الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02 لونيسي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

نفي النسب بين الشريعة والقانون
- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث ل . م . د حقوق

تخصص : أحوال شخصية

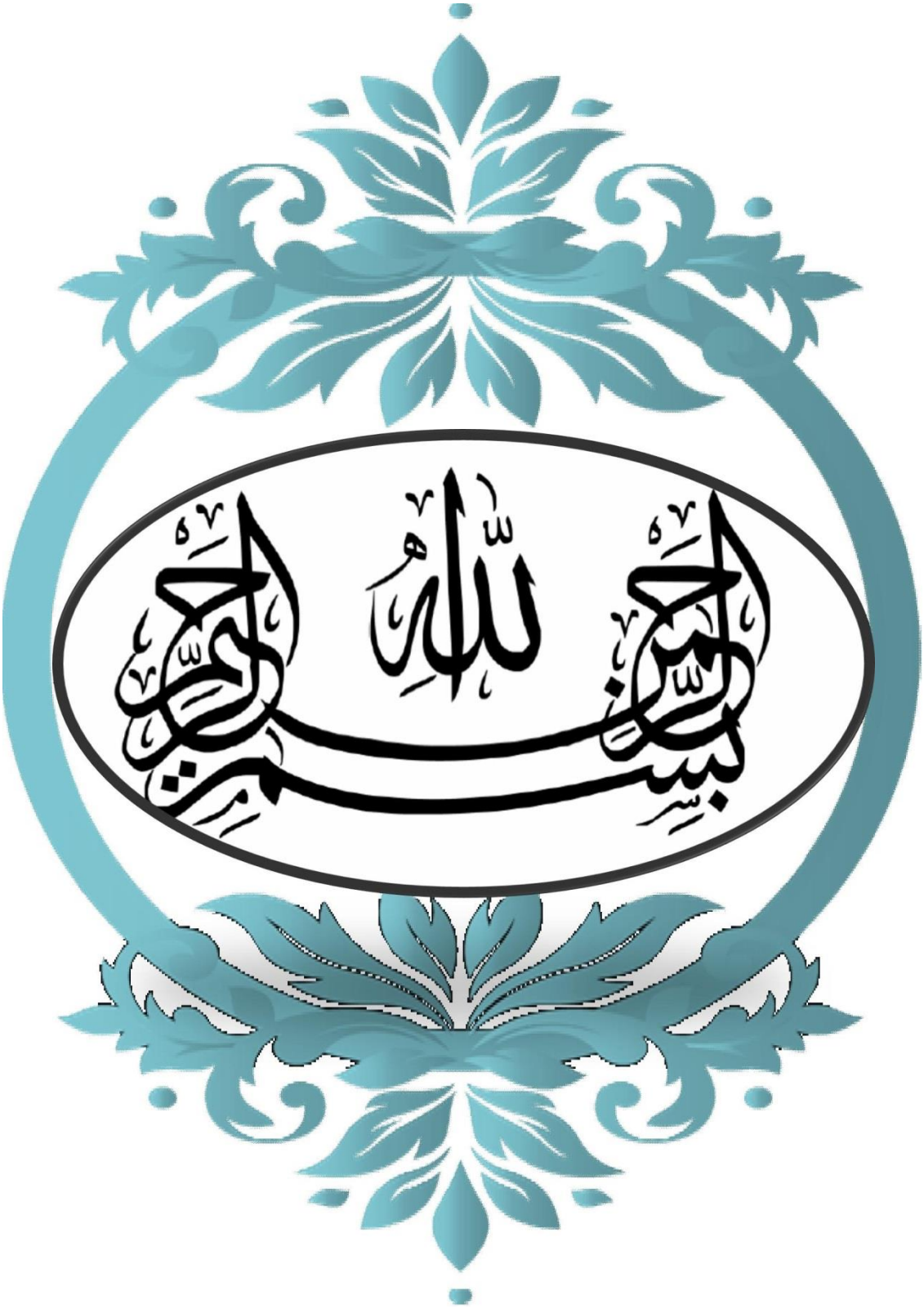
إعداد الطالبة الباحثة
لعلوي جميلة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
سنيني محمد

أعضاء لجنة المناقشة

سرير ميلود	أستاذ	جامعة البليدة 02	رئيسا
سنيني محمد	أستاذ	جامعة البليدة 02	مشرفا ومقررا
بن بوزيد نورة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة البليدة 02	عضوا مناقشا
بعلوج أسماء	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة خميس مليانة	عضوا مناقشا
زازون أكلي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر "1"	عضوا مناقشا
صحراوي خلواتي	أستاذ	المركز الجامعي النعامة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2022 – 2023


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ
أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ
عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ
شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ
عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩ ﴾

سورة النور، الآية: 6-9



الى سيدي و حبيبي محمد رسول الله صلى الله عليه
وسلم وعلى آله و أصحابه

إلى من علمني العطاء والثقة بالنفس والمثابرة، أحمل اسمه بافتخار

روح والدي الطاهرة طيب الله ثراه وأسكنه فسيح جنانه

إلى من كنت أتمنى أن تكون معي في هذا اليوم لتشاركني فرحة النجاح

روح والدتي الطاهرة رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه

إلى من أشد بهم أزري و أتمنى أن تبقى محبتنا تتجاوز كل عواقب الحياة

إخوتي أطال الله في عمرهم

إلى من تحمل معي متاعب الحياة وامتزجت فرحتي بفرحه

زوجي الغالي.

إلى من علّمتني كيف أصبر على تجاوز المحن، مدرسة الحكمة والدة زوجي رحمها الله وطيّب ثراها.

إلى قرّة عيني و منبع الحب والحنان

أبنائي: هاجر، فاطنة هديل، ألاء، ولاء، محمد

والى من مهدوا لي الطريق لاكتساب العلم

أساتذتي الأفاضل

لعلوي جميلة



أشكر الله تعالى و أحمده حمدا كثيراً طيباً ومباركاً كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فهو سبحانه ولي النعم، وبتوفيقه ورعايته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الانبياء وعلى آله و صحبه

و أتقدم بالشكر والتقدير أيضا إلى أستاذي المشرق الدكتور الفاضل سنيني محمد جامعة البليدة الذي منحني شرف الإشراف على هذا البحث وسمح لي التعلم من علمه والتقرب من شخصه الكريم، وخصني من وقته الثمين ما أفاض علية به من خيرات علمه وتجاربه في مجال البحث العلمي فله مني كل الشكر وخالص الدعاء والتوفيق والسداد و طول العمر وحسن العمل.

والشكر الموصول إلى أعضاء لجنة المناقشة، لتحملهم مشقة قراءة هذه الاطروحة لإبداء الرأي السديد فيها.

كما أتقدم أيضا بالشكر الجزيل إلى جميع الأساتذة الأفاضل الذين تلقيت العلم على أيديهم ولم يبخلوا عليّ بالمساعدة.

و أبلغ شكري وامتناني إلى جميع زملائي، والى كل من مد يّد العون والمساعدة لإنجاز هذا البحث.


ملخص

ملخص

اهتمت الشريعة الإسلامية بالنّسب اهتماما بالغا فجعلت حفظ النّسل مقصدا من مقاصدها الكلية الضرورية فكانت متشوفة إلى اتصال الأنساب وعدم اختلاطها ، فكما حرصت على إثبات النّسب، وحرصت أيضا على نفيه حيث لا مجال لإثباته، وذلك كلما قامت الدلائل النافية له وهذا من باب الاحتياط للأنساب، ولا ينفى النّسب إلا بإجراء اللّعان.

و في السابق كانت هناك حقائق إذا تعارض معها النّسب انتفى، كالولادة لأقل مدة الحمل أوأقصاها، أو إذا كان الزوج فاقدا لأهلية الإنجاب، أو إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين.

أما في الوقت الحاضر و في ظل الاكتشافات العلمية، أصبحت مسألة الطرق العلمية (تحليل فصائل الدم – البصمة الوراثية) من القضايا المستجدة والتي يمكن الاعتماد عليها في مجال نفي النّسب، رغم اختلاف الفقهاء المعاصرين في مدى حجيتها في نفي النّسب ومدى تعارضها مع اللّعان باعتباره الوسيلة الشرعية والقانونية المتفق عليها لنفي النّسب بالاضافة الى العقبات القانونية التي أمامها.

الكلمات المفتاحية : النّسب، نفي، اللّعان، البصمة الوراثية، تحليل الدم.

Résumé :

La charia islamique accordait une grande attention à la Lignée et faisait de la préservation de la progéniture l'un de ses objectifs totaux, elle se souciait donc de la connexion des lignées et de ne pas les mélanger. Tout comme je tenais à prouver la lignée, j'étais également désireux la nier car il n'y a pas de place pour sa preuve, et ce chaque fois que la preuve qui la nie est établie et c'est une question de précaution pour la lignée, et elle n'est pas cachée Descente, sauf en faisant malédiction.

Dans le passé, il y avait des faits que si la lignée la contredit, elle est niée, comme donner naissance à la période la plus petite ou maximale de la grossesse, ou si le mari n'a pas la capacité d'avoir des enfants, ou si le manque de convergence entre les époux est transmis.

À l'heure actuelle et à la lumière des découvertes scientifiques analyse des groupes sanguins, empreintes génétiques, des questions émergentes sur lesquelles on peut s'appuyer dans le domaine du déni de lignage, malgré les divergences des juristes contemporains quant à l'étendue de sa validité dans le déni de la lignée et l'étendue de son conflit avec la malédiction comme moyen légitime et légal de refuser les proportions de lignage.

Les mots clés: Lignée, négation, malédiction, empreinte génétique, analyse sanguine.

Abstract :

The Islamic Shariaa paid great attention to lineage, and made the preservation of the offspring one of its total purposes, so it was concerned about the connection of lineages and not mixing them. Just as I was keen to prove the lineage, I was also keen to deny it as there is no room for its proof, and this whenever the evidence that negates it is established and this is a matter of precaution for lineage, and it is not hidden Descent, except by making curse.

In the past, there were facts that if the lineage contradicts it, it is negated, such as giving birth to the least or maximum period of pregnancy, or if the husband lacks the capacity to have children, or if the lack of convergence between the spouses is transmitted.

At the present time and in light of scientific discoveries analysis of blood groups, genetic fingerprinting emerging issues that can be relied upon in the field of denial of lineage, despite the differences of contemporary jurists regarding the extent of its validity in the denial of lineage and the extent of its conflict with curse as the legitimate and legal means of denying lineage Proportions.

Key words: Lineage, negation, curse, genetic imprint, blood analysis.


المختصرات

قائمة المختصرات

أولا–باللغة العربية:

ج: جزء

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

مج: مجلد

ع: عدد

ص: صفحة

ح: حديث

هـ:هجري

م: ميلادي

ق.م: القانون المدني

ن.ق: نشرة القضاة

ق. إ. م. إد: قانون الإجراءات المدنية والادارية

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.ع.ج:قانون العقوبات الجزائري

د.س.ن: دون سنة نشر

د.ب.ن: دون بلد نشر

غ. أ. ش: غرفة الاحوال الشخصية

م. ق: مجلة قضائية

ع. خ: عدد خاص

م. م. ع: مجلة المحكمة العليا

م. أ: مجلس أعلى

ج. ر: جريدة رسمية

م. ع: المحكمة العليا

م. ع. غ. ش. أ. م: المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث

م. أ. م: مدونة الأسرة المغربية

ق. أ. ش. ك: قانون الأحوال الشخصية الكويتي

ثانيا–باللغة الأجنبية:

P : Page

N : Numéro

DNA : Désoxyribo nucleic acide

ABO : Bloud Group System

RH : Rhésus


مقدمة

يعد النّسب أهم ثمرة من ثمرات الزواج و من أهم الروابط التي تربط الآباء بالأبناء ولهذا زرع الله في الإنسان حب التناسل وغريزة حفظ الانساب، وإذا كانت الأسرة هي الوحدة الأساسية في المجتمع فإن النّسب والمصاهرة هما قوام الأسرة وما وجدت هذه الأخيرة إلاّ لإيجاد النّسب عن طريق التناسل.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالأعراض والأنساب فجعلت حفظ النّسل والعرض أهم مقصد من مقاصدها الكلية الضرورية وذلك لما لهذا الأمر من أهمية بالغة في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، وقد نبه القرآن الكريم الإنسان إلى ما في النّسب من فوائد، فقال ﷻ:﴿**وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ٥٤**﴾[1]، ونفس الاهتمام حضا به النّسب في القانون الجزائري و المقارن، فقد نظم المشرع الجزائري أحكام النّسب في الفصل الخامس من قانون الأسرة الجزائري في المواد من 40 الى 46.

وجاءت أحكام الشريعة الإسلامية واقعية في أحكامها، يحكمها العقل، ويقرها العلم، تتماشى وفق مقاصدها في جلب المنفعة ودفع المضّرة، ممّا يجعلها صالحة لكل زمان و مكان؛ فقد اتفقت الشرائع منذ الزمن البعيد الى وقتنا هذا الاّ ما شذّ منها و انحرف على العناية بالانساب و المحافظة عليها و دفع كل ما من شأنه تدنيسها و الانحراف بها.

فجعلت نسب الولد لأبيه ممتدا من الآباء إلى الأبناء و حرمت انتسابه لغيره [2]، فقال ﷻ: ﴿ **ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ...٥**﴾[3].

---

[1] سورة الفرقان، الآية 54.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، النّسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته دراسة فقهيّة تحليلية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007م، ص53.

[3] سورة الاحزاب، الآية 05.

وحرم التبني رغم شيوعه و انتشاره و استقراره في نفوس تلك الامم العربية خصوصا التي بعث فيها النبي محمدs فقال y: ﴿ **ما جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي ٱلسَّبِيلَ ٤**﴾[1].

و لهذا المقصد حرمت الشريعة الاسلامية الزنا لقولهy: ﴿**ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٢**﴾[2]؛ وكذا إنكار نسب الأولاد و غلظ عقوبته في الآخرة فقد روي عن أبي هريرةdأنّ الرسولsقال:{ أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللهُ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللهُ جَنَّتَهُ وَأَيُمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُو يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهِ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوس الأَوَلينَ والآخِرِين} [3] .

فالحفاظ على النّسب غايته الحفاظ على الإنسان وحماية حقوقه المتعلقة به باعتبارها مشتركة فيدخل فيها حق الله تعالى، لأنّه يتصل بحرمات أوجب الله تعالى رعايتها، وحقوق أطراف النّسب وهم الأب الذي يترتب على ثبوته نسب الولد، ثبوت ولايته عليه وحق حضانته عند انتهائها من الأم، وحق ارثه إذا مات، أمّا كونه حقا للام في إثبات نسب الولد من أبيه ما يدفع عنها تهمة الزنا، وحق للطفل يدفع به المعرّة عن نفسه من الضياع.

---

[1] سورة الاحزاب، الآية 04

[2] سورة النور، الآية 02.

[3] أخرجه أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي، سنن النسائي، ط1، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، ح رقم 3481، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د. س. ن، ص541، أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، سنن أبو داود، ط1، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، ح2263، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م ، ج2، ص 289.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية و القانون حرصا على إثبات النّسب فإنهما حرصا أيضا على نفيّه متى ثبتت الدلائل التي تدعو الى ذلك، فلا مجال مطلقا للحديث عن إثباته وإدخال أجنبي على نسب رجل، كما أنّ نفي نسب الابن في حالة الضرورة هو قطع للشّك ومنع لحدوث الجريمة، لأنّ الأنساب مبنية على الاحتياط ، و ينتفي النّسب عن طريق اللّعان.

وهناك حقائق إذا ثبتت انتفى النّسب بغير لعان، كولادة الزوجة لأقل من ستة أشهر من الزواج أو أكثر من سنة بعد الفراق، أو إذا تم العقد ولكن لم يحصل اتصال بين الزوجين، أو إذا كان الزوج غير أهل للإنجاب كأن يكون صبيا لا يولد لمثله أو من كان في حكمه كالخصي أو المجبوب، فإذا تحققت هذه الأسباب انتفى الولد عن الزوج ولم يلحق به.

وفي العقود الأخيرة من القرن السابق استجدت مسائل طبية كتحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية ومن ذلك الوقت وهذه الطرق العلمية تلقى قبولا عند البعض ورفضا عند البعض الآخر، لأنّها وسائل دقيقة ونتائجها قطعية، وأبرز هذه الاكتشافات الحديثة وأقواها دلالة البصمة الوراثية التي صحبتها حملة إعلامية كبيرة و الحقيقة أنّها كانت أشبه ما يكون بالسيف البتار الذي قطع الالسن المفترية و أخرس الشكوك الطاعنة و نزل على القلوب باليقين لقطعية نتائجها و علمية مساراتها.

إلاّ أنّ مسألة الاحتجاج بالطرق العلمية (تحليل فصائل الدم – البصمة الوراثية) من المسائل التي أسالت الكثير من الحبر واختلف بشأنها الفقهاء المعاصرون وتنازعوا في المجالات التي يمكن الاستفادة منها وعلى أي درجة من الحجيّة، و تنوعت حججهم، ومن بين المجالات التي أكّدت وجود إشكال مجال نفي النّسب نظرا لخطورته على الفرد والأسرة و نظرا لاقتصار الفقه الإسلامي والقانون على طريق واحد وهو اللّعان.

فقد يلجأ الزوج الذي يريد التنصل من ثبوت نسب حمل أو ولد إلى إجراء اللّعان لينتفي النّسب عنه ويلحق بأمه عند تمام اللّعان، وبعد اكتشاف الطرق العلمية يمكن للزوجة أن تلجأ للخبرة العلمية كوسيلة لإثبات نسب مولودها من الزوج الملاعن، فإذا ما ظهرت النتائج مثبتة لنسب المولود فإنّ المشكلة تلوح و يتعسّر الحل.

وفي إطار التعديل الأخير تناول المشرع الجزائري موضوع النّسب في المادة 40 من قانون الأسرة بإضافة فقرة جديدة بمقتضاها يمكن الاستعانة بالطرق العلمية، « يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النّسب»، وتعتبر هذه خطوة هامة إلاّ انّه يعتريها الغموض واللّبس لأنّها جعلت الاستعانة بالطرق العلمية في مجال الإثبات دون النفيّ.

وعلى نفس النّهج سارت بعض الدول العربية، فقد تناولت الطرق العلمية في قوانينها إلاّ أنّ العمل بها كان بشكل محدود في الإثبات، دون أن تكون لها دور في نفي النّسب وعلى هذا الأساس اجتهدت في أربع تشريعات عربية للنظر كيف عالجت قوانينها موضوع نفي النّسب على ضوء المستجدات العلمية الحديثة وهي المغرب من المغرب العربي ومن الشرق الأوسط مصر ومن دول الخليج اخترت الكويت.

أولا – أهمية الموضوع

تظهر أهمية الموضوع فيما يلي:

1- دراسة موضوع نفي النّسب على ضوء المستجدات العلمية تهدف إلى منع اختلاط الأنساب والمحافظة عليها حتى لا يدخل في نسب الرجل من ليس منه.

2- و تظهر أيضا في الأهمية التي يكتسيها علم النّسب والإشكاليات التي يطرحها خصوصا في مسألة نفي النّسب في فقه النوازل والاجتهاد القضائي اعتمادا لقاعدة "الولد للفراش ».

ثانيا- إشكالية البحث

تهدف هذه الدراسة إلى تبيان مفهوم النّسب وعناية الإسلام به وكذا إبراز أهميته ووسائل نفيّه الشرعية، وفي ظّل المتغيرات التي وضعتها العولمة أصبح يتطلب من المشرع أن يجد بديلا عن الحكم الشرعي و هو اللّعان في مجال نفي النّسب دون أن يخرج عن الجوهر والمضمون ليعتمد بذلك على التقدم العلمي والبيولوجي عبر نظام تحليل فصائل الدم أو عن طريق البصمة الوراثية في مجال لا يترك الشّك في نفي النّسب وذلك بطرح الإشكالية الآتية: **ما مدى اعتبار الطرق الشرعية و العلمية حجة في نفي النّسب بين الشريعة و القانون الجزائري و المقارن** ؟ و تتفرع عن هذه الاشكالية جملة من التساؤلات أهمها:

ما هو النّسب وأسابه ووسائل نفيّه في الشريعة الإسلامية و القانون؟ ماهيّة النفيّ المتحصل من الطرق العلمية؟ وهل يتعارض إجراء الطرق العلمية مع مقصد الشارع من تشريع اللّعان؟ وما هو حكم التعارض بين النتائج المتحصلة من اختبارات الطرق العلمية مع اللّعان فيما لو ادعت الزوجة صحة النّسب، وتمسك الزوج باللّعان في نفيه للمولود عنه؟ وماهي القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب؟ وماهي العقبات التي تعتريها ؟

ثالثا- أهداف الدراسة

1- أهدف من خلال هذه الدراسة الى المساهمة في اثراء موضوع نفي النّسب و ذلك بالخروج ببحث يستفيذ منه كل طالب علم.

2- محاولة الاجابة على اشكاليّة الدراسة والتساؤلات المتفرغة عنها.

3- مناقشة الاطار الشرعي والقانوني لموضوع نفي النّسب في الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري و المقارن.

4- إعطاء الحل الشرعي و القانوني لنفي النّسب بغير طريق اللّعان.

رابعا- أسباب اختيار الموضوع

تتلخص أسباب اختياري للموضوع فيما يلي:

1- الرغبة في أن يأخذ هذا الموضوع حقه كدراسة قانونية فقهية علمية مستقلة على أساس أنّ مجال البحث المعاصر اقتصر على دراسة وسائل إثبات النّسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة وبقيت الثغرة في دراسة الأمور التي تنفي النّسب.

2- انتشار حالات إنكار الآباء لأبنائهم رغم قيام الزوجية والتهرب من النّسب فأردت بهذا العمل أن أقدم إضافة في هذا المجال لدفع الاشكال و ازالة الابهام.

3- الحوادث التي تقع في المجتمع والتي تتعلق بالمستجدات العلمية في مجال النّسب إثباتا ونفيّا والتي تحتم علينا معرفة الحكم الشرعي خصوصا إذا كانت قضية متشابكة.

خامسا- الدراسات السابقة

على حسب اطلاعي لم يحظ موضوع نفي النّسب بالاهتمام لدى المؤلفين المعاصرين فأغلب الكتب المعاصرة تحدثت عن وسائل إثبات النّسب على ضوء المستجدات العلمية على حساب نفيّه الذي لم يلق نفس الاهتمام خلافا للفقهاء القدامى الذين تناولوه في أغلب مؤلفاتهم وبكيفية معمقة و دقيقة إلا أنّهم لم يتناولوا الجانب العلمي للنّسب و مدى تأثير الحقائق العلمية عليه وأثناء جمع المادة العلمية وجدت بعض الدراسات التي تناولت بعض الجزئيات من الاطروحة.

الدراسة الأولى: كتاب للدكتور أوان عبد الله الفيضي بعنوان الحجيّة الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر، مصر– الإمارات، 2016 م، الدراسة التي تناولها الكاتب تشكل جزئية من موضوع أطروحتي؛ وهي دراسة فقهية قانونية الباحث تطرق الى وسيلة نفي النّسب و هي اللّعان فقط ثم تطرق الى حجيّة البصمة الوراثية في اثبات النّسب ثم حجيتها في نفي النّسب و اخيرا الى العقبات التي تقف أمامها.

ما يؤخذ على هذه الدراسة أنّ عنوانها يتعلق بحجية البصمة الوراثية في نفي النّسب الاّ أنّه و بالرجوع للكتاب نجد أنّ المؤلف تطرق الى حجية البصمة الوراثية في اثبات النّسب و فصّل فيها أكثر من حجيتها في النفيّ و هذا المشكل لاحظته مرار اثناء جمع المادة العلمية فموضوع نفي النّسب لم يأخذ حقه في الدراسة فبالرغم من أن عنوان الكتاب يتعلق بالحجية في النفيّ الاّ أنّ الباحث أقحم موضوع الاثبات وأعطاه اكثر من حقه على حساب النفي الذي كان تناوله له محتشما و لهذا حاولت في بحثي قدر المستطاع أعطاء موضوع نفي النّسب حقه في الدراسة.

الدراسة الثانية: قوادح النّسب، أطروحة لنيل شهادة الماجستير قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة غزة لسنة 1431هـ–2010م من اعداد الباحثة: سهير سلامة حافظ الأغا، فقد ألمت الباحثة بكل جوانب البحث وكانت دراسة فقهية بحثة بامتياز إلاّ أنّ ما يؤخد على البحث أنّ الدراسة لم تكن معمقة فكانت الباحثة في مجمل بحثها تتجه نحو الاختصار لذلك حاولت التعمق و التوسع في الدراسة من الناحيتين الشرعية و القانونية.

الدراسة الثالثة: مقال للدكتور حيدر حسين كاظم الشمري بعنوان: مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النّسب دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي منشور في مجلة أهل البيت، إلا أنّ المقال عالج جزئية فقط من الاطروحة و التي تناولتها في الباب الثاني.

سادسا- صعوبات البحث

من أهم الصعوبات التي واجهتني أثناء انجاز هذا البحث:

1- صعوبة التنقل للمكتبات والجامعات داخل وخارج الوطن بسبب الغلق والتعليق والحجر الذي فرضته جائحة كورونا.

2- قلة المراجع القانونية التي تتناول هذا الموضوع بحيث كانت تقتصر الدراسة في النّسب غالبا على وسائل إثبات النّسب في ضوء المستجدات العلمية.

3- عدم وجود نصوص قانونية تتحدث عن نفي النّسب بصفة عامة سواء وسائل النفيّ الشرعية أو العلمية خصوصا في قانون الأسرة الجزائري و بعض القوانين العربية التي استعنت بها للمقارنة.

سابعا- المنهج المتبع

المنهج الذي اعتمدته في دراسة الموضوع:

1- المنهج الاستقرائي والتحليلي بغية استقراء وتحليل الآراء الفقهية والأحكام الشرعية والنصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة.

المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من جهة و القوانين العربية من جهة اخرى.

و قد تفرع عن هذا المنهج العام الطريقة التي سلكتها أثناء معالجتي لجزئيات هذا البحث و هي كالآتي:

أ- دراسة بعض المسائل دراسة فقهية محضة، لعدم وجود مدلول لها في قانون الأسرة الجزائري وكذا قوانين الأحوال الشخصية المقارنة.

ب- تهميش الآيات القرآنية وعزوها إلى سورها في القرآن الكريم مع بيّان وجه الدلالة من مصادرها الأصلية وذلك بالاستعانة بكتب تفسير القرآن.

ت- تخريج الأحاديث النبوية والآثار المروية عن الصحابة والواردة في الأطروحة بصورة دقيقة وذلك عن طريق الاستعانة بمصادرها في كتب السنة معتمدة على الصحاح و من ثم السّنن ثم المسانيد مراعية الصحيح منها قدر المستطاع.

ث- قمت بتعريف بالمصطلحات التي تحتاج إلى إيضاح مستعينة بكتب اللغة والمعاجم.

ج- عرض أراء الفقهاء من مختلف المذاهب الفقهية، مع توثيق أرائهم من مراجع الفقهاء الأصلية، وبيان أدلة كل فريق والمناقشات الواردة عليها مع بيان الرأي الراجح في أكثر المسائل.

ح- عزو النصوص و الاقوال لقائليها و ذلك بالرجوع الى مصادرها الاصلية.

خ- المقارنة كذلك بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة المغربي، المصري، الكويتي مع عرض موقف كل مشرع من هذه المسألة والإشارة للنصوص القانونية التي تحكمها وفي حالة عدم وجود النص نشير إلى ذلك.

د-ولكون البحث يتعلق في طياته على مسألة طبية (تحليل الدم والبصمة الوراثية) فقد اعتمدت على مراجع الطب الحديث.

ذ-حاولت الاستعانة في البحث قدر المستطاع بعلامات التوقف و كذا علامات الترقيم.

ر- وضمنت هذا البحث بملخص يحتوي على الكلمات المفتاحية مترجما إلى اللّغة الفرنسية و اللّغة الانجليزية.

ز- قمت بتذييل البحث بقائمة المصادر والمراجع مرتبة ترتيبا موضوعيا و حسب الترتيب الهجائي في كل موضوع.

س- وضع فهارس على النحو الآتي:

- فهرس الآيات القانونية مرتبة حسب ورودها في المصحف الشريف
- فهرس الأحاديث النبوية والآثار مرتبة حسب الحروف الأبجدية
- فهرس للمصادر و المراجع
- فهرس لموضوعات البحث

ثامنا- خطة البحث

للاجابة على الاشكالية التي أثارها البحث قمت بتقسيم هذه الدراسة الى بابين، تناولت في الباب الاول: النّسب و طرق نفيّه بين الشريعة و القانون و الباب الثاني: نفي النّسب بالطرق العلمية بين الشريعة والقانون، تسبقهما مقدمة تتضمن: أهمية البحث، اشكالية البحث، اسباب اختيار البحث، أهداف البحث، الدراسات السابقة، منهج البحث وكذا خطة البحث؛ وأعقبت البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها كما أوردت بعض التوصيات و الاقتراحات.

فقد تناولت في الباب الاول ماهيّة النّسب و أسبابه بين الشريعة و القانون فصل الاول و في الفصل الثاني تطرقت الى وسائل نفي النّسب بين الشريعة و القانون، و في الباب الثاني تطرقت في الفصل الاول الى ماهيّة الطرق العلمية و مدى حجيتها في نفي النّسب بين الشريعة و القانون ووقفت على القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب و العقبات التي تواجهها بين الشريعة و القانون في الفصل الثاني.

الباب الأول

النّسب وطرق نفيّه

بين الشريعة والقانون

تمهيد: أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالنّسب، باعتباره ركنا من أركان الأسرة، حيث أرست قواعدها، وأسسها لحمايته وتصفيته من الفساد والرذيلة وأحاطته بسياج منيع وحصن حصين، ليظل النّسب شامخا عزيزاً مستقراً [1]، فالنّسب نعمة من النعم التي منّ بها الله على عباده ويتمثل أساساً في إلحاق الشخص بأصله أو فرعه الشرعي.

ومن أجل تحقيق هذا المقصد أرست الشريعة الإسلامية له أسساً واضحة المعالم وخطت منهجا قويماً لحماية هذا النّسب فشرعت النكاح وصانت الأعراض وحمت الحرمات ووضعت الحدود وحرمت أنواع الرذائل والمنكرات واهتمت بإثبات الأنساب ودرأت عنها كل ما يؤدي إلى الاختلال والانتهاك[2]، لأنّ الشريعة الإسلامية متشوفة إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، والمحافظة عليها وسترها، ولهذا بُنيت أحكام النّسب فيها على التغليب والأخذ بأدنى الأسباب في ثبوته. قال ابن قدامة: « لحُوق النّسب مبني على التغليب، وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن لم يثبت الوطء»[3].

كما أنّ الشريعة الإسلامية متشوفة إلى اتصال النّسب فهي متشوفة إلى الستر على المسلمين وإشاعة الفضيلة بينهم، والحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها فأهدرت النّسب في واقعة الزنا ولو ثبت أنّ الولد تخلق من ماء الزاني أي أنّ النّسب يثبت من صاحب الفراش، وهو الزوج، وللعاهر الزاني الخيبة ولا حق له في الولد لأنّ النّسب نعمة والزنا نقمة، فلا يستحق صاحبه النعمة.

---

[1] مازن إسماعيل هنية واحمد ذياب شويدح، نفي النّسب في الفقه الإسلامي و دور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 25 يونيه2008م، مج16،ع2، ص 3.

[2] سهير سلامة حافظ الأغا، قوادح النّسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010م، ص 09.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، ط3، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1417هـ-1997م،ج8، ص 58.

وقاعدة تشوف الشارع لحفظ النّسب وإثباتها واتصالها هي عند الشّك في كون الولد خلق من ماء من يدعيه، وعدم حصول العلم بكونه من غيره، فلا بّد من وجود الاحتمال مع الإمكان أن يكون هذا الولد لمن ادعاه، وقيام الشبهة ملحق بالحقيقة في محل الاحتياط، أما إذا حصل العلم بأنّ النّسب لا يمكن أن يكون ممن ادعاه فلا مجال لإعمال القاعدة في هذه الحالة.

إذا كان الشارع الحكيم قد حافظ على النّسب حفاظا فائقا، فانّه في المقابل حافظ على الحق في نفيّه متى قامت الأدلة النافية له، وذلك لما للنّسب من آثار خطيرة، باعتباره ركنا أصيلا من أركان الأسرة المسلمة، ومقصدا من مقاصدها، فإنّه قد يلجأ الزوج الذي يريد التنصّل من ثبوت نسب الحمل أو المولود منه إلى إجراء اللّعان إذا ما توافرت شروطه وكأثر له ينتفي النّسب ويلحق المولود بأمه عند تمام اللّعان.

جاء في المغني: « إنّ النّسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشدّيد في نفيّه، وإن ينتفي إلاّ بأقوى الأدلّة »[1].

وبناءً على ذلك ارتأيت أن أقسم الباب الأول إلى فصلين ماهيّة النّسب وأسبابه بين الشريعة والقانون (الفصل الاول) وسائل نفي النّسب بين الشريعة والقانون (الفصل الثاني)

[1] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج6، ص 47.

الفصل الأول

ماهيّة النّسب وأسبابه بين الشريعة والقانون

إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون اهتموا بالنّسب اهتماما بالغاً، وأحاطوه بعناية خاصة باعتباره رابطة مقدسّة وصّلة عظيمة، وأحاطوه بسياج منيع لحمايته من الفساد، فميّزوا صحيحه عن باطله وخلصوه من عادات العرب في الجاهلية التي ألصقت به كالتبني والتلاّعب بالأنساب.

ولحفظ كرامة الإنسان، وبناء أسر وأجيال ومجتمعات تنعم بالاستقرار، حرص الإسلام حرصاً كبيراً على سلامة الأنساب وحفظها من الضيّاع والتزييف، حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها وإلا تفكّكت الأسرة.

عند الفقهاء النّسب أحد المقاصد الكبرى والكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية للحفاظ عليها وهيِ:« حفظ الدين، النفس، النسل (النّسب)، المال، والعقل »[1]. وللوقوف على أهميّة الأنساب، سأتطرق في هذا الفصل إلى تحديد ماهيّة النّسب (المبحث الأول) ثم أتعرض إلى الأسباب المنشئة للنّسب (المبحث الثاني).

[1] أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، ط1، المملكة العربية السعودية، 1417 هـ-1997م، ج2، ص 10.

المبحث الأول

ماهيّة النّسب بين الشريعة و القانون

النّسب هو أقوى الدعائم التي تقوم عليه الأسرة، فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده ورابطة النّسب هي نسيج الأسرة، ولهذا فُطر الإنسان على تعزيز هذه العلاقة والعناية بها، والدفاع عنها، ولذا فهي تعد مظهرا من أبرز مظاهر تكريم الله للإنسان.

فعلاقة النّسب في جوهرها علاقة إنسانية، تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا، فتلصق بشخصيته وتثبت له بمجرد أن يولد حيا، ولهذا كانت تسمى في القرن الثامن عشر بالحقوق الطبيعية، أو بحقوق الإنسان، كحق الإنسان في سلامة جسمه، وحقه في المحافظة على شرفه وسمعته، وحقه في أن يكون في تفكيره مستقلا، وفي حرية انتقاله، وحقه في حرمة مسكنه، وفي حرية عمله، وحرية الزواج، إلى غير ذلك من الحقوق التي تهدف إلى حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة[1].

وللمزيد من البيّان حول ماهيّة النّسب وأهميته ومظاهر عناية الإسلام له سأتناول مفهوم النّسب ومن له الحق فيه (المطلب الأول) ومظاهر عناية الإسلام له (المطلب الثاني) تم أوضح أهمية النّسب وموقف القضاء منه (المطلب الثالث).

[1] محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 22-24 صفر 1423هـ الموافق لـ05-07 ماي 2002م، مج2، ص551.

المطلب الأول

مفهوم النّسب ومن له الحق فيه

إنّ معرفة الأنساب من الأمور المطلوبة، والمعارف المندوبة لما يترتب عليها من الأحكام والحقوق، حتى لا ينسب شخص إلى غير أبيه، فالنّسب رابطة مقدسة تصل الفروع بأصولهم، فتحفظ علاقتهم، وتصون حقوقهم، ولذلك سأتناول الحديث في هذا المطلب عن مفهوم النّسب (الفرع الأول) ثم أتعرض إلى تبيّان من لهم الحق في النّسب (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مفهوم النّسب

سأتطرق في هذا الفرع إلى توضيح المدلول اللّغوي والاصطلاحي والقانوني للنّسب (أولا) ثم الوقوف عند بعض المصطلحات التي لها علاقة بالنّسب (ثانيا).

أولا- تعريف النّسب:

لغة: النَّسَب: من نَسَبَ يُقال نَسَبَه وينسُبُه نَسَبا ونَسْبا[1]، والنَّسَبُ: القَرابَةُ، وَقِيلَ: هُوَ في الآباء خاصَّةً[2]، وانْتَسَبَ إلى أبيه:أي اعْتَزَي؛ وانْتَسَبَ اسْتَنْسَبَ: ذكر نسبه، والنَّسَّابُ: العالِمُ بالنَّسَبِ وجمعه نَسَّابُونَ، وهو النَّسَّابَةُ، وتَنَسَّبَ: أي ادَّعَى أَنَّهُ نَسِيبُكَ[3].

---

[1] أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د. ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987م، ص 230، إسماعيل بن حماد الجوهري الفرابي، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، ط4، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1407هـ- 1987م، ص 224.

[2] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، د. ط، دار المعارف، القاهرة، مصر، د. س. ن، ج6، ص 4405.

[3] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص 4405.

قال ابن فارس في معجم مقاييس اللّغة عن مادة نَسَبَ:« النُّون والسِّين والبَاء كلمة واحدة، قياسها اتّصال شيءٍ بشيءٍ، منه النّسب، سُمي لاتصاله وللاتصال به »[1].

وتتسع اللّغة لمفردات مقاربة للنّسب نذكر منها على سبيل المثال:

أ- **القرابة والالتحاق:** يُقَال فُلَانٌ يُناسِبُ فُلَانًا فَهُوَ نَسِيبُهُ أيْ قَرِيبُهُ[2]، والمناسب القريب، وبينهما نسب أي قرابة[3]، ويقال: نَسَبُهُ في بني فلان، أي: قرابته فهو منهم، وتقول انْتَسَبَ إلى أبيه أي التحق به، ونسب الشيء إلى فُلَان إذا عَزَاهُ إليه[4].

وقد استعمل النّسب وهو المصدر في مُطْلَقِ الوُصْلَةِ بالقَرَابَةِ فيُقَالُ: بَيْنَهُمَا نَسَبٌ أيْ قَرَابَةٌ[5]، قال الراغب الأصفهاني النَّسَبَ والنِّسْبَة اشتراك من جهة احد الأبوين وذلك ضربان: نَسَبٌ بالطُّول كالاشتراك من الآباء والأبناء، ونَسَبٌ بالعَرْض، كالنِّسْبَة بين بني الإخوة والأعمام[6]، والقرابة المرّادة في النّسب تشمل جهتي الأب وألام.

ب-**الشّدة والقوة:** يقال أنْسَبَتِ الرِّيحُ: اشتَدَتْ واسْتَافَتِ التُّرابَ والحَصَى[7].

---

(1) أبو الحسين احمد ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق هارون عبد السلام، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991م،ج5، ص 423.

(2) إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 224.

(3) أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق، ص 230.

(4) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص 4405.

(5) أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق، ص 230.

(6) أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القران، ط2، تحقيق صفوان عدنان الداوودي، الدار الشامية، بيروت، لبنان، 1412هـ، ص801، محمد عبد الرؤوف المناوي، التوفيق على مهمات التعريفات، تحقيق محمد رضوان، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1990م، ص 696.

(7) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع سابق، ص 176، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص 4406.

وبالرجوع إلى تلك المعاني، يتبيّن أن جميعها يعود إلى معنى واحد هو اتصال شيء بشيء، اتصال الابن بأبيه وأجداده[1].

اصطلاحا:

ا-**في الشريعة الإسلامية:** يقوم تعريف النّسب على معناه اللّغوي، فهو صلّة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلّة الدم، أيّ صلّة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد[2]، والمقصود أن يكون معلوم الأب لا لقيطاً ولا ابناً بالتبني، وينسب الولد لأبيه، ولا ينسب لأمه إلاّ في حالتين اثنتين هما اللّعان والزنّا؛ لقوله ﷻ : ﴿... **وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ...٢٣**﴾[3].

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف النّسب بأنّه: «عبارة عن رابطة شرعيّة بين شخصين يثبت لكليهما بمقتضاها مجموعة من الحقوق ويجب عليه مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليه الأحكام الشرعية»[4].

فلم يهتّم الفقهاء بوضع تعريف محدّد للنّسب، ولعلّ السبب يرجع إلى وضوح معناه، واشتهار دلالته من جهة اللّغة[5].

---

[1] عبد الرحمن أحمد الرفاعي،البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013م، ص 636.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة،بيروت، لبنان، 1992م، ج9، ص351.

[3] سورة النساء، الآية 23.

[4] حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيّتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010م، ص688.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 33.

فتناولوا مسائله وعالجوا قضاياه دون تحديد لمعناه، اكتفاء منهم ببيان أسبابه الشرعية ولذلك جمعوا فيه مسائل تتصّل بالقرابة والمصاهرة[1]. إلاّ أنّ هناك جانباً من الفقهاء عرف النّسب ومنهم ابن عطية:« النّسب والصهر معنيان يعمّان كلّ قُربى بين كلِّ آدميين، فالنّسب هو أن يجتمع إنسان مع آخر في أبٍ أو أُمٍّ قَرُبَ ذلك أوبَعُد»[2].

وقال الزمخشري: «النّسب ما رجع إلى ولادةٍ قريبةٍ»[3].

إضافة إلى بعض التعريفات للفقهاء المعاصرين والتي جاءت في مجملها متصلة بالمعنى اللغوي للنّسب والتي تتمثل في الصلّةِ بين شخصين على النحو الآتي:

فقد عرفه القاضي الشيخ محمد الشّماع بأنّه: « هو سلاّلة الدم، أو رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه »[4].

وعرفه أيضا الدكتور سفيان بورقعة بأنّه: «العلاقة الاجتماعية التي تربط الفرد الإنساني بأبويه وبأقاربه الذين يشتركون معه في ولادة قريبة وبعيدة»[5].

---

[1] عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 636.

[2] أبو محمد عبد الحق بن غالب ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد الله ابن إبراهيم الأنصاري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د. س. ن، ج11، ص 53.

[3] محمود بن عمر الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، ط1، تحقيق علي البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، 1945م، ص 223.

[4] محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، والدار الشامية، بيروت، لبنان، 1995م، ص 99.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 54.

وهذا التعريف يقوم على ركنين هما[1]:

1- **العلاقة الاجتماعية:** لأنّ المقصود من النّسب تحقيق الصلّة الاجتماعية بمختلف جوانبها المقررة شرعا بين الأقارب، أما إذا خلت من هذا المعنى فإنّها ومن غير شّك علاقة فاقدة لأركانها ومقوماتها.

2- **الولادة:** أي علاقة أساسها الولادة، وهذا قيد يخرج كل علاقة اجتماعية قامت على غير هذا الأساس، كعلاقة الرضاع والمصاهرة.

وورد تعريف في الموسوعة الكويتيّة بأنّ: « النّسب حالة حكمية إضافية بين شخصين وآخر من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو مشبهين الثابت للذي يكون الحبل من مائه »[2].

ب-في القانون الجزائري و المقارن: تناول المشرع الجزائري النّسب في مواد من 40 إلى 45 و 45 مكرر من قانون الأسرة[3]، وقد عرفه في المادة 41 منه التي تنص على أنّه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيّا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ».

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 55.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1416هـ-1995م، ج6، ص 231.

[3] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م المعدّل والمتمّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر، رقم 2005/44م.

ووضح القانون المدني الجزائري[1] المقصود بقرابة النّسب، وذكر بأنّها الصلّة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك في المادة 35 منه، وميّز في قرابة النّسب في المادة 33 منه[2] بين القرابة المباشرة وهي تتمثل في الصلّة بين الأصول والفروع في تسلسل عمودي، وقرابة الحواشي وهي تقوم بين أصل مشترك دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر.

وعليه فهذه النّصوص الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة توضح لنا كيف تتركب الأسرة، من حيث محتواها البشري، ومن حيث تنظيم العلاقات بين أفرادها، وما ترتّب على ذلك من حقوق وواجبات[3].

كذلك المشرع المصري هو اللآخر لم يعط تعريفاً صريحاً للنّسب فقد نص في المادة 15 من قانون 1929م [4] على أنّه :« لا تسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد زوجة ثبت عدم التلّاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا زوجة أتت بولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة لوقت الطلاق أو الوفاة ».

---

[1] قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، المعدل والمتّمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26م، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر، رقم78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30م.

[2] تنص المادة 33 من ق. م. ج على أنّه:« القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول و الفروع و قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص بجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر».

[3] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004م، ص 143.

[4] القانون رقم 25 لسنة 1929م، خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، جريدة الوقائع المصرية، ع27، بتاريخ 1929/03/25م.

غير أنّ المشرع المغربي قد أعطى تعريفاً صريحاً واضحاً للنّسب في المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية[1]على أنّه:« لحمةٌ شرعيةٌ بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف»، واعتبر تلك الصلّة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النّسب[2].

ثانيا- مصطلحات ذات صلّة بالنّسب:

ويطلق على النّسب تسميات ومصطلحات أخرى منها:

1- **الصلب:** في اللّغة من الظهر، وكل شيء من الظهر فيه فقار فذلك الصلب[3].

وفي الاصطلاح: هو النّسب بين الآباء والأبناء عَلَوْا أو سَفَلوا[4].

2- **الرحم:** لغة: موضع تكوين الولد ووعاؤه في البطن[5]، ويطلق على علاقة القرابة، وقيل: القرابة تجمع بني أب، يقال بينهما رحم أي قرابة قريبة [6].

والرحم عند الفقهاء يراد به القرابة والوصلة من جهة الولادة، ويعبر عنهم بذوي الأرحام[7].

---

(1) ظهير شريف رقم 22-04-1 بتنفيذ قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 03 فيفري 2004م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، 2004/02/05م.

(2) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب،د. س. ن، ص 363.

(3) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق،ج6، ص 2476.

(4) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 71.

(5) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص335، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، المطبعة الخيرية، القاهرة، مصر، 1306هـ، ص 307.

(6) أبو منصور محمد بن احمد الأزهري، تهذيب اللّغة، د. ط، تحقيق عبد الله درويش، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 51.

(7) محمد محمود حسن، النّسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط1، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 1999م، ص 25.

والمقصود به أيضا النّسب بين الآباء والأمهات، فنسب ذوي الرحم الذي بين أصول الأمهات هم الأجداد والجدات لأم وإن علو، وبين أصول الأمهات من الإخوة لأم وإن نزلوا، وأطراف الأمهات من الأخوال والخالات وأبنائهم[1].

3- **القرابة:** لغة مصدر قَرُبَ، والقُرْب الدنو[2]. قال الجوهري: « القرابة القربى في الرحم وهو في الأصل مصدر، تقول: بيني وبينه قَرَابَةٌ، وقُرْبٌ، وقُرْبى، ومَقْرَبَة، وقُربة بضم القاف، وهو قريبي وذو قرابتي »[3].

واصطلاحا: « وهي النّسب الشامل لذوي الصلب وذوي الأرحام ولو بَعُد هذا النّسب»[4].

4- **القُعدَد:** لغة: قُعدد بضم الأول وفتح الثالث قريب الآباء من الجد الأكبر، وهو املك القرابة في النّسب[5].

وفي الاصطلاح: يقصد به درجة القرابة من الجد الأكبر لجهة الأب ما علا [6].

---

[1] محمد الكشبور، البنوة و النّسب في مدونة الأسرة قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية و شرعية مقارنة، د. ط، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الدار البيضاء، المغرب، 1428هـ- 2007م، ص65.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 723.

[3] إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 199-200.

[4] أحمد حمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، ط1، دار القلم، بيروت، لبنان، 1983م، ص 19.

[5] محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص 470.

[6] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 74.

الفرع الثاني

من له الحق في النّسب

ثبوت نسب الولد من أبيه وإن كان أثراً من الآثار التي تترتب على عقد الزواج بحكم الشرع حتى لو اتفق الزوجان عند العقد على نفيّه، إلاّ أنّه ليس حكماً مجرداً[1]، بل هو حق لأطراف النّسب، فهو حق للأب (أولا) وحق للأم (ثانيا) وحق للولد نفسه (ثالثا) وحق لله تعالى (رابعا)، قال ابن القيم: « إنّ إثبات النّسب فيه حق لله، وحق للولد، وحق للأب، ويترتب عليه من أحكام الوصل بين العباد ما به قوامهم ومصالحهم، فأثبته الشرع بأنواع الطرق التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان»[2].

أولا-النّسب حق للأب: ينسب الأولاد في الشريعة الإسلامية وفي غالب تشريعات لآبائهم واستدل الفقهاء في ذلك بقوله **ﷻ**: ﴿**ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ ... ٥**﴾[3]، ومعنى ذلك أن ينسب الأبناء إلى آبائهم، لذاك نزلت هذه الآية لمنع إبطال التبني الذي كان سائدا في الجاهلية؛ قال القرطبي: « فرفع الله حكم التبني ومنع من إطلاق لفظه، وأرشد بقوله إلى أنّ الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسبا »[4].

---

(1) علي عبد الرحيم عامر، أحكام الاشتباه في النّسب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2012م، ص 46.

(2) محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، د. ط، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 331.

(3) سورة الأحزاب، الآية 5.

(4) أبو عبد الله محمد بن احمد بن ابو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ-2006م،ج17، ص 55.

وتظهر مصلحة الأب في أنّه يحفظ نسبه وولده أن يضيع، أو ينسب إلى غيره، كما يحفظ به لنفسه حقوق الأبوة الثابتة للآباء على أولادهم بان ينفق عليه الولد إذا احتاج، وكان الابن قادرا، ويضم الولد إليه عند انتهاء حضانة النساء له، ويرث ولده إذا مات قبله[1].

ومن أجل ذلك حرّم الإسلام على الآباء إنكار نسب الأولاد فقد روي عن أبي هريرةd أنّ الرسول sقال:{ وأَيُمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُو يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهِ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوس الأَوَلينَ والآَخِرِينَ}.[2]

ثانيا-النّسب حق للأم: الأم من حقها أن تدفع عن نفسها تهمة الزنا وان تصون ابنها من الضياع، ولذلك تصلح خصما في دعوى نسب ابنها من أبيه سواء أكانت دعوى النّسب مجردة أم أكانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة أو الحضانة، فأن لم يكن الولد لديها لكونه بلغ سن زوال حضانته، فلا تصلح خصما في دعوى النفقة لانعدام صفتها[3]، ومن اجل ذلك حرم على الإسلام على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي.

فقد روى أبو هريرة dأنّ الرسول s قال:{ أَيُمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللهُ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللهُ جَنَّتَهُ}[4]. فنسب الولد للأم ثابت إليها بمجرد ولادته وخروجه من رحمها حيا سواءً جاءت به من نسب صحيح أو فاسد، أما نسبه إلى أبيه فهو الأصل في انتساب الإنسان.

---

[1] علي عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص46.

[2] سبق تخريجه، انظر ص2.

[3] احمد المهدي ، اشرف شافعي، دعوى النّسب، دار العدالة، ط1، القاهرة ، مصر، 2006م، ص13-14.

[4] سبق تخريجه، أنظر ص2.

ثالثا-النّسب حق للولد: لكونه نتاج زرع أبيه وثمرته، فالولد خليفة أبيه، فكان من حقه أن يثبت نسبه لأبيه دون سواه، فمصلحة الولد في ثبوت نسبه من أمه وأبيه، لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه كونه ابن زنا[1]، ولأنّ ثبوت نسبه يستتبع له حقوقا منها حق الرضاع، والحضانة، والنفقة، والإرث، وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها الشارع، كما أن وقوف الولد على نسبه يجنبه الوقوع في المحظور شرعا كزواج المحارم[2].

ويترتب عن النّسب حقاً للولد كذلك أن يثبت بمجرد النّسب المنشأ له من زوجية صحيحة أو فاسدة دون الحاجة إلى اعتراف الزوجين أو احدهما، ودون النظر إلى إنكارهما إيّاه، فمتى ثبت أنّ الولد قد ولد في أثناء قيام الزوجية أو أثناء قيام العدة منها وتوافرت شروط النّسب، ثبت نسبه من الزوج حتى لو اتفق كل من الزوجين على نفي نسبه، ولا يمكن نفي نسبه من الزوج إلاّ بعد اللّعان[3].

يقول الآمدي: « فلئن حفظ النّسب إنّما كان مقصودا لأجل حفظ الولد حتى لا يبقى ضائعا لا مُربى، فلم يكن مطلوبا لعينه وذاته بل لأجل بقاء النفس مرفّهةَ منعمة حتى تأتي بوظائف التكاليف وأعباء العبادات»[4].

---

[1] احمد المهدي ، أشرف شافعي، المرجع السابق، ص 14.

[2] احمد المهدي ، أشرف شافعي، المرجع نفسه، ص 14.

[3] علي عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 47.

[4] علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1404هـ، ج4، ص 288.

فقد حرّم الإسلام على الأبناء الانتماء والانتساب إلى غير آباءهم، عن سعد بن أبي وقاص d قال: سمعت رسول اللهs يقول:{ مَنْ أَدْعَي لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُو يَعْلَمُ فَالجَنَةُ حَرَامٌ عَلَيْهْ }[1].

رابعا-النّسب حق لله تعالى: حق لله لأنّه أمر بدعوة الولد لأبيه الحقيقي، ومن ثم نهى عن التبني، وجعله قولا بغير حق، لأنّه قائم على غير الحقيقة والواقع، كما توّعد عن كل فعل يكون من الرجل أو المرأة من شأنه تزييف النّسب[2]. وسميّ بالحق العام وهو ما يحقق مصلحة عامة، ونُسب إلى الله تعالى لعظم شأنه وشمول نفعه للمجتمع كله، والنّسب في ذاته من الأمور التي ترتبط بالمجتمع [3].

فالمجتمع ما هو إلاّ مجموعة من الأسر، والأسرة أساس المجتمع ففي النّسب نفع عام لأنّه يتضمن المحافظة على حرمات كلها لله تعالى وهي حرمة المرأة ومعناها انّه لا يحلّ للمرأة مخالطتها إلاّ بطريق الزوجية وحرمة الأمومة والأبوة، ومعناه أنّ الله تعالى اوجب حقوقاً تجب مراعاتها ولا تكمن إلاّ بالمحافظة على الأنساب[4].

---

[1] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط3، كتاب الفرائض، باب من ادعي لغير أبيه، ح رقم 6766، دار الإمام مالك للطباعة والنشر و التوزيع، البليدة، الجزائر، 1441هـ-2019م، ج4، ص130-131، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، صحيح مسلم، ط1، كتاب الأيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، ح رقم 63، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م ج1، ص 80.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 77.

[3] علي عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 47.

[4] احمد المهدي ، اشرف شافعي، المرجع السابق، ص 13.

وفي الأخير إنّ النّسب حق للأطراف الأربعة لا يقبل البيع، ولا الهبة، ولا الوصية، ولا التنازل عنه بأي وجه من الوجوه بمقابل أو بدونه[1]، قال الرسول S: {الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةُ النَّسَبُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورث}[2].

المطلب الثاني

مظاهر عناية الإسلام بالنّسب

إنّ النّسب من أهم الدعائم التي يقوم عليها كل مجتمع، لذا أرست الشريعة الإسلامية قواعدها وأسسها حماية منها لهذا المقصد من الفساد والضيّاع فأولته عناية خاصة، فقد ألغت كل نظام لا يتوافق مع الأسس والقواعد التي رسمتها في بناء الأسرة والمجتمع، وسنّت تشريعات أخرى وذلك لضبط علاقة النّسب بأحكام دقيقة وشاملة، لا يدخل فيها من هو خارج عنها، ولا يخرج منها ما هو داخل فيها[3]. وتنقيته مما علق منها من أمور الجاهلية التي كانت تسلك سبلا غير نظيفة لتحقيق النسل والحصول على الولد، عن طريق اتباع نظم فاسدة خاصة بالنّسب والانتساب، فضلا عن عدم انضباط نظام إثبات النّسب ونفيه قبل الإسلام، فقد كانوا يجعلونه موقوفا على رضاء الأب، ويعطونه الحق في نفيّه بعد الاعتراف به[4].

---

(1) أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1982، ص 173.

(2) أخرجه محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، د. ط، كتاب العتق و الولاء و المدبَّر و المكاتب وحُسن الملكة، باب النهي عن بيع الولاء وعن هبته، ح رقم 1090، رتبه على الأبواب الفقهية محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1370هـ-1951م، ج2، ص 72، أخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، د. ط، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكا له، ح رقم 21222، دار الباز، مكة، السعودية، 1414هـ-1994م، ج10، ص 292.

(3) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 82-83

(4) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع نفسه، ص 82.

هذا وتظهر فلسفة الشريعة الإسلامية في حفظ النّسب باعتباره أحد الكليات الخمس، كما عبرها عنها الإمام الشاطبي بقوله: « لابّد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجرّ مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين، والحفظ لها يكون بأمرين :احدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود؛ والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم»[1].

وذلك من خلال جملة الأحكام التي شرعت لضمان إثباته وحفظه وجودا (الفرع الأول) وعدما (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حفظ النّسب من جانب الوجود

اهتم الإسلام بالنّسب فنظمه تنظيماً محكماً بحيث تعرضت له مختلف كتب فقه الأسرة، وذلك لاعتباره مقصداً من مقاصد الشرع التي أجمع العلماء على وجوب المحافظة عليها، فغاية المنهج الإسلامي في تنظيم الأسرة هو تحقيق ارتباط أفرادها عن طريق نسب حقيقي، وقرابة صحيحة حتى لا يدخلها أي غريب لا يحمل نسبها، وحتى لا يخرج منها ما ينتسب إليها شرعا.

ومن أجل ذلك صاغت الشريعة الإسلامية الغراء جملة من الأمور التي تحفظ النّسب من جهة الوجود ومنها:

[1] أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، المرجع السابق، ج2، ص 8.

أولا- تشريع الزواج والدعوة إليه: شرع الإسلام الزواج باعتباره الوسيلة المشروعة للتناسل، ودلّ على مشروعية الزواج من الكتاب والسنة؛ ففي الكتاب قوله y:﴿... **فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ...**﴾[1]؛ فقد أمرت الآية الكريمة بالزواج والحثّ عليه ولما توقف الأمر على الاستطابة دلّ على الندب لا على الوجوب والآية دليل على مشروعية الزواج واستحبابه لما فيه من العفة و حفظ النّسل[2].

أمّا السنّة فحديث الرسول s الذي يحثّ الشباب على الزّواج، فعن عبد الله بن مسعود d قال: كنت مع رسول s فقال:{ يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ }[3]؛ أشار الحديث الى بعض مقاصد الزواج و منها غض البصر وتحصين الفرج وفي الزواج استجابة للفطرة التي خلقها الله y في الإنسان و حفظا لبقاء النّسل[4].

---

[1] سورة النساء، الآية 03.

[2] فخر الدين محمد بن عمر الرازي، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان،1401هـ-1981م، ج9، ص141.

[3] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ح رقم 5066، ج3، ص208، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، ط1، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ح رقم 1400، ج2، ص651.

[4] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، د. ط، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ، ج9، ص109.

ثانيا–تشريع الكفالة: حماية للأولاد مجهولي النّسب من الضياع و التشرد، فقد شرع الإسلام نظام الكفالة بديلا لنظام التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية لما قد يتسبب فيه هذا الأخير من حيث اختلاط الأنساب[1]، وجعل جزاء كافل اليتيم مصاحبة نبيّ الأمة في الجنة.

فعن سهلdقال: { قال رسول اللهs: { أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ هَكَذَا } وأشار بالسبابة والوسطى وفَرَّجَ بينهما شيئاً } [2].

ثالثا–تشريع العِدَّة: لغة: إحصاء الشيء يقال: عَدَدْتُ الشيءَ عِدَّةً، أي أحصيته إحصاء، وعِدَّةُ المرأة ما تعدّهُ من أيام أقرائها، ويقال اعتدت المرأة، وانقضت عدتها[3].

اصطلاحا: هي المدة التي تَتَربصها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فِرَاقِه لها بالولادة أو الأقراء أو الأشهر[4]؛ اتفق الفقهاء على مشروعية العدّة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها، وهي واردة بالنص القرآني والسنة والإجماع.

---

[1] زوبيدة اقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النّسب دراسة فقهية قانونية، د. ط، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 27.

[2] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب اللّعان، ح رقم 5304، ج3، ص296، أخرجه أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ط1، كتاب البر و الصلة، باب ما جاء في رحمة اليتيم و كفالته، ح رقم 1918، تحقيق إبراهيم عطوة عوض، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، القاهرة، مصر، 1382هـ–1962م،ج4، ص321، أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الآداب، باب في من ضم اليتيم،ح5150، ج3، ص343، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الزهد و الرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة و المسكين واليتيم، ح رقم 2982، ج2، ص 390.

[3] إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص503.

[4] محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، د. ط، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د. س. ن، ج3، ص196.

والحكمة من تشريعها هي المحافظة على الأنساب وصيانتها من الاختلاط، لأنّ الغاية من ذلك هي معرفة براءة رحم المرأة من أي حمل متوقع من زوجها الأوّل وذلك قبل أن يباح لها التزوج من غيره، فبانتهاء فترة العدَّة، فإنه يتأكد خلّو رحم المرأة من ماء الزوج، فيحفظ بذلك النّسب من الاختلاط[1].

رابعا-تشريع اللّعان: أباح الإسلام للآباء نفي نسب أولادهم في ظروف ضيقة ومشدّدة، وذلك لدرء مفسدة الاختلاط والضياع التي قد تلحق الأسر، وأنّ حدّ القذف يسقط عن الزوج بلعانه زوجته، لأنّ تضرر الزوج بدخول النّسب الفاسد عليه أعظم من تضرره بحدّ القذف، وحاجته إلى نفيِّه عنه أشد من حاجته إلى دفع الحدّ[2].

ولهذا فقد حصرت الشريعة الإسلامية هذا الإجراء في نظام واحد وهو اللّعان، والذي من خلاله يمكن للزوج أن ينفي ولده إذا ما علم بزنا زوجته وأن الحمل ليس من صلبه وسيأتي الحديث عنه بالتفصيل في الفصل الثاني عند بيان وسائل نفي النّسب.

خامسا-تشريع الاستبراء: الاستبراء لغة: طلبُ البراءة، ويطلق في اللّغة على أكثر من معنى منها الاستنقاء، الإعذار والإنذار[3].

اصطلاحا: الاستبراء في النّسب وهو براءة من الحبل، يقال، استبرأت المرأة طلبت براءتها من الحبّل[4].

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 94.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 181.

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 46.

[4] الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج3، ص 169-170.

تشترك العدّة والاستبراء في أن كليهما تتربص فيها المرأة ليحل الاستمتاع بها، ويختلفان في ما يلي[1]:

ا-العدّة واجبة لتغليب جانب التعبد فيها.

ب-اعتُبر القُرء الواحد كافيا في الاستبراء، ولا يعتبر كافيا في العدّة.

ج-القُرء في الاستبراء هو الحيض، أمّا القُرء في العدّة مختلف فيه بين الحيض والطهر.

د-الوطء في العدّة يوجب تحريم المدخول بها تحريما مؤبدا عند بعض الفقهاء، أمّا الوطء في مدّة الاستبراء لا يحرم تحريما مؤبدا.

والدليل على مشروعيته ما جاء في السنة، عن أبي سعيدd أنّ النَّبيَّs قال في سَبْيِ أَوْطَاسٍ: {لَا تُوطَأ حَامِلٌ حتَّى تَضَعَ، وَلاَ غَيْرُ ذاتِ حَمْلٍ حتَّى تحيضَ حَيْضَه}[2]. ويستشف من هذا الحديث أن الله تعالى شرع الاستبراء سواءً أكان في الحرائر أو في الإماء لصيانة الأنساب وحفظها من الضياع والاختلاط، حتى في نكاح السبايا، فلم تتساهل الشريعة الإسلامية في هذا الشأن ولم تغفل عليه[3].

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج3، ص 170.

[2] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب وطء السبايا،ح رقم 2157 ج2، ص 113، أخرجه احمد بن حنبل، مسند الإمام احمد بن حنبل، ط1، تعليق شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م،ح رقم 11596، ج18، ص 140.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 98.

الفرع الثاني

حفظ النّسب من جانب العدم

الشريعة الإسلامية ربطت النّسب بسياج محكم من الأحكام التي تمنع الدخول فيه أو الخروج منه بغير سبب شرعي لما يترتب على ذلك من الآثار الاجتماعية السيئة، وكان من مظاهر ذلك تشريعها لأحكام تحقّق هذا الغرض، وتحفظ للأنساب صلاحها واستقرارها، فكان من حكمة المشرع أن حرّم جملة من الأمور التي يحفظ بها النّسب من جهة العدم.

ومن الأحكام التي أسّستها الشريعة الإسلامية في سبيل حماية الأنساب ما يلي:

أولا-تحريم التبني: حرّم الإسلام التبني وأبطله بعد أن كان موجودا في الجاهلية وصدر الإسلام، ولعل العلّة من منع التبني كونه تزييفا للحقائق، ومراعاة لحفظ الأنساب وعدم تضييع الحقوق[1]؛ فقال الله ﷻ : ﴿**ما جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي ٱلسَّبِيلَ ٤**﴾ [2]؛ و قال أيضا ﷻ: ﴿ **ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ...٥**﴾[3].

فقد دلّت الآيات على وجوب نسب الأبناء لآبائهم مع تحريم نسب الأبناء إلى غير الآباء وهو ما يعرف بالتبني وترشد الآيات إلى أن الأولى والأعدل والارشد أن ينسب الولد إلى أبيه[4].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا،1989م، ج7، ص 674.

[2] سورة الأحزاب، الآية 04.

[3] سورة الأحزاب الآية 05.

[4] أبو عبد الله محمد بن احمد القرطبي، المرجع السابق،ج17، ص 55-57.

ثانيا-تحريم جحد الولد و تحريم إدخاله على الغير: حرّم الإسلام على الأمهات نسبَّة الأولاد إلى غير أبائهم الحقيقيين، ولا شك أن الادعاء مظهر من مظاهر الغش والخديعة، وفيه نسب المرء إلى غير أبيه ونسبه إلى شخص آخر كذبا وزورا، وهذا ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وزعزعة لمقومات الأسرة[1].

يقول الدهلوي: «من النّاس من يقصد مقاصد دنِيَّة فيرغب عن أبيه وينيب إلى غيره، وهو ظلم وعقوق لأنه تخييب لأبيه، فإنّه طلب بقاء نسله المنسوب إليه المتفرع عليه وترك لشكر نعمته وإساءة معه، وأيضا فإنّ النصرة والمعاونة لا بد منها في نظام الحي والمدينة، ولو فتح باب الانتفاء من الأب لأهملت هذه المصلحة ولاختلطت أنساب القبائل»[2].

وعن أبي هريرةd قال: قال رسول اللهs :{ أَيُمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللهُ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللهُ جَنَّتَهُ وَأَيُمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُو يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهِ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوس الأَوَلينَ والآخِرِينَ }[3].

فقد دلّ الحديث على خطورة إدخال المرأة على زوجها من ليس منه و ذلك لما فيه من خلط الأنساب ودلّ أيضاً على خطورة تخلي الرجل عن ولده بنفي نسبه لذلك شدّد النبيّs الوعيد على من ألحقت بزوجها نسبا ليس منه و على من نفي نسب ولده[4].

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 84.

[2] ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، د. ط، تحقيق السيد سابق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 726-727.

[3] سبق تخريجه، انظر ص2.

[4] محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، المرجع السابق، ج3، ص 532.

ثالثا–تحريم الزنا:إنّ الزنا من أحد الأسباب المهمة في اختلاط الأنساب، وضياعها، فقد حرمه الشارع الحكيم تحريماً قاطعاً كما سدَّ كل الذرائع التي قد تؤدي إلى الوقوع في الحرام، وذلك بالنّهي عن القرب من الفاحشة أو كل ما يمهد إليها[1]، لقوله ﷻ:﴿**وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ٣٢**﴾[2]

قال القرطبي: « قال العلماء: قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ من أن يقول ولا تزنوا، فإن معناه لا تدنوا من الزّنا»[3].

وقال ﷻ:﴿**ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ...٢**﴾ [4]. تدلّ الآيات على حرمة الزنا فقد نهى الشارع عن كل ما يوصل إليه ورتب عقوبة على فاعله، وذلك لخطر الوقوع فيه وأثره السيئ على المجتمع لما فيه من هدر الأعراض والأنساب[5].

إنّ الشريعة لم تكتف بتحريم الزنا بل سدّت جميع الطرق التي تسهل الوقوع فيه ومنعت الاختلاط والتبرج، فهي إذ تحرم هذه الجريمة فإنها تبيح للرجل والمرأة الاجتماع مع بعضهما بناءا على علاقة شريفة وهي النّكاح الشرعي بشروطه المعتبرة، أو بملك اليمين الثابت[6].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص690.

[2] سورة الإسراء الآية 32.

[3] أبو عبد الله محمد بن احمد القرطبي، المرجع السابق، ج10، ص253.

[4] سورة النور، الآية 2.

[5] أبو عبد الله محمد بن احمد القرطبي، المرجع السابق،ج13، ص72، فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المرجع السابق، ج20، ص198.

[6] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص92.

رابعا–تحريم التخلي عن النّسب: عن أبي ذر d سمعت الرسول s قال:{ لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَ هُو يَعْلَمُهُ إِلَّا كَفَرَ ومَنْ ادَعَى قَوْمًا لَيْسَ لَهُ فِيهِمْ نَسَبٌ فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ}[1]. دلّ الحديث على شدة وعيد وزجر وتغليظ لمن نفى نسب نفسه مما يدل على خطورة التخلي عن النّسب[2].

خامسا–تحريم القذف: وهو في الشرع: « الرمي بالزنا »[3]، وقذف المحصن والمحصنة حرام وهو من كبائر الذنوب كما دلّت عليه نصوص الكتاب والسنة:

ففي الكتاب: قوله y: ﴿**وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ٤**﴾ [4].

أمّا السنة: عن ابي هريرة d أنّ الرسول s قال: {اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الموبِقَاتِ} قِيلَ: يا رسول الله وَمَا هُنَّ ؟ قال:{الشِّرْكُ بِاللهِ، والسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبا، وأكل مَالِ الْيَتِيمِ، والتَّوَالِّي يَوْمَ الزَّحْفِ وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاَتِ الْمُؤْمِنَاتِ}[5].

---

[1] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب المناقب،باب نسبة اليمين إلى إسماعيل، ح رقم 3508،ج 02، ص 454، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الأيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، ح رقم 61، ج1، ص79.

[2] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج6، ص540.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج9، ص76.

[4] سورة النور، الآية 4.

[5] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الوصايا، باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم، ح رقم 2874، ج2، ص 323، أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب رمي المحصنات، ح رقم 6857، ج4، ص 168، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الايمان، باب بيان الكبائر و أكبرها، ح رقم 89، ج1، ص 91.

كما تقرّر في الشريعة أن من قذف رجل محصن في عرضه أو امرأة محصنة عقوبتان وهما: الجلد ثمانين جلدة، سقوط شهادته إلى أن يتوب. وتقرّر أيضا حرمة القذف وإيقاع عقوبة على فاعله الغرض منه صيانة الأنساب من كل اختلاط أو اشتباه، ودفع كل تهمة من شأنها هزّ كيان الأسرة وإحداث الاضطراب والزعزعة في بنيانها [1].

سادسا–نظام الخُلع: ومعناه: «أنّه من حق رب الأسرة، أو رئيس القبيلة طرد ابن له، أو أي عضو في القبيلة، واعتباره غريبا، وحرمانه من كل حقوقه وأولها الانتماء إلى أهله»[2]. فالخلع من أحوال أهل الجاهليّة، فكانوا يخلعون من يغضبون منهم، وهو نظام مضطرب، فالمخلوع ستأويه قبيلة أخرى، ويصبح عضوا فيها، وهذا ما يؤدي الاختلال والفوضى، واستطاعت الشريعة الإسلامية إعادة تقويم الأسرة وفق أسس ثابتة[3].

وبذلك يتبين أن الشريعة الإسلامية أبطلت كل العادات الجاهلية التي لا تتفق مع أحكامها، وضعت سياجا منيعا بحفظ الأنساب وجودا وعدما، فقد نَقَت النّسب من جميع الشوائب حتى أصبحت أحكامه مترابطة منسجمة مع مقاصدها.

سابعا–نظام الاعتراف بالولد: والمقصود به أن لا يلتحق نسب الولد بابيه إلاّ إذا اعترف به اعترافاً صريحاً ورضي أن يلتحق نسبه به، وله الحق في نفيِّه بعد الاعتراف به. فهذا النظام ينطوي على الاستهانة بحرمة الزّواج، وإخضاعها لأهواء الازواج ونزواتهم، وتعريض الأولاد للضياع، وزلزلة عنيفة لدعائم النظام العائلي ومقوماته على العموم[4].

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 93.

[2] ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، المرجع السابق، ص 726–727.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 84–85.

[4] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع نفسه، ص 89.

المطلب الثالث

أهميّة النّسب وموقف القضاء منه

أولى الشارع للنّسب أهميّة كبيرة وجاءت الشريعة الإسلامية بحفظه، بل رفعت مكانته ودرجة الاهتمام به حتى أوصلته لحد الضروريات، فقد اعتبرته من الكليات الخمس؛ وسأقف في هذا المطلب على تبيّان أهمية النّسب (الفرع الأول) ثم أوضح موقف كل من القانون الجزائري والمقارن منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أهميّة النّسب

النّسب هو رابطة سامية وصلّة عظيمة على جانب كبير من الخطورة، لذا لم يدعها الشارع الكريم نهبا للعواطف والأهواء تهبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء، بل تولاها بتشريعه، وأعطاها المزيد من عنايته، وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسى قواعدها على أسس سليمة[1].

فرابطة النّسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعم الله بها على الإنسان، إذ لولاه لتفكّكت أواصر الأسر، وذابت الصلات بينها، لذا امتّن الله تعالى على الإنسان بالنّسب[2]، فقال ﷻ: ﴿ **وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ٥٤** ﴾[3].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص689.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص689.

[3] سورة الفرقان، الآية 54.

وممّا يؤكد أهميّة حفظ الأنساب ورعايتها في الإسلام أن الشارع ربط بالنّسب حرمة المصاهرة فحيثما ثبت النّسب، كانت هناك أحكام خاصة من إباحة الزواج وصلة الرحم وبِرّ الوالدين والأقارب غيره؛ ومنع الشرع أيضا الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم قال ﷻ: ﴿**ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ ... ٥**﴾ [1].

يقول الشاه الدهلوي: «أعلم أنّ النّسب احد الأمور التي جُبل على محافظتها البشر، فلن ترى أنساناً في الأقاليم الصالحة لنشئ النّاس إلاّ وهو يحب أن يُنسب لأبيه وجده، ويكره أن يقدح في نسبته إليهما، اللهم إلاّ لعارض من دناءة النّسب أو غرض من دفع ضر أو جلب نفع ونحو ذلك، ويجب أيضا أن يكون له أولاد ينسبون إليه، ويقومون بعده مقامه...فما اتفق طوائف الناس على هذه الخصلة إلاّ لمعنى من جبلتهم، ومبنى شرائع الله على إبقاء هذه المقاصد التي تجري مجرى الجبلة، وتجري فيها المناقشة والمشاحة»[2].

وسأوضح مسألة أهميّة النّسب من خلال ما يلي:

أولا–النّسب من نعم الله ﷻ: رابطة النّسب من أعظم النِّعم التي امتن بها الله ﷻعلى عباده و أية من آيات الله الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته، وينتج عن النّسب النّسل الذي يعد من النعم التي تبهج الحياة وتحقّق السعادة للإنسان[3].

---

[1] سورة الاحزاب، الآية 5.

[2] أنظر ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، المرجع السابق، ص 725.

[3] جيلالي ماينو، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014–2015م، ص 59.

قال الله ﷻ: ﴿ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱلۡبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيۡرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابٗا وَخَيۡرٌ أَمَلٗا ٤٥﴾ [1]، وقال أيضا ﷻ: ﴿ذَرۡنِي وَمَنۡ خَلَقۡتُ وَحِيدٗا١١ وَجَعَلۡتُ لَهُۥ مَالٗا مَّمۡدُودٗا ١٢ وَبَنِينَ شُهُودٗا ١٣﴾ [2].

حيث كان هناك تفاخر كبير بالانتساب إلى قبيلة معينة ذات شرف وحسب ونسب أصيل، وبالمقابل نرى حجم الحرج الذي يقع فيه الإنسان الذي يكون نسبه مجهول، إذ يرتضي أن يبذل النفس والنفيس لمعرفة نسبه وانتماءه، لذلك حرص الإسلام على تقديس هذه النعمة العظمى والتاريخ الإسلامي يُنبئنا عن قيمة النّسب خاصة لدى العرب.

ثانيا-النّسب مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية: بلغ اهتمام الشريعة الإسلامية بالنّسب أن عدته مقصدا شرعيا يفضي إلى حفظ المجتمع ليكون هذا المجتمع المنبت الصالح الذي يحتضن أبنائه ويرعاهم رعاية تمتد من لدن الولادة بل مما قبلها. ليشمل كل مراحل حياة الإنسان لتصل به إلى النمو السوي والتربية النفسية والفكرية والأخلاقية التي يكون بها الفرد صالحا ومصلحا وهذه الرعاية بأبعادها المختلفة تدخل تحت مسمى حفظ النّسل[3].

---

[1] سورة الكهف، الآية 45.

[2] سورة المدثر، الآيات 11-13.

[3] عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة الإسلامية بأبعاد جديدة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2006م، ص 147.

فقد قصّر الإسلام الزواج المشروع على ما يكون من علاقة بين ذكر وأنثى، وحرم كل صور اللّقاء خارج الزواج المشروع، كما حرم العلاقات الشّاذة التي لا تؤدي إلى الإنجاب، فالإسلام خلافا للأنظمة الوضعية حرص على طهارة النّسب وحمايته من التلوث والحفاظ على شرف الأصل والفرع، ومنع تسلّل الغريب والدخيل إلى الأسرة ليظلّ بقاء الإنسان وطهره عماد الحياة الإنسانية الشريفة[1].

ومنع كل ما من شانه إدخال الشّك في النّسب، لأنّه يضعف الروابط الأسرية ويميت الدواعي النفسية الباعثة على الدب عنها وإحاطتها والقيام عليها بما يكفل بقاءها وإزالة المشاكل الناجمة عن ذلك من التفكّك والانحلّال[2].

ثالثا- ارتباطه بفروع و أحكام فقهيّة كثيرة : من الأسباب التي جعلت الشريعة الإسلامية تولي الاهتمام بالنّسب وتستلزم العناية والاهتمام به، ارتباطه بفروع وأحكام فقهية كثيرة، فقد جاء في الأشباه والنظائر لسيّوطي:« يترتب على النّسب اثني عشر حكما: توريث المال، والولاية، وتحريم الوصية، وتحمل الديّة، وولاية التزويج، وولاية غسيل الميت، والصلاة عليه، وولاية المال، والحضانة، وطلب الحدّ، وسقوط القصاص وتغليظ الديّة »[3].

---

[1] عبد المجيد النجار، المرجع السابق، ص 147.

[2] علي المحمدي، مدى ثبوت النّسب من الصغير ومن في حكمه، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 1987م، ع5، ص 4.

[3] عبد الرحمن بن أبو بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1403هـ-1983م، ص 267.

حيث أنّ هذه الأحكام ليست على سبيل الحصر ونذكر منها وجوب النفقة، تحريم النِّكاح، وحرمة الزواج من الأقارب، وثبوت الولاية على الصغير، ووجوب البرّ والطاعة، وجواز الخلوة والسفر، وجواز اللّمس والتقبيل، وجواز النظر إلى غير الوجه والكفين عدا ما هو محرم، إبداء الزِّينة إذا كانت امرأة بالقدر الجائز شرعا وتغليظ الحدّ وتحريم التبني ونفي الولد والإمامة الصغرى والكبرى والكفاءة في النكاح واشتراطه في عقد الزواج ومهر المثل وتحريم الصدقة والتقاضي والشهادة وغيرها من الأحكام الأخرى التي تتعلق بالآباء والأبناء والأحكام المشتركة بين الآباء والأبناء وأخرى متعلقة بالقرابة العامة[1].

وهذا ما يؤكد الأهمية النّسب في الإسلام و يستلزم العناية به.

رابعا–النّسب تتعلق به حقوق مشتركة[2]: تَعَلُّق النّسب بحقوق مشتركة فيدخل فيه حق الله تعالى وحقوق أطراف النّسب وهم الأب والأم وحق الولد، فوجه ثبوت النّسب حقا لله تعالى فلأنّه يتصّل بحرمات اوجب الله تعالى رعايتها، وهذه الرعاية لا تتأتى إلاّ بالمحافظة على الأنساب، وكونه حقا للأب، فلأنّه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت ولايته عليه ما دام صغيرا، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له وحق ارثه إن مات الولد قبله وحقه في إنفاق الولد عليه ما دام الأب محتاجا والابن قادرا.

أمّا حق الأم فيه فتربطها بالمولود رابطة لا تنفك، فمن حقها الحضانة ومن حقها أن تقول ولدي وحقها أن تجد منه الرعاية والطاعة والاحترام، وأكثر من ذلك فإنّ إثبات نسب الولد من أبيه ما يدفع عنها شبهة الزنا ودفع العار عنها وعن أسرتها، ولئلا تعير بولد ليس له أب معروف.

---

[1] احمد حمد، المرجع السابق، ص 297–300.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص79.

أمّا كونه حق الولد فإنّه ثمرة أبيه ونتاج زرعه الله سبحانه وتعالى بحيث جعل الولد خليفة أبيه والقائم مقامه، فكان من حقه أن يثبت نسبه من أبيه لا من سواه، كما أنّ انتسابه لأبيه حفظ لحقوقه التي قرّرها الشارع له وصيانة له من الضياع وعدم الرعاية، ولدفع العار عن نفسه بكونه ولد الزنّا.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري والمقارن من النّسب

النّسب يعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنّه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، ونظرا لأهميّة النّسب ومنعا للاختلاط، لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النّسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعلته طريقا في ثبوته.

أمّا لقاءات التعارف قبل الزواج، أثناء الخطبة أو قبلها، فلا يثبت بها النّسب لأنّ الخطبة لا تعدّ زواجا، حيث أنّ الطبيعة اضلقانونية للخطبة بحسب المادة الخامسة 5 من قانون الأسرة الجزائري، هي وعد بالزواج غير ملزم وهي ليست بزواج وبالتالي لا تبيح التلاّقي بينهما. فأي اتصال بينهما يعتبر غير شرعي، لعدم وجود عقد الزواج، وبالتالي لا مجال للحديث عن النّسب[1].

[1] علي هاشم يوسفات، أحكام النّسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015م، ص 24-25.

وهذا ما أكدّته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17م:« من المقرر قانونا أنّ اقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين أنّ مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة في قضية الحال لان الزواج تم في 1994/05/02م والولد ولد في 1994/05/07م كما أنّ إقرار المطعون ضده لأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لانّ الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار؛ وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بعدم إثبات النّسب، طبقوا صحيح القانون لأنّ النّسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية »[1].

وعلى نفس النهج سار المشرع المصري حيث نص في المادة 15 من قانون 1929م على أنّه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد زوجة ثبت عدم التلّاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا زوجة أتت بعده بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة لوقت الطلاق أو الوفاة ».

وقد جرى قضاء النقض المصري على أنّ مفاد هذه المادة أنّ المشرع رأى درءا للاحتيال أن ينهي عن سماع دعوى النّسب عند الإنكار أذا أتت به زوجة لم تلتق بزوجها من حين العقد، أو أتت به بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية باعتبار أن هذه المدة هي أقصى مدّة للحمل حتى تشمل جميع الحالات النادرة[2].

وكذلك المشرع الكويتي لم يعترف بالعلاقة بين الرجل والمرأة خارج اطار الزواج ورتبت لثوت النسب قيام شروط الزواج الصحيح وهي امكانية التلاقي بين الزوجين وميلاد الطفل بين ادنى واقصى مدة الحمل التي حددها في قانون الأحوال الشخصية 1984/51م.

---

[1] م.ع،غ.أ.ش، 1998/11/17م، رقم الملف 210478، م.ق،ع. خ، 2013م، ص 85-87.

[2] أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النّسب الشرعية، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006م، ص 53.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية في طعن رقم 2000/140م لجلسة 2001/01/28م أنّه: «ثبوت نسب الولد من ابيه بالفراش شرطه قيام الزوجية ومضي ستة أشهر قمرية على الأقل ولا تزيد عن 365 يوما مع إمكان التلاقي »[1].

أمّا المشرع المغربي فقد خالف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة والشريعة الإسلامية بنصّه على ثبوت الابن الناتج عن الخطبة أي قبل إبرام عقد الزواج من خلال المادة 156 من مدونة الأسرة [2] ، والتي تنص على أنّه: « إذا تمت الخطوبة، وحصل الإنجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل بالخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:1-إذا اشتهرت الخطوبة بين أسريهما، ووافق ولّي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

2 -إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

3-إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما. تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غيرّ قابل للطعن. إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللّجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النّسب »؛ فبالقراءة المتأنية لهذا النص التشريعي يتضح انه يشترط لثبوت النّسب في هذه الحالة توافر شروط التي نصت عليها المادة سالفة الذكر. ومتى ثار نزاع حول الشروط أعلاه، فعلى صاحب المصلحة والتي تتمثل في المخطوبة أو من ينوب عنها أو الولد أن يثبت صّحة ما يدعيه بدءا بالخطوبة والتي يخضع إثباتها للقواعد العامة للإثبات[3].

---

[1] محكمة التمييز، المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المجلد في الأحوال الشخصية، الكويت، ص 451 على الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 تاريخ الدخول 2020/1/15م،على الساعة 18:30.

[2] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص43.

[3] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 78.

وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش أنّه: « حيث انه و بالرجوع إلى مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة فإن الولد الذي يولد خلال فترة الخطبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:إذا اشتهرت الخطوبة بين أسرتيهما، ووافق ولّي الزوجة عليها عند الاقتضاء،إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة،إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما وحيث انه وبالرجوع إلى البحث المنجز من طرف هذه المحكمة فقد حضر الطالب وزوجته وأكد أنّهما قبل توثيق عقد الزواج كان في فترة خطبة واقر أنّ الحمل وقع خلالها، وحيث أكد كل من والدة الزوجة وشقيقها وكذا الزوج وابن عمه أنّ الطالب خطب زوجته قبل توثيق العقد بأربعة أشهر كانا يخرجان مع بعضهما وكانت المخطوبة تزوره في بيته، وحيث وتبعا لذلك تكون الشروط المنصوص عليها في المادة المنوه لها متوفرة في الطلب مما يتعين معه الاستجابة له»[1].

[1] سعيد صولة، إثبات النّسب، بحث منشور على موقع العلوم القانونية على الرابط الالكتروني: https://marocdroit.com ، ص 32، تاريخ الدخول 2021/07/22م، الساعة 16:30.

المبحث الثاني

الأسباب المنشئة للنّسب بين الشريعة والقانون

أسباب النّسب كما اصطلحها الدكتور سفيان بورقعة هي: «الأوصاف الظاهرةُ المنضبطةُ التي رتبَ الشَّارع عليها قيامَ علاقةِ النَّسب، تَتَّحققُ بتحقُّقِها، وتَنتَفي بانتِفائِها»[1]، وتعود أسباب صّحة النّسب إلى أمرين هما عقد النِّكاح بمختلف صوره، والاستيلاد، وهذا الأمر انتهى في العصر الحاضر، وما عداهما فهو محظور، لأنّ المقصود من النساء هو الجماع بابتغاء النّسل، فأي علاقة للرجل مع المرأة مبناها التحريم والحظر لما فيها من كشف العورات وهتك الأستار، واختلاط الأنساب. يقول ابن رشد: «كل امرأة فإنها تحل في الشّرع بوجهين: إمّا بالنِّكاح، أو بملك اليمين»[2].

فهناك علاقة وطّيدة بين النّسب و رابطة الزواج، بحيث تعتبر الثانية سبباً لثبوت الأولى، فمتى نتج عن مخالطة الزوج لزوجته مولودا ينسب إليهما ويعدّ ابنهما الشرعي، وبالتالي فإنّ المتفق عليه أنّ سبب ثبوت نسب الولد لأبيه هو فراش الزوجية الصحيح أو ما يشبه الصّحيح.

أمّا الصّحيح فهو عقد الزواج المعتبر شرعا الذي توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، أمّا ما يشبه الصّحيح فهو عقد الزواج الفاسد وهو ما اختلف في صحته، وكذا الوطء بشبهة [3].

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 102.

[2] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط5، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر،1981م، ج2، ص31 .

[3] حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنّسب، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص 40.

وتفصيلا لذلك سأتطرق في هذا المبحث إلى النّسب في الزواج الصّحيح (المطلب الأول) ثم مدى ثبوت النّسب في الزواج غير صحيح (المطلب الثاني) وأخيرا النّسب في الوطء بشبهة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

النّسب في الزواج الصّحيح

بين الشريعة و القانون

الزواج الصحيح مركب إضافي مكون من صفة وموصوف وهذا يقتضي في اللّغة أن نعرف الصفة على حدا والموصوف على حدا، فالزواج لغة: بالفتح يعني النكاح وهو اقتران الرجل بالمرأة، تقول زوجت فلانا بمعنى أنكحته، وزوّج الشيء بالشيء وزوَّجه إليه أي قرنه، والجمع أزواج وأزاويج، والزوجة جمعها زوجات، وقيل خلاف ذلك[1]. أمّا الصّحيح: من الصِّحة والصُّح والصِّحاح خلاف السقم، وهو أيضا البراءة من كلّ عيب، وصَّح العقد إذا ترتب عليه أثره، والصحيح الحق وهو خلاف الباطل، والصّحيح من الشعر ما سلم من النقص[2].

و بالتالي يمكن تعريف الزواج الصحيح بأنّه: هو العقد المستوفي للأركان والشروط المطلوبة شرعا لإحلال العشرة بين الرجل والمرأة، ويعبر عنه أيضا بفراش الزّوجية، ومعنى الفراش تعيين المرأة للولادة لشخص واحد[3].

---

[1] محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق، ص 54-55.

[2] إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 381.

[3] علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983م، ص 181.

و من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري لم يعرف الزواج إلاّ أنّه ومن خلال نص المادة 40 من ق. أ[1]، فقصد بالزواج الصّحيح ما اصطلح الفقه على تسمية « الفراش الصحيح » طبقا للحديث الشريف { الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}[2]؛ بأنّه: « عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب »[3]. أمّا المادتين 09 و09 مكرر منه فقد نصتا على التوالي: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:-أهلية الزواج-الصداق-الولي-الشاهدان-انعدام الموانع الشرعية للزواج ».

ونفس التعريف الشرعي تبنته مدونة الأسرة المغربية في المادة 50 والتي نصت على أنّ: « إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع يعتبر صحيحا».

ولأنّ النّسب من أهم الحقوق التي تثبت للمولود، أكّد الشارع إلحاق الولد بأبيه كل ما أمكن ذلك، لأنّ الأصل عنده نسب الولد إلى فراش الزوجية[4]، لذلك سأتناول في هذا المطلب النّسب أثناء قيام العلاقة الزوجية (الفرع الأول)، وهل يثبت النّسب بعد انحلال الرابطة الزوجية؟ (الفرع الثاني).

---

[1] تنص المادة 40 من ق. أ: « يثبت النّسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه ».

[2] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، ح رقم 6818، ج4، ص 150، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ح رقم 1458،ج2، ص 690، أخرجه محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، كتاب عشرة النساء و الإيلاء والخلع، باب الولد للفراش، ح رقم 1201، ج2، ص 75.

[3] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النّسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، د. ط، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010م، ص 14.

[4] م.ع،غ.أ.ش، 1998/10/20م، ملف رقم 204821، م.ق،ع.خ، 2001م، ص 82.

الفرع الأول

النّسب أثناء قيام الزوجية

بين الشريعة والقانون

اتّفق الفقهاء على أنّ عقد الزواج الصّحيح يثبت به نسب الولد الذي يولد حال قيام الزوجية دون الحاجة إلى اعتراف من الزوج ولكن لابد من توافر شروط أقرّها القانون والشريعة الإسلامية وهي: إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد (أولا)، ثم مدّة الحمل (ثانيا)، وأن يكون الزوج ممّن يولد لمثله (ثالثا) وأخيرا عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (رابعا).

أولا-إمكّانية الاتصّال بين الزوجين بعد العقد:

أ- **في الشريعة الإسلامية:** ولم يختلف فقهاء المسلمين على إمكان التلّاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النّسب بالفراش، إلاّ أنّهم اختلفوا حول مدلول التلّاقي هل يجب الدخول بين الزوجين؟ أم يكفي إبرام العقد؟، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو لأبي حنيفة و أصحابه[1]، ويرون ثبوت الفراش بمجرد العقد على الـزوجة ولا يشترط إمكان الدخول مادام الدخول متصور عقلا، وهذه الحجّة قائمة على اعتبار عقد النكاح قائما مقام الماء، ويرى الحنفية أنّ قيام العقد الصحيح كافٍ لثبوت النّسب ولو تم الوضع لأقل مدّة الحمل، وحتى لو لم يتم الدخول الفعلي مجرد المظنّة كافية، ولا ينتفي الولد إلاّ باللّعان.

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق،ج2، ص331-332، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406هـ-1986م،ج5، ص 45.

القول الثاني: وهو رأي جمهور من المالكية[1]، والشافعية[2]، وأحمد في رواية عنه[3]، واشترطوا إمكان الاتصال بالفعل أو الحسّ والعادة، وإمكان الوطء والدخول، ونتيجة ذلك إذا تزوج رجل من امرأة واتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج وكان الزواج ممن يتصّور منه الحبال، ولكن ثبت أنّ الزوجين لم يلتقيا قط، أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما، فإنّه لا يثبت نسب هذا الولد، وينتفي النّسب دون لعان.

ويرون ثبوت الفراش بعقد الزواج مع إمكان الدخول الحقيقي بها، أي مع إمكان الوطء، ولا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصّحيح، طالما لم يثبت إمكان التلّاقي الفعلي أو الحسّي بين الزوجين[4].

القول الثالث: وهو لابن تيمية[5] وتلميذه ابن القيم[6] ويرون ثبوت الفراش بعقد الزواج الصحيح مع الدخول المحقق لا إمكانِه المشكوك فيه، وعلّلوا ذلك بقولهم كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج ؟ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك؟ وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة فلا تصير المرأة فراشا إلاّ بدخول حقيقيٍ.

---

(1) أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د. ط، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1372هـ، ج1، ص 493، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 116.

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، د. ط، تحقيق على محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ-2000م، ج3، ص 338.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 429.

(4) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 338.

(5) علاء الدين ابو الحسن علي بن عباس البعلي، الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، د. ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 278.

(6) محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرنئوط مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د. س. ن، ج5، ص 415.

واستندوا إلى ما قاله الإمام أحمد وحجّته في ذلك أن العرف وأهل اللّغة لا يعدون المرأة فراشا إلاّ بعد البناء بها[1].

في القانون الجزائري والمقارن: قد أخذ المشرع الجزائري بما استقر عليه جمهور الفقهاء أين نص صراحة في المادة 41 من ق. أ على انّه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال »، وبذلك لم يجعل مجرد العقد موجبا لثبوت النّسب.

وتبنت المحكمة العليا هذا الموقف حينما أيّدت قضاة الاستئناف لما « طبقوا قاعدة الولد للفراش وأسسّوا قراراهم على أنّ العارض لم يقدم الدليل لإثبات غيابه الدائم عن بيت الزوجية وتذكرة الطائرة لا تثبت ذلك »[2]، وفي المقابل انه لم يشترط لثبوته الدخول الفعلي الحقيقي، غير انّه يعاب على هذا النص عدم تماشيه مع المستجدات العلمية حيث أنّ النّص علّق ثبوت النّسب الشرعي بعبارة « أمكن الاتصال » بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين، علما انّه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي طبقا للمادة 45 مكرّر ق.أ.ج[3].

---

[1] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، د. ط، مكتبة دار التراث، القاهرة، مصر، د. س. ن، ج10، ص 280.

[2] م.ع، بتاريخ 1998/10/20م، ملف رقم 204821، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع. خ، 2001م، ص 83-84.

[3] تنص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج على أنه: «يجوز للزوجين اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي «بالشروط التالية:
-أن يكون الزواج شرعيا
-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما ».

ويفهم من هذا النص الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في مساعدة الزوجين للقضاء على أثار العقم وهذا النص نموذجا حسنا عن سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور العلمي والطبي طبقا للمادة 45 ق. أ. ج[1].

وعلى نفس النهج اتجه المشرع المغربي فقد نص في المادة 85 من م. أ. م على أنّ: « الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدّة الحمل وأمكن الاتصال، وإلاّ فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق به »، وكذلك المادة 154 منها والتي تنص على أن: « يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد، و أمكّن الاتصّال ».

المحاكم في مصر اعتنقت مذهب الحنفية و الذي يقضي بثبوت النّسب بمجرد العقد دون اشتراط تلاقي الزوجين، إلاّ أنّ المشرع المصري تدخل بمقتضى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بعدوله عن الأخذ بالمذهب الحنفي، فنصت المادة 15 منه على أنّه: « لا تسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من وقت الطلاق أو الوفاة »[2] .

من خلال استقراء المادة سالفة الذكر يتضح أنّ المشرع المصري قد اعتمد رأي جمهور الفقهاء في تحديد مدلول إمكان التلاّقي كشرط لثبوت النّسب بالفراش.

---

[1] زوبيدة اقروفة، المرجع السابق، ص 205.

[2] أميرة حسن الرافعي، الوجيز في المسائل الشرعية دعوى النّسب شرعا وقانونا وفقا لأحدث التشريعات القانونية، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 23-24.

كذلك المشرع الكويتي نص في قانون الأحوال الشخصية[1] على ضرورة إمكّان التلّاقي بين الزوجين الحسّي والواقعي كشرط لثبوت النسب طبقا للمادة 169منه التي تنص على أنّ:

« أ- ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين:

1- مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج.

2- ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم فإذا زال المانع، يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال.

ب- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت النّسب إلا بإقرار الزوج ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي: « واختار المشروع المذاهب التي تشترط النّسب إمكان التلاقي بين الزوجين، وظاهر أنّ هذا أعدل الأقوال، وهو المتبع الآن ويمنع الجرأة على إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بالأمهات، فإذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل وأمكن التلاقي ثبت نسب الولد، وإذا ثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي، لم يثبت النّسب »[2].

ثانيا-مدّة الحمل: لا يكفي لكي يلحق النّسب بالزوج، أن يكون هناك عقد زواج صحيح يربط بينه وبين زوجته وإنّما لابدّ من تحقق مدّة الحمل المفروضة شرعا وقانونا.

---

[1] وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين رقم 61 لسنة 1996م و 29 لسنة 2004م و 66 لسنة 2007م و قانون إجراءات دعاوي النّسب و تصحيح الأسماء، ط1، إصدار وزارة العدل، الكويت، فبراير 2011م، ج8، ص 50.

[2] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 185.

أ-في الشريعة الإسلامية:

1- أقل مدّة الحمل: لقد اجمع الفقهاء على أنّ أقل مدّة الحمل ستة أشهر قمرية[1]، من وقت تحقق الدخول عند ابن تيمية وابن القيم، ومن وقت الدخول أو إمكان الوطء عند الجمهور، ومن وقت ابرام العقد عند الحنفية.

ومسند ذلك الاتفاق: {أَنَّ عُثْمَانَ بْنُ عَفَان d أُتِي بِأَمَرَأَة قَدْ وَلَدَت لِسِتَة أَشْهُر، فأمر بها أن ترجم فقال له علي بن أبي طالب d ليس ذلك عليها، إنّ الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿**وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ...١٤**﴾[2]، وقال أيضا y: ﴿...۞**وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ ٢٣٣**﴾[3]، فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان بن عفان في أثرها فوجدها قد رجمت}[4].

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 211، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 118، محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط1، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان،1421هـ-2001م، ج2، ص 461، شمس الدين محمد بن أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الشافعي، ط. الأخيرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ- 1984م، ج7، ص 26.

[2] سورة الاحقاف، الآية 14.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] أخرجه مالك بن أنس الاصبحي، موطأ الإمام مالك، ط1، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم، ح رقم 3045، مؤسسة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ-2004م، ج5، ص1204،أخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب ما جاء في اقل الحمل، ح رقم 15328، ج7، ص 442.

أقل مدّة التي يمكن ان يعيش فيها الجنين بعد ولادته هي ستة أشهر عند الأطباء[1]، والجنين لا يكون قابلا للحياة، إذا ولد قبل نهاية الشهر السادس وبداية الشهر السابع، لأنّ الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطوروا بعد بشكل ملائم، ويُقرّر الأطباء أنّ الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر له القدرة على التنفس بانتظام لعدّة أيام، بل وتكون لديه فرصة للعيش إذا وضع داخل حاضنة مناسبة، والستة أشهر هي أدنى مدّة الحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة[2].

2- **أقصى مدّة الحمل:** فيما يتعلق بأقصى مدّة للحمل لا يوجد بشأنها دليل من كتاب أو سنة، وإنّما هي اجتهادات فقهية، اعتمدوا الفقهاء فيها على أقوال من وثقوا بهم من الناس فاختلفوا بشأنها، فعند الحنفية سنتان[3] وحجتهم ما روي عن عائشة ﷺ قالت: {لَا تَزِيدُ الْمَرْأَةُ فِي الْحَمْلِ عَلَى سَنَتَيْنِ قَدْرَ ظَلِ مَغْزَل} [4]، وأربع سنوات عند الشافعية[5] والحنابلة[6] وسندهم في ذلك إخبار بعض النساء أنهن حملن لمدة أربع سنين.

---

[1] محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000م، ص374-375، علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط4، دار السعودية، جدة، السعودية، 1983م، ص445.

[2] محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، 2007م، ع 70، ص 288.

[3] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، 1386هـ-1990م، ج3، ص539، أبو بوكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص211.

[4] أخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، ح رقم 15553، ج7، ص443.

[5] أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، سوريا، الدار الشامية، بيروت، لبنان، 1412هـ- 1996م، ج2، ص143.

[6] شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1413هـ-1993م، ج6، ص556.

وعند المالكية [1] خمس سنوات وقيل أربع والسند أنّ جارة الإمام مالك أخبرته بأنّها حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن أربع سنين، أما عند محمد بن عبد الحكم سنة قمرية، وقد نسب له القول بأنّ أكثر مدة الحمل سنة من علماء المالكية ابن رشد في بداية المجتهد[2]، وأبو عبد الله القرطبي في الجامع لأحكام القران[3].

أما ابن حزم[4] فقال تسعة أشهر واستدل بأنّ عمر بن الخطاب d قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أو حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَسْتَبِينْ حَمْلَهَا في التِّسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بعد التِّسْعَةَ التِّي قَعَدَتْ مِنَ المَحِيْضِ»[5] فهذا عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر، واختاره ابن رشد، وطالما الأمر كذلك، يكون المرجع الوحيد في تحديد أكثر مدّة الحمل هو عادة النساء في ذلك وقد صرح بعض الفقهاء بذلك.

فقال ابن رشد: « وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية اقرب إلى المعتاد، والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعلّه أن يكون مستحيلاً »[6].

---

[1] أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، د. ط، دار إحياء الكتب العربية، ب. ب. ن، ب. س. ن، ج4، ص407.

[2] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص352

[3] أبو عبد الله محمد بن احمد القرطبي، في الجامع لأحكام القران، المرجع السابق، ج9، ص 287.

[4] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المحلى، د. ط، إدارة الطباعة، المنيرة، مصر، 1352هـ، ج10، ص 131-132

[5] أخرجه ابو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ط2، كتاب الطلاق، باب المرأة يحسبون أن يكون الحيض قد أدبر عنها، ح رقم 11095، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م، ج6، ص 339.

[6] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 358.

وأعلم النّاس بعادة النّساء هم الأطباء وغالبا مدّة الحمل عندهم 280 يوما، تُساوي تسعة أشهر وثلثا تقريبا وذكروا أنّ مدّة الحمل مدة تقريبية، قد تنقص أو تزيد بأسبوع أو أسبوعين[1].

ب-في القانون الجزائري و القانون المقارن: إنّ المشرع الجزائري حدّد مدّة الحمل بنص المادة 42 ق. أ على أنّ: « أقل مدّة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر »، فهذه المدّة تعتبر قرينة على أنّه إذا وضعت المرأة حملها حيا لأقل من هذه المدة من الزواج أو بعد عشرة أشهر من تاريخ الفرقة أو الوفاة فإنّ هذا الحمل قد وقع بالتأكيد قبل الزواج، ومن تم لا ينسب لزوجها.

وبذلك يكون المشرع حدّد ادني مدّة الحمل وهي ستة أشهر أخدا بما اجمع عليه الفقه، أمّا أقصى مدّة للحمل فقد حدّدها بعشرة أشهر وهو بذلك يكون قد أخد برأي الطب الحديث، وتكون بداية حساب المدة من قيام الزوجية شرعا، وإمكّانية الاتصّال، إلاّ انه لم يحدّد ما هي الشهور المعتمدة في حساب المدة هل هي شهور قمرية أم شمسية؟

وهذا اعتمدته المحكمة العليا في إحدّى قراراتها الذي جاء فيه: «من المقرّر شرعا أن الولد للفراش الصحيح وأنّ أقل مدّة حمل ستة أشهر، ومن تم أنّ الولد الذي وُلد بعد 64 يوماً لا يُثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإنّ النعيّ على قرار القاضي بنفي النّسب غير مؤسس يستوجب الرفض [2].

---

[1] محمد سليمان النور، المرجع السابق، ص315، علي البار، المرجع السابق، ص 453.

[2] م. ع، غ. أ. ش، 1984/02/17م، رقم الملف 35087، م. ق،ع1، 1990م، ص 86 .

وتبنّى المشرع المغربي أيضا القاعدة الشرعية في حساب أقل مدّة الحمل من تاريخ العقد من خلال المادة 154 من مدونة الأسرة [1]، ويشترط أن يتم وضع الحمل لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد، وإمكان الاتصال بين الزوجين، سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، وأن تتم الولادة خلال سنة من تاريخ انتهاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فان م. أ. م حدّدت تاريخ بداية حساب هذه المدة، إلاّ أنّها لم توضح إن كانت هذه الأشهر تخضع للتقويم القمري أم الشمسي[2].

وقد فسّر المجلس الأعلى هذه المدة بستة أشهر قمرية تعد ابتداءا من تاريخ العقد، حيث جاء في قرار له ما يلي: « التقويم المعتبر لدى الفقهاء لاحتساب اقل مدّة الحمل هو التقويم القمري لا التقويم الشمسي »، أمّا أقصى مدّة لم يبين المشرع المغربي المقصود بها أهيَّ سنة قمرية أم سنة شمسية، علما أن الفرق بين التقويمين كبير إحدى عشر يوما[3].

أمّا القانون المصري جعل اقل مدّة الحمل هي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي الوطء وليس من تاريخ العقد وأقصى مدّة الحمل سنة خلافا للحنفية الذين يعتبرون أقصى مدّة حمل سنتان، وقد أخد برأي بن عبد الحكم ولكن احتسبها سنة شمسية عدد أيامها 365 أو 366 يوما، لا سنة قمرية أيّامها 354 يوما[4]، طبقا للمادة 15 من قانون 25 لسنة 1929م.

---

[1] تنص المادة 154 من م.أ.م على أنّ:« يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:1-إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد»

[2] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 87.

[3] محمد الكبشور، المرجع نفسه، ص 91.

[4] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار قلم للنشر والتوزيع، 1410هـ-1990م، ص 183.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون25 لسنة 1929م: « ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النّسب مبنيا على رأيهم في أقصى مدّة الحمل، ولم يبين اغلبهم رأيه في ذلك إلاّ على أخبار بعض النساء بأنّ الحمل مكث كذا سنين، والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه على أثر ورد عن السيدة عائشةg يتضمن أنّ أقصى مدة الحمل سنتان، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة، فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأي الأطباء في المدّة التي يمكثها للحمل، فأفاد الطبيب الشرعي بأن يرى أنّه عند التشريع يعتبر أقصى مدّة الحمل 365 يوما حتى يشمل الحالات النادرة »[1].

كذلك القانون الكويتي نصّ على أنّ أقل مدّة الحمل هي ستة أشهر قمرية وهي المدّة التي اتفق عليها الفقهاء، وأكثر مدّة الحمل سنة شمسية، وهي قريبة من رأي محمد بن عبد الحكم[2] وذلك من خلال المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[3].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ما يلي: « لا خلاف بين أئمة الدين في أنّ أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر قمرية حسب تأويل ابن عباس لقول الله تعالى: ﴿... **وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا...١٤** ﴾ [4] و قوله عز وجل: ﴿...**وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ...١٤** ﴾ [5] وأجمع فقهاء المالكية على أنّه في حكم السُّنة ما نقص عنها بيسير كأربعة أو خمسة أيام، لأنّه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص فيمكن أن تتوالى ثلاثة ناقصة والشهران الباقيان بعد الرابع التام ناقصان، أمّا إن كان النقص ستة أيام فالذي عليه الأكثر وهو الصّحيح أنه لا يكون حكمه حكم الستة.

---

[1] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 183.

[2] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 78.

[3] تنص المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنّ: « أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم ».

[4] سورة الاحقاف، الآية 14.

[5] سورة لقمان، الآية 14.

وقد اختلف ألائمة اختلافا كثيرا في أقصى مدّة الحمل، ومعظم هذه المذاهب مبني على الاستقراء الناقص من أخبار الناس، ومبدأ الحمل لا تتيسر معرفته بالضبط، فقد تسبقه فترة طويلة أو قصيرة ينقطع فيها الحيض فيظن أنّ المدّة كلها للحمل ويقع الخطأ، والاشتباه في حساب مدّته، ويستند الحنفية إلى اثر موقوف روي عن أم المؤمنين عائشة g أعرض عنه مالك لخبر جارته امرأة محمد بن عجلان ، كما اعرض عنه الشافعي واحمد وهم أئمة الحديث، كما أنهم أئمة كبار في الفقه، وركنوا إلى أقوال غير عائشةg فوضح أنّ المسألة ليس فيها كتاب ولا سنة وأنّ الأولى هو اعتبار رأي الأطباء الشرعيين يجعل أقصى مدّة الحمل سنة تقدير سليم ويقرب من رأي محمد ابن عبد الحكم، وفيه احتياط كاف للحالات النادرة »[1].

ثالثا-أن يكون الزوج ممن يولد لمثله: لا يكفي لاعتبار الزوجة فراشا لزوجها إمكان التلاّقي بينهما بعد العقد وان يولد الولد خلال المدّة الشرعية بل ينبغي أن يتصوّر الحمل عادة من الزوج.

ا- **في الشريعة الإسلامية:** إذا كان الزوج دون البلوغ وولدت زوجته فان هذا الولد لا يلحق نسبه بالزوج لأنّه لا يتأتى منه الوطء لصغر سنه وينتفي عنه من غير لعان، وبهذا صرح المالكية[2] والحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5].

---

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص182-183.

[2] محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1995م، ج5، ص 486.

[3] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج9، ص 184 وما يليها.

[4] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق،ج4، ص442-443، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 72.

[5] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م، ج5، ص 407.

ويكون ذلك أساسا بتمتعه بأهليّة الزواج، كبلوغ الزوج اثني عشرة سنة أو بلوغه عشر سنوات وعلى ذلك، لا يلحق الولد بالزوج إن كان دون التاسعة من عمره[1]، أو أن يكون بالزوج عيوب ما يجعله ممن لا يولد لمثله ومن ذلك الجب والخصاء أنّه من كان به مثل هذا لا يلحق به نسب الولد لأنّ الولد لا يوجد إلاّ من مني، ومن قطعت خصيتاه لا مني له، وذُكر أنّ الرجل إذا كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفي الولد منه من غير لعان، ومن ذلك الخصي، المجبوب أو العنين، على خلاف بين الفقهاء[2]، وهذا ما سوف أتطرق إليه بالتفصيل في الفصل المولي.

ب- في القانون الجزائري و المقارن: ولم تشترط معظم القوانين المقارنة ضرورة أن يتصور الحمل من الزوج عادة بالرغم من أهميته ولم تعطي له اهتماما شأنها في ذلك شأن المشرع الجزائري، فقد أغفل هذا الأخير اشتراط ضرورة أن يتصور الحمل من الزوج عادة وإدراجه، خاصة أنّ مجرد اشتراط الشهادة الطبية قبل الزواج وفقا للمادة 07 مكرر من ق. أ. ج دون إلزام محرر عقد الزواج بالامتناع عن إبرام العقد في حالة وجود أمراض تشكل خطرا يتعارض مع الزواج لا يضمن عدم وقوع مثل هذا النزاع[3].

وهو ما أكّده المرسوم التنفيذي رقم 06-154المؤرخ في 11 ماي 2006 المتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرّر من ق. أ. ج، وذلك من خلال المادة 07 منه [4].

---

[1] أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص 48.

[2] انس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النّسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2010م، ص 165.

[3] زبيري بن قويدير، النّسب في ظل التطور العلمي والقانوني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011م-2012م، ص 191.

[4] تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154المؤرخ في 11 ماي 2006م على انّه: « لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الطرفين ».

كذلك المشرع المغربي سكت على إمكانية الإنجاب غير أنّ الفقه المالكي يشترط للحوق النّسب بالزوج أن يكون هذا الأخير ممن يتأتى الحمل منه، بأن يكون بالغا، أو مراهقا على الأقل، وأن لا يكون مجبوباً أو مخصياً لأنّ هذين العيبين ممّا يمنع الإنجاب عادة، ومن أهّم القرارات التي صدرت بهذا الشأن عن المجلس الأعلى، قرار مؤرخ 1993/11/16 جاء فيه « شهود الرسم بعدم الإنجاب والعقم إنّما شهدوا بما علموا وقد يشهد غيرهم بأنه أنجب مما يبقى معه الاحتمال قائما ولا قضاء مع الاحتمال »[1].

في حين المشرع الكويتي نص على شرط أن يكون الزوج لمن يولد لمثله من خلال المادة 168 قانون الأحوال الشخصية: « لا يثبت النّسب من الرجل إذا ثبت أنّه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرض، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين ».

رابعا–عدم نفي الولد بالطرق المشروعة: أَلاَّ ينفي الزوج هذا النّسب، فإذا نفاه انتفى نسبه منه بعد أن يلاعن زوجته اللّعان الشرعي، وهذا ما سأتطرق إليه من خلال استعراض وسائل نفي النّسب في الفصل الثاني بالتفصيل.

[1] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثاني

النّسب بعد انحلال الرابطة

الزوجية بين الشريعة والقانون

تنحلّ الرابطة الزوجيّة بصورتين إمّا عن طريق الطلاق بكافة صوره أو الوفاة سواءً طبيعية أو حكمية وفي كلتا الحالتين لا تأثير على نسب الولد إذا حلت الرابطة الزوجية مادام الحمل بين أدنى مدّة حمل وأقصاها[1]، ولقد ضمنت الشريعة الإسلامية للولد حقه في الانتساب إلى أبيه عند فراقه لأمه، ولكن السؤال المطروح هل هناك شروطا وقيودا لابدّ من توافرها لإمكانية نسب الولد إلى الزّوج المطلّق أو المتوفّي ؟ وسأستهل الحديث عن نسب ولد المطلقة (أولا) ثم نسب ولد المتوفى عنها زوجها (ثانيا).

أولا–نسب ولد المطلقة: يختلف حكم نسب المولود من المطلّقة قبل الدّخول أولا عن حكمه بعد الدّخول ثانيا.

1–نسب ولد المطلقة قبل الدخول: اختلف الفقهاء في من طُلِّقت بعد العقد عليها وقبل الدّخول ذهب الشافعية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4] إلى أن الزوج لو تزوج امرأة ثم طلقها عقب العقد مباشرة من غير إمكان وطئها وأتت بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر لتأكد من أنها حملت به قبل العقد.

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 32.

[2] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992م، ج6، ص 306.

[3] محمد عليش، شرح منهج الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ–1984م،ج2، ص 359.

[4] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق، ج5، ص 406.

وحجّة الجمهور هنا إمكان الوطء أو التلّاقي هو شرط لثبوت النّسب و ليس العقد الذي هو سبب وطء والمرأة عند الجمهور لا تكون فراشا إلاّ بالوطء فإن أتت به لأكثر من ستة أشهر فإنّه يلحق بالمطلِّق ما دام تلّاقيهما ممكّنا ولا يلحق إذا أتت به لأقل من ستة أشهر.

أمّا الحنفية[1] فإنهم قالوا: لو أنّه عقد عليها ثم طلقها عقب العقد وأتت به لستة أشهر لا أقل ولا أكثر منها فإنّ الولد حينئذ يلحقه لحدوثه قبل الطلاق وبعد العقد وحجتهم أنّ النّسب يثبت بمجرد العقد والمرأة عند الحنفية فراشا بعقد النكاح وليس بالوطء.

2- نسب ولد المطلقة بعد الدخول من طلاق رجعي: إنّ الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره، وإنّما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة عدّة المطلقة، فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلَّقته في عدّتها منه، ويعتبر ذلك منه رجعة لها[2].

من الناحية الشرعية يثبت نسب ولد المطلقة رجعيا من المطلِّق في صورتين:

ا-إذا لم تقرّ المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها فإن المالكية[3] والشافعية[4] ذهبوا إلى أنّ نسب ولدها يثبت من أبيه بشرط أن تأتي به لأقصى مدة الحمل ولا تتجاوزها. وخالفهم الحنفية[5] والحنابلة[6] فاثبتوا نسب الولد من مطلقها ولو زاد الحمل عن أقصى مدّة الحمل على أساس أنّ المعتدّة الحامل مادامت حامل مهما طالت مدّة حملها فإنّها في حكم الزوجات.

---

[1] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق،ج6، ص 50، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م،ج4،ص 180.

[2] أحمد نصر جندي، النّسب في الإسلام والأرحام البديلة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2003م، ص 52.

[3] محمد عليش، المرجع السابق، ج2، ص 380.

[4] شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، المرجع السابق، ج7، ص 138.

[5] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق،ج2، ص540، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص 46.

[6] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 407.

ب- إذا أقرّت المطلقة بعد الدخول رجعيا بانقضاء عدّتها، فإنّ نسب الولد يثبت من أبيه المطلِّق، ولكن اشترط الحنفية[1] والحنابلة[2] أن تأتي به المعتدّة لأقل من مدّة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الإقرار.

ولم تشترط المالكية[3] والشافعية[4] لثبوت النّسب هذا الشرط، بل يثبت عندهم النّسب مادامت وضعت حملها لأكثر مدّة الحمل ولم تتجاوزها.

أمّا من الناحية القانونية المشرع الجزائري المطلقة بعد الدخول لا يعتبرها مطلقة إلاّ إذا حكم القاضي بذلك، وهذا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدل، حيث تنص على أنّه: « لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى »، وهنا يُثار إشكال في أنّ القانون اعتبر مدّة العشرة أشهر تحسب من تاريخ الانفصـال بين الزوجين أو الوفاة.

في حين نصّ المشرع المغربي في 154 من م. أ. م على أنّه: « يثبت نسب الولد بفراش الزوجية ... إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق »، وكذلك ورد في المادة 135 منها « أقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ طلاق أو الوفاة ».

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 212.

[2] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص118، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 407.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، دار الفكر، بيروت،1419هـ-1998م، ج2، ص 744.

[4] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج8، ص 378، أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص 447.

وقضّت محكمة النقض المصرية بأنّ إقرار المطلقة عند طلاقها بخلّوها من الحمل، لا تأثير له ذلك أنّ الحمل مما يخفى على المرأة، يغتفر التناقض فيه، أمّا إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا يثبت نسبه من الزوج إلاّ إذا ادعاه[1].

أمّا المشرع الكويتي ذهب أنّ المطلقة طلاقاً رجعياً إذا ولدت في أثناء العدة ثبت نسب الولد من المطلق؛ أما إذا ولدت بعد انقضائها فإن النّسب لا يثبت منه إلاّ إذا ولدته قبل مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ انقضاء العدة لأنّ الولادة خلال هذه المدة تكون دليلاً على الرجعة وبقاء الزوجية[2]، طبقا للمادة 170 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنص على أنّ: «أ- إذا ولدت المعتدة رجعياً في أثناء عدتها ثبت النّسب من المطلق.

ب-وإن ولدت بعد انقضاء عدتها بمضي المدة أو بإقرارها بالانقضاء لا يثبت النّسب إلاّ إذا ولدت قبل مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ اعتبار العدة منقضية. وتكون الولادة حينئذ دليل الرجعة واستمرار الزوجية».

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ،المرجع السابق، ج7، ص 685.

[2] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 87.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية تعليقاً على هذه المادة ما يلي: « المقصود بانقضاء العدة بالمدّة في المادة 170 هو أن يمضي على الطلاق دون رجعة إمّا سنة، أو ثلاثة أشهر أو تسعون يوماً بحسب حال المرأة في الاعتداد بالحيض أو بالأشهر، وانقضاء العدّة بالإقرار هو أن تكون المعتدة قد أقرّت بانقضاء عدّتها بالحيض في مدة تحتمل ذلك، والمعتدة من طلاق رجعي إذا اعتبرت منقضية العدة بمضي المدّة أو بالإقرار، ثم جاءت بولد بعد ذلك بأقلّ من ستة أشهر ثبت نسب هذا الولد من المطلق، ولو كانت الولادة بعد أن مضى أكثر من سنة على تاريخ الطلاق، وتعتبر الولادة دليل الرجعة وتستمر الزوجية، لأن هذه المعتدة في حكم الزوجات، ويملك الزوج منها ما يملكه ممّن لم يطلقها، ومعاشرتها تدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة، ويستند ذلك على مذهب الإمام أحمد»[1].

3- نسب ولد المطلقة بعد الدخول من طلاق بائن: من الناحية الشرعية إذا أقرّت المطلقة بعد الدخول بائنا بانقضاء العدّة، وكانت المدة تحتمل انقضاء العدّة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأقل من سنتين عند الحنفية من وقت الفرقة ثبت نسبه من المطلق[2].

وإذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال أن الحمل به قد حدث بعد انقضاء العدّة وتقوى هذا الاحتمال بإقرار المرأة بانقضاء عدّتها، وكذلك لو جاءت به لتمام سنتين أو أكثر من وقت الفرقة فلا يثبت لتحقق حدوث الحمل بعد الفرقة[3].

---

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 186

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج7، ص 685.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع نفسه،ج7، ص 685.

أمّا إذا لم تقرّ بانقضاء العدّة، فإن الولد يثبت نسبه من المطلق بشرط أن تأتي به لأقصى مدّة الحمل ولا تتجاوزها باتفاق الفقهاء[1]، وعلّة ذلك هو التيّقن من انّ الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النّسب منه، فالمعتدّة من طلاق بائن ولم تقرّ بانقضاء عدّتها يثبت منه ولدها، متى أتت به أثناء العدّة، ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه بالفراش، إلاّ ادعاه الزوج[2].

من الناحية القانونية أنّه في الطلاق البائن لا يحلُّ لزوج مباشرة مطلَّقته البائنة أبداً، كما لا يجوز للغير ذلك خلال فترة العدّة، فيثبت النّسب لزوج المطلق بشرط أن يولد في مدة عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق، حسب ما نصت عليه المادة 43 من ق. أ. ج، لكن إذا أقرّت بانقضاء عدّتها في مدّة يحتمل تصديقها وجاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق[3].

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1998/05/19م: « من المقرّر شرعا أنّ الزواج في العدّة باطل، ومن المقرّر قانونا أنّ أقلّ مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أنّ الزواج على امرأة مازالت في عدّة الحمل وأنّ الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأنّ قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني، اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أنّ الزواج الثاني باطل شرعيا، فإنّهم بقضائهم خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية »[4].

---

[1] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج9،ص 118، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 341، أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 191، محمد عليش، المرجع السابق، ج2، ص 359.

[2] عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النّسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000م، ص 45.

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 35.

[4] م. ع، غ. أ. ش، 1998/05/19م، ملف رقم 193825، م. ق، ع خ، 2001م، ص 73.

في القانون المصري إذا وقعت الفرقة ثم ولدت الزوجة ولدا بعد مضي سنة أو أقل من تاريخ الفرقة ثبت نسب ولدها من زوجها لأنّ الحمل يعتبر حاصلا أثناء الزوجية، وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة بعد وقت الطلاق وادعت ثبوت نسبه من مطلِّقها فإن أقرّ الزوج بدعواها ولم ينكر ثبت نسبه منه وإن أنكر الزوج فلا تسمع دعواها بثبوت النّسب لأنّ الحمل حينئذ يعتبر حادثا بعد حصول الفرقة بينها وبين الزوج لذلك يكذبها الظاهر فلا تسمع[1].

أمّا المشرع الكويتي اعتبر أنّ المعتدّة من طلاق بائن إذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة الشمسية من تاريخ البينونة أو الوفاة، وهي أقصى مدّة الحمل قانونا، أمّا إذا جاءت به لأكثر من السنة فإن نسبه لا يثبت منه، ما لم يقرّ به وتوافرت شروط الإقرار بالّنسب.

وإذا أقرّت بانقضاء العدّة في مدة تحتمله ثبت نسب الولد إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها ولأقلّ من سنة شمسية من وقت البينونة أو الوفاة[2]، طبقا للمادة171 من ق.أ.ش.ك التي تنص أنّه:« أ- معتدة البائن أو الوفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها، يثبت نسب ولدها إذا جاءت به خلال سنة، خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ البينونة أو الوفاة.

ب- ومع مراعاة أحكام الإقرار بالنّسب إذا جاءت به لأكثر من هذه المدة لا يثبت نسبه.

ج- وإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمله، يثبت النسب إذا ولدت لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها، ولأقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت البينونة أو الوفاة».

---

[1] أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 27.

[2] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 89.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون تعقيباً على هذه المادة ما يلي: «'المراد بمعتدة البينونة ما يشمل معتدة البائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى، والمعتدة من فسخ الزواج باعتبار أن نتيجة الفسخ فرقة بائنة وإن لم ينقص ما يملكه الزوج من طلقات. ومعتدة البائن أو الفسخ لا تحل معاشرتها ممن فارقها في خلال العدة، فلا يقدر بينهما معاشرة إلاّ قبل الفرقة، وقد انقطع إمكان هذه المعاشرة حِسّاً بالنسبة إلى المعتدة الوفاة، ومن ثم افترقتا عن معتدة الرجعي، فلا بّد لثبوت نسب مولودها من أن يُوْلَد قبل مضي أقصى مدّة الحمل من تاريخ الفرقة أو الوفاة. فالمعتدة من بائن أو فسخ أو وفاة، إذا لم تقرّ بانقضاء العدّة يثبت نسب ولدها، متى أتت به في أثناء هذه العدّة، ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه بالفراش، ولكن إذا ادعاه الزوج أو الورثة المتوفّى، وتوافرت شروط ثبوت النّسب بالإقرار فإنه يثبت النّسب.

وإن أقرّت بانقضاء العدّة في مدّة تحتمل الانقضاء يثبت النّسب، إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت الإقرار، ولأقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الفرقة أو الوفاة»[1].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز في الطعن رقم 1993/40م جلسة 1993/12/25م: من المقرر في مذهب الإمام مالك في حالة الفرقة بين الزوجين بطلاق بائن أنّه يشترط لثبوت النّسب أن تجيء بالولد خلال سنة من الطلاق ولا تكون قد أقرت بانقضاء العدة»[2].

---

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 186.

[2] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 449، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107، تاريخ الدخول 2020/1/5م، على الساعة 21:00.

ثانيا-نسب المتوفى عنها زوجها: من الناحية الشرعية يثبت نسب ولد المتوفي عنها زوجها الذي وضعته بعد الوفاة إن أتت به لأقصى مدّة الحمل من تاريخ الوفاة، وهذا ما ذهب إليه الجمهور[1]. وخالف ذلك زفر من الحنفية[2]، والحنابلة[3] فذهبوا إلى ثبوت نسبه إن وضعته لأقل مدّة الحمل من تاريخ انتهاء العدّة أي قبل مرور أربعة أشهر وعشرة أيام وستة أشهرعشرة أشهر وعشرة أيام.

ومن الناحية القانونية فان المشرع الجزائري نصّ في المادة 43 من قانون الأسرة على أنّ: «الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»، وأكّدت المادة 60 من نفس القانون على نفس المدّة[4].

وعليه فإنّ النّسب يثبت للمتوفى إذا أتت أرملته بولد ما بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدّة الحمل، أي عشرة أشهر، لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة، وتبعا لذلك يكون الفراش قائما وقت الوطء فيثبت احتياطيا لمصلحة الولد، ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من عشرة أشهر كاملة لأنّه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة.

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 214، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 87.

[2] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 544.

[3] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 407.

[4] تنص المادة 60 من ق. أ. ج على أن: « أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ».

المشرع المصري نصّ على أنّه إذا فإذا وقعت الفرقة لوفاة ثم ولدت الزوجة ولدا بعد مضي سنة أو أقل من تاريخ الوفاة ثبت نسب ولدها من زوجها لأنّ الحمل يعتبر حاصلا أثناء الزوجية، وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة بعد وقت الوفاة وادعت ثبوت نسبه من زوجها المتوفى لا تسمع دعواها بثبوت النّسب لأنّ الحمل حينئذ يعتبر حادثا بعد وفاة الزوج الظاهر يكذبها فلا تسمع دعواها إلاّ إذا ادعاه الورثة[1].

في القانون الكويتي اعتبر أنّ المعتدّة من وفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة الشمسية من تاريخ الوفاة، وهي أقصى مدّة الحمل قانونا، أمّا إذا جاءت به لأكثر من السنة فإن نسبه لا يثبت منه إلا إذا ادعاه ورثة المتوفي، وإذا أقرّت بانقضاء العدّة في مدة تحتمله ثبت نسب الولد إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها ولأقلّ من سنة شمسية من وقت الوفاة طبقا للمادة 171 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[2] والتي سبق بيانها.

إذا كان الزواج الصحيح يثبت به النّسب متى توافرت شروطه, فهل الزواج غير الصحيح يثبت أيضا به النّسب ؟ وهو ما سأتناوله في المطلب الموالي.

---

[1] احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب،ط1، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، 1419هـ-1998م، ص 257.

[2] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 89.

المطلب الثاني

النّسب في الزواج غير صحيح بين الشريعة والقانون

حماية لعقد الزواج الصّحيح، رتب الشارع أحكاما وجزاءات على التصرفات التي تتسبب في اختلالات في عقد الزواج وهي البطلان والفساد وكلتا الحالتين تدخل ضمن مسمى الزواج غير صحيح، فلا فرق عند جمهور الفقهاء بين الباطل والفاسد فكل باطل عندهم فاسد، وكل فاسد باطل[1].

غير أنّ الحنفية[2] يفرقون بين الباطل والفاسد فيجعلونهما نوعين الفاسد مشروع بأصله ولا بوصفه، والباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شرائط الصحة، ويمثلون للفاسد بعقد الربا، فانه مشروع من حيث أنّه بيع، وممنوع من حيث أنّه عقد ربا، ومثل الباطل عندهم ببيع الأحرار من الرجال والنساء، وبيع الخمر ووجوده كعدمه، ذلك لأنّه لا اعتبار له شرعا.

وسأتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الزواج غير صحيح (الفرع الأول) ثم مدى ثبوت النّسب من الزواج غير صحيح (الفرع الثاني).

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 112.

[2] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص 299.

الفرع الأول

مفهوم الزواج غير صحيح بين الشريعة والقانون

سأتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الزواج الفاسد (أولا) والزواج الباطل (ثانيا) لغة واصطلاحا وقانونا ثم أبيّن أهّم الآثار المترتبة عنهما (ثالثا).

أولا- تعريف الزواج الفاسد :

الفساد لغة: فَسَدَ الشَّيءُ، يَفْسُد فساداً وفُسوداً، وهو فاسِدٌ وفَسِيد[1]، وهو نقيض الصلاح، وخروج الشيء عن الاعتدال قليلا أو كثيرا[2].

اصطلاحا:عرف جمهور الفقهاء[3] من المالكية والشافعية والحنابلة الفساد بأنّه مخالفة الفعل الشرع، بحيث لا تترتب عليه الآثار، أو هو ما اختل فيه احد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه، أمّا الحنفية [4] فعرفوه بأنه ما شرع بأصله دون وصفه.

وعرفه الإمام ابن رشد بقوله: «وأمّا الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنّها تفسد: إمّا بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشّرع من أحكامه مما هو عن الله Y وإمّا بزيادة تعود على إبطال شرط من شروط الصحة»[5].

---

[1] أبو الحسين احمد ابن فارس، المرجع السابق، ج4، ص 503.

[2] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص 335.

[3] عبد الرحمن بن أبو بكر السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص 489، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 59.

[4] زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م، ج1، ص 337، أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص 299.

[5] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 59.

ولا فرق عند الجمهور بين الزواج الفاسد والباطل إلاّ أنّهم عرفوه على أنّه: « الزواج الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كأن يعقد الزواج بغير شهود، أو أن يتزوج امرأة في عدة ، أو أن يتزوج أختا في عدّة أختها أو أن يتزوج الخامسة في عدة الرابعة» [1].

قانونا: عرف المشرع الجزائري الزواج الفاسد هو العقد الذي يحتوي الإيجاب والقبول لكنه فقد شرطاً من شروطه الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كأنه يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق، كما يشتمل على مانع من موانع الزوجة أو عدم توافر أهلية الزوجين فيكون عقداً مختلاً من شرط من شروط الصحة، ويعد ذلك سبباً من أسباب الفسخ الذي يعد الأثر المقرر قانونا[2]. كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادتين 33 و34 من ق. أ والتي تشتملان على ما يلي : إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه قبل الدخول أما بعد الدخول فالزواج يثبت بصداق المثل، إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي سواء المؤبدة أو المؤقتة فإنه يفسخ قبل الدخول أو بعده، ويترتب عليه إثبات النّسب ووجوب العدة.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 32 من ق. أ. ج قبل التعديل كانت تقرر الفسخ إذا اختل أحد أركان الزواج أو إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردّة الزوج، غير أنّه وبموجب التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فقد تم تعديل المادة 32 والتي أصبحت تقرر بطلان الزواج في حالة اشتماله على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد مع إسقاط عبارة ردّة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج[3]؛ ومرجع ذلك كون أنّ المشرع الجزائري كان مالكيا ثم تحول إلى الفقه الحنفي.

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 323.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 51.

[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 51-52.

ونفس الامر بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرف الزواج الفاسد من خلال نص المادة 59 من مدونة الأسرة على أنّ: « الزواج يكون فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60-61 ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده »[1].

ثانيا- تعريف الزواج الباطل:

لغة: هو الضياع والخسران، بَطَلَ الشيء، يبطل وبطلانا، ذهب ضياعا وخسرانا، فهو باطل[2].

اصطلاحا: الباطل عند الجمهور يقابله الصّحيح، فكل ما هو غير صحيح فهو باطل[3]. وعند الحنفية العقد غير المشروع لا بأصله لا بوصفه[4].

فيمكن تعريف الزواج الباطل بأنّه: العقد الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده، إذ أنّ فقدان أيّ شرط من شروط الانعقاد يجعله باطلا[5]. ولا خلاف بين الفقهاء في أنّ النكاح الباطل لا يثبت النّسب لأنّ الوطء فيه زنا، والزنا كما اتفق الفقهاء لا يثبت به النّسب[6]، ومن صوره من تزوج بامرأة محرمة عليه تحريماً أبدياً فيفسخ العقد عن رضا وإلاّ جبراً بالقضاء[7].

---

[1] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص 23.

[2] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص 227.

[3] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنّة، ط2، دار النفائس، الأردن، 1418هـ-1997م، ص 93.

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 93.

[5] احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 119.

[6] احمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص 119.

[7] خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر،2004م، ص 206.

قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل، لكن باعتماد المادة 9 والمادتين 32 و1/33 من ق. أ يمكن تعريفه على أنّه: « هو كل عقد زواج فقد ركنا من أركانه الأساسية أو إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة »[1].

في حين عرفت مدونة الأسرة المغربية[2] الزواج الباطل في المادة 57 منها إذا اختل فيه أحد أركان الزواج من إيجاب وقبول مطابق له، وإذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج، فقد نصت على أنهّ:« يكون الزواج باطلا:- إذا اختل فيه احد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه.
- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول ».

وكذلك عرفه المشرع الكويتي[3] في المادة 49 من قانون الأحوال الشخصية على أنّه: « يكون الزواج باطلا:

أ- إذا حصل خلل في الصيغة أو في الأهلية العاقد يمنع انعقاد العقد.

ب- إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة أو رضاعا أو مصاهرة أو زوجة للغير أو معتدته أو مطلقة الزوج ثلاثا أو لا يحل الجمع بينها وبيم من في عصمته أو لاتدين بدين سماوي.

ج-إذا كان احد الزوجين مرتدا أو كان الزوج غير مسلم والمرأة مسلمة، ويشترط في الفقرتين ب،ج السابقتين ثبوت العلم بالتحريم وسببه ولا يعتبر عذرا إذا كان إدعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه».

---

[1] العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 491.

[2] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص23.

[3] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 24.

ثالثا-الآثار المترتبة عن الزواج غير الصحيح:

1- الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد: الزواج الفاسد في إثبات النّسب كالزواج الصّحيح، إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا، دخولا حقيقيا، لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا تم اكتشف ذلك قبل الدخول، فانه يترتب عليه وجوب التفريق بينه وبينها، ويصبح العقد كأنه باطل ولا ينتج عنه أيّ اثر شرعي من أثار المترتبة على الزواج الصّحيح[1].

أمّا إذا اكتشف سبب الفساد بعد الدخول بها دخولا حقيقيا، تم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، ثبت نسبه من أبيه، ولا يستطيع الزوج أن ينفي نسب هذا الولد حتى باللّعان، لأنّ اللّعان عند الحنفية[2] لا يكون إلاّ بين الزوجين في الزواج الصّحيح، أو حكما كالمعتدة من طلاق رجعي.

أمّا عند الجمهور المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] فإنّ النّسب عندهم ينتفي باللّعان في الزواج الفاسد أيضا كما في الصّحيح، ويترتب على الزواج الفاسد التفريق بين الزوجين ثبوت حرمة المصاهرة، ووجوب العدّة واستحقاق المهر[6].

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996م، ص 186.

[2] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، شرح فتح القدير، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ن، ج4، ص 315.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 718.

[4] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص 472.

[5] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص15.

[6] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 186.

كذلك المشرع الجزائري ساوى بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد في اللّعان ورتب على هذا الاخير آثار قبل الدخول وبعده، فسخ الزواج قبل الدخول كجزاء في حالة تخلف شرط من شروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الاسرة الجزائري ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ويترتب عليه وجوب مهر المثل وثبوت حرمة المصاهرة ووجوب الاستبراء وثبوت النسب طبقا للمادة 32 من ق. أ. ج.

أمّا في مدونة الأسرة المغربية لمعرفة الآثار المترتبة على الزواج الفساد يجب التمييز بين الزواج الفاسد لعقده أو الزواج الفاسد لصداقه، فإذا كان الزواج فاسد لعقده فيترتب عليه فسخ قبل الدخول وبعده.

وهو الذي يقع في الحالات المحددة بمقتضى المادة 61 من م. أ. م[1]، وميزت المادة 64 من نفس القانون بين ما اذا كان الفسخ قبل الدخول لا ينتج عنه أي آثار أما إذا كان بعده فتترتب عليه آثار الزوج الصحيح خلال الفترة من وقت وقوع البناء الى تاريخ صدور الحكم بفسخه[2]. أمّا إذا كان فسخ الزواج لصداقه والذي اختل فيه شرط الصداق حسب المادة 60 من م. أ. م فيفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه ويصحح بعد البناء بصداق المثل[3].

---

[1] نصت المادة المادة 61 من م. أ. م: « يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده وذلك في الحالات الآتية:
-إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.
-إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.
-إذا كان الزوج بدون ولي في حالة وجوبه.
يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة، قبل صدور الحكم بالفسخ ».

[2] تنص المادة 64 من م. أ. م: «الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و 61 أعلاه لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه».

[3] سعيد صولة، المرجع السابق، الرابط الالكتروني: https://marocdroit.com ، ص 21، تاريخ الدخول 2021/07/22م، الساعة 16:30.

كذلك المشرع المصري رتب للزواج الفاسد آثار بعد الدخول تتمثل في ثبوت حرمة المصاهرة، ثبوت النّسب، وجوب العدة، عدم وجوب حدّ الزنا لوجود الشبهة[1]. فقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1978/05/31م انّه: « من المقرر في الفقه الحنفي أنّ الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه اثار الزواج الصحيح ومنها النّسب بالدخول الحقيقي »[2].

أمّا المشرع الكويتي يساوي الفاسد والصحيح في اللّعان ويترتب على الزواج الفاسد آثار بعد الدخول نصت عليها المادة 50 من قانون الاحوال الشخصية الكويتي[3] تشمل وجوب المهر، ثبوت النّسب، وجوب العدة، حرمة المصاهرة، أما قبل الدخول فلا يرتب أي أثر طبقا للمادة 51 منه التي تنص على أنّ: «الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول »[4].

2- **الآثار المترتبة عن الزواج الباطل:** إنّ الزواج الباطل لا يترتب عليه أي اثر من الآثار التي يرتبها الزواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول، ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على الزوجين أن يتفرقا في الحال، وإذا دخل الرجل على من عقد عليها باطلا كان دخوله

---

[1] محمد مهدي قنديل، البصمة الوراثية في دعاوي النّسب و الجوانب العلمية، د. ط، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، مصر، 2009م، ص 48.

[2] محمد مهدي قنديل، المرجع نفسه، ص 48.

[3] تنص المادة 50 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنّه: «كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسدا و يترتب على الدخول فيه: ا-وجوب الأقل من المهر المسمى و مهر المثل عند التسمية و مهر المثل عند عدمها.

ب-ثبوت نسب الأولاد بشرائطه و نتائجه المبينة في هذا القانون.

ج-وجوب العدة عقب المفارقة رضاء أو قضاء وبعد الوفاة.

د-حرمة المصاهرة».

[4] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 24.

بمنزلة الزنا إذا كان عالما، ولا تجب على المرأة العدّة ولا النفقة بعد التفريق، ولا يثبت به التوارث ولا نسب الولد الذي يولد من هذا الدخول، وجب حدّ الزنا على الزوجين[1].

جاء في المغني: «فأمّا الانكّحة الباطلة، كنكاح المرأة المتزوجة، أو المعتدة، او شبهة، فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحدّ ولا يلحق النّسب فيه»[2].

خلافا لأبي حنيفة الذي لا يرى إقامة الحدّ لشبهة العقد ويثبت النّسب[3]، وهذا الرأي تبناه المشرع الجزائري عندما رتب على عقد الزواج الباطل ثبوت النّسب رعاية لحقوق الولد وهذا ما نصت عليه المادة 34 من ق. أ: « كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النّسب ووجوب الاستبراء »، وهذا ما أقرّته المحكمة العليا في إحدّى قراراتها التي جاء فيها: « بأنّه يثبت النّسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من ق. ا ومتى تبين أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتعيين خبرة طبية، قصد تحليل الدم للوصول الى معرفة النّسب، خلافا لقواعد إثبات النّسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما يليها من قانون الأسرة، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض»[4].

وعلى نفس النّهج سار المشرع المغربي، حيث رتب أيضا ثبوت النّسب على الزواج الباطل، بعد الدخول وجوب الصداق للمرأة، وجوب الاستبراء وليس العدة، لحوق النّسب غير ذلك يتوقف على

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 524، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق،ج2، ص 216، أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 322.

[2] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 10.

[3] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص 261.

[4] م.ع،غ. أ.ش، 1999/06/15م، ملف رقم222675، م. ق،ع1، 1999م، ص 126.

قصد الزوج إذا كان حسن النيّة[1]، أمّا إذا كان الزوجان سيّئا القصد وتعمدا الدخول بأن كانا يعلمان مسبقا أنّ زواجهما باطل، فلا يثبت نسب الأبناء[2].

على خلاف المشرعين الجزائري والمغربي لم يرتب المشرع الكويتي على الزواج الباطل أي أثر من آثار الزواج طبقا للمادة 48 من قانون أ. ش. ك التي تنص: « الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج »، وكذلك المشرع المصري تبنى نفس موقف المشرع الكويتي ولم يرتب على الزواج الباطل أي أثر من آثار الزواج فلا يجب مهر ولا نفقة ولا يثبت النّسب ولا توارث وحرمة المصاهرة[3].

الفرع الثاني

شروط ثبوت النّسب من الزواج غير الصّحيح

بين الشريعة والقانون

كما سبق وأن ذكرنا أنّ الفقهاء اتفقوا على أنّ النكاح الفاسد كالصّحيح في ثبوت النّسب، ولكنهم اختلفوا في المدّة التي يتم بها إلحاق النّسب بالواطئ أهي من وقت العقد كما في الزواج الصّحيح أو هي من وقت الدخول وإمكان الوطء؟ لذلك إثبات النّسب في الزواج الفاسد يشترط فيه:

أولا- الدخول الحقيقي:

هو شرط أساسي لثبوت النّسب، ويترتب على الزواج الفاسد حالتان يختلف فيهما حكم النّسب، إن كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

---

[1] تنص المادة 58 من مدونة الاسرة على أنّ :«كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النّسب وحرمة المصاهرة».

[2] ادريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات ظهير 1993/09/10م، ط6، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 1999م، ص 207

[3] محمد مهدي قنديل، المرجع السابق، ص 52.

1- **حكم النّسب قبل الدخول:** لا يترتب على العقد الفاسد قبل الدخول أيّ أثر من آثار الزواج الصّحيح، إذا عقد الرجل على المرأة عقدا فاسدا ثم اكتشف ذلك قبل الدخول، ويصبح العقد كأنّه عقد باطل، ولا ينتج عنه أيّ أثر أو حكم شرعي [1].

فلا تعتدّ المرأة ولا تجب لها النفقة ولا صداق، طبقا للمادة 33 من ق. أ. ج ولا توارث بين الزوجين، ويتعين عليهما أن يتفرقا في الحال من تلقاء نفسيهما، بحيث أنّ الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة ويعتبر الزواج غير موجود حكما ولا يثبت النّسب به[2].

على نفس النهج سار المشرع المغربي، فلا يتحقق الفراش بالزواج الفاسد إلاّ بالدخول الحقيقي للمرأة بعد العقد الفاسد، لهذا تحسب مدّة الحمل في الزواج الصحيح من تاريخ العقد وفي الزواج الفاسد من تاريخ الدخول وهذا ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة 154 منها أنّ: « مدّة الحمل إذا كانت لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ العقد في الزواج الصحيح ومن تاريخ الدخول في الزواج الفاسد فإنها تكون حجة قوية يثبت بها النّسب ».

2- **حكم النّسب بعد الدخول:** اتفق الفقهاء على أنّ النّسب يثبت بالنكاح الفاسد كالنكاح الصحيح في ثبوت النّسب إذا اتصل به دخول حقيقي ونتج عنه ولد فإنّه يترتب عليه الحاق النّسب، لأنّ النّسب يُحتاط في إثباته لإحياء للولد[3]، الاّ أنّهم اختلفوا في المدة التي يتم فيها الحاق النّسب بالواطئ.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 186، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 120.

[2] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 74-75، العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015م، ص 631.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 257، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج8، ص 230، أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 335 .

أمّا المشرع الجزائري قضى بثبوت النّسب من الرجل الذي دخل بمن عقد عليها عقد فاسدا، وحصل حمل من هذا الدّخول، وذلك مراعاة للولد وعدم تضييعه وهذا ما تضمنته المادة 40 من ق. أ. ج: « يثبت النّسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ».

وتجب العدّة على المرأة، وتبدأ من يوم الفرقة بين الطرفين، إذا كان ذلك من تلقاء نفسيهما أو بمقتضى حكم قضائي، وتثبت حرمة المصاهرة، فيحرم على الرّجل أن يتزوج بأصول المرأة أو فروعها، كما يُحرم عليها أصوله وفروعه، وتستحق صداق المثل طبقا للمادة 33 المعدّلة من ق. أ[1].

كذلك المشرع المغربي رتّب على الزواج الفاسد، بعد الدخول أثار العقد الصّحيح ومن بينها ثبوت النّسب بكيفية مطلقة سواء كان الزوج حسن النيّة أو سيئها[2].

نصّ قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 172 على أنّه: « يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي»، ويتضح من خلال استقراء المادة أنّ النّسب يثبت في الزواج الفاسد إذا جاءت المرأة بالولد لستة أشهر قمرية فأكثر من وقت الدخول الحقيقي بها لا من حين العقد[3].

---

[1] تنص المادة 33 من ق.أ.ج:« يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل» .

[2] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ط5، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000م، ص 402.

[3] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 48.

ثانياً–ولادة المولود في مدّة الحمل: لا يكفي الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد لثبوت النّسب، فلابدّ أن يولد المولود في مدّة محددّة، وتختلف هذه المدة بحسب ما إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أو يكون قد حصل تفريق بينهما.

1– مدة ثبوت النّسب أثناء قيام الزوجية من زواج فاسد: اتفق الفقهاء على أنّ المدة التي يجب أن يولد فيها الولد ليثبت نسبه من الزواج الفاسد هي ستة أشهر فأكثر إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أمّا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر لا يثبت النّسب[1].

إلاّ أنّهم اختلفوا في الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدّة أهي من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول والتلاّقي كما في الزواج الصّحيح على رأيين:

الرأي الأول: يرى صاحبا هذا الاتجاه وهما أبو حنيفة وأبو يوسف، بأنّه لا فرق بين الفاسد والصّحيح من حيث ثبوت النّسب، فكلاّهما فيه إلحاق الولد بأبيه، إذا جاءت به أمّه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد[2].

الرأي الثاني: وهو رأي الجمهور من الفقهاء فإنّهم اعتبروا الزواج الفاسد كالصّحيح وشرط ثبوت النّسب في الفاسد كالصّحيح وهو الدخول الحقيقي أي الوطء[3].

---

[1] أبو عمر يوسف ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط2، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض، الرياض، السعودية، 1980م، ج2، ص 614، محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص 198، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج6، ص 462، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 479.

[2] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ج2، ص 153.

[3] أبو عمر يوسف ابن عبد البر، المرجع السابق، ج2، ص 613، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج7، ص 431، أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص 78.

وقد مال إلى هذا الرأي الإمام محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية الذي ذهب إلى أنّ عقد الزواج الفاسد لا أثر له قبل الدخول، فكيف نرتب له حكم النّسب من تاريخ العقد الذي لم يعترف به الشارع إلاّ بعد الدخول، فالزواج الفاسد ليس بزواج حقيقي، فافترق عن الصحيح، وهو الرأي المفتى به لدى الأحناف[1] .

2- مدّة ثبوت النّسب بعد الفرقة من زواج فاسد :إذا حصلت الفرقة بالتراضي أو بتفريق من القاضي، بعد الدخول في عقد الزواج الفاسد، يثبت نسب المولود إذا جاءت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة، وإن ولدته بعد مضي أقصى مدة حمل لا يثبت نسبه وهذا رأي المالكية [2]، وبشرط أن يكون لستة أشهر على الأقل من تاريخ الدخول؛ ولا خلاف بين الفقهاء أنّ أقصى مدّة الحمل تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين[3].

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة: « يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة »[4]. وبناءا على نصّ المادة سالفة الذكر، يثبت نسب الولد لمن تأتي به لأقل من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، وسبب ثبوت النّسب في هذه الحالة أنه لم يتيقن من حصول العلوق بعد الفرقة، إذ المدّة تحتمل حصوله قبل الفرقة لأن أقصى مدّة للحمل عشرة أشهر، فيثبت النّسب احتياطا للولد.

وإن أتت به لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، لا يثبت النّسب وأساس عدم الثبوت في هده الحالة أنّ أصبح متيقناً أن العلّوق حصل بعد الفرقة، لأنه أتى بأكثر من أقصى مدّة الحمل

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 325.

[2] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، 431.

[3] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ط8، منشورات جامعة دمشق، 2000-2001م، ج2، ص 169-170.

[4] العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص 644.

من تاريخ الانفصال، فلا يثبت نسب الولد من الزوج لاحتمال أن الولد ليس منه، إلاّ ادعاه ولم يصرح أنّه من الزنا[1].

المشرع الجزائري اعتبر العقد فاسدا إذا اكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق ولكن إذا اكتشف سبب الفساد بعد الدخول، يقتضي الاستمرار في العقد رغم فساده، ويثبت النّسب، مع حرمة المصاهرة ووجوب العدّة[2].

أمّا المشرع المغربي يثبت نسب الولد من الزوج في حال وجود زواج فاسد، فمدونة الأسرة المغربية[3] ساوت بين الزواج الفاسد والصحيح فيما يتعلق بشروط ثبوت النّسب، وثبت نسب المولود بعد الفرقة من زواج فاسد بنفس شروط ثبوت نسب المولود بعد الفرقة من زواج صحيح، فقد نصت المادة 64 من م.أ.م على انّه: « ويترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح ».

وقد جاء قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 2006/07/19م[4]: « لما كان الثابت من وثائق الملف أنّ عقد الزواج قد أبرم بين الطرفين بتاريخ 2003/03/26م وضعت الزوجة الولد بتاريخ 2003/07/19م ونازع المستأنف عليه في انتسابه إليه ودعى إلى خبرة قضائية أسفرت على أنّ المولود من مائه.

واستنادا لهذا الواقع يكون الزواج قد تم الإشهاد عليه في وقت كان فيه رحم الزوجة مشغول بحمل من زوجها المستأنف عليه فانتفى شرط حليّة الزوجة للنكاح وخلوها من موانعه وقت الإشهاد

---

[1] العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع نفسه، ص 644.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ج1، ص 196.

[3] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص24.

[4] سعيد صولة، المرجع السابق، على الرابط الالكتروني: https://marocdroit.com ، ص 20، تاريخ الدخول 2021/07/22م، الساعة 16:30.

والذي هو لازم لصحة هذا العقد وطبقا للمادة 13 من م.أ.م والمادة 39 منها يكون هذا العقد مجمع على فساده في الفقه الإسلامي والتي صفتها في مدونة الأسرة المغربية في خانة العقود الباطلة ويلحق فيها الولد طبقا للمادتين 57 و58 منها».

غير أن المشرع المصري اعتمد في حال مفارقة الرجل المرأة التي عقد عليها عقدا فاسدا، أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول ثم ولدت بعد المفارقة فإن كانت ولادتها لأقل من سنة من تاريخ الفرقة استنادا لقانون 25 لسنة 1929م جعل أقصى مدّة الحمل سنة شمسية ثبت نسبه، أمّا إذا جاءت بالولد لأكثر من سنة فلا يثبت[1].

المشرع الكويتي أيضا نصّ على أنّ الولد بعد المتاركة أو التفريق لا يثبت نسبه إلاّ إذا كانت الولادة قبل مضي خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ المتاركة أو التفريق، أمّا إذا ولد بعد المتاركة أو التفريق فإن نسبه لا يثبت منه إلاّ إذا ولدته قبل مضيّ سنة شمسية من تاريخ المتاركة أو التفريق[2].

بعد وقوفنا على الزواج غير الصحيح وشروط ثبوت النّسب فيه، سأتطرق إلى نكاح الشبهة لمعرفة مصير النّسب فيه.

---

[1] احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص213.

[2] تنص المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنّه:« ا- يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي.
ب-أما إذا ولد بعد المتاركة أو التفريق فإن نسبه لا يثبت منه إلا إذا ولدته قبل مضيّ سنة شمسية من تاريخ المتاركة أو التفريق»

المطلب الثالث

النّسب في نكاح الشّبهة بين الشريعة والقانون

يقصد بنكاح الشّبهة هو كل ما لم يتيقن هل هو حلال أم حرام، فهو ليس بزنا يجب فيه الحدّ، ولا ملحقا بالزنا، ولا يكون بناء على عقد فاسد، ولا هو دخول حقيقي يرتكز على عقد نكاح، ولذلك يلحق فيه النّسب، لأنّ الشبهة أنزلته منزلة الفراش على مستوى ثبوت النّسب[1]، وسوف أفصّل كل هذا من خلال التطرق لمفهوم نكاح الشّبهة (الفرع الأول) والوقوف على موقف كل من الشريعة الإسلامية من النّسب في نكاح الشبهة (الفرع الثاني)، ثم موقف القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ماهيّة نكاح الشّبهة

قبل التطرق إلى النّسب في نكاح المتعة لابّد من بيان معنى الشبهة وذلك من خلال تعريفها لغة واصطلاحا (أولا) واستظهار أقسامها (ثانيا).

أولا–تعريف نكاح الشّبهة:

الشبهة لغة: من الاشتباه: الشُبهة بالضم جمع شُبه، وهي الالتباس يقال اشتَبه الشيئان وتشابها: أشْبَهَ كل واحد منهما الأخر حتّى التبسا، واشتبه الأمر عليه: اختلط، واشتبه في المسألة: شك في صحتها، وشبه عليه الأمر:خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره[2]. والمشْتَبهات من الأمور المُشكلات يشبه بعضَها بعضًا[3].

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق، ج5، ص 427.

[2] محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق ج9، ص393، احمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، د. ط، دار الدعوة، اسطنبول، تركيا، 1989م، ص 471.

[3] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص 504.

اصطلاحا: قال الجرجاني الشُّبْهَةَ هي: « مَا لَمْ يَتَيَّقَّنْ كَوْنُهُ حَرَاماً أو حَلالاً »[1]، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة أو ما شبه الثابت وليس بثابت[2]. وقال بعضهم الشُبهة: « مشابهةُ الحقِّ للباطلِ والباطلِ للحقِّ من وجهٍ إذا حَقَّق النَّظرُ فيه ذَهَب»[3]. و بناءا عليه يمكن تعريف نكاح الشبهة بأنّه: «هي كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحدّ ويثبت بها النّسب»[4].

أو هي اتصال غير شرعي بين رجل وامرأة مع اعتقاد الرجل شرعية الاتصال، إمّا نتيجة غلط في الواقع كتزوجه بمن تحرم عليه نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة وهو لا يعلم ذلك؛ وإمّا نتيجة غلط في الحكم الشرعي كجهل الرجل منع الشريعة وطء مطلقته في عدّة طلاق بائن، فلا تعتبر الشبهة زنا ولا ملحقة به كما لا تكون بناءا على نكاح صحيح أو فاسد[5].

ثانيا–أُقسام الشبهة: الشبهة في الزواج تظهر في أشكال مختلفة قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام وهي:

1– **شبهة الفعل:** وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، فالمشتبه هنا ظنّ غير الدليل دليلا لجهله الشرع وهذا التقسيم عند الحنفية فقط[6]، وفيها يعتقد الشخص أنّ الحرام حلالاً من غير دليل من الشارع قوي أو ضعيف أو خبر من الناس، اعتبر الأخذ به جائزاً [7]، كما لو دخل

---

[1] علي بن محمد الجرجاني، المرجع السابق، ص 165.
[2] الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج25، ص 338.
[3] محمد عبد الرؤوف المناوي، المرجع السابق، ص 422.
[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 688.
[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج7، ص 688.
[6] محمد الأمين الشهير ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص 26.
[7] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص 150.

شخص على امرأة ظنّا منه أنها زوجته، ثم تبيّن أنّها غير زوجته، ولا بّد من الظّن بالحلّ وإلاّ فلا شبهة أصلا[1].

وعلّة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل أنها صحبت نفس الفعل، ولم تقم بالمحل، الذي لا شبهة في تحريمه، ولكن الظن قام بذهن الفاعل بسبب جهله بالشّرع[2].

لذلك كانت الشبهة شبهة الفعل وليس محل الوطء مثال ذلك أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدّة معتقدا أنّها تحلّ له ويدخل بها، فانه يفرق بينهما، لأنه لم يعدّ يملك المتعة على مطلقته، إلاّ أنّ بعض الآثار قد تترك للواطئ شبهة يظّن بها الوطء[3].

جاء في الفروق أنّ الأساس في الشبهة: « الاعتقاد الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحدّ من حيث إنّه معتقد الإباحة، وعدم التطابق في اعتقاده يقتضي الحدّ فحصل الاشتباه وهي عين الشّبهة »[4].

2- **شبهة الملك** : وتسمى أيضا شبهة" أو شبهة الحل أو المحل« أو شبهة الحكم، وهي عكس شبهة الفعل، بحيث لا يشترط الظن الحلّ، كما هو في شبهة الفعل، لأنّ الواطئ في هذه الحالة

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج9، ص 342.

[2] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، د. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976م، ص 86.

[3] احمد نصر الجندي، النّسب في الاسلام ، المرجع السابق، ص 89.

[4] شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الفروق، ط1، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ج4، ص 1307.

ملكا» [1]، وقد عرفها عبد العزيز البخاري بأنّها: « أن يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة في ذاته مع تخلف حكمه عنه لمانع اتصل به »[2].

غالبا ما تكون هذه الشبهة إذا كان في المحل دليلان متعارضان أحدهما خفي مرجوح، والآخر جلّي راجح، فيسند الفاعل على مقتضى الدليل الخفي، فيقع في الفعل الحرام، لكن وجود الدليل يجعل الفعل على وجه الحق فتنشأ الشبهة[3]، ومثالها الدخول بجارية الابن، فهي ليست ملك له بل ملك لغيره وهو ابنه.

فدليل التحريم قائم، ولكن في المحل دليل آخر فيه يوجد شبهة المحل وهو قولهS:{أَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَبِيكَ}[4]، فالفعل في حدّ ذاته ليس بزنا لوجود شبهة المحل والحكم[5]. وقد اتفق على هذه الشبهة كلّ من الحنفية[6] والشافعية[7].

3-**شبهة العقد:** وهذا التقسيم انفرد به أبو حنيفة[8]، والمراد بها وجود صورة المبيح، وهي التي نشأت من وجود العقد صورة لا حقيقة، لأنّ الشبهة يشبه الثابت وليس بثابت فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة، كأن يتزوج رجل من امرأة زواجا صحيحا ثم يتبن فساد العقد فيما بعد، كالعقد على

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 55.

[2] علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ط2، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1995م، ج4، ص 345.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 148.

[4] أخرجه محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، كتاب عشرة النساء و الإيلاء والخلع، باب النفقة على الأقارب،ح رقم 1004، ج2، ص 82-83، أخرجه احمد بن حنبل، المرجع السابق، ح رقم7081،ج3، ص644.

[5] عبد عزيز عامر، المرجع السابق، ص 86.

[6] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص 258.

[7] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج4، ص 144.

[8] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص 25.

امرأة وبعد الدخول تبين أنّها من المحرمات ومثال هذه الشبهة أن يتزوج شخص من أخته بالرضاع، وفيها يسقط الحدّ وينسب إليه الولد[1].

وهذه الصورة أشبه بنكاح الفاسد لوجود العقد واشتباه الأمر عليه في الحلّ والحرمة، أمّا النّسب فيلحق عند وجود الشبهة وعدم الحدّ، وان قال علمت أنّها عليّ حرام، وهو قول أبي حنيفة وعند الصاحبين، فإنّ الحدّ لازم إن كان يعلم الحرمة، وهو قول الجمهور لأنّهم يعتبرون الفعل زنا، والزنا يجب فيها الحدّ، ولا يلحق النّسب عند وجود الحدّ[2].

ومن صور شبهة العقد عند أبي حنيفة ما لو استأجر امرأة ليزني بها ففعل، فلا حدّ عليه ويعزر،لأنّ الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله ﷻ: ﴿...۞ **فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗ ... ٢٤**﴾ [3]، فصارت شبهة لأنّ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة نفسها، فصار كما لو قال : «أَمْهَرَتُكِ كَذَا لِأَزْنِي بِكِ»[4].

4-شبهة الخلاف:هذه الشبهة قائمة على اعتبار اختلاف المجتهدين، فيرى بعض منهم صّحتها، والبعض الآخر ببطلانها، نظرا لاختلافهم في بعض شروط النكاح، فيما يعتبره شرطا لصّحة النكاح وما لا يعتبره، ومن أمثلة ذلك كالوطء في النكاح بلا ولي، ونكاح المتعة، ونكاح الخامسة في عدّة الرابعة البائنة، ونكاح الشغار[5]. وانفرد بهذه الشُّبهة المالكية[6] والشافعية[7].

---

[1] احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م، ج2، ص 1176.

[2] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 170.

[3] سورة النساء، الآية 24.

[4] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 156.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع نفسه، ص 152-153.

[6] شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الفروق، المرجع السابق، ج4، ص 1307.

[7] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج10، ص 92.

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من النّسب بنكاح الشّبهة

يختلف الحكم في النّسب عند فقهاء الشريعة الإسلامية في الوطء بشبهة باختلاف الشبهات:

أولا- النّسب من شبهة الفعل: ذهب الفقهاء إلى سقوط الحدّ في شبهة الفعل لاعتقاد الإباحة.

للحديث عن مقسم عن ابن العباس dأنّ الرسولsقال: {ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالْشُّبُهَاتِ} [1] ؛ إلاّ أنّهم اختلفوا في ثبوت النّسب على قولين:

القول الأول: يرى ثبوت النّسب لأنّ الوطء ليس بحرام في نفس الفاعل، ولكنه حرام في حقيقة الأمر نفسه، وإذا سقط الحدّ، ثبت النّسب، ولا يعدّ فعله زنا، لأنّ وطء الزنا لا يعتقد الحلّ فيه، والى هذا ذهب المالكية[2]، الشافعية[3] والحنابلة[4]. وحجتهم أنّ القاعدة عند الفقهاء كل نكاح يدرأ فيه الحدّ فالولد لاحق بالواطئ[5]، قال الإمام احمد: « كلّ من درأت عنه الحدّ في وطء ألحقت به الولد»[6].

وجاء في المدونة:" قُلت: أرأيت من تزوج الخامسة أو امرأة طلقها وقد كان طلاقها ثلاثا البتة قبل أن تنكح زوجا غيره أو أخته من الرضاع أو النّسب أو نساء من ذوات المحارم عامدا عارفا

---

[1] أخرجه أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي بن ماه، مسند أبي حنيفة رواية الحصكفي، كتاب الحدود، د.ط، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، دار الاداب، مصر، د.س.ن، ص1140.

[2] محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق،ج3، ص415، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق،ج2، 219، مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت ، د. س. ن، ج16، ص 202.

[3] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج2، ص 446.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 456، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 427.

[5] محمد بن احمد ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية، د. ط، د. ب. ن، د. س. ن، ص 140.

[6] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 66.

بالتحريم، أيقام عليه الحدّ في قول مالك؟ قال: نعم يقام عليه الحدّ. قلت: فإن جاءت بولد، قال: إذا تعمد كما وصفت لذلك لم يلحق به الولد، لأنّ مالكا قال:« لا يجتمع الحدّ و إثبات النّسب »[1].

وقال البهوتي: « فيمن تزوج معتدة من غيره: وإن كانا أي الناكح والمنكوحة جاهلين بالعدة أو جاهلي التحريم ثبت النّسب وانتفى الحدّ لأنّه وطء شبهة »[2].

القول الثاني:لا يثبت النّسب، وإن ادعاه الزوج، لعدم وجود شبهة في المحل، وأنّ الفعل هو زنا، ولأنّ الزنا لا يثبت به النّسب، ولكن دُرئ الحدّ عنه لظّن الفاعل وهو مذهب الحنفية[3].فقد جاء في شرح فتح القدير :« ولا يثبت–أي النّسب– في الأول وهو شبهة الفعل، وإن ادعاه لأنّ الفعل تمحض زنا لفرض أن لا شبهة مِلْكٍ، إلاّ أنّ الحدّ سقط لظنّه فضلا من الله وهو أمر راجع إليه» [4] . واستثنوا من ذلك المزفوفة إليه–غير زوجته– بل أجنبية عنه، إذا وطئها وجاءت بولد، فإنّ النّسب يثبت، ولا يكن الحدّ على الفاعل، وإن كانت موطوءة بشبهة الفعل[5].

وحجتهم أنّ النّسب لكي يثبت لا بدّ أن يكون ملك أو حق في المحلّ إذ هو لا يثبت بغير فراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما، ولم يتحقق واحد منهما في الوطء بشبهة الفعل، وعلى هذا فالفعل يتمحضّ زنا، والحدّ يسقط لظنّه فضلا من الله[6].

ثانيا– النّسب في شبهة الملك: أجمع فقهاء الشّريعة الإسلامية على أنّ الاتّصال الجنسي المبني على الشّبهة يسقط الحدّ ويمحو وصف الزّنا سواء علم بالحرمة أو جهلها لأنّ الشبهة إذا

---

[1] مالك ابن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج16، ص 202.
[2] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 427.
[3] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص 250.
[4] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع نفسه، ج5، ص 250.
[5] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 336.
[6] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 131.

كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجهٍ فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحدّ على التقادير كلها[1].

ولا خلاف بينهم أيضا في ثبوت النّسب، وهذا بعكس شبهة الفعل فإنّه لم تتفق كلمتهم في كون الشبهة ماحية لوصف الزنا[2].

والواقع أنه مهما يكن فأنّ أصول التّشريع عند جميع الأئمّة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنّه ابن زنا متى أمكن حمله على أنّه ابن شبهة، فإذا توفّر للقاضي تسعة و تسعون حيثية على أنّه ابن زنا، وتوفرت له حيثية واحدة على أنّه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحيثية وطرح ما عداها ترجيحا للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد[3]، لقوله ﷻ: ﴿...**وَقُولُواْ لِلنَّاسِ حُسۡنٗا ...** ٨٣ ﴾[4] .

وقد ثبت عن رسول الله ﷺ عند جميع الأمة قوله: {ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالْشُّبُهَاتِ} [5]، ما يعني أنّ الأحاديث والآية القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد ولا يحكم على أحد انه تولد من الحرام إلاّ بعد الجزم واليقين أنّه ليس في واقع الأمر أيّ نوع من أنواع الشبهة [6]؛ يقول الإمام أبو زهرة: « إنّ الزّنا لا يثبت نسباً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: { الولد للفراش وللعاهر الحجر}[7] ولأنّ ثبوت النّسب نعمة، والجريمة لا تُثبت النِّعمة، ويستحق صاحبها النِّقمة، والزّنا الذي لا يثبت نسباً

---

[1] علاء الدين عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج4، ص 345.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 151.

[3] سميح عاطف الزين، العقود مجمع البيان الحديث، موسوعة الأحكام الشرعية المسيرة في الكتاب والسنة، ط1، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1410هـ-1990م، ص 186.

[4] سورة البقرة، الآية 83.

[5] سبق تخريجه، انظر ص 97.

[6] سميح عاطف الزين، المرجع السابق، ص 186.

[7] سبق تخريجه، انظر ص50.

هو الفعل الخالي من أيّ شبهة مسقطةً للحدّ، فإذا كانت ثمة شبهة تمحّو وصف الجريمة أو تسقط الحدّ فقط، فإنّ النّسب يثبت على الرّاجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الحالة الأولى »[1].

وخالفهم في ذلك الحنفية[2]، حيث اشترطوا ادعاءه من الزوج، وإلاّ لا يثبت نسبه عندهم، بخلاف الجمهور الذي يثبت عندهم بدون دعوى ولا يُنفى عنه إلاّ بلعان[3].

ثالثا- النّسب في شبهة العقد : لقد اختلف الفقهاء في ثبوت النّسب في الوطء بشبهة العقد، وكان عالما بالحرمة على قولين:

القول الأول: أنّ الولد لا يلحق نسبه، وهما زانيان ويقام عليهما الحدّ، وهذا رأي الجمهور من المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] والظاهرية[7] ورأي أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وهو القول الذي عليه الفتوى عند الحنفية[8].

---

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 389.

[2] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 151.

[3] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص 453، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 57، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 216.

[4] مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج16، ص 202.

[5] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ج13، ص 217.

[6] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص524، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 456.

[7] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 322.

[8] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص 35.

واستدلوا على قولهم من الكتاب والسنة:

ففي الكتاب: بقوله y: ﴿... وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلًا ٢٢ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ... ٢٣﴾ [1].

ومن السنّة: استدلوا بحديث عن البراء بن عازب d قال: { لَقِيت خَالِي وَمَعَهُ رَايَة، فَقُلْت له: أَيْنَ تُرِيدُ؟ قال: بَعَثَنِي رسول الله s إلى رَجُلٍ نَكَحَ امرأَةَ أَبِيهِ أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ وآخُذَ مَالَهُ }[2]. فقد دّل الحديث أنّ الرسول s قضى بقتل من تزوج امرأة أبيه وهي من المحرمات عليه على التأبيد، والعقد عليها لم يكن مانعا من مثل هذه العقوبة فدّل على أنّها لا تصلح شبهة لدرأ الحدّ[3].

وبالتالي الوطء حصل على فرج مجمع على تحريمه، والواطئ أهل للحدّ عالم بالتحريم فيجب الحدّ كما لو ام يوجد العقد، وليس العقد شبهة، لأنّه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنا بها[4].

القول الثاني: أنّ النّسب يثبت ولو في النكاح مجمع على تحريمه، وسواء علم بالحرمة أو لم يعلم، ويسقط الحدّ، ولكن يبالغ في تعزيره لجسامة جرمه، وهذا قول أبي حنيفة وزفر. جاء في شرح فتح القدير أنّه: «من تزوج امرأة لا يحلّ له نكاحها بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه أو ابنته فوطئها لم يجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر، وإن قال: علمت أنّها حرام ولكن

---

[1] سورة النساء، الآية 22-23.

[2] أخرجه أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما نكح الآباء، ح رقم 3331، ص 515، أخرجه احمد بن حنبل، المرجع السابق، ح رقم 18557،ج30، ص526،أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب في الرجل يزني بحريمه،ح رقم 4457، ج3، ص160.

[3] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص14-15.

[4] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص261.

وجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشدّ ما يكون من التعزير سياسة لا حدّا مقدر شرعا إذا كان عالما بذلك، وإذا لم يكن عالما لا حدّ ولا عقوبة تعزير»[1].

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

أنّ محل عقد الزواج هو الأنثى، والأنثى من بنات ادم، لأنّ محل العقد هو ما يكون قابلا لمقصوده الأصلي، وكل امرأة قابلة لذلك لأنّها تلد، وكل ما كان قابلا للمقصود كان قابلا للحكم، لان الحكم يثبت ذريعة للمقصود، فكان ينبغي أن يعقد في جميع الأحكام، إلاّ انّه تقاعد عن إفادة الحلّ حقيقة لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث الشبهة، إذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة نفسها[2].

رابعا- النّسب في شبهة الخلاف : لا خلاف بين الفقهاء أنّ شبهة الخلاف تسقط الحدّ، يقول القرافي: « لأنّ قَول المُحَرِّم يَقتضِي الحدَّ، وقول المُبيحِ يَقتضي عدم الحدِّ، فحَصَل الاشتباهُ وهي عينُ الشُّبْهَةِ »[3]. وكذلك لا خلاف بينهم في ثبوت النّسب بها، سواء كان الواطئ يعتقد الحلّ أو التحريم، مادام الفقهاء مختلفين على الحلّ والحرمة، ومثال ذلك النكاح بدون ولي.

فان دليل التحريم في نظر الجمهور القائلين بوجوب هذا الشرط لصحة النكاح، ويكون النكاح في نظرهم فاسدا، خلافا لما ذهب إليه الحنفية الذين يعتبرون النكاح صحيحا، وان وجود الولي ليس بشرط صحة، فيكون دليل الحلّ موجودا شبهة المحل[4]؛ فالقاعدة في ذلك أنّ النّسب يتبع اعتقاد

---

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع نفسه، ج5، ص261.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 139-140.

[3] شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الفروق، المرجع السابق، ج4، ص 1307.

[4] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 153-154.

الواطئ للحلّ، وإن كان مخطأ في اعتقاده[1]، واشترط الرملي لاعتبار هذا النوع من الشّبهة أن تكون قائمة على خلاف معتبر، ويكون كذلك إذا كان من عالم يعتد بخلافه وإن لم يقلده الفاعل[2].

الفرع الثالث

موقف القانون من النّسب بنكاح الشبهة

سأعرض من خلال هذا الفرع موقف كل من القانون الجزائري من النّسب في نكاح الشبهة (أولا) وموقف القانون المقارن (ثانيا).

أولا-موقف القانون الجزائري: إنّ النّسب بنكاح الشّبهة هو واحد من الطّرق التي تضمّنتها المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النّسب، وبالتالي فإنّ المشرّع قد أقرّ ثبوت النّسب في نكاح الشّبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقلّ مدّة الحمل وأقصاها[3].

وقد أكّدت المحكمة العليا أنّ الوطء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النّسب، إذ جاء في قرار لها: « من المقرَّر قانونا أنّه يثبت النّسب بالزّواج وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يُعدّ تطبيقا سليما للقانون، ولما كان الثَّابت -في قضية الحال- أنّ الطّاعنة لم تُثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطالبها الرّامي إلى تسجيل الزّواج وإثبات نسب البنت قد طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن »[4].

---

[1] أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوي، د. ط، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم النجدي وابنه عبد الرحمن، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، السعودية، 1404هـ، ج32، ص 67.

[2] شمس الدين محمد بن أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ج7، ص 425.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص 646.

[4] م.ع،غ.أ.ش، 1991/05/21م، ملف رقم74712، م. ق، ع2، 1994م، ص 56.

إضافة إلى ذلك فقد انتهت المحكمة العليا في احد اجتهاداتها إلى أنّ الاغتصاب الثابت قضاءا يعدّ وطء بالإكراه ويُكيّف بأنّه نكاح شبهة يثبت عن طريقه النّسب، وهو الثابت من القرار الصادر بتاريخ 2011/05/12م[1].

ثانيا- موقف القانون المقارن:

1-موقف القانون المغربي: نصت المادة 155 منها على أنه: « إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقلّ مدّة حمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل»[2]، ولم تشترط المادة سالفة الذكر صراحةً خلو المرأة من الزوج، كما كان الحال عليه في قانون الأحوال الشخصية الملغى[3].

وتكون بذلك قد سدّت الثغرة القانونية التي كان يطرحها الفصل 87 منها والذي اقتصر على الخالية من الزوج فقط، حسب الفقرة الأخيرة من المادة 155 السالفة الذكر فإنّ النّسب الناتج عن الشبهة يمكن إثباته بجميع الوسائل المقرّرة شرعا، وفي حال إنكار النّسب من جانب من اتصل بالمرأة عن طريق الشبهة، يمكن اعتماد الخبرة الطبية للفصل في النزاع[4].

ومتى ترتب النّسب في الاتصّال بشبهة، ترتب عليه من الناحية القانونية جميع النتائج الشرعية المتعلقة بالقرابة، حيث يمنع الزواج في الدرجات الممنوعة، وتستحق النفقة والإرث طبقا للمادة157 من م. أ. م التي تنص على انه: « متى ثبت النّسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالاستلحاق،

---

[1] م. ع، غ. أ. ش. م، 2011/05/12م، ملف رقم 617374، م. م. ع، ع1، 2012م، ص 294.

[2] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 74.

[3] ينص الفصل 87 من قانون الأحوال الشخصية المغربية الملغى على ما يلي : « الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها يثبت نسبه من الواطئ».

[4] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 102.

ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة او الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث».

وقد وسّع المشرع المغربي مفهوم الشبهة من خلال مدونة الاسرة فشملت فترة الخطوبة، إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 156[1]، لأنّ واقع الخطوبة عند المغاربة لها أعراف وتقاليد تجعلها تقوم مقام الزواج بشروطه التي وضعها الفقهاء. ومن المعلوم أنّه ومتى ثار النزاع حول الشروط التي نصت عليها المادة 156 سالفة الذكر، فعلى صاحب المصلحة وغالبا ما تكون المخطوبة أو من ينوب عنها أن يثبت ما يدعيه بدءا بالخطوبة التي يخضع إثباتها للقواعد العامة في الإثبات.

ولقد جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمراكش: « حيث أقّرت المدعية في جلسة البحث أنّه لم تتم أيّة خطبة بين الطرفين كما هي العادة بالمجتمع المغربي، وهذا ما تمسك به المدعى عليه نافيا أيّة علاقة بالمدعية نتج عنها المطلوب نسبتها إليه، وحيث إن من شروط نسبة الحمل الظاهر بالخطوبة للخاطب أن تشتهر الخطبة بين أسرة الطرفين حسب مقتضيات المادة 156من م. أ. م، وأنّه في غياب اشتهار الخطبة بالشكل المحدد وذلك بإقرار المدعية ارتأت المحكمة أنّ إجراء البحث مع الشهود لا طائلة منه وتعين معه التصريح برفض الطلب»[2].

---

[1] تنص المادة 156 على ما يلي: « إذا تمت الخطوبة، و حصل الإيجاب و القبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج و ظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية :

أ-إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عند الاقتضاء.

ب-إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج-إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

د- إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللّجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النّسب ».

[2] محمد الكشبور، البنوة والنّسب ،المرجع السابق، ص 76.

وقد أكّد المجلس الأعلى هذا الشرط وهو ضرورة اشتهار الخطبة بين أسرتي الخطيبين وإقرار الخطيبين أنّ الحمل منهما ووقوعه أثناء الخطبة، وقد جاء في إحدى قراراته : « لئن كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحوق النّسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين باشتهار الخطبة بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين معا بانّ الحمل منهما وبثبوت وقوعه أثناء الخطبة كما أنّ الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة على علم بالخطوبة بالسماع، ولمّا قضت المحكمة بثبوت النّسب إلى الطاعن رغم إنكّاره قد أساءت تطبيق المادة المحتج بها »[1].

ومن خلال الاطلاع على الأحكام القضائية نلاحظ تضارب في تعامل القضاء المغربي مع الشروط الواجب توفرها في الدعاوي المقدمة في إطار المادة 156 سالفة الذكر، وللإشارة إلى انّه لابدّ من التمسك بشروط الفراش المتمثلة في مدّة الحمل وإمكّانية الاتصّال، ورغم ذلك فان الخطبة يثبت بها النّسب ولا يثبت بها الزواج ولا يترتب أثاره القانونية، إلاّ إذا اثبت للقضاء يقينا أنّ الزواج قد انعقد فعلا وهذه المسألة قانونية يجب على المحكمة إثارتها تلقائيا ولو لم يتمسك بها الأطراف[2].

2- موقف القانون المصري: المشرع المصري لم يتطرق لنكاح الشبهة في قانون الأحوال الشخصية إلاّ أنّه نص في المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م[3] على أنّه: « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة».

---

[1] محمد العربي لعبيدي، إشكالية إثبات النّسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، المغرب، 2009-2011م، ص 24-25.

[2] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 80.

[3] قانون رقم 1 لسنة 2000م، المتضمن تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2000/01/29م.

وأرجح الأقوال في هذه المسألة ما نصت عليه المادة341 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على أنّه: « الْمَوْطُوءةُ بِشُبْهَةٍ فِي الْمَحَلِّ أَوْ فِي الْعَقْدِ إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْوَاطِئِ إِنِ ادَّعَاهُ. وَكَذَلِكَ الْمَوطُوءةُ بِشَبْهَةِ الْفِعْلِ الَّتِي زُفَّتْ إِلَى الْوَاطِئِ، وَقِيلَ لَهُ: هِيَ زَوْجَتُكَ وَلَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ »[1].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنّه: «من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى عليه القضاء أنّ الولد للفراش، وفرع الفقهاء على هذا الأصل: أنّ النّسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بالدعوة في وطء بشبهة»[2].

3-موقف القانون الكويتي: القانون الكويتي سوّى بين الوطء بشبهة والزواج الفاسد في ثبوت النّسب بكل منهما[3]، وهو ما يتضح من خلال المادة 172 من ق.أ.ش.ك[4]، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنّ:«الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت والفقهاء في تقاسيمها اصطلاحات عديدة والصحيح عند الحنابلة: أنّ من باشر امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه، وصرحوا بأنّه لو تزوج رجلان امرأتين فزفت كل واحدة منهما إلى زوج آخر غلطا فدخل بها وحملت يُلحق الولد بمن دخل بها لأنّه اعتقد الحل فيلحق النّسب كالدخول في الزواج الفاسد وكما لو لم تكن ذات زوج أو تزوجت امرأة المفقود الذي حكم بوفاته تم بَانَ حيا.

---

[1] محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، القاهرة، 1430هـ-2009م، مج2، ص 855.

[2] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 58.

[3] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 51.

[4] تنص المادة 172 من ق.أ.ش.ك على انّه: « يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي ».

وقالوا: إذا بوشرت المرأة بشبهة في طهر واحد لم يباشرها فيه زوجها فاعتزلها حتى تأتى بولد ستة أشهر من حيث تلك المباشرة، لحق بالذي دخل بها، وإن أتت بولد قبل ستة أشهر، لحق الزوج بكل حال، للعلم بأنّه ليس من الدخول بشبهة، وقد أخذ المشروع في هذا الموضوع بالاجتهاد الحنبلي لأنّه أقرب إلى المصلحة في ثبوت الأنساب»[1].

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 187.

الفصل الثاني

طرق نفي النّسب

بين الشريعة والقانون

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالأنساب عناية فائقة لدرجة إنها أغلقت أبواب نفي النّسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما، وذلك لما للنّسب من آثار خطيرة أثبتها الشارع، ولم يسمح بفتحه إلاّ من خلال طريق وحيد وهو اللّعان واشترطت لقيامه شروطاً كثيرةً تحدّ من حصوله وتقلّل من وقوعه، واللّعان من التشريعات التي جاءت لمراعاة حفظ النّسل، فإذا رأى الرجل زوجته تزني، ولم يمكنه إقامة البيّنة، أو قذفها بالزنا ولم تقرّ هي بذلك، فلإزالة مثل هذا الإشكال شرع الله عز وجل اللّعان رفعا للحرج لئلا يلحقه العار بزناها ويفسد فراشه، ويلحقه ولد لغيره، ويأثم بسكوته عن الفاحشة.

إضافة إلى اللّعان هناك بعض الحالات الاستثنائية التي ينتفي فيها النّسب بغير لعان، وذلك عند اختلال شروط الفراش.

ولذلك سأعالج في هذا الفصل نفي النّسب عن طريق اللّعان بين الشريعة والقانون (المبحث الأول) ثم نفي النّسب لاختلال شروط الفراش بين الشريعة والقانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نفي النّسب عن طريق اللّعان

بين الشريعة و القانون

أقامت الشريعة نظام الأسرة على العفّة والطّهارة، فإذا حدث بين الزوجين ما يحتمل ان يحدث من توجيه الزوج تهمة الزنا لزوجته ولا يملك شهوداً إلاّ نفسه، فإنّ الشارع وضع حلّا هو التلاعن بين الزوجين، لعلّ النفوس تقف عند حدود الله تعالى، وإنّه ومتى ثم اللّعان يؤدي إلى فرقة بين الزوجين، فإذا حدثت الفرقة بين الزوجين يفرق القاضي بينهما والأمر لا يقتصر على الزوجين، غير أنّ الأمر قد يتعدى إلى نفي النّسب. لذلك سأقوم بدراسة اللّعان من الناحيتين الفقهية والقانونية، فسأتناول في هذا المبحث ماهية اللّعان بين الشريعة والقانون (المطلب الأول) والآثار المترتبة عن اللّعان بين الشريعة والقانون (المطلب الثاني) وأخيرا حكم الامتناع عن اللّعان و موقف القضاء الجزائري و المقارن من أحكامه (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

ماهيّة اللّعان بين الشريعة والقانون

لم تَعْرِف الشريعة الإسلامية في نصوصها وأحكامها الشرعية طريقا لنفي النّسب إلاّ طريقا واحدا وهو اللّعان، فقد خول الشارع الحكيم للزوج إذا شك في حمل زوجته أو ولدها أنه ليس منه، وبلغ ذلك الشك منزلة اليقين أو الظن الغالب أن يلجأ إلى نفي هذا المولود عنه عن طريق الوسيلة الشرعية وهي اللّعان ولا يتم ذلك إلاّ بتوافر دواعيه وانتفاء موانعه[1].

[1] علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، والجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا،2012م، ص 115.

وعليه سأحاول في هذا المطلب تبيان مفهوم اللّعان (الفرع الأول) ثم كيفية اللّعان (الفرع الثاني) وأخيرا شروط اللّعان بين الشريعة والقانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم اللّعان بين الشريعة والقانون

سأتطرق في هذا الفرع الى مفهوم اللّعان لغة و اصطلاحا من الناحيتين الشرعية و القانونية (أولا) ثم أقف على دليل مشروعيته (ثانيا) .

أولا- تعريف اللّعان:

1-لغة:هو مصدر لَاعَن، يُلَاعنُ، مُلاَعَنَةُ وَهو من أللَّعن، واللّعنة العذاب، بمعنى الطرد والأبعاد عن الخير، ولعن فلانا سبّه واخزاه، والتلاعن التشاؤم[1]. واللّعنة: الاسم، والجمع: لعان، واللّعان والملاعنة: اللّعن بين اثنين فصاعدا، اللَّعين هو الشيطان لأنّه طرد من السماء، واللَّعن هو المسخ لقوله ﷻ:﴿...أَوْ نَلْعَنَهُمْ كَمَا لَعَنَّآ أَصْحَٰبَ ٱلسَّبْتِۚ ...٤٧﴾[2]. ويقال لَاعَنَ الرجل زوجته ملاعنة ولعانا أي برأ نفسه باللّعان من حدّ قذفها بالزنا[3]. وسمي ما يحصل بين الزوجين من لعان بذلك لوجود اللّعن في الخامسة، تسمية للكل باسم الجزء، وقيل: لأنّ الزوجين لا يخلو أن يكون أحدهما كاذبا فَتَحِقُ عليه اللَّعنة وهي الطّرد[4].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج13،ص387، احمد الزيات وآخرون، المرجع السابق، ص829، إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق،ج6، ص2196، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج4، ص 279، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق، ج26، ص 118.

[2] سورة النساء، الآية 46.

[3] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع نفسه، ج13، ص 387.

[4] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص278.

2- اصطلاحا:

ا-**التعريف الشرعي:** لقد اختلف الفقهاء في تعريف أللّعان فمنهم من اعتبره شهادات ومنهم من اعتبره أيمان فجاءت تعريفاتهم كالآتي:

اللّعان باعتباره شهادة والى هذا ذهب الحنفية و الحنابلة، فعند الحنفية: « اللّعان هو شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللّعن من جهة الزوج، قائمة مقام حدّ القذف في حق الزوج ومقام حدّ الزنا في حق الزوجة »[1].

أما الحنابلة: « اللّعان هو شهادات مؤكدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللّعن والغضب، قائمة مقام حدّ قذف أو حدّ الزنا في جانبها»[2].

اللّعان باعتباره يمين والى هذا ذهب كل من المالكية والشافعية والظاهرية فعند المالكية: « هو حلف لزوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها، وحلفها على تكذيبه أربعا »[3].

والشافعية: « هو كلمات معلومات جعلت حجّة للمضطّر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، لنفي الولد»[4].

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 242-243، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 276، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج7، ص 39.

[2] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 341، أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1418هـ-1997م، ج7، ص 41.

[3] محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، 1317هـ،ج4،ص124، محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق،ج5، ص455،علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر،1951م،ج1، ص 525.

[4] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 52، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 285، شمس الدين محمد بن أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ج7، ص 103.

أمّا عند الظاهرية: « اللّعان هو قذف الرجل امرأته بالزنا هكذا مطلقا أو بإنسان سماه سواء دخل بها أو لم يدخل ادعى رؤيته أم لم يدّعِ»[1].

ب-التعريف القانوني:المشرع الجزائري لم يذكر مصطلح اللّعان إلاّ من خلال المادة 138 من قانون الأسرة والمتعلقة بموانع الإرث[2]، أما في المادة 41 منه فلم يستعمل المشرع مصطلح اللّعان كطريق من طرق نفي النّسب في باب انحلال الزواج والتي تنصّ على انّه:« ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا... ولم ينفه بالطرق المشروعـة». فجاءت بصيغة الجمع { الطرق المشروعة} دون أن تبين هذه الطرق أو تسميتها، ولكن بالرجوع إلى المادة 222 من ق. أ [3] ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية نجد أنّ الطريق الوحيد لنفي النّسب هو اللّعان.

أمّا المشرع المغربي نص صراحة على اللّعان كطريق لنفي النّسب في المادة 153 من مدونة الأسرة التي تنص على: « يثبت الفراش بما يثبت به الزوجية ويعتبر الفراش بشروطه حجّة قاطعة على ثبوت النّسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللّعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: -إدلاء الزوج المعني دلائل قوية على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ».

---

[1] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 143.

[2] تنص المادة 138 من ق. أ. ج على أنّه: « يمنع من الإرث اللّعان والرّدة».

[3] تنص المادة 222 من ق. أ. ج على أنّه: « كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

إلاّ انّه وعلى غرار المشرع الجزائري لم يُبين مفهومه و لم يحدِّد مسطرته وأحكامه وبالتالي الرجوع أيضا إلى أحكام الفقه المالكي[1]، تطبيقا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية[2].

ثانيا–دليل مشروعية اللّعان: دلّ على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

الكتاب: قوله **Y**:﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩** ﴾[3].

وجه الدلالة قال ابن كثير: « هذه الآيّات فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف الزوج زوجته وتعسّر عليه إقامة البيّنة أن يلاعنها كما أمر الله تعالى فشهادته تقوم مقام البيّنة المبرئة له من الحدّ، لأنّ الغالب أنّ الزوج لا يقدم على رمي زوجته إلاّ خوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه فينفيهم باللّعان»[4].

---

[1] محمد كشبور، المرجع السابق، ص 156.

[2] تنص المادة 400 من م.أ.م على انّه:« كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي».

[3] سورة النور، الآيات من 6–9.

[4] عماد الدين ابو الفداء اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، د. ط، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر د. س. ن، ج10، ص 172.

و من السنة: ما روي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍd أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمِيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّs بِشَرِيكِ بْنِ السَحْمَاءَ فَقَالَ لَهُ s:{ البَيِّنَةَ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ },فَقَالَ: «يَا رَسُولَ اللهِ، إِذَا رَأَى أَحَدُنَا عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلا، يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ البَيِّنَةَ»،فَجَعَلَ النَبِيُّs يَقُولُ:{ البَيِّنَةَ وإِلاَّ حدٌّ في ظَهْرِكَ} فَقَالَ هِلَالٌ:« والذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ إِنِّي لَصَادِقٌ فَلَيُنْزِلَنَّ الله مَا يُبَرِّئُ ظَهْرِي مِنْ الحَدِّ »، فَنَزَلَ جِبْرِيلُ عليه السلام فَأَنْزلَ عَلَيْهِ:{ والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ } فَقَرَأَ حَتَّى بَلَغَ {إِنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ }، فانْصَرَفَ النَّبِيُّs فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا فَجَاءَ هِلَالٌ بْنُ أُمَيَّة فَشَهِدَ والنَّبِيs يَقُولُ:{ إِنَّ اللهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ} ثُمَ قَامَتْ فَشَهِدَتْ، فَلَّمَا كَانَتْ عِنْدَ الخَامِسَةِ وَقَّفُوهَا وقَالُوا:{ إِنَّهَا مُوجِبَةٌ }، قَالَ ابْنُ عَبَّاسf:«فَتَلَكَّأَتْ وَنَكَصَّتْ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهَا تَرْجِعُ»، ثُمَّ قَالَتْ: «لَاأَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ اليَوْمِ، فَمَضَتْ»،فَقَالَ النَّبِيُّs:{ أَبْصُرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ العَيْنَيْنِ} [1]، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ[2]، خَدَلَّجَ الْسَّاقَيْنِ[3]، فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ السَحْمَاءَ}، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِك، فَقَالَ النَّبِيُّs:{ لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللهِ لَكَانَ لِي ولَهَا شَأْنٌ }[4].

---

[1] أَكْحَلَ العَيْنَيْنِ:الأكحل شديد سواد هدب العينين خلقة،أبو الحسين احمد ابن فارس،المرجع السابق،ج5، ص163.

[2] سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ: تامهما و عظيمها، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج 3، ص1927.

[3] خَدَلَّجَ الْسَّاقَيْنِ:ممتلئ الساقين والذراعين، مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق،ج1، ص 290.

[4] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ،المرجع السابق، كتاب التفسير، باب و يدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنّه من الكاذبين،ح رقم 4747، ج3، ص92 –93، أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب في اللّعان، ح رقم 2254، ج2، ص 276، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم مسلم، كتاب اللّعان، ح رقم 1496، ج2، ص 724.

وأيضا ما روي عَنْ ابْنُ عُمَر أَنَّ النَّبِيّ S:{لاَعَنَ بَيْنَ رَجُل وامْرَأتِه فَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ بينهما وأَلْحَقَ الوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ}[1].

وجه الدلالة إنّ الحديثين يدلان على جواز اللّعان لحفظ الأنساب ودفع المعّرة والمضّرة عن الأزواج وجواز ذلك يكون بين يدي الإمام وتختص الزوجة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة إليها لانّ الرجل إذا كان كاذبا لم يصل ذنبه إلى أكثر من القذف وان كانت هي كاذبة فذنبها أعظم لما فيه تلويث الفراش والتعرض لإلحاق من ليس للزوج به فتنتشر المحرومية وتثبت الولاية والميراث لمن لا يستحقها[2].

الإجماع:أجمعت الأمة على مشروعية اللّعان وأنّه من حق الزوج إذا شّك في زوجته أو في حملها، وبلغ شكّه مرتبة اليقين أو الظّن الغالب، ملاعنتها، قال ابن رشد: « فاللّعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه »[3].

قال الحافظ ابن حجر: «وأجمعوا على مشروعية اللّعان وأنّه يجوز مع عدم التحقق»[4].

---

[1] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة، ح رقم 5315، ج3، ص 300، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب اللّعان، ح رقم 1494، ج2، ص 723.

[2] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج9، ص 520.

[3] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص115.

[4] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج9، ص 520.

و في المعقول:اللّعان طريق لنفي النّسب عند التحقق من فساده[1]، لكونه شرع لدفع المعرة عن الأزواج[2]، قال الإمام ابن رشد: « لما كان الفراش موجبا للحوق النّسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه إذا تحققوا فساده، وتلك الطريق هي اللِّعان»[3].

الفرع الثاني

كيفية اللّعان بين الشريعة والقانون

سأتناول في هذا الفرع صيغة اللّعان التي حددتها الشريعة الإسلامية (أولا) وكذا القانون الجزائري والمقارن (ثانيا)

أولا–صيغة اللعان في الشريعة الإسلامية: صيغة اللّعان متقاربة عند جمهور الفقهاء، وليس بينهم خلاف كبير، والاختلاف كان في تحديد من يبدأ باللّعان[4]، ويرى الشافعية[5] وجوب تقديم الرجل وإلاّ فلا يعتد به ودليلهم أنّ اللّعان شرع أصلا لدفع حدّ القذف عن الرجل ولو بدئ بالمرأة لكان دفعا لأمر لم يثبت، وأنّه يكفي عندهم لعان الرجل وحده لنفي النّسب، أما الحنفية[6] والمالكية[7]: فيرون أنّه إذا فعل أخطأ في السنّة، والفرقة جائزة، وينتفي الولد عنه، ولأن الله عطف لعانها على لعانه بالواو، وهي لا تقتضي الترتيب بل لمطلق الجمع، ولأنّ اللّعان منهما جميعا فأشبه ما لو رتّبت.

---

[1] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 115.

[2] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج9، ص 519.

[3] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 115.

[4] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع نفسه، ص 137.

[5] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 375.

[6] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 245.

[7] علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ج1، ص 333.

فيجب على المتلاعنين التقيد بألفاظ اللّعان، إتباعاً لكتاب والسنة فإذا حصل إخلال بذلك لم يصّح اللّعان، كما يجب على القاضي أن يبدأ بلعان الزوج أولاً، فإن أخطأ كمن بدأ بالزوجة ثم الزوج ينبغي أن يُعيد اللّعان على المرأة، لأنّ اللّعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا تصّحُ قبل وجود شهادته ولأن الله تعالى بدأ بالزوج، وأمر به رسول اللهS ولأنّ لعانها مبني على لعانه لا العكس[1].

وصيغة ذلك أن يأمر القاضي الزوج بملاعنة الزوجة 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 من زنا أو نفي الولد »[2].

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 u في سورة النور الزوج الذي يقذف زوجته بالزنا أن يشهد أربعة شهادات لتقوم مقام الشهود الأربعة الذين تعسّر على الزوج إحضارهم فيسقط عنه حدُّ القذف[3].

---

[1] عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النّسب والجناية، ط1، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، 2002م، ص 36.

[2] محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010م، ص 318.

[3] احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 203.

ومن خلال تفحص الصيغة يظهر أنّها احتوت على ما يلي:

أ- أن يذكر نفي الولد في اللّعان، فإذا لم يذكر ذلك لم ينتف اللّعان عنه إلاّ أن يعيده، ويذكر نفيه فيه لما رواه ابن عمر أن النبيS:{لاَعَنَ بَيْنَ رَجُل وامرأتِه فانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ بينهما وأَلْحَقَ الوَلَدَ بالمَرْأَةِ }[1]، وهذا مذهب الشافعية[2] والحنابلة[3]، وقالت المالكية[4] لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه في لعانه، لأنّه ينتفي بزوال الفراش[5].

ب- وجوب إشارة الزوج إلى زوجته عند الملاعنة وإذا كانت غائبة فلابّد من تسميتها بما يميّزها دفعا للاشتباه.

ج- وجوب أن يحضر اللّعان جماعة من المسلمين العدول.

د- إذا تقرر إجراء اللّعان في المسجد فيجب أن يتلاعن الزوجان بالمسجد بعد صلاة العصر.

هـ- موعظة الإمام أن يَعظُهما قبل الملاعنة وتذكّيرهما بالله وتخويفهما من عذاب الآخرة، أمّا غير المسلمين يلاعن في معابدهم التي يعظموها[6].

---

[1] سبق تخريجه. انظر ص116.

[2] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 375.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 57.

[4] أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل ، ط3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ - 1987م ، ج3، ص 375.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 193.

[6] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 322-323.

ثانيا-كيفية اللّعان في القانون الجزائري والمقارن: في القانون الجزائري أجاز المشرع للشخص الذي تعذر عليه إثبات اتهامه لزوجته بان الولد الذي جاءت به نتيجة علاقة غير مشروعة، أن ينفي نسب المولود الذي أتت به بين أدنى مدّة وأقصاها، عن طريق اللّعان أمام الجهات القضائية المختصة لذلك، وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية[1].

ويجب أن تتوفر دعوى اللّعان على الشروط والمواعيد وإلاّ رفضت الدعوى ويثبت النّسب، ومن ثم يدعى لسلوك منهج كتابة عريضة تتضمن دعوى اللّعان من نسختين تسجل أمام قسم شؤون الأسرة، بالمحكمة التي يوجد بها مسكن المدعى عليه، إذ ترفع دعوى اللّعان أمام المحكمة التي يقع في اختصاصها موطن المدعى عليه، بعد دفع المصاريف القضائية طبقا لنص المادتين14 و490 من ق. إ. م. إد[2].

وبعد تسجيل العريضة وإعداد ملف خاص بها، يتم تعيين جلسة سريّة يحضرها الزوجان القاضي وكاتب الضبط[3]، وفي الجلسة يستمع القاضي إلى طلبات ودفوع الزوج، ويعطي للزوجة فرصة للرد على دفوع الزوج، وإذا أصّر الزوج على اتهامه لزوجته بالزنا ونفي الولد، يأمره القاضي بقول:

---

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، رقم 21، الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2008م.

[2] تنص المادة 14من ق. إ. م. إد على أنّه: « ترفع دعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو موكله أومحاميه بعدد من النسخ يساوي عددالأطراف». وتنص المادة 490 من ق. إ. م. إد على انّه: « ترفع دعوى الاعتراف بالنّسب، بالبنوة أو الأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النّسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه ».

[3] كما أضافت المادة 491 من ق. إ. م. إد: « ينظر في الدعاوي المتعلقة بالنزاعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سريّة ».

« أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به، ويكرر قوله أربع مرات وفي الخامسة يقول لعنّة الله عليه إن كان من الكاذبين»، ثم يأمر الزوجة بعد ذلك بأن تحلف وتقول: «أشهد بالله انه لمن الكاذبين وتكرر أربع مرات، وفي المرة الخامسة تقول: أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين» [1]. وبعد الانتهاء يثبت القاضي في حكمه ويقرّر التفريق بينهما حالا بطلقة بائنة وينفي نسب الولد من الزوج[2].

أمّا إجراءات اللّعان في مدونة الأسرة المغربية لا تتم إلاّ بصدور حكم عن المحكمة المختصة بذلك بناء على طلب الزوج صاحب المصلحة في حالتين اثنتين[3]:

1-أن يدعي أنه رأى زوجته تزني.

2-أن ينفي حملها عنه.

وعلى المحكمة التي رفعت دعوى اللّعان أمامها ان تستدعي الطرفين-أي الزوج والزوجة- وفقا للقواعد المضمنة في الفصلين 179 و180 من قانون المسطرة المدنية، وتطبق بصددها الأحكام الواردة في آية الملاعنة المنصوص عليها في سورة النور، وصورتها أن يحلف الزوج أربع مرات انه صادق في اتهامه لزوجته، والخامسة أنّ لعنّة الله عليه إن كان كاذبا في ادعائه، وإذا أصّرت الزوجة على تكذيبه فيجب عليها بدورها أن تحلف أربع مرات بأنه كاذب فيما يدعيّه، وفي الخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماها به[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 356.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 41.

[3] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 157.

[4] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع نفسه، ص 157.

في حين المشرع الكويتي نص في المادة 1 من المرسوم بقانون 1 لسنة 1988 بشأن تنظيم دعاوي النّسب وتصحيح الأسماء على أنّه لا تقبل دعاوي النّسب إثباتا ونفيا إلاّ إذا سبقها تحقيق تجريه لجنة برئاسة أحد أعضاء النيابة العامة.

ويجب أن تتضمن دعوى نفي النّسب السبب الذي يستند إليه المدعي في طلبه، وأن تتوفر في صاحب الحق شرط المصلحة والصفة، وبعد تمحيص اللّجنة عن طريق سماع الطرفين والشهود والإحاطة بالمستندات تسجل تقريرها وتحيل الدعوى إلى القضاء للفصل فيها[1].

و قد أقام المشرع الكويتي شرطين أساسيين يجب توافرهما للسير في إجراءات دعوى نفي النّسب باللّعان فقد أو جب أن تكون فترة نفي النّسب خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها لحسم الجدل الفقهي للاختلاف في تحديد الأيام التي يجب فيها نفي النّسب لاستقرار المعاملات بين الناس وتحقيق المصلحة[2].

وطبقا للمادة 176 من ق. أ. ش. ك: « يجوز للرجل أن ينفي نسب الولد خلال سبعة أيام من تاريخ الولادة أو العلم بها »، كما حدد فترة 15 يوم لإقامة دعوى اللعان من تاريخ الولادة أو العلم بها حيث نصت المادة 177 من ق. أ. ش. ك: « يجب ان تتخذ إجراءات دعوى اللّعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها ».

فإن لم تقم دعوى اللّعان على الوجه المبين في القانون فلا يمكن سماعها فيما بعد وتعتبر غير مقبولة والهدف من ذلك بعث الطمأنينة في الأفراد واستقرار حقوقهم[3].

---

[1] المجموعة التشريعية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 284-285.

[2] سوزان زهير السمان، العود بعد اللعان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي، مقال منشور على الرباط https://mkda.journals.ekb.eg/article-179744 ، تاريخ الدخول 2021/05/15، على الساعة 10:30، ص 444.

[3] سوزان زهير السمان، المرجع نفسه، ص 445.

الفرع الثالث

شروط اللّعان بين الشريعة والقانون

لكي ينتج اللّعان آثاره في نفي نسب الولد عن الملاعن وإلحاقه بأمه يجب أن يجتمع للنفي عدة شروط سوف أتطرق اليها من الناحية الشرعية (أولا) وكذا من الناحية القانونية (ثانيا).

أولا- شروط اللّعان في الشريعة الاسلامية:

أ- شروط اللّعان في قذف الزوجة:

الشرط الأول- قيام الزوجية حقيقة أو حكما: من شروط اللّعان المتفق عليها بين جميع الفقهاء[1]، قيام الزوجية بين المتلاعنين وقت القذف وقيام أيضا الزوجية حكما، وذلك في عدة الطلاق الرجعي[2].

فلا لعان بين غير زوجين لأنّ الآية خصت اللّعان بالأزواج فقط. إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا في صحة اللّعان لنفي النّسب إذا كان فاسدا أو وطء بشبهة أو كان طلاقها بائنا:

1-إذا كان عقد الزواج فاسدا أو وطء بشبهة اختلفوا على صحة اللّعان في قولين:

القول الأول: إذا كانت المرأة زوجة في زواج فاسد أو وطء بشبهة وقذفها زوجها لم يلاعنها وحجتّهم عدم وجود الزوجية وأنّ الزواج الفاسد ليس بزواج حقيقة، وهذا مذهب الحنفية[3].

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق،ج3، ص 241، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 367، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 394.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج7، ص 562.

[3] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص241.

القول الثاني: غير أنّ المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] أجازوا اللّعان في الزواج الفاسد، وحججهم أنّ اللّعان موضوع لنفي النّسب لتطهير الفراش، وأنّ الزوجة بالزواج الفاسد صارت فراشا ويلحق النّسب فيه وبالتالي يجري اللّعان عليه، أنّه ومادام الولد يلحق نسبه في الزواج الفاسد والوطء بشبهة كما في الزواج الصّحيح يجوز اللّعان، أمّا إذا لم يكن بينهما ولد فلا حاجة إلى قذفها لأنّها أجنبية عنه، ولا يجري بينهما لعان.

2-اذا كان اللّعان للمعتدة من طلاق بائن فاختلف الفقهاء في صّحة لعانها على قولين:

القول الأول: لا لعان بين الزوج ومعتدته من طلاق بائنا لبطلان النكاح، وعليه الحدّ والولد الذي ولدته قبل انقضاء العدّة ولده ولا سبيل إلى نفيّه، والى هذا ذهب الحنفية وحجتهم أنّ نفي الولد مأخوذ من السنّة ولم ترد في السنّة بإيجاب اللّعان لنفي ولد البينونة[4].

القول الثاني: إذا تعلق الأمر بنفي الرجل نسب الولد فإنّه يصح لعانه، وإذا لم يكن هناك ولد فلا لعان بينهما يقام عليه الحدّ، وهو قول المالكية[5]والشافعية[6] والحنابلة[7] واستدلوا بأن الولد يلحق على اعتبار أنّها كانت زوجته وبالتالي فالحاجة قائمة إلى اللّعان لنفي نسبه وإذا لم يكن هناك ولد فلا حاجة إلى قذفها لأنّها أجنبية عنه.

الشرط الثاني- أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان:لا يتلاعن الزوجان إلاّ اجتمعت فيهما أهلية اللّعان وشروطه وهي:

---

(1) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص 393.

(2) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 311.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 15.

(4) أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، 3، ص 243.

(5) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص 400.

(6) محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، ج5، ص 306.

(7) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 16.

1-أن يكونان كل من الزوجين أهلا لأداء الشهادة، بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين بالغين ناطقين، لا أخرسين ولا محدودين في قذف وهذه شروط الحنفية[1]. وحجّتهم أنّ الرسول ﷺ قال: {أَرْبَعَةٌ لَا لِعَان بَيْنَهُمْ وبَيْنَ أَزْوَاجَهُمْ لَا لِعَان بَيْنَ المُسلِمُ والكَافِرَةُ، العَبْدُ وَالحُرَةُ، الحُرُ والآمَةُ، الكَافِرُ وَالمُسْلِمَةُ}[2].

أمّا المالكية[3] فقد اشترطوا الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة فإن الذمية تلاعن لرفع العّار عنها، في حين الشافعية[4] والحنابلة[5] لم يشترطوا الإسلام في المتلاعنين. وقالوا يصّح اللّعان من كل زوج يصح طلاقه سواءا أكانوا مسلمين أو كافرين، واتفق الجمهور على انّه يصّح اللّعان بين العدلين، والفاسقين والذميين والمحدودين في القذف أو كان احدهما، وبين المسلم وزوجته الذمية ويستدلون بقوله ﷻ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ... ٦﴾ [6].

وهذا النّص الكريم يتناول الكل ولا معنى للتخصيص لأنّ المعنى من اللّعان دفع العّار عن النفس ودفع ولد الزنّا عن النفس، وكما يحتاج غير محدود إلى اللّعان فكذلك المحدود يحتاج إليه، ومن تم يجوز له اللّعان لأن الجامع في ذلك هو دفع الزنّا[7].

---

(1) أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق،ج3، ص 241.

(2) أخرجه أبو الحسن على البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، ط1، كتاب الحدود والديات وغيره، باب الحدود والديات، ح رقم 3292، تحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1422هـ-2001م، ج3، ص81، اخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب اللّعان، باب من يلاعن من الازواج و من لا يلاعن، ح رقم 15299، ج7، ص650.

(3) أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 119.

(4) محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص 378.

(5) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 398-302.

(6) سورة النور، الاية 6.

(7) زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق،ج4، ص 122.

جاء في روضة الطالبين للنووي بعض الشروط التي اشترطها الشافعية لصحّة اللّعان وهي: «أن يكون الملاعن ذو أهلية يمين، لأنّ اللّعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة، فلا يصّح لعان الصبي والمجنون ولا لعان الذمي ولا الرقيق ولا المحدود في القذف سواءً أزواج أو زوجات »[1].

ووضع جمهور الفقهاء لهذه الشروط قاعدتين:

أ- من صّح يمينه صّح لعانه.

ب- كل من يجوز طلاقه يجوز لعانه، لأن اللّعان أيمان وليس شهادات[2]. وقد نقل ابن رشد جميع الشروط بإجماع الفقهاء على صّحة اللّعان فقال: « واجمعوا على جواز لعان الأعمى لأنّه يتكلم بخلاف الأخرس لا ينطق بالقذف واجمعوا أيضا على العقل والبلوغ حتى يقبل اللّعان بين الزوجين »[3].

2-أن تكون المرأة عند اللّعان عفيفة غير متهمة بالزنا، بان لم توطأ حراما ولا شبهة فان كانت كذلك تلاعن ويفرق القاضي بينهما، وان يكون الزوج مختارا غير مكّره على اللّعان[4].

---

[1] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 309.

[2] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق،ج2، ص 193، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 410.

[3] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 194.

[4] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 378.

الشرط الثالث- أن يكون اللّعان بأمر من الحاكم:أن يأمر القاضي باللّعان أو نائبه، لأنّه إن كان المُغلَّب على اللّعان اليمين فيشترط فيه ذلك كسائر الدعاوي وإن غلب فيه معنى الشهادة فهي لا تؤدى إلاّ عنده[1].

ب-شروط اللّعان في نفي الولد:

الشرط الأول- أن يكون نفي الولد فور العلم به: اتفق الفقهاء الأربعة على أنّه لو علم الزوج بالحمل والولادة فسكت عن نفيّه بعد علمه، ثم أراد نفيّه باللّعان فلا يجوز، ويحدّ حدّ القذف، إلاّ أنّهم اختلفوا بينهم في معنى الفورية وفي تحديد المدّة التي يجوز فيها للزوج أن يلاعن لنفي الولد على الآراء الآتية:

الرأي الأول: أنّه لا يجوز نفي الحمل قبل الوضع، لاحتمال كونها غير حامل، أمّا إذا نفى الرجل ولد امرأته عقب الولادة أو في المدّة التي تقبل فيها التهنئة وهي سبعة أيام تقدير ذلك مفوض إلى القاضي عند الحنفية، صّح نفيّه، ولاعن به، لأنّه بالنفيّ صار قاذفا، أمّا إذا نفاه بعدئذ فلا ينتفي، ويثبت نسب الولد لوجود الاعتراف منه دلالة، وهو السكوت وقبول التهنئة، والسكوت يعتبر هنا الرضا، وحجّته أن نفي الولد تحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه، إذ ربما ينفي نسبه وهو منه أو يعترف به وهو ليس منه[2].

---

[1] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 376، شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الذخيرة، ط1، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م، ج4، ص 305، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ،1414هـ- 1994م، ج3، ص 281.

[2] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 246.

الرأي الثاني: إنّ الفورية تمتد إلى أربعين يوماً، لأنّ هذه أقصى مدّة للنفاس وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية وحجّتهم في ذلك أنّ النفاس أثر من آثار الولادة فيأخذ حكمها[1].

الرأي الثالث: ويرون أن نفي الولد يقدر بالعرف والعرف قاضٍ بالتعجيل فور العلم إلاّ إذا كان تأخيره لعذر كأن كان محبوسا أو مريضا، وحجّتهم أن اللّعان شرع لنفي ضرر محقق، فكان على الفور كردّ بالعيب وخيار الشفعة، والى هذا ذهب للمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4].

الشرط الثاني- تحقق حياة الولد المراد نفيه:اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط، فإن مات الولد قبل أن ينفيّه الزوج، فهل له أن ينفيه أم لا؟ وجاءت أقوالهم على النحو الآتي:

القول الأول: يشترط أن يكون الولد حيا عند اللّعان وعند الحكم بقطع نسبه، كون أنّ الميت لا ثمرة في نفي نسبه، وان العّار الثابت بنفي النّسب ينقطع بالموت، ولكن للزوجة الحق في طلب اجراء اللّعان إن مات الولد قبل اجرائه لدفع عار الزنا عنها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[5].

---

[1] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص 17-18، أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 246.

[2] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص117، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 463.

[3] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 380-381، أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص 452.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 76-77.

[5] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 247.

القول الثاني: حياة الولد عند اللّعان ليست شرطا لنفي نسبه لأنّ نسبه لا ينقطع بالموت، بل يقال: مات فلان وهذا قبر ولد فلان ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه فيكون له نسبه وإسقاط مؤونته كما لو كان حيا، ولأنّ الداعي إلى نفيه في الحياة أمران : ألاّ ينسب إليه، وأن لا يلزم مؤونته، وهذان موجودان بعد الموت كوجودهما قبله والى هذا القول ذهب الجمهور من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3].

الشرط الثالث– عدم إقرار الزوج بالولد: يشترط أن لا يكون الزوج قد أقرّ بنسب الولد صراحةً أو ضمناً لأنّ النّسب لا يقبل الرجوع ولا ينتفي بعد الإثبات وهذا الشرط متفق عليه بين جمهور الفقهاء الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7].

فالإقرار الصريح: كأن يقول هذا الحمل أو هذا الولد ولدي أو هذا الولد مني، والإقرار الضمني: كقبول التهنئة عند الولادة والتأمين على دعاء المهنئ أو قبول الهدايا من الأهل والأصدقاء فان سبق إقرار الأب بالولد فلا يملك نفيه لأنّ النّسب بعد إقرار لا يحتمل النفي بوجه لأنّه لما أقرّ به فقد ثبت نسبه، والنّسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالدلالة أن يسكت إذا هنئ أو دفع رسوم الولادة، فهذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيّه بعد الاعتراف والإقرار به.

---

(1) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 459.

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 380

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 67.

(4) أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 247.

(5) شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 285.

(6) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 381.

(7) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 426،

ثانيا–شروط اللّعان في القانون:

ا– **شروط اللّعان في القانون الجزائري:**المشرع الجزائري لم يتطرق لا لإجراءات اللّعان ولم ينص على شروطه وانّ هذه المهمة تولتها المحكمة العليا من خلال بعض اجتهاداتها تطبيقا للمادة 222 من قانون الاسرة، فقد جاء في الفرار المؤرخ في 2019/03/06م: « اللّعان لا يكون الاّ بحكم قضائي بناءا على دعوى نفي النّسب، وبعد تأكد القاضي من قيام الشروط التالية[1]:

–قيام الزوجية سواء في حال العصمة وفي عدة طلاق رجعي أو بائن، وفي عدة في نفي الحمل الى أقصى مدة الحمل.

–أن يكون الزوجان بالغين عاقلين مسلمين.

–أن ترفع دعوى نفي النّسب.

–ألاّ يتقدم من الزوج إقرار بالولد ولو دلالة أو ضمنا، كان يصرح بأنّ الولد منه، أو يأخذ زوجته للطبيب لمتابعة صحة الجنين أو يقبل التهنئة بالمولود.

–تحقق حياة الولد اذا كان النفي بعد الولادة. وهي شروط لا بد ابرازها في حكم اللّعان بعد ثبوتها والتأكد من توافرها من طرف القاضي، وفي حالة انعدام اي شرط منها لا تقبل دعوى النفي ويثبت بذلك النّسب ».

[1] م.ع،غ. ش.أ.م، قرار مؤرخ في 2019/03/06م، تحت رقم 1277359، م.م.ع،ع2، 2019م، ص76.

ونجدها كذلك قد حدّدت مدّة لرفع دعوى اللّعان في اجل ثمانية 08 أيام، فقد جاء في إحدّى قراراتها :« مدّة اللّعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة هي أسبوع من رؤية الزنّا أو العلم بالحمل وفي تأسيسه جاء فيه أنّ دعوى الملاعنة قد جاءت متأخرة جدّا أو غير مقبولة لأنّها محدّدة بوقت قصير والقرار المنتقد قد تبنى أسباب الحكم المستأنف إضافة إلى أنّ المدّة المحدّدة للملاعنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على أنّها لا تتجاوز فترة أسبوع فقط من رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل الذي استمر حوله النزاع ما يُقارب عشرين سنة، وعليه فالوجه غير مؤسّس »[1].

غير أنّ المحكمة العليا لم تجعل من مدّة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة، وجاء ذلك في قرار المحكمة العليا: « من المقرّر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللّعان، غير أنّ هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ولما كان ثابتا–في قضية الحال– أنّ قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللّعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه »[2].

واعتبر القرار أنّ الطاعن علم بالحمل في بداية السفر كونه موظف مربوط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخبار بحملها فيه ريبة، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللّعان وقت إخباره فيه أضرار وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس مراعاة هذا الجانب واعتباره عذرا شرعيا ويمكنوه من اللّعان.

---

[1] م.ع.غ. أ. ش، 2002/12/25م، ملف رقم 296020، م. ق، 2004م،ع1، ص 282 وما بعدها.

[2] م.ع ،غ. أ.ش، 1990/07/16م، ملف رقم 76343، م. ق، ع3، 1991م، ص 75.

وتطرقت أيضا المحكمة العليا لشرط آخر وهو إقرار الزوج بالولد من خلال القرار المؤرخ في 2016/12/07م ملف رقم 1030911: « إنّ الإقرار بنسب البنت من طرف الزوج المورث ولم ينف نسبها بالطريق الشرعي اللّعان ومن ثم تسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية يجعل نسب البنت ثابتا بالإقرار ومن ثم طلب إسقاط النّسب لاحقا يعد غير مؤسس قانونا »[1].

ب- شروط اللّعان في القانون المغربي: المشرع المغربي أشار إلى اللّعان من خلال مقتضيات المادة 153 من م. أ. م إلاّ انه لم يحدد مسطرته، وفي هذه الحالة لا مناص من الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي الذي حدد شروط اللّعان تطبيقا للمادة 400 من م. أ. م، فلا يكون اللّعان إلاّ بناءا على حكم القاضي به، فإذا اتفق الزوجان على الملاعنة دون اللّجوء إلى القضاء، فلا يترتب على ذلك اللّعان اي أثر من آثار نفي النّسب[2].

والقاضي لا يحكم باللّعان لنفي الحمل أو الولد إلاّ بتوفر مجموعة من الشروط أهمّها: أن يكون الزوج مسلما عاقلا بالغا ممن يمكن أن يطأ، ويصح من الأخرس بالكتابة أو الإشارة[3]، كما يشترط في الزوجة أن تكون منكرة للزنا الذي اتهمت فيه وأن يقع اللّعان في حالة العصمة ولو في زواج فاسد أو وطء بشبهة، ويمكن اجراء اللّعان في عدة الطلاق البائن والرجعي هذا فيما يخص دعوى رؤية الزنا.

---

[1] قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018م مع بعض التعليقات و النصوص القانونية ذات الصلة، مؤسسة برتي للنشر، د. ب. ن، 2018-2019م، ص 31.

[2] وهذا ما تضمنته المادة 159 من م. أ. م التي تنص على أنّه: « لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه الا بحكم قضائي ».

[3] محمد زكريا البرديسي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة دار التأليف، 1965م،ص573 .

أمّا في دعوى نفي الحمل أو الولد يجوز اللّعان ولو بعد العدة إلى أقصى مدة الحمل[1]، وأن يقع اللّعان بمجرد رؤية الزنا أو ظهور الحمل والعلم به معجلا وقد أعطى المالكية أجل يومين لرفع دعوى اللّعان وألا يسبق نفي الولد الإقرار به صراحة أو ضمنا، فان حصل فلا يسوغ بعده للزوج أن ينفي نسب الولد، وألا يدعي أن يكون الولد أنه استبرأ زوجته، وان لا يتصل بها بعد استقراره على ملاعنتها وإلا فإنّ دعواه ترفض[2].

ب- شروط اللّعان في القانون المصري: على نفس نهج المشرعين الجزائري و المغربي سار المشرع المصري فبالرغم من التعديلات التي مست قوانين الأحوال الشخصية في مصر إلاّ أنّ هذا الأخير لم يتعرض للعان ولم يتم ذكره كمصطلح في تلك القوانين، لكنّه نص في المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م على أنّه: « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة »[3].

و بالتالي فالراجح في هذه المسألة هو ما نصت عليه المادة 335 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا على أنّه: « إِنَّمَا يَصِحُّ نَفْيُ الْوَلَدِ: فِي وَقْتِ الْوِلاَدَةِ، أَوْ عِنْدَ شِرَاءِ أَدَوَاتِهَا، أَوْ فِي أَيَّامِ التَّهْنِئَةِ الْمُعْتَادَةِ عَلَى حَسَبِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ، وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا فَحَالَةُ عِلْمِهِ كَحَالَةِ وِلَادَتِهَا»[4].

---

[1] احمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء و القانون، الرباط، المغرب، 2001م، ع 130، ص43.

[2] أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية و الأندلس والمغرب، د. ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1981م، ج4، ص 492.

[3] القانون رقم 1 لسنة 2000م، المرجع السابق.

[4] محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص 839.

وكذا 334 منه على أنّه: «لَا يَتَلَاعَنُ الزَّوْجَانِ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهِمَا أَهْلِيَّةُ اللِّعَانِ وَشَرَائِطُهُ وَهِيَ: أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا، وَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَلَوْ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّ، وَأَنْ يَكُونَ كُلٌّ مِنْهُمَا أَهْلًا لأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا لِتَحَمُّلِهَا، أَيْ مُسْلِمَيْنِ ، حُرَّيْنِ، عَاقِلَيْنِ، بَالِغَيْنِ، نَاطِقَيْنِ لا أَخْرَسَيْنِ وَلَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ، وَأَنْ تَكُونَ ٱلْمَرْأَةُ زِيَادَةً فِي ذَلِكَ عَفِيفَةً عَنِ الزِّنَى وَقْتَهُ. فَإِنْ كَانَا كَذَلِكَ وَتَلَاعَنَا، يُفَرِّق الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا، وَيَقْطَعُ نَسَبَ الْوَلَدِ مِنْ أَبِيهِ وَيَلْحِقُهُ بِأُمِّهِ. وَإِنْ لَمْ يَتَلَاعَنَا أَوْ لَمْ تَتَوَفَّرْ فِيهِمَا أَهْلِيَّةُ اللِّعَانِ، فَلا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ وَكَذَا إِذَا كَذَّبَ الزَّوْجُ نَفْسَهُ قَبْلَ اللِّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ، وَبَعْدَ التَّفْرِيقِ يَلْزَمُهُ الْوَلَدُ، وَيُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ»[1].

وقد أكّدت محكمة النقض المصرية هذه الشروط متبنية في ذلك المذهب الحنفي من خلال الطعن رقم 57 لسنة 72 جلسة 2005/11/12 م: « من المقرّر في فقه الأحناف أنّه إذا كان الحمل ظاهرا أو صدر الاعتراف به من الزوج فانه يثبت قبل الولادة لما في البطن كما أنّ النفيّ لا يكون معتبرا ولا يقطع النّسب إلاّ بشروط منها أن يكون عند الولادة وعند التهنئة بالمولود وأن لا يسبقه إقرار بالنّسب لا نصا ولا دلالة فإن سبق إقرار لا يصح النفيّ لأنّ النّسب بعد الثبوت صار حقا للولد لا يمكن الرجوع فيه »[2].

---

[1] محمد قدري باشا، المرجع نفسه، مج2، ص 832.

[2] طعن رقم 57 لسنة 72 جلسة 2005/11/12م، أحكام محكمة النقض في إثبات النّسب ونفيه، منشور على موقع محامي مصر، الربط الالكتروني: https://lawyeregypt.net ، تاريخ الدخول 2021/05/26م، الساعة 19:55.

وكذلك في الطعن رقم 628 لسنة 71 جلسة 2009/10/24م أنّه: « المقرر في –قضاء محكمة النقض– أنّ من الأصول المقرّرة في فقه الشريعة الإسلامية أنّه يشترط في الرجل والمرأة معا أن يكونا من أهل الشهادة على المسلم وذلك بأن يكون كل من الزوجين مسلما بالغا حرا قادرا على النطق غير محدود في القذف، وعلى هذا لو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية لا يقام اللّعان بينهما بما يدل على أنّ المناط في إجراء اللّعان بين الزوجين أن يكون كل منهما مسلما، وهو ما لم يتوفر في الدعوى إذ إن الثابت بأوراقها أنّ الزوج مسلم والزوجة مسيحية، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه استند في قضائه برفض الدعوى إلى أنّ الزوج الطاعن لم يلاعن المطعون ضدها رغم كونه مسلما وفاته انه يلزم لإجراء اللّعان أن يكون الطرفان الزوج والزوجة مسلمين فإنّه يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون»[1].

ومن خلال ما سبق يتبين أنّ القضاء المصري تبنى الفقه الحنفي في اشتراط النفي وقت الولادة ولا يسبقه إقرار بالولد وأن يكون أثناء التهنئة، وأن يكون الزوجين مسلمين، بالغين، حرّين، قادرين على النطق، غير محدودين في القذف.

[1] طعن رقم 628 لسنة 71 جلسة 2009/10/24م، المرجع السابق، منشور على موقع محامي مصر، https://lawyeregypt.net، تاريخ الدخول 2022/03/26م الساعة11:30.

د- شروط اللّعان في القانون الكويتي: بخلاف المشرعين الجزائري والمغربي والمصري نجد أنّ المشرع الكويتي خصص في قانون الأحوال الشخصية باب خاص للعان تعرض فيه لجميع أحكامه فقد حدد شروط اللّعان إذ اشترط لنفي الولد باللّعان شروط نص عليها في المادتين172 و177 من قانون الأحوال الشخصية تتلخص فيما يلي[1]:

1-يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من تاريخ الولادة أو العلم بها، وذلك في الأحوال التي يثبت فيها النّسب بالفراش سواء في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو وطء بشبهة.

2-يشترط لصحّة نفي نسب الولد ألا يكون قد اعترف به صراحة أو ضمناً.

3-يجب اتخاذ إجراءات دعوى اللّعان خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الولادة أو العلم بها.

4-إذا تم اللّعان نفى القاضي نسب الولد عن الرجل، وألحقه بأمّه.

5-إذا أكذب الرجل نفسه ونفى النّسب لزمه نسب الولد ولو بعد الحكم بنفيّه.

[1] تنص المادة 172 من ق. أ.ش.ك على أنّه: « في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنّسب صراحة أو ضمناً». وتنص المادة 177 منه بأنّه: « يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللّعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة، أو العلم بها ».

وقد عَلَّقت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون على هذه المواد فقالت: « اختار المشروع فقه مالك ومن وافقوه في شرائط اللّعان، وعدل عن مذهب الحنفية الذي شدد في هذه الشرائط تشديداً يكاد يصادر على الرجل حقه المشروع في اللّعان ونفي النّسب، ومن ثم يجوز اللّعان في سائر الأحوال التي يثبت فيها النّسب بغير ادعاء، نتيجة لفراش في زواج صحيح، أو دخول في زواج فاسد أو بشبهة، ولو كانت المرأة غير مسلمة أو غير عفيفة، أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس، ويكفي أن يكون مكلفاً، ولخطورة موضوع الأنساب نظم المشروع الطريق الجاد السريع إلى استقرارها، فاختار أن تتم نفي نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، وأوجب اتخاذ إجراءات دعوى اللّعان في خلال خمسة عشر يوماً اعتباراً من هذا التاريخ، ومدّة النفيّ هي رواية الحسن عن الإمام أبي حنفية، والمراد بالاعتراف الضمني أن يصدر من الرجل شيء فعله يدلّ على الاعتراف بالنّسب، كشراء لوازم الولادة، وقبول التهنئة»[1].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بتاريخ 2009/12/28م في الطعن رقم 2008/269م أنّه : « نفي نسب الولد ميعاده خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، شرطه عدم اعتراف الزوج بالنّسب صراحة أو ضمنا طبقا للمادة 176 تحديد نفي النّسب في الفراش الصحيح عن طريق اللّعان مناطه الولادة أو الإعداد لها في أيام التهنئة بالولادة إذا كان الزوج حاضرا ومن وقت العلم بها إذا كان غائبا سكوت الزوج عن نفي النّسب اعتباره إقرار منه بالنّسب أثره عدم قبول الدعوى إذ لا إنكار بعد إقرار»[2].

---

[1] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 188.

[2] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 459-460، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2022/1/15م، على الساعة 18:30.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن اللّعان بين الشريعة والقانون

إذا تم اللّعان بالصيغة الشرعية الموضحة أعلاه ووفقا لشروط السابق ذكرها تترتب عليه آثار في الشريعة الاسلامية (الفرع الثاني) وآثار في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار اللّعان في الشريعة الاسلامية

سأعالج في هذا الفرع آثار اللّعان في قذف الزوج لزوجته (أولا) وآثار في نفي نسب الولد (ثانيا)

أولا- آثار اللّعان في قذف الزوج لزوجته:

ا-**وجوب التفريق بين الزوجين:** ذهب جمهور الفقهاء الى وجوب التفريق بين المتلاعنين، ولكن الفقهاء اختلفوا متى تقع الفرقة بين المتلاعنين؟ وذلك على النحو التالي:

ذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى أنّ الزوجين إذا تلاعنا، فان القاضي يفرق بينهما[1]

واستدلوا على رأيهم بما رواه ابن عمر أنّ النبيS: « لَاعَنَ بَيْنَ رَجُل وَامْرَأَتُه فَانْتَفَى مِنَ وَلَدِهَا، فَفَرَقَ بَيْنَهُمَا وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ »[2]

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق،ج3، ص 244، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج6، ص 518.

[2] سبق تخريجه، انظر ص 116.

لأنّها تتوقف على القضاء وكل فرقة يقوم بها القاضي تعتبر طلاقا بائنا، يقتضي التحريم المؤبد ولا يمكن للزوج أن يتزوجها بعد ذلك إلاّ أن يكذّب نفسه أو أن يخرج أحدّ الزوجين عن أهليّة الشهادة.

في حين يرى المالكية والحنابلة في رواية أخرى[1] أنّ الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد اللّعان من غير توقف على حكم القاضي، لانّ سبب الفرقة هو اللّعان، فتقع الفرقة بحصوله من غير حاجة إلى القضاء. واستدلوا على ذلك بما روي عن ابن عمر أن الرسول S قال:{ الْمُتَلَاعِنَان إِذَا تَفَرَقَا لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً }[2].

وما روي عن سهل بن سعد d في حديث عويمر أنّه قذف امرأته فتلاعنا عند النبي S فقال عويمر: { كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولَ اللهِ S قَالَ ابْنُ شِهَاب: فَكَانَتْ سُنَّةُ المُتَلَاعِنَين }[3]. ومعنى الحديث أنّ الفرقة تقع بمجرد اللّعان من غير توقف حكم حاكم، وتفريق النبي S معناه انّه اعلمهما بحصول الفرقة[4].

---

[1] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص543، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 121.

[2] أخرجه ابو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب اللّعان، باب ما يكون بعد لعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، ح رقم 15136 ، ج7، ص 410.

[3] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب اللّعان ومن طلق بعد اللّعان، ح رقم 5308، ج3، ص 297.

[4] شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج6، ص 519.

أمّا الشافعية فتقع الفرقة بلعان الزوج وحده، ولو لم تلاعن الزوجة، قال الإمام الشافعي: «تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده، وان لم تلاعن المرأة، لأنّها فرقة حاصلة فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق »[1].

حجّة الشافعية بالمعقول في عدة وجوه[2]:

1-هو قياس اللّعان على الطلاق باعتبار أنّها فرقة لا تنفرد بها المرأة فوجب أن تقع بقول الزوج وحده.

2- لأنّ اللّعان تقع به الفرقة، وينتفي به النّسب، ولأن لعان الزوج يتضمن نفي النّسب، ولعان الزوجة يتضمن إثبات النّسب، وإذا اختلفا في النفي والإثبات لم يجز أن يتعلق نفيّه إلاّ بقول النافي دون المثبت، اعتبارا بالموافق.

3-إنّ الاعتبار في ثبوت النّسب ونفيّه بالزوج دون الزوجة، لأنّه لو أقرّ به ونفته لم يُؤثر إقرارها، ولو استلحقه بعد نفيّه بلعانها ألحق به.

بعد أن وضحت أنّ اللّعان هو فرقة كما بيّنه فقهاء المذاهب الأربعة من خلال ما أوردوه من حجج يبقى لي ان أبين هل هذه الفرقة طلاق أم فسخ؟ وفي الحرمة المترتبة على اللّعان هل هي حرمة مؤبدة فلا تحلّ المرأة للرجل وإن أكذب نفسه؟ أم هي حرمة مؤقتة تنتهي إذا أكذب الزوج نفسه؟ حيث اختلف الفقهاء حول هذه الحيثية إلى قولين:

---

[1] محمد ابن إدريس الشافعي، الام، المرجع السابق، ج6، ص 734.

[2] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، المرجع السابق، ج11، ص 53

القول الأول: أنّ الفرقة باللّعان فسخ، وهذا قول الجمهور من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3]، وقول الظاهرية[4]، وأبي يوسف وزفر من الحنفية[5]، وهي توجب التحريم المؤبد فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعد اللّعان أبدا ولو كذّب الزوج نفسه أو خرج عن أهليّة الشهادة أو صدقته المرأة في قذفه.

القول الثاني: أن الفرقة باللّعان طلاقا بائن، يُحتسب من عدد الطلقات لأنّ الفرقة جاءت من الرجل، وكلّ فرقة تعتبر طلاقا، ومادام الفرقة جاءت من القاضي فتعتبر طلاقا بائنا، حيث يزول ملك النكاح، وتثبت حرمة المصاهرة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية[6]، وقالا أنّ الحرمة المترتبة عن اللّعان تزول إذا أكذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة، أو خرجت الزوجة عن أهليتها، لأنّ الزوج إذا أكذب نفسه اعتبر تكذيبه رجوعا عن اللّعان، واللّعان شهادة في رأيهما، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها، وفي هذه الحالة يحد الرجل حدّ القذف ويثبت نسب الولد منه إن كان القذف لنفي الولد.

وإذا خرج أحد الزوجين عن أهليته للشهادة انتفى السبب الذي من أجله كان التفريق وهو اللّعان، فيزول حكمه وهو التحريم[7].

---

(1) أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 122.

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 71.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد، المرجع السابق، ج3، ص 289.

(4) أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 144.

(5) أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 246.

(6) أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع نفسه، ج3،ص 246، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج7، ص 43، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص 17.

(7) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج3، ص 255.

ب-سقوط الحدّ عن الزوجين: وإن لم يلاعن الرجل وجب عليه حدّ القذف إذا كانت الزوجة الملاعنة محصنة، وحدّ التعزير إذا كانت غير محصنة، وإن لم تلاعن المرأة وجب عليها عند المالكية والشافعية حدّ الزّنا من جلد البكر، ورجم المحصنة، وإذا اجري اللّعان بين الزوجين سقط حدّ القذف أو التعزير عن الزوج وسقط حدّ الزّنا عن الزوجة، وذلك لان الشارع خفف عن الزوجين فشرع لهما اللّعان لإسقاط الحد عنهما[1].

ج-تحريم الوطء: ذهب الحنفية[2] إلى أن حكم اللّعان حرمة الوطء والاستمتاع ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللّعان، وإن أكذب الزوج نفسه ولو دلالة حدّ القذف، وله بعد أن أكذب نفسه أن ينكحها سواء حدّ أو لا.

وقال أبو يوسف إذا افترق المتلاعنين فلا يجتمعان أبدا، فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع[3]. أمّا المالكية[4] والحنابلة [5] فيرون أنّه بتمام لعان الزوجين تتأبد الحرمة بينهما للحديث: { الْمُتَلَاعِنَان إِذَا تَفَرَقَا لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً }[6].

وذهب الشافعية[7] إلى انه إذا لاعن الزوج لدرء حد قذف الزوجة بالزنا عنه تثبت الحرمة المؤبدة بينهما بناء على هذا اللّعان، فإن لاعن لنفي النّسب وحده لم ينقطع به نكاح ولم تسقط به عقوبة بان كان أبانها أو عفت عن العقوبة أو أقام بينة بزناها، وقالوا الحرمة مؤبدة لا يحل له نكاحها ولا

---

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، د. ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م، ص313.

(2) محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص 585-590.

(3) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج3، ص 256.

(4) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 467.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الارادات دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ط1، دار عالم الكتب، د. ب. ن، 1414هـ-1993م، ج3، ص 210.

(6) سبق تخريجه، انظر ص 139.

(7) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 385.

وطؤها بملك اليمين لو كانت وأمة اشتراها، وإن أكذب الزوج نفسه فلا يفيده ذلك عود النكاح ولا رفع حرمة التأبيد بخلاف الحدّ ولحوق النّسب فإنّهما يعودان.

ثانيا-آثار اللّعان في نفي نسب الولد:

ا- آثار اللّعان القطعية في نفي نسب الولد:

1-نفي نسب الولد: اختلف الفقهاء حول ما إذا كان اللّعان الصّحيح ينتفي به نسب الولد من الزوج الملاعن ويلحق بأمه، أم يبقى نسبه متصلا بأبيه الملاعن؟ على قولين:

القول الأول: أنّ من أحكام اللّعان قطع نسب الولد من جهة أبيه ويلحق بأمه، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] والشافعية[4].

واستدّل الجمهور بجملة من الأدلة العقلية والنقلية مفصلة في النقاط الآتية[5]:

ا-بعموم أدلة مشروعية اللّعان من الكتاب والسنة' السابق ذكرها، أين نفى الرسول **S** ولد هلال بن أمية وألحقه بأمّه.

ب-أنه لا فرق بين نفي النّسب قبل الوضع وبين نفيّه بعد الوضع وقد وافق أصحاب القول الثاني على نفيه إذا كان حملا، فيلزم أن يُلحق ما بعد الوضع بما قبل الوضع.

ج-بأن القذف إذا كان بالولد، فغرض الزوج أن ينفي ولدا ليس منه في زعمه، فوجب النفي تحقيقا لغرضه، إذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللّعان، فيجب النفي عند وجوده.

---

[1] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج7، ص 15.

[2] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج3، ص 163.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 123.

[4] محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص 312.

[5] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج4، ص109.

د–قول ابن القيم في أحكام اللّعان بين الزوجين في « الحكم السادس: « انقطاع نسب الولد من جهة الأب، لأن رسول اللهﷺقضى ألا يدعى ولدها لأب وهذا هو الحق وهو قول الجمهور، وهو أجل فوائد اللّعان» وأشار في الحكم السابع: « إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه»[1].

القول الثاني: الولد للفراش فلا ينقطع النّسب ولا ينفيه اللّعان أبدا، وإنّما ينفي الحمل فقط، فإن لم يلاعنها حتى ولدت لاعن لإسقاط الحدّ فقط، فلا ينتفي ولدها منه والى هذا ذهب ابن حزم من الظاهرية[2]، الذين استدلوا بما يلي:

ا– قولهﷺ: ﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩**﴾[3] ، دلالة الآية عندهم أنّها تنص على القذف بالزنا فقط، ولم تشر إلى نفي الولد، ولذلك لابدّ بالتقيد بما جاء في الآية.

ب– ما روي عن السيدة عائشةﷺعنها قالت: قال النبيّﷺ:{الولد للفراش وللعاهر الحجر}[4] .

وجه الدلالة عندهم يقول ابن حزم: « أن رسول الله ﷺ قضى أنّ « الولد لصاحب الفراش »، فهو ولده، إلاّ أن نفاه أباه أو حيث يوقن بلا شّك انه ليس ولده، فبقي ما عدا ذلك على لحوق النّسب'، فإن صدقته في أنّ الحمل ليس منه، فإن تصديقها له لا يلتفت إليه، فوجب أن يكون إقرار الأبوين

---

[1] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص397–399.

[2] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 147.

[3] سورة النور، الآيات من 6–9.

[4] سبق تخريجه، أنظر ص50.

لا يصدق على نفي الولد فيكون كسبا على غيرها، وإنّما نفى الله تعالى الولد إن كذبته الأم والتعنت هي والزوج فقط »[1].

في نظري ما ذهب إليه الجمهور هو أنّ من أحكام اللّعان نفي نسب الولد، هو القول الارجح لصراحة وقوة أدلتهم، ونظرا لكون أنّ أعظم مقاصد اللّعان نفي نسب الولد. وأمّا ما جاء به ابن حزم فأجاب عليه الإمام الشافعي بقوله: « ليس يخالف حديث نفي الولد عمّن ولد على فراشه قول النبي**S**: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَر}[2] ويحمل قوله معنيان:أحدهما : وهو أعمّها أنّ الولد للفراش ما لم ينفه ربّ الفراش باللّعان الذي نفاه به عنه رسول الله، فإذا نفاه باللّعان فهو منفيّ عنه، وغير لاحق بمن ادعاه بزنا، وإن أشبهه كما لم يُلحق النبي المولود الذي نفاه زوج المرأة باللعان ولم ينسبه إلى رجل بعينه، وعرف النبي **S** شبهه به، لأنه ولد على غير فراش، وترك النبي أن يُلحقه به مثل قوله**S** وللعاهر الحجر، فجعل ولد العاهر لا يلحق، كان العاهر له مدعيا أو غير مدّعً.

والمعنى الثاني: إذا تنازع الولد ربّ الفراش والعاهر، فالولد لربّ الفراش، وإن نفى الرجل الولد بلعان فهو منفيّ»[3].

2-إلحاقه بأمه:إذا تم اللّعان بين الزوجين، ترتب عليه انتفاء نسب الولد عن الزوج وألحق بأمه وتكون هي رحمه وعصبته متى توافرت شروط صحة اللّعان، ويقول الزيلعي: « وإنّما ينفى الولد باللّعان، لانّ المقصود بهذا اللّعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده »[4].

---

[1] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 147.

[2] سبق تخريجه، أنظر ص50.

[3] محمد ابن إدريس الشافعي، اختلاف الحديث، ط1، تحقيق حيدر عامر احمد، مؤسسة الثقافة الإسلامية، بيروت، لبنان، 1985م، ص 254.

[4] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص 19.

وهذا النوع من النّسب يطلق عليه نسب الانتماء، فيحلّ لقب المرأة محلّ لقب الأب، يقول أبو بكر ابن العربي: « فأمّا ولد الملاعنة إن كان حرا فانه يدعى لأمه فيقال فلان ابن فلانة، لانّ أسبابه في انتسابه منقطعة، فرجعت إلى أمه »[1].

يقول ابن القيم: « وهذا الإلحاق يفيد حكما زائدا على إلحاقه بها مع ثبوت نسبه وإلاّ كان عديم الفائدة، فإنّ خروج الولد منها أمر محقق فلابد في الإلحاق من أمر زائد عليه وعلى ما كان حاصلا مع ثبوت النّسب من الأب... أفادنا هذا الإلحاق فائدة زائدة وهي تحويل النّسب الذي كان إلى أبيه إلى أمه، وجعل أمه قائمة مقام أبيه في ذلك... فإن النّسب في الأصل للأب، فإذا انقطع من جهته صار للأم »[2].

3-عدم التوارث وعدم إلزام النفقة: إذا كان اللّعان بنفي الولد ينتفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبياً في بعض الأحكام كالتوارث والنفقة، ولا توارث بينهما إذا مات أحدهما، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها، لقوله S: { تُحْرَزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثُ مَوَارِيثُ عَتِيقِهَا وَ لَقِيطِهَا وَ الْوَلَدُ الْذِي لاَعَنَتْ عَلَيْهِ}[3].

ولا تجب نفقة ولا سكنى احدهما على الأخر في العدّة، لكون أنّ اللّعان فسخ وبالتالي المرأة المفسوخة باللّعان لا تستحق النفقة في مدة العدة، فقد جاء في حديث ابن عباس d في قضية الملاعنة أنّه: { وَقَضَى أَنَّ لَا بَيْتَ لَهَا وَلَا قُوتَ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَان مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ وَلَا مُتَوَفِى

---

[1] أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القران، ط1، تحقيق علي البجاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،2001، ج3، ص459.

[2] أنظر محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص399-400.

[3] أخرجه أبو الحسن على البغدادي الدارقطني، المرجع السابق، كتاب الفرائض، ح رقم69، ج3، ص329، أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني ابو داود، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة، ح رقم 2906، ج2، ص333-334.

عَنْهَا}[1]. قال ابن القيم: « وهذا موافق لكتاب الله تعالى لا مخالف له، بل سقوط النفقة والسكنى للملاعنة أولى من سقوطها للمبتوتة لأنّ المبتوتة له سبيل إلى أن ينكحها في عدتها، وهذه لا سبيل له إلى نكاحها لا في العدة ولا بعدها، فلا وجه أصلا لوجوب نفقتها وسكناها وقد انقطعت العصمة انقطاعا كليا »[2].

وقالت المالكية[3] و الشافعية[4] لها سكنى لأنّها في عدة منه. وقال أبو حنيفة أنّها تستحق النفقة والسكنى، لأنّه يعتبر اللّعان طلاقا بائنا وهما لازمان عنده في الطلاق البائن[5].

ب- آثار اللّعان الظنية في نفي نسب الولد[6]

1- **الشهادة:** ذهب الحنفية[7] والمالكية[8] إلى أنّه لا تقبل شهادة الأصل الواحد من فروعه، وبالعكس كذلك لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفى نسبه باللعان ولا شهادة من نفى نسبه وأحد فروعه لمن نفاه ولا لأصوله وذلك لصحة استلحاقه أي الولد الملاعن.

2- **الالتحاق بالغير:** لو ادعى غير الملاعن الولد الذي نفي نسبه باللّعان لا يصح ادعاؤه ولا يثبت نسبه منه، وذلك لاحتمال أن يُكذب الملاعن نفسه فيعود نسب الولد له، ومن أجل هذا قال ابن همام الحنفي: « إنّ الحكم بعد ثبوت نسب الولد ممّن ادعاه مشكل إذا كان ممن يولد مثله لمثله وكان ادعاؤه بعد موت الملاعن لأنّ النّسب مما يحتاط في إثباته، والولد مقطوع النّسب من

---

[1] أخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب اللّعان، باب سنة اللّعان و نفي الولد وإلحاقه بالأم،ح رقم 15728، ج11، ص 347.

[2] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج4، ص 108.

[3] محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق، ج5، ص 467.

[4] محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص 295.

[5] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج7، ص 54.

[6] الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج35، ص 264-265.

[7] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج3، ص 262.

[8] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 186.

غير المدعي ووقع اليأس من ثبوته من الملاعن، وثبوت النّسب من الأم لا ينافي ثبوته من المدعي لإمكان كونه وطأها بشبهة »[1].

3- **المحرومية:** إبقاء محرومية فلا يجوز أن يزوج الملاعن ابنته للولد الذي نفى نسبه لاحتمال أن يكون ابنا له، كما لا يجوز أن يتزوج امرأته، خصوصا وانّ الفراش الذي يثبت النّسب كان موجودا وقت ولادته، ومع هذا الاحتمال لا يحل الزواج شرعا، وذهب الشافعية في احد القولين إلى أن المنفيّة باللّعان حكمها أن تحرم على نافيها، ولو لم يدخل بأمها، لأنّها لا تنتفي عنه قطعا لدليل لحوقها به لو أكذّب نفسه ولأنها ربيبة في المدخول به، وتتعدى حرمتها إلى سائر محارمه[2].

4- **القصاص:** عدم جواز القصاص فلو قتل الملاعن من نفاه باللّعان، لا يقتل فيه كما لو قتل الأب ولده.

وعللّ الفقهاء أثر بقاء النّسب بعد اللّعان إلى احتمالين:

1-احتمال أن يكون الولد من الملاعن، فقد يكون الزوج كاذبا. فإذا قذف الزوج زوجته بالزنا ثم أكذب نفسه، فلا خلاف بين الفقهاء في لحوق نسب الذي نفاه عنه إذا كان حيا[3]، أما إذا توفي الولد اختلف الفقهاء في لحوق نسبه الى قولين:

---

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج3، ص 263.

[2] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج29، ص 198

[3] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 246، محمد عليش، المرجع السابق، ج2، ص 363، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج7، ص 122، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد، المرجع السابق، ج3، ص282.

القول الاول: إذا أكذب الزوج نفسه يلحقه نسب الولد الذي نفاه باللّعان في حالات خاصة فقط، ولا يلحقه في غيرها والى هذا ذهب الحنفية[1]، فقالوا يلحقه نسبه إن لم يكن ذا مال، فإن كان هذا الولد ذا مال لم يلحقه، ويرون كذلك أنه لو كان المدعى نسبه المتوفي ترك ولدا ثبت الولد من الأب وورثه لاحتياج الحي إلى النّسب.

وذهب الإمام مالك[2] إلى أنّ من نفى ولدا بلعان ثم ادعاه بعد موته، فإن كان لولده ولد، حدّ الملاعن ولحقه به نسبه، وان لم يترك ولد حدّ ولا يرثه، واستدلوا على موقفهم بأن من اكذب نفسه لا يلحقه نسب الولد الذي مات إذا ترك مالا، لتمكن التهمة من هذا الاستلحاق لان الزوج لا يدعيه وإنّما يدعي مالا بخلاف إذا لم يترك هذا الولد مالا، وأن من انتفى نسبه باللّعان إذا ترك ولدا فإن يُعير بانتفاء نسب أبيه فهو محتاج إلى ثبوت النّسب لان الحي يحتاج إليه أكثر من الميت.

القول الثاني: إنّ الزوج يلحقه نسب الولد الذي نفاه باللّعان إن اكذب نفسه سواءً خلف هذا الولد مالا أو ولدا أو لم يخلف، والى هذا ذهب الشافعية[3] والحنابلة[4]، واستدلوا على ذلك بأنّ النّسب حق الولد ، فإذا أقرّ الزوج به لزمه، فإذا اكذب الزوج نفسه زال سبب النفيُّ وبطل فوجب إن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به، وأنّ الولد المتوفي الذي نفاه الزوج باللّعان له استلحاقه كما لو كان حيّا أو كان له ولد.

2-إمكانية استلحاق الملاعن للولد.

فقد ذهب الشافعية إلى تحريم المنفية باللّعان عن الملاعن، يقول الشربيني عنها: « وحكمها أنّها تحرم على نافيها ولو لم يدخل بأمها لأنّها لا تنتفي عنه قطعا بدليل لحوقها به لو أكذّب نفسه،

---

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 114.

[2] محمد عليش، المرجع السابق، ج2، ص 363.

[3] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 380.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج9، ص 25.

ولأنّها ربيبة في المدخول بها وتتعدى حرمتها إلى سائر محارمه، وفي وجوب القصاص عليه بقتله لها، والحدّ بقذفه لها، والقطع بسرقة مالها»[1].

ويقول النّووي: « ومنهم من قال: لا يجوز للملاعن نكاحها لأنّها غير منفيّة عنه قطعا، ولهذا لو اقرّ بها ثبت النّسب »[2].

أمّا المالكية في شهادة احدهم للأخر، جاء في الحاشية للدسوقي أنّه: « فلا يشهد أب ولا أم وإن ولد ملاعنة لصحة استلحاقه »[3]. ويقول الخرشي: « ويدخل في الولد ولد الملاعنة لأنّ له أن يستلحقه »[4].

وقال ابن همام من الحنفية: « إنّ ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب والحق بأمه لا يعمل في جميع الأحكام بل في بعضها فيبقى النّسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللّحوق بالغير »[5].

ونفس الأمر تبناه الحنابلة فقد جاء في الإنصاف للمرداوي حرمة البنت المنفية بلعان عطفا على المحرمات فيقول: « وكذا ابنته المنفيّة بلعان »[6].

---

[1] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج4، ص 288.

[2] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، د. ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ن، ج16، ص 219.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 108.

[4] محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج7، ص 179.

[5] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج2، ص 297.

[6] علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1377هـ-1957م، ج8، ص 109.

الفرع الثاني

آثار اللّعان في القانون

المشرع الجزائري لم يتطرق لا للعان ولا لآثاره تاركا الأمر لاجتهادات المحكمة العليا (أولا) ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي (ثانيا) وكذلك المشرع المصري (ثالثا) على خلاف ذلك فإنّ المشرع الكويني نص على آثار اللّعان من خلال قانون الأحوال الشخصية (رابعا).

أولا–اثار اللّعان في القانون الجزائري: في القانون الجزائري إجراء اللّعان يترتب عليه آثار من بينها نفي نسب الولد عن الملاعن، ولا يرث أحدهما الآخر، طبقا للمادة 138 من قانون الأسرة الجزائري: « يمنع من الإرث اللّعان والرِّدة»، ويلحق بأمّه ويسجل في الحالة المدنية باسمها وبالتالي لا تجب نفقته على الملاعن.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/07/16م: « من المقرر شرعا وقانونا أنّه إذا وقع اللّعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين »[1].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23م أنّه: « يفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد لامه »[2]، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخد برأي الجمهور عندما اعتبر الفرقة باللّعان فسخ ويكون التحريم بين الزوجين مؤبد.

ثانيا– آثار اللّعان في القانون المغربي: كذلك المشرع المغربي رتب آثار اللّعان من بينها وقوع الفرقة بين الزوجين بحكم القاضي طبقا للمادة 159 من م.أ.م بدون طلاق ويحرم عليهما الزواج

---

[1] م. ع، غ. ا. ش، ملف رقم 76343، بتاريخ 1990/07/16م، م. ق،1991م، ع3، ص 75.

[2] م. ع، غ. ا. ش، ملف رقم 172379، بتاريخ 1997/10/28م، ن. ق،1991م، ع 54، ص 103.

تحريما مؤبدا، ولكن إذا أقر به الزوج الملاعن بعد اللّعان وفق مقتضيات المادة 160 من م.أ م فإنّ الولد ينسب إليه ولو بعد موت هذا الأخير[1].

و تنص المادة 160 من م. أ.م على أنه: « يثبت النّسب بإقرار الاب ببنوة المقرّ به ولو في مرض الموت وفقا للشروط الاتية:

1-ان يكون الاب المقر عاقلا

2-ان لا يكون الولد المقر به معلوم النّسب

3-أن لا يكذب المستلحِق -بكسر الحاء- عقل أو عادة

4-ان يوافق المستلحَق -بفتح الحاء-إذا كان راشدا حين الاستلحاق و اذا استلحق قبل ان يبلغ سن الرشد فله الحق في ان يرفع دعوى نفي النّسب عند بلوغه سن الرشد. وإذا عين المستلحق الام أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو الادلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق، لكل من له المصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكورة، ما دام المستلحق حياً».

ثالثا- اثار اللّعان في القانون المصري: سبق وأن بينت عند استعراضي لشروط اللّعان في القانون المصري لم يتطرق لأحكام اللّعان ولا لشروطه ونفس الأمر كذلك بالنسبة للآثار ونص في المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م انّه إذا لم يرد نص في القوانين نأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية.

[1] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص43.

و الراجح في الفقه الحنفي في تبيّان آثار اللّعان هو ما نصت عليه المادة 337 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على أنّ: « قَطْعُ الْحَاكِمِ الْوَلَدَ عَنَ نَسَبِ أَبِيهِ، يُخْرِجُهُ مِنْ الْعَصَبَةِ، وَيُسْقِطُ حَقَّهُ فِي النَّفَقَةِ وَالإِرْثِ دُونَ غَيْرِهِمَا. وَيَبْقَى النَّسَبُ مُتَّصِلاً بَيْنَ الْوَلَدِ وَأَبِيهِ الْمُلاَعِنِ في: حَقِّ الْشَّهَادَةِ، وَالْزَّكَاةِ، وَالنِّكَاحِ، وَالْقِصَاصِ، وَفِي عَدَمِ اللِّحَاقِ بِالْغَيْرِ. فَلَا يَجُوزُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ، وَلَا صَرْفُ زَكَاةِ مَالِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ، وَإِذَا كَانَ لابْنِ الْمُلاَعَنَةِ ابْنٌ وَلِنَافِيهِ بِنْتٌ فَلاَ يَجُوزُ لِلابْنِ أَنْ يَتَزَّوَجَ تِلْكَ الْبِنْتَ، وَإِذَّا ادَّعَاهُ غَيْرُ الْمُلاَعِنِ لاَ يَلْتَحِقُ بِهِ »[1].

في حين أن محكمة النقض المصرية رتبت أثراً من آثار اللّعان من خلال الطعن رقم 468 لسنة 65 جلسة 2001/11/24م وهو أن يفرق القاضي بين الزوجين[2].

إلاّ أنّه لم يبين نوع الفرقة والراجح في المذهب الحنفي أنّ الفرقة باللّعان طلاق بائن طبقا للمادة 339 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية التي تنص على أنّ: « الْفُرْقَةُ بِاللِّعَانِ طَلاَقٌ بَائِنٌ، وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الْحَاكِمُ بَيْنَ الْزَوْجَيْنِ بَعْدَ اللِّعَانِ فَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةٌ، وَيَجْرِي الْتَّوَارُثُ بَيْنَهُمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا وَكَانَ الآخَرُ مُسْتَحِقًّا لِلْمِيرَاثِ. وَإِنَّمَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُلاَعِنِ وِقَاعُ الْمَرْأَةِ وَالاسْتِمْتَاعِ بِهَا »[3].

ونصّ أيضا في المادة 338 منه على أنّه: « إِذَا مَاتَ ابْنُ اللِّعَانِ عَنْ وَلَدٍ، فَادَّعَاهُ الْمُلاعِنُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَيُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَيَرِثُ مِنَ الْمُتَوَفَّى. وَإِذَا مَاتَتْ بِنْتُ اللِّعَانِ عَنْ وَلَدٍ، فَادَّعَاهُ الْمُلاَعِنُ، فَلا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَلا يَرِثُ مِنْ أُمِّهِ »[4].

---

[1] محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص 843.

[2] طعن رقم 468 لسنة 65، جلسة 2001/11/24م، أحكام محكمة النقض في إثبات النّسب ونفيه، منشور على موقع محامي مصر، https://lawyeregypt.net ، تاريخ الدخول 2021/05/26م الساعة19:55.

[3] محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص845.

[4] محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص845.

رابعا- آثار اللعان في القانون الكويتي: ونفس الآثار رتبها المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية من خلال المواد من 178-180[1]، فقد نصت المادة 178منه أنه: « إذا جرى اللّعان بين الرجل والمرأة نفى القاضي نسب الولد عن الرجل، ولا تجب نفقته عليه، ولا يرث أحدهما الآخر، وألحق الولد بأمه ». ونصت أيضا المادة 335 منه: « يرث ولد الزنا، وولد اللعان من الأم وقرابتها، وترثهما الأم وقرابتهما»[2].

وكذا المادة 179 منه أيضا أنّه: « إذا اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام ونفي النّسب، لزمه نسب الولد، ولو بعد الحكم بنفيّه، وجاز له أن يتزوج المرأة »، وهكذا يتضح تماما أنّ ثبوت النّسب من الزوج في حالة تكذيبه لنفسه بعد الملاعنة لا يتعارض مع استمرار اللّعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين ولكن لا يتعطل أثره في نفيّ النّسب فيثبت بعدما كان منفيّا ومقطوعا[3].

إضافة إلى ذلك سقوط الولاية عن الولد، ويحل محلها الولاية العامة وهي ولاية القضاء فقد نصت المادة 212 من ق. أ. ش. ك على انّه: « في حالة عدم تعيين ولي على القاصر، أو سلب الولاية، تعهد المحكمة بالقاصر إلى أمين، أو جهة خيرية، حتى يفصل في موضوع الولاية»[4].

وذكر أيضا أنّ الفرقة بين الزوجين فسخ طبقا للمادة 180 منه التي تنص على أنّ: « الفرقة باللّعان فسخ».

---

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 52..

[2] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع نفسه، ج8، ص 93.

[3] محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 187.

[4] المجموعة التشريعية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص58.

وهذه الآثار أكدتها محكمة التمييز وذلك من خلال طعن رقم 2002/32م أحوال شخصية جلسة 2003/02/23م على أنّه: « نفي نسب الولد بعد إجراءات اللّعان بين الرجل والمرأة، أثره أنّه لا تجب له نفقة ولا يرثه ويلحق الولد بالأم »[1].

المطلب الثالث

حكم الامتناع عن اللّعان وموقف القضاء الجزائري والمقارن من أحكامه

سأتناول في هذا المطلب حكم امتناع الزوجين عن اللّعان بين الشريعة والقانون (الفرع الأول) ثم أقف على موقف القضاء الجزائري والمقارن من أحكام اللّعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم الامتناع عن اللّعان بين الشريعة والقانون

قد يتهم الزوج زوجته بالزنا أو ينفي ولدها عن نسبه، ومع ذلك يمتنع عن اللّعان ولا بيّنة له على دعواه، كما قد يلاعن الزوج زوجته وتنكر فعل الفاحشة ومع ذلك تمتنع عن أيمان اللّعان من جانبها. فهل امتناع الزوج عن اللّعان بعد طلبه منه يثبت حدّ القذف في حقه وامتناع الزوجة يثبت حدّ الزنا في حقها؟ هذا ما سأتطرق إليه في هذا الفرع من خلال تبيّان موقف الشريعة الإسلامية من امتناع الزوجين عن اللّعان (أولا) وكذا موقف القانون (ثانيا).

أولا- موقف الشريعة الإسلامية من امتناع الزوجين عن اللّعان:

---

[1] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 459، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107، تاريخ الدخول 03/22/ 2020م، على الساعة 10:15.

ا-**امتناع الزوج عن اللّعان بعد قذفه لزوجته:** لقد اختلف الفقهاء حول حكم نكّول الزوج عن ملاعنة زوجته، إذا طلب منه في حال عدم اعترافها باقتراف الفاحشة، وعدم تمكنه من إقامة البيّنة على صدق اتهامه، على رأيين:

الرأي الأول: إذا امتنع الزوج عن اللّعان بعد اتهامه لزوجته بالفاحشة يوجب حدّ القذف شرعا، وهذا عام في الزوج أو الأجنبي، ويُحكم بفسقه وردّ شهادته، وهو مذهب الجمهور من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3].

واستدّل الجمهور بعموم أدلة مشروعية اللّعان من الكتاب والسنة وقالوا: أنّ هذا الزوج قاذف يلزمه الحدّ بنكوله وإكذابه نفسه إلاّ أن يأتي ببيّنة على زنا زوجته، لقوله **S** لهلال بن أمية لما قذف زوجته بالزنا: « البَيّنَة أَوْ حَدّ فِي ظَهْرك »[4]، فيسقط عنه الحدّ كما يسقط عن الأجنبي بذلك.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية[5] الى أنّ الزوج إذا نكل عن ملاعنة زوجته فلا يقضى عليه بمجرد نكوله وإنّما يحبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذّب نفسه فيحدّ حدّ القذف. وحجتهم[6]:

1-إنّ الزوج إذا نكل عن الملاعنة فانه يحبس لامتناعه عن الواجب عليه، إذ اللّعان حق مستحق عليه للزوجة، فيحبس حتى يأتي بما هو عليه، كما لو امتنع من قضاء دين وجب عليه.

---

[1] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 466، محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص135، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 119.

[2] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 127.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد ،المرجع السابق، ج3، ص286.

[4] سبق تخريجه، أنظر ص115.

[5] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 248.

[6] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع نفسه، ج3، ص 248.

2-إن الحدّ إنما وجب على الزوج لظهور كذبه، إذ ليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه، بل يحتمل انه امتنع منه صونا لنفسه عن اللّعن والغضب والحدّ لا يجب مع الاحتمال، لأن الاحتمال من اليمين بدل وإباحة، والإباحة لا تجري في الحدود.

ب-امتناع الزوجة عن اللّعان بعد لعان الزوج: ختلف الفقهاء في الحكم إذا لاعن الزوج وامتنعت الزوجة عن اللّعان هل يقام عليها حدّ الزنا أو تحبس حتى تلاعن؟ أم يخلى سبيلها؟ ومرجع هذا الاختلاف هو اختلافهم في تأويلهم في قوله ﷻ ﴿**وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ... ٨**﴾ [1]، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أن امتناع الزوجة عن اللّعان بعد لعان زوجها يوجب حدّ الزنا عليها الرجم، لأن اللّعان بدل حدّ الزنا قوله ﷻ ﴿**وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ... ٨**﴾ [2]، أي العذاب الدنيوي وهو الحدّ عندهم، فلا يندرأ الحدّ عن الزوجة إلاّ بلعانها، والى هذا ذهب المالكية[3] والشافعية[4].

وحجتهم أنّ وجه الدلالة للآية أنّه لا يصّح أن يراد من اللّعان عذاب الآخرة، لأنّ الزوجة إن كانت كاذبة في لعانها لم يزدها اللّعان إلا عذابا في الآخرة، وإن كانت صادقة فلا عذاب عليها في الآخرة، فتعين أن يراد به عذاب الدنيا وهو المذكور في قوله ﷻ: ﴿ **وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٢**﴾ [5] وهو عذاب حدّ الزنا كم هو ثابت في التفسير[6].

---

[1] سورة النور، الآية 08.

[2] سورة النور، الآية 08.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 466، محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص 135.

[4] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 127.

[5] سورة النور، الآية 02.

[6] عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، المرجع السابق، ج3، ص 354.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنّ الزوجة إن امتنعت عن اللّعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها، فان لاعنت أو صدقت زوجها فيما راماها أخلي سبيلها من غير حدّ، إنما تحدّ إذا أقرّت بالزنا أربع مرات[1].

وحجتهم في إثبات الحبس أنّ اللّعان هو الموجب الأصلي للقذف في حق الزوجين فيكون واجبا على المرأة بعد لعان زوجها، فإذا امتنعت عنه أجبرت عليه بالحبس، ويكون هو العذاب الوارد في الآية السابقة.

أمّا في إخلاء سبيلها دون إقامة الحدّ إذا صدقت زوجها في فعل الزنا، فحجتهم أنّ تصديقها ليس بإقرار قصدا يثبت به الحدّ ولو أعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة، ولأنّ المرأة لو أقرت بالزنا ثم رجعت عن إقرارها لم تحد وامتناعها عن اللّعان أقل دلالة على الزنا من الإقرار الذي رجعت عنه فلا يجب به الحد بالطريق الأولى[2].

الرأي الثالث: يرى أنّ امتناع الزوجة عن اللّعان بعد لعان زوجها لا يوجب إقامة حدّ الزنا عليها، كما انه لا يوجب حبسها بل يخلى سبيلها، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[3]. وحجتهم أنّه إذا ثبت عدم إقامة الحدّ عليها وجب إخلاء سبيلها كما لو لم تكتمل البيّنة، ولا تزول الزوجية ولا ينتفي الولد ما لم يتم اللّعان بينهما جميعاً.

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 248.

[2] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج3، ص 251.

[3] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 463.

ثانيا- موقف القانون الجزائري والمقارن من امتناع الزوجين عن اللّعان

ا-**امتناع الزوج عن اللّعان بعد قذفه لزوجته:** في نظر القانون الجزائري إنّ امتناع الزوج عن اللّعان يعطي للزوجة الحق في متابعة الزوج قضائيا بتهمة القذف طبقا للمادة296 من ق. ع.ج التي تنص: « يعدّ قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص »، وكذا المادة 298 من ق. ع. ج التي تنص على أنّه: «يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 250.000دج إلى 500.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين».

أما مدونة الأسرة المغربية لم تتطرق لأحكام اللّعان، فيرجع في شأنها كما ذكرنا سابقا للفقه المالكي طبقا لمقتضيات المادة 400 من م. أ. م، فيكتفي بالحكم ضد الناكل كما جاء في إحدّى قرارات محكمة الاستئناف بأكادير: « وحيث إنّ المدعي بمجرد ما علم بالحمل قد بادر إلى نفيّه عنه و أبدى استعداده لأداء اليمين، فحكمت باللّعان، في حين نكلت المدعى عليها مما يدل على صدقه في ادعائه »[1].

ب-امتناع الزوجة عن اللّعان بعد لعان الزوج: في القانون الجزائري إذا كان الامتناع عن اللّعان من الزوجة فان نكولها لا يفسّر بأنّه اعتراف ضمني أو دليل على ارتكابها جريمة الزنا، لان جريمة الزنا لا تثبت إلاّ بالوسائل الثلاثة محضر يحرره أحد رجال الضبط القضائي في حالة التلبس أو إقرار قضائي للمتهمة أو إقرار في مستندات أو رسائل صادرة عن المتهم طبقا للمادة 341 من قانون العقوبات الجزائري[2].

---

[1] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 175.

[2] تنص المادة 341 من ق. ع. ج على انّه: « الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بنص المادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره احد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما بإقرار قضائي ».

فإذا لم يتوفر هذه الأمور لا يمكن متابعة الزوجة بتهمة الزنا، ومن ثم يمكن للزوج اللّجوء إلى رفع دعوى اللّعان.

كذلك المشرع المغربي حصر جريمة الخيانة الزوجية طبقا للمادة 493 من القانون الجنائي في الاعتراف القضائي أو المكتوب وفي المحضر الرسمي الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية في حالة التلبس، ومن تم لا يجوز إثباتها عن طريق الشهود، الأمر الذي يدفع الزوج الملاعن إلى اللجوء إلى طلب إجراء الملاعنة من اجل نفي الحمل أو الولد[1].

الفرع الثاني

موقف القضاء الجزائري والمقارن من أحكام اللّعان

سأبّين من خلال هذا الفرع موقف كل من القضاء الجزائري (أولا) والقضاء المغربي (ثانيا) القضاء المصري (ثالثا) وأخيرا القضاء الكويتي من أحكام اللّعان (رابعا).

أولا–موقف القضاء الجزائري:على مستوى القضاء الجزائري فالملاحظ من الوهلة الأولى عدم تسامح القضاة مع المباشر لدعوى اللّعان إذا لم يقدم الدليل والحجّة على ما يدعيه ضمن آجال تعد قصيرة جدا في محاولة لسدّ الباب في وجه الهاربين من جحيم النفقات على أولادهم[2].

فالكثير ممن يرفع دعوى اللّعان لنفي نسب الأولاد دون أيّة حجّة ودليل ولا شيء سوى للهروب من المسؤولية الملقاة على عاتقه، ووضعت المحكمة العليا في الجزائر مدة ثمانية أيام فحسب من يوم علمه بالحمل.

---

[1] احمد الغازي الحسيني، المرجع السابق، ص 41–42.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 48.

وهذا ما جاء في احدى قرارات المحكمة العليا:« من المقرّر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه، متى كان الزواج شرعيا وأمكّن الاتصّال ولم ينفه الطرق المشروعة، ومن المستقّر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام ومتى تبين –في قضية الحال– أنّ المطعون ضده لم يبادر ينفى الحمل من علمه به وخلال المدّة المحدّدة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي تعتبر دليلا قاطعا، ولان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، فان قضاة الموضوع بقضائهم بصّحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النّسب »[1].

غير أنّ المحكمة العليا لم تجعل من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة، وجاء ذلك في قرار المحكمة العليا: «من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللّعان، غير أنّ هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن تم فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[2].

[1] م.ع ،غ. ا.ش، 1993/11/23م، ملف رقم 99000، م. ق.غ. ا. ش، ع. خ، 2001م، ص 64.

[2] م.ع.ج،غ.ا.ش،1990/07/16م، ملف رقم 76343، م. ق،ع 3،1991م، ص75.

إضافة إلى ذلك أنّ اللّعان من اختصاص القضاء ولا يجوز للإمام الفصل فيه و هذا ثابت من خلال قرار مؤرخ في 2019/03/06م: « اللّعان من اختصاص القضاء وحده ولا يجوز للإمام أو المفتي أن يفصل فيه، ويعتبر لاغيا وبدون اثر لعان يجري دون إقامة دعوى نفي النّسب ودون أن يحكم القاضي أو يشرف عليه، فبعد صدور حكم اللّعان يتولى تنفيذه القاضي الذي أصدره وبسعي منه ويجري بحضوره بأن يأتي أمامه الزوجان باللّعان بعد إلقائه على كل واحد منهما من طرف القاضي وبالصورة التي حددها القرآن الكريم والترتيب بين ألفاظ اللّعان، وأن يبدأ الرجل بالحلف على المرأة ثم تحلف المرأة، والاشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضرا وتسميته إن كان غائبا وأن يعظ القاضي المتلاعنان ويخوفهما بحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة وأن يتم عقب الصلاة أو بعد صلاة العصر من يوم الجمعة وان تتم بالمسجد ويحرر في ذلك محضر يحرره القاضي دون غيره وأي لعان يجرى بدون دعوى النفي ودون أن يحكم به القاضي ويتولى الإشراف عليه يعتبر لاغيا وبدون اثر لأنّه عمل قضائي يختص به القضاء ويخرج عن اختصاص الإمام أو المفتي أو غيره من المراجع الدينية »[1].

ثانيا–موقف القضاء المغربي: يظهر من القرارات الشرعية الصادرة عن محكمة الاستئناف بمكناس أنّها تعتبر اللّعان مسطرة شرعية لنفي النّسب متى توفرت شروطه، ومنها ضرورة الإسراع برفع دعوى اللّعان مباشرة بعد الحمل، وإلاّ فالنّسب يلحق بالزوج، وهكذا جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس: « وحيث فيما يرجع لنفي نسب الولد فهذا من شروطه رفع الدعوى بصورة مستعجلة وداخل ثلاثة أيام من تاريخ العلم بالوضع »[2].

---

[1] م.ع ،غ. ش. أ. م، 2019/03/06م، ملف رقم 1277359، م. م.ع، ع1، 2019م، ص76 وما يليها.

[2] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 48.

فمن خلال حيثيات القرار سالف الذكر فإن الزوج الذي يعلم بحمل زوجته ولا يعجل بطلب نفي النّسب لا تقبل دعوى اللّعان إلاّ إذا أثبت عذر التأخير في ذلك، وهذا العذر يترك للقاضي تقديره مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الزمانية والمكانية وشخص المتلاعن من الناحية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، فسلوك مسطرة اللّعان لنفي النّسب يستلزم الفورية والزوج في حالة تأخره في رفع دعوى اللّعان عليه أن يثبت عدم علمه بحمل الزوجة، وهذه الأخيرة لا تُلزم بإعلامه[1].

وقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس إلى أن الزوج الذي يتصل بزوجته بعد علمه بالحمل أو الولد لا تسمع منه بعد ذلك دعوى نفي النّسب، وقد جاء في احد قراراتها ما يلي: « وحيث إنّه من الثابت فقها في المذهب المالكي أن اللّعان حجة ضرورية لنفي النّسب ولا عذر لزوج تأكد من أنّ الحمل ليس منه ثم استمر في معاشرة زوجته رغم ذلك ولا يسمع منه بعد ذلك نفي النّسب أو غيرها ولكون النّسب نسبه لا ينتفي عنه بأقوال صادرة عن الزوجة بنفيّه عنه»[2].

في نفس الإطار جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي: «...لكن حيث إنّه بخلاف ما أثاره الطالب فإنه المحكمة لما اعتبرت أن شروط اللّعان غير متوفرة، وهو التحقق من عدم معاشرة الطالب المطلوبة بعد طهرها باعتبار أنهما كانا معا ببيت الزوجية، وإنّ إمكّانية المعاشرة مستمرة بينهما وبذلك فالمحكمة لما قضت برفض الطلب استنادا إلى ما ذكر تكون قد علّلت قرارها تعليلا كافيا ».

---

[1] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 48-49.

[2] محمد العربي لعبيدي، المرجع نفسه، ص 49.

ومن خلال القرارات سالفة الذكر يتبيّن أن المجلس الأعلى يتعامل بدقة مع مسطرة اللّعان ويتشدّد في إعمال الشروط الواردة في الفقه المالكي لصحّة اللّعان ويثبرها تلقائيا لتعلق قواعد النّسب بالنظام العام وهذا يندرج كمبدأ عام في إطار مبادئ الفقه الإسلامي الذي تجعل الشارع دائما متشوف للحوق النّسب[1].

ثالثا-موقف القضاء المصري: رغم أنّ المشرع المصري لم يتطرق للعان وأحكامه إلاّ أنّ محكمة النقض المصرية تولت هذه المهمة ونظمت أحكامه وشروطه ورتبت أثاره متبنية في ذلك الأقوال الراجحة في مذهب الإمام أبي حنيفة، مما يضمن عدم تشتت الأحكام وتوحيد القضاء وبالتبعية استقرار المجتمع؛ ومن بين هذه الأحكام الطعن رقم 181 لسنة 69 جلسة2005/7/11م: « من المقرر في قضاء محكمة النقض انه يستفاذ من دلالة التعبير في السكوت في بعض المواضع التي يعتبر فيها مقرا بالحق بسكوته استثناءا من قاعدة لا ينسب إلى الساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقرار منه بأنّه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك »[2].

---

[1] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 50.

[2] طعن رقم181 لسنة 69 جلسة 2005/7/11م، المرجع السابق، منشور على موقع محامي مصر، https://lawyeregypt.net، تاريخ الدخول 2021/05/26م الساعة19:55.

وجاء أيضا في الطعن رقم 336 لسنة 62 قضائية جلسة 03/16/ 1998م ما يلي: « حيث إنّ هذا النعي مردود عليه، ذلك بأنّ من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنّ النّسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به بناء على عقد فاسد أو شبهة، وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر من وقت الزواج وكان يتصور منه الحمل بأن كان مراهقا أو بالغا، ثبت النّسب بالفراش دون الحاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفي إلاّ بشرطين: أولهما: أن يكون نفيّه وقت الولادة وثانيهما: أن يلاعن امرأته. فإذا تم اللّعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضي بينهما ونُفيَ الولد عن أبيه وألحقه بأمه والأصل في النّسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن، ومن المقرر في فقه الأحناف إذا كان الحمل ظاهرا وصدر الاعتراف به من الزوج فإنّ النّسب يثبت قبل الولادة لما في البطن، كما أنّ نفي النّسب لا يكون معتبرا ولا يقطع النّسب إلاّ بشروط منها أن يكون النفي عند الولادة وعند التهنئة بالمولود و منها ألاّ يسبقه إقرار بالنّسب نصا ولا دلالة، فان سبقه إقرار لا يصح النفي لأنّ النّسب بعد الثبوت صار حقا للولد فلا يمكن الرجوع فيهو لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن بنفي نسب الصغير إليه على ما ستخلصه من ثبوت نسبه إليه من إقراره الضمني المتمثل في تصادقه على زواجه من المطعون ضدها وإقراره بعقد التصادق منها كان سابقا بأربعة أشهر، من ولادة الصغير فتكون قد تجاوزت اقل مدة الحمل، وهذه أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم »[1]

[1] طعن رقم 336 لسنة 62 قضائية، بتاريخ 1998/03/16م، المرجع السابق، منشور على موقع محامي مصر https://lawyeregypt.net، تاريخ الدخول 2021/05/26م، الساعة19:55.

وفي المقابل أيضا رتبت محكمة النقض المصرية اثر من أثار اللّعان من خلال الطعن رقم 468 لسنة 65 جلسة 2001/11/24م وهو أن يفرق القاضي بين الزوجين إلاّ أنّها لم تبين نوع الفرقة [1].

والراجح في المذهب الحنفي أنّ الفرقة باللّعان طلاق بائن.

رابعا-موقف القضاء الكويتي: القضاء الكويتي كذلك كان حاسما في اجراءات دعوي نفي النّسب باللّعان من خلال التقيّد بالشروط التي أوردها المشرع في المواد 176 و 177 على أن يكون نفي النّسب خلال سبعة أيام من تاريخ الولادة أو العلم بها، وأن تتخذ إجراءات دعوى اللّعان قبل مضي خمسة عشر يوم من ذلك بشرط عدم الاعتراف به صراحة أو ضمنا.

وتأسيسا لذلك قضت محكمة التمييز في الطعن رقم 2006/435م أحوال شخصية جلسة 2007/10/29م: « نفي نسب الولد ميعاده خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها،اجراءات دعوى اللعان وجوب اتخاذها قبل مضي خمسة عشر يوما من هذا التاريخ، شرطه عدم اعتراف الزوج بالنّسب صراحة أو ضمنا »[2].

---

[1] طعن رقم 468 لسنة 65، جلسة 2001/11/24م ، المرجع السابق، منشور على موقع محامي مصر، https://lawyeregypt.net، تاريخ الدخول 2021/05/26م الساعة19:55.

[2] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 459-460، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/15م، على الساعة 18:30.

ورتب القضاء الكويتي أيضا آثار للعان تتمثل في عدم النفقة و الميراث و الحاق الولد بأمه و هذا ما جاء في الطعن رقم 2002/32 أحوال شخصية جلسة 2003/02/23: « نفي القاضي نسب الولد بعد اجراء اللّعان بين الرجل و المرأة، أثره أنّه لا تجب له نفقة و لا يرثه و يلحق الولد بالام »[1].

[1] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 459، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/15م، على الساعة 18:30

المبحث الثاني

نفي النّسب لاختلال شروط الفراش

بين الشريعة والقانون

من الأصول الشرعية التي يبنى عليها النّسب الحديث الذي رواه أبو هريرةd عن النبيs أنّه قال : {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَر}[1]، ومن استقرائنا للحديث الشريف أنّ الزوجة متى ولدت على فراش الزوجية ثبت نسب الولد للزوج ولا يمكن نفيّه إلاّ عن طريق واحد وهو اللّعان، ولم تسمح الشريعة الإسلامية بأن يلطخ ويدنس فراش الزوجية بنسب فاسد وعليه فقد وضعت بعض الحالات التي تُمكن الزوج من نفي الولد الذي تأتي به زوجته على فراشه دون الحاجة إلى اللّعان، كأن يكون الزوج خصي أو مجبوب أومن في حكمهما.

ولدراسة هذا المبحث لابّد من الإجابة عن بعض الإشكاليات، هل تحقق الفراش لوحده كاف لثبوت النّسب أم هناك حالات أخرى يمكن للزوج نفي نسب الولد بالرغم من ولادته على فراشه من دون ملاعنة؟ ولذلك سأتطرق في هذا المبحث لطرق الاستثنائية الأخرى لنفيّ النّسب وما هو موقف الشريعة الاسلامية والطب والقانون الجزائري والمقارن منها والمتمثلة في نفي النّسب بسبب عدم قدرة الزوج على الإنجاب (المطلب الأول) ونفي النّسب لاختلال مدّة الحمل (المطلب الثاني) وفي الأخير نفي النّسب لعدم التّلاّقي بين الزوجين (المطلب الثالث).

[1] سبق تخريجه، أنظر ص 50.

المطلب الأول:

نفي النّسب بسبب عدم قدرة الزوج على الإنجاب

بين الشريعة و القانون

عدم قدرة الزوج على الانجاب هو طريق آخر لنفي النّسب، وهو العذر الذي يطرأ على الزوج يمنع الوطء والحمل، فقد يكون هذا العذر جنسيا كأن يكون مجبوبا أو خصيا ومن في حكمهما، أو عذر جسماني كان يكون الزوج مريضا مرضا منهكا، أو يكون بسبب عدم بلوغ الزوج.

فقد اعتنى الفقهاء بجميع ما يتعلق بالنّسب من أحكام ومما تطرقوا إليه نفي النّسب عند عدم أهليّة الزوج للإنجاب وذلك عند اشتراطهم في ثبوت النّسب كون الزوج ممن يولد لمثله فإذا ولدت زوجته ولدا على فراشه هل يثبت نسبه منه أم لا؟ وعليه سأعالج في هذا المطلب الحالات أو المسائل التي يكون فيها الزوج فاقد القدرة على الإنجاب من خلال تبيّان موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسائل في نفي النّسب (الفرع الأول) وموقف الطب والقانون منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نفي النّسب لعدم قدرة الزوج على الإنجاب

في الشريعة الاسلامية

اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا وواسعا في العيوب التي لا يولد لصاحبها أو يولد له ولد فيما إذا كان خصيا (أولا) أو مجبوبا (ثانيا) أو إذا كان عنينا (ثالثا) أو ممسوحا (رابعا) لكنهم اتفقوا على عدم نسبة الولد للزوج الصغير (خامسا) واختلفوا فقط في سن الصغير، وسأقف في هذا الفرع على صور فقدان الزوج القدرة الزواج، وموقف الفقهاء في مدى لحوق النّسب وعدم لحوقه بهم.

أولا-نفي النّسب بسبب الخصاء:

الخصاء لغة: من خَصِيَ، ويقال خَصَيْتُ العبد والفرس إذا سَلَلْت خُصْيَيْهِ، فهو مَخْصِي[1].

اصطلاحا: هو من نزعت خصيتاه أو سُلّ أنثياه وبقي ذكره[2].

اختلف الفقهاء في لحوق النّسب بالخصي وعدم لحوقه على أربعة أقوال:

القول الأول: مقطوع الخصيتين إذا حملت امرأته فإنّه يلحق به النّسب، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[3] والمالكية[4] في رواية وبعض الشافعية[5] والحنابلة في رواية[6].

واستدل هؤلاء بأدلة من القياس فقد قاسوا فراش الخصي على فراش الصحيح أن كليهما يصلح أن يكون والدا والوطء منهما متأتي[7]، ومن المعقول باعتبار أنّ الخصي يتصور منه الإيلاج لوجود ذكره، وقد ينزل ماء رقيقا من ثُقبة المني المعتادة، وهذا مظنّة الحمل، فيلحق به النّسب[8].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 84-85، أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق،ج1،ص171، أبو عبد الله زين الدين الرازي، مختار الصحاح، ط1، ترتيب وتحقيق، محمود خاطر و حمزة فتح الله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2001م، ص 168.

[2] شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج6، ص 261، محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق، ج5، ص 147.

[3] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص 53-104.

[4] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 468.

[5] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، المرجع السابق، ج11، ص 21.

[6] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 169، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، المرجع السابق، ج23، ص 471.

[7] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج 5، ص 168.

[8] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 169.

القول الثاني: يُسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد وإلاّ لم يلزمه، هو مروي عن مالك[1]، ومنقول عن الشافعية[2].

القول الثالث:إن كان مقطوع الخصيتين أو مقطوع الخصية اليسرى لم يلحقه النّسب، وإن كان مقطوع الخصية اليمنى لحقه النّسب، واستدلوا بأنّ الخصية اليسرى هي التي تطبخ المني عند الأطباء، وأمّا اليمنى فلإنبات الشعر فقط، وبهذا ذهب بعض المالكية[3].

القول الرابع:لا يلحق النّسب بالخصي ولا تحمل امرأته، وهذا قول المالكية في رواية[4]، وجمهور الشافعية[5] والصّحيح من مذهب الحنابلة[6].

واستدلوا على ذلك بأنّ النّسب يثبت لمن كان ماؤه صالحا للإنجاب والخصي لا ينزل منه ما يتخلق منه الولد، لأنّ الخصيتين أو أحدهما هما الموضع الذي يتكون فيه المني الصالح للإنجاب، وبفقدهما يستحيل تَخَلَّقْ الولد وبالتالي فلا يصّح أن ينسب لمن هذه حالة ولد[7].

من خلال عرض أراء الفقهاء وحججهم في مدى لحوق النّسب بالخصي فإن الرأي الراجح في نظري هو ما ذهب إليه أصحاب القول الرابع المالكية في رواية، وجمهور الشافعية والصّحيح من مذهب الحنابلة والقائل بعدم لحوق النّسب بالخصي وينتفي عنه الولد من غير لعان للأسباب الآتية:

---

(1) مالك بن انس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج5، ص445، محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص 124.

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 396.

(3) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 460.

(4) محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص124، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع سابق، ج2، ص 468، محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص 147-148.

(5) محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص112.

(6) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 407، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 123.

(7) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع نفسه، ج5، ص 355.

1- لحدوث الحمل وإثبات النّسب لا يشترط الوطء ولكن لابّد من انزال الحيوانات المنوية لتخصيب البويضة والخصي فاقد للأوعية وبالتالي لا يحدث منه الإنزال كشرط للحمل.

2- جرت العادة على أن الخصي لا يولد له، وأنّ مجرد الإيلاج لا يخلق منه الولد كإيلاج الصبي الذي لا يتصور أن يولد لمثله.

ثانيا- نفي النّسب بسبب الجُّبُّ:

الجُّبُّ لغة: هو القَطْع، جَبَّهُ يجُبُّه جبّا وجِبابا اجْتَبَّهُ وجبَّ خُصاه جَبّاً: استأصله، يقال جَبَبْتُهُ جبّا أي: قطعته، ومنه جببتُهُ فهو مَجبُوب[1].

اصطلاحا: أطلق معظم الفقهاء لفظ المجبوب على مقطوع الذكر فقط والذي بقيت أنثياه[2]، ولم يخالف ذلك سوى المالكية الذين أطلقوا لفظ المجبوب على مقطوع الذكر والأنثيين معا[3].

فقد اختلف الفقهاء في لحوق النّسب بالمجبوب وعدم لحوقه به على ثلاثة أقوال:

القول الأول لا يلحق النّسب بالمجبوب، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[4]، وقول ابن اللّبان من الشافعية[5]، والذين استدلوا بأنّ الجُبّ يمنع من الوطء والمجبوب اعجز من المريض فلا يستطيع الوطء وبالتالي لا يلحق به نسب.

---

[1] أبو الحسين احمد ابن فارس، المرجع السابق، ج 1، ص 423، أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص 89.

[2] محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السابق، ص 421، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 105، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج 6، ص 261 .

[3] محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق، ج5، ص 147، محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج3، ص 237، احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 428.

[4] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق،ج2، ص292، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص 143.

[5] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 355.

القول الثاني: يُسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد وإلاّ لم يلزمه، هو مروي عن مالك في المدونة[1].

القول الثالث يلحق النّسب بالمجبوب، وهذا قول الجمهور من المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والحنفية[5].

واستدل الجمهور على لحوق النّسب على أنّ مقطوع الذكر باقي الأنثيين يلحق نسب الولد لأنّه يمكن أن يساحق فينزل ما يخلق منه الولد لبقاء أوعية المني فيه، ولهذا ألحق ولد الأمة بسيدها إذا اعترف بوطئها دون الفرج ولأنّ الذكر ليس إلاّ أداة لتوصيل المني إلى الرحم.

ثالثا– نفي النسب بسبب العنّة

العنّة لغة: عَنَّ الشيء يَعِنّ ويعُن عَنَناً وعُنوناً: ظهر أمامك، وعَنَّ يَعِنُّ ويَعُنّ عَنّا وعُنونا واعتّن: اعترض وعرض، وعَنَنْتَه اعُنُّه من باب قتل حَبَسْتَه بِعَنَانِه وعَنَنْتُهُ حَبَسْتُه في العُنَّة وهي الخطيرة فهو معنون[6]، وهو الشخص الذي لا يستطيع إتيان النساء[7].

---

[1] مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج5، ص 445.

[2] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 437.

[3] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص 444.

[4] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 355، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 196.

[5] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص 166، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص 53.

[6] أبو عبد الله زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص 402، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج10، ص 310–311.

[7] أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق، ج2، ص 84.

اصطلاحا: هي العجز عن الوطء والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة، لأنّ ذكره يعنُّ يمينا وشمالا، ولا يقصده باسترخائه[1].

اختلف الفقهاء في لحوق النّسب للعنين وعدم لحوقه على قولين:

القول الأول: يلحق النّسب بالعنين، وهذا قول الحنفية[2] والشافعية في رواية[3] والحنابلة[4]، واستدلوا على أن العنين لما كانت آلته قائمة فإنّه من المحتمل أن يصل إلى زوجته، وذلك لأنّ العنّة ناتجة عن ضعف جنسي من علّة أو مرض، وربما يشفى منه، بل أنّ حال العنين ربما تكون أفضل ممّن لا يمكنه إيصال الماء إلى رحم زوجته، وهذا يدلّ على أنّ الأصل عندهم أنّ العنين يثبت النّسب منه لأنّه من الممكن أن ينزل منه ما يخلق منه الولد.

القول الثاني:لا يلحق النّسب بالعنين، وهذا قول الشافعية في رواية[5] وبعض الحنابلة[6]، واستدلوا أنّ العنين لا يطأ ولا ينزل منه ماء، ومادام كذلك فلا علوق له ولا نسب.

و عليه رأي الجمهور القائل بأنّ العنين يلحق به النّسب هو الصائب للأسباب الاتية[7]:

1- لأنّ العنين عدم قدرته على الجماع قد يكون لأمر طارئ أو مرض نفسي ولذلك فإنّ علاجه بالطرق النفسية أو إجراء جراحة أمر ممكن.

---

(1) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 297، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق،ج6، ص261، شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 429.

(2) محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص 168، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4،ص 299، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 104.

(3) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص 534.

(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 355.

(5) عبد الرحمن بن أبو بكر السيوطي، المرجع السابق، ص 813.

(6) شمس الدين محمد ابن مفلح، الفروع، ط1، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، ج9، ص 217.

(7) علي المحمدي، المرجع السابق، ص 472.

2-أنّ العنين يملك الآلة الحادثة للوطء ويمكن أن ينتشر ذكره في حين من الأحيان فيحدث الإنزال والحمل وارد.

3-وأنّ الحمل يحدث بالإنزال وليس بالوطء فيمكن للعنين أن يولد له بدون وطء.

رابعا- نفي نّسب الممسوح:

الممسوح لغة: مقطوع الذكر والأنثيين.[1]

اصطلاحا: لقد استعمله معظم الفقهاء بهذا المعنى اللّغوي، أي الرجل الذي ليس له ذكرا ولا خصية خِلْقَةً، بينما الحنفية[2] والمالكية[3] أطلقوا على مقطوع الذكر والأنثيين لفظ المجبوب.

وقد اختلف الفقهاء في لحوق نسب من ولدته زوجته على فراش الزوجية وعدم لحوقه به إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول:الممسوح يلحق النّسب به لمن ولدته زوجته على فراشه وهذا قول الشافعية في رواية[4] والحنابلة في رواية[5]، واستدلوا بما يلي :

1-أن معدن الماء الذي يتخلق منه الجنين هو صلب الرجل استنادا الى قوله ﷻ : ﴿ **يَخۡرُجُ مِنۢ بَيۡنِ ٱلصُّلۡبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ٧** ﴾ [6]، والمعروف أنّ الماء يخرج من ثقبه إلى الظاهر، وهما باقيان.

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 704.

[2] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 117، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج3، ص 166.

[3] محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، المرجع السابق، ج5، ص 147.

[4] محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السابق، ج2، ص 466.

[5] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 169، ابن المفلح، الفروع، المرجع السابق، ج9، ص 217.

[6] سورة الطارق، الآية 7.

2-بعموم قوله ﷺ:{ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ }[1] وقالوا أن الولد لما كانت ولادته على فراش الزوجية فإنّه يلحق بصاحب الفراش، ولأنّ الماء متى دفق يكون مظنّ الحمل وقد يكون الولد من الماء القليل.

القول الثاني: لحوق النّسب بالممسوح وعدم لحوقه به يرجع إلى أهل المعرفة وهذا قول المالكية في رواية[2]، والذين استدلوا بأنّ أهل المعرفة هم أصحاب الفصل في مثل هذا الشأن إن كان يولد لمثله ولديه القدرة على الإنزال ألحقنا الولد به، وان قال أهل المعرفة أنّ مثله لا يولد له وليس في استطاعته الإنزال فلا يلحق به النّسب.

القول الثالث: الممسوح لا يلحق به من ولد من زوجته وهذا قول جمهور الحنفية[3] والمالكية في رواية[4] والشافعية[5] والحنابلة في رواية[6].

واستدّل الجمهور أنّ إلحاق النّسب تابع لإمكان إنزال المني والإيلاج في الفرج ومن قطع ذكره لا يمكنه ذلك فيستحيل حدوث الحمل وأنّ الخصيتين هما محلّ الإخصاب من الرجل ومتى قطعتا منه فقد العنصر الأساسي لتكوين الماء الذي يتكون منه الجنين ومتى انعدم فلا يتصور حدوث الحمل من كانت هذه حالته وصار كالطفل الذي لا يتصور منه أن يولد لمثله.

---

[1] سبق تخريجه، انظر ص50.

[2] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 460، مالك بن انس الاصبحي، المدونة، المرجع السابق، ج5، ص445.

[3] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص 259، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص180.

[4] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 460.

[5] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق،ج4، ص 444، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 341.

[6] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 407، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 80.

فقد جرت العادة والعرف على أنّ من على هذه الحالة لا يولد لمثله وينتفي عنه الولد من غير لعان.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن الممسوح يأخذ حكم الخصي في عدم لحوق النّسب به لأنه لا يملك الخصيتين التي بها الماء الذي يتخلق منه الولد وكذا لعدم وجود الآلة التي توصل هذا الماء إلى الرحم وينتفي عنه الولد من غير لعان.

خامسا–الصغير:

الصغر لغة: الحداثة و الصبي: الغلام، والجمع أصبية، وصبيان وصِبْيَّة، والأنثى صبية والجمع صبايا وصبا يصبون صبوة وصبوأ، أي مال إلى الجهل والفتوة[1].

اصطلاحا: هو الصبي أو الغلام أو الطفل، يطلق على المولود من حين يولد إلى أن يبلغ[2].

اتفق الفقهاء على نفي نسب الصغير الذي لا يولد بمثله، فعند الشافعية جاء في المهذب: « إذا كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه، لأنّه لا يمكن أن يكون منه وينتفي عنه بغير لعان، لانّ اللّعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون، ويجوز الا يكون، فيتحقق باليمين احد الجائزين، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له، فلا يحتاج في نفيّه إلى اللّعان »[3].

أمّا المالكية قال المواق: « وإن كان الصبي لا يولد لمثله، وهو يقوى على الجماع، فظهر بامرأته حمل لم يلحق به، وتحد المرأة »[4].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج14، ص 450.

[2] محمد الأمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص 225.

[3] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 120.

[4] محمد المواق، المرجع السابق، ج4، ص 141.

ويقول ابن قدامة الحنبلي: « وإن كان الزوج طفلا اقل من عشر سنين، فأتت امرأته بولد لم يلحقه لأنّه لم يوجد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء »[1].

في حين يقول صاحب الهداية: « إذا مات الصغير عن امرأة وبها حبل، فعدتها أن تضع حملها بالآية، فان حدث الحمل بعد الموت فعدّتها أربعة أشهر وعشرة، ولا يثبت الولد في الوجهين»[2].

إلاّ أنّهم اختلفوا في سن الصغير الذي يلحق نسبه على أربعة أقوال:

القول الأول:لا يلحق بالصبي نسب ما لم يبلغ اثنتي عشرة سنة، وهذا قول الحنفية في رواية [3] والحنابلة في رواية[4].

استندوا على ذلك بما روي أنّ عمرو بن العاص **d**وابنه لم يكن بينهما إلاّ اثنتي عشرة سنة وأنّ العرف السائد أن من بلغ هذه السّن يمكنه الوطء ويحتمل أن يكون والدا.

القول الثاني: يلحق بالصبي النّسب إذا تجاوز عمره عشر سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك وهذا قول الحنفية في رواية[5] والشافعية في رواية [6] والحنابلة في رواية[7].

---

[1] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 64.

[2] علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ط3 ، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، د. س. ن ، ج2، ص 29.

[3] أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج9، ص 184.

[4] شمس الدين محمد ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ج9، ص 216.

[5] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 181.

[6] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، المرجع السابق، ج11، ص 19.

[7] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 354.

استند الجمهور على أنّ النّسب يلحق بالصبي إذا تجاوز عمره عشرة سنين بالسنة النبوية ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي S قال:{ مُرُوا أَوْلَادُكُمُ بِالْصَلَاةِ وَهُم أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِين وَاضْرِبُوهُم عَلَيْهَا وَهُم أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرِقُوا بَيْنَهُم فِي الْمَضَاجِعِ}[1].

فالحديث دلّ على أن الصبي مظنة لحدوث الوطء منه عند بلوغه عشر سنوات أمر الأولياء أن يفرقوا بينهم في المضاجع، والأمر بالتفريق يدلّ على إمكانية الوطء الذي هو سبب الولادة وبالتالي الصبي في هذا السن يمكن أن يكون منه حمل[2].

القول الثالث:الصبي يلحق به نسب إذا كان ابن تسع سنين فما فوق ولا يلحق به لأقل من ذلك وهذا قول الشافعية في رواية[3]، والحنابلة في رواية[4].

استدلوا من القياس فقد قاسوا الغلام على الجارية بجامع اشتراكهما في سن البلوغ لأنّ الجارية قد تحيض في سن التاسعة من عمرها فكذلك الغلام قد يحتلم في مثل هذه السن ومادام احتلام ممكنا فان وطئه لزوجته يكون ممكنا أيضا ومتى أمكن الوطء صار احتماله الحمل غالبا، وكذلك بعموم حديث { الولد للفراش }[5] بأنّ الصبي زوجا و امرأته زوجة وما يخرج منهما يعد منسوبا لهما.

---

[1] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ح رقم 495، ج1، ص 173، أخرجه أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ح رقم 6689، ج11، ص284، أخرجه أخرجه أبو الحسن على البغدادي الدارقطني، المرجع السابق، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات و الضرب عليها، ح رقم 3، ج1، ص 506.

[2] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 168.

[3] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص 443.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 168، أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن المفلح، المبدع شرح المقنع، المرجع السابق، ج7، ص 64.

[5] سبق تخريجه، انظر ص50.

القول الرابع:النّسب لا يلحق إلاّ بالبالغ فلا يلحق بصبي نسب وهذا قول المالكية[1] والحنابلة في رواية[2] والظاهرية[3].

واستدل المالكية والظاهرية أنّ النّسب لا يلحق بالصبي فالنّسب لا يلحق إلاّ من كان بالغا بما يلي:

1-بان من لم يبلغ وان جاز عقلا وقوع الحمل منه إلاّ انّه يستحيل وقوع منه عادة وعرفا، لأنّ الولد لا يكون إلاّ من الماء وغير البالغ لا ماء له، فلا يحق به نسب حتى يبلغ.

2-واستدل الظاهرية أيضا بقوله**S**:{ رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاث: الْنَائِمُ حَتَى يَسْتَيْقِظُ، وَعَن الْصَبِي حَتَى يَحْتَلِمُ، وَعَنِ الْمَجْنُونُ حَتَى يَعْقِلُ }[4].

بعد سرد أراء الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى رأي القول الرابع القائل أنّ النّسب لا يلحق إلاّ بالبالغ فلا يلحق بصبي نسب وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في رواية والظاهرية وإنّ الاختلاف حول سن الصغير صار بالإمكان تجاوزه في ضوء المعطيات العلمية والطبية المعاصرة فالطب صار قادرا على التأكد من مدى قدرة الصغير على الإنجاب من غير التقييد بسن معينة وذلك من خلال خضوعه للفحص الطبي وهذا ما سأحاول تسليط الضوء عليه من خلال التطرق إلى موقف الطب منه وكذا موقف القانون من هذه المسألة.

---

[1] شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 286.

[2]أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن المفلح، الفروع، المرجع السابق، ج9، ص 216.

[3] أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المرجع السابق، ج 1، ص 88.

[4] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني ابو داود، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب في الجنون يسرق أو يصيبُ حدا، ح رقم 4403، ج3، ص 145.

الفرع الثاني

موقف القانون من نفي النّسب

لعدم قدرة الزوج على الإنجاب

قبل التطرق الى موقف القانون من هذه المسألة سأقف في هذا الفرع عند موقف الطب (أولا) من كل المسائل التي ثم التطرق إليها والمتعلقة بصور فقدان الزوج للقدرة على الإنجاب وهل وفق الفقهاء في تناولهم لهذه المسائل، ثم أتناول موقف القانون الجزائري والمقارن من هذه الصور وكيف تعامل معها ؟ (ثانيا).

أولا–موقف الطب من نفي النّسب لعدم قدرة الزوج على الإنجاب: أكّد الطب والأطباء أنّ الخصية هي الغدة التناسلية للذكر وهي المسؤولة عن صنع النطف الحيوانات المنوية كما أنّها مسؤولة عن إفراز هرمونات الذكورة التي تميز الرجل عن المرأة، وتوجد خصيتان على كل جانب واحدة وهما محاطتان بكيس أو جراب هو كيس الصفن خارج الجسم، والحكمة من وجود الخصية خارج الجسم هي أنّ حرارة الجسم العالية 38 درجة مئوية لا تسمح بتوالد النطف بينما وجود الخصية خارج الجسم في درجة حرارة اقل 35 تساعد على توالد النطف[1].

والخصية مثل اللوزة في الشكل واكبر منها قليلا في الحجم، وهي مكونة من مجموعة من الفصوص أربعمائة فص وفي كل فص من هذه الفصوص ثلاث قنوات أنابيب منوية صغيرة وفي كل قناة يبلغ طولها نصف متر تقريبا وهي متعرجة وملتفة حول نفسها وفي هذه القنيات تصغير قنوات تتولد النطف ومن خلاياها يفرز هرمون الذكورة، وتتجمع هذه القنيات وتصب جميعها كالروافد للنهر في البربخ، ومن البربخ تنتقل إلى حبل المنوي ومنه إلى قناة القاذفة بعد إن يصب

[1] محمد علي البار، المرجع السابق، ص 27.

فيها إفراز الحويصلة المئوية لتغذية الحيوانات المنوية والبروستاتا لتنشيط الحيوانات المنوية وينطلق المني بعد ذلك إلى الاحليل القضيب[1].

والإحليل هو الجزء التناسلي البارز في الذكر وبواسطته تنتقل الحيوانات المنوية من الرجل إلى مهبل المرأة وتصب عادة بالقرب من عنق الرحم، ومن ثم تصعد الحيوانات المنوية حثيثا إلى الرحم ومنه إلى قناة الرحم بحثا عن البويضة ليتم تلقيحها بأحد الحيوانات المنوية[2].

وبناءا على ما سبق بيانه يتضح أنّ الخصيتين هما مصنع الحيوانات المنوية، أمّا القضيب فهو الآلة التي تقوم بنقل الحيوانات المنوية إلى داخل المهبل لتصل إلى الرحم، وعليه فإنّ منزوع الخصيتين الخصي أو كليهما الممسوح لا يكون منهما حمل، لاستحالة الإنزال، لفقدان مصنع الحيوانات المنوية القادرة على التلقيح، وهذا يدل أيضا على رجحان ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة من أنّ الممسوح لا يلحقه ولد، وكذلك الخصي إذا حملت امرأته لا يلحقه الولد.

أمّا منزوع الذكر باقي الخصيتين المجبوب فأنّه قد يحدث منه الحمل، فإذا انعدمت الآلة فلا مانع من حدوث الحمل لبقاء المني القادر على التلقيح وقدرة الرجل على الإنزال إمّا استدخاله في المهبل فقد يكون بشكل أو بآخر وعلى ذلك فمنزوع الذكر والخصيتين الممسوح لا يكون منه الولد لفقدان مصنع المني والآلة الناقلة له[3]، وهذا يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من أنّ مقطوع الذكر باقي الأنثيين يلحق نسب الولد لأنّه يمكن أن يساحق فينزل ما يخلق منه الولد لبقاء أوعية المني فيه.

---

[1] محمد علي البار، المرجع السابق، ص 28.

[2] محمد علي البار، المرجع نفسه، ص 31.

[3] أسماء مندوه أبو خزيمة، وسائل إثبات النّسب بين القديم والمعاصر دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 103-104.

أمّا العنين ليس كغيره من أصحاب العاهات لان عدم قدرته على الجماع قد يكون لأمر طارئ أو مرض نفسي، ولذلك فان علاجه بالطرق النفسية أو إجراء جراحة أمر ممكن[1]، وهذا يوافق أيضا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية وجمهور الحنابلة، وانّه ليس من المستحيل إن ينتشر ذكره في حين من الأحيان لأنه يملك الآلة الحادثة للوطء كما وضحنا سابقا، وبالتالي حدوث الإنزال والحمل منه أمر وارد لأنّ الحمل يحدث بالإنزال وليس بالوطء فيمكن للعنين إن يولد له بدون وطء.

نفس الحكم للصغير فقد أكّد الطب أنّ الصبي لا يكون منه الولد قبل سن البلوغ لعدم قدرة منيه على تلقيح مني المرأة، لأنّه وان كان له ماء إلاّ انه ماء رقيق لا يخلق منه ولد في قول أهل الطب كما أنّ المني عند بعض الأطباء ينقسم إلى قسمين[2]:

أ-مني مولد

ب-مني غير مولد، وهو مني السكران، الشيخ، الصبي.

ثانيا-موقف القانون من نفي النّسب لعدم قدرة الزوج على الإنجاب:

1- موقف القانون الجزائري: لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على عدم قدرة الزوج للإنجاب بمختلف أسبابها كطريق مشروع لنفي النّسب، وهل أدخله المشرع ضمن الطرق المشروعة لنفي النّسب أم لا، وفي مثل هذه الحالة أي عدم وجود نص قانوني نلجأ إلى المادة 222 من نفس القانون، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يمكن القول أنّ عدم قدرة الزوج على الإنجاب، هو من الطرق المشروعة لنفي النّسب.

---

[1] علي المحمدي، مرجع سابق، ص 472.

[2] أسماء مندوه أبو خزيمة، المرجع السابق، ص 97-98.

فإذا تبيّن للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه، أو كان مصابا بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه جاز له نفي النّسب، فإذا وضعت الزوجة مولودا كان للزوج نفي النّسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفي النّسب في هذه الحالات إلاّ بتقرير خبرة طبية.

2- موقف القانون المغربي: المشرع المغربي لم ينص على عدم قدرة الزوج على الإنجاب أمّا الملاحظ أنّ القضاء المغربي لا يعتبر أنّ العيب الجنسي بالزوج يمنع زوجته من الحمل منه، وأن الزوجة يمكن أن تحمل ولو لم يفتض الزوج بكارتها، ويثبت العيب الجنسي المؤدي إلى تطليق الزوجة من زوجها بواسطة خبرة طبية[1].

وثبت أيضا أنّ القضاء المغربي لا يأخذ بادعاء الزوج العقم إلاّ إذا عززه بأدلة قوية، وفي هذا الإطار جاء في قرار للمجلس الأعلى: « والطاعن ادعى العقم واستدل على ذلك بشواهد طبية وتحليلات مخبرية تؤيد ادعاءه والمحكمة لما اعتبرت هذه الحجج قوية وأمرت بإجراء خبرتين واللّتين أثبتا بصفة قطعية بأنّ البنت (س) ليست من صلب المطلوب وقضت تبعا لذلك بنفي نسبها عنه جاء قرارها معلّلا تعليلا كافيا »[2].

3- موقف القانون المصري: المشرع المصري لم يتطرق لعدم قدرة الزوج على الإنجاب في قانون الأحوال الشخصية إلاّ أنّه نص في المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م[3] على أنّه يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة.

---

[1] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 153.

[2] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 44-45.

[3] قانون رقم 1 لسنة 2000م، المرجع السابق.

فقد قضت محكمة النقض المصرية في طعن لها تحت رقم 47 لسنة 63 أحوال شخصية بتاريخ 1997/01/27م[1] إلى إثبات النّسب من الزوج رغم شهادة أهل الخبرة بعدم وجود حيوانات منوية لديه وهذا يخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بينهم مذهب الإمام أبي حنيفة كما أنّها لم تعول على شهادة أهل الخبرة في ذلك، وهذا موقف منتقد[2].

4- **موقف القانون الكويتي:** خلافا للمشرعين الجزائري والمغربي و المصري فإنّ القانون الكويتي نصّ على عدم قدرة الزوج على الإنجاب في المادة 168 على أنّه: « لا يثبت النّسب من الرجل إذا ثبت أنّه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خَلْقي أو مرض، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين».

[1] و تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ الزوج بعد أن طرد زوجته المدخول بها من منزل الزوجية أتت ببنت بعد ستة أشهر من تاريخ الطرد، فنازع في نسبها إليه، فرفعت الزوجة دعوى طالبة ثبوت النّسب ثم رفع الزوج دعوى طالبا نفي نسب البنت فضمت المحكمة الدعوتين و بإجراء التحاليل الطبية ثبت إنّ الزوج غير قادر على الإنجاب، حيث اثبت الطبيب الشرعي عدم العثور على حيوانات منوية لديه فقضت المحكمة برفض دعوى الزوجة و في دعوى الزوج بنفي نسب البنت إليه، استأنفت الزوجة الحكم فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم، طعنت الزوجة في الحكم بطريق النقض فذهبت محكمة النقض إلى أنّ الأصل في النّسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك و ينبني على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه حملا لحال المرأة على الصلاح و إحياء الولد، لما كان كذلك و كان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه و بين الطاعنة و أنّ نفي نسب الصغيرة من عقب ولادتها إلاّ أنّه لم يلاعن امرأته و من تم فلا ينتفي نسبها منه، و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر و قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى برفض دعوى الطاعنة بثبوت نسبها من المطعون ضده و في دعوى المطعون ضده بنفي نسب البنت الصغيرة إليه ، فانه يكون قد خالف القانون و أخطا في تطبيقه مما يوجب نقضه. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة (دراسة فقهية مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1436هـ-2015م، ص 371.

[2] عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع نفسه، ص 371

إلاّ أنّ المشرع الكويتي كسابقيه لم ينظم مسألة نفي النّسب بغير لعان بل تطرق فقط إلى اللّعان كطريق لنفي النّسب وحدّد شروطه وآثاره وبين نوع الفرقة فيه، وهذا ما يحيلنا للمادة 343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنص: « كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه الى المشهور في مذهب الامام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فان لم يوجد حكم أصلا طبقت المبادئ العامة في المذهب»[1].

ويتضح أنّ المشرع الكويتي تبنى المذهب المالكي وابدي موافقته على إمكانية الاستعانة بأهل الخبرة والمعرفة في ذلك، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يلي: « قد يكون بالرجل ما لا يمكن بسببه إنجاب الولد منه مثل: بعض حالات التعقيم أو قطع أعضائه الجنسية أو تهتكها وإثبات النّسب في هذه الحال لمجرد الفراش، وإمكانه هو أمر مستحيل في العادة، وقد أدى فساد الذمم وسوء الأخلاق إلى الجرأة على إلحاق نسب أولاد غير شرعيين بأزواج هذه حالهم، والإسلام في تشوقه لثبوت النّسب إنّما حرص على الأنساب الصّحيحة النقيّة، كما حرص على تطهير الأسرة من الدخلاء، فبينت هذه المادة عدم ثبوت النّسب إذا ما ثبت أن الرجل غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وعند النزاع في ذلك أجاز للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين، ومصدر ذلك مذهبا الأماميين: مالك وأحمد »[2].

[1] المجموعة التشريعية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 96.

[2] المجموعة التشريعية الكويتية، المرجع نفسه، ج8، ص 184.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز في الطعن رقم 2001/38م أحوال شخصية جلسة 2001/10/06م: « النزاع في ثبوت النّسب من الرجل غير مخصب أو المصاب بعيب خلقي أو مرض يمنعه من إتيان الولد منه لمحكمة الموضوع الاستعانة بأهل الخبرة »[1]. ومعناه إذا أفادت الخبرة أنّ الزوج غير مخصب واتت زوجته بولد انتفى عنه النّسب بغير لعان.

المطلب الثاني

نفي النّسب لاختلال مدة الحمل

بين الشريعة و القانون

اختلال مدة الحمل هو طريق آخر لنفي النّسب وإبطاله، وهذا راجع إلى عدم انضباط مدّة الحمل طبقا لما قرره الفقهاء، فقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية حدّ أدنى وأقصى لمدّة الحمل واستنبطوا ذلك مما ورد في القرآن الكريم والسنّة النبوية وما يترتب عليها من أحكام النّسب إثباتا ونفيا، ومع تطور العلم وقف الطب على هذه المسألة وحسم الخلاف بينهم.

ولهذا سأتطرق في هذا المطلب الى نفي النّسب من خلال أقل وأقصى مدّة الحمل التي وضعت أحكامها الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) ثم أستعرض موقف القانون من هذه المسألة (الفرع الثاني).

---

[1] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 451، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/15م، على الساعة 18:30.

الفرع الأول

نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل

في الشريعة الاسلامية

سبق وأن وضحت أراء الفقهاء في تحديد مدّة الحمل بين اقلّها وأقصاها وعرضت حججهم وأسانيدهم في ذلك، ولذلك سأتناول في هذا الفرع كيف يتسنى للزوج نفي النّسب من خلال اقل مدة الحمل (أولا) وأقصاها (ثانيا).

أولا–أقل مدّة الحمل: اتفق الفقهاء على أن اقل مدّة الحمل هي ستة أشهر قمرية أي ما يعادل 180 يوما[1]، ولا يوجد اختلاف بين ما ذهب إليه الفقهاء ورأي العلم في أنّ اقلّ مدّة الحمل ستة أشهر. فإن جاءت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من حين النكاح فهو منفي عن الزوج قطعا دون لعان وقال بذلك الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] من حين الدخول أو إمكانه.

يقول ابن رشد في هذا الصدد: « واتفقوا على أنّ الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر، إمّا من وقت العقد، وإمّا من وقت الدخول »[6].

فقد ربط الفقهاء أحكام اللّعان بمدّة الحمل فجعلوا اقلّ مدّة الحمل ستة أشهر باعتبارها فاصلة في نسب المولود.

---

[1] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 211، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 118، محمد الخطيب الشربيني، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السابق، ج2، ص461، شمس الدين محمد بن أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ج7، ص 26.

[2] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 171.

[3] مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج5، ص 125.

[4] محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ص 311.

[5] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 115.

[6] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 268.

حيث جاء في الشرح الكبير: « فلو تصادقا على نفيّه أي الولد قبل البناء أو بعده، فلا بّد من لعان من الزوج لنفي الولد، إلاّ أن تأتي به أي بالولد لأقلّ من ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام فيُنتفى حينئذ بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيّه »[1].

وقال الشيرازي:« وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لانّا نعلم أنّها عُلّقت به قبل حدوث الفراش، وان دخل بها ثم طلقها وهي حامل فوضعت الحمل، ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه، وانتفى عنه من غير لعان،لأنّنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل»[2].

وجاء في المغني: «من ولدت امرأته ولدا لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحق نسبه، ولم يحتج إلى نفيّه، لأنّه يعلم انّه ليس منه فلم يلحقه، كما لو أتت به عقب نكاحه لها وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها، فلا يلحق به في قول كلّ من علمنا قوله من أهل العلم لأنّنا نعلم أنّها علّقت به قبل أن يتزوجها »[3].

وورد في حاشية ابن عابدين: « تعتبر مدة النّسب ستة أشهر من وقت الدخول»[4].

وبناءا على ما سبق فإذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج ثبت نسبه من الزوج وان جاءت به لأقلّ من ستة أشهر من وقت الزواج لم يثبت نسبه من الزوج لأنّه حصل قبل قيام الزوجية على وجه اليقين فلا يمكن إثبات نسبه منه وهذا ما أشار إليه الفقهاء عند حديثهم عن اللّعان، فإذا ولدت الزوجة لأقلّ من ستة أشهر من وقت الزواج فإنّ نسب هذا الولد ينتفي على الزوج دون الحاجة إلى اللّعان باتفاق الفقهاء.

---

[1] أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص 460.

[2] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 120.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 428.

[4] محمد الأمين الشهير ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 517.

لكن السؤال المطروح هل يثبت في حقها الزنا وتحدّ أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: وجوب الحدّ على المرأة، إذا وضعت لأقلّ من ستة أشهر منذ وقت الزواج، ولا تقبل دعوى الإكراه وغيرها إلاّ بالبيّنة وهذا قول المالكية[1].

القول الثاني: عدم ثبوت حدّ الزنا في حق الزوجة، فقد تكون مكرهة أو كان وطء بشبهة، وإمّا إن اعترفت بالزنا وجب في حقها الحدّ، والى هذا ذهب الشافعية[2] والحنفية[3] والحنابلة[4]، وهو القول الراجح فإنّ حمل المرأة ليس دليلا على الزنا الموجب للحدّ، فيحتمل الإكراه أو الوطء لشبهة، وإنّ درء الحدود بالشبهات من الأساسيات في باب الحدود، فعن عائشة g أنّ الرسول s قال: {ادْرَءُوا الحُدُودَ عَنِ المُسْلِمِين مَا اسْتَطَعْتُم فَإنَّ كَانَ لَهُ مَخْرَج، فَخَلُوا سَبِيْلَهُ فَإنَّ الإمَامُ أَنْ يُخْطِئَ فِي العَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي العُقُوبَةِ}[5].

ثانيا-أقصى مدة حمل: اختلف الفقهاء في أقصى مدّة الحمل بالرغم من أنّهم اتفقوا على إنّ اقلّ مدّة الحمل هي ستة أشهر قمرية وسبب اختلافهم مرجعه إنّ لا دليل لديهم من الكتاب والسنّة، أي لا يستند إلى دليل قوي بل كان الباعث عليها هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره[6].

---

[1] أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق، المرجع السابق، ج6، ص 294.

[2] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج4، ص 146.

[3] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص 213.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 210.

[5] أخرجه أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ح رقم 1424، ج4، ص 33.

[6] محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص 679.

قال ابن رشد: « واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحِق به الوالد الولد، فقال مالك: خمس سنين، وقال بعض أصحابه: سبع، وقال الشافعي: أربع سنين، وقال الكوفيون: سنتان، وقال محمد بن عبد الحكم: سنة، وقال داود، تسعة أشهر، وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية اقرب إلى المعتاد، والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا النادر ولعلّه أن يكون مستحيلاً »[1].

فإذا جاءت المعتدة بولد لسنتين فأكثر من وقت الطلاق أو الوفاة عند الحنفية[2] أو لخمس سنوات أو أكثر عند المالكية[3] أو لأكثر من أربع سنين عند الشافعية[4]، أو لأربع سنين فأكثر في ظاهر مذهب الحنابلة وروي عن احمد سنتان فأكثر[5] ثبت نسبه.

ورد في حاشية الدسوقي قوله: « فإذا طلقها ومضى بعد الطلاق أقصى أمد الحمل واتت بولد فانه لا يلاعن لنفيه لانتفائه عنه بغير لعان »[6].

وجاء في المهذب: « فإن وضعته لأكثر من أربع سنين نظرت، فان كان الطلاق بائنا انتفى عنه بغير لعان لان العلّوق حادث بعد زوال الفراش »[7].

---

[1] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 358.

[2] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، المرجع السابق،ج4، ص 171.

[3] مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق،ج5، ص 125.

[4] محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص 225.

[5] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 116.

[6] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 462.

[7] أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص 79.

وفي الكافي قوله: « وإذا أتت المرأة بولد بعد قرانها لزوجها، بموت أو طلاق بائن بأربع سنين، لم يلحق به، وانتفى عنه بغير لعان، لأنها علقت به بعد زوال الفراش »[1].

وقد جاء في الاختيار: « ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفي عنها زوجها لأقل من سنتين، لاحتمال أن الحمل منه، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا ان يدعيه »[2].

الفرع الثاني

موقف القانون من نفي

النّسب لاختلال مدّة الحمل

قبل معرفة موقف القانون من هذه المسألة سأقف في هذا الفرع على موقف الطب (أولا) ثم موقف القانون الجزائري و المقارن من نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل (ثانيا).

أولا-موقف الطب من نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل:

1-اقل مدّة الحمل:أقل مدة للحمل يعيش الجنين إذا ولد بعد تمامها هي ستة أشهر عند الأطباء[3]. فقد أكّد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء، وتثبت الشواهد الطبية بأنّ الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلا للحياة[4]. وبالتالي أصبح الطب الحديث يملك القدرة على تحديد عمر الجنين من خلال الأجهزة الحديثة.

---

[1] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد ، المرجع السابق، ج3، ص 189.

[2] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ط3، تعليق محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1395هـ-1975م، ج3، ص 180.

[3] محمد علي البار، المرجع السابق، ص 445.

[4] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 374-375.

2-أقصى مدّة الحمل:خلاف الفقهاء حول أقصى مدّة الحمل لا يمكن اعتباره في ظِّل وجود العلم وتطور الطب، وإنّ أقصى مدّة الحمل هي المدّة المعهودة تسعة أشهر والتي قد تزيد أسبوعين أو ثلاثة أسابيع فقط وذلك للأسباب التالية[1]:

1-مدّة الحمل الطبيعية منذ الإخصاب إلى حين الولادة هي 280 يوما وبما أنّ الحمل يحدث في العادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريبا فان مدة الحمل الطبيعية 280-14=266 يوما فإمكانية إن تلد المرأة بعد هذه المدة يقارب 5% بينما يبلغ احتمالية ولادتها خلال أسبوعين قبل أو بعد التاريخ المحسوب 85 %.

2-يرى الأطباء أن الولادات التي تحصل بين الأسبوعين 39 و41 تتمتع بأفضل نسبة ملائمة للأجنة وأنّ نسبة وفاة المواليد عند الميلاد تزيد وتتضاعف فيما إذا زادت مّدة الحمل عن 42 أسبوعا.

3-الولادة إذا تأخرت عن الأسبوع 42 أصبح الجنين في خطر حقيقي والسبب في هذا أنّ الجنين يعتمد في غدائه على المشيمة فإذا بلغ نهايته المعتادة ضعفت المشيمة ولم تعد قادرة على إمداد الجنين بالغداء الذي يحتاجه لاستمرار حياته فإن لم تحصل الولادة عانى الجنين من المجاعة فإذا طالت المدة ولم تحصل الولادة قضى نحبه داخل الرحم.

4-إذا تجاوز الحمل أسبوعين عن التسعة أشهر يقوم الاطباء بتوليد المرأة بالطرق الاصطناعية وذلك بسبب وصول الأم والجنين إلى الخطر.

[1] محمد علي البار، المرجع السابق، ص 453، محمد كنعان، المرجع السابق، ص 375-376.

5-مع تطور العلم ومتابع الحوامل بصورة دورية فقد صار بالإمكان التأكد من عمر الحمل بدقة وقد رصد الأطباء المتخصصون ملايين الحالات ولم تسجل لديهم حالات حمل تجاوز تسعة أشهر وبضعة أسابيع.

ثانيا- موقف القانون من نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل:

1-موقف القانون الجزائري:نصت المادة 42 أنّ أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر وأقصى مدّة لحمل عشرة أشهر، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول فلا يثبت نسب المولود منه؛ وكذلك الأمر لا يثبت النّسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولا يحتاج إلى نفيه باللّعان.

وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا المؤرخة في 1984/12/17م على أنّه: « من المقرر شرعا أنّ الولد للفراش الصحيح، وإنّ اقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن تم فان الولد إذا ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإنّ النعي على القرار القاضي بنفي النّسب غير مؤسس يستوجب الرفض.

إذا كان الثابت -في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم نفي النّسب بعد أن تبين لديهم أنّ عقد الزواج ابرم بين الطرفين بتاريخ 1981/11/02م وأنّ البنت ازدادت يوم 1982/01/06م أربع وستين يوما من تاريخ الزواج أي بأقل من مدة ستة أشهر وأنّ الاتصال المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن »[1].

[1] م.ع ،غ. أ. ش، 1984/12/17م، ملف رقم 35087، م. ق،ع1، 1990م، ص 86.

2-موقف القانون المغربي:إنّ المدّة المعتبرة شرعا للحمل ترتبط بأقلّ مدّة الحمل وأقصاها، وعليه فإذا أتت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، أو أكثر من سنة من الفراق كأن طلقها الزوج أو توفي عنها، فإن النّسب لا يلحق بالزوج كقاعدة، بل أكثر من ذلك فإنّ نفي نسب الولد لا يحتاج إلى لعان[1].

فقد نصت المادة 154 من مدونة الأسرة المغربي: « يثبت نسب الولد بفراش الزوجية، إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا».

يستشف من نصّ المادة أنّ المدّة المعتبرة شرعا في ثبوت النّسب تحسب من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ الدخول، وعليه فمتى ولدت الزوجة قبل مرور ستة أشهر من تاريخ العقد فإنّ النّسب لا يلحق للزوج وان نفي الولد لا يحتاج إلى اللّعان كما جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 3 فيفري 1987: « الوضع لأقلّ من ستة أشهر ينفي النّسب بغير لعان ويفسخ النكاح »، ويجب الإشارة إلى أنّ الحكم بفسخ النكاح يكون إلى جانب الحكم بنفي النّسب، فقد جاء نتيجة أنّ المرأة كانت حاملة حالة العقد عليها، وهو ما تحرمه أحكام الشريعة الإسلامية تحريما مطلقا[2].

---

[1] محمد لعبيدي، المرجع السابق، ص 147.

[2] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 149.

وفي نفس الاتجاه نجد المجلس الأعلى يؤكد من خلال العديد من قراراته على نفي النّسب في حالة عدم تحقق مدّة الحمل المعتبرة شرعا، فقد ثبت له أنّ الزوجة التي ولدت لأقلّ مدّة حمل لا ينبغي أن ينسب له الولد طالما انه ينكره ولا يقر به وينفي أن يكون الحمل منه وعقد عليها وهو عالم بذلك، وهو الأمر الذي يغني المحكمة من إجراء خبرة جينية ويعفي الزوج من اللّجوء إلى مسطرة اللّعان وهو نفس الأمر بالنسبة للمطلقة والتي ولدت بعد مرور أكثر من سنة على طلاقها حيث يدل ذلك على أن الولد ليس ماء المطلق بل من ماء غيره[1].

وقد جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: « الثابت من وثائق الملف أنّ الطالبة طلقت من المطلوب بتاريخ 1998/10/13م ولم يراجعها من هذا الطلاق إلاّ في 2002/07/18م أي بعد انتهاء عدتها والابن المذكور لم يولد إلا في 2000/10/19م أي بعد انتهاء سنة من تاريخ الطلاق المذكور وقبل مراجعتها بسنة ونصف تقريبا والمحكمة لما اعتبرت أنّ نسب الابن لا يلحق بالمطلوب استنادا إلى ما ذكر فإنّ قرارها جاء مبنيا على أساس ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة جينية أو مسطرة اللّعان طالما أنّ المحكمة كانت تتوفر على العناصر الكافية للحسم في الموضوع»[2].

3-موقف القانون المصري: المشرع المصري جعل اقل مدّة الحمل هي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي الوطء وليس من تاريخ العقد وأقصى مدّة الحمل سنة، طبقا للمادة 15 من قانون 25 لسنة 1929م فإذا أتت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، أو أكثر من سنة من الفراق كأن طلقها الزوج أو الوفاة فلا يثبت نسبه وينتفي عن الزوج بدون لعان[3].

---

[1] محمد لعبيدي، المرجع السابق، ص 42.

[2] محمد لعبيدي، المرجع نفسه، ص 42.

[3] احمد أبو المجد، إثبات النّسب بالوسائل العلمية المشروعة بين القانون وأحكام القضاء، ورقة قانونية مقدمة من مؤسسة قضايا المرأة المصرية، مصر، 2017م، ص 14.

وهذا ما أكّدته محكمة استئناف القاهرة الدائرة 111 أحوال في الاستئناف رقم 744 لسنة 131: « ولما كان الثابت للمحكمة من سائر أوراق التداعي أنّ المستأنف قد تزوج المستأنف عليها بتاريخ 1998/08/23م وكانت الأخيرة متزوجة من قبل بتاريخ 1997/07/13م وأنجبت الصغيرة (س) بتاريخ 1997/10/19م حسب الثابت بشهادة ميلادها فمن تم تكون الصغيرة غير مولودة خلال فترة الزواج المستأنف والمستأنف عليها بل قبل زواجهما بحوالي 11 شهر مما تنتفي معه شرائط ثبوت النّسب بالفراش وأهمها أن يولد بعد ستة أشهر من الزواج وقبل مضي عام منه فضلا على أنّ ميلاد الصغيرة لم يحدث أثناء فترة الزوجية بين المستأنف والمستأنف عليها فلا مجال للإقرار أو اللّعان أو غير ذلك من شرائط لنفي النّسب الأمر الذي ينتهي معه المحكمة إلى عدم ثبوت نسب الصغيرة إلى المستأنف »[1].

4-موقف القانون الكويتي: نص القانون الكويتي في المادة 166 منه على أنّ: « أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوما »[2]، وعليه فالزوجة إذا جاءت بولد لأقلّ من ستة أشهر من وقت الزواج لم يثبت نسبه من الزوج، وكذلك إذا جاءت به لأكثر من الحدّ الأقصى لمدّة الحمل وبعد عدّة الطلاق أو الوفاة ودون الحاجة إلى إجراء اللّعان.

[1] احمد أبو المجد، المرجع السابق، ص 15.

[2] المجموعة التشريعية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 49.

المطلب الثالث

نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين

بين الشريعة والقانون

نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين هي من بين الحالات التي تسمح للزوج بنفي الولد دون ملاعنة وذلك بأن يثبت عدم اللّقاء بين الزوجين من حين العقد، وإمّا بسبب فقدان الزوج أو غيابه مدة طويلة كأن يكون مسجونا أو موجودا في بلد أخرى بحيث لم يتصل بها منذ العقد ففي هده الحالة لا يثبت نسب الولد لأنه لم يطأها من العقد.

فقد اشترط المشرع ضرورة توفر عقد زواج صحيح، إضافة إلى تحقق الدخول أو إمكّانية الاتصّال الجنسي بينهما، فإذا أثبت الزوج بأنّه لم يلتق بزوجته منذ إنشاء العقد فلا يثبت نسب المولود منه وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول.

ولمعالجة هذه المسألة سوف أتطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية من نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين (الفرع الأول) وموقف القانون من هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين

في الشريعة الإسلامية

سأتناول في هذ الفرع عدم إمكانية التلاّقي بين الزوجين من وقت العقد (أولا) ثم حمل الزوجة بعد ترك الوطء (ثانيا).

أولا-عدم إمكانية التلاقي بين الزوجين من وقت العقد: سبق وان وضحت في الفصل السابق شرط إمكانية التلاقي بين الزوجين ضمن شروط الزواج الصحيح وهي حالة ظهور الحمل بالعقد قبل الدخول، فقد اختلفت الآراء الفقهية وتعددت ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقوال وهي:

القول الأول:رأي جمهور من المالكية[1]، والشافعية[2]، واحمد في رواية عنه[3]، يرون في إمكّانية الاتصّال بعد العقد هو الإمكان العادي، فإذا تزوج الرجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد، أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما عادة، ثم أتت بولد بعد مضي المدّة المقرّرة شرعا، لا يثبت النّسب شرعا.

وسندهم في ذلك الحديث الشريف الذي روي عن أبي هريرة d عنه أن رسول s قال: { الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَر }[4]، وعليه لا يثبت نسب الولد من الزوج في العقد الزواج الصحيح طالما لم يثبت إمكان التلّاقي الفعلي أو الحسّي بين الزوجين[5].

فقد نقل ابن حجر العسقلاني على رأي الأحناف بقوله: « الفراش كناية عن الموطوءة، لكون الواطئ يستفرشها أي تصير بوطئه لها فراشا له، يعني فلابّد من اعتبار الوطء حتى تسمى فراشا، والحق به إمكان الوطء، فمع عدم إمكان الوطء لا تسمى فراشاً »[6].

وعليه فإنه وحسب الجمهور إذا ثبت عدم اتصّال الزوج بزوجته لغيبة أو سواها سواءً قبل الدخول أو بعده، فلا يثبت النّسب منه، وبالتالي يمكن له نفيّه بسبب عدم إمكانية الاتصال، وذلك دون حاجة إلى اللّعان.

---

[1] أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،المرجع السابق، ج1، ص 493، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 116.

[2] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 338، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع نفسه، ص 58.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 429.

[4] سبق تخريجه، انظر ص50.

[5] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 200.

[6] شهاب الدين أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج12، ص 35.

فقد جاء في المهذب: « وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان، لأنّه لا يمكن أن يكون منه»[1].

وذكر صاحب المغني قوله: « ولو تزوج رجل امرأة في المجلس، ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد، أو تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة أشهر، واتت بولد، لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي»[2].

وورد في شرح في المختصر: « وكذلك ينتفي عنه بغير لعان إذا عقد مشرقي على مغربية وتولى العقد بينهما في ذلك وليهما، وعلم بقاء كل منهما في محله إلى أن ظهر الحمل، لقيام المانع العادي على نفيّه »[3].

القول الثاني: مذهب أبي حنيفة وأصحابه[4]، خلافا لمحمد بن الحسن الشيباني فقالوا بعكس ما جاء به الجمهور، بمعنى أنه إذا تزوج الرجل امرأة و لم يتلاقيا بعد العقد، سواءً قبل الدخول أو بعده أو لم يكن في الإمكّان تلّاقيهما عادة، ثم أتت الزوجة بولد بعد مضي المدة المقررة شرعا من تاريخ العقد، يثبت النّسب شرعا، وعليه لا يمكن للزوج نفيّه إلاّ عن طريق اللّعان .

---

[1] أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج 3، ص 79.

[2] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 64.

[3] محمد بن عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج4، ص 126 .

[4] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 331-33، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص45.

حتى إنّهم قالوا :« لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة، فولدت لستة أشهر، منذ زوجها ثبت النّسب، لأنّ التقاء الزوجين وإن كان لا يمكن عقلا، لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوي لهم المسافات البعيدة[1] .

على ضوء ذلك، نستنتج أنه لا يمكن للزوج بعد الدخول بزوجته نفي الحمل أو المولود، بحجة أنه لم يتصل بزوجته أو أنه كان غائبا عنها، فالعبرة عند أصحاب هذا المذهب هو الزواج الصحيح وإذا أراد الزوج أن ينفي نسب الولد عنه فليس له إلا طريق واحد وهو «اللّعان ».

القول الثالث: يرى فقهاء هذا المذهب وهما ابن تيمية[2] وتلميذه ابن القيم[3] أنه لا يكفي لتحقق الفراش، إمكان التلاقي فقط، بل لابد من الدخول الحقيقي.

وقال ابن القيم[4] في رده على رأي الأحناف: « هل يعدّ أهل اللّغة والعرف المرأة فراشا قبل البناء بها، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك؟ فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق »، فلو تأكد عدم اللّقاء بين الزوجين فعلا لم يثبت نسب الولد الناتج عن الزوج وبدون لعان.

وقد عرف أصحاب هذا المذهب ردود كثيرة من الفقهاء لمبالغتهم في الاحتياط في النّسب ومن بينهم العلامة الشوكاني حيث قال: « إنّ معرفة الوطء المحقق متعسّرة فاعتبارها يؤدي إلى البطلان الكثير من الأنساب وهو يحتاط فيها، واعتباره مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط »[5].

---

[1] محمد الأمين الشهير ابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص 247.

[2] علاء الدين ابو الحسن علي بن عباس البعلي، المرجع السابق، ص 278.

[3] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص415.

[4] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، المرجع نفسه، ج5، ص415.

[5] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص 332 .

ثانيا–حمل الزوجة بعد ترك الوطء:

إذا ترك الزوج وطء زوجته ثم حملت، فإذا ولدته لدون أقصى مدّة الحمل من تاريخ الترك لم يصّح نفيّه إلاّ بلعان، وإذا أتت به بعد مضي أقصى مدة للحمل ينفي الولد عنه بلا لعان، وهذا عند المالكية[1] والشافعية[2]، أما عند غيرهم فظاهر وجود الفراش لا ينفي النّسب للحديث ولا يحّق للزوج أن يدعي العزل فينفي الولد بلا لعان.

فقد جاء في حاشية الدسوقي: « فإذا ترك وطء زوجته ومضى أقصى أمد الحمل من يوم الوطء وأتت بولد فلا يلاعن لنفيه لانتفائه عنه بغير لعان»[3].

وورد في روضة الطالبين أنّه: « لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يتحقق إمكّان الوطء، فإذا نكح وطلقها في المجلس، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل وصول أحدهما إلى الآخر، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة، أو جرى العقد والزوجان متباعدان، أحدهما بالمشرق، والآخر بالمغرب وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان»[4].

---

[1] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 462.

[2] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج8، ص 330.

[3] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص 400.

[4] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج8، ص 330.

الفرع الثاني

نفي النّسب لعدم التلاقي

بين الزوجين في القانون

سأسلط الضوء في هذا الفرع على موقف القانون الجزائري (أولا) وكذا القانون المغربي (ثانيا) إضافة إلى القانون المصري (ثالثا) وأخيرا القانون والقضاء الكويتي (رابعا) من مسألة نفي النّسب لعدم التلّاقي بين الزوجين وكيف تعامل معها القضاء.

أولا–موقف القانون الجزائري: يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري في مادة 43 أقرّ النّسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول، فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالنص القانوني يقضي بثبوت النّسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانونا، فإذا تبين بأنّ الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النّسب لعدم التلّاقي بينهما لذلك من المفروض أن يذكر القاضي في حكمه بالطلاق بأنه حصل قبل الدخول، حتى يمنع على الزوجة الادعاء بالحمل بعد الطلاق[1].

وتتحقق هذه الحالة عند عدم التلّاقي بين الزوجين بسبب فقدان الزوج أو غيابه مدة طويلة أو سجنه سنوات عديدة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل، وهي عشرة أشهر حسب نص المادتين 42 و43 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م، ص 239.

فبالرجوع إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنّه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكّن الاتصّال ولم ينفه بالطرق المشروعة »[1].عند قراءتنا لهذه المادة نلاحظ أنّ المشروع استعمل حرف العطف « و » الذي يفيد بأنه يجب أن تتوافر كل هذه العناصر جملة واحدة حتى ينفى النّسب، وعليه نستنتج أن قانون الأسرة الجزائري قد يشترط الاتصال في الزواج الشرعي لثبوت النّسب لكنه لم يصنف حالة عدم الاتصال وحده كافي لنفي النّسب بل يجب أن يرفع الزوج دعوى اللّعان لنفي النّسب[2].

بالإضافة إلى أنّه يعاب على المشرع أنّه لم يوضح المعنى المقصود بالاتصال، الذي قد لا يتم لأسباب عديدة، كأن يكون عدم التلاقي راجع لعدم إمكّانية الدخول أو الوطء، أو لغيبة بسبب شرعي أو غير شرعي[3].

والمعروف أنّه في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري، نستعين بالمادة 222 التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي نلمس فيها اختلافا في أراء الفقهاء، ونلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بالفقه الحنفي الذي لا يعتبر عدم الاتصّال بين الزوجين في الزواج الصّحيح طريق يمكن للزوج أن ينفي به النّسب، وإنما يتوجب عليه اللّعان.

---

[1] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 239.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 212.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 212.

ثانيا- موقف القانون المغربي: المشرع المغربي يؤكد على شرط إمكان الاتصال لثبوت النّسب مما يعني بمفهوم المخالفة انتفاء النّسب لاختلال هذا الشرط بالتبعية طبقا لنص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية[1]، ومفهوم إمكانية الاتصال قابلة للتفسير بإمكّانية الاتصّال المادي بين الزوجين وكذا إمكانية الاتصال المعنوي، أي إمكانية الإنجاب، ولنفي النّسب عنه لابد له أن يبيّن انّه لم تتح له عمليا وبيقين فرصة الاتصّال بزوجته، كما لو كان بالخارج وتزوج عن طريق الوكالة[2].

هكذا وقد جاء في حكم محكمة مراكش الابتدائية انّه: « وحيث أنّه في نازلة الحال فان الطرفين لم يكن بينهما إمكانية الاتصال ممكنة إذ أنّ الزوجة كانت خارج بيت الزوجية وأنّ ادعائها بأنّها كانت تزوره يدحضه واقع الحال وتصريحاتها أعلاه لدى الضبطية القضائية وإنّ تواجدها خارج بيت الزوجية يؤكده الحكمان الصادران عن هذه المحكمة في موضوع المحكمة والذي أقرت فيهما بتواجدها خارج بيت الزوجية وتبعا لذلك يكون نسب البنت (م) المزدادة بتاريخ 2003/05/20م غير لاحق بالمدعي ويتعين نفيه عنه »[3].

---

[1] تنص المادة 154 من م. أ. م: « يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:1-إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواءً أكان العقد صحيحا أم فاسدا... ».

[2] سعيد صولة، المرجع السابق، الرابط الالكتروني: https://marocdroit.com ، ص 17، تاريخ الدخول 2021/07/22م، الساعة 16:30.

[3] محمد الكشبور، البنّوة والنّسب، المرجع السابق، ص 259-261.

وجاء في قرار آخر له: « حيث صّح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النّسب، شرط تحقق الاتصّال الشرعي والثابت من أوراق الملف أن الطاعن ادعى على انّه لم يتصل بالمطلوبة خلال الفترة التي قضاها بعيدا عن زوجته بدولة ايطاليا واستدل بموجب لفيف الشيء الذي يؤكده جواز سفره ولم تنكره المطلوبة التمس إجراء خبرة والمحكمة التي قضت برفض طلبه تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس »[1].

الملاحظ أنّ القضاء المغربي لا يتساهل في مسألة إثبات عدم إمكّانية التلّاقي ويلقيها على عاتق الزوج.

ثالثا- موقف القانون المصري: لقد اعتنقت المحاكم في مصر مذهب الأحناف الذي يقضي بثبوت النسب بمجرد العقد دون اشتراط التلاقي بين الزوجين والاكتفاء بإمكان التلاقي عقلا إلاّ أنّ سببا أخلاقيا كان وراء تدخل المشرع المصري بمقتضى مرسوم 25 لسنة 1929م مقررا العدول عن الأخذ بالمذهب الحنفي في هذا الشأن، لكون أنّ التطبيق العملي لهذه الأحكام فتح مجالا أمام طائفة من النّساء التي فسدت أخلاقهن كي يأتين بأولاد غير شرعيين وينسبنهم لأزواجهم[2].

وعليه جاءت المادة 15 منه تنص على أنّه: « لا تسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد »، هذا يوضح أنّ نظام عدم سماع الدعوى عند إنكار النّسب يقوم على قرينة قاطعة أنّ الزوج ليس هو الأب استنادا إلى عدم التلاقي فتكون الزوجة غير محقة في دعواها[3].

---

[1] محمد لعبيدي، المرجع السابق، ص 43-44.

[2] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 63

[3] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع نفسه، ص 62

ويكون بذلك المشرع المصري من خلال المادة سالفة الذكر قد تبنى رأي الجمهور في شرط إمكان التلاقي العادي والواقعي والذين ينتفي النّسب عندهم إذا ثبت عدم تلاقي الزوجين دون الحاجة إلى إجراء اللّعان بينهما، خلافا للحنفية الذين لا ينتفي النّسب عندهم إلاّ باللّعان.

إلاّ انه اكتفى فقط بعدم سماع دعوى الإنكار دون أن يتعرض لثبوت النّسب أو نفيه تاركا الباب مفتوح أمام الزوج للاعتراف بنسب ابنه إن كان لذلك محل[1]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها[2].

---

[1] عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص 367.

[2] تتلخص وقائع القضية في أنّ الزوج طلق زوجته قبل الدخول، وبعد ثمانية أشهر أتت ببنت و نسبتها إليه، فرفع الزوج دعواه طالبا نفي نسب هذه البنت إليه لأنّه طلق زوجته قبل الدخول بموجب إشهاد أقرت فيه المطلقة هي ووالدها بان هذا الطلاق وقع قبل الدخول والخلوة وبأنّها لازالت بكرا وبناءا عليه قضت محكمة أول درجة بنفي نسب الصغيرة عن الزوج الطاعن، فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم استمعت محكمة الاستئناف إلى شاهدي المطلقة، ندبت الطبيب الشرعي لتوقيع الكشف الطبي على الطاعن ولما لم يمتثل الطاعن أمام الطبيب الشرعي حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف و ثبوت نسب البنت إليه، طعن الطاعن في الحكم بطريق النقض ناعيا عليه مخالفته للقانون لعدم اعتداده بإقرار المطعون ضدها ووالدها الذي عولت عليه محكمة أول درجة وبالتالي أصدرت حكم نفي النّسب إلا أنّ محكمة النقض ذهبت إلى أنّ الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده لا يؤخذ به غيره و شرطه ألاّ يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره ، والنّسب حق للولد ، فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونا في إثبات انه لم يحصل الوطء، بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه لما كان كذلك، وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالنّسب على ثبوت الخلوة والتلاقي بين الزوجين ومن ثم فلا على الحكم إذا طرح إقرار المطعون ضدها ووالدها بإشهاد الطلاق قبل ثبوت الدخول، والخلوة أثناء قيام الزواج من واقع ما حصلته المحكمة من بينة المطعون ضدها الصحيحة وما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير الأدلة ومن ثم فان النعي يكون على غير أساس، طعن رقم 46 لسنة 62 بتاريخ 1996/12/30، عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع نفسه، ص367-368.

رابعا–موقف القانون الكويتي: كذلك المشرع الكويتي اشترط لثبوت النسب إمكّان التلاّقي بين الزوجين بعد العقد من خلال نصّ المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنص المادة 169 ق. أ. ش. ك على أنّه: « ا– ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصّحيح إلى زوجها بشرطين:

1–مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج.

2–ألاّ يثبت انتفاء إمكّان التلاّقي بين الزوجين بمانع حسّي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم. فإذا زال المانع يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال.

ب–إذا انتفى احد هذين الشرطين لا يثبت النّسب إلا بإقرار الزوج ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ما يلي: « واختار المشرع المذاهب التي تشترط للنّسب إمكان التلاّقي بين الزوجين، وظاهر أن هذا أعدل الأقوال وهو المتبع الآن، ويمنع الجرأة على إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بالأمهات، فإذا مضى على عقد الزواج الصّحيح أقلّ مدّة الحمل وأمكّن التلاّقي ثبت الولد، وإذا ثبت انتفاء إمكّان التلاّقي بين الزوجين بمانع حسّي لم يثبت النّسب»[1].

ومعنى ذلك إذا ثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين فلا يثبت النّسب من الزوج إلا إذا ادعاه الزوج ولم يقل انّه من الزنا، بشرط أن يثبت عدم التلاقي بالأدلة والشواهد حتى يتسنى للمحكمة تكوين عقيدتها للفصل في الدعوى، وينتفي عنه النّسب دون الحاجة إلى إجراء اللّعان وفقا لرأي جمهور الفقهاء الذي اختاره المشرع الكويتي.

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص 185.

فقد قضت محكمة التمييز في الطعن رقم 2005/322م لجلسة 2007/01/14م: « أنّ النّسب بالزواج الصحيح يثبت للولد متى مضى على حمله مدة لا تقل عن ستة أشهر قمرية و لا تزيد عن خمسة وستين و ثلاثمائة يوما مع إمكان التلاقي بين الزوجين خلالها وللرجل نفي النّسب، وإنّ التحقق من إمكان التلاقي بين الزوجين أو انتفاء ذلك هو من مسائل الواقع يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله، وانّ المحكمة غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم ومناحي دفاعهم والرد استقلالا على كل حجة ، وأنّها متى وجدت في الدعوى من الأدلة و الشواهد ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها فلا تكون بحاجة بعد ذلك إلى اتخاذ مزيد من إجراءات الإثبات »[1].

[1] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 472، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/15م، على الساعة 18:30.

الباب الثاني

نفي النّسب بالطرق العلمية

بين الشريعة و القانون

تمهيد: تعتبر الطرق العلمية التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة وسيلة فعالة تصل إلى درجة اليقين في مجال النّسب، ذلك للتطور الذي عرفته والذي يسمح بتوفير نتائج قطعية وحاسمة وقت وجود خلاف، ولقد نادى اغلب الفقه من أجل الأخذ بهذه الطرق نظرا لما تتضمنه من خصائص ومزايا وكذلك لوجود أساس شرعي للأخذ بها [1] .

فقد حققت هذه الطرق طفرة علمية منقطعة النظير، حيث أصبح بالإمكان الاعتماد عليها في المسائل والقضايا التي عليها خلاف وهذا يمثل خدمة للحقيقة القانونية والعلمية، وأثارت جدلا واسعا وحادا في أوساط الفقه المعاصر في مدى الاعتماد عليها في مجال نفي النّسب كما هو الحال في إثباته وهذا ما سنحاول التفصيل فيه لاحقا.

وتباينت مواقف الفقهاء المعاصرين فيما مدّى حجيتها وقيمتها القانونية بين مؤيد ومعارض على اعتبار أنّ المسألة من المستحدثات والتي كانت غائبة عن فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل، وهذا لا يعني أنّه لا يمكن الرجوع إليهم إذ أنّ أساسيات نفي وإثبات النّسب موجودة في مؤلفاتهم[2]، وإنّ اللّجوء إلى الطرق العلمية كوسيلة في إثبات أو نفي النّسب لا يمكن أن يحجب عليها العقبات والصعوبات التي تعترضها، لكون أنّ الخصم يحاول إثارة بعض المعوقات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع للخبرة الطبية.

---

[1] محمد زويل، إثبات أو نفي النّسب بالوسائل العلمية الحديثة، مجلة المحاكم المغربية، ع 125/124، الدار البيضاء، المغرب، فيفري–افريل 2010م، ص67.

[2] حيدر كاظم الشمري، مدى مشروعية البصمة الوراثية و حجيتها في نفي النّسب (دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي)، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، جامعة كربلاء، ع 19، يناير 2016م، ص61.

وإنّه وبقدر إمكانية التغلب على هذه الصعوبات، بقدر ما يتم التمهيد أمام القضاء، لِأَن يحكم بالعدالة وتتحقق مقاصد الشريعة الإسلامية، سعيا لحفظ الأنساب من الضياع أو الاختلاط، فما هي الطرق العلمية الحديثة ؟ وهل يمكن اللّجوء إليها في نفي النّسب؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والمقارن منها؟ وما مدى حجيتها في نفي النّسب؟ وما هي العقبات التي تواجها ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سأقسم هذا الباب إلى فصلين ماهية الطرق العلمية ومدى حجيتها في نفي النّسب بين الشريعة و القانون (الفصل الأول) و القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب والعقبات التي تواجه استخدامها (الفصل الثاني) بين الشريعة والقانون

الفصل الأول

ماهية الطرق العلمية ومدى حجيتها

في نفي النّسب بين الشريعة والقانون.

اعتمد التشريع الإسلامي في إثبات أو نفي النّسب على الدلائل الظاهرة دون الوقوف على حقائق الأمور التي يتعذر الوقوف عليها، فالحكم بالظاهر منهج أصيل ولكن إذا ثبت ما ينفي هذا الظاهر فانه ينتفي، ومع التطور العلمي الكبير الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة[1]، فقد ظهرت كثير من المستجدات العلمية والطبية التي يمكن الاعتماد عليها في مجال النّسب وخاصة في حالة نفي النّسب والتي ارتقت إلى منزلة الدلائل القطعية اليقينية.

وفي ظلّ هذه المستجدات وضعنا العلم أمام حقائق علمية لها دلائل، استدعت وقوف العلماء عندها وبيّان حكمها في الشريعة الإسلامية وهذا ما يحتم علينا دراستها من الناحية العلمية والفقهية والقانونية وتبيان حكم الشرع والقانون

وعليه سأتناول في هذا الفصل دور كل من نظام تحليل فصائل الدم وحجيّته في نفي النّسب (المبحث لأول) ثم نظام البصمة الوراثية ومدى حجيتها في نفي النّسب (المبحث الثاني).

[1] سهير سلامة حافظ الاغا، المرجع السابق، ص 72.

المبحث الأول

نظام تحليل فصائل الدم و مدى حجيته

في نفي النّسب بين الشريعة والقانون

يُعدّ اكتشاف الفصائل الدموية من أكبر الإنجازات العلمية التي تحققت في مطلع القرن العشرين، وهو أول نظام عرفته البشرية ويعود الفضل في ذلك إلى الدكتور كارل لاندستاينر الذي اكتشف الفصائل الدموية خلال سنة 1900م أثناء تجاربه، فهذه الوسيلة الحديثة فرضت نفسها ضمن الأدلة المستعملة في الشريعة والقانون وذلك لكثرة القضايا التي يستخدم فحص الدم للكشف على حقيقتها ولا سيما قضايا الأسرة وبالتحديد دعاوي النّسب التي يتم إثباتها أو نفيّها عن طريق فحص الدم بحكم طبيعتها المعقدة وذلك بدقة وكفاءة عالية تكاد تكون قاطعة.

وسأتناول في هذا المبحث ماهية تحليل فصائل الدم (المطلب الأول) ثم النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم ومدى حجيّتها (المطلب الثاني) وأخيرا إلى موقف الشريعة الإسلامية والقانون من نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية نظام تحليل فصائل الدم

الدم أساس الحياة، تتم من خلاله كافة العمليات الحيوية التي يحتاجها الجسم، ولا تقتصر أهمية الدم على هذه الناحية فحسب بل أصبحت أهميته واسعة الأفاق، تمتد آثارها إلى الروابط الاجتماعية وتحديد المراكز القانونية في قضايا الأحوال الشخصية.

فقد أصبح لفحص الدم قيمة قانونية متميّزة و دليلا هاما قضايا النّسب[1]. وعليه سأتطرق إلى مفهوم نظام تحليل فصائل الدم (الفرع الأول)، ثم نبيّن أنواع الفصائل الدموية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم نظام تحليل فصائل الدم

نظام تحاليل فصائل الدم تعدّ وسيلة طبية، تم اعتماد عليها في الكشف عن الأمراض التي تدمر جسم الإنسان، كما أنها استعملت في الكشف عن هوية المجرمين، وكذلك في مجال النّسب خصوصا نفيّه ولتوضيح مفهوم نظام تحليل فصائل الدم لابدّ من تعريف الدم (أولا) ثم تبيّان أهم مكوناته (ثانيا).

أولا-تعريف الدم:

1-**لغة:** أصله دميٌ، وجمعُهُ دمآءٌ ودُمِي، وتثنيته دَمان ودَمَيَان وهو السائلُ الأحمرُ الذي يجري في عروق الإنسان والحيوان[2].

2-**اصطلاحا:** لقد أورد مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في جدة في الفترة ما بين 6-11 فبراير 1988م تعريفا للدم حيث جاء في قراره: « أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواءً كان متصلا به أم منفصلا عنه وأنّ الدم يعتبر من فصائل الإنسان المتجددة».[3]

---

[1] عباس عبودي، الحجيّة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط 1، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع ودار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان، الأردن ، 2002م، ص 13.

[2] محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ، 1988م، ص 210.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 4، ع4، جدة، السعودية، 1988م، ج1، ص 508.

3-**في الاصطلاح الطبي:** هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية، من شرايين وأوردة وشعيرات دموية والمصنع الأساسي للدم هو نِقْيُ العظام[1]، ويملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به، ويقوم بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأوكسجين والغذاء وتبلغ كميته في الجسم 70مليلتر أي بنسبة 13/1 من وزن الجسم[2].

ويستعمل تحليل الدم من الناحية القانونية في[3]:

1-التحري عن الأبوة إذا ادعى رجل انه والد طفل وعن طريق الاختبار بتحليل الدم يمكن أن يثبت أبوة هذا الرجل أو ينفيها، وفي حوادث خطف الأطفال واختلاط المواليد في المستشفيات.

2-في التحقيق الجنائي للتوصل لمعرفة الجاني أو لإثبات جريمة شرب الخمر.

ثانيا-مكونات الدم ووظائفه: يتكون الدم من جزأين أساسين هما:

1-**المصورة أو بلازما الدم:** وهي سائل يميل إلى الاصفرار، وتشكل حوالي 55% من حجم الدم ومهمتها الأساسية هي تسهيل حركة الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا، وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق وبول ونحوه إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج الجسم[4].

---

[1] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 462، ص 154، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 507.

[2] محمد كنعان، المرجع نفسه، ص 462، عايش زيتون، علم حياة الإنسان بيولوجيا الإنسان، ط1، دار الشروق، عمان، الأردن،2005م، ص333.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 510.

[4] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 462.

تحديد فصائل الدم ذلك مسؤولية البلازما والمسؤولية الخلايا الحمراء حيث يحمل كل منهما منفردا نصف الصفات الدالة على فصيلة الدم، يستطيع الدم أن يتخثر ويتحول من الحالة السائلة إلى صلبة أو الهلامية و ذلك في الحالات الخاصة، كالمناطق الالتهاب الجرثومي، لمنع انتشاره أو في جروح، لغلف الأوعية الدموية المصابة [1]؛ وتتكون بلازما الدم مما يلي[2]:

أ-الماء و يشكل 90% من بلازما الدم.

ب-البروتينات و تشكل حوالي 6-8% من كتلة البلازما وهي تقع في ثلاث مجموعات رئيسية هي: البيومين، جلوبيون، فيبرونيوجن .

ج-مواد كيميائية أخرى بنسب مختلفة مثل: الجلوكوز وأملاح غير عضوية، ومواد نيتروجينية كاليوريا مركبات حيوية كالفيتامينات والأنزيمات والهرمونات وأجسام مضادة وغازات، وتشكل هذه المواد حوالي 3% من كتلة البلازما؛ ومن وظائفها[3]:

- ✓ تدخل في عملية تجلط الدم.
- ✓ لها دور في مناعة الدم.
- ✓ تنقل بعض المواد في الدم مثل : الفيتامينات و الهرمونات وبعض الأدوية.

---

[1] عبد الله علي الصيفي، عارف عز الدين حسونة، تحليل الدم ودوره في اثبات النّسب و جرائم الخمر والسرقة والقتل في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لكلية الشريعة، الأردن، 2009م، مج38، ع2، ص 638.

[2] عايش زيتون، المرجع السابق، ص 334، رمزي الناجي، عصام الصفدي، علم وظائف الأعضاء، دار البازوري العلمية، الأردن، 2005م، ص 84-85.

[3] عدنان حسن عزايزة، حجيّة القرائن في الشريعة الإسلامية البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم، ط1، دار عمار، عمان، 2010م، ص 194.

2-**خلايا الدم:** تتكون من ثلاثة مجموعات أساسية وهي[1]:

أ/كريات الدم الحمراء: تعد كرات الدم الحمراء الأكثر توافراً في الدم، ويتخذ الدم اللون الأحمر من تلك الخلايا، وتُشكل نسبة 40 إلى 45 % من الدم، وتختلف تلك النسبة من حين لآخر ويصل المعدل الطبيعي لها إلى 600 خلية مُقابل خلية واحدة من كرات الدم البيضاء وتتميزُ كرات الدم الحمراء بخصائص منها[2]:

- ✓ أن لها شكلٌ غريبٌ، فهي عبارة عن قُرص مسطح دائري الشكل.
- ✓ لا توجد نواة في كرات الدم الحمراء.
- ✓ يُمكن أن تُغير من شكلها بصفة مذهلة وذلك دون الانقسام.
- ✓ تحتوي على مادة الهيموجلوبين، وهي مادة جُزئية مسئولة فقط عن نقل الأكسجين.

ومهمة الكريات الحمراء نقل الأوكسجين من الرئتين إلى سائر الجسم والعودة بغاز ثاني أوكسيد الكربون إلى الرئتين للتخلص منه، الحفاظ على PH العدد الهيدروجيني الطبيعي للدم[3]؛ ويتأثر عدد كريات الدم الحمراء بالعوامل التالية[4] :

- ✓ عمر المريض وجنسه ذكر أو أنثى
- ✓ الحالة الغذائية والصحية للشخص.
- ✓ ارتفاع الشخص عن مستوى البحر.

---

[1] محمد عبد المقصود حسن داوود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و اثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999م، ص 39.

[2] بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430هـ- 2010م، ص 48-49.

[3] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 462، بسام محمد القواسمي، المرجع نفسه، ص 50.

[4] رمزي الناجي، عصام الصفدي، المرجع السابق، ص 86.

وفي الجملة يصل عددها في الرجل إلى 5.4 مليون خلية، وفي المرأة 4.7 مليون خلية، لكل مليلتر مكعب واحد من الدم. ونقص الهيموجلوبين يؤدى إلى الإصابة بفقر الدم الأنيميا.

ب/كريات الدم البيضاء[1]: مهمتها الأساسية الدفاع عن الجسم ضد العوامل المرضية من جراثيم ونحوها، وتساعد الأجسام على مقاومة الفيروسات والعدوى، وهي عديمة اللون وبأشكال مختلفة ولها القدرة على الانقسام وتتحرك حركة ذاتية.

وهي أقل عددا من الخلايا الحمراء ونسبتها إلى الحمراء 1000/1، ويقوم الدم بنقلها إلى الأجزاء التي تنتشر فيها الميكروبات الضارة، ويبلغ معدل كرات الدم البيضاء في جسم الإنسان الطبيعي البالغ ما يقارب من 400 إلى 10.000 كرة دم بيضاء في الميكرو لتر من الدم، ويزداد عددها في الجسم في حالة حدوث عدوى[2]؛ ومن وظائفها[3]:

- ✓ الوظيفة الأساسية لها هي الدفاع ضد غزو الميكروبات.
- ✓ تفرز مادة الهستامين التي تؤثر على الأوعية الدموية فتسبب اتساعها.
- ✓ تفرز مادة الهيبارين التي تمنع تجلط الدم .
- ✓ تفرز الأجسام المضادة التي تعدل سموم الميكروبات أو تعمل على ترسيب الميكروبات.

---

[1] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 462.

[2] عدنان حسن عزايزة، المرجع السابق، ص 194.

[3] رمزي الناجي، عصام الصفدي، المرجع السابق، ص 88.

ج/صفائح دموية: هي ليست خلايا بمفهوم العلمي الدقيق لكنها أجزاء من خلية أُم موجود بالنخاع العظمي تمتلك قدرات غاية في الحساسية والدقة في العمل بحيث تتدخل هذه الصفيحات في الوقت المناسب وبالقدر المناسب لتساعد في عملية غلق الجروح ومنع فقدان الدم خرج الأوعية الدموية[1]؛ ومن ظائفها[2] :

- ✓ وقف النزيف حيث تعمل كحاجز أو شبك تلتصق بفتحة الجرح وتمنع النزيف.
- ✓ إفراز بعض المواد الهامة مثل السيروتونين–الأدرينالين–الهستامين والتي لها دور في انقباضات الأوعية الدموية.
- ✓ إفراز عوامل معينة عوامل التجلط المساعدة في تكوين الجلطة.
- ✓ تساعد في عملية البلعمة، حيث ترتبط بالميكروبات.

وللدم وظائف حيوية أهمها[3]:

1- التنفس: حيث يقوم الدم بنقل الأكسجين من الرئتين الأنسجة بواسطة الهيموجلوبين، ويقوم بنقل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين لطرحها خارج الجسم.

2- التغذية: يقوم الدم بنقل وتوزيع المواد الغذائية من الجهاز الهضمي إلى جميع أنسجة الجسم.

3- الإخراج: يقوم الدم بتخليص الجسم من المواد السامة والضارة مثل البولينا عن طريق الكلية.

4- التوازن المائي: يعمل الدم بالمحافظة على كمية الماء الموجودة في الجسم، وذلك عن طريق إخراج الماء الزائد عبر الكليتين والجلد.

---

[1] عبد الله علي الصيفي، عارف عز الدين حسونة، المرجع السابق، ص 639.

[2] محمد كنعان، المرجع السابق، ص 462.

[3] عايش زيتون، المرجع السابق، ص 339، محمد عبد المقصود حسن داوود، المرجع السابق، ص 39-42.

5- نقل إفرازات الهرمونات: حيث يقوم الدم بنقل الهرمونات التي تفرزها الغدد من مراكز تكوينها إلى الأعضاء التي تتأثر بها.

6- تجلط الدم: يعمل الدم على الوقاية من النزيف بواسطة التجلط فيحافظ على كمية الدم الطبيعية في الجسم.

7- تنظيم حرارة الجسم: يساعد الدم في تنظيم درجة حرارة الجسم، حيث يشترك مع الجلد في حفظ درجة حرارة الجسم الثابتة، وذلك عن طريق الأوعية الدموية التي تضيف وتتسع حسب درجة حرارة الجسم.

8- الحماية:حيث يساعد الجسم في الدفاع عن نفسه سواء ضد الأجسام الغربية أو الجراثيم والميكروبات.

الفرع الثاني

أنواع فصائل الدم

تنقسم فصائل الدم إلى نوعين أولهُما تصنيفها بحسب وجود المادتين « A.B »، حيث تُقسم إلى أربعة فصائل دموية هي O.AB.A.B، أمّا التصنيفُ الثاني فهُو تقسيمها بحسب وجود العامل الريزوسيRH إذ يقسم الدم البشري بموجب هذا العامل إلى +RH موجب –RH سالب، علما أن نحو 85% من الناس لديهم هذا العامل موجباً[1].

حيثُ تمكّن الأطباء وبعد عدة دراسات مُضنية أن يُقسموا الدم البشري إلى أربع مجموعات رئيسية يُطلقُ عليها عند أهل الطب اسم فصائل الدم، وهي مقسمة إلى أربع فصائل[2]:

---

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 15.

[2] بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 51، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 512.

أولاً: فصيلة دم A: يحتوي على A جلوتينيوجين A في كرياته الدموية الحمراء، وجلوتينين B في البلازما.

ثانياً: فصيلة دم B: يحتوي على A جلوتينيوجين B في كرياته الدموية الحمراء، وجلوتينين A في البلازما.

ثالثاً: فصيلة دم AB: يحتوي على جلوتينيوجين B في كرياته الحمراء، ولا يحتوي على أي جلوتينات في البلازما.

رابعاً : فصيلة دم O: يحتوي على جلوتينين A وجلوتينين B في البلازما كرياته الحمراء، ولا يحتوي على أي جلوتينين في كرياته الحمراء.

وقد أكّد الأطباء بصفة قاطعة لا يخاطها أدنى شك أنّ فصيلة دم الابن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأُمه سواءً كان دمُهُم فصيلة واحدة أم من فصيلتين، ففحص فصائل الدم لا يُثبت الأبوة بصفة قاطعة فهو لا يُثبت أن رجلاً بعينة هو والد الطفل موضوع النزاع بلا شك، ولكنَهُ يُثبت أن لا يكون هذا الرجل والداً لهذا الطفل[1].

ويعني هذا أن اختلاف فصائل الدَم أو عدم اختلافها يترُكُ أثراً من الناحية السلبية والإيجابية إذ يمكن الاعتماد عليه فقط في نفي البنوة و ليس في إثباتها لأنه لا يلزم من اتحاد فصيلة دم الابن مع من يُنسبُ إليه كونُهُ ابناً شرعياً له، فمن الجائز أنَ أُمه حملت به من شخص آخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها[2].

---

[1] بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 51.

[2] أنور محمد دبور، إثبات النّسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، د. ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1985م، ص 95.

واعتماداً على قانون هيرشفيلد وفون دونجرن اللذين ينصان على أنّ أيّة فصيلة دموية تتشكل لدى الأبناء كشفع واحد يكُون أحد وتريه مأخوذاً من الأم والآخر مأخوذاً من الأب وكذا قانون بيرنستاين الذي يتلخص في الأمرين التاليين[1]:

1- لا يمكن لأي أم أو أب أن ينجبا أطفالاً ذوي فصيلة دموية O وهما من ذوي A.B ولا يمكن لطفل فصيلته الدموية A.B أن يكون أحد أبويه O.

2- لا يمكن لإحدى الفصيلتين A أو B أن تظهر لدى اثنين ما لم تكن موجودتين عند أحد أبويه.

المطلب الثاني

النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم

ومدى حجيّته في نفي النّسب

يعتبر تحليل الدم من الطرق العلمية التي سبق وإن تم اكتشافها منذ أمد طويل من أجل الكشف عن الأمراض التي تنخر جسم الإنسان، ومن أجل الكشف عن أشياء أخرى لا تتعلق حتما بالمرض وإنما تتعلق بثبوت شخصيات وذاتيات المطلوب الكشف عنها[2]، فإنّ مهمة الدم في جسم الإنسان لم تعد قاصرة على الوظائف الحيوية التي يحتاج لها الجسم، بل أصبح لفحص الدم قيمة قانونية كبيرة ودليل هام في قضايا الأحوال الشخصية[3]، خصوصا في مجال نفي النّسب لأنّ نتائجها قطعية، فلذلك لا يجب إنكار هذه الوسيلة العلمية.

---

[1] عدنان عزايزة، المرجع السابق، ص 197.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 13.

[3] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 281.

ويشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه البيولوجي الحقيقي والنصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي والبويضة[1] ، وطالما لكون كل طفل له خاصية جينية إمّا مع الأم بحكم الولادة، فإنّه إذا كانت له خاصية لم تكن موجودة عند الأم فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإنّ أبوته لهذا الطفل مستحيلة وغير ممكنة ويقوم على أساسها بنفي النّسب، وإذا ثبتت الخاصية فيمكن أن يكون الطفل من الأب المفترض، ولكن ليس على سبيل اليقين[2].

الفرع الأول

النتائج العلمية لنظام تحليل

فصائل الدم وطرق تحليلها

أولا–نظام ABO: نتيجة التجارب التي قام بها عالم الأحياء النمساوي « كارل لاندستاينر » سنة 1900، تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل ثلاث فصائل وهي: A، B،O ، ثم أضاف لاحقا فصيلة رابعة و هي:AB وتبين أنّ الإنسان يحمل تركيبة الدم بشكل مزدوج فإذا كانت فصيلة دمه O فهي في حقيقة الأمر OO[3]. ومن ثم تركيبات الدم منها ما هو سائد ومنها ما هو متنحي، فإذا اجتمعت الصفة السائدة والمتنحية كانت فصيلة على أساس الصفة السائدة وفصيلتي B، A فصائل سائدة و فصيلة O متنحية.

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 105.

[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 105–106.

[3] حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ و حقائق، ط1، مكتبة نرجس، د. ب. ن، 1421هـ–2000م، ص 256.

ولذلك فان كانت فصيلة الدم A فهو يحتمل أمرين: الأول أن يكون دمه AA والثاني أن يكون دمه A،O والخاصية نفسها مع فصيلة B، أمّا من كانت فصيلة دمه O فهو يحمل الصفة بشكل مزدوج OO[1].

ووجد ايضا عالم الأحياء كارل لاندستاينر ان غشاء الكريات الدموية يحتوي على بروتينات سكرية خاص والتي بها تحدد الفصائل الدموية الاربعة وتسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد كما توجد الاجسام المقابلة وتعرف بالأجسام المضادة وتوجد في بلازما الدم[2].

ويتضح من الجدول الآتي هذه الفصائل وما يقابلها من مواد مولدة وأجسام مضادة وتراكيب جينية.[3]

الفصيلة	الأجسام المولدة	الأجسام المضادة	التراكيب الوراثية الجينية
A	A	B	AA نقي AO هجين
B	B	B	BB نقي BO هجين
AB	A,B	–	AB
O	–	A,B	OO

[1] حسين علي شحرور، المرجع السابق، ص 257.

[2] جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1423هـ-2002م، ص 186، عايش زيتون، المرجع السابق، ص 498-499.

[3] عايش زيتون، المرجع نفسه، ص 500، حسين علي شحرور، المرجع السابق، ص 256.

وللتوضيح أكثر يمكن ذكر هذه الأمثلة [1]:

– إذا كانت فصيلة دم الأم O وفصيلة دم الابن A وكانت فصيلة دم الأب المفترض O، فهنا نكون أمام استحالة ثبوت النّسب بين الابن والأب المفترض على اعتبار أنّ فصيلة دم الطفل A لابد أن تكون هي خاصية الأب الحقيقي، لأن O وO لا يمكن أن نحصل على فصيلة من نوع A، وبالتالي فنفيُ النّسب مؤّكد بين الأب المفترض والطفل في هذه الحالة.

– وإذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الطفل O وفصيلة دم الأم O.

فهنا نقول أن الابن أخذ خاصية والديه، غير أننا لا يمكن أن نثبت بأنّ الأب المفترض هو الأب الحقيقي على اعتبار أننا يمكن أن نثبت بأن الأب المفترض هو الأب الحقيقي على اعتبار أننّا يمكن أن نجد أكثر من شخص مدعى عليه حامل O.

ونشير في هذا الصدد إلى نظرية العالم برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أنّ هناك ثلاثة عوامل موروثة O،B،A حيث AB سائدة، بينما O متنحية وكل نسل له اثنين من هذه الثلاثة، واحدة من كل والد[2]:

- طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أوAO
- طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO

وإذا ورث عاملين سائدين سيكون AB

وإذا ورث عاملين متنحيين سيكون O.

[1] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 279.

[2] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 188–189.

وقد تدعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية [1]:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يمكن أن يكون لديها كل الفصائل الأربعة.

وقد فصل الأطباء الفصائل الممكنة والمستحيلة بالنسبة لدم الطفل تبعا لنوع فصيلة دم أبويه[2]، وفيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة وغير الممكنة:[3]

فصائل الوالدين	فصائل الولد	
	ممكنة	غير ممكنة
O X O	O	AB , A , B
A X A	O , A	AB , B
O X A	O , A	AB , B
B X B	O , B	AB , A
B X A	O , AB , B , A	–
AB X AB	AB , A , B	O
O X AB	B , A	AB , O
O X B	O , B	AB , A
B X AB	AB,A,B	O
A X AB	AB,B,A	O

[1] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 189.

[2] أنور محمد دبور، المرجع السابق، ص 96.

[3] أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، ط2، دار العثمانية للنشر، بيروت، لبنان، 2010م، ص 420.

ثانيا- نظام MN[1]: مولدات الراصاتN,M موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود راصات مطابقة في المصل، واحد أو كلا مولدات الراصات يجب أن يكون موجوداً في كريات الدم الحمراء وهكذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO.

جدول لايندشتين وليفين[2]:

فصائل الوالدين	فصيلة الطفل	
	ممكنة	غير ممكنة
MxM	M	N-MN
MxN	M-N	M-N
MxMN	M-MN	N
NxN	N	M-MN
NxMN	N-MN	M
MNxMN	M-N-MN	لا يوجد

وبالتالي إذا كانت: الأم +M+N والابن +M-N والأب المفترض-M+N، ففي هذه الحالة يستحيل إثبات النّسب بين الابن والأب المفترض، لأنّ الابن حاصل على +N وهي خاصية موجودة عند أمه، وحاصل على -M وهي خاصية غير موجودة عند الأب المفترض الذي لديه +M وليس M، إذاً فالنّسب منفيّ بطريقة علمية[3].

---

[1] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 186.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 100.

[3] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 186-187.

وعليه لابدّ أن يكون الأب الحقيقي للابن حاصل على –M، وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيقي للابن.

ثالثا– نظامRH: لقد ثبت علميا أن 80 % من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء، مولدات الضد وهي ستة نماذج،E,D,C /e,d,c الثلاثة الأولى سائدة والثلاثة الأخيرة متنحية، وإذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة الأولى السائدة فإنه يعتبرRh+ve وإذا كان لديه cde فإنّه يعتبر Rh–Ve وهذا عند 15% من الناس ومن كل مولدات الضد هذه فإن مولد الضد D هو الأكثر أهمية لأنه إذا دخل إلى شخص لا يملكه فإنه سيؤدي إلى إنتاج عيار عالي من الأجسام المضادة لذلك ينصف الناس عادة إلى Rh+Ve أو Rh+Ve إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أولا[1].

ويساعد عامل Rh في النزاع حول الأبوة، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فإن الولد لا يكون إيجابيا أبداً.[2]

أثبت العلماء بأنّ الفصيلة الدموية لكل شخص ثابتة مدى الحياة ولا تتبدل بعامل الوقت أو المرض، وأنها تتنقل من الوالدين إلى الأطفال تبعا لقانون ما ندل الوراثي، ويكون تطبيق قوانين الوراثة على فصائل الدم حسب النظام الآتي[3]:

1– لا يمكن انتقال مولدة التراص ووجودها في كريات دم الأولاد ما لم تكن موجودة عند أحد الأبوين على الأقل.

2– عند عدم وجود إحداهما عند الأبوين معا لا نجد أثرا لها عند الأولاد.

---

[1] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 186–187.

[2] جلال الجابري، المرجع نفسه، ص 189.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 514.

3- عند وجود إحداهما عند الأبوين معا، فإنّها توجد عادة عند اغلب الأولاد.

4- يعتبر وجود أحداهما صفة سائدة وتظهر وحدها عند الأفراد المنحدرين من الطبقة الأولى.

5- يعتبر عدم وجود إحداهما صفة متنحية، فلا تظهر عند أفراد الطبقة الأولى وإنما تظهر في ذرية الطبقات المتعاقبة.

6- وبالتالي فإذا عرفت فصيلة دم كل من الأب والأم يمكن معرفة فصيلة دم الابن، وإذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب.

الفرع الثاني

الحجية الطبية لنظام تحليل فصائل الدم

في نفي النّسب

أظهرت الأبحاث العلمية، منذ فترة طويلة، أنّ دم أفراد بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأنّ لكل فصيلة خصائص محددة، وعن طريق فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة، والزوج، والولد، أمكّن التوصل إلى أحد فرضين[1]:

الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، وهذا معناه، أنّ الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل، وذلك على وجه التأكيد.

فمثلا إذا كانت فصيلة دم الأب وفصيلة دم الأم هي O وكانت فصيلة دم الابن هي A فهذا يعني أنّ هذا الطفل ليس من هذا الأب.

[1] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 279-280.

الفرض الثاني: فتظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، وهذا معناه، أنّ الزوج قد يكون الأب الحقيقي، وقد لا يكون، ذلك أنّ الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المدعي عليه في حالة النفي والمدعى في حالة الإثبات أو دعواه واحدا منهم.

فمثلا إذا كانت فصيلة دم كل من الأب والأم والطفل A فهذا ليس دليلا على أن الأب هو الأب الحقيقي لوجود أباء آخرين عندهم نفس فصيلة الدم A.

وعلى ضوء هذه المعطيات العملية المتاحة في ذلك الوقت، تبيّن أنّ فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكد، بل هي قرينة يعوزها البرهان[1].

وهكذا يكون واضحا أهمية هذا التحليل بالنسبة للطرف الذي يريد التوصل إلى دليل نفي، فهذا الفحص يمكن أن يفيده في خصوص دعواه، إذ قد يثبت من نتيجة التحليل أنّ الطفل لا يمكن أن ينسب له[2].

وسنوضح الخطوات لنفي النّسب عن طريق تحليل فصائل الدم [3]:

1. تحدد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والأم والتراكيب الوراثية الجينية المحتملة لكل من هذه الفصائل.
2. يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

---

[1] علي عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 146.

[2] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 280.

[3] عدنان عزايزة، المرجع السابق، ص 199-201.

3. إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد مورثتي جيني فصيلة الرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تحتمل البنوة، وذلك لوجود أكثر من رجل يحمل هذه الفصيلة
4. أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل، ففي هذه الحالة تنفى البنوة تماما.

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية والقانون

من نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب

إنّ تحليل فصائل الدم من الوسائل العلمية التي فرضت نفسها في قضايا النّسب باعتبارها من الأدلة الحديثة والتي لم تكن معروفة ضمن الأدلة السائدة في القانون والشريعة الإسلامية قبل سنة 1900م. وسوف أتطرق من خلال هذا المطلب إلى موقف كل من الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) والقانون من نظام تحليل فصائل الدم نفي النّسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من نظام

تحليل فصائل الدم في نفي النّسب

إنّ هدف الشريعة الإسلامية المحافظة على الأنساب والحقوق من الضياع، وهي لا ترفض العمل بمثل هذه المكتشفات العلمية، فهي تحض على العلم وتعتد بنتائجه القاطعة في فهم وتطبيق أحكامه الشرعية، وتسفه أدعياء الجهل، وتدعو إلى إيجاد الصلة بين الحقائق العلمية والحقائق الإيمانية.

والشريعة الإسلامية تدور مع المصلحة وجودا وعدما فحيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ويؤكد هذا ما قاله العلامة أحمد الريسوني: « فبقدر ما تعظم المصلحة ويعظم حكمها، بقدر ما تعظم وسيلتها أو وسائلها، وبقدر ما تعظم المفسّدة، يعظم كذلك أمر الوسيلة المفضية إليها، ويشدّد الشرع في منعها تشديده في تحريم مقصودها، وهو المفسّدة »[1].

ولا يمكن أن تخالف الشريعة الإسلامية ما يقطع به الحسّ والعقل طالما أن الدليل مفيدا للظن، ولأنّ المظنون به لا يمكن أن يعارض المقطوع، ولأنّ مصلحة الشرع في اتصال الأنساب لا في انقطاعها لاحتمال أن يكون ذلك صحيحا ولما فيه من مصلحة في إحياء الولد ودفع الهلاك، ومن ثم اللّجوء إلى الطرق العلمية لما فيها من الدقة والثبات في تحري الأنساب والحقوق وعدم ضياعها والتي لا تترك مجال للشّك[2].

وإنّ مبدأ العمل بالوسائل العلمية عند فقهاء الشريعة له أصل، وبهذا يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية تقبل العمل بالوسائل العلمية وتأخذ بها، وعلى ذلك فان الأخذ بها لا يعدّ خروجا على الشرع، وهذا ثابت من أقوال لبعض الفقهاء وأهل العلم.

فقد جاء في المغني: « إنّ امرأة ادعت أن زوجها عنين فأنكر ذلك وهي ثيب، فإنّه يختلى معها في بيت ويقال له: أخرج ماءك على شيء فإن ادعت انه ليس بمني، أختبر بجعله على النار، فإذا ذاب فهو مني، لأنّ المني يذوب إذا وضع على النار، وحينئذ يبطل قولها »[3].

---

[1] احمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، ط1، مطبعة مصعب، مكناس، المغرب، 1994م، ص 409.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 516.

[3] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 770-771.

وجاء أيضا في الطرق الحكمية أنّ عمر بن الخطابdأُتِيَ بامرأة قد تعلق قلبها بشاب من الأنصار وكانت تهواه فلما لم يُساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة وألقت منها صفرتها وصبت البياض على ثوبها وبين فخديها ثم جاءت إلى عمرdصارخة فقالت له: « هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي و ذا اثر فِعل ».

فسأل عمرd النّساء فقلن له إنّ ببدنها وثوبها أثر المني، فهم بعقوبة الشاب فجعل يستغيث ويقول:« يا أمير المؤمنين تَثَبَّت في أمري فوالله ما أتَيْتُ فاحشة ولا هممتُ بها، فلقد راودتني عن نفسي فاستعصمت »، فقال عمر d:« يا أبا الحسن ما ترى في أمرها؟ » فنظر علي dإلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حار شديد الغليان فصبه على الثوب فجمد ذلك البياض ثم أخذه واشتمه وذاقه فعرف طعم البيض وزجر المرأة فاعترفت[1].

وبالتالي ما قام به سيدنا عليdمن طلب ماء حار شديد الغليان و صبه على البياض وشمه وذوقه هو عين التحليل الغرض منه الكشف عن الحقيقة ومن ثم شرعية نظام تحليل الدم.

وقد ورد في المدونة انه قد سُئل مالك بن انس عن الخصي هل يلزمه الولد؟ فقال: « أرى أن يُسأل أهل المعرفة بذلك ما كان يُولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه »[2]، وأهل المعرفة في عصرنا هذا هم الأطباء وهذا يدل على أن نظام تحليل الدم جائز ومشروع.

---

[1] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 56.

[2] مالك بن أنس الاصبحي، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص 25-26.

وبناءا على هذا لو أن زوجين شرعيين ولد لهما على فراش الزوجية ولد، ثم تبين من بعد تحليل دمهما أنّه مختلفان، فما موقف الشريعة الإسلامية فهل يكتفي بنتيجة بتحليل فصائل الدم عن إجراء اللّعان أم لا؟

لا يخلو الأمر من حالتين[1]:

الحالة الأولى: أن تكون نتيجة تحليل فصيلة الدم فيها احتمال أن يكون الزوج أبا للولد الذي يريد نفيه، فلا يمكن إيقاف اللّعان في هذه الحالة، لأنّ الاشتراك في فصيلة الدم لا يلزم أن يكون من الزوج، فيبقى معه إجراء اللّعان لقيام التشابه.

الحالة الثانية: أن تكون نتيجة تحليل فصيلة الدم نَفيُ أبوّة الزوج، كما لو ادعت الزوجة نسب الطفل من زوجها وكانت فصيلة الطفل AB، كانت فصيلة الزوجO، فمن المستحيل علميا أن يكون هذا الزوج أباً للطفل، فإن نسب الطفل ينتفي من غير لعان لقيام المانع على نفيه، كما لو كان الزوج حين الحمل صبيا أو مجبوبا أو أتت به لدون ستة أشهر، فإنه ينتفي عنه دون لعان لقيام المانع الحسي والعقلي على نفيه.

فقرينة تحليل الدم توافق روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها ومبنية أيضا على سنن أوجدها الله Y في دم الإنسان يتبين بها وجه الحق واحتمال الخطأ فيها قليل جدا لأننا نستطيع أن نحلّل دم المدعيين الولد المدعى مئات المرات ولا نحتاج في كل مرة إلا إلى قطرات بسيطة من الدم وكذلك الحال عند اختلاط الأطفال في المستشفيات وليس هناك من دليل يبين نسبة هؤلاء الأطفال لذويهم فتأتي قرينة تحليل الدم القوية القاطعة ببيان الحق[2].

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 525.

[2] عدنان حسن عزايزة، المرجع السابق، ص 201.

ولذلك فالشريعة الإسلامية تدعو إلى الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، في معرفة الأمور التي تتعلق بإثبات ونفي النّسب، ذلك لان العلم وسيلة لتحقيق الغايات المشروعة، ولكن لابد من مراعاة بعض الشروط[1]:

1- توخي الحذر والحرص في مثل هذه التجارب، حيث لا يقوم التقرير على خلط معلومات غير ثابتة وغير صحيحة، كأن يتأكد الخبير بأنّ عينات الدم مأخوذة من الزوج والزوجة والابن.

2- أن تحرص الجهة القائمة على المركز والفحص الطبي على تعيين أفراد مسلمين أكفاء، حتى يطمئن أنّ الفحوصات قد تمت بين أيدي أمينة.

ويعتبر تقرير أهل الخبرة المتعلق بإثبات النّسب ونفيه محل تقرير المحكمة، فيمكن للقاضي أن يأخذ به على سبيل الاستئناس، ويُثبت انّه بُني على وسائل علمية حديثة قاطعة، ويبقى القاضي وحده الذي يقرر مدى الأخذ بهذا التقرير، وهذا ما سأحاول توضيحه في الفرع التالي من خلال استعراض موقف القانون والقضاء الجزائري والمقارن من مسالة نفي النّسب بواسطة تحليل فصائل الدم.

الفرع الثاني

موقف القانون من نظام تحليل

فصائل الدم في نفي النّسب

سأعالج في هذا الفرع موقف كل من القانون الجزائري (أولا) ثم موقف القانون المغربي (ثانيا) ويليه موقف القانون المصري (ثالثا) وكذا موقف القانون الكويتي (رابعا) من مسألة نفي النّسب بواسطة نظام تحليل الدم، و كيف تعامل معها القضاء.

---

[1] عائشة سلطان مرزوقي، المرجع السابق، ص 106.

أولا–موقف القانون الجزائري: المشرع الجزائري لم يتحدث بنص صريح عن فحص فصائل الدم في قضايا النّسب، بل ترك المجال مفتوحا بذكره المادة 02/40: «....بالطرق العلمية الحديثة...» فهو بذلك يحيلنا إلى القضاء، إذ ذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15م بشأن إثبات نسب توأمين (ع. أ) و (ع. ع)، أين نقضت قرار مجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ 1998/10/05م المؤيد لحكم محكمة قديل الصادر بتاريخ 1998/01/18م، والقاضي بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة. واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضوا بإجراء خبرة طبية لأنهم انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع، وهذا خرقا لنص المادة من قانون الأسرة التي حصرت طرق إثبات الزواج بالزواج الصحيح والإقرار والبينة ونكاح الشبهة »[1].

يتضح من القرار القضائي السابق أنّ القضاء الجزائري، قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النّسب وظل متمسكا بالطرق المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية التقليدية، مما عرضه للنقد إذ اعتبروا أن قضاة المحكمة العليا تعسفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنّسب عندما اعتبروا تحليل الدم في مجال النّسب ليس وسيلة شرعية مفضية إلى تحديد النّسب[2].

---

[1] م.ع.غ.أ.ش، 1999/06/15م، ملف رقم 222674، م.ق، 1999م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001م، ص 88–91.

[2] جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنّسب، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003م،ع1، ص 19.

في حين يفهم من عموم عبارة « الطرق المشروعة » التي جاءت بها المادة 41 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النّسب، حيث أنّ استعمال الجمع–الطرق– في هذه العبارة يقتضي أنّ المشرع لم يقصر نفي نسب الطفل على اللّعان فقط، بل قد أخذ أيضا بكل الوسائل الأخرى التي يمكن للقاضي من خلالها إبراز الحقيقة[1].

وحتى بعد تعديل قانون الأسرة الجديد الصادر بمقتضى الأمر رقم 09–2005م، والذي ينص على الطرق العلمية، إلاّ أنّ قرارات المحكمة العليا كانت رافضة لأي خبرة علمية بشأن إثبات أو نفي النّسب، إذ لم يعتمد لا على تحليل الدم أو البصمة الوراثية في نفي النّسب، فالمحكمة العليا تأخذ بطريق اللّعان فقط في مسألة نفي النّسب[2].

ثانيا–موقف القانون المغربي: في إطار مدونة الأسرة تطرق المشرع المغربي إلى الخبرة القضائية كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النّسب، التي لم تبق مقتصرة على الفحوصات الأولية فحسب وإنما تطورت إلى فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجين والولد، حيث أفادت الحقائق العلمية أنّ تحليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتفاء النّسب، أما بشان ثبوته فالأمر مجرد احتمالات [3].

---

[1] جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنّسب، المرجع السابق، ص 19.

[2] جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنّسب، المرجع نفسه، ص 19.

[3] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 51.

أمّا القضاء المغربي فقد كان دقيقاً بخصوص نفي النّسب بواسطة شهادة التحاليل الطبية التي تُثبت عُقم الزوج و الدليلُ في ذلك قرارُ المجلس الأعلى بشأن النزاع الذي تدور وقائعهُ كما يلي[1]:

«أنه بتاريخ 17 يوليوز 1979م ادعت السيدة (س. ع) على مفارقها السيد (م. ن) ذاكرة أنه فارقها بتاريخ 22 أبريل 1979م، وهي حامل طالبة الحكم عليه بأداء نفقة الحمل، وأجاب المدعي عليه مع تقديم مقال مضاد ذاكراً بأنه طلق المدعية وهي غيرُ حامل طالباً إلغاء طلبها والحُكم بنفي الحمل، وذلك لأن هذا الزوجُ عقيمٌ لا يلد.

كما تقدمت المدعية بشاهدتين طبيتين من مستشفى الحسن الثاني بأكادير تفيدان أنها دخلت المستشفى بتاريخ 13 دجنبر 1979م حيث وضعت بنتاً، وقد انتهت الإجراءات بالمحكمة الابتدائية بأكادير، حيث قُضى في الطلب الأصلي على المدعى عليه بأن يودي للمدعية 500 درهم الباقية من نفقة ولادتها، وبرفض الطلب المضاد وبالتالي رفض طلب نفي النّسب.

استأنف المحكوم عليه حكم محكمة اكادير مشيرا إلى أن المحكمة قد ناقشت القضية من حيث الفترة الزمنية الفاصلة بين تاريخ الطلاق والوضع، أي أقصى مدة الحمل في حين أنه قد ركَز دفوعاته على أنه قام بتحليلات طبية على نفسه منذ سنة 1971م أثبتت كلها أنّ نطفته خالية من بويضات التناسل، وقد التمس المستأنف من محكمة الاستئناف إجراء خبرة طبية للتأكد مما ذكر، وقد تم له ما طلبه وأثبتت الخبرة الطبية أنه عقيمٌ لا يلد.

[1] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص51-52.

وعلى الرغم من ذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف بأكادير الحُكم الابتدائي على أساس أنّ التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يُعتمد عليها من ناحية الشرعية لنفي النّسب وجاء في الطعن الذي رفعه المدعي عليه أمام المجلس الأعلى وحيثُ يطعُن طالبُ النقض في الحكم المذكور بعدم الارتكاز على أساس وعدم التعليل لأنه لم يورد النص الشرعي الذي ألغى الخبرات الطبية في الموضوع وأنه على العكس من ذلك فإنّ النّصوص الشرعية تأخُذ بعين الاعتبار ما قد يصل إليه الأطباء في تحليلاتهم فيما يخُصُ الحمل، وذلك ما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية أنها جعلت القاضي وهو ينظُرُ في مادة النزاع أن يستعين ببعض الخبراء من الأطباء للتوصل إلى الحل الذي يُفضي إلى الحكم ، فقد رفض المجلس الأعلى المغربي هذا الطعن حيثُ نص على ما يلي: «إنّ ما قضى به الحُكم المطعون فيه لا يجدُ أساسُهُ في مدونة الأحوال الشخصية: التي تنص على أنّ القاضي يعتمد في حُكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النّسب وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الدموي الطبي، وأن ما نص عليه الفصل 76 خاصٌ بما إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة لمعرفة ما في البطن هل علةٌ أم حملٌ؟ وبذلك تكون الوسيلة غير مبنية على أساس ».

ثالثا–موقف القانون المصري: لم يعترف المشرع المصري صراحة بالوسائل العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النّسب أو نفيه، إلاّ أنّه قد نص في المادة 04 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996م على أنّه: « للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما"، ويستشف من هذا النص انّ المشرع المصري يجيز الالتجاء إلى الدليل العلمي ويعتبر اللجوء إليه بمثابة حق الخصم في دعاوي النّسب[1].

[1] كريم رجب عبد اللاه، دور البصمة الوراثية في إثبات النّسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 89، مج 89، 2016م، ص566.

إلاّ أنّ القضاء المصري لم يتوان في دفع المتنازعين للتمسك بالدليل العلمي في قضايا النّسب، فقد كان يجيز اللّجوء إلى تحليل فصائل الدم في هذا المجال بل وكان يعتبر رفض طلب إجراء هذا التحليل من محكمة الموضوع إخلالا بحق الدفاع مما يستوجب معه نقض الحكم[1].

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنّه: « متى كانت الحقائق العلمية المسلّم بها في الطب الشرعي يُفيد بأن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجة في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وان كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته، واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أيا كان الرأي العلمي فيه، هو اعتبار عام لا ينهض في وجه ما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أنّ الطفل لا يمكن نسبته ولو بدليل محتمل، محتكما للخبرة الفنية والبحتة التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها، لما كان ذلك، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأي المحكمة لو تبت لها يقين من نتيجة تحليل الفصائل أنّ الطفل لا يمكن أن يُعزى إلى المتهم، وكان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يُحدثه دليل الثبوت.

فلما كان ما تقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعي، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصل والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية، ومن ثم يكون حكمها معيبا بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقض الحكم والإحالة دون حاجة إلى التعرض لسائر الطعن»[2].

---

[1] كريم رجب عبد الله، المرجع السابق، ص 566.

[2] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 280.

كما أنّ النقض المصري في مناسبات أخرى أجاز التمسك بتحليل مجاميع الدم في قضايا نفي البنوة، لا في إثباتها وهو موقف منسجم مع ما انتهى إليه التطور العلمي فيما يتصل بإثبات ونفي النّسب عن طريق تحليل مجاميع الدم[1].

إن الدليل المستحدث من فحص الدم يدخُلُ في نطاق الأدلة القانونية، وأنه يُعدَ من قبيل القرائن لا تثريب على القاضي في الأخذ به إذا أقتنع بصحته في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة توصُلاً لإثبات نسب طفل لأبيه عند الإنكار[2].

وبالتالي فإن تحليل الدم في القانون المصري لا يُفيدُ إلا من يرغب في نفي نسب الولد إليه، هذا مع مراعاة قاعدة الولد للفراش ولا ينتفي إلا بالملاعنة وتكون الملاعنة بالإضافة إلى تحليل الدَم للنَفي، أي للتأكيد أن الولد ليس من هذا الزوج.

ثالثا–موقف القانون الكويتي:القانون الكويتي لم ينص على نظام تحليل فصائل الدم كوسيلة لنفي النّسب في قانون الأحوال الشخصية، إلاّ أنّه كان الوحيد من بين التشريعات المقارنة الذي نظّم أحكام نفي النّسب بصورة دقيقة و شملت كل جوانبه.

و ترك أمر ذلك للقضاء الذي كان له موقف واضحا من مسألة الاستعانة بهذا النظام في قضايا النّسب، وذلك من خلال ندب خبراء للقيام بإجراءات تحليل الدم في قضايا إثبات ونفي النّسب إلاّ أنّ الأخذ بنتائج فحوصه أمام محكمة التمييز الكويتية كان فيه تردد واضح بدعوى اصطدامها مع القواعد الشرعية لثبوت النّسب[3].

---

[1] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 280.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 27.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 119.

و هذا ثابت من خلال الطعن رقم 1993/40م أحوال شخصية جلسة 1993/12/25م: « أنّه المقرر في مذهب الامام مالك في حالة الفرقة بين الزوجين لطلاق بائن يشترط لثبوت النّسب أن تجيء الزوجة بالولد خلال سنة من الطلاق وألا تكون قد أقرت بانقضاء العدة. اصطدام تحليل الدم مع القاعدة الشرعية بثبوت النّسب بالفراش يجعله أيّا كان وجه الرأي فيه غير منتج في الدعوى ومن ثم غير مقبول، مما يتعين معه رفض الطعن »[1].

بعدما استعرضت حجيتة نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب و بيّنت موقف القانون والقضاء الجزائري و المقارن و مدى تحفظهما اتجاه هذه الوسيلة العلمية الحديثة رغم حجيتها القطعية والتي وصلت نسبتها الى100% في قضايا نفي النّسب فكيف سيكون موقفهما من البصمة الوراثية؟ و هذا ما سأحاول بيانه من خلال المبحث الموالي.

[1]المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 449، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/15م، على الساعة 18:30.

المبحث الثاني

نظام البصمة الوراثية DNA ومدى حجيتها

في نفي النّسب بين الشريعة والقانون

إنّ اكتشاف البصمة الوراثية يعد مكسباً كبيراً قدمه علماء البيولوجيا إلى القضاء عموما والى قضاء الأحوال الشخصية النّسب بوجه خاص، وهذا لحل المنازعات التي تكون عند التنازع أو الخلاف أو الشّك في الأنساب وذلك بتحديد الوالديّة البيولوجيّة، ومن ثم استخدام هذه التقنية العلمية الحديثة يكشف عن ملابسات التي تعتريها قضايا النّسب والتي تعذر سابقا معرفة حقيقتها. فالبصمة الوراثية هي من القضايا المستجدة التي أفرزها التطور العلمي في المجال الطبي والبيولوجي، والتي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في مجالات الاستفادة منها، فهي تعتبر حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا.

فقد كانت الدول الغربية هي السّباقة في اكتشافها، والعمل بها سواءً في المجال الجنائي أو مجال النّسب، وبدأ العمل بها مؤخرا في البلدان الإسلامية، حيث أمكن الانتفاع منها في إظهار الحقيقة في حالات التلاعب بالأنساب لغرض الإرث أو ما شابه ذلك.

لذلك ولتمهيد الطريق العمل بالبصمة الوراثية في نفي النّسب لابّد من ببيّان ماهيّة البصمة الوراثية (المطلب الأول) ومعرفة خصائصها الدالة على ثبوتيتها وتحديد مجالات الاستفادة منها (المطلب الثاني) والوقوف على حجيّة البصمة الوراثية نفي النّسب في الشريعة والقانون (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ماهيّة البصمة الوراثية

من أهم المسائل التي اعترت العلماء والفقهاء منذ ظهور البصمة الوراثية هي محاولة إعطاء تعريف دقيق وشامل عن ماهية الاكتشاف الحديث الذي أبهر العالم نظير ما يمكن أن يقدمه من نتائج علمية دقيقة. كذلك دلّت الاكتشافات أن النواة في خلية الإنسان، يختلف بها المحتوى الوراثي وأن احتمال تشابه شخصين لا يرد إلا بنسبة واحد في التريليون.

ولذلك ولدراسة هذا لابّد من تحديد مفهوم البصمة الوراثية (الفرع الأول) وطرق تحليلها (الفرع الثاني) ثم شروط العمل بالبصمة الوراثية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم البصمة الوراثية

سأتناول في هذا الفرع التعريف اللّغوي والاصطلاحي للبصمة الوراثية (أولا)، ثم تبيّان مفهومها العلمي (ثانيا) إضافة إلى مفهومها القانوني (ثالثا).

أولا- التعريف اللّغوي والاصطلاحي للبصمة الوراثية:البصمة الوراثية هي مركب وصفي يتكون من كلمتين البصمة والوراثية وعليه سنقوم بتعريف كل منها على انفراد لغة واصطلاحا:

1-البصمة في اللغةً: من بَصَمَ بَصْماً، يقال بصم القماش بصماً أي رسم عليه[1].

[1] مجموعة من أهل اللّغة والباحثين، المنجد في اللغة والأعلام، ط33، تحت إشراف المطبعة الكاثوليكية، دار المشرق، بيروت، 1992، ص 40.

والبصمة مشتقة من الُبصْم ويطلق في اللغة على أحد المعنيين:

الأول: بمعنى الكثيف والغليظ، فيقال ثوب ذو بصم إذا كان كثيفا وكثير الغزل[1].

الثاني: بمعنى الفَوْتُ هو ما بين كل أصبعين طولا، ويقال: رجلٌ ذو بُصْمٍ أي غليظ البُصْم.[2]

اصطلاحا: هي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء وتكون أكثر وضوحا في الأسطح الناعمة، وهي اليوم تفيد كثيرا في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الحادث، حيث لا يكاد يوجد بصمة تشبه الأخرى إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد[3].

2-الوراثية في اللغة: وهي مصدر ورث يقال: ورث يرث إرثاً وميراثاً، والميراث جمع مواريث، وأصله يوارث قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها، وتعني الانتقال والبقاء، فيقال ورث أباه، يرثه ورثا، وأورثه الشيء أي أعقبه إيّاه وتركه له، وورث المال أي صار إليه بعد موت مورثه[4]، ومنه قوله **ﷻ**: ﴿**وَوَرِثَ سُلَيْمَٰنُ دَاوُۥدَۖ وَقَالَ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ عُلِّمْنَا مَنطِقَ ٱلطَّيْرِ وَأُوتِينَا مِن كُلِّ شَيْءٍۖ إِنَّ هَٰذَا لَهُوَ ٱلْفَضْلُ ٱلْمُبِينُ ١٦**﴾ [5].

اصطلاحاً: هو علم يبحث أسباب التشابه والاختلاف في الصفات بين الأفراد الذين تربطهم صلة القرابة، وهو يوضح العلاقة بين الأجيال المتعاقبة[6].

---

(1) أبو الفضل جمال الدين ابن المنظور، المرجع السابق، ج 12، ص 50.

(2) أبو الفضل جمال الدين ابن المنظور، المرجع نفسه، ج 12، ص 50.

(3) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص78، محمد السبيل، المرجع السابق، ص 9.

(4) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق،ج1، ص 182، أبو الحسين احمد ابن فارس، المرجع السابق، ج6، ص 105.

(5) سورة النمل، الآية 16.

(6) أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 21.

ويهتم بتفسير آليات الصفات الوراثية فهو يفسر سبب التشابه بين الأب وابنه بل ويفسر أيضا لماذا ينتج النبات نباتا مثله والحيوان حيواناً مثله، فإن أساس علم الوراثة هو هذا يمرر الآباء بعض خصائصهم المميزة لأبنائهم[1].

التعريف الاصطلاحي للبصمة الوراثية: اجتهد الفقهاء المعاصرون في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها مصطلح علمي محض وجاءت تعريفاتهم على النحو الآتي:

عرفت الدكتورة عائشة سلطان المرزوقي البصمة الوراثية: « هي عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التتابعات المكررة خلال الحامض النووي، وهذه التتابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل شخص »[2].

وعرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي: « هي إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب صاحب الماء، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم صاحبة البويضة،ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية، ويسهل على المتدرب عليها قراءتها وحفظها، وتخزينها في الكمبيوتر لحين الحاجة إليها »، وعرفها أيضا: « البصمة الوراثية هي تعيين هوية الإنسان عن طريق التحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المتمركز في أي خلية من خلايا جسمه »[3].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 81.

[2] عائشة سلطان المرزوقي، المرجع السابق، ص 305.

[3] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 35.

وعرفها الدكتور العلامة وهبة الزحيلي حيث قال: « هي المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي مثل تحليل الدم أو البصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه والتماثل بين الشيئين أو الاختلاف بينهما فهي بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات وتجزم بوجود الفرق أو التغاير بين المختلفات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة، أحد علوم الأحياء »[1].

أمّا الدكتور أبو الوفا إبراهيم عرفها على أنّها: « الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها أن تحدد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا التي تحتوي عليه خلايا جسده »[2].

في حين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية عرفت نظام البصمة الوراثية على أنّه: « البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تُخطئ في التحقق من الوالية البيولوجية والتحقق من الشخصية »[3].

---

[1] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال الدورة السادسة عشر للمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة ، من21-26 شوال الموافق لـ 5-10 يناير2002م، مج 3، ص 879.

[2] أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من22-24 صفر 1423هـ- الموافق لـ05-07 ماي 2002م، مج2، ص 685.

[3] الندوة العلمية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري وعلاج الجيني، دولة الكويت، من 23-25، جمادى الثاني 1419هـ الموافق ل 13-15 أكتوبر 1998م.

وقد أقرّ المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي هذا التعريف، وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العلمية، وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقيق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص و يمكن أخذها من أي خلية، من الدم أو اللّعاب، أو المني، أو البول أو غير ذلك[1].

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن البصمة الوراثية تدور حول معنيين هما[2]:

1- انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء.

2- دراسة التركيب الوراثي.

ثنيا-التعريف القانوني للبصمة الوراثية: وهي تعني البصمة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، أو هي الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض البصمة الوراثية التي تحتوي عليه خلايا جسدية[3].

وبالرغم من تنصيص عدد من التشريعات الوضعية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية وكذا إقرار العمل بها في المحاكم كدليل نفي أو إثبات في المجالات المدنية والجنائية إلا أنّها لم تتعرض معظم التشريعات العربية إلى تعريفها أو تحديد مفهومها تاركا الأمر للفقه ليتولى ذلك[4].

---

[1] قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشرة، بمكة المكرمة، من21-26 شوال الموافق لـ 5-10 يناير 2002م.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 45.

[3] بدر خالد خليفة، التنظيم القانوني والفني للبصمة الوراثية دراسة تحليلية للقانون رقم 78 لسنة 2015، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، شوال 1440هـ-جوان 2019م، ع26، ص 30.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص91.

فالتشريع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف البصمة الوراثية إلاّ مؤخرا من خلال القانون رقم 03/16 المؤرخ في2016/06/19 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص[1]، حيث عرّفها بأنّها: « التسلسل في المنطقة غير مشفّرة من الحمض النّووي ».إلا أنّ هذا التعريف جاء عاما، إذ نص على استعمال البصمة الوراثية في إجراءات القضائية وإجراءات التعرف على المفقودين أو مجهولي الهوية دون الإشارة إلى استعمالها في مجال النّسب، وانصب على المجال العلمي فقط.

أمّا من خلال تفحصنا لقانون الأحوال الشخصية المصري فلم نجد أي تعريف للبصمة الوراثية وإنّما اكتفى في نص المادة 7 منه بذكر عبارة أدلة قطعية جازمة.

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي أين اكتفى بذكر عبارة « أو بواسطة خبرة تفيد القطع » وذلك من خلال نص المادة 153 من م. أ. م.

[1] قانون رقم 03/16 مؤرخ في 14 رمضان 1437هـ الموافق لـ19 جوان 2016م، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج ر، ع37، ص 05.

أمّا المشرع الكويتي فقد عرف البصمة الوراثية من خلال المادة 1 من قانون 78 لسنة 2015 المتعلق بالبصمة الوراثية[1]، على أنّها خريطة الجينات البيولوجية الموروثة، والتي تدل على شخصية الفرد وتميزه عن غيره وتتمثل السمات البيولوجية أو الخط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التبيان في الحمض النووي بالعينات البيولوجية؛ وقد صدر هذا القانون عقب تفجير أحد المساجد في الكويت، أين اقرّ مجلس الأمة الكويتي في جويلية لسنة 2015م قانونا يلزم جميع المواطنين والمقيمين، وكل زائر للكويت بتقديم عينة من الحمض النووي، وذلك قصد حماية الأمن الداخلي للدولة من الهجمات الإرهابية[2].

الفرع الثاني

طرق تحليل البصمة الوراثية

قبل التطرق في هذا الفرع إلى طرق تحليل البصمة الوراثية سأستعرض أهمّ مراحل اكتشاف البصمة الوراثية (أولا) ثم أنتقل إلى تبيّان طرق تحليلها (ثانيا).

---

[1] تنص المادة 1 من قانون 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية الكويتي: « في تطبيق أحكام هذا القانون تكون للكلمات والعبارات التالية المعاني الموضحة لكل منها: البصمة الوراثية:أنّها خريطة الجينات البيولوجية الموروثة، والتي تدل على شخصية الفرد وتميزه عن غيره وتتمثل السمات البيولوجية أو الخط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التبيان في الحمض النووي بالعينات البيولوجية.

العينة الحيوية: الجزء الذي يؤخذ من الجسم البشري أو إفرازاته الحيوية، بهدف المقارنة لتحديد الشخصية.

قاعدة بيانات البصمة الوراثية: نظام حاسب إلي تخزن فيه البيانات التي تحتوي السمات الوراثية للحمض النووي للأشخاص المخزنة بياناتهم ».

[2] بدر خالد خليفة، المرجع السابق، ص58.

أولا-مراحل اكتشاف البصمة الوراثية[1]: تعدّ البصمة الوراثية من أهم النتائج الثورة البيولوجية و توالت الأبحاث والدراسات بمراحل لاكتشافها، إذ أنّها لم توجد من العدم أو كانت محض صدفة بل صدفة بل كانت عبارة عن تدرج علمي وتسلسل منطقي حتى تم اكتشافها، ووضع خريطة وراثية تشتمل على المميزات الخاصة بكل شخص وسنقف عند هذه المراحل.

1-الخلية[2]: هي أصغر جزء من المادة الحية في تركيب الكائن الحي، وتتكون من:

أ- غشاء الخلية: وهو الغشاء الخارجي الذي يكون بتماس مع السائل خارج الخلية ويتكون من طبقتين من الدهون وبروتينات متعددة، حيث يقوم بوظيفة المحافظة على المحتويات داخل الخلية.

ب- سيتوبلازم:هو الجزء المحيط بالنواة ويحتوي على العديد من التركيبات والجسيمات الصغيرة جدا اللازمة للحياة، وأهم هذه الجسيمات التي تلعب دورا هاما في الوراثة عن طريق الأم هي جسيمات الميتوكندريا.

---

[1] عبد الرحمن الرفاعي، المرجع السابق، ص87 -88، سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق،ص 27-32، ناصر الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنّسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 22-24صفر 1423هـ الموافق لـ05-07 ماي 2002م، مج2، ص 593-594، عبد القادر خياط و فريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النّسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 22-24 صفر 1423هـ الموافق لـ 05-07 ماي 2002م، مج4، ص 1482.

[2] مدحت حسين خليل، أساسيات علوم الحياة، ط1، دار الكتاب الجامعي، الإمارات،2001،ص 593، عبد العزيز بن عبد الله الدخيل، أهمية الفحوص الوراثية في قضايا النّسب والقضايا الجنائية، د. ط، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، السعودية، 2009، ص 18.

2-النواة[1]: وهي تركيب كروي تتوسط الخلية، يخزن فيه المحتوى على شكل كروموسومات المكونة من خيوط كيميائية طويلة مجدولة تتألف من حمض النووي المنقوص الأكسجين، والنواة قادرة على حفظ هذا المخزون الوراثي وإن جميع الكائنات الحية ذات الخلية المتعددة تملك النواة في كل خلية منها ما عدا الكريات الدم الحمراء فهي بغير نواة.

3-الصبغيات أو الكروموزومات[2]: بعد أن اكتشف العلماء الخلية والنواة توصلوا إلى أنّ المادة الوراثية التي تسكن نواة الخلية تشكل خيوطا أو أشرطة ملتفة بشكل لولبي محكم أطلقوا عليه الكروموزومات.

وتختلف هذه الكروموزومات من كائن إلى آخر فعدد الكروموزومات في الإنسان 46 كروموزوما مرتبة في 23 زوج من الصبغيات، وقد أكد عالم الأحياء الألماني « أوجست فايسمان» في كتابه « البلازما الجرثومية» أنّ الأبوين يشتركان في نقل الصفات إلى ابنهما بالتساوي، فالصبيغات هي حاملات الوراثة وهي التي تحدد صفات الكائن الحي.

وهذه الكروموزومات تنقسم إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: الكروموزومات الذاتية: وعددها اثنان وعشرون زوجا 22 تتشابه تشابها تاما في كل من الذكر والأنثى، وهي التي تؤثر في الصفات الجسدية، كطول القامة، ولون العين، الشعر، والقابلية للأمراض.

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص13-14، حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 215.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 223-225، خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص 16، سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 28-29.

المجموعة الثانية: الكروموزومات الجنسية: وعددها زوج واحد، وهو متماثل في الأنثى يسمى كروموزوم X بينما يختلف هذا الزوج في الذكر، حيث يكون فردا منه X وهو مماثل لكروموزوم X، والفرد الثاني يسمى كروموزوم Y والكروموزومات الجنسية مسئولة عن الصفات الجنسية.

وبالتالي فنوع نطفة الرجل التي تلقح البويضة هي التي تحدد جنس الجنين فإذا كان الحيوان المنوي من النوع الذي يحمل كروموزوم Y كان الجنس ذكرا أما إذا كان من النوع X كان الجنين أنثى.

4-الحمض النووي[1]: بعد تطور التقنية في صناعة المجهر اكتشف العلماء أن شريط أو خيط الصبغيات يتكون من سلسلتين من حمض الدنا، وسمي بالحامض النووي لتمركزه في نوى الخلايا.

وهاتين السلسلتين يلتق بعضهما ببعض بشكل حلزوني حول محور واحد ويكونان لولبا مزدوجا على شكل شريط كاسيت، ويتكون من وحدات صغيرة متكررة تسمى النيوكليوتيدات يرتبط الواحد بالأخر لشكل سلسلة.

5-الجين[2]: الجين أو المورث هو جزء من الصبغي الكروموزوم يحوي على كل المعلومات الوراثية والتي تنقل بواسطتها الصفات الخاصة من الآباء إلى الأبناء، وهو الوحدة الأساسية في الوراثة، فهو يتحكم بشكل فعلي في كل الخصائص الوراثية في جميع الكائنات الحية، ويحث خلايا الجسم على بناء البروتينات التي تحدد الصفة المعينة لصاحبها كالطول والقصر ولون العينين والبشرة والشعر وغيرها.

---

[1] عبد الرحمن الرفاعي، المرجع السابق،ص 111، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق،ص 346، عبد القادر خياط وفريدة الشمالي، المرجع السابق، مج4، ص 1487.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 234، سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 30 -31

6-اكتشاف البصمة الوراثية: البصمة الوراثية هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي وسيلة من وسائل التعرف على شخص ما، وتوجد في البصمة جميع أسرار خلق الإنسان، الذي يخلق بخلية واحدة أصلها حيوان منوي من الأب يحمل 23 كروموزوما وبويضة من الأم تحمل أيضا 23 كروموزوما وبعد التلقيح تصبح خلية واحدة ملقحة[1].

وأنّ البصمة الوراثية في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد متطابقة مع البصمة الوراثية من أي خلية في جزء آخر من الجسم مثل الشعر والجلد والعظام ومتطابقة أيضا مع البصمة الوراثية من أي سائل في الجسم مثل اللعاب والسائل المنوي والمخاط ونقط العرق والبول[2].

ثانيا-طرق تحليل البصمة الوراثية: الطريقة التي يتم بها تحليل وفحص الجينات للوقوف على البصمة الوراثية تتمثل في أخد جزء لا يزيد عن رأس الدبوس من جسم الشخص الذي يراد معرفة بصمته الوراثية، ثم يجرى عليه التحليل اللازم لمعرفة ما تحمله العينة من صفات وراثية مستجدة أو موروثة، ويؤخذ هذا الجزء من المصادر التالية: الدم، المني، جذور الشعر، العظم، خلايا الفم، خلايا الكلية، السائل الامينوسي، خلية من البويضة المخصبة، خلية من الجنين[3].

وإجرائيا تتم عملية التحليل بإتباع الخطوات التالية[4]:

1-يستخلص DNA أولا من إحدى عينات دم الأب المشكوك فيه.

---

[1] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 32

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 322.

[3] علي محي الدين القره داغي، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ط2، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، لبنان، 2006، ص 341

[4] اشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق،ص 30.

2-يقطع DNA في كل من العينتين إلى ملايين الشظايا، بواسطة أنزيم تحديد، يقطع الحمض النووي عند مواقع محددة، وهذه القطع أو الشظايا تختلف من إنسان إلى آخر، من حيث طول القطع وعدد تكرار وحدات بناء الحامض النووي في كل منها.

3-تعرض الشظايا لمجال كهربائي، فتحرك الشظايا بحسب حجمها، أي أنّ الشظايا الصغرى تتحرك بشكل أسرع من الكبرى.

4-تفصل شظايا الحمض النووي في كل حالة حسب حجمها، ثم تنقل فوق قطعة من الورق تسمى « الغشاء » لتكون جاهزة للتحليل.

5-يعرُض الغشاء لفيلم أشعة X طول الليل، فتظهر عليها شرائط الحمض النووي العينة.

6-تقارن هذه الصورة مع نظيرتها التي تم تجهيزها من كرات الدم البيضاء المأخوذة من دم المشكوك فيه.

فإذا تطابقت العينتين أو الصورتان كأنّ الشخص واحد، وإذا لم يتوافقا كانت العينتين لشخصين مختلفين.

وبفضل التطور العلمي أصبحت تتم خلال 24 ساعة بعدما كانت تستغرق بين خمسة أيام وثلاثة أسابيع[1].

[1] سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق صفحة 50.

الفرع الثالث

شروط العمل بالبصمة الوراثية

ذكر بعض الفقهاء والأطباء المختصين شروطا لا بّد من تحققها كي يمكن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية وهذه الشروط منها ما هو متعلق بالبصمة الوراثية (أولا) ومنها ما هو متعلق بالخبير الذي يجري الخبرة والمختبر الذي تتم فيه التحاليل (ثانيا).

أولا–الشروط المتعلقة بالبصمة الوراثية:

1– أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناءا على أوامر من القضاء أو من له سلطة حتى يقفل باب التلاعب، وإتباع الأهواء الظنية عند ضعاف النفوس[1].

2– أن تمنع القطاع الخاص إلى جانب الشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها وإغلاقها مع فرض عقوبات زاجرة على أصحابها في حال قيامهم بتلك التحاليل أو التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة وتحطيم دعائمها المستقرة[2].

3– ألاّ تُخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسّنة، حتّى لا يؤدّي ذلك إلى إهمال النّصوص الشرعية المقطوع بصحتها، ومن ثمّة لا يجوز استخدامها بقصد التّأكد من صحّة الأنساب الثابتة شرعا وزعزعة الثّقة بين الزّوجين، ويجب على الجهات المختصّة منعه وفرض العقوبات الزّاجرة لأنّ في ذلك المنع حماية لأعراض النّاس وصونا لأنسابهم[3].

---

[1] وليد البلتاجي السيد البلتاجي، القرائن الطبية المعاصرة ودورها في الإثبات دراسة تطبيقية مقارنة ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر ،2019، ص 843.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص50.

ولذلك فان استعمال البصمة الوراثية في مجال النّسب لا بّد أن يحاط بمنتهى الحذر والسّرية، ولابّد من تقديم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية[1].

4- أن تستعمل التّحاليل الفنّية للبصمة الوراثية في حالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النّسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه وذلك كاختلاط المواليد وأصحاب الجثث المتفحمة أو إذا دعت الضرورة لذلك[2].

5- يجب أن لا تُخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحسّ والواقع، فلا يُمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يُولد لمثله لصغر سنّه أو لكونه مقطوع الذكر أو الخصيتين، إذ من لا يولد لمثله لا يُعقل أن يأتي بولد، وبالتّالي تكون البصمة الوراثية قد اعتراها الخطأ والتّلاعب وخالفت العقل والواقع، وهو ما يتعيّن رفضه[3].

6- أن يتم استخدام البصمة الوراثية بعدد اكبر من الطرق، وعلى عدد كاف من العينات بغية ضمان صحة نتائجها، إضافة إلى توحيد منهج إجراء هذا النوع من الاختبارات على مستوى مختلف المخابر، وذلك من خلال إخضاعه لمكتب التحقيقات والطب الشرعي[4].

---

[1] بديعة علي احمد، البصمة الوراقية واثرها في إثبات النّسب أو نفيّه دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر. 2011م، ص 96.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50.

[3] انس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 43-44.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص481-482، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50.

ثانيا-الشروط المتعلقة بالخبير والمختبرات:

1- يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علميا وخلقيا، وأن يكونوا فنيون مسلمون لأن نتائجهم تتضمن إخبارا ورواية لحقائق تبنى عليها أحكام شرعية تتنوع بين الحلّ والحرام ولا يؤتمن عليها غير المسلم لمخالفتها عقيدته، ويشهد لهم بالتميز العلمي والضبط التقني، حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج، ثم ضياع الحقوق من أصحابها[1].

2- وأن لا يكون لهم أيّة صلة قرابة أوعداوة بالمتداعيين، أوحكم عليهم بحكم مخل بالشرف أو الأمانة، وإذا ثبت ذلك سقط الاحتجاج بالنتيجة[2].

3- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون والأطباء والإداريون وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها[3].

4- توثيق كل خطوة من خطوات تحاليل البصمة بدا من نقل العينات وانتهاء بظهور النتائج حرصا على سلامة العينات وضمانا لصحة نتائجها[4].

5- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة أو تشرف عليها إشرافا مباشرا، مع توافر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتبرة محليا وعالميا في هذا المجال[5].

---

[1] عبد الرشيد قاسم، البصمة الوراثية وحجيّتها، مجلة العدل، ج23، السعودية، 1425هـ، ص 65.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 479،

[3] أوان عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي دراسة مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر، الإمارات، 2017، ص 99.

[4] فؤاد عبد المنعم، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، د. ط، المكتبة المصرية، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص20.

[5] بديعة علي احمد، المرجع السابق، ص 94، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50-51.

6- أن يجري التحليل في مختبرين منفصلين على الأقل معترف بهما، وإذا لم تتوفر الإمكانيات فعلى الأقل إعادة العملية في نفس المختبر من طرف خبيرين منفردين على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة احد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختيار بنتيجة المختبر الآخر[1].

7- أن توضع آلية دقيقة لمنع الاحتيال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد **البشري** في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع[2].

8- سرية النتائج حتى بين الخبيرين أو المختبرين، وهذا رأي أغلبية الفقهاء المعاصرين الذين اشترطوا تعدد الخبراء وهم الدكتور عبد الستار فتح الله السعيد[3]ونجم عبد الله عبد الواحد[4]، والدكتور القره داغي[5]، قياسا على الشهادة لأنّ عدد الشهود لا يكون أقلّ من شاهدين؛في حين خالفهم البعض وهم الدكتور وهبة الزحيلي[6] وسعد الدين مسعد الهلالي[7] والذين اكتفوا بقول خبير واحد لأنّ القائم على الاختبار أقيم مقاما عاما يرجع إليه في هذا الأمر كلما احتاج القاضي إليه شأنه شأن المترجم.

---

[1] حسام الأحمد، المرجع السابق،ص 119.

[2] أوان عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي، المرجع السابق، ص101.

[3]عبد الستار فتح الله السعيد،البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النّسب والجرائم وتحديد الشخصية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من21-26 صفر 1422هـ-الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، ص 18.

[4] نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النّسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من21-26 صفر 1422هـ-الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، مج3، ص249.

[5]علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ضمن بحوث وأعمال الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، من21-26 صفر 1422هـ-الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، مج3 ، ص 36.

[6] وهبة الزحيلي، البصمة ودورها في الإثبات، المرجع السابق، مج2، ص 518.

[7] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق،ص 241.

المطلب الثاني

خصائص البصمة الوراثية

ومجالات الاستفادة منها

لقد بيّنت البحوث الطبية والبيولوجية أنّ البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها مميزة وتحوز على ثقة المتعاملين بها بالنظر إلى دقة نتائجها بالرغم من حداثتها إلا أنّ دلالتها القاطعة في مجال البحث عن الدليل ومصداقيتها الكبيرة في نتائج التحليل، جعلت تطبيقاتها سريعة وشملت مجالات متعددة، ولذلك سأتطرق إلى خصائص البصمة الوراثية (الفرع الأول) ثم إلى مجالات الاستفادة منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص البصمة الوراثية

إنّ للبصمة الوراثية خصائص تميّزها وتنفرد بها عن غيرها من أدلة البيولوجية ومن أهمها ما يلي[1] :

أولا-خاصية التميّز وعدم التطابق: أثبتت التجارب الطبية أنّ لكل لشخص بصمة وراثية مميزة عن غيره واستحالة تطابقها مع شخص آخر يكتسبها عن طريق والديه مناصفتين لخطة الإنجاب نصفه يأتي من بويضة الأم والنصف الآخر من نطفة الأب على عكس فصائل الدم التي تعد وسيلة نفي فقط[2].

---

[1] ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، مج2، ص 594.

[2] أوان عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي، المرجع السابق، ص70، عمر السبيل، المرجع السابق، ص 10.

وقد أشارت الدراسات إلى أنّ احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخصين هي واحد (1) من أربع وستين 64 مليار إنسان الأمر الذي يجعل من التشابه أمراً مستحيلا لأنّ نسبة سكان الأرض لا تتعدى الست 06 مليارات[1]، ما عدى حالة التوائم المتطابقة الناتجة عن انقسام بويضة واحدة مخصبة وحيوان منوي واحد رغم أنهما يختلفان في بصمات الأصابع، بالإضافة إلى أنّ الحمض النووي يمتاز بعد إمكانية تزويره[2].

وبذلك تكون للبصمة الوراثية ثمرتين[3]:

1-تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها الخاصة.

2-تحقيق الهوية الشخصية بصفاتها المشتركة مع الأصل والفرع.

وتعود هذه الحقيقة العلمية إلى نظرية العالم مندل والتي ظهرت عام 1884م، وقد أجمع علماء الطب والأحياء على صحتها ومفادها أنّ كل فرد يرث صفاته وخصائصه الدموية من أبويه مناصفتين[4]، ليكتشف العلماء في ما بعد أن أنسجة الجسم مكونة من خلايا وكل خلية تحتوي على نواة هي المسئولة عن حياة الخلية ووضيفتها كما أنّ النواة في كل خلية تحمل مادة الوراثية بداية من الخواص التي تجمع بين الجنس البشري وانتهاء بالتفصيلات التي تخص بالفرد فلا يشاركه فيها آخر[5] .

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 326.

[2] جميل عبد الباقي، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجي الحديثة أجهزة الرداد-الحسابات الآلية-البصمة الوراثية دراسة مقارنة، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002م، ص 69.

[3] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 244.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 97، وليد البلتاجي السيد البلتاجي، المرجع السابق، ص757.

[5] حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 97.

واستعمال البصمة الوراثية في الطب الشرعي يعتد فيه لإثبات الزنا والاغتصاب وهتك العرض واعتبرها العلماء وسيلة لتميز بين الأشياء بدقة متناهية ويمكن التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بعدة سنوات بواسطة تحليل شيء من هيكله [1].

كذلك تتمتع البصمة الوراثية وجزيء الحامض النووي بمقدرتهما على الاستنساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل[2].

ثانيا-خاصية الثبات والمقاومة: البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان، فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج، فالجينات الخاصة لكل فرد لها نفس الخصائص فالمعلومات الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الشعر والكبد والقلب[3].

وأثبتت البحوث العلمية أن البصمة الوراثية تبقى محتفظة بخاصية الثبات وعدم التغير ولو بعد اختلاط المواد البيولوجية لأكثر من شخص وإمكانية استخراج البصمة الوراثية وتحديد صاحب كل بصمة على حدا، الأمر الذي أعطى أهمية قصوى لضرورة إجراء اختبارات البصمة الوراثية في قضايا الاغتصاب، حيث تختلط التلوثات المنوية بالإفرازات المهبلية وهو ما لا يمكن تحديده بوسائل التقليدية [4].

---

[1] انس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 17.

[2] بندر بن فهد سويلم، البصمة الوراثية وأثرها على النّسب، مجلة العدل، السعودية، ع37، 1429هـ، ص 93.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 327، أوان عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي، المرجع السابق، ص 69.

[4] حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 104.

اضافة الى أنّ البصمة الوراثية تتواجد في جميع خلايا الجسم وتستخرج من الدم، المني، جذور الشعر، اللّعاب، العظم، البول، السائل الأمينوزي، خلية من البويضة المخصبة، خلية من الجنين، ما عدا خلايا الدم الحمراء لأنها ليست لها نواة، وكمية الكافية تقدر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية ولا تتبدل بمرور العمر فهي ثابت إلى حد كبير ومتطابق مع جميع خلايا الجسم.[1]

وتظهر بصمة الحامض النووي على هيئة خطوط عريضة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسوب وإلى أمد غير محدود، كما أنّ قراءة البصمة الوراثية والمقارنة بين بصمتين وراثيتين سهلة وميسرة لا تحتاج إلى كثير من الدراية ودقة تأمل[2].

كما أنّ قدرة الحمض النووي على تحمل الظروف الجوية السيئة الحرارة، الرطوبة، الجفاف، حيث يمكن عمل البصمة الوراثية من الملوثات المنوية أو الدموية الجافة التي مضى عليها وقت طويل، كما يمكن عملها من بقايا العظام وخصوصا عظام الأسنان[3].

بالإضافة إلى عوامل التعفن والتحلّل، إذ أنّه من الممكن أيضا الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة جدا، وذلك نظرا لأنّ الحمض النووي يبقى ثابتا ولا يتغير ولو في أسوأ الظروف، وهو ما يعطيه قابلية المرونة والسهولة للتعرف على هوية أصحاب الجثث ولو بعد وفاتهم بسنين عديدة، ووذلك بمجرد تحليل عينة من تلك المخالفات[4].

---

[1] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 143-144.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 328.

[3] بندر بن فهد سويلم، المرجع السابق، ص 93.

[4] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 140.

ثالثا-خاصية الدقة في النتائج :إنّ النتائج التي تقدمها البصمة الوراثية دقيقة جدا في تحديد هوية صاحبها، فقد دلت الأبحاث التجريبية أنّ نسبة النجاح في إثبات النّسب أو نفيّه تصل إلى حد القطع أي بنسبة 100% في دعاوي النفيّ، والى 99.99 % في دعاوي الإثبات مما يجعلها سيدة الأدلة[1].

فقد أثبتت الدراسات أنّ التحاليل التي تتم في كشف عن البصمة جعلت إمكانية الخطأ فيها أمرا صعبا جدا، حيث تقوم البصمة الوراثية بوظيفتين هما الإثبات والنفي، فهي إمّا أن تثبت نسبا أو تنفيه، كما لها أن تثبت أو تنفي جريمة وتهمة عن متهم[2]، فهي وسيلة معترف بها في جميع محاكم أوروبا وأمريكا في جرائم القتل، والاغتصاب، واللواط، والجرائم الجنسية، وجرائم السرقة[3].

وبالتالي فإنّ بصمة الوراثية هي قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشّك، على أساس عدم إمكانية تطابقها بين الأشخاص، الأمر الذي يجعل فرصة التشابه شبه مستحيلة، وهذا هو سر قوة البصمة الوراثية.

---

[1] وليد عاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 22-24 صفر 1423هـ الموافق لـ 05-07 ماي2002م مج2، ص 542، غنام غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة، 22-24صفر 1423هـ الموافق لـ 05-07 ماي 2002، مج2، ص 471، محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 567.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 32.

[3] فؤاد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثاني

مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية

لقد أثبتت نتائج الأبحاث التي حققتها البصمة الوراثية والتي وصلت إلى نسبة 100 % وثم الأخذ بها كدليل في محاكم أوروبا وأمريكا، أين اطمأنت لنتائجها العلمية الثُبوتية خاصة قضايا السرقة والقتل والاغتصاب، والتحقق من الشخصية وكذا التحقق من الوالدية البيولوجية، ولم يقتصر الأمر على المحاكم بل تعدى ذلك إلى المحاكم العربية الإسلامية، ولذا يرى المختصون أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة، تتلخص في المجال الجنائي ومجال تحديد الهوية، ومجال النَّسب.

أولاً- استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي: يُعدّ تقرير الطب الشرعي في بعض القضايا الجنائية هو الفيصل في إدانة المتهم أو تبرئته ولقد أثبتت البصمة الوراثية جدواها في ميدان الطب الشرعي رغم حداثتها بفضل خصائصها المتميزة، في الكشف عن هوية المجرمين، واعتمدوا على نتائجها في المجال الجنائي باعتبارها وسيلة علمية متطورة لإثبات الجرائم أو نفيها[1].

وظهر ذلك من خلال فقهاء المجمع الفقهي الإسلامي بدورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة والذي قرّر أنّه لا مانع من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبرها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حدّ شرعي ولا قصاص[2].

---

[1] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص18، حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 30.

[2] بديعة علي احمد، المرجع السابق، ص 89.

فعند حدوث جريمة مثل الاغتصاب، أو الزنا، القتل، أو السرقة، يمكن جمع أي أثر من الجاني أو الجناة كبقايا الدماء، أو المني، أو الأظافر أو الأنسجة اللحمية ثم تحلل وتقارن بالبصمة الخاصة بالمشتبه فيهم، وتحديد مرتكب الجريمة [1].

ثانيا- استخدام البصمة الوراثية في مجال تحديد الهوية:

إنّ أبحاث البصمة الوراثية جاءت دقة ودلالة على صاحبها في الأحوال الصعبة خاصة، لأنها تدل على صاحبها بمجرد وجود جزء منه، أو أثر حيوي من آثاره، مثل بقع الدم، وبقايا الأظافر، والشعر ونحو ذلك، ولذلك يتجه النَّاس لاستخدامها في مجالات تحديد الأشخاص وترتيب الأحكام على نتائجها ونذكر منها ما يلي[2]:

أ- تحديد هويات الموتى بأعينهم في حالات الكوارث الجماعية مثل حوادث الطائرات والحروب والانفجار والزلازل والحرائق، الغرق الجماعي خاصة في حالات الهجرة غير الشرعية عبد البحار وانهيارات المباني، حيث يمكن التعرف على الجثث والأشلاء بشكل دقيق.

ب- تحديد هويات الأسرى والمفقودين الذين طال عهدهم، وربما تغيرت ملامح وجوههم، فأراد ذويهم التثبت من هويتهم وإزالة الشك.

ت- تحديد هوية الأطفال الصغار التائهين أو المخطوفين، أو هوايات فاقدي الذاكرة أو المجانين قصد إعادتهم إلى أهلهم، بالإضافة كذلك إلى استخدامها في حالات المشاكل المتعلقة بالجنسية، قصد التعرف على منتحلي الشخصيات.

---

[1] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 213.

[2] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 20.

ثالثا-استخدام البصمة الوراثية في مجال النَّسب : الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النّسب يكون في الحالات الآتية[1]:

1-حالة التنازع على مجهول النَّسب: قد يتنازع رجلان، وقد تتنازع امرأتان على نسب شخص مجهول الهوية[2]:

أ- ادعاء رجلان فأكثر على نسب مجهول الهوية وتساوت الأدلة فانه لابد من مرجح، بأن يكون لأحدهما ببيّنة، فان لم يكن لأي منهم بينة ففي هذه الحالة يمكن اللّجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الحقيقة ونسب المولود إليه.

ب- ادعاء امرأتان أو أكثر نسب شخص مجهول النّسب وتقر كل واحدة بأنها والدته، وصورة المسألة أن تنجب ثلاث نسوة، كل واحدة من زوجها ولدا، ثم يضيع اثنان من الأبناء الثلاثة ويبقى واحدا فتدعي كل واحدة أنها والدته، وكل واحد من الأزواج يقر أن زوجته ولدت منه ولكن يعجز عن إثبات أي الأولاد الباقيين هو ابنه ولإزالة هذا التعارض ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتكام للقيافة، وبالتالي فمن باب أولى اللّجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الحقيقة وتحديد والدة المولود.

3-حالة ادعاء نسب المولود لرجل معين: قد يكون ادعاء المرأة أنها زوجة متوفي أو رجل معين، وان الطفل الذي معها هو مولود له على فراش الزوجية، طمعا في الميراث أو النفقة، وبالتالي فإنّ تقنية الحمض النووي يمكن أن تتحقق من مدى صحة ذلك الادعاء من عدمه[3].

---

[1] ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، مج2، ص 616، محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص575-281، وهبة الزحيلي، البصمة و دورها في الإثبات، المرجع السابق، مج2، 521-526.

[2] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 20-21.

[3] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 34.

4-حالات الاشتباه في اختلاط المواليد في المستشفيات: قد يحصل أن يتم تبديل وخلط المواليد حديثي الولادة في المستشفيات، سواءً في الظروف العادية أو في حالات الطوارئ كالإخلاء السريع للمستشفيات، ففي كلتا الحالتين قد يسلم المولود إلى غير أبويه عمدا أو عن طريق الخطأ أو الإهمال، وبذلك يصعب على الأم والأب التمييز بين ولدهما والولد الأجنبي فهنا يمكن اللّجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل وإلحاقه بوالديه[1].

5-حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث و الكوارث: من آثار الحروب والكوارث، ضياع الأطفال واختلاطهم فيتعذر بذلك معرفة أبنائهم ففي مثل هذه الحالات يمكن للبصمة الوراثية أن تعمل عملها من خلال تحديد نسب كل واحد منهم[2].

6-ادعاء المسلم و غير المسلم النَّسب:إذا ادعى مسلم وغير مسلم نسب ولد، فهما شرعا متساويان في دعوى النَّسب، لأنّه ينسب الولد إلى غير المسلم لا يحكم بكفره، ودعوى المسلم وغير المسلم للنّسب من القضايا الهامة وذلك لكثرة زواج المسلمين من الأجنبيات فقد يحدث خلاف بين الزوجين فتسافر الزوجة غير المسلمة إلى بلدها ويجامعها رجل أخر من ديانتها حيث أنّ هذا من عاداتهم، فإذا حدث حمل فتدعى أنّ الولد للرجل المسلم فبمقارنة البصمة الوراثية يمكن للزوج المسلم معرفة نسب إليه أو نفيه عنه[3].

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 71.

[2] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 105.

[3] ابراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النّسب و تحديد الجنس، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 22-24صفر 1423هـ الموافق لـ 05-07 ماي 2002م، مج2، ص 649.

7-استخدامها لمنع اللّعان:إذا عزم الزوج أن يلاعن زوجته لنفي ولده عنه، لوجود شك كبير، فإنّه يمكن اللّجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشّك، فإذا أثبتت أن الولد المشكوك فيه منه، فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا ثبتت ان الولد ليس منه فعليه اللّعان[1].

في حالات تنازع الفقهاء حول أحقية الزوج في نفي النّسب عن صلبه من غير ملاعنة كالصغير والخصي والمجبوب والأسير والتأكد من تاريخ يوم العقد أو الوفاة أو الطلاق في حالة الشك في وضع الحمل لأقل وأقصى مدته[2].

8-حالة الولادة من فراشين: وتفترض هذه الحالة في وطء المرأة بشبهة في طهر وطأها فيه زوجها، وأساس هذه الشبهة اعتقاد وظن المشتبه عليه أنّ له الحق في وطء المرأة، كمن يطأ امرأة أجنبية على فراشه أو في منزله يظنها زوجته، ويترتب على ذلك انه لا يمكن إلحاق الولد بصاحب الفراش مع وجود الفراش بسبب وجود الوطء بشبهة لأنّ الحمل الحاصل يحتمل أن يكون من الوطء الأجنبي، كما يمكن أن يكون من الزوج نفسه، ففي هذه الحالة يمكن اللّجوء للبصمة الوراثية لمعرفة الأب الحقيقي ونسب الولد إليه[3].

---

[1] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 22.

[2] زوبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 256.

[3] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 107-108.

المطلب الثالث

حجيّة البصمة الوراثية في نفي النّسب

بين الشريعة والقانون

البصمة الوراثية من النوازل التي ظهرت مؤخرا بفعل التقدم العلمي، وعمرها لا يتجاوز العشرين، فمن البديهي ألاّ يتعرض لها الفقهاء القدامى لبيان حكمها، ولكن ما تشمله الشريعة من نصوص ومقاصد يكفي لتغطية كل جديد إلى قيام الساعة[1]، وهي تعدّ من جملة الاكتشافات العلمية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، والاستعانة بها لا شّك أنّ فيه خدمة لكثير من مقاصد الشريعة الإسلامية.

وهذه التقنية العلمية الحديثة فتحت مجالا لاستخدامها كوسيلة أمام القضاء، كانت محل دراسة من طرف فقهاء المعاصرين ورجال القانون بهدف تحديد مدى حجيتها، ومدى جواز العمل بها كدليل، ولهذا أجاز الفقهاء المعاصرين الاعتماد عليها في المجالات التي يمكن العمل بها ولا سيّما ما يتعلق بالنّسب مع ضرورة التحقق من صحتها ومدّى مطابقتها للواقع.

وبالرغم من عدم النص على البصمة الوراثية صراحة في معظم تشريعات البلدان العربية الإسلامية على أساس أنّ قوانين الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إلاّ أنّ القضاء تصدى لبعض القضايا المتعلقة بالنّسب إثباتا ونفيا ووضع بصمته فيها وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الوقوف على موقف الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) وموقف القانون من نفي النّسب بالبصمة الوراثية (الفرع الثاني).

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص331-332.

الفرع الأول

حجية البصمة الوراثية في نفي

النّسب في الشريعة الإسلامية

توسع الشارع الحكيم في باب إثبات النّسب واكتفى بإثباتها بأدنى دليل، قال ابن القيم: « والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش »[1]،إلاّ أنّه وفي المقابل شدّد في نفي النّسب بعد ثبوته، ولا جدال أنّ اللّعان هو الطريق الوحيد والثابت من النصوص الشرعية، واشترط الفقهاء لصحة نفي النّسب توافر جمله من الشروط بحيث لو تخلف احدها بطل النفي.

والسؤال المطروح إذا شك الزوج بنسب ولده ولا دليل لديه على زنا زوجته, فهل يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفيه دون اللّجوء إلى اللّعان ؟ وإذا تعارضت أقوال الزوج مع نتائج التحليل الايجابية وطالب بإجراء اللّعان فهل يجاب لطلبه ؟ أم يستغنى عنه بالبصمة الوراثية؟

وانقسمت أراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة التي إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول:عدم جواز الاستعانة بنتيجة البصمة الوراثية عن اللّعان في نفي النّسب، لأنّه يقضي بإهدار الستر و فضح الأعراض، وعليه لا ينتفي النّسب الشرعي الثابت بالفراش إلاّ باللّعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان[2]، واعتمده مجمع الفقه الإسلامي برابطة الفقه الإسلامي بمكة المكرمة[3].

---

(1) محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 323.

(2) عبد الرشيد قاسم، المرجع السابق، ص 66-67.

(3) القرار السابع الصادر عن المجتمع الفقهي في دورته 16 بمكة المكرمة سنة 1422هـ-2002م.

وهذا رأي عامة الفقهاء المعاصرين من بينهم الدكتور وهبة الزحيلي الذي قال: « أما نفي النّسب، كنفي نسب ولد من زوجة بأيمان اللّعان الخمسة المعروفة، فيقدم في شرعنا على غيره، كالقيافة والبصمة الوراثية، لأنّ هاتين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلاّ عند الحيرة، أو جهالة النّسب، فإنّ الأمر لطريق شرعي، فلا حاجة لغيره »[1].

وقد علّل هذا الاتجاه رأيه بقول الدكتور علي محي الدين القره داغي: « صحيح أن الفقهاء قالوا إنّ لعان الزوج شرع لدرء حد القذف عن الزوج، ولعان الزوجة لدرء العار والجلد عنها، ولكنهم متفقون على أنّ النّسب بعد ثبوته بالفراش لا ينفى شرعا إلاّ باللّعان، لما بني على اللّعان من التغليظ للردع والزجر، ولذلك شرع أن يكون في المسجد وأمام الناس، ولما يحمله من حكم ومقاصد معتبرة للشارع، وردع كبير لمنع التسرع في نفي النّسب.

فلو فتح هذا الباب وهو الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النّسب والاكتفاء بها دون اللجوء إلى اللّعان أدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللّجوء، والتساهل في نفي النّسب، الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات، وبالتالي إلى فوضى واضطراب في هذا الأمر الخطير، الذي تترتب على أي تساهل فيه مفاسد عظيمة، ولذلك لابد من سدّ هذا الباب ومنع هذه الوسيلة والذريعة المؤدية إلى ذلك »[2].

---

[1] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، المرجع السابق، مج2، ص 524.

[2] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 53.

أما الدكتور ناصر الميمان قال: «إذا ثبت النّسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية، فان الشارع الحكيم قد حصر نفي هذا النّسب في طريق واحد فقط، وهو اللّعان، واللّعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النّسب فضلا أن تتقدم عليه، وهذا ما أكد عليه المجمع الفقهي الإسلامي الذي جاء ضمن قراراته في الدورة السادسة عشرة ما نصه :لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب، ولا يجوز تقديمها على اللّعان»[1].

والدكتور عمر السبيل قال: « فلا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي النّسب الثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللّعان في نفي النّسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النّسب بين الزوج والمولود على فراشه وكذلك لأنّ اللّعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محلّه أو قياس أي وسيلة علمية مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها »[2].

إلاّ أنّ أصحاب هذا الرأي يجيزون الاستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللّعان فيعتمد على نتائج البصمة الوراثية لمنع اللّعان إذا جاءت نتائجها مؤكدة نسب الولد من الزوج الراغب في الملاعنة، أما إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية أن الولد ليس ولده، فلا ينتفي هذا الولد عنه إلاّ باللّعان، فرغم إجبار الزوج الراغب في الملاعنة على إجراء تحاليل البصمة الوراثية، إلاّ أنّ نتيجة البصمة الوراثية تكون عاملة فقط في حالة إثباتها أن الولد منحدر من هذا الزوج، حيث يمنع الزوج من اللّعان[3].

---

[1] ناصر الميمان، المرجع السابق، مج2، ص617.

[2] عمر السبيل، المرجع السابق، ص 41-42.

[3] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 51.

أما نفي النّسب فلا يكون نتيجة ما كشفت عنه تحاليل البصمة الوراثية من أنّ الولد ليس ولده، وإنما يكون نفيه لزوما باللّعان، وبمعنى آخر لا يمكن للبصمة الوراثية أن تحلّ محلّ اللّعان في نفي النّسب، وإنّما يقتصر دورها على منع اللّعان إذا أثبتت انحدار الولد من الزوج الراغب في اللّعان[1]، لاحتمال أن يكون الولد من ماء الزوج، يكون في ذلك سببا لعدوله عن اللّعان[2].

فيقول الدكتور محي الدين القره داغي:« يجوز استخدام البصمة الوراثية فيها ومنها لمنع اللّعان، فإذا قرّر الزوج أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه فانّه بإمكانه اللّجوء إلى البصمة الوراثية، فإذا أثبت أن الولد المشكوك فيه هو من صلبه، فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا اثبت بانّ الولد ليس منه فعليه باللّعان، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللّعان، أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا أظهرت النتيجة أنّه منه فلا ينبغي له اللّعان، وإذا ظهر عكس ذلك فله أن يلاعن »[3].

وكذلك دعم هذا الرأي الدكتور عمر بن محمد السبيل إذ قال :« هذا ومع أنّه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللّعان، فانّه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنّها قرينة قد تحمل على العدول عن اللّعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أنّ المولود على فراشه هو ابنه قد تخلّق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشّرع المطهّر ويتشوّف إليها لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي وهو أنّ الولد للفراش، ولما فيها من درء مفسّدة اللّعان وضرره، فإذا أصرّ الزوج على طلب اللّعان للانتفاء من نسب المولود على فراشه فذلك حق له لا يجوز منعه منه بناء على ما ظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون المولود المراد نفيه هو ابنه »[4].

---

[1] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 51.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص374.

[3] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 61.

[4] عمر السبيل، المرجع السابق، ص 44.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من الكتاب والسنة والقياس والمعقول:

من الكتاب: قوله Y: ﴿ **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** ﴾ [1]. وجه الدلالة أنّ الآية ذكرت أن الزوج إذا كان يملك إلا شهادة نفسه فإنّه يلجأ إلى اللّعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية تزيد على كتاب الله [2]. وقد قال النبيّ S :{ وَمَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيْهِ فَهُوَ رَدٌ}[3].

يقول ابن كثير:« هذه الآيات فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف الزوج زوجته، وتعسّر عليه إقامة البيّنة أن يلاعنها كما أمر الله تعالى فشاهدته تقوم مقام البيّنة المبرئة له من الحدّ »[4].

وفي مناقشة الاستدلال نجد أنّ آية اللّعان قيدت إجراءه إذا لم يكن ثمة شاهد إلاّ الزوج، ومفهومه انه لو كانت هناك بيّنة من شهود فإنّه لا يجرى اللّعان بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته فلو كانت بيّنة أخر بغير الشهادة فلا وجه لإجراء اللّعان كما لو أقرت الزوجة زوجها فيما رماها به من الزنا، ورديت بنتائج البصمة الوراثية في نفي النّسب وقبلها القاضي، يمنع وقوع اللّعان لوجود سبب مانع له فما وجه إجرائه مع وجود بينة قطعية البصمة الوراثية[5].

---

[1] سورة النور، الآيات 6-9.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 799-800، خليفة على الكعبي، المرجع السابق، ص 444.

[3] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ح رقم 2697، ج2، ص 247، وأخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ح رقم 1718،ج2، ص 821-822.

[4] عماد الدين ابو الفداء اسماعيل ابن كثير، المرجع السابق، ج 10، ص 172.

[5] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 705.

ومن السنة: ما رُوِيَ عَنْ السَيِّدَة عَائِشَةُ g قَالَتْ: {كَانَ عَتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهَدَ إِلَى أَخِيْهِ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاص أن يَقْبِض إِلَيْهِ ابْن وَلِيدَةَ زَمْعَةَ، قَالَعُتْبَةُ: انَّهُ ابْنِي، فَلَمَا قَدِمَ رَسُولُ sزَمَنُ الفَتْح، اخذ سعد ابن وليدة زمعة، فاقبل به إلى النبي s واقبل معه بعبد بن زمعة، فَقَال سَعْد: يَا رَسُولُ الله، هَذَا ابْنُ أَخِي عَهِد إِليَّ انَّهُ ابْنَهُ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، هَذَا أَخِي ابْنَ وليدة زمعة وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي، فَنَظَرَ رَسُولُ الله إلى ابْنَ وَلِيدَة زَمْعَةَ، فَإِذَا هُوَ أَشْبَهُ النَّاسُ بِهِ، فَقَالَ رَسُول s: { هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وِلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ واحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ}، قالت: { فَلَمْ يَرَ سَوْدَةُ قَطٌّ}[1].

وعن أبي هريرة d أنَّ رسول الله sجَاءُهُ أَعْرَبِيّ، فقال: يا رسول الله، إنّ امرأتي وَلَدَتْ غُلَاماً أَسْوَد، فَقَالَ: {هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ} قال نعم، قال: {مَا أَلْوَانُهَا} قال: حُمْر، قال: {هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ} قال: نعم، قال: { فَأَنَّى كَانَ ذَلِكَ؟} قال: أرَاه عرق نزعه، قال: {فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ}[2].

---

[1] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب من ادعى أخا أو ابن أخ، ح رقم 6765، ج4، ص 130، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توقي الشبهات، ح رقم 1457، ج2، ص 689.

[2] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع نفسه، كتاب الحدود، باب ما جاء في التّعريض، ح رقم 6847، ج4،ص163، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع نفسه، كتاب اللّعان، ح رقم 1500، ج2، ص 728، أخرجه محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، كتاب عشرة النساء و الايلاء و الخلع، باب إنكار لون الولد و استقرار النكاح على الشبهة، ح رقم 1204، ج2، ص 77.

وجه الدلالة أنّ الرسولSأبطل الشبه البيّن وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية مقابل اللّعان، وأبقى الحكم الأصلي وهو « الولد للفراش » فلا يُنتفى النّسب إلاّ باللّعان[1]، يقول الشوكاني: « وفي الحديث دليل على أنّه لا يجوز للأب أن ينفي ولده بمجرد كونه مخالفا له في اللّون »[2].

وقال الخرشي: « ولا يعتمد فيه–أي نفي النّسب–على عزل ولا مشابهة لغيره ولا السواد، لأنّ الشارع لم يعول عليها في هذا الباب »[3].

وفي مناقشة الاستدلال أنّ النبيSحكم بنسب الولد للفراش، لأنّه أمر ظاهر والشبه أمر محتمل فلا يقوى على معارضة الفراش ومع ذلك فقد احتاط النبي فرتب على الشبه حكما وهو احتجاب سودة عنه وقد نسب إلى أخيها[4]، فيعتبر الحديث حجة عليهم بدليل أنّ النبيSاعتبر الشبه فأمر بالاحتجاب.

وفي القياس: البصمة الوراثية مقيّسة على القيافة فتأخذ حكمها، والقيافة كما هو معروف تعتمد على الشبه بين الآباء والأبناء، وقد أهدر الرسولSالشبه مقابل اللّعان، وبالتالي فانّ البصمة الوراثية لا تنفي النّسب لأنّ النبي لم يقبل النفي لمجرد اختلاف اللّون[5].

---

(1) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 801.

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص 329.

(3) محمد بن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص 127.

(4) محمد بن إسماعيل الامير الصنعاني، المرجع السابق، ج3، ص 218.

(5) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 448.

وأمّا في المعقول فاستدل أصحاب هذا الرأي من المعقول بوجهين:

الوجه الأول: أنّ الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها، أو إبطال العمل بها إلاّ بنص شرعي يدل على نسخها، وهو أمر مستحيل مع حكم اللّعان، ولأنّه لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإنّ النّسب يلحق ولا يُنتفى عنه إلاّ باللّعان، ولأنّ اللّعان يشرع لدرء الحدّ عن الزوج، وإن لم يكن هناك ولد يراد نفيه، أو تكون الزوجة حاملا، ويعلم الزوج أنّ الحمل منه، ولكنها زَنَت بعد الحمل، فيريد أن يدرأ الحدّ عن نفسه باللّعان، فلا يجوز منعه من هذا الحق الثابت له شرعا، فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة[1].

الوجه الثاني: أنّ الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النّسب وتقديمها على اللّعان يفضي إلى مخالفة مقصود الشارع من ستر الولد و بيت الزوجية، إذ أنّ المرأة تفضحها نتائج التحاليل إن كانت آثمة بخلاف اللّعان فيه تمام الستر على المذنب، ثم إنّه بإمكان أحد المتلاعنين العدول عن الملاعنة، وللزوج النُكول بعدما ادعى زنا زوجته، وهذا ما لا يمكن تداركه في البصمة الوراثية [2].

ونوقش هذا الاستدلال من عدة أوجه:

-أنّ الشارع قد شدّد في شروط اللّعان حتى لا يقدم عليه كل من تُسوِّل له نفسه قذف زوجته، ونفي الولد، بل لا يلجأ إليها إلاّ المضطر، وبذلك يقع الستر في الأعراض[3].

---

[1] عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 43.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 448.

[3] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 804.

-لقد حمى الإسلام النّسب والأسرة من الاهتزاز والاضطراب وأغلق أبواب نفي النّسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما لم يسمح بفتحها إلاّ من خلال اللّعان الذي يحمي الزوج والأسرة والنّسب من إلحاق الغير به وبهم ومقصد الشريعة في هذا التشديد أن لا يقدم احد على نفي نسب أولاده إلاّ إذا وصل إلى مرحلة من العلم والفضيحة لا تحتمل الأكثر[1].

-لا نستطيع أن نعتمد على البصمة الوراثية فحسب ونقيم حدّ الزنا على الزوجة، بل لابد من البيّنة، فكيف تقدم البصمة الوراثية على اللّعان ولا نقدمها على الحدّ[2].

فالأصل أنّ الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أن يقام عليه حدّ القذف إذا تعسّر عليه إقامة البيّنة ولكن اللّعان مسقط للحدّ عنه، وهو حكم استثنائي يلجا إليه عند فقد البيّنة، فحيث ثبت بالبيّنة أو بالشهود زنا الزوجة فلا لعان على الزوج، وهكذا هنا إذا أثبتت الحقائق العلمية المعاصرة نفي النّسب فينتفي دون الحاجة إلى اللّعان[3].

الاتجاه الثاني: القائل بجواز الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية عن إجراء اللّعان، فيرى أصحاب هذا الرأي أنّ نتائج البصمة الوراثية يقينية يمكن الاعتماد عليها في نفي النّسب والاستغناء بها عن اللّعان أو تقديمها عليه عند التعارض، فإذا أثبتت أن الولد ليس من الزوج، فان النّسب ينتفي دون الحاجة إلى اللّعان، ومن القائلون بهذا الاتجاه نذكر منهم الدكتور مختار السلامي مفتي تونس الاسبق حيث قال: « لذا أجدني مطمئنًا إلى اعتماد البصمة الوراثية، ففيها يثبت النّسب أو يُنفى، وتكون النتيجة التي كشف عنها الاختبار العلمي أحق بالقبول »[4].

---

[1] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 56.

[2] عبد الرشيد قاسم، المرجع السابق، ص 70.

[3] سهير سلامة حافظ الاغا، المرجع السابق، ص 92.

[4] مختار السلامي، المرجع السابق، ص 456.

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالكتاب والسنة والمعقول.

من الكتاب: قوله ﷻ: ﴿ **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** ﴾ [1]. ومعناه أن اللّعان يكون عندما ينعدم الشهود، وليس ثمة شاهد إلاّ الزوج فقط، حينئذ يكون اللّعان، أمّا إذا كان مع الزوج بيّنة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله، فليس هناك موجب للّعان أصلا لاختلال الشرط في الآية[2].

فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له، بل أصبح معه شاهد وهو البصمة الوراثية فتكون رافعة لاتهام الزوج بالكذب[3].

ويضاف إلى ذلك أنّ الآية ذكرت درء العذاب، ولم تذكر نفي النّسب، ولا تلازم بين اللّعان ونفي النّسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرأ عن نفسه العذاب، ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه، إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية[4].

ويناقش الدليل أن الأصل الذي عدل عنه إلى اللّعان في الآية الصريحة جاء بلفظ الشهداء وهو ما يضعف هذا الاستدلال ويهونه, لأنّ البصمة الوراثية لا يمكن لها بحال من الأحوال أن تكون من الشهداء بخلاف ما لو جاءت الآية بلفظ بيّنات لأصبح لهذا الرأي نوع من المعنى أو التوجيه، أما ولم ترد الآية فلا وجه للاستدلال أو الاحتجاج بها[5].

---

[1] سورة النور، الآيات من 6-9.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 807.

[3] سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص 351.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 807.

[5] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 709.

وأنّ البصمة الوراثية لا تصل مستوى هذه الشهادة التي أوجبها الشارع وهي شهادة أربعة شهود، فلا يجوز أن تفسّر البصمة الوراثية في قوة الشهادة في إثبات الزنا وما يستلزمه من نفي الولد، لأنّ الشهادة في الواقع لا بد أن تكون صريحة صراحة كاملة في مشاهدة اثر ذلك، وفي مشاهدة الواقعة نفسها بدليل انه لو تخلى واحد من الأربعة، حُدّ الثلاثة وبطلت الشهادة [1]

و من السنة: استدلوا بما روي عن انس ابن مالك قال: {أَنّ هَلِالُ بْنُ أُمِيَة قَذَفَ امْرَأَتُهُ بِشَرِيك بْن سَحْمَاء وَكَانَ أَخُو البَرَاءُ بْنُ مَالِك لِأُمِهِ وَكَانَ أَوَلَ مَنْ لَاعَنَ، فَلَاعَنَ رَسُولَ اللهِSبَيْنَهُمَا ثُمَ قَالَ: أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَبْيَضاً سَبْطاً[2]، قَضِيءَ العَيْنَيْنِ[3]، فَهُوَ لِهِلَال بْنُ أُمَيَة، وإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلاً [4] جَعْداً [5] أَحْمَشَ السَاقَيْن[6] فَهُو لِشَرِيك بْنُ سَحْمَاء، قَالَ: فأُنْبِئْتُ أَنَهَا جَاءَتْ بِهِ أَكْحَل جَعْداً أَحْمَشَ السَاقَيْن }[7].

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 445.

[2] سبطا: السّبط بفتح السين و سكون الباء و كسرها نقيض الجعد من الشعر المسترسل الذي لا جعودة فيه، و يقال رجل سبط وإمرأة سبطة، ابو لقاسم إسماعيل بن عباد بن احمد إدريس الطالقاني، المحيط في اللّغة، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، ط1، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م، ج8، ص 274.

[3] قضيء العينين: أي فاسد العينين، يقال قضيء الثوب: إذا تقطع وعفن من طول الندى و الطي، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق، ج1، ص 375.

[4] أكحل: الكَحَل، مصدر الأكحل، يقال رجل أكحل وكحيل، وهو: سواد في أجفان العين خلقة، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ج 11، ص 584.

[5] جعدا:خلاف السبط، و جعد الشعر المنقبض الذي قد لزم بعضه البعض، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع نفسه، ج 11، ص 697.

[6] أحمش الساقين: أي دقيقهما، و حمشت ساقه تحمش حموشة، أي كانت دقيقة، أحمد بن محمد علي الفيومي، المرجع السابق،ج1،ص 151.

[7] أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب اللّعان، ح رقم 1496،ج2، ص 724،أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني ابو داود، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب في اللّعان، ح رقم 2254، ج2، ص 142، أخرجه أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الشهير بن النسائي، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب اللعان بالحبل، ح رقم 5662، ج3، ص 372.

وجه الدلالة أنّ النبيS جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلا على أنّه ليس منه وأنّه منفي عنه بدليل قوله: إن جاءت به على وجه كذا فهو لهلال بن أمية وان جاءت به على وجه كذا فهو لشريك بن سحماء، وفي هذا الاعتبار للشبه الصفات الجينية حيث جعله النبيSدالاً على نفي النّسب عن الزوج[1].

نوقش الاستدلال أنّ ليس في الحديث ما يدل على اعتبار الصفات المتشابهة أو الصفات الجينية، والتعويل عليها في نفي النّسب، بدليل أن النبيّS لم يلحق الولد بمشبهه في الحكم، وإنما نفاه عن الزوج بناء على ما تقدم من لعانه لا سيما وان النَّبيُّSقال في نهاية الحديث: {لَوْلَا الأيْمَانْ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْن}[2] أي لولا إيمان اللّعان لأنّ اللّعان سبب أقوى من الشبه وبالتالي لا يصار إلى البصمة الوراثية مع وجود أقوى منها وهو اللّعان[3].

أما من المعقول: فإنّ اللّعان هو استثناء وليس الأصل الذي هو البيّنة، فلا يلجأ إليه إلاّ عند انعدام الدليل مع الزوج، فإذا تطابقت بصمة طفل مع أبيه، فان نسب الابن لا ينتفي عنه حتى لو لاعن، لأنّ الشارع الحكيم يتشوف لإثبات النّسب رعاية لحق الصغير[4].

إنّ ما يكشفه الاختبار الجيني من الارتباط بين المولود وبين والده كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين[5].

---

[1] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 710.

[2] سبق تخريجه، ص115.

[3] حسني محود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 811.

[4] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 446.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 377.

إنّ قضية اللّعان قضية كبيرة جدا، لأنّ اللّعان يقع بالشهرة والافتضاح فلذلك إذا ما ثبت نفي النّسب بواسطة البصمة الوراثية فهذا لا يوجد في اللّعان لأنّ إثبات النّسب بالبصمة الوراثية إنّما جُعلت في قضية خاصة وهي قضية الاختلاط، وأما نفي النّسب فهو المعتمد بالبصمة الوراثية[1]؛ والأخذ بالبصمة الوراثية لا يبطل اللّعان، لأنّ اللّعان له ملابسات وظروف معينة إذا توافرت اخذ به، وهنا ظروف اللّعان غير متوفرة، لقيام الدليل العلمي المادي.

نوقش الاستدلال أنّ الأخذ بهذا القول يسوّي بين طريقة تفضي لنفي النّسب وهي ثابتة بالأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع وطريقة اخرى لا تزال في طور التجربة، فالعمل باللّعان تنفيذ لأمر الله تعالى، أمّا البصمة الوراثية تقوم على معرفة الحقيقة المجرّدة، فهي تثبت أو تنفي النّسب فقط بخلاف اللّعان الذي يترتب عليه درء الحدّ وانتفاء الولد والتفريق بين الزوجين، ومن ثم لا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محلّه إلاّ بنص شرعي يدل على نسخه وهو أمر مستحيل[2].

والقول بالاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللّعان في نفي النّسب، فيه حرمان للزوجة من حقها في مطالبته بإجرائه، لدفع الحدّ و رفع العار عليها وهو حق ثابت[3].

الاتجاه الثالث: القائل بإجراء اللّعان مع عدم نفي النّسب إذا ثبت بالبصمة الوراثية، ذهب بهذا الرأي جمع من الفقهاء المعاصرين إلى السير بمنحى وسط بين البصمة الوراثية واللّعان، فهم لم ينحوا منحا الاتجاه الاول والقول بعدم جواز نفي النّسب مطلقا إلاّ باللّعان لا بالبصمة الوراثية ولم يسايروا الاتجاه الثاني والقول بجواز نفي النّسب مطلقا بالبصمة الوراثية، فهم أجازوا اللّجوء إلى البصمة الوراثية في أحوال معينة إلاّ أنّها لا تقدم على اللّعان ولكن تكون مكملة له[4] وفيه رأيان:

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 446.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص 447.

[3] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 712.

[4] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 68.

الرأي الأول: يرى بإجراء الخبرة الطبية قبل تمكين الزوج من اللّعان، فإن جاءت نتائجها مؤيدة للزوج مكن من اللّعان، وإن جاءت نتائجها مكذبة له منع منه، وأن يجبر القاضي الزوج العازم على اللّعان على إجراء اختبار البصمة الوراثية، فإذا أظهرت نتيجة الخبرة أن الولد ولده لا يمكنه من اللّعان، وإذا أظهرت عكس ذلك فعليه اللّعان[1].

وهذا رأي سعد الدين مسعد الهلالي والذي قال: « وإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أنّ الحمل ليس من الزوج، فما وجه إجراء اللّعان فصحيح لا يزال الحق مع الزوجة في طلب اللّعان لنفي الحدّ عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حدّ القذف »[2]، واعتمدته لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية[3].

الرأي الثاني: يقول بالاستجابة لطلب الزوج بشأن اللّعان، ثم يحتكم إلى الخبرة الطبية، فإن جاءت نتائجها مؤيدة لادعاء الزوج انتفى الولد باللّعان، وإن جاءت نتائجها على عكس ذلك لا ينتفي الولد عن الزوج ولو لاعن وإنما يقتصر أثر اللّعان على الفرقة بين الزوجين، تعتبر دليلا تكميلا وهذا رأي نصر فريد واصل مفتي مصر الأسبق[4]، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية.

---

[1] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 52.

[2] سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

[3] فتوى وزارة الأوقاف رقم 95، بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416هـ الموافق لـ1995/09/24م والتي جاء فيها: « فإن اللّجنة ترى أنّ فحص الجينات بين مدعي النّسب والمقرر له بذلك، إذا كان سلبيا وثبت أنّ فحص الجينات قطعي في دلالته، على صحة نتيجة بإقراره المسلمين العدول المختصين في هذا الفن من غير خلاف واحد فيهم، فانه يعد مانعا من ثبوت النّسب شرعا، أما إذا كان ظني الدلالة على صحة نتيجته، او كان فيه خلاف بين المختصين، فلا يجوز اعتماده في النّسب »، سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

[4] نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، من 5-10 يناير 2010، مج3، ص81 وما يليها.

فيقول الدكتور نصر فريد واصل: « أما إذا جاءت البصمة الوراثية بثبوت نسب الطفل إلى الزوج فإنه لا ينفي نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج، لأنّ الشارع يتشوف إلى إثبات النّسب رعاية لحق الصغير خاصة وانّ نتائج البصمة الوراثية دقيقة يقينية قطعية، ولخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته، وفي ذلك إقرار للحق، واستقرار للأوضاع في المجتمع »[1].

وأنّه لا تعارض بين استخدام تحاليل البصمة الوراثية وبين اللّعان، فيكون للقاضي أن يجري الملاعنة بين الزوجين دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لطلب إجراء تحاليل البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي للولد أم لا ؟[2]

فإن جاءت نتيجة تحاليل البصمة الوراثية مؤكدة انتفاء النّسب فلا مشكلة، حيث يصبح اللّعان سببا موجبا للفرقة بين الزوجين، وينتفي به الولد عن الزوج، فيتحدد أثر اللّعان في نفي النّسب مع أثر تحاليل البصمة الوراثية التي أفادت أيضا انتفاء النّسب، وإن جاءت نتيجة تحاليل البصمة الوراثية تؤكد ثبوت النّسب من الزوج الملاعن، حكم القاضي بلزومه النّسب، دون أن يتعارض مع بقاء اللّعان قائما كسبب للفرقة بين الزوجين، بل ليس هناك ما يمنع من سريان نفس الحكم، حتى ولو كان القاضي قد سبق وقضى بترتيب اللّعان لأثره في نفي النّسب[3].

---

[1] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 109-110.

[2] محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النّسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، 1996م، ص287.

[3] محمد محمد أبو زيد، المرجع نفسه، ص 287.

وحجتهم أنّ لا خلاف بين الفقهاء في أنّ للزوج أن يجري الملاعنة لنفي الولد عنه إذا لم يكن قد سبق له أن أقر بنسب ذلك الولد لا صراحة ولا ضمنا، وإذا فرض أن عاد الزوج بعد الإقرار بالولد وتنصل منه، كان للزوجة الحق في طلب إجراء اللّعان، وذلك لأنّ رجوعه في الإقرار بالنّسب يعد اتهاما لها بالزنا[1]، ومن ثم فلها أن تدفع عنها هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها، إلاّ أنّ إجراء الملاعنة لا يؤدي إلى قطع النّسب عن الزوج، فيبقى الولد منسوبا إليه ويجرى اللّعان دفعا للعار عن الزوجة وعلى أنّ الزوج إذا أكذب نفسه بعد الملاعنة، ترتب عن هذا التكذيب ثبوت النّسب منه، لتشوف الشارع إلى ذلك، رغم استمرار اللّعان سببا للفرقة بين الزوجين أيضا[2].

وبناءا عليه فإن الزوجة إذا أتت بولد تخالف بصمته الوراثية بصمة أبيه كان ذلك قرينة قطعية على أنّ الولد ليس من الزوج فلا حاجة إلى نفيّه باللّعان.

بعد أن بيّنت موقف الشريعة الإسلامية من نفي النّسب بالبصمة الوراثية، بقي أن أتطرق إلى موقف القانون من هذه المسألة.

الفرع الثاني

حجيّة البصمة الوراثية في

نفي النّسب في القانون

إنّ التشريعات العربية استمدت أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما جعل البصمة الوراثية بعيدة عن تلك التشريعات، وبالرغم من عدم النّص على البصمة الوراثية صراحة في معظم تشريعاتها إلاّ أنّها نظمت مسألة نفي النّسب.

---

[1] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 232.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص374-375.

كما أنّ القضاء فيها كرّس تطبيق هذه النصوص القانونية في مختلف القضايا التي طرحت أمامه حول نفي النّسب ومن بينها القانون الجزائري (أولا) والقانون المغربي (ثانيا) والقانون المصري (ثالثا) وأخيرا القانون الكويتي (رابعا).

أولا–موقف القانون الجزائري: نظم المشرع الجزائري أحكام نفي النّسب في المادة 41 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزوج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة »، غير أن أحكام القضاء المتعلقة بموضوع نفي النّسب أشارت صراحة إلى مصطلح اللّعان كطريق لنفي النّسب، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه « من المقرر أيضا أن نفي النّسب يجب أن يكون رفع دعوى اللّعان التي حددت مدّتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا »[1].

وأن النصّ الذي تضمن الإشارة إلى استخدام البصمة الوراثية هو المادة 40 المعدلة من الأمر رقم 02/05 التي تنص : « أنّه يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب »، غير أنّ هذا النّص قصر استخدام الطرق العلمية البصمة الوراثية على إثبات النّسب دون نفيّه ما يدفعنا إلى القول بأنّ المشرع الجزائري ترك مسألة نفي النّسب للطرق الشرعية وهي اللّعان، وعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال نفي النّسب.

[1] م.ع،غ. أ.ش، 1997/10/18م، ملف رقم 172379، م. ق،ع.خ، 2001م، ص 70.

هذا الأمر تأكد من خلال بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في هذا الشأن والتي نورد منها ثلاث قرارات على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 2009/10/15م الذي جاء فيه:«وحيث انّه مادام المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللّعان، فلا يجوز التذرع بأحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على انّه يثبت النّسب بالزواج الصحيح أو الإقرار، وأنّه يجوز اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب »[1]. وبذلك تكون المحكمة العليا قد أرست قاعدة مهمة في مجال نفي النّسب وهي أن طريق نفي النّسب هو اللّعان وعدم جواز التذرع بما ورد في نص المادة 40 من ق. أ من جواز اللّجوء إلى الطرق العلمية.

وفي نفس الموضوع صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 2015/11/12 م قرار بخصوص دعوى الطاعن (ك.ج) والمطعون ضدها (ر. ر) حول القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2013/05/14م، حيث يستخلص من حيثيات القرار أنّه بتاريخ 2011/09/29م أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة الحراش ترمي إلى نفي نسب البنت (س) المولودة بتاريخ 2006/04/18م واحتياطيا إجراء تحاليل الحمض النووي نتيجة للشكوك التي كانت تراوده حيال نسب البنت، مما أدى فيما بعد إلى الطلاق بتاريخ 2012/01/16م.

في حين أجابت المدعى عليها طالبة رفض الدعوى لسبق الفصل فيها بالحكمين الصادرين في 2012/01/15م و2012/01/16م فصدر الحكم المؤرخ في 2012/02/16 م والذي قضى بنفي نسب البنت (س) عن المدعي اعتمادا على تقرير الخبرة المنجزة من قبل الشرطة العلمية[2].

---

[1] م.ع،غ. أ.ش، 2009/10/15م، ملف رقم 605592، م.م.ع،ع1، 2010م، ص 245-246.

[2] م.ع،غ.أ.ش، 2015/11/12م، ملف رقم 0956749، غير منشور.

إلاّ أنّ قاضي المحكمة العليا قضى بنقض القرار ورفض دعوى الطاعن على أساس أنّ نسب البنت (س) ثابت بالزواج والإقرار، بالرغم من أنّ تحاليل البصمة الوراثية جاءت بنتيجة عكسية وأكّدت أنّ البنت ليست البنت البيولوجية والحقيقية للمدعي الطاعن، مما يعني عدم إمكانية نفي النّسب بأية وسيلة.

إن هذا الموقف القضائي جاء تماشيا مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري، وهو عدم جواز اللّجوء إلى الطرق العلمية لنفي النّسب، عندما نص على جواز استخدام الوسائل العلمية في إثبات النّسب وسكت عن مسألة النّفي. ولكن بما انه أباح المشرع اللّجوء إلى هذه الوسيلة في مسألة النّسب، فإنّه من الأحرى أن تطبق في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بنفي النّسب أو إثباته[1].

وعطفا على ذلك وجب الاستعانة بالطرق العلمية في جميع حالات تنازع النّسب إيجابا أو سلبا، لتحقيق العدالة بصورة أوسع نطاقا، لأنّ نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية، وهنا يجوز للقاضي أن يطبق اللّعان وفقا للنصوص الشرعية والقانونية للتفريق بين الزوجين، كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية الجينية للوصول إلى حقيقة نسب الولد البيولوجي، التي قد تؤيد الزوج في طلبه اللّعان، أو قد تدل على خلاف قوله، وربما مدعاة لعدوله عن اللّعان[2].

و بالتالي فإنّ موقف المشرع و القضاء الجزائري جاء موافقا لاتجاه الاول القائل بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية عن اللّعان في نفي النّسب.

---

[1] جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع3 ، 2005م، ص 16.

[2] العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014م، ص 243.

ثانيا-موقف القانون المغربي:المشرع المغربي في مدونة الأسرة لسنة 2004م فسح المجال أمام الزوج الراغب في نفي النّسب للاختيار بين الطريق الشرعي اللّعان والطرق العلمية البصمة الوراثية، ومكّن الزوجة أيضا من حقها في المطالبة بالخبرة الطبية في حال اقتصار الزوج على طلب اللّعان، وذلك من اجل صيانة العرض ونسب الطفل والحفاظ على كيان الأسرة إذا جاءت نتيجة الخبرة مكذبة لادعاءاته.

وقد جاء استخدام البصمة الوراثية في مجال نفي النّسب تحت مسمى « الخبرة » بشروط بينها في المادة 153 والتي تنص على أنّه: « يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النّسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللّعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

1- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

2- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة »[1]، ما سمح للقضاء بإعمال هذه التقنية في كثير من القضايا المطروحة.

المشرع المغربي لم يشر مطلقا إلى البصمة الوراثية أو التحاليل الجينية وإنما أشار فقط من خلال النص أعلاه إلى الخبرة الطبية فلا يتم إثبات النّسب أو نفيّه في هذا المجال إلا بالتحليلات الجينية، وبناءا على ما سبق نجد أن هذا الأخير تبنى موقفا مغايرا للمشرع الجزائري حينما نصّ على اعتماد الخبرة الطبية في نفي النّسب إلاّ أنّه قيّد اللّجوء إلى البصمة الوراثية بشروط يتعين توافرها.

[1] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص42.

و هذه الشروط واردة في المواد 151[1]، 153، 159[2] من مدونة الاسرة المغربية[3]، والمتعلقة بصدور أمر من القضاء بإجراء الخبرة الجينية، وتوافر دلائل قوية من الزوج في ادعائه، وعدم إقرار النفي إلاّ بحكم قضائي.

واستقر العمل القضائي بصدور مدونة الأسرة المغربية رقم 70/03 لسنة 2004م على جواز اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النّسب ونفيه، فقد جاء في قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 09 مارس 2005 م ما يلي: « حيث صّح ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه وإن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النّسب فإن ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعا بشكل لا مراء فيه ولا جدال، وبما أن موضوع الخصومة يدور حول ادعاء المطلوبة أنها طلقت من الطاعن بتاريخ 20 دجنبر1989م، ووضعت الابن سعيد المطلوب نفقته بتاريخ فاتح يناير1990م وقدمت شهادة ولادته محررة بتاريخ 20 يوليوز 2000م من قائد الغنادرة بإفادة من الشيخ وتصريح شرفي منها، ونفي الطالب نسب الابن المذكور إليه لكونه لم يعلم بوجوده إلا بتاريخ 15 أكتوبر2002م، أي بعد توصله بدعوى المطالبة بنفقته، ولكونه أيضا عقيما وأدلى بوثائق طبية لتأكيد ذلك والتمس إجراء خبرة طبية عليه وعلى الابن المذكور لتحديد سنه وتاريخ ازدياده وهل هو من صلبه أم لا، وانه أمام اختلاف الزوجين بشان تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها »[4].

---

[1] تنص المادة 151 من م. أ. م على انّه: « يثبت النّسب بالظن ولا ينتفي إلاّ بحكم قضائي ».

[2] تنص المادة 159 من م.أ.م على انّه: «لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلاّ بحكم قضائي».

[3] مدونة الاسرة المغربية، المرجع السابق، ص42.

[4] محمد الكشبور، البنوة و النّسب، المرجع السابق، ص 401.

ومن خلال ما سبق يتبين أنّ موقف التشريع والقضاء المغربيين كان واضح من توجهها إلى إعمال البصمة الوراثية باعتبارها صورة من صور الخبرة الطبية في مجال نفي النّسب، وهذا الموقف كما يتماشى مع الاتجاه الفقهي القائل بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال نفي النّسب.

ثالثا-موقف القانون المصري: تعتبر مصر من بين الدول العربية التي استخدمت البصمة الوراثية في قضايا نفي النّسب، حيث كان لها تأثيرا واضحا على مسار أحكام هذه الدعاوى، فالمشرع المصري في تنظيمه لقانون الأحوال الشخصية وإجراءات التقاضي نجد أنّه لا يحتوي ما يمنع من الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النّسب، فبالرجوع إلى أقوال مذهب الإمام أبي حنيفة نجد انّه لا يوجد ما يمنع الرجوع إلى أقوال أهل المعرفة والخبرة والبصمة الوراثية التي تكون قرينة من تلك القرائن[1]. ومن بين أبرز القضايا التي تم الاستعانة فيها بالبصمة الوراثية لنفي النّسب هي قضية العقيم التي تتلخص حيثياتها كالآتي:[2]

«بتاريخ1996/7/18م تم زواج المدعي بالمدعى عليها والدخول بها، وبتاريخ 1997/07/14م تم طلاق الزوجة، ولسوء أخلاقها أقام على إثرها المطلق دعوى باتهامها بالزنا بتاريخ 1997/07/06م وبتاريخ 1997/07/29م رفع المطلق دعوى ضد مطلقته يطلب فيها بانتفاء نسب الجنين لعدم قدرته على الإنجاب، وإلزامها بعدم قيده باسمه.

---

[1] خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص 89.

[2] انس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 283-286.

وبتاريخ 1999/10/18م قررت المحكمة إجراء تحليل البنوة وجاء تقرير البصمة الوراثية يفيد استحالة نسب الطفل لأبيه، فحكمت المحكمة في جلسة 2001/03/31م بإنكار نسب الطفل إلى المدعي وعدم الاعتداد بشهادة الميلاد وإلزام مكتب الصحة كفر طهرمس بشطب الشهادة من السجلات».

رابعا– موقف القانون والقضاء الكويتي: القانون الكويتي لم ينص على البصمة الوراثية في قانون الأحوال الشخصية ومدى استخدامها في النّسب لا بإثباته ولا نفيه، حيث أنه نظّم أحكام نفي النّسب في المواد من 176[1] إلى 180 من ق.أ.ش.ك واعتبر اللّعان كطريق لنفي النّسب، وتعرضت باقي المواد إلى إجراءات اللّعان[2]، وآثاره بالنسبة للزوجين المتلاعنين[3].

إلاّ أنّ مجلس الوزراء الكويتي في 1995/11/29 قد اصدر قراره رقم 150 بتكليف اللجنة الوزارية بإعداد مشروع لتعديل الفقرة الأولى من المادة 173 من قانون 51 لسنة 1984 للأحوال الشخصية بما يجعل لتقارير الطب الشرعي البصمة الوراثية قوة تدليلية يعتد بها في دعوي إثبات ونفي النّسب[4].

---

[1] تنص المادة 176من ق. أ. ش. ك على أنّه: « في الأحوال التي تثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحلّ أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألاّ يكون قد اعترف بالنّسب صراحة أو ضمنا ».

[2] تنص المادة 177 ق. أ. ش. ك على أنّه: « يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللّعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها ».

[3] تنص المادة 178 ق. أ. ش. ك على أنّه : « إذا جرى اللّعان بين الرجل و المرأة، نفى القاضي نسب الولد عن الرجل، و لا تجب نفقته عليه ولا يرث أحدهما الآخر، وألحق الولد بأمه ».

[4] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 89.

وعرض هذا الموضوع على إدارة الفتوى في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت وانتهت في فتواها رقم 54 لسنة 1996 إلى أنّ البصمة الوراثية إن كانت قطعية الدلالة على مضمونها فإنّه يجوز الحكم بها لنفي النّسب [1].

أمّا بالنسبة للقضاء فإنّه رغم عدم التنصيص على البصمة الوراثية، إلاّ أنّه كان له موقف واضحا من مسألة الاستعانة بها في قضايا النّسب، وذلك من خلال ندب خبراء للقيام بإجراءات تحليل البصمة الوراثية في قضايا إثبات ونفي النّسب إلاّ أنّ الأخذ بنتائج فحوص البصمة الوراثية كان فيه تردد واضح[2].

بل ذهب القضاء الكويتي أبعد من هذا كله في بعض القضايا وأبرزها القضية رقم 98/697 بالمحكمة الكلية بالكويت التي تم الاستعانة فيها بالبصمة الوراثية، إذ ورغم أن التقرير الخاص بهذه الأخيرة جاء فاضحا للزوجة في عدم ثبوت نسب أولادها إلى زوجها للمطالب بنفي النّسب، إلاّ أنّ المحكمة وضعت التقرير جانبا ولم تعره أي اهتمام وقامت بالتركيز على مدى توفر الأدلة الشرعية لإثبات النّسب وبالتحديد الفراش، وقامت بناءا على ذلك بإثبات نسب الأولاد إلى الأب المدعي، وبعد استئناف الزوج الحكم السابق بناء على إقرار مطلقته أنّها كانت حاملا من رجل آخر قبل الزواج بالمدعي، وعلى هذا الأساس وليس بناءا على نتائج البصمة الوراثية قررت محكمة الاستئناف نفي لبنت « ش » بينما قررت ثبوت نسب الولد« م » لأنّه ولد خلال المدة الشرعية بالرغم من أنّ تحاليل البصمة الوراثية أكدت استحالة أن يكون الولد والبنت معا من نسل الزوج المدعي.

---

[1] انس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص 289.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 119.

إلاّ أنّ قرار محكمة الاستئناف القاضي بنفي نسب البنت عن الزوج لم يلق قبولا من محكمة التمييز الكويتية لأنّه مخالف لقاعدة الولد للفراش ومتضارب مع أدلة الشرع وهي الفراش والإقرار، حيث ولدت «ش» داخل المدّة القانونية ولم يتخذ الزوج إجراءات دعوى اللّعان خلال الميعاد المقرر قانونا، ولم تعقب محكمة التمييز الكويتية على تقرير البصمة الوراثية[1].

وبالتالي ومن خلال ما سبق استعراضه نصل إلى نتيجة وهي أنّ القضاء الكويتي ورغم سماحه باللّجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في نطاق قضايا النّسب، إلاّ أنّه جعل منزلتها دون منزلة وسائل نفي النّسب الشرعية، وهذا تماشيا مع ما أجمع عليه فقهاؤنا المعاصرون من خلال مختلف القرارات الاجتهادية التي نصت على عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على وسائل النّسب الشرعية للشبهات التي تحوم حولها تحقيقا لمقصد العرض والاحتياط له.

بعد أن تعرضت لموقف القانون والقضاء الجزائري والمقارن من البصمة الوراثية نجد أيضا تحفظ شديد لنتائج البصمة الوراثية رغم ما حققته من تقدم كبير، ومن باب أولى يتعين الاستعانة بالبصمة الوراثية كوسيلة لتقليل اللّعان وللتأكد من صدق الزوج، وليس تقديمها على اللّعان.

---

[1] تمييز رقم 140 لسنة 2000، صادر بتاريخ 2001/01/27، دائرة الأحوال الشخصية، منشور على البوابة الالكترونية الرسمية لدولة الكويت على الرابط الالكتروني:
https://www.e.gov.kw/sites/kgoArabic/pages/eServices/LegalPortal/Legal.aspx، تاريخ الدخول 2021/1/5 على الساعة 10:35.

الفصل الثاني

القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب

والعقبات التي تواجه استخدامها بين الشريعة والقانون

إنّ حداثة الطرق العلمية تحليل الدم والبصمة الوراثية كانت محل اختلاف فقهي وتشريعي حول مدى مشروعية العمل بها خصوصا في قضايا إثبات ونفي النّسب، وما زاد الأمر تعقيدا هو اختلاف الرؤيا الشرعية في مسألة نفي النّسب وعدم الإشارة إليها في مؤلفات الفقهاء قديما، وقد وردت بعض الإشارات القريبة من هذه التقنية كالقيافة في مؤلفاتهم ما ادعى بعض الفقهاء المعاصرين للقياس عليها سلبا أو إيجابا وإعطاء حكم نفي النّسب بها تبعا لموقف الفقه الإسلامي من مسألة نفي النّسب بالقيافة[1].

فإذا كانت مشروعية نفي النّسب بالطرق العلمية محل اختلاف فقهي فإن الخلاف حاصل أيضا في مدى حجيتها، فهل أنّ النفيّ بالطرق العلمية حجيّة مطلقة سواء توافق مع اللّعان أو تعارض معه؟

إنّ اللّجوء إلى إجراء التحاليل البيولوجية كوسيلة نفي نسب أو إثباته لا يمكن أن يحجب رؤية بعض الصعوبات والعقبات، وأنه بقدر إمكانية التغلب على هذه الصعوبات، بقدر ما يتم التمهيد الطريق إلى العدالة، وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، سعيا في الحفاظ على الأنساب من الاختلاط والضياع.

ولذلك ينبغي التطرق أولا إلى القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب (المبحث الأول)، ليتم التعرض بعدها إلى العقبات التي تواجه استخدامها (المبحث الثاني).

---

[1] حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 61.

المبحث الأول

القيمة القانونية للطرق العلمية

في نفي النّسب بين الشريعة والقانون

قد يستعين قاضي الأسرة بالطرق العلمية في مجال النّسب، عن طريق الخبرة الطبية لحل القضايا المرتبطة بالنّسب التي تكون معروضة عليه، وباعتبار أنّ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يتطرق إلى القيمة القانونية للطرق العلمية لكون أنّ هذه الحجيّة تختلف باختلاف التحليل البيولوجي البصمة الوراثية، تحليل فصائل الدم، وهذا الأمر يثير الباحثة إلى طرح عدة تساؤلات من بينها ماهية حجيّة الطرق العلمية في نفي النّسب؟ وما هو دور القاضي فيها ؟ وهل يثبت النّسب بالخبرة الطبية التي تؤكد ثبوته بعد أن قام الزوج باللّعان أم لا؟ وما هي الإشكاليات العملية التي تثيرها اعتماد الخبرة الطبية في نفي النّسب؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سأتناول في هذا المبحث مدى حجيّة الطرق العلمية في نفي النّسب وأبيّن دور القاضي فيها (المطلب الأول) ثم سأستعرض أراء الفقهاء في حكم ثبوت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيه باللّعان (المطلب الثاني) وفي الأخير سأسلط الضوء على الإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد الطرق العلمية لنفي النّسب (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

حجيّة الطرق العلمية في نفي

النّسب ودور القاضي فيها

تختلف مصداقية و حجية الطرق العلمية باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد، فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية وهي وسيلة علميّة لا تكاد تخطئ للتحقق من الوالديّة البيولوجية وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، وأنه يمكن الاعتماد عليها في مجال النّسب إثباتا ونفيا خلافا لتحليل فصائل الدم الذي سبق بيانه والذي يعتبر حجة قاطعة في نفي النّسب فقط.

فقد أشرت فيما مضى إلى وجود اختلاف فقهي بخصوص جواز نفي النّسب بالبصمة الوراثية إلاّ أنه ومع التسليم بالجواز فإنّ هناك خلاف بخصوص القيمة الشرعية والقانونية لنفي النّسب عن طريق الطرق العلمية ، فهل هي قرينة النّفي قطعيّة (الفرع الأول)؟ أم نسبيّة (الفرع الثاني) أم هي بيّنة مستقلة (الفرع الثالث)؟ وما هو دور القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في مجال النّسب؟ (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الحجيّة المطلقة للطرق العلمية

إنّ نظام البصمة الوراثية من بين الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النّسب، ورغم أنّه جدّ متغير ومتعدّد المظهر البيولوجي من شخص لآخر إلاّ أنّه بالمقابل جدّ ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء،أي انتقال وراثي مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العالية في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص.

وهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا كونه مركب يتشكل من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها، مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد، مما يستدعي اللّجوء إلى تقنية البصمة الوراثية[1]، من بين الطرق العلمية ذات الدلالة القطعية في مجال النّسب لانفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن أخر في العالم.

إذ لا يمكن أن يتشابه البصمة الوراثية لشخصين إلاّ مرة وحدة كل 64 مليار حالة، ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية التي لا يتجاوز 06 مليارات نسمة، فإنّه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[2].

فقد ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين ومنهم علي محي الدين القره داغي[3]، نصر فريد واصل[4] مفتي مصر سابقا، سعد الدين الهلالي[5]، إلى إسباغ الحجية المطلقة على الطرق العلمية وبالتحديد البصمة الوراثية وأنها قرينه قطعيه على أساس أن نسبه النجاح فيها وصلت فيها إلى 99،99% في حالة الإثبات ونسبة 100 % في حالة النفي[6]، ويرون تقديم البصمة الوراثية على بقية الأدلة الشرعية الأخرى لأنها تحقق ما تحققه تلك الأدلة وزيادة عنها، وإذا ما كان ثم تعارض بين البصمة الوراثية وتلك الأدلة قدمت البصمة الوراثية.

---

(1) باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 95.

(2) نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، الكويت، 2004م، ع 256، ص 76.

(3) علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 27-30.

(4) نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، مج3، ص 43.

(5) سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 273.

(6) عمر السبيل، المرجع السابق، ص 12-13.

إذ يضيفون أنّ قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسبة قطعية في النّفي أو الإثبات للبنوة والنّسب، وإن هذه من التطورات الفنية الحديثة في مجال الفحوص المختبرية تقطع الشّك باليّقين في كثير من الحالات، والخطأ فيها أصبح مستحيلاً.[1]

ومن ثم اعتبرت تقنية الحمض النووي وسيلة لا تخطئ في مسألة إثبات النّسب أو نفيه، لكن شريطة أن تراعي ضوابط إجراء التحاليل وأن تتم بطريقة سليمة ما دام احتمال التشابه بين الأفراد منعدما، عولى هذا الأساس كان لجوء المحاكم الأوربية والأمريكية إلى اعتماد نظام البصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما باعتبارها قرينة نفي وإثبات ذات دلالة قطعيّة.[2]

ما يؤكد هذه الحجيّة أيضا، هو إمكانية أخذها من أي مخلفات آدمية سواء كانت سائلة كالدم واللّعاب والمني، أو أنسجة كالعظام والجلد والشعر[3]، بالإضافة إلى كونها تقاوم عوامل التعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة [4]، وارتكز أصحاب هذا الموقف الفقهي ودعموا موقفهم على أساس أنّ علماء الطب الحديث مقتنعون بإمكانية إثبات النّسب لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية.

إنّ الممارسات القضائية أثبتت حجيّة البصمة الوراثية من بين الطرق العلمية، بل جعلتها أقوى الأدلة في مجال الإثبات سواء الجزائي أو المدني، وقد أسهمت ولا ريب في كشف غموض آلاف القضايا، بل كانت الوسيلة الوحيدة في حلّ أسرار الكثير من القضايا والتي سلطت عليها أضواء وتغطيات إعلامية[5].

---

[1] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 81-82.

[2] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 273.

[3] بندر بن فهد سويلم، المرجع السابق، ص 94.

[4] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 327-328.

[5] عبد العزيز بن عبد الدخيّل، المرجع السابق، ص 73.

وقد ذهبت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من خلال ندوتها الحادية عشر المتعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني بالكويت في الفترة الممتدة بين 23-25 جمادى الثانية 1419 هـ الموافق 13-15أكتوبر 1998 إلى أنّ: « البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تُخطئ في التحقق من الوالديّة البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة التي أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النّسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى »[1].

وهذا الموقف أيّده المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، شريطة استيفاء شروطها الكاملة، حيث جاء في توصياته أنّ: « البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية، فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نَفْيِهَا عنهما، وتصل نتائجها إلى 99,9% »[2].

لاشك في أنّ المجيزين مطلقاً لنفي النّسب بالطرق العلمية في مقدمتها البصمة الوراثية، يرون الحجيّة المطلقة لها وتقديمها على سائر الأدلة والقرائن الأخرى، ولكن بشروط وضوابط الحذر من التكنولوجيا المتطورة بمعنى عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختبار الموضوعية.

---

[1] أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنيوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، دولة الكويت، من 23-25 جمادى الثاني 1419هـ الموافق ل 13-15 أكتوبر 1998.

[2] المجمع الفقهي الإسلامي، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، الدورة السادسة عشر، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، ع16، مكة المكرمة، 1422هـ-2002م.

والوقوف على طبيعة عدة التقنية ومعناه التأكد من سلامة الأجهزة ودراية الفنيين في تشغيلها واختبار الموضوعية بمعنى وجوب إجراء تحليلين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة وأن يكون العامل عليها من أهل الاختصاص والخبرة[1].

وقد استدلوا على موقفهم من الكتاب والواقع العملي:

من الكتاب: قول الله ﷻ: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ... ٥﴾ [2]. وجه الدلالة أنّ الله تعالى أمر أن ينسب الولد لأبيه الحقيقي الأب البيولوجي وفي قوله ﷻ: ﴿... فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ ... ٥﴾[3] حث على البحث والتحّري، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن، وقد كشف الله لنا في هذا العصر الوسيلة التي يمكن بها أن نتحقق من الأبوة فوجب العمل بها عملا بمقتضى الأمر الإلهي الوارد في الآية[4].

أما من الواقع العملي: بأنّ قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسب قطعية في النفي والإثبات، وأن هذه التقنيات الحديثة في مجال الفحوصات المخبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات، والخطأ فيها أصبح مستحيلا، ونسبة النجاح فيها 100% بدليل أن المحاكم الغربية في أوروبا وأمريكا تأخذ بالبصمة الجينية على أنها قرينة في النفي والإثبات، فما المانع من الأخذ بها خاصة وأن فيها مزيدا من الضمانات للمتهمين، وتقليل السلطة التقديرية في يّد القضاء[5].

---

[1] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 83.

[2] سورة الأحزاب، الآية 5.

[3] سورة الأحزاب، الآية 5.

[4] عبد القادر الخياط، فريدة الشمالي، المرجع السابق، مج4، ص 1516.

[5] زبير عوادي، التحاليل الجينية في قضايا تنازع النّسب واللّعان، مجلة المعارف ع17، جامعة البويرة، 2014م، ص 109 -110.

الفرع الثاني

الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية

الطرق العلمية في مجال النّسب تختلف فمنها ذات الحجيّة المطلقة كنظام البصمة الوراثية DNA ومنها ذات الحجية النسبيّة كفحص فصائل الدم ABO، التي لا يمكن أن تعطي نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النّسب، أي أنّها كانت واقعيا تفيد الرجل صاحب المصلحة في إنكار نسب الولد له فقط دون أن يفيد في إثباته. بحيث كان يعتمد على فحص الدم عندما يكون نتائج هذا التحليل لصالحه فقط، ويتجاهله ويرفض الخضوع إليه عندما تكون النتائج غير مؤكدة انفي النّسب، في حين لا نجد الزوجة في نتائج فحص الدم أي سند لنفي دعوى زوجها لإنكار النّسب[1].

وبالتالي لا يمكنها أن ترقى إلى مرتبة الدليل القطعي بسبب تشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس، وهو ما يجعل هذه التقنية ظنية الدلالة، ومن ثم الخبرة العلمية التي تتضمن هاته الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.

خلافا لأنصار الرأي القائل بقطعية الطرق العلمية مثالنا البصمة الوراثية ونظام HLA في دلالتها وحجيّتها في مجال النّسب، فإن جانبا آخر من الفقه يرى أنها ذات حجية نسبيّة وذهب إلى ذلك الدكتور وهبة الزحيلي في قوله: « بأنها قرينة مقبولة للإثبات والنفي »[2].

---

[1] وليد عاكوم، المرجع السابق، مج2، ص 541-542.

[2] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، مج3، ص 6.

وكذا عمر السبيل بقوله: «انها قرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها»[1]، والقاضي وليد عاكوم بقوله : «هي قرينة واقعية بسيطة »[2].

واستدلوا على رأيهم بالاتي:

1- لايمكن أن ترقى إلى مستوى القرائن القطعيّة، وذلك على أساس أنّ النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصّحة في نظر المختصين، إلاّ أنها تظل محلّ شّك[3]؛ و يجاب على هذا الدليل بأنّه مجرد احتمال لا يرقى إلى درجة الشّك في مصداقية التحاليل الجينية وما تفرزه من نتائج[4]، وأنّ العمل بالبصمة الوراثية قد تجاوز حدّ النظرية إلى حيز التطبيق، وقد اثبتت النتائج التجريبية دقتها وغيرت بما يحقق الاطمئنان وهي حقيقة علمية بكل المقاييس[5].

2- إنّ صيغة التقارير الطبية الواردة من المختبرات البيولوجية حيث يجرى تحليل الجينات يدون عليها عبارة: « لا يستبعد أن يكون فلان أبا لهذا الولد » أو« يستبعد أن يكون فلان أبا لهذا الولد» وهذه الصيّغ توحي بالشّك وعدم اليقين من النتيجة، مما يعني أنها ليست قطعيّة، مما يضعف الثقة بالنتيجة فلا يُؤخذ بها[6].

---

[1] عمر السبيل، المرجع السابق، ص 27.

[2] وليد عاكوم، المرجع السابق، مج2، ص542.

[3] عمر السبيل، المرجع السابق، ص 172.

[4] منال محمد رمضان العشي، أثر البصمة الوراثية في قضايا الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1435هـ، 2014، ص 180.

[5] منال محمد رمضان العشي، المرجع نفسه، ص 180.

[6] خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص 295.

و قد اعترض على هذا الاستدلال بأن القصد من كلمة « يمكن استبعاده » أو «لا يمكن استبعاده » اليقين لا الاحتمال، وهذا مصطلح دارج في المختبرات القائمة بفحوص البنوة عالميا، وهو لفظ طبي، وما يعنينا من هذه التحاليل مدى وصولها لليقين، فلا ينظر إلى المباني بل ينظر إلى المعاني[1].

3- إنّ رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النّسب لأنه غير معترف بها شرعا، وأن الأدلة الشرعيّة هي الإقرار والشهود وفراش الزوجية، إضافة إلى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين[2]؛ ونوقش بأنه لا يوجد نص يمنع من هذه الطرق، كما لا يوجد في استخدامها ما يعارض القرآن والسنة، بل إن في هذه التحاليل ما يجعل الطب في محراب الإيمان، ويزيد الإيمان بقدرة الله تعالى التي لا ينكرها إلا كافر معاند، وقد أصبحت هذه التحاليل يقينية تُبين الحق وتُظهره وصارت أدلة معترف بها عالميا[3].

4- إنّ الفحوصات البصمة الوراثية أو تحاليل الدم قضايا مختلف فيها، ونحن عندنا ثوابت لا يمكن أن نهملها خاصة في قضايا العرض، لأنّها لا تتعلق برجل وامرأة وإنّما بعائلات، وتبقى هذه التحاليل مساعدة مفيدة في حالة وجود خصومة بين رجلين على طفل[4].

---

[1] عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، المرجع السابق، مج4، ص 1496.

[2] جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيّولوجية العصرية، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1431هـ-2010م، ص 105.

[3] جهاد حمد حمد، المرجع نفسه، ص 104.

[4] جهاد حمد حمد، المرجع نفسه، ص 105.

ويعترض عليه بأنّ تحليل الدم قد أخذت بنتائجه معظم الدول المتقدمة علميا وطبيا لما ثبتت قوته، وفي الوطن العربي اخذ كثير من الفقهاء بذلك حتى البعض الذي أسقطها قال بأنّها ظنيّة أو شبه قطعيّة أو قرينة قويّة جدا[1].

5- إنّ الطرق العلمية قرينة واقعية بسيطة لا ترتقي إلى ذات القوة الثبوتيّة التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات ما يعني حرية القاضي في اعتمادها أو رفضها ذلك أن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من قيمتها، ذلك بأنها تفتقر إلى التأثير في نفسية القاضي، كون أن إجراء التحليل يتم في غيابه، وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر، بالإضافة إلى أن الظروف المحيطة والإجراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها كما إن رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النّسب من كونه غير معترف به شرعاً حتى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين[2].

6- تتجلى الحجية النسبيّة للطرق العلمية في عدد من الحالات أهمّها[3]:

- ✓ الأخطاء التي قد تحدث أثناء التعامل مع العينات، من حيث رفعها وتحريزها وحفظها وطريقة إرسالها إلى المختبرات، والتداول الخاطئ من قبل الخبراء للعينات أثناء فحصها بالمختبرات.
- ✓ وكذلك التغيير الخاطئ للنتائج، وقد جاء في مقدمة القرار السابق للمجتمع الفقهي الإسلامي ما يلي: « أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك ».
- ✓ قد ترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنيّة، والجوانب الإجرائية القانونية.

---

[1] جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص 105.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 205.

[3] حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 85.

✓ قد لا تتوفر في المخبر الذي فحصت فيه العينة المعايير والمقاييس المطلوبة لعمل مثل هذا الفحص الدقيق.

✓ أثبت الخبراء وجود أخطاء في المعامل الإكلينيكية في كل الميادين بمعدلات تقدر نسبتها ما بين 1 –5 % ولا يمكن اعتبار أي طريقة بيولوجية صحيحة 100 % وخالية من العيوب.

الفرع الثالث

الطرق العلمية باعتبارها بيّنة مستقلة

الطرق العلمـية تعد بيّنة مستقلة أو دليل مباشر يثبت بها الحكم نفياً أو إثباتاً، إذا توفرت الشروط اللازمة أي أنها تعد دليلاً شرعيا مستقلا في النّسب إذا توافرت الشروط والضوابط اللازمة، وأنها لا تلغي الأدلة الشرعية، بل تعتبر واحدة منها و بأنّها ظهر الحق وجب الأخذ به.

وذهب إلى هذا الرأي محمد رأفت عثمان بقوله: « أنها قرينة قوية جدا وذلك نظرا لجواز العمل بالقرائن فتكون البصمة الوراثية من باب أولى مثبتة للنّسب أو نافيته »[1]، وذهب إلى نفس الرأي ناصر الميمان حيث قال: « بأنّها قرينة شبه قطعية حيث تدل على المطلوب مع احتمال الخطأ نادر جدا »[2].

إلاّ أنّه لا يلجأ إليها ابتداء بل يلجأ إليها عند حصول التنازع في النّسب، ويجب أن يكون ذلك بأمر من القاضي، وفقا للشروط والضوابط الشرعية والعلمية اللازمة، فعند ذلك إذا أثبتت نتائج الفحص القاطعة نسب شخص لآخر أونفيّه عنه فلا مجال لإنكار ذلك، بل يجب العمل بمقتضاها، حتى لو تعارضت مع غيرها من الأدلة، وذلك لما فيها من القطعيّة واليقين.[3]

---

[1] محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، مج2، ص 575.

[2] ناصر الميمان، المرجع السابق، مج2 ، ص 613.

[3] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 85.

كما أنّه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللّعان على اعتبار أنّ نتائجها عند ذوي الاختصاص بها قطعيّة أو قريبة من القطعيّة لأنّ الحكم الشرعي لا يجوز أبطاله وترك العمل به إلاّ بدليل نصي وهو غير ممكن، غير أنّ الحاكم يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صّحة دعوى الزوج أو عدمها[1]. وذلك بغرض الحيلولة دون وقوع اللّعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، وتشوفه لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية.

واستدل القائلون باعتبار أنّ الطرق العلمية قرينة على ما يلي:

1-لم يرد في الشرع ما يقيد البينّة بالشهادة والإقرار فقط، بل كل ما أظهر الحق وكشفه فهو بيّنة، فقد وردت البيّنة في القران مردا بها الحجة والبرهان[2]، قال y -في قصة موسى a مع فرعون-:﴿... **قَدْ جِئْتُكُم بِبَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ١٠٤**﴾ [3].

وكذا قوله y- في قصة سيدنا يوسف a: ﴿...۞**وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ۖ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ٢٨**﴾ [4]، وجه الدلالة هو أنّ الله تعالى قد جعل شّق الثوب قرينة على صديق أحد المختصمين وكذب الآخر[5].

---

[1] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 85.

[2] محمد نعمان البعداني، مستجدات العلوم الطبيّة واثرها في الاختلافات الفقهيّة دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب، صنعاء، اليمن، 2016م، ص 755.

[3] سورة الأعراف، الآية 104.

[4] سورة يوسف، الآيات 26- 28.

[5] أبو عبد الله محمد بن احمد بن ابو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج9، ص 172

فموضع قدّ القميص اعتبر دليلا على صدق احدهما وتبرئة الأخر، وسمي الله ذلك شهادة[1].

وكذلك قول النّبيّ S:{البَيّنَةُ عَلَى مَنْ ادَعَى}[2]، أي عليه ما يصحح ويعزز دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة ولا ريب أنّ غيرها من البيّنة قد يكون أقوى منها دلالة الحال على صدق المدعي فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد والبينة[3].

وجه الدلالة قال ابن القيّم- رحمه الله-: « البيّنة اسم لكل ما يبيّن الحق و يظهره، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد والمرأتين لم يوف مسماها حقها، ولم تأت البيّنة قط في القرآن مرادا بها الشاهدين، وإنّما أتت مرادا بها الحجّة والدليل والبّرهان »[4].

2-بما أنّ القرينة في الاصطلاح تعني: « استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة »، فهذا التعريف لا ينطبق على فحص الحمض النووي، لأنّه ليس واقعة مجهولة مستنبطة من واقعة معلومة، بل هو فحص لسوائل وأنسجة جسم الإنسان مباشرة، وعليه تكون البصمة الجينية دليلا مباشرا و ليست مجرد قرينة[5].

---

(1) محمد نعمان البعداني، المرجع السابق، ص 756.

(2) أخرجه أبو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب الدعاوي والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ح رقم 21201، ج10، ص 427، أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الرهن، باب اذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ح رقم 2514،ج2، ص 197، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه،ح رقم 1711، ج3، ص 1336، أخرجه ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المرجع السابق، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ح رقم 1342، ج3،ص626، أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ح رقم 3619، ج1، ص 40.

(3) محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 16.

(4) محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع نفسه، ص 16.

(5) إبراهيم عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النّسب والجرائم الجنائية ،المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، من11-14 نوفمبر2007، ص15.

بعد استعراض أقوال وأدلة العلماء يتبين قوة ورجحان أدلة أصحاب الرأي القائل أن الطرق العلمية ذات حجية قاطعة وهي بذلك تستعمل في باب الأنساب على وجه اليقين؛ وذلك للأسباب الآتية:

1-لا يوجد نص قراني يحرم استخدام ما توصل قطعا إلى إحقاق الحق، لكون أنّ دلالة الطرق العلمية في مقدمتها البصمة الوراثية دلالة على الرابط الوراثي على وجه اليقين، يتوافق ودعوة الشرع إلى إلحاق الولد بابيه الحقيقي وإجراء البحث والتحري والبصمة الوراثية تدل على المطلوب.

2-وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالديّة البيّولوجية، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى لمستوى القرائن القوية.

وفي الأخير لا يمكن في كل الأحوال الشّك في مستوى نجاعة الاعتماد على الطرق العلمية سواء القطعيّة أو الظنيّة والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال الإثبات أو الظنيّة التي تعطينا نتائج حتمية في النفي ومحتملة في الإثبات والتي يمكن للقاضي الاستعانة بها لحل المسائل العالقة وإلحاق الأبناء بآبائهم[1].

ومع هذا ينبغي الإشارة إلى أنّ الطرق العلمية لا تشكل سلاحا مطلقا رغم المكانة التي وصلت إليها، لأنّه يتوجب على القضاء إحاطتها بشروط وضوابط للأخذ بها وهذا ما يجعلنا نسلط الضوء على دور القاضي بالأخذ بها وما هي حدود سلطاته وصلاحياته في قبولها أو رفضها؟

[1] محمد محمد أبو زيد ، المرجع السابق، ص 287.

الفرع الرابع

دور القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في مجال النّسب

إنّ القضاة أثناء الفصل في القضايا المطروحة أمامهم غالبا ما يستعينون بأهل الخبرة والاختصاص في المجال المحدّد لهم، وهذا أمر ضروري لإيجاد حلول فنية أو تقنية، فقد تكون قضايا وقائعها مرتبطة بجانب طبي فيتوجب إرجاعه إلى أهل التخصص من خبراء الطب بمختلف تخصصاتهم، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضمن نصوص قانونية تسمح للقاضي بالاستعانة بالخبراء لحلّ القضايا.

وتعتبر الخبرة القضائية بالنسبة للقواعد العامة من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ويتمتع هذا الأخير بالسلطة في الأخذ بالطرق العلمية في قضايا النّسب أو استبعادها وهـذا ما سوف أتوسع فيه وأوضحه من خلال إبراز سلطة القاضي في اللّجوء إلى الخبرة العلمية (أولا) والتفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة للنّسب (ثانيا) ثم دور القاضي في تقديره لنفي النّسب بين اللّعان والطرق العلمية (ثالثا).

أولا–لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية:

كان في السابق يظّن البعض أنّ القاضي المدني ليس له دور ايجابي في الدعوى القضائية المطروحة أمامه، بدعوى أنّه يفصل في القضايا بناءا على ما يقدمه الخصوم من مستندات، غير أنّه وبصدور ق. إ. م. إد، أعطى المشرع الجزائري صلاحيات للقاضي تمكنه من إيجاد الحلول بنفسه وأصبح لا يكتفي بما يقدمه له الخصوم من مستندات ليكون دوره أكثر ايجابية[1].

[1] حسكر مراد بن عودة، سلطات القاضي وتقديره للقاعدة العلمية في قضايا النّسب، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2015م، مج1،ع1، ص 67.

إنّ قاضي شؤون الأسرة للفصل في مسألة تتعلق بالنّسب بالطرق العلمية يلجأ إلى استشارة أراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلاّ بالاستعانة إليهم ووالاسترشاد بآرائهم[1].

ومن تم فإنّ القاضي في هذه الحالة يلجأ طبقا للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيستصدر من خلالها حكما تمهيديا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية، والقول بأنّ الحكم التمهيدي مفاده عدم اتضاح نيّة القاضي في الفصل في مسألة النّسب ثبوتا أم نفيا بطبيعة الحال طبقا لما يعرف في ذلك بالأحكام التمهيدية[2].

إلاّ أنّ الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتّها باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال البيولوجيا من جهة، واستنادا إلى القيمة العلمية بالطرق الحديثة القطعيّة منها خاصة كالبصمة الوراثية، وهو ما رأى فيه البعض خروجا عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها رغم أنّ هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضوح في التطبيق، ذلك أنّ هاته الطرق قد لا يتيح للقاضي فهمها وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحثة ودقيقة، ومن ثمة فإنّ جهل القاضي بهذه الطرق ومصطلحاتها قد يقف عائقا أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتا للنّسب أو نفيا له[3].

---

[1] محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2002م، ص 37-38.

[2] حسكر مراد بن عودة، المرجع السابق، ص 67.

[3] حسكر مراد بن عودة، المرجع نفسه، ص 67.

ثانيا–التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة للنّسب:

إنّ افتقار القانون الوضعي إلى تنظيم قانوني للطرق العلمية في مجال النّسب يتحمل القضاء العبء الأكبر في ما يجب الأخذ به وما لا يجب، ومن ثم فان عدم التدقيق في النّصوص القضائية لم يقف أمام القضاء وذلك بسد الفراغ التشريعي، ولكن دون أن يتوخى التطور والتجدد، فالقضاء يفرق بين اللّعان من جهة والطرق العلمية الحديثة لنفي النّسب من جهة أخرى، فاللّعان وحده في ظلّ هذا القضاء هو الذي يجوز العمل به دون الوسائل الطبية، ولم تأخذ في الحسبان لا التطورات البيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي أصبحت تحيط بالمجتمع أمام تدهور القيم والأخلاق وغياب الوازع الديني فلا يعبأ بيمين ولا بشهادة[1].

وهذا ثابت من خلال موقف صريح للمحكمة العليا في قرارها الصادر في1998/10/20م، إذ جاء في إحدى حيثياته: « من المقرر أنّ نفي النّسب يجب أن يكون عن طريق دعوى اللّعان »، فإنّ القرار لا يفرق بين تحليل الدم أو البصمة الوراثية في اتخاذ كل منها دليل في مجال النّسب حيث ساوى بينهما في هذه الناحية وهو عدم الجواز بالأخذ والعمل بهما[2].

ففي ظلّ وسيلة نفي ظنيّة كاللّعان كان يحسن بقضاة النقض بدلا من نفي النّسب باللّعان الاستجابة للخبرة العلمية، خاصة في ظل إمكانية توسيع مفهوم نص المادة 40 من قانون الأسرة، وهذا من شأنه أن يعطي الطفل الاستقرار والأمان ويجنب حالات الطفل مجهول النّسب الذي يتعذر إلحاقه بأبيه.

---

[1] جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي، المرجع السابق، ص 10.

[2] جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي، المرجع نفسه، ص 11.

ثالثا-تقدير القاضي لنفي النّسب بين اللّعان والطرق العلمية:

يعتبر اللّعان إحدى الطرق المشروعة التي تفيد نفي النّسب، طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النّسب، لهذا طرحت هذه المسالة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها، إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النّسب[1].

فإذا كان اللّعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النّسب، فهل يصح نفيّه بالطرق العلمية سواء منها القطعيّة والظنيّة التي تعدّ وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخاة منها، فيكتفي بها أم لابدّ من اللّعان أيضا؟ وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللّعان؟

الحقيقة أنّ هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير كما سبق توضيحه سابقا، فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللّعان في نفي النّسب، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي أنّه: « لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب ولا يجوز تقديمها على اللّعان»، كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللّعان التي ترتكز على أسس وشروط تعجيزية أحيانا، كالمدة التي يتطلبها اللّعان 08 أيام أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

[1] أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص 392-393.

مجمل القضايا بالجزائر أو في معظم البلدان العربية نجدها غير مستقرة من جهة اعتماد اللّعان دون الخبرة العلمية، حيث أنّ المحكمة العليا تستوجب نفي النّسب بطريق اللّعان فقط، رغم أنّ الممارسة القضائية لم تخل من بعض الارتباك من الناحية الإجرائية فمن ناحية الأجل الذي ينبغي تمسك الزوج فيه لإجراء اللّعان تردد القضاء بين الإشارة إلى مدة أسماها المهلة القريبة المقررة شرعا، وبين اعتماد مدة 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا، أم تحسب من الولادة ولعل مرده غياب نص صريح في قانون الأسرة يبيّن المدة التي ينبغي فيها التمسك بإجراء اللّعان.

إلاّ أنّ التساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال، يتعلق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النّسب عن طريق اللّعان، من تفريق للزوجين وغيرها، على نفيّه عن طريق الطرق العلمية، خاصة أمام عدم تدخل المشرع الجزائري في تحديد هذه المسألة.

في الأخير إنّ المشرع الجزائري قد أصاب عندما نص على إمكانية اللّجوء إلى الطرق العلمية، ذلك لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال النّسب، إلاّ أنّه قصر هذه الوسيلة على الاثبات دون النفي لذا يجب تدارك ذلك، و لم يأخذ أيضا بعين الاعتبار الضوابط عند اللّجوء للفحص الطبي، وذلك من خلال سن نصوص لتوضيح الإجراءات المتبعة في حالة اللّجوء إلى الخبرة الطبية، مع أخذ الحيطة والحذر لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل.

المطلب الثاني

حكم إثبات النّسب بالطرق العلمية

بعد نفيّه باللّعان

إذا عزم الزوج على اللّعان لنفي نسب ولده عنه يستحسن على القاضي أن يرشد الزوج الملاعن إلى إجراء تحاليل طبية البصمة الوراثية قبل إقدامه على اللّعان، قال الدكتور نصر واصل مفتي مصر الأسبق : « قد يكون العمل في مجال البصمة الوراثية واجبا إذا كان السبيل لبيان ومعرفة الحقيقة ، وإذا تعينت طريقا لرد الحق أو تبرئة المظلوم، وإذا تعينت على بعض المتخصصين فانه يجب عليهم العمل بها لتحقيق النفع للأمة وقد يكون مندوبا إذا ترتب على العمل بها منافع للمجتمع دون أن يكون في ترك العمل بها مضار »[1].

ثم يعرض على الزوج نتيجة التحليل التي تُأكد نسب ولده الثابت أصلا بالفراش لِما في ذلك من تصحيح توهمه أو تأكيد ظنّه وبعد نتيجة التحليل لا يخلو الأمر من حالتين[2]:

الحالة الأولى: أن تأتي نتيجة تحاليل الطبية موافقة لمزاعم الزوج، وتأكد انتفاء النّسب فلا يوجد إشكال، حيث يكون اللّعان موجب للفرقة، وينتفي النّسب عن الزوج باللّعان.

الحالة الثانية: أن تأتي نتيجة التحاليل الطبية نافية للشكوك الزوج في نسب الطفل له، فإذا ما أقدم على إجراء البصمة الوراثية للولد وكانت نتائج تبطل تلك الشكوك سيندم على ما صدر منه من الظّن، وهذا فيه حفظ لحق الولد في الانتساب لأبيه الذي ولد على فراشه، وحفظ الأسرة والمجتمع من تفكك الأسري وما يهدد استقراره.

---

[1] نصر فريد واصل، المرجع السابق، مج3، ص 63.

[2] احمد عبد الجيد حُسيني، مدى مشروعية إثبات النّسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، جامعة طنطا، مصر، 2020م، مج35، ع1، ص 87-88.

فإذا بقي الزوج في شكوكه رغم نتيجة البصمة الوراثية التي تُأكد ثبوت النّسب، وطلب اللّعان فإنّه يتعين على القاضي الحكم بالنّسب منه، ويبقى اللّعان كإجراء للفرقة بين الزوجين، لأنّ اللّعان قد يكون من أجل تهمة المرأة بالزنا، وليس من أجل نفي الولد، فيحق للزوج حينئذ أن يلاعن لهذا الغرض، ويحق للمرأة أن تدفع عن نفسها قذف الزوج بالزنا، فالجمع بين المصلحتين أولى من إهدار إحداهما، فتراعى مصلحة الولد بحفظ نسبه الثابت والذي تأكد بتحليل البصمة، ويراعى مصلحة الزوج الذي قد يكون رأى على زوجته ما يشينه.

والإشكال المطروح هو أنّه لو قدر أنّ القاضي لم يطلب إجراء تحليل الطبية وأجرى اللّعان بينهما ونفي الولد، ثم أجريت هذه التحاليل الطبية بعد اللّعان بنفي الولد، وكانت النتائج تثبت النّسب من الملاعن فما الحكم؟

للإجابة على هذا التساؤل سأتطرق إلى موقف الفقهاء المعاصرين وأدلتهم من هذه المسألة الذين اختلفوا في حكمها بين معارض ومؤيد إلى اتجاهين وقولين فالبعض قال أنّه لا يثبت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان (الفرع الاول) والبعض الآخر اتجه إلى أنّه يثبت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيه باللّعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النّسب لا يثبت بالطرق العلمية

بعد نفيّه باللّعان

النّسب لا يثبت بالطرق العلمية البصمة الوراثية بعد نفيه باللّعان، وهذا ظاهر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وهو قول جماعة من الباحثين والفقهاء المعاصرين[1]، واستدّل القائلون بعدم ثبوت النّسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللّعان بعدة أدلة:

الدليل الأول: أن اللّعان ينفي الولد وهو سبب أقوى من البصمة الوراثية في إثبات نسبه وذلك من وجهين[2] :

الوجه الأول: أنّ البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة، ومع ذلك لم يُثبت بها النبي **S** النّسب مع اللّعان، كما في الحديث:{ أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الآليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء}[3]. فجاءت به على هذه الصفات، فقال النبي **S**: { لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن }[4].

---

[1] منهم الدكتور خليفة الكعبي، المرجع السابق، المرجع السابق،ص 491، والدكتور محمد سعدي حسانين، إثبات النّسب بالوسائل التقنية الطبية الحديثة دراسة شرعية، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، 2014م، ص 18، منشور على الرابط الالكتروني:https://www.k-tb.com/book/figh1064 تاريخ الدخول 2020/06/14م، الساعة 16:58.

[2] عاصم بن منصور ابا حسين، إثبات النّسب بالبصمة الوراثية بعد نفيّه باللّعان دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، الرياض، السعودية،ع21، 2014م، ص 481.

[3] سبق تخريجه، انظر ص115.

[4] سبق تخريجه، انظر ص115.

كما لم يعتبر النبي S الشبه في ولد وليدة زمعة لوجود ما هو أقوى منه وهو الفراش، فإنّه يُعمل بدليل الفراش، ولا يلتفت إلى الشبه بالنصّ والإجماع[1].

الوجه الثاني: أنّ النفي باللّعان نصّ، وإلحاقه بالبصمة الوراثية استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص، وإنّما يستعمل إذا انفرد ولم يوجد النص كما في القياس[2].

ونوقش هذا الدليل من وجهين[3]:

الوجه الأول: بأنّه لا يُسلَّم بأنّ البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة، لأنّ البصمة الوراثية أقوى من القيافة بمراحل.

الوجه الثاني:أنّ اللّعان نص شرعي في ثبوته، لكنه ظنّي فيما يتعلق بنفي النّسب حيث إنّ نسبة صدق النافي أو كذب المثبت متساوية 50%، والبصمة الوراثية قطعيّة في إثباته كما تفيد بذلك التجارب المتكررة، وفيها زيادة علم، والمثبت مقدَّم على النافي[4].

ويناقش استدلالهم بأنه لم يعتبر النبي S الشبه في ولد وليدة زمعة لوجود ما هو أقوى منه وهو الفراش، بأنّ النبي لم يثبت النّسب في الواقعة للزاني وليس لصاحب الفراش، وهنا البصمة الوراثية جاءت مؤيدة لما يقتضيه الفراش من ثبوت الولد[5].

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 132.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 792.

[3] عاصم بن منصور أبا حسين، المرجع السابق، ص 482.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 793.

[5] احمد عبد الجيد حُسيني، المرجع السابق، ص 91.

واستدلالهم بأنّ شهادات الملاعن وأيمانه أقوى من دلالة تحليل البصمة فيه نظر، إذ لو فرض أن قاتلين قتلا رجلا ثم شهدا زورا على ثالث بأنه القاتل، ثم جاءت قرائن البصمة الوراثية تؤكد أنهما هما الجانيان دونه، فلا شّك أن القاضي سوف يترك البيّنة الظاهرة إلى القرائن اليقينية التي تثبت براءة المتهم، وتترك شهادة الشهود وأيمانهم[1].

الدليل الثاني:أنّ اللّعان قائم على الشهادات والأيمان، والحجج الشرعية تقبل العود والإنكار ممن عقدها، فكيف بعدما يتم ذلك اللّعان يقال بإثبات نسبه بالبصمة الوراثية مع أنّ القاعدة هي أنّه لا يُنسب إلى ساكت قول[2].

ونوقش هذا الدليل أنّ الملاعن اجري نفي النّسب باللّعان جريا على الظاهر بدليل أنّه الطريق الوحيد لذلك، وقد قصره على الزوج لتضرره بذلك، وأنّه لا يقدم عليه في الغالب إلاّ مع التحري والحذر، وحينئذ فالأحكام الطبية وإن بُنيت على أصل شرعي فإنّ ذلك مشروط بعدم مخالفة الحسّ أو العقل لذلك فإنّ قول من قال بإلحاق الولد لأكثر من أب يعتبر أمرا مستحيلا[3].

وقد جاء في بداية المجتهد: « أنّ القول بإلحاق الولد لأكثر من أب قول فيه تخليط، وإبطال للمعقول والمنقول»[4]، والبصمة الوراثية لم تثبت النّسب و إنّما أظهرت خطأ ظنّ الملاعن في دعواه أو كذبه فكيف يقال أنه لا يثبت النّسب مع أنّ نتائجه قطعية[5].

---

[1] احمد عبد الجيد حُسيني، المرجع السابق، ص 91-92.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 482-489.

[3] عاصم بن منصور أبا حسين، المرجع السابق، ص 482-483.

[4] أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 359.

[5] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 366.

الدليل الثالث:إنّ المرأة لو ولدت من الزنا وادعاه الزاني، أو ثبت ذلك بالبصمة الوراثية ، فإنّه لا يثبت نسب الولد منه، فكذلك أذا نُفيّ النّسب باللّعان فإنّه لا يثبت بعده[1]. ونوقش الدليل على أنّ هذا القياس مع الفارق حيث أن الأصل المقيس عليه في ثبوت نسب الولد من الزاني[2]، وهنا الاستدلال على ثبوت نسب الولد من صاحب الفراش، فثبوت النّسب بالبصمة هنا موافق للظاهر.

الدليل الرابع: قال أصحاب هذا الرأي كما انه لا يجوز استخدام البصمة للتأكد من النّسب الثابت كذلك لا تستخدم البصمة الوراثية لإثبات النّسب المنفي، والجامع حصول التشكيك المؤدي إلى الفوضى والاضطراب في الأنساب[3]. ونوقش بأنّ الشارع يتشوف إلى إثبات النّسب بأدنى الأسباب، ولذلك في استخدام البصمة الوراثية للتأكد من النّسب الثابت مخالف للمقصد في استخدامها في إثبات النّسب المنفي[4].

الدليل الخامس:إن القول بثبوت النّسب بالبصمة الوراثية يؤدي إلى تبعُض الأحكام وتناقضها، فيفرق بين الملاعن والمرأة وولدها بموجب دليل لعانها القولي الذي ختم باللّعنة والغضب ثم بعد ذلك يُردُ مولودها كرها عليه بدون دليل موجب قوله[5]. ونوقش بإنّ البصمة جُعلت بمرتبة الأدلة فلا مانع من التبعيض هنا، بدليل أنّ الفقهاء صرحوا بإثبات النّسب حال الإقرار مع أنّ فيه تبعيضا للأحكام، والإقرار يفيد الظّن، والبصمة الوراثية تفيد القطع[6].

---

(1) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 488.

(2) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 123، أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المرجع السابق، ج17، ص 154.

(3) علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 364-368.

(4) عاصم ابا حسين، المرجع السابق، ص 484.

(5) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 480-482.

(6) عاصم ابا حسين، المرجع نفسه، ص 483.

الفرع الثاني

يثبت النّسب بالطرق العلمية

بعد نفيّه باللّعان

يثبت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان، وهو ما ذهب إليه الدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية السابق، ودار الإفتاء المصرية في فتواها على القضية 365 لسنة 1995، والمحالة من محكمة شمال القاهرة، و الذي قال: « لا ينبغي إسقاط حق النّسب على الطفل حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين، إلاّ على يقين، لأنّ الأصول أنّ كل من ولد على فراش الزوجية فهو له، ولأنّ الشارع يتشوف إلى إثبات النّسب رعاية وحفاظا على حق الطفل المولود، وانّه إذا جاءت المرأة بالطفل شبيها في الشكل بوالده صاحب الفراش أو اثبت العلم عن طريق الفحوص والتحاليل أنّه ليس هناك ما يمنع من نسب الطفل إلى زوجها، فإنّه يؤخذ بالرأي العلمي في ذلك ولا ينفى نسب الطفل في هذه الحالة »[1].

استدّل أصحاب هذا القول بعدة أدلة:

الدليل الأول: قول النّبيّ **ﷺ**:{ الْوَلَدُ لِلْفِرَاش }[2]؛ فقد جعل النبي**ﷺ**كل جنس الولد لصاحب الفراش، فإذا تُرك هذا الأصل لعارض ثم تبين خلافه لدليل قطعي –كالبصمة الوراثية– أو تكذيب الملاعن نفسه رجعنا إلى الأصل، وهو ثبوت النّسب[3].

---

[1] نصر فريد واصل، المرجع السابق، مج3، ص 90.

[2] سبق تخريجه، انظر ص50.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 485.

ونوقش هذا الدليل على وجهين:

الوجه الأول: بأنّ هذا الأصل انتفى بدليل أقوى منه، وهو نفي الولد باللّعان، المشتمل على اللّعنة والغضب[1].

الوجه الثاني: إنّ البصمة الوراثية تعتبر في النّسب حال وجود عقد النكاح بين الزوجين ووجود الفراش ومتى قد زال النكاح ووجدت الفرقة فلا اعتبار بالبصمة الوراثية[2].

الدليل الثاني: القياس على الإقرار، قالوا: كما أن الزوج لو أقرَّ بالولد بعد اللّعان أو شهد بذلك الشهود، قُبل ذلك شرعاً مع أنها أدلة ظنيّة، فكذلك يقال في البصمة الوراثية التي هي أقطع للكذب والخطأ من الإقرار[3]. ونوقش بأنّه قياس مع الفارق، لأنّه في الإقرار و نحوه تقابل دليل منصوص عليه مع دليل اللّعان المنصوص عليه، فالمقر ثبت رجوعه عما لاعن عليه، فإذا كذب الملاعن نفسه واستلحق الولد رجع النّسب والتعصيب من الأم وعصبتها إليه[4]، وأمّا البصمة الوراثية فهي من القرائن، فلا تعارض الأدلة ويجاب بأنّ القرائن حجّة معمول بها، وقد ترجح على البيّنة[5].

الدليل الثالث: أنّ حفظ النّسب مقصد كلي من مقاصد الشريعة والشارع الحكيم يتشوف إلى إثبات النّسب بأدنى الوسائل، والبصمة الوراثية هنا تتوافق مع مقاصد الشريعة ولا تخالفها، خاصة في زمان كثر فيه الفاسدون وانتشر فيه خراب الذمم واستهان كثير من الناس فيه بالإيمان من الأجل الكيد بالزوجات أو أهليهن أو التنصل من نفقات الأبناء وإلحاق الضرر بهم، ففي إثبات النّسب للمولود على فراشه إقرار للأصل وفيه استقرار المجتمع[6].

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 490.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص 482.

[3] عمر السبيل، المرجع السابق، ص 44.

[4] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 55.

[5] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 493-496.

[6] عبد الجيد حسني، المرجع السابق، ص 94.

ونوقش بأنّ الزوج لم يكذب نفسه في هذه الحال، فكيف ينسب إلى ساكت قول[1]. ويجاب بأنّ أدلة ثبوت النّسب ليست أموراً تعبدية، والبصمة الوراثية لا تقلّ عن الأدلة الأخرى إن لم تتفوق عليها في إفادتها للقطع[2].

الدليل الرابع: إنّ رمْي الزوج لزوجته في اللّعان يقوم على الشّك لا على اليقين، ذلك أنّ قول الزوج متساوي في الصدق والكذب أي بنسبة 50%، بينما دلالة تحليل البصمة الوراثية من قبيل الأدلة قطعية الدلالة، وليس من الفقه أن تترك البيّنة القاطعة التي تصل 99،9% تؤكد كذب الزوج ونأخذ بما هو محتمل الصدق50%، فالقول بعدم ثبوت النّسب فيه مخالفة للحسّ والواقع وشأن الشريعة أعظم قدراً من أن تمكن كثيرا من الفاسدين في زمن خراب الذمم من حلف أيمان كاذبة قد تكون هروبا من المسؤولية أو كيداً لزوجاتهم اللاتي قد لا تملك ما تبرئ به نفسها إلاّ هذه الطريقة إذا ما تنبهت لها بعد إجراء اللّعان[3]، وعلى قول الإمام ابن قيم: « أي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدّين، ليس مخالفة له »[4].

بعد استعراض أراء الفرقين وأدلتهم في نظري الرأي الراجح هو القائل بثبوت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان إذا جاءت نتائج الخبرة الطبية تثبت أن الولد من الزوج، فستدل على توهمه وكذبه في دعواه، ويستحسن على القاضي أن يجري تحليل الخبرة الطبية، سواءً من تلقاء نفسه، أو بناءا على طلب احد الزوجين قبل البدء في إجراءات اللّعان إلى حين التأكد من شرعية الولد.

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 488.

[2] عاصم بن منصور أبا حسين، المرجع السابق، ص 488.

[3] عاصم بن منصور أبا حسين، المرجع نفسه، ص 490.

[4] محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص19.

يقول الدكتور علي محي الدين القره داغي والدكتور علي يوسف المحمدي: « بل في هذه الحالة يّمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللّعان أن يُجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث أذا ظهرت النتيجة انه منهلا ينبغي منه اللّعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن »[1].

وإذا ما أرادت المرأة الملاعنة أن تلجأ إلى الطرق العلمية وذلك بإجراء التحاليل فإنها تمكن من ذلك حيث أن هذا السبب الذي أوجب نفي النّسب إنّما هو الجهل بصدق أحدهما وكذب الآخر قطعاً، فإذا ظهر الكاذب تعين الصادق.

وفي هذا الصدد أفتى الدكتور يوسف القرضاوي قائلا: « أنه من العدل أن يُستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنّها لا تفعل ذلك إلاّ إذا كانت مستيقنة من براءتها، وتطلب اللّجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات ثلاثة أمور:

1- براءة نفسها من التهمة المنسوبة، وهذا أمر يحرص عليه الشارع بألا يُتهم شخص بريء بما ليس فيه.

2- إثبات نسب الولد من أبيه، وهذا حق الولد باعتبار أنّ حفظ الأنساب من الضرورات الخمس.

3- إزاحة الشّك من قلب الزوج بعد أن يثبت له بدليل العلمي القطعي بأنّ الولد الذي اتهمها بنفيه منه، هو ابنه حقا، وبذلك يحلّ اليقين في نفسه محل الشّك »[2].

وبهذا تتحقق مصالح جميع الأطراف مصلحة الولد في ثبوت نسبه ومصلحة الزوجة في صون عرضها ومصلحة الزوج في درء الحدّ عنه.

---

[1] علي محي الدين القره داغي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 355.

[2] يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، ط3، دار القلم، الكويت، 2013م، ج4، ص 901.

المطلب الثالث

الإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد الطرق العلمية

لنفي النّسب بين الشريعة والقانون

إنّ وجود الخبرة الطبية كوسيلة علمية جديدة في مجال النّسب أدى إلى طرح مجموعة من الإشكالات العلمية لم يتعرض لها القانون الجزائري أو المقارن بنص صريح والمتمثلة في تعارض نتائج الخبرة الطبية مع قاعدة الولد للفراش (الفرع الأول) وكذا تعارض نتائجها مع الإقرار بالنّسب (الفرع الثاني) وكذا تأثير الخبرة الطبية على العمل باللعان (الفرع الثالث).

ولذلك سأحاول تسليط الضوء على هذه المسائل من الناحيتين الشرعية والقانونية .

الفرع الأول

تعارض نتائج الخبرة الطبية مع قاعدة الفراش

بين الشريعة والقانون

إذا كان النّسب ثابتا بالفراش سواء كان صحيحا أو فاسدا ونتائج الخبرة الطبية أكّدت عكس ذلك فما يرجح على الآخر؟ أو بمعنى آخر لو أنّ الزوجين ولد لهما على فراشهما ولد ثم تبين بعد الخبرة الطبية انّ الولد يختلف عنهما فبما نحكم؟ هل نحكم بالفراش أم نحكم بقرينة التحليل القوية وننفي عنهما الولد؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية سوف أقف على موقف كل من الشريعة الإسلامية (أولا) وكذا القانون الجزائري والمقارن من ذلك (ثانيا).

أولا-موقف الشريعة الإسلامية: الشريعة المطهرة متشوفة إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ومتشوفة كذلك إلى الستر على الناس وإشاعة الفضيلة بينهم والحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها، فلذلك نحكم باتصال نسب هذا الولد لأبويه اللذان ولد لهما على فراشهما ترجيحا للقرينة الظاهرة وللقاعدة الشرعية التي ثبتت بالحديث الولد للفراش[1]، وتكون قرينة التحليل مع قرينة الفراش بمنزلة مقارنة اضعف الدليلين مع أقواهما فرجحت قرينة الفراش[2].

وعليه عند وجود الفراش لا يمكن لحديث الطرق العلمية أن تدخل سواء في إثبات النّسب أو نفيّه، حيث يغلب النّسب الثابت بالفراش بنص الحديث الشريف والإجماع، فلا ينبغي فتح هذا الباب لأنّه يؤدي إلى نزاعات حسمتها الشريعة الإسلامية من خلال ثبوت النّسب وعدم نفيّه إلاّ باللّعان[3]، والى هذا ذهب الدكتور وهبة الزحيلي[4]، والدكتور ناصر الميمان[5]، والدكتور محي الدين القره داغي[6].

يقول الدكتور وهبة الزحيلي[7]: « ويقدّم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النّسب أو لنفيّه، أمّا الإثبات فيكون بالبيّنة، والاستلحاق أو الإقرار بالنّسب وبالفراش، أي العلاقة الزوجية، وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية و القيافة إلاّ عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى أو عند تعارضها».

---

(1) سبق تخريجه، انظر ص50.

(2) انور محمد دبور، المرجع السابق، ص 96-97.

(3) علي محي الدين القره داغي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 354.

(4) وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة، 22-24 صفر 1423 المرافق لـ05-07 ماي 2002م، مج2، ص 521.

(5) ناصر الميمان، المرجع السابق، مج2، ص 614.

(6) علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 18.

(7) وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، المرجع السابق، مج2، ص 521.

أمّا الدكتور الميمان فقال: « إنّ البصمة الوراثية تقع منزلتها بين مثبتات الأبوة التي اتفق على العمل بها، وبالتالي لا يعمل بها إلاّ عند عدم وجود الفراش أو البيّنة أو الإقرار، فإن وجد شيء من هذه الوسائل فإنّ البصمة الوراثية لا تقوى على معارضته، بل لا ينظر إليها مع وجوده »[1].

والدكتور محي الدين القره داغي قال: « فالقاعدة الأساسية هي أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللّعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النّسب الثابت به »[2].

إلاّ أنّ هناك اتجاها من الفقهاء خالفهم في الرأي والذين يعتبرون أن نتائج الخبرة حقيقة علمية وتعتبر مانعا من قبول الأدلة الظنية بدعوى الفراش إذا تعارضت معه ومنهم الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي والذي اعتبر إنّ ادعاء النّسب بالفراش مردود عليه إذا لم يصدقه الحسّ، كما لو أنّ المرأة أتت بولد في أقل من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به من الزوج صغير غير بالغ، فإن الولد لا ينسب إلى الزوج بالاتفاق ولا عبرة بدليل الفراش. فقد قال: « البصمة الوراثية من حيث كونها دليلا حسيا لتحديد الهوية الشخصية، تعتبر مانعا من قبول الأدلة الظنيّة بدعوى الفراش أو الشهادة أو الإقرار إذا تعارضت معها »[3].

وقال أيضا: « يجب أن نتوسع في ذلك، ونقول إذا أتت –أي المرأة – بولد تخالف بصمته بصمة أبيه فلا يقبل الإلحاق بهذا الفراش، وإلاّ وجب قبول الفراش للزوج الذي يبلغ العاشرة»[4].

---

[1] ناصر الميمان، المرجع السابق، مج2، ص 614.

[2] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 18.

[3] سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 240.

[4] سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع نفسه، ص 241.

وبالتالي إذا تعارضت نتائج البصمة الوراثية مع قاعدة الفراش، فيتم ترجيح نتائج الخبرة الطبية على قاعدة الفراش على أساس أنّ العلاقة مظّنة شرعا وعقلا لاتصال الزوجين وقيام معاشرة جنسية بينهما، وما تقدمه تقنية البصمة الوراثية من دقة الكشف عن حصول هذه العلاقة والتيقن من حقيقة الأبوة يفوق بكثير ما تقدمه الوسائل الظنيّة، فالبصمة الوراثية شاهد حقيقي على الجماع دون أن يكون فيها مشاهدة لعملية الجماع، أو كشف العورة، فكيف لنا أن ندع اليقين ونأخذ بالظن[1].

ثانيا-موقف القانون الجزائري والمقارن: المشرع الجزائري لم ينص صراحة على استخدام الطرق العلمية في نفي النّسب الثابت بالفراش، وان اللّعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النّسب وهذا ما أكّدته اجتهادات المحكمة العليا فقد جاء في احد قراراتها انه: « النّسب الثابت بالفراش لا ينفى إلاّ باللّعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان بطلب من الزوج »[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال القرار المؤرخ في 2015/09/10م: « حيث أنّه بالرجوع إلى وقائع وحيثيات القرار المطعون فيه يتبين أنّ الطاعن تزوج والدة المطعون ضدها خلال شهر جوان 1974م وتم تسجيل هذا الزواج بحكم قضائي صادر بتاريخ 1982/02/23م ليصدر حكم الطلاق بتاريخ 1998/10/19م وبالتالي فان نسب المطعون ضدها ثابت في هذه الحالة بالزواج الصحيح والإقرار و بحكم قضائي.

---

[1] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 352.

[2] م.ع،غ ش.أ.م، قرار مؤرخ في: 2012/12/13م، تحت رقم 828820، م.م.ع،ع1، 2014م،ص 323-326.

وهو بعد ثبوته بهذه الطرق لا يقبل النفي بأي طريق ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك لأنّ ثبوت النّسب بالفراش أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النّسب الثابت بهما فضلا عن الاستعانة لتأكيده أو نفيه لما في ذلك من حق الولد في النّسب، ولما يترتب عن أضرار نفسية واجتماعية بالأفراد والمجتمع مما يجعل الوجهين غير سديدين ويتعين معه رفض الطعن »[1].

كذلك المشرع المغربي لم يتطرق لهاته المسألة بنص صريح، ومن الصعب جدا إيجاد حلّ واضح وحاسم إلاّ أنّ بعض الفقه المغربي[2] ذهب إلى أبعد من ذلك حيث دعا إلى عدم إعمال الأدلة العلمية في ثبوت النّسب ونفيه، وذكر ذلك بمناسبة التعليق على احد قرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بجميع غرفه تحت رقم 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004م القاضي برفض طلب نفي نسب بنت مزدادة بعد الطلاق داخل المدة الشرعية بالرغم من أنّ تحاليل البصمة الوراثية تؤكد أنّها ليست من صلب الزوج المطلق، حيث قال: « الاتجاه الذي سار فيه المجلس الأعلى بمقتضى الحكم الحال هو الذي ينسجم مع أحكام ومبادئ وأسس قانون الأحوال الشخصية الإسلامي، إذ ما دامت وسائل إثبات النّسب محددة فلا داعي لإضافة وسائل أخرى مستحدثة، بدعوى التقدم العلمي أو التطور التكنولوجي ».

ومن ثم حرص المجلس الأعلى على تفسير أحكام مدونة الأسرة بالنسبة لمجال النّسب، بشكل يتم فيه غض الطرف عن الخبرة، واعتبارها وكأنّها غير موجودة[3].

---

[1] م.ع،غ.ش.أ.م، قرار مؤرخ في: 2015/09/10م، تحت رقم 0944691، م.م.ع،ع2، 2015م،ص 166.

[2] احمد زوكاغي، إثبات النّسب وقيمة الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى رقم 658، بتاريخ 30 دجنبر 2004م، ملف جنائي، ع 2003/1/2/2556م، جريدة العلم، ع 20364، لسنة 60، 10 مارس 2006م، ص 6.

[3] احمد زوكاغي، المرجع نفسه، ص 6.

إلاّ أنّ القضاء المغربي حسم في هذه النقطة من خلال نزاع ذي عنصر أجنبي عرض عليه، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار: « لكن حيث إنّ المحكمة المطعون في قرارها قد بنت قضاءها على أنه إذا ولدت الزوجة بعد فراق يثبت نسب الولد إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق مع مراعاة ما ورد في الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية مؤيدة الحكم الابتدائي فيما قضى به معلّلا بأن الحكم الأجنبي المحتج به والذي حكم بأن المدعي عليه ليس أبا للطفلة اعتمادا على دراسة الدم وتحليله إلاّ أنّ ذلك مخالف لمقتضيات الفصل 76 المذكور، كما كان في وسع الزوج الطاعن نفي النّسب عن طريق اللّعان »[1].

إنّ ظهور الطرق العلمية طرحت مسألة التعارض بين قاعدة شرعية واكتشاف علمي حديث ورجّح المجلس الأعلى قرينة الفراش إلاّ أنّ المجلس كان عليه أن يبرز أنّ القضاء الفرنسي لم يتأكد من شرط إدلاء الزوج بدلائل قوية للجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النّسب وهو مسألة جوهرية في القانون المغربي[2].

إلاّ أنّ المجلس الأعلى في طعون لاحقة نشأت في ظلّ قانون الأحوال الشخصية الملغى قرّر أنّ النّسب قد ينفى بالخبرة الطبية طبقا للمادة 153 من م. أ، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 01/18/ 2006م : « إنّ الخبرة القضائية من وسائل الطعن في النّسب إثباتا ونفيّا »[3].

---

(1) محمد الكشبور، البنوة و النّسب، المرجع السابق، ص 243.

(2) محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 60.

(3) محمد الكشبور، البنوة و النّسب، المرجع السابق، ص 212.

المشرع المصري أكد بعدم الاعتداد في دعوى نفي النّسب باستخدام البصمة الوراثية في حال ثبوت العلاقة الزوجية الفراش، وقد تواترت الأحكام القضائية للتأكيد على أنّه لا يجوز نفي النّسب باستخدام البصمة الوراثية في حال ثبوت العلاقة الزوجية وأن يأتي الحمل بعد ستة أشهر من العلاقة الزوجية أو الإنجاب بعد اقل من سنة من تاريخ الطلاق[1]. بالرغم من ان نتيجة الخبرة تؤكد استحالة كون الطفل ابن الزوج.

وهذا ثابت من خلال الدعوى رقم 8 لسنة 2008م التي أقامها الزوج مختصما مطلقته بموجب صحيفة طلب في ختامها الحكم بنفي نسب الطفل م إليه مع ما يترتب على ذلك من محو ما قيد بالسجلات الرسمية وإلزامها المصاريف والأتعاب على سند من القول انه كان زوجا لها وطلقها بتاريخ 2008/01/07م ولم يرزقا بثمة ولد و فوجئ بوجود طفل تنسبه إليه وقيد بشهادة ميلاد دون علمه وهو لا يقر بهذا النّسب لعدم معاشرته لها قبل الطلاق بثلاثة أشهر لاستحكام الخلاف بينهما وطلب عرضه على تحليل الحامض النووي وجاء تقرير الطب الشرعي باستحالة كون الطفل ابن الزوج فقضت محكمة أول درجة بنفي النّسب، فاستأنفت المدعى عليها الحكم فجاء حكم محكمة الاستئناف رقم 10246 لسنة 125 أحوال شخصية يقضي بإلغاء حكم أول درجة بعدم الاعتداد بتقرير الطب الشرعي بشان تحليل الحامض النووي على سند من أقول أنّ تحليل الحامض النووي ونتيجته الصادرة من الطب الشرعي بمثابة تقرير خبير في الدعوى ويجوز للمحكمة عدم الاعتداد بنتيجة تقرير الخبير، خاصة وانه خالف المادة 15 من قانون 25 لسنة 1929م[2].

[1] احمد ابو المجد، المرجع السابق، ص 9-10.

[2] احمد ابو المجد، المرجع نفسه، ص 10.

ونفس الموقف تبناه المشرع الكويتي وهذا ما أكده القضاء وذلك من خلال الطعن رقم 2005/450 م أحوال شخصية جلسة 2006/12/03م: « طرق ثبوت النّسب، الفراش والإقرار والبينة؛ المقصود بالفراش هو الزوجية الصحيحة القائمة عند ابتداء الحمل بالولد، ثبوت النّسب بالفراش سببه عقد زواج صحيح شرطه اقل مدة الحمل ستة أشهر بإجماع وأقصى مدة الحمل سنة، لتسبيب سائغ لرفض دعوى نفي نسب المطعون ضدها إلى الطاعن ورفض طلبه بإحالتها للطب الشرعي لفحص البصمة الوراثية »[1].

الفرع الثاني

تعارض نتائج الخبرة الطبية مع الإقرار

بالنّسب بين الشريعة والقانون

في حالة ما إذا أقر شخص بولد مجهول النّسب مع توفر باقي الشروط الأخرى علما أنّ الإقرار وسيلة إثبات ظنيّة لا تفيد القطع ولا اليقين باعتبار أن المقرّ قد لا يكون صادقا في إقراره، ثم عاد المقِر وطلب نفي النّسب اعتمادا على الطرق العلمية أو ورثته ما هو الحلّ؟ سأحاول الإجابة على هذا الإشكال وذلك بإبراز موقف كل من الشريعة الإسلامية (أولا) وموقف القانون الجزائري والمقارن من هذه المسألة (ثانيا).

[1] المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 471، الرابط الالكتروني: https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107 ، تاريخ الدخول 2020/1/20م، على الساعة 20:00.

أولا–موقف الشريعة الإسلامية:من الناحية الشرعية إنّ الإقرار بالبنوة متى كان صحيحا لا يقبل الرجوع فيه مهما كان الدافع على هذا الرجوع لكون أنّ الشارع متشوف للحوق النّسب إليه[1]، إلاّ أنّ الدكتور وهبة الزحيلي ذكر حالة يمكن فيها للبصمة الوراثية كوسيلة علمية أن تلعب دورا مع الإقرار وهي أن لا يكذّب المُسْتَلْحَق أي المقر له بالنّسب وليس عند المُسْتَلْحِق دليل يثبت به النّسب ولكنه يقطع يقينا ويجزم أنّ هذا ابنه.

ففي هذه الحالة يمكن الاحتكام للبصمة الوراثية لأنّ النّسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبته بأي دليل و نظرا لانعدام الدليل فان البصمة الوراثية تحل محل الدليل[2]، ويشترط في هذه الحالة رضا المُقِر له بإجراء البصمة الوراثية لأنّ الإقرار حجّة على المقرّ فلا يتعداه إلى غيره.

أمّا إذا كان الإقرار مخالفا للحسّ أو العقل ، كمن يقر على نفسه بنسب مجهول النسب، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السن لمخالفته الحسّ والعقل ، يقول الدكتور الهلالي: « مما سبق بيانه يتضح أنّ الفقهاء وضعوا شروطا لقبول الفراش الشرعي وقبول شهادة الشهود، وقبول الإقرارات، ومن أهم تلك الشروط ألاّ تخالف حسّا أو عقلا، والبصمة الوراثية بعد ثبوت حقيقتها العلمية ونجاح إجرائها، تعد في نظري حكما حسيا، لكونها مشاهدة حقيقية يجب ألاّ تعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة الفراش، البينة، والإقرار إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية »[3].

---

[1] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في فقه مذهب الإمام احمد، المرجع السابق، ج4، ص 370.

[2] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، مج3، ص 15.

[3] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 238–239.

ثانيا–موقف القانون الجزائري والمقارن: من الناحية القانونية ليس هناك نص في قانون الأسرة الجزائري أو المقارن يسمح للمقرّ بالتراجع عن إقرار إلاّ أنّ القضاء قد حسم هذه المسألة بموجب مجموعة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا مفادها انه لا يحق للمقِر بالنّسب أو ورثته طلب نفي النّسب أو إبطاله.

فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنّه: « يثبت النّسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقرّ حيال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر ولا يحتمل الإقرار النفيّ، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني وغيره سواء من المقر نفسه أو ورثته بعد وفاته لما ترتب من ذلك من حق الولد في النّسب »[1].

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 2011/05/12م: « فضلا عن أنّه في حالة ثبوت أنّ المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فان ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت، وانّ المقرر شرعا أنّ الإقرار بالبنوة المجرد ليس فيه تحميل النّسب على الغير يثبت به النّسب متى كان إقرار مباشرا فيه تحميل النّسب على النفس، وأنّ الإقرار يعدّ حجة في ثبوت النّسب من المقرّ ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك، وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النّسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديدا ويعرض القرار للنقض »[2].

---

[1] م.ع،غ.ش.أ.م، قرار مؤرخ في 2012/11/14م، ملف رقم 0761943، م.م.ع،ع2، 2013م،ص 284.

[2] م.ع،غ. ش.أ.م، قرار مؤرخ في 2011/05/12م، ملف رقم 617374، م.م.ع، ع1، 2012م،ص 294.

أمّا المشرع المغربي فقد سار على نفس نهج الشريعة الإسلامية، وهذا ما كّرسه المجلس الأعلى إذ يلزم المقرّ بما أقر به من لحوق النّسب إليه، ولا يقبل منه تراجعه في ذلك بدعوى أنّه عقيم و لا يقبل منه طلب إجراء خبرة طبية لإثبات ذلك.

وهذا ما جاء في إحدى قراراته: « إنّ الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق أن أقر ببنوة الابن المذكور سواء بموجب رسم الطلاق أو في معرض جوابه عن الدعوى السابقة والتي كانت المطلوبة قد رفعتها لمطالبته بواجبات نفقة وحضانة الابن المذكور حيث اكتفى بالجواب بعدم الاتفاق على الابن المذكور دون تحفظ ومعلوم فقها وقانونا أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية وإقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الولد بادعاء العقم المكتشف حديثا بزعمه وإنّما لابّد من سلوك مسطرة اللّعان بشروطها الشرعية.

والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النّسب بعلّة الإقرار المشار إليه والذي يعتبر وحده ملزما للطالب وحاسما للنزاع فإنّها تكون قد استبعدت ضمنيا طلب إجراء خبرة لعدم جدواها في مثل هذه النازلة وعلّلت قرارها تعليلا قانونيا »[1].

فالمجلس الأعلى من خلال حيثيات هذا القرار قدّم الإقرار بالنّسب على النفيّ بالطرق العلمية تغليبا لحق الطفل المجهول النّسب، والذي تدعمه قاعدة أنّ الشّرع متشوف للحوق الأنساب، ومع ذلك إذا رأى القاضي أنّ دلائل الراجع عن إقراره قويّة، فانه سيعمل على الاستجابة لطلب المقرّ، ويمكنه الاستناد إلى كون أنّ المشرع المغربي منح الزوج حق نفي نسب ولده الثابت بفراش الزوجية استنادا إلى نتائج تحاليل البصمة الوراثية كلما أدلى بدلائل قوية على ادعائه[2].

---

[1] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 63.

[2] محمد العربي لعبيدي، المرجع نفسه، ص 63-64.

فقد تتواجد المحكمة أمام دلائل قوية تدفعها إلى الاستعانة بالخبرة الطبية، ومن ذلك أن يقرّ شخصان في نفس الوقت بنسب طفل مجهول النّسب وليس هناك ما يرجح جانب احدهما، وان يقرشخص بنسب آخر، ثم يثبت بان زوجته قد جاءت به لأقل من مدة الحمل وتدعي أن الحمل ليس من زوجها، وان يتنازع المقر والمقر له حول الإقرار بحيث يدعيه احدهما وينفيّه الآخر[1].

وقضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 169، لسنة 62 ق، جلسة 1996/04/22 بما يلي: « النّسب في الفقه الحنفي يثبت بالفراش والبينة والإقرار، وأنّ صدور الإقرار بالنّسب مستوفيا شرائطه لا يحتمل النفي بأيّ حال من الأحوال سواء أكان المقرّ صادقا في الواقع أو كاذبا »[2].

نفس الموقف تبناه القضاء الكويتي، وبالرغم من أنّ نتائج الخبرة الطبية أكّدت صحة ادعاء الزوج في نفي النّسب إلاّ أنّ القضاء رفض دعوى النفي بعد إقراره بالنّسب، ومن أبرز القضايا المعروضة عليه القضية رقم 98/697 لسنة 1998م، المحكمة الكلية، دائرة الأحوال الشخصية 25، جلسة 1999/11/24م بالكويت والتي رفضت دعوى الزوج بنفي نسب الولد« م » والبنت «ش» بالرغم من أنّ تقرير البصمة الوراثية استبعد أن يكون الولد« م » والبنت «ش» من نسل المدعي نتيجة تزاوجه مع المدعى عليها، إلاّ أنّ المحكمة لم تلتفت إلى نتائج الخبرة الطبية لمعارضتها لأدلة الشرع وهي الفراش والإقرار حيث جاء في منطوقها : « ولا ينال من ذلك ما انتهت إليه نتيجة الفحوص بان لا يمكن ولادة الأبناء المطلوب نفي نسبهما نتيجة تزاوج المدعي بالمدعية لأنّه لا يقبل من الزوج أن ينفي نسب الولد بعد إقراره بنسبه »[3].

---

[1] محمد الكشبور، البنوة والنّسب، المرجع السابق، ص 218.

[2] احمد المهدي، اشرف شافعي، المرجع السابق، ص 113.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 118.

الفرع الثالث

التنازع بين الخبرة الطبية واللّعان

بين الشريعة والقانون

سبق وان أشرت أنّ اللّعان هو أهّم وسيلة لنفي الحمل أو النّسب عن الزوج، لكن الإشكال المطروح ما هو الحل في حال تعارض الوسيلة الشرعية مع نتائج البصمة الوراثية أو تحليل الدم، وهل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاعنة بين الزوجين أن يعطل اثر اللّعان في نفي النّسب و يأمر بخضوع الأطراف إلى التحاليل الطبية بناءا على طلب الزوج أو الزوجة؟ سوف أسلط الضوء على موقف الشريعة الإسلامية (أولا) وموقف القانون الجزائري والمقارن (ثانيا).

أولا- موقف الشريعة الإسلامية: سبق وان بينت موقف الفقهاء المعاصرين من هذه المسألة فمنهم من يرى بإجراء الخبرة الطبية قبل تمكين الزوج من اللّعان، فإن جاءت نتائجها مؤيدة للزوج مكن من اللّعان، وإن جاءت نتائجها مكذبة له منع منه، وأن يجبر القاضي الزوج العازم على اللّعان على إجراء اختبار البصمة الوراثية، فإذا أظهرت نتيجة الخبرة أنّ الولد ولده لا يمكّنه من اللّعان، وإذا أظهرت عكس ذلك فعليه اللّعان[1]. وهذا رأي سعد الدين مسعد الهلالي[2].

[1] علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، مج3، ص 52.

[2] سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

وبعضهم يقول بالاستجابة لطلب الزوج بشأن اللّعان، ثم يحتكم إلى الخبرة الطبية، فإن جاءت نتائجها مؤيدة لادعاء الزوج انتفى الولد باللّعان، وإن جاءت نتائجها على عكس ذلك لا ينتفي الولد عن الزوج ولو لاعن وإنما يقتصر أثر اللّعان على الفرقة بين الزوجين، تعتبر دليلا تكميلا وهذا رأي نصر فريد واصل مفتي مصر الأسبق[1]، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية.

وأنّه لا تعارض بين استخدام تحاليل البصمة الوراثية وبين اللّعان، فيكون للقاضي أن يجري الملاعنة بين الزوجين دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لطلب إجراء تحاليل البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي للولد أم لا ؟[2]

فإن جاءت نتيجة تحاليل البصمة الوراثية مؤكدة انتفاء النّسب فلا مشكلة، حيث يصبح اللّعان سببا موجبا للفرقة بين الزوجين، وينتفي به الولد عن الزوج، وإن جاءت نتيجة تحاليل البصمة الوراثية تؤكد ثبوت النّسب من الزوج الملاعن، حكم القاضي بلزومه النّسب، دون أن يتعارض مع بقاء اللّعان قائما كسبب للفرقة بين الزوجين، بل ليس هناك ما يمنع من سريان نفس الحكم، حتى ولو كان القاضي قد سبق وقضى بترتيب اللّعان لأثره في نفي النّسب[3].

ثانيا–موقف القانون والقضاء الجزائري والمقارن: المشرع الجزائري لم ينص صراحة في المادة 40 من ق. ا على استخدام الطرق العلمية في نفي النّسب واقتصر ذلك على الإثبات فقط، وإذا تتبعنا مجمل القضايا التي عرضت على القضاء، نجدها متذبذبة من جهة اعتماد اللّعان دون الخبرة العلمية، فالمحكمة العليا تستوجب نفي النّسب بطريق اللّعان فقط.

---

[1] نصر فريد واصل، المرجع السابق، مج3، ص 81 وما يليها.

[2] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 287.

[3] محمد محمد أبو زيد، المرجع نفسه، ص 287.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال القرار المؤرخ في 2012/03/15م: « الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب مقررة لإثباته وليس لنفيه »[1].

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 2019/03/06م أنّه: « الطرق المشروعة المقررة لنفي النّسب من جانب الرجل المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة تتمثل في اللّعان دون غيره، وهو الطريق الشرعي الذي قصدته المادة المذكورة ولا يجوز تقديم الطرق العلمية و منها البصمة الوراثية عليه »[2].

في حين أنّ المشرع المغربي أكدّ على أن كل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في المادة 154 من مدونة الأسرة يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس من أي كان، ما عدا الزوج نفسه الذي يمكنه أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللّعان أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بينه و بين الطفل المعني بشرطين:

-إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

-صدور أمر قضائي بهذه الخبرة[3]، وفي حالة اقتصار الزوج على مطالبة باللّعان يمكن للزوجة أن تطالب بالخبرة السالفة الذكر لإثبات كذبه في إنكار نسب الحمل أو الطفل.

---

[1] م.ع،غ.ش.أ.م، قرار مؤرخ في 2012/03/15م، تحت رقم 690718، م.م.ع،ع2، 2013م، ص268-271.

[2] م. ع،غ. ش أ. م، قرار مؤرخ في 2019/03/06م، تحت رقم 1277359، م. م.ع، ع2، 2019م، ص 76.

[3] محمد الكشبور، البنوة و النّسب، المرجع السابق، ص 213.

ففي هذه الحالة هل يمكن اعتماد الوسيلتين معا لنفي النّسب، فقد أعطى المشرع المغربي للزوج أن يختار إحدى الوسيلتين لنفي النّسب، التي يراها مناسبة مع مراعاة شروط كل منهما، ودون حق التراجع فإن اختار اللّعان أمكن للزوجة اللّجوء إلى الخبرة الطبية، إلاّ أنّ المجلس الأعلى لم يعترض على جمع اللّعان و الخبرة الطبية[1].

بل أقرّ ذلك من خلال القرار الآتي: «الثابت من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة، وأدى يمين اللّعان على ذلك في حين رفضت المطلوبة أداءها رغم توصولها كما رفضت الحضور أثناء أدائه اليمين، ورفضت كذلك الخبرة، والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولودة إليه وتمسك بها.

والمحكمة لما علّلت قرارها بأنّ الخبرة ليست من وسائل نفي النّسب شرعا، في حين أن المادة 153 من مدونة الأسرة النافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه والواجبة التطبيق تنص على أنّ الخبرة القضائية من وسائل الطعن في النّسب إثباتا أو نفيا تكون قد أقامت قضاء على غير أساس»[2].

من خلال حيثيات هذا القرار يتبيّن أنّ المجلس الأعلى سمح بالجمع بين اللّعان والخبرة الطبية، إلا أنّه في حالة تعارض نتائجها ومادامت الخبرة الطبية وسيلة احتياطية ولا يمكن اللّجوء إليها إلاّ بعد توفر شروطها وتخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، في حين أن اللّعان وسيلة شرعية ولا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة عند توفر شروطه وإعمال مسطرته مقدم على الخبرة[3].

---

[1] محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 63-64.

[2] محمد العربي لعبيدي، المرجع نفسه، ص 64.

[3] محمد الكشبور، البنوة و النّسب، المرجع السابق، ص 214.

كذلك القضاء المصري جمع بين الوسيلتين في نفي النّسب اللّعان والطرق العلمية أين تم التفريق بين الزوجين لوقوع اللّعان، وثبوت نسب الطفلة لوالدها الملاعن بناءا على نتائج التحاليل الطبية، من خلال القضية رقم 635 لسنة 1995م وإقرار دار الإفتاء المصرية لذلك، والتي تتمثل وقائعها في الأتي[1]:

بتاريخ 1995/02/25م أودع السيد (ع. ش) عريضة جاء فيها:

-أنّه بتاريخ 1994/02/10م عقد زواج الطالب على المعلن إليها (م)

-إنّ الطالب دخل بالمعلن إليها بتاريخ 1994/10/17م بعد حفل زفاف حضره الأهل والأصدقاء.

-إنّ الطالب يطلب إنكار نسب ما تحمله المدعى عليها وذلك لتأكده ويقينه انه حال دخوله عليها كانت تحمل هذا الذي في أحشائها.

-مثلت المدعى عليها أمام المحكمة وقررت إنّ الطالب دخل بها بتاريخ العقد 1994/02/10م وقدمت نسخة من شهادة ميلاد الطفلة بتاريخ 1995/03/19م.

-بتاريخ 1998/05/11 مَثُل طرفي الدعوى وقامت المحكمة بتوجيه يمين اللّعان إليهما وقاما بتأدية اليمين و إحالة المولودة (ب) للطب الشرعي.

-انتهى رأي الطب الشرعي المحدد في 2001/04/19 إلى أنّ الطفلة تحمل العوامل الوراثية مناصفة بين المدعو (ع. ش) والمدعوة (م).

-وبجلسة 2001/04/30 م قررت المحكمة عرض الدعوى على دار الإفتاء المصرية لبيّان الحكم الشرعي على ضوء تقرير الطب الشرعي ويمين اللّعان.

---

[1] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 157-160.

رأي دار الإفتاء المصرية:

1- يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعن أبدا.

2- أن يثبت نسب الطفلة (ب) .

3- إن الزوجة قد وضعت بعد أكثر من ستة أشهر وقبل مرور السنة، وان إمكانية حدوث الحمل والتلاقي بينهما قائمة من وقت عقد القران.

4- إن التحاليل الطبية أثبتت أنّ الطفلة هي ثمرة زواج، وأنّه لا يوجد ما يمنع من نسبها.

المشرع الكويتي لم ينص على أي نص في حالة تعارض وتضارب بين الوسيلتين الشرعية والعلمية إلا أنّ القضاء حسم المسألة وذلك من خلال الإبقاء على اللّعان كوسيلة لنفي النّسب بالرغم من الاستعانة المتكررة للخبرة الطبية.

فقد عرضت عليه قضية فيه تضارب بين نتائج الخبرة الطبية واللّعان، لزوج أراد نفي نسب ولديه عن طريق اللّعان، وان الزوجة طلبت بإجراء الخبرة الطبية و التي جاءت نتائجها منافية لادعاءاته ومؤكدة أنّ الولدين هما من نسله فتصدى القضاء برفض طلب الزوج الرامي إلى اللّعان وفي المقابل إثبات نسب الولدين.

ويتعلق الأمر بالقضية رقم 190 لسنة 2001م أحوال 2 بمحكمة التمييز، دائرة الأحوال الشخصية والتي انتهت في حكمها الصادر بتاريخ 2002/04/13 إلى رفض الطعن الذي أقامه المدعي ضد زوجته من أجل نفي نسب الولدين « حامد وسارة »، وفي المقابل تأييد الحكم الصادر بإثبات نسب الولدين « حامد وسارة » إلى طاعن[1].

[1] وتتجلى وقائع الدعوى في أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون ضدها يطلب الحكم بملاعنتها تمهيدا للحكم بفسخ عقد الزواج المؤرخ في 12-03-1997م ونفي نسب الولدين « حامد وسارة » لعانا على سند من القول أنه تزوج بالمطعون ضدها في 23-08-1995م و بتاريخ 02-10-1997م إلا في 27-05-1997م بعد أن علم بحملها. أقامت المطعون ضدها دعوى فرعية على الطاعن بطلب إثبات نسب الولدين" حامد وسارة" إليه. ندبت المحكمة الطب الشرعي لتوقيع الكشف الطبي على الطرفين وإجراء تحاليل البصمة الوراثية التي جاء تقريرها مؤكدا و مثبتا بصورة قطعية أن الابن حامد والبنت سارة من نسل المدعى عليه فرعيا من زوجته. حكمت المحكمة برفض الدعوى الأصلية للمدعي، وفي الدعوى الفرعية بإثبات نسب الولدين"حامد وسارة " لوالدهما الطاعن، تمييز رقم 2000/190م، صادر بتاريخ 2002/04/13م، دائرة الأحوال الشخصية، منشور في البوابة الالكترونية الرسمية لدولة الكويت على الرابط الالكتروني: https://www.e.gov.kw/sites/kgoArabic/pages/eServices/LegalPortal/Legal. ، تاريخ الدخول 2021/1/12م على الساعة 21:25.

المبحث الثاني

العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية

في نفي النّسب بين الشريعة والقانون

رغم المكانة التي وصلت إليها الطرق العلمية في شتى المسائل المدنية والجنائية وكذا التكريس القانوني لإمكانية إثبات النّسب ونفيّه بالطرق العلمية وبالبصمة الوراثية خاصة، فإنّ عملية استخدامها أمام القضاء لا يحول دون وجود العقبات والصعوبات و بالاخص القانونية منها التي تصطدم بها وتمنع إجراءها، وذلك لاعتبار أنّ الطرق العلمية من المسائل التي لم يرد بشأنها نص قانوني ينظمها على مستوى العديد التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري.

ومن بين هذه العقبات القانونية التي يمكن للخصم أن يثيرها ويتمسك بها للتهرب من الاختبارات الوراثية والكشف عن الحقيقة إذا كانت هذه الفحوصات تتعارض مع مبدأ حرمة الحياة الخاصة (المطلب الاول) أو مع قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه (المطلب الثاني) أو إذا كان الشخص سيئ النيّة باعتبار أنّ هذا الفحص يتعارض مع مبدأ انتهاك السلامة الجسدية (المطلب الثالث).

لذلك سأحاول دراسة هذه العقبات والتمحّص فيها مع إبراز موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون.

المطلب الأول

مبدأ حرمة الحياة الخاصة بين الشريعة والقانون

يقتضي إجراء الخبرة الطبية لنفي النّسب أو إثباته الحصول على عيّنة من نسيج من سوائل مثل الدم والسائل المنوي من جسم الإنسان، وقد يرفض الخصم الخضوع للتحليل الجيني بحجّة مساسه بالحرية الفردية، واحترام خصوصيته التي تكفلها له المواثيق الدولية، وكذا القوانين الداخلية.

فالحياة الخاصة فكرة مرنة لا حدود لها، تعكس جوانب متعددة لحياة الإنسان، فهي تختلف من مجتمع إلى آخر، وتختلف بحسب العادات والتقاليد السائدة في الجماعة، بل وبحسب الظروف الخاصة بكل شخص من حيث كونه من الأشخاص الذين يتكتمون على خصوصياتهم أو من أولئك الذين يجعلونها كتابا مفتوحا[1].

وبالتالي فإن تطبيق الطرق العلمية في مجال النّسب، خصوصا فحص الحمض النووي، يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد كونها تبحث عن الخصائص الوراثية[2]، من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بالمعلومات الوراثية الخاصة بالزوجين، وتكون ذات طابع شخصي خاص، عند من يرى ذلك[3]، ولكن في الحقيقة إثبات نسب من علاقة شرعية ليس معناه انتهاك حرمة حياة الإنسان، ومصلحة الأب هنا تجعله يُقبل على هذا تحليل، ولا يعارض إخضاع الأب للتحليل قصد تثبيت أبوته من عدمها، مادام الأمر يتعلق بالعلاقة الشرعية، ولا وجود لأي مساس بالحرمة[4].

---

[1] جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص75.

[2] جميل عبد الباقي الصغير، المرجع نفسه، ص75.

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص111.

[4] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 113.

إنّ التقدم العلمي والتطور التكنولوجي أصبح يمسّ حرية الإنسان ويمثل خطرا حقيقيا على كرامته ذلك انه أمكن تعرية هذا الأخير وكشف أسراره حيث تجاوز الأمر مجرد ابتداع العلم لمسائل متطورة لها القدرة على كشف الجوانب النفسية التي يطويها الإنسان في شعوره مع نفسه وكذا ارتياد ماضيه والكشف عنه[1].

والسؤال المطروح إلى أيّ مدى يمكن اعتبار أنّ الطرق العلمية تعتبر تدخلا في حياة الخاصة للفرد؟ وهل أضحى التقدم البيولوجي اليوم يهدد حرية الأفراد وحياتهم الخاصة ؟ سأحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تبيّان موقف كل من الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) و موقف القانون (الفرع الثاني) من هذا المبدأ.

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ

حرمة الحياة الخاصة

إنّ عدم استعمال لفظ الحق في الخصوصية أو الحياة الخاصة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لا يعني أنّه لا يعترف بهذا الحق بل الأمر على خلاف ذلك فان الشريعة الإسلامية قد اعترفت به ابتداءا، من خلال انطوائه تحت مفهوم الحق عموما[2].

---

[1] عبد اللطيف الهميم، احترام الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1 ، دار عمار، عمان، 1425هـ-2004م، ص38.

[2] عبد اللطيف الهميم، المرجع نفسه، ص79-80.

فالشريعة الإسلامية كانت السباقة لحماية هذا الحق، ورغم عدم استعمالها للمصطلح، لأنّهم لم يضطروا للحديث عنه ولم تدفعهم الحاجة إليه لكن مع هذا يوجد الكثير من النصوص في القران الكريم والسنة النبوية التي ترسي دعائم الحق في الخصوصية وان كانت متفرقة في كتب التفسير والفقه[1].

فقد نهى الله تعالى عن التجسس وفضح الأسرار والتجسس لقوله ﴿: ﴿يَٰٓأَيُّهَاٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌۖ وَ لَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًاۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُۚ وَٱتَّقُواْٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ١٢﴾[2]؛ وجه الدلالة إنّ النّهي عن التجسس في الاية الكريمة قد جاء عاما و مطلقا، ويشمل جميع أشكال التجسس و كافة مظاهره، ومنها البحث عن عورات المسلمين و تتبع معايبهم و استكشاف ما ستروه من أسرارهم الطبية أو الصحية و خصوصياتهم الجينية[3].

وكذا لقوله ﴿:﴿يَٰٓأَيُّهَاٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهْلِهَاۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ٢٧ فَإِن لَّمْ تَجِدُواْ فِيهَآ أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْۖ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرْجِعُواْ فَٱرْجِعُواْۖ هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ٢٨﴾[4]؛ وجه الدلالة أنّ الله تعالى نهى عن دخول بيوت الغير دون اذنهم ، وذلك حفاظا على خصوصيات الافراد و حماية أسرارهم داخل بيوتهم، ولا يقتصر المنع من دخول البيوت بل يشمل كل ما يؤدي الى هتك السياج سواء اقتحاماً أو تجسساً و بالنتيجة الى كشف المحجوب[5].

---

[1] عبد اللطيف الهميم، المرجع السابق، ص103-104.

[2] سورة الحجرات، الآية 12

[3] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص412.

[4] سورة النور، الآية 27-28.

[5] محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الاسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص407.

كما حظر التشريع الاسلامي الحكم وفقا للظن والتخمين وذلك حفاظا على حرمة الحياة الخاصة، لقوله ﷻ:﴿... **وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّاۚ إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔاۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمُۢ بِمَا يَفْعَلُونَ ٣٦**﴾[1].

وحرصت ايضا الشريعة الإسلامية على عدم القيام بتتبع احوال الغير بغير علمهم وذلك للحفاظ على خصوصية وحرمة الحياة الخاصة للأفراد لقوله ﷻ:﴿**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا ٣٦**﴾[2].

كما أمرنا الإسلام بالتثبت من الأنباء إذا جاء بها فاسق لقوله ﷻ: ﴿**يَٰٓأَيُّهَاٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ ٦**﴾[3].

أمّا السنة النبوية كرست هذا المبدأ في عدة أحاديث، فقد نهى الرسول ﷺ على التجسس على خصوصية الناس بالتصنت على أحاديثهم، لقوله الرسول ﷺ :{لَا تَجسَّسُوا وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبَاد الله إِخْوَاناً}[4].

---

[1] سورة يونس، الآية 36

[2] سورة اسراء، الآية 36.

[3] سورة الحجرات، الآية 6.

[4] أخرجه أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الادب، باب ما ينهىعن التحاسد و التدابر،ح رقم 6064،ج3، ص528، أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهيقي، المرجع السابق، كتاب الشهادات العصبية، ح 20848، ص135، أخرجه أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، المرجع السابق، كتاب البِر و الصلة و الآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس و التناجش و نحوها، ح رقم 2563، ج4، ص1985.

ونهي الرسول S أيضا عن تتبع العورات فقال:{ يَا مَعْشَرَ مَنْ آمَنَ بِلِسَانِهِ وَلَمْ يَدْخُلِ الإِيْمَانُ قَلْبَهُ، وَلَا تَغْتَابُوا الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ مَنْ اتَّبَعَ عَوْرَاتِهِمْ يَتَّبِعْ اللهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ يَتَّبِعِ اللهُ عَوْرَتَهُ يَفْضَحْهُ فِي بَيْتِهِ}[1].

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أرست الكثير من المبادئ التي تحمي الحق في الخصوصية وتنهى عن التجسس على الأشخاص، ولما كان الحمض النووي بدون شك يمثل الخصوصية الجينية باعتبار المعلومات الوراثية المتولدة عنه هي جزء من الحياة الخاصة للإنسان وعائلته، فإنّه يدخل ضمن هذه الحماية، لذلك فإن كشف مضمونها ومعرفة أسرارها بغير إذن صاحبها يعد انتهاكا لهذه الحرمة[2]. وهذا ما خلص إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة سنة 1998م، حيث جاء في القرار الرابع «لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية، أو التدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية» .

كما جاء في القرار الخامس: « لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجات، أو تشخيص يتعلق بمورثات الإنسان، إلاّ بعد إجراء تقييم دقيق وسابق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعا، مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج، ورعاية لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته»[3].

---

[1] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الآداب، باب في الغيبة، ح رقم4880، ج3، ص274، أخرجه أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المرجع السابق، كتاب البر، باب ما جاء في تعظيم المؤمن،ح رقم 2151، ج4، ص378.

[2] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص101.

[3] قرارات مجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة بتاريخ 11رجب 1419هـ المرافق لـ21 أكتوبر 1998.

وذلك فيما عدا الحالات التي يجب فيها إفشاء الأسرار بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام، و ذلك فيما فيه درء للمفسدة عن المجتمع، وما فيه درء للمفسّدة عن الفرد.

إنّ إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ حرمة الحياة الخاصة ليس على سبيل الإطلاق، فقد ترد عليها بعض الاستثناءات، فمثلا قد أباح الشرع التجسّس لأغراض معينة كحماية المسلمين من أعدائهم وأوجبه وسيلة حربية لإحراز النّصر، كما يجوز التحري والتجّسس على أهل الرّيب لمعرفة إذا دلت القرائن أنّهم سيسفكون أو يسرقون، ولا تخص هذه الاستثناءات نوع معين من أنواع التجسّس وإنّما تمتد إلى جميع صوره وأشكاله بما فيها التجسّس على المعلومات الجينية[1].

فقد ذكر الماوردي في الأحكام السلطانية أنّه :« ليس للمحتسب أن يبحث عما لم يظهر من المحرمات، فإنّ غلب على الظن استسرار قوم بها لإمارات دلت و أثار ظهرت فلذلك ضربان: احدهما أن يكون ذلك فيه انتهاك حرمة يفوت استدراكها، مثل أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا برجل ليقتله... فيجوز له في مثل هذه الحالة أن يتجسّس ويقدم على الكشف والبحث جذرا من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات، والضرب الثاني ما كان دون ذلك في الريبة فلا يجوز التجسّس عليه ولا كشف الأستار عنه »[2].

---

[1] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق، ص185.

[2] أنظر أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، د. ط، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1386هـ، ص252.

فالحرية الشخصية للإنسان مضمونة له في الإسلام ولا تحد هذه الحريات إلا من أحوال استثنائية معروفة لمصلحة عامة، لذلك أجاز الفقهاء المعاصرون إجبار الشخص للخضوع إلى التحليل البيولوجي، إذا اقتضته المصلحة العامة، وعدم جواز إفشاء نتائجه إلاّ بقدر ما تتطلبه الضرورة أو الحاجة الملحة، حماية لأسرار الناس التي هي من مقاصد الشريعة الإسلامية[1].

وهو ما جاءت به ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات المنعقدة بتاريخ 20 شعبان 1407الموافق لـ1987/04/18م بدولة الكويت في توصياتها على أنّه:« تستثنى من وجوب كتمان السرّ حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرورة يفوق إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه، وهذه على ضربين: ا-حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة: ارتكاب أهون الضررين، وقاعدة: تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه، وهذه الحالات نوعان:1-ما فيه درء مفسدة عن المجتمع،2-ما فيه درء مفسدة عن الفرد، ب-حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه من: جلب مصلحة للمجتمع أو درء مفسدة عامة، وهذا ينبغي الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس والعقل والنسل والمال، يضاف إلى ذلك حالات فيها رضا صاحب السر بإفشائه، ويكون ذلك في حدود الإذن لصاحب الحق إسقاطه »[2].

---

[1] علي محي الدين القره داغي، التحليل الجيني من منظور الإسلامي، العلاج الجيني من منظور إسلامي، بحث مقدم لندوة الانعكاسات الدينية للعلاج الجيني، المنعقد في قطر، رجب 1422هـ، ص16.

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص889-890.

الفرع الثاني

موقف القانون من مبدأ

حرمة الحياة الخاصة

اهتمت التشريعات العربية و كذا الدولية بحماية الحق في حرمة الحياة الخاصة من خلال ظهور نصوص مختلفة لهذا الحق ، وأخذت هذه النّصوص في استكمال النضوج تدريجيا وسأحاول أن أقف عليها من خلال تبيّان موقف كل من الاتفاقيات و المواثيق الدولية (أولا) و موقف المشرع الجزائري والمقارن(ثانيا) من هذا المبدأ.

أولا- موقف الاتفاقيات و المواثيق الدولية:

كفلت المنظمات الدولية وعلى رأسها الامم المتحدة الحماية للحق في الحياة الخاصة، فقدأعطى الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948م[1] لهذا المبدأ اهمية بالغة حين نصّ في المادة 12 منه على أنّه:«لا يجوز تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه و سمعته، و لكل شخص الحق في حماية القانون في مثل هذا التدخل أو تلك الحملات».

[1] الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948م، انضمت اليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي1989م، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963م.

واعترفت به أيضا العديد من الاتفاقيات الدولية، منها العهد الدولي للحقوق المدنية والساسية[1] في المادة 17 منه على أنّه:«لا يجوز التدخل بشكل غير قانوني أو تعسفي بالحياة الخاصة لاي شخص أو عائلته أو مراسلاته، وعدم جواز التعرض لشرف و سمعة أي شخص، و يكفل القانون الحماية ضد ما يحدث من تعرض أو تدخل في الحياة الخاصة للأفراد»، و كذلك نصت عليه الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان و حرياته الاساسية[2] في مادتها 8 على أنّه:« لكل شخص الحق في ان تحترم حياته الخاصة و حياته العائلية و مسكنه ومراسلاته، ولا يجوز للسلطة العامة ان تعترض لممارسة هذا الحق الاّ إذا نصّ القانون على هذا التعرض».

كما نظم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بشأن المجين البشري[3]، الصادر عن منظمة اليونسكو التصرف في الجنيوم البشري، إذ نصّ في المادة 2 منه على أنّه:« كل فرد له الحق في احتام كرامته و حقوقه، مهما كانت خصائصه الوراثية، هذه الكرامة تفرض عدم حصر الافراد في خصائصهم الوراثية، واحترام طبعه الفريد و اختلافه».

---

[1] العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية 1966م، انضمت اليه الجزائر بتاريخ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، المؤرخ في 16 ماي 1989م، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 2، المؤرخة في 17 ماي 1989م.

[2] الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان و حرياته الاساسية، المعتمدة من طرف مجلس أوروبا بتاريخ 04 نوفمبر 1950م بروما، المعدلة وفق برتوكول رقم 11 من مجموعة المعاهدات الاوروبية، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30 أيلول 1953م.

[3] منظمة اليونسكو، الإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الانسان، قرار باللّغة العربية، القرار رقم 53 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 29، قرار رقم 29/53، باريس 12 نوفمبر 1997م، والذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 152/53، بتاريخ 09 ديسمبر 1998م، المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 1998م، ص50.

واشترط في المادة 5 منه[1] على الموافقة الصريحة من المعني بالأمر أو من نائبه الشرعي في حالة عدم أهليته للإعراب عن هذا القبول.

وأكدت المادة 7 منه[2] أيضا على ضرورة حماية سرية البيانات الوراثية الخاصة بالشخص في المادة 8 منه[3] على أنّ لكل فرد الحق في احترام كرامته وحقوقه مهما كانت خصائصه الوراثية.

ونظم أيضا الاعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية هذا الحق سنة 2003م[4] إذ أقرّ أنّ البيانات الواثية لها وضعاً خاصاً بسبب طابعا الحساس، فقد نص في المادة 1 منه على ضرورة احترام الكرامة الانسانية و حماية حقوقالانسان و الحريات الاساسية في عمليات جمع و معالجة واستخدام وحفظ البيانات الوراثية البشرية والبيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية والعينات البيولوجية، و ضرورة احترام القانون الدولي لحقوق الانسان.

---

[1] تنص المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الإنسان على ما يلي: « أ- لا يجوز إجراء بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين شخص ما، إلا بعد إجراء تقييم صارم و مسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام التشريعات الوطنية في هذه الشأن .
ب- ينبغي في كل الأحوال التماس القبول المسبق والحر والواعي من الشخص المعني. في حالة عدم أهليته للإعراب عن هذا القبول، وجب الحصول على القبول أو الإذن وفقا للقانون مع الحرص على المصلحة العليا للشخص المعني...».

[2] تنص المادة 7 من الإعلان العلمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على ما يلي: « ينبغي وفقا للشروط التي يحددها القانون حماية سرية البيانات الوراثية الخاصة بالشخص يمكن تحديد هويته، والمحفوظة أو المعالجة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر ».

[3] تنص المادة 8 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على ما يلي: « كل فرد له الحق في احترام كرامته وحقوقه مهما كانت خصائصه الوراثية، هذه الكرامة تفرض عدم حصر الأفراد في خصائصهم الوراثية واحترام طبعه الفريد واختلافه ».

[4] منظمة اليونسكو، الاعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، قرار باللّغة العربية، القرار رقم 15 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 32 قرار رقم 32/15، الفترة ما بين 29 سبتمبر-17 اكتوبر 2003م،المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 2004م، ص46.

ونصت المادة 8 منه على أنّه ينبغي الحصول على قبول مسبق و حرّ وواع و صريح، وبدون اغراء بمكسب مالي أو باي مكسب شخص اخرمن اجل جمع البيانات، وفي المادة 12 منه عدم جمع العينات البيولوجية من جثث الموتى أو أجسام الاحياء الاّ وفقا للقانون الداخلي المتفق مع مبادئ القانون الدولي لحقوق الانسان، ونصت المادة 14 منه ينبغي أن تسعى الدول الى حماية حرمة الحياة الشخصية وسريّة البيانات الوراثية البشرية المنسوبة الى شخص يمكن تحديد هويته، مع عدم افشاء البيانات الوراثية البشرية و البيانات التعلقة بالبروتينات البشرية و العينات البيولوجية المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، أو إتاحة الاطلاع عليها لأطراف ثالثة الاّ لسبب هام يتعلق بالمصلحة العامة أو الحالات التي ينص عليها حصرا القانون الداخلي.

ونصّ أيضا على أنّه ينبغي على المسؤولين معالجة البيانات الوراثية البشرية و البيانات المتعلقة بالبروتينات و العينات البيولوجية و اتخاد التدابير اللازمة لضمان دقو وموثوقية و جودة و أمن هذه البيانات و توخي الدقة و الحذر و الامانة و النزاهة في معالجتها و تفسيرها نظرا لمتظمناتها الاخلاقية والقانونية والاجتماعية من خلال المادة 15 منه.

وكذلك الاعلان العالمي لاخلاقيات البيولوجيا و حقوق الانسان لسنة 2005م[1] تضمن الحق في الحياة من خلال مجموعة من المواد أهمّها المادة 3 منه و التي نص على أنّه:« ينبغي تغليب مصالح الفرد و سلامة حاله على مصلحة العلم و المجتمع»، و في المادة 6 على ضرورة اشتراط قبول الشخص قبل أي تدخل طبي، وله أن يسحب قبوله في أي وقت شاء.

[1] منظمة اليونسكو، الاعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا و حقوق الانسان، قرار باللّغة العربية، القرار رقم 15 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 33 قرار رقم 33/15، في الفترة ما بين 3-21 اكتوبر 2005م، المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 2005م، ص80.

أمّا المادة 9 منه فنصت على أنّه:« ينبغي احترام حرمة الحياة الخاصة المعنين و سريّة المعلومات الشخصية المتعلقة بهم، و ينبغي الحرص الى أقصى حد ممكن على ألاّ تستخدم هذه المعلومات أو تفشى لأغراض التي جمعت من أجلها، أو التي قبل بها بما يتفق مع القوانين الدولية لاسيما القانون الدولي لحقوق الانسان».

يتبيّن ممّا سبق، اتفاق النصوص جميعا أنّ اللّجوء إلى الفحص الجيني ينبغي أن يكون بعيدا عن التدخل في الحياة الخاصة للأفراد، أو خصوصياتهم الجينية، وكشف المعلومات المتعلقة بأسرارهم المرضية أو الصحية، وهو أصل له استثناء بشروط :

-أن يسمح بإجراء هذا الفحص من جهة قضائية مختصة.

-توفر الرضا المستنير الحر لذوي الشأن مقدما.

-توفر الضرورة الطبية .

ثانيا- موقف المشرع الجزائري و المقارن:

لقد أولى المشرع للحق في الخصوصية اهمية بالغة و ذلك بالاعتراف به في كل الدساتير المتعاقبة بداية من دستور 1963م[1] والذي نصّ عليه في المادة 14 منه أنّه: «لا يجوز الاعتداء على حرمة المسكن و يضمن حفظ سرّ المراسلة لجميع المواطنين»، وكذا دستور 1976م[2] في مادته 49:«لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه، و القانون يصونهما، سريّة المراسلات بكل أشكالها مضمونة».

[1] الدستور الجزائري لسنة 1963م، المؤرخ في 10 سبتمبر 1963م.

[2] الدستور الجزائري لسنة 1976م، الصادر بمقتضى الامر رقم 76-97، المورخ في 22 نوفمبر 1976م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976م.

ودستور 1989م [1] المادة منه 37 أنّه: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، ويحميهما القانون، سريّة المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة »، ودستور 1996م[2] المادة 39 منه أنّه:« لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه، ويحميهما القانون، سريّة المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة »، وكذا دستور 2016م[3] من خلال المادة 46 منه: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، ويحميهما القانون، سريّة المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة، ولا يجوز بأي شكل من شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلّل من السلطة القضائية ويعاقب القانون على انتهاك حماية الاشخاص الطبيعين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق اساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاك».

إلى غاية دستور 2020م[4] و الذي تضمن نفس المعنى في مادته 47 التي تنص على مايلي: «لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه، لكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت، لا مساس بالحقوق المذكورة بالفقرتين الاولى و الثانية الاّ بأمر معلّل من السلطة القضائية ، حماية الاشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي، يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق».

---

[1] الدستور الجزائري لسنة 1989م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 89-18،المؤرخ في 28 فبراير 1989م، المنشور في الجريدو الرسمية العدد 09، المؤرخة 01 مارس 1989م.

[2] الدستور الجزائري لسنة 1996م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-438،المؤرخ في07 ديسمبر 1996م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 76، المؤرخة 08 ديسمبر 1996م

[3] الدستور الجزائري لسنة 2016م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-16،المؤرخ في 16 مارس 2016م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016م.

[4] الدستور الجزائري لسنة 2020م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 20-251، المؤرخ في 15 سبتمبر 2020م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 54، المؤرخة في 16 سبتمبر 2020م.

يتضح من هذه النصوص أنّ الدستور في الجزائر نصّ على الحق في الخصوصية واعتبره من حقوق الإنسان، ومن ثم كفل حمايته بواسطة السلطة القضائية.

كذلك أحاط المشرع مراحل اخذ العينات البيولوجية و البصمات الوراثية بضمانات و هي احترام كرامة و حرمة حياتهم الخاصة و ذلك بمقتضى أحكام قانون 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية و التعرف على الاشخاص[1] من خلال نص المادة 4 منه و التي تنص على أنّه:" يجوز لضباط الشرطة القضائية، في اطار تحرياتهم طلب اخذ عينات بيولوجية واجراء التحليل البصمة الوراثية بعد الحصول على اذن مسبق من السلطة القضائية المختصة"، وأنّه لا يجري التحليل الاّ على المناطق الغير المشفرة دون المنطقة التي تحدد الجنس المادة 7 منه[2].

ونص في المادة 17 منه[3] على معاقبة كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية التي تحصل عليها لغير الاعراض النصوص عليها في أحكامه، أو يُفشي بالمعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية من خلال المادة 18 منه[4].

---

[1] قانون 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية و التعرف على الاشخاص، المرجع السابق.

[2] تنص المادة 7 من قانون 03/16 على أنّه:« تجرى التحاليل الوراثية على العيّنات البيولوجية من قبل المخابر و الخبراء المعتمدين طبقا للتشريع و التنظيم المعمول به، ولا يجري التحليل الوراثي الاّ على المنطق غير مشفرة من الحمض النووى، دون المنطقة المسؤولة عم تحديد الجنس».

[3] تنص المادة 17 من قانون 03/16 على أنّه: « يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات و بغرامة من 30.000دج الى 100.000دج كل من يستعمل العيّنات البيولوجية او البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الاغراض النصوص عليها في أحكامه»

[4] تنص المادة 18 من قانون 03/16 على أنّه:« يعاقب بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات و بغرامة من 60.000دج الى 300.000دج ، كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية».

وقد أُدرجت المعلومات العائلية ضمن المعلومات والبيانات الشخصية التي تستوجب الحماية، حيث نصت المادة 6 من الأمر رقم 65-297 المتضمن تحديد مدة وكيفيات إجراء الإحصاء العام للسكان في مجموع التراب الوطني على أنّ: « المعلومات الخاصة بالأفراد الواردة في أوراق الأسئلة المتعلقة بالإحصاء والتي تمس حياتهم العائلية وبصفة عامة الأعمال والمعلومات الخاصة بهم لا يجوز أبدا للمصالح التي تتلقاها أن تطلع الغير عليها »[1].

وبما أنّ الحق في حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الشخصية للإنسان، هذه الحقوق التي ترتبط بكيان الشخص وأدميته وإذا ما تم إهدارها تنعدم صفته الإنسانية، ومما لا شكّ فيه أنّ اعتبار الحق في الحياة الخاصة حقا شخصيا، فإنّ هذا يؤدي إلى أن يصبح هذا الحق احد مقومات الأساسية اللازمة كي يعيش الإنسان في سكينة وأمان، ولهذا فقد صاغ ضمانات عديدة بغية حماية هذا الحق.

وعلى نفس الاتجاه صار المشرع المغربي حيث نص الدستور المغربي لسنة 1996م[2] من خلال الفصل 10منه على ما يلي:« المنزل لا تنتهك حرمته ولا تفتيش ولا تحقيق إلا طبق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون »، وأنّه: «لا تنتهك سريّة المراسلات » الفصل 11 منه، وإنّ حرمة المنزل مستمدة من حرمة أصحابه، والمراسلات أيضا من الأمور الخاصة بالفرد والمنفصلة عن الذات.

---

[1] محمد بن حيدة، حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016م-2017م، ص102

[2] دستور المملكة المغربية لسنة 1996م، الصادر بتنفيذ نصها لظهير الشريف رقم 1-96-157 المؤرخ في 23 جمادى الأولى1417هـ الموافق لـ07 أكتوبر1996م.

وكذلك الدستور المصري[1] أعطى حرمة الحياة الشخصية أقصى درجات الحماية وهو الاعتراف صراحة بالحق في الحياة الخاصة كحق مستقل وبهذا ارتفع هذا الحق إلى مصاف الحقوق الدستورية التي لا يجوز المساس بها سواءً من الدولة أو الأفراد.

فقد نصت المادة43 على أنّه:« يمنع إجراء أية تجربة طبية أو عملية على جسم الانسان بغير رضاه الحر»، كما نصت المادة 1/45 منه: « لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون »، وكذلك بان جعل الاعتداء عليها من الجرائم التي لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية بشأنها بالتقادم نظرا لأنها تمثل جوهر حقوق الإنسان[2].

وأكّدت المحكمة الدستورية المصرية العليا في قرارها المؤرخ في 1995/03/18م إلى أنّ الحق في الزواج والحقوق المتفرعة عنه لم ينظمها الدستور لأنّها مندرجة ضمن الحق في الحياة الخاصة باعتباره مكملا للحرية الشخصية[3].

أوضحت المحكمة الدستورية في الكويت أنّ الدستور الكويتي قد كفل في المادة 30 حق المواطن في حريته الشخصية بما يقتضيه ذلك في صون كرامته والحفاظ على معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها بعد امتهانها وانتهاك أسراره فيها، إعمالا لحقه في احترام حياته الخاصة بما يقف معه الحق في الخصوصية قلعة يحتمي فيها الفرد ضد تعكير صفو حياته

---

[1] الدستور المصري لسنة 1971م، الصادر بتاريخ 12 يوليو 191 منشور بالجريدة الرسمية العدد 36 مكرر (ا)، مؤرخة في 22 رجب 1391 الموافق لـ12 سبتمبر 1971م

[2] تنص المادة 57 من دستور المصري لسنة 1971م: « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين و غيرها من الحقوق و الحريات العامة التي يكفلها الدستور و القانون جريمة لا تسقط الدعوى الجبائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء ».

[3] محمد بن حيدة ، المرجع السابق، ص103.

الخاصة، ومرد ذلك أنّ كل مل يتعلق بالحياة الخاصة للإنسان هو جزء من كيانه المعنوي، فلا يجوز لأحد أن يناله أو ينشر عنه شيئا إلاّ بإذنه الصريح أو وفقا للقانون[1].

إلاّ أنّه و في الكويت وبعد طرح قانون 2015/78م اتجه رأي واسع إلى أنّ القانون بالصيغة التي صدر بها يقيّد حرية الإنسان وينتهك خصوصيته، ويتعارض مع الدستور، وينتهك المواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان، ولفت إلى أنّه ليس مقبولا أن تكون الكويت الدولة الوحيد المطبقة لهذا القانون، الذي يهدف إلى كشف خصوصية الإنسان وانتهاك أسرارهم وتعريضهم للابتزاز، إلى جانب التفكك الاجتماعي[2].

وفي الأخير تظهر اعتراضات الأساسية على المساس بحرمة الحياة الخاصة في كون الفحص الجيني يفتح مجال للبحث عن الخصائص الوراثية، وهذا الاعتراض مستمد من فكرة مفادها أنّ معرفة تكوين خصائص الحمض النووي للفرد يكشف الاستعداد الوراثي له، وبالتالي يكشف عن الاستعداد الإجرامي للمتهم، فالاعتراض يتجلى في أن يمدّ الغير بمعلومات أكثر من المعلومات التي يحتاجها للتحقق من العينات المفحوصة للمقارنة[3].

في كل الأحوال الحق في حرمة الحياة الخاصة ليس حقا مطلقا بل يجوز المساس به و دون موافقة الشخص المعني و دون رضاه الحر وهذا ما سيقودنا الى صعوبة أخرى تتمثل في اجبار الشخص على تقديم دليل ضده نفسه و هذا ما سأوضحه في المطلب الموالي.

---

[1] بدر خالد الخليفة، المرجع السابق، ص64.

[2] بدر خالد الخليفة، المرجع نفسه، ص64.

[3] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق، ص175.

المطلب الثاني

مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم

دليل ضد نفسه بين الشريعة و القانون

تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه على أساس تصور معين للخصومة، وهو أنّها شبيهة بمعركة يدافع فيها كل خصم عن مصالحه دون أن ينتظر معاونة الطرف الأخر بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيده في ادعاءاته، ومن هنا يتحدد موقف احد الأفراد الذي يوصف بالسلبية، والطرف الواقع عليه عبء الإثبات يخسر دعواه إذا عجز عن دفع الدليل[1].

أغلب التشريعات في العالم اعتمدت مبدأ عاما مفاده عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ تعتبر أنّ أخذ العتاد من اجل فحص الحمض النّووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على أن يشهد ضد نفسه أو إكراهه على الاعتراف بخطئه.

كما اشترطت المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري الصادر سنة1997م[2]، على ضرورة وجود الموافقة المسبقة والرضا الحرّ والمستنير للشخص محل التدخل الجيني، و عليه فإن الأخذ بالطرق العلمية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، إذ أنّها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ عينة أو أنسجة وخلايا من جسمه لإثبات البنوة أو نفيها، والذي يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه، الأمر الذي يجعله باطلا إجرائيا[3].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص861.

[2] الاعلان العالمي بشأن المجين البشري 1997م، المرجع السابق.

[3] محمد محمد أبوزيد، المرجع السابق، ص299-300.

وهنا يثار التساؤل عن ماهو موقف الشريعة الاسلامية من مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه؟ (الفرع الاول) والى أيّ مدى يمكن إجبار الشخص للخضوع للفحوص الطبية للتحقق من صحة النّسب أو نفيه (الفرع الثاني) وفي حالة رفض الخصم للخضوع للفحوص الطبية ما موقف القانون ؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ عدم

جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

منعت الشريعة الإسلامية إجبار الشخص على الإقرار بجرمه، أو بإكراهه على الإعتراف أو تقديم دليل ضد نفسه، وأبطلت الدليل الناتج عن ذلك وبهذا قالت المالكية[1]، الحنفية[2] والحنابلة[3]. واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والأثر.

فمن الكتاب قوله ﷻ: ﴿...إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ١٠٦﴾[4]. وجه الدلالة أنّ الله تعالى لما وضع الكفر عمن التلفظ به حال الاكراه أسقط عنه أحكامه كذلك سقط ما دون الكفر لأنّ الاعظم إذا سقط، سقط ما دونه بطريق أولى[5].

---

(1) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 314

(2) أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ج24، ص 70

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 170

(4) سورة النحل: الآية 106

(5) محمد بن إسماعيل الامير الصنعاني،المرجع السابق، ص 177.

ومن السنة قول الرسول s في حجة الوداع:« { إِنَ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ وَأَعْرَاضِكُمْ –وَأَبْشَارِكُمْ[1]– عَلَيْكُمْ حَرَام }[2].

الحديث الشريف نصّ على حرمة الابشار وهي ظاهر الجلد، وهي مصدر من مصادر التحليل الجيني و تقاس على سائر المصادر مثل الشعر و الاظافر فلا يجوز أخذ جزء بيولوجي من جسم الانسان كرها عنه.

أمّا الدليل من الأثر ما روي عن عمر بن الخطاب f قال: «لَيْسَ الرَجُلُ بِأَمِينِ عَلَى نَفْسِهِ إِذَا أَجَعْتَهُ أَوْ أَوْثَقْتَهُ أَوْ ضَرَبْتَهُ»[3]. أي أنّ ارادة الشخص تنتفى بالاكراه.

إلاّ هناك جانب من الفقهاء المعاصرين أجازوا اجبار الشخص لأخذ عينة بيولوجية من جسمه بهدف الاثبات المدني إذا كان متصلا بالمصلحة العامة [4]، أو يغلب حق الله سبحانه و تعالى و ذلك اعمالا بالقاعدة الفقهية تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، لأنّ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة و يعزز ذلك حق التقاضي في الاجبار على ما يقتضيه الاثبات مادام هناك مبرر راجح من ظروف الدعوى و ملابساتها[5].

---

[1] البَشَرَةٌ و البَشَرُ: ظاهر جلد الانسان.وبَشَرَةُ الارض ما ظهر من نباتها والبَشَرُ: الخلق، ومباشرة المرأة ملامستها، و بَاشَرَ الامر تولاه ببشرته و هي يده، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المرجع السابق، ص29.

[2] أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الفتن، باب قول النبي s:«لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض»، ح رقم 7078، ج4، ص262.

[3] أخرجه أبو بكر احمد بن حسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب الخلع و الطلاق، باب ما يكون اكراها، ح رقم 15107، ج7، ص588.، أخرجه أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المرجع السابق، كتاب العقول ، باب الاعتراف بعقوبةٍ، ح رقم 19841، ج8، ص279.

[4] علي محي الدين القره داغي، التحليل الجيني من منظور الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص16، محمد بدر المنياوي، التحليل الجيني بين الشريعة و القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة، جامعة الامارات العربية المتحدة،22–24 صفر 1423هـ المرافق لـ05–07 ماي 2002م، مج2، ص806.

[5] محمد بدر المنياوي، المرجع نفسه، مج2، ص807

الفرع الثاني

ما مدى إمكانية إجبار الشخص

على إجراء الفحوصات الطبية

هل يمكن لشخص الذي بحوزته حكم بتعيين خبير مختص لتحليل الحمض النووي، أن يجبر المعنيين بهذا الحكم من آباء أو أمهات أن يذهبوا الى المخبر العلمي لإجراء تلك التحليلات؟ خاصة إذا علمنا أنّ تطبيق هذا الطريق العلمي يصطدم بمبدأ حرمة الحياة الخاصة والسلامة الجسدية، وكذا عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

قد أُثيرت مسألة إجبار الشخص على اخذ جزء من جسده وإجراء الفحوصات الطبية عليها اختلاف الرأي القانوني بشأنها بين مؤيد ورافض[1]:

الرأي الأول: وبه قالت محكمة ليل الفرنسية سنة 1947م، وذلك بخصوص منازعة بين زوجين حول بنوة ابن لهما، فقد طلب الزوج إحالة الأمر إلى خبير لفحص عينة من دم الأم ودمه ودم الطفل للتحقق من نسبة الطفل إليه، إلاّ أنّ الزوجة رفضت الطلب المذكور، معللة ذلك بمخالفة لمقتضى الحرية الشخصية وحرمة الجسد، إلا أن المحكمة أمرت بإجراء الفحص المطلوب، وبررت حكمها بالاعتبارات التالية[2]:

1-إن تطور العلوم الطبية، قد أثبتت تنوع دم الإنسان إلى فصائل ومجموعات متعددة، لكل منها خصائص محددة، و بالتالي أصبح من الممكن القطع بانتفاء علاقة النبوة بين شخصين معينين.

---

[1] عبد الرحمن الرفاعي، المرجع السابق،385-386.

[2] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق، ص175.

2-إنّ للقاضي الحق في أن يستخدم من الوسائل ما يراه مناسبا لإظهار الحقيقة وتحقيق العدالة، ومنها الاختبارات الطبية، التي لا تدانيها وسيلة أخرى من حيث قوة الإثبات، وإن كان هذا الفحص يظل في إطار الإثبات غير المباشر، لأنّه يقدم قرائن يترك تقديرها لسلطة القاضي، كما أنّه لا يجوز للمدعى عليه أن يعترض أو أن يعرقل هذه المهمة، خصوصا أنّ مثل هذه الأمور تتعلق بالنظام العام.

3-إنّ أخذ جزء من الدم من الشخص لتحليله لغرض الإثبات، يعتبر أمراً بسيطا لا خطورة فيه، إذا ما قورن بعمليات أخرى يأذن القضاء في إجرائها؛ وإلى هذا جنحت أيضا اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان التي فقررت «أنّ وجوب الخضوع لأخذ العينات الدموية في إطار دعوى خاصة بإثبات النّسب، يعتبر ضرورياً ومناسبا لضعف مساسه بالنزاهة التي يمثلها أخذ عينة من الدم»[1].

كما أن البعض ممن لم يجيزوا إجبار الشخص على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية، دعوا إلى تجريم ومعاقبة الرفض في حد ذاته، على أساس أن هذه العقوبة، قد تحث الشخص على التعاون والمثول لاختبار، في إطار التعاون مع السلطات القضائية[2].

الرأي الثاني: والذي تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه، على أساس تصور معين للخصومة، وهو أن كل طرف فيها 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 يخسر الدعوى، في حين يكسبها الطرف الآخر[3].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص865.

[2] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص91.

[3] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 298.

وأنّ طلب المدعي إخضاع المدعي عليه لاختبارات البصمة الوراثية إعفاء لنفسه من إثبات الواقعة التي كان يجب عليه تقديم ما يثبتها، حيث أنّ على المدعى أن يقيم الدليل على واقعة البنوة أو الأبوة أو الأمومة ولا يكفي مجرد إعفاء نفسه من إثبات هذه الواقعة وإلقاء عبء إثباتها على الطرف الأخر[1]، كما تمنع أغلبية التشريعات، إكراه أحد الأطراف على الخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أيّة اختبارات علمية أخرى، وذلك استنادا على مبدأ حرمة الجسد البشري، ولذلك لا يستطيع القاضي أن يفرض على الشخص الخضوع لهذه الخبرة ويرغمه على ذلك [2].

إنّ ما سبق الإشارة إليه يتعلق برفض تحليل الدم الذي يتطلب أخذ عينة من دم المعني مباشرة باستخدام الوسائل المخبرية اللازمة لاستخراج الدم من جسده، أمّا تحليل الجينات الوراثية فلا يتطلب التدخل على جسد المدعي أو المدعي عليه، فيكفي أخذ عينة من اللّعاب، أو شعرة من الرأس أو الجسد، أو جزء من بعض بقايا الأظافر.

ومن ثم يتضح أنّ التقنية الخاصة بتحليل الحمض النووي أبطلت الحجة التي كانت سارية في الماضي، وهي عدم جواز المساس بحرمة الجسد الإنساني، فكل هذا أمر غير مثار في هذه الحالة، مما يبرر استنتاج حقائق قد تكون في غير صالح الشخص الرافض لهذا الإجراء، وإن كانت قرينة رفض الخضوع للخبرة الطبية تحتاج الى قرائن أخرى لاتخاذ القرار النهائي في الموضوع، ولكن بصفة عامة للقاضي أن يستنتج من الرفض دليلا على التخوف والخشية من الوصول لحقيقة يحاول الرافض إخفاءها[3].

---

[1] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص90.

[2] حيدر كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص90.

[3] أمال علال برزوق ، المرجع السابق، ص390-391.

الفرع الثالث

موقف القانون من امتناع الخصم

عن إجراء الفحوصات الطبية

نظرا للدور الذي تلعبه الطرق العلمية في إثبات صحّة النّسب ونفيه قد تواجهها صعوبات تتمثل في محاولة الخصم للإفلات من إجراء الفحوصات الطبية كدليل لنفي النسل، بادعائه أن إجراء الفحص يتعارض مع اللّعان أو أنّه يتعارض مع الشريعة الإسلامية[1]، ففي فقه القانون الوضعي، فإنه بالرغم، من أنّ حق الإنسان في السلامة الجسدية، هو حق فردي إلاّ أن المجتمع هو حق ارتفاق على ذات الجسد، كما أن الإجبار على فحص المحتوى الوراثي، لا يقتضي في الواقع، مساسا ضارا بالجسد[2].

وأمام هذا الإشكالية القانونية التي مفادها امتناع الخصم ما هو موقف القانوني الذي يجب على القاضي اتخاذه تجاه رفض الشخص المعني أن يجري الفحوص الطبية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية لابد من تسليط الضوء على موقف القانون الجزائري (أولا) والتشريعات المقارنة (ثانيا) من هذه المسألة، خصوصا وانّ جانب من الفقه ذهب إلى أنّ رفض الخضوع للفحوصات الطبية يشكل قرينة قوية على صحة الواقعة المراد إثباتها، وبرر ذلك انّه ليس هناك سبب يدعو الشخص إلى رفض الاختبارات لاسيما فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية في قضايا البنوة والأبوة والأمومة.

---

[1] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص94.

[2] كريمة مغات، اثبات النّسب بالبصمة الوراثية بين الحق في السلامة الجسدية والحياة الخاصة، بحث منشور على الرابط الالكتروني: http://www.marocdroit.com تاريخ الدخول2020/03/05، الساعة 11:30.

أولا-موقف المشرع الجزائري:المشرع الجزائري جرم رفض الشخص للخضوع لتحليل البصمة الوراثية و عاقب رفضه للمثول لإختبارالبصمة بموجب نص المادة 16 من قانون 03/16 التي تنص على أنّه: « يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات و غرامة من 30.000دج الى 100.000دج كل شخص مشار اليه في الفقرات 1 و2 و4 و5 يرفض الخضوع لتحاليل البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية».

وقد أجاز للقاضي اللّجوء إلى استخدام الطرق العلمية في النّسب، فالقاضي قد خول له القانون كامل السلطة في الاستعانة بالطرق العلمية من اجل إظهار الحقيقة سواء بإثباته أو بنفيه[1]. لكن و بالرجوع لتعداد الاشخاص المشار اليهم في الفقرات السابقة في المادة 16 من قانون 03/16 لم يتم ذكر مجال النّسب، و الحال كان يجب على المشرع الجزائري تعداد النزاع في النّسب و معاقبة الزوج الذي يمتنع عن اجراء تحليل البصمة الوراثية، أو يعاقب رفضه و يعتبره قرينة ضده كما ذهبت اليه بعض التشريعات.

---

[1] حكمت محكمة باب الوادي حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية بتعيين خبير، بمخبر الشرطة العلمية بشاطوناف، في تحليل الحمض النووي DNA للقيام بالمهام التالية:

- إجراء التحاليل الضرورية على المدعي ... وعلى الطفلة ...،
- القول هل هذه الطفلة ابنة المدعي أم لا ؟
- على الخبير إعداد تقريره.

مجلس قضاء الجزائر، محكمة باب الوادي، غ.أ. ش، قضية رقم 06/2311، 2006/12/11. فكان تقرير الشرطة العلمية على النحو التالي:

Les différentes étapes de nos investigations biologiques ont donné les résultats suivants :

- Il existe une compatibilité entre le profil génétique du nommé ...à et le profil génétique de l'enfant ...
- Le calcul de l'indice paternité du nommé ... vis-à-vis de l'enfant ... est de 99,999999%.
- La paternité du nommé ... vis-à-vis de l'enfant ... est donc pratiquement prouvée.

Sous direction de la police scientifique et technique. Laboratoire de Biologie légale DNA. Rapport d'expertise DNA N° 31/07, 18/03/2007, p.08.

والقول أنّ إخضاع الرجل إلى تحاليل من شأنها أن يخلق دليل ضد نفسه لا ينطبق على موضوع النّسب لانّ الرجل من مصلحته أن يعرف إذا كان الطفل ابنا له أم لا، وأنّ خطورة وحساسية الموضوع كونه يتعلق بالنّسب وما ينجر عليه من أثار، وبالتالي فان الخبرة تنفعه أكثر مما تضره، وحتى إن كان الرجل مدعى عليه.[1]

وإذا كان القاضي الجزائري لا يمكنه، في قضايا النّسب إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي DNA إذا رفضه، فإنه يستحسن أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار نصوص ردعية على الأشخاص الرافضين لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء أو غرامات مالية، خاصة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بنسب الطفل، وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف، ولا سيما حق الطفل في معرفة والديه.

ثانيا–موقف القانون المقارن: المشرع المغربي حسب اطلاعي لم ينص على أحكام أو قوانين في حالة رفض الشخص لاجراء التحليل إلاّ أنّ العمل القضائي المغربي قد ذهب إلى اعتبار رفض الشخص الخضوع لإجراء تحليل البصمة الوراثية قرينة ضد المعني بالأمر.كما جاء في العديد من الأحكام والقرارات القضائية من بينها قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، تحت رقم 1184، بتاريخ 2006/05/29م، في الملف رقم 04/809:«وحيث إن المدعى عليه، توصل بواسطة نائبه باستدعائين، من أجل أداء أتعاب الخبرة الأول والثاني غير أنه لم يفعل، رغم انصرام الأجل المضروب له، مما يعتبر معه ذلك، بمثابة إقرار ضمني من طرفه، بثبوت نسب الابن إليه، وبكونه ازداد من صلبه وعلى فراشه»[2].

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص113–114.

[2] كريمة مغات، المرجع السابق، بحث منشور على الرابط الالكتروني: http://www.marocdroit.com تاريخ الدخول 2020/04/15م ، الساعة 14:30.

«وحيث استجابت المحكمة لطلب الخبرة الجينية، التي طلبتها المستأنفة للتحقق من انتساب الولد إلى المستأنف عليه، لكنها لم تودع أتعابها المكلفة بها رغم إشعارها بذاك، فيكون امتناعها عن أداء هذه الأتعاب قرينة فورية تعضد جانب المستأنف عليه، وتجسد عدم جدية منازعتها في انتساب الولد للمستأنف عليه مما يقتضي رد دفوعها المثارة بهذا الشأن »[1].

أمّا في مصر الأصل أنّه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضده نفسه وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه: « من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه»[2].

إذا كانت القاعدة هي أنّه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، إلاّ أنّه أجيز للخصم استثناءا ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 20 من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 التي تجيز لأحد الخصوم أن يطلب من المحكمة إلزام الخصم الأخر بتقديم ما لديه من أوراق منتجة في الدعوى فإنها تتناول حالات استثنائية، في مجال التنازع على الحقوق المدنية أو التجارية، وهي تتلخص في ثلاثة حالات[3]:

الأولى: إذا كان القانون يجيز مطالبة من بيده الورقة بتقديمها أو بتسليمها للمحكمة، فإنّ المحكمة تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الوثائق المتعلقة بالخصومة.

الثانية: في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين من يطلب تقديمها وبين خصمه مثل الورقة المحررة لمصلحة الطرفين من نسخة واحدة واحتفظ بها أحدهما، أو عقد معاوضة ملزم للطرفين حرر من نسخة واحدة.

---

[1] كريمة مغات، المرجع السابق، بحث منشور على الرابط الالكتروني: http://www.marocdroit.com تاريخ الدخول 2020/03/05م، الساعة 11:30.

[2] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق، ص205.

[3] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع نفسه، ص207-208.

الثالثة: عندما تكون الورقة التي استند عليها الخصم تحت يده في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويتصل بهذا الحكم أن الخصم إذا قدم محررا للاستدلال به في الدعوى، فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه، إلاّ بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تُحفظ صور منه في ملف الدعوى ويِشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل.

يلاحظ أنّ هذه الحالات وردت على سبيل الحصر، وإن للمحكمة السلطة التقديرية في إجابة أو رفض إلزام الخصم أو الغير على تقديم ما لديه من أوراق منتجة في الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها أنه: « لا يجوز إلزام الإنسان بتقديم دليل ضد نفسه عن طريق الاعتداء على حريته الشخصية و تطبيقاً لذلك يكون من غير المقبول طلب إجراء الكشف الطبي على أنثى كرهاً عنها رغبة في إثبات حالتها الجنسية، بعد أن صرحت بامتناعها عن إجراء الكشف، لأن هذا العمل فضلاً عمّا فيه من إهدار لآدميتها، فإنه اعتداء شاذ تأباه الكرامة الإنسانية و يتنافى مع الحرية الشخصية، وقضت بأن سحب بعض المليمترات أو السنتيمترات من الشخص الخصم في الدعوى، سواء كان الأب أو الأم في دعوى النّسب، يقتضي التدخل على الجسد ولو بعملية بسيطة»[1].

[1] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 389.

أمّا التشريع الكويتي فقد فرض قانون البصمة الوراثية [1] واجبا على الاشخاص المكلفين بهذا القانون اجراء الفحص النووي من خلال مقتضيات المادة 11 منه[2]، و بالتالي لا يحق للاشخاص الخاضعين لاحكام هذا القانون الامتناع عن اعطاء العينة لاجراء الفحص و ذلك متى طلب منهم و خلال الموعد المحدد لكل منهم طبقا للمادة 4 منه[3]، و في حالة رفضهم تطبق عليهم أحكام المادة 8 منه[4]، و إذا لم يطلب منهم إعطاء العينة من قبل الجهات الخاصة فلا يكون الشخص مرتكبا لجريمة الامتناع.

ويظهر مما سبق انه بالرغم من إمكانية التحجج بمبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه بالنظر إلى هذه المستجدات الطبية، فإنه حتى يستجاب لهذه التطورات يجب أن تشمل حركة التعديل عددا من القوانين، وهي بدورها ستوفر حماية للطرفين المُنكر للنّسب الذي يحتج بهذا المبدأ، والطفل مجهول النّسب.

---

[1] القانون رقم 2015/78، المتعلق بشأن البصمة الوراثية الكويت، المرجع السابق.

[2] تنص المادة 11 من قانون 2015/78 المتعلق بشأن البصمة الوراثية الكويت على أنّه: « تسري احكام هذا القانون على جميع المواطنين و المقيمين و الزائرين و كل من دخل الاراضي الكويتية على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية».

[3] تنص المادة 4 من قانون 2015/78 المتعلق بشأن البصمة الوراثية الكويت: «لا يجوز للاشخاص الخاضعين لاحكام هذا القانون الامتناع عن اعطاء العينة اللازمة لاجراء الفحص متى طلب منهم و خلال الموعد المحدد لكل منهم».

[4] تنص المادة 8 من قانون 2015/78 المتعلق بشأن البصمة الوراثية الكويت: « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة و غرامة لا تزيد عن عشرة الاف دينار أو باحدى هاتين العقوبتين ، كل من امتنع عمدا و دون عذر مقبول عن اعطاء العينة الحيوية الخاصة به، او بمن له عليهم ولاية او وصاية او قوامة».

ولكون للنّسب أهمية بالغة في الدول الإسلامية و اللّجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النّسب أو نفيّه لا يمكن أن يكون إلا بعد استنفاذ جميع الطرق الشرعية وعندما نكون مضطرين إلى الطرق العلمية، إنما نكون في إطار البحث عن إثبات نسب من علاقة شرعية تربط المرأة والرجل وهو الزواج [1]، وبالتالي لا يعمل بهذا المبدأ في موضوع النّسب، فمن مصلحة الرجل أن يعرف إن كان الولد ابنا له أو لا، لخطورة موضوع النّسب وما ينجز عليه من آثار، فخضوعه للطرق العلمية منفعة أكثر منه مضره.

والواقع انّ حق الطفل في النّسب، وبأن يكون له أب وأم معروفا بهما من أهم الحقوق، ومن هنا يتجّه الفكر القانوني المعاصر نحو الاهتمام بهذا الحق، وقد أقّرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل، الموقعة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م[2]، على أنّ للطفل الحق في معرفة أبويه قدر الإمكان، وحماية نسبه وضمان إلحاقه لأبيه الحقيقي

وعليه يمكن القول أنّ القاعدة العامة التي لا تجيز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، ترد عليها استثناءات بهدف تحقيق العدالة الاجتماعية، والحفاظ على الصالح العام، ذلك أن الأضرار التي يسببها المجرمون لا يمكن بحال من الأحوال مقارنتها بالضرر البسيط الذي قد تسببه وخز إبرة، خصوصا إذا ألأمر يتعلق بمسألة النّسب لأنّها يترتب عليها أثار مهمة تتعلق بالنظام العام.

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص112.

[2] الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م، صادقت عليها الجزائر بموجب الرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992م، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992م.

وإذا كان المشرع يعطي الحق للخصم في أن يجبر خصمه لتقديم دليل ضد نفسه من أجل اظهار الحقيقة فهذا يؤدي بنا الى صعوبة أخرى تتمثل في السلامة الجسدية و هذا ما سأتطرق اليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثالث

مبدأ انتهاك السلامة الجسدية

بين الشريعة والقانون

يُعرف الفقه القانوني الحق في السلامة الجسدية بأنّها: « مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظلّ جسمه مؤديا لوظائفه على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يتحرر من الآلام البدنية »[1]، وبالتالي يستوجب مبدأ معصومية الجسد حظر أو منع كل عمل أو فعل من شأنه المساس بجسم الإنسان، فيحظر بذلك كل مساس بالجسد أو بعضو من أعضائه، فجسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء، وكل مساس بجسم الإنسان يعتبر كأصل عام من قبيل التعدي غير المشروع الذي يوجب قيام المسؤولية القانونية[2].

و إنّ استخدام نتائج تحليل الطرق العلمية يتطلب اجراء التحليل على الدم أو الحيوانات المنوية أو الشعر، فعملية اقتطاع جزء من جسم الإنسان هو عمل من الاعمال التي لها تأثير مباشر على جسم الإنسان مما يعدّ مساساً بالسلامة الجسدية للشخص والتي يحميّها القانون.

---

[1] حسام الدين الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، د. ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1978م، ص 410.

[2] سه ركول مصطفى احمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النّسب دراسة تحليلية مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرنمجيات، مصر، 2010م، ص207.

كأصل عام فإنه لا يجوز المساس بالحق في السلامة الجسدية، لكن استثناء يجوز الخروج عن هاته القاعدة إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، أو مصلحة الخاصة، أو تعارض حق المتهم مع حقوق أخرى تتصل بقيم على مستوى عال من الأهمية، لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد كمسألة النّسب، و يجب في هذا الخروج عن هذا المبدأ مراعاة جملة من الضوابط ولعلّ أهمها[1]:

- ✓ إذا اقتضته ضرورة القاضية.
- ✓ إذا كان النزاع مما يصح فيه الاستدلال بالوسائل العلمية.
- ✓ إذا لم تعارض القضاء أو الاستدلال بالدليل العلمي مع دليل أقوى أو دليل ثبتت حجيته بالنص.
- ✓ الحفاظ على سريّة المعلومات التي يكشفها الفحص الوراثي والتي لا يتعلق بها النزاع.
- ✓ أن يكون اللّجوء لفحص الوراثي لدفع ضرر أكبر من ضرر المساس بالحق في السلامة الجسدية.

ولذلك سأتناول في هذا المطلب موقف كل من الشريعة الإسلامية حيّال هذا المبدأ (الفرع الأول) وكذا موقف القانون (الفرع الثاني).

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 876.

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ

انتهاك السّلامة الجسدية

فقهاء الشريعة لم يضعوا تعريفا خاص للحق في سلامة الجسم إلاّ أنّهم اقرّوا بمضمونه باعتباره من الحقوق العامة الثابتة شرعا، التي منحها الله تعالى لعباده، وهو ما يقتضي حماية هذا الحق ومنع التعدي عليه' وأن الحق في السلامة الجسدية من الحقوق المشتركة بين العبد وربه وحق الله هو الغالب.

يقول الشاطبي: «إنّ إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد، لا من حقوق العباد، وكون ذلك لم يجعل إلى اختيارهم هو الدليل على ذلك، فإذا أكمل الله تعالى على عبدٍ حياته وجسمه وعقله الذي به يحصله له ما طلب به من القيام بما كلف به، فلا يصح للعبد إسقاطه»[1].

وبالتالي فإنّ إسقاط الإنسان لحقه فيما لو اجتمع فيه حقه وحق الله تعالى مشروط بعدم إسقاط حق الله سبحانه، فقد تفضل الله تعالى على عباده فجعل ما هة حق لهم لا ينتقل الملك فيه إلاّ برضاهمن ولا يصح الإبراء منه إلا باسقاطهم كما أن ما هو حق الله تعالى لا يتمكن العبد من اسقاطه والإبراء منه، بل ذلك يرجع إلى صاحب الشرع، فكل واحد من الحقين موكول لمن هو منسوب إلبه ثبوتاً واسقاطاً[2].

---

[1] أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص 102.

[2] محمد بدر المنياوي، المرجع السابق، مج2، ص 803.

وأكد ذلك وهبه الزحيلي حين قال: « ومثاله أيضا صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع »[1].

فلقد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان، ورعت حرمة جسده بمنع الاعتداء عليه أو على أي جزء منه[2]، وقد دّل على ذلك قوله ﷻ: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ... ٧٠﴾[3]. يقول القرطبي: «كرمنا تضعيف كرم أي جعلنا لهمشرفا وفضلا، وهذا هوكرم نفي النقصان لا كرم المال وهذه الكرامة يدخل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة »[4]، وذلك استنادا أيضا إلى أنّ الحق في سلامة الجسد هو حق مشترك بين العبد وربه[5].

وكذلك قوله ﷻ:﴿...وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ٢٩ ﴾[6]، وجه الدلالة أنّ المحافظة على النفس من الضروريات الخمس، لاعتبار أن جسم الآدمي يجتمع فيه حقان حق الله وحق العبد، فلا يجوز التعدي على هذا الجسم حتى من صاحب الجسد نفسه، لتعلق حق الله به[7].

وكذلك كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى المساس بسلامة الإنسان كأخذ عينة من خلية من جسمه لإجراء التحاليل البيولوجية والأضرار بتكامل بنيانه وكيانه الإنساني[8].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 15.

[2] تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها دراسة فقهية مقارنة، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 2011م، ص259.

[3] سورة الإسراء،الآية 70.

[4] أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبوبكر القرطبي، المرجع السابق، ج10، ص 293.

[5] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب دراسة مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر ودار شتات للنشر، الإمارات، 2016م، ص141.

[6] سورة النساء، الآية 29.

[7] تمام اللودعمي، المرجع السابق،ص260.

[8] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق،ص142.

لم يكتف الإسلام بالمحافظة على النفس وتكريمها في حياتها بل يكرمها حتى الممات، فإيذاء المؤمن في موته كإيذائه في حياته، حيث ثبت أنّ الرسول s نهى عن كسر عظم الميت، فقد ورد في حديث السيدة عائشة g أنّ الرسول s قال:{كَسْرُ عَظْمِ المَيِتِ كَكَسْرِهِ حَيّاً}[1].

ولقد اتجه جانب آخر من الفقهاء المعاصرين إلى القول أنّه: « إذا كان الأصل في الشريعة الإسلامية عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلاّ أنّه يجوز استثناءا الخروج عن هذا الأصل، واللّجوء إلى اخذ عينة بيولوجية من جسم الإنسان إذا كان الأمر متعلقا بالمصلحة العامة خاصة أنّ هذه الاختبارات تقدم دليلا على نفي النّسب أو إثباته بطريقة لا تقبل الشّك »[2].

وأجازوا الاستعانة بوسائل الطب الحديث لتحقيق مصلحة اجتماعية معتبرة ولو ترتب على ذلك مساس بسلامة جسد احد الأطراف، فمصلحة العدالة في كشف عن الحقيقة تفوق مصلحة الشخص في سلامة جسمه خاصة إذا كانت تلك الإجراءات لا يترتب عليها مخاطر جسيمة[3]. ولا شّك أنّ حق الطفل في النّسب وأن يكون له أب وأم، من أهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية وهو أقوى من حق الأبوين فيه[4]، ولهذا فإن حقه في هذا لا يسقط باتفاق الزوجين على إسقاطه[5].

---

[1] أخرجه سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، المرجع السابق، كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم، هل يتنكب ذلك المكان؟، ح رقم3207، ج2، ص421.

[2] علي محي الدين القره داغي، المرجع السابق، ص16.

[3] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص380.

[4] عبد الرحمن احمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص380.

[5] أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص246.

وهذا ما أقرّه مجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في فترة من 21-1422/10/26هـ الموافق ل 5-2001/01/10م، حيث جاء في قراره السابع الذي أجاز فيه استخدام البصمة الوراثية في التحقيقات الجنائية ما يلي: «...لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص وذلك يحقق العدالة والأمن الاجتماعي، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة »[1].

الفرع الثاني

موقف القانون من مبدأ

انتهاك السّلامة الجسدية

يُعدّ مبدأ الحق بالسّلامة الجسدية من الحقوق المدنية العامة التي تثبت للإنسان صفته الإنسانية التي تولد معه وتظل لصيقة به، لذا فقد أشارت إليه أغلب التشريعات وأكّدت على ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة كحقه في سلامة صحته وجسده وصيانته من أي اعتداء يصدر من الغير[2].

ولذلك سأقف في هذا الفرع على موقف كل منالاتفاقيات و المواثيق الدولية (أولا) وموقف القانون الجزائري والمقارن (ثانيا) من مبدأ انتهاك السلامة الجسدية.

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2003م، ع16، ص293-294.

[2] أوان الفيضي، الحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب، المرجع السابق، ص147-148.

أولا–موقف الاتفاقيات و المواثيق الدولية: يعتبر الحق في السلامة الجسدية حقا مطلقا تحميه المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الانسان1948م[1]، فقد نصّ على هذا المبدأ المادة 1 منه على: « حظر الفحص الكامل لشخص المجرم، سواءً أكان بالغا أم قاصرا عن طريق أي وسيلة بيولوجية معروفة في العلم المعاصر، في وقت إجراء الفحص »، كما نصت المادة في المادة 6 على أنّه:« لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية و لا يجوز القبض عليه او اعتقاله بشكل تعسفي كما لا يجوز حرمان اي انسان من حريته الا بناء على أسباب على وفق الاجراءات التي ينص عليها القانون».

وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م [2] فقد نص في مادته 7 على أنّه: «لا يجوز اخضاع أحد للتعذيب و لا للمعاملة القاسية أو اللانسانية أو الحاطة لاكرامة، وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو عملية على أحد دون رضاه الحر»، و بالتالي فإنّ استخدام الطرق العلمية التي تتطلب فحص عينات من الجسد البشري، يعد مساسا بجسم الإنسان خاصة إن تم ذلك عن طريق الإكراه.

وأكدت على هذا الحق الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان لسنة1950م[3]، من خلال نص المادة 3 على أنّه: «لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب و لا للمعاملة اللانسانية او العقوبة المهنية الحاطة للكرامة». وعلى ذلك فإن إلزام شخص بالخضوع للتحليل البيولوجي لإثبات النّسب أو نفيّه يعدّ مسّاس بحق الإنسان في الحفاظ على أسراره وخصوصياته كما أنه يعتبر تدخلا ومساساً بسلامته الجسدية.

---

[1] الإعلان العالمي لحقوق الانسان1948م، المرجع السابق.

[2] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م، المرجع السابق.

[3] الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان و حرياته الاساسية 1950م، المرجع السابق.

ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا بل ترد عليه استثناءات، فإذا توافرت هذه الاستثناءات خرج الفعل من دائرة التعدي ودخل دائرة الإباحة على الرغم من المساس بسلامة الجسدية للشخص.

ثانيا–موقف القانون الجزائري و المقارن: وقد أتجه المشرع الجزائري إلى حماية الفرد من كل الاتفاقات والعقود التي تتضمن الاعتداء على التكامل الجسدي لشخصه احتراما لمبدأ حرمة الجسد سواء كان الإنسان حيا أو ميتا[1].

وأكد ذلك الدساتير الجزائرية المتعاقبة بداية من دستور 1963م في المادة 10 منه[2]، ودستور 1976م من خلال المادة 71[3]، وكذا دستور 1989م في مادته 33[4]. و كذلك أكد دستور 1996م على احترام هذا الحق في المادة 39 منه[5]، ودستور 2016م الذي تطرق أيضا لهذه المسألة من خلال المادة 40 منه على أنّه:« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان، و يحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة، المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهنية يقمعها القانون ».

---

[1] محمد بن حيدة، المرجع السابق، ص150.

[2] نصت المادة 10 من دستور 1963م على أنّه:« إنّ الأهداف الاساسية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية هي: الدفاع عن الحرية والاحترام لكرامة الكائن البشري، إدانة التعذيب و كل مساس مادي أو معنوي لمامل الكيان الادمي».

[3] تنص المادة 71 من دستور 1976م على أنّه:« يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل مساس بالسلامة البدنية للانسان».

[4] تنص المادة 33 من دستور 1989م على أنّه: « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان و يحظر أي عنف بدني أو معنوي».

[5] تنص المادة 10 من دستور 1963م على أنّه: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة».

كما رتب الجزاء جراء الاخلال بمقضيات المادة سالفة الذكر من خلال نص المادة 41 منه على أنّه: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمسّ سلامة الانسان البدنية و المعنوية»، الى غاية الدستور الحالي 2020م الذي تضمن نفس المعنى في مادته 39[1].

ولكن استثناءا يمكن الخروج على هذا المبدأ عدم المساس بسلامة الجسد، عند موافقة السلطات المختصة و ذلك للحصول على حقيقة تفيد القضاء بغية تحقيق المصلحة العامة و تقديما لمصلحة الجماعة على حق الفرد، و إعمالا كذلك لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[2].

في المغرب يرى بعض القانونين[3]أن أخذ عينة من الشخص من أجل إجراء تحاليل البصمة الوراثية لا يتعدى ألم وخز إبرة، لكن الأمر ليس بمثل تلك البساطة، حتى ولو تم الاعتماد في تحاليل البصمة الوراثية على بعض مخلفات الجسم كاللّعاب، حيث لا يمس الجسم بأدنى خدش ولكن الأمر قد يؤدي إلى الحصول على معلومات وراثية ذات طابع شخصي[4].

---

[1] تنص المادة 39 من دستور 2020م على أنّه:«تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان، و يحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة، المعاملة القاسية أو اللإنسانية أو المهنية و الاتجار بالبشر».

[2] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص874.

[3]حسنين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، د. ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005م، ص 77.

[4] جميل عبد الباقي، المرجع السابق، ص75

غير أن رفض الخصم الخضوع للخبرة الطبية بناء على تشبثه بمبدأ حرمة الجسد يصطدم مع حق الطفل في النّسب، والتصور هنا ينصرف إلى الحالة التي ترفع فيها الأم دعوى إثبات نسب ولدها، فحق الطفل في النّسب ومعرفة إلى من ينتمي في هذا الوجود تكفله له المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، حيث جاء في المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م[1] التي تنص على أنهّ: « ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما ». وكذلك نصت المادة 54 من مدونة الأسرة على أنه:« للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:...3-النّسب والحضانة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة».

أمّا في التشريع المصري فقد نص الدستور في المادة 43 منه على الحق في سلامة الجسد على انه: « لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو عملية على أي إنسان بغير رضاه الحرّ »، وأشير إلى هذا المبدأ أيضا في القانون المصري النافذ رقم 113 لسنة 1949م المعدل في المادة 51 التي نصت على انه: « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ».كما أنّ القضاء المصري أيضا اعتبر رفض الخضوع لإجراء التحليل الجيني في النّسب قرينة ضد المعني بالأمر[2].

[1] الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م، المرجع السابق.

[2] حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق،ص96.

حيث أصدرت محكمة الاستئناف المصرية حكما، بإلحاق نسب طفلة بفنان مشهور والعجيب أن الحكم الذي أصدره القاضي ارتبط في أذهان المصريين انه نتيجة الاعتماد على التحاليل الجينية، وهو أمر لم يكن صحيحا، حيث أنّ الأب رفض الخضوع للإجراءات التحاليل، وهذا الرفض تعامل معه القاضي على انه قرينة ضد الأب.[1]

وفي الأخير إن إجبار الشخص على إجراء الخبرة الطبية قد يصطدم مع مبدأ حرمة الجسد البشري، إذا كان موضوع الخبرة يقتضي إجراء تحليل فصائل الدم، على اعتبار أن ذلك يتم عن طريق الاستعانة بوسائل مخبرية لاستخراج الدم من الجسد، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للبصمة الوراثية التي يكفي إجراؤها مجرد أخذ عينة صغيرة من اللّعاب أو الشعر أو الأظافر أو الجلد... إلخ، والتي لا يمكن أن تشكل أي خطر على الشخص، وهو ما لا يتعارض مع مبدأ عدم جواز المساس بالجسد البشري، علما أنه من دون هذه الفرضية فإنه يجوز للقاضي أن يستخلص من الرفض دليلا على التخوف من كشف الحقيقة التي يحاول الطرف الرافض إخفاءها[2].

---

[1] كريمة مغات، المرجع السابق، بحث منشور على الرابط الالكتروني: http://www.marocdroit.com تاريخ الدخول2020/03/05م، الساعة 11:30.

[2] عبد الرحمن الرفاعي، المرجع السابق، ص389.

وعليه يصعب التسليم بوجاهة الحجة، الخاصة بحرمة الجسد، وعدم جواز المساس به، فلا شّك أنّ هذه الاعتبارات تتطلب إعادة النظر، في الدلالة التقليدية لمبدأ حرمة الجسد، والحدّ من جبروتها، وطغيانها على سير العدالة ومقتضياتها الطبيعة، والمنطقية، والواقع أنّ هذا مابدأ الفقه الحديث، في النظر إليه بعين الاعتبار، خصوصا في حالة قابلية الخلايا الصالحة للفحص للانفصال الطبيعي عن الشخص المعني دون أي مساس بجسده فيمكن حينئذ فحص هذه الخلايا دون مراعاة لمعارضة الشخص المعني؛ بينما لا يزال التوجه الداعي، إلى ضرورة الحفاظ الدائم على الحرية الفردية قائما ويرى أن ذلك إن لم يتضمن مساسا بحرمة الجسد ماديا فهو يتضمن مساسا بحرمته المعنوية، وهما ما لا يكمن فصلهما دائما.


الخاتمة

فللّه وحده الحمد الحسن و الثناء الجميل و الشكر الجزيل لما امتن عليّ من فضل و توفيق في اعداد هذا البحث و ظهر على هذا الوجه، و الذي توصلت فيه الى مجموعة من النتائج والتوصيات المقترحة و هي على النحو الآتي:

النتائج:

1- إنّ أصول التّشريع عند جميع الأئمّة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنّه ابن زنا متى أمكن حمله على أنّه ابن شبهة، فإذا توفّر للقاضي تسعة و تسعون حيثية على أنّه ابن زنا، وتوفرت له حيثية واحدة على أنّه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحيثية وطرح ما عداها ترجيحا للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد و احتياطيا للأعراض لأنّ الاصل فيها السلامة و الصفاء.

2- إذا ثبت النّسب بالطرق الشرعية الفراش-الإقرار-شهادة الشهود، فإنّه لا يجوز نفيّه الاّ بطريق واحد وهو اللّعان، لأنّ الشارع يحتاط للأنساب.

3- اتفق الفقهاء والعلماء في القديم على نفي النّسب عن الزوج، إذا عارضته حقائق كولادة لأقل مدّة الحمل أو أقصاها حسب اختلاف الفقهاء، أو في حال عدم قدرة الزوج على الإنجاب، أو ثبوت عدم تلاّقي الزوجين بعد العقد، دون الحاجة إلى اللّعان.

4- المشرع الجزائري أشار إلى طرق إثبات النّسب إلاّ انّه وفيما يتعلق بطرق نفيّه وفي مقدمتها اللّعان، فقد أحالها إلى الشريعة الإسلامية، ولم يشر إليها و أهمل ذكر أحكامه باعتباره طريقا من طرق فك الرابطة الزوجية وما يترتب عليه من أحكام تتعلق بحقوق الأشخاص.

5- اللّعان عند الحنفية لا يكون إلاّ بين الزوجين في الزواج الصّحيح، أو حكما كالمعتدة من طلاق رجعي، أما عند الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة فإنّ النّسب عندهم ينتفي باللّعان في الزواج الفاسد أيضا كما في الصّحيح.

6- يمكن للزوج أن يلجأ الى الطرق العلمية لتحقق من نسب الولد إمّا بنفيّه فيكون قرينة في طلب اللّعان، وإمّا بإثباته فيعدل عن اللّعان.

7- تفيد معرفة فصائل الدم في نفي النّسب وليس في إثباته.

8- إذا لم تُجْرَ البصمة الوراثية وتم نفي الولد باللّعان ثم طلبت الزوجة إجراء تحليل البصمة الوراثية لتدفع عن نفسها الشبهات فإنها تُمكن من ذلك وإذا تبين ثبوت النّسب فإنّه يعمل بمقتضاها رعاية للطفل الذي ولد على فراش الزوجية الصحيح، كون أن الحقائق العلمية القاطعة من جملة الأدلة الشرعية وما يقرره الشرع لا يخالف ما يقطع به الحسّ والعقل، وشهادة الزوج وأيمانه ظنية ونتائج البصمة الوراثية قطعية والأولى تقديمها عند التعّارض.

12-رغم ايجابية الطرق العلمية التي جاء بها التطور العلمي إلا أنّ استخدامها محدود سواء في الدول العربية أو في الجزائر، وذلك بسبب الفراغ التشريعي، إلى جانب العراقيل وكذا العقبات القانونية والتي تشمل عدم جواز الشحص على تقديم دليل ضده نفسه، و كذا مبدأ حرمة الحياة الخاصة، ومبدأ سلامة الجسد هذا ما يجعل القضاء مرتبكا في حل النزاعات .

التوصيات:

يوصي الباحث بالآتي:

1- عدم المبالغة في الاهتمام بإثبات النّسب على حساب نفيّه، لأنّه من غير المعقول أن يقوم النّسب بين شخصين لا علاقة لهما ببعض.

2- تشكيل لجان خبرة متخصصة على مستوى العالم الإسلامي تضم علماء البيولوجيا مع علماء الشريعة الإسلاميّة وكذا القانونيين والمتخصصين في القضاء والمحاماة لوضع الضواط الشرعيّة والقانونية لإعتماد الطرق العلمية في مجال النّسب خصوصا فيما يتعلق بنفيّه.

3- على المشرع الجزائري إثراء موضوع اللّعان في نفي النّسب وفق نصوص قانونية في قانون الاسرة كما فعلت الشريعة الاسلامية.

4- أشارت القوانين الوضعية إلى مسألة إثبات النّسب بالطرق العلمية وفي مقدمتها البصمة الوراثية، ولم يتم التصريح بها في مسألة النفي، مما قد يفهم بعدم الاستعانة بها في نفي النّسب، ويبقى الأمر مقتصرا على اللّعان، لذلك على المشرع الجزائري اقرار نص صريح بإعمال الطرق العلمية في مجال نفي النّسب الى جانب اللّعان، لما لها من نتائج قطعية ويقينية للتحقق من الوالدية البيولوجية.

5- أصبحت البصمة الوراثية على قدر عال من الأهميّة في مجال إثبات النّسب مما ينبغي القول بذلك في مجال نفي النّسب، لذلك يجب إعتمادها كدليل شرعي مستقل في نفي النّسب، مع وضع شروط وضوابط قانونية، تكفل حقوق الأفراد وتحمي الأنساب، مع الإشارة الى مجالات الاستفادة منها بصفة مفصلة ووفقا للأخلاقيات الفقهية.

6- إذا كان القاضي الجزائري لا يمكنه، في قضايا النّسب إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي DNA إذا رفضه، فإنّه يستحسن أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار نصوص تسمح بالحكم قضائيا بفرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، خاصة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل، وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف، ولا سيما حق الطفل في معرفة والديه.

7- أوصي المشرع الجزائري تعداد النزاع في النّسب و معاقبة الزوج الذي يمتنع عن اجراء تحليل البصمة الوراثية، أو يعاقب رفضه و يعتبره قرينة ضده ضمن أحكام المادة 16 من قانون 03/16.

8- الاهتمام بمتابعة كل جديد في علوم الطب والوراثة وغيرها لارتباطها بحفظ أهم المقاصد الكليّة للشريعة من النفس والنسل، وذلك بتشجيع البحث العلمي تحاليل الدم-البصمة الوراثية.

9- يوّصى القضاة عند الالتجاء الى الطرق العلمية بإجراء تحليل البصمة الوراثية قبل إجراء اللّعان بين الزوجين.

وفي الأخير ونظرا لافتقار قانون الأسرة الجزائري لما يتعلق بالنّسب واللّعان فارتأت الباحثة أن يضمن هذا القانون بالمواد الآتية:

الباب الأول: نفي النّسب باللّعان

« يجوز للزوج أن ينفي نسب الولد الذي ولد في فراش زوجية صحيح أو فاسد والوطء بشبهة، خلال مدّة ثمانية 8 أيام من وقت الولادة أو العلم بالحمل، أو برؤية الزنا دون أن يكون قد اعترف بالمولود صراحة أو ضمنا ».

« كما يجوز للقاضي تأخير اللّعان لظروف خاصة إذا ثبت وجود ما يمنع من تأخيره»

« يجري اللّعان بين الزوجين بأن يأمر القاضي الزوج بملاعنة الزوجة 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 من زنا أو نفي الولد ».

«إذا أُجري اللّعان بين الزوجين بالصيغة المحددة في المادة السابقة نفى القاضي نسب الولد أو الحمل عن الزوج و ألحقه بالزوجة، فلا تجب نفقته، ولا يرث احدهما الآخر ».

« يرث ولد اللّعان الأم وقرابتها، و ترثه الأم وقرابتها ».

« الفرقة باللّعان فسخ توجب تحريما مؤبدا ».

« يعتبر توأم اللّعان أخوة أشقاء بخلاف توأم الزنا للشبهة الواردة في اللّعان على أنّهما توأم حقيقي ».

« إذا امتنع الزوج عن اللّعان يعرضه للمتابعة بالقذف، و إذا امتنعت الزوجة عن اللّعان ثبت في حقها تهمة الزنا و أحيل الطرفان لمتابعتهما وفقا للقانون العقوبات ».

اضافة الى تعديل المادة 40 من قانون الاسرة على النحو الاتي:

« يثبت النّسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون؛ يجوز للقاضي اللّجوء الى الطرق العلمية لاثبات و نفي النّسب ».


المصادر
والمراجع

المراجع:

أولا –القرآن و علومه:

1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

2- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القران، ط2، تحقيق صفوان عدنان داوودي، الدار الشامية، بيروت، لبنان،1412هـ.

3- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القران، ط1، تحقيق علي البجاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،2001م.

4- أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1427هـ- 2006م.

5- أبو محمد عبد الحق بن غالب ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط2، تحقيق عبد الله ابن إبراهيم الأنصاري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن.

6- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، د. ط، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، د س ن.

7- فخر الدين محمد بن عمر الرازي، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1410هـ-1981م.

ثالثا-كتب الحديث و علومه:

1- أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري مسلم، صحيح مسلم، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان،1424 هـ-2003م.

2- أبو الحسن على البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، ط1، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1422هـ-2001م.

3- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهيقي، سنن البهيقي الكبرى، د.ط، دار الباز، مكة، السعودية، 1414 هـ-1994م.

4- أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ط2، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1403 هـ-1982م.

5- أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي بن ماه، مسند أبي حنيفة رواية الحصكفي، د.ط، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، دار الاداب، مصر، د.س.ن.

6- أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي، سنن النسائي، ط1، تعليق محمد ناصر الالباني، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، د.س.ن.

7- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط3، دار الإمام مالك للطباعة والنشر والتوزيع، البليدة، الجزائر، 1441هـ-2019م.

8- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ط1، تحقيق إبراهيم عطوة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، القاهرة، مصر،1382هـ-1962م.

9- احمد بن حنبل، مسند الإمام احمد بن حنبل، ط1، تعليق شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر و لتوزيع ، بيروت، لبنان،1419هـ-1999م.

10- سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، سنن أبو داود، ط1، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م.

11- شهاب الدين أبو الفضل ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، د. ط، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ.

12- مالك ابن انس الاصبحي، موطأ الإمام مالك، ط1، مؤسسة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية و الإنسانية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة1425هـ-2004م.

13- محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، د.ط، رتبه على الأبواب الفقهية محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1370هـ-1951م.

14- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، د.ط، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د.س.ن.

15- محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س.ن.

16- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، د. ط، مكتبة دار التراث، القاهرة، مصر، د .س. ن .طبعة

17- محمود بن عمر الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي البجاوي، ط1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر،1945م.

18- ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، د.ط، تحقيق السيد سابق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، د .س. ن.

رابعا-المعاجم والقواميس العربية:

1- إسماعيل بن حماد الجوهري الفرابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط4، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1407هـ- 1987م.

2- أبو الحسين احمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق هارون عبد السلام ، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان،1991م.

3- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، د. ط، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة، مصر، د. س. ن.

4- أبو عبد الله زين الدين الرازي، مختار الصحاح، ط1، ترتيب و تحقيق محمود خاطر وحمزة فتح الله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،2001م.

5- أبو منصور محمد بن احمد الأزهري، تهذيب اللغة، د. ط، تحقيق عبد الله درويش، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، مصر، د. س. ن.

6- احمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، د. ط، دار الدعوة، اسطنبول، تركيا،1989م.

7- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د. ط، مكتبة لبنان، لبنان، 1987م.

8- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1408هـ-1987م.

9- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1983م.

10- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، د.ط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، مصر،1429هـ- 2008م

مجموعة من أهل اللغة والباحثين، المنجد في اللغة والأعلام، ط33، تحت إشراف المطبعة الكاثوليكية، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1992م.

11- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت،1988م.

12- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر،1999م.

13- محمد عبد الرؤوف المناوي،التوفيق على مهمات التعريفات، تحقيق محمد رضوان، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1990م.

14- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، المطبعة الخيرية، القاهرة، مصر، 1306 هـ.

خامسا-كتب الفقه الإسلامي:

ا-الفقه المالكي:

1- أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، ب.ب. ن، ب. س. ن

2- أبو البركات احمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د. ط، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1372 هـ.

3- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط5، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1981م.

4- أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ-1987م.

5- أبو عمر يوسف ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط2، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض، الرياض، السعودية، 1998م.

6- شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998 م.

7- شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الفروق، ط1، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001 م.

8- شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي المالكي، الذخيرة، ط1، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلام ، بيروت، لبنان، 1994م.

9- علي بن عبد السلام التسّولي،البهجة في شرح التحفة، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1951م.

10- مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، د. ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س. ن.

11- محمد بن احمد ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية، د.ط، د. ب. ن، د. س. ن.

12- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، 1317 هـ.

13- محمد بن محمد عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1995م.

14- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.

ب-الفقه الحنفي:

1- أبو بكر محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، د. ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406هـ-1986م.

2- زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بإبن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.

3- زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بإبن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.

4- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ط3، تعليق محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1395هـ-1975م.

5- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982 م.

6- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ط3، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، د. س. ن.

7- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000 م.

8- كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، شرح فتح القدير، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ن.

9- محمد الأمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1386هـ-1990م.

ج-الفقه الشافعي:

1- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، سوريا، الدار الشامية، بيروت، لبنان، 1412هـ-1992م.

2- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي،الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994 م.

3- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1992 م.

4- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي،المجموع شرح المهذب، د. ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ن.

5- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403 هـ-1983م.

6- شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ط. الأخيرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ- 1984م.

7- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1421هـ-2001م.

8- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، د.ط، تحقيق على محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ-2000م.

9- محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ.

10- محمد ابن إدريس الشافعي، اختلاف الحديث، ط1، تحقيق حيدر عامر احمد، مؤسسة الثقافة الإسلامية، بيروت، لبنان، 1985م.

د-الفقه الحنبلي:

1- أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.

2- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، مجموع فتاوي احمد بن تيمية، د. ط، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم النجدي وابنه عبد الرحمن، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، السعودية، 1404هـ.

3- شمس الدين محمد ابن مفلح، الفروع، ط1، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003 م.

4- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط1، لمكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1413هـ-1993م.

5- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1377هـ-1957م.

6- علاء الدين أبو الحسن علي بن عباس البعلي،الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن.

7- محمد بن أبو بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، د.ط، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، د. س. ن.

8- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م.

9- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الارادات دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ط1، دار عالم الكتب، د.ب.ن،1414هـ-1993م.

10- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، الكافي في الفقه على مذهب الإمام احمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م.

11- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني، ط3، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1417هـ-1997م

هـ-الفقه الظاهري

1- أبو محمد علي بن احمد ابن حزم، المحلى، د.ط، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، 1352هـ.

سادسا-كتب أصول الفقه:

1- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1417 هـ-1997م.

2- احمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، ط1، مطبعة مصعب، مكناس، المغرب، 1994م.

3- علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ط2، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1995م.

4- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1404هـ.

سابعا-كتب الطب:

1- احمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000م.

2- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1423هـ- 2002 م.

3- حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ و حقائق، ط1، مكتبة نرجس، د. ب. ن، 1421هـ-2000م.

4- رمزي الناجي، عصام الصفدي، علم وظائف الأعضاء، دار البازوري العلمية، الأردن، 2005م.

5- عايش زيتون ،علم حياة الإنسان بيولوجيا الإنسان، ط1، دار الشروق، عمان، الأردن، 2005م.

6- علي يوسف المحمدي، علي محي الدين القره داغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ط2، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، لبنان،2006 م.

7- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقران، ط4، دار السعودية، جدة، السعودية، 1983م.

8- مدحت حسين خليل، أساسيات علوم الحياة، ط1، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، 2001م.

ثامنا-كتب الأحوال الشخصية:

ا-الكتب العامة:

1- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في المدونة الأحوال الشخصية وفقا لأخر التعديلات ظهير 10/09/1993، ط6، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 1999م.

2- أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، د.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان،1401هـ- 1981م

3- أحمد حمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، ط1، دار قلم، بيروت، لبنان،1983 م.

4- احمد المهدي، أشرف الشافعي، دعوى النّسب الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النّسب، ط1، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2006م.

5- احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلامالطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، ط1، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، 1419هـ- 1998م.

6- احمد نصر الجندي، النّسب في الإسلام والأرحام البديلة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر،2003 م.

7- احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م.

8- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النّسب بين القديم والمعاصردراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 2010م.

9- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 م.

10- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014م.

11- العربي بلحاج،أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015 م.

12- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق،د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1999م.

13- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 م.

14- أميرة حسن الرافعي، الوجيز في المسائل الشرعية،دعوى النّسب شرعا وقانونا وفقا لأحدث التشريعات القانونية معلقا عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2012 م.

15- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961م.

16- سميح عاطف الزين، العقود، مجمع البيان، موسوعة الأحكام الشرعية المسيرة في الكتاب والسنة، ط1، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، دار الكتاب اللباني، بيروت، لبنان، 1410هـ-1990م.

17- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط8، الطلاق و آثاره، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2000-2001م.

18- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996م.

19- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، د. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976م.

20- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، د. ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.

21- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة الإسلامية بأبعاد جديدة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2006م.

22- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار قلم للنشر والتوزيع، 1410هـ-1990م.

23- عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1418 هـ-1997م.

24- علي عبد الرحيم عامر، أحكام الاشتباه في النّسب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2012م.

25- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957م.

26- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، ط7، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2015م.

27- محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، والدار الشامية، بيروت، لبنان، 1995م.

28- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ط5، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، المغرب، 2000 م.

29- محمود توفيق اسكندر،الخبرة القضائية، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2002م.

30- محمد زكريا البرديسي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة دار التأليف، 1965م.

31- محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، القاهرة، 1430هـ-2009م.

32- محمد محمود حسن، النّسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي،ط1، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 1999م.

33- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م.

34- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر،عمان، الأردن، 2010م.

35- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1416 هـ-1995م.

36- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989م.

ب-الكتب المتخصصة:

1- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النّسب الشرعية، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006م.

2- أنس حسن محمد ناجي،البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النّسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، مصر، 2010م.

3- أنور محمد دبور،إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، د. ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1985م.

4- أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنيوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، دولة الكويت، من 25-23 جمادى الثاني 1419هـ الموافق لـ 15-13 أكتوبر 1998م.

5- الموسوعة العربية العالمية، ط2، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999 م.

6- أوان عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي دراسة مقارنة، د. ط، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر-الإمارات، 2017م.

7- أوان عبد الله الفيضي، الحجيّة الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النّسب دراسة مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر-الإمارات، 2016م.

8- أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، ط2، دار العثمانية للنشر، بيروت، لبنان، 2010م.

9- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النّسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010م.

10- بديعة علي احمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النّسب أو نفيه دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، 2011م.

11- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430 هـ-2010 م.

12- تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها دراسة فقهية مقارنة، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 2011م.

13- جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجي الحديثة أجهزة الرداد-الحسابات الآلية-البصمة الوراثية دراسة مقارنة، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002م.

14- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1431هـ-2010م.

15- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنّسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،2010م.

16- حسام الدين كامل الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، د. ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1978م.

17- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010م.

18- حسنين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، د. ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005م.

19- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004م.

20- زبيدة اقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النّسب دراسة فقهية قانونية، د. ط، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012م.

21- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، ط1، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، 1998-1999م.

22- سفيان بن عمر بورقعة، النّسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته دراسة فقهية تحليلية ، ط1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007م.

23- سه ركول مصطفى احمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النّسب دراسة تحليلية مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرنمجيات، مصر، 2010م.

24- عباس العبودي، الحجيّة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط1 ، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع ودار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002م.

25- عبد الرحمن أحمد الرفاعي،البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2013م.

26- عبد العزيز بن عبد الله الدخيل، أهمية الفحوص الوراثية في قضايا النّسب والقضايا الجنائية، د. ط، كلية الملك فهد الأمنية،الرياض، السعودية ، 2009م.

27- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1992م.

28- عبد اللطيف الهميم،احترام الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، دار عمار، عمان، الأردن، 1425هـ-2004م.

29- عدنان حسن عزايزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم، ط1، دار عمار،عمان، الأردن، 2010 م.

30- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة دراسة فقهية مقارنة، ط2، دار النهضة العربية،1436هـ-2015م.

31- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النّسب والجناية، ط1، دار الفضيلة ،الرياض، السعودية، 2002م.

32- علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، والجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2012م.

33- فؤاد عبد المنعم،البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، د. ط، المكتبة المصرية، الإسكندرية، مصر، د. س. ن.

34- محمد الكشبور، البنوة والنّسب في مدونة الأسرة قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ،الدار البيضاء، المغرب، 1428هـ-2007م.

35- محمد عبد المقصود حسن داوود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري واثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999م.

36- محمد مهدي قنديل، البصمة الوراثية في دعاوي النّسب والجوانب العلمية، د. ط، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، مصر، 2009 م.

37- محمد نعمان البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب، صنعاء، اليمن، 2016م.

38- مختارية طفياني، إثبات النّسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013 م.

39- وليد البلتاجي السيد البلتاجي، القرائن الطبية المعاصرة ودورها في الإثبات دراسة تطبيقية مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019م.

رابعا-الرسائل والمذكرات:

ا- رسائل الدكتوراه:

1- أمال علال برزوق، أحكام النّسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015م.

2- جيلالي ماينو، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015م.

3- زبيري بن قويدر، النّسب في ظل التطور العلمي والقانونيدراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2011-2012م.

4- عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النّسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000م.

5- علي هاشم يوسفات، أحكام النّسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015م.

6- محمد بن حيدة، حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017م.

7- منال محمد رمضان العشي، أثر البصمة الوراثية في قضايا الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1435هـ-2014م.

ب-مذكرات الماجستير:

1- سهير سلامة حافظ الأغا، قوادح النّسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010م.

تاسعا-المقالات:

1- احمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، الرباط، المغرب، ع130، 2001م.

2- احمد زوكاغي، إثبات النّسب و قيمة الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى رقم 658، بتاريخ 30 دجنبر 2004، ملف جنائي، ع 2556/ 2003/1/2، جريدة العلم، ع 20364، لسنة 60، 10 مارس 2006م.

3- احمد عبد الجيد حُسيني، مدى مشروعية إثبات النّسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مج35، جامعة طنطا، مصر، ع1، 2020م.

4- بدر خالد خليفة، التنظيم القانوني والفني للبصمة الوراثية دراسة تحليلية للقانون رقم 78 لسنة2015 ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ع26، شوال1440 هـ-جوان 2019م.

5- بندر بن فهد سويلم،البصمة الوراثية وأثرها على النّسب، مجلة العدل، السعودية، ع37، 1429هـ.

6- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنّسب، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، 2003 م.

7- جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 3، 2005م.

8- حسكر مراد بن عودة، سلطات القاضي وتقديره للقاعدة العلمية في قضايا النّسب، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، مج1، ع1، 2015م.

9- حيدر حسين كاظم الشمري، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيّتها في نفي النّسب دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون ،جامعة كربلاء، العراق، ع19 ، يناير 2016م.

10- زبير عوادي، التحاليل الجينية في قضايا تنازع النّسب واللّعان، مجلة المعارف، ع 17، جامعة البويرة، 2014م.

11- عاصم بن منصور أبا حسين، إثبات النّسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللّعان دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، الرياض، السعودية،ع 21، 2014 م.

12- عبد الرشيد محمد أمين قاسم،البصمة الوراثية وحجيّتها، مجلة العدل، السعودية، ع23، 1425هـ.

13- عبد اللطيف بعجي،عبد القادر بن حرز الله، نفي النّسب وآثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الواحات والدراسات، جامعة غرداية، المجلد10، ع2، 2017م.

14- عبد الله علي الصيفي، عارف عز الدين حسونة، تحليل الدم ودوره في إثبات النّسب وجرائم الخمر والسرقة والقتل في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لكلية الشريعة، الأردن، مج38، عدد2، 2009م.

15- علي المحمدي، مدى ثبوت النّسب من الصغير ومن في حكمه، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، ع5، 1987م.

16- مازن إسماعيل هنية ،احمد ذياب شويدح، نفي النّسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،غزة، فلسطين، مج16، ع2، 25 يونيه 2008م.

17- مجلة المجمع الفقهي، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، ع16، لسنة 1424هـ-2014م.

18- محمد زويل ،إثبات أو نفي النّسب بالوسائل العلمية الحديثة، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ع125-124، فيفري-افريل 2010م.

19- محمد سليمان النور، مدّة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع70، 2007م.

20- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النّسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع1، 1996م.

21- علي هاشم يوسفات، اثر تحاليل الدم في ضبط النّسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة العقيد احمد دراية، أدرار، ع6، جانفي 2012م.

22- كريم رجب عبد اللاه، دور البصمة الوراثية في إثبات النّسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مج89، ع89، 2016م.

23- نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، الكويت، ع256 ، 2004م.

عاشرا-البحوث والملتقيات:

1- إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النّسب وتحديد الجنس، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

2- إبراهيم عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النّسب والجرائم الجنائية ،المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007م

3- أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

4- احمد أبو المجد، إثبات النّسب بالوسائل العلمية المشروعة بين القانون وأحكام القضاء، ورقة قانونية مقدمة من مؤسسة قضايا المرأة المصرية، مصر، 2017.

5- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها دراسة فقهية مقارنة، ضمن أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

6- سعيد عبد الستار فتح الله، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم و تحديد الشخصية، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

7- عبد القادر الخياط، فريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النّسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد4، 1423هـ-2002م.

8- علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

9- علي محي الدين القره داغي، العلاج الجيني من منظور إسلامي، بحث مقدم لندوة الانعكاسات الدينية للعلاج الجيني، قطر، 1422 هـ.

10- مجلة المجمع الفقهي، تقرير اللّجنة العلمية عن البصمة الوراثية، العدد16، 1424هـ-2014م.

11- محمد العربي لعبيدي، إشكالية إثبات النّسب ونفيّه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، المغرب، 2009-2011م.

12- محمد المختار السلامي، التحليل البيّولوجي للجينات البشرية وحجية الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

13- محمد بدر المنياوي، التحليل الجيني بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

14- محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

15- محمد غنام غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ- 2002م.

16- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنّسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

17- نجم عبد الله عبد الواحد،البصمة الوراثية وتأثيرها على النّسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

18- نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

19- وليد عاكوم،البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م.

20- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد2، 1423هـ-2002م

21- وهبة الزحيلي،البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المجلد3، 1422هـ- 2002م.

حادي عشر-النصوص القانونية:

أولا/ الصكوك الدولية:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948م، انضمت اليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 64 المؤرخة في 10 سبتمبر1963م.

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م،انضمت اليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، المؤرخ في 16 ماي1989م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 20، المؤرخة في 17 ماي 1989م.

3- الافاقية الاوروبية لحقوق الانسان و حرياته الاساسية ، المعتمدة من طرف مجلس أوروبا بتاريخ 04 نوفمبر 1950م بروما، المعدلة وفق البروتوكول رقم 11 من مجموعة المعتهدات الاوروبية، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30 أيلول 1953م.

4- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992م، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992م.

5- منظمة اليونسكو، الإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الانسان، باللّغة العربية، القرار رقم 53 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 29، قرار رقم 29/53، باريس 12 نوفمبر

1997م، و الدي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 152/53، بتاريخ 09 ديسمبر 1998م، المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 1998م.

6- منظمة اليونسكو، الاعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا و حقوق الانسان، باللّغة العربية، القرار رقم 15 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 33 قرار رقم 33/15، في الفترة ما بين 3- 21 اكتوبر 2005، المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 2005م.

7- منظمة اليونسكو، الاعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، باللّغة العربية، القرار رقم 15 الذي اعتمده المؤتمر العام في دورته 32 قرار رقم 32/15، الفترة ما بين 29 سبتمبر-17 اكتوبر 2003م، المجلد الاول من سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، 2004م.

ثانيا/القوانين و الأوامر الداخلية:

ا-القوانين والأوامر الوطنية:

1- الدستور الجزائري لسنة 1963م، المؤرخ في 10 سبتمبر 1963م.

2- الدستور الجزائري لسنة 1976م، الصادر بمقتضى الامر رقم 76-97، المورخ في 22 نوفمبر 1976م، المنشور في الجريدة الرسمية،ع 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976م.

3- الدستور الجزائري لسنة 1989م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 89-18،المؤرخ في 28 فبراير 1989م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 09، المؤرخة 01 مارس 1989م.

4- الدستور الجزائري لسنة 1996م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-438،المؤرخ في07 ديسمبر 1996م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 76، المؤرخة 08 ديسمبر 1996م.

5- الدستور الجزائري لسنة 2016م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-16، المؤرخ في 16 مارس 2016م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 14، المؤرخة في 07 مارس 2016م.

6- الدستور الجزائري لسنة 2020م، الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 20-251، المؤرخ في 15 سبتمبر 2020م، المنشور في الجريدة الرسمية، ع54، المؤرخة في 16 سبتمبر 2020م.

7- الأمر رقم 156-66، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 08 جوان 1966م، المعدل والمتمم، المنشور في الجريدة الرسمية، ع 49 ، الصادرة بتاريخ 11 جويلية 1966م.

8- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م المعدّل والمتمّم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان1404هـ الموافق لـ 09جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر، ع 15.

9- قانون رقم 09-98 المؤرخ في 19 غشت 1998م يعدل ويتمم القانون رقم 05-85 المؤرخ في16 ابريل 1985م المتضمن قانون الصحة وترقيتها، ج. ر،ع 08 ، المتمم بالقانون 15-88المؤرخ في 03 ماي 1988م وبالقانون 17-90 المؤرخ في 31 جوان1990م، ج. ر، ع 35.

10- قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، المعدل والمتّمم للأمر رقم58-75، المؤرخ في 1975/09/26م، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30م.

11- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر1429هـ الموافق لـ 25 فبراير2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2008م.

12- قانون رقم 03/16 مؤرخ في 14 رمضان 1437هـ الموافق لـ19 جوان 2016م، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص،ج. ر، ع37.

13- قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018م مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، مؤسسة برتي للنشر، د. ب. ن، 2018-2019م.

ب-القوانين والأوامر الأجنبية:

1- دستور المملكة المغربية لسنة 1996م، الصادر بتنفيذ نصه الظهير الشريف رقم-157 1-96 المؤرخ في 23 جمادى الأولى1417 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر1996م.

2- ظهير شريف رقم 1-04-22 بتنفيذ قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 03 فيفري 2004م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، 2004/02/05م.

3- القانون رقم 25 لسنة 1929م خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، جريدة الوقائع المصرية، ع37، بتاريخ 1929/03/25م.

4- قانون رقم 1 لسنة 2000م، المتضمن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2000/01/29م.

5- وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين رقم 61 لسنة 1996م و29 لسنة 2004م و66 لسنة 2007م وقانون إجراءات دعاوي النّسب وتصحيح الأسماء، ط1، ج8، إصدار وزارة العدل، الكويت، فبراير 2011م.

ثاني عشر- المواقع الالكترونية:

1- أحكام محكمة النقض المصرية، موقع محامي مصر، الربط الالكتروني:

https://lawyeregypt.net

1- البوابة الالكترونية الرسمية لدولة الكويت على الرابط الالكتروني:

2- https://www.e.gov.kw/sites/kgoArabic/pages/eServices/LegalPortal/Legal.aspx

3- سفيان العسولي، البصمة الوراثية، بحث منشور على الرابط الالكتروني:

https://www.nooran.org

4- سوزان زهير السمان، العود بعد اللعان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي، مقال منشور على الرابط الالكتروني:

https://mkda.journals.ekb.eg/article-179744

5- محمد سعيد حساين، إثبات النّسب بالوسائل العلمية الطبية الحديثة دراسة شرعية، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية، 2014م، على الرابط الالكتروني:

http://k-tb.com/book figh1064

6- مغات كريمة، إثبات النّسب بالبصمة الوراثية بين الحق في السلامة الجسدية والحياة الخاصة، بحث منشور على الرابط الالكتروني: https://www.marocdroit.com

7- وزارة العدل محكمة التمييز، المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، المجلد في الأحوال الشخصية، الكويت على الرابط الالكتروني:

https://www.moj.gov.km/AR/Documents/mojDocs2/law107

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	نص الآية أو طرفه	الصفحة
	سورة البقرة	
83	﴿...۞ وَقُولُواْ لِلنَّاسِ حُسۡنٗا... ٨٣ ﴾	98
233	﴿...وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ .... ٢٣٣﴾	56
	سورة النساء	
3	﴿... فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ... ﴾	30
23-22	﴿... وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلًا ٢٢ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ... ٢٣﴾	100
23	﴿... وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ...٢٣﴾	18
24	﴿...۞فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ .. ...٢٤ ﴾	96
29	﴿...وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩﴾	380
46	﴿... أَوۡ نَلۡعَنَهُمۡ كَمَا لَعَنَّآ أَصۡحَٰبَ ٱلسَّبۡتِۚ... ٤٦﴾	111
	سورة الأعراف	
104	﴿... قَدۡ جِئۡتُكُم بِبَيِّنَةٖ مِّن رَّبِّكُمۡ ١٠٤﴾	309
	سورة يونس	
36	﴿...وَمَا يَتَّبِعُ أَكۡثَرُهُمۡ إِلَّا ظَنًّاۚ إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغۡنِي مِنَ ٱلۡحَقِّ شَيۡـٔاۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمُۢ بِمَا يَفۡعَلُونَ ٣٦﴾	350
	سورة يوسف	
28-27-26	﴿...وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ٢٨ ﴾	309

سورة النحل		
106	﴿...إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦﴾	365
سورة الإسراء		
32	﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢﴾	36
70	﴿۞وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ... ٧٠﴾	380
سورة الكهف		
45	﴿ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱلۡبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيۡرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابٗا وَخَيۡرٌ أَمَلٗا ٤٥﴾	41
سورة النور		
2	﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٢﴾	157-36-2
4	﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ٤﴾	37
9-6	﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩﴾	-125-114 -276-144 281
8	﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ... ٨﴾	157
28-27	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ بُيُوتِكُمۡ حَتَّىٰ تَسۡتَأۡنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهۡلِهَاۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٢٧ فَإِن لَّمۡ تَجِدُواْ فِيهَآ أَحَدٗا فَلَا تَدۡخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤۡذَنَ لَكُمۡۖ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرۡجِعُواْ فَٱرۡجِعُواْۖ هُوَ أَزۡكَىٰ لَكُمۡۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ٢٨﴾	349

سورة الفرقان		
54	﴿وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ٥٤﴾	39-1
سورة النمل		
16	﴿وَوَرِثَ سُلَيۡمَٰنُ دَاوُۥدَۖ وَقَالَ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ عُلِّمۡنَا مَنطِقَ ٱلطَّيۡرِ وَأُوتِينَا مِن كُلِّ شَيۡءٍۖ إِنَّ هَٰذَا لَهُوَ ٱلۡفَضۡلُ ٱلۡمُبِينُ ١٦﴾	264
سورة الأحزاب		
04	﴿ما جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِي ٱلسَّبِيلَ ٤﴾	34-2
05	﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ ... ٥﴾	34-24-1 303-40
سورة الأحقاف		
14	﴿وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ إِحۡسَٰنًاۖ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ كُرۡهٗا وَوَضَعَتۡهُ كُرۡهٗاۖ وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًاۚ ...١٤﴾	56
سورة الحجرات		
6	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ٦﴾	350
12	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجۡتَنِبُواْ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعۡضَ ٱلظَّنِّ إِثۡمٞۖ وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًاۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمۡ أَن يَأۡكُلَ لَحۡمَ أَخِيهِ مَيۡتٗا فَكَرِهۡتُمُوهُۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٞ رَّحِيمٞ ١٢﴾	349
سورة المدثر		
13-11	﴿ذَرۡنِي وَمَنۡ خَلَقۡتُ وَحِيدٗا ١١ وَجَعَلۡتُ لَهُۥ مَالٗا مَّمۡدُودٗا ١٢ وَبَنِينَ شُهُودٗا ١٣﴾	41

سورة الطارق		
7	﴿ يَخۡرُجُ مِنۢ بَيۡنِ ٱلصُّلۡبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ٧ ﴾	175

فهرس الاحاديث النبوية و الاثار

متن الحديث أو طرفه	الصفحة
أ	
{اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الموبِقَاتِ} قِيلَ وَمَا هِيَ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قال: {الشِّرْكُ بِاللهِ والسِّحْرُ وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ والتَّوَالِّي يَوْمَ الزَّحْفِ وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاَتِ الْمُؤْمِنَاتِ}	ص37
{ ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالْشُّبُهَاتِ }	99-97
{ادْرَءُوا الحُدُودَ عَنِ المُسْلِمِين مَا اسْتَطَعْتُم فَإِنَّ كَانَ لَهُ مَخْرَج، فَخَلُوا سَبِيْلَهُ فَإِنَّ الإِمَامُ أَنْ يُخْطِئَ فِي العَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي العُقُوبَةِ}	190
{البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَعَى}	310
{المُتَلَاعِنَان إذَا تَفَرَقَا لَا يَجْتَمِعَان أبداً}	142-139
{الولاء لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ ولَا يُوهَبُ ولَا يُورث}	28
{الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَر}	145-99-50 -176-168 -199-179 328-323
{ إِنَ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ وَأَعْرَاضِكُمْ وَأَبْشَارِكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَام }	366
{ إنّ هَلِالُ بْنُ أُمِيَة قَذَفَ امْرَأَتُهُ بِشَرِيك بْن سَحْمَاء وَكَانَ أَخُو البَرَاءُ بْنُ مَالِك لِأُمِهِ وَكَانَ أَوَلَ مَنْ لَاعَنَ، فَلَاعَنَ رَسُولَ اللهِsبَيْنَهُمَا ثُمَ قَالَ: أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَبْيَضاً سَبْطاً، قَضِيءَ العَيْنَيْنِ، فَهُوَ لِهِلَال بْنُ أُمَيَة، وإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلاً جَعْداً أَحْمَشَ السَاقَيْن فَهُو لِشَرِيك بْنُ سَحْمَاء، قَالَ: فأُنْبِئْتُ أَنَهَا جَاءَتْ بِهِ أَكْحَل جَعْداً أَحْمَشَ السَاقَيْن }	382
{أَرْبَعَةٌ لَا لِعَان بَيْنَهُمْ وبَيْنَ أَزْوَاجَهُمْ لَا لِعَان بَيْنَ المُسلِمُ والكَافِرَةُ، العَبْدُ وَالحُرَةُ، الحُرُ والآمَةُ، الكَافِرُ وَالمُسْلِمَةُ}	125
}	

أنَّ عُثْمَانَ بْنُ عَفَانf أُتِي بِأمرَأَة قَدْ وَلَدَت لِستَة أَشْهُر، فأمر بها أن ترجم فقال له علي بن أبي طالب f ليس ذلك عليها، إنّ الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ...١٤﴾ ، وقال أيضا y: ﴿...۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ٢٣٣﴾، فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان بن عفان في أثرها فوجدها قد رجمت}	56
{أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمِيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ ص بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ فَقَالَ لَهُ النَبِيُّs: { البَيِّنَةَ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ}, فَقَالَ:"يَا رَسُولَ اللهِ, إِذَا رَأَى أَحَدُنَا عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلا، يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ البَيِّنَةَ"، فَجَعَلَ النَبِيُّsيَقُولُ:{ البَيِّنَةَ وإِلاَّ حدٌّ في ظَهْرِكَ}, فَقَالَ هِلَالٌ:"والذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ إِنِّي لَصَادِقٌ فَلَيُنْزِلَنَّ اللهُ مَا يُبَرِّئُ ظَهْرِي مِنْ الحَدِّ"، فَنَزَلَ جِبْرِيلُ عليه السلام فَأَنْزَلَ عَلَيْهِ:{ والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ} فَقَرَأَ حَتَّى بَلَغَ {إِنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ}، فانْصَرَفَ النَّبِيُّsفَأَرْسَلَ إِلَيْهَا فَجَاءَ هِلَالٌ بْنُ أُمَيَّة فَشَهِدَ والنَّبِيّsيَقُولُ:{ إِنَّ اللهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ}ثُمَ قَامَتْ فَشَهِدَتْ، فَلَمَّا كَانَتْ عِنْدَ الخَامِسَةِ وَقَّفُوهَا وقَالُوا:{ إِنَّهَا مُوجِبَةٌ }، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍs:" فَتَلَكَّأَتْ وَنَكَصَّتْ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهَا تَرْجِعُ"، ثُمَّ قَالَتْ:"لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ اليَوْمِ، فَمَضَتْ" فَقَالَ النَّبِيُّs:{أَبْصُرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ العَيْنَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ خَدَلَّجَ الْسَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ}، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِك، فَقَالَ النَّبِيُّs: { لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ}	115
{أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ هَكَذَا} وأشار بالسبابة والوسطى وفَرَّجَ بينهما شيئاً	31
{أَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَبِيكَ}	95
{ أَيُمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللهُ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللهُ جَنَّتَهُ وَأَيُمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُو يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهِ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوس الأَوَلِينَ والآخِرِينَ}	35-25-2
{أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أو حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَسْتَبِينْ حَمْلَهَا في التِّسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بعد التِّسْعَةَ التِّي قَعَدَتْ مِنَ المَحِيْضِ}	58
ت	
{تُحْرَزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثُ مَوَارِيثُ عَتِيقِهَا وَ لَقِيطِهَا وَ الْوَلَدُ الْذِي لاَعَنَتْ عَلَيْهِ }	147
ج	

جَاءُهُ أَعْرَبِيّ، فَقَالَ:يَا رَسُولَ الله، إنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَاماً أَسْوَد، فَقَالَ: {هَلْ لَكَ مِنْ إبِلٍ} قَالَ نَعَم، قَالَ: {مَا أَلْوَانُهَا} قال: حُمْر، قال: {هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ} قال: نَعَم، قَالَ: { فَأَنَّى كَانَ ذَلِكَ} قَالَ: أرَاه عِرْقُ نَزْعَه قال: {"فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ}	277
ر	
{رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ النَائِمُ حَتَى يَسْتَيْقِظ، وَعَنِ الصَبِيُ حَتَى يَحْتَلِم، وَعَنِ المَجْنُون حَتَى يَفِيق}	180
ك	
{كَانَ عَتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهَدَ إلَى أَخِيْهِ سَعْدُ بْنُ أبِي وَقَّاص أن يَقْبِض إلَيْهِ ابْن وَلِيدَةَ زَمْعَةَ، قَالَعُتْبَةُ: انَّهُ ابْنِي، فَلَمَا قَدِمَ رَسُولُsزَمَنُ الفَتْح، اخذ سعد ابن وليدة زمعة، فاقبل به إلى النبي ص، واقبل معه بعبد بن زمعة، فَقَال سَعْد: يَا رَسُولُ الله، هَذَا ابْنُ أَخِي عَهِد إلَيَّ انَّهُ ابْنَهُ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، هَذَا أَخِي ابْنَ وليدة زمعة وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي، فَنَظَرَ رَسَولُ الله إلى ابْنَ وَلِيدَة زَمْعَةَ، فَإِذَا هُوَ أَشْبَهُ النَّاسُ بِهِ، فَقَالَ رَسُولsَ: { هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وِلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ واحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ}، قالت: { فَلَمْ يَرَ سَوْدَةُ قَطٌّ}	277
{ كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ إنْ أمْسَكْتُها فطَلَّقها ثَلَاثاً قَبْلَ أَنْ يَأْمُرُهُ رَسُولَ اللهِsقَالَ ابْنَ شِهَاب: فَكَانَتْ سُنَّةُ المُتَلاعِنِينَ}	139
{كَسْرُ عَظْمُ المَيتِ كَكَسْرِهِ حَيّاً}	381
ل	
{لَا تَجسَّسُوا وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبَاد الله إخْوَاناً}	350
{لَا تَزِيدُ الْمَرْأَةُ فِي الْحَمْلِ عَلَى سَنَتَيْنِ قَدْرَ ظَلِ مَغْزَل}	44
{لا تُوطَأ حَامِلٌ حتَّى تَضَعَ، وَلاَ غَيْرُ ذاتِ حَمْلٍ حتَّى تَحِيضَ حَيْضَه}	33
{لاَعَنَ بَيْنَ رَجُل وامْرَأتِه فَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ بينهما وأَلْحَقَ الوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ}	116-119-138
{ لَقِيت خَالِي وَمَعَهُ رَايَة، فَقُلْت له: أَيْنَ تُرِيدُ ؟ قال: بَعَثَنِي رسول اللهsإلى رَجُلٍ نَكَحَ امرأةَ أَبِيهِ أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ وآخُذَ مَالَهُ}	101
{ لَيْسَ الرَجُلُ عَلَى نَفْسِهِ بِأَمِينٍ إذَا أَجَعْتَهُ أَوْ أَوْثَقْتَهُ أَوْ ضَرِبْتَهُ }	366
{ لَيْسَ مَنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَ هُو يَعْلَمُهُ إلَّا كَفَرَ وَ مَنْ ادَعَى قَوْمًا لَيْسَ لَهُ فِيهِمْ	37

فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ}	
م	
{ مُرُوا أَوْلَادَكُم بِالصَلَاةِ وَهُم أَبْنَاءَ سَبع واضْرُبُوهُم وَهُم أَبْنَاءَ عَشَرَة وَفَرِقُوا بَيْنَهُم فِي المَضَاجِعِ}	179
{مَنْ أَدُعَي لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُو يَعْلَمُ فَالجَنَةُ حَرَامٌ عَلَيْهْ}	27
و	
{وَقَضَى أَنَّ لَا بَيْتَ لَهَا وَلَا قُوتَ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَقَان مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ وَلَا مُتَوَفِى عَنْهَا}	147
{وَمَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيْهِ فَهُوَ رَدٌ}	276
ي	
{يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَهُ لَهُ وِجَاءٌ}	30
{ يَا مَعْشَرَ مَنْ آمَنَ بِلِسَانِهِ وَلَمْ يَدْخُلِ الإِيْمَانُ قَلْبَهُ، وَلَا تَغْتَابُوا الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ مَنْ اتَّبَعَ عَوْرَاتِهِمْ يَتَّبِعْ اللهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ يَتَّبِعِ اللهُ عَوْرَتَهُ يَفْضَحْهُ فِي بَيْتِهِ}	351

فهرس المحتويات

البسملة .....أ

الآية الكريمة ..... ب

الإهداء ..... ت

الشكر والتقدير..... ث

الملخص ..... ج-خ

قائمة المختصرات ..... د-ر

مقدمة 1-10

أولا – أهمية الموضوع 4

ثانيا– إشكالية البحث 5

ثالثا– أهداف الدراسة.....5

رابعا– أسباب اختيار الموضوع.....6

خامسا– الدراسات السابقة 7

سادسا– صعوبات البحث.....8

سابعا– المنهج المتبع 10

ثامنا– خطة البحث 10

الباب الأول: النّسب وطرق نفيّه بين الشريعة والقانون 12-209

تمهيد: 12

الفصل الأول: ماهيّة النّسب وأسبابه بين الشريعة والقانون 14

المبحث الأول: ماهيّة النّسب بين الشريعة و القانون..... 15

المطلب الأول: مفهوم النّسب ومن له الحق فيه..... 16

الفرع الأول: مفهوم النّسب..... 16
الفرع الثاني: من له الحق في النّسب..... 24
المطلب الثاني: مظاهر عناية الإسلام بالنّسب..... 28
الفرع الأول: حفظ النّسب من جانب الوجود 29
الفرع الثاني: حفظ النّسب من جانب العدم..... 34
المطلب الثالث: أهميّة النّسب وموقف القانون الجزائري والمقارن منه 39
الفرع الأول: أهميّة النّسب 39
الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري والمقارن من النّسب 44
المبحث الثاني: الأسباب المنشئة للنّسب بين الشريعة والقانون..... 48
المطلب الأول: النّسب في الزواج الصّحيح بين الشريعة و القانون 49
الفرع الأول: النّسب أثناء قيام الزوجية بين الشريعة والقانون..... 51
الفرع الثاني: النّسب بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون..... 65
المطلب الثاني: النّسب في الزواج غير صحيح بين الشريعة والقانون..... 75
الفرع الأول: مفهوم الزواج غير صحيح بين الشريعة والقانون 76
الفرع الثاني: شروط ثبوت النّسب من الزواج غير الصّحيح بين الشريعة والقانون..... 84
المطلب الثالث: النّسب في نكاح الشّبهة بين الشريعة والقانون 91
الفرع الأول: ماهيّة نكاح الشّبهة 91
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من النّسب بنكاح الشّبهة 96
الفرع الثالث: موقف القانون من النّسب بنكاح الشبهة 102
الفصل الثاني: طرق نفي النّسب بين الشريعة والقانون..... 108
المبحث الأول: نفي النّسب عن طريق اللّعان بين الشريعة و القانون 109
المطلب الأول: ماهيّة اللّعان بين الشريعة والقانون 110

الفرع الأول: مفهوم اللّعان بين الشريعة والقانون 110
الفرع الثاني: كيفية اللّعان بين الشريعة والقانون..... 116
الفرع الثالث: شروط اللّعان بين الشريعة والقانون 122
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن اللّعان بين الشريعة والقانون..... 137
الفرع الأول: آثار اللّعان في الشريعة الاسلامية..... 137
الفرع الثاني: آثار اللّعان في القانون 150
المطلب الثالث: حكم الامتناع عن اللّعان وموقف القضاء الجزائري والمقارن من أحكامه 154
الفرع الأول: حكم الامتناع عن اللّعان بين الشريعة والقانون 154
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري والمقارن من أحكام اللّعان..... 159
المبحث الثاني: نفي النّسب لاختلال شروط الفراش بين الشريعة والقانون 167
المطلب الأول: نفي النّسب بسبب عدم قدرة الزوج على الإنجاب بين الشريعة و القانون 168
الفرع الأول: نفي النّسب لعدم قدرة الزوج على الإنجاب في الشريعة الاسلامية.....168
الفرع الثاني: موقف القانون من نفي النّسب لعدم قدرة الزوج على الإنجاب..... 180
المطلب الثاني: نفي النّسب لاختلال مدة الحمل بين الشريعة و القانون 186
الفرع الأول: نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل في الشريعة الاسلامية 187
الفرع الثاني: موقف القانون من نفي النّسب لاختلال مدّة الحمل..... 191
المطلب الثالث: نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين بين الشريعة والقانون..... 197
الفرع الأول: نفي النّسب لعدم التلاّقي بين الزوجين في الشريعة الإسلامية 197
الفرع الثاني: نفي النّسب لعدم التلاقي بين الزوجين في القانون..... 202

الباب الثاني: نفي النّسب بالطرق العلمية بين الشريعة و القانون 211-388

تمهيد: 210
الفصل الأول: ماهية الطرق العلمية ومدى حجيتها في نفي النّسب بين الشريعة والقانون.... 212
المبحث الأول: نظام تحليل فصائل الدم ومدى حجيته في نفي النّسب بين الشريعة والقانون 213
المطلب الأول: ماهية نظام تحليل فصائل الدم..... 213
الفرع الأول: مفهوم نظام تحليل فصائل الدم..... 214
الفرع الثاني: أنواع فصائل الدم..... 220
المطلب الثاني: النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم ومدى حجيّته في نفي النّسب . 222
الفرع الأول: النتائج العلمية لنظام تحليل فصائل الدم وطرق تحليلها 223
الفرع الثاني: الحجية الطبية لنظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب..... 229
المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب 231
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب . 231
الفرع الثاني: موقف القانون من نظام تحليل فصائل الدم في نفي النّسب..... 235
المبحث الثاني: نظام البصمة الوراثية DNA ومدى حجيتها في نفي النّسب بين الشريعة والقانون 243
المطلب الأول: ماهيّة البصمة الوراثية..... 244
الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية 244
الفرع الثاني: طرق تحليل البصمة الوراثية 250
الفرع الثالث: شروط العمل بالبصمة الوراثية..... 256
المطلب الثاني: خصائص البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها..... 260
الفرع الأول: خصائص البصمة الوراثية 260

الفرع الثاني: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية 265
المطلب الثالث: حجيّة البصمة الوراثية في نفي النّسب بين الشريعة والقانون 270
الفرع الأول: حجية البصمة الوراثية في نفي النّسب في الشريعة الإسلامية 271
الفرع الثاني: حجيّة البصمة الوراثية في نفي النّسب في القانون..... 286
الفصل الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب والعقبات التي تواجه استخدامها بين الشريعة والقانون..... 296
المبحث الأول: القيمة القانونية للطرق العلمية في نفي النّسب بين الشريعة والقانون 297
المطلب الأول: حجيّة الطرق العلمية في نفي النّسب ودور القاضي فيها 298
الفرع الأول: الحجيّة المطلقة للطرق العلمية 298
الفرع الثاني: الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية 303
الفرع الثالث: الطرق العلمية باعتبارها بيّنة مستقلة 307
الفرع الرابع: دور القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في مجال النّسب 311
المطلب الثاني: حكم إثبات النّسب بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان 316
الفرع الأول: النّسب لا يثبت بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان 318
الفرع الثاني: يثبت النّسب بالطرق العلمية بعد نفيّه باللّعان..... 322
المطلب الثالث: الإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد الطرق العلمية لنفي النّسب بين الشريعة والقانون..... 326
الفرع الأول: تعارض نتائج الخبرة الطبية مع قاعدة الفراش بين الشريعة والقانون 326
الفرع الثاني: تعارض نتائج الخبرة الطبية مع الإقرار بالنّسب بين الشريعة والقانون ... 333
الفرع الثالث: التنازع بين الخبرة الطبية واللّعان بين الشريعة والقانون 338
المبحث الثاني: العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية في نفي النّسب بين الشريعة والقانون..... 345
المطلب الأول: مبدأ حرمة الحياة الخاصة بين الشريعة والقانون 346

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ حرمة الحياة الخاصة..... 347
الفرع الثاني: موقف القانون من مبدأ حرمة الحياة الخاصة 353
المطلب الثاني: مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه بين الشريعة والقانون 363
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه..... 364
الفرع الثاني: ما مدى إمكانية إجبار الشخص على إجراء الفحوصات الطبية..... 366
الفرع الثالث: موقف القانون من امتناع الخصم عن إجراء الفحوصات الطبية 369
المطلب الثالث: مبدأ انتهاك السلامة الجسدية بين الشريعة والقانون..... 376
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ انتهاك السّلامة الجسدية..... 378
الفرع الثاني: موقف القانون من مبدأ انتهاك السّلامة الجسدية 381
خاتمة..... 388
النتائج..... 389
التوصيات 390
المصادر والمراجع..... 394
الفهارس..... 425
فهرس الآيات القرآنية..... 426
فهرس الاحاديث النبوية و الاثار..... 430
فهرس المحتويات 434