

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة سعيدة - د. الطاهر مولاي -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

منكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الادارية

الثبات النسب بين الشريعة و القانون

تحت إشراف الاستاذة :

أ. شريف أمينة

من اعداد الطلبة :

• فرادي نادي

• شريط هاجر

السنة الجامعية

2008 - 2009 م / 1429 هـ - 1430 هـ

المقدمة:

الحمد لله الذي شرع عقد الزواج نظاما يربط الذكر بالأنثى وجعل من ثمراته إنجاب الأولاد وأوضح للعاكفين حقوق في أحكام شرعه الحنيف.

لما كانت الأسرة اللبنة الأولى لبناء المجتمع فقد خصتها الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام وأوضحت كثيرا من الأحكام التي تتعلق بها وسائر التشريع الوضعي للدول العربية ما جاءت به الشريعة الإسلامية من الأحكام المنظمة لبناء الأسرة على أصب سليمة, ومن ذلك قانون الأسرة الجزائري, اليد نص في مادته الثانية بقولها الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة

وبذلك فقد كان الأولاد في هذه الحياة هم رجال المستقبل, وعليهم يعتصم هذا الوجود لأنهم محط الآمال, ومعقد الرجاء, أعطاهم التشريع الإسلامية عناية كبيرة, وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام فشرعت كثيرا من أحكام الطفولة فبينت أحكام الطفل من حيث أن تدب فيه الحياة وهو لا يزال في بطن أمه إلى أن يشب ويتزعرع. كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وصيانة لأفراده من الفساد, فهي تشرع الزواج كوسيلة لإنجابهم وإيجادهم إلى هذه الحياة فادا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل وحصانته من الضياع, وأبعدته عن العار فأثبت له النسب من والديه, فكان هذا أول حق يثبت له بعد انفصاله من أمه ولما كان هادا الحق ينطوي على جانب كبير من الخطورة, فأحاطها الشارع الكريم سياج منيع يحميها من الفساد و الاضطراب, فأرسي قواعدها على أسس سليمة.

فإنه تعالى وقد قضت حكمته السامية وسنته في خلقه أن يوجد الطفل لا حول له ولا قوة وغير قادر على القيام بشؤونه, فكان من عظيم رحمته أن يودع في الإباء حب الأبناء فيظلوا مدفوعين بعامل خفي على رعاية أبنائهم.

و من أوجه هذه الرعاية التي يوفرها الآباء للأبناء. حق الرضاع الذي هو وسيلة الوحيدة لتغذية وبقائه وهو مهده محافظة عليه من الهلاك بسبب الجوع وحيث كان الطفل من حين ولادته إلى أن يبلغ مبلغ الرجال يمر بمرحلتين:

أولهما: مرحلة الحاجة إلى تربية والقيام بحفظه وهي فترة الحضانة.

وثانيهما: مرحلة الضم إلى الوالد وتبدأ من حيث انتهاء حضانة النساء, وتنتهي بالبلوغ مع العقل.

لقد منحت الشريعة الإسلامية للأولاد حقوقاً مختلفة ومن أهم هذه الحقوق حق النسب, لأنه ينشأ عنه حقوق ذات أهمية كحقوق الإرث, وحقوق النفقة, والسلطة الأسرية التي فروعها الولاية على النفس. وإن من أهم مقاصد عقد الزواج إلحاح الأولاد بأبائهم منعاً لاختلاط الأنساب حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها فالنسب هو رابطة سامية وصلة عظيمة ينطوي على جانب كبير من الخطورة لذا أحاطها الشارع الكريم بسياسٍ منيع يحميها من الفساد والاضطراب, فأرسي قواعدها على أسس سليمة, ولهاد يعرف النسب :

لغة: جمعه أنساب ويعنى القرابة ويقال انتسب الرجل إلى أبيه أي ذكر نسبه منه, أي اعتراف به ¹

أما الاصلاح الفقهي : يقوم على أساس معناه اللغوي وهو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة على الدم ²

و يعرف النسب قانوناً على أنه إثبات لواقعه اللقاء الجنسي بين الرجل والمرأة كان سبب في هذا النتاج. كما يمكن تعريفه على أنه "إلحاق الولد بأبيه ديناً وقانوناً" ³

ومن أهم ما يترتب على عقد الزواج هو حق النسب, لذلك لا يمكن للزوجين أن يتفقا على نفيه, فهو حق خالص لله .

فلكونه حقاً لله : من حيث انه يحقق مصلحة عامة للمجتمع, لأنه يتضمن حرمان كلها لله تعالى, حرمة المرأة و حرمة الأمومة و الأبوة, إن الله تعالى أوجب حقوقاً تجب مراعاتها ولا تكون إلا بالمحافظة على الأنساب, و فضلاً عن ذلك فإن المجتمع مجموعة بعضه ببعض.

أما عن كون النسب حقاً للأم فيظهر في إن من حقها صيانة الولد من الضياع, ودفع تهمة الزنا عن نفسها, ولهذا صلحت الأم إن تكون الدعوى مجردة خالصة و بين إن تكون ضمن دعوى أخرى كالنفقة و الحضانة فأنم يكن الولد في يد الأم لكونه بلغ سن الرشد فلا تصح خصماً في دعوى نفقة الابن على أبيه لانعدام صفتها بزوال يدها لكنها تصلح خصماً في دعوى نسب الولد المجردة لأنها صاحبة مصلحة

¹ علامة الشيخ أحمد رضا. معجم متن اللغة, موسوعة اللغوية العربية. مجلد الخامس طبعة 1230هـ/1960 دار مكتبة بيروت, ص 445

² فيضل سعد, شرح ق.أ.ج (الزواج و الطلاق), ج.أ.ط 1, 1986, الجزائر, ص 289

³ فيضل سعد, المرجع السابق, ص 290

حقيقة في إثبات نسب ولدها من أبيه لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، فكونها إما للولد كاف لاعتبارها ذات صفة في دعوى النسب التي لها ارتباط وثيق بالأمومة.

أما كون النسب حقا للأب: ذلك لأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت الولاية له على الولد ما دام صغيرا، وحتى ضم الولد إليه عند انتهاء حضانة النساء له، وحق إرثه إذا مات الولد قبله، وصلاحيته لأن يكون خصما في دعوى النسب منه، وكذلك يترتب على ثبوت النسب الولد من الأب إن ينفق الابن على أبيه، إذا كان محتاجا، متى كان الابن قادرا على الكسب.

وبالتالي فالنسب حق للولد لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه زنا، ولأن ثبوت نسبه يستتبع للولد حقوقا، منها حق النفقة وحق الرضاع وحق الحضانة وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها المشرع كما أثبتتها له القوانين الوضعية.⁴

الهدف الأسمى الذي يرمي إليه التشريع من الحيات الزوجية هو إلحاق الولد بابيه و اعتباره الصلة الذي تفرع عنه هذا الولد، لأهمية دوره و من هنا نعتبر أهمية النسب ظاهرة و تؤكد الفوائد التي تتمثل فيما يلي:

فالنسب هو امتداد حضاري:

إذ إن رغبة الإنسان في البقاء تعتبر حاجة روحية يسعى الفرد إلى تحقيقها ولا يأتي ذلك إلا عن طريق ما ينجبه من أبناء، إذ يفنى المرء وهو قانع انه مازال حيا لأن أبناءه يواصلون انجازاته، كما يدخل الطرق عن أصوله في أعماق التاريخ، فمن خلاله يتلذذون بانتظار آبائهم وأجدادهم و تأخذهم العزة بالبناء الحضارة الذي هو جهد أصوله، فيطول بذلك عمر الشخص بمعنى أنه يحي عمر حضاريا يمتد من حيث تبدأ العزة التاريخية لأبائه، وهذا الشعور لا يتحقق لمحصل النسب ولا من مات دون أن ينجب أولاد.

ولهذا تحسب أعمار الشعوب بالعمر الحضاري، وليس بالعمر الزمني وهذه إحدى نعم النسب.

كما يعد النسب حفظا للكرامة البشرية إذا أن الهدف من نسب هو إبعاد العارض عن الولد ووالدته و السير على هذا المنتج يمنع استغلال النعمة التي شرعها الله تعالى لعباده ليحفظوا بها جنسهم، وتضمن هذه النعمة كذلك وقوع الإنسان في الضيق والحرج قد يدفع به إلى الانتحار عندما يحس أنه عار على

⁴ د بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة كتاب الجامعة ، الاسكندرية ، ط 1987

نفسه ووجوده عار لغيره, وخبر دليل على ذلك تفضيل مريم ابنة عمران الموت على أنتجنب بالطرق غير المشروعة قبيل أن تعرف حقيقة الأمر وهذا ما جاء ذكره في القرآن الكريم (قالت يا ليتنى مت قبل هذا وكنت نسيا منسيا⁵) لكنها رضيت بما قدر الله لها بعد أن عرفت أنه أشرف الطرق التي لن ينعم بها الله على أحد غيرها , وبهذا تعد نعمة النسب وسيلة لدفع العار عن الفرد و المجتمع وتضمن بذلك حفظ الكرامة البشرية.

كما يعد النسب إقرار بنعم الله ووجودها خسران يوم القيامة .

قد حث سبحانه وتعالى على نسب الشخص إلى أصله وحذر من المغالطة والجحود في مخالفة ما أمر به وجعله سنة في خلقه , وعليه حرم التبني والذي كان سائدا في الجاهلية, يقول عز وجل: (وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل)⁶

ومن أجل هادا عنى الإسلام بإثبات نسب الولد إلى أبيه وحرّم على الإباء أن ينكروا أبناءهم أو يدعوا بنوة غيرهم لقوله تعالى: (أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله).⁷ ورتب لمنكر نسب ابنه عقاب وعذاب طبقا لقوله (ص): "أبها رجل جدد ولدك وهو ينظر إليه, احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق"⁸ . وجعل نفس العقاب للمرأة التي تنسب لزوجها من تعلم أنه ليس منه يقول (ص): "أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته".³

كما أن الذي ينكر أصله كما يفعل البعض تحت تأثير سوء أخلاق أنه يحرم من الجنة وكفى بهذا إثما عظيما طبقا لقوله (ص): "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام".⁹

⁵ سورة مريم الآية -28

⁶ سورة الأحزاب , الآية04

⁷ سورة الأحزاب, الآية05

⁸ رواه البخارى فى كتاب من ادعى الى غير أبيه , ج 8, ص12 وما يليها

⁹ رواه ابن ماجة فى كتاب الفرائض, باب من أنكر ولده , لحديث رقم 2713 , ص 916 .

والحديث عن ثبوت النسب في القانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية يستدعينا للتعرف إلى مدى اهتمام القوانين الوضعية به ستعرض في ما يأتي لبعض القوانين العربية التي أولت اهتمامها للولد وحقوقه ومن بين هذه الحقوق حق النسب.

إذ اهتم القانون السوداني على غيره من القوانين العربية والأجنبية بحقوق الأولاد من بينها النسب بواحد من ثلاثة أمور التالية: 1- الفراش 2- الإقرار 3- البينة كما تعرض إلى ثبوت النسب من وطء الشبهة في المادة 99 بقولها: "يثبت نسب المولود بوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من التاريخ الوطاء", وفي حالة عدم وجود نص بالنسبة لحقوق الأولاد, ولأحكام التي تتعلق بأي حق فيجب الرجوع حسب المادة 05 من القانون السوداني إلى رأى الحنيفة في هذه المسائل.

أما القانون الأردني: تناول قانون الأحوال الشخصية لأردني النسب في الفصل الرابع عشر منه في المواد ثلاث من المادة 147 إلى 149 حيث نصت المادة 147 "لا تسمع عند إنكار دعوة النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حيث العقد, ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج منها أو لولد مطلقة ومتوفى عنها زوجها إذا أتت به للأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة". إذا جاءت بولد لأكثر من سنة من الفرقة أو الوفاة لا يثبت نسب الولد من أبيه.

كما نصت المادة 148 من قانون أسرة أردني على أنه: "ولد الزوجة من الزواج الصحيح أو الفاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزواج وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق".

أما نص المادة 149: "الإقرار بالنبوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له ان كان بالغاً, وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك".

وقد أخذ القانون الأدنى عند عدم وجود نص قانوني الأخذ برأي مذهب المالكية والشافعية.

وهذه الأحكام هي التي يرددها القانون المغربي في المواد 84 إلى 86 من قانون الأحوال الشخصية المغربي والقانون الكويتي في المواد من 169 إلى 172 والقانون العراقي في المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية العراقية ويستفيد من حكم المادة 52 من القانون العراقي: "ان الزواج الفاسد ينتج أثره فيما يتعلق بالنسب ويأخذ بنفس الحكم القانوني التونسي في المادتين 69 إلى 71.

أما المشرع الجزائري فقلقه اهتم بثبوت النسب في مواده من 40 إلى 46 قانون أسرة جزائري (1) حيث نصت المادة 40 ق. أسرة جزائري "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول

أما المشرع الجزائري فقلقه اهتم بثبوت النسب في مواده من 40 إلى 46 قانون أسرة جزائري¹⁰ حيث نصت المادة 40 ق. أسرة جزائري "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32, 33, 34 من هذا القانون " و نصتا لمادة 41 من نفس القانون : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" ونص المادة 42 ق. ج. أ. " أقل مدة الحمل هي 06 أشهر و أقصاها 10 أشهر " ونص المادة 44 ق. أ. ج. " يثبت النسب بالإقرار بالنبوة أو أبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة " وفي عدم حالة وجود نص قانوني لا يمنع هذا من العودة إلى الشريعة الإسلامية حيث نص المادة 222 قانون أسرة جزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

من خلال هذه الدراسة للتشريعات العربية السالفة الذكر نجد أنها تسير على أحكام تكاد تتطابق فيما يتعلق بالنسب التي يثبت وفقا للفراش أو الإقرار أو البينة وأكثر الاختلاف بينهما في الصياغات وترتيب الأحكام ولكلها تنص إلى الرجوع للأحكام الشريعة الإسلامية وفي حالة عدم وجود نص تشريعي .

و لقد أكدت اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل – وهي إحدى لجان المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة – المذكرة التفسيرية – حقوق الأحوال الشخصية في المادة: 14 من الميثاق التي تنص على إثبات للنسب بقولها :

¹⁰ يوسف دلاندة قانون الأسرة الجزائري منفع بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر

- للطفل الحق في الانتساب إلى أبيه وأمه الحقيقيين.

- وتحرم - بناء على ذلك - الممارسات التي تشكك في انتساب الطفل إلى أبويه كاستنكار الأرحام ونحوه .

- وتتبع في ثبوت النسب أحكام الشريعة الإسلامية ."

تتمتع هذه المادة بموضوع نسب الطفل والشريعة الإسلامية تولى هذا الموضوع عناية خاصة استنادا لقوله تعالى: " وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا إباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفور رحيمًا" . كما أن الشريعة الإسلامية لا تجيز نظام التبني ولكنها تكفل حقوق الرعاية الاجتماعية للأطفال بكافة صورها , ولكافة فئات الأطفال كالأيتام أو اللقطاء و المعوزين ونوى الحاجات الخاصة كما أخذ الميثاق بعدم الإخلال بأي من حقوق الإنسان المنصوص عليها إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المؤتمر القمة لمنظمة المؤتمر الإسلامي في 1990/08/05 و لا يمنع الإعلان الدولي أن يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية.

● الأسلوب المعتمد في تحرير هذه المذكرة هو أسلوب المقارنة.

وبجلاء وبيان كل تلك المعنى فقد تم تسمية موضوع البحث إلى فصلين:

✓ **الفصل الأول:** قيام العلاقة الزوجية كأساس لإثبات النسب.

✓ **الفصل الثاني:** وسائل إثبات النسب في الشريعة والقانون.

الفصل الأول:

قيام العلاقة الزوجية كأساس الإثبات النسب في الشريعة و القانون

المقصود بالعلاقة الزوجية تلك العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة، والتي تكون ناتجة عن عقد صحيح، وهي الرابطة لإلهية المقدسة التي جعلها الله منبع للسعادة النفسية ولاطمئنان الروحي ومصدر للكرامة البشرية ولحفظ النوع الإنساني، فنجد كل من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يبثه الخالق في نفسية كل واحد منهما، فيبارك في علاقتهما ويمتن هذه الرابطة، ويؤلف بين قلوبهما، ليتحدا ويواجه مصاعب الحياة ومشافها لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة". وسواء كان الزواج رسميا أو عرفيا، قالهما أن يكون صحيحا وغير مخالف للأحكام الشرعية الإسلامية و مطابقا للأحكام القانون، إما إذا كانت العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة غير شرعية كعلاقة زنا أو عاطفية فهنا هي محرمة أصلا، والحديث عن العلاقة الزوجية هو مرتبط بمسألة النسب وكيفية إثباته فبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد حدث طرق إثباته في العقد الصحيح والخلوة الصحيحة أما عن علاقة الزنا فهي لا تثبت نسبا، ولقد كانت للقانون نظرة آخرة فاعتبرها قيام العلاقة الزوجية أساسها عقد الزواج الصحيح الذي يقوم على جميع أركانه والشروط الموضوعية والشكلية معتمدا عليه كوسيلة من وسائل إثبات النسب وهذا ما يجعل الجدل يثور حول مسألة أن كان أساس العلاقة الزوجية الزواج الصحيح الذي أشتمل على جميع أركانه وشروطه من بينهما الشكلية؟ فيما حكم الزواج العرفي في مسألة إثبات النسب؟.

وهذا ما تم التطرق إليه في المبحثين، فكان المبحث الأول بعنوان قيام العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، أما المبحث الثاني فأشتمل على قيام العلاقة الزوجية في القانون.

المبحث الثاني : قيام العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية .

إن العلاقة الزوجية لترتبط الرجل بالمرأة إما تكون صحيحة أو فاسدة , فالزوجية الصحيحة هي مجرد إمكان الوطاء يفض النضرة عن تحقق وقوعه طالما انعقد بمعنى إمكانية الاتصال بعد العقد ولكن من غير المعقول أن نجد زوجين تربطهما علاقة شرعية ولا يوجد بينهما اتصال جنسي بصورة فعلية أو في حالة وجود مانع يحول دون ذلك , يقع النضر على حالات أخرى كعدم التلاقي وإسنادا إلى الزوجة الصحيحة , فان شروط أثبات النسب هي ثلاثة:

1- أن يأتي الولد بعد مضي 06 أشهر على لأقل من وقت الزواج أو أقل سنة , والعبرة من لأشهر الميلادية , فان جاء الولد أقل من ذلك فلا يثبت نسبه إلا آدا أعترف به الزوج ويفترض ذلك أيضا أن الأم قد ولدته وكانت من ناحية الطبية لا يوجد لديها ما يمنع الإنجاب , إلا لم يثبت النسب لعدم قدرتها على إنجاب مثلا لكونها عاقرا ويكفي لإثبات النسب في هاده الحالة شهادة إمرة واحدة مسلمة أو رجل كالطبيب .

2- أن يكون الرجل ممن يتصور أن يكون الحمل منه عادة كأن يكون قد بلغ 12 سنة أى سن البلوغ , ولم يكن عقيما لا يتصور الأنجاب منه .

3- أن يكون ممكن التلاقي بين الزوجين فعلا (1). دون اشتراط الدخول أو لخلوة.

فإذا ثبت نسبة الولد بالزوجة الصحيحة لاستفاء شروطها السابقة , لم يكن بإمكان الزوج نفيه إلا باتخاذ طرق الملاعنة (2). أما الزوجة الفاسدة كزواج الرجل من أخته من الرضاعة أو من تزوجت بغير شهود لثبوت النسب أن يكون الزواج ثابتا لنزاع فيه سواء كان لإثبات بالفراش أو بالبينة والتساؤل الذي يمكن طرحه هو كيف للعقد الصحيح والخلوة الصحيحة أن يثبتا النسب؟ وما موقف الفقهاء من هذه المسألة؟ وما الحكمة من تحريم الزنا؟ وما حكم ابن الزنا ولقيط؟ ممكن الإجابة عن هاذ التساؤلات بعد التعرض للمطالب التي احتواه هاذ المبحث.

(1)- بدران أبوا العب بين - المرجع السابق ص 15

(2)- فوائيين الأم , الشافي إلف المصري معلق على نصوصها .

المطلب الأول: مفهوم العقد الصحيح

من المقرر في الفقه الاسلامي أن الشارع لا يرتب حقوقا شرعية على عقد من العقود الا اذا كان العقد قد استوف عند إنشائه شروط انعقاده و شروط صحته ليكون بذلك العقد صحيحا مرتبا للجميع آثاره الشرعية التي رتبها الشارع الاسلامي , وبهذا يتبين أن مصدر الزواج الصحيح هو العقد الصحيح الذي أشتمل على جميع الشروط التي يقتضيها , وكان مطابقا للإحكام الشرعية الإسلامية وغير مخالف للنظام العام و الآداب العامة . وكون أن الزواج هو من أخطر العقود وهاذا لما يترتب عنه من آثار لصيقة بشخصية إنسان كالنسب فلا يمكن التلاعب به أو الاستهزاء به ولهذا جعلت الشريعة الإسلامية أحكاما يقتضيها العقد ويقوم على أساسها وتخلفها يؤدي إلى بطلانه وذلك حماية لعظمة الزواج وتعظيمها لهذه الرابطة المقدسة . ولمعرفة مدى حجة العقد الصحيح في إثبات النسب يجب التطرق إلى تعريفه ثم إلى موقف الفقهاء منه .

الفرع الأول: تعريف العقد الصحيح:

ادن كما تم بيان العقد الصحيح سابقا فان تعريفه يمكن حصره من خلال إعطائه وصفا شرعا بحصته وهذا يكون العقد الصحيح هو العقد الذي استوفى جميع شروطه المطلوبة وتوفر فيه ركن الرضا واستكمل العاقدان فيه شروط الأهلية ببلوغ سن الزواج وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة (1). وتم استنادا للأحكام الشرعية الإسلامية بتوافر الولي والشهود والصداق وبهاد يكون مرتبا لجميع آثاره الشرعية ومكتسبا لحقوقه في كل ما يتعلق بالحياة الزوجية.

أما العقد الفاسد فهو العقد الذي توفر فيه ركن الرضا , وتخلق فيه شرط من شروط الصحة وهذا العقد يجب فسخه قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل , أما الآثار التي تترتب عنه فهي متعلقة لدخول وليس بالعقد ,, ومن بين هذه الآثار ثبوت في حالة ما إذا وقع حمل من هذه الزوجة , ظف إلى ذلك وجود العدة الشرعية وحرمة المصاهرة , أما بشأن النفقة والميزان فلا حق لها في ذلك .

الفرع الثاني: موقف الفقهاء من العقد الصحيح

اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح هو السبب في ثبوت نسب الولد الذي يولد أثناء قيام العلاقة الزوجية إلا إنهم اختلفوا في اشتراط الدخول أو إمكان الدخول : إذ قال أبوا حنيفة

أن العقد الصحيح وحده سبب في ثبوت نسب الولد ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط(1) أما قول الشافعي ومالك فهو أن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب ما تأتي به المرأة أثناء قيام الزوجة أو العدة إذا كان

الدخول ممكنا , فإذا ثبت أنه غير ممكن فإن النسب لا يثبت , وكذلك إذا ثبت أنهما لم يتلاقيا قط. ويمكن في المكانين تلاقيهما. أمشاخ الإسلام ابن تيمية فقد سلم يأمران العقد الصحيح يعد سببا لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي وهاذ ما رجحه ابن القيم حين قال : وهاذ هو صحيح المجزوم به , فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج لمجرد إمكان بعيد؟ وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشا ولا يدخل بها لاجتماع بها بمجرد إمكان ذلك؟ وهاذ الإمكان قد يقطع بالتقائه عادة فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق.

المطلب الثاني: مفهوم الخلوة الصحيحة

تعتبر الخلوة الصحيحة أثر مرتب عن العقد الصحيح , فإذا كان العقد الصحيح كاملاً لشروطه كانت الخلوة صحيحة, أما إذا كان العقد فاسداً فالخلوة هنا فاسدة, فطبقاً لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " ما خلى رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما " فهذا الحديث ينطبق على كل رجل خلى بامرأة أجنبية عنه أما الخلوة الصحيحة التي تلي العقد الصحيح فمستثناة من هذا الحكم , كون الطرقات العاقدات مهما زوجان حسب المشرع , فالعقد الصحيح يحل الخلوة الصحيحة بل أنها مكتملة للعقد حتى يعتبر الزواج نهائياً ومصدر الحكم الشرعي القاطع , وبالتالي يمكن اللجوء إليها كدليل في ثبوت النسب.

فما المقصود بالخلوة الصحيحة؟ وما هي الآثار التي يمكن أن تترتب عليها؟.

الفرع الأول: تعريف الخلوة الصحيحة.

الخلوة الصحيحة هي التي تقوم مقام الدخول وتؤكد وجوب المهر بتمامه , وهى أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح بينهما منفردين في مكان , أمنين من دخول الغير عليهما بدون إذن وليس ثمة مانع شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لزوجته فلا بد لتحقيق الخلوة الشرعية من توافر هذه الشروط جميعاً فإذا تخلق شرط واحد منها اعتبرت الخلوة فاسدة , فلا تؤكد وجوب المهر بتمامه ولا يترتب عليها أي حكم من أحكام الخلوة الصحيحة(1)

(1)- بالحاج العربي - المرجع السابق ص 171.

الفرع الثاني : الآثار المرتبة عن الخلوة الصحيحة

إن ما يمكن أن ينجم عن الفرقة إذا حصلت بين الزوجين بعد الخلوة الصحيحة هي الأحكام التالية: (1)

1- وجوب نفقة العدة للزوجة .

2- حرمة الجمع بينها وبين أختها ومن في حكمها من محارمها بالقرابة مادامت في العدة.

3- حرمة الزواج بخامسة في حالة التعدد وهي لازالت أثناء العدة إن كان مطلقها متزوج بأكثر من واحدة وكانت هي الرابعة .

4- ثبوت نسب الولد من الزوج, فإذا اختلى الزوج بزوجه خلوة صحيحة ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه , أن توافرت فيه شروط إثبات النسب .

المطلب الثالث : حكم الزنا في الشريعة الإسلامية.

تعتبر الزنا في حكم المشرع الاسلامي من الكبائر بحيث حرمها الله وجعل لمرتكبها عقوبة قاسية وهاذ حتى يتم اجتنابها ولابتعاد عنها , ونظرا لمضرتها ومدى خطورتها فالإنسان كرمه الله بالعقل عن باقي المخلوقات , وينبغي أن يوفر هذه النعمة في ماله منفعة له ويستغلها في مرضاة الله , فيميز ما بينها وبين ما فيه صلاح وما فيه مضرة وفساد , فلا يصح أن يكون الإنسان مصدر شهوات ومطمع لذاته , فيعيش مثله مثل الحيوان من أجل إشباع غريزته الجنسية فقط. دون مبالاة بما سيحصل فيما بعد وبلا مراعاة ما تدعوا إليه أحكام العقيدة الإسلامية ومبادئ الشريعة العامة.وقد جعل الله لها حد مئة جلدة لقوله تعالى:"الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخركم بهما رافة في دين الله أن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهدوا عذابهما طائفة من المؤمنين ". (2)

(1)- احمد محمود خليل - عقد الزواج العرفي - الزواج الصحيح والزواج الباطل - الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية - حلال حزي وشركاءهط2002 ص36 .

(2) - سورة النور الآية 2 .

الفرع الأول: الحكمة من تحريم الزنا

إن غاية الإسلام من تحريم زنا أنه لم يرد إلا إسعاد البشر والسمو بالعالم إلى المستوى الأعلى الذي يريد الله أن يبلغه الجنس البشري (1) فالزنا هم معرضون للأخطر الأمراض فكيف يسعد الزناة في دنياهم وهم عرضة لها . وهى الله فتك بهم وأكثر تغلغا في جميع أعضاءهم ومن هذه الأمراض نجد:

مرض السيلان : ينتقل بعملية الزنا ويسبب التهاب حاد في الرحم والخصيتين قد يؤدي إلى العقم والى التهابات في المفاصل وقد يؤثر على المولود , فيحدث التهابات في العينين يؤدي إلى العمى.

مرض الزهري: ينتقل هادا المرض بالاتصال الجنسي المحرم الزنا أو بالتقبيل ويسبب التهابات جلدية ومفصلية وعظمية وقلبية وبطنيه وغيرها.

مرض التقرحات الجنسية : وينتقل بالاتصال الجنسي المحرم ويسبب التهابات في العقد البلعمية قد يؤدي إلى مخرجات قبيحة مزمنة والتهابات في المجارى البولية وآلام مفصلية وتورمات في الأطراف.

مرض القرح : الذي ينتقل عن طريق الزنا ويسبب تقرحا مؤلما في الجهاز التناسلي قد ينتشر ليكسح الجلد(2)

الفرع الثاني: حكم ابن الزنا واللقيط

فطبقا للإحكام الشرعية الإسلامية فإنه لا ينتسب ابن الزنا إلى أبيه وان أقر به لقوله عليه الصلاة والسلام : "الولد للفراش وللعاهر الحجر" تم الدليل على إن الزنا قبيح في العقل , أن الزانية لا تنسب لولدها من قبل الأب , إذا ليس بعض الزناة أولى بإحاقه به من بعض , ففيه قطع انساب ومنع ما يتعلق بها من المحرمات في المواريث والمتناكحات وصلة الأرحام.

(1)- السيد سابق - فقه السنة- المجلد الثاني المكتبة العصرية- دار الفتح للإعلام العربي بيروت ط2001-ص6

(2)- عبد الحميد خزارفلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام دار دار الشهاب للطباعة والنشر عمار قرفي باتنة ط1985 ص21.

وإبطال حق الوالد على الولد , وما جرى مجرى ذلك من الحقوق التي تبطل حق الزنا , وذلك مستنكر في العادات هذا فيما إذا كان الأب معروفا , أما إذا كان غير معروف على وجه التحديد , فأمر أشد ولا وجه للابن الزنا إليه بحال من الأحوال . كما أن لا توارث بين ابن الزنا وو والده وان كان معروفا وإذا مات ابن الزنا وورثته أمه وإخوانه للأمة وليس للأبوة ولا للاخوانه من أبيه حق في تركته والعكس صحيح إذ أنه لا يرثهم.

والعقد على الحامل هو فاسد وان كان حملها من الزنا , فالعقد أولى بالفساد ولذلك فلا طائل من تحايل بعض الناس بعد ظهور الحمل من الزنا على المرأة للإخفاء الفاحشة وأثارها السيئة بإجبار الزانيين من التعجيل في عقد القران بحجة الستر , لانه مبنى على الباطل فهو باطل وما كان أوله فاسد فما بعده فاسد .

وتذهب الجعفرية إلى أنه إذا تزوج الزاني من زينته الحامل من الزنا , فحملت ثم ولدت بمضي 6 أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسب حملها وأن علما أن الحمل سابق على التزويج وان شك في ذلك أو ضمن أنها حامل قبل أن يتزوجها يثبت نسبه منه , وليس له نفيه وان جاءت به أقل من 6 أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا كان قد ادعاه , غير معترف أنه من الزنا ولم يعلم كذبه(1).

أما عن اللقيط فهو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أم ولا أب طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب وحكم التقاطه أنه فرض عين على من وجده في مكان يغلب على ظن هلاكه لو ترك فيه ومنسوب إذا لم يغلب على الظن هلاكه , وفرض كفاية على المسلمين إن قام به أحدهم سقط عن يمين وأحق الناس بإمساك اللقيط من التقاطه وليس للأحد من حاكم أو غيره أن يأخذه منه جبرا عنه , إلا إذا كان غير أهل لحفظه ورعايته .

(1)- بدران أبوا العيين بدران حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون - مؤسسة الشهاب الجامعية للطباعة والنشر
الاسكندرية ط1987 ص28 .

وكون اللقيط مجهول النسب , ففيه مصلحته أن يثبت نسبه ومن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه بدون حاجة إلى بينة سواء كان المدعى لئلتقط أم غيره وان ادعت امرأة أنها أم ألقيط , فإنه بثبت نسبه منها بالدعوة إن كانت غير متزوجة ولا معتدة أما إذا كانت متزوجة أو معتدة فيشترط نسبه منها إلى تصديق

الزوج أو إقامة البينة (1)

المبحث الثاني: قيام العلاقة الزوجية في القانون

لابد حين القول أن هناك علاقة زوجية بين الرجل وامرأة ثبوت هذه العلاقة يعقد زواج أي عقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته, ووجود شروط صحته للأعتدال به , فهي تعتبر أركانه الني يتركب منها . ويتحقق بها وجوده وانعقاده وهذه الشروط في كونها شروط موضوعية وأخرى شكلية.

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

الشرط هو ألدى يتوقف على وجوده وجود الشيء وجودا شرعيا مع كونه ليس داخلا فى ماهيته ذلك الشيء , أما الركن فهو ما يقوم عليه الشيء بحيث يترتب على وجوده ذلك الشيء وجودا شرعيا ويترتب على انتفائه انتفاء ذلك الشيء وهو يدخل في ما هبته من خلال هاذين التعريفين يفهم أن الركن والشرط هما تعلق عليهما صلاحية الشيء وتمامه وكون عقد الزواج ميثاق غليظ كما وصفه الخالق عز وجل فلا يمكن العبث به ولذلك أقرت الشريعة الإسلامية مبادئ تحكم هذه الرابطة الزوجية , كما نص المشرع صراحة على نفس الأحكام تؤكد على جدية القرار المتخذ ولترك المجال للطرفين للتأكيد من ما يرغب فيه كل طرف .

(1) - بالحاج العربي - الحماية الاجتماعية للأسرة في القانون الجزائري جريدة المساء - مجلة الشرطة القضائية - الجزائر - العدد

وعلى هاذ الأساس نجد أن المشرع الجزائري نص على أركان عقد الزواج قبل التعديل م.ق.أ.ج والدي نص على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الطرفين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق" (1) فيهتم من ضياع هاذ المادة أن م.ج.أ.ج بأن الرضا و الولي والشاهدين والصادق كلها تعتبر أركان لعقد الزواج وبالتالي إذا اختل ركن منها اعتبر الزواج باطلا أما بعد التعديل فقد صرح م.ج.أ.ج بأن الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج أما الباقي فتعتبر شروط صحته وهذا من خلال ما نص عليه في م.9 مكرر ق.أ.ج: "ينعقد الزواج برضا الطرفين" وهذا تعديلا ل م.9 ق.أ.ج وبالتالي أصبح الرضا هو ما يعبر عنه بالركن والولي و الشاهدين والصادق هي ما يطلق عليها بالشروط لصحة العقد.

الفرع الأول : الشروط الموضوعية لعقد الزواج

لقد سبق أن تم تحديد هذه الشروط وكان أولها الرضا والمقصود به الصيغة التي ينعقد بها عقد الزواج , وقد اتفق العلماء على أن الصيغة تتمثل في الإيجاب والقبول وهي أساس عقد الزواج لربط الطرفين وللدلالة على إرادتهم في إنشاء العقد بالتراضي .

وهذا ما نص عليه م.9 مكرر ق.أ.ج اعتبر الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقيق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين (2) .حيث أنها نصت بقولها : "يقوم الرضا بإيجاد من أخذ الطرفين وقبول من طرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " ولقد وضع م.ج.أ.ج شروطا تحدد بها هذه الصيغة وتتمثل فيما يلي :

- أن تكون خالية من عيوب الإرادة كالتدليس والإكراه أو ما شابه ذلك ويجب أن تكون حرة ومستقلة .

(1)- بالحاج العربي - المرجع السابق - ص64

(2)- المرجع نفسه - ص65.

أن يكون هناك تطابق بين إرادة الظاهرة والباطنية وهذا ما نقصد به بالنية, أو الباعث على الزواج, كان ينفقاه على شيء أو ينوى شيء آخر كنية التطليق بعد شهر من الزواج مثلا.

أن يقترن بالإيجاب بالقبول في مجلس العقد وقبل أن ينفذ وإلا لا ينعقد العقد

أن تكون الصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل فلا ينعقد العقد حتى ولو تحقق ذلك الشرط, فالزواج عقد دائم قطعي وليس احتمال.

وإذا كانت الصيغة مضافة إلى المستقبل لا ينعقد العقد عندما تكون الصيغة تدل على أن عقد الزواج لا يدل إلا على آثار المستقبل وألا تكون الصيغة تدل على التأمين لديمومته الزواج كزواج المصايف مثلا.

وبهذا يتم الزواج بمجرد أن يتبادل الطرفان التغيير عن إرادتهما المتطابقتين , أما إذا كان المتعاقدان أو أحدهما يعجز عن التعبير كالمريض أو الأخرس أو إذا كان الشخص من ذوى العاهتين الأبكم والأصم وتعذر عليه التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته (1).وهنا يصح الإيجاب والقبول بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا لغة كالكتابة أو الإشارة المعلومة و المفهمة وقد نصت م10/ق.أ.ج على أنه: " لا يصح العقد بلا إشارة ممن يحسن الكتابة للان الكتابة أقوى دليل".

أما بخصوص الشروط الواجب توافرها لصحة عقد الزواج فهي الأهلية و الولي والشاهدين والصداق, ونقصد بالأهلية قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية حتى تكون صحيحة ونافذة , ولقد جعل م.ج أهلية الزواج تكتمل بتمام سن 19 سنة لكل من الرجل والمرأة ونص عليها في م ق.أ.ج وهذا بعدما كان ينص على أهلية الزواج

بالنسبة للرجل 21 سنة وللمرأة 18 سنة والهدف من التعديل هو التناقض الذي كان موجودا بين أهلية الزواج في ق.م بحيث إن نجد البالغ السن 19 سنة يعتبر كامل الأهلية لتصرفاته القانونية في ق. م بينما غير قادر على إبرام عقد الزواج طبقا لق.أ.ج أما الذي لم يبلغ سن 19 سنة كاملة سواء بالنسبة للرجل أو المرأة فيجوز إبرام زواجه بشرط وجود ترخيص يعطيه له القاضي مع وجود ضرورة ملحة , ومصالحة حالة والقدرة على تحمل المسؤولية.

أما شرط الولاية فمدلولها أنها سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود (1) وتنفيذها في حق نفسه أو من هو تحت ولايته.

وليس الرضا وحده كافي في نظر م.ج لصحة العقد , بل لابد من حضور الشاهين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بشهود" وقوله أيضا: "أعلنوا النكاح ولو بالدف" وذلك لان عقد الزواج له خطره القانوني و الاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية و دنيوية و حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين , فكان من الواجب إعلانه للناس و إخراجه من حدود الكتمان حتى لا يشتبه بالزنا و لا تكون علاقة الرجل مع امرأته (2) محل شبهة أو سوء ظن وهذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر.ق.ج: "يجب إن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: الولي, الشاهدين والصداق" وعلى هذا الأساس ذهبت المحكمة العليا إلى انه: "لا نكاح إلا بولي و صداق و شاهدي عدل, ولا يزوج البنت لأب ولغيره إلا برضاها و تؤدن بالقبول,ومن تم فان القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإحكام ال

شريعة الإسلامية" . (2)

(1)- عبد العزيز عامر بالأحوال الشخصية الجزء الأول بدون دار النشر وبدون طبعة.ص33
(2)- المحكمة العليا ع.أ.ش - 24 سبتمبر 1984- ملف رقم 34438 غير منشور

وأخر شرط صحة العقد هو الصداق أو المهر وهو الحق المالي الذي يجب على الرجل دفعه لامرأته بالعقد عليها حسب م9 مكرر ق.أ.ج أو الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بهافى حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة وللصداق عدة ألفاظ وردت في القرآن ن الكريم منها : النحلة, الفريضة أو الأجر.

ولقد عرفه المشرع ألج م4 ق.أ بأنه : "هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ما ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " كما عرفه القانون المغربي للأحوال الشخصية في م16 ق.أ.م بأنه : "ما يبده الزوج من مال مشعر بالرغبة في عقد الزواج للإينشاء الأسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة."

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لعقد الزواج

الشروط الشكلية هي المسائل المتعلقة بضرورة إتباع الإجراءات الإدارية والتنظيمية التي يفرضها القانون للإثبات لا لانعقاد ويقصد بها الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد وكذا تلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله وإشهاره , ودالك أن تسجيل عقد الزواج وإشهاره هو شرط لوجود العقد وإحداث آثاره القانونية في مواجهة الغير وكون عقد الزواج من العقود الشكلية التي لا يعترف بها القانون ور يترتب أحكامها لمجرد التراضي عليها فانه يشترط فيها شروطا أخرى كالرسمية والتسجيل لترتيب الآثار القانونية وحمايتها (1).

ولقد فرض م.ج هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في العقود الزواج وإشعار المجتمع بأهميتها وخطرها في حين أن الفقه الاسلامى لم ينص على مثل هذه القيود الإدارية بحيث تكون هذه الإجراءات بمثابة دليل لإثبات النسب للولاد الذين ينتجون عن هذا الزواج .

ولقد رعى فيها المشرع الجزائري المرونة والسهولة وعدم الحرج لخدمة المصلحة الفردية والجماعية, زمن هنا تنص م18 ق.أ.ج : "يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 مكرر من هذا القانون " كما نصت م21 ق.أ.ج بقولها : "تطبق أحكام القانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج "

(1)- بالحاج العربي - المرجع السابق ص 133-134.

المطلب الثاني: مفهوم الزواج العرفي

لقد جعل الله الزواج أساس حماية الروح الإنسانية من خبث والفسق وان كان قد وصفه بالميثاق الغليظ فلعظمته ولعدم العبث به , ولقد حلله حتى يحفظ كرامة الإنسان ويحقق له السعادة والطمأنينة النفسية , ويبعده عن كل ما فيه من شبهة ونظرا لكونه حكما رباني فقد وضع له شروط تحكمه بحيث تخلفها يؤدي إلى بطلانه , ومن بين هذه الشروط الشهادة الولي والصدّاق ولكن مع تطور العصور وتعاقب الأجيال في المجتمعات الحديثة أصبح الزواج عالة على الشباب فبعدما كان سكن الروح , وطمأنينة النفس وسعادة القلوب أضحى الآن مشكلة أمام مستقبل الشباب لتدهور الأحوال المعيشية وانتشار البطالة مما أدى بالشباب إلى اختيار طريق آخر يلبي به رغباته , ويعفى عن المصاريف والنفقات وبهذا انتشرت جريمة الزنا بصورة بشعة وأصبحوا يمارسونها باحتراف وليس هاذ فقط بل جعلوا الزواج لعبة في أيديهم , فأعطوا الزنا صفته دون أن يعرفوا مدى خطورة ذلك , فأبعدوا الشك عن أنفسهم يجعلها في قالب الزواج العرفي الذي في نظرهم هو مجرد ورقة يكتبها الطرفان ويمضيان عليها بقبولهما الزواج مع بعضهما , فهل هذا هو المعنى الحقيقي للزواج العرفي ؟

وكيف يمكن أن يكون زواجا إذا هضمت حقوقه؟ والى أساس يقوم عليه إن كانت المنفعة والمصلحة والاستمتاع كل ما يترتب عنه ؟ وهل الزواج هو فائدة لطرق على حساب الآخر؟ أم أنه لكيليهما ؟ فما حكمه إذن؟

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير موثق رسمية سواء كان مكتوبا أو غير

مكتوب.(1)

ويتضح أن تسميته هذا الزواج بالزواج العرفي يدل على أن هذا العقد اكتسب مسماه من كونه عرفا المعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة, فلم يكن المسلمون في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق الزواج ولم يكن ذلك يعنى إليهم اى حرج , بل أطمأنت نفوسهم إليه , فصار عرفا عرق بالشرع وأقرهم عليه ولم يردده في أي وقت من أوقاته .

أما بالنسبة للتوثيق فان ذلك لا يحدث خلا في العقد , لأن الفقهاء جميعا عندما عرفوا عقد الزواج العرفي لم يذكروا فيه التوثيق ولا الكتابة , حتى الفقهاء المحدثون والقضاة, فيقول القاضي الشرعي بمصر حامد عبد الحليم الشريف : "ولأن الزواج عقد رضائي , وليس من العقود الشكلية التي يستلزم لها التوثيق , فالتوثيق غير لازم , شرعية الزواج أوصحته أو نفاذه أو لزومه , والقانون لم يشترط الصحة الزواج سوى الأشهاد , ولم يستلزم التوثيق ولا يشترط إلا في حالة واحدة فقط وهي سماع دعوة الإنكار أما في حالة الإقرار فلا يشترط التوثيق , إن كان التوثيق مهما جدا في هذه الأيام لضمان حقوق , ولما شاع بين الناس من فساد الأخلاق وخراب الذمم.

الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي.

إن الزواج العرفي إن استكمل أركانه من ولى وشروطه من ولى والإيجاب وقبول والأشهاد على العقد والمهر فهو زواج صحيح حتى ولو لم يوثق لدى جهات التوثيق الرسمية ولكن يجب شرعا تسجيل الزواج بوثيقة رسمية, ومن لم يفعل ذلك فهو أثم وان كان العقد صحيحا تترتب عليه أثره الشرعية.

أما الزواج العرفي الذي يكتفي فيه الطرفان بكتابة ورقة يعترف انفيها بالزوجة فلا خلاف في حرمة وهو زنا ولا يسمى زواجا , ولا يترتب عليه آثار الزواج الشرعي (1) وإنما يكون فترة استمتاع فقط والطرق المتضرر هنا هو المرأة بحيث تسقط كل حقوقها ومن بينها النسب في حالة الحمل فكيف للمرأة أن ترضى لنفسها بمثل هذه المذلة وقد عزها الله وجعل لها قيمته عالية لديه.

الفصل الثاني :

وسائل إثبات النسب بين الشريعة و القانون

تعتبر مسألة إثبات نسب الأولاد من أهم آثار عقد الزواج ، بحيث يعتبرون ثمرة العلاقة الزوجية بين الرجل و المرأة و إن كان نسب الولد إلى أمه ثابت بمجرد ولادته دون حاجة إلى إثباته و ذلك بسبب الحمل المريء و الولادة المعلومة ، يعض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا تبعا لقوله تعالى : إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم" (1)

- و لكن نسبه إلى أبيه ليس دائما بالأمر الهين كسهولة نسبه إلى أمه ، و ذلك لحاجته للأدلة و الإثبات ، و على هذا فإن الشريعة الإسلامية جعلت هناك طرق لإثبات نسب الطفل إلى والده ، و هذه الطرق هي الزواج الصحيح بتمييزه عن الزواج الفاسد أو الدخول بإمرأة بشبهة ، أما بالنظر إلى القانون فإنه يعتمد الإقرار و البينة و هذا ما أشارت إليه م 40 ق.أ.ج : "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون".

المبحث الأول : إثبات النسب في الشريعة الإسلامية .

● لقد منحت الشريعة الإسلامية للأولاد حقوقا مختلفة تضمن لهم الحياة الكريمة و المعيشة الإنسانية

و هذه الحقوق الشرعية هي ثبوت نسبهم و التربية الحسنة و الرضاعة و الحضانة و بعد

تجاوزهم سن الحضانة تثبت لهم الولاية على النفس .

● و يرجع اهتمام الشارع بالنسب إلى منع إختلاط الأنساب و حفظهما من الفساد و الإضرار و

إرساء قواعد النبوة على أساس سليم ، و هذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى

الروابط بين أفرادها لقوله تعالى : " و هو الذي خلق من الماء بشرا و جعله نسبا و صهرا و كان

ربك قديرا" (1)

و قوله سبحانه في إبطال الطرق غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني و إلحاق

الأولاد عن طريق الفاحشة : " و ما جعل أديعاءكم أبنائكم ذلك قولكم لأفواحكم و الله يقول الحق و هو

يهدي السبيل ، أدعوهم لأبائكم هو أقسط عند الله فإذا لم تعلموا أبائهم ، فأخوانكم في الدين و مواليتكم " (2)

و كون هذه المسألة صعبة الإثبات نوعا ما فلقد اعتمدت الشريعة و فقهاء الإسلام في إثباتها على

مجموعة من الوسائل تتمثل في الشهادة و مدة العمل و هذا إن دل الشيء فإنما يدل على أن كل إثبات

لواقعة يترتب عليه مجموعة من الآثار و من بين الآثار التي تترتب على إثبات النسب في الشريعة

:الحضانة،الميراث،الصناعة و النفقة .

(1) سورة الفرقان - الآية 54 .

(2) سورة الأحزاب - الآية 4 - 5 .

المطلب الأول: الشهادة لإثبات النسب

الفرع 1 : شهادة الشهود

تعد شهادة الشهود إحدى طرق إثبات النسب و إذا ثبت النسب بموجبها فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلوب إثبات نسبه من زواج صحيح إذ يكفي ثبوت النسب بأحد الطرق المقررة شرعا خاصة الشهادة ذلك أن لها حجة متعددة و ليست قاصرة في الإثبات إلا أنه يشترط لقبولها في لإثبات النسب معاينة واقعة الولادة⁽¹⁾ أو حضور مجلس العقد أما عن نصابها المقرر شرعا فهو رجلين أو رجل و امرأتين و يكفي فيها التسامح إستثناءا.

- و في أحكام محكمة النقض المصرية ،أقرت بصحة الشهادة على وجود عقد الزواج و قيام العلاقة الزوجية حتى و لو لم يعاين الشاهد العقد متى إشتهر عند الشاهد ذلك طبقا لمذهب الأحناف المعمول به في مصر في دعاوى الأحوال الشخصية عند عدم وجود نص .

فقد جاء في أحد أحكامها : "العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية و الفراش ،و إنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح و لو لم يعاينه متى عنده بأحد نوعي الشهادة الشرعية الحقيقية أو الحكمية ،فمتى شهد أن رجلا و إمراة يسكنان في موضع أو بينهما إنبساط الأزواج و شهد لديه رجلا عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته ،حل له أن يشهد بالنكاح و إن لم يحضر وقت العقد .

و هذا عند الصاحبين أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامح إلا إذا إشتهر شهرة حقيقية وحي ما تكون بالتواتر " (2)

(1) عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في ق.أ.ج - دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع - الجزائر - الجزائر - ط الثالثة لسنة 1416/ 1996 هـ - ص 217-218.

(2) نقض جلسة 1977/10/26-أحكام محكمة النقض المصرية - سنة 1977-ص 1583-س28.

الفرع 2 : الشهادة بالقيافة

كما تجدر الإشارة إلى الشهادة بالقيافة و التي تعني لغة جمع قائف و هو الذي يعرف النسب بفراسته و نظرتة إلى أعضاء المولود و تعد القافة أحد وسائل إثبات شرعا و قانونا .

فمن الناحية الشرعية قد حكم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في قضائه باعتبار القيافة أمر جائز و يتم إلحاق النسب بها حيث ثبت في الصحيحين من حديث عائشة – رضي الله عنها- قالت دخل علي ذات يوم رسول الله –عليه الصلاة و السلام – مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تر أن مجزرا المدلجي⁽¹⁾ نظر أنفا إلى زيد بن حارثة و أسامة بن زيد و عليهما قطيفة قد غطت رأسيهما و بدت أقدامهما فقال : أن هذه الأقدام بعضها من بعض – فسر النبي – عليه الصلاة و السلام – بقول القائف و لو كانت كما يقول المنازعون من أمر الجاهلية كالكهانة و نحوها لما سرجها لأنكرها لأن في ذلك قذف المحصنات و نفي الأنساب .

- أما من الناحية القانونية و إن كان معترف بها شرعا في إثبات النسب و نفيه ، إلا انه واقعا نادرا ما يتم اللجوء إليها كوسيلة من وسائل الإثبات و ذلك بسبب قلة عدد القافة في العصر الحالي بل و ندرتهم أو انعدامهم في ظل ما طرأ على العالم من تقدم علمي و تكنولوجي في عصر تحكمه الأدلة المادية في مجال الإثبات ، كما هو الحال في ظهور تحليل الأنسجة أو الحمض النووي و هو ما يعرف بتحليل ال ADN⁽²⁾ .

المطلب الثاني : مدة الحمل لإثبات النسب

الفرع 1 : المدة الأدنى للعمل

باتفاق الفقهاء أقل مدة الحمل 6 أشهر⁽³⁾ و لكن مع إمكان التلاقي إستدلالات لقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ، حملته أمه كرها و وضعته كرها و حملة و فضاله ثلاثون شهرا"⁽⁴⁾

(1) مجزر المداجي كان قانفا في عصر الرسول – عليه الصلاة و السلام -

(2) فضيل سعد – المرجع السابق – ص 213.

(3) محمد مصطفى شلبي – أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون الدار

الجامعية للطباعة و النشر – بيروت – ط 4 لسنة 1983 – ص 272.

(4) سورة الأحقاف – الآية 15 .

فلاية دلت على مدة الحمل و الفصال معا خلال سنتين و نصف سنة و قوله أيضا سبحانه: "و وصينا الإنسان بوالديه حملته أمه و هنا على و هن و صاله في عامين" (1) و في قوله أيضا جل شأنه: "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" (2)

و هنا الآيتان ذكرتا الفصال لسنتين فقط و باسقاط المدة الثانية من الأولى تكون مدة الحمل 6 أشهر و قد أخذ هذا بما روي في زمن - عثمان - أن رجلا تزوج امرأة فولدت لسته أشهر فهم - عثمان - برجمها .فقال -ابن عباس - : " أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخاصمتكم أن ظهرت حجبتها عليكم" و ذكر الآيتين فلم يبرجمها - عثمان - و اشتهر ذلك بين الصحابة فصار إجماعا (3)

- و هذا ما اخذ به المشرع الجزائري في نص م 42 ق.أ: " أقل مدة الحمل ستة أشهر ... " من حيث العقد الصحيح و إذا جاءت بولد لأقل من 6 أشهر فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش ، لان هذه المدة يحتاج إليها الجنين حتى يولد حيا ، إذ معناه أن الحمل سابق على الزواج حيث لم تتحقق أدنى مدة الحمل بعد الزواج و إذا أقر الزوج أنه ابنه و لم يصرح انه ابن زنا - فيثبت نسبه إليه و يحمل ذلك أن المرأة كانت زوجة له في السر قبل الزواج و الفراش العلني ، أو على أنه دخل بها بناء على عقد صحيح أو فاسد أو وطئ بشبهة حفاظا على الولد من الضياع و صيانتة و سترا للأعراض و إحياء للولد .

الفرع 2 : المدة القصوى للحمل .

* أما أقصى مدة للحمل ، فقد اختلف الفقهاء في تقديرها حيث أنه لم يرد نص من الكتاب و لا من السنة فقدرها الحنفية بسنتين و استدلوا بقول عائشة - رضي الله عنها - : " ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يطول ظل المغزل "

* أما الشافعية و الحنابلة فقد أقروها بأربع سنوات ،استنادا إلى قول الشافعي : " بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين . " و ذهب المالكية إلى أقصى مدة الحمل بخمسة سنوات . حيث قال محمد بن عبد الحكم المالكي سنة قمرية (4) أما الظاهرية فبتسعة أشهر قمرية.

(1) سورة لقمان - الآية 14.

(2) سورة البقرة - الآية 233.

(3) رواه أبو داود و النسائي عن أبي هريرة.

(4) ابن رشد الحفيد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد - الجزء الأول - دار الفكر - لبنان - ص 352.

* أما الصواب فهو ما جاء به "م.ج" حيث حدد المدة بعشرة أشهر "10 أشهر" و هذا من خلال نص م 42 ق.أ.ج: "أقل مدة الحمل ستة أشهر "6" و أقصاها عشرة أشهر "10".

المطلب الثالث : آثار النسب في الشريعة .

* أن من أهم الآثار التي يمكن أن تنجم عن النسب هي الحقوق الناشئة بعد إثباته .
و باعتبار أن الأولاد هم أمل المستقبل و عليهم يتوقف بناء المجتمع المنشود و صرح الحضارة المأمولة و بهذا فغن كل مجتمع يتطلع للنهوض بحياته و يحاول الخروج من دائرة التأخر عليه .
أن يضع قضية الأولاد في المقام الأول هذا ما أكدته الشريعة الإسلامية و عكفت على تحقيقه معظم القوانين الوضعية بهذا إحتتم بالأولاد و حقوقهم من بينها الحق في الحضانة و الرضاعة الحق في النفقة و الميراث .

الفرع 1 : الحق في الحضانة .

* إن الحضانة باعتبارها اثر من آثار الطلاق و النسب فغنها كذلك تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة و تسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء .
* كما أنها عامل مادي يتصف بصفيتين متقابلتين هما كون الحضانة حق و كونها واجب ، فهي من جهة حق للمحزون و من جهة أخرى واجب الحاضن (1) و حتى نتعرف على الحضانة يجدر بنا أن نسلط الضوء من خلال إعطائها التعريف اللازم و تبيان شروطها و مدتها .
أ- تعريف الحضانة :

لغة : الحضانة في اللغة بفتح الحاء و كسرهما معناها الحضان و هو الجنب أو الصدر و العضدان و ما بينهما ، فيقال حضن الطائر بيض إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه و حضنت الأم ولدها أي ضمته إلى جنبها أو صدرها و قامت بتربيته و تسمى حينئذ حاضنة (2).

شرعا : هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه و يقيه عن ما يضره و لو كان كبيرا مجنونا كأن يتعهد بغسل جسده و ثيابه و دهنه و كحله و ربط الصغير إلى المهد و تحريكه لينام (3)
و قد عرفها أصحاب المذاهب الأربعة منهم المالكية على أنها حفظ الأولاد في بيتهم .

(1) فضيل سعد - المرجع السابق - ص 210.

(2) العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي - قاموس المحيط - ط 6 - دار الفكر العربي - ص 1190.

(3) عبد الفتاح تقيّة - مباحث في ق.أ.ج - مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي - الدار الجامعية للطباعة و النشر - الجزائر 1999 - ص

و ذهابهم و مجيئهم ، و القيام بمصالحهم أي طعامهم و لباسهم و تنظيف جسمهم و موضعهم .
كما عرفها الحنفية على أنها تربية الولد ممن له حق الحضانة ، و اعتبرتها الشافعية على أنها حفظ من لا
يستقل بأموره بنفسه ، عما يؤذيه و يؤيده لعدم تميزه لطفل و حتى الكبير المجنون .
و تربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهد بإطعام و شراب و لباس و نحو ذلك .
أما الحنابلة فيرون أنها حفظ الصغير و المجنون و المعنوه - و هو مختل العقل - عما يضره و العمل
لصالحه و تربيته كغسل رأسه و غسل يديه و ثيابه إلى غير ذلك (1)

قانونا :

للحضانة أهمية بالغة في التشريعات العربية و مثال ذلك قانونا الأحوال الشخصية المغربية و ذلك في م
97 بأنها : " حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع و القيام بتربيته و مصالحه " .
و كذا عرفتها م 54 من ق.أ.ش التونسية بأنها : " حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته " .
- يتضح أن المادتين 97 من القانون المغربي و م54 من التي التونسي لم يتحدث عن تربية الابن على
دين أبيه على العكس ما جاء به م.ش.ج في ق.أ في م62 يقول : " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و
القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا " (2)
- أصحاب الحق في الحضانة : إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة و التشريع أشخاص
عديدون و لهم مراتب و درجات محددة في الشريعة و التشريع أيضا ، غير أن المشرع الجزائري ذكر
بعضهم و رتبهم ثم ترك البعض الآخر دون صفاتهم و دون تحديد درجات قرابتهم من المحضون حيث
جاء في ق.أ السابق قبل التعديل في م64 : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فأمه
فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك " (3)

(1) عبد الكريم زيدان - المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية - دار الطباعة و النشر و التوزيع - ط 3 - ص

6 - 7 .

(2) عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 292-293 .

(3) م64 من ق.رقم 84-11 المؤرخ في 9 يوليو 1984 . المتضمن ق.أ.ج.

- ما يلاحظ من المادتين أن المشرع أبقى على درجة الأم في الحضانة إذ جعلها في المرتبة الأولى لأن الأم أحب الناس إلى الطفل و أرحمهم عليه عطا و حنانا و كذلك من خلال دليل تقديم الأم من السنة ما روي : " أن امرأة جاءت للرسول - عليه الصلاة و السلام - فقالت له : إن إبني هذا كان بطني له و عاءا و ثديي له سقاء و حجري له حواء و إن طلقني و أراد أن ينتزعه مني - فقال - صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق به مالم تنكح " (1)

- في حين جاءت م64ق.أ المعدل و المتمم بموجب الأمر 02-05 بترتيب آخر بقولها : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك " (2)

نجعل الأب في الدرجة الثانية لأن الأب يكمل ما أخذه الطفل عن أمه من رعاية و عطف في حالة طلاقها أو وفاتها و كذلك على الأب حق النفقة على ابنه حتى بلوغه سن الرشد و البنات إلى غاية الزواج .

شروط صلاحية الحضانة :

- * يشترط في الحاضن أصلية الحضانة سواء في النساء أو في الرجال (3) و هو ما أشار إليه م.ج في م 162 ف 2 ق.أ بقوله : "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "
- أن تكون الحاضنة بالغة ، عاقلة لأن الحضانة من باب الولاية على المحضون و الحاضنة الصغيرة ليست أهلا للولاية لذلك لا تصلح للحضانة من لم تكن بالغة ، عاقلة كما أن الحضانة لا تثبت لغير العاقل لأنه لا يحسن القيام بحفظ نفسه و من ثم لا يحسن القيام بحفظ غيره .
- أن تكون أمينة عليه و على نفسه و آدابه و خلقه فإن كانت مستهترّة لا تؤمن على أخلاق الطفل و آدابه و على نفسه ، فإنها لا تكون أهلا لحضانته (4) .
- القدرة على تربيته و حفظه و رعاية شؤونه فإذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجزا عن القيام بتلك لعامة أو كبير سن أو مرض أو شغل لا تثبت الحضانة (5) .

(1) أخرجه أبو داود في سننه - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - ج 2 - ص 283.

(2) م64 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في فبراير 2005 المعدل .

(3) بلحاج العربي - المرجع السابق - ج 1 - ص 382.

(4) أحمد نصر الجندي - الحضانة و النفقات في الشرع و القانون - مصر - ط2004 - ص 14.

(5) بدران أبو العينين - المرجع السابق - ص 68.

-ألا تمسكه عند ذي رحم محرم منه – كالأخت لأم تمسكه عند أبيها و هو أجنبي عنه ،لأن ذلك الأجنبي ينظر إليه شررا ،و لا يعطف عليه ،فينشأ الطفل في جو يبغضه و لا يألفه فيؤثر ذلك في أخلاقه و حياته من بعد ذلك (1)

- و يشترط كذلك أن تكون سليمة من الأمراض المعدية ،كالجدام و البرص و غيرها
و قال المالكية بمراعاة ذلك و لو كان بالمحضون الداء لأنه زاد مرضه بانضمامه إليها و لكنهم تسامحوا الخفيف منها (2)

مدة الحضانة : تنص م 65 ق.أ على أنه : " تتقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أنه يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون "

- يتضح من هذه المادة أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر سن 10 سنوات و الأنثى سن الزواج القانوني 19 سنة وفقا للمادة 7 ق.أ غير انه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من 10 سنوات إلى 16 سنة و ذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها و ألا تكون متزوجة ثانية مع رجل هو محرم على المحضون كما نص م،ش،ج في 65/ ف2ق.أ على أنه : " يجب أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية و التربية و الحماية .(3)

الفرع 2 : الحق في الميراث

*إن أهم شيء في المجتمع هو تكوين أسرة فكل فرد يحلم أن يكون له عائلة يعيش فيها بسلام و أمان و كون أنها منبت العواطف الإنسانية ،فإنها تقوم على صلة ذوي الأرحام و المحافظة على صلة القرابة و الإخوة بين أفراد كل أسرة و لعل أن ما يمكن قوله هو أن هدف تكوين أسرة أسمى بحيث يربط الحاضر بمستقبل الماضي من أجل إحياء المستقبل فلا نعني بتكوين أسرة الزواج و إنجاب الأولاد فقط ،بل يتعدى ذلك إلى تحمل المسؤولية و العيش من أجل المحافظة على هذه الخلية.

(1) الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص 406.

(2) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية – ط1999 – ص 337.

(3) بلحاج العربي – المرجع السابق – ص 385.

و لأن من سنن الله في خلقه الموت ،فلا هروب منها و هذا لأن لكل نفس اجل محدد لها ، المهم في هذا الصدد الحقوق التي تترتب على إثبات النسب -كما رأينا من قبل- كالحق في الميراث إذ يعتبر الإرث حقا مشروعاً للوارث لا يجوز حرمانه منه (1)- و لهذا الغرض سوف نتطرق إلى تبيان مفهوم هذا الحق و كيف يمكن أن نعتبره حق مترتب عن النسب .

تعريف الميراث :

أ- لغة : مصدر الفعل ورث - إرث - ميراث ، فيقال ورث فلان أباه أو يرث الشيء من أبيه.(2) و في هذا جاء قوله تعالى : " وورث سليمان داوود " (3) أي بقي سليمان بعد داوود و قوله أيضا: " و كنا نحن الوارثين"(4) أي الباقيين ، فالإرث هو البقاء .

ب- إصطلاحاً : هو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث - سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية (5) و الإرث حق قابل للتجزئة يثبت لمستحق بعد موت من كان له تلك و عليه فغن الميراث هو الثابت بالموت و لغير الميت و هو حق للورثة .

2- إعتبار الميراث كحق من الحقوق المترتبة على النسب :

* إن لكل مسألة تصرف قانوني و شرعي ، و لكل تصرف سبب و لكل سبب حجية و لكل حجية دليل مقنع ، و العبرة من كل هذا إن الميراث هو مترتب عن النسب و بالتالي له أسباب دعت إلى إعتباره كذلك ، و ما يقصد بالسبب هو ما يلزم من وجوده الوجود و ما يلزم من عدمه العدم . و من بين هذه الأسباب هي مسألتين : أولهما الزوجية ، و ثانيهما القرابة ، و هذا إن دل الشيء فإنما يدل على أن أسباب الميراث كثيرة و متعددة و لكن ما ذكرناه من السببين هو موضوع بحثنا لأنه متعلق بالنسب و هذا وفقا لنص م126 ق.أ : " أسباب الإرث القرابة و الزوجية "

فلقد اقتضت الحكمة الإلهية أن أعباء الأبناء في حياتهم و نفقتهم و تكاليف معيشتهم كلها محمولة على عاتق الأب و بالتالي فمن العدل بما كان أن يكون نصيبهم في إستحقاق التركة اكبر من

(1) عباس محمود العقاد- الفلسفة القرآنية - مكتب رحاب الجزائر - مطبعة المعارف- ص 71-72.
(2) العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب - الفيروز آبادي - المرجع السابق - ص 164.
(3) سورة النمل - الآية 16.
(4) سورة القصص - الآية 58.
(5) بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 9-10.

غيرهم ، حتى يتمكنوا من مواصلة أعباء حياتهم و درب أبيهم ، فإن كانوا صغارا لا يستطيعون العمل ، فيقتاتون مما ترك آباؤهم ، و قد جاء في كتاب الله عز و جل ما يؤكد حق الأولاد في الميراث ، إذ يقول سبحانه و تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " (1)

- فهذه الآية جاءت لمحو قواعد الجاهلية التي تقضي بتكديس الأموال في يد واحدة ، و حرمان أفراد الأسرة من جهود الآباء و الأبناء و الأقارب و الأزواج (2) و أقامت التوريث على أساس نظام محكم و عادل ، فلولا هذه الشريعة الإسلامية السمحاء التي عنت بالفرد و إعتنت بالمجتمع أو الجماعة و خصت لكل واحد حقوقه و التزاماته ، و جعلت كل شيء في مكانه و رتبت عليه أحكامه .

- فإذا لم يثبت للأولاد الحق في التركة لعجزوا عن مسايرة حياتهم الشقية و مشاكل الحياة ، و متطلباتها ، مما يدفعهم إلى ارتكاب أفعال مخالفة للنظام العام ، و قد يلجؤون إلى العنف من أجل كسب القوت ، بل يقودون أنفسهم إلى مستقبل غامض بدايته الانحراف و نهايته الفشل و الضياع أو الموت و لعل هذا ما يصبوا إليه الجميع بحيث يكون الشباب جيل المستقبل ، و نور هذا الوطن و طريق التقدم و الازدهار لكن مع كل هذا فالولد يستحق نصيبه من التركة و ذلك لانتسابه لأبيه حسب أحكام الميراث .

- ولو أن م.ش.ج لم يحدد تلك صراحة ، لكن بالرجوع إلى نص م 131 ق.أ ذكرت أنه ينعدم التوارث بين الزوجين فقط في حالة ثبوت الزواج من نكاح باطل و لم يذكر الأولاد الناتجين عنه ففي هذه الحالة الولد يرث من أمه لا من أبيه فهو يأخذ حكم ابن الزنا ، أما في حالة ثبوت الزواج من عقد صحيح فإنه يرثهما . (3)

الفرع 3 : الحق في الرضاعة :

لما كان الطفل في حاجة إلى تغذيته لبقائه ، و لما كانت الوسيلة الوحيدة لذلك هي الرضاعة و هو في مهد أمه محافظة عليه من الملاك بسبب الجوع ، شرع للطفل هذا الحق الذي يكون واجبا على الأم أدائه لذلك نتطرق إلى تعريف الرضاعة و مدى أهميتها بالنسبة للرضيع .

(1) سورة النساء - الآية 11 .

(2) بلحاج العربي - الوجيز في شرح ق.أ.ج - الجزء 2 - الميراث و الوصية - ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون - الجزائر - ط 2004 - ص 18 .

(3) الإمام محمود شلتوت - الإسلام عقيدة و شريعة - دار الطباعة و النشر - بيروت - ط 1987 - ص 245 .

تعريف الرضاعة :

لغة : مشتقة من الفعل رضع و هو مص اللبن من الثدي .⁽¹⁾

أما اصطلاحاً : فتعرف على أنها وصل لبن المرأة إلى جوف الطفل بالتقامه الثدي و امتصاصه للبن .
- كما تعرف على أنها استخراج لبن الطفل " الحليب " من الثدي مرضعته عن طريق المص بالشفيتين أي الجذب .⁽²⁾

- و لبن الأم غذاء مهم يحتاجه الولد ، فيعتبر قوته و به قوام حياته و لا غنى له عنه ، و قد وردت الرضاعة في القرآن الكريم باعتبارها سبب التحريم المؤبد في النكاح بقوله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة " ⁽³⁾ كما وردت باعتبارها قوتا و غذاء للطفل في قوله تعالى : " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفسا إلا وسعها ، لا تضار و الدة بولدها ، و لا مولود له بولده ، و على الوارث مثل ذلك ، فإن أراد فصلا على تراض منهما و تشاور فلا جناح عليهما و إن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف ، و اتقوا الله و اعلموا أن الله بما تعلمون بصير " ⁽⁴⁾

- أما بالنسبة للم.ش.ج قد تطرق للرضاعة كسبب لتحريم النكاح من خلال م24ق3 ثم أضاف في المواد 27-28-29 ق.أ.ج الأحكام المتعلقة بالرضاعة المحرم في م39ف2 ق.أ.ج لتغيير الرضاع حق للزوج و واجبا للزوجة .

- من المقرر أن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها و أن لبنها هو أفضل غذاء له من غيره باتفاق الأطباء لملائمته حال الطفل في درجات تطوره ، كما أنها أشد الناس شفقة على وليدها فهذا الحق المخول للرضيع ، و الذي يقع على عاتق الأم للقيام به أقرت به الآية الكريمة بقوله تعالى :
" و الوالدات يرضعن أولادهن " و هذا النص يدل على الرضاع على وجه التأكيد ⁽⁵⁾ و لهذا

(1) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – المرجع السابق – ص 327.

(2) فضيل سعد – المرجع السابق – ص142.

(3) سورة النساء – الآية 23 .

(4) سورة البقرة – الآية 233.

(5) بدران أبو العينين بدران – المرجع السابق – ص 49.

لم يختلف الفقهاء المسلمين في ذلك ، فقالوا جميعا بوجوب الرضاع على الأم ديانة ، لكنهم اختلفوا في وجوب الإرضاع عليها قضاء فرأت " الحنفية" أنه لا يجب على الأم إرضاع ولدها قضاء و إن كانت يجب ديانة فلا تجبر قضاء على إرضاع الولد إلا إذا تعينت الإرضاع و يتحقق التعين في ثلاث حالات: الأولى : ألا يوجد من ترضعه سوى الأم ، سواء بأجر أو بدون اجر و الثانية إذا كان الأب عسرة و فقرا لا يوجد مالا ليستأجر به مرضعته و ثالثا أن لا توجد من تتبرع له بالرضاعة أي بإرضاعه .

- ففي الأحوال الثلاثة تجبر الأم على إرضاع ولدها محافظة عليه من الهلاك و حجة " الحنفية" في ذلك هي أن كفاية الولد على أبيه و نفقته عليه و اجر الإرضاع كالنفقة و عليه لا تجبر الأم على الإرضاع عند عدم التعيين ووجود من ترضعه أما " المالكية" فأقروا أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها ديانة و قضاء بلا اجر إذا كانت متزوجة باب الرضيع أو مطلقة رجعيًا منه إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام لإرضاع أولادهن فلا يلزمها إرضاعه إلا إن كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها ، فإن أرضعته فلها الأجر مع أن الأصل ألزم كل أم بالرضاع ولدها و استثنى مالك – رحمه الله – من ذلك الشريفة و المطلقة بائنا فلا يلزمها إرضاع الصغير إلا في حالات الضرورة ، كعدم قبول الرضيع ثدي غيرها ، أما " الحنابلة" فذهبوا إلى أن إرضاع الولد على الأب وحده ، فليس له إجبار أمه على إرضاعه دنيئة كانت أم شريفة ، و حجتهم في ذلك هي أن إجبار الرضاع ليس حق للزوج لأنه لا يملك إجبارها على إرضاع ولده من غيرها ، و ليس حقا للولد لو كان ذلك لزمها بعد الفرقة ، و لأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص كالفقة أو كما بعد الفرقة (1) كمرض الأم أو جفاف ثديها من اللبن إلا أن هذا الوجوب لا يسري على الأم المطلقة لقوله تعالى : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن و أتمروا بينكم بمعروف و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى" (2)

- و يرى البعض أن إرضاع الأم لولدها يعتبر حقا لها مادامت راغبة في ذلك و قادرة عليه سواء كان الإرضاع بالمجان أو بالأجر ، و لولا أن الإرضاع حق لها لما كانت أحق به من غيرها.

(1) بدران أبو العينين بدران – المرجع السابق – ص51.

(2) سورة الطلاق – الآية 6 .

- فالوالدة إذن لا تستحق أجره من زوجها لقوله تعالى: " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف" (1) و لأنها تستحق عليه قد كفايتها ، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها (2).

الفرع 4 : الحق في النفقة :

تعتبر النفقة حق و واجب على الأب أداءه إتجاه الولد لعدم قدرته على الكسب و سيتم التطرق إلى أحكام هذه النفقة من خلال إعطاء تعريف لها و ذكر شروطها .

1- تعريف النفقة :

لغة : ما يبذله الإنسان من الدراهم فيما يحتاجه هو أو غيره (3)

أما شرعا : فيقصد بها كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكن .

- و يقصد بها عرفا الطعام الذي يشمل الخبز و الشراب أما الكسوة فتشمل الغطاء و السترة و السكن يشمل البيت و متاعه و مرافقه كئمن الماء مثلا بحسب العرف (4).

- أما م.ش.ج فقد نظمها من المواد 74 إلى 80 ق.أ.ج دون أن يضع تعريف للنفقة ،إنما إقتصر على ذكر ما تجب عليه من نفقة و من تجب لهم و شروطها.

2- شروط وجوب النفقة :

الأصل في نفقة الأولاد أنها تجب على الأب و لا يشاركه أحد في الإنفاق ، و ذلك لقوله تعالى: " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف " و لكي ينفق الأصل على فروعه لابد من توافر شروط معينة و من أهم هذه الشروط :

1- أن يكون الولد فقيرا : معنى ذلك أنه يجب أن يكون الولد فقيرا حتى يستحق النفقة لأنه إذ لم يكن كذلك فنفقته في ماله إذن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه متى كان يجد مقدار الكفاية من ماله و كسبه ، إن كان ممن يستطيع الكسب ، و على هذا الأساس فغن غيره ملزم بنفقته و هذا

(1) سورة البقرة – الآية 233.

(2) الإمام موفق الدين ابن قدامى – المغنى – دار الكتاب العربي – بيروت – ط 1392 / 1972 – ص 313.

(3) بدران أبو العينين بدران – المرجع السابق – ص 93 .

(4) وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – الشامل للدلة الشرعية و البراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية و تحقيق الاحاديث

النبوية و تخريجها و فهرسة إحصائية للموضوعات و أهم المسائل الفقهية – ج7- أ.ج.ش – دار الفكر للطباعة – دمشق – ط 2 سنة

1985/1405-ص 765.

ما قال به جمهور الفقهاء (1) لكن فقهاء الزيدية لم يشترطوا وجوب النفقة للولد كونه فقيرا ، بل

قالوا لوجودها على والده إذا كان صغيرا أو مجنونا و لو كان ذو مال .

2- أن يكون الولد عاجزا عن الكسب : فلو كان فقيرا قادرا على الكسب لا تجب له النفقة ، لأنه بقدرته على الكسب يكون مستغنيا و نفقته تكون على نفسه ، و يكون العجز عن الكسب لعدم القدرة على القيام بعمل من الأعمال التي تكفل له تحصيل رزقه و تغطي نفقاته ، و العجز عن الكسب إما أن يكون حقيقيا أو حكما ، فالحقيقي يكون بسبب الصغر أو المرض المانع من الكسب أما الحكمي فيكون بسبب الأنوثة أو الانشغال بطلب العلم .

ولقد إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا و موسرا أو قادرا عن الكسب فعليه وحده نفقة أولاده ، و لا يشاركه فيها أحد ، لكن إختلف الفقهاء فيها إذا لم يكن الأب موجود أو كان موجودا و لكنه فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن أو نحو ذلك (2)

فحسب الشافعية فغن المنفق على أولاده هو الأب ، إذ يجب عليه نفقة أولاده ذكورا أو إناثا ، أما في حالة عدم وجود الأب فإن النفقة تكون على الجد لأن هذا الأخير يقوم مقام الأب و الدليل على ذلك قوله تعالى : "و إنبعث ملة آبائي إبراهيم و إسحاق و يعقوب" (3) ، و إذا لم يوجد الأب و لا الجد تكون نفقة الولد على أمه لقوله تعالى : "لا تضار والدة بولدها" (4)

أما عند المالكية فالأب وحده هو المنفق على الأولاد أما الجد لا تجب عليه نفقة حفيده و على خلاف ما قاله الشافعية و المالكية ذهب الحنيفة إلى القول بان النفقة تكون على الموجود من الأصول ذكرا أو أنثى إذا كان موسرا ، و يكون ما لأنفقه ديننا على والده و لان الرجوع على الأب حال يسره كما يجوز الرجوع إليه إذا كان الإنفاق بأمره من القاضي ، و نفقة هؤلاء الأقارب على الولد تكون بحسب نصيب كل واحد منهم في الميراث ، فإذا كانوا من ذوي الأرحام فإن النفقة تجب على أقربهم درجة و قد ذهب "الحنابلة" إلى القول بنفس ما قاله "الحنفية" و إستدلوا ذلك في قوله تعالى : "و على الوارث مثل ذلك" .

(1) أحمد فراج حسين – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية – دار المطبوعات الجامعية – إسكندرية – مصر – ط 1997 – ص 209.

(2) وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 825.

(3) سورة يوسف ، الآية 38.

(4) سورة البقرة ، الآية 233.

- أما عن موقف م.ش.ج فيما يخص شروط وجوب النفقة فإنه يتبين من خلال الرجوع إلى م75ق.أ.ج التي تنص: "تجب النفقة على الأب مالم يكن له ، فبالنسبة إلى سن الرشد ، و الإناث الدخول ، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا ، لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسته و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

- و من خلال نص المادة يتبين أن وجوب نفقة الأبناء على الآباء حسب ق.أ.ج يستلزم بالضرورة أن يكون الأب موسرا و قادرا على الكسب و الابن فقيرا و عاجزا عن الكسب أما إذا أصبح الأب فقيرا أو عاجزا عن الكسب هنا تقع نفقة الابن عن كاهل الأم ، إذا كانت ذات مال أو مدخول . وساءا من تجارة أو عمل حلال ،أما إذا أصبح الأب عاجزا و الأم و الأبناء كذلك ، فإن وجوب الإنفاق عليهم جميعا ينتقل إلى خزينة الدولة المكلفة برعاية العجزة من أبناء الشعب ، و عليه فإن ق.أ.ج حصر شروط وجوب النفقة في ثلاث حالات : أن يكون الولد فقيرا ، عاجزا عن الكسب ، و أن يكون الأب موسرا .
أما عن نفقة البنت فهي مستمرة إلى غاية زواجها ، أما بعد طلاقها فلا تعود على أبيها إلا إذا كانت غير بالغة سن الرشد (1)

المبحث الثاني : إثبات النسب في القانون .

لقد عالجتنا في المبحث الأول وسائل إثبات النسب في الشريعة الإسلامية و رأينا نظرة الفقهاء من حيث حكمها مماثلة للشريعة الإسلامية في مسألة إثبات النسب أم انه اعتمد على وسائل أخرى في إثباته.
- تنص م40ق.أ على أنه : " يثبت النسب بالزواج الصحيح ، و بإقرار و بالبينة و بنكاح بشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32.33 و 34 من هذا القانون "
- و من هنا يمكننا الإجابة على التساؤل المطروح من خلال استقراء المادة نفهم أن طرق إثبات النسب في ق.ج هي : الزواج الصحيح ، الدخول بشبهة ، الإقرار و البينة .

(1) أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلي الغرنطي - القوانين الفقهية - دار النشر و الطباعة - الجزائر - لسنة 1999 - ص 31 .

المطلب الأول : العلاقة الشرعية بين الرجل و المرأة .

إن من سنن الله في خلقه أنه خلق الذكر و الأنثى ليكون كل جنس مكمل للآخر و لكن جعل لها أحكام تحكم هذه العلاقة في حدود الشرعية و ذلك حفاظا على كرامة الإنسان و تمييزه عن باقي الكائنات الحية و إعطائه مرتبة مرموقة (1) تثبت إستمرار البشرية بطرق مشروعة ، حماية له من ما يمكن أن تدفعه إليه غريزته ، و لذلك جعل الزواج هو الذي يحكم هذه العلاقة المكرمة بين الرجل و المرأة و وصفه بالميثاق الغليظ كونه أعظم شيء خلقه الله و اختاره لمواصلة الحياة و لتعاقب الأجيال و عدم انقراض النسل بالإضافة إلى أنه الوسيلة المثلى التي يمكن بها المحافظة على الأنساب و تفاديا لاختلاطها .

الفرع 1: تعريف الزواج الصحيح .

يقصد بالزواج الصحيح كل زواج ثم وفقا للشروط المذكورة في م9 و م9 مكرر ق.أ.ج و هي الرضا الذي يعتبر ركنا أساسيا في الزواج أما شروط الصحة فهي الولي الشاهدين و الصداق و عليه فإن العقد الصحيح هو سبب شرعي الثبوت النسب عند قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا فإذا ثبت انه غير ممكن ، أو أنهما لم يتلاقا قط و لم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت (2) و هذا لقوله – عليه الصلاة و السلام - : " الولد للفراش ، و للعاهر الحجر " و المراد بالفراش الزوجية الشرعية الصحيحة القائمة بين الرجل و المرأة حين ابتداء الحمل .

- و على هذا الأساس جاء في م40 ق.أ.ج بأنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح .. " كما انه طبقا للم41 ق.أ.ج فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ينفه بالطرق المشروعة و من هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح مايلي:

1- الزوجية القائمة بين الرجل و امرأته ، حين ابتداء الحمل على أساس عقد الزواج الصحيح ، فإن كان الزواج كامل الشروط و استوفى ركن الرضا ، عد صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بيينة أو طلب إعراف ممن سيثبت نسب الولد منه (3) .

(1) الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص 20 .

(2) ابن قيم الجوزية – زاد الميعاد – الجزء 4 ص 166.

(3) المحكمة العليا – ع.أ.ش – 3 ديسمبر 1984 – ص 83 – ملف رقم 39473 غير منشور .

- و لقد قررت المحكمة العليا التونسية - ع.أ.ش - حكمها المشهور الصادر في 19 نوفمبر 1984 بأن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي ، أو في مرحلة الخطبة ، ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد للزواج بصفة قانونية و شرعية (1)

2- أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين (العقد ، ذلك أن العقد وحده لا يكفي ، إذ لا بد فيه من الدخول ، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزواج ، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد غيبة إمتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل ، و من هنا يشترط م.ش.ج في م 41 ق.أ.ج العقد الصحيح إضافة إلى الدخول أو إمكانية الإتصال الجنسي و قد أخذ ق.ج برأي الجمهور في م 40 ، 41 ق.أ.ج و هو الصحيح الذي يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق المعقول فإذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة ، فإن هذا العقد يكون سبباً للثبوت ضمن الفترة المقررة قانوناً و شرعاً ، إذا كان الإتصال بين الزوجين ممكناً حيث كانا يتلاقيان أما إذا إستحال ذلك لكونهما بعيدين عن بعضهما و كان كل واحد في بلد ، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه.

3- ولادة الولد بين أقل و أقصى مدة الحمل ، طبقاً ل م 42 ق.أ و التي تنص بأن أقل مدة الحمل 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر (2) أما م 43 ق.أ فتتص على انه لا بد من ثبوت النسب من أن يأتي الولد في الفترة الواقعة ما بين أقل مدة و أقصاها للحمل "م 42،43 ق.أ" هذا و تنص م 60 ق.أ.ج بأن عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

4- ألا ينفه الأب بالطرق المشروعة و الطريق المشروع لنفي الولد عنه لا يكون إلا باللعان ، و إن كان م.ش لم يظهر ذلك في هذا الفصل و لا في فصل المحرمات ، إلا أنه يفهم من نص م 138 ق.أ (3) و اللعان هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية ، بان الولد ليس منه فيتلاعنان أمام القاضي كما يلي:
" يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهامه للزوجة من أن الولد ليس منه ، و يقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله أنه من

(1) المحكمة العليا - ع.أ.ش - 19 نوفمبر 1986 - ص 67 - نقض مدني تونسي .

(2) قوانين الأحوال الشخصية العربية تجعل أقصى مدة الحمل سنة - راجع م 84 ق.مغربي - م 69 ق.تونسي - م 15 ق.مصري .

(3) المحكمة العليا .ع.أ.ش - 25 فبراير 1985 - م ق - 1989 - 1 - ص 83 .

الكاذبين فيما رماها به و تقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " فإذا ثم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً ، ويثبت نسب الولد من أمه فحسب (1) و قد نص ق.ج في م 41 ق.أ على أنه ينسب الولد لأبيه مالم ينفه بالطرق المشروعة " و عليه فإنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل زوجته منه إلا بحكم من القاضي ، و يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب (2) . هذا و لا تسمح عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما من حين العقد و لا لولد زوجة أتت به بعد 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة (3) و عليه فإذا ولدت المعتدة رجعيًا في أثناء عدتها ثبت النسب من المطلق (4) أو أن ولدت قبل مضي 10 أشهر من تاريخ إعتبار العدة منقضية (5)

الفرع 2: تعريف الزواج الفاسد

إن الزواج الفاسد هو كل زواج تخلف فيه شرط من شروط الصحة و في هذه المسألة . تنص م 40 ق.أ على أنه : " يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32.33.34 ق.أ " كما أنه جاء في م 34 ق.أ بأن زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ، و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء . فالزواج الفاسد يثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية و منها :

ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين ، و ذلك لمصلحة الولد خشية ضياع نسبه ، و ذلك إذا ما توافرت شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة ، و أن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل و هي 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي ، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فغنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي 10 أشهر إعتباراً من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه ، أما قول الفقهاء بأنه لا فرق بين الفاسد و الصحيح من حيث ثبوت النسب ، فكلاهما فيه إلحاق الولد بابيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد (6) و متى ثبت النسب و لو بنكاح فاسد أو

(1) بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 194 .

(2) مجلس قضاء مستغانم ، 6 أفريل 1967 م.ج. 1968. ص 1228 - المحكمة العليا - ع.أ.ش - 26 فبراير 1985.

(3) م 223 ق.ع - تقرر إمكانية متابعة الزوجين و شركائهما بحجة الإدلاء بتصريح كاذب 3 أشهر - 3 سنوات / 500-5000 دج

(4) مجلس قضاء مستغانم ، 15 ديسمبر 1966 - م.ج. - 1968 - ص 71 .

(5) المحكمة العليا ع.أ.ش - 22 جانفي 1990 - م.ج. - 1992 - 2 - ص 71.

(6) الخطاب - مواهب الجليل - الجزء 4 - دار الطباعة و النشر - مصر - ص 133.

بشبهة ترتبت عليه جميع نتائجه ، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة و تستحق به نفقة القرابة و الإرث ، و طالما أن م 40 ق.أ تنص بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول ، إلا أن م.ش.ج لا يعترف النسب قبل الدخول (1)

المطلب الثاني : الدخول بشبهة.

يثبت نسب المولود من وطء بشبهة إذا جاءت به بين أقل من مدة الحمل و بين أقصاها لتؤكد تولده حينئذ من ذلك الوطاء م 40ق.أ

الفرع 1 : تعريف نكاح الشبهة

و نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص ، و الشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة (2) ، "كالشبهة في الحكم" كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج و نشأ عنه الدخول بالمرأة . "و الشبهة في العقد" كالعقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات و هو ما نص عليه القانون ج. في م 34 ق.أ و " الشبهة في الفعل" كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين له أنها غير زوجته.

الفرع 2 : موقف الفقهاء

و للفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ، ففي بعضها أثبتوا النسب و في بعضها الآخر نفوه ، و مرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول ، فيثور التساؤل إن كان الزواج فاسد أو باطل و ما ينشئ عنه من آثار أخرى غير النسب ، كالعدة ، الصداق ، و حرمة المصاهرة و غير ذلك (3) و هذا ما نص عليه التشريع الإسلامي بأنه الشبهة لا تمحو وصف الجريمة و لا تسقط الحد ، إلا إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نية ، و الأمر موكول إلى تقدير القاضي ، فالجريمة يستحق صاحبها القصاص الشرعي بدون تردد و لا هروب ، و في هذا المطاف ذهب الأحناف إلى القول أنه لا تكون المرأة فراشا عقد و طئها بشبهة ، فإذا ولدت بعد أن وطئت بشبهة لا يثبت نسب ولدها ممن وطأها إلا إذا أدعاه.

(1) المحكمة العليا – 11 ديسمبر 1989 – رقم 56707 غير منشور .

(2) الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي – القاهرة – ط2 – ص454 و ما بعدها

(3) عبد الرحمان الصابوني – الأحوال الشخصية – الجزء 1 – دار الفكر العربي – القاهرة – ص170.

حينئذ يثبت بالإقراره بالفراش بشرط أن لا يصرح الرجل بأن هذا الولد من الزنا.

أما الجعفرية فيرون أن النسب يثبت شرعا بكل ما تتفق به الشبهة ، و لو نفي المشتبه الولد لا ينتفي عنه ، بل يلزم به قهرا عنه ، و إذا كانت الشبهة في المحل أو العقد مع الجهل بالتحريم ، فلا شبهة مع العلم به عندهم و إنما يثبت النسب إذا جاءت بالولد ل 6 أشهر أو لأكثر بحيث لا تزيد عن 9 أشهر منذ الوطء هذا بعد إقراره بالوطء و كذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت إلى الواطئ و قيل له هي زوجتك و لم تكن كذلك (1).

و يذهب مذهب الجعفرية أيضا إلى أنه إذا تزوج الزاني مزنيته الحامل من الزنا ، فحملت ثم ولدت بمضي 6 أشهر منذ تزوجها ، فلا يثبت نسب حملها ، وإن علم أن الحمل سابق على التزويج و إن شك في ذلك ، أو ظن أنها حامل قبل أن يتزوجها يثبت نسبه منه و ليس له نفيه و إن جاءت به أقل من 6 أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا و لم يعلم كذبه و أن الوطء بشبهة سواء أسبقه عقد أو لم يسبق يلحق النسب بالوطء ، إذا توافرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش : بائشترات الدخول الحقيقي و مضي 6 أشهر ما بين الوطء و الولادة ، و لا تزيد عن أكثر مدة الحمل من حين تركها و إلا ثبت نسبه و لا ينتفي بانتفائه و هذا ما ذهب إليه الحنفية (2).

المطلب الثالث : الإقرار و البينة لإثبات النسب

إن دعوى إثبات النسب إما أن تكون دعوى أصلية تهدف أساسا إلى إثباته ذاتيا دون أي نزاع أو خصام صريح حول موضوع محدد و إما أن تكون دعوى تبعية تهدف إلى إثبات النسب من أجل إثبات حق من الحقوق الشرعية و القانونية و في كلتا الحالتين يحتاج الإثبات إلى أدلة حجج قانونية تسهل الوصول إلى حكم نهائي .

و من بين هذه الأدلة المعترف بها قانونا الإقرار و البينة فما المقصود بهما و أين تكمن حجيتهما؟

(1) بدران أبو العينين بدران – حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون – مؤسسة الشباب الجامعية للنشر و التوزيع – الإسكندرية – مصر – ط 1987 – ص 28 .

(2) محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق – ص 809 .

الفرع الأول : تعريف الإقرار و أنواعه .

أ- تعريف الإقرار : الإقرار من إقرار خصم بواقعة أو عمل قانوني مدعى بأي منهما عليه⁽¹⁾

- و هو أيضا : " إقرار شخص بادعاء يوجه لشخص آخر " (2)

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية على أنه : " تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث هذه آثار قانونية " (3) أما الق.م.ج فعرفته م 341 بقولها : " الإقرار هو إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "

أنواع الإقرار :

هناك نوعان من الإقرار : إقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة ، و إقرار في غير الأبوة و البنوة و الأمومة .

1- بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر :

كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أُمي (4) فإن م.ش.ج يشترط لصحته اعتباره شرطين هامين و هما : أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب و أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل و العادة ، و هو ما جاء في م44 ق.أ التي تقول : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "

و عليه يصح إقرار الشخص و لو في مرض الموت بالولد و الوالدين ، إذا كان المقر مجهول النسب و إن صدقه المقر له ، متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم ، و ذلك بان يولد مثل المقر له ، بالبنوة من مثل المقر ، بحيث يكون فارق السن بينهما محتملا لهذه الولادة ، أو أن يولد مثل المقر بالأبوة بمثل المقر له . فمن قال لطفل هذا بني ، و كان سن الطفل 10 سنوات ، و سن المقر 20 سنة ، فلن يعتد بهذا الإقرار ، لأنه لا يعقل أن يولد للإنسان ولد و هو ابن 10 سنوات

و إذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة ، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الإقرار

(1) جرجس جرجس - معجم المصطلحات الفقهية و القانونية - الشركة العالمية للكتاب - بيروت - ط 1997 - ص 95.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الإلتزام بوجه عام - دار الثرات العربي - لبنان الجزء 2 - ط 1982 - ص 482 .

(3) يحي بكوش - أدلة الإثبات في الق.م و الفقه الإسلامي - المؤسسة الوطنية للكتاب - ط 2 - الجزائر - ص 263 .

(4) وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 690.

ببنوته له أيضا ، أو أن تثبت ولادتها له من ذلك الزوج ، لان فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا

بتصديقه أو ببينة⁽¹⁾.

2 – أما بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير :

فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضا ، و يضيف إليها ج شرطا آخر و هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار ، ففي قوله :

هذا أخي ، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك و هذا ما نصت عليه م45ق.أ: "الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأمومة لا سري على غير المقر إلا بتصديقه"
فالإقرار بالأخوة و العمومة ، يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه ، الأب عند الإقرار بالأخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة ، و أن يقيم البيئة على إقراره .

الفرع 2 : تعريف البيئة و حالات ثبوتها

نص م.ش.ج في م 40 ق.أ: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبيئة"

و المراد بالبيئة :الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات و البيئة هي أقوى من الإقرار من حيث الحجية و الإثبات نو يكون بالبيئة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين او رجل و امراتين عدول فإذا تنازع نسب ولد لأكثر من شخص ، فادعى كل منهم انه ابنه فهو ابن من يقيم البيئة الكاملة على دعواه ، و إذا كانت البيئة متعلقة بأصل النسب و هو الإدعاء بالأبوة و البنوة فتكون بصدد حالتين :

1- أنه في حال حياة الأب و الإبن ، و تم خلالها أن سمعت الدعوى مجردة بالنسب و فيها يجري الإثبات بالنسب قصدا .

2- إذا كانت بعد الوفاة فلا تسمح هذه الدعوى لأنها على ميت و هو في حكم الغائب و بالتالي لا يصح القضاء عليه أصلا ، و إذا حصل ذلك يكون تبعا .

- كما أنه إذا ادعى إنسان على شخص آخر بينوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة ، و أنكر المدعي عليه دعواه ، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبيئة و ذلك أساس : "البيئة على من ادعى و اليمين على من أنكر" (2) و حينئذ يثبت من الطرفين لزوما بما عليه من حقوق للطرف الآخر .

(1) المحكمة العليا – ع.أ.ش – 19 ديسمبر 1988 – م ق – 1991 – ج 3 – ص 52.

(2) رواه الترمذي في كتاب الأحكام – الباب 12 – الحديث رقم 1341 – الجزء 3 – ص 626.

و إذ كان المدعي عليه ميتا، ووجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث أو النفقة و هذه الحقوق هي التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي، كون الدعوى مرفوعة ضد الميت م 85 ق.أ.ج.م
3- أما إذا كانت مرتبطة بحق ثابت كالميراث مثلا، فإنها تقبل لأن المقصود هنا ليس النسب بل هو دليل لإثبات الحق المتنازع فيه كما أن الدعوى المتعلقة بالأخوة و العمومة مثلا، فلا تسمع على سبيل الإنفراد، سواءا كان المدعي عليه حيا أو ميتا لأن الأصل في هذه الدعوى هو تعميل النسب على الغير، بمعنى أن النسب لا يثبت إلا إذا أقره الغير أو لا سواء الأب أو الجد.

المبحث الثالث : إثبات النسب بالوسائل العلمية .

تعتبر مسألة إثبات النسب أهم ما يواجهها في الحياة اليومية، خصوصا بعد إنتشار ظاهرة الزنا في المجتمعات المعاصرة، و مع تطور الوسائل التكنولوجية أصبح لثبوت النسب مجال واسع، فظهرت طرف أخرى أكثر عصرة لإثباته، و من بينها التلقيح الاصطناعي الذي يثبت نسب المولود به.

المطلب الأول: تعريف النسب بالتلقيح الاصطناعي

- المقصود بالتلقيح الاصطناعي هو إنجاب الأولاد بغير الطريق الطبيعي أي الجماع، و إنما يكون إنجاب الأولاد بما يعرف بالتلقيح الاصطناعي و هو مشكلة شائكة و خطيرة في آن واحد، تهم الأسرة و المجتمع ككل في الصميم، ففي الميدان العلمي، قضت الحكمة الغلاهيية بان يخلق الإنسان من ماء دافق، يخرج من بين الصلب و الترائب، و طبيعي أن الولد يخلق من ماء الرجل الذي يصب في رحم المرأة، فيختلط به إختلاطا، من نطفة أمشاج بهذا و ذاك أمر الشارع بربط العلاقة بين الرجل و المرأة برابطة مقدسة هي رابطة القران، و بذلك يكون الولد الذي تم إنجابه هو ولد شرعي (1) و هذا ما يؤدي إلى طرح مشكلة التلقيح الإصطناعي الذي يعتبر من الإكتشافات الحديثة في ميدان الطب و الجراحة، فاهتدى الفقهاء بها إلى وضع الأحكام الشرعية و الضوابط التي تحكمها و تحديد الإطار الشرعي الذي يجعلها تتفق مع كليات و أصول و مقاصد الشرع، و كذا مع الأخلاق العلمية، غير أن هذه الممارسات التي ستبعث

(1) تشوار الجبالي - الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية و البيولوجية-ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون - الجزائر - ط 2001 - ص 92.

التطور العلمي في حقل التلقيح الاصطناعي انعكست آثارها على الساحة القانونية لتطرح على رجال القانون بصفة عامة و القضاء بصفة خاصة مجموعة هائلة و معقدة من المشاكل المستجدة ،لذا ظهرت عدة وسائل لتحقيق هذه الغاية ،و من بينها علمية التلقيح و التي يطلق عليها لفظ أطفال الأنابيب و العملية الثانية و التي تتم عن طريق تأجير البطون .

الفرع 1 :التلقيح الاصطناعي عن طريق أطفال الأنابيب .

و هنا يتم التلقيح داخل أنبوب الاختبار الطبي ، و هذه العملية تتمثل في وضع نطفة الزوج و بويضة الزوجة في أنبوب اختبار طبي مع تحقيق علمية التلقيح داخل الأنبوب ،ليتم بعد ذلك نقل البويضة المخصبة إلى الزوجة بعد فترة زمنية لتتمكن من النمو الطبيعي بها (1) ، فبعد تلقح البويضة بمني الزوج داخل الأنبوب تعاد البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة لكي تتابع نموها الطبيعي داخل رحمها ،و نجد هذه الحالة عند النساء التي تستحيل لديهم عملية التلقيح الطبيعي ، فيصعب أن تحمل الزوجة بمجرد الجماع مع زوجها كون بويضة الزوجة لا تتحدد مع النطفة و بالتالي لا تسمح بتلقيحها و هذا ما يدعى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي ،أما التلقيح الاصطناعي الداخلي فيكون لنفس السبب بحيث يتم داخل النطفة الذكرية من الزوج إلى موقعها المناسب في رحم الزوجة مع تحقيق علمية التلقيح داخل رحمها دون الحاجة إلى اللجوء لعملية التلقيح بالأنابيب ، فيكون هنا التلقيح مباشرة داخل رحم الزوجة .

الفرع 2: التلقيح الاصطناعي عن طريق تأجير البطون . " Les mères porteuses "

* في هذه العملية يعتمد فيها على شخص ثالث أجنبي عن الزوجين ، بحيث يتم الاستعانة بامرأة خارجة عن نطاق الزوجية لكي تتكلف بالحمل لصالح الزوجين (2) و هنا نجدها عند النساء التي تعاني من حالة يصعب عليها نمو الجنين في رحمها بشكل طبيعي ، أو قد يسبب له إختناقاً في رحمها مما يدعو ذلك إلى استئجار رحم امرأة أخرى لتقوم بعملية الحمل من أجل هذه الزوجة و تتم هذه العملية بنقل البويضة الملقحة بمني الزوج إلى رحم المرأة المتبرعة لمتابعة الحمل ، و يمكن دور هذه الأخيرة في المحافظة على صحة سيران الحمل إلى غاية الولادة لصالح الزوجين ، بحيث تكون حاملة للجنين المتكون من تلقيح بويضة الزوجة مع نطفة الزوج أي

(1) العربي شحط عبد القادر - الموسوعة القضائية الجزائرية - موسوعة الفكر القانوني - العدد الرابع - الجزائر - ط 2004 - ص

(2) العربي شحط عبد القادر - المرجع السابق - ص 6 و ما بعدها .

أبواه الحقيقيين بعد وضعها في رحمها لمتابعة عملية الحمل ، و بعد ولادتها يتم إرجاع الجنين إلى والديه .
- إلى جانب هذه الوسائل اوجد التطور الطبي وسيلة يعتمد فيها على التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج أو بواسطة إستعمال بويضة مخصبة متبرع بها لإتمام عملية التلقيح ، و عليه فإن التلقيح الاصطناعي يعتبر آخر حل لإنجاب ، بل انه بمثابة إستثناء يرد على القاعدة العامة التي تقتضي بالإنجاب الطبيعي ، خصوصا بعد إقتضاء الأمر لدى بعض الحالات تدخل ثالث أجنبي عن الزوجين ، ليساهم في إتمام العملية سواء كان بمقابل أو عن طريق التبرع .

المطلب الثاني : موقف الشريعة الإسلامية و القانون من النسب بالوسائل العلمية .

تبقى مسألة إثبات النسب من أكثر المسائل تعقيدا كونها متعلقة بأعظم حق للإنسان المتولد عن أعظم رابطة مقدسة و إلهية و الهدف الوحيد من كل هذا الحرص على عدم ضياع الأولاد و الحفاظ على الأنساب (1) فلقد إهتم الفقهاء المسلمين بهذه المسألة و حاولوا أن يعطوا هذا الحق اكبر قدر من العناية و الحماية ، فكنا و لوا هذا الأمر من كل جوانبه محاولين الإلمام بكل أحكامه ، و مع توسع الفكر الإنساني و التطور التكنولوجي وسع من نطاق هذا الحق مما زاد في طرح تساؤلات عديدة و متشابكة ، فكان للفقهاء نظرة سلطة الضوء على حكم الوسائل العلمية في إثبات النسب مفادها وضع شروط تحكم هذا النوع من الإثبات كونه خارج عن النطاق الطبيعي الذي وضعه الخالق عز و جل .

* و الحديث في هذا المطاف يؤدي إلى الأخذ بموقف آخر و هو موقف القانون من هذه القضية ، فكما للشريعة الإسلامية وجهة نظر تخص هذه المسألة فنجد أن القانون كذلك اهتم بها و حاول وضع ضوابط تحكمها استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و تماشيا مع مستجدات الحياة و مقتضياتها إلا أنه لم يتعرض لها بصورة مفصلة ، أو بأحكام مخصصة لها كما فعلت الشريعة الإسلامية و السؤال الذي يطرح نفسه : هو ما موقف كل من الشريعة الإسلامية و القانون في مسألة إثبات النسب بالوسائل العلمية ؟ و هل تعتبر هذه الطريقة منافية لأحكام العقيدة الإسلامية؟ أم أنها مرغوب فيها ؟ و إن كانت كذلك فما الحكم عن كان معمول بها لدى الأطباء؟

الفرع 1 : موقف الشريعة الإسلامية

إن الكشف عن موقف الشريعة الإسلامية من التقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي و التطور و توضيح ما يمكن قبوله و ما يمكن استبعاد منها إنه مما لا شك فيه هو أنه لا يمكن القول بشرعية وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة غلا إذا كانت هذه الوسائل لا تتعارض مع المبادئ الأساسية التي تعتمدها "ش، إس" في إطار كل مجتمع يعتمد الإسلام دينا له ، و إذا حاولنا الإطلاع على هذه المبادئ ، فغنه يمكن حصرها فيما يلي :

1- إحترام العلاقة الزوجية على إعتبار أن علاقة الزواج تعتبر خلية للتواصل بين الأجيال و انه تترتب عليها حقوق و واجبات متبادلة و على ذلك اشترط فقهاء الإسلام توافر الشروط اللازمة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي و التي تتمثل فيما يلي :

أ- أن يتم التلقيح إلا إذا دعت إليه داعية :

يعتبر اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أمر في حد ذاته لا يتفق مع الأحكام الشرعية العامة ، لذلك فهو أمر مرهون بالضرورة أي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا من له ضرورة قصوى ، كعند استحالة وقوع الحمل بالجماع ، فهنا الأمور " تعلل بمصالحها ، و الضرورات تبيح المحضورات"

ب- يخضع لهذه العملية إلا الزوجان :

يشترط الفقه الإسلامي أن يكون كل من الرجل و المرأة محل التلقيح ، مرتبطين برباط قران ، إذ لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض ، فالتلقيح يكون بين الزوجين فقط اللذان تربطهما علاقة شرعية .

2- إقرار النسب بين الزوجين مع تحديد القواعد المبينة لكيفية ثبوته ، و بهذا الخصوص فإنه تجدر الإشارة إلى ان المشرع الإسلامي قد ضبط أحكام النسب بقواعد واضحة و إعتد على مبدأ أساسي و هو " الولد للفراش" و الفراش يقصد به الزوجية ، لان الولد ينسب لأمه بالولادة و لأبيه بالزوجية .⁽¹⁾ و عليه اشترطوا : أن يتم التلقيح بويضة المرأة بماء زوجها : و هنا تخضع عملية التلقيح للقاعدة التي تحكم مسائل النسب على العموم لقوله – صلى الله عليه و سلم -:"الولد للفراش و للعاهر الحجر" .

(1) العربي شحط عبد القادر – المرجع السابق – ص 7 .

- و المراد هو أن الولد لصاحب الفراش ، و السبب في ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح الذي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين لا يسمح بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي لزوجته لقت بويضتها بماء رجل غير زوجها ، و مها يكن من الأمر فمن اللازم في مثل هذه الحالة أن تلقح بويضة المرأة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره تفاديا لاختلاط الأنساب .

الفرع 2 : موقف المشرع الجزائري

* إن م.ش.ج لم يتصد في حقيقة الأمر لعملية التلقيح الاصطناعي و صورته المختلفة بنصوص تشريعية خاصة أو قواعد تنظيمية لها ، غير أن ذلك لا يمنعنا من أن نستكشف موقف م.ش.ج من خلال نص م41 ق.أ.ج بنصها : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " و عليه فغنه طبقا للتشريع الجزائري يبقى الزواج هو الوسيلة الطبيعية الوحيدة لإنجاب ، لأنه وحده أساس النظام الإجتماعي في الجزائر طبقا لأحكام م4 ق.أ. و بالنسبة لجميع الدول العربية الإسلامية . و رغم أنه معمول به لدى الأطباء إلا أنه لا يغير من طبيعة حكمه ، فبالنسبة لعملية "تأجير البطون" هي محرمة و ذلك استدلالا بقوله تعالى: " إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم "(1)

لأن هذه العملية تقوم على أساس تأجير المرأة لبطنها لمتابعة عملية الحمل و هي ليست بصاحبة البويضة و لا بأم الجنين الذي سيتكون في أعشائها .

- أما بالنسبة لأطفال الأنابيب فهي مباحة لان البويضة و النطاف ومعروفان الشخصية ، كما أنهما للزوجان بحيث يعاد رد التلقيح إلى الزوجة مالكة البويضة ، أما إذا وضع التلقيح ببطن امرأة أخرى ، فإنه يثار الإشكال حول مسألة تأجير البطون ، إلا انه تجيزه الشريعة الإسلامية كعلاج للعقم ، و يقتصر التلقيح الصناعي في الأنابيب بين الزوجين ، بحيث يقع التلقيح بين البويضة الزوج و منى زوجها.

الختامة:

إن تحديد البداية لموضوع ما واختيار المنهج الممكن إتباعه في ميداننا لبحث يمكن أن يكون أمرا هينا، ولكن الوصول إلى نتيجة المرجوة، والهدف المتبقي منه يصعب على أي باحث، بحيث يتوقف الأمر على مدى فهم الموضوع وإلمامه بكل حيثياته.

ومع كل هذا فمن خلال دراسة هذا البحث ثم التوصل إلى استنتاجات في تحديد مدى أهمية إثبات النسب في الحياة اليومية، وما يصادف الواقع بمشكلة إلحاق النسب بالأب.

فمبدئيا مسألة إثبات النسب متعلقة بمسألة إثبات العلاقة الزوجية إذ أنه عند رفع دعوة إثبات نسب البنوة فلا بد من إثبات العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة التي نتج عنها الحمل، فهي تعتبر كحجر أساس لإثبات النسب في الشريعة والقانون.

ومما لا شك فيه هو أن الزوجية المطلوبة في إثبات النسب هي الزوجية الصحيحة، ويكون إثباتها في الشريعة الإسلامية بالعقد الصحيح ، وبالخلوة الصحيحة ، أما العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة بطريقة غير شرعية، فهنا تأخذ حكم الزنا بحيث لا ينسب ابن الزنا لأبيه لأن إثبات النسب إلى الم يكون بالولادة وإثباته للأب يكون بالعلاقة الشرعية عن طريق النكاح، أما عن القانون فغنه لكل عقد شروط تحكمه ، وقد جعل المشرع شروطا تحكم عقد الزواج و صنفها إلى قسمين : شروط موضوعية وهي التي نصت عليها م9 و م9مكرر. ا.ج وهي : الرضا ، الولي، الشاهدين والصداق ، وشروط الشكلية تجعل العقد في قالب الرسمية وهي إجراءات إدارية وتنظيمية الواجب على الطرقات إتباعها.

إن رسمية الزواج المبرم يعتبر تسجيل زواجا عرفيا والذي يقصد به الزواج الغير الرسمي والذي توافرت فيه الشروط الموضوعية وأثبتت فيه الشروط الشكلية، وحكمه أنه زواج صحيح ولكن عليه أن يثبت وهذا لمصالححة الزوجة وضمانا لحقوقها، وحفاظا على نسب الأولاد.

وبذلك فإن تحريم الخالق ، عز وجل للزنا وإقامة الحد على مرتكبها هو فقط لتطهير المجتمع من الفسوق والفوضى، واختلاط الأنساب ولصقته بشخصيته خصوصا إذا جاء الولد بطريقة غير شرعية ، فيصبح الولد عبء على أمه، وقد يؤدي بها إلى رميه في قارعة الطريق أو إلى تركه في مكان ما خوفا من العار ، أو في كثير من الحالات إلى انتحار.

والنسب هو أول حق يثبت للولد بعد ولادته، وهو نعمة من نعم الله التي تحفظ للإنسان كرامته، وتدفع عنه الذل و الضياع، كما أنه حق لوالديه، فينسب الولد لأبيه لا لغيره ويبعد عن الأم التهم والبس.

لقد جعل الشارع وسائل يعتمد عليها في إثبات النسب نظرا لتوقع إنكار الأب لنسب الطفل، وهذه الوسائل تختلف بين الشريعة والقانون، فنجد في الشريعة يتوقف إثبات النسب على الشهادة ومدى الحمل ،إما في القانون فيمكن في إثبات قيام العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة من خلال الزواج الصحيح أو الدخول بالشبهة، أو بالإقرار أو البنية.

إن إثبات النسب يمنح للولد ويعطيه حقوقا كالحق في الحضانة والرضاعة و الميراث و النفقة، ومع تطور التكنولوجيا وعصرنه وسائلها، التي اكتشفت وسائل أخرى لإثبات النسب تدعى بالوسائل العلمية، وتتمثل في التلقيح الاصطناعي الذي يكون بطريقتين إما بعملية أطفال أنابيب، أو بعملية تأجير البطن.

ولكن هذا لا يعنى أنه يتم الاستعانة بالوسائل التكنولوجية في انه حال من أحوال، وإنما فقط عند فقدنا نأمل الحمل بالطريق العادي وهو الجماع، فهنا يعتبر بمثابة علاج للعقم ، وفي ظرف آخر غير هذا تكون محرمة ومحظورة.

وفي الخير نأمل أن نكون قد وفقنا بحول الله في إتمام هذا البحث، وقد افدنا واستفدنا لهذا الموضوع ولو بالشيء القليل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين راجيين من المولى جل شأنه وعظم ملكه - النجاح والتوفيق-

وشكرا

المصادر والمراجع

المراجع العامة:

- 1- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم-الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية- الزواج والفرقة وحقوق الأقارب- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط 1999.
- 2- ابن القيم الجزيرة-زاد الميعاد-ج4-مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان.
- 3- ابن رشد الحفيد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد -ج1 دار الفكر-لبنان.
- 4- أحمد العنتور-الأموال الشخصية-بدون دار الطبع.
- 5- أحمد فراج حسين-أحكام الزواج الشريعة السلامية- دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية – مصر-ط1997.
- 6- أحمد محمد خليل-عقد الزواج العرفي-الزواج الصحيح و الزواج الباطل –الناشر- منشأة المعارف بلا سكندرية-جلال حزي وشركاهه - ط2002.
- 7- الإمام محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة –دار الطباعة والنشر بيروت –ط1987.
- 8- الإمام موفق الدين ابن قدامى –الأحوال الشخصية –دار الكتاب العربية –مصر ط 1972.
- 9- الإمام محمد أبو زهرة –الأحوال الشخصية –دار الفكر العربي- القاهرة –ط2.
- 10- العربي شحط عبد القادر –الموسوعة القضائية الجزائرية – موسوعة الفكر القانوني- العدد الرابع-الجزائر-ط2004.
- 11- العلاقة اللغوية لشيخ أحمد رضا –معجم مثن اللغة- موسوعة لغوية عربية-المجلد الخامس- دار مكتبة الحياة-بيروت-ط1960.
- 12- العلامة اللغوية مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أجدى –القاموس المحيط –مؤسسة الرسالة –بيروت لبنان-ط6.

- 13- بالحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول(الزواج والطلاق)
ديوان المطبوعات الجامعية- الساحة المركزية- بن عكنون-الجزائر-ط4- سنة2005.
- 14- بالحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الثاني (الميراث
والوصية)-ديوان المطبوعات الجامعية-بن عكنون- الجزائر-ط2004.
- 15- بالحاج العربي –الحماية الاجتماعية للأسرة في القانون الجزائري- جريدة المساء- مجلة
الشرطة –الجزائر.
- 16- السيد السابق-فقه السنة-المجلد الثاني-دار الفتح للإعلام العربي- المكتبة العصرية-
بيروت-ط2001.
- 17- عبد الحميد جزار-فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام –دار الشهاب للطباعة والنشر
عمار قرفي- باتنة-طلسنة1985.
- 18- عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الإلزام بوجه عام –لبنات
–ط1982.
- 19- عبد المجيد محمود مطلوب-الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية –المختار للنشر و التوزيع
القاهرة-طلسنة2004.
- 20- عبد الرحمان الصابوني-الأحوال الشخصية-ج1-دار الفكر العربي –القاهرة.
- 21- عبد العزيز عامر- الأحوال الشخصية-ج1-دار الطباعة والنشر- الجزائر.
- 22- عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – دار هومة للطباعة
والنشر- الجزائر-ط3-لسنة1996.
- 23- عبد الفتاح تقيّة- مباحث في القانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ-وأحكام الفقه
الإسلامي-دار هومة للطباعة والنشر-الجزائر-ط1999_2000.
- 24- عباس محمود العقاد –الفلسفة القرآنية- مكتبة رحاب الجزائر-مطبعة المعارف.

25- فيضل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري-في الزواج والطلاق-ج1 المؤسسة الوطنية

للكتاب- الجزائر-ط1999.

26- محمد مصطفى شلبي-أحكام الأسرة في الإسلام-دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية

والمذهب الجعفري والقانون- الدار الجامعية للطباعة والنشر- بيروت -ط4 لسنة 1983.

27- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته- الأحوال الشخصية-ج7-دار الفكر للطباعة دمشق

-ط2-لسنة 1985.

المراجع الخاصة:

- 1- أحمد نصر الجندي الحضانة والنفقات في المشرع والقانون – دار الكتاب القانونية-مصر-ط. 2004.
- 2- بدران أبو العينين بدران-حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون-مؤسسة الشهاب الجامعية للطباعة والنشر-81 إسكندرية-ط.1987
- 3- تشوار الجيلالي –الزواج والطلاق اتجاها لاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية- ديوان المطبوعات الجامعية –بن عكنون- الجزائر-ط. 2001.
- 4- رمضان على السيد الشرنياصي –أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية- القسم الثاني –الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد-دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية.
- 5- محمد كمال الدين إمام- الزواج في الفقه الإسلامي –دراسة شرعية وفقهية-الدار الجامعية الجديدة للنشر –إسكندرية –ط.1998
- 6- عبد الكريم زيدان –المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة إسلامية مؤسسة الرسالة-ج10-بيروت-ط3.

النصوص القانونية و المجالات القضائية

النصوص القانونية:

- 1 القانون رقم 84-المؤرخ في يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 2 الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11.

المجالات القضائية:

- 1 المجلة القضائية – المحكمة العليا – ع أ ش 1984/09/24 - ملف رقم 34438-غير منشور.
- 2 المجلة القضائية لسنة 1968. المحكمة العليا-غ.أ.ش 1985/02/62.
- 3 المجلة القضائية لسنة 1990-المحكمة العليا-غ.أ.ش 1984/12/03.
- 4 المجلة القضائية لسنة 1991- ج3-المحكمة العليا-غ.أ.ش 1988/12/19.
- 5 المجلة القضائية لسنة 1992-ج2-المحكمة العليا-إ.أ.ش 1990/01/22.

المصادر:

- 1 القرآن الكريم.
- 2 سنن أبو داود-تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد-ج2/283-دار الفكر.
- 3 صحيح بن حيان –شيخ شعيب 81 رتازوط-ج9-مؤسسة الرسالة-بيروت-ط2.
- 4 صحيح الترمذي-كتاب الأحكام –البلى 12-ج3-الحديث رقم 1341.
- 5 صحيح مسلم –تحقيق فؤاد عبد الباقي-ج2-دار أحباء التراث العربي-بيروت.
- 6 أنضر الإنترنت: الزواج العرفي.
- 7 أنضر الإنترنت: شروط إثبات النسب.
- 8 أنضر الإنترنت: دور الشهادة في إثبات النسب.

أ	البسمة	-
ب	إهداء	-
ج	تشكرات	-
د	مختصرات	-
	مقدمة	-
02	✓ تعريف النسب	
03	✓ أهمية النسب	
05	✓ التطور التاريخي للنسب	
07	- الفصل الأول: قيام العلاقة الزوجية كأساس لإثبات النسب بين الشريعة والقانون	
12	المبحث الأول: قيام العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية	
13	1- المطلب الأول: مفهوم العقد الصحيح	
	الفرع الأول: تعريف العقد الصحيح	
14	- الفرق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد	
14	الفرع الثاني: موقف الفقهاء من العقد الصحيح	
14	- اختلاف الفقهاء حول مسألة العقد الصحيح	
15		
15	2- المطلب الثاني: مفهوم الخلوة الصحيحة	
	الفرع الأول: تعريف الخلوة الصحيحة	
16	الفرع الثاني: آثار الخلوة الصحيحة	
16		
16	3- المطلب الثالث: حكم الزنا في الشريعة الإسلامية	
	الفرع الأول: الحكمة من تحريم الزنا	
17	- الأمراض الناجمة عن الزنا	
18	الفرع الثاني: - حكم الزنا والقيط	
18	- نسب ابن الزنا	

19 - حكم اللقيط
19	
20المبحث الثاني: قيام العلاقة الزوجية في القانون
1-المطلب الأول: أركان عقد الزواج
21 الفرع الأول: الشروط الموضوعية
21 - ركن الرضا
22 - الأهلية
23 - الولاية
24 - الشاهدين
24 - الصداق
24 الفرع الثاني: الشروط الشكلية
24 - الإجراءات الإدارية و التنظيمية
25	
25 2 - المطلب الثاني: مفهوم الزواج العرفي
 الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي
26 - سبب تسمية الزواج العرفي
27 الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي
27	
28	
 الفصل الثاني: وسائل إثبات النسب بين الشريعة و القانون
المبحث الأول: لإثبات النسب في الشريعة الإسلامية
301- المطلب الأول: الشهادة للإثبات النسب
31 الفرع الأول: شهادة الشهود
32 الفرع الثاني: الشهادة بالقيافة
32 - حكمها من الناحية الشرعية

33 - حكمها من الناحية الواقعية
33	
33 2- المطلب الثاني:مدة الحمل لإثبات النسب
 الفرع الأول:المدة الأدنى للحمل
33 - المدة متفق عليها
33 - دليل ثبوتها
33 الفرع الثاني : المدة القصوى للحمل
33	
34 3- المطلب الثالث:آثار النسب في الشريعة الإسلامية
 الفرع الأول: الحضانة
34 - تعريف الحضانة
35 - أصحاب الحق في الحضانة
35 - شروط وصلاحيه الحضانة
36 - مدة الحضانة
37 الفرع الثاني: الميراث
38 - تعريف الميراث
39 - اعتبار الميراث كحق من الحقوق المترتبة عن النسب
39 الفرع الثالث:الرضاعة
39 - تعريف الرضاعة
40 - دليل ثبوتها
41	
42 الفرع الرابع: النفقة
 - تعريف النفقة
43 - شروط وجوب النفقة
43	
44 المبحث الثاني:إثبات النسب في القانون
 1- المطلب الأول:العلاقة الشرعية بين الرجل و المرأة

45الفرع الأول: تعريف الزواج الصحيح.
46شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح.
46الفرع الثاني: تعريف الزواج الفاسد.
47- دليل ثبوته.
48	
482- المطلب الثاني: الدخول بشبهة.
الفرع الأول: تعريف النكاح الشبهة.
49الفرع الثاني: موقف الفقهاء من النكاح الشبهة.
49	
493- المطلب الثالث: الأقرار والبيئة لإثبات الشبهة.
الفرع الأول:- تعريف الإقرار وأنواعه.
50- الإقرار المتعلق بنفس المقر.
51- الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير.
51الفرع الثاني:- تعريف البيئة وحالة ثبوتها.
52-حجة البيئة في لإثبات.
52- صورة البيئة وحالات ثبوتها.
52	
52المبحث الثالث: لإثبات النسب بالوسائل العلمية.
1 - المطلب الأول:-تعريف النسب بالتلقيح الإصطناعي.
53الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي عن طريق أطفال الأنابيب.
53الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي عن طريق تأجير البتون.
542- المطلب الثاني: موقف القانون والشريعة الإسلامية من النسب بالوسائل العلمية.
54الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية.
55-الشروط الواجب توافرها لأجراء عملية التلقيح الاصطناعي.
56الفرع الثاني:موقف القانون.
56-الرأي الراجح في هذه المسألة.
57الخاتمة.

57المصادر و المراجع
59- المراجع العامة
62- المراجع الخاصة
63- النصوص القانونية و المجالات القضائية
63- المصادر
65الفهرس