

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد

تلمسان

كلية الحقوق



أحكام النسب و طرق إثباته
دراسة مقارنة
بين القانون الجزائري و القانون الموريتاني

مذكرة لنيل شهادة الماجستير

في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

إعداد الطالب:

تشوار جيلالي

محمد ولد عال ولد محمياي

أعضاء لجنة المناقشة :

د/ قلفاط شكري، أستاذ التعليم العالي، رئيسا

د/ تشوار جيلالي، أستاذ التعليم العالي، مقررا

د/ مامون عبد الكريم، أستاذ محاضر، جامعة تلمسان، عضوا

د/ تشوار حميدو زكية، أستاذة محاضرة، عضوا

السنة الجامعية 2007-2008

كلمة شكر وتقدير

اللهم على وسلم على سيدنا محمد صاحب الشريعة والبرهان. وبعد فقد وجدت نفسي ملزما بمبادرة تسجيل شكري الخالص لأخي وشقيقي وأستاذي الدكتور تشوار جيلالي، لقبوله الإشراف على هذه الدراسة والذي أثار لي سبيل البحث بتأطيره المتميز، وبرعايته العلمية وتوجيهه المنهجي وملاحظاته القيمة، وعلى الدور الفعال في إخراج هذه الدراسة إلى ما هي عليه.

وباعتبار هذه الدراسة بالنسبة لي تمثل وضع الحجر الأساسي لمرحلة البحث فسيظل معي اختبار قدوة في مسيرة البحث العلمي.

وكما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا إثراء هذا البحث.

دون أن أنسى الأساتذة الذين شاركوا في تأطيرنا، وكل أفراد الأسرة العلمية بهذه القلعة التي كانت ولا زالت رباطا للعلم تؤتي من كل فج عميق، وكذا القائمين على مكتبة الحقوق وخاصة أبو مدين.

ولا يفوتني كذلك أن أرفع شكري وتقديري إلى رئيسي كل من المحكمة العليا في الجزائر ونظيره الموريتاني على ما وفراه من تسميلات خلال ترددي عليهما.

والشكر موصول إلى رئيس قسم الوثائق بالمحكمة العليا في الجزائر.

محمد ولد عالي

إهداء

أهدى ثمرته عملي هذا إلى أئمتي وأطفء وأمن وأنبئ شخص إلى قلبي،
إلى من لم تبخل بشيء، نحوي وتحملت أعباء الحياة من أجل راحتي وتكويني
والدتي العزيزة السالك منة عالي أطل الله في عمرها، إلى منبع الحب
والعطاء الكريمين أخوي سيديا ولد عالي وشيخن ولد الداه حفظهما الله
وإلى جميع أفراد الأسرة أهدى .

إلى من أكن لهم المحبة والتقدير زملائي الطلبة هنا في تلمسان وفي
بني مسوس وخص بالذكر صديق العزيز الدكتور زيدان ولد سيداتي،
وكذا محمد لمين ولد العالم و شيخن ولد الشيخ.

قائمة المختصرات

- ج: جزء
- م.أ.ش.م : مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية
- م.ق: المجلة القضائية
- ص: صفحة
- ع : عدد
- ع.خ: عدد خاص
- غ.أ.ش.م : غرفة الأحوال الشخصية و الموارث
- غ.م.أ: الغرفة المدنية و الاجتماعية
- غ.م.ج : الغرفة المدنية و الاجتماعية
- غ. مع: الغرف الجمعية
- ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري
- ق.م.م.ت.أ.م: قانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني
- ق.أ.ع.م : قانون الالتزامات والعقود الموريتاني

LISTE DES ABREVIATIONS

- C.O.C. : Code des Obligations et des Contrats
- OP. Cit : Œuvre précitée.
- P : page.
- R. : Revue.

مقدمة

تعد العلاقة بين الرجل والمرأة هي المبنى والأساس الذي تقوم عليه الحياة الإنسانية المتكاملة عمارة للكون وتحقيقا لخلافة الله على الأرض مصداقا لقوله تعالى "وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً"¹.

ولقد تميزت هذه العلاقة - عن غيرها - لخصوصيتها بنظام معين يجسد تكريم الإنسان على سائر المخلوقات، إذ قال تعالى " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا "². وهذا الأخير، هو الزواج الذي اختاره الله للإنسان منذ أن خلق آدم وحواء وأسكنهما الجنة، مصداقا لقوله تعالى " وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا "³.

ولقد ظل هذا النظام يساير مسيرة ذريتهما ويتطور بتطورهم⁴، رغم اختلاف مفهومه من تشريع لآخر. فبينما يرى البعض أن عقد الزواج مجرد عقد رضائي بين رجل وامرأة، بهدف إقامة حياة مادية، تجسد تبادل المساعدة والرعاية وإشباع الرغبة الجنسية، غير أن التشريعات الإسلامية ترى بقدسية هذا النظام وشرفه على سائر الروابط التي يمكن أن تنشأ بين الرجل والمرأة. وعلى هذا الأساس أُحيط بعناية بالغة وجُعل ميثاقا غليظا⁵ مصداقا لقوله تعالى " وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَلِيظًا "⁶.

¹ سورة البقرة، الآية 30.

² سورة الإسراء، الآية 70.

³ سورة البقرة، الآية 35.

⁴ أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 1996، ص. 18.

⁵ أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص. 3.

⁶ سورة النساء، الآية 21.

وهذه العناية جعلت منه أبعادا دينية وديوية، ويجسد ذلك كونه السبيل الوحيد الذي يمكن أن تقوم عليه أسرة تجمع بين رجل وامرأة، أساسها المودة والاحترام والتعاون وإحسان الزوجان، والمحافظة على النسل، حيث قال تعالى "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" ¹.

وأهم ما يميز هذه العلاقة ويضفي عليها الأهمية القصوى، تلك الثمرة الناشئة عنها والمتمثلة في الأولاد الذين يشكلون البناء الاجتماعي في هذه الحياة لأن حاجة الإنسان إلى النسل جعلها الله فطرية حتى يظل السعي إليها، يضمن عمارة الأرض بعد أن أُوكلت إلى الإنسان خلافة الله على ظهرها. ويجسد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة" ².

ومما لا شك فيه، أن أهم حق يكتسبه النسل الذي يمثل ثمرة الزواج، هو النسب، لما يترتب عن هذا الأخير من حقوق للفرد وللمجتمع ككل، ولأنه هو العمود الفقري الذي يشكل التوازن داخل الأسرة وخارجها اتجاه المجتمع، بحيث يكون أي خلل مسه يؤدي لا محالة إلى انهيار الأسرة وقطع وشائج الروابط بين أفراد المجتمع.

وقد كان النسب يُحظى بأهمية كبرى عند العرب، فقد كانوا يتفاخرون بأنسابهم وسلالتهم العرقية، يقول ابن خلدون "وليس يوجد من أهل الخليقة شرف متصل في آبائه من لدن آدم إليه، إلا ما كان من النبي صلى الله عليه وسلم، كرامة به وحياطة على السر فيه" ³.

¹ سورة الروم، الآية 21.

² رواه الإمام أحمد عن أنس، مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 100.

³ أنظر، ابن خلدون، المقدمة، دار التونسية للنشر، 1984، ص. 176.

هذا وقد حرص الإسلام على حماية النسب من خلال تنظيم علاقة الأسرة على الأساس الطبيعي لها، وانتشالها من الفوضى الجنسية التي تؤدي إلى هدم الأسرة وطمس هوية الإنسان.

ومن أجل تحقيق هذا المقصد، حرم الزنا، لا لكونه فاحشة وممارسة حيوانية فحسب، بل كذلك لأنه أحد أهم الأسباب، أو السبب الوحيد الذي يؤدي إلى طمس نسب الأطفال، وضياعهم، وحدد له عقوبة صارمة وزاجرة تتناسب مع خطورة هذه الجريمة، وذلك في قوله تعالى "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ" ¹.

كما أنه حرم التبني لما يمثل هذا الأخير من اعتداء على هوية الطفل، بإدخاله بيتا غير بيت أصله، الأمر الذي له انعكاسات وخيمة على مستقبل الطفل وخاصة عندما يعلم بعد بلوغه بواقعة التبني قد يسبب له هذا الأمر صدمة لا يُدرى مداها، قال تعالى "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ" ².

على هذا الأساس اعتبر العلماء النسب من الكليات الخمسة التي تجب المحافظة عليها، لذلك وضعوا ضوابط محكمة بهدف حماية بني الإنسان، وصيانة حقوقهم، لأن النسب ليس هدفا في حد ذاته فحسب، بل هو حماية وضمانا لحقوق الولد، كالفقعة والحضانة والإرث، وحرمة المصاهرة.

ولقد ظل النسب كغيره من مسائل الأحوال الشخصية في الجزائر يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية حتى عهد الغزو الاستعماري سنة 1830³، حيث ترتبت على هذا التغيير في سياسة الدولة مساعي لدى المستعمر في إدخال بعض التعديلات على أحكام الفقه الإسلامي والأعراف السائدة،

¹ سورة النور، الآية 2

² سورة الأحزاب، الآية 5

³ أنظر حميد زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص 14 .

عوضا عن ذلك بأحكام القانون الفرنسي . فبعد صدور المرسوم في أول أوت 1902 المتعلق بالولاية ، صدر القانون المؤرخ في 02 مايو 1930 والذي حدد فيه سن الزواج، وأخيرا المرسوم 19 مايو 1931 المتعلق بالطلاق والميراث. ورغم المحاولات من طرف المستعمر لتدنيس الأحوال الشخصية، إلا أن الشعب الجزائري ظل يحافظ في معاملاته على أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يتعلق بالزواج وآثاره كالنسب والإرث ...وفي هذا الشأن قام العميد "مارسال موران" سنة 1916 بوضع مشروع تمهيدي لقانون الأحوال الشخصية¹. وهكذا صدرت عدة مراسيم في هذا الموضوع إلى غاية الأمر رقم 29 /59 الصادر في 04 فبراير 1959 المتضمن تنظيم الزواج وآثاره. وعندما حصلت الجزائر على الاستقلال وألغت النصوص القانونية الموروثة عن المستعمر، وذلك بموجب الأمر رقم 73 /29 المؤرخ في 05 جويلية 1973 و ابتداء من 1 جويلية ، ظهرت بعد ذلك الحاجة الملحة إلى وضع تشريع جديد.

وعلى هذا الأساس ولأول مرة ولد قانون الأسرة الجزائري، وذلك بموجب القانون رقم 11/84 الصادر في 09 جوان 1984، وبموجبه تم توحيد الأحكام المتعلقة بالأسرة، بما في ذلك موضوع الدراسة. لكن ورغم تلك الجهود، إلا أنها لم تسلم من ظهور بعض النقائص خاصة عند التطبيق، طالما كان الأمر يتعلق بالطفل وحقوقه، مما دفع بالمشروع إلى تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 مؤكدا في ذلك عزمه على الأخذ من التطورات العلمية، في مجال التأكد من الأبوة، والاستفادة من وسائل الحمل المعاصرة من أجل كسر طوق العقم. هذا عن الجزائر.

أما في موريتانيا فإن الحقيقة التي يقف عليها المتبع للسجل التاريخي لهذا البلد، تكمن في تلك العروة الوثقى القائمة في العلاقات بين الشعب الموريتاني والشريعة السمحاء، حيث كانت هذه

¹ انظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص.15.

الأخيرة هي الضابط¹ في المعاملات، بصفة عامة والأحوال الشخصية بصفة خاصة لدى الشناقطة. وما إن شاءت الأقدار إلى أن فرضت على حرياته -التي استلهمها من روح دينه ومن رحاب شريعته- قيودا تغلها وتحد من آفاقها، أتى بها المستعمر الفرنسي.

لكن رغم محاولاته، فإنه لم يتمكن من أن يخرق ذلك الحصن المتين الذي كان يحتمي به الشعب الموريتاني. وهكذا لم يعد لموريتانيا خلالها تشريعا مدونا خاصا بمسائل الأحوال الشخصية، حيث كانت أحوال الأسرة، ومن بينها موضوع النسب تخضع إلى الأحكام الواردة في الكتب الفقهية. وكان المذهب المالكي هو المعتمد لدى القضاة في أحكامهم لأن القاضي كان يعتمد في أحكامه على متن الشيخ خليل، والمدونة الكبرى للفقيه سحنون... ونوازل الشنقيطي، وتحفة بن عاصم الغرناطي...، وحتى بعد أن نالت موريتانيا استقلالها في 28 نوفمبر 1960 لم يكن هناك فراغا تشريعا فيما يتعلق بقضايا الأسرة بما في ذلك مسألة الأبوة، وظلت هذه الأخيرة تنظم كما كانت قبل الاستقلال. ويظهر ذلك مما قضت به المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية لسنة 1984 حيث نصت على أنه "تنظر المحاكم المختصة في جميع النزاعات المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية والمالية والقضايا المدنية والتجارية والإدارية وتحكم فيها بمقتضيات الشريعة الإسلامية".

لكن ومع ذلك كانت هناك جهود ومساعي من أجل جعل قضايا الأسرة في نظام قانوني، رغم المعارضة الكثيرة لهذا الطرح.

ولأول مرة وُلد مشروع قانون الأسرة الموريتاني لعام 1986، إلا أن هذا الأخير لم يكتب له النور حتى صدور مدونة الأحوال الشخصية لسنة 2002 والتي استمدت هذا الاسم من المدونة

¹ أنظر نعمان غزات الطباخي، مدى تعلق القوانين الموريتانية بمقتضيات الشريعة الإسلامية، المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد، مايو 1987، العدد الثاني، ص 18.

الكبرى للفقهاء سحنون، عل ذلك يشفع لها عند الطرف الآخر الذي كان يعارض تقنين موضوع الأحوال الشخصية. وأعتبرت أول تقنين وضعي لمادة الأحوال الشخصية بما في ذلك موضوع الدراسة.

وبهذا يُعرّف النسب لغة بأنه مشتق من مصدر الانتساب، وقيل هو في الآباء خاصة.

وتنسب، أي ادعى أنه نسيبك، يقال القريب من تقرب لا من تنسب¹.

ويلاحظ أن الفقهاء لم يعرفوا النسب، حيث اكتفوا بمعالجة الأمور التي من شأنها أن تضمن نقاءه بما في ذلك قاعدة الاحتياط في النسب الذي يجسدها اعتباره يثبت في الأنكحة الباطلة والفسادة.

وبالمقابل، وضعوا طرقاً لنفيه حتى لا يُحمل شخص على آخر لا علاقة بينهما، بهذا يكون تعريف النسب اصطلاحاً هو "سلالة الدم أو رابطة سلالة الدم التي تربط الإنسان بأصوله وفروعه، وحواشيه"².

وعلى هذا الأساس وضع الشرع والتشريع ضوابط لإلحاق الولد بأبيه من خلال ما نتج عن زواج صحيح اعتماداً على قاعدة الولد للفراش، ويلحق بهذه الأخيرة ما نتج عن شبهة تدرأ الحد، ابتغاء المحافظة على الولد من الضياع.

لهذا تثار مشكلة حول طبيعة العلاقة الزوجية في حد ذاتها وما يمكن أن يلحق من نسب،

وبتعبير أدق: هل العلم بفساده له تأثير على حقوق الولد؟

¹ أنظر ابن منظور، لسان العرب، ط 4، دار صادر، بيروت، 1994، ص 755-756
² أنظر أحمد حمد، النسب في الشريعة والقانون، ط 1، دار العلوم، الكويت، 1983، ص 73.

هذا من جهة، ومن ناحية أخرى، ورغم تعدد وسائل الإنجاب - بعدما كان يقتصر على العملية الطبيعية بين الزوجين-الذي بات يتطلب تدخل عنصر ثالث يتابع عملية الإخصاب (الطبيب) إلى غاية تحقيق الهدف، فإن هذا الأخير، والذي نجم عنه حصول الولادة، يثير مشكلة لا حول نسب هذا المولود فحسب، بل مشروعية العملية في حد ذاتها. ولكن أمام تعدد معنى الأبوة والأمومة الذي أصبح يتضاعف بفضل التقدم العلمي بشكل يطرح سؤالاً حول ماهي الأم وما هو الأب الشرعيين؟ وما هو الإقرار الذي يفصل في ذلك؟

والأمر لا يتوقف عند تحديد النسب، بل يتعداه إلى طرق إثباته عند الإنكار، وهنا يُثار التساؤل حول ما إذا كان يُرجع في هذا الأمر إلى النصوص القانونية المنظمة لنسب المولود الشرعي الناجم عن الاتصال الطبيعي؟

وهل يمكن استبعاد هذه الأخيرة وجعل محلها ما توصل إليه العلم الحديث في مجال الهندسة الوراثية، والتقدم الطبي.وهنا تُعتمد طريقة تحليل الدم والبصمة الوراثية كحل لمشكلة إثبات الأبوة أو نفيها؟ سواء كان هذا المولود من اتصال جنسي مباشر عن شبهة أم وُلد على حد لا يُتصور وصول مدة الحمل إليه، أم أنه ناجم عن التلقيح الاصطناعي؟

وبهذا يظهر أن نسب الطفل لا يطرح مشاكل فقط أثناء الحياة الزوجية والتي قد تنقطع لسبب ما، بل الأمر يتعدى ذلك لما يطرح من مشاكل حتى بعد انقضاء هذه العلاقة، وطبيعة انقضائها لما يطرح من مشكلة حول مشروعية السعي إلى النسل بعد انقطاع العلاقة الزوجية سواء بالموت، أم بالطلاق، بعد أن أصبح التقدم العلمي يملي معطيات جديدة لذلك، كتخزين الحيوان المنوي والإنجاب بطريقة الأنابيب.

كل ذلك يجعلنا نتساءل عما إذا كان واضعو قانوني الأسرة الجزائري والموريتاني قد وُفقا في هذا الأمر وخاصة حماية نسب الولد؟ أم أن الأمر لا زال يحتاج إلى مزيد من إعادة النظر؟ وبناء عليه، فقد استقر بي الرأي على ألا نحصر الموضوع في منهج واحد، حيث اعتمدت على المنهج التحليلي في طرح مفاهيم أحكام نصوص الزواج والطلاق والنسب وشرحها عرض موقف الفقه والقضاء. كما استندت إلى المنهج المقارن في عرض موقف القانون والقضاء للمقارنة.

وللإجابة على التساؤلات المطروحة وغيرها، سنتطرق في الفصل الأول إلى الجانب الموضوعي، مع بيان ذلك شرعا وتشريعا، لنتقل في الفصل الثاني إلى الجانب الإجرائي لإثبات النسب ويتم ذلك بالاعتماد على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون القديم والمعاصر، وكذا بالرجوع للتشريعين الجزائري والموريتاني، محاولين إجراء مقارنة بينهما.

الفصل الأول: أحكام النسب

الفصل الثاني : طرق إثبات النسب.



الفصل الأول أحكام النسب

يعتبر النسب من أهم المواضيع التي تناولتها نصوص الأحوال الشخصية في كل من التشريع الجزائري ونظيره الموريتاني، ولقد حاول المشرع من خلال نصوص هذه القوانين، وضع أحكام تكفل حماية نسب الأطفال من جهة أبائهم طالما أن الأمر لا يحتاج إلى ذلك من جهة الأم في نظره. فأعتبر المشرع أن النسب من أهم النتائج التي تترتب عن الزواج و الطلاق معا¹. وهذا الارتباط الذي وضعه بين النسب وعلاقة الزواج، بحيث جعل الثاني سببا للأول²، أستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي اهتمت بالأولاد الذين يأتون من نتائج هذا الميثاق الغليظ، فقد أولى الشارع النسب أهمية كبرى كما في قوله تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا"³. ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب فإنه لا يعترف الشرع الإسلامي بنسب من جهة الأب خارج ما هو بناء على علاقة زوجية مهما كانت طبيعتها، ومن ثم فإن من ثبت نسبه بواسطة الزواج كان صحيحا وبالتالي فهو غني عن إثباته بواسطة أخرى.

وإذا كان الحكم في الاصطلاح هو خطاب الشرع الذي يقتضي تقرير حق ما، فإنه في مجال النسب هنا هو الأساس الموضوعي الذي بنا عليه المشرع أحكام النسب، وهذا الأساس يتجلى بوضوح في اعتماد الزواج الصحيح كضابط أساسي لثبوت النسب (المبحث الأول) ثم إلى ما يلحق بالزواج الصحيح كالأناكحة الفاسدة والباطلة ودورها في إحياء الولد ومن ثم في ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح (المبحث الثاني).

¹ أنظر، بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005، رقم 3، ص. 35.
² أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، العدد الثالث، ص.4.
³ سورة الفرقان، الآية 54.

المبحث الأول

ثبوت النسب بالزواج الصحيح

ويقصد بالزواج لغة الضم والتداخل ، إذ يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض ويقصد به كذلك ارتباط الرجل بالمرأة ، وتدل كلمة Mariage في الفرنسية على نفس المعنى أي الضم والدمج والتجانس ، أما اصطلاحا فيقصد به في الفقه الإسلامي ، العقد الذي يرتبط بموجبه رجل بامرأة على الوجه الشرعي قصد تحقيق الغاية التي حددها الشارع منه¹.

والزواج الصحيح يعني في نظر المشرع الجزائري، هو ذلك الزواج الذي حصل فيه ركن الرضي المنصوص عليه في المادة 9 ق.أ.ج وكذلك الشروط التي ذكرها المشرع في المادة 9 مكرر و المادة 23 و ما بعدها.و بهذا يكون الرضي وحده هو أساس لقيام الزواج أما غيره فيكون شرطا حسب المواد أعلاه.

بينما لم يأخذ المشرع الموريتاني بهذا الرأي إذ يرى بصحة الزواج إذا توفر له أركان أربعة هي : الزوجان ، و الولي ، و الصيغة ، و الصداق وفقا لأحكام المادة 5 من المدونة.

¹ وتوجد عدة تعاريف للزواج في الفقه الإسلامي من بينها، عقد يفيد حل إسمتاع كل من المتعاقدين بالآخر على الوجه المشروع. كما يوجد من عرفه بأنه، العقد الذي يرد على ملك المتعة قصدا. و هناك من أجمع بين التعريفين بقوله، هو العقد الذي وضعه الشارع يفيد حل إسمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع و على سبيل القصد. و لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، أنظر، أحمد شاه الدهلوي، حجة الله البالغة ضبطه ووضع حواشيه محمد سالم هاشم، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة، 1995، ص.233؛ عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (الزواج) ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة 1 ، 1984 ، ص.9.

بمعنى أنه إذا كان الزواج كامل الأركان و الشروط عد زواجا صحيحا لثبوت نسب الطفل من أبيه لكن هذا وفقا لشروط مختلفة بحسب ما إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة (المطلب الأول) أم بعد إنهاء الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط ثبوت النسب أثناء الحياة الزوجية

حتى يكون الزواج صحيحا وحجة قاطعة تفحم فتيل الشك و التأويل حول نسب الطفل ودون حاجة إلى اشتراط إقرار أو بينة ممن يثبت نسب الولد إليه فقد وضع المشرع شروطا منها ما يتعلق بالزوجين معا كإمكانية التلاقي (الفرع الأول) ، و منها ما يخص الزوج، باعتبار أن نسب الولد من الأم ثابت ، كعدم نفيه بالطرق الشرعية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

إمكانية التلاقي بين الزوجين

كانت أحكام و قواعد النسب تقوم على حقيقة واحدة هي أن الإنجاب ليس له من وسيلة أخرى غير الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل و المرأة، لأنه هو الفطرة وهو الطريقة الطبيعية للتناسل وإشباع الرغبة الجنسية. و على أساس ذلك بنت القوانين الوضعية أحكامها وهي تقوم على افتراض أن من تضع مولودا فهي أمه حقيقة لأنه تكون من ماءها و هي التي وضعته ولا إشكال في انتسابه إليها. كما تفترض أن الولد الذي يولد في ظل علاقة زوجية قائمة ، هو ابن الزوج حقيقة وينسب إليه.

وقد أخذ المشرع الجزائري ونظيره الموريتاني نفس الاتجاه ، وما فتئ الأمر حتى ظهرت طرق أخرى للإنجاب بعضها يرفضه الشرع وكذلك ترفضه كرامة الإنسان وبالتالي لسنا — ونحن في دراسة مقارنة بين النصيين الجزائري والموريتاني في مجال النسب — بصدد تلك الطرق و الذي يهمنا هو التلقيح الاصطناعي بنوعيه ، والذي تقره الأحكام الشرعية وعليه سوف نتطرق إلى الاتصال الطبيعي (أولا) ثم إلى التلقيح الاصطناعي (ثانيا) .

أولا: إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين

إن واقعة الزواج لا تكفي وحدها لثبوت النسب من جهة الأب، بل يقتضي فضلا عن ذلك بعد إبرام عقد الزواج، إمكانية الاتصال بين الزوجين حتى يثبت نسب الطفل من أبيه. ويبدو أنه في هذا الأمر وقع اتفاق بين الفقهاء ، إلا أنهم اختلفوا حول مدلول هذا الإمكان. وإزاء هذا الاختلاف يثور التساؤل حول الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري و نظيره الموريتاني. ولكن قبل الإجابة على هذا السؤال واعتبار أن التشريعين ما هما في حقيقة الأمر إلا صورة لأحكام الفقه الإسلامي من حيث البنية وهذا فعلا يخدم في إجراء المقارنة، فإنه ينبغي تبيان آراء هذا الأخير حول مدلول إمكانية التلاقي بين الزوجين كسبب لثبوت نسب الطفل من جهة الأب، وهذه الآراء تتمحور في اتجاهات ثلاثة:

ذهب الاتجاه الأول إلى القول بالاكْتفاء بعقد الزواج الصحيح لثبوت النسب دون اللجوء إلى البحث فيما إذا كان قد حصل اتصال مباشر أم لا ، بل فضلا عن

ذلك دون اشتراط تلاقي بين الزوجين، لأن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا و بالتالي وجوده يكفي لمظنة الاتصال، مادام الاتصال لا يقطع عليه بخلاف العقد فإذا حصل إنجاب، فإن الولد في هذه الحالة لصاحب الفراش، و بالتالي ينسب إلى الزوج صاحب العقد و هذا عندهم في الزواج الصحيح دون غيره¹.

♦ وعلى خلاف ذلك يرى أصحاب الاتجاه الثاني، بأنه لا يكفي لتحقيق الفراش حصول عقد صحيح حتى يثبت النسب، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يكون اللقاء بين الزوجين ممكن، لأن عقد الزواج عندهم لا يقوم مقام الوطاء، إلا حيث يكون مظنة له و بمجرد عدم الإمكان يقطع بأنه ليس مظنة له.

و بهذا الرأي يقول المالكية². والشافعية وحثتهم في ذلك أن الولد للفراش الواردة في الحديث الشريف الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى عليه وسلم قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³ إنما يثبت بالعقد بشرط إمكانية الدخول. فلو أن رجلا تزوج امرأة و طلقها في مجلس العقد ثم أتت بولد لستة أشهر لم يثبت نسبه منه. وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث، يقول ابعده من ذلك كما عبر عنه

¹ هذا الرأي يقول به الأحناف، أنظر، حاشية ابن العابدین، الجزء الثاني، ص.274.

² انظر، احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، الكويت، طبعة أولى، 1983، ص.98.

³ روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذ سعد فقال ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال أخي بن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله هذا ابن أخي كان عهد إلي فيه، وقال ابن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى ماتت. أنظر، صحيح البخاري، الجزء الرابع، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1953، ص.170. ورواه أيضا الإمام البغوي في كتاب شرح السنة، باب الولد للفراش، الجزء السابع، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، ص.275 وما بعدها.

ابن تيمية عندما اشترط- لثبوت النسب - الدخول المحقق. فالفراش حسب هذا الاتجاه، لا يثبت إلا بعد التحقق من الدخول، وهو في هذا يستند إلى ما قال به الإمام أحمد¹ وحثهم في ذلك أن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء . وقد أيدته بن القيم في هذا الرأي إذ قال في زاد المعاد "هذا هو الصحيح المحزوم، وإلا كيف تصير المرأة فراشا ولم يلتق الزوج بها، لمجرد إمكان بعيد ، وكيف تأتي الشريعة لإلحاق نسب من لم يبن بامراته ولا دخل بها، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك و هذا الإمكان قد يقطع بانتفائه فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق"².

وهذا يعكس بوضوح مدى اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بالطفل، وحرصهم علي اتخاذ كل السبل التي تكفل له الحماية الكاملة، من اجل أن ينشأ في وسط عائلي بين أحضان حنان أبويه.

لذا يمكن القول أن الجهود الدولية التي قد سعت إلى حماية حقوق الطفل، سواء كان ذلك منذ إعلان جنيف عام 1924 وما يتضمنه من تقرير لحقوق الطفل، أو في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1959 وما يتضمنه من مبادئ اتفاقية حقوق الطفل ل1989، فقد كان فقهاء الشريعة الإسلامية هم السباقون إلى جعل حقوق الطفل محور اهتمام، بوصفه لبنة اليوم وجيل الغد. ومن هنا يكون الأخذ بالاحتياط في مسألة النسب تكرر في نظر هؤلاء الفقهاء مبدأ العدالة مع الطفل، ذلك أن جميع الحقوق، أو جلها رهين بتقرير حق النسب.

¹ وهو أيضا ما ذهب إليه المذهب الجعفري، أنظر،محمود مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983 ، ص. 706.

² أنظر،ابن القيم، زاد المعاد،مقتبس عن،أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، منشآت المعاريف، الإسكندرية، 1998، ص.200.

ومع ذلك يمكن القول أن هذه الاتجاهات لا يخلو بعضها من إسراف و البعض الآخر من تقتير مع وجود قوامة عند أحدها.

فالذي يكتفي بمجرد العقد لثبوت النسب ولو لم يحصل دخول بين الزوجين، نقول أنه أسرف في احتياظه، وصاحب هذا الرأي كما رأينا سابقا هو الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه.

والواقع أن ثبوت النسب من تاريخ العقد عند الأحناف وإن لم يتحقق الدخول، إنما يقصد به حماية الولد من الضياع وستر عرض المرأة، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة و على الزوج المتيقن من أن هذا الأخير ليس منه أن ينفيه باللعان وفقا للأحكام المقررة شرعا¹. إذن يستفاد من هذا الرأي أن الإمكان المطلوب عنده هو الإمكان العقلي بحيث لو أن رجلا تزوج بامرأة ولم يلتق بها — كما أشرنا — لمدة سنة فولدت بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج ثبت نسبه لأبيه ، لاحتمال تلاقيهما من بعيد من باب الكرامة كما يقول معتنقي المذهب².

غير أن ثبوت النسب بناء على هذا المنطق هو قول غير مقبول ولا يمكن أن تبنى عليه أحكام تشريعية تسري على الأشخاص، نعم يمكن التسليم بفكرة أن المرأة تصير فراشا بمجرد العقد، لكن هذا في إطار رفع الحرج وإضفاء صفة الحلية بعد الزواج بينها مع زوجها. ولكن ليس مقبولا ومن غير المنطق قراءة ذلك علي انه يعني أن بمجرد العقد ولو لم يلتق الزوجان، يكون ما تأتي به المرأة ينسب إلي الزوج ويؤول ذلك علي خوارق

¹ أنظر، وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، جزء السابع، ط الثالثة، دار الفكر، دمشق، 1989، ص.683.

² أنظر، عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص.16.

العادة. فهذا في نظرنا يعتبر تشجيعاً للبهتان الذي عد من الكبائر كما في قوله تعالى¹، مما يقتضي استبعاده لعدم صلاحيته الآن للتطبيق. ولذلك فإن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الفراش يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول فهو الأسلم والأقرب إلى القوامة، وذلك انه يضمن حقوق كل من الزوج والزوجة والولد بدون إفراط وتفريط.

وقد ضيق ابن تيمية ومن علي رأيه عندما اشترطوا لثبوت النسب التحقق من الدخول، بحيث لو سلمنا بهذا الرأي لحرمنا الكثير من الأبناء من النسب لأن التأكد من الدخول أمر صعب². فهو مسألة تتعلق بالأسرار الزوجية وبالتالي يظل الكشف عنها أمر بعيد المنال، من هنا يكون التسليم بهذا الرأي يطرح سؤالاً يتمثل في ما إذا كان من الممكن شرعاً التطلع علي الأسرار الزوجية وخاصة تلك الخاصة؟ إذا كان الجواب بنعم فإن ذلك يتعارض مع الفطرة السليمة للإنسان، والتي تأخذ به في هذا المجال إلي التستر وعدم الكشف عن عورته أمام الآخرين، الشيء الذي يتميز به عن البهائم. أضف إلي ذلك أن الشرع يمنع هذا ويعتبره تجسسا، إلا إذا دعت له بعض الضرورة كاتهام الزوجة لزوجها بعدم قدرته علي الجماع في هذه الحالة الوحيدة يمكن اللجوء إلي التطلع علي الأسرار الزوجية، ولذلك فإن هذا الرأي ليس صالحا للتطبيق.

وعلى ضوء هذه الآراء المتقدمة، فقد سار المشرع الجزائري و نظيره الموريتاني، إذ يتضح موقف الأول من خلال المادة 41 ق. أ. التي تنص على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

¹ (... و لا يأتيان ببهتان يفتريه بين أيديهن و أرجلهن....)، الآية 12 من سورة الممتحنة
² أنظر، أحمد فراح حسين، الرجوع السابق، ص. 200.

ووفقا لهذا النص فإن من ضمن ما يشترطه المشرع الجزائري لثبوت نسب الولد من جهة الأب هو إمكانية الاتصال، بمعنى أنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال بين الزوجين فلا يثبت النسب. إلا أن هذا النص ونظرا لمرونة العبارة التي جاء يحملها وهي "إمكانية الاتصال" فإنها تطرح عدة إشكالات من حيث المدلول و ما إذا كان المشرع أخذ به من الناحية الفعلية لتفسير الاتصال أم الإمكانية العقلية حتى يثبت النسب ؟

الواقع أن العبارة الواردة جاءت مفتوحة بالقدر الذي يجعل كلا السؤالين يمكن أن يقرأ النص على أنه جواب له، إلا أن البعض يرى انه يجب لإمكانية إسناد نسب الولد لأبيه أن تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين و حالة الاتصال الجنسي بصورة فعلية¹.

و مع هذا فإن الأمر هنا يحتاج إلى تعميق دقيق نظرا لما يتداخل فيه من مسائل شائكة كثيرا ما شغلت فقهاء الشريعة الإسلامية². فمثلا لو عدنا إلى ظاهر النص وقرأناه على أن العبارة تعني الاتصال الجنسي، أي التحقق منه، فماذا لو كان الزوج قادرا على ذلك من الناحية العضوية و لكنه غير قادر من ناحية الإنجاب؟ لأن الزوج قد يكون عقيما، ومع ذلك تبقي قدرته علي الجماع طبيعية، لكن لا يوجد في مائه حيوانات منوية، أو قد توجد لكنها تفتقد إلي سر الحياة³. من هنا تكون قراءة النص علي هذا النحو تجعل ما جاءت به الزوجة حسب ظاهر النص هو ولد الفراش.

¹ انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق 1996، ص.209.
² بحيث أن لهم عدة آراء حول إمكانية ثبوت النسب من بعض أزواج لهم عيوب عضوية، كالمجبوب، و هو مقطوع الذكر وحده، إذ يرى بعضهم بأنه يمكن لحقوق الولد منه إذا كان يتصور منه الإنزال و إلا فلا، و على هذا صار المالكية و الأحناف و الشافعية. و يرد في هذا المجال كذلك الممسوح و هو مجبوب الذكر و الخصيتين معا و كذلك العننين و هو من لا يقدر على إتيان النساء، أنظر الدكتور صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، الجزء الثالث، مؤسسة الرياض للطباعة و النشر و التوزيع، 2006، ص.66.

³ انظر، حرمة الله، المرجع السابق، ص.36.

ومع ذلك يرى البعض¹ انه إذا كان الزوج عقيماً وأثبتها بالوسائل الطبية فإن الولد لا يمكن إسناده إليه ولو كان الاتصال ممكناً بينه وبين زوجته. ومن هذا المنطلق تكون الحالة الاجتماعية للطفل، والتي تتمثل في كونه يعيش تحت سقف الزوجين باعتباره كابن شرعي، دليل لثبوت النسب. لكن هذا الدليل الظاهر تطارده الحقائق العلمية إن ثبت التعارض، الأمر الذي يظهر بوضوح أهمية الاستفادة من هذه الأخيرة، لا في مجال التحقق من عدم قدرة الزوج علي الإنجاب فحسب، بل كذلك في مساعدة الأزواج للحصول علي النسل.

غير أن تبين قاعدة حمل الناس على الطهارة، وقدسيتها قاعدة الفراش من جهة أخرى، فإنه يجب سد الباب أمام ما يعكس صفة العلاقة الزوجية، حتى ولو كانت قد انقطعت، تبقى آثارها المتمثلة في النظرة بعين الثقة المتبادلة، وبالتالي لا مجال للتشكك في ما تأتي به زوجة أمكن لقاء زوجها بها فعلاً، لأن هذا هو الذي يؤدي إلى استقرار الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع والتي باستقرارها يستقر هذا الأخير. ثم إن عامل الثقة والذي أملتة الفطرة الإنسانية من أجل أن يظل هذا الأخير يعيش إلى جانب أخيه، يلعب دوراً كبيراً لتفادي مثل هذا الطرح، إضافة إلى ما تطالب به الشريعة الإسلامية من ستر أعراض الناس حتى ولو تعلق الأمر بارتكاب احدي الكبائر.

بيد أن السعي إلى ذلك لا يعني بأية حالة أن تنتهك الأسس والمبادئ التي شيد عليها مبدأ شرعية النسب، من أجل ذلك تبقى طرق النفي مفتوحة للزوج الذي لا يطمئن من انتساب الولد الذي تأتي به زوجته.

¹ أنظر، ابن الشويح رشيد، مقال سابق، ص.40.

وبناء على ما تقدم بجدر بنا أن نعرج على تطبيقات القضاء لكي يتضح لنا من خلال ذلك إرادة المشرع من وراء عبارة "وأمكن الاتصال". و بالرجوع إلى المحكمة العليا نرى أنها أخذت في هذا الصدد بالرأي الوسط و الذي يتسم بالقوامة، وهو رأي مالك والشافعي في تحديد مفهوم الإمكانية بأن لا يكون هنا مانع وإلا لانتفت الإمكانية، مثلا كون الزوج في سجن لا يمكن الخروج منه فهذا لو أتت زوجته بولد والحالة أنه لم يلتق بها فإنه لا ينسب إليه لأن عقد الزواج مظنة للوطء وعند عدم إمكان التلاقي يقطع بأنه ليس مظنة له وبالتالي ينفي النسب. وهكذا جاء في قرارها: "الولد للفراس ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين و الدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها الزوج" ¹.

وبهذا يظهر أن المحكمة لم تأخذ بالاكتفاء بعقد الزواج فقط، ولا البحث عن التحقيق من الاتصال الجنسي، وإنما أكتفت بالإمكانية التي تجسدها زيارة الزوج لزوجته، علما أن هذا الاستدلال ينقصه التدقيق، لأنه ليس بالضرورة كل زيارة من الزوج للمطلقة تضيي عليها صبغة الزوجية، ذلك أن الزوج المطلق قد يكون له أبناء لهم حقوق عليه. وتتطلب هذه الحقوق الزيارة من حين لآخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو افترضنا أن الزيارة قد حصلت بعد صدور الحكم بالطلاق، فماذا تكون طبيعة هذه الأخيرة وخاصة أن المشرع حسب المادة 50 ق.أ.ج لا يعترف بالطلاق الرجعي، وذلك بالتنصيص على أن " من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

¹ أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 03-12-1984، ملف رقم 35326، م.ق.1990-ع1، ص.83.

و نفس الملاحظة الواردة في نص المادة 41 ق.أ.ج. لم تسلم منها بعض نصوص مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية وخاصة ما ورد في المادة 59 منها حيث نصت علي أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية". وهكذا ظهر تغير طفيف بين النصين وهذا فعلا لا بأس به نتيجة لعدة عوامل و إن كانت غنية عن الذكر فنحن لسنا في مجال سردها.

فإمكانية الاتصال هنا قد حاول المشرع أن يكشف عن نيته وذلك انطلاقا من نص المادة 311 م.أ.ش.م التي جاء في فقرتها الأولى بأنه "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة إلى مذهب مالك". وقد رأينا سابقا انطلاقا من استعراضنا لآراء الفقهاء أن الإمام مالك أخذ بالرأي الوسط، إذ اكتفى بالإمكانية فقط مع وجود عقد الزواج حتى يثبت النسب، أن يكون لقاء الزوج مع زوجته ممكنا دون البحث عن ما وراء ذلك. وأضاف المشرع في المادة 62 م.أ.ش.م على أنه " لا يثبت النسب إذا لم يثبت إجماع الزوجين أو كان الزوج حين الدخول صبيا أو مصابا بعلة تمنع الوطء ". فإذا كان المشرع حدد مفهوم مدلول الاتصال انطلاقا من منطوق الفقرة الأولى من هذه المادة، ومفهوم سابقتها، بحيث أنه لو ثبتت خلوة بين الزوجين ثبت النسب أو تحققت قاعدة الفراش، إلا أن هذا النص الأخير لا يخلو هو الآخر من عدم الدقة في التعبير وخروجا عن السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع والتي أسس عليها أحكام المدونة.

فعدم الدقة في التعبير يعود إلى أنه لم يحدد سنا معينة لمرحلة الصبا و التي لا يلحق فيها الولد بالزوجة حتى لا يكون هناك تعارض ما بين نص المادة 59 من المدونة التي يقول فيها " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ... " مع

نص المادة 62 م.أ.ش.م. لأن هذه الأخيرة تقول و بمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب و لو كان الزواج صحيحا إذا كان الزوج صبيا. وهل يعني بكلمة صبيا أنه في مرحلة المهد و بالتالي لا يتصور منه الوطاء، أم يعني أنه كل ما لم يبلغ سن الرشد يكون داخلا في مفهوم العبارة؟

ثم بعد ذلك نرى أن المشرع قد استخدم هنا كلمة "صبي" وتارة يستخدم كلمة¹ طفل، هل هناك فرق بينهما أم أن كلاهما وجه لعملة واحدة؟ في الحقيقة لا يوجد في النصوص ما يجيب بشكل واضح علي هذا الإشكال، ومن ثم فإنه تطبيقا لنص المادة 311 م.أ.ش.م. فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا حياة الإنسان من ولادته حتى بلوغه إلى ثلاث مراحل:

مرحلة الطفولة وتمتد من الولادة حتى بلوغ السنة السابعة وفيها يكون الصبي غير مميزا وبالتالي تظل تصرفاته غير معتبرة لا في الزواج ولا في غيره. ثم بعد ذلك تأتي مرحلة التمييز وتبدأ من السنة السابعة وفيها يكون صبيا مميزا وبالتالي تخضع تصرفاته إلى إجازة وليه². ثم أخيرا مرحلة البلوغ الجسماني لأهلية الزواج وتبدأ حسب رأي البعض³ عند السنة التاسعة بالنسبة للفتيات والعاشرة أو الثانية عشر عند الفتى. لذا لا يتصور الإنجاب إلا من البالغ عشر سنين فما فوق، بحيث لو حملت زوجة ابن التاسع من عمره فإن حملها لا يلحق بالزوج لصغر سنه ولعدم تصور الإنجاب منه، وذلك على أساس أمر النبي

¹ تنص المادة 2 من الأمر القانوني رقم 2005/15 و المتضمن الحماية الجنائية للطفل على أنه " يتمتع الطفل الذي لم يبلغ عمره سبع سنوات قرينة غير قابلة للدحض على عدم قدرته على خرق القانون.....".
² ويدخل في حكم القاصر بحسب المادة 40 المعدلة من القانون المدني الجزائري كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، أنظر تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، & Revu. Sciences, techniques & développement, 2007, n°1, p.36.
³ أنظر، برادة غيزول، المقال السابق، ص.17.

صلي الله عليه وسلم بالتفريق بين الأبناء في المضاجع وهم في السنة العاشرة، فدل هذا الأمر على أن الطفل وهو في السن العاشرة يمكن أن يحصل منه الإنزال¹.

ونحن في حقيقة الأمر لا ندري بأي رأي أخذ به المشرع الموريتاني في المادة 62 من المدونة، إذا أخذنا بما هو وارد في نص المادة 6 فقرتها الأولى و التي جاء فيها أنه "تكمل أهلية الزواج بالعقل بإتمام الثمانية عشرة سنة من العمر". بحيث أنه في هذه الحالة لا يتصور عدم قابلية الطفل للإنجاب انطلاقاً من المجرى العادي للأمر، مع أن هذا التفسير لا يمكن الاعتماد عليه لإزالة اللبس لأن المادة ذاتها وفي فقرتها الأخيرة تنص على أنه "يصح لوالد ناقص الأهلية أن يزوجه إذا رأى مصلحة راجحة في ذلك". وبالتالي فإننا نتساءل هل يمكن لوالد ناقص الأهلية أن يزوجه والحالة أنه لا يتصور منه الإنجاب؟ وأي مصلحة جديرة بالمراعاة بالنسبة للقاصر تحتم تزويجه ومع هذا لا يتأتى من وراء هذا الزواج إنجاب؟ نعم إن الزواج اطمئنان وراحة للنفس ومادام هذا يشعر به الطفل فمن المفروض أن هناك قدرة على الاتصال وبالتالي لا معنى للتشكك في عدم قدرة الطفل على الإنجاب.

وأمام هذا الإشكال الكبير الذي يجب الانتباه إليه من طرف المشرع الموريتاني الوارد في نص المادة 62 من المدونة فحسب بل كذلك المادة 6 منها. ذلك أنه أمام النص الأول يبحث عن المرحلة التي يكون فيها الطفل قابلاً للإنجاب حسب المادة، حتى لا نهر أواصر القاعدة المقدسة وهي قاعدة الفراش. أما النص الثاني أي نص المادة 6 ففي فقرتها الأخيرة فهو يطرح الإشكال الأكبر لأنه مادام يحق لولي ناقص الأهلية أن يزوجه،

¹ انظر، محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المنتفع، الجزء الخامس، مركز صخر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة 2000، ص.639.

فهذا يعني أنه من ناحية أخرى يستطيع تجاهل نسبة ما جاءت به زوجته إليه ويستند بالطبع إلى نص المادة 62 من كون القاصر صبيًا ولا يتصور منه الإنجاب.

وأمام هذا الإشكال جاء تعديل المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري والذي أزاح اللثام عنه حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". وقد أفلح المشرع هنا لأنه بمجرد القدرة التي تشكل المادية والجسمية لا نكون أمام تشكك فيما يحدث لزوجة المرخص له من عدم تأمين أبنائها بالنسبة لنسبهم من زوجها. إلا أنه في غياب دراسة متخصصة تحدد سنا معينة يكون فيها الطفل قابلا للإنجاب يبقى الحصول على نتيجة دقيقة مبني على الاحتمال مما يجعل أو يحتم على القاضي أو ولي الصغير الذي يريد أن يزوجه يأخذ في الاعتبار لا الجانب المادي فحسب بل الجانب الجسدي، حتى لا يكون أثر هذا الزواج وهو الذرية عرضة للتشكك. لأن الدخول عندما يقع بين الزوجين يجب أن تُحمل أي نتائج ترتبت على أنها أثر ذلك. وأيا كان الأمر فإننا نلاحظ أن مفهوم الاتصال كان واضحًا نوعًا ما لما هو وارد في النصوص الموريتانية انطلاقًا من المادة 62 والتي قبلها.

إلا أنه لا مانع من إضافة فقرة جديدة للنص الجزائري لإزالة بعض الغموض الذي يكتنف مفهوم الاتصال. وحبذا لو كانت تنص صراحة على عبارة " إمكانية التلاقي بين الزوجين " مثل ما فعله المشرع الكويتي، حيث قررت المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، عدم ثبوت النسب إذا ثبت انتفاء إمكانية التلاقي الحسي

بين الزوجين وقد وضحت المذكرة الإيضاحية هذا الأمر¹. ومن أمثلة المانع الحسي حبس احد الزوجين في مكان بحيث لا يمكن اللقاء بالزوج الأخر. و كذلك من تزوج امرأة وطلقها في مجلس العقد. أو عدم ثبوت النسب إذا لم يثبت اجتماع الزوجين مثل ما فعله المشرع الموريتاني، لأنه يظهر أن هذا هو أعدل الأقوال وأقواها ويمنع المرأة على إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بأمهاتهم.

وبعد هذه الجولة لتحديد مفهوم إمكانية الاتصال فما بنا لو حصل حمل بدون اتصال طبيعي بين الزوجين طالما أن هناك طريقة أخرى للإنجاب تؤدي نفس الوظيفة التي تؤديها الطريقة العادية عند عجز هذه الأخيرة عن تلبية حاجة الزوجين للحصول علي الذرية. و هو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي و ذلك ما سنتطرق له في النقطة الثانية.

ثانيا : التلقيح الاصطناعي

تعد المحافظة على النسل مقصدا من مقاصد الإسلام الضرورية، التي استهدفتها أحكام الشريعة الإسلامية. ولذا شرع الله النكاح حتى يكون الاختلاط المباشر بين الزوجين هو الوسيلة الوحيدة لإفضاء كل منهما لما وضع الله في جسده من عناصر خلق المولود و تكوينه وبين الله وسيلة الإسلام في ذلك ، فقال تعالى (فَلَمَّا تَعَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلًا خَفِيْفًا فَمَرَّتْ ...)². وتغشى المرأة جماعها ،فالولد الذي يكون حصيلة هذا الجماع منسوب لأبيه بحكم الشرع والقانون، إلا أنه يكون عائقا ما لدى المرأة أو الرجل يمنع

¹ المذكرة الإيضاحية ، قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، المادة 271 توضح هذا المعنى بقولها " و أختار المشرع المذاهب التي تشترط للنسب إمكانية التلاقي بين الزوجين ، لان هذا هو أعدل الأقوال و أيسرها للتطبيق "، أنظر، محمد محمود أبو زيد، النسب الشريعة و القانون، مجلة الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، مارس 1996، ص.240.

² سورة الأعراف، الآية 189. أنظر، بن منظور، لسان العرب يقال " تغش المرأة إذا جامعها".

الزوجين من الحصول على النسل بالطريقة العادية مما قد يسبب هذا العائق حتى بانفصام العلاقة الزوجية، لأن الإنسان مطبوع على حب البقاء ولن يتسنى له هذا البقاء إلا بإيجاد فرع يخلفه وهكذا " سنة الله التي قد خلت في عباده " .

وسعياً وراء هذا البحث عن النسل، اتسعت معارف الإنسان واكتشافاته في مجال الإنجاب وخاصة في وسائله المختلفة التي ابتكرها لإسعاد بني جنسه، ولكن دون الاحتياط لدفع المفسد عنهم¹ خاصة إذا ما راعينا الوسائل المختلفة التي تم اكتشافها في هذا الصدد. و طبعاً ، فإن اللجوء إلى طريقة غير عادية للإنجاب كهذه لا بد أن يكون له دواعي منها ما هي مستعصية كانسداد البوقين الناقلين للبيضة و الحيوانات المنوية مثلاً، أو ضعف في ماء الرجل كمًا ونوعًا، أو تعرض صحة الزوجة للخطورة أثناء الحمل، مما يجلب انعكاساً كهذا ، أو وجود عاهة وراثية في الرجل أو الزوجة.

ومهما كان من أمر فإن اللجوء إلى هذه الوسيلة للإنجاب يقتضي الحذر حتى يتمكن من معرفة تماشيها والشرعية الإسلامية، وما هو موقف القانون منها. ذلك ما يحدو بنا إلى التعرف على موقف الشرع والقانون حتى تكون صلة هذه الوسيلة بالنسب واضحة مطمئنة، وقبل ذلك نوضح نوعي التلقيح الاصطناعي الذي نحن بصدده:

أ- صور التلقيح الاصطناعي:

¹ أنظر، تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية 2003، عدد 1، ص.28.

إن طلب الأزواج العقم أدى إلى التعلق بالإنجاب وتولدت عنه "الحق في مولود" وهو التعبير الذي سيتم استعماله في عبارات الحق في العمل، والحق في الصحة... والحق في الحياة¹.

وسعيًا وراء هذا التعلق من أجل القضاء علي العوائق التي تحول دون إنجاب الزوجين، ظهرت فاعلية دور عنصر ثالث "الطبيب" لتحقيق الهدف. وبناء علي ما توصلت إليه العلوم الطبية من تقدم فقد تم اكتشاف صورتين للتلقيح الاصطناعي، الأولى تتمثل في التلقيح الاصطناعي الداخلي، أما الثانية فإن العملية تحدث خارج الرحم لهذا سميت هذه الصورة بالتلقيح الاصطناعي الخارجي.

I. التلقيح الاصطناعي الداخلي Auto- insémination:

ووفقًا لهذا النوع تتم عملية الإخصاب داخل رحم المرأة حيث يتم بموجبه إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة بهدف الإنجاب، بواسطة حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم، و تحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم. ولنجاح هذه العملية يقتضي الأمر أن يكون رحم المرأة التي ترغب في التلقيح الاصطناعي، صالحًا لإجراء العملية بحيث يستطيع الاحتفاظ بالبويضة الملقحة بعد إجراء العملية.

وإذا كان هذا النوع من التلقيح يأخذ عدة صور: بحيث أنه قد تلقح الزوجة بماء زوجها، وقد يكون الماء مستعارًا من أجنبي، سواء كان ذلك عن طريق التبرع أم عن طريق

¹ أنظر، الشيخ حرمة الله، إشكالية حقوق الطفل في المعاهدة الدولية نيويورك 1990 و التشريع الموريتاني، المجلة الموريتانية للقانون و الاقتصاد، مايو 2001، العدد الثالث ص.36.

الشراء¹؛ كما أنه قد تلقح الزوجة بماء مشترك. فإن الذي يهمننا هو ما يتعلق بالنوع الذي يكون فيه التلقيح من ماء الزوج أثناء الحياة الزوجية طالما كان الأمر يتعلق بالنسب الشرعي للطفل الناجم عن هذه العملية، مما يقتضي استبعاد أي عنصر أجنبي خارج بويضة الزوجة وماء زوجها.

ويلاحظ أن هذه الطريقة تعتبر من أقدم طرق الإنجاب الاصطناعي، حيث كان عند العرب طرح لهذه المسألة لدى بعض الفلاسفة ورجال الفقه، فقد ذكر الشيخ عبد الرحمان البسام² في بحثه انه مما جاء في مقدمة ابن خلدون انه قال: "اعتمادا على ما ذكره ابن سينا، و الفارابي... أنه يمكن تخليق إنسان من المنى في بيئته الطبيعية"، ويقصد بالبيئة الطبيعية الرحم. كما يقول: "فابن خلدون يسلم بإمكانية التخليق غير انه يستبعد ذلك في عصره حيث يقول: "وأني له ذلك" إلى أن قال: "لقصور العلوم البشرية" حيث لم يتوصل العلم في عصره إلى التحكم في تقنيات ما يعرف الآن بالتلقيح الاصطناعي".

أما في أوروبا فيرى أغلبية الفقهاء أن أول تلقيح اصطناعي داخلي في تاريخ البشر قد قام به، هانتار HANTER سنة 1799 في حق زوجين لم ينجبا بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج³. وقد ساهمت هذه الطريقة في علاج بعض حالات العقم، غير أنها

1CF .F.GARENT –LAMBRACHS et J.HAUSER, Le nouveau droit de lafiliation,éd dallez , N°1, France 2006.p.17. وكذلك، ص.177 من هذه الدراسة

² أنظر، الشيخ عبد الرحمان البسام، أطفال الأنابيب، مجمع الفقه الإسلامي، جدة ، العدد الثامن، ، 1986، الجزء الأول، ص.243 و ما بعدها

³Cf. E. MOLLET , Fécondation naturelle Insémination artificielle, fécondation in vitro et droit à la vie, Rapport médical présenté au IV^{ème} colloque de BESANÇON du 17 au 19 Janvier 1974, université de BESANÇON .ص.29. مقتبس من تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.29.

عجزت عن علاج حالات أخرى خاصة لدى النساء اللائي يعانين من عيوب وتشوهات في الأعضاء التناسلية مما دفع بأهل الاختصاص إلى البحث عن وسيلة أخرى تساهم في الإنجاب ولو كانت هذه الوسيلة تتم خارج رحم المرأة.

II. التلقيح الاصطناعي الخارجي La fécondation in vitro

وتعرف هذه الطريقة للإنجاب بالإخصاب الأنبوبي، حيث توصلت الاكتشافات الطبية إلى استخدام تقنية تمكن من إحداث التلاقي بين البويضة والمني داخل أنبوب، وذلك في حال فشل عملية التخصيب داخل رحم المرأة، حيث يُلجأ إلى أخذ نطفة الزوج وبويضة ناضجة من المرأة تؤخذ من المبيض بعد تنشيطه بواسطة إبر أو حقن هرمونية، و توضع في أنبوب خاص يحتوي على سائل فسيولوجي مناسب، بعد إضافة الحيوان المنوي الطازج، وتترك حتى يحصل التخصيب وعندما تصبح البويضة (أمشاج) مخصبة يتم بعد ذلك نقلها إلى رحم المرأة المعد صحيا لاستقبال هذه البويضة الملقحة، من خلال معالجة هرمونية وحينئذ يبدأ الجنين في مراحلها حتى تتم الولادة بشكل طبيعي¹.

ولأول مرة نجحت العملية في بريطانيا، حيث وُلدت إثرها طفلة تُدعى

"Robert Brown"². لكن السؤال الذي يطرح هنا يتعلق بمعرفة ما إذا كانت هذه

¹ Cf. J.L. BAUDOIN et L. CATHERINE, op cit, p. 65.

² Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, 1953-2003, cite <http://www.génétiq.org>.

الأجنة المخصبة خارج الرحم أو داخل أنبوب، هي أشخاص بشرية لها الحق في الحماية القانونية؟ وما هو النظام القانوني الذي يُمنح لها؟

إن أطفال العلم يطرحون مشاكلًا يصعب حلها بشكل واضح انطلاقًا من النصوص القانونية، لأن هذه المشاكل قد تصطدم بالدين والأخلاق، وحتى قد يعجز الدليل الظاهر أمامها، وانطلاقًا من كون الدين لا زال يرمي بثقله لمواجهة بعض أشكال التطور، الشيء الذي يعكسه بوضوح التمسك بالنصوص القديمة لدى الجزائر وموريتانيا. لذلك يفرض الدين احترام الجنين وعدم العبث به، وذلك لأن البويضة المخصبة ليست مجرد سائل منوي، وإنما هي كائن بشري لا زال في طور النمو، وبالتالي يظهر أن حماية هذه الأجنة تدخل ضمن حماية الإنسان، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يفتح بابًا لإعاقة تكاثر الإنسان الذي هو مطلوب شرعًا.

بيد أن الملفت للانتباه هو عدم جواز تجسيد الأجنة في حد ذاتها، كما يرى البعض لأن ذلك في نظرهم غالبًا ما يحصل زيادة على عمليات التلقيح، فالعملية إنما اعتبرت للضرورة، وقد تقرر لدى الفقهاء أن الضرورة تقدر بقدرها. وأن ما جاز لعذر يبطل بزوال العذر. لذلك يعتبر تجسيد الأجنة ضرره أكثر من نفعه. وقد جاء الشارع بسد الذريعة لما يمكن أن يحدث من ضرر، ومن الأضرار المحتملة هنا اختلاط الأجنة، وبالتالي ضياع الأنساب إما على سبيل الخطأ أم على سبيل العمد. وبهذا صدرت فتوى مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية¹.

¹ انظر، قلفاظ شكري، محاضرات القيت على طلبة الماجستير، 2004/2005، جامعة ابوبكر بلقائد، كلية الحقوق، تلمسان، مادة المنهجية، عبد الله ابن محمد، على الموقع، www.islamtoday.net

وإذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي بشقيها الداخلي والخارجي تهدف إلى الحصول على الأبناء، فإنه من المحتم علينا أن نتطرق إلى الجانب الشرعي والتشريعي حتى نتأكد من مدى تماشيها مع قاعدة الفراش التي من خلالها ينال الولد نسبه.

ب- موقف الفقه الإسلامي والتشريع من التلقيح الاصطناعي:

ولقد عالج الفقه الإسلامي هذه المسألة قديما حيث ناقشها الفقهاء في الكتب الفقهية، وفي مواضيع مختلفة تبحث في العدة والنسب، إلا أن طرحهم لها كان يختلف تبعا لاختلاف الوسائل التي كانت تتم بها عملية التلقيح آنذاك، بالمقارنة مع ما وصلت إليه الآن بسبب التقدم العلمي، حيث كانت آراءهم حول ما إذا كانت زوجة عمدت إستدخال ماء زوجها إلى رحمها، فيحصل حمل من جراء هذه العملية، يقول بعضهم "إنما تجب عدة النكاح بعد وطء... أو استدخال منيه . أي الزوج . ومن ثم لحق النسب"¹.

وقد ذكر الدكتور هشام جميل عبد الله، أنه جاء عن صاحب مجمع الأنهر، وهو من الحنفية، ناقلا عن المحيط قوله "عن الإمام أبو حنيفة: إذا عالج الرجل حليلته فيما دون الفرج، فأخذت ماءه في شيء فاستدخلته في فرجها... فعلقته وولدت، فالولد ولده"². والمقصود هنا هو الكيفية والآلة البدائية التي تمت بها العملية بدون وطء مباشر، وهو ما يشبه الآن بالتلقيح الاصطناعي. فالمسألة إذا ليست غريبة على الفقه الإسلامي ولا على الفقهاء الأقدمين، من حيث أن الفكرة العامة هي أن الحمل قد يتم بطرق

¹ أنظر، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.69.
² أنظر، هشام جميل عبد الله، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مجلة الرسالة الإسلامية، العراق، العدد 227 و228، ص.92: قد ذكر في المقال نفسه أمثلة كثيرة، ومنها ما قاله الباجي وهو من المالكية أن "من أنكر ولده بالعزل لحق به وكذلك كل من وطء في موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج" فالعلة كما يبدو هي وصول ماء الزوج مهما كانت الطريقة.

أخرى خارج الطريقة الطبيعية والعادية للاتصال بين الزوجين. إذًا فقد أصبح الأمر واقعا ملموسا وهو وجود التلقيح الاصطناعي الذي يفضله أصبح الحمل يمكن أن يتم بين الرجل والمرأة بدون الاتصال الجنسي المباشر وهذا بفضل التقدم في المجال البيوتي.

وبهذا فقد انهار الأساس الذي أقيمت عليه قواعد النسب، مما جعل فقهاء المسلمين المحدثين يصدرن فتاوى فقهية لتبيان حكم الشريعة الإسلامية في مثل هذه المستجدات، لاسيما أن الأمر في بعض الدول الغربية تحول من رغبة في الحصول على ذرية إلى مخابر تمارس فيها كل أشكال التلقيح الاصطناعي على البشر. فأصبح الإنسان أمام هذا الغزو كالحیوان، بدون مراعاة أبسط القواعد التي تحكم القيم البشرية وعلاقتهم الفطرية التي أساسها العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار كأثر نسب الولد لأبيه. وتفاديا لما تغزو به مظاهر العولمة في هذا المجال، فقد تدارس فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين هذه المسألة أي مسألة تلقيح المرأة بماء زوجها وجاءت فتاويهم بين مؤيد ومعارض:

فأما المؤيدون لعملية التلقيح الاصطناعي فقد اعتمدوا على آراء كثيرة ومنها ما قال به سلفهم كما أشرنا إليه سابقا¹، مشترطين في العملية أن تتم عند الضرورة القصوى وفي الإطار الذي رسمه الشرع والحدود التي يقتضيها حفظ الأنساب، وهذا بالتأكد من أن الماء الذي يراد حقنه للزوجة هو عين ماء زوجها بدون خلط ولا تبديل، واتخاذ جميع الاحتياطات لمنع وقوع أي خطأ.

¹ أنظر، ص. 31 من هذا البحث .

وبهذا جاءت الفتاوى المصرية¹ كما هو واضح أيضا من الفتاوى التي صدرت عن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد في مكة سنة 1984، والتي جاء فيها: "...إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائر شرعا بالشروط العامة التي منها، إثبات عجز الزوجين عن الإنجاب بالطريقة العادية، وحاجتهم إلى هذه العملية لأجل كسر طوق العقم"². وتضيف نفس الفقرة أن الأسلوب الثاني من التلقيح وهو الخارجي وإن كان جائزا على النحو الذي بيّناه سابقا إلا أنه ينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة القصوى وبعد أن تؤخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع حصول أي خطأ أو غلط في ما يخص بيويضة الزوجة وماء زوجها. وبالتالي فإنه يستنتج مما سبق أن القائلين بجواز هذه العملية بشقيها أي التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي تتمحور حول الأسانيد التالية:

1. - أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى ولد تعتبر في حد ذاتها هدفا مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من التلقيح الاصطناعي.
2. - يعتبر من أهداف الزواج السامية في الإسلام الحصول على النسل لأن ذلك هو الفطرة الطبيعية للإنسان، ولا شك أن هذا يتحقق بالمرافقة الطبيعية بين الزوجين، وإذا تعذر ذلك فلا مانع من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بهذه الصورة.
3. - مادامت العملية قد دخلت قاموس فقهاء السلف، وإن كانت من باب آخر وهو الإستدخال، ورتبوا عليها إلحاق الولد بأبيه وألزموا الزوجة العدة منها، فإنها وإن

¹ أنظر، أصول الفتاوى المصرية الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، 1983، الجزء السابع، ص.3212.
² أنظر، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ، 1986، العدد الثاني، الجزء الأول، ص.266.

تطورت الوسائل لا بأس بها مع مراعاة الحذر من الملابس حتى تكسب الصبغة الإباحية.

أما المعارضون لعملية التلقيح الاصطناعي بشقيها، فقد دفعوا بعدم اعتراف الشريعة الإسلامية إلا بوسيلة واحدة للإنجاب، وهي الطريقة التي تحصل عبر الجماع بين الزوجين، فكل ما يخالف هذه الطريقة فهو يتنافى مع كرامة الإنسان¹. فإذا كان الإسلام حرم الزنا لما يكتفه من اهانة لكرامة الإنسان، أي المولود، فإن الأمر لا يختلف عن المولد الذي يأتي من نتائج التلقيح الاصطناعي، فهذه التقنية تجعله مهينا². ثم إن قاعدة سد الذرائع تحتم الوقوف أمام هذه التقنية للإنجاب، لأنها قد تُتخذ كوسيلة للوصول إلى الحرام، مما قد ينجم عن هذا الحرام اختلاط الأنساب وبالتالي ولادة أولاد غير شرعيين، في مفهوم أحكام النسل، فجعله تحت رحمة الأطباء الذين قليل ما هم من أهل الصدق فهذا خطر على النسب وخروج عن الشرع. ومن بين القائلين بهذا الرأي الدكتور عبد الرحمان بن عبد الخالق³، حيث لفت قائلا إننا لا نأمن سوء النية من أن يستعير الرجل ماء غيره تلبيسا علي زوجته، أو أن تحصل الزوجة علي ماء غير زوجها، أو أن يتساهل الناس شيئا فشيئا في هذا الحيوان المنوي، لأنه لا يرى بالعين المجردة. أو في هذه البويضة التي هي أصغر من حبة الخردل بالكثير.

مع أن الخطر يتفاوت في كلتا الطريقتين، فإذا كان التلقيح الاصطناعي قد يتم بالصورة الداخلية مع ما يكتنف ذلك من التعدي علي حدود الله، الذي أمر بالتعفف

¹ مقتبس من، تشوار جيلالي، انظر، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.103.

² أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.31.

³ أنظر، عبد الرحمان ابن عبد الخالق، مقتبس عن، برادة غزيول أحمد، الإخصاب الاصطناعي من منظور إسلامي على الموقع، www.mbers.lycos.

وغض البصر أمام الغير ماعدا الزوج، فإن الخطر يحف العملية إن وقعت داخل الأنبوب، لأن هذه الأخيرة لا يأمن الخطأ فيها، بل هو أمر وارد في كل المختبرات والتحليل، فيعطى مني رجل بدل الآخر، وتسلم اللقيحة مكان الأخرى، وبهذا تختلط الأنساب.

ولم يكن هذا الرأي عند بعض علماء التشريع الإسلامي وحدهم بل أخذ به كذلك الدكتور "كيدمارتن غسان Dr.KID MARTIN REIGHLIN"¹، وهو يتحدث عن التلقيح الاصطناعي وأثاره على المولود والأم، وماله من أضرار على صحة هذه الأخيرة، وكذلك حصول تشوه لدى الأطفال المزدادين من هذه العملية، حيث أورد في مقالة من أن Professeur jacques TESTART من باريس الذي ذكر أنه ملحد، إلا أن هذا الأخير أعلن صراحة بمناسبة أول طفل أنبوب ولد في فرنسا بأنه لن يقدم مساعدة لأي تلقيح اصطناعي، لأنه مقتنع بأن هذا العمل يعتبر تحدي لحدود مقدسة².

وأمام هذا الرأي وذاك فقد كاد الإجماع أن يحصل على إباحة الاستفادة من

هذه التقنية وفق الضوابط التالية:

الضرورة القصوى للجوء لهذه التقنية يجب أن يكون بعد أن تستنفذ جميع الطرق

العادية لتداوي عند استحالة الحمل عن طريق السبل الطبية، يكون مقصد الزوجين من

اللجوء لهذه التقنية مباحا شرعا لأن الأمور تعلل عند مقاصدها.

¹ Cf. K. D. REIGHLIN.op. cit. pp.5 et s.

²Cf. J-L BAUDOUIN-CATHERINE, Produire l'homme, de quel droit, Imprimerie des presses universitaires, France, 1987 p.42 et s.

أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها وهذا أثر طبيعي من آثار قاعدة الفراش التي مفادها أن المرأة بمجرد العقد تصبح ملكا لزوجها بحيث لا يحل لها غيره وزوجها وحده هو الذي تحل له.

كذلك من اللازم الحرص على تلقيح الزوجة بعين ماء زوجها¹ دون غيره وبدون شك. هذا إضافة إلى أنه من المحتم أن تتم العملية بحضور الزوجين وذلك للتأكد من صحة العملية وأن ماء الزوج هو الذي لقحت به زوجته.

وعلى هذا النحو صار المشرع الجزائري، حيث أقر بإباحة اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي وبشقيه المذكورين سابقا وفقا لضوابط معينة، ويتجلى اعتماده هذا الرأي من خلال التعديل الذي طال بعض مواد قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-09 المؤرخ في 2005، حيث أدخل هذا التعديل نص المادة 45 مكرر، وضمن أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وأضافت المادة أنه يخضع لشروط هي:

- 1- أن يكون الزواج شرعيا.
 - 2- أن يكون التلقيح برضي الزوجين وأثناء حياتهما.
 - 3- ويتم بمني الزوج ورحم الزوجة دون غيره.
- وأضاف في الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالأم البديلة".

¹ أنظر، تشوار حميدو زكية المرجع السابق، ص.34.

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أصبح يجيز الاستفادة من هذه التقنية طالما كانت العملية تمارس في ظل علاقة زوجية قائمة. على هذا الأساس إذا كان المشرع الجزائري لا يعترف بأي علاقة بين الرجل والمرأة في هذا الإطار خارج العلاقة الزوجية فمن باب أولى أنه لا يمكن المطالبة بهذه الوسيلة للتناسل بمجرد العلاقة الحرة بين الرجل والمرأة¹. ولا شك أن شرط العلاقة الزوجية لهذه العملية، وفقاً للمادة 7 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري لا يكتمل إلا بشرط يرتبط به وهو ممارسة هذه العملية أثناء الحياة الزوجية²، لأنه من الناحية العملية يمكن أن تتم العملية بعد وفاة الزوج وقبل إنهاء العدة أو تتم بعد إنها العدة. ولعل الإشكال هنا يكمن في حالتين الأولى هي إجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج وأثناء العدة الشرعية وهي أربعة أشهر وعشرة أيام. ويرى بعض الفقهاء أنه أثناء هذه المرحلة يمكن للأرملة أن تلحق نفسها بماء زوجها إذا كانت قد حصلت عليه قبل وفاته³. وإن كانت غير مستحسنة ويستند القائلين بإباحة هذه العملية، بما قرره الفقهاء، من أن المرأة إذا حملت بماء زوجها أو إذا كانت في العدة وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة-عند الفقهاء ورجل وامرأة عند أبي حنيفة- فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت بعدها، وإنما من غير المستحسن أن تلجأ المرأة للإنجاب بهذه الطريقة. وبناء عليه، فإن الولد من هذه العملية موصول إلى أبيه المتوفى حسب هذا الرأي.

¹ أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، المرجع السابق، ص.90-

91.

² أنظر، تشوار حميدو زكية، مقال سابق، ص.29.

³ أنظر، عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان، 1981، ص30 وما بعدها

الحالة الثانية إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة وبعد العدة، ولم يختلف الفقهاء بخصوص تحريم هذا النوع¹. ذلك أنه بعد انتهاء العدة تنتهي الحياة الزوجية من حيث الأحكام الشرعية والتشريعية، بحيث تصبح المرأة كالأجنبية على الزوج، وبالتالي، فالولد في هذه الحالة يلحق بأمه.

ورغم المعارضة الكثيرة لإجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج²، فإننا لا نطمئن إليها بأي حال من الأحوال، فلا هي تتفق مع الهدف من العدة التي وضعتها النصوص الشرعية والتشريعية، مادام الهدف من هذه الأخيرة، هو التأكد من خلو رحم المرأة من ماء زوجها المتوفى أو المطلق، وما يترتب على ذلك من حفاظ على تنقية النسب. ويبدو هذا يتنافى وعملية التلقيح أثناء العدة لأن هنا بدل توظيف الفترة للتأكد من خلو رحم المرأة من ماء سابق، على الطلاق أو الوفاة، نعكس الأمر وذلك لإشغال رحم المرأة من جديد بنفس الماء وكأن الحياة الزوجية مازالت سارية المفعول.

ولكن إذا كان هذا ممكنا عندما يتعلق الأمر بعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، فهل الحكم ينطبق فعلا على التصرف في البويضة المخصبة، طالما كانت الوفاة قد حصلت بعد زرعها، وبالتالي ألا يحق للأرملة أن تتابع العملية وخاصة إن حاجتها للذرية قد تضاعفت بعد وفاة الزوج؟

لا شك أن هذه الوضعية كغيرها من الحالات الشاذة التي أفرزتها نتائج التطور العلمي على الساحة القانونية، وبالتالي فإن القول بإيقاف العملية وإتلاف البويضة يؤدي حتما إلى قتل كائن بشري لازال في طور النمو، بحيث لا ينقصه إلا الزرع في رحم المرأة،

¹ أنظر، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 83.

² أنظر، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 81.

لذلك قد تكون له حماية خاصة. لكن ومع ذلك لو قلنا بمتابعة العملية بعد الوفاة،
لكان هذا القول يصطدم مع النصوص المتعلقة بأحكام النسب والمتمثل في مقدار العدة
وانقضاء رابطة الزواج.

وفي هذا الإطار تنص المادة 82 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه
"ينقضي الزواج بموت أحد الزوجين أو بمبادرة أحدهما طبقاً لمقتضيات المواد 28 و29 و83
إلى 110 من هذه المدونة". فدل هذا على أن أي إجراء بعد انقضاء الرابطة الزوجية من
شأنه أن يؤدي إلى زيادة جديدة تنسب إلى المطلق أو المتوفى، إنما هو افتراء ومحض
تلفيق. أضف إلى ذلك أن الأخذ به يثير مشاكل قانونية كتلك المتعلقة مثلاً بأسباب
الميراث¹. حيث تنص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يشترط لاستحقاق
الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً عند افتتاح التركة".

وتطبيقاً لذلك فإن من حق الورثة الاعتراض على هذه العملية التي من شأنها أن
تلحق وارث جديد بوالدهم المتوفى، إضافة إلى كونها تؤخر من عملية قسمة التركة حتى
يستبان أمر الحمل هل هو ذكر أم أنثى أم خنثى مشكلة. إذن فالنص التشريعي يتحدث
عن الحمل وقت الوفاة وليس بعدها مما يستبعد كل إجراء في هذا الإطار ولو كانت
العملية قد وافق الزوج عليها أثناء حياته وقطعت في ذلك شوطاً².

¹ أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 92.
² نشير هنا إلى أنه هناك فرق بين ترتيبات العملية وبين ما يسمى بنجاحها، فمن المعلوم، أن من ترتيبات
العملية - إضافة إلى الوسائل العلاجية- هو أخذ عناصرها وهما بويضة الزوجة وحيوان الزوج وإجراء
تزاوجهما، ففي هذه الحالة لو توفي الزوج والعملية لا زالت بهذا الحد، فإنها توقف بدون تردد، أما وأن
الأمر وصل إلى نقل المشيج إلى رحم المرأة، هنا لو قلنا بتوقفها لكننا أمام عملية إجهاض بدون مبرر
شرعي، وبالتالي تظل العملية سارية المفعول حتى تنتهي الولادة.

إن القول بجواز التلقيح بعد الوفاة يتعارض مع قاعدة أساسية هي أن النسب لا يثبت للمتوفى إلا إذا ولد في مدة أقصاها عشرة أشهر حسب المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، الشيء الذي يستحيل حصوله عندما تكون عملية التلقيح قد تمت أثناء العدة. ولا ينسجم كذلك مع الضوابط التي حددتها المادة 45 مكرر من نفس القانون التي نصت في فقرتها الثانية على أنه يجب "أن يكون التلقيح برضي الزوجين وأثناء حياتهما الزوجية". فلو سلمنا أن الزوج رضي بالعملية وانقطعت الحياة الزوجية لسبب ما، لفقدنا الشق الآخر من الشرط، وهو غياب أحد أطراف الرابطة الزوجية.

وفي هذا الإطار يدور التساؤل حول مسألة الرضا التي جاء بها النص، وما إذا كان هذا الأخير يقبل من كل زوج مهما كانت أهليته؟ أم أن الأمر يتعلق بجسم الإنسان ولذلك يشترط فيه أهلية التصرف؟ من هنا كان المشرع الجزائري صريحا في جعل العملية أثناء الحياة الزوجية وبرضي كل من الزوج والزوجة. ومع هذا فإن الشرط يطرح عدة إشكالات إضافة إلى ما ذكرنا. فإذا كان المبدأ هو حق الفرد في الموافقة على الأعمال الطبية¹، و هذا الحق الذي يرتبط بالسلامة الجسدية المقررة شرعا وتشريعا، فإنه من الناحية العملية يثور التساؤل حول ما إذا كان من حق المرأة الراغبة في هذه العملية، والحال أن زوجها رفض، أن تطلب التخليق على أساس الضرر بها؟ وكذلك الزوج هو الآخر عند رفض الزوجة للعملية فهل هذا الرفض يبيح له طلاقها دون أن يوصف هذا الإجراء بأنه تعسفي؟

¹ أنظر، مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص.86.

الواقع أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الأمر لا من حيث وصف الرضي بشكل معين ولا من حيث تخصيص الرضي المطلوب لمن له أهلية ذلك. ورغم ذلك فإنه بالرجوع إلى النصوص القانونية الأخرى، نجد أن قاعدة أهلية الأداء أو ما يسمى بأهلية ممارسة الشخص لحقوقه المدنية، شرط لازم حتى يكون تصرفات مكتسبها مقبولة قانوناً. لذلك فإذا كان الزوج مجنوناً أو سفيهاً، فإنه من غير المنطق أن يُعتد برضاه في عملية التلقيح، تلك العملية المتعلقة بجسم محمي شرعاً وتشريعاً. وعلى هذا نصت المادة 173 من م.أ.ش.م على أنه "لا تعتبر تصرفات المجنون وناقص العقل والسفيه نافذة إذا صدرت منهم في حالة الجنون أو نقص العقل أو السفه". ومن هنا فإن الكلام عن الرضي يرتبط ببلوغ قاعدة عامة، هي أهلية الزواج، التي حددها المادة 6 م.أ.ش.م. ببلوغ السن الثامن عشرة 18 سنة وقت إبرام عقد الزواج.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنه متى بلغ القاصر أهلية الزواج وكان عاقلاً، عندئذ يكون رضاه صحيحاً لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي. من ثم لا يكون رضا الزوجين صحيحاً إلا إذا انصب اتفاقهما على أن يتم التلقيح بينهما، ومن ثم يكون التلقيح بماء غير الزوجين غير مشروعاً وممنوعاً أيًا كانت صورته¹.

فإن إعادة السؤال تطرح نفسها وهي تتمثل فيما لو رفض أحد الزوجين إجراء العملية، فهل يكون رفضه ذلك يؤدي إلى انفصام العلاقة الزوجية سواء بالتطليق أو بالطلاق؟ وإذا كانت بالطلاق فهل يعتبر ذلك تعسفاً؟

¹ أنظر، الفقرة الخامسة من المادة 45 مكررة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن "يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها" أنظر، تشوار جيلالي، رضا الزوجين عن التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2006، ص. 59-60.

الواقع أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يسببه عائق ما لدى الرجل أو المرأة، وعليه فإنه من المهم التعرف على ما إذا كان العقم من العيوب التي تثبت الخيار لأحد الزوجين حتى يتمكن من الإجابة على السؤال السابق. وانطلاقاً مما هو معمول به في موريتانيا، فإنه إذا تضرر أحد الزوجين بسبب عقم الآخر ورفع دعوى لحل الرابطة الزوجية فإن القاضي يمنحه أجلاً للعلاج، وإذا لم يفلح في ذلك، عندها يكون طلب الزوجة لحل الرابطة الزوجية محقة. وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا بالجزائر حيث قضت بقولها أن "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً و متى تبين - في قضية الحال- أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة مما أدي بالزوجة إلي أن تطلب التطليق لضررها بعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"¹.

وهذا منطقي ويتناسب مع مقام النسل الذي به تتجدد حياة الإنسان على ظهر الأرض. لذا كان الحفاظ عليه واجبا حتى أن بعض الفقهاء توسع في مجال العيوب التي تُثبت الخيار، إلى القول بأن كل عيب من شأنه تعطيل المقصد الشرعي والتشريعي من الزواج كإنجاب النسل، فإن النكاح يرد به وعلى رأس هؤلاء ابن القيم الجوزي². الشيء الذي أخذ به المشرع الموريتاني في المادة الأولى من المدونة والتي جاء فيها أن "الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار يقصد منه الإحصان والإنجاب...". و ما دام الأمر كذلك فإن تمسك الزوج بالطلاق عند عدم قبول الزوج الآخر للخضوع لعملية

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 16-02-1999، ملف رقم 213571، م.ق 2001، ع.خ.ص.119.
² أنظر، ابن القيم الجوزي، مقتبس عن، عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص.78.

التلقيح لا يعد تعسفا في استعمال الحق، وكذلك في المقابل لو طلبت الزوجة التطليق لسبب عدم قبول الزوج للعملية.

هذا ولم يتعرض القانون الجزائري لهذه المسألة بشكل صريح ولكن يرى الدكتور تشوار جيلالي أنه "يترتب على عمومية وتنسيق النصوص القانونية التي أوردها قانون الأسرة في المواد المعدلة، 4، 36، فقرتين 1 و2 والمادة 53 أنه يقتضي القول أن الزوج الراض للعملية يكون في غياب عذر مجيد مرتكب لخطأ مبرر لفك رابطة الزواج"¹.

أما المشرع الموريتاني فإنه في حقيقة الأمر لم يتعرض لهذه التقنية بنصوص صريحة، غير أن ذلك لا يمنعنا من أن نستشف موقفه من خلال عمومية النصوص والتي تتعلق بالزواج والأبوة الشرعية والتي حسمها في نص المادة 59 من المدونة بقوله "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية".

فإذا رجعنا إلى هذا النص نجد أنه تطبيقا للتشريع الموريتاني يبقى الزواج وحده هو الوسيلة الوحيدة الطبيعية للإنجاب لأنه هو أساس النظام الاجتماعي الموريتاني طبقا لأحكام المادة الأولى من المدونة² وهذا معناه إذن أنه لا يمكن أن نتصور إمكانية اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي في غير الصورة التي تتماشى مع الشريعة الإسلامية، ثم إن تحريم الدعايات المضادة لزيادة المواليد وكذلك الدعايات المضادة للحمل³ يمكن قراءتهما من الباب الخلفي، علي أنهما تشجيع لكل سبل التداوي للحصول علي النسل، حتى ولو

¹ أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.66.
² المادة الأولى من المدونة الموريتانية تنص على أن: "الزواج عقد شرعي بين رجل و امرأة على وجه الاستمرار، يقصد منه الإحصان و الإنجاب،.....".
³ أنظر، الشيخ حرمة الله، المقال السابق، ص.36، تشير هنا إلى أن قانون العقوبات الجزائري لا يعتد بالرضا في منع الحمل، كسبب من أسباب الإباحة، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام والآداب. أنظر، الدكتور أحسن السقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة و التوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص.116.

تعلق الأمر باللجوء إلى استخدام وسائل الحمل المعاصرة من أجل زيادة المواليد للعاجزين عن الحصول عليهما بشكل طبيعي.

غير أن هذا ليس بالسياسة السليمة، والتي تؤدي إلى مواكبة التطور. فمن المعروف أن التمسك بالنصوص القديمة لازال هناك يرمي بثقله لمواجهة بعض أشكال التطور، ولكن يتعين علي التشريع الموريتاني نوعا من المرونة، حتى لا تكون النصوص القانونية عقبة في وجه الاستفادة من هذه التقنيات التي أصبحت واقعا لا مفر منه، لأن المشرع جدير به أن يتفقه في الواقع، وبالتالي ينسجم معه.

ثم إن وسائل الحمل المعاصرة وما تطرحه من مشاكل مع ما تكتسيه من أهمية، من الغريب أن يظل البحث عن مشروعيتها مبني علي عمومية النصوص أو قراءتها من وراء، لأن المقام هنا يتعلق بالحصول علي النسل بطريقة غير عادية، لما لهذا الأخير من صلة بالنسب الذي هو العمود الفقري للأسرة وبالتالي يجب إدراج نصوص تنظم الاستفادة من تلك الوسائل بشكل يغني عن التأويل.

وبناء على ما تقدم فإننا نلاحظ الجهود التي بذلها المشرع الجزائري في سبيل الاستفادة من التطورات العلمية في مجال كسر طوق العقم، تلك الجهود التي وفق من خلالها بين الاستفادة من التقنيات من جهة، وعدم تحدي النصوص الشرعية من جهة أخرى. لذلك جاء تعديل المادة 45 مكرر من أشرف النصوص القانونية، في مجال الأحوال الشخصية لا على المستوى العربي فحسب، بل على المستوى الإسلامي كله حسب الدراسة. لكن لا زال هذا التعديل لا يجيب علي الكثير من التساؤلات المطروحة

في هذا المجال، وخاصة عندما يتعلق الأمر وما يطرح من إشكالات كمثلاً تجميد البويضة المخصبة ومدتها وكيفية الاستفادة منها بعد وفات الزوج.

وختاماً لما سبق يمكن القول أن الزواج الصحيح وحده لا يكفي لتحقيق النسب بل لابد فضلاً عن ذلك أن يحصل التلاقي بين الزوجين وهذا الأخير قد يقع بالطريقة العادية وهي الجماع، وقد يحصل بطريقة أخرى ابتكرها الإنسان لإسعاد نفسه، أمام عجزه عن الإنجاب بالطريقة العادية وعليه، فإنه سواء كان الولد نتيجة اتصال مباشر أم غير مباشر فإنه ينسب إلى أبيه، صاحب الفراش هذا إذا لم ينفه هذا الأخير بالطرق المشروعة.

الفرع الثاني

عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

إن تبني المشرع الجزائري لقاعدة الفراش من خلال نصوص خاصة بنسب الطفل، لا شك أنها تحمل عدة اعتبارات فالأول منها هو الحفاظ على حق نسب الولد وما يترتب عن هذا الحق من حقوق أخرى حيث بضياع حق النسب، يُعتبر الولد يسير في ظلام الضياع، حتى ولو كان يعيش في حياة مترفة.

أما الاعتبار الثاني فهو الحفاظ على شرف المرأة ومكانتها التي وضعها الإسلام والنصوص التشريعية بعد أن كانت مبتدلة فيما مضى.

ولعل الثالث يجسد تطلع المشرع إلى وجود مجتمع نقي أساسه القيم الفاضلة وظلاله نبذ الرذيلة والانحلال الخلقي، وعلى ضوء ذلك لا بد من مراعاة حق الرجل هو

الآخر حتى تتم المعادلة ولن يكون ذلك إلا إذا توفر له هذا الحق من خلال نصوص تشريعية تفره. وبناء عليه فإذا كان حق الولد في إتمامه إلى الزوج صاحب الفراش حق محمي، فإن الزوج من حقه كذلك عدم قبول من يقتنع بأنه ليس من صلبه. الأمر الذي كرسه المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري حيث ذكر النص أن نسب الطفل ثابت له من جهة والده إذا لم ينهه هذا الأخير بالطرق المشروعة. وبما أن الطرق المشروعة مصطلح يدخل في ما هو مقرر شرعا وتشريعا كاللعان وما تمليه المستجدات في العلوم البيوطبية، فإنه يجدر تحديد الطرق الشرعية لنفي النسب (أولا) ثم آثار اللعان بوصفه الطريقة الشائعة (ثانيا) على المستوى التطبيقي، وحيث أن مفهوم البينة قد تطور نتيجة لما آل إليه الأمر، من قابلية نفي الأبوة عن طريق استخدام فحص الدم المقارن، فإنه لا غريب إن طرح سؤال حول موقف أحكام الشريعة الإسلامية من هذه التقنية (ثالثا).

أولا : تحديد الطرق المشروعة لنفي النسب

القاعدة أنه متى تم الزواج وأمكن الاتصال بين الزوجين ومضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع والقانون وهي حسب القانونين الجزائري والموريتاني 6 أشهر، يثبت نسب المولود من الأبوين معا ولا يجوز للزوج نفي الولد هنا إلا بالطرق المشروعة.

كما عبر عنها قانون الأسرة الجزائري في المادة 41 بقوله "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة"، وكذلك المادة 59 من م.أ.ش.م. ويستفاد ضمنا من هذين النصين بأن نسب الولد من أمه ثابت مهما كان

الحال سواء كان شرعياً أم غير ذلك. أما الزوج فلا يثبت نسب الولد منه إلا بالزواج، ولذلك فإن نفي الولد عن الزوج لا يكون إلا بالطرق المشروعة، إلا أنه ما يلاحظ هنا ورود هذه العبارة بصيغة الجمع الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن ما هي هذه الطرق التي قصدها المشرع؟ أم أن الجواب متروك لسلطة القاضي التقديرية في تحديدها؟.

يرى البعض أن هذه الطرق وإن كانت جاءت بصيغة الجمع فهي تتمثل في اللعان فهذا الأخير وحده هو الذي يمكن من خلاله نفي النسب عن الزوج¹.

فطبقاً للمبادئ الشرعية، عندما يظهر حمل الزوجة فإنه يجب على الزوج إذا تبين له زنى زوجته أن يدعي أن حملها ليس منه لسبب ما، لأن القاعدة العامة هي أن كل ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئياً ولد الفراش. وفي هذه الحالة يتعين على الزوج أن يعلن إنكاره بنسب حمل أو ولد زوجته.

وإذا لم يستطع إثبات دعواه أمام القضاء، فإنه يلجأ دائماً إلى اللعان وإن كان هذا الأخير وحده هو الطريقة الأساسية لنفي النسب، فإنها تثير إشكالات كبيرة.

فمن المعلوم أن اللعان يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، غير أن الأمر قد يتعداه إلى نفي النسب لأن سببه هو اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية، على هذا الأساس فإن حق الزوج في طلب اللعان لنفي النسب يخضع لقيود والتي من بينها أن لا يكون قد سبق له أن أقر بالنسب. ومن هنا يُطرح الإشكال حول ما لو اكتشف الزوج بعد مدة من الزمن على زواجه، أنه مصاب بمرض يستحيل معه الإنجاب، وأن هذا المرض ولد معه أو أصابه وهو في المهد، و الحال أن زوجته لها أبناء وهو كان يعترف انه أبوهم، فهنا يصبح في

¹ أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.210.

ريب من أمره، اتجاه الأبناء؛ فما هو مصيرهم إذا وهل ينتفي النسب بأثر رجعي؟ الواقع أن التطور العلمي وإن كان يعتبر سلاحاً للبناء، فهو مع ذلك يفتح الكثير من الإشكالات التي لو لم يقف المشرع في مواجهتها لكان هذا التطور يشكل خراباً بالنسبة للإنسان والأسرة بوصفها قوام المجتمع.

فالقاعدة أن الرجوع عن الإقرار بالنسب لا يؤثر على الانتماء إلى صاحبه¹ ولكن بما أن إرادة المقر بالنسب وهو الزوج، كانت معيبة بحيث لم يكن يعلم بأنه عقيم، لا يلد، إلا حين الاكتشافات الطبية، هنا في اعتقادنا أن إقراره بالنسب إذا لم يكن معدوماً فهو ناقص وبالتالي لو طلب اللعان لكان طلبه يمكن أن يكون مبرراً. وبالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها أشارت إلى نفي النسب بالطرق المشروعة، وهو مصطلح واسع يمكن إدخال الحالة السابقة فيه، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة باستطاعة الطب الحديث إثباتها.

وبالتالي تكون وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب، إلا إذا قرر الزوج نفسه نفي الحمل دون الولادة السابقة وفي هذا يعتقد البعض أنه يسري عليه النفي وحده دون الآخرين². إلا أنه من الناحية العملية وبالرجوع إلى القضاء الجزائري فإننا نجد أنه استقر على أن نفي النسب يجب أن يكون باللعان، وبأن يكون ذلك خلال ثمانية أيام وبالتالي يزيد هذا من صعوبة الموقف، ولا يُطمأن إلى هذه المدة التي تبناها القضاء لأحقية الزوج في نفي النسب، ذلك أنها لم تُراعِ الظروف التي قد تكون قاهرة بحيث تجعل الزوج حتى ولو علم بولادة زوجته والحال أنه يريد نفي الولد لكنه لا يستطيع أن يبادر في الوقت

¹ أنظر، محمد محمود أبو زيد، مرجع سابق، ص. 288.

² أنظر، ابن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص. 40.

المناسب. فإذا كان الزوج مثلاً يعمل خارج بلده في عمل لا يسمح بالتخلي عنه، فهنا تكون المدة بالنسبة إليه مجحفة وكذلك كما هو في الخدمة العسكرية أو في سجن لا يمكن الخروج منه. فهذه كلها مسائل قد يستحيل معها ممارسة الدعوة، اللهم إلا إذا كانت هذه المدة بإمكان القاضي وقف سريانها لظروف قاهرة كتلك التي ذكرنا منها بعض الأمثلة.

ويتجلى استقرار اللعان كطريقة وحيدة لنفي النسب انطلاقاً من قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرارها بأنه: "من المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا"¹.

وهذا تأكيداً لقرار المجلس الأعلى، حيث قضى بأن "النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها و المكوث معها في الخفاء مدة لا ينكرها الزوج و لم يعارضها، فإنه بعدم إنكار الحمل يوم سمع به أو الولد حيث ولادته في المهلة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان سقط حقه في إنكار الأبوة"².

ومن باب الملاحظة و التعليق على قرارات المحكمة العليا، فإنه وإن كانت النتيجة التي توصلنا إليها منطقية و مطابقة للشرع والقانون، إلا أنه يلاحظ بأنها لم تفرق ما بين نفي النسب أثناء الحمل و نفيه بعد الولادة. فالمحكمة العليا هنا تتكلم عن وجوب نفي الحمل من يوم العلم به أي قبل الولادة ثم تتحدث عن آجال النفي وهي ثمانية أيام،

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 20-10-1998، ملف 214820، م.ق، 2001، عدد خاص. ص.82.
² أنظر، المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 19-11-1984، ملف رقم 34046، م.ق.1990، ع1، ص.67.

وبهذا أخذت المحكمة العليا بالمذهب المالكي في شق منه وهو جواز نفي الحمل عند العلم به وقبل الولادة.

في حين أخذ قرار المجلس الأعلى بمذهب أبي حنيفة في شقه الآخر، وهو مدة نفي الحمل بعد الولادة.

فهذا في حد ذاته يعتبر تناقضا فإما أن نأخذ بمذهب مالك برمته ونقول بوجود نفي الحمل قبل الولادة¹، وهذا بعد العلم بالحلم، ودون وجود مانع من ذلك، ولا يُقبل بعد يوم أو يومين. وإما أن نأخذ بمذهب أبي حنيفة ولا نقول بجواز نفي الحمل لكن يجوز نفي النسب بعد الولادة في مدة سبعة أيام². وفي هذا الصدد جاء نص عن المادة 68 من المدونة الموريتانية بتكريس كلتا الحالتين حيث نصت على انه: " لا ينتفي الولد الرجل أو حمل الزوج منه إلا بحكم قضائي بناء على وسيلة من الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب كاللعان ". و رغم هذا التفسير الضيق من طرف القاضي للطرق المشروعة فإن البعض³ يري أنها تدل على كل وسيلة لنفي النسب ما دامت مشروعة يمكن للقاضي من خلالها إبراز الحقيقة ليبيّن حكمه على أساسها، وبالتالي قد يُعتقد أن المقصود بها مثلا هو القيافة و التي قال بها الجمهور، ولم يعترض عليها إلا الأحناف⁴، وبين هذا وذاك يري بعض الفقهاء أن المقصود منها ليس اللعان فحسب بل ما ارتبط

¹ أنظر، الحسين ابن الشيخ، الملتقى المرجع السابق، ص.100.

² على خلاف المحكمة العليا التي جعلت مدة نفي النسب ثمانية أيام

³ أنظر، ابن شوّيح رشيد، الطرق الشرعية، المرجع سابق، ص.39.

⁴ والذي يقوم على الظن لا على اليقين، إضافة إلى كونه بالوقت الحاضر لم يعد له مغزى بسبب التدهور الاجتماعي والانحلال الخلقي، نتيجة ضعف الإيمان، ومع هذا فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لللعان في باب النسب وإنما ذكره في باب الميراث، المادة 138 من قانون الأسرة. وبالتالي يستفاد من هذا أنه ينفي النسب لأنه يمنع من الإرث.

بالاكتشافات البيوطبية وأهمها في مجال نفي النسب هو الفحص المقارن للدم¹. وإذا كان اللعان هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن للزوج الاحتماء بها من العقوبة المقررة عند اتهامه لزوجته المحصنة وعند عدم استطاعته الحصول على دليل لذلك، وكانت العقوبة المقررة طبعاً هي كما في قوله تعالى "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً..."²؛ فإن حرص الآية الكريمة على الحفاظ على شرف المرأة وعدم النيل من عرضها جعلتنا نتساءل عما إذا كان من حق الزوجة وهي هنا في موضع المتهمة أن تلجأ - في نفي التهمة عن نفسها وخصوصاً إذا كانت متأكدة من براءتها- إلى الوسائل العلمية للإثبات كإجراء مضاد لاتهام الزوج.

وهنا لا بد من استعمال تحليل الفحص المقارن للدم، واعتماداً على الفقرة الأخيرة من المادة 40 مكرر والتي جاء فيها "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وإذا كان الأمر كذلك، أليس قبولها بمفهوم المخالفة لنفي النسب ممكن؟ وباعتبار أن النسب حق للولد ودفع التهمة حق للزوجة فلا مانع من اللجوء إلى هذه التقنية لأخذ فصيلة من دم الزوج وفصيلة من دم الزوجة والابن بإذن القاضي ليتضح الحق من الباطل، فيدمغه حتى لا تكون المحصنات من النساء عرضة للإساءة.

إلا أن الملفت للانتباه أن المحكمة العليا في الجزائر وفي قرارها الصادر في 19-06-1999 - اعتبرت ما نصه " حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفني بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين تلك الحالات تحليل الدم الذي ذهب

¹ أنظر، احمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2003، ص.46.
² سورة النور، الآية 4.

إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية. الأمر الذي يتعين معه نقض القرار"¹.

غير أن تعليل المحكمة بهذا ليس في محله لأننا بصدد نفي النسب وليس إثبات النسب والنص الذي يمكن إعماله هو نص المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص في فقرتها الأخيرة على أنه "ولم ينفه بالطرق المشروعة". ذلك أن النص القانوني هنا لم يجدد الطرق المشروعة على سبيل الحصر وإنما في اعتقادنا قد ترك المجال مفتوحا لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه. زيادة على هذا أن اللعان شرعي مثلا ومع ذلك لم ينص عليه المشرع ، وإنما أعتمده القضاء لنفي النسب.

في حين نرى المشرع الموريتاني في هذا المجال وبعد إتيانه بالعبارة العامة في المادة 59 من المدونة و هي "ولم ينفه بالطرق الشرعية" ذكر في المادة 68 من المدونة على أنه " لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي بناء على وسيلة من الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب كاللعان". فهذا يدل على أن المشرع بعد أن ذكر صيغة الجمع التي يكتنفها الإبهام والتي وردت في المادة 59 جاء بما يزيل بعض الغموض من خلال ما ورد في المادة 68 وهو عبارة " الوسائل المقررة شرعا " ثم صرح باللعان على سبيل المثال لا الحصر فدل ذلك على أن كل وسيلة للنفي يقبلها الشرع تدخل ضمن ما ورد في النص.

وهذا التفسير قد يؤيده القضاء الموريتاني، حيث بالرجوع إلى هذا الأخير نجد أنه أخذ باللعان دون التصريح بالاكْتفاء به، عكس ما هو الحال عليه نظيره الجزائري،

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 15-06-1999 ملف رقم 222674، م.ق، 2001، ع.خ، ص. 62، 88.

ويتضح ذلك في قوله "وحيث أن الزوج طلب اللعان و مكنته المحكمة من ذلك على أساس قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ... "وقول خليل " بلعان معجل ... إلخ " وقوله " ولا عن في الحمل مطلقا "، وانطلاقا من المادة 68 من المدونة و التي يقضي نصها بأنه " لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي بناء على وسيلة من الوسائل المقرر شرعا في نفي النسب "كاللعان" الشيء الذي قام به على الوجه الذي طلب منه مما يجعل نفي النسب عنه أمرا واردا.

وحيث أنه بلعان الرجل تترتب ثلاث أحكام سقوط حد القذف عنه، وانقطاع نسب الولد منه "وجوب حد الزنا عليها"¹.

ولخطورة وأهمية هذه المسألة الدقيقة والحساسة جدا في موضوع إثبات النسب أو نفيه في حالة اللعان وما يترتب عليه من نتائج على حق الولد في النسب لأبيه لاحتمال كذب الزوج في اتهامه من جهة. بالإضافة إلى أن هذه التهمة تمس شرف الزوجة وتؤثر على حقوق ولدها المادية والمعنوية، علي هذا الأساس واعتمادا علي نص المادة 68 من المدونة نعتقد أنه من حقها أن تدفع التهمة عن نفسها إن كانت متأكدة من براءتها بكافة الطرق الشرعية والقانونية بما في ذلك استخدام عينات الدم للتأكد من هوية فصيلة دم الولد حتى يتضح هل هو من الزوج أم من غيره. والهدف من اللجوء إلى هذه الوسيلة في المقام الأول هو لرد الاعتبار بالنسبة للزوجة (في حالة البراءة) وفي المقام الثاني والأهم هو ثبوت نسب الولد من الزوج لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل بمجرد

¹ انظر، محكمة استئناف انواكشوط، غ.م.ا، 15-07-2001، قضية رقم 90-00، (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).

إدعاء قد يكون محض كذب من الزوج ذلك أن بمجرد الملاعنة يفرق القاضي بين الزوجين شرعا.

وإذا كان على القاضي الموريتاني في هذه الحالة أن يطلب أخذ عينة من الدم من الزوجين والولد معا لإجراء التحقيق و المقارنة بينهما والحالة أن الزوج رفض، فهل هذا قرينة تثبت عكس إدعاءه، وبالتالي يمنعه من اللعان ولا يقبل نفي الولد منه بناء على قرينة الرفض مع قرائن أخرى؟ ولكن هل يمكن إجباره ليخضع للتحاليل لكي يتأكد من النسب أم لا؟ في هذه الحالة حتما نصطدم بقاعدة في الإثبات هي أنه لا يجوز إجبار الشخص على الإتيان بدليل ضد نفسه، لأنه في موضوع الملاعنة هو الذي ألحق التهمة بزوجه فهو بمثابة خصم في القضية وخضوعه لإجراء التحاليل اللازمة قد يجعله كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أي قد يقلب الأمور على عقب لأن التحاليل قد تؤكد وجود علاقة بينه وبين الابن.

أما بخصوص ما إذا كان من الممكن للقاضي أن يتخذ من موقف الأب المدعي برفض الخضوع لتحليل الدم دليلاً على أنه الأب الحقيقي أم أن هذا الرفض حاصله أنه قرينة تدعم بأدلة أخرى ؟ يبدو أنه من الواضح خيار لا بد أن ينتهي إليه القاضي. يقتضي البدء في النتائج التي يقدمها فحص الدم، لأنه في الوقت القريب كان فحص الدم يستخدم كدليل مؤكداً لنفي البنوة فقط. أما وقد أصبح بفضل التقدم البيولوجي يقدم دليلاً للنفي والإثبات على حد سواء وبنتيجة لا تقبل الشك فإنه وفقاً للدور الأول يمكن للقاضي أن يستخلص قرينة من رفض الأب المزعوم الخضوع للفحص ضد مصالحه أي مصالح الممتنع، وادعاءاته بحيث لا تصل هذه القرينة إلى حد اعتمادها كدليل كاملاً.

وأما في الدور الثاني وانطلاقاً من النتائج العلمية التي تفيد بأن نتيجة البصمة الوراثية تقطع في ثبوت النسب أو نفيه، فإنه لا يمكن أن يفسر الامتناع عن الخضوع لهذا الفحص سوى التهرب من أن الأمر قد يكلفه من خلال ثبوت نسب الولد إليه انطلاقاً من هذه النتائج¹.

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء الجزائري وبسبب عدم الدقة في صياغة المادة 41 ق.أ.ج، قد تحمل الصعوبات الكبيرة في تحديد الطرق المشروعة². فإن النتائج التي يمكن الخروج إليها من قرارات المحكمة العليا في الجزائر أو النصوص الموريتانية وما توصلنا إليه من تطبيق، تتمثل فيما يلي:

- 1- أن القضاء الجزائري كان قبل التعديل يحصر الطرق المشروعة لنفي النسب في طريقة واحدة وهي اللعان.
- 2- أن القضاء الموريتاني يعترف باللعان كوسيلة لنفي النسب دون الاعتماد عليه كوسيلة وحيدة في هذا المجال³.
- 3- أن المشرع الموريتاني لا يواكب التطور العلمي في المجال البيوطي لأنه لم ينص صراحةً على هذه الوسائل المحققة في مجال إثبات ونفي النسب.
- 4- عدم استقرار القضاء الجزائري على مدة معينة لنفي نسب الولد¹. حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا"².

¹ أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم، مقال سابق، ص 303-307 و308.
² أنظر، أحمد داود رقية، المذكرة السابقة، ص. 47.
³ أنظر، محكمة استئناف نواكشوط، غ.م.ا. ، 15-07-2001، قضية رقم 90-00، (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).

وفي قرار آخر لها قضت علي أنه "يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين من كل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها"³.

ورغم هذا وذاك فإن النتيجة قد لا تخدم حق الولد في النسب بالقدر الذي يتناسب مع قيمة هذا الموضوع، كعدم مواكبة التشريع العائلي الموريتاني للتقدم العلمي في الميدان البيوطي. هذا التقدم الذي يعزز قاعدة الفراش، إضافة إلى التفسير الضيق الذي من خلاله استبعد القاضي الجزائري كما ذكرناه سابقاً. كل هذا لا محل له من قاعدة الاحتياط، لولا تلافي المشرع الجزائري هذا الفراغ وإدخاله نص المادة 40 مكرر في النسب.

وإذا كانت كل طريقة قد تساهم في الكشف عن الحقيقة وتمكن القاضي من الاعتماد عليها في مجال نفي النسب، فإنه لا جدال في شرعية وتشريعية مسألة اللعان كوسيلة لنفي النسب. ولا جدال كذلك في أن نتائج البصمة الوراثية من الأمور الجديدة هي الأخرى أثبتت قوتها لا كدليل للنفي فحسب، بل كدليل للإثبات والنفي معا. ومع ذلك فإن هذه الوسيلة قد تتعدد آثارها فما هي إذا أثار اللعان؟

ثانيا: آثار اللعان

إن أساس العلاقة الزوجية هو روح التعاطف والاطمئنان اللذين يجسدهما مبدأ الثقة المتبادلة بين الزوجين وبناء على ذلك فإنه ينبغي أن لا تكون الزوجة محل تهمة في

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 15-06-1999، ملف رقم 674222، م.ق.، 2001، ع.خ، ص.82.
² أنظر، المحكمة العليا غ.أ.ش.م، 20-10-1998، ملف رقم 204821، م.ق.، 2001، ع.خ، ص.82.
³ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 25-02-1985، ملف رقم 35934، م.ق.، 1989، ع.1، ص.83، ص.21، 22 من هذه الدراسة.

نظر زوجها والعكس صحيح، حتى لا يعكر ذلك صفو العلاقة الزوجية. ونظرا لقداسة هذه العلاقة من جهة وحرص الإسلام على عرض الزوجين من جهة أخرى، فإن المشرع اقتفاء بالنصوص القرآنية وضع لذلك ضوابط من بينها مسألة اللعان، حيث جعله لمن يتهم زوجته بالزنا ولم يستطع الإتيان بالدليل على ذلك، ومصدر هذه الوسيلة قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَمَنْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"¹. وصفته وفقا لهذه الآيات أن يحلف بالله أنه رآها تزني أو أن هذا الحمل أو الولد ليس منه أربع مرات وفي الخامسة يلعن نفسه إن كان كاذبا. ثم تحلف الزوجة كذلك أربع مرات بقولها " أشهد بالله إنه لمن الكاذبين " وفي الخامسة تلعن نفسها إن كان من الصادقين.

ويستفاد من هذه الإجراءات أنه يترتب على اللعان نوعين من الآثار منها ما يتعلق بنسب الولد (I) والثاني ما يتعلق بالحياة الزوجية وطبيعة الفرقة التي تقع بعد اللعان (II).

I – آثار اللعان على نسب الولد:

فيما يتعلق بنفي نسب الولد، فإنه إذا كان اللعان يهدف إلى نفي نسب الولد أو الحمل عن الملاحن، فإنه بمجرد إجراء اليمين يتحقق هذا الأثر، ينتفي الولد ويلحق بأمه.

¹ سورة النور من الآية 06 إلى الآية 09.

وهذا الأثر أجمع عليه فقهاء المسلمين¹. إلا أنه يفهم من نص المادة 68 م.أ.ش.م أن انقطاع النسب من الملاعن يتوقف على حكم القاضي بعد إجراء الملاءنة². وهو ما يطرح سؤالاً حول ما لو توفي الملاعن بعد إجراء اليمين وقبل صدور الحكم من القاضي، فهل الولد هنا يرث على أنه مازال لم يتم قطع نسبه؟

الواقع أنه بمجرد اللعان ينتفي النسب إذا ذكر الولد أو الحمل في الأيمان التي ذكرناها سابقاً وهذا ما قال به ابن حزم الظاهري حيث يقول: "إذا كانت المرأة الملاءنة حاملاً فبتمام اللعان منهما جميعاً ينتفي الحمل"³.

وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا بالجزائر أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً إذا وقع اللعان يسقط النسب ويقع التحريم بين الزوجين"⁴. وعلى هذا النهج سار القاضي الموريتاني حيث جاء عن محكمة الاستئناف بنواكشوط على أنه: "بلعان الرجل تترتب ثلاثة أحكام... انقطاع نسب الولد منه"⁵. يفهم مما سبق أن الأثر المترتب على اللعان في حق النسب يتحقق عند انتهاء الأيمان من طرف الملاعن، وبالتالي يكون ما أشارت إليه المادة السابقة الذكر من المدونة، لا مبرر له، إلا إذا كان يعني أن اللعان يكون أمام القضاء.

وهنا يجب التنبيه إلى أن قرينة الفراش يقوضها الشك الذي قد يكون لدى بعض الأزواج، والذين قد يدفعهم هذا إلى طلب اللعان نتيجة لرعونة وقلّة حيلة، ويؤدي هذا

¹ أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 268 وما بعدها.
² تنص المادة 68 من المدونة الموريتانية على أنه "لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي بناء على وسيلة من الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب كاللعان"
³ أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 267-268.
⁴ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.، 23-04-1991، ملف رقم 69798، م.ق. 1994، ع. 4، ص. 64.
⁵ أنظر، محكمة استئناف انواكشوط، 22-10-1990، قضية رقم 01،90، (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).

الاضطراب النفسي إلى إجراء اللعان وبالتالي إلى نفي النسب بطريقة قد يكون الزوج فيها ليس على صواب من ذلك. وقد تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا الأمر لخطورته، فحددوا مركز الولد في مواجهة الزوج الملعن بطريق ثلاثم تراجع هذا الأخير إن حصل ذلك، فذهبوا إلى أن الولد بالنسبة للزوج الملعن أجنبياً، بالنسبة لأحكام الميراث والنفقة، لأن هذه الأحكام لا تثبت إلا بسبب متيقن¹. أما بالنسبة لسائر المسائل الأخرى فاعتبروا ولد اللعان في علاقته مع الملعن كالابن، فلا تصح الشهادة بينهما، ولو قتله لا قصاص عليه للشبهة والحرمة بينه وبين أولاده تثبت للاحتياط². ولا يعد مجهول النسب، فلا يستطيع أن يدعيه غيره. وإذا كذب الملعن نفسه يثبت النسب ولو بقي أثر اللعان بالنسبة للعلاقة الزوجية.

II – آثار اللعان على العلاقة الزوجية:

ويتحقق هذا الأثر حيث أنه بمجرد تأدية الأيمان من قبل الزوجة، تقع الفرقة بينهما. وبهذا الرأي قال المالكية والحنابلة³، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت⁴، أما حكم القاضي فهو منفذ لها. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها السابق⁵. والذي جاء فيه على أنه بمجرد اللعان تقع الفرقة ويقع التحريم. بينما قال الأحناف، أن الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي، بمعنى أنهما لو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي، بقيت الزوجية قائمة بينهما، في بعض الأحكام كالإرث، واستدلوا على ذلك

¹ أنظر، محمد محمود أبوريدي، المرجع السابق، ص 293.

² أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 273، محمد بن إدريس الشافعي، ج5، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت "بدون سنة الطبع"، ص. 227.

³ أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 268.

⁴ أنظر، ابن الجوزي، الفتاوى الفقهية، لبنان، "بدون سنة الطبع"، ص. 211.

⁵ أنظر، قرار المحكمة العليا الذي ورد في ص. 57 من هذه الدراسة.

بما روي عن ابن عباس في قصة المتلاعنين "ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما"¹ وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعله صلى الله عليه وسلم¹.

ومهما يكن من أمر، فإن اللعان يقطع العلاقة الزوجية وينفي النسب، ومع ذلك يبقى هذا النفي ظنيا لا قطعيا، الأمر الذي لم يشر إليه المشرع الجزائري ولا نظيره الموريتاني، مما يظهر البلاء الحسن الذي بذله فقهاء الشريعة الإسلامية من تعميق في الأحكام، الشيء الذي يضع استفسارا حول ما لو وجدت مسألة أخرى أخف أثر من للعان وهي قطيعة الدلالة و احتمالها يكاد يصل إلى 99,99% من الصحة. وهي الأخذ بنتائج فحص الدم المقارن كدليل لنفي النسب، وبيان موقف أحكام الشريعة من هذه التقنية التي أصبح نفع خيلها يدك حصون التشريعات العربية و الإسلامية ؟

ثالثا: موقف أحكام الشريعة الإسلامية من مسألة استخدام عينات الدم

كوسيلة لنفي النسب.

إن الإجابة على السؤال السابق تقودنا حتما إلى تبيان مدى تماشي فكرة الأخذ بالنتائج التي توصلت إليها الاكتشافات الطبية والبيولوجية المعاصرة في مجال النسب مع المبادئ الشرعية. ولقد ثار هذا سؤال في الفقه الإسلامي فعلا لكن من زاوية أخرى. حيث تحدثوا عما أسماها بالقيافة التي تعني تتبع آثار ومعرفتها وكذا النظر بفراسة في وجوه الشبه بين شخصين لمعرفة هل بينهما نسبة في البنوة أم لا.²

¹ أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 625.
² أنظر، الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، الجزء 4، ص. 488.

واختلفت آراء الفقهاء بشأن الحل الواجب الإتيان في مجال النسب ، فبعضهم¹ أجاز الأخذ بها، حيث يقول الشافعي رحمه الله، كيف والنبي صلى الله عليه وسلم قد صرح في الحديث الصحيح بصحتها، إذ اعتبر القيافة علما سليما يقتضي الحكم به. وذلك نتيجة لإقرارها من قبله صلى الله عليه وسلم في حديث عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وأسارير وجهه تبرق فرحا بسبب أن القائف رأى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا بها رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض. ومن ثم جعلت القيافة حدا لكلام الطاعنين² في نسب أسامة لشدة بياضه وحمرة، وشدة سواد زيد أبيه³.

وأثبت عمر بن الخطاب وابن عباس وانس بن مالك الحكم بالقيافة ، فقد نقل عن كعب بن سور ،قاضي عمر بن الخطاب أنه اختصم إليه امرأتان كان لكل واحدة منهما ولدا فانقلبت إحدى المرأتين على أحد الصبيين فقتلته فادعت كل واحدة منهما الباقي، فقال كعب لست بسليمان ابن داود ثم دعا القائف وقال أنظر في هذه الأقدام فألحقه بإحدهما⁴.

بينما استقر الفقه الحنفي⁵ على عدم الأخذ بالقيافة كدليل في مجال النسب بدليل أنها وسيلة قائمة على الشبه المبني على الظن. بل أكثر من ذلك يقع الشبه بين الأجنب دون الأقارب، وأما سرور رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل عند أنصار

¹ أنظر، أحمد محمد، مرجع سابق، ص. 120-121.
² أنظر، تشوار جيلالي، القضاء، مصدر، مقال سابق، ص 15-16.
³ أنظر، رأي مالك والشافعي وأحمد " وأبو ثور والأوزاعي، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار اشرفية، 1989، الجزء الثاني، ص. 252.
⁴ أنظر، ابن رشد، المرجع السابق، ص. 252.
⁵ أنظر، ابن القيم الطرق الكيفية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1961، ص. 78.

هذا المذهب إلى ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف كون أن أسامة بن زيد كان ثابتاً بالفراش وإنما لقطع السنة الناس الطاعنين في نسب أسامة.

ويلاحظ أن هذا الاتجاه الدقيق مرتبط بطبيعة الوسيلة المستعملة ذاتها¹ فالقيافة ما هي إلا أداة ظنية في معرفة متى يجب ومتى لا يجب لتثبيت النسب أو نفيه. وبمفهوم المخالفة والحالة هذه تكون كل وسيلة فعالة قائمة على الاستدلال واليقين من وسائل ثبوت النسب أو نفيه معتبرة ويجب الأخذ بها. مما يعني أن أسلوب القيافة اليوم أخذ طابعا جديدا نتيجة لتطوره ولخضوعه لدراسات عديدة ودقيقة. الأمر الذي أكدته الاكتشافات الطبية والبيولوجية المستحدثة في مجال إثبات النسب أو نفيه²، مما ثار انتباه الفقهاء المعاصرين بحيث لم يصبحوا بمنأى عن البحث في هذا الموضوع، فقد تحركت به أيديهم ونطقت به أفلامهم. ويظهر ذلك مما صدر من آرائهم حول أهمية هذا النمط الجديد للقيافة الذي يعتمد في وسائله المستعملة على معطيات علمية تكاد تكون دقيقة، وبهذا المعنى يكون الأخذ بها لتحديد الأبوة أمرا مقبولا كما يرى بذلك الدكتور تشوار جيلالي حيث يقول أنه "إذا أثبت الزوج بمقتضى إحدى هذه الوسائل الحديثة أن الطفل لا يمكن أن ينتسب إليه لاختلاف البصمات محل الفحص، يكون طلبه هذا مؤسسا"³. ونقطة البداية في نظره هو أن العمل بهذه التطورات ما هو إلا تدعيماً لقاعدة الولد للفراش، لأنه إذا كان العمل في السابق يعتمد على اللعان، أما والآن تغير الأمر وأصبحت هناك وسائل أثبتت كفاءتها في تقديم الأدلة التي لا تتنافى مع دعائم الشرع الإسلامي. فإن عدم الأخذ بهذه الوسائل لا مبرر له ويتنافى مع المبادئ الشرعية التي

¹ أنظر، تشوار جيلالي، مقال سابق، ص. 11 وما بعدها.
² أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 152 وما بعدها.
³ أنظر، تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص. 162 وما بعدها؛ القضاء مصدر، مقال سابق، ص. 19-20.

تدعوا إلى الجِد والاجتهاد في سبيل تحصيل العلم والاستفادة منه. وقد تأكد هذا الطرح، عند الدكتور محمد محمود أبو زيد الذي يرى أنه أمام الضياع الإنساني وحرصا على عرض المرأة فإنه يظهر واضحا ضرورة الاعتماد على الفحص الحديث للدم للتأكد من نفي النسب أو إثباته¹.

وإذا كان الذي استقر عليه العمل ميدانيا في الجزائر قبل التعديل هو الأخذ باللعان واللعان وحده هو الذي يمثل الطرق المشروعة كما جاء في المادة 41 من قانون الأسرة واستبعاد كل الطرق الأخرى وخاصة التي نتحدث عنها مثلا كاستخدام فصيلة الدم لنفي النسب باعتبار أي إشارة إلى ذلك من طرف القاضي " تجعله يتجاوز لسلطاته"². فيبدو أن القضاء الموريتاني لا يمكن أن يسير صوب هذا النهج من وجهين:

لأن نص المادة 59 من المدونة جاء مثقلا بعبارة " ولم ينفه بالطرق الشرعية " فدلّت هذه العبارة على أن المشرع الموريتاني لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة لنفي النسب ، فاستعمال الجمع في هذه الحالة يقتضي أنه لم يقتصر نفي النسب على اللعان فقط، فقد أخذ أيضاً بكل الوسائل الأخرى³ التي تمكن القاضي من إبراز الحقيقة. وهذا التفسير يدعمه ما نصت عليه المادة 68 من نفس المدونة " ... من الوسائل المقرر شرعا في نفي النسب كاللعان". فلاحظنا أن المشرع استخدم في الأولى الطرق الشرعية التي تجعل القاضي الموريتاني حتما يأخذ باللعان ضمن الطرق الشرعية إلا أنه لو جعله الطريقة الوحيدة للنفي لأفرغ المادة 68 من محتواها أو لكانت الوسائل المقررة شرعا لا فائدة من ذكرها، لأنه ليس من المنطق أن تكون عبارة جاءت بصفة الجمع في مادتين تدل على

¹ أنظر، محمد محمود أبوريدي، المرجع السابق، ص.270.

² أنظر، المحكمة العليا 19-6-1999، ملف رقم 222664، م.ق.، 1999، ع.1، ص.126.

³ أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص. 167.

معنى واحد حتى ولو لم ينص على اللعان صراحة. وبين هذا وذلك جاء باللعان على سبيل المثال لا الحصر.

أما الوجه الثاني وباعتبار الوسائل المقررة شرعا لا يمكن استبعادها تطبيقا للنص أعلاه ومن بين هذه الوسائل أسلوب القيافة. وما دامت هذه أصبحت تحمل طابعا جديدا يعتمد في أسلوبه على اليقين والدقة مما كانت عليه سابقا، وهذا الطابع هو استخدام عينات الدم للحصول على العلاقة بين الابن والزوجين أي تأخذ عينة من كل من الزوجين وكذلك الولد وتجري عليهم تحاليل حتى يتأكد من ما إذا كان الولد من الزوج أم لا، لأن الولد يحمل نصف من فصيلة أبيه ونصف آخر من فصيلة أمه. وباعتبار الأمر كذلك رغم عدم وجودنا لأي استعمال لهذه التقنية في أكناف القضاء الموريتاني إلا أنها تظل في اعتقادنا ضمن الطرق المشروعة أو على الأحرى تحت طائلة الوسائل المقرر شرعا في نفي النسب وفقا للمادة 68 من المدونة.

وختاما لما سبق يمكن القول أن من أراد نفي أبوة، يستطيع ذلك مهما كانت المرحلة التي فيها الطفل سواء كان حملا أم قد ولد. لكن هذا يتطلب إجراءات وشروطا، حيث لا يكون أن سبق وقد اعترف بهذه الأبوة، سواء كان ذلك صريحا أو ضمنيا، وأن يقوم بالمبادرة فور علمه بالحمل أو الولد.

ثم إن الوسائل المقررة لنفي الأبوة تتمثل في اللعان بوصفه الطريقة المتداولة لدى القضاء، إضافة إلى الوسائل العلمية الحديثة بوصفها هي الأخرى تمثل أقوى نموذجا من صور البيينة. ومع ذلك مما تقدم يمكن القول انه لا مانع من استخدام كل طريقة تمكن القاضي من الاعتماد عليها في نفي النسب، لأن ذلك يبدو معلوما من قراءة النصوص

السابقة. بيد أن المشرع حريصاً كل الحرص على أن يولد الولد ويجد أمامه نعمة النسب من أبويه ليظل يعيش في أمن واستقرار على حقوقه العائلية، حتى ولو كانت الولادة قد حدثت بعد انقطاع العلاقة الزوجية، فإنه وضع شروطاً يكون تحققها يكفل تأميناً لنسب الولد.

المطلب الثاني

شروط ثبوت النسب في حالة الفرقة

الأصل أن حصول الولادة أثناء قيام العلاقة الزوجية التي تصير بها المرأة فراشاً، يعتبر قرينة غير قابل للدحض اتجاه الطعن في نسب الولد الذي يأتي من هذه العلاقة، انطلاقاً من "قاعدة الولد للفراش" لكن ومع ذلك قد تحصل الولادة بعد فك الرابطة الزوجية لسبب ما ويتطلب ذلك لإثبات النسب. الرجوع إلى أعمال مدة الحمل المقررة قانوناً لذلك يكون علينا التطرق إلى ثبوت نسب الطفل في أنواع الفرقة (الفرع الأول)، ومدة الحمل التي بها يمكن لحق هذا الولد من الزوج المفارق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ثبوت النسب وأنواع الفرقة

بغض النظر عن الفسخ أو التطليق فإن رابطة الزواج الصحيح يحصل انقطاعها إما عن طريق الطلاق (أولاً) وإما بسبب وفاة الزوج (ثانياً) ولعل حصول كلتا الحالتين يطرح تساؤلاً حول مصير نسب الأولاد، وخاصة الذين لم يرو نور الولادة حين فك الرابطة الزوجية؟

أولاً: نسب ولد المطلقة :

قد يثور التساؤل حول ما إذا جاءت زوجة المطلق بولد بعد الطلاق فهل هذا الولد ينسب مباشرة دون قيد أو شرط؟ وهل يختلف حكم نسب المولود بعد الفرقة بحسب ما إذا كانت قبل الدخول أم بعده؟

يبدو أن الأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لحكم نسب الولد من المطلق مهما كانت طبيعة هذا الطلاق، وذلك انطلاقاً من المادة 43 ق.أ.ج لأن المشرع أولاً لا يعتبره طلاقاً إلا إذا أفصح القاضي به وذلك تطبيقاً لنص المادة 49 ق.أ. التي جاء فيها. "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". أما قبل النطق بالطلاق فيبدوا أن المدة تعتبر لفائدة الطفل حيث ينسب لأبيه بناء على نص المادة أعلاه.

وإبتداءً من تاريخ الانفصال بالطلاق تبدأ المدة، فإن جاءت به خلال عشر أشهر فالولد لأبيه طبقاً للمادة 43 من قانون الأسرة. أما إذا حدثت الولادة قبل نهاية عدتها الثابتة من تاريخ النطق بالطلاق وكانت المدة بين الدخول بها وتاريخ ميلاد الطفل أقل من ستة أشهر فإنه لا ينسب لأبيه لمخالفته¹ لنص المادة 42 من ذات القانون والتي تقضي بأن "أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر".

وهنا يبرز دور المشرع بأخذه للاحتياط في النسب مع عدم الإسراف الذي يؤدي إلى إلحاق الأولاد بأباء غير آبائهم، ومرد هذا الأمر أنه يلحق ولد المطلق من أبيه إذا ولد في أقصى مدة الحمل. وهذا يبدو منطقياً من وجهين: الوجه الأول هو إما أن تكون

¹ أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام،الدار الجامعية، بيروت،1984، ص.678 وما بعدها.

المطلقة طلاقها رجعيًا¹ وأتت بولد خلال عشرة أشهر عند المشرع الجزائري أو سنة عند نظيره الموريتاني، أي، كحد أقصى، هنا يلحق الولد بالزوج المطلق على أساس احتمال أن الزوج ربما راجع زوجته أثناء العدة وحملت منه، حتى ولو أقرت بانتهاء العدة كما أشرنا، وأتت بولد في أقل من ستة أشهر فإن نسب الولد يظل موصولاً إلى المطلق لاحتمال عدم صدق إقرارها بانتهاء العدة.

ومن هنا يثور التساؤل حول القوة القانونية للوسائل الطبية، بحيث ما إذا أثبتت الزوجة المطلقة بهذه الوسائل براءة رحمها وأقرت بانتهاء عدتها ثم أتت بولد في أقل من ستة أشهر فهل هذا الولد ينسب إلى الزوج المطلق؟

الواقع أن المشرع لم يتعرض لهذه الإشكالات بالتفصيل في دور الوسائل الطبية لإثبات براءة الرحم، وما مدى مصداقية الشهادة الطبية في هذا المجال، إلا أنه يفهم من الفقرة الثانية من المادة 61 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية² أن للطبيب دور في هذا المقام، بحيث يمكنه تمديد الحد الأدنى والأقصى للحمل. وما دام الأمر كذلك فإن المطلق قد يتخذ حكمه بانتهاء عدة الزوجة دليلاً في مواجهة لحوق نسب الولد منه. لكننا لا نطمئن لهذا الاستنتاج لأنه قد يتعارض مع الآيتين الكريمتين³ بحيث لا يمكن للولد أن يولد حياً وكاملاً للحياة لأقل من ستة أشهر، إذن لو أتت بولد في أقل من ستة أشهر بعد صدور الشهادة الطبية ببراءة رحمها، لدل ذلك على عدم صدق هذه الشهادة وإلا لكان الأمر يتعارض مع النصوص الشرعية أعلاه.

¹ مع الملاحظة أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي، لأن المراجعة بين الزوجين بعد صدور الحكم بطلاق، يلزم فيها عقد جديد.

² المادة 61 من المدونة تنص في فقرتها الثانية على أن "غير أنه إذا كانت هناك ربية في الحمل بعد هذه المدة رفع المعنى أمره إلى القاضي ليستعين بالخبرة الطبية".

³ أنظر، الآيتين المشار إليهما بخصوص الحد الأدنى للحمل، ص. 84.

أما الوجه الثاني فإنه يتعلق بحالة المطلقة طلاقاً بائناً وهنا نفرق بين حالتين: الأولى أنها لم تقر بانقطاع عدتها وأتت بولد خلال عشرة أشهر أو أقل هنا يثبت نسبه للمطلق لاحتمال أنها كانت حاملاً وقت الطلاق وقد تأخرت الولادة لسبب ما حتى بلغت الحد الأقصى للحمل.

أما إذا كانت قد أقرت بانتهاء العدة فإن الولد لا ينسب إلى المطلق إلا إذا جاءت به لعشرة أشهر من الطلاق أو لأقل من ستة أشهر من الإقرار بانتهاء العدة، وعلة ذلك أنها لو أقرت بانقضاء عدتها وأتت بولد في ستة أشهر فإنه ليس من الحكم نسبه للمطلق، وليس ذلك على أساس الإقرار فحسب بل زيادة على ذلك أن ما بين الإقرار وميلاد الابن قد يحصل حمل ويولد وهو كامل الحياة وبالتالي يكون من زنا. لكن مع ذلك لم تسلم النصوص في هذا المجال من عدم الدقة في التعبير الشيء الذي قد يترك الأثر السلبي عند تفسير النص وما يترتب عن هذا التفسير من أحكام قد تكون مغايرة لإرادة المشرع. ويبدو هذا واضحاً من نص المادة 43 ق.أ.ج والذي يحدد المدة التي من خلالها ينسب الابن لأبيه، جاء يحمل عبارة غامضة إلى حد ما باستعماله كلمة "الانفصال" والتي تقابلها في النص الفرنسي Séparation، في حين نصت المادة 60 من نفس القانون على الطلاق الذي تقابله في النص الفرنسي Divorce، فهل المشرع قصد بكلمة الانفصال الطلاق بمعناه الفعلي¹ أم أنه قصد الانفصال الجسدي الذي يحدث بين الزوجين بسبب ما، وتبقى العلاقة الزوجية قائمة أم أن الانفصال هو الطلاق بحكم القاضي؟

¹ أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغربية، المرجع السابق، ص. 23.

إن هذه المفاهيم كلها قابلة للتطبيق اعتماداً على نص المادة 43 أعلاه، فالانفصال قد يفهم من عدم المعاشرة الزوجية، وبعبارة أخرى أن يكون الانفصال فعلياً. إلا أن المحكمة العليا قد أخذت عكس ذلك، وهو أن الانفصال المشار إليه في المادة 43 يعني الطلاق مما يستبعد كل التأويلات حول الانفصال التي قد تكون كما ذكرنا بعزوف أو ابتعاد عن محل الزوجية، حتى ولو كان بطلاق قبل النطق به من القضاء، لأن هذا الأخير حسب تفسير المحكمة العليا¹ لا ينتج عنه أي أثر قانوني على الرابطة الزوجية أو بالأحرى على نسب الطفل. اللهم إلا إذا أثبت أحد الزوجين غيابه عن الآخر مدة تفوق ما هو منصوص عليه لمقدار مدة الحمل المقررة في المادة 60 ق.أ.ج.²

لكن أمام غياب تأكيد صريح في قانون الأسرة الجزائري على التفسير الذي ذهب إليه المحكمة لمفهوم الانفصال فإن غموض النص يفتح مجالاً للطعن في الكثير من الأحكام مما يمكن القول معه أن هذه الأسئلة تظل تطرح نفسها، لأنه لو قلنا بأن الانفصال هو الطلاق كما قالت به المحكمة العليا، وكما هو وارد في نص المادة 60 من قانون الأسرة، فيضعنا هذا التفسير أمام مشكل في الواقع العملي. إذا أخذنا في الاعتبار أن الطلاق لا يكون في القانون الجزائري إلا بحكم قضائي وفقاً للمادة 49 ق.أ.ج، فإن المدة المذكورة بالتأكيد سيبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق بغض النظر عن تاريخ الطلاق الفعلي أو الانفصال.

وأمام هذا ورغم أن نطق الحكم بالطلاق قد يصدر والحالة أن الزوجة أصبحت خارج عدة زوجها فإننا نكون أمام وضعية شاذة وصورتها أن المرأة قد تأتي بولد خلال

¹ أنظر، المحكمة العليا، 2005-3-23، ملف رقم 330464، م.ق، 2005، ع.1، ص. 293.
² Cf. gh. BENMELHA, Le DAF le, (O.P.U) Algérie, 1993, P.144.

العشرة أشهر المذكورة، من يوم صدور الحكم بالطلاق من القاضي وعلى هذا يثبت نسبه من الزوج المطلق ويسجل في سجلات الحالة المدنية على اسمه. ويبقى في واقع الأمر أن الطفل قد ولد في مدة خارج المدة الشرعية أي خارج عدة المطلقة وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب. لهذا يكون في نظرنا المعنى الأصح للانفصال والذي لا يتعارض مع أحكام النسب الشرعية والقانونية: هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ هذا الانفصال أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق هذا من جهة.

ومن جهة أخرى تبقى مشكلة حساب المدة (العشرة الأشهر) المذكورة في المادة

بحسب ما إذا كانت تحسب من تاريخ الانفصال أم الطلاق بحكم القاضي؟

فالنص فالمذكور أي المادة 43 من قانون الأسرة قد حددت المدة التي ينسب فيها

الولد للزوج المطلق ، إلا أنها لم تحدد لنا أي نوع من الطلاق سيطبق فيه النص هل هو

الطلاق البائن أم الطلاق الرجعي؟ ثم هل هو الطلاق قبل الدخول أم هو الطلاق بعده

؟.

لأن عمومية النص تجعل الشيء الذي يتبادر للذهن هو أن المشرع جعل صور

الطلاق كلها ينطبق عليها الحكم، أي أن المدة تحسب من تاريخ صدور الحكم من أي

نوع من الطلاق. وإذا كنا نسلم بهذا الحكم وخاصة بالنسبة للمطلقة بعد الدخول فهنا

لا يمكن التسليم به ونحن نواجه المطلقة قبل الدخول. لأن التسليم به يضع إشكالا في

هذا المجال فالنص يساوي كما ذكرنا بين أنواع الطلاق، إلا أنه إذا رجعنا إلى نص المادة

58 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه "تعتد المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء،

والبياس من الحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". وأمام هذا النص وبمفهوم المخالفة تكون المطلقة غير المدخول بها لا عدة لها وإذا سلمنا بهذا الحكم بالإضافة إلى قبول أن العدة إنما تعطى للمرأة لكي يخلو رحمها من ماء الزوج السابق حتى لا يختلط بماء غيره، والحالة أن رحم المطلقة قبل الدخول خالي مبدئياً من ماء زوجها، يكون تطبيق المادة 43 السالفة الذكر في هذا المجال لا معنا له.

إضافة إلى أنه لو تم التسليم كذلك بمبدأ التساوي المذكور في نفس المادة أعلاه، فلماذا تمنع الزوجة من استحقاق الصداق بالكامل ولم نعطيها إلا نصفه كما هو معلوم من المادة 16 ق.أ.ج فالمبدأ هو أن الزوجة تستحق الصداق بالكامل عند الدخول، أما غير المدخول بها فلها نصفه عند الطلاق.

وتطبيقاً لهذا يكون من البديهي أن تسليمها نصف الصداق بعد الفرقة، دليل على أن الدخول لم يقع، وما دام الدخول لم يقع فإن إلحاق الولد من الزوج المطلق أمر مستبعد، اللهم إلا إذا كنا هنا نلحقه انطلاقاً من الرأي القائل بالاكْتفاء، بالإمكانية العقلية فقط.

ويبدو من الملاحظ أن المشرع الجزائري حسب نص المادة 49 ق.أ. لا يعترف بالطلاق اللفظي والذي يسري من تاريخ التلفظ به و يثبت بحكم قضائي وبأثر رجعي وجوباً حسب الشريعة الإسلامية¹. و على هذا الأساس يكون أولى بالمشرع في هذا الصدد أن يأخذ بعين الاعتبار تاريخ اللفظ بالطلاق عند ثبوته في شكل رسمي مع سرِيانه من تاريخ النطق من طرف الزوج، حتى تتسق النصوص فيما بينها لان عدم اعتبار ذلك

¹ ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تجعل الطلاق بيد القاضي إلا إذا طلبت به المرأة، وإنما جعلته بيد الزوج، على هذا فإنه بمجرد صدوره يصبح نافذاً حتى ولو لم يصدر به قرار قضائي. أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي (بدون تاريخ)، ص. 282-283.

يتعارض مع مقتضيات المادة 222 ق.أ. التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث أن هذه الأخيرة قسمت الطلاق إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، فالطلاق الرجعي هو الذي وقع بإرادة الزوج ودون مانع شرعي بالتالي وتكون فيه الزوجة خلال عدتها تحل لزوجها وبدون عقد جديد، الشيء الذي استبعده القضاء الجزائري وذلك حين ما قضى بان "من المقرر قانونا انه بعد صدر الحكم بالطلاق فان المرجعة لا تتم إلا بعقد جديد"¹.

أما الطلاق البائن، فإن البينونة لا تخلو من أن تكون بينونة كبرى وفيها لا تحل المطلقة للمطلق حتى تنكح زوجا غيره² مثلا. أما البائن بينونة صغرى فهي لا يحل وطؤها في العدة إلا أنه يمكن للمطلق مراجعتها بعقد جديد. وفي هذا السياق، جاء في قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) أنه " من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجين بعد فراق نهائي ولكن غير بائن بينونة كبرى مثل الذي يحصل في طلاق الثلاث أن يراجعها باقتران جديد ينتج عنه قانونا شرعية الولد الناتج عنه والقضاء بهذا المبدأ صحيح "³.

هذا ولم يكن المشرع الموريتاني بعيدا عن بعض هذه الملاحظات، وإن كان في هذا الموضوع أكثر تفصيلا من نظيره الجزائري إذ نص في المادة 60 من المدونة على أنه " يثبت النسب للولد الذي ولد بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو لمدة لا تتجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة". وتعليقا على هذا النص وغيره من النصوص

¹ أنظر، المحكمة العليا 22-2-2000، ملف رقم 239349، م.ق.، 2001، ع.خ، ص.107.
² هناك خلاف حول ما لو استخدم الطلاق الثلاثة في كلمة واحدة أيكون بائنا، أم يكون طليقة واحدة؟ بعض الفقهاء يرى أن طلاق الثلاث في كلمة واحدة لا يحصل منه إلا أثر واحد، أي طليقة واحدة. بينما يرى بن العربي المالكي ومحمد الأمين بن مختار الشنقيطي، بلزوم الثلاثة بلفظة واحدة كما رواه مالك في الموطأ. أنظر، في هذا المجال، الشنقيطي، أضواء البيان في شرح القرآن بالقرآن، عالم الكتب، بيروت، الجزء 1، (بدون سنة الطبع)، ص. 191-192.

³ أنظر، المجلس الأعلى، 27-11-1968، ملف رقم 35087، مقتبس من بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.48.

الأخرى في هذا الموضوع، فإن المشرع ساهم في حماية الطفل الذي يأتي بعد انقطاع العلاقة الزوجية، وذلك بإعطائه المدة القانونية الكافية لميلاده حتى يلحقه بالزوج المطلق لأمه.

إلا أن الملاحظة في هذا المجال هو الاستثناء الذي لم يقتصر على هذا النص نفسه بل تعداه إلى نصوص أخرى، وهذا الاستثناء دائما يحيل إلى "أهل الخبرة" ويبدو أن هذا المصطلح فقهي قديم لم يعد له محل من الإعراب في عصرنا الحاضر، فالأجدر عدم الإتيان به طالما أنه أخذ بأقصى حد للحمل وهو سنة، سواء بالنسبة للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها، وبالتالي كان غنيا عن استثناء كهذا انطلاقا من المجرى العادي للحمل و انطلاقا أيضا من ما أثبتته العلوم الطبية. أما والحالة أنه أتى بهذا الاستثناء الوارد في المادة 61 من المدونة، كان عليه أن يستعمل كلمة طيب بدل خبير حتى لا نعود إلى ما كانوا يسمون بالنساء اللواتي لهن خبرة تقليدية مبنية على الظن والاحتمال، وليس انطلاقا من التجربة العلمية ، لأنه لو استعمل كلمة طيب يكون أمام أخف الملاحظتين مع العلم أنه ليس كل طيب يأخذ برأيه في هذا المجال. بل لا بد من طيب مختص، وتتوفر فيه العوامل اللازمة لتأدية الشهادة لأن رأيه في هذا المجال يعتبر شهادة مبنية على حقائق علمية، لماذا لأن ما وصل إليه العلم من تطور أصبح كفيلا بالتيقن من معرفة الحد الأدنى والأقصى للحمل. وبالتالي يكفي إن يكون أهل الخبرة في هذا المجال يؤخذ برأيهم عند سن النصوص وليس عند تطبيقها، لأن هذا الأخير من شأنه أن يفتح بابا للكثير من المشاكل التي قد تعد خطرا غلى نسب الأطفال، ويتضح ذلك جليا عندما نكون بصدد تطبيق المادتين 61 و 115 ومدى التعارض بينهما، حيث بالنظر إلى نص الفقرة الثانية من المادة 115 من المدونة نجدها تقول " وإذا انقضى أمد الحمل فإن

القاضي يحكم بانقضاء العدة أو تمديدھا مراعاة لرأي الخبير"، بمعنى أنه بعد انقضاء سنة كاملة يكون من الممكن أن تكون المطلقة ما زالت في ريبة من أمرھا.

ومن هنا تكون المادة 60 والفقرة الأولى من المادة 61 من المدونة لا معنا لهما ما دامت المدة قد تزيد على سنة فيمكن كذلك إلى سنتين وتظل الريبة قائمة حسب عمومية النص إلى أربعة سنوات أو إلى خمسة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع قسم الطلاق من حيث الطبيعة إلى طلاق رجعي و إلى طلاق بائن.

فبعدها نص في المادة 116 من المدونة على أنه " تنتقل المطلقة رجعيًا إلى عدة وفاة إذا مات زوجها في العدة " وكذلك المادة 110 منها بمعنى أن الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يمكن فيه للزوج أن يطاء زوجته وهي في العدة دون عقد جديد ودون ولي ولا شهود، وللزوج كذلك مراجعة زوجته أثناء عدتها بلا صداق ولا ولي¹.

أما الطلاق البائن فإن المشرع أتبع فيه نفس الأحكام التي وضعتها أحكام الشريعة الإسلامية. فمن المعروف أن البينونة إذا كانت صغرى تنهي العلاقة الزوجية ولم يكن أمام المطلق إلا أن يقوم بعقد جديد على مطلقتها². وعلى العكس من ذلك لا يمكن للزوج المطلق في حالة البينونة الكبرى أن يراجع زوجته ولو بعقد إلا إذا تزوجت غيره و دخل بها هذا الأخير ثم طلقها وبانت منه، حيث بانقضاء عدتها يحق للزوج الأول أن يعقد عليها، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 91 من المدونة بقولها أن " الطلاق الثلاث يرفع حكم الزوجية ويمنع من استعادته بعقد جديد إلا بعد انقضاء عدة المطلقة من زوج آخر ودخل بها فعلاً".

¹ أنظر، المادة 89 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
² أنظر، المادة 91 من نفس المدونة.

ولا أدري لماذا استعمل المشرع كلمة "فعلا"، هل يعني ذلك أنه لا يكفي الدخول الحكمي والذي يحصل بمجرد الخلوة؟ إذا قلنا هذا لا يكفي بل يلزم تحقق الاتصال الجنسي بين الزوجين فيصبح هذا الرأي متعارضاً مع نص المادة 118 من المدونة والذي جاء فيه أنه " لا تلزم العدة إلا بعد الدخول أو الخلوة المحققة أو الوفاة". فكلمة خلوة مادامت تكفي للزوم العدة فيبدو أنها كذلك تكفي لأن تحل بها الزوجة على زوجها الأول إذا بانت من الثاني، الذي خلا بها. وأن عدم الأخذ بهذا الحكم يجعلنا نعود من حيث أتينا وهو الجدل الذي وضعنا فيه عبارة "وأمكن الاتصال" الواردة في نص المادة 59. بمعنى أننا إذا لم نكتف بمجرد الخلوة، فهذا يعني أننا لا نكتفي بغير الاتصال الجنسي المحقق حتى يثبت النسب، لأن المشرع تارة استعمل عبارة "أمكن الاتصال"، وهنا استعمل عبارة "دخل بها فعلا". وكلمة فعلا تدل على التأكيد مما يجعلها لو أتت بولد والحالة أنه لم يتأكد الدخول بها لم يكن ذلك الولد يدخل تحت مظلة قاعدة الفراش لأن الاتصال انتقل من الإمكانية فقط إلى التحقق من الدخول حسب قراءة المادة 91 أعلاه، مع أن الآية الكريمة التي تقول "حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"¹. ولم تقل حتى يطأها بل ذكرت النكاح والنكاح عبارة تستخدم في عقد الزواج وتارة لإمكانية الدخول. فمن المعلوم أنه لو طلقها قبل خلوة لم تحل لزوجها الأول لأن طلاقها قبل الدخول سواء كان

¹ الآية 670 من سورة البقرة، يقول المالكية أنها لا تحل للأول حتى يطأها الثاني في نكاح صحيح، بحيث لو وطأها في نكاح فاسد لم يجزأ ذلك، هذا يوافق حديث عن عائشة الثابت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "... لا حتى يذوق عسيلتها وتذوق من عسيلته". بينما يرى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أنه لو عقد عليها الثاني وطلقها فإنها تحل للأول بعد انقضاء عدتها ولو لم يدخل بها لظاهر الآية، أنظر، محمد الامين الشنقيطي، المرجع السابق، ابن كثير، تفسير القرآن، دار الأحياء الكتب العربية، مصر، 1969، ص. 277.

حقيقيا أو حُكميا يجعلها لا عدة لها، وبالتالي فإن الشرط المؤكد لحليتها للزوج هو أن تعتد من الزوج الآخر.

أما فيما يخص تاريخ حساب مدة العدة فيبدو أنها لا تثير إشكالا بالنسبة للمشرع الموريتاني ما دام هذا الأخير يعترف بالطلاق اللفظي ولو لم يسجل قضائيا، إذ نص في المادة 117 من المدونة على أنه "يبدأ حساب العدة من تاريخ الوفاة أو الطلاق أو التطليق أو الفسخ"، وبالتالي يكون التصريح به أمام القضاء أو المصلح بمجرد لتوثيقه ولا يترتب عنه أي طعن في تاريخ التلفظ به من طرف الزوج حسب المادة 83 من المدونة فقرة ثانية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بنواكشوط بأنه "من المقرر شرعا أن عدة المطلقة تبدأ من وقت التلفظ بها من طرف الزوج حتى ولم يكن مع زوجته"¹.

فالشكلية حسب هذا القرار لا تؤثر على إرادة الزوج، بل التصرف ينتج أثره من تاريخ النطق به من طرف الزوج. و طبقا لهذا فإنه يحق للزوج إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة بغض النظر عن هل هو تعسف في استعمال حقه أم غير ذلك ، لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بممارسة الحق الإرادي و لا تملك الزوجة إلا الخضوع له². بيد أن المجال يبقى مفتوحا لمن تضررت من ذلك، من هنا لم يبق من وصف يعطى لعمل القاضي إلا أنه عمل إداري لا تأثير له على إرادة الزوج في إصراره على الطلاق، مادام القاضي لم يفلح في محاولة الصلح.

¹ أنظر، محكمة استئناف، انواكشوط، غ.م.أ، 15-6-1994، قضية رقم 93، (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).
² أنظر، الفقرة الأولى من المادة 83 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

ومن هنا يمكن القول إن دور القاضي في العلاقة الزوجية خاصة في الجزائر أصبح يقترب إلى حد ما من اللامركزية والتركيز، الشيء الذي يكاد يغيب فيه ما لقيصر وما لغيره. وأعني بقيصر هنا الزوج لأنه كان بالأمس هو سيد العلاقة الزوجية، تلك المسؤولية التي أسندت له ليس تشريفاً فحسب وإنما لأنه يتحمل تكاليفها وبالتالي فهو جدير بالحفاظ على استقرارها. ومع ذلك يبقى علينا أن نوضح ما للولد من نسب مهما كان دور القاضي في تلك العلاقة، حتى ولو تعلق الأمر بانقطاع هذه العلاقة بالوفاة وما تأثيرها على نسب الطفل.

ثانياً: ثبوت نسب الولد بعد وفاة الزوج

إن وفاة أحد الزوجين تعد سبباً من أسباب انحلال الرابطة الزوجية. فإذا تُوفي الزوج فإن عقد الزواج ينحل تلقائياً من نفسه وبحكم القانون ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو انقضائه، ويترب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة. ويبدأ حساب عدة المتوفى عنها زوجها من يوم وفاة الزوج وهي بالتالي تظل مقيدة حُرَيْتِهَا حتى تُكْمَلَ أربعة أشهر وعشرة أيام¹. وبناءً على ذلك تنص المادة 113 من المدونة على أنه إذا جاءت بولد خلال مرحلة العدة فإن هذا الولد ينسب للمتوفى تلقائياً لأنه ابن فراشه و حتى لو وضعت بعد يوم واحد من وفاة زوجها أو

¹ وقبل أن وجه الحكمة في جعل عدة الوفاة هذا المقدار لأن الجنين الذكر يتحرك في الغالب بثلاثة أشهر، أما الأنثى فتتحرك بأربعة أشهر، فزاد الله سبحانه على ذلك بعشرة أيام لإحتمال أن الجنين إذا ضعف عن الحركة، فتتأخر حركته بقليل. أنظر، الشوكاني، فتح القدير، بيروت، جزء الأول (بدون سنة الطبع)، ص. 242.

شهر أو شهران فإنه ينسب إلى المتوفى وبالتالي تنتهي عدتها بمجرد الوضع¹ كما في المادة 111 من المدونة.

أما إذا جاءت به بعد سنة قمرية - وهي أقصى مدة للحمل حسب المادة 61 من المدونة - من تاريخ الوفاة فإنه يخرج عن الحد الأقصى للحمل وبالتالي لا ينسب للزوج المتوفى اللهم إذا كانت بها ربية في العدة وقد صرحت بها أمام القاضي عند انتهاء المدة القانونية . وحكم القاضي بعد استشارة الطبيب بوجود الربية عندها ينسب الولد للمتوفى².

وأمام هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري أكثر تفهما للواقع وما يتطلب ذلك لمسايرته من نظيره الموريتاني وذلك لتجنبه الاستثناءات البعيدة الحدوث وخاصة في مجال الحمل. فالمشرع بعدما حصر عدة المتوفى عنها زوجها في أربعة أشهر وعشرة أيام انطلاقاً من نص المادة 59 من قانون الأسرة وفي المادة 43 من ذات القانون المدة التي يلحق الولد بالزوج المتوفى، حيث جعلها لا تزيد عن عشرة أشهر ولعله وُفق إن فعلها، لأن هذا الحد الأقصى والمتفق على أنه من النادر وصول الحمل إليه. وهذا يعني أن زوجة المتوفى لو جاءت بولد بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نهاية عدتها والتي بالطبع تحسب من تاريخ الوفاة، وبعد إقرار بانتهاء العدة فإن مجموع أربعة أشهر وعشر مضافة إلى ستة أشهر تصبح زائدة على الحد الأقصى بعشرة أيام على حسب المادة 43 أعلاه علماً بأن تاريخ الوفاة ثابت بشهادة وفاة الأب وتاريخ الميلاد كذلك ثابت بشهادة ميلاد الابن، وعندها قد يحصل تحايل من المعتدة التي قد تسلم نفسها لشخص آخر بهدف تحقيق ميراث أو

¹ أنظر، المادة 111 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

² أنظر، المادة 119 من نفس المدونة.

أطماع أخرى. وحسب رأينا لو جاءت به في هذه الزيادة المذكورة آنفا على مدة الحمل المحددة فلا مانع من تطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة ولكن تحت شروط سابقة على وضع الحمل وهذه هي:

- 1- أن يثبت بأدلة مادية علاجها في هذا المجال.
- 2- أن تكون الأدلة من ثلاث أطباء على الأقل يوثق بكفاءتهم و صدقهم.
- 3- أن تكون العلاقة السببية قائمة بين المرض المعالج منه و تأخر الوضع.
- 4- أن لا يلجأ القاضي لتطبيق هذا الاستثناء إلا إذا كانت الأدلة دامغة وقوية وإلا فبما جاء به النص أي عشرة أشهر.

وذلك لقناعة الجميع بأن أغلب النساء في العصر الحالي و بحوالي 99.99 % تسعا وتسعين بالمائة فاصل 99 يلدن في حدود تسعة أشهر فأقل أما ما يتجاوز هذه المدة فهو نسبته (00.01%) جزء من المائة من الواحد في المائة أي أنه نادر.

وبالتالي يظل رأي الأخصائيين في هذا المجال هو سيد الموقف الذي يجب الأخذ به لا عند وضع النصوص فحسب بل عند القضاء، حتى لا يضيع نسب أو يتجاوز في إقحام نسب طفل من غير أبيه. لأن المخرج في هذه الحالة الأخيرة يصعب إلا إذا لجأنا إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب كالبصمة الوراثية مثلاً، وتفادياً لذلك يجب التعرف على ما إذا كانت الولادة قد حصلت أثناء مدة الحمل المقررة تشريعاً حتى نتأكد من ثبوت نسب الولد من الزوج.

الفرع الثاني

حصول الولادة أثناء مدة الحمل.

إذا كانت الأم هي التي حملت الولد وهي التي وضعتة وهي كذلك التي أرضعته وبالتالي فإن نسبه منها ثابت في جميع الأحوال سواءً كان شرعياً أم غير ذلك¹ لذلك تسير بينهما سائر الحقوق التي تربط الابن بأمه². وخلافاً لذلك، فإن الرجل لا يثبت نسب الولد منه إلا من خلال زواج صحيح طبقاً للمادة 59 من المدونة القائلة بأنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية".

ولكي يتحقق نسب الولد لأبيه لا بد أن يكون المولود قد ولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها ونظراً لما هو مألوف في هذا الموضوع فإنه يظهر لأول وهلة أن الحد الأدنى للحمل هو تسعة أشهر لأن هذا هو التاريخ الذي كثيراً ما يلدن النساء فيه بصفة طبيعية. إلا أن الذي استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية لمدة الحمل هو ستة أشهر، فهذه المدة كافية لتكوين الجنين وميلاده حياً كما هو مستفاد من قوله تعالى (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...)³.

¹ من يضمن ذلك أمام تناسي النصوص المنظمة للأسرة في الجزائر وفي موريتانيا، لموضوع نسب الطفل من جهة الأم ولأن الإكتشافات لبيوطبية المعاصرة أصبحت تقدم بعض الوسائل في مجال التخصيب، هذه الوسائل تغيب فيها الأم الحقيقية مع غيرها، ولم يبق من التمييز لها إلا ما هو مدرج في بعض العقود كما هو واضح من عملية استئجار البتون. فإذا كان القرآن ينص على أن الأم هي التي حملت كرهاً ووضعت كرهاً فإننا لم نجد من مظاهر ذلك في المرأة التي أبرمت العقد لصالحها ولم نجده كذلك في الثانية التي باعت رحمها أو أجرته لأغراض مادية وبالتالي، كما ذكرنا فإن سكوت المشرع عن تبيان نسب الطفل من جهة الأم يعد فراغاً قانونياً يجب الانتباه إليه، إذا كان هذا النوع ليس مطروحاً في الجزائر كدولة إسلامية ولا في موريتانيا إلا أن ذلك لا يمنع ذوي الإيمان الضعيفة والقيم الهشة من التجزؤ إليه، طالما أن الأمر أطل التغيير الجنسي في بعض الدول الإسلامية كالمغرب التي تجرى فيها عملية التغيير الجنسي وكان شيئاً لم يكن.

² أنظر، زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الدار القومية لطباعة والنشر، القاهرة، 1997، ص.10.

³ سورة الأحقاف، الآية 15.

وقوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...)¹ . فاستنبط العلماء من الآيتين ومثلهما أن أدنى مدة للحمل هي ستة أشهر هذا إذا ما أجرينا خصماً للحولين الكاملين من الثلاثين شهراً². وما يؤكد ذلك ما روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فشكى ذلك عثمان رضي الله عنه فهم عثمان بإقامة الحد عليها فأتاه علي رضي الله عنه، وقال له إن هذه المدة التي أتت فيها المرأة بولد هي موجودة في النصوص القرآنية، فدرأ عثمان الحد عنها وألحق الولد بوالده³ وقد راعى بعض الفقهاء بخصوص الحد الأدنى ملاحظتين في هذا الشأن هما :

الأولى : هي ما قال به البعض⁴ من أن الولادة لستة أشهر نادرة جدا وربما تمضي فترة من الزمن ولم تحدث وأن العادة هي تجاوز الحمل لستة أشهر، لذا يرى بعض الفقهاء أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الحمل وأبيه وقت وفاة المورث بحكم العادة المستمرة . فوُلدت لأكثر من ستة أشهر ولأقل من مدة الحمل المعتادة وهي تسعة أشهر وجب أن يرث لتحقق وجوده وقت موت الموروث.

أما الملاحظة الثانية : هي ما أجمع عليه فقهاء المالكية⁵ من أنه في حكم الستة أشهر ما نقص عنها بيسير، كأربعة أيام أو خمسة لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص، فيمكن أن تتولى الشهران الخامس والسادس ناقصان بعد تمام الأربعة الأولى. أما إذا كان النقص بستة أيام، فالذي عليه الأكثر، هو أنه لا يكون حكمه حكم الستة. وقد أخذت بهذا الحد الأدنى جُل التشريعات المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية،

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² أنظر، محمد محمود حجازي، التفسير الواضح، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الكتب العربية، بيروت، 1982، ص. 403.

³ أنظر، ابن كثير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 157.

⁴ أنظر، محمد محمود أبو زيد، المرجع السابق، ص. 244.

⁵ أنظر، محمد محمود أبو زيد، المرجع السابق، ص. 246.

وخاصة ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة بقولها أن " أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر". الشيء الذي كرسته المدونة الموريتانية في المادة 60 بقولها " يثبت النسب الشرعي للولد الذي يولد بعد ستة أشهر من تاريخ العقد ، أو لمدة لا تتجاوز أمد الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة " .

بيد أنه من باب الإيضاح حول هذين النصين أنه لا يمكن ثبوت نسب الطفل لأبيه إذا جاءت به الزوجة قبل مضي ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد حتى لو جاءت به لمدة تأخذ حكم الستة أشهر كما عبر المالكية عنها بنقص أربعة أيام أو خمسة . لأن المشرع هنا استعمل عبارة " أن يحصل الميلاد بعد ستة أشهر "، وهذا طبعاً مراعاة لأحكام المادة 62 من المدونة.

وأمام هذا وذلك جاء في قرار للمحكمة العليا في الجزائر الصادر 01-22-1990 أنه " من المقرر قانوناً بأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال، أن مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام أقل من الحد الأدنى قانوناً فإن المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل من أبيه خرقوا القانون " ¹.

أما بشأن أقصى مدة الحمل فيبدو أن التشريعين الجزائري والموريتاني قد تأثرا بما تمليه المستجدات وخاصة الدراسات الطبية. فمن المعلوم أن فقهاء الشريعة الإسلامية² قد اختلفوا حول هذه المدة ولعل اختلافهم هذا كان يتمحور حول هدف واحد وهو تأمين الولد من الضياع، أي الأخذ بالاحتياط في النسب، لأن الوسائل المتاحة لديهم آنذاك

¹ انظر، المحكمة العليا، 1990/10/22، ملف رقم 35087، 17-12-84، م.ق. 1990، ع1، ص. 86.
² انظر، وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء7، ص. 677، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 5، أحمد حمد المرجع السابق، ص. 140.

متواضعة وبدائية بالقدر الذي لا يعطي نتائج تُحسم الظن باليقين، لأهم كانوا يعتمدون على ما جرت به العادة وما هو مألوف في الحياة حسب الظاهر، في غياب تقدم علمي يطلع على أسرار الخلايا.

ولما كان من قواعد الفقه الإسلامي هو استشارة أهل العلم في الميدان كما قال تعالى (فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون)¹. وطبعا أهل الذكر هنا هم الأطباء المختصون، فإنه لا مانع بل بجدر الأخذ بأرائهم حول الحد الأقصى لمدة الحمل، الشيء الذي تأثر به المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة وكذلك في المادتين 43 و60 منه تقضي بأن أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر، مع أخذه في الاعتبار ما أثبتته الدراسة الطبية التي يرى أصحابها بأن أقصى مدة للحمل هي 280 يوما² و زاد لإتمام الشهر كاحتياطي. وهذه المدة التي أثبتتها الدراسات الطبية أكدها جمهور الفقهاء حيث اعتبر الإمام محمد أبو زهرة أنها أقرب إلى الواقع من غيرها³. غير أنه ما يلاحظ في الدراسات الطبية هي الأخرى أنها متضاربة ولم يكن عند أصحابها حد متفق عليه، بينما تجد دراسة تحدد المدة بـ330 يوما⁴، نرى أخرى تزيد كحد أقصى تقديرا 360 يوما، الشيء الذي ربما تأثر به المشرع الموريتاني⁵.

فمن المعروف أنه من القواعد الأساسية التي يبنى عليها الأصل الشرعي لقاعدة الفراش ومن ثم يؤسس عليها الحكم بثبوت النسب، هي أن تأتي الزوجة بولد خلال مدة معينة حسب المواد أعلاه، إلا أنه لتقدير ثبوت النسب يجب الاستعانة بمدة الحمل

¹ سورة الأنبياء، الآية 7.
² أنظر، البصمة الوراثية و آثارها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الحديث للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 122.
³ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 386.
⁴ أنظر، الكعبي أخليفة، المرجع السابق، ص 123.
⁵ أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مقال سابق، ص. 248.

حدّيها الأدنى والأقصى، ويستوي في ذلك أن تأتي المرأة بالولد أثناء الحياة الزوجية من نكاح صحيح أو فاسد أو في مخالطة بشبهة أو جاءت به بعد الفرقة. وعليه فقد تطرق المشرع الجزائري لهذه المدة في المادة 42 بجعله أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، مما يعني أنه لا يمكن ثبوت نسب الطفل لأبيه إذا جاءت به الزوجة قبل مضي هذه المدة من تاريخ العقد أو عشرة أشهر من تاريخ الانفصال¹.

غير أن هذا يشوبه بعض الغموض نوعا ما ولأنه على خلاف المادتين 60-61² من المدونة الموريتانية، يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت المدة هذه تحسب على أساس التقويم الهجري أم التقويم الميلادي هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل الستة أشهر هذه تحسب بمجرد العقد أم من وقت الدخول؟. إذا نظرنا إلى القانون المدني الجزائري بخصوص حساب المدة المذكورة، نجد أن المادة الثالثة منه تنص على أنه "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 23 نوفمبر 1993 حيث قضت فيه " بأنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قد قضاوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ. لعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تم يوم 16-11-1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 5 شوال 1989 بعد تاريخ

¹ انظر، المادة 43 من قانون الأسرة.

² أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل بين القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص. 22. وقد قضت المادة 51 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني على أنه " عندما يكون الأجل مقدرا بالأسابيع أو بالأشهر أو بالسنة، يكون المقصود بالأسبوع مدة سبعة أيام كاملة، والشهر مدة ثلاثين يوما كاملة، وبالسنة ثلاث مائة وخمسة وستين يوما كاملة" CF. C.O.C, Texte corrige et commenté, Lahkdar Benazzi, p. 41.

الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر "المادة 42 من ق.أ. تنص على أن" أقل مدة للحمل هي ستة أشهر"¹.

وهذا ما يتماشى والنصوص القرآنية التي تثبت أنه بالنسبة لأقل مدة الحمل قد أجمع الفقهاء أنها ستة أشهر قمرية، كما أشرنا سابقاً وسندهم في ذلك قوله تعالى "وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"²، وقوله تعالى " وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"³. فوجه الاستدلال في هاتين الآيتين أن الأولى تدل على مدة الحمل والرضاعة ثلاثون شهرا ، أما الثانية فتدل على أن مدة الرضاعة حولين ، وبإسقاط الحولين من ثلاثين شهرا لم يبق إلا ستة أشهر وهي أدنى مدة للحمل ، و على هذا سار المشرع الموريتاني حيث جاء في المادة 60 من المدونة على أنه " يثبت النسب الشرعي للولد الذي يولد بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو لمدة لا يتجاوزه أمد الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة " وهذا الحكم طبعا مع مراعاة المادة 62 من المدونة .

إلا أنه كان على المشرع أن يضيف في المادة هذه " مع إمكانية الدخول " حتى لا نعود إلى مستنقع الإبهام والارتياب الذي وقعنا فيه خلال دراسة نص المادة 59 من المدونة.

لأن سريان حساب هذه المدة، هو تابع لرأي الاتجاه وما يأخذ به صاحبه من اعتبار الاكتفاء بالعقد، أم تحقق الدخول حسب ما تعرضنا له سابقا، مع أننا وضحنا في السابق⁴ ما ذهب إليه القضاء الجزائري والمشرع الموريتاني⁵ في هذا الخصوص. وعليه فإن

¹ انظر، المحكمة العليا، قرار سبق ذكره، ص.77 من هذه الدراسة.

² سورة الأحقاف، الآية 15.

³ سورة لقمان، الآية 14.

⁴ انظر، الصفحة 13 من هذه الدراسة.

⁵ انظر، المادة 62، م.أ.ش.م.

هذه المدة تحسب من تاريخ إمكانية الدخول أثناء العلاقة الزوجية أو من تاريخ بداية الطلاق أو الوفاة، مما يؤدي بنا إلى التساؤل عما إذا كانت الغيبة الطويلة للزوج توقف سريان هذه المدة، كمن يغيب عن زوجته وتأتي بولد بعد سنة من الغيبة؟

في الواقع لم تتعرض النصوص إلى هذا الموضوع بشكل مفصل، ورغم ذلك فإنه يظهر من عمومية بعض النصوص والتي تحدد ثبوت النسب أنه يتعين لإلحاق الولد من أبيه أن يكون اللقاء ممكنا بين الزوجين، إذا لم يثبت ذلك فلا مجال لثبوت النسب. المادة 62 م.أ.ش.م والمادة 41 ق.أ.ج.

وعلى هذا الأساس يتضح جليا أن سريان هذه المدة المذكورة يتأثر بوجود الزوج مع زوجته وما إذا كان الطلاق أو الوفاة قد حصلت خلال غيبة الزوج أم أن ذلك تم أثناء الحياة الزوجية العادية. بحيث لو صدر الطلاق من الزوج وهو في غيبة منذ ستة أشهر وأتت زوجته بولد خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، فإن هذا الولد من المنطقي عدم إلحاقه بالمطلق، لأن الزوجية انقطعت "فعلا قبل الطلاق" بحكم الغيبة، لأن الطلاق وقع خلال الغيبة والولادة حدثت بعد الطلاق خلال عشرة أشهر. ومن هنا يكون الوضع أمام تنازع بين إمكانية الاتصال التي تجسد قاعدة الفراش وبين المدة القانونية لثبوت النسب من جهة الأب. لهذا قرر القضاء المصري أن لا تُسمع دعوى النسب إذا كانت الولادة قد حصلت بعد سنة من غيبة الزوج بالطلاق أو الوفاة¹.

ونحن بدورنا نميل إلى هذا التقرير وذلك لأن النصوص الشرعية عندما ألغت جميع الأنكحة التي كانت متداولة قبل الإسلام، فهذا يعني أن الشارع الحكيم اختار الزواج كمبنى وحيد للتناسل على الوجه الشرعي وبما أن ذلك يقتضي حصول التلاقي بين

¹ أنظر، محمد محمود أبو زيد، مقال سابق، ص.364.

الزوجين، وهذا لم يتحقق، أو قد انقطع بسبب الغيبة الطويلة فإن الزواج لم يبقى له إلا الناحية الحكمية. نعم يمكن القول أن الشارع يتطلع إلى الحفاظ على نسب الأطفال ولو بشبهة، لكنه أيضا يأمر بوضع الحقائق في مكانها بالقدر الذي يصون الحقوق ويميز أصحابها وتفاديا لأن لا يكون الزواج مجرد مظلة للافتراء على الزوج.

لكن إذا كان نجاح الزوج في إثبات عدم لقائه مع زوجته، أو غيبته عنها أمر يوقف سريان حساب مدة الحمل المقررة تشريعا وهو دليل في الظاهر على أن الولد ليس منه، فإن الوسائل العلمية إذا أفادت أن الولد منه فهذا يُسقط الدليل الظاهر ومن ثمة وجوب ثبوت النسب، مع أنه يتضح من المادة 61 من المدونة الموريتانية أن الطلاق أو الوفاة حتى ولو حصل في ظل علاقة زوجية كانت قائمة فعلا وحكما فإنه بالإمكان تعديل المدة المذكورة في المادة السابقة وهذا حسب اجتهاد القاضي الذي يعتمد فيه على رأي الطبيب في ذلك. هذا ما أقرته المادة 61 من المدونة والتي تتكلم عن أقصى مدة للحمل، حيث نصت في فقرتها الأولى على أن " أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية ". و بما أن هذه المدة لم ينزل بها نص من القرآن ولا من السنة النبوية فلا مانع من أن تكون عشرة أشهر شمسية كما في القانون الجزائري أو سنة قمرية كما جاء بها المشرع الموريتاني. لو تجنب هذا الأخير الاستثناء المتكرر، إلا أنه في الفقرة الثانية من نفس المادة قد أضاف " غير أنه إذا كانت ربية في الحمل بعد هذه المدة رفع المعني أمره على القاضي ليستعين بالخبرة الطبية ".

ولا شك في أن هذا الاستثناء وإن كان في غير محله. إلا أن المشرع ربما كان يريد من خلاله التطرق إلى ما يسمى بنظرية الطفل النائم إذ لولا هذا التفسير لما كان للفقرة

من معنى، لأن المشرع الموريتاني أخذ بالحد الأقصى والنادر أن يصل إليه الحمل. وبالتالي جاء بالاستثناء ويخشى من تطبيق هذا الاستثناء أن يؤدي إلى إفراغ الفقرة الأولى من محتواها، كما يقول الدكتور تشوار جيلالي "إن التمسك بهذا الاستثناء يمكن القول بأنه يؤدي إلى إفراغ الفقرة الأولى من كل أثر لها بشأن الحد الأقصى للحمل، وتعطيل تماشي الأحكام الشرعية مع التطورات العلمية"¹. بيد أن ملائمة الظروف نتيجتا لفقدان الدم وضياح الأخلاق يجعل التمسك به يشكل خطرا على حق الزوج لأنه قد تحمله هذه الفقرة مالا يطبق نتيجتا لإقحامه في أبوة قد تكون زائفة، من يدري؟ لأن منطق الكسب ولو بوسيلة اختفى وراءه الالتزامات داخل المهنة في جميع المجالات عموما و مجال الصحة بصفة خاصة. فمن المعلوم أنه في موريتانيا لا تكاد أن تتجاوز كيلو مترا حتى تجد عيادة حرة تمارس الإستطباب، وبالتالي أليس ممكنا أن تحصل عقد صفقة بين المرتابة أو المتحيلة في أمرها والطبيب الحر مما قد يمنحها مدة لتمارس ما تشاء من فواحش، وبالتالي تظل عندها متكأ بسبب الريبة؟ الجواب بالطبع نعم لأن عمومية النص تجعل كل طبيب قد يأخذ برأيه لذا نرى أن على المشرع تلا في هذه الثغرة أو على الأقل يكون الطبيب المذكور في المادة 61 من المدونة بعيدا عن الشبهات.

لذلك لن يتسنى هذا البعد إلا إذا كان تابعا لوزارة الصحة وتحت رقابة صارمة وأن لا يُعتمد في رأي خبير واحد بل يجب تضافر آراء اثنين فما فوق يُوثق بهم، لأن رأيهم يترتب عليه حقوق لا للمستشيرة فحسب بل حقوق الزوج المطلق، فإذا كانت القاعدة هي إحياء الولد ولو بوسيلة فإن حمل الولد على المطلق نتيجة تحايل من المطلقة يعتبر جريمة في حق المطلق وحق أسرته التي يدخل فيها شخص بلا سبب. إذن

¹ أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 21.

فالنصوص التشريعية أعطت الولد الحصانة الكاملة للحفاظ على نسبه ليس بالزواج الصحيح فحسب، بل منحه كذلك حتى ولو كان الزواج غير صحيح إحياء للولد وهذا ما سوف نتطرق إليه.

المبحث الثاني

ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح

لا يخلو الزواج من أمرين إما أن يكون صحيحا شرعيا وقانونيا يفيد استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على وجه مقبول شرعا وقانونا. ومقتضى هذا العقد أنه لا يجل للزوجة ومن في حكمها أن تقترن بزواج آخر، ومن أجل ذلك وضع المشرع أركاناً وشروطاً لعقد الزواج فإذا استوفاهما كان صحيحاً وإذا اختل أحد هذه الأركان أو الشروط كان الزواج باطلاً أو فاسداً. أو واقع رجل إمرة يحسبها زوجته لكان ذلك وطءً بشبهة. وعلى هذا الأساس يثور التساؤل حول مفهوم الزواج الفاسد أو الباطل وعلاقتها بالنسب (المطلب الأول) ثم إلى الوطاءً بشبهة ومسألة ثبوت النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الزواج الباطل أو الفاسد وأثره على نسب الطفل

لقد رأينا في ما سبق مدى الصلة التي تربط النسب بالزواج بحيث لا يُتصور حقوق ابنٍ برجل إلا وكان ذلك بناءً على علاقة زوجية أو ما يأخذ حكمها.

بيد أن الزواج قد ينتقل إلى واقعة لها نظام خاص بها بموجب أحكام القانون، وذلك إذا ما شابه فساد أو بطلان ويتجلى هذا في عدة صور (الفرع الأول) مما قد يكون له أثراً على نسب الأطفال (الفرع الثاني).

الفرع الأول مظاهر الفساد أو البطلان

يعتبر الزواج فاسدا طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري ذلك العقد الذي توافر فيه الإيجاب و القبول ولكن فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر ق.أ.ج. فعدم وجود ولي في حالة وجوبه أو شاهدين أو تسمية الصداق مثلا يُعتبر من الشروط التي تؤدي إلى فساد الزواج إذا تبين ذلك قبل الدخول فإنه ينتهي بالفسخ ولا صداق فيه ويثبت بعده الدخول وفيه صداق المثل. وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 33 ق.أ.ج بقولها "على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ومرد هذا الأمر هو أن العقد الفاسد لا يترتب عليه شيء مطلقا لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم، حتى يقوم سبب شرعي يضمني صفة الحلية، وهو العقد الصحيح فإذا وُجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى المشروعية. و إن وُجد غير مستوفيا لشروطه الأساسية فهو غير معترف به قانونا و شرعا، فلا يترتب عليه حكما قانونيا بمقتضى الوجود المجرد، لذلك لا يُثبت نفقة ولا طاعة ولا توارثا بأي حال من الأحوال ولا حقوق لأحدهما قبل صاحبه¹.

ولكن إذا حصل الدخول في عقد كهذا فهنا نكون أمام واقعة لها تنظيم في أحكام القانون والشرع. وتطبيقا لنص المادة 33 ق.أ.ج فإن مظاهر الفساد تتجلى عند حصول الأسباب التالية:

¹أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص . 147.

1- إذا تم الزواج بدون ولي للمرأة حالة وجوبه، ومن الملاحظ هنا أن المشرع استعمل حالة وجوبه وبهذا نتساءل ما معنى " حالة وجوبه" هل يعني حالة كون الولي ركناً لا شرطاً وبالتالي يكون أثر تخلفه البطلان؟ أم أنه يعني "بحالة وجوبه" بالنسبة للصغيرة القاصرة؟

يبدو أن هذا التفسير الأخير هو أقرب لمفهوم النص من الأول، ذلك أن المشرع ذكر في المادة 11 ق.أ.ج حالتين الأولى يبدو فيها أن الولي ليس معتبراً كشرط يترتب على عدم حضوره فسخ العقد قبل الدخول. وهذا ما يستفاد من الفقرة الأولى من نفس المادة 11 التي تنص على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها"، وبالتالي كلمة حضور وليها لا تدل على أن للولي هنا أبسط دور بل هو حسب النص قد يكون مجرد شاهد، ومن هذا المنطلق يكون لا داعي لفسخ العقد في هذه الحالة، لو تم بركته وشروطه الأساسية ولم ينقصه إلا حضور الولي، هذا بالنسبة للمرأة الراشدة. أما التفسير الآخر لوجوب الولي يظهر أنه يتجلى في العقد على القاصرة وحدها وهي التي حسب النص إذا لم يتولى زواجها الولي عندها يكون الزواج فاسداً ويفسخ قبل الدخول وهذا طبقاً لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 11 ق.أ.ج التي نصت على أنه "يتولى زواج القصار أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

2- ومن مظاهر فساد الزواج كذلك إذا تم بدون شاهدين، وهذا منطقي لأن عقد الزواج يترتب عليه حقوق لغير المتعاقدين وهو حق الولد في النسب ولذا يكون الشهود فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسب الابن. لذلك يجب إخراج هذا العقد من السرية لأنه لو أحيط بها وأنكر الزوج أبوة الولد لما أمكن إثبات هذه الأبوة وهذا يترتب

عنه مضرة للولد ومخاطر تهدد المجتمع. ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري هنا أخذ برأي جمهور¹ الفقهاء بالنسبة لوقت الإشهاد وهو وجوب الشهادة عند إبرام العقد، ولذلك رتب على عدمها في حينه فسخ العقد قبل الدخول، عكسا لما هو الأمر بالنسبة للرأي المالكي الذي يرى بإمكانية قيام العقد دون الشهود² ولكن يشترطهما عند الدخول فقط.

3- اعتبار الصداق كشرط أساسي: على غرار الولي والإشهاد، أضاف المشرع الجزائري شرط الصداق عند إبرام العقد وبالرغم من الخلاف الحاصل حول طبيعة الصداق الذي يعتبره البعض ركنا والبعض الآخر يعتبره أثرا من آثار الزواج، يبدو أن المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي، يعتبر الصداق شرطا لصحة العقد، بحيث يكون عقد الزواج بدونه لا أثر له قبل الدخول. لكن يفهم من عمومية بعض النصوص أن شرط الصداق يجب ذكره عند الدخول حتى ولو لم تحدد القيمة، فقد ورد استعمال عبارة "بدون صداق" في المادة 33 ق.أ.ج وجاء بعبارة "في حالة عدم تحديد الصداق" في المادة 15 ق.أ.ج، فهل هذا يعني أنه لو ذُكر لفظ "صداق" في العقد يعطيه ذلك حصانة تمنعه من الفسخ؟ ربما تكون الإجابة بنعم لأن قيمة الشيء تدل على وجوده، وبالتالي تكون المادة 15 أعلاه تعني أنه إذا ذُكر الصداق بدون تحديد قيمة فاللفظ حضر وقت العقد لكن تحديد القيمة هو الذي لم يكن فيها.

أما كلمة "بدونه" فتدل على أن العقد وقع لكن بدون ذكر اسم للصداق. ومن هذا المنطلق يكون المشرع الجزائري لا يعترف بنكاح التفويض والذي أجازته الفقه

¹ انظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 53، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 129.
² انظر، محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص. 53.

المالكي¹ ومن صورته أن تتفق الزوجة مع الزوج على عقد الزواج بدون ذكر الصداق ويبقى العقد صحيحا في هذه الحالة .

أما بشأن النكاح الباطل فيبدو أن المشرع الجزائري قد تبني الرأي الذي يُفرق بين الفساد والبطلان بحيث يقوي البطلان على الفساد، فكلما كان السبب أقوى كان النكاح باطلا وكلما قل أثره كان فاسدا. وذلك لأن المشرع وازن في بعض الأحيان بين الاستقرار في النكاح وما يحدثه من ضرر مع مقابل ضرر فسخه، فرأى بأن ضرر الفسخ أكثر من ضرر الاستمرار فيه فأقره بالدخول، أما الباطل فلا يمكن إقراره على أي حالة لتأكد ضرره.

فالنكاح الباطل إذاً هو ذلك النكاح الذي توافر فيه سبب من أسباب الفساد أو أكثر وأوصى المشرع بإبطاله ولو بعد الدخول ومن ثم فإن بين الفساد والبطلان خصوصا وعموما. فكل نكاح باطل يكون فاسدا لو تبين أمره قبل الدخول، ولكن ليس كل سبب للفسخ هو سبب للبطلان، ولقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها النكاح باطلا ومن بين تلك الحالات اختلال ركن الرضي حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 33 على أنه " يبطل النكاح إذا اختل ركن الرضا " .

كذلك وجود مانع من موانع النكاح سواء كانت مؤقتة أو مؤبدة حسب المادة

23 ق.أ.ج²

وجدير بالإشارة في هذا السياق أن الحرمة بين الرجل والمرأة تتحقق في ما يلي

¹ انظر، رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 95/94 ، ص.2.
² تنص المادة 23 ق.أ.ج على أنه " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة "

أ- القرابة¹، المصاهرة²، أو الرضاع³، وهي الحرمة المؤبدة حسب المادة 24 ق.أ.ج⁴

والمادة 34 ق.أ.ج⁵ من ذات القانون .

ب - الزواج بزوجة الغير أو معتدته، الجمع بين الأختين وما في حكمهما وزواج الرجل بخامسة في ذمته أربعة، زواج الرجل بمطلقة ثلاث طلاقات متتالية وكذلك زواج المسلمة بغير المسلم⁶ وهذه الحالات تخضع للحرمة المؤقتة .

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى حكم زواج المسلم بالمشركة. ولا لزواج المسلم للمرتدة أو المرتد بعد الزواج الذي يرى أكثر الفقهاء أن هذا النوع من الزواج باطلا يُفسخ قبل الدخول و بعده⁷.

وعلى هذا الأساس يظل النكاح باطلا كلما وقع على نوع من هذه الأنواع المذكورة آنفا ويكون مآله الزوال لا قبل الدخول فحسب بل حتى ولو حصل الدخول، لأن الدخول لا يضيف عليه صفة الحلية.

¹ تنص المادة 25 ق.أ.ج. على أن " المحرمات بالقرابة هن: الأمهات و البنات و الأخوات و العمات والخالات و بنات الأخ و بنات الأخت"

² تنص المادة 26 ق.أ.ج. على أن " المحرمات بالمصاهرة هي :أصول الزوجة بمجرد العقد عليها. فروعها إن حصل الدخول بها ، أرامل أو مطلقات أبو الزوج و عن علووا ، أرامل و مطلقات أصول الزوج و إن"

³ تنص المادة 27 ق.أ.ج . على انه " يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب "

⁴ تنص المادة 24 ق.أ.ج على أن " موانع النكاح المؤبدة هي القرابة ، المصاهرة ، الرضاع "

⁵ تنص المادة 34 ق.أ.ج .على أن " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده"

⁶ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 306.

⁷ كمال الدين إمامة، الولاية على المال، مؤسسة المعارف للدراسة و النشر، دار التوزيع، مصر، 1985 ، ص. 52 .

الشيء الذي أخذته المحكمة العليا في الجزائر حيث أكدت المبدأ في قضائها الذي جاء في قرارها الصادر في 18-01-2000 على أنه " من الثابت شرعا فسخ الزواج بسبب الرضاع "

و إن القرار المطعون فيه القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون"¹.

وفي قرار آخر صدر في 21-02-2001 جاء فيه " إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح القانون"².

وأمام هذا التقسيم الذي تبناه المشرع الجزائري للنكاح الغير صحيح ، يبدو أن نظيره الموريتاني أخذه من زاوية أخرى ولتوضيح هذه الزاوية نصت المادة 51 من المدونة في فقرتها الثانية " على أن الزواج المختلف في فساده يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق وتترتب عليه العدة وثبوت النسب والإرث قبل الفسخ".

لكن أمام هذا النص والذي يكتنفه نوع من الإبهام وعدم دقة الصياغة القانونية نتساءل كيف يفسخ الزواج في حالات أختلف بشأنها إذ أن هناك من الحالات ما هي معقولة، وهناك حالات أشار إليها الفقهاء ولكن الحكم بفسادها كان نتيجة للفلسفة التي ينتهجها المذهب القائل بفسادها³، ثم إن المشرع الموريتاني عبر عن هذه الفلسفة عند وضعه للنصوص القانونية الأسرية وذلك باعتماده القاعدة المالكية. على هذا يكون

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م. 2000/01/18 ملف رقم 204823، م.ق. 1990، ع1، ص.224.

² أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م. 2001/02/21 ملف رقم 255711، م.ق. 1990، ع1، ص.225.

³ أنظر، تشوار جيلالي ، المرجع السابق، ص. 11.

هذا الخلاف المذكور في الفقرة لا يُتصور خارج مشهور المذهب المالكي لذلك تبنى
المشروع الموريتاني التقسيم المالكي للنكاح غير الصحيح حيث جعله إما فاسدا مجمعا
على فساده كمن تزوج امرأة وهي في عصمة الغير.

والنوع الآخر هو ما ذكر في الفقرة الثانية من المادة 51 من المدونة وهو المختلف
على فساده، ومن مظاهر هذا النكاح ، نكاح الشغار ونكاح السر
ونكاح المحرم¹، وإن كانت هذه الأنكحة مختلف في فساده ولو خارج المذهب
إلا أن المشروع الموريتاني أخذ فيها بمشهور المذهب الذي يحكم فساده طبعاً ولو بعد
الدخول بطلاق المادة 51 الفقرة 2².

وعلى عكس ما هو الحال بالنسبة للمشروع الجزائري، يلاحظ أن المشروع الموريتاني
مبدئياً لا يعترف بالعقد الباطل أو الفساد كما ذكرنا لأن أثر الفساد هو نفسه أثر
البطلان. أي هو الفسخ بطلاق قبل الدخول وبعده. فالحكم بالنسبة له واحد سواء
تعلق الأمر بخلل ناتج عن فقدان ركن في العقد أو شرط من شروط صحته. لذلك
يكون فاسد النكاح هو باطله وباطله هو فاسد³ يُفسخ قبل الدخول وبعده حسب
المواد 49 ، 50 و 91 من المدونة، حيث جاء في المادة 49 على أنه " يُعتبر الزواج فاسداً في
الحالات التالية ، إذا فقد ركنا من أركانه، إذا وقع على محرمة تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، إذا
اقترن بشرط يناقض المقصود منه ، إذا احتل فيه شرط من شروط الصحة".

¹ أنظر، مختار بن محمد أمحمدات الباسكني الشنقيطي المالكي، التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر الجزء

5 دائرة القضاء الشرعي أبو ظبي، بدون سنة الطبع ، ص. 127 .

² أنظر، المادة 51 من المدونة الموريتانية.

³ أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 197.

وأركان الزواج هي: الزوجان و الولي بالإضافة إلى الصداق و الصيغة " 1.

أما اقتران العقد بشرط يتنافى ومقتضياته، والتي ذكرتها المادة 32 ق.أ.ج. وجاءت بها المادة 49 من المدونة الموريتانية، فإن التعليق عليه يجزنا إلى تبيان مسألة اقتران العقد بالشروط بصفة عامة، ثم نحاول تطبيق هذه الأحكام على ما جاءت به النصوص أعلاه. وعلى هذا الأساس، فإن اقتران عقد الزواج بشرط لا يخلو من الحالات الآتية²:

1. - شروط تكون جزء من مقتضى العقد ومثال هذه الشروط اشتراط الزوجة السكن اللائق بها. وكذلك شروط مؤكدة بمقتضى العقد مثل اشتراط كفيل بالمهر في عقد الزواج.
2. - الشروط التي تؤثر في صحة العقد وترتبط به ومثالها التوقيت، الذي يعقد به الزواج على أن ينتهي في أجل معين، وكذلك اشتراط أن لا يأتيها الزوج إلا في النهار أو في الليل.

فهذا نموذجاً من الشروط يمكن القول أن الأخيرة منها هو أقرب لتفسير إرادة المشرع من وراء قوله الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد، فبخصوص التوقيت في النكاح، فإنه يتنافى والصفة الأبدية التي يوصف بها عقد الزواج، والذي يعتبر الهدف منه الاستقرار، لذا لا غرابة إذا جعله المشرع ضمن الشروط التي تتنافى ومقتضيات العقد. وبالتالي يبطله، أما اشتراط الزيارة نهاراً أو ليلاً، فإن الزواج قوامه المودة والسكينة والإحسان ومادامت هذه الأمور يحدد فيها عند إبرام العقد، فإن المسألة تنتقل مما ذكرناه إلى متعة وحاجة الوقت، وبالتالي يكون الزواج بهذه الشروط باطل.

¹ أنظر، المادة 5 من م.أ.ش.م.
² أنظر، بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج1، دار الكتب العلمية، 1407، ص.238.

على هذا الأساس نصت المادة 50 من المدونة، على أن " النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده. وفيه الصداق المسمى بعد الدخول إن كان فيه مسمى حلال، و إلا فصداق المثل".

هذا ولم يستثن المشرع الموريتاني من هذا الحكم إلا حالة واحدة وهي حالة فساد العقد لصداقه إذ جعله يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ولا يُطمئن إلى هذا الرأي فالصداق لا يخلو من إحدى احتمالات الثلاثة، إما أن يكون ركنا في العقد وبهذا يكون العقد بدونه باطلا سواء بعد الدخول أو قبله، لأن العقد وُلد ميتا انطلاقا من القواعد العامة، مادام الركن هو الدعيمة الأساسية التي بدونها لا يقوم العقد.

وإما أن يكون أثرا من آثار الزواج، وبغيابه يجعل العقد قابلا للإبطال. أو أن يكون الصداق شرطا وليس ركنا عندها يحق أن يُقبل ما قالت به الفقرة الثانية من المادة 50 م.أ.ش.م. فهذه تنص على أن "النكاح الفاسد لصداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل "

على هذا كيف يكون الصداق ركنا ويُحكم بإضفاء صبغة الحلية على العقد إن حصل الدخول، ثم بعد ذلك لو اعتبرناه ركنا لكان هذا يتناقض مع أحكام الفقرة الثالثة من المادة 14 م.أ.ش.م التي تنص على أنه "إذا سكت عند ذكر المهر فذلك نكاح تفويض". وكأن المشرع الموريتاني يظهر تناقضه بخصوص هذا الموضوع، من جهة يعتبر الصداق ركنا في عقد الزواج ورغم تبني ذلك يمكن قيام العقد بدونه ويكون صحيحا ويسمى بنكاح التفويض، بمعنى فوضتك نفسي علما أن القاعدة المالكية والتي اعتبرت الصداق ركنا في النكاح ترى بأنه إذا لم يذكر في العقد فإنه يجب ذكره عند الدخول .

وإذا كان الهدف من دراسة الفساد أو البطلان هو تبيان ما لله وما لقيصر، بمعنى ما يتعلق بالنظام العام الذي يكون أثره البطلان، وما يتعلق بحقوق الزوجين، والذي يترتب عليه إصلاح الخلل بعد الدخول عند الاطلاع عليه، فإن من حق الطفل أن يتعرف على أثر هذا الفساد أو البطلان حتى يطمئن على حقه في النسب.

الفرع الثاني

آثار الفساد أو البطلان على نسب الطفل

تنص المادة 40 من ق.أ.ج على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ". ومن ثم فإن القانون الجزائري جعل الأثر المترتب على الزواج الفاسد والباطل واحداً من حيث التأثير على نسب الطفل فإذا كان نسب الطفل في الزواج الفاسد ثابتاً بمجرد تحقق الدخول بالزوجة "، فإن الأمر هو كذلك بالنسبة" للزواج الباطل ولو فُسخ بعد الدخول، يظل النسب باقياً للولد من أبيه رعاية له من الضياع وهذا طبقاً مع احترام حدي مدة الحمل الأدنى والأقصى.

وهذا يُظهر بوضوح مدى الحماية التي منحها المشرع للطفل من أجل الحفاظ على نسبه، حتى أنه لم يشر إلى مبدأ حسن النية من سوئه. بيد أن بعض الفقهاء يرى أنه بالنسبة للزواج الباطل يجب توفر حسن النية لدى الزوجين، أي عدم العلم بالتحريم أما في حالة سوء النية فإن الطفل الناجم عن تلك العلاقة لا يثبت له النسب، وبالتالي

يكون ابن زنى على أساس أن العلاقة غير شرعية¹. وتُمارس فيها الفاحشة ليس على وجه الشبهة، وإنما على وجه القصد المبني على سلامة الإرادة من كل عيب.

في حين أن من الفقه من لا يشترط توافر حسن النية، من عدمه، لا يقيم اعتباراً لذلك و يقضي بعدم ثبوت النسب في حالة الإجماع على فساد النكاح². وأمام هذين الرأيين يكون المشرع قد زواج بينهما فأخذ من الرأي الثاني عدم اعتبار حسن النية من سوءها وأخذ من الرأي الأول تحقق نسب الولد بأبيه بغض النظر عن كون الزواج فاسداً أم باطلاً وربما لا دور لحسن النية أم سوءها. ونحن بدورنا نميل إلى هذا الرأي الأخير لأنه يضمن حماية الطفل في المقام الأول، ما دام الطفل يظل بريئاً من آثار الممارسة وبالتالي من أنصف أن لا تكون حقوقه متوقفة على حسن النية من سوئها لدى الزوج، لأن هذا الأخير أمر نسبي وربما يصعب الكشف عنه، من هنا نرى أن مسألة النسب باعتباره يشكل العمود الفقري داخل الأسرة يجب أن لا تتأثر بأي مظهر من مظاهر الفساد أو البطلان.

أما في المقام الثاني فإن حسن النية من سوئها يبدو أن البحث عنه ليس من أجل إسقاط أبوة لأن المشرع يتطلع دائماً إلى حقوق نسب ولو بشبهة، وإنما لتحديد النية وقت الواقعة من أجل تحديد الجزاء إن حصل سوء النية، وما دامت الحدود معطلة في ظل التشريعات الحديثة فلم يبقى للمبدأ من محل. ويبدو أن هذا النهج سلكه المشرع الجزائري وذلك أنه رتب ثبوت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة، ومن ثم فقد حصر ترتيب ثبوت النسب على الحالات

¹ أنظر، بلحاج العربي ، الوجيز ، المرجع السابق، ص.105.
² أنظر، كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.83.

المذكورة في هذه المواد بيد أن هذا الحصر من شأنه أن يؤدي إلى حرمان الطفل من النسب بالنسبة لحالات الفساد الأخرى والتي لم يتعرض لها المشرع في تلك المواد ومن أمثلتها¹:

➤ **نكاح الشغار**: وهو أن ينكح الرجل رجلا آخر مؤلّيته (ابنته ،أخته) على أن ينكحه الآخر مؤلّيته. وقد اتفق العلماء على عدم جواز هذا النكاح للحديث الوارد في ذلك وهو حديث عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، وهذا الأخير معناه أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو حليلته وليس بينهما صداق². ومن هذا التعريف يتبين أن نكاح الشغار اعتداء على المرأة وعلى حقها في الصداق، باعتبارها لا تحصل على شيء منه، وفي ذلك مخالفة صريحة لقوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"³. وعلى ضوء هذا التفسير يكون القصد من النهي إما من أجل الخلو من الصداق - وهو حق للمرأة كما أشرنا سابقا- ويكون فساد النكاح لصدقه لا لعقده، وإما أن يكون لذات العقد الذي جرى على هذه الصفة فيكون فساد النكاح لعقده لا للصداق، مما يجعل النهي هنا يدور بين حق الله تعالى وحق العبد. ويترتب على ذلك، انعقاد النكاح إذا قلنا أن النهي لحق العبد، وله حق الفسخ أو الإمضاء، ولو كان النهي لحق الله تعالى - أي لذات العقد- لوجب فسخه على كل حال لأنه لم يكن أصلا أي باطلا ولا يحتاج إلى طلاق. ويُلحق الابن

¹ أنظر ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 9 ، المرجع السابق ،ص. 610-611.

² أنظر، صحيح البخاري، باب نكاح الشغار، ج9، المرجع السابق، ص.162.

³ سورة النساء، الآية 4.

في نكاح الشغار بأبيه اتفاقاً، كما هو الحال بالنسبة للأنكحة الباطلة والفاسدة¹. لأن في ذلك تحقيق لحفظ النسب المرعي في الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية.

➤ **نكاح المحلل:** ويُقصد به تحليل البائن بينونة كبرى على زوجها السابق

وهو باطل لأدلة منها قوله صلى الله عليه وسلم " لعن الله المحلل و المحلل له " . ولقد نهي الشارع الحكيم عن هذا النكاح وزجر المحلل والمحلل له، لأن هذا النكاح يتضمن من الشروط ما يخالف ومقتضى ما أَرادَه الشارع من النكاح، وهو السكنية والتآلف والتعفف، لأن ذلك يتوقف. على البقاء والدوام، بينما التحليل مؤقت وغرضه الدخول بالمرأة لإشباع شهوة مؤقتة، ثم ردها إلى زوجها الأول، وهذه الصيغة تتنافى ومقتضيات عقد الزواج، لأنه ليس من شأنه تحقيق السكنية والمودة والنسل، بل هو مجرد إفراغ الشهوة واستباحتها على وجه مؤقت ولذا جاء وصفه في بعض الآثار "بالتيس المستعار"².

ومن هنا يظهر نوع من التشابه بين المتعة والتحليل لإشراكهما في توقيت حلية الاستمتاع بالمرأة وعدم تحقق أغراض النكاح الأخرى. وقد أجمع الكثير من الفقهاء على فساد هذا النكاح، إذ يرى أبو يوسف من الحنفية بفساد التحليل وأن الزوجين لا يُقرَّان عليه، لأن هذا النكاح يأخذ حكم المؤقت، بينما قال جمهور الحنفية بصحته حتى ولو اشترط فيه التحليل وإن كان ذلك مكروهاً³. وبهذا يكون نسب الطفل في هذا النكاح لا عُبار عليه في انتمائه إلى أبيه ما دام يدخل بين الأنكحة الفاسدة أو الباطلة.

¹ أنظر، ابن عبد البر الكافي، المرجع السابق، ج 1، ص.237؛ الدسوقي، على شرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص.307.

² قال أبو حنيفة وزفر بصحة النكاح وتحليل الأول، وقال محمد بصحة النكاح وعدم تحليلها للأول لأنه استحل، ما أحل الله فلا يكن من غرضه. أما أبو يوسف فاعتبر النكاح فاسد ولا يحلها دخوله بها للأول. أنظر، الكاسان، بدائع الصنائع الجزء 3، المرجع السابق، ص 187.

³ أنظر، الكاسان، المرجع السابق، ص. 187-188.

➤ **نكاح المتعة:** وهو أن يقول رجل لإمرة أتمتع بك لمدة معينة وهو نكاح مؤقت وهو كذلك باطل بالإجماع لدى الشيعة. وذلك للحديث الذي رواه علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن متعة النساء يوم خيبر وأكل لحوم الحمر الأهلية"¹. فهذا يدل على أنها كانت من الأنكحة المتداولة قبل النهي، لذلك مُنع لأنه يخالف النكاح الذي أقره الإسلام وحدد المقاصد التي يحققها. والقول بتحريم هذا النوع من الأنكحة هو قول عامة الفقهاء من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية وأتباعهم، وفي هذا قال بن عبد البر: " وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي..."². والقول بإباحة هذا النكاح هو قول فقهاء الشيعة من الإمامية الذين انتصروا له وردوا على من قال بمنعه حتى أنهم قسموا النكاح: إلى دائم ونكاح مؤقت، وهو المتعة ثم نكاح الإماء، فالأول يسمونه النكاح بميراث، والثاني نكاح بلا ميراث، والثالث ملك اليمين³. وإذا وقع هذا النوع من الأنكحة فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده. وبما أن إهدار حق الولد في النسب هو محض ضياع ومفسدة، فإن نسب الولد من هذا النكاح يُلحق بأبيه على أساس الشبهة.

➤ **نكاح المسيار:** والمسيار لغة " هو الزيارة السريعة " أي من السير إلى المكان. أما اصطلاحاً فهو زواج اكتملت فيه الأركان من إيجاب وقبول مع حضور ولي وشهود ولكن فيه تنازل المرأة عن حقها في المبيت عندها دورياً بما يقابل المبيت عند امرأة أخرى؛ وكذلك تنازل عن حقها في النفقة.

¹ رواه مالك في الموطأ، أنظر باب نكاح المتعة من الموطأ، المرجع السابق، ص. 152.

² أنظر، بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ، المرجع السابق، جزء 10، ص. 121.

³ أنظر، الكلبي، فروع الكافي، الجزء الثالث، دار المعارف والمطبوعات، بيروت، 1413هـ، ص. 369.

وهو من الزيجات السرية التي تنتشر عند رجال الأعمال بسبب قلة الالتزامات فيه. ومن الملاحظ أن هذا النوع يشبه إلى حد ما، ما يسمى في الفقه المالكي بنكاح الليلية أو النهارية، أو اليومية في الأسبوع، وقد اختلف الفقهاء فيه فقال أكثرهم بأن الشرط لا يؤثر في العقد ولا شبهة بين هذا النكاح والمتعة، وتُقل عن البعض الآخر منعه¹. أما المالكية فيرون منعه على أساس الشبهة بينه وبين المتعة². بينما يميل الفقه المعاصر إلى جوازه، بحجة أن السكنية مقصد من مقاصد الزواج، وليست بشرط يتوقف عليه صحته، بل إن بعض الأنكحة التي توافرت فيها الزوجية كاملة غير منقوصة من حق السكنى، والمبيت والنفقة...، صحيحة بالإجماع لتوافر شروطها حتى ولو لم يتحقق فيها سكن الزوج مع زوجته، ولم تتحقق بينهما المودة والرحمة. فهل يمكن القول أنها باطلة وإن أُحيطت الزوجة بحقوقها كاملة غير منقوصة؟ الجواب عندهم بالنفي بدليل أن سودة بنت زُمعة رضي الله عنها، تنازلت عن حقها في المبيت لعائشة وأقر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك. وما دام الأمر كذلك النسب يكون موصولاً على أساس قاعدة "ادرؤا الحد بالشبهات" لأنه ما دام درأ الحد فإنه يُثبت النسب. لكن إذا كان ذلك من الناحية الشرعية، فما مصيرهم أمام الفراغ القانوني الذي خلفه حصر المشرع الجزائري لثبوت النسب من الأنكحة الفاسدة في المادة 40 ق.أ.ج وما تحيل إليه من مواد لأن هذه المواد لا تحتوي على كل الانكحة الفاسدة؟ إن هذا الوضع لا يخلو من أحد احتمالين: أما أن يكون المشرع لا يعترف بنسب الأبناء الحاصلين نتيجة هذه الانكحة، وذلك لأنه حصر الانكحة الفاسدة أو الباطلة في المواد المذكورة كما رأينا سابقاً³ ورتب عليها ثبوت

¹ نقل منعه عن الإمام أحمد وابن شبرمة، أنظر بن قدامة المغني، الجزء السابع، مرجع سابق، ص. 72.

² أنظر، ابن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، جزء 1، ص. 238.

³ أنظر، المادة 40 ق.أ.ج.

النسب ولم تتطرق المواد المذكورة إلى هذه الأنكحة مما يعني أنه استبعدتها، باعتبار ما ورد في النصوص يشكل استثناء وبالتالي لا يمكن التوسع في تفسيره.

وإما أن يكون قد جاء بتلك المواد علي سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي يكون كل نكاح فاسد أو باطل يلحق منه النسب، وذلك باتحاد العلة في هذه الأنكحة . ولعل هذا الأخير أقرب إلى النهج السليم والذي يتسق والسياسة التشريعية التي ركز عليها المشرع الجزائري من خلال النصوص التي تضمنت حماية نسب الطفل.

بيد أن هذا التفسير الأخير لا يتعارض مع تطبيق المادة 222 ق.أ.ج التي تحيل القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، في حالة نقص تشريعي. غير أن هذا ليس بالسياسة التشريعية السليمة أمام الاختلاف الكبير في مثل هذه المسائل بين الفقه الإسلامي، الذي تتأرجح آراءه حول اعتبار هذه الزيجات باطلة ولا اثر لها، وبين من اعتبرها فاسدة. الأمر الذي يظل معه الطفل الحاصل من هذه الزيجات في الجزائر يستصرخ المشرع لإنقاذه من مخاوف الاستفهام. وللإجابة على هذا الانشغال نصت المادة 51 من المدونة الموريتانية على أنه " يفسخ بطلاق كل زواج مجمع على فساده قبل الدخول وبعده يترتب عليه الإستبراء مطلقا وثبوت النسب"؛ وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أن الزواج الذي لم تتحد كلمة الفقهاء بشأن فساده يثبت به النسب بعد الدخول. وهذا يعني أنه طبقا للتشريع الموريتاني يعتبر كل زواج غير صحيح مهما كانت درجة الخلل، لا يشكل خطرا على نسب الولد الآتي إثره. لذا يمكن القول أن الأنكحة المشار إليها وغيرها كلها تُثبت النسب.

ومع هذا يلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى هذا في الفرع المخصص للنسب، إذ أشار إليه في أسباب البطلان ومن المعروف أن هناك فرق بين ما هو سبب من أسباب البطلان وما هو أثر من آثاره. وبمعنى أدق أصبح عنوان الفرع (أسباب الزواج الباطل المواد 49 إلى 52)¹. لا ينسجم ومحتواه بسبب الإشارة إلى الأثر الذي يترتب هذا النوع من الزواج في مسألة النسب. لهذا من الأفضل أن تكون آثار الزواج الفاسد فرعاً خاصاً بها منفصلاً عن فرع أسباب الفساد. كذلك من العيوب التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 51 من م.أ.ش.م. هو كون المشرع نص على ثبوت النسب في حالة الزواج الباطل قبل الحكم به بطلاق، حيث نصت عليها هذه المادة بقولها: " الزواج المختلف في فساده يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق وتترتب عليه العدة وثبوت النسب والإرث قبل الفسخ". وعلى هذا الأساس وبمفهوم المخالفة بعد الحكم بحله لا يثبت به النسب وخاصة إذا تعلق الأمر بزواج مختلف على فساده².

يبدو أن هذا الأمر فيه إجحاف بمصلحة الطفل لأن هذا الحكم لا يؤدي إلى حمايته. لكن هذا عن الزواج الفاسد أو الباطل، فماذا عن رجل دخل بامرأة يظنها زوجته والحالة عكس ذلك، وإذا كان هذا ليس بزواج ما هو الحكم بالنسبة للولد الذي يأتي من هذه الإرادة المشبوهة، فيما يخص بنسبه إلى أبيه صاحب الشبهة؟

المطلب الثاني

ثبوت النسب في نكاح الشبهة

¹ و2 أنظر، تشورا جيلالي، المرجع السابق، ص. 8.

يختلف هذا النوع من الأنكحة عن سابقه، حيث أن الشبهة قد تحصل بسبب إتهام لدى شخص يحمله على مباشرة امرأة يظن أنها تحل له والحالة أنها حرام عليه، وقد يكون ذلك بناء على عقد فاسد كما قد يكون غير ذلك. وعلى هذا الأساس، فإن الشبهة تأخذ عدة مفاهيم (الفرع الأول) مما يستدعي بالضرورة معرفة ما إذا كان ذلك له تأثيراً على نسب الطفل اتجاه صاحب الشبهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الشبهة

تعرف الشبهة بأنها ما يُشبهه الثابت وليس بثابت، أو هي وجود المبيح صورتاً، مع عدم حكمه أو حقيقته¹. أما في الاصطلاح فهي أن يتصل رجل بالمرأة اتصالاً جنسياً دون إرادة الزنا في ذلك بل خطأ يقع فيه.

وهو ما عبر عنه المشرع الموريتاني في المادة 63 من المدونة بقوله: " إذا حملت المرأة غير المتزوجة من وطأ شبهة... ". بمعنى أن المشرع استعمل عبارة امرأة غير المتزوجة إذا حملت، لأن غير المتزوجة عادة ما ليست محلاً للحمل وإذا وقع فالذي يحصل في الذهن لأول وهلة أنها زانية، لذلك سارع المشرع بعبارة "وطأ شبهة" وهنا تسقط التهمة، لذلك يظهر أن الشبهة عند المشرع الموريتاني تتجلى في صورة واحدة وهي في التعبير الفقهي

¹ انظر، المستشار عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 81.

شبهة الفعل التي تتحقق عندما يخالط رجل امرأة يظن أنها تحل له والحال عكس ذلك. كمن تزوج بامرأة لا يعرفها ثم تزف إليه أخرى فيظن أنها التي تزوجها ويعاشرها معاشرة الأزواج، علما أن هذه المعاشرة ليست مبنية حكما لا على عقد صحيح ولا فاسد، لهذا أسماها المشرع الموريتاني "وطأ بشبهة".

أما شبهة العقد والتي تظهر في إبرام عقد زواج بين رجل وامرأة ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد فيبدو أن المشرع أدرجها ضمن أحكام النكاح الفاسد لأن الأصل في هذا الأخير أنه نوع من أنواع الشبهة إلا أنه يطلق عليه زواج باطل أو فاسد لإقامة عقد الزواج فيه.

وقد تطرق المشرع الجزائري لنكاح الشبهة في المادة 40 من ق.أ. بعد أن نصت هذه المادة على أنواع الأنكحة المثبت للنسب، ذكر من بينها الزواج الفاسد والنكاح بشبهة. ومن هنا يحق لنا أن نتساءل عن ما هو الفرق بين " ما إذا حملت المرأة غير المتزوجة من وطء بشبهة" الواردة في نص المادة 63 من المدونة وبين عبارة "نكاح الشبهة" الواردة في نص المادة 40 ق.أ. ج ؟

للإجابة على هذا السؤال، فإن هناك فرق بين شبهة الفعل وشبهة العقد¹. فالأولى كما يسميها البعض بشبهة الاشتباه، هي مقارنة رجل بامرأة ويطأها — كما أشرنا سابقاً— من غير أن يكون بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، غير مبنية على شيء مادي سوى أن نيته شابت بأمر حملها إلى الممارسة مع المرأة على أساس أنها تحل له وهذا ربما ينطبق على العبارة التي أوردها المشرع الموريتاني. لكن ألا يفتح هذا مجالاً لدى

¹ أنظر، عبد القادر عود، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوطني، الطبعة 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ص. 213 وما بعدها

ذوي العقول الضعيفة ويمارسون الزنا تحت غطاء الشبهة؟ في الواقع أن هذا النوع من الشبهة لم يعد له سبباً يجعل المشرع ينص عليه لأن دواعيه قد أفل نجمها وبالتالي أجدر أن يكون النص يعني نكاح الشبهة.

أما شبهة العقد فهي كمن يعقد على امرأة ويدخل بها ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب التي ذكرناها¹. فالعقد بذاته كاف لإيجاد الشبهة وربما هذا الأخير ما حدا بالمشرع الجزائري إلى تعديل المادة 40 من قانون الأسرة، وإضافة نكاح الشبهة. ولذلك، فأنا في حقيقة الأمر أطمئن إلى هذا الأخير دون الأول، لأن دواعي هذا الأخير قد ازدادت بكثير عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للأول، كون العالم أصبح في قرية واحدة مترامية الأطراف الأمر الذي يجعل من الممكن أن يعقد شخص زواجاً على أخت له وهو لا يدري أنها أخته، أو محرمة عليه. لكن من زاوية أخرى يبدو لا داعي للإتيان بإضافة نكاح شبهة بعد أن أقر المشرع ثبوت النسب بالزواج الفاسد، لأن هذا الأخير إنما قام على أساس شبهة إذ لولاها لم يكن مبدئياً له أثر لأنه وُلد ميتاً.

ومهما كان من أمر سواء كان وطء أو نكاح بشبهة، مادامت الواقعة قد حصلت فعلاً فإن آثارها تترك حقوقاً لا بد من إيجاد أحكام تنظمها كمسألة نسب الولد مثلاً.

الفرع الثاني

حكم ثبوت نسب الطفل من نكاح الشبهة

¹ انظر، الصفحة 88 من هذه الدراسة

القاعدة أن الزنا لا يثبت به نسب الولد من أبيه و لو اعترف بأنه ابنه من زنى، ومردده هذا الأمر أن الزنا فاحشة توجب العقاب ، وأن النسب نعمة من الله على الإنسان وهو أثر لعقد شرعي ولا يُتصور أن تكون هذه النعمة ترتبت على آثار فاحشة الزنا. ومع هذا لو حصلت هذه المعاشرة بين رجل وامرأة ولو خارج عقد وهو كان يعتقد أنها تحل له ، فإن هذه المعاشرة إذا كانت عن حسن نية يكون الولد هنا ينسب إلى أبيه نتيجة لقيام الشبهة. وهذا هو الفرق بين الشبهة ومحض الزنا لأنه لو وطأها وهو يعلم بعدم جواز ذلك كان الوطاء زنى ولا يلحق به النسب من جهة الأب. فحسن النية هنا يشترط لأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الغلط. وقد نصت المادة 63 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه " إذا حملت المرأة غير المتزوجة من وطأ شبهة ثبت نسب الولد لصاحب الشبهة "

إلا أنه ما يلاحظ أن المشرع الموريتاني لم يشترط حسن النية في الوطاء بشبهة لإثبات النسب حسب منطوق النص أعلاه ، فهل هذا تجاهلا منه لهذا المبدأ علماً أن الفقه المالكي¹ قد اعتبر مبدأ حسن النية شرطاً لاعتبار المخالطة شبهة وبالتالي لتثبيت النسب، لأن كل شبهة تدرأ الحد يلحق النسب. لذلك جاء في قرار محكمة الاستئناف بنواكشوط أنه " عندما توجد شبهة تدرأ الحد يلحق النسب كما هو معروف فقها: " حيث درأ الحد ألحق الولد في كل ما من نكاح قد فسد " ولقوله صلى الله عليه وسلم: " ادرؤوا الحدود بالشبهات "

¹ انظر، احمد حمد ، المرجع السابق، ص. 86 .

لهذه الأسباب واستنادا إلى ما تقدم تطبيقا للمواد 167، 168 و 186 ق.أ.م.ت.أ.م. فقد قررت المحكمة نهائيا حضوريا قبول الاستئناف شكلا وأصلا وإلغاء الحكم المستأنف وحكمت بإلحاق نسب البنت (ب) من أبيها (م)¹.

من باب الملاحظة حول هذا القرار يبدو أن القضاء اعتمد فيه لتأسيس الحكم على قاعدة فقهية مفادها أن كل ما يدرأ فيه الحد من نكاح يثبت به نسب الولد من أبيه. ومع العلم أن هناك حالات حسب الفقه المالكي يمكن أن يشترك فيهما مع إقامة الحد على الزاني إلحاق نسب الولد منه، كما هو الحال بالنسبة لشخص بانث منه امرأة بينونة كبرى كالمطلقة ثلاث ثم راجعها ووطأها وحملت منه فيقر أنه طلقها ثلاث ثم راجعها وهو عالم بالحرمة. وأما الصورة الثانية فهي أن يتزوج الرجل بالمرأة فتلد منه فيقول أنه تزوجها حيث كان تحته أربعة نسوة سواها . وأنه تزوجها وهو يعلم بالحرمة وفي هذه الأمثلة وغيرها كثيرة يلحق النسب فيهما ويثبت الحد على الزاني ومحل اللحق فيما ذكر إذا لم يثبت عليه التحريم قبل وطئه إياها، لأن الولد إنما ألحق به لكون إقراره بالعلم بالتحريم لا يُعمل بالنسبة لنفي الولد² لالتزامه على قصد قطع نسبه منه وإنما دائما يعمل بالنسبة للحد إذا هو لم يرجع عن إقراره عندها يُجمع له بين الحد ولحوق الولد.

هذا ولم يكن المشرع الجزائري بعيدا عن نظيره الموريتاني حيث أقر ثبوت نسب الولد من أبيه في نكاح الشبهة كما عبر عن ذلك صراحة في المادة 40 بقوله أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بنكاح الشبهة...". فإذا جاءت المرأة الموطوءة من شبهة بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها وتأكد كونه حينئذ من ذلك الوطاء فإن هذا الولد

¹ انظر محكمة استئناف انواكشوط، غ.م.أ. 17-03-02 قضية رقم 27، (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).

² انظر، مختار بن محمد أمحمدات، المرجع السابق، ص. 310.

ينسب لأبيه لأن ذلك يعد تطبيقاً سليماً للقانون كما هو واضح من قرار المحكمة العليا والذي عبرت فيه بقولها أنه " من المقرر قانونياً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالنية و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون " 1.

وإذا كان المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري ونظيره الموريتاني هو ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامة الخلل، فإنهما مع ذلك قد تغافلا عن سريان حساب المدة في هذه الأنكحة، وما إذا كانت تحسب من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول؟ إن الجواب على هذا السؤال يقتضي منا الرجوع لموقف الفقه الإسلامي المعاصر استناداً إلى نص المادة 222 ق.أ.ج التي جاء فيها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وفي هذا المجال، فقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين، ذهب الأول إلى القول بوجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظاً على الولد من الضياع²، من هنا يكون الأمر عندهم يقتضي أن تحسب مدة الحمل من تاريخ العقد الفاسد كما هو الشأن بالنسبة للزواج الصحيح. وفي نفس السياق يؤيد بن عابدين هذا النهج حيث يقول: " ولا يخفى أن النسب حيث كان يحتاط في إثباته، فالاعتبار بوقت العقد به أمس"³.

¹ أنظر، محكمة عليا، غ.أ. ش.م، 21-05-1991، ملف رقم 74712، م.ق. 1994، ع 2، ص. 56.

² أنظر، احمد حمد، المرجع السابق، ص. 89.

³ أنظر، محمد يوسف موسى، النسب و آثاره، الطبعة الثانية، دار المعرفة، القاهرة، 1985، ص. 17، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذاهب الجعفري و القانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 505-506.

وذلك خلافاً للاتجاه الثاني الذي ذهب إلى اعتبار احتساب المدة من وقت الدخول الحقيقي لا من وقت العقد، لأن الزواج الصحيح يتميز عن الفاسد في أن الأول إنما أقيم مقام الدخول لأنه داع إليه. أما العقد في الزواج الفاسد فليس داع إلى الدخول وبالتالي لا يقيم مقامه، ومع هذا الفرق كان الزواج الصحيح سبباً لثبوت النسب لكونه مظنة لاتصال الرجل بالمرأة ينشأ عنه الولد، وليس هذا الوضع للزواج الفاسد¹.

بينما يرد فريق من الفقهاء على هذا القول بفساد القياس الذي استدلوا به، بين الزواج الصحيح والفاسد، ذلك أن القول بهذا يتعارض مع المبدأ المستقر عليه فقهاً وهو وُجِبَ الاحتياط لثبوت النسب، لذا يعارضون قولهم بأن الزواج الفاسد غير داع إلى الدخول لأن أكثر صور الفساد نادراً ما يعلم سبب الفساد فيها لدى الزوجين عند العقد، كما لو تزوج رجل بامرأة محرمة عليه وهو لا يعلم بسبب التحريم. فالأخذ بهذه الصورة قبل العلم بسبب التحريم، داع إلى الدخول وفي الصورة التي يكون الزوج فيها عالماً بسبب الفساد لا يقدم عليه إلا رغبة في الدخول، وبهذا ينتفي الفارق بين الصحيح والفاسد الواردة أعلاه. مع الملاحظ أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري هو الأنجع لو فسرنا سكوته على أنه بالنسبة للزواج الفاسد والباطل يحملان نفس الحكم الذي يترتب عن الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب.

فإن المنطق يقتضي أن تحسب المدة كما هي الحال عليه في الزواج الصحيح وذلك للإحتياط، ويبقى الباب مفتوحاً للزوج المتضرر إذا كان لا يثق في نسب الولد من حساب هذه المدة أن ينفيه بالطرق الشرعية.

¹ أنظر، بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 506.

وإذا كان المشرع قد وضع أحكاماً لثبوت نسب الطفل من خلال أدلة قائمة
تفيد قيام الحق ذاته. فماذا لو كانت هذه الأدلة لا تفي خاصة في ظل ما تفرزه التطورات
التي تساير العلاقة الزوجية وآثارها، إذا ما أخذنا في الاعتبار أن ثبوت النسب قد يصعب
الكشف عنه في بعض الأحيان لسبب ما. مما يجعل اللجوء إلى أدلة الإثبات أمر لا
مناص منه.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in black and grey, framing the central text. The border consists of four corner pieces and four side pieces, all featuring elegant, swirling designs.

الفصل الثاني

طرق إثبات النسب

إن المقصود من إثبات النسب هو إقامة الدليل من المدعي على ثبوت ما يدعيه، فإذا كان الثبوت كما تطرقنا له في الفصل السابق، هو قيام الحق المدعى به، فإن الإثبات فعل يصدر من المدعي، واعتمادا عليه يصدر القاضي حكمه في مجال النسب أو غيره. وتعتبر أدلة الإثبات واسعة ومتشعبة، حتى أن بعض الفقهاء يرى بإطلاقها¹. على أساس أن الغاية من حكم القاضي هي أن يكون عادلا بحيث يضمن لكل ذي حق حقه بأي دليل يمكنه من ذلك.

وانتهاج طرق لإثبات النسب في قانون الأسرة، يعتبر من قبيل الإثبات اللاحق لما نتج عن معايشرة شرعية بين رجل وامرأة، تستند إلى عقد زواج مهما كانت طبيعته، مما يستبعد أي إثبات لنسب خارج هذه العلاقة².

والإشكال الذي تثيره هذه الوسائل أو الطرق التي وضعها المشرع في القانون الأسري، هو ما إذا كان حصرها يكفي لتأمين نسب الولد من الضياع؟ أم أن تقييد إثبات النسب وحصره في طرق معينة ربما لا يفي بالقدر الكافي خاصة في ظل التطورات التي تسير بشكل متجدد، مسألة البنوة. الأمر الذي يستدعي أخذه بعين الاعتبار عند سن القوانين.

وعلى هذا الأساس فإن تناول هذا الموضوع سيكون من خلال مبحثين نخصص الأول منهما لدراسة الطرق العادية لإثبات النسب (المبحث الأول) ثم نتناول موضوع إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

¹ أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 93.
² يمنع التبني شرعا وقانونا

الطرق العادية لإثبات النسب

ونشير بعبارة عادية هنا، هي أن هذه الطرق تقليدية وكما أنها تستخدم لإثبات النسب فإنها كذلك لا تستخدم للإثبات في المجال المدني فحسب، بل في المجال الجنائي. ولعل أهم هذه الطرق هو الإقرار (المطلب الأول) على أنه لا يخفى ما للبيئة من دور في إثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات النسب بالإقرار

يعرف الإقرار بأنه إخبار شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر¹، ومن هذا المنطلق يكون الإقرار عملاً قانونياً، لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني، وهو ما يعني أنه يلزم فيه ما يجب توافره في سائر الأعمال القانونية من أهلية لأداء ذلك، وإرادة سليمة من العيوب، حتى يعتد بها لإثبات النسب². ومن هنا فإن النسب يثبت بالإقرار وحده من غير أن يقترن بما يبين وجه ذلك، لأن بيان الوجه في حد ذاته، يجعله هو السبب دون الإقرار المجرد، ويسمى هنا إثبات النسب بالدعوى³. ويتضح ذلك مما ذهب إليه المحكمة العليا في انواكشوط في قولها "وحيث أن الشارع متشوف إلى حقوق النسب إذ أثبتته الفقهاء بمجرد دعوى المدعي بنوة معينة..."⁴، وهذه الأخيرة هي التي من خلالها إدعاء شخص بأبوة شخص يولد مثله لمثله، وكان مجهول النسب.

¹ انظر، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.174.
² أنظر، بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الشركة الوطنية للتوزيع، الجزائر، 1981، ص.263.
³ أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.395.
⁴ انظر، المحكمة العليا بانواكشوط، الغرف المجمع، قرار رقم 03-29-2006-3، (غير منشور).

هذا ولم ينص قانون الأسرة على أي شكل خاص بخصوص الإقرار بالنسب. وعليه فإنه وفقا للقواعد العامة، فإن الإقرار لا يتقيد بشكل معين، فكما أنه قد يكون شفويا أو مكتوبا، كذلك يمكن استنتاجه من السكوت كما هو الحال في بعض المواضيع التي يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق. ومن هنا يكون سكوت الوالد عند تهنئة الناس له بالمولود بعد ولادته¹، وكذلك سكوته أمام القضاء وعدم دفعه لأبوة الولد. وفي هذا الصدد جاء عن محكمة الاستئناف بنواكشوط "وحيث أن الإقرار قد يحدث عن امتناع الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه حسب ما نصت عليه المادة 404 ق.أ.ع"². وهذا المبدأ جاء تكريسه في قرار المحكمة العليا بنواكشوط الصادر في 29-03-2006 حيث جاء فيه "إن (أ.ج) سمع بنسبة الولدين له سنة 1953 ولم يتكلم إلا في سنة 1973 و أن سكوته في هذه المدة الطويلة كاف في إقراره بهما وأن الإنكار بعد الإقرار لا يفيد"³.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لعدم تقييد الإرادة بشكل معين، فإن قانون الأسرة الجزائري وكذلك نظيره الموريتاني قد حددا لإثبات النسب نوعا معينا من الإقرار بالنظر إلى مضمونه أمام الأنواع المختلفة للإقرار (الفرع الأول) إلي جانب شروط إثبات النسب منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنواع الإقرار

¹ أنظر، أحمد نصر الجند، المرجع سابق، ص.1281.
² أنظر، محكمة الاستئناف بنواكشوط، غ.م.ج، قضية رقم 15-15/2002/4-15. (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).
³ أنظر، المحكمة العليا، انواكشوط، 2006/03/29، قرار رقم 03، 2006، (غير منشور).

ينقسم الإقرار إلى قسمين: إقرار محمول على النفس (أولا) ثم إقرار محمول على الغير (ثانيا).¹

أولا: الإقرار المحمول على النفس وهو الإقرار بأصل النسب وليس فيه تحميل النسب على الغير ويكون بالولد الصلي والوالدين المباشرين له، وهنا يكون الإقرار على المقر فقط لا تتعدى حجته إلى غيره. ومن هنا يتضح أن الإقرار بالنسب حجة قاطعة لا بالنسبة للمقر لأن الشخص لا يصنع دليلا لنفسه، ولا يكون إلا حجة عليه، و بالتالي تكون حجية الإقرار بالنسب ما دامت قاطعة لا يجوز إثبات عكسها. ولا يجوز كذلك التراجع عنه، ومع ذلك لا يمنع هذا انطلاقا من القواعد العامة، أن يطعن المقر في إقراره نتيجة إكراه أو غلط¹. لأن المعول عليه في الإقرار أن تكون الإرادة سليمة، وبقدر ذلك تتحدد مدى حجتيته.

ولقد تطرقت المادة 44 من ق.أ.ج لموضوع الإقرار الذي فيه تحميل النسب على النفس فاعتبرته حجة على المقر ولو كان في مرض الموت وفق العقل والعادة. ومن هنا يمكن القول أنه إذا كان تصرفات المريض مرض الموت فيها خلاف² حول قوتها اتجاه من صدرت لصالحه بدون موافقة الورثة، مثلا كالهبة لأحد الورثة أو البيع له أو الطلاق في مرض الموت، بحيث أن الشك حول هذه التصرفات ليس مردده عدم أهلية المريض أو فقدانه أهلية التصرف، وإنما لإتهامه أنه قد يقوم بتصرف فيه غبن لبعض الورثة لصالح وارث آخر أو حرمان البعض من التركة، كمن طلق في مرض الموت.

¹ أنظر، عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة)، ص.499.

² أنظر، حاشية الدسوقي الشرح الكبير، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص.82.

فإن هذا لا ينطبق على الإقرار الذي ينطوي على استلحاق بالنسب، من ناحيتين:

الناحية الأولى: أنه يُستبعد عقلاً استلحاق شخص لشخص آخر لا علاقة بينهما ليجمعه شريكاً لورثته طالما أن لهذا الأخير ورثة، لأن الإنسان أُجبل على حب ذويه وخاصة إذا كان هؤلاء يتمثلون في ذرية، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: "زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ"¹.

أما الناحية الثانية: هو أن الإقرار من المسائل التي تتأرجح بين النفع والضرر فإذا كان فيه نفع لمجهول النسب من الناحية الأدبية بإزالة الإهانة عنه والعار الذي كان يطأطئ رأسه أمام الآخرين، فإن ذلك فيه ضرر على المقر لما يترتب عليه من حقوق كالنفقة، والحضانة، وقد يطالب بها الولد ولو كان المقر في مرض الموت من أجل أن يحصل على التعويض المادي والمعنوي. لذلك لم يتردد المشرع الجزائري في اعتبار الإقرار حجة على المقر ولو كان في مرض الموت.

وقد أفصح إن أكد عليها لأنه قلما يقال عنها أنها تدل على حرصه على الأخذ بالاحتياط في النسب.

ومع هذا فإن نص المادة أعلاه ذكرت شرطاً لصحة الإقرار وهو أن يرد على مجهول النسب، ولا يُدري ما الذي قصده المشرع من عبارة مجهول النسب، حتى يكون إدراج الأمومة في الإقرار مقبولاً.

¹ سورة آل عمران، الآية 14.

فلو نظرنا إلى تعريف مجهول النسب يكون إقرار الأمومة لا ينسجم مع هذا المصطلح، إذا أخذنا بعين الاعتبار أن مجهول النسب هو من لا يُعلم له أب في البلد الذي وُلد فيه، وبالتالي فإن إقرار الأم هنا والحالة هذه لا يمكن أن يرد على مجهول النسب معلوم الأم، فهذا مستحيل.

فلو ورد على شخص مجهول النسب من جهة الأب والأم كذلك، نقول أنه ورد على لقيط واللقيط له أحكام تميزه عن مجهول النسب، نعم بالفعل إنهما يشتركان في مركز دائرة واحدة وهو غياب النسب مهما كان الطرف إلا أن اللقيط يختلف عن مجهول النسب في كونه مجهول النسب من الطرفين.

ومع وجود الفرق بين مجهول النسب واللقيط يمكن القول أن المشرع الجزائري جمع بينهما في مصطلح واحد وهو عبارة "مجهول النسب" الواردة في نص المادة 44 ق.أ.ج، لأنه لم يتعرض للقيط بشكل مفصل - عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لنظيره الموريتاني¹ - فدل ذلك على أنه بالفعل جمع بين اللقيط ومجهول النسب في المادة أعلاه، وهذا التفسير تؤيده بعض النصوص الأخرى مثل المادتين 119-120 ق.أ.ج اللتان تحدثتا عن وضعية الولد المكفول حيث نصت المادة 119 على أن "الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب". وانطلاقاً من هذا الموقف يكون مجهول النسب جامعاً لمصطلح اللقيط أو الطفل المولود تحت اسم مجهول، ومجهول النسب بمعناه السابق.

¹ المدة 69 من المدونة الموريتانية تنص على أنه " لا يلحق اللقيط بملنقطه أو لغيره إلا بوجه مقبول..."

وإذا سلمنا بأن الأمر كذلك يظهر وكأن المشرع الجزائري قد فتح الباب أمام الطفل المولود تحت اسم مجهول للبحث عن والديه، باعتبار حجية إقراره والذي نص عليه في المادة 44ق.أ.ج أعلاه.

ومع ذلك فإنه كان يسمح للأُم العازبة بأن تحتفظ باسمها سراً عند الولادة. حيث كان قانون الصحة العمومية الصادر تحت رقم 76-79 بتاريخ 23 أكتوبر 1976¹ يعترف في مادته 243/3 للأمهات العازبات بأن يلدن دون ذكر أسمائهن وألزم القائمين على مساعدة هذه الأمهات بالسر المهني، وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من ق.ع.ج وهو ما أكدته المادة 245 من نفس القانون.

هذا كان وقد تم إلغاؤه بمقتضى القانون 85-05 الصادر في 6 فبراير 1985² والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها إلا أن هذا الأخير لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول، فالمادة 37 منه تحدثت على أن وسائل وسبل المساعدة الاجتماعية والطبية الوقائية للأطفال من التخلي عنهم تنظم لاحقاً عن طريق اللوائح التنظيمية.

ومع ذلك يكون اعتراف المشرع بهذا الأمر لا زال ساري المفعول طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بالسر المهني المنصوص عليها في المادة 206 منه والتي تلزم الهيئة الطبية بحفظ السر المهني وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدال والقبالات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى

¹ أنظر، الجريدة الرسمية، 1976، رقم 101، مجلد 03، ص. 1410.

² أنظر، الجريدة الرسمية، 1985، رقم 08 مجلد 122، ص. 140-10.

بها إليهم وأفسوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك". مما يؤكد عليهم الالتزام بحفظ سر الأم التي تضع ولدها تحت اسم مجهول.

ومن هنا يظهر وكأن المشرع أخذ برأيين يبدوان في الظاهر متناقضين: فالأول، يمثل تقريره حق الطفل في البحث عن أمه أو أبيه كما ذكرنا في المادة 44 ق. أ. ج ورغم أن إقرار الولد هنا بالأمومة يستلزم المعلومات التي تتعلق بالولادة بما في ذلك مكانها وزمانها، ومعرفة الأم في حد ذاتها، فإنه ألزم الهيئات المختصة بكتمان ذلك. وكأن لسان حاله يقول حتى وإن جاءكم من تتوقف حقوقه عليها.

ومن هنا يكون قد ضحى بالطفل في معرفة أمه مؤثراً بذلك مصلحتها على مصلحة الولد كما يرى البعض¹. ورغم أن هذا التفسير تؤيده ظاهر النصوص وما يظهر فيها من تعارض. ومع ذلك لو عدنا إلى النصوص المذكورة أعلاه نجد أنها حاولت التوفيق بين مصلحة الولد من جهة ومصلحة الأم من جهة أخرى، ويظهر ذلك من الهدف لتبني الإجراءات السابقة فيما يتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 أعلاه. لأن البحث عن النسب يقتضي أن يكون الشخص على قيد الحياة حتى يبحث عن نسبه مادام هذا الحق، ولا يورث ولا ينتقل قبل إقراره إلى خلف المقر له.

ولذلك كان هدف المشرع هو حماية الطفل ووقايته من خطر التحلي عنه، في مكان غير معد لذلك حتى لا تُهدد حياته. ولذلك ضحى المشرع في حق معرفة نسبه من جهة الأم، من أجل ضمان سلامته، حتى لا تفكر الأم التي لا ترغب في طفلها

¹ أنظر، أبو بكر الأشهب، المرجع سابق، ص. 196.

بالإجهاض، أو قتله وهو في المهده، وهذا كله بفتح الباب أمامها دون أن تضطر إلى ارتكاب جريمة في حقه.

ويمكن أن يقال إن في هذا تشجيعاً للانحراف وإفشاءاً للرديلة، لكن هذه سياسة علاجية، وليست وقائية، والحق أقول إن السياسة الوقائية هي العودة إلى تطبيق الحدود المقررة شرعاً.

أما من حيث تعاطفه مع المرأة فإن هذا الإجراء من شأنه أن يحجبها عما قد تفكر بفعله، وخاصة تلك التي لا ترغب في بقاء الولد معها مما يدفع بها إلى محاولة قتل نفسها، إذا كان ذلك هو المتاح لديها من الفرص.

وأمام هذا جاء موقف المشرع الموريتاني من خلال الفقرة الثانية من المادة 71 من مدونة الأحوال الشخصية التي اعتبرت أن البنوة بالنسبة للأم كالشرعية وعليه لا يمكن والحالة هذه أن تملص خارجة عن الطريق بالتخلي عن ولدها. بل أبعد من ذلك، من الناحية العملية تُكلف الهيئات المختصة بالملاحقة والتحقيق مع من وجدت حول صبي مرمي على الطريق أو في مكان ما حتى تثبت براءتها أو عدمها وتستخدم لذلك كافة الأدلة بما فيها أمانة الولادة كارتحاء الثديين ووجود اللبن، واتساع الهالة ودكون لونها...¹ وإن ثبتت صلتها بالولد تكلف جبراً بإرضاعه ويسجل تحت اسمها وتكون تحت الرقابة حتى ينفصل ذلك الطفل.

ومع ذلك فإنه لم يتعرض للإقرار بصريح العبارة ولكنه استخدم كلمة "استلحاق" وهذه اللفظة تستعمل مجازاً للإقرار، حيث نصت المادة 64 من المدونة على أنه "يثبت

¹ انظر، كمال صالح ألبنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، دار الكتب القانونية، 2002، ص.124.

النسب الشرعي لمجهول النسب باستلحاق الأب..."، فيدل ذلك على أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على النفس يقتصر حسب النص على الوالد فقط. وهذا غير عدل بالنسبة للولد، لأن المشرع وإن كان قد رتب له هذا الحق من جهة الأم والأب، إلا أنه لم يُجز له ذلك طالما لم يكن الإقرار صادراً من جهة الأبوين. فهذا الحق والذي قرره المشرع الجزائري للطفل كرسسته كذلك الشريعة الإسلامية، بحيث لا يوجد خلاف بين فقهاء الشريعة حول حق الطفل في البحث عن نسبه من جهة الأب إذا كان من زواج، ومن جهة الأم مهما كان السبب¹.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المشرع الموريتاني في المادة 64 أعلاه والتي تطرق فيها إلى الإقرار المحمول على النفس لم يتعرض لإقرار الأم بالولد وبهذا يكون قد تجاهله، علماً أن هذا الإقرار معتبر شرعاً². اللهم إلا إذا كانت العبارة الواردة في نص المادة 71 من المدونة وهي تعني أن نسب اللقيط لا يثبت ملتقطه أو الغير إلا بوجه مقبول وكون الإقرار من الأوجه المقبولة يكون المشرع قد تفادى ذكر الأم مكتفياً بالعبارة هاته.

وبهذا يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة 64 م.أ.ش.م أنه لا يمكن أن يستفيد مجهول النسب من الإقرار إلا إذا صدر هذا من الأب فقط.

وفي نفس الوقت يثبت نسب اللقيط من جهة الأب والأم بالإقرار حسب المادة 69 من نفس المدونة، وكأن المشرع أراد أن يبرز الفرق بين ما هو مجهول النسب وما هو لقيط.

¹ انظر، ابن تيمية الفتاوى الكبرى ، الجزء الرابع، دار العلم، بيروت لبنان، (بدون سنة) ، ص. 489، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص. 395 وما بعدها.
² أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص. 396.

على أن الأول يثبت نسبه بإقرار الأب، طالما كان الحديث يدور حول الإقرار المحمول على النفس، والثاني بما أنه مجهول النسب من الطرفين يكون استلحاق مقبولا من كلاهما، على أن يكون هذا الاستلحاق مؤسسا على وجه مقبول¹.

هذا عن الإقرار المحمول على النفس لكن ماذا عن الإقرار بالنسب المحمول على الغير ذلك ما سوف نتطرق له في الجزئية اللاحقة.

ثانيا : الإقرار بالنسب المحمول على الغير

لا نريد بالغير في هذا الصدد، كلما عدا الأب والأم والابن على وجه الإطلاق، بل يتحدد الغير هنا بذوي المقر له، من غير من سبق ذكرهم في النقطة الأولى والذين يعتبر إقرارهم بأنه محمول على النفس حسب المادة 44 ق.أ.ج.

وقد نصت المادة 45 من نفس القانون عليه بقولها "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه". لذلك يكون الإقرار هنا يمثل ما يتفرع عن أصل النسب كأن يقر شخص بأن هذا أخوه أو عمه أو جده، من هنا يظهر بوضوح أن سبب حمل الإقرار هو أن المقر لم يسند النسب لنفسه وإنما أسنده للغير. لذلك علق المشرع أثر الإقرار على تصديقه من طرف المحمول عليه وهذا فعلا منطقي لأن الإقرار حجة على المقر نفسه وبالتالي لا يتعدى أثره إلى غيره إلا بتصديقه كما أقرت بذلك أحكام الشريعة الإسلامية². فمثلا لو أن شخصا قال هذا أخي فانه يشترط لثبوت نسبه أن يصدقه أبوه، وبالتالي يكون الإقرار بالأخوة هو حمل النسب على الأب لذا يجب لإثباته أن يصدقه الأب، لأن سريان الأخوة بين المقر والمقر له تتوقف على

¹ انظر ، المادة 69 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
² أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 158.

إمضاء الأب لنفاذها لهذا الأخير الذي صدر الإقرار لصالحه. وعليه إذا لم يصادق المحمول عليه النسب، فانه لا يبقى أمام المقر له إلا أن يرفع دعوى أمام القضاء يدعمها بالبينة لا ثبات نسبه.

بينما لم يعلق المشرع الموريتاني صحة الإقرار المحمول على الغير بتصديقه من طرف هذا الأخير إذ اعتبره يترتب عليه الإرث إذا لم يكن ثمة وارث ثابت النسب. كما هو معلوم من نص المادة 65 من المدونة الموريتانية والتي نصت على أن "استلحاق الولد من غير الأب لا يثبت النسب ولكن يقع به الإرث إذا لم يكن ثمة وارث ثابت النسب". ولكن هذا النص يثير إشكالا آخر يتمثل في ما إذا كان الحق يخول أن يرث شخص دون نسب؟ لو كانت الإجابة بنعم كما هو معلوم من منطوق النص، فإن هذا من شأنه زيادة في أسباب الإرث، لأن هذه الأخيرة بعد اختفاء سبب الولاء، لم يبقى منها إلا ثلاثة وهي النسب، النكاح، ثم بيت المال، ولم يكن من بين تلك الأسباب ما أشارت إليه المادة أعلاه، إلا إذا كان المشرع أراد بذلك بناء الإرث علي اعتبار شهادة الواحد، قياسا على الأحكام التي تبني على الشبهة.

ولكن إذا كان الإرث يعتبر الهدف منه الإثراء بالنسبة للولد حفاظا عليه من الفقر، أليس أولى أن يحافظ على نسبه وبالتالي إذا لم يتوفر من الإقرار ما يفني بذلك لماذا لا يلجئ للبصمة الوراثية لما لها من دور في تحديد الأبوة¹.

¹ أنظر، الصفحة 143 من هذه الدراسة.

وإذا كان هناك وارث ثابت النسب وأقر بأخ له، يقاسمه في نصيبه من التركة حتى ولو أقر ثلاثة أو أربعة من الورثة، لا يثبت النسب للمقر له إلا إذا كان هؤلاء تتوفر فيهم صفة العدالة حسب الفقرة الثانية من المادة 66 من المدونة.

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الموريتاني ركز على الإقرار الذي يكون بعد وفاة المحمول عليه ويتجلى هذا الأمر من ناحيتين:

الناحية الأولى أنه لم يعلق صحة الإقرار على تصديقه من طرف المحمول عليه مثلما فعل نظيره الجزائري، وكأن الفقرة الثانية من المادة 66 آنفه الذكر تقول وبمفهوم المخالفة لو كان الإخوة الذين أقروا بإثبات نسب أخ لهم، تتوفر فيهم العدالة يثبت نسبه ولو لم يقر الأب بذلك. وتعبير آخر يكون المشرع هنا يعتبر هذا الإقرار بينة يثبت بها النسب ولو لم يصادق المحمول عليه.

إلا أن هذا المعنى من شأنه أن يفرغ المادة 65 م.أ.ش.م من محتواها. وبهذا يكون هناك تعارض بين النصين المذكورين، فمن جهة لا يثبت النسب بالإقرار إذا لم يكن هذا الأخير صادراً من الأب حسب المادة الأولى¹. ومن جهة أخرى، إذا أقر اثنان من الورثة بالنسب ثبت نسب المقر له إذا كان هؤلاء يتصفون بعامل الثقة².

مع أن مبدأ الثقة هنا مبدأ نسبي ولطالما أن النسب يُحتاط له حتى أن دليل الإقرار وحده يكفي لإثباته بدون أن يُلجأ في ذلك إلى بينة. والسبب في ذلك أن الإقرار بالنسب المحمول على الغير، إذا كان صادراً من الورثة فإن جانبه المالي محمول عليهم وبالتالي يستبعد الكذب فيه من طرفهم. وعلى هذا فإن حجية إقرار الورثة يجب ألا

¹ انظر، المادة 65 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
² انظر، المادة 66 من نفس المدونة.

يتوقف على عدالتهم لأن القول بخلاف ذلك من شأنه تعطيل قاعدة الاحتياط في إثبات النسب.

أما الناحية الثانية فهي تتعلق بالإشكال الأكبر والذي يثيره الجانب المالي المشار إليه في المادة 66/2 من المدونة التي جاء فيها "إذا كان غير ذوي عدل أو لم يعترف إلا واحد لم يثبت النسب لكنه يستحق من نصيب المعترف ما ينقصه الاعتراف".

فمن المعلوم أن المبدأ في صحة النسب بالإقرار المحمول على الغير يتوقف على أمرين¹:

أحدهما البينة على الإقرار، والثاني تصديق الإقرار من طرف المحمول عليه إذا كان حياً أو اثنين من الورثة إذا كان ميتاً، كما أشارت إلى ذلك المادة 66 السالفة الذكر. فإذا لم يتحقق واحد منهما لا يثبت النسب، لكن يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، بحيث لا يكون في هذه المعاملة حق غيره، فيطالب بالحقوق المالية بمقتضى الإقرار وهنا يكون محل الإشكال الذي تثيره الفقرة المشار إليها من المادة 6 م.أ.ش.م.

لأنه لا جدال حول سريان أثر الإقرار المحمول على الغير بالنسبة للمقر حسب المادة 45 من ق.أ.ج، ويتجلى هذا الأمر في أنه إذا أقر أحد الورثة بأخ له وكان هذا الأخير فقيراً عاجزاً عن الكسب فُرِضت نفقة الأخ على أخيه المقر. وكذلك إذا مات أب وترك أبناءه واعترف أحدهما بأخ أجنبي عليهم فإنه يشاركه في نصيبه من التركة، والأمر لا غرابة فيه انطلاقاً من طبيعة الإقرار.

¹ أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن، المرجع السابق، ص. 521.

أما وأن يكون الاعتراف جاء من عدد من الورثة يُجرم المقر له من النسب على عدم ثقة هؤلاء وبالتالي يشاطرهم في الجانب المالي فإن هذا الأمر يبدو لي فيه إثراء من ناحية، وفيه حرمان من النسب من ناحية أخرى.

فقسمة التركة هنا لا تخلو من أحد الأمرين: إما أن تقسم حسب الطريقة العادية وهي "للذكر مثل حظ الأنثيين"، ويكون المقر له أحد الورثة، وبقبول هذا الطرح نكون قد حرقنا أسباب الإرث بإدخالنا عنصراً أجنبياً على التركة.

وإما أن تقسم التركة دونه ويعطى نصف نصيب كل من أقر به وبهذا يكون قد أُثري على حساب الورثة. لذلك ينبغي أن يقال أنه إذا اعترف واحد من الورثة بأخ يثبت له الجانب المالي وإذا كان الاعتراف من اثنين فما فوق يثبت له النسب لأن هذا هو المنطق وهو أعدل الأقوال وأكثرها تماشياً مع قاعدة الاحتياط في إثبات النسب.

ومع ذلك فإن الإقرار سواء كان محمولاً على النفس أو على الغير، طريقة لإثبات النسب حسب ما رأيناه لكن ذلك وفق شروط معينة فما هي هذه الشروط؟

الفرع الثاني

شروط إثبات النسب بالإقرار

يعتبر الإقرار المجرد وسيلة لإثبات النسب شرعا¹ وتشريعا لذلك يتميز عن باقي أدلة الإثبات بإعفائه للمقر من عبء الإثبات، وعلى هذا فقد وضع المشرعان الجزائري والموريتاني شروطا لإثبات النسب منه، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون المقر له مجهول النسب ، وهذا الشرط الذي كرسته المادة 45 ق.أ.ج اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية عليه، وهو أن البحث عن النسب سواء كان من جهة الأب أو الأم لا يكون إلا بالنسبة للطفل مجهول النسب، لذلك لا يصح الإقرار على معلوم النسب ولا يصح لهذا الأخير أن يقر بنسب جديد لأن النسب غير قابل للفسخ ولا للتغيير².

ولكن هذا الأمر يضع سؤالا حول ما إذا أقر الابن مجهول النسب بوالده وصدّقه هذا الأخير على أنه ولده من زنا فهل يلحق به شرعا وتشريعا ؟

قبل الرجوع إلى موقف المشرع نوضح الخلاف الحاصل حول هذه المسألة من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية: فبينما يعترف فريق بصحة هذا الإقرار حماية للولد من الضياع³، يرفض آخرون هذا الأمر ويربطون الحق بأنه لا يتأتى إلا إذا كان الإقرار دون ذكر أن الابن من زنا⁴، بحجة أن الشريعة الإسلامية لا ترتب آثارا وحقوقا على الجرائم

¹ أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.396.

² أنظر، محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص.395. وما بعدها.

³ أنظر، ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، المرجع السابق، ص.278-279.

⁴ هؤلاء هم جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، أنظر، في هذا الأمر، بن الجوزي، القوانين الفقهية، الطبعة الثانية، دار الكتب العربية، بيروت لبنان، 1989، ص. 327، الكاساني، المرجع السابق، ص.332.

لصالح مرتكبيها، وبالتالي لا أثر للإقرار بالنسب إذا صاحبه أن الولد جاء نتيجة علاقة غير شرعية، سواء كان الإقرار بالأبوة، أو بالبنوة.

نشير هنا إلى أن من قال بالرأي الأول هم إسحاق بن راهويه ، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن تيمية¹، ومرد هذا الأمر عندهم هو قوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ليس دليلاً على عدم جواز انتساب ابن الزنا إلى أبيه، لأن هذا الحديث لم يصدر عنه صلى الله عليه وسلم لهذا الغرض وإنما قاله بمناسبة فصل نزاع².

وعلى هذا فإن القياس يقتضي أن ينتسب الابن إلى أبيه الزاني لأنه أحد أطراف العلاقة الإجرامية، فلماذا ننسبه إلى الأم دون الأب وهما شريكان في الجرم³.

وتعليقاً على هذين الرأيين يمكن القول بأن إلحاق نسب ابن الزنا من أبيه يرتب مصلحة في الظاهر للطفل الذي جاء ضحية جريمة لا دخل له فيها، إلا أن تبني هذا الرأي يبدو ضرره أقرب من نفعه على المجتمع كله.

فهو بالدرجة الأولى تشجيع لارتكاب الممارسات الحيوانية⁴ خاصة في غياب التطبيق الشرعي لعقوبة جريمة الزنا، مما يفتح المجال أمام ارتكاب الممارسات الإجرامية وبالتالي يهدد هذا من عرى قواعد النسب الشرعية والقانونية. ومن ناحية أخرى، فإن تبني مثل هذا القول من شأنه أن يُفَرِّغ مقصداً من مقاصد الزواج وهو التناسل المبني

¹ أنظر ابن تيمية، المرجع السابق، ص. 278.

² أنظر، للتوضيح أكثر الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث وخاصة المطلب المتعلق بإمكانية الاتصال بين الزوجين ص. 5 وما بعدها.

³ أنظر، ابن تيمية، المرجع السابق، ص. 278، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 155.

⁴ أنظر، عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: اتفاقية حول الطفل خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث ، سبتمبر 1993، ص. 140.

على الشرعية، وإلحاق الولد لأبيه مما يصبح الزواج معه مجرد لغرض واحد وهو الاستمتاع، لأن طرق الحصول على النسل وفق تبني هذا القول أصبحت متعددة. لذلك يكفي في هذا الأمر أن القاضي عند إقرار شخص ببنوة طفل لا يسأله عن السبب هل حصل زواج أم ماذا، لأنه لو سأله وصرح بأنه ابنه من الزنا وأقره على ذلك لكان هذا تشجيعاً وإشاعة للفاحشة، ولو أبا عليه لأحرم الولد من النسب الذي يؤخذ فيه بالتسامح والذي تتساهل فيه النصوص الشرعية والتشريعية وتأخذ فيه بأبسط شبهة.

وحسب القراءة المتأنية لنصوص قانون الأسرة الجزائري يمكن القول أن المشرع يعترف بإثبات النسب عن طريق الإقرار الجرد لأنه لم يشترط في هذا الأخير ربطه بزواج أو بشبهة¹. وهذا يعني أن الإقرار بنسب ابن الزنا ممكن وهو ما أشارت إليه المادة 44 ق.أ.ج، ولكن إذا رجعنا إلى المادة 41 من نفس القانون نجدها لا تعترف بثبوت نسب الطفل من أبيه إلا عن طريق الزواج الشرعي، وبالتالي يكون إثبات نسب ابن الزنا من أبيه غير مقبول حتى ولو أقر به الأب أو الابن وقال إنه من زنا.

وهذا ما تبناه القضاء الجزائري حيث جاء ذلك في قرار المحكمة العليا بقولها:
"إن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه خرقوا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية"².

وفي قرار آخر عن نفس المحكمة قضت بأنه "من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار "ولزم الإقرار لحمل في بطن أمه" ومتى

¹ أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 19.
² أنظر، المحكمة العليا، غ. أش، 8-10-1989، ملف رقم 213571، م.ق 1990، العدد 4، ص. 79.

تبين - من قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعن بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/4/6 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعن، وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود عن إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور والتسبيب، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وأمام هذا الموقف نصت المادة 71 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه "لا تعتبر البوة بالنسبة للأب إذا كانت غير شرعية ولا يترتب عليها إلا حرمة الزواج، وهي بالنسبة للأم كالشرعية". وهو ما أكدته المحكمة العليا في الجزائر بقولها " من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض، ولما كان من الثابت-في قضية الحال- أن المطعون ضدها اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوة لعدم تأسيسها طبقوا صحيح القانون"².

وانطلاقا مما سبق ذكره سواء من مضمون النصوص الجزائية المدعومة بأحكام القضاء أو من منطوق النص الموريتاني يمكن القول أن الإقرار يثبت النسب، سواء كان صريحا أو ضمنيا. وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بنواكشوط بقولها " وحيث أن الإقرار قد ينتج من امتناع خصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوة

¹ أنظر ، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/12/15 ، ملف 202430 ، م. ق، 2001 ، ع. خ، ص. 77.
² أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 19-12-1988 ، ملف رقم 51414 ، م. ق 1991 ، ع 3 ، ص. 52.

الموجهة إليه حسب ما نصت عليه المادة: 404 ق. أ.ع. مما يعني أن البالغ من الورثة قد اعترف ضمناً بنسب "المقر له" إلى أبيه¹.

لكن إذا كانت الحالة الأولى وهي التي يكون الإقرار فيها صريحاً، بحيث يبطل مفعوله إذا صرح المقر بأن العلاقة بينه وبين المقر له أساسها الزنا، فهل هذه الصورة تنطبق على الإقرار الضمني والذي فيه يعامل الزاني الولد معاملة ابنه حتى يدنو أجله يترك وثيقة بأنه ليس أبوه أو أنه أبوه من الزنا؟ هنا نكون أمام إشكال يتنازعه عدة عوامل منها ما يتعلق بتصرفات المريض المضافة إلى ما بعد الموت، بحيث يجعل هذا الأمر الورقة محل تشكك على أنها غبن فيه تأثير لبعض الورثة على طرف آخر.

الناحية الأخرى فإنه ما دام النسب يحتاط له وثبت أن المقر كان يعامل المقر له على أنه ابنه الصليبي، فلا مجال للرجوع على النسب لأنه قد ثبت بالإقرار الضمني الذي تدعّمه الأدلة كالتربية والحضانة. ولكن إذا كان في الورقة أنه ابنه من زنا تكون المسألة أدهى وأمر حيث كان الأمر أساسه الاعتراف الضمني، وقد نفي هذا الاعتراف بقاعدة شرعية وحسب اعتقادنا فإنه ما دام هناك خلاف حول المسألة من بدايتها وهي هل إذا أقر أنه ابنه أو أبوه من زنا يثبت نسبه؟ كما ذكرنا سابقاً، فإنه يجب أن لا يُعبأ بالورقة هذه من وجه و مُتكاملاً، أما الوجه فهو أن النسب لا ينتفي بعد إثباته، وأما المتكأ فهو محل المسألة على أقوال الذين قالوا بأن نسب ابن الزنا يثبت لأن هذا يبدو هو الأعدل وهو الذي يجسد قاعدة الاحتياط للنسب. ويؤيده ما قضت به المحكمة العليا بانوا

¹ أنظر، محكمة الاستئناف بانواكشوط، غ.أ.ش. القضية رقم 15/ 4-15-2002 (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة)، نشير إلى أن المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني تنص على أنه " يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوة الموجهة إليه فيلوز بالصمت، ولا يطلب أجلاً للإجابة".

كشوط بقولها " ومن المعلوم أن الحدود تدرأ بالشبهات ومن الشبهات اختلاف العلماء، فكلما اندرى الحد لحق الولد كما هو معروف في السنة وأقوال الفقهاء .."¹.

2- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل و العادة: ومعنى هذا أن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون أبا للمقر له أو العكس.

فالإقرار ببنوة شخص لا يمكن تصوره من شخص عمره ثلاثون سنة لطفل بالغ إحدى وعشرين سنة وقت الإقرار، لأن هذا السن بالذات لا يُتصور من بالغها الإنجاب، وهذا ما نصت عليه المادة 64 من المدونة بقولها أنه "يثبت النسب الشرعي لمجهول النسب باستلحاق الأب إذا لم يكذبه العقل و العادة". وهذا الشرط ذاته نصت عليه المادة 44 ق.أ.ج. من قانون الأسرة الجزائري.

وكذلك إذا أقر شخص ببنوة ولد والحال أنه لم يأت قط للمكان الذي ولد فيه ذلك الولد ولم تذهب أمه إلى المكان الذي يوجد فيه المقر قبل حملها فهذا من غير المنطقي أن يثبت نسبه للمقر اللهم إذا كانت الأحكام تبني على النوادر وخرق العادات من أجل الحفاظ على النسب كما يقول البعض².

3- أن يصادق المقر له إذا كان أهلا للمصادقة على قبول النسب وهذا يتأتى عند سن التمييز، ولا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز³.

¹ انظر، المحكمة العليا بانواكشوط، غ. مع، 19-03-2006، القرار رقم 03-2006، (غير منشور)
² أنظر، في هذا المجال تعليقتنا على نص المادة 41 ق.أ.ج. و المادة 59 م.أ.ش. م في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الدراسة، ص.5 و ما بعدها.
³ أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.396.

ولم تتضمن المدونة الموريتانية ما يشير إلى ذلك، ولعلها في عدم اعتبار هذا الشرط قد اقتدت بمشهور مذهب مالك، والذي يعتبر أن النسب حق للولد على الوالد، فيثبت بالإقرار دون أن يتوقف ذلك على تصديق من الولد ما لم يثبت كذبه¹.

أما من الناحية العملية فإنه في موريتانيا ورغم عدم حصولنا على أحكام قضائية في هذا المجال فإن سريان مفعول الإقرار يتوقف على إجازة المقر له إذا كان أهلا للإجازة بحيث إذا لم يعترف بهذا الإقرار فإنه يظل مجهول النسب. وهذا ما اتجه له المشرع الجزائري² لكن هذا الموقف أشار إليه بالنسبة للإقرار المحمول على الغير الوارد في المادة 45 المشار إليها أعلاه فقط دون النوع الآخر. مما يجعل ما ذهب إليه المشرع الموريتاني يكاد يكون خارجا من مشكاة واحدة مع النص الأسري الجزائري، ولكن بالمقابل أليس إثبات النسب حق هو الآخر للأم حتى تدفع العار عنها إذا كانت متأكدة من براءتها من تهمة الزنا التي كانت تطال شرفها بوجود بهتان بين يديها؟

إذا كانت الإجابة بنعم، فلماذا لا نشير بأنه إذا أبي المقر له من تصديق النسب يكون من حق الأم أن ترفع دعوى ولو على ابنها المصغر على عدم قبول النسب من أجل أن تؤكد- بالإضافة إلى إقرار الأب - براءتها من الزنا. أم أن هذا الأمر قد يشير إشكالا تصبح فيه الأم والأب متهمان اتجاه الابن بارتكاب جريمة إخفاء النسب، تلك الجريمة التي لم تحدد النصوص القانونية عقوبة لها.

ومن هنا يكون الأمر يحتاج إلى بيينة لأن البيينة على من ادعى وطالما أن الأمر يتعلق بإثبات النسب فإن للبيينة دورا في هذا الإثبات.

¹ أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 691.
² أنظر المادة 45 ق.أ.ج.

المطلب الثاني

إثبات النسب بالبينة

تسعى غالبية الدول إلى اعتماد عدة أساليب قانونية لإثبات النسب، وذلك حفاظاً على مصلحة الأطفال ومراعاة للروابط الأسرية. فمن بين هذه الوسائل تعد البينة كوسيلة لإثبات النسب تبناها قانون الأسرة الجزائري. أما مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية فلم تنص صراحة على البينة كدليل لإثبات النسب، وإنما اعتمدت أساليب أخرى تأخذ حكم صورة البينة.

وعليه يظهر جلياً أن البينة ليست دليلاً منفرداً قائماً بذاته لإلحاق النسب، وإنما هي مصطلح عام يشمل عدة وسائل قانونية يمكن اللجوء إليها لإثبات النسب. فما هو مفهوم البينة و إلى أي مدى يمكن اللجوء إليها لإثبات النسب ؟

الفرع الأول:

مفهوم البينة

البينة لغة هي البيان والوضوح، فيقال استبان الصبح أي أصبح واضحاً. كما يقال كذلك، أنه على بينة من أمره أي على وضوح وعدم الخفاء¹. فالشخص إذا قَدّم بينة على حقه فإنه بذلك يجعله واضحاً ويزيل ما كان عليه من لبس وخفاء ليصبح ظاهراً أمام الجميع.

¹ أنظر، أحمد حمد، النسب في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 145.

أما المعنى الاصطلاحي للبيئة فينقسم إلى معنيين، معنى عام، وآخر خاص¹.

1- المعنى العام للبيئة:

وهي كل دليل أو حجة تؤكد وقوعا حقيقيا لواقعة مادية أو قانونية معينة² وهو

المعنى الذي ينطبق على قاعدة "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر".

وفي ذلك يقول ابن القيم الجوزي " البيئة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن

خصها بالشاهدين لم يوف مسماها، ولم يأت في القرآن الكريم قط حصرها في الشهادة،

وإنما أتت مرادا بها الحجة التي تثبت الحق أيا كانت هذه الحجة"³.

وعليه يكون المعنى العام للبيئة كل دليل يمكن استعماله لإثبات النسب كالكتابة،

واليمين، والقرائن. وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في الجزائر حيث جاء في قرارها أنه

" من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيئة وشهادة

الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت

النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع

شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء

المقضي فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي

فيه لا تطبق في قضايا الحال كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب

¹ أنظر، ابن القيم الجوزي، مقتبس من السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 311.

² أنظر، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، المرجع السابق، ص. 56.

³ أنظر، السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الطبعة الثانية، ص. 311.

بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

ومن هنا يتبين أن المحكمة العليا أخذت بالمفهوم العام للبيئة بحيث إلى جانب ذكرها ذكرت الشهادة مما يدل على أنها ليست بعيدة كل البعد عن تبني المعنى العام للبيئة والذي يشمل كل دليل يثبت النسب بما في ذلك الطرق العلمية².

2- المعنى الخاص للبيئة:

ويقصد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، لأن الشهادة كانت في الماضي هي الدليل الغالب. وكانت الأدلة الأخرى لموازاتها نادرة الاستعمال إلى حد أنها لا تذكر، إلى جانب الشهادة.

على هذا الأساس انصرف لفظ البيئة إلى الشهادة³ والأصل أن تكون الشهادة بالمعينة، وفي هذا يقول ابن الجوزي " لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما علم يقيناً لا شك فيه إما برؤية أو بسماعه"⁴. وسواء كانت الشهادة ترد على النسب بصفة مباشرة أم على السماع الفاشي بصفة غير مباشرة⁵ فإنها تعد وسيلة لإثبات النسب شرعاً⁶ وتشريعاً وتتمثل في عدة أنواع هي كالاتي:

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 28-10-1997، ملف رقم 172333، مقتبس ديلاند يوسف، قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003، ص. 29.

² لتوضيح رأي المحكمة حول الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب، انظر، ص. 154 و ما بعدها من هذه الدراسة.

³ أنظر، ابن الجوزي، المرجع السابق، ص. 268.

⁴ أنظر، السنهوري عبد الرزاق احمد، المرجع السابق، ص. 311-312.

⁵ أنظر، السنهوري، نفس المرجع السابق، ص. 313.

⁶ أنظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري على شرح البخاري، الجزء الخامس، دار الفكر، (بدون سنة)، ص. 254.

أ) الشهادة المباشرة: وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره فيكون عارفاً للواقعة محل النزاع معرفة شخصية عن طريق إدراكه لها، بسمعه أو بصره أو بكليهما، وهي أقوى أنواع الشهادة وتخضع في تقديرها لسلطة القاضي.

ب) شهادة الشيوخ: وهي شهادة غير مباشرة، حيث أن الشاهد هنا يشهد على ما سمعه من رواية عن غيره حول الواقعة محل الإثبات، والتي أدركها بسمعه أو بصره، ورواها لهذا الشاهد. ولهذا يقال أن الشهادة السماعية هي شهادة على شهادة. وتجدد الإشارة في هذا المقام إلى أن فقهاء المذاهب الأربعة يجمعون على جواز إثبات النسب بشهادة السماع¹.

ج) شهادة بالتسامع: وتأخذ هذه الصورة ما يدور حول مسمع الناس ورواياتهم عن الواقعة، فهي بذلك شهادة سماع يشاع، لا يشهد بها الشخص عما سمعه من شخص آخر أدرك الواقعة أو أدركها هو نفسه.

وعليه لا يكون الشاهد في الشهادة بالتسامع مسؤولاً شخصياً عن شهادته لأنها ليست مباشرة، كما أنها ليست مستمدة من شخص آخر محدد بالذات، وهذا على عكس الشهادة السماعية التي يُسأل فيها صاحبها شخصياً.

وبالتالي فإن الشهادة بالتسامع لا ترد على الواقعة محل الإثبات وإنما ما يقوله الناس حول الواقعة. ولهذا فإن استعمالها في الإثبات نادر، ما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحةً، على أن الإشكال يطرح نفسه فيما يخص طبيعة الشهادة التي أخذ بها المشرع الموريتاني وما المقصود بالبينة في قانون الأسرة الجزائري؟

¹ أنظر ، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 145.

من زاوية القانون نصت المادة 67 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه " يثبت النسب بشهادة ذوي عدل بالقطع أو بالسماع الفاشي مع طول الزمن". يتضح من خلال هذا النص القانوني أن المشرع يأخذ بشهادة السماع لإثبات النسب على أن يكون الشاهد ذا عدل. والمقصود بذي عدل هو ذلك الشخص الذي يشهد له الغير بحسن السلوك والسمعة. وأن لا يكون مسبوقا قضائيا، أي لا يكون قد صدر ضده حكم يمس بشرفه.

كما اعترف المشرع الموريتاني بشهادة التسماع والشهادة المباشرة لإثبات النسب حرصا منه على تأمين الولد من الضياع، وذلك يظهر من خلال اعترافه بجميع أنواع الشهادة التي يكون من شأنها إثبات إحقاق ولد، مع إبقاء الشهادة خاضعة في تقديرها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

أما تحديد مفهوم البينة في المادة 40 من ق.أ.ج¹ فإنه يفرض تفسير النص في فحواه ولفظه ثم الرجوع إلى قرارات المحكمة العليا لتعديل ذلك.

فبالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 40 من ق.أ.ج ، يتضح أن المشرع استعمل كلمة La preuve أي دليل، فلو كان المشرع يقصد بالبينة الشهادة لاستعمل كلمة Témoignage مما يستخلص منه أن المقصود من البينة في المادة 40 هي كل دليل يمكن من ورائه إثبات النسب، ما عدا الإقرار لأنه سبق النص عليه في مادة مستقلة عن كلمة بينة، وعليه يكون المشرع قد أخذ بالمعنى العام للبينة في المادة 40 من ق.أ.ج. لكن المحكمة العليا ترى غير ذلك، حيث جاءت تؤكد أن المقصود بالبينة هي الشهادة

¹ تنص المادة 40 على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 44 من هذا القانون..."

أي المعنى الخاص لها، ويتجلى هذا المبدأ في قرارها الصادر في 15/06/1999¹ الذي صدر على إثر قضية تتلخص وقائعها في إجراء فحص دم لإثبات النسب حيث أن المحكمة العليا رفضت قرار مجلس القضاء الذي أيد الطلب وانتدب خبيراً لذلك مما يستخلص منه أن المحكمة العليا لم تعترف بقرارها هذا بالخبرة وفحص الدم لإثبات النسب. وعليه يمكن استنتاج من هذا الرفض أنها أخذت بالمفهوم الخاص للبيئة لإثبات النسب أي قصرها على الشهادة. وحتى المحكمة العليا في الجزائر فيلاحظ أن قراراتها جاءت متضاربة بخصوص مفهوم البيئة لأنها هنا لم تأخذ بالمفهوم العام للبيئة عكسا لما رأيته في القرار السابق²، فدل ذلك على أنها إما أن تكون قد أخذت بمبدأ حصر البيئة في الشهادة.

وإما أن يكون الأمر يتعلق بكل بيئة ما عدا تلك التي تتعلق بإجراء الخبرة الطبية قصد تحديد النسب.

هذا فيما يخص موقف القانون والقضاء من الشهادة، لكن ما هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها؟

3- موقف الفقه الإسلامي من الشهادة لإثبات النسب:

إن الشهادة كدليل لإثبات الحق جاء أصلها في الكتاب والسنة.

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-06-1999، ملف رقم 222674، م.ق، 2001، ص.88.
² أنظر، المحكمة العليا، 28-10-1997، ملف رقم 172333، الذي سبقته الإشارة إليه في ص.135 من هذه الدراسة.

أما من الكتاب ففي قوله تعالى: "... وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى.." ¹.

وقوله تعالى: "... وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ..." ²

أما السنة ما روى عن وائل بن حجر، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه..." ³. وقوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه" ⁴. هذا عن أصل الشهادة بشكل عام.

أما بخصوص الشهادة على إثبات النسب فإن بعض الفقهاء استساعها من أحاديث الرضاة وذلك لما للنسب والرضاة من تلازم ⁵. وعليه فإنه لا خلاف حول مسألة إثبات النسب بشهادة رجلين حتى ولو كانا من ورثة الميت.

وعند الحنفية يُقضى في النسب بشهادة الواحد عند قيام النكاح ⁶. لكن هذا القول ربما يمثل استثناء من الأصل العام لأنه يجسد مبدأ الاحتياط في مسألة إثبات النسب و يظهر ذلك من كونه لم يطبق إلا فيما يتعلق بإثبات النسب، لأن الأصل هو شهادة اثنين فما فوق لإثبات أي حق.

¹ سورة البقرة، الآية 282.

² سورة الطلاق، الآية 2.

³ رواه ابن حجر، أنظر، ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء التاسع، عالم الكتب، بيروت (بدون سنة)، ص. 145-146.

⁴ رواه محمد بن عبد الله العزمي عن عروة بن شعيب عن أبيه عن جده/ مقتبس من المغني، نفس المرجع، ص. 146.

⁵ أنظر، ابن حجر، فتح الباري، الجزء الخامس، دار الفكر، (بدون سنة)، ص. 254.

⁶ أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 152.

أما فيما يخص شهادة النساء في مسألة إثبات النسب، فإن الخلاف وقع بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول ما إذا كانت تجوز، وما هو عدد النساء المعتبر شرعا في ذلك ؟ .

فبينما يرى فقهاء المالكية¹ أن البيئة في شهادة النساء تثبت النسب عند حصول الشهادة من امرأتين قياسا على الولادة والاستهلال. يقول الشافعي أنه لا يثبت النسب بشهادة النساء إلا إذا حصلت من أربع نسوة فما فوق². ونستخلص من ذلك أن الشهادة سواء حصلت من الرجال أو النساء فإنها تعد بيئة لإثبات النسب إلا أن العدد يختلف تبعا لجنس الشاهد.

وبعد هذه الجولة حول تحديد مفهوم البيئة فإنه يبقى التعرف على دورها في إثبات النسب لما لهذا الدور من أهمية.

الفرع الثاني

دور البيئة في إثبات النسب

تنص المادة 67 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه " يثبت النسب بشهادة ذوي عدل بالقطع أو بالسماع الفاشي مع طول الزمان". ويظهر من هذا النص أن المشرع الموريتاني قد أخذ بدليل البيئة لإثبات النسب الذي يجسده مفهوم الشهادة، إلا

¹ انظر، مختار بن محمد، التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر، دائرة القضاء الشرعي أبو ظبي، الجزء الرابع (بدون سنة)، ص. 153.
² أنظر، أحمد حمد، نفس المرجع، ص. 148 وما بعدها.

أن إطلاق المبدأ يحمل القضاء الموريتاني عبئا ثقيلا وذلك من خلال توظيف سلطته التقديرية حول اعتماد الشهادة بالتسامع كدليل لإثبات النسب.

إذ المبدأ الذي يظهر من النص أن شهادة عدلين لإثبات النسب لا يثير إشكالا، لأن الأمر لا يتطلب إلا التحقق من عدالتهم، وإنما الذي يثير الإشكال هو الشهادة بالتسامع والتي ربطها المشرع بطول الزمن وهنا يُطرح استفسار حول تحديد هذا الزمن.

بمعنى أنه عند إثبات النسب أمام القاضي الموريتاني هل يحق للمدعى عليه أن يدفع بعدم طول الزمن إذا كانت الشائعة محل إثبات النسب حديثة عهد؟ لا شك أن النص جاء مُثَقَلا بتلك العبارة، ولا مجال عند صياغة النصوص القانونية للمحسنات اللفظية أو استخدام الأساليب الأدبية مما يمكن القول معه أن المدعى عليه إذا دفع بعدم طول زمن الشائعة محل الإثبات، يكون دفعه مؤسسا انطلاقا من منطوق النص.

لكن إذا رجعنا إلى قرارات المحكمة العليا بانواكشوط نجد أنها أخذت بأنواع الشهادة دون أنت تُعلق ذلك على ما ورد في النص، وهو طول زمن الشائعة كما هو معلوم من المادة 67 م.أ.ش.م. ويظهر ذلك في قولها " وحيث أن كل الشهادات التي استندت إليها المحكمة لا توجد من بينها شهادة النقل التي هي شهادة على شهادة شخص معين كما هو واضح من محاضر الشهادات الموجودة طي الملف و إنما اعتمدت شهادات قطع أو شهادات سماع فقط فلا محل للطعن بهذه النقطة من المطعون المثارة على الحكم.

وحيث أن مستند الشهادة هو العلم ومدارك العلم كثيرة ومن أهمها سماع الأخبار المتواترة من الثقات وغيرهم قال في المنهج : (مستند الشهادة العلم نعم مدركه العقل ونقل)

وحيث أن شهادة السماع قد تصل إلى شهادة القطع ومن ثم يجوز للشاهد أن يؤدي شهادته قطعاً سواء ذكر أن مستنده السماعي المتواتر أو لم يذكر ذلك كما نص عليه شراح المختصر في قول خ (وجاز الأداء أن حصل العلم).

وحيث أن شهادة السماع في الاصطلاح الفقهي مما يثبت به النسب كما ذكره الفقهاء ولا يشترط في ذلك طول زمن السماع.

وحيث أن شهادة القطع قد حصل منها في هذه القضية النصاب الكافي لثبوت هذا النسب دون ما حاجة إلى تليق شهادات السماع¹.

وعليه يبدو أن شهادة التسماع يصعب العمل بها لإثبات النسب. لأن الشهادة إن لم تكن مباشرة وأكيدة فيشترط أن تكون متواترة من جماعة لا يتصور منهم التواطؤ على الكذب². فإذا ادعى رجل أن فلانا أبوه أو عمه أو جده أو ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الواقعة، فإنه يكفي للمدعي أن يقدم شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ليدليان بشهادتهما على ادعاءاته ليشمله الحق في النسب .

على أن تكون هذه الشهادة مما يتقبلها العقل، كعدم الإدلاء بشهادة أبوة من شخص يدعي ذلك وهو أصغر من المدعى عليه، كما يجب أن يكون الشاهد من ذوي عدل³ و أن لا تتناقض شهادته مع شهادة المدعى عليه التي يمكن أن يقدمها هذا الأخير لأن تناقض الشهادتين يبطلهما كأصل عام.

¹ انظر، المحكمة العليا، الغرف المجمع، 29-03-2006، قرار رقم 03-2006 (غير منشور) انظر، الملحق رقم 1، ص، 188 من هذه الدراسة.

² أنظر، محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص. 725.

³ إن معيار ذو عدل واسع ومعالمه غير واضحة ويعتبر الشخص من ذوي العدل وفقاً للممارسات القضائية كل شخص غير مسبوق قضائياً ويشهد له الغير بحسن السيرة والسمعة.

ويُشترط في الشهادة كذلك أن تكون واضحة في دلالتها وغير غامضة وإلا تعرضت للبطلان. وفضلا عن ذلك يجب أن تتضمن الشروط الشرعية للنكاح. لأن الأصل في النسب هو عدم ثبوته في العلاقات غير الشرعية كالزنا ومن ثم يجب أن تكون في إطار شرعي كما جاء ذلك عن محكمة الاستئناف بنواكشوط بقولها "وحيث إن تضافر الشهادة على أن المتوفى (المدعى عليه) كان ينام مع السيدة في بيت نومه الخاص في غياب زوجته.

وتضافر الشهادة كذلك على مرافقته لها عندما تشعر بألم المخاض حتى تخرج من المستشفى وعنايته بأبنائها.

تكفي بعد موته لاعترافه لها بأنها فراش في ظل قانون يسمح له بذلك حتى يثبت نسب أبنائها منه إذ لا مصلحة في قطع نسبهم"¹.

ومن هنا يتبين أن القضاء الموريتاني رتب ثبوت النسب بالبينة (الشهادة) كطريقة كاشفة لما نتج عن معايشة شرعية أساسها قاعدة "الولد للفراش".

أما في التشريع الجزائري فالملاحظ أنه في المادة 40 من قانون الأسرة يأخذ بالبينة الكاملة كدليل للإثبات وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ويكون الأداء بالنسب في الحالات التالية:

1- حالة دعوى الأبوة والبنوة:

وهنا يكون الإدعاء بالأصول أو الفروع وهي ثلاث حالات.

¹ أنظر، محكمة الاستئناف بنواكشوط، غ.م.أ. 2002/04/15، قضية رقم 15-2002 (مقتبس من قسم الوثائق بالمحكمة).

أ- إذا كان المدعي عليه ميتاً: وهي الحالة التي يدعي فيها شخص أنه ابن شخص آخر متوفى، فهي دعوى غير مقبولة (ترفض شكلاً) لكونها ضد شخص ميت لا يمكن تقاضيه حول حق النسب إلا إذا كانت مصحوبة بحق آخر كالميراث، فترفع ضد الورثة.

ب- إذا كان المدعي عليه حياً: تقبل دعوى المدعي وإن كانت مجردة من أي حق آخر غير النسب¹.

ج- إذا كان النزاع بين زوجين: وتنقسم هذه الحالة بدورها إلى ثلاث حالات:

1- إذا كان النزاع أثناء الرابطة الزوجية: وهي الحالة التي تدعي فيها الزوجة أن الابن الناجم عن الولادة أبن زوجها بعد أن رفض ذلك فإذا شهد الطبيب الممارس لعملية الولادة أو القابلات وإعمالاً بالمادة 40 من قانون الأسرة في شطرها الأول الذي ينص على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح.."، فإن الابن في هذه الحالة ينسب للزوج ما لم يمارس اللعان لنفي البنوة. فإذا مارسه ينسب الابن لأمه وتنحل الرابطة الزوجية.

2- إذا كان النزاع بعد فك الرابطة الزوجية: وفي هذه الحالة تطبق أحكام المادتين 42 و43 من قانون الأسرة². فإذا كان الحمل بعد مدة 10 أشهر من الطلاق فلا يجوز للقاضي إلحاق نسب الولد إلى المطلق، أما إذا كان قبل ذلك، فإذا

¹ أنظر، أحمد داوود رقية، المرجع السابق، ص. 56.
² تنص المادة 42 على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر". أما المادة 43 فتتص على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

كان الحمل ظاهراً فلا حاجة إلى سماع الشهود ، أما إذا لم يكن كذلك فعلى المطلقة تقديم الدليل أو البينة على ادعائها.

3- إذا كان النزاع في ظل زواج عربي: وهي الحالة التي تدعي فيها المرأة أن ابنها هو ابن شخص متزوج معها عرفياً. ففي هذه الحالة يجب على المرأة رفع دعوى تثبت فيها الزواج وتكون مصحوبة بإحاق النسب. فإذا شهد رجلان أو رجل وامرأتان على معايشة هذا الشخص لهذه المرأة معايشة زوجية، أو شهدا أنهما حضرا وقائع الزواج أي الفاتحة فإن الابن في هذه الحالة يلحق بهذا الشخص بعد تثبيت الزواج والأمر بتسجيله في الحالة المدنية.

2- حالة ادعاء الأخوة أو العمومة أو ما يشابههما من القرابة:

تقبل في هذه الحالة دعوى المدعي فقط إذا كان موضوعها طلب إحاق النسب دون أي حق آخر باستثناء الميراث لأنها لو اشتملت على النفقة مثلاً لكان الطلب ضمناً لإحاق النسب للمنوفي حيث تؤكد حكم الأبوة أو البنوة في حالة وفاة المدعي عليه¹.

وتخضع البينة (الشهادة) في تقديرها إلى السلطة التقديرية للقاضي وله السلطة المطلقة في إعطائها القيمة القانونية. فإذا كان المبدأ من ناحية الإجراءات هو أن تناقض الشهادات يُبطلها، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار قوة الشهادات المتناقضة. فالشهادة بالتسامع مثلاً لا تبطل الشهادة المباشرة إذا كانت ضدها، بل يجب أن يكون التناقض بين شهادتين لهما نفس القيمة القانونية.

¹ أنظر، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.57.

كما يجوز للقاضي رفض الواقعة محل الإثبات بالرغم من شهادة الناس عليهما، إضافة إلى كونه يستطيع رفض الشهادة المدعى بها أمامه، وتفضيل أدلة أخرى محلها إذا وجدها أكثر إقناعاً ووضوحاً دون أن يكون ملزماً بسبب رفض للشهادة.

ومن الملاحظ في هذا المقام أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد الشهود، ولعله يأخذ بما هو عليه المذهب المالكي حيث يشترط شهادة رجلين في جميع الحقوق سوى الزنا والذي ذكر عدد الشهود لإثباته في قوله تعالى "لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ"¹. غير أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها أخذت بما عليه المذهب الحنفي في تحديد نصاب الشهود وهو رجلان أو رجل وامرأتان².

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الشهادة ليست سبباً لنسب في حد ذاتها، بل أن السبب الحقيقي والمنشئ له هو الفراش، وعليه يكون للشهادة دور كاشف وليس مُنشئ.

على هذا الأساس يستخلص من دراسة الطرق التقليدية لإثبات النسب أنها وإن كانت تتسم بالشرعية حسب ما ذكرناه سابقاً، إلا أنها في مجال النسب ونظراً لما شهدته هذا المجال من تطور تبعاً لتطور الحياة الزوجية وغيرها أصبحت لا تحوي جميع مشاكل إثبات النسب أو نفيه خاصة إذا تعذر الدليل الظاهر لإثبات ذلك.

مما يمكن قوله أن مفهوم البيئة أصبح يتسع ليشمل بذلك طرقاً علمية جديدة أملت التطورات المتزايدة في مجال الهندسة الوراثية، لتثبت بذلك قدرتها على حل فتيل كل

¹ سورة النور، الآية 4.
² أنظر، المحكمة العليا، 24-12-1989، ملف رقم 172333، م.ق، 1991، عدد 4 ص.110، وللتفاصيل أكثر كذلك مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.725 وما بعدها.

ما يتعلق بإثبات الأبوة أو نفيها بشكل يكاد يجزم بأنها قادرة على تأمين نسب الأطفال من الضياع .

المبحث الثاني

إثبات النسب بالطرق العلمية

إن السعي إلى امتلاك أسباب الثورة العلمية والبيولوجية والاستفادة منها، قد أثر في تشريعات الكثير من الدول بحيث أصبح الدليل الظاهر أمام هذا التطور عاجزا عن حل الكثير من القضايا عند المحاكم. وتُعتبر مشكلة إثبات النسب من المشكلات الاجتماعية، التي ارتأى المشرع الجزائري أن تنال حظها من الاستفادة، من هذا التقدم المذهل في مجال تطبيقات الهندسة الوراثية، وذلك بتعديل المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27-02-2005 بإدخال الطرق العلمية لإثبات النسب. وتوضيحا لذلك بهذه الطرق فإنه سيتضمن المطلب الأول الأساليب الوراثية لإثبات النسب في حين سنعالج المطلب الثاني دور البصمة الوراثية في إثبات النسب.

المطلب الأول

الأساليب الوراثية لإثبات النسب.

انطلاقاً من فكرة أن الأساليب الوراثية أصبحت تلعب دوراً كبيراً في تحديد البنية سواء بالإثبات أو بالنفي فإننا سوف نتطرق لدور وراثته فصائل الدم في تحديد النسب في الفرع الأول ثم نعالج موقف المشرع الجزائري من هذه التقنية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دور وراثته فصائل الدم في إثبات النسب.

إن العلم يتقدم تقدماً مذهلاً في السنوات الحالية، حتى يمكن أن يقال إنه تقدم في ربع القرن الحالي بما يعادل تقدم البشرية، في تاريخها الطويل وفي مجال الوراثة، تقدم هذا العلم تقدماً يثير الإعجاب، بحيث يُعتبر هذا الأخير من عالم الأسرار والألغاز، لما يطرحه من تساؤلات يصطدم من خلاله ما هو دليل ظاهر مع ما تكتنفه أسرار الخلايا من حقائق كانت مرمية في علم الله الواسع.

وتعتبر قضايا إثبات النسب من المشاكل الخطيرة التي شغلت اهتمام كثير من العلماء في جميع أنحاء العالم، فضلاً عن أنها مشكلة قضائية تارة يتطلب الفصل فيها سنوات كثيرة أمام القضاء، ولعل ذلك كان يرجع إلى عدم احتواء الطرق العادية والتقليدية لإثبات النسب أمام المستجدات التي تعتبر البنية تتأثر بها بشكل خاص.

إلا أن الحسم في مجال إثبات النسب باعتماد هذا التطور ليس بالأمر الهين، بمجرد عمل تحليل طبي، فهناك فحوص، وكشوفات طويلة تُقام على ثلاثة أطراف، هما: الأم والأب المزعوم، والطفل. وتشمل هذه التحاليل فصائل الدم الرئيسية والفرعية،

واختبارات تتعلق بمستحضرات (إنتيجينات) خلايا الدم البيضاء، وهي ما يطلق عليها: ¹hjas

غير أنه بالرغم من هذا التقدم، فإن نتائج فحص الدم إلى حد قريب كانت لا تُعطي دليلاً قطعياً لإثبات النسب. وفي هذا الإطار يقول الأستاذ مرجي "Merger" أنه يستحيل إقامة الإثبات المباشر للأبوة لأن الاكتشافات المستمرة للبيولوجيات تُمكن ما من شك الوصول إلى احتمالات أكثر فأكثر، دون اليقين، إلى إثبات عدم الأبوة أمراً ممكنًا²، لأن هذا التحليل لا يعطي أكثر من 40% فقط، وهي نسبة تثير التشكك حول اعتمادها دليلاً لإثبات النسب.

ونتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي "لاندستير" عام 1900 تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة المعروفة: O, AB, B, A وهو ما يطلق عليه:

- وجود مواد حول "إنتيجينات" Antigènes على سطح كريات الدم الحمراء.
- وجود أجسام مقابلة للمواد وهي الأجسام المضادة Anticorps في بلازما الدم، ويتضح من الجدول التالي هذه الفصائل وما يقابلها من إنتيجينات وأجسام مضادة وتراكيب جينية.³

الفصيلة	المادة المولدة	الأجسام المضادة	تراكيب الجينة
---------	----------------	-----------------	---------------

¹ انظر، الدكتور وجد سواخل أحمد، الاساليب الوراثية و دورها في مجال النسب، على الموقع www.islamtoday.net

² مقتبس من تشوار جيلالي، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.166.

³ أنظر، وجدي، www.islamonline.net، المرجع السابق.

A	A	B	(AA) نقي (AO) هجين
B	B	B	(BB) نقي (BO) هجين
AB	AB	-	(AB)
O	-	AB	(OO)

ومن هنا يقارن التركيب الجيني لفصيلة الابن مع فصيلة الأب المزعوم إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد جيني الرجل في التركيب لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تُحتمل البنية بشكل نسبي كما ذكرنا أعلاه وذلك لوجود أكثر من رجل يحمل هذه الفصيلة. فمثلا إذا كانت فصيلة الطفل O يكون التركيب الجيني لفصيلة أبيه OO، والأم التي فصيلتها A فيكون التركيب الجيني لفصيلة دمها AA أو AO والرجل الذي فصيلته B فيكون التركيب الجيني لفصيلة دمه BB أو BO.

ويتضح أن الأم لا بد أن تكون فصيلتها AO وحتى ولو كان الرجل فصيلة دمه BO فهذا لا يثبت البنية بل يحتملها لنفس السبب السابق.

أما إذا كانت هناك استحالة مشاركة ما بين الجيني لفصيلة الرجل مع التركيب الجيني لفصيلة الولد في هذه الحالة فإنه يقطع بعدم الأبوة¹.

¹ أنظر، الدكتور وجدي، مقتبس من www.islamonline.net

اعتمادا على المثال السابق لو أن فصيلة الرجل AB فانه يقطع بعدم أبوته للطفل لعدم التركيب الجيني الثاني للطفل. ولكن انطلاقا من هذه الحقائق العلمية أين موقف المشرع من استخدامها في مسألة النسب؟

الفرع الثاني

موقف المشرع من استخدام فصيلة الدم في مجال إثبات النسب

حول هذه التقنية فإن للمشرع الجزائري موقفين، أحدهما كان واضحا قبل التعديل (أولا) أما الثاني فإنه لازال يثير التشكك (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من استخدام فصيلة الدم في مجال إثبات النسب قبل التعديل

ولقد كان المشرع اتجه تحليل فحص الدم كدليل لإثبات النسب يتسم بالرفض الصارم، حيث كان يعتمد على الطرق المنصوص عليها في المادة 40 ق.أ.ج لإثبات النسب، ولم تتضمن هذه المادة ما يشير إلى تحليل الدم من أجل إثبات النسب.

مما يحتم على القاضي سد هذا النقص وخاصة في ظل فراغ قانوني دقيق ينظم هذه الطرق الحديثة لإثبات النسب وذلك بتحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب.

وعلى الرغم من الجهود التي قام بها القضاء الجزائري إلا أنه ظل يعتمد في أحكامه على الآراء الفقهية القديمة مكثفيا بها في مسائل إثبات النسب، غاضا بذلك الطرف عن التطور العلمي الجديد، ويتضح هذا جليا من خلال ما قامت به المحكمة

العليا في قرارها الصادر في 15 جوان 1999 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا".

ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها. وأقصى مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله.

ومتى تبين -من قضية الحال- أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان أثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 ق.أ.ج ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي.

وثبت نسب التوأمين لأن الطاعن لم ينفه باللعان وعليه فإن القضاء وبقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة، بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين - من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد

إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنه بقضائهم كما فعلوا تجاوز سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقد¹.

وعلى هذا الأساس يبدو أن الأمر كان واضحا وصارما لدى القضاء الجزائري في استبعاد أي وسيلة طبية مستحدثة في مجال الإثبات والنفى، سواء كان ذلك عن طريق تحليل الدم أو حتى البصمة الوراثية فإن كليهما يعتبر العمل به خرقا للقانون وغير جائز في نطاق إثبات ونفي النسب².

وهذا الموقف يظهر مدى تمسك القضاء الجزائري بالوسائل التقليدية في إثبات النسب، إلا أنه في نظرنا قد لا يكون هناك تعارض بين تلك الوسائل ومسألة استخدام فصيلة الدم لإثبات النسب، ما دام النسب يثبت بالبينة³. وما دامت هذه الأخيرة ليست محصورة بطريقة معينة، بل يجسدها كل ما يظهر الحق أو ما يمكن للقاضي من خلاله الكشف عن الحقائق محل النزاع، ولطالما أن الأمر كذلك.

وعلى الرغم من أن الخصوم طلبوا الاستعانة بالخبرة الطبية لإجراء تحليل الدم فلا يوجد ما يمنع من تلبية طلبهم، بل أبعد من ذلك يكون اللجوء إليها أقرب إلى اليقين منه إلى الشك، بالنسبة للإثبات، ويؤدي إلى قطع الشك باليقين بالنسبة للنفى، انطلاقا من فرضيتين:

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-06-1999، ملف 222 674، م.ق، 2001 ص.88.

² أنظر، تشوار الجيلالي، المرجع السابق، م.ح.ع.و.أ.س، 03.ح.ع.01، ص.14-15.

³ أنظر، م 40 ق.أ.ج، فقرة أولى.

الأولى: تظهر فيها فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين. وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وهذا ما عبرنا عنه بالاقتراب إلى اليقين منه إلى الشك.

أما الفرضية الثانية: فتكون فيها فصيلة الولد مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلة الزوج. وهذا معناه أن هذا الأخير ليس الأب الحقيقي للطفل وذلك على وجه التأكيد¹.

وعلى ضوء هذه المعطيات العلمية التي كانت متاحة في ذلك الوقت يتبين أن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع. ودليل إثبات ليس مؤكداً، مما يمكن القول أن استبعادها من طرف القضاء لا مبرر له.

طالما كان الأمر يتعلق بنفي النسب وحتى الإثبات لأن التأكد من نفي النسب في حد ذاته يعتبر دليلاً على الإثبات لأنه يُثبت أن الولد ليس من هذا الرجل، وبالتالي سواء كان الإثبات إيجابياً أم سلبياً فإن المنطق يقتضي أن لا يستبعد أي مسألة تظهر الحق بشكل يكاد يكون قطعي النتائج، طالما أن الخصوم طلبوا هذه الوسيلة، ففي إجراء غير ذلك من شأنه إفراغ النصوص التي تتعلق بانتساب الولد إلى أبيه، لا كالتالي تشترط الاتصال وعدم النفي فحسب. بل كذلك ما نص عليه المشرع من كون البينة يثبت بها النسب وأن هذه الأخيرة لم تكن محصورة لا في الكتاب ولا في السنة، في الإقرار أو في الشهادة بل كل ما يظهر الحق فهو بينة قال تعالى في قصة موسى مع فرعون "قَدْ جِئْتُمْ

¹ أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 01، 1996، ص.276.

بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ قَالَ إِن كُنتَ جِئْتَ بِآيَةٍ فَآتِ بِهَا إِن كُنتَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَأَلْفَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُّبِينٌ وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّاظِرِينَ¹.

ووجه الاستدلال أن البينة إنما هي اسم لكل حجة أو دليل أو برهان، وما يصح أن يحكم به القاضي لفصل النزاع ولا شك أن التحليل المقارن للدم يعتبر بينة يمكن من خلالها أن يستتير القاضي في معرفة النسب.

لأن عدم نص المشرع على هذه التقنية وغيرها من الطرق العلمية، لا يعني بالضرورة أنه لا يقبل بها، لأن هذا التفسير يتنافى مع السياسة الوقائية التي انتهجها المشرع الجزائري حفاظاً على كرامة الطفل وتفادياً لإبقائه بدون نسب يضمن حقوقه العائلية.

والذي يمكن أن يقال في هذا المجال أنه كان هناك فراغاً تشريعياً، وبالتالي على القضاء بمختلف درجاته، أن يسد هذا الفراغ.

ثانياً: عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من استخدام فحص الدم المقارن لإثبات النسب.

من الواضح كما ذكرنا سابقاً أن المشرع وبالأحرى القضاء الجزائري كان يرفض هذه التقنية في إثبات النسب. وهذا الرفض جاء صريحاً وبلغه لا تقبل التأويل وبالتالي فإنه بالفعل جاء تعديل المادة 40 ق.أ.ج ليضع حداً لهذا الرفض، لكن ومع أن هذه الخطوة إيجابية سبيلاً إلى الاستفادة من التقنيات الحديثة في مجال إثبات النسب، فإن الأمر لا زال غامضاً خاصةً حول هذه التقنية بالذات وهذا الغموض يجسده أمران:

¹ سورة الأعراف ، الآيات 105- 108

الأمر الأول: هو أن القضاء لم يجعلها من باب ما يبين الحق، مما يطرح استفهاما حول هل الموقف نفسه ما زال كما هو بالنسبة للرفض لهذه التقنية؟

أما الأمر الثاني: والذي يتعلق بالتعديل في حد ذاته، فإن المشرع أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وكلمة يجوز هنا تجعل الأمر يخضع إلى مجاز القاضي إما أن يأخذ أو لا يأخذ.

بمعنى أن له السلطة التقديرية بالأخذ بهذه الوسائل وحتى في تحديد الطرق العلمية، لكن هل هذه التقنية بعد الرفض يمكن إدراجها في مجمل الطرق العلمية؟ يمكن القول أن الأمر إذا كان يتعلق بالإثبات وأن هذه التقنية لا تعطي نتائج تقطع الشك باليقين فإن قرينتها تبقى يعوزها البرهان وبالتالي تظل محل شك إلى أن يظهر تطبيق لها على مستوى القضاء.

بيد أن هذا التفسير يتعلق بالإثبات ولو كان الأمر يتعلق بالنفي والذي لم يتعرض له المشرع في التعديل، فإنها لا تكون محل شك لقطعية دلالة نتائجها في نفي النسب.

وعليه يمكن القول أن نتائج فحص الدم سواء منها ما يتعلق بالنفي أو بالإثبات فإن استخدامها رغم التعديل لا زال غامضا، لأن المشرع وإن كان قد أشار إليها في عمومية النص، إلا أنه حمل القضاء عبء تحديد مضمونه. وهذا الأخير رغم سلطته الواسعة في مجال مصلحة الطفل، وخاصة ما يتعلق بإثبات انتمائه إلى أب معلوم، حماية له من الضياع، لا زال متحفظا اتجاه تجسيد سلطته في تطبيق هذه التقنية. وهذا التحقق ربما تمليه عدة عوامل ومن أهمها رغم حداثة هذه الوسيلة العلمية، هو محافظة المجتمع

الجزائري التي أساسها الخلفية الدينية والأخلاقية، والتي لا زالت في هذا المجال تعتمد الطرق التقليدية سواءً للإثبات أو النفي وهذا ما تعكسه قرارات المحكمة العليا كما رأينا سابقاً.

أضف إلى هذا أنه حتى الآن لم تُهيأ مخابر خاصة لاستقبال الفصل في هذا الأمر، غير تلك التي لدى مصالح الشرطة، لأن الأمر عند التطبيق يتطلب مخابر خاصة يشرف عليها متخصصون وذوو كفاءة عالية في مجال الهندسة الوراثية ويتمثلون بالصدق والنزاهة لأنهم - بالإضافة إلى نتائج فحص الدم - يمثلون الشهود وبالتالي يلزمهم فيهم ما يلزم في الشهود.

إذن يمكن القول أن هذه التقنية وإن كانت وليدة عهد لدى قانون الأسرة الجزائري يبقى تطبيقها محل شك.

لكن هذا ليس بالحد الذي مازال عليه نظيره الموريتاني، حيث أن هذا الأخير ظل مُصراً - رغم التطور المتزايد والمتسارع في مجال الطب والهندسة - على الاكتفاء بالطرق التقليدية لإثبات النسب، حسب ظاهر النصوص الأسرية في هذا المجال.

ومع ذلك فإنه يُفهم من عمومية بعض تلك النصوص¹ أن المشرع وإن لم ينص صراحة على هذه الطرق، فإن ذلك لا يعني في واقع الأمر أنه يرفضها لأن المعول عليه والأساس الذي يقوم عليه النسب هو قاعدة الفراش، وما دامت هذه الطرق لا تتعارض مع تلك القاعدة بل تعززها، فإن مضمون النص المتعلق بإثبات النسب لا يرفضها.

¹ أنظر، المواد 1 و 59 ، و 61 من مدونة الأحوال الشخصية.

لكن هذا مجرد استنتاج وبالتالي القاضي الموريتاني في مجال الفصل في المنازعات، عليه أن يسعى جاهدا لإثبات النسب أو نفيه، على ذلك يتحمل العبء الأكبر في استنطاق النصوص حول ما يجب الأخذ به وما لا يجب، ليسد بذلك الفراغ التشريعي بالنسبة لاستخدام فحص الدم كدليل لإثبات النسب.

ورغم تقدم العلوم الدموية الذي ساهم في بلورة وتطوير هذه التقنية فقد اكتُشفت طريقة أخرى، هذه الأخيرة قللت من أهمية التحاليل الدموية، وتعد بسيطة ونتائجها محققة إلى حد يقطع الشك باليقين، وتمثل في البصمة الوراثية.

المطلب الثاني

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن الأصل الشرعي والذي يرتكز عليه نظام النسب، هو قاعدة الولد للفراش، ولقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون هذه القاعدة بالدراسة. ورغم أنهم متفقون عليها من حيث المبدأ، إلا أنهم اختلفوا حول الشروط اللازمة لإعمال هذا الأصل الشرعي والتشريعي¹.

فقد كان الدليل الظاهر هو المسيطر في هذا المقام، إذ بإمكانه أن يثبت أبوة لولد أو ينفيها عن صاحب الفراش لا لكونه من زنا، فهذا أمر مفروغ منه، لكن لقيام الظاهر على أن الولد ليس منه. ولم يكن متاحا لدى الأم من وسائل تكذب به هذا الظاهر.

ولكن هذا الأخير ليس يقينا أو مؤكدا وتعود السيطرة فيه إلى صاحب الفراش، وما يقابله اليوم من تطور علمي في مجال الهندسة الوراثية (D.N.A) نعود لتساءل عما

¹ أنظر، محمد محمود أبو زيد، مرجع سابق، ص.229.

إذا كان من الممكن الاستفادة من هذه التقنية والتي تمدنا كما سوف نرى بدليل مؤكد لا في مجال الإثبات فحسب بل كذلك في نفي الأبوة أيضاً.

وعليه فإن دراستنا لهذا الموضوع سوف تكون من خلال التطرق إلى معنى البصمة الوراثية وكيفية استخدامها (الفرع الأول) ثم موقف الشرع من هذه التقنية في مسألة إثبات النسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معنى البصمة الوراثية وكيفية استخدامها في إثبات النسب

نتيجة للتطور الحاصل في المسائل الطبية والبيولوجية¹ تم اكتشاف طريقة علمية من أجل معرفة النسب تدعى البصمة الوراثية، ونظراً لحدثة هذا المصطلح في مجال تلك العلوم² وخاصة تلك المتعلقة منها في مجال النسل، فإنه يجدر بنا التطرق إلى هذا المعنى، (أولاً) قبل أن نبين كيفية استخدامها في إثبات النسب (ثانياً).

أولاً: معنى البصمة الوراثية.

إن كل خلية من خلايا جسم الإنسان، تحمل في نواتها ما يسمى بالحمض النووي (D.N.A) وهو موجود على صبغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء كان في الدم، أو المني، أو الشعر أو أي عضو من أعضاء جسم الإنسان، ويتمثل ذلك في

¹ أنظر، تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي، مرجع سابق، ص.9.
² تعريف لغوي للبصمة الوراثية: هي أثر الختم بالأصبع، يقال بصم بصماً: إذا ختم بطرف أصبعه، إذن فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع: وهي الانطباعات التي تتركها عندما تلمس شيئاً مسطحاً مصقولاً. أنظر المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، المطبعة العربية للتربية والثقافة والعلوم، (بدون سنة)، ص.159.

بروتين يحمل مورثات أو جينات¹ لها مواصفات تختلف من شخص لآخر، وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت.

وتحوى هذه الرسالة على كل الصفات الوراثية بداية من العينين حتى أدق التركيبات الموجودة في الجسم.

وتتركب الجينات الموجودة في جسم الإنسان على 23 من الكروموزومات في نواة الخلية، وتنتقل للابن عن طريق الأم والأب.

وبناء على هاتين الميزتين اللتين أكدهما العلماء والباحثون، فقد أطلقوا عليها اسم البصمة الوراثية².

وهكذا يُقصد بالبصمة الوراثية، "البنية الشخصية نسبة إلى الجينات أو المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة تمتاز بالدقة حيث أنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الأبوة البيولوجية والتحقق من الشخصية"³.

وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (46) من الصبغيات "الكروموزومات" وهذه تتكون من المادة الوراثية - الحمض النووي خالي الأوكسجين - والذي يرمز له ب(D.N.A) أي الجينات الوراثية.

¹ الجينات هي التي تنقل الرسالة الوراثية من جيل لآخر وتوجه نشاط كل خلية.
² أنظر مصطفى محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة لنشر والتوزيع، 2003 /03، ص.68.
³ هذا التعريف مقتبس من الكعبي خليفة على، أنظر البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.28-29.

وقد تصل في الخلية البشرية الواحدة إلى مئة ألف مورثة تقريباً¹، وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان والطريقة التي تعمل بها، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات.

وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة تقنية في غاية التطور والدقة، أن لكل إنسان جينوما بشرياً، يختص به دون سواه، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره حتى وإن كان توأمين.

ولهذا تم إطلاق عبارة "بصمة وراثية" لدلالة تثبيت هوية شخص، وذلك بأخذ عينة من الحمض النووي الذي يحمله الإنسان عن أبيه وأمه.

إذ أن "46" من صبغيات الكروموزومات والتي - كما أشرنا - يحملها كل إنسان في خليته الجينية، يرث نصفها، وهي "23" كروموزوماً من أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الآخر، وهو أيضاً "23" كروموزوماً يرثها من أمه بواسطة البويضة، كل واحد من هذه الأخيرة والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية باسم "دنا" ذات شقين حيث يرث الشخص شقا منهما عن أبيه والشق الآخر من أمه، فينتج عن ذلك كروموزومات خاصة به، لا تتطابق مع تلك التي عند أبيه من كل الأوجه ولا مع كروموزومات أمه تمام التطابق.

وإنما جاءت خليطاً بينهما، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: (إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً...)². وبهذا الاختلاط اكتسبت صفة

¹ أنظر، عبدي محمدالسبيل، دلالة البصمة الوراثية على تثبيت هوية الشخص، على الموقع www.gulfkids.com.
² سورة الإنسان، الآية 2.

الاستقلالية عن كروموزومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الأوجه. لكن مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموزومات والديه فضلا عن غيرهما.

يقول الدكتور با حطمة في هذا السياق أنه "تتكون كل بصمة من وحدات كيميائية ذات شقين، محمولة في المورثات وموزعة بطريقة مميزة، يفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر، وتتكون البصمة منذ فترة الانقسام في البويضة الملقحة وتبقى كما هي حتى بعد الموت، ويرث كل فرد شق البصمة من الأب، والآخر من الأم بحيث يُكون الشقان بصمة جديدة ينقل الفرد شقيها إلى أبنائه..."¹. وانطلاقا من تلك الحقائق العلمية، فما هي إذن كيفية استعمال البصمة الوراثية لتحديد الأبوة؟

ثانياً: كيفية استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب.

تعد مسألة النسب ذات جانبيين هما: معرفة أبوة الطفل، ومعرفة أمه.

وقد أكد علماء الطب الحديث قدرتهم على إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما، أو نفيها عنه². وذلك من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث التجريبية على أن نسبة نجاح إثبات الأبوة أو نفيها عن طريق البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى 100% أما في حالة الإثبات فيصل إلى قريب من القطع بنسبة 99.99% تقريباً³. وطريقة معرفة ذلك: أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان من الدم أو الشعر، أو المني، أو العظم، أو اللعاب، أو غير ذلك من أجزاء الجسم، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموزومات-أي صبغيات- التي تحمل الصفات

¹ مناقشات جلسة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي حول البصمة الوراثية في ندوة 15، ص. 25، على الموقع، www.gulfkids.com

² أنظر، عمر محمد، السبيل، مرجع سابق.

³ أنظر، تشوار الجليلي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة، مرجع سابق، ص. 166.

الوراثية الجينية، فبعد معرفة هذه الصفات الخاصة بالابن ووالديه المزعومين، يمكن بعد ذلك إجراء المطابقة بين D.N.A الطفل مع D.N.A الأب والأم، وهي مسألة فنية يقوم بإجرائها أخصائي الطب الشرعي عادة، بناء على حكم قضائي¹ من طرف القاضي، أو بطلب من الخصوم لإجراء خبرة إثبات النسب. فإذا تبينت الموافقة حُكم بأبوة الشخص للابن أو الأمومة له، ويقطع بعدم الأبوة إذا ثبت العكس وكذلك الحال بالنسبة للأمومة، لأن الابن كما تقدم يرث نصف مورثاته الجينية من الأب بينما يرث النصف الآخر عن أمه.

فإذا أثبتت التجارب الطبية والمعطيات المخبرية وجود التشابه في الجينات كان الأمر واضحاً بخصوص إثبات الأبوة أو الأمومة.

وانطلاقاً من هذه المعطيات العلمية، فإن البصمة الوراثية أثبتت صلاحية استخدامها، لا في مجال إثبات النسب فحسب، بل كذلك في المجال الجنائي كالكشف عن هوية المجرمين في حال ارتكاب جناية قتل، وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين. وعليه فإنه يثور التساؤل حول شرعية ومشروعية هذه التقنية في مجال إثبات النسب؟

الفرع الثاني

الجانب الشرعي والتشريعي للبصمة الوراثية

¹ أنظر، مصطفى محمود، مرجع سابق، ص.69.

تعد تقنية البصمة الوراثية طريقة جديدة سمحت للقاضي، في حالة عدم اقتناعه بأدلة الإثبات التقليدية، أو في حالة عجز هذه الأخيرة عن حل النزاع المطروح، أن يطلب إجراء تحليل الدم لمعرفة الأبوة، على النمط الذي بيناه سابقاً.

ونظراً لخطورة هذا الإجراء، لأنه يتعلق بأقدس الحقوق التي يستمدّها الإنسان من أصله، والتي اختصه الله بها دون غيره من الكائنات، وهو الحق في النسب فقد كان لا محالة أن يقوم فقهاء الشريعة وكذا المشرعون بوضع إطار شرعي وتشريعي ينظم كيفية الاستفادة من هذه التقنية، لإثبات النسب.

وسعيًا وراء هذا الهدف صار فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب العلماء المعاصرون إلى اعتبار " البصمة الوراثية طريقًا من طرق إثبات النسب من حيث الجودة، وقد جاء في قرار المجمع الفقهي بالرابطة، أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ/ إذا حصل نزاع حول مجهول النسب سواء كان هذا نتيجة انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان سببه الاشتراك في وطء شبهة ونحو ذلك.

ب/ في حالة الاشتباه بين المواليد في المستشفيات أو مراكز رعاية الأطفال، وكذلك الاشتباه في أطفال الأنايب.

ج/ حالة ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الحروب، وتعذر معرفتهم أو وجدوا جثثًا لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التعرف على هويات أسرى الحرب والمفقودين.

وقد جاء في توصية ندوة الهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية "أن البصمة الوراثية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية... وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء.

وتمثل تطوراً عظيماً في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه"، ولذلك ترى الندوة أن الأخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى...¹.

وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري حيث نص في المادة 45 مكررة في فقرتها الأخيرة على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وتعليقاً على هذا التعديل وغيره مما سبق حول مشروعية استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب، فإنه ما من شك أن الخطوة التي خطاها المشرع الجزائري في هذا الاتجاه تعد إيجابية، سواء كانت هذه الأخيرة جاءت نتيجة للضغوط المتزايدة من طرف فقهاء القانون، والذين بينوا أهمية هذا الأمر مبرزين وراء ذلك عدم تعارضه مع قاعدة الفراش².

أم أن التعديل جاء تلافياً لسد الخلل الذي جاء به القضاء في مجال الطرق العلمية لإثبات النسب³، الأمر الذي قد يربط آثاراً وخيمة لعدم تماثيه والتطور العلمي.

فإن هذا الأخير أصبح واقعا لا مفر منه، من هنا تظهر بجلاء ضرورة الاقتناع في توظيف المشكلات من القوانين، ووضع ضوابط لاستخدامها، وإخضاعها لمنهج يراعى

¹ مقتبس من www.islamtoday.net
² أنظر، الدكتور تشوار الجيلالي في كتابه الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص.166، وكذلك في كتابته القضاء مصدر تفسير، مرجع سابق، ص.9.
³ أنظر، المحكمة العليا، 1999/06/15 المشار إليه سابقاً، ص.156. من هذه الدراسة.

فيه مصلحة الإنسان وحمايته وهو ما نلمسه من تخصيص المجالات التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية للاستفادة من البصمة الوراثية في معرفة الأبوة.

وعليه فإن المشرع الجزائري في هذا الموضوع لم يضع ضوابط للاستفادة من تلك التقنية، مما يطرح عدة تساؤلات حول ما إذا سلمنا جدلاً بأن هذه التقنية أصبحت تعزز قاعدة الفراش.

فهل يمكن استخدامها للتأكد من النسب وخاصة لدى صاحبه المعروف؟ وهل يمكن كذلك استخدامها لمعرفة نسب ولد الزنا؟

للإجابة على السؤال الأول يمكن القول أنه لا خلاف بين التشريعين الجزائري ونظيره الموريتاني، في أن النسب الشرعي يثبت بالفراش الحقيقي، وهو الجماع الذي يكون منه الولد¹ بشرط أن يكون عن طريق مشروع مهما كانت الشبهة.

وإذا كان الشرع والتشريع قد أحاطا بالنسب بتلك الحصانة حرصاً على الاستقرار في المعاملات بين الناس ولتشوفه في إثبات النسب... فإن هذا الأمر ظاهره قد يتناقض مع حقيقة شرعية أخرى، وهي التشوف لإثبات الحقيقة ووضع الحقائق في مكانها الصحيح وهذا مصداقاً لقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا"²، وقوله تعالى: "أَفَمَنْ كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِ وَيَتْلُوهُ شَاهِدٌ مِّنْهُ وَمِنْ قَبْلِهِ كِتَابٌ مُّوسَىٰ إِمَامًا وَرَحْمَةً أُولَٰئِكَ يُؤْمِنُونَ بِهِ"³. فكل هذه الآيات وغيرها كثيرة تأمر بالتبين

¹ أنظر، المادتين 40 و 41 ق. أ. ج والمادة 59 م.أ.ش.م.

² سورة النساء الآية 94.

³ سورة هود، الآية 17.

والتبصر والتثبت للحقائق. فهل يجوز استنادا إليها إعادة طرح السؤال نفسه وهو أن يتحقق صاحب الفراش المعروف من نسبه بعد نجاح البصمة الوراثية؟

إن التحقق من النسب إما أن يكون فرديا أو جماعيا، ولقد تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية عن الحالة الأولى عرضا في بابين من أبواب الفقه الإسلامي: القيافة عند الجمهور، ودعوى النسب عند الحنفية، حيث لا ترفع دعوى النسب إلا عند التنازع، كما اشترط الفقهاء القائلون بمشروعية القيافة ووجوب العمل بها: وقوع التنازع في الولد نفيا أو إثباتا، وعدم وجود دليل يقطع هذا النزاع كما إذا وطئ رجلان امرأة بشبهة وأمکن أن يكون الولد منهما معا وكل منهما يُنفيه أو يُثبتته لنفسه، فيكون الترجيح بالقيافة.

وبهذا يظهر أنه لا يجوز لمن عرف نسبه بوجه من أوجه الحق أن يطلب التحقق منه بالنظر إلى الشبهة بالقيافة.

وانطلاقا من أن "البصمة الوراثية" أقوى الأدلة على الإطلاق مع تحقق النسبة من النكاح والإستلاد... فقد انتفت العلة التي من أجلها منح الفقهاء التوجه إلى الشبه بالقيافة.

ومع ذلك فإن التحقق من أمر النسب مستقر — ولو كان بالبصمة الوراثية — فيه من التعريض بالآباء والأمهات وما يستتبعه من قطعية الأرحام وعقوق الوالدين خاصة إذا ثبت صدق النسب.

وعليه يجب أن يحدد المشرع المجالات التي يمكن استخدام البصمة الوراثية فيها لإثبات النسب، بشكل يقصي كل ما من شأنه زعزعة كيان النسب الثابت.

أما عن التحقق الجماعي للنسب "المسح الشامل" فإن فتح الباب في هذه المسألة من شأنه أن يضرم نار الفتنة لا يخدم عقباها لما فيه من كشف وفضح المستور، والشك في ذمم وأعراض الناس بغير مبرر، ودمارا لأوصال التراحم بين ذوي القرى ونقضا لما أبرمه الإسلام من استقرار.

وهكذا أوجدت لنا الاكتشافات العلمية نوعا جديدا من الدعاوى، وفتحت بابا جديدا للنزاع يجب أن يسلم بواقعه وهو ضريبة التقدم التقني والتفوق الطبي.

أما بخصوص ما إذا كان بالإمكان أن تستخدم البصمة الوراثية لإثبات النسب، فإنه حتى الآن لم تظهر تطبيقات على مستوى القضاء الجزائري بشأن استخدامها.

إلا أنه نقلا عن قاضية الأحوال الشخصية بمحكمة قلمة: أن القضاء الجزائري يتوجه بقوة إلى اعتماد الطرق العلمية لإثبات نسب الأطفال غير الشرعيين¹. وأضافت القاضية -خديجة بصايبة في مداخلة لها بمجلس قضاء قلمة حول حقوق الطفل - أن التعديل الذي أجاز استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب عن طريق (D.N.A)، وإن كان هذا الإجراء يصطدم حسب المتحدثة بالنظام العام والدين والأعراف الاجتماعية، لكنه خطوة في الاتجاه الصحيح لوضع حد لمعاناة هذه الفئة داعية قضاة الأحوال الشخصية إلى تجسيده.

ولا شك أن هذا التفسير الذي ذهبت إليه القاضية يتعارض في نظرنا كل التعارض مع النصوص الصريحة في قانون الأسرة الجزائري وخاصة تلك المتعلقة بأحكام النسب لأن هذه الأخيرة تعتبر المبنى الوحيد والذي يقوم عليه النسب هو

¹ أنظر، جريدة النصر، 2007/06/11، ص.12.

الزواج¹، حتى ولو كان التعديل جاء بصيغة توازي تلك النصوص فإنه لا يمكن الاعتماد على هذا التفسير الذي ذهب إليه، والذي ذكرت أنه يصطدم مع الشريعة الإسلامية والنظام العام. وبالتالي فالذي يمكن قوله في هذا المجال هو أن الاستخدام يمكن أن يعمل به لإثبات نسب ابن الزنا، إذا كان من أجل إقامة الحجة على الزاني وعقوبته في غياب تطبيق حد الزنا، وأن يكون هذا الأمر من شأنه أن يقلل من ارتكاب جرائم الزنا، لأن الزاني عندما يحس أن هناك متابعة حقيقية تتبعها عقوبة وفضح له، قد يقلع عن ارتكاب الفاحشة بسبب الخوف، وبالتالي يكون الهدف مشروعاً لأن الأمور تعلل عند مقاصدها.

أما وأن يكون تطبيق الطرق العلمية يترتب عنه إثبات نسب ابن الزنا، فإن هذا المنطق لم يقصده المشرع الجزائري لأنه ممنوع شرعاً وتشريعاً كما صرح بذلك مفتي مصر علي جمعة لـ "إسلام أون لاين .نت" في 2006/05/22 حيث قال: "إن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأُم بالميلاد، أما بالنسبة للأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية" وأضاف قائلاً "لذا نعتبر إثبات النسب لابن الزنا غير سليم وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل البصمة الوراثية"².

وتتوافق هذه الفتوى مع ما ورد عن الدكتور يوسف القرضاوي حيث يرى هذا الأخير بعدم جواز استخدام تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب في حالة الزنا معتبراً أن الشرع وإن كان يتطلع لإثبات النسب فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية لكلا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا وألفت أنه " لا

¹ أنظر، المادتين 40 و 41 ق.أ.ج.
² أنظر، فتوى علي جمعة، على الموقع www.Alltalaba.com

يعتمد باستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب إلا في حالة براءة المرأة المتزوجة إذا اتهمها زوجها بالزنا أو في حالة إثبات نسب الولد لأبيه، حتى لا يقع الولد في مشكلات مستقبلية، وذكر الدكتور أنه في حالة رفض الزوج الخضوع للتحاليل يعد هذا دليلاً ضده وليس له ويكون من حق القاضي أن يفعله رغماً عن الزوج¹.

وهذا النهج هو الذي يمكن أن يسلكه القضاء الموريتاني في غياب نص صريح

حول استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن القاضي يحتاج إلى دليل يمكنه من فض النزاع بالقدر الذي يجسد العدل بين المتخاصمين، وذلك بوضع الحقائق في مكانها الصحيح. وقد جاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دون كشف للعورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين... ودون تشكك في ذمم الشهود، أو المقرين، أو القافة، لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية والتي تتطابق — كما ذكرنا — مع ما للأب والأب.

أما الناحية الثانية: فإن طرق إثبات النسب ليست تعبدية حتى يتحرج القاضي من إهمالها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، لذا لا يمكن إهمالها طالما أن القضاء في مجال النسب يأخذ بطرق الإثبات المفتوحة اقتفاءً بالشريعة الإسلامية كما هو واضح من مفهوم "البينة".

وعليه فسواء كان عن طريق المشرع الجزائري الذي أجاز صراحة استخدامها، أم سكوت نظيره الموريتاني والذي يمكن أن يفسر على أساس القبول الضمني ما لم يظهر العكس، فإن هذا التفوق العلمي يعتبر سلاحاً ذا حدين مما يقتضي الحذر ثم الحذر من استخدام الحد السلبي والهدام لأساس الكيان الأسري.

¹ أنظر، فتوى الشيخ القرضاوي، على الموقع www.islamtoday.net

الختمة

وأخيرا نستخلص من خلال هذه الدراسة أن مسألة النسب من المسائل التي لا يمكن تصورها إلا في ضوء علاقة زوجية، مهما كانت طبيعة هذه العلاقة، في ضوء النص الأسري الجزائري والموريتاني.

وعليه فقد ربط المشرع بين النسب وعلاقة الزواج بحيث جعل الثاني سببا للأول.

ومن هنا وضع أحكاما لثبوت النسب، تتمثل في كونه يثبت بالزواج الصحيح متى حصل الإتصال، ورأينا كيف كان الخلاف بين الفقهاء حسب تحديد هذا المدلول. فبينما يرى البعض الاكتفاء بعقد الزواج ولو لم يتحقق الدخول حتى يثبت النسب، ربط رأي آخر ذلك بالاتصال الحكمي. وفي نفس الوقت يرى فريق ثالث لثبوت النسب التحقق من الوطاء.

وبين هذا وذاك يميل التشريعان الجزائري و الموريتاني إلى الرأي الوسط والمعبرة عنه بالاتصال الحكمي لثبوت النسب.

وقد ظهر خلاف بين المشرع الجزائري ونظيره الموريتاني حول أركان عقد الزواج وشروطه، فبينما يعتبر الزواج يقوم على ركن واحد وهو الرضى، وبالتالي يكون الولي والصدّاق والشاهدان شروطا حسب المشرع الجزائري. في حين يرى نظيره الموريتاني أن هذا العقد يقوم على أركان أربعة وهي الرضى، الولي، الصدّاق ، والصيغة.

ولاحظنا الخطوة الإيجابية التي خطاها المشرع الجزائري في ظل علاقة الزواج وهي الاستفادة من وسائل الحمل المعاصرة من أجل علاج العقم، وذلك بإدخاله تعديلا يجيز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وقد توصلنا إلى أن هذا الأخير يتم إما داخليا أو خارجيا. ورغم أن لكلتا الحالتين أساليبهما المختلفة، التي تميزت بإيجابياتها وسلبياتها، إلا أننا تفادينا الخوض في ما أفرزته هذه التقنية من مشاكل، لما قد يشارك فيها من أطراف.

حيث يمكن استعمال نطف رجل أجنبي في تلقيح بويضة الزوجة إذا لم يتمكن التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج من معالجتها وهذه الاستعانة بنطفة الغير تشكل 90% من أنشطة المراكز في بعض الدول الغربية مثل فرنسا¹، حيث أصبحت الجمعيات تنظم هذه العملية من خلال إنشاء مراكز حفظ النطف التي يتم تجميدها عن الطريق التبرع.

ومع أن المشرع الجزائري أجاز عملية التلقيح وفقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية، إلا أن ما كان ملاحظا هو عدم تنظيمه لنسب الطفل الناجم عن تلك العلاقة أي "التلقيح الاصطناعي".

ومن هنا تعين علينا الرجوع إلى النصوص المنظمة لنسب الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي. فرأينا أن الطفل الحاصل من ماء الزوج عن طريق اتصال طبيعي لا يثير إشكالا بخصوص نسبه. أما الحمل بواسطة التلقيح الاصطناعي بنوعيه، فإنه بالقياس إلى سابقه، أو الإستدخال عند الفقهاء تكون المسألة في حد ذاتها مبررة، وبالتالي يكون نسب الولد الحاصل من هذه العملية موصولا لأبيه صاحب الفراش.

كما تعرضنا لمسألة الأنكحة الفاسدة والباطلة ومسألة النسب ورأينا كيف فرق المشرع الجزائري بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد من حيث الأثر، عكسا لما وجدنا عليه نظيره الموريتاني الذي أوصى بالفسخ عند عدم اتحاد كلمة الفقهاء بشأن فساد، ورتب عليه ثبوت النسب.

هذا مع تعرضنا لكيفية ترتيب المشرع لثبوت النسب من نكاح الشبهة، وظهر لنا أن المشرع الجزائري كان أكثر دقة في تحديد الشبهة من نظيره الموريتاني، حيث قسم الشبهة إلى شبهة الإشتباه وهي مخالطة رجل بامرأة على وجه أنها تحل له والحل غير ذلك.

أما النوع الثاني فهو شبهة العقد التي من خلالها يعقد رجل على امرأة وهي لا تحل له، ويثبت بذلك النسب.

¹ أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي و القانوني، المرجع السابق، ص. 75.

وما لفت انتباهنا هو عدم تحديد الطرق المشروعة التي تعرض لها المشرع الجزائري عند إنكار الأبوة. وأن هذه الأخيرة أتى بها في صيغة الجمع، وقد دأب القضاء على حصرها في طريقة واحدة وهي مسألة اللعان. وذلك قبل التعديل الذي أدخل فيه اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب عكسا لما هو عليه الحال بالنسبة لنظيره الموريتاني.

ثم إننا تعرضنا كذلك إلى مسألة هامة وهي الاستعانة بالحد الأدنى والأقصى لمدة الحمل حتى يثبت النسب. وكيف كان المشرع الجزائري أقرب فيها إلى الأخذ بما يراه أهل التخصص من أطباء، في كون الحد الأقصى للحمل لا يتجاوز عشرة أشهر، ولم يقف المشرع الموريتاني عندما حدد لذلك سنة كاملة، بل فتح الباب لمن حصلت عندها ربية في الحمل، هذا عن الجانب الموضوعي.

أما عن الجانب الإجرائي، فقد تم التطرق فيه إلى طرق إثبات النسب ورأينا كيف أن الدليل الظاهر أصبح عاجزا أمام المستجدات التي تسير عجلتها وفق تطور المجتمع، وانعكاس ذلك على مسألة النسب مما يعني أن الإقرار وإن كان سيد الأدلة، بحيث جعله البعض أقوى من البينة، إلا أنه في بعض الأحيان قد لا تكون الأدلة ظاهرة أي الإقرار والبينة كافيان لإثبات النسب. مما يعني أن الأخذ بوسائل التقدم العلمي في مجال العلوم الوراثية قد أصبح أمرا لا مفر منه الشيء الذي أخذه المشرع الجزائري في الاعتبار. حيث بموجب تعديل قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005 أدخل الطرق العلمية لإثبات النسب. و قد تعرضنا لدور تحديد فصائل الدم في مجال الأبوة وكيف تطور ذلك عند اكتشاف البصمة الوراثية ومدى قوتها في الإثبات والنفي على حد سواء الشيء الذي غفل عنه المشرع الموريتاني إذا لم يعتبره القاضي من باب التوسع في مفهوم البينة.

هكذا نكون قد بينا ما لاحظناه من إيجابيات وسلبيات لكل من التشريعين.

فأهم ما يميز التشريع الجزائري هو عدم تقيده بمذهب واحد من المذاهب الفقهية عند وضع النصوص المنظمة للزواج والنسب، وهذا يعني أنه أدرك حقيقة هي أن الأحكام التي توصل إليها فقهاء

الشريعة الإسلامية بشأن مسألة ثبوت النسب، قامت على أساس من الالتزام بأوامر الشرع ودون إهمال للحقائق العلمية في زمانهم. الأمر الذي دفع به إلى أن يتدخل ليعدل عن بعض الأحكام الفقهية، آخذاً في الاعتبار ما ثبت من حقائق علمية حديثة في مجال النسب. والالتزام بالحد الأقصى لمدة الحمل.

وهكذا حتى تكون الأحكام في النهاية مسايرة لتغيير الزمان، دون خروج عن أحكام الشرع والتشريع ومبادئهما.

وما لاحظناه من مآخذ كونه ضيق على إرادة الزوج في الطلاق، وذلك يجعل هذا الأخير لا يثبت إلا بحكم قضائي.

إضافة إلى كونه حصر ثبوت نسب الطفل طبقاً للمادة 40 ق.أ وما تحيل إليه من مواد، علماً أن هناك من الأنكحة ما لم تعرض له، وبالتالي ليس من الاحتياط حصر النسب في بعض الأنكحة دون أخرى طالما كان الخلل فيها واحداً.

لذا نقترح عليه ما يلي :

- مراجعة النصوص المتعلقة بالطلاق وخاصة إدخال تعديل يجعل الطلاق نافذاً من وقت التلفظ به من طرف الزوج وبالتالي يكون حكم القاضي ليس إلا مثبتاً.
- جعل محاولة الصلح عند الشقاق وليست بعد الفرقة.
- إدخال تعديل يفتح المجال لإثبات نسب الطفل الناجم عن كل نكاح فاسد أو باطل وفق ما يقتضيه الشرع حتى ينسجم نص المادة 40 المذكورة مع المادة 222 ق.أ.ج.
- تنظيم نسب الأطفال المزدادين من الزواج العرفي.

- إدخال تعديل لإدراج نسب أبناء الزنى، لأنه لا يوجد لذلك أثر إلا ما كان من نص المادة 06 المعدلة بالأمر رقم 01-05 الصادر في 27-02-2005 حيث نصت على أنه "يُعتبر جزائريا المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"¹.
 - إعادة النظر لجعل الطرق العلمية الحديثة تستخدم لإثبات النسب ونفيه على حد سواء.
- أما ما يميز التشريع الموريتاني هو أنه تعرض لنسب الطفل الناجم عن العلاقة مهما كانت طبيعتها، سواء كان شرعيا أم ابن زنى. إلا أنه يعاب عليه تمسكه بمذهب واحد خاصة عند سن القانون، لا شك أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى وحدة المجتمع الموريتاني واستقراره. إلا أنه يصعب في ضوءه مواكبة التشريع العائلي لتطورات الحياة الاجتماعية والعلمية.
- والحقيقة أنه لا جدوى من التحلل من أواصر الأحكام الثابتة بدعوى مسايرة الحياة، ومع ذلك لا فائدة أن يظل كل ما كان على ما كان من الفتاوى والتفاسير القديمة. لأن هذه الأخيرة يستحيل سن نصوص وفقا لها، تكون كافية لتأمين نسب الطفل من الضياع.

لهذا نقترح عليه ما يلي :

- الاستفادة من جميع المذاهب بما يخدم مصلحة الطفل، طالما كانت المبنية الأساسية للتشريع العائلي ترجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذه الأخيرة فتحت باب الاجتهاد.
- إعادة النظر في الحد الأقصى لمدة الحمل وجعله وفقا لما أثبتته الدراسات الطبية.
- حذف الاستثناءات الواردة في المادتين 61 و 115 من المدونة في تمديد مدة الحمل إلغاء الريبة التي تفتح الباب أمام مشاكل الأبوة.
- إدخال تعديل يُجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه كالبصمة الوراثية.

¹ المادة السادسة من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و التضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، أنظر، الجريدة الرسمية، 2005، ع 12،.

- ونفس الحقيقة تدفعنا كذلك إلى المطالبة بإدخال تعديل يجيز الاستفادة من وسائل الحمل المعاصرة مثل التلقيح الاصطناعي بنوعيه وفق ضوابط.

وعلى هذا الأساس نختتم دراستنا هذه أن مسألة النسب من المسائل التي لا أحد ينكر أهميتها لما تنطوي عليه هذه اللفظة من حقوق يكون أي خلل مسها يؤدي إلى اضطراب داخل الأسرة، التي تمثل العمود الفقري داخل المجتمع.

وبالتالي يظل المسعى إلى تحقيق المزيد من الحماية الكافية لحقوق الطفل، داخل وسط أسري مسعى شريف.

وإلا إلى أين نحن من المجتمعات التي أضحت جدار الأسرة داخلها في حكم الماضي، وما نجم عن هذا الانهيار من مشاكل أعمت القضاء... والأطباء؟

بقلم محمد ولد عال ولد محمياي

الملاحق

قائمة الملاحق

- 1- الملحق رقم 1: نموذج من قرارات المحكمة العليا بنواكشوط.....ص.185.
- 2- الملحق رقم 2: نصوص المواد الموظفة في البحث من قانون الأسرة الجزائريص.190.
- 3- الملحق رقم 3: نصوص مواد مدونة الأحوال الشخصية الموريتانيةص.192.

الملحق رقم

قائمة النصوص المستخدمة من قانون الأسرة الجزائري

- المادة 09 مكررة: تنص على أنه (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)
- المادة 23 (يجب أن يكرن كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة)
- المادة 41 (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة)
- المادة 50 (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)
- المادة 128 (يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث و عدم وجود مانع من موانع الإرث)
- المادة 43 (ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة)
- المادة 45 مكررة (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي)
- المادة 40 (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالمبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب)
- المادة 49 (لا يثبت الطلاق إلى بحكم بعد محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوة. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة)
- المادة 60 (عدة الحامل وضع حملها، و أقصى مدة للحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة)
- المادة 58 (تعند المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)
- المادة 16 (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.)

- المادة 222 (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة)
- المادة 42 (أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر)
- المادة 33 (بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضي. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي في حالت وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)
- المادة 11 (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له)
- المادة 15 (يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل)
- المادة 32 (بيطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد)
- المادة 44 (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)
- المادة 119 (الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب)
- المادة 120 (يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 46 من قانون الحالة المدنية)

الملحق رقم

قائمة النصوص المستخدمة من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

- المادة 05 (أركان الزواج هي الزوجان والولي والصدّاق و الصيغة)
- المادة 59 (ينسب الولد لأبيه مت كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية)
- المادة 311 (يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك)
- المادة 62 (لا يثبت النسب إذا لم يثبت اجتماع الزوجين أو كان الزوج حين الدخول صبيا أو مصابا بعلّة تمنع الوطاء)
- المادة 06 (تكمل أهلية الزواج بالعقل و إتمام الثمان عشرة من العمر)
- المادة 82 (ينقضي الزواج بموت أحد الزوجين أو بمبادرة أحدهما طبقا لمقتضيات المواد 28 و 29 و 83 إلى 110 من هذه المدونة)
- المادة 173 (لا تعتبر تصرفات المجنون و ناقص العقل و السفه نافذة إذا صدرت منهم في حالة الجنون أو نقص العقل أو السفه)
- المادة 68 (لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي بناء على وسيلة من الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب كاللعان)
- المادة 61 (أقصى أمد الحمل سنة قمرية. غير أنه إذا كانت هناك ربية في الحمل بعد هذه المدة رفع المعنى أمره إلى القاضي ليستعين بالخبرة الطبية)
- المادة 115 (أمد الحمل المنصوص عليه بالمادة 61 من هذه المدونة يبدأ من تاريخ انفصام الزوجية مهما كان سببه. إذا انقضى أمد الحمل فإن القاضي يحكم بانقضاء العدة أو تمديدتها مراعاة لرئ الخبير)
- المادة 110 (التطليق هو حل العصمة الذي يوقعه القاضي بموجب أحكام هذه المدونة)
- المادة 91 (الطلاق البائن دون الثلاث ينهي الزوجية غير أنه لا يمنع من إعادتها بعقد جديد. طلاق الثلاثة يرفع حكم الزوجية و يمنع من استعادته بعقد جديد إلا بعد انقضاء عدة المطلقة من زوج دخل بها فعلا)
- المادة 118 (لا تلزم العدة إلا بعد الدخول أو الخلوة المحققة أو الوفاة)

- المادة 117 (يبدأ حساب العدة من تاريخ الوفاة أو التطليق أو الفسخ)
- المادة 83 (الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج. على الزوج الراغب في الطلاق أن يمثل أمام القاضي أو المصلح من أجل تدوينه، و في هذه الحالة يستدعي القاضي أو المصلح الزوجة لمحاولة الصلح بينهما. إذا أصر الزوج على الطلاق سجل القاضي أو المصلح طلاقه ويجدد باتفاقهما لوازمه)
- المادة 113 (تعتد المتوفي عنها زوجها غير الحامل، بأربعة أشهر وعشرة أيام)
- المادة 60 (يثبت النسب الشرعي للولد الذي يولد بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو لمدة لا تتجاوز أقصى أمد الحمل م يوم الطلاق أو الوفاة)
- المادة 51 (يفسخ بطلاق كل زواج مجمع على فساده قبل الدخول وبعده، وبعده يترتب عليه الإستبراء مطلقا و ثبوت النسب و التحريم بالمصاهرة إن أدرأ الحد. الزواج المختلف في فساده يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق و تترتب عليه العدة و ثبوت النسب و الإرث قبل الفسخ).
- المادة 50 (النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده و فيه الصداق المسمى بعد الدخول إن كان فيه مسمى حلال، وإلا فصداق المثل. النكاح الفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل)
- المادة 63 (إذا حملت المرأة غير المتزوجة من وطء شبهة ثبت نسب الولد لصاحب الشبهة)
- المادة 71 (لا تعتبر البنوة بالنسبة للأب إذا كانت غير شرعية ولا يترتب عليها إلا حرمة الزواج، وهي بالنسبة للأم كالشرعية)
- المادة 69 (لا يلحق اللقيط بملتقطه إلا بوجه مقبول أو بيينة. تتكفل الهيئات المختصة بكفالة اللقيط وحضانته. يحدد مرسوم الهيئات المختصة بكفالة و حضانة اللقيط)
- المادة 65 (استلحاق الولد من غير الأب لا يثبت النسب، ولكن يقع به الإرث إذا لم يكن ثمة وارث ثابت النسب)

قائمة المراجع

أولا المراجع العامة

- 1- ابن القيم، الطرق الكيفية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1961.
- 2- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثاني، مكتبة بن تيمية، (بدون سنة الطبع).
- 3- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الرابع، دار العلم، بيروت، لبنان، (بدون سنة).
- 4- ابن جزوي، القوانين الفقهية، لبنان، 1982.
- 5- ابن خلدون، المقدمة، دار التونسية للنشر، 1984.
- 6- ابن حجر، فتح الباري، الجزء الخامس، دار الفكر، (بدون سنة).
- 7- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار السريفة، 1989.
- 8- ابن كثير، تفسير القرآن، دار الإحياء الكتب العربية، مصر، 1969.
- 9- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، 1407هـ.
- 10- أحمد شاه الدهلوي، حجة الله البالغة، ضبطه و وضع حواشيه محمد سالم هاشم، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1، 1995.
- 11- أحسن السقيفة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، ط5، 2007.
- 12- الإمام البغوي، شرح السنة، الجزء الثاني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1983.
- 13- الدسوقي على شرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، (بدون سنة).
- 14- الكلبي، فروع الكافي، الجزء الثالث، دار المعارف و المطبوعات، بيروت، 1413هـ.
- 15- الكعبي خليفة، البصمة الوراثية و آثارها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 16- المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، المطبعة العربية، (بدون سنة).
- 17- الفتاوى المصرية، دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 18- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 19- الشوكاني، فتح القدير، الجزء الأول، بيروت، (بدون سنة).

- 20- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 21- بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للتوزيع، الجزائر، 1981.
- 22- بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 23- دلاندة يوسف، قانون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 24- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الدار القومية للطباعة و النشر، القاهرة، 1997.
- 25- كمال الدين إمامة، الولاية على المال، مؤسسة المعارف للدراسة و النشر، دار التوزيع، مصر، 1985.
- 26- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، 1950.
- 27- محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في شرح القرآن بالقرآن، الجزء الأول، عالم الكتب، بيروت، (بدون سنة).
- 28- محمد محمود حجازي، تفسير القرآن الكريم، الجزء الثاني، دار الكتب العربية، بيروت، ط1، 1982.
- 29- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة، ط1، 1983.
- 30- مختار بن محمد، التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر، الجزء الرابع، دائرة القضاء الشرعي، أبو ظبي، (بدون سنة).
- 31- صادق عبد الرحمان العرياني، مدونة الفقه المالكي، الجزء الثالث، موسوعة الريان للطباعة و النشر والتوزيع، القاهرة، 2000.
- 32- صحيح البخاري، الجزء الرابع، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، 1953.
- 33- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة).
- 34- عبد المومن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000.

- 35- عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات، عمان، 1981.
- 36- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986.
- 37- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989.
- 38- Lahkdar BENAZZI, Code des Obligations et des Contrats, Texte corrigé et commenté, 1989.

ثانيا المراجع المتخصصة

- 1- أحمد حمد، النسب في الشريعة والقانون، الكويت، ط1، 1983.
- 2- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2003.
- 3- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق انجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 4- محمد يوسف موسى، النسب و آثاره، دار المعرفة، القاهرة، ط2، 1994.
- 5- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1986.
- 6- Ghouti BENMELHA, le DAF le, (O.P.U) Algérie, 1993.
- 7- Jean-Louis BAUDOUINE Catherine, Produire l'homme, de quel droit, Imprimerie des presses universitaires, France, 1987.

ثالثا رسائل الدكتوراه و مذكرات الماجستير

- 1- أحمد داودي رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2003.
- 2- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004-2005.
- 3- وراقه فتيحة، تمييز أركان العقد عن شروطه، مذكرة ماجستير، الجزائر، معهد العلوم السياسية، 1994-1995.

رابعا المقالات

- 1- ابن الشويخ رشيد، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، رقم 03، 2005.
- 2- الشيخ حرمة الله، إشكالية حقوق الطفل في المعاهدة الدولية بنيويورك 1990 والتشريع الموريتاني، المجلة الموريتانية للقانون و الاقتصاد، 2001، عدد 03.
- 3- الشيخ عبد الرحمان البسام، أطفال الأنابيب، مجمع الفقهي الإسلامي، جدة، الجزء الأول، 1986، عدد 08.
- 4- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسير للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، 2003 عدد 01.
- 5- تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني Revue. science techniques & développement, 2007, N° 03
- 6- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2006، عدد 04.

7- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005، عدد 03.

8- تشوار حميدو زكية، التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة، في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2003، عدد 08.

9- تشوار حميدو زكية حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2003، عدد 01.

10- قلفاط شكري، محاضرات في مادة المنهجية، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2004-2005.

11- مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006، عدد 04.

12- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، 1986، عدد 02.

13- محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1996، عدد 01.

14- نعمان غزوات الطباخي، مدى تعلق القوانين الموريتانية بمقتضيات الشريعة الإسلامية، المجلة الموريتانية للقانون والإقتصاد، جامعة انواكشوط، 1987، عدد 02.

15- Frédérique Granet-Lambrechts, le nouveau droit de la filiation, n° 1 janvier 2006.

خامسا المقالات على مواقع الانترنت:

- 1- الدكتور وجدي سواخل، الأساليب الوراثية ودورها في مجال النسب،
www.islamtoday.net
- 2- براده غيزول أحمد، الإخصاب الاصطناعي من منظور إسلامي، www.mbers.lycos
- 3- مناقشات المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي حول البصمة الوراثية في ندوة 15،
www.gulfkids.com
- 4- عبد الله بن محمد، تجميد الأجنة www.islamtoday.net
- 5- عبد الله محمد السبيل، دلالة البصمة الوراثية على تثبيت هوية الشخص،
www.gulfkids.com
- 6- فتوى علي جمعة، www.alltalaba.com
- 7- فتوى الشيخ القرضاوي، www.iamtoday.net
- 8- Assistance médicale à la procréation ,50 ans bioéthique 1953-2003 vue
[http/ www.génétiq.org](http://www.génétiq.org)

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
11	الفصل الأول: أحكام النسب
12	المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح
13	المطلب الأول: شروط ثبوت النسب أثناء الحياة الزوجية
13	الفرع الأول: إمكانية التلاقي بين الزوجين
14	أولاً - إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين
27	ثانياً - التلقيح الاصطناعي
46	الفرع الثاني: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة
48	أولاً - تحديد الطرق المشروعة لنفي النسب
58	ثانياً - آثار اللعان
62.....	ثالثاً - موقف أحكام الشريعة الإسلامية من مسألة استخدام عينات الدم كوسيلة لنفي النسب
67	المطلب الثاني: شروط ثبوت النسب في حالة الفرقة

الفرع الأول: ثبوت النسب و أنواع الفرقة 67

أولاً- نسب ولد المطلقة 68

ثانياً- ثبوت نسب الولد بعد وفاة الزوج 80

الفرع الثاني: حصول الولادة أثناء مدة الحمل 82

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح 92

المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل أو الفاسد و أثره على نسب الطفل .. 92

الفرع الأول: مظاهر الفساد أو البطلان 93

الفرع الثاني: آثار الفساد أو البطلان على نسب الطفل 102

المطلب الثاني : ثبوت النسب في نكاح الشبهة 110

الفرع الأول: مفهوم الشبهة 111

الفرع الثاني: حكم ثبوت نسب الطفل من نكاح الشبهة 113

الفصل الثاني: طرق إثبات النسب 119

المبحث الأول: الطرق العادية لإثبات النسب	120
المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار	120
الفرع الأول: أنواع الإقرار	122
أولاً- الإقرار المحمول على النفس	122
ثانياً- الإقرار بالنسب المحمول على الغير	129
الفرع الثاني: شروط إثبات النسب بالإقرار	134
المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة	141
الفرع الأول: مفهوم البينة	142
الفرع الثاني: دور البينة في إثبات النسب	149
المبحث الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية	155
المطلب الأول: الأساليب الوراثية لإثبات النسب	156
الفرع الأول: دور وراثه فصائل الدم في إثبات النسب	156
الفرع الثاني: موقف المشرع من استخدام فصيلة الدم في مجال إثبات النسب	159
المطلب الثاني: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب	166
الفرع الأول: معنى البصمة الوراثية وكيفية استخدامها في إثبات النسب	167
الفرع الثاني: الجانب الشرعي والتشريعي للبصمة الوراثية	172

الخاتمة..... 181

الملاحق..... 188

قائمة المراجع..... 199

الفهرس..... 206