

المختصر المفيد في نسب الوليد

الدكتور جمال عياشي
دكتوراه في القانون الخاص
كلية الحقوق، جامعة المدية

Résumé

Parmi les droits les plus importants, celui relatif à la protection de la filiation trouve une légitimité dans la religion islamique et en droit, légitimité bien différente de l'adoption qui ne permet pas d'accorder son nom à l'enfant adopté ni du recueil légal de par la relation établie entre le mineur et son tuteur. La protection de la filiation se caractérise par la relation de maternité et de paternité de par sa légitimité ou son illégitimité.

La filiation est établie par le mariage valide, apparent ou vicié, et prouvée par la reconnaissance de la mère ou le père ou par de tierces personnes s'ils remplissent certaines conditions.

La filiation peut être également établie par la preuve, l'analogie et par l'accès à des méthodes scientifiques reconnues légalement et acceptées par la religion.

La filiation peut être classée parmi les effets les plus importants du mariage et les droits élémentaires des enfants dès leur naissance, filiation qui doit répondre à différents critères, et qui se distingue en rapport à d'autres situations, et d'autres disciplines voisines (chapitre I).

En revanche, la filiation a un fondement qu'il s'agit de consolider comme c'est le cas pour tous les types de mariage, pour la reconnaissance de filiation ou la preuve et toute autre contribution (deuxième chapitre). Pour expliquer les dispositions de la filiation il est nécessaire de les présenter en deux chapitres:

Chapitre I : Notions de la filiation et ses différents types

Chapitre II : Administration de la preuve en matière de filiation

ملخص:

أهم الحقوق وأولها بالحماية النسب، له مشروعيتها الإسلامية والقانونية على حد سواء، يختلف عن التبني في عدم منح الاسم وعن الكفالة في العلاقة القائمة بين الولي ومن هو تحت ولايته، له أصناف يبرز فيها من حيث الأمومة والأبوة، من حيث شرعيته وعدمها .

ينشأ بالزواج الصحيح وشبهة النكاح وبالنكاح الفاسد، ويثبت بالإقرار سواء من جهة الأم كان أو الأب أو الغير بشرائط يتوجب تحقيقها
كما يثبت أيضا بالبينة والقيافة والإسهام شرعا وبالطرق العلمية قانونا بالإطلاق وشرعا بتحفظات بادية كادت تنفيه تماما .

من أهم آثار الربطة الزوجية ومن أولى الحقوق التي تحقق للأبناء بمجرد ولادتهم؛ النسب، الذي يشترط فيه أحوال وشروط لا تعتبره، في حين يتخلف كل اعتبار به في حالات أخرى، وهو الأمر الذي لا يتأتى فهمه إلا ببيان مفهوم النسب كنظام على حدة من بين الأنظمة المقاربة له وتمييزه عنها (المبحث الأول)، وبالمقابل فإن للنسب دعائم يصح قيامه بها؛ كما هو الحال بالنسبة للزواج على أرضيه، بالنسبة للإقرار أو البينة والإسهام (المبحث الثاني)، ولبيان أحكام النسب يتوجب عرضها فيما يلي :

المبحث الأول: مفهوم النسب وأقسامه .

المبحث الثاني: سبل إثبات النسب.

المبحث الأول: مفهوم النسب وأقسامه

إن التطرق لمفهوم النسب يقتضي النظر فيه كنظام منفصل عن أنظمة مشابهة رغم مخالفتها بل ومباينتها مباينة تامة له، كما هو الحال لنظامي التبني والكفالة، وهما النظامين اللذين ستم الإشارة إليهما في عجالة (المطلب الثاني) بعد النظر في بيان مفهوم النسب لغة واصطلاحاً (المطلب الأول).

المطلب الأول: مفهوم النسب

النسب هو النتيجة الحتمية لولادة مولود بشري، وسواء كان النسب إلى الأم وهو الأمر الذي لا ملاذ منه في أي من الأحوال، أو إلى الأب؛ وهو الذي لا يتحقق إلا بتوفر شروط وأركان، فهو -أي النسب- لا بد منه، وهو أول حق يتمتع به المولود بعد الحقوق الطبيعية من حيث الأهمية، أما من حيث المدة فهي جميعا مقترنة.

والنسب عند أهل اللغة: " الإلحاق، والنسب بهذا اللفظ إنما خُصَّصَ عُرفاً للاقتصار على الاستعمال لبيان إلحاق المولود بمن ولد له "

وهو اصطلاحاً: " أقوم الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدّم والجزئية والبعضية فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده "1.

هذا؛ وقد تطرق المقتن الجزائري للنسب من حيث سبل إنشائه وإثباته، ولم يتعرض له بالتعريف في صدر المواد التي تطرق فيها للنسب كنظام منفصل يمثل إحدى آثار الزواج عموماً، وقد جاءت المادة 40 من قانون الأسرة حاملة بصياغتها لتلك السبل فجاءت صياغتها : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون .

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب^{3 و 2}

وينقسم النسب بين نسب للوالدة ونسب للمولود له؛ إلى قسمين:

1.

الأول_ النسب للأم والدة: ويكون في كل الأحوال معتبرا ويؤخذ به مهما كان سبب الحمل والوضع، والشرط أن يلد المولود حيا لينسب لأمه وأهلها وإن كان من سفاح.

الثاني_ النسب للأب: وفي هذا أحكام جمة يجدر التطرق لها في حينها، غير أنه تمكن الإشارة هاهنا إلى أن النسب للمولود له يشترط فيه الحل؛ إذ العبرة بالزواج الصحيح ولا نظر في ابن الزنا من حيث انتسابه للمولود منه تماما، فلا يجوز النسب إليه مطلقا إن كان الوليد من سفاح. كما ينقسم النسب من حيث مشروعيته إلى قسمين أيضا:

أولا_ النسب الأبوي الشرعي: وهو ذاك الذي أقره الشرع والقانون على حد السواء، والذي لا يقوم إلا على إحدى السبل المشروعة كالزواج، الإقرار والبيئة والقيافة والإسهام بضوابط.

ثانيا_ النسب الأبوي غير الشرعي: وهو ذاك الذي يدعي فيه الأب نسب ابن هو ليس بابنه تماما أو أنه ناتج عن زنا وليس لكلا المولودين نسب من الأب إجماعا بين أهل العلم الشرعي.

المطلب الثاني: تمييز النسب عن سائر التصرفات المشابهة

تدنو بعض التصرفات من النسب استنادا على أنها جميعا تظهر في أخذ مولود تحت الولاية الخاصة لزوجين، غير أن التباين يبرز وبجلاء في صفة التصرف ذاك، ولا تعدو الأنظمة التي تشبه بالنسب من حيث مظهرها في التبني والكفالة، وهي على التفصيل الموالي:

أولا_ التبني:

وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل [وهو محرم شرعا لقوله تعالى: 4، ويختلف التبني عن النسب في كون [ادعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم هذا الأخير علاقة دموية بين وليد ومولود له بشروط مخصوصة⁵ تتخلف في الأول.

والتبني لا يعني بالضرورة أن يكون المتبني مجهول النسب ولا بالضرورة ابن زنا، وإنما قد يكون المولود معلوم الأبوين كليهما وتوفيا مثلا عنه قبل بلوغه، كما قد يكون المتبني غير معلوم النسب أو معلوم عنه أنه ابن سحاق، ومفاده - التبني - أن يقوم المتبني بتبني متبني مقربا ذلك بإعطائه اسمه؛ وذلك هو عين المخالفة الشرعية -إعطاء الاسم لغير الابن الصلبي- فالتبني محرم شرعا ولا يجوز العمل به ولا الإذن له ولا التوسط في ذلك جميعا.

وقد منع المقتن الجزائري التبني منعا باتا بصريح صياغة المادة 46 من قانون الأسرة؛ إذ جاءت حاملة للحكم الموالي: " يمنع التبني شرعا وقانونا "، كما أكدت المحكمة العليا على ذات الحكم الشرعي والمبدأ القانوني في قرار لها صادر عنها⁶.

ثانيا_ الكفالة:

هو نظام قانوني سنه المقتن الجزائري في قانون الأسرة وحدد أحكامه في مواد من نفس القانون⁷، متفاديا به الدخول ضمن المخالفة الشرعية بالتبني، وقد اقتبس المقتن هذا النظام من المبادئ العامة للشرعية الإسلامية التي عرفت الكفالة

وبينت أن نظام الكفالة عُرف منذ عصور الأنبياء و الرسل الأولين، قال تعالى : [وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون]⁸ وقوله أيضا : [هل أدلكم على من يكفله]⁹، وقد أكد النبي المصطفى على الكفالة في الشرع بسنته الفعلية والقولية مذ أن قام بكفالة زيد بن حارثة ومذ أن قال : π أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة¹ وقرن بين أطبعيه الوسطى والتي تلي الإبهام¹⁰.

وهي -أي الكفالة- التزام برعاية المولود رعاية تامة على وجه الاستمرار إلى أن يبلغ المكفول سن الرشد، ولا فرق بين إن كان المكفول مجهول أو معلوم النسب؛ غير أن على معلوم النسب المحافظة على اسمه الأصلي وأن لا يسمى مجهول النسب باسم الكافل؛ لأنه عين التبني والمخالفة الشرعية والحظر القانوني. هذا ويشترط لقيام الكفالة؛ الكتابة، فلا تتعد إلا بحكم قضائي أو بعقد توثيقي¹¹. كما ينتج عن الكفالة كافة حقوق المولود من حيث تدرسه، حقه في المنح العائلية وغير ذلك من الحقوق القانونية¹²، إلا أنه لا يرث من كافله على اعتبار أنه ليس من نسبه إلا أن لكافله الحق في الإيصاء له بوصية كما له أن يهب له.

المبحث الثاني: سبل الاعتداد بالنسب

لا يُعتد بالنسب إلا عن طريق سبل شرعها الشرع وأقر القانون بعضها وأغفل البعض الآخر منها، ولا تعدو جميعها أن تصنف ضمن صور أصلية منشأة للنسب بطبيعتها والمرتبطة أساسا في الرابطة المنشأة للنسب، والمتمثلة في الزواج بأضره وأنواعه (المطلب الأول)، وأخرى لا تُنشئ النسب تماما بل تعد مجرد سبل لإثباته، كما هو الحال للإقرار والبيئة والإسهام (المطلب الثاني) وهي في الآتي:

المطلب الأول: سبل إنشاء النسب

لا يمكن اعتبار سببا غير الرابطة الزوجية منشأة للنسب الشرعي الذي احتضنه القانوني في صياغة مواده القانونية، ورغم ما قد يصيب الزواج كرابطة زوجية من عيوب تؤثر على صحته إلا أنه يبقى بصفته التي هو عليها منشأة للنسب؛ ما اتصف بشبهة الزواج فقط، فضلا على الزواج الفاسد-غير الصحيح- الذي يثبت وبصفة أولى النسب ما دام أن الشبهة مثبتة للنسب، وهي السبل جميعا التي سيتم التطرق لها تبعا:

الزواج الصحيح:

ويشترط للاعتداد بالزواج الصحيح في إثبات النسب شروط تتجسد أهمها في ما يلي: قيام علاقة الزوجية عند

ابتداء الحمل: فلا يجوز الادعاء بالنسب إلا إذا كان الدخول سابقا للحمل ومؤسسا على علاقة شرعية، فقد قررت

المحكمة العليا عدم صحة نسب الوليد المولود قبل الدخول بالزواج الصحيح في عدة قرارات لها¹³.

(1) **إثبات التلاقي بين الزوجين (إثبات الدخول):** إذ يشترط جمهور العلماء دخول الزوج بزوجه للاعتداد بعقد الزواج المبرم بينهما، فلا يكفي مجرد العقد عند الإمام مالك والشافعية والحنابلة، في حين ذهب الحنفية إلى الاكتفاء بعقد

الزواج المبرم بين الزوجين؛ فمتى كان العقد مبرما وحملت الزوجة نسب الوليد للمولود له استنادا على أن الدخول ممكن عقلا وحفاظا منهم على حقوق المولود من الضياع¹⁴.¹⁵

(2) **ولادة الوليد قبل أقصى فترة حمل ممكنة**¹⁶: وهو شرط لا ينافي المنطق والعقلانية من حيث الاعتداد به، وهو الشرط الشرعي الذي أقرته القوانين التي أخذت بنظام النسب، وقد حدده المقنن الجزائري تماشيا مع الشرع بين ستة إلى عشرة من الأشهر؛¹⁷ تحسب ابتداء من تاريخ آخر التقاء ممكن بين الزوجين، فمن توفي عن زوجته وخلفت بعد وفاته بستة إلى عشرة من الأشهر مولودا؛ نُسب الوليد للمتوفى عن زوجه، وما فاق عن ذلك، كان على خلافه؛ إذ لا يعتبر من بني المتوفى.

(3) **أن لا ينفيه المولود له بالطرق المشروعة (اللعان)**: ولا نفي لمولود من زوجة الرجل إلا عن طريق اللعان، واللعان هو السبيل الشرعي وأحكامه مبينة في النصوص الشرعية لاسيما آي القرآن منها؛ إذ جاء في قوله تعالى: [والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم¹⁸ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين # والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين # ويدرؤوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله لا إنه لمن الكاذبين # والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين]¹⁸، واللعان عند الفقهاء، حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها منه أربعاً وحلفها على تكذيبه أربعاً أيضاً بصيغة: أشهد بالله...¹⁹، فإذا لاعن الزوج زوجته وجب عليه إحضار أربعة من الشهود وإلا وجب عليه أداء يمين اللعان وهو أن يحلف أربع مرات بأنه صادق على ما ادعى من أن زوجته زنت حتى حملت بمن في بطنها والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين كما عليها هي من جانبها أن تحلف أربع مرات أنه كاذب بما يدعي والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

الملاعن لزوجته لا يرجعها أبداً لأن الملاعنة من الموانع المؤبدة للزواج فإذا لاعن زوج زوجته لم تحل له بعد ذلك أبداً حسب ما ذهب إليه جمهور العلماء خلا من المذاهب الأربعة المعتمدة الحنفية فيما خالف من الحنفية موقف الحنفية أبو يوسف إذ أفتى بما أفتى به الجمهور²⁰.

ثانياً_ الزواج الفاسد:

لقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة وغيرهم من المذاهب الفقهية الأخرى على جل المسائل التي قد تجعل من عقد الزواج معيباً مذنباً؛ كما هو الحال بالنسبة لحالة الزواج دون شهادة الشهود أو لعب أصاب العاقد أو المعقود عليها مؤدياً بذلك إلى الفسخ، فكل تلك الحالات -وغيرها- كثير؛ مؤدية لا محالة إلى فك الرابطة الزوجية.

ولقد اتفق أهل العلم، من لدن عهد النبي ﷺ إلى العهود المتقدمة لأهل العالم، إلى أن الزواج الفاسد رغم فساده وكما يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية، فهو مؤدٍ لا إلى اعتماد النسب به، فينسب نتيجة للزواج الفاسد المولود للمولود له إعمالاً للنصوص والفتاوى الشرعية، وإلى ذلك ذهب أهل العلم اتفاقاً بينهم كما هو الحال للمالكية والحنفية والشافعية والحنابلة أيضاً²¹.

ثالثاً_ الوطء لشبهة:

الوطء لشبهة هو أن يقوم الرجل بالوقوف على المرأة خطأ في المرأة التي يقع عليها، كما هو الحال بالنسبة للرجل الذي يقع على امرأة ظنا منه أنها زوجته وتظهر أنها ليست زوجته بعد أن يواقعها، أو نسياناً منه، كما لو أنه طلق زوجته وهي في طلاق بائن فنسي أنه كان قد طلقها فواقعها ثم تذكر.

وتظهر الشبهة عموماً على أحوال ثلاثة:

- (1) الشبهة في العقد: وحالها الجهل بركن من أركان الزواج، فيتم إغفاله من الأطراف عن جهل منهم، وفي حالهم يثبت النسب ولو فرق بينهما واستحيل تصحيح العيب الذي حاق بالعقد، وهي حالة الزواج الفاسد.
- (2) الشبهة في الحكم الشرعي: وحاله أن يمس عقد الرابطة الزوجية عيباً من العيوب التي تحول دون استمراره؛ كمن عقد على أخته من الرضاع مثلاً جهلاً منه بحاله وحالها، فيفصل بينهما مباشرة، ويثبت النسب إن تم دخول ووطء وحمل ووضع لوليد.

- (3) الشبهة في الفعل وحاله أن يدخل رجل على امرأة ظاناً منه أنها امرأته فيجد فيما بعد أنها ليست هي، وفي هذا الحال أيضاً يفرق بينهما ويثبت النسب لشبهة الزواج التي كانت قائمة آن الوطء.

هذا، وقد ظهر جلياً أن حالات الشبهة جميعها تُثبت النسب خلافاً لحالة الزنا الخالص، الذي لا يقترن وعقد زواج يشته به فيه الواقع على المرأة بأنها زوجته، والعبرة في توفر عقد الزواج ونية الزوج في كل ذلك، الأمر الذي لا يثبت إلا بعد التحقق من علمه بالفعل الذي أنجز، ما يؤدي إلى القول بأن الرجل الذي يدعي الشبهة لا يمكنه ادعائها إن لم يكن مبرماً لعقد زواج البتة، لأن عقد الزواج المبرم بين العاقلين يؤدي إلى إسقاط الحد على الزوجين واستحقاق المهر بما استمتع الرجل من المرأة ولو كانت من محارمه وإثبات نسب الوليد للمولود له ولو كان على غير الصفة الشرعية المقررة للعباد²².

المطلب الثاني: سبل إثبات النسب

هذه السبل المثبتة للنسب صورا تظهر فيها على سبيل الحصر استناداً على ما ثبت منها في النصوص الشرعية، ولا تعدو هذه السبل أن تظهر في:

أولاً_ الإقرار:

ويبرز بدوره في صورتين أساسيتين تتفرع عنها صور فرعية ولا تتأثراً إلا في إقرار الوالدين بأبنيهما وإقرار الابن بأبوية أبويه أو إقرار أحد الأقارب بصلة الأبوة أو البنوة لأحد الأبوين أو الأبناء، وكل ذلك يتم النظر فيه على التفصيل الموالي:

أ_ إقرار بالأبوة والأمومة والبنوة:

• الإقرار بالأبوة: ولا يشترط فيه غير شرطين:

الشرط الأول: أن يكون المقر عليه مجهول النسب.

الشرط الثاني: أن يتقبل الإقرار العقل السليم والفترة الحسنة بالنظر إلى معايير دالة على صدق الإقرار وعقله بالعقل

البشري أو لا، فلو ادعى رجل بنوة طفل لا يفرق بينهما إلى خمس سنوات مثلاً فلا يتم الإقرار لهما بذلك البتة، لمخالفة الإقرار للمنطق السليم والفترة التي فطر الله عليها عباده.

فضلا عن الشروط العامة للأهلية؛ بأن يكون المقر عاقلا، أهلا لإقرار مثيل، كما لا يخفى ما في إثبات الزواج من ضرورة لإثبات النسب للمولود له؛ فلو طالب مولود له إثبات نسب وليد كان عليه وبصفة مبدئية أن يثبت زواجه في تلك المدة التي ولد فيها ذاك الوليد إلا فلا نظر لإقراره²³.

هذا، وقد أضاف بعض أهل العلم شرطا هو من الأهمية في المسألة بمكان؛ إذ أنهم يشترطون عدم تصريح المقر بأن المقر له بالنسب هو نتاج زنا، فإن صرح بأنه ابنه من زنى لا يعتد بعد ذلك بالإقرار مطلقا ولا ينسب الوليد إليه²⁴.

• **الإقرار بالأمومة :** فضلا عن الشرطين الواردين في الإقرار بالأبوة، يشترط هاهنا شرط آخر، وهو قبول زوج²⁵ المقر بالأمومة لإقرارها والمصادقة عليه من قبله،²⁶ لأنه سيتم الإلحاق إليه إذا كان حيا، أما إن كان ميتا فالنظر في إقرارها يكون مقرونا مع النظر في مسألة إنكار الزوج لنسب الابن قبل الوفاة من عدمه؛ فلو أنكره قبل الوفاة، لم يصح منها نسبه إليه، وإن كان لم ينكر نسبه استعانت على إثبات نسب ابنها إليها ولأبيه بالبينة، وإن جمعت بين تلك الشروط كلها نسب المولود لها ولزوجها وإلا فلا.

• **الإقرار بالبنة:** وينظر فيه إلى نفس الشروط التي ينظر فيها في الإقرار بالأمومة والأبوة بصفة أسبق؛ فإن توفرت سائر الشروط فالقول بالنسب معتد به صحيح وإلا فلا، والتأكيد على علاقة الزوجية آن الوضع من أهم الشروط التي يجب أن يركز على توفرها القاضي للتحقق من توفر شروط الإنساب أو عدم توفرها قبل أن يحكم بإثبات النسب من عدمه.

ب_ إقرار الغير بالأبوة وبالأمومة وبالبنة:

وهذه الحال لا يكون المقر فيها أحد الأطراف الثلاثة وإنما قد يكون غيرهم، وهذا يصح، ومثاله أن يقر المقر الأخوة أو العمومة أو غيرها من علاقات القرابة المثبتة لنسب مولود لوالد ووالدة، وفي هذه الحال كما هو الأمر بالنسبة للإقرار بالأمومة، ينظر إلى مسألة إنكار النسب من قبل المولود له، فإن كان حيا ينظر إلى ذلك وإن كان ميتا ينظر إلى ما قبل وفاته إن كان قد أنكره أو لا، فإن ثبت للقاضي إنكار الولادة له، امتنع عن تثبيت نسب الابن لغيره وإلا فإن النسب يقر ويحكم به ويثبت.

ثانيا_البينة²⁷:

وهناك من يسميها بالدعوة²⁸ وتكون بكافة طرق الإثبات المتعارف عليها من سماع ومشاهدة لاسيما شهادة الشهود، كأن تشهد المولدة بأنها قامت بتوليد هذه بهذا الوليد، ويعتد بالبينة في حالة الإقرار بالأمومة استثناسا كما هو الحال في الإقرار بالبنة، والحال في تعارض مقرّان أو أكثر حول أبوة مولود بأن يدعيه أكثر من واحد نسبا إليه فينظر في هذه الحالة بالبينة.

ثالثا - القيافة: وهي أن يُنظر في الشبه الموجود بين المقر والمقر له من حيث الشكل مثلا، وغيرها من القرائن والدلائل التي تميل كفة الحكم لصالح مقر عن غيره من المقربين.

(والتي مفادها أن يتماثل ADN ثم إن قيافة العصر؛ الطرق العلمية المثبتة للنسب، كما هو حال البصمة الوراثية) من مجموع الكروموزومات المكونة للحامض النووي للخلية المشكلة لجسم الابن الذي تتكون %الابن مع أبيه في نسبة 50 كروموزوماته من مجموع كروموزومات الوالدين.

وكما هو حال البصمة الوراثية، كذلك حال تحليل الدم الذي يثبت توفر خاصيات متعلقة بالمولود مع ارتباطها بفصيلة دم الأم والأب، وقد أورد منذ كل فصائل الدم الاحتمالية -بمزاوجة فصائل دم المرأة بالرجل- التي يمكن أن تنتج فصيلة دم المولود وتلك التي لا يمكن أن تنشأ لدى المولود من فصائل الدم الخاصة بإجراء نفس عملة المزاوجة تلك²⁹.

وكذا النظر في البصمات التي قد تتماثل بين الابن وأبيه في 16 شكلا لا أكثر، غير أن هاتان الطريقتان -تحليل الدم والنظر في البصمة- كلاهما ظنيتا الإثبات؛ مقارنة بالبصمة الوراثية التي هي قطعية الإثبات ولا يطعن فيها إلا بالتزوير قانونا³⁰.

بعد أن كانت الطرق العلمية محل حظر قانوني تأسيسا على أن المادة 40 من قانون الأسرة قبل التعديل لم تتناولها كوسيلة من الوسائل المثبتة للنسب، وبعد أن سار العمل على عدم إدراج الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب³¹ راجع المقنن الموقف الذي كان عليه يسير وأورد الفقرة الثانية من المادة 40 والتي صارت تتيح للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النسب.

يبقى النظر في مدى سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لاسيما منها البصمة الوراثية قيد النظر والبحث إذ الفقه الشرعي لا يقبل الطرق العلمية مجالا لإثبات النسب متى تباين ناتج التحليل الطبي واللعان، بحيث يثبت التحليل نسب الابن لأبيه في الحين الذي ينفي الزوج ولد زوجته لعانا³²، وقد أورد الدكتور عبد الحي عزب عبد العال فتوى مفادها أن التحليل في حالة إجرائه لا يمكنه أن يلغي اللعان الذي يعد نظاما شرعيا³³ ولا أن يؤسس لدعوى قذف ضد الزوج الذي لاعن زوجته غير أنه فيه من إرجاع لكرامة المرأة الشيء الوفير.

رابعاً - الإسهام:

ولا يكون للإقراع محل إلا إذا ادعى أكثر من واحد الأبوة أو الأمومة أو البنوة أو غيرها ولم يقدروا على إثباتها بالبينة، جاز للحاكم في هذه الحالة فقط دون سواها أن يستهم بينهم، ومن خرج له سهمه نسب المولود له وقد اعتمد هذا الحل بعض أهل الرواية التي يورد أبو داود والنسائي بسند صحيح إلى عبد خير عن زيد بن أرقم ١٧ عن علي ٥ العلم بعد أن أقره النبي أنه قال: أتى علي بن أبي طالب ثلاثة وهو باليمن وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين أئقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، حتى سألهم جميعا، فجعل كلما سأل اثنين قالوا: لا، فأقرع بينهم ، فألحق الوليد بالذي صارت عليه القرعة ، وجعل عليه ثلثي الدية ، قال : فذكر ذلك للنبي، فضحك حتى بدت نواجذه.

وقد أخذ بالإسهام الإمام إسحاق بن راهويه وقال: هو السنة في دعوى الولد، وأخذ به الإمام الشافعي في القديم ، أما الإمام أحمد فقد سئل عنه فرجح عليه القيافة، وقال: القيافة أحب إلي³⁴.

وأخيرا يمكن الانتهاء إلى أن النسب للأُم وأهلها ثابت لا محالة وأيّا كان سبب الحمل والوضع، إلا أن نسب الوليد للمولود له لا يتحقق إلا بتوفر شروطا ؛حدّها الشرع في أربعة: الزواج وما قام مقامه من شبهته و زواج صحيح وفاسد، الإقرار ، البيئة بما فيها من قيافة، الإسهام، وكل يأتي على التدرج الواردة عليه الأسباب المنشأة والمثبتة للنسب.

لا يمكن الاعتماد ببعض السبل المنشأة للنسب إلا إذا تحققت له شروطا بدوره، كما هو حال الزواج الصحيح أو ما قام مقامه؛ إذ العبرة تكون به صحيحة لاعتبار النسب متى كان الزواج مقرونا بالدخول والوضع الذي لم يخرج عن مدة الحمل المعتادة لدى أهل البلد ولم يتم إنكار الولد لعانا، ولإقرار بدوره شروطا تظهر في كون المقر له مجهول نسبه وأن لا يتعارض الإقرار و العقل والفترة السليمة، كما أن إقرار الغير بالنسب يشترط له عدم إنكار النسب من المولود له باللعان، في حين تقوم البيئة مقام المكمل لإقرار الغير بنسب الوليد للمولود له ومقام السبب المثبت للنسب؛ متى تخلف ما سبق في الإيراد من أسباب لإنشاء النسب وإثباته، وفي حالة تخلف كل تلك الأسباب يبرز الإسهام كآخر حل بعد القيافة على اعتبار السنة التقريرية الثابتة عن النبي .

الهوامش

13. رمضان على السيد الشرنباصي . أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية . منشورات الحلبي الحقوقية 2002 . ص 372 .

¹⁴ مع الملاحظة بأن الطرق العلمية هذه؛ لم تر النور لحد الساعة تقنيا، على اعتبار عدم التنصيص عليها في قواعد قانونية منظمة للفقرة من نص المادة، فلم يصدر بشأنها ما نُشر في الجريدة الرسمية.

¹⁵ هذا وإن مفاد النصوص المشار إليها في نص المادة 40 من القانون مخالفة أركان أو شروط عقد الزواج المقررة قانونا، كذا ¹ مخالفة الزواج بالمحارم التي نص على منعها المقتن الجزائري بموجب نص المادة 24 وما يليها.

¹⁶ سورة الأحزاب . من الآية من الأيتين 4 و 5 .

¹⁷ من أهمها عقد الزواج الشرعي الـ **مفضي** إلى أن يكون الوليد من صلب الرجل وترب المرأة.

¹⁸ قرار صادر عن المحكمة العليا . بتاريخ : 02 فيفري 1988 ملف رقم : 74.

¹⁹ المواد من 116 إلى 225 .

²⁰ سورة آل عمران . الآية 44.

²¹ سورة طه . الآية 40 .

²² العلامة محمد ناصر الدين الألباني. صحيح سنن أبي داود الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني. مكتبة المعارف. الرياض. الطبعة الأولى. سنة 1998. الجزء الرابع . ص 338 . عن محمد بن الصباح بن سفيان عن عبد العزيز يعني بن أبي حازم قال حدثني أبي عن سهل عن النبي ﷺ .

²³ - تنص المادة 117 من قانون الأسرة على ما يلي: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان "

²⁴ تنص المادة 121 من قانون الأسرة على ما يلي: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي "

²⁵ - حيث قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 11 ديسمبر 1989 ملف رقم 56707 ما يلي: (إن العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة قبل الدخول حتى ولو تثبت لا تفيد الزواج المشروع ولا النسب الشرعي).

²⁷ د. العربي بلحاج . أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي . ديوان المطبوعات الجامعية . الجزء الثاني . 1996 . ص 624 .

²⁸ وإن في موقف الحنفية هذا نظر لسبب اثنين: أولهما؛ أن لا دليل لديهم على ما جاؤوا به من حكم والأصل في الشرع الحيطة الحذر لاسيما في مسألة الأنساب، وثانيهما؛ أنهم بحكمهم ذاك خالفوا جمهور العلماء بما فيهم موقف الإمام مالك τ ومعلوم أن الإجماع درجة أعلى من الانفراد بالحكم أو الفتوى في الأصول.

²⁹ د. العربي بلحاج . نفس المرجع . ص 625 .

³⁰ اختلف أهل العلم في أقصى مدة الحمل؛ إذ اعتبرها الإمام مالك بخمس سنوات والإمام الشافعي بأربع والحنفية بسنتين وداود الظاهري بتسعة أشهر وقد أورد ابن رشد في المسألة قاعدة مفادها أن العبرة في أقصى مدة الحمل بالمعتاد والحكم إنما يجب أن يوافق المعتاد لا النادر الذي يحفظ ولا يقاس عليه . أنظر رمضان علي السيد الشرنباصي . المرجع السابق . صفحة 380 .

³¹ سورة النور . الآيات من 7 إلى 10 .

أحمد بن محمد الدردير . أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بدون سنة ولا تاريخ طباعة . ص ¹

95

³² د. محمد مصطفى شلبي . أحكام الأسرة في الإسلام . الدار الجامعية . الطبعة الرابعة . سنة 1983 . ص 238.

³³ عبد الرحمن الجزيري . كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . دار المنار للنشر والتوزيع . الأولى . طباعة سنة 1999 . المجلد الرابع . ص 101 وما يليها .

³⁴ عبد الرحمن الجزيري . المرجع السابق . ص 101 وما يليها¹

35- لاسيما في آخر الزمان هذا الذي فيه إثبات الزواج أيسر مما كان عليه الوضع سالفاً فالعقود المدنية بالزواج صارت شرطاً¹³ لإثبات الزواج وصارت واجبا شرعياً تأسيساً على قولهم : ' ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ' فحماية حقوق الناس تقتضي التسجيل في العقد المدني وقبل الدخول.

³⁶ وفي ذلك بيان كاف على أنه ليس بشرط على القاضي أن يدقق النظر في مسألة سبب الولادة إن كان زنى أو زواج صحيح أو غيره من صور الزواج، ويكفي القاضي استناداً عليه أن يأخذ بالقرائن المتوفرة في المسألة المطروحة عليه ويتأكد من توفر الشروط الضرورية ثم يقضي بما بلغ علمه وهو في مجلس حكمه.

³⁷ وفي هذا بيان تام على أن إثبات الزواج يكون سابقاً للمطالبة بإثبات النسب إذ لا يعقل ولا يقبل أن تطالب امرأة بإثبات نسب إلى رجل لم ترتبط به بالزواج فضلاً على مخالفة ذلك الإقرار للشرع والقانون؛ إذ تقضي المادة 41 من قانون الأسرة على ما يلي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".

38- د. عبد السلام محمد الشريف العالم . الزواج والطلاق في القانون الليبي . طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة . الطبعة الثانية .¹ طبعة سنة 1995 . ص 360 .

³⁹ - وقد قررت المحكمة العليا بأن البينة هي أقوى إثباتاً من الإقرار في قرار لها صادر عنها عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 09-02-1987 . المجلة القضائية عدد 44 . صفحة 161 .

40- بكسر الدال لأن الدال إذا نصبت تغير معنى الكلمة وتصبح بمعنى الادعاء أو الرجاء والمقصود منها إثبات الرجل أو المرأة الأبوة أو البنوة أو الأمومة عن طريق تقديم قرائن وحجج.

41-أنظر الجدول الملحق رقم 01.

42- أ. عبد العالي حاجة و أ . رياض دنش . مجلة المنتدى القانوني . ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة . العدد الرابع . سنة¹ 2007 . ص 86 .

43- جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999 : (حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها¹ من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد مسطرة وضوابط محددة تقي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاء الموضوع ، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم المحكّمة إلى التشريعية ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس) .

44-لأن اللعان حكم شرعي والحكم الشرعي مقدم على الطرق العلمية المادية لاسيما هذه الطريقة¹

45- ووافقه الشيخ محمد علي فركوس في فتوى له بالموقع بعد سؤال عن مدى مشروعية الاعتماد على البصمة الوراثية في النسب .¹ وأضاف أن البصمة الوراثية لا يمكن الاعتماد عليها لإثبات www.ferkous.com أنظر لذلك: موقع الشيخ فركوس . النسب وأورد حالات على عين المثال يجوز شرعاً الاعتماد فيها على البصمة الوراثية لإثبات النسب.

46- العلامة ابن القيم الجوزية . المرجع السابق. ص 195 . قائمة المراجع المستعملة :

1. قانون الأسرة الجزائري معدل ومتمم بالأمر رقم: 02-05.

2. العلامة محمد ناصر الدين الألباني. صحيح سنن أبي داود الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني. مكتبة المعارف. الرياض. الطبعة الأولى. سنة 1998.

3. أحمد بن محمد الدردير . أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بدون سنة ولا تاريخ طباعة .

4. العلامة ابن القيم الجوزية . زاد المعاد في هدي خير العباد . حققه العلامة الألباني . دار البيان العربي . سنة الطباعة 2002.

5. عبد الرحمن الجزيري . كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . دار المنار للنشر والتوزيع . الأولى . طباعة سنة 1999 .

6. د. رمضان على السيد الشرنباصي . أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية . منشورات الحلبي الحقوقية . طبعة سنة 2002
7. د. محمد مصطفى شلبي . أحكام الأسرة في الإسلام . الدار الجامعية . الطبعة الرابعة . سنة 1983 .
8. د. عبد السلام محمد الشريف العالم . الزواج والطلاق في القانون الليبي . طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة . الطبعة الثانية . طبعة سنة 1995 .
9. د. العربي بلحاج. أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي. ديوان المطبوعات الجامعية . الجزء الثاني . بدون عدد طبعة . طباعة سنة 1996 .
10. أ. عبد العالي حاجة و أ . رياض دنش . مجلة المنتدى القانوني . ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة . العدد الرابع . سنة 2007.
11. موقع الشيخ محمد علي فركوس : www.ferkous.com

الملحق رقم 01

المتضمن فصائل دم المولود الممكنة

فصيلة دم الزوجة	فصيلة دم الزوج	فصيلة دم المولود
A	A	A-O
B	B	B-O
O	O	O
A	B	AB-B-A-O
A	O	A-O
B	O	B-O