



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر
كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاضرات في الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

مطبوعة مقررة لطلبة السنة الثانية ماستر
تخصص قانون الأسرة

من إعداد الدكتورة:
سعاد يحيايوي

السنة الجامعية: 2019-2020

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن قواعد الإثبات تحتل مكانة هامة حيث خصص لها المشرع حيزا كبيرا ضمن المنظومة التشريعية وهو ما تجلى من خلال الكم الهائل من النصوص الحاكمة لقواعد الإثبات في المسائل المدنية عموما ومسائل شؤون الأسرة تحديدا، ذلك لأن من أبرز وأوسع المسائل التي عرض لها التشريع الإثبات في مختلف المنازعات المتعلقة بشؤون الأسرة سواء في أحكامها الموضوعية أو الإجرائية والتي سنخصصها بالدراسة في هذه السلسلة من المحاضرات والموسومة بـ "الإثبات في قضايا شؤون الأسرة" وذلك من خلال الوقوف على بيان العناصر والمحاور المقررة في محتوى المادة حسب ما ورد في مواءمة عرض تكوين الماستر الموجه لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة والتي تجسدت في دراسة أحكام إثبات الزواج (فصل أول) وإثبات النسب (فصل ثاني) وأحكام الإثبات في المنازعات المتعلقة بمال بيت الزوجية (فصل ثالث).

وذلك بهدف تمكين الطالب من معارف متخصصة حول إثبات الحقوق الأسرية محل النزاع.

الفصل الأول: إثبات الزواج

نظرا لأهمية عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وخطورته ومكانته في المجتمع الإسلامي، شرع الإشهاد في عقد الزواج للتوثق والإعلان والإظهار حفاظا للحقوق ودرءا للمفاسد التي قد تنتج عن الزواج غير الموثق بالشهادة والكتابة، وقد دلت الشريعة السمحاء على كتابة الدين والإشهاد في سائر المعاملات صيانة لحقوق الناس وأعراضهم حتى يطمئن على سلامة الأسرة واستقرار المجتمع. تحقيقا لذلك دعت الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في مختلف الدول العربية بما فيها الدولة الجزائرية إلى توثيق عقد الزواج صيانة للحقوق من العبث والضياع.

وتعتبر الكتابة من أهم وسائل التعبير عن الإرادة عند الانسان، بها توثق المعلومة والوقائع والحقوق للاحتجاج بها عند الحاجة، فالإثبات بالكتابة هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق الشرعية والقانونية.

لذلك فعقود الزواج قد تضى عليها الصبغة الدينية ويتم إبرامها بحضور جماعة من المسلمين والأقرباء بمرافقة إمام لقراءة الفاتحة وإعلان قيمة الصداق علنيا وسماع عبارات كل من الإيجاب والقبول من كلا الزوجين مع الإشهاد على كل ذلك، حينها يتم الإعلان عن هذا الزواج ويسمى بالزواج العرفي (زواج بالفاتحة)، لكن حتى يتم وينتج آثاره القانونية بالشكل الذي يحمي حقوق كلا الطرفين، وجب إخضاعه لإجراءات إدارية، حيث يتم هذا الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو موثق ويسجل بعدها في سجل الحالة المدنية، ليعد هذا التسجيل دليل إثبات انعقاد الزواج.

لكن الإشكال يثار عندما يقع الزواج بالفاتحة وهو ما يسمى بالزواج العرفي الذي يتم وفقا للأعراف والتقاليد مستوفيا لأركانه وشروط صحته لكن لم يسجل تلقائيا في الحالة المدنية، فهذه الواقعة سترتب مشاكل كثيرة تمس الزوجين وتصل حتى للأولاد ثمرة هذا الزواج العرفي. وعليه حفاظا للحقوق وجب أن يكتسي هذا العقد الصفة الشرعية القانونية التي تضمن لكلا الأطراف حقوقهم كالنفقة، النسب والإرث، من هنا يظهر أهمية وحساسية موضوع إثبات عقد الزواج باعتباره الوسيلة الأمثل لتجسيد العلاقة الزوجية التي تعتبر أساس بناء المجتمع، فهو الضمانة القانونية للأثار الناجمة عنها من حقوق وواجبات. ويعتبر عدد القضايا المطروحة أمام القضاء فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج وإلحاق النسب خير دليل على حساسية موضوع إثبات عقد الزواج لاسيما في شكله العرفي. فما هي الطرق التي اعتمدها المشرع الجزائري لإثبات عقد الزواج؟

ينعقد الزواج في الشريعة الاسلامية ويكون صحيحا متى توافر فيه ركن الرضا واستقامت فيه الشروط الشرعية من أهلية صداق، ولي، شاهدان وانعدمت فيه الموانع الشرعية دونه اشتراط شكليات وإجراءات معينة.

لكن بالرجوع لأحكام القانون الجزائري على وجه الخصوص قانون الأسرة الجزائري¹ وقانون الحالة المدنية² نجد أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج من العقود الشكلية التي

¹ - قانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ع 31، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15، الصادرة في 27 فيفوي 2005.

لا يعترف بها ولا يرتب أحكامها بمجرد التراضي بل يشترط تسجيله لدى الحالة المدنية حتى يرتب آثاره القانونية.

حيث نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أنه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون". كما نصت المادة 22 من ق أ ج على أنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبتت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

باستقراء أحكام هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري ميز في إثبات عقد الزواج بين الزواج الرسمي (مبحث أول) والزواج العرفي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: إثبات عقد الزواج الرسمي

باستقراء أحكام كل من المادة 18 والمادة 22 من قانون الأسرة يتبين أن المشرع الجزائري قد أخضع عقد الزواج لإجراءات قانونية قصد تسجيله وخصه بمجموعة من النصوص القانونية الموزعة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية والتي يشترط إثبات توافرها لاثبات عقد الزواج.

بحيث أنه وبالرجوع للأحكام القانونية المنظمة لعقد الزواج يتبين أنه حتى ينعقد العقد رسميا ويعترف به قانونا يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط والأحكام، ابتداء بركنه الجوهرى المتمثل في الرضا، وشروطه المقررة شرعا من أهلية، صداق، ولي، شهود وانعدام الموانع الشرعية، بالإضافة إلى توثيقه لدى المصالح المختصة، ويعتبر هذا التوثيق السمة الأساسية المفضية للرسمية لعقد الزواج والوسيلة الأصلية لإثباته.

وتجدر الإشارة إلى أن تسجيل عقد الزواج يعتبر شرط قانوني وليس شرعي، ولذلك فإن حصوله وعدم حصوله سيان من حيث التأثير على ذات العقد إذ يكفي توفر الرضا

² - قانون رقم 62-126 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 08 الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 1962 ن معدل ومتمم بالأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر ع 21 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 1970 معدل ومتمم بالأمر رقم

وشروط صحة العقد المنصوص عليها في المادة 09 و09 مكرر من ق أ ج لينعقد العقد، إلا أن صيانة الحقوق والواجبات الناتجة عنه من جهة، وصعوبة عملية الإثبات وتعقيدها من جهة أخرى تستلزم ضرورة القيام بمجموعة من الإجراءات لتسجيله (أولاً) والاحتجاج بآثره (ثانياً).

أولاً- إجراءات توثيق عقد الزواج الرسمي

لقد اشترط المشرع الجزائري لإبرام عقد الزواج وترتيب آثاره القانونية، الالتزام بعدة إجراءات تجلت أهمها فيما يلي:

- 1- تحرير عقد الزواج الرسمي من طرف موظف مختص قانوناً باستقراء نص المادة 18 من ق أ ج يتبين أن المشرع الجزائري قد أسند مهمة إبرام عقد الزواج للموظف المؤهل قانوناً أو الموثق، وبالرجوع لنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية رقم 70-20 نجد أن الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج هو ضابط الحالة المدنية أو القاضي. ويتمثل ضابط الحالة المدنية في رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه، كما يمكنه أن يفوض عون بلدي تحت مسؤوليته على أن يكون هذا الأخير بالغاً لسن 21 سنة طبقاً لنص المادة 1 و2 من قانون الحالة المدنية. أما الموثق فهو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقود التي يجب إفرغها في شكل رسمي وكذلك العقود التي يريد الأطراف إعطاءها الشكل الرسمي.³
- وقد حصرت المادة 71 من ق ح م الاختصاص المكاني في الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. وعليه يعتبر الاختصاص المحدد في نص هذه المادة وارد على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز لطالبي الزواج أن ينتقلا إلى أي مقر بلدية أو أي مكتب توثيق غير مختصين قانوناً، كما لا يحق للموثق ولا لضابط الحالة المدنية أن يقوموا بتوثيق وتسجيل عقد زواج لزوجين ليس لهما موطن ولا محل إقامة بدائرة اختصاصهما وإلا كان عرضة لطلب إبطاله ممن له

³ - المادة 3 من قانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر ع 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

مصلحة.⁴ هذا فيما يخص الزواج المنعقد داخل الوطن أما الزواج المنعقد خارج الوطن قد خول صلاحية تحريره وتسجيله لرؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على الدوائر القنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية بموجب المادة 96 و 97 من ق ح م ج بصفتهم يتمتعون بصفة ضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادة 1 من ق ح م ج.

هذا التعدد في الأشخاص المؤهلين لتحرير عقد الزواج ينقده الأستاذ "بن شويخ الرشيد" بحجة أن هذه التعددية قد ترتب في بعض الأحيان الكثير من المشاكل.⁵

- 2- توفر الوثائق الضرورية لتسجيل عقد الزواج
- نصت المادة 21 من ق أ ج على خضوع إجراءات تسجيل عقد الزواج لأحكام قانون الحالة المدنية، ليحدد هذا الأخير في مواده 74 و 75 و 76 الوثائق التي ينبغي على محرر عقد الزواج التأكد من توفرها قبل مباشرة تحرير وثيقة عقد الزواج والتي تتمثل فيما يلي:
 - شهادة ميلاد أصلية لكل من الزوجين لا تتعدى مدتها ثلاثة أشهر.
 - شهادة إقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية
 - تقديم ترخيص المقدم من القاضي لمن لا يتوفر فيه شرط السن القانوني للزواج وفقا لنص المادة 75 من ق أ ج والمادة 76 من ق ح م ج.
 - كما نصت المادة 07 مكرر من ق أ ج على أنه يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض قد يشكل خطرا قد يتعارض مع الزواج. وتنفيذا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 154-06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من ق أ ج والذي حدد نموذج الشهادة الطبية.⁶
 - تقديم نسخة تحتوي على الشروط التي اشتراطها كلا الزوجين، وفقا لمضمة ن نص المادة 19 من ق أ ج.

⁴ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 70.

⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 122.

⁶ - ج رع 31، الصادر بتاريخ 14 ماي 2006.

- شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي كانت متزوجة وانحلت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة طبقا لنص المادة 75 من ق ح م.
- إذا تعلق الأمر بزواج ثان فإنه يتعين على الرجل الذي يريد الزواج مرة ثانية أن يقدم رخصة الزواج الثانية الصادرة من طرف رئيس المحكمة وفقا لنص المادة 08 من ق أ ج.

- تقديم رخصة الزواج التي يتطلبها القانون بالنسبة لبعض الفئات المذكورة كموظفي الأمن الوطني، أفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.⁷

3- تسجيل عقد الزواج الرسمي

لم ينص قانون الأسرة على كيفية تسجيل عقد الزواج، إذ اكتفى بالزام الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج من التأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المواد 09 و09 مكرر من ق أ ج. وبالرجوع لأحكام قانون الحالة المدنية نجدها قد فرقت بين حالتين، الحالة التي يكون فيها ضابط الحالة المدنية معني بتحرير عقد الزواج وفقا لنص المادة 72 من ق ح م في فقرتها الأولى يتولى تسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال خمسة أيام من تحريره العقد ويسلم للزوجين دفترا عائليا.

أما في حالة ما إذا كان الموثق هو المعني بتحرير عقد الزواج فإنه يقوم بتسجيل العقد في سجلاته ويسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك، ثم يقوم بإرسال ملخص عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة خمسة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه، ويمنح للزوجين دفترا عائليا ويسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما وفقا لنص المادة 72 من ق ح م.

وسواء تم إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية فإنه يجب أن يتضمن عقد الزواج على بيانات جوهرية نص عليها قانون الحالة المدنية في المادة 73 منه وقانون الأسرة في المادة 15 والمادة 19 من ق أ ج.

⁷ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 60.

المطلب الثاني: طرق إثبات عقد الزواج الرسمي

نظم المشرع الجزائري كيفية إثبات عقد الزواج الرسمي في نص المادة 22 من ق أ ج، والتي نستنتج من خلال استقراءها أن عقد الزواج الرسمي يثبت بمستخرج من الحالة المدنية. لكن دراستنا لتحريير عقد الزواج بينت لنا أن المشرع الجزائري فوض هذا الاختصاص لكل من ضابط الحالة والقاضي والموثق وعليه هل تعتبر الشهادة التي يمنحها الموثق والقاضي وثيقة لإثبات عقد الزواج شأنها شأن المستخرج الذي يمنحه ضابط الحالة المدنية؟

أولا- إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية

باستقراء نص المادة 18 والفقرة الأولى من المادة 22 من ق أ ج يتبين بأنه لا يمكن إثبات الرابطة الزوجية إلا بعقد الزواج، وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية. وفي حالة استحالة الإثبات بالرسمية يمكن إثباته بطرق الإثبات الأخرى.

حيث أعطى المشرع الجزائري الأولوية في إثبات عقد الزواج في توثيقه وتسجيله لدى ضابط الحالة المدنية كأصل عام، فإن استحالة أمر التسجيل ثبت هذا الزواج بحكم تصدره المحكمة يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية.⁸

يعتبر مستخرج عقد الزواج الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة قانونية وصحيحة، وعليه فإن أي شخص يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج لابد أن يكون بيده نسخة من مستخرج عقد الزواج مستخرجة من الحالة المدنية حتى يكون له الحق في المطالبة بالآثار القانونية لهذا العقد.⁹

⁸ - معزوز دلييلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلات الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 112.

⁹ - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 163.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 21 أبريل 1975 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا بأنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي الزوجية ما لم يثبت ذلك بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية"¹⁰

ثانيا- مدى اعتبار العقد التوثيقي وسيلة لإثبات عقد الزواج الرسمي

طبقا لنص المادة 03 من القانون رقم 03-06 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، فإن العقود المحررة من طرف الموثق هي عقود ذات طابع رسمي، لكن رغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد استثنى بعض العقود التي يحررها الموثق لكن جعل ترتيب أثرها متوقف على استيفاء إجراءات قانونية لاحقة ومثال ذلك العقود المنصبة على عقار أو حقوقا عينية عقارية والتي لا ينتج العقد التوثيقي أثره إلا بعد تسجيله وإشهاره بالمحافظة العقارية. وذات الشيء ينطبق على عقد الزواج المبرم أمام الموثق بحيث أخضعه المشرع لإجراءات لاحقة عن تحريره حتى يعتد به قانونا وفقا لنص المادة 72 من ق ح م ج. وفي حالة عدم تسجيله خلال المهلة المحددة قانونا يتحول إلى عقد مغفل، ويجب حينئذ على الزوجين اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بتثبيت عقد الزواج والأمر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، وهنا يمكن الاعتداد بالعقد التوثيقي كوسيلة لإثبات عقد الزواج أمام القاضي، وهنا يكون للقاضي كافة السلطة التقديرية في اعتماد هذه الشهادة لإثبات عقد الزواج.

هذا بخلاف الشريعة الإسلامية التي استقرت أحكامها على إثبات الزواج من الناحية الشرعية بثلاث طرق هي الاقرار، البينة والنكول عن اليمين.¹¹

المبحث الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي

يعد موضوع الزواج العرفي من أخطر الموضوعات المعاصرة في باب الزواج، خاصة وأن مثل هذه العقود قد ازدادت وانتشرت في السنوات الأخيرة، الأمر الذي يستدعي ضرورة

¹⁰ - م ع غ أ ش، 21-04-1975، ملف رقم 12529 (غير منشور)، بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02-05

معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 91.

¹¹ - محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 271.

البحث في كيفية إثباته خاصة أن أغلب التشريعات الوضعية العربية بما فيها التشريع الجزائري أمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.¹² حاول المشرع الجزائري معالجة مشكلة عقود الزواج العرفية عن طريق سنه مجموعة من النصوص القانونية التي تلزم المواطنين المتزوجين عرفيا بالتقدم إلى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية نظرا لأهمية تسجيل عقود الزواج وللآثار التي تترتب عن ذلك.

بحيث نص قانون الحالة المدنية على أن التسجيل يتم بناء على أمر بسيط، بناء على عريضة يقدمها وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة، أما قانون الأسرة فنص على أن إثبات عقد الزواج يتم بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشخصية بعد إجراء تحقيق لإثبات الزواج، هذا ما يثير التساؤل حول متى يتم التسجيل بناء على أمر متى يتم بناء على حكم؟

إن معيار التمييز بين الأمر والحكم يكمن في كون الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه على أن النزاع في الزواج العرفي قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية أو بشأن صحته من الناحية القانونية أو الشرعية سواء بين الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما معا في وقت واحد، أو في أوقات مختلفة هذا ما يتجلى من خلال تحديد إجراءات تسجيل عقد الزواج المتنازع فيه (مطلب أول) وكذلك إجراءات تسجيل عقد الزواج غير المتنازع فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إثبات عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه

إذا لم يكن الزواج موضوع نزاع سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، إثبات الزواج وتسجيله يتم باتباع جملة من الاجراءات تبدأ بتقديم الطلب الذي يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقتضي بالثبوت مع الأمر بالتسجيل الذي يقع أمام الجهة القضائية المختصة

¹² - عفاف لامية العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي، بأفلو، الأغواط، العدد الثالث، سبتمبر 2019، ص 162.

أولاً- الجهة القضائية المختصة

تطبيقاً لأحكام المادة 39 من ق ح م ج تتحدد الجهة القضائية المختصة بالنظر بطلبات تثبيت عقود الزواج في محكمة الدائرة القضائية التي يمكن تسجيله فيها بمعنى دائرة اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما.¹³

ثانياً- الإجراءات المتبعة

إذا تم الزواج العرفي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وتم الدخول بالزوجة ولم يكن موضوع نزاع فإن إثبات وتسجيل الزواج يتم كما يلي:

- تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية متضمناً البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله، مرفوقاً بالوثائق والإثباتات المادية لذلك.

- يقوم وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفوقاً بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.

- يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توافر الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج وشرعيته، ويصدر بعدها أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.¹⁴

- تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة الضبط قيد الحالة المدنية، وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي ليقوم بتسجيل الحكم في سجلات الزواج للسنة الجارية وفقاً لنص المادة 40 من ق ح م ج.

- كما يشير فضلاً على ذلك بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد وهو ما تضمنته المادة 42 من ق ح م ج.

¹³ - عبید الشافی، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة مدبلاً بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2016، ص 120.

¹⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط 02، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 72.

يعتبر الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ.

المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية أو قانونية في ذلك وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والآخر ينفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الوسيلة الوحيدة لإثبات ما يدعيه المدعى هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من سجلات الحالة المدنية.

قد جاء في نص المادة 22 من ق أ ج أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. حيث ترفع دعوى إثبات عقود الزواج التي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم.

لم يحدد كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الاجراءات الواجب اتباعها في رفع الدعوى، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتحدد اتخاذ إجراءات (ثانيا) أمام الجهة القضائية المختصة (أولا).

أولا- الجهة القضائية المختصة

بالرجوع إلى القاعدة العامة ترفع دعوى إثبات الزواج العرفي أمام قسم شؤون الأسرة باعتبارها من دعاوى الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 32 من ق إ م إ. أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فتتحدد الجهة القضائية في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه،¹⁵ إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة 37 من ق إ م إ.

¹⁵ - عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، الطبعة الثالثة، موفر للنشر، الجزائر، 2012، ص

ثانيا- الاجراءات المتبعة

تبدأ إجراءات رفع الدعوى بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا لنص المادة 14 من ق ا م ا تكون مكتوبة، مؤرخة وموقعة من قبل المدعي أو محاميه، مودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية وللقاضي إثارتها من تلقاء نفسه حسب نص المادة 13 من ق ا م ا، كما لا بد أن تتوفر الصفة والمصلحة والأهلية باعتبارها أركان جوهرية في كل دعوى قضائية وتصبح غير مقبولة في حالة فقد أحدهما.

أما عن ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي، فلم يحددها المشرع وعليه يجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أن الزواج وأثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما أيضا.

يتلقى القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة ملف الدعوى، يقوم بدراسته ويشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها المدعين حيث يقوم بإجراء تحقيق وجوبي في قضية إثبات زواج عرفي متنازع فيه. وذلك بسماع كل من المدعى والمدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين والقاضي وأمين الضبط، ثم يقوم بعد ذلك بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعى في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم ودرجة قرابتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية، ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج ومدى توفر ركنه وشروط صحته.

وبعد الانتهاء من التحقيق يصدر حكم رفض هذا الطلب إذا لم يجد ما يبرره شرعا وقانونا، أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب ويأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهما.

وبعد ذلك يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تم من خلالها.¹⁶

¹⁶ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 166.

حيث يتعين على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم ويرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية ويطلب استصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.¹⁷

الفصل الثاني: إثبات النسب

الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت البنوة. فالخروج إلى الدنيا بغير أب أو بدون أبوين، حياة هي الجحيم بعينه، لهذا اهتمت القوانين الوضعية بالنسب.¹⁸ فقد سهرت جميع القوانين على تنظيم أحكام البنوة، حماية للمصلحة العامة، لضمان مجتمع فاضل محفوظ نسبه. وحماية للمصلحة الخاصة التي هي أساسا مصلحة الأبناء أجيال المستقبل. إذ حرصت هذه القوانين على نسب الولد لأبيه، بيدي أنها اختلفت لسبب أو لآخر في نسبة الولد مطلقا لمن نسب إليه، وفرقت بين الابن الشرعي والابن الطبيعي حكما وأثارا حتى لا يستسهل الوقوع في المحذور.¹⁹

وقد اقتبس كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي في مادة الأحوال الشخصية أحكامه من الفقه الإسلامي، إلا أنه طورها اعتمادا على نظرة اصلاحية تتناسب والتطور الزمني والقضايا النازلة، خاصة فيما يتعلق بإثبات البنوة.²⁰ إذ بالرجوع لمجلة الأحوال الشخصية التونسية،²¹ ولقانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 02-05، ومدونة الأسرة المغربية المعدلة بموجب الأمر 70-03 في الفصل الخاص بالنسب، وكذا القانون عدد 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. نجد أن كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي سرد لنا آليات على سبيل

¹⁷ - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، دارهومة، الجزائر، ص 26.

¹⁸ - انظر ابن الخوجة محمد الحسن، الفقه الإسلامي وقضايا العصر، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد 10، 1993، ص 47.

¹⁹ - انظر أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، معهد الدراسات العليا، القاهرة، بدون ط، 1958، ص 33.

²⁰ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 47.

²¹ - انظر كمال شرف الدين، مدخل إلى دراسة القانون المدني، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1998.

الحصر لإثبات البنوة. وقد كان في بادئ الأمر متأثراً بما استقرت عليه الشريعة الإسلامية. فتحددت هذه الوسائل بالفراش والبينة والإقرار كوسائل متفق عليها في إثبات النسب.²²

وفي زمن سعت فيه الأنظمة القانونية الدولية نحو حركة التوحيد، وتأثراً من المشرع التونسي الجزائري والمغربي بالعمولة التشريعية، ولما استقرت الأنظمة الدولية على اعتماد الوسائل العلمية كأساليب لإثبات النسب، عمد لتعديل مادة البنوة بإدخال الوسائل العلمية كآلية لإثباتها. حيث تندرج هذه التعديلات الجديدة لمادة البنوة في منظومة حقوق الإنسان في مفهومها الشامل، وهي تتعلق بألصق الحقوق الشخصية للطفل، إنه الحق في الهوية منذ الولادة. فقد جاءت لتقدم حلولاً شاملة ودائمة معتمدة على أحدث الأساليب العلمية وعلى أنجع آليات حماية الطفل، مهما كان وضعه طبقاً لمصلحته الفضلى.²³

وعليه مامدى جدية وفعالية التعديلات التي أتى بها المشرع التونسي، الجزائري والمغربي في مادة النسب؟ بشكل آخر مامدى تأثير الهندسة الوراثية على حياة الطفل باعتباره جزءاً من الأسرة؟ وما الوضعية القانونية للطفل غير ثابت البنوة؟.

يعرّف الإثبات لغة، بأنه دعم الادعاء بالحجة،²⁴ وقد عرّف فقهاء القانون الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها القانون، على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب عن صحة الواقعة المذكورة.

ولا خلاف أنه لا يمكن الحديث عن النسب أو عن البنوة بصفة أعم، إلا إذا وقع إثباتها بوسائل الإثبات القانونية. ومعلوم أنّ الإثبات في مادة البنوة يأخذ طبيعة خاصة بالنظر إلى الواقعة المراد إثباتها، والمتمثلة في علاقة الطفل بأبيه، لذلك فإنّ النظرية العامة للإثبات التي تجمع بين عبء الإثبات ووسائل الإثبات، لا يمكن اعتمادها في مادة إثبات البنوة، إلا بعد إدخال تحويرات عليها تفرضها خصوصية وحساسية الواقعة المراد إثباتها،

²² - انظر حسن فرج، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق، حقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ط، 1998، ص 44.

²³ - انظر النهان محمد فاروق، القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد 7، 1990، ص 75.

²⁴ - لاروس المعجم العربي الحديث، المرجع السابق، ص 18.

باعتبارها واقعة بيولوجية رتب عليها المشرع آثارا قانونية هامة، سواء بالنسبة للطفل أو كذلك بالنسبة للأب.

والملاحظ أنّ كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي، قد أقصى مبدأ حرية إثبات البنوة، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب في مجلة الأحوال الشخصية التونسية وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، أو بإثبات البنوة الطبيعية في قانون 1998، وذلك من خلال التحديد الحصري لوسائل الإثبات المعتمدة في كل من هذه القوانين.²⁵ إذ سرد لنا كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي وسائل محددة على سبيل الحصر، تحددت بالفراش والبينة والإقرار.

وتأثرا من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي بما افرزته الثورة العلمية، خاصة تلك الثورة البيولوجية والطبية، عمد إلى تعديل مادة البنوة بادخال الوسائل العلمية لاثباتها.

فما مدى حجية هذه الوسائل العلمية في إثبات البنوة؟ وهل ترقى إلى درجة الطرق الشرعية للإثبات المنصوص عليها؟

هذا ما سنحاول الاجابة عليه، من خلال التعرض للآليات الشرعية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي(المبحث الأول) وكذا للآليات العلمية المثبتة للبنوة في القانون التونسي الجزائري والمغربي(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الآليات الشرعية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي

لما كانت البنوة الرابطة البيولوجية بين الابن وأبويه، شرعية كانت أو طبيعية، كان المهاجس الأساسي والسؤال الذي ما انفك يطرح تساؤلات رجال القانون في مادة إثبات البنوة، هو مدى تطابق الحقيقة البيولوجية وتوافقها مع الواقع القانوني؟

والأصل أنّ القانون التونسي، الجزائري والمغربي يأخذ بالرابطة الدموية لا كحقيقة فعلية وإنما يعتمد على الوضع الظاهر للأشياء دون الوضع الخفي. ذلك أنّ هذه القوانين في

²⁵ - انظر الفاسي غلال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، دون ط، ص 122.

مادّة النسب تغلب بعض الإعتبارات على حساب الرّابطة الدّمويّة.²⁶ فقد اعتمد كل من القانون التونسي الجزائري والمغربي في قوانين الأسرة، على أسلوب قانوني ورد في صيغة قرائن تنبني على الفرضية والإحتمال لتأكيد الحقيقة البيولوجيّة، والتي تتأسس على قرينة الفراش التي لا تجزم قطعاً بصحة القرابة الدّمويّة. إذ التزم المشرّع في هذه القوانين بآليات قانونيّة تحتكم إلى الوازع الديني والأخلاقي بارتباطها بمؤسسة الزواج، وكان محترماً من هذه النّاحية لمعطيات مبنائها الإرادة والوضع الظاهر والتي تكون في مجموعها فلسفة النسب.²⁷

إذ ولتحقيق هذا المطمع، وضع التشريع الإسلامي بعض الوسائل التي ضبطها حصراً لإثبات النسب ولنفيه. وتبعه في ذلك كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي بخصوص وسائل الإثبات، التي حددها على سبيل الحصر في كل من الفراش البينة والإقرار، وترك الباب مفتوحاً أمام اجتهادات المحاكم بخصوص وسائل النفي.

لكن هذا الازدراء للبنوة غير الشرعية لم يعمر طويلاً، باعتبار أنّ كل من القضاء التونسي الجزائري والمغربي، وفي إطار حماية الطفل، اعتمد الإقرار والبينة كأداة لإرتقاء الطفل الطبيعي لمنزلة قريبة من الابن الشرعي. وقد ذهب المشرع التونسي إلى أبعد من ذلك بسن القانون ع 75 مد لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المنقح بقانون 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، ليقر صراحة ولأول مرة في التشريع التونسي إمكانية اعتماد الإقرار والبينة كوسيلة لإثبات البنوة الطبيعية .

هذا ما سنحاول الخوض فيه من خلال التعرض للفراش كآلية لإثبات البنوة الشرعية(الفقرة الأولى)، وكذا للإقرار كأداة لارتقاء الطفل الطبيعي لمنزلة قريبة من الإبن الشرعي(الفقرة الثانية) للنتقل بعدها لبيان كيفية الإستنجاد بالبينة لإثبات البنوة(الفقرة الثالثة)

²⁶ - انظر سمير السعودي، الرابطة الدّمويّة والقانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في الحقوق، كليّة الحقوق بتونس 1998 ص 44 وما بعدها.

²⁷ - انظر علي الفطناسي، ثبوت النسب بالفراش، ق ت، عدد 6، 1978، ص 11.

المطلب الأول: الفراش

قد أثبت كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي شرعية الفراش وشرعية النسل الناتج عنه. إذ جاء في الفصل 68 من م أ ش ت أنه «يثبت النسب بالفراش أو...»، ونصت المادة 40 من ق أ ج الفقرة 1 على أنه «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون»، كما نصت المادة 152 من م أ م على أن: «أسباب لحوق النسب: الفراش، ...» وكذا نصت المادة 158 من م أ م على أنه: «يثبت النسب بالفراش أو...»

ثم وفي عصر شاعت فيه النوازل والمحدثات، استدعى الحال القول الحازم للقانون والفقهاء فيها، ومن قبيل النوازل المتعلقة بالنسب، التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري. وتأثرا من المشرع التونسي والجزائري والمغربي بهذه الثورة البيولوجية، عمد إلى إجازة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كوسيلة تناسلية حديثة، إلا أنه انصرف عن بيان موقفه من مسائل الاستنساخ. حيث قام المشرع التونسي بإصدار القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 27 أوت 2001 المتعلق بالطب الانجابي²⁸. كما أضاف المشرع الجزائري المادة 45 مكرر لقانون الأسرة 84-11 المعدل بموجب الأمر 05-02 التي أجازت اللجوء للتلقيح الاصطناعي.

وعليه فدراسة أحكام اثبات البنوة وفقا لما جاء به كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي تثير أمامنا إشكاليات عديدة. فكيف عبر كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي عن قاعدة الولد للفراش؟ وإلى أي مدى ساهمت العلوم في تنظيم وتطوير قواعد إثبات النسب بالفراش؟

هذا ما سنحاول الاجابة عليه من خلال التعرض لكل من تفسير الفراش (أ). إلى أن البحث في الفراش كآلية لإثبات النسب يستلزم طرق موضوعات أخرى، ارتأينا تسميتها بالقرائن المؤثرة في الفراش (ب)

²⁸ - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 أوت 2001، عدد 63، ص 2573.

أ- تفسير الفراش

يعتبر الفراش قانوناً قرينة على أن الولد من الزوج، إذا اجتمعت فيه شروط من شأنها أن تمض حجة على امكانية ولادة طفل شرعي للزوجين. وذلك على أساس أنه ليس لغير الزوج أن يستحل زوجته، والأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت خلاف ذلك²⁹.

ويطلق الفراش في اللغة على كلّ ما يفرش ويبسط. وشرعاً عرفه أبو الحسن الجرجاني بقوله: "هو كون المرأة متعيّنة للولادة لشخص واحد"³⁰. وعرفه البعض الآخر بأنه الرابطة الزوجية القائمة فعلاً بين الرجل والمرأة، بناء على عقد زواج حين ابتداء حملها بمن ولدته، فكل امرأة حملت في وقت كانت فيه زوجة لمن يصحّ أن يولد له، فإن نسب من تلده يكون إلى هذا الزوج دون احتياج إلى إقرار أو بينة تثبت بها كون هذا الولد من³¹ صاحب الفراش، سواء كان فراشه بموجب عقد نكاح صحيح أو فاسد أو شبهة.

وعلى غرار التشريع المقارنة وتأثراً منه بأحكام الشريعة الإسلامية، أورد كل من المشرّع التونسي، الجزائري والمغربي، الفراش كسبب رئيسي لإثبات النسب الشرعي، بالفصل 68 م أ ش ت³² والمادة 40 ق أ ج وكذا المادتين 152، 158 م أ م. في حين أقصى قانون 1998 قرينة الفراش من الوسائل القانونية المثبتة للبنوة.

فبقرأة هذه الفصول يمكن القول أن قرينة الفراش في القانون التونسي، الجزائري والمغربي تقتضي أن يثبت نسب المولود من الزوج صاحب الفراش، سواء كان الفراش صحيحاً أو فاسداً أو نكاح الشبهة، وذلك متى ولد الطفل خلال المدّة القانونية للحمل. كما

²⁹ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 52.

³⁰ - انظر علي الفطناسي، المرجع السابق، ص 24.

³¹ - انظر يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية للنشر، ص 375.

³² - انظر الأمين الشايب، البنوة الشرعية في القانون المقارن، المقال السابق، ص 35.

يقول الله عز وجل " وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً." (الآية 54 سورة الفرقان)، كما نصّت المادة 231 من القانون الإيطالي المؤرخ في 26 / 1 / 1942 على ما يلي: " الزوج هو والد المولود خلال الزواج ". وجاء بالفصل 312 م م ف. " الطفل المولود خلال الزواج يعتبر ابناً للزوج."

أنه وبإجازة كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، أثيرت اشكالات فيما إذا كانت هذه الوسائل صالحة كفراش؟

هذا ما سنحاول الخوض فيه من خلال التعرض لكل من النكاح(1) باعتباره الأصل وأن قاعدة الفراش تصدق عليه مطلقا بإجماع الفقه والقانون، لنتناول بعدها التلقيح الاصطناعي كأسلوب تناسلي جديد(2) وكذا الاستنساخ البشري(3) باعتباره آخر ما نطقت به الاكتشافات العلمية.

1- النكاح

باستقراء نصوص الفصل 71 من م أ ش ت والمادتين 40 من ق أ ج و154 من م أ م يتبين أن النكاح على النحو الذي بينته ثلاثة أوجه، إما نكاح صحيح أو فاسد، أو وطئ بشبهة. رغم أن م أ ش ت اكتفت بذكر النكاح الصحيح والفسد دون الوطئ بشبهة.

أما النكاح الصحيح، فهو العقد الذي اجتمعت فيه جميع الشروط والأركان التي أوردها كل من الفصل 3 م أ ش ت³³. والمواد 9 و9 مكرر من ق أ ج³⁴ وكذا المواد 10، 11 و50 م أ م. فمتى توفرت هذه المقومات مجتمعة، قام العقد صحيحا مستقرا منتجا لأثاره.

إلا أنه قد يقع ويفقد في العقد أحد شروطه أو ركن من أركانه، فيتقرر عدم صحته. وحكمه يختلف بحسب ما إذا كان المقوم المفقود ركنا، فإن العقد باطل. أما إذا كان شرطا فإن الفساد هو حكمه. إذ الغاية المبتغاة هي الوصول إلى أن الزواج فراش مهما كان حكم هذا الزواج، أكان نكاحا صحيحا أم فاسدا أم وطئ بشبهة، إعمالا لقول الرسول- صلى الله عليه وسلم-"الولد للفراش وللعاهر الحجر"³⁵ وعليه متى يعتد بالنكاح كفراش يثبت به النسب؟.

³³ - ينص الفصل 3 م أ ش ت على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين. ويشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة"

³⁴ - تنص المادة 9 من ق أ ج على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وتنص المادة 9 مكرر ق أ ج على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي شاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

³⁵ - انظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

هذا ما سنركز على دراسته بالتعرض للنكاح الصحيح والنكاح الفاسد، وكذا للوطئ بشبهة مع بيان الأحكام والشروط اللازمة للإعتداد بها في إثبات النسب.

1-1 النكاح الصحيح

هذا النوع من أنواع الفراش، يثبت بمجرد وجود عقد نكاح قد استوفى كل أركانه وشروط انعقاده الشرعية، إذ باستقراء النصوص التي تتحدث عن أحكام النسب، صلب كل من م أ ش ت وقانوني الأسرة، الجزائري والمغربي، سيما نصوص الفصل 71 م أ ش ت، والمواد 40 و41 ق أ ج وكذا المادة 154 م أ م. نجدها تؤكد ثبوت النسب من الزواج الصحيح الذي تتوفر فيه أركان الإنعقاد وشروط الصحة، بشرط تحقق مجموعة من الشروط التالي ذكرها.

أولا_ شرعية الزواج

إذ اشترط المشرع الجزائري توفر هذا الشرط صراحة ضمن نص المادة 41 ق أ ج بقوله: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".³⁶ وقد ذهب فقه القضاء التونسي إلى أن كل اتصال جنسي بين رجل وامرأة لا يستند للزواج، لا يعتبر شرعيا ولا قانونيا، ولا يصلح أن يكون سببا لإثبات النسب. لكن هذا المبدأ الذي ارتأته محكمة التعقيب التونسية واقتنعت بوجاهته، والذي عمل به فقه القضاء في القرارات عدد 9210 وعدد 9108 وعدد 9062 لسنة 1973، قد حادت عنه قبل ذلك لما اعتبرت العلاقة الجنسية الواقعة اثر تواعد بالزواج، بمثابة زواج ثابت يمكن أن يكون أساسا لثبوت النسب، في حين أن ذلك الزواج لم يتواجد أصلا باتفاق المتواعدين.³⁷ ولعل حرصها الشديد على اسناد نسب شرعي لابن غير شرعي ولد من سفاح، هو الذي

³⁶ - انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 133.

³⁷ - قرار عدد 5350 المؤرخ في 2 أفريل 1968، ق ت، عدد 1 و2، لسنة 1969. القرار عدد 9700، المؤرخ في 14 نوفمبر 1972 نشرية محكمة التعقيب، 1972، ص 54. القرار الاستئنافي عدد 28744، الصادر بتاريخ 19 مارس 1969، ق ت، عدد 1، 1971 ص 89.

حملها على أن تنحو ذلك المنحى المخالف صراحة لقواعد الشريعة الإسلامية ولمعنى عبارة الفراش في الفصل 68 م أ ش ت.³⁸

ثانيا- إمكان الاتصال الجنسي

باستقراء الفصل 71 م أ ش ت، نجد أن المشرع التونسي اتجه وجهة مخالفة لكل من المشرع الجزائري والمغربي، إذ لم يهتم بشرط إمكان الدخول الواجب توفره مع عقد النكاح عند الجمهور لثبوت النسب، أو شرط تحقق الدخول أو الوطاء الذي قال به ابن تيمية، بل اتجه وجهة الإمام أبي حنيفة، الذي يرى أن آثار النسب تتكون بمجرد انبرام عقد النكاح، بقطع النظر عن شرط إمكان الدخول أو تحقق الوطاء من عدمه، إذ لم يشترط إمكان الإتصال مع أقل مدة الحمل، مثلما فعل المشرع الجزائري والمغربي. وقد تبنت محكمة التعقيب هذا الإتجاه في أحد قراراتها الذي جاء فيه أن: "الزواج الصحيح يثبت به النسب، بمجرد وجود علاقة زوجية تستند إلى رسم صداق. ونتيجة لذلك يثبت الولد تلقائيا للزوج، دون حاجة لإثبات الدخول بالزوجة لترتيب تلك النتيجة، فإثبات مجرد عقد الزواج كاف لإثبات النسب".³⁹ ولا يخف ما لهذا الإتجاه من رغبة واضحة في توسيع أسباب ثبوت النسب والحرص على عدم إهمال المولود المتأتي من علاقة شرعية كلما أمكن ذلك، فضلا عما يوقره من تخفيف لعبء الإثبات المحمول على القائم بالدعوى.

غير أن محكمة التعقيب التونسية سرعان ما تراجعت عن هذا الإتجاه واعتبرت أن: "مجرد إبرام العقد لا يمكن أن يعتبر دخولا ولا حتى قرينة على الدخول".⁴⁰

أما المشرع الجزائري والمغربي فقد اتجها وجهة الجمهور، باشتراطهما إضافة للعقد تحقق الدخول أو امكانية الإتصال الجنسي. إذ نص المشرع الجزائري على هذا الأخير صلب المادة 41 ق أ ج، وقد تبنت المحكمة العليا الجزائرية هذا الإتجاه في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 8 أكتوبر 1984، بقولها أن: "العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية، أو العدة أو الوفاة، إذا كان الدخول ممكنا. فإذا

³⁸ - انظر على حسين الفطناسي، المرجع السابق، ص 46.

³⁹ - قرار تعقيبي مدني عدد 2692، مؤرخ في 7 جانفي 1964، ق ت، عدد 7، لسنة 1965، ص 122.

⁴⁰ - قرار تعقيبي مدني عدد 2300، مؤرخ في 21 مارس 1964، م ق ت، 1964، ص 591.

أثبت أنه غير ممكن أو أنهما لم يتلاقيا قط ولم يكن في الإمكان تلاقيمهما، فإن النسب لا يثبت". وكذلك فعل المشرع المغربي ضمن المادة 154 م أ م. ويتحقق شرط الدخول بالخلوة الصحيحة، لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لاعتبار العقد شرعياً، ولا يملك الزوج نفي نسب الولد الذي نتج له من زوجة دخل بها ولو لم يمسسها إلا إذا لجأ إلى اللعان معها⁴¹.

ثالثاً- ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وعدم نفي الزوج الولد إليه بالطرق المشروعة.

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري والمغربي قد ذهب عكس ما ذهب إليه المشرع التونسي فيما يخص الزواج العرفي، حيث اعتبرا الزواج العرفي زواجا صحيحا. في حين ذهب المشرع التونسي إلى أن الزواج العرفي هو زواج فاسد⁴². إذ وبالرجوع لنصوص المواد 41 و22⁴³ ق أ ج وكذا المادة 16⁴⁴ م أ م، يتأكد أن الزواج العرفي الذي افتقد للرسمية والتسجيل على مستوى مصلحة الحالة المدنية، صحيح. ذلك لأن الكتابة ليست ركنا في العقد. وعلى ذلك فإنه يرتب جميع آثاره، بما في ذلك نسب الأولاد لأبهم. ويؤكد هذا القول، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1982⁴⁵ القاضي بأنه: "يعتبر كل زواج صحيحا

⁴¹ - انظر فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص214.

⁴² - ساسي بن حليمة، تعليق على حكم مدني، ق ت، عدد 10، ديسمبر 1971، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس.

⁴³ - تنص المادة 20 ق أ ج على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

⁴⁴ - تنص المادة 16 من م أ م على أنه: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوثيقة المقبولة لاثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته. تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الاثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين"

⁴⁵ - القرار 28784، المؤرخ في 82/11/12، يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومه، الجزائر، بدون طبعة، 2003، ص 17.

إذا توفرت أركانه، ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية، وترتب آثاره عليه كافة الحقوق".⁴⁶ ذلك لأن التسجيل يكون لغاية إثبات فقط لعقد الزواج.

2-1 النكاح الفاسد

كما سبق ومهدنا، إلى أن الأصل في عقود الزواج الصحة، لكن قد يلتبس بالعقد ما يخرج من حكم الصحة إلى عدم الصحة، وعلى ذلك فهو إما باطل أو فاسد.⁴⁷ والخلاف بين الحكمين راجع إلى مدى تأثير هذا العارض في العقد، فإما أن يصبغ عليه حكم العدم، أي يعد كأن لم يكن، أم أنه لا يصل إلى ذلك، وإنما يترتب عليه حكم الفساد، وبالتالي القابلية للتصحيح إذا ما اكتشف الخلل بعد البناء.⁴⁸ وقد أخذ كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي بهذا التمييز. وفيما يلي سنورد هذا التمييز وفقا لما أورده كل من المشرع الجزائري، المغربي والتونسي.

باستقراء نص المادتين 32 و33 ق أ ج، نجد أن النكاح يكون باطلا وفي حكم المعدوم متى تخلف عنه ركن أساسي، هو ركن الرضا، ذلك لأن عقد الزواج عقد رضائي بالدرجة الأولى وفق أحكام المادة 9 من ق أ ج. أما الحالة الثانية للبطلان فهي وطبقا للمادة 32 ق أ ج بقواها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وتنص المادة 34 من ق أ ج على حالة أخرى يقضي فيها ببطلان العقد، وهي ما إذا اشتمل العقد على مانع من موانع الزواج سواء كانت موانع مؤبدة أو مؤقتة. أما النكاح الفاسد فهو أقل درجة وأخف حكما من البطلان، ويكون النكاح فاسدا إذا اختل فيه شرط من الشروط المنصوص عليها في المادة 9 ق أ ج كأن يفقد في العقد الصداق أو الولي في حالة وجوبه والشاهدين، وفقا لنص المادة 33 ق أ ج.

⁴⁶ - القرار 58224، المؤرخ في 89/11/25 القاضي أنه: "متى كان الزواج العربي متوافر على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبهم، يكون قضاء موافق للشرع والقانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"، بلحاج العربي قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية بدون طبعة 2000، الجزائر، ص 30.

⁴⁷ - انظر محمد معي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية بيروت، لبنان، بدون طبعة، 2003 ص 242.

⁴⁸ - انظر أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 2، بدون سنة، ص 84.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فنجد أن النكاح يكون باطلا وفي حكم المعدوم، متى تخلف عنه ركن أساسي، هو ركن الرضا، أو إذا توفّر عقد الزواج على أحد الموانع المؤبدة أو المؤقتة، وذلك وفقا للمادة 57 من م أ م، والمادة 58 ف 2 م أ م. أما النكاح الفاسد، فقد ورد بالمادة 59 و64 م أ م.⁴⁹

وعليه وبالرجوع لنصوص المواد 33 و34 ق أ ج، وكذا المواد 58 ف 2 و64 م أ م نجد أن ثبوت النسب هو أثر مشترك بين النكاح الفاسد والباطل، رغم أن الأصل في الحكم بالبطلان جعل المحكوم عليه معدوما، والمعدوم لا يرتب آثار،⁵⁰ ولكن ولما كان من آثار هذا العقد ما يقتضي إقراره والاعتراف به، لزم القول بترتيب الآثار عليه بقدر الضرورة، ويدخل في باب هذه الضرورة إثبات نسب الولد لأبيه. وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية على هذا المبدأ في العديد من قراراتها، فقررت أنه: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة، تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له"⁵¹. وتجدر الإشارة أنه وبخلاف ما هو عليه الحال في النكاح الصحيح الذي نص على إمكانية الاتصال ففي النكاح الفاسد لا بد من تحقق الدخول. ولو أن الحنفية يخالفون في ذلك، إذ يعتدون بالعقد كما هو في العقد الصحيح.

أما المشرع التونسي فقد عرف الزواج الفاسد بالفصل 21 م أ ش، وهذه الصورة من الزواج الفاسد، لم تثر إشكاليات تذكر على صعيد التطبيق، لإنعدام فقه القضاء المجسّم لها. على خلاف صورة الزواج الباطل على معنى الفصلين 36 و36 مكرر من ق ح م ت،⁵² ذلك أنّ المشرع التونسي رتب بطلان الزواج لإختلال أركانه وشروطه الموضوعية، وكذلك لعدم إحترامه للشروط الشكلية. فالمشرع التونسي لم يشترط إبرام عقد الزواج

⁴⁹ - انظر النهران محمد فاروق، القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد 7، 1990 ص 134.

⁵⁰ - انظر محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 246.

⁵¹ - القرار رقم 172333، المؤرخ في 1997/10/28، المجلة القضائية 1997، عدد 1، ص 42. القرار رقم 222674، المؤرخ في 1999/6/15، المجلة القضائية، 1999، عدد 1، ص 126.

⁵² - قانون عدد 3 لسنة 1957، مؤرخ في 4 محرم 1377 هـ الموافق غرة أوت 1957، المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الرائد الرسمي عدد 2 و3 الصادر في 30 جويلية 2 أوت 1957.

بحجة رسمية، كشرط لإثبات الزواج فحسب، وإنما كشرط لصحته أيضا. فعقد الزواج في القانون التونسي هو عقد شكلي، فإذا تخلّفت شروطه الشكلية يعتبر باطلا، ورتب المشرع على التصريح بالبطلان ثبوت النسب.

وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية على هذا المبدأ، في العديد من قراراتها، فقررت أنه: "إذا نهضت الدلائل المقنعة على أن الإتصال الجنسي إنّما كان بناء على التراضي على الزواج الذي لم يقع فيه إسهاد بحجة رسمية، طبق الفصل 4 م أ ش والفصل 31 من القانون عدد 3 لسنة 1957 فرغم أنّ ذلك الزواج يعتبر فاسدا، فقد رتب عليه الفصل 36 مكرّر من ق ح م ت، بعد تنقيحه بالمرسوم عدد 2 لسنة 1964 مؤرخ في 20 فيفري 1964، إلحاق النسب".⁵³

ولئن اتفق فقهاء القانون في تونس على تعريف الزواج الباطل أو الزواج العرفي، بأنّه الزواج الذي انعقد فيه الرضا بين الزوجين، واستكمل أركانه وشروطه الشرعية، لكنّه لم يقع تحرير رسم الصداق فيه وفق ما أوجبه الفصل 31 ق ح م ت.⁵⁴ إلا أنّ المحاكم التونسية، ونظرا إلى أنّ المشرع لم ينظم وضعيّة الأطفال الطبيعيين قبل قانون 1998، فقد تباينت مواقفها في ضبط مفهوم الزواج الباطل على معنى الفصل 36 ق ح م ت، فاعتمده في الكثير من الأحيان كمطية لإكساء الأبناء غير الشرعيين بلباس الشرعية، لذا اتّجه تمييزه عن المراكنة من جهة وعن المخادنة من جهة أخرى.

أولا - الزواج الباطل والمراكنة

ولئن لم يورد المشرع التونسي تعريفا للمراكنة، إلا أنّه من الواضح تبنيّه للرأي الغالب في الفقه الإسلامي، إذ نصّ صراحة على أن المراكنة لا يمكن أن تعتبر زواجا لا صحيحا ولا باطلا بالفصل الأول من م أ ش ت. فالمتراكنان لا تجمع بينهما علاقة قانونية على غرار الزوجين وبالتالي لا ينتج عن المراكنة أي أثر من آثار الزواج. وهو نفس الحل المعتد في القانون الجزائري والمغربي إذ اعتبرا الخطبة مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين

⁵³ - قرار تعقيبي مدني عدد 21419، مؤرخ في 13 جوان 1989، ن 1989، ق م، ص 292.

⁵⁴ - انظر الهادي كرو، الولد للفراش، ق ت، عدد 2، فيفري 1972، الشركة التونسية لفنون الرسم، ص 11. ساسي بن حليلة، أطروحة الدكتوراه، ص 61.

العدول عنها،⁵⁵ وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية هذا المبدأ، فقررت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها. وأن لصحة الزواج لأبد من توفر جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين ولي الزوجة وحضور الشاهدين والصداق".⁵⁶

غير أنّ التمييز بين الزواج الباطل والمراكنة، قد يصبح أمرا عسيرا إذا ما تجاوزت علاقة الخطيبين مجرد التعارف والإستعداد للزواج، لتتحوّل إلى مساكنة واتصال جنسي بينهما قد يفضي إلى إنجاب أبناء.⁵⁷ ويبقى المعيار الذي يعتمده الفقهاء للتمييز بينهما، هو معيار نفسياني يتمثّل في مدى وجود تبادل للرضا بين الخطيبين على إبرام عقد الزواج، وهل تمّ الإيجاب والقبول بينهما أم لا.⁵⁸ وقد كان اتّجاه محكمة التعقيب التونسية واضحا في هذا المجال، إذ اشترطت إثبات ذلك بصورة واضحة وخاصة بإقامة الدليل على وجود حفل، ولو كان متواضعا تم خلاله الاحتفال بإبرام عقد الزواج.⁵⁹

إلا أنّ بعض محاكم الأصل وساندها في ذلك محكمة التعقيب التونسية في بعض قراراتها سعت إلى إيجاد حلّ للطفل الناشئ بين العلاقة الجنسيّة التي قد تكون ربطت بين الخطيبين أثناء فترة الخطوبة، وذلك بإظهاره بمظهر الابن الشرعي، اعتمادا على مفهوم واسع للزواج الباطل، وذلك بحصره في مجرد تبادل للرضا بين المترشحين للزواج، ووجود معاشرة ومساكنة بينهما.⁶⁰

وقد ذهب المشرع المغربي فيما يخص هذه المسألة إلى أبعد من ذلك، إذ أقر صلب المادة 156 م أ م، أنه إذا تمت الخطوبة وظهر حمل بالمخطوبة، فإنه ينسب هذا الولد للخطاب ولكن مع شرط اشتهار الخطبة بين أسرتيهما، وموافقة ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، بالإضافة إلى إقرار الخطيبان أن الحمل منهما. وهذا لا يتحقق إلا إذا وجدت

⁵⁵ - تنص المادة 5 ق أ ج على أن: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

⁵⁶ - قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 81129، المؤرخ في 17/03/1992، المجلة القضائية 1994، العدد 3، ص 62.

⁵⁷ - انظر الطيّب العنابي، من الخطبة إلى الخلية، ق ت، عدد 1، لسنة 1981، الشركة التونسية لفنون الرسم، ص 27.

⁵⁸ - انظر ساسي بن حليمة، أطروحة الدكتوراه، ص 64.

⁵⁹ - قرار تعقيبي مدني عدد 7116، مؤرخ في 20 جوان 1972، ذكر في أطروحة دكتوراه، ساسي بن حليمة ص 64.

⁶⁰ - قرار تعقيبي مدني عدد 7900، مؤرخ في 14 نوفمبر 1972، ن 1972، ق م، ص 54.

ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج.⁶¹ وتأسيسا على ذلك إذا كانت علاقة الخطيبين تحمّل في طبيّتها جميع أركان الزّواج من تبادل للرّضا بخصوص الزّواج، واتّفاق على المعاشرة والمساكنة المستمرّة بينهما، وإنفاق وظهور في المجتمع بمظهر الأزواج، ووجود حدّ أدنى من الإشهار، فمن الممكن اعتبار هذه العلاقة بمثابة الزّواج العرفي المبرم على خلاف الصيغ القانونية على معنى الفصل 36 ق ح م.

فلا مجال إذن لإكساء ابن الخطيبين بلباس الشرعية، إذ يعتبر طفلا طبيعيا في القانون التونسي، تطبيقا لأحكام الفصلين 1 و6 م أ ش. وقد أكّدت محكمة التعقيب التونسية هذا المبدأ بقرارها المؤرّخ في 2 جوان 1992 الذي جاء فيه أنّ "الفصل الأوّل من م أ ش لم يرتّب عن الخطبة زواجا ولا يقضي به، فلا يحلّ ولا يحقّ للخطيبين تجاوز حدود الخطبة، إلى الإتّصال الذي يعتبر بالنسبة لهما غير مشروع، ولا يشكّل إلّا علاقة خنائيّة لا ترتّب نسبا".⁶²

على أنّه من الممكن إثبات بنوّته استنادا لقانون 1998، وتخويله الحقوق المترتبة له عن ذلك بموجب هذا القانون، الذي يمكن اعتباره دليلا قاطعا على ما سلف بسطه من القول، بأنّه لا يمكن اعتماد أحكام م أ ش ت لإثبات نسب ابن الخطيبين، إذ لو كان المشرّع يعترف به كابن شرعيّ للخطيب، لاقتصر الأمر على تنقيح م أ ش ت، وهو ما يؤكّد تأييد المشرّع لموقف فقه القضاء الرافض لإثبات نسب ابن الخطيبين.

والجدير بالإشارة في هذا الصدد إلى أنّ المشرّع الفرنسي جعل من وجود علاقة الخطبة بين الأم والأب المزعوم، إحدى الحالات الخمس التي أوردها الفصل 340 م م ف القديم، والتي تخوّل القيام بدعوى البحث عن البنوة الطبيعية⁶³ والتي نجد من بينها أيضا علاقة المخادنة.

⁶¹ - تنص المادة 156 م أ م على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الايجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخطاب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما".

⁶² - قرار تعقيبي مدني عدد 26431، مؤرّخ في 2 جوان 1992، ن 1992، ق م، ص 183.

⁶³ - وذلك في الصياغة القديمة للفصل 340 م م ف، بموجب القانون عدد 3 لسنة 1973 المؤرّخ في 3 جانفي 1973، وقد تمّ تنقيح هذا الفصل بموجب القانون عدد 22 لسنة 1993، المؤرّخ في 8 جانفي 1993 فأصبح ينصّ على ما يلي:

ثانيا - الزواج الباطل والمخادنة

تعرف المخادنة بأنها العلاقة التي تربط بين رجل وامرأة، يتعاشران معاشرة الأزواج دون أن تكون لهما نية الزواج، بحيث يبقى كل طرف على حريته في الزواج.⁶⁴

ويتقارب مفهوم الزواج الباطل مع المخادنة، لوجود عنصر المساكنة في كلا الحالتين وعدم وجود عقد زواج صحيح مبرم بين طرفيه، غير أنّهما يختلفان من الناحيتين المدنية والجزائية. فمن الناحية الجزائية يعاقب القانون التونسي على الزواج الباطل، أو ما يسمى بالزواج على خلاف الصيغ القانونية صلب الفصل 36 مكرّر ق ح م ت، في حين لا وجود لأي نص جزائي يجرّم المخادنة، إلاّ إذا تعلق الأمر بمواقعة انثى برضاها سنّها دون العشرين سنة، تطبيقاً لأحكام الفصل 227 مكرّر م ج ت.

وقد أكّدت محكمة التعقيب التونسية على هذا الاختلاف بين علاقة المخادنة والزواج على خلاف الصيغ القانونية، بقرارها الذي جاء في حيثياته أن "الزواج العرفي وان كان في جوهره زواجا باطلا فإنه يجب أن تتوفّر فيه جميع الأركان القانونية للزواج دون عقد، ولذلك فإنّ المحكمة التي قضت بثبوت الإدانة معتبرة توفّر أركان جريمة التزوّج على خلاف الصيغ القانونية، تكون قد أخطأت تطبيق القانون".⁶⁵

أمّا من الناحية المدنية، فلا يترتب عن المخادنة أي أثر من الآثار القانونية المترتبة عن الزواج، بحيث يعتبر الطفل المولود نتيجة هذه العلاقة ابن زنا، ولا يمكنه إثبات نسبه تجاه الأب. لأنّ المخادنة تعتبر علاقة خنائية لا ترتب نسبا حسبما استقرّ عليه فقه القضاء التونسي في العديد من قراراته.⁶⁶ إلا أن هذا الموقف رد عليه من قبل كل من الأستاذ عثمان بن فاضل والأستاذ علي مزغني اللذان قالوا أنه يمكن ثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة

« la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée, la preuve ne peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves. »

⁶⁴ - G.cornu, droit civil, la famille, 2ém édition, p 72.

⁶⁵ - قرار تعقيبي جزائي عدد 37104، مؤرّخ في 4 جويلية 1991، ن، 1991، ق ج، 1، ص 116.

⁶⁶ - قرار تعقيبي مدني عدد 4339، مؤرّخ في 6 جانفي 1981، ق ت، عدد 2، 1981، ص 11.

المخادنة على أساس الإقرار أو الشهود، إذ لم يشترط الفصل 68 من م أ ش ت وجود علاقة شرعية لثبوت النسب، كما أنه لم يكتف فقط بالزواج لإثبات النسب.⁶⁷

كما أنّ بعض محاكم الأصل وساندتها في ذلك محكمة التعقيب في بعض قراراتها، أظهرت رغبة خاصة في إثبات نسب الطفل الناشئ عن علاقة مخادنة، إذ يلاحظ أنّ محكمة التعقيب سعت في هذا القرار إلى التوسّع في مفهوم الزّواج الباطل وذلك بحصره في مجرد تبادل الرّضا وإقامة علاقات جنسيّة أفضت إلى الحمل.⁶⁸

ومهما يكن من أمر فإنّ الفراغ التشريعي الذي أوجده المشرّع التونسي حول وضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزواج، هو الباعث على عدم استقرار فقه القضاء على مفهوم واضح للزواج الباطل، ذلك أنّ محاولة تحقيق مصلحة الطفل ومسايرة مقتضيات العدل والإنصاف، دفعت بالمحاكم التونسية إلى اعتماد مفهوم واسع للزّواج الباطل، سعيا منها لإثبات نسب الطفل وإظهاره بمظهر الإبن الشرعي. غير أنّه مع دخول قانون 1998 حيز النفاذ، أصبح التوسّع في مفهوم الزواج الباطل غير مبرّر، طالما أنّ هذا القانون يخوّل إثبات البنوّة الطبيعيّة وأفردها بأحكام خاصّة بها، انتفت بموجبه الأسباب الدّاعية للتوسّع في مفهوم الزواج الباطل.

3-1 الوطاء بشبهة

تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس بثابت.⁶⁹ والشبهة أقسام ثلاثة، شبهة فعل، شبهة عقد وشبهة الحكم. أما شبهة الفعل، فهي أن يواقع الرجل بامرأة على أنها زوجته، ثم يتبين أنها ليست كذلك، كأن تكون زفت إليه على أنها زوجته.⁷⁰ وفيه يعتقد الشخص جواز الفعل ويظن الممنوع جائزا. وعلة تسميتها بشبهة الفعل أن-الشبهة- اقترنت بالفعل ذاته ولم

⁶⁷ -Ben Fadhel(O), op.cit, p687, Mezghani(A), le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels, op.cit, p 657.

⁶⁸ -Ben Halima(S), La filiation naturelle en droit tunisien, Actualités juridiques Tunisiennes «L'enfant en droit privé», Faculté de droit et des sciences politique de Tunis, n°16, 2003, p28.

⁶⁹ - انظر عبد العزيز العامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، مصر، بدون طبعة، بدون سنة ص81.

⁷⁰ - انظر عبد السلام محمد شريف العالم، قانون الزواج والطلاق، جامعة قارون، ليبيا، ط1، 1990، ص275.

تقترن بمحل العقد.⁷¹ وتسمى أيضا بشبهة الاشتباه فهي في حق ظن خلاف الظاهر أصلا. أما شبهة العقد، فصورتها أن يتزوج الرجل بعقد قائم أخته أو عمته أو خالته من الرضاع، ويدخل بها بناء على ذلك، ثم يتبين بعد ذلك أنها ممنوعة عليه لأنها أخته،⁷² وعلى ذلك فإن العقد في البدء كان صحيحا مستوفيا لجميع أركانه، ثم طرأ عليه ما دل على أنه باطل لوجود مانع في المحل، فوجب فسخه قبل الدخول وبعده. أما شبهة المحل فصورتها أن يقول الرجل لزوجته: "أنت محرمة علي" ثم يطؤها في العدة.⁷³

أما عن موقف كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي حول الوطاء بشبهة كفراش نجد أن المشرع التونسي لم يتعرض لهذا النوع من الزواج، رغم أنه أساسي لمسألة ثبوت النسب، وكذلك فعل القضاء التونسي، إذ وإن كان الزواج مشمولاً ضمن مفهوم عبارة الفراش، كما عرفت محكمة التعقيب، إلا أنه لم تعرض أية قضية شخصية من هذا النوع على تلك المحكمة، حسبما يظهر من القرارات التعقيبية المنشورة حتى الآن.⁷⁴ أما فيما يخص كل من المشرع الجزائري والمغربي، فقد رتبا عن الوطاء بشبهة ثبوت النسب، ذلك ما يتجلى من خلال استحضار نصوص كل من المادة 40 ق أ ج والمادة 34 ق أ ج، إذ تحمل هذه المادة الأخيرة على أنها تخص الوطاء بشبهة، ذلك لأن الزواج بالمحرمات عد زنا يترتب عليه الحد متى تأكد علم الطرفين أو أحدهما، أما عند انتفاء العلم فنكون أمام شبهة العقد، والتي يثبت عنها النسب.⁷⁵ كما نصت المادة 155 م أ م على أنه: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل. يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا".

أما عن الشروط اللازم توافرها للإعتداد بالوطء بشبهة كفراش لإثبات النسب فهي تتمثل في ضرورة تحقق الدخول، كما لا بد أن يكون الحمل ما بين أقل مدة للحمل وأكثرها. كما يختص الوطاء بشبهة بشرط آخر هو ألا يتعمد الطرفين ذلك، بصياغة أخرى أن ينتفي

⁷¹ - انظر عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 83.

⁷² - انظر أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخرطوم، مصر، بدون طبعة، 1994 ص 499.

⁷³ - انظر عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 82.

⁷⁴ - انظر علي حسين الفطناسي، المرجع السابق، ص 48.

⁷⁵ - انظر محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 335.

عنصر العلم بالحرمة، فمتى تأكد علم الطرفين أو أحدهما عدم الحل، عد ذلك زنا والمستقر عليه أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه.⁷⁶

2- التلقيح الاصطناعي

لعل من أهم القضايا التي تستحق أن توجه إليها العناية في البحث والتأصيل، تلك التي أثارها ومازال يثيرها التطور العلمي والاكتشافات الطبية والبيولوجية، خاصة منها ما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي.⁷⁷

وقد اختار كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي أن يستفيد من التقنيات المعاصرة وأن يجد حلا لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج، فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب، حيث قام المشرع التونسي بإصدار القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي.⁷⁸ كما قام المشرع الجزائري بتضمين قانون الأسرة الجزائري، المعدل بموجب الأمر 02-05، المادة 45 مكرر التي نصت على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". وعليه ما هو موقف المشرع التونسي والجزائري منه؟ ثم كيف يمكن إثبات قاعدة الولد للفراش على هذا الأسلوب التناسلي؟.

كل هذه الاسئلة سنحاول الاجابة عليها بالتعرض لمفهوم التلقيح الاصطناعي، ولوقف القانون التونسي والجزائري من التلقيح الاصطناعي ومدى صلاحية التلقيح الاصطناعي كفراش.

⁷⁶ - انظر أحمد إبراهيم بك، أحكام الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 500.

⁷⁷ - انظر تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري، المجلة القانونية التونسية 2003، مركز النشر الجامعي، تونس، ص 48.

⁷⁸ - قانون عدد 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي عدد 63، الصادر في 7 أوت 2001.

1-2 مفهوم التلقيح الاصطناعي

إن عملية التلقيح أو الإخصاب هي التي تتم بطريقة غير طبيعية، بمعنى أنها لا تحصل بعملية الإتصال جنسي، ولكن بتقنيات دقيقة وبآليات طبية متطورة.⁷⁹ وأحدث طريقتين للتلقيح الاصطناعي هما التلقيح الاصطناعي الداخلي والتلقيح الاصطناعي الخارجي.

أما عن التلقيح الاصطناعي الداخلي، فيتم بموجب إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة بهدف الإنجاب، بواسطة حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم وتحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم.⁸⁰ ويأخذ التلقيح الاصطناعي الداخلي عدة صور، هي تلقيح الزوجة بماء زوجها، تلقيح الزوجة بماء الغير، أو تلقيحها بماء مشترك بين الزوج وغيره. وقد أثارت هذه الصور جدلاً لدى الفقهاء، إذ توصلوا إلى وجوب التفرقة بين تلك الصور من أجل تبيان حكمها القانوني، خاصة في مسألة النسب التي تعتبر إحدى الكليات الخمس التي يجب الحفاظ عليها.

أما عن التلقيح الاصطناعي الخارجي، فيلاحظ أن الفقه المعاصر قد فرق بين عملية التلقيح التي تتم بماء الزوج وبويضة الزوجة، وعملية التلقيح التي تتم باستعارة الرحم وبكل ما في حكمها.

إذ تتم عملية التخصيب الأنبوبي الخارجي، بأخذ بويضات ناضجة من المبيض بعد تنشيطه بواسطة إبر أو حقن هرمونية، وتوضع في أنبوب خاص يحتوي على سائل فسيولوجي مناسب، ثم تضاف إليها حيوانات منوية طازجة، وتترك حتى يحصل التخصيب. وعندما تصبح الزيجات ثنائية الخلية أو رباعيتها تنتقل البويضات الملقحة عن طريق المهبل

⁷⁹ - عبد الباسط خالدي، أخلاقيات الإنجاب في ظل تطورات الهندسة الوراثية، ق ت، العدد 9، نوفمبر 1998، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ص 80.

⁸⁰ - انظر سبيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء، أسبابه وعلاجه، ط 5، دار العلم للملايين بيروت، 1988، ص 7.

إلى داخل الرحم للعلوق"⁸¹. وقيل أن هذه العملية تعد في حد ذاتها جائزة، وليس هناك ما يحضرها إذا تمت وفقا لبعض الشروط والضوابط القانونية.⁸²

كما أنه يمكن إدخال في ساحة التخصيب الاصطناعي وسائل أخرى، منها خاصة عملية إجراء تلقيح خارجي في وعاء اختباريين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة مستأجرة تتطوع بحملها لقاء مقابل، ومنها أيضا إتمام تلقيح خارجي بين بويضة المرأة المستعارة وماء الزوج مع زرع بعد ذلك اللقيحة في رحم هاته المرأة.

وعليه ما هو موقف القانون التونسي والجزائري منه، ومدى صلاحيته كفراش مثبت للنسب؟

2-2 موقف القانون التونسي والجزائري من التلقيح الاصطناعي

لقد جاء القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي وكذا المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، مترجمان لتثبيت المشرع التونسي والجزائري بالضوابط القانونية، وذلك من خلال وضع الإطار القانوني الذي يجب أن تمارس فيه عمليات التلقيح الاصطناعي، وتحديد الغاية من ورائه، وهي الإستجابة إلى طلب شخصين متزوجين قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما.

والمتأمل في القانون عدد 93 المتعلق بالطب الإنجابي، يلاحظ أنه جاء في صيغة أمره وبأسلوب منعي صارم، إذ تعددت الفصول القانونية التي يستعملها المشرع بعبارة "لا يمكن" أو "يجب" أو "يمنع" إلى درجة مثيرة للإنتباه، وهو تعبير عن حرص المشرع التونسي بإحاطة عمليات الطب الإنجابي بضوابط وحدود، لا يمكن الحياد عنها، فلا تتجاوز هذه العمليات نطاق المساعدة الطبية للزوجين على الإنجاب، مع توفر سائر الشروط الأخرى التي تحيط بالإنجاب الطبيعي في نطاقه الشرعي. وقد جعل المشرع الجزائري مسألة لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي جوازية بقوله: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".⁸³ وقد

⁸¹ - انظر تاج الدين محمود الجاعوني، الانسان هذا الكائن العجيب، ج 2، دار عمان، 1993، ص145.

⁸² - انظر وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط3، دار الفكر، دمشق، 1984، ج3، ص559.

⁸³ - انظر بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، 2007، ص111.

قيد كل من المشرع التونسي والجزائري الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي بمجموعة من الشروط لابد من توافرها مجتمعة.

إذ وباستقراء كل من الفصل 4 من قانون الطب الإنجابي والفقرة 2 من المادة 45 مكرر من ق أ ج، يتبين أنه لابد من توفر علاقة زواج شرعية بين الشخصين الراغبين في الإنجاب.⁸⁴ فعلاقة الزواج الشرعية هي الإطار الذي يجب أن تتم فيه عملية الإنجاب، حيث لا يعترف التشريع التونسي والجزائري بغير علاقة الزواج، كرباط قانوني بين رجل وامرأة، فمادامت هناك رابطة شرعية ما بين الرجل والمرأة والمتمثلة في عقد الزواج، فلا يوجد إذن أي محذور شرعي إذا دعت إليه ضرورة. وتبقى الغاية واضحة من اشتراط قيام علاقة الزواج، وهي الحفاظ على الإطار الشرعي للإنجاب، ومنع اختلاط الأنساب عملا بالقاعدة الشرعية، "الولد للفراش وللعاهر الحجر". فالنسب⁸⁵ ونقاؤه من أشرف ما يتشرف به المسلم ويحرص عليه.

وبالرجوع إلى الفصل 4 وف 2 من المادة 54، نجد أن اشتراط قيام علاقة زواج بين الشخصين، دون تحديد لوضعية هذا الزواج إن كان صحيحا أو باطلا، مقترنا بدخول أم مقتصرنا على إبرام العقد لا غير، هل هو زواج مرسوم بدفاتر الحالة المدنية أم غير مرسوم.

وحيث جاءت عبارة النصين مطلقة، فإنه يمكن التأكيد على أن المشرع يكتفي بإبرام عقد زواج اكتملت فيه جميع الأركان والشروط. دون أن تكون لإجراءات ترسيم هذا العقد بدفاتر الحالة المدنية للزوجين أي تعطيل للإلتجاء إلى عمليات الطب الإنجابي، طالما أن الزواج ينعقد قانونا بمجرد تراضي الطرفين وإشهاد شاهدين، وتحرير ذلك في حجة رسمية. ولا فرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد، باعتبار أن المشرع قد رتب على

⁸⁴ - انظر عمارة الدبابي، نورالدين علاق، ملتقى الطب الإنجابي بالمنستير في 27 أبريل 2002، ص 114

⁸⁵ - "النسب: حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر من حيث أن الشخص انفصل من رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي.

فحالة: جنس معنى وكيفية قائمة بذات .

حكمية: تقديرية أو اعتبارية وهي التي يقدرها الإدراك ولا تدرك بالحس.

إضافية: أي أن تلك الحالة لا يتعلّقها الإدراك إلا بتعلّق شيئين يتعلّق مفهومهما بهما كالأبوة مثلا بين الأب وابنه..." أحمد حمد، موضوع النسب بين الشريعة والقانون لسنة 1983، الكويت، ص 18، 19.

الزواج الباطل أو المصحح بإبطاله أثارا قانونية واضحة، من بينها ثبوت النسب.⁸⁶ وقد جاء برأي اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية "أنّ الإنجاب بمساعدة طبيّة في تونس، لا يمكن ممارسته إلاّ في نطاق محدود، هو نطاق الزوجية الشرعيّة طبقا للقوانين المعمول بها وعلى الطبيب المباشر والحالة تلك أن تكون لديه قواعد واضحة سهلة التطبيق، ومن واجبه زيادة على ذلك التأكيد من هوية الزوجين ومن شرعية زواجهما".⁸⁷ وفي هذا السياق فقد تعرض مفتي الجمهورية التونسية السيد مختار السلامي إلى مسألة الولادة بواسطة التلقيح الصناعي قائلا: "هو تقدّم علمي... ولكن ذلك يقع في إطار المبادئ الأساسيّة التي يقوم عليها المجتمع والأسرة في نظر الإسلام... على أن يكون اللقاح لقاح الزوج، وأن تكون البيضة بيضة الزوجة التي تحمل الجنين، وأن يندرج ذلك في إطار عقد زواج...".⁸⁸

وقد سمح المشرّع التونسي بصفة إستثنائية، بالفصل السادس من القانون، للشخص غير المتزوج والذي يخضع لعلاج أو يستعد للخضوع إلى عمل طبي، من شأنه أن يؤثر على قدرته على الإنجاب، اللجوء إلى تجميد أمشاجه، على أنّه ربط هاته الإمكانيّة بشرط، هو أن يقع إستعمال تلك الأمشاج المجمّدة في إطار رابطة زواج شرعي، وفي نطاق الطب الإنجابي، طبقا للشروط الواردة بهذا القانون.⁸⁹ كما اشترط كلا القانونين توفر الرضا، إلا أنه وإذا كان الرضا لازما، فإنّه يجب أن يصدر أيضا عن إرادة حرّة، خالية من أي عيب من عيوب الإرادة التي نظمها القانون المدني كالإكراه والغلط والتدليس.⁹⁰

ويضيف كلا القانونين ضابطا آخر، هو أن يكون التلقيح في حياة الزوجين. حيث يشترط الفصل 4 من القانون التونسي المتعلق بالطب الانجابي، والفقرة 4 من المادة 45 مكرر من ق أ ج أن يكون الزوجان الراغبان في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي على قيد

⁸⁶ - انظر أبو زيد محمد محمد، تحديث قانون الإثبات "دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب"، القاهرة بدون ط، 2004، ص 211.

⁸⁷ - رأيان للجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية، الإنجاب بمساعدة طبية، ق ت، عدد9، 1998، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس ص 67.

⁸⁸ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 45.

⁸⁹ - انظر بلقاسم كريد، سمير معتوق، الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الاصطناعي، ق ت، عدد1، 1992، مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 53.

⁹⁰ - انظر عامر المقيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي"، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2001 ص 19.

الحياة. وذلك حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال طريقة بنوك النطاف المجمدة، نظرا لما قد ينجر عنها من فساد واختلاط في الأنساب ونظرا لكون العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة من جهة أخرى، وبالتالي لا يجوز أن تلحق المرأة بنطاف زوجها تلقيحا اصطناعيا ويلحق به نسب والعلاقة الزوجية تكون قد انتهت وانتهت، كما أنه لا نسب بعد الوفاة بانقضاء أقصى مدة الحمل⁹¹. فهذا شرط بديهي باعتبار أن الطب الإنجابي يهدف إلى الإستجابة لطلب شخصين متزوجين، وبناء على طلب كتابي منهما قصد إعانتها على الإنجاب، مما يفترض معه بدهة أن يكون الطلب صادرا عن شخص على قيد الحياة. لكن هذا الشرط يطرح إشكالية في الحالة التي يكون فيها الشخص عبّر في قائم حياته عن رغبته في اللجوء لعمليات التلقيح الاصطناعي، بمقتضى مطلب كتابي أو بطلب تجميد أمشاجه طبق الفصل 6 من قانون عدد 93، ثمّ داهمه الموت قبل الشروع في تلك العمليات، فهل من الجائز المواصلة والإستمرار في هذه الأعمال الرامية للإنجاب، أم أنه يتعين التوقف عنها بمجرد وفاة أحد الزوجين.

يلاحظ أنه بمجرد تعهد الطبيب بأعماله، فإنّه قد يلجأ إلى عديد العمليات قبل أن يتحقق الحمل وخلال هاته المرحلة قد تحصل وفاة أحد الزوجين، مما يتعين معه التوقف عن الأعمال المشروع فيها، وفي صورة ما إذا سبق تجميد الأمشاج ثمّ حصل الموت، فإنّه يتعيّن على الطبيب التوقف عن أعماله وكذلك إتلاف تلك الأمشاج المجمّدة.⁹² لكن يبقى السؤال قائما عن الآثار المترتبة عليها في حالة وقوع الإنجاب لسبب من الأسباب، كتحايل المرأة على الطبيب وإخفائها لحقيقة وفاة زوجها؟

قد اختلف الباحثون بشأنها، فذهب إتجاه أول إلى القول أنّه إذا وقع هذا فعلا، أي تحققت هذه الصورة وولد منه ولد، فالظاهر أنّ هذا الولد يكون بلا نسب أبوي لأن مصدر النطفة لم يبقى زوجا. وذهب إتجاه ثان إلى القول بجعل الولد المتخلق عن هذه الصورة ثابت النسب من صاحب المنى ولكن دون ميراث.⁹³ كما يمكن القول أن حصول النسب

⁹¹ - انظر بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 118.

⁹² - رأيان للجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية، الإنجاب بمساعدة طبية، ق ت، عدد9، 1998، ص68.

⁹³ - انظر سعد مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية "دراسة فقهية مقارنة"، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، بدون ط، 2002، ص132.

مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإن انفسخ هذا العقد بموت أو بطلاق ولم يكن هناك حمل قبلهما، فحدوثة بعدهما يلغي النسب، إذ بالوفاة تنقضي الزوجية ويصبح الزوج المتوفي أجنبيا عن أرملته، فإذا لقحت الأرملة نفسها بهذا الماء المحفوظ فهو شبيهة بالزنا، لا ينسب للزوج المتوفي وإنما لأمه فقط، وتترتب عليه الآثار التي سبق بيانها في الصورة الممنوعة قانونا. وتجدر الملاحظة أن الحكم بالفقدان يرتب نفس الآثار القانونية للموت الفعلي فصدور هذا الحكم يوجب ترتيب الأثر كذلك، بإيقاف عمليات الطب الإنجابي وإتلاف الأمشاج أو الأجنة المجمدة.

كما رأى كل من المشرع التونسي والجزائري منع التلقيح الاصطناعي عن طريق استعمال الأم البديلة، فنص الفصل 15 من القانون المتعلق بالطب الإنجابي على أنه: "لا يمكن بأي صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي، استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين"، ونصت الفقرة 5 من المادة 45 مكررة على أنه: " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". وذلك حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر، لأن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية بل معنى الأمومة إنما يكمن في الحمل أساسا، ولذلك قال الله تعالى: "ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن"،⁹⁴ وقال الله تعالى: "حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"⁹⁵، فربط القرآن بين الحمل والأمومة، فالتى تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر، فتعين من باب سد الذرائع درأ المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آنية، لأن المفسدة أكبر.⁹⁶

وفي هذا يقول الأستاذ تشوار الجيلالي: "فمن الملاحظ أن إنابة الأمومة يمكن أن تعد طبقا للعمليات السابقة، سبيلا ناجعا ليس بالنسبة للزوجين فحسب، بل حتى بالنسبة لغير الزوجين، وللمرأة الواحدة غير المتزوجة. لكن يلاحظ أيضا أن المشاكل المنبثقة عن هذه التقنية عديدة ومتنوعة في الميدان القانوني، وذلك بصرف النظر عن التعقيد البيولوجي والبيسيكولوجي للتنسيقات النسبية الناتج عنها، والمأساة الاجتماعية الناجمة

⁹⁴ - الآية 14 من سورة لقمان.

⁹⁵ - الآية 15 من سورة الأحقاف.

⁹⁶ - انظر بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص113.

عنها، كإخلاف القائم بين المرأة محل الحمل والزوجين على حقهما تجاه الطفل" ويضيف قائلاً: "إذا ألقينا نظرة على هذه المشاكل نجدتها تختلف باختلاف أحوال الطفل والمرأة، مؤجرة البطن والزوجين. لقد أعلمنا أنه في بعض الحالات قد قررت مؤجرة البطن الاحتفاظ بالطفل، وإن هذا الأخير كان في حالات ثانية طفل زوج مؤجرة البطن، وفي حالات ثالثة أن الأم الحاملة وكذا الزوجين رفضوا أخذ الطفل لأنه مشوه".⁹⁷

وعلى هدي هذه المبادئ القانونية، سارت سابقا وزارة الصحة والسكن في الجزائر في قرارها رقم 39 الصادر في 4 سبتمبر 1994، المتضمن إنشاء "مركز التنظيم العائلي" على مستوى المراكز الاستشفائية الجامعية، حيث أكدت الفقرة الثامنة والمادة الثالثة منه، على إنشاء مركزا للإنجاب عن طريق المساعدة الطبية من أجل القضاء على العقم. وتطبيقا لذلك، تم إنشاء بالمركز الاستشفائي الجامعي بالجزائر العاصمة، مركزا متخصصا في الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية بمقتضى القرار رقم 97 الصادر عن وزارة الصحة والسكن في 4 سبتمبر 1995.⁹⁸

2-3 مدى صلاحية التلقيح الاصطناعي كفراش

يلاحظ أن التوالد بواسطة التلقيح الاصطناعي بماء الزوج أضحى أمرا مقبولا تشريعيًا وعليه ما مدى صلاحيته كفراش مثبت لنسب الطفل الناتج عنه؟

إذا كان الطفل المولود بإحدى تقنيات التلقيح الاصطناعي، طبقا للشروط المنصوص عليها صلب كل من القانون التونسي عدد 93 المتعلق بالطب الأنجابي، والمادة 45 مكررا من ق أ ج. فإنه يلتحق بأبيه من حيث النسب، لأنه من مائه ولتحقق الفراش. غير أن ثبوت النسب هنا يستلزم بالضرورة ترتب بقية الآثار عليه، وهي حصول التوارث بين الطفل ووالديه، ووجوب النفقة وبقية الحقوق الأخرى كالرضاع.

أما إذا ولد الطفل بغير الطرق المباحة للطب الإنجابي، كأن تكون الزوجة قد لقحت بنطفة رجل أجنبي عنها، فإن هذا الولد المتخلق من هذه العملية، لا ينسب إلى زوج

⁹⁷ - انظر تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 110، 111.

⁹⁸ - انظر تشوار حميدوزكية، المقال السابق، ص 56.

هذه المرأة مطلقا، لأنه ليس من مائه. ولا يجوز كذلك أن ينسب إلى الرجل الذي أخذ منه الماء، إذ أنه لا عقد نكاح يربط بينه وبين هذه المرأة، وبالتالي فإنه ينسب إلى هذه الزوجة فقط، كولد الزنا تماما الذي ينسب هو الآخر إلى أمه لأنه غير ثابت النسب للأب، ولا شك أنه إذا ألحق نسبه بأمه، ثبتت بينهما جميع أحكام البنوة والأمومة من حرمة النكاح وحرمة المصاهرة والنفقة والميراث فترثه أمه ويرثها هو.

مع العلم أنه توجد تقنيات أجنبية منظمة لعمليات التلقيح الاصطناعي تضر بحقوق الطفل تجاه الأسرة، من ذلك أن القانون الفرنسي المؤرخ في 4 جويلية 1994 يسمح بالتلقيح الأجنبي، أي الذي يكون فيه أحد المائين أو كليهما أجنبيا، والأغرب من ذلك أنه يشترط إبقاء إسم المتبرع مجهولا، وبالتالي لا يمكن إقامة رابطة نسب بين الطفل والمتبرع، وهو ما كرّسه فقه القضاء الفرنسي قبل سنّ القانون المذكور، فقد اعتبرت محكمة الإستئناف بباريس⁹⁹ أن الأب القانوني لا يمكنه اللجوء للقضاء، لنفي نسب الطفل باعتبار انتفاء العلاقة البيولوجية بينه وبين الطفل، وعليه يصبح هذا الطفل فاقدًا لرابطة النسب بأبيه البيولوجي، وفي ذلك ضرر جسيم للطفل. وتضيف ذات المحكمة أن للأب القانوني في صورة إعتزاه القيام بدعوى نفي نسب الطفل، أن يثبت أن هذا الطفل هو نتيجة لعلاقة خنائية ربطت زوجته بشخص أجنبي، إذ يحجر أن يستند في مثل هذه الدعوة إلى أن الطفل هو نتيجة "لتلقيح أجنبي".¹⁰⁰ ولئن خيّر المشرع الفرنسي ضمان نسب واضح ومستقر للطفل، وإن لم يكن حقيقيا، وهو موقف وجيه منه حتى لا يكون الطفل محل تنازع بين أبويه البيولوجي والقانوني.

وتجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يطرح إشكالا هاما، يتعلق بنسب الطفل الناتج عن خلط الأنابيب ببعضها. فحتى وإن كان احتمال خلط الأنابيب ببعضه احتمال نادر الوقوع، لكن من الناحية النظرية والأكاديمية المسألة مطروحة، خاصة أنّها كما سنبين لاحقا قد وقعت في عديد الدول.

فبالنسبة إلى نسب الطفل الناتج عن خلط الأنابيب ببعضها، نقول أنه من المتعذر الوصول إلى معرفة الحكم القانوني لهذه المشكلة، إلا بعد معرفة موقف الفقه الإسلامي

⁹⁹ - Dalloz 1991 p. 562

¹⁰⁰ - Tribunal De Grande Instance De Bobigny, 18/01/1990, Dalloz 1990, II, p 332.

منها. فالخلط عمل مادي قام به الطبيب المختص، إذ لقحت المرأة بماء غير زوجها خطأ. وإن كان الفقه الإسلامي يعرف مثيلاً لها، كما هو الحال في وطء الشبهة. وعليه نقسم الكلام في هذه المشكلة إلى نقطتين إثنين لنعرف أبعادها.

أولاً - موقف الفقه الإسلامي

إن الفقهاء المسلمين قد عرفوا ما يشبه التلقيح الإصطناعي وسموه استدخال المني، وقد وضع له الفقهاء شروطاً وأحكاماً، من ذلك أن المالكية اعتبروا وجود المني على فرج امرأة مع بقاء بكارتها يمكن معه الحمل، فإن استدخال المني بالطرق الطبية الحديثة يؤدي إلى الحمل من باب أولى. ومعه نستطيع أن نقول أن المالكية مع الإتجاه الفقهي العام، القائل بأن استدخال المني كالوطأ يثبت به النسب.¹⁰¹

ثانياً - موقف القانون

إن المشاكل القانونية التي يثيرها هذا الخلط في الأنابيب، غير مقننة عند كل من المشرع التونسي والجزائري على عكس التشريعات الأجنبية.

ففي الفقه الأمريكي فإن بعضاً منه يشير إلى أن قانون توحيد السلالة لسنة 1973 له آثار عكسية، حيث سيؤدي إلى إعلان زوج الأم أبا قانونياً ويحرم في نفس الوقت مانح النطفة من تثبيت حقوقه على هذا الطفل، باعتباره أبا بيولوجياً. غير أن القضاء الأمريكي قد خفف من حدة هذه الإنتقادات، إذ فسر رضا الزوج بتلقيح زوجته بنطفة مانح أجنبي، كما لو أنها تعادل التبني.¹⁰²

يفهم من هذا أنه إذا حصل مثل هذا الخطأ، في تخلق هذا الطفل عن طريق خلط هذه الأنابيب ببعضها، فإن الطفل سينسب إلى والديه، إذ أن المادة الأولى من نفس القانون، تتحدث عن علاقة الطفل بأبيه بلغة يستشف منها أن هذا الرأي يفرض نفسه. في حين نصت المادة 23 من هذا القانون، على مجموعة من القواعد الإجرائية لتسجيل

¹⁰¹ - الشبهة إما أن تكون شبهة الفعل كمن يظاً امرأة يظنها زوجته، أو شبهة المحل، عبد الكريم المدرس، الأنوار القدسية في الأحوال الشخصية، 1990، مطبعة الجاحظ، بغداد، ص 19.

¹⁰² - Barry Furrow, Sandaar Jonhson, Timotily, Jost, Robert, L. Schwart, Healthlaw, p 799.

هذا الطفل المتكون من مني غير الزوج في سجلات الولادة، منها أن مسجل الولادات يهيء شهادة ولادة معدلة طبقاً لأمر من محكمة نفس الولاية، أو بطلب من محكمة ولاية أخرى.¹⁰³ وإلى أن هذا السجل يعتبر دليلاً قوياً في الإثبات.

أمّا في الفقه الفرنسي فهناك اتجاهها يذهب إلى أن إخصاب امرأة بمني شخص أجنبي عنها يعتبر عملية تزوير في شهادة الولادة، وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية. وإذا كان هناك من يقول أنه إذا عرف الزوج، ووافق على تلقيح زوجته اصطناعياً من شخص آخر فلا أحد يستطيع أن يقول أن هذا الطفل الذي ولد ليس ابن الزوج. وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة "Reinne" الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1945/7/18 قالت فيه: "أن القضاة ليس لهم أن يحكموا على الكيفية أو الظروف التي ولد فيها الطفل، وإذا علموا أن الطفل له أم متزوجة، فالابن هو إذن ابن لذلك الزوج". ويبدو أن للزوج الآن الحق في إنكار البنوة قضائياً، إذا كانت لديه من الأدلة بما يثبت أنه ليس أباً للطفل، إذ أن المادة 312 من القانون المدني الفرنسي تقرّر "أن الطفل الذي يولد أثناء الزواج يكون ابناً للزوج".¹⁰⁴ فالزوج له أن ينفي هذه القرينة القانونية بإثبات عكس ذلك، إذ أصبح بالإمكان ومنذ تشريع قانون 1973/1/3، قبول دعوى الإنكار من طرف الزوج الذي سمح لزوجته أن تخصب اصطناعياً من شخص ثالث.¹⁰⁵

ب- القرائن المؤثرة في الفراش

يعتبر الفراش قانوناً قرينة على أن الولد من الزوج، متى اجتمعت فيه شروط من شأنها أن تمهض حجة على إمكانية ولادة طفل شرعي للزوجين. وذلك على أساس أنه ليس لغير الزوج أن يستحل زوجته. وتتمحور هذه الشروط حول أقل مدة الحمل وأقصاها، وإمكان حمل الزوجة من زوجها. وبالتمعن في هذه الشروط يتبين أنها تعكس معطيات

¹⁰³ - الفقرة أ من نفس القانون حيث تقول:

A- Upon order of a court of this state or upon request of a court of another state, the registrar of births shall prepar an amended hirth registration (a new certificate of birth) consistent with the fendings of the court and shall substitute the new certificate for the original certificate of birth.

¹⁰⁴ - A312: « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ».

¹⁰⁵ - Jean(L), Guide du droit de la famille, édition France loisirs, 2000, p45.

علمية، من شأنها اعطاء أوفر الضمانات لإثبات الحقيقة البيولوجية للولد المنسوب لزوج أمه.¹⁰⁶

وعليه ارتأينا دراسة مدة الحمل(1). كما أن هناك مسألة لاتقل أهمية عن سابقتها وهي مسألة انكار نسب الطفل المتكون أثناء الزواج (2)، إذ كان من الضرورة بما كان عرض المشاكل الناتجة عن ذلك وتبيين طرق الإثبات فيها.

1- مدة الحمل

تعد مدة الحمل ذات أهمية بالغة في تقدير استلحاق الابن بأبيه أو نفيه عنه. والحمل وفقا للتفسير البيولوجي العلمي، هو امتزاج حيوان منوي ذكري ببويضة أنثى، ينتج عن هذا الاتحاد بويضة ملقحة تعد بداية لخلق كائن جديد.¹⁰⁷ وتقدير مدة الحمل يكون في الفترة الممتدة بين التلقيح والوضع. وفي هذا الصدد نميز بين حالة أقصى مدة الحمل، والتي كانت ولاتزال محل خلاف بين أئمة المذاهب الفقهية، وحتى الأخصائيين من الأطباء، وبالضرورة الاختلاف بين التشريعات الوضعية. وكذاك أدنى مدة الحمل والمقدرة بستة أشهر، وهي مدة ثابتة ومتفق عليها بين جميع العلماء على اختلاف مشاربهم، ذلك لوجود النص القرآني الذي يقضي بذلك إذ قال تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة."¹⁰⁸ ، وقال سبحانه: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا".¹⁰⁹

وقد حدّد كل من المشرّع التونسي، الجزائري والمغربي المستفيد من قرينة الفراش معتمدا على ربط هذه القرينة بالمدة القانونية للحمل، بحيث يعتبر طفلا شرعيا، الطفل المولود بعد مرور أدنى مدّة للحمل من تاريخ قيام الزوجيّة، أو المولود خلال أقصى مدّة للحمل من تاريخ غيبة الزوج أو وفاته أو من تاريخ الطلاق. إذ اتفق كل من المشرع التونسي الجزائري والمغربي على مدة 6 أشهر كأدنى مدة للحمل في كل من الفصل 71 من م أ ش ت والمادة 42 من ق أ ج، وكذا المادة 154 من م أ م ف 1. وقد تبني كل من القضاء التونسي، الجزائري والمغربي هذا الاتجاه في العديد من قراراته، حيث أكدت هذا المحكمة العليا

¹⁰⁶ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص52.

¹⁰⁷ -Abdou (B), votre future bébé, Dahlab, Algérie, 1994, p31.

¹⁰⁸ - سورة البقرة، الآية 233.

¹⁰⁹ - انظر محمد أبو زهرة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص285.

الجزائرية في قرارها بقولها: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثمة فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش. ولما كان كذلك، فإن النعي عن القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض".¹¹⁰ ولئن كان تحديد أدنى مدّة للحمل لم يطرح اشكاليات كبيرة، فإنّ بيان أقصى مدّة للحمل، أدّى إلى تباين في الآراء لعدم وجود نص في القرآن ولا في السنة يحدّده.

فقرر المشرع الجزائري ضمن المواد 42 و43 من ق أ ج، أن أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. وأكدت المحكمة العليا هذا، حيث قضت أنه "ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدته 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"¹¹¹. وحسنا فعل المشرع الجزائري في تبنيه لعشر أشهر كأقصى مدة حمل، إذ يوجد في البحوث العلمية ما يؤيد ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث ثبت علميا أن الحد العادي والطبيعي للحمل هو 9 أشهر. ولا يمكن للجنين أن يتجاوز هذه المدة إلا بشهر على الأكثر، إذ ثبت أن الجنين إذا ما زاد عن هذه المدة فإن ذلك يؤدي إلى تلف المشيمة التي تزود الجنين بالغذاء، مما يجعل الجنين يعاني من المجاعة الأمر الذي يؤدي إلى وفاته.¹¹²

أما المشرع التونسي والمغربي فقد قررا أن أقصى مدة حمل، سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة، إذ نص المشرع التونسي ضمن الفصل 35 من م أ ش ت أن أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة، وأكد ذلك الفصل 69 من م أ ش ت. كما نص المشرع المغربي ضمن المادة 154 من م أ م ف 2 على أنه: "...إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق". وقد أكدت هذا محكمة التعقيب التونسية إذ قضت أن "ولادة الطفل في بحر مدة تقل عن عام من تاريخ الحكم بالطلاق يثبت به النسب".¹¹³

¹¹⁰ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، عدد 1، 1990، ص 86.

¹¹¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم 222674، المجلة القضائية، عدد 1، 1999، ص 126.

¹¹² - انظر خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - الدراسة الفقهية المقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، بدون طبعة، 2004، ص 122.

¹¹³ - قرار تعقيبي مدني، عدد 27777، 26/01/1993، ق ت، عدد 1، 1998، ص 156.

وعموماً فإنَّ أغلب الحلول التي أوردها المشرع التونسي، الجزائري والمغربي لبيان أقصى مدّة للحمل، يبرز من خلالها مراعاة الجانب الإنساني والرغبة الواضحة في حماية الطّفل من الظهور بمظهر ابن الزّنا، لما قد يسببه له ذلك من الحرمان من حقوق الطّفل الشرعي. وبالتالي فإنّ الولادة إذا كانت خلال مدّة سنة أو 10 أشهر من تاريخ الفرقة، ثبت نسب الطّفل من الزوج. كما يثبت نسبه أيضاً إذا لم ينكره الزوج أو كل من له مصلحة في ذلك ولو ولد الطّفل بعد مرور هذه المدّة. وهو ما يعبر عن رغبة المشرّع في الحفاظ على رابطة النّسب وحماية حقوق الطّفل ومصلحة العائلة الشرعية، ما دام من له مصلحة شرعية في إنكار النسب قد رضي باكتساب الطّفل للنسب الشرعي رغم ولادته إثر أقصى مدّة للحمل.¹¹⁴

2- إنكار نسب الطّفل المتكون أثناء الزواج

إذا ولد الطّفل لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج، أو لأقل من 10 أشهر أو سنة بعد حل الزواج. يثبت نسب المولود من الزوج ويعتبر الحمل حاصلًا من وقت قيام الزوجية. لكن قد يحصل أن يدعي الزوج عدم انتساب هذا الولد له، فيقوم بنفيه. وقد أعطى كل من المشرع التونسي الجزائري والمغربي، إمكانيّتين لنفي نسب هذا الولد العالق بأبيه من زواج بحسب الأحوال التي بينها، وردت أحكامها في كل من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، قانون الأسرة الجزائري وكذا مدونة الأسرة المغربية. فنصت المادة 41 من ق أ ج على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، كما جاءت احدهما بالفقرة الأولى من الفصل 69 من م أ ش ت، وكذا بالمادة 154 من م أ م. والأخرى وردت بالفصل 75 من م أ ش ت وكذا بالمادة 153 من م أ م.

وعليه فالزوجية القائمة بين الزوجين والمعبر عنها كما بينا بقريّة الفراش، لها حجية قاطعة في إثبات النسب، متى توافرت شروط ثبوته، كوجود الإتصال والتلاقي بين الزوجين. أما إذا ثبت عدم الاتصال بين الزوجين من حين عقد الزواج، وجاءت الزوجة بولد، فكيف يلحق بمن لم يبين بأمّاته ولا دخل بها، وهذا مدلول عدم صيرورة المرأة فراشاً إلا بالتلاقي.¹¹⁵ ويكون الأمر كذلك إذا نفي الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم منه وهو ما يعبر

¹¹⁴ - ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 55.

¹¹⁵ - انظر ساسي بن حليلة، وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس، المقال السابق، ص 11.

عنه الفقهاء باللعان. وولد اللعان هو الذي نفي الزوج نسبه منه وأنكره بعد قذف أمه بالزنا.

فالفراش لا يحمي النسب في هاتين الصورتين، مما يجعل الطفل دوما عرضة لقطع نسبه وهاتان الصورتان التي جاء بهما المشرع التونسي، الجزائري والمغربي.¹¹⁶ اتسمتا بشيء من الغموض، الأمر الذي يتعين علينا توضيحه بضبط مفهومهما وتبيان كيفية انكار النسب من خلالهما.

1-2 عدم التلاقي أو عدم الاتصال

قد قرر كل من المشرع التونسي، المغربي والجزائري ضمن نصوص المواد 41 من ق أ ج و154 من م أ م، وكذا الفصل 69 من م أ ش ت، أنه لا يثبت عند الإنكار ولد زوجة ثبت عدم الإتصال بينها وبين زوجها. ويؤخذ من الفصل 69 م أ ش ت، أن المشرع التونسي قد اعتمد حلا وسطا فيه تشوف لسترا الأعراض وحفظ الولد من الضياع، فقرر ثبوت نسب المولود من زوج أمه بمجرد العقد الصحيح، دون اشتراط ثبوت التلاقي الحسي. بيد أنه أقر إمكانية نفي نسب الطفل وانكاره بمجرد اثبات الزوج عدم تلاقيه مع زوجته، ودون حاجة للجوء إلى اللعان، وذلك كأن يدلي الزوج بما يفيد عدم تواجده بالتراب التونسي في الفترة التي يمكن أن تكون قد تم فيها الحمل، أو كأن يكون بالسجن لما حملت زوجته.¹¹⁷

وقد توسع فقه القضاء التونسي في مدلول امكان التلاقي، ليعتبره في امكان حمل الزوجة من زوجها، وامكان حدوث العلق من مائه، وقضى بنفي نسب مولود لزوج أمه رغم ما ثبت بينهما من تلاقي حسي باقرارهما، لما ثبت طبيا عدم قدرة الزوج على الإنجاب لعاهة خلقية فيه، وهو ما يؤكد اعتماد القضاء للأمور العلمية لتثبيت ودعم القاعدة الأصلية في مجال إثبات النسب.¹¹⁸

¹¹⁶ - انظر تشوار جيلالي، الحماية الإرتيابية للطفل في مسألة النسب في قانون الأسرة الجزائري، م ق ت، عدد2،

2002، مركز النشر الجامعي، تونس، ص32.

¹¹⁷ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص56.

¹¹⁸ - قرار تعقيبي رقم6143، 18 جويلية 1968، القضاء والتشريع، 1969، ص271.

ومهما يكن من أمر فإن نفي النسب لعدم التلاقي، لا يمكن اثباته بسهولة، فالأمر يتعلق بإثبات واقعة سلبية. لذا خول القانون طريقة ثانية للزوج، هي طريقة اللعان لنفي النسب، فهي أكثر الطرق اتباعا من القضاء لنفي النسب، فما هي هذه الطريقة؟

2-2 اللعان

قد تعرض كل من الفصل 75 من م أ ش ت والمادة 41 من ق أ ج، ضمنيا لللعان بخلاف المادة 153 من م أ م التي أتت على ذكر اللعان صراحة كطريقة من طرق الطعن في الفراش لنفي النسب. حيث نص الفصل 75 من م أ ش ت والمادة 41 ق أ ج على اعتماد الوسائل الشرعية لنفي النسب، ويعتبر اللعان أحد هذه الوسائل.¹¹⁹ وقد أكدت محكمة الإستئناف بصفاقس صراحة على مدلول الفصلين 75 و76 من م أ ش ت اللذين يراد بهما اللعان، وذلك في احدي القضايا التي عرضت أمامها في نفي النسب¹²⁰ والتي جاء فيها "أن مجال تطبيق الفصلين 75 و76 من م أ ش ت، هو وجود الفراش بصفة ثابتة، ونفي الزوج الحمل الظاهر بزوجه والولد اللازم له، وهي صورة اللعان الواردة بالفقه الإسلامي، بدليل النتيجة المترتبة عن ذلك، الحتمي تطبيقها في صورة ما إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام ذلك الفصل، وهي الفراق الأبدي بين الزوجين"، وهو ما أكدته محكمة الإستئناف بسوسة¹²¹. وهذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية بأحد قراراتها، حيث جاء فيه "من المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد، لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل".¹²²

وقد عرف العديد من فقهاء المسلمين اللعان، وإن اجتمعت أراؤهم حول مفهومه إلا أنهم اختلفوا في شروطه، ومن ثمة في آثاره، لاختلافهم في طبيعته القانونية. فاللعان لغة هو مطلق الطرد والإبعاد من رحمة الله،¹²³ ويعرفه الأستاذ بدران أبو العينين بدران أنه:

¹¹⁹ - انظر ساسي بن حليمة، وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس، المقال السابق، ص96.

¹²⁰ - استئناف صفاقس، عدد 636، 20 جوان 1973، غير منشور.

¹²¹ - استئناف سوسة، عدد3411، 17 جانفي1974، ق ت، 1974، ص8.

¹²² - الملف رقم 172379، بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 15.

¹²³ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص62.

"شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج والغضب من جانب الزوجة،¹²⁴ قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها".

واللعان بالنسبة لنفي نسب المولود، هو وسيلة إثبات ظنية، إذ أنه من المستحيل على الزوج حتى ولو كان صادقا في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا، أن يجزم قطعاً أن الولد ليس منه، مما جعلهم يقررون شروطاً لإعمال هذا الإجراء، إذا كان محله نفي النسب ضماناً لحفظ الولد من الضياع وجعلوا آثاره محدودة بالنسبة للولد المنفي نسبه خوفاً من اختلاط الأنساب،¹²⁵ وعليه فنفي النسب باللعان لا يصح إلا بشروط نوردتها فيما يلي:

ضرورة إحترام أجل أسبوع من تاريخ الولادة، ولو أنه لا يوجد أي نص تشريعي يقضي بذلك. إلا أنه يمكن التعويل على اجتهاد القضاء، منه اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية، ونذكر من ذلك القرار رقم 35934 بتاريخ 03 ديسمبر 1984 القاضي بأنه "من المقرر شرعاً أن دعوى اللعان لا تقبل ولوليم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، يكون باطلاً القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي اثنا عشر يوماً من علمه بوضع زوجته لحملها".¹²⁶

أما المبدأ الثاني فهو ألا يكون أقر قبلاً بنسب الابن له، لا صراحة ولا ضمناً. والشريعة الإسلامية لما قالت بهذا، إنما أسسته على قاعدة إحياء الولد، وفيه حفاظ أكثر على مصالحته، وسد لباب إنكار الولد والطعن في أمه. ومن الناحية القانونية فإن الإقرار ينشأ مراكز قانونية وحقوق. ثم ولما يرجع المقرر في إقراره فإنه يمس بهذا المركز القانوني. هذا ويشترط في المتلاعنين أن يكون كلا منهما أهلاً للشهادة، وأن يكون كلا منهما مسلماً، عاقلاً، بالغاً، ناطقاً غير محدود في القذف.¹²⁷

¹²⁴ - انظر بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، بدون طبعة، 1967، ص 450.

¹²⁵ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 62.

¹²⁶ - انظر بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 51.

¹²⁷ - انظر محمد معي الدين، المرجع السابق، ص 128.

وتجدر الملاحظة أن نسب الطفل لا ينتف بمجرد توافر الشروط المطلوبة، بل لابد أن يصدر به حكم قضائي. كما أن صدور حكم الملاعنة، لا يعني أن الطفل يصبح مجهول النسب. إذ يذهب المشرع التونسي والمغربي، الفصل 75 من م أ ش ت والمادة 153 من م أ م إلى أن نفي النسب لا يكون بمجرد ادعاء الزوج، وإنما لابد أن يصدر به حكم قضائي. إذ تتمثل مهمة القاضي في التأكد من توافر الحقائق التي يدعيها الزوج والأدلة التي يستند إليها في دعواه، ومدى قوتها وصدقها. في حين يقتصر دوره في حالة عدم توافر الأدلة واصرار الزوج على اتهام زوجته، ونفي الطفل الذي ولد على فراشه، مع عجز الزوجة على تقديم الأدلة التي تثبت عدم صدق دعوى زوجها، على التأكد من توافر شروط اللعان، بعدها يصدر حكمه.

ولا يختلف موقف المشرع الجزائري عما ذهب إليه المشرع التونسي والمغربي رغم عدم وجود نص صريح يقضي بذلك. وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها "يستوجب نقض القرار الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود، إذا ما اعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها، ذلك أن هذا التبرير ليس دليلاً شرعياً على عدم الحمل".¹²⁸ وهو ما أكد عليه قرار آخر "من المقرر أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو بيوم واحد..."¹²⁹ وفي هذا القيد حماية للطفل من أن يصبح ابن زنا. أما عن آثار اللعان فقد أجمع على أنه قطع النسب بين الولد والزوج وإلحاقه بأمه، بيد أن هذا القطع ليس كلياً إذ أن الولد لا يعتبر أجنبياً عن الزوج إلا بالنسبة لأحكام الميراث والنفقة.¹³⁰

ومن هذا المعطى يؤخذ جلياً أن النظام الشرعي ولئن قرر أن اللعان هو إجراء ينتفي به النسب، إلا أنه ولصبغته الظنية، احتيطة في اعتماده وفي إطلاق آثاره بالنسبة للعلاقة بين الملعان والولد المنفي نسبه.¹³¹ إذا واعتماداً على ما تقدم وطالما لا مانع شرعي من

¹²⁸ - م، ع، غ أ ش، ملف رقم 35934، 1985/02/25، مجلة القضاء، 1989، العدد الأول، ص 83.

¹²⁹ - م، ع، غ أ ش، ملف رقم 35992، 1985/03/11، مجلة القضاء، 1989، العدد الأول، ص 86.

¹³⁰ - انظر محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 2، ص 605.

¹³¹ - انظر ماجدة بن جعفر، المقال السابق، ص 65.

اعتماد وسائل أخرى ثبت صحتها عمليا تعد من قبيل تتبع الأثر. أن نهل من العلوم الحديثة ونعتمدها كإجراء في هذا المجال. هذا ما سيأتي تفصيله لاحقا.

وعليه إنّ الطفل المستفيد من قرينة الفراش، هو مبدئيا الطفل المولود بموجب عقد زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة، ولد قبل مرور 10 أشهر أو سنة من انفصال الرابطة الزوجية أو بعد ذلك، شرط عدم إنكاره من طرف الزوج. وكذلك الطفل المولود بعد ستة أشهر من قيام الرابطة الزوجية. أمّا الطفل الذي ولد خارج هذه الآجال أو لا وجود لعقد زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة بين والديه، فلا يتمتع بقرينة الفراش ويعتبر نسبه مقطوعا من أبيه، ولا يبقى له سوى الاعتماد على الإقرار أو البينة لإثبات بنوته حسب رأي الأستاذ عثمان بن فاضل والأستاذ علي مزغني¹³² أو للارتقاء متسترا لمنزلة قريبة من الابن الشرعي حسب ما ذهب إليه الأستاذ ساسي بن حليلة، أو القيام بدعوى إسناد اللقب العائلي التي جاء بها المشرع التونسي طبق قانون 1998، مادام المشرع التونسي لا يشترط قرينة الفراش في هذا القانون لإثبات البنوة.

المطلب الثاني: الإقرار كأداة لارتقاء الطفل الطبيعي لمنزلة قريبة من الابن الشرعي

إن القراءة المتأنية لكل من الفصل 68 و70 من م أ ش ت والمواد 153 و158 من م أ م سيما المادة 145 م أ م، والمواد 40 و44 من ق أ ج، تدفعنا إلى القول أن المشرع التونسي الجزائري والمغربي يعترف بإثبات النسب عن طريق الإقرار المجرد. لأنه لم يشترط أن يتعلق بالطفل المولود من زواج¹³³. كما أنها جاءت بثلاث وسائل لإثبات النسب مستقلة الواحدة عن الأخرى حسب صياغة نصوص هذه المواد، وحسب ما ذهبت إليه محكمة التعقيب التونسية في أحد قراراتها¹³⁴ معتبرة أنه "يؤخذ من النص القانوني 68، أنّ الإقرار هو من الوسائل الثلاثة التي يثبت بها النسب وقد جاءت معطوفة على بعضها والتي تفيد لغة

¹³² -Ben Fadhel(O), op.cit, p688. Mezghani(A), op.cit, p658.

¹³³ - انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 197.

¹³⁴ - القرار التعقيبي عدد 23480، مؤرخ في 13 جوان 1989، ن، لسنة 1989، ق م، ص 241. وفي نفس الاتجاه قرار تعقيبي مدني عدد 15509 صادر في 3 مارس 1987، ن م ج ت ع، 1987، ق م، ص 227.

التنوع دون الجمع بالفراش". غير أنه بالرجوع للمادة 41 من ق أ ج نجدها لا تعترف بثبوت نسب الطفل من أبيه، إلا إذا كان الزواج شرعياً، وهذا ما تبناه القضاء الجزائري.¹³⁵

كما أنه وبالرجوع للمشرع التونسي، سيما إلى قانون عدد 75 لسنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، نجده قد أكد دور الإقرار في إثبات البنوة، رغم اقتصره على مصطلح إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب في عنوان القانون واكتفائه بذكر إثبات الأبوة بفصله الأول، وهذا ما أكده الأستاذ علي مزغني والأستاذ عثمان بن فاضل في قوله أنه "كما تثبت البنوة بالزواج يثبتها الإقرار"¹³⁶ على أساس وحدة نظام البنوة، في حين ذهب البعض إلى القول أن المشرع التونسي من خلال هذا القانون قد عبّر عن محافظته على المفهوم التقليدي لمصطلح النسب، بما هو علاقة شرعية بين الطفل وأبيه. وبما هو رابطة النسب الأبوي المستندة أساساً إلى الفراش، سواء كان فراشاً صحيحاً أو بعقد فاسد. أما العلاقات غير الشرعية فلا يترتب عنها ثبوت النسب وإنما ثبوت البنوة الطبيعية وإسناد اللقب العائلي، مع ما يترتب عن ذلك من آثار شخصية كما أوردها قانون 1998.

وعليه فهل يمكن للطفل مجهول النسب، الاستناد إلى الإقرار كوسيلة مستقلة عن الفراش لإثبات نسبه، وللإرتقاء لمنزلة قريبة من الابن الشرعي؟.

لقد أورد كل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي، صورة إقرار الأب كوسيلة من وسائل إثبات النسب، وهو ما يسمى بالدعوة أو الإستلحاق، الذي هو أصل من الأصول الثلاثة التي انبنى عليها إثبات النسب، وهو غير الزواج. وقد يكون الإقرار بالزواج وبالنسب في ذات الوقت، لكن لا موجب أن يقترن به أو بغيره ليبين وجهه¹³⁷. والإقرار لغة هو الاعتراف، فيقال أقرب بالحق إذا أذعن للحق واعترف به.¹³⁸ أما شرعاً فقد عرفه الشيخ ابن عرفة بأنه " خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه"،¹³⁹ وقد عرفه

¹³⁵ - انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 46.

¹³⁶ -Ben Fadhel(O), op.cit, p690.

¹³⁷ - انظر الساسي بن حليلة، أطروحة الدكتوراه، 1976، ص 118.

¹³⁸ - انظر ابن منظور، لسان العرب، المحيط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، ط 31.

¹³⁹ - انظر خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص 216.

المشروع الجزائري بالمادة 341 من ق م ج¹⁴⁰ بقولها: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وإذا ما طبقنا هذا التعريف على ما جاءت به نصوص الفصل 68 من م أ ش ت والمادة 40 و44 من ق أ ج، والمادة 153 و152 من م أ م سالفه الذكر، نقول بأن الإقرار هو اعتراف من شخص معين بنسب طفل ما. ومهما يكن من أمر، فإنّ الإقرار بالنسب نوعان، إقرار على نفس المقر وهو أن يقرّ الإبن بالوالد أو الأب بالولد، وإقرار بنسب محمول على الغير.¹⁴¹

كما أنّ المشروع التونسي، الجزائري والمغربي لم يكتف بالتنصيص على إقرار الأب بالمواد سالفه الذكر، بل وضع له نظاما قانونيا حتى يكون بالفعل وسيلة إثبات للنسب. فماذا كان موقف فقه القضاء من إقرار الأب كوسيلة لإثبات نسب الطفل مجهول النسب

المبحث الثاني: الآليات العلمية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي

إن تأثير تطور العلوم على سير مرفق العدالة وعلى الحياة بصفة عامة، أصبح اليوم أمرا واقعا لا مندوحة عنه، سواء أكان هذا التطور سلبيا أم ايجابيا، بل أن تطور القوانين وفلسفتها كان في عديد الاحيان اثر اكتشافات وبحوث علمية، اصبحت في عداد اليقين الانساني. ولقد أضحى المنظرون اليوم يبحثون في جدلية التنازع بين السلطة القانونية والعلمية، ويتحدثون لا عن التأثير فحسب، بل على السلطة الفعلية للعلوم على القوانين وعلى العدالة.

وتأسيسا على ذلك فإنّ المشروع التونسي، الجزائري والمغربي، ايماننا منه أنه على القانون أن يأخذ من العلوم كل ايجابياتها، وخاصة ما تفرزه من حقائق من شأنها أن تخفف الألام والحرمان الذي قد يشعر به فئة من الأطفال من جهة، وتساهم في تكريس

¹⁴⁰ - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، بدون ط، 1999.

¹⁴¹ - كأن يعترف شخص بأن فلانا أخوه فيجعله بذلك إبنا لأبيه وأخا للمقرّ، ولا يعد هذا الإقرار إستلحاقا، ولا يثبت به النسب إنّما يصدق في إلحاق الولد بفراشه لا بفراش غيره. موسوعة الفقه الإسلامي، ج 6، دار الكتاب المصري، القاهرة، ص336

العدل والانصاف وسط المجتمع. أقر الفصل الأول من قانون 28 أكتوبر 1998 وللأول مرة اعتماد التحليل الجيني لإثبات البنوة،¹⁴² كما أضيفت فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02-05، تفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية متى كانت العلاقة شرعية،¹⁴³ كما أكدت المادة 158 من م أ م على اعتماد الخبرة القضائية كآلية لإثبات النسب، ويعتبر التحليل الجيني أحد صور هذه الخبرة القضائية.¹⁴⁴

فما مكانة هذه الآليات العلمية في إثبات البنوة؟ وهل يمكن اعتمادها لنفي النسب؟

المطلب الأول: مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي

إن نجاعة الآليات العلمية وفعاليتها كتقنية ونتيجة، وتأطير التشريعات الأجنبية لها. كل هذه العوامل تفاعلت ودفعت بكل من المشرع التونسي، الجزائري والمغربي، للتدخل بمقتضى كل من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 لينص لأول مرة بالقانون التونسي على عبارة التحليل الجيني¹⁴⁵ كآلية لإثبات البنوة غير الشرعية. وكذا بموجب الأمر رقم 02-05 الذي أضاف فقرة ثانية للمادة 40 من ق أ ج، والتي نصت على

¹⁴² - انظر جمال شهلول، المقال السابق، ص 128.

¹⁴³ - انظر بن داود عبد قادر، المرجع السابق، ص 108. سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 101.

¹⁴⁴ - انظر أشرف بداوي، جهاد أكرم، إثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية والإعتماد على البصمة الوراثية، المجلة القانونية 19 اذار 2006 ص 43.

¹⁴⁵ - في إطار البحث عن الأبوة، نجد أهم الأنظمة الكاشفة عن مدى التطابق المحتمل بين الأب وابنه في الصفات الوراثية، طريقي تحليل الدم والأنسجة.

يعرف تحليل الدم والأنسجة علميا بـHLA، وفي إطار البحث عن الأبوة من الضروري معرفة النظام الوراثي لـ"HLA" من الأب والأم والطفل، نظرا لقيمه في تحديد التشابه بين الأب ونسله. وهو يعتمد إما لنفي البنوة أو في حساب احتمالات الأبوة، إلا أن هذا الأسلوب غير كاف لإثبات البنوة لتشابه الأشخاص في الزمر الدموية.

أما البصمة الوراثية فهي ما تعرف بتحليل الحمض النووي "ADN" حول هذا أنظر كل من:

Sureau(M), la maternité, édition franche, Paris, France, 2^{ème} édition, p15. Van Den(B), le sang, Presse universitaire de France, Paris, 1994, P100. Mgaudemen et ch. Selemen, Imimino-hematologie et imimogénétique, Flamation medcin-science, Paris, France 19, p481.

أيريك لاند، العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، مجلة الضايا العلمية والإجتماعية لمشروع الجينوم البشري، ترجمة أحمد مستجير، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، 1997، ص 209.

أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". كما نص قانون مدونة الأسرة المغربي المعدل بموجب الأمر 03-70، على إمكانية اعتماد التحليل الجيني لإثبات البنوة. واضعين بذلك الأساس القانوني لهذه الآلية كوسيلة لإثبات البنوة. فهل تصنف على أساس أنها دليل أصلي أم تكميلي؟ ولماذا لم ينظم المشرع التونسي وسيلة التحليل الجيني صلب مجلة الأحوال الشخصية التونسية، واقتصر على ذكرها في قانون 28 أكتوبر 1998؟

هذا ما نروم الخوض فيه بالتعرض لمدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البنوة الشرعية (أ) وكذا لمدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البنوة غير الشرعية (ب).

أ- مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البنوة الشرعية

إنّ المتمعّن في أحكام الفصل 68 وما بعده من م أ ش ت، وفي الفقرة الثانية من المادة 40 من ق أ ج والمادة 41 من ق أ ج، والمادتين 158 و148 من م أ م، يخلص إلى القول أنّ المشرّع التونسي، الجزائري والمغربي لم يجعل من الحقيقة البيولوجية الغاية الوحيدة من أحكام النسب، على اعتبار أنّ النسب الشرعي لا يتأسس على رابطة بيولوجية بين الطفل وأبيه فحسب وإنّما على رابطة قانونية أيضا،¹⁴⁶ ذلك أنّ المشرّع قد حاول تغليف الحقيقة الشكلية أو الظاهرة بما يخدم مصلحة الطفل والأسرة، باعتماد قرينة الفراش. بحيث يفترض القانون أنّ ولادة الطفل من الزوجة في ظلّ علاقة الزوجية، يعدّ قرينة على أنّ هذا الطفل هو ابن شرعي للزوج.

غير أنّ هذه الحقيقة الشكلية المجسّمة في قرينة الفراش، والقائمة على الافتراض القانوني تظلّ عاجزة عن مجابهة الحقيقة البيولوجية التي يمكنها بواسطة التحليل الجيني الجزم قطعا بثبوت البنوة أو بنفيها. والجدير بالإشارة أيضا في هذا السياق أنّ المشرّع التونسي وعلى خلاف كل من المشرع الجزائري، الذي أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وكذا بخلاف المشرع المغربي. لم يتعرّض إلى تقنية التحليل الدموي ولا إلى البصمات الجينية كوسائل قانونية لإثبات النسب الشرعي في م أ ش ت، ولا لنفيه. إلا أنّ فقه القضاء التونسي ذهب إلى القبول بإدراج الوسائل البيولوجية، ضمن الوسائل

¹⁴⁶ - انظر ساسي بن حليلة، أطروحة الدكتوراه، ص 13.

الجائز اعتمادها لنفي النسب، بالإستناد على تأويل واسع لأحكام الفصل 75 م أ ش ت. وقد كانت محكمة الاستئناف بسوسة سباقة للقبول فعليا باللجوء إلى تحليل الدم لنفي الأبوة، عبر إثبات اختلاف الفصائل الدموية بين الإبن والأب المزعوم. فقد جاء في قرارها المؤرخ في 17 جانفي 1974 أن: "الإعتماد على التحاليل الطبيّة لنفي النسب لا لإثباته، اعتماد على وسائل إثبات شرعيّة، مادام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لآخر حسب تحاليل خاصّة تؤدّي إلى نتيجتها دون شك أو جدل".¹⁴⁷ كما أكّدت محكمة التعقيب التونسيّة من جهتها على هذا الموقف، في العديد من المناسبات.¹⁴⁸

ويبدو جلياً من صياغة الفصل 68 من م أ ش ت، أنّ المشرّع التونسي قد حصر صور إثبات النسب في إقرار الأب والفراش وشهادة شاهدين فأكثر، بدليل أنّه عدّها مستعملا حرف "الباء" الذي يفيد التخصيص، وعلى هذا الأساس لا يمكن التوسّع في تأويل هذا الفصل، ولا إضافة وسائل أخرى كالتحاليل البيولوجيّة عامّة، والاختبار الجيني خاصّة لإثبات النسب.¹⁴⁹ لأنّ المشرّع التونسي ورغم أنّ علاقة النسب إنّما هي واقعة قانونيّة، فقد أفردها عن بقية الوقائع القانونيّة الأخرى بعدم خضوعها لمبدأ حرية الإثبات، وجعل وسائل إثبات النسب محدّدة على وجه الحصر، بخلاف نفيه حسبما يتبيّن من خلال إجراء المقارنة بين أحكام الفصلين 68 و75 من م أ ش ت. وقد تبّنت محكمة التعقيب التونسية هذا الإتجاه، في تأويل أحكام هذا الفصل في قرارها المبدئي المؤرخ في 18 جويلية 1968، والذي جاء فيه: "إنّ الفصل 68 م أ ش حصر الحجج التي يسوّغ للقاضي الإسناد إليها لإثبات النسب، وتفريعا على ذلك يكون قابلا للنقض الحكم الذي انبنى على مجرد قرائن لإثبات النسب".¹⁵⁰

ونعتقد أنّ هذا التأويل الضيق للفقرة 2 من المادة 40 من ق أ ج وكذا للمادة 158 من م أ م له ما يبرّره، ضرورة أنّ رابطة النسب في قانوني الأسرة الجزائري والمغربي، ترتبط

¹⁴⁷ - قرار إستئنافي مدني- سوسة- عدد 3411، مؤرخ في 17 جانفي 1974، ق ت، عدد4، 1974، ص66.

¹⁴⁸ - قرار تعقيبي مدني عدد 11005، مؤرخ في 27 جويلية 1976، م ق ت، 1977، ج 1، ص21، مع تعليق ساسي بن حليمة. انظر أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 27777، بتاريخ 26 جانفي 1993، ن 1993، ق م، ص283. محمد الهاشي دحيدح، نقي النسب عن طريق تحليل الدم، ق ت، عدد 5 و6، 1974، ص10.

¹⁴⁹ - انظر الهادي مشعب، المرجع السّابق، ص28.

¹⁵⁰ - انظر قرار تعقيبي مدني عدد 6143، يؤرخ في 18 جويلية 1968.

أساسا بقريئة الفراش الذي تتأسس عليه وحده رابطة البنوة الشرعيّة. بينما يقتصر التحليل الجيني على إثبات الرابطة الدمويّة فحسب، والتي لا تكفي وحدها لإقامة رابطة نسب شرعي بين الطفل وأبيه إذا كان الفراش مفقودا. وهو ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."¹⁵¹

وهو ما يدفعنا إلى القول بأنّ المولود الناتج عن علاقة خنائية، لا يعتبر ابنا شرعيا ولو كان معلوم الأب، أو كان من الممكن التعرف عليه بواسطة التحليل الجيني، الذي لن يثبت سوى العلاقة الماديّة والبيولوجيّة بين الطفل وأبيه، والتي تبقى قاصرة عن إقامة رابطة النسب الشرعي بينهما لانعدام العلاقة القانونية، إذ ليس من الضروري إثبات العلاقة الدموية لكي يثبت النسب.

ومهما يكن من أمر فإنّ التحليل الجيني لا يمكن اعتماده كوسيلة أصليّة، مستقلّة لإثبات النسب الشرعي، بالنظر إلى الوضع الحالي للقانون التونسي، الجزائري والمغربي. وللتطبيق الفقهي القضائي الصارم لأحكام لنسب في م أ ش ت، وقانوني الأسرة الجزائري والمغربي. وعليه التّساءل يظلّ قائما حول مدى جواز اعتماد التحليل الجيني كوسيلة تكميليّة للوسائل القانونية لإثبات النسب الواردة بالفصل 68 م أ ش ت والمادة 40 من ق أ ج ف 1 والمادة 158 من م أ م ؟

يمكن القول أن قبول مثل هذه التحاليل البيولوجية، من شأنها أن تساعد القاضي على استخلاص وجود رابطة النسب من عدمها، فالقاضي واستنادا للفقرة الثانية من المادة 40 من ق أ ج والمادة 158 من م أ م، يمكنه الإذن أو عدم الإذن بإجراء اختبار للتحليل الجيني حتى يتدعم الرأي عنده في قيام علاقة النسب من عدمها. وهذه الإمكانية في الإذن بإجراء الاختبار تختلف حسب النزاع المعروض، وحسب درجة قناعة القاضي بوسيلة الإثبات التي استند إليها المعني بالأمر. كما أنه لا يوجد أيّ نصّ قانوني تونسي يمنع المحكمة من الإذن بإجراء التحليل الجيني في إطار الأحكام المتعلّقة بالاختبار، وذلك لاستكمال

¹⁵¹ - م، ع، غ، أ، ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م ق، 1990، عدد 1، ص 86.

قناعتهما بثبوت النسب إذا ما تراءى لها أنّ وسائل الإثبات القانونية المقدّمة، غير كافية للفصل في النزاع.

فوسائل إثبات النسب المقرّرة بالفصل 68 م أ ش ت والمادة 40 من ق أ ج والمادة 158 من م أم، قد يتبيّن في بعض الحالات أنّها عاجزة عن إظهار الحقيقة البيولوجية عندما يكون لهذه الحقيقة دور حاسم للبتّ في الدعوى.¹⁵² فلنأخذ على سبيل المثال الزواج الباطل الذي يشترط فيه المشرّع الدخول لإثبات النسب، ففي هذه الصورة نلاحظ أنّ قرينة الفراش وحدها غير كافية لإثبات النسب، إذ يجب أن تعزّز بحصول الدخول المفضي للوطء. ولا جدال أنّ الدخول لا يخرج عن كونه واقعة قانونية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات القانونية، سواء بإقرار الأب أو شهادة الشهود أو أيضا التحليل الجيني الذي يؤدّي حتما إلى حسم النزاع.¹⁵³

كما أنّه قد يكون من المفيد أيضا أن تلتجئ المحكمة إلى اعتماد التحليل الجيني في إطار دعوى إثبات النسب المؤسسة على إقرار الأب، وذلك إذا وجد نزاع جدّي حول صحّة هذا الإقرار. والتحليل الجيني حسبما أكّده الاختبارات العلمية يفضي بصورة تكاد تكون مطلقة إلى بيان مدى صحّة هذا الإقرار من عدمه، وتحديد الأب الحقيقي للطفل الذي قد يكون المقرّ كما قد يكون غيره.

ومن المتّجه أيضا إدخال مزيد النجاعة على الشّهادة، كوسيلة أصلية لإثبات النسب خاصّة وأنّه بالنظر إلى فقه القضاء المؤكّد على أنّها وسيلة غير مستقلّة، وغير كافية لذاتها لإثبات النسب. فإنّ الأخذ بعين الإعتبار للتطور العلمي الذي تشهده العلوم البيولوجية في مادّة الإثبات، من شأنه أن يخوّل للمحكمة المتعهّدة بدعوى إثبات النسب الشرعي، الإستئناس باختبار الخلايا الوراثية، تدعيما للشهادات الواقعة سماعها والمستكملة لشروطها، وذلك للتحقق من صحّة إدّعاءات الشهود، خاصّة وأنّه من غير المعقول أن تتوصّل البيّنة إلى الجزم بصحّة نسب الطفل، إذ غاية ما يمكن أن تتوصّل إليه هو احتمال البنوة، بخلاف التحليل الجيني الذي أثبت نجاعته في هذا الميدان.

¹⁵² - انظر يوسف بالعيوني، المرجع السابق، ص 260.

¹⁵³ - Romdhane(N), op.cit, p 37.

علاوة على ذلك يعدّ التحليل الجيني إجراء ناجعا لفضّ نزاعات النسب، إذ من الممكن الإستناد إلى التحليل الجيني لحسم الخلاف بين فراشين، نشأ بسبب التداخل بين المدد القانونيّة للحمل.¹⁵⁴

وقد أثبتت تقنية التحليل الجيني نجاعتها، وقدرتها على اكتشاف الحقيقة البيولوجية وتحديد الأب الحقيقي للطفل، ممّا جعلها تحرز على ثقة المشرّع التونسي الذي أدرج الإختبار الجيني، ضمن وسائل الإثبات المعتمدة لاثبات البنوة الطبيعية في قانون 1998 المنقح بقانون 2003.

ب- مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البنوة غير الشرعية

جاء بالفصل الأوّل من قانون 28 أكتوبر 1998 المنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، في فقرته الثانية أنّه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية، رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل". مبدئيا يمكن القول أنّه باعتماد التأويل الضيق لأحكام هذا الفصل، يتّجه التأكيد أنّ المشرّع التونسي قد قرّر أن تحديد هوية أب الطفل المجهول النسب، يتم سواء بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتحليل الجيني فحسب، وتأسيسا على ذلك فإنّ المشرّع التونسي قد أقصى بقيّة الوسائل العلمية التي من الممكن اعتمادها في هذا المجال، من ذلك تقنية التحليل الدموي.¹⁵⁵

والجدير بالإشارة أنّ المشرّع الفرنسي، قد أدخل تقنية التحليل الدموي بموجب القانون 15 جويلية 1955، المنقّح للفصل 340 قديم م م ف المتعلّق بالبحث عن البنوة الطبيعية كوسيلة لإثبات البنوة، كما أشار قانون 1972 إلى التحليل الدموي وإلى أي تقنية

¹⁵⁴ -Hauser (J), Daniele Huet weiller, Droit civil et vie de la famille, 2 é d, L G D J, p 532et 5, les conflits de filiation.

¹⁵⁵ - Jean Hausser, filiation, identification génétique, procréation médicalement assisté, J.C.P, éd 1997 art 311, p19 et 311.

طبيّة أخرى مستثاق فيها.¹⁵⁶ وبموجب التنقيحات المتعاقبة التي أدخلها المشرّع الفرنسي على م م ف وعلى مجلة المرافعات، فإنّه لم يتحدّث إلّا على تقنية التحليل الجيني التي أثبتت التجارب العلميّة نجاعتها في نفي البنوة وفي إثباتها أيضا.

ويتميّز اختبار الخلايا الوراثية عن تحليل فصائل الدم، أنّ هذه الأخيرة تقتصر على نفي البنوة، ولا يتسنى لها إثبات البنوة بصفة قاطعة. أمّا البصمات الوراثية فإنّها تركز على عناصر مقارنة أكثر عددا، وتمكّن بالتالي من التحقق من هويّة المعني بالأمر إيجابيا وتحديد هويّة الأب البيولوجي للطفل بصورة تكاد تكون قطعيّة، سواء كان الأب حيا أو إثر وفاته أيضا.¹⁵⁷ ويمكن القيام بالتحليل الجيني اعتمادا على عدّة عناصر، كالدم والسائل المنوي وغير ذلك من خلايا الجسم البشري..ومسايرة من المشرّع التونسي للتطور الذي شهدته العلوم البيولوجيّة، وإقتناعا منه بالحجّة التي تكاد تكون مطلقة للتحليل الجيني، كرّس هذه التقنية كوسيلة لإثبات البنوة غير شرعيّة في القانون عدد 75 لسنة 1998.

واحتراما لإرادة المشرّع وبالإعتماد على التأويل الضيق، فإنّه من المتجه القول أنّ المشرّع التونسي قد أقصى بقيّة الوسائل العلميّة الأخرى، التي قد تمكّن من إثبات بنوة الشخص، من ذلك تقنية التحليل الدموي والتي لم تحرز على ثقة المشرّع في هذا القانون، وهو ما يؤكّد حرص المشرّع التونسي على الحقيقة البيولوجيّة، وإقناع الأب المطلوب في دعوى إسناد اللّقب العائلي بحقيقة بنوّه للطفل، حتى يتحمّل مسؤولياته القانونيّة نحوه على إقتناع تام، على الأقلّ بسبب وجود رابطة بيولوجيّة تجمع بينهما. إذ يتجسّم هذا الموقف فيما جاء في ردّ الوزارة على تساؤلات النواب أثناء التّقاش في مشروع القانون المذكور، إذ جاء على لسان الوزير ما يلي: " إنّ التحليل الجيني يثبت علميا ودون شكّ إنتماء الطفل لأبيه، وقد أفاد بذلك أهل الإختصاص، كما أنّ أغلب التّشريعات الأجنبيّة المتقدّمة وكذلك فقه القضاء المقارن، أصبح يعتمد هذه الوسيلة في المجال الجزائي، وفي إثبات

¹⁵⁶ - Granet(F), Filiation naturelle "Principe d'égalité des enfants légitimes et naturels, Nom de l'enfant naturel", Edition du Juris-classeurs, 1998, Fascicule 30, n°11, p22.

¹⁵⁷ - في فرنسا وفي القضية الشهيرة للممثل المعروف إيف مونتان. أذن القاضي الفرنسي بإخراج جثة المتوفّي منذ بعض السنوات لإجراء التحليل الجيني، والتأكد من صحة دعوى إثبات البنوة الطبيعيّة التي رفعها امرأة في حقّ ابنها في مواجهة ورثة الممثل المذكور،

C A Paris, 1ère ch, 6 Nov 1997, D, 1997, 1R, P26

البنوة، ومن ذلك اعتماد المحاكم الفرنسية هذه الحجّة في القضية الشهيرة المعروفة بقضية إيف مونتان، وذكرت أنّ نسبة الخطأ في إثبات البنوة نسبة ضئيلة جدًا، يمكن القول أنّها تؤدي إلى الاقتناع التام.¹⁵⁸

بيد أنّه لا يمكن القبول بالتحليل الجيني كحقيقة مطلقة، لأنّه كغيره من الحقائق العلميّة تبقى نتيجته نسبيّة زمانا ومكانا، ومن الممكن أن يتطوّر العلم في اتجاه التشكيك في مدى مطابقة نتائجه للواقع، سواء من حيث الوسائل المعتمدة فيه أو طرق إجرائه، هذا فضلا عمّا يشكو منه في الوقت الرّاهن من نقائص. من ذلك صورة التوأم الحقيقي، وعدم الإستبعاد الكليّ لحالات التطابق في الخصائص الوراثيّة بين الأشخاص، كما أنّ التحليل الجيني يبقى في نهاية المطاف عملا بشريّا، يظلّ احتمال الخطأ فيه واردا، ومن ثمّ فمن غير المستبعد أن يحصل خطأ في أخذ العينات أو استخلاص النتائج أو حتّى في اعتماد عينات للتحليل لا تتعلّق بالشخص المطلوب.

ومهما يكن من أمر فإنّ التحليل الجيني، يعدّ وسيلة مستقلّة لإثبات البنوة غير شرعيّة في قانون 1998 المنقح بقانون 2003، حسبما يفهم من أحكام الفصل الأوّل منه، الذي عدّد وسائل إثبات هذه البنوة باستعمال حرف أو، بحيث يكفي أن تثبت الرابطة البيولوجيّة بين الطفل والأب المطلوب بواسطة إجراء التحليل الجيني، حتى تصرّح المحكمة بثبوت البنوة وتقضي بإسناد اللّقب العائلي للطفل المجهول النسب.

وقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسيّة في العديد من الأحكام، التحليل الجيني كوسيلة أصليّة ومستقلّة عن بقيّة وسائل إثبات البنوة، من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائيّة بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000، والذي جاء فيه ما يلي: " حيث اقتضت

¹⁵⁸ - الأعمال التحضيريّة، مداوات مجلس النواب عدد 2، لجلسة يوم الثلاثاء 20 أكتوبر 1998، ص 87. كما أورد وزير العدل في جوابه على تساؤلات النواب ملحوظة وزير الصّحة جاء فيها: « Voici quelques informations sur le test de paternité par empreinte génétique pratiqué à l'institut Pasteur de Tunis ce test à été introduit à l'institut en 1996 il fait appel à la technique l'hybridation moléculaire utilisant une séquence micro-satellite. La lecture du test ressemble à une analyse de code à barres et permet de retenir an de rejeter la filiation avec un risque d'erreur inférieur à 1/10.000.000.000 ce qui à l'échelle de la population humaine équivaut à une certitude absolue. »

أحكام الفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، أنّ اللقب يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني. وحيث يتّضح بالإطّلاع على النسخة طبق الأصل من الإختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أنّ أبوة المطلوب للبتت.. المقام في حقّها لا شكّ فيها، بما تكون معه الدعوى والحالة تلك في طريقها واتجه الحكم لذلك لصالحها".¹⁵⁹

ومن جهة أخرى اعتمدت بعض المحاكم التونسية التحليل الجيني كوسيلة إثبات تكميلية لتعزيز قناعة المحكمة بثبوت بنوة الطفل المقام في حقّه بدعوى إسناد اللقب العائلي، بحيث يقع الإلتجاء إلى الإختبار الجيني، كلّما بقي بعض الشكّ حائما حول بنوة الأب المزعوم، رغم وجود إقرار أو شهادة شهود تثبت احتمال البنوة، ويتجلّى هذا الاتّجاه خاصّة في الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس.¹⁶⁰

ونعتقد أنّ الإذن بإجراء التحليل الجيني، رغم وجود إقرار بالبنوة أو شهادة الشهود يخضع لإجتهد المحكمة في نطاق سلطتها التقديرية لوسائل الإثبات المقدّمة، فإذا رأت المحكمة عدم كفايتها لإقناع المحكمة بأبوة الشّخص المطلوب، فلها أن تعتمد التحليل الجيني كوسيلة إثبات تكميلية تؤدّي إلى الجزم نهائيا بالبنوة من عدمها.

وعليه فإنّ المشرّع التونسي قد استفاد مما توصلت إليه علوم البيولوجيا، ووظّف آخر إكتشافاتها المتمثلة في التحليل الجيني، الذي أثبتت التجارب العلمية نجاعته لإنتقال الأطفال المولودين خارج إطار الزواج من التشرّد والضياع، بأن خوّل لهم القيام بدعوى إسناد اللقب العائلي، إذ ثبتت بالتحليل الجيني بصورة أساسية، أو بالإقرار أو بشهادة الشهود بنوتهم. فبعدما كانت أحكام إثبات النسب في م أ ش ت، تقصي الأبناء غير شرعيين وتحرمهم من حقّهم في النسب الشرعي تجاه الأب رغم أنّه قد يكون معروفا أو من الممكن معرفته، فقد أصبحت الحقيقة البيولوجية هي هاجس المشرّع التونسي في قانون 1998، بحيث يكفي أن تثبت الرابطة البيولوجية بين الطفل وأبيه البيولوجي، حتى يحكم له

¹⁵⁹ - حكم ابتدائي مدني- المحكمة الابتدائية بالمنستير- بتاريخ 25 ماي 2000، عدد 12973 . انظر أيضا المحكمة الابتدائية بالكاف الحكم تحت عدد 32851، بتاريخ 2 نوفمبر 1999 .

¹⁶⁰ - المحكمة الابتدائية بصفاقس، حكم ابتدائي مدني عدد 1164، بتاريخ 11 جوان 1999.

بإسناد اللقب العائلي وتخويله بالحقوق المبيّنة بهذا القانون. كل ذلك رغبة من المشرّع التونسي في تحقيق العدالة الإجتماعيّة وإنصاف هؤلاء الأطفال، بعدما كانوا محرومين من حقوقهم التي تبدو طبيعيّة تجاه الأب البيولوجي.¹⁶¹

فمن المؤكّد إذن أنّ الأخذ بعين الاعتبار للإمكانات التي تتيحها العلوم البيولوجيّة في مادّة الإثبات، قد جعلنا نضع وسائل إثبات البنوة التقليديّة موضع التساؤل، خاصّة وأنّ تقنية التحليل الجيني بإمكانها الوصول إلى نسب مرتفعة من احتمالات البنوة، تصل إلى حدّ الاقتناع التام، بما يساعد على الوصول إلى الحقيقة البيولوجيّة المنشودة. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق، هل أنّه من المتّجه واقعا وقانونا إقصاء وسائل إثبات النسب التقليديّة، وإيجاد أحكام جديدة للنسب تركز على الحقيقة البيولوجيّة بصفة موضوعيّة؟ وهل يمكن التوسيع من ميدان تطبيق تقنية التحليل الجيني واعتمادها كوسيلة أصليّة لإثبات النسب الشرعي؟¹⁶²

المطلب الثاني: مقارنة الوسائل العلمية بالطرق الشرعية

بيننا في هذا الفصل الآليات الشرعية المتفق عليها في إثبات البنوة، والمتمثلة أساسا في الفراش، البينة والإقرار. ثم عرجنا على الآليات العلمية المنبعثة من الثورة العلمية التي شهدتها القرن العشرين والتي عملت معظم الدول الغربية على تظمينها في قوانينها كأدلة شرعية في قضايا الأبوة أو القضايا الجنائية، بخلاف الدول العربية التي أخذت بها كأدلة ظنية غير قطعية، تساهم في تكوين إقتناع القاضي الناظر في النزاع.

وعليه سنفصل موضوع المقارنة إلى دراسة تكييف الوسائل العلمية بإعتبارها نقطة خلاف (أ) لنبين بعدها موقع الوسائل العلمية من الأدلة الشرعية المثبتة للبنوة (ب) ونختم الدراسة بمقارنة بين البصمة الوراثية واللعان كدليل أكيد وقطعي لنفي النسب في إطار أحكام الشريعة الإسلامية (ج).

¹⁶¹ - انظر الطيّب العبيدي، ناجح بن عائشة، مقارنة قانونيّة بين أحكام النسب وأحكام قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، ملتقى وزارة العدل، المحكمة الابتدائيّة بالمهدية، السنة القضائيّة 1999 - 2000، ص89.

¹⁶² - Medeni (M), les empreintes génétiques « vérité scientifique et droit de la filiation », R J L, Février 1996, p 7 et 5.

أ- تكييف الآليات العلمية

في مقامنا هذا نعالج مسألة على قدر كبير من الأهمية، ألا وهي تحديد تكييف الآليات العلمية. وذلك بالبحث فيما إذا كانت مصنفة في مصاف الأدلة اليقينية القطعية فتنافس بذلك الأدلة الشرعية الأخرى، أم أنها لا تعدو أن تكون مجرد قرينة يستبين بها القاضي سبيل الرشاد في النزاع المطروح عليه؟

نشير إلى أن مسألة تكييف الآليات العلمية قد أثارت انقساماً في صفوف علماء العصر فنفرقوا مذهبين إثنين، وعضد كل مذهب قوله بأدلة عقلية وشرعية. أما أنصار المذهب الأول، فقالوا بالآليات العلمية، وركزوا قولهم على البصمة الوراثية أو التحليل الجيني ADN باعتبارها حجة قطعية 100%. ومن أنصار المذهب نصر فريد واصل-مفتي الديار الإسلامية سابقاً- علي محي الدين القرهداغي، وغيرهم¹⁶³ واستدلوا على قولهم هذا بأدلة من الكتاب في قوله تعالى: "أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين".¹⁶⁴ واستدلوا بهذه الآية على وجهين:

الأول أن الله سبحانه وتعالى أمر بأن ينسب الولد إلى أبيه الحقيقي البيولوجي، وفي ذلك سد لباب التبني. أما الوجه الثاني، فهو مستخلص من قوله تعالى: "فإن لم تعلموا آباءهم"، وأولوا ذلك بأن الله عز وجل أمر بالتحري والبحث عن النسب.

أما من الواقع العلمي، فهو مبني على التحاليل في حد ذاتها، ونقصد تحاليل الحامض النووي وليس الدم، إذ اعتبروها قرينة قطعية تفيد في نفي النسب أو إثباته، واعتبروا أن الخطأ فيها أصبح مستحيلاً إذ تفوق فيها نسبة النجاح 100%.¹⁶⁵

أما الفريق الثاني ومن أنصاره الدكتور وهبة الزحيلي وآخرون، اعتبروا أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى حد اعتبارها قرينة قاطعة يمكن الجزم بها، فهي ليست من البيانات المعتبرة شرعاً، كما أنها تخضع لتقدير المحكمة أو القاضي، فإما أن يرجح الأخذ بها أو

¹⁶³ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 198.

¹⁶⁴ - سورة الأحزاب، الآية 05.

¹⁶⁵ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 202.

تركها، بخلاف الحال بالنسبة للأدلة الشرعية.¹⁶⁶ وقال بذات القول الأستاذ فخري أبو صفية: " التحاليل عن طريق المختبرات سواء كان تحليل الدم أو المني أو غير ذلك، يمكن القول أنها تشبه قرينة البصمة ولكنها غير قاطعة في الإستدلال بها وللإشارة فإنه يقصد بالبصمة بصمة الأصابع"، ثم يعود فيقول في فقرة لاحقة: "وإن ثبتت ثبوتاً علمياً كاملاً لا يمنع القاضي أن يأخذ بها"،¹⁶⁷ وكأنما بالأستاذ فخري يتخذ موقفاً وسطاً بين الرأيين الأول والثاني، فيرجح الأخذ بها تارة، ثم ينكرها تارة أخرى.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 40 من ق أ ج ف 2 والمادة 158 من م أ م نجد صياغتها تنبؤاً بالتكييف الذي يبده المشرع للطرق العلمية، والمتمثلة في اعتبارها قرينة قطعية خاضعة لإختيار القاضي للأخذ بها أو عدم الأخذ بها.

ب- موقع الوسائل العلمية من الأدلة الشرعية

نحاول فيما هو آت، بيان موقع الوسائل العلمية الحديثة التي استمدت حجيتها من علم الوراثة وقد دافع العديد من علماء العصر وفقهائه على حجيتها وضرورة الإعتداد بها في مجال إثبات النسب وتساءل إن كان بإمكان هذه الآليات العلمية أن تلغي الآليات الشرعية في إثبات البنوة وتحل محلها؟

نفصل في هذا فنقول أن الفراش وباعتباره أكثر الوسائل حجة، والذي سبق وأن فصلنا فيه وقلنا أنه على مراتب ثلاث، الفراش الصحيح والفاقد والوطء بشبهة¹⁶⁸. وتوصلنا إلى أن الفراش لا يطعن فيه إلا باللعان. ويتفق جميع علماء العصر على أن الفراش أقوى من الوسائل العلمية في إثبات النسب، منهم وهبة الزحيلي، علي محمد القهراغي ونصر فريد وغيرهم.¹⁶⁹ وعليه فمتى توفر في الفراش أركانه الشرعية، ثبت نسب الولد من دون أن يتوقف ذلك على أي دليل آخر.

¹⁶⁶ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 199.

¹⁶⁷ - انظر فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص 157.

¹⁶⁸ - انظر أحمد ابراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 500.

¹⁶⁹ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 144.

وعن البيئة والوسائل العلمية، يقول الأستاذ فريد نصر: "وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النسب من الفراش والبيئة والإقرار، إذا وجدت كلها أو بعضها، فإنها تقدم على البصمة الوراثية أو القيافة".¹⁷⁰ والبيئة وفقا لمفهومها العام هي كل ما يبين الحق، وفي هذه الحالة نقول أن الوسائل العلمية هي أيضا مما يستبين به الحق، وعلى ذلك فهي جزء من البيئة. أما إذا أردنا بالبيئة معناها الخاص، أي الشهادة فإن هذه الأخيرة حجيتها أعظم وتنظيمها أكبر، سواء في باب الشريعة الإسلامية أو في باب القانون ولا يمكن إحلال وسيلة حديثة قد ينسب إليها الخطأ، محل دليل قائم بذاته هو البيئة، إلا في حالات خاصة كتعارض بينتين بين مدعين لبنوة طفل واحد.¹⁷¹

أما عن الإقرار والوسائل العلمية كتحليل الدم وفحص الحمض النووي، فلما كان الإقرار هو تحميل نسب شخص معين على نفس المقر أو على غيره متى صدقه، ولما كان من آثار الإقرار بالنسب، ترتيب حقوق للمقر له والتي تمثل التزامات على عاتق المقر. فإنه وباتفاق جميع الفقهاء، لا يمكن تقديم الوسائل العلمية على الإقرار،¹⁷² ثم وما الداعي للجوء إلى الوسائل العلمية متى كانت علاقة الأبوة هذه تصرفا نافعا نفعاً محضاً للمقر به، وأحيانا للمقر؟

فلو قلنا أنه يمكن اللجوء إلى الوسائل العلمية في حالة عدم تصديق المقر به لإقرار المقر فنحجب أن الإقرار حق شخصي، إذ لا يمكن إجبار المقر به على الإنتساب إلى شخص لم يرض بالنسب إليه. وبذلك تصدق قاعدة الإقرار سيد الأدلة. وعليه لا يمكن تقديم الوسائل العلمية على الأدلة الشرعية المتمثلة في كل من الفراش، البيئة والإقرار.

ج. مقارنة بين الوسائل العلمية واللعان

عرفنا فيما سبق أن اللعان هو إسم لما يجرى بين الزوجين من شهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعنة من جانب الزوج، والغضب من جانب الزوجة.¹⁷³ فهو آلية قررها

¹⁷⁰ - انظر ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 183.

¹⁷¹ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 144.

¹⁷² - انظر خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص 212.

¹⁷³ - انظر محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977، ص 219.

كل من المشرع التونسي والجزائري والمغربي، أخذوا عن الشريعة الإسلامية لنفي النسب حيث نص الفصل 75 م أ ش ت والمادة 41 ق أ ج على اعتماد الوسائل الشرعية، ويعتبر اللعان أحد هذه الوسائل، كما أتت المادة 153 م أ م على ذكر اللعان صراحة كطريقة من طرق الطعن في الفراش لنفي النسب.

أما الوجه الثاني الذي يمكن أن تحمل عليه هذه المواد، فهو تعميم تفسير الطرق المشروعة على الوسائل العلمية لنفي النسب، ولو أن هذا التفسير متعارض مع الإجتهد القضائي الصادر عن المحكمة العليا الجزائرية، حيث جاء في القرار رقم 222674 المؤرخ في 15 جوان 1999 أنه "متى تبين من قضية الحال أن قضية الموضوع لما قضوا بتأسيس 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، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض".¹⁷⁴ ثم إن التعديل الجديد لنص المادة 40 من ق أ ج الذي أقر فيه المشرع استعمال الوسائل العلمية، قد قصرها على إثبات النسب دون نفيه، وبين المسألتين خلاف حيث لا يمكن تعميم حكم إحداها على الأخرى. ذلك بخلاف المشرع التونسي، إذ يلاحظ بعد صدور القانون عدد 75 مد لسنة 1998 المؤرخ في 1998/10/28، أن نفي النسب لم يعد حكرا على أحكام الفصول الواردة بمجلة الأحوال الشخصية فقط، وإنما تجاوزها لكي تكون أحكام القانون عدد 75 هي بدورها أساس لمثل هذا النوع من الدعاوى.

بعبارة أخرى فإن قضايا نفي النسب لم تعد تتعلق فقط بالنسب الشرعي، أي النسب الوارد بالفصل 68 من م أ ش ت، وإنما أصبحت تطرح في مجال نفي البنوة غير الشرعية الواردة بالفصل 1 من قانون 1998. فقد ذهب المشرع التونسي في نفس الإتجاه الذي اعتمده المشرع المغربي صلب المادة 153 من م أ م بقولها: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع". إذن يفهم مما سبق ذكره أن المشرع التونسي والمغربي لم يقتصر على وسيلة الإثبات الوحيدة المكرسة بالشريعة الإسلامية لنفي النسب والمتمثلة في اللعان، بل ترك الباب مفتوحا لكل زوج يحوم بداخله

¹⁷⁴ - انظر المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1999، ص 122.

شك من كون الطفل المنتسب إليه ليس من صلبه، من استناد إلى كل وسيلة تثبت بصفة قطعية أن ذلك الطفل ليس بولده. وقد قبل فقه القضاء التونسي سواء لدى محاكم الموضوع،¹⁷⁵ أو محكمة التعقيب،¹⁷⁶ اعتماد وسيلة التحليل الدموي التي أثبت الاختبار من خلالها بصفة قطعية، أن الزوج لا يمكن أن يكون الأب البيولوجي للطفل المنازع في نسبه، كوسيلة لنفي النسب.

ولئن اعتمدت المحاكم التونسية وسيلة التحليل الدموي لنفي النسب، خاصة وأن علماء الطب الشرعي قد أكدوا أكثر من مرة، أن اعتماد تحاليل الفصائل الدموية من شأنه أن يثبت نفي أبوة شخص لطفل ينسب إليه، دون أن تمكن من الإثبات، فإنه يكون من باب أولى وأحرى اعتماد وسيلة التحليل الجيني لنفي النسب، خصوصا وأن علماء الطب البيولوجي قد أكدوا بصورة قاطعة، أنها تمكن من إثبات أبوة شخص بيولوجيا لطفل معين، وليس فقط نفي تلك الأبوة. هذا بخصوص الأساس القانوني الوارد بالفصل 75 من م أ ش ت والمتعلق بنفي نسب الابن الشرعي، فما هو الحل بخصوص نفي البنوة غير الشرعية؟

فإذا سبق وأن صدر حكم قضى بإثبات الأبوة البيولوجية لشخص ما تجاه ولد معين، في إطار دعوى إسناد لقب عائلي، استنادا لنتيجة الاختبار الجيني. فإنه يصعب فيما بعد أن يقوم نفس الشخص بدعوى في نفي تلك الأبوة غير الشرعية، استنادا لوسيلة التحليل الجيني. لسبب بسيط، هو أن هذه الوسيلة لا يمكن أن تتضارب مع نفسها. كما لا يمكنه الاستناد لوسيلة الإقرار أو الشهادة للقيام بذلك. نظرا لكون نتيجة الاختبار الجيني تعد حقيقة علمية ثابتة يصعب دحضها. كما أنه إذا سبق وأن صدر حكم قضى بإثبات أبوة بيولوجية لشخص ما، تجاه طفل معين، استنادا إلى إقرار الأب، فإن هذا الأخير يصعب عليه القيام فيما بعد بدعوى لنفي تلك الأبوة غير الشرعية، وذلك لعدة أسباب، أهمها أنه

¹⁷⁵ - محكمة سوسة الاستئنافية، حكم مدني ع 3411 دد بتاريخ 17/1/1974، م ق ت، جانفي وفيفري 1974، ص 66

¹⁷⁶ - قرار تعقيبي مدني ع 11005 دد، مؤرخ في 27/7/1976، ق ت، ع 1 دد، 1977، ص 20.

أنه لا يسوغ الرجوع في الإقرار،¹⁷⁷ لا يجوز لشخص أن يسعى لنقض ما تم من جهته،¹⁷⁸ وضرورة احترام استقرار الحياة الشخصية للأفراد.

أما إذا سبق وأن صدر حكم قضى بإثبات أبوة بيولوجية لشخص ما، تجاه طفل معين، استنادا إلى شهادة الشهود. فهل يمكن للأب البيولوجي فيما بعد القيام بدعوى في نفي تلك الأبوة غير الشرعية، استنادا لوسيلة التحليل الجيني؟

إذا استندنا إلى الفصل 75 من م أ ش ت كأساس لتلك الدعوى، فإنه من الصعب قبولها، ذلك لتعلق مجال انطباق الفصل 75 بالنسب الشرعي الوارد بمجلة الأحوال الشخصية. أما إذا استندنا إلى قانون 1998، فإنه كذلك من الصعب قبولها، لسبب بسيط يتمثل في كون أن هذا القانون جاء للإثبات فقط، ولم يتضمن أي نص للنفي. وربما تبقى الإمكانية الوحيدة للأب المقتنع بأن الطفل ليس من صلبه، لمعارضة ودفع دعوى إسناد لقب عائلي المرفوعة ضده بالاعتماد على شهادة الشهود، هي الاستناد لوسيلة التحليل الجيني.

وبمقارنة الآثار التي يرتبها اللعان مع الآثار المترتبة عن الوسائل العلمية، أول ما يتراءى لنا أن الوسائل العلمية والمتمثلة أساسا في تحليل الدم وفحص الحمض النووي يقتصر دورها على نفي النسب أو إثباته، بخلاف اللعان الذي تتعدى آثاره إلى إيقاع الحرمة المؤبدة بين الزوجين، ولعل أحدهم يعلق بأن إيقاع الحرمة المؤبدة فيه غبن وإضرار بالذي يتبين له لاحقا أن يراجع زوجته التي لاعنها فنحيب أن الله سبحانه وتعالى قد خلق كل شيء بقدر وحكمة - عزوجل - من تشريع اللعان بالغة.

والقول بأنه يوقع الحرمة المؤبدة. على الرغم من اختلاف المذاهب الفقهية.¹⁷⁹ فهذا يعد قول راجح، لأن هذه العلاقة قد تسرب إليها الشك، لا بل قد تعدى إلى الإتهام، وبذلك

¹⁷⁷ - الفصل 438 م أ ع ثالثا: " ولا يسوغ الرجوع في الإقرار... " - قرار تعقيبي مدني ع 23480 دد، مؤرخ في 1989/6/13، ق ت، ع 4 دد، افريل 1993، ص 97 "الإقرار بالنسب غير قابل للرجوع فيه سواء كان حكما أو غير حكمي " .

¹⁷⁸ - الفصل 547 من م إ ع " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح "

¹⁷⁹ - انظر سيد سابق، المرجع السابق، ص 317.

اختل التوازن والتراحم الذي كان يعضد هذه العلاقة. مما جعل الإستمرار أمر غير وارد وإن تم، فإنه لن يسلم من الكيد، سواء من أحد الطرفين أو منهما معا، إذ يقول سيد سابق: "أنه قد وقع بينهما من التباض والتقاطع ما أوجب القطيعة بينهما". أما الوسائل العلمية فإنها تكتفي بالكشف عن العلل ومواقع الداء، دون أن تتكفل بإيجاد الحلول، وهذا لن يزيد هذه العلاقة إلا سوءا وتشهيرا.

ثم إن في اللعان كرامة وصيانة أكبر للأطراف، فاعتبر اللعان مسقطا لحد القذف عن الزوج الذي لاعن زوجته، بأن اتهمها بالزنا التي وقع عليها الاتهام. أما الوسائل العلمية، وبخاصة في حالة نفي الابن عن أبيه، فلا يمكن القول أنها مسقطة للحد، على أساس القياس على اللعان، لأنه لا وجود للعلة المشتركة بينهما،¹⁸⁰ وهذا القول يجعلنا أمام احتمال واحد، وهو إتهام الزوج زوجته بالزنا برفع دعوى قضائية مما يعرض المرأة المتهمة إلى عقوبة مادية ومعنوية¹⁸¹ عن جريمة قد لا يكون لها أي يد فيها، سيما وكما أشرنا سلفا أن الخطأ في مثل هذه المسائل وارد عن طريق خلط عينات أو غيرها من الأسباب.

ثم إنه ولما كان الطابع الديني التعبدي في اللعان مفقودا في البصمة الوراثية، حيث قبل أن يقدم الرجل على ملاعنة زوجته يتردد ألف مرة. فكان ذلك خادما لقاعدة الاحتياط في النسب رعاية لمصلحة الولد. بخلاف الأمر بالنسبة للوسائل العلمية، التي إن فتح بابها على إطلاقه دون ضبط أو تنظيم، واكتفينا بها دون اللعان، لأدى ذلك إلى التساهل في اللجوء إليها والتسرع في نفي النسب وبالتالي إلى فوضى واضطراب في هذا الأمر الخطير.¹⁸² أما عن أقوال الفقهاء المعاصرين في موقع الوسائل العلمية من اللعان، فقد سردهم الأستاذ خليفة علي الكعبي في ثلاث مواقف.

حيث يرى الفريق الأول أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان، على اعتبار أن اللعان هو الاستثناء وليس الأصل. كما أن البصمة الوراثية نتائجها يقينية إذا أثبت أن الولد ليس من الزوج. ومن أنصار هذا القول محمد المختار السلامي، سعد الدين الهلالي.

¹⁸⁰ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 307.

¹⁸¹ - فوفقا لنص المادة 339 من ق ع ج، فإنه كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها لجريمة الزنا تعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين. وتطبق ذات العقوبة على كل رجل زنا بامرأة يعلم أنها متزوجة وكذا على شريكته.

¹⁸² - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 350.

وثبت عنهم أنه إذا كانت نتائج التحاليل تثبت صحة نسب الولد إلى أبيه الذي نفاه عنه، وقع عليه هذا القذف. أما الفريق الثاني ومن أنصاره الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور محمد الأشقر، فإنهما يريان أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان ولا يجوز أن تمنع اللعان وإنما يمكن الإعتماد عليها للتقليل من حالات اللعان، إذا اطمأن الزوج لذلك. وعلى هذا لو كانت شهادة مقارنة الدم نافية لنسب الولد عن أبيه الشرعي، فلا قيمة لهذا النفي، لأنه مصادم للنص، وكذا لو كانت مثبتة لنسب الولد من الزاني.¹⁸³ أما الفريق الثالث ومن أنصاره حسان حتوت، إذ يقول أن الوسائل العلمية الحديثة ليس لها أن تحل محل اللعان، ولا أن تنفيه، وذلك بناء على عدة أحكام تترتب على اللعان ولا ترتبها الوسائل العلمية. أولها أن اللعان دليل شرعي ثابت بنصوص منقولة، أجمعت الأمة على شرعيته بخلاف الوسائل العلمية كتحليل الدم أو فحص الحمض النووي، والتي وعلى الرغم من إقرار المشرع التونسي، الجزائري والمغربي بها، مسaire منه لحركة التغيير والتطور التي تعرفها النظم القانونية الدولية في إطار ما يعرف بالعملة، أو توحيد النصوص القانونية، إلا أنها تظل فاقدة للصفة الشرعية المطلقة، التي تجعل منها دليلاً يقابل الأدلة الشرعية الأخرى المتفق عليها.

أما ثانيها فيتجسد في أن النسب قد يستدرك بعد نفيه باللعان، إذا ما كذب الرجل نفسه،¹⁸⁴ بناء على قاعدة الاحتياط في النسب. وهذا الأمر تعجز الأدلة عن إثباته، إذ أن النسب متى انتفى بهذه الوسائل، لا يمكن تداركه، لأنه قد تكون إقتناع لدى الأب بأن الطفل ليس منه، لما كانت نتائج التحاليل سالبة، وفي هذا إهدار لمصلحة الولد. ولا نقصد بقولنا هذا، التشجيع على إلصاق الإبن بالرجل وإكراه هذا الأخير على أبوته له، وإنما المقصد أن غريزة حب الأبناء، قد تجعل الرجل مترددا في نفيه لأبوته لمن تدعيه زوجته عليه ويمكن أن يتراجع عن نفيه، إذا ما أدرك خطورة اللعان الذي سيقدم عليه. بخلاف الحال في الوسائل العلمية، إذ قد يقدم الرجل لشك انتابه، على اللجوء إلى خبير يعرض عليه إجراء تحاليل له ولولده، فينتفي نسب الإبن عنه إن كانت التحاليل سالبة.¹⁸⁵

¹⁸³ - انظر أحمد إبراهيم بك، طرق الاثبات الشرعية، المرجع السابق، ص 474.

¹⁸⁴ - انظر سيد سابق، المرجع السابق، ص 317.

¹⁸⁵ - انظر خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 314.

الفصل الثالث: الإثبات في النزاعات المالية بين الزوجين

أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، وجعل لكل منهما لاسيما الزوجة الأهلية في التصرف في أموالها وتحمل الحقوق بنفسها، وهو ما أقرته جل التشريعات الوضعية العربية من بينها المشرع الجزائري في المادة 37 الفقرة الأولى من ق أ ج التي اعتبرت أن القاعدة العامة هو استقلالية الذمة المالية للزوجين فلا يرتب عقد الزواج أي حق لأي من الزوجين تجاه الآخر في الملكية والثروة والدخل، وقد أورد استثناء على هذه القاعدة في الفقرة الثانية من ذات المادة التي منح بموجها للزوجين الحق في تنظيم شؤونهما المالية بحيث نص على امكانية اتفاقهما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول مصير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتحديد النسبة التي تؤول لكل منهما وذلك بهدف توفير الحماية القانونية لكلا الزوجين بخصوص تدبير شؤونهما المالية.¹⁸⁶

قد يتفقا كلا الزوجين على الاشتراك في ملكية متاع البيت الذي يعتبر مجموعة من الأشياء الموجودة في المنزل والمخصصة للاستعمال المشترك، كما قد تكون هذه الممتلكات حقوقا مالية يملكها الزوجان بالاشتراك خارج بيت الزوجية كالعقارات والمنقولات ففي هذه الحالة لا يثار الاشكال في حالة وجود نزاع حمل ملكية هذه الأموال إذ ما على القاضي إلا تطبيق ما جاء في الاتفاق الذي كان بينهما. وإنما يطرح الاشكال حول تقسيم هذه الأموال المكتسبة بين الزوجين عند تعذر وغياب الاتفاق بين الزوجين فلا يستطيع القاضي تطبيق أحكام المادة المذكورة أعلاه لأن الحماية التي أقرها المشرع لكلا الزوجين بموجب نص هذه المادة هي حماية قاصرة إذ لم يتعرض فيها المشرع لنصيب حصة كل من الزوجين في حالة النزاع بينهما حول هذه الأموال واكتفى بالنص على تحديد النسبة التي تؤول إلى كل منهما. كما أن المادة حددت مصير الأموال في حالة الاتفاق، لكن ما تعيشه الأسر الجزائرية يختلف عن هذا إذ نجد في الواقع تبنى الأسرة الجزائرية على الثقة والاحترام والأمان المتبادل يساهم فيه كلا الزوجين في إنماء الثروة العائلية دون محاسبة ودون الوقوف على تحديد ملكية هذه الأموال وتوثيق الثروة المكتسبة بينهما بالاشتراك خلال الحياة الزوجية إلا أنه بمجرد تعكر صفو الأسرة واشتداد النزاع بين الزوجين يتدخل القاضي بناء على طلب أحدهما أو كلاهما لحل وفض هذه النزاعات المالية بينهما بهدف حماية الأسرة ككل لكن

¹⁸⁶ - عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 20، جوان 2018، ص، 174.

أهم مشكل يواجهه القاضي في مسعاه هو مسألة كيفية إثبات لمن تؤول ملكية هذه الأموال؟

يترتب على عقد الزواج بسبب الحياة المشتركة بين الزوجين اختلاط أموالهما حيث قد تساهم الزوجة العاملة في بناء مسكن الزوجية وتجهيزه وتأثيثه برضاها، لكن الحياة الزوجية قد تواجه مشاكل تؤدي إلى انفصال الزوجين ما يترتب عنه مطالبة الزوجة باسترجاع الأثاث والمتاع الذي ساهمت به في تأسيس هذه الأسرة وقد يقابلها الزوج بانكار وجود هذا المتاع أصلاً أو إنكار ملكيتها لهذا المتاع هو ما يتولد عنه نزاع بين الزوجين حول متاع البيت لأنه مشترك بينهما وعليه لا يكون أمام هذه الزوجة من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء للمطالبة باسترجاع أملاكها وهنا عليها أن تثبت وجود هذا المتاع (مبحث أول) لتثبت بعدها ملكيتها للمتع (مبحث ثاني).

المبحث الأول: إثبات وجود متاع البيت

يبرز دور القاضي في حماية الأسرة في دوره في فض النزاع حول متاع البيت بإعماله للبيئة والقريضة لحل النزاع حول وجود متاع البيت في حالة وجود الدليل (مطلب أول) وفي حالة عدم وجود الدليل (مطلب ثاني).

المطلب الأول: إثبات وجود متاع البيت في حالة وجود الدليل

لم يحدد المشرع الجزائري وسيلة الإثبات المكفولة لحل النزاع بين الزوجين حول وجود المتاع سواء في الشريعة العامة أو في قانون الأسرة الجزائري، هذا ما يدفع القاضي للجوء لإعمال قواعد الشريعة الإسلامية لحل هذا النزاع، على رأس هذه القواعد نجد قاعدة "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر" وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البيئة على من المدعى واليمين على من أنكر"¹⁸⁷ فإذا ادعت الزوجة أنها خلقت وتركت في دار الزوجية متاع وأنكر الزوج ذلك فهنا لابد على الزوجة إقامة البيئة على وجود المتاع المحدد في العريضة وهذا يكون بكل الطرق الجائزة قانوناً كتقديم فواتير شراء

¹⁸⁷ - عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، المرجع السابق، ص 180.

المتاع المتنازع عليه أو شهادة الشهود، فإذا قدم أحد الزوجين دليلاً أو بينة حكم له القاضي بما طلبه إعمالاً للقاعدة المذكورة أعلاه، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/03/1999 بقولها "من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) ومتى كان كذلك استوجب القرار المطعون فيه"¹⁸⁸ وحتى يفصل القاضي في مثل هذا النزاع يجب عليه التأكد أولاً من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر، فإذا كانت محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية المذكورة آنفاً، فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً فإنه يؤدي اليمين وتسمى يمين النفي.¹⁸⁹ إلى أنه يشترط للقضاء بالبينة حضور الخصم بنفسه أو حضور نائب معه.¹⁹⁰

المطلب الثاني: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل

بوجود الدليل أو البينة على وجود المتاع المتنازع عليه بين الزوجين لا يثار أي إشكال، لكن الأشكال يطرح عند غياب البينة أو الدليل من كلا الطرفين على وجود هذا المتاع، فيما يثبت المدعي وجود هذا المتاع أمام القضاء؟ بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند انعدام الدليل أو البينة وتطبيقاً لنص المادة 222 من ق أ ج فإنه يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها التي من بينها "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

وسيلة الإثبات التي يملكها القاضي في هذه الحالة لفض النزاع حول وجود المتاع المتنازع عليه بين الزوجين هي اليمين، واليمين المقصودة هنا هي اليمين الحاسمة التي تحسم النزاع إذ يطلب أحد الزوجين المدعي من القاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر المدعى عليه فإذا حلف هذا الأخير بعدم وجود المتاع المتنازع عليه ربح الدعوى، وإذا نكل

¹⁸⁸ - محكمة عليا، غرفة أحوال شخصية، قرار بتاريخ 16/03/1994، إجتهد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 245.

¹⁸⁹ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 355.

¹⁹⁰ - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط 2، دار العلم، دمشق، 1989، ص 370.

حكم عليه القاضي وأمره بإرجاع هذا المتاع إلى المدعي. في هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1992/10/27 أنه "الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب وخرقوا قواعد الإثبات، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ".¹⁹¹ إن دور القاضي في هذه الحالة يتوقف على طلب أحد الزوجين المدعي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر المدعى عليه.

المبحث الثاني: إثبات ملكية متاع البيت

يختلف النزاع حول وجود المتاع عن النزاع حول ملكية المتاع في أن هذا الأخير قد تطرق إليه المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة الجزائري، حيث خصص لتنظيم أحكامه مادة وحيدة هي المادة 73 من ق أ ج التي جاء فيها " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين".

أقر المشرع الجزائري حماية قانونية لمالك المتاع سواء كان الزوج أو الزوجة، وذلك من خلال وضعه حلولاً للنزاع القائم بينهما حول ملكية المتاع إلى أن هذه الحماية القانونية تبقى قاصرة وليست ذات فعالية إلا بتدخل القضاء عن طريق تجسيد الحلول التي وضعها المشرع لحل النزاع حول ملكية المتاع، وباستقراء نص هذه المادة يتبين أن المشرع قد حصر حالات النزاع في حالة النزاع حول ملكية المتاع مع وجود الدليل (المطلب الأول) وحالة النزاع حول ملكية المتاع مع انعدام الدليل (المطلب الثاني).

¹⁹¹ - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/10/27، مجلة قضائية، 2001، ص 233.

المطلب الأول: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بوجود الدليل

يتبين من نص المادة 73 من ق أ ج أن المشرع الجزائري تبني قاعدة اعتماد قول من شهد له الظاهر مع اليمين، فما يكون صالح لاستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالح لاستعمال المرأة كالحلي والزينة فالقول فيه للزوجة مع اليمين شرط عد تقديم الدليل من أحد الطرفين.¹⁹² هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986-05-05 التي جاء في قرارها" من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده العرف".¹⁹³

المطلب الثاني: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع عند انعدام الدليل

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الحكم بملكية أثاث بيت الزوجية لأحد الزوجين في حالة نشوب النزاع بينهما حول ملكية هذا الأثاث اختلافا كبيرا، وذلك في حالة عدم تقديم أي منهما بينة لإثبات دعواه، حتى وصلت آراؤهم إلى سبعة فسميت بالمسبعة وذكر ابن حزم في هذه المسألة تسعة آراء، فقد اختلف الفقهاء المسلمون في ملكية أثاث بيت الزوجية في حال انعدام الدليل إلى عدة آراء يمكن تلخيصها في ثلاثة آراء وهين ملكية الأثاث مناصفة، ملكية الأثاث حسب الصلاحية، ملكية الأثاث للزوج أو للزوجة.¹⁹⁴ بالرجوع إلى نص المادة 73 من ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري قد أوجد حلولا تمكن القاضي من فض النزاع حول ملكية المتاع بين الزوجين في حال انعدام الدليل، وهي ثلاثة حلول طبقا لما أشار إليه النص نذكرها فيما يلي:

1- الحكم للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء مع اليمين

إن المصوغ وأدوات التجميل والألبسة النسائية وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنها للنساء هي للزوجة، كما أن هناك أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي،

¹⁹² - لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2004، ص 261.

¹⁹³ - بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 402.

¹⁹⁴ - قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2008، ص ص 87، 88.

وعليه فإذا ادعى الزوج أمام القضاء ملكية متاع يعود حسب العرف للزوجة فعليه تقديم الدليل طبقاً لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإذا فشل الزوج في تقديم دليل على ملكيته لهذا المتاع يتدخل القضاء لتوجيه اليمين للزوجة لملكيتها لهذا المتاع، فإذا حلفت الزوجة فيحكم القاضي بإثبات ملكية المتاع لها وإذا نكلت يحكم لصالح الزوج. زمن هنا يظهر جلياً دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بين الزوجين. وتتجسد الحماية القضائية للمالك الحقيقي للمتاع في استرداد متاعه، وبالتالي فإن القاضي إذا تبين له أن المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد للنساء فيكتفي بتوجيه اليمين للزوجة المدعى عليها في حال انعدام الدليل من طرف الزوج المدعى.

2- الحكم للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال مع اليمين

قضت في هذا الصدد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/07/09 على أنه "من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين توجه اليمين الخاصة بالأمتعة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فإن قضية الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من ق أ ج فإنهم خرقوا القانون وأخطأ في تطبيقه ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". هذا الحكم يبين الدور الإيجابي للقاضي في فض النزاع حول المتاع بين الزوجين، وذلك من خلال توجيه القاضي للزوج أداء اليمين إذا كان المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد للرجال مع عدم تقديم الزوجة المدعية دليل على ملكيتها لهذا المتاع.

3- الحكم في المشتركات بينهما بالقسمة مع اليمين

جسد هذا الحل في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/03/10 حين قضت "بتقاسم الزوجان في حال النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"¹⁹⁵ فإذا ادعى كلا

¹⁹⁵ - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/03/13، ملف رقم 277411، عدد 2، 2004، ص

محاضرات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

الزوجين ملكية الأثاث الموجود في البيت من أثاث وأدوات منزلية كآلة الغسيل والتلفاز والثلاجة وغيرها، فلا بد على القاضي في هذه الحال التدخل بقسمة هذه الأشياء المشتركة بينهما باعتبارها مال مشترك بينهما مع توجيه اليمين لكليهما.

خاتمة

بتتبع مختلف الأحكام المنظمة للإثبات في قضايا شؤون الأسرة يتبين أن المشرع الجزائري نظمها بطريقة تتحقق معها مصلحة كل أفراد الأسرة معملا القواعد العامة في الإثبات المنصوص عليها في قواعد القانون المدني وقانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، مستندا كذلك على مقاصد الشريعة الإسلامية.

كما تتجلى أهمية الإثبات في الحفاظ على الحقوق والقضاء على الكثير من المشكلات، إذ تتجلى الأهمية الكبرى في إثبات الزواج والنسب في الحفاظ على الأسر والأنساب إذ تبين الأنساب والتقليل من الإنكار منه والتلاعب بالأعراض.

قائمة المراجع:

1- النصوص القانونية

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ع 31، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.
- قانون رقم 62-126 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 08 ن الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 1962 ن معدل ومتمم بالأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر ع 21 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 1970 معدل ومتمم بالأمر رقم
- المادة 3 من قانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر ع 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

2- المراجع العامة والخاصة

- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2009.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلات الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.
- م ع غ أ ش، 21-04-1975، ملف رقم 12529 (غير منشور)، بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

محاضرات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.
- عفاف لامية العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي، بأفلو، الأغواط، العدد الثالث، سبتمبر 2019.
- عبيد الشافي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة مديلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2016،
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط 02، دار هومه، الجزائر، 2009.
- عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، الطبعة الثالثة، موفر للنشر، الجزائر، 2012.
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، دار هومة، الجزائر.
- انظر ابن الخوجة محمد الحسن، الفقه الإسلامي وقضايا العصر، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد 10، 1993
- انظر أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، معهد الدراسات العليا، القاهرة، بدون ط، 1958.
- كمال شرف الدين، مدخل إلى دراسة القانون المدني، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1998.
- حسن فرج، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق، حقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الأسكندرية، بدون ط، 1998.
- النبهان محمد فاروق، القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد 7، 1990.

- انظر الفاسي علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، دون ط.
- سمير السعودي، الرابطة الدمويّة والقانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في الحقوق، كليّة الحقوق بتونس 1998.
- علي الفطناسي، ثبوت النسب بالفراش، ق ت، عدد 6، 1978، ص 11.
- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية للنشر.
- انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- قرار عدد 5350 المؤرخ في 2 أبريل 1968، ق ت، عدد 1 و 2، لسنة 1969. القرار عدد 9700، المؤرخ في 14 نوفمبر 1972 نشرية محكمة التعقيب، 1972، ص 54 . القرار الاستئنافي عدد 28744، الصادر بتاريخ 19 مارس 1969، ق ت، عدد 1، 1971 ص 89.
- انظر فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- ساسي بن حليلة، تعليق على حكم مدني، ق ت، عدد 10، ديسمبر 1971، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس.
- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموارث، دار هومه، الجزائر، بدون طبعة، 2003.
- بلحاج العربي قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية بدون طبعة 2000، الجزائر.

محاضرات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية بيروت، لبنان، بدون طبعة، 2003 .
- أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، بدون سنة.
- النبهان محمد فاروق، القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، العدد7، 1990 ص134.
- الطيّب العنابي، من الخطبة إلى الخلية، ق ت، عدد 1، لسنة 1981، الشركة التونسية لفنون الرسم، ص27.
- عبد العزيز العامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، مصر، بدون طبعة، بدون سنة.
- عبد السلام محمد شريف العالم، قانون الزواج والطلاق، جامعة قاريونس، ليبيا، ط1، 1990.
- انظر تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل العاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة القانونية التونسية 2003، مركز النشر الجامعي، تونس.
- -عبد الباسط خالدي، أخلاقيات الإنجاب في ظل تطورات الهندسة الوراثية، ق ت، العدد 9، نوفمبر 1998، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ص80.
- سبيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء، أسبابه وعلاجه، ط 5، دار العلم للملايين بيروت، 1988.
- -انظر تاج الدين محمود الجاعوني، الانسان هذا الكائن العجيب، ج 2، دار عمان، 1993.

محاضرات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

- انظروهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلتها، ط3، دارالفكر، دمشق، 1984، ج3.
- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، 2007.
- انظر عمارة الدبابي، نورالدين علاق، ملتقى الطبّ الإنجابي بالمنستير في 27 أبريل 2002.
- أبو زيد محمد محمد، تحديث قانون الإثبات "دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب"، القاهرة بدون ط، 2004.
- سعد مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية "دراسة فقهية مقارنة"، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، بدون ط، 2002، ص132.
- عيادة الحسين، بن شويخ الرشيد، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد20، جوان 2018.
- محكمة عليا، غرفة أحوال شخصية، قرار بتاريخ 16/03/1994، إجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 245.
- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 355.
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط 2، دار العلم، دمشق، 1989، ص 370.
- محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 27/10/1992، مجلة قضائية، 2001، ص 233.

محاضرات الإثبات في قضايا شؤون الأسرة

- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2004.
- -قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثار بيت الزوجية، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2008.
- محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/03/13، ملف رقم 277411، عدد 2، 2004.

المراجع باللغة الفرنسية:

- -Ben Halima(S), La filiation naturelle en droit tunisien, Actualités juridiques Tunisiennes «L'enfant en droit privé», Faculté de droit et des sciences politique de Tunis, n°16, 2003, p28.
- Tribunal De Grande Instance De Bobiny, 18/01/1990, Dalloz 1990, II, p 332.
- Barry Furrow, Sandaar Jonhson, Timotily, Jost, Robert, L. Schwart, Healthlaw, p 799.
- Jean(L), Guide du droit de la famille, édition France loisirs, 2000, p45.
- Abdou (B), votre future bébé, Dahlab, Algérie, 1994, p31.
- -Sureau(M), la maternité, édition franche, Paris, France, 2^{ème} édition, p15. Van Den(B), le sang, Presse universitaire de France, Paris, 1994, P100. Mgaudemmen et ch. Selemen, Imimino-hematologie et imimogénétique, Flamation medcin-science, Paris, France 19, p481.

- -Hauser (J), Daniele Huet weiller, Droit civil et vie de la famille, 2 é d, L G D J, p 532et 5, les conflits de filiation.
- Jean Hauser, filiation, identification génétique, procréation médicalement assisté, J.C.P, éd 1997 art 311, p19 et 311.
- Granet(F), Filiation naturelle "Principe d'égalité des enfants légitimes et naturels, Nom de l'enfant naturel", Edition du Juris-classeurs, 1998, Fascicule 30, n°11, p22.
- Medeni (M), les empreintes génétiques « vérité scientifique et droit de la filiation », R J L, Février 1996, p 7 et 5.

الفهرس

1	مقدمة
1	الفصل الأول: إثبات الزواج
3	المبحث الأول: إثبات عقد الزواج الرسمي
4	أولاً- إجراءات توثيق عقد الزواج الرسمي
7	المطلب الثاني: طرق إثبات عقد الزواج الرسمي
7	أولاً- إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية
8	ثانياً- مدى اعتبار العقد التوثيقي وسيلة لإثبات عقد الزواج الرسمي
8	المبحث الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي
9	المطلب الأول: إثبات عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه
10	أولاً- الجهة القضائية المختصة
10	ثانياً- الإجراءات المتبعة
11	المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه
11	أولاً- الجهة القضائية المختصة
12	ثانياً- الإجراءات المتبعة
13	الفصل الثاني: إثبات النسب
15	المبحث الأول: الآليات الشرعية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي
17	المطلب الأول: الفراش
18	أ- تفسير الفراش
19	1- النكاح
31	2- التلقيح الاصطناعي
41	ب- القرائن المؤثرة في الفراش
42	1- مدة الحمل
44	2- إنكار نسب الطفل المتكون أثناء الزواج
49	المطلب الثاني: الإقرار كأداة لارتقاء الطفل الطبيعي لمنزلة قريبة من الابن الشرعي
51	المبحث الثاني: الآليات العلمية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي
	المطلب الأول: مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية المثبتة للبنوة في القانون التونسي، الجزائري والمغربي
52	
53	أ- مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البنوة الشرعية

- ب- مدى إمكانية اعتماد الآليات العلمية كوسيلة لإثبات البينة غير الشرعية.....57
- المطلب الثاني: مقارنة الوسائل العلمية بالطرق الشرعية 61
- أ-تكييف الآليات العلمية.....62
- ب-موقع الوسائل العلمية من الأدلة الشرعية.....63
- ج_ مقارنة بين الوسائل العلمية واللعان.....64
- الفصل الثالث: الإثبات في النزاعات المالية بين الزوجين..... 70
- المبحث الأول: إثبات وجود متاع البيت 71
- المطلب الأول: إثبات وجود متاع البيت في حالة وجود الدليل 71
- المطلب الثاني: إثبات وجود متاع البيت في حالة عدم وجود الدليل..... 72
- المبحث الثاني: إثبات ملكية متاع البيت 73
- المطلب الأول: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بوجود الدليل 74
- المطلب الثاني: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع عند انعدام الدليل 74
- خاتمة 77
- قائمة المراجع: 78