

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق.

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين:

الهادي عيسى - طوير توفيق

تحت عنوان

نفي النسب

دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتونسي

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة المسيلة	د.
مشرفا و مقررا	جامعة المسيلة	د. خضري حمزة
مناقشا	جامعة المسيلة	د.

السنة الجامعية: 2020-2021.



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم (طهوق)

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية وتكافئها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا المصفي أدناه:

السيد (ة): المجاري عيسى

المهنة: طالب

الرجل (ة) بطاقة التعريف الوطنية رقم: 3147

والمصادرة بتاريخ: 25 / 06 / 2021

عن دائرة: المسيلة

المسجل (ة) بكتابة: (طهوق العلوم الإنسانية)

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة العنوان، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) بمواضيع:

لغتي السببية، دراسة مقارنة بين الأدب الجزائري والتونس

أصبح شرقي أبي التزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في

إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021 / 06 / 13

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: كيميس
اللقب: الحماري
اسم الأب: طاهر
اسم ولقب الأم: حليمة بنظير
تاريخ الازدياد: 16 - 10 - 1978 مكان الازدياد: حلقة بلدية نونغ
رقم الهاتف: 0670, 40.30.40
البريد الالكتروني: oissa19783@gmail.com
العنوان الشخصي: ص ك موييلية - المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 12,27 الشعبة/التخصص: علوم ط ح سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 1997

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق
الدفعة/سنة التخرج: 2001

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة
الدفعة/سنة التخرج: 2021

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظيفة عسومي: 4 قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: مديرية الضرائب اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد روضياني بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم (طهوف)

المرجع: القرار الوزاري رقم: 033 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 الحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية وتكافئها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا المصطفى أذناه:

السيدة (3) طهوف

الصفة: طالبة أستاذ باحث باحث في علم طالبي

الحامل (6) بطاقة التعريف الوطنية رقم: 202871211

والصادرة بتاريخ: 26 - 04 - 2018

من دائرة: لدرسة المسيلة

المسجل (6) بكلية: العلوم الإنسانية قسم: (طهوف)

والتكليف (6) بإنجاز أعمال بحث (مذكرات التخرج، مذكرات ماستر، مذكرات ماجستير، أطروحة دكتوراه) مع إرفاقها

نسخة من: البيان، دراسة مقارنة بين الفارسي، التولسي

أشترط بشرطي أنني التزم بمراعاة المعايير العلمية والأخلاقية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في

إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 09/06/13

إمضاء المعلن

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: **توفيق**
اللقب: **طوير**
اسم الأب: **الحادي**
اسم ولقب الأم: **روينة كوكبة**
تاريخ الازدياد: **1982.08.02** مكان الازدياد: **المسيكية**
رقم الهاتف: **0771, 20, 91, 84**
البريد الإلكتروني: **tofik.towfik@yahoo.com**
العنوان الشخصي: **حي 55 في بلدية المسيكية**

البياكلوريا:

المعدل: **10.72** الشعبة/التخصص: **علوم شرعية** سنة الحصول على شهادة الباكلوريا: **2005**

الليسانس:

تخصص الليسانس: **الطبيب** الدرجة/سنة التخرج: **2009**

الماستر:

تخصص الماستر: **قانون أسرة** الدرجة/سنة التخرج: **2021**

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظيفة عسومي:

قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة:

اسم المؤسسة / الشركة: **محامي**

الرتبة في العمل:

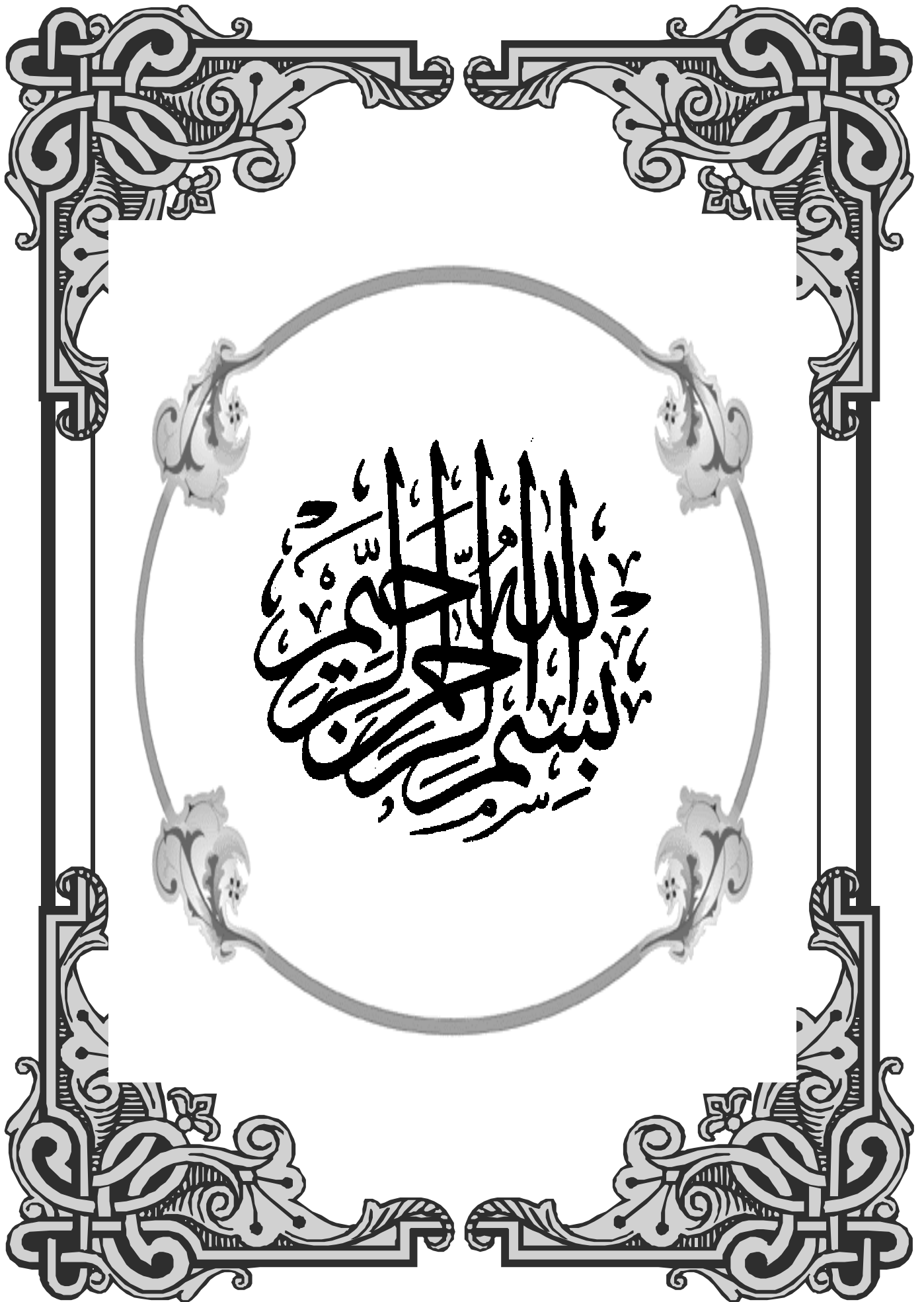
الصيغة:

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

امضاء الطالب



** شكر وتقدير **

الحمد لله الذي يسّر لنا درب الدراسة ووفقنا
فيه وبعد:
نشكر المولى عز وجل الذي أتم علينا نعمته
ومنحنا القدرة والصبْر على إنجاز هذا العمل
التواضع
وخالص الشكر إلى المشرف على هذا العمل
الأستاذ الدكتور فخري حمزة
على نهائمه القيمة وتوجيهاته الصائبة
على دعمه لي ومساعدته فجزاه الله عنا خير
جزاء

فهرس المحتويات

شكر وعرهان

فهرس المحتويات

مقدمة

1

الفصل الأول: نفي النسب

6 المبحث الأول: نفي النسب باللعان وبإثبات اختلال شروط الفراش

6 المطلب الأول: نفي النسب باللعان

6 أولاً: تعريف اللعان

6 ثانياً: مشروعية اللعان

8 ثالثاً: صيغة اللعان

9 رابعاً: الدعوى الموجبة للعان

10 خامساً: شروط اللعان

10 سادساً: آثار اللعان

11 سابعاً: شروط نفي نسب الولد

13 المطلب الثاني: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال شروط الفراش

13 أولاً: عدم وجود عقد زواج صحيح

14 ثانياً- عدم إمكانية تلاقي الزوج بزوجه

14 ثالثاً- عدم ميلاد الولد خلال أقل مدة الحمل وأقصاها

18 المبحث الثاني: نفي النسب بالطرق العلمية

18 المطلب الأول: نفي النسب عن طريق التحليل الطبي للدم

18 أولاً- نظرة على نظام *ABO*

20 ثانياً- حجية نظام *ABO*

20 ثالثاً- الحالات التي تستحيل معها البنية في نظام *ABO*

23 المطلب الثاني: نفي النسب عن طريق تحليل الحمض النووي للبصمة الوراثية

23 أولاً- تعريف البصمة الوراثية

- 24 ثانيا- حالات الاستفادة من البصمة الوراثية
- 26 ثالثا- شروط العمل بالبصمة الوراثية
- 26 رابعا- البصمة الوراثية واللّعان
- 28 خامسا- كيفية اللجوء إلى إجراء تحليل الحمض النووي

الفصل الثاني: نفي النسب دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والتونسي

- 31 المبحث الأول: موقف القانون الجزائري من مسألة نفي النسب
- 31 المطلب الأول: عدم اتخاذ موقف صريح من نفي النسب
- 32 الفرع الأول: إجراءات تنفيذ اللعان في القانون الجزائري
- 33 الفرع الثاني: ميعاد رفع دعوى اللعان وشروطها
- 33 أولا: ميعاد رفع الدعوى اللعان
- 34 ثانيا: شروط رفع دعوى اللعان
- 37 المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من مسألة نفي النسب
- 38 الفرع الأول: حوصلّة تطبيقية لمجموعة من الأحكام القضائية في مسألة نفي النسب
- 42 الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان
- 45 المبحث الثاني: نفي النسب في القانون التونسي.
- 45 المطلب الأول: موقف المشرع التونسي من نفي النسب
- 45 الفرع الأول: في القانون التونسي
- 47 الفرع الثاني: موقف القضاء التونسي من مسألة نفي النسب
- 48 المطلب الثاني: موقف القضاء التونسي من نفي النسب بالبصمة الوراثية
- 48 الفرع الأول: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في القانون التونسي وموقفه منه.
- 49 موقف القضاء التونسي من نفي النسب بالبصمة الوراثية
- 52 الخاتمة

قائمة المراجع

مقدمة

مقدمة:

لقد أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيداً من العناية وأحاطته بالرعاية وجعلته في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها، ومن أجل مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى أمّن على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا فقال عز وجل في كتابه الحكيم: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم"، ولا يتحقق التعارف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها من الاختلاط والاشتباه واحترام الضوابط والأسس التي شرعها الله تعالى فحرمت العلاقات الغير الشرعية ضماناً لسلامة الأنساب ولم تبح سوى العلاقات الشرعية، كما حمى الإسلام ثمرة الزواج الشرعي ورتب لها حقوقاً من شأنها أن تكفل لها حياة طبيعية تحفظهم من الانحلال والفساد وما يهيئهم لحياة صالحة لتعمير هذا الكون فشرع سبحانه وتعالى أحكاماً لثبوت النسب وشدد النكير وتوعدهم حين يقبلون على إنكار فلاة كبدهم أو أن يتبرؤوا منهم، وقد أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم الآباء بأولادهم وتوعدهم بعقاب شديد في حالة ما إذا أنكروهم فقال (أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق)، غير أنه يجب القول أن هناك حالات تدفع الرجل إلى نفي نسب الولد عنه لأنه محتاج إلى ذلك فلا يعقل أن ينسب ولد لرجل غير ولده إذ لا تزر وازرة وزر أخرى، فحمل الزوجة من رجل غير زوجها لمعصية وقعت فيها لا يمكن أن يتحمله زوجها، ولهذا وخروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز نفي الأب لولده وتنكره له فقد سمحت الشريعة الإسلامية للزوج الذي تبين له أن حمل زوجته أو الولد لم يكن منه، وتعدّر عليه تقديم الدليل الذي يؤكد صحة قوله من أن ينفي هذا الحمل أو الولد كاستثناء عن الأصل، كما أن التطور الذي وصل إليه الإنسان خاصة في مجال الهندسة الوراثية الإنسانية سمح للزوج في حالة الشك (في نسب ولده أو حمل زوجته) من أن يلجأ إلى الطرق العلمية ليتبين من صحة شكه أو من عدمه.

ومما تقدم يتبين لنا أن هناك طرق عديدة يمكن للزوج الاستعانة بها لنفي نسب الولد عنه وهو ما يدفعنا إلى التساؤل والبحث عن هذه الطرق التي يتم بها نفي نسب الولد، ولمعالجة الموضوع اتبعت الخطة الآتي بيانها:

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتظهر أهمية الموضوع من خلال الطرق التي يلجا إليها الرجل سواء كانت شرعية أو علمية للتأكد من صحة نسب الولد إليه في تأثيرها على أحكام النسب سواء بالإبقاء أو الرفع.

الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- تعميق المفاهيم والمقاصد المتعلقة بهذا الموضوع.
- إبراز أهم الاختلافات بين القوانين العربية في موضوع نفي النسب.
- إثراء المكتبة بمرجع حول موضوع نفسي النسب سواء في القانون الجزائري أو القوانين العربية واخترنا تونس كمثال لذلك.

صعوبات البحث:


لإنجاز هذا البحث واجهتنا بعض الصعوبات التي كانت عائقا أمامنا من بينها ضيق الوقت لإكمال الدراسة، بالإضافة إلى درجة المراجع المتخصصة التي تناولت موضوع نفي النسب بالرغم من كثرتها في هذا المجال وقلة المراجع الخاصة بالقانون التونسي في مجال نفي النسب دون أن ننسى تشابك القوانين وتشابهها فيما بينها مما صعب علينا إجراء المقارنة.

إشكالية الموضوع:

على ضوء ما تقدم يمكن أن نبلور إشكالية دراستنا في التساؤل التالي: كيف تناول كل من القانون الجزائري والقانون التونسي موضوع نفي النسب؟

منهج البحث:

وللإجابة عن هذا الإشكال سيكون موضوعنا نفي النسب دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون التونسي، متبعين بذلك المنهج الوصفي في الفصل الأول، وكذا المنهج المقارن في الفصل الثاني باعتباره المنهج الأنسب للدراسات المقارنة. وللإحاطة بجوانب الموضوع تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين: الفصل الأول: نفي النسب وطرقه، والفصل الثاني: نفي النسب دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والتونسي.



الفصل الأول: نفي النسب

المبحث الأول: نفي النسب باللّعان وبإثبات اختلال شروط الفرائض

المطلب الأول: نفي النسب باللّعان

أولاً: تعريف اللّعان:

أ- لغة:

إذا كان اللّعان من الناس فهو بمعنى السّب والشتّم، وإذا كان من الله فهو بمعنى الطرد والإبعاد عن الخير.¹

ب- اصطلاحاً:

اللّعان هو شهادات مؤكّدة بالإيمان من الزوجين مقرونة باللّعن والغضب من الله تعالى وسببه قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب الحد في الأجنبية، بان يقول لها: أنت زانية، أو رايتك تزنين، أو يا زانية، ولا يأتي بأربعة شهداء على دعواه، أو ينفي نسب ولدها عن نفسه.²

ثانياً: مشروعية اللّعان:

لقد شرع اللّعان في الشريعة الإسلامية وذلك بالكتاب والسنة، حيث نجد قوله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ سورة النور، الآيات من 06 إلى 09 .

وأما من السنة الشريفة فنجد اللّعان ذكر في الحديث التالي: روي أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم) البيّنة أو حدّ في

¹ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، عمان، ط2، 2010، ص 316.

² - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998، ص 162.

ظهرك، فقال: يا رسول الله، إذا رأى احد على امرأته رجلا، ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: البينة أو حدٌ في ظهرك، فقال: والذي بعثك بالحق إنني لصادق ولينزلن الله ما يبئى ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه السلام فأنزل الله تعالى عليه قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ... إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾، فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم إليها فجاء هلال بن أمية فشهد والنبي يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟ فشهدت، فلما كانت عند الخمسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، قال ابن عباس رضي الله عنهما: فتلكأت 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 الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء. فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله كان لي ولها شأن.¹

مما سبق يتضح لنا أن الذي يقذف امرأة -سواء كانت زوجته أو أجنبية عنه- بالزنا فإن عليه أن يدعم ادعاءه بأربعة شهود فإن لم يكن له أربعة شهود أقيم عليه حد القذف وهو ثمانون جلدة وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾، فهذا العموم تدخل فيه الزوجة غير أن الآية السادسة من سورة النور أجازت للزوج الذي يقذف زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها ولم يستطع الإثبات بشهادة الشهود أن يدرأ عن نفسه حد القذف (ثمانون جلدة) بشرط أن يشهد أربعة شهادات انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

كما أجازت الآيتان 08 و 09 من سورة النور للزوجة التي قذفها زوجها بالزنا أو نفي عنه نسب ولدها ولم يستطع الإثبات بشهادة الشهود أن تدرأ عن نفسها حد الزنا بان

¹ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 117.

تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

ثالثاً: صيغة اللّعان:

أن يبدأ الزوج باللّعان فيقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة من الزنا أو من نفي ولدها، ثم يقول في الخامسة: أن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا أو من نفي الولد.

ثم تقول الزوجة: أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو من نفي الولد، ثم تقول في الخامسة: أن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين فيما رماني به.¹ والحكمة من وجوب الشهادات الأربعة في اللّعان أنّ جريمة الزنا في الإسلام لا تثبت إلا بشهادة أربعة رجال، ولما كانت شهادة الشهود غير ممكنة في إثبات ما يقذف الزوج به زوجته، أمر الله تعالى في سورة النور الزوج الذي يقذف زوجته بالزنا أن يشهد بأربعة شهادات لتقوم مقام الشهود الأربعة الذين تعسرّ على الزوج إحضارهم فيسقط عنه حدّ القذف.²

كما يجب على الرجل والمرأة أن يتلفظا بصيغة اللّعان السالفة الذكر كما وردت فلا يجوز للزوج أن يتلفظ بلفظ الغضب بدل اللّعن ولا أن يبدّل كلمة أشهد بكلمة أقسم ولا اسم الله باسم آخر، ولا أن تتلفظ الزوجة بلفظ اللّعن بدل الغضب ولا أن تبدّل كلمة أشهد بكلمة أقسم ولا اسم الله باسم آخر.³

ويجب كذلك أن يأتي كل واحد من الزوجين باللّعان أمام القاضي كأصل عام ويجوز أن يتم ذلك بحضور إمام المسجد بعد أن يطلب منهما ذلك - بتكليف من القاضي - فإن بادر الزوج باللّعان دون أن يطلب منه ذلك فإنه لا يصح منه ذلك، كما يشترط أن

¹ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 321.

² - احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 168.

³ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 322.

يبدأ الزوج باللّعان، فإذا بدأت الزوجة أعادت بعد الزوج (وقال الحنفية أنّ الزوجة لا تعيد اللّعان إن هي بدأت قبل زوجها ولكنها خالفت السنة). كما يجب أن يوالي الملاعن منهما بين الكلمات الخمس فإذا فصل بينهما فصلاً طويلاً أعاد، ولا يشترط الشافعية المواالة بين لعانه ولعانها.¹

كما يجب أن يشير الزوج إلى الزوجة عند الملاعنة وإذا كانت غائبة فلا بد من تسميتها بما يميّزها دفعا للاشتباه، ويجب أن يحضر اللّعان جماعة من المسلمين العدول، فإذا تقرر إجراء اللّعان في المسجد فيجب أن يتلاعن الزوجان بالمسجد بعد صلاة العصر، ويجوز للإمام أن يعظهما قبل الملاعنة فيذكرهما بالله ويخوفهما من عذاب الآخرة.²

رابعاً: الدعوى الموجبة للّعان:

من الناحية الشرعية فإن اللّعان موجب في دعوى الزنا ودعوى نفي النسب وبما أنّ نفي النسب هو موضوعنا فإننا سنركّز على دعوى نفي النسب وأستبعد دعوى الزنا من الدراسة.

1- اللّعان بدعوى نفي النسب:

يأتي اللّعان بدعوى نفي النسب إذا أتت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من أول وطء وطئها فيه الزوج أو أتت بولد لأكثر من عشرة أشهر على آخر وطء وطئها فيه الزوج فإن للزوج أن ينفي نسب الولد له وعليه أن يلاعن الزوجة وكذلك له أن ينفي نسب الولد ويلاعنها إذا إستبرأها ولم يطأها بعد الإستبراء ثم أتت بولد بعد ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في جواز الملاعنة أثناء الحمل فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يصح اللّعان في أثناء الحمل لأنه ربما كان ربحاً، وقال المالكية والشافعية بصحة اللّعان في أثناء الحمل مستدلين في ذلك إلى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم حين حكم باللّعان بين هلال بن أمية وزوجته قال: إن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج

¹ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 322.

² - المرجع نفسه، ص 323.

الساقين، فهو لشريك بن سحماء. وهذا دليل على أن زوجة هلال بن أمية كانت حاملا وقت اللعان.¹

خامسا: شروط اللعان:

هناك عدة شروط لابد من توفها لوجوب اللعان نوجزها فيما يلي:

1- أن يربط بين الملعنين عقد زواج صحيح، فلا لعان في العقد الفاسد ونكاح الشبهة،² غير أن الشافعية والحنابلة أجازوا اللعان في الزواج الفاسد إذا قصد به الرجل نفي نسب الولد وهو مضطر لذلك ولا طريق له إلا اللعان،³ ولا لعان بين الزوج ومعتدته من طلاق بائنا إلا إذا تعلق الأمر بنفي الرجل لنسب الولد إليه لأنه محتاج إلى ذلك وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة،⁴ ويصح اللعان من المعتدّة من طلاق رجعي ومن غير المدخول بها،⁵

2- أن لا يقيم الزوج الدليل على دعواه بالشهادة أو إقرار الزوجة،

3- أن تكون الزوجة عفيفة،

4- أن يكون المتلاعنين زوجين حرين، عاقلين بالغين، مسلمين،

5- أن تطالب الزوجة باللعان، فان قذفها الزوج ولم تكذبه في قذفه أو سكنت فلا ملاعنة حتى تطالب الزوجة به.⁶

سادسا: آثار اللعان: تتعدد آثار اللعان ومن بين الآثار نذكر منها:

1- سقوط حد القذف عن الزوج وسقوط حد الزنا عن الزوجة،

2- الفرقة بين الزوجين، فتحرم المرأة عن الرجل تحريما مؤبدا كتحريم الرضاع فلا يجوز لأحدهما الاستمتاع بالآخر، وحكمة اللعان من أن يكون التحريم مؤبداً هو أن

¹ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 321.

² - المرجع نفسه، ص 321.

³ - احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 170.

⁴ - المرجع نفسه، ص 170.

⁵ - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 322.

⁶ - المرجع نفسه، ص 323.

الإساءة لا تزول أبداً، فإن كان الرجل صادقاً عليها فقد أشاع فاحشتها وفضحها، وإن كان كاذباً فقد بهتها وزاد في غيظها وحسرتها، وإن كانت المرأة صادقة فقد أكذبتة على رؤوس الإشهاد وأوجب عليه لعنة الله، وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانتة في نفسها وألزمته العار والفضيحة الأمر الذي يجعل من رجوع الحال إلى ما كان عليه سابقاً أمراً مستحيلاً.¹

3- لللعان اثر في نفي النسب، فإذا كان اللعان بنفي الولد فان القاضي ينفي نسب الولد ويلحقه بأمه لان الغاية من اللعان هنا هو نفي نسب الولد فقد نفي النبي صلى الله عليه وسلم ولد امرأة هلال بن أمية وألحقه بأمه، ولنفي نسب الولد شروط نذكر منها:

سابعا: شروط نفي نسب الولد:

لحصول نفي نسب الولد لابد من توفر مجموعة من الشروط يمكن تلخيصها في

النقاط التالية:

- 1- أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج اعتراف بالولد، فالاعتراف يعدّ إقراراً صريحاً من الزوج بنسب الولد ولا يمكن له بعده أن ينفي نسبه،
- 2- أن يحصل النفي في الوقت الذي تقبل فيه التهنة بالمولود أو ابتياع آلة الولادة كالمهد ونحوه أو تقبل فيه الهدية، أما إذا حصل النفي بعد ذلك فانه لا يصح،² وقد حددت المحكمة العليا المدة التي يتوجب فيها رفع دعوى اللعان بـ: ثمانية أيام حيث نص القرار رقم 204821 المؤرخ في: 1998/10/20 على انه من المقرر قانوناً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا...³

¹ - احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 172.

² - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، 1976، ص 131.

³ - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص لسنة 2001، ص 82.

3- ألا يكون قد اقر بالبعض إذا كان المولود أكثر من ولد (في حالة التوأمين) لان الإقرار بالبعض هو إقرار بالكل كون أنهم من ماء واحد،¹

4- لصحة نفي الولد يشترط أن يولد الولد حيا وقت التفريق فإذا مات قبل النفي أو بعده وقبل التفريق فلا يصح نفيه لأنه لا جدوى من نفي الميت ولان النفي حكم على الولد والميت لا يحكم عليه.²

بعد أن يتأكد القاضي المكلف بقسم الأحوال الشخصية من توافر جميع شروط اللعان وكذا شروط نفي نسب الولد عن المدعي، فان عليه أن يقول (أي القاضي) في حكمه: فرقت بين فلان وفلانة وقطعت نسب هذا الولد (مع ذكر اسم الولد) عن أبيه وألحقته بأمه.

ويترتب على نفي نسب الولد ارتفاع أحكام النسب فيما يتعلق بالميراث والنفقة،

أ- الميراث: لا توارث بين الرجل والولد المنفى، فقد نصت المادة 183 من قانون الأسرة على ما يلي: يمنع من الإرث اللعان....، فلا اعتبار لقربة الأبوّة في الإرث في هذه الحالة، فلو مات الأب وترك مالا فلا يعتبر الولد المنفى احد ورثته، كما انه إذا مات الولد المنفى نسبه وترك مالا فانه لا يرثه احد بقربة الأبوّة.³

ب- النفقة: لا مجال لتطبيق مقتضيات نص المادتين 75 و 77 من قانون الأسرة، فلا

تجب النفقة بين النافي والمنفى نفقة الآباء على الأبناء ولا نفقة الأبناء على الآباء.⁴

أما فيما عدا هذين الحكمين فان باقي أحكام النسب تبقى باقية رغم نفي النسب،

ومن بين باقي أحكام النسب اذكر ما يلي:

- فيما يتعلق بالشهادة: لا تجوز شهادة احدهما للآخر لان شهادة الأصول للفروع

والعكس لا تقبل،

¹ - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 135.

² - المرجع نفسه، ص 137.

³ - احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 137.

- فيما يتعلق بالزكاة: لا يجوز صرف زكاة مال احدهما للآخر لان الزكاة حق للفقير الأجنبي،

- فيما يتعلق بالنكاح: لو كان للزوج بنت من امرأة أخرى فانه لا يجوز للولد المنفى أن يتزوج بهذه البنت¹.

المطلب الثاني: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال شروط الفراش

يرتب العقد الصحيح ثبوت نسب الولد للأب أثناء قيام علاقة الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا، وإذا ثبت عدم إمكانية تلاقي الزوجان أو أنهما لم يلتقيا فان نسب الولد لا يثبت للأب المزعوم، فالولد للفراش والمقصود بالفراش هو قيام علاقة الزوجية بين الرجل وامرأته حين بدأ الحمل².

ولكي ينسب الولد لأبيه اشترط قانون الأسرة الجزائري في مادتيه 41 و42 ما يلي:

1- وجود عقد زواج صحيح أي وجوب قيام الزوجية بين الرجل وامرأته حين ابتداء الحمل

2- أن يثبت التلاقي بين الزوجين بدءاً من تاريخ العقد،

3- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل.

ومما تقدم يتضح لنا بأنّ على الزوج الذي يريد نفي نسب الولد عنه أن يثبت عدم وجود عقد زواج صحيح، أو عدم إمكانية تلاقيه مع زوجته أو أنّ الولد لم يلد بين أدنى وأقصى مدة الحمل.

أولاً: عدم وجود عقد زواج صحيح:

الزواج الصحيح هو الزواج الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة طبقاً للمواد من 07 إلى 31 من قانون الأسرة (أهلية الزواج المحددة بـ: 19 سنة، تقديم شهادة

¹ - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 137.

² - بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص

طبية لا يزيد تاريخها عن 03 اشهر، رخصة بالزواج من ثانياة تسلم من رئيس المحكمة في حالة رغبة الزوج بالزواج بأكثر من واحدة، رضا، ولي، شهود...)، فإذا استوفى الزواج ركن الرضا والشروط المنصوص عليهم في قانون الأسرة ثبت نسب الولد للزوج، أما في حالة ما إذا كان الولد نتاج علاقة ما قبل الزواج الشرعي الصحيح أو في مرحلة الخطبة فإنه لا يثبت نسبه لأبيه لانعدام عقد زواج قانوني وشرعي.¹

ثانيا - عدم إمكانية تلاقي الزوج بزوجته:

لا يكفي عقد الزواج وحده لإثبات نسب الولد لأبيه فلا بد من الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي طبقا لمقتضيات نص المادة 41 من قانون الأسرة، وقد كرست المادة السالفة الذكر ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن عقد الزواج وإن كان سببا لثبوت النسب غير انه لا بد فيه من الدخول،² فإذا تأكد عدم تلاقي الزوجان لسبب ما (كأن يكون احد الزوجين سجيناً أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل،³ أو أن يكون الزوج صغيرا غير قادر على الإنجاب وقد اختلف فيمن يولد لمثله فقيل يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك وقال البعض بتسعة سنين لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع سنين، أو أن يكون الزوج مريضا كأن يكون به عيب يجعله غير قادر على الإنجاب كمن ليس له خصيتان⁴) فإنه لا يثبت نسب الولد إلى الزوج.⁵

ثالثا - عدم ميلاد الولد خلال أقل مدة الحمل وأقصاها:

يمكن للزوج أن ينفي نسب الولد عنه إذا أثبت للقاضي أن زوجته ولدت قبل مرور ستة اشهر من تاريخ العقد عليها إذ تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن أقل مدة

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

² - المرجع نفسه، ص 192.

³ - المرجع نفسه، ص 191.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 95.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

الحمل هي 06 اشهر، كما يمكن للزوج أن ينفي نسب الولد عنه إذا اثبت أن زوجته جاءت بالولد في مدة تجاوزت العشرة اشهر من تاريخ الانفصال فالمادة 43 من قانون الأسرة تنص على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة اشهر من تاريخ الانفصال...". بمفهوم المخالفة لا ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل في مدة تجاوزت العشرة أشهر من تاريخ الانفصال.

ولقد أجمع الفقهاء رغم اختلاف مذاهبهم، على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، لكنهم اختلفوا حول أقصى مدة للحمل كما سأليناه فيما يلي:

أ- أقل مدة الحمل:

اتفق العلماء على أن أقل مدة الحمل هي ستة اشهر وسندهم في ذلك أن الله تعالى قال في سورة الأحقاف: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾، وقال في سورة البقرة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾ وقال تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ...﴾، ومن هذه الآيات يتبين لنا أن الرضاعة أربع وعشرون شهرا والحمل في ستة اشهر، وبهذا المعنى قال علي بن أبي طالب لعثمان بن عفان رضي الله عنهما عندما أراد عثمان أن يقيم الحدّ على امرأة جاءت بولد لستة اشهر من وقت زواجها فقال له علي: كلاًّ إنها جاءت بالولد لأقل مدة الحمل وهي ستة اشهر واستدلّ بالآيات السابقة.¹

مما سبق يتضح لنا أنّ أقل مدة الحمل هي ستة اشهر، فإذا جاءت الزوجة بولد لستة اشهر فأكثر من وقت العقد لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما ، أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة اشهر من وقت النكاح لم يلحق نسبه بالزوج.

ب- أقصى مدة الحمل: قيل في أقصى مدة الحمل الكثير،

- فقال مالك أن مدة الحمل خمس سنين،²

¹ - احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 43.

² - الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية - الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 385.

- وقال الشافعي أن مدة الحمل أربع سنين وهو رأي عند المالكية ورأي الحنابلة،¹
- وقال احمد أن أقصى مدة الحمل سنتان وهو رأي الحنفية وسندهم في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها إذ قالت: لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل وفلكة المغزل رأسه ، وهو مثل في سرعة الدوران والمقصود منه أنه لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بمقدار هذه اللحظة القصيرة التي يدور فيها المغزل دورة واحدة،²
- وقال محمد بن الحكم أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية،
- وقال الظاهرية أن أقصى مدة الحمل تسعة اشهر ولا يزيد على ذلك.
- إن كل هذه التقديرات لم تبين على نصوص فليس في أقصى مدة الحمل نص في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة بل رجع أصحابها إلى وقائع وقعت في زمانهم، كما أنّ الطب الحديث لم يؤكد التقادير السالفة الذكر وإنما أكد ما ذهب إليه الظاهرية وهو قولهم بالتسعة اشهر في الأحوال العادية ورأي انه قد تصل أقصى مدة الحمل 365 يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة.³
- **نفي النسب في الزواج الفاسد:** الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من الشروط المنصوص عليها كفقْدان العقد لشرط الصداق أو الولي أو الشاهدان، ويمكن للزوج في الزواج الفاسد أن ينفي نسب الولد عنه بان يثبت ما يلي⁴:
- 1- أن الولد ازداد قبل الدخول بأمه فالمشروع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول
- 2- أن الولد لم يلد خلال أدنى وأقصى مدة الحمل.

¹ - الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 385.

² - احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 196.

³ - الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 385.

⁴ - احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 206.

مما سبق يتضح لنا أنّ نسب الولد في هاتين الحالتين لا يثبت للزوج كون أنّ الولد ابن زنا، ولا يثبت النسب في الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : "الولد للفرّاش وللعاهر الحجر"، كما أنّ النسب نعمة والزنا جريمة، والجريمة يستحق صاحبها العقاب.

- **نفي النسب في نكاح الشبهة:** نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأً بسبب غلط يقع فيه الشخص، والشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة كالشبهة في الحكم (كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة)، والشبهة في العقد (كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات)، والشبهة في الفعل (كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنها زوجته ثم تبين له أنها غير زوجته).¹

إنّ الشخص الذي لم يتعمد الوقوع في الخطأ في نكاح الشبهة يثبت نسب الولد إليه، أما إذا نفى الزوج في نكاح الشبهة نسب الولد عنه بأن أثبت للقاضي بأنه تعمد الوقوع في الخطأ - أي انعدام حُسن النية - فإن ثمرة هذا النكاح (الولد) لا ينسب إليه كونه ولد زنا، والزنا لا يثبت النسب كما سبق ذكره.

كما يمكن للشخص أيضاً أن ينفي عنه نسب الولد في نكاح الشبهة بأن يثبت أنّ الولد لم يولد بين أقل وأقصى مدة الحمل مما يتعين معه نفي نسب الولد عنه.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

المبحث الثاني: نفي النسب بالطرق العلمية

المطلب الأول: نفي النسب عن طريق التحليل الطبي للدم

أولاً- نظرة على نظام ABO:

قام عالم الأحياء النمساوي كارل لاندشتاينر في عام 1900 بأخذ عينات من الدم لسته من زملائه، وقام بفصل البلازما عن الخلايا وأجرى عليها بعض التجارب وهذا بخلط بلازما مع عينة من الكريات الحمراء فأثار انتباهه أن الخلايا الحمراء تلتصق مع بعضها البعض عند مزجها مع البلازما ، وسميت هذه الظاهرة بالتلبد أو التجلط، فاستنتج بان التصاق كريات الدم الحمراء هو نتيجة تفاعل بين الأنتيجين (أو المواد المولدة) والأنتيبودي (أو الأجسام المضادة) - REACTION ANTIGENE ET ANTIBODY - وقد أدت بحوث كارل لاندشتاينر إلى الاعتقاد بوجود ثلاثة أنواع مختلفة من الكريات الحمراء بحسب ما تحمل من أنتيجينات وهي:

- نوع من الكريات الحمراء يحتوي على الأنتيجين AG-A سميت بفصيلة الدم A،

- نوع من الكريات الحمراء يحتوي على الأنتيجين AG-b سميت بفصيلة الدم b،

- ونوع من الكريات الحمراء لا يحتوي على أي من الأنتيجينات سميت بفصيلة الدم O.

كما اكتشف اثنان من تلامذة لاندشتاينر في عام 1902 وهما: فوندي كاستلو

وزميله ستورلي أن هناك نوع من كريات الدم الحمراء تحمل على سطحها كل من

الأنتيجين A والانتيجين B سميت بفصيلة الدم AB.¹

واكتشف لاندشتاينر أن الأنتيجين موجود على سطح الكريات الحمراء وأن الأجسام

المضادة موجودة في البلازما، فمثلا الشخص الذي يحمل فصيلة الدم A لديه اجسام

مضادة في البلازما لفصيلة الدم نوع B ، وعليه فكل فصيلة من فصائل الدم A-B-AB-

O بها مواد مولدة وأجسام مضادة وهي موضحة في الجدول التالي:²

¹ - <http://ejabat.google.com/ejabat/thread?tid=5817edfc3ad9e844>

² - <http://www.islamonline.net>

الجدول رقم 01:

التركيبة الجينية	الأجسام المضادة	المواد المولدة	الفصيلة
AA نقي AO هجين	B	A	A
BB نقي BO هجين	A	B	B
AB	—	A , B	AB
OO	A , B	—	O

إنّ الأجسام المضادة هي التي تستخدم في تحديد نوعية فصيلة الدم فان كنا بصدد الكشف عن فصيلة الدم B فإننا نستخدم الجسم المضاد (ANTIBODY) الخاص بهذه الفصيلة وهو A، والنتيجة الايجابية تظهر على شكل تجلط للعيّنة المستخدمة وهو ما يؤكد أنّ فصيلة الدم هي B .

ولابد هنا من الإشارة إلى احتمالات الخطاء في تحديد فصائل الدم كأن تكون المادة المصنعة قد انتهت فترة صلاحيتها الأمر الذي يجعل من العيّنة المستخدمة لا تتجلط الأمر الذي من شأنه أن يحدث لبساً في تحديد فصيلة الدم محل التحليل، أو أن يحدث خطأ في الخطوات العملية لتحديد نوع الفصيلة أو أن تختلط فصائل الدم في المعمل نفسه وبالتالي تظهر نتائج خاطئة، لذلك ينصح دائماً بإجراء تحليلين لفصيلة الدم ويحبذ أن يجرى التحليل في مختبرين مختلفين وهذا للتأكد من فصيلة الدم بصفة قطعية لا مجال للشك فيها¹.

وبعد ذلك اكتشف مادة أخرى موجودة على الكريات الحمراء تسمى RHESUS ويرمز لها بالرمز RH واسم RHESUS مشتق من اسم نوع من القرود كان يجري عليها لاندشتاينر تجاربه تسمى MACACAS RHEUSES ، كان بدم هذا النوع من القرود مادة تشبه المادة المكتشفة على الكريات الحمراء الخاصة بالإنسان، وتقوم هذه المادة بتحديد ما إذا كانت فصيلة دم الشخص موجبة + RHESUS أو أنها سالبة

¹ - <http://www.islamonline.net>

- RHESUS وذلك بالنظر إلى وجود مركب أو مادة RHESUS من عدمه على سطح كريات الدم الحمراء، فيكون + RHESUS إن وجد المركب على سطح الكريات الحمراء ويكون - RHESUS إن إنعدم المركب من سطح الكريات الحمراء.¹

ثانيا - حجية نظام ABO:

لقد تمّ اكتشاف أنظمة أخرى لفصائل الدم غير نظام ABO كنظام DUFFY ونظام KELL، غير أنّ نظام ABO بقي ولا يزال النظام الأكثر انتشارا وشيوعا في العالم، فهو من بين الوسائل العلمية التي يُلجأ إليها عندما يتعلق الأمر بنفي النسب فقد أثبتت التجارب أنّ نظام ABO يصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100% بمعنى أنّ له حجية قاطعة في مجال نفي النسب، غير انه لا يرقى كدليل إثبات قطعي، لتشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس وهو ما يجعله ظنيّ الدلالة في هذه الحالة، وعليه فإذا نفى الأب المزعوم نسب الولد عنه وتم اللجوء إلى نظام ABO للتأكد من مدى صحة إدعاء الأب فانه من الممكن أن يفضي التحليل الطبي للدم إلى نتائج غير قابلة للتشكيك فيها عندما يتعلق الأمر بنفي النسب.

ثالثا - الحالات التي تستحيل معها البنوة في نظام ABO:

يتم نفي البنوة في نظام ABO باستخدام فصائل الدم على النحو الآتي بيانه:
يتم تحديد فصائل الدم الثلاثة لكل من الأب والأم والابن ، ثمّ يقارن التركيب الجيني لفصيلة دم الابن مع فصيلة دم الأب والأم فإذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني لفصيلة دم الأب والأم مع التركيب الجيني لفصيلة دم الطفل في هذه الحالة تنفي البنوة تماما وفيما يلي جدول يوضح الحالات التي من غير الممكن أن ينسب الولد للأب المزعوم اعتمادا على فصيلة دم كل من الأب المزعوم والأم من جهة والولد المنفي من جهة أخرى:²

¹ - <http://ejabat.google.com/ejabat/thread?tid=5817edfc3ad9e844>

² - <http://www.islamonline.net>

الجدول رقم 02:

فصيلة دم الأب	فصيلة دم الأم	فصيلة دم الطفل المحتملة	فصيلة دم الطفل الغير محتملة
O	O	O	A - B - AB
O	A	O - A	B - AB
A	A	O - A	B - AB
O	B	O - B	A - AB
B	B	O - B	A - AB
A	B	O - A - B - AB	_____
O	AB	A - B - AB	O
AB	AB	A - B - AB	O
		يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية	يجب عدم اللجوء إلى البصمة الوراثية

- إذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الأم O فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي O ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه A أو B أو AB،
- إذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الأم A فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي O أو A ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه B أو AB،
- إذا كانت فصيلة دم الأب A وفصيلة دم الأم A فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي O- A ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه B أو AB،
- إذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الأم B فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي O أو B ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه A أو AB،
- إذا كانت فصيلة دم الأب B وفصيلة دم الأم B فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي O أو B ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه A أو AB،
- إذا كانت فصيلة دم الأب A وفصيلة دم الأم B فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي A أو B أو O أو AB ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه _____ ،

- إذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الأم AB فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي A أو B أو AB ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه O ،
- إذا كانت فصيلة دم الأب AB وفصيلة دم الأم AB فان فصيلة دم الطفل المحتملة هي A أو B أو AB ولا يمكن أن تكون فصيلة دمه O.

ويجب التنويه إلى انه في حالة ما إذا أفضى التحليل الطبي للدم بالقول أن هناك احتمال من أن يكون النافي (الأب المزعوم) أباً للولد المنفى، فانه في هذه الحالة يتوجب اللجوء إلى خبرة أخرى أكثر دقة في مجال الإثبات وهي تحليل الحمض النووي لدفع الشك باليقين كون أن تحليل الحمض النووي دليل قطعي من شأنه أن يرفع الشكوك التي تحوم حول ثبوت نسب الولد من عدمه للأب المزعوم الذي لم يؤكد التحليل الطبي للدم عدم أبوته للولد المنفى.

إن إجراء تحليل الدم اقل تكلفة مقارنة مع الطرق العلمية الأخرى كتحليل الحمض النووي مثلاً، كما أن له حجية قاطعة عندما يتعلق الأمر بنفي النسب كما سبق وأن بيّناه في الجدول رقم 02 عكس ما هو عليه عندما يتعلق الأمر بإثبات النسب إذ يكتسب حجية نسبية ويصبح طريقاً علمياً ضنياً لا قطعياً ، كما انه ليس هناك ما يمنع القاضي من اللجوء إلى تحليل الدم لمعرفة مدى نسب الولد من الأب المزعوم إذ سمحت المادة 40 من قانون الأسرة للقاضي المكلف بشؤون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حيث نصت على ما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فنص المادة 40 من قانون الأسرة لم يقيد القاضي من حيث الطرق العلمية التي يمكن أن يلجأ إليها لإثبات النسب سواء بالثبوت أو بالنفي، الأمر الذي يترك للقاضي حرية اكبر لاختيار الطريقة التي يراها انسب لنفي النسب من بين الطرق العلمية الموجودة والمتاحة في مجال إثبات النسب.

المطلب الثاني: نفي النسب عن طريق تحليل الحمض النووي للبصمة الوراثية
 لقد أجاز للقاضي أن يلجأ إلى الطرق العلمية لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية فلا يجوز كما قلنا تثبیت نسب الولد المتأتي من الزنا، ولم يقيد القاضي بطريق علمي محدد فتكررت له مطلق الحرية في اختيار أنجع الوسائل العلمية المتاحة في مجال إثبات النسب، ولعل أحسن الطرق العلمية المعمول بها في مجال إثبات النسب في الوقت الحاضر هو تحليل الحمض النووي للبصمة الوراثية الذي اثبت قوته في إثبات النسب ثبوتاً ونفياً وبصورة قطعية الأمر الذي يجعل من تحليل الحمض النووي الطريق رقم واحد من بين الطرق العلمية الأخرى كنظام ABO مثلاً في مجال إثبات النسب.

أولاً- تعريف البصمة الوراثية:

أ- تعريف البصمة الوراثية لغة:

البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين: "البصمة"، و"الوراثية".
 والبصمة في اللغة جاءت بمعنى العلامة ومنها بصم القماش بصماً أي رسم عليه، وقد اقرّ مجمع اللغة العربية لفظ البصمة بمعنى اثر الختم بالأصبع تقول: بصم بصماً أي ختم بطرف إصبعه.

والوراثية نسبة إلى علم الوراثة والذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك، وعلى ذلك فالمراد بالبصمة الوراثية العلاقة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع.¹

ب- تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً:

البصمة الوراثية في اصطلاح العلماء يقصد بها تحديد هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا ADN - Acide Désoxyribonucléique - الحمض النووي المتمركز في النواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في

¹ - نصر فريد واصل، بحث حول البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - السنة الرابعة عشرة - العدد السابع عشر، ص 59.

صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمنية على حمض الدنا وهي خاصة بكل إنسان تميّزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة)، ووسيلة هذا التحليل أجهزة تقنية عالية يسهل على المتدرب عليها قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر حين الحاجة إليها.¹

كما عرّفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية - التي عقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة من 15 إلى 17 من شهر أكتوبر لسنة 1998 - البصمة الوراثية اصطلاحاً على أنها: البنية الجينية "نسبة إلى الجينات أي المورثات" التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وقد اقرّ المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشرة هذا التعريف وأضاف بان البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، والتحقيق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أيّة خلية من الدم أو اللعاب أو المنى أو البول أو غيره.²

ثانياً - حالات الاستفادة من البصمة الوراثية:

نظراً للانتشار الواسع لتقنية تحليل الحمض النووي أو البصمة الوراثية وكذا نتائجها المبهرة في مجال إثبات النسب فقد نصح فقهاء الشريعة والقانون وكذا علماء الهندسة الوراثية بالاستفادة من البصمة الوراثية في الحالات التالية:

- إثبات النسب أو نفيه،
- عند التنازع في المولود،
- في حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات،³

¹ - نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 60.

² - علي محيي الدين القره داغي، بحث حول البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - السنة الرابعة عشرة - العدد السادس عشر، ص 38.

³ - الدكتور علي محيي الدين القره داغي، المرجع السابق، ص 29.

- لمنع الوصول إلى اللعان، فإذا شكّ الزوج في نسب ولده شكاً كبيراً كأن رأى أجنبياً يدخل على زوجته وحملت الزوجة وظن الزوج عدم نسبة الولد إليه ظناً غالباً، ففي هذه الحالة ما عليه إلا اللجوء إلى المحكمة لدفع الشك باليقين، فتأمر هذه الأخيرة بتحليل البصمة الوراثية للتأكد من الأمر،¹

- في حالة وطء الشبهة حيث يسمح تحليل البصمة الوراثية من إثبات نسب المولود إلى الزوج أو إلى الذي واقعها بشبهة،

- في بعض حالات الاختلاف بين الزوج وزوجته، وادعاؤه أن الحمل قد حدث قبل التزوج منها وبالتالي فالولد ليس منه،²

- في حالات الاغتصاب ونحوه،

- في حالات الاشتباه في طفل الأنابيب،

- في حالات الحروب وعودة المفقودين والأسرى الذين طال عهدهم،

- لإثبات الجرائم والتعرف على المجرمين،

- للتعرف على جثث الضحايا في أثناء الحروب والكوارث ونحوهما.³

هذا وقد جاء في تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية أنّ اللجنة قد توصلت من خلال العرض والمناقشة إلى أنه تكاد تكون نتائج البصمة الوراثية قطعية إذ تصل نتائجها في مجال إثبات أو نفي نسب الأولاد إلى الوالدين 99,99% وأنّ الخطأ في البصمة الوراثية إن وجد فإنه راجع إلى خطأ بشري أو عوامل التلوث.⁴

¹ - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - السنة الرابعة عشرة - العدد السادس عشر، ص 295.

² - المرجع نفسه، ص 295.

³ - علي محيي الدين القره داغي، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 292.

ثالثاً - شروط العمل بالبصمة الوراثية:

- 1- شيوعها وانتشار العمل بها،
- 2- إجراء التحاليل أكثر من مرة والتثبيت والتأكد من سلامة الأجهزة ودراية الفنيين في تشغيلها وإجراء التحليل على أكثر من عينة لإمكان المقارنة والتأكد من النتيجة،¹
- 3- القبول العام بها من أهل الاختصاص فلا يقبل الأخذ بالكشف العلمي في مرحلة التجريب وإنما يشترط العمل بها في مرحلة الثبوت والتطبيق،
- 4- أن يكون القائمون على إجراء الفحوص والتحليل الخاصة بالبصمة الوراثية عدول ثقة، أمناء،
- 5- أن لا تتدخل المصالح الشخصية في هذه الفحوصات.²

رابعاً - البصمة الوراثية واللعان:

سبق وأن قلنا أنّ الطريق الوحيد لنفي النسب في الإسلام هو اللعان وقد شرّع اللعان في زمن افتقر للوسائل العلمية الحديثة المتوفرة في عصرنا الحالي كتحليل الحمض النووي الذي يعتبر وسيلة قطعية لإثبات النسب سواء بالنفي أو الثبوت، فلم تكن هناك وسيلة لكشف مدى صحة ادعاء الزوج ويدراً عنه حدّ القذف وعن الزوجة حدّ الزنا سوى اللعان، والسؤال الذي طرح في السنوات الأخيرة التي ظهرت فيه البصمة الوراثية وانتشرت بشكل كبير هو: هل يصحّ نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك أم لا بد من اللعان؟

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون

اللعان ويمكن تلخيص آرائهم على النحو التالي:

¹ - نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 69.

² - المرجع نفسه، ص 70.

القول الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وهذا قول عامة الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور علي محي الدين القره داغي وعبد الستار فتح الله سعيد ومحمد الأشقر.¹

وهو أيضا قول مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي حيث جاء في تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية انه لا بد من تقديم القواعد والمبادئ الشرعية على البصمة الوراثية مثل الولد للفراش وللعاهر الحجر، وأن نفي النسب الثابت بالفراش لا يكون إلا باللّعان وعليه فإنه يمنع استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت.²

القول الثاني: يمكن الاستغناء عن اللّعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أنّ الحمل ليس منه وهذا الرأي ذهب إليه محمد المختار السلامي ويوسف القرضاوي وعبد الله محمد عبد الله.

القول الثالث: إنّ الطفل لا يُنفي نسبه باللّعان إذا جاءت البصمة الوراثية لتؤكد صحة نسب الولد للزوج ولو لاعن، وينفي النسب باللّعان فقط إذا جاءت البصمة لتؤكد قوله فتعتبر دليلا مؤكداً، وهو الرأي الذي ذهب إليه الدكتور نصر فريد واصل وكذا دار الإفتاء المصرية.

القول الرابع: إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أنّ الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللّعان وينفي النسب بذلك، إلا انه يكون للزوجة الحق في طلب اللّعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة ، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أنّ الولد من الزوج وجب عليه حدّ القذف ، وهذا الرأي ذهب إليه سعد الدين هلال.³

¹ - عليم ايدير، مداخلة أقيمت بمناسبة ملتقى البصمة الوراثية في الإثبات بعنوان البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في إثبات النسب ونفيه، نشرة المحامي الصادرة في أبريل 2008 عن المنظمة الجهوية سطيف، العدد السابع، ص33.

² - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 294.

³ - عليم ايدير، المرجع السابق، ص33.

خامسا - كيفية اللجوء إلى إجراء تحليل الحمض النووي:

يجوز لكل شخص إنتابه شكّ حول مدى انتساب الولد إليه من اللجوء إلى المحكمة فيرفع دعوى نفي النسب، يكلف على إثرها القاضي المكلف بشؤون الأسرة - قبل الفصل في موضوع الدعوى - مخبر البصمة الوراثية التابع للمخبر العلمي والتقني بمديرية الشرطة القضائية بالتحقق من البصمة الوراثية لكل من الأب والأم والابن والقول ما إذا كان الولد ابنا للمدعي، ويلجا القاضي للمخبر كون أنّ المسألة فنية تقنية تخرج من اختصاص قاضي شؤون الأسرة، كما أنّ مخبر البصمة الوراثية هو الهيئة الوحيدة في الجزائر المخولة قانونا والقادرة من حيث الإمكانيات بإجراء هذا النوع من التحاليل، يقوم مخبر البصمة الوراثية بعد تمكينه من نسخة الحكم بأخذ عينات من لعاب الأب والأم والابن وإخضاعها لتحليل الحمض النووي والخروج بنتيجة تفيد ثبوت نسب الولد لأبيه من عدمه، وتبلغ قيمة الفحص أو تحليل الحمض النووي 4560 دج يتم إدخالها ضمن المصاريف القضائية، وتجدر الملاحظة إلى أن تكلفة التحليل تفوق المبلغ المذكور أعلاه بكثير (يفوق الـ 100.000 دج) غير أن الفارق تتحمله الخزينة العمومية والهدف من وراء ذلك هو تقريب العدالة من المواطن وتمكينه من الاستفادة من هذه التقنية التي تعدّ من حيث الحجية دليلا قطعيا من شأنه درأ الشبهات.

يتبين مما تقدم أنّ القاضي حر في تحديد الطرق أو الوسائل المناسبة لنفي النسب فقد سمحت المادتان 40 و41 من قانون الأسرة لقاضي الأحوال الشخصية أن يلجأ إلى الطرق المشروعة في نفي النسب أو أن يلجأ إلى الطرق العلمية الحديثة المتاحة أمامه للتأكد من صحة ادعاء المدعي الرامي إلى نفي نسب الولد عنه.

ويُحذّر أن يلجأ القاضي إلى الطرق العلمية القطعية في نفي النسب بدلا من أن يلجأ إلى اللعان أولا والسبب هو أنّ الآثار التي تترتب عن اللعان اشد وقعا عن تلك التي تترتب عن الطرق العلمية لا سيما التفريق بين الزوجين، فإذا استجاب القاضي فورا لطلب اللعان فانه بمجرد أن يفرغ المتلاعنان يفرق القاضي بينهما تفريقا مؤبدا ويلحق نسب الولد

بأمه.... وقد يتضح للزوج فيما بعد أنه كان مخطأً ولا سبيل له بعد ذلك لإرجاع الحال لما كان عليه قبل اللعان بيد انه لو تم اللجوء أولاً إلى الطرق العلمية الحديثة للتأكد من صحة الشك الذي يراود الزوج بشأن نسب الولد منه واتضح بعد الخبرة أن الزوج كان مخطأً في شكه فان القاضي يكون بذلك قد جنّب الأسرة التشتت وجنبهم الوقوع في ما لا يحمد عقباه، وعليه فإنّ الأخذ بالطرق العلمية الحديثة ذات الحجة القاطعة من شأنه أن يحفظ الأنساب من الضياع ويصدّ ضعفاء الضمائر من الحلف بالله كاذبين.

الفصل الثاني:

نفي النسب دراسة مقارنة بين
القانون الجزائري والتونسي

المبحث الأول: موقف القانون الجزائري من مسألة نفي النسب

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على نفي النسب، بالطرق المشروعة¹ لكن لم يحددها مما يثير كثير من التساؤل والغموض. إن هذا الموقف يحتم علينا البحث عن حل قانوني آخر يمكن من خلاله إيجاد حل لهذه المعضلة القانونية. فالحل حسب اعتقادنا يكمن في نص مادتين اثنتين، المادة الأولى يلجأ إليها القاضي في حالة غياب النص القانوني الصريح أو الضمني، وهي المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في نص هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وكذلك المادة 02 من القانون المدني التي أشارت إلى اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص التشريعي.

هذه الإحالة التي أراد من خلالها المشرع الجزائري إيجاد حل لمسألة نفي النسب أحدث غموضا أكثر يعود بالأساس إلى المذاهب الأربعة السائدة في الشريعة الإسلامية وتعليل الارتكاز على مذهب عوض مذهب آخر مما يعقد المسألة كثيرا من الناحية العملية.

المطلب الأول: عدم اتخاذ موقف صريح من نفي النسب

تطرق المشرع الجزائري إلى انحلال الرابطة الزوجية و التفريق بين الزوجين وقسمها إلى قسمين: فالأول لا دخل فيه لإرادة الطرفين وهي وفاة أحد الزوجين والثانية بإرادة الزوج المنفردة أو اتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة عن طريق التطلق أو الخلع فيما أغفل القانون سبب هام لفك الرابطة الزوجية والتي تؤدي إلى التفريق بين الزوجين وهي اللعان فيما أخذ به كمانع من موانع الميراث حسب ما جاءت به المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص يمنع من الإرث اللعان والردة " وهذا ما أدى إلى وجود فراغ قانوني حول كيفية تطبيق أحكام اللعان ولما كان حفظ الأعراض من أهداف ومقاصد الشريعة الإسلامية، وقد عنت كل التشريعات اهتماما كبيرا لهذا الموضوع كان على

¹ - نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري أن يتطرق إلى موضوع نفي النسب من خلال التعديلات التي أوردتها خاصة منها الأمر 02-05 وبالضبط المادة 40 من قانون الأسرة التي وردت خالية من أحكام و كفيات نفي النسب مما يحتم اللجوء إلى نص المادة 222 من نفس القانون و التي تنص بدورها على: "كل ما لم يرد النص عليه في نص هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية: "والتي حصرت طرق نفي النسب في اللعان فقط والمشرع الجزائري لم يشر ولم يورد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي ينتفي بها نسب الابن عن الزوج ولكن تم التطرق للعان مرة واحدة وذلك في إطار المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري باعتباره مانع من موانع الإرث وجاء نص المادة كالتالي: « يمنع من الإرث اللعان والردة»¹، وسكوت المشرع الجزائري عن تحديد إجراءات و كفيات نفي النسب خاصة وأن نظام اللعان هو نظام يفرض وجوده فأصبح من الواجب إدراجه و النص على إجراءاته في القانون حماية لنسب الطفل من الإنكار الكاذب وأيضا حتى لا يلحق نسب الأب بغير ابنه.

فبالمقارنة مع التشريعين المغربي والتونسي، فإن الجدل مطروح حاليا حول موضوع نفي النسب هو إدراج الطرق العلمية في نفي النسب، لكن بالرجوع إلى التشريع الجزائري فإننا نجده خال حتى من شروط و كيفية و مكان إجراء دعوى اللعان، وهذا ما يحتم علينا اللجوء إلى الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ اللعان في القانون الجزائري

الشريعة الإسلامية الغراء تعتبر المساجد هي المحل المفضل لإجراء اللعان لما يتسم به هذا الإجراء من قدسية و احترام في نفوس الزوجين و الحاضرين ، فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجوب توقيع اللعان في المساجد و يكون ذلك بحضور جماعة من الرجال العدول و الإمام لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل وجود القاضي واجب أثناء ذلك، فالإمام مالك أوجب أن يكون القاضي حاضر بالمسجد فمتى وقع اللعان

¹ - المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري

حكم القاضي بينهما بالتفرقة وقطع نسب الولد، فإذا لم يفرق الحاكم ونعني به الإمام القاضي فالزوجية قائمة و دليلهم على ذلك أن رجلا من الأنصار دخل المسجد على الرسول عليه الصلاة والسلام و أصحابه جلوس فقال: يا رسول الله إذا رأيتم رجلا يجد منع امرأته رجلا فإن قتلتموه إن تكلم جلدتموه و إن سكت على غيظ ، ثم قال اللهم افتح ، فنزلت آية اللعان .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو عن من يقوم بإجراءات توجيه اللعان بين

الزوجين في المسجد هل هو القاضي أم الإمام ؟

ومن خلال ما سبق يتضح لنا سطحيا أن الإمام هو من يشرف على عملية اللعان إلا أن لفظ الإمام في الموضوع ينصرف إلى القاضي أو الحاكم ، وهكذا وبناء على ما تقدم فإن إجراء اللعان بين الزوجين لا يكون إلا من اختصاص القاضي أو من يعينه الحاكم لهذه المهمة ، فإذا قام بها الإمام أو أي شخص آخر بإجراء أيمن اللعان بدون تكليف أو إذن يكون بذلك متعديا على القاضي أو من ينوبه أو من له الولاية على ذلك. وفي حال الإشراف على اللعان من طرف شخص غير مختص به أو غير معين من طرف الحاكم للقيام بهذه المهمة فإن العلماء مجمعون على انه لعان غير شرعي ولا يرتب أي أثر من آثار اللعان الشرعي

الفرع الثاني: ميعاد رفع دعوى اللعان وشروطها

أولا: ميعاد رفع الدعوى اللعان

إن ميعاد رفع دعوى اللعان تكون بمجرد العلم أو رؤية جريمة الزنا أو وضع الحمل الذي أراد الزوج نفيه ، و هذا ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية كون طبيعة هذه الدعوى لا تقبل أي تأجيل أو تأخير فالتشريعات العربية و منها التشريع الجزائري لا تتسامح في تأجيل رفع الدعوى و مباشرتها ، و ذلك لسد الباب في وجه الهاربين من واجب النفقة على أولادهم و ذلك باللجوء إلى نفيه دون أي دليل و تفريق بين الزوجين و تفكيك الأسرة . فقد وضعت المحكمة العليا في الجزائر مدة زمنية يمكن للزوج رفع

دعوى اللعان ، وقد حددتها بثمانية (08) أيام من يوم العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا و هو ما جاء في قراراتها الآتية :

- قرارها المؤرخ في : 23/11/1993 تحت رقم 99000 و خلاصة القرار ينسب الولد الأبويه متى كان من المقرر قانونا أن الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفيه بالطرق المشروعة ، مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام ومن المستقر عليه قضاء أنه متى تبين - في قضية الحال - المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل منذ علمه به و خلال المدة و بعد مرور أكثر من المدة المحددة شرعا ، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه ، فإنهم عرضوا | قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة و أخطئوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب ، دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرته¹.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ : 28/10/1997 تحت رقم 72379 « إن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق و في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه² ».

ثانيا: شروط رفع دعوى اللعان

دعوى اللعان لا تختلف عن باقي الدعوى من حيث وجوب توفرها على شروط شكلية و أخرى موضوعية ، وهذا ما يدعونا إلى اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية نص المادة 13 التي تنص: "لا يجوز لأي شخص التقاضي م الم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 99000 المؤرخ في: 23/11/1993 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، 2013، ص 1019

² - قرار المحكمة العليا رقم 172379 المؤرخ في: 28/10/1997 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، 2013، ص 930

كما نصت المادة 40 من القانون المدني «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة».

ومن خلال استقراءنا للمادتين فإن شروط رفع الدعوى هي:

أ- الصفة:

فلا تقبل دعوى اللعان و إنكار النسب إلا من له الحق أو المركز القانوني لرفعها ، والصفة في منازعات النسب هي من حق صاحب الحق، وبصفة شخصية فقد اختصه القانون بهذا المركز الذي يلاعن زوجته ، هو صاحب الصفة دون غيره فالزوج هو الذي خول له القانون حق نفي نسب الحمل إن كانت لهم مصلحة محققة في الأمر عن صلبه إذ لا يستساغ أن يلاعن نيابة عن الزوج إخوته أو والده كما لا يمكن أن يقرر الشخص بالإخوة دون موافقة باقي أفراد العائلة.

ب- المصلحة:

ونقصد بها حاجة الشخص التي تدفعه إلى رفع دعوى أمام الجهة القضائية لحماية حق أو لجلب مصلحة أو دفع ضرر، و هو ما أورده المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، وفي دعوى النسب تتمثل في حق الشخص في معرفة نسبه و أصله سواء من جهة الأبوة أو الأمومة كما تعتبر دعوى إثبات النسب دعوى دفع العار أما في دعوى نفي النسب فهي دعوى الهدف منها إبعاد كل غريب عن العائلة من الانتساب إليها والحفاظ على نسبهم من التدنيس، وبالنتيجة حماية ثروتهم من أن تقسم على الغرباء².

¹ - المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² - بوبشير محند أمقران، الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان

المطبوعات الجامعية، ص36

ج - الأهلية:

طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني فإن الأهلية نوعان أهلية وجوب و أهلية أداء، وتكتمل أهلية الأداء ببلوغ الشخص 19 سنة ، عليه فإن دعوى اللعان أو نفي النسب لا بد أن يكون المدعي فيها متمتعا بأهلية التقاضي و هي بلوغه سن 19 سنة وتمتعه بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه ولم يصبه أي عارض من عوارض الأهلي -ة كالفقه والعته و الجنون¹.

د - إجراءات مباشرة دعوى اللعان:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على إجراءات خاصة الرفع دعوى اللعان أو نفي النسب بالنظر إلى أن هذه الدعوى هي دعوى فريدة من نوعها وهذا ما يفرض علينا تلقائيا اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

1- الاختصاص النوعي:

ونقصد بالاختصاص النوعي هو التقسيم الحاصل أمام الجهات القضائية (محكمة ، مجلس قضائي، محكمة عليا ... الخ)، والذي يبين اختصاص كل فرع أو قسم أو غرفة بالنظر في الدعاوي المعروضة أمامها، وهو ما أورده نص المادة 32 و 324 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فالجهة المختصة بالفصل و النظر في المنازعات المتعلقة بالزواج و فك الرابطة الزوجية وإثبات النسب ونفيه أو دعوى اللعان هو قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة .

2- الاختصاص الإقليمي:

تنص المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: « ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه ».

¹ - المادة 40 من الأمر 58_75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05_07 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.

3- العريضة الافتتاحية لرفع الدعوى :

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادتين 14 و 15 نجد أن الشارع قد حدد بدقة البيانات التي يجب أن تحتويها العريضة الافتتاحية لرفع الدعوى، و ذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا، و تودع العريضة بعد تحريرها بأمانة ضبط المحكمة أين يتم تسجيلها و إعطاءها رقم و تحدد لها تاريخ أول جلسة، و على المدعي أن يقوم بتبليغ العريضة للخصم طبقا لنص المواد 45 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يجب احترام أجل 20 يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة ، و يمدد هذا الأجل إلى ثلاثة (03) أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج.¹

4- جلسة نفي النسب:

يتولى أمين ضبط المحكمة (أمين ضبط قسم شؤون الأسرة) إعداد الملف و تكون جلسة نفي النسب بحضور ممثل النيابة العامة ، و في جلسة سرية يحضرها كل من الزوج و الزوجة في مكتب السيد قاضي شؤون الأسرة و بحضور أمين الضبط، عندها يوجه القاضي الكلمة للزوج ليعرض القضية بملابساتها و كما يطلب منه تقديم طلباته، و يعطي فيما بعد الكلمة للزوجة للدفاع عن نفسها طبقا لنص المادة 491 من نفس القانون²

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من مسألة نفي النسب

القضاء الجزائري استقر على أن اللعان هو الطريق الوحي لنفي النسب، ولم تم الاستعانة بأي طريق آخر، وذلك كله واضح في قرارات المحكمة العلي التي أقرت بتطبيق اللعان ووفق ضوابطه الشرعية، وظهر ذلك في قرارات المحكمة العليا

¹ - بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 36 و 76

² - المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " ينظر في دعاوى المتعلقة بالنزاعات المنصوص المادة 490 أعلاه. بحضور ممثل النيابة و في جلسة سرية

الفرع الأول: حويصلة تطبيقية لمجموعة من الأحكام القضائية في مسألة نفي النسب من خلال اطلعنا على قرارات المحكمة العليا، يلاحظ عدم تسامح القضاة مع مباشر دعوى اللعان إذا لم يقدم دليل وحجة ما يدعيه ضمن الآجال المحددة وذلك سدا للباب الهاربيين من النفقات على أولادهم .

فالكثير ممن يرفع دعوى اللعان لنفي نسب الأولاد دون أية حجة ودليل ، وذلك سوى من اجل الهروب والتنصل من المسؤولية الملقاة على عاتقه، ووضعت المحكمة العليا مدة ثمانية أيام فحسب من يوم علمه بالحمل وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 23/11/1993 من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ففي قضية الحال تبين أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به و خلال المدة المحددة شرعا وتمسك بشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة إثبات الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بابيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة، فيما يخص إلحاق النسب .ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹

حيث أن مدة نفي النسب ثمانية أيام ،و المطعون ضده لم يبادر في رفع دعوى اللعان من يوم علمه به خلال ثمانية أيام، و تمسكه بالشهادة الطبية لا يعتبر دليلا، والولد ولد بعد مرور ستة أشهر من البناء (مدة الحمل ستة أشهر بالإضافة إلى دعوى اللعان)

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 99000 بتاريخ 23/11/1993 الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، 2013، ص 1019

وكما أن صحة الزواج ورفض النسب خطأ (الاعتماد على الشهادة الطبية و لم يحترموا مدة ستة أشهر.

غير أن المحكمة العليا لم تجعل من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه ، إذ جعلت كما نوه على ذلك قرار للمحكمة العليا جاء فيه له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة، الصادر بتاريخ 16/07/1990 غير أن هذا لا يمنع من تأخيره ما يلي: من المقرر شرعا و فقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

حيث أنه من المستقر عليه قضاء يجوز تأخير اللعان لظروف خاصة بالزوج عندما يعلم بالحمل أو الزنا ولا يمكنه مباشرة إجراءات اللعان، فيمكن أن يكون خارج مدة ثمانية أيام و كان على القضاة مراعاة ظروف الزوج (الزوج الغائب) والمدة التي يتأخر فيها غير مانعة على إقامة اللعان.

أما عن مكان إجراء اللعان، فإن المحكمة العليا نصت في قراراتها على أن اللعان لا يتم إلا في المسجد، إذ جاء في قرارها الصادر القرار الصادر في 10/1997/ 28 :ومن المستقر عليه قضاء أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة، أما المادة 41 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق و في أجل لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفي².

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ الطبعة الأولى، 2013، ص 507

² - قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 16/07/1990 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، ط1، 2013، ص 930.

حيث انه تم نقض الحكم الذي فسخ عقد الزواج وإلحاق نسب الابن لأمه، فلم يتم احترام شروط نفي النسب التي لا تكون إلا باللعان و أمام مسجد و لم تحترم شروط الحمل المقررة ب ستة أشهر من الزواج. (شروط رفع دعوى اللعان مخالفة لشروطها وعدم احترام مواعيد مدة الحمل).

وكذا صدر حكم تمهيدي عن المحكمة الابتدائية في فيفري 2019 يقضي قبل الفصل في الموضوع: توجيه طرفي الدعوى للمسجد العتيق بالبلدة يوم الجمعة بعد صلاة العصر بحضور المحضر القضائي أمام إمام المسجد بحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة عدول لأداء يمين اللعان بالصيغة المحددة التالية: أن يقول المدعي بعد التأكد من هويته أربع مرات (اشهد بالله ما هذا الحمل مني) ويقول الخامسة (لعنة الله عليا أن كنت من الكاذبين) وتقول المدعى عليها بعد التأكد من هويتها أربع مرات (اشهد بالله ما زنيت وأنه منه) وتقول في الخامسة (غضب الله عليا إن كان من الصادقين) بعد وعظ طرفي الدعوى من طرف إمام المسجد .

أما عن آثار اللعان فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص في القرار الصادر في 23/04/1991 من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين و من المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. حيث انه تم مناقشة شروط دعوى اللعان، وان القرار الذي قضى بنفي نسب الابن بعد مباشرة إجراءات اللعان طبقا للشريعة الإسلامية لم يخالف القانون، لذا رفض الطعن وقد تم رفض النفقة بعد نفي النسب . وجاء في القرار الصادر في 25/02/2004 من المقرر شرعا و قانونا انه متى ولد الطفل من زواج شرعي ومسجل في الحالة المدنية ولم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحا¹.

¹- قرار المحكمة العليا رقم 309543 بتاريخ 25/02/2004 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث، الطبعة الأولى 2013، ص 1521

عدم الالتفات لطلب إنكار النسب مادام أنه ثابت بشهادة الميلاد و لم ينفه بالطرق المشروعة (اللعان) المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

ونص القرار الصادر في 15/10/2009: يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب¹، نقض القرار كونه غير قابل للاستئناف و نظر في الموضوع، مع نقض الحكم القاضي بتعيين خبير وتغفيل مسالة سبق الفصل. نقض القرار بدون إحالة معنى ذلك لا يعاد النظر في الدعوى من جديد (دعوى اللعان رفضت من قبل).

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه، أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للولد (أ) الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه، والقول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبة عنه وإلغاء شهادة ميلاده.

وحيث أنه ما دام أن لمطعون ضده ، قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 ق.أ في صياغتها الجديدة ، التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ... وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين وغفل عن مسالة سبق الفصل التي أثارها الطاعنة، على أن يكون النقض بدون إحالة.

¹- قرار المحكمة العليا رقم 605592 بتاريخ 15/10/2009، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث الطبعة الأولى 2013، ص1496.

ويتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا بالجزائر، قد أخذوا برأي الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية خاصة و الطرق العلمية بصفة عامة على اللعان.

واعتمدت المحكمة العليا في القرار الصادر في 15/09/2015: أنه إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بحكم قضائي، فإنه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية¹. حيث أنه من المستقر عليه قضاء انه عدم جواز نفي نسب ثابت بالزواج والإقرار واللجوء إلى الطرق العلمية لنفيه خطأ، و لو أثبتت التحاليل خلاف ذلك على أساس حق الولد لنسبه ثابت، وعليه قضت المحكمة العليا برفض اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي نسب ثابت بالزواج أو الإقرار أو بحكم قضائي.

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان

ما يمكن استخلاصه من خلال قرارات المحكمة العليا في إطار نفي النسب، بالرغم من ندرة القضايا سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل من الزوج، واقتصر تطبيق القضاء الجزائري في نفي النسب على طريق واحد وهو اللعان، تنفيذاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كما ورد في الفقه الإسلامي و الفقه المالكي خصوصاً.

وعلى ضوء هذه الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا يمكن استنتاج ما

يلي:

1- نفي النسب لا يكون إلا باللعان، وفي الأجال ووفق الشروط والإجراءات المنصوص

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 0944691 بتاريخ 10/09/2015 مشار إليه في بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة و أربعين سنة 2010-1966، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2017، ص 166

عليها في الفقه المالكي (دعوى نفي النسب)، مع مراعاة أدنى مدة للحمل ستة أشهر، وعليه دعوى نفي النسب لا تجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، ويمكن تأخير اللعان مراعاة لظروف الزوج إذا كان غائبا¹.

2- للزوج وحده حق طلب الملاعنة، فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

3- في حالة توفر شروط قبول الدعوى و اقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين (بموجب حكم) إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا أو أي مسجد في المدينة وهذا تماشيا مع مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية.

4- أيمان اللعان بين الزوجين لا تجرى إلا بتكليف محضر قضائي بحضور و معاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الإيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه الأمانة ضبط المحكمة حتى يتمكن الأطراف من إعادة السير في الدعوى للقاضي عليه أن يفصل وفق أحكامه المترتبة عليه.

5- يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة عن اللعان و التي منها التفريق بين الزوجين و نفي النسب.

6- لا يجوز شرعا الاعتماد على الوسائل العلمية في نفي النسب وهو مؤكد بنص 41 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي الأخير تبقى بعض الأسئلة العالقة التي يجب الإشارة إليها من خلال الإشكالات التالية:

في حالة إذا لم تكتمل يمين اللعان بنكول الزوجة أو امتنعت عن الحضور أو غابت أو تعذر إبلاغها فهل القاضي يحكم بنفي النسب؟

وهل يمكن للقاضي أن يكتفي بسماع يمين اللعان في قاعة المحكمة بالشروط الفقهية الأساسية المعروفة دون اللجوء إلى إجراء ذلك في المسجد وبحضور محضر قضائي؟

¹- قرار المحكمة العليا رقم 76343، بتاريخ 16/07/1990، مرجع سابق

إن مسألة اللعان تعتبر من المسائل التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري ، مع انه معتمد من الناحية القضائية مما يدعونا إلى التساؤل عن سبب هذا الفراغ القانوني ، ونجد أن اللعان مأخوذ به، وعليه فان غياب موضوع نفي النسب باللعان و تفصيل إجراءاته في قانون الأسرة الجزائرية يعد ثغرة من الثغرات الكبيرة التي لم تعرف حلا لحد الساعة، والتي لا يكفي معها إحالة القاضي على أحكام الشريعة بموجب نص المادة 222 ، لان كثيرا من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد فضلا عن باقي المذاهب ، ولإراحة القاضي من عناء البحث و الترجيح يكون النص القانوني فيصلا بين الآراء المختلفة وهذا ما تعنيه القاعدة الفقهية القاضية بان حكم الحاكم يرفع الخلاف .

وعليه نأمل من المشرع الجزائري أن يسعى بشتى الوسائل لوضع نصوص قانونية واضحة ودقيقة في نفي النسب الحساسة وأهمية هذا الموضوع.

المبحث الثاني: نفي النسب في القانون التونسي.

المطلب الأول: موقف المشرع التونسي من نفي النسب

سننتظر إلى موقف المشرع التونسي من مسألة نفي النسب في مجلة الأحوال الشخصية كفرع أول، وموقف القضاء التونسي من دعوى إنكار النسب كفرع ثاني:

الفرع الأول: في القانون التونسي

لقد تعرض التشريع التونسي إلى مسألة النسب في مجلة الأحوال الشخصية الصادر في 13 أغسطس 1956 و دخل حيز التنفيذ في 01 يناير 1957 في الكتاب السادس من المادة 68 إلى المادة 76 ، فقد عني التشريع التونسي بالنسب و نظمه خصص له كتاب وقد نصت المادة 68 منه على أنه " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة"¹، كما نصت المادة 72 من مجلة الأحوال الشخصية "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبية و يسقط حقه في النفقة و الإرث"²، كل ذلك يبين أن النسب في مجلة الأحوال الشخصية يثبت في العلاقة الشرعية بين الأب و أبيه و كلما أتضح أن المولود لا يتمتع بقرينة الشرعية انقطع نسبه عن والده و لم يبق له سوى الانتساب لأمه و قد ثار جدل في القانون التونسي حول وضعية الابن الطبيعي و تباينت مواقف الفقهاء في تونس حول مدى أحقية الطفل الطبيعي في إثبات نسبه فيما ذهب البعض الآخر إلى أن النسب المعتبر قانونا هو النسب الشرعي فحسب ولا يعترف بالبنوة الطبيعية خاصة وأن أحكام المادة 68 جاءت عباراتها مطلقة بخصوص مسألة إثبات النسب .

¹ - المادة 68 من مجلة الأحوال الشخصية الصادر في 06 محرم 1376 الموافق ل 13 أغسطس 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية الجريدة الرسمية عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956

² - المادة 72 من مجلة الأحوال الشخصية المرجع السابق

أما بخصوص نفي النسب فقد نصت المادة 75: "إذا نفي الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم و تقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية "

كما نصت المادة 76: "إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب و الفراق الأيدي بين الزوجين".

وكما سبق ذكره أجاز القانون التونسي رقم 75 لسنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب المعدل والمتمم، إثبات البنوة الطبيعية (الشرعية) إما بالإقرار أو البيينة أو التحليل الجيني، وعلى هذا فإذا ما ثبتت هذه البنوة بالإقرار الصريح والرضائي، فإنه لا يقبل الرجوع عن ذلك، وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتا بالوسيلتين الأخرين وهما البيينة والتحليل الجيني:

1- إذا ثبتت البنوة الطبيعية بموجب دعوى أقامتها الأم أو النيابة العامة بالاستناد إلى البيينة، فإنه يمكن لمن ثبت نسبه منه أن يعارض تلك البيينة، كأن يثبت أنه زمن الحمل كان في حالة لا يمكن معها والدا للطفل ، كأن يكون صغيرا لا يماني أو عاجزا أو أنه كان بعيدا عن مكان وجود الأم .

2- إذا ثبت نسب الطفل بالبيينة، وأثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني، فإنه في مثل هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وترد دعوى إثبات غير الشرعية.

أما نفي نسب الطفل الشرعي وبما أن المشرع التونسي قد أجاز العمل بالتحليل الجيني أو البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات، فإنها بذلك تدخل في عموم نص المادة 75 الذي أقر للزوج نفي حمل زوجته أو الولد اللازم له بجميع وسائل الإثبات الشرعية.

الفرع الثاني: موقف القضاء التونسي من مسألة نفي النسب

إن فقه القضاء التونسي ذهب إلى القبول بإدراج الوسائل البيولوجية ضمن الوسائل الجائز اعتمادها لنفي النسب بالاستناد على تأويل واسع لأحكام الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية ، وقد كانت محكمة الاستئناف بسوسة سباقة للقبول فعليا باللجوء إلى تحليل الدم لنفي الأبوة عبر إثبات اختلاف الفصائل الدموية بين الابن و الأب المزعوم فقد جاء في قرارها المؤرخ في 17 جانفي 1974 إن : "الاعتماد على التحاليل الطبية لنفي النسب لا لإثباته اعتماد على وسائل إثبات شرعية مادام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لأخر حسب تحاليل خاصة تؤدي إلى نتیجتها دون شك أو جدل" كما أكدت محكمة التعقيب التونسية من جهتها علة هذا الموقف في العديد من المناسبات وجاء بأحد قراراتها : " إن أحكام الفصلين 75 و 76 من مجلة الأحوال الشخصية اقتضت إمكانية القيام بطلب نفي النسب استنادا إلى كافة وسائل الإثبات ومنها وسيلة تحليل الدم التي هي حجة قاطعة يمكن الاستناد إليها في طلب نفي النسب".

فتحليل فصائل الدم كما هو الشأن أيضا بالنسبة لتقنية التحليل الجيني من الممكن اعتمادها كوسائل لنفي النسب الشرعي تطبيقا لأحكام الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى صراحة أنه : " إذا نفي الزوج حمل زوجته الولد اللازم له فلا ينتقي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية . " طالما أن هذا الفصل لم يعدد على سبيل الحصر الوسائل الشرعية التي من الممكن اعتمادها لنفي النسب وكانت عباراته عامة ومطلقة¹.

واستقر قضاء محكمة التعقيب التونسية على هذا الرأي، حيث قضت مرة أخرى باعتماد الاختبارات الطبية كوسيلة لنفي النسب، فقد قضت في حيثيات أحد أحكامها: " بأن نفي النسب في هذه الحال يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن، والنفي بحسب ما يقدمه الزوج من

1- الحسين بن الشيخ آث ملويا ، مرجع سابق، ص 103

وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، والتي تعد شهادة الشهود فيه كافية، بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية، والتي يكون لها تأثير سلبي أو إيجابي، ومن ذلك وسيلة تحليل الدم لكل من الزوج والزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه، وأنه لا شيء يمنع ممن اعتماد تلك الوسيلة التي تحقق علماء الطب الشرعي من صحتها والتي تعد طريقة قاطعة وهو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة¹

وهكذا اعتبر القضاء التونسي، سواء الاستئناف أو التعقيب الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفي النسب.

المطلب الثاني: موقف القضاء التونسي من نفي النسب بالبصمة الوراثية

الفرع الأول: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في القانون التونسي وموقفه منه.

جاء في الفصل (المادة) 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، على أنه: "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم، وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية." ونص في الفصل 76 على أنه: « إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب و الفراق الأبدي بين الزوجين"².

وقد عرفت سابقا -أن القانون التونسي رقم 75 لسنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب المعدل والمتمم، قد أجاز إثبات البنوة الطبيعية (والشرعية) إما بالإقرار أو البيينة أو التحليل الجيني، وعلى هذا فإذا ما ثبتت هذه البنوة بالإقرار الصريح والرضائي، فإنه لا يقبل الرجوع عن ذلك، وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتا بالوسيلتين الأخرين، وهما البيينة والتحليل الجيني:

1- إذا ثبتت البنوة الطبيعية بموجب دعوى أقامتها الأم أو النيابة العامة بالاستناد إلى البيينة، فإنه يمكن لمن ثبت نسبه منه أن يعارض تلك البيينة، كأن يثبت أنه زمن الحمل كان في حالة

¹ - قرار محكمة التعقيب رقم 2777 الصادر بتاريخ 26 01 1993 مشار إليه في: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 718

² - الفصلان 75 و 76 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع 66، 1548.1956/08/17.

لا يمكن معها أن يكون والدا للطفل، كأن يكون صغيرا لا يمني أو عاجز أو أنه كان بعيدا عن مكان وجود الأم.

2- إذا ثبت نسب الطفل بالبينة، وأثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني، فإنه في مثل هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وتُردّ دعوى إثبات البنوة غير الشرعية¹.

أما نفي نسب الطفل الشرعي وبما أن المشرع التونسي قد أجاز العمل بالتحليل الجيني أو البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات، فإنها بذلك تدخل في عموم نص المادة 75 الذي أقرّ للزوج نفي حمل زوجته أو الولد اللازم له بجميع وسائل الإثبات الشرعية.

الفرع الثاني: موقف القضاء التونسي من نفي النسب بالبصمة الوراثية

لقد عرض موضوع نفي النسب على محكمة التعقيب، ومن قبلها محكمة الاستئناف بسوسة، وقد قررت هذه الأخيرة أن التحليل الطبي للدم يعتبر وسيلة شرعية من بين الوسائل المنصوص عليها بالفصل (75) من مجلة الأحكام الشخصية التونسية، التي ينتفي بها النسب.

وقد أيدت محكمة التعقيب هذا القرار، وضمنت ذلك صلب حثية قالت فيها: «إن وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الاستئناف بسوسة، هي وسيلة شرعية يقرها الشارع، ويأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الإثبات الأخرى المثبتة، كحصول اليقين بعدم التلاقي مطلقا»².

واستقر قضاء محكمة التعقيب التونسية على هذا الرأي، حيث قضت مرة أخرى باعتماد الاختبارات الطبية كوسيلة لنفي النسب، فقد قضت في حثيات أحد أحكامها: «بأن نفي النسب في هذه الحال يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن، والنفي بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل الإثبات

¹ - عبد الرحمان أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 716.

² - قرار تعقيبي رقم 1005 الصادر بتاريخ 1976/07/27، مشار إليه في: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص - ص 717 -

الشرعية والقانونية، والتي تعد شهادة الشهود فيه كافية، بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية، والتي يكون لها تأثير سلبي أو إيجابي، ومن ذلك وسيلة تحليل الدم لكل من الزوج والزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه، وأنه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي تحق علماء الطب الشرعي من صحتها، والتي تعد طريقة علمية قاطعة، وهو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة.¹»

هكذا نرى أن القضاء التونسي، سواء الاستئناف أو التعقيب، يعتبر الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفي النسب.

¹ - قرار محكمة التعقيب التونسية رقم 2777 ، الصادر بتاريخ 1996/01/26، مشار إليه في: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص718.

الخاتمة

تبين لنا من خلال هذه الدراسة التي كانت بعنوان نفي النسب دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والتونسي، إلى استخلاص أن لموضوع نفي النسب أهمية بالغة تركز على الآثار الوخيمة الناتجة عنه من تفريق للزوجين وحرمان للميراث وانتفاء النسب و أمام سكوت المشرع الجزائري عن تحديد الشروط والكيفيات التي تمكن الزوج من مباشرة الدعوى أمام القضاء خاصة وأنه لا يمكن أن يوقع اللعان أو أن ينتفي النسب إلا بناء على دعوى قضائية أو بموجب حكم صادر عن المحكمة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى اليوم حيث تأكد فساد كثير من الذمم التي أصبحت تنزلق عن المحجة البيضاء وعن قيم وتعاليم ديننا الحنيف، وتراجع الوازع الديني لدى عدد غير قليل من الناس عديمي الضمائر وكثرة الناقمين والماكرين الذين يغيب عن ذهنهم عقاب الله الأخرى عن تصرفاتهم الدنيئة، فيلجؤون لهذا المخرج السريع والسهل ويحلفوا أيما كاذبة كي يدا لزوجاتهم أو إضراراً بأولادهم أو تهرباً من المسؤولية وتحمل أعبائهم، ورغم ذلك نجد أن المشرع سكت عن هذا الأمر كما أنه ليس من الحكمة من فقهاءنا السكوت على من تسول لها نفسها أن تلجأ إلى أن تثبت النسب من زوج يقرر أن هذا الولد لم يخلق من مائه، ويرد نسبه ويدفعه عن نفسه، ويقسم الأيمان على صدق قوله، ويؤكد ذلك بالدعاء على نفسه باللعنة من الله والطرده من رحمته، وليس من الحكمة أن نرهبه بتقديم إثبات على دعواه.

ولذلك كان على المشرع الجزائري والتونسي أن ينظم هذه القضية وبيدي رأيه والمسلك الذي سيتبعه القاضي حين تطرح عليه مثل هذه المشاكل الواقعة يقينا في مجتمعاتنا العربية، ولا يؤدي التستر عليها إلى حلها أو القضاء عليها بل قد يكون ذلك دافعا للإقدام عليها، ومن هذا كان على المشرع الجزائري أو التونسي إجراء تعديل تشريعي يتطرق من خلاله و بإسهاب إلى موضوع نفي النسب.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in shades of green, pink, and gold, framing the central text.

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

- (1) قرار المحكمة العليا رقم 99000 المؤرخ في: 23/11/1993 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2013،
- (2) قرار المحكمة العليا رقم 172379 المؤرخ في: 28/10/1997 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2013،
- (3) المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (4) المادة 40 من الأمر 58_75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05_07 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.
- (5) المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " ينظر في الدعاوى المتعلقة بالنزاعات المنصوص المادة 490 أعلاه. بحضور ممثل النيابة وفي جلسة سرية
- (6) قرار المحكمة العليا رقم 99000 بتاريخ 23/11/1993 الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، 2013
- (7) قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ الطبعة الأولى، 2013،
- (8) قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 16/07/1990، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، ط1، 2013.
- (9) قرار المحكمة العليا رقم 309543 بتاريخ 25/02/2004، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى 2013
- (10) قرار المحكمة العليا رقم 605592 بتاريخ 15/10/2009، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث الطبعة الأولى 2013.
- (11) قرار المحكمة العليا رقم 0944691 بتاريخ 10/09/2015 مشار إليه في بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1966-2010، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2017

قائمة المراجع

- (12) المادة 68 من مجلة الأحوال الشخصية الصادر في 06 محرم 1376 الموافق ل 13 أغسطس 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية الجريدة الرسمية عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956
- (13) الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع 66
- (14) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص لسنة 2001.

المراجع:

- (1) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998.
- (2) أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- (3) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- (4) بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 .
- (5) بوبشير محند أمقران، الإجراءات المدنية (نظرية الدعوي، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية
- (6) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، 1976.
- (7) علي محيي الدين القره داغي، بحث حول البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد السادس عشر.
- (8) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.

قائمة المراجع

9) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، عمان، ط2، 2010.

10) نصر فريد واصل، بحث حول البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر.

المجلات والدوريات:

1) عليم ايدر، مداخلة أقيمت بمناسبة ملتقى البصمة الوراثية في الإثبات بعنوان البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في إثبات النسب ونفيه، نشرة المحامي الصادرة في أبريل 2008 عن المنظمة الجهوية سطيف، العدد السابع.

2) تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - السنة الرابعة عشرة - العدد السادس عشر.

ج- المواقع الإلكترونية:

1) <http://ejabat.google.com/ejabat/thread?tid=5817edfc3ad9e844>

2) <http://www.islamonline.net>

