

الطرق التقليدية لاثبات النسب " دراسة مقارنة "

أ: طفياني مخطارية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة ابن خلدون
تيارت

ملخص :

إن إثبات النسب مشكلة اجتماعية خطيرة تشغل اهتمام الكثير من العلماء في جميع أنحاء العالم، فضلا على انه ينجر عنه مشاكل قضائية تستغرق وقتا أمام المحاكم، لذلك اهتم التشريع الجزائري كغيره من التشريعات العربية بثبوت النسب للأولاد وإلحاقهم بأبائهم قانونا ودينا، لأنهم الهدف الأسمى الذي يقوم عليه الوجود البشري. وقد نظمته المشرع الجزائري في المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة.

La preuve de la descente est un grave problème social, il occupe l'attention de nombreux scientifiques du monde entier, ainsi que le grignotage des problèmes juridique qui prennent beaucoup de temps devant les tribunaux, c'est pour ce la que la législation algérienne c'est intéresse à l'instar d'autres législations arabes certifie les ratios pour les enfants et les inscrire par leurs parents légalement, parce qu'ils sont le but ultime , qui sur la base de l'existence humaine . A été organisée par le législateur algérien dans les articles 40 à 45 de la loi sur la famille.

مقدمة :

إن الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع السماوية جعلت العلاقة الزوجية من أقدس الروابط وأولتها بعناية بالغة وأهمية قصوى.

فالزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة وتكوينها، وهو الطريق الشرعي الوحيد لعمارة الأرض واستخلافها فيها والمحافظة على الأنساب.

ذلك أن النسب نتيجة طبيعية شرعية للنكاح وحقيقة كبرى في هذا الوجود، ولأنه كذلك جعل الله البشر ذوي نسب وذوي مصاهرة، وقد عرف الدكتور أحمد محمد النسب بأنه سلالة الدم أو رباط سلالة الدم التي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه كما عرفه الأستاذ غوثي بن ملحّة بأنه "رابطة الدم والقربة التي

توجد بين شخصين حيث أحدهما هو الوالد أو الوالدة للأخر، أما المشرع الجزائري فقد حرر المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة الفاتحة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك "وقد ميز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة التي تتمثل في الصلة بين الأصول والفروع وقرابة الحواشي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر م ت م 33.

والنسب يظهر أحد أهم قواعد تشريع الأصول الشخصية نظراً لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع إنكاره و قبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق وإبطال للباطل ، لأنه إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين أنثى وذكر كان سبباً في هذا النجاح م جهة، ولأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء يجهل نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين لذلك كان الأساس في النسب إثباته، فإن كان الميلاد واقعة مادية فإن النسب إثبات وإن كان المولد موجوداً فإن النسب انتماء ولهذا نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مواد معينة تؤكد على الطرق الشرعية التي تستخدم في إثبات النسب وحصرها في الزواج الصحيح والفساد ونكاح الشبهة. كما ذكر كل من الإقرار البيئة وأما التساؤلات المطروحة في مسائل النسب خاصة أمام المحاكم فكان على رجال القانون أن ينبهوا المشرع الجزائري إلى ضرورة ضبط المسائل المتشعبة والتي لا يمكن أن تحقق التوحيد في العمل القضائي بالشكل الذي يقيد القاضي في عدم التوسع فيها خاصة مع تدخل الطرق العلمية الحديثة.

وبهذا كانت اشكالتنا في هذا المجال بخصوص المشرع الجزائري هل أحاط مسألة النسب بنفس العناية التي حظيت بها في الشريعة الإسلامية الأم أم أعد لها قوانين عادية مثل أية من مسائل الأحوال الشخصية؟ وهل علاج القانون المسائل الفقهية التي تمس بأمر النسب الشرعي؟ ومن هذا المنطلق كانت دراستنا تقتصر على الأسباب المنشئة للنسب (المبحث الأول) الأسباب الكاشفة له (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الأسباب المنشئة للنسب.

جعل الشرع الإسلامي الزواج طريقاً أصلياً لثبوت النسب، فمن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحاً لا يحتاج إلى وسائل أخرى لإثباته⁽¹⁾، إذ هناك علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، بحيث تعتبر

الثانية سببا لثبوت الأولى، فمتى نتج عن مخالطة الزوج لزوجته مولودا ينسب إليهما ويعد ابنهما الشرعي⁽²⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها جعلت الزواج الصحيح طريقا لثبوت النسب ثم الزواج الفاسد والدخول بشبهة.

المطلب الأول: الزواج الصحيح

يكون عقد الزواج صحيحا إذا اكتملت أركانه وشروط صحته، وقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة بالقول بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها العودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

فيما عدت المادتان 09 و 09 مكرر شروط صحة الزواج كعقد والتي حصرتها في أهلية الزواج الصداق، الولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

ومن خلال استقراء النصوص السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد وضع شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح وتتمثل في قيام العلاقة الزوجية وإمكانية الاتصال شرعا، ووقوع الحمل كآثر للاتصال الشرعي وولادة الولد بين مدة الحمل التي لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن عشرة أشهر.

1-قيام العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة حين ابتداء الحمل:

إذا كان نسب الولد من أمه يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية وهذا منعا لتغيير الحقائق، وحفاظا على حقوق الآباء والأبناء، وتوفير لوحدة الأسرة فإن نسب من أبيه لا يثبت إلا من خلال الزواج الصحيح⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 40 من قانون الأسرة، يثبت النسب بالزواج الصحيح... وكذلك المادة 41 من نفس القانون التي تنص "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا...".

وإن هذا الشرط مستوحى من القاعدة الشهيرة القائلة بأن: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» والمراد بها الولد لصاحب الفراش وهو الزوج، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة عن جرمته إذا كانت تستوجب الرجم⁽⁴⁾.

لقد تبني المشرع الجزائري ما قال به جمهور الفقهاء من أن النسب بالعقد مع إمكانية الدخول، ذلك أن الفراش يحدث بالعقد، وأن العقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب شريطة إمكانية الدخول والمعاشرة الحقيقية. ويضيف المالكية

القول أنهم إذا وقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية فلا يثبت النسب.

وعدم إمكانية الاتصال قد يكون لبعده الزوجين عن بعضهما كان يكون الرجل من المشرق والمرأة من المغرب ولم يحصل بين الزوجين لقاء ظاهرا فلا نسب بين الزوج والولد الذي أتت به الزوجة، وهذا الحكم يوافق المالكية والشافعية ويخالفه الأحناف⁽⁵⁾.

إذ يرى الأحناف أن العقد الصحيح كاف لإثبات النسب كونه يعد فراشا دون الخوض في مسألة إمكانية الاتصال من عدمه، فوجود العقد يكفي لإثبات النسب لكون الاتصال لا يمكن الاطلاع عليه. يقصد الأحناف من خلال اتجاههم هذا إلى حماية الولد من الضياع وستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة فمثلا لو أن رجلا تزوج بامرأة ولم يلتق بها لمدة سنة فولدت بعد ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج يثبت النسب لاحتمال وقوع الاتصال والتلاقي، لأن الإمكان المطلوب عندهم الإمكان العقلي⁽⁶⁾. وقد أكد قضاة المحكمة العليا في الجزائر شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب. ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي⁽⁷⁾:

من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر. ومن المقرر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وألا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة. وإن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون. وتأسيسا على هذا الوجه، اعتبر قضاة المحكمة العليا أن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين والطاعن لم ينف بالطرق المشروعة، وإن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة التي طبقت قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر.

وفي قرار آخر لنفس الجهة جاء مايلي⁽⁸⁾:

من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال.

ومن المقرر أيضا 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 الزنا. ومتى تبين في قضية الحال - أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن

البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانوناً، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون وجاء رد قضاة المحكمة العليا بقاعدة إحياء الولد وإمكانية الاتصال الشرعي بين الزوجين رغم أن الوجه الوحيد المؤسس عليه الطعن بالنقض في القرار الرافض لدعوى الطاعن كون الولد ازداد بتاريخ 1996/01/27 أي خلال مدة تقل عن ستة أشهر من عودة الطاعن إلى التراب الوطني بتاريخ 1995/08/15 ومع ذلك فقضاة المحكمة العليا أثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً والاتصال ممكناً، إضافة إلى كون الطاعن لم يقيم بنفي النسب بالطرق المشروعة بدعوى اللعان التي تحدد مدة ثمانية أيام للطاعن من يوم علمه بالحمل أو برؤية الزنا.

وقيام الزوجية قد تكون بزواج شرعي غير مسجل، فالرسمية قد تأتي لاحقة الاتصال الشرعي ومن ثمة يبقى الزواج الشرعي محافظاً على جميع آثاره لاسيما فيما يتعلق بإثبات النسب وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء فيه مايلي (9):

إنّ القضاء بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإثبات الزواج العرفي والنسب ورفض الدعوى من جديد لعدم التأسيس رغم إثبات الزواج العرفي بمحضر تحقيق وبحكم قضائي بعد مخالفة للقانون وقد استجاب القرار لوجه الطعن المأخوذ من مخالفة القانون والشرعية بدعوى أن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده والقرار المنتقد قد ألغى المستأنف وقضى من جديد برفض دعواها. فجاء رد المحكمة العليا واضحاً بالتأكيد على أنه بالفعل فإن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده ÷ فحسب التحقيق الذي قام به القاضي الأول، وكذلك محضر التحقيق المؤرخ بتاريخ 1997/10/21 الذي قام به رئيس الغرفة (ب.ي) تنفيذا للقرار السابق الصادر في 1989/04/15 خصوصاً وأن الزواج قد أنجب وعليه تم قبول الوجه والإعلان عن تأسيسه ومن ثمة تم نقض القرار المطعون فيه دون إحالة.

وفي قرار آخر اعتبر قضاة المحكمة العليا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا في فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعاً، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (10).

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه من المعلوم أن الرجل يجب أن ينفق على أولاده إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا، والبنات (ف) المحكوم بنفقتها بموجب قرار قضائي ليست بنتا شرعية للطاعن كما ظهر من أوراق الملف، وأن الحكم عليه بالنفقة عليها قبل إثبات أنها ولدت من زواج صحيح فيه مخالفة للشرع، فكان يجب إثبات الزوجية أولا ثم إثبات نسب البنات الشيء غير المتوافر في القضية المثارة بما يتعين نقض القرار المطعون فيه. من خلال ما تقدم ذكره نستنتج أن الزوجية تعتبر أساسا لثبوت النسب من جهة الأب، وإذا طبقنا هذا الشرط مع مسألة التلقيح الاصطناعي نجد أن الإشكال لا يطرح، لأن المشرع الجزائري اشترط في المادة 45 من قانون الأسرة أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الرجل والمرأة الراغبين في الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي.

2- أن يثبت التلاقي بين الزوجين:

إنّ العقد لا يكفي لوحده حتى يلحق نسب الابن لولدهن إنما يجب أن يقرن الدخول أي أن يتصل الزوج جنسيا بزوجته، لكن هذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء حيث انقسموا في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الموسع : مذهب أبي حنيفة وأصحابه

يرى هذا المذهب الاعتقاد بعقد الزواج الصحيح دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما فمادامت مظنة الاتصال بينهما قائمة، أي كان التقاؤهما ممكنا عقلا، فإن الولد الذي تضعه الزوجة ينسب لزوجها، وقد افترض أنصار هذا المذهب بعض الفروض التي تبرز رأيهم، كقولهم إنه تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة وأتت بولد لسته أشهر من تاريخ عقد الزواج ثبت نسبه⁽¹¹⁾.

الاتجاه المقيّد : مذهب الجعفرية وابن تيمية

لا يكفي لتحقيق الفراش، طبقا لفقهاء هذا المذهب، إمكان التلاقي بل لابد من الدخول الحقيقي، وعللوا ذلك بقولهم بأنه كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من يدخل بامرته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بالدخول المحقق.

الاتجاه الوسط: مذهب جمهور الفقهاء

لا يكفي لتحقيق الفراش، طبقاً لهذا المذهب، وجود العقد الصحيح، بل يلزم أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً عادة، فلا يمكن مجرد الإمكان العقلي كما هو شأن مذهب الحنفية، لأنّ الإمكان العقلي نادر الحدوث والأحكام الشرعية، إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، وتطبيقاً لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح، طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين⁽¹²⁾.

هذا من الناحية الشرعية، ورأي الفقهاء في مسألة التلاقي. فما موقف التشريعات من ذلك؟

نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 541 لسنة 1984 في المادة 169 على أنه:

"ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين:

1. مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج.
2. ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم. فإذا زال المناع، يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت النسب إلا بإقرار الزوج". من خلال هذا النص يتضح أن القانون الكويتي اعتبر الزواج الصحيح سبباً لثبوت النسب من الزوج بشرط أن يولد الولد خلال مدة الحمل وأن يثبت إمكان التلاقي بين الزوجين، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين فإن النسب لا يثبت إلا بإقرار الزوج.

اعتنقت المحاكم في مصر فترة من الزمن مذهب الحنفية ذلك المذهب الذي يقضي بثبوت النسب بمجرد العقد دون اشتراط تلاقي الزوجين عادة اكتفاء بإمكان تلاقيهما عقلاً إلا أن سبباً أخلاقياً كان وراء تدخل المشرع المصري بمقتضى المرسوم رقم 50 لسنة 29 مقرر عدوله عن الأخذ بأحكام المذهب الحنفي في هذا الشأن، فالتطبيق العملي لهذه الأحكام كان قد فتح مجالاً أمام طائفة من النساء اللاتي فسدت أخلاقهن كي يأتين بأولاد غير شرعيين وينسبهم لأزواجهن. وعليه جاءت المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 اقتضت على أنه «لا تسمع عند الإنكار، دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حين العقد...».

وهكذا تبين أن القانون المصري قد اعتمد اتجاه الأئمة الثلاثة في تحديد مدلول إمكان التلاقي كشرط لثبوت النسب بالفراش⁽¹³⁾. وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يؤكد اتباع هذا الاتجاه⁽¹⁴⁾. أما بالرجوع إلى القانون الجزائري فإن شرط التلاقي يستفاد من نص المادة 41 من قانون الأسرة: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً أمكن الاتصال».

وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة البيض في حكمها الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث ألحقت نسب الابن بأبيه بعدما استمعت لثلاثة شهود وتبين أن الزوج لم تنقطع علاقته بزوجه، والدليل على ذلك أنه كان يزورها من الحين لآخر وهي في بيت خالها بوهران. فالتلاقي بينهما كان غير مستحيل⁽¹⁵⁾.

غير أن شرط التلاقي أو المخالطة الجنسية بين الزوجين وإن كان سهل التحقيق في حالة الحمل بطريقة طبيعية، فإنه من المستحيل أن يتحقق في حالة الحمل الاصطناعي لهذا يعاب على المادة 41 من قانون الأسرة، التي علقت ثبوت النسب الشرعية بعبارة أمكن الاتصال، أنها لا تتماشى مع ما توصلت إليه الاكتشافات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي بل أكثر من ذلك فهي تتعارض مع نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي أباحت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وبهذا تحمل المرأة بدون اتصال جنسي⁽¹⁶⁾.

من أجل ذلك نناشد المشرع بالتدخل من أجل جعل تناسق بين المادتين أعلاه خصوصاً وأنه بظهور هذه الوسائل الحديثة للإنجاب لم تعد العبرة بالاتصال الجنسي إنما العبرة بأن تحمل المرأة من مني زوجها بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك، وعليه أن يتدخل أيضاً من أجل تحديد الطرق الشرعية لثبوت نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي، حتى لا يفهم من النصوص وبمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الصورة الحديثة للأبحاث خاصة وأن قانون الصحة الجزائري يسمح باللجوء إليها، وأن العديد من المراكز الاستشفائية صارت متخصصة في هذه العمليات⁽¹⁷⁾.

وفي الأخير يقول الدكتور تشوار جيلالي: «إننا ندهش حقاً أن التشريع الجزائري، باعتباره تشريع حديث النشأة، لم يتعرض إلى ثبوت النسب الشرعي إلا بالنسبة للمولود الذي اتصل والده جنسيا وترك الحالات الأخرى مسكوتاً عنها»⁽¹⁸⁾.

3- ولادة الطفل بين أقل مدة وأقصى مدة الحمل:

لاشك أن مدة الحمل وأقصاها تمثل الفترة الزمنية التي ينبغي أن ينعم خلالها الجنين بالحماية المقررة له في إطار كل من الشرع والقانون، ذلك أن الجنين لا يتصور تمام خلقه وتكوينه ثم خروجه من بطن أمه بشرا سويا ينعم بالحياة لمدة تقل عن حد معين، هذه المدة تمثل الحد الأدنى لمدة الحمل، كما لا يتصور بقاؤه ومكنه في رحم الأم فترة زمنية تجاوز حدا معيناً يمثل الحد الأقصى لمدة الحمل، وذلك لما يكتنف كلا من الخروج المبكر للحمل، ومكنه في رحم الأم فترة زمنية تجاوز حدا معيناً يمثل الحد الأقصى من مخاطر جسيمة على الجنين وأمه⁽¹⁹⁾، فما أقل مدة للحمل؟ وما أقصى مدة له؟

لإعمال الأصل الشرعي "الولد للفراش" وضع فقهاء الشريعة الإسلامية حدا أدنى وحدا أقصى لمدة الحمل. أما بالنسبة لأقل مدة للحمل فلقد اجمع الفقهاء على أنها ستة أشهر قمرية⁽²⁰⁾، واستنبط فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك مما ورد في القرآن الكريم، فقد قال الله تعالى: حملته أمه... **وَوَحَيْنَا لِلْإِنْسَانِ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ هَافًا...**⁽²¹⁾، كما قال تعالى: **(وَوَحَيْنَا لِلْإِنْسَانِ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا نَمَسًا وَفِصَالُهُ فِي سَامَيْنِ)**⁽²²⁾، وقال تعالى: **(وَالْوَالِدَاهُ يَرْزَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)**⁽²³⁾.

ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى جعل مدة الفصال، الذي هو الرضاع وحدها حولين كاملين في سورة القرة، وجعل مدة الحمل والرضاع جميعاً ثلاثين شهراً في سورة الأحقاف، فدل المجموع على أن مدة الحمل وحدها ستة أشهر، ولا يعقل أن تكون ستة أشهر هي أقصى مدة الحمل، لأنّ المشاهدة في كل بيت من بيوت الناس أن النساء يزدن عن هذه المدة⁽²⁴⁾.

وما يؤكد هذا الاستنباط ما روي عن رجل تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج، وبلغ ذلك إلى سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه فعزم على إقامة حد الزنا عليها، فعلم بذلك سيدنا علي رضي الله عنه، فأتاه وذكره بما ورد في قوله تعالى: **(وَالْوَالِدَاهُ يَرْزَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ)**⁽²⁵⁾، وقوله تعالى: **(وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ هَافًا...)**⁽²⁶⁾ وما يستنتج من ذلك أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، فدرأ عنها الحد وأثبت النسب من الزوج⁽²⁷⁾.

أما أقصى مدة الحمل فلم يرد فيها نص في القرآن ولا في السنة، لذا اختلف الفقهاء في تحديدها، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن أكثر مدة الحمل سنتان، وسنده في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، وهو قولها: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل) (28).

القول الثاني: وهو قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، وهو أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، وسندهم في ذلك ما رواه الدارقطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشر سنة، كل بطن في أربع سنين (29). ولعل سبب اختلاف الفقهاء مرجعه أن أقصى مدة الحمل لا دليل عليها في الكتاب والسنة، فأراء الفقهاء اجتهادية وفقا لطرق استنباطهم، واعتبارا بما شاهدوه في زمانهم ولكن مع تقدم الطب اليوم لا بد أن يكون مرجع تقدير أقصى مدة الحمل إلى أهل الخبرة (30)، وقد أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى في مسألة ثبوت النسب لامرأة مطلقة أتت بولد بعد عشرة أشهر، وهذا تطبيقا للقرينة الشريعة الولد للفراش، لكون الحمل حدث على فراش الزوجية قبل الطلاق (31).

أما عن أقصى مدة للحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين 09 أشهر وامتدت إل 07 سنوات لدى البعض، ولكن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تعتمد سوى الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد على سنة كاملة، وبهذا الحكم أخذت أغلب القوانين في البلاد العربية كمصر وسوريا والمغرب الأردن.

ولكن التساؤل الذي يطرح متى يبدأ حساب هذه المدة؟

حدّد المشرع الجزائري تاريخ بداية سريان الحد الأقصى لمدة الحمل بموجب المادة 43 من قانون الأسرة والتي تنص على أن: «ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة».

إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل بمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة إلا أن القانون لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها مما يؤدي إلى عدم ثبوت النسب.

فإذا تبين للزوج على سبيل المثال بأن الزوجة غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدة من الزمن بأن اعتبرت ناشزا قانونا وبناءً عليه حكم القاضي بالطلاق.

فإن النص القانوني يسمح بثبوت النسب بعد 10 أشهر من تاريخ الطلاق، بل يكون الزوج قد طلقها قبل صدور الحكم، فاعتماد مدة عشرة أشهر لا يستقيم وقد يثبت بان الزوج توفي في الخارج ثم وضعت الزوجة حملها في الشهر الثامن من بعد الوفاة فنص المادة يقضي بثبوت النسب لأنّ الوضع جاء في ميعاده القانون بعد الوفاة في حين أن الواقع يكذب ذلك، فستة (06) أشهر مضاف إليها ثمانية (08) أشهر يصبح العدد 14 شهرا، وهو أمر غير مقبول.

زيادة على أن الزوج قد يطلق زوجته قبل الدخول بها وبالتالي فإن الحمل لا ينسب إليه لعدم الدخول، في حين أن النص القانوني لم يشر إلى هذه الحالة، لذلك يقترح الدكتور بن شويخ رشيد على المشرع الجزائري إضافة فقرة ثانية لنص المادة 43 ونصها: لا يثبت النسب إذا كان الطلاق قبل الدخول أو تبين عدم التلاقي حقيقة بين الزوجين لمدة تزيد عن 10 أشهر قبل الطلاق أو الوفاة⁽³²⁾.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد هو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده، غير أنه فقد شرطا من شروط صحته⁽³³⁾، كأن يتم العقد بدون ولي أو شاهدين أو بدون تسمية الصداق وهذا ما أكدته المادة 33 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية 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».

وكذلك يعد الزواج فاسدا، إذا اشتمل على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع مؤبدا أو مؤقت وهذا ما تؤكدته المادة 34 من قانون الأسرة: على أنه: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويثبت عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء».

وبذلك فقد قرر المشرع الجزائري التفرقة بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث النسب، إذ أن الزواج الصحيح يثبت فيه النسب، إذا جاءت الزوجة بولد بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد، بينما في الزواج الفاسد لا يثبت النسب إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الدخول، وهو قول الحنفية⁽³⁴⁾. وبهذا اختلف الفقهاء في تحديد الفترة التي يبدأ منها حساب مدة الحمل على التجهين:

الأول: يرى صاحب هذا الاتجاه وهما أبو حنيفة وأبو يوسف، لأنه لا فرق بين الزواج الفاسد والصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إلحاق للوالد بأبيه، إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد⁽³⁵⁾.

الثاني: يرى أصحابه عكس ذلك، وهو احتساب المدة من وقت الدخول الحقيقي لا العقد لأن الزواج الصحيح يفترق عن الزواج الفاسد في أن العقد في الزواج الصحيح إنما أقيم مقام الدخول لأنه داع إليه، أما العقد في الزواج الفاسد ليس بداع إلى الدخول فلا يقوم مقامه.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد المشرع قد عبر في نص المادة 40 من تقنين الأسرة بأن «يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون». وعليه يثبت النسب إذا جاءت وأمه بين أدنى وأقصى مدة الحمل وابتداء من تاريخ الدخول وليس من تاريخ العقد فالفقهاء لا فرق عندهم بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب لأن كليهما يثبت⁽³⁶⁾، وطالما أن المشرع الجزائري في نص المادة 40 من تقنين الأسرة يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول فإنه لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول.

ولكن ما يعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة أن المشرع حصر بثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول وفقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، فيفهم من خلالها أن الولد ينسب لأبيه فقط في حالات الفساد التي ذكرتها المواد أعلاه، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن حالات الفساد الأخرى غير الواردة في هذه المواد، ومن أمثلتها زواج من وقع في غلط أو تدليس ففي مثل هذه الحالة ألا يلحق نسب الولد بأبيه؟

إذا كانت الإجابة بنعم، فهذا بعينه حرمان الطفل من حقه في نسبه لأبيه، وهذا يتنافى مع مصلحة المولود، ولذلك ينبغي على المشرع أن يكتفي بالتنصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد دون ذكر المواد المتعلقة به، حتى لا يتم تفسير المادة تفسيراً ضيقاً⁽³⁷⁾.

وفي إطار التلقيح الاصطناعي إذا خضعت الزوجة للعملية وبعدها تبين أن الزواج فاسد، فإن المولود الناجم عن هذه التقنية ينسب إلى والديه ويعتبر ابناً شرعياً. والحكمة في إلحاق النسب بالوالد هنا هي حماية الطرف الضعيف في العلاقة ألا وهو الطفل، وفي هذا تحصيل لمصلحته ورعاية لحقوقه، وكذلك منعاً لاختلاط الأنساب.

والجدير بالذكر هنا أن قانون الأسرة يلحق نسب الولد بأبيه في الزواج الفاسد سواء كان هذا الأخير عالماً بجرمته أم لم يعلم بها، وهذا على خلاف الفقهاء الذين ميزوا بين الزواج الباطل⁽³⁸⁾، الذي يكون فيه الرجل عالماً بالتحريم،

وبين الذي لا يكون علما به، بمعنى أن الجمهور يعتد بنية الرجل، فإذا كان علما بالتحريم اعتبر الوطء زنا ووجب الحدّ، ولا يثبت نسب الطفل لأبيه، أما إذا كان جاهلا له فلا يعتبر زنا إنما يبطل الزواج ولا يترتب عليه أي أثر ماعدا إلحاق النسب بالمولود⁽³⁹⁾.

وهذا ما أخذ به المجلس الأعلى الجزائري سابقا في قراره الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث جاء فيه: «أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 02/11/1981 ولم تطلق منه وكان جاهلا هذه الحالة، حيث واعتمدا على الشريعة الإسلامية التي تنصّ على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأنّ هذا يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب» وقضى المجلس ذاته في قرار آخر صدر بتاريخ 13 ماي 1986 بأنه: «يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاخرة»⁽⁴⁰⁾.

ومن خلال ما تقدم، نلاحظ وجود تعارض بين المادة 40 من قانون الأسرة التي يفهم من خلالها أن النسب يثبت من دون الأخذ بنية الزوج، والمادة 222 من القانون ذاته والتي تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية والتي لا تلحق نسب المولود بأبيه إلا إذا كان جاهلا لهذا البطلان.

وفي ذلك يقول الدكتور عبد العزيز سعد أنه إذا كان الزوجان أو أحدهما يعلم مسبقا أنّ زواجهما معا زواج ممنوع قانونا ومحرم شرعا وتعمدا الزواج، فإن زواجهما يكون باطلا لا فاسدا فقط، ويعتبر زنا ولا يثبت معه النسب ولا توارث ولا نفقة⁽⁴¹⁾.

المطلب الثاني : نكاح الشبهة

نكاح الشبهة: هو الاتصال الجنسي غير الرّنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح⁽⁴²⁾ أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة وقيل إنّها زوجته، فيدخل بها، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنّها زوجته، ومثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنّها تحل له⁽⁴³⁾.

أما الشبهة فيقصد بها الذي يشبه الثابت فيه، وهو ليس بالثابت فيه⁽⁴⁴⁾، وقد قسّمها الفقه الإسلامي إلى شبهة ملك، وشبهة عقد، وإما شبهة فعل.

– شبهة الملك: وتسمى أيضا شبهة الحكم، فحاصلها أن يشتهب الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقوع المرأة، في حين أنه غير مباح، ومن أمثلتها أن

يواقع أب جارية مملوكة لابنه طانا أنه يباح له وقاعها اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾.

ومن أمثلتها أيضا أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا، وهي في عدتها منه طانا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيًا اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿الكنايات رواجع﴾.

- أما شبهة العقد فحاصلها يعتقد الرجل على امرأة ويدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحلّ له، ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحلّ له، كما إذا تبين أنها من المحرمات. وأما شبهة الفعل، فحاصلها أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له أنها ليست كذلك⁽⁴⁵⁾.

جعل المشرّع الجزائري كنظيره الأردني نكاح الشبهة طريقا من طرق إثبات النسب حيث نصّ المشرّع الأردني في المادة 158 من قانون الأحوال الشخصية في الفقرة (ب) على أنه «يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطاء شبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل، من تاريخ الدخول أو الوطاء شبهة»⁽⁴⁶⁾، وهذا ما نصّت عليه كذلك المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو نكاح الشبهة...».

من خلال التقسيم المذكور آنفا يتبين أن الزواج الفاسد هو شبهة العقد، أما الوطاء بشبهة فهي شبهة الفعل، وهنا يقع الإشكال، فنص المادة 40 من قانون الأسرة بالصياغة التي ورد بها يعدّ معيّا شكلا، كونه أقرّ ثبوت النسب بنكاح الشبهة وبالزواج الفاسد في آن واحد مع أنّه وكما يظهر من خلال التقسيم يعتبر الزواج الفاسد نوع من أنواع الأنكحة الشبهة. وهكذا اختلطت الأمور على المشرّع الجزائري فبدل الحديث عن الوطاء بشبهة تكلم عن نكاح الشبهة، ولتفادي هذا العيب الذي وقع فيه لابد من إعادة صياغة نص هذه المادة واستبدال عبارة نكاح الشبهة بعبارة الوطاء بشبهة فتصبح على النحو التالي: «يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالوطاء بشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول»⁽⁴⁷⁾.

ليس هذا فحسب؛ بل يعاب أيضا على المادة 40 من قانون الأسرة من حيث الشكل، أنها لم توفّق في اختيار المصطلح المناسب باللغة الفرنسية للدلالة على النكاح بالشبهة فترجمة مصطلح (Apparent) المستعمل في النص سيؤدي إلى الالتباس مع الزواج الظاهر، الذي يعاشر فيه الرجل امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية إنما تجمعهما رابطة حرة، ومع ذلك يعتقد الغير أنهما زوجان نظرا لمعاشرته

لها معاشرة الأزواج. لتفادي هذا الخلط، يتعين على المشرع الجزائري البحث عن مصطلح آخر للدلالة على نكاح الشبهة بدلا من مصطلح (Apparent) علما وأن البعض يعبر عن الشبهة بمصطلح (La vrai semblance) (48).
إن الوطء بالشبهة لا يمكن الحديث فيه عن التلقيح الاصطناعي، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليه لإثبات نسب الولد الناجم عن التلقيح الاصطناعي.

المبحث الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب

إنّ انتهاج طريقة الإقرار والبيّنة لإثبات النسب يعتبر من قبيل الإثبات اللاحق لما نتج عن معاشرة شرعية بين رجل وامرأة لذا فإنه يشترط للإقرار بالنسب أو إقامة البيّنة أن تكون المعاشرة بين الرجل والمرأة مستندة إلى عقد زواج صحيح أو زواج فاسد أو نكاح الشبهة.

المطلب الأول: الإقرار.

يقصد بالإقرار الاعتراف فأقر بالشيء أي اعترف به (49)، وقد عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وتعتبره المادة 342 من التقنين ذاته بأنه حجة قاطعة على المقر.

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا، مع قصد القصصان يلزم نفسه بهذا الإقرار" (50).

وأورد الأستاذ بكوش تعريفا لمحكمة النقض الفرنسية بان: "الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه، من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية" (51).

وقد اعتمدت أغلب التشريعات العربية طريقة الإقرار لثبوت النسب منها قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت المادة 160 منه على:

يثبت نسب المولود لأبيه بالإقرار ولو في مرض الموت بالشروط التالية:

- أن لا يكذبه ظاهر الحال.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري طريقة الإقرار لثبوت النسب بموجب المادتين 44 و45 من قانون الأسرة حيث نصت الأولى على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو فيمرض الموت، متى صدقه العقل أو العادة"، أما الثانية فنصت على أن الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

من خلال استقراء نصوص المادتين أعلاه نجد أن الإقرار نوعان هما:

1- الإقرار المباشر أي إقرار يحمله المقرر على نفسه (52):

فهو إقرار الإنسان بالنسب على نفسه وذلك كإقراره بالبنوة، كأن يقول، هذا ابني، أو إقراره بالأبوة كأن يقول هذا أبي أو هذه أُمِّي (53)، ولهذا اشترط المشرع الجزائري لصحة اعتباره شرطين هامين وهما:

- أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، وهو نفس الشرط الذي نص عليه المشرع الأردني في المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة 160 كذلك من مدونة الأسرة المغربية، بمعنى أن لا يكون للولد نسب معلوم وهذا من جهة الأب إذا كان الذي يدعيه رجلا، ومن جهة الأم إذا كانت التي تقر به امرأة، لأنه إذا كان المقرر له معلوم النسب إلى أب معين لا يصح الإقرار، ويصبح بذلك تبني، وهو ما لا يجوز طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري (54).

- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة، ومعنى ذلك أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقرر، فالإقرار ببنوة شخص لا يمكن تصورها من شخص عمره عشرون سنة لطفل بلغ العشر سنوات فلا يثبت النسب هنا بالإقرار لاستحالة هذه الولادة (55).

للإشارة هذا النوع من الإقرار لا يمكن تصوره في التلقيح الاصطناعي لعدم توافر الشرطين معان فالولد الناجم عن هذه التقنية الحديثة يكون قبل ولادته معروف النسب، وذلك لأن الزوجين يعبران عن رضاهما للخضوع للعملية، كما أن الزوج يكون حاضرا وقت إجرائها، ولهذا يكون نسب المولد معلوما.

أما الشرط الثاني فهو محقق لأن المشرع يشترط للجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن يكون الرجل والمرأة متزوجين، وطالما أن الأمر كذلك فإن عمرهما لن يقل عن تسع عشرة سنة، وبولادة الطفل يكون الفارق في السن حوالي عشرين سنة، وهذا يصدقه العقل والفعل.

وعليه، في شرط أن يكون الولد مجهول النسب لا يمكن تصوّر الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة في التلقيح الاصطناعي.

2- إقرار بنسب على غير المقرر أو ما يسمى الإقرار المتعلق بغير المقرر أو المحمول على الغير.

وهذا يعني به الإقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له كما إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه أو عمه، وبعبارة أخرى هو إقرار بنسب فيه تحميل النسب على الغير. وحكم هذا النوع من الإقرار أنه لا يثبت به النسب ممن حمل عليه حيث لا يكون المقر له بالأخوة ابناً لأبي المقر ولا يكون المقر له بالعمومة ابناً لجد المقر لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره، وبناء على هذا فإن من أقر بنسب على غيره فإنه يعامل بإقراره في حق نفسه فقط بحيث لا يكون لهذه المعاملة أثر في حق غيره.

فإذا مات أبو المقر بالأخوة وترك أولاداً منهم هذا المقر ولم يصدقه واحد منهم في إقراره فإن المقر له لا يرثه ولكنه يشارك المقر فيما يرثه من تركه أبيه معاملة له بمقتضى إقراره⁽⁵⁶⁾.

من خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن الشروط السابقة معتبرة هنا أيضاً، ويضيف إليها القانون الجزائري شرطاً آخر وهو أن يوافق الممول له عليه بالنسب على هذا الإقرار، ففي قوله هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من ق.أ حيث قالت: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه". فالإقرار بالأخوة والعمومة يشترط فيه:

أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الإقرار بالأخوة والجدّ عند الإقرار بالعمومة، وأن يقيم البيّنة على الإقرار⁽⁵⁷⁾.

بالرغم من أنّ المشرّع الجزائري نصّ على الإقرار كطريق لثبوت نسب الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي، إلّا أنّه يمكن الأخذ به كطريق لإثبات نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي، فبمجرد أن يعبر الزوج عن موافقته الصريحة والحرّة بخضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي، فإنّ ذلك يعدّ بمثابة إقرار منه أنّ المولود هو ابنه.

المطلب الثاني: البيّنة

أشرنا فيما سبق إلى أن الإقرار لا يثبت به النسب إلا بتصديقه من المقر عليه، أما إذا لم يصدقه المقرّ عليه أو ورثته إن كان ميتاً وأصرّ المقرّ على ذلك فليس أمامه إلّا إثبات دعواه عن طريق البيّنة.

فالإقرار يختلف عن البيّنة في كون أن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، أما البيّنة فهي حجة متعدية⁽⁵⁸⁾، غير قاصرة حكمها الثابت بها على المدعى عليه، بل تتعداه إلى غيره، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إقرار

وارث بوارث لا يثبت به النسب لأنه يتضمن حمل نسب المقر له على الغير لأنها شهادة، فيتعين سماع البينة كي يتعدى الحكم على غير المقر⁽⁵⁹⁾، وقضت أيضا بأن البينة أقوى من الإقرار من حيث الإثبات⁽⁶⁰⁾.

ولقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار، والبينة، والمراد بالبينة هو الدلائل التي تؤكد وجوب واقعة مادية وجوبا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات⁽⁶¹⁾، وعليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره وادكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأذكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، فإنه بالإمكان شرعا وقانونا أثبت واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن الولادة، أو الطبيب إذا وضعت في المستشفى.

وكذلك الحال بالنسبة إلى إثبات الولد نفسه بشكله ولونه ونسبه، وإذا أثبتت الولادة وثبت المولود أمكن حينئذ إسناد نسبه على الزوج وتسجيله على لقب واسم أبيه في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى الحكم الذي يقضي بثبوت النسب⁽⁶²⁾.

ويكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجلين وامرأتين عدول⁽⁶³⁾ وهذا ما يشترطه الأحناف في إثبات النسب، أما الحنابلة والشافعية فقد اشترطوا شهادة جميع الورثة⁽⁶⁴⁾، أما الشيعة فقد فرقوا بين النسب والولادة، فاشترطوا في إثبات النسب شهادة رجلين، أما في الولادة فقد أجازوا شهادة المرأة منفردة⁽⁶⁵⁾.

ولم يحدد المشرع الجزائري عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها، أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين أو رجل وامرأتان⁽⁶⁶⁾.

ومتى ثبت دعوى النسب فإن حجيتها لا تقتصر على المدعى عليه فحسب، بل تتعداها على الغير، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القضاء في النسب هو قضاء على الكافة ولا يقتصر على أطرافه⁽⁶⁷⁾.

وعلى غرار الإقرار فإن البينة تصح كطريق لثبوت نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي، فإن أنكر الزوج أبوته للمولود يمكن لزوجته أن تستند على شهادة الطبيب الذي تولى تنفيذ العملية بعد حصوله على رضا الزوج وتأكد من حضوره وقت إجرائها، وبالرغم من هذه الطرق الكلاسيكية

إلا أنها وقفت عاجزة أمام إثبات نسب الطفل الناجم عن التلقيح الاصطناعي، لهذا توصلت التطورات الطبية والاكتشافات العلمية إلى وضع طرق حديثة لإثبات النسب أو نفيه في آن واحد.

الخاتمة

لقد اتضح من خلال هذا البحث إن الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الولادة وانتماء بثبوت النسب، فالخروج إلى الدنيا بغير أبوين حياة هي الجحيم بعينه لهذا اهتم الشرع والقانون بالنسب في عدة أمور:

الأول: تحريم الزنا حتى لا تثمر العلاقة المحرمة طفلا لا يعرف أبا ينسب إليه، وقد تركته أمه للمجهول منذ ولادته فيلقي مصير اللقطاء.

الثاني: تحريم التبني حتى لا يتخلى الآباء عن أبنائهم، أو التنكر لمن هم من أصلهم واتضح كذلك مما تقدم أن النسب وفقا للأصول المقررة في الفقه الإسلامي.

والقانون يثبت بالفراش والفراش لا يثبت إلا بشروط هي:

- 1- حصول عقد زواج سواء كان صحيحا أو فاسدا أو كان وطءا بالشبهة.
- 2- العقد وحده لا يكفي لاعتبار المرأة فراشا بل لا بد من إمكان الاتصال.
- 3- أن تأتي الزوجة بالولد بعد مضي اقل مدة حمل وهي ستة أشهر وعشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الانتقال دون حاجة إلى إقرار أو بينة.

الهوامش

- 1 - بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب ونفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ع 03، 2005م، ص: 35.
- 2 - تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ع.ق.ا.س، الجزائر، ع 01، 2002، ص 144 - 145.
- 3 - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 103.
- 4 - المرجع نفسه، ص 103.
- 5 - سعد فضيل، شرح قانون الأشرة الجزائري في الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 213.
- 6 - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2011، ص 13.
- 7 - قرار المحكمة العليا رقم 165408 مؤرخ في 1997/07/08، م. ق، 2001، ع 1، ص 67.

- 8 - قرار المحكمة العليا رقم 204821 مؤرخ في 1998/10/20 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عن باديس ذيايي المرجع السابق ، ص 17،-18.
- 9 - قرار المحكمة العليا رقم 248978 مؤرخ في 2000/11/21، م ق 2001، ع2، ص 281.
- 10 - قرار المحكمة العليا رقم 47915 مؤرخ في 1987/02/07 م.ق 1990، ع3، ص 65.
- 11 - حاشية ابن العابدین ، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 247.
- 12 - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 336.
- 13 - محمد محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، ع2، 20، ص 239.
- 14 - نقض مدني رقم 22 لسنة 35 ق أحوال شخصية جلسة 1967/31/15.
- 15 - محكمة البیض 1986/02/24 مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص: 52.
- 16 - تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص: 96.
- 17 - تشوار الجيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ. 2005م، العدد 03، ص: 11-12.
- 18 - تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص: 97.
- 19 - مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ع1، 2007، ص 302.
- 20 - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3 دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ب س ط 232.
- 21 - سورة الأحقاف، الآية 15.
- 22 - سورة لقمان، الآية 14.
- 23 - سورة البقرة، الآية 233.
- 24 - الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 357.
- 25 - سورة البقرة، الآية 233.
- 26 - سورة الأحقاف، الآية 15.
- 27 - ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص 157.
- 28 - الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط3، 1989، ص 677.
- 29 - الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 358.
- 30 - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، ب.س.ط، ص 299.
- 31 - الفتاوى المصرية، من دار الإفتاء المصرية، المجلس التاسع، القاهرة، مصر، 1983، ص 58.
- 32 - بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 233-234.
- 33 - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005، ص 74.

- 34 - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره ، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، ط5، 1979، ص 168.
- 35 - وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها 33/14 ملف رقم 17/18 11 مقتبس عن نصر الدين الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 1278.
- 36 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 168.
- 37 - تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ، 2002، ع1، ص 150.
- 38 - الزواج الباطل: هو كل نكاح أوصى المشرع بإبطاله ولو بعد الدخول، وهو كل عقد فقد أحد أركانه.
- 39 - تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ف.إ، 2005، ع3، ص 09.
- 40 - مجلس أعلى: ع.ج، 1986/05/13، ملف رقم 217 مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ف.إ، 2005، ع3، ص 09.
- 41 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص 214.
- 42 - عبد الكريم بوسكو، إثبات النسب بالخبرة الطيبة في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة المنتدى، مراكش، المغرب، ع5، 2005، ص182.
- 43 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته ج7، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط1989، ص47
- 44 - تشوار الجيلالي، المرجع السابق، م.ع.ف.إ، 2002، ع1، ص 147.
- 45 - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ب س ط، ص 362.
- 46 - قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 36 لسنة 2010.
- 47 - تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ العدد 03، ص: 06 وما بعدها.
- 48 - تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ، ع2002، ص 149.
- 49 - أحمد مهدي وأشرف شافعي، دعوى النسب، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2006، ص 55.
- 50 - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في نظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ص582.
- 51 - بكوش بحى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر الجزائر، 1981، ص 263.
- 52 - محمد فوزي فيض الله، الطلاق ومذاهبه في الشريعة والقانون، مطبعة فيصل، عمان، الأردن، ط1، 1986، ص 111 - 112.
- 53 - محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة والقانون، دارالألفي القانوني، المنيا، مصر، ب س ط، ص 92.
- 54 - باديس دياي، حجة الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى، ع مليلة، الجزائر ط 2010، ص 62.

- 55 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي بين القانون والفرنسي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص 244.
- 56 - أحمد مصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2001، ص 197-198.
- 57 - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 631.
- 58 - طهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009، ص 77.
- 59 - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 1269.
- 60 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، ط5، 1990م، ص 117.
- 61 - سامية موالفي، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية، لحقوق الطفل لسنة 1989، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 87.
- 62 - صالح إبراهيمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 97.
- 63 - بلحاج العربي، ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 631.
- 64 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 145.
- 65 - أحمد حمد، المرجع السابق، ص 153.
- 66 - قرار الصادر في 1989/12/25 غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية، ع 4، 1991، ص 110.
- 67 - أشرف ندا، الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين وافقا للمبادئ التي أرسها أحكام محكمة النقض، المكتب الفني القضائية، بورسعيد، مصر، 1996، ص 605.