأن يمكن للفصيلة الواحدة أن يشترك أناس كثيرون فيحتمل أن يكون أب الطفل واحد منهم[2].

2) مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

الإنسان يتميز عن الأخر بواسطة الحمض النووي الذي يوجد في خلايا جسم الإنسان ماعدا كويرات الدم الحمراء حيث ليس بها نواة ومن المعلوم أن لكل خلية من خلايا الجسم تحتوي على 23 زوجا من الكرموزومات منها 22 كرموزوم متشابه بين الذكر والأنثى إلا أن هناك اختلاف في الكرموزوم الثالث والعشرون وهو الذي يحدد جنس المولود ولكل خلية رمز خاص بها.

وكل حمض نووي يتكون من سلاسل حلزونية الشكل يلتف بعضها حول بعض وهذا التسلسل يختلف من إنسان إلى إنسان ولا يحدث أن يتشابه بين التوأم المتشابه لأن أصلهما واحد وبويضة واحدة وحيوان منوي واحد، فيكون التشابه بين الحمض النووي بين الأصل والفرع ما يقارب 99,99 % ما يجعل من البصمة الوراثية حجية قاطعة تثبت العلاقة بين الولد وأبيه[3].

---

[1]– مسعد هلالي سعد الدين، **البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية**، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2001، ص 76.

[2]– الأحمد حسام، مرجع سابق، ص 77.

[3]– الأحمد حسام، مرجع نفسه، ص 78.

«خلاصة الفصل الأول»

بعد أن تطرقنا إلى وسائل إثبات النسب من وسائل منشئة وأخرى كاشفة، وكذا أدلة ثبوت النسب سواءا القطعية منها أو الظنية، وألقينا نظرة على بعض مواقف التشريعات العربية حول مسألة إثبات النسب، يمكننا القول في الأخير أن مشكلة النسب وإثباته تعتبر من مشكلات التي تشغل إهتمام الفقهاء والقضاء وحتى رجال القانون ومع التقدم العلمي الذي حظيت به الهندسة الوراثية باتت قضية إثبات النسب بالطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية تحتاج إلى إجتهاد فقهي جبار وقضائي ودراسة أوسع وأعمق خاصة أو تبيان أراء الفقهاء حول حجية كل وسيلة إثبات النسب، فمن يرى بوجوب التمسك بالسلف وإن نكون لهم خلف والإعتماد على الطرق التقليدية خاصة القيافة والقرعة ومن يرى أنه لا حاجة إلى هذه الطرق التي عفى عنها الزمن وذلك بالإعتماد على الوسائل الأكثر حجية والقطعية نظرا لقوة ثبوتيتها وليس إعتمادا على الظن والتخمين.

والدعوة إلى الإحتياط في النسب وعدم إثباته إلا بعد التأكد من صحة العلاقة وكذا الرابطة بين الولد وأبيه.

وأتت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من خلال ندوتها الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية و العلاج الجيني المقامة في الكويت سنة 1998 إلى تأكيد دور البصمة الوراثية والقول بأن:"**البصمة الوراثية من الناحية العلمية و سيلة لا تكاد تخطأ في التحقق من العلاقة البيولوجية ، والتحقق من الشخصية، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة...**".

وعليه فإنه لابد من إقران جميع الوسائل المنصوص عليها قانونا لإثبات النسب بالوسائل العلمية ، خاصة البصمة الوراثية نظرا لقطيعتها وقوة ثبوتيتها وكذا حجيتها.

وذلك لضمان عدم إختلاط الأنساب و كشف تزييف الأنساب في نظام الأسرة وتفادي ما قد ينجر على مثل هذه الحالات من محرمات وكبائر.

إن نفي النسب موضوع حساس للغاية، خاصة وأنه متعلق بقيام الأسرة و ثباتها وحتى إستمراريتها و أي تهديد بسيط قد يؤدي إلى إنهيارها ولعل أهم الأسباب المؤدية إلى إنهيارها هو نفي نسب الولد وإتهام الزوج لزوجته.

ونظرا لحساسية الموضوع على كل أطراف الأسرة من الزوجين وحتى الولد فقد أجمع فقهاء المسلمين على إتخاذ اللعان الوسيلة الوحيدة لنفي النسب.

فقد يحدث وأن يساور شك الزوج حيال العلاقة بينه وبين إبن زوجته وذلك إعتمادا على عدة إعتبارات ربما يكون السبب عدم إمكانية الإتصال أو إستحالته أو نظرا لإختلال مدة الحمل، أو نظرا لإحتمال وضعف قدرته على الإنجاب أو لأتفه الأسباب كغياب الإحساس بالأبوة إتجاه إبنه ويمكن العكس وذلك لأعظم الأسباب وأخطرها وهي خيانة الزوجة، فالعلاقة الزوجية ليست في مأمن من سوء الظن والشك قبل الزوج لزوجته نكران المولود الذي تلده ، وعلى إثر هذه الأسباب منحت الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الجزائري الحق لزوج في إنكار ونفي نسب إبن زوجته منه، ويتضح ذلك جليا في نص المادة 41 من ق أ ج التي تنص على أنه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة**"، إلا أن هذه المادة يسودها بعض الغموض فالمشرع لم يوضع ما هي الطرق المشروعة هذا من جهة، أما من جهة أخرى فلم يخص اللعان بالذكر إنما يفهم من نص المادة 138من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"**يمنع من الإرث اللعان والردة**"، ونضيف إلى ما سبق أن المشرع الجزائري لم يقر باللعان كوسيلة منفردة لنفي النسب وإنما ترك الباب مفتوحا للإجتهاد القضائي في إختيار الوسيلة المناسبة التي تقتضيها الظروف لإثبات النسب.

إلا أن اللعان بإعتباره وسيلة لنفي النسب لا يمنع من أن اللعان به بعض العقبات وبعض الإشكالات في تطبيقه وسنتطرق إلى دراسة اللعان وإشكاليات تطبيقه بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الثاني، يجدر بنا الحديث عن موضوع إستعمال الوسائل العلمية في الدعاوي التي ترفع إلى القضاء لتشكيك في نسب المولود من الزوج فهل لها سند قانوني؟ أو بعبارة أخرى هل تعتبر الوسائل العلمية جائزة الإستعمال في موضوع نفي النسب؟

خاصة أن المشرع قد إعتبرها وسيلة فقط لإثبات النسب و ذلك في نص المادة 40 فقرة الثانية ق أ ج فهل يعد هذا تناقض بين النصوص القانونية أم أنه ثغرة قانونية واضحة؟

وعليه فإننا سندرس في المبحث الثاني من الفصل الثاني الوسائل العلمية في نفي النسب وأراء الفقهاء حول الموضوع إضافة إلى العقبات التي تحول دون إستغلال الوسائل العلمية والإستعانة بها في موضوع نفي النسب.

الفصل الثاني

عوائق نفي النسب

إن نفي النسب موضوع حساس للغاية، خاصة وأنه متعلق بقيام الأسرة وثباتها وحتى إستمراريتها وأي تهديد بسيط قد يؤدي إلى إنهيارها ولعل أهم الأسباب المؤدية إلى ذلك هو نفي نسب الولد وإتهام الزوج زوجته بالخيانة.

ونظرا لحساسية الموضوع على كل أطراف الأسرة من الزوجين وحتى الولد فقد أجمع فقهاء المسلمين على إتخاذ اللعان الوسيلة الوحيدة لنفي النسب.

فقد يحدث و أن يساور الشك الزوجي في حيال العلاقة بينه وبين إبن زوجته وذلك إعتمادا على عدة إعتبارات، ربما يكون السبب عدم إمكانية الإتصال أو إستحالته، أو نظرا لإختلال مدة الحمل، أو نظرا لإحتمال وضعف قدرته على الإنجاب، أو لأتفه الأسباب كغياب الإحساس بالأبوة إتجاه إبنه و يمكن العكس و ذلك لأعظم الأسباب وأخطرها وهي خيانة الزوجة، فالعلاقة الزوجية ليست في مأمن من سوء الظن والشك قبل الزوج لزوجته نكران المولود الذي تلده، وعلى إثر هذه الأسباب منحت الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الجزائري الحق للزوج في إنكار ونفي نسب إبن زوجته منه، ويتضح ذلك جليا في المادة 41 من ق أ ج التي تنص على أنه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"[1]، إلا أن هذه المادة يسودها بعض الغموض فالمشرع لم يوضع ما هي الطرق المشروعة هذا من جهة، أما من جهة أخرى فلم يخص اللعان بذكره إنما يفهم من نص المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص:"**يمنع من الإرث اللعان والردة**"[2]، ونضيف إلى ما سبق أن المشرع الجزائري لم يقر باللعان كوسيلة منفردة لنفي النسب وإنما ترك الباب مفتوحا للإجتهاد القضائي في إختيار الوسيلة المناسبة التي تقتضيها الظروف لإثبات النسب.

إلا أن اللعان بإعتباره وسيلة لنفي النسب لا يمنع من أن اللعان به بعض العقبات ويخص الإشكلات في تطبيقه، وسنتطرق إلى دراسة اللعان وإشكاليات تطبيقه بتفصيل في المبحث الأول ويجدر بنا الحديث عن موضوع إستعمال الوسائل العلمية في الدعاوي التي ترفع إلى القضاء

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

لتشكيك في نسب المولود من الزوج فهل لها سند قانوني؟ أو بعبارة أخرى هل تعتبر الوسائل العلمية جائزة الإستعمال في موضوع نفي النسب؟

خاصة أن المشرع قد إعتبرها وسيلة فقط لإثبات النسب وذلك في نص المادة 40 فقرة 1الثانية ق أ ج[1]، فهل يعد هذا تناقض بين النصوص القانونية أم أنه ثغرة قانونية واضحة؟

وعليه فإننا سندرس في المبحث الثاني الوسائل العلمية في نفي النسب وأراء الفقهاء حول الموضوع إضافة إلى العقبات التي تحول دون إستغلال الوسائل العلمية والإستعانة بها في موضوع نفي النسب.

المبحث الأول

عوائق نفي النسب في الشريعة الإسلامية

لقد إعتبرت الشريعة الإسلامية اللعان الوسيلة الوحيدة لنفي النسب ويقصد به على العموم أن يتهم الزوج زوجته بالزنا، أثناء قيام الرابطة الزوجية وبالتالي ينفي الولد بإدعائه بأنه ليس منه.

فإعتمدت التشريعات العربية وكذا الإسلامية على اللعان كوسيلة لنفي النسب تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة تقع لسببين أساسيين أولهما إتهام الزوج لزوجته بالزنا بإعتباره الشاهد الوحيد لوجود هذه العلاقة الغير الشرعية، أما السبب الثاني والذي يعتبر نتيجة حتمية للسبب الأول وهو وجود ولد زنا ناتج عن علاقة غير شرعية فيقام اللعان لغرض نفي نسب هذا الولد.

وعليه خصصنا المطلب الأول لدراسة مفهوم اللعان، أما المطلب الثاني نتناول فيه دارسة الآثار المترتبة عن اللعان و الإشكالات المتعلقة بتطبيق اللعان.

[1]– المادة 2/40،" **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

المطلب الأول

مفهوم اللعان

إن مفهوم اللعان يشمل كل من تعاريف اللعان و حتى مدلوليته و كذا أركانه و صور اللعان و دعوى اللعان و عليه سنتطرق إلى دراسة كل هذه النقاط بالتفصيل في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

تعريف اللعان و مدلوليته

بداية لابد من تقديم مختلف تعريفات اللعان من الجانب اللغوي، الإصطلاحي و حتى الفقهي، و لابد كذلك من تدعيم هذه التعاريف وهذه الوسيلة بمدلوليتها من القرآن الكريم والسنة النبوية وكذا الإجماع.

أولا: تعريف اللعان

1) اللعان لغة

الإبعاد والطرد من الخير، وقيل الطرد والإبعاد عن الله وعن الخلق واللعنة لإثم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه بلعنه لعنا أي طرده وأبعده[1] .

2) اللعان إصطلاحا

حلف زوج مسلم على زنا زوجته أو نفي حملها منه و حلفه على تكذيبه، وقيل هو شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعان والغضب، قائمة مقام حد القذف أو تعزيز من جانبه وحد زنا من جانبها[2].

وعليه قد يكون بسبب حلف الزوج المسلم ووقوع الملاعنة، هو إما لرمي الزوجة بالفاحشة وإتهامها بإرتكاب جريمة زنا وذلك على أساس الرؤية المباشرة لزوج لها وهي ترتكب الزنا ولم يكن

[1]– محمد بن منصور الأنصاري، مرجع سابق، ص 387.

[2]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 77.

له دليل وشهداء إلا نفسه وإما لنفي الولد الذي يعتبر نتيجة من وقوع جريمة زنا قد سبق الحمل، وعليه فإن اللعان هو الحل الوحيد لدرء حد القذف عن الزوج وحد الزنا عن الزوجة.

3) اللعان فقها

تشعبت و إختلفت تعريفات اللعان بين علماء المسلمين إلا أنهم أجمعوا على أنه وسيلة لنفي النسب وسببا

في الفرقة الزوجية وحل لدرء الزوج من حد القذف وحد الزنا عن الزوجة.

أ) عند المالكية

يعرف على أنه حلف الزوج المسلم المكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي نسب حملها منه و حلفها على تكذيبه أربعا لكل من الزوج والزوجة، فالزوج يحلف أربعا على وقوع الزنا ورؤيته لزوجته ترتكب الفاحشة أو بنفي حمل زوجته منه لعدم الإتصال أو إستحالته أما الزوجة تحلف على تكذيبه[1].

ب) عند الشافعية

كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر القذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي النسب ولد[2].

ت) عند الحنابلة

اللعان هو شهادات مؤكدة بإيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج لزوجته وتكذيب من الزوجة، قائمة مقام حد القذف زوجة محصنة أو قائمة مقام تعزيزة لغيرها و حد زنا لزوجة.

---

[1]- علا الدين الكساني، جزء خمسة، مرجع سابق، ص 25.

[2]– محمد بن محمد الخطيب شمس الدين الشربيني، **معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، تحقيق علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، بيروت، 1994، ص 52.

ث) عند الحنفية:

هو شهادات مؤكدات بالإيمان موثقة باللعان والغضب من الله تعالى.

يتضح من هذه التعاريف المقدمة من المذاهب الأربعة أن هناك خلاف بين من يعتبر اللعان حلف بالإيمان وقسم على رأي المالكية من يراه شهادات مؤكدة على غرار المذهب الحنبلي، أما الشافعية يرونه يمين وقسم عظيم، أما الحنفية لهم نفس رأي الحنابلة بإعتبار اللعان شهادات إلا أنهم لم يقرونها باليمين[1].

ثانيا: مدلولية اللعان

1) من القرآن الكريم

لقد أنزل الله آيات كريمات خص بها اللعان و ذلك لحماية الزوج من إقامة حد القذف والزوجة من حد الزنا وتفويض القضية إلى الله تعالى وكذا حماية الأنساب من الضياع والإختلاط.

فيستمد اللعان مشروعيته من قول الله تعالى:" **وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ(6) والْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ(7)وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)** "[2].

2) من السنة النبوية

في واقعة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي عهده ما روي عن عكرمة عن إبن عباس، قال جاء هلال بن أمية عشيا إلى أهله فوجد رجلا، فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى

[1]- إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، **دعوى نفي النسب بين النص والتطبيق**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2020، ص 8.

[2]- سورة النور، الاية 6-7-8-9.

أصبح، ثم غدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم وآله ما جاء به، وقال له النبي محمد صلى الله عليه وسلم البينة أو حد ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلا على إمرأته أيلتمس البينة فجعل النبي يقول: البينة وإلا حد في ظهرك فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولمنزلن الله في أمري ما يبرئ ظهري من الحد.

وعلى إثر هذه الواقعة، نزل جبريل عليه السلام و نزلت الآية: " **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ**"[1] حتى بلغ **(وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)**[2].

قال فإنصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليهما فجاءا فقال هلال بن أمية فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب.

ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة **(**إن غضب الله علي إن كان من الصادقين**)** قالوا لها إنها موجبة فتلكأت ثم قالت لا أفضح قومي فذهبت، فقال النبي:"**أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الآليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه و سلم لولا ما قضى من كتاب الله وسنة نبيه لكان لي ولها شأن**"[3].

3) من الإجماع

إختلفت أراء العلماء حول ماهية اللعان بين من إعتبرها بيمين وذلك كان رأي كل من الشافعي وأحمد بن حنبل وقد إستدلوا بتسمية الرسول لها باليمين، ومن إعتبر اللعان شهادة على رأي الحنفية والمالكية وبل حتى الشيعة، لكن إتفق جمهور العلماء على الشيء الجوهري للعان وهو

[1]– سورة النور، الآية 6.

[2]– سورة النور، الاية 9.

[3]–أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **فتح الباري، شرح البخاري، كتاب تفسير القرآن**، سورة النور، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، مرجع سابق، حديث رقم 4470، ص 303.

أثره على الأسرة و الزوجين وحتى الولد، فاللعان يسقط حد الزنا على الزوجة وحد القذف على الزوج وإنحلال الرابطة الزوجية وإنتفاء نسب الولد وإلحاق نسبه بأمه[1] .

الفرع الثاني

أركان اللعان و صوره

لابد من إيضاح أركان اللعان وكذا صوره لفهم اللعان ومعرفة أسس قيامه.

أولا: أركان اللعان

أركان اللعان ثلاثة وغياب أحد هذه الأركان لا يقع اللعان ويستحيل أن يتم وتتمثل فيما يلي:

1) قيام الرابطة الزوجية

إن المشرع الجزائري لم يعرف اللعان ولم يتناول خصائصه وكذا أركانه وبهذا قد أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في نص المادة 222 من قانون الأسرة[2].

وأول ركن لقيام اللعان هو قيام الرابطة الزوجية فقد خصت آيات القرآن الكريم بالتحديد سورة النور الآية (6)"... **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**..."، الأزواج فقط دون غيرهم فلا يقع اللعان في غير العلاقة الشرعية.

إلا أنه يجوز في النكاح الفاسد والوطئ بالشبهة لأنهما أصلا يعتبران في مستوى يرقى إلى الزواج الصحيح ويعتبر زواج مهما كانت صفته متى توافرت الشروط الشرعية والقانونية للزواج[3].

---

[1]– إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، مرجع سابق، ص 11.

[2]– المادة 222:"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرج سابق.

[3]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 26.

2) الزوج والزوجة

ويشترط فيهما العقل طبعا والبلوغ، والشرط الأساسي فيهما الشهادة والإستسلام لوجه الله تعالى بمعنى كونهما مسلمين والشرط الأخير هو شهادة الزوج والزوجة[1]، لقوله تعالى:" **فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ** "[2].

وبعد إتهام الزوج لزوجته بالزنا عليه باللعان وإثباته لأربع شهادات وإن إمتناع الزوج عن اللعان بعرضه لمتابعة قضائية بتهمة القذف فينص ق ع ج في المادة 296:"**بعد قذف كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف و إعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعي عليها به**"[3].

هذا من الجهة القانونية أما شرعا فحد القذف **80 جلدة** وتنص المادة 298 من ق ع ج "**يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين(2) إلى ستة(6) أشهر وبغرامة من 25.000 إلى 50.000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين**"[4].

ثانيا: صور اللعان

تتلخص صور اللعان في صورتين الأولى هي دعوى الزنا حيث يتم فيها الرجل إتهام لزوجته بجريمة الزنا و أما الثانية هي تعتبر كنتيجة حتمية لصورة الأولى وهي نفي الحمل وسنأتي إلى شرح هاتين الصورتين بالتفصيل في الصورة الأولى المتمثلة في إتهام الزوج لزوجته بالزنا وأما الصورة الثانية هو نفي حمل الزوجة منه.

1) إتهام الزوج زوجته بالزنا

وتتحقق هذه الصورة عند إتهام الزوج لزوجته بالزنا و لم يكن له بينة وهي أربعة شهود يشهدون عليها بما رماها به، إلا أنه يختلف في تقنين العقوبات بخصوص الدلائل المطلوبة لإثبات

[1]- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 26.

[2]- سورة النور، الآية 6.

[3]- أمر رقم 66-156، يتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

[4]- أمر رقم 66-156، يتضمن قانون العقوبات، مرجع نفسه.

جريمة الزنا، فوفقا لنص المادة 341 ق ع ج[1] هو إحضار محضر قضائي ويحرره أو أحد رجال الضبط القضائي في حالة تلبس، أو إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم.

إلا أنه تجدر بنا الإشارة إلى صعوبة تحقيق هذه الإجراءات والإثبات بهذه الدلائل خاصة في ما يتعلق بإحضار أحد رجال الضبط القضائي فالزاني والزانية كثيرا ما يحتطون في العلاقات غير الشرعية فيضعف الإمساك بهم في حالة تلبس، إضافة لضيق الوقت لإحضار رجال الضبط القضائي خاصة مع الحالة النفسية التي يواجهها الزوج أثناء القبض على زوجته متلبسة بجرم الزنا.

وفي حال عدم إثبات جريمة الزنا بالأدلة السابقة الذكر فلا يبقى أمام الزوج إلا اللعان كونه الشاهد الوحيد وإنعدام الدليل و البينة[2].

2) نفي نسب ولد الزوجة

يعتبر نفي نسب الولد نتيجة حتمية لجريمة الزنا السابقة للحمل والمسببة للحمل[3] سوف نقوم بتفصيل في هذا الموضوع لاحقا وذلك في المطلب الثاني، الفرع الأول، ثانيا تحت عنوان نفي النسب.

الفرع الثالث

دعوى اللعان

رغم أن اللعان طريقة لنفي النسب كان مصدرها الشريعة الإسلامية منصوص عليها في القرآن الكريم وبل وفق العديد من الأحاديث في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة تدل

[1]– المادة 341 "**الدليل الذي يقبل عن إرتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم و إما بإقرار قضائي**"، أمر رقم 66–156، يتضمن قانون العقوبات، مرجع نفسه.

[2]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 27.

[3]– طفياني مخطارية، مرجع نفسه، ص 28.

على جواز اللعان إلا أنه لم يأتي فيه تفصيل وتدقيق ما فتح المجال أمام الفقهاء في تحديد أركانه وشروطه وهذا ما أثار جدلا وإختلافا بين التشريعات العربية حول أحكام اللعان ومتى يقبل اللعان؟

أولا: متى تقبل دعوى اللعان

لعل أول اختلاف بين التشريعات العربية و حتى الأجنبية المسلمة منها وغيرها هو متى يتم قبول دعوى اللعان؟ أو متى يكون لها وزن أمام القانون؟

1) التشريع الأردني

بالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 2010 وذلك في الفصل الأول، من الباب السادس، بداية من المادة 156 إلى 165 فقد تطرق المشرع صراحة إلى اللعان وأحكامه وكذا شروطه وبل حتى أثاره فكان أفضل تفصيلا من باقي التشريعات الأخرى خاصة العربية.

إعتبر المشرع الأردني اللعان طريقة لنفي النسب وذلك في نص المادة 163:"**لا ينتفي النسب الثابت بالفراش بتصادق الزوجين على نفيه إلا بعد تمام اللعان الزوج من غير توقف على لعان الزوجة.**

في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد للفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بوطء بشبهة يجوز للرجل أن ينفي فيه نسب الولد أو الحمل باللعان و للرجل أن يلاعن بمفرده لنفي النسب حال إقرار المرأة بالزنا"[1].

وعليه لقبول دعوى اللعان و تمامها حسب المشرع الأردني إشترط مجموعة من الشروط نص عليها في المادة 163 في الفقرة الثالثة:" **يمتنع على الرجل اللعان لنفي النسب الحمل أو الولد في حالات التالية:**

أ) بعد مرور شهر على الولادة أو العلم بها.

[1]– قانون رقم 36 لعام 2010، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، جريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، رقم 5061، الصادرة بتاريخ 2010/10/17.

ب) إذا إعترف بالنسب صراحة أو ضمنا.

ج) إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد منه"[1].

وبالتالي فالمشرع الأردني نص على جل شروط اللعان و تمامه لنفي النسب ما عدا شرط حياة الولد وإزدياده، أما في غير ذلك لقد فصل في مدة اللعان تكون أقصاها شهر، كذلك أجاز نفي الحمل والولادة فلم يفرق بينهما وبذلك أخذ بقول الشافعية وحتى المالكية الذين يرون بأنه لا ظير نفي الحمل ولم يشترطوا الولادة[2].

2) التشريع الكويتي

نص التشريع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية في نص المادة 176 على نفي النسب وذلك باللعان الذي ذكره بين قوسين "**في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل، أو بالدخول في زواج فاسد أو بالشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد إعترف بالنسب صراحة أو ضمنيا**"[3].

فيلاحظ أن المشرع الكويتي إشترط لقبول اللعان مدة 7 أيام تحسب من تاريخ الولادة أو العلم بها وبذلك خالف المشرع الأردني الذي إشترط مدة الحمل شهر كامل، وأضاف المشرع الكويتي شرط أخر وهو عدم إعتراف الأب بنسب إبنه فذلك سواء كان صراحة أو ضمنيا.

---

[1]– قانون رقم 36 لعام 2010، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق.

[2]– وليد رحموني، **نفي النسب بين اللعان والخبرة في ضوء القانون الوضعي**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020، ص 64.

[3]– وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون رقم 51 لسنة 1984، متضمن الأحوال الشخصية الكويتية، معدل بالقانون أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007، الجزء الثامن، وقانون إجراءات دعاوي النسب و تصحيح الأسماء، إصدار وزارة العدل الكويتية، الصادر في2019/01/09.

3) التشريع الفرنسي

بخلاف كل التشريعين اللذين سبق ذكرهما فإن المشرع الفرنسي حدد مهلة ستة أشهر من تاريخ الولادة، وذلك لرفع دعوى إنكار النسب، أما في حالة غياب الزوج حددت نفس المدة وهي ستة أشهر من تاريخ عودته وإعتبرت نفس الآجال عند إخفاء الولد أو الولادة وعدم إبلاغه بها في حينها.

ويتضح هذا من خلال نص المادة 316 من الأمر 72-3 الصادر في 1972/01/03 الخاص بالنسب التي تنص:

«**Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux; s'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour, et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude ,si la naissance de l'enfant lui avait été cachée**»[1].

4) التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري كمثيله المشرع التونسي أو المصري لم ينص صراحة على اللعان كوسيلة من وسائل نفي النسب بل يفهم ويستنتج ذلك من نص المادة 138:"**يمنع من الإرث اللعان و الردة**"[2]، كما أن المشرع الجزائري لم يفصل في اللعان ولم يبين شروط صحته وقيامه و بذلك تحيلنا المادة 222[3] من ق أ إلى أحكام الشريعة، أما في ما يخص ميعاد رفع دعوى اللعان وشروطه فقد فتح المجال أمام الإجتهاد القضائي.

---

[1] – article 316 de l'ordonnonce 76-03 qui concerne la filiation, publié le 03/01/1972.

[2]– قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]– المادة 222:"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

فالبنسبة لدعوى نفي النسب عن طريق اللعان لابد من توفر الشروط لقبولها، أولها وجود الفراش فاللعان لا يقبل لنفي النسب في علاقة غير شرعية[1] لأنه أصلا يعتبر الولد إبن زنا ويثبت نسبه لأمه، أما ثانيا لا تقبل من المدعي إلا إذا كانت هذه الدعوى قد رفعت في أجال أقصاها ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو من تاريخ الولادة.

وقد أكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-01-2019 تحت رقم 1269341 على أنه نفي النسب يجب أن يكون عن طريق اللعان التي حددت مدتها بثمانية أيام[2].

وبذلك فإن المشرع الجزائري قد خالف التشريع الكويتي والأردني في تقدير أقصى مدة لرفع دعوى نفي النسب عن طريق اللعان وذلك بتحديد 8 أيام كأجل لرفع دعوى نفي النسب.

ثانيا: صيغة اللعان

بداية وقبل التطرق إلى صيغة اللعان وتمامه، لابد من الإشارة إلى أن هناك خلاف بين الفقهاء حول تحديد الطرف الذي يبدأ باللعان، هل الزوج أو الزوجة؟

فيرى بعض فقهاء المذهب السني في وجوب تقديم الرجل ليشهد قبل المرأة، كما يرى الشافعية إلزامية تقديم الرجل وإلا فاللعان لا يعد صحيحا ولا يتم فليس من المعقول أن تبادر المرأة باللعن أولا، لأنها إن بدأت تكون قد دفعت أمرا لم يثبت وإن بادرت باللعان فإنه يكون مقام الإعتراف بالذنب والواقعة، فاللعان شرع به لدفع القذف وحد الزنا للمرأة .

في حين يرى فقهاء المالكية والحنفية جواز تقديم المرأة فكان دليلهم الآية الكريمة الثامنة من سورة النور بتحديد العطف بالواو" **و يدرؤا**" والواو هنا لم تكن لترتيب وإنما لمطلق الجمع.

---

[1]- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 26.

[2]- قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 126934، بتاريخ 09-01-2019، المجلة القضائية.

منشور على الموقع التالي:

https://www.coursupreme.dz

تم الإطلاع عليه في 07 سبتمبر 2021 على الساعة 15:26

إلا أن أغلب الدول الإسلامية والتشريعات العربية إستقرت على إعتبار الزوج هو من يبدأ بالملاعنة وصيغة اللعان تتجسد بأن يأمر القاضي الزوج بملاعنة الزوجة وذلك وفق كلمات محددة فيقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به(قاصد الزوجة) ويشير إليها، و يكرر شهادته أربع مرات متتالية و في الخامسة يقول: لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين(قاصد نفسه) وذلك فيما رماها به من زنا أو نفي الولد.

و بعد فراغ الزوج من شهادته و ملاعنة زوجته، يأمر القاضي الزوجة، فتقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد، حسب دعوى أو الغرض من اللعان و تكرر قولها وشهادتها أربع مرات، ثم تقول أن غضب الله عليها إن كان زوجها من الصادقين[1].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن اللعان و الإشكالات المتعلقة به

ينتج عند إتمام إجراء اللعان وفق الشروط التي تم ذكرها سلفا مجموعة من الآثار الدينية والقانونية، فرغم أن اللعان هو السبيل الوحيد لخلاص الزوج من حد القذف، إضافة إلى نفي نسب الولد إليه إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعض الإشكالات المتعلقة بتطبيق اللعان، ومنه نتساؤل هل هناك سبيل لنفي النسب بغير اللعان حسب الشريعة الإسلامية؟

إن حدث اللعان فرض علينا معرفة أثاره التي تعقب تمامه، وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى دراسة أثار اللعان وما يترتب عنه، وفي الفرع الثاني نتناول الإشكالات العلمية المتعلقة بتطبيق اللعان، أما في الفرع الثالث سنحاول من خلاله الإجابة عن السؤال الذي سبق وتم ذكره.

[1]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الأول

الآثار المتعلقة باللعان

يمكن حصر اللعان في ثلاث أثار هامة وأساسية تتمثل في سقوط الحد عن الزوجين(أولا)، وقوع الفرقة بين الزوجين(ثانيا)، نفي نسب الولد(ثالث).

أولا: سقوط الحد عن الزوجين

إذا تم اللعان حسب الشروط الشرعية سقط حد القذف عن الزوج وسقط حد الزنا عن الزوجة، فشرع الله قضى بسقوط الحد عن الزوجين عند إتمام اللعان، أخذ بعين الإعتبار كون أحدهما كاذب والآخر صادق في قوله فعملا باللعان وإنعدام الشهود سقط الحد فيكون العقاب من عند الله لعنة على الزوج وغضب على الزوجة.

ثانيا: وقوع الفرقة بين الزوجين

لاخلاف كون اللعان يحدث الفرقة بين الزوجين إلا أنهم إختلافوا في وقت وقوع الفرقة وصفتها[1].

1) وقت وقوع الفرقة

إتفق المالكية والحنابلة على أن الفرقة تتم بمجرد إنتهاء المتلاعنين من اللعان، أما حكم القاضي بينهما شكلي فهو منفذ لها فقط لأن في الأصل الفرقة اللعان وليس حكم القاضي[2].

قال الشافعي في الفرقة عن طريق اللعان، تحصل بمجرد لعن الزوج لزوجته وإن لم تلاعن المرأة، لأنها فرقة حاصلة بالقول، فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق[3].

---

[1]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص 71.

[2]– مخطارية طفاني، مرجع سابق، ص 33.

[3]– علا الدين الكساني، مرجع سابق، ص 50.

2) صفة الفرقة باللعان

يعتبر الحنفية أن الفرقة باللعان طلاق بائن لأن كلهما يتوقف على القضاء وكل فرقة تتوقف على هذا الأخير يعتبر طلاق بائن[1].

بالعودة إلى رأي المالكية، الشافعية وحتى الحنابلة يرون أن اللعان فسخ يوجب التحريم المؤبد، فلا يجوز أن يعود المتلاعنان إلى الزواج، ولو كذب الزوج نفسه أو خرج عن أهليته[2].

ثالثا: نفي نسب الولد عن أبيه

إن الغاية في اللعان كثيرا ما يكون نفيا من نسب الولد، فهو يعتبر أخطر ما قد يترتب عن اللعان، على إثر اللعان يلحق نسب الولد بأمه فترثه ويرثها ويسجل في الحالة المدنية بإسمها ولقبها[3] وبحكم وقوع اللعان فالولد لا يرث من أبيه وعكسه صحيح، فلا تجب النفقة لأحدهما على الأخر[4].

الفرع الثاني

الإشكالات المتعلقة بتطبيق اللعان

بعد إيضاح معنى اللعان وإعتباره طريقة لنفي النسب تظهر لنا العديد من الإشكالات في تطبيق اللعان ولعل أحد أبرز هذه الإشكالات هو مكان وزمان تنفيذ وإشتراط القاضي لصحته وترتيب نتائجه.

---

[1]– محمد بن محمد الخطيب شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 70.

[2]– أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي علاء الدين، مرجع سابق، ص ص 52–53.

[3]– مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص 34.

[4]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص 70.

أولا: مكان إجراء اللعان

1) في المحكمة

تتميز دعوى اللعان بالسرية وعليه يتولى كاتب الضبط إعداد ملف دعوى اللعان وتعين أول جلسة سرية يحظرها كل من الزوج والزوجة وغالبا ما تكون الجلسة الأولى في مكتب القاضي وبحضور كاتب الضبط وليس من الضروري حضور المحامي في تلك الجلسة فيستمع القاضي للزوج وبعدها الزوجة، ومن الواضح أن هنالك تناقض مع أحكام اللعان في الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأول لقانون الأسرة التي يتم على أساسها اللعان في المسجد، إلا أنا المشرع لم يتناول هذا الموضوع وإنما تركه للإجتهاد القضائي وفتح المجال أمام القضاة للبحث فيه[1].

2) في المسجد

مما لاشك فيه أن الفقهاء يعتبرون المساجد هي المحل الأمثل لإتمام اللعان وذلك لعدة أسباب أولها باعتبار اللعان شرع الله فلا يجوز إجراءه إلا في المسجد، أما الإعتبار الثاني هو ما يتصف به المسجد من قدسية ورهبانية وأثرها في نفوس الزوجين فإن إتمام اللعان داخل المسجد يحرك قلوب الزوجين ويذكرهم بعذاب الله تعالى في الآخرة، مما قد يساعد على عدم إتمام اللعان بإعتراف وإقرار أحد الزوجين خوفا من الله تعالى[2].

قال الشافعي تحت عنوان أين يكون اللعان:"و كذلك يلاعن بين كل زوجين في مسجد كل بلد و إن كانت المرأة حائضا إلتعن الزوج في المسجد والزوجة على باب المسجد"[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يضع نصوص قانونية تبين أحكام اللعان أو مكان إبرامه بل ترك ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي وبهذا الخصوص نصت المحكمة العليا في

---

[1]– إسلام بوشعرة ، عبد الرحمان شيخي، مرجع سابق، ص 30.

[2]– ليلية إيدار، **اللعان بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، 2016، ص 90.

[3]– الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص 282.

أحد قراراتها أنه لا يتم إلاّ في المسجد، حيث جاء في القرار رقم 172379"**اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق في أجال ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه**"[1].

ثانيا: زمان تنفيذ اللعان

متى يحق للزوج القيام باللعان؟

إختلفت التشريعات العربية حول تحديد المدة الزمنية التي يكون فيها الحق للزوج القيام باللعان وهذا ما قد تم الإشارة إليه سابقا في المطلب الأول.

ذهب المشرع الأردني إلى تحديد أقصى مدة لنفي النسب باللعان في المادة 163 من قانون الأحوال الشخصية [2] بشهر كامل من تاريخ الولادة أو العلم بها في حين أن المشرع الكويتي قد حدد مدة أسبق أي سبعة أيام فقط من تاريخ الولادة أو العلم بها و فهم هذا من نص المادة 176 من قانون الأحوال الشخصية الكويتية[3].

أما المشرع الجزائري لم يفصل لا في اللعان ولا كيفية قيامه ولا حتى في مدة التي يستوجب فيها اللعان بل أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 20-10-1998، في قضية رقم 204821 جاء فيه مايلي:"**نفي**

---

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 172379، بتاريخ 28 أكتوبر 1997، نشرة القضاء، العدد 54، الجزائر، 1997، ص 103.

[2]- المادة 163:"**يمتنع على الرجل اللعان لنفي النسب الحمل أو الولد في الحالات التالية:**

أ) بعد مرور شهر على الولادة أو العلم بها..."، قانون رقم 36 لعام 2010، متضمن قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق.

[3]- المادة 176:" **في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بالشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها...**"، وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، مرجع سابق.

النسب يجب أن يكون عن طريق دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والإجتهاد القضائي بثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو من تاريخ الولادة... "[1].

فعليه لا تقبل من المدعي إلا إذا كانت هذه الدعوى قد رفعت خلال ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو من تاريخ الولادة.

إلا أن في هذه النقطة بالذات تثار العديد من التساؤلات والإشكالات لابد من الإشارة إليها، وأول نقطة هو عدم تفصيل المشرع الجزائري للعان وإيضاح أحكامه وحصره في قالب قانوني خاص به، فبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية خاصة في هذه المواضيع التي فيها إختلافات فقهية من شأنه تعطيل مصلحة المتداعيين وربما فقدانها إضافة إلى هذا فإن إعتماد قضاء المحكمة العليا على مدة ثمانية أيام من شأنه أن يضيق الوقت الكافي للتحقق والتدبر من الحمل أو الولادة هذا من جهة، أما من جهة أخرى فلقد قرر جعل المدة القانونية للعان ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو من تاريخ الولادة، فكان الأجدر جعله ثمانية أيام من العلم بالحمل أو العلم بالولادة وليس حصرها بتاريخ الولادة.

أما النقطة الثالثة وهي إشكالية إثبات العلم بالحمل فالعلم شيء معنوي غير محسوس يصعب إثباته فالأمر الأخير الذي لابد من التطرق إليه هو هل المدة المحددة بثمانية أيام هي محددة لرفع دعوى اللعان أم لإجرائه؟ فرفع دعوى اللعان شيء والقيام به شيء آخر تماما[2].

وفي هذا الموضوع فإن المشرع لم يتطرق إلى شروط دعوى اللعان[3] و هذا ما يجعلنا نلجأ إلى قانون إ م إ والمتعلق برفع الدعوى منه يفهم أن دعوى اللعان لنفي النسب لا تختلف عن باقي الدعاوى من حيث وجوب توفرها على شروط شكلية من صفة، مصلحة وأهلية ويتبين ذلك من نص المادة 13 ق إ م إ: " **لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة**

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 204821، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001، ص 81.

[2]– ليلية إيدار، مرجع سابق، ص ص 90–91.

[3]– إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، مرجع سابق، ص 24.

أو محتملة ....ما إشترطه القانون"[1] إلا أنه كان على المشرع أن يخص دعوى اللعان بالذكر وفصلها عن باقي الدعاوي والتعطيل فيها فهي في حال جعلها كباقي الدعاوي تأخذ وقتا للفصل فيها فحسب المادة 16 ق إ م إ تنص على أنه:"**يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتيتاحية، و يسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم .**

يجب إحترام أجل عشرين(20) يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، و التاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاث(3) أشهر، إذا كان المكلف بالحضور مقيما في الخارج"[2].

وهنا يتضح أن المدة الزمنية الأقصى التي تستغرقها الدعاوي، حيث يمكن أن تصل مدة تحديد أول جلسة إلى أربعة أشهر وربما أكثر للفصل فيها فتتعين أول جلسة يحضروها كل من الزوج والزوجة وغالبا ما تكون في مكتب القاضي سماع أقوال الزوجين رغم أن هذا مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية[3] وهذا ما تم الإشارة إليه في دراسة سابقة.

ثالثا: إشتراط القاضي لصيغة اللعان

لما كانت المساجد هي المكان المفضل لإتمام اللعان نظرا للقدسية التي يتمتع المسجد بحضور جماعة من الرجال العدول فهل يكفي لإجراء هذه الأيمان بين الزوجين أن يقوم بالعملية إمام المسجد أم لا بدّ وجود القاضي أو مندوبه؟

مما لاشك فيه فضل الإمام في الموعظة وهدي على الزوجين وتذكيرهم بعذاب الله في حال الإدعاء بالكذب، إلا أنه ليس من صلاحياته الحكم بنفي نسب الولد أو فك الرابطة الزوجية وإنما القاضي أو مكلف من طرفه من له الصلاحية في ذلك أما دور الإمام هو الموعظة والتذكير

[1]– قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن ق.إ.م.إ، ج ر، ع 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008 .

[2]– قانون رقم 08-09، يتضمن ق إ م إ، مرجع نفسه.

[3]– إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، مرجع سابق، ص 30.

بعذاب الله للظالمين و الكاذبين و المفترين وله الفضل بإلقاء الكلمات المفروضة شرعا لإتمام اللعان و تبيانها للزوجين لذكرها وإتمام الإيمان والملاعنة[1].

قال الشافعي:"يقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان يشير إليها إن كانت حاضرة و يقول ذلك أربع مرات ثم يقعده الإمام و يذكره بالله..."ولفظ الإمام هنا يقصد به الحاكم أو القاضي بدليل قول الشافعي:"إن علم الزوج بالولد فأمكنه الحاكمي إمكانا بينا فترك اللعان لم يكن له أن ينفيه كالشفعة..."[2]، فهنا عبر عن الإمام المذكور في قول الشافعي بالحاكم أو القاضي[3].

خلال ما سبق يتضح سطحيا أن الإمام هو ما يشرف على عملية اللعان إلا أن دور الإمام ينحصر بتذكير بعذاب الله عند الكذب والإفتراء و يبين المتلاعنين صيغة اللعان، إلا أن اللعان لا يتم إلا بحكم قضائي يصدر عن القضاء، فيتلاعنان الزوجين بحضور القاضي وبأمر منه.

حيث أن الزوج هو من يقوم برفع دعوى اللعان وهو الذي يسعى لنفي الولد عن نسبه، ويبدأ القاضي بتوجيه صيغة اللعان له وأمره بأدائها لأنه المدعي ثم يأتي دور الزوجة للملاعنة ودفع ما تتهم به، بعد الفراغ من الملاعنة يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية كذلك إنتفاء نسب الولد من والده والحكم بإنساب الولد لأمه وتسجيله بمصالح الحالة المدنية بالبلدية على لقب أمه[4].

رابعا: مدى حجية اللعان في نفي النسب

لا جدل في كون اللعان الوسيلة المقررة شرعا لنفي النسب نظرا لمد لوليتها وقوة حجيتها من القرآن والسنة، فإعتمدت عليها العديد من التشريعات لنفي النسب، وذلك بإتهام الزوج لزوجته بالزنا إضافة لنفي الولد، كما سبق وأن أشرنا سابقا فإن اللعان لا يقوم إلا بقيام العلاقة الشرعية، فاللعان

[1]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص 68.

[2]– أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، الجزء الثالث، د ط، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 289.

[3]– أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، مرجع نفسه، ص 290.

[4]– ليلية إيدار، مرجع سابق، ص ص 91–92.

لا يصح من دون وجود هذه العلاقة إلا بقيام العلاقة الزوجية الشرعية مما قد يستصعب نفي حمل، تدعيه إمرأة من رجل محاولة إثبات أبوته البيولوجية .

فالغرض من اللعان هو إثبات جريمة أو نفيها وهي جريمة الزنا ونفي حمل زوجته، إلا أن هذا الأخير لا يمكن تطبيقه في حالة عدم وجود عقد شرعي[1].

ربما كان اللعان وسيلة وفرصة للزوجين الذين فسدت أخلاقهما للهرب والتخلص من مسؤولياتهما إتجاه الزوجة و الإبن فيتهما بالزنا وينفي الحمل كان صحيحا منه ما قد يؤدي إلى تيتيم الإبن وجعله إبن زنا رغم كونه إبن حقيقي وشرعي، فاللعان حقيقة ليست بوسيلة تضمن إيضاح حقيقة العلاقة والرابطة الموجودة بين الإبن ووالده هذا في حالة ما كان الزوج مفتري وكاذب في إدعائه[2].

فكما قلنا مع ضعف الذمم في هذا الزمان فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه ولا نمكن الأب من اللعان، لكي لا يكون سبب في ضياع الطفل فيقول الدكتور عبد الله المعطي بيومي المؤيد لهذا الرأي:" إن اللعان أصبح لا يجدي في زمان فسدت فيه كثير من الذمم وضعف الوازع الديني"[3].

قد تثبت جريمة الزنا على الزوجة بعد أن رأى الزوج ولم يكن له شهداء إلا نفسه فيلجأ إلى اللعان لإثبات جريمة الزنا وبالتالي سينفي الحمل كذلك فهنا قد يقع الخطأ فيكون الحمل منه رغم أن الزوجة زنت سينسب الولد إلى غير أبيه أو إلى أمه طبعا.

و قد حرم الإنساب إلى غير أهله، فصحيح أن اللعان وسيلة جعلت بين أيدي الرجل ليسقط حد القذف عن نفسه ويتهم زوجته بالزنا، إلا أنه يجعلها طريقة لنفي الولد ظلم وإجحاف في حق الولد حتى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في واقعة التي حدثت وكانت السبب في أن جعل

---

[1]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 219.

[2]– فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص 215.

[3]– عبد الله المعطي بيومي نقلا عن حسني محمود عبد الدايم، **البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 809.

اللعان وسيلة بين الزوجين لإثبات ما يدعيانه وإسقاط حد القذف على الرجل قال:"...**أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الآليتين، حدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا ما قضى من كتاب الله وسنة نبيه لكان لي ولها شأن**"[1].

فالحديث واضح والغاية من قول رسول الله "أنظروها" هو التحقيق من صلة الإبن بوالده فلم يكن يرغب من إنتساب الولد لأمه بسبب الزنا وحرمانه من نسب والده في حين أن اللعان يستخدم لنفي الولد حتى مع وجود إحتمال كونه إبن الزوج.

هنالك نقطة أخرى لابد من الإشارة إليها، وهي حالة زواج المرأة بعد طلاقها أو موت زوجها دون إحترام عدتها فتحمل بعد زواجها فيختلط عليها الأمر بين كون الحمل من الزوج الأول أو الزوج الثاني، و هنا إذا أراد الزوج نفي نسب الولد ليس أمامه إلا اللعان حسب التشريع الجزائري خاصة أنه لا يوجد نزاع على نسب الولد بين الزوجين الأول والثاني لأنه إن وجد لسهل الأمر في إثبات النسب والعمل بالمادة 40 من ق أ ج[2] .

إلا أنه لا وجود لنزاع أو إدعاء نسب الولد بل نفي فقط، فاللجوء إلى اللعان في هذه الحالة يصفر عنه الفرقة بين الزوجين وخراب بيتهما رغم عدم وجود علاقة غير شرعية بل وإن الولد نتيجة علاقة شرعية، إلا أن المشرع لم يضع حلا قانونيا لمثل هذه الحالات[3].

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **فتح الباري، شرح البخاري، كتاب تفسير القرآن**، سورة النور، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، مرجع سابق، حديث رقم 4470، ص 303.

[2]– المادة 40:" **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون**" قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص ص 135-136.

الفرع الثالث

طرق نفي النسب بغير اللعان

غير تلك الوسيلة لنفي النسب؟ فكثير من العلماء تعرضوا في كتبهم لطرق أخرى لنفي النسب فصرحوا في العديد من المواقف كذلك في كتبهم بأن النسب ينفى بغير اللعان أو أنهم لم يذكروا اللعان صراحة أثناء ذكرهم لنفي الولد[1]، بتالي تحتم علينا ذكر طرق نفي النسب بغير اللعان سبق وأن تطرقت إليها الشريعة الإسلامية وأشاد بها كبار و فقهاء المسلمين.

أولا: نفي النسب لعدم القدرة على الإنجاب

يتم نفى النسب إذا تبين عدم إمكان الزوج من الإنجاب كأن يتبين عقمه أو عدم إحتوائه على ماء(المني) أو كان مصاب بمرض جنسي أو تشوه خلقي في عضوه لا يستطيع الإنجاب بسببه أو أنه صار شيخا كبيرا ضريرا لا يقوى على الإنجاب جاز له نفي النسب هنا إذا وضعت الزوجة مولودا لأسباب السابقة لكن يستحسن أن لا ينفيه إلا بتقرير الخبرة إحتياطا فربما قضت مشيئة الله أن يكون ذلك[2].

ثانيا: نفي النسب لإختلال مدة الحمل

هذا طريق آخر لنفي النسب دون اللجوء إلى اللعان وهو راجع لعدم إنضباط مدة الحمل[3] طبقا لما قرره الشرع والفقهاء من أقل مدة للحمل التي هي ستة أشهر وإن إختلف العلماء والفقهاء في تحديد أكثر مدة لها كما ذكرنا ذلك سابقا فإن جاءت به عن أقل مدة الحمل المذكورة التي هي

---

[1]– تمام محمد اللودعمي، **الجينات البشرية وتطبيقاتها**، دراسة مقارنة، المعهد الوطني الإسلامي، هرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، مكتب التوزيع العالم العربي، بيروت، 2011، ص 123.

[2]– الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 238.

[3]– الرشيد بن شويخ، مرجع نفسه، ص 239.

ستة أشهر من حين النكاح فهو منفى قطعا دون لعان[1] وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 42 ق أ أن أقل مدة للحمل ألا وهي ستة شهر وأقصى مدة لها هي عشرة أشهر[2]، بالتالي يجوز للزوج نفي نسب الولد محتجا بالمدة القانونية للحمل معتدا ذلك من يوم العقد أو من يوم الدخول .

ثالثا: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين

كما ذكرنا سابقا إشترط جمهور الفقهاء لإثبات النسب من الزوج إمكانية التلاقي بين الزوجين بالفعل أو العادة وإمكان حدوث وطء والدخول الحقيقي وبل ذهب أغلب الفقهاء إلى إشتراط الدخول الحقيقي كي يثبت النسب فلو تأكد عدم تلاقي الزوجين نفي النسب وأبطل، كذلك ينفى نسب الولد بعد حمل الزوجة بعد ترك الوطء وتتحقق هذه الحالة عند عدم التلاقي بين الزوجين بسبب غياب الزوج أو الزوجة أو حين تخاصم الزوجين وعدم حدوث الوطء أو في حالة غياب الزوج مدة طويلة بسبب سجنه أو لسبب آخر كالعمل في مكان بعيد[3].

إلا أن موقف القضاء الجزائري كان مغايرا و مخالفا لهذا الرأي الفقهي ومناقض لنص المادة 41[4] ق أ قد أقر بأن إذا كانت المرأة قد تزوجت مع رجل بعقد شرعي و قانوني، و دخل بها فعاشرها معاشرة الزوج لزوجته، ثم غاب عنها لسبب شرعي كأن يكون قد دخل السجن لإتهامه بجريمة معينة أو للعمل أو لأداء الخدمة الوطنية كما ذكرنا ذلك سابقا ودام الغياب مدة طويلة تتجاوز المدة القانونية والشرعية المحددة للحمل دون أن يثبت التلاقي أو الإتصال بين هذين الزوجين، فتأتي الزوجة بولد بعد إنقضاء أقصى مدة للحمل فيعتبر المشرع الجزائري هذا الولد ولدا للفراش و يسنده لأبيه، إلا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان، لأن سكوته وقبوله التهنئة بولادته

---

[1]– إبن عرفة محمد بن أحمد الدسوقي شمس الدين، **حاشية الدسوقي على شرح الكبير**، تحقيق محمد عبد الله شاهين، ج 3، دار الكتيب العلمية، بيروت، 1996، ص ص 397–378.

[2]– المادة 42:"**أقل مدة الحمل ستة(6) أشهر و أقصاها عشرة(10) أشهر**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3]– تمام محمد اللودعمي، مرجع سابق، ص 131.

[4]– المادة 41:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

تقديم الهدايا له ولأمه يعتبر إقرار بأن الولد منه و لن يقبل منه بعد ذلك نفي النسب[1] بأي طريقة كانت وهذا ما أكدته المحكمة العليا بالقرار المؤرخ بتاريخ 8 جويلية 1997، حيث جاءت في القرار المقرر شرعا "أن الولد للفراش و للعاهر الحجر"، ومن المستقر عليه شرعا وقضاءا أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة[2].

إلا أن هذا الحكم أو القرار حقيقة مخالف للشريعة الإسلامية ولا يمكن تصور حدوثه عقلا، لأن في ذلك إختلاط أنساب، وإن إنساب الولد لغير أبيه فتظهر هنا مخالفة واضحة لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد حرمت الشريعة على الإنسان الإنتساب إلى غير أهله[3] حيث قال تعالى:" **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ** "[4]، وقال صلى الله عليه وسلم:" **من إدعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام**"[5].

فموقف الشريعة الإسلامية واضحة في هذا الخصوص بتحريم إنتساب الولد لغير أبيه، وإن العمل بقاعدة الولد للفراش في مثل هذه الحالات لا يجوز لتعارضها مع المدة القانونية للحمل فلا يجوز ثبوت نسب هذا الولد للزوج والسبب واضح لأن المشرع قد حدد أقصى مدة قانونية للحمل هي عشرة أشهر.

---

[1]– صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 28.

[2]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 165408، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، ص 67.

[3]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 214.

[4]– سورة الأحزاب، الآية 5.

[5]– مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، **صحيح مسلم**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.س.ن، ص 222.

المبحث الثاني

عوائق نفي النسب بالوسائل العلمية

لما كان اللعان الطريقة الأكثر إعتمادا في نفي النسب إن لم نقل الوحيدة المنصوص عليها صراحة في أحكام الشريعة الإسلامية، حيث إعتمدت العديد من القوانين والتشريعات في مختلف البلدان الإسلامية على اللعان في مسألة نفي النسب، رغم تفاوت كيفية الأخذ بها أو كيفية النص على الأحكام التي تنظم اللعان، وبحكم التطور الذي شهدته البشرية في مختلف الميادين خاصة المجال العلمي والطبي، ظهرت وسائل وطرق علمية لم تكن موجودة قبلا ولم يسبق أن وجد لها مثيل، فصنفها العديد من العلماء ذوي الإختصاص أنها يمكن أن تساهم في العديد من المجلات أبرزها مجال النسب خاصة وأن هذه الوسائل أصبحت بمرور الوقت شيء ضروريا يتطلب في العديد من المجلات منها الجنائية أو المجال الطبي ومجال إثبات النسب.

إثر تقدم التكنولوجي تصل نتائجها درجة اليقين ونسبة خطأها تكاد تنعدم، وهذا ما يجعل المشرع والقضاة يستمعون إلى هذه الأصوات ويأخذون بآرائهم بمحمل الجد وذهبوا إلى الإعتماد إلى هذه الخبرات والوسائل العلمية في عديد من المجلات .

إتجهت العديد من أراء الفقهاء إلى أنه لا حرج في الإعتماد على الوسائل العلمية في مجال نفي النسب إلا أن هذه الإتجاهات إنقسمت بين مأيد ومعارض، بين من يرى بجواز إستعمال الطرق العلمية في مجال نفي النسب ومعارض لها، حيث يرى أنصار هذه الإتجاه (الأول) أنه لا يجوز نفي النسب إلا باللعان، وهذا ما كان له أثر كبير في التشريعات العربية بين من نص صراحة على الوسائل العلمية ومدى إعتمادها على السالفة الذكر في مجال إثبات النسب ونفيه فكان مؤيدا للفريق الأول، ومن يرى في عدم جواز تطبيق الوسائل العلمية في نفي النسب بل رآها مناسبة فقط في إثبات النسب.

خلا مما سبق سنرى مختلف الأراء حول موضوع نفي النسب عن طريق الوسائل العلمية، و كذا حججهم و سنبين موقف القانون الوضعي الجزائري فيما يخص هذا الموضوع ونقدم أبرز التشريعات و الأنظمة الموافقة والرافضة في موضوع نفي النسب بالطرق العلمية.

و بالتالي نقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين و ذلك حسب ما يخدم موضوعنا ألا و هو عوائق نفي النسب من جانب فقهي و قانوني ففي المطلب الأول سنتطرق إلى مختلف الأراء المؤيدة والمعارضة لإستغلال الوسائل العلمية في ميدان نفي النسب، أما في المطلب الثاني سنقدم موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية والوسائل الأخرى في مجال نفي النسب ونقارنها بأبرز التشريعات العربية و من بينهم المشرع الجزائري و هذا ما نص عليه في نص المادة 40 فقرة الثانية من قانون الأسرة[1].

المطلب الأول

عوائق نفي النسب بالوسائل العلمية من الجانب الفقهي

حصل جدل فقهي واسع خاصة بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول الإعتماد على الوسائل العلمية في نفي النسب، خاصة لكون هذه الوسائل العلمية حديثة النشأة، وإعتبارها نازلة جديدة إختلف علماء الشريعة المعاصرون في إعتمادها لنفي النسب دون اللجوء إلى اللعان أو تقديمها عليه فنقسم رأي الفقهاء إلى رأيين أساسيين الأول يرى عدم جواز إعتمادها مطلقا والثاني يرى لا حرج وبل يمكن جعلها في منزلة اللعان وبل هناك من سبقها على اللعان ويرى ضرورة أسبقيتها عن اللعان[2].

[1]– المادة 2/40:"**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– وليد رحموني، مرجع سابق، ص 84.

الفرع الأول

حجج الرأي القائل بعدم جواز الإستعانة بالوسائل العلمية في نفي النسب

حسب هذا الرأي لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية أو أي وسيلة علمية أخرى على اللعان، وهذا ما إستقر عليه المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة حيث جاء في القرار السابع بشأن الوسائل العلمية خاصة البصمة الوراثية ومجلات الإستفادة منها، في الدورة السادس عشر التي عقدت في 5 إلى 10 جوان 2002 مايلي:" **لا يجوز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان**"[1].

و إستدل هذا الفريق بالكتاب العزيز والسنة الشريفة وما هو معقول.

أولا: الدليل من الكتاب

قال الله تعالى في كتابه العزيز:" **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ(6) وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7)**' [2]

---

[1]– قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، في دورته العشرين، الإصدار الثالث، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المئة (13981432هـ/1977–2010م)، ط.2، رابطة العلم الإسلامي، د.س.ن، ص 340.
منشور على الموقع التالي:

http://iifa-aifi.org

نم الإطلاع عليه 2 سبتمبر 2021 على الساعة 11:10

[2] – سورة النور، الأية 6–7.

وجه الدلالة

إن الآيات الكريمة أوضحت أن الزوج إذا لم يكن له شاهد إلا نفسه فيلجأ للعان وحدات أو إعمال أي من الوسائل العلمية مثل البصمة الوراثية تزيد عن كتاب الله بل وذهب البعض إلى إعتبارها مخالفة لشرع الله[1].

وإن الذهاب إلى الإعتماد على أي وسيلة علمية من أجل نفي نسب الولد يعد موافقة بين الزوج و الزوجة على نفي نسب، وذلك لا يجوز لأن النسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان وتصادقهما إنكار لحق الولد في النسب وإبطال لهذا الحق وعليه لا يجوز اللجوء لغير اللعان لنفي النسب[2].

ثانيا: الدليل من السنة

إستدل أنصار هذا الفريق من قول النبي صلى الله عليه وسلم:"**هو لك يا عبد بن زعمة، الولد للفراش و للعاهر الحجر، ثم قال يا بنت زعمة: إحتجب منه: لما رأى من شبه بعتبة فما رآها حتى لقي الله**"[3].

وجه الدلالة

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية و أبقى الحكم الأصلي وهو الولد للفراش فلا ينفي النسب إلا باللعان فحسب.

فإذا نفي الزوج ولد من زوجته على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا لتحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكم شرعيا مقررا وهو إجراء اللعان بين زوجين ولذلك أبعد الرسول الكريم

---

[1]– قاسم عبد الرشيد محمد أمين، **البصمة الوراثية وحجيتها**، مجلة العدل، العدد 23، د.ط، د.د.ن، السعودية، 1425هـ، ص 68.

[2]– علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 55.

[3]– مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، **كتاب الأقضية**، باب نقض الأحكام الباطلة وورد محدثات الأمور، حديث رقم 17018، ص ص 821–822.

الشبه بين الزاني والوالد الملاعن عليه وهذا دليل على عدم إعتماد على الصفات الوراثية فهو أشبه بالبصمة الوراثية[1].

ثالثا: الدليل من المعقول

إستدل القائلون بعدم جواز نفي النسب بموجب نتائج البصمة الوراثية من المعقول بعدة أوجه منها:

* الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغائها أو إستبدالها .

* إن العمل باللعان تنفيذ لأمر الله تعالى فله صفة تعبدية بخلاف الوسائل العلمية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة.

* إننا لا نستطيع أن نعتمد على البصمة الوراثية فحسب و نقيم حد الزنا على الزوجة بل لابد من البينة فكيف نقدم البصمة الوراثية على اللعان و لا نقدمها على الحد؟[2]

* ففتح باب الإعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب و الإكتفاء بها دون اللجوء إلى اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث إستسهال هذا اللجوء و تساهل في نفي النسب الذي تترتب عليه مفاسد عظيمة[3].

الفرع الثاني

حجج القائلين بجواز الإستعانة بالوسائل العلمية لنفي النسب

حاول أنصار هذا الرأي الإستدلال بكتاب الله وبالسنة وحتى من المعقول والبديهية في الإعتماد على البصمة الوراثية والطرق العلمية الأخرى في نفي النسب، والإستغناء عن اللعان في

[1]– قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع سابق، ص 69.

[2]– قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع نفسه، ص 70.

[3]– وليد رحموني، مرجع سابق، ص 91.

بعض الحالات فالمعلوم أن الشريعة لا ترفض أمرا مبنيا على أساس العلم الصحيح، وبهذا يمكن القول إن العمل بالوسائل العلمية تقبله الشريعة الإسلامية وتأخذ به [1].

كما يرى أنصار هذا الرأي أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان، لأن نتائجها يقينية وبل تكاد لا تخطأ خاصة في إثبات صحة الإدعاء أو بطلانه، عكس اللعان الذي قد ينجم عنه نفي ولد كان من صلب الزوج أصلا فاللعان نتائجه غير يقينية ويحتمل الخطأ خاصة فيما يتعلق في نفي النسب[2].

بالطبع إستدل هذا الجانب من الفقهاء المؤيدين لجواز نفي النسب بالطرق العلمية بالقرآن الكريم و السنة وطبعا ما يفرضه العقل والمنطق.

أولا: من القرآن الكريم

تعددت الآيات القرآنية التي دعمت هذا الرأي أو هذا الموقف وتحتم علينا ذكر البعض من هذه الآيات التي إستدلت بها أنصار هذا الموقف منها:

* من الآية 8-9 من سورة النور حيث قال الله تعالى فيها:" **وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)**".

وجه الدلالة في هذه الآيتين، إن الآية ذكرت درأ العذاب و لم يذكر نفي النسب و لا تلازم بين اللعان ونفي النسب فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرأ عن نفسه العذاب، ولا يمكن أن ينسب الطفل إليه إذا أثبت ذلك بالبصمة الوراثية هذا من جهة ومن جهة أخرى إستدلوا بآية أخرى[3].

* من سورة الأحزاب، الآية 5 قال تعالى:" **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ...**".

---

[1]- عبد الله علي الركبان، **النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود**، جامعة الأزهار، كلية الشريعة والقانون، د.ط، د.ع، د.د.ن، القاهرة، 1994، ص 593.

[2]- فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص ص 145-146.

[3]- قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع سابق، ص 71.

-وجه الدلالة في هذه الآية إن إلحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية فإن اللعان سبيل للأب للتخلص من نسب الطفل و ذلك بسبب أوهام و شكوك أو للتهرب من النفقة أو مسؤولية أو لغير أو لأي غرض أخر فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه ولا نمكن الأب من نفيه باللعان ألا يكون سبب في ضياع الطفل ويمكن تأكيد وجود العلاقة وصلة الدم بالوسائل العلمية مثلا بالبصمة الوراثية[1].

إلا أن تم الإعتراض على هذا الإستدلال ووضعه في خانة الخطأ حيث إعتبره بعض المفسرين والعلماء دليل على منع التبني وليس عن اللعان[2].

* من سورة فصلت الآية 52 قال تعالى:" **سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ (5)**"[3]، وهذه الآية تبين مدى قدرة الله تعالى ومدى تدبره وكيف أنه خلق البشر وميزهم ووضع فيهم آيات تثبت قوته وعزته وجلاله فما الذي يمنع أن تكون هذه حجة الله على الأرض والمقصد هنا البصمة الوراثية فما الظير في بالإعتماد عليها في إثبات النسب أو نفيه.

إن لفظ الشهادة في هذه الآية الكريمة يدفع هذا الرأي ويوهنه، فلا يمكن إعتبار البصمة الوراثية من الشهداء بحال من الأحوال، نعم لو كانت الآية قد وردت فيها كلمة"بينة" مكان "شهداء" لكان لهذا الرأي نوع من التوجيه، لكن لم ترد فلا وجه للإستدلال به، كما أنه لا يلزم من إقامة البينة على زنا الزوجة نفي النسب من غير لعان لأنهما بينتان لأمرين مختلفين، فكل واحدة منها يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى، فباللعان يحصل نفي النسب، ولا يحصل ذلك بالبينة، ويكون بالبينة ثبوت الزنا وإقامة الحد على الزوجة ولا يكون ذلك باللعان.

[1]- قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع سابق، ص 71.

[2]- سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص 37.

[3]- سورة فصلت، الآية 52.

ثانيا: من السنة

ما رواه إبن عباس في قصة هلال إبن أمية قول النبي صلى الله عليه وسلم:"...**أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الآليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء فجاءت به كذلك فقال النبي لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن**"[1].

وجه الدلالة

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الشبه دليلا على نفي النسب لأن المرأة جاءت بالولد على وصف النبي صلى الله عليه وسلم و إعتباره دليل شبه بين الزاني و الولد فكان القصد من النبي صلى الله عليه وسلم من قوله:" **أبصروها**" هو عدم نفي الولد حتى يتأكد من صفاته الوراثية التي يحملها من أبيه ما يأكد علاقته بالزوج أو الزاني فلا يحق نفي النسب إلا بعد التأكد والشبه بينه وبين الزاني رغم كون الشبه ليس بالقوة الثبوتية أو الحجية رغم ذلك إعتمده النبي فكيف بالبصمة الوراثية التي نسبت خطأها هو 0% أي منعدمة تماما تكاد تنعدم[2].

وفي حادثة في عهد عمر إبن الخطاب رضي الله عنه أتى بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار فكانت تهواه فلما لم يساعدها إحتالت عليه فأخذت ببيضة و ألقت منها صفرتها وألقت البياض على ثوبها وبين فخذيها ثم جاءت إلى عمر رضي الله عنه صارخة فقالت هذا الرجل غلبني على نفسي، وفضحني في أهلي، و هذا أثر فعله، فسأل عمر النساء فقلنا له إن ببدنها وثوبها أثر مني فهمّ بعقوبة الشاب، فجعل يستغيث ويقول يا أمير المؤمنين تثبت في أمري فو الله ما أتيت فاحشة، وقد راودتني عن نفسي فإعتصمت، فقال عمر يا أبا الحسن ما ترى في أمرها؟ فنظر إلى ما في الثوب فأمر بماء ساخن شديد الغليان فصبه عليها فجمد فأخذ فشمه وذاقه فعرف طعم البيض وزجر المرأة فإعترفت بمعنى غصب المرأة فإعترفت[3].

---

[1]– أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، **فتح الباري، شرح البخاري، كتاب تفسير القرآن**، سورة النور، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، مرجع سابق، حديث رقم 4470، ص 303.

[2]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص 135.

[3]– الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب إبن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 56.

إذا فإن مبدأ العمل بالوسائل العلمية به أصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية رغم بدائيته التي لا يجزم بها فكيف إذا وصل العلم إلى طرق علمية تكاد تقارب اليقين فتفيد النسب في إثباته و نفيه.

وعلى ذلك فإن الأخذ بالوسائل العلمية لا يعد خروجا على المنهاج الشرعي بل أنه ومن المقرر شرعا وجوب الرجوع إلى قول أهل البصيرة والدراية في معرفة الوقائع على وجهها الصحيح[1].

ثالثا: من المعقول

إن اللعان هو إستثناء وليس قاعدة فلا يلجأ إليه إلا عند إنعدام الدليل من الزوج إذا الأصل هو البينة أو الشهادة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية صحة قذف الزوج لزوجته بالزنا أو نفي النسب فلا وجه لإجراء اللعان لأن البصمة الوراثية بينة بمثابة الشهادة[2].

* إن قضية اللعان قضية كبيرة جدا فهي تقع بالشهر والإفتضاح وتكون بحضور جمع من الناس فلذلك إذا ما ثبت نفي نسب بواسطة البصمة الوراثية وهذا لا يوجد في اللعان لأن إثبات النسب بالبصمة الوراثية، إنما جعلت في قضية خاصة و في قضية الإختلاط وأما نفي النسب فهو المعتمد بالبصمة الوراثية، أي بمعنى أن حجية البصمة الوراثية تغلب على حجية اللعان و قوة ثبوتيتها في مدى صحة القرابة بين الزوج وإبنه كذلك بين الإبن والزاني[3].

* الفقهاء القدامى إعتمدوا على حقائق ثابتة إذ توافرت إنتفى النسب دون الحاجة إلى اللعان كولادة الزوجة لأقل من ستة أشهر من العقد أو الدخول أو في حالة عدم وجود إمكانية التلاقي أو في

[1]– فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص 149.

[2]–حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 811.

[3]– العربي هشماوي، **البصمة الوراثية وقضايا النسب في الفقه الإسلامي**، بحث مقدم لنيل درجة دكتورة، تخصص الفقه وأصوله، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن بلة وهران، الجزائر، 2018، ص 216.

حالة عدم القدرة على الإنجاب من طرف الزوج، والأخذ بالبصمة الوراثية أو أي وسيلة أخرى علميا لا ينقص من أهميتها اللعان إلا أن اللعان له ملابسات وظروف معينة إذا توافرت أخذ به.

* إن الأخذ باللعان في نفي نسب الولد من شأنه أن يظلم الطفل ويسلب منه حقه في النسب فقد يحدث وأن تزني المرأة إلا أن الحمل وقع من زوجها فاللعان هنا قد يتم في زوجته صحيح ويسقط حد القذف عن الزوج إلا أنهم من شأنه كذلك حرمان الطفل من نسبه وحقه الطبيعي ففي مثل هذه الحالات وجب تقديم الوسائل العلمية لإثبات صحة نسب الولد بالوسائل العلمية ذات الحجية القاطعة في تبيان صلة القرابة ورابطة الدم بين الولد وأبيه بعكس اللعان المبني على الظن و الشك في كون الولد إبن زنا و نفيه.

* إن مدلولية اللعان في كتاب الله إقتصرت على الزنا لا الحمل ولا نص شرعي يثبت أن اللعان ينفي نسب الولد إلا بعد التأكد من العلاقة بين الولد والزاني أو الولد وأبوه [1]وذلك ما يظهر من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**أبصروها حتى تلد**"[2].

الفرع الثالث

الرأي الغالب

لقد أشادت العديد من التشريعات العربية منها والأجنبية بدور البصمة الوراثية وتقديمها عن اللعان وذلك لعدة أسباب وسنقدم بعض حججهم:

أولا: حجج الرأي الغالب

قبل ذكر حجج أنصار هذا الرأي الذي يغلب عليه الظن و ترجيحه لابد من الإشارة إلى أمرين إتفق عليهما العلماء المعاصرون وهما:

---

[1]– سعد عبد اللاوي، مرجع سابق، ص ص 137–138.

[2]– أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، **فتح الباري، شرح البخاري، كتاب تفسير القرآن، سورة النور**، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، مرجع سابق، حديث رقم 4470، ص 303.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوج إذا لاعن ونفى نسب الطفل وجاءت النتيجة تؤكد قوله، أن النسب ينتفى ويفرق بينهما، لكن الزوجة لا تحد لوجود شبهة اللعان والحدود تدرأ بالشبهات.

لا خلاف بين الباحثين في المسألة أن الزوجين لو رضيا بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة أن ذلك يجوز في حقهما بل إستحسن بعض الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان.

ثانيا: إحتمالات نتيجة تحاليل البصمة الوراثية

* أن تكون النتيجة إيجابية بمعنى أن يكون الولد ليس به صلة أو علاقة جينية بينه والزوج ففي هذه الحالة تثبت مدى صحة البصمة الوراثية ولا مسوغ لتقديم العمل بالبصمة الوراثية وترك اللعان المنصوص عليه في الكتاب والسنة مادامت النتيجة واحدة حيث أن البصمة الوراثية ليست إلا وسيلة تبين حقيقة العلاقة التي تأكد سبب النفي كذلك وينتفي النسب باللعان فقط لأن اللعان في هذه الحالة يحقق الستر على الزوجة وعلى الولد بخلاف البصمة الوراثية التي تكشف المستور وتبين حقيقة العلاقة ولا يمكن أن ننكر، فاللعان كما قلنا سابقا يأكد العلاقة البيولوجية بين الولد وأبيه و بالتالي لا يمكن نفي النسب إلا بعد التأكد من نوع الرابطة أو العلاقة إن وجدت أصلا، في حين أن اللعان ينفي النسب دون التأكد من طبيعة العلاقة البيولوجية بينهما[1].

* أن تكون نتيجتها سلبية أي بمعنى وجود العلاقة البيولوجية بين الزوج وإبنه فتأتي نتائجها مخالفة لطلب الزوج بنفي النسب، فالبصمة الوراثية هنا تثبت نسب الطفل إلى الزوج ولا يمكن إنكار نسبه حتى باللعان لوجود بينة تثبت العلاقة البيولوجية وهنا لا يمكن إنكار نسب الطفل لوجود بينة بين الزوج وإبنه وفي هذه الحالة لو عملنا باللعان فقط دون اللجوء إلى البصمة الوراثية نكون قد ظلمنا الطفل في حقه في النسب فينفى نسبه وهو أصلا إبن الزوج وناتج عن علاقة شرعية فإن نفي نسبه باللعان تترتب عليه تابعاته من حيث إنسابه لأمه ولا يجوز له أن يرث من أبيه وغيرها من تابعات اللعان وأثارها في هذه الحالة لا ينتفى نسب الطفل حتى ولو لعن الزوج زوجته، فاللعان يقوم فقط على جريمة الزنا دون نفي النسب في هذه الحالة كما قلنا سلفا و أن نتائج البصمة الوراثية دقيقة و

[1]– قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع سابق، ص 72.

يقينية ، فاللعان يقدم فقط من طرف الزوج حيث أن هذا الأخير هو حق مقرر شرعا للزوج لكن بوجود البصمة الوراثية و نتائجها اليقينية يمكن للزوجة أن تطالب بتحليل البصمة الوراثية على أساس أنها متيقنة من براءتها و ذلك عند إتهام زوجها بالزنا و يحاول نفي نسب ذلك الولد فمن حقها أن تطالب بالبصمة الوراثية من أجل إثبات براءتها وإلحاق نسب الولد بأبيه فتدفع التهمة عن نفسها لكن يجب التفريق بين حالتين، فالبصمة الوراثية لا تنفي اللعان لكن اللعان يمكن أن يقوم على أساس واحد وهو جريمة الزنا دون نفي النسب إذا أتت طبعا البصمة الوراثية مثبتة له فيستفاد من البصمة الوراثية في حال ثبوت النسب وإزاء للنتائج السلبية أمور غاية الأهمية شرعا يتمثل في راحة نفس الزوج وإزالة الشك من قلبه إتجاه نسب إبنه.

كذلك إذا أصر الزوج على قذف زوجته بإقتراف الفاحشة وعدم الإكتراث بنتائج الفحص الجيني لإحتمال أن تكون زوجته قد زنت بعد الحمل أو قبله، أن تعلق من زوجها فحينئذ يجري القاضي بينهما اللعان ويحكم بالفرقة الأبدية دون أن يمس ذلك من حقوق الولد المعنوية والمادية وطبعا أهم شيء هو النسب دون أن يمس بالنسب، وبالطبع في حالة إذا ما رفضت الزوجة الخضوع للفحص الجيني فذلك يوميئ موقفها إلى تأكيد إتهامات الزوج فلو كانت متيقنة من براءتها لكانت هي أول من يطلب البصمة الوراثية لدفع التهمة عنها[1].

المطلب الثاني

الجانب القانوني

إنقسمت القوانين الوضعية في حكم الأخذ بالوسائل العلمية خاصة البصمة الوراثية في نفي النسب إلى ثلاثة إتجاهات رئيسية الأول منع إستخدامها في هذا المجال، أما الثاني أجاز الأخذ بها ونص عليها صراحة، وإتجاه ثالث تجاهل النص على الوسائل العلمية، وعلى إثر هذه الإتجاهات قسمنا مطلبنا إلى ثلاثة فروع ندرس فيها هذه الإتجاهات ونبين فيها موقف المشرع الجزائري من بين هذه الإتجاهات الثلاث.

[1]– قاسم عبد الرشيد محمد أمين، مرجع سابق، ص ص 72–73.

الفرع الأول

بعض التشريعات العربية المؤيّدة لنفي النسب بالوسائل العلمية

رغم وجود بعض الأراء و المواقف التشريعية لأغلب الدول على غرار التشريع الجزائري والتشريع الإماراتي المانع والمعارض لفكرة تطبيق البصمة الوراثية في مجال نفي النسب آخذين بموقف المجمع الفقه الإسلامي المذكور سابقا إلا أن هذا لم يمنع بعض التشريعات بالأخذ بالبصمة الوراثية والوسائل العلمية والإعتماد عليها في مجال نفي النسب معتمدين على مبدأ الضرورة تبيح المحضورات ومبدأ الأخذ بالأخف لدفع الأشد إختلاط الأنساب الذي حرصت الشريعة الإسلامية على تحريمه و منعه.

أولا: موقف القضاء التونسي

في قضية عرضت على محكمة التعقيب التونسية من قبلها محكمة الإستئناف بسوسة موضوع نفي النسب عن طريق الوسائل العلمية المتمثلة في التحليل الطبي للدم، حيث قررت هذه الأخيرة أن التحليل الطبي يعتبر وسيلة شرعية التي هي من بين الوسائل المنصوص عليها في الفصل 75 من مجلة الأحكام التونسية[1]، التي ينتفي فيها النسب.

أكدت محكمة التعقيب هذا القرار و أتى في مضمونه مايلي:"**إن وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الإستئناف بسوسة، هي وسيلة شرعية يقررها الشارع، و يأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الإثبات الأخرى المثبتة، كحصول اليقين بعدم التلاقي مطلقا**"[2].

---

[1]– الفصل 75:" **إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفى عنه إلا بحكم الحاكم و تقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية**"، الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2]– قرار تعقيبي رقم 1005، الصادر بتاريخ 1976/07/27، نقلا عن: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، **البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة**، منشورات الحلبي، بيروت، 2013، ص ص 717–718.

تكرر هذا الموقف مرة أخرى في قضية نفي النسب عن طريق الوسائل العلمية أمام محكمة تعقيب التونسية فقضت مرة أخرى على جواز الإعتماد على الخبرات الطبية كوسيلة لنفي النسب فجاء في قرارها مايلي:"**بأن نفي النسب في هذا الحال يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن، و النفي بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، والتي تعد شهادة فيه كافية، بل يجب الإعتماد على الأبحاث والإختبارات الطبية، والتي يكون لها تأثير سلبي أو إيجابي، ومن ذلك وسيلة تحليل الدم لكل من الزوج و الزوجة و المولود المطالب بنفي نسبه، وأنه لا شيء يمنع من إعتماد تلك الوسيلة التي تحقق علماء الطب الشرعي من صحتها، والتي تعد طريقة علمية قاطعة، وهو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة**"[1].

يتضح من قرارات محكمة التعقيب التونسية جواز الإستعانة بالوسائل العلمية على إختلافها من بصمة وراثية وتحليل دم وأي وسيلة علمية أخرى من شأها أن تفيد في الكشف عن العلاقة بين الولد وأبيه ونوع الرابطة الموجودة بينهما، فهذه الوسائل قد تفيد إثبات صحة النسب كما قد تفيد في نفي النسب[2].

ثانيا: موقف التشريع المغربي

لا يختلف التشريع المغربي عن نظيره التونسي في موضوع نفي النسب بالوسائل العلمية فقد أقر ذلك صراحة في نص المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية:"...**يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية إلى إدعائه- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة**"[3].

---

[1]- قرار محكمة التعقيب التونسية رقم 2777، الصادر بتاريخ 1993/01/26 نقلا عن عبد الرحمان أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 718 .

[2]- وليد رحموني، مرجع سابق، ص 97.

[3]- القانون رقم 03-07، بمثابة مدونة الأسرة المغاربية، مرجع سابق، ص 434.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع المغربي إعتمد على الخبرة العلمية كوسيلة لنفي النسب لكنه إشترط شرطين للعمل بالوسائل العلمية هما:

1) إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه

و يقصد بالدلائل القوية حسب تفسير القضاء المغربي، ما يقدمه الزوج من دلائل و حجج تفيد و تقوي إدعائه كبينة أو شهادة شهود أو غيرها من الأدلة كأن يقدم بينة طبية تثبت عقمه أو عجزه عن الإنجاب أو محاضر ضبطية قضائية و شهادة شهود عيان تفيد أن زوجته متعودة على الخيانة الزوجية أو بتأكيد الغير إتصاله بها عن طريق الشبهة، أو أن يقدم قرائن طبية تثبت تباين مدة الحمل بين أقل وأقصاها مع ما هو محددا قانونا و شرعا وكل هذه الحالات لا تشترط لنفي النسب إجراء اللعان بل يمكن اللجوء إلى الخبرة العلمية لتأكيد أن نسب الولد ليس من الزوج[1].

2) صدور أمر قضائي بإجراء الخبرة

حال المشرع المغربي كحال المشرع الجزائري إشترط أمر قضائي للإستعانة بالوسائل العلمية إلّا أن الإختلاف بينهما يكمن في أن المشرع المغربي إشترط أمر قضائي للإستعانة بالخبرة الطبية سواءا في النفي أو إثبات النسب في حين أن المشرع الجزائري أخذ بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب دون النفي.

فليس كل خبرة يعتد بها في نفي النسب عند المشرع المغربي بل لابد من أن تتوافر شروط لإجراء الخبرة و هي:

أ) أن تكون الخبرة قطعية ذلك لأن مسألة نفي النسب مسألة حساسة تمس وحدة الأسرة وتماسكها.

ب) الخبرة الطبية لا يتم تعيين نوعها إلّا بموجب أمر قضائي[2].

[1]– إبراهيم التجاني إبراهيم حامد، **الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان**، مجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015، ص ص 57–58.

[2]– إبراهيم التجاني إبراهيم حامد، مرجع سابق، ص 58.

ثالثا: التشريع الأردني

قد سبق وأن تطرقنا إلى القانون الأردني و أخذنا لمحة على نفي النسب باللعان فوضحنا أنه يعتمد على اللعان كطريقة لنفي النسب حيث ذكره في المادة 163 من قانون الأحوال الشخصية فبالتحديد بالعودة إلى الفقرة الثالثة ذكر شروط دعوى اللعان:" **يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في الحالات التالية:**

1) بعد مرور شهر على وقت الولادة أو العلم بها.

2) إذا إعترف بالنسب صراحة أو ضمنيا.

3) إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له"[1].

فنفهم من هذه المادة أن المشرع الأردني من خلال الفقرة الثالثة يمنع الرجل من اللعان إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الولد أو الحمل منه فلا يمكن أن ينفيه باللعان فقد رجح المشرع الأردني الوسائل العلمية على اللعان لكن الظاهر لنا جليا أنه ليس واضح متى تحققت هذه الحالة فهل هي قبل رفع دعوى اللعان أم أثناء سريانها خاصة أن المادة 157 فقرة الثالثة نصت على:"...**لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد و لا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ما لم يثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الولد منه"[2]**، خلال الإطلاع على هذه المادة يتضح إعتماد المشرع الأردني على الوسائل العلمية عند إنكار النسب من الرجل في الحالات التي لا تتطلب اللعان كحالة عدم تلاقي بين الزوجين أو الإتيان بولد بعد أكثر من سنة من الغيبة[3].

[1]– قانون رقم 36 لعام 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية، مرجع سابق.

[2]– قانون رقم 36 لعام 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية، مرجع نفسه.

[3]– وليد رحموني، مرجع سابق، ص 100.

الفرع الثاني

موقف بعض التشريعات الرافظة لنفي النسب بالوسائل العلمية

سنعرض أبرز القوانين الوضعية الرافضة لإستغلال البصمة الوراثية في مجال نفي النسب حيث نصت أغلب التشريعات الإسلامية على عدم جواز إستعمالها.

أولا: التشريع الجزائري

بعد أخر تعديل طرأ على قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05-02 أضاف المشرع فقرة في نص المادة 40 ق أ تنص على:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون**

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1]، تتناول موضوع الإستعانة بالبصمة الوراثية في مجال النسب و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أقر بدور الوسائل العلمية في مجال إثبات النسب دون نفيه وهذا ما يعتبر قفزة نوعية هامة تماشيا مع العصر الحديث والتطور التكنولوجي الرهيب الذي نعيشه.

1) العوائق القانونية لإستغلال الوسائل العلمية في مجال نفي النسب

رغم إضافة المشرع فقرة في المادة 40 من ق أ ج[2] نظم بمقتضاها مسألة الإستعانة بالطرق العلمية إلا أن هذا لا يخلو من الكثير من العيوب والعوائق سبق و أن تطرقنا إلى بعضها سابقا.

---

[1]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]- المادة 40،"**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون**

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

أ) الوسائل العلمية تستغل لإثبات النسب

بالعودة أحكام نص المادة 40 فقرة 2 من ق أ ج فقد نص المشرع صراحة على الوسائل العلمية ودورها في مجال النسب إلا أنه قد حصره فقط في موضوع إثبات دون نفي حيث نصت المادة 40 فقرة 2:"**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"[1].

ب) غموض النصوص القانونية

مع خطورة نفي النسب ما يلاحظ على المشرع الجزائري الغموض و النقص في تحديد طرق نفي النسب[2] من جهة وهل يجوز الإستعانة بالوسائل العلمية كطريقة لنفي النسب؟ وهذا ما يتضح جليا أمامنا عند تطرق إلى المادة 41 ق أ ج التي تنص:" **ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة**"[3]، فالمشرع هنا لم يوضح ما هي الطرق المشروعة لكن تستنبط هذه الطريقة من المادة 138 التي يتضح من فحواها:"**يمنع من الإرث اللعان و الردة**"[4]، وهنا يطرح سؤال هل المشرع الجزائري قصد بالطرق المشروعة اللعان وحده أم أن هناك طرق أخرى؟

بالنظر إلى هذه المادة يفهم من الوهلة الأولى أن هنالك عدة طرق مشروعة، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يوظف لفظ الطريقة الشرعية و إنما إعتمد على لفظ الطرق الشرعية حيث قدم جمع كلمة طريقة و فضل إستعمال طرق الشرعية ما يترك غموضا حول قصد المشرع الجزائري؟

فإختلفت الأراء حول من يعتبر أن اللعان ليست الطريقة الوحيدة لنفي النسب مستدلا بلفظ الطرق الشرعية و بين متشدد بإعتبار أن اللعان هي الوسيلة الوحيدة المقررة شرعا[5] وقانونا بحيث أن المادة 222 تنص على أنه:"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام**

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، مرجع سابق، ص ص 40–41.

[3]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[5]– وليد رحموني، مرجع سابق، ص 91.

الشريعة الإسلامية"، في حالة عدم وجود نص قانوني فإن هذه الأخيرة تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية.

2) موقف المحكمة العليا من مسألة الإستعانة بالوسائل العلمية

إن مهمة المحكمة العليا ليست الفصل في القضايا من حيث موضوعها و مضمونها و إنما مراقبة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإبتدائية والمجالس القضائية، فبإعتبارها محكمة قانون فهدفها إستقرار القضاء و توحيد أحكامه و الفصل في بعض الأمور المتعلقة بتصادم بعض الأحكام و تفسير القوانين خصوصا ما يتعلق بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فهدفها الأسمى هو إزالة الغموض و إضفاء العدالة.

قرار المحكمة العليا 828820 لسنة 2012

لقد إستقر قضاة المحكمة العليا على مبدأ خاص بالنسب وهو أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفى باللعان وأن المقصود في المادة 41 ق أ ج [1]هو اللعان فقط دون غيره ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان ونص المادة 40 فقرة 2 من ق أ ج[2] تقر بثبوت النسب بالطرق العلمية وليس نفيه[3].

بموجب هذا القرار والنصوص القانونية الموحدة في قانون الأسرة يتضح أن موقف التشريع غير واضح تماما إتجاه الوسائل العلمية ومدى الإستعانة بها في مجال نفي النسب حيث أن اللعان الوسيلة الوحيدة لنفي النسب وهذا ما أكده القرار المتطرق إليه سلفا في هذا الفرع.

---

[1]– المادة 41،"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2]– المادة 2/40،"**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 828820، بتاريخ 2012/12/13، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 2014، ص 323.

حاء في قرار المحكمة العليا في قضية (ب ز) ضد (خ ل) القرار رقم 69798، بتاريخ 1991/04/23:" من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين... وأن اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقا للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإنعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"[1].

لإثبات النسب بالزواج لابد من أن تتوفر شروطه، فإن لم تتوفر هذه الشروط يعتبر النسب غير صحيح فمثلا عند عدم ثبوت التلاقي بين الزوجين فلا يتصور إثبات النسب في مثل هذه الحالة أو الزوج قد أثبت إستحالة إنجابه ولد أو في حالة أخرى إن قام الزوج بنفي نسب الولد عن طريق إنكار ولادة الولد أو بعدم مرور المدة القانونية، كما أننا قد شرحنا حالات يجوز فيها نفي نسب الولد بغير لعان وذلك في المبحث الأول المطلب الثاني من الفصل الثاني، في الفرع الثالث تحت عنوان طرق نفي النسب بغير اللعان، فلا تسمع إنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد و لا لولد زوجة أتت بعد عشرة أشهر من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من عشرة أشهر من وقت الطلاق أو الوفاة، فحينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروطه.

كذلك من إجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال في قضية(ه ب) ضد(م ت)، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15:" من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ومتى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الإنفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن في حالة الطلاق ولا الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43[2] و60 [1]ق أ ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج

---

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 69798، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص 54.

[2]– المادة 43،" **ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) من تاريخ الإنفصال أو الوفاة**"، قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا تطبيقا صحيحا للقانون مما يستوجب رد الوجه الأول لعدم التأسيس[2].

وفي قضية أخرى رفع زوج ضد زوجته دعوى لعان إثر وضع الولد بعد 16 شهرا من الغيبة، وإثر هذه القضية جاء قرار المحكمة العليا موضحا من المقرر شرعا أن "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**" ومن المستقر عليه قضاءا أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام وأن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الزوج لم يقم بنفي نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الزوج مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن قضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن[3] كما يملك الزوج نفي النسب حتى وإن توفرت كامل شروط الزواج الصحيح لرؤيته لواقعة الزنا أو علم بها وتكون طريقة النفي عن طريق اللعان.

أقرت المحكمة العليا أن المدة المقررة لنفي النسب هي أسبوع ما لم يوجد مانع على تأخيره أو ظرف خاص و لكن وجب إثباته بعد علم الزوج بالحمل أو رؤية الزنا، أي أن وجوب التعجيل برفع الدعوى لا يمنع قانونا من مراعاة الظروف الخاصة للزوج، كما أن مجرد التمسك بالشهادة الطبية لنفي نسب الولد لا يعتبر دليلا قاطعا وفاصلا، بل لابد من التمسك باللعان بالكيفية المحددة شرعا و قانونا.

عندما قضوا قضاة المجلس لصالح الزوجة بالتعويض عن الإدعاء والإفتراء بالكذب من طرف زوجها وإتهامها لها بجريمة الزنا والتي إنتهت بصدور أمر بإنتفاء وجه الدعوى، قد برروا

---

[1]– المادة 60،"**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع نفسه.

[2]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، المجلة القضائية، بتاريخ 1999/06/15، العدد1، 1999، الجزائر، ص 126.

[3]– سناء نجومن، **اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية**، المجلة الأكادمية للبحث القانوني ، مجلة سداسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، العدد 2، الجزائر، 2011، ص 126.

حكمهم مما يتعين معه رفض الطعن، و هذا إجتهاد سليم لأنه لابد للزوج الذي يرمي زوجته بالزنا أو بنفي حملها عنه أن يكون متيقنا معتمدا على رؤية بصرية أو علمية أو شهادة الشهود بعيدا عن الشك أو الظن[1].

ثانيا: التشريع المصري

عرضت على القضاء المصري قضية عقيم يدعي بأنه لا ينجب مما جعل المحكمة تستعين بالطب الشرعي لإجراء تحاليل البنوة(البصمة الوراثية)، حيث بينت هذه الأخيرة إستحالت أن يكون المدعي(الزوج) والد الطفل أي إستحالة نسب الطفل له لعدم وجود صلة قرابة جينية وبيولوجية لهذه الأسباب حكمت المحكمة بإنكار نسب الطفل إلى المدعي، إثر هذا الحكم استأنفت المدعى عليها(الزوجة) الحكم أمام محكمة الإستئناف بالقاهرة، بعد شرح واف خلصت محكمة الإستئناف إلى رفض الحكم الأول والصادر عن المحكمة الإبتدائية الذي جاء فيه إنكار نسب الطفل إلى المدعي وتأييد حكم المستأنفة في طلبها والمتمثل في أن زوجها أي المدعي هو والد الطفل وكانت تحتج بقاعدة الولد للفراش فحكمت محكمة الإستئناف بالقاهرة:"لما كانت الزوجية قائمة بين المستأنف والمستأنف ضده بموجب عقد زواج صحيح في 18 أكتوبر 1996 وأنه طلقها في 14 جويلية 1997 وأنها قامت بوضع مولودها في 5 أكتوبر 1997 أي بعد مرور أكثر من ستة أشهر من وقت الزواج وكان الزوج ممن يتصور الحمل من مثله عادة وكان التلاقي قد أمكن بعد العقد بين الزوجين، ومن ثم فقد ثبت نسب المولود ولا يستطيع الزوج أن ينفيه إلا باللعان بشروطه، ولما كان المستأنف ضده لم يتخذ إجراءات الملاعنة طبقا لما هو مقرر شرعا ولا يدل من ذلك قيامه دعوى مباشرة ضدها بالزنا والمعلنة بتاريخ 1997/08/6، إذ أنها أقيمت بعد إنفصال الزوجية بالطلاق الحاصل في 1997/07/14 إضافة إلى أن المستأنفة كانت وقت طلاقها في الشهر السابع تقريبا ومن العلم العام أن الحمل في هذه الفترة يكون ظاهرا، ولما كان المستأنف ضده قد سكت عن مظاهر الحمل رغم ظهوره، وهو ما يعد في هذه الحالة إقرارا ضمنيا منه أن الجنين هو

[1]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 379.

من صلبه فليس له أن ينفيه بعد ذلك لاسيما وأن المستأنفة قدمت مستندات من بينها صورتان فوتوغرافيتان تثبت بها المستأنف أن المستأنف ضده يداعب الصغير وهو يعد قرينة على إقراره بنسب الصغير إليه، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بقبول الإستئناف شكلا وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف"[1].

والمستخلص من حكم محكمة إستئناف القاهرة أنها بنت حكمها على أساس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة المذكور سالفا الذي ينص على عدم جواز تقديم الوسائل العلمية على اللعان فبنت أساس حكمها على أن الزوج لم يلاعن زوجته في الوقت المناسب لكن ما يعاب عليه أن عقد الطلاق قد وقع قبل العلم بالحمل وأن اللعان لا يمكن أن يلعن زوجته وهي طليقته، إلا أن المحكمة إعتبرت عدم ملاعنة الزوج لزوجته إقرارا ضمنيا منه بالابن وفضلا عن ذلك فإن حيثيات الوقائع تشير إلى أن هناك صور فوتوغرافية ودلائل و قرائن تثبت أن الزوج كان يداعب الصغير ويعتبره بمثابة إبنه، وهذا ما يعتبر قرينة على علم الزوج بالولد، أما فيما يخص العقم الذي إدعاه المدعي في هذه القضية أنه لا يمنع من الإنجاب لأنه في أي من هذه يمكن علاجه وليس عائق يحول دون الإنجاب، إلا أن الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بالقاهرة مستغرب في أمره حيث أنه عند إجراء تحاليل البصمة الوراثية أكدت على عدم وجود علاقة بيولوجية بين الولد والزوج، وإن إنسابه إلى الزوج رغم هذا فيه مخالفة للشريعة الإسلامية وذالك إنساب الولد لغير أبيه إلا أن الأدلة قطعية وتشير إلى عدم وجود الصلة بينهما هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن من شروط اللعان أن الرابطة الزوجية قائمة فأما في هذه الحالة فالزوجة تعتبر طليقته فلا يمكن له ملاعنتها بعد الطلاق وخاصة أن الزوجة قد قامت بإنجاب الولد بعد الطلاق وليس قبله وهذا ما يسهل عليها إخفاء الولد أو الحمل، فبتالي لا تتحقق شروط الملاعنة، كذلك لا يجوز التقدم إلى الملاعنة بعد أن كانت هناك فرقة بين الزوجين أساسا وبالتالي أتت البصمة الوراثية مؤكدة إدعاء الزوج بنفي نسب الولد.

[1]– حكم محكمة إستئناف القاهرة الدائرة(48)، أحوال شخصية، إستئناف رقم 118/436ق، بتاريخ 2002/05/28، نقلا عن فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص 180.

إن مداعبة الزوج للطفل صحيح أنه يمكن إعتباره إقرار ضمنيا بالولد إلا أنه من المنطق والعقل يفرض أنه متى ثبتت بالوسائل العلمية عدم ارتباطه به فلا يجوز إنسابه له رغم إقراره له، فإنه متى ثبت عدم وجود صلة قرابة بالوسائل العلمية فهنا يجب نفي نسبه وفصله عن أبيه وإنسابه لأمه[1].

ثالثا: التشريع الكويتي

مع التطور الحاصل في المجال العلمي خاصة في مجال الطب وعلم الجناة والصفات الوراثية إستفادة العديد من التشريعات على إختلافها من هذا التقدم في بعض الميادين إلا أن المجال الأكثر إعتمادا على الخبرة الطبية هو مجال الجنائي ومجال الأسرة أي مجال النسب.

رغم الدور الهام و الفعال الذي تلعبه هذه الوسائل في مجال النسب من إثباته له وكذا نفيه إلا أنهم يوجد بعض التشريعات لم تعتمد عليها في مجال النسب بعكس قريناتها من التشريعات العربية والإسلامية وكذا حتى الأجنبية وكذا الدول المتقدمة، وفي هذا الصدد سنقدم بعض التشريعات التي لم تنص في قوانينها على الخبرة الطبية وذلك كحال التشريع الكويتي.

بالرجوع إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية الكويتية فإنه يلاحظ عليه أن المشرع الكويتي لم ينظم مسألة إثبات و نفي النسب، أو بالأحرى لم يأتي على ذكرها حيث ينص على طريقة واحدة لنفي النسب وهي اللعان على عكس الخبرة الطبية فإنه لم يتطرق لها كوسيلة لنفي النسب، بل أيضا لم يتطرق لها كوسيلة لإثباته.

إلا أنه و في المادة 168 لمح تلميح بسيطا إلى أنه يمكن اللجوء إلى الخبرة العلمية في بعض الحالات و ذلك بنصه على أنه:"**لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين**"[2].

[1]– فاطمة الزهرة رابحي، مرجع سابق، ص ص 179–180.

[2]– وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، مرجع سابق.

فالمشرع أجاز للمحكمة عند النزاع في نسب الولد لرجل عقيم أو لا يمكنه أن ينجب لعيب خلقي أو مرضي الإستعانة بأهل الخبرة بشرط أن يكونوا مسلمين، وهذا تلميح واضح للخبرة الطبية، فأهل الخبرة هم الأطباء المختصون، فالرجل متى كان عقيما أو لا ينجب لسبب ما جاز له نفي النسب وتقديم لإثباتاته على ما يدعيه لكن إذا حصل نزاع في إنكاره للنسب فهنا يجوز للمحكمة اللجوء لأهل الخبرة، لكن في غير هاتين الحالتين لابد من اللعان من أجل نفي النسب[1].

الفرع الثالث

موقف بعض التشريعات الغربية من الخبرة الطبية كطريق لنفي النسب

بعد دراستنا لموقف بعض التشريعات العربية الإسلامية وتبيان إختلاف مواقفها وأراء مشرعيها تحتمت علينا تبيان كذلك موقف بعض التشريعات الغربية من الخبرة الطبية كطريق لنفي النسب خاصة وأنها الرائدة في المجال الطبي.

أولا: التشريع الأمريكي

يعتبر التشريع الأمريكي من الأوائل الذي إعتمد على الخبرة الطبية في مجال النسب من كل نواحيه سواء لإثبات أو لنفي النسب، حيث إعتمد عليه منذ أن أثبت فعاليته و حجيتها خاصة فيما يتعلق بالبصمة الوراثية التي لا تكاد تخطأ في نتائجها كما ذكرنا سابقا، التي تعتمد في أساس تحليلها على الخريطة الوراثية للجناة ومنه يستنتج رابطة الدم و الجناة بين الأقارب خاصة بين الأب و إبنه فبالمختصر المفيد جاء القضاء الأمريكي مؤيد للخبرة الطبية في مجال نفي النسب ويتضح ذلك من قرار محكمة نيوجيرسي الذي جاء فيه:"أنه أصبح من المقبول عالميا في الأوساط الطبية و العلمية، أن نتائج إختبارات فصائل الدم في مجال نفي الطفل إلى الأب، ليست عبارة عن مجرد رأي خبير أو جهة نظر له، بل هي واقع علمي، و لما كان الأمر كذلك فلابد من قبول هذه النتائج أمام المحاكم، فإذا قررت المحكمة أن هذه النتائج ليست قاطعة، فإن قرارها يكون بمثابة أن تصدر المحكمة قرار بأن الأرض منبسطة، بينما في قرار آخر كان الخبير قد قرر إستنادا إلى

[1]– وليد رحموني، مرجع سابق، ص 102.

نتائج إختبارات فصائل الدم، أن المدعي عليه لا يمكن أن يكون والد لطفل المدعية، وعلى الرغم من ذلك كان قرار المحلفين في جانب المدعية ضد المدعي عليه، و عند إستئناف الحكم قررت محكمة بنسلفانيا العليا أن قرار المحلفين جاء متعارضا مع الدليل العلمي، ولذلك قررت المحكمة العليا إعادة المحاكمة"[1].

ثانيا: التشريع الفرنسي

أقر المشرع الفرنسي صراحة إعتماده على الوسائل العلمية في قانونه المدني لسنة 1994 بالتحديد 11/16 حيث نص على:...**في المجال المدني لا يمكن أن يتم التعرف على الشخص أو تحديد هويته ببصمات وراثية، إلا في إطار تنفيذ إجراءات تحقيق قد أمر بها القاضي المختص، أو بصدد دعوى منازعة في رابطة النسب، أو دعوى طلب الحصول على نفقة أو الإعفاء منها على أنه يجب أن تكون موافقة المعني سابقة وواضحة"[2].**

يفهم من هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد أقر بدور الوسائل العلمية في مجال النسب في تحديد هويته و المقصود بتحديد الهوية يمكن أن يكون إثبات أو نفي النسب إلا أنه وفق هذه المادة يتضح أن ليس أي شخص يستطيع من تلقاء نفسه أن يطالب بإجراء هذا الفحص بصفة شخصية من دون وجود دعوى تتعلق بالنسب أو إذن من جهة قضائية مختصة لتسمح بإجراء هذا التحليل، وقد أسست محكمة الإستئناف بباريس هذه المادة في قضية سيدة المتزوجة أنجبت طفلا و ألحقته بزوجها ثم طلقت منه و تزوجت آخر و بعدها رفعت دعوى للمطالبة بنفي نسب الولد من مطلقها

---

[1]– Richardson j. , Anderson Co.. Kentucky, "**civil and animal evidance scientific modern**;" u. s.a,1961, p 338.

نقلا عن أوان عبد الله محمود الفيضي، **<u>حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني</u>**، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الكويت للحقوق، المجلد 4، العدد 2، د.ب.ن، 2019، ص 105.

[2]– article 16-11(code civil):« en matière civile, cette identisation ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression des subsides», (loi n 94-635 du 29 juillet 1994, journal officiel du 30 juillet 1994).

و إثباته لزوجها الثاني فقضت المحكمة بتاريخ 1975/09/11 بإحالة القضية للطب الشرعي من أجل إجراء الفحوصات لمطلقها وزوجها و الطفل و للأم و بعد إيداع الخبير لتقريره الذي إستبعد فيه أبوة المطلق للطفل و أن الزوج الثاني هو الأب الحقيقي بنسبة 99% قضت المحكمة بتاريخ 1976/12/16 بنفي النسب من المطلق الذي ولد على فراشه و إعتبار الزوج الثاني هو الأب[1].

الفرع الرابع

المقارنة بين الوسائل العلمية و اللعان

فرض علينا الواجب بإجراء مقارنة بين أحكام اللعان في الشريعة الإسلامية و البصمة الوراثية، التي تعتبر من أهم الوسائل العلمية التي تستغل في مجال النسب سواءا في إثباته أو نفيه فسنقدم دراسة حول هذا الموضوع ثم نبين موقف البصمة الوراثية من اللعان ومكانتها منه.

كمقارنة بين أحكام اللعان في الشريعة الإسلامية و الوسائل العلمية نخص بالذكر البصمة الوراثية، لابد من إماطة اللثام عن الفروق الموجودة بينهما التي من بينها:

–اللعان حكم شرعي من الكتاب و السنة وإجماع علماء المسلمين، أما البصمة الوراثية فهي إكتشاف حديث النشأة لا زال محل دراسة وطرح لدى علماء المسلمين فيما يخص مسألة نفي النسب.

– اللعان شرع لدرء الحد ونفي النسب، أما البصمة الوراثية والوسائل العلمية الأخرى فهي تفيد الإثبات إضافة إلى نفي النسب.

– من أثار اللعان إحداث الفرقة بين الزوجين فرقة أبدية، أما البصمة الوراثية لا يوقع الفرقة بين الزوجين و إن إنتفى نسب الولد.

[1]– قرار محكمة باريس، بتاريخ 1976/12/16، نقلا عن فؤاد بوصبع، **البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب**، رسالة لنيل درجة الماجيستر في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، 2012، ص ص 159–160.

– و من أثاره كذلك إنتفاء نسب الولد بمجرد وقوع اللعان رغم عدم حجيتها وقوة ثبوتيتها في إثبات إذا ما كان الولد من صلب الزوج أو لا بعكس البصمة الوراثية التي تبين أصل نسب الولد فإن كان الولد من الزوج لا ينتفي نسبه حتى وإن لاعن و ذلك حسب العاملين بالبصمة الوراثية وهذا هو الراجح لأنه ليس من المعقول أن ينتفى نسب الولد وهو من أصله و نسبه.

– اللعان ليس طريق يكشف الزاني، فالغاية من اللعان درأ الحد و نفي نسب الولد عن أبيه وإلحاقه بأمه، أما بالوسائل العلمية فيمكن معرفة الأب الحقيقي و صاحب الماء الذي خلق منه الولد.

– اللعان و سيلة لكشف الزنا و إن لم يقع حمل في حين أن البصمة الوراثية تكشف جريمة الزنا في حالة واحدة فقط و هي متى وقع حمل من جريمة الزنا و كان الولد نتيجة العلاقة غير الشرعية.

– من الأحكام الخاصة باللعان فقط المهر، فالمد خول بها لها مهر كامل أما الغير المد خول بها فيها خلاف بين الفقهاء أما البصمة الوراثية لا تثبت شيء من ذلك.

– اللعان وسيلة شرعت لنفي نسب طفل واحد فقط و هو الحديث الولادة، أما الوسائل العلمية قد تنفي أكثر من ذلك متى تبين عدم وجود صلة حقيقية بين أولاد الزوجة و الزوج أو تبين عدم قدرة الزوج على الإنجاب أو الإخصاب.

– إن النكول أو العدول عن اليمين يوجب حد القذف على الزوج و حد الزنا على الزوجة، أما البصمة الوراثية بل تعتبر دليل وبينة لإقامة الحد متى تبين أن الولد ليس نتيجة علاقة غير شرعية أو من غير زوج، هنا وجد خلاف قيل أن عدم الأخذ بالبصمة الوراثية و الوسائل العلمية لا يوجب الحد رغم نتائجها، إلا أن هذا يخالف المنطق و المعقول أما المؤيدين وأنصار إستغلال البصمة الوراثية و الوسائل العلمية لإثبات ونفي النسب وقع كذلك خلاف بينهم بين مؤيد لرأي السالف الذكر و رأي يرى بأنه متى تبين خيانة الزوجة لزوجها يوجب حد الزنا على الزوجة، لكن قد نكون أمام حمل وقع من الزوج أي أن الزوج هو صاحب المني الذي خلق منه الولد إلا أن هنالك في الحقيقة جريمة زنا قد رآها وسمعها الزوج هنا وجب اللعان لزوج لإن اللعان هي الوسيلة المقررة

شرعا لإثبات جريمة الزنا عندما لا يكون شهداء لدى الزوج ولذلك لدرء العذاب وإسقاط القذف عن الزوج، فاللعان هنا يثبت جريمة الزنا ويقوم لغرضه الأساسي المذكور شرعا وهو إتهام الزوج لزوجته بجريمة الزنا.

– إشتراط الفقهاء شروط معينة لإجراء اللعان وصيغة خاصة إضافة إلى قدسية ورهبانية اللعان بخلاف البصمة الوراثية المفتقرة لذلك.

– لعل النقطة المشتركة بين اللعان و البصمة الوراثية كأنه لا يتمان إلا بأمر قضائي، فاللعان لا يتم إلا بأمر قضائي ولا تتم إحداث أثاره إلا بحكم قضائي أما البصمة الوراثية فلا تقع إلا بطلب من القاضي و أمر منه.

– اللعان لا يقع إلا بشروط محددة تم ذكرها سابقا ولعل أهم هذه الشروط هي المدة الزمنية المحددة و المقررة شرعا إلا أنه إختلفت بعض التشريعات في تحديد المدة الزمنية كما شرحنا ذلك سابقا في المطلب الأول الفرع الثالث متى تقبل دعوى اللعان، أما الوسائل العلمية كالبصمة الوراثية تنفي نسب الولد ولو بعد مرور وإنقضاء المدة المحددة للعان[1].

«خلاصة الفصل الثاني»

[1]– خليفة الكعبي، **البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية**، طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، 2006، ص 298 ص 299.

لقد ذكر أعلاه أن النسب يكتسب أهمية بالغة في العديد من المجتمعات فمسألة نفي النسب بالتحديد حساسة جدا و مرتبطة بمصير أسرة كاملة، خاصة الطفل المراد نفي نسبه حيث يترتب على مسألة نفي النسب عدة عواقب يتحملها الطفل المراد نفي نسبه فقط دون غيره يتحمل تابعات هذه الدعوة و عليه لا يجوز التطرق إلى هذه المسألة الحساسة دون التأكد من العلاقة البيولوجية بين الزوج و الولد إلا أن حسب ما تطرقنا إليه سابقا في هذا الفصل يستخلص منه أن بعض التشريعات الإسلامية إعتمدت على اللعان فقط في نفي النسب و إعتبرته الوسيلة الوحيدة وهي الوحيدة المقررة شرعا إلا أنها تشوبها العديد من العيوب و الإشكالات سبق وأن تطرقنا إليها سابقا فتتلخص أهم هذه العيوب في أن اللعان جعل للزوج كأداة لأن يسقط عن نفسه حد القذف متى إتهم زوجته بالزنا و لم يكن له شهداء إلا نفسه كما ينبغي الإشارة إلى أن اللعان ذات حجية ضعيفة في نفي الرابطة البيولوجية بين الزوج و الولد المراد نفيه ما قد يتسبب في نفي نسب ولد كان من صلبه ما يعتبر إجحاف و ظلم في حق الولد و ذلك لإعتباره إبن الزنا، كما أن اللعان قد يكون وسيلة بين أيدي الزوج الساعي لتملص من مسؤوليته كأب و زوج.

و نظرا لهذه العيوب إتجهت العديد من التشريعات العربية و الإسلامية و بل حتى الأجنبية إلى إتباع الرأي القائل بأنه لابد من تقديم الوسائل العلمية في مجال نفي النسب إضافة إلى ذلك لعدة إعتبارات أهمها قطعية نتائج الوسائل العلمية في تحليل نوع الرابطة الموجودة بين الزوج والولد كما تقي هذه الوسيلة أو الوسائل العلمية المجتمع الإسلامي من ظاهرة تلقيب أولاد كانوا في الأصل أبناء علاقة شرعية فيصبحون أبناء زنا رغم كونهم نتاج علاقة شرعية كما تمنع الزوج من التملص من مسؤوليته كأب و زوج و تحمل مجتمع و الأسرة المسلمة من إختلاط الأنساب الذي حرمته الشريعة الإسلامية حيث أن هذه الوسيلة تكشف الحقيقة و تكشف المسطور فكثير ما تخطأ الزوجة فتزني و تحمل إثر هذه العلاقة غير الشرعية فتنسبه إلى زوجها و تضمن حقوق الطفل وكرامته و مع كل هذه الإجابات التي ذكرناها سابقا التي تحويها الوسائل العلمية و فضلها عن مجال النسب سواءا في إثباته أو نفيه إلا أنه هنالك بعض التشريعات أخذت بها في مجال النسب و ذلك فقط بما يخص مسألة إثبات النسب دون نفيه كحال المشرع الجزائري الذي سبق و درسنا موقفه في المطلب الثاني الفرع الأول من هذا الفصل و بهذا كان موقفه معاكس لموقف العديد من

قرنائه من التشريعات العربية المقارنة من التشريع التونسي و الأردني غيره، بل أبعد من ذلك فهنالك بعض التشريعات العربية لم تنص على دور الوسائل العلمية لا لإثبات و لا لنفي النسب كحال المشرع الكويتي.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع عوائق إثبات ونفي النسب، يتضح لنا جليا أهمية الموضوع وحساسيته إضافة لخطورته، خاصة أن النسب يعتبر دعامة الأسرة والمساس به قد ينجرُّ عنه عواقب وخيمة على الأسرة وأفرادها من تشتت وتفريق للزوجين وربما الوقوع في المحرمات من تزييف الأنساب أو انتفاء لنسب كان بالأساس صحيحا والعديد من النتائج الأخرى فلابدَّ من عدم إثبات النسب أو حتى نفيه إلا بعد التأكد والتيقن من صحة النسب من عدمه.

على إثر دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج المتمثلة في مايلي:

أولا: النتائج

- قضى شرع الله وسنة نبيه الكريم إعتبار الفراش شرطا لإثبات النسب، وهو ما أقرته معظم التشريعات العربية وطبعا الإسلامية منها كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري.
- وُجدت طرق أخرى لإثبات وكشف النسب في الشريعة الإسلامية قد لجأ إليها الصحابة رضي الله عليهم رغم ضعف حجيتها مقارنةً مع الفراش و التي هي القيافة والقرعة.
- إختلفت آراء أئمة المذاهب الأربعة حول جواز الأخذ بالقيافة والقرعة كوسيلة لإثبات النسب وعدم الأخذ بها.
- النسب من مقاصد الشريعة الإسلامية التي حرصت عليها حيث حرصت على حفظه ومنعه من الإختلاط.
- يعتبر الزواج والإقرار كذا البيِّنة الأقوى حجية لإثبات النسب.
- لإثبات النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البيِّنة لابدَّ من توفر مجموعة من الشروط نص عليها المشرع الجزائري.
- مع التطور الحاصل في مجال العلوم البيولوجية و الهندسة الوراثية و إكتشاف تحليل الحمض النووي الذي يساهم في معرفة هوية الفرد و صفاته الوراثية وتحديد نسبه، واكب

المشرع الجزائري هذا التطور وأضاف هذا التحليل في آخر تعديل له لقانون الأسرة لغرض الإستفادة منه في مجال إثبات النسب فقط.

- اللعان الوسيلة الوحيدة المقررة شرعا لنفي النسب وهو ما إستقر عليه المشرع الجزائري.
- يحق فقط للزوج رفع دعوى اللعان لنفي النسب وذلك لا يتم إلا بصيغة محددة وفق شروط محددة.
- لا يتم تقرير نفي النسب إلا بحكم قضائي.
- غياب تفصيل وتحديد إجراءات رفع الدعوى اللعان إضافة إلى تواجد إشكالات عديدة منها مكان إتمام اللعان.
- اللعان يُسقط حد القذف على الزوج وحد الزنا على الزوجة ومن نتائجه كذلك نفي نسب الولد والتفرقة بين الزوجين.
- رغم أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة المقررة شرعا لنفي النسب إلا أن العقل والمنطق وحتى القانون لم يضع طرقا لنفي النسب بغير لعان كنفي النسب لعدم القدرة على الإنجاب أو لإختلال مدة الحمل.
- إختلفت آراء فقهاء وعلماء المسلمين حول جواز استعمال الوسائل العلمية لنفي النسب بين مؤيد ومعارض كونها حديثة النشأة وغياب نصوص دينية تبيح الإستعانة بمثل هذه الوسائل.
- إختلاف موقف القضاء في الدول العربية والإسلامية في استخدام الوسائل العلمية في نفي النسب بين مقر لها كحال القضاء التونسي والمغربي بعكس المشرع الجزائري الذي أخذ بالوسائل العلمية فقط في مجال إثبات لنسب.
- إعتماد التشريعات الغربية و الأجنبية على الوسائل العلمية في مجال النسب سواء لإثبات أو النفي.
- الوسائل العلمية خاصة البصمة الوراثية أكثر دقة من اللعان في موضوع نفي النسب.

ثانيا: التوصيات

- إعتماد على قاعدة الولد للفراش من شأنها حرمان ولد الزنا من نسب أبيه البيولوجي و إنسابه إلى أمه فقط وهذا ما يؤدي إلى مشاكل للولد خاصة في الحياة العملية و المعاملات المدنية، بل قد يؤدي إلى تزيف الأنساب من أجل التهرب وتجنب هذه المشاكل، فلابد من إيجاد حل واقعي ومنطقي لهذه الفئة خاصة وأن الطفل لا ذنب له في جريمة ارتكبها والديه.
- يجب إعادة النظر في نص المادة 41 من ق.أ.ج، وإجراء تعديل عليها قصد إزاحة الغموض واللبس في شروط إثبات النسب و بل حتى نفيه خاصة في ما يتعلق بمصطلح الطرق المشروعة.
- إنهاء اللبس والتناقض بين قرار المحكمة العليا و بعض النصوص القانونية، حيث جاء في احد قرارات المحكمة العليا أنه لا تأثير لغيبة الزوج عن الزوجة في موضوع النسب حتى ولو دام سنة أو أكثر عملا بقاعدة الولد للفراش، هنا خالف القرار المادة 41 والمادة 42 و43 ق.أ.ج حيث جاء في مضمون هذه المواد أنه لابد من إمكانه الإتصال لتحقق النسب أو على الأقل أن يكون آخر إتصال بين الزوجين وقع قبل عشرة (10) أشهر وهي أقصى مدة للحمل.
- كثير ما قد يكون العمل بقاعدة الولد للفراش ينجم عنه تزيف للأنساب فهنا يجب منح الحق للزوج التأكد من نسب ابنه عن طريق البصمة الوراثية عوض جعله حقا محصورا في يد القاضي.
- يجب التوفيق بين الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية فكثير ما نجد تناقضا بينهما.
- تحديد موعد بداية احتساب العدة كما قلنا سابقا هل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أو من تاريخ صدور الحكم بالطلاق .
- تحديد نوع التحاليل الطبية الواجب إجراؤها قبل عقد الزواج.

- تقنين أحكام اللعان وكيفية رفع الدعوى فلا يوجد مادة عنها سوى مادة واحدة هي 41 ق.أ.ج ولم ترد فيها صراحة حيث وردت عبارة طرق مشروعة ويستنتج أن القصد منها المادة 138 من نفس القانون حيث جاء فيها :"**يمنع من الإرث اللعان و الردة**".
- يستحسن تقديم الوسائل العلمية بالأخص البصمة الوراثية على اللعان في مجال نفي النسب لدقتها وتخصيص اللعان فقط لجريمة الزنا فهي مبنية على الإحتمال دون اليقين بعكس البصمة الوراثية وبالتالي يحفظ نسب الولد من الضياع.
- حبذ لو كان اللجوء للبصمة الوراثية سواء للإثبات أو النفي جوازي وليس محصورا بيد القاضي .

في الأخير نقول أن ليس هنالك حل ردعي لجريمة الزنا وإنما التوعية هي السبيل للحد من هذه الظاهرة أو على الأقل الإنقاص منها هذا من جهة أما من جهة أخرى نتمنى من المشرع أن يلتفت إلى هذه الثغرات وهذه الهفوات ويحاول استدراك و إستحداث قوانين أكثر وضوحا و معالجته لهذا الموضوع و كل المواضيع الحساسة التي تمس الأسرة والمجتمع و أن يصححها في تعديلاته المستقبلية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب بالغة العربية

1. أحمد محمد سعيد السعدي، **إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية**، دراسة فقهية مقارنة، كلية اللاهوت، جامعة الفتح، تركيا، 2014.
2. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، **أحكام القرآن**، الجزء الثالث، د ط، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، د.س.ن.
3. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار النسائي، **سنن النسائي**، تحقيق دكتور عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، كتاب الطلاق، باب القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه، مجلد 3، الجزء السادس.
4. أبو عبد الله محمد ابن قيم الجوزيّة، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، المجلد الأول، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة مكرمة، 1428.
5. أنس بن مالك، الموطأ(ط، بلا)، دار الكتب العلمية، الجزائر، د. س. ن.
6. إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، المكتبة الإسلامية، تركيا، د.س ن.
7. إبن المنظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2010.
8. إبن منصور الأنصاري الروفيعي الإفريقي، لسان العرب، تحقيق محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، دار صادر للنشر والتوزيع، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، بيروت، 1414هـ.
9. إبن القيم محمد، **الطرق الحكيمة**، تحقيق أيمن عرف، د. ط، المكتبة التوفيقية، مصر، د. س. ن.
10. إبن عرفة محمد بن أحمد الدسوقي شمس الدين، **حاشية الدسوقي على شرح الكبير**، تحقيق محمد عبد الله شاهين، ج 3، دار الكتيب العلمية، بيروت، 1996.

11.أبو سليمان الباجي، **المنتقى في شرح الموطئ**، كتاب النكاح، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، الجزء الرابع، د. ط، القاهرة، 1332هـ.
12.الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
13.العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة، الخطبة، الطلاق، الميراث، الوصية)**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
14._____ ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
15.باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، (إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم)، دار الهدى، الجزائر، 2010.
16._____ ، **حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
17.بدر الدين العيني الحنفيّ، **كتاب البناية شرح الهداية**، تحقيق شعبان أيمن صالح، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
18.تمام محمد اللودعمي، **الجينات البشرية وتطبيقاتها**، دراسة مقارنة، المعهد الوطني الإسلامي، هرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، مكتب التوزيع العالم العربي، بيروت، 2011.
19.حسني محمود عبد الدايم، **البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر.
20.خالد بن أحمد الصمي بابطين، **القرعة وبعض إستعمالاتها في الحقوق المتساوية في الشريعة**، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، د. س. ن.
21.خليفة الكعبي، **البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية**، طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، 2006.

22.زبيدة إقروفة، **الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثارها على النسب**، (دراسة فقهية مقارنة)، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

23.سعيد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، الجزء الأول، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

24.عبد الرحمان أحمد الرفاعي، **البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة**، منشورات الحلبي، بيروت، 2013.

25.عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، سلسلة تبسيط للقوانين، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013.

26._____، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.

27.عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، دراسة شرعية قانونية مقارنة، الطبعة الثالثة، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.

28.عبد الله بن أحمد بن محمد قدامى المقدسي، **المغني**، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 2010.

29.عبد الله علي الركبان، **النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود**، جامعة الأزهار، كلية الشريعة والقانون، د.ع، د.د.ن، القاهرة، 1994.

.30

31.علاء الدين الكساني،"بدائع الصنائع"، **تحقيق علي محمود معوض وعادل أحمد عبد الموجود**، مجلد 8، طبعة 2، دار الكتب العلمية، 2003.

32.فوزي رمضان، **عدة المطلقة**، الحكمة الإلهية والمعجزة العلمية، مؤسسة العالمية للثقافة والعلوم، الجزائر.

33.قاسم عبد الرشيد محمد أمين، **البصمة الوراثية وحجيتها**، مجلة العدل، العدد 23، د.ط، د.د.ن، السعودية.

34.كمال الدين إمام أحمد، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1996.

35.كمال صالح ألبنا، **المشكلات العملية في دعاوي النسب والإرث**، عالم الكتب للنشر والتوزيع، مصر، 2002.

36.لحسين بن شيخ أيث ملويا، **قانون الأسرة**، نص وشرحا، النسخة العربية، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.

37.محفوظ بن صغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

38.محمد السرخسي، **المبسوط**، كتاب الشهادات، باب شهادة النساء، ب. ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ.

39.محمد بن إدريس الشافعي، **كتاب الأم**، باب القرعة، الجزء الثامن، المطبعة الأميرية، مصر، 1903

40.محمد بن محمد الخطيب شمس الدين الشربيني، **معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، تحقيق علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، بيروت، 1994.

41.محمد مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، الجزء الثاني، دار إحياء الكتيب العربية، الرياض السعودية، 1991.

42.مخطارية طفياني، **إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائرية والفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013.

43. مسعد هلالي سعد الدين، **البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية**، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2001.

44. مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، صحيح مسلم، كتاب الأيمان، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.س.ن.

45. يحي بن شرف النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق محمد عبد اللطيف، الجزء العاشر، الطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1347هـ.

ثانيا: الأطروحات و المذكرات

أ. الأطروحات

1. العربي هشماوي، **البصمة الوراثية وقضايا النسب في الفقه الإسلامي**، بحث مقدم لنيل درجة دكتورة، تخصص الفقه وأصوله، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن بلة وهران، الجزائر.

2. فاطمة الزهرة رابحي، **إثبات النسب**، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق، فرع قانون خاص، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012.

ب. مذكرات الماجستير

1. سعد عبد اللاوي، **الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2015.

2.صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الصحيحة في قانون الأسرة**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

3.فؤاد بوصبع، **البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب**، رسالة لنيل درجة الماجيستر في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، 2012.

4.فتيحة جبريح، **جريمة الزنا**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة، جامعة الجزائر،الجزائر، 2005.

5.يعقوب بلبشير، **حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

ج. مذكرات الماستر

1. أمباركة ولعالج، **إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة ، الجزائر، 2013.

2. إسلام بوشعرة، عبد الرحمان شيخي، **دعوى نفي النسب بين النص والتطبيق**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2020.

3. جسيدة لونيسي، **إحتساب العدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، 2016.

4. سامي جعودة، فتيحة حداد، **إثبات النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية الجزائر، 2015.

5. ليلية إيدار، **اللعان بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، 2016.

6. وليد رحموني، **نفي النسب بين اللعان والخبرة في ضوء القانون الوضعي**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020.

د. مذكرات تخرج من المدرسة العليا للقضاء

1. أنيس سكمة، **إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون**، عدد 75، سنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الوطني الأعلى للقضاء، تونس، 2001.

2. سولاف بوحناف، **إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الدفعة 2006، الجزائر، د.س.ن.

ثالثا: المقالات

1. إبراهيم التجاني إبراهيم حامد، الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان، مجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015.

2. عن أوان عبد الله محمود الفيضي، **حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني**، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الكويت للحقوق، المجلد 4، العدد 2، د.ب.ن، 2019، ص 105.

3. سناء نجومن، **اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية**، المجلة الأكادمية للبحث القانوني ، مجلة سداسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، العدد 2، الجزائر، 2011، ص 126.

رابعا: النصوص القانونية

1. الدستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة ر سمية، عدد 76، صادر في 07 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

2. النصوص التشريعية

* نصوص جزائرية

1. أمر رقم 66-156، مؤرخ 18 صفر 1386، الموافق ل 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية، عدد 49، المؤرخة في 21 صفر 1386، الموافق ل 11 يونيو 1966 معدل ومتمم.
2. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
3. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، ج. ر، عدد 24، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 24، المؤرخة في 31 جويلية 1984.
4. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن ق.إ.م.إ، ج ر، ع 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

* نصوص أجنبية

1. أمر رقم في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، 1956/08/17.
2. وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون رقم 51 لسنة 1984، متضمن الأحوال الشخصية الكويتية، معدل بالقانون أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007، الجزء الثامن، وقانون إجراءات دعاوي النسب وتصحيح الأسماء، إصدار وزارة العدل الكويتية، الصادر في 2019/01/09.

3. قانون رقم 36 لعام 2010، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، جريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، رقم 5061، الصادرة بتاريخ 2010/10/17.
4. قانون 03-70، مدونة الأسرة المغاربية، مؤرخ في 03 فيفري 2004، جريدة الرسمية للمملكة المغاربية، عدد 5184، الصادر في 2004/02/05.

***النصوص التنظيمية**

- المرسوم التنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام1427، الموافق ل 11 مايو 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7مكرر، من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404، موافق ل 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 31، مؤرخة في 14 مايو 2006.

خامسا: الإجتهاد القضائي

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 69798، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1994.

2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة و المواريث، ملف رقم 172379، بتاريخ 28 أكتوبر 1997، نشرة القضاء، العدد 54، الجزائر، 1997.

3. قرار تعقيبي مدني، عدد 27777، مؤرخ في 26 جانفي 1993، م.ق.ت 1998.

4. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، الإجتهاد القضائي، العدد الأول 1999، الجزائر، 1999.

5. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 204821، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

6. حكم محكمة إستئناف القاهرة الدائرة(48)، أحوال شخصية، إستئناف رقم 118/436ق، بتاريخ 2002/05/28.

7. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 165408، بتاريخ1997/07/08، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر، 2007.

8. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 828820، بتاريخ 2012/12/13، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 2014.

سادسا: جرائد اليومية

1. جريدة الشروق اليومي، **هل يجوز إستغلال البصمة الوراثية لإثبات نسب إبن الزنا**، العدد 1694، الأربعاء 24 ماي 2006.

2. جريدة الخبر الأسبوعي، **البصمة الوراثية وأثرها على نسب إبن العلاقة الغير الشرعية**، العدد 408، من 23 إلى 29 ديسمبر 2006.

3. جريدة الشروق اليومي، **وزارة التضامن تعلن أكثر من 10 ألاف ولادة سنوية خارج إطار الزواج**، العدد 1908، الأحد 04 فيفري 2007.

سابعا: مواقع إلكترونية

1. مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلامي إبن تيمية، **إظهار حب القطاع**، باب ما يلحق من النسب، الجزء 34، الفقرة 14.

يمكن الاطلاع على الموقع الالكتروني:

http://books.google.dz

تم الاطلاع عليه يوم الأربعاء 26 جوان 2021 على (33: 16)

2. موسعة الفقهية الكويتية، **إستعمال القرعة في إثبات النسب اللقيط.**

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

http://www.alneam.com

تم الاطلاع عليه 7 جوان 2021 على الساعة 26: 12

3. محمد أحمد عقلة بني مصطفى، **طرق إثبات النسب**، 13 ماي 2012.

http://www.alukah.net>sharia

مقال تم الاطلاع عليه: يوم 6 جوان 2021 على الساعة 13:14

4. هبة عبد الله سعد، **ما أقصى موعد لتأخر الولادة**

نشر المقال في 4 أكتوبر 2020

http://www.supermama.me>posts

تم الاطلاع عليه في 04 جوان 2021 على الساعة 12:10

5. أهم الفحوصات الواجب إجرائها قبل الزواج

تاريخ نشر المقال 2019/06/25

http://arabicpast..net

تم الاطلاع عليه 6 جوان على الساعة 00:10

6. محمد عقلة الحسن العلي، **عدّة الوفاة مفهومها وأحكامها في الشريعة الإسلامية**، كلة الحياة، جامعة بينقول، تركيا، 2015.

مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي:

http://www.derpersiparr.org.tr

تم الإطلاع عليه يوم 13 جوان 2021 على الساعة 14:13

7. قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 126934، بتاريخ 09-01-2019، المجلة القضائية.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

https://www.coursupreme.dz

تم الإطلاع عليه في 07 سبتمبر 2021 على الساعة 15:26

8. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، في دورته العشرين، الإصدار الثالث، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المئة (1398-1432هـ/1977-2010م)، ط.2، رابطة العلم الإسلامي، د.س.ن.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

http://iifa-aifi.org

نم الإطلاع عليه 2 سبتمبر 2021 على الساعة 11:10

ثامنا: الكتب باللغة الأجنبية

***Ouvrages**

1. l'hocine benchikh ath mellouya,"code de la famille", article avec explication, dar el houda, Algérie, 2014.
2. Richardson j.;"**modern scientific evidance civil and animal**", Anderson Co.. Kentucky, u. s.a,1961.

***textes juridiques**

1. l'ordonnonce 76-03 qui concerne la filiation, publié le 03/01/1972.

الفهرس

مقدمة.....1

الفصل الأول:عوائق إثبات النسب.....6

المبحث الأول:عوائق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية.....8

المطلب الأول: مفهوم قاعدة الولد للفراش.....8

الفرع الأول: تعريف الفراش ومشروعيته.....8

أولا:تعريف الفراش.....9

1) التعريف اللغوي.....9

2) التعريف الاصطلاحي.....9

3) التعريف الفقهي.....9

ثانيا: مشروعيته الفراش.....9

1) من القرآن الكريم.....9

2) من السنة.....10

3) من القانون.....10

الفرع الثاني: مدى تكريس بعض التشريعات لقاعدة الولد للفراش.....11

أولا: موقف التشريع المغربي.....11

ثانيا: موقف التشريع التونسي.....12

ثالثا: موقف التشريع الجزائري.....14

الفرع الثالث: مدى حجية قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر.....15

الفرع الرابع: حكم إثبات نسب إبن الزنا.....19

أولا: عدم جواز إثبات نسب إبن الزنا.....19

ثانيا: جواز إستلحاق إبن الزنا بأبيه لظهور البصمة الوراثية.....20

المطلب الثاني: المقصود بالقيافة والقرعة.....23

الفرع الأول مفهوم القيافة.....23

أولا: تعريف القيافة.....23

1) لغة.....23

2) اصطلاحا.....24

ثانيا: مشروعيته القيافة.....24

ثالثا: شروط العمل بالقيافة.....25

رابعا: مدى حجية القيافة في إثبات النسب.....26

الفرع الثاني: مفهوم القرعة.....27

أولا:تعريف القرعة.....27

1) لغة.....27

1) اصطلاحا.....27

ثانيا: مشروعيته القرعة.....28

1) من السنة.....28

2) قول الشافعي.....28

3) قول الإمام احمد بن حنبل.....29

ثالثا: شروط القرعة.....29

رابعا: مدى حجية القرعة كوسيلة لإثبات النسب.....30

الفرع الثالث: قياس القرعة على القيافة في إثبات النسب.....32

أولا: من حيث الحجية.....32

ثانيا: من حيث الأسبقية.....33

المبحث الثاني: عوائق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.....34

المطلب الأول:عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح والإقرار.....34

الفرع الأول: عوائق إثبات النسب في الزواج الصحيح.....35

أولا: تعريف الزواج الصحيح.....35

1) لغة.....35

أ) تعريف الزواج لغة.....35

ب) تعريف الصحيح لغة.....35

2) اصطلاحا.....36

3) شرعا.....36

4) قانونا.....36

ثانيا: شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح.....36

1) قيام العلاقة الزوجية و إمكانية الاتصال.....36

2) أقل و أقصى مدة للحمل.....38

3) عدم نفي نسب الولد بالطرق المشروعة.....42

4) التأكد من عدم عقم الزوج.....42

ثالثا: إثبات نسب الولد بعد إنحلال الرابطة الزوجية.....43

1) تعريف العدة.....45

أ) لغة.....44

ب) اصطلاحا.....44

ج) قانونا.....44

2) أحكام العدة.....45

الفرع الثاني: المقصود بالإقرار.....48

أولا: تعريف الإقرار وشروطه.....48

1) تعريف الإقرار.....48

أ) لغة.....48

ب) اصطلاحا.....48

ت) فقها.....48

ث) قانونا.....49

2) شروط الإقرار 49

أ) أن يكون الولد المقر به مجهول النسب.....49

ب) أن لا يكذبه العقل و العادة.....50

ثانيا: أنواع الإقرار.....50

1) الإقرار المباشر.....50

2) الإقرار الغير مباشر.....51

ثالثا: مدى حجية الإقرار في إثبات النسب.....52

1)الإقرار حجة محدودة في إثبات النسب.....52

2) الإقرار حجية قاطعة في إثبات النسب.....53

المطلب الثاني: عوائق إثبات النسب بالبينة والوسائل العلمية.....54

الفرع الأول: مفهوم البينة.....54

أولا: تعريف البينة وصورها.....54

1) تعريف البينة.....55

أ) لغة.....55

ب)اصطلاحا.....55

2) صور اللعان.....55

أ) المعنى الشامل.....55

ب)المقتصر على شهادة الشهود.....56

ثانيا: مدى حجية البينة في إثبات النسب.....58

الفرع الثاني: عوائق إثبات النسب بالوسائل العلمية.....59

أولا: العوائق القانونية.....59

1) المبادىء الدستورية.....59

أ) حرمة الحياة الخاصة.....59

ب) انتهاك مبدأ حرمة السلامة الشخصية.....60

ت) عدم جواز اجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.....60

2) في قانون الأسرة الجزائري.....61

ثانيا: العوائق المادية.....61

1) وجود مخبر واحد على مستوى الوطني.....61

2) تكلفة تحليل البصمة الوراثية.....62

ثالثا: مدى حجية الوسائل العلمية على اختلافها في إثبات النسب.....62

1) مدى حجية فصائل الدم.....63

2) مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.....63

خلاصة الفصل الأول.....64

الفصل الثاني: عوائق نفي النسب.....67

المبحث الأول: عوائق نفي النسب في الشريعة الإسلامية.....69

المطلب الأول: مفهوم اللعان.....70

الفرع الأول: تعريف اللعان و مدلوليته.....70

أولا: تعريف اللعان.....70

1) لغة.....70

2) اصطلاحا.....70

3) فقها.....71

أ) عند المالكية.....71

ب) عند الشافعية.....71

ت) عند الحانبلة.....71

ث) عند الحنفية.....71

ثانيا: مدلولية اللعان.....72

1) من القران الكريم 72

2) من السنة.....72

3) من الاجماع.....73

الفرع الثاني: أركان اللعان وصوره.....74

أولا: أركان اللعان.....74

1) قيام الرابطة الزوجية.....74

2) الزوج والزوجة.....74

ثانيا: صور اللعان.....75

1) اتهام الزوج زوجته بالزنا.....75

2) نفي نسب الولد.....76

الفرع الثالث: دعوى اللعان.....76

أولا: متى تقبل دعوى اللعان.....76

1) التشريع الأردني.....76

2) التشريع الكويتي.....77

3) التشريع الفرنسي.....78

4) التشريع الجزائري.....78

ثانيا: صيغة اللعان.....79

المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن اللعان والإشكالات المتعلقة به.....80

الفرع الأول: الآثار المتعلقة باللعان.....81

أولا: سقوط الحد عن الزوجين.....81

ثانيا: وقوع الفرقة بين الزوجين.....81

1) وقت وقوع الفرقة.....81

2) صفة الفرقة باللعان.....81

ثالثا: نفي نسب الولد عن أبيه.....82

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بتطبيق اللعان.....82

أولا:مكان إجراء اللعان.....82

1) في المحكمة.....82

2) في المسجد.....82

ثانيا:زمان تنفيذ اللعان.....83

ثالثا:إشتراط القاضي لصيغة اللعان.....86

رابعا: مدى حجية اللعان في نفي النسب.....87

الفرع الثالث: طرق نفي النسب بغير اللعان.....89

أولا: نفي النسب لعدم القدرة على الإنجاب.....89

ثانيا: نفي النسب لإختلال مدة الحمل.....89

ثالثا: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.....90

المبحث الثاني: عوائق نفي النسب بالوسائل العلمية.....92

المطلب الأول: عوائق نفي النسب بالوسائل العلمية من الجانب الفقهي.....93

الفرع الأول: حجج الرأي القائل بعدم جواز الإستعانة بالوسائل العلمية في نفي النسب.....93

أولا: من القران الكريم.....94

ثانيا: من السنة.....95

ثالثا: من المعقول.....95

الفرع الثاني: حجج القائلين بجواز الإستعانة بالوسائل العلمية لنفي النسب.....96

أولا: من القران الكريم..... 96

ثانيا: من السنة..... 98

ثالثا: من المعقول.....99

الفرع الثالث: الرأي الغالب.....100

أولا: حجج الرأي الغالب.....100

ثانيا: إحتمالات نتيجة تحاليل البصمة الوراثية.....101

المطلب الثاني: الجانب القانوني.....102

الفرع الأول: بعض التشريعات العربية المؤيدة لنفي النسب بالوسائل العلمية.....103

أولا:موقف القضاء التونسي.....103

ثانيا:موقف التشريع المغربي.....104

ثالثا:التشريع الأردني.....105

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات الرافضة لنفي النسب بالوسائل العلمية.....106

أولا:التشريع الجزائري.....106

ثانيا:التشريع المصري.....111

ثالثا:التشريع الكويتي.....113

الفرع الثالث: موقف بعض التشريعات الغربية من الخبرة الطبية كطريق لنفي النسب.....114

أولا: التشريع الأمريكي.....114

ثانيا: التشريع الفرنسي.....115

الفرع الرابع: مقارنة بين الوسائل العلمية واللعان.....116

خلاصة الفصل الثاني 119

خاتمة.....121

قائمة المصادر المراجع.....126

الفهرس.....140

ملخص

يتميز موضوع النسب عن باقي المواضيع القانونية بالأهمية البالغة بحكم طبيعته وإرتباطه بالعديد من جوانب الحياة من الدينية و الإجتماعية وهذا ما منحه نوعا من الخصوصية عن باقي مواضيع الأحوال الشخصية، إلاّ أنه رغم هذه الخصوصية والأهمية البالغة التي يكتسبها تواجهه العديد من العقبات والعراقيل من كل جانبيه المتمثلين في إثباته و كذا نفيه، وعلى هذا الأساس بنينا مذكرة بحثنا هذا، حيث بينا أهم هذه العوائق التي يواجهه موضوع النسب سواءا من الجانب الديني أو الجانب القانوني، كما بينا مختلف الأراء المؤيد و المعارضة لإثبات النسب و كذا نفيه بالطرق العلمية التي تعتبر حديثة العهد وبطبع بينا موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة في كل نقطة تقدمنا إلى شرحها.

Résumé

La filiation est l'une des sujets ayant une grande importance, en raison de sa nature et de son lien avec plusieurs aspecte religieux et sociaux, ce qui fait sa particularité' en comparaison avec d'autre sujets du statut personnel.

Malgré sa particularité et son importance, on trouve des difficultés quant à la reconnaissance de l’affiliation et le désaveu de paternité.

Pour cela, notre étude consiste sur les difficultés rencontrées que se soit du coté religieux ou juridique .Bien qu’il existe des méthodes et procédures scientifiques récentes qui confirme et prouve la filiation.