نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية

د/ بوهنتالة براهيم
جامعة باتنة1
bbouhentala@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2018/04/10 تاريخ المراجعة: 2018/04/12 تاريخ القبول: 2018/07/12

ملخص:

يعالج هذا المقال نفي النسب بين الطريق الشرعي وهو اللعان وتقنية البصمة الوراثية، ووضع ذلك في إطار قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية عامة وقانون الأسرة الجزائري خاصة المعدل بموجب الأمر 02/05 فيما يخص الطرق العلمية كوسيلة من وسائل نفي النسب..

الكلمات المفتاحية: نفي النسب؛ اللعان؛ البصمة الوراثية؛ قوانين الأحوال الشخصية.

Abstract:

This article deals with the disavowal of filiation between the legal procedure (alliean) and the DNA technique, and put it under the personal status of certain laws on the Arab countries and the Algerian Code of Family, as amended by a private case 05/02 with regard to scientific methods as a means of denial of filiation.

Key words: denial of filiation- alliean- the DNA technique Arab countries personal status.

مقدمة:

إن الأبناء وهم معقد آمال الأباء والأمهات ومحط آمالهم وقرة أعينهم أولتهم الشريعة وكذا التشريعات الوضعية عناية بالغة تحكمها أحكام تناولت الكثير من الحقوق أبرزها الحق في النسب، وهونعمة امتن بها الله على عباده، قال الله تعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[1]. وليس غريبا أن تكون للنسب هذه المكانة فهو حق تتفرع عنه العديد من الحقوق الخاصة كالحق في الرعاية والتربية والنفقة والميراث.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

لهذه المعاني وغيرها. نهى الشرع في مناسبات كثيرة على لسان الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) عن التنكر لنسب الطفل ونفيه تنبيها على ضرورة تحمل المسؤولية اتجاه الطفل ذلك المخلوق الضعيف حيث قال (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ): " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"[(2)].

ولكن ذلك مالم تكن هناك ضرورة تستدعي نفي النسب. كما إذا تبين أن نسب الولد باطل فيكون النفي حينئذ مطلوبا وهو أمر أقرته الشريعة وبينت الأحكام التي تتعلق به.

والمتتبع لتشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية عامة والجزائر خاصة يلاحظ في مسألة نفي النسب وإبطاله حالتين.

الأولى: لا تحتاج إلى بينة لوجود الأدلة التي تشهد لها كما إذا أتت المرأة بالولد لأقل من ستة أشهر بعد العقد أو لأكثر من سنة بعد الفراق، أو إذا تم العقد لكن لم يحصل اتصال بين الزوجين لأسباب يقبلها العقل وتقرها العادة.

الثانية: يتنازع فيها عاملان عامل فراش الزوجية بشروطه المثبتة للنسب وعامل اليقين الحاصل لدى الزوج بزنا زوجته أو بأن الولد أو الحمل ليس منه كما حصل لهلال بن أمية في الحديث الذي سيأتي ذكره والذي نزلت بسببه آية اللعان المفضي إلى نفي النسب، ولكن بعد ظهور الخبرة الطبية التي تعطي حكما يقينيا ظهر الإشكال حول اعتماد هذه الخبرة لوحدها أو اعتماد اللعان، أو هل هناك إمكانية للجمع أو التخيير بينهما؟

للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي أولا التعرض لهاتين الوسيلتين ومدى اعتماد تشريعات الأحوال الشخصية لهما في نفي النسب.

المطلب الأول: نفي النسب باللعان

أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة للأنساب وعملت على حمايتها وتجنب اختلاطها والحفاظ عليها، لذلك اثبتت نسب الولد للأم التي ولدته في جميع الأحوال رحمة به لأنه أشد ما يكون في هذه السن للأم التي تمثل له كل شيء، ولكن الأب ولكي يحصل له هذا الشرف ويلحق به نسب الولد فدونه أسباب لابد من الحصول

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

عليها، ومهما كانت تلك الأسباب ولو ضعيفة فإن الاسلام يعتد بها ويرفع الإثم عن الالحاق الظني تشوفا للأنساب.

يقول الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[3]. وقد اعتبر الشرع وجود عقد بين الرجل والمرأة قرينة على أن الحمل أو الولد للفراش وهي قرينة قاطعة وكافية لايمكن إبطالها بما يناقضها متى توفرت شروطها المنصوص عليها في المادتين 40-41 من قانون الأسرة الجزائري.

ومع هذا الأصل فقد أعطى الشرع للزوج وحده متى انتابه الشك في حمل زوجته وغلب على ظنه أنه ليس منه حق نفي النسب عن طريق اللعان، وهو الطريق الوحيد الذي أقره المشرع لنفي النسب، واللعان نظام إسلامي خالص لم تعرفه التشريعات السماوية أو القوانين الوضعية، لذلك لايطبق على غير المسلمين إلا إذا ارتضوا الإحتكام إليه صراحة أمام القضاء الاسلامي. والملاحظ أن قانون الأسرة لم يشر إلى تعريف هذا النظام ولا كيفية اعماله واكتفى بالاشارة إليه كوسيلة لنفي النسب وهوما يتعين معه العودة إلى كتب الفقه لمعرفة مضامينه[4].

الفرع الأول: تعريف اللعان ومشروعيته والحكمة منه.

أولا: تعريف اللعان

لغة: من اللعن ويقصد به البعد والطرد، ولعنه أبعده، لعنه الله ابعده من رحمته فهو لعين ملعون، ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنوا إذا لعن كل واحد منهم الآخر، ولاعن الزوج زوجته إذا قذفها بالفجور واتهمها بالزنا، وقيل سمي اللعان كذلك لأن الزوج الملاعن يلعن نفسه في اليمين الخامسة أمام القاضي، وقيل المتلاعنان أحدهما كاذب فتحل عليه لعنة الله[5].

أما شرعا: فقد عرفه ابن عرفه بقوله: "حلف الرجل على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم خاص"[6].

فاللعان على ضوء هذا التعريف له سببان:

1- رمي الزوجة بالزنا دون شهادة الرجال.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

2- نفي نسب ولد الزوجة، وهو مشروط بعدم إقامة البينة كما في قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾[7].

ونفي النسب باللعان حق للزوج (الأب) دون سواه لأنه المطلوب نفي النسب عنه فلا تسمع إلا ممن نسب إليه الولد[8].

ثانيا: مشروعيته وأساسه الشرعي:

روى البخاري عن ابن عباس: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي بشريك بن سمحاء فقال النبي: "البينة أو حد في ظهرك" (حد القذف). فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً، ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي يقول: "البينة وإلا حد في ظهرك". فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، فلينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ)، فقرأ حتى بلغ: (إِنْ كَانَ مِنَ الصّادِقِينَ). فانصرف النبي فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد والنبي يقول: "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب". ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها، وقالوا: إنها موجبة. قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت"[9].

والأصل أن من اتهم امرأة بالزنا من غير دليل أو اثبات لدعواه بالطرق المشروعة وجب عليه حد القذف شرعا لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[10].إلا أن الله تعالى استثنى الأزواج يتهمون زوجاتهم وهن في عصمتهم فيبادرون بلعانهن أمام القضاء بطريقة محددة شرعا، فاللعان يقوم بذلك مقام حد القذف بالنسبة للزوج ومقام حد الرجم بالنسبة للزوجة المتهمة من قبل زوجها.

أما دليله فمن القرآن: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[11] فهذا نص صريح في مشروعيته وأنه لا يكون إلا بين الزوج وزوجته.

ومن السنة: وردت أحاديث منها ما رواه مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: أرأيت

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

يا عاصم لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فسل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ)، فسأل عاصم رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) . فكره رسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ)، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) ؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير قد كره رسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) المسألة التي سألته عنها. قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ): قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ). قال ابن شهاب: فكانت هذه سنة المتلاعنين[12].

ثالثا: الحكمة من مشروعيته: شرع اللعان رفقا بالزوج في دفع حد القذف عنه وكذا دفع المعرة عنه وحفظ نسبه، ولما كان الفراش لازما للحوق النسب كان للناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان ولا خلاف في ذلك[13].

الفرع الثاني: شروطه، صيغته وآثاره:

أولا: شروط اللعان.

يشترط العلماء لإقامة اللعان بين الرجل وزوجته مايلي:

1- **قيام الزوجية** لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾[14].

و هو مانص عليه قانون الأسرة الجزائري[15].

2- **التعجيل (الفورية)**إذا كانت التهمة نفي حمل الولد فيشترط التعجيل برفع الدعوى بمجرد علم الزوج بالحمل فإن تأخر يوما أويومين بغير عذر أوحصل منه وطء لزوجته امتنع اللعان ولم يمكن منه الزوج ويحد للقذف طال زمن سكوته كالشهر أوقصر كيومين أويوم إلا بعذر[16].

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

وفي تحديد المدة يرى أبو حنيفة أنه لا بد من إعطاء الزوج مدة للتفكير والتروي قبل الاقدام على اللعان فربما ينفي نسب المولود منه أو يقربه وهو ليس منه، وكلاهما غير جائز، والمدة تختلف باختلاف الناس والأحوال فلا يمكن تحديد زمن يحكم جميع الحالات والأفراد، فيجب تفويض الأمر للقاضي.

وروي عن ابن حنيفة أنه وقّت لها بسبعة أيام[17].

لأن تأخير اللعان من غير عذر إعتراف من الزوج بالولد، لما روي عن شريح أن عمر رضي الله عنه قال: " إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه"[18]. هذا إذا كانت التهمة نفي الولد، أما إذا كانت التهمة رؤية الزوجة تزني فلا يشترط التعجيل برفع الدعوى فللزوج القيام به ولو بعد مدة ما لم يقع من الزوج وطء لزوجته بعد اتهامها بالزنا[19].

ماهي المدة التي يجب أن ترفع دعوى اللعان خلالها حتى تكون مقبولة أمام القضاء؟

في الفقه المالكي: بالنسبة لتهمة نسب الولد، إذا رأى الحمل فسكت حتى وضعته فليس له أن ينتفي منه، فإن رأى الحمل فسكت يوما أو يومين فأكثر من ذلك انتفى منه بعد ذلك فإذا شهدت له البينة أنه قد رآه ولم ينكر أو أقر ثم جاء بعد ذلك ينكر لم يكن له ذلك. والحاصل أن العلم بالحمل والوضع ينتفي اللعان معهما بالوطء والتأخير بلاعذر، فإن وجد العذر فله القيام في الجميع (رؤية الحمل أو الوضع) ولو طال الزمان[20].

أما قانونا: فإن المقرر هو نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه بالطرق المشروعة، فالمادتان 41 و42 من قانون الأسرة ليس فيهما نص على المدة التي تقبل فيها الدعوى، لكن إذا رجعنا إلى القضاء فإننا نجده يحكم في هذا الشأن بما هو محدد في الشريعة والاجتهاد والمستقر عليه قضاء، وهو أن مدة النفي لا تتجاوز ثمانية أيام، حيث قضت المحكمة العليا في قرارلها: "المقرر قانونا أن ينسب الولد لأبيه متي كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

المستقر قضاء أن مدة النفي لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه بالحمل وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لاتعتبر دليلا قاطعا ولأن الولد جاء بعد مرور ستة أشهر

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

على البناء. قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض الحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص الحاق النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[21].

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا: من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر ومن المستقر عليه. قضاء أن مدة نفي النسب لاتتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[22].

والملاحظ أن المحكمة العليا لاتفرق في أحكامها بين نفي النسب أثناء الحمل ونفيه بعد الولادة، فهي تتكلم عن وجود نفي الحمل من يوم العلم به أي قبل الولادة ثم تتحدث عن آجال النفي وهي ثمانية أيام (وهو اجتهاد في الفقه الحنفي).

حيث يأخذ (المشرع) بالمذهب المالكي في شق جواز نفي الحمل قبل الولادة وبالمذهب الحنفي في شق آخر وهو مدة نفي الحمل بعد الولادة وقد يبدو هذا تناقضا لكن عند التأمل خاصة بعد الولادة نجده منطقيا كما تم تفصيله.

مع ملاحظة أن الاسراع برفع دعوى اللعان لمجرد العلم بالحمل أو الوضع مسألة واقع لا مسألة قانون وإن كان لابد من استخلاص ذلك بكيفية مستساغة عقلا.

3- **وقوعه بين يدي القاضي أو الحاكم:** لأن إقامة اللعان في كتب السنة كلها كانت بعد رفعه إلى رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) ولأنه لا ينتفي النسب بواسطته إلا بحكم قضائي.

4- **وقوعه في المسجد بحضور جماعة:** لينتشر ويشتهر فيقع به الزجر والاتعاظ لغير الملاعن من النساء فلا تقدم إحداهن على هذا الفعل الشنيع خوف الفضيحة، لما روي عن سهيل بن سعد أن رجلا قال: " يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله؟ فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وفي رواية فتلاعنا وأنا مع الناس"[23].

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

5- صيغته.

أن يكـون بالصيغة المذكورة في القرآن الكريموهي متقاربة عند الجمهور كما ذكر ابن رشد: " إذ يحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني أو أن ذلك الحمل ليس منه، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ماشهد به ثم تخمس بالغضب" هذا كله متفق عليه.

فإذا تم اللعان بين الزوجبين بهذه الصيغة فرق بينهما تفريقا أبديا وترتب عليه نفي النسب عن الأب (الزوج) وألحق المولود بأمه[24].

وحجة الجهور في التفريق بينهما أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض وإبطال حدود الله ما أوجب ألا يجتمعا أبدا، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة[25].

ثالثا: آثار اللعان.

إذا تلاعن الزوجان على الصفة المشروعة ترتبت عليه ما يلي:

1- سقوط حد القذف عن الزوج.

2- سقوط حد الزنا عن الزوجة.

3- قطع نسب الولد من الزوج وانتفاء التوارث بينهما.

4- سقوط النفقة عن الزوجة والولد.

5- وقوع الفرقة بين الزوجين على خلاف في ذلك، وهي فسخ وليست طلاقا بخلاف المذهب الحنفي الذي اعتبره طلاقا بائنا.

6- تأبيد التحريم بينهما على خلاف مع المذهب الحنفي .

المطلب الثاني: نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية:

إذا كان اللعان هو الطريق الشرعي لنفي نسب الولد فإن التساؤل الذي يثار هو: هل البصمة الوراثية بينة يمكن الاستعاضة بها عن اللعان أو تمنع إجراءه إذا أراد الزوج نفي نسب الولد من زوجته؟ وبصيغة أخرى هل يجوز نفي النسب باعتماد الخبرة العلمية عن طريق البصمة الوراثية وبالتالي الإكتفاء بنتائجها إذا جاءت مؤكد لدعوى الزوج أم لابد من اللعان أيضا؟ وما موقف التشريعات العربية عامة وقانون الأسرة الجزائري خاصة من ذلك؟

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية وموقف العلماء من اعتمادها في نفي النسب.

إن البصمة الوراثية وتسمى أيضا ببصمة الحمض النووي ويمكن تعريفها من خلال دورها بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض ADNالمتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"[26]، ومن خلال فحصها يمكن الحصول على دليل نفي قاطع وهي تدخل ضمن الخبرة القضائية التي تعتبر إجراء من إجراءات التحقيق التي يلجأ إليها القاضي لمعرفة رأي المتخصص في شأن من شؤون الدعوى المنظورة التي لا يستطيع القاضي الإلمام بها. وهي من الأمور المستجدة التي اختلفت حولها أراء الفقهاء والعلماء، وإذا استعرضنا وجهات نظر الفقهاء المعاصرين في الموضوع نجدهم اختلفوا إلى أراء يمكن إجمالها فيما يلي

أما الرأي الأول: فقد ذهب إلى أن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينفى إلا باللعان ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان وقد تبنى هذا الرأي أغلب الفقهاء المعاصرين منهم: محي الدين القرهداغي، وعبد الستار فتح الله سعيد، ومحمد الأشقر، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور سعد العنزي والشيخ عبد الله منيع، وهو أيضا قرار مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة في دورته المنعقدة بمكة المكرمة عام 2002 والذي جاء فيه: "لايجوز شرعا إعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان".

الرأي الثاني: ويرى أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بفحص البصمة الوراثية متى تيقن الزوج أن الحمل ليس منه وهو رأي بعض الفقهاء المعاصرين مثل: محمد المختار السلامي المفتى الأسبق لتونس، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور عبد الله محمد.

الرأي الثالث: ويرى أن النسب لاينفى باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تثبت صحة نسبه للزوج ولو لاعن وينتفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قول الزوج وتعتبر دليلا تكميليا وممن قال بذلك مفتي الديار المصرية الأسبق نصر فريد واصل.

الرأي الرابع: ويرى أن نفي نسب الولد للزوج إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية فلا وجه لإجراء اللعان، إلا أنه يجوز للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها وذلك لاحتمال

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

أن يكون حملها بسبب وطء شبهة وإذا ثبت عن طريق البصمة أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف وهذا ماقالت به لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية والدكتور سعد الدين مسعد هلالي[27]، ولكل فريق دليله.

والراجح من هذه الأقوال بصرف النظر عن الأدلة التي استدلوا بها وكيفية توجيهها هو الرأي الأول الذي أيده قرار مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي من أن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفى إلا باللعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية عليه ومما يرجح هذا الرأي:

1- إحتياط الشارع للأنساب وتشوفه إلى ثبوتها أو الاكتفاء في ذلك بأدنى الأسباب فإذا ما ثبت النسب فإنه يتشدد في نفيه.

2- أن الزوج إذا نفى نسب ولده بعد ثبوته بالفراش فإنه لاينتفى إلا باللعان وهو مايقول به عامة الفقهاء ولهذا شرع أن يكون التلاعن في المسجد وأمام الناس لما في ذلك من ردع كبير لمنع التسرع في نفيه بخلاف الاعتماد على البصمة الوراثية وحدها في النفي فإنه سيؤدي إلى استسهال الأمر والاقدام عليه لأتفه الأسباب وهو مايؤدي إلى اضطراب في المجتمع وإلى تفكك الروابط الأسرية.

3- العمل باللعان في نفي النسب أمر تعبدي وامتثال لأمر الله عكس البصمة الوراثية التي تقوم على كشف ومعرفة الحقيقة المجردة فحسب.

4- إعمال البصمة الوراثية دون اللعان ابطال لحكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وهذا مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين، وعليه فإن العمل بها إلغاء لحكم شرعي، وإبطال لدليل نصي لا يجوز إبطاله إلا بدليل مثله وهو أمر غير ممكن لانقطاع الوحي[28].

الفرع الثاني: موقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية عامة والجزائري خاصة من إعمال البصمة الوراثية في نفي النسب.

هناك تشريعات أولت اهتمام لاعتماد الخبرة الطبية (البصمة الوراثية) في نفي النسب منها:

أولا: الكويت: يسمح القانون الكويتي استثناءً باعتماد الخبرة الطبية لنفي النسب في حالات خاصة نظمها القانون رقم61 لسنة1996 بشأن الأحوال الشخصية والمعدل

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

لقانون رقم: 51 لسنة 1984 والمطبق حاليا في دولة الكويت على أحكام النسب في المواد 166إلى 175.

تنص المادة 168 من هذا القانون على أنه: "لايثبت النسب من الرجل إذا أثبت أنه غير مخصب أو لايمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند التنازع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين".

وهذا النص يصدق على الزوج إذا أثبت طبيا أنه غير مخصب أو أنه مصاب بعاهة أومرض يمنعه من إحبال زوجته. ويبقى دائما الحق للمحكمة في الاستعانة بخبرة المسلمين في استجلاء الأمر.

ثانيا: القانون الإماراتي: "يثبت النسب بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش".

وبخصوص نفي النسب: للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك.

ثالثا: مدونة الأسرة المغربية: خلافا لما كان عليه الحال في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لا يحيل المشرع المغربي في مجال اثبات النسب ونفيه على أحكام الفقه الإسلامي أو على البينة الشرعية، بل يشير إلى وسائل إثبات النسب ويشير كذلك إلى الخبرة القضائية دون تحديد.

تنص المادة 153 على أنه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية".

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لايمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

في المادة 158: "يثبت النسب بالفراش أو إقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة سماع، وبكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

والملاحظ هنا أن المشرع المغربي لم يذكر مصطلح البصمة الوراثية بل أشار إلى الخبرة الطبية والتي من ضمنها نتائج تحليل البصمة الوراثية وقد استقر العمل على أن البصمة الوراثية هي المقصودة بالخبرة الطبية لاغير[29].

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

وبالمقابل هناك تشريعات لم تعر أي اهتمام للخبرة الطبية (البصمة الوراثية) في نفي النسب ومنها:

أولا: قانون الأحوال الشخصية السائد حاليا في اليمن: فلم يعر أي اهتمام للخبرة الطبية[30]، المواد 121-131.

ثانيا: قانون الأحوال الشخصيةالعماني: المنظم لأحكام النسب في المواد 70 إلى 79 لم يتحدث عن الخبرة الطبية[31].

ثالثا: قانون الأسرة القطري: النافذ حاليا والمنظم لأحكام النسب في المواد 86 إلى 100 لم يعر اهتمام للخبرة الطبية في نفي النسب[32].

رابعا: موقف قانون الأسرة الجزائري من الاستعانة بالبصمة الوراثية لنفي النسب:

بعد صدور الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم لقانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 09 جوان 1984.

أضيفت إلى المادة 40 فقرة جاءت بما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لاثبات النسب". حيث أخذ المشرع الجزائري بإعمال التحليلات الطبية، ولكن قصرها على اثبات النسب، دون إعمالها في النفي الذي يبقى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحصره في وسيلتين هما:

- إختلال شرط الفراش.
- اللعان.

ونظرا لحداثة هذه التقنية التي كانت نتيجة للتطور العلمي المذهل الذي حدث في المجال الطبي ونظرا لغياب نصوص قانونية صريحة في مسألة نفى النسب باعمال البصمة الوراثية فإن موقف المشرع الجزائري حيال هذه التقنية يمكن استنباطه من اجتهادات المحكمة العليا ومنها:

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

القضية1: قضية (د.ن) ضد (ب.ن) بحضور النيابة.

المبدأ: النسب الثابت بالفراش، لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة.

لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 14/02/2011 أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة المحمدية طالبا إلزام المدعى عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وإجراء تحاليل الحمض النووي ADN على الجنين، فيما أجابت المدعى عليها طالبة استئناف الحياة الزوجية في بيت مستقل أثاثا ومعاشا وطالبت الحكم لها بالنفقة وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في2011/06/05، القاضي باستئناف الحياة الزوجية في بيت مستقل أثاثا ومعاشا وإلزام المدعي بالنفقة ومصاريف العلاج وهو الحكم المؤيد بالقرار المطعون فيه بالنقض.حيث أن الطاعن يثير وجها وحيدا للطعن لتأسيس طعنه.حيث أن المطعون ضدها تطلب رفض الطعن.

وعلية: من حيث الشكل: الطعن مقبول شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من السهو عن الفصل في أحد الطلبات، بدعوى أن الطاعن وبمجرد علمه أمام المحكمة بادعاء المطعون ضدها أنها حبلى منه أنكر نسب الجنين إليه وتقدم بطلب إجراء تحاليل الحمض النووي وهو الطلب الذي أصر عليه وأكده أمام المجلس وأن كلا من المحكمة والمجلس لم يستجيبا له في ذلك مما يعرض القرار للنقض.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس أشاروا في حيثيات قرارهم إلى أن المطعون ضدها حبلى من الطاعن في الشهر الرابع وألزموا الطاعن بمصاريف العلاج ومتابعة الفحوصات الطبية وبقضائهم ذلك يكونون قد ردوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص نفي النسب بتحاليل الحمض النووي وانتهوا إلى رفضه ضمنيا وطبقوا في ذلكصحيح القانون لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج وأن نص المادة 02/40 من

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

قانون الأسرة مقرر للإثبات وليس للنفي، والحال أن النسب هنا ثابت بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.حيث أن مصاريف الدعوى يتحملها خاسر الدعوى وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[33].

القضية 2: قضية (ع.ر) ضد (ق.ن) بحضور النيابة العامة. المبدأ: الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" مقررة لإثباته وليس لنفيه.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 2009/03/08 أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة عين ولمان طالبا إجراء تحليل الحمض النووي لأبنائه الثلاثة (م)-(س)-(ا) وفقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة معللا ذلك بأنه يربطه بالمدعى عليها عقد زواج مؤرخ في 2001/06/06 وأن الأبناء الثلاثة ولدوا خلال فترة الزواج وأنه اكتشف تصرفات لا أخالقية من جانب المدعى عليها وصلت حد الخيانة مما جعله يتأكد يقينا من عدم انتساب الأبناء إليه، فيما أجابت المدعى عليها طالبة رفض الدعوى والتعويض عن الضرر المعنوي وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2009/07/04 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس وهو الحكم المؤيد بالقرار المطعون فيه بالنقض . حيث أن الطاعن يثير وجهين للطعن لتأسيس طعنه. حيث أن المطعون ضدها المبلغة لم ترد على عريضة الطعن.

وعليه:

من حيث الشكل: الطعن مقبول شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، بدعوى أن المادة 546 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على إيداع التقرير المكتوب بأمانة ضبط الغرفة ثمانية أيام على الأقل قبل انعقاد جلسة المرافعات ليتسنى للخصوم الاطلاع عليه وأنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ليس فيه ما يشير إلى احترام هذا الإجراء الذي هو من النظام العام. لكن حيث أنه خلافا لما ورد في الوجه فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن التقرير المكتوب أودع بكتابة الضبط قبل جلسة

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

المرافعة مما يؤكد احترام الإجراء المنصوص عليه في المادة 546 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويكون بذلك الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون، بدعوى أن المادة 2/40 من قانون الأسرة فتحت المجال لقطع دابر الشك حول النسب بالركون إلى الطرق العلمية لإثباته أو نفيه وأنه أمام تمسك الطاعن بإجراء التحليل الطبي بواسطة الحمض النووي وتقديمه شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب فإن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 2/40 المذكورة وعرضوا قرارهم للنقض. لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اثبتوا أن طرفي النزاع بعلاقة شرعية وفق عقد الزواج المؤرخ في 2001/08/06 وأثمرت هذه العلاقة عن الأبناء الثلاثة حال قيام العلاقة الزوجية وأن الطاعن أقر بنسبهم إليه وفق الثابت من الحكمين المؤرخين في24/11/2007 و2008/10/11 ولم يصدر منه نفي بالطرق المشروعة وبالتالي فإن نسب الأبناء الثلاثة ثابت من والدهم الطاعن بالزواج الصحيح بمفهوم المادة 40 من قانون الأسرة وهو بعد الإثبات غير قابل للنفي بالبصمة الوراثية ولا باللعان ولا بأي طريق وأن قضاة الموضوع باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 2/40 من القانون المذكور ورفضهم الدعوى قد طبقوا صحيح القانون لأن هذا النص مقرر للإثبات وليس للنفي والحال وأن النسب ثابت بالزواج الصحيح مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن[34].

القضية3: قضية (ع.ح) ضد (ش.ع).

من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة .ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لاتتجاوز ثمانية أيام. ومتى تبين – في قضيةالحال – أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا ، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثرمن ستة أشهر على البناء وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[35].

الفرع الرابع: التنازع بين اللعان والخبرة الطبية.

كما سبق القول فالخبرة الطبية (البصمة الوراثية) تظل وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا بعد التحقق من شروطها ، وتخضع للسلطة التقديرية للمحكمة في حين أن اللعان هو مخرج للزوج بنص قطعي، يمكن ممارسته دون خضوع لسلطة المحكمة وهو مقدم على الخبرة الطبية وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد التاويل: "... وبذلك تكون الآية نصا قاطعا في وجوب اللعان ويتعين الاحتكام إليها في حال إنكار الزوج ولده، فالاستغناء عن اللعان الذي شرعه الله وجعله السبيل الوحيد لنفي الحمل أو الولد والالتجاء إلى الخبرة الطبية وحده دونها بدعة منكرة ومخالفة واضحة لكتاب الله وتجاوز سافر لحكمه وإعراض عنه..."[36].

وإذا كان الإكتفاء بالبصمة الوراثية والاستعاضة بها عن اللعان لا يجوز فهذا لايمنع الاستعانة بها على اعتبار أنها قريتة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو إبنه وتخلق من مائه، وهذه مصلحة لا شك يدعو إليها الإسلام ويتشوف إليها لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي **الولد للفراش**، ولما فيها من مفسدة اللعان وضرره.

فإن أصر الزوج على طلب اللعان لنفي نسب المولود على فراشه فذلك حق له لا يمنع منه بناء على ماظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون المولود المراد نفيه هو إبنه.

فلا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية دون اللعان على اعتبار أن اللعان ثبت بالوحي وأما البصمة الوراثية فهي محض اجتهاد فيعمل بالوحي ويجري الأمر على الظاهر ولو قامت قرينة تقضي خلاف ذلك.

خاتمة:

إنه مما يلاحظ في إثبات النسب ونفيه مايلي:

أولا: حدد المشرع وسائل إثبات النسب من خلال مقتضيات المادة 41-42 وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وبالخصوص منها أحكام الفقه المالكي، يتضح جليا أن نفي النسب المرتبط بفراش صحيح يتم باللعان وحده.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

ويتضح أن وسائل إثبات النسب وعددها خمسة، وهي أكثر عددا من وسائل نفي النسب، وعددها اثنتان فقط بالإضافة إلى أن الفقه والقضاء قد أحاطا هذه الوسائل الأخيرة بالعديد من الشروط التي هي عبارة عن قيود من شأنها، عمليا أن تضيق كثيرا من نطاقها وأن تشل إعمالها.

وبديهي أن هذا التوسع في مجال إثبات النسب، والتضييق فيما يتعلق بمجال نفيه، يندرج كمبدإ عام في إطار مبادئ الفقه الإسلامي، التي تجعل الشارع دائما متشوفا للحوق الأنساب، وبالتالي حفظ أعراض النساء ما أمكن، من جهة، وحفظ مركز الولد حتى لا يضيع نسبه من جهة.

ثانيا: إذا كانت القاعدة العامة هي أن إثبات النسب لا يحتاج لتأكيده عادة إلى حكم يصدر عن القضاء، اللهم إذا ما نازع فيه أحد من ذوي المصلحة فإن نفي النسب لا يمكن أن يتقرر إلا بواسطة حكم قضائي.

وفي هذا الإطار جاء في قرار للمحكمة العليا: " إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد[37].

ثالثا: لعل مما يؤكد أن القضاء يتساهل في تعامله مع وسائل إثبات النسب، ويتشدد في تعامله مع وسائل نفي النسب، مبدأ فقهي استقر عليه العمل مفاده أن المثبت مقدم على النافي.

رابعا: من أهم القواعد التي يأخذ بها الفقه المالكي، والتي من شأنها أن تصعب نفي النسب من طرف الأغيار، أن هذا الأخير يحاز ومن حازه لا يكلف بالإثبات[38].

خامسا: لعل ليس هناك أخطر من أن ينسب ولد إلى رجل هو غير أبيه الحقيقي أو بالعكس أن ينفى نسب حقيقي عن أب حقيقي لذلك نجد المشرع الجزائري تشدد في أمر إثبات النسب ونفيه، فهو لم يتناول في نصوص قانون الأسرة تقنية البصمة الوراثية ولم يعتمدها القضاء حيث رد جميع طلبات اعتمادها كما في القضايا التي سبق عرضها فلعل ذلك زيادة منه في الحيطة واعتبار الأصل الذي هو الفراش، غير أن ذلك لا يمنع من اعتمادها في بعض الحالات كما إذا قدم الزوج شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب لنفي نسب ولد من زوجته، أوعند ادعاء شخص عنده بينة بنسب

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة، وهذا من شأنه أن يجد حلولا لقضايا كثيرة عرضت ولا تزال تعرض أمام القضاء.

سادسا: إذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد البصمة الوراثية في الاثبات فإن هذه التقنية يجب أن تأخذ مكانتها بقوة أيضا في النفي لأسباب كثيرة أهمها:

1- إن المشرع الجزائري اعتمد المذهب المالكي كمرجع، وهذا الأخير يحيل على إعمال الخبرة باعتبارها أمارة قوية.

قال مالك: "أرى أن يسأل أهل المعرفة عن ذلك فإن كان يولد لمثله يلحق به الولد وإلا لم يلحق به..."(39).

وما قرره مالك يمكن اعتماده وبالتالي الاستعانة بالخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه. على أن يكون ذلك ضمن ضوابط وشروط أهمها:

- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه في النفي.
- صدور أمر قضائي بإجراء الخبرة وبديهي أن يكون ذلك مسبوقا بتأكد المحكمة من وجود دلائل قوية، على غرار ما فعل المشرع المغربي في مدونة الأسرة(40).

2- أن هذه التقنية تتسم بالدقة الكبيرة وليس في هذا ما يخالف أحكام الشريعة الاسلامية.

3- تساعد كذلك على تمييز المختلطين في المستشفيات، أو حال الاشتباه في أطفال الأنابيب، أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث أو الحوادث، أوطفل لقيط، أو حال الاشتراك في وطء شبهة وحصول الحمل، أو عند وجود احتمال حمل المرأة من رجلين من خلال بيضتين مختلفتين في وقت متقارب، كما لو تم اغتصاب المرأة من طرف أكثر من رجل في وقت واحد، أو عند ادعاء شخص عنده بينة بنسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة، وفي حالة تقديم الزوج شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب لنفي نسب ولد من زوجته.

4- إن اللعان يحتكم إلى الوازع الديني لدى المتلاعنين مما يعني أن نتائجه تكون ظنية في حين أن نتائج البصمة الوراثية قطعية والقطع يقدم على الظن، وهذا ليس فيه مخالفة للشرع خاصة مع فساد الذمم والذي كان سببا في ترك اللعان مدة طويلة لتلك العلة ومعلوم أن هذه التقنية لم تكن معروفة آن ذاك(41).

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

5- إذا كان اللعان حالة قصوى لا يلجأ إليها إلا عندما تسد الأبواب في وجه الزوج لإقامة البينة على زنا الزوجة وإذا كان موجب اللعان هو القذف للزوجة بالزنا وهو نوعان أحدهما لغير نفي الولد والثاني لنفي الولد نستنتج أنه يكون لنا مجالان

مجال يعمل فيه باللعان وهو قذف الزوج لزوجته غير الحامل وتكون الشهادات فيه بمعنى الأيمان، ومجال يعمل فيه بالخبرة وهو قذف الزوج لزوجته الحامل أو التي وضعت مولودها وفيه تكون الشهادة بمعنى البينة[42].

الهوامش:

[1]- سورة الفرقان، الآية 54.

[2]- سنن أبو داوود، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، حديث رقم2263 والنسائي، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، حديث رقم 3481.ص.180

3- سورة الأحزاب، آية 05.

[4]- ورد في المادة 40: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالاقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32- 33- 34 من هذا القانون"، كما جاء في المادة41: نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

[5]- ابن منظور، لسان العرب والمحيط، مادة "لعن"، ج13، ص387.

-[6] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص437.

[7]- سورة النور، الآية 6- 7.

[8]- "هذا الحق ليس لأحد سوى الزوج لما له من حق الدخول على زوجته في كل حال ولقربه من تصرفاتها وانطباعاتها، ولا يجوز له الملاعنة بمجرد الشك ما لم يبلغ غالب ظنه، ولا يثبت حق اللعان للزوجة (بدعوى تساوي الحقوق بين الزوجين) لأن الفرق واضح بين زنا الزوج وزنا الزوجة فزنا الزوج لا يستتبعه تحميل زوجته شيئا من غيرها لأن الأمومة تثبت بالولادة، بخلاف زنى الزوجة مع أجنبية فإنه يستتبع إلحاق من يأتي منه بالزوج". أنظر، سعد الدين مسعد الهلال، البصمة الوراثية وقضايا النسب الشرعي، الشبكة العالمية للمعلومات، الاسلام وقضايا العصر، http://islamonline.net

[9]- محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج14، ص396.

[10]- سورة النور، آية04.

[11]- سورة النور، الآية04.

[12]- البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج 14، حديث رقم392، الموطأ، ج4، ص154.

[13]- ابن رشد، بداية المجتهد، القاهرة، دارالكتب الاسلامية، 1983، ط2، ص141.

[14]- سورة النور، آية 04.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

(15)- كما جاء في المادة 41 : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " أي لم ينفه الزوج.

(16)- ابن رشد ، بداية المجتهد ، القاهرة، دار الكتب الإسلامية، ط2، 1983، جزء2 ص117، المدونة الكبرى، ج6، ص114، شرح الزرغان على الموطأ، ج4، ص13.

(17)- الكاساني، بدائع الضائع، ج3، ص246.

(18)- الإمام البيهقي، كتاب السنن، ج7، ص 412.

(19)- عبد العظيم الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج4، ص193.

(20)- أحمد ميارة الفاسي، شرح تحفة الأحكام لابن عاصم، بيروت، دار الفكر، ج1، ص217.

(21)- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحول الشخصية، بتاريخ 23 نوفمبر 1993 قضية (ع.ح) ضد (س.ع). كما قضت المحكمة العليا في قضية (س.أ) ضد (س.د) بالآتي: من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام. ومتى تبين – في قضية الحال – أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة .وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 165408، بتاريخ 1997/07/08، عدد خاص 2001، ص67.

(22)- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم: الملف 165408"الصادر بتاريخ 1997/07/08، منشور بمجلة المحكمة العليا.

(23)- البخاري، مرجع سابق، ج2، ص193. وجاء في قرار المحكمة العليا: نفي النسب واللعان أحوال شخصية تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه – طعن بالنقض لأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر والمولود ولد له أكثر من ثمانية أشهر، وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد. قبول الطعن طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فتنص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، أنظر نشرة القضاة، ملف رقم 172379، قرار بتاريخ: 97/10/28، العدد 54، ص103 وما بعدها.

(24)- عن ابن عمر" أن رجلا أن رجلا لاعن امرأته في زمن الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) وانتفى من ولدها ففرق النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ) بينهما وألحق الولد بالمرأة"، البخاري، ج3، ص281، مسلم، ج4، ص208.

(25)- ابن رشد ، مصدر سابق، ص142.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

(26)- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقها الشرعية، الكويت، مجلس النشر العلمي، دون طبعة، 2001، ص35.

(27)- حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، 2009، ص797.

(28)- محمد التاويل، موقف الشريعة الاسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في اثبات النسب ونفيه، فاس، المغرب، مطبعة انفو برانت، دون طبعة، 2007، ص50- 55.

(29)- في قرار المجلس الأعلى 18 جانفي 2006 والذي جاء فيه: "إذا غادرة الزوجة بيت الزوجية لمدة سنتين ثم ادعت الحمل من حق الزوج نفي نسب هذا الحمل بواسطة الخبرة الطبية إعمالا للمادة 153 من مدونة الأسرة"، كذا القرار الصادر بتاريخ 2006/1/18 في الملف 108 تاريخ 2005/12 تحت عدد 37" أداء الزوج يمين اللعان ورفض الزوجة أداءها بدون مبرر قرائن قوية. يبرر طلب إجراء خبرة طبية. أنظر، محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة الرباط، المغرب، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 2011، ص 318.

(30)- القانون رقم 20 لسنة 1990 بشأن الأحوال الشخصية.

(31)- قانون الأحوال الشخصية رقم 34 لسنة 1978.

(32)- قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006.

(33)- قرار المحكمة العليا، مقرها شارع11ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 828820، قرار بتاريخ 2012/12/13، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد2014، ص324 وما بعدها .

(34)- قرار المحكمة العليا، مقرها شارع11ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر، ملف رقم: 690718، بتاريخ 2012/03/15، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد2013، ص264- 268.

(35)- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 99000، بتاريخ 1993/11/23، عدد خاص، 2001.ص64.

(36)- محمد الكشبور، البنوة والنسب، ص214. الملاحظ بالنسبة للقاوانين التي أعتمدت الخبرة الطبية أنها توفق بين الوسيلتين في الحكم القضائي ففي قضية عرضت على القضاء المصري تتعلق بنفي نسب بنت تم اللعان بين الزوجين بناء على طلب من الزوج. وبعد ذلك أجابت المحكمة طلب الزوجة بالإحالة على الطب الشرعي الذي أثبت عن طريق البصمة الوراثية نسب البنت من الزوج الملاعن، وأمام هذا التضارب عرضت المحكمة القضية على دار الإفتاء المصرية والتي قرت مايلي:

1- يفرق بين الزوجين المتلاعنين فلا يجتمعان أبدا.

2- يثبت نسب الطفلة إلى والدها الملاعن.

أحداث القضية رقم 365 لسنة 1995 شمال القاهرة، نقلا عن المرجع السابق، ص241- 215.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

(37)- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية الملغاة، قسم الوثائق للمحكمة العليا، قرار 15 ديسمبر 1998، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، ص77.

(38)- "طبقا لما نقله الونشريسي عن الإمام مالك من أن الناس في أنسانهم على ماحازوا أو عرفوا به كحيازة ما يملكون...".

(39)- الإمام مالك، المدونة، ج2، ص 445.

(40)- أنظر محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 326- 327.

(41)- محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 322.

(42)- وبهاذا يعمل برأي المالكية القائلين: "بأن الشهادة الواردة في الآية تعني الأيمان"، وبرأي أبي حنيفة الذي يرى بأن اللعان يعتبر في لعن الشهادة.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368