جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):

(1) جلاب شهرزاد

(2).عطية سناء

يوم: 2023/06/18

نفي النسب في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

العضو 1 بن عبد الله عادل	الرتبة	الجامعة	رئيسا
العضو 2 لمعيني محمد	الرتبة	الجامعة	مشرفا
العضو 3 يوسفي نور الدين	الرتبة	الجامعة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022 - 2023

إهـــــــداء

الحمد لله،الذي وفقني لإنجاز مذكرة الماستر، والتي أهديها:

- إلى من أحمل اسمه بكل فخر ، سبب وجودي وسلو صعودي، فلك الشكر والدي العزيز حفظك الله ورعاك.
- إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، لك أجمل من في الوجود، أمي الغالية، أطال الله عمرك وحماك.
- إلى زوجي ورفيق دربي وإلى أبنائي:احمد شامين و هيثم جواد.
- إلى أشقائي بديار الغربة: كمال وعبد الرحمان،
- الى شقيقاتي سندي في الحياة: سميرة وليندة ووردة.
- وإلى صديقاتي وزميلاتي: وداد وسلمى وصليحة وبدرة وأمينة.
- الى الزميلة التي لم تبخل علينا يوما بمد يد العون نعيمة حفظك الله وسدد خطاك

جلاب شهرزاد

إهداء

أهدي عملي هذا:

- إلى أغلى من في الوجود والدي العزيز.

- إلى القلب الذي برحمته رعاني والوجه الذي تبسو إذا رآني والنوع الذي

الحنان سقاني: أمي الغالية.

- إلى رفيق دربي زوجي.

- إلى أبنائي:آية، ملاك، المعتز بالله و المعتصم بالله

- إلى إخوتي وإخواني كل باسمه

- وإلى أصدقائي وزملائي.

شـــكـــر

الحمد لله والشكر لله، ولا يشكر الله من لا يشكر الناس.

نبدأ بالشكر لأستاذنا الفاضل لمعيني محمد: الذي أشرف علينا في انجاز هذه المذكرة، ونشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة مناقشة على ما بذلوه من جهد لقراءة المذكرة ومناقشتها.

كما لا يسعنا إلا أن نشكر كل الأساتذة الذين درسونا خلال مرحلة الماستر بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة.

كما نشكر كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة.

مقدمة

مقدمة

لقد اهتم المشرع الوطني والدولي المعاصرين بموضوع النسب ببيان طرق ثبوته وطرق نفيه وإنكاره، ولم يكن في ذلك المشرع الوضعي مبتدعا، ذلك أن كل الديانات السماوية والتشريعات التقليدية نظمت موضوع النسب نفيا وإثبات، ولكن القانون الوضعي المعاصر تفوق على سابقيه من حيث صياغته لنظرية متكاملة في موضوع النسب، وتكريسها في نصوص قانونية مطبوعة بطابع النظام العام، وذلك لكونها تتعلق ببناء الأسرة وتماسكها من جهة، وبحفظ النسل والعرض من جهة ثانية، ولكون الحق في الانتساب من حقوق الإنسان وحقوق الطفل، وكل تلك الاعتبارات منحت لأحكام النسب طابع النظام العام، الذي يجعلها تحمل الطابع الإلزامي الذي يلزم القضاء بمختلف درجاته واختصاصاته بتطبيقها تلقائيا.

وإذا كان موضوع إثبات النسب يحظى باتفاق الشرائع الدينية والوضعية قديمها وحديثها، من زاوية أنه حق للطفل أين نصت كل الشرائع على حق الطفل في الانتساب لوالديه، وكذلك من زاوية تيسير إثبات النسب وتوسيع طرقه ووسائله، فإن موضوع نفي النسب على النقيض من ذلك محل اختلاف وجدل قديما وحديثا، وبالنسبة للجزائر فالوضع شبيه بذلك فمن جهة المشرع فقد نص على إثبات النسب في المواد: 40 إلى 45 من قانون الأسرة، والتي فصل فيها أحكامه وطرقه، والتي أخذها من الشريعة الإسلامية، وأضاف لها ما أنتجته الحضارة المعاصرة من منتوج علمي فتح المجال للخبرة العلمية ذات النتائج التي تقرب من اليقين، وذلك من خلال تعديله نص المادة 40 من قانون الأسرة المتعلقة بطرق إثبات النسب بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، والموافق عليه بـال‌قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 بأن أضاف لها الفقرة الثانية التي تنص على أنه:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

والمطلع على قانون الأسرة يلحظ أن المشرع اهتم بموضوع إثبات النسب كما سلف الذكر، لكنه أهمل موضوع نفي النسب إذ أفرد له نصا واحدا وهو نص المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهي المادة التي اكتفت بعبارة الطرق المشروعة لنفي نسب الإبن من أبيه والناتج عن

زواج صحيح، ولم تحدد ماهية تلك الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي الناتج عن الزواج الصحيح ولا شروطها وأحكامها، كما لم تذكر طرق نفي باقي أنواع النسب أي غير الناتجة عن الزواج الصحيح، كما لم تخضع هذه المادة للتعديل منذ سنها سنة 1984.

وتبعا لذلك فموضوع نفي النسب أهم صورة من صور القصور التشريعي في التشريع الجزائري، ذلك أن المشرع لم يضع أحكام نفي النسب كما فعل مع موضوع إثبات النسب رغم أن موضوع نفي النسب قد يتجاوز في أهميته موضوع إثباته، ذلك أن نفي النسب له علاقة بموضوع إثبات النسب من حيث أن المشرع وضع طرقا وشروطا لإثبات النسب فإذا اختلت تلك الشروط أو أحدها، نكون أمام حالة نفي النسب، كما أنه له علاقة أيضا بموضوع التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية ومنعه قانون الأشرة الجزائري، بموجب نص المادة 46 منه والتي جاء فيها أنه:" يمنع التبني شرعا وقانون"، وهوما يعني أن التبني باطل ويتعين ابطاله متى طرح على القضاء، وهو الموضوع الذي يختلط في التطبيق القضائي مع موضوع نفي النسب، فعادة يلجأ الورثة للقضاء لابطال التبني فيما يرد القضاء بكون النسب ثابت بموجب وثائق الحالة المدنية وإقرار الوالد المتوفي ويرفض التحقيق في موضوع التبني، والحال أن الفارق بين الحالتين بين، فالادعاء بالتبني يفرض التحقيق فيه ومنه ابطاله فيما إذا ثبت فعلا، أما نفي النسب فلا يمكن قبول الادعاء به بعد إقرار الوالد، كما أن موضوع نفي النسب له علاقة بموضوع الرابطة الزوجية ذلك أن فيه قذف وادعاء بالزنا وهو ما يترتب عليه الفرقة بين الزوجين من جهة ونفي النسب من جهة أخرى، ولهذا الموضوع أي نفي النسب علاقة أيضا بحثوث الطفل واستقرار أوضع الأسر والمجتمعات، وبالنتيجة فموضوع نفي النسب يفوق أثره وخطورته موضوع إثبات النسب، ورغم ذلك أهمل المشرع الجزائري تنظيم أحكامه، كصورة صارخة للقصور التشريعي.

ولعل القضاء الجزائري حاول تكملة هذا النقص التشريعي من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والمادة الأولى من القانون المدني، ولكن باعتبار أن موضوع نفي النسب أعلب أحكامه ليست قطعية بل اجتهادية، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا بخصوص طرق وأحكام نفي النسب، ومن نذلك اختلافهم في شروط وأحكام وإجراءات اللعان كوسيلة لنفي النسب، واختلافهم في مدى جواز الأخذ بالطرق العلمية الحديثة لنفي النسب مع اللعان أو بدونه، وهذا الاختلاف الفقهي الإسلامي كان له أثره في اختلاف وتناقض اجتهادات المحكمة العليا بخصوص إجراءات وميعاد اللعان مثلا،

وبالتالي فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يفرد نصا خاصا بنفي النسب بل اكتفى بالإشارة إلى ذلك في نص المادة 41 المتعلقة بمنح الولد نسب أبيه بذكر عبارة "ما لم ينفه بالطرق المشروعة"، دون أن يحدد مفهوم تلك الطرق ولا تعدادها ولا شروطها ولا أحكامها، وهو ما فتح المجال للجدل والاختلاف في الفقه والقضاء خصوصا حول طرق نفي النسب، فالعبارة سالفة الذكر جاءت غير معرفة، مما يثير التساؤل عن مفهوم الطرق المشروعة لنفي النسب؟ كما أنها جاءت بصيغة التعدد وهي الطرق وليس الطريق بصيغة المفرد، وهو ما يثير التساؤل عن نفي النسب هل يمكن نفيه بعدة طرق وليس بطريقة واحدة؟ وما هي تلك الطرق؟.

اتفق الفقه والقضاء على أن اللعان يعد طريقا شرعيا لنفي النسب وذلك استنادا لآيات وأحاديث اللعان وللمنتوج الفقهي الإسلامي القديم والحديث، وقد ورد ذكره في نص المادة 131 من قانون الأسرة المتعلقة بموانع الإرث إذ جاء فيها أنه:" يمنع من الإرث اللعان والردة"، ولكن هل توجد طرق أخرى لنفي النسب بجانب اللعان؟

هذه المسألة يجيب عنها القضاء متمثلا في قرارات المحكمة العليا بالنفي بحيث كرست المحكمة العليا اجتهادا ثابتا مفاده أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب، ورفضت المحكمة العليا اعتماد الخبرة العلمية لنفي النسب واستندت في ذلك إلى كون الخبرة العلمية اعتمدها المشرع غي نص المادة 40 الفقرة الثانية من قانون الأسرة التي سمحت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، ولكن هذا المسلك محل نظر ذلك أن المشرع وإن نص على الطرق العلمية كوسيلة للإثبات فإنه لم ينص على منع اعتمادها لنفي النسب، بل الأكثر من ذلك أن المشرع فتح المجال لطرق أخرى لنفي النسب بجانب اللعان من خلال ذكره أن النفي يتم بالطرق المشروعة بصيغة التعدد الذي يفيد وجود طرق أخرى لنفي النسب بجانب اللعان، كما أن الفقه الإسلامي لم يجمع على منع اعتماد الطرق العلمية وخصوصا القطعة كالبصمة الوراثية في نفي النسب بل إن عددا من فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا أفتوا بجواز اللجوء للطرق العلمية القطعية لنفي النسب، وهو الحكم الذي يمكن اعتماده في القضاء الجزائري تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تفرض اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة.

وبالنتيجة فإنه يتعين الإشارة إلى كون مسلك المشرع الجزائر في قانون الأسرة بشأن نفي النسب فيه خلل جسيم لعدم تنظيمه أحكام نفي النسب بنصوص قانونية تحدد طرق ووسائل نفيه وتحدد شروطه وإجراءاته، كما أن مسلك المحكمة العليا أيضا معيب لاكتفائها باللعان كطريق وحيد لنفي النسب وبتعليل مفاده أن الطرق العلمية وردت في النص القانوني وسيلة لإثبات النسب وليس لنفيه، وتبعا لذلك فالمحكمة العليا تأخرت عن مواكبة ركب التطور العلمي الذي أبدع طرقا قطعية لنفي النسب كالبصمة الوراثية وعن مواكبة تطور القضاء المقارن في مختلف الدول العربية والإسلامية، كما أن المحكمة العليا لم تناقش أحكام الشريعة الإسلامية بشأن نفي النسب وخصوصا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين الذين أجاز عدد منهم اعتماد البصمة الوراثية كطريق مشروع لنفي النسب رغم أن المادة 222 من قانون الأسرة تفرض عليها ذلك، ومن هنا فهذه المذكرة تسعى لوضع نظرية متكاملة في موضوع نفي النسب في التشريع والقضاء الجزائريين، وذلك في إطار الإجابة عن الإشكالية الأساسية المتعلقة بماهية الطرق المشروعة لنفي النسب في التشريع والقضاء الجزائريين، والتي تتضمن التساؤلات التالية: ما هي الطرق المشروعة لنفي النسب المشار إليها في نص المادة 41 من قانون الأسرة؟ وهل يعد اللعان طريقا مشروعا وحيدا لنفي النسب؟ أم هناك طرق أخرى لنفي النسب عير اللعان؟ وهل تعد الخبرة العلمية طريقا مشروعا لنفي النسب؟ وما هي الأحكام الموضوعية والإجرائية لتلك الطرق المشروعة لنفي النسب؟

يتم الجواب على تلك الإشكالية ومنه صياغة نظرية متكاملة حول نفي النسب وفق خطة تقوم على فصلين تناولنا في الفصل الأول منه نفي النسب باللعان في القانون والاجتهاد القضائي، وذلك في مبحثين تناولنا في المبحث الأول منه اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية، فيما تناولنا في المبحث الثاني اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الاجتهاد القضائي، وفي الفصل الثاني عرضت المذكرة لطرق نفي النسب بغير اللعان في القانون والاجتهاد القضائي، وذلك في مبحثين، تناول المبحث الأول منه نفي النسب بطريق اختلال شروط الفراش في القانون والاجتهاد القضائي، وتطرقت في المبحث الثاني إلى نفي النسب بطريق الخبرة العليمة في القانون والاجتهاد القضائي.

الفصل الأول

نفي النسب باللعان في القانون والاجتهاد القضائي

الفصل الأول

نفي النسب باللعان في القانون والاجتهاد القضائي

يقوم موضوع النسب في الشريعة الإسلامية على قاعدتين تهدفان لحماية الأنساب وهما: الأولى: تيسير إثبات النسب وتوسيع طرقه. الثانية: تشديد نفي النسب وتضييق طرقه، ولذلك تعددت طرق إثبات النسب وضاقت وسائل نفيه بحيث لا تقبل الشريعة الإسلامية حسب غالبية الفقه الإسلامي سوى طريق واحد لنفي النسب وهو اللعان، بحيث لا يجوز نفي النسب الثابت.

وقد نص قانون الأسرة على نفي النسب بالطرق المشروعة دون تحديد مفهومها ولا ذكرها، وذلك في نص المادة 41 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، ولكن المادة 138 من قانون الأسرة ذكرت اللعان كحالة من حالات التوارث، التي ورد فيها أنه: يمنع من الإرث اللعان والردة".

وباعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القاعدة القانونية طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"، والمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فإن النقص في قانون الأسرة بخصوص مفهوم اللعان وأحكامه الموضوعية أي شروطه وأحكامه الإجرائية أي إجراءات دعوى اللعان، يتم تكملته من خلال الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي.

وتفصيل مفهوم اللعان وشروطه وأحكامه في المطلبين الآتيين:

المبحث الأول: اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.

المبحث الأول

اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية

لم يرد مفهوم اللعان كطريق لنفي النسب في قانون الأسرة صراحة، ذلك أن المادة 41 من قانون الأسرة نصت على أن نفي النسب الثابت بالزواج الصحيح يتم بالطرق المشروعة"، دون تحديد ما هي هذه الطرق، وهل من بينها اللعان، ولكن المادة 138 من قانون الأسرة ذكرت اللعان كحالة من حالات منع التوارث، وفي ذلك إشارة صريحة إلى أن قانون الأسرة كرس اللعان المعروف في الشريعة الإسلامية، وذلك دون تحديد مفهومه ولا أحكامه.

وباعتبار أن المسائل التي لم يرد النص على حكمها في نصوص قانون الأسرة يتعين على القاضي تطبيق الحكم الخاص بها في الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه كل ما لم يرد فيه نص تشريعي يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يتعين الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي لتحديد مفهوم اللعان وتفصيل شروطه، وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: شروط اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

مفهوم اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية

تناولت كل المذاهب والمدارس الإسلامية موضوع اللعان، باعتباره طريقا شرعيا لنفي النسب الثابت بالزواج، ولا يخلو أي مؤلف فقهي إسلامي في موضوع الزواج أو الأسرة أو النسب من موضوع اللعان، وقد اتفقت تلك المذاهب والمدارس على كون

اللعان وسيلة للتفريق بين الزوجين ولرفع حد القذف وحد الزنا عن الزوجين وكذلك طريقا شرعيا لنفي نسب الولد إل الزوج، وان اختلفوا في تعريفه.

ولتحديد مفهوم اللعان كطريق شرعي لنفي النسب نتطرق لتعريفه ولدليل مشروعيته كطريق شرعي لنفي النسب، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.

الفرع الثاني: دليل مشروعية اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.

الفرع الأول

تعريف اللعان كطريق شرعي لنفي النسب

من أجل تعريف اللعان كطريق شرعي لنفي النسب نتطرق إلى تعريفه لغة، ثم تعريفه في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك كما يلي:

أولا: تعريف اللعان لغة:

اللعان في اللغة من اللعن وهو التعذيب والشتم والسب وكذلك الطرد والإبعاد، واشتقاق ملاعنة الرجل امرأته منه في الحكم[1]، كما قيل بأن اللعان في اللغة مشتق من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير، سمي بذلك ، لأن الزوج ، يلعن نفسه في الشهادة الخامسة، أو لأن أحد الزوجين عرضة للطرد والإبعاد من رحمة الله بسبب كذبه وافترائه[2]، والفعل لاعن يلاعن مصدره لعاناً، ولاعَنَ امرأته ملاعنة ولِعاناً وتَلَاُعناً والْتَعَنَا لَعَنَ بعض بعضا، ولاعن الحاكم بينهما لِعاناً: حكم، والتلعين التعذيب ولعنه كمنعه، طرده وأبعده فهو لعين ملعون جمعه ملاعين[3].

---

[1] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء 2، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، الجزء 2 ص: 142-141.

[2]- جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، نشر أهل الحوزة، إيران، محرم 1405 هـ، ص 387 و388.

[3]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة الثالثة، 1302 هـ، ص 262 و263.

وقيل اللعان هو الإبعاد، وسمي المتلاعنان بذلك، لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد، ولأن كل واحد منهم يبعد عن صاحبه، بتأبيد التحريم[1].

ثانيا: تعريف اللعان في الفقه الإسلامي:

اتفقت المذاهب والمدارس الإسلامية على مشروعية اللعان واختلفت في تعريفه بين من يراه يمينا ومن يراه شهادة، فعرف اللعان في الفقه المالكي بأنه: "حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه، و حلفها على تكذيبه أربعا من كل منهما"[2]، وعرف ابن عرفة اللعان بأنه حلف الزوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض[3].

ويرى المالكية والشافعية وجمهور العلماء أن اللعان يمين وليس شهادة، وإن سمي في اللفظ القرآني شهادة، وذلك لأن الطرف في الدعوى لا يكون مدعيا وشاهدا في نفس الوقت، ولحديث رسول الله صلة الله عليه وسلم الذي جاء فيه:" لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"[4].

وعرفه فقهاء المذهب الحنبلي بأنه: "شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة، قائمة مقام حد لقذف زوجة محصنة أو قائمة مقام تعزيرة لغيرها، فيما عرفه فقهاء الشافعية بأنه:" كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه و ألحق العار به، أو إلى نفي ولد"[5].

---

[1]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث دار الفتح للإعلام العربي، دار الفتح للاعلام، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1999، ص 72.

[2]– أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك ، الجزء 2 ، دار المعارف،القاهرة، دون سنة نشر، ص 657 .

[3]–عَبْد الباقي بن يُوسف بن أحْمَد بن محمَّد الزَّرَقاني المصْريُ، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، دار الكتب العلمية بَيروت – لبنَان الطبعة الأولى 2002.

– محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج2 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997 ، ص71 .

[4]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 74.

[5]–الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2 ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود؛ تقديم محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990 ، ص22 .

وفي نفس الاتجاه الذي يرى اللعان شهادة عرف الحنفية اللعان بأنه:" شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها، موثقة باللعن والغضب من الله تعالى" [1].

وقد استدل أصحاب الاتجاه القائل بكون اللعان شهادة لا يمينا بظاهر قوله تعالى:" فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله"، وبحديث ابن عباس الذي جاء فيه:" فجاء هلال فشهد، ثم قامت فشهدت[2]، وتبعا لذلك ففقهاء المسلمين اختلفوا في النظرة إلى اللعان بين من نظر اليه عل أنه يمين (قسم)، وبين من اعتبره شهادة، ولكن كل تلك التعريفات لا تخرج عن أن اللعان هو حق للزوج بأن يتهم زوجته بالزنا دون تقديم شهود أو نفي نسب ولدها منه، فيصدر القاضي حكمه باللعان بينهما[3].

وقد عرف السيد سابق اللعان في كتابه فقه السنة[4] بأن حقيقته أن يحلف الرجل إذا رمى زوجته بالزنى أربع مرات: "إنه لمن الصادقين. والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين"[5]، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات:" إنه لمن الكاذبين. والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"[6]

وهذا الاختلاف بين الفقهاء بشأن طبيعة اللعان هل هو شهادة أم لعان يترتب عليه عدة آثار في أحكام اللعان، فمن اعتبر اللعان شهادة فقد اشترط فيه ما يشترط في الشهادة بأن يكون طرفي اللعان أي الزوجين مسلمين حرين غير ممنوعين من الشهادة لحد نفذ عليهما، فإذا انتفى أحد هذه الشروط في أهدهما رفض اللعان، ومنه فلا يصح

– منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1912 ، ص00 .

[1]–ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، الجزء 4، الطبعة: الأولى، سنة ١٩٩٧ ص 189.

– محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1917، ص 109 .

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 75.

[3]– سوزان زهير السمان، العود بعد اللعان في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي ، دامعة القاخرة، مجلة كلية دار العلوم، المجلد 37، العدد 131 – يوليو 2020 الصفح46–417 .

[4]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 72.

[5] –سورة النور، الآيات: 06 و07 منها.

[6] –سورة النور، الآيات: 08 و09 منها.

اللعان إلا بين الزوجين وأن تتوفر فيهما شروط الشهادة بأن يكونا حرين مسلمين غير محدودين في القذف، وهذه الشروط يجب أن تتوفر في المتلاعنين معا، وإلا لا يقبل اللعان، ومن نظر إلى اللعان على أنه يمين فإنه أجاز اللعان من كل من يجوز له أداء اليمين فلا يشترط في المتلاعنين شروط الشاهد فيصح اللعان بين كل زوجين سواء كانا حرين أم عبدين، عدلين أم فاسقين[1].

وقد ناقش الفقيه الحنبلي هذه المسألة استنادا إلى الأدلة المقدمة من الطرفين، وخلص إلى ان الصحيح هو الجمع بين الوصفين والطبيعتين، فاللعان يمين وشهادة معا، او هو يمسن فيه معنى الشهادة وشهادة فيها معنى اليمين، فيعرف على أنه شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، كما يعرف بأنه يمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار، لاقتضاء الأمر الشهادة واليمين والتكرار لكليهما، ومنه فيتعين أن يذكر غي اللعان لفظ الشهادة ولفظ القسم بالله تعالى، مع التأكيد بحرف "إنّ ولام التأكيد"، واستعمال اسم الفاعل:" صادق وكاذب"، وتكرار ذلك أربع مرات، وفي الخامسة دعاء الزوج على نفسه بلعنة الله على الكاذبين[2].

ومن عناصر تعريف اللعان، ما يترتب عليه من آثار، والتي اتفق عليها كل فقهاء الفقه الإسلامي، وهي سقوط الحد: حد القذف للزوج وحد الزنا للزوجة، وذلك بشرط عدم تكولهما معا عن اللعان، أما إذا نكل أحدهما فإنه يستحق الحد، فإذا نكل الزوج عن اللعان أي تراجع عن أداء اللعان بعد قذفه زوجته، فإنه عليه حد القذف، وذلك لأنه إذا نكل عن اللعان صار كالأجنبي في القذف ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزوج الذي قذف زوجته أمامه:" البينة، أو حد في ظهرك"، وإن نكلت الزوجة أقيم عليها حد الزنا[3].

---

[1]–البامرني إسماعيل أبا بكر علي، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 340.

– محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1917، ص 109 .

– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 75.

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 75.

[3]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 77.

والأثر الثاني للعان هو التفريق والتحريم المؤبد بين الزوجين المتلاعنين، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم:" المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا"، وقد اختلف الفقهاء في مسألة زمن وقوع الفرقة والتحريم بين المتلاعنين، هل هو بعد أداء الزوج لعانه، أم بعد إكمال الزوجة لعانها، فرأى الشافعية أن التفريق بين الزوجين المتلاعنين تقع بمجرد أداء الزوج للعانه، ورأى المالكية أنه لا تفريق بين الزوجين إلا بعد اكتمال اللعان أي بانتهاء الزوجة من لعانها، وخالفهما في ذلك الحنفية والحنابلة والذين ذهبا إلىان التفريق بين الزوجين المتلاعنين لا تكون بأداء اللعان من أحدهما أو كليهما بل بحكم القاضي، وبشأن طبيعة هذا التفريق فقد اختلفوا أيضا، بين من قال أنه فسخ لعقد الزواج وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة والجمهور، فيما قال الحنفية بكونه طلاق بائن[1].

والأثر الثالث المترتب على اللعان هو نفي الولد عن أبيه وإلحاقه بأمه، وذلك بشرط أن ينفي الزوج نسب الولد، وذلك استنادا لحديث الولد للفراش، وبإنكار الولد من طرف الزوج عن طريق اللعان ينتفي الفراش، أي ينتفي نسب الولد من الزوج، ويلحق بأمه ويرثها وترثه، وذلك للحديث الذي جاء فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه، وترثه أمه[2]، ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه أنه لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة[3].

الفرع الثاني

دليل مشروعية اللعان كطريق شرعي لنفي النسب

من مقاصد الشريعة الإسلامية الكبرى حفظ النسب، ومن اجل ذلك فتحت تساهلت في إثبات النسب، وبالعكس من ذلك بالنسبة لنفي النسب فقد ضيقت في طرقه ووسائله، وتبعا لذلك فالفقه الإسلامي التقليدي يتفق على وجود طريق وحيد لنفي

---

[1]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 77.

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 79.

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ج1، ص280.

النسب وهو اللعان، وقد استنبط الفقهاء ذلك استنادا على القرآن والسنة والإجماع والقياس.

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن اللعان هو الطريق الشرعي لنفي النسب وذلك استنادا لقوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَة للَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" [1].

وهذه الآيات واضحة الدلالة على أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا فعليه أن يقدم أربعة شهود، فإذا لم يكن له ذلك فإنه يقوم باللعان بالصيغة الواردة في الآيات، ولكن السؤال ما وجه دلالة هذه الآيات على أن اللعان طريق لنفي النسب؟

وجاء في سبب نزول هذه الآيات الخاصة باللعان أنه لما نزلت الآيات الخاصة بالقذف وهي قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيم"، قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار يا رسول الله أهكذا أنزلت؟. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم؟" فقالوا يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور، والله ما تزوج إمرأة قط إلا بكراً وما طلق إمرأة قط فاجترأ رجل منا أن يتزوجها من شدة غيرت، ثم قال سعد: "والله يا رسول الله إني لأعلم أنها لحق وأنها من الله ، ولكني تعجبت أني لو وجدت لُكاعًا قد تفخّذها رجل لم يكن لي أن أُهيجه ولا أُحركه حتى آتي بأربعة شهداء، فوالله إني لا آتي بهم حتى يقضي حاجته"[2].

ثم ما لبثوا إلا يسيراً حتى وقعت في المدينة حوادث رأى فيها بعض الناس مثل هذا الأمر مع نسائهم ورفعوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فعن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أن عويمر العجلاني وهو من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "يا رسول الله إن أحدنا إذا رأى مع إمرأته رجلاً

---

[1] –سورة النور، الآيات: 06 إلى 09 منها.

[2] – أبو الأعلى المودودي، تفسير سورة النور، مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر، ص 71.

إن قتله قتلتموه وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" اللهم أحكم، وعن إبن عباس أن هلال بن أُمية أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال "يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني" فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به وإشتد عليه وقال "البينة وإلا حد في ظهرك "فإجتمعت عليه الأنصار وقالوا قد إبتلينا بما قال سعد بن عبادة. الآن يضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم هلال بن أُمية ويبطل شهادته في الناس . فقال هلال "والله إني لأرجو أن يجعل الله لي منها مخرجاً" وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم "فإني أرى ما إشتد عليك مما جئت به ، والله يعلم إني لصادق" فوالله إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أن يأمر بضربه إذ أنزل الله على رسول الله .صلى الله عليه وسلم الوحي فنزلت: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" [1]، وحينها أرسل الرسول صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية وزوجته وتلا الآيات عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكّرهما وأخبرهما "أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا" فقال هلال "والله يا رسول الله لقد صدقت عليها "فقالت "كذب" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لاعنوا بينهما" فقيل لهلال إشهد، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل له : "يا هلال إتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبةُ التي توجب عليك العذاب" وأيضاً قال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم مراراً : "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب؟" فقال هلال: "والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها" فشهد في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم قيل للمرأة إشهدي أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. وقيل لها عند الخامسة:" إتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبةُ التي توجب عليك العذاب" فتلكّأت ساعة وهمت بالاعتراف، ثم قالت: "والله لا أفضح قومي" فشهدت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ففرق

[1] –سورة النور، الآيات: 06 إلى 09 منها.

بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد، ثم قال الرسول صلى الله عليه وسلم للناس: "إن جاءت به أصيهب أريشح الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعداً حماليا فهو للذي رميت به" فجاءت به أورق حمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان"، وفي رواية أُخرى:" لولا ما مضى من كتاب الله، لكان لي ولها شأن"، وجاءت قصة عويمر العجلاني عن سهل بن سعد الساعدي وإبن عمر في الصحيحين وبقية الجماعة إلا الترمذي، وفيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا عويمر وزوجته فذكّرهما وقال لهما ثلاثاً "إن الله يعلم أن أحدكم كاذب ، فهل منكما تائب؟" فلما لم يتب أحدهما لاعن بينهما، قال عويمر : إن إنطلقتُ بها يا رسول الله لقد كذبت عليها. فطلقها قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال سهل بن سعد فنفذها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفرق بينهما وقال:" لا يجتمعان أبداً" وزاد سهل بن سعد "وكانت حاملاً فأنكر حملها وكان إبنها يدعى إليها، ثم جرت السنّة في الميراث أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها" [1].

وتبعا لهذه الآيات والأحاديث النبوية التي هي أساس ومصدر مشروعية اللعان كطريق شرعي لنفي نسب الولد للزوج، أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية من كل المذاهب الإسلامية حتى الظاهرية والشيعة على أن اللعان هو طريق نفي النسب أمام القضاء[2].

وإضافة إلى ذلك فقد أكد الفقهاء أن اللعان يجد مشروعيته أيضا عن طريق المعقول والقياس، وذلك لأنه لما كان الفراش موجبا لثبوت النسب للزوج وفقا لحديث

---

[1] – أبو الأعلى المودودي، تفسير سورة النور، مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر، ص 71.

– محمد بن فرج المالكي القرطبي، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005 ص 89.

[2] – ابراهيم ابن المنذر النيسابوري، الإجماع،الطبعة الثالثة، 1987 م، ص. 120

- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2، نشر دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص 115.

رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه:" الولد للفراش، وللعاهر الحجر"[1]، كان للناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، وتلك الطريق هي اللعان، وبذلك يكون اللعان كطريق لنفي النسب ثابت بالقرآن والسنة والإجماع والقياس[2].

المطلب الثاني

شروط اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية

اشترط الفقه الإسلامي والوضعي شروطا في دعوى اللعان كطريق شرعي لنفي النسب، وفي التطبيق القضائي كرست المحكمة العليا نفس الشروط المقررة في الفقه الإسلامي، وتفسير ذلك بسيط وهو أن التشريع متمثلا في قانون الأسرة لم تنص على دعوى اللعان، وهو ما يفرض على القضاء الأخذ بنفس الشروط الواردة في أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على انه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية شروط اللعان إلى شروط عامة، وشروط خاصة باللعان كوسيلة لنفي النسب، وتفصيلها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط اللعان العامة.

الفرع الثاني: شروط اللعان الخاصة بنفي النسب.

الفرع الأول

شروط اللعان العامة

رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تحديد مفهوم اللعان، الا أنهم يتفقون بالنسبة لشروط اللعان العامة وإن اختلفوا في بعض التفصيلات، وتتمثل الشروط العامة في شروط تتعلق بالزوجين (المتلاعنين) وهي قيام الزوجية، وتوفر الزوجان على أهلية اللعان، وإسلام الزوج، وشروط تتعلق بموضوع اللعان وهي قذف الزوج

---

[1]- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر وبوزيع رئاسة غدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوى والإرشاد، السعودية، الجزء 12، ص 127.

[2]- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 73.

لزوجته، ونفي نسب الولد، وشروط تتعلق بكيفية اللعان أي استعمال صيغة اللعان، وأن يتم اللعان أمام القاضي، ومكان تنفيذه، وتفصيل هذه الشروط في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: شروط اللعان المتعلقة بالزوجين.

الفقرة الثانية: شروط اللعان المتعلقة بموضوع اللعان.

الفقرة الثالثة: شروط اللعان المتعلقة بكيفية اللعان.

الفقرة الأولى

شروط اللعان المتعلقة بالزوجين

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على ان مشروعية اللعان مصدرها قول الله سبحانه وتعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ"، الآية (6) من سورة النور، ومن الأحاديث النبوية والتي منها الحديث الذي جاء فيه أنَّ هِلالَ بنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ بشَرِيكِ ابْنِ سَحْماءَ، فقالَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ: البَيِّنَةَ أوْ حَدٌّ في ظَهْرِكَ، فقالَ: يا رَسولَ اللَّهِ، إذا رَأَى أحَدُنا علَى امْرَأَتِهِ رَجُلًا يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ البَيِّنَةَ! فَجَعَلَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ يقولُ: البَيِّنَةَ، وإلَّا حَدٌّ في ظَهْرِكَ، فقالَ هِلالٌ: والذي بَعَثَكَ بالحَقِّ إنِّي لَصادِقٌ، فَلَيُنْزِلَنَّ اللَّهُ ما يُبَرِّئُ ظَهْرِي مِنَ الحَدِّ، فَنَزَلَ جِبْرِيلُ وأَنْزَلَ عليه: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ}، فَقَرَأَ حتَّى بَلَغَ: {إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ} [النور: 6 – 9]. فانْصَرَفَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، فأرْسَلَ إلَيْها، فَجاءَ هِلالٌ فَشَهِدَ، والنَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ يقولُ: إنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أنَّ أحَدَكُما كاذِبٌ، فَهلْ مِنْكُما تائِبٌ؟ ثُمَّ قامَتْ فَشَهِدَتْ، فَلَمَّا كانَتْ عِنْدَ الخامِسَةِ وقَّفُوها، وقالوا: إنَّها مُوجِبَةٌ، قالَ ابنُ عبَّاسٍ: فَتَلَكَّأَتْ ونَكَصَتْ، حتَّى ظَنَنَّا أنَّها تَرْجِعُ، ثُمَّ قالَتْ: لا أفْضَحُ قَوْمِي سائِرَ اليَومِ، فَمَضَتْ، فقالَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ: أبْصِرُوها؛ فإنْ جاءَتْ به أكْحَلَ العَيْنَيْنِ، سابِغَ الأَلْيَتَيْنِ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ؛ فَهو لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْماءَ، فَجاءَتْ به كَذلكَ، فقالَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ: لَوْلا ما مَضَى مِن كِتابِ اللَّهِ لَكانَ لي ولَها شَأْنٌ[1].

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1957، ص 396.

وتبعا لتلك النصوص الشرعية اتفق الفقهاء على أن اللعان يشترط فيه أن يكون ثمة عقد زواج صحيح وقائم بين المتلاعنين، وتبعا لذلك فلا لعان بين غير المتزوجين، ولا لعان إذا كان الزواج باطلا أو فاسدا أو تم فسخ الزواج أو تم فك الرابطة الزوجين بالطلاق أو التطليق أو الخلع.

وهنا يتعين الإشارة إلى كون الرابطة الزوجية عند حلها بالطلاق أو التطليق أو الخلع فإنه يترتب عليها العدة التي من آثارها جواز إرجاع الزوجة من طرف زوجها دون عقد جديد، وثبوت نسب الولد الذي يولد أثناء العدة، وتوارث الزوجين في حالة وفاة أحدهما خلال العدة، ومنه يثور التساؤل بشأن جواز اللعان خلال فترة العدة؟

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن الجواب على هذا السؤال اختلافا بينا، فذهب فقهاء الحنفية والحنابلة إلى عدم صحة اللعان بعد الطلاق ولو خلال فترة العدة وذلك لزوال صفة الزوجية بينهما وصيرورتهما أجنبيين عن بعضهما البعض، فيما ذهب المالكية إلى جواز الملاعنة خلال فترة العدة، وذلك بسبب أن العدة لم تجعل الزوجة أجنبية كليا عن زوجها، بل لا تزال رابطة الزوجية ترتب آثارها حتى وإن انحلت فإرجاع الزوج لزوجته ممكن وذلك دون عقد زواج جديد ونسب الولد يثبت لأبيه بمقتضى الفراش إذا ولد حلال فترة العدة والطرفان يتوارثان إن توفي أحدهما حلال العدة، ومنه فالملاعنة جائزة خلال العدة، وقد توسط الشافعية بين الرأيين بالقول بوجود حالتين، فيجوز اللعان في فترة العدة في إحداهما وهي حالة كون المرآة حامل، وأما في حالة كونها غير حامل فلا يجوز اللعان[1].

وقد اكتفى المالكية والظاهرية والشافعية والحنابلة بهذا الشرط أي شرط وجود علاقة زوجية صحيحة بين المتلاعنين واستدلا في ذلك بكون قول الله تعالى ذكر "والذين يرمون أزواجهم"، فالآية أجازت اللعان لكل زوجين، ولم تشترط فيهما أي شرط

– أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء 4، كتاب التفسير، سورة النور باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (حديث رقم: 4747)، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 2002، ص 1186.

[1]–عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، دار المتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003، ص 108.

آخر، فيصح اللعان بين الزوجين وكفى، فيما اشترط الحنفية في الزوجين شرطا آخر وهو ان يكونا متوفرين على شروط الشهادة باعتبار أن اللعان عندهم هو شهادة وليس يمينا كما ذهب باقي الفقهاء، وشروط الشهادة هي الإسلام والحرية والعقل والبلوغ وعدم الحد، فيجب لصحة اللعان أن يكون كلا الزوجين ليس عبدا ولا كافرا ولا قاصرا ولا مجنونا ولا محدودا في قذف[1].

وللإشارة فإنه بالنسبة لشرطي البلوغ والعقل في الزوج والزوجة المتلاعنين، فقد أجمع على اشتراطهما كل الفقهاء، وذلك لكونهما مناط التكليف بكل الأحكام، فلا تلاعن في حالة جنون أو عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما[2].

وقد خالف الحنفية الجمهور بشأن صحة اللعان إذا كان أحد الزوجين أخرسا، فقالوا بعدم جواز اللعان حينها، فيما ذهب فقهاء باقي المذاهب إلى جواز اللعان في حالة كون أحد الزوجين أخرسا، وذلك لكون الأخرس يمكنه التعبير عن إرادته وأداء يمينه أو شهادته عن طريق الإشارة المفهومة أو الكتابة، فيما أكد فقهاء المذهب الحنفي عدم صحة لعان الأخرس لوجود شبهة تمنع حد القذف[3].

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فيستشف من نص المادة 41 من قانون الأسرة أن اللعان المشار إليه على أنه الطريق الشرعي لنفي النسب لا يكون إلا بين زوجين حال كون زواجهما شرعيا وقائما، وتبعا لذلك فقد تبنى قانون الأسرة الجزائري رأي الجمهور وخالف الفقه الحنفي الذي يشترط أن يتوف في الزوجين شروط الشهادة.

الفقرة الثانية

شروط اللعان المتعلقة بموضوع اللعان

---

[1]–لعلى يحياوي، أحكام اللعان في الفقه الإسلامي، مقالة منشورة بمجلة الدراسات والبحوث القانونية، الصادرة عن محبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد التاسع، 2018، ص 97.

– عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 100.

[2]– سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، نظام الأسرة والحدود والجنايات، دار المؤيد، الطبعة الأولى، 2001، ص 215.

[3]– عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 104.

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن دعوى اللعان نوعان، من حيث موضوعها، وهما: دعوى الزنا ودعوى نفي النسب، وقد اختلف الفقهاء في جواز نفي النسب وحده دون قذف بين مجيز وغير مجيز:

أولا: دعوى القذف بالزنا:

في هذه الحالة يدعي الزوج أن زوجته ارتكبت الزنا، وأنه شاهدها تزني، وانه ليس له أربعة شهود، وهذا هو رأي مالك و جمهور الفقهاء، وتبعا لذلك فالزوج الملاعن يجب أن يقذف زوجته بالزنا من خلال ادعائه أنه شاهدها تزني وأنه ليس له أربعة شهود، ومنه فلا يجوز اللعان في هذه الحالة بالقول بأن شخصا أخبره أو أن زوجته زانية دون أن يشاهدها تزني، وهو الرأي الذي خالفه القرطبي وهو من المالكية والذي يرى بكون اللعان إذا كان موضوعه القذف بالزنا فيكفي فيه القذف بالزنا دون اشتراط الرؤية، وهو رأي الشافعية والحنفية[1].

وفي هذه الحالة يجوز للزوج الذي لم يكن له أربعة شهود أو لم تعترف زوجته بالزنا، أن يلجأ للعان، فحكم اللعان في هذه الصورة هو الجواز وليس الوجوب، والأولى للزوج في هذه الحالة أن يطلقها لا أن يلاعنها[2].

ثانيا: دعوى نفي النسب:

في هذه الحالة لا يقوم الزوج بقذف زوجته بالزنا صراحة بل ينفي أن يكون الولد الذي تحمله أو الذي وضعته من صلبه، فيطالب بنفي نسب هذا الولد منه، وهنا اللعان يكون هدفه نفي النسب لا نسبة الزنا للزوجة، لكون الزوج لا يدعي أنه شاهد زوجته تزني، أو بلغه ذلك، بل هو ينفي أن يكون الولد من صلبه، وهنا لا يجوز الخلط بين نفي نسب الولد وبين حالة نفي ولادة الزوجة للولد، فقي هذه الحالة الأخيرة الزوج ينفي

---

[1] –أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الجزء 12، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1964، ص 185.

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 73.

أن يكون الولد حملته زوجته ووضعته بل هو ولد امرأة غيرها، وهنا لا داعي للجوء للعان، فإنكار الولادة ليس قذفا بالزنا ولا إنكارا للنسب ولذ لا يتم اللجوء للعان[1].

الفقرة الثالثة

شروط اللعان المتعلقة بكيفية اللعان

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب عدة شروط تتعلق بكيفيته وهي أن يتم اللعان أمام القاضي ويتم تنفيذه في المسجد، وأن لا يكون الزوج أقر بالنسب وأن يعجل بدعوى اللعان، كما اشترطوا أيضا صيغة محددة في اللعان، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: يشترط في اللعان أن يتم أمام القضاء:

اتفقت المذاهب الفقهية على أن اللعان يتم أمام السلطان أو القاضي، ودليلهم في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم استدعى الأشخاص الذين قذفوا زوجاتهم للمثول أمامه رفقة زوجاته وتمت الملاعنة أمامه بصفته الحاكم، ولأن اللعان مسقط للحد فيعامل معاملة الحد والذي لا يتم تطبيقه إلا من طرف القاضي، ولكونه يمين أو شهادة في دعوى، فيتم أمام القاضي باعتباره من إجراءات الدعوى، ولم يخالف في ذلك أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقد أكد الفقهاء أن القاضي ليس سلبيا في اللعان بل له دور إيجابي، يتمثل في قيامه بوعظ المتلاعنين قبل تنفيذ اللعان، ويخوفهم من عذاب الله يوم القيامة، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، حيث ثبت أنه قال لهلال الذي مثل أمامه في لعان زوجته:" اتق الله، إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة"، كما ثبت أنه يقرأ على المتلاعنين قوله تعالى:" إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة" ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم"[2].

---

[1] –بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس الأردن، 2010 طبعة 1، ص 78.

[2] –سورة آل عمران الآية 77.

وكما جاء في الحديث الذي رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة والذي جاء فيه:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"[1].

ثانيا: يشترط في اللعان تنفيذه بالمسجد:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن اللعان يتم تنفيذه في المسجد، ودليلهم في ذلك، أن الرسول صلى الله عليه وسلم لاعن في مسجده، وذلك محفوظ في حديث ابن مسعود وغيره، وما روي عن سهيل بن سعد أن رجلا قال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله؟ فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد، ولذلك قال القرطبي أن اللعان يتم تنفيذه في أشرف الأماكن، وهي الركن والمقام من المسجد الحرام إن كان اللعان بمكة، وعند منبر المسجد النبوي لإن كان اللعان بالمدينة، وعند الصخرة إن تم اللعان في القدس، وفي باقي الأمان يتم اللعان في المساجد[2].

ثالثا: عدم وجود دليل على جريمة الزنا:

ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يشترط لقبول اللعان ألا يكون للزوج دليل لإثبات زنا زوجته، وهو أربعة شهود أو اعتراف الزوجة على ممارستها الزنا، فإذا وجد لديه أحد الدليلين أي الشهود الأربعة او اعتراف من الزوجة، فلا جدوى من اللعان، وذلك لكون هذا الإجراء شرع للزوج الذي يتهم زوجته بالزنا ولا يجد أربعة شهود لإثبات ذلك، كما جاء في قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ. وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ

---

[1]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 74.

[2] أبو عبد الله محمد الأنصاي القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 12، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2003، ص 195.

أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"[1].

وقد ورد في تفسير ابن كثير أن في هذه الآيات فَرَج لِلْأَزْوَاجِ وَزِيَادَةُ مَخْرَجٍ، إِذَا قَذَفَ أَحَدُهُمْ زَوْجَتَهُ وَتَعَسَّرَ عَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ، أَنْ يُلَاعِنَهَا، كَمَا أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ،، وَهُوَ أَنْ يُحْضِرَهَا إِلَى الْإِمَامِ، فَيَدَّعِيَ عَلَيْهَا بِمَا رَمَاهَا بِهِ [2]، كما ورد في تفسير القرطبي أن الفقهاء اختلفوا في وجوب اللعان على الزوج، إذا قذف زوجته بالزنا، فقال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء أن اللعان براءة للزوج الذي يقذف زوجته فإذا لم يلاعن عوقب بحد القذف، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة بحيث قال بأنه لا حد عليه حتى وإن لم يلاعن، كما اختلف الفقهاء في مسألة الزوج الذي له أربع شهود على زنا زوجته هل يلاعن أم لا، فقال مالك والشافعي بأن اللعان يكون بوجود شهود أو بعدم وجودهم، لأن الشهود عندهم دورهم هو درأ الحد فقط أما نفي الولد فيلزمه اللعان كطريق وحيد إليه، أما أبو حنيفة وأصحابه فذهبوا إلى أن اللعان جعل للزوج إذا لم يكن له شهودا لقوله تعالى:" ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم"[3].

ومما يؤكد هذا الاتجاه الذي ورد في تفسير ابن كثير والقرطبي، أن سبب نزول هذه الآيات كما أخرج البخاري عن ابن عباس أنّ هلال بن أمية رضي الله عنه قذف امرأته عند النبي صلّى الله عليه وسلّم بشريك بن سحماء فقال النبي صلّى الله عليه وسلّم:" البينة أو حدّ في ظهرك. فقال: يا رسول الله! إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلّى الله عليه وسلّم يقول:" البينة أو حدّ في ظهرك. فقال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله تعالى ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه الصلاة والسلام، وأنزل عليه:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ حتى بلغ إِنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" فانصرف النبي صلّى الله عليه وسلّم، فأرسل إليهما، فجاء هلال فشهد، والنبي صلّى الله عليه وسلّم يقول:" الله يعلم أنّ

---

[1] –سورة النور، الآيات: 04 إلى 09 منها.

[2] – عماد الدين أبي القداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، 2017، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع القاهرة، الجزء الخامس، ص 319.

[3] – أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1994، الجزء 12، ص 182.

أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟" ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا لها: إنّها موجبة. قال ابن عباس رضي الله عنهما فتلكأت ونكصت، وظننا أنها ترجع، ثم قالت: والله لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت، فقال النبي صلّى الله عليه وسلّم: "أبصروها. فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء" فجاءت به كذلك، فقال النبي صلّى الله عليه وسلّم: "لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن""[1].

وأخرج مسلم في صحيحه أن عُوَيْمِرًا الْعَجْلَانِيَّ جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ الْأَنْصَارِيِّ فَقَالَ لَهُ أَرَأَيْتَ يَا عَاصِمُ لَوْ أَنَّ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ فَسَلْ لِي عَنْ ذَلِكَ يَا عَاصِمُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَ عَاصِمٌ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَسَائِلَ وَعَابَهَا حَتَّى كَبُرَ عَلَى عَاصِمٍ مَا سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا رَجَعَ عَاصِمٌ إِلَى أَهْلِهِ جَاءَهُ عُوَيْمِرٌ فَقَالَ يَا عَاصِمُ مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ عَاصِمٌ لِعُوَيْمِرٍ لَمْ تَأْتِنِي بِخَيْرٍ قَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي سَأَلْتُهُ عَنْهَا قَالَ عُوَيْمِرٌ وَاللَّهِ لَا أَنْتَهِي حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا فَأَقْبَلَ عُوَيْمِرٌ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَسَطَ النَّاسِ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَدْ نَزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا قَالَ سَهْلٌ فَتَلَاعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا فَرَغَا قَالَ عُوَيْمِرٌ كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَكَانَتْ سُنَّةَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ وَزاد في رواية أخرى للحديث: قَالَ سَهْلٌ فَكَانَتْ حَامِلًا فَكَانَ ابْنُهَا يُدْعَى إِلَى أُمِّهِ ثُمَّ جَرَتْ السُّنَّةُ أَنَّهُ يَرِثُهَا وَتَرِثُ مِنْهُ مَا فَرَضَ اللَّهُ لَهَا" [2].

---

[1] أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب ويدرأ عنها العذاب، حديث رقم: 4747، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 2002، ص 1185.

[2] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب اللعان، حديث رقم: 1492، طبع ونشر وتوزيع دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1991، الجزء 1، ص 1129.

ومنه فسبب نزول آيات اللعان بين وواضح في كون اللعان هو مخرج وحل للزوج الذي لم يجد شهودا على واقعة الزنا التي يقذف بها زوجته، ومنه فغن كان لديه الشهود فلا حاجة للعان، وهذا التفسير خالفه الشافعية والمالكية الذين جعلوا اللعان طريقا واجب الإتباع مع وجود الشهود او عدمهم، وذلك لكون انتفاء النسب للزوج لا يكون إلا باللعان، ولكن تبعا لظاهر النصوص القرآنية والنبوية سالفة الذكر فإنه من شروط اللعان أن لا يكون للزوج دليلا على ارتكاب زوجته جريمة الزنا، أي لم تعترف زوجته صراحة بالزنا، ولم يكن له أربعة شهود على ذلك، فإذا توفر أحد الدليلين فإنه لا حاجة للعان إذ يقدم الزوج شهوده على زنا زوجته أو تعترف بذلك، فتعاقب على الزنا ويفرق بينهما وينتفي نسب الابن من الزوج ويلحق بوالدته، وذلك دونما حاجة إلى اللعان، لأنه لم يشرع إلا كحل للزوج القاذف زوجته ولم يكن له أربعة شهود على ارتكابها الزنا[1].

وتبعا لذلك قال أبو حنيفة وداود بأن الزوج الذي له شهود على الزنا لا يلاعن، لأن اللعان جعل عوضا عن الشهود، فيما قال مالك والشافعي بأن له أن يلاعن لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش أي نفي النسب[2].

رابعا: التعجيل في رفع دعوى اللعان:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه من شروط اللعان أن يبادر الزوج بنفي الولد فورا، وشرط الفورية أو التعجيل متفق عليه إجمالا، ولكنه محل اختلاف عند التفصيل، أي ما هو معيار تحديد الفورية، إذ ذهبت المذاهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى تحديد مدة اللعان استنادا للعرف والذي يفضي بضرورة الادعاء بنفي الولد فور العلم به، وأن تأخر الزوج في ذلك لا يقبل إلا بعذر معتبر شرعا[3].

وخلافا لذلك اتجه المذهب الحنفي إلى أن المدة التي يقبل فيها الادعاء باللعان هي المدة المقررة للتهنئة بالمولود والتي يقدرها القاضي الذي قدم أمامه اللعان، وخرج

---

[1] – بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن،المرجع السابق، ص 127.

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 74.

[3] – بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن،المرجع السابق، ص 126.

عن ذلك الفقيهان محمد وأبو يوسف من تلميذي الإمام أبو حنيفة واللذين حددا المدة التي يقبل فيها اللعان بأربعين 40 يوما باعتبارها أكثر مدة نفاس للمرأة[1].

واختلف الفقهاء في مسألة نفي النسب هل يتم خلال الحمل أم يتم انتظار الوضع ليقوم الزوج فور الوضع برفع دعوى اللعان، فذهب الحنيفة والحنابلة إلى أن اللعان لنفي النسب يتم عقب الولادة أو في المدة التي تقبل فيها التهنئة وهي سبعة أيام حسب العادة، فإذا تأخر الزوج عن ذلك رفضت دعواه ولم ينتف النسب، وبالتالي فحسب رأيهم اللعان يتم بعد الوضع، وليس أثناء الحمل، فيما ذهب المالكية أن يتم نفي نسب الولد خلال فترة الحمل وقبل وضعه؛ فإن سكت بعد علمه بالحمل ولو يوماً بلا عذر حتى وضعته، فلا يقبل منه اللعان ولا ينفي نسب الولد منه، وتوسط الشافعية بين الرأيين بأن أجازوا اللعان خلال فترة الحمل، وأجازوه أيضا عقب وضع الولد[2].

وتبعا لذلك ففي الفقه الإسلامي اتفق الفقهاء على شرط الفورية في اتخاذ إجراءات اللعان، ولكنهم اختلفوا في تقديرها، وأغلبهم أ احتكم في تقديرها للعرف، ولكن أقصى مدة قالها فقهاء الشريعة الإسلامية لرفع دعوى اللعان هي مدة النفاس والمقدرة كأقصى حد بأربعين يوما من الوضع، وتبعا لذلك فإذا علم الزوج بالحمل أو الوضع ولم يعجل في اتخاذ إجراءات نفي النسب فورا دون مبرر شرعي، ثم قام باللعان فإن دعواه ترفض ويحد حد القذف[3].

خامسا: صيغة اللعان:

وردت صيغة اللعان في قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ. وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ

---

[1] وهبة بن مصطفى الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهيّة وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)،المجلد 09، الطبعة 04، دار الفكر سورية دمشق، ص 7094.

[2] وهبة بن مصطفى الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 7095.

[3] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2، نشر دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص 95.

أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" [1].

وتبعا لهذه الآيات أكد الفقهاء أن صيغة اللعان تتمثل في أن يقول القاضي للزوج الملاعن قل: أشهد بالله لرأيت زوجتي تزني ورأيت فرج الزاني في فرجها وما وطئتها بعد رؤيتي، أو يشهد بأنها زنت وما وطئها بعد زناها، ويردد الزوج الملاعن هذا اللفظ أربع مرات، هذا في دعوى اللعان المتعلقة بقذف الزوجة بالزنا، أما في دعوى اللعان الرامية إلى نفي نسب الولد، فإن الزوج الملاعن يحلف أربع مرات أنه ما وطئها وأن الحمل أو الولد ليس منه، وفي الحالتين يقول في نهاية كل يمين: "وإني لمن الصادقين في قولي هذا عليها"، ويقول في الخامسة: "علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين"، فإذا فرغ الزوج من ذلك قامت الزوجة بالحلف أربع أيمان تقول فيها:" أشهد بالله إنه لكاذب او إنه لمن الكاذبين فيما ادعاه علي وذكره عني"، وإن كانت حاملا أو وضعت مولودا أضافت:" وإن حملي هذا أو ابني هذا منه"، وتقول في الخامسة:" علي غضب الله إن كان صادقا فيما رماني به من الزنا"[2]، فإذا قاما بذلك سقط عنهما حد القذف بالنسبة للزوج وحد الزنا بالنسبة للزوجة، وفرق بيهما القاضي تفريقا مؤبدا ويحكم بنفي نسب الولد للزوج إلحاقه بأمه.

الفرع الثاني

شروط اللعان الخاصة بنفي النسب

تتمثل شروط اللعان الخاصة بنفي النسب ثبوت النسب بالزواج بحيث توفرت شروط ثبوت نسب الولد للزوج بقيام عقد الزواج وبأن يولد الطفل خلال المدة المقررة شرعا لثبوت النسب مع إمكانية الاتصال بين الزوجين وإمكانية الإنجاب، لأنه إذا لم تتوفر شروط ثبوت نسب الولد بالزواج، فلا حاجة لنفي النسب باللعان، لإمكانية نفيه بنفي شروط ثبوته، وأضاف الفقهاء إلى ذلك شرطا ضروريا وهو شرط عدم إقرار

---

[1] –سورة النور، الآيات: 04 إلى 09 منها.

[2] أبو عبد الله محمد الأنصاي القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 12، دار الكتب المصرية القاهرة، مصر، 1353ه، ص 191 إلى 193.

– أبو بكر ابن حسن ابن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2015، ص 174 و 175.

الزوج بنسب المولود، إذ اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن النسب الثابت بإقرار الأب لا يمكن نفيه لا باللعان ولا بغيره، وذلك لكون النسب حق للولد فمتى ثبت بالإقرار فلا يجوز للأب الرجوع فيه بالنفي بأي طريقة أو وسيلة كانت ولو باللعان[1].

وتبعا لذلك اشترطوا لقبول دعوى اللعان لنفي النسب أن لا يكون الزوج قد أقر بنسب الولد إقرارا صريحا أو ضمنيا[2]، ومن أدلة الفقهاء للقول بهذا الحكم ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال:" من أقر بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه[3].

ويشترط المالكية لنفي نسب الولد باللعان أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته أصلا، أو لم يطأها بعد حيضتها، وأن ينفي الولد قبل وضعه، فإن سكت بعد العلم بالحمل ولو يوما واحدا بلا عذر حتى وضعته فلا يقبل لعانه، لأن السكوت بعد العلم يعد إقرارا بالنسب، وأن تتحقق حياة الولد في حالة الوضع عند اللعان، وكذلك عدم إقرار الزوج بالولد، أما الشافعية فأجازوا اللعان لنفي الولد حال الحمل أو بعد الولادة مباشرة دون عذر يبرر التأخر، وذلك لكون السكوت بعد الولادة بلا عذر يعد إقرارا بالنسب، فلا يجوز اللعان بعده، كما اشترط الحنابلة لنفي الولد باللعان ألا يسبق للزوج الإقرار بالولد وتعجيل النفي بعد الولادة وذكر نفي الولد في اللعان[4].

وأضاف الفقيه الدكتور يوسف القرضاوي شرطا آخر لنفي النسب باللعان وهو أن يكون للزوج أدلة على أن زوجته خانته وأن هذا الولد الذي تحمله أو الذي وضعته ليس من صلبه، ذلك أنه لا يباح للزوج نفي نسب الولد الذي ولد في فراشه أي في حالة قيام الزوجية الصحيحة بينه وبين زوجته، استنادا على شك عارض أو وهم طارئ

---

[1] – بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن،أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، السنة الجامعية 2017– 2017، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 127.

[2] – عبد اللطيف بعجي وعبد القادر بن حرز الله، نفي النسب وآثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة غرداية، الجزائر، المجلد 10، العدد 2 (2017)، ص 420.

– صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، جوان 2021،ص 623.

[3] – ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى،2004، ص 233.

[4] – صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 624.

أو إشاعة خبيثة، وتبعا لذلك فيشترط في اللعان لنفي النسب إضافة إلى عدم الإقرار بالولد شرط آخر وهو أن يتوفر لدى الزوج ما يثبت له أو يجعل ظنه راجحا على أن الولد ليس من صلبه[1].

كما أضاف البعض شرطا آخر وهو ألا يكون هناك حكم قضائي بثبوت نسب المولد إلى والده شرعا[2]، وذلك أمر منطقي فما ثبت من نسب بحكم قضائي أو بإقرار الزوج لا يمكن التشكيك فيه أو نفيه بلعان أو بغيره . كما أن الحكم بثبوت النسب يكتسب الحجية التي لا يمكن المساس بها بادعاء اللعان أو بغيره.

المبحث الثاني

دعوى اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الاجتهاد القضائي

لم يذكر قانون الأسرة اللعان كطريق شرعي لنفي النسب صراحة، بل اكتفى في نص المادة 41 من قانون الأسرة المتعلقة بثبوت النسب لأب المولود بالزواج الصحيح بذكر شروطه ومنها شرط عدم قيام الأب بنفي نسب المولود بالطرق المشروعة، ولم يحدد ماهية تلك الطرق المشروعة لنفي نسب الابن لوالده في حالة الزواج الصحيح، مما أثار التساؤل في التطبيق القضائي عن تلك الطرق المشروعة، فكيف أجابت المحكمة العليا الجزائرية على ذلك التساؤل؟ أي ما هي الطرق المشروعة لنفي نسب الابن لوالده؟ وما هي شروط وإجراءات تلك الطرق؟

طرحت هذه المسألة في عديد الحالات وصدرت قرارات عديدة للمحكمة العليا بشأن ذلك، وكل تلك الحالات والقرارات تتفق في كون الطريق الشرعي الوحيد لنفي نسب المولود لأبيه هو دعوى اللعان، وباعتبار أن قانون الأسرة خلال من تحديد مفهوم دعوى اللعان وأحكامها فإن المحكمة العليا تدخلت لتكملة ذلك النقص، والذي نتطرق له من خلال المطلبين التاليين:

---

[1] – يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، طبعة،2012، ص 196.

[2] – صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 624.

المطلب الأول: مفهوم دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني: أحكام دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول

مفهوم دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي

استقر القضاء الجزائري متمثلا في المحكمة العليا الجزائرية على أن دعوى اللعان هي الطريق الشرعي الوحيد لنفي نسب الولد من أبيه، وبذلك فقد فسرت المحكمة العليا الطرق المشروعة لنفي النسب المذكورة بنص المادة 41 من قانون الأسرة، بأنها طريق واحد وهو اللعان، وهو ما يثير التساؤل عن مدى صحة هذا التفسير من جهة؟، وعن المفهوم الذي أعطته المحكمة العليا لمفهوم اللعان؟.

تفصيل الجواب على ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: اللعان طريق مشروع لنفي النسب في اجتهاد المحكمة العليا.

الفرع الثاني: مفهوم اللعان في اجتهاد المحكمة العليا.

الفرع الأول

اللعان طريق مشروع لنفي النسب في اجتهاد المحكمة العليا

تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهو النص الذي تضمن عبارة الطرق المشروعة لنفي النسب، ولم يحدد ماهية تلك الطرق، مما يثير التساؤل عن موقف المحكمة العليا من تفسير تلك العبارة وتحديد الطرق المشروعة لنفي النسب؟.

بينت المحكمة العليا موقفها من طرق نفي النسب اعتمادا على تفسيرها لنص المادة 41 من قانون الأسرة، وتوصلت إلى كون اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، وذلك في عديد القرارات الصادرة عنها، ومنها القرارات التالية:

القرار الأول: القرار الصادر في الملف رقم: 172379 بتاريخ: 28/10/1997[1]، والذي جاء فيه:"حيث أنه بالفعل فإن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة، كما أن المادة 41 من نفس القانون تقضي بأن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وهو اللعان".

القرار الثاني: القرار الصادر في الملف رقم: 0998106 بتاريخ: 13-07-2016 [2]، والذي أكدت المحكمة العليا في هذا القرار أن:" الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالزواج هو اللعان، وهو ما يستفاد من نص الماد 41 التي نصت على الطرق المشروعة المقررة لنفي النسب وهي اللعان دون غيرها"، وأضافت أن:" النسب في حالة ثبوته بالزواج الصحيح وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة متى كان هناك تلاقي بين الزوجين وفقا لنص المادة 41 من نفس القانون وأتى الولد ضمن المدة المنصوص عليها في المادة 42 من القانون المذكور، ولم يبادر الزوج إلى نفي الحمل رغم علمه بذلك وهذا بإقامة دعوى اللعان بمجرد العلم، أما في حالة انتظار وضع الحمل وعدم التعجيل للنفي سواء للعقم أو لأي سبب آخر فإن النسب حينها يصبح ثابتا بالزواج وبالإقرار، ومتى ثبت لا يحتمل النفي لا باللعان ولا بغيره لتعلق حق الولد بعدها في النسب، وبالتالي فإنه لا يمكن اعتبار النسب منتفيا من الطاعن والقول بوجوب التعويض وفق ما ورد في الوجه لمجرد أن خبرة الحمض النووي جاءت سلبية طالما أن الطريق الوحيد للنفي هو اللعان الذي يخضع لشروط وأحكام يجب توافرها ومنها التعجيل في النفي بعد العلم بالحمل لا بنتيجة التحليل".

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 13-07-2016 في الملف رقم: 0998106، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2016/07/13 في الملف رقم: 0998106، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 639 و640.

القرار الثالث: القرار الصادر في الملف رقم: 1257220 بتاريخ: 05/12/2018[1]، والذي أكدت المحكمة العليا بأن:" نفي النسب لا يكون إلا بالطرق المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان ضد الزوجة كما جاء في الكتاب والسنة".

القرار الرابع: القرار الصادر في الملف رقم: 1233783 بتاريخ: 05/12/2018[2]، والذي جاء فيه:" إن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن نفي النسب لا يكون إلا باللعان وهو وحده الطريق المشروع المقرر للنفي وفقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه غير سديد."

القرار الخامس: القرار الصادر في الملف رقم: 1269341 بتاريخ: 09/01/2019[3]، والذي ورد في أسبابه أنه:" بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس طبقوا القانون تطبيقا سليما وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا معتمدين في تأييدهم للحكم الابتدائي القاضي برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس على أساس أن نسب الابن (أ) ثابت للطاعن بالزواج الصحيح إذ تم الزواج بين الطرفين في جانفي 2015 عرفيا بإقرار الطاعن وتم تثبيته وتسجيله في 2015.11.15 وولد الابن في 2016.01.05 أي بعد سنة من الزواج وأن الطاعن لم ينف نسب الابن بالطرق المشروعة وهي دعوى اللعان خلال ثمانية أيام من العلم بالحمل أو الوضع، وأنه من المقرر قانونا وحسب المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة فإنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب وبالتالي فإنه لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي وإبطال الأبوة الثابتة بالطرق الشرعية أو التشكيك فيها وأن ذلك لا يكون إلى بدعوى

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في الملف رقم: 1257220 بتاريخ: 05/12/2018 منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-04-2023.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 05/12/2018 في الملف رقم: 1233783 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-04-2023.

[3] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 09-01-2019 في الملف رقم: 1269341 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-04-2023.

اللعان حسب المادة 41 من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين غير سديدين ويتعين رفضهما ورفض الطعن".

القرار السادس: القرار الصادر بتاريخ: 06/03/2019 في الملف رقم: 1277359[1] والذي أكدت فيه:" حيث يتبين من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن الطاعنة تربطها بالمطعون ضده علاقة زواج مسجل لدى مصالح الحالة المدنية بتاريخ: 27-08-2006 وأن الابن المطلوب نفي نسبه ولد بتاريخ: 2007/03/19 وخلال قيام العلاقة الزوجية وان المطعون ضده فرح بالحمل حين علمه في الشهر الأول حسبما في عريضة رده على مذكرة الطعن وأنه لم يبادر إلى رفع دعوى اللعان لأجل نفي الحمل خلال المدة المقررة شرعا، ومنه فإن نسب الابن استوفى كافة الشروط المقررة لإثبات النسب بالزواج الصحيح وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة، وهذا باستيفائه الشروط المنصوص عليها في المادتين 41 و42 من قانون الأسرة، وهي إمكانية الاتصال وأقل مدة الحمل باعتبار الولد ولد بعد أكثر من ستة أشهر من تاريخ الزواج والدخول وانعدام النفي بالطرق المشروعة وعي اللعان ضمن المدة المقررة شرعا وهو الطريق الشرعي الوحيد للنفي، ولا يجوز تقديم الطرق العلمية عليه في النفي ومنها البصمة الوراثية وأنه باستيفاء النسب لشروط ثبوته بالزواج الصحيح مدعما بالإقرار فإنه أصبح بمنأى عن أي تأكيد أو نفي لا باللعان ولا بأي خبرة ولا بالبصمة الوراثية وتحت أي ادعاء، وان قضاة المجلس بترجيحهم نتائج تحاليل البصمة الوراثية على الدليل الشرعي قد أخطأوا في تطبيق القانون كون نسب الابن كان ثابتا قبل رفع الدعوى وقبل اللجوء إلى الخبرتين التي أمرت بهما المحكمة فضلا عن الإجراء الذي أمر به المجلس وهو تحاليل الحمض النووي الذي جاءت نتيجته سلبية وعرضوا قرارهم للنقض".

تبعا لهذه القرارات فالمحكمة العليا، جعلت اللعان هو الطريق المشروع الوحيد لنفي النسب الشرعي الثابت بالفراش.

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2019-03-06 في الملف رقم: 1277359، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 640 و641.

الفرع الثاني

مفهوم اللعان في اجتهاد المحكمة العليا

لم يعرف قانون الأسرة اللعان كطريق شرعي للفرقة بين الزوجين أو لنفي النسب، فيما اختلف الفقه الإسلامي في تعريفه إلى اتجاهين كما سبق تفصيله، الاتجاه الأول عرفه بكونه أيمان وهم الملكية الشافعية، والاتجاه الثاني عرفه بكونه شهادات، وهم فقهاء الحنفية الحنابلة، فكيف عرفت المحكمة العليا اللعان؟

لم تتطرق المحكمة العليا في قراراتها صراحة لتعريف اللعان، لكنها قدمت إشارات تحدد مفهوم وطبيعة اللعان، ومن القرارات القليلة التي تعرضت فيها إلى ذلك القرار الصادر عنها بتاريخ: 1990-07-16 [1] والذي صدر في الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر المؤيد لحكم محكمة بلكور القاضي بالطلاق بين الطرفين ومنح الزوجة نفقة العدة ونفقة الإهمال والتعويض عن الطلاق التعسفي ورفض طلب نفي الولد وإسناد حضانته لأمه والزيارة لأبيه مع إلزامه بنفقة شهرية لحضانة الولد، ومن الأوجه التي استند إليها محامي الزوج الطاعن بالنقض مخالفة القضاة لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم النص المطبق على النزاع، والزوج الطاعن طلب أن يلاعن زوجته وذلك لنفي الولد الذي أتت به ولم يلمسها أبدا، وكان على القضاة أن يستجيبوا لطلبه، ويحكموا له يمين اللعان طبقا للآية الكريمة المتعلقة باللعان، لكنهم رفضوه مستبعدين بذلك نصا قرآنيا، كما خالف القضاة نصوص فقهية خاصة بنفي الحمل، والتي تقول أن نفي الحمل ممكن سواء كانت المرأة في العصمة أو مطلقة، خرجت من العدة أم لا زالت، ولا يتقيد اللعان بزمان إلا إذا تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق، وقد ناقشت المحكمة العليا هذا الوجه بقولها:" اللعان شرع لأمرين: لنفي الحمل أو الولد أو لرؤية الزوجة تزني، وهو واجب في الأول والثاني ينبغي تركه، بهذه العبارات افتتحت

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1990-07-16 في الملف رقم: 76343، منشور بالمجلة القضائية، 1991، العدد 03، ص 75.

باب اللعان في شرح الدردير، وواضح منها أن الزوج إذا أيقن أن الحمل ليس منه عليه أن ينفي ذلك بلعان"، وأضافت المحكمة العليا في نفس القرار:" وعليه فاللعان آخره لعنة الله على من يلتعن ولعنة الله هي غضبه على الملتعن دنيا وسوء مصير في الآخرة، والإقدام عليه لا يكون إلا من متأكد على حصول ما يريد أن يلاعن عليه. حيث أنه ولئن كان اللعان كما جاء في بابه في الشرح المذكور في حالة قذف الزوج لزوجته أو رماها بالزنا أو نفى حملها بان قال أن هذا الحمل في بطنك ليس مني وأراد نفيه، فإن هذا يكون بلعان معجل من غير انتظار للوضع، ولكن لا يكون التأخير مانعا من اللعان بصورة نهائية وإلا كانت أحكام الشريعة قاسية وهذا ليس معهودا فيها"، وبالتالي فالمحكمة العليا عرفت اللعان بكونه وسيلة لنفي نسب الولد أو لقذف الزوجة بالزنا عند رؤيته لها تفعل ذلك، وأكدت بكون اللعان بالنسبة لنفي الولد يعد واجبا خلافا لحالة القذف بالزنا فليس بواجب.

كما أنها أكدت بكون اللعان هو أيمان وليس شهادات، ومنها ما جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1985-02-25[1] والذي جاء فيه أنه:" يكون باطلا القرار الذي يقضي، قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب، بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما، من علمه بوضع زوجته لحملها"، ومنه فالمحكمة العليا عرفت اللعان بأنه يمين يوجه للزوجين.

وأضافت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها في الملف رقم: 204821 بتاريخ: 1998-10-20[2] أن اللعان هو الدعوى التي يرفعها الزوج ضد زوجته لنفي النسب أو قذف زوجته بالزنا إذ جاء في قرارها بأنه:" ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين فالولد للفراش وبالإضافة إلى ذلك وطبقا لأحكام المادتين 40 و41 من قانون الأسرة فيثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، أما نفي النسب يجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1985-02-25 في الملف رقم: 35934، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص 83.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1998/10/20 في الملف رقم: 204821، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 82.

من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"، ونفس الحكم ورد في القرار الصادر في الملف رقم: 0998106 بتاريخ: 2016-07-13 [1]: الذي أكدت فيه المحكمة العليا بأن الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالزواج هو اللعان، وذلك بإقامته دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل، وتبعا لذلك فاللعان حسب هذا الاجتهاد لا هو يمين ولا شهادة، بل هي دعوى تسمى دعوى اللعان وتهدف لقذف الزوجة بالزنا أو لنفي نسب الحمل أو الولد من الزوج.

وبالفعل فإنه بقياس الأمر بمصطلحات القانون الوضعي متمثلا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن أداء الزوج الأيمان أو الشهادات هي مجرد إجراء ضمن عملية قضائية متكاملة تبدأ من تقدم الزوج برغبته في اللعان أو طلبه ذلك بموجب عريضة افتتاحية أمام قسم شؤون الأسرة المختص محليا، وبعد جلسة محاولة الصلح التي يتعين على القاضي القيام فيها بوعظ وتذكير الطرفين بعذاب الله وغضبه، فإن القاضي يصدر حكمه بإلزام الطرفين بأداء الأيمان أو الشهادات بالصيغة الواردة في آية اللعان، وذلك بالمسجد الجامع في تاريخ يحدده بحضور محضر قضائي الذي يحرر محضر بذلك، ومنه فاللعان في حقيقته دعوى وأداء الأيمان أو الشهادات مجرد إجراء من إجراءاتها.

المطلب الثاني

أحكام دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي

تبين من خلال ما سبق أن دعوى اللعان هي الاجتهاد القضائي الجزائري هي دعوى تتضمن ادعاء الزوج زنا زوجته أو نفيه نسب الولد الذي تحمله زوجته أو الذي وضعته، وبعد معاينة القاضي توفر شروطها يطلب من الزوجين المتلاعنين أداء شهادات مقرونة باللعن أو بالغضب من الله بالصيغة الواردة في الآيات القرآنية المتعلقة باللعان، فإذا أديا الشهادات حكمت المحكمة بآثار اللعان وهي التفريق بين الزوجين

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:2016/07/13 في الملف رقم: 0998106، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 639 و640.

بفسخ عقد الزواج المبرم بين الطرفين وبالتحريم المؤبد بينهما وبنفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه.

وتعتبر دعوى اللعان من الدعاوى المسماة في الاجتهاد القضائي الجزائري، والذي فصل أحكامها في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والتي تتمحور حول، شروط هذه الدعوى، وطبيعة الحكم الفاصل في دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي، وتفصيل تلك الأحكام في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شروط دعوى اللعان كطريق لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.

الفرع الثاني: الحكم الفاصل في دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول

شروط دعوى اللعان كطريق لنفي النسب في الاجتهاد القضائي

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لشروط دعوى اللعان، والتي تم تفصيلها في الفقه الإسلامي كما سبق تفصيله في المبحث الأول من هذا الفصل، مما يثير التساؤل عن الاجتهاد القضائي الجزائري هل تبنى شروط دعوى اللعان لنفي النسب المكرسة في الفقه الإسلامي؟ أي ما هي شروط دعوى اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي الجزائري؟

تفصيل شروط دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي يتم في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الصفة في دعوى اللعان لنفي النسب تثبت للزوجين.

الفقرة الثانية: سقوط حق الزوج في اللعان لنفي النسب بسبق إقراره.

الفقرة الثالثة: أجل رفع دعوى اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.

الفقرة الرابعة: مكان تنفيذ إجراء اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.

الفقرة الأولى

الصفة في دعوى اللعان لنفي النسب تثبت للزوجين

طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة والمتعلقة بشروط انتساب الولد لأبيه والتي تنص على أنه::" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، فإنه واضح من عبارة النص أن دعوى نفي النسب باللعان باعتباره

الطريق الشرعي لنفي النسب حسب الفقه الإسلامي وحسب اجتهادات المحكمة العليا، لا تثبت الصفة فيها إلا للزوج كمدعي والزوجة مدعى عليها[1]، ومنه فدعوى نفي النسب باللعان المرفوعة من غير الزوج وضد غبر الزوجة تعد غير مقبولة لانعدام الصفة.

وتبعا لذلك فالصفة في دعوى اللعان تثبت للزوج باعتباره صاحب الحق المباشر في نفي النسب بإنكار أن يكون الحمل أو الولد من صلبه، ولا يملك معه هذه الصفة أي شخص آخر، فلا يملك أقارب الزوج وورثته الصفة لرفع دعوى اللعان حتى وإن كانت لهم مصلحة محققة وهي أن لا يشاركهم الولد ميراث مورثهم[2].

وقد كرست المحكمة العليا هذا الحكم في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2018/03/07 في الملف رقم: 1177903 [3] والذي جاء فيه:" حيث إن الطرق التي تثبت بها النسب في جانب الرجل محددة على سبيل الحصر في المادة 1/40 من قانون الأسرة ومنها الزواج والإقرار، ولما كان البين من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده مسجل في سجلات الحالة المدنية لبلدية تيارت على أنه ابن (م.ب) و (س.ز) وعاش تحت كنفهما ورعايتهما منذ تاريخ ميلاده في: 15/08/1980 لغاية وفاة المورث في: 11/04/2012 وخلو شهادة ميلاده مما يفيد أنه ولدهما من زنا أو أنهما تبنياه واتخذاه ابناً لهما بالتبني فإن نسب المطعون ضده من الزوجين المذكورين أصبح ثابتاً بالزواج الصحيح وفقاً لنص المادة 40 من قانون الأسرة وهي إمكانية الاتصال بين الزوجين المذكورين وأقل مدة الحمل وانعدام النفي بالطرق المشروعة من المعني المسجل باسمه المطعون ضده واستمرار إقراره بأبوته له لغاية وفاته هو إقرار لا مخالفة فيه لا للشرع ولا للقانون فإن كان صادقاً في إقراره فله صدقه وإن كان كاذبا في الواقع كان عليه إثم الادعاء مما

---

[1] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 639 و640.

[2] أقروفة زوبيدة، قانون الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب دراسة فقهية قانونية، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع تيزي وزو، 2012، ص 106.

[3] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:2018/03/0 في الملف رقم: 1177903، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23- 05-2023.

ينتفي معه التبني موضوع الدعوى الذي يحتاج في إثباته إلى وجود شهادة ميلاد أخرى تثبت النسب الحقيقي للمتبنّى وتناقض شهادة الميلاد المدعى بعدم صحتها وشهادة شهود يعاينون الولادة الإستلحاق وهو ما خلت منه أوراق الملف ويكون قضاة الموضوع بما انتهوا إليه من انتفاء واقعة التبني وثبوت النسب بدعامتي الزواج والإقرار قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قضاءهم التسبيب الكافي وبثبوت النسب بالطريقين المذكورين يصبح بمنأى عن أي نفي أو تأكيد لا بإجراء تحاليل الحمض النووي ولا بغيره من الطرق وتحت أي ادعاء ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك لأن ثبوت النسب بالزواج أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النسب الثابت بهما فضلاً عن أن إجراء تحاليل الحمض النووي المثار يحتاج إلى أخذ العينات من جسم الشخص الذي يراد معرفة بصمته الوراثية ومقارنتها بالعينات التي تؤخذ من الأب المعني المشكوك فيه دون غيره من أقاربه مهما كانت درجة القرابة والحال وأن الأب المشكوك فيه متوفي مما يجعل الوجهين غير سديدين"، ومعنى ذلك أنه إذا لم يرفع الزوج دعوى لعان في حياته فإنه يغد قد أقر بنسب الأبناء المولودين من زوجته ، ومنه فلا يملك غيره من الأقارب الصفة لرفع الدعوى لنفي النسب طالما أنه ثبت بالزواج وبإقرار الزوج المتوفى".

الفقرة الثانية

سقوط حق الزوج في اللعان لنفي النسب بسبق إقراره

أكدت المحكمة العليا أنه من شروط قبول دعوى اللعان أن لا يكون الزوج قد أقر صراحة أو ضمنا بكون الحمل أو الولد من صلبه، ومن ذلك ما جاء في القرار الصادر في الملف رقم: 0998106 بتاريخ: 13-07-2016 [1] الذي أكدت فيه المحكمة العليا أن الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالزواج هو اللعان، وأنه على الزوج أن يبادر الزوج إلى نفي الحمل بمجرد علمه بذلك وهذا بإقامة دعوى اللعان بمجرد العلم، أما في حالة انتظار وضع الحمل وعدم التعجيل للنفي سواء للعقم أو لأي سبب آخر

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2016/07/13 في الملف رقم: 0998106، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 639 و640.

فإن النسب حينها يصبح ثابتا بالزواج وبالإقرار، ومتى ثبت لا يحتمل النفي لا باللعان ولا بغيره لتعلق حق الولد بعدها في النسب.

ونفس الحكم ورد في قرار المحكمة العليا في القرار الصادر في الملف رقم: 1277359 بتاريخ: 06-03-2019 [1] الذي أكدت فيه:" أنه باستيفاء النسب لشروط ثبوته بالزواج الصحيح مدعما بالإقرار فإنه أصبح بمنأى عن أي تأكيد أو نفي لا باللعان ولا بأي خبرة ولا بالبصمة الوراثية وتحت أي ادعاء"، وكذلك في القرار الصادر في الملف رقم 1233783 والمؤرخ في 05-12-2018 [2] والذي جاء فيه أنه:" حيث إنه من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، وأنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، كما أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. وحيث إنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المطعون فيه يتبين وأن الطاعنين أكدا طيلة إجراءات الدعوى وأن المطعون ضده أقر أمام القضاء خلال المرافعات المنتهية بصدور الحكم المؤرخ في 2013.05.02 أنه تزوج بالطاعنة (ب.ب) وأثمر زواجهما على ميلاد الطاعن (ب.ف) ويعد ذلك حجة قاطعة بما أقر به، هذا وذكر قضاة الموضوع أن الدعوى التي أقامها المطعون ضده الرامية إلى إخضاعه هو وابنه (ف) إلى تحاليل ADN هي من أجل التأكد فعلاً من بُنُوتِه له وهو لم يذكر نفيه لابنه، وأضاف قضاة الموضوع أن ما يؤكد ذلك هو إقرار المطعون ضده في دعوى تثبيت الزواج العرفي بنسب ابنه له وهو لم ينكره أو ينفه سابقاً بل أنه لجأ لهذه الدعوى من أجل اليقين ومحو الشك وعليه فإن ما توصل إليه قضاة الموضوع في تحليلهم هذا منعدم الأساس القانوني ومخالف للمبادئ القانونية المذكورة أعلاه، طالما أن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده أقر بنسب المطعون ضده له فإن ذلك لا يقبل إثبات العكس بأية طريقة أخرى."

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2019/03/06 في الملف رقم: 1277359 بتاريخ: 06-03-2019صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 640 و641.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 05/12/2018 في الملف رقم: 1233783، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.

وفي نفس الاتجاه سار قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 05/09/2018 في الملف رقم: 1217841 [1] والذي جاء فيه:" حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين وأن قضاة المجلس وبتأييدهم الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية لتعيين المخبر الجهوي للشرطة العلمية لإجراء التحاليل والتأكد من نسب الابن (ا.ع)، قد استندوا إلى أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعاً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية، كما أن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل أخر، وبالتالي فإن قضاة المجلس وبانتهائهم إلى ما توصلوا إليه قد طبقوا صحيح القانون، لأنه الثابت من الحكم المؤيد بالقرار المطعون فيه وأن الطرفين كان يربطهما عقد زواج عرفي بتاريخ 2009.05.12 وتم تثبيته بموجب حكم صادر بتاريخ: 2012.06.27 وأن الطاعن هو من أقام دعوى إثبات الزواج العرفي أين صرح وقتها بأن هذا الزواج قد أثمر عن إنجاب الابن (أ.ع)، هذا الأخير الذي تم إلحاق نسبه للطاعن والمطعون ضدها بموجب الحكم الصادر بتاريخ 2013.02.10، بعد أن رفع الطاعن دعوى يطلب من خلالها إلحاق نسب الابن لهما، وبالتالي فإن نسب الابن ثابت بالطرق الشرعية وهي الزواج الصحيح والإقرار، ومتى ثبت بالشروط الشرعية، فلا يمكن نفيه ولو باستعمال الوسائل العلمية، وأن المشرع قدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية لأنه لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، كما أن الفقرة 02 من المادة 40 من قانون الأسرة تجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لنفيه، وبذلك فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً كما لا يجوز تقديمها على اللعان، مما يجعل الوجه غير مؤسس مستوجب الرفض".

وبالتالي فالمحكمة العليا كرست شرط عدم الإقرار بالنسب صراحة أو ضمنا كشرط لقبول دعوى نفي النسب باللعان، بمعنى أنه إذا سبق للزوج وأن أقر بنسب ابنه فلا يملك الحق لرفع دعوى اللعان لنفي ذلك النسب.

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 05/09/2018 في الملف رقم: 1217841، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

الفقرة الثالثة

أجل رفع دعوى اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في الأجل المحدد لرفع دعوى اللعان، ولم يتضمن قانون الأسرة الجزائري هذا الأجل، واختلفت قرارات المحكمة العليا بشأن أجل رفع دعوى اللعان لنفي نسب الولد، وذلك كما يلي:

الرأي الأول: رفع دعوى اللعان في مدة قصيرة بعد العلم بالحمل أو من يوم الوضع: أكدت فيه المحكمة العليا في القرار الصادر في الملف رقم: 1257220 بتاريخ: 2018-12-05[1] بأن نفي النسب لا يكون إلا بالطرق المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان ضد الزوجة في مدة قصيرة معلومة من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع، وتبعا لهذا القرار فالمحكمة العليا تبنت موقف الفقه الشافعي الذي يجيز اللعان لنفي النسب هلال فترة الحمل وعقب الوضع بمدة قصيرة، لم تحددها المحكمة العليا في هذا القرار.

الرأي الثاني: رفع دعوى اللعان في أجل 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع:

القرار الأول: القرار الصادر في الملف رقم: 99000 بتاريخ: 23-11-1993[2]: ورد في هذا القرار بأنه من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام، أكدت المحكمة العليا بأنه:" حيث أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج المذكور ورفضوا إلحاق نسب الولد بالمطعون ضده وهو ما يتناقض مع نص المادة 41 من ق أ التي تنص على انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، إضافة إلى ان المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به، مع العلم أن آجال نفي الحمل ضيقة جدا كما نص على

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1257220 ، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 67.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1993/11/23 في الملف رقم: 99000، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 64.

ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية وقد استقر الاجتهاد القضائي على أنها لا تتجاوز ثمانية أيام، وعليه فالوجه مؤسس".

القرار الثاني: القرار الصادر في الملف رقم: 172379 بتاريخ: 28-10-1997[1]: ورد في هذا القرار بأن نفي نسب الابن يتم بالطرق المشروعة وهي دعوى اللعان خلال ثمانية أيام من العلم بالحمل أو الوضع، وقد جاء في القرار أن اللعان يتم:" في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، مع ان الإمام مالك رضي الله عنه قد حدده بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنا أو لنفي الحمل كما في قضية الحال".

وهو القرار الذي تبنت فيه أيضا موقف الفقه الشافعي المجيز للعان خلال الحمل أو الوضع، ولكنه أضاف أن المدة المقررة للعان هي مدة 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو العلم بالوضع، وهي تقريبا نفس المدة التي ذهب إليها الفقه الحنفي الذي حدد مدة اللعان لنفي النسب بالمدة التي تقبل فيها التهنئة بالولادة وهي سبعة أيام حسب العادة، وخالف قرار المحكمة العليا سالف الذكر الفقه المالكي من زاوية إجازتها اللعان بعد الوضع وليس خلال الحمل فقط، وكذلك من حيث المدة إذ الفقه المالكي يرى أن اللعان يتم بعد العلم بالحمل فورا فإن تأخر الزوج بعد علمه بالحمل ولو يوماً واحدا بلا عذر حتى وضعته، فلا يقبل منه اللعان ولا ينفي نسب الولد منه.

القرار الثالث: القرار الصادر في الملف رقم: 204821 بتاريخ: 20-10-1998[2]: ورد في هذا القرار أن:" نفي النسب يجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصد به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا".

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 28/10/1997 في الملف رقم: 172379 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1998/10/20 في الملف رقم: 204821 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 82.

الرأي الثالث: رفع دعوى اللعان في أجل يوم واحد من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع:

القرار الأول: القرار الصادر في الملف رقم : 35934 بتاريخ: 25-02-1985[1]: ورد في هذا القرار بأنه:" من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل أذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو بالوضع أو رؤية الزنا. يكون باطلا القرار الذي يقضي، قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب، بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما، من علمه بوضع زوجته لحملها".

القرار الثاني: القرار الصادر في الملف رقم: 0998106 بتاريخ: 13-07-2016 [2]: أكدت المحكمة العليا في هذا القرار أن:" النسب في حالة ثبوته بالزواج الصحيح وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة متى كان هناك تلاقي بين الزوجين وفقا لنص المادة 41 من نفس القانون وأتى الولد ضمن المدة المنصوص عليها في المادة 42 من القانون المذكور، ولم يبادر الزوج إلى نفي الحمل رغم علمه بذلك وهذا بإقامة دعوى اللعان بمجرد العلم، أما في حالة انتظار وضع الحمل وعدم التعجيل للنفي سواء للعقم أو لأي سبب آخر فإن النسب حينها يصبح ثابتا بالزواج وبالإقرار، ومتى ثبت لا يحتمل النفي لا باللعان ولا بغيره لتعلق حق الولد بعدها في النسب، وبالتالي فإنه لا يمكن اعتبار النسب منتفيا من الطاعن والقول بوجوب التعويض وفق ما ورد في الوجه لمجرد أن خبرة الحمض النووي جاءت سلبية طالما أن الطريق الوحيد للنفي هو اللعان الذي يخضع لشروط وأحكام يجب توافرها ومنها التعجيل في النفي بعد العلم بالحمل لا بنتيجة التحليل".

الرأي الرابع: رفع دعوى اللعان في أجل أسبوع من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع:

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في: 25-02-1985 في الملف رقم: 35934، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص 83.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2016/07/13 في الملف رقم: 0998106 صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 639 و640.

القرار الأول: القرار الصادر في الملف رقم: 296020 بتاريخ: 25-12-2002 [1]: ورد في هذا القرار بأن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل.

القرار الثاني: القرار الصادر في الملف رقم: 172379 بتاريخ: 28-10-1997 [2]: ورد في هذا القرار بأن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل.

الرأي الخامس: جواز تأخير دعوى اللعان لظروف خاصة:

أجازت المحكمة العليا تأخير دعوى اللعان لظروف خاصة، ومن ذلك ما ورد بالقرار الصادر في الملف رقم: 76343 بتاريخ: 16-07-1990 [3]: ورد فيه: " من المقرر شرعا وفقها، وجوب التعجيل باللعان، غير أنه لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فإن القضاء بحلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان، دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية"، وقد جاء هذا القرار ردا على الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر المؤيد لحكم محكمة بلكور القاضي بالطلاق بين الطرفين ومنح الزوجة نفقة العدة ونفقة الإهمال والتعويض عن الطلاق التعسفي ورفض طلب نفي الولد وإسناد حضانته لأمه والزيارة لأبيه مع إلزامه بنفقة شهرية لحضانة الولد، ومن الأوجه التي استند إليها محامي الزوج الطاعن بالنقض مخالفة القضاة لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم النص المطبق على النزاع، والزوج الطاعن طلب أن يلاعن زوجته وذلك لنفي الولد الذي أتت به ولم يلمسها أبدا، وكان على القضاة أن يستجيبوا لطلبه، ويحكموا له يمين اللعان طبقا للآية الكريمة المتعلقة باللعان، لكنهم

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2002/12/25 في الملف رقم: 296020، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2004 ص: 289.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1997/10/28 في الملف رقم: 172379، منشور بالمجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص: 70.

[3] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 16/07/1990 في الملف رقم: 76343 منشور بالمجلة القضائية، 1991، العدد 03، ص 75.

رفضوه مستبعدين بذلك نصا قرآنيا، كما خالف القضاة نصوص فقهية خاصة بنفي الحمل، والتي تقول أن نفي الحمل ممكن سواء كانت المرأة في العصمة أو مطلقة، خرجت من العدة أم لا زالت، ولا يتقيد اللعان بزمان إلا إذا تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق، وقد ناقشت المحكمة العليا هذا الوجه بقولها:" اللعان شرع لأمرين: لنفي الحمل او الولد أو لرؤية الزوجة تزني، والطاعن تزوج بزوجته في: -5-21 1986 وأن هذه الأخيرة أخبرته في نفس السنة: 1986-8-15 بأنها حامل، ولما كان يدعي أنه لم يطأها قبل ذلك حتى يكون الحمل منه، فإن نفيه منه لا بد أن يكون بواسطة اللعان، وقد سلك هذا الطريق وطلب من المحكمة ان تحكم له به، غير أن طلبه رفض بعلة انه علم بالحمل في: 1986-8-15 ولم يقم بدعوى نفيه إلى في فاتح سبتمبر الشهر الموالي، واللعان مطلوب من صاحبه ألا يتأخر عن طلبه بمجرد العلم بالحمل أو الولد أو الرؤية في الزنا وإلا كان غير مقبول منه. حيث أنه ولئن كان اللعان كما جاء في بابه في الشرح المذكور في حالة قذف الزوج لزوجته أو رماها بالزنا أو نفى حملها بان قال أن هذا الحمل في بطنك ليس مني وأراد نفيه، فإن هذا يكون بلعان معجل من غير انتظار للوضع، ولكن لا يكون التأخير مانعا من اللعان بصورة نهائية وإلا كانت أحكام الشريعة قاسية وهذا ليس معهودا فيها. لقد ورد في موضع آخر في نفس الباب: وان وطئ اللاعن زوجته بعد رؤيتها تزني أو علمه بوضع أو حمل أو أخر اللعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين بلا عذر امتنع لعانه، وفي العذر المذكور يمكن الحكم، فالطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر وهو موظف مربوط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره به فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان، وكما ورد في مذكرة الطعن له ذلك والزوجة في العصمة أو مطلقة خرجت من العدة أو لا كانت حية أو ميتة فلا يتقيد اللعان بزمان إلا إن تجاوز أقصى أمد الحمل حتى يوم الطلاق أو ترك الوطء فينتفي عنه بلا لعان، إذا فالزوج يعتبر في حكم الغائب المدة التي تأخر فيها عن طلب اللعان غير مانعة منه، وإذا وقع اللعان فلم يبق للأشياء الأخرى بالحكم ما يستلزم الحكم بها

كلها او بعضها. حيث عن المجلس سد عليه الباب نهائيا وخرج بذلك عن القواعد الشرعية معرضا بصنيعه هذا قراره للنقض."

وتبعا لهذا القرار فالمحكمة العليا اتخذت موقف التيسير في باب قبول اللعان لنفي النسب، إذ أكدت أنه: "ولئن كان اللعان ... في حالة قذف الزوج لزوجته أو رماها بالزنا أو نفى حملها بان قال أن هذا الحمل في بطنك ليس مني وأراد نفيه، فإن هذا يكون بلعان معجل من غير انتظار للوضع، ولكن لا يكون التأخير مانعا من اللعان بصورة نهائية وإلا كانت أحكام الشريعة قاسية وهذا ليس معهودا فيها".

وبالتالي فالمحكمة العليا فرضت على القضاة مناقشة الظروف والأسباب التي جعلت الزوج يؤخر دعوى اللعان، واعتبرت بكون التزامات الوظيفة والتي منها العمل بسفارة بالخارج وما تفرضه من ضرورة السفر والبقاء بالخارج عذرا يبرر تأخير دعوى اللعان لأنه يعتبر مجبرا على ذلك، "فالطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر وهو موظف مربوط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره به فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان"، وأضافت المحكمة العليا انه بهذه الظروف فالزوج الطاعن يعتبر "في حكم الغائب المدة التي تأخر فيها عن طلب اللعان غير مانعة منه".

الفقرة الرابعة

مكان تنفيذ إجراء اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي

من المبادئ المتفق عليها أن التقاضي وإجراءاته يتم اتخاذها وتنفيذها في مقر الجهات القضائية، من طرف القاضي، إلا الإجراءات التي يكلف باتخاذها الخبراء ومساعدي العدالة كالمحضرين القضائيين والموثقين والوسطاء القضائيين، وغيرهم، فحينئذ ينفذ الإجراء خارج الجهة القضائية من طرف الشخص المحدد في الأمر أو الحكم أو القرار القضائي، وتبعا لذلك فالمبدأ أن اللعان كإجراء يتخذ وينفذ من طرف القاضي في المحكمة، وهو ما يعني أن القاضي هو من يوجه أيمان اللعان للزوجين،

ويلقنهما إياها في جلسة أداء اليمن التي تنعقد بمقر الجهة القضائية، ويحرر أمين ضبط الجلسة محضر بذلك ويوقعه رفقة القاضي.

ولكن باعتبار صيغة اللعان وكيفياته مصدرها هو الشريعة الإسلامية والتي يؤكد فقهاؤها أن أيمان اللعان تؤدى بالمسجد، فيمكن للقضاء أن يأمر بتوجيه أيمان اللعان بالمسجد الذي يجب تحديده بالأمر أو الحكم أو القرار ويأمر الزوجان بالحضور إليه في الساعة واليوم المحددين، كما يحدد الأمر الجهة التي تلقن وتتلقى أيمان اللعان، وهو عادة المحضر القضائي أو الموثق باعتبار أنهما ضابطان عموميان مكلفان بتحرير محاضر عن المعاينات التي تجرى بمعرفتهما، كما أنه لا مانع من جعل التلقين والتلقي يتممن طرف الإمام أو أي شخص مسلم غيره شرط أن يحرر المحضر القضائي المكلف محضرا بما عاينه بشأن الحضور والتلقين والأداء للأيمان.

وهنا يثور التساؤل بشأن عن اجتهاد المحكمة العليا بشأن مكان أداء أيمان اللعان ومن يقوم بتنفيذها، هل يتم بالمحكمة أم بالمسجد؟ ومن ينفذ اللعان هل هو القاضي أم المحضر القضائي أم الموثق أم الإمام؟

أجابت المحكمة العليا بشان هذه المسائل في القرار الصادر عنها بتاريخ: 23/04/1991 في الملف رقم: 69798 [1] الذي جاء فيه أنه:" حيث أن المدعية دفعت بعدم صحة يمين اللعان أمام مجلس قضاء الجزائر مما دفع قضاة الموضوع بالاطلاع على وسائل دفاعها حيث جاء في قراره المؤرخ في: 18/10/83 أن دفع المستأنف عليها المدعية في الطعن بأن اليمين غير قانونية وان من الواجب أن يتلى و يقرأ من طرف الإمام وليس مساعد الموثق مردود، إذ أنه من الثابت شرعا أنه ليس شرط أن يتلي يمين اللعان من طرف الإمام وإنما يكفي أن يقرأ يمين اللعان من شخص مسلم مكلف بتلقينها قانونا أمام جماعة المسلمين يتجاوز عددهم أربعة أشخاص. حيث أن قرار الموثق يذكر أن أداء اليمين اللعان وقع بالمسجد بعد صلاة الجمعة في وسط المصلين وبعد تحذيرهم من اليمين مما يستظهر أن هذا الوجه فير مؤسس".

وفي هذا القرار بينت المحكمة العليا موقفها بشأن مكان تنفيذ حكم اللعان أي أداء أيمان اللعان، وهو المسجد وليس المحكمة، كما بينت أن تلاوة أيمان اللعان وتلقينها

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03 لسنة 1994 ص 54.

للزوجين يجوز أن يتم من طرف الموثق كما يجوز أن يتم أيضا من طرف الإمام، بل ويجوز أيضا أن يقرأ يمين اللعان من طرف أي شخص مسلم مكلف بتلقينها قانونا أمام جماعة المسلمين يتجاوز عددهم أربعة أشخاص، ويكون حينها بحضور الموثق المعين من طرف القضاء الذي يحرر محضر بمجريات أداء يمين اللعان.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا تجاوزت المحكمة حدود إجازة أداء أيمان اللعان بالمسجد إلى حد القول بعدم جوزا أدائها بالمحكمة الذي هو الأصل في كل الإجراءات القانونية، بأن تتم بالمحكمة، وخلافا لذلك المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 28/10/1997 في الملف رقم 172379:" أن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد" [1]، وفي قرار ثالث حددت المحكمة العليا أي المساجد يتم فيها اللعان بأنه المسجد العتيق دون غيره من المساجد، وذلك دون تبرير ولا تسبيب، لما يجوز في هذا المسجد وحده دون باقي المساجد، إذ جاء في القرار الصادر في الملف رقم: 172379 بتاريخ: 1997-10-28[2] بأن:" اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق ولا يصح في غيره من المساجد".

الفرع الثاني

الحكم الفاصل في دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي

يخضع الحكم القضائي الصادر في دعوى اللعان للنظام القانوني للأحكام القضائية الصادرة في دعاوى الأسرة، ولكنه يتميز عن باقي الأحكام من حيث مضمونه ومحتواه من جهة، ومن حيث طبيعته من جهة أخرى.

تمر دعوى اللعان بمرحلتين الأولى تتعلق بأداء الأيمان من الزوجين بالصيغة الشرعية في المحكمة أو المسجد، وذلك بموجب أمر أو حكم يأمر الزوجين بالحضور

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 28/10/1997 ملف رقم 172379 منشور بنشرة القضاة، عدد 54 ص 103.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1997/10/28 في الملف رقم: 172379، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

في المكان والزمان المحددين لتنفيذ الملاعنة بالصيغة التي يحددها الحكم أو الأمر وهذا الحكم هو حكم غير فاصل في الموضوع.

وعلى خلاف الفقه الإسلامي الذي يرى أن الملاعنة تتم بالمسجد الجامع بعد الصلاة المفروضة وبحضور جماعة من المؤمنين، فإن هناك من يرى بكون جلسة الملاعنة أي أداء الأيمان من طرف الزوج والزوجة تتم في جلسة سرية، وبعد أداء الأيمان من الزوجين يتم تحرير محضر بذلك من طرف أمين الضبط أو المحضر القضائي.

وبعد إعادة السير في الدعوى بعد تنفيذ الملاعنة يصدر القاضي الحكم القطعي الذي يتضمن التصريح بإجراء اللعان وترتيب آثارها وهي التفريق المؤبد بين الزوجين ونفي نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بالزوجة دون حضانة ولا زيارة ولا نفقة ولا تعويض.

ودرجت المحاكم على أن تقضي في الحكم القاضي باللعان بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه كما هو الحكم المؤيد بقرار المجلس والذي تم الطعن فيه بالنقض وصدر فيه قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1997-10-28 في الملف رقم: 172379 والذي جاء فيه أن القرار محل الطهن بالنقض هم القرار المؤيد لحكم محكمة سعيدة الصادر بتاريخ: 1995-12-30 القاضي بفسخ عقد الزواج المؤرخ في: 1993-09-15 مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد أ المولد بتاريخ:1994-04-19 بأمه[1].

ولا شك أن الحكم الفاصل في اللعان وترتيب آثاره يعتبر حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف، وبالاطلاع على قرارات المحكمة كلها والتي تم عرضها في هذه المذكرة سيجد أنها كلها تتعلق بالطعن بالنقص في قرارات فاصلة في دعوى اللعان، ومنه فقد كرس القضاء بكل جهاته من المحكمة إلى المجلس القضائي إلى المحكمة العليا كون الأحكام الفاصلة في اللعان هي أحكام ابتدائية قابلة للاستئناف.

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1997/10/28 في الملف رقم: 172379، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

ملخص الفصل الأول

نخلص مما سبق ان المشرع في قانون الأسرة نص على نفي النسب بعبارة" الطرق المشروعة لنفي النسب"، وذكر في باب الإرث اللعان كمانع للميراث، دون تحديد ماهية تلك الطرق ولا أحكامها، وأن اللعان هو الطريق الشرعي المتفق عليه في الشريعة الإسلامية وفي الاجتهاد القضائي، لنفي النسب القابل للاثبات بالفراش بتوفر شروطه، واللعان هو دعوى يرفعها الزوج ضد زوجته يدعي فيها أنها خانته وان حملها أو ولدها ليس ابنه، ولهذه الدعوى شروط ومواعيد يجب احترامها، والتي اختلف في تفاصيلها الفقه الإسلامي وكذلك الاجتهاد القضائي الجزائري.

الفصل الثاني

طرق نفي النسب بغير اللعان في القانون والاجتهاد القضائي

الفصل الثاني

طرق نفي النسب بغير اللعان في القانون والاجتهاد القضائي

نصت المادة 41 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهذا النص ورد نص صراحة على تعدد الطرق المشروعة لنفي النسب من خلال صيغة الجمع التي تفيد التعدد، لكنه لم يذكر تلك الطرق، مما يفتح المجال للفقه والاجتهاد القضائي ليحدد ماهية تلك الطرق.

وباعتبار أن قواعد القانون يتم استنباطها من النصوص التشريعية بطرق التفسير المختلفة، ومنها طرق التفسير الداخلية والتي تعتمد على عبارة النص وإشارته إضافة إلى تفسير النص من خلال مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة، ويضاف إلى ذلك أسلوب التفسير من خلال الجمع بين النصوص ذات العلاقة بالمسألة الواحدة، فإن لم تكف تلك الطرق فإنه يتم التفسير من خلال الطرق الخارجية التي منها حكمة التشريع وغايته، وأصل النص ومصدره، والأعمال التحضيرية.

وبتطبيق هذه الطرق كلها، بخصوص نصوص القانون المتعلقة بالنسب ثبوتا ونفيا، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة، فإنه يتبين وجود طرق شرعية متعددة لنفي النسب تضاف لإلى اللعان، ويمكن جمعها في طريقين أساسين، وهما طريق نفي الفراش أي إثبات اختلال أحد شروط ثبوت النسب بالفراش، والثاني هو الخبرة العلمية ذات الطابع اليقيني في باب النسب وهي البصمة الوراثية، وتفصيلهما في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: نفي النسب بطريق اختلال شروط الفراش في القانون والاجتهاد القضائي.

المبحث الثاني: نفي النسب بطريق الخبرة العليمة في القانون والاجتهاد القضائي.

المبحث الأول

نفي النسب بطريق اختلال شروط الفراش في القانون والاجتهاد القضائي

تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهذا النص كرس الطريق الشرعي المعتمد في الشريعة الإسلامية لإثبات نسب الولد لأبيه وهو الفراش أي فراش الزوجية، استنادا للحديث النبوي الشريف:" الولد للفراش"، وهذه الشروط هي أن يولد الابن في إطار علاقة زوجية، وتم الاتصال بين الزوجين، وأن يولد الابن خلال المدة المقررة شرعا والتي حدها الأدنى ستة أشهر من إبرام عقد الزواج، وحدها الأقصى عشرة أشهر، فإذا توفرت هذه الشرط ثبت نسب الابن لأبيه بطريق الفراش.

ويؤكد الفقه الإسلامي والفقه الوضعي أنه بتوفر تلك الشروط الثلاثة، يثبت نسب الابن لأبيه، ولا يمكن حينها للأب نفي نسب ابنه إلا باللعان، ولذلك اشترطوا لنفي النسب أن تتوفر شروط نسب الولد لأبيه بالفراش وهي: وجود عقد الزواج وأن يتصل الزوجان أو يتلاقيان، وأن يولد الابن خلال المدة المقررة شرعا، فإذا لم تتوفر تلك الشروط أو أحدها وتم تسجيل نسب الطفل على الزوج، فإنه يمكنه رفع دعوى نفي النسب ويستند في ذلك لعدم توفر تلك الشروط أو أحدها، وحينها لا يطالب بإتباع طريق اللعان، بل يمكنه نفي النسب استنادا لعدم قيام عقد الزواج أو لعدم اللقاء بين الزوجين أو لكون الطفل ولد لمدة أقل او أكثر من المدة القانونية لثبوت نسب الولد بالفراش، ويضاف إلى ذلك حالة استحالة الإنجاب فهي تلحق بعدم اللقاء.

وتفصيل ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: نفي النسب بطريق نفي العلاقة الزوجية.

المطلب الثاني: نفي النسب بطريق نفي التواصل بين الزوجين.

المطلب الثالث: نفي النسب بطريق نفي ولادة الطفل في المدة القانونية.

المطلب الأول

نفي نسب الولد بطريق نفي العلاقة الزوجية

يعد حديث الولد للفراش أهم حديث له علاقة بموضوع النسب إثباتا ونفيا، وهو حديث متفق عليه وقد جاء فيه، أن عائشة رضي الله عنها قالت :"اخْتَصَمَ سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زَمْعَةَ في غلام : فقال سعد: يا رسول الله، هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة :هذا أخي يا رسول الله، وُلِدَ على فِرَاشِ أبي من وَلِيدَتِهِ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شَبَهِهِ، فرأى شَبَهًا بَيِّنًا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولدُ لِلْفِرَاشِ وِلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ. واحْتَجِبِي منه يا سَوْدَةُ. فلم يَرَ سَوْدَةَ قَطُّ"[1]، وتبعا لهذا الحديث اتفق الفقه الإسلامي على أن نسب الإبن لأبيه يشترط فيه ثبوت الفراش بأن يولد الابن في إطار عقد الزواج القائم بين الزوجين، فيكون الولد ثمرة عقد الزواج.

ومنه فالفراش كطريق لثبوت النسب يشترط لوجوده أن يوجد عقد زواج، فإذا لم يكن ثمة عقد زواج، فقد ارتفع الفراش، ومنه فلا يثبت النسب، وهنا يكون للأب طريق غير اللعان لنفي النسب وهو إثبات عدم وجود علاقة زوجية قائمة وقت إنجاب الابن، فهل تم تكريس هذا الطريق في قانون الأسرة الجزائري وفي القضاء الجزائري؟

تفصيل ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول

نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في قانون الأسرة

تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وتفسيرا لهذا النص بمفهوم المخالفة

---

[1] جبر محمود الفضيلات، الحفاظ على الأنساب والأعراض فقه حديث الولد للفراش وللعاهر الحجر وعلاقة ذلك بالبصم الوراثية، دراسات إسلامية دورية فصلية محكمة، تصدر عن مركز البصيرة، العدد الثالث عشر، دوان2011، توزيع دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، ص 11 وما بعدها.

فإنه لا ينسب الولد لأبيه متى انعدم عقد الزواج، وقد بينت المادة 40 من نفس القانون الزواج الذي يثبت به النسب لأب الولد والتي نصت على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول"، وتبعا لذلك فإن أي ولد ناتج عن علاقة جنسية بين رجل وامرأة ليس بينهما عقد زواج، فإن هذا الولد لا ينسب لأبيه، وهنا فطريق الأب لنفي نسب الولد ليس اللعان بل بنفي وجود عقد الزواج، فإذا انتفى عقد الزواج انتفى نسب الولد إليه.

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري طرق ثبوت نسب الولد لأبيه ضمن المواد من 40 إلى 46 وجعل الطريق الأول والأساسي لانتساب الولد لأبيه هو الفراش، وذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويقصد بثبوت النسب بالفراش هو أن يكون الولد ناتجا عن علاقة زوجية شرعية، أي أن يكون بين الزوجين عقد زواج شرعي، طبقا لنص المادتين: 40 و 41 من قانون الأسرة، وأضافت المادة 40 سالفة الذكر أن نسب الابن لأبيه يثبت أيضا بنكاح الشبهة وبالزواج الذي يتم فسخه بعد الدخول طبقا للما طبقا للمواد 32[1] و33 [2] و34[3] من قانون الأسرة، وهي المواد المتعلقة بالزواج الفاسد والزواج الباطل، وتبعا لذلك فإثبات النسب الشرعي للأب يشترط في قانون الأسرة الجزائري أن يتم إنجابه في إطار علاقة زوجية ناجمة عن عقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل أو ناتج عن نكاح الشبهة.

وقد كرست المحكمة العليا هذا الحكم ومن ذلك ما ورد بالقرار الصادر عنها بتاريخ: 24/02/1986 في الملف رقم: 39362 [4] الذي جاء فيه:" حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع، أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر، بموجب عقد مؤرخ

---

[1]–تنص المادة 32 من قانون الأسرة على أنه:" يبطل الزواج، إذا استمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

[2]–تنص المادة 33 من قانون الأسرة على أنه:" 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".

[3]–تنص المادة 34 من قانون الأسرة على أنه:" كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

[4] يلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2018، ص 157.

في: 1981/11/02، ولم تطلق منه، وكان جاهلا هذه الحالة. حيث أنه اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية، التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب".

وإذا كان الأمر منطقي بشأن نسب الابن الذي يكون ثمرة عقد زواج سواء كان صحيحا أو فاسدا أو باطلا، فإن الإبن الناتج عن نكاح شبهة والذي ينسب لأبيه يثير التساؤل، عن مفهوم نكاح الشبهة من جهة؟ وعن ثبوت نسب الولد لأبيه بن طريقه؟.

لم يعرف قانون الأسرة نكاح الشبهة، وهو ما يفرض طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة تحديد مفهومه وشروطه وأحكامه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومذاهب الفقه الإسلامي.

عرف نكاح الشبهة في الفقه الإسلامي بأنه اتصال الرجل جنسيا بامرأة ليست زوجته مع جهله بذلك[1]، أي أن نكاح الشبهة هو معاشرة جنسية بين رجل وامرأة دون وجود عقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل بينهما، وذلك بسبب شبهة يقع فيها الزوج أو الزوجان تجعل من المعاشرة ليست زنا[2]، ومن أمثلة ذلك أن يعاشر الرجل جنسيا امرأة وجدها في فراشه معتقدا أنها زوجته، ليتبين أنها ليست زوجته، ومعاشرة الرجل زوجته السابقة التي طلقا ثلاثا أثناء عدتها معتقدا أنها تحل له ويمكنه ارجاعها، والحال أن المطلقة ثلاثا لا تحل للزوج حتى في عدتها من طلاقها الثالث[3].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دارا النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 508.

[2] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب (دراسة فقهية قانونية)، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012 ، ص 48.

– ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري، دارالهدى، 2010، ص 55

– سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، الطبعة 01، سنة 2001، ص: 248.

[3]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة خاصة بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق، دار الفكر، الجزائر، 1992 ، ص 688.

وقد عرفت المحكمة العليا نكاح الشبهة الذي يثبت به نسب الولد في القرار الصادر عنها بتاريخ: 07/12/2016 في الملف رقم: 1027105 [1] الذي جاء فيه:" حيث إن الطرق التي يثبت بها النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة هي الزواج الصحيح والإقرار والبينة والزواج المفسوخ بعد الدخول ونكاح الشبهة، وأن الشبهة المثبتة للنسب عرفت بأنها كل وطء حرام لا حد فيه أي لا يوصف بأنه زنا ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة، وأن الرأي الراجح في المذاهب أنه لا حد على المكره على الزنا".

وبناء على هذا التعريف لنكاح الشبهة الذي تبنته المحكمة العليا، قررت أن الاغتصاب أو الإكراه على الاتصال الجنسي يعد نكاح شبهة يثبت به النسب، إذ أضافت في نفس القرار سالف الذكر[2] أن اجتهاد المحكمة العليا انتهى "إلى أن الإكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب، ولما كان البين من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن الطاعنة مصابة بإعاقة الصم البكم بنسبة 100% حسب بطاقة الإعاقة المدرجة في الملف، وأن المطعون ضده يكون قد استغل هذه الإعاقة وقام بإغرائها ووطئها حسب الثابت من الحكم الجزائي الصادر عن محكمة سوق أهراس بتاريخ 2010/02/11 القاضي بإدانته بعامين حبس مع وقف التنفيذ عن جريمة الإغراء على الفسق وفساد الأخلاق طبقا لنص المادة 347 من قانون العقوبات المؤيد بالقرار المؤرخ في 2010/06/07، فإن هذا التصرف الثابت بالحكم الجزائي الصادر عنه تجاه الطاعنة المعاقة يعد وطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة يثبت به نسب البنت نور المولودة بتاريخ 2009/05/17 الناتجة عن هذا الوطء خاصة وأن المطعون ضده امتنع عن التوجه إلى مخبر الشرطة العلمية لإجراء تحاليل الحمض النووي تنفيذا للحكم الصادر

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 07/12/2016 في الملف رقم: 1027105، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2016 ص 228.

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 07/12/2016 في الملف رقم: 1027105، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2016 ص 228.

بتاريخ 2012/03/28 بالرغم من عدم ممانعته ذلك خلال سير الدعوى، لأن هذا الفعل الثابت من المطعون ضده لا يمكن وصفه بالزنا في جانب الطاعنة المعاقة وهي بذلك مجرد ضحية لهذا التصرف، وهو السبب الذي يؤدي إلى تحميل المعني مسؤولية النسب وتبعاته، مما يجعل الوجه سديدا. حيث إنه بذلك يصبح الوجه الوحيد مؤسس ويتعين معه نقض القرار حيث إن المحكمة العليا بنقضها القرار المطعون فيه وفصلها في النقطة القانونية القائم عليها الوجه وهي أن وطء المعاقة يعد شبهة يثبت به النسب، لم تترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه طالما أن المحكمة انتهت إلى إثبات النسب وإلحاق نسب البنت بوالدها المطعون ضده بموجب الحكم المستأنف مما يتعين معه النقض دون إحالة وفقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية".

وهذا الحكم سبق للمحكمة العليا أيضا أن كرسته في قرار سابق صادر عنها بتاريخ 12/05/2011 في الملف رقم 617374 الذي أكدت فيه:" حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقا لنص المادة المذكورة"[1].

وبالنتيجة فإن قانون الأسرة من خلال نصي المادتين: 40 و41 واللتان تشترطان لإثبات نسب الابن لأبيه توفر عقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل أو نكاح الشبهة، وبمفهوم المخالفة إذا ثبت انعدام عقد الزواج بأنواعه وانعدام الوطأ بشبهة، فإن نسب

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 12/05/2011 في الملف رقم: 617374، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2012 ص 294 إلى 298.

الابن لشخص على أنه والده، يمكن نفيه بنفي قيام علاقة الزوجية بنفي قيام عقد الزواج الصحيح وغير الصحيح ونفي نكاح الشبهة، وذلك دونما حاجة للجوء للعان.

الفرع الثاني

نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في الاجتهاد القضائي

يتناول هذا الفرع موقف المحكمة العليا بشأن نفي نسب الولد لأبيه إذا وضعته والدته دون وجود عقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل ودون الإدلاء بتوفر حالة الوطأ بشبهة، هل يمكن نفيه بإدلاء الزوج بعدم وجود الزواج ولا الوطأ بالشبهة أي دون اللجوء للعان؟

من القرارات التي تناولت هذه المسألة القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر في الملف رقم: 34046 بتاريخ: 1984-11-19 [1]، والذي أكدت فيه أنه:" من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج، ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توفر أركانه وبنفي نسب الولد، فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

وفي نفس الاتجاه سار قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/10/08 في الملف رقم: 34137 الذي أكدت فيه:" من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت – في قضية الحال- أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 19/11/1984 في الملف رقم: 34046، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1990 ص 67.

قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"[1].

وكرست المحكمة العليا في نفس الحكم في قرارها الصادر بتاريخ: 17/12/1984 في الملف رقم: 35087 الذي جاء فيه:" أن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

وقد رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في قرار قضائي رفض إثبات نسب بنت لأبيها لعدم إدلاء المدعية بتوفر زواج صحيح أو فاسد أو بنكاح الشبهة، وقد اعتمدت الطاعنة في طعنها بالنقض على أن مخالفة المادة 40 من قانون الأسرة التي تتضمن ثبوت النسب بعدة طرق منها نكاح الشبهة، وان المطعون ضده كان يخالطها ويأتي إلى منزلها بعلم الجيران بعدما تمت الخطبة فكان على المجلس أن يعتبر هذه العلاقة نكاح شبهة، فردت المحكمة العليا بأنه:" ولكن حيث أن الطاعنة لم تثبت أي حالة من الحالات التي تنص عليها المادة 40من قانون الأسرة وأن قضاة الموضوع لم يبخلوا عنها كل ما يلزم لإثبات دعواها، وعليه فالوجه غير مؤسس"[3]، وتبعا لذلك فالمحكمة العليا رفضت إثبات نسب البنت لأبيها طالما لم تكن ثمرة زواج أو نكاح شبهة.

وفي عدة قرارات أخرى ذهبت المحكمة العليا إلى أنه إذا لم يكن الابن ثمرة زواج أو نكاح شبهة، بحيث كان نتاج علاقة غير شرعية، فإنه يتم إلحاق نسب الابن بأبيه الطبيعي والذي يخالف إثبات النسب الشرعي في حالة الزواج بأنواعه أو نكاح الشبهة، ومن تلك القرارات القرار الصادر بتاريخ: 2006/03/05 في الملف رقم: 355180 والذي جاء فيه:" حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة إلحاق نسب المولود (ص– م)

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1984/10/08 في الملف رقم: 34137، منشور بالمجلة القضائية، العدد 04 لسنة 1989 ص 67.

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 17/12/1984 في الملف رقم: 35087، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1990 ص 86.

[3] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 21/05/1992 في الملف رقم: 74712، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1994 ص 56.

للمطعون ضده باعتباره أبله كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط به الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به"[1].

وهذا القرار مهم جدا في باب نسب ابن الزنا، أين كان موقف المحكمة العليا رفض منح نسب الأب له، طالما كان ثمرة العلاقة غير الشرعية، كما هو مذكور أعلاه، فيما فتحت المجال بموجب هذا القرار الأخير لمنح نسب الأب لابنه الناتج عن زنا عن طريق إلحاق النسب.

المطلب الثاني

نفي النسب بطريق نفي التواصل بين الزوجين

من شروط ثبوت نسب الولد بالفراش وهو فراش الزوجية إضافة إلى شرط ازدياد الابن بعد إبرام عقد زواج، أن يتم التواصل بين الزوجين فعلا أو يكون التواصل بينهما ممكنا، وهذا الشرط تم النص عليه صراحة في نص المادة 41 من قانون الأسرة.

ومنه فالفراش كطريق لثبوت النسب يشترط فيه إضافة إلى عقد الزواج شرط إمكانية التواصل بين الزوجين، فإذا لم يكن ثمة تواصل ولا إمكانية له أي إذا كان التواصل بين الزوجين مستحيلا، فقد ارتفع الفراش، ومنه فلا يثبت النسب الشرعي بالفراش، وهنا يكون للأب طريق شرعي غير اللعان لنفي النسب وهو إثبات عدم وجود تواصل أو عدم إمكانية التواصل بين الزوجين، فينتفي إنجاب الابن من صلب الزوج،

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2006/03/05 في الملف رقم: 355180، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2006 ص 469.

ومنه يتم نفي نسبه عنه بهذا الطريق لا بطريق اللعان، فهل تم تكريس هذا الطريق في قانون الأسرة الجزائري وفي القضاء الجزائري؟

تفصيل ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول

نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في قانون الأسرة

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه أثار مسألة إمكانية التلاقي بين الزوجين كشرط لإثبات نسب الابن لأبيه، اختلف بشأنه فقهاء الشريعة الإسلامية، فذهب الحنفية إلى كون هذا الشرط لا دليل عليه، فنسب الابن يثبت لأبيه إذا ولد في إطار علاقة زوجية سواء التقى الزوجان أم لم يلتقيا، ومنه فطالما ولد الابن في إطار علاقة زوجية قائمة، فلا يمكن للأب نفي نسب الابن استنادا إلى عدم لقائه بزوجته أو استحالة ذلك، بل طريقه في ذلك هو اللعان، وخلافا لذلك يرى باقي الفقهاء أن عقد الزواج وحده لا يكفي لثبوت نسب الابن إلى أبيه بل يشترط كذلك شرط تلاقي الزوجين أو إمكانية تلاقيهما، ومنه فإذا استحال لقاء الزوجين فإن الزوج بإمكانه نفي نسب الابن بإثبات تلك الاستحالة، دونما حاجة إلى اللعان[1].

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد تبنى رأي الجمهور بحيث اشترط لثبوت نسب الابن لأبيه إضافة إلى شرط الزواج شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين، طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة، وهو ما يثير التساؤل عن إمكانية نفي نسب الابن المولود في إطار عقد زواج بطريق إثبات استحالة الاتصال بين الزوج وزوجته؟ أم أن نسب الابن لأبيه لا ينتفي حتى في حالة استحالة الاتصال بين الزوجين الا باللعان؟.

طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال بين الزوجين، وتفسيرا لهذا النص بمفهوم المخالفة فإنه لا ينسب

[1] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 593 و594.

الولد لأبيه حتى في حالة وجود عقد زواج صحيح، متى ثبت عدم لقاء الزوجين حقيقة أو حكما، فإذا لقاء الزوجين مستحيلا، أو كان مكنا ولكن ثبت عدم التقائهما، فإن الولد لا ينسب لأبيه، وطريق الأب لنفي نسب الولد ليس اللعان بل بنفي وجود اللقاء بين الزوجين، فإذا انتفى اللقاء بينهما انتفى نسب الولد إليه دونما حاجة إلى اللعان[1] إلا إذا أقر الزوج بنسب ابنه فحينها لا يمكن نفيه لا باللعان ولا بنفي الاتصال ولا بغير ذلك من الطرق.

وقد فسر الفقه عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين بأنه عدم التلاقي بينهما بعد إبرام عقد الزواج، أو عدم الدخول أو الخلوة بين الزوجين بعد الزواج، غير أن الاتصال أعم من ذلك وأشمل، إذ يندرج ضمنه إضافة إلى الدخول بالزوجة أو الخلوة بها معنى آخر وهو الاتصال الجنسي أو المعاشرة الجنسية[2]، وإن كان الدخول أو الحلوة قرينة عل المعاشرة الجنسية، إلا أنه قد يحدث التقاء للزوجين مع استحالة المعاشرة الجنسية لعيب جنسي في الزوج يمنع ذلك التواصل الجنسي، وفي الحالتين استحال التواصل بين الزوجين، ولذلك يملك الزوج أن ينفي أن الابن من صلبه بإثبات استحالة الاتصال بزوجته أي استحالة لقائه بها أو استحالة معاشرته لها جنسيا، ولا يحتاج هنا لنفي النسب باللعان.

ويلحق باستحالة الاتصال استحالة ولادة الابن من صلب الزوج، بأن يكون الزوج ممن لا يتصور منه حدوث الحمل، بأن يكون صغيرا غير بالع، أو عقيما أو خصيا أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الإنسال، فإذا وضعت الزوجة في تلك الحالات فإن الزوج يمكنه نفي النسب بطريق نفي إمكانية الاتصال أو إمكانية الإنجاب وذلك دونما حاجة للعان، وفي تلك الحالات يتم التأكد من استحالة الإنجاب بخبرة طبية.

وقد عرضت على المحكمة العليا قضية يدعي فيها الطاعن أنه ثبت بشهادة طبية عدم قدرته على الإنجاب، وطالب بإجراء خبرة علمية لنفي نسب أبنائه من زوجته،

---

[1] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 594.

[2] نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة الجزائر، د س ن، ص 31.

فرفضت طلبه المحكمة والمجلس وأكدت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يحالفوا القانون لما قضوا بذلك لكون الخبرة العليمة وسيلة إثبات للنسب لا وسيلة نفي والذي لا يكون إلا بالخبرة العلمية، وكان الأجدر بها أن تناقش مسألة قدرة الزوج على الإنجاب باعتبارها فرعا لشرط إمكانية الاتصال بين الزوجين كشرط لثبوت النسب للشرعي للأب، لان عدم الاتصال معناه ونتيجته أنه يستحيل أن يكون الابن من صلب الزوج طالما استحال اتصاله بزوجته ومعاشرتها إياه، وقياسا عليه فإنه إذا ثبت عقم الزوج فيستحيل أيضا أن يكون الابن من صلبه، لكن المحكمة العليا لم تناقش ذلك، وقد جاء ذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2018/01/03 في الملف رقم: 1142531 [1] والذي ردت فيه على وجه الطعن بالنقض الذي جاء فيه:" أن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 2/40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب غير أن قاضي الدرجة الأولى ومن بعده قضاة المجلس قد جانبوا الصواب حينما قضوا برفض دعوى الطاعن على اعتبار أن المادة المذكورة تجيز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لا لإنكاره والذي لا يتم إلا عن طريق دعوى اللعان، رغم أن الطاعن كان يطالب بإجراء تحاليل طبية لإثبات نسب أبنائه لا لإنكاره، وأن قضاة الموضوع لم يقضوا بأي أساس قانوني لرفض طلبه وجاء القرار المطعون فيه خال من التسبيب الكافي، وأن التبرير الذي جاء به قضاة الموضوع بأن أولاد الطاعن مسجلين باسمه بمصالح الحالة المدنية وأن النسب ثابت بموجب عقد رسمي أسفر عن علاقة زوجية صحيحة قانونا وشرعا وأن جريمة الزنا غير ثابتة بموجب حكم قضائي كما أن الطاعن لم يرفع دعوى اللعان يوم العلم أو برؤية الزنا في وقتها طالما أن البنت الكبرى عمرها ثلاثين سنة والصغرى إثني عشرة سنة، فإن هذا التبرير غير مقنع لأن طلبه متعين بتعيين خبير لإجراء تحاليل طبية لإثبات نسب أبنائه الخمسة وهو الطلب الذي لم يناقشه قضاة المجلس ولم يجيبوا عنه، كما أنهم لم يناقشوا الشهادة الطبية المرفقة بملف الموضوع والتي تؤكد أن نسبة الإنجاب لدى الطاعن جد ضعيفة"،

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2018/01/03 في الملف رقم: 1142531، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

لترد المحكمة العليا بأنه:" حيث إنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة يتبين أن الطرق التي يثبت بها النسب هي الزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقا لأحكام المواد 32 – 33 – 34 من نفس القانون. حيث يتبين من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه المؤيد له أن قضاة الموضوع وقفوا على أن الطاعن بعلاقة شرعية مع المطعون ضدها (ب.ش) وفق عقد الزواج المسجل بتاريخ 1984.10.15 تحت رقم 121وأن الأبناء الخمسة (س) , (ح), (س) , (ن) ,(إ) مسجلين بالحالة المدنية بإسم الطاعن والمطعون ضدها (ب ش)، وبالتالي فإن نسبهم أصبح ثابت بالزواج الصحيح وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة وهذا باستيفاء الشروط المقررة في المادتين 41 و 42 من نفس القانون وهي إمكانية الاتصال وأقل مدة الحمل وانعدام النفي بالطرق المشروعة وهي اللعان وأنه باستيفاء النسب لتلك الشروط المقررة فإنه لا يمكن نفيه تحت أي إدعاء سواء بالبصمة الوراثية أو باللعان بعد فوات المدة المحددة قانونا، إضافة لذلك فإن قضاة الموضوع وقفوا على أن البنت الكبرى عمرها ثلاثين سنة والبنت الصغرى اثني عشر سنة، كما أن الطاعن هو من قام بالتصريح بولادة الأبناء، وأن الفقرة 2 من المادة 40 من قانون الأسرة أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لا إنكاره، لأنه وبالرجوع إلى الوقائع سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس فإن الطاعن طالب بإجراء التحاليل مؤسسا دعواه بأنه تلقى مكالمة هاتفية تشكك في أخلاق وسلوك زوجته وأنه أجرى تحاليل طبية نتيجتها كانت أن إمكانية إنجابه للأولاد ضعيفة جدا، مما يفهم من دعواه أنه ينكر نسب الأبناء له، وأن المادة المذكورة تنص على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لتأكيده أو إنكاره، طالما أن نسب الأبناء ثابت كما سبق تبيانه بالزواج الصحيح والشرعي وإمكانية الاتصال ومدة الحمل، وعدم نفيه بالطرق المشروعة في المدة المحددة قانونا، الأمر الذي يجعل من الأوجه الأربعة غير مؤسسة".

ومنه فالمحكمة العليا لم تناقش مسألة قدره الزوج على الانجاز التي أثبتها بشهادة طبية، وكان عليها قياسها على شرط إمكانية اتصال الزوجين المشترط لإثبات نسب الابن إلى والده بالزواج الصحيح طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني

نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في الاجتهاد القضائي

فسرت المحكمة العليا شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين بأنه الدخول الذي يقصد به التلاقي بين الزوجين، وذلك في القرار الصادر عنها بتاريخ: 10/09/2015 في الملف رقم: 0947741 [1] الذي جاء فيه:" حيث إنه من الطرق التي يثبت بها النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة، الزواج الصحيح، وأنه من شروط ثبوت النسب وفق هذا الطريق أن يأتي الولد ضمن أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر وفقا لنص المادة 42 من نفس القانون وإمكانية الاتصال وفقا لنص المادة 41 من ذات القانون، وأنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع وقفوا على أن الزواج بين الطرفين وقع بتاريخ: 10/10/2006 وأن البنت ولدت بتاريخ: 14/04/2006 أي ضمن المدة المقررة لأقل مدة الحمل، وأن النعي في الوجه بانعدام الدخول نعي في غير محله لأن المادة 41 المذكورة لا تشترط الدخول بمعنى الزفاف والوليمة وإنما تشترط إمكانية الاتصال وتصور التلاقي وأنه طالما أن الطرفين يقيمان في بلدة واحدة وهي مدينة غرداية فإن التلاقي ممكنا والزوجة بذلك تصير فراشا بعد إبرام عقد الزواج وتسجيله سواء تم الزفاف والوليمة أم لم يتم وأن المطعون ضدها تحدت الطاعن وطلبت إجراء تحاليل الحمض النووي أمام المحكمة والمجلس إلا أنه لم يرد على التحدي مما يجعل الوجه غير سديد".

وفي قرار آخر للمحكمة العليا أكدت المحكمة العليا أن إمكانية الاتصال معناه إمكانية الدخول بالزوجة أي تلاقي الزوجين بعد إبرام عقد الزواج، وهي الواقعة التي يمكن إثباتها بشهادة الشهود وبتحاليل الحمض النووي باعتبار أن الحمل قرينة على التلاقي بين الزوجين، وقد جاء في هذا القرار:" حيث يتبين من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أن الدعوى التي أقامها المطعون ضده استهدفت الطلاق قبل الدخول، فيما

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 10/09/2015 في الملف رقم: 0947741، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

أجابت المدعى عليها الطاعنة طالبة إتمام مراسيم الزفاف مؤكدة أنها حبلى منه وفق الشهادة الطبية المقدمة منها ومنه فإن النزاع أصبح قائما حول وجود الدخول من عدمه بعد إبرام عقد الزواج وما ترتب عنه من أثر. حيث إن الدخول بعد انعقاد الزواج المسجل في سجلات الحالة المدنية لا يشترط لقيامه الزفاف أو انتقال الزوجة إل بيت الزوجية، وإنما يتم في أي مكان آمن من اطلاع الغير عليهما، وأن وجود الحمل قرينة على الدخول، وأن النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة يثبت في جانب الرجل بالزواج الصحيح متى كان هناك تلاقي (أي دخول) وفقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة وأتى الولد ضمن المدة المنصوص عليها في المادة 42 من نفس القانون وألا ينفيه نفيا معتبرا، ولما كان البين من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أن طرفي الدعوى يربطهما عقد زواج رسمي مسجل في البلدية بتاريخ: 2013/11/17 تحت رقم: 661 وأن المولودة وفق الثابت من حيثيات القرار أنها ولدت بتاريخ: 2014/05/19 وبعد صدور حكم الطلاق فإن شرط أقل مدة الحمل الذي ينسب فيه الولد للأب وفقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة متوافر دون حاجة لأي استنتاج من الشهادة الطبية التي تفيد أن الحمل كان بتاريخ: 2013/12/17 ذو مدة 20 أسبوعا حسبما ورد في حيثيات القرار لما لحق الولد في النسب، وأن قضاة المجلس ملزمين بالتأكد من الشروط المقررة لاثبات النسب بالزواج وفقا لنص المادتين 41 و42 من قانون الأسرة وبخاصة شرطي التلاقي وأقل مدة الحمل طالما أن المطعون ضده ينكر الدخول وأن شرط التلاقي يكون إثباته بالشهادة أو باجراء تحاليل الحمض النووي للمولودة، لأن الحمل والولادة قرينة على التلاقي، وبانتهاء قضاة المجلس إلى ما انتهوا إليه من قضاء يكون قرارهم فاقدا للأساس القانوني ومشوبا بقصور التسبيب"[1].

وتبعا لذلك فالمحكمة العليا بينت أن إمكانية الاتصال معناه إمكانية الدخول والتلاقي بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج، وجعلت إقامة الزوج في نفس البلدة التي تقيم بها الزوجة، وكذلك الحمل والولادة، قرينتان على أن التلاقي ممكنا والزوجة بذلك

[1] قرار المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ: 2017/05/03 في الملف رقم: 1079166، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 614 و615.

تصير فراشا بعد إبرام عقد الزواج، وبذلك يثبت نسب الابن إلى أبيه ولا يمكنه نفيه بالادعاء بعدم الاتصال، بل باللعان.

المطلب الثالث

نفي النسب بطريق نفي ولادة الطفل في المدة القانونية

يشترط ثبوت نسب الولد بالفراش وهو فراش الزوجية إضافة إلى شرط ازدياد الابن بعد إبرام عقد زواج، وأن يكون التواصل بين الزوجين ممكنا، شرط ثالث وهو أن يولد الابن بعد أقل مدة من إبرام الزواج أو إمكانية التواصل، وخلال أقصى مدة من الانفصال بالطلاق أو الوفاة، وهذا الشرط تم النص عليه صراحة في نص المادتين: 42 و43 من قانون الأسرة.

ومنه فالفراش كطريق لثبوت النسب يشترط فيه إضافة إلى عقد الزواج وإمكانية التواصل بين الزوجين، شرط ثالث وهو ازدياد الابن خلال المدة القانونية المقررة في المادتين 42 و43 من قانون الأسرة، فإذا ولد خارج تلك المدة القانونية، فقد ارتفع الفراش، ومنه فلا يثبت النسب الشرعي بالفراش، وهنا يكون للأب طريق شرعي غير اللعان لنفي النسب وهو إثبات ازدياد الابن خارج المدة القانونية المقررة، فينتفي إنجاب الابن من صلب الزوج، ومنه يتم نفي نسبه عنه بهذا الطريق لا بطريق اللعان، فهل تم تكريس هذا الطريق في قانون الأسرة الجزائري وفي القضاء الجزائري؟

تفصيل ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول

نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في قانون الأسرة

استنادا لنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وتبعا لذلك فيشترط لثبوت

نسب الولد لأبيه وجود عقد زواج وإمكانية الاتصال، وأضافت المادة 42 من قانون الأسرة أنه:" اقل مدة ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، وتبعا لذلك فيشترط لثبوت النسب الشرعي بالزواج أن يولد الابن خلال المدة القانونية للحمل، فإذا ولد الابن خارج تلك المدة القانونية، فيمكن للزوج نفي النسب بإثبات ذلك، أي بإثبات أن الابن ولد خارج المدة القانونية، وذلك دونما حاجة للعان.

والمدة القانونية للحمل التي يثبت نسب الابن إلى والده إذا ولد خلالها، تبعا لنص لمادة 42 من قانون الأسرة لها حدين: حد أدنى وهو 06 أشهر، وحد أقصى وهو 10 أشهر، بحيث الابن الذي ينسب لأبيه بالزواج هو الذي يولد خلال مدة أقلها 06 أشهر من الزواج، وخلال مدة أقصاها 10 أشهر من الانفصال بالطلاق أو الوفاة، وهذه المدة مأخوذة من الشريعة الإسلامية، ودليل ذلك قوله تعالى:" حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"[1]، فالآية جعلت مدة الحمل والفطام 30 شهرا أي سنتان ونصف السنة، وقوله تعلى:"حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين"[2]، ومنه فالحمل وحده هو نصف سنة أي ستة أشهر، كما أن الطب يؤكد أن أقصى مدة للحمل هي 09 أشهر، إلا نادرا وأقل مدة للحمل هي 06 أشهر[3] .

وتبعا لذلك فلكي يثبت نسب الابن لوالده بالزواج يجب أن يولد الابن بغد مرور أقل مدة للحمل وهي 06 أشهر من الزواج أو من إمكان الاتصال بين الزوجين، وقبل انتهاء أقصى مدة وهي 10 أشهر من تاريخ الانفصال بالطلاق أو الوفاة، فإذا ولد خارج هذه المدة القانونية، فإن هذا الولد لا ينسب للزوج إلا إذا أقر به أو لم ينفه، فإذا أقر به أو لم ينفه نسب إليه [4]، أما إذا نفاه فيكفيه إثبات ولادته خارج أقل أو أقصى مدة للحمل، فيصدر الحكم بنفي النسب، ولا يطلب منه اللجوء إلى اللعان.

---

[1] سورة الأحقاف، الآية: 15.

[2] سورة لقمان، الآية: 14.

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 03 2004، ص 193.

[4] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 17/12/1984 في الملف رقم: 35087، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 594 و595.

الفرع الثاني

نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في الاجتهاد القضائي

كرست المحكمة العليا في قراراتها أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة، إذ أكدت في قرارها الصادر بتاريخ: 17/12/1984 في الملف رقم: 35087 أنه:" من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثمة فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض. إذا كان الثابت – في قضية الحال– أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين بتاريخ: 02/11/1981 وأن البنت ازدادت يوم: 06/01/1982 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" وأضافت المحكمة العليا في قرارها:" وحيث أن المدعي بنفي النسب لما أثبت أن ميلاد البنت وقع بعد مضي شهرين فقط من الزواج قد برر طلبه بناء على القاعدة الفقهية بأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأن المجلس لما استجاب لطلبه لم يخالف قواعد الإثبات لأن يمين اللعان غير واجب في هذه الحالة[1].

وتبعا لهذا القرار فالمحكمة العليا كرست صراحة حق الزوج في نفي نسب الابن بطريق إثبات ميلاده خارج المدة القانونية، وذلك دون لعان، وخلافا لذلك ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر إلى أنه حتى في حالة ازدياد الابن خارج المدة القانونية فإن نفي الولد يكون باللعان وليس بنفي الفراش باختلال شرط المدة القانونية، إذا جاء في قرارها الصادر بتاريخ: 23/04/1991 في الملف رقم: 69798 أنه:" من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين، ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن النعي على القرار

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 23/04/1991 في الملف رقم: 69798، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1990 ص 86.

المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج وان اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقا للشريعة الإسلامية، فن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون"، كما جاء فيه:" حيث أن قضاة الموضوع لم يخطئوا في تطبيق المادة 42 من قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية. حيث أن المادة 42 من نفس القانون تنص على أن الطفل المنجب من الزواج، أبوه زوج الأم من شرطين أن يكون هناك نفس النسب وان تضع الزوجة حملها في مدة لا تقل عن ستة أشهر بعد الزواج. حيث انه ثابت من الدفتر المزور أن الطرفين شرها في العلاقات الجنسية في أواخر شهر أكتوبر 79 وحيث أن تبادل رسائل بين الرجل والمرأة تعبر أو تفترض تبادل في المحبة وأنها غير كافية لافتراض تبادل أنواع الغراميات بينهما قبل ذلك التاريخ، وان المدعى عليه في الطعن كالمعلمين الآخرين، كان على علم بعلاقتها مع أشخاص آخرين ولذا رفض أن يتزوجها رغم التهديدات الأولى. وحيث أن الطاعنة لم تنازع بحق العارض في نفي النسب ووافقت على تحفظاته في ورقة عرفية مكتوبة بيدها وان المدعية رفضت تأييد الشكوى المقدمة من أهلها ضده إلى الشرطة مصرحة لها بان لا علاقة للعارضين بحملها، وان المدعى عليه اندفع إلى التعاقد مع المدعية، وشرط أن تتخلى عن المزيود أو أن تأخذه باسمها. ومن جهة أخرى فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم سيدي خليل وابن مالك يرون انه إذا حملت المرأة قبل انعقاد زواجها ووضعت حملها قبل ستة أشهر يمكن للزوج إنكار أبوته إن لم يكن قبل صراحة أو ضمنيا بأبوته كما أنهما يرون إذا وقع اللعان بين الزوجين يجب إنكار الأبوة وهذا في حالة الزواج القانوني أو غير القانوني (ابن مالك)، ومن الثابت إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين"[1].

والخلاصة، هي أن قانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائريين فتحا المجل للأب أن ينفي نسب الابن دون لعان إذا لم تتوفر شروط ثبوت نسب الابن الشرعي، فإذا لم تتوفر شوط الفراش وهي الزواج بشروطه، فإنه لا يعتبر النسب شرعيا، ويمكن للأب

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 23/04/1991 في الملف رقم: 69798، منشور بالمجلة القضائية، العدد 03 لسنة 1994 ص 54.

نفيه دونما حاجة للعان، بل بأن يثبت انعدام عقد الزواج أو عدم التواصل بين الزوجين واستحالة ذلك، أو كون الابن ولد خارج المدة القانونية، ففي هذه الحالات يجوز النفي لعدم توفر شروط ثبوت النسب الشرعي للأب ولا يحتاج الزوج هنا اللجوء إلى اللعان، ولكن يشترط في نفي النسب في هذه الطرق الخاصة باختلال شروط ثبوت النسب بالفراش نفس الشرط الوارد في اللعان وهو عدم الإقرار الصريح أو الضمني بالولد لأنه حينها لا يمكن نفيه لا باللعان ولا بغيره من الطرق.

المبحث الثاني

نفي النسب بطريق الخبرة العليمة في القانون والاجتهاد القضائي

يقوم موضوع النسب في الشريعة الإسلامية على قاعدتين تهدفان لحماية الأنساب وهما: الأولى: تيسير إثبات النسب وتوسيع طرقه. الثانية: تشديد نفي النسب وتضييق طرقه، ولذلك تعددت طرق إثبات النسب وضاقت وسائل نفيه بحيث لا تقبل الشريعة الإسلامية حسب غالبية الفقه الإسلامي التقليدي سوى طريق واحد لنفي النسب وهو اللعان، بحيث لا يجوز نفي النسب الثابت إلا باللعان، وهذا خلافا للوضع الحديث أين اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن دور الوسائل العلمية الحديثة في نفي النسب بين مجوز لها ومقدم لها على اللعان وبين منكر ورافض لها مكتفيا باللعان.

وقد نص قانون الأسرة على نفي النسب بالطرق المشروعة دون تحديد مفهومها ولا ذكرها، وذلك في نص المادة 41 من قانون الأسرة التي جاء ء فيها:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهي الطرق التي وردت بصيغة الجمع، مما يثير التساؤل إن كان منها طريق الخبرة العلمية، وقد نصت تشريعات مقارنة على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب ومنها نص القانون رقم 70-03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية في المادة 153 منه على انه:" يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين :- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة"، وهذا النص تضمن جواز نفي النسب باللعان والخبرة العلمية جنبا إلى جنب، فما

هو الموقف في التشريع الجزائري وفي الاجتهاد القضائي الجزائري بشان الخبرة العلمية كوسيلة لنفي النسب؟.

لم يتضمن قانون الأسرة الجواب الصريح على ذلك التساؤل، مما يفرض التطرق لها في الفقه الإسلامي وأحكام القضاء الجزائري، وذلك في في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في قانون الأسرة.

المطلب الثاني: نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول

نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في قانون الأسرة

أجاز قانون الأسرة بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 40 منه للقاضي اللجوء للخبرة العلمية لإثبات النسب، وفي باب نفي النسب اكتفت المادة 41 من نفس القانون بعبارة نفي النسب بالطرق المشروعة، دون تحديد ماهية تلك الطرق وهل يدخل ضمنها الخبرة العلمية؟ وهل يجوز القياس على الإثبات ومنه القول بكون الخبرة العلمية طريق شرعي في باب النسب إثباتا ونفيا؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين النزول عند حكم نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحصر اللجوء للشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة، ومن ذلك حكم اللجوء للخبرة العلمية في نفي النسب، فلا يوجد نص صريح في قانون الأسرة بشأنه لا بالمنع ولا بالإباحة، مما يتعين معه اللجوء إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الخبرة العلمية في باب نفي النسب، هل تعد طريقا شرعيا يجوز اللجوء إليه مع اللعان أو دونه؟ أم تعد طريقا محرما وممنوعا؟.

تبين من خلال الفصل الأول أن اللعان يعد طريقا شرعيا متفقا عليه لنفي النسب، فهل يصح الاعتماد على الخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية لتأكيد اللعان أي انتفاء نسب الولد لأبيه أو نفي نتيجة اللعان وبالتالي إثبات نسب الولد لأبيه؟ أم لا يجوز اللجوء إلى الخبرة العلمية في حالة اللعان؟ وكذلك هل يجوز اللجوء للخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية لنفي النسب دون اللجوء إلى اللعان؟

اختلف الفقهاء في جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان أو معه وانقسموا إلى آراء تفصلها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الرأي الرافض للخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب.

الفرع الأول

الرأي الرافض لاعتماد الخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب

أكد العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا أنه لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، ومن ذلك ما قرره مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بالأردن في: 11 إلى 16 أكتوبر 1986 الذي أكد في فتوى له أنه:" لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان""[1]، وهو نفس الموقف الذي تم تأكيده بموجب القرار رقم 07 الصادر عن نفس المجمع في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة قرار بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها والذي جاء فيه:" ثانياً: أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهي الحذر والحيطة السرية ، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية علي البصمة الوراثية. ثالثا: لا يجوز شرعاً الاعتماد علي البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها علي اللعان. رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً ، ويجب علي الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم. خامساً: يجوز الاعتماد علي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية: 1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع علي مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم

---

[1] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب (دراسة فقهية قانونية)، المرجع السابق، ، ص 48 – ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى إثبات النسب على ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 124

كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه. 2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب. 3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف علي هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين"[1].

وهذا الموقف يفرض طريقا واحدا لنفي النسب الشرعي الثابت بالفراش وهو اللعان، ويحرم ويمنع الخبرة العلمية مطلقا لا مع اللعان ولا بدونه، وهو موقف جمهور العلماء قديما وحديثا،وهذا الاتجاه يرى أصحابه وجوب تقديم الطريق الشرعي وهو اللعان الثابت بالأدلة الشرعية قرآنا وسنة، على الدليل العلمي الذي لا دليل على شرعيته، واستدلوا على رأيهم بالأدلة التالية:

أولا: قول الله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" [2]، ووجه الدلالة على عدم جواز اللجوء للخبرة العلمية لنفي النسب أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ للعان، ومنه فالزوج يملك وسيلتين فقط لنفي النسب وهما الشهادة أي أربع شهود على الزنا أو اللعان، والقول بجواز اللجوء للخبرة العلمية تزيد وإضافة على كتاب الله تعالى[3].

ثانيا: ومن الحديث النبوي، حديث هلال بن أمية، الذي جاء فيه أنه لما نزلت آية اللعان، أرسل الرسول صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية وزوجته وتلا الآيات عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكّرهما وأخبرهما "أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا" فقال هلال "والله يا رسول الله لقد صدقت عليها "فقالت "كذب" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لاعنوا بينهما" فقيل لهلال إشهد ، فشهد أربع شهادات بالله إنه

---

[1] قرار رقم: 07، صادر في الدورة رقم 16، المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بشأن البصمة الوراثة ومجالات الاستفادة منها، في: 12 مارس 2011 منشور على الرابط: www.gulfkids.com

[2] –سورة النور، الآيات: 06 إلى 09 منها.

[3] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب (دراسة فقهية قانونية)، المرجع السابق، ، ص 329 و330.

لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل له : "يا هلال إتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبةُ التي توجب عليك العذاب" وأيضاً قال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم مراراً : "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب؟" فقال هلال: "والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها" فشهد في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم قيل للمرأة إشهدي أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. وقيل لها عند الخامسة:" إتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبةُ التي توجب عليك العذاب" فتلكّأت ساعة وهمت بالاعتراف، ثم قالت: "والله لا أفضح قومي" فشهدت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد، ثم قال الرسول صلى الله عليه وسلم للناس: "إن جاءت به أصيهب أريشح الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعداً حماليا فهو للذي رميت به" فجاءت به أورق حمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان"، وفي رواية أُخرى:" لولا ما مضى من كتاب الله، لكان لي ولها شأن" **(1)**

وكذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال ابن أخي عهد إلى فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا (تدافعا) إلى النبي – صلى الله عليه وسلم– فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله، ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول – صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو "الولد للفراش" فلا ينفى النسب إلا باللعان فحسب، وهذا الحكم تم تأكيده من حلال حديث ابن عباس في قصة الملاعنة وفيه:"

---

(1) – أبو الأعلى المودودي، تفسير سورة النور، المرجع السابق، ص 71 إلى 71.

– محمد بن فرج المالكي القرطبي، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، المرجع السابق، ص 89.

أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء" فجاءت به كذلك. فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" لولا ما قضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[1]، ومعنى ذلك أنه إذا نفى الزوج ولداً من زوجته ولد على فراشه باللعان فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكماً شرعياً مقرراً وهو إجراء اللعان بين الزوجين، ودليل الشبه الذي أهدره رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقو على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان، لأن الثابت بالنص قرآنا وسنة أقوى من أي دليل غيرهما مهما بلغت درجة يقينيته[2].

ثالثا: ويضيف أصحاب هذا الرأي، دليلا آخر وهو أن اللعان يحمل الطابع الديني التعبدي وله آثار شرعية، ومنها رفع حد القذف عن الزوج وحد الزنا عن الزوجة، والتفريق بين الزوجين والتحريم المؤبد، وهو ما تخلوا منه الخبرة العلمية[3]، التي يقتصر دورها على نسب الابن دون باقي الآثار، التي لا يمكن إغفالها، ولذلك يتعين تقديم اللعان وإعماله واستبعاد الخبرة العلمية في باب النسب الشرعي الثابت بالفراش وإعمال اللعان وحده.

رابعا: أن الخبرة العلمية عمل بشري يتصف بما يتصف به أي عمل بشري من خطأ وقصور وتلاعب بنتائجه، وبالتالي لا يمكن اللجوء إليها في مسألة خطيرة كنفي النسب، كما أنه لا يجوز تعطيل نص شرعي نقلي صحيح استنادا على دليل علمي يظل محل نظر لما يشوبه من خطأ أو تلاعب[4].

---

[1] – أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ص 1186.

– إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب (دراسة فقهية قانونية)، المرجع السابق، ، ص 330.

[2] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 329 و330.

[3] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 331.

[4]ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى إثبات النسب، المرجع السابق، ص 122.

– الميمان ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002، ج 2، ص 618.

– إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 331.

خامسا: أن قاعدة الشريعة الإسلامية في باب النسب تقوم على الاحتياط للأنساب، ولذلك تتساهل في إثباتها وتتشدد في نفيها، فتجيز إثبات النسب بأدنى سبب وتتشدد في النفي ويضيق في طرقه، وفي ذلك قال ابن قدامة الحنبلي أن:" النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة"[1]، ومن التشدد في نفي النسب اعتماد طريق واحد للنفي وهو اللعان، ورفض باقي الطرق بما فيها الخبرة العلمية.

الفرع الثاني

الرأي المؤيد للخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب

ذهب فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا أن نفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) يتم باللعان كما يتم أيضا بطرق أخرى، ومنها الخبرة العلمية وخصوصا ذات النتيجة اليقينية مثل البصمة الوراثية، ومن أولئك الفقهاء الشيخ محمد المختار السلامي مفتي تونس الأسبق[2]، والشيخ يوسف القرضاوي رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين الأسبق والذي أكد أن التحام إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج، حتى تدرأ عن نفسها التهمة وتحفظ حقها[3]، والشيخ نصر فريد واصل ودار الإفتاء المصرية والشيخ سعد الدين الهلالي[4]، والشيخ محي الدين القرداغي الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، وعبد الله محمد عبد الله ومحمد سليمان الأشقر[5].

وهذا الرأي يؤكد أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وأن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة

---

[1] كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 332.

[2] محمد مختار السلامي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب، موجز أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية في الكويت، إشراف عبد الرحمان عبد الله العوضي، الطبعة الثانية 2000، ص 69 وما بعدها.

[3] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 329 و330.

[4] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص: 351.

[5] كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 332.

الوراثية تؤكد صحة نسبة للزوج ولو لاعن، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميليا، وبالتالي فالبصمة الوراثية مقدمة على اللعان، واستدل أصحاب هذا الرأي على رأيهم بالأدلة التالية:

أولا: قول الله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"[1]، ووجه الدلالة على جواز اللجوء للخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية لنفي النسب أن الآية ذكرت أن الزوج لا يلجأ إلى اللعان إلا إذا لم يملك أربعة شهود ، فإذا كان لديه الشهود فلا يلجأ للعان، والبصمة الوراثية تشهد على صدق قول الزوج مثلها مثل الشهود الأربعة، ومنه فاللجوء إليها يغني عن اللعان مثلما هو شأن الشهود، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن الزوج الذي يملك بينة على ما قذف به زوجته لا يلتعن، والبصمة الوراثية بينة أقوى من الشهادة لأن دلالتها على الارتباط بين الولد والمولد يقينية، فيجوز الالتجاء إليها بدلا عن اللعان لنفي النسب[2].

ثانيا: ويضيف إلى ذلك أن الآية ذكرت درء العذاب، ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرأ عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية، ولذلك فالبصمة الوراثية التي تثبت أن الابن من صلب الرجل الذي لاعن زوجته، يؤخذ بها بشان النسب فلا يسقط ويبقى الابن منتسبا لوالده، أما باقي آثار اللعان فتسري كسقوط الحد والتفريق بين الزوجين والتحريم المؤبد، فالبصمة الوراثية لا تمنع اللعان فيؤخذ بها في نسب الولد ويسري اللعان على باقي المسائل[3]، وقد أكد سعد الدين الهلالي بأنه:" إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان؟ وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده، فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من

---

[1] –سورة النور، الآيات: 06 إلى 09 منها.

[2] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 332.

[3] كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 332.

أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنا، وإن كان ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا وليس من أجل نفي الولد"[1].

ثالثا: أنه إذا تصادق الزوجان على نفي الولد من أبيه، فإنه ينتفي نسب الولد بإقرار واعتراف الزوجين وذلك دون لعان، وهذا رأي الإمام مالك في المدونة[2]، وكذلك يجوز اللجوء للخبرة العلمية متمثلة في البصمة الوراثية دون لعان.

رابعا: أن اللعان شرع للتفريق بين الزوجين بصفة مؤيدة ولرفع الحد عنهما، وفي ذلك حماية لكليهما، لكنه في باب النسب قد ينطوي على ظلم للطفل بنفي نسبع عن والده رغم أنه قد يكون ابنه فعلا، ومنه فلحماية الطفل والمحافظة على نسبه، واستنادا لقاعدة إحياء الولد، فإنه يتعين في جميع حالات نفي النسب اللجوء للبصمة الوراثية لحماية الطفل من نفي نسب والده عنه ظلما، خصوصا في عصرنا هذا الذي قل فيه الوازع الديني الذي يقوم عليه إجراء اللعان[3].

خامسا: نتائج البصمة يقينية قطعية لكونها مبنية على دليل علمي يقوم على الترابط بين الأب وابنه جينيا، ودلالتها على الارتباط بينهما يقينية، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الدليل العلمي اليقيني ونخالف العقل، والشريعة الإسلامية لا تقيم أحكامها على مخالفة العلم والعقل، بل يبني أحكامه غير التعبدية على قواعد العلم والعقل، واللعان وكل قضايا النسب ليست مسائل تعبدية، كما يدعي الفريق الأول، كما أن الشرع لا يعارض اليقين العلمي أو العقلي[4].

سادسا: أن الشريعة الإسلامية من خلال أحكام اللعان تستهدف حفظ الأنساب وحماية حق الطفل في انتسابه لأبيه، والبصمة الوراثية تحقق ذات الهدف، وربما بطريقة

---

[1] مناقشات ندوة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب، موجز أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، ص 460.

[2] تمام اللودعمي، أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه ومذاهبه، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2005، ص 133 و134.

[3] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 333.

[4] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 333.

أفضل، ومنه فإعمال البصمة الوراثية يحقق مقصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأنساب وحماية الطفل وخصوصا في حقه في انتسابه لوالده[1]، وبالتالي فالبصمة الوراثية لا تهدم نظام اللعان بل تكمله.

وتبعا لهذه الأدلة التي قدمها الفريق الثاني يظهر أن هذا الرأي الذي سار معه كبار العلماء في عصرنا الحاضر، هو الرأي الراجح وذلك لكون الأخذ بالبصمة الوراثية لا يعد خروجا عن آيات اللعان التي تحدثت عن إسقاط حد الزنا وحد القذف عن الزوجين، ولم تذكر مطلقا موضوع نسب الولد، وعلاقة اللعان به، كما أن الآيات سمحت للزوج أن يلجأ للملاعنة إذا لم يكن بيده بينة والبصمة الوراثية أقوى بينة، كما أنه يمكن إعمال اللعان فيما بين الزوجين من إسقاط للحد وتفريق وتحريم مؤيد، وإعمال البصمة الوراثية بشأن نسب الولد، لكون قاعدة النسب تستقل عن إجراء اللعان، ولكون البصمة الوراثية تحمي الولد تكملة للعان الذي يحمي الزوجين من الحد، كما أن البصمة الوراثية بمحافظتها على نسب الولد إلى أبيه تحمي الأنساب وتحقق مقصد الشرع في حماية الطفل، هذا ناهيك عن أن الشرع لا يقبل في بناء أحكامه أن يتبع الظن والشك الذي يدلي به الزوج ويخالف اليقين الذي تقدمه البصمة الوراثية، وتبعا لكل ذلك أكد الفقيهان علي محي الدين القرداغي وعلي يوسف المحمدي أنه:" يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن"[2].

وبالنتيجة فالرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو الرأي القائل بكون البصمة الوراثية طريق من طرق نفي النسب مع اللعان ودونه، وذلك لكون نتيجتها قطعية، ولا يقيدها سوى قيد إقرار الزوج واعترافه بالنسب، فإذا أقر بنسب ابنه فلا يجوز له نفيه لا باللعان ولا بالبصمة الوراثية ولا بغيرهما، وهند إعمال البصمة الوراثية لا يعني ذلك إهدار اللعان بل يتم تنفيذه لترتيب باقي آثاره وهي إسقاط الحد عن الزوجين وتفريقهما تفريقا مؤبدا،

---

[1] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب، المرجع السابق، ، ص 337.

[2] – علي محي الدين القرداغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية معاصرة، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2006، ص 355.

ويعمل بالبصمة الوراثية بخصوص نسب الولد، بحيث ترفض دعوى نفي نسبه إذا أثبتت الخبرة أنه ابن الزوج المدعي، ويستجاب لطلبه إذا جاءت مثبتة لادعائه.

المطلب الثاني

نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في الاجتهاد القضائي

تبين من خلال ما سبق أن اللجوء للخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية في باب نفي النسب الشرعي الثابت بالفراش، محل اجتهاد في القانون والشريعة الإسلامية، وانقسمت حولها الآراء بين مؤيد للبصمة الوراثية مع اللعان أو بديلا عنه، وبين رافض لإعمال البصمة الوراثية في باب نفي النسب الشرعي الثابت بالفراش، ولكل فريق أدلته وحججه، وكلا الرأيين معتبرين في الشريعة الإسلامية.

ومن هنا يثور التساؤل عن أي الموقفين تبنى القضاء الجزائري، أي هل تعد الخبرة العلمية (البصمة الوراثية) طريقا شرعيا لنفي النسب الشرعي الثابت بالفراش في الاجتهاد القضائي الجزائري؟ أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين استقراء قرارات المحكمة العليا التي فصلت في مسألة جواز اللجوء للخبرة العلمية (البصمة الوراثية) لنفي النسب الشرعي، والتي باستقرائها تبين أن المحكمة العليا تعرضت لهذه المسألة من خلال تفسيرها لنص المادتين: 40 الفقرة 02 المتعلقة بالخبرة العلمية و41 المتعلقة بالطرق المشروعة لنفي النسب من قانون الأسرة، وتفصيل ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تفسير المحكمة العليا للمادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: تفسير المحكمة العليا للطرق المشروعة لنفي النسب.

الفرع الأول

تفسير المحكمة العليا للمادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على انه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا

القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وقد أثار الفقه الجزائري[1] تساؤلا بشأن الفقرة الثانية من المادة 40 سالفة الذكر والمتعلقة باللجوء للطرق العلمية لنفي لإثبات النسب، ويتمثل هذا التساؤل في تفسير عبارة إثبات النسب، هل يراد بها العموم أي إثبات النسب ونفيه، فيجوز حينها اللجوء للخبرة العملية بشأن النسب إثباتا ونفيا؟، أم يراد بها إثبات النسب دون نفيه كما هو ظاهر العبارة؟.

أجاب الأستاذ بلحاج العربي بكون المشرع أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في موضوع النسب، بمعنى أنه أجاز اللجوء إليه في حاتي الإثبات والنفي معا، وذلك لتحقيق العدالة ولكون نتائج البصمة الوراثية يقينية في الحالتين أي في الإثبات والنفي[2]، وخلافا لهذا الرأي يرى آخرون بأن المادة 40 الفقرة الثانية واضحة في دلالتها على كون الخبرة العلمية وسيلة إثبات للنسب ولليست وسيلة نفي[3].

وتبعا لذلك يتعين التساؤل عن موثق القضاء الجزائري بشان تفسير الفقرة الثانية من المادة 40 سالفة الذكر؟ أي كيف فسرت المحكمة العليا هذه الفقرة؟هل اعتبر الخبرة العلمية وسيلة إثبات للنسب فقط واخذ بالتفسير الضيق؟ أم وسع تفسير عبارة النص واعتبر الخبرة العلمية وسيلة إثبات ونفي للنسب؟.

من القرارات التي أشارت إلى هذه المسألة قرار المحكمة العليا الصادر عنها بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1233783 [4] الذي تضمن أنه من أوجه الطعن بالنقض:" الوجه الرابع المأخوذ من تجاوز السلطة: بدعوى أن قضاة الموضوع أعطوا تفسيرا غير صحيح للمادة 2/40 من قانون الأسرة كون المشرع لم ينص صراحة على أنها تتعلق بإثبات النسب فقط ولا يمكن اللجوء إليها حينما يتعلق الأمر ينفي

---

[1]– حواسي يامنة، نفي النسب بني النصوص الشرعية و التطبيقات العلمية دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والتشريع والقضاء الجزائري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، المجلد 12 العدد 1 سنة 2023، مصر، ص 175

[2]– بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2014، ص 243.

[3]– تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المعاربية بين النقص التشريعي والتقنيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد 03، 2005، ص 16.

[4] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1233783 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

النسب".، وهو الوجه الذي ردت عليه المحكمة العليا بقولها:" عن الوجه الرابع المأخوذ من تجاوز السلطة: لكن حيث إن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن نفي النسب لا يكون إلا باللعان وهو وحده الطريق المشروع المقرر للنفي وفقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه غير سديد"، وبالتالي فالمحكمة العليا رفضت التفسير الذي استند عليه الطاعن بشأن المادة 40 الفقرة 2 من قانون الأسرة، والذي يرى بكون الخبرة العلمية وسيلة نفي للنسب كما هي وسيلة إثبات، ولما رفضت هذا الوجه فإنه فسرت تلك الفقرة بكون الخبرة العلمية وسيلة إثبات للنسب فقط، ولا تعد وسيلة لنفي النسب.

وفي نفس الاتجاه ولكن بتعبير صريح جاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2018/01/03 في الملف رقم: 1142531 [1] والذي ردت فيه على وجه الطعن بالنقض الذي جاء فيه:" أن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 2/40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب غير أن قاضي الدرجة الأولى ومن بعده قضاة المجلس قد جانبوا الصواب حينما قضوا برفض دعوى الطاعن على اعتبار أن المادة المذكورة تجيز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لا لإنكاره والذي لا يتم إلا عن طريق دعوى اللعان، رغم أن الطاعن كان يطالب بإجراء تحاليل طبية لإثبات نسب أبنائه لا لإنكاره" لترد المحكمة العليا بأنه:" حيث إنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة يتبين أن الطرق التي يثبت بها النسب هي الزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقا لأحكام المواد 32 – 33 – 34 من نفس القانون... وأن الفقرة 2 من المادة 40 من قانون الأسرة أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لا إنكاره، لأنه وبالرجوع إلى الوقائع سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس فإن الطاعن طالب بإجراء التحاليل مؤسسا دعواه بأنه تلقى مكالمة هاتفية تشكك في أخلاق وسلوك زوجته وأنه أجرى تحاليل طبية نتيجتها كانت أن إمكانية إنجابه للأولاد ضعيفة جدا، مما

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2018/01/03 في الملف رقم: 1142531، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

يفهم من دعواه أنه ينكر نسب الأبناء له، وأن المادة المذكورة تنص على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لتأكيده أو إنكاره، طالما أن نسب الأبناء ثابت كما سبق تبيانه بالزواج الصحيح والشرعي وإمكانية الاتصال ومدة الحمل، وعدم نفيه بالطرق المشروعة في المدة المحددة قانونا، الأمر الذي يجعل من الأوجه الأربعة غير مؤسسة".

ونفس التفسير أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في الملف رقم 1217841 المؤرخ في: 2018/09/05[1]، والذي جاء ردا على وجه الطعن بالنقض والذي جاء فيه:" بأن القرار المطعون فيه أسس على أن القانون نص على الطرق التي يجوز بها إثبات النسب ولم ينص على الطرق التي يجوز بها نفيه وأن المبدأ والأصل في التشريع الجواز، ما لم يمنع ذلك صراحة بنص القانون، وأن قواعد الشرع الحنيف لا تمنع اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية وهو ما يتماشى وما دأبت عليه المحاكم والقضاء في مختلف درجاته، كما أن ما ذهب إليه القرار المطعون فيه بأنه لا يمكن إصدار حكم بنفي نسب الولد بعد إثباته، إلا أن هذا يشكل تفسيراً ضيقا لمبدأ حجية القضاء المفصول فيه، وعسوفا عن إعمال الدليل العلمي لإثبات أو نفي النسب وفقا لما هو منصوص عليه قانونا وشرعاً، وأن اللجوء للخبرة العلمية لا يعني البتة ستكون حتما وتلقائيا مؤدية لنفي النسب بقدر ما يمكن أن تكون مثبتة له، لتكون بذلك في غير صالح الطاعن، وترفع الحرج عنه وعن نسب الولد بتأكيده لأبيه"، وقد ردت المحكمة العليا أن:" نسب الابن ثابت بالطرق الشرعية وهي الزواج الصحيح والإقرار، ومتى ثبت بالشروط الشرعية، فلا يمكن نفيه ولو باستعمال الوسائل العلمية، وأن المشرع قدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية لأنه لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، كما أن الفقرة 02 من المادة 40 من قانون الأسرة تجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لنفيه، وبذلك فإنه لا يجوز

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 05/09/2018 في الملف رقم: 1217841، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً كما لا يجوز تقديمها على اللعان، مما يجعل الوجه غير مؤسس مستوجب الرفض".

وبالنتيجة فالمحكمة العليا اجتهادها ثابت بشأن تفسير نص المادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة ومفاده أن الخبرة العلمية وسيلة لإثبات النسب غير الثابت بطريق شرعي كالزواج بأنواعه والإقرار، ولا تعد وسيلة نفي النسب الشرعي، الثابت أيضا بالزواج أو بالإقرار.

الفرع الثاني

تفسير المحكمة العليا للطرق المشروعة لنفي النسب

رغم كون المادة 41 من قانون الأسرة المتعلقة بنفي النسب ذكرت عبارة الطرق المشروعة بالجمع، ودون تحديد لماهية تلك الطرق، وهو ما يفتح المجال للمحكمة العليا للبحث في ماهية تلك الطرق المشروعة استنادا لنصوص القانون الأخرى، بطريق القياس، ومنها نص المادة 40 المتعلقة بإثبات النسب، أو البحث عن الطرق المشروعة لنفي النسب في الشريعة الإسلامية بنصوصها واجتهادات الفقهاء قديما وحديثا، ومن هنا يثور التساؤل عن التفسير الذي أعطته المحكمة العليا لعبارة الطرق المشروعة لنفي النسب؟

بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفي النسب نجد القرار الصادر بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1257220 [1] والذي أكدت فيه أنه:" لا يكون نفي النسب إلا بالطرق المشروعة وهي اللعان في مدة قصيرة معلومة من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع"،.وذلك ردا على وجه الطعن بالنقض الذي جاء فيه:" أن قضاة المجلس وقبلهم قاضي المحكمة اعتبروا بأن نفي النسب لا يكون إلا بالطرق الشرعية عن طريق دعوى اللعان والحال خلافا لذلك إذ أن من الطرق الشرعية التي قصدها المشرع في نص المادة 41 من قانون الأسرة هي اللجوء إلى الخبرة الطبية لاسيما مع وجود إقرار من طرف المطعون ضدها حول علمها بعقمه وعدم الإنجاب"،

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1257220، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

لترد المحكمة العليا بأن:" ما ينعاه الطاعن غير جدي فنفي النسب لا يكون إلا بالطرق المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان ضد الزوجة كما جاء في الكتاب والسنة وفي مدة قصيرة معلومة من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع, ومن ثم فإنه لا يجوز نفي النسب بالطرق العلمية كما يرغب في ذلك الطاعن مما يجعل ما أثاره الطاعن غير سديد".

وبالتالي فالمحكمة العليا فسرت الطرق المشروعة استنادا الى الكتاب والسنة أي آيات وأحاديث اللعان بكونها اللعان فقط، وأن الطرق العلمية ليست طريقا مشروعا لنفي النسب.

ونفس الاتجاه في التفسير اتخذته المحكمة العليا وذلك في قرارها الصادر بتاريخ: 07-11-2018 في الملف رقم: 1246037[1] والذي جاء فيه أنه:" لا يجوز شرعا وقانونا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، وذلك ردا على وجه الطعن بالنقض الذي جاء فيه بأن قضاة الموضوع طرح عليهم مطلب أساسي مبعد للشك مريح للنفس، وهو متماشى مع نص المادة 40 الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة التي تجيز للقاضي ضرورة اللجوء إلى الطرق العلمية، لكن القضاة صرفوا النظر عنه، رغم أهميته، واكتفوا بالقول أن الطاعن لم يمارس حقه في الوقت المناسب وهم يعلمون وبالدليل أنه كان بالمؤسسة العقابية ويعاني من إعاقة ذهنية 80% كانت سببا في تخفيف العقوبة عنه من المؤيد إلى 19 سنة قضاها، وبالتالي فإن قضاة الموضوع قد سهو عن الرد على مطلبه الأساسي وهو اللجوء إلى الكشف الطبي وهو من الوسائل الحديثة التي تريح الأنفس وتبعد إختلاط الأنساب، لترد المحكمة العليا بأنه:" بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس قد وقفوا على أن الزواج الذي كان يربط الطاعن بالمرحومة زوجته هو زواج صحيح وأن نسب المطعون ضده ثابت من هذه العلاقة الزوجية الشرعية، وأن الطاعن لم ينف نسب المطعون ضده له بالطرق المشروعة وهي اللعان وفي المدة المحددة شرعا عندما ساورته الشكوك في حمل

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 07-11-2018 في الملف رقم: 124603، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.

زوجته من غيره، وبالتالي فإن قضاة المجلس قد ردوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص اللجوء إلى الطرق العلمية، لأنه طالما وأن نسب المطعون ضده ثابت بالزواج الصحيح ولم يتم نفيه بالطرق المشروعة وهي اللعان، فإنه لا يجوز شرعاً وقانوناً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب كما لا يجوز تقديمها على اللعان، كما لا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لتأكيد النسب الثابت بالطرق الشرعية والقانونية مما يجعل الوجه غير مؤسس مستوجب الرفض".

وفي هذا القرار فسرت المحكمة العليا الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي الثابت بالزواج يقصد به اللعان وحده، وان الخبرة العلمية متمثلة في البصمة الوراثية ليست طريقا مشروعا لنفي النسب بل هو طريق إثبات للنسب غي الثابت بالطرق الشرعية والقانونية كالزواج، لأنه حينها لا يجوز اللجوء للخبرة العلمية حتى للإثبات النسب طالما كان ثابتا بالزواج.

وفي القرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم:1221024 المؤرخ في: 2018/10/03 [1] أكدت المحكمة العليا:" حيث إن البين من القرار المطعون فيه أن الطاعنة ربطتها علاقة زواج بالمطعون ضده تعود إلى سنة 1990 وأن طلاقها منه كان بموجب الحكم الصادر عن محكمة حاسي بحبح بتاريخ 1995.10.15 وأن الابن المطلوب إسقاط نسبه مولود بتاريخ 1995.03.19 وبتصريح أدلى به المطعون ضده لضابط الحالة المدنية لبلدية الجلفة من أنه ابنه من زوجته الطاعنة ومنه يكون نسب الابن ثابتا من المطعون ضده بالزواج لقيام الشروط المقررة في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة وهي إمكانية الإتصال وأقل مدة الحمل وانعدام النفي بالطرق المشروعة ضمن المدة المقررة شرعا وهي اللعان وثابتا كذلك بالإقرار من خلال تصريحه بتسجيله في سجلات الحالة المدنية وبثبوت النسب بالزواج والإقرار أصبح بمنأى عن أي نفي أو إسقاط أو تأكيد لا باللعان ولا بالبصمة الوراثية وتحت أي إدعاء لا بإدعاء أنه من الزوج الأول ولا بأي ادعاء آخر لأن الإقرار تعلق به حق المقر له في أن يثبت نسبه من

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 03/10/2018 في الملف رقم:1221024، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23- 05-2023.

المقر ولا تصدق الطاعنة فيما اعترفت به أمام القضاء من أن الابن نتاج علاقة غير شرعية لأن النسب يتعلق به حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها كما يتصل به حق الولد في النسب وما يتعلق به من حقوق وأن ما أدلت به الطاعنة أمام القاضي الجزائي لا ينصرف إلى حق الله وإلى حق الولد ولا يعد مبررا لإسقاط النسب كما لا يعتد برفض الطاعنة إجراء تحاليل الحمض النووي لنفس السبب ولأن النسب الثابت بالزواج والإقرار مقدم على الوسائل العلمية ولا يقبل النفي ولا التأكيد بها ومنها تحاليل الحمض النووي مما يتعين معه القضاء بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة الجلفة بتاريخ 2012.06.28 والقضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس".

ففي هذا القرار المحكمة العليا فصلت في الموضوع وفسرت الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي الثابت بالزواج طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة، بأنها هي اللعان فقط، وأن الخبرة العلمية لا تندرج ضمن الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2018/11/07 تحت رقم الفهرس: 1242557 [1] والذي جاء فيه أنه:" لا يجوز شرعا و قانونا تقديم البصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب ،لأن والد البنت المتوفى لم ينكر النسب أثناء حياته"، والذي تضمن أن وجه الطعن بالنقض جاء فيه بأن:" المادة 40 من نفس القانون أعطت السلطة للقاضي إلى اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وأن الطاعن التمس أمام قضاة الموضوع اللجوء إلى الحمض النووي من أجل التأكد من نسب البنت، غير أن قضاة الموضوع ألحقوا نسبها بداعي أن الأب وحده له الحق في طلب سقوط النسب، ولم يطبقوا نص المادة 42 من قانون الأسرة، لأن هذا الحق أعطاه المشرع للأب الذي يتمتع بكامل قواه العقلية، ولكل من له مصلحة أن يتقدم بطلب إلغاء نسب شخص ألحق بوالده، وأن قضاة الموضوع خرقوا نص المادة 42 من قانون الأسرة بإلحاق نسب البنت دون التأكد من نسبها الحقيقي"، وقد ردت المحكمة العليا بأنه:" حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2018/11/07 تحت رقم الفهرس: 1242557 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023-05-23.

وبتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بإلحاق نسب البنت (ف) لوالديها المرحوم (ب . ب) والمطعون ضدها، استندوا إلى أن نسب البنت ثابت وفقا للأحكام المادتين 40 و41 من قانون الأسرة وأن والد البنت لم ينكره بالطرق المقررة شرعا وقانونا وأن قضاة المجلس وبما انتهوا إليه في قضائهم لم يخالفوا القانون، لأن النسب يثبت متى كان الزواج صحيحاً من الناحية القانونية وإمكانية الاتصال وأن نفيه لا يكون إلا بالطرق المشروعة قانوناً وشرعاً ولا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت شرعاً وقانونا كما لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أن المادة 40 وفي فقرتها الثانية نصت على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لنفيه".

وبالنتيجة فالمحكمة العليا اجتهادها ثابت بشأن تفسير نص المادة 42 من قانون الأسرة ومفاده أن الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي الثابت بالزواج وأمكن الاتصال بين الزوجين وولد الابن خلال المدة القانونية، هو اللعان وذلك استنادا للشريعة الإسلامية، وأن الخبرة العلمية والبصمة الوراثية لا تندرج ضمن الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي.

وتبعا لذلك فالمحكمة العليا أخذت بالموقف الفقهي الإسلامي القائل بعدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب مع اللعان أو بدونه[1]، وهو الرأي الذي انتقد من عديد العلماء المعاصرين والذي قدموا أدلة على كون الرأي الرافض للبصمة الوراثية غير سليم لكون الأدلة الشرعية تدل على كون البصمة الوراثية تعد طريقا شرعيا لنفي النسب مع اللعان أو بدون لعان، وهو ما كان يفرض على القضاء الجزائري متمثلا في المحكمة العليا الاجتهاد في القضية بعمق وأن يأخذ بعين الاعتبار آراء الفقهاء المعاصرين والتمعن في أدلتهم، وفيما تقدمه البصمة الوراثية من مصالح خصوصا للأطفال، أو على الأقل عرض المسألة على هيئات الفتوى للإدلاء برأيها في هذه المسألة، كما فعل القضاء المصري الذي عرضت عليه قضية تتعلق بنفي نسب بنت باللعان بين والديها، أين رفع الزوج دعوى لعان أمام المحكمة فطلبت الزوجة المدعى عليها غي اللعان عرض البنت على الطب الشرعي، فاستجابت لها المحكمة، وجاءت

[1]– كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 131.

نتيجة الطب الشرعي مثبتة نسب البنت من والدها رافع دعوى اللعان عن طريق البصمة الوراثية، وأمام هذا التناقض بين ادعاء الزوج الملاعن وبين نتيجة البصمة الوراثية أحالت المحكمة القضية إلى دار الإفتاء المصرية التي ردت بأنه يتعين على المحكمة التفريق بين الزوجين باللعان وإثبات نسب البنت لوالدها الملاعن أي رفض نفي نسبها عنه، وهو ما أخذت وقضت به المحكمة، وبذلك تم التوفيق بين اللعان كطريق شرعي ثابت للتفريق بين الزوجين بصفة مؤبدة وبين البصمة الوراثية كطريق قطعي لإثبات أو نفي النسب[1].

ملخص الفصل الثاني

نخلص مما سبق ان المشرع في قانون الأسرة وإن لم ينص صراحة على وجود طرق أخرى لنفي النسب بجانب اللعان، إلا أنه وتفسيرا لعبارة" الطرق المشروعة لنفي النسب"، والتي تفيد التعدد، واعتمادا على تفسير المادة 41 من قانون الأسرة بمفهوم المخالفة، كرس القضاء الجزائري طريق آخر لنفي النسب وهو طريق الادعاء باختلال شروط ثبوت النسب بالفراش، أو أحدها، باثبات ازدياد الابن خارج العلاقة الزوجية، أو نفي الاتصال بين الزوجين أو أن الابن ولد خارج المدة القانونية، وأضاف الفقه الاسلامي المعاصر طريق الخبرة العلمية لنفي النسب وخصوصا البصمة الوراثية، والتي يرفضها القضاء الجزائري، رغم كونها مسألة اجتهادية في الشرعية الإسلامية، ورغم كون الرأي الراجح والذي عليه عديد العلماء المعاصرين هو الرأي الذي يعتد بالخبرة العلمية (البصمة الوراثية) كطريق شرعي لنفي النسب الثابت بالفراش مع اللعان أو دون لعان.

[1] كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 130 في الهامش.

خاتمة

خاتمة

من خلال الأطروحة تبين أنَّ المشرع الجزائري في قانون الأسرة أفرد نصا واحدا لنفي النسب، وهو نص المادة 41 منه والذي موضعه هوشروط إثبات نسب الابن لأبيه بالزواج وهي أن يكون الزواج صحيحا وأن يكون التواصل ممكنا بين الزوجين، وأن لا ينف الزوج نسب الإبن بالطرق المشروعة، وهي العبارة التي جاءت دون تعريف، ودون تحديد لماهية تلك الطرق المشروعة لنفي النسب الشرعي الناتج عن الزواج الصحيح، وبالتالي فقد بينت الأطروحة أن هناك قصورا تشريعيا بل فراغا تشريعيا فيما يتعلق بطرق نفي النسب وشروطه وإجراءاته.

ومن أجل إكمال ذلك النقص والقصور والفراغ التشريعي، بينت الأطروحة أن المادة الأولى من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة، فرضا على القاضي أن يجتكم إلى الشريعة الاسلامية، والتي تبين من خلال نصوصها الثابتة وهي آيات اللعان والأحاديث النبوية المتعلقة بأسباب نزولها، أن الطريق الشرعي المعروف في الشريعة الإسلامية لنفي النسب هو اللعان، وقد عرضت المذكرة من خلال فصلها الأول مغهوم اللعان وفصلت شروطه، ليتبين من خلالها أن اللعان هو دعوى تقام أمام القضاء يرفعها الزوج ضد زوحته يقذفها فيها بالزنا أو ينفي أن حملها أو ولدها من صلبه، وفصلت الشريعة الاسلامية شروط اللعان واجراءاته وآثاره والتي تم تفصيلها في المذكرة.

واستنادا للشريعة الاسلامية تضمنت عديد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا اللعان على أنه الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، وتضمنت شروطه ومنها ميعاد رفع دعوى اللعان والتي اختلفت قرارات المحكمة العليا بشأنها، ومنه شرط الصفة التي تثبت للزوجين دون غيرهما، ومنها أن لا يكون الزوج قد أقر صراحة أو ضمنا بنسب الابن، لانه حينها يفقد حقه في نفي النسب بالعان وبغيره، كما أن المحكمة العليا كرست في قراراتها أن تنفيذ اللعان يتم بالمسجد أمام جمع من المؤمنين وأن من يلقن

الـزوجين أيمـان اللعـان هـو أي شـخص مسـلم، علـى أن يحـرر الموثـق أو المحضـر القضـائي المعين محضـرا بـذلك، والحكـم الصـادر باللعـان يتضـمن فـي منطوقـه فسـخ الزواج بصفة مؤبدة وإسقاط نسب الإبن عن والده، وهذا الحكم يصدر ابتدائيا قابلا للاستئناف.

وفي الفصل الثاني تطرقت المذكرة إلى الطرق الأخرة لنفي النسب وهي طريق نفي النسب بالادعاء باختلال شروط الفراش أو أحدها وهو الطريق الذي أخذت به المحكمة العليا استنادا على تفسير المادة 41 من قانون الأسرة بمفهوم المخالفة، وفي هذا الطريق يتم رفع دعوى نفي النسب بالادعاء باختلال شروط ثبوت النسب بالفراش، أو أحدها، باثبات ازدياد الابن خارج العلاقة الزوجية، أو نفي الاتصال بين الزوجين أو أن الابن ولد خارج المدة القانونية، والطريق الثاني لنفي النسب هو طريق الخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية والذي اختلف بشأنه الفقه الاسلامي المعاصر بين من يمنعها مطلقا معتبرا اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب، وبينمن يجيز اللجوء للخبرة العلمية مع اللعان أو بدونه، ولكن القضاء الجزائري متمثلا في المحكمة العليا انحازت للرأي الأول ورفضت اعتماد البصمة الوراثية في باب نفي النسب استنادا الى كون المشرع سمح بها في باب اثبات النسب بموجب المادة 40 من قانون الأسرة، ومنه فلا يجوز اللجوء اليها في باب نفي النسب، رغم كون نفي النسب بالخبرة العلمية (البصمة الوراثية) مسألة اجتهادية في الشريعة الإسلامية، ورغم كون الرأي الراجح والذي عليه عديد العلماء المعاصرين هو الرأي الذي يعتد بالخبرة العلمية (البصمة الوراثية) كطريق شرعي لنفي النسب الثابت بالفراش مع اللعان أو دون لعان.

وفيما يلي عرض للنتائج التي توصلنا اليها الأطروحة، واقتراحاتنا وتوصياتنا بخصوص موضوع الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الداخلي والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

أولا: نتائج الاطروحة:

بحثنا في المذكرة وفصلنا الجواب على الإشكالية التي تنصب على ماهية الطرق المشروعة لنفي النسب في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، وذلك بهدف وضع نظرية متكاملة في موضوع نفي النسب في التشريع والقضاء الجزائريين، وذلك في إطار الإجابة عن إشكالية المذكرة المتعلقة بماهية الطرق المشروعة لنفي النسب في التشريع والقضاء الجزائريين، والتي تتضمن التساءل عن ماهية الطرق المشروعة لنفي النسب المشار إليها في نص المادة 41 من قانون الأسرة؟ وهل يعد اللعان طريقا مشروعا وحيدا لنفي النسب؟ أم هناك طرق أخرى لنفي النسب عير اللعان؟ وهل تعد الخبرة العلمية طريقا مشروعا لنفي النسب؟ وما هي الأحكام الموضوعية والإجرائية لتلك الطرق المشروعة لنفي النسب؟

وقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج التي نعرضها ومن خلالها نجيب على إشكالية المذكرة:

1-أن مسلك المشرع الجزائري في قانون الأسرة بشأن نفي النسب فيه خلل جسيم لعدم تنظيمه أحكام نفي النسب بنصوص قانونية تحدد طرق ووسائل نفيه وتحدد شروطه وإجراءاته.

2- أن القضاء الجزائري متمثلا في المحكمة العليا حاول تكملة هذا النقص التشريعي من خلال اللجوء إلى تفسير المادتين 40 و41 و42 و43 من قانون الأسرة، ومن خلال تفسيره إياها كرست المحكمة العليا أن ثمة طريق آخر لنفي النسب دون لعان، وهو طريق ‘ثبات اختلال أحد شروط ثبوت النسب بالفراش، بأن يثبت المدعي حمل أو انجاب الابن حارج الزواج، أو أن التواص بينه وبينزوجته غير ممكن، أو أن الابن ازداد خارج المهلة القانية وهي 06 أشهر كحد أقصى من تاريخ الزواجأو الدخول، و10 أشهر كحد اقصى من تاريخ الانفصال بالطلاق أو بالوفاة، وفي هذا المسلك القضاء

الجزائري أعمل دوره في التفسير وكرس قاعدة ثبوت النسب بالفراش المعمول بها في الشريعة الاسلامية.

3- أن الخبرة العلمية وخصوصا البصمة الوراثية، لم يعددها المشرع ضمن طرق نفي النسب لا مع اللعان ولا بدونه، وأن الفقه الاسلامي المعاصر اختلف بشأن طريق البصمة الوراثية لنفي النسب بين من أجازها ومن منعها وحرمها، إلا أن الأدلة مع الفريق الذي أجازها، وذلك لكون اللعان من حيث الأصل إنما جاء كمخرج للزوج الذي يفقد الشهود على زنا زوجته فإذا امتلك شهودا أربع فلا يحتاج للعان، والبصمة الوراثية دليل أقوى من حيث حجيته من الشهود، كما أن آية اللعان جاءت لاسقاط الحد عن الزوجيت والتفريق بينهما، ولن تتضمن أي كلمة عن النسب، هذا ناهيك عن أن اعمال البصمة الوراثية مع اللعان لا تناقض فيه، فتعمل البصمة الوراثية بشأن النسب، ويغمل اللعان فيما عدا ذلك أي في شأن اسقاط الحد عن الزوجين والتفريق بينهما،و منه بينت المذكرة أن مسلك المحكمة العليا معيب لاكتفائها باللعان كطريق وحيد لنفي النسب وبتعليل مفاده أن الطرق العلمية وردت في النص القانوني وسيلة لإثبات النسب وليس لنفيه، وتبعا لذلك فالمحكمة العليا تأخرت عن مواكبة ركب التطور العلمي الذي أبدع طرقا قطعية لنفي النسب كالبصمة الوراثية وعن مواكبة تطور القضاء المقارن في مختلف الدول العربية والإسلامية، كما أن المحكمة العليا لم تناقش أحكام الشريعة الإسلامية بشأن نفي النسب وخصوصا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين الذين أجاز عدد منهم اعتماد البصمة الوراثية كطريق مشروع لنفي النسب رغم أن المادة 222 من قانون الأسرة تفرض عليها ذلك.

4-<u>الإقتراحات والتوصيات:</u>

في نهاية المذكرة نخلص إلى اقتراحات وتوصيات نتقدم بها قاصدين من خلال ذلك العمل على المساهمة في تنقيح وتطوير قانون الأسرة بنوعيه والاجتهاد القضائي، فيما يتعلق بنفي النسب، ونقترح في سبيل ذلك ما يلي:

1- من الضروري أن يتدخل المشرع لتعديل قانون الأسرة وإضافة مواد تتضمن أحكام نفي النسب من خلال تعداد طرقه وشروطها وإجراءاتها.

2- وفي انتظار تدخل التشريع، يتعين على المحكمة العليا وكل القضاة أن يكملوا النقص التشريعي الخاص بنفي النسب من خلال الرجوع الى الشريعة الاسلامية من خلال مصادرها وهي القرآن والسنة ومن خلال الرجوغ الى مختلف المدارس الفقهية الاسلامية وخصوصا آراؤ الفقهاء المعاصرين والمجامع الفقهية، والترجيح بين آراء الفقهاء، بخصوص مسائل نفي النسب التي أعلبها اجتهادية وليست قطعية.

3- تبعا إلى أن هدد معتبر من كبار فقهاء الشريعة الاسلامية والمجامع الفقهية أجازوا اللجوء ببيصمة الوراثية، كطريق لنفي النسب مع اللعان أو بدونه، فيتعين على القضاء وخصوصا المحكمة العليا واعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ومواكبة للتشريع المقارن في باقي الدول العربية والاسلامية واللتطور العلمي الحديث، أن يغير اجتهاده بشأن البصمة الوراثية باعتبارها دليلا قطعيا على صحة ادعاء الزوج طالب نفي النسب أو عدم صحته، بحيث يقبلها كوسيلة لنفي النسب وفي ذلك حماية للطفل بحرمانه من نسب والده الثابت علميا وبناء للحكم على دليل يقيني لا تمنعه نصوص الشريعة الاسلامية ولا قانون الأسرة صراحة.

وفي الأخير يتعين التأكيد على أن موضوع نفي النسب في الشريعة الاسلامية فيه اجتهاد فقهي ثري قدمه فقهاء المذاهب والمدارس الاسلامية قديما وحديثا، وفي طياته آراء مختلفة، بحيث يكشف ذلك الاجتهاد والاحتلاف عل أن مسائل نفي النسب ليست من مسائل القطعيات التي لا يجوز الاجتهاد فيها ولا يجوز تغييرها، بل هي مسائل اجتهادية، ومنه فعلى المشرع والقضائ الجزائريين الاستغادة منذلك الثراء الفقهي لصياغة نظرية متكاملة تشريعية وقضائية حول موضوع نفي النسب.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: النصوص القانونية:

1- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، والموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.

2- قانون رقم 16-03 مؤرخ في: 19 جوان 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرّف على الأشخاص.

ثالثا: قرارات المحكمة العليا:

1- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1984/10/08 في الملف رقم: 34137، منشور بالمجلة القضائية، العدد 04 لسنة 1989 ص 67.

2- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 19/11/1984 في الملف رقم: 34046، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1990 ص 67.

3- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 17/12/1984 في الملف رقم: 35087، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1990 ص 86.

4- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في: 1985/02/25 في الملف رقم: 35934، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص 83.

5- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1990/07/16 في الملف رقم: 76343، منشور بالمجلة القضائية، 1991، العدد 03، ص 75.

6- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 23/04/1991 في الملف رقم: 69798، منشور بالمجلة القضائية، العدد 03 لسنة 1994 ص 54.

7- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 21/05/1992 في الملف رقم: 74712، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1994 ص 56.

8- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1993/11/23 في الملف رقم: 99000، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 64.

9- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 28/10/1997 في الملف رقم: 172379 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

10-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1998/10/20 في الملف رقم: 204821، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 82.

11-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصيۃ، الصادر بتاريخ: 2002/12/25 في الملف رقم: 296020، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2004 ص: 289.

12-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2006/03/05 في الملف رقم: 355180، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2006 ص 469.

13- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 12/05/2011 في الملف رقم: 617374، منشور بالمجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2012 ص 294 إلى 298.

14- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 10/09/2015 في الملف رقم: 0947741، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.

15- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2016/07/13 في الملف رقم: 0998106، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 70.

16- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 07/12/2016 في الملف رقم: 1027105، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2016 ص 228.

17- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 2017/05/03 في الملف رقم: 1079166، صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 614 و615.

18- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2018/01/03 في الملف رقم: 1142531، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.

19- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 07/ 2018/03 في الملف رقم: 1177903، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.

20- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 05/09/2018 في الملف رقم: 1217841، منشور بصفحة: بوابة القانون

الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.
21- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 03/10/2018 في الملف رقم:1221024، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.
22- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2018/11/07 تحت رقم الفهرس: 1242557 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.
23- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2018/11/07 في الملف رقم: 124603، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-05-2023.
24- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 05/12/2018 في الملف رقم: 1233783 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-04-2023.
25- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2018/12/05 في الملف رقم: 1257220 ، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 67.
26- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2019/01/09 في الملف رقم: 1269341 ، منشور بصفحة: بوابة القانون الجزائري الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية https://droit.mjustice.dz
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 23-04-2023.

27-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2019/03/06 في الملف رقم: 1277359 بتاريخ: 06-03-2019صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 640 و641.

رابعا: الكتب:

1- ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى،2004.

2- ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، الجزء 4، الطبعة: الأولى، سنة 1997.

3- أبو الأعلى المودودي، تفسير سورة النور، مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر.

4- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب اللعان، حديث رقم: 1492، طبع ونشر وتوزيع دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1991، الجزء 1.

5- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2، نشر دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004.

6- أبو بكر ابن حسن ابن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2015.

7- أبو عبد الله محمد الأنصاي القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 12، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2003.

8- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء 4، كتاب التفسير، سورة النور باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (حديث رقم: 4747)، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.

9- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر وبوزيع رئاسة غدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوى والإرشاد، السعودية، الجزء 12.

10- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر 2003.

11- أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاويعلى الشرح الصغير، بلغة السالك لأقرب المسالك، الجزء 2 ، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر.

12- إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها علىالنسب (دراسة فقهية قانونية)، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

13- أنس محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة 1الجديدة للنشر، إلسكندرية، مصر ،2010

14- البامرني إسماعيل أبا بكر علي، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2008.

15- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دارا النهضة العربية، بيروت، لبنان.

16- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس الأردن، طبعة 1، 2010.

17- بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2018.

18- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، ج1، 2004.

19- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2014.

20- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر،2008

21- جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، نشر أدل الحوزة، إيران، محرم 1405 هـ.

22- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.

23- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2 ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود؛ تقديم محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.

24- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء 2، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، الجزء 2.

25- ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري، دار الهدى، 2010.

26- رمضان السيد الشربناصي وجابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة: الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء: دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

27- سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، نظام الأسرة والحدود والجنايات، دار المؤيد، الطبعة الأولى، 2001.

28- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1999.

29- صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، جوان 2021.

30- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية،الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.

31- عَبْد الباقي بن يُوسف بن أَحْمَد بن محمَّد الزَّرَقاني المصْريُ، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، دار الكتب العلمية بَيروت – لبنَان الطبعة الأولى 2002.

32- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003.

33- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

34- علي محي الدين القرداغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية معاصرة، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2006.

35- عماد الدين أبي القداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، 2017، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع القاهرة، الجزء الخامس.

36- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008.

37- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة الثالثة، 1302 هـ.

38- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1957.

39- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 2007.

40- محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.

41- محمد بن فرج المالكي القرطبي، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005.

42- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوي ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي، مصر، 2004

43- منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1912 .

44- نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة الجزائر.
45- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، طبعة،2012.
46- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.

خامسا: الأطروحات والرسائل الجامعية:

1- -سعد عبد االلاوي، الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات النسب، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.
2-بوزيد خالد، اثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، وهران ، الجزائر 2018/2017.
3- بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، السنة الجامعية 2017-2017، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
4-تمام اللودعمي، أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه ومذاهبه، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2005.
5-عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، اثبات النسب في ضل المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية العلوم ،جامعة القاهرة 2000.
6- علال برزوق أمال،أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخارجي، تلمسان الجزائر، 2015/2014.

سادسا: المقالات العلمية:

1- أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، 2010.
2- أمزيان راضية، ثبات النسب بالطرق العلمية في القانون الجزائري وإشكالياته، مجلة العلوم الانسانية، مجلة علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 33 العدد 03 ديسمبر 2022، ص 299- 307.
3- بدري فيصل وبولبة عبد الرحمان، رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي الجزائي في الإثبات بالبصمة الوراثية، مجلة النبراس للدراسات القانونية، مجلة دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 06 العدد 04، أفريل 2023، ص 194-202.
4- بن زعمية محمد، ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة صوت القانون، مجلة سداسية دولية علمية محكمة، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، المجلد السابع، العدد 03 مـاي 2021، ص 1553- 1582.
5- بوحسون عبد الرحمن، تقديم البصمة الوراثية في اثبات النسب أو نفيه على اللعان بين الحظر والجواز، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مجلة روافد للدراسات و الأبحاث العلمية في العلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة علمية دولية محكمة نصف سنوية تصدر عن المركز الجامعي بلحاج بوشعيب – عين تموشنت – الجزائر، المجلد 04 العدد (01) جـوان 2020، ص 266- 284.
6- تريكي مولودة ايت شاوش، ثبوت النسب باالقرار في قانون االسرة الج ازئري "دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11 العدد 01 2015.

7- تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المعاربية بين النقص التشريعي والتقنيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد 03، 2005.

8- جبر محمود الفضيلات، الحفاظ على الأنساب والأعراض فقه حديث الولد للفراش وللعاهر الحجر وعلاقة ذلك بالبصم الوراثية، دراسات إسلامية دورية فصلية محكمة، تصدر عن مركز البصيرة، العدد الثالث عشر، دوان2011، توزيع دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر.

9- حميد زقاوي، عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، دورية دولية محكمة، يصدرها عن مخبر البحث "القانون الخاص المقارن" جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص 94- 106.

10- حواسي يامنة، نفي النسب بني النصوص الشرعية والتطبيقات العلمية دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والتشريع والقضاء الجزائري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، المجلد 12 العدد 1 سنة 2023، مصر.

11- زرقون نورالدين، الإقرار بالبنوة بين صرامة قاعدة الولد للفراش ومرونة قاعدة إحياء الولد، دفاتر السياسة والقانون، دورية دولية متخصصة محكمة في الحقوق والعلوم السياسية تصدر عن جامعة ثاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، المجلد 14 العدد 02 أفريل 2022، ص 01-17.

12- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، الطبعة 01، سنة 2001.

13- سوزان زهير السمان، العود بعد اللعان في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي ، دامعة القاخرة، مجلة كلية دار العلوم، المجلد 37، العدد 131 - يوليو 2020.

14- صفاء هاجر خالدي، معوقات العمل بالبصمة الوراثية و مدى تطبيقها في مادة النسب، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية

محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة جامعة يحي فارس المدية، المجلد الثالث العدد الثاني، الجزء الثالث جوان 2017، ص 201-2018.

15- صورية غربي، دور الطّرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النسب، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلة سداسية دولية متخصصة تعنى بالحقوق والعلوم السياسية، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 363-375.

16- عبد اللطيف بعجي وعبد القادر بن حرز الله، نفي النسب وآثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة غرداية، الجزائر، المجلد 10، العدد 2 ، 2017.

17- عشاري عبد العالي وبن قوية سامية، إثبات ونفي النسب على ضوء قانون الاسرة الجديد، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلة سداسية دولية علمية محكمة، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 1804-1819.

18- عمامرة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في القانون الجزائري(البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجا)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مجلة فصلية دولية محكمة تصدر عن مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر بجامعة الوادي الجزائر، المجلد 05 العدد 02 أكتوبر 2021، ص 19- 32.

19- كوسام أمينة، حجية الإثبات بالبصمة الوراثية في المسائل المدنية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلة دولية محكمة فصلية تصدرها جامعة الجلفة، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني جوان 2018، الجزء الأول، ص 521-537.

20- لعلى يحياوي، أحكام اللعان في الفقه الإسلامي، مقالة منشورة بمجلة الدراسات والبحوث القانونية، الصادرة عن محبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد التاسع، 2018.

21- مازن إسماعيل هنية، أحمد ذياب شويدح، نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، جوان 2008، ص-1 ص25.

22- مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات " اثبات ونفي النسب نموذجا"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مجلة أكاديمية علمية دولية محكمة فصلية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الجزائر،1 المجلد 57 العدد 02، مارس 2020، ص 325-345.

23- محمد مختار السلامي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب، موجز أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية في الكويت، إشراف عبد الرحمان عبد الله العوضي، الطبعة الثانية 2000، ص 69 وما بعدها.

24- الميمان ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002، ج 2.

25- وهبة بن مصطفى الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهيّة وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر سورية دمشق، المجلد 09، الطبعة 04.

الفـهرس

الفهرس

المقدمة:.....01
الفصل الأول: نفي النسب باللعان في القانون والاجتهاد القضائي 05
المبحث الأول: اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.....06
المطلب الأول: مفهوم اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.....06
الفرع الأول: تعريف اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.....07
الفرع الثاني: دليل مشروعية اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.....11
المطلب الثاني: شروط اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.....15
الفرع الأول: شروط اللعان العامة.....16
الفقرة الأولى: شروط اللعان المتعلقة بالزوجين.....16
الفقرة الثانية: شروط اللعان المتعلقة بموضوع اللعان.....19
الفقرة الثالثة: شروط اللعان المتعلقة بكيفية اللعان.....20
الفرع الثاني: شروط اللعان الخاصة بنفي النسب.....27
المبحث الثاني: دعوى اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في الاجتهاد القضائي..... 28
المطلب الأول: مفهوم دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.....29
الفرع الأول: اللعان طريق مشروع لنفي النسب في اجتهاد المحكمة العليا.....30
الفرع الثاني: مفهوم اللعان في اجتهاد المحكمة العليا.....33
المطلب الثاني: أحكام دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.....36
الفرع الأول: شروط دعوى اللعان كطريق لنفي النسب في الاجتهاد القضائي..... 36
الفقرة الأولى: الصفة في دعوى اللعان لنفي النسب تثبت للزوجين.....37
الفقرة الثانية: سقوط حق الزوج في اللعان لنفي النسب بسبق إقراره.....39
الفقرة الثالثة: أجل رفع دعوى اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.....41
الفقرة الرابعة: مكان تنفيذ إجراء اللعان لنفي النسب في الاجتهاد القضائي.....47
الفرع الثاني: الحكم الفاصل في دعوى اللعان في الاجتهاد القضائي.....49
ملخص الفصل الأول.....50

الفصل الثاني: طرق نفي النسب بغير اللعان في القانون والاجتهاد القضائي.....51
المبحث الأوَّل: نفي النسب بطريق اختلال شروط الفراش في القانون والاجتهاد القضائي.....52
المطلب الأول: نفي النسب بطريق نفي العلاقة الزوجية.....53
الفرع الأول: نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في قانون الأسرة.....53
الفرع الثاني: نفي النسب بنفي العلاقة الزوجية في الاجتهاد القضائي.....58
المطلب الثاني: نفي النسب بطريق نفي التواصل بين الزوجين.....60
الفرع الأول: نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في قانون الأسرة.....61
الفرع الثاني: نفي النسب بنفي التواصل بين الزوجين في الاجتهاد القضائي.....65
المطلب الثالث: نفي النسب بطريق نفي ولادة الطفل في المدة القانونية.....67
الفرع الأول: نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في قانون الأسرة.....68
الفرع الثاني: نفي النسب بنفي شرط المدة القانونية في الاجتهاد القضائي.....69
المبحث الثاني: نفي النسب بطريق الخبرة العليمة في القانون والاجتهاد القضائي.....71
المطلب الأوَّل: نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في قانون الأسرة.....72
الفرع الأول: الرأي الرافض للخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب.....73
الفرع الثاني: الرأي المؤيد للخبرة العلمية كطريق شرعي لنفي النسب.....77
المطلب الثاني: نفي النسب بطريق الخبرة العلمية في الاجتهاد القضائ.....81
الفرع الأول: تفسير المحكمة العليا للمادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة..... 82
الفرع الثاني: تفسير المحكمة العليا للطرق المشروعة لنفي النسب.....85
ملخص الفصل الثاني.....90
خاتمة.....91
قائمة المراجع.....96
الفهرس.....109

ملخص باللغة العربية

نص قانون الأسرة على نفي النسب بالطرق المشروعة دون تحديد مفهومها ولا ذكرها، وذلك في نص المادة 41 من قانون الأسرة، ولكن المادة 138 من نفس القانون ذكرت اللعان كحالة من حالات منع التوارث، وباعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر أحكام قانون الأسرة طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فإن النقص في قانون الأسرة بخصوص مفهوم اللعان وأحكامه الموضوعية أي شروطه وأحكامه الإجرائية أي إجراءات دعوى اللعان، يتم تكملته من خلال الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، وهو ما قامت به المحكمة العليا التي كرست في قرارتها أحكام اللعان واجراءاته، واعتبرت اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب الشرعي الثابت بالفراش، رافضة اللجوء للخبرة العلمية والبصمة الوراثية في دعوى نفي النسب الشرعي رغم وجود عدد معتبر من فقهاء المسلمين المعاصرين يرون البصمة الوراثية بديلا عن اللعان أو مكملا له في باب نفي النسب، أما النسب الذي اختل فيه عنصر أو أكثر من عناصر ثبوت النسب بالفراش فقد قبلت المحكمة العليا نفي النسب بطريق اثبات انعدام الزواج أو استحالة الاتصال أو ازدياد الولد خارج المدة القانونية، وباثبات أحد تلك الطرق ينتفي النسب دونما حاجة للعان.

Abstract in English

The Family Law stipulates the denial of paternity by legitimate means without specifying its concept or mentioning it, in the text of Article 41 of the Family Law, but Article 138 of the same law mentioned Li'an as a case of preventing inheritance, and considering that Islamic Sharia is an official source of the provisions of the family law according to the text Article 222 of the Family Law. The deficiency in the family law regarding the concept of li'an and its substantive provisions, that is, its procedural terms and provisions, i.e. the procedures for li'an lawsuits, is complemented by Islamic jurisprudence and judicial jurisprudence, which was done by the Supreme Court, which enshrined in its decisions the provisions and procedures of li'an, and considered li'an It is the only way to negate the legal lineage established by bed. Refusing to resort to scientific expertise and genetic fingerprinting in a lawsuit denying legal lineage, despite the existence of a significant number of contemporary Muslim jurists who see genetic fingerprinting as an alternative to li'an or as a complement to it in the chapter on denying lineage. Denying parentage by proving the absence of marriage, the impossibility of contact, or the birth of a child outside the legal period, and by proving one of these methods, the parentage is negated without the need for li'an.