مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري

الأستاذ مصطفى مناصرية[1]

مقدمة

النسب رابطة سامية، وصلة عظيمة، جعلها الله نعمة من النعم التي امتن بها على عباده، ولم يجعلها عرضة للأهواء والنزوات، قال جل من قائل: ﴿**هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا ، وكان ربّك قديرا**﴾[2].

ولأن الله كرم ابن آدم وفضله على سائر خلقه، قال تعالى: ﴿**ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقناهم من الطيّبات وفضّلناهم على كثير ممّن خلقنا تفضيلا**﴾.[3]، فإن من هذا التكريم أن سن له طريقا للتوالد والتناسل يليق بمقامه ويختلف به عن غيره وهو النكاح، وجعل حفظ النسب من الكليات الخمس، لذلك فقد أرست الشريعة الإسلامية أحكاما وقواعد للمحافظة على الأنساب.

والدارس لأحكام النسب يجد أنها تقوم على الاحتياط، حيث إن الفقهاء يترصدون أدنى الأسباب للحكم بثبوت النسب ويتشددون عند نفيه، مبررين ذلك بأن النسب يحتاط له وأن الشارع يتشوف لإثبات النسب لا لانقطاعه، وأن أثبات النسب حياة للولد ونفيه موت له لدرجة أن القارئ بهذا الموضوع يتفاجأ لدرجة، هذا الاحتياط وربما يقول إن هذا الاحتياط مبالغ فيه.

1- أستاذ مساعد بجامعة سعد دحلب -البليدة-
2- سورة الفرقان، الآية 54.
3- سورة الإسراء، الآية 70.

لكنه إذا تعمق في دراسته فإنه يعرف مدى المصلحة التي يريد الشرع تحقيقها، من خلال شمول جميع الأطفال بالرعاية من جهة، وعدم الخوض في الأعراض من جهة أخرى، كما يدرك أيضا مدى التناسب القائم بين مسألتي النسب والعرض في الشريعة الإسلامية.

وانطلاقا مما سبق أردت أن أبرز في هذه المداخلة مظاهر الاحتياط التي وضعها الشرع، التي يراد منها اتصال الأنساب وعدم انقطاعها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري ؟ و التي نلمسها ابتداء بأن جعل للنسب طرقا عدة عند إثباته وطريقا واحدا لنفيه وهو اللعان، و قد قسمت البحث إلى مبحثين هما:

مظاهر الاحتياط في إثبات النسب

مظاهر الاحتياط عند نفي النسب

المبحث الأول: مظاهر الاحتياط في إثبات النسب

يظهر جليا الأخذ بمبدأ الاحتياط للنسب من خلال طرق إثباته من خلال الأحكام و الشروط المتعلقة بطرق إثباته، والمتمثلة في الفراش، الإقرار والبينة، والتي سأتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الفراش

الفراش في الاصطلاح كما عرفه الإمام القرافي بقوله: "إن المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها"[1]. وعرفه من المحدثين عزمي البكري بأنه: "الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين"[2].

وعلة أن ينسب الولد إلى صاحب الفراش مع أن العقل لا يجزم جزما تاما بعيدا عن الشك بصحة ذلك، أن الزوجة صارت فراشا له وتعينت للولادة له، وأن الأصل في أحوال الناس الاستقامة والتزام الحدود الشرعية[3]، و ثبوت النسب بالفراش هو من قبيل الاكتفاء بالأمر الظاهر الذي هو الفراش، بدلا من الأمر الخفي الذي هو الوطء لصعوبة إثباته، لأنه يقع غالبا في غاية الستر والتكتم بعيدا عن العيون، لا يطلع عليه القريب والبعيد، فلو كلف البينة على سببه لضاعت الأنساب[4].

وينبغي الإشارة إلى أن المقصود من الفراش في هذا المطلب، الفراش بصفة عامة سواء كان قائما على أساس زواج صحيح أو ما يلحق به من زواج فاسد إذا تم الدخول، أو كان وطأ بشبهة، ويقوم الفراش على شروط هي:

1- القرافي، الذخيرة، تحقيق أحمد أبو خبزه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج11، ص 323.
2- عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ج3، ص .463
3-محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط1، 1984، ص 355.
4- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت ، د ت، ص228.

أولا: إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد

يثبت النسب بوجود العقد بين الزوجين حال بداية الحمل مع إمكان التلاقي لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد لفراش وللعاهر الحجر"[1]، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مدلول إمكان التلاقي، وانقسموا إلى ثلاثة مذاهب. حيث احتاط الحنفية للنسب توسعوا[2]في ذلك فقالوا: إن الفراش يبدأ بمجرد العقد بين الزوجين ولا حاجة لإثبات التلاقي وهو ممكن عقلا، فلو تزوج مغربي بمشرقية وكانت المسافة بينهما مسيرة سنة وأتت بولد لستة أشهر من العقد لحقه نسبه، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات، ولو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لستة أشهر من العقد لحقه نسبه لأن النسب يحتاط له.

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم إلى اشتراط الدخول الحقيقي، فلا نسب إذا لم يثبت الدخول حال بداية الحمل[3]، وهو رأي يتنافى و مبدأ الاحتياط لإمكان ضياع بعض الأنساب.

بينما تبنى الجمهور[4] من المالكية والشافعية والحنابلة رأيا أكثر وسطية واعتدالا باشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين في العقد الصحيح، فلا يثبت النسب عندهم إذا لم يكن التلاقي ممكنا، لذلك رجحه الكثير من الفقهاء المحدثين[5]، وتبناه قانون الأسرة الجزائري بما ذكر في المادة 41 وعبر عنه بإمكان الاتصال، وحرص على تطبيقه القضاء الجزائري في اجتهاده [6]، أما الادعاء بعدم التلاقي بعد الدخول فلا تأثير له وهو ما تبناه الاجتهاد القضائي بالقول: **" ... 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..."**[7].

أما إذا تعلق الأمر بالعقد الفاسد فإن الفراش يبدأ من وقت الدخول[8]، وهو ما ذهبت إليه المادة 40 من قانون الأسرة حيث إن النسب يثبت من كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

1- رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1375هـ/1956م ، ج 2، ص 1081.

2- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د ت، ج 4، ص 350.

3- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الإمام مالك، الجزائر، ط 1، 1425 هـ/2004 م ، ج4، ص.186

4- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، د ت، ج2، ص120، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق ،ج4، ص296، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت، د ت، ج3، ص 312.

5- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، د ت، ص 388، محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط 1، 1984، ص 357 ، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، ، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 3، 2000، ج 9، ص331، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط 2، 1988، ص675.

6- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم: 99000 قرار بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، 1994،ع2، ص56.

7- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 165408مؤرخ في 1997/07/08 المجلة القضائية، العدد الخاص ، ص67.

8- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ/1979 م، ج3، ص143.

ثانيا: أن يكون الزوج ممن يتصور منه مجيء الولد

فإذا كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه فإن النسب لا يثبت له، ولو أمكن التلاقي بين الزوجين أو تم الدخول وأتت به في المدة الشرعية للحمل، وهذا ما اتفق عليه أهل العلم وإن كانوا قد اختلفوا في تحديد سن البلوغ الذي يأتي منه الحمل فحدده الحنابلة بعشر سنين[1] وقال الشافعية إنه تسع سنين[2].

أما بالنسبة لعدم القدرة على الوطء لعجز كما لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو خصيا[3]، فما ذهب إليه الحنابلة والشافعية أنه إذا كان الزوج مقطوع الذكر والأنثيين أو مقطوع الأنثيين فقط مع بقاء الذكر لم يلحقه نسب الولد لتعذر الإنزال، أما من قطع ذكره فيلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل وكذلك العنين[4].

وسئل الإمام مالك عن الخصي فقال أرى أن يسأل أهل الخبرة والمعرفة، وما كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه[5].

ولم يتطرق العلماء إلى مسألة العقيم، ما يعني أنه يلحقه النسب لأنه لا يجزم بعدم إنجابه، لذلك يلحقه النسب احتياطا، وهو رأي يوافق مدى تطور الطب في زمانهم، أما في وقتنا الحالي ومع التقدم الذي أحرزه الطب، فإنني أرى إمكانية اللجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء في هذا المجال قياسا على ما ذهب إليه الإمام مالك بخصوص مسألة الخصي، فمن كان عقيما لا يرجى شفاؤه اعتبر مثل الصغير، وانتفى النسب منه دون اللجوء إلى اللعان، أما دون ذلك فيلزمه اللعان[6].

ثالثا: أن يكون الولد لمدة يتصور فيها مجيء الحمل من الزوج

وهي مدة محصورة بين حد أدنى وحد أقصى.

أما أقل مدة الحمل فهي ستة أشهر ولا خلاف في ذلك بناء على ما جاء في الآيتين الكريمتين قوله تعالى: ﴿**وحمله وفصاله ثلاثون شهرا**﴾.[7]، وقوله :

1- ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983، ج9، ص53

2 - الشيرازي، المصدر السابق، ج 2، ص 120.

3 - المجبوب هو من استؤصل ذكره وخصيتاه، والخصي هو من نزعت خصيتاه، أما العنين فهو من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، لمرض به، أو كان يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض، سواء كانت آلته تقوم أم لا (ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م ، ج4، ص206-208).

4- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج02، ص 120، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص54.

5- الإمام مالك، المدونة الكبرى، ، تحقيق يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس للنشر، بيروت، ط11، 1408هـ/1988م ، ج 2، ص 88.

6- لمثل هذا الرأي ذهب قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مادته 168 بالقول" لا يثبت النسب من الرجل اذا ثبت ثبت انه غير مخصب ، او لا يمكن ان يأتي منه الولد لمانع خلقي او مرضي ، وللمحكمة عند النزاع في ذلك ان تستعين بأهل الخبرة من المسلمين".

7- سورة الأحقاف، الآية15.

﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرّضاعة**﴾[1] ، وهي مدة نادرة الحدوث إلا أن الاحتياط للنسب اقتضى ذلك، ويلعق الإمام ابن نجيم من الحنفية على هذه المدة فيقول: "فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر، وربما تمضي دهور ولم نسمع فيها الولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف ينبغي نفيه، وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته [2].

وقد ذكر ذلك المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر " والتزم بها القضاء وبنى عليها اجتهاده، فعلى أساس ذلك رفض الاعتماد الشهادة الطبية التي تفيد أن الحمل وقع قبل الزواج[3]، أو الاعتماد على الخبرة ووزن الطفل لنفي النسب[4] ، ما دام أن أن الحمل جاء لأكثر من 06 أشهر، ولم يبادر الزوج إلى نفيه عن طريق اللعان.

أما أقصى مدة الحمل فلم يرد بها نص لذلك عمد جمهور الفقهاء في تحديدها إلى الوقائع النادرة في ذلك الزمان احتياطا لإثبات النسب، فمنهم من قال إنها 04 سنوات[5]، ومنهم من قال 05 سنوات[6] مع أن ذلك يخالف قاعدة فقهية مفادها: الحكم الحكم يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر.

أما في زماننا ورجوعا إلى أهل الخبرة من الأطباء فإن الدراسات في هذا الشأن تشير إلى أن مدة الحمل هي مائتان وستة وستون يوما (266 يوما)، أي تسعة أشهر إلا أربعة أيام، وقد يتأخر الحمل أو يتقدم بأسبوعين من المدة المحسوبة، وهو أمر عادي وقد يتأخر إلى شهر كامل، أما مدة الحمل الطويلة التي تحدث عنها الفقهاء فيسميها الطب الحمل الكاذب، وهي حالة تصيب النساء يمتلئ البطن فيها بالغازات، وتتوقف العادة الشهرية فتعتقد المرأة أنها حامل[7]. أي أن أقصى مدة للحمل هي 10 أشهر وهو المعمول به في قانون الأسرة الجزائري، مع العلم أن الفقهاء المحدثين

1- سورة البقرة، الآية233.

2 ا- بن نجيم، المصدر السابق ، ج 4،ص263.

3- جاء في هذا القرار: "...ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المقررة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء..." المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 99000مؤرخ في 11/23/ 1993، المجلة القضائية، العدد الخاص ، ص64.

4 - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 172379مؤرخ في 1997/10/28 المجلة القضائية، العدد الخاص ، ص70.

5- الشيرازي، المصدر السابق ، ج 2، ص 120. ابن قدامة، المصدر السابق ، ج9، ص65 .

6 - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/2001م، ج2، ص291.

7 - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1995، ص 453.
تشير الدراسات أن مدة الحمل إذا احتسبت ابتداء من بداية الحيضة السابقة للتلقيح تقدر بـ40 أسبوعا (180 يوما) وتقدر نسبة الإنجاب خلال هذه المدة بـ 60% وقد تتأخر الولادة إلى الأسبوع الـ42 بنسبة 25% ، والأسبوع 43 بنسبة 12% والأسبوع 44 بنسبة 03% (نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد 04، ص253-260)

احتاطوا للأمر وجعلوها سنة شمسية وهو المعمول به في القوانين العربية الأخرى، وربما كان الأجدر للمشرع الجزائري تبني ما ذهب إليه العلماء على سبيل الاحتياط.

رابعا: أن لا ينفه بالطرق المشروعة

والطريق المشروع لنفي نسب الولد الذي تأتي به الزوجة هو اللعان، الذي جعله الله مخرجا للزوج كي ينفي به الولد إذا علم أنه ليس منه ولا أفصل في مسألة نفي النسب في هذا المقام بل سأتركها للمبحث الثاني لأتناولها فيه بالتفصيل.

المطلب الثاني: الإقرار

الإقرار في الاصطلاح هو: "إخبار على وجه ينفي عن نفسه التهمة والريبة"[1]

ويثبت النسب بالإقرار بأن يخبر شخص بصلة قرابة بينه وبين شخص آخر وهو نوعان:

1- إقرار الشخص بالنسب على نفسه، وهو إما أن يكون إقرارا بالأبوة أو البنوة.

2- إقرار الشخص بتحميل النسب على الغير، كأن يقول هذا أخي وهذا عمي أو هذا ابن أخي.

ويثبت النوع الأول إذا توفرت شروط هي:

1- أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فمن كان نسبه معروفا لا يقبل فيه إقرار بالنسب لأن النسب الثابت لا يقبل النقل أو الإبطال.

2- أن يصدقه المقر له إذا كان أهلا للتصديق لأن التصديق حجة للمقر لا تتعدى إلى غيره إلا بتصديقه، ولا ينتفي بعد ذلك إذا بلغ الصغير أو أفاق المجنون.

3- أن يكون الإقرار ممكنا بأن يصدقه العقل والعادة، فلو كان عمر المقر مثلا ثلاثون وعمر المقر له خمسة وعشرون فإن الظاهر يكذب المقر في إقراره.

4- أن لا يصرح المقر أن المقر له ابنه من زنا لأن ماء الزنا لا يصلح أن يكون سببا للنسب بناء على قوله عليه الصلاة والسلام: **"الولد للفراش وللعاهر الحجر"**[2].

ومن مظاهر التسامح في ثبوت النسب وتشوف الشارع للحوقها واتصالها فإنه يعتد بالإقرار حتى ولو كان ذلك في مرض الموت[3]. وقد جاء في المادة 44 من قانون الأسرة: "يثبت الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

1 ـ ابن قدامة ، المصدر السابق، ج5، ص271.
2- المقصود بالعاهر هنا الزاني، أما الحجر فيعني الرجم والخيبة والخسران
3 ـ ابن عابدين، المصدر السابق، ج8، ص97.

أما إذا تعلق الأمر بالإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، فإنه يتحقق بتوفر الشروط المذكورة سابقا والمتعلقة بالإقرار الذي منه تحميل النسب على النفس، ويضاف إليها شرط آخر وهو أن يصدقه المقر من حمل النسب عليه، فإذا أقر الرجل بأخوة مجهول النسب فلا يثبت حتى يصدقه الأب .

المطلب الثالث: البينة

ومعناها شهادة الشهود فإذا تعلق الأمر بإثبات الأبوة والبنوة فإن النصاب المعتبر في البينة هي شهادة رجلين عدلين عند المالكية والشافعية[1]، وحجتهم في ذلك أن النسب لا يثبت إلا بشاهدين لقوله تعالى : ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾[2]، أما الحنفية والحنابلة[3] فنصاب الشهادة عندهم رجلان أو رجل وامرأتان.

وبما أن النسب مما يتسامح في إثباته، فقد أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع وجعلوها مما يثبت النسب به، إلا أنهم اختلفوا في تحديد معنى التسامع الذي يثبت به النسب، فقال أبو حنيفة هو أن يشيع الخبر وينتشر، وقال الصاحبان أن يسمعه الشاهد من رجلين عدلين[4]، كما يجوز أيضا شهادة الأقارب فلو شهد أخوان بثالث ثبت نسبه[5]، وهو ما طبقته المحكمة العليا الجزائرية في اجتهادها وكل ذلك يدخل ضمن الاحتياط الذي يقوم عليه نظام إثبات النسب[6].

أما إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة، كأن يكون هناك نزاع بين الرجل وزوجته، أو بين الزوجة والورثة فتدعي الزوجة الولادة وينكر ذلك الورثة، فإن إثبات الولادة في هذه الحالة يحتاج إلى بينة، وقد تساهل الحنفية[7] والحنابلة[8] في ذلك و قالوا يكفي يكفي شهادة المرأة الواحدة وكذلك الأمر إذا كان الخلاف في تعيين جنس المولود كأن تدعي المرأة أنها أنجبت ذكرا ويدعي الزوج أو الورثة أنه أنثى.

و الجدير بالذكر فإن جمهور الفقهاء أجازوا العمل بالقيافة التي تقوم على معرفة فصول الشبه إذا لم توجد بينة مع أنها في الواقع ضرب من الحدس والتخمين، والقائف قد يقول القول ثم يرجع عنه، بل إن الحنابلة أجازوا الاعتماد على وزن الحليب كقرينة مرجحة عند انعدام البينة فقالوا: "وإن ولدت امرأتان ابنا وبنتا، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت، احتمل وجهين أحدهما أن نري

1 ـ القرافي، المصدر السابق، ج9، ص 313، الشافعي، الأم، تحقيق محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، د ت، ج 6، ص 250.
2 ـ سورة البقرة ، الآية 282.
3- ابن عابدين، المصدر السابق، ج3 ، ص545، ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص407.
4- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1406هـ/1986م ، ج 16، ص150.
5- الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ، دار الفكر، بيروت، د ت ، ج 6، ص 103.
6- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 182333، بتاريخ 28 / 10/ 1997، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 42.
7 ـ ابن عابدين، المصدر السابق، ج 3، ص 544.
8 ـ ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص 407.

المرأتين القافة مع الولدين، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به، كما لو لم يكن لهما ولد آخر، والثاني أن نعرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته، وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف، ويعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى"[1].

فكل هذه الأحكام تعبر عن مدى الحرص على لحوق الأنساب واتصالها و عدم تعريضها للانقطاع، حيث يجوز الحكم بثبوت النسب ولو بأدنى دليل على الرغم من مخالطته للشبهة.

المبحث الثاني: مظاهر الاحتياط عند نفي النسب

إذا علم الزوج أن الولد الذي ولد على فراشه ليس ابنه، وأنه ثمرة علاقة غير شرعية لزوجته مع شخص آخر، جاز له نفيه عن طريق ما يعرف باللعان، وفي ما يأتي أتناول تعريف اللعان وشروطه وآثاره.

المطلب الأول: تعريف اللعان

اللعان كما عرفه بعض الفقهاء هو: "حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض"[2]

فاللعان الذي نظمه الشارع الحكيم يكون لسببين وهما الزنا ونفي النسب، فإنني في هذا المبحث، سأركز على اللعان الذي يتأتى منه نفي النسب فقط .

أما من الناحية القانونية، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى اللعان كطريق لنفي النسب بالتفصيل، فلم يذكر شروطه ولا آثاره، واقتصر على الإشارة إليه حسب ما ورد في المادة 41 من قانون الأسرة بقوله: "ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة" والمقصود، من الطرق المشروعة هو اللعان، ثم ذكر في المادة 138 منه قوله: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وهو ما يعني ضمنيا أنه أخذ باللعان كطريق لنفي النسب، لذلك عالج القضاء الجزائري مسألة اللعان حسب ما ورد في المادة 222 منه، التي تحيل إلى الأخذ بالشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص.

المطلب الثاني: شروط اللعان

عمد علماء الأمة إلى إثقال اللعان بعدد من الشروط حتى لا ينتفي النسب إلا في حدود ضيقة مراعاة لمصلحة الولد، فثبوت نسب الولد هو حياة له نفيه قتل له، وهذه الشروط هي:

1- ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص 406.
2- الخرشي ، المصدر السابق، ج 4، ص 124.

أولا: أن تكون الزوجية قائمة عند اللعان

حرم الشارع الحكيم الخوض في الأعراض، وجعل عقوبة رادعة لكل من تسول له نفسه الإساءة إلى شرف وعفة المحصنات دون بينة، كي لا تكون النساء مضغة في أفواه الرجال الذين يريدون التشهير بهن، وجعل البينة في ذلك أربعة شهود[1]، إلا أن الزوج قد يبتلى بزنا زوجته، فلا يجد من البينة ما يدفع به العار والفضيحة عن فراشه ، لذلك شرع اللعان وجعل أمرا مخصوصا بين الزوجين فقط، ليكون فرجا للأزواج وزيادة مخرج لهم، إذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة[2]، وهو ما يعني أنه لا يجوز نفي النسب لولد جاء خلال قيام حالة فراش توفرت فيه الشروط السابق ذكرها، إلا من طرف الزوج وحده.

ثانيا: أن يكون الزوجان بالغين وعاقلين

اختلف العلماء في وضع الشروط المتعلقة بالزوجين إلى فريقين، فذهب المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أن اللعان يصح من كل زوجين بالغين وعاقلين ولا يصح من المجنون والصبي، ويصح لعان الأخرس والمملوك والمحدود في قذف، ويصح لعان النصرانية تحت المسلم ولعان اليهودية تحت المسلم، ويصح لعان الكافرين إذا رضيا بحكمنا، أما الحنفية فقد ضيقوا من دائرة من لهم الحق في اللعان واشترطوا العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنطق وعدم الحد في قذف[6].

ثالثا: أن لا يقر الزوج بنسب الولد

يجب أن لا يقر الزوج بنسب الولد قبل اللعان ، فإن بادر الزوج إلى الإقرار بنسب الولد ثبت نسبه، وأصبح غير قابل للنفي، وبالتالي يسقط حقه في النفي، ولا يشترط أن يكون الإقرار صريحا، بل يمكن أن يكون ضمنيا بأعمال تدل على ذلك، ومن أجل ذلك اتفق الفقهاء على أن قبول الزوج للتهنئة بالولد من الناس يعتبر إقرارا منه بالولد، فلو هنئ الزوج بالولد فأمّن على الدعاء، أو قال أحسن الله إليك، أو جازاك الله خيرا، أو بارك الله فيك عد ذلك إقرارا بالنسب[7]، وكذلك لو بادر بشراء الألبسة للولد أو بادر إلى المصالح الإدارية لتسجيل اسمه.

كما ذهب الجمهور إلى أنه على الزوج أن يسارع إلى نفي الولد عنه بعد علمه بالولادة أو الحمل دون تأخر ولو ليوم واحد، إلا إذا كان هناك عذر، فإن تباطأ الزوج في نفي الولد يعد بمنزلة الإقرار بالولد مما يسقط حقه في اللعان.

1- الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار لتونسية للنشر، تونس، المدرسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ج18، ص164.
2- القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت ، ج 12، ص 265.
3- القرافي، المصدر السابق ،ج4 ،ص294.
4- الشيرازي، المصدر السابق، ج2 ص124.
5- ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص05 .
6- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط1402،2هـ/ 1982، ج 3، ص 242.
7- ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص 50.

وبخصوص اجتهاد المحكمة العليا فيما تعلق بالتعجيل بنفي النسب فقد حددت هذه المدة في قرار له بأن ترفع خلال يوم واحد[1]، إقرارا لما ذهب إليه الجمهور، وثم توسعت في تحديد المدة استقر اجتهادها بعد ذلك على اعتبار مدة الثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا[2]، وهو اجتهاد غير نابع من أحكام الشريعة، لذلك كانت تعبر في قراراتها بالقول: " ...**من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام..."**،كما حرصت المحكمة العليا على الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بصاحب الدعوى إذا كان هناك عذر منع الزوج من رفع دعوى اللعان في الوقت المحدد، وفي ذلك وافقة لما ذهب إليه الفقهاء[3].

رابعا: أن يغلب على الزوج أن الولد ليس منه

ذهب فقهاء المالكية [4] والشافعية[5] إلى أنه يجب أن يتوفر اليقين لدى الزوج أو أو يغلب ظنه أن الولد ليس منه، فلا يقوم على حجج واهية، قال عليه الصلاة والسلام: "...و **أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين** "[6]ويرتكز ذلك على قرائن تدعم ما ذهب إليه ويمكن إجمالها في:

1- إذا لم يطأ الزوج زوجته أصلا، بأن يكون قد عقد عليها ولم يطأها وجاءت بولد، أو يكون قد وطأها وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الوطء.

2- أن يكون قد وطأها ثم استبرأها بحيضة بعد الوطء أو بوضع الحمل، ثم جاءت بولد بعد ستة أشهر من الاستبراء، وتشدد المالكية في ذلك بأن يكون الاستبراء بثلاث حيضات[7].

3- أن تأتي بحمل بعد الوطء لمدة تفوق المدة القصوى للحمل.

1- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص 89.

2- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 99000، بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 64، المحكمة العليا، غ أ ش، القرار رقم204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 82، المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 165408، بتاريخ1997/07/08، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص67، المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 172379، بتاريخ1997/10/28، ، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص70.

يقترب هذا الاتجاه القضائي من مذهب الأحناف حيث روي عن أبي حنيفة أنه حددها بثلاثة أيام، وقيل إنه حددها بسبعة، أما الصاحبان فقد وقتاها بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما (الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 246)

3- حيث جاء "من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة و من ثم فإن القضاء بما يخالف دلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية "(المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 76343 بتاريخ1990/07/16 ، المجلة القضائية، 1991 ،عدد3، ص75).

4- الخرشي، المصدر السابق، ج 2، ص .426

5- الشيرازي، المصدر السابق، ج 2، ص 121.

6- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1371هـ/1952م ، ج 1، ص .525

7- القرافي، المصدر السابق، ج 4، ص 287.

ولا يجوز أن يعتد الزوج في النفي على الشبه بأن يأتي الولد غير مشابه له رغم أن الاعتماد على الشبه في الإثبات جائز

خامسا: أن يتم اللعان في المسجد

حيث يجب أن يتم اللعان في أقدس مكان فإن كان في مكة فيجب أن يكون عند الكعبة وإن كان في غير ذلك فيجب أن يكون في المسجد العتيق ويستحب أن يكون في يوم الجمعة و أن يكون بعد صلاة العصر ليصادف ساعة الإجابة و أن يحضره جمع من الناس، والهدف من ذلك تقديس اللعان التغليظ والتشدد فيه حتى لا يقدم عليه كل من هب ودب

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي الجزائري أن إجراء اللعان في المسجد العتيق شرط جوهري لترتيب آثاره، فلا يتم في المحكمة[1]

المطلب الثالث: آثار اللعان

يتعلق باللعان آثار ثلاثة وهي: سقوط الحد عن الزوجين، و وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين، و انتفاء نسب الولد من الزوج ولحوقه بأمه فقط، مع والجدير بالذكر أن انتفاء نسب الولد لا يؤدي إلى سقوط آثار النسب كلها ، حيث تبقى بعض الآثار قائمة، خاصة ما تعلق بالشهادة والزكاة والقصاص والنكاح ، وكذلك عدم لحوقه بالغير إذا ادعى أحدهم أن الولد المنفي ابنه، وتسقط الحقوق المالية المتعلقة بالإرث والنفقة[2]، وإذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان وأراد استلحاق الولد، فإنه يلحقه و يثبت نسبه منه ويقام عليه الحد[3] فهناك قاعدة فقهية تقول الإقرار بعد النفي جائز والنفي بعد الإقرار غير جائز .

الخاتمة

الدارس لأحكام النسب في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القضاء الجزائري يجد أنها مبنية على الاحتياط في إثباتها والحرص على اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، لذلك فإنه أوجدت طرق عديدة إلى إثباته، وقد ترجم الفقهاء من خلال هذه الطرق مقصد الشارع وغايته فحكموا بثبوت النسب بأدنى دليل ولو كان فيه شبهة، ومن ذلك أن ثبوت النسب بالفراش مع انه حكم بالظاهر ولا يقوم على يقين، كما يثبت النسب بالإقرار إذا توفرت شروطه دون حاجة للتحقق من مدى صدقه، ومن الفقهاء من أجاز ثبوته بشهادة المرأة الواحدة ومنهم من حكم بثبوته بالقيافة مع أنها تقوم على حدس وتخمين .

1- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 172379بتاريخ 1997/10/28 المجلة القضائية ، العدد الخاص، ص70.
2- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق ، ج4 ، ص197 .
3- الكاساني، المصدر السابق، ج3، ص248، ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص25، القرافي، المصدر السابق، ج4، ص.299

وفي المقابل فإنهم تشددوا في أحكام نفي النسب بأن جُعل له طريق واحد وهو اللعان ، وأثقلوه بالشروط الكثيرة حتى لا يكون نفي النسب طريقا يسلكه كل من هب ودب، فلا يلجأ إليه إلا المضطر الذي لطخ فراشه ولم يجد ما يدفع به عنه النسب الزائف، وفي ذلك حكمة جليلة ابتغاها الشارع تقوم على الاحتياط في الأنساب وعدم الخوض في أعراض الناس، والملاحظ أن قرارات المحكمة العليا تبنت ما ذهب إليه الفقه الإسلامي اعتمادا على أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي هذا السياق نقترح تقنين أحكام اللعان، لتكون أكثر وضوحا للقضاة و المتخاصمين خاصة في ظل إدخال الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب، والمتمثلة في البصمة الوراثية، حيث يجب التقيد بالضوابط والشروط التي وضعها الفقهاء في ذلك.