

حق النسب في التشريع الأسري بين مصلحة الطفل و سياق النظام العام

أ. /عبد الحميد عيدوني♦

ملخص:

يعتبر موضوع النسب من أكثر مواضيع قانون الأسرة حساسية و خطورة، إذ أن ثبوت النسب أو نفيه هو الحاجز الفاصل بين اكتساب الطفل الكثير من حقوقه، كالحق في الاسم، وفي الجنسية، وفي النفقة، وفي استحقاق الإرث.

وبالبحث في موضوع النسب يجد نفسه مصطدماً بمصلحتين كبيرتين، أولاهما مصلحة الطفل كطرف ضعيف، و بين مصلحة المجتمع التي تتحتم على الكل المحافظة على كيانه وتماسكه وقيمه، مما يدفعنا إلى محاولة إيجاد موازنة بين مصلحة الطفل من جهة، ومصلحة المجتمع بكامله من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: نسب، إقرار، شرعي، بصمة وراثية.

Résumé:

La filiation soulève des débats doctrinaux importants, il s'agit là d'une des questions de droit de la famille les plus sensibles, du fait de la distinction établie entre enfant légitime et enfant illégitime, distinction donnant lieu à des droits dissemblables entre ces deux catégories d'enfants, tels que le droit au nom patronymique, à la nationalité, à la pension alimentaire et à l'héritage.

♦ أستاذ مساعد، المركز الجامعي، عين تموشنت

Or, l'investigateur en matière de la filiation se trouve confronter à deux intérêts suprêmes, d'une part celui de l'enfant étant une partie faible et, d'autre part, celui de la société, lequel exige tant la protection de l'entité familiale que sa cohésion, voire sa valeur. Ainsi donc, il convient de tenter de concilier entre lesdits intérêts.

Mots clés: Filiation, reconnaissance, légitime, empreintes, génétiques.

Abstract:

Filiation's raises important doctrinal debates, it is one of the most sensitive family law issues, because of the distinction between legitimate children and illegitimate child, distinction, giving rise to different rights between these two categories of children, such as the right to the family name, nationality, alimony and inheritance.

However, the investigator in terms of filiation is confronting two Supreme interests, the child being a small part, and on the other hand, the society, which requires both the protection of the family unit as its cohesion, and even his value. So it should try to balance between those interests.

Key words: Parentage, recognition, lawful, prints genetic.

مقدمة

يشير هذا الموضوع نقاشا فقهيا كبيرا، ذلك أنه ما من مسألة في قانون الأسرة أكثر حساسية وأعظم أثرا من مسألة النسب، إذ بتثبيت النسب يفرق بين الولد الشرعي وغيره، ذلك لأن لهذا التفريق أثرا فلا يكتسب الولد الحقوق الأسرية من ميراث أو نفقة أو حضانة إلا بثبوت النسب له. ومما زاد الأمر خطورة وجود وسائل علمية حديثة تجعل من نسبية ولد ما

-بيولوجيا- إلى شخص أو نفيها عنه أمرا مؤكدا. ومصلحة الطفل هنا تكون بإثبات النسب له، إذ بثبوته يحمل لقب أبيه ويرثه ويكتسب جنسيته، والمقصود بسياس النظام العام أن لا يكون هذا الإثبات إلا في حدود الإطار السياسي الاقتصادي والاجتماعي والديني الذي لا يجوز المساس به من قبل الأفراد¹.

وهنا يطرح التساؤل عن كيفية الموازنة بين مصلحة الطفل في إثبات نسبه و بين سياج النظام العام التي تجعل هذا الإثبات في حدود معينة لا يتعداها؟ وللإجابة على هذا التساؤل سيتم التطرق أولا إلى تجاذب إثبات النسب بين مصلحة الطفل والنظام العام ب (أولا)، ثم إلى نفي النسب بين مصلحة الطفل و النظام العام في (ثانيا).

أولا: إثبات النسب، مصلحة الطفل و النظام العام

من المعلوم أنه إذا قامت الزوجية لو بعقد فاسد أو بشبهة وطء تثبت نسبة الولد إلى أبيه تلقائيا ولم يحتج إلى دليل آخر لإثبات هذا النسب²، وإذا انعدم وجود عقد الزواج الصحيح أو الفاسد أو شبهة الوطء انتفت نسبة الولد إلى أبيه و لم يغني عن ذلك دليل آخر للقاعدة الواردة بالحديث أن: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"³.

¹- انظر، عمر المنصوري، فكرة النظام العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010، ص.105.

²-تنص المادة 40 من ق أ على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لمواد 32 و 3 و 34 من هذا القانون"، والأجدر أن تصاغ هذه المادة على الشكل التالي:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح ، وبالزواج الفاسد وبالإقرار والبيئة وبالوطء بشبهة "، انظر، تشوار جيلالي ، نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان، ع.3، 2005، ص. 7.

³-انظر، محمد أبو عبد الله البخاري، ط.1، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2008، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم الحديث.2053، ص.244.

وإنما يتصور وجود النزاع في الإثبات هنا إذا كان الولد مجهول النسب، فهنا يلحق الولد لمن ادعاه بالإقرار (أ) أو بالطرق العلمية الحديثة (ب) أو بالبينة (ج).

أ- تثبيت النسب بالإقرار:

تنص المادة 1/40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار"، والإقرار في الاصطلاح إخبار الشخص عن ثبوت حق للغير على نفسه¹، ودليل اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ"²، وقول رسول الله صلى الله عليه و سلم على من زنت امرأته " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها "³، ووجه الدلالة أنه لما اعتبر الإقرار دليلاً على الحدود - على خطورتها - اعتبر دليلاً على ما سواها من باب أولى.

ودليل اعتبار الإقرار من وسائل الإثبات في النسب بالخصوص قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه و هو يعلم فالجنة عليه حرام"⁴، فلو لم يكن الإقرار معتبراً لما أوجب هذا الجزاء الشديد، ذلك أن إدعاء نسب كاذب فيه خلط للأنسب و إفساد للأعراض واشتباه الحلال بالحرام وتسوية بين النكاح والسفاح.

والإقرار عند المشرع الجزائري على نوعين : الإقرار على النفس، و الإقرار على الغير.

¹-انظر، محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج، 1، ط. 1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص. 233.

²- سورة النساء، الآية 135.

³- محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ر.ح. 2315، ص. 273.

⁴- محمد أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، كتاب المغازي، باب غزوة الطائف في شوال سنة ثمان قاله موسى بن عقبة، ر.ح. 4327، ص. 519.

1/ الإقرار على النفس:

تنص المادة 44 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، يتضح من المادة أن الإقرار على النفس هو ذلك الإقرار الذي يحمل فيه المقر النسب على نفسه، فإقرار الرجل أنه أب لولد ما أو إقرار هذا الأخير ببنوته لذلك الرجل أو إدعاء امرأة أنها أم لهذا الولد إقرار فيه تحميل النسب على النفس¹. واشترط المشرع لثبوت النسب بالإقرار على النفس الشروط التالية :

- أن يكون الولد مجهول النسب، فإذا كان الولد معلوم النسب كأن يكون له أب فلا يصلح إقرار الغير هنا، لأن القاعدة أن النسب إذا ثبت لا ينفك بحال².

- وأن يكون إدعاء الأبوة أو الأمومة أو البنوة يصدق العقل و العادة، كأن يكون الفارق بين سن الأب أو الأم و بين سن الولد مقبولا، فإذا ادعى شخص له عشرين سنة ببنوة من له عشرة سنين إليه لم يقبل لاستحالة ذلك³.

- وجود عقد نكاح صحيح أو بشبهة، سواء كانت الشبهة في العقد أو في الوطء⁴، لمن ادعى الأبوة أو البنوة لرجل، فإذا لم يوجد ذلك فلا يمكن أن ينسب ولد لرجل ما على الإطلاق¹.

¹ - انظر، صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، ص 37.

² - انظر، ممدوح عزمي، دعاوي ثبوت الزوجية والنسب و التبني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س، ص 71.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 488.

⁴ - تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 6.

وينقل عن بعض السلف جواز إمكانية ذلك بتأويل "الولد للفراش"² أنه في حالة التنازع³، والصحيح ما عليه إجماع أهل الإسلام على المنع لصراحة الدليل، فالألف واللام في "الولد" و"العاهر" تدل على العموم أي أن كل ولد لا ينسب إلا إلى الفراش وهو الوطء في عقد صحيح أو متلبس بشبهة- كما ذكر-، وأن كل عاهر- أي زاني - فله الحجر وهو كناية على خيبة الأمل و الخسران، وهذا مذهب أهل السنة قاطبة⁴.

والعجيب في الأمر هنا ما ورد في القضاء من أن الإقرار بالأبوة إذا كان فيه وطء بالإكراه يثبت به النسب، إذ اعتبر الوطء بإكراه نكاح شبهة⁵. ومعلوم أن المغتصب زان فهو عاهر، والنبي صلى الله عليه وسلم ورد عنه نص صحيح الثبوت صريح الدلالة أن: "و للعاهر الحجر"، أي لا يحق أن ينسب ولده من العهر-أي الزنى-له.

-إذا ادعى الولد بنوته لرجل فلا يصلح هذا الإقرار إلا بتصديق هذا الرجل له، فيكون ذلك إقراراً من هذا الرجل ببنة هذا الولد⁶.

2/ الإقرار على الغير:

تنص المادة 45 من ق.أ على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، أشارت المادة إلى أحد نوعي الإقرار، وهو الإقرار

¹ - انظر، بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3، ص.37.

² - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ر.ح.2053، ص.244.

³ - انظر، أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط.1، دار القلم، الكويت، 1983، ص.155.

⁴ - أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.15، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005، ص.472.

⁵ - م.ع، غ.أ.ش، 2011/05/12، ملف رقم.617374، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.294؛ م.ع، غ.أ.ش، 2012/03/15، ملف رقم.734072، م.م.ع، 2013، ع.1، ص.124.

⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء ... ، المرجع السابق، ص.489.

على الغير، وهو تحميل النسب على غير المقر¹، كإدعاء الأخوة والعمومة إلا أن الشرط فيه- بالإضافة إلى الشروط المذكورة في النوع الأول من الإقرار - أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الإقرار بالأخوة، و الجد عند الإقرار بالعمومة².

ويثور الإشكال في حالة ما إذا تنازع رجلان على الإدعاء بولد فقال كل واحد منهما هذا ابني، فهل يمكن اللجوء هنا إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في الشرع والقانون؟

ب -تثبيت النسب بالطرق العلمية :

يتم النظر هنا إلى حكم الشريعة في إثبات النسب بالطرق العلمية (1)؛ ثم نتطرق إلى موقف القانون الجزائري منها (2).

1/ حكم الشرع في إثبات النسب بالطرق العلمية:

دلت نصوص كثيرة في الشريعة على جواز إثبات النسب بالوسائل الحديثة، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي - وكان قائفا - دخل علي فرأى أسامة بن زيد وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضهما من بعض"³، فدل هذا على جواز إثبات النسب بالقيافة.

وقد ثبت عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أن امرأة في عهده مات زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف ثم ولدت

¹-انظر، تياب ناد، حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، ع. 6، ص. 162 .

²- صالح بوغرة، المرجع السابق، ص. 42.

³- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب القائف، ر.ح. 6771، ص. 808.

فاستعان في إثبات النسب بأهل الخبرة من النساء¹، وكذلك فعل لما تنازع رجلان في إدعاء ولد امرأة فاستعان بالقائف أولا ثم بأهل الخبرة من النساء ثانيا².

فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل ثاني الخلفاء الراشدين على جواز إثبات النسب بالقيافة و بالاستعانة بأهل الخبرة بشؤون الولادة و النساء، و عليه لزم القول بجواز الاستعانة بأهل الخبرة من أهل الطب، وكذا بالوسائل العلمية المستحدثة في إثبات النسب، إلا أنه يشترط أن يكون الولد المراد تثبیت نسبه مجهول النسب؛ و دليل ذلك أن سعد بن أبي قاص وعبد بن زمعة اختصما في غلام عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال الأول : هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه وانظر إلى شبهه؛ وقال عبد بن زمعة هذا أخي ولد على فراش أبي، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم للثاني³.

فدل الحديث على أمرين الأول أن استخدام القيافة أو الوسائل العلمية الحديثة لا يكون إلا لمجهول النسب، والثاني أنه إذا نفت الوسائل العلمية نسب ولد وأثبتته الوسائل الشرعية التقليدية، كوجود عقد زواج صحيح، فتقدم الوسائل الشرعية التقليدية و يثبت النسب، وعليه فإن القاعدة في النسب أنه ما ثبت بالشرع لا ينفي إلا بالشرع.

2/ موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب بالطرق العلمية:

تنص المادة 2/40 من ق.أ على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فدل هذا على أن المشرع الجزائري أخذ بالقول الراجح الذي يذهب إلى جواز

¹ - مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2002، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ر.ح.1414، ص.432.

² - مالك بن أنس، الموطأ، نفس المراجع، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ر.ح.1415، ص.432.

³ - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب من ادعى أخا أو ابن إخ، ر.ح.6765، ص.807.

إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة، لكن المشرع الجزائري لم يقيد استخدام الوسائل العلمية- لإثبات النسب- بأنها متعلقة بمجهول النسب، ويجدر التنبيه أن إثبات النسب الشرعي أي الانتساب إلى أب ما لا يكون إلا إذا وجد عقد نكاح صحيح أو بشبهة - كما سلف -

والملاحظة التي لا بد من ذكرها هنا أن القضاء الجزائري قد استقر قديماً¹ على استبعاد الوسائل الحديثة لإثبات النسب² حتى صدر القرار 05 مارس 2006. الذي نقض قرار مجلس قضاء مسيلة لاستبعاده طلب الاعتماد على البصمة الوراثية (ADN) كدليل علمي لإلحاق نسب الطفل إلى أبيه.

ومن عجيب هذا القرار أن ألحق الولد غير الشرعي إلى أبيه إذ جاء فيه أنه: " ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناء على العلاقة التي كنت تربطه بالطاعة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعة فإنه يلحق به"³، ولا يعلم أن أحدا من المذاهب الفقهية المعتمدة قال بهذا.

فإن إلحاق النسب كما هو معلوم في العلاقة غير الشرعية إنما يكون للأب لا للأب، ثم إن الدليل الشرعي أقوى من الدليل العلمي، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "و

- م.ع، غ.أ.ش، 15/05/1999، ملف رقم 222674، م.ق، ع.1، ص.126.¹

²-انظر، زيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009، ع. 8، ص. 68.

³- م.ع، غ.أ.ش، 05/03/2006، رقم الملف 355180، م.م.ع، ع.1، ص.469 و ما بعدها .

للعاهر الحجر"، مع أن سعد بن أبي وقاص أتى بدليل علمي محسوس واضح فقال: "هذا ابن أخي عهد إلي أنه ابنه وانظر إلى شبهه"¹، وكان صورة طبق الأصل لعقبة أخو سعد.

ج- تثبيت النسب بالبينة:

تنص المادة 1/40 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالبينة .." و دليل اعتبار البينة وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"²، فدل الحديث أن كل من ادعى حقاً له على الغير أن يلجأ في إثباته إلى البينة.

والبينة في الشريعة شهادة الشهود³، والفرق بين البينة والإقرار، أن الإقرار إثبات حق الغير على النفس، أما البينة فإثبات حق النفس على الغير، ويشترط في الشهود العدالة لقول الله تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْ رِجَالِكُمْ"⁴، فلما احتيج إلى شرط عدالة الشهود في الأموال احتيج إلى شرط عدالة الشهود في الأعراض والأنساب من باب أولى.

وذهب الأحناف إلى أن إثبات النسب لا يشترط فيه الذكورة، بل يكفي رجل وامرأتين⁵، وهذا الذي رجحه الأستاذ بلحاج العربي، فقال في معرض الحديث عن إثبات النسب بالبينة: "والمراد بالبينة هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين"⁶.

¹ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ر.ح. 2053، ص. 244.

² - محمد الألباني، إرواء الغليل ، ج. 8، ط. 1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989، ر.ح. 2661، ص. 279.

³ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 484.

⁴ - سورة البقرة ، الآية 282.

⁵ - انظر، ناصر الإسلام الرمفوري، البناء في شرح الهداية، ج. 5، ط. 2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص. 459؛ طفياني خديجة، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، ص 72.

⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 490.

إلا أنه بالرجوع إلى القرارات القضائية نجد أن القضاء قد اشترط الذكورة، إذ جاء في القرار المؤرخ في 15 ديسمبر 1986 أن: "شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة والرابعة من أنواع الشهادات الشرعية، ففي الثالثة شهادة امرأتين مع الرجل في المال وما يؤول إلى المال، والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كما في الحيض".¹، وهذا الذي ذكره القضاء هو مقتضى مذهب المالكية، إذ النسب عندهم لا يثبت إلا بشاهدين عدلين ذكرين².

ثانياً: نفي النسب بين مصلحة الطفل و النظام العام

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اثان في الناس هما بهم كفر الطعن في النسب والنياحة على الميت"³، فدل الحديث على عموم حرمة الطعن في النسب، وهذا عين ما أكدته حديث اختصام عبد بن زمعة مع سعد بن أبي وقاص، وقد تقرر عند علماء الأصول أن ما دل القرآن والسنة على عموم تحريمه لا تخص بعض جزئياته منه بحلٍ إلا بالكتاب و السنة، و اختلف هل يجوز أن يخص القياس عموم القرآن والسنة والراجح - عندهم - عدم جواز ذلك⁴، وعليه فإن عموم تحريم الطعن بالنسب في القرآن و السنة لا يخص في بعض جزئياته إلاً بدليل من القرآن والسنة.

ونظر لهذا لزم البحث فيما يصلح دليلاً لنفي النسب، و ذلك بمراجعة الطرق التقليدية (أ)؛ والطرق الحديثة (ب) في نفي النسب.

¹ - م.أ، غ.أ.ش، 15/12/1986، ملف رقم 43889، م.ق، ع.2، 1993، ص.37؛ وانظر أيضاً، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 27/03/1989، ملف رقم 53272، م.ق، ع.3، 1990، ص.82، انظر كذلك، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 25/12/1989، ملف رقم 58224، م.ق، ع.4، 1991، ص.110.

² - انظر، أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.178.

³ - أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، ج.1، دار الجيل، بيروت، د.س، ر.ح.236، ص.58.

⁴ - انظر، تاج الدين ابن الفركاح، شرح الورقات، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009، ص.248.

أ- نفي النسب بالطرق التقليدية

ينحصر الكلام هنا على بيان نفي النسب بالطرق التقليدية في الشريعة⁽¹⁾، ونفي النسب بالطرق التقليدية في القانون الجزائري⁽²⁾.

1/ نفي النسب بالطرق التقليدية في الشريعة:

يخصص اللعان من عموم تحريم الطعن في النسب لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ" إلى قوله تعالى: "وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"¹، وثبت في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل و امرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة²، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يدعى ولد الملاعنة لأبيه بل لأمه³.

فثبت جواز نفي النسب باللعان على الوجه الوارد في القرآن والسنة المطهرة فخص هذا عموم تحريم الطعن في النسب.

2/ نفي النسب بالطرق التقليدية في القانون الجزائري:

تنص المادة 41 من ق.أ : "ينسب الولد لأبيه متى ...لم ينفه بالطرق المشروعة"، لم يحدد المشرع في تقنين الأسرة المقصود بـ"الطرق المشروعة" التي يمكن للأب أن ينفي بها نسب ولده، وبالتالي لزم علينا اللجوء إلى المادة 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة

¹ - سورة النور، الآيات 7، 8 و9.

² - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5315، ص 478

³ - أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، ج.2، ط.1، دار بن حزم، بيروت، 1997، 2256، ص.478

الإسلامية التي لم تقر إلا بطريقة وحيدة لنفي النسب وهي اللعان، وهذا ما يؤكد استقرار الاجتهاد القضائي على أنه لا ينفي النسب إلا باللعان¹.

وينفي النسب في القانون الجزائري أيضا إذا ما عدم وجود عقد زواج صحيح أو شبهة؛ أو استحالة اللقاء بين الزوجين؛ أو كان الإنجاب خارج الآجال القانونية، فعدم وجود عقد نكاح صحيح أو شبهة ذكرته المادة 40 من ق أ بنصها أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

وعليه فإن أي علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تكون في إطار عقد نكاح و لو شبهة²، ونتج عنها ولد فإن نسبته إلى أبيه تنتفي، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الجزائر¹.

¹ - م.أ.غ.أ.ش، 1971/02/03، ن.ق.ع. 2، 1972، ص.37؛ م.أ.غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم.35326، م.ق.ع.1، 1990، ص.83؛ م.ع.غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم 296020. م.ق.ع.1، 2004، ص.28.

² - الشبهة في النكاح عند الأحناف على ثلاثة أقسام: شبهة قوية (أولا) و هي شبهة المحل؛ و شبهة ضعيفة (ثانيا) وهي شبهة الفعل؛ و شبهة لا قوة لها (ثالثا) و هي شبهة العقد.

أولا: شبهة المحل: تسمى شبهة الملك أو شبهة الحل، وهي شبهة تمحو الجريمة (الزنا) وتسقط الحد، وهي تكون في حالة الدخول و تنازع المحل لدليان، دليل قوي محرم، و دليل ضعيف محلل، كمن وقع على أمة ابنه، فالأمة لست أمته، فيطبق عليه دليل الزنا.

لكن الأمة أمة ابنه وقد جاء الحديث: "أنت ومالك لأبيك"، فهذه شبهة قوية، ومثاله كل نكاح جمهور الحنفية على فساده و يصححه غيرهم، كشهادة عدلين فعدمها صحيح عند المالكية فاسد عند الأحناف، إلا أن المالكية يشترطون فقط الإعلان.

ثانيا: شبهة الفعل: أو شبهة الاشتباه، وهي شبهة في نفس الشخص، يظن الحرام حلالا من غير دليل من الشرع، أو خبر من الناس اعتبر الشرع الأخذ به جائزا، كمن ظن أن المحرمات تحل، يعني لا يعلم أنه من

أما استحالة اللقاء بين الزوجين فأوردته المادة 41 من ق أ بنصها أنه: " ينسب الولد لأبيه...متى أمكن الاتصال..."، فإذا كان الزوج مسجوناً أو في بلد آخر أو مجبواً أو خصياً فإن النسب ينتفي منه دون الحاجة إلى اللعان².

وأما الإنجاب خارج الآجال القانونية لإثبات النسب فقد ذكرته المادة 42 من ق.أ بنصها أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، والمشكلة هنا أن المشرع لم يحدد المدة التي تحسب فيها هذه الآجال، فهل تحسب أدنى مدة الحمل الستة أشهر من وقت العقد أو من وقت الدخول، وهل تحسب أقصى مدة الحمل العشرة أشهر من يوم وقت الطلاق الفعلي أو من وقت الحكم به³؟

والمهم هنا أن المرأة إذا جاءت بالولد لأقل من الحد الأدنى للحمل أو جاءت به لأكثر من الحد الأقصى، فإن النسب ينتفي إلى أبيه⁴.

والسؤال هنا في حالة توافر كل شروط ثبوت النسب. كأن يولد الولد في إطار علاقة شرعية وأمكن الاتصال بين الزوجين و أنجب داخل الآجال القانونية المقررة لإثبات النسب، فهل يمكن أن ينفي هذا النسب؟

أرضعته صارت كأمه، و من رضعت معه صارت كأخته، وهذه الشبهة لا تمحو صفة الجريمة لكن يسقط الحد إذا ثبت العذر كأن يكون جديد عهد بالدين.

ثالثاً: شبهة العقد: قال به أبو حنيفة وحده، قال ولو كان أحد المتعاقدين يعلم بفساد العقد، إلا أن جمهور الأحناف لا يعتبرونها، فهذه الشبهة لا تمحي الجريمة و لا تسقط الحد. انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص.149.

¹ - م.أ.غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق.ع.1989، 4، ص.79، م.ع.، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم.74712، م.ق.ع.1994، 2، ص.56.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 518

³ - زبييري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 64.

⁴ - انظر، قرار، م.ع.، غ.أ.ش، 1990/01/22، ملف رقم.57756، م.ق.ع.2، 1992، ص. 71.

ب- نفي النسب بالوسائل الحديثة

الظاهر من نصوص الكتاب والسنة أنه لم يرد بهما نص يجيز نفي النسب بالطرق العلمية الحديثة، ولا يمكن الأخذ بالمصالح المرسلّة، لأن هذه الأخيرة تعتبر إذا لم يرد نص في القرآن والسنة على اعتبارها أو نفيها¹، فكيف وقد نص صراحة بالسنة على تحريم الطعن في النسب².

والراجع في المسألة أن يقال أن اللجوء إلى الوسائل الحديثة هنا جائز إذا كان غايته إثبات نسب الولد و درأ مفسدة اللعان - إذا رضي الزوج به- فإن دلت الوسائل الحديثة على عدم ثبوت نسب الولد إلى أبيه لم يكن لأبيه إلا اللعان؛ فإن الوسائل الحديثة لا يصلح الاحتجاج بها - في الشريعة - لنفي النسب، ويجدر التنبيه هنا إلى ما ورد في القرار المؤرخ في 15 أكتوبر 2009 إذ جاء فيه أنه: "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب"³.

ولا يمكن الأخذ بالوسائل الحديثة لنفي النسب في التقنين الأسري الجزائري لأن المادة 02/40 من ق.أ تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فقيدت المادة اللجوء إلى الطرق العلمية على حالة إثبات النسب، وهذا رعاية لمصلحة الطفل.

¹ - انظر، محمد تقيّه، مصادر التشريع الإسلامي، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993، ص.150.

² - وهذا عين ما أخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء . (اللجنة الدائمة للإفتاء ، فتاوى اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، د.س، ج.20، ص.331) .

³ - م.ع، غ.أش، 2009/10/15، ملف رقم.605592، م.ع.ع، 2010، ع.1، ص.245.

خاتمة

وآخر ما يقال في هذا الشأن أنه يجب الاحتراس في هذا الموضوع، فعلى فقهاء قانون الأسرة وكذا القضاة و قبلهما المشرع أن يكونوا في أتم الحذر، حتى لا يسووا بين النكاح والسفاح.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنيعا عندما مال إلى ما ذهب إليه الشريعة من تساهلها في إثبات النسب حتى أثبتته مع الشك في الأئكة الفاسدة و لو بوطء شبهة، إلا أنها تشددت غاية التشدد في نفي النسب فلم تفتح إلا بابا واحدا وهو اللعان، كل ذلك لتغليب مصلحة الطفل والمرأة الأعراض.

ويجب التنبيه هنا أن الولد غير الشرعي ضحية يجب أن تصان لا أن تعاقب على جريمة لم ترتكبها، فقد ثبت من قصة العامرية أنها اعترفت أنها حبلى من الزنا، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: "لا اذهبي حتى تلدي"، ثم عادت فقال: "اذهبي فارضعيه حتى تظميه"، فأعطاه حق الحياة والرضاعة، ثم دفعه إلى رجل من المسلمين يكفله¹، فضمن له حق الحياة و الرضاع و الرعاية كأي طفل.

أما فيما يتعلق بالنسب فقد قال تعالى: " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ"²، فدل الشرع على جواز اتساب مجهول النسب إلى من تولى أمره.

¹- انظر، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط.1، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقم الحديث.1695، مؤسسة زاد، القاهرة، 2012، ص.562.

²- سورة الأحزاب، الآية 5.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

أولاً: الكتب

- 1- أحمد العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.15، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005.
- 2- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط.1، دار القلم، الكويت، 1983.
- 3- اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، ج.20، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، د.س.
- 4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار، الثقافة، الأردن، 2012.
- 5- تاج الدين ابن الفركاح، شرح الورقات ، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009.
- 6- سليمان أبو داوود السجستاني، سنن أبي داوود، ج.2، ط.1، دار بن حزم، بيروت، 1997.
- 7- علي أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

- 8- عمر المنصوري، فكرة النظام العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010.
- 9- مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2002.
- 10- سليمان أبو داوود السجستاني، سنن أبي داوود، ج.2، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
- 11- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 12- محمد أبو عبد الله البخاري، ط.1، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2008.
- 13- محمد الألباني، إرواء الغليل ، ج.8، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989.
- 14- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج.1، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982.
- 15- محمد تقي، مصادر التشريع الإسلامي، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993.
- 16- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط.1، مؤسسة زاد، القاهرة، 2012.
- 17- ممدوح عزمي، دعاوي ثبوت الزوجية والنسب والتبني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.

18- ناصر الإسلام الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت.

ثانيا: المقالات:

1- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3.

2- تياب نادية، حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، ع.6.

3- الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3.

4- زبيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009، ع.8.

ثالثا: المذكرات:

1- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007.

2- طفياني خديجة، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس.