

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل
كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

نفي النسب بين الشريعة الإسلامية والقانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:

بلحوت علي

إعداد الطالبتين:

* جامع زهية

* رجدة فتيحة

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة جيجل	أستاذ محاضر "أ"	راشد كمال
مشرفا مقررا	جامعة جيجل	أستاذ مساعد "أ"	بلحوت علي
مناقشا	جامعة جيجل	أستاذ مساعد "أ"	رواحنة نادية

السنة الجامعية: 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

اشكر الله سبحانه وتعالى أن منّ علينا ووفقتنا لإنجاز هذا العمل ،

فالحمد والشكر لله .

الشكر موصول بأسمى عبارات التقدير والاحترام إلى أستاذنا

الفاضل: بلحويته علي

على فيض عطائه ، وحرصه الدؤوب على النصح والتوجيه .

كما نتقدم بخالص الامتنان للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة :

الأستاذ: كمال راشد

الأستاذة : رباحة نادية

على تشريفهم لنا بمناقشة هذا العمل فأثروه بإضافاتهم وملاحظاتهم

القيمة.

قائمة المختصرات :

ب: باب.

ج: جزء.

ج ر: جريدة رسمية.

د.ب.ن : دون بلد النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ع : عدد.

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.

م: مادة.

م: مجلد.

م: ميلادي.

ق: مجلة قضائية.

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

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

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.ع: قانون العقوبات الجزائري.

ه: هجرية



مقدمة

مقدمة:

تميّزت الشريعة الإسلامية من خلال أحكامها في العناية بكل ما يتعلّق بالإنسان، ودراسة مختلف الأوضاع التي يجد نفسه فيها، ووضعت الحلول لكل وضع وحال.

ومن مظاهر هذه العناية تشوفها إلى ثبوت النسب ودوامه، وتسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب وأيسرها لما يتمتع به من مكانة عظيمة بين نصوص الشرع وأحكامه، ولهذا اشتهرت بعض القواعد في هذا الباب مثل قاعدة «إحياء الولد».

لكن في المقابل تشدّدت في نفي النسب بعد ثبوته، فلم يشرع له إلا طريقا واحدا وهو اللعان، واشترط لإقامته شروطا كثيرة تحدّ من حصوله وتقلّل من وقوعه حتى أنّهم قرّروا من القواعد في هذا الشأن قاعدة «أنّ النسب إذا ثبت لا ينفك بحال».

أهمية الدراسة:

إنّ موضوع نفي النسب يستقي أهميته من أهمية أصله وهو النسب لما يترتب عليه من آثار تنعكس على الفرد والمجتمع، ولا أدلّ على ذلك من اقتران حكمه باللعن والغضب من الله تعالى.

إنّ التركيز على صحّة النسب وطهره في الإسلام، إنما هو لتحقيق متانة الرابطة الأسرية وحمايتها من التلوّث والاختلاط، والحفاظ على شرف الأصل والفرع، ومنع تسلّل الدّخيل إلى الأسرة، ليظلّ نقاء الإنسان وطهره عماد الحياة الإنسانية الشريفة.

وإذا كان هدف الشريعة الإسلامية المحافظة على الأنساب والحقوق من الضياع، فإنها تدعو كذلك لمواكبة الركب العلمي في جميع مجالات الحياة، والعمل بكل ما تكتشفه البشرية من علم، قال تعالى: ﴿سُرِّيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾﴾ سورة فصلت: الآية 53.

إذ يعتبر نظام فصائل الدم والبصمة الوراثية من المستجدات العلمية الحديثة التي كان لها الأثر الكبير في مجال تحديد هوية الإنسان ومعرفة نسبه لأبويه بالدليل العلمي الذي يثبت أو ينفي ذلك.

إشكالية الدراسة:

لمّا كانت حقيقة اللعان التي جاءت بها النصوص القرآنية باعتباره وسيلة لنفي النسب، فإنّ مسألة استخدام الطرق العلمية الحديثة في هذا المجال يثير لنا الإشكالية التالية: ما مدى كفاية النصوص القانونية في التشريع الجزائري لمعالجة موضوع نفي النسب؟

ومن خلال هذه الإشكالية تتفرّع لنا التساؤلات الفرعية التالية:

-كيف نظّمت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري موضوع نفي النسب؟.

-إلى أي مدى استفاد المشرّع الجزائري من الأحكام المقررة لنفي النسب في الشريعة الإسلامية؟

-هل يؤخذ بالطرق العلمية في نفي النسب؟.

-ما هو موقف القضاء الجزائري من كل ذلك؟.

أسباب الدراسة:

كانت هناك مجموعة من الأسباب دفعتنا لاختيار هذا الموضوع من أبرزها:

-أنّ نفي النسب موضوع هام ومشوّق يغري صاحبه للغوص فيه.

-موضوع نفي النسب يتعلّق بالواقع المعاش، لأنّ أصل الإنسان هو نسبه، وصونه من الاختلاط واجب يمليه العقل قبل الشّرّع.

-الرغبة في إبراز مدى التميّز الذي تتمتع به الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لجميع الأزمنة والأمكنة، من خلال تعاملها مع كل جديد.

- ظهور الإختلاف الكبير في مدى مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة فيما ورد فيه نص شرعي.

- أننا معرّضون في أي وقت إلى اللجوء إلى التقنيات الحديثة، فعلينا أن نكون على دراية بالحل حتى تكون ممارستنا موافقة مع الشريعة الإسلامية.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن مجموعة من التساؤلات المرتبطة بهذا الموضوع ومنها:

- بيان مفهوم اللعان وشروطه وإجراءاته والآثار المترتبة عليه.
- معرفة حقيقة الطرق العلمية، ومدى مشروعية العمل بها في نفي النسب.
- بيان موقف التشريع والقضاء الجزائري من اللعان، ومن الطرق العلمية في نفي النسب.

الدراسات السابقة:

- كانت هناك دراسات سابقة تناول فيها باحثوها موضوع النسب عموما وخصّوا فيها اللعان كجزء من الدراسة في إطار الحديث عن إثبات النسب، أو البصمة الوراثية منها :
- البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ، هذه الدراسة رسالة دكتوراه للكعبي خليفة تناول فيها إلى جانب حقيقة البصمة الوراثية، ومدى مشروعية الأخذ بها في إثبات النسب ونفيه، تطرّق إلى أحكام اللعان وعلاقته بالبصمة الوراثية ، وإلى مشروعية تأخير اللعان وإجراء البصمة الوراثية، وجزم بعدم الجواز.

- أحكام النسب في التشريع الجزائري ، وهي رسالة دكتوراه ليويسفات علي هاشم ،تناول فيها الأحكام الموضوعية والإجرائية للنسب في التشريع الجزائري، وإلى إثبات النسب بالطرق

العلمية فيهِ، وخصّ موضوع اللّعان بجزء من الدراسة ، بتعريفه وبيان شروطه وكيفية إجرائه، وكذا الآثار التي تترتب عليه، وإلى مدى مشروعية العمل بالطرق العلمية في نفي النّسب.

صعوبات الدراسة:

أما من حيث الصعوبات التي صادفتنا أثناء الدراسة:

- أننا لم نتمكن من الحصول على قرارات وأحكام قضائية نثري بها موضوعنا، لعدم قبول المحاكم والمجالس تقديم معلومات أو قرارات تخص الدراسة.
- لم نتمكن من الحصول على قضايا أو بالأحرى نذرتها من الناحية العملية ، لعدم لجوء المتقاضين لهذا النوع من القضايا وتفضيلهم الطلاق على اللّعان، ربما لحساسية الموضوع وخطورته.

المنهج المتبع:

فرضت طبيعة الموضوع علينا اعتماد المنهج الوصفي من خلال جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع كعرض مختلف التعريفات والنصوص التشريعية الخاصة به ، المنهج التحليلي في معالجة موقف الشريعة الإسلامية والمشروع الجزائري لموضوع اللّعان، وكذا موقف القضاء، المنهج المقارن من خلال مقارنة بين الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع في الفقه الإسلامي مع القانون الجزائري.

وقد اعتمدنا في هذا العمل على خطة من فصلين:

الفصل الأول: الطرق المشروعة لنفي النّسب.

المبحث الأول: نفي النّسب بطريق اللّعان.

المبحث الثاني: إجراءات نفي النّسب باللّعان.

الفصل الثاني: الطّرق العلمية ودورها في نفي النّسب.

المبحث الأول: حقيقة الطرق العلمية

المبحث الثاني: موقف التشريع والقضاء الجزائري من الطرق العلمية في نفي النّسب.

الفصل الأول

الطرق المشروعة لنفي

النَّسب

الفصل الأول: الطرق المشروعة لنفي النسب

أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة لمسألة النسب وأحاطته بسياج منيع من الأحكام، وأقرت بأن الولد الذي يولد على فراش زوجية صحيحة هو ابن شرعي، وينسب لوالده دون حاجة لإثباته بواسطة أخرى، ما لم يقر الوالد بنفي نسبه عنه.

وإن كانت قد توسعت في بحث طرق إثبات النسب، إلا أنها تشددت في نفيه ولم تجعل لذلك إلا طريقاً واحداً وهو اللعان، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص م 40 من ق.أ.ج التي تنص على: "يثبت النسب بالزواج أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً م 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب" (1).

واللعان هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية بأن الولد ليس منه فيتلاعنان أمام الإمام، وفقاً للصيغة التي جاءت في كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وهذا الاتهام قذف بالمفروض أن تسري أحكام القذف عليه بأن يجلد ثمانون جلدة ما لم تكن له بينة، غير أن الحكمة الإلهية شاعت أن تكون العقوبة بطريقة تضمنتها آيات الملاعنة، فبمجرد التلّفظ بعبارات اللعان، يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً، ويثبت نسب الولد من أمه فحسب.

(1) الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتم القانون 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984م، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 27-02-2005م معدّل ومتمم.

المبحث الأول: نفي النسب بطريق اللعان

اللعان حكم قانوني يهدف إلى نفي النسب، وإن كان المشرع الجزائري لم يعرفه صراحة في الفصل الخامس المتعلق بالنسب ولا في الفصل الثاني الخاص بموانع الزواج، إلا أنه أشار إليه في م 138 من ق.أ. ج التي جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان والردة" كما أنه يفهم من نص م 222 من ق.أ. ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" التي نجد فيها أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان ، لذا سنخصص هذا المبحث لمفهوم اللعان.

المطلب الأول: مفهوم اللعان

إنّ دراسة اللعان كوسيلة لنفي النسب تتطلب التّطرق إلى تعريفه وإلى أدلة مشروعيته وأحكامه الشرعية، وهذا ما سنقف عنده في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف اللعان

أولاً: تعريف اللعان لغة

اللعان لغة مأخوذ من اللعن، وهي كلمة كانت العرب تحيي بها ملوكها في الجاهلية، واللعن هو الإبعاد والطرده من الخير، وقيل الطرد والإبعاد من رحمة الله، ومن الخلق السب والدعاء، ويقال لرجل لعين بمعنى طريد.⁽¹⁾

ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور ، أو رماها برجل أنه زنا بها فالحاكم يلاعن

بينهما.⁽²⁾

(1) ابن منظور بن مكرم، لسان العرب، باب اللام، م05، ج46، دار الصادر، لبنان، (د، س، ن)، ص 4044.
-الرازي أبو الحسين، مقاييس اللغة، كتاب اللام، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د، ب، ن)، (د، س، ن)، ص252.

(2) الفيروز آبادي يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرق موسي، ط 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، (د، س، ن)، ص1231.

ثانياً: تعريف اللعان شرعاً

اختلف الفقهاء في تعريف اللعان باختلاف المذاهب الفقهية:

1- **عند الحنفية:** شهادات مؤكّدت بالإيمان مقرونة باللّعن قائمة مقام حدّ القذف في حقه ومقام حدّ الزّنا في حقها. (1)

2- **وعرفه المالكية:** بأنّه حلف زوج مسلم مكّلف على زنا زوجته أو نفي حملها وحلفها على تكذيبه أربعاً. (2)

3- **عند الشافعية:** كلمات معلوم ات جعلت حجةً للمضطر إلى قذف من لطّخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد. (3)

4- **أما الحنابلة:** هو شهادات مؤكّدت بالإيمان من الجانبين مقرونة باللّعن والغضب قائمة مقام حدّ القذف أو حدّ الزّنا في جانبها. (4)

وسبب الاختلاف بين الفقهاء في تعريف اللعان يكمن في صفته الشرعية، فالحنفية يرون أنّ اللعان شهادة، واشتراطوا فيه ما يشترط في الشهادة، أما المالكية فقالوا بأنّ اللعان يمين ويصحّ من كل من يصح منه اليمين، أي يصحّ من كل من يصح منه الطلاق. (5)

(1) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ط1، دار الفكر، دمشق، (د، س، ن)، ص556.

(2) عليش محمد، شرح منح الجليل، ج4، ط1 دار الفكر، لبنان، 1984م، ص280.

(3) الشر بيبي محمد الخطيب، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1998م، ص481.

(4) عبد المنعم عبد الرحمان، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية من حرف الغين إلى الياء، ج3، (د، ط)، دارالفضيلة، مصر، (د، س، ن)، ص175.

(5) البامري إسماعيل، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، ط1، دارالحامد، الأردن 2008م، ص340.

الفرع الثاني: مشروعية اللعان

اللعان حكم شرعي دلّ على مشروعيته الكتاب، والسنة، والإجماع.

أولاً: الدليل من كتاب

شرع اللعان في كتاب الله تعالى بقوله في سورة النور: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ ﴿١٠﴾ ﴾ (1).

وجه الدلالة من الآيات أن اللعان جعله الشارع الحكيم طريقاً لإسقاط الحد عن الزوج الذي قذف زوجته إن لم تكن له بينة على زناها، ويفهم منها أيضاً أن اللعان جعل لنفي الزوج نسب ولد منه، وللزوجة درء العذاب عنها بعد الملاعنة من طرف الزوج. (2)

ثانياً: الدليل من السنة

وردت أحاديث كثيرة ثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم في اللعان منها:

1- ما روي عن ابن عباس "أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سمحاء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة وإلا حد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، فليُنزلن

(1) سورة النور: الآيات من 6 إلى 10

(2) هلال بن سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مكتبة وهبة للطباعة، مصر، 2010م، ص 351

الله بما يبئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾،

فقرأ حتى بلغ: ﴿ وَالْخَمِيسَةَ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾، فانصرف النبي صلى الله

عليه وسلم فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد، والنبي يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة. قال ابن

عباس، فتكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم

فمضت، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ

الآليتين * خدلج الساقين * فهو لشريك بن سمحاء؛ فجاءت به كذلك، فقال النبي: لولا ما

مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن". (1)

وكانت هذه الواقعة السبب في نزول آيات اللعان في سورة النور، والراجح عند الفقهاء

أن هلال ابن أمية هو أول رجل لاعن في الإسلام. (2)

2- وعن سهل بن سعد الساعدي أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري،

فقال له: رأيت، يا عاصم لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقضه فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟

فسل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عاصم رسول الله صلى

الله عليه وسلم، فكره الرسول صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما

سمع من الرسول صلى الله عليه وسلم، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمرا فقال: يا

عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال عاصم: لم تأتني بخير، قد كره

رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها، قال عويمر: والله، لا أنتهي حتى

أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال: يا

* سابغ الآليتين: عظيمهما، ابن منظور ابن مكرم، مرجع سابق، ص 1928.

** خدلج الساقين: أي ناقصهما، الفيروز آبادي يعقوب، مرجع سابق، ص 185.

(1) البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب ويدراً عنها العذاب، حديث رقم 4747، ط1، ج6

دار ابن كثير، لبنان، 2002م، ص 1186.

(2) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 560.

رسول الله، أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقنته فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد نزل الله فيك وفي صاحبك، فاذهب فأت بها، قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس، عند رسول صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها، يا رسول الله، إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا، قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس، عند رسول صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها، يا رسول الله، إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا، قبل أن يأمره.⁽¹⁾

3- عن ابن عمر أن النبي لاعن بين رجل وامرأته. فانفقى من ولدها ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة.⁽²⁾

دلّت الأحاديث على جواز اللعان لحفظ العرض، ودفع العار عن الأزواج على أن يكون بين يدي الإمام، فتختص الزوجة بلفظ الغضب لعظم ذنبها، وإن كانت كاذبة فذنبها أعظم لما فيه من تلويث الفراش والتعرض لإلحاق من ليس للزوج به، فتختل بذلك موازين الشرع، أما الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفي الولد فله في هذه الحالة اللعان.

ثالثا: الدليل من الإجماع.

أجمعت الأمة الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم على أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفي ولدها فله حق اللعان، وذكر الإجماع على هذا ابن المنذر، والإمام النووي والشوكاني، والحافظ في الفتح، أنّ اللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.⁽³⁾

(1) ابن حجاج مسلم، صحيح مسلم، كتاب اللعان، تحقيق: محمد الغرياني، ج2، ط1، حديث رقم 1492، دار طيبة، (د، ب، ن)، (د، س، ن)، ص625.

(2) عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ص176.

(3) الكعبي خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2006م، ص396.

الفرع الثالث: حكم اللعان

أولاً: الحكم الشرعي للعان

اللعان جائز بين الزوجين متى استيقن الزوج أن زوجته زنت أو غلب على ظنه ذلك سواء كان هذا العلم منه بالمعاينة، أو بإخبار شخص عدل حكى مشاهدته الزنا منها. (1)
 لكن حصل خلاف بين الفقهاء في حكم اللعان بين الزوجين : هل هو على سبيل الوجوب أم هو حق للزوج فيكون على سبيل التخيير؟
 وهذا على قولين:

1- القول الأول: عند الحنفية الواجب على الزوج اللعان، والواجب على الزوجة إذا لاعن الزوج هو حد الزنا ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان، ولو امتنع الزوج يحبس لامتناعه عن الواجب عليه، سواء كان اللعان اتهاماً بالزنا أو نفياً للولد (2)، ووافقهم المالكية والشافعية في كون اللعان واجبا على الزوج في حالة نفي الولد عنه فقط. (3)
 واستدلوا بما يأتي:

أ- قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ

فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ (4) الآية

صريحة بأن يشهد الرجل أربع شهادات بالله فجعل الله عز وجل موجب قذف الزوج زوجته ه وهو اللعان، وأما آية القذف فقد قيل أن موجب القذف في الابتداء هو الحد في الأجنبية والزوجات جميعاً، ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان. (5)

(1) النووي محي الدين، المجموع، ج 19، د. ط، مكتبة الإرشاد، السعودية، (د. س. ن)، ص 103.

(2) السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 7، دار المعرفة، لبنان، (د. س. ن)، ص 39.

(3) الشرييني محمد الخطيب، مرجع سابق، ص 502.

(4) سورة النور: الآية 6.

(5) الكاساني بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج 5،

ط 2، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2003م، ص 28.

ب- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: " إنّا ليلة الجمعة في المسجد إذ جاء رجل من الأنصار فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم فجلدتموه، أو قتل فقتلتموه وإن سكت سكت على غيظ. فقال النبي: " اللهم افتح، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان".⁽¹⁾

دلّ قول الرجل: "وإن تكلم جلدتموه" على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان، ثم نسخ الحد في الزوجات بآية اللعان، فنسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره، فصار موجب قذف الزوجات هو اللعان.⁽²⁾

2- القول الثاني: اللعان ليس بواجب على الزوج، إنما الواجب في قذف زوجته هو الحد، إلا أن له أن يخلص نفسه بالبينة أو باللعان، ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع وإنما حدّ إذا كان اللعان اتهاماً بالزنا،⁽³⁾ ويرى أن اللعان حق للزوج ولا يجب عليه حتى ولو نفي الولد عنه.⁽⁴⁾

واستدلوا بما يأتي:

أ- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.⁽⁵⁾

دلّت الآية أن الله سبحانه وتعالى أوجب الجلد على القاذف وهذا عام في الزوج وفي غيره، إلا أن القاذف إذا كان زوجاً له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة أو باللعان،⁽⁶⁾ فخص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه بدليل قول النبي

(1) ابن حجاج مسلم، صحيح مسلم، كتاب اللعان، ج2، ط1، حديث رقم 1492، مرجع سابق، ص 695.

(2) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 29.

(3) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص 402.

(4) الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 89.

(5) سورة النور: الآية 4.

(6) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 28.

صلى الله عليه وسلم لهلال ابن أمية في الحديث الذي رواه ابن عباس "البينة أوجد في ظهرك".⁽¹⁾

ب- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: " إنا ليلة الجمعة في المسجد إذا جاء رجل من الأنصار فقال: لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم فجلدتموه، أو قتل فقتلتموه، وإن سكت، سكت على غيظ، فقال النبي: " اللهم افتح، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان".⁽²⁾

دلّ قول الرجل: أنه يتكلم أو يسكت على أن اللعان حق لزوج وليس واجبا عليه لأن النبي لم ينكر كلامه ولا سكوته.⁽³⁾

إن اللعان إذا كان لنفي الولد فهو واجب كليا للمصلحة ودرءا للمفسدة، ولئلا يلحق بنسبه من ليس منه، وإلا فالأولى تركه لأنه من الأمور التي نص الشارع بالستر عليها.⁽⁴⁾

ثانيا: حكم اللعان في القانون الجزائري

توسّع فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع اللعان وتحديد شروطه وضوابطه، واتفقوا على أنّ الطريق الوحيد لنفي النسب هو الملاعنة بين الزوجين، إلا أن المشرع الجزائري لم يهتم بموضوع اللعان، لا من حيث تعريفه ولا من حيث شروطه أو بيان أحكامه، وورد ذكر اللعان في قانون الأسرة الجزائري في موضوعين منه هما:

- المادة 41 من ق. أ. ج: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". وما يفهم من هذه المادة أنه لم ينص صراحة على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب أو علي غيره من الطرق وكأن المشرع عدد هذه الطرق ولم يذكرها على سبيل الحصر.⁽⁵⁾

(1) البخاري محمد بن إسماعيل، حديث رقم 4747، مرجع سابق، ص 1186.

(2) ابن حجاج مسلم، حديث رقم 1492، مرجع سابق، ص 695.

(3) الهاللي سعد الدين، مرجع سابق، ص 351.

(4) الصبّاغ محمد متولي، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، مصر 1990م، ص 369.

(5) يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان (الجزائر)، السنة الجامعية 2014م-2015م، ص 209.

- المادة 138 من ق. أ. ج: "يمنع من الإرث اللعان والردة". وقد تم التطرق للعان في إطار هذه المادة باعتباره مانعاً من موانع الإرث.

المطلب الثاني: شروط اللعان لنفي النسب

متى قصد الزوج من اللعان نفي الحمل أو الولد منه، لا بد من تحقق شروط معينة حتى يتم اللعان بشكل صحيح، وقد ميّزنا في هذا المطلب بين الشروط الخاصة بالمتلاعنين في الفرع الأول، والشروط الخاصة بالولد المراد نفي نسبه من المتلاعنين في الفرع الثاني، وكذا شرط وجود القاضي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالمتلاعنين

لصحة الملاعنة بين المتلاعنين يشترط ما يلي:

أولاً: قيام الزوجية في اللعان

يشترط لصحة اللعان قيام الزوجية الصحيحة حقيقة أو حكماً حين ابتداء الحمل أو

وقت القذف، ولو غير مدخول بها وكذا أثناء العدة من طلاق رجعي⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ

أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾. (2)

فالأية خصت اللعان بالأزواج، لأن الزوج به ضرورة لنفي نسب الحمل أو الولد منه، ولو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفي نسب ليس منه وعليه فإنه لا لعان بين غير الزوجين⁽³⁾.

إن نسب الولد الشرعي يثبت أثناء قيام الزوجية الصحيحة ولا يحتاج بعدها لإقرار أو

بينة، لأن الزوجة وهي مع زوجها أثناء قيام الزوجية يملك وحده حق الاستمتاع بها وحرام

عليها أن تمكن غيره من هذا الاستمتاع.⁽⁴⁾

(1) السر طاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن 2010م، ص322.

(2) سورة النور: الآية 6.

(3) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص159.

(4) يوسفات علي هاشم، مرجع سابق، ص37.

وقد نصّت م 41 من ق.أ.ج: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " ، وهذا طبقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش"⁽¹⁾.

والفراش هو زوجة الرجل التي لا تحلّ له إلاّ بالزّواج الصّحيح فإذا جاءت بولد بعد ستة أشهر من العقد وقبل انقضاء عشرة أشهر من الانفصال أو الوفاة، ثبت نسبه من الزّوج لأنّ المنطق يقتضي أن الولد هو نتيجة العلاقة الزوجية.⁽²⁾

ويدخل في مفهوم الفراش، فراش الزوجية الصحيح وهو عقد الزواج المعتبر شرعاً، حيث توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، أو ما يشبه الصحيح وهو عقد النكاح الفاسد، وكذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعه لأنه لا فراش للزاني.⁽³⁾

وأجاز المشرع الجزائري للزّوج نفي النسب بالطرق المشروعة طبقاً لنص م 41 من ق.أ.ج، وهذا استخلاصاً من أحكام الشريعة الإسلامية. وجاءت المادة صريحة بالأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول لأنه جعل المرأة فراشاً باعتباره يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل فلو تعدّر الالتقاء بينهما، وجاءت بولد خارج المدة المقررة للحمل شرعاً وقانوناً، ولم يكن قد حصل أي تلاقٍ، وأكّد الزّوج أنّه لم يصلها، فلا نسب بين الزّوج والولد، وخالفهم الأحناف في هذا الحكم، حيث لم يشترطوا التلاقٍ.⁽⁵⁾

(1) بن حجاج مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش ، وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457، مرجع سابق، ص 666.

(2) شليبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983م، ص 704.

(3) السر خسي شمس الدين، مرجع سابق، ص 52.

(4) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص 118.

(5) شليبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 685.

أما القضاء الجزائري فقد سار في نفس الاتجاه حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكنه الاتصال...".⁽¹⁾

وقد أكدت المحكمة العليا أن شرط إمكانية الإتصال بين الزوجين ضروري لإثبات النسب في العديد من القرارات، حيث جاء في أحد قراراتها: "من المقرر شرعاً أن الولد للفرش وللعاهر الحجر، وتأسيساً على هذا الوجه. اعتبر قضاة المحكمة العليا أن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة، والطاعن لم ينف بالطرق المشروعة وأن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقاً للمادة 41 من ق. أ. ج التي طبقت قاعدة الولد للفرش وللعاهر الحجر".⁽²⁾

ثانياً: شرط الإسلام والحرية في المتلاعنين

اختلف الفقهاء في اشتراط الإسلام والحرية في المتلاعنين إلى قولين:

1- القول الأول: يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أم عبيدين أو أحدهما حر والآخر عبداً، مسلمين كانا، أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية، ولا لعان بين الكافرين إلا إذا ترفعوا إلى المسلمين، وهذا قول من قال أن اللعان إيمان بلفظ مقرونة باللعن، فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم، وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر، وإذا كانا كافرين فالكافر ليس من أهل اليمين بالله تعالى، لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ومن لا يكون من أهل الشهادة واليمين لا يكون من أهل اللعان، وهذا قول من يرون اللعان يمينا وإن كان يسمى شهادة.⁽³⁾

واستدل أصحاب هذا القول:

(1) المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 165408، بتاريخ 1997/07/08، مجلة قضائية عدد خاص، 2001م، ص 67.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 165408.

(3) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 46.

أ- قول الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾⁽¹⁾. والمراد بالشهداء من

يكون أهلاً للشهادة مطلقاً، وقول الله تعالى: ﴿فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ﴾⁽²⁾. وهذا شأن

الشهادة الشرعية، ولا يتحقق ذلك ممن ليس من أهل الشهادة.⁽³⁾

فالكافر إذا كان تحتة كافرة وهي ليست بمحصنة وقذفها، لا يوجب اللعان شأنها شأن

الأجنبية، وأما الكافر إذا كانت تحتة مسلمة وأسلم، فإذا قذفها، على كفره قبل أن يسلم وأسلم،

فلا يكون قذفه موجب اللعان، ولكنه يوجب الحد.⁽⁴⁾

2- القول الثاني: لا يجوز اللعان إلا بين حرين مسلمين، فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان

من أهل الشهادة في الزوج، لأن كلمات اللعان شهادات فيشترط فيه ما يشترط في الشهادة

وهذا قول من قال بان اللعان شهادات.⁽⁵⁾

واستدل أصحاب هذا القول:

أ- قوله تعالى: ﴿فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ﴾⁽¹⁾ سورة النور الآية 6، إذ قد سماهم

الله شهداء، ولا يكون لعاناً إلا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما. وأجمعوا

على جواز لعان الأعمى، لأن الأعمى زوج، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾⁽²⁾ سورة النور الآية 6.

(1) سورة النور: الآية 6.

(2) سورة النور: الآية 6.

(3) الحصكفي عبد الرحمن، الدر المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002م، ص243.

(4) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص111.

(5) ابن تيمية مجد الدين، المحرر، تحقيق: المقدسي شمس الدين، م2، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، (د، س، ن)، ص97.

واختلفوا في الأخرس فقال رأي يلاعن الأخرس إذا فهم عنه، وقال رأي آخر لا يلاعن لأنه

ليس من أهل الشهادة.⁽¹⁾

ثالثاً: شرط العقل والبلوغ في المتلاعنين

يشترط في الزوجين المتلاعنين العقل والبلوغ بإجماع الفقهاء، إذ لا يصح اللعان من

الصبي والمجنون، لان اللعان يمين أو شهادة. ولا عبرة بقولهما، فإذا قذفها وهو صغير أو هي صغيرة، فلا حد ولا لعان بينهما، وإذا تزوج رجل من امرأة وكان طفلاً لا يولد مثله لمثله بأن كان لدون العشر سنوات، لم يلحقه الولد ويكون منفيًا عنه، لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه، أما لو ثبت بلوغه في هذه السن أو أقر على نفسه البلوغ الحق به، عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفرأش"⁽²⁾. ولا ينتفي عنه إلا باللعان، ولو كانت الزوجة

صغيرة، وبلغت الحيض لتسع سنين وتزوج الرجل منها وهو ممن يولد لمثله وأمكن

اجتماعهما وأنت بولد لمدة الحمل لحقه الولد.⁽³⁾

ودون ذلك فلا حكم عليه ولا لعان لعدم التكليف في الصغيرة، ولفقد حقيقة الزنا في

الغصب والشبهة إذا ثبتا ببينة أو ظهر للناس.⁽⁴⁾

أما إذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لأن القلم مرفوع عنه، وإذا أتت امرأة بولد

ينسب الولد إليه لإمكانية الاتصال، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، وإن زال عنه الجنون

(1) الشافعي أبي الحسن، البيان، تحقيق: قاسم محمد النوري، مجلد 10، دار المنهاج، (د، ب، ن)، (د، س، ن)، ص، ص446-447.

(2) البخاري محمد بن إسماعيل، حديث رقم 4747، مرجع سابق، ص1186.

(3) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص116.

(4) بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف، لبنان، 2005م، ص171.

له نفيه حينئذ، ولو ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك، فالحكم لصاحب البينة منهما، وإلا فالقول قوله.⁽¹⁾

وأضاف الحنفية على هذا الشرط عفاف الزوجين، وألا يكونا فاسقين أو وقع عليهما الحدّ سابقاً لقذف أو غيره.⁽²⁾

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالولد المراد نفي نسبه

أولاً: أن يكون نفي الولد في فترة محددة

اختلف الفقهاء في المدة التي يجوز للزوج فيها أن يلاعن زوجته لنفي الولد، على عدة أقوال:

1-ذهب الحنفية: إلى أن وقت اللعان لنفي الولد يكون عقب الولادة، أي في مدة قبول

التهنئة للمولود، وهي عادة سبعة أيام أو عند ابتياع آلة الولادة كالمهد، أو تقبل فيه الهدية، وإذا حدث النفي بعد ذلك فلا ينفي.⁽³⁾

2-وذهب المالكية: إلى أنه يشترط لنفي الولد بأن يدعي الزوج أنه لم يطأ الزوجة لأمد، أو

أنه وطئها ولكنّه استبرأها بحيضة واحدة بعد الوطء، أو بثلاث حيضات في قول آخر.⁽⁴⁾ وإن لم ينف الولد قبل وضعه وسكت ولو يوماً بلا عذر حتى وضعته لا يلاعن، إذ يشترط

لصحة اللعان التعجيل بعد العلم بالحمل أو الولد، ولو أخر بلا عذر لم يصح.⁽⁵⁾

(1) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص170.

(2) فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص164.

(3) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص55.

(4) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص117.

(5) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص531.

- 3- **وذهب الشافعية:** إلى أنّ وقت اللّعان لنفي الولد يقدر بالعرف، والعرف قاض بالتعجيل فور العلم به لأنه شرّع لدفع ضرر محقق، لكن إن سكت عن النفي لعذر، كأن بلغه الخبر ليلا فأخّر حتى يصبح، أو كان جائعا فأكل، أو عاريا فلبس، صحّ تأخير النفي للعذر. (1)
- 4- **وذهب الحنابلة:** إلى أن نفي النسب يكون بعد الوضع ولم يجيزوا نفيه قبل ذلك، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع، وينتفي الولد فيه لأنّ الحمل غير متيقن ولادته، ويجوز أن يكون ربحا، أو غيرها فيصل النفي مشروطا بوجوده، ولا يجوز تعليق اللّعان بشرط، فإذا ولدت المرأة ولدا وسكت على نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعدئذ. (2)
- والذي يمكننا ترجيحه من هذه الآراء أن تقدّر مدة اللّعان لنفي الولد بعد الوضع بمدة التهنة للمولود، لأن نفي النسب يحتاج إلى تفكير وتروي، والتروي لا يحصل بالفور، إذ قد يتعذر على الزوج نفي الولد فور ولادته لوجود أعمار تمنعه من نفيه، كعدم علمه بولادة الولد. (3)
- 5- **المشرّع الجزائري** لم يشر بأي نص على وقت اللّعان لنفي الولد، إلا أن المحكمة العليا أخذت برأي الحنفية وحدّدت المدة التي يتوجب فيها رفع دعوى اللّعان بثمانية أيام بعد علم الزوج بالحمل أو الولادة. (4)

ثانيا: أن يكون الولد حيا عند اللّعان

اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على النحو التالي:

- 1- **عند الحنفية:** اشتراطوا أن يكون الولد حيا وقت التفريق، فإذا مات قبل النفي أو بعده وقبل التفريق، فلا يصح نفيه لأنه لا جدوى من نفي الميت، ولأنّ النفي حكم على الولد والميت لا يحكم عليه. (1)

(1) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 34.

(2) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 144.

(3) الأغا سهير سلاما حافظ، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010م، ص 29.

(4) بلحاج العربي، قانون الأسرة (وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010)، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012م، ص 178.

2- أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة : فحسبهم حياة الولد عند اللعان ليست

شرط لنفي نسبه، لأن نسبه لا ينقطع بموته بل يقال مات ولد فلان، وهذا قبر ولد فلان، ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه وإسقاط مؤو نته كما لو كان حيا. (2)

ويرجّح عدم اشتراط حياة الولد المراد نفيه، لأنّ الولد بولادته تثبت أهلية وجوب له وعليه وتجب تكاليف دفنه وغير ذلك، فلا يمكن القول إنه بالوفاة لم يعد يحتاج إلى نفيه، لأنّ مجرد الوفاة لا تتلاشى معها آثار ذلك الذي توفى. (3)

وإن كان له توأمين ومات أحد التوأمين أو ماتا معا، فله أن يلاعن لنفي نسبهما معا وإذا لم ينتف الحي لا ينتف الميت لأنهما من حمل وماء واحد. (4)

ثالثا: عدم إقرار الزوج بالولد

هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، وهو أن لا يكون قد سبق للزوج أن أقرّ بالنسب صراحة أو ضمنا، (5) فإن قال هذا الولد ولدي، أو مني، أو قبل التهنئة، يعد إقرارا منه ولا يملك نفيه، لأنّ النسب بعد الإقرار لا يحتمل النفي وهو حق للولد، والدلالة أن يسكت إذا هنئ ولا يرد على المهني. لأنّ العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه، فكأنّ السكوت اعترافا بنسب الولد. (6)

(1) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 247

(2) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 152.

(3) الشافعي أبي الحسن، مرجع سابق، ص 474.

(4) السرخسي شمس الدين، مرجع سابق، ص 46.

(5) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص 56.

(6) الشافعي محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ج 6، ط 1، دار الوفاء، مصر 2001م، ص 739.

وإذا كان المولود أكثر من ولد (في حالة التوأمين)، فلا يصح أن يقر بالبعض وينفي الباقي، لأن الإقرار بالبعض إقراراً بالكل كون أنهم من ماء واحد.⁽¹⁾
 وأن تكذبه الزوجة، فإن لم تكذبه لا تلاعنه، ولو صدقته ولو مرة واحدة فيما قذفها به، بأن قال لها هذا الولد ليس مني وسكتت ولم تقر أو تنكر، لحقها النسب ولا لعان، لأن الحق لها، ولا يستوفي اللعان من غير طلبها.⁽²⁾

الفرع الثالث: شرط وجود القاضي

باعتبار المساجد المكان المفضل لإيقاع اللعان، فهل وجود القاضي أمر ضروري أم أن الإمام يكفي؟

أجمع الفقهاء على ضرورة وجود القاضي، إذ لا تكتمل إجراءات اللعان إلا بأمر منه على من ينوب عنه لهذه المهمة، وقد جاء في بعض المصادر على ذكر "الإمام" مما يوهم أن الأمر من صلاحياته، غير أن لفظ الإمام ينصرف إلى القاضي أو إلى الحاكم⁽³⁾.

وعلى ذلك فإن إجراء اللعان بين الزوجين لا يكون إلا بأمره، وبالتالي إذا قام إمام المسجد أو أي شخص آخر بإجراء أيمن اللعان بدون تكليف أو إذن من القاضي يعتبر لعاناً غير شرعي، وتعدياً على سلطة القاضي⁽⁴⁾، وذلك نظراً لخطورة النتائج التي تتجم عنه وتتطلب وجوده لتفعيل هذه النتائج وتوثيقها مما لا يكون في مكانة غيره، ولا ولاية لهم في هذا الشأن⁽⁵⁾، وكون أن اللعان يوجب بأمر من القاضي، إلا أن إتمامه لا يتم في المحكمة إنما في المسجد، إقتداء بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ولما تتصف به المساجد من قدسية، وما تحدثه من رهبة في نفوس الزوجين والحاضرين.⁽⁶⁾

(1) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 148.

(2) المومني محمد، نواهضه إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، ط1، دار المسيرة، الأردن، 2009م، ص 139.

(3) يوسفات علي هاشم، مرجع سابق، ص 46.

(4) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص 206.

(5) المرجع نفسه، ص 206.

(6) بن الطاهر الحبيب، مرجع سابق، ص 170.

ويستحب أن يقع أثر صلاة، لما فيها من الرّدع والرّهبة، لأنّ الصلّاة عبادة تذكّر بالله تعالى وتتهى على الباطل، ويفضل صلاة العصر، لأنّ بعد العصر أشدّ الأوقات باليمين، (1) قال صلى الله عليه وسلم : "ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم... ورجل ساوم رجلا سلعة بعد العصر فحلف بالله لقد أعطى به كذا وكذا، فصدقه الرجل". (2)

المطلب الثالث: انتفاء النّسب بغير اللّعان

من المسلمّ به أنّه في حالة وجود عقد زواج صحيح وتطبيقا لقاعدة الولد للفرّاش، لا يجوز للزوج أن ينفي نسب ولد إلا عن طريق اللّعان، غير أنه واستثناء هناك حالات ينتفي فيها النّسب دون حاجة إلى لعان، فله نفي النّسب في حالة إثباته أنه عقيم غير قادر على الإنجاب، أو أنه صغير لا يولد لمثله، كما ينتف النّسب إذا جاءت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من الحد الأقصى للحمل، ولا يثبت النّسب أيضا في حالة ثبوت عدم التلاقي بين الزوجين.

نتناول هذه الحالات في هذا المطلب.

الفرع الأول: انتفاء النّسب لوضع الولد خارج مدة الحمل

نتطرق أولا إلى حالة انتفاء النّسب لوضع الولد خارج مدة الحمل، ثم إلى حالة انتفاء النّسب لعدم إمكان الإنجاب، ثم نتعرّض إلى الحالة التي ينتفي فيها النّسب لثبوت عدم التلاقي بين الزوجين.

أولا: أقل مدة الحمل

1- اتفق الفقهاء على أنّ أقل مدة الحمل ستة أشهر، أي مائة وثمانون يوما. (3)

(1) المرجع نفسه، ص169.

(2) البخاري محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين بعد العصر، حديث رقم 2672، مرجع سابق، ص653.

(3) فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص200.

لقوله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (1). وقوله أيضا: ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ (2). وقال أيضا: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ (3).

حدّدت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثون شهرا، وحدّدت الآيتان الثانية والثالثة للرّضاعة وحدها وهي الفصال عامين أربعة وعشرون شهرا، فيبقى للحمل من مجموع المديتين سنة أشهر وهي أقلّ مدّة الحمل، يمكن أن يتكون فيها الجنين ويولد حيا. (4) واستدلوا على ذلك:

ما روي عن ابن عباس أن رجلا تزوج امرأة في زمن عثمان بن عفان فولدت لسته أشهر، فهمّ عثمان يرحمها فقال ابن عباس: " أما لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخاصمتكم"، وذكر الآيتان فدرأ عثمان عنها الحد. (5)

2- ويتفق الطب مع ما قاله الفقهاء حول أقلّ مدة الحمل، إذ أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلا للحياة. (6)

غير أن الفقهاء اختلفوا في وقت بداية حساب المدة إلى آراء مختلفة:

أ- الحنفية: قالوا بأن تكون من تاريخ العقد الصحيح. (7)

(1) سورة الأحناف: الآية 15.

(2) سورة لقمان: الآية 14.

(3) سورة البقرة: الآية 233.

(4) فراج أحمد حسين، المرجع السابق، ص 200.

(5) الشافعي محمد كمال الدين، مسائل الأحوال الشخصية، ج 1، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص 93.

(6) عبد اللاوي سعد، الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في

القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمّة لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي (الجزائر)،

2015م، ص 39.

(7) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص 117.

ب-المالكية والشافعية والحنابلة: من وقت إمكانية التلاقي. وهناك من يرى أنّ بداية حساب المدة يكون من وقت الدّخول الذي جعل المرأة فراشا.⁽¹⁾

فمتى وضعت المرأة عقب نكاح زوجها لها لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به لليقين بأنها علقت به قبل أن يتزوجها، إلا إذا ادعاه وأقرّأته ابنه ولم يقل إنه ابن زنا، ويحمل أن تكون المرأة زوجته في السرّ قبل العلن حملا للناس على الصلاح وسترا للأعراض ومراعاة لمصلحة الولد.⁽²⁾

3- أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الجمهور في تحديد أقل مدة الحمل، حيث نص في م42 من ق. أ. ج⁽³⁾ على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر، ولم يحدد التقويم الواجب العمل به به وبالرجوع إلى نص م 3 من ق.م.ج التي جاء فيها: " تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".⁽⁴⁾

ما يعني أنه أخذ بالتقويم الميلادي. وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية لأن أقل مدّة الحمل ستة أشهر قمرية.

أما بالنسبة لوقت بداية حساب المدة فقد جاء في نص م 41 من ق. أ. ج على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزّواج شرعيا وأمكن الاتصال ، أي من يوم العقد وإمكان الاتصال، وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه المالكية والشافعية.

ووافقت المحكمة العليا على ما نصت عليه م 42 من ق. أ ج إذ جاء في قرار لها: "ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن

(1) المرجع نفسه، ص117.

(2) بولحية نور الدين، حقوق الأوالاد النفسية والصحية، دار الكتاب الحديث، ط1، لبنان، (د. س ن)، ص.46.

(3) " أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".

(4) لقانون رقم 05-10، المؤرّخ 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975م، يتضمّن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، مؤرّخة في 30 سبتمبر 1975م.

مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل بأبيه، خرقوا القانون".⁽¹⁾

كما أخذت بالتقويم الميلادي المنصوص عليه في نص م 3 من ق.م.ج في احتساب المدة حيث جاء في قرار لها: "بالفعل فإن قضاة الموضوع، قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1998م، لتوافر أركانه، وتاريخ ولادة الولد يوم 05-06-1999 ميلادي، بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وأن م 42 من ق.أ.ج تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر".⁽²⁾

ثانياً-أقصى مدة الحمل

لم يثبت بشأن أقصى مدة الحمل دليل لا في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، لذلك اختلفت آراء الفقهاء بشأنها، وقد رجعوا في تحديدها إلى العرف والعادة حسب الآراء التالية:

1- عند الحنفية: قدرها بستينين.⁽³⁾

2- أما المالكية: بخمس سنوات، وبسنة هلالية في قول آخر.⁽⁴⁾

3- والشافعية: بأربع سنوات، وفي رأي آخر بتسعة أشهر.⁽⁵⁾

4- رأي الطب: تدخل أغلب هذه الآراء ضمن نظرية الطفل النائم، وهو الذي يبقى في رحم أمه لمدة طويلة، وبعد مرور مدة زمنية يبدأ في النمو أي ما بين تشكيل وولادة الطفل هناك وقت طويل قد يصل إلى بعض السنوات أحياناً،⁽⁶⁾ والادعاء بهذه التقديرات عند كثير من النساء، هو الحالة التي تصيبهن حين يبحثن عن الإنجاب دون أن ينجبن، فينتفخ البطن

(1) المحكمة العليا، غ.أ. ش قرار رقم 57756، بتاريخ 22-01-1990، مجلة قضائية عدد 2، 1992، ص 72.

(2) المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار رقم 99000، بتاريخ 23-11-1993م، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 65.

(3) السر خسي شمس الدين، مرجع سابق، ص 37.

(4) الشربيني بن الخطيب، مرجع سابق، ص 477.

(5) الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (د ط)، الدار الجامعية، مصر، 2001، ص 157.

(6) علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون

الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان (الجزائر) 2015 م، ص 51.

بالغازات، وتتوقف العادة الشهرية،⁽¹⁾ ويؤكد الطب على استحالة بقاء الجنين في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا.⁽²⁾

5-أخذ المشرع الجزائري في نص م 42 من ق.أ. ج بعشر أشهر كأقصى مدة للحمل، فإذا جاءت المرأة بولد لأكثر من الحد الأقصى لهذه المدة أي عشرة أشهر انتفي نسبه من أبيه من غير لعان، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ العقد وإمكان الوطء وهو نفس الحكم الذي ينطبق على المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة، فإذا جاءت بولد بعد أقصى مدة الحمل وهي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فإن الولد ينتفي عن الزوج كقاعدة عامة من غير لعان.⁽³⁾

وقد نصت عليه م 43 ق.أ. ج : " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة "، وتعتمد أقصى مدة الحمل من تاريخ انتهاء عقد بطلاق أو فسخ أو وفاة.⁽⁴⁾

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق في نص م 43 من ق.أ. ج بين المرأة المطلقة رجعيا، والمطلقة طلاقا بائنا، إذ أنه في حالة الطلاق الرجعي تبقى المرأة حلا لزوجها، وله أن يجامعها في فترة العدة باتفاق الفقهاء، وبالتالي قد تحمل خلال ذلك، وتمضي عشرة أشهر على وقوع الطلاق، ولم تمضي بعد عشرة أشهر على المراجعة الفعلية بوقوع زواجه، ومن ثمة فإن نسب الولد يثبت من المطلقة رجعيا⁽⁵⁾، خلافا للمعتدة من طلاق بائن لأنّ الطلاق البائن يضع حدًا للعلاقات الجنسية بين الزوجين.

(1) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص476.

(2) بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق، ص476.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج 1 ، ط 1 ، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص519.

(4) بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص240.

(5) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص476.

كما أن المشرع الجزائري نص على أن الحمل إذا وضع لا يثبت لمدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين المقصود بالانفصال، هل هو الانفصال الجسماني؟ أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أم يقصد به الطلاق؟⁽¹⁾ لأن هناك فرق بين المصطلحين مع العلم أن الانفصال الجسماني هو مصطلح دخيل على الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الثاني: انتفاء النسب لعدم إمكان الإنجاب

ينتفي نسب الولد عن الزوج دون الحاجة إلى لعان، حتى وإن ثبت صحة واقعة الولادة، وكذا وجود عقد زواج صحيح، وذلك في حالة كون الزوج ممن يتصور منه حدوث الحمل، فإذا تبين عدم إمكانية إنجابه بأن ثبت عقمه، أو كان مصابا بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه كأن يكون مجبوبا أو مخصيا، أو صار شيخا كبيرا، لا يقوى على الإنجاب أو صغيرا لا يُتصور أن يولد لمثله، فإنه لا ينسب له، وتفصيل ذلك كالآتي:

أولا: نسب الصغير الذي لا يولد لمثله

اتفق الفقهاء على انتفاء نسب الولد دون لعان في حالة ما إذا كان الزوج صغيرا لا

يولد لمثله، واختلفوا في السن التي لا يجوز أن يولد لمثله فيها، وانقسموا إلى فريقين:

1- الفريق الأول: جعلها عشر سنوات ولا يجوز له قبل ذلك، فالذكر يولد لمثله إذا تجاوز

عشر سنين، وفي قول آخر اثنتا عشر سنة، وفي قول آخر يجوز له بعد تسع سنين ولا

يجوز له قبل ذلك، لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع.⁽²⁾

2- الفريق الثاني: لم يلتزموا بسن معينة وإنما اشترطوا الاحتلام أو البلوغ ، وقد جزموا بأنه

تسعة عشرة سنة.⁽¹⁾

(1) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 240.

(2) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 116.

إن الولد يمكن أن يولد له وعمره تسع سنين أو عشرة أو اثنتي عشرة سنة متى كان ذلك ثابتا بالدليل كالإنزال مثلا.(2)

3-المشروع الجزائري: قد اشترط في م 7 من ق. أ. ج أن يكون الزوج بالغاً تسعة عشرة سنة، وقد خالف بذلك قول جمهور الفقهاء، غير أنه واستثناء رخص المشروع الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ، وبالتالي لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل لقيام القرينة القاطعة على أن الولد ليس منه كأن يكون ذو الخمس سنوات.

ثانياً-نسب الخصي*والمجبوب** ومن في حكمهما

يعتبر الخصي والجب من العيوب التي تحول دون الإنجاب، لأن من كان به مثل هذا العيب لا يلحقه نسب الولد، إذ الولد لا يولد إلا من مني، ومن قطعت خصيتاه لا مني له، لأنه لا ينزل إلا من ماء رقيق لا يخلق منه الولد(3).

ويلحق بالخصي والمجبوب العقيم والشيخ الكبير، وعلى هذا فإن وضعت الزوجة مولودا وثبت إصابة الزوج بأي مانع من الموانع التي تحول دون تحقق الوطاء والإنجاب ومتى قرر الأطباء استحالة أنساله خاصة في ظل الحقائق الطبية المعاصرة التي يمكن الجزم فيها بالحالات التي يكون الرجل فيها عاجزا على الإنجاب يقينا، فإنه يجوز للزوج نفي النسب دون الحاجة إلى الملاءنة(4).

الفرع الثالث: انتفاء النسب لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين

(1) المرجع نفسه، ص117.

(2) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص130.

*الخصي: مقطوع الأثنيين، ابن منظور بن مكرم، مرجع سابق، ص1178.

**المجبوب: الخصي الذي قد استأصل ذكره وخصياه فقبل مقطوع الذكر والخصيتين، ابن منظور بن مكرم، مرجع سابق، ص531.

(3) الشافعي أبي الحسن، مرجع سابق، ص416.

(4) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص79.

ينتفي النسب دون ملاءنة، إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتقي الزوجة أو يدخل عليها منذ إنشاء العقد.

اشتراط جمهور الفقهاء: لصحة النسب إمكانية التلاقي بين الزوجين، فإذا تزوج رجل بامرأة وأنت بولد لسته أشهر فأكثر من وقت الزواج، وكان الزوج يتصور منه حدوث الحمل ولكن ثبت أن الزوجين لم يلتقيا، فإنه لا يثبت النسب،⁽¹⁾ وينتف بدون لعان لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين،⁽²⁾ فالدخول الحقيقي شرط لثبوت النسب، وإذا ثبت عدم دخول الزوج بزوجه لا يثبت.⁽³⁾

أما الحنفية: فيثبت النسب عندهم وإن تعذر تلاقي الزوجين، إذ أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا، لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد، ومن ثمة فإن الولد لا ينتفي نسبه إلا باللعان بحسب رأيهم.⁽⁴⁾

وإن طلق الرجل زوجته قبل الدخول ثلاثا في مجلس القاضي وبعد العقد مباشرة، انتفى الولد من غير لعان، لأنه لا يمكن أن يكون منه، ووافقهم في هذا الرأي جمهور الفقهاء.⁽⁵⁾ والزاجح أنهم لنبقاء التلاقي بين الزوجين من حين العقد وتأكد عدم اللقاء بينهما، يثبت انه غير ممكن أثناء (التأكد من المعلومة) قيام الزوجية أو العدة، ولو أثبت الزوج أنه لم يلتق الزوجة قط لا يثبت نسب الولد إليه، كما لو كان أحدهما سجيناً أو غائبا غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل، أو تم زواج بين مشرقى ومغربية كل في بلده وتم ذلك بالمراسلة

(1) فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص 205.

(2) مرشد داوود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، فلسطين، 2001، ص 20.

(3) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، (د ط)، دار الفكر العربي، مصر، (د س ن)، ص 388.

(4) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 122.

(5) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، (في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حسب آخر تعديل)، ط 1، دار الخلد ونية، الجزائر، 2007، ص 121.

فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا يشترط فيها التلاقي الجنسي العضوي بينهما عدا ذلك فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه⁽¹⁾.

المشروع الجزائري: أخذ برأي جمهور الفقهاء حيث اشترط لصحة النسب إمكانية اللقاء بين الزوجين وهذا ما نص عليه في م 41 من ق.أ.ج.

وما يلاحظ هنا أنّ المشروع الجزائري في قانون الأسرة ومن خلال نص م 43 منه، أقر بثبوت النسب إذا وُضع الحمل من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولم ينص على الطلاق قبل الدخول، فقد تدّعي المطلقة قبل الدخول الحمل بعد الطلاق، والنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا تم الوضع خلال المدة المقررة قانونا، وإذا تبين أنّ الزوج قد طلقها قبل الدخول لا يثبت النسب لعدم التلاقي.⁽²⁾

المبحث الثاني: إجراءات اللعان لنفي النسب

عندما يتحقق سبب اللعان في ذهن الزوج وفكره، ويغلب عنده احتمال خيانة زوجته له، ويريد نفي الحمل أو الولد الذي أنتت به بين أدنى وأقصى مدة للحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يتقدم إلى المحكمة ويقدم عريضة بهذا المعنى على نسختين، قصد الحصول على حكم قضائي يفيد عدم انتساب الولد إليه.³

وحيث أنّ المشروع الجزائري سكت في نص م 41 من ق.أ.ج، ولم يبين الإجراءات الواجب إتباعها في اللجوء إلى القضاء لنفي الولد باللعان، وعلى هذا الأساس لا بد من الاحتكام إلى القواعد العامة في رفع الدعوى التي تكون وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المطلب الأول: رفع دعوى اللعان إلى المحكمة

(1) التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 253.

(2) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص312.

³ عبد العزيز سعد، ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013م.

يشترط لإمكان وقوع اللعان بين الزوجين، أن يتم بناء على دعوى يقيمها الزوج، وفي هذا المطلب سيتم التعرض إلى إجراءات تقديم الطلب إلى المحكمة، بداية من إيداع العريضة وتقييدها، وكذا تبليغها في الفرع الأول، ثم التطرق إلى الشروط الخاصة بدعوى اللعان في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى

حتى يتمكن الزوج من تحقيق هدفه وتمكين المحكمة من الاستجابة إلى مطلبه المتمثل في اللعان فإن القانون علّق حق المدعي في تقديم طلبه، بأنه لا يعرض أمام المحكمة إلا وفقا للأشكال المقررة لرفع أية دعوى قضائية، وبدونها لا يمكن إعاره أي اهتمام له.⁽¹⁾

وطبقا لنص م 13 من ق. إ. م. إ. فإته " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة"،⁽²⁾ وعلى ذلك فدعوى اللعان ترفع من الزوج، وهو الذي يسعى لنفي الطفل عنه مادام أن النسب ثابت للزوجة بواقعة الولادة، وأن اللعان حق للزوج وليس لأحد غيره، لما له من حق الدخول على زوجته ولقربه من تصرفاتها وطبا معها، ولا يثبت للزوجة إذا ما اتهمت زوجها بالزنا عن طريق اللعان.⁽³⁾

وتنص م 14 من القانون نفسه على أنه: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ومؤرخة بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"، تتضمن العريضة الافتتاحية طلبه وسببه المتمثل في اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية، وادعاؤه بأن الحمل أو الولد ليس منه من غير أن يكون قد اعترف بحملها أو ممن ولدته.

(1) بلحيرش حسين، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة جيجل، كلية الحقوق، تاسوست، السنة الجامعية 2010 م، ص 103.

(2) المادة 13 من الأمر رقم 08-09، المؤرخ في 25-02-2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008م.

(3) هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 349.

الأسرة طبقا م 03 من ق.إ.م.إ، ومتى حصل التبليغ وفقا لها انعقدت الخصومة القضائية وهذا تحقيقا لمبدأ المواجهة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بدعوى اللعان.

لقيام دعوى أمام القضاء، لابد من توفر شروط ترتكز عليها، وبما أن النزاع يتعلق بنفي النسب الذي لا يمكن أن يكون إلا بحكم، وجب أن ترفع الدعوى أمام القاضي المختص، والقاضي لا ينظر في الدعوى إلا إذا اشتملت على:

أولاً: عقد الزواج الصحيح.

إن أول أمر يبحث فيه القاضي في دعوى اللعان توافرها على عقد الزواج الصحيح بين المتلاعنين، والمقصود به إبرام عقد الزواج بين الرجل والمرأة بأركانها وشروطه، طبقا لما جاء في نص م 09 من ق.أ.ج التي تنص على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وم 09 مكررا من نفس القانون التي تنص "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

- الصداق،

- الولي،

- شاهدان،

- انعدام الموانع الشرعية للزواج".⁽¹⁾

وعقد الزواج هو مناط الفراش يدور معه وجودا وعندما حتى أصبح لدى جانب من الفقه مرادفا للفراش، فالزنا جريمة والنسب نعمة، والجريمة لا ترتب نعمة أبدا،⁽²⁾ فمقتضى استوفى الزواج أركانه وشروطه ثبت نسب الولد للزوج.

أما في حالة ما إذا كان الولد نتاج علاقة ما قبل الزواج الشرعي الصحيح فإنه لا يثبت نسبه لأبيه لانعدام عقد زواج قانوني وشرعي.⁽¹⁾

(1) المواد 09،09 مكرّر من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

(2) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص116.

وعلى ذلك فإنّ الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى زوجها عملا بقاعدة "الولد للفراش"، وهذا لا يكون إلاّ بالعقد الصحيح، لأنّ الزوجية الصحيحة سبب الولادة والنسب، كما أنّ الشريعة الإسلامية لم تعترف في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح.

في هذا السياق تنص م 1/22 من ق. أ. ج: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، وهذا اعتراف ضمني من المشرع بصحة الزواج غير المسجل الذي يبرمه الأزواج وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولكن يتم إهمال أو نسيان التصريح به أمام الجهة المختصة في الوقت القانوني، ففي هذه الحالة وجب على الزوج تثبيت عقد الزواج، حتى يتمكن من الاحتجاج به أمام الجهات المعنية والمطالبة بنفي الولد منه أمام القضاء.⁽²⁾

والحديث الصحيح للنبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" يدلّ على إلحاق نسب المولود في حالة الشكّ والخلاف بالزوج صاحب الفراش وليس بالزاني، وليس في الحديث ما يدلّ على حكم حمل الزانية غير المتزوجة، أي حالة ما إذا لم يكن هناك فراش.⁽³⁾

ثانيا: التعجيل في رفع دعوى اللعان.

تعتبر المدة التي يتم فيها رفع الدعوى لإجراء اللعان مهمة جدًا، رغم أن المشرع الجزائري لم ينص عليها صراحة في قانون الأسرة، إلاّ أن اجتهادات المحكمة العليا نجدها أخذت برأي الجمهور وحددت مدة رفع دعوى اللعان بأجل ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤيا الرّنا وعدم الوطء بعد الرؤيا.

(1) آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهادات المحكمة العليا)، ط2، دارهومة، الجزائر، 2014م، ص99.

(2) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص230.

(3) نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016م.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: " من المقرر قانوناً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا ...".⁽¹⁾

وإن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر إقراراً بنسبه و دفعاً لجريمة الزنا عن زوجته فلا يقبل منه اللعان بعد ذلك، وإن دفعت الزوجة دعوى الزوج على أساس أنه قد علم بالميلاد في حينه أو بعده لكنه تراخى في النفي وثبت ذلك، وجب الحكم برفض الدعوى دون السير في إجراءات اللعان ويظل الولد ثابتاً بالفرش.⁽²⁾

وفي قرار آخر لدعوى اللعان جاءت متأخرة جاء فيه: " من المقرر شرعاً أن دعوى اللعان لا تقبل إذ أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤيا الزنا وبالتالي يكون باطلاً القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاص بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع دعواه بعد مضي اثنا عشر يوماً بوضع زوجته لحملها".⁽³⁾

استثناء: لم تجعل المحكمة العليا من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا حين نصت بموجبه على أنه: «من المقرر شرعاً وقانوناً وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية...»⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 172379، مؤرخ 28-10-1997م، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص71.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص640.

(3) المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 165408، مؤرخ في 08-07-1997، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص67.

(4) المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 76343، مؤرخ في 16-07-1990م، مجلة قضائية عدد3، 1991، ص75.

وعلى ذلك إذا كان الزوج غائبا فله نفي نسب المولود وقت علمه بواقعة الولادة في غيبته، وإذا حضر وقت حضوره وعلمه بها، وهذا عملا بحديث رسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار".⁽¹⁾

المطلب الثاني: ضوابط إجراء اللّعان.

استقر القضاء الجزائري على اعتبار اللّعان الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، إلا أن هذا النفي ليس على إطلاقه وعمومه، إنما يكون وفق ضوابط حددها الشارع الحكيم واجب على رافع الدعوى التقيد بها، نبينها في هذا المطلب.

الفرع الأول: أن يتم اللّعان بأمر من القاضي.

يتمتع القاضي بدور إيجابي في تحقيق اللّعان بين الزوجين لنفي النسب، فلا يصح إلا بأمره ولو لاعن الرجل زوجته دون علم القاضي اعتبر قذفا لا لعانا، ولا يكون للزوج أن يوقعه بنفسه حتى ولو كان بحضور الأهل، أو تراضي الزوجان على إجرائه بدونه لا يقع⁽²⁾، والذي يوقعه هو القاضي.⁽³⁾

والمقتضى هذا الأمر سنّ للقاضي عند إجراء اللّعان مايلي:

أولا: التحقق من شروط قبول الدعوى.

- في اليوم المحدد للجلسة لا يأمر القاضي بالسّير في إتمام إجراءات اللّعان إلا إذا تحقق من توافر الشروط الشكلية والموضوعية للدعوى، وضمن الآجال الشرعية والقانونية، ومتى كانت غير مستوفية لإحدى هذه الشروط يترتب عليها عدم قبول الدعوى شكلا، وهذا وفقا للشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، كما يتأكد من حضور الزوجين وعدم

(1) بن أنس مالك، الموطأ، تحقيق نجيب ماجدي، كتاب المكاتب باب ما لا يجوز من عتق المكاتب، حديث رقم 1540،

ط1، المكتبة العصرية، لبنان، 2000، ص449.

(2) الشافعي بن إدريس، مرجع سابق، ص751.

(3) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص، ص573-575.

خضوعهما إلى ضغط أو إكراه لما في ذلك من تأثير على الإرادة وانعدام الرضا تبعا لذلك.⁽¹⁾

- يتوقف إتمام إجراءات اللعان على مدى قناعة القاضي بمختلف الحجج وادعاءات الزوج في اتهام زوجته بالزنا ونفي الولد، فهو ملزم بشرح سبب النفي واللجوء إلى القضاء كأن يدلي بشواهد طبية تثبت عقمه، أو يتضح للمحكمة أن أدنى مدة للحمل أو أقصاه غير مضبوطة، ولا يقبل أن يكون النفي لمجرد اختلاف اللون أو لمجرد العزل، كما لا يكون النفي إذا استطاع الزوج إقامة الدليل على ما يدعيه من الزنا في زوجته لأنه لو استطاع إثبات ذلك بطل اللعان وجاز معاقبته بجنحة القذف.⁽²⁾

- حيث أن حكم الزنا ثابت واللعان ما شرع إلا عندما لا يمكن للزوج أن يثبت الخيانة بالدليل المطلوب، لذا يمكنه قانونا رفع دعوى اللعان أمام القضاء، وتحقيقا لمبدأ المواجهة يعطي للزوجة حق الرد عليها، فتلزم بشرح سبب طلبها لإثبات النسب، ناكرة كل ما ينسب إليها من فعل الزنا لأنه لو اعترفت الزوجة بما نسب إليها لبطل اللعان وجاز معاقبتها بعقوبة جريمة الزنا.⁽³⁾

ثانيا: إحالة الزوجين إلى المسجد لإتمام إجراء اللعان

- عند تحقق شروط قبول الدعوى واقتناع القاضي بذلك، يصدر حكما تمهيديا قبل الفصل في الموضوع يحيل الزوجين بموجبه إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا، أو أي مسجد في المدن الكبرى وليكن المسجد العتيق، يتضمن هذا الحكم البيانات

(1) كيجل عزالدين، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع3، ص128.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهادات القضائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 م، ص152.

(3) مرجع نفسه، ص152.

الخاصة بالزوجين، وتاريخ إجراء اليمين بالمسجد، واسم المسجد، وعلى المدعي أن يسعى بمعية المحضر القضائي من أجل تبليغ الزوجة بتاريخ أداء اليمين بالمسجد. (1)

وعلى ذلك فإنه يجب أن يتم اللعان بين الزوجين شخصيا حيث لا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان كما لا يجوز فيه الكتابة. (2)

لن تنتم إجراءات اللعان تكون في المسجد أمام الإمام رغم الدور الكبير الذي يؤديه القاضي في تحقيق اللعان بين الزوجين، وهذا تقيدا بسنة النبي صلى الله عليه وسلم حيث لاعن بين هلال بن أمية وزوجته في المسجد وكذلك مع عويمر العجلاني وزوجته.

على هذا الأساس فإنّ الحكم الذي فصل في اللعان الذي تم إجراءه أمام القاضي قد تم نقضه، لأنه خالف مبدأ إجبارية اللعان أمام الإمام بالمسجد وفي ذات القرار للمحكمة العليا حيث أقرت فيه على أنّ اللعان لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد إذ جاء فيه: "ومن الثابت -في قضية الحال- أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن القضاة أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم في المحكمة بل في المسجد العتيق...." (3).

الفرع الثاني: صيغة اللعان

بالتاريخ المحدد لإجراء اللعان يلتقي الزوج والزوجة بالمسجد المذكور، بمعية المحضر القضائي، إمام المسجد، مع جماعة من المسلمين وأقلها أربعة عدول (4). ويأتيا بصورة اللعان، أي بصيغته وألفاظه وفقا لما جاء في الشريعة الإسلامية المستنبطة من أحكام القرآن الكريم، وكما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم.

وتكون كالاتي:

(1) المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 172379.

(2) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 110.

(3) المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 172379.

(4) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 573.

أولاً: أن يبدأ بالزوج في اللعان

بأن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه من الإمام فإن بادر قبل أن يلقيه عليه لم يصح، يوجه الإمام صيغة اللعان للزوج أولاً ثم يلقنه الزوجة، فتلاعنا كما بدأ الله ورسوله به، وذلك لأنه المدعي بأن قذفها وعرضها للعان⁽¹⁾، ولهذا وجب عليه الحد إن لم يلاعن، فكانت البدأة به أولى من البدأة بها لأنه المدعي فيقدم، وبه وقعت البدأة في الآية، والله تعالى لا يبدأ إلا بما هو الأحق في البدء، وإذا بدأت الزوجة باللعان، لم يعتد بلعانها وعليها أن تعيد.⁽²⁾

ثانياً: الترتيب بين ألفاظ اللعان

- أن يقيم الإمام الزوج ويأمره بأن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين، فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان من الزنا أو نفي الحمل، ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن كان المرأة بها مانع يحول دون دخولها المسجد وقفت على بابه،⁽³⁾ ويكرر هذا أربع مرات ثم يقول في الخامسة أن لعنة الله عليا إن كنت من الكاذبين بما رميتها به من الزنا أو من نفي الولد.⁽⁴⁾

وإن قذفها بأحد يسميه بعينه أو اثنين أو أكثر، قال مع كل شهادة: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان وفلان، وقال عند اللعان وعلي لعنة الله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان وفلان.⁽⁵⁾

وإن كان معها ولد فنفاه، أو بها حبل فانتقى منه من الزنا وأنّ الولد ولد زنا وما هو مني وإن كان حملاً قال: وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين، وأن هذا الحمل إن كان بها حمل

(1) بن طاهر الحبيب، مرجع سابق، ص 167.

(2) الصباغ محمد متولي، مرجع سابق، ص 368.

(3) الشافعي أبي الحسين، مرجع سابق، ص 459.

(4) الصباغ محمد متولي، مرجع سابق، ص 367.

(5) الشافعي محمد ابن إدريس، مرجع سابق، ص 731.

لحمل من الزنا وما هو مني، وقال في الإلتعان: وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا وأن هذا الولد ولد زنا، ما هو مني، فإذا قال هذا فرغ من الإلتعان.⁽¹⁾
 وإذا أخطئ الإمام ولم يذكر نفي الولد أو الحمل في الإلتعان قال لزّوج: إن أردت نفيه أعدت عليك اللّعان، ولا تعيد المرأة بعد إعادة الزوج.⁽²⁾
 وإن كان أحد الزوجين لا يتقن العربية التّعن له بلسانه بشهادة عدليين وأحب لو كانوا أربعة⁽³⁾، وإن كان أخرس تفهم إشارته التّعن بالإشارة، فإن انطلق لسانه بعد الخرس لم يعد.⁽⁴⁾

- ثم تقوم المرأة فنقول بعد أمر الإمام: أشهد بالله أنّ زوجي فلان بن فلان وتشير إليه إن كان حاضرا، لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، ثم تعود حتى تقول ذلك أربعة مرات، وتقول في الخامسة أنّ غضب الله عليا إن كان من الصادقين لما رماني به، فإذا قالت ذلك فرغت من اللّعان.⁽⁵⁾

- على الرجل والمرأة أن يتلفظا بصيغة اللّعان السالفة الذكر كما تقتضيه ألفاظ آيات اللّعان، بدون زيادة أو نقصان ولا تبديل، فلا يجوز للزوج أن يتلفظ بلفظ الغضب بدل اللّعان، ولا أن يبدل كلمة أشهد بكلمة أقسم، ولا اسم الله باسم آخر، ولا أن تتلفظ الزّوجة بلفظ اللّعان بدل الغضب، ولا أن تبدل كلمة أشهد بكلمة أقسم، ولا اسم الله باسم آخر.⁽⁶⁾

ثالثا: تقديم الموعظة

- (1) ابن قدامه موفق الدين، عمدة الفقه، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، لبنان، 2003، ص111.
 (2) الشافعي محمد ابن باديس، مرجع سابق، ص732.
 (3) المرجع نفسه، ص749.
 (4) بن طاهر الحبيب، مرجع سابق، ص169.
 (5) السرطاوي محمود، مرجع سابق، ص318.
 (6) بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة-ب 1، ط1، دار الألمعية، الجزائر، 2005، ص238.

يتقدم الإمام لزوجان بالموعظة ويذكرهما بعظمة الأمر وهوله، فإنها لعنة وفرقة وعقوبة ولعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة،⁽¹⁾ بأن يقول لزوج بعد أن يفرغ من الشهادات الأربعة وعزم على الخامسة وقفه الإمام وذكره الله وقال: إني أخاف أن تكن صدقت أن تبوء بلعنة الله، ويضع يده على فمه ويقول: إن قولك: وعلياً لعنة الله إن كنت من الكاذبين،⁽²⁾ موجبة إن كنت كاذباً، فإن أبي إلا أن يتم تركه ليتم الخامسة، وكذلك يفعل مع الزوجة.⁽³⁾

الفرع الثالث: صدور الحكم

بعد أن يفرغ الزوجان من صيغة اللعان يحزر بعدها المحضر القضائي الذي حضر وعابن الواقعة محضراً مفصلاً بذلك، ليبنى عليه القاضي الأحكام المترتبة عليه، يسلمه إلى المدعي (الزوج) هذا الأخير الذي يعاود رفع دعوى جديدة بكامل إجراءاتها من تسجيل وتبليغ وفقاً للقواعد العامة، ليتحرى القاضي بعدها مدى توافر شروط اللعان شكلاً وموضوعاً، ومتى توافرت أصدر حكماً يقضي بالتفريق بين الزوجين تفريقاً أبدياً، ويلحق الولد بأمه.⁽⁴⁾

المطلب الثالث: آثار اللعان وحكم النكول عنه

إذا تم التلاعن بين الزوجين وفقاً لما حدده الشارع الحكيم، فإنه يتم التفريق بينهما فرقة مؤبدة، ويحرم الوطء والاستمتاع من كيلهما، كما ينفي الولد عن الزوج الملاعن إذا كان موضوع اللعان هو نفي الولد، ويسقط حد القذف عن الزوج والزوجة، غير أنه قد يحدث وأن يمتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه من القاضي، وقد يرجع عنه ويكذب نفسه فما الحكم في هذه الحالة؟.

هذا ما سنتناوله بالدراسة من خلال هذا المطلب، نتطرق في الفرع الأول منه إلى أهم الآثار الناتجة عن اللعان، وفي فرعه الثاني سنتحدث عن حكم النكول عنه

(1) ابن قدامه موفق الدين، مرجع سابق، ص 111.

(2) الشافعي بن إسماعيل، مرجع سابق، ص 452.

(3) فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص 167.

(4) المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 172379.

الفرع الأول: آثار اللعان

اللعان بتمامه يستوجب التفريق بين الزوجين ونفي نسب الولد عن الزوج الملعان إن كان موضوعه نفي النسب وتفصيله كالآتي:

أولاً: سقوط الحد عن الزوجين

- 1- **عند الجمهور:** يترتب على اللعان أمام القاضي سقوط حد القذف عن الزوج، وسقوط حد الزنا عن الزوجة، وإن لم يلعن الرجل وجب عليه حد القذف، وإن لم تلعن المرأة وجب عليها حد الزنا من جلد البكر ورمي المحصنة.
- 2- **وعند الحنفية:** حد القذف إن كانت الزوجة الملعنة محصنة، والتعزير* إن كانت غير محصنة. (1)

ثانياً: وجوب التفريق بين الزوجين

تعتبر الفرقة بين الزوجين من أهم الآثار القانونية الناتجة عن اللعان وهذا باتفاق الفقهاء، لكن اختلفوا على وقت وقوع الفرقة، وكذلك فيما إذا كان اللعان وحده يفرق بين الزوجين، أم أنه لا بد من تفريق القاضي، كما اختلفوا في صفة هذه الفرقة أهي طلاق أم فسخ؟

1- وقت وقوع الفرقة:

أ- **ذهب الحنفية والحنابلة:** إلى أنه في حالة ما إذا تلعن الزوجان أمام القاضي فرق بينهما⁽²⁾، بينما تبقى أحكام الزوجية قائمة، فلو مات أحدهما قبل القضاء ورثه الآخر. (3)

واستدلوا على رأيهم:

*التعزير: ضرب دون الحد، أو هو: أشد الضرب والتأديب، الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 439.

(1) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 104.

(2) السرطاوي محمود علي، مرجع سابق، ص 275.

(3) السرخسي شمس الدين، مرجع سابق، ص 39.

بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رجلا لاعن امرأته في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها، ففرق بينهما النبي صلى الله عليه وسلم. (1)

ب- أما الشافعية: ذهبوا إلى أن الفرقة تقع إذا أكمل الزوج الشهادة والإلتعان ولو لم تلتعن زوجته (2)، وحبثهم في ذلك أن الفرقة أمر يختص بالزوج ولا يتوقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق (3)، كما أن لعانها إنما لتدفع به العذاب عن نفسها فقط. واستدلوا على رأيهم:

قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَأُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهِدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ

الْكَاذِبِينَ ﴾ (4). كما أن لعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب، فوجب أن يكون

الاعتبار بقوله في الإلحاق لا بقولها. (5)

ج- وذهب جمهور الفقهاء: أن الفرقة تقع بعد فراغهما من اللعان وإن لم يفرق الحاكم بينهما. (6)

استدلوا على رأيهم:

بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: " لاعن بين رجل وامرأة من الأنصار وفرق بينهما". (7)

وحبثهم في ذلك أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاثر وإبطال حدود الله ما أوجب ألا يجتمعان أبدا، كذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة، وهؤلاء قد عدموا ذلك

(1) عبد الرحمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص176.

(2) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص285.

(3) مرجع نفسه، ص286.

(4) سورة النور: الآية08.

(5) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص122.

(6) السرطاوي محمود علي، المرجع السابق، ص384.

(7) البخاري بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب التفريق بين المتلاعنين، حديث رقم 5314، مرجع سابق، ص1354.

كل العدم، ولا أقل أن تكون عقوبتهما الفرقة، ولأن اللعان يقتضي حرمة النكاح تحريماً مؤبداً، فلا يقف على حكم حاكم كالرضاع (1).

ويرجح أنّ الفرقة بين الزوجين تقع بمجرد انتهاء الزوجين من اللعان دون الحاجة لتفريق قاض بينهما، وأنّ هذه الفرقة أبدية محرمة تحريماً أبدياً لا يجتمعان بعدها أبداً، والقول بأنّ الفرقة تقع بمجرد وقوع اللعان بين الزوجين هو أقوى من القول بأنّ التفريق لا يتم إلا عن طريق القاضي، ذلك لكونها تستند لحكم الله ورسوله سواء رضي القاضي والمتلاعنان أو رفضوا. (2)

ونخطف عن هذا الرأي لأنّه إذا أخذنا به فما الجدوى من اشتراط وجود القاضي، فاللعان أمر عظيم بمجرد إتمامه تترتب عليه آثار ومن أجل تنظيمها لابد من وجود حكم يقضي بالتفريق بين الزوجين، ولا يكون إلا بوجود القاضي، وهذا حفاظاً على حقوق الأطراف في هذه المسألة.

2- طبيعة الفرقة باللعان:

أ- اتفق الفقهاء كما سبق القول على وجوب التفريق بين المتلاعنين، ولم يخالف في ذلك أحد (3)، لكنهم اختلفوا في الفرقة الحاصلة باللعان هل هي فسخ أم طلاق؟ واستدلوا على رأيهم:

بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للملاعن بعد اللعان "لا سبيل لك عليها" (4)، ولم يقل حتى تكذب نفسك، ولو كان الإكذاب غاية لهذه الحرمة لردّها النبي إلى هذه الغاية، كما أن اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولم ينوي به الزوج الطلاق، ولأنّ اللعان

(1) السرطاوي علي محمود، مرجع سابق، ص 384.

(2) الجوزية ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عمر أحمد، م 6، ط 1، دار الجوزية للنشر والتوزيع، السعودية، 1432 هـ، ص 468.

(3) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص 288.

(4) الحجاج ابن مسلم، حديث رقم 1493، مرجع سابق، ص 696.

فسخ فيكون التحريم مؤبدا كالرضاع ،⁽¹⁾ دلّ الحديث على أن تحريم الزوجة على زوجها مؤبّد.

ب- أما الحنفية اللّعان طلاق بائن، بالقياس على فرقة العنّين*، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع، وإذا أكذب نفسه وأقيم عليه الحدّ زال تحريم العقد، ولا تحل له إلاّ بنكاح جديد،⁽²⁾ كما أنّ هذه الفرقة تكون بتفريق القاضي وكل فرقة من القاضي تكون طلاقا بائنا ولا تعود المرأة إلى الزوجية إلا في حالتين:
الحالة الأولى: وهي أن يكذب الرجل نفسه.

الحالة الثانية: أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشّهادة، إذ به ينتفي سبب التفريق.⁽³⁾ واستدلوا على ذلك:

قوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾⁽⁴⁾، وقوله تعالى: ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾.⁽⁵⁾

الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الجمهور من أنّ اللّعان فرقة فسخ، وأنّ الحرمة المترتبة عليه حرمة مؤبّدة لا تزول وإنّ أكذب الملاعن نفسه.⁽⁶⁾

والرأي عندنا أنّ اللّعان طبيعة خاصة، فلا هو طلاق ولا هو فسخ، كون أنّ ما يترتب عليه يختلف تماما على الواقعتين، إنّما هو حكم إلهي يقتضي تطبيقه كما تقتضيه ظاهر الآية.

آثار التفريق بين الزوجين: إذا تمّ اللّعان فإنّ الزوجة يفسخ عقدها ويترتب على ذلك ما يلي:

(1) الجزيري عبد الرحمان، مرجع سابق، ص.103.

(2) مرجع نفسه، ص 122.

* العنّين: الذي لا يأتي النساء. ابن مرظور بن مكرم، مرجع سابق، ص.3140.

(3) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص.240.

(4) سورة النساء: الآية 24.

(5) سورة النساء: الآية 4.

(6) الصبّاغ محمد متولي، مرجع سابق، ص 374.

• **الصدّاق:** تستحقه الملاعنة على حالتين:

قبل الدخول: إذا كان اللّعان قبل الدخول وجب للملاعنة نصف الصداق كغيرها من المطلّقات قبل الدخول، وهناك من يرى أنّها تستحقه كلّها، لأنّ الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به صدقه.⁽¹⁾

بعد الدخول: إذا تمّ اللّعان فإنّ الزّوجة يفسخ عقدها وتستحقّ المال الذي صار إليها من المهر بما استحلّ الزوج من فرجها في المدة السّابقة للّعان⁽²⁾، بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه، قال الرجل -مالي-: فأجابه صلى الله عليه وسلم: « لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحلتت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك»⁽³⁾

-**النّفقة:** الملاعنة لا نفقة لها باللّعان، مدة الاستبراء سواء كانت حاملا أو غير حامل، ولا عدّة لها لأنها أصبحت بائن بالفسخ.⁽⁴⁾

-**السكن:** هناك اختلاف بين الفقهاء فهناك من قال إنّ لها الحق في السكنى مدة الاستبراء كونها محبوسة بسبب اللّعان، وهناك من قال إنه لا سكنى لها.⁽⁵⁾

ج- المشرع الجزائري: لم ينص في قانون الأسرة الجزائري على اللّعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية والتفريق بين الزوجين، كما أنه لم يبين طبيعة الفرقة الواقعة بين الزوجين فيما إذا كانت فسحا أم طلاق، غير أنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد تبني ضمنا رأي الحنفية واعتبر فرقة اللّعان طلاقا لا فسحا، لأنّ المادتين 34

(1) الجزيري عبد الرحمان، مرجع سابق، ص.105.

(2) مرجع نفسه، ص.105.

(3) البخاري ابن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب صداق الملاعنة ، حديث رقم 5311، مرجع سابق، ص.1354.

(4) السرخسي شمس الدين ، مرجع سابق، ص.45.

(5) الشافعي بن إدريس، مرجع سابق، ص.744.

و35 ق.أ.ج لم تنص على أن اللعان يستوجب الفسخ، وبالتالي فإن تراجع الزوج عن ملاءنة زوجته، له أن يردها، لأن حكم اللعان يصبح باطلا.⁽¹⁾

أما بالنسبة للفرقة بين الزوجين، فالقاضي وبعد إتمام إجراءات الملاءنة يقوم بتثبيت ذلك في حكم ويقرر التفريق بين المتلاعنين حالا بطلقة بائنة وقد أخذ في ذلك برأي الحنفية والحنابلة.⁽²⁾

ثالثا: نفي نسب الولد عن الزوج

اتفق الفقهاء على انتفاء نسب الولد من الزوج بعد اللعان بين الزوجين لنفي الولد، وإلحاقه بأمه، وذلك رغم أن الفراه متحقق بشروطه. وهذا ما ثبت، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا لاعن زوجته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى منه ولدها، ففرق الرسول بينهما وألحق الولد بالمرأة.⁽³⁾

فيرث منها إذا ماتت وترثه إذا مات قبلها، ولا يصح لأحد أن يرمي ولد المتلاعنين بأنه ولد زنا ومن دعاه بذلك يجلد ثمانين جلدة. كما أنه إذا نف الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل حصول اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق بينهما وقطع نسب الولد عن أبيه فلا ينتفي النسب في هذه الحالة.⁽⁴⁾

لأن الحكم القاضي بالتفريق باللعان هو للإثبات وليس لصحة اللعان، وقد يشبه في هذه الحالة الحكم بالطلاق الذي لا يثبت إلا بحكم، فحتى وإن تلفظ الزوج بألفاظ الطلاق تكون المرأة مطلقة شرعا لكن من الناحية القانونية تبقى الزوجية قائمة إلى حين الفصل فيه والحصول على حكم يقضي بذلك وهذه من الإشكالات المطروحة في قانون الأسرة الجزائري.

(1) علال برزوق أمال، مرجع سابق، ص51.

(2) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص356.

(3) ابن أنس مالك، مرجع سابق، ص568.

(4) مرجع نفسه، ص569.

إذا أكذب الملاعن نفسه فإن الولد يلحق به ويجلد لإقراره بقذفها، ولو مات بعد النفي جاز للملاعن استلحاقه كما في حال الحياة، وإذا استلحقه ثم نفاه لا ينتفي عنه جزماً ولأن نفي النسب من أهم الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عليه، فيحل لقب الأم محل لقب الأب، ويتم التوارث بينهما.⁽¹⁾

• آثار نفي نسب الولد: يترتب على انتفاء نسب الولد ما يلي:

-الميراث: لا توارث بين الرجل والولد المنفي، فلا اعتبار لقربة الأبوة في الإرث في هذه الحالة، ولو مات الأب وترك مالا فلا يعتبر الولد المنفي أحد ورثته، كما أنه إذا مات الولد المنفي نسبه وترك مالا، فإنه لا يرثه أحد بقربة الأبوة.⁽²⁾

-النفقة: لاتجب النفقة بين الأب والمنفي نفقة الآباء على الأبناء، ولا نفقة الأبناء على الآباء.⁽³⁾

أما فيما عدى هذين الحكمين فإن باقي أحكام النسب تبقى باقية رغم نفي النسب، ومن بينها ما يلي:

- ما يتعلق بالشهادة: لا تجوز شهادة أحدهما للآخر، لأن شهادة الأصول للفروع والعكس لا تقبل.⁽⁴⁾

- ما يتعلق بالزكاة: لا يجوز صرف زكاة مال أحدهما للآخر لأن الزكاة حق للفقير الأجنبي.⁽⁵⁾

- فيما يتعلق بالنكاح: لو كان للزوج بنت من امرأة أخرى فإنه لا يجوز للولد المنفي أن يتزوج بهذه البنت.⁽⁶⁾

(1) ابن رشد أحمد، مرجع سابق، ص120.

(2) فراج أحمد حسين، مرجع سابق ص 170.

(3) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، (د.ب.ن). (د.س.ن)، ص137.

(4) فراج أحمد حسين، مرجع سابق ص 170.

(5) عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص137.

(6) المرجع نفسه، ص137.

المحكمة العليا أقرت في هذا الخصوص، أنه إذا حصل اللعان بين الزوجين يسقط نسب الولد، لأن المقصود من اللعان طبقاً لأحكام م 41 من ق.أ.ج هو نفي الولد عن أبيه، بشرط أن يسارع الزوج إلى رفع دعوى اللعان بمجرد علمه بالحمل أو الولادة.

الفرع الثاني: حكم النكول عن اللعان

إن الامتناع عن اللعان قد يكون من الزوج بعد قذف زوجته، وقد يكون من الزوجة بعد قذف زوجها لها فما حكم القاضي في هذه المسألة؟ وما هو رأي الفقهاء فيها؟
اختلف الفقهاء فيما إذا كان هذا الامتناع يستوجب الحد من عدمه، وانقسموا في ذلك إلى ثلاث أقوال:

قول الجمهور: أنه يجب الحدّ على الممتنع منهما لعموم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾⁽¹⁾، فإذا نكل الزوج عن اللعان كان بمنزلة من لاعن وليس له شهود، لأن اللعان بدل الحد. ويعد امتناع الزوج عن اللعان بعد القذف دليل كذبه في قذفه لها، وبالتالي وجب عليه الحد.⁽²⁾

وخالفهم الحنابلة: إلى أن الزوج يحد إذا نكل أما الزوجة فلا حد عليها بنكولها.⁽³⁾

واتفق أئمة المذاهب الأربعة أنه في حالة تكذيب الزوج نفسه بعد اللعان، يحد حدّ القذف ويكون للزوجة الحقّ في مطالبة القاضي بالحد.⁽⁴⁾

واستدلوا على ذلك:

بقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ

ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ^ج وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾.⁽⁵⁾

(1) سورة النور: الآية 4.

(2) الجزيري عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 99.

(3) مرجع نفسه، ص 99.

(4) النووي محي الدين، مرجع سابق، ص 106.

(5) سورة النور: الآية 5.

فَاللَّعَانُ قَدْ جُعِلَ مِنَ الزَّوْجِ مَقَابِلَ أَرْبَعَةِ شُهُودٍ، وَإِنْ نَكَلَ وَامْتَنَعَ فَكَأَنَّمَا قَذَفَ الزَّوْجَةَ دُونَ شُهُودٍ وَلِعَانَ، فَيَكُونُ الْحُكْمُ وَجُوبَ الْحَدِّ عَمَلًا بِنَصِّ آيَةِ الْقَذْفِ، وَهُوَ نَفْسُ الْحُكْمِ بِالنِّسْبَةِ لِلزَّوْجَةِ إِذْ يَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ لِأَنَّ اللَّعَانَ جُعِلَ لَهَا مِنْ أَجْلِ أَنْ تَدْرَأَ بِهِ الْحَدَّ عَنْ نَفْسِهَا. (1)

وقوله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين "يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة و أنّ هذه لموجبة التي توجب عليك العذاب فقال: و الله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها". (2)

فالرسول صلى الله عليه وسلم قد حث الكاذب منهما على عدم اللعان، وقبول القذف هو الحد، وأنه إن لم يلتعن كان مستحقاً لحدّ القذف.

قول الحنفية: أنه إذا قذف الرجل امرأته لم يجب عليه الحد بقذفها، وإنما يجب عليه اللعان، فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادّعاه. (3)

وقد استدلوا على ذلك:

- بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۗ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۗ﴾. (4)

- وما روي عن الرسول، حين سأله الرجل: "لو أن رجلاً وجد امرأته رجلاً فتكلم فجلدتموه أو قتل قتلتموه، أو سكت، سكت على غيظ"، فنزلت آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ

(1) الكاساني بن مسعود، مرجع سابق، ص36.

(2) البخاري بن إسماعيل، حديث رقم 5307، مرجع سابق، ص1352.

(3) الجزيري عبد الرحمان، مرجع سابق، ص99.

(4) سورة النور: الآية4.

وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ

لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦٦﴾ (1).

وجه الدلالة عندهم من الآية والسنة، أن فيهما النص على وجوب حد قذف الزوج لزوجته، ثم أنتسخ ذلك باللّعان في حق الزوجين، واستقر الأمر على أن موجب قذف الزوج الزوجة اللّعان عليه، فمن أوجب الحد خالف النص. (2)

والرّاجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنّ اللّعان يقوم مقام الشّهود لدرأ الحدّ عن الزّوج لقذفه زوجته، وفي حالة امتناعه أو تكذيبه نفسه وجب عليه الحدّ لانتفاء الحكمة من اللّعان لأنّ الزّوج أصبح في هذه الحالة قاذفا (3).

المشروع الجزائري: وبموجب م 296 من ق ع ج قد جرم امتناع الزوج عن اللّعان مما يجعله عرضة للمتابعة الجزائية بتهمة القذف، حيث نص على أنه : "يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص" (4)، كما حدد العقوبة المقررة لذلك بنص م 298 من التقنين ذاته.

وفي حالة امتناع الزّوجة عن اللّعان تتابع قضائيا على أساس ارتكابها لجريمة الزّنا، غير أنه من المعلوم في هذا الشأن بأنّ الزّنا لا تثبت في قانون العقوبات الجزائري إلا بإقرار مرتكبها، أو إقرار في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم بالزّنا، أو بمحضر إثبات التلبس بالزّنا وهذا ما نصت عليه م 341 من ق ع ج ويعاقب على جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وهذا ما نصت عليه م 339 ق ع ج. (5)

(1) سورة النور: الآية 6.

(2) السرخسي شمس الدين، مرجع سابق، ص 51.

(3) البامري إسماعيل مرجع سابق، ص 361.

(4) المادة 296 من القانون رقم 01-14، مؤرخ في 04-02-2014م، يعدل وينتم الأمر 66-156، المؤرخ في 08

جوان 1966م، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 07، مؤرخة في 16-02-2014 م.

(5) المواد 341، 339 من القانون 01-14 المتضمن قانون العقوبات.

وفي حالة عدم توفر هذه الأدلة فلا يمكن متابعة الزوجة بتهمة الزنا، كما أنه لا يمكن تفسير امتناعها عن اللعان أنه اعتراف ضمني منها، إذ أن إقرار الفاعل بالزنا، أو ضبطه في حالة التلبس من الصعوبة بما كان، وعلى ذلك إذا استطاع الزوج إقامة الدليل فلا لعان، لأن الزنا ثابت في حق الزوجة، أما إذا لم يستطع إثبات خيانة زوجته فيمكنها رفع دعوى اللعان.

الفصل الثاني

الطرق العلمية و دورها

في نفي النسب

الفصل الثاني:

الطرق العلمية ودورها في نفي النسب

بعد ما كان نفي النسب بعد ثبوته بالفراش يقتصر على اللعان فقط، ظهرت طرق علمية جديدة نتيجة للتطورات الحاصلة بمجال الطب وعلم البيولوجيا والوراثة، تتمثل في تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية، إذ تلعب هذه الطرق الحديثة دورا كبيرا في مجال النسب إثباتا ونفيا.

وقد لقيت هذه الطرق اهتماما كبيرا من طرف الفقهاء المعاصرين وشراح القانون، إلا أنهم اختلفوا حول مشروعية العمل بها في النسب، بين من قال بعدم جواز العمل بها، واعتبروا اللعان هو الطريق الوحيد لنفيه، وبين من قال بجوازها وفق شروط وضوابط معينة. نحاول في هذا الفصل الإجابة على هذه الإشكالية، من خلال المبحث الأول والثاني منه، ففي الأول نقوم بالتعرف على هذه الطرق العلمية من خلال بيان مفهومها، ودورها في مجال النسب في المطلب الأول، وفي الثاني نقوم بعرض ما قال الفقهاء وأهل العلم الحديث بشأنها، وعن مشروعية العمل بها في نفي النسب، ومن خلال المبحث الثاني نبرز موقف القانون والقضاء الجزائري من الطرق العلمية وتطبيقها في قضايا اللعان.

المبحث الأول: حقيقة الطرق العلمية

قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لبيان أهم الطرق العلمية المستحدثة في مجال النسب، وفي الآخر خصصناه لحكم هذه الطرق العلمية في نفي النسب من خلال عرض لمختلف آراء الفقه الحديث في هذه المسألة.

المطلب الأول: أنواع الطرق العلمية

نتطرق في الفرع الأول لنظام فصائل الدم، ولنظام البصمة الوراثية في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث إلى معوقات العمل بالبصمة الوراثية.

الفرع الأول: نظام فصائل الدم

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الدم أولاً وبيان مكوناته نتعرف على فصائل الدم من خلال بيان أنواعها وكذا حجيتها في نفي النسب.

أولاً: التعريف بالدم

1-تعريف الدم:

الدم هو سائل أحمر يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة، وشعيرات دموية فهو السائل الذي ينتقل من خلال القلب والشرايين والشعيرات الدموية إلى جميع خلايا الجسم، ويدفع ثاني أكسيد الكربون من خلل الجسم إلى الرئتين.⁽¹⁾

2-مكونات الدم:

ويتكون الدم من عناصر أساسية وهي:

أ -البلازما: وهي سائل مائي يميل لونه إلى الصفرة، مهمته الأساسية تتمثل في تسهيل حركة الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى باقي الخلايا، وكذا

(1) عبد الدايم حسني، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (د ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص376.

توصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة إلى الأجهزة المختصة لطردها خارج الجسم.⁽¹⁾

ب-الكريات الحمراء: سميت بهذا الاسم لأنها تحتوي على الهيموغلوبين، وهو بروتين حامل للأكسجين حيث انه يعطي الكريات اللون الأحمر، مهمتها الأساسية هي نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر خلايا الجسم، والع ودة بغاز ثاني أكسيد الكربون من الخلايا إلى الرئتين وتبلغ نسبتها تقريبا خمسة ملايين مايكرو لتر مكعب في الدم.⁽²⁾

ت-الكريات البيضاء: هذه الكريات عديمة اللون، وهي مجموعة من الخلايا حقيقية النواة، وتختلف عن الكريات الحمراء ببعض الصفات، كفقدها اللون الأحمر، كبر حجمها، وقدرتها على الانقسام، وسميت بهذا الاسم لعدم احتواءها على الهيموغلوبين، سميتها الأساسية الدفاع عن الجسم، فهي تعمل على قتل الجراثيم ولبكتيريا، والفيروسات، وتبلغ نسبتها تقريبا ستة آلاف مايكرو لتر مكعب.⁽³⁾

ث-الصفائح الدموية: وهي جسيمات صغيرة جدا غير خلوية، يبلغ عددها تقريبا 300 ألف مايكرو لتر مكعب من الدم، مهمتها الأساسية المساهمة في تخثر الدم، ووقف النزيف عند حدوث الجروح، ويطلق عليها اسم الخلايا المتجلطة.⁽⁴⁾

ثانيا - فصائل الدم

ينقسم الدم إلى أربع مجموعات أساسية وهي: O. A. B. AB وقد أثبت العلماء أن فصيلة الدم لكل شخص تبقى مدى الحياة، وهي لا تتبدل بعامل الوقت أو المرض. وهناك أنظمة مختلفة لتحليل الدم وأهمها نظام ABO، في مجال النفي حيث يتم تحليل فصيلة دم كل من الأب والأم، بما أن الطفل له خاصية جينية إما مع الأب وإما مع الأم، فإذا

(1) مرجع نفسه، ص376.

(2) مرجع نفسه، ص377.

(3) عبد الدايم حسني، مرجع سابق، ص377.

(4) مرجع نفسه، ص378.

كانت له خاصية غير موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة في الأب، وإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الشخص المفترض أنه أبوه، فإن هذه الأبوة مستحيلة وغير ممكنة، ويتم على هذا الأساس نفي النسب.⁽¹⁾

ولتوضيح المسألة أكثر سوف نقوم بإعطاء مجموعة من الأمثلة:

• إذا كانت فصيلة دم الأم (O)، وفصيلة دم الأب (O)، وكانت فصيلة دم الابن (A)، فهذا دليل أن الولد ليس من الأب المفترض حيث ينتفي عنه النسب قطعاً، لأن (O + (O) لا يمكن الحصول على فصيلة دم (A).⁽²⁾

• إذا كانت فصيلة دم الأب (A)، وفصيلة دم الأم (A)، وكانت فصيلة دم الابن (AB) فهذا دليل قاطع لا يقبل الشك على أن الطفل ليس من الأب المفترض

• إذا كانت فصيلة دم الأب (B)، وفصيلة دم الأم (B)، وكانت فصيلة دم الابن (AB) أو (A) فهذا أيضاً دليل على عدم ثبوت نسب الطفل إلى الأب المفترض.

• كما أن الأب الذي يحمل فصيلة دم (O) لا يمكن أن يكون له طفل يحمل فصيلة دم (AB)، والأب الذي يحمل فصيلة دم (AB) لا يمكن أن يكون له طفل يحمل فصيلة دم (O).

• وهناك نظام آخر يسمى بنظام M.N.S، يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في احتوائه على عدة خصائص وراثية نادرة جداً ويستخدم بنفس الطريقة كنظام ABO.⁽³⁾

• الأم M+N+، الأب المفترض N-N-، الإبن M-N+، في هذه الحالة يستحيل ثبوت نسب الابن للأب المفترض، لأنّ الإبن الحاصل على N+ وهي خاصية موجودة في الأم، وحاصل على M-، وهي خاصية موجودة عند الأب.

(1) مرجع نفسه، ص106.

(2) مرجع نفسه، ص107.

(3) المرجع نفسه، ص108.

والجدولين أسفله سيوضحان فصائل الأبوين وفصائل الأطفال المحتملة والمستحيلة.

الجدول رقم 1-1⁽¹⁾

الأب	الأم	محتملة للطفل	مستحيلة للطفل
O	O	O	A-B-AB
A	O	O-A	B-AB
B	O	O-B	A-AB
AB	O	A-B	O-AB
A	A	O-A	B-AB
B	A	AB-A-B-O	لا يوجد
AB	A	A-B-AB	O
B	B	O-B	A-AB
AB	B	A-B-AB	O

الجدول رقم 2-2⁽²⁾

الأب	الأم	المحتملة للطفل	المستحيلة للطفل
M	M	M	N-MN
N	M	M-N	M-N
MN	M	M-MN	N
N	N	N	M-MN
MN	N	N-MN	M
MN	MN	M-N-MN	لا يوجد

وعلى هذا فإن عرفت فصيلة دم الأب و الأم يمكن معرفة فصيلة دم الإبن، وإذا وجد

فصيلة دم الإبن وفصيلة دم الأم يمكن معرفة دم الأب.

⁽¹⁾ تصفح الموقع يوم 2017/04/17 على الساعة 16.02 <http://www.islamonline.net>

⁽²⁾ تصفح الموقع يوم 2017/04/17 على الساعة 16.06 <http://www.islamonline.net>

الفرع الثاني: نظام البصمة الوراثية

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف البصمة الوراثية لغة واصطلاحاً وعلمياً وكذا بيان أهم

الضوابط المشروط المتطلبية للأخذ بنتائجها وأخيراً، مدى حجية البصمة الوراثية

أولاً: التعريف بالبصمة الوراثية

1 تعريف البصمة الوراثية لغة: تتكون من كلمتين،

أ-البصمة: فالبصمة مشتقة من البصم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف

البنصر، فيقال بصم بصماً أي ختم بطرف أصبعه.⁽¹⁾

ب-الوراثية: فهي مجموعة الصفات البيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة بين الأفراد

الذين تربطهم صلة القرابة والمتوارثة من جيل إلى جيل.⁽²⁾

2 تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً: تعددت التعاريف بشأنها ومنها:

-أنها " العلاقة والأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع".⁽³⁾

-" تعيين لهوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض دي. أن. إي

(D.N.A)، المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة

شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل

القواعد الأمينية على حمض دي. أن. إي (D.N.A) ، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن

الآخر في الترتيب، وفي المسافة بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتان الصفات

الوراثية من الأب (صاحب الماء) ، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم

(صاحبة البويضة).⁽⁴⁾

(1) ابن منظور بن مكرم، مرجع سابق، ص423.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص663.

(3) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص29.

(4) الهلالي سعد الدين، مرجع سابق، ص25.

3- تعريف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية للبصمة الوراثية: هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات، المورثات التفصيلية التي تدل على هوية الفرد بعينه، وهي الوسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية⁽¹⁾.

وقد أقر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف، وأضاف ب أن البحوث والدراسات تفيد بأن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص.⁽²⁾

4-التعريف العلمي للبصمة الوراثية: هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية⁽³⁾.

ونؤيد التعريف العلمي الذي جاء جامعا شاملا لكل التعريفات السابقة.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

1-عدم التوافق والتشابه بين شخصين عند تحليل البصمة الوراثية: إذ يعد ذلك مستحيلا

حتى في حالة التوأم، ماعدا التوأم الحقيقي، أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.⁽⁴⁾

2-الدقة في نتائج البصمة الوراثية : تعتبر أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وكذا في إثبات النسب، كون نتائجها قطعية لا تقبل الشك، وذلك إذا تم استخدامها وفقا لضوابط وشروط محددة.⁽⁵⁾

(1) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص30.

(2) عبد الدايم حسني، مرجع سابق، ص-ص 83-84

(3) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص662.

(4) عبد الدايم حسني، مرجع سابق، ص106

(5) القرداغي علي محي الدين، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة

14، عدد16، مكة المكرمة، 2003 م، ص38.

3- صمود البصمة الوراثية أمام عوامل الزمن: إذ يمكن الوصول إليها حتى بعد مرور مئات السنين، وقد ثبت علمياً على قدرتها على مقاومة عوامل التحلل والتعفن، والعوامل الأخرى كالحرارة والرطوبة والجفاف.⁽¹⁾

4- البصمة الوراثية ثابتة ولا تتغير: إذ تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بالقدرة على الاستنساخ وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل ويتم الحصول على البصمة الوراثية من خلال أخذ عينة بمقدار حجم الدبوس من أي خلية من خلال الجسم ما عدا كريات الدم الحمراء، وبالتالي يمكن أخـ ذها من اللعاب، أو الدم، أو المنى والجلد والشعر... الخ. فالبصمة الوراثية تتسم بتواجدها في جميع خلايا جسم الإنسان من لحظة الإخصاب الأولى.⁽²⁾

5- تظهر البصمة الوراثية على شكل خطوط عريضة : فتسهل قراءتها والتعرف عليها وحفظها وتخزينها في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها⁽³⁾.

ثانياً: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

تم وضع مجموعة من الشروط والضوابط يجب الإلتزام بها أثناء إجراء تحاليل البصمة الوراثية، بغية الوصول إلى نتائج دقيقة خالية من الأخطاء وحتى تكون هذه النتائج يقينية لا تقبل أي شك، فبتوفر هذه الشروط فلا خلاف بين فقهاء الشريعة في استخدام البصمة الوراثية في مجال نفي النسب، فمنها الشرعية والفنية.

(1) عبد الدايم حسني، مرجع سابق، ص106.

(2) السويلم بندر بن فهد، البصمة الوراثية وأثرها في النسب ، مجلة العدل عدد37، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، 1429هـ، ص94.

(3) بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية العالمية، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، ماليزيا، 2005، ص338.

1 الضوابط الشرعية

وتتمثل أهم هذه الضوابط في:

أ- يجب أن تستعمل البصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه، كاختلاط المواليد وأصحاب الجنث المتقمة. (1)

ب- يجب ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من كتاب الله والسنة النبوية الشريفة، وبالتالي لا يمكن استخدامها في التشكيك في صحة الانتساب الثابتة. (2)

ج- يجب إلا تخالف نتائج البصمة الوراثية المنطق والعقل والواقع، كأن تثبت البصمة الوراثية نسب شخص لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه محبوباً أو مخصياً. (3)

د- يجب أن يتم اللجوء إلى التحاليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء، وان تكون المخابر والمعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها، حتى لا يكون عرضة للتلاعب فيها لأغراض شخصية، وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع. (4)

2 الضوابط الفنية:

أ يجب أن تكون المخابر والمعامل مزودة بأحسن الأجهزة، ذات التقنيات العالية والمواصفات العالمية⁽⁵⁾، مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث، حتى تكون النتائج مطابق للواقع. (6)

(1) تم الاستفادة من تحاليل الحمض النووي للكشف عن هوية ضحايا تحطم الطائرة العسكرية التي سقطت بأمر البواقي بتاريخ، 11-02-2014، جريدة الشروق اليومي، بتاريخ 17-02-2014، مقال بعنوان "25 جثة مازالت مجهولة"

(2) القرداغي علي محي الدين، مرجع سابق، ص38.

(3) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص33.

(4) السويلم بندر بن فهد، مرجع سابق، ص130.

(5) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص50.

(6) القرداغي علي محي الدين، مرجع سابق، ص77.

- ب - أن يكون العاملون في هذه المعامل ممن يتصفون بالأمانة والأخلاق الحسنة وألا يكون لأي منهم صلة أو قرابة أو منفعة أو عداوة بأحد المتداعيين، أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة
- ج- أن يكون العاملين بالبصمة الوراثية مؤهلين، ب أن يكونوا من أصحاب الخبرة العالمية والمستوى الرفيع.⁽¹⁾
- د- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدء من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصا على سلامة تلك العينات وضمان لصحتها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.⁽²⁾
- ذ- شرط التعدد بين المؤيدين والمعارضين، أي تعدد الخبراء القائمين على العمل بالبصمة الوراثية، فهناك من اشترط التعدد قياسا على الشهادة، وهناك من يرى جواز عمل الخبير الواحد قياسا على القيافة، وهناك من ارجع مسألة التعدد إلى القاضي.⁽³⁾
- ر- منع القطاع الخاص والشركات التجارية من المتاجرة في عينات البصمة الوراثية

الفرع الثالث: معوقات العمل بالطرق العلمية

إن العمل بالطرق العلمية قد تعترضه مجموعة من المعوقات، سواء كانت قانونية أو مادية، وهذه الأخيرة تحول دون تطبيق الطرق العلمية رغم قطعية نتائجها، وسوف نبين أهم هذه الحقائق.

أولاً: المعوقات القانونية

من أهم المبادئ القانونية التي تحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب أو إثباته، مبدأ حرمة الحياة الخاصة، ومبدأ عدم جواز الاعتداء على السلامة الجسدية وأخيراً مبدأ جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، وهذه المبادئ مكرسة في الدستور،

(1) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص 81.

(2) علال برزوق آمال، مرجع نفسه، ص 81.

(3) عبد الدايم حسني، مرجع سابق، ص 478.

ومنصوص عليها في القوانين الخاصة، كقانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات وكذا قانون الصحة.

1 حرمة الحياة الخاصة:

نصت على هذا المبدأ م من 46 من د ج كما يلي: " لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطنين الخاصة وحرمة شرفه ، ويحميها القانون "، (1) واستنادا إلى هذه المادة، فإنّ استخدام الطرق العلمية في مجال النّسب يعد خرقا لحرمة الحياة الخاصة، خصوصا فحص الحمض النووي الذي يتطلب أخذ عينات من جسم الإنسان بهدف فحصها، ونظرا لكون هذه الأخيرة تفتح المجال للبحث في الخصائص الوراثية، ما قد يمد البعض بمعلومات عن الزوج والزوجة وهي التي كانت ذات طابع شخصي (2)، ولهذا وجب تقديم ضمانات من خلال حماية هذه المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق اللّصيقة بالشّخصية (3)، كما أنّه ودرءا للمشاكل لابد من موافقة الشخص المعني على الفحوصات.

2 إنتهاك السلامة الجسدية:

هذا المبدأ منصوص عليه بموجب م 41 من د. ج التي تنص على: "...وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية "، كما أن هذا الحق يحميه قانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات، فإجبار الشخص على الخضوع لاختبار تحليل الدم واختبار الفحص بالبصمة الوراثية يمثل نوعا من الاعتداء على السلامة الجسدية وبالتالي خرقا لهذا المبدأ، ويشترط في هذه الحالة الحصول على موافقة الشخص المعني (4)، تطبيقا لنص م1/161 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. (5)

(1) قانون 01-16، مؤرّخ في 06-مارس 2016، يتضمّن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرّخ في 07 مارس 2016م.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص405.

(3) مرجع نفسه، ص403.

(4) مرجع نفسه، ص403.

(5) القانون رقم 85-05، مؤرّخ في 16 فيفي 1985م، يتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، مؤرّخة في 17 فيفري 1985م، المعدّل والمتمم.

إن الاحتجاج بهذا المبدأ قد يستعمله البعض هروبا من المسؤولية مما يعد هدرا لحق الطفل في معرفة نسبه الحقيقي.

3 عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضده:

ليس للقاضي إجبار الخصوم على تقديم دليل ضد أنفسهم، فكل طرف في الخصومة يدافع على مصالحه، فيبحث عن كل ما يمكن أن يقلب الدعوى لصالحه دون الحاجة إلى معاونة الطرف الآخر، بتقديم ما يكون بيده من أدلة، فالطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، ويعجز عن تقديم الدليل الذي يؤيد ادعاءه ويخسر القضية، في حين يكسبها الطرف الآخر. (1)

إنّ الأخذ بالطرق العلمية يؤدي إلى أخذ أنسجة من خلايا جسم الإنسان المعني بنفي بنوته أو إثباتها، إذ يعد إجبارا لنفسه على تقديم دليل ضد نفسه، وهذا الأمر باطل من الناحية الإجرائية. (2)

وبالتالي ليس للقاضي إجبار الخصوم على تقديم دليل ضد أنفسهم، فله فقط حق دراسة الأدلة كما هي مقدمة.

ثانيا: المعوقات المادية:

إنّ أهمّ عائق يواجه تطبيق الطرق العلمية، هو العائق المادي المتمثل في:

1- توفير المخابر المجهزة بأحدث الأجهزة ذات التقنيات العالية، وكذا توفير خبراء وأخصائيين ممن تتوافر فيهم الخبرة، والكفاءة يتطلب أموالا طائلة. (3)

2- لا يمكن للقاضي الفصل في أي نزاع متعلق بإثبات النسب أو نفيه دون استشارته لأهل الخبرة، لعدم إلمام القضاة بهذه الأمور البيولوجية الدقيقة. (4)

(1) أبو زيد محمد محمد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق عدد1، الكويت 1997م، ص302.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق، ص403.

(3) علال برزوق آمال، مرجع سابق 39.

(4) المرجع نفسه، ص39

3- الإمكانيات المتوفرة في الجزائر مقارنة بما يحتاجه هذا المجال نجد أنها غير قادرة على تحقيق الهدف والغرض المتوخى من إجراء هذه التحاليل، إذ انه وعلى المستوى الوطني نجد معملا واحدا مرخصا له بإجراء الفحوصات الطبية، وهو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن مقره بين عكنون، وتفرع عنه مخبران جهويان أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وهذا يعد عائقا ماديا.

4-التكاليف الباهظة التي يتقاضاها الخبراء يتحملها أطراف الدعوى، وهذا يشكل عبئا كبيرا على المواطن البسيط خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة.

المطلب الثاني: نفي النسب بفصائل الدم والبصمة الوراثية

شرّح اللّعان في وقت افتقر للوسائل العلمية الحديثة، ولم تكن هناك وسيلة لكشف مدى صحة ادّعاء الزوج ويدراً عنه حد القذف، وعن الزوجة حدّ الزنا.

ومع ظهور نظام فصائل الدم و البصمة الوراثية وانتشارا لعمل بها التي أثبتت دقتها ونجاعتها في مجال النسب إثباتا ونفيا، أين أصبح من السهل التحقق من مدى صدق الزوج مع وجود الدليل لديه على زنا زوجته، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللجوء إلى اللّعان؟، أم لا بد منه؟

نحاول الإجابة على ذلك في هذا المطلب، من خلال إبراز لبعض الآراء الفقهية في هذه المسألة .

الفرع الأول: حكم نفي النسب عن طريق نتائج فصائل الدم

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينسبوا الولد للصبّي، واعتبروا ذلك قرينة قاطعة على نفي الولد عن الزّوج بدون لعان، فإنّ هذا ينطبق على فحص فصائل الدم في حالة النّفي، الذي لا يمكن معه إثبات النسب فإنّه يحصل النّفي بدون لعان.

وبذلك نعتبر أنّ مسألة نفي النسب في بعض الحالات لا تحتاج إلى لعان، ولا إلى تحليل الدم، مثل حالة الانتساب إلى صبي أو زوج عقيم، فالنفي هنا قاطع لا يحتاج إلى

دليل. وإذا علم يقينا أنّ الولد ليس من الزوج فالاستناد إلى دليل الفراش لإثبات النسب إنّما هو تقرير لأمر باطل قطعاً و ظلم على الزوج.⁽¹⁾

الفرع الثاني: حكم نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية

بعد اكتشاف البصمة الوراثية أو تقنية تحليل المورثات الجينية كقرينة قطعية يستعان بها في مجال النسب إثباتاً ونفياً، سارع الفقه الحديث إلى البحث والاجتهاد من أجل إعطاء الحكم الشرعي لاستخدامها في نفي النسب كما هو الحال في إثباته، وكانت لهم في ذلك آراء مختلفة يمكن تلخيصها في أربعة أقوال:

القول الأول: يرى أنه لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، وهذا قول عامة الفقهاء المعاصرين⁽²⁾، وكذا قرارات المجامع الفقهية الإسلامية.

القول الثاني: يرى أنه يمكن الاستغناء عن اللّعان والاكْتفاء بنفي النسب عن طريق البصمة الوراثية.⁽³⁾

القول الثالث: يرى أن الطفل لا ينفي نسبه باللّعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن، وينفي النسب باللّعان فقط، إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قوته وتعتبر دليلاً تكميلياً.⁽⁴⁾

القول الرابع: أنه لا يوجد وجه لإجراء اللّعان إذا اثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج، وينفي النسب بذلك، إلا أنه قد يكون حملها بسبب وطء شبيهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف.⁽¹⁾

(1) بورقة سفيان بن امر، مرجع سابق، ص201.

(2) عليم إيدير، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في إثبات النسب ونفيه، مجلة المحامي عدد 7، المنظمة الجهوية لسطيف، 2008م، ص33.

(3) السلامي محمد مختار، إثبات النسب بالبصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية ومجالات الاستفادة

منه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة15، عدد17، مكة المكرمة، 2014، ص74.

(4) نصر فريد واصل، البصم الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة15 عدد17، مكة المكرمة، 2014م، ص74.

وإذا تأملنا في هذه الآراء نجد أنه يمكن ردها إلى رأيين أساسيين:

- جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان

- عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية.

واستنادا لذلك نحاول إبراز آراء الفقهاء في ضل هذين الرأيين:

أولاً: جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان

يرى هذا الاتجاه أن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بالبصمة الوراثية للتقليل من

حالات اللعان إذا اطمئن الزوج لذلك⁽²⁾، لأن نتائجها يقينية فإن اثبت يقينا بالبصمة الوراثية

أن الحمل أو الولد ليس من الزوج، فلا جدوى من إجراء اللعان، مع بقاء الحق مع الزوجة

في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة⁽³⁾، والدليل

عندهم أن اللعان ليس الأصل والقاعدة بل هو الاستثناء.⁽⁴⁾

وبالتالي فإنّ الطفل لا ينف نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه

للزوج ولو لاعن، وينفي نسبه فقط إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قوله كدليل تكميلي.⁽⁵⁾

وبهذا يظهر أنّ أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنّه دليل مع الزوج أو ضده، فإذا

كان معه فلا لعان من أجل أن تدفع المرأة حق الزنا، وإذا كان ضده وتبين أنّ الولد منه

وجب عليه حد القذف فيمن يرى ذلك.⁽⁶⁾

1 عرض الأدلة:

استدل القائلون بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، والاستغناء بها

عن اللعان بالكتاب والسنة:

(1) الهلالي سعد الدين، مرجع سابق، ص358.

(2) الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص443.

(3) الهلالي سعد الدين، مرجع سابق، ص358،

(4) الكعبي خليفة. مرجع سابق، ص442.

(5) نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص81.

(6) الهلالي سعد الدين، مرجع السابق، ص315.

أ-الدليل من الكتاب:

- قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ

فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ (1)

فالآية تفيد مشروعية اللعان للزوج لنفي النسب عندما يتعذر وجود شهود على ما رمى زوجته به من أن الحمل ليس منه، وهو ما يوحي بأنه إذا كان معه الدليل فلا يلتعن، والبصمة الوراثية هنا بمثابة الشاهد على قوله أو تنفيه، والآية لم يرد فيها الاقتصار على اللعان، فليس هناك موجب للعان لاختلال الشرط في الآية (2).

إن تحاليل البصمة الوراثية تقوم بالشهادة لكونها مبنية على الصفات الوراثية العلمية البيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي "البيولوجي" إلى حد بعيد. (3)

كما أن الآية ذكرت درء العذاب، ولم تذكر نفي النسب، ولا تلازم بينهما، فقد يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب، ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية (4).

(1) سورة النور: الآية 6.

(2) الكعبي خليفة، مرجع سابق، ص444.

(3) بلحاج العربي، أحكام الأسرة وآثارها، مرجع السابق، ص679.

(4) عليم إيدير، مرجع سابق، ص84.

2- الرد على الدليل:

رد المانعون على هذا القول بقولهم:

دلّت الآية الكريمة على أن الأصل الذي عدل عنه إلى اللعان هو وجود "الشهداء" أي الشهود، والبصمة الوراثية لا ترقى لأن محل الشهود بحال، ولا تعدوا أن تكون نوعاً من البيّنات والقرائن، ولم يرد لفظ البيّنة أو البيّنات في الآية، إذ لو ورد لكان لقولهم بعض القوة، وبناء عليه فإن البصمة الوراثية لا تعد من الشهداء بحال من الأحوال⁽¹⁾.

لا تلازم على إقامة البيّنة على زنا الزوجة ونفي النسب من غير لعان، لاختلاف الغرض من كلا البيّنتين، فباللعان يحصل نفي النسب، ولا يتم ذلك بالبيّنة، ويثبت الزنا وإقامة الحد على الزوجة بالبيّنة، ولا يكون ذلك باللّعان⁽²⁾.

قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِيَّ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكٰذِبِينَ ﴿١٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصّٰدِقِينَ ﴿١٧﴾﴾⁽³⁾.

فإن شقّ القميص من جهة معينة عدت نوعاً من الشهادة، والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة⁽⁴⁾.

إن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية لكونها مبيّنة على الحس، وإذا أجرينا تحاليل البصمة الوراثية وثبت أن الولد من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف تقطع النسب وتكذب الحس والواقع ونخالف العقل، وإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة، والشرع يبتزّه أن يثبت حكماً بني على المكابرة⁽⁵⁾.

(1) الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 445.

(2) القرداغي عارف، مسائل شرعية في الجينات البشرية، ط1، الجامعة الإسلامية الدولية، ماليزيا، 2011، ص 134.

(3) سورة يوسف: الآية 27.

(4) القرداغي عارف، المرجع السابق، ص 134.

(5) عليم إيدير، مرجع السابق، ص 341.

3-الإجابة عن الرد:

رد على هذا بالقول: أن الشريعة أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع والشرع أرفع قدرا من ذلك، والميزان الذي انزله الله للحكم بين الناس بالحق يأبى كل الآباء ذلك، فإننا نرفض ذلك لمخالفته للعقل والحس، فلا يمكن أن يتساوى أب وابن في السن مع أن الاستلحاق في الأصل مشروع.⁽¹⁾

- إن آية اللعان قيدت إجراءاتها بما إذا لم يكن ثمة هناك شاهد إلا الزوج، ومن البديهي لو كانت هناك بينة أخرى فلا وجه لإجراء اللعان، كما لو أقرت الزوجة زوجها فيما رماها به من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه، وإذا قمنا بذلك كان ضربا من المكابرة، ومخالفة للعقل والحس، واللعان معقول المعنى معروف السبب وليس تعديا محضا⁽²⁾.

ب-الدليل من السنة:

استدل أصحاب هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " هو لك يا عبد بن زمعة. الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه، لما رأى من شبهة بعبته، فما رآها حتى لقي الله"⁽³⁾.

إن الحديث أفاد أنه حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل شيها للزوج صاحب الفراش، فإنه ينسب له، ولا ينفي عنه، ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المثبتة لنسب، لأنه أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله في إثبات النسب.⁽⁴⁾

(1) المرجع نفسه، ص34.

(2) عليم إيدر، مرجع السابق، ص34.

(3) البخاري بن إسماعيل، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، حديث رقم 6749، ص1672.

(4) نصر الدين واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 15 عدد 17، مكة المكرمة، 2004م، ص90.

1- الرد على الدليل:

إن الاحتجاج بقصة عبد بن زمعة وإلحاق الرسول صلى الله عليه وسلم الولد بالفراش وأمره لسوده بالاحتجاج منه مع انه أخوها، فإما انه يكون على طريق الاحتياط والورع لمكان الشبهة التي أورثها الشبه البين بعتبة. وأما أن يكون مراعاة للشبهين وإعمالاً للدليلين فان الفراش دليل لحقوق النسب، والشبه بغير صاحبه دليل على نفيه فاعمل أمر الفراش بالنسبة للمدعي لقوته، وأعمل الشبه لعتبة بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سوده. (1)

كما أنه لا مانع من إعمال دليل الشبه، ويكون درء الحد عن الخروج لوجود شبهة اللعان، وبهذا نعمل بالأدلة كلها لاسيما وأنّ الطفل ولد على الفراش. ومقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب، حيث أن من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان. (2)

ثانياً: الرأي الذي يمنع نفي النسب بالبصمة الوراثية

يرى غالبية الفقهاء المعاصرين أنه لا يجوز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب، ولا تقدم على اللعان، فالنسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان (3)، وهو أيضاً قول المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، وقد جاء في القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفاد منها في الدورة السادسة عشر التي عقدت في 5 و 10-01-2002 بمكة المكرمة الذي جاء فيها: " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان".

وهذا استناداً لقوله تعالى: **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا**

أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (4).

(1) نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص 40.

(2) القرداغي علي محي الدين، مرجع سابق، ص 53.

(3) الهلالي سعد الدين سعد، المرجع سابق، ص 351.

(4) سورة النور: الآية من 6 إلى 9.

فلا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه وكذلك لان اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إغائه وإحلال غيره محله⁽¹⁾.

1 عرض الأدلة

استدل القائلون بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بالكتاب والسنة :

أ - الدليل من الكتاب

- قول الله تعالى: وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ^٢ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا (2) . ﴿٦٠﴾

إن الآية تدل على أن المؤمن لا ينبغي له أن يتهاون في امتثال أوامر الله ونواهيه بإتباع أهوائه ولا يجوز له إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يقول هل يفعل أم لا، لان الرسول أولى به من نفسه وما عليه إلا الطاعة ولا يجعل هواه حجاباً عن امتثال أوامر الله ونواهيه، وعليه فان القول بان البصمة الوراثية تحل محل اللعان الذي هو حكم شرعي بناء على نظريات مضمونة يكون فيه تخيير في النصوص الشرعية وهذا لا يجوز⁽³⁾.

- وقوله الله تعالى: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ^٤ (4) . ﴿٦١﴾

(1) السبيل عمر بن محمد، المرجع السابق، ص184.

(2) سورة الأحزاب: الآية 36.

(3) السبيل عمر بن محمد، مرجع السابق، ص28.

(4) سورة النور: الآية من 6 إلى 9.

إن الآية تبين أن الزوج إذا لم يكن له شاهد إلا نفسه فيلجا للعان وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية تزيدها على كتاب الله (1)، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد" (2).

2 - الرد على الدليل:

يمكن الاستغناء على اللعان بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه استبرأها ولم يمسه بعد ذلك وظهر بها حمل (3)، وهذا الرأي غير صائب لان مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب، ومن أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش، ليس عليه إلا اللجوء إلى اللعان الذي لو تطرقت إليه لوجدت فيه من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى، ويعلم أن مقصود الشارع هو بقاء النسب على ما هو عليه دون أن يتعرض للجرح أو الخدش، إلا عندما يبلغ السيل الزبي، فلذلك لا يمكن أن يحل محله البصمة الوراثية فينفي بها النسب دون اللعان. (4)

ب - الدليل من السنة:

استدل أصحاب هذا الرأي من السنة بما رواه ابن عباس في قصة هلال ابن أمية، قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين * خدلج الساقين * فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به كذلك، فقال النبي: **لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شان**" (5)، يتضح من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل

(1) السويلم بندر بن فهد، مرجع سابق، ص152.

(2) البخاري بن إسماعيل، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، حديث رقم 2697، مرجع سابق، ص659.

(3) السبيل عمر بن محمد، مرجع السابق، ص58.

(4) القرداغي علي محي الدين، المرجع السابق، ص25.

(5) البخاري بن إسماعيل، حديث رقم 4747، ص1186.

من الشبه دليلاً يترتب عليه نفي النسب لأن المرأة جاءت بالولد على وصف الذي ذكره النبي، واعتباره الشبه دليلاً يترتب عليه نفي النسب أيضاً. (1)

- الرد على الدليل:

ليس في الحديث ما يدل على اعتبار الشبه أو الصفات الجينية والتعويل عليها في نفي النسب بدليل أن النبي لم يلحق الولد بمشبهه في الحكم، وإنما نفاه عن الخروج بناء على ما تقدم من لعانه.

غير أنه يلاحظ أن هناك بعض الفقهاء المؤيدين لهذا لرأي من يرى جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللعان إذا اطمئن الزوج لذلك. (2)

وذكرت مجموعة من الحالات التي يجوز استخدام البصمة الوراثية فيها منها:

إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه، فإنه بإمكانه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإذا اثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا اثبت بان الولد ليس منه فعليه باللعان، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية، وإذا ظهرت النتيجة بأنه منه فلا ينبغي له اللعان ولو العكس يلاعن. (3)

ومع أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان بل يستحسن الاستعانة بها على

اعتبارها قرينة قد تحمل الزوج على العدول على اللعان فيما إذا ثبت من خلال البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو ابنه طبيياً. (4)

(1) عليم إيدير، مرجع سابق، ص34.

(2) الكعبي خليفة علي، المرجع نفسه، ص61.

(3) القرداغي علي محي الدين، مرجع السابق، ص61.

(4) السبيل عمر بن محمد، مرجع السابق، ص61.

بعد هذه الآراء الفقهية المتضاربة والمختلفة التي برزت الكثير من الغموض في هذه المسألة الحساسة، جاء قراري كل من المجمع الفقهي الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي متوافقين لما جاء به الرأي الثاني، ورجحوا بذلك عدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب وعدم تقديمها على اللعان، واعتبروا بأن الرأي القائل بذلك هو الرأي الصائب، وذلك لرجاحة الحجج والبراهين التي اعتمد عليها القائلون به وقوتها في التدليل له.

ونؤيد هذا الرأي الذي يعتبر أكثر استجابة لحاجة الأسرة في ضمان استقرارها وعدم ضياع شرفها ونسبها. كما أنه أعطى كل مسألة حقها فلم يتعدى على اللعان كحكم شرعي ثابت في كتاب الله ولم يهمل دور البصمة الوراثية كآية من آيات الله في خلقه، إلا أننا لا نؤيد فكرة الخضوع لأمر القاضي لإجراء التحاليل جبراً لأن في ذلك انتهاك للحرية الشخصية.

وقد جاء في القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر بمكة المكرمة في الفترة ما بين 05-10 جانفي 2000 ما يلي: "...ثالثاً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، كما جاء مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي⁽¹⁾ ليؤكد في قرار له وينفس العبارات على عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وعدم تقديمها على اللعان.

(1) البند السادس من القرار 194(9-20)، الإثبات بالقرائن المستجدة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي، الدورة 20، وهران(الجزائر)، أيام 13-18 ديسمبر 2012 جاء فيه، "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا تقدم على اللعان".

المبحث الثاني:

موقف التشريع والقضاء الجزائري من الطرق العلمية في نفي النسب

نص المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 في الفقرة الثانية من م 40 منه على أنه "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب إذ تم الإبقاء على هذه المادة المعدلة على نفس أحكام المادة القديمة مع إضافة فقرة جواز القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية ما يدل على مواكبته للتطورات العلمية الحديثة في هذا المجال.

ووفقا م 41 ق أ ج يعتبر اللعان الوسيلة الشرعية والقانونية الوحيدة لنفي النسب، فهل يمكن بعد تعديلات قانون الأسرة الجديدة التي أضافت بموجبه الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، أن تستعمل أيضا في مجال النفي؟ نحاول الإجابة على ذلك في هذا المطلب

المطلب الأول: موقف التشريع الجزائري

رأينا أن الفقهاء يرون أن البصمة الوراثية لا يجوز أن تقدم على اللعان، كما لا يجوز استخدامها في هذا المجال، فهل توافق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي أم اختلف؟ هذا ما سنتطرق له في هذا المطلب

الفرع الأول: قصر الاستعانة بالطرق العلمية على إثبات النسب دون نفيه

أباح المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط وفقا م 40-2 من ق.أ.ج المضافة عام 2005 م، وكان يستوجب أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين الإثبات و النفي⁽¹⁾ ما دام أنه اقتنع بها في حالة الإثبات فإنه كان يستحسن الاعتماد عليها في جميع حالات تنازع النسب إيجابا وسلبا لتحقيق العدالة بصورة أوسع نطاق لأن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية، لا تكاد تخطئ من الوالدية البيولوجية، وهو ما يهدف إليه الشارع

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 678.

الحكيم بإظهار الحقيقة وإنصاف الولد ورعايته،⁽¹⁾ وبمفهوم المخالفة فإليه لا يجوز اللجوء إلى هذه الوسيلة وإذا كان الأمر يتعلق بنفي النسب، ويبقى الأسلوب القانوني المعهود لذلك هو اللعان.⁽²⁾

وبالرجوع أيضا لنص م 41 من الأمر السابق نجد أنها تتضمن شروط إثبات النسب بالزواج المتمثلة في: أن يكون الزواج شرعيا مع إمكانية الاتصال وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة، ولم يتم التطرق لهذه الطرق المشروعة، ولم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي تنفي الولد عن الزوج،⁽³⁾ عدا ما ورد في نص م 138 من ق.أ.ج باعتباره مانع من موانع الإرث؛ ثم إن تفسير م 41 أيضا يسمح بإمكانية اعتبار البصمة الوراثية طريق آخر لنفي النسب مادام لم يتم تحديد الطرق المشروعة لذلك، حيث لم يعين المقنن الجزائري فيها هذه الطرق المشروعة بل تركها عامة مما يجعل دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب أمر وارد.⁽⁴⁾

وفي ظل هذا الغموض وصعوبة تحديد موقف واضح للمشرع الجزائري فيما يخص كيفية وطرق أخرى غير اللعان في نفي النسب، نرى من الضروري تعديل قانون الأسرة، وبناء على ذلك توضيح موقفه من اللعان وضوابطه وآثاره، كذلك الأحكام المهمة التي لها صلة بهذا الموضوع من ذلك عدم الإشارة مطلقا لاعتبار المرأة الملاعنة من المحرمات المؤيدة وعدم ورودها ضمن أصناف المحرمات من النساء الواردة بالمواد 40 إلى 30 من ق.أ.ج.

(1) تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستجدة، مجلة العلوم القانونية عدد3، جامعة تلمسان (الجزائر)، 2005 م، ص16.

(2) إقروفة زبيدة، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان العربية والغربية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد1، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية (الجزائر)، 2010م ص84.

(3) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص232.

(4) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص84.

الفرع الثاني: اللجوء إلى القواعد العامة لتأسيس العمل بالطرق العلمية

إن المنظومة القانونية مازالت بعيدة كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتات مسائلها وفروعها،⁽¹⁾ إذ لا يوجد نص خاص في الجزائر يعنى بتشريع أو تنظيم هذه الوسيلة العصرية والجديدة، ومع ذلك يمكننا اللجوء إلى أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة فقد نصت م 168 منه على أنه: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تتعرض حياة المتبرع إلى الخطر، ويشترط الموافقة الكتابية من المتبرع بإحدى أعضائه وتحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المؤسسة".

وتنص م 136 منه: "يمنع انتزاع الأعضاء والأنسجة من القصر فاقد التمييز والمصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بمصلحة المتبرع وموافقة أحد أقاربه بعد الوفاة" ونصت م 167⁽²⁾ منه على أنه: "لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعون إلا في المستشفيات التي يرخص لها الوزير المكلف بالصحة".

كما نصت م 99 من المرسوم التنفيذي المتضمن أخلاقيات الطب: "إنه يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره أنه لا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتف كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته."⁽³⁾

(1) إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص 83.

(2) المواد 167، 136، 168 من القانون رقم 85-05، مؤرخ في 16-02-1985م، يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها.

(3) مرسوم تنفيذي، رقم 92-276، مؤرخ في 06 يوليو 1992م، يتضمّن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، مؤرّخة في 07 محرم 1413هـ.

كما نجد أن القانون الجزائري أنشأ قسماً للبيولوجيا الشرعية وتم تدشين مخبر أ ل ADN بمناسبة عيد الشرطة يوم 22-07-2004 الذي يعتبر خطوة هامة في تشجيع العمل بالبصمة الوراثية تماشياً مع التطور الحاصل في هذا المجال.

يشرف على هذا القسم تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة، يقوم المخبر بعدة مهام منها تحليل الدم، والمني، والشعر والبول واللحاح، بالإضافة إلى وجود بنك خاص بالبصمات الأصابع في أي مركز للشرطة.⁽¹⁾

ويشترط القانون الجزائري أن الفحص لا يجري إلا في مخبر الشرطة الفنية العلمية، ولم ينص القانون على مجال استعمال البصمة الوراثية.⁽²⁾

كما نجد قانون العقوبات، قد شدد هو الآخر في مسائل نزع الأنسجة والأعضاء أو الاتجار فيها بموجب المواد من 303 مكرر 17 إلى 303 مكرر 25 منه.⁽³⁾

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري

اسقر القضاء الجزائري على اعتماد اللعان الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب وذلك سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده وتفصيل ذلك كالآتي:

الفرع الأول: تطبيق القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة لنفي النسب

إن أحكام القضاء المتعلقة بموضوع نفي النسب قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة أشارت صراحة إلى مصطلح اللعان كطريق لنفي النسب، وما يمكن تسجيله في هذا الإطار هو ندرة قضايا اللعان المتعلقة بنفي النسب.

فقد ورد في القرار رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997، قضية (ق م) ضد (ق أ)

نفي النسب واللعان، تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد، وإلحاق نسب

(1) إقرورة زبيدة مرجع سابق، ص 83.

(2) بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري مع الفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 254.

(3) المواد من 303 مكرر 17 إلى 303 مكرر 25 من الأمر رقم 156/66 التضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

الولد بأمه... وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد... حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.⁽¹⁾ وعلى ضوء هذا القرار يمكن تقرير ما يلي:

أولاً: دعوى اللعان لا تسمع إلا وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، ومنها بالخصوص دعوى نفي النسب حيث لا يتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل المراد نفيه

ثانياً: للزوج وحده طلب الملاعنة فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

ثالثاً: للزوج وحده حق طلب الملاعنة فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.⁽²⁾

رابعاً: عند تحقق شروط قبول الدعوى، واقتناع القاضي بذلك، يحيل الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلاً، أو أي مسجد في المدن الكبرى وليكن المسجد العتيق كما يذكر قرار المحكمة العليا... وهذا تماشياً مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير الحنفية.

خامساً: لا تجري إيمان اللعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي بحضور ومعاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الإيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبنى عليه الأحكام المترتبة عليه

سادساً: يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة على اللعان والتي منها التفريق بين الزوجين ونفي نسب الحمل.⁽³⁾

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 172379.

⁽²⁾ كيجل عز الدين، مرجع سابق، ص 128.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 128.

ومن اجتهادات المحكمة العليا أيضا في هذا المجال:

-القرار رقم 204821 بتاريخ 20-10-1998: "من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤيا الزنا".⁽¹⁾

وعلى ذلك فالقضاء الجزائري ظل متمسكا بالطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب ألا وهو اللعان، رافضا لأي دليل علمي بشأن نفي النسب إذ لم يتم اعتماد تحليل الدم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن لغياب نص صريح يتيح ذلك.⁽²⁾

إذ ذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 15-06-1999 السابق ذكره بشأن إثبات نسب توأمين (ع أ) و (ع ع) أين نقضت قرار مجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ 05-10-1998 المؤيد لحكم محكمة "قديل" الصادر بتاريخ 18-01-1998 والقاضي بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة، واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضاوا بإجراء خبرة طبية لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع وهذا خرقا لنص م 40 ق.أ.ج التي حصرت طرق إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة ونكاح الشبهة، ولم يكن من الطرق تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.⁽³⁾

⁽¹⁾ المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 204821، الصادر بتاريخ 20/10/1998، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص84.

⁽²⁾ الزبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان (الجزائر)، 2012، ص270.

⁽³⁾ المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 222674، بتاريخ 15-06-1999، مجلة قضائية عدد1، 2001، ص91.

الفرع الثاني: تطبيق القضاء الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة لنفي النسب

اتجه القضاء الجزائري إلى الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال منازعات الأبوة والنسب، حيث نص صراحة عقب التعديلات التي مست قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 أين تبني في نص م 40 من ق. أ. ج حكما أساسيا وهو جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وعلى ذلك يبقى اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب بالطرق المشروعة وعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية.

وبذلك فإن القاضي ملزم باحترام القانون والانصياع له، ومتى لم يرد نص قانوني يتضمن اللعان كطريق لنفي النسب وضوابط العمل به وآثاره وكذا إمكانية اللجوء للبصمة الوراثية للكشف عن الأنساب إثباتا ونفيا، فإن ذلك يؤدي إلى استبعاد القاضي ورفض كل دعوى من شأنها إثارة هذا النوع من النزاعات.⁽¹⁾

ورغم عدم النص في قانون الأسرة الجزائري على اللعان صراحة كطريق شرعي لنفي النسب أو على غيره من الطرق، فإن القضاء قد استقر على عده كذلك ولم يذكر أي الطريق سواه.⁽²⁾

هذا الأمر تأكد من خلال إحدى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في هذا الشأن، من خلال القرار الذي تتلخص حيثياته في أن الطاعنة (ر ف) طعنت بطريق النقض بتاريخ 11-01-2009 بواسطة عريضة قدمها محاميها ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 27-04-2008 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 15-12-2007 والذي قضى تمهيدا وقبل الفصل في الموضوع بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي، والكائن مقرها بمصلحة الطب الشرعي بمستشفى بن باديس بقسنطينة ليقوم كل واحد منهما بإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده

(1) قندوز سناء، مرجع سابق، ص 125.

(2) إقروفة زبيدة، مرجع السابق، ص 84.

(س.ش) والولد (س.أ) وهذا بأخذ عينة من أنسجتها والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه، ومن ثم إذا كان المطعون ضده والد الولد أم لا.

الواضح في هذه القضية هو رفض المحكمة العليا الأخذ بالدليل العلمي، وتعليل ذلك أنه مادام المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بأحكام الم 40 من ق.أ.ج في صياغتها الجديدة.⁽¹⁾

القرار جاء موضحا اتجاه المشرع الجزائري بعدم الأخذ بالطرق العلمية لنفي النسب، كما جاء متوافقا مع قرارات المجامع الفقهية الإسلامية التي منعت استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب والاحتكام إلى اللعان .

إن المشرع الجزائري قد أصاب من ناحية وأهمل نواحي أخرى:

فمن ناحية الصواب نجد أن المشرع نص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية، مفيد ومهم جدا كونه يفتح المجال أمام أي طريق علمي لإثبات النسب، فالיום لدينا البصمة الوراثية والغد قد يسفر طرق علمية أخرى قد تكون منافسة لها في هذا المجال.

أما النواحي التي أهملها المشرع هي التنظيم الدقيق والمفصل لشروط وضوابط اللجوء إلى هذه الطرق العلمية، وكذا حجيتها أمام القاضي، ومكانتها مع الطريق الشرعي لنفي النسب (اللعان)، إذ أن ذلك كله يطرح الكثير من الإشكالات أمام القاضي.

⁽¹⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 605592، الصادر بتاريخ 15-10-2009، مجلة قضائية عدد 1، ص 245 وما بعدها.



الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع نفي النسب في الشريعة والقانون الجزائري، الذي أثار العديد من الإشكالات، إن كان من الجانب الفقهي نظرا للخلاف الكبير بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قواعده وأحكامه، حتى وإن كانوا قد ألموا بالموضوع من كل جوانبه، ففسروا وشرحوا كل ما يتعلّق به، أو الغموض الكبير الذي يكتنف المنظومة القانونية الجزائرية في تفسيرها لموضوع اللعان كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء، إذ لم تشر بأي نص في هذه المسألة على الرغم من أهميته الكبيرة والخطيرة إن على الفرد أو المجتمع، وخاصة بعد ظهور طرق علمية جديدة، أين أصبح من السهل اكتشاف مدى صدق الزوج على أبوته لابنه من كذبه.

لذلك حاولنا من خلال هذه الدراسة الكشف عن هذه الإشكالات التي تثيرها مسألة نفي النسب.

إذ قمنا بالتعريف بموضوع اللعان باعتباره الطريق الوحيد لنفي النسب الذي استنبطت أحكامه من كتاب الله وسنة نبيه، فهو ثابت بالقرآن والسنة والإجماع، وعرضنا كل ما يتعلّق به من شروط وصيغة وعن كيفية إجرائه، وكذا عن إجراءاته أمام المحكمة، وأخيرا عن الآثار المترتبة عنه، والامتناع عن أدائه من طرف أحد الزوجين.

كما أشرنا في بحثنا هذا إلى حالات ينتفي فيها النسب دون لعان رغم توفر قرينة الفراش، وذلك بسبب الاختلال في شروطه.

تطرّقنا كذلك إلى الطرق العلمية المتمثلة في كل من نظام فصائل الدم والبصمة الوراثية، فقمنا بتعريفها وبيان أنواعها وضوابطها، وكذا دلالتها في نفي النسب، كما عرضنا الجدل الفقهي الكبير بين فقهاء العصر الحديث، من خلال تتبع آرائهم ومواقفهم حول جواز

العمل بها من عدمه في نفي النسب، والذي خلص إلى عدم الجواز. ثم عرضنا أخيراً موقف التشريع والقضاء الجزائري من اللعان .

نتائج الدراسة:

هذا وقد أثمر البحث في موضوع نفي النسب اللعان عدداً من النتائج نورد أهمها ضمن النقاط التالية:

أولاً: أنّ الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان، وهو ما سار عليه القانون والقضاء الجزائري.

ثانياً: لا يجوز نفي النسب الثابت شرعاً عن طريق البصمة الوراثية ولا غيرها.

ثالثاً: إنّ القول بجواز إحلال البصمة الوراثية محل اللعان في نفي النسب باطل لما فيه من المصادمة للنصوص الشرعية الثابتة.

رابعاً: لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية الثابتة من القرآن الكريم والسنة الشريفة لمجرد دليل علمي قد يشوبه خطأ أو تلاعب.

خامساً: ترجّح لنا الأخذ بالبصمة الوراثية إذ قد تؤيد الزوج في طلبه اللعان، أو تدلّ على خلاف قوله، فربما تكون سبباً في عدوله عن اللعان.

سادساً: اقتصر التشريع الجزائري على الاستعانة بالطرق العلمية في إثبات النسب دون نفيه.

سابعاً: ندرة قضايا اللعان على مستوى القضاء الجزائري سواء ما تعلّق منها بنفي النسب أو بتهمة الزنا، وتفضيل الطلاق عليه.

التوصيات:

هذه النتائج ساعدتنا على وضع اقتراحات، والتقدم ببعض التوصيات منها:

أولاً: نرى من الضروري تعديل قانون الأسرة بما يسمح بفك الغموض وتحديد موقف واضح من المشرّع الجزائري فيما يخص كيفية وطرق نفي النّسب.

ثانياً: توضيح موقف المشرّع الجزائري من اللّعان وضوابطه وآثاره ، وعن الأحكام المهمّة التي لها صلة بهذا الموضوع، ومن ذلك عدم الإشارة مطلقاً لاعتبار المرأة الملاعنة من المحرّمات المؤبّدة، وعدم ورودها ضمن أصناف المحرّمات من النساء الواردة من م 24 إلى م 30 من ق.أ.ج.

ثالثاً: وضع نصوص خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يسترشد بها المتقاضي إذا عزم على اللّعان، واللجوء إلى القضاء، ويحتكم إليها القاضي أثناء فصله في الدعوى.

رابعاً: وضع قانون خاص في الجزائر ينظّم طريقة الحصول على البصمة الوراثية وإجراءات العمل بها وحدودها، أو تنظيمها في مواد مستقلة ضمن الفصل المتعلّق بالنّسب في قانون الأسرة مع الاسترشاد بالفقه الإسلامي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم .

ثانياً: الحديث الشريف

1. أنس بن مالك، الموطأ، تحقيق نجيب ماجدي، كتاب المكاتب، ط 1، المكتبة
العصرية، لبنان، 200م.

2. البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطباعة والنشر، لبنان، 2002م.

3. مسلم، صحيح مسلم، تحقيق، محمد الغرياني، ج 2، ط 1، دار طيبة، (د،ب،ن)،
(د،س،ن).

ثالثاً: المعاجم

1. ابن منظورين مكرم، لسان العرب، مجلد 5، ج 46، دار الصادر، لبنان، (د،س،ن).
2. الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر، (د،س،ن).
3. الفيروزآبادي بن يعقوب، قاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، ط 8،
لبنان، 2005م.

4. عبد المنعم عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ، ج 3، (د، ط)، دار الفضيلة
للنشر والتصدير، مصر، (د،س،ن).

رابعاً: الكتب

1. آث ملويا لحسين، المرشد في قانون، ط 2، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،
2015م.

2. البامري إسماعيل، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة)، ط 1، دار
الحامد، الأردن، 2009م.

3. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات
ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج 1، ط 1، دارا لثقافة للنشر والتوزيع الجزائر،
2012م.

4. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في القانون الجزائري ، ط2، دار هومة للطباعة والنشرة، الجزائر، 2013م.
5. بلحاج العربي ، قانون الأسرة (وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010)، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012م.
6. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حسب آخر تعديل ، ط 01، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.
7. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2008م.
8. بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005م.
9. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية. شرح قانون الأسرة، مدعم باجتهادات المحكمة العليا، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015م.
10. بولحية نور الدين، حقوق الأولاد النفسية والصحية، دار الكتاب الحديث، ط 1، لبنان، (د. س ن).
11. بولحية نور الدين، حقوق الأولاد النفسية والصحية، دار الكتاب الحديث، ط 1، لبنان، (د. س ن).
12. نقيه عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية (دراسة مقارنة) ، (د،ط)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012م.
13. التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004م .

14. ابن تيمية، المحرّر، تحقيق: المقدسي شمس الدين، م 2، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، (د.س.ن).
15. الجزيري عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 5، ط2، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2002م.
16. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (د،ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009م.
17. الحصكفي عبد الرّحمان ، الدر المختار، تحقيق ،عبد المنعم خليل إبراهيم، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان2002م.
18. الخطابي حمد بن محمد، أعلام الحديث في شرح الصحيح البخاري، ج1، ط1، (د، س، ن)، (د، ب، ن).
19. داوود محمد علي، الأحوال الشخصية ، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن2009م.
20. نيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010م.
21. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية) ، ج 7، ط2، دار الفكر سوريا، (د، س، ن).
22. السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج7، دار المعرفة، لبنان، (د. س. ن).
23. السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، الأردن، 2010م.
24. الشافعي أبي الحسن، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، تحقيق، قاسم محمد النوري، مجلّد 10، دار المنهاج للطباعة والنّشر والتّوزيع، (د، س، ن)، (د، ب، ن).
25. الشافعي محمد بن إدريس ، الأم، رفعت فوزي عبد المطّلب، ج6، ط1، ، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2002م.

26. الشافعي محمد كمال الدين، مسائل الأحوال الشخصية، ج1، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006م.
27. الشرييني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997م.
28. الشرنباصي رمضان، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (د،ط)، الدار الجامعية، مصر، 2001م.
29. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983.
30. الصباغ محمد متولي، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، مصر 1990م،
31. صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م.
32. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعما بالاجتهادات القضائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996م.
33. عبد العزيز سعيد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، (د،ط)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013م.
34. عليش محمد، شرح منح الجليل، ج4، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1984م
35. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ج 1، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015م
36. فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق والأولاد ونفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998م.
37. ابن قدامه موفق الدين ، عمدة الفقه ، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، لبنان، 2003م، ابن رشد أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقصد، ج2، ط6، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بنان، 1989م.

38. القرداغي عارف، مسائل شرعية في الجينات البشرية ، ط 1، الجامعة الإسلامية الدولية، ماليزيا، 2011م،
39. ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عمر أحمد، م 6، ط1، دار الجوزية للنشر والتوزيع، السعودية، 1432هـ.
40. الكاساني بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003م.
41. الكعبي خليفة علي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
42. المومني محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009م.
43. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016م.
44. النووي محي الدين، المجموع، ج 19، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د، س، ن).
45. هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية ، مكتبة وهبة للطباعة، مصر، 2010

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- أطروحات جامعية:

1. الزبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان (الجزائر)، 2012م.
2. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان (الجزائر)، 2015م.

3. يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان (الجزائر)، 2015م.

ب- المذكرات الجامعية:

1. الآغا سهير سلاما حافظ، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010م .
2. داوود أحمد بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، فلسطين، 2001م.

سادسا: المجالات

1. السلامي محمد مختار، إثبات النسب بالبصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية ومجالات الاستفادة منه ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 15 عدد 17، مكة المكرمة، 2014م .
2. السويلم بندر بن فهد، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل عدد 37، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، 1429هـ.
3. أبو زيد محمد محمد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق عدد 1، الكويت 1997م.
4. إقروفة زبيدة، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان العربية والغربية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد 1، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010م،
5. بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ، دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري مع الفقه الإسلامي،

- دفاتر السياسة والقانون عدد 13، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، جوان 2013م.
6. تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستجدة، مجلة العلوم القانونية عدد3، جامعة تلمسان، 2005م.
7. السبيل عمر بن محمد، البصمة الوراثية، مجلة المجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 13 عدد15، مكة المكرمة، 2002م.
8. عليم إيدير، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في إثبات النسب ونفيه ، مجلة المحامي عدد7، المنظمة الجهوية، سطيف، 2008م.
9. قندوز سناء، اللعان وإشكالاته الفقهية، القانونية والقضائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد 2، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2011م.
10. كحل عز الدين، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر عدد3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (د، س، ن).
11. نصر فريد واصل، البصم الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 15 عدد17، مكة المكرمة، 2014م
- سابعاً: الاجتهادات القضائية**
1. المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 165408، مؤرخ في 08/07/1997، مجلة قضائية عدد خاص، 2001م.
2. المحكمة العليا، غ. أ. ش قرار رقم 57756، مؤرخ في 22/01/1990م، مجلة قضائية عدد2، 1992م.
3. المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 99000، مؤرخ في 23/11/1993م، مجلة قضائية عدد خاص، 2001م.

4. المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 172379، مؤرخ في 28/10/1997، مجلة قضائية عدد خاص، 2001م.
5. المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 76343، مؤرخ في 16/07/1990م، مجلة قضائية عدد3، 1991م.
6. المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 222674، بتاريخ 15/06/1999، مجلة قضائية عدد1، 2001م.
7. المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 605592، بتاريخ 15/10/2009م، مجلة قضائية عدد1.

ثامنا: محاضرات

1. بلحيرش حسين، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة جيجل، كلية الحقوق، تاسوست، السنة الجامعية 2010-2011م .

تاسعا: النصوص القانونية

أ-النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم قانون 48-11، مؤرخ في 09 جوان 1984م، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم.
2. القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005م، المعدل والمتمم.
3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 22 أبريل 2008م.

4. القانون رقم 01-14، مؤرّخ في 24-02-2014م، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 66-156، مؤرّخ في 08 جوان 1966م، يتضمّن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 07، مؤرّخة في 16-02-2014م.

5. القانون رقم 01/16 مؤرّخ في 06 مارس 2016، يتضمّن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرّخة في 07 مارس 2016م.

6. القانون رقم 05-85، مؤرّخ في 16 فيفري 1985، يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، مؤرّخة في 17 فيفي 1985م، المعدّل والمتمّم.

ب-النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي، رقم 92-276، مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمّن مدونة أخلاقيات الطّب، جريدة رسمية عدد 52، مؤرّخة في 07 محرّم 1413هـ.

فهرس المحتويات

ملخص

اللّعان حكم شرعي ثابت في الكتاب والسنة والإجماع، وهو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب في الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري.

لا يجوز الإعتماد على الطرق العلمية والإستغناء عن اللّعان، بحجة أن نتائجها قطعية، لأنه لا يجوز إلغاء حكم شرعي أو إهماله إلا بدليل نصي من القرآن.

اللّعان يبقى صالحا لكل مكان وزمان.

Résumé :

L'anathème (liaène) est une disposition de la charia musulmane qui trouve son fondement dans le Coran, la sunna et le consensus des savants (ijmaa). C'est L'unique voie légale désaveu de parenté dans la charia musulmane et le code algérien de la famille.

Il est illégale de contenter des voies de preuves scientifiques au décisifs, car c'est illégal d'abroger la disposition de la charia ni de la l'abandonner sauf preuve textuelle du coran.

L'anathème demeure valable pour tout lieu et toute époque.