

المقدمة:

الزواج من أنبل و أقدس الروابط التي مجدها جل ثناؤه و تقدست أسماؤه فرفع من شأنه و أقام بجلاله الأديان و جعل به بقاء الحيوان و عمر به البلاد و كثر به العباد و أبان عن جلال محله، فقال تعالى في محكم تنزيله: ﴿ و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة ﴾⁽¹⁾، ومصداقا لذلك يعتبر الزواج من أنبل الروابط التي تجمع بين الرجل و المرأة في أقصى حدود التوازن في الطبائع و الغرائز البشرية، و على أساس ذلك لا يمكن تصور علاقة أخرى خلافا للرابطة المقدسة المبنية على العقد الشرعي يقول تعالى: ﴿ و الذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم ﴾⁽²⁾، إذ يعتبر عقد القران السبيل الشرعي الوحيد الذي يمكن أن يجمع بينهما و يكفل لكل منهما حياة كريمة أساسها المودة و الرحمة و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب و الأعراض ، غير أن هذا القران لا يرتب أي أثر من هذه الآثار ما لم تحترم شروط انعقاده المقررة شرعا و قانونا ، و من هذه الشروط المقررة شرعا ما جاء في كتب الفقه فينقده وفقا لذلك عقد الزواج بتوافر الشروط و الأركان التالية : الركن الأول وجود الزوجين خاليين من الموانع التي تمنع صحة النكاح، و الركن الثاني حصول الإيجاب الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، الركن الثالث: حصول القبول، أما شروط الصحة فقد وردت كالاتي: الشرط الأول تعيين كل من الزوجين، الشرط الثاني رضا كل من الزوجين، الشرط الثالث أن يعقد على المرأة وليها (لا نكاح أبا بولي)، الشرط الرابع الشهادة على عقد النكاح، و المشرع الجزائري باعتبار أنه استقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية نص بدوره على هذه الشروط فجعل عقد الزواج ينعقد بركن وحيد ألا و هو الرضا ، و هو ما جاء في نص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري : " ينعقد بتبادل رضا الزوجين".

و نصت المادة 9 مكرر عن شروط صحة العقد : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط

التالية :

- أهلية الزواج .

- الصداق

- الولي .

- الشاهدان .

- انعدام الموانع الشرعية للزواج" .

و نظم ما ينبثق عن هذه العلاقة من أولاد و كيفية ثبوت نسبهم في الفصل الخامس بعنوان النسب خصص له المواد من 40 إلى 46 ، و عنه قال طائفة المفسرين السلف : " ما تساءلون به" قالوا تتعاهدون به و تتعاقدون و هو كما قالوا لأن كل واحد من العقود إما عقد بيع أو نكاح أو غير ذلك ثم

(1) القرآن الكريم : سورة الروم ، الآية رقم : 21.

(2) القرآن الكريم : سورة المعارج، الآية رقم : 29-30.

قالوا الأيام و العهود: هما جماع الأسباب التي بين بني آدم ، فإن الأسباب التي بينهم إما تكون بفعل الله أو بفعلهم، فالأول "الأرحام" و الثاني "العهود"، و لهذا جمع الله بينهم في موضع قوله : " لا يرقبون في مؤمن إلا و لا ذمة " ، فالال تعني القرابة و الرحم و أما الذمة فهي العهد و الميثاق ، فالسبب الذي بين العبد و ربه غير السبب الذي بين الفرد و أبوين ، لأن أصل مادته منهما و له مادة غيرهما و الله هو خالقه و مصوره، فلذلك حق النسب و القرابة قرره سبحانه و تعالى و مما تبث عن قول رسول الله : " الرحم شعبة من الرحمن " ، و من ذلك خلق سبحانه و تعالى الوجود البشري فجعل ذوي النسب هم الآباء والأمهات و الأبناء ... ، و ذو المصاهرة هم الأقرباء فكان النسب سببا في تكوين العشائر و القبائل والشعوب و الأمم و به وحده يرتبط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه برباط السلالة ، فيلحق الولد بابيه متى ثبت ذلك فيبنى عليه بذلك الميراث و تنتج عنه موانع الزواج، أما متى ثبت أن الولد لا ينتمي إلى الرجل فإنه لا يبنى على النسب هنا شيء إطلاقا مما سبق، و بذلك كان النسب الطريق الذي يبعد العار و به تثبت حقوق الأولاد و تستمر حياتهم، و باعتبار أن للنسب أهمية كبيرة عني الشارع بها عناية كبيرة ، فشرع لهم من الحقوق ما يكفل سعادتهم و يحفظهم من الانحلال و الفساد ، و ما يهيئهم لحياة صالحة لعمارة هذا الكون الذي أراد الله عمارته على الوقت المقدر في علمه تعالى فشرع سبحانه و تعالى لهم أحكاما لثبوت النسب فقال في محكم تنزيله: ﴿ و هو الذي خلق من الماء بشرا ، فجعله نسبا و صهرا ﴾ ، فخالقت بذلك رابطة النسب و المصاهرة ليجد الأولاد في ظلالها من العطف و الرحمة والحنان ما يكفل تربيتهم ، حيث اقتضت حكمته أن يحيط هذه الرابطة القوية ذات الأثر البعيد في كيان المجتمع كله بجملة من الأحكام تحفظها من الفساد و الفناء و تكفل لها الخير و للبشرية كلها، و لقد كان النسب في الجاهلية قبل الإسلام يقوم على الفراش و الولادة و الادعاء و التبني فيولد الولد على فراش الزوجية أو ملك فينسب إلى صاحبه و يولد الولد من سفاح فيدعيه رجل و يقول أصبت أمه و هو يشبهني فيكون له ، و يولد الولد لأبيه و أمه فيتبناه رجل و يستلحقه فيكون له و ينسب إليه، و يكون لديه كالابن الصلبي على السواء ، حتى جاء الإسلام فسار في علاجه إلى أن قضى عليه و أبطل حكمه، حيث أبطل أن يكون الزنا و العهر طريقا لثبوت النسب و أقر أحكاما رادعة لكل من يرتكب هذه الفاحشة الميينة .

يعد النسب من أهم مواضيع العصر خصوصا في المجتمعات الإسلامية بعدما فسدت أخلاقها و انحلت عن دينها و كان رسول الله صلى الله عليه و سلم أول من قضى في موضوع النسب في حادثة ابن مسعود عن حديث عائشة رضي الله عنها ، لكن الاشكال الذي يتبلور في فكرة إثبات النسب بصفة عامة هو أنه ما هي القواعد المحددة لثبوت النسب في القانون الجزائري ؟ و هل يجوز تقديم وسيلة إثبات عن أخرى أم يجب مراعاة ترتيب ورودها ؟، إذ أن الجدير بالذكر أن تطور العلم في مجال الأبحاث البيولوجية له دور فعال في مدى ثبوت النسب من عدمه في العصر الحديث خصوصا أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي في المادة 40 من قانون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات

النسب، إلا أن الأمر هنا لا يخلو من التعقيدات لأن المشرع بمواكبته للتطور العلمي فتح أبواب التناقض بدلا من أن يحسم النزاع مما يستدعينا إلى التساؤل ماذا قصد المشرع بالطرق العلمية؟ و ما هو تفسيره لمعنى الطرق العلمية الحديثة من خلال الحجية و سلطات القاضي في تقديرها؟ و لما حملته التعديل الجديد على قانون الأسرة في مجال النسب وقع اختيارنا على هذا الموضوع لما وجدنا فيه من تشويق و متعة في البحث تارة بين الشريعة و تارة بين العلوم البيولوجية، وثانيا لأن موضوع النسب هام جدا في حياة البشر و هو عماد الأمم و الحضارات فعلى الأقل تقدير أن يعرف كل منا عن هذه النعمة، و هذا ما حولنا تقديمه في بحثنا هذا باعتباره موضوعا كان موضع خلاف بين بعض التشريعات الإسلامية ارتأينا أن ندعم بحثنا ببعض التشريعات المقارنة هي الكافل بذلك معتمدين بذلك على المنهج التحليلي تارة و المنهج المقارن تارة أخرى لأنه من دعائم البحث العلمي و دراسة الأفكار و استنباطها و تحليلها تحليلا شاملا مانعا للجهالة استبعادا لمجرد الوصف، كما أن المقارنة أيضا بدورها تغني البحث و تثريه كيف لا كما، و باعتبار المنهج المقارن و المنهج التحليلي هما الأصلح لموضوعنا اخترناهما لدراستنا معتمدين على خطة ثنائية و متوازنة، إذ قسمنا الموضوع إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول الذي جاء عنوانه كالتالي: ماهية النسب وأسباب ثبوته الذي قسمناه إلى مبحثين جاء في المبحث الأول ماهية النسب، في المطلب الأول منه تناولنا مفهوم النسب وفي المطلب الثاني أنواع النسب و حالاته و في المطلب الثالث أهمية النسب و عناية الشرع، أما المبحث الثاني فكان بعنوان أسباب ثبوت النسب الذي قسمناه بدوره إلى ثلاث مطالب جاء في المطلب الأول ثبوت النسب بالزواج الصحيح، و تعرضنا في المطلب الثاني إلى ثبوت النسب من الزواج الفاسد و عالجنا في المطلب الثالث ثبوت النسب عند الوطاء بشبهة، و تناولنا في الفصل الثاني طرق إثبات النسب ونفيه في المبحث الأول عالجنا طرق إثبات النسب الذي قسمناه إلى مطالب ثلاث، عرضنا في المطلب الأول طريقة إثبات النسب بالفراش و تعرضنا في المطلب الثاني إلى الاقرار والبينة ودورهما في إثبات النسب وفي المطلب الثالث دور الطرق العلمية في إثبات النسب، وجاء في المبحث الثاني من الفصل الثاني بعنوان طرق نفي النسب إذ قسمناه بدوره إلى ثلاث مطالب حاولنا في المطلب الأول معالجة نفي النسب باللعان وفي المطلب الثاني نفي النسب بالطرق العلمية القطعية، وفي المطلب الثالث الطرق العلمية الظنية باعتبارها وسيلة لنفي النسب.

الفصل الأول: ماهية النسب واثبات ثبوته

خلق الله تعالى الإنسان وكرّمه على كثير من المخلوقات وجعل له أسباب تحافظ على حياته بأن جعل لكل إنسان على وجه الخليقة دعائم تحافظ على استمرار وجوده ومن أهمها الزواج باعتباره الطريق الأحسن والأوحد للحفاظ على نفس الإنسان وكرامته إذ قال جلّ وعلى في محكم تنزيله ﴿ هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا ﴾⁽¹⁾ ، و من أهم الآثار التي تترتب عن الزواج هو عادة إنجاب أولاد، غير أن هؤلاء الأولاد ليس من السهل دائما ثبوت نسبهم من أبيهم و هذا عكس ما إذا كان نسب الولد إلى أمه بسبب الحمل المرئي و الولادة المعلومة فيغض النظر إذا كان المولود شرعيا ناتجا عن زواج أو ولد زنا، فإنه مهما يكن يثبت نسبه من والدته فبمجيء الإسلام تنورت حياة البشرية وتطهّرت المجتمعات من الظلمات التي كانت تتخبط فيها، ومن أخطر الظواهر الاجتماعية التي كانت شائعة عند العرب هي التبني و قد تبني النبي صلى الله عليه و سلم زيد ابن حارثة قبل النبوة وكان يدعى "زيد بن محمد" إلى أن انزل قوله تعالى: ﴿ ما جعل ادعياءكم أبنائكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آبائهم، فأخوانكم في الدين ومواليكم ﴾⁽²⁾، فالعدل يقضي بأن ينسب الأبناء إلى آبائهم الحقيقيين وحرّم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه لما في ذلك من مفسدة فقال صلى الله عليه و سلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست في الله في شيء و لن يدخلها جنّته"، كما جاء في نفس الحديث القدسي أنه يجب على الآباء أن لا يجحدوا آبائهم، لذلك من حق الأولاد أن يثبت نسبهم إلى آبائهم لقوله صلى الله عليه و سلم : " أيّما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه ، احتجب الله منه و فضحه على رؤوس الأولين يوم القيامة" ⁽³⁾ ، و الحكم نفسه على كلّ من يدّع الانتساب إلى غير أبيه فقال صلى الله عليه و سلم : " من ادّعى إلى غير أبيه و هو يعلم فالجنة عليه حرام" ⁽⁴⁾ رواه أحمد و البخاري و ابن ماجه و مسلم و هو صحيح.

و ثبوت النسب من الآثار الهامة المترتبة عن الزواج باعتبار أنّ قانون الأسرة الجزائري لا يعترف سوى بالأطفال من زواج شرعي و هذا ما نصت عليه المادة 40 قانون الأسرة الجزائري: " يثبت النسب بالزواج الصحيح بالإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول، طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"، و تضيف المادة 41 من نفس القانون على أنّه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة". و باستقراء المادتين فإن أسباب ثبوت النسب بالزوجية سواء كان بالزواج الصحيح أو الفاسد أو نكاح الشبهة متى تحقق إمكانية الاتصال بين الزوجين و عدم نفي الولد بالطرق المشروعة و من هنا تقتضي قواعد البحث أن نتعرض

(1) القرآن الكريم: سورة الفرقان ، الآية رقم: 54.

(2) القرآن الكريم: سورة الأحزاب ، الآية رقم: 4-5.

(3) الشيخ: محمد ناصر الدين الألباني. مختصر صحيح الإمام البخاري، بيروت دمشق، مكتب الإسلامي ، الطبعة الخامسة، 1986 ، الصفحة: 25.

(4) الشيخ: محمد ناصر الدين الألباني. مختصر صحيح الإمام البخاري، الصفحة : 284، المرجع نفسه.

في هذا الفصل تحت عنوان أسباب ثبوت النسب الذي قسمناه إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول : ماهية النسب

المبحث الثاني : أسباب ثبوت النسب .

و ذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: ماهية النسب

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ، و يرتبط به أفرادها برباط دائم هو الصلة التي تقوم على أساس وحدة الدم ، فالولد جزء من أبيه و الأب بعض من ولده و رابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا ينفصم إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة و ذابت الصلات بينها ، و لما بقي أثر من الحنان و العطف و الرحمة بين أفرادها فقال سبحانه و تعالى : ﴿ هو الذي خلق من الماء بشرا ، فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا ﴾⁽¹⁾ و رعاية النسب أحد مقاصد الشريعة الخمسة ، فالعدل يقضي و الحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لأن الفرد الغريب عن الأسرة ذكرا كان أم أنثى لا ينسجم معها قطعا لا في خلق و لا في دين⁽²⁾ ، و تبعا لذلك سنتعرض في هذا المبحث إلى ماهية النسب مع التعرّيج على أهم الحالات التي تدفع بنا إلى اللجوء إلى القضاء من أجل إثبات النسب مع تبيان القيمة و الأهمية للنسب في حياة الأفراد لأن المجتمع أثبت أن الفرد بدون هوية بدون مستقبل .

و من هنا قسمنا المبحث إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : ماهية النسب

المطلب الثاني : أنواع النسب و حالاته

المطلب الثالث : أهمية النسب و عناية الشرع و القانون به .

و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : مفهوم النسب

علم الأنساب هو علم نتعرف به على أصولنا و جذورنا و لقد عرفه العرب في الجاهلية حيث كانوا يهتمون بضبطه و معرفته لأنه أحد أسباب الألفة و التناصر لدى حافظوا على أنسابهم ليتظاهروا بها على خصومهم و يتآزروا بها على من عاداهم فنتصروا بذلك ، و لأن النسب رابطة سامية لم تتركها الشريعة عرضة للعواطف و الأهواء و أحاطتها بعناية كبيرة ، و تعرض له القانون بالحماية و الحرص لما له من مقاصد اجتماعية و إنسانية و دينية .

(1) القرآن الكريم : سورة الفرقان ، الآية رقم: 54.

(2) الدكتور: وهبة الزحلي . الفقه الإسلامي و أدلته ، دمشق ، دار الفكر ، الطبعة الأولى، 1984 ، الجزء العاشر، الصفحة : 4246 و 6247.

الفرع الأول: تذلول النسب لغة وأصطلاحاً

النسب أقوى دعائم الوجود فمنه جعل الله تعالى ذوي الأرحام و ذوي المصاهرة لذلك وجب علينا تحديد مدلوله لغة، ثم شرعاً ثم اصطلاحاً، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: **التعريف اللغوي** : النسب يعني القرابة و سميت القرابة نسبا لما بينهما من صلة و اتصال وأصله من قولهم نَسَبْتُه إلى أبيه نسبا و من باب طلب بمعنى : عزوته إليه و انتسب إليه اعترى .
النسب: هي القرابة و هي اعتقاد المواصلة على وجه مخصوص و هي تعني القرابة و المصاهرة جمع أنساب قال تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ (1) .

النسب واحد الأنساب و (النَّسْبَةُ) بكسر النون و ضمها مثله و رجل (نَسَابَةٌ) أي عالم بالأنساب والهاء للمبالغة في المدح و فلان (يُنَاسِبُ) فلانا فهو (نَسِيبُهُ) أي قريبه و بينهما (مُنَاسَبَةٌ) أي مُشَاكَلَةٌ (2)
و النَّسَبُ مشتق من الاسم : النَّسْبَةُ بكسر النون ، قال ابن السكيت : يكون من قِبَل الأب و من قِبَل الأم و قال بعض أهل اللُّغة هو في الآباء خاصة على اعتبار أنّ المرء ينتسب إلى أبيه فقط و لا ينسب إلى أمّه إلاّ في حالات استثنائية ، و قد استعمل النسب و هو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة فيقال : بينهما قرابة ، أي نسب و جمعه أنساب و قال الأصفهاني النَّسَبُ و النَّسْبَةُ : اشتراك من جهة أحد الأبوين و ذلك ضربان : نسب بالطول ، كالاشتراك من الآباء و الأبناء و نسب بالعرض كالنَّسْبَةُ بين بني الإخوة ، و بني الأعمام (3) و هو ما يعبر عنه المشرع الجزائري بالقرابة المباشرة وقرابة حواشي ، و قال فؤاد افرام البستاني عن معنى النَّسَبِ نَسَبَ ، نَسَبًا ، نَسْبَةً : يعني وصفه و ذكر نسبه ، سأله أن ينسب إليه ، نسبة إلى فلان عزاه ، نَاسَبَ ، مُنَاسَبَةً : ماثله و شاكله ولأئمه يعني شاركه في النسب و كان قريبه تنسَّب : الرجل إليك و ادّعى أنّه من نسبك ، تناسبا : تماثلا (تناسب القوم إلى أحسابهم) انتسب الرَّجُلُ أظهر نسبه ، ذكر نسبه إلى أبيه : اعترى و النسب مصدر القرابة جمع أنساب نسبة، و النَّسْبَةُ القرابة الإيقاع التعلق و الارتباط بين الشَّيئين ، التماثل بين علاقات الأشياء أو الكميات يقال مثلا نسبة 50% مقابل 70% و يقال بالنسبة إلى كذا : أي بالنظر إليه والقياس عليه و النَّسَبُ مصدر المُنَاسَب : القريب جمع أنساب و نُسَبَاءُ : كشريف شرفاء ، النَّسَابُ جمع نَسَابُونَ و النَّسَابَةُ جمع النَّسَابَات : العالم بالأنساب.

الأنسب: اسم تفضيل و يقال هذا الشعر أنسب من ذلك، المُنَاسِبُ "فاعل": القريب المشاكل.

المنسوب : مفعول فيقال شعر منسوب فيه نسيب ، حظ منسوب ، ذو قاعدة جمع مناسب (4).

(1) القرآن الكريم : سورة الفرقان ، الآية رقم: 54.

(2) مذكرة تخرّج لنيل شهادة ليسانس ، طرق إثبات النسب بين الشريعة و القانون من إعداد الطالبين : 1- حشيفة بلقاسم، 2- دريسي عبد الحكيم لسنة 2006-2007 الصفحة 02.

(3) الدكتور : عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في النسب و الجناية ، المملكة العربية السعودية ، مكتبة الرياض الحديثة ، بدون طبعة ، بدون تاريخ طبعة ، الصفحة: 06.

(4) الاستاذ : فؤاد افرام البستان . منجد الطلاب ، بيروت لبنان ، دار المشرق ، الطبعة الرابعة و العشرون ، بدون تاريخ الطبعة ، الصفحة: 789.

وقيل النسبة تعني التهذيب و يكون إلى البلاد فنقول : فلان بغدادي و يكون إلى الآباء فنقول ابن فلان ، و يكون في الصناعة فنقول محل فلان و قد اضطر الشاعر فأسكن السين أنشد ابن الأعرابي :

يا عمرو يا ابن الأكرمين نسبا
قد نحب المجد عليك نجبا⁽¹⁾

ثانيا : تعريف النسب شرعا :

عرف بأنه علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع البشري الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعهم و حواشيه و رباط السلالة هو السبب في تكوين الأسرة ثم العشائر و القبائل و الشعوب و الأمم.

إذا النسب الشرعي هو إلحاق الولد بأبيه دينا و قانونا و حضارة و بني عليه الميراث و ينتج عنه موانع الزواج و يترتب عليه حقوق و واجبات أبوية و أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا⁽²⁾.

ثالثا : التعريف الاصطلاحي

اكتفي الفقه بتعريف النسب بمعناه العام المستفاد من معناه في اللغة و هو مطلق القرابة بين شخصين ، دون أن يقف على تعريفه الشرعي ، و هو الذي يفيد صحة ثبوت النسب لشخص ما ، أو عدم ثبوته له و من تلك التعريفات العامة تعريف العلامة البكري بقوله " هو القرابة و المراد بها الرحم و هي لفظ يشمل كل من بينك و بينه قرابة ، قربت أو بعدت كانت من جهة الأب أو من جهة الأم ⁽³⁾ .

و قد عرفه صاحب العذب الفاضل بالقرابة أيضا ثم قال: " و هي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في الولادة قريبة أو بعيدة كانت ، و قد حاول الفقه المعاصر تعريف النسب بمعناه الاصطلاحي الخاص ، و هو القرابة من جهة الأب باعتبار أن الإنسان إنما ينسب لأبيه فقط فقد قيل في تعريفه أيضا: "حالة حكمية إضافية بين شخص و آخر ، من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي ، أو ملك صحيح ، ثابتين ، أو مشبهين الثابت الذي يكون الحمل من مائه "⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مدلول النسب في قانون الأسرة الجزائري

بعد التعريف الاصطلاحي و الفقهي ننتقل إلى مدلول النسب في قانون الأسرة الجزائري بحيث عرفه المشرع المغربي في المادة 150 " النسب لحمة شرعية بين الأب و ولده تنتقل من السلف إلى الخلف " و هذا تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة و المشرع بذلك اعتبر تلك الصلة التي تربط بين الابن بشخص معين هي عماد النسب⁽⁵⁾، فكيف يا ترى عرفه المشرع الجزائري ؟

(1) الامام : جمال الدين ابن المنظور الأنصاري . لسان العرب ، لبنان، منشورات دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، المجلد الأول ، 2003 ، الصفحة: 88.

(2) مذكرة اثبات النسب و تأثير التعديل الجديد عليها بالطرق العلمية الحديثة ، الجزائر العاصمة، من إعداد الطالب القاضي : زرقط سفيان ، دفعة 14، الصفحة: 13.

(3) الدكتور : محمد بن عمر البكري الشافعي . حاشية البكري على شرح الرحيبة ، دمشق ، دار القلم ، الطبعة الثالثة ، 1406 هـ - 1986 م ، الصفحة: 32.

(4) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت ، طباعة ذات السلاسل ، الطبعة الثانية ، الصفحة: 14.

(5) الأستاذ : محمد الأزهر . شرح مدونة الأسرة المغربية، المغرب، مطبعة دار النشر المغربية ، 2006 ، بدون عدد الطبعة، الصفحة : 364.

١٨١ - ويقصد بالنسب في الأضطلاح القانوني : هو رابطة الدم التي تربط الولد بوالديه و أن النسب أول حق يثبت للولد بعد انفصاله عن أمه لأنه محل النسب الذي لا يأتي إلا بعد مخالطة جنسية بين أبيه و أمه ، و حمل أمه نتيجة تلك المخالطة و النسب حق الولد يدفع به عن نفسه الذل و الضياع، كما أنه حق بوالديه يحفظ به الأب ولده أن ينسب إلى غيره و تدفع به الأم عن نفسها العار و التهم (1) . و لذلك اعتنى المشرع الجزائري بنسب الأولاد و إلحاقهم بأبيهم ، لأن النسب يعتبر من أهم حقوق الأولاد ، بل إنه يتصدرها و هذا ما تجسد في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10 أشهر) من تاريخ الانفصال أو الوفاة " ، و أيضا المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري في قولها : " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " (2) .

إن النسب هو رابطة سامية وصله عظيمة و هو على جانب كبير من الخطورة لذا لم يدعه المشرع خاضع للعواطف و الأهواء يهبه لمن يشاء و يمنعه عن من يشاء ، لذا نظم المشرع في قواعد قانونية صارمة لمنع اختلاط الأنساب و ورد ذلك في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : " أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر " ، و ذلك حفظا على الأنساب من الفساد و الاضطراب بغية إرساء قواعد البيئة على أساس سليم ، و ضمان أسرة سوية تقوم على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها و لولاه لتفككت الأسرة و ذابت أوصل الصلة بينها .

النسب حق للولد لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه بكونه ولد الزنا ، و لأن ثبوت نسبه ينتج للولد حقوقا منها: حق النفقة ، الرضاعة ، الحضانة و حق الميراث و غير ذلك من الحقوق التي يمنحها القانون و نظمها في نصوص خاصة تكفل له الحماية (3) .

و قبل أن يتصف هذا الإلحاق بأنه صفة أخرى فهو إحقاق للحق و إبطال للباطل ، كونه إثبات لواقعة لقاء جنسي بين ذكر و أنثى ، كان سببا في هذا الإنتاج من جهة ، و رفع للظلم الذي يتعرض له الطفل بشيء يجهل نسبه ، و لم يفعل ما يجلب ظلم الظالمين من جهة ثانية .

(1) الدكتور: بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، الطبعة الأولى، 1999 ، الصفحة : 188 .

(2) مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ، طرق إثبات النسب بين الشريعة و القانون، سنة 2006-2007 ، الصفحة : 04، المرجع السابق.

(3) الدكتور : بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الزواج و الطلاق ، الصفحة 188، المرجع أعلاه.

المطلب الثاني: أنواع النسب و حالاته

تثور موضوعات النسب في حالات عديدة ، فنسب المولود إذا كان في زواج صحيح مع تحقق إمكانية الإنجاب و الاتصال ليس في كل الحالات يثبت النسب من هذه الحالات لكن قد يثور تنازع حول طفل فُقد في الحرب فلمن يثبت نسبه ؟ كون أبويه توفيا في الحرب مثلا ، و قد يحدث أن يتشابه الأطفال في الحاضنات الزجاجية أو يحدث غلط في الطفل فينسب إلى غير أبويه ، كما يحدث نفس الأمر في حالة لم يعرف نسب الطفل مطلقا، و كذلك هو الحال بالنسبة لنسب اللقيط و حالات التقاطه و الأمر نفسه بالنسبة للمتبنّي .

الفرع الأول: نسب اللقيط

هو كل طفل وجد متروكا في الطريق أو في مكان عام جهل أبواه بوجه بالعموم و يدعى لقيطا، وله في الشريعة الإسلامية أحكام خاصة فيشترط في من يكفل برعايته مثلا عدم ادعائه ابنا صلبيا و لا يجوز لهذا اللقيط أن يأخذ شيئا من ميراث كافله إلا على سبيل الوصية ، فلا بد من معرفة الإرث كالزوجية و القرابة و بدرجة القرابة حتى يتأتى لعالم الإرث بقسمة الميراث⁽¹⁾، و هذا ما نتعرض إليه في هذا الفرع .

أولا: تعريف اللقيط : اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع في الطريق ضالا ولا يُعرف نسبه، ويقال أيضا هو من الفعل لقط و يطلق على الشخص الذي وجد في الأرض دون أن يعرف له أهل فهو مجهول النسب و قد يكون هو المولود الذي نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو لأي سبب آخر ومجهول النسب ادعى ضائع لا كافل له كما لا يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه كونه صبيا أو مجنونا .

حكم التقاطه : التقاطه فرض من فروض الكفاية كغيره من كل شيء ضائع لا كافل له لأن في تركه ضياعه ، و يحكم باسلامه متى وجد في بلاد مسلمين .

من أولى بالتقاطه ؟ الذي يجده هو الأولى بحضانته إذا كان حر عدلا أمينا رشيدا و عليه أن يقوم بتربيته و تعليمه ، روى سعيد بن منصور في سننه أن سنين بن جميلة قال : وجدت ملقوفا فأتيت به عمر بن الخطاب فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح فقال عمر: أكذلك هو ؟ قال: نعم، قال اذهب به، و هو حر ولك ولاءه (أي لك ولايته و حضانته) و علينا نفقته و في لفظ آخر : علينا رضاعه فإن كان في يد فاسق أو مبذر أخذ منه و تولى الحاكم أمره و تربيته .

النفقة عليه: ينفق عليه من ماله إن وجد معه مال فإن لم يوجد معه مال ، فنفقته من بيت مال المسلمين ، إن لم يتيسر فعلى من علم بحاله أن ينفق عليه، لأن ذلك إنقاذ له من الهلاك و لا يرجع على بيت المال ، إلا إذا كان القاضي أذن له بالنفقة عليه، فان لم يكن أذن له كانت نفقته تبرعا .

(1) الشيخ: محمد علي الصابوني. المواريث في الشريعة الاسلامية، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999، بدون عدد الطبعة، الصفحة: 39.

ميراث اللقيط : إذا مات اللقيط وترك ميراثاً ولم يخلف وارثاً كان ميراثه لبيت المال و كذلك ديته تكون لبيت المال، إذ قتل و ليس لملتقطه حق ميراثه (1) لأن أسباب الإرث التي يرث الشخص بموجبها: القرابة الحقيقية (رابطة النسب) و هي الوالدان و الأخوة و الأعمام و غيرهم، و يمكن أن نقول بإيجاز : الوالدان ، الأولاد و من انتسب إليهم (2).

و باعتبار أن اللقيط ما لم يترك وريثاً فإن بيت المال من مراتب الورثة إذا لم يوجد من يرث في الدرجة و الرتبة توضع التركة في الخزانة العامة لمصلحة المسلمين (3).

ادعاء نسبه : و من ادعى نسبه من ذكر أو أنثى ألحق به متى كان وجوده ممكناً لما فيه من مصلحة اللقيط دون ضرر يلحق بغيره و حينئذ يثبت نسبه و ارثه لمدعيه .

فإن ادعاه أكثر من واحد ثبت نسبه لمن أقام البينة على دعواه فإن لم يكن لهم بينة أو أقامها كل واحد منهم عرض على القافة الذين يعرفون الأنساب بالشبه، و متى حكم بنسبه قائف واحد أخذ بحكمه متى كان مكلفاً ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة ، فعن عائشة رضي الله عنها قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه و سلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجزوا المدعي نظر أنفاً إلي زيد و أسامة و قد خطيا رؤوسهما و بدعا أقدامهما قال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فإن لم يتيسر ذلك فافتروا بينهم فمن خرجت قرعته كان له ، و قالت الحنفية : لا يعمل بالقائف ولا القرعة، بل لو تساوى جماعة في ولد و كان مشتركاً بينهم ورث كل منهم كابن كامل و ورثوه جميعاً كأب واحد (4)

يثبت نسب اللقيط من ادعى نسبه منه بدون الحاجة إلى بينة سواء أكان المدعى أم غيره و إن ادعت امرأة أنها أم اللقيط فإنه يثبت نسبه منها بالدعوة إن كانت غير ذات زوج و لا معتدة أما إذا كانت ذات زوج و لا معتدة أما إذا كانت ذات زوج أو معتدة فيشترط لثبوت نبه منها تصديق الزوج أو إقامة البينة .

موقف المشرع الجزائري من اللقيط: النظام المتبع في الجزائر أنه من وجد لقيطاً يسلمه إلى رجال الشرطة و هؤلاء بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء و ذلك للعناية به و تربيته و يتعين طبقاً للمادة 67 من قانون الحالة المدنية على شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه ، و يعاقب بالحبس من لم يبلغ عن طفل حديث العهد بالولادة إذ وجده و لم يسلمه إلى ضابط الحالة .

يمكن قانوناً للشخص الذي كفل في إطار الكفالة ولد قاصر أو مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد و لفائدته، و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي وعندما تكون أم الولد حية و معلومة ينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب (1).

(1) الأستاذ: السيد سابق . فقه السنة ، المجلد الثالث، دار الجبل ، بيروت ، فتح للاعلام العربي القاهرة ، 1990 ، الصفحة :246.

(2) الشيخ: محمد علي الصابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية ، الصفحة : 39، المرجع السابق.

(3) الشيخ: محمد علي الصابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية ، الصفحة : 38، المرجع السابق.

(4) الأستاذ: السيد سابق ، فقد السنة ، الصفحة : 247، نفس المرجع أعلاه.

(1) الدكتور بلحاج العربي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، صفحة 202-203 ، المرجع السابق .

الفرع الثاني: نسب المتبني

المشرع الجزائري في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري حرم التبني شرعا و قانونا. يعتبر التبني باطلا و لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية، والتبني هو الجزاء أو التنزيل منزلة الولد و لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية ، والتبني يكون لمجهول النسب ومعلومه و هذا كان شائعا في الجزيرة العربية في الجاهلية و كما قلنا سابقا فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة فأصبح يدعى زيد بن محمد حتى نزلت آية تحريم التبني فتخلى صلى الله عليه وسلم عن تبنيه و عاد إلى نسب أبيه ومن ثم أصبح التبني محرما ، لأن المتبني أصلا غريب عن الأسرة غير مَحْرَمٍ على الزوجة و البنات ثم إنه يتقل كاهل الأقارب بالواجبات المادية و المعنوية، و قد يعمد الرجل صاحب المال إلى التبني لمزاحمة وريثته من ميراثه الشرعي في حالة موته و التبني يكون مجهول النسب و معلومه و قد أبطله الإسلام و حرمه و هكذا فإنه لا يثبت النسب بالتبني مصداقا لقوله تعالى: " ادعهم إلى إبانهم هو اقسط عند الله" و لو كان الولد المتبني مجهول النسب و التبني هو أن يدعي الرجل أو المرأة بنوة ولد معروف أو مجهول النسب ، و هذا الادعاء لا يثبت به النسب و لا يترتب عليه أي حق من الحقوق التي تترتب على النسب ، كالحقوق الثابتة بين الآباء و الأبناء ، وحتى إن انزله منزلة الولد لا يثبت به النسب و لا يرث و تجري عليه أحكام الوصية (2) .

الفرع الثالث: حالات أخرى للنسب

متابعة لما قدمناه في الفروع السابقة سنتعرض في هذا الفرع إلى صور أخرى للنسب هي الأخرى تطرح إشكالا في مجال النسب ، و منها حالة ضياع الأطفال بسبب الحوادث و الكوارث ، و كذا اشتباههم في المستشفيات ، و هذا ما حاولنا معالجته في هذا الفرع.

أولا: النزاع حول مجهول النسب :

مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء أكان التنازع عليه سواء بانتفاء الأدلة أو تساويها (3) أو كان بسبب وطء شبيهة أو نحوه (4) ، و جاء في المنشور الوزاري المشترك لوزير الداخلية و الجماعات المحلية و وزير الحماية الاجتماعية و وزير العدل بخصوص الحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين .

المرجع: تطبيق المادة 64 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية .
 . يجعل القانون من اسم العائلة حق أساسيا يرتبط بالشخص الطبيعي نفسه، وهذا فإن المادة 28 من

(2) الأستاذ: محمد الأزهر . شرح مدونة الأسرة المغربية، الصفحة: 362، المرجع السابق

(3) الأستاذ: يحيى بن شرف النووي . تحقيق عادل عبد الموجود و علي معوض ، بيروت ، دار الكتاب العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة 1992 ، الصفحة: 506.

(4) الدكتور : عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية ، الصفحة 38 ، المرجع السابق .

القانون المدني تنص على أنه "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر. ولقب الشخص يلحق اولاده".

و فيما يتعلق بالأطفال الذين عثروا عليهم والأطفال المولودين من أبوين مجهولين تنص المادة 64 الفقرة 4 من المر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلقة بالحالة المدنية على انه يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه السماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي له .

إن الغرض من الأحكام السالفة الذكر يكمن في إمكانية إدماج هؤلاء الأطفال بالسلك الاجتماعي، غير أن تطبيق هذا الحكم قد تجسد من الناحية العملية في منح الأطفال الذكور سلسلة خاصة من الأسماء الخاصة بالذكور يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة له، و في منح الأطفال الإناث سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم .

و بالتالي فإن استعمال اسم أنثى كلقب عائلي بالنسبة للأطفال الإناث يدل على ظروف ولادتهم وعلى وضعيتهن و ذلك سواء بالنسبة للأطفال أنفسهم أو بالنسبة للمجتمع، إن الرغبة في تطبيق الصارم لروح القانون الذي يرمي إلى تشجيع إدماج هؤلاء الأطفال ضمن المجتمع و في ضمان تطبيقه المحكم على الجميع تستدعي توضيح تطبيق شروط المادة 64 التي تمنح ضابط الحالة المدنية في حالة عدم وجود المصرح المنصوص عليه في المادة 62 من منح الأسماء للأطفال الذين عثروا عليهم ولأطفال المولودين من أبوين مجهولين، و لهذا الغرض فإنه يتطلب من السادة ضباط الحالة المدنية السهر على أن يكون آخر اسم هو الاسم الذي سوف يتخذ كلقب عائلي اسم ذكر حتما بما فيه الأطفال الإناث، وبالطبع يطبق هذا الحكم عندما يكون منح الاسم من طرف ضابط الحالة المدنية نفسه أو عندما يكون من قبل المصرح المذكور في المادتين 64/62 من الأمر المذكور سالفاً والتي تنصان على ما يلي :

المادة 62: يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم أو الأطباء أو القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت عنده "

المادة 64: يعطي ضابط الحالة المدنية الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء.

و هذا سوف لا يخفى على السادة ضباط الحالة المدنية أن حظوظ الطفل في إدماج أحسن ضمن المجتمع تتوقف على مدى ملائم اختيار الاسم .

- فهم مكلفون بالسهر على التطبيق الصارم لأحكام هذا الموشور ⁽¹⁾.

حرر بالجزائر 17 فبراير 1987، المنشور 17 01 1987

ثانيا : حالات اشتباه المواليد في المستشفيات

(1) مدونة النصوص التشريعية و التنظيمية الخاصة بالاحداث ، 2004 ، الصفحة: 170-171.

إِذَا تَمَّتِ الْوَلَاةُ فِي الْمُسْتَشْفَى فَإِنَّهُ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ إِذَا وَلَدَ الْوَلَدُ ضَعِيفًا فَإِنَّهُ يُوَدَّعُ فِي الْحَاضِنَةِ الزَّجَاجِيَّةِ الْمَخْصُصَةِ لِرِعَايَةِ الْأَطْفَالِ تَحْتَ إِشْرَافِ أَطْبَاءٍ وَ مَرْضِيَّينَ مِنْ أَجْلِ نَمُوِّ أَسْرَعٍ لِلطِّفْلِ أَوْ فَقْطَ مِنْ أَجْلِ رِعَايَتِهِ وَ هَذَا قَدْ يُوْدِّي أَنْ يَخْطَأَ الْأَطْبَاءُ فِي الطِّفْلِ الَّذِي يَنْتَمِي إِلَى عَائِلَةٍ مَعِينَةٍ فَيَنْسَبُ بِالْخَطَأِ إِلَى أَبِيئِهِ غَيْرِ أَنْ هَذِهِ الْحَالَةُ نَادِرَةٌ الْحَدُوثِ فِي أَغْلَبِ الْأَحْيَانِ فَإِذَا أَخْطَأَ الطَّبِيبُ مِثْلًا لَا يُمْكِنُ لِلْأُمِّ أَنْ تَخْطَأَ فِي مَعْرِفَةِ طِفْلِهَا حَتَّى وَ لَوْ تَشَابَهَهُ مَعَ بَاقِيِ أَطْفَالِ الْحَاضِنَةِ ، كَمَا أَنَّ الْمَشْكَلَةَ أَيْضًا قَدْ تَثَوَّرَ فِي حَالَةِ أَطْفَالِ الْأَنْبَابِيِّ بِحَيْثُ أَنَّ الْبُيُوضَةَ تَسْتَأْصِلُ مِنْ رَحْمِ الْأُمِّ بَغِيَّةً تَلْقِيحًا خَارِجِيًّا بِمَنْيِ الزَّوْجِ إِلَّا أَنَّهَا تَحْدُثُ وَ لِسَبَبٍ مَا كَالْخَطَأِ مِثْلًا أَنْ يَقُومَ الطَّبِيبُ بِإِهْمَالِ مَنْهُ تَلْقِيحِ بُيُوضَةِ زَوْجَةٍ بِمَنْيِ زَوْجٍ أَعْجَبِيٍّ عِنْدَهَا ، وَ قَدْ يَخْطَأُ فِي الْبُيُوضَةِ الَّتِي تَمَّ تَلْقِيحُهَا وَ تَوْضَعُ فِي رَحْمِ الْأُمِّ غَيْرِ الْأُمِّ صَاحِبَةِ الْبُيُوضَةِ ، فَهِيَ أَيْضًا مَشْكَلَةٌ يَثَوَّرُ فِيهَا النِّسْبَ ، وَ قَدْ يَلْجَأُ الْقَاضِيُّ فِي حَالَةِ طَرَحِ نِزَاعِ مِمَّا تَلَّ الْجُوءَ إِلَى الطَّرِيقِ الْعِلْمِيَّةِ الْحَدِيثَةِ لِإِثْبَاتِ النِّسْبِ .

ثالثا : حالة ضياع الأطفال بسبب الحوادث و الكوارث

حالات الأطفال الذين تخلفهم الحرب و الكوارث مجهولي النسب كثيرة بالرغم من كونهم نتاج زواج صحيح غير أن هلاك أوليائهم و عدم قدرتهم على إثبات نسبهم تجعلهم في حالة نسب غير معروف و في بعض الأحيان نسب غير محدد تقريبا فالحروب أو الكوارث غالبا ما تخلف أطفالا ناجين لا يعرف نسبهم فإذا لم يوجد كفيل بهؤلاء و لم يعلن أقربائهم أو أوليائهم عن ضياعهم فمن وجدهم عليه تسليمهم إلى ضابط الحالة المدنية الذي يلتزم بدوره بتسليمهم إلى دور الرعاية والحضانة، وتثور أيضا هذه الحالة عندما يتعذر معرفة أهليهم وكذا وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب أو غيرها (1) فإذا ظهر والداه الحقيقيان حق لهما استرجاعه، غير أنه يمكن لشخص أن يأخذ طفلا مجهول أو معلوم الوالدين و يلحقه به و يتكفل به على سبيل الكفالة فلا حرج في ذلك ، فإذا لم تكن له رغبته في ذلك فيسلمه إلى الضابط مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه (2)

المطلب الثالث: أهمية النسب و سبب عناية الشرع و القانون به

حرص الإسلام على أن ينسب الولد إلى أبيه و ذلك ليَجْعَلَ النِّسْبَ يَتَبَلُورُ فِي دَائِرَةِ الْأُسْرَةِ الَّتِي تَقُومُ عَلَى الْعَقْدِ فَتَحْفَظُ بِهَا الْأَنْسَابَ ، وَ بِالتَّالِيِ يَكُونُ الشَّارِعُ قَدْ شَدَّدَ الْخِنَاقَ فِي مَسْأَلَةِ النِّسْبِ وَنَصَّ عَلَى إِبْطَالِ الطَّرِيقِ الْغَيْرِ مَشْرُوعَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ تَبْنِيِ وَ إِحَاقِ الْأَوْلَادِ عَنِ طَرِيقِ الْفَاحِشَةِ وَمَا هَذَا سِوَى تَأْكِيدٍ عَلَى أَنَّ لِلنِّسْبِ أَمِّيَّةً كَبِيرَةً فِي حَيَاةِ الْبَشَرِ أَيْنَمَا كَانُوا وَ أَيْنَمَا ذَهَبُوا وَ لَعَلَّ هَذَا سَبَبٌ مِنْ إِحْدَى الْأَسْبَابِ الَّتِي جَعَلَتْ الْمَشْرِعَ يُعْطِي لِلنِّسْبِ أَمِّيَّةً كَبِيرَةً غَيْرَ أَنَّ التَّشْرِيعَاتِ اللَّاهِيَّةَ كَانَتْ هِيَ السِّبَاقَةَ مِنْذُ الْأَزْلِ فِي تَنْظِيمِ أَنْسَابِ الْأَفْرَادِ مِنْذُ الْخَلِيقَةِ وَ يَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى عَهْدِ أَبِيْنَا آدَمَ .

الفرع الأول: أهمية النسب

(1) الدكتور: عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية، الصفحة: 38، المرجع السابق .
(2) الدكتور: عبد العزيز سعد . الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، دار هومة للطباعة و النشر ، الطبعة الثالثة ، 1996 ، الصفحة: 221.

أهمية النسب من أهم السبل التي تحقق حاجة روحية فيها قدر عال من الأهمية في الحياة البشرية باعتبار أن الأبناء هم همزة وصل بين الأجيال.

أولاً : النسب امتداد حضاري

الآباء في أغلب الأوقات يفنون أعمارهم في العمل معتقدين بل و جازمين أحياناً أن الأبناء سيواصلون الانجازات و المشروعات التي بدأها الآباء ، و الشيء نفسه بالنسبة للفروع إذ هم دائماً وغالبا ما يكونون فخورين بانتصارات و بطولات أجدادهم و أسلافهم و تأخذهم العزة بالبناء الحضاري الذي هو ثمرة جهود أصولهم (1).

و هكذا يحيا و يعيش الفرع عمرا حضاريا يبدأ من وجود أسلافه يمتد إلى أبنائه و أحفاده من بعده تتكون ما تسمى بالحلقة الحضارية .

وأشار الشارع الحكيم عن أمور كثيرة لم ندرك في جل الأحيان حقيقة تشريعها أو المقصود منها و لكن الزمن كفيل بالكشف عنها ، فمادام الإنسان موجودا ما زال يكشف عن إعجاز القرآن وعظمته فسنة الله في خلقه ، أن شرع الزواج كطريقة لتنازل البشر و تكاثرهم على وجه البسيطة فسبحان الله و تعالى بقدرته و جلاله حيث قال سبحانه : ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بث فيها رجالا كثيرا و نساء ﴾ (2) ، فالإنسان يعيش متوسط عمر لا يزيد عن ستون سنة و لكنه بوجود أسلافه و أبنائه و من هم بعدهم يحس أن عمره التاريخي أكثر من خمسة عشرة قرنا و لهذا فيقال أن عمر الشعوب يقاس بالعمر الحضاري لا بالعمر الزمني (3).

فالسلسلة الحضارية للإنسان لا تكون إلا بالنسب باعتبار أن مجهول النسب و العقيم لا يمكنه الشعور بوجود امتداد حضاري له إما باعتبار أن حلقة من السلسلة فقدت أو لم تكن موجودة أساسا .

ثانيا : النسب حفظ للكرامة البشرية

لاشك أن الزواج هو استقرار و حياة سعيدة يملؤها المودة والرحمة ففي ظلها يحظى الأولاد بالكرامة الإنسانية و السعادة النفسية (4) لأن الطبيعة البشرية تأبى القبح و الضياع و تتمسك بالصفاء ولا يكون ذلك إلا بالزواج الذي يوصلنا لهذا الغرض والنسب هو من يرفع الظلم و العار عن الولد من جهة و أمه من جهة أخرى ، و هو الطريقة المثلى للحفاظ على مجتمع سليم و صافي تسوده الكرامة و الثقة منعا لاستغلال النعمة التي شرعها الله لعباده و حتى لا تتحول النعمة إلى ضيق و حرج تدفع بالفرد إلى الانتحار عند شعوره بأنه عار على نفسه و وجوده عار على غيره ، و لا تفوتنا في هذا الصدد قصة السيدة مريم بنت عمران عليها السلام التي فضلت الموت على أن تلد بدون أن يمسسها بشر

(1) الأستاذ : فضيل سعد . شرح قانون الأسرة الجزائري ، (الزواج و الطلاق) ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1999 ، بدون طبعة ، الصفحة : 210.

(2) القرآن الكريم : سورة النساء ، الآية رقم : 01.

(3) الأستاذ : عبد الحميد حزاز . فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام ، الجزائر ، دار الشهاب للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، سنة 1985 ، الصفحة : 21.

(4) الأستاذ : محمود ابن الجميل . أزواج الاسلامي السعيد من الكتاب و السنة ، طبعة خاصة بالجزائر ، دار الامام مالك ، الطبعة الأولى ، 2002 ، الصفحة : 69.

كإحساس بالذنب والفضيحة التي ترفضها كل الأديان و كل الطبائع البشرية النبيلة و لكنها بعدما عرفت أنها حبلت بأشرف و أعظم البشر سيدنا عيسى عليه السلام اطمئن قلبها و سكن فؤادها .⁽¹⁾

ثالثا : النسب رحمة للعباد و نعمة إلهية

النسب نعمة إلهية و حفاظا على هذه النعمة سدّ الشرع كل طريق يعكر صفو هذه النعمة فأبطل إلحاق الأولاد بالأباء عن طريق الفاحشة و حرم التبني الذي ما زال معروفا و قائما ، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي و التونسي⁽²⁾ فالتخلص من الطرق الغير مشروعة هو استبعاد الشك و الفرص للمجتمع ، فمن علم نسبه ادعى إليه و إن لم يعلم ادعى بالإخوة في الدين لقوله تعالى: ﴿ ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله، فان لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ﴾⁽³⁾.

و قد جعلت الشريعة أمر إنكار نسب الأولاد أمر صعبا و لا يدرك ذلك إلا لحكمته ذلك أن إنكار الأب لولده ضياع له و مهانة و اتهام لأمه في أعز ما تملك و هو عرضها و يتضح من ذلك قوله صلى الله عليه و سلم: " أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجبه الله عنه "⁽⁴⁾ .

و الأمر سيان بالنسبة للمرأة التي ترتكب فاحشة و تنسب إلى زوجها ولد و هي تعلم أنه ليس منه ، تطبيقا لنفس المبدأ و هو نشر الحرمة في المجتمع و تطهيره مما يدنسه من شكوك و اختلاط الأنساب لما فيه من فساد و همجية، و في هذا الصدد قال النبي صلى الله عليه و سلم: " أيما امرأة أحذلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فهي شيء، " ⁽⁵⁾ .

إن الأسرة الصالحة و البيت الصالح هو اللبنة الصغيرة في بناء المجتمع و بصلاح اللبنة يصلح المجتمع و العكس بالعكس ، فإن كل فساد ظهر في المجتمع و انتشر إنما كان مصدره تلك اللبنة الصغيرة التي تخلى أصحابها عن إصلاحها و القيام بما عليهم فيها⁽⁶⁾. فإذا كنا نمثل نحن هذا الجيل الحرص أن ننقل إلى أولادنا كل خير عرفناه و كل صالح عملناه و علينا أن لا نجعل تفريطنا سببا في تفريط أبنائنا من بعدنا بل أن نكون لهم أئمة في الهدى .

الفرع الثاني : عناية الشرع و القانون بالنسب

تختلف حقوق الطفل بتطور سنين عمره فإن وسائل حماية هذه الحقوق تختلف أيضا باختلاف مجالات علاقاته التي تفرضها نشأته ، و كذلك العلاقات التي يحددها أي فعل أو تصرف لها و قد تناثرت وسائل الحماية له فكانت قانونية و شرعية بحيث اختلفت بين مختلف القوانين و التشريعات حسب طبيعة كل منها و انتمائها .

(1) مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، طرق إثبات النسب بين الشريعة و القانون ، دفعة 2006-2007، الصفحة : 08، المرجع السابق .

(2) الأستاذ: محمد محدة الخطبة الزواج و الطلاق مدعمة بالقراءات و الأحكام القضائية ، الجزء الأول ، مطابع عمار قرفي ، الطبعة الثانية ،

الصفحة: 414-415.

(3) القرآن الكريم : الأحزاب ، الأيتين رقم : 04 و 05.

(4) الشيخ: شعيب الارنازوط. صحيح بن حبان ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ النشر، الصفحة: 418.

(5) الأستاذ: معوض عبد التواب . موسوعة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، دار الوفاء المنصورة ، الصفحة : 562.

(6) الأستاذ: محمود بن الجميل . تحفة العروس الزواج الإسلامي السعيد في الإسلام من الكتاب و السنة ، الصفحة : 09 و 10 ، المرجع السابق .

أولاً: عناية الشرع بالنسب

أولت الشرعية الإسلامية النسب مزيد من العناية و أحاطته ببالغ الرعاية و لا أدل على ذلك جعله من طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على حفظها و رعايتها ، و أن من أجلى مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى قال في محكم تنزيله إقرار بعظمة النسب بعد بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلنا منكم شعوبا و قبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم ﴾ (1) لا يتحقق معرفة الشعوب و القبائل إلا بمعرفة الأنساب و حفظها، و من أجل هذه العبرة السامية عني الإسلام أيما عناية بتنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة ضمانا لسلامة الأنساب ، فحرم الإسلام كل اتصال جنسي يتم على غير الأصول الشرعية حفاظا على ما يترتب على هذا الاتصال من آثار و ما ينتج عنه من أولاد و أبطل جميع أنواع العلاقات التي تعرفت عليها بعض الأمم التي انحرفت عن شرائع الله السوية و لم يبيح الإسلام سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتبرة أو بملك اليمين و الثابت و لذا قال عز و جل : ﴿ و الدين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت إيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾ (2)

و من مظاهر العناية التي أولاها الشرع للنسب أنه شدد النكير بتوجهه إلى الآباء و الأمهات بتهديدات في حالة ما قدموا على إنكار انساب أولادهم الثابت و يتبرؤون منهم أو حين ينسبون إلى أنفسهم أولادا ليسوا منهم فقال صلى الله عليه و سلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم ... و لن يدخلها الجنة و أيما رجل جحد و لده... و فضحه على رؤوس الخلائق" (3).

و حرم الانتساب إلى غير الآباء حيث قال عليه الصلاة و السلام في معرض التقدير من ذلك و بيان الوعيد الشديد لفاعله: "من ادعى إلى غير أبيه و هو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" (4)، و أبطل الإسلام التبني لما يترتب عنه من مفسد كثيرة لكون المتبني ابنا مزورا و في الحقيقة و الواقع هو عنصرا غريبا عن الأسرة ، إضافة إلى أنه لا ينسجم مع أخلاقها و لا يحل له أن يتطلع إلى محارمها أو أن يشاركها في حقوقها، و نظرا لإحساسه بأنه أجنبي عنها سواء كان المتبني معروف النسب أو مجهولا إلا أن الإسلام يلحق المجهول بمن ادعاه بمجرد الدعوى و قد اتفق المشرع مع هذا الحكم واتخذة قاعدة قانونية .

ثانيا : عناية القانون بالنسب

اهتم المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الإسلامية بالنسب و ضرورة إلحاق ولد بأبيه قانونا و ديننا ، لأن الهدف الأسمى الذي يرمي إليه الإسلام من الحياة الزوجية هم الأولاد باعتبارهم اللبنة التي يقوم عليها الوجود البشري و لقد نظمه في المواد من 40 إلى غاية 45 من قانون الأسرة الجزائري ، فيتبع

(1) القرآن الكريم: سورة الحجرات ، الآية رقم :13.

(2) القرآن الكريم : سورة المؤمنون ، الآية رقم: 05-06.

(3) رواه ابو داود في سننه، الجزء الثاني، الصفحة : 279 و النسائي في سننه، الجزء 6 ، الصفحة: 179.

(4) الشيخ : ناصر الدين الألباني . مختصر صحيح البخاري، الجزء الرابع ، الصفحة 170، المرجع السابق.

الولد بأبيه في القانون و الدين و الحضارة و ينسب عليه الميراث و ينتج عنه المانع الشرعي للزواج و يترتب عليه حقوق و واجبات أبوية و بنوية لذلك أحاطه المشرع بعناية كبيرة و ذلك يتجلى من قوله في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة "، باعتبار أن النسب الغير شرعي لا يرتب شيئا من ذلك إطلاقا و يثبت نسبه لأمه مادام ولدها و ما كانت عناية المشرع بالنسب إلى تعبيراً عن انتمائه الإسلامي و ترسيخاً لمبادئه في تشريعه الداخلي باعتبار أن الأسرة تقوم على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين الأفراد، كما يذكر أن المشرع الجزائري عناية منه اعتبر التبني محرماً شرعاً و قانوناً من خلال المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

المبحث الثاني : أسباب ثبوت النسب

السبيل الشرعي و الوحيد لتكوين أسرة و المحافظة على الأنساب هو الزواج لذا ضبطته الشريعة السمحاء بأحكام ثابتة و حرصت على أن ينسب الولد لأبيه كلما أمكن ذلك تبعاً للحالات ، فالأمر هنا لا يخلو من التعقيد كون أنه كلما تم الزواج حسب ما أمرت به المادة 09 من قانون الاسرة الجزائري بقولها : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "، بالإضافة إلى توفر شروط صحة كانت بذلك دعامة النسب قوية و الصلة حتمية في معظم الأوقات ، فمن علمت أمه و علم أبوه ، فإن نسبه لأبيه يكون الأكثر ترجيحاً

(1) الدكتور: بلحاج العربي . شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول ، الصفحة: 188- 189 ، المرجع السابق .

ما دام وُلدَ الطفلُ في المدة المعلومّة و المفقّدة بعد الزواج أو العدة أو الوفاة والولد لأبيه ما دام لم ينفه بالطرق الشرعية وفي هذا أحكام خاصة سنتعرض لها بالتفصيل، كما أن النسب يثبت متى كان الزواج صحيحاً و شرعياً غير أنه أفسده نقص شرط من شروط الصحة المذكورة في المادة 9 مكرر (1) من قانون الأسرة فيكون الزواج فاسداً و النسب ثابتاً ، و يثبت أيضاً إذا تزوج رجل من امرأة يظن أنها تحل له فينجبان أولاد و بعد ذلك يكتشفان أن هناك حرمة بينهما ففي هذه الحالة مراعاة لهؤلاء الأطفال و لمصلحتهم يعترف بنسب الأطفال، فالزوجية إذاً السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة، فهو حق للأولاد سواء كان الزواج صحيحاً أو فاسداً أو بشبهة متى التقت أسباب النشوء مع إمكانية الاتصال بين الزوجين و لم ينفي النسب بالطرق المشروعة (2)، و من هنا قسمنا هذا المبحث إلى :

المطلب الأول: ثبوت النسب من الزواج الصحيح

المطلب الثاني : سبب ثبوت انساب من الزواج للفاسد

المطلب الثالث: ثبوت النسب عند الوطء بشبهة

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

الزواج في الحقيقة تنظيم لصلات أفراد المجتمع يجسد التوافق بين جنسين مختلفين باعتبار أن القانون و الشرع لا يسمحان في بلادنا إلا بالزواج الذي يتم بين رجل و امرأة بحيث ينتج عن هذه العلاقة الشرعية إنجاب يؤدي بدوره إلى تكاثر النوع البشري و استمرار الوجود الإنساني وهذه العلاقة و الأسرة لا تنشأ إلا في إطار عقد شرعي استوفى أركانه و شروطه ، فيعتبر العقد الصحيح بذلك هو السبب الشرعي لثبوت نسب الأطفال أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين سواء من طلاق أو وفاة (3) و المقصود بعقد الزوج الصحيح هو ذلك العقد الذي استوفى جميع أركانه و شروطه الأساسية على الوجه القانوني و الشرعي معا (4).

الفرع الأول : نسب المولود عند قيام الزوجية

يقصد بقيام الزوجية هو الفراش، و الفراش يثبت النسب و على هذا الأساس إذا كانت الزوجية قائمة بين رجل و امرأة مستوفية جميع الشروط و أركان العقد.

و مما يؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب من العقد الصحيح ما رواه المحدثون عن النبي صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر" (1) من خطبة حجة الوداع و المراد بالفراش الزواج الصحيح و المراد بالعاهر الزانية أما المراد بالحجر فهو عقوبة الرجم بالحجارة لكل من الزاني و الزانية ،

(1) المادة 9 مكرر من قانون الأسرة تنص على يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية " اهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

(2) مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء ، اثبات النسب و تأثير التعديل الجديد عليه ، دفعة 14 لسنة 2006-2007 ، الصفحة 08.

(3) مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء ، اثبات النسب و تأثير التعديل عليه ، دفعة 14 لسنة 2006-2007 ، صفحة 06 ، المرجع السابق .

(4) الدكتور: غوتي بن ملح. محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، محاضرات غير مطبوعة، أقيمت على الطلبة القضاة ، دفعة 12 ، الصفحة :

03.

(1) الدكتور: عبد العزيز سعد . الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، بدون طبعة ، 1989 ، الصفحة: 209

و210.

فإذا كان الزواج صحيحاً و أنت الزوجة بولّد بعد العقد فإن نسب الولد هذا يثبت من الزواج دون الحاجة إلى إقرار زوجها بابوية ولا أي بيّنة تأتي بها على ذلك لأن من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن الولد للفراش و لا ينبغي نسبه لغير أبيه و لا ينبغي نفيه إلا إذا قام اليقين الذي لا شك فيه أنه ليس ولده و في هذه الحالة لا يكون النفي إلا باللعان الذي لا يكون إلا من الزوج وحده و حال قيام الزوجية ، و يكون النفي هذا في الأوقات المنصوص عليها شرعا و هي الولادة أو عند شراء أدواتها أو في أيام التهئة المعتادة بالمولود ، و كما قلنا سابقا إذا ثبت أنه غير الممكن حمل المرأة ، أو أنهما لم يلتقيا قط و لم يكن بالإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت (2) ، فالزواج إذن نفسه الفراش شرعا و يترتب عليه وحده ثبوت النسب متى كان ممكنا أن تكون الولادة منه فإذا كان ذلك غير ممكن فلا يثبت النسب و ذلك كالولد الذي تأتي به امرأة صغيرة التي لا يتصور منها الحمل ، و فراش الزوجية الصحيحة هو الفراش القوي وبه وحده يثبت النسب من غير توقف على دعوة الرجل فإذا نفاه فإنه لا ينفيه إلا باللعان . و اخذ المشرع المغربي بهذا الرأي كتنظيره المشرع الجزائري فنصت المادة 144 من قانون الأسرة المغربي تكون البنية شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب النسب و هي كالأتي النكاح الصحيح ، النكاح الفاسد ، النكاح الباطل ، الوطاء بشبهة (3) و قد ثبت في الصحيحين من حديث عائشة أم المؤمنين قالت : " اختصم سعد ابن أبي وقاص و محمد بن زمعة في غلام فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أختي انظر إلى شبهة و قال : محمد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد علي فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه و سلم فرأى شيئا بيّنا بعتبة فقال له : يا محمد بن زمعة " ، الولد للفراش و للعاهر الحجر " و هذا الحكم النبوي يعتبر أصلا في ثبوت النسب بالفراش و قد اتفق المسلمون على ثبوت النسب بالفراش و أن النكاح يثبت به الفراش (4) و هي قاعدة تنبأها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري " يثبت النسب بالزواج الصحيح" من دون اعتراف أو بيّنة لأنه مفترض أن يكون كل حمل تحمله الزوجة في هذه الحالة يكون من زوجها، حيث يحرم عليها تمكين غيره منها ، و في هذا الاتجاه جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو بروية الزنا .

و متى تبين من قضية الحال أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي و تمسك بأن البنت ولدت في مدة نقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني ، كما أنه لم ينفى النسب بالطرق

(2) الشيخ : ابن القيم الجوزية . زاد المعاد في هدي خير العباد ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1985 ، الطبعة السابعة ، الصفحة : 166 .

(3) الأستاذ : محمد الأزهر . شرح مدونة الأسرة ، 2006 ، الصفحة : 356 ، المرجع السابق .

(4) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء العاشر ، الصفحة : 7253 ، المرجع السابق .

المشروعة قانونا ، فإن قضاة الموضوع بفضائهم طبقوا قاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين و بذلك طبقوا صحيح القانون (1).

اختلف الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال فعند الحنفية: أنه بمجرد العقد تصير الزوجة فراشا و إن لم يجتمع بها ولو طلقها عقبه المجلس، و عند الشافعية و المالكية: فإن العقد لا يكفي لأن تصير الزوجة فرشا و إنما يشترط إضافة إلى العقد إمكان الوطء ، أما الرأي الثالث "الحنابلة": فذهبوا إلى اشتراط العقد و الدخول المحقق معا ، و قد اختار هذا الرأي ابن تيمية (2) و قال عنه أحمد و أشار إليه في رواية حرب فنص في روايته عن من طلق قبل البناء و أتت امرأته ولده فأنكر ، أنه ينتف عنه بغير اللعان (3) .

و دافع عن هذا الرأي "ابن القيم" في زاد المعاد و قال أن المنصوص عليه في رواية حرب هو الذي تقتضيه قواعد الإمام أحمد و أصول مذهبه ثم قال أن هذا الرأي هو الصحيح المجزوم به ، و إلا كيف تصير المرأة فراشا و لم يدخل بها بعد و لم يبين بها لمجرد إمكان البعيد و هل يعد أهل العرف أو اللغة المرأة فراشا قبل البناء ؟ و كيف تأتي الشريعة بإلحاق النسب ما لم يبين الرجل بامرأته و لم يدخل بها و لا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك و هذا الإمكان قد يقطع فانثقائه عادة فلا تصير المرأة فراشا إلا بالدخول المحقق .

الفرع الثاني : شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح

المشعر حفاظا على كرامة الطفل أكد إلحاقه بأبيه و تبعا لذلك سار القضاء الجزائري على نفس الاتجاه غير أن ثبوت النسب من الوالد (الأب) يتطلب مجموعة من الشروط سنتعرض لها في هذا الفرع بالتفصيل كالآتي:

لكي يثبت الزواج الصحيح يجب تحقق الشروط الأساسية التالية :

- أن يكون الزوج يتصور منه الحمل و أن يثبت الاتصال بين الزوجين .
- أن لا ينفيه بالطرق الشرعية .
- أن تمضي اقل مدة حمل .

و قد اشترط المشعر الجزائري في إثبات النسب عن طريق الزواج الصحيح في نص المادة 41 و 42 من قانون الأسرة الجزائري نفس الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية إذ اشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين و عدم نفي الولد بالطرق المشروعة و أن تكون الولادة بين أقل مدة حمل وهي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر .

أضاف في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري : " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل ستة (06) أشهر و أقصاها (10) أشهر " ، أما اقل مدة الحمل فقط اتفق الفقهاء على أن أقل مدة حمل ستة أشهر من

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار في 1998/10/20 ، رقم الملف : 204821 ، عدد خاص ، سنة 2001 ، الصفحة : 88 .

(2) الإمام أبو زهرة . الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1992 ، الصفحة : 387 .

(3) الدكتور : عبد العزيز عامر . الأحوال الشخصية فقها و قضاء ، الصفحة : 16 ، المرجع السابق .

وقت الدخول وإمكان الوطء عند الجمهور، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبي حنيفة لأن المرأة هي فراش للزوج و يلحقه الولد لعموم الحديث المتقدم " الولد للفراش " ودليل الجمهور: أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول، و دليل إجماع العلماء على أقل مدة الحمل عملاً بمجموع الآيتين في القرآن من قوله تعالى: " حملة و فضاله ثلاثون شهرا " (1) و قوله جل وعلى " و فضاله في عامين " (2) و روي أن رجلاً تزوج، فولدت امرأته لسته أشهر فرفع الأمر إلى عثمان رضي الله عنه فهمم برجمها فقال ابن العباس: " إما أنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم - أي غلبتكم - فلم يقف للحمل سوى ستة أشهر فأخذ عثمان بقوله، و درأ عنها الحد " (3)، أمّا أقل مدة الحمل فقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أما أكثر مدة الحمل فقال فيه الفقهاء أقوالاً أشهرها ما يأتي:

1- سنتان: و هو رأي الحنفية لقول عائشة رضي الله عنها: " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل " فان ولد الحمل لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت .

2- أربع سنين: و هو رأي الشافعية و الحنابلة لان ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود و قد وجد الحمل لأربع سنين، لان نساء بني عجلان يحملن أربع سنين. فإذا ولدت المرأة لأربع سنين و لم تكن تزوجت و لا وطئت و لا انقضت عدتها بالقروء و لا بوضع الحمل، فان الولد لاحق بالزوج و عدتها منقضية بوضعه من يوم موت الزوج أو طلاقه .
و إن أتت بالولد لأربع سنين مند متى أو بانته منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لن يلحقه ولدها، لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبيونة منه .

3- خمس سنين: وهو المشهور عند المالكية و الليث بن سعد و عباد بن العوام، قال مالك: بلغني عن امرأة حملت سبعة سنين .

4- سنة قمرية: وهو رأي محمد بن عبد الحكم من المالكية.

5- تسعة أشهر قمرية: وهو رأي ابن حزم الظاهري، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه. ويظهر أن الأقوال الثلاثة الأولى روعي فيها إخبار بعض النساء ذات برين أن انتفاخ البطن علامة للحمل. لذا قال بن رشد: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً". وأضافه الفقه شرطاً آخر وهو كون الزوج يتصور منه الحمل عادة نطق الفقه الإسلامي على ضرورة أن يكون الزوج بالغاً في رأي المالكية و الشافعية و مثله الحنفية والحنابلة و "المراهق" : هو عند الحنفية من بلغ اثني عشرة سنة و عند الحنابلة : من بلغ عشر سنوات فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ، حتى لو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج. و لا يثبت النسب في رأي المالكية من المحبوب

(1) القرآن الكريم: سورة الأحقاف، الآية رقم: 15.

(2) القرآن الكريم: سورة لقمان، الآية رقم: 14.

(3) الدكتور: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، الصفحة 7251، المرجع السابق.

المسوخ: هو الذي قُطِعَ عَضْوُهُ (التناسلي وأنثياه)، أما الخصي: هو من قطعت أنثياه اليمنى أو اليسرى فقط فيرجع في شأنه للأطباء المختصين، فإن قالوا يولد له، يثبت النسب منه و أن قالوا لا يولد له لا يثبت منه النسب .

و يثبت النسب في رأي الشافعية و الحنابلة من المحبوب الذي بقي أنثياه فقط و من الخصي الذي سلت خصيتاه و بقي ذكره، و لا يثبت من المسوخ المقطوع جميع ذكره و أنثيه⁽¹⁾

أولا : إمكانية التلاقي بين الزوجين :

و هذا شرط متفق عليه و إنما الخلاف المراد به أهو الإمكان و التصور العقلي ، أو الإمكان الفعلي و العادي ؟ قال الحنفية الحق أن التصور و الإمكان العقلي شرط فمتى أمكن اللقاء بين الزوجين عقلا ثبت نسب الولد و إن ولدت الزوجة لسنة أشهر من تاريخ العقد حتى لو لم يثبت التلاقي حسا ، فلو تزوج مشرقى من سوريا مغربية و لم يلتقيا في الظاهر مدة سنة ، فولدت ولدا لسنة أشهر من تاريخ الزواج ثبت النسب لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة و كرامة الأولياء حق ، فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة .

و رفض الأئمة الثلاثة هذا المنطق و قالوا يشترط إمكان التلاقي بالفعل أو الحس و العادة، أما إذا لم يكن الدخول ممكنا كما هو في مثل المشرقى الذي تزوج من مغربية و لم يحصل تلاق بينهما كما لو طلقها في مجلس العقد أو عقبه فإن النسب لا يثبت مع أن الزواج قائم فإن الزوجة لم تصر فراشا⁽²⁾. و نفس الشيء كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائبا في بلد بعيدة غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل لذا أخذت القوانين بهذا الرأي و صحيح في رأي الأستاذ الدكتور "وهبة الزحيلي" وفائدة الخلان: أن الولد لا ينتفي بنسبه في رأي الحنفية إلا باللعان و ينتفي بدون لعان في رأي الجمهور لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين عادة و قد ثبت هذا الشرط عند معظم التشريعات المقارنة فنص المشرع المغربي في مدونته في المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية : إذا ولد لسنة أشهر من تاريخ العقد و أمكن الاتصال " ⁽¹⁾ ونص القانون التونسي على أنه " لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما و بين زوجها ، و لا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها " ⁽²⁾ و نص القانون السوري في المادة 129 من القانون السوري بقولها : "ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو

غائبا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

(1) الدكتور: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وادلته ، الصفحة : 7257، المرجع السابق.

(2) الأستاذ: حسين بن الشيخ أت ملويا، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول ، دار الهومة ، الصفحة : 94.

(1) الأستاذ: محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة المغربية ، الصفحة : 338، المرجع السابق .

(2) الدكتور: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وادلته ، الصفحة : 7259، المرجع السابق.

إذا اتفق أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه" (3)

و لكن تماشيا مع ما توصلت إليه التطورات العلمية في المجال الطبي و البيولوجي أثبت أن المرأة ممكن أن تصبح حاملا دون الاتصال الجنسي و ذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي الذي تم التأكيد على شرعيتها خلال الدورة السابعة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي ، حيث أجريت أول عملية تلقيح خارج الرحم في الجزائر بعيادة الفرابي بعنابة في بداية شهر أوت 1999.

ثانيا : ولادة الولد بين أقل و أقصى مدة الحمل

يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه مدة يتكون فيها بناؤه و كامل خلقه و تتم أعضائه حتى يخرج إلى الحياة بشرا سويا ، و من المعلوم أن النساء بلدن لـ (09) أشهر و غالبا ما تنقص امرأة عن ذلك و نادرا ما تزيد ، و ما استقر عليه المشرع الجزائري أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ، و هذا ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 42 منه على أن : " أقل مدة حمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر" و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 19/05/1998 ملف رقم 193825 أنه : " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل و من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ...".

و بالتالي علينا تفصيل مسألتي أدنى مدة للحمل و أقصاها.

- اقل مدة الحمل 06 أشهر دليل ذلك آيتين كريمتين من القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿

ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ، حملته أمه كرها ، و وضعته كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهر...﴾ (4)

قال تعالى : ﴿ و وصينا الإنسان بوالديه ، حملته أمه وهنا على وهن، وفصاله في عامين...﴾ (3) فمن هاتين الآيتين الكريمتين يثبت أن مدة الحمل و الرضاع ثلاثون شهرا فإذا أسقطنا مدة الرضاع عامين أي أربعة و عشرون شهرا بقيت مدة ستة أشهر، وهي أقل مدة الحمل و هذه المدة الأقل جاءت الأبحاث الطبية الحديثة تؤيدها و تؤكد أن المولود الذي تضعه أمه بعد حمل ستة أشهر قابل للحياة شأنه شأن أي مولود آخر يولد بعد حمل ستة أشهر (1)، و أقصى مدة الحمل فكانت موضع خلاف بين الأئمة على أقوال كثيرة: (2)

(3) الأستاذ: سميح عاطف عقودالزواج ، بدون طبعة ، 1994، الصفحة ، 184.

(4) القرآن الكريم : سورة الأحقاف، الآية رقم : 15.

(3) القرآن الكريم : سورة لقمان، الآية رقم : 14.

(1) الأستاذ: سميح عاطف الزين. عقود الزواج ، الصفحة : 184، المرجع السابق.

(2) الأستاذ : محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى، 1984، الصفحة: 358.

القول الأول: هو الأثبات حنيفة، وأصله أن أكثر مدة الحمل سنتان، و سنده في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها .

القول الثاني: و هو قول الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و ابن حنبل و حاصله في ذلك ما رواه الدار القطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول: " هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان امرأة صدق و زوجه رجل صدق حملت ثلاث أبطن في اثنتي عشرة سنة، كل بطن في أربعة سنين ".

لكن كلها أقوال متباينة و متباعدة لم يرد عليها نص لا في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية، بينما المشرع الجزائري حددها بعشرة أشهر كما جاء به في المادة 42 المذكورة سابقا.

أما عن بداية حساب أقل و أقصى مدتي الحمل تكون من تاريخ توافر عقد الزواج الصحيح وإمكانية الاتصال بين الزوجين فلا يمكن الاعتداد بتاريخ إبرام عقد الزواج فقط.

و بعد الحمل تأتي الولادة كإثبات لواقع اللقاء الجنسي بين أنثى و ذكر كانا سببا في نتاج طفل، و السبب لا ينظر في ثبوته إلا بعد تحقق الولادة و تعيين المولود، لكن الحمل بهذا المفهوم (الإنجاب الطبيعي) أي الناتج عن الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين اخذ أبعادا أخرى في وقتنا المعاصر، فلما كانت الأمومة و الأبوة أمر فطري في الإنسان واجه العلم مشكل العقم حيث توصل إلى إيجاد حل بديل عن الإنجاب الطبيعي فظهرت تقنية التلقيح الاصطناعي، إلا أن هذا الأخير قد أحدث تساؤلات والاستفسارات عن سبب الأطفال المولدين بهذه الكيفية بالنظر إلى أحكام النسب المحددة شرعا وقانونا مما جعل المشرع ينص في قانون الأسرة الجديد إلى جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 45 مكرر و لكنه اعتمد شروطا ضرورية أولها أنه لا يمكن اللجوء للتلقيح الاصطناعي إلا في إطار عقد زواج شرعي و الذي يعطي العملية أساسها القانوني .

ثالثا: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة غير أن عبارة اللعان وردت في المادة 138 من نفس القانون: " يمنع من الإرث اللعان و الرد".

فيستخلص من عموم عبارة "لم ينفه بالطرق المشروعة" أنه رغم الحالات التي ذكرت في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري لثبوت النسب إلا أن المشرع أجاز للزوج نفيه بالطرق المشروعة، فطبقا للقواعد و الأحكام الشرعية العامة، يظهر أن حمل الزوجة و تبين للزوج انه زنى زوجته، يحق له أن يدعي أن هذا الحمل ليس منه، أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه، و على هذه المبادئ سار القضاء الجزائري في أحكامه، و قد جاء في قرار للمحكمة العليا: " اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق و لا يصبح من غيره ولا يصلح في غيره من المساجد، و في أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه".

هذه المادة ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا ، مع أن الإمام مالك رضي الله عنه ، فقد حدد بيوم واحد من يوم العلم و إسقاط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية أو لنفي الحمل (1).

أما عن كيفية إجراء الملاعة بين الزوجين فإنه إذا تبين للزوج احتمال خيانة زوجته له ويريد نفي المولود الذي أتت به بين أدنى و أقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة و بعد تعيين جلسة سرية يحضرها الزوج و الزوجة و يعرض كل منهما حججه و ادعاءاته ، و إذ أصر الزوج على اتهام الزوجة بالزنا فإن القاضي يأمره بالملاعة وهي أن يحلف ويقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به و يكرر هذا أربع و في الخامسة يقول أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف و تقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين وتكررها أربع مرات و في المرة الخامسة تقول : " أنه غضب الله عليها إن كان من الصادقين " ، و بعد الانتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه و يقرر التفريق بينهما حالا بطلقة بائنة (2).

أما حكم الامتناع عن اللعان من الناحية القانونية

فإن امتناع الزوج عن اللعان يعرضه للمتابعة بتهمة القذف تطبيقاً لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات ، أما المادة 298 فتحدد العقوبة بالحبس من خمسة (05) أيام إلى ستة (06) أشهر وبغرامة من 150 إلى 1500 دج أو بإحداهما.

إما إذا كان الامتناع عن اللعان من الزوجة فإن أحكام المادة 341 من قانون العقوبات نصت على ذلك.

الفرع الثالث: وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من الزواج الصحيح

في هذه الحالة يجب أن نفرق بين مسألتين اثنتين ، أولهما مجيء الولد خلال العدة ، وثانيهما مجيئه بعد انقضائها ، و عليه إذا أتت المرأة بالولد خلال العدة في الطلاق الرجعي فإن نسبة يثبت من المطلق و سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ، و لو بعد مضي أقصى مدة من الحمل ، شريطة أن لا يصدر منها إقرار مثلاً بانقضاء عدتها (1).

1- فإن جاء الولد لستة أشهر، أو أكثر من تاريخ الطلاق يثبت نسبه للمطلق لأنه يحتمل على أنها قد حملت منه قبل الطلاق و أما في العدة، فمن المعلوم أن الزوجة بالوضع تتقضي عدتها، وتبين من زواجها.

(1) قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار مؤرخ في 97/10/28.

(2) الأستاذ: احمد عمراني . أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي ، رسالة ماجستير في القانون الخاص جامعة بن عكنون كلية الحقوق ، سنة 2000 ، الصفحة: 80.

(1) الأستاذ: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية، الصفحة : 35، المرجع السابق.

2- أما إذا جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق يثبت نسبه من المطلق لأنه يحتمل على أنه قد حملت منه أثناء العدة ، و هي مباحة الوطء لزوجها و يترتب على ذلك العلق بالولد يكون رجعة لأن الوطء وقع بعد الطلاق ، و أثناء العدة لذا فهو بفعله هذا يعتبر قد راجعها في خلال عدتها ، و تعتبر المرأة في هذه الحالة ممتدة الطهر و قد أخذ المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري بفكرة نسب المولود إلى المطلق ، لكن بشرط أن يولد هذا المولود في خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق (2) ، و سيفاد من هذا أنه قد حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر اعتبارا من تاريخ الطلاق ، و عليه فإن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه الجعفرية، و خالف آراء الأئمة الأربعة .

ولإثبات نسب ولد المتوفى عنها زوجها لا بد من التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: و هي إقرار الزوجة بانقضاء عدتها، و الحالة الثانية هي عدم إقرارها بانقضاء عدتها.

ففي الحالة الأولى ينسب ولد المتوفى عنها زوجها من الزوج الذي توفي عنها إذا أنت به لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها أربعة أشهر و عشرة ، لكون المولود و طبيعته في أقل مدة الحمل فتبين أنها كانت حاملا وقت وفاة زوجها إما إذا أنت به لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها ، فلا يثبت نسب المولود من الزوج المتوفى عنها لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء العدة ، و بالتالي فإن إقرارها هذا يحمل على الصحة ما دام أن الولد يأتي في هذه الحالة من علق تال على الوفاة .

الحالة الثانية : و هي في حالة عدم إقرارها بانقضاء عدتها فإن نسب المولود يثبت من المتوفى إذا أنت به ما بين الوفاة ، و بين أقصى مدة الحمل و ذلك لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة ، غير أنه إذا أنت به لأكثر من أقصى مدة الحمل بعد الوفاة ، فلا يثبت نسبه إليه لكون الحمل صار متيقنا بأنه حصل بعد وفاة الزوج .

المطلب الثاني : سبب ثبوت النسب من الزواج الفاسد

عقد الزواج الفاسد هو ذلك العقد الذي اختل منه ركنين على الأقل من أركانه الواجبة توافرها فيه مثل العقد الذي يقع بين المسلمة و غير المسلم ، أو بين زوجين دون ولي و لا شهود ولا صداق و يترتب عليه بعد الدخول ثبوت النسب و هو موضوع الدراسة في هذا المطلب .

الفرع الأول: الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد

إن سبب ثبوت النسب في النكاح الفاسد هو الدخول الحقيقي (1) ، و هي من القواعد التي تبنى عليها أحكام ثبوت النسب ، و المجتمع عليه بين الفقهاء أن النسب يثبت في النكاح الفاسد و سببه الدخول الحقيقي بشرط أن يأتي الولد بعد ستة أشهر أو أكثر و هذه المدة يبدأ سريانها من وقت الدخول،

(2) نص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالامر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

(1) الدكتور : غوتي بن ملحمة . محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، الصفحة : 14 ، المرجع السابق .

و لأن إثبات النسب في النكاح الفاسد هو إحياء الولد حتى لا يبقى بدون والد يربيه و فساد العقد لا ينفي النسب ، لأنه هنا يحتاط في إثبات نسب الولد والمحافظة عليه ويشترط في ثبوت النسب ثلاث شروط: أن يكون الرجل بالغا عند المالكية والشافعية أو مراهقا عند الحنفية والحنابلة و أن يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد فان لم يحصل ذلك لم يثبت نسب الولد واشترط الحنفية حصول الدخول فقط ، أما الخلوة فلا تكفي في إثبات النسب في الزواج الفاسد لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة وان يولد الولد في المدة المعلومة شرعا من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية ومن تاريخ الدخول عند الحنفية والمقرر عند المالكية أن كل نكاح يدرأ فيه الحد، فالولد لاحق بالوطء ، فالعبرة في النكاح الفاسد بالدخول، إذ يثبت النسب بالفراش من حين الدخول لا بمجرد العقد كما في النكاح الصحيح الذي اتفق عليه الفقهاء على انه السبب في ثبوت نسب الولد ، الذي يولد في أثناء قيام الزوجية و في هذا المقام (2) فانه ما يؤخذ على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يبدو لأول وهلة من التصييص على التساوي من يحث ثبوت النسب بين الزواج الباطل والفاسد ، أما بالنسبة للزواج الباطل فيكون في حالات عديدة منها نكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة ، أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة و والعلم بالحرمة هو الفرق بين الزواج الباطل و الفاسد ، وذلك حسب ما قضت به المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري غير انه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء اعتبروا الوطء في الزواج الباطل زنا و وجب الحد فيه و لا يثبت النسب إذا كان الرجل عالما بالتحريم و تأكيدا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراراته بمايلي: "حيث أن الطاعن اثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر، بموجب عقد الزواج المؤرخ في 1981/11/02 و لم تطلق منه و كان جاهلا في هذه الحالة...واعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج آخر، و إن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب كما قضى المجلس الأعلى كذلك في قراراته على انه " يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في قضية المنشوزة بينها و بين زوجها و التي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة كيف يسوغ إذا التوفيق بين تلك النصوص ، و هذه القرارات... و نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الذي يحيل القاضي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي و لذلك فانه يفهم من ذلك انه يراد بنص المادة 40 السابقة أن يقال: " يثبت النسب بالزواج الباطل و الزواج الفاسد مهما كانت نية الزواج"(1).

الفرع الثاني: المدة التي يثبت فيها النسب في الزواج الفاسد

يثبت النسب في النكاح الفاسد احتياطا في إثباته أحياء للولد و تعتبر المدة التي يثبت فيها النسب هي ستة أشهر فأكثر إذا لم تقع الفرقة من الوطء و على ذلك فإذا كانت المدة من الوطء إلى الوضع ستة أشهر فأكثر يثبت النسب أما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فان نسبه لا يثبت وقال ابوحنيفة

(2) الدكتور: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة: 75، المرجع السابق.
(1) الدكتور : بلحاج العربي. الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، الصفحة : 193 ، المرجع السابق.

و أبو يوسف⁽²⁾ إن ابتداء حساب المدة من وقت العقد ، كما هو الشأن في الزواج الصحيح، ورجح بأنه أحوط لكن قال ابن العابدين في حاشية أن ترجيح النهر له لا يعارض قول صاحب الهداية و غيره وهو المفتى على قول محمد .و تظهر فائدة الخلاف فيما إذا أنت به لسته أشهر من العقد أو اقل من ذلك من وقت الدخول فعلى قول محمد المفتى به ، لا يثبت النسب إذ أن العبرة بالدخول في النكاح الفاسد لا بمجرد العقد،وعلى قول أبي حنيفة و أبي يوسف يثبت النسب إذ المناط عندهما هو تاريخ العقد لا تاريخ الدخول ثم قال ابن العابدين انه ذكر في الفتح انه يعتبر ابتداء المدة من وقت التفريق إذا وقعت الفرقة إلا إذا ضمن وقت النكاح أو الدخول وعلى ذلك فإنه لو أنت به بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول أو لأقل من ذلك من وقت التفريق فإنه لا يثبت نسبه ،وقد جاء أن سريان المدة يثبت نسبه و إن اعتبارها من وقت التفريق معناه نفي للولد و يمكن تلخيص الأمر في انه يفرق في النكاح الفاسد بين أن تكون المعاشرة قائمة أو تكون قد حصل بينهما تفريق القاضي أو التفارق⁽²⁾.

ففي الحالة الأولى يثبت النسب إذا أنت به لسته أشهر فأكثر من وقت الدخول بها وواقعها في محل الحرث و على ذلك يثبت نسب كل ولد تأتي به ، بعد هذه المدة ما دام يعاشرها معاشرة الأزواج و ذلك على الراجح بالنسبة لاعتبار وقت الدخول لا وقت العقد عليها ، أما إذا أنت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول فان النسب لا يثبت ، و أساسا ما تقدم انه يثبت في الحالة الأولى لأنها أنت به في مدة المحتملة من حين الدخول بها و أن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول و لا يثبت في الحالة الثانية لان العلق حاصل قبل هذا الدخول فلا يمكن ثبوت النسب إلا أن يدعيه و لا يقول انه من الزنا ففي هذه الحالة يثبت النسب لا على انه ثابت بالفراش في النكاح الفاسد بل بالدعوة و يحمل على انه قد حملت المرأة منه بعقد سابق أو وطء يشبهه.

و في الحالة الثانية يثبت النسب لمن تأتي به لأقل من عشرة أشهر من تاريخ الفرقة بشرط أن يكون لسته أشهر فأكثر من حين الدخول.

و أساس الثبوت انه لم يتيقن بحصول العلق بعد الفرقة إذ المدة تحتمل حصوله قبل الفرقة ، لان أكثر مدة الحمل هي عشرة أشهر فيثبت احتياطا لمصلحة الولد.⁽¹⁾

و أساس عدم الثبوت انه أصبح متيقنا أن العلق حصل بعد الفرقة لأنه أتى لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ التفريق فلا يكون منه ، كما أنها لو أنت به لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال فلا ينسب الولد إليه، لاحتمال أن الولد يكون من رجل آخر غير زوج أمه الشرعي. و إذا أنت به لأكثر من هذه المدة فيصبح من المتيقن أن الحمل قد حصل بعد الفرقة و قد قال محمد بصدد حساب المدة إن المدة التي يثبت فيها هي ستة أشهر فأكثر فإذا لم تقع الفرقة مع الوطاء ، و على ذلك فإذا كانت

(2) الدكتور : بلحاج العربي. الزواج و الطلاق،الصفحة : 195، نفس المرجع أعلاه.
(1) الدكتور : عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة : 80-82 ، المرجع السابق.

المدة من الوطء إلى الوضع أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر فان نسبه لا يثبت ، و في هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر و أقصاها عشرة (10) أشهر" (2).

و في المادة 43 من نفس القانون بنصه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " علما أن المشرع قد اخذ بثبوت النسب في النكاح الفاسد في المادة 40 من نفس القانون و ما يعاب على نص المادة من قانون الأسرة الجزائري أنها في حاجة إلى إعادة الصياغة لكونها معيبة شكلا، و مما لا ريب فيه انه بجانب عنصر المضمون في القاعدة القانونية و هو ما يطلق عليه جوهر القاعدة ، يوجد عنصر آخر متم له و هو عنصر الشكل ، و إن هذا الأخير يتحقق عن طريق الصياغة القانونية علما أنه كلما كانت الصياغة موفقة و ملائمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق، و مما يعاب على هذا النص انه اقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة و بكل النكاح الفاسد" لان المعنى الظاهر منه هو أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، و هذا المعنى فاسد و غير صحيح لان النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة بدليل أن الفقه الإسلامي قسم الشبهة إلى قسمين : شبهة العقد و هو أن يتم إبرام عقد الزواج بين رجل و امرأة ثم تبين فساد العقد بسبب من الأسباب الموجبة للفساد

و هناك شبهة الفعل و هوان يختلط الرجل بامرأة جنسيا من غير أن يكون بينهما عقد صحيح و لا فاسد ، من تزوج بامرأة لم يرها و تزف إليه أخرى و هو لا يدري فيدخل بها(3) المشرع الجزائري قد اختلطت عليه الأمور إذ كان عليه أن يتكلم على الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة ما دام أنه أقر بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته و هذا هو المعمول به فقها ، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح و بالنكاح الفاسد و بالدخول بشبهة ، و عليه أنه لا مناص من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بحيث تصبح على النحو التالي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالزواج الفاسد و بالإقرار و بالبينة و الوطء بشبهة و لا داعي لإعادة تفصيل النكاح الفاسد مادامت المواد 32 و 33 و 34 تولت تفصيل البعض منه، و بهذا التعديل للمادة 40 يتسق مع النصوص الأخرى خاصة منها ما يتعلق بالنكاح الفاسد، و ما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه .

المطلب الثالث: ثبوت النسب عند الوطء بشبهة

يعتبر الوطء بشبهة من أسباب ثبوت النسب إلى الأب ، غير أن الوطء بشبهة يختلف تماما عن ما إذا حدث الوطء بغير شبهة و يعني ذلك أنه وقع بالزنا بحيث لا يثبت النسب هنا من الزاني ، لأن الزنا محظور شرعا فلا يكون سببا لثبوت النسب ، كما لا يثبت النسب في حدوث الوطء بشبهة لامرأة أتت بولد قبل مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء إلا إذا ادعاه إذ قد يكون ووطئها قبل ذلك

(2) الدكتور : غوتي بلملحة . محاضرات في قانون الأسرة الجزائري،الصفحة : 16 .

(3) الدكتور : تشوارا الجليلي . مداخلة في ملتقى كلية الحقوق بعنوان إثبات النسب ، بن عكنون 2002 .

بشبهة أخرى ، و من الآثار التي يرتبها الوطء بشبهة كالقرباة فيمنع الزواج في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرباة ويستحق به الإرث⁽¹⁾.

قسم الفقهاء الشبهة إلى أقسام و أدرجوا أحكاما لثبوت النسب عند حصول الوطء بالشبهة ومن هنا تستدعي قواعد البحث منا التعرض في:

الفرع الأول: الشبهة و أقسامها

الفرع الثاني : حكم النسب عند الوطء بشبهة .

و ذلك على النحو المبين كالتالي :

الفرع الأول: الشبهة و أقسامها

بعد الحديث عن ثبوت النسب بالزواج الصحيح و الفاسد ننتقل إلى سبب آخر يثبت به النسب وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار... أو بنكاح الشبهة..."، و لذلك سنتعرض أولا إلى مفهوم الشبهة ثم التعرف على أقسامها وأحكامها. الشبهة في اللغة من اشتبه، شبهة و اشتباها و مشابهة أي شبهة في الحق، من اشتبه عليه أمر. أما الوطء بشبهة : هو الاتصال الجنسي غير الزنا ، و ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة و قيل له أنها زوجتك فيدخل بها و مثل ذلك من وطء امرأة يجدها على فراشه فيظنها زوجته⁽¹⁾.

و الشبهة هي ما شابه الثابت، و ليس بثابت أو هي وجود المبيح صورة، مع حكمه أو حقيقة و هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه شخص و هو من الإحداث القليلة في أيامنا هذه.

فإذا دخل رجل على امرأة بشبهة بأن عقد على امرأة ، فزفت إليه أخرى ، و قيل له أنها زوجتك ، أو طلق الرجل امرأته ثلاثا، ثم اتصل بها في أثناء العدة معتقدا أنها تحل له ثم جاءت هذه أو تلك بولد فانه لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه و ذلك حتى يثبت أنه كان يعتقد الحل، أما الاتصال الجنسي بطريق الزنا فان النسب لا يثبت به ، فلو زنى رجل بامرأة و جاءت بولد لا يثبت نسبه منه حتى و لو أنتت به بعد مضي ستة أشهر من وقت الزنا⁽²⁾ لأن الشريعة الإسلامية حرمت الزنا فلا يثبت النسب لان ثبوته نعمة و الزنا جريمة ، و الجريمة لا تكون سببا في ثبوت النعمة ، و الشبهة ثلاث أنواع شبهة الفعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد .

أولا: شبهة الملك : و تسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل حاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين انه غير مباح له و من أمثلتها : أن بواقع الرجل امرأته

(1) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و أدلته، الصفحة : 7264، المرجع السابق.

(1) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و أدلته، الصفحة: 7623 ، المرجع السابق .

(2) الأستاذ : أحمد فراج حسين . أحكام قانون الأسرة في الإسلام ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1998 ، الصفحة: 207.

التي طلقها طلاقاً بائناً و'هي في عدتها منه ضاناً أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقاً بائناً ليس بلفظ صريح (كناية) اعتماداً على قول عمر رضي الله عنه " الكنايات رواج" (3)

ثانياً : شبهة العقد : حاصله أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها حل له و هو حل لها ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع مثلا ، و هو في ذلك يشبه إلى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه و آثاره . (3)

ثالثاً : شبهة الفعل و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و يضمن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس و من أمثلة ذلك : أن يأتي الرجل زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة، أو أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له أنها ليست كذلك . (4)

أما إذا كان يجهل الحرمة فالأئمة الأربعة اتفقوا على إسقاط الحد و ثبوت النسب للوطء غير أن المشهور عند الإمام احمد انه لا يفرق بين الشبهة و الأخرى بحيث ذهب إلى القول ، بأنه متى باشر الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ ، هذا الرأي و هو الأقرب إلى الواقع إذ أنهم ذهبوا إلى ثبوت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها ، هل هي شبهة فعل أو ملك أو عقد ؟ و بهذا يكون موقفهم متفق و منسجم و فكرة الاحتياط لثبوت الأنساب حتى تكون للأبناء من ينتسبون إليه، أما الحنفية فان رأيهم لا ينجس و فكرة الاحتياط الواجب تداركها في ثبوت النسب إذ اعتبروا أن شبهة الفعل لا يثبت النسب فيها من جهة لكونه ابن زنا ، و من جهة أخرى يدرأ الحد عن الواطئ لقيام الشبهة في ظن الفاعل، حيث أخذت بعض الدول الإسلامية المعاصرة بالمشهور عن مذهب احمد بن حنبل ، كالقانون السوري في نص المادة 133 من قانون الأحوال الشخصية و القانون المغربي في المادة 144 : "... الابن ينسب إلى أبيه شرعا إذا كان نتيجة سبب من أسباب النسب وهي كالتالي:

1- النكاح الصحيح.

2- النكاح الفاسد.

3- النكاح الباطل.

4- الوطء بشبهة" (1).

و قد اعتبر المشرع الجزائري أن نكاح الشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب و هو ما ورد في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بقولها " يثبت النسب... أو بنكاح الشبهة، و جاء في نص المادة 42 من قانون الأسرة ليقول: " اقل مدة حمل ستة (06) أشهر و أقصاها 10 أشهر و لم يدرج شرط زواج الموطوءة و إنما يجب مراعاة المدة القانونية حتى يكون النسب ثابتا في نكاح الشبهة وعليه فان خالط الرجل امرأة بشبهة كان الفراش ملحقا على الفراش الصحيح الذي يثبت به النسب من غير توقف على

(3) الأستاذ : محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1984 ، الصفحة : 362.

(3) الدكتور : عبد العزيز سعد . الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، الصفحة : 214، المرجع السابق.

(4) الدكتور : عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، القاهرة ، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ، 1976 ، الصفحة : 81.

(1) الأستاذ : محمد الأزهر . شرح مدونة الأسرة المغربية ، الصفحة : 192، المرجع السابق.

دعوة من الرجل ولا ينكره إلا بالتلعان و هذا كله إذا جاءت المرأة المدخول بها بشبهة بالولد في المدة المقررة شرعا و قانونا .⁽²⁾

الفرع الثاني : حكم النسب عند الوطء بشبهة

بحكم أن النسب يثبت في حالة الزواج الصحيح و الفاسد فانه يتعين علينا البحث إذا ما كان يثبت بالوطء بشبهة؟ و هل نفس الأحكام السابقة تسري عليه؟ أم هناك أحكام خاصة به؟ هذا ما سنتعرض إليه في هذا الفرع.

أولاً: حكم النسب عند شبهة الفعل أو شبهة الاشتباه:

إن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء فيها في حالة من حالاته ، و إن ادعى الولد ، و ذلك لان النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إن هو لا يثبت بغير الفراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما و لو لم يتحقق واحد منهما في الوطء بشبهة الفعل، وعلى ذلك فان الفعل يتمخض زنا، و يجب الحد على الفاعل أن لم يدع ظن الحل، و لا يثبت في هذه الحالة النسب ، و هذا ظاهر أما إذا ادعى ظن الحل فان الحد يسقط للشبهة التي قامت في ذهن الفاعل مع أن الفعل في الحقيقة زنا، و هذا المعنى في الفعل هو الأساس في عدم ثبوت النسب حتى في هذه الحالة و على ذلك فان النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال انه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه ، إذ الفعل في ذاته لا يشتبه مطلقا في انه زنا، و كونه كذلك يستتبع عدم ثبوت النسب لان الزنا لا يثبت به النسب بته (1) و لبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل، إذ يقولون فمن زفت له غير امرأته و قيل له هذه امرأتك فوطأها فإن الشبهة هي شبهة الفعل ، و ذلك بناء على عدم الملك أو شبهته، فهي ليست زوجته الحقيقية بل أجنبية عنه، و مع أن هذه عندهم شبهة في الفعل فان النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه، و لا يكون الحد على الفاعل ، لأنه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه، و هذا الدليل الشرعي هو الأخبار أو أن الموضع هو موضع اشتباه، و سببه هو أن الإنسان لا يميز بين امرأته و غيرها في أول وهلة و أما الاعتماد على الإخبار ، فانه لا دليل يقف عليه سواه، وخبر الواحد مقبول في أمور الدين و المعاملات، و لهذا يثبت النسب في هذا الفرض و إن كانت الشبهة هي شبهة فعل، أي شبهة الاشتباه و إن الظن في ذهنه بأنها زوجته وذلك خلافا لحقيقة الحال .

و قد نقل الشلبي في حاشيته على شرح الكنز عن الكمال : إن أوجه هذه الشبهة دليل لان قول النساء " هي زوجتك" دليل شرعي مبيح للوطء إذ قول الواحد مقبول في المعاملات و هذا الدليل ، مع كونه في واقع الأمر غير صحيح إلا انه توجد شبهة يدرأ بها الحد، و يثبت بها النسب و على مزفوفة العدة (2).

ثانيا : حكم النسب عند شبهة المحل

(2) الأستاذ : غوتي بن ملحمة . محاضرات في قانون الأسرة ، محاضرات غير مطبوعة ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة 12، الصفحة : 20.

(1) الدكتور : عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة : 87-88، المرجع السابق .

(2) الدكتور : عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة : 86، المرجع اعلاه.

و تسمى شبهة الملك أو شبهة الحكمية، فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء، بناء عليها إن ادعاه الواطئ، وذلك لأن الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل، تلك الشبهة التي تقوم في الملك أو الحق في المحل، فلم يتمخض الفعل زنا، و ثبوت النسب هنا، لأن النسب يحتاط في إثباته فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل، بل على أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل. و لذلك جاء في الجوهرة أن كل موضع فيه شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد من الوطء، و إن ادعاه وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل ثبت النسب منه إذا ادعاه.

ثالثا: حكم النسب عند شبهة العقد

و فيها يسقط الحد عن الفاعل و إن قال علمت أنها علي حرام، و يثبت النسب لأن الوطء تعلقت به الشبهة، و أما عند يوسف فإن الحد لازم، و كذلك لا يثبت النسب أن كان يعلم بالحرمة، ذلك لأن الفعل تمخض زنا، و الزنا يجب فيه الحد، و لا يثبت به النسب و هذا هو قول باقي الأئمة لأنهم يعتبرون الفعل زنا.

و قد نص المشرع الجزائري على ثبوت النسب في نكاح الشبهة، و ذلك بنصه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة، و بنكاح الشبهة و بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

و يعاب على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري من حيث الشكل أنها استعملت في النص المدون بالفرنسية اصطلاح Apparent للتعبير على نكاح الشبهة و نعتقد أن هذه ليست بالترجمة الموفقة، إذ كان ينبغي لقانون الأسرة أن يختار مصطلحا آخرًا لتسمية نكاح الشبهة الذي وضعه، حتى لا يلتبس هذا الاصطلاح بالزواج الظاهر إذ يخشى أن يفهم من هذا الاصطلاح بمفهومه الدقيق الحالة التي يكون فيها رجل و امرأة يسكنان بيتا واحدا و يعاشر كل واحد منهما الآخر معاشرة الأزواج، حتى يظهر في ذهن الأشخاص و الجيران على انه زواج، و ما هو بزواج كالعلاقة الحرة l'union libre فليس من السائغ أن يكون لاصطلاح الشبهة معنيان في قانون واحد، لذلك يعبر البعض عن الشبهة في الفرنسية la vrai semblance¹ إضافة إلى كون المادة 40 من نفس القانون، حصرت ترتيب ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من القانون ذاته، و الحصر هنا غير موقف لأنه يتنافى و مصلحة الطفل و يتعارض مع صيانتته أو حقوقه السامية المتمثلة في نسبه لأبيه، فكان على المشرع الاكتفاء بذكر الزواج الفاسد كسبب لثبوت النسب دون ذكر المواد المتعلقة به.

¹ الدكتور : غوتي بن ملحة . محاضرة بعنوان النسب في القانون الجزائري في معهد الحقوق ، بن عكنون سنة 2003/2004.

الفصل الثاني: طرق إثبات النسب و نفيه

إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان، أما إذا لم يستوف النسب فالزواج شروطه حينئذ لا يعتبر النسب صحيحا كما لو ثبت عنهم اللقاء بين الزوجين أو أثبتت عن طريق إنكاره ولادة الولد أو لعدم مرور الفترة المحددة للحمل، وحينئذ يجوز نفي النسب لعدم تحقق شروطه ، غير أنه لا ينفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاضي و يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا و قانونا لنفي النسب (1) و لا تسمح عن إنكار دعوى النسب لولد الزوجة ثبت أنها لم تتلاقى مع زوجها أبدا من حين العقد ولا لولد زوجة أمت به بعد عشرة أشهر من غيبة الزوج عنها و لا ولد مطلقة أو متوفى عنها زوجها إذا أمت به لأكثر من عشرة أشهر من وقت الطلاق أو الوفاة (2) فيجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب و هذا حسب ما نصت عليه المادة 02/ 40 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، أما الطرق الشرعية لإثبات النسب خمسة و هي الفراش ، الاستحقاق ، البينة ، القافة ، القرعة و بإجماع الفقهاء الفراش هو أقوى الطرق كلها و يعبر عن الاستلحاق بالإقرار الذي غالبا ما يكون في أولاد الإماء أما البينة فالمراد بها الشهادة و قد اتفق العلماء على هذه الطرق الثلاثة إما عن الطريقة الرابعة فقد اختلفوا في حكم إثبات النسب لها على قولين مشهورين :

القول الأول : انه لا يصلح الحكم بالقيافة في إثبات النسب و به قال الحنفية.

القول الثاني: و به قال الجمهور اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه و التنازع وبالنسبة للقرعة) الطريقة الخامسة ذهب إلى القول بها الظاهرية و المالكية في أولاد الإماء لم يقل بها جمهور العلماء و اعتبروها اضعف طرق إثبات النسب و احتج القائلون بها بما أورده أبو داود والنسائي عن زيد الأرقم رضي الله عنه قال : كنت جالسا عند النبي صلى الله عليه و سلم فجاء الرجل من اليمن فقال : إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أثر غليا يختصمون إليه في ولد ، و قد وقعوا على امرأة في طهر واحد ، فقال لاثنتين منهما : طيبا بالولد هذا ، فعليا ، فقال انتم شركاء متشاكسون إني مقرع بينكم ضمن قرع فله الولد و عليه لصاحبه ثلثا الدية ، فأقرع بينهم ، فجعله لمن قرع فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى بدت أضراسه و نواجذه .

و بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري كما اشرنا سابقا الذي أتاح اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب و باعتباره لم يبين أيا من هذه الوسائل و لم يحصرها فسندقوم في هذا الفصل بدراسة البعض منها خصوصا أكثر استعمالا، أما نفي النسب فيكون شرعا باللعان بحيث لا وجود لطريق آخر ينفي به النسب و قد اجمع على مشروعيته المطلقة ما دام تم الالتزام بالشروط المقررة له شرعا و ما دام

(1) المحكمة العليا 3 افريل 1983 القضية رقم 83/180 نشرة قانونية، 1986 المجلة القضائية عدد 4 ص 84.

(2) الدكتور : بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الصفحة : 200، المرجع السابق .

طرق إثبات النسب هي نفسها تنفي النسب بل قد تكون فاعليتها في النفي أكثر بكثير من الإثبات بحيث تصل إلى النفي القاطع بنسبة 100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة عملية سليمة ما دام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد ، وهذا ما سيتم التعرض إليه في هذا الفصل ، حيث قسمناه إلى مبحثين :

المبحث الأول: طرق إثبات النسب

المبحث الثاني : طرق نفي النسب

و ذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: طرق إثبات النسب

من هذا ما يترتب عن الزواج هو إثبات المولد إلى والده لذلك يمكن القول أن مسألة إثبات النسب من أهم التي كانت تشغل بال العرب قبل الإسلام ، و شغلهم بعده ، و إذا كان نسب مولود إلى أمه ثابت بسبب الحمل المرئي و الولادة المعلومة يقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنى فان نسبه إلى والده ليس دائما سهلا كسهولة نسبه إلى والدته ، ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تجعل من طريقة لإثبات نشب شخص إلى والده إلا طريقة الزواج الصحيح . أو الزواج الفاسد، أو الوطاء بشبهة ، أو الإقرار أو البينة ، و أبطلت إثبات النسب عن طريق التبني التي كانت شائعة عند العرب قبل الإسلام و ما تزال متبعة عند كثير من المجتمعات مثل الفرنسيين من الأوروبيين و مثل التونسيين من العرب المسلمين وذلك هو المعنى التي تضمنه قانون الأسرة الجزائري و نص عليه في المادة 40 حيث قالت يثبت النسب بالزواج الصحيح ، بالإقرار و بالبينة ن و بنكاح الشبهة ، ثم أضافت و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون .

كما نص عليه في المادة 60 التي جاء فيها : " يتم التبئين شرعا و قانونا " و هو ما تتعرض إليه هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : إثبات النسب بالفراش

المطلب الثاني: الإقرار و لبينة و دورهما في إثبات النسب

المطلب الثالث: دور الطرق العلمية في إثبات النسب.

و ذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: إثبات النسب بالفراش

لكي يكون حديثنا عن هذا الموضوع واضحا تناولنا بشكل مسهلا و مبسطا بقدر الإمكان فإننا سنحاول مسابرة المشرع في الترتيب فنقسم الموضوع إلى عدة فقرات متميزة كل منها عن الأخرى، ثم نتحدث أولا عن ثبوت النسب بطريقة الفراش و تتبعه بالحديث عن الطرق الشرعية و القانونية الأخرى ، و هذا ما سنتعرض إليه في هذا المطلب الذي قسمناه إلى نوعين:

الفرع الأول : طريقة إثبات النسب من الزواج الصحيح

الفرع الثاني: طريقة إثبات النسب من الزواج الفاسد و الباطل و الوطاء بشبهة

الفرع الأول: طريقة إثبات النسب من الزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان هذا الزواج شرعياً ومتى أمكن الاتصال بين الزوجين و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعة ، و متى حصلت ولادته خلال اقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر و أكثرها التي حددها قانون الأسرة بعشرة شهور .

ما يؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب في العقد الصحيح ما رواه المحدثون عن النبي (ص): " الولد للفرش و للعاهر الحجر " ، و لهذا فان ثبوت النسب عن طريق الزواج الصحيح يتطلب ثلاثة شروط هي إمكانية الاتصال بين الزوجين ، و عدم نفي النسب ، و ولادة الولد بين أدنى مدة الحمل و أقصاها ، و باعتبار انه سبق بيان هذه الأحكام فالمقصود هنا بيان مجمل باعتبار أن العلماء اتفقوا على أن أقوى طرق ثبوت النسب كلها الفرش لقول العلامة ابن القيم الجوزية : " فأما ثبوت النسب بالفرش فأجمعت عليه الأمة" ، و المراد بالفرش فراش الزوجية الصحيح و هو عقد نكاح معتبر شرعاً و قانوناً تتوفر أركانه و شروطه و انتفت موانعه فإذا أنتت المرأة بولد ولد لستة أشهر مند الوطاء فان النسب يثبت لصاحب الفرش إذا ولد حال الزوجية الحقيقية أو حكماً كما في المعتدات ، ويدخل في الفرش عند جمهور الفقهاء الوطاء بملك اليمين ، و هو إنما يعبر عنه البعض بالاستيلاء ، فإذا كان لرجل سرية يطؤها بملك اليمين ، فإنها تعد فراشاً عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية فيرون أن فراش الأمة ضعيف و لا يلحق الولد بصاحب الفرش إلا باستلحاقه (الإقرار به)، و المراد في قانون الأسرة الجزائري الزواج الصحيح و هو بما جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 09 منه : "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " ، و بذلك ينعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بركن وحيد و هو الرضا و مجموعة من شروط الصحة نصت عليها المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :

- أهلية الزواج.

- الصداق

- الولي.

- الشاهدان

- انعدام الموانع الشرعية".

و المقصود بانعدام الموانع الحرمية بين الرجل و المرأة ، فالضابط في الحرمية بالنسب أن أقارب الرجل من النسب حرام عليه : إلا بنات أعمامه و أخواله و عماته و خالاته⁽¹⁾ ، و المحرمات بالرضاع لقوله صلى الله عليه و سلم: " يحرم من الرضا ما يحرم من النسب" .

(1) الشيخ : تقي الدين بن يمية. تحقيق ، محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج ، بيروت لبنان ، دار الكتب العلمية ، 1996، بدون طبعة ، الصفحة : 26-15.

و موانع الزواج في قانون الأسرة كما جاء بيانها في الفصل الثاني في المادة 23 من نفس القانون : " يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة و موانع النكاح المؤبدة في المادة 24 هي القرابة ، المصاهرة ، الرضاع ، و أما المحرمات من النساء مؤقتا : المحصنة ، المعتدة من طلاق أو وفاة ، المطلقة ثلاثا ، كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لام أو من الرضاع ، الزواج مع غير المسلمة .

الفرع الثاني: طريقة ثبوت النسب من الزواج الفاسد الباطل و الوطء بشبهة

النكاح الفاسد هو ما يشبه النكاح الصحيح و المقصود به هو النكاح المختلف في صحته ، وكذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعها ، فان حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء⁽¹⁾ ، أما النكاح الباطل فهو لا يثبت به النسب عند الجمهور إلا عند الحنفية مراعاة للمولود .

أولا : ثبوته من الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح لان النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه و يشترط لثبوت النسب من الزواج الفاسد ثلاث شروط:

- 1- أن يكون الرجل يتصور منه الحمل: بأن يكون بالغا عند المالكية و الشافعية أو بالغا أو مراهقا عند الحنفية و الحنابلة.
- 2- تحقق الدخول بالمرأة و الخلوة بها في رأي المالكية فان لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد ، لم يثبت نسب الولد و الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح ، و اشترط الحنفية حصول الدخول فقط ، أما الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد لأنه لا يحل فيها الوطء بين الزوجين .
- 3- أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية و من تاريخ الدخول عند الحنفية و لا ينفي النسب إلا باللعان في رأي المالكية و الشافعية والحنابلة و لا ينتفي نسبه ولو باللعان عند الحنفية لان اللعان لا يصح عن الحنفية إلا بعد زواج صحيح و الزواج هنا فاسد⁽²⁾.

الخ. قرر عند المالكية أن الزواج يدرأ فيه الحد ، فالولد لاحق بالواطئ و حيث وجب الحد لا يلحق النسب، و بما أن المشرع الجزائري عقد الزواج إلى ثلاث ، فقد نصت المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري : "يبطل الزواج إذ اختل ركن الرضا" ، و تنص الفقرة 02: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل"

(1) الشيخ : صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان. حققه و أخرج أحاديثه هاني الحاج ، الملخص الفقهي في القاهرة ، المكتبة التوثيقية ، بدون طبعة ، 2003 ، الصفحة : 553.

(2) الدكتور : وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و ادلته، الجزء العاشر، الصفحة: 7262 ، المرجع السابق.

، و بالتالي فالمشعر الجزائري حذا حذو الحنفية الذين يعتبرون العقد الفاسد هو ذلك العقد الذي توفر فيه ركن الرضا لكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداد المثل ، و تترتب بعض الآثار على الدخول منها : وجوب العدة على المرأة ، و ثبوت النسب إذا وقع الحمل من الدخول ... الخ .

ثانيا : ثبوته من الوطاء بشبهة

للفقهاء آراء كثيرة في حكم إثبات النسب بالدخول بالشبهة ، ففي شبهة الفعل يقال البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من الوطاء في أية حالة من حالاتها لان النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل ، إذ هو لا يثبت بغير الفراش و البعض اعترض في شبهة المحل إذ يقولون أن من زفت إليه غير امرأته ، و قيل له هذه زوجتك فوطئها فمع أن المرأة أجنبية عنه ، ومع هذا يثبت النسب للولد الحاصل من وطاء فيه .

أما شبهة العقد فيها يسقط الحد و أن علم الحرمة و يثبت النسب لان الوطاء تعلقت به شبهة إما عند أصحاب أبي حنيفة (محمد بن الحسن) فالحد لازم و لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة⁽¹⁾ . أما في شبهة الملك : فان النسب يثبت للولد الحاصل في الوطاء بناء عليها أن ادعاه الواطئ ، و ذلك لان الفعل ليس يزني لوجود الشبهة في المحل ، لان النسب يحتاط في إثباته و جاء في الجوهرة أن كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه .

تجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية اجمعوا على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يحو وصف الزنا و الدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة ، و في هذا الموضوع يقول الإمام أبو زهرة : " إن الزنا لا يثبت نسبا ، لقول النبي (ص) : " الولد للفراش و للعاهر الحجر " و لان ثبوت النسب نعمة ، و الجريمة لا تثبت النعمة ، يستحق صاحبها النعمة ، و الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط ، فان النسب يثبت على الراجح في الحالة الثانية ، و بالإجماع في الأولى⁽²⁾ .

و الواقع انه مهما يكن فان أصول التشريع عند جميع الأئمة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان انه ابن زنا متى أمكن حمله على انه ابن شبهة ، و جب عليه الأخذ بهذه الحيثية ، و طرح ما عداها ترجيحاً للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد لقوله تعالى : ﴿ وقولوا للناس حسناً ﴾⁽³⁾ ، و قد ثبت عن ورسول الله (ص) عند جميع الأمة قوله : " الحدود تدبراً بالشبهات " ، مما يعني أن الأحاديث و الآية القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد و لا يحكم على احد انه تولد من حرام إلا بعد الجزم و اليقين انه ليس في واقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة⁽⁴⁾ .

(1) الدكتور : عبد العزيز سعد . الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الصفحة : 214 ، المرجع السابق.

(2) الإمام محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية ، الصفحة : 388 ، المرجع السابق.

(3) القرآن الكريم : سورة البقرة ، الآية رقم : 83 .

(4) الدكتور : سميح عاطف الزين ، العقود مجمع البيان الحديث ، موسوعة الأحكام الشرعية ، موسوعة الاحكام الشرعية المسيرة في الكتاب والسنة ، دار الكتاب المصري ، بدون طبعة 1994 ، الصفحة : 186 .

ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب و بالتالي فان المشرع قد أقر مطلقا ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين اقل مدة الحمل و أقصاها .

و من جهة صرح الأستاذ الفرنسي " بوسكي " إن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوحة للهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة و إسقاط الحد الشرعي ، فهو يرى أن الجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد أو تهرب ، وردا على ذلك يرى الأستاذ العربي بلحاج أن هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم و عن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بأن 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 لتقدير القاضي "(1).

ثالثا : ثبوته من الزواج الباطل

الزواج الباطل هو الذي تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط الصحة عند جمهور الفقهاء ما دعي الحنفية أما الزواج الباطل عند فقهاء الحنفية فهو العقد الذي تخلف فيه ركن أساسي الرضا و يفسخ قبل الدخول و بعده ، و من أمثلة الزواج الباطل العقد الذي يتم بين مسلمة و غير مسلم . أما الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري فهو كما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 32-34 ، حيث نصت المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري : " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضى العقد " ، و من الشروط التي تنافي العقد إذا علق عقد النكاح على شرط مستقبلي (2) ، و نصت المادة 33 من نفس القانون على: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " ، واعتبرت المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبالتالي لا يرتب أي اثر من الآثار ، أما إذا اكتشف الأمر بعد الدخول الحقيقي يرتب هذا الزواج مجموعة من الآثار الهامة كثبوت النسب للزوج و لا تجب به النفقة و لا تجب به العدة غير انه إذا لم يكن هناك دخول حقيقي فلا يثبت النسب للزوج و على هذا فالعبرة في الزواج الباطل الدخول .

و بالتالي فان بطلان العقد لا ينفي النسب، إنما ينفي حل الوطء فقط و ذلك ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري: " يثبت النسب... و بكل نكاح تم فسخه قبل الدخول " طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون .

المطلب الثاني: الإقرار و البينة و دورهما في إثبات النسب

(1) الدكتور : بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، الصفحة : 197، المرجع السابق
(2) الشيخ : صالح بن فوزان بن عبد الله آل فرزان . الملخص الفقهي ، الصفحة : 551، المرجع السابق.

ما إن اشتهر الزنا الشرعية الإسلامية و القانون الوضعي بمسألة النسب جعل منهما يضعان وسائل و طرق عديدة لإثباته و هي خمسة طرق منها : الفراش ، الاستلحاق أو الإقرار ، والقافة ، القرعة ، البينة و سوف نتعرض لبعض هذه الوسائل و على سبيل التحديد الإقرار والبينة بين نظرة الفقه الإسلامي و القانون الأسرة الجزائري و من هنا قد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الإقرار و دورها في ثبوت النسب

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة

و ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: مسألة الإقرار و دورها في إثبات النسب

إن الإقرار أو الاستلحاق هو احد وسائل إثبات النسب عالجها الفقهاء تحت اصطلاح الدعوة بمعنى ثبوت النسب بالدعوة و هي أن يدعي شخص نسبه و يولد مثله بمثله و كان مجهول النسب شرط إلا يذكر انه ولده من الزنا و هو من الناحية اللغوية يعني الاعتراف (1).

أولاً: مسألة الإقرار من الناحية الشرعية :

الإقرار بالنسب نوعان: إقرار على نفس المقر و إقرار محمول على غير المقر (2).

الإقرار بالنسب على نفس المقر: فهو أن الأب بالولد أو الابن بالوالد كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي أو هذه أُمِّي، و يصح هذا الإقرار من الرجل و لو في مرض الموت بشروط أربعة متفق عليها بين المذاهب و هي: (3)

أ/ أن يكون المقر به مجهول النسب: بان لا يكون معروف النسب من أب آخر فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر كان هذا الإقرار باطلا لان الشرع قضى بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص ، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره ، فقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولي غير مواليه .

و مجهول النسب عند بعض الحنفية هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ، و هذا هو الظاهر لان مع سهولة المواصلات و البحث عن بلد الميلاد و استثنى العلماء من هذا الشرط و لد اللعان ، فانه لا يصح ادعاؤه بالنسب و إلحاقه بغير الأب الملائع ، و لاحتمال أن يرجع الملائع و يكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه (4).

ب/ أن يصدق الحس: بان يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر ، بان يكون ممن يولد مثل المقر به لمثل المقر ، و ذلك في سن تسمح بان يكون ابنا للمقر فلو كان المقر ببنته اكبر من المقر أو

(1) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و ادلته ، الجزء 10 ، تنمة الاحوال الشخصية ، الصفحة : 7265 ، المرجع السابق.

(2) مرجع من الانترنت ، الطرق الشرعية لاثبات او نفي النسب ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، الصفحة: 3 .

(3) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و ادلته ، الصفحة : 8266 ، المرجع أعلاه .

(4) الدكتور: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة : 93 ، المرجع السابق.

مسؤولاً في السنن أو مقارناً ، بحيث لا يمكن أن يكون ابناً للمقر عادة ، لم يصح إقراره لأن الحس أو الواقع يكذبه في هذا الإقرار .

ج/ أن يصدق المقولة في إقراره إن كان أهلاً للتصديق:

كأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور ، و مميزاً عند الحنفية ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير ، فإن كان المقر به صغيراً أو مجنوناً ، فلا يشترط تصديقه ، لأنهما ليس بأهل الإقرار أو التصديق و قال المالكية ليس تصديق المقولة شرطاً لثبوت النسب من المقر ، لأن النسب حق للولد على الأب ، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه ، إذا لم يقدّم دليل على كذب المقر .

د/ ألا يكون فيه حمل النسب على الغير : سواء كذب المقولة أو صدقها ، لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه لا على غيره لأنه على غير شهادة أو دعوى ، و شهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجل غير مقبولة ، و الدعوى المفردة ليست بحجة (1).

و بناءً عليه إذا كان المقر ببينة الغلام زوجة أو معتدة فيشترط مع ذكر إن يوافق زوجها على الاعتراف ببينته له أيضاً ، و أن تثبت ولادتها له من ذلك الزوج، لأن فيه يحتمل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة .

و يبطل الإقرار أن صرح المقر في إقراره بأن الولد ابنه من الزنا ، لأن الزنا لا يصلح سبباً لإثبات النسب ، إذا أن النسب نعمة فلا تتال بالمحذور .

فإذا استوفى الإقرار بالبينة و الأبوة هذه الشروط صح و ثبت به نسب المقر له من المقر ، و ترتب عليه الإرث الشرعي ، و إذا صح الإقرار لا يملك المقر الرجوع فيه بعدئذ لأن النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع ، و قد اشترط الحنفية لصحة الإقرار بالنسب أيضاً حياة الولد ، فلو أقر شخص بأن فلان ابنه ، و كان المقر له بالبينة ميتاً ، لم يصح هذا الإقرار و لا يثبت به النسب لكن استثنى الحنفية منه ما إذا كان للابن المتوفى فان الإقرار بنسبه بعد وفاته يكون صحيحاً ، رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد و في ثبوت نسبه شرف لهم و تكريم (2).

و لم يشترط المالكية حياة الولد المقر به لأن النسب حق للولد على أبيه ، فلا يتوقف إثباته على حياة الولد ، كما لا يتوقف على تصديقه ، إلا أن الأب لا يرث الابن الذي استلحقه إلا إذا كان له ولد ، أو كان المال قليلاً ، حتى لا يتهم الأب بأن إقراره لأجل أخذ المال الكثير .

و قال الشافعية و الحنابلة: يثبت النسب بالإقرار على الغير بالشروط السابقة، و يشترط كون المقر جميع الورثة، و بشرط كون المقر له النسب ميتاً، فلا يلحق بالحي و لو كان مجنوناً لاستحالة ثبوت نسب الشخص - مع وجوده حياً- يقول غيره.

(1) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و أدلته "، الجزء العاشر، الصفحة : 7267، المرجع السابق

(2) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي و أدلته ، الصفحة : 7267، المرجع نفسه.

ثانياً: الإقرار بنسب محمول على الغير: هو كأن يقر إنسان فيقول هذا أخي، أو هذا عمي، أو هذا جدي، أو هذا ابن ابني (1).

و يصح بالشروط السابقة ، و يزداد عليها شرط آخر و هو تصديق الغير فإذا قال إنسان : هذا أخي ، يشترط لثبوت نسبه عند الحنفية أن يصدقه أبوه فيه ، أو تقوم البينة على صحة الإقرار ، أو يصدقه اثنان من الورثة إن كان الغير ميتا ، لأن الإقرار حجة على المقر لولايته على نفسه دون غيره فان لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة أو لم تقم بينة على صحة الإقرار بعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه ، فتجب عليه نفقة المقر له أن كان عاجزا فقيرا ، و كان المقر ميسرا ، و يشارك المقر له المقر في حصته إلى من تركه أبيه ، هذا رأي الحنفية و قال المالكية : يأخذ المقر له بالإخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره ، فإذا ولد مع إخوة آخرون و أنكره الوالد ، اخذ المنكر نصف التركة ، و شارك المقر له في النصف الأخر عند الحنفية (2)، و أما عند المالكية فيأخذ المنكر نصيبه كاملا ، و يأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض التركة توزع على ثلاث¹ . و إذا صح الإقرار بالنسب لإنسان شارك الورثة في الميراث و إن لم يصدقه الغير، و مات المقر ورث منه المقر له كباقي الورثة.

أ/ دور البينة في إثبات النسب على الغير :

إثبات النسب على الغير هذا أخي أو عمي أو قد يكون بالبينة و هي عند أبي حنيفة و محمد : إقرارا رجلين أو رجل أو امرأتين ، كالشهادة و يرى مالك انه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره ، فاعتبر فيه العدد كالشهادة و قال الشافعي و احمد و أبو يوسف : إن أقر جميع الورثة ينسب من شاركهم في الإرث ، ثبت نسبه ، حتى و لو كان الوارث واحدا ذكرا أو أنثى ، لان النسب حتى يثبت بالإقرار و لا يشترط فيه عدالة ، فلم يصح قياسه على الشهادة .

ب/ الفرق بين الإقرار بالنسب و بين التبني :

ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف ، لان الإقرار لا ينشئ النسب و إنما هو طريقة لإثباته وظهوره ، أما التبني فهو تصرف منشئ لنسب ولان البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق و لو كان للمتبني أب معروف ، أما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف (4).

3- موقف المشرع الجزائري :

(1) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الاسلامي و ادلته ، الجزء العاشر ، الصفحة : 7267-7268 ، المرجع السابق.

(2) الدكتور: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية ، الصفحة : 104 ، المرجع السابق .

(3) الدكتور : العربي بلحاج . شرح قانون الاسرة الجزائري ، الصفحة : 198-199 ، المرجع السابق .

(4) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الاسلامي و ادلته ، الصفحة : 7270 ، المرجع السابق.

أ/ بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بنفس المقر: فان المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره شرطين هامين هما:

- 1- أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب .
 - 2- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة⁽¹⁾ ، و هو ما جاءت به المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري إلى القول : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".
- و عليه يصح إقرار شخص و لو في مرض الموت بالولد و الوالدين إذا كان المقر له مجهول النسب وإن صدقه المقر له متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم.
- و إذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا ، أو أن يثبت ولادتها من ذلك الزوج لان فيه يحمل النسب على الغير ، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة .

ب/ الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير:

الشروط السابقة معتبرة هنا أيضا ، و يصنف إليها القانون الجزائري شرطا آخر و هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار ، ففي قوله هذا أخي يشترط لثبوت النسب مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري في قولها : " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ".

فالإقرار بالإخوة و العمومة يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الإقرار بالإخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة و أن يقيم البينة على إقراره⁽²⁾ .

ج/ يكون الإقرار أمام محكمة موطن المدعى حسب المادة 490 من قانون الأسرة الجزائري: " ترفع دعوى الاعتراف بالنسب... أمام محكمة موطن المدعى عليه".

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة

البينة مأخوذة من البيان و الوضوح و استنبان الصبح وضح و هو على بقية من أمرها وضوح وعدم خفاء و كأنها صاحب الحق إذا قدم ببينة يثبت بها حقه و يزيل ما كان حوله و من لبس و خفاء .

و جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...".

، فالمراد بالبينة الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات ، و لكلمة بينة معنيان :

معنى عام : و هو الدليل أيا كان نوعه ، كتابة ، قرائن ، اعتراف ، شهود.

معنى خاص : هو شهادة الشهود دون غيرها .

(1) الدكتور : بلحاج العربي . ابحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، الصفحة : 630.

(2) الدكتور : بلحاج العربي. شرح قانون الأسرة الجزائري ، الصفحة : 630، المرجع نفسه.

إن المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة استعمل في النص العربي مصطلح البينة و في النص الفرنسي مصطلح Preuve ، فالمصطلح الفرنسي يفهم منه المعنى العام بالبينة ؟، لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة و دليلنا هما مسألتين: أولاً : ما هو معمول به قضائياً ، حيث نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 15/06/1999 أين أثار في المحكمة العليا تلقائياً الوجه المأخوذ من تجاوز السلطة و الذي جاء فيه بالقرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبير طبي قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بان ينسبا للطاعن أم لا .

و حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تقي بكل الحالات التي يمكن إن تحدثت و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع قد دل على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس (1).

فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي و اعتماده كدليل مثبت للنسب مؤسسة قولها هذا على أن إثبات النسب حددت له المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة و بالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم رفض في هذا القرار استعمال البينة العلمية لإثبات النسب .

ثانياً: الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40.

و بالتالي نتطرق إلى البينة في معناها الوارد في نص المادة و هي شهادة الشهود. البينة حجة مبدئية لا تقتصر أثرها على المدعي عليه ، بل يثبت في حقه و حق غيره ، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره و ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار لان البينة أقوى الأدلة اليوم ، لان النسب و إن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة ، و نوع البينة التي ثبتت بها النسب كما سبق : هي شهادة الرجلين أو رجل و امرأتين عند أبي حنيفة و محمد و شهادة رجلين فقط عند المالكية و جميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف . و الشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه، فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه، جاز له إن يشهد، و إذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يحل له أن يشهد لقوله صلى الله عليه و سلم يشاهد: " ترى الشمس؟ قال نعم، فقال: على مثلها فأشهد أودع" (2).

أ/ الشهادة بالتسامع لإثبات النسب :

(1) قرار صادر في 15/06/1999 ، ملف رقم 222674 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص ، الصفحة : 88 .
(2) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الاسلامي و ادلته ، الجزء العاشر، الصفحة : 7270 ، المرجع السابق.

1- التسماع : استفاضة الخبر وإشهاره بين الناس ، و قد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع ، كما هو الشأن في الزواج أو الزقاق و الدخول بالزوجة ، و الرضاع و الولادة و الوفاة (1).

دليلهم : إن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس ، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى إلى الحرج و تعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث و حرمة الزواج .

لكن اختلف الفقهاء في بيان المراد من التسماع فقال أبو حنيفة : " هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للتسماع نوع من اليقين "

و قال صاحبان : هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل و امرأتان و اختار قولهما بعض الفقهاء بدليل أن القاضي يحكم بشهادة شاهدين .

و توسط المالكية فقالوا: أن يكون المنقول عنه غير معين و لا محصور بأن ينشر المسموع به بين الناس العدول و غيرهم، و اشترطوا أن يقول الشهود: سمعنا كذا و نحوه.

و قال الشافعية في الأرجح و الحنابلة مثل قول أبي حنيفة : شرط التسماع سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم (أي توافقهم) على الكذب ، بحيث يحصل به العلم (أي اليقين) .

أو الظن القوي بخبرهم و لا يكفي الشاهد بالاستفاضة أن يقول: سمعت الناس يقولون كذا، و إن كانت شهادته مبنية عليها، بل يقول: أشهد انه له، أو انه ابنه لأنه قد يعلم خلاف ما سمع من الناس (2).

ب/ موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة 40 بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة... " ، و المراد بالبينة هي الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية و البينة هي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات و يكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين ، أو رجل و امرأتين عدول ، فإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص فادعى كل منهم انه ابنه فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه كما انه إذا ادعى إنسان على آخر بنوة ، أو أبوة ، أو إخوة ، أو عمومة أو أي نوع من القرابة و أنكر المدعي عليه دعواه ، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة ، و حينئذ يثبت النسب ملزما من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر .

و متى كان المدعي عليه ميتا و جب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث أو الدين أو النفقة... و هذه الحقوق هي التي تكون موضع الخصومة الحقيقي لان الدعوى على الميت هي دعوى غائب فلا تسمع حسب قانون الإجراءات المدنية (3).

المطلب الثالث : دور الطرق العلمية في إثبات النسب

(1) الأستاذ : برهام الدين بن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل . مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، الصفحة : 117.

(2) الدكتور : وهبة الزحيلي . الفقه الاسلامي و ادلته ، الجزء العاشر ، الصفحة : 7272 ، المرجع السابق.

(3) الدكتور : بلحاج العربي . شرح قانون الاسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الصفحة : 631 ، المرجع السابق .

ما بعد اشارة الزم الشريعة هي التي يثبت بها النسب دون غيرها كالفرش الصحيح و البينة و الإقرار و القیافة و القرعة أصبح الإنسان قادرا على اكتشاف نسبه بطرق أخرى تصل في بعض الأحيان إلى مطلقها في ثبوت النسب، و بما أن الشارع جعل ثبوت النسب بأقل الدلائل كالقرعة مثلا و القیافة فان العلماء قاسوا على هذا الأمر و قالوا بان القیافة علم يتميز بالبحث في خفايا و أسرار الشبهة بكل مهارة و دقة فجعلوا كل ما يكون على هذا النمط يصلح الاستدلال به .

و نظرا لما جاء به المشرع في التعديل الجديد في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية : " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " ، بحيث أشارت المادة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها علما أن البحوث العلمية و التوصيات المقدمة أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية ، و تعد هذه إحدى الإشكاليات التي أثارها هذه المادة ففتحت للقاضي المجال في استنباط الطرق العلمية لذلك اقتصرنا دراستنا في هذا المطلب على تبيان أهم الوسائل أو الطرق العلمية الحديثة التي تستخدم في مجال إثبات النسب حسب ما جاء في القضاء الجزائري من أحكام تقضي باللجوء إلى طرق معينة لإثبات النسب، حيث قسمنا المطلب إلى خمسة فروع في الفرع الأول تحدثنا عن البصمة الوراثية باعتبارها أقوى الطرق العلمية لإثبات النسب و نسبة الخطأ التي تصل فيها إلى 2000000/01 مرة و الفرع الثاني عالجنا فيه طريقة التلقيح الاصطناعي و كيفية ثبوت النسب به ، الفرع الثالث عالجنا فيه ثبوت النسب عن طريق النظام المرتبط بالمناعة، و في الفرع الرابع إلى طريقة فحص الدم ، ثم أخيرا في الفرع الخامس إلى إثبات النسب باللجوء إلى فحص الخصائص الوراثية ، و ذلك على النحو الآتي بيانه :

الفرع الأول : إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية ADN

لقد رأى العديد من العلماء و الباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت قرينة قوية أخذها جمهور الفقهاء في قضايا الحدود التي تعني في مصدرها اللغوي قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه ، و القائف هو الذي يتبع الآثار و يعرفها و يعرف شبة الرجل بابيه و أخيه و معنى هذا معرفة النسب بالفراسة ، و نظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القیافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور الفقهاء الذين استدلوا بحديث عائشة: " دخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألا ترى أن مجزرا المدلجي نظر الى زيد بن العارث و أسامة ابن زيد و عليهما قطيفة قد طغيا رؤوسهما و بدت إقدامهما فقال إن هذه الإقدام بعضها من بعض " .

إلا أن البعض الآخر رأى عدم قياسها على القیافة نظرا لاختلاف موضوعهما و الأسس التي تبنى عليها القیافة و التي تعتمد على شبهة الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس و الواقع فالقيافة باب و البصمة الوراثية باب آخر و سواء كانت البصمة أخذت مرجعيتها من القیافة أو من غير ذلك فإنها وسيلة قطعية لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات

النسب و هو ما يعرف بـ ADN العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان عندما تلتقي البويضة مع الحيوان المنوي ، إذا أن ADN لكل من الأب و إلام بكونه متحدا و يتشكل من لفائف مزدوجة الجانب على هيئة رقائق تسمى (رقائق الحمض النووي الحلزونية يبلغ سمكها 50 مليون ملم و قطر الحلزون 50/1 مليون متر مكعب حيث تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريبا)، و هذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان ، و الطريقة التي يعمل بها ، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات .

و قد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور و الدقة ، أن لكل إنسان جينوما بشريا يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها ، بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص و آخر حتى و إن كانا توأمين .

لهذا جري إطلاق عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذا من عينة الحمض النووي المعروف بـ (دنا) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه و أمه ، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من صبغيات الكروموزومات ، يرث نصفها و هي (23) كروموزوما عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، و النصف الآخر و هي (23) كروموزوما يرثها عن أمه بواسطة البويضة و كل واحد من هذه الكروموزومات يرثها عن أمه بواسطة البويضة و كل واحد من هذه الكروموزومات التي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (دنا) ذات شقين ويرث الشخص شقا منها عن أبيه و الشق الآخر عن أمه، فينتج عن ذلك كروموزومات خاصة به لا تتطابق مع كروموزومات أبيه من كل وجه ، و لا مع كروموزومات أمه من كل وجه و إنما جاءت خليطا منهما⁽¹⁾.

و بهذا الاختلاط اكتسب صفة الاستقلالية عن كروموزومات أي من والده مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموزومات والديه فضلا عن غيرهما.

قال الدكتور محمد باخطة : (و تتكون كل بصمة من وحدات كيميائية ذات شقين ، محمولة في المورثات و موزعة بطريقة مميزة تفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر ، و تتكون البصمة مند فترة الانقسام في البويضة الملقحة و تبقى كما هي حتى بعد الانقسام)⁽²⁾.

و تساهم البصمة الوراثية في إثبات النسب باعتبارها دلالة قطعية فهي في ذلك موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء الدم ، المنى ، الشعر أو في أي عضو من أعضاء الجسم و هو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات تحمل مواصفات تختلف من شخص لآخر و تبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت، مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل بتحليل

(1) القرآن الكريم : سورة الانسان ، الآية رقم : 02، و يدل على ذلك قوله تعالى : " ان خلقنا الانسان من نطفة امشاج" و الامشاج هي الاختلاط
(2) الدكتور : عبد الحكم فودة و سالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، الاسكندرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1996 ، الصفحة : 12-13.

ADN الطفل و مكونات ADN للأب و إلام لإجراء مطابقة بينهما ، و إذا تمت المطابقة ثبت نسب الطفل للأب و للأم أو كلاهما معا ، و إذا لم تتم المطابقة فيدل ذلك على أنه ليس ابنيهما .

و اللجوء للبصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس دقة ثبوت النسب و التي تصل عند الخبراء 99.07%⁽¹⁾ حيث قررت المحكمة العليا في الملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/03/05 من قانون الأسرة الجزائري (ب س) ضد (م ع) طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) و لا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (مادة 41 قانون الأسرة الجزائري) و بين إلحاق النسب في حالة العلاقة الشرعية ، حيث أن المحكمة العليا في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشوارع 11 ديسمبر الابيار الجزائر العاصمة و بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه ، حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه تبنى الحكم المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه⁽²⁾: حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف تبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص- م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري رغم أن هذه الأخيرة تفيد انه يثبت النسب بعدة طرق و منها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بابيه، و هو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 و بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية كذلك ، و لما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه مع الطاعنة فانه يلحق به الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه⁽³⁾ .

سأل أحد القراء فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي عن توضيح أحقية استخدام البصمة الوراثية و أيهما يقدم على الآخر عند طلب التحليل الوراثي (الزوج أم الزوجة) و ذلك عند وجود تنازع بين الزوجين في إثبات النسب فأجاب :

شرع الله تعالى حد القاذف لمن يرمي غيره من الناس بالزنا و شرع اللعان بين الزوجين وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية و أصبح ممكنا معرفة الولد إن كان من صلب هذا الرجل أو لم يكن من صلبه . و لكن ما اتفق فيه العلماء أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية و لم يستجيب له و هذا الستر مقصود و لمصلحتها و مصلحة ولدها .

و لكن ما اختلفوا فيه هو طلب المرأة المقدوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية هل يستجاب إلى طلبها أو لا؟

(1) الدكتور: ابراهيم الصادق الجندي. تقنية البصمة الوراثية وامكانية التحاليل عليها، المنظمة الاسلامية للعلوم، بدون طبعة ، 2000، الصفحة:48.

(2) مجلة المحكمة العليا : العدد الأول، سنة2006 ، الصفحة:473-474 .

(3) مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2006، الصفحة: 473 -474.

ما أكثر العلماء القول: الإيجاب إلى طلبها و لكن الأرجح أن يستجيب إلى طلبها على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها لتدفع التهمة عن نفسها و تحفظ به حقها و لا تعتدي على حق إنسان آخر فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة لإثبات أمور ثلاث:

أولهما : براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها و هي جازمة بأنها كاذبة و هذا أمر يحرص عليه الشارع .

ثانيهما : إثبات نسب ولدها من أبيه و هذا حق للولد و الشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن و حفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس .

ثالثهما : إراحة نفس لزوج و إزاحة الشك من قلبه ، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ولد من صلبه و بذلك يحل اليقين محل الشك .

مجالات استخدام البصمة الوراثية حسب ماجاء في قرار المجمع الفقهي برابطة العلم الإسلامي بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة يوم 05-2002/01/10 :

حالات التنازع على مجهول النسب .

حالات اشتباه الوالد في المستشفيات و مراكز رعاية المواليد و الأطفال.

حالات ضياع الأطفال و اختلاط أنسابهم .

الفرع الثاني: ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي

أول ما عرف التلقيح ، عرف في دائرة الأشجار والحيوان⁽¹⁾ ، وأن أول تلقيح أجري كان سنة 1780م، قام به الكاهن الايطالي الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى أول عملية على أنثى الكلب فكللت التجربة بالنجاح .وفي سنة 1781 أجريت أول عملية على المرأة تكللت التجربة هي الأخرى بالنجاح.

بينما يرى جانب من الفقه أن أول تلقيح صناعي في التاريخ البشري قد قام به « Hunter » سنة 1799 . ففي هذه التجربة ، كان الأمر يتعلق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وأن العملية قد تمت بمني هذا الأخير . وأن أول تلقيح بواسطة الغير قد تم سنة 1884(2).

وفي بداية الأمر قام الإنسان بالتلقيح الاصطناعي على سبيل التجربة، ولكن ما إن تحققت أول تجربة حتى هلل لها الاباحيون وأنزلوا ها من أنفسهم منزلة الرضا والاستحسان، وقالوا عنها تجربة علمية رائدة باستطاعة العلم الآن، بعد نجاح عملية التلقيح ، أن يقضى على العقم الطبيعي وعلى كل المشاكل الزوجية القائمة بسببه. ومع ذلك فيحقق لنا أمام هذا النجاح أن نتساءل عما إذا أخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة العصرية للحمل، هل يثبت النسب الشرعي بها أو هل العبرة باتصال الزوجين جنسيا ؟

(1) CF.Y.Gallier et P.Roux l'insémination arartficielle chez les animaux domestiques,presse universitaire ,paris,1948.

(2) CF.Dr.E.Mollet, Fécondation naturelle, insémination artificielle,in vitro et droit à la vie-17-19 janvier1974.université de besançon.

ما أشار إليه الزنزل بنفوسه أمام تعدد طرق الحمل بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط ظهر الإنجاب الاصطناعي أي حمل المرأة بواسطة التلقيح الاصطناعي والارتفاع المتزايد للراغبين فيه، خصوصاً بعدما حققته العمليات من نتائج في هذا الصدد (1) .

نجد أن الكثير من الأزواج ينتظرون في أقسام الأطباء سواء داخل الوطن أو خارجه دورهم لإجراء هذه العملية التي تعتبر بالنسبة لهم الأمل الوحيد في تحقيق حلم الإنجاب فمع هذه التطورات العلمية والاجتماعية ساير المشرع الجزائري هذه التطورات فأدرج ضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشكل يضمن للمواطن الجزائري محافظته على هوية الجزائرية والإسلامية

بحيث اعتبر كل عملية تلقيح اصطناعي أياً كان نوعها إذ تدخل فيها طرف أجنبي وبأي صورة عن العلاقة الشرعية يعتبر ذلك باطلاً ومنافياً لأحكام الشرع والقانون وقد نص في المادة 45 قانون الأسرة الجزائري حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي متى تعذر الإنجاب بالطريق الطبيعي مؤكداً على أنه لا يكون اللجوء إليه إلا في وجود عقد شرعي يعطي الأساس القانوني للعملية و منع اللجوء للأم البديلة(2) أولاً : شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي : التلقيح الاصطناعي هي عملية إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي(3) وهذه العملية الحساسة تتم بكيفيتين هما التلقيح الداخلي و الخارجي.

أن يكون الزواج شرعياً :

أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين ووجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني وهو ما يعرف بالزواج الشرعي لثبوت النسب .

2- أن يكون تلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

وقد وضع هذا الشرط حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك النطف المجمدة وما قد ينجر عنها من فساد اختلاط في الأنساب و تحايل من جهة ونظراً لكون العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة أو الطلاق فإنه لا يجوز للزوجة أن تقوم بتلقيح بنطف زوجها اصطناعياً وتلقه به والزوجية تكون قد انتهت كما أنه لا ينسب بعد الوفاة(1) وأقصى مدة للحمل عشرة شهور وفقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري لاسيما ما جاءت به المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.

3- أن يتم بمنى الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما :

أجاز المشرع التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين دون غيرهما حفاظاً على حرمة النسب وشرعيته والذي كان قد أفتى بجوازه الشيخ أحمد حماني رحمه الله منذ سنة 1973م ولم يكن منفرداً برأيه ولا فتواه إذ عمدت توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة

(1) الاستاذ: أحمد عمران، أحكام النسب بين الانجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، الصفحة:63، المرجع السابق.

(2) الدكتور : تشوار الجيلالي: زواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، الصفحة:94.

(3) الدكتور : عبد الحكم فوذة و سالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، الصفحة : 233 ، المرجع السابق.

(1) الاستاذ : بن داود عبد القادر. الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 ، الصفحة : 113 .

لمبادئ الاجتهاد الجماعي لأسيماً اجتهاد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث عمان الأردن أيام 11-16 أكتوبر 1996م بموجب قرار رقم (03-04) الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي شرعا بطريقتين وحرمت ما عداها وبعد الاستماع لشرح خبراء وأطباء كانت الطريقتين التين لا حرج من اللجوء إليهما هما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي⁽²⁾:

أن تأخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة من رحم الزوجة.

أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحم زوجة وتلقيح البويضة وتدخل إلى داخل رحم المرأة (avec une position gynecologique) لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة.

رأى المشرع منع استعمال الأم البديلة حتى لا تتحول إلى سلعة تؤجر وتستأجر لان الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية بل معنى الأمومة يكمن أسسا في الحمل لذلك قال تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن"⁽³⁾

فربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة فالتى تحمل هي الأم وليست من تمنح البويضة لغيرها مقابل أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع ودرأ المفسدة منع اللجوء إلى الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة الآتية لان المفسدة فيها أكبر⁽⁴⁾

* موقف الشريعة الإسلامية من نظام الإنجاب الاصطناعي :

إن الكشف عن موقف الشريعة الإسلامية من التقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي والتطور وتوضيح ما يمكن قبوله وما يمكن استبعاده منها، انه مما لا شك فيه هو انه لا يمكن القول بشرعية وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة إلا إذا كانت هذه الوسائل لا تتعارض مع المبادئ الأساسية التي تعتمدها الشريعة الإسلامية في ايطار كل مجتمع يعتمد الإسلام دينا له. ومن بين هذه المبادئ فانه يمكن حصرها فيما يلي:

احترام العلاقة الزوجية على اعتبار أن علاقة الزواج تعتبر خلية للتواصل بين الأجيال وانه تترتب عليه حقوق و واجبات متبادلة.

إقرار النسب بين الزوجين مع تحديد القواعد المبينة لكيفية ثبوته كما أن المشرع الإسلامي ضبط أحكام النسب بقواعد واضحة واعتمد هنا مبدأ أساسيا هو الولد للفرش. والمراد بفرش الزوجية القائمة.

✚ موقف التشريع الجزائري من ممارسة الإنجاب الاصطناعي :

إن المشرع الجزائري لم يتصدى في حقيقة الأمر لعملية التلقيح الاصطناعي وصوره المختلفة بنصوص تشريعية خاصة أو قواعد تنظيمية لها، غير أن ذلك لا يمنعنا من أن نستشف موقف مشرعنا

(2) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي عن منشورات، دار القلم، دمشق، الصفحة: 108.

(3) القرآن الكريم : سورة لقمان الآية 14.

(4) الاستاذ : بن داود عبد القادر، الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجديد، الصفحة: 113، المرجع أعلاه.

من خلال نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "وعليه فإنه طبقاً للتشريع الجزائري يبقى الزواج هو الوسيلة الطبيعية للإيجاب، لأنه هو وحده أساس النظام الاجتماعي في الجزائر طبقاً لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

وباعتبار أن المشرع أدرج التلقيح الاصطناعي كطريق يثبت به النسب متى تمت مراعاة الشروط، مما أتاح الفرصة للعديد من الأساتذة والفقهاء في ميدان الشريعة للتعريف أكثر فأكثر عن حكمه ومدى مشروعيته إليكم ما جاء في إحدى الصحف الجزائرية عن ظاهرة التلقيح الاصطناعي .

يقول الشيخ شمس الدين عن التلقيح الاصطناعي

يطلق لفظ التلقيح الاصطناعي على عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي، وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي ويشمل هذا التلقيح ما يسمى التلقيح خارج الجسم ويحدث فيه أحد الأمور التالية:

أخذ مني الزوج والبويضة زوجته وتلقيحهما في طبق ثم تعاد للقيحة إلى رحم الأم، فتتم فيها نمواً طبيعياً، وتتم الولادة طبيعية أو قيصرية، وهذه الحالة أجمع الفقهاء المحدثون على جوازها إذا تمت للضرورة، وهي علاج العقم بانسداد الأنابيب، ولم يعد هناك علاج ينفع غير هذه الطريقة مع أخذ الاحتياطات اللازمة لعدم اختلاط النطف كما ما يحدث في المختبرات .

أخذ مني الزوج والبويضة زوجته وتلقيحهما في طبق، وبعد أن تنمو للقيحة لا تعاد إلى الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة!! وقد أطلق عليها اسم الأم المستعارة وقد أجمع الفقهاء المحدثون حرمة هذا النوع من التلقيح لما قد يحدثه من اضطراب وفوضى في الأنساب.

نفس الحالة السابقة ولكن تعاد للقيحة إلى زوجة أخرى للزوج و ليس امرأة أجنبية، تتبرع هذه الزوجة باحتضان البويضة الملقحة بمني الزوج وهذه الحالة هي التي أباحها المجمع الفقهي في دورته السابعة المنعقدة في الفترة من 11 إلى 06 ربيع الآخر سنة 1404 هـ، وبما أن الزواج بأكثر من واحدة ممنوع عند غير المسلمين فهذه الطريقة لا يمكن أن تتم إلا عند المسلمين، وهي من الحلول العملية الإسلامية التي تظهر حكمة الخالق في إباحة تعدد الزوجات لكن لمن ينسب الطفل في هذه الحالة؟

ذهب العلامة مصطفى الزرقاء إلى أن الأم التي ترضع والتي ينسب لها الولد هي صاحبة البويضة وخالفه في ذلك مجموعة من الفقهاء حيث قالوا إن الأم هي التي ولدت واحتجوا بالأدلة التالية:

قوله تعالى ﴿ إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم ﴾ المجادلة آية 02. فنفى الله تعالى الأمومة عن التي لم تلد لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ البقرة الآية 233. والوالدة الحقيقية هي التي ولدت.

قوله تعالى: ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان ﴾ النساء الآية 07. فالذي يرث المرأة هو الطفل الذي ولده المرأة .

قوله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ البقرة الآية 233. والوالدة هي التي ولدت .

ما نسب القرآن الأمومة التي حملت قال تعالى: ﴿ حملته أمه كرها ووضعته كرها ﴾ الأقفاف آية 15.

هذه خلاصة اعتراضات الشيخ علي الطنطاوي التي نشرتها "الشرق الأوسط" وأعدت نشرها لجنة كتاب الإنجاب في ضوء الإسلام الصادر عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت. وأما فضيلة الشيخ بدر المتولي عبد الباسط فقال: " ما لا شك فيه أن هذا الطفل ينسب إلى زوج صاحبة البويضة وضررتها التي حملت هذه البويضة الملقحة، وهذا الأمر واضح لقيام الفراش وهو الزوجية، أما إلى من ينسب هذا الطفل من ناحية الأم: صاحبة البويضة أم التي حملته؟ فإن الذي بينه الله أن هذا الطفل ابن أو بنت التي حملته ليست صاحبة البويضة لقوله تعالى: ﴿ إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم ﴾ المجادلة الآية 02. وهذا نص قطعي الثبوت و الدلالة، ولاسيما أنه جاء على صيغة الحصر . هذا من ناحية النصوص ومن ناحية المعنى أن البويضة الملقحة إنما نمت وتغذت بدم التي حملتها وتحملت آلام الحمل وآلام المخاض ، فهل يعقل أن ينسب الولد لغيرها ! وعليه فهذا الولد ابن لهذه التي حملته وولدتها، ويأخذ كل أحكام الولد بالنسبة لأمه، والأم بالنسبة لولدها من حيث الميراث ووجوب النفقة والحضانة وامتداد الحل والحرمة إلى أصولها وفروعها وحواشيها.و لمن يرغب في التفاصيل الرجوع إلى كتاب-التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب-للشيخ حسونة الدمشقي-فقد أجاد وأفاد ونفع العباد.(1)

الفرع الثالث : ثبوت النسب عن طريق نظام المرتبط بالمناعة

يعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية هناك إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب ، فمن الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب و يسمى POLHMORPHE أي رغم انه وجد متغير و متعدد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر) إلا انه ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء TRANSMHSHON JENHTHQUE مما يعطيه خاصية الثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف و تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص LA PLAYMORPHISME DE SYSTEME HLA EN QNON FAIT LE PLUS IMPORTANT DE TOUTE LES STEME DE MARQUEURES CONNUS EN PIOLOGIE HUMAINE فهو الأهم في أنظمة التميز البيولوجي المعروفة حاليا ، المركبة تتشكل في الحقيقة من خمسة أنظمة متشابهة فيما بينها مما يسمح بالتمييز البيولوجي الجيني المنفرد IL IPERMET UNE IDENTIFICATION BIOLOGIQUE يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين مختلفين عن بعضهما واحدة من الأب و الأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الافراد بصورة اكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة

(1) جريدة الخبر. الصادرة يوم 13 أبريل 2009، الموافق لـ 17 ربيع الثاني 1430 هـ عن صفحة الاسلاميات ، العدد رقم : 5605.

ما ت إثبات النسب بواسطة نظام قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي أو المتكرر فان
الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين متشابهين يصعب الاستنتاج و التحاليل المخبرية⁽¹⁾ مما
يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية

الفرع الرابع : طريقة الفحص الدم كوسيلة لإثبات النسب ABO

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال النسب. ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم ، فكل طفل له خاصية جينية، أما مع الأم و إما مع الأب ، و بما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب ، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فان أبوته لهذا الطفل غير ممكنة ، و يتم على أساسه نفي النسب و يتضح من الجدول التالي هذه الفصائل و ما يقابلها من مواد مولدة و أجسام مضادة تراكيب جينية :

//	الفصيلة	المادة المولدة	الأجسام المضادة	التراكيب الجينية
//	A	B	B	(AA) نفي (AO) هجين
	B	B	B	(BB) نفي (BO) هجين
	AB	AB	-	(AB)
	O	-	AB	(OO)

و لتوضيح أكثر نذكر الأمثلة الآتية :

الأم (O) و الابن (A) نفي هذه الحالة إذا كان الرجل (O) فيستحيل أن يكون هو أب الطفل، لأنه بالضرورة قد حصل على الخاصية (A) من أبيه الحقيقي.

الاب (B) و الأم (B) إذا الأب (BB) أو (BO) و الأم (BB) أو (BO) فحتما الأطفال إما (O) أو (B) أو (BO) مستحيل أن يكون للأولاد في هذه الحالة أبا (A) أو (AB)

الفرع الخامس : اثبات النسب باللجو الى فحص الخصائص الوراثية (MNS)

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في انه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا تستخدم بنفس الطريقة كنظام ABO فعلى سبيل المثال

(1) الأستاذ بن داود عبد القادر الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، الصفحة: 110-109، المرجع السابق.

ملاحظة: الإشارة للنسب ، م- ، ن+ ، م+ ، ن-
الأم M+N+

الأب المفترض M+N-

الابن M-N+

و في هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لان الابن حصل على N+ من أمه و بالتالي M- من أبيه ولكن الأب المفترض هو M+ و ليس M-

و تجدر الإشارة الى حالة خاصة تتمثل في حالة وجود (MG-)

الأب المفترض ← MG+N-

الأم ← M+N+

الابن ← MG+N+

و في هذه الحالة تحصل الابن على MG+ فيمكن القول أن هناك احتمال كبير أن يكون الرجل هو الأب الفعلي للطفل .

المبحث الثاني : طرق نفي النسب

إذا لم يتأكد اليقين ، الولد ليس من أبيه جاز له أن يطلب نمن القضاء أما النفي بالطرق الشرعية و هو ما جاء به الإسلام من ادعاء عدم الأبوة و قذف زوجته و إنكار نسب مولوده أو أن يلجأ إلى الطرق العلمية لنفي النسب باعتبار أن المشرع قد أضاف حق اللجوء إليها متى كان ذلك ضروريا من نتائج قطعية و استجابة في بعض الأحيان الإتيان بأربعة شهود فهل ما إذا وجد الرجل امرأته تزني مع رجل أو تأكد من شهود عيان أن هذا ليس ولده له الحق أن يهدا أو يلجا إلى القضاء أم يريح نفسه و يدفن عاره بان يقتل زوجته لهذا يبقى ذلك نسبيا و ما أكثر جرائم الدفاع عن العرض في مجتمعاتنا تبعا لذلك سنتعرض في هذا المبحث بعنوان طريق نفي النسب الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب في المطلب

ما اشترطه الشرع لنفي النسب (دعوى اللعان) و في المطلب الثاني الطرق العلمية القطعية و مدى جواز استعمالها لنف النسب خصوصا أن مشرعنا لم يحصر الطرق العلمية التي يلجأ إليها القاضي و في المطلب الثالث الطرق العلمية الظنية لنفي النسب بحيث هل يجوز الاكتفاء بها منفصلة عن اللعان ؟ أم يجدر عدم اللجوء إليها مطلقا و الاقتصار على اللعان فقط ؟ هذا ما سيأتي بيانه على النحو الآتي :

المطلب الأول: الطريق الشرعي لنفي النسب دعوى اللعان

اللعان مأخوذ من اللعن لأن الملعان يقول في الخامسة : " أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين " ، و قيل هو الإبعاد و سمي المتلاعنان بذلك ، لما يعقب اللعان من الإثم و الإبعاد يبعد عن صاحبه يتأيد التحريم و هو ما تعرضنا له في فرعين ، و قيل عن مشروعيته انه إذا رمى الرجل امرأته بالزنا ، و لم تقر هي بذلك و لم يرجع عن رميه ، فقد شرع الله اللعان و روي البخاري عن أبي عباس رضي الله عنهما : " إن هلال بن أمية قد دفن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه و سلم بشريك بن سحمان ، فقال النبي (ص) : البيينة أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأي أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البيينة ؟ فيجعل رسول الله (ص) يقول : " البيينة و إلا حد في ظهرك " فقال : و الذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق ، و لينزلن الله ما يبغى ظهري من الحد فنزل جبريل عليه السلام و انزل عليه قوله تعالى : ﴿ و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين و الخامسة إن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ﴾⁽¹⁾ ، و يدروا عنهم العذاب و أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين ، و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين⁽²⁾ .

فانصرف النبي (ص) إليها فجاء هلال فشهد و النبي (ص) يقول : " إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ؟ فشهدت عند الخامسة و قد دفنهما و قالوا أنها الموجبة قال عن عباس رضي الله عنه فتلكأت و نكصت ، حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت : لا أفصح قومي سائله اليوم ، فمضت فقال النبي (ص) : " أبصروها فمغن جاءت به أكحل العينين سابعة إلا ليتين ، خذ لِح الساقين ، فهو لشريك بن سحمان " فجاءت به كذلك فقال النبي (ص) : " لو لا ما مضى من كتب الله كان لي ولها شان " ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب و السنة و القياس و الإجماع إذ لا خلاف في ذلك عامة .

و ذهب المشرع الجزائري بالقول أنه اثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان.

الفرع الأول: متى يكون اللعان و ما هي شروط دعواه

أ/ متى كون اللعان : يكون اللعان في صورتين :

الصورة الأولى : أن يرمي الرجل امرأته بالزنا و لم يكن له أربعة شهود يشهدون عليها بما رماها به
الصورة الثانية: أن ينفي حملها منه .

(1) القرآن الكريم : سورة النور ، الآية رقم : 6-9.

(2) الأستاذ : سيد سابق . فقه السنة ، المجلد الثاني ، الصفحة : 325 ، المرجع السابق.

ما ت إثبات النسب الأولي إذ تحقق من زناها ، كان رآها تزني أو أقرت هي ، و وقع في نفسه صدقها ، و الأولى في هذه الحالة أن يطلقها و لا يلاعنها ، فإذا يحقق من زناها فانه لا يجوز أن يرميها به و يكون نفي الحمل في حالة ما إذا ادعى أنه لم يطأها أصلا من حين العقد عليها، أو ادعى أنها أنتت به لأقل من ستة أشهر بعد الوطء أو لأكثر من سنة من وقت الوطء .

ب/ شروط دعوى اللعان :

قيام الزوجية الصحيحة : قيام الزوجية الصحيحة بين القاذف و من قذفها و بين المطلقة منه رجعيًا إن كانت في العدة ما دام النكاح صحيحًا لأنها زوجته بزنا إلى ما قبل الزوجية لأن العبرة بالوقت الذي وقع فيه القذف و على ذلك لا يقع اللعان بقذف الأجنبية و لا التي طلقها طلاقًا بائنًا و لو في العدة، و ذهب الجعفري و جمهور الفقهاء إلى أن الشرط أن يضاف القذف إلى زمن الزوجية ، فلو أضيف إلى ما قبل الزواج لا يلاعن و يقام عليه حد القذف، لأن العبرة بالوقت الذي يصنف إليه الزنا فلا بد من أن يكون حال قيام الزوجية (1).

أ/ أن يكون ممن يحد قذفها بأن تكون عفيفة : فلو كان نكاحها فاسدًا و قذفها الزوج أو كان لها ولد ليس له أب معروف ، أو كانت قد زنت في حياتها و لومرة واحدة ، أو وطئت وطأ حرامًا بشبهة و لو مرة واحدة ، فلا لعان لو قذفها زوجها لان القذف لا يوجب الحد بالنظر إلى الأجنبية (2) واللعان يدل عن الحد فإذا لم يحد قاذفها فلا يقع اللعان بقذفها أيضا .

ب/ أن يكون كل من الزوجين مسلمًا عاقلًا بالغًا ناطقًا غير محدود في القذف فلا لعان بين الزوجين الغير المسلمين و لا بين المختلفين دينيًا و لا بين من سبق عليه الحد في القذف و لا بين الآخرين أو أحدهما كذلك و ذلك قوله تعالى : ﴿ و لم تكن لهم شهداء ﴾ (3) ، و ذهب الأئمة مالك و الشافعي و احمد في رواية عنه و الجعفري: " إلى أن اللعان يصح من كل زوجين سواء كانا مسلمين أم غير مسلمين عدلين أم فاسقين محدودين في قذف أم غير محدودين " ، فالشرط عندهم أن يكون الملاحن ممن يصح بأن يكون بالغًا عاقلًا مختارًا .

ج/ أن يكون القذف بصريح الزنا لا بكتابة و لا بغيرها ، بان يقول لها : " أنت زانية ، أو أنت زنييت ، أو يا زانية " و زاد الجعفري على ذلك أن يدعي مع الزنا مشاهدته فلو لم يدع المشاهدة فلا لعان فإذا لم يستطع إقامة البينة بأربعة شهود اوجب جلد القاذف (4) ، أما إذا كان القذف ينفي نسب الولد عنه فلا فرق بين التصريح بالزنا و عدم التصريح به على مختار أكثر المعتمرات .

د/ مطالبة الزوجة قضاء بموجب القذف و هو الحد لأنه حقها لدفع العار فكان لا بد من طلبها كسائر حقوقها و لا تسقط و لو طالبت المدة ، فان رفعت أمرها للقاضي و أصرت على طلبها وجب على

(1) الأستاذ : السيد سابق . فقه السنة ، المجلد الثاني ، الصفحة : 337 ، المرجع السابق .

(2) الشيخ : صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان ، الملخص الفقهي ، الصفحة : 597 ، المرجع السابق .

(3) القرآن الكريم : سورة النور ، الآية رقم : 06 .

(4) الشيخ : صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان ، الملخص الفقهي ، الصفحة : 598 ، المرجع السابق .

القاضي استدعاه لحضور الجلسة في مجلس القضاء فان اعترف بالقذف أو أقامت شاهدين عدلين مع إنكاره وجب عليه اللعان و إن امتنع من اللعان حبسه حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، فان كذب نفسه ارتفع اللعان و وجب عليه حد القذف و ذهب الأئمة الثلاثة و الجعفري إلى انه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه و منشأ الخلاف بين الحنفية و غيرهم أن الحنفية يقولون أن موجب قذف الزوج زوجته هو لعانها لان قوله تعالى ﴿ فشهادة ادهم ﴾ معناه أن الواجب هو شهادة ادهم ، أما جمهور الفقهاء فيرون إن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف و اللعان مسقط له لان آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجا كان أو غير زوج ، و جاءت آيات اللعان مخففة عن الأزواج ، فجعلت لهم طريق لرفع الحد عنهم باللعان .

➤ **موقف المشرع الجزائري :** لقد نص المشرع الجزائري على دعوى اللعان في معنى النصوص القانونية، حيث تنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري : "ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية " كما تنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " .

و المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن اقل مدة الحمل هي 6 أشهر و أقصاها هي 10 أشهر .

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/20 ملف رقم 204821 و الذي قضى إن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا و من هذه المواد نستخلص شروط دعوى اللعان هي :

1- أن يكون الزواج صحيحا أما الباطل يفسخ قبل الدخول ولا اللعان فيه ويشترط في اللعان أن يكون الزواج صحيحا .

2- أن تكون جميع شروط ثبوت النسب متوافرة (الزواج الصحيح دخول الزوج بزوجه، وضع الحمل في المدة القانونية)

3- أن لا يصدر عن الزوج ما يدل على اعترافه بهذا المولود مثلا أن تكون الزوجة حاملا وبعد الولادة في أثناء تهاني الناس له بهذا المولود الجديد يشترط أن يصدر صراحة منه ما يثبت نفيه للحمل

4- يشترط مبادرة الزوج الى رفع دعوى اللعان فور علمه بهذا الحمل .

5- يكون اللعان أمام القاضي بحيث يشهد الزوج أربع شهادات إن كان من الكاذبين بأن حمل زوجته ليس منه و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين والزوجة كذلك تحلف أربعة شهادات من أجل إثبات نسب ابنها من زوجها والخامسة أن لعنة الله عليها إن كانت من الكاذبين تنص المادة

490 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة والأبوة أو بالأبوة لشخص مجهول النسب... أمام محكمة موطن المدعى عليه... في جلسة سرية"

الفرع الثاني: آثار دعوى اللعان على الطفل والزوجين

إنّ دعوى اللعان بعد اكتمال شروطها وتحققها ترتب آثارا على كل من الزوجين المتلاعنين وكذلك الطفل وهذا ما سوف نتعرض إليه في هذا الفرع .

-أثر دعوى اللعان في الفقه الإسلامي:

1-التفريق بين الزوجين: إذا تلاعن الزوجان ووقعت الفرقة بينهما على سبيل التأكيد ولا يرفع التحريم بينهما فعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا " ، و عن ابن مسعود قال : مضت السنة ألا يجتمعان المتلاعنان (1)، و يترتب عن اللعان عن الحنفية أن التفريق لا يقع إلا من القاضي بعد انتهاء اللعان (2).

و اختلف الفقهاء في ذلك إذ ما كذب الرجل نفسه ، فقال جمهور : " إنما لا يجتمعان أبدا " ، و ذلك بالنظر إلى الأحاديث السابقة و قال أبو حنيفة : " إذا كذب الرجل نفسه وجب الحد و جاز له أن يعقد عليها من جديد فاستدل أبو حنيفة بأنه إذا كذب نفسه فقد يبطل اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد الزوجة إليه و يجب أن النسب الموجبة للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما . مع القطع بان احدهما كاذب فإذا كشف عن التحريم .

2- إلحاق الولد بأمه : إذا نفي الرجل ابنه و تم اللعان بنفيه انتفى نسبه من أبيه و سقطت نفقته عنه و انتفى التوارث بينهما ، و ألحق بأمه فهي ترثه و هو يرثها لما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : " قال رسول الله (ص) في ولد متلاعنين انه يرث أمه و ترث منه و من رماها به جلد ثمانين جلدة" و يؤيد هذا الحديث للدلالة على أن الولد للفرش، أما بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة فانه يعامل كأنه ابنة من باب الاحتياط فلا يعطيه زكاة ماله ، و لو قتله لا قصاص عليه، و تثبت الحرمة بينه و بين أولاده ، و لا يجوز شهادة كل منهما للأخر و لا يعد مجهول النسب ، فلا يصح أن يدعيه غيره ، و إذا كذب نفسه ثبت نسب الولد منه ، و يزول كل اثر اللعان بالنسبة للود .

3- حرمة القرابة أو اجتماع منهما بالأخر بمجرد الانتهاء من الملاعة ولو كان ذلك قبل تفريق القاضي .

4- يجب على القاضي أن يفرق بينهم و لا يحصل الفرقة بنفس حصول اللعان بل لابد من تفريق القاضي على ما ذهب إليه أبو حنيفة لان القضاء شرط فيه حتى لو مات احدهما و استدلوا بذلك بحديث ابن عباس في قصة المتلاعنين " ففرق رسول الله بينهما " و هذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله .

(1) الأستاذ : السيد سابق. فقه السنة ، المجلد الثاني ، الصفحة : 340، المرجع السابق.

(2) الأستاذ : عمر زودة ، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية ، و اثر طعن فيها ، الجزائر ، انتاج الموسوعة ، 2003 ، الصفحة : 43.

5- لا تورث بينهم بمعنى أن قرابة الأبوة لا تكون معتبرة في الإرث فلو مات الولد الذي نفي نسبه عن مال لا يرثه احد بقرابة أبوة ، وإنما ترثه أمه و اقرباؤها من جهته ، و لو مات الأب فلا تعتبر الود احد ورثته (1).

6- النفقة فلا تجب بينهما نفقة الأبناء على الآباء و لا نفقة الآباء على الأبناء.

7- اللعان يدرأ الحد عن كل من الزوجين .

* هل الفرقة طلاق ام فسخ :

يرى جمهور العلماء أن الفرقة الحاصلة باللعان فسخ ، و يرى أبو حنيفة انه طلاق بائن ، لان سببها من جانب الرجل لا يتصور أن يكون من جانب للمرأة ، و كل فرقة كانت كذلك تكون طلاقا ، لا فسخ هنا مثل فرقة العنين ، إذ كانت لحكم الحاكم .

أما الذين ذهبوا إلى الرأي الأول فدليلهم تأييد التحريم ، فأشبهه ذات المحرم و هؤلاء يرون أن الفسخ باللعان يمنع المرأة من استحقاقها النفقة في هذه العدة ، و كذلك السكن ، لان النفقة و السكن إنما يستحقان في عدة المطلقة لا في عدة الفسخ ، و يؤيد هذا ما رواه ابن عباس رضي الله عنه في قصة الملاعنة أن النبي(ص) قال : " قضى إلا قوتها لها و لا سكنى : من أجل أنهما يتصفان من غير طلاق و لا متوفى عنهما " احمد و أبو داود

* موقف المشرع الجزائري :

يفهم من ذلك إدراج المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة عبارة " ... و لم ينفيه بالطرق الشرعية " يوحي انه قد اتبع سبيل الفقهاء في تحديد الآثار المترتبة عن دعوى اللعان و من بين هذه الآثار:

1-الحكم بنفي نسب الحمل أو المولود للزوج و إنما ينسب لي أمه .

2- فسخ عقد الزواج - بناء على رأي الجمهور- و يتضح ذلك في قول المادة 138 من قانون

الأسرة الجزائري: " يمنع من الإرث اللعان و الردة "

3-التفريق بينهما - عند الفقهاء - يكون ابدى .

4-بعد التفريق بينهما تجب العدة على المرأة .

5- في حالة النكول في دعوى اللعان سواء كان من الرجل أو من المرأة يوجب الحد عند

الأئمة الثلاث دليلهم في ذلك حديث النبي (ص) : " البينة أو حد في ظهرك " فإذا كذب نفسه ،

و نكل أو لم يأتي ببينة وجب عليه حد القذف ، و المرأة الرجم .

(1) الاستاذ : عمر زودة . طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها ، الصفحة : 43 ، المرجع السابق .

أما إثبات النسب الزنا، فلهذا فإنه لا تغل حرم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنى بعد إيمان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس" و هنا أوجب التحقق بالتكذيب أو اللعان و ليس النكول عن اللعان . أما المشرع في قانون العقوبات الجزائري لم ينص على عقوبة الحد التي في الشريعة الإسلامية في حال ثبوت الولد بالزنا بالنسبة للزوجة المحصنة أثناء جلسة اللعان بإقرارها بالزنا أو إثبات ببينة قطعية المادة 339 من قانون العقوبات (القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982) "يقضي بالحبس من سنة الى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكه و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى المضرور ، و أن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة "

المطلب الثاني : استعمال الطرق العلمية و القطعية لنفي النسب

إن الوسائل الحديثة لإثبات النسب يوضحها الدكتور عبد الهادي مصباح أستاذ التحليل الطبية و المناعة و زميل الأكاديمية الأمريكية للمناعة و الميكروبيولوجي كيفية إثبات النسب عن طريق الوسائل الطبية الحديثة فيقول : لكل شخص منا بصمة وراثية جينية موجودة في نواة كل خلية من خلايا جسم الإنسان ، و هي عبارة عن الحامض النووي التي يتكون منه 46 كروموزوما و هو العدد الذي يحتويه جميع أجزاء الجسم فيما عدا الحيوان المنوي و البويضة حيث يحتوي كل منهما على 23 كروموزوما فقط لكي يكتملا معا عندما يلتقيان لتكوين النطفة و الجنين ن من خلال ذلك نقول البصمة الجينية عبارة عن "كيتيب" يحمل صفات و خصائص كل إنسان كل صفحة في هذا الكتيب ، نصفها من الأب و نصفها الآخر من الأم، و بناءا عليه فان إثبات النسب يأتي من خلال تحليل البصمة الجينية للأب و كذلك الأب و الأم إذا كانت موجودة ، و لكن ليس ضروريا وجود الأم ، و في هذه الحالة يكون هناك شراكة بنسبة 50 % بين الأب و الابن في الجينات و هذا يعني إثبات البنية بنسبة 99.99 % و في حالة عدم توافر هذه الشراكة في الجينات يمكن استبعاد نسب الابن إلى الأب بنسبة تصل إلى 100 % و بناء عليه يمكن التأكد من صحة النسب أو غيره و هناك حوادث كثيرة جدا يمكن من خلالها التأكد من هذا في المجال في قضايا النسب و في بعض حالات الخلاف حين ينكر الأب نسب أولاده أو في حالات شك الأزواج في زوجاتهم، و طبعا هذا يترتب عليه إثبات النسب و الإنفاق.

و يقول الدكتور عبد الهادي مصباح انه من خلال تحليل الحامض النووي يمكن تتبع تسلسل الحامض النووي في العائلات المختلفة ، و بالتالي يمكن إثبات صلات القرابة و أسلوب الهجرة بين الشعوب و معرفة تسلسل شجرة العائلة البشرية بدءا من سيدنا ادم عليه السلام .

و يشيد الدكتور مصباح إلى أن المحاكم تأخذ بهذا التحليل للحامض النووي الآن لأنه أصبح في حكم المؤكد صحة هذا النسب إذ وجد تشابه في هذا الحامض بين الابن و الأب ، إلا أن المحكمة تشترط

ما لم يشك في إثباته في أماكن معينة موثوق فيها مثل الطب الشرعي أو المركز القومي للبحوث لأن ذلك يترتب عليه أمور حياتية مهمة للغاية ، و لكن ليس معنى ذلك لا تجرى هذه التحليلات في المعامل الخاصة ، و هناك العديد من المعامل الخاصة المعترف بها عمليا و دوليا أجرت بهذه التحاليل و أخذت بها المحاكم في مسألة إثبات النسب.

الفرع الأول : اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي النسب

قبل الحديث عن كيفية اللجوء إلى نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية من الواجب معرفة ماهية هذه الأخيرة .

أولا : التعريف اللغوي للفظ البصمة

البصمة مشتقة من البصم و هو : فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البصر يقال ما فارقتك بشرا ، و لا فترا ، و لا عتبا ، و لا رتبا ، و لا بصما ، و رجل ذو بصم إي غليظ البصم (1) ، و البصمة اثر الختم بالأصبع (2) .
و بصم بصما : إذا ختم بطرف إصبعه .

فالبصمة عند الإطلاق تصرف مدلولها على بصمات الأصابع و هي : الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحها مصقولا ، و هي طبق الأصل لإشكال الخطوط الحلمية ، التي تكسو جلد الأصابع و هي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد .

ثانيا : ماهية البصمة الوراثية

مما تقدم في بيان التعريف اللغوي للفظ البصمة يتضح أن من أهم فوائد معرفة بصمات الأصابع الاستدلال بها على مرتكبي الجرائم من خلالها و عن أبيه و الشق الآخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموزومات خاصة به لا تتطابق مع كروموزومات أبيه من كل وجه و لامع كروموزومات أمه من كل وجه و إنما جاءت خليطا منها .

و بهذا الاختلاط اكتسب صفة الاستقلالية عن كروموزومات، أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموزومات والديه فضلا عن غيرهما .
قال الدكتور محمد باخظمة : " و تتكون كل بصمة من وحدات كيميائية ذات شقين ، محمولة في المورثات و موزعة بطريقة مميزة تفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر ، و تتكون البصمة من فترة الانقسام في البويضة الملقحة و تبقى كما هي حتى بعد الموت ، و يرث كل فرد احد شقي البصمة من الأب و الآخر من الأم بحيث يكون الشقاق بصمة جيدة ينقل الفرد و احد شقيها إلى أبنائه ، و هكذا"

(1) الامام : جمال الدين ابي الفضل ابن منظور الانصاري ، لسان العرب، الصفحة :12، المرجع السابق .
(2) الامام : جمال الدين ابي الفضل ابن منظور الانصاري ، لسان العرب، الصفحة :14، المرجع نفسه .

ما. ت. ا. الشارح الزهراني مصباح : (الحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر نفس التطابق ، و هي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص ، و أمراض و شيخوخة ، و عمر ، منذ النقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم و حدوث الحمل)⁽¹⁾ و العمل بالبصمة الوراثية تستعمل في مجالات كثيرة إذ يرى المختصون في المجال الطبي و خبراء البصمات انه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات عديدة ، و ترجم في مجتمعها إلى مجالين رئيسيين هما :

1- مجال النسب : و ذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لشخص أو نفيه عنه، وفي حالة اتهام المرأة بالحمل من وطء بشبهة ، و إوزنا⁽²⁾

2- مجال الجنائي : و هو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جنائية قتل أو اعتداء ، أو اختطاف ...

و علماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة ، أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100% أما في حالة الإثبات فانه يصل إلى قريب من القاطع وذلك بنسبة 99% تقريبا .

و طريقة معرفة ذلك أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس دبوس من البول، أو الدم أو الشعر ، أو المني ، أو العظم ، أو اللعاب أو خلايا الكلية أو غير ذلك من كروموزومات أي الصبغيات تحمل الصفات الوراثية ، و هي الجينات ، فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن و بوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثه له عن أبيه لا تفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بأبوته له ، أو يقطع بنفي أبوته له ، ينطبع من بصماته على الأجسام المصقولة في محل الجريمة ، فهي قرينة قوية في التعرف على الجناة ، و لقد تجاوزت الاكتشافات الطبية الحديثة معرفة هذه الخاصية من جسم الإنسان إلى اكتشاف خواص كثيرة فيه وإدراك مدة تأثير تلك الخواص في الوراثة عن طريق أجزاء من جسم الإنسان من دم أو شعر أو مني أو غير ذلك .

و قد دلت الاكتشافات الطبية انه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (46) من الصبغيات (الكروموزومات) ، و هذه الكروموزومات تتكون من المادة الوراثية الحمص النووي الريبوزي اللاكسجيني و الذي يرمز إليه بـ "دنا" أي الجينات الوراثية ، و كل واحد من الكروموزومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة الى مائة ألف مورثة جينية تقريبا و هذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان ، و الطريقة التي يعمل بها ، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات .

(1) الدكتور : عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في الجنابة و النسب ، الصفحة : 04 ، المرجع السابق
(2) الدكتور : عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في الجنابة و النسب الصفحة : 05 ، المرجع نفسه .

٤٠٠. وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور و الثقة : أن لكل إنسان جينوما بشريا يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين الشخص و آخر حتى و إن كانوا توأمين (1).

و بهذا جرى إطلاق عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص آخر من عينة الحمص النووي المعروف بـ "دنا" الذي يحمله الإنسان بالوراثة من أبيه و أمه إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من صبغيات الكروموزومات ، يرث نصفها و هي (23) كروموزوما عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، و النصف الآخر و هي (23) كروموزوما يرثها عن أمه بواسطة البويضة و كل واحد من هذه الكروموزومات و التي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم "دنا" ذات شقين يرث الشخص شقا منها و كذلك الحال بالنسبة للام ، و ذلك لان الآن كما تقدم يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية ، بينما يرث عن أمه النصف الآخر فإذا أثبتت التجارب الطبية و الفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن و أبويه ثبت طبيًا بنوته لهما .

و قد تثبت بنوته لأحد والديه بناء على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية بينما ينفي عن الآخر منهما ، بناء على انتفاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية .

من اجل ضمان صحة نتائج البصمة الوراثة فقد ذكر بعض الفقهاء و الأطباء المختصين بالبصمة الوراثة ضوابط لابد من تحققها كي يمكن الأخذ بنتائج البصمة الوراثة و هذه الضوابط تتعلق بخبراء البصمة الوراثة و بطريقة إجراء التحاليل ، و المختبرات و المعامل الخاصة بالبصمة الوراثة و أهم هذه الضوابط ما يأتي :

1- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثة تابعة للدولة أو تشرف عليها إشرافا مباشرا ، مع توفر جميع الضوابط العلمية و العملية المعتبرة محليا و عالميا في هذا المجال .

2- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثة سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثة أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة كما في القذائف، إضافة إلى معرفته و خبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر .

3- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثة بدأ من نقل العينات بظهور النتائج حرصا على سلامة تلك العينات و ضمانا لصحة نتائجها .

4- عمل التحاليل الخاصة بالبصمة بطرق متعددة و بعدد اكبر من الأحماض الامينية ، ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان (1) .

الفرع الثاني: نفي النسب في حالة الإخلال بشروط التلقيح الاصطناعي

(1) الدكتور: تشورا الجبلاي. الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات العلمية الحديثة ، الصفحة : 102، المرجع السابق
(1) الدكتور : عمر بن محمد السبيل. البصمة الوراثة و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية ، الصفحة 12-13 ، المرجع السابق.

ما يشترطه الأَصْطِنَاعِي السَّالِفَةُ الذَّكْرُ يكون مفهومها مقبولا شرعا و تشريعا ، و إذا اختل شرط من شروطها مثلا تلقيح الزوجة بماء غير الزوج ، فمن الصعب تأيد هذه العملية من جانب الشرع الإسلامي و القانون ، فالتلقيح بماء الغير ، بما انه من المسائل ذات الطابع لا الفردي دائما العار الاجتماعي الذي تبني عليه الأسر و كيان المجتمع بكامله ، فهو إجراء محرم شرعا و هذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بقوله أن التلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها ، و استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره و كذا إنشاء مستودع تستلج فيه نظفه رجال لهم صفات معينة لتلقيح لنساء لهن صفات معينة ، كلها محرمة و ممنوعة على الإطلاق لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب و ضياع الأسر، في الواقع أن استعمال مني الغير يكتسي ببيكولوجيا أو أخلاقيا مظهر الزنا ، و انه حفاظا للأنساب و عدم تضييعها ، و حماية لظاهرة النسل و أصالته ، يحرم قانون العقوبات الجزائري في المادة 339 الخيانة الزوجية و هو معاقب عليها .

كما أن الفقه الإسلامي يقضي صراحة أن الطفل الذي ينجم بعد إجراء عملية تلقيح المرأة بماء الغير ، يعد انه غير شرعي أي انه ابن زنا ، و ذلك سواء كان هذا التلقيح برضا الزوج أو بدونه ، كذلك ترتب لاحقا على هذا النوع من التلقيح اثار وخيمة على التكوين الاجتماعي و النفسي للطفل خاصة إذا علم انه من ماء الغير و لا من ماء الأب الذي قام بتربيته .

إذن يعني هذا التلقيح تدخل الأجنبي و هجر الشروط التي التزم بهما كل من الزوجين اتجاه الطرف الأخر، و يفترض أيضا أن المرأة ينحصر دورها بعد الزواج إحصان نفسها بكل الطرق و يحرم عليها تمكين غيره منها ، و إن كل الوسائل غير ممنوعة من اجل تحقيق الغرض المنشود ، فهذا النوع من التلقيح يخل بحياة الزوجين و بوحدتهما الأخلاقية و الدينية و الأسرية في سبيل الوظيفة التناسلية ، إذ أن الذي يهدد وحدة استقرار الأسرة يعد منبعا للفتنة و الظلم في الحياة الزوجية ، و لذلك يجب القضاء على كل الوسائل و العوامل المؤدية إلى هذه النتيجة الخيمة التي لا يحمد عقباها .

و تختلف أحكام التشريعات الغربية في تنظيم التلقيح على هذا الأساس فمنها ما يعمل مبدأ وحدة النسب في العائلة على إطلاقه بدون التفرة بين التلقيح التام بين الزوجين و بين الذي تم اجروه بين احد الزوجين و الغير ، فيقضي باكتساب الطفل نسب والده حكم القانون و بدون حاجة إلى اتخاذ إي إجراء كان و منها ما لم يقبل ترتيب هذه النتيجة في الحال ، بل علق ذلك على توافر عدة شروط ، فمن بين هذه الشروط يقضي مثلا القانون الفرنسي بأن التلقيح الاصطناعي بين رجل و امرأة لا يجمعهما عقد زواج برباط أن يتم ذلك في سرية تامة .

غير أن أعمال الحكم السالف ينطوي على بعض المخاطر فيحتمل من جهة أن تعرف الطفل أصله (أي انه من ماء الغير، إذا كان تشريعة يقضي كالتشريع الفرنسي، بالالتزام على كتمان هوية أطراف عملية التلقيح ، كما يحتمل من جهة أخرى أن تتكون العائلة . بمفهومها الضيق من إباء و

ماتت الأمهات وإخوة وأخوات يربط بعضهما البعض غير عقد القران ، زيجات ليس في مقدور التشريع الفرنسي الحالي أن يبعدهم بحكم القانون ، و هي حالات خطيرة على كيان الأسرة و مصالحها العليا الاجتماعية .

و يمكن التمسك انه يوجد إذن ، في هذا الشأن تعارض واضح بين القانون الفرنسي وبين الاتفاقية الدولية السابقة التي صادقت عليها ، فمصلحة الطفل تقتضي أن يتسنى له معرفة أصله و أن يطلع على والديه ، و عليه يمكن القول أن التلقيح الاصطناعي معها تعددت تقنياته و حتى أن علق المشرع اجريها على عدة شروط ، فلا يمكن في الميدان القانوني توحيد أنواع التلقيح الاصطناعي من حيث الآثار التي يرتبها فيما يتعلق بنسب الطفل ، و ذلك حتى لا يختلط الحلال بالحرام و حتى لا يصيب ركائز الأسرة الشلل ؟ ، و عليه تقتضي مصلحة الطفل أن ينتسب إلى أبيه إلا إذا لقت أمه بماء والده الشرعي .

المطلب الثالث : الطرق العلمية الظنية وسيلة لنفي النسب

تعتبر من الناحية العلمية بعض طرق نفي النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي لم ترد الإشارة إليها سابقا ، لذلك فإنها تعرف العديد من الأنظمة التي تتمثل في :

الفرع الأول : نفي النسب عن طريق تحليل الدم و تحليل الخصائص الوراثية

نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية التي تستعمل في نفي النسب ذلك لان فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب تتحدد عن طريق أسس تمكن القاضي اللجوء إليها و اعتمادها في تأسيس قناعته بحجة علمية قاطعة و أن طريقة الفحص الدموي للبحث عن الزمرة الدموية لإثبات الأبوة تبين أن نسبه احتمال وجود علاقة أبوية ضئيل جدا كدليل لإثبات النسب، لذلك اثبت البحث العلمي أن تحليل الدم وسيلة لنفي الأبوة و ليس وسيلة لإثبات الأبوة إذ يمكن الجزم بتنافر الفصائل الدموية لدم الأب المزعوم و الأم المدعية بأنه ليس والد الطفل .

كما تجدر الإشارة أن اللجوء إلى تحليل الدم على سبيل المثال لا الحصر و التي يفتاد إليها في مجال النفي و تعطينا مجرد احتمالات حيث يوجد أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج و لا زال ينتج عن التطورات البيولوجية الحديثة .

ما ت اشرار الزينة أمام القضاء السوداني نتيجة اختلاط طفلتين في المستشفى بعد عملية التوليد فكانت نتيجة التحاليل تتأفر الفصائل و نفي نسب كل بنت فكانت البنت الأولى للام الثانية وبنت الأم الثانية بنت اللام الأولى و تلخصت وقائع القضية كالآتي :

إنه تم توليد امرأتين في مستشفى حكومة السودان لإجراء عملية جراحية قيصرية و بعد انتهاء العمليتين و إخراج المرأتين تم اختلاط البنيتين و تم إعطاء كل بنت لأمها المفترضة بعد ستة أشهر المرضة التي كانت تعمل مع الطبيب ذات يوم عند إجراء عملية ذهبت إلى المرأتين و أخبرتهما أن البنت التي لدى كل واحدة ليست ابنتها بعد الإجراءات و عدة محاكمات قررت المحكمة أن القضية هي قضية إثبات نسب و ليس قضية جنائية ، فتم الاعتماد على تحليل الدم و كانت نتيجة التحاليل كالآتي : تتأفر الفصائل .

و قد عرف التحليل المعمل في صدر الإسلام في قضية جنائية و خرج بالتحليل الذي اثبت براءة المتهم إذ روي أن فتاة من المدينة كانت تهوى شابا من الأنصار إلا أن الشاب استعصم و عند فشل الفتاة أرادت أن تتأثر لنفسها فجاءت ببيضة و ألقّت الصفار و وضعت بياض البيض على فخذها و جاءت تستغيث أن فلان عليها على نفسها و هذا أثر فعله ، فرأيه إلى النساء للنظر و الكشف عن فخذها فرفعنا التقرير بأنها صادقة في دعواها فهم سيدنا عمر رضي الله على إقامة الحد فاستغاث الشاب يا أمير المؤمنين ما فعلت الفاحشة ثبت في أمر حتى شك عمر فقال :علي البعلي يقول الرواي : " أمسك علي الثوبة ، و قال علي بماء حار شديد الغليان صب الماء على الثوب فإذا تجمع فقال : هذا بياض بيض ، و لو كان منيا لذاب مع حرارة الماء الشديد ، و تمت تبرأة الشاب من التهمة فكان للمسلمين شرف أول مرة في اعتماد الوسائل العلمية في الإثبات .

أما نظام تحليل الخصائص الوراثية النادرة فهو نظام يمكن الاعتماد عليه في نفي النسب باعتبار أن معظم الأطباء العارفين في هذا المجال توصلوا إلى أن هذا النظام ذا حجية كبيرة في نفي النسب، بحيث انه يتميز من الناحية العلمية يمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال نفي النسب رغم انه متغير جدا و متعدد المظهر البيولوجي ، إلا انه نظام يكتسي الحجية المطلقة لنفي النسب حسب تصريحات الأطباء (1).

الفرع الثاني : نفي النسب بالجوء إلى المجموعات البروتينية و الإفرازات اللعابية

نظام المجموعات البروتينية هو نظام متغير و متعدد نظرا لتعدد هيئات مظهر البروتين الموجودة في المصل و الإنزيمات و الكريات الحمراء هو نظام حديث جدا يمكن استعمال هذه العلامات فتعطي نتائج أكثر دقة من تحليل الفصائل الدموية العادية لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص و تستعمل في التحاليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية يبقى التمييز

(1) الدكتور : عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في الجنابة و النسب ، الصفحة : 112 ، المرجع السابق .

مقتصرًا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية و من ثم فإن القاضي في هذه الحالة يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام إلى خبير مختص له مهام بيولوجية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية والقول بأن الحكم التحضيري مفاده عدم اتضاح نية القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتا أو نفيا بطبيعة الحال نفي النسب باللجوء الى الافرازات اللعابية:

هو نظام يستعمل لإثبات النسب لكنه لا يرقى إلى درجة اليقين كون النتائج التي يصل إليها لا ترقى ان تكون دليل اثبات حتمي مادام أن نسبة التشابه فيها بين البشر تبقى واردة بدرجة كبيرة لذلك هو يصلح كأداة نفي أكثر من الاثبات ومن ثمت فان الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية وهو يتشكل من مجموعة أنظمة مشابهة

نظام kegl

نظام duff

نظام kidd⁽¹⁾

الخاتمة:

من مقاصد الزواج المحافظة على الأنساب و منعه من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم و باعتبار أن النسب رباط دائم تتبني عليه معنويات كريمة تضمن للأولاد روحا عالية و حياة طيبة في كنف المجتمع و العالم بأسره و لقد حاولنا من خلاله عرضنا المتواضع الكشف عن العديد من تلك المسائل يشير لها النسب عموما و النسب الفاسد على وجه الخصوص فما دام النسب يثبت بعقد الزواج المحددة أركانه شرعا و قانونا، فإن الأمر لا يطرح إشكالا فمتى لم يحترم الطرفان أركان العقد و شروطه ثار مشكل النسب و ظهر إلى الوجود فباعتبار إن النسب ثابت بالولادة و الحمل فانه من علمت أمه فهو ينسب إليها إن كان الولد شرعا أو غير شرعي و إن علم والده فيشترط أن يلحق به ولده أن يقر بنسبه و يدعيه فان وجد نزاع حول نسب المولود حال قيام الزوجية فانه لا يجوز اللجوء إلى أي وسيلة للنفي سوى اللعان باعتبار أن الشرع و القانون اقراها، أما في مجال إثبات المنسب فيجوز اللجوء إلى الطرق التي عددها المشرع و ربطها بكلمة أو التي تفيد التحز في اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الاثبات دون الاشتراط اللجوء اليها جمعا و بما أن المشرع ذكر امكانية اللجوء الى الطرق العلمية الحديثة دون حصر فانه يجوز للقاضي اعتماد أي وسيلة يمكنها تحقيق الهدف المرجو منه في مجال الاثبات غير أنه اذا تعلق الامر بالنفي فقد ذهب البعض الى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا عن اللعان حسب ما جاء في قرار لمجمع الفقهي برابطة العالم الاسلامي " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في بات النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان " غير أن البعض الاخر يرجع الطرق العلمية للنفي ما دامت نتيجتها قطعية باعتبار ان دعوى اللعان تركز على شروط تعجيزية كعدم حصول الزوج على الهود الا ان التسائل يبقى مطروح ما دام ان المشرع لم يحسم النزاع و مراجعة هذه النقطة تبقى أمرا مرغوبا فيه لتكون النصوص اكثر انسجاما و نرجوا من مشرعن ان يقوم في التعديل اللاحق لقانون الاسرة بالتدقيق في المصطلحات بدلا من أن يأتي بها على وجه العموم مما يفتح مجالات الغموض غير أنه لا يمكن الانكار أن ما جاء به المشرع في التعديل بخصوص الفصل المتعلق بالنسب باعتبارها فقرة نوعية و مواكبة للتطورات العلمية الحديثة .

أولاً: المصادر

القرآن الكريم .

ثانياً : المراجع

- 1- الإمام أبو زهرة. الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ،1992.
- 2- الأستاذ : أحمد فراج حسين . أحكام قانون الأسرة في الإسلام ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1998 .
- 3- الدكتور: ابراهيم الصادق الجندي.تقنية البصمة الوراثية وامكانية التحايل عليها ،المنظمة الاسلامية للعلوم، بدون طبعة ، 2000.
- 4- الشيخ: ابن القيم الجوزية .زاد المعاد في هدي خير العباد ، بيروت ، مؤسسة الرسالة،1985 ، الطبعة السابعة .
- 5- الاستاذ: السيد سابق . فقه السنة ، المجلد الثالث، دار الجيل ، بيروت ، فتح للاعلام العربي القاهرة ، 1990 .
- 6- الدكتور : بلحاج العربي . أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر.
- 7- الدكتور: بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، الطبعة الأولى، 1999 .
- 8- الأستاذ : برهام الدين بن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل . مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر.
- 9- الاستاذ : بن داود عبد القادر.الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 .
- 10- الدكتور : تشوار الجيلالي: زواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية،ديوان المطبوعات الجامعية،2001.
- 11- الدكتور الشيخ : تقي الدين بن يمية. تحقيق ، محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج ، بيروت لبنان ، دار الكتب العلمية ، 1996، بدون طبعة .

- 12- الامام : جمال الدين ابن المنظور الأنصاري . لسان العرب ، لبنان، منشورات دار الكتب العلمية ، اطبعة الأولى ، المجلد الأول ، 2003 .
- 13- الأستاذ : حسين بن الشيخ آت ملويا، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول ، دار الهومة .
- 14- الدكتور: سميح عاطف الزين، العقود مجمع البيان الحديث ، موسوعة الأحكام الشرعية، موسوعة الاحكام الشرعية المسيرة في الكتاب والسنة ، دار الكتاب المصري ، بدون طبعة 1994 .
- 15- الشيخ: شعيب الارنازوط. صحيح بن حبان ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ النشر.
- 16- الشيخ : صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان. حققه و أخرج أحاديثه هاني الحاج ، الملخص الفقهي في القاهرة ، المكتبة التوثيقية ، بدون طبعة ، 2003.
- 17- الاستاذ : فؤاد افرام البستان . منجد الطلاب ، بيروت لبنان ، دار المشرق ، الطبعة الرابعة و العشرون، بدون تاريخ الطبعة .
- 18- الأستاذ : فضيل سعد . شرح قانون الأسرة الجزائري ،(الزواج و الطلاق) ، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1999 ، بدون طبعة .
- 19- الدكتور : عبد الحكم فوذة و سالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، الاسكندرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1996 .
- 20- الدكتور: عبد العزيز سعد . الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، بدون طبعة ، 1989 .
- 21- الدكتور: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1976 .
- 22- الدكتور : عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية ، المملكة العربية السعودية ، مكتبة الرياض الحديثة ، بدون طبعة ، بدون تاريخ
- 23- الأستاذ: عمر زودة ، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية ، و اثر طعن فيها ، الجزائر ، انتاج الموسوعة ، 2003.
- 24- الأستاذ : عبد الحميد حزاز . فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام ، الجزائر، دار الشهاب للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، سنة 1985

- 25-الدكتور : غوتي بن ملح . محاضرات في قانون الأسرة ، محاضرات غير مطبوعة ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة .12
- 26- الشيخ: محمد ناصر الدين الألباني. مختصر صحيح الايمان البخاري، بيروت دمشق، مكتب الإسلامي ، الطبعة الخامسة، 1986 .
- 27- الدكتور : محمد بن عمر البقري الشافعي . حاشية البقري على شرح الرحبية ، دمشق ، دار القلم ، الطبعة الثالثة ، 1406هـ -1986 م .
- 28- الأستاذ : محمد الأزهر . شرح مدونة الاسرة المغربية، المغرب، مطبعة دار النشر المغربية ، 2006 ، بدون عدد الطبعة.
- 29- الشيخ: محمد علي الصابوني. الموارث في الشريعة الاسلامية ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1999، بدون عدد الطبعة .
- 30- الأستاذ : محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1984 .
- 31- الأستاذ: محمود ابن الجميل . الزواج الإسلامي السعيد من الكتاب و السنة، طبعة خاصة بالجزائر ، دار الإمام مالك ، الطبعة الأولى ، 2002.
- 32- الأستاذ : معوض عبد التواب . موسوعة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، دار الوفاء المنصورة .
- 33- الأستاذ: محمد محدة الخطبة الزواج و الطلاق مدعمة بالقراءات و الأحكام القضائية ، الجزء الأول ، مطابع عمار قرني ، الطبعة الثانية .
- 34- الدكتور: وهبة الزحلي . الفقه الإسلامي و أدلته ، دمشق ، دار الفكر ، الطبعة الأولى، 1984 ، الجزء العاشر.
- 35- الأستاذ : يحيى بن شرف النووي . تحقيق عادل عبد الموجود و علي معوض ، بيروت ، دار الكتاب العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة 1992 .

ثالثا: المجالات القضائية

مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، سنة 2006.

المجلة القضائية ، عدد خاص ، الأحوال الشخصية ، سنة 1999 ، العدد الأول.

المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1986.

المجلة القضائية ، عدد خاص ، الأحوال الشخصية ، سنة 2001.

رابعاً : المقالات و الدراسات

جريدة الخبر. الصادرة يوم 13 أبريل 2009 ، الموافق ل 17 ربيع الثاني 1430 هـ عن صفحة
الإسلاميات ، العدد رقم : 5605.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي عن منشورات، دار القلم، دمشق .

محاضرات في قانون الأسرة ، محاضرات غير مطبوعة ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة 12.

محاضرات الدكتور غوتي بن ملحمة ، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة ، 2004/2003.

مداخلة أقيمت من طرف الدكتور تشوار الجيلالي في كلية الحقوق بعنوان إثبات النسب بن عكنون ،
2002 ،

رسالة ماجستير في القانون الخاص ، إعداد احمد عمران بعنوان أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي
و التلقيح الاصطناعي، 2002.

مذكرة التخرج للمدرسة العليا للقضاء، إثبات النسب وتأثير التعديل عليه، دفعة 14 ،
2007/2006.

مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، طرق إثبات النسب بين الشريعة و القانون ، 2007/2006.

خامساً : مواقع من الانترنت

www.jora.com

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة.....
4	الفصل الأول: ماهية النسب وأسباب ثبوته.....
5	المبحث الأول: ماهية النسب.....
5	المطلب الأول: مفهوم النسب.....
6	الفرع الأول: مدلول النسب لغة و إصطلاحا.....
	أولاً: التعريف اللغوي للنسب.
	ثانياً: تعريف النسب شرعا.
	ثالثاً: التعريف الإصطلاحي للنسب
7	الفرع الثاني: مدلول النسب في قانون الأسرة الجزائري.....
9	المطلب الثاني: أنواع النسب و حالاته.....
9	الفرع الأول: نسب اللقيط.....
11	الفرع الثاني: نسب المثنى.....
11	الفرع الثالث: حالات أخرى للنسب.....
	أولاً: النزاع حول مجهول النسب
	ثانياً: حالات إشتباه المواليد في المستشفيات
	ثالثاً: حالة ضياع الأطفال بسبب الحودث و الكوارث
14	الطلب الثالث: أهمية النسب وسبب عناية الشرع و القانون به.....
15	الفرع الأول: أهمية النسب.....
	أولاً: النسب إمتداد حضاري
	ثانياً: النسب حفظ للكرامة البشرية
	ثالثاً: النسب رحمة للعباد و نعمة إلهية
17	الفرع الثاني: عناية الشرع والقانون بالنسب.....
	اولاً: عناية الشرع بالنسب
	ثانياً: عناية القانون بالنسب
18	

18	المبحث الثاني: أسباب ثبوت النسب.....
19	المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح.....
20	الفرع الأول: نسب الولود عند قيام الزوجية.....
	الفرع الثاني: شروط إثبات النسب من الزواج الصحيح.....
	أولاً: إمكانية التلاقي بين الزوجين
	ثانياً: ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل
27	ثالثاً: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة
27	الفرع الثالث: وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من الزواج الصحيح.....
28	المطلب الثاني: سبب ثبوت النسب
30	الفرع الأول : الدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب في الزواج الفاسد.....
30	الفرع الثاني: المدة التي يثبت فيها النسب في الزواج الفاسد.....
30	المطلب الثالث: ثبوت النسب عند الوطء بشبهة.....
	الفرع الأول: الشبهة و أقسامها.....
	أولاً: شبهة الملك
32	ثانياً: شبهة العقد
	الفرع الثاني: حكم النسب عند الوطء بشبهة.....
	أولاً : حكم النسب عند شبهة الفعل
	ثانياً: حكم النسب عند شبهة المحل
	ثالثاً: حكم نسب عند شبهة العقد
35	
36	الفصل الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه.....
37	المطلب الأول: إثبات النسب بالفراش.....
38	الفرع الأول: طريقة إثبات النسب من الزواج الصحيح.....
	الفرع الثاني : طريقة ثبوت النسب من الزواج الفاسد والباطل والوطء بشبهة.....
	أولاً: ثبوته من الزواج الفاسد
	ثانياً: ثبوته من الوطء بشبهة
41	ثالثاً: ثبوته من الزواج الباطل
	المطلب الثاني: الإقرار و البينة و دورهما في إثبات النسب.....
41	الفرع الأول: مسألة الإقرار ودورها في إثبات النسب.....

	أولاً: مسألة الإقرار من الناحية الشرعية
	ثانياً: الإقرار بنسب المحمول على الغير
	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من النسب من الإقرار
44	
47	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة.....
47	المطلب الثالث: دور الطرق العلمية في إثبات النسب.....
50	الفرع الأول: إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية.....
54	الفرع الثاني: ثبوت النسب بواسطة التلقيح الإصطناعي.....
55	الفرع الثالث: ثبوت النسب عن طريق نظام المناعة.....
56	الفرع الرابع: طريقة فحص الدم كوسيلة للإثبات النسب.....
57	الفرع الخامس: إثبات النسب باللجوء إلى فحص الخصائص الوراثية.....
58	المبحث الثاني: طرق نفي النسب.....
60	المطلب الأول: الطريق الشرعي لنفي النسب (دعوى اللعان).....
62	الفرع الأول: متى يكون اللعان و ماهي شروط دعواه.....
63	الفرع الثاني: آثار دعوى اللعان على الطفل و الزوجين.....
	المطلب الثاني: إستعمال الطرق العلمية القطعية لنفي النسب.....
	الفرع الأول: اللجوء إلى الصمة الوراثية لنفي النسب.....
	أولاً: التعريف اللغوي للفظ للبصمة
66	ثانياً: ماهية البصمة الوراثية
68	الفرع الثاني: نفي النسب في حالة الإخلال بشروط التلقيح الإصطناعي.....
68	المطلب الثالث: الطق العلمية الظنية وسيلة لنفي النسب.....
69	الفرع الأول: نفي النسب عن طريق تحليل الدم و تحليل الخصائص الواثية.....
	الفرع الثاني: نفي النسب باللجوء إلى المجموعات البروتينية و الإفرازات اللعابية.....
	الخاتمة