جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام اللعان
بين الفقه و الإجتهاد القضائي الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة ضمن متطلبات لنيل شهادة ماستر حقوق

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالب :

بختي حمزة

إشراف الدكتور :

معيزة عيسى

لجنة المناقشة

*. د/أ عباس حمزة رئيسا

*. د/أ معـــيزة عـــيسى مشرفا و مقررا

*.د/أ مقيرش جمال مناقشا

الموسم الجامعي:1438/1439هـ – 2018/2017

بِسۡمِ ٱلرَّحِيمِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱللَّهِ

فَشَهَٰدَةُ أَنفُسُهُمۡ إِلَّآ شُهَدَآءُ لَّهُمۡ يَكُن وَلَمۡ أَزۡوَٰجَهُمۡ يَرۡمُونَ وَٱلَّذِين
وَٱلۡخَٰمِسَةُ ۝٦ لَصَّٰدِقِينَ لَمِنَ إِنَّهُۥ ۙ بِٱللَّهِ شَهَٰدَٰتٍ أَرۡبَعُ أَحَدِهِمۡ
ٱلۡعَذَابَ عَنۡهَا وَيَدۡرَؤُاْ ۝٧ ٱلۡكَٰذِبِينَ مِنَ كَانَ إِن عَلَيۡهِ ٱللَّهِ لَعۡنَتَ أَنَّ
۝٨ ٱلۡكَٰذِبِينَ لَمِنَ إِنَّهُۥ ۙ بِٱللَّهِ شَهَٰدَٰتٍ أَرۡبَعَ تَشۡهَدَ أَن
وَلَوۡلَا ۝٩ ٱلصَّٰدِقِينَ مِنَ كَانَ إِن عَلَيۡهَآ ٱللَّهِ غَضَبَ أَنَّ وَٱلۡخَٰمِسَةَ
۝١٠ حَكِيمٌ تَوَّابٌ ٱللَّهَ وَأَنَّ وَرَحۡمَتُهُۥ عَلَيۡكُمۡ ٱللَّهِ فَضۡلُ

۝١٠-۝٦سورة النور:الآيات

إهداء

اهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي ووالدتي حفظهما الله ورعاهما.

الى إخوتي وأخواتي .

إلى زوجتي ورفيقة دربي.

إلى ابني فلذة كبدي.

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم الأحوال الشخصية.

إلى كل الأساتذة وطلبة كلية الحقوق بجامعة عاشور زيان الجلفة

إلى كل طالب علم.....

شكر و تقدير

أتقدم بخالص شكري لله تعالى الذي وفقني في إتمام هذا البحث.

وأيضا أتقدم بالشكر إلى جميع أساتذتي وخاصة الأستاذ الدكتور **معيزة عيسى** الذي تكرم بالإشراف على هذا البحث المتواضع.

وأيضا أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني في انجاز هذا البحث مهما كانت نوعية ودرجة مساعدته.

وايضا الى كل اساتذة كلية الحقوق جامعة زيان عاشور الجلفة

مقـــــــدمة

إن علاقة الزواج هي من أنبل وأسمى العلاقات في حياة البشرية، حيث مجدها ديننا الحنيف و طوقها بعناية بالغة، فالزواج هو السبيل الوحيد و الشرعي لتكوين أسرة متماسكة أساسها المودة والرحمة ومحافظة على أصول وانساب الأفراد.

فابرز اثر لعقد الزواج هو النسب الذي يعني لغة: القرابة و الالتحاق، فنقول مثلا انتسب الولد لأبيه أي التحق به، أما شرعا فيعني العلاقة الدموية التي تربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، ورابطة القرابة والنسب هي الرباط الوثيق لتماسك كيان الأسرة واتحادها، بحيث يعتز كل فرد بانتسابه و انتمائه إلى أسرة ما ويفتخر بكونه ابنا لها.

وعليه يعتبر النسب ثمرة من ثمرات الزواج ويعد من أهم الروابط التي تربط الآباء بالأبناء ولهذا زرع الله في طبيعة الإنسان حب التناسل وغريزة حفظ النسل، وقد نبه الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز الإنسان إلى ما في النسب من فوائد وذلك في قوله جلا

وعلا: {"وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ﴿٥٤﴾ } [1]، ولعل باستقراء التاريخ لا نجد من دعا إلى هدم النسل و النسب بل قد تم الإجماع على هذا المقصد الشريف من طرف كل الأمم والملل.

فالنسب يعتبر من أهم ركائز المجتمع البشري وخاصة الأمة الإسلامية، لكونه أهم أساس وأقوم عماد في تمسك كيانه ووحدة أفراده، وبما انه يعتبر احد أركان مقاصد الشريعة الخمسة، أمر الله عز وجل الآباء أن ينسبوا إليهم أبنائهم ونهاهم عن إنكار بنوتهم في قوله تعالى:{"مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٖ مِّن قَلۡبَيۡنِ فِى جَوۡفِهِۦۚ وَمَا جَعَلَ أَزۡوَٰجَكُمُ ٱلَّـَٔـِى تُظَٰهِرُونَ مِنۡهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمۡۚ وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِى ٱلسَّبِيلَ ﴿٤﴾ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ﴿٥﴾ } [2]، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير أبائهم فقال صلى الله عليه وسلم:"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام،" كما نهى المرأة عن انساب ولد إلى زوجها تعلم انه ليس منه فقال: " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله شيء ولن يدخلها, الجنة". وهذا يدل على أن الزنا و العهر ليسا طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش وللعاهر الحجر".

فالإنسان الذي يعيش جاهلا أباه يعيش حاضرا ومصيره مجهول، فتجده يعيش في مجتمع لا تربطه به صلة، ولاشك انه يحيا بعزلة وقلق وحيرة متواصلين بالإضافة إلى حقده على المجتمع، وعليه حرمان الإنسان من نسبه يعني حرمانه من الحياة وظلمه،

---

[1]- سورة الفرقان الآية 54.

[2] – سورة الأحزاب الآيات 4-5.

ويؤدي المس بهويته إلى ضياعه بوجه أو أخر، أي رغم أن المبدأ و الواقع أن كل مولود من أب و أم والذي بدورهما يتفرع النسب على محورين أساسيين:

أولا: الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له اثر قانوني وذلك وفقا لما أباحه القانون في سبيل إثبات ذلك الحق، و المعروف أن النسب يثبت بالأربعة طرق هي: الفراش ، الإقرار، البينة، والطرق العلمية فإذا ثبت النسب التحق المنسب بقرابته وتعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث ونفقة وموانع الزواج وترتب عليه حقوق وواجبات، فكان استقرار النسب استقرار للمعاملات في المجتمع.

ثانيا: النفي وفق الشروط والضوابط الشرعية و القانونية، فكان اللعان هو الفارق في حل مشكلة نفي النسب وقضية التفريق باللعان من الوسائل و القضايا ذات أهمية قصوى في الشريعة الإسلامية، لما يخلفه من اثآر تمس جوانب حياة الفرد برمتها مما يؤدي إلى انعكاسها على المجتمع بأكمله لذلك كانت لعنة الله وغضبه حقا على الكاذبين فيه، فبمجرد تلاعن الزوجين تنحل الرابطة الزوجية وينتفي نسب الولد.

ولحرص الدين الإسلامي على حفظ أعراض الناس فشرع حكم من يقذف امرأة بالزنا ولم يكن له أربعة شهود يحد وجزاؤه ثمانين جلدة لقوله تعالى:{"وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝٥ }[1]، ولذلك يعتبر اللّعان الطريق الوحيد لنفي النسب في الشريعة الإسلامية.

ولقد انعم الله سبحانه وتعالى على عبده العلم والمعرفة وسخر له الكون، حيث توصل الإنسان بفضل هذه النعم إلى درجات متقدمة من العلم و التطور في جميع المجالات العصر الحديث أين تم اكتشاف ما يسمى بالخبرة الطبية " البصمة الوراثية"

[1] – سورة النور الآيات 4-5.

وهي: الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع و التي من شانها تحديد هوية كل إنسان .

ولقد أثارت البصمة الوراثية جدال وخلاف فقهي و تشريعي حول إمكانية اعتماد عليها في مجال إثبات ونفي النسب بدلا من الأحكام و الأدلة المستقر عليها في الفقه الإسلامي ويمثل هذا الجدال بين اتجاه محافظ رافض للخبرة الطبية ومرجح للّعان على هذه الأخيرة لان اعتماد عليها تعطيل لنص ثابت بكتاب الله سبحانه و تعالى وبسنة المصطفى صلى الله عليه وسلم ن وبين اتجاه ثاني حداثي ينادي إلى اعتماد الخبرة الطبية و التخلي عن اللّعان.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بالنسب و استنبط أحكامه من الشريعة الإسلامية ونظمه في المواد من 40 إلى 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، كما حصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من قانون 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 وتطرق في المادة41 إلى إمكانية الزوج في نفي النسب بالطرق المشروعة، وما نستخلصه من المواد السالفة الذكر أن المشرع قد وسع وتساهل في إثبات النسب من جهة وضيق من طرق نفيه من جهة أخرى.

الإشكالية:

بما أن النسب ذو أهمية كبيرة وله بعد اجتماعي لكونه يحقق مصلحة الفرد و المجتمع معا، فاللّعان الذي يؤدي إلى نفي النسب له خطورة بالغة على الأسرة وله أبعاد نفسية على الولد والزوجة التي يتم المس بشرفها وعرضها، ومع ظهور الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وإمكانية استخدامها في مجال نفي النسب، وظهور جدال فقهي حولها ، وعليه ارتأينا في دراستنا هذه طرح الإشكالية التالية :

ما هي طرق نفي النسب شرعا وقانونا وما مدى حجية الخبرة الطبية في نفي النسب؟.

والتي بدورها تتدرج تحتها مجموعة من الإشكاليات الفرعية و هي:

ما هو اللّعان ؟ وما هي أثاره؟ و هل يتم الرجوع عن اللّعان؟.

هل يتم نفي النسب دون إجراء اللّعان؟ وما موقف القانون الوضعي من اللّعان؟.

كيف يتم رفع دعوى اللّعان؟ و ما هي صورها و شروطها و إجراءاتها؟.

مدى ما حجية البصمة الوراثية وما موقف القانون الوضعي منها؟.

أسباب اختار الموضوع : يمكن أن نلخصها في العناصر التالية:

1) عدم تناول قانون الأسرة الجزائري لموضوع اللّعان إلا في مادتين الأولى بصيغة مختصرة وضمنية والثانية بصيغة صريحة (المادتان 138/41 قانون الأسرة الجزائري).
2) استجابة لتوصيات الدكتور المشرف، ولسبب ندرة البحوث و الدراسات في هذا الموضوع.
3) الرغبة و الميول إلى الفقه الإسلامي وخاصة الأمور المتعلقة بالأسرة.
4) الواقع الاجتماعي الحالي الذي يسوده الجهل بأمور الدين وخاصة ما تعلق بالعلاقات الأسرية و أثارها.
5) إيصال لمحة للمشرع من اجل سن بعض القوانين المتعلقة باللّعان وتنظيمها في عدة مواد.

صعوبات البحث: وقد واجهت عدة صعوبات وهي:

1) قلة المراجع القانونية في لموضوع.

2) عدم تناوله من طرف المشرع الجزائري بشكل واضح وموسع.
3) قلة البحوث و الدراسات القانونية للموضوع.
4) نادرا ما ترفع دعاوى لعان أمام المحاكم.
5) تم منحي عنوان المذكرة في مرحلة متأخرة .

المناهج المتبعة: لقد اعتمدت في بحثي على عدة مناهج هي:

1/ المنهج المقارن: وذلك في عدة مواضيع

1) مقارنة موقف الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي.
2) المقارنة بين أقوال الفقهية في المسالة الواحدة
3) المقارنة بين قانون المشرع الجزائري و التشريعات العربية

2/ **المنهج الاستقرائي:**

1) استقراء القضايا الفقهية مثلا في أمهات الكتب وغيرها.

كما عرضنا في بحثنا هذا في شكل قالب منهجي وصفي لتوضيح الموضوع بشكل دقيق ومفصل و شرح المصطلحات الفقهية و القانونية.

خطة البحث: ومن اجل تحقيق أهداف البحث وضعنا الخطة التالية:

الفصل الأول: الطرق الشرعية لنفي النسب

المبحث الأول: التفريق باللّعان .

المبحث الثاني: نفي النسب دون إجراء ملاعنة وموقف القانون الوضعي من اللّعان.

الفصل الثاني: دعوى اللّعان ومدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

المبحث الأول: مفهوم دعوى اللّعان.

المبحث الثاني: مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب وموقف القانون الوضعي.

الخاتمة.

الفصل الأول: أحكام اللّعان

تمهيد

يثبت النسب بالزواج سواء كان صحيحا أو عرفيا، فالزوجة هي السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة لقوله صلى الله عليه وسلم :" **الولد للفراش و للعاهر الحجر**" و العاهر هي الزاني وله الحجر أي له عقوبة الرجم. أما نسب الولد لامه فيثبت في سائر الحالات أي بمجرد وقوع الولادة ولا يمكن نفيه عنها وهذا عكس الرجل الذي يمكن له نفي نسب الولد عنه وذلك إما باللّعان أو بإثبات اختلال شروط الفراش، ومنه قسمت الفصل الأول إلى مبحثين فتناولت في المبحث الأول اللّعان كوسيلة شرعية لنفي النسب و المبحث الثاني خصصته لنفي النسب دون إجراء الملاعنة أي اختلال شروط الفراش وكذا موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من اللّعان.

المبحث الأول: التفريق باللّعان

لم تعرف الشريعة الإسلامية في نصوصها وأحكامها الشرعية طريقا آخر لنفي النسب، إلا طريقا واحدا ألا وهو اللّعان؛ فإذا تبين و تيقن للزوج أن هذا الولد ليس منه، أو وجد زوجته في حالة زنى، له في هذه الحالة اللجوء إلى اللّعان لنفي هذا الولد عن نسبه أو فك العلاقة الزوجية في حالة ما إذا وجد زوجته في حالة زنى، وعليه سوف نتطرق إلى مفهوم اللّعان ودليل مشروعيته و مختلف شروطه و ذلك في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسأتناول فيه الآثار المترتبة عن اللّعان و حكم الرجوع عنه.

المطلب الأول: مفهوم اللّعان

في هذا المطلب سأتناول التعريف اللغوي و الاصطلاحي، الذي يحتوي على مختلف التعريفات الفقهية وهذا في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسأتطرق إلى دليل مشروعية اللّعان وكذا الشروط الواجب توافرها لصحته.

الفرع الأول: تعريف اللّعان

أولا: التعريف اللغوي

لعنه، كمنعه : طرده، وأبعده، فهو لعين و ملعون، ج ملاعين، والاسم اللّعان واللّعانية و اللّعنة ، بالضم : من يلعنه الناس و اللعين من يلعنه كل احد و التلاعن : التشاؤم و التماجن ولاعن امرأته ملاعنة ولعانا وتلاعنا، و التعنا: لعن بعض بعضا، ولاعن الحاكم بينهما لعانا: حكم[1]. و اللّعن : الإبعاد و الطرد من الخير وقيل الطرد و الإبعاد من رحمة الله و من الخلق هو السب و الدعاء، و اللّعان و الملاعنة : هو اللّعن بين انثنين فأكثر.

---

[1] – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة،مؤسسة الرسالة،لبنان،2008،ص1231

و الملاعنة بين الزوجين: إذا قذف الزوج امرأته أو رماها برجل انه زنى بها، و اللعنة في القران الكريم : هي العذاب، ولعنه الله بلعنه معناه عذبه[1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

لقد تنوعت و تعددت تعريفات اللّعان في الجانب الفقهي، وذلك طبعا حسب اختلاف المذاهب الفقهية ، فكل مذهب عرفه حسب مرجعه .

– **عرفه الفقه الحنفي انه:** شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللّعن قائمة مقام حد القذف في حقه و مقام حد الزنا في حقها.

– **أما الفقه الشافعي فلقد عرفه بأنه:** كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر على قذف من لطخ فراشه والحق العار به لو إلى نفي الولد.

– **وعرفه الفقه المالكي:** بأنه حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته أو نفي حملها وحلفها على تكذيبه أربعا.

– **وعرفه الفقه الحنبلي:** بأنه شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللّعن و الغضب قائمة مقام حد القذف أو التعذيب أو زنى في جانبها[2].

نرى من خلال التعاريف التي قدمها الفقهاء أنهم اختلفوا حول ما إذا كانت ألفاظ اللّعان شهادات أم أيمان آم هي شهادات و أيمان بنفس المعنى ولقد انقسموا على النحو التالي :

المذهب الأول: يرى أن اللّعان شهادات مؤكدات بالأيمان و دليلهم في ذلك قوله– صلى الله عليه وسلم– في بعض الروايات:" لولا ما مضى من الشهادات التي سبقت لكان لي فيها شأن " و قوله في رواية أخرى – لكان لي ولها شأن – و قوله في الحديث فجاء هلال فشهد و النبي – صلى الله عليه وسلم – ويقول: الله يعلم أن أحدكما كاذب

---

[1] – أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الخزرجى المصري،لسان العرب، المجلد الثالث،دار صادر،بيروت،د س ن ،ص ص 387–389.

[2] - خليفة الكعبي،البصمة وإثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية،2004،ص،265 .

فهل منكما من تائب؟ ثم قامت فشهدت، فلفظ الشهادة هنا جاء صراحة في الحديث عندما قال: فقامت وشهدت[1].

المذهب الثاني: يرى أن اللّعان أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة، و استندوا في ذلك إلى قوله – صلى الله عليه وسلم – : " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن "، وقالوا أن اللّعان شهادة بالله و الشهادة بالله يمين حيث من قال اشهد بالله يكون يمينا إلا انه يمين بلفظ الشهادة بلفظ ولان اللّعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى، لان الشهادة لا تفتقر لذلك وإنما اليمين هي التي تفتقر إليه[2].

المذهب الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن اللّعان الذي يكون بين الزوجين يجمع بين الوصفين معا فهو شهادة مؤكدة بالقسم و التكرار ويمين مقترنة بلفظ الشهادة و التكرار لاقتضاء الحال تأكيدا للأمر.

وعليه فالرأي الراجح هو الرأي الثالث لان اللفظ الشهادة جاء بصفة رسمية و ذلك في قوله – سبحانه و تعالى –: (فشهادة احدهم أربع شهادات بالله) فدل ذلك على أن اللّعان شهادة في كتاب الله العزيز، و أيمان في سنة النبي المختار وذلك في قوله :" لولا الأيمان لكان لي ولها شأن "[3].

و من خلال التعاريف و الآراء المختلفة التي توصل إليها الفقهاء نستنتج أن صفة اللّعان هي :

أن يقول الرجل : اشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها من الزنا أو بنفي الولد، فيقول هذا أربع شهادات ثم يقول في الخامسة لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها من الزنا أو من نفي الولد و يشير إليها في كل مرة. ثم تقول المرأة : اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو من نفي الولد و تقول هذا أربع مرات ثم

---

[2]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع،ج1،دار حزم للطباعة والنشر و التوزيع ،د.ب.ن ،2004،ص .44..

[2] – الإمام النووي،روضة الطالبين وعمدة المفتيين،ج6،المكتب الإسلامي، دمشق،1991،ص.309.

[3] – خليفة علي الكعبي،مرجع سابق، ص ص 277–279.

تقول في الخامسة أن غضب الله علي إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو من نفي الولد[1].

و الحكمة من وجوب الشهادات الأربع في اللّعان: أن جريمة لا تثبت بالشهادة إلا بأربعة من الشهود رجال لكن لما كانت شهادة الشهود متعسرة في إثبات ما يقذف الزوج به زوجته، اكتفى الشارع بان يأمر الزوج بان يشهد تلك الشهادات الأربع لتقوم مقام الشهود الأربعة فان شهدها سقط عنه الحد[2].

ونفهم من هذا اللّعان هو رمي الزوج لزوجته بالزنا دون أن يملك شهود، فيشهد أربع شهادات انه من الصادقين، و تشهد الزوجة أربع شهادات انه من الكاذبين، و في الخامسة تنزل اللعنة و الغضب بينهما.

الفرع الثاني: مشروعية اللّعان و شروطه

لقد ثبت اللّعان بالقران الكريم و السنة النبوية الشريفة، و هذا يدل على اهتمام الشريعة السمحة

حرصا على عدم اختلاط الأنساب، و حفظها، بالإضافة إلى انه يقوم مقام حد القذف في حق الزوج، و يقوم مقام حد الزنا في حق الزوجة واللّعان يتوقف على عدة شروط يجب التقيد بها فما هي الأدلة مشروعية اللّعان، و فيما تتمثل شروطه ؟

أولا: دليل مشروعية اللّعان

من القران الكريم :

ثبت اللّعان في كتاب الله العزيز الكريم و ذلك في أن الأصل في مشروعية اللّعان أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنا فإما، أن يأتي بأربعة شهداء على داعوه، و حينئذ يقام

---

[1] – رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،ص335.

[2] – نجومن قندوز سناء، اللعان ، إشكالاته الفقهية،القانونية و القضائية،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،جامعة عبد الرحمان ميرة:كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بجاية،عدد02،2011،ص.114.

على المرأة حد الزنا وإما أن يعجز عن الإتيان بالبينة، فيحد حد القذف ثمانين جلدة[1]، و في هذا يقول الله تعالى :"وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝٥ . (سورة النور الآية 4 - 5)[2].

ونفهم من هذه الآية الكريمة أن من يرمي النساء الحرائر العفاف بالزنا ولم يكن لهم أربعة شهداء أي رجال عدل يشهدون معه بذلك صريحا، فيجلدون ثمانين جلدة بسوط متوسط يؤلم مع عدم المبالغة في ذلك أي عدم الأذية لان القصد في ذلك هو التأديب و ليس الأذية ولهم عقوبة أخرى هي أن شهادة القاذف غير مقبولة و لو حد عن القذف، حتى يتوب والتوبة في هذا الموضع هي أن يكذب القاذف نفسه و يقر انه كاذب فيما قال، و أصلح عمله و بدل إساءته إحسانا، زال عنه الفسق، و بالتالي تقبل شهادته، فان الله غفور رحيم يغفر الذنوب جميعا لمن تاب و أناب[3]، و عليه اوجب سبحانه و تعالى الجلد على القاذف الذي يرمي المحصنات بالزنا دون الإتيان بالشهود أو البينة من غير فصل بين الزوج و غيره.

أما إذا كان القاذف زوجا كان له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة إذا كان له شهود على ما يرميها به أو له أن يدفعه باللّعان وذلك إذا لم يكن له بينة أو شهود، ولقد ذكر في ذلك قال الله سبحانه و تعالى:{" وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ

---

[1] – احمد فراج حسين، أحكام الأسرة الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998،ص.162.

[2] – سورة النور ، الآية 4– 5.

[3] – علي عبد الرحيم عامر ، الاشتباه في النسب،دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع و الترجمة،الطبعة الأولى،القاهرة،2012،ص.159.

أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ وَأَنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٞ ۝١٠ }[1] .النور الآية (6- 10).

نفهم من هذه الآية انه إذا كان القاذف زوجا كانت شهاداته على زوجته دارئة عنه الحد لان الغالب أن الزوج لا يقدم على رمي زوجته التي يدنسه ما يدنسها إلا إذا كان صادقا، ولان له في ذلك حقا وخوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه به، وسماها شهادة، لأنها نائبة مناب الشهود بان يقول: اشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به ويزيد في الخامسة بان يدعو على نفسه باللعنة إذا كان كاذبا فإذا تم لعانه سقط عنه حد القذف و يدرا عنها أي الزوجة العذاب إذا قابلت شهادات الزوج بشهاداتها وهي أربع شهادات وان تزيد في الخامسة بان تدعو على نفسها بالغضب فإذا تم اللّعان بينهما فرق بينهما إلى الأبد[2].

وقوله تعالى:{"۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩"}. أي فيما رماها به من الزنا أو من نفي الولد وتخصيص الغضب بالمرأة للتغليظ عليا كونها أصل الفجور و مادته، ولان النساء يكثرن اللّعن في العادة، ومع استكثارهن منه لا يكون له في قلوبهن موقع كبير بخلاف الغضب[3].

---

[1] –سورة النور،6–10.

[2] – عبد الرحمان بن ناصر السعدي،مرجع سابق،ص.522.

[3] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني،فتح القدير،الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير،دار المعرفة،لبنان،2007،ص.1000

ومنه نستخلص مما سبق ذكره أن الزوج الذي يتهم زوجته بالزنا، ملزم بملاعنة زوجته حتى يعفي نفسه من عقاب ثمانين جلدة، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة المتهمة بالزنا فهي ملزمة بالتلاعن مع زوجها لكي تعفي نفسها من حد جريمة الزنا.

من السنة النبوية :

كما ثبت أن اللّعان في السنة النبوية الشريفة، فعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بشريك بن سمحاء فقال النبي: صلى الله عليه وسلم – : البينة أو حد في ظهرك . فقال يا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا رأى احدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل رسول الله – صلى الله عليه وسلم– يقول : البينة وإلا حد في ظهرك. فقال هلال : و الذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله تعالى ما يبرئ ظهري من الحد ، فنزل جبريل فانزل الله (و الذين يرمون ازواجهم) حتى بلغ (اذا كان من الصادقين)[1].

كم روى البخاري و مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لاعن بين رجل و امرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، والحق الولد بالمرأة[2].

من خلال الحديثين نفهم أن اللّعان قد ثبت و كان جاري في عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم – و الدليل على ذلك الأحاديث الكثيرة و المتعددة الخاصة باللّعان، التي رويت عن الرسول – صلى الله عليه وسلم –.

---

[1] – أبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ط1؛ج4،دار الكتب العلمية،لبنان، 1997،ص 188.

[2] – مصطفى ديب البغا، في أدلة متن الغاية و التقريب،دار ابن كثير،دمشق، 1989،ص181.

ثانيا: شروط اللّعان

عملية اللّعن ثابتة و صحيحة بين الزوجين لابد من توفر مجموعة من الشروط حيث هناك شروط خاصة بالزوج أو القاذف و بعضها خاصة بالزوجة أو المقذوف و أخرى تتعلق بهما معا، و إذا كان سبب اللّعان هو نفي الولد فهذا يستدعي شرط التوقيت. و قد اختلف الفقهاء حول هذه الشروط ، ففيما تتمثل هذه الأخيرة ؟

يرى الفقه الحنفي: انه فيما يخص شروط الزوج أو القاذف فهو واحد، يتمثل هذا الشرط في عدم إقامة البينة، لان الله تعالى شرط ذلك في أية اللّعان بقوله عز وجل :{وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ [1]﴿٤﴾}

وهذا يفيد أن الزوج إذا قام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا، لا يجب اللّعان ويقام عليها حد القذف الزنا، ولو شهد أربعة احدهم الزوج تقبل شهادتهم و يقام عليها الحد، وهنا خالف المذهب الشافعي المذهب الحنفي حيث انه عندهم إذا كان الزوج من بين الشهود لا تقبل شهادته، ووجه قول الشافعي في ذلك: أن الزوج في رأيهم متهم في شهادته ، لاحتمال أن الغيظ حمله على ذلك و استندوا في ذلك إلى انه لا شهادة للمتهم على لسان رسول الله – صلى الله عليه وسلم–[2]

و لا يخفى أن وجوب اللّعان على الزوج مقيد بعجزه عن إقامة البينة على زناها وعدم إكذاب نفسه بعده بعدم تصديقها له، فان أقام بينة على زناها فان كانوا أربعة شهود رجال رجمت حتى الموت لو كانت محصنة، وجلدت ثمانين جلدة لو كانت غير محصنة[3].

---

[1] – سورة النور الآية 04.

[2] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،مرجع سابق،ص36.

[3] – أبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود،مرجع سابق،ص192.

- و أما الذي يرجع إلى المقذوف أو الزوجة من توفر شرطان هما:

أولهما: أن تكون ممكنة الوطء فلان، اللّعان لا يكون إلا برمي بالزنا أو بنفي الولد و هو يستلزم الزنا، فمن كانت عذراء فلا يتيسر ذلك منها[1].

و ثانيهما: إنكارها وجود الزنا منها فحتى لو أقرت بذلك و إنما يلزمها ذلك حد الزنا، و الذي يتمثل في الجلد إذا كانت غير محصنة و الرجم حتى الموت إذا كانت محصنة، ذلك لظهور زناها بإقرارها. و بالإضافة إلى إنكارها وجود الزنا اللّعان بقذفها[2].

أما الشرط التي تعود إلى الزوجين معا فيجب أولا وقبل كل شيء يجب أن تجمع بينهما علاقة زوجية أي قيام زواج صحيح بين الرجل القاذف و المرأة المقذوفة، ومن ثم يقع اللّعان بين الرجل و زوجته سواء تم الدخول بها أو لا، أو كانت المرأة في عدة طلاق رجعي، و بناءا على ذلك فلو قذف الرجل امرأة أجنبية، أو طلق زوجته طلاقا بائنا ثم قذفها فلا لعان بينهما، و بالتالي يجب عليه حد القذف في هذه الحالة[3].

اشترط الفقهاء بعض الشروط التي تخص الزوجين معا و ذلك لإتمام عملية اللّعان بالشكل الصحيح و فيما يلي شروط كل مذهب حسب تفصيله:

اشترط المذهب الحنفي: الحرية و العقل و البلوغ و الإسلام و النطق وعدم الحد من القذف ، أما اعتبار العقل و البلوغ فلان المجنون الذي فقد عقله و الصبي الذي لم يبلغ سن البلوغ ليسا من آهل الشهادة، و هذا يعني أنهما ليسا من أهل اللّعان، و أما اعتبار الحرية فالمملوك ليس من أهل الشهادة خاصة أن اللّعان عند الحنفية شهادات مؤكدة بالأيمان، فمن ليس من أهل اليمين ليس من أهل اللّعان، و

---

[1] –الشيخ محمد بن علي الشوكاني،السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار،ط1؛ ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع،2004،ص449.

[2] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،مرجع سابق،ص35.

[3] – احمد بخيت الغزالي،عبد الحليم محمد منصور علي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي،ط1؛دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2008،ص378

أما اعتبار النطق، فلان الأخرس لا شهادة له، لأنه يأتي بلفظة الشهادة و القذف، أما اعتبار المحدود في القذف فلان شهادة له، لان الله تعالى رد شهادته و ذلك في الآية 6 من سورة النور[1].

و اختلف العلماء في ملاعنة الأخرس، فقال مالك و الشافعي يلاعن، لأنه ممن يصح طلاقه و ظهاره و إيلاؤه[2].

أما الذهب المالكي: فلقد اشترط أن يكون الملاعن و الملاعنة أو الزوجان عاقلان، بالغان سواء كان حرين، أو مملوكين أو فاسقين، و يشترط الإسلام في الزوج، لا في الزوج، لا في الزوجة، لان الذمية يجوز لها لن تلاعن وذلك لرفع العار عن نفسها[3].

أما المذهب الشافعي لم يخالف المذهب المالكي، فكان رأيه أن اللّعان جائز على كل زوج جاز طلاقه و سواء كان الزوجان حرين مسلمين أو كان احدهما حرا و الآخر مملوكا أو كانا مملوكين معا أو كان الزوج مسلما و الزوجة ذمية[4].

أما شرط وقت اللّعان خاصة إذا كان بنفي الولد فيجب أن يكون اللّعان بنفي الولد بحضورة الولادة أو بعدها بيوم، و أن لا يتقدم من الزوج إقرار به صريحا أو ضمنيا كدلالة سكوته عند التهنئة مع عدم رده[5]، أم بعد قبوله التهنئة و شراء ما يلزم المولود و مضي ذلك الوقت يعتبر إقرارا منه فلا يصح نفيه بعد ذلك[6].

---

[1] – خليفة علي الكعبي،مرجع سابق،ص279.

[2] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،مرجع سابق ص46. 157.100

[3] –أبي القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، الكويت،ص 389.

[4] –أبو عبد الله محمد بن إدريس القريشي المطلبي، الأم،بيت الأفكار الدولية،الأردن،ص1114.

[5]– أبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود،مرجع سابق،ص202.

[6] – احمد فراج حسين،مرجع سابق،ص170.

إذن يجب على الزوج أن يتيقن أن الولد ليس منه فعليه أن ينفيه بتمام الولادة أو بعدها بيوم كما أن سكوته بعد الولادة أو قبوله التهنئة مع ردها يسقط حقه في نفي هذا الولد باللّعان.

و فيما يخص المدة التي يصح فيه النفي بعد الولادة فهناك خلاف بين الفقهاء، فلقد روي عن أبي حنيفة انه وقت له سبعت أيام وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر النفاس و هو أربعون يوما و اعتبر الشافعي الفور فقال: لن نفاه على الفور انتفى و إلا ألزمه[1].

و لو كان الزوج غائبا لا يعلم بالولادة فعلمه وقت حضوره، فله النفي في مقدار ما تقبل فيه التهنئة؛ كان يكون الزوج مسافرا لمدة معينة و لم يعلم بولادة الولد و عند رجوعه وجد زوجته أنجبت ولدا و هو متيقن أن هذا الولد ليس منه فيكمن له نفي هذا الولد حال وصوله و علمه بها أثناء تلقيه التهنئة و هذا حسب رأي الفقه.

بتوفر هذه الشروط تتم الملاعنة بين الزوجين و بعد التأكد و الانتهاء من إجراءات اللّعان يفرق القاضي بين الزوجين و بتالي تكون هناك حرمة الاستمتاع بينهما على وجه التأبيد و يقوم بنفي الولد عن الزوج.

المطلب الثاني : آثار اللّعان وحكم الرجوع عنه

بما أن اللّعان هو حكم شرعي فتترتب عليه بعض الآثار الشرعية، كغيره من الأحكام الأخرى كحكم الطلاق الذي يترتب عليه بعض الأحكام الخاصة بالمرأة كالعدة و النفقة و غيره فيها من الآثار فكان كذلك للعان بعض الآثار فمنها ما يمس الزوجة و أخرى تخص الولد الذي ينتفي نسبه من الزوج و هذا ما تعقبناه الفرع الأول ، كما سنتعرض أيضا في المطلب إلى حكم أو جزاء كل من الزوجين عند نكولهما عن اللعان و ذلك في الفرع الثاني.

---

[1] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،مرجع السابق،ص56.

الفرع الأول : آثار اللّعان

أولا : الفرقة بين المتلاعنين

بعد توفر جميع شروط اللّعان و الانتهاء من إجراءاته، أول شيء يقوم به القاضي هو التفريق بين الزوجين و معنى هذا أن يقضي القاضي في الجلسة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة ، و تتحول من امرأة متزوجة إلى امرأة أجنبية محرم على الزوج الاتصال بها[1] ، وهذا يعني حرمة الوطء و الاستمتاع بين الزوجين بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما لحديث النبي –صلى الله عليه وسلم– :" المتلاعنان لا يجتمعان أبدا "[2].

وهذه الفرقة ثار حولها جدال فقهي: فهل هذه الفرقة تكون بنفس اللّعان أي بمجرد الانتهاء من الملاعنة و تكون بعد اللعان الزوج مباشرة دون لعان الزوجة أو تتوقف الفرقة على الحكم القاضي أو الحاكم بعد اللعان ولهذا سوف نستعرض لأراء الفقهاء حول الفرقة التي تكون بين الزوجين بسبب اللّعان:

قال الإمام مالك: وبتمام اللّعان تقع الفرقة بين المتلاعنين، فلا يجتمعان ولا يتوارثان ولا يحل مراجعتها أبدا لا قبل الزوج ولا بعد [3]، و معنى قول الإمام مالك: أن الفرقة بين الزوجين المتلاعنين تكون بعد إتمام إجراءات اللعان مباشرة و ذلك بالنص على التأبيد بقوله لا يجتمعان أبدا، وهذه الفرقة تمنع التوارث بينهما، و لا يمكن للزوج مراجعتها بعد ذلك سواء تزوجت و طلقت بعد ذلك أو لم تتزوج.

أما الإمام أبو حنيفة وأبو يسف و محمد بن الحسن فقالوا: لا تقع الفرقة بعد فراغهما من اللعان حتى يفرق القاضي بينهما.

---

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3؛ دار هومه للطباعة و التوزيع،د.س.ن، ص358.

[2] –محمد علي بن محمد علي،الدّر المختار،ط1؛دار الكتب العلمية،لبنان،2002،ص241.

[3] – محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين، البناية في شرح الهداية/ط1؛ج5،دار الكتب العلمية،بيروت،2000،ص537.

أما الإمام الشافعي فحسب رأيه الفرقة تكون بمجرد شهادة الزوج أي تتحقق الفرقة بتمام لعانه ، دون أن تلتعن المرأة أبو وقال أبو حنيفة انه خالف النص في رأيه حيث انه إذا كانت فرقة باللّعان الزوج فقط فالمرأة عندما تكون أجنبية عنه لأنها لا تربطها بالزوج أي علاقة وذلك لتحقق الفرقة بينهما بمجرد لعان الزوج وهذا مخالف لأية اللّعان لان الله خص بها الأزواج وهو الأزواج وهو بذلك خالف النص [1].

حسب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن [2]، لا تقع الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتمام اللعان بل يجب أن يتدخل القاضي ويفرق بينهما.

كما ثار خلاف حول ما إذا كانت هذه الفرقة طلاق أو فسخ، فذهب جمهور الفقهاء انه فسخ وذهب أبو حنيفة على انه طلاق ووجه قوله في ذلك ما روى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– : لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته، فقال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله، أن أمسكتها فطلقها ثلاثا، فقال رسول الله عليه الصلاة و السلام: "لا سبيل لك عليها"، فصار طلاق الزوج عقب اللّعان سنة المتلاعنين؛ فيجب على كل متلاعن أن يطلق الزوجة الملاعنة ، فان امتنع ينوب منابه القاضي في التفريق[3].

ثانيا: إلحاقه الولد لامه

---

[1] – محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين،مرجع سابق ، ص.537.

[2] – أبو يوسف : هو الإمام المجتهد العلامة المحدث قاضي القضاة يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد بن بحيربن معاوية الأنصاري الكوفي،صاحب أبو حنيفة .أما محمد بن الحسن الشيباني هو صاحب الإمام أبو حنيفة من مؤلفاته : المبسوط، الجامع الصغير

[3] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع سابق،ص53.

إن أهم و اخطر اثر للّعان و الذي يفيدنا كثيرا هو نفي الولد عن الأب؛ إذا كان قذف الزوج بغرض نفي الولد منه، نفى القاضي نسب هذا الولد عن الزوج [1]، أي انتفاء الولد من الزوج إذا صرح بنفيه و يلحق نسب الولد بأمه، وهذا يعني انه لا يعتبر ابنه بالنسبة لإحكام التي تلزمه: كالإرث فلا توارث بينهما و ذلك لقطع النسب كما لا تجب النفقة عليه، و لكن بالنسبة لإحكام التي شرعها الله لكافة الناس فيعامل كأنه ابنه احتياطا فلا يعطيه زكاته و لا تجوز شهادة كل منهما على الأخر إضافة إلى تحريم بينه وبين أولاده لاحتمال بان يكون ابنه لوجود الفراش بين الزوجين و لا يعد مجهول النسب.

كما روى البخاري و مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي – صلى الله عليه وسلم – لاعن بين رجل وإمرته، فانتفى من ولدها و فرق بينهما و الحق الولد لامه[2]، ومن هذا الحديث نفهم أن النبي– صلى الله عليه وسلم – متى وقع اللّعان بين الزوجين وكان سببه نفي الولد عن الزوج الحق الولد بأمه و يثبت الولد للزوج إذ اكذب نفسه، ويزول كل اثر اللّعان بالنسبة للولد بالاتفاق[3]، وقال أبو حنيفة إذا اكذب نفسه جلد ولحق به الولد، وكان خاطبا من الخطاب أن شاء فإذا اقر الزوج بأنه كاذب فيما ادعاه في حق زوجته[4]، ورجع عن إساءته وتاب بعد ذلك لحقه ولزمه الولد ويسقط كل اثر للعان فيحق له الإرث و تجب على الزوج النفقة و سائر الحقوق الأخرى من تربية و تعليم وعلاج وغيرها

أما صيغة نفي الولد فتكون كالأتي: عب أبي يوسف يفرق القاضي بين الزوجين، فيقول القاضي قد ألزمته أمه و أخرجته من نسب الأب وإذا لم يقل ذلك لا ينتفي النسب.

---

[1] – احمد فراج حسين،مرجع سابق،ص 169.

[2] – مصطفى ديب البغا،مرجع سابق،ص181

[3] –محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،ط2،دار الفكر العربي،القاهرة،د.س.ن،ص346.

[4] – علاء الدين أبي بكر الكساني الحنفي،مرجع سابق،ص54.

و إذا كان من الوجوب نفيه لأحد الحكمي اللّعان فلا يجب قبل وجوده، وإذا تعذر اللّعان تعذر قطع النسب[1]، أي أن نفي الولد عن الزوج لا يصبح ساريا إلا بعد إجراء اللّعان بين الزوجين.

و الزوجة الملاعنة يكمن أن تضع أكثر من مولود فمثلا اثنان أو ثلاثة فما هو حكم نفي الزوج لولد دون الأخر ؟

إذا ولدت الزوجة بولدين أو أكثر من بطن واحد، فاقر بأحد ونفى الآخرين، لاعن و لزمه الأولاد جمعيا، أما لزوم الأولاد فلان إقراره بالأول، يعني إقراره بالآخرين، لان الحمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض الأخر ولن نفى الأول اقر بالآخرين حد ولا لعان ويلزمانه الأولاد جميعا ، فيصبح مكذبا لنفسه يحد، و إذا حد لا يلاعن[2]، أي أن الزوجة إذا أنجبت ولد آو أكثر وجاء الزوج فاعترف بالأول ونفى الآخرين، فالأولاد جميعا يثبتوا للزوج .

ثالثا : سقوط الحد عن الزوج و الزوجة

سقوط الحد عن الزوج أو الزوجة بمجرد اللّعان، فالزوج إذا قذف امرأته بالزنا و عجز عن إقامة البينة وجب عليه حد القذف ولكن إذا وقع اللّعان سقط حد القذف و ذلك لان اللعان يقوم مقام القذف في حق الزوج ويقوم مقام حد الزنا فؤ عنها في حق الزوجة و يظهر ذلك في قوله سبحانه وتعالى :"فيدرؤ عنها العذاب " فشهادتها تدفع عنها الحد[3].

وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم :" فرق بين المتلاعنين و قضى بان ترمي ولا ولدها فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد "[4]، يفهم من هذا الحديث انه لا

---

[1] – علاء الدين أبي بكر الكساني الحنفي،مرجع سابق،ص55.

[2] – علاء الدين أبي بكر الكساني الحنفي،مرجع سابق،ص57/56.

[3] – احمد محمد المومنى،إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية:فقه الطلاق و الفسخ و و التفريق و الخلع،دار الميرة للنشر و التوزيع و الطباعة،الأردن،2009،ص ص 57/56.

[4] – سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن احمد الأنصاري الشافعي،البدر المنير في تخريج الأحاديث و الآثار الواقعة في الشرح الكبير،ج8،دار الهجرة للنشر و التوزيع، د.ب.ن،د.س.ن،ص189.

يجوز قذف المرأة ولا ولدها بعد اللعان و ذلك لان لعانها قطع ما رميت به بمعنى أن اللّعان دفع عنها الحد.

رابعا: عدم التوارث بين الزوج و الولد

اللّعان يقطع التوارث بين الملاعن و الولد، لانقطاع النسب و كذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملاعن، كأبيه و أمه وأولاده و أما الولد مع أمه، فيتوارثان توارث سائر الأولاد و الأمهات ، إن لاعن الرجل امرأته و نفى ولدها وفرق القاضي بينهما، انتفى ولدها عنه و انقطع تعصيبه من جهة الملاعن، كما يقطع التوارث بين الزوجين[1]، أما ابن الملاعنة فترثه أمه، وأضاف الإمام مالك في موضوع التوارث بين الزوجين أن الزوج متى اللعن ثم مات فانه يجب على الزوجة لن تلتعن لتدرا عنها العذاب، أي حد الزنا، فان نكلت فإنها ترث زوجها لأنها بقيت في عصمته[2].

الفرع الثاني: حكم الرجوع عن اللّعان

يمكن لأحد الزوجين الرجوع أو الامتناع عن أداء اللّعان ولقد اختلف الفقهاء حول ما يتعين على القاضي فعله أثناء نكول احد الزوجين عن اللّعان بعد طلبه ولقد انقسموا إلى رأيين :

الرأي الأول وهو جمهور الفقهاء: أن امتنع احد الزوجين عن اللّعان حد فالزوجة إذا امتنعت عن اللّعان حدت حد الزنا، لان اللّعان بدل عن حد الزنا؛ لقوله تعالى: " ويدراؤ عنها العذاب " ، أي العذاب الدنيوي، وهو الحد، فلا يندرئ الحد عن الزوجة مثلا إلا بلعانها، لكن رأى الحنابلة أن الزوجة إذا امتنعت تحبس حتى تقر باللّعان بالزنا أربع مرات أو تلاعن .

و الرأي الثاني: وهو الحنفية انه إذا امتنع الزوج عن اللّعان، حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، فيحد حد القذف، وان امتنعت الزوجة عن اللّعان حبست حتى تلاعن أو

---

[1] –الإمام النووي،مرجع سابق،ص43.

[2] – عزيز ابا كريم،يوسف اديب، عبد اللطيف عمارة،ليلى الخشالي، وسائل اثبات النسب ونفيه مابين الشريعة و القانون المغربي: بحث لنيل الاجازة في القانون الخاص ، المغرب،2009،ص69.

تصدق الزوج فيما ادعاه عليها، فان صدقته خلي سبيلها من غير حد[1]؛ نفهم من هذه الآراء: أن نكول الزوج عن اللّعان حد القذف عند الثلاثة وهم الملكية و الشافعية و الحنابلة، وقال أبو حنيفة يحبس، وان نكلت المرأة عن اللّعان رجمت للزنا الثلاثة، وقال أبو حنيفة: تحبس و لا تحد، هذا هو حكم نكول احد الزوجين عن اللّعان وهذا حسب رأي الفقهاء، فما حكم امتناع احد الزوجين عن اللّعان في نظر القانون ؟ .

كمثال حسب المشرع الجزائري ووفقا لقانون العقوبات الجزائري: فان امتناع الزوج عن تأدية اللّعان يعرضه للمتابعة بتهمة القذف تطبيقا لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على ما يلي:" يعد القذف كل ادعاء بواقعة من شانها المساس بشرف و اعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به .....". يفهم من نص المادة أن كل زوج عن اللّعان يعتبر في نظر القانون متهم بجريمة القذف، وعلى هذا فلقد حددت المادة 298 من نفس القانون العقوبة التي يستحقها القاذف :" يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 5000 إلى 50000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ....."[2]. وما نستنتجه من نص المادة أن المشرع الجزائري اخذ برأي الفقهاء الثلاثة و هي عقوبة الحبس بالإضافة إلى غرامة مالية.

المبحث الثاني : نفي النسب دون إجراء الملاعنة وموقف القانون الوضعي من اللّعان

حرصت الشريعة السمحة في نفي النسب على تقييد اللّعان بمجموعة من الشروط وذلك لإعطاء النسب أهمية كبيرة في مقاصد الفقه الإسلامي، وبهذا لم تسمح بان يلطخ ويدنس بنسب فاسد وعليه فقد وضعت بعض الحالات التي تمكن الزوج بنفي الولد التي تأتي به زوجته على فراشه، وذلك من غير الحاجة إلى الملاعنة بين الزوجين، فما هي

---

[1] – عبد القادر حرزا لله ، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية،د.ب.ن،د.س.ن،ص311.

[2] –المادتان 298/296 من الامر رقم 66–156 المؤرخ في 8 يونيو سنة1966 الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل و المتمم بالقانون 01–09 المؤرخ في 26 يونيو 2001جر،عدد 34.

هذه الحالات التي تسمح للزوج بنفي نسب الولد و ما هو موقف المشرع الجزائري و التشريعات العربية من اللّعان؟ وبالتالي سوف نتطرق في المطلب الأول إلى حالات نفي النسب بدون إجراء ملاعنة، أما المطلب الثاني سوف نستعرض موقف المشرع الجزائري و التشريعات العربية.

المطلب الأول : نفي النسب باختلال شروط الفراش

بالرجوع إلى حديث الرسول – صلى الله عليه وسلم –:" الولد للفراش و للعاهر الحجر" نفهم من هذا الحديث أن الزوجة متى ولدت على فراش زوجها ثبت نسب الولد للزوج و لا يمكن له أن ينفيه إلا عن طرق اللّعان، ولكن هل تحقق الفراش كاف لثبوت النسب أم هناك حالات أخرى تمكن الزوج أن ينفي نسب الولد من ولادته على فراشه من دون الحاجة للّعان؟

الفرع الأول : نفي النسب لعدم وجود عقد زواج صحيح

أساس ثبوت الفراش يتوقف على وجود عقد زواج صحيح بين الرجل و المرأة حيث أن خذا العقد الذي يربط بينهما هو عبارة عن أساس و عمود العلاقة التي تربط بينهما كما أن هذا العقد يعتبر مناط الفراش فيدور معه وجودا وعدما[1].

الأصل في الشرع هو ثبوت النسب و ذلك كقاعدة عامة ولكن ذلك يتوقف على ضرورة وجود و توفر عقد زواج صحيح بحيث يعتبر كقرينة تثبت العلاقة الشرعية الموجودة بين الرجل و المرأة، فقاعدة الولد للفراش هي بمثابة الشريعة العامة التي تبنى علها الحقوق و تترتب عليها الالتزامات المتبادلة بين طرفي العلاقة الزوجية، و عليه فان عدم توافر علاقة الزواج للفراش أثناء الحمل أو الولادة يعطي إلى كل من له مصلحة في طلب نفي النسب . و هذا طبعا حسب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه :" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو

[1] –بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء الأسرة الجديد،ط1؛ج1،دار الثقافة والتوزيع،الأردن،2012 ،ص 518.

بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول ...."[1]. وعلى هذا الأساس فان القانون لا يسمح بإقامة النسب الغير شرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراها: " من المقرر شرعا انه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الرجل و المرأة، قبل إبرام عقد زواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد "[2].

الفرع الثاني : نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين

في هذه الحالة يسمح للزوج بنفي الولد دون الملاعنة و ذلك بان يثبت عدم التلاقي بين الزوجين من حين العقد[3] ، كان يكون الزوج مسجونا أو موجود في بلد أخرى بحيث لم يتصل بها منذ العقد بها ،ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد له، لأنه لا يتصور ان يكون ابنه بحيث لم يطأها من العقد بها ، و المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة "[4].

حيث اشترط المشرع في نص المادة ضرورة توفر العقد الصحيح بين الزوجين إضافة إلى تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي بينهما فإذا نسبت المرأة الحمل أو الولد لزوج، لا يمكن الاتصال أو الاجتماع معه كزواج مشرقي بمغربية وكل واحد منهما في بلده منذ العقد فان الولد لا يثبت للزوج ، و عليه يمكن للزوج أن ينفي الحمل او الولد بشرط أن يثبت عدم تلاقي مع زوجته.

ولقد نص على هذا المشرع السوري فلقد أشار إلى ذلك في المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية:" ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين

---

[1] – المادة 40 من القانون رقم 84-11 المؤرخ ف 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005،جر عدد15.

[2] – بومجان سفيان، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة:إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري ،الدفعة السادسة عشر،2005.2006،ص7.

[3] – بلحاج العربي،مرجع سابق،ص518.

[4] – المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

التاليين: لن يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل، أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كم لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل "[1].

كما نص المشرع الموريتاني و ذلك في المادة 62 من مدونة الأحوال الشخصية و التي جاء في فحواها: " لا يثبت النسب إذا لم يثبت اجتماع الزوجين "[2].

ولقد نص المشرع التونسي في الفصل 69 من الكتاب السادس تحت عنوان النسب على انه: " لا يثبت النسب عند إنكار لولد زوجة يثبت عدم التلاقي بينها و بين زوجها و لا زوجة أتت به سنة من غيبة الزوج عنها أو من فاته أو من تاريخ الطلاق "[3].

ومن هذا نستخلص من كل ما سبق ذكره أن التشريع في سبيل نفي الحمل أو النسب يجب أن يثبت المعني بالبينة انه لم يلتق و لم يدخل بزوجته منذ إنشاء عقد الزواج، إذن من المستحيل التصور في زمان ومكان أن تحمل الزوجة إذا لم يتحقق الاتصال الجنسي بينهما.

أما رأي الفقه في هذه المسالة فجمهور العلماء يروون أن العقد الصحيح هو يثب لثبوت النسب إذا كان الدخول ممكنا، و لكن إذا ثبت أنهما لم يلتقيا منذ ذلك العقد، فان النسب لا يثبت. أما الحنفية فلا يشترطون ذلك، فيقولون متى جاء الولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر ثبت سواء ثبت التلاقي بينهما أم لا، لان التلاقي عندهم ممكن عقلا و الإمكان العقلي كاف لثبوت النسب عندهم محافظة على الولد[4].

---

[1] – المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، المؤرخ في 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 19 لعام 2000.

[2] – المادة 62 من قانون رقم 2001–052 المؤرخ ب19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني ،ج ر العدد 1004،سنة2001

[3] – المادة 69 من قانون رقم 77 المؤرخ في 1998/10/28 المعدل بأمر رئاسي عدد75 سنة 2017 المؤرخ في 30ماي2017.

[4] –رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة محقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2001 ص ص568/569.

الفرع الثالث : نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل

من الثابت والمعلوم أن النساء يلدن في مدة تسعة أشهر و غالبا ما تنقص المدة ونادرا م تزيد، و لقد استقر المشرع الجزائري على أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و هذا ما نصت عليه المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري: " اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة "[1]. فإذا وضعت الزوجة الحمل قيل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي و الدخول بها لان العبرة بالدخول فلا يثبت نسب الولد منه وكذلك لأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها حيث حاء في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 1995/05/19 ملف رقم 193825 " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر....."[2].

وإذا تمعنا في المادة جيدا نرى أن المشرع الجزائري لم يبين لنا المعنى و المقصود بالانفصال هل هو الانفصال الجسماني الذي سببه الخصام وذهاب الزوجة إلى بيت أبويها وقد يكون سببه الطلاق أي عدم رجوع الزوجة إلى البيت الزوجية ،فان تبين بان الزوجة خرجت لمدة ستة أشهر وحدث بعد ذلك الطلاق ثم تبين بعدها أنها وضعت حملها بعد ثمانية أشهر من تاريخ الطلاق فهذا يثبت النسب بحسب النص القانوني لان الوضع تم قبل مرور عشرة أشهر من الانفصال، ولكن إذا تمعنا جيدا في الحالة يتبين لنل أن الزوج لم يتصل بزوجته مدة ستة أشهر قبل الطلاق لأنها غائبة عنه، ومع ذلك وضعت حملها بعد ثمانية أشهر بعد الطلاق فيكون المجموع هو أربعة عشر شهرا ففي هذه الحالة يمكن للزوج أن ينفي النسب بشرط أن يثبت عدم اتصاله بزوجته قبل الوضع بمدة كافية.

---

[1] – المادة 42،من قانون الأسرة الجزائري.

[2] – قرار المحكمة العليا رقم 193825 بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي الغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ،2001،ص 73.

كما يمكن أن يكون الانفصال بتلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة لمدة معينة وبما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، فيجب على الزوج أن يلجا إلى القضاء لاستصدار حكم الطلاق، وعليه قد تكون المدة الفاصلة بين الطلاق بالإرادة المنفردة و تاريخ الحكم بالطلاق مدة طويلة فمثلا إذا وضعت الزوجة المطلقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق فهنا يمكن للزوج أن ينفي الولد لان الطلاق وقع بينهما قبل ذلك بمدة تجاوزت الحد الأقصى للحمل، فحبذا لو أن المشرع الجزائري حدد نوع الانفصال لحساب المدة بطريقة صحيحة.

وعليه إذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح، ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول بها فعلا لا يثبت النسب ولدها هذا من زوجها، لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، ومدة الحمل لا تقل عن ستة أشهر كما أوردها المشرع، في حين أنها حملت به و هي لم تكن زوجة و لا فراشا لزوجها و بالتالي لا يثبت نسب ولدها لزوجها[1]، و اقل مدة الحمل دليلها في القران الكريم و ذلك لقوله تعالى : {" وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ إِحۡسَٰنًاۖ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ كُرۡهٗا وَوَضَعَتۡهُ كُرۡهٗاۖ وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًاۚ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ وَبَلَغَ أَرۡبَعِينَ سَنَةٗ قَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَصۡلِحۡ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓۖ إِنِّي تُبۡتُ إِلَيۡكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ ١٥ "}[2].

---

[1] – عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2؛دار القلم للنشر و التوزيع، د.ب.ن،1990،ص 178.

[2] – سورة الأحقاف الآية 15.

نفهم من هذه الآية أن مدة الحمل و الرضاعة ثلاثون شهرا، فإذا أسقطنا منها مدة الرضاع التي هي عامين أي أربعة وعشرون شهرا، فتبقى مدة ستة أشهر وهي اقل مدة الحمل .

ولكن هل من الممكن أن ينسب الولد إلى الزوج حتى ولن جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج و الدخول بها فعلا.

كما سبق ذكره أن الأصل شرعا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبا تسعة أشهر، فإذا جاءت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر فلا يثبت الولد إلى الزوج إلا إذا اقره الزوج ، وذلك شريطة أن لا يقول هذا ابني من الزنا.

و الإقرار كما يمكن أن يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا وبهذا الإقرار ينتفي به كونه ابن زنا، شريطة أن لا يقول أن هذا ابني من الزنا.

و إذا عقد الزوج على المرأة و كانت حامل وحملها ظاهر فهذا دليل على أن الحمل منه و يكون الزواج الحاصل بينهما رسميا في تاريخ معين ليس إلا دليلا على قيام زوجية سابقة بينهما فيثبت النسب بالفراش في هذه الحالة فضلا على ثبوته بالإقرار.

ومن المقرر فقها وقانونا أن مخالطة الرجل لزوجته بعد الوضع الذي تم قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج و سكوته مدة تمكنه من رفع دعوى نفي النسب قرينة على ثبوت النسب منه.

و المقرر كذلك انه إذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقدا صحيحا وولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج ، فلا يثبت النسب في هذه الحالة إلا إذا قام الدليل على حصول إقرار بالنسب صريحا كان أو ضمنيا كسكوته أو تقييد الولد بالسجل الحالة المدنية سواء كان كتابي أو شفهي يعتر فيه بالنسب [1].

---

[1] – كمال صالح البنا ، المشكلات العلمية في دعاوى النسب و الارث، ط1؛ عالم الكتب، القاهرة، 2002، ص ص12-13.

وعليه إذا ثبت هذه الحالات يثبت نسب الولد إلى الزوج حتى و إن جاءت به الزوجة لأقل من مدة الحمل المقرر شرعا وقانونا

إما أقصى مدة الحمل فكما سبق ذكره أن المشرع الجزائري حددها بعشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة . وهذا حسب ما نصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري :" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة "[1].

أما **التشريعات المقارنة** ، فالمشرع السوري نص على اقل مدة الحمل في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري : " اقل مدة الحمل بمائة و ثمانون يوما أما أقصاها فحددها بسنة شمسية "[2]. أما المشرع الموريتاني نص على اقل مدة الحمل وأقصاها في المادتين 60 و 61 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني ، و ذلك بان :" النسب الشرعي يثبت للولد الذي يأتي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو ولد في مدة لا تتجاوز تقصى مدة الحمل يوم الطلاق أو الوفاة ".أما عن :" أقصى مدة الحمل فحدده بسنة قمرية"[3]. ويفهم من المادتين بمفهوم المخالفة أن النسب ينتفي إذا أتت به الزوجة لأقل ستة أشهر أو جاءت به بعد سنة من الفراق بين الزوجين، أما المشرع الكويتي فلقد حدده بدوره بستة أشهر قمرية كأقل مدة للحمل أما أقصاها فلقد حددها بخمسة وستون وثلاثمائة يوم وذلك في المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتية و التي تنص على ما يلي :" اقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية و أكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم"[4].

---

[1] – المادة 43، من قانون الاسرة الجزائري.

[2] – المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3] – المادتان 60و61 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني.

[4] – المادة 166 من مجموعة التشريعات الكويتية،ط1؛ ج8، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء ، وزارة العدل،فبراير 2011.

و للفقهاء رأي لكل واحد منهم فقال الإمام مالك خمس سنين، وقال الإمام احمد ابن حنبل قال إذا أتت الزوجة بلد يولد لدون نصف سنة منذ زوجهما كما لو تزوجها بحضرة جماعة ثم أبانها في المجلس، أو مات لم يلحقه نشب الولد، أما أقصى مدة الحمل فحددها بأربع سنين ". وقال الإمام الشافعي أربع سنين، وقال أبو حنيفة إذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم الزواج بها لم يثبت نسبه للزوج وإذا جاءت به لستة أشهر فاكتر يثبت نسبه منه، أما أكثر مدة الحمل فحددها بسنتان و استند في رأيه إلى القول عائشة أم المؤمنين –رضي الله عنها– : " الولد لا يبقى أكثر من سنتين ولو بظل مغزل"[1].

الفرع الرابع: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب : كان يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا و ذلك بان يكون الزوج بالغا أو مراهق قارب للبلوغ فان كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه".لان الصغير ليس أهلا تحمل زوجته منه فلا تعتبر فراشا، يثبت منه النسب، فان تبين للزوج عدم إمكان إنجابه بان يثبت مثلا عقمه، أو كان مصاب بمرض جنسي يمنعه ذلك من الإنجاب، أو صار كبيرا في السن بحيث لا يقوى على الإنجاب ، ففي هذه الحالة جاز له نفي النسب ولقد نصت بعض التشريعات العربية على ذلك وهو ما نصت عليه المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية للمشرع الكويتي : " تستعين بأهل الخبرة من لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت انه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي من الولد لمانع حقيقي أو مرض، وللمحكمة عند التنازع في ذلك أن المسلمين "[2]، وهذا يعني انه من المستحسن على الزوج في سبيل نفي هذا الولد أن يقدم للمحكمة تقرير و ذلك لإثبات حالته أمام القاضي، كما نص أيضا المشرع الموريتاني على ذلك في المادة من قانون الأحوال الشخصية :" لا يثبت النسب إذا لم يثبت اجتماع الزوجين أو كان الزوج حين الدخول صبيا أو مصابا بعلة تمنع الوطء"[3].

---

[1] – محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين، مرجع سابق، ص ص 638–640.

[2] – المادة 168 من قانون الكويتي.

[3] – المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

المطلب الثاني : موقف القانون الوضعي من اللّعان

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على نفي النسب ، بالطرق المشروعة لكن لم يحددها ، وبالرجوع إلى نص المادة 222 من نفس القانون والتي بدورها تنص " كل ما لم يرد في هذا القانون يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[1]، والتي حددت اللعان لنفي النسب فما هو موقف المشرع الجزائري و التشريعات العربية منه؟.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من اللّعان

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى اللّعان في باب انحلال الزواج كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجية، ولكنه أشار في المادة 41 " من قانون الأسرة الجزائري ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة[2] . ولكن المشرع لم يوضح هذه الطرق المشروعة، ولم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان، التي ينتفي بها نسب الولد عن الزوج ولكن تم التطرق إلى اللّعان مرة واحدة وذلك في إطار نص المادة 138 " من قانون الأسرة الجزائري باعتباره مانع من موانع الإرث وجاء نص المادة كالأتي : " يمنع من الإرث اللعان و الردة "[3].

واستقر القضاء الجزائري على أن اللّعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم يتم الاستعانة بأي وسيلة أخرى وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها و التي بدورها أقرت بتطبيق اللّعان ووفق ضوابطه الشرعية ويظهر ذلك في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/10/28 " ومن المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللّعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل "[4].

---

[1] – المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] – عبد القادر حرز الله ، مرجع سابق ص 307.

[3] – المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] – قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص70.

الفرع الثاني : موقف التشريعات العربية من اللّعان

أبرزت بعض التشريعات العربية بان اللّعان هو سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الفرقة الأبدية بين الزوجين ومن هذه التشريعات التشريع الإماراتي فلقد ذكر اللعان في المذكرة الإيضاحية للقانون الأحوال الشخصية في الباب الثالث الفصل الثالث المحرمات الفرع الأول المحرمات على التأبيد المادة 44 " يحرم على الشخص فرعه من الزنا وان نزل ، و ابنته المنفية بلعان " وأضافت المادة 45 " يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها بعد تمام اللّعان "[1].

كما نص المشرع السوري على اللعان بلفظ صريح و ذلك في المادة 129 " من قانون الأحوال الشخصية :" ولد كل زوجة في النكاح الصحيح بنسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

-1/ أن يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل .

-2/ أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو احد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

إذا التقى احد هاذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا اقر به أو ادعاه

إذا توفر هذان الشرطان لا ينتفي نسب المولود عن الزوج إلا باللّعان "[2].

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع السوري حذى حذو الشريعة الإسلامية في طريقة نفي النسب بنصه صراحة عن اللّعان.

وسار على درب المشرع الإماراتي و السوري المشرع المغربي حيث ذكر في المدونة الأسرة لنص المادة 153 " التي جاء فيها : يثبت الفراش بما يثبت به الزوج الزوجية ".

---

[1] – المادتان 45/44 من المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

[2] – المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب ، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان و بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين :

1-/ إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه .

2-/ صدور أمر قضائي بهذه الخبرة"[1].

من خلال دراسة بعض التشريعات العربية نستخلص أن هناك بعض الدول العربية التي نصت صراحة في تشريعاتها على اللعان كطريق أو وسيلة يستعين بها الزوج من اجل نفي نسب غيره عنه، كالتشريع الإماراتي و السوري بالإضافة إلى التشريع المغربي، وهذا عكس التشريع الجزائري الذي لم ينص على اللّعان بشكل صريح في مجال نفي النسب بل يفهم ضمنيا انه اخذ به وذلك بالرجوع إلى نص المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة الجزائري.

[1] – المادة 153 من مدونة قانون الأسرة المغربي

الفصل الثاني:
مدى حجية
البصمة الوراثية
في نفي النسب
وموقف القانون
الوضعي

تمهيد

مما لا شك فيه أن النكاح هو القاعدة الأساسية لنسب الإنسان في الشريعة الإسلامية، كما جعل اللّعان هو الفارق في حل مشكلة نفي النسب، وموضوع التفريق باللّعان من المواضيع ذات الأهمية القصوى في الشريعة الإسلامية، لما يترتب عليه من آثار تهز جوانب حياة الإنسان، وتنعكس نتائجه على المجتمع بأكمله، لذلك كان غضب الله ولعنته حقا على الكاذبين فيه، ذلك هو الطريق المقرر لنفي النسب في الشريعة الإسلامية، ثم أن من رحمة الله تعالى انه علم الإنسان ما لم يعلم، والله اوجد في الإنسان وسائل العلم و المعرفة كالسمع والبصر، واستطاع الإنسان بهذه النعم أن يصل إلى ما وصل إليه من تطور في جميع جوانب الحياة، ومن أهم ما اكتشف في هذا العصر الحديث البصمة الوراثية، وقد اختلف الفقهاء المسلمون فيها، وفي مدى إمكانية الاعتماد عليها في نفي النسب.

المبحث الأول: مفهوم دعوى اللّعان

يعتبر اللّعان الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، حيث انه إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو ساورته شكوك في نسب الولد مولود على فراشه أو ضمن شروط النسب الشرعية فيلجا إلى نفيه عن يطرق اللّعان كونه لم يستطع إثبات ما رمى به من الزنا أو نفي هذا نسب أمام القضاء وفق طريق الإثبات القانونية المعتمدة، لذلك اوجد المشرع دعوى اللّعان لمعالجة مثل هذه الحالة، رغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على اللّعان صراحة. حيث ارتأينا في هذا المبحث إلى دعوى اللّعان و صورها في المطلب الأول و في المطلب الثاني بينا كيفية رفع دعوى اللّعان و من خلال إجراءات رفع الدعوى بصفة عامة.

المطلب الأول: تعريف دعوى اللّعان و صورها

تجدر بنا الإشارة إلى أن التشريعات العربية و المشرع الجزائري لم تتعرض إلى دعوى اللّعان و لا إلى صورها، لهذا لجانا إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية و الاجتهادات القضائية، فقمت بتقسيم المطلب إلى فرعين الفرع الأول إلى تعريف دعوى اللعان لغة واصطلاحا، أما الفرع الثاني فتعرضت إلى صور دعوى اللّعان.

الفرع الأول: تعريف دعوى اللّعان

أولا: تعرف الدعوى لغة: على أنها اسم من الادعاء، وهو المصدر، أي أنها اسم يدعى و تجمع على داوى بكسر الواو وفتحها.

ولها في اللغة عدة مفاهيم: منها الحقيقي، ومنها المجازي، ولعل معظمها يرجع إلى معنى أصلي واحد (وهو الطلب) وفيما يلي نذكر اقرب هذه إلى ما اتخذه الفقهاء اصطلاحي لها:

1/ **الطلب و التمني** : وهذا في قوله تعالى :" لَهُمۡ فِيهَا فَٰكِهَةٞ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾"[1]، اي يطلبون أو يتمنون .

2/ **وتستعمل أيضا بمعنى الدعاء:** و منه قوله تعالى :" دَعۡوَىٰهُمۡ فِيهَا سُبۡحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمۡ فِيهَا سَلَٰمٞۚ وَءَاخِرُ دَعۡوَىٰهُمۡ أَنِ ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴿١٠﴾ "[2].

3/ **وتستعمل بمعنى الزعم:** عن مسيلمة .مثلا مدعيا النبوة , لأنها تطلق عند العرب القول المدعو بالحجة و البرهان بل يسمى ما هو كذلك : حقا.

4/ **وتستعمل بمعنى إضافة الإنسان شيئا إلى** نفسه: سواء بالملك أو بالاستحقاق كان بطرق المنازعة أو المسالمة، كقوله: هو لي أو ملكي، ومن هنا عرفها بعضهم بقوله : قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه[3].

و قال ابن فارس : الدعوة المرة ، وبعض العرب يؤنثها بالألف فيقول: وقد يتضمن الادعاء بمعنى الإخبار[4].

وقال اليزيدي: يقال في هذا الأمر دعوى و دعاوى، وهي مضبوطة في النسخ بالفتح و الكسر معا ، وادعى زيد كذا يدعي ادعاء، زعم انه له حق كان أو باطلا[5].

---

[1] - سورة يس، الآية 57.

[2] – سورة يونس ، الآية 10.

[3] – مصطفى ديب البغا، القريشي عبد الرحيم،سالم الراشدي،الدعاوى والبيانات والقضاء ، ط1؛ دار المصطفى،د.ب.ن،ص10.

[4] – احمد بن محمد بن علي الفيومي،ابو عباس،المصباح في غريب شرح الكبير،ج1،المكتبة العلمية،لبنان،ص195.

[5]– الزبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني،أبو الفيض، تاج العروس،ج38، دار الهداية، د.ب.ن، د.س.ن، ص48.

ثانيا : الدعوى اصطلاحا

إن فقهاء الشريعة لم يختلفوا في تحيد طبيعة الدعوى ولقد اعتبروها تصرفا قوليا له شروط خاصة فبتوفرها جميعا يعترف الشارع بقيامها وبآثارها، بناء على ذلك فهم لم يتباعدوا كثيرا عن بعضهم في اختيار الألفاظ التي تحتوي تلك الطبيعة وبالتالي يمكن تصنيفهم إلى أربع فئات :

الفئة الأولى: هذه الفئة عرفوا الدعوى بأنها طلب أو مطالبة، و ذلك بالنظر إلى هدف المدعي من أخبار أمام القاضي وهو مطالبة بالحق.

فلقد عرفها الحنفية على أنها مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته و المقصود بالحق أن يكون من حقوق العباد، أما من له الخلاص فيقصد به القاضي الذي يختص بالنظر في الخصومات و إصدار الأحكام.

أما الفئة الثانية: ذهبت إلى تعريف الدعوى على أنها قول بناء على وقوعها باللفظ الإخباري كما تقع باللفظ الطلبي و كلاهما يصدق عليه لفظ القول.

و عليه فقد عرفها على أنها: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه.

وقد ياخد على هذا التعريف انه غير جامع للدعاوى التي ينشاها أصحابها بغير القول كالكتابة و الإشارة.

أما الفئة الثالثة: ترى أن الدعوى في حقيقتها هي أخبار مع دخول الطلب ضمنيا، فقالوا في تعريفها أخبار عن وجود حق للمخبر على غيره عند الحاكم ليلزمه به.

وأخيرا ذهبت الفئة الرابعة إلى تعريف الدعوى أنها أضافت إنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته وهذا التعريف لا يفرق بين الدعوى

بمعناها اللغوي، و الدعوى بمعناها الشرعي، لأنه اغفل ذكر المكان الذي يجب إنشاء الإضافة فيه، وهو مجلس القضاء[1].

و التعريف المختار للدعوى هي قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته، ومعناه أن الدعوى تكون بمجلس القضاء دون غيره و تجوز الوكالة فيها أي إمكانية دخول الوكيل و الولي و الوصي[2].

أما القانون فقد عرفها على النحو التالي:

هي سلطة اللجوء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته، أي أنها الوسيلة التي رسمها القانون لتقرير حق أو حمايته[3].

و المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الدعوى، ولكن بالعودة إلى نص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفهم انه إذا كان الشخص يدعي حقا فيجوز له اللجوء إلى القضاء و ذلك لرفع دعوى للحصول على ذلك الحق أو للمطالبة حمايته[4].

ثالثا: دعوى اللّعان اصطلاحا

تعتبر دعوى اللّعان الطريق الذي يتم من خلاله اتهام الزوج زوجته بالزنا أو بنفي نسب حمل زوجته منه وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بالخيانة الزوجية وتكون عن طريق شهادات تجري بين الزوجين تكون مقرونة باللّعن من جانب الزوج وبالغضب من

---

[1] – عبد الرحمان النجدي، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية و التجارية،دار عالم الكتب،السعودية،2003،ص ص78–82

[2] – مصطفى ديب البغا،القريشي عبد الرحيم،سالم الراشدي،مرجع سابق،ص12

[3] – محمد نصر الدين كامل، الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي و الإداري،ط1،عالم الكتب،القاهرة،1989،ص7.

[4] –المادة 03، من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري.

جانب الزوجة، كما تعتبر وسيلة في يد الزوج والتي تسمح له بالتنصل من المولود الذي أتت به الزوجة أثناء قيام العلاقة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية من زواج صحيح[1].

إذا أصر الزوج على اتهام زوجته بالزنا وأصر على نفي الولد الذي أتت به الزوجة على فراشه، فان القاضي سيأمره أن يحلف بالله ويشهد انه من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو من نفي الولد ويكرر هذا القول أربع مرات، وفي الخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين، وبعد ذلك ينتقل إلى الزوجة ويأمرها أن تحلف بالله أربع مرات وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وبعد الانتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه ويقرر بينهما حالا طلقة بائنة[2]، وعليه فنسب الولد لا ينتفي إلا بحكم قضائي فالقاضي هو الذي يصدر حكم بانتفاء نسب الولد عن الزوج وذلك بعد الانتهاء من إجراءات الملاعنة[3].

الفرع الثاني: ميعاد رفع دعوى اللّعان

يجب أن ترفع دعوى اللّعان بمجرد العلم أو رؤية جريمة الزنا أو وضع الحمل الذي يراد نفيه، ومن مبادئ دعوى اللّعان أنها لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

---

[1] – خنيش نورة،ماسه نبيلة،مدور نعيمة، مرخوف سامية في الحقوق وإجراءات التقاضي في دعاوى الزواج والطلاق، مذكرة تحرج لنيل شهادة الليسانس جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم العلوم القانونية و الإدارية ، بجاية، 2002،ص18.

[2] – عبد العزيز سعد،مرجع سابق، ص357.

[3] – العربي بلحاج ،مرجع سابق،ص520.

بالرجوع إلى القضاء الجزائري نلاحظ انه لم يتسامح كثيرا مع مباشرة الدعوى إذ قيده بآجال قصيرة وذلك لسد باب في وجه الهاربين من واجب النفقة على أولادهم وذلك بلجوئهم إلى نفيهم دون أي دليل أو حجة، ومن اجل الحد من ظاهرة تفكك الأسر كون اللّعان يؤدي إلى تفريق الزوجين عن بعضهما البعض إلى الأبد، لان الفرقة الناتجة عن اللّعان هي فرقة مؤبدة، بالإضافة إلى ضياع الأولاد بعد الفرقة، ومن اجل الحفاظ على الرابطة الأسرية وكذا حصانة الزوجة على عرضها وعدم تشويه سمعتها لان الزوج بإقدامه على رمي زوجته بالزنا أو بنفي حملها فهو بذلك يسئ إلى الزوجة ويطعن في شرفها، وعليه فقد وضعت المحكمة العليا في الجزائر مدة ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا[1] ، ما جاء في قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاءا أن مدة الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل منذ علمه به وخلال المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، فان قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه عرضوا قراراتهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من الأسرة و اخطئوا في المادتين 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري فيما يخص إلحاق النسب"[2].

---

[1] –باديسي ذيابي،حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري،دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع،الجزائر،2010،ص48.

[2] – المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 99000 المؤرخ في 1993/11/23،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص ،ص48.

وجاء في قرار أخر للمحكمة العليا انه: " من المبادئ الشرعية أن دعوى اللّعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا[1].

ولكن المحكمة العليا لم تجعل مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه حيث وضعت بعض الاستثناءات وجاء هذا في قراراها: من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللّعان غير أن هذا لا يمنع من تأخير لظروف خاصة.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللّعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، واعتبر القرار أن الطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر كونه موظف مربوط بمواعيد علمه واختيار هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة ، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللّعان وقت إخباره فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة لاسيما بالمجلس مراعاة هذا الجانب و اعتباره عذرا شرعيا ويمكنه من اللّعان[2].

الفرع الثالث: صور دعوى اللّعان

إما عن صور الدعاوى التي يجب فيها اللعان فصورتان: إحداهما دعوى الزنا، و الثانية نفي الحمل أو النسب:

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35934 المؤرخ في 1985/02/25،المجلة القضائية،لسنة 1989،العدد الأول، ص83.

[2] – المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 76343 المؤرخ في تاريخ 1990/07/16، المجلة القضائية ،عدد 3،سنة1991، ص75.

دعوى الزنا: لكي تصبح دعوى الزنا لا بد من رؤيتها تزني أي يجب على الزوج له شاهد زوج كما يشاهد الشاهد على الزنا[1].

اتفق الفقهاء على وجوب اللّعان بالقذف بالزنا، إذا ادعى الزوج مشاهدة، ولابد أن يتقدم القذف على اللّعان، لان الله سبحانه قدم ذكر القذف على اللّعان، ويجوز اللّعان بمجرد القذف بالزنا .

وهناك عدة أراء فقهية

المذهب الحنفي: يقول سبب وجوب اللّعان فهو القذف بالزنا بغير نفي الولد، وعليه يقول الزوج لزوجته يا زانية أو رايتك تزنين، أو يقول جامعة جماعا حراما، وفي هذا الأخير لا لعان لا حد لعدم القذف بالزنا، ولو قذفها بعمل لوط فلا حد عند أبو حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد يجب اللّعان بناء على أن هذا الفعل ليس بزنا عند آبي حنيفة وعندهما زنا، ولو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية، وجب عليه اللّعان و الحد لأنه قذف زوجته وقذف أمها، فقذف الزوجة يوجب اللّعان وقذف الأجنبية يوجب الحد.

أما المذهب المالكي: اشترط في رؤية الزنا و أطلق عليها ابن رشد (دعوى الشهادة) أي دعوى مطلقة، كما ذكر صاحب مواهب الجليل نقلا عن المدونة فقال:" ويجب اللّعان بأحد وجهين مجمع عليهما أن يدعي رؤية زناها المردود في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك أو ينفي حملا قبله إستبراء في نكاحها و إلا حد، غير أن الراجح و المشهور هو عدم الرؤية وهو قول أكثر المالكية".

---

[1] – أبو الوليد بن محمد بن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار ابن حزم للنشر، سنة 1999،ص489.

أما عن المذهب الشافعي: فيرى انه متى نسبها إلى وطئ حرام من جانبها أو جانب الزاني فقد قذفها ولو عين الزاني لزم الحد وله إسقاطه باللّعان، ولا يشترط الشافعية الرؤية في الزنا بل يكفي لو قال: زنيت أو زانية، أو قال فلانة زانية.

وعن المذهب الحنبلي: فيرى أن كل قذف للزوجة يجب به اللّعان سواء قال لها زنيت أو رايتك تزنين سواء كان القذف أعمى أو بصيرا[1] .

فإذا رأى الرجل بعينه زوجته تزني، ولم يكن هناك نسب يلحقه فله أن يقذفها، وله أن يسكت، بمعنى إذا أقرت بالزنا عنده فوقع في نفسه صدقها، أو اخبر شخص ثقة بذلك إن شاع بين الناس أن رجلا يزني بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها في أوقات الريب، لان الظاهر أنها زنت فله أن يقذفها وله أن يسكت، وصيغة القذف بالزنا أن يقول زنيت، رايتك تزنين.

2- دعوى نفي الحمل: إذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه نفيا مطلقا، وعليه يجب على الزوج أو المدعي أن يثبت انه لم يقربها بعد إستبرائها، وذلك بشرط أن يدعي انه لم يطأها لأمد يلحق به، ويشترط أيضا أن يدعي الإستبراء بحيضة واحدة[2].

المطلب الثاني : شروط و إجراءات رفع دعوى اللّعان

عند مراجعة قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع لم يتطرق إلى شروط وإجراءات حماية حقوق وواجبات الزوجين و الأولاد أثناء قيام النزاع حولها، لذا وجب الاستعانة بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي حددها على سبيل الحصر بالصفة و المصلحة وذلك في نص المادة 13 من نفس القانون و التي سأبينها لاحقا،

---

[1] – خليفة علي الكعبي،مرجع سابق، ص ص270-271.

[2] – القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية،الكويت،د.س.ن،ص389.

بالإضافة إلى هاذين الشرطين هناك شرط ثالث تناولته المادة 40 من القانون المدني المتمثل في شرط الأهلية وهذا ما سوف أتعرض إليه في الفرع الأول.

أما فيما يخص إجراءات فسأبين قواعد الاختصاص في جانبه الإقليمي أو المحلي و الذي يحدد لنا المحكمة المختصة إقليميا و كذالك الاختصاص النوعي يحيل لنا القضية إلى الغرفة أو القسم للفصل في النزاع، و في الأخير سأتعرض إلى طرق رفع الدعوى أمام هذه الجهات المختصة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط رفع دعوى اللّعان

لقبول الدعوى شكلا وجب أن تتوفر على مجموعة من الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في كل من المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جاء في فحواها : " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. "

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"[1]، و تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على انه: " كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة "[2].

---

[1] – المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] – المادة 40 من الأمر 58/75 المؤرخ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

فمن خلال نص المادتين السابقتين الذكر نستخلص منها أن شروط رفع الدعوى أمام الجهات المختصة قضائيا هي ثلاثة شروط، و التي تتمثل في الصفة، و المصلحة، و الأهلية التي سيتم شرحها فيما يلي:

أولا: الصفة

هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، و هي ترجمة إلى القانون الإجرائي لمسالة من صميم القانون الموضوعي، فلا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقا أو مركزا قانونيا، ويكون جزاء الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير، أو احترام القانون هو عدم القبول حتى ولو كان للمدعي مصلحة في ذلك[1].

فقد يرفع الشخص دعوى قضائية و ذلك لدفع ضرر أو حماية مركز قانوني دون أن تكون له صفة، فرغم توفر شرط المصلحة إلا أن مصير هذه الدعوى هو عدم القبول شكلا.

" و الصفة في منازعات النسب هي صاحب الحق بصورة شخصية الذي اختصه القانون بهذا المركز دون غيره، فالزوج الذي يلاعن زوجته هو صاحب الصفة الذي خول له القانون حق نفي نسب الحمل عن صلبه، إذ لا يمكن لوالده و لا لأخيه أن يلاعن نيابة عنه و إن كانت لهم مصلحة محققة في الأمر، كما لا يصح أن يقر شخص بالعمومة و الجد على قيد الحياة ومنكرا لهذا الإقرار، و الأخ الذي يقر بأخوة شخص مجهول النسب دون موافقة بقية إخوانه فان القانون يمنح لهم الصفة في منعه من مشاركتهم في نصيبهم من الميراث "[2]، و عليه فالمدعي في دعوى اللّعان إما إن

---

[1] – بوبشير محند امقران(الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى ،نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)،ديوان المطبوعات الجامعية،ص36.

[2] – اقروفة زوبيدة،الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب دراسة فقهية قانونية، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، تيزي وزو،2012،ص ص106.

يكون الزوج الذي له مصلحة في نفي النسب غيره عنه أو الزوجة التي لها مصلحة في دفع العار عن نفسها و حفظ عرضها.

ثانيا: المصلحة

يقصد بالمصلحة تلك الحاجة أو الضرورة المعتبرة التي تؤدي بالشخص إلى رفع دعوى أمام الجهات القضائية لطلب الحماية لحق تم الاعتداء عليه آو هو مهدد بالضياع، بحيث لا دعوى من غير مصلحة و المصلحة مناط الدعوى أي هي التي تبنى عليها الدعوى وجودا وانعداما، و المصلحة كما ذكر نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إما أن تكون قائمة أو قانونية :

المصلحة القائمة: وهي أن يكون الحق الذي لحقه ضرر فعلا و الغرض من الدعوى التعويض عن ذلك الضرر.

المصلحة القانونية: وتكون المصلحة قانونية إذا كانت تستند إلى مركز قانوني موضوعيا؛ كان أو إجرائيا، و يكون الغرض من هذه الدعوى المرفوعة أمام القضاء هو حماية المركز القانوني أو دفع الضرر الذي لحقه[1].

وبالتالي المصلحة في دعوى اللّعان أو دعاوى النسب تتمثل في حق الشخص في معرفة نسبه و أصله من جهة الأب و الأم، ودفع العار عن نفسه، وان كان قاصرا لم يبلغ سن الرشد فمن حقه أن يكون له معيل.

كما انه من حق الآباء و الأمهات و الأقارب أن يبعدوا عن صلبهم ونسبهم الغرباء والدخلاء وذلك للحفاظ على نسبهم وعرضهم من الدنس، وكذا حماية ثروتهم التي قد تكون من نصيب الغرباء المنتسبين من غير وجه حق[2].

---

[1] – بوبشير محند امقران، مرجع سابق،ص ص76.36

[2] – اقروفة زوبيدة، مرجع سابق، ص 105.

وعليه فالمصلحة في الدعوى التي يرفعها احد الزوجين يجب أن تكون وراءها طلب حماية حق مقرر شرعا و قانونا وعليه أن تقبل شكلا بتوفر المصلحة.

ثالثا: الأهلية

من المعلوم شرعا وقانونا أن الأهلية نوعان:

أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق المدنية، وتثبت حتى للجنين شرط ولادته حيا.

أهلية الأداء: و هي صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه المدنية بنفسه دون الحاجة إلى تدخل النائب الشرعي الذي قد يكون: الولي ، الوصي ، المقدم ؛ و تتحقق له هذه المصلحة ببلوغه سن الرشد وهو سن 19 سنة كاملة، أما أهلية التقاضي فهي تلك الأهلية التي تسمح له بالعبير عن أهلية الأداء في المجال القضائي[1].

وعليه فان أهلية دعوى اللّعان أو النسب لابد أن يكون المدعي فيها متمتعا بأهلية التقاضي، بحيث يجب أن يكون متمتعا بأهلية الأداء أي بلوغه سن 19 سنة كاملة وذلك طبقا لنص المادة 40 المذكور سابقا، وان يكون متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية كالسفه و العته والغفلة و الجنون وإلا كانت مصير دعواه عدم قبول شكلا، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء ي فحواها: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة بتمام 19 سنة و للقاضي يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج،

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من الحقوق و الالتزامات"[2].

---

[1] – بوبشير محند امقران،مرجع سابق،ص76.

[2] – المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

بالتعليق على نص المادة نرى أن المشرع الجزائري كأصل عام منح حق التقاضي للرجل المرأة عند بلوغهما سن الرشد المدني 19 سنة كاملة وهذا ما نص عليه في الفقرة الأولى، من المادة سالفة الذكر. كما أعطى للقاضي السلطة التقديرية للترخيص بالزواج مراعيا المصلحة و الضرورة، ولكنه أورد استثناء في الفقرة الثانية حيث أعطى للزوج القاصر حق التقاضي فيما يخص اثأر عقد الزواج رغم عدم بلوغه سن الرشد، و هذا ما يجعلنا نسأل إن كان هذا الحق يشمل حق رفع دعوى اللّعان التي لها نتائج وخيمة على الأسرة الجزائرية بصفة خاصة، وذلك بتعريض الولد إلى الضياع وانتهاك شرف وعرض الزوجة وعلى المجتمع بصفة عامة، وذلك بتفكيك الأسر الذي يؤدي إلى عدم تماسك و استقرار المجتمع.

الفرع الثاني : إجراءات رفع دعوى اللّعان

أولا: الاختصاص النوعي

يسمح الاختصاص النوعي بتبيان القسم المختصة في الفصل أو النظر في النزاع المعروض أمام الجهات القضائية

ولقد نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الفقرة 3 على انه: " تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا ".

ولقد أضافت المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي التالية :

1/ الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى البيت الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة .

2/ دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة.

3/ دعاوى إثبات الزواج و النسب".

من خلال نص المادتين نستخلص أن الجهة القضائية في الفصل أو النظر في النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية هي للمحكمة و ينظر قسم شؤون الأسرة فيما يتعلق بدعاوى إثبات الزواج و النسب .

ثانيا: الاختصاص الإقليمي في دعوى اللّعان

يسمح لنا الاختصاص الإقليمي بمعرفة و تحديد المحكمة التي يجب رفع الدعوى أمامها.

فبرجوع إلى نص المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على انه: " ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه".

إذن ترفع الدعاوى الخاصة بالنسب سواء تلك المتعلقة بالاعتراف بالنسب أو بإنكاره و نفيه في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه .

ثالثا: العريضة الافتتاحية لرفع الدعوى اللّعان

لقد نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو موكله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف "[1]. كما أضافت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية البيانات التي وجب أن تضمنها العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا و التي تنص على ما يأتي : " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية:

[1] – المواد 14..492.324 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1/ الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى؛

2/ اسم ولقب وموطن المدعي،

3/ اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فان لم يكن له موطن معلوم، فاخر موطن له؛

4/ الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي؛

5/ عرضا موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى؛

6/ الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى".

وأضافت المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية انه يتم : " تقييد العريضة حالا في سجل تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية، وتاريخ أول جلسة" .

يسجل أمين ضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، و يسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا إلى الخصوم.

يجب احترام اجل عشرين 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، و التاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف مقيما بالخارج".

كما أضافت المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه: " ينظر في الدعاوى المتعلقة بالنزاعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية "[1].

وعليه يتولى كاتب الضبط إعداد ملف القضية أو الدعوى وتعيين جلسة سرية يحضرها كل من الزوج و الزوجة وغالبا ما تكون في مكتب القاضي و بحضور كاتب الضبط وليس من واجب المحامي الحضور في تلك الجلسة، فيطلب القاضي من الزوج عرض أفكاره و طلباته، و يعطي الزوجة أيضا فرصة الرد عليها في نفس الجلسة[2].

و عليه فكل الدعاوى التي ترفع من ذوي الحقوق دون توفر الشروط السابقة الذكر و الإجراءات التي تضمنها قانون من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فمصيرها هو عدم القبول شكلا.

المبحث الثاني :مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب و موقف القانون الوضعي

تعتبر مسالة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلف فيها الفقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها و ذلك باعتبارها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا. وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الإسلامية و تمكنت من انساب أعمال الإجرام إلى أصحابها بواسطتها، لذا كان من الأمور المهمة للقضاء في معرفة البصمة الوراثية ولمدى حجيتها في إثبات ونفي الأنساب، وعليه فإذا أثبتت نتائج الفحص الوراثي صدق ما ادعى به الزوج فهل يكتفي بتلك النتائج لنفي النسب ودرء عنه الحد عن الزوجين دون الاستعانة باللّعان؟ و في حالة تعارض نتائج الفحص لوراثي مع أقوال الزوج، حيث تؤكد تطابق عينة الزوج مع الولد ، فهل يصح

[1] – المواد 491.16.15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] – عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص 357.

الاعتماد على تلك النتائج وعدم الاستجابة لطلب الزوج في إجراء اللّعان، أو نجريه بغض النظر عن النتائج؟

المطلب الأول: مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

عرفت الأنطمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينيوم البشري البصمة الوراثية حيث قالت أن الشفرة الوراثية هي :

البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية و التحقق من الشخصية وكذا إثباتها[1]، كما عرفها أعضاء المجمع الفقهي الذي ناقش موضوع البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشر التي انعقدت بمكة المكرمة سنة 2002: البصمة هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه[2].

أما مجال التشريع فلم يتطرق إلى تعريف دقيق لها بل نظمها بنصوص خاصة حيث اقر العمل بها كدليل إثبات أو نفي على مستوى المحاكم في المجالات الجنائية، فعرفها البعض على أنها الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطرق التحليل الوراثي، وتسمح بالتعرف على الأشخاص بيقين شبه تام كما عرفها المشرع المصري على أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية و الجينات في الكائنات الحية [3].

يرى علماء الطب الحديث أنهم يستطيعون إثبات الأبوة، أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على الجينات الوراثية حيث قد دلت الأبحاث

---

[1] – أنشئت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت بأمر أميري، وتهدف الى: إحياء تعاليم الدين الإسلامي الحنيف التي تتعلق بالعلاج مختلف الأمراض البدنية و النفسية و الغاية منها.

[2] – حسني محمود عبد الدايم،البصمة الوراثية ومدى حجيتها ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) ،ط1؛ دار الفكر الجامعي،مصر، 2008،ص86.

[3] – حسني محمود عبد الدايم،مرجع سابق ص ص 93/91.

الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق البصمة الوراثية يصل في حالة النفي إلى نسبة 100 أما في حالة الإثبات فانه يصل إلى نسبة 99 تقريبا.

وطريقة معرفة ذلك: أن يؤخذ عيينة من أجزاء جسم الإنسان بمقدار رأس الدبوس من البول، أو الدم أو الشعر، أو المني، أو العظم، أو اللعاب أو غير ذلك من أجزاء الجسم وبعد اخذ العينة يتم تحليلها لمعرفة نوع الصفات الوراثية أو الجينات الخاصة بالابن وبالوالد فإذا ثبت من التحليل أن الصفات الوراثية بين الطفل متوافقة مع الصفات الوراثية للأب ثبتت أبوته للطفل و الأب غير متشابهة متوافقة نفي النسب الطفل عن الأب [1].

وعليه فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب ومدى ترجيح الطرق الشرعية عن الطرق العلمية و ظهر فيها رأيان: الرأي الأول يرى انه لابد من تقديم البصمة الوراثية عن الطرق العلمية ورأي ثاني يرى لابد من تقديم الأدلة الشرعية (اللّعان)، عن البصمة الوراثية.

الفرع الأول: مجال استخدام البصمة الوراثية

يرى معظم الأخصائيين في مجال الفحص الطبي وخبراء البصمات انه يمكن استخدام البصمة الوراثية في مجالات كثيرة، نرجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين :

1/ **مجال النسب:** وذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لفرد أو نفيه عنه، و في حالة اتهام المرأة بالحمل من وطأ شبهة الزنا.

---

[1] – عمر بن محمد السبيل،البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية،ط1،دار الفضيلة،الرياض،2002،ص ص 13/12.

2/ **المجال الجنائي:** وهو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جناية قتل أو اعتداء، و في حالات الاختطاف بمختلف أنواعها، و في حالة انتحال شخصية الآخرين ونحو هذه المجالات الجنائية[1].

الفرع الثاني: تقديم البصمة الوراثية عن اللّعان

يرى أصحاب هذا الرأي انه يجب تقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية (اللّعان) و ذلك بكونها تحقق نتائج وتوضح وقائع أكثر مما تحققه الطرق الشرعية، حيث يرون انه يمكن الاستغناء عن اللّعان و الاكتفاء بالبصمة الوراثية وذلك أن نتائجها يقينة، فان أثبتت نتائج الفحص الوراثي أن الولد ليس من الزوج بعدم تطابق الجينات ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون بيان إجراء اللّعان[2] .

ولقد برروا رأيهم في تقديم البصمة الوراثية عن الطرق الشرعية في النقاط التالية :

أولا: لقوله تعالى في سورة الأحزاب :{" ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ۝٥}[3] .

وتدعوا هذه الآية أن ينسب الولد إلى أبيه الحقيقي وان يعرف الولد أبوه الحقيقي وان يبذل الأب الجهد في معرفة نسب الولد الحقيقي حتى ينسب إليه، كما ذهبوا إلى القول بان وسائل الإثبات التي يعمل بها الفقهاء منذ القدم لا تخلوا أن تكون سوى تفسير النصوص بأدوات العصر، ومعنى أن الفتوى تتغير بتغير الزمان و المكان، وذهب الدكتور محمد سليمان الأشقر في القول: إذا ثبت باختيارات البصمة الوراثية أن الزوج

---

[1] – عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص 14.

[2] – باديس ذيابي ، مرجع سابق،ص 122.

[3] –سورة الأحزاب الآية 05.

هو الأب الطبيعي للمولود فان ذلك يمنع نفي الولد عنه، لكن لا يسقط حقه في إجراء اللّعان، لان المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت، أو زنت ثم حملت من زوجها"[1].

ثانيا : أن البصمة الوراثية يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب مادامت نتيجتها قطعية كما ترد دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحقوق الطفل به، لان قول الزوج حينئذ مخالف للحس و العقل، و ينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللّعان لفحوص البصمة الوراثية لان إيقاع اللّعان مشروط بعدم وجود الشهود، فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللّعان، لقوله تعالى :"وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝٤ [2] " ، وعليه فان اللّعان يكون عندما ينعدم الشهود وليس ثمة شاهد إلا الزوج فحينئذ يتوجب اللّعان .

أما إذا كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هنالك موجب للّعان أصلا لاختلال الشرط في الآية .

ولقد ذكرت الآية درء العذاب، ولم تذكر نفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرا عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.

وقوله تعالى :{ " وَٱسۡتَبَقَا ٱلۡبَابَ وَقَدَّتۡ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٖ وَأَلۡفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلۡبَابِۚ قَالَتۡ مَا جَزَآءُ مَنۡ أَرَادَ بِأَهۡلِكَ سُوٓءًا إِلَّآ أَن يُسۡجَنَ أَوۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ۝٢٥ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ

---

[1] – اقروفة زوبيدة، مرجع سابق،ص332.

[2] – سورة النور الآية 4.

وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ }[1]

،و وجه الأدلة في هذه الآية الكريمة: أن شق القميص من جهة معينة اعتبرت نوعا من الشهادة و البصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة، وبما أن نتائج البصمة الوراثية يقينية و قطعية لكونها مبنية على الحس، فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية و ثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب و نكذب الحس و الواقع و نخالف العقل، فإنكار الزوج وطلب اللّعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة، و الشرع يتنزه أن يثبت حكما بني على المكابرة[2].

و عليه فان إنكار الزوج وطلبه اللّعان لنفي الولد بعد ظهور النتيجة لصالح الولد يعد نوعا من التعسف وذلك يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب.

ثالثا: ذهب الدكتور يوسف القرضاوي إلى القول أن التحاكم و اللجوء إلى الطرق العلمية أو البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج، وذلك لدرء ودفع التهمة عن نفسها وتحفظ حقها، وليس في ذلك اعتداء على شخص أخر.

وقد اتفق العلماء على أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لم يستحب له، لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللّعان من الستر عليها وعلى ولدها، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها و مصلحة ولدها ولكن الذي اختلف فيه العلماء هو ما إذا كانت المرأة المقذوفة: الاحتكام إلى البصمة الوراثية، هل يستجاب إلى طلبها أو لا ؟

معظم العلماء قالوا: لا يستجاب طلبها، و يكتفي باللّعان؛ لأنه هو السبيل الوحيد الذي شرعه الله لعلاج مثل هذه الحالة، فيوقف عنده، و يقتصر عليه، ويجب أن لا

---

[1] – سورة يوسف الآيات 25.26.27 .

[2] – الشيخ بلال قصة يوسف عليه السلام قصة وردت على الموقع

http//www.shaykhbilal.info/ idex.php(12/03/2018).

نتعداه ولكن الذي أرجحه أن يستجاب للمرأة في هذا الطلب، على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، و تطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، لدفع التهمة عن نفسها، و تحفظ بها حقها ، و لا تعتدي على حق شخص آخر، و بالاحتكام إلى البصمة الوراثية فهي تثبت أمور ثلاثة في غاية الأهمية :

أولا: إراحة نفس الزوج، و إزاحة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي: أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا، وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، و الطمأنينة مكان الريبة، وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء : الزوج الزوجة الولد.

ثانيا : براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهي جازمة بأنها كاذبة، وهذا أمر يحرص عليه الشارع ألا يتهم برئ بما ليس فيه.

ثالثا: إثبات نسب ولدها من أبيه، وهذا حق للولد، والشارع يتطلع إلى إثبات الأنساب ما أمكن وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس[1].

الفرع الثالث : تقديم اللعان عن البصمة الوراثية

يرى أصحاب هذا الرأي انه يجب تقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة أن تحل محل اللّعان أو التقدم عليه وبرروا رأيهم كالأتي:

أولا: أن البصمة الوراثية تعتمد على وجود أو انعدام الخصائص بين الأصل و الفرع و الشبه بعينه، وقد أهدر النبي – صلى الله عليه وسلم – الشبه مقابل اللّعان في واقعة هلال ابن أمية حينما قال بعد الانتهاء من إجراء الملاعنة : أبصروها فان جاءت بين أكحل العينين سابغ الآلتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سمحاء ". فجات به كذلك

[1] – يوسف القرضاوي،"اثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمراة لا الرجل"، مقال وارد على الموقع http//www.qardwi.net/fatawaahkm/30/1323.htm.(14/03/2018)

فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – : " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن " ، ونفهم من هذا الحديث انه إذا كان الشبه يعارض اللّعان فلا يعتد به حيث يقدم العمل بأدلة الشرع سواء كانت مثبت للنسب آو نافية له على الأدلة العلمية التي تتعارض معها مهما كانت قوتها لان يثبت بالنص أقوى مما ثبت بالقرينة مهما بلغت درجة قوتها[1].

ثانيا: اللّعان حكم شرعي ثبت بالنص من القران الكريم و ذلك في قوله سبحانه و تعالى: {"وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ " }[2]، بحيث لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من القران الكريم و السنة النبوية الشريفة لمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه خطا أو تلاعب .

ثالثا: أن النظريات العلمية مهما بلغت من القطع و الدقة إلا أنها تضل محل شك ونظر ومعروضة للنقد فيما بعد، لأنه كثيرا ما كانت نظريات علمية يجزمون بصحتها ثم سرعان ما تصبح مع التقدم غير صحيحة وغير مدققة[3].

المطلب الثاني : موقف القانون الوضعي من البصمة الوراثية

لقد عرفت البصمة الوراثية نجاح كبير في الدول الغربية في مجال النسب حيث تبنتها كدليل إثبات عكس التشريعات العربية بما فيها الجزائر و عليه سوف اعرض كل

---

[1] – اقروفة زوبيدة،مرجع سابق،ص330.

[2] – سورة النور الآيات 7/6.

[3] – باديس ذيابي،مرجع سابق، ص123.

من موقف التشريع الجزائري و ذلك في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنعرض فيه موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من البصمة الوراثية.

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية

باستقراء التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة الجزائري بعد صدور الأمر 02/05 و بالضبط تلك التي تتعلق بالمادة 40 التي أضيفت إليها فقرة الأخيرة جاء فيها :" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[1].

يستفاد من المادة أن المشرع الجزائري جعل الطرق العلمية قاصرة على إثبات النسب دون نفيه و ذلك بالإشارة في نص المادة إلى الخبرة الطبية في مجال الإثبات، فيمكن القول انه رغم إدخال المشرع الجزائري لتقنية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، إلا انه لقي صعوبات في التطبيق و العمل بها في ميدان الواقع و هذا راجع لنقص الكفاءات و الإطارات العلمية بالمعمل الجنائي، المتواجد على مستوى الجزائر العاصمة.

لم يتعرض المشرع الجزائري للوسائل التي ينفي بها النسب مما يفرض تلقائيا اللجوء إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و هو اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و يفهم مما سبق أن المشرع الجزائري حصر طريق نفي النسب في اللّعان لان الشريعة الإسلامية نصت على أن اللّعان هو الطريق الوحيد على نفي النسب.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء في نصها انه :" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفيه بالطرق المشروعة "[2]. فبتدقيق و التمعن في نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين و

---

[1] – المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] – المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

يوضح نوع هذه الطرق المشروعة حيث جاءت بلفظ عام وشامل و هذا يسمح بإمكانية دخول طرق غير اللّعان في مجال نفي النسب بما فيها الطرق العلمية.

الفرع الثاني : موقف التشريعات العربية من البصمة الوراثية

لقد اتخذت معظم الدول العربية تقنية البصمة الوراثية كوسيلة علمية تستعمل في مجال الإثبات و النفي و ذلك رغم ما تقتضيه هذه التقنية من كفاءة علمية و تجهيزات عالية الجودة و الدقة ومن الدول التي سبقت إلى الاعتماد على الطريقة العلمية السعودية و الامارت العربية و الكويت ومصر.

فلقد نص المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية و ذلك في المادة 168 التي تنص على ما يلى:" لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت انه غير مخصب أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي ومرضي وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين"[1]، من هذه المادة نستخلص أن المشرع الكويتي سمح لذوي الشأن أن يستعينوا بالبصمة الوراثية أو ما اشارو إليه بأهل الخبرة فيما يتعلق بثبوت النسب أو نفيه.

كما تبنى المشرع التونسي حق الاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال النسب ولم يكتفي بذلك بل ذهب إلى ابعد من ذلك حيث استعان بها في مجال إثبات الأنساب الطبيعية الناتجة عن العلاقات غير الشرعية في المحاكم التونسية[2].

أما المشرع المصري فلم يرد أي نص قانوني صريح يشير فيه إلى اعتماد البصمة الوراثية في مجال النسب إثباتا أو نفيا بل لا يزال يعتمد على الأدلة الشرعية التي اقرها الفقه الإسلامي، ولكن في التمعن في نص المادة 07 من قانون 01 لسنة 2000 و

---

[1] – المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

[2] – حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010،ص 100.

التي جاء في فحواها: " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب آو الشهادة على الإقرار بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي و عليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء"[1].

نلاحظ أن الفقرة الأخيرة من المادة جاءت بصيغة عامة و شاملة بحيث يسمح باعتماد تقنية البصمة الوراثية في مجال النسب كون أن نتائجها تأتي بصورة قطعية وجازمة[2].

[1] – المادة 07 من قانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصرية المعدل بالقانون رقم 100سنة1985.

[2] – اقروفة زوبيدة، النسب وتطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية و العربية " البصمة الوراثية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01،2010.ص82.

الخاتمة

خاتمة

بعد أن انتهينا من البحث بعون الله تعالى تبين لنا من خلال دراستنا أن النسب من أهم المسائل و القضايا التي حرصت الشريعة الإسلامية على صونها وحمايتها وذلك بجعلها حفظ النسل و العرض من أهم مقاصدها الكلية وذلك لما لهذا الأمر من أهمية بالغة في انضباط الحياة الانسانية و استقامتها، وتظهر حماية الشريعة الإسلامية في دعمها لكل دليل بوسعه إثبات النسب وشدد كثيرا في كل ما يتعلق بطرق نفيه.

و عليه فقد اعتمدت فقط على أقوى الدلائل و الذي نعني به اللّعان الذي شرع بالقران الكريم و السنة النبوية الشريفة، ومع اكتشاف البصمة الوراثية في مجال النسب التي حققت زيادة معتبرة، ويظهر ذلك أمام النتائج الباهرة التي حققتها الخبرة الطبية، و التي تقدم لنا دليلا مؤكدا في نفي النسب و عليه قد احتل اللّعان والبصمة الوراثية مكانة مهمة في نقاشات و مؤتمرات الفقه الإسلامي خصوصا في إطار إشكال المتعلق بالخبرة الطبية مع باقي الوسائل الشرعية التي ينفي بواسطتها النسب.

و بعد أن تطرقنا إلى كل هذه النتائج توصلنا إلى:

1/ اللّعان هو أن يشهد الزوج عند رميها بالزنا أو بنفي الولد فيشهد أربع شهادات انه من الصادقين فيما رمها به، و يشهد في الخامسة لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين ، وان تشهد الزوجة بدورها أربع مرات انه كاذب فيما رماها به و في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به.

2/ أن اللّعان هو الطريق و الوسيلة الشرعية لنفي النسب و الذي ثبت بالكتاب و السنة.

3/ بثبوت اختلال شروط الفراش ينتفي النسب وذلك دون إجراء الملاعنة.

4/ البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وذلك بالتحليل الوراثي للحمض النووي ويكون ذلك بطريقة يقينية كون أن نتائجها جازمة وقطعية.

5/ يجوز الأخذ بالبصمة الوراثية في نفي النسب لتقليل من حالات اللعان لكن دون استغناء، عن هذا الأخير لان فيه أمور لا تتحقق إلا من خلاله.

6/ لا يوجد نص صريح وارد في القران الكريم و السنة النبوية يمنع من اللجوء و الاستعانة بالطرق العلمية او البصمة الوراثية وهذا يفيد أنها ذات حجة قاطعة في إثبات ونفي النسب.

وبعد عرض أهم النتائج المتوصل إليها سوف نتعرض إلى أهم الاقتراحات وذلك من خلال النقاط التالية:

1* على القاضي عند إقدام الزوج على إجراء اللّعان أن يوجهه أولا إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية وذلك لتفادي اثأر اللعان الخطيرة على الأسرة والمجتمع.

2* إجراء تعديل تشريعي يوضح الطرق الشرعية التي يعتمد عليها الزوج في سبيل نفي النسب.

3* تبيان كيفية اللعان بالتفصيل و تحديد مكان القيام به وزمانه.

الملاحق

الملحق رقم (4)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس: في جلستها العليا المنعقدة بقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الابيار الجزائر بتاريخ الثالثة و العشرون من شهر نوفمبر سنة الف وتسمئة وثلاثة وتسعين.

قرار بتاريخ : وبعد المداولة القانونية القرار الاتى نصه:

1993/11/23

قضية بين : 1/ المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة: ببلدية

الوكيل عنه الاستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

ضد من جهة

وبين:

1/: المدعى عليه الطعن بالنقض

الساكن:

و الوكيل عنه الاستاذ(ة) معتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

2/ بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 ، الابيار ، بن عكنون ، الجزائر

بعد المداولة القانونية أصدرت القرارالتالي نصه:

بناء على المواد 231.233.239.244.257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بعد الاطلاع على مجموعة أوراق الملف وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكاتبة الضبط بتاريخ 1991/11/11 ، من قبل المطعون ضده ، بعد الاستماع الى السيد .....المستشار

المقرر قي تلاوة تقرير المكتوب ، والى السيد .....المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

وعليه فان المحكمة العليا

- حيث ان المسماة ..... قد طعنت بالنقض ، بموجب عريضة اودعتها لدى رئاسة امانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 1991/11/11 بواسطة محاميها الاستاذ.....
- النعتمد لدى المحكمة العليا ، ضذ القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر يتاريخ 1991/04/07 القاضي بتاييد محكمة بئر مراد رايس المؤرخ في 1989/12/25 القاضي بصحة الزواج العرفي الواقع يوم 1988/11/16 و الامر تسجيله بالحالة المدنية وكذلك الطلاق وباقي الطلبات ويرفض الطلب المتعلق بالنسب.
- ولقد استندت الطاعنة في طلبها على وجه وحيد للنقض
- الوجه الوحيد : المؤخوذ من خرق المادتين 41.42 من قانون الاسرة بدعوى ان قضاة الموضوع قد اخطاؤ في تطبيق المادتين عندما قضوا بعدم الحاق نسب الولد الى المطعون ضده مع ان اقل مدةالحمل هي ستة اشهر.
- حيث انه بالفعل فان قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر اركانه طبقا للمادة 09 من قانون الاسرة لعدم وجود اي نزاع بشانه الدخول الذي تم يوم 1988/11/19 وتاريخ ولادة الطفل 1989/06/05 بعد تاريخ الدخول و البناء باكثر من ستة اشهر و ان المادة 42 من قانون الاسرة تنصب اقل مدة الحمل ستة اشهر.
-
-

حيث ان الدعوى المطعون ضده من انه اكتشف شهادة مؤرخة في 1988/10/29 الصادرة عن الدكتور ..... من ان الطاعنة قد كانت حاملا منذ شهرين مع ان الشهادة لا تعتبر دليلا قطعيا في صحتها خصوصا وان هذه الشهادة تذكر ان وضع الحمل يكون 1989/06/05 وهو ما وقع فعلا وهي مصادفة غريبة مما يجعل الشك في صحة هذه الشهادة.

من حيث الشكل:

حيث ان الطعن بالنقض قد وقع في اجله القانوني ، واستوفى اوضاعه الشكلية ، طبقا لاحكام المواد:

231.233.239.244.257 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الوحيد:

حيث لن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج المذكور مع ذلك قد رفضوا الحاق النسب الولد بالمطعون ضده وهو ما يتناقض مع نص المادة 41 من قانون الاسرة التي تنص على انه :" ينسب الولد لابيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال ولم بنفه بالطرق المشروعة".إضافة الى ان المطعون ضده لم يبادر ينفي الحمل من يوم علمه به مع العلم أن أجال نفي الحمل ضيقة جدا كما نص في ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية وقد استقر الاجتهاد القضائي على انها لا تتجاوز ثمانية ايام و عليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين على نقض القرار المطعون فيه وإحالته إلى نفس المجلس.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قبول الطعن شكلا وموضوعا نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1991/04/07 وإحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس وبتشكيلة أخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية3

لذا صدر القانون ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث و العشرون من شهر نوفمبر سنة ثلاثة وتسعون تسمائة والف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

الرئيس

المستشار(ة)المقرر(ة)

المستشا

وبحضور السيد(ة) المحامي العام

وبمساعدة السيد(ة) امين ضبط

قائمة المصادر
و المراجع

أولا: القران الكريم

ثانيا:الكتب

1/ أبي الفضل قوانين جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، بيروت ، دون سنة النشر.

2/ أبي القاسم محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، الفقهية ، بداية في تلخيص مذهب المالكية، الكويت، دون سنة النشر.

3/ أبو الوليد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد وبداية المقتصد، دار ابن حزم للنشر، بدون بلد النشر،1999.

4/ الإمامأبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القريشي المطلبي، الأم، بيت الأفكار الدولية ،الأردن، دون سنة النشر.

5/ الإمامأبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود ، البحر الرائق، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

6/ الإمامأبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر.

7/ الإمام النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين، الجزء السادس ، المكتب الإسلامي، دمشق،1991.

8/الإمام الشيخ محمد بن علي الشوكاني، السيل المتدفق على حدائق الأزهار،الطبعة الأولى،دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، بدون بلد النشر،2004.

9/ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية ، لبنان،2003.

10/القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، الكويت ،دون سنة النشر.

11/ إقروفة زوبيدة الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثارها على النسب دراسة فقهية و قانونية، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، تيزوزو ،2012.

12/ احمد فراج حسين ، أحكامالآسرة في الإسلام وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1998

13/ احمد بن محمد علي القيومي، ابو عباس ، المصباح المنير في قريب شرح الكبير،الجزء الأول، المكتبة العلمية، لبنان،دون سنة النشر.

14/ احمد بخيت الغزالي، عبد الحليم منصور علي، أحكامالأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندرية،2008.

15/ احمد محمد المومنى، إسماعيلأمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، دار الميرة للنشرو التوزيع ز الطباعة،الأردن،2009.

16/ الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام احمد بن حنبل، منشورات الإسلامي، دون بلد النشر1969.

17/باديس ذيابي، حجية الطرق العلمية و الشرعية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر،2010.

18/ بوبشير محند مقران، الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية ، دون سنة النشر.

19/ بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الثقافة و التوزيع، الأردن 2012.

20/ حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي ((دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

21/ حسام الأحمد ، البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي و النسب، منشورات الحلبي، لبنان ،2010.

22/ خليفة الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية،2004.

23/ سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن احمد الأنصاري الشافعي، البدر المنير في تخريج الأحاديث و الآثار الواقعة في الشرح الكبير، الجزء الثامن ، دار الهجرة و التوزيع، دون بلد وسنة النشر.

24/ عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تفسير الكريم الرحمان في تفسير الكلام المنان،الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للكتاب ، الجزائر، 2009.

25/ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة، دار هومه للطباعة و التوزيع،دون سنة النشر.

26/ عبد القادر حرزالله، في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، دون بلد وسنة النشر.

27/ عبد الوهاب خلاف،أحكامالأحوال الشخصية في الشريعة و الإسلامية، دار القلم للنشر و التوزيع، دون بلد النشر،1990.

28/ عارف علي عارف، بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار التحديد للنشر و الترجمة ،ماليزيا، 2002.

29/ عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية ، الطبعة الأولى ، دار الفضيلة، الرياض،2002.

30/ كمال صالح البنا ، المشكلات العلمية في دعاوى النسب و الإرث، الطبعة الأولى، عالم الكتب للنشر و التوزيع و الطباعة، القاهرة، 2002.

31/ رمضان علي الشرنباصي ، أحكام الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة النشر.

32/ رمضان علي الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكامالأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2001.

33/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة،2008.

34/ مصطفى ديب البغا، التذهيب في ادلة متن الغاية و التقريب، دار ابن كثير، دمشق،1989.

35/ محمد علي بن محمد علي، الدر المختار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان 2002.

36/ محمود علي بن موسى احمد الحسين، البناية في شرع البناية، الطبع الأولى، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية،2000.

37/ محمد نصر الدين كمال ، الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي و الإداري ، الطبعة الأولى، عالم الكتب ، القاهرة،1989.

38/ معوض عبد التواب ، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكرالجامعي، الإسكندرية،1997.

ثالثا : الرسائل

1* بومجان سولاف، إثبات النسب ونفه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري؛ مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

2* خنيش نورة ، ماسة نبيلة، مدور نعيمة، مرخوف سامية، إجراءات التقاضي في دعاوى الزواج و الطلاق ؛ مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، كلية الحقوق و العلو السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية2002.

3* محمدي مريم، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلو السياسية، جانعة محمد بوضياف المسيلة.

رابعا : المقالات و البحوث

1* اقروفة زوبيدة ، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في التشريع في البلدان الغربية و العربية (البصمة الوراثية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلو م السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، العدد2010،01.

2* نجومن ، قندوز سناء، اللعان و إشكالاته الفقهية و القانونية و القضائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، العدد2011،02.

خامسا: النصوص القانونية

1/ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 ج ر ، عدد34.

2/ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر،عدد15.

3/ القانون رقم08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، ج ر،عدد 21.

4/ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سيتمبر1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

5/ قانون رقم 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني، ج ر 2001، العدد 1004.

6/ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 19 لعام 2000.

7/ القانون 77 المؤرخ في 1998/10/28 المعدل بالقانون رقم

8/ مجموعة التشريعات الكويتية ،الطبعة الأولى،جزء الثامن، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1961 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، وزارة العدل ، فبراير 2001.

9/ القانون رقم 03-07بمثابة قانون الأسرة المغربي الصادر في 12 ذو الحجة1424 الموافق ل03 فبراير 2004 ج ر 50184، الصادر يوم الخميس 05 فبراير 2004.

10/ القانون رقم 25 لسنة 1929 يتضمن قانون الأحوال الشخصية المصرية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

11/ القانون رقم المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية

سادسا: القرارات القضائية

1* المحكمة العليا قرار رقم 193825 بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001

2* المحكمة العليا قرار رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001

3* المحكمة العليا قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001.

4* المحكمة العليا قرار رقم 35934 بتاريخ 1985/02/25، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1989، العدد الأول.

5* المحكمة العليا قرار رقم 76343 بتاريخ1990/07/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 1999،3.

سابعا : الواقع الالكترونية

1/ الشيخ بلال قصة يوسف عليه السلام قصة وردت على الموقع

http//www.shaykhbilal.info/ idex.php(12/03/2018).

2/ يوسف القرضاوي، "إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمراه لا الرجل" مقال وارد على الموقع

http//www.qardwi.net/fatawaahkm/30/1323.htm.(14/03/2018)

قائمة المحتويات

العنوان **رقم الصفحة**

مقدمة.....01

الفصل الأول: احكام اللّعان

المبحث الأول: التفريق باللّعان 10

المطلب الأول: مفهوم اللّعان.....10

الفرع الأول: تعريف اللّعان.....10

أولا: التعريف اللّغوي 10

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....11

الفرع الثاني: مشروعية اللّعان وشروطه.....13

أولا: دليل مشروعية اللّعان.....13

ثانيا: شروط اللّعان.....16

المطلب الثاني: اثأر اللّعان وحكم الرجوع عنه.....19

الفرع الأول: اثأر اللّعان.....19

أولا: الفرقة بين المتلاعنين.....19

ثانيا: إلحاق الولد لامه.....21

ثالثا: سقوط الحد عن الزوج والزوجة.....22

رابعا: عدم التوارث بين الزوج و المولد.....22

الفرع الثاني: حكم الرجوع عن اللّعان.....23

المبحث الثاني: نفي النسب دون إجراء الملاعنة وموقف القانون الوضعي من اللّعان.....24

المطلب الأول: نفي النسب باختلال شروط الفراش.....24
الفرع الأول: نفي النسب لعدم وجود عقد زواج صحيح.....24
الفرع الثاني: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.....25
الفرع الثالث: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.....27
الفرع الرابع: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.....30
المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي من اللّعان.....31
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من اللّعان.....31
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من اللّعان.....32
الفصل الثاني:دعوى اللعان ومدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب
المبحث الأول: مفهوم دعوى اللّعان.....36
المطلب الأول: تعريف دعوى اللّعان و صورها.....36
الفرع الأول: تعريف الدعوى اللّعان.....36
أولا: الدعوى لغة.....36
ثانيا: الدعوى اصطلاحا.....37
ثالثا: دعوى اللّعان اصطلاحا.....39
الفرع الثاني:ميعاد رفع دعوى اللّعان.....40
الفرع الثالث: صور دعوى اللّعان.....41
المطلب الثاني: شروط وإجراءات رفع دعوى اللّعان.....43
الفرع الأول: شروط رفع دعوى اللّعان.....44
أولا: الصفة.....44
ثانيا: المصلحة.....45
ثالثا: الأهلية.....46

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى اللعان.....48
أولا: الاختصاص النوعي.....48
ثانيا: الاختصاص الإقليمي.....48
ثالثا: العريضة الافتتاحية لرفع دعوى اللعان.....49
المبحث الثاني: مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب وموقف القانون الوضعي 50
المطلب الأول: مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب.....51
الفرع الأول: مجال استخدام البصمة الوراثية من اللعان.....52
الفرع الثاني: تقديم البصمة الوراثية عن اللعان.....53
الفرع الثالث: تقديم اللعان عن البصمة الوراثية.....56
المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي من البصمة الوراثية.....57
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية.....57
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من البصمة الوراثية....58
خاتمة.....62
الملاحق:.....63
الملحق رقم01.....64
الملحق رقم02.....68
الملحق رقم03.....72
الملحق رقم04.....75
قائمة المراجع.....79
قائمة المحتويات.....87