



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مصطفى اسطبولي - معسكر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أثر الشبهة في إثبات النسب (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (الطور الثالث) في الحقوق
تخصص قانون الأسرة

تحت إشراف
أ.د عمري رشيد

إعداد الطالب
مزوزي أحمد بن يوسف

*****أعضاء لجنة المناقشة*****

الصفة	مؤسسة الانتماء	الدرجة العلمية	الأستاذ (ة)
رئيسا	جامعة معسكر	أستاذ التعليم العالي	مسعودي رشيد
مشرفا ومقررا	جامعة معسكر	أستاذ التعليم العالي	عمري رشيد
ممتحنا	جامعة معسكر	أستاذ التعليم العالي	حجاري محمد
ممتحنة	جامعة معسكر	أستاذة التعليم العالي	يحياوي سعاد
ممتحنا	جامعة عين تموشنت	أستاذ التعليم العالي	عبد السلام نور الدين
ممتحنا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	قادة بن بن علي

السنة الجامعية 2022 , 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ

عِنْدَ اللَّهِ ﴾

شكر وعرفان

الحمد لله أولا وأخيرا، لتوفيقه لي من يوم نجاحي في مسابقة الدكتوراه، إلى يوم إتمام هذا العمل ومناقشته.

جزيل شكري وعرفاني وامتناني لأستاذي عمري رشيد، الذي رافقني طيلة مسيرتي البحثية، وكان لي نعم الموجه والمعين.

أشكر السادة الأستاذة أعضاء لجنة المناقشة، لتحملهم عناء التدقيق في البحث وتحمل مشاق السفر، وعلى ما قدموه من ملاحظات تثري البحث وترفع من جودته.

شكري إلى مستخدمى كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة مصطفى اسطمبولي (معسكر)، إدارة وأساتذة وموظفين، على ما يسهروه لنا من خدمات طيلة انتسابنا للكلية.

وأشكر أيضا كل من ساعدني في إعداد هذا العمل من قريب أو بعيد

إهداء

إلى روح أبي الطاهرة، الذي غرس في قلبي حب العلم والتعلم، فارحمه

ربّ كما رباني صغيرا

إلى والدي منبع العطف والحنان، وقرّة عيني.

إلى إخوتي سندي في الحياة

إلى الزوجة الكريمة التي صبرت معي طيلة أيام إعداد البحث، فلها مني

جليل الامتنان وعظيم التقدير

إلى أولادي فلذات كبدي ودرر فؤادي، حفظهم الله

إلى أصدقائي ورفقائي

إلى كل باحث وطالب علم، وكل من استعان بهذا البحث

أهدي هذا العمل الذي أرجو ثوابه من رب العالمين

قائمة المختصرات

القانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ.
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج
المجلة القضائية	م.ق
غرفة الأحوال الشخصية	غ.أ.ش
الغرفة الجزائرية	غ.ج
الغرفة المدنية	غ.م
طبعة	ط
جزء	ج
صفحة	ص
طبعة خاصة	ط.خ
نشرة قضائية	ن.ق
عدد خاص	ع.خ
مدونة الأسرة المغربية	م.أ.م
قانون المساعدة الطبية على الإنجاب المغربي	ق.م.ط.إ.م
دون سنة نشر	د.س.ن
ديوان المطبوعات الجامعية	د.م.ج

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلّ اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم. نحمد الله على ما أنعم من الإيمان به سبحانه، وهدانا إليه من توحيده، ووقفنا باتباع أنبيائه ورسله، الذين آخروهم وأفضلهم وأشرفهم محمد صلى الله عليه وسلم، أما بعد:

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان لخلافته في الأرض، وجعل استمرار جنسه مرتبط بالتكاثر والتناسل على غرار باقي الكائنات الحية، غير أن الإنسان يتّسم بخصوصية تميّزه عن غيره، تتجلى في تنظيم الشرائع لعلاقته بين الذكر والأنثى. ولكون المجتمع عبارة عن مجموعة أُسر، فإن قوته مرتبطة بالأواصر التي تربط العائلات المكونة له، فيقوى إذا قويت، وينهار ويتفكك إذا ضعفت.

ومن المعلوم أن النسب أهم رابطة من الروابط التي تجمع أفراد الأسرة، لأنه يبيّن العلاقة بين الوالدين والأولاد باعتبارهم ثمرة للعلاقة الزوجية. ولكونه يحظى بدرجة عالية من الأهمية في حياة الفرد والمجتمع، حرصت الشريعة الإسلامية، وقوانين الدول الإسلامية والعربية خاصة على تنظيمه والعناية به، موافقين على أي قول أو عمل من شأنه تحقيق مقاصد الشرع في ذلك، لأن النسب من أهم آثار العلاقة الزوجية، وحفظه مقصد، ولأنه يصنّف من الكليات الخمس، كونه حق للولد يدفع عنه الضياع والمعرّة، وحق للأب تدفع به عن نفسها الفضيحة، وحق للوالد يحفظ به سمعته. وكونه كذلك متّصل اتصالات وثيقا باستقرار المجتمعات، خاصة العربية والإسلامية.

وبسبب عدم تقييد أحكام النسب بنصوص قرآنية قطعية الدلالة، اجتهد الفقهاء في وضع القواعد التي تنظّمه، ما أسفر عن بعض الاختلافات في الرؤى، إلا أنهم أجمعوا على طرق منشئة وأخرى كاشفة. تطرّق لها المشرع الجزائري في بعض مواد قانون الأسرة، وحدّدها في كل من الزواج الصحيح، والفاسد، والمقترن بالشبهة، بالإضافة إلى الإقرار

والبيّنة، وأجاز في تعديله الأخير الاستعانة بالطرق العلمية في ذلك، مؤكبا التطور العلمي والطبي الحديث.

ويُعتبر اعتماد الشريعة والقوانين محل المقارنة على الشبهة كسبب لثبوت النسب، تطبيقاً فعلياً لقاعدة إحياء الولد والتساهل في إثبات نسبه، كونه موضوعاً تتوافق حوله النصوص الشرعية والتشريعية كمبدأ عام، مع بعض الاختلافات التفصيلية. لأن البعض يتوسع في مفهوم الشبهة، والبعض الآخر يضيق من مجال اعتمادها إلا ما ثبت بصورة يقينية، عملاً بمبدأ الاحتياط في إثبات النسب، ولأن الوطء المقترن بالشبهة يختلف عن غيره من أشكال الوطء، كالصحيح والفاقد والباطل، كونه وطء اقترن بما جعله في منطقة وسط بين الصحة والفساد أو البطلان.

واجتهد الفقهاء المتقدمون في تقسيم الشبهة إلى فئات كل حسب نظرتهم، وعلى خطاهم سار المعاصرون، لأنها تتجدد وتتغير وتختلف باختلاف المجتمعات والعصور، فتتحقق لعدة أسباب تدفع الشخص للوقوع فيها، ويترتب عن ذلك بعض النتائج بخصوص العلاقة بين الرجل والمرأة، سواء ما تعلق بالآثار المادية أو المعنوية، وكذا مصير هذه العلاقة.

ومن الوارد أن تكون العلاقة بين الذكر والأنثى عرضةً للشبهة في جميع مراحلها. فتكون قبل إبرام عقد الزواج، كأن يوطأ الرجل خطيبته، أو يوطأ امرأة لا تربطه بها أية علاقة وطء شبهة. وقد تقترن بعقد الزواج من حيث شروطه وأركانها، أو من خلال وطء امرأة محصنة بشبهة. كما قد تقترن بفك الرابطة الزوجية، من ناحية طرق حلها وإجراءات ذلك. وكذلك يمكن أن تقترن الشبهة بتبعات فك الرابطة الزوجية، سواء في العدة أو الرجعة. ولجميع هذه المراحل أحكام خاصة بنسب المولود الناتج جراء هذه العلاقة.

ويكتسي موضوع تأثير الشبهة على النسب أهمية، تتجلى في الأحكام الشرعية الكثيرة المترتبة على النسب، واختلاف الشبهات وتجددها وكثرتها، والتي قد تقترن بميلاد الطفل بدءاً

من الوطء إلى غاية ولادته، لذا اهتم فقهاء الشريعة على اختلاف عصورهم بها، من خلال طرح أمثلة أو في صورة إجابات على تساؤلات، ضمن نصوص متفرقة في كتب الفقه.

وبلاحظ أن النصوص القانونية نصت على ثبوت النسب بنكاح الشبهة، إلا أنها لم تُفصّل فيها ولم تلمّ بجميع أحكامها، مما يجعل العمل القضائي أكثر صعوبة، ولا سيما أن التشريع الجزائري ترك أغلب أحكام الأحوال الشخصية للسلطة التقديرية للقاضي، وكذلك لأن النصوص التشريعية والأحكام القضائية استعملت مصطلح الشبهة في مواضع تجذب الانتباه، ومن أمثلة ذلك اعتبار القضاء الجزائري بأن الاغتصاب وطء شبهة، واستعمال المشرع المغربي عبارة إثبات نسب ولد الخطيبين ارتكازا على الشبهة، وهذا يعتبر من أهم دوافعنا لخوض غمار البحث في الموضوع، من أجل الوصول للمعنى الحقيقي للشبهة وتبيان ضوابطها ومجال أعمالها.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن عدم الفصل في الموضوع يعتبر كذلك دافعا لنا، كونه لا يزال قابلا للاجتهاد والنظر الشرعي والقانوني، ويحتاج للكثير من البحث، ولأنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالواقع المعاش، وكذلك ما يثيره من جدل في العصر الحالي، مع ما ظهر من زيجات مستجدة وطرق حديثة للزواج والطلاق والحمل والولادة، وتطورات علمية في مجال التحقق من الأنساب، ورغبة منا في إيجاد حلول قانونية وفقهية تضبط العمل القضائي، لأن في إثبات النسب بالشبهة خيط رفيع يفصل بين حفظ حق الولد في نسبه الشرعي، وبين التلاعب به والتستر بها. كما لا ننكر رغبتنا في استكشاف الموضوع، وتوجيه الاهتمام لما تفعله الشبهة في مجال الأنساب، وطرق ضبطها قانونا.

ومن أجل الوقوف على مدى تأثر نسب المولود من العلاقة المقترنة بالشبهة، انطلقنا من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري والخاصة بطرق إثبات النسب، والتي اعتبرت بأن نكاح الشبهة وسيلة لذلك بدون التفصيل فيه، لذا نبدأ من هذا التساؤل الرئيسي: **فيما تتجلى مظاهر تأثر نسب المولود من العلاقة المقترنة بالشبهة؟ وحتى تكون معالجتنا للموضوع**

دقيقة، نحاول تجزئة الإشكال إلى تساؤلات فرعية نذكر منها: ماهي الشبهة المعتبرة شرعا وقانونا؟ وماهي شروط اعتبارها؟ ما هي الفروق بين الوطاء المقترن بالشبهة وباقي أشكال الوطاء؟ فيما تتمثل التبعات التي تلحق الوطاء المقترن بالشبهة؟ هل اعتمد المشرع الجزائري جميع أنواع الشبهات التي قد تمس جميع مراحل العلاقة، أم اعتمد الانتقائية في بعضها فقط؟ هل أصبح بالإمكان في عصرنا الحالي التمييز بين الشبهة الحقيقية والمزيفة؟

واعتمدنا في هذا البحث على عدة مناهج تفرضها خصوصيته وتشعبه، منها المنهج الوصفي في عرض ما جاء في الشريعة الإسلامية والتشريعات محل المقارنة. وعلى المنهج التحليلي، من خلال استنباط توجهات الفقهاء وعرض أدلتهم والبحث فيها، والنصوص التشريعية محل الدراسة. بالإضافة إلى اعتمادنا على المنهج المقارن، وذلك من خلال عرض ما ورد في الشريعة والنصوص محل المقارنة، كونها تستمد أغلب أحكامها من الشريعة الإسلامية، مقارنين بين الآراء الفقهية المختلفة في بعض الأحيان، والنصوص التشريعية والأحكام العملية القضائية، بغية الوقوف على نقاط ضعف وقوة التشريع الجزائري للوصول إلى الأفضل.

وبما أن أحكام الشبهة في الشريعة كثيرة، وأن التشريعات تحيل إليها عند غياب النص القانوني، حاولنا في بحثنا هذا جمع ما ورد في الشريعة الإسلامية، بخصوص نسب المولود الذي اقترنت ولادته بشبهة في جميع مراحل العلاقة بين الرجل والمرأة، حيث اعتبرنا أن الرجل ثابت، وأحوال المرأة هي المتغيرة، ونتيجة لذلك تتغير أحكام نسب المولود، بدءا من الخطبة والزواج، وصولا إلى فك الرابطة الزوجية، والآثار المترتبة عن كل مرحلة.

وخلال بحثنا، تعرضنا لأمثلة حول الشبهة، وذلك لاستحالة حصرها بسبب تعدد صورها وتجدها. وبحثنا في النصوص القانونية الجزائرية، وحاولنا مقارنتها مع نظيرتها المغربية، للوقوف على نقاط قوة وضعف القانون الجزائري.

ومن البديهي أن يتلقى الباحث بعض التحديات التي تؤثر على جودة البحث، فالكمال لله وحده سبحانه وتعالى. ومن بين التحديات التي واجهتنا؛ قلة مراجع التشريع المغربي وندرته على شبكة الانترنت. بالإضافة إلى قلة الأحكام القضائية الخاصة بالشبهة في كلا الدولتين.

وخلال مسيرتنا البحثية، صادفنا دراسات كثيرة حول قضايا النسب، من طرق إثبات ونفي، لكن موضوع ثبوت النسب بالشبهة لم يحظ بأعمال أكاديمية متخصصة، نذكر منها:

- عبد الإله بن جمعان بن محمد الغامدي، الشبهة وأثرها في المعاملات المالية، النكاح، وما يتعلق به - دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية الدكتوراه في الفقه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بالسعودية، 1413 هـ.

ما يميّز هذه الدراسة تركيزها على أثر الشبهة في المعاملات المالية، أما تأثيرها على النسب فلم يحظى بالقدر الكافي من الدراسة، مع ذكرها لأمثلة من الشبهات دون التطرق للمعاصرة منها، ودون تفصيل كاف.

- علاء الدين وائل زهدي جنينة، أثر الشبهة على أحكام الأحوال الشخصية وصورها المعاصرة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2016.

لم تتناول هذه الدراسة النسب بالقدر الكافي، حيث تطرقت لبعض صور الشبهات القديمة والمعاصرة على سبيل المثال، كون الدراسة تشتمل على جميع الأحوال الشخصية، والنسب جزء بسيط منها.

- قارة مريم، قاصرين صبرين، نكاح الشبهة وحجيته في إثبات النسب، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2020/2019.

تناولت هذه الدراسة الإطار النظري للشبهة، من تعريفات وتقسيمات تقليدية ومعاصرة، وشروط إثبات النسب من خلالها، وكذلك ما يتعلق بالعمل القضائي بخصوصها، غير أنها اقتصرت على وطء الشبهة، ولم تتطرق للشبهة في جميع ما هو مرتبط بالعلاقة بين الزوجين والتي تؤدي إلى ولادة مولود جديد.

ولتنظيم ما ورد في هذا العمل البحثي، قسّمناه إلى بابين، تطرقنا في الأول إلى القواعد الفقهية والإجرائية لثبوت النسب من وطء الشبهة، من خلال البحث في مفهومها، وتبعات الوطاء المشبوه، ثم عرض الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً، من أجل رفع دعوى إثبات نسب المولود من الوطاء المقترن بالشبهة. وفي الباب الثاني، تطرقنا إلى مصير نسب المولود في جميع الحالات التي تكون عليها المرأة الموطوءة بشبهة، باعتبارها المتغير والرجل هو الثابت، بدءاً من المرأة المخطوبة، ثم المحصنة، وفي الأخير حالة المرأة خلال تبعات فك الرابطة الزوجية، سواء في العدة أو في الرجعة.

الباب الأول

القواعد الفقهية والإجرائية لثبوت النسب بالشبهة

الفصل الأول: الشبهة في الوطاء وتبعاتها

الفصل الثاني: شروط وإجراءات ثبوت النسب من وطاء
الشبهة

الباب الأول: القواعد الفقهية والإجرائية لثبوت النسب بالشبهة

يثبت النسب بالزواج الصحيح كأصل عام، وأجاز الفقهاء الوطء إذا اقترنت به الشبهة كطريق آخر لإثبات النسب، واختلفوا بين موسّع لمفهوم الشبهة ومضيق لها، لأن هذا الوطء له خصوصية تميزه عن باقي أشكال الوطء في الزواج الصحيح والفاقد والباطل.

ونظرا لكثرة صور الشبهة وتشعبها وتجدها، اجتهد فيها الفقهاء المتقدمون وحاولوا تصنيفها في مجموعات، وكذلك فعل المعاصرون فيما يخص النوازل المعاصرة. وأرجعوا أسباب تحقق الشبهة لعدة عوامل وأسباب تجعل الشخص يقع في الوطء الغلط. وبالتالي يترتب عن هذا الأخير بعض الآثار التي تشمل طرفي العلاقة، وأسرتيهما والمجتمع بصورة عامة.

وبالنسبة للجانب القانوني والتطبيقي، ومن أجل الإثبات القانوني لنسب المولود من هذا الوطء المقترن بالشبهة، لا بد من تحقق بعض الشروط، بالإضافة إلى ضرورة اتباع بعض الإجراءات القانونية.

وللتفصيل في هذا الباب نقسمه إلى فصلين؛ نتطرق في الأول إلى الشبهة في الوطء وتبعاتها. وفي الثاني نبين الشروط والاجراءات المتبّعة من أجل إثبات النسب بوطء الشبهة.

الفصل الأول: الشبهة في الوطء وتبعاتها

تختلف أشكال الوطء باختلاف العلاقة التي تربط الطرفين، فيكون صحيحا إذا كان عقد الزواج مبرما وفق ما تقتضيه الشريعة والقانون، ويكون فاسدا أو باطلا في بعض الحالات، كما قد يكون الوطء مشبوها. وهذا الأخير يتميز عن باقي أشكال الوطء بمفاهيم خاصة به بسبب اقترانه بشبهة ما، والتي قسّمها الفقهاء إلى مجموعات وبينوا أسبابا عديدة لحصولها (المبحث الأول). ويكون لهذا الوطء المقترن بالشبهة بعض الآثار المادية وغير المادية على علاقة الطرفين. وعلاقة الطرفين بعائلة الطرف الآخر، أو فيما يخص المولود الناتج عن هذا الوطء، وخاصة ثبوت نسبه، والذي له طرق تتشوّه وأخرى تكشفه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحقق الشبهة في الوطء

يتميز وطء الشبهة بمفاهيم خاصة به وخصائص تميزه عن باقي أشكال الوطء (المطلب الأول). ويتحقق هذا الوطء إذا اقترنت به بعض الشبهات، والتي قسّمها الفقهاء إلى مجموعات (المطلب الثاني)، حيث تتنوع وتختلف أسباب نشأتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم وطء الشبهة

الوطء هو كل معاشرة جنسية بين رجل وامرأة، تختلف حالاته باختلاف الرابطة بين الطرفين، فيكون صحيحا أو فاسدا أو باطلا أو مشبوها (الفرع الأول)، وهذا الأخير يختلف عن باقي أشكال الوطء الأخرى بسبب خصوصيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف وطء الشبهة.

يتضمن هذا الفرع التعريف اللغوي لوطء الشبهة، وتعريف فقهاء الشريعة من خلال عرض ما قيل في المذاهب الأربعة، وبه أيضا التعريف القانوني له من خلال النصوص القانونية الجزائرية والمغربية.

1- التعريف اللغوي

وطء الشبهة مصطلح مركب من كلمتين، وفيما يلي سنعرض تعريفات لكليهما

1-1- الوطاء لغة:

يقال: وطئت الشيء فأتطأ، أي هيأته فتهيأ. ووطأ بعضه بعضاً، أي وافق. والوطيء من كل شيء: ما سهل ولان. وفراش وطيء: لا يؤذي جنب النائم¹. والوطء والوطأة والميطاء: ما انخفض من الأرض بين النشاز والإشراف. ووطء المرأة: جامعها². والوطء بفتح الواو وسكون الطاء من وطء يطاء الشيء برجله: داسه³.

1-2- الشبهة لغة:

وردت كلمة شبهة في اللغة العربية بعدة معان، نذكر منها:

- **الشبهة بمعنى المثل:** يقال أشبه الشيء الشيء، أي ماثله، والمشتبهات من الأمور: المشكلات. والمتشابهات: المتماثلات⁴.
 - **الشبهة بمعنى الملابس المشاكل:** يقال: تشابه الرجلان واشتبهتا: أشبه كل منهما الآخر حتى التباساً⁵. يقال اشتبهت الأمور وتشابهت، أي التبست فلم تتميز ولم تظهر⁶.
- ومنه، فمدار المادة إذا على معنيين متلازمين هما: المماثلة والتساوي، والإشكال والالتباس الموقعان في الغموض والإبهام والخفاء وهي بواعث الشك⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، المجلد6، ج53، دار المعارف، القاهرة - مصر، (د.س.ن)، ص4763.

² مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج1، دار الحديث، القاهرة - مصر، 2008، ص1762.

³ محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت - لبنان، 1997، ص476.

⁴ ابن منظور، المجلد4، ج25، المرجع السابق، ص2189.

⁵ أحمد لكلمي، الشبهة في الفقه المالكي - دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة الموطأ، عدد 2، 2018، ص336.

⁶ الفيومي، المصباح المنير، ج1، ط1، دار المعارف، القاهرة، (د.س.ن)، ص304.

⁷ أحمد لكلمي، المرجع السابق، ص337.

2- التعريف الاصطلاحي

نتطرق أولاً للمفهوم الاصطلاحي للوطء وصولاً لمفهوم المصطلح المركب لوطء الشبهة.

2-1- الوطء اصطلاحاً:

لم يتوسع الفقهاء في تعريف الوطء، لأن معناه واضح وثابت، فيأخذ معنى الجماع غالباً، وأحياناً معنى النكاح.

ونشأ خلاف بين الفقهاء حول معنى النكاح، هل هو حقيقة في الوطء والعقد؟ أو هو حقيقة أحدهما، مجاز في الآخر؟ حيث قال بعض الحنابلة أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولهم بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾¹. وذهب الشافعية والمالكية وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء. وذهب الحنفية إلى العكس².

وعموماً يمكن اعتبار أن الوطء هو العملية الجنسية بين الرجل والمرأة، غايته التكاثر وتلبية الرغبات الفطرية.

2-2- وطء الشبهة اصطلاحاً:

الشبهة هي ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل³. وتُعرّف كذلك بأنها: "ما يشبه الثابت وليس بثابت"، فالشبهة ما يشبه الثابت لا عين

¹ سورة النساء، الآية 22.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص307

³ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 229

الثابت. والثبوت لا يقصد به ثبوت الفعل فقط، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم¹.

ومن خلال دمج التعريفين الاصطلاحيين المذكورين سابقا للوطء وللشبهة، يمكن القول بأن وطء الشبهة هو كل اتصال غير صحيح بين رجل وامرأة عن غير قصد وبحسن نية مع الاعتقاد بصحته. ويستعمل بعض الفقهاء مصطلح نكاح الشبهة لنفس الغرض، غير أن مصطلح الوطء أكثر دقة، لذا نلجأ لاستعماله في بحثنا هذا باعتبار أن النسب يخص المولود، والذي يأتي حصرا عن طريق الوطء.

3- التعريف القانوني.

فيما يلي سنعرض ما ورد من تعريفات لوطء الشبهة في القانون الجزائري وفي القانون المغربي

3-1- وطاء الشبهة في القانون الجزائري.

استعمل المشرع الجزائري في قانون الأسرة² مصطلح نكاح الشبهة في المادة 40 الخاصة بالنسب، حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...". لكنه لم يُقدم تعريفا لنكاح الشبهة، بل اكتفى بتعريف عقد الزواج من خلال المادة 04 (ق.أ.ج). ونص في المادة 222 من نفس القانون على الرجوع للشرعية الإسلامية عند غياب النص القانوني كما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

¹ عبد الله الغامدي، الشبهة وأثرها في المعاملات المالية والنكاح وما يتعلق به -دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية العالية الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1993، ص 21.

² القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر 15، ص 19.

3-2- وطاء الشبهة في التشريع المغربي

لم يقدم المشرع المغربي تعريفا لوطء الشبهة في مدونة الأسرة¹، لكنه عرّف الاتصال بالشبهة بأنه الاتصال غير الشرعي بين رجل وامرأة مع اعتقاد الرجل شرعية الاتصال، نتيجة غلط في الواقع، أو في الشخص، أو في الحكم الشرعي، كما في الزواج الفاسد². وتطرق له المشرع المغربي في بعض المواد باعتباره وسيلة يثبت بها النسب، حيث نص في المادة 152 (م.أ.م) على أن: "أسباب لحوق النسب الفراش، الإقرار والشبهة". كما تناول الشبهة في المادة 156 (م.أ.م) والتي جاء نصها كما يلي: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية....".

وما يلاحظ على القانونين الجزائري والمغربي أنهما لم يقدموا تعريفا لوطء الشبهة. وبالتالي لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا في اعتقادنا إشارة إلى عدم رغبة المشرعين حصر الشبهة في تعاريف قد تكون قاصرة، ولأن الشبهة واسعة وتتغير بتغير المكان والزمان.

بالرغم من اختلاف مجمل التعاريف التي قيلت في وطاء الشبهة ظاهريا، إلا أنها تصب في مجملها في كونه وطاء غير صحيح وغير شرعي وليس بزنا، لأنه حصل عن غير قصد وبحسن نية، ولا يعاقب فاعله. لكن يترتب على هذا الوطاء آثار أهمها ثبوت النسب.

¹ القانون رقم 03.07 بمثابة مدونة الأسرة، المؤرخ في 07 جويلية 2004، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، في 2004/02/05

² دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، المملكة المغربية، 2004، ص100.

الفرع الثاني: تمييز وطء الشبهة عن باقي أشكال الوطء

بيّنا في الفرع الأول بأن وطء الشبهة يشبه الوطء في الزواج الصحيح لكنه غير صحيح، ويتشابه مع الوطء في الزواج الفاسد والزواج الباطل. وفيما يلي سنميزه عنهم.

1- الوطء في الزواج الصحيح

من الناحية القانونية والشرعية، وحتى يكون الزواج صحيحا وجب مراعاة توفر الأركان والشروط المطلوبة فيه¹، والتي نص عليها المشرع في المادتين 9 و9 مكرر (ق.أ.ج). ونجد قرار للمحكمة العليا نص على ما يلي: "يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه..."².

وساوى القانون الجزائري بين الزواج المسجل وغير المسجل من حيث الصحة، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "... وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه..."³.

والقانون المغربي لم يختلف عن القانون الجزائري في ذلك، حيث يكون الزواج صحيحا إذا توفرت أركانه المذكورة في المادة 10(م.أ.م). وشروطه في المادة 13 (م.أ.م).

وتتجلى التفرقة بين الوطء في الزواج الصحيح ووطء الشبهة؛ في كون الأخير وطاء ليس له أركان ولا شروط، أو حدث ما يجعل هذه الأخيرة غير صحيحة ويستوجب معها فك هذه الرابطة الزوجية. مثل المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل: إنها زوجته

¹ نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة، منشورات بغداد، الجزائر، 2016، ص 15.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 28784، بتاريخ 1982/11/22، ن.ق، 1986، عدد 2، ص 32.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 111876، بتاريخ 1995/04/04، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 36.

فيدخل بها. ومثل وطء امرأة يجدها على فراشه، فيظنها زوجته. ومثل وطء المطلقة ثلاثاً أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له¹.

وبالنسبة لثبوت النسب؛ فوطء الشبهة يتساوى مع الوطء في النكاح الصحيح، غير أن هذا الأخير لا يحتاج إلى بيينة لإثبات صلة المولود بوالده، لأنه هو السبب الأصلي في ثبوت النسب²، عكس وطء الشبهة الذي يحتاج إلى بيينة خاصة.

2- الوطء في الزواج الفاسد

بالنسبة لفقهاء الشرع؛ الفساد مرادف للبطلان عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) فكل من الباطل والفساد يُطلق على الفعل الذي يخالف وقوعه الشرع، ولا يترتب عليه الآثار...³. عكس الحنفية الذين يفرّقون بين الباطل والفساد في عقود النكاح، حيث عرّفوا الزواج الفاسد بأنه عقد زواج حصل خلل في وصف من أوصافه، بأن كان في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشاهدين، أو أن تكون المرأة محرّمة على من تزوجها بشرط عدم علمهما وقت العقد بالحُرمة. وعرّفوه أيضاً بأنه ما فقد شرطاً من شروط الصحة، وأنواعه هي: الزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، وجمع خمس في عقد، والجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحلّ: فاسد عند أبي حنيفة، وباطل عند الصحابين، وهو الراجح⁴.

ولم يعرّف القانون الجزائري الزواج الفاسد وإنما ذكر الأسباب المؤدية لفساد عقد الزواج في الفصل الثالث من المواد 32 إلى 35 (ق.أ.ج)، حيث جمع بين بطلان الزواج وفساده. ويعرّف الزواج الفاسد اصطلاحاً بأنه: "كل عقد وُجد فيه الإيجاب والقبول ولكن

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق - سوريا، 1985، ص688.

² دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة. دار الخلدونية. الجزائر. 2016، ص238.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج8، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1986، ص106.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص109.

اختلف فيه شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة 09 مكرر (ق.أ.ج) المتمثلة في: أهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدين، وعدم وجود مانع من الموانع الشرعية. وفي هذه الحالة يكون عقداً مختلاً من شرط أو شروط الصحة، ويعدّ ذلك سبباً من أسباب الفسخ الذي يعتبر الأثر المقرر قانوناً وفقاً للمادتين 33 و34 من قانون الأسرة¹. كما يُعرّف بأنه: "ذلك العقد المشروع بأصله لا بوصفه، وضابط العقد الفاسد هو ما تخلف عنه شرط من شروط الصحة"².

وبخصوص الجزاء المترتب عن الزواج الفاسد؛ نجد أن المشرع الجزائري نصّ على الفسخ قبل الدخول، لأن الفسخ لا يرد إلا على عقد وُجد صحيحاً لكن اختلف فيه شرط من شروط الصحة، أما بعده فيثبت بصدّق المثل، ما عدا في حالة الزواج بإحدى المحرمات، يُفسخ قبل الدخول وبعده حسب المادة 34 (ق.أ.ج)، مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

وأما الزواج الفاسد في القانون المغربي؛ فعرفته المادة 59 (م.أ.م) كما يلي: "يكون الزواج فاسداً إذا اختلف فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و61، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده". واعتبره المشرع وسيلة يُثبت بها النسب، حيث نصت المادة 154 (م.أ.م) على ما يلي: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا وُلد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أو فاسداً...". ونصت المادة 157 (م.أ.م) على أنه: "متى ثبت النسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالاستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة...".

وبمقارنة الوطء في الزواج الفاسد مع وطء الشبهة، نجد أنهما يتشابهان في الآثار والمتمثلة في وجوب الاستبراء وثبوت النسب. وبما أن إثبات النسب في وطء الشبهة يعتمد أساساً على البينة، فإن ثبوت النسب في النكاح الفاسد أقوى منه في وطء الشبهة، لأنه أقرب

¹ العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائري، 1999، ص148 وما يليها

² عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997، ص94

إلى الزواج الصحيح، والقول بذلك فيه إحياء للولد ورعاية لمصلحته، وهذا ما ذهبت إليه مختلف المذاهب الفقهية¹.

3- الوطء في الزواج الباطل

لغة؛ بطل الشيء: ذهب ضياعا وخسرانا، ويقال ذهب دمه بطلا أي هدرًا، والباطل نقيض الحق². ويعرّف كذلك بأنه: "عدم صلاحية الشيء لترتيب آثاره عليه، وعدم مشروعية الشيء في أصله"³.

واصطلاحًا عند الفقهاء؛ هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع، ومن ثم يعرف العقد الباطل بصورة عامة بأنه: "ما لا يكون مشروعًا بأصله ولا بوصفه"⁴. وكما بينا سابقًا أن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين الزواج الباطل والزواج الفاسد ما عدا الحنفية، الذين عرّفوه بأنه عقد زواج حصل خلل في ركنه أوفي شرط من شروط انعقاده، كزواج الصبي غير المميز والزواج بصيغة تدل على المستقبل، والزواج بالمحارم كالأخت والعمة على الرأي الراجح، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم بأنه متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية ونحوهما⁵.

والمشروع الجزائري لم يعرّف الزواج الباطل، لكن نص على بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا حسب الفقرة الأولى من المادة 33 (ق.أ.ج) لأنه أساس عقد الزواج. حيث يبطل

¹ بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، الجزائر، 2013، ص415.

² ابن منظور، المجلد 1، ج4، المرجع السابق، ص 302.

³ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص78

⁴ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009، ص96.

⁵ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص112.

قبل الدخول وبعده¹. وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحقّ للقضاة إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج"². ومن بين أهم الآثار التي تترتب على الزواج الباطل ثبوت النسب.

وأما الزواج الباطل في القانون المغربي فنصت عليه المادة 57(م.أ.م) كما يلي: "يكون الزواج باطلا؛ إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10، أو إذا وُجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39، أو إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول"، تُصرّح به المحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب ممن يعنيه الأمر. وإذا تم اكتشاف البطلان بعد الدخول فيترتب عليه ثبوت الصداق، واستبراء المرأة مع لحوق النسب إذا كانت النية حسنة، وهذا حسب المادة 58(م.أ.م).

ونرى التشابه بين الوطء في الزواج الباطل ووطء الشبهة في الآثار، فبالرغم من أن هذا الأخير لا يرقى لأن يكون مثل الوطء في الزواج الصحيح، وفي نفس الوقت ليس كالوطء في الزواج الفاسد ولا الباطل، إلا أن النسب يثبت فيهم جميعا لأن الشبهة تُسقط الحد، فإذا سقط الحد ثبت النسب ولو كان العقد باطلا، مادام لم يقرّ الزوج بالزنا وذلك احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه³.

ومما سبق، يتضح أن جميع التعاريف الفقهية الخاصة بوطء الشبهة تتشابه في مضمونها ومعناها، بالرغم من اختلاف المصطلحات والصيغة. وبيّنت في مجملها بأنه وطاء غير صحيح وفي نفس الوقت ليس بزنا ولا حد فيه، بسبب عدم توفر نية هذا الفعل.

¹ المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا)، قرار رقم 51107، بتاريخ 1989/01/02، م.ق، 1992، عدد 3، ص 53.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 249128، بتاريخ 2000/07/18، م.ق، 2003، عدد 1، ص 267.

³ دلاندة يوسف، قانون الأسرة (منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05-02)، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 46.

ومنه فوطء الشبهة يختلف عن باقي أشكال الوطء الأخرى، كالصحيح، والفاقد والباطل لكن يماثلهم في بعض الآثار، وأهمها ثبوت النسب.

المطلب الثاني: تقسيمات الشبهة

المشرع الجزائري لم يعرف الشبهة ولم يفصل فيها، وإنما نص عليها كطريق وسبب لثبوت النسب، لذا لا بد من الرجوع إلى أقوال فقهاء المذاهب الشرعية في تفصيلهم لأقسام الشبهة، وهذا استناداً على المادة 222 (ق.أ.ج) التي تحيل للشرعية في حالة غياب النص القانوني (الفرع الأول). بالإضافة إلى الصور المستحدثة للشبهة التي ظهرت في العصر الحالي، لا سيما المتعلقة منها بأنواع الزيجات الحديثة، أو ما ارتبطت بإبرام عقد الزواج أو إنهائه عبر بوسائل الاتصال الحديثة، أو التي لها صلة بالوسائل الطبية الحديثة في الحمل والولادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشبهة عند الفقهاء المتقدمين

قسّم الفقهاء المتقدمون الشبهة إلى مجموعات اختلفت أسماؤها من مذهب لآخر، سنجمها في ثلاثة أقسام حسب التسمية المنتشرة والمتداولة وهي: شبهة الفعل، شبهة الملك، وشبهة العقد.

1- شبهة الفعل

هي شبهة مرتبطة بالفعل الذي يعتقد المقدم عليه بصحته وجوازه، وهو في الحقيقة عكس ذلك. تطرق لها فقهاء المذاهب وقدموا أمثلة متشابهة لها.

1-1- الحنفية:

تسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهي تثبت في حق من اشتبه عليه حل الفعل وحرمته دون دليل شرعي يفيد الحلّ، فعندئذ يكون ظنّ حلّ الفعل من غير أن يستند إلى دليل شرعي ضعيف أو قوي يفيد الحلّ، إلا أنه اعتمد في ظنّه على ما لا يصلح أن يكون

دليلاً، ولذلك عبّر الفقهاء بقولهم "ظن غير الدليل دليلاً"¹. وتتحقق في حق من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظنّ غير الدليل دليلاً، ولا بد من الظنّ لتتحقق الاشتباه².

1-2- المالكية:

يقسّم المالكية شبهة الفعل إلى قسمين، شبهة في الوطاء وشبهة في الموطوءة. ومثال الأولى؛ اعتقاد أن المرأة الأجنبية امرأته ومملوكته أو نحو ذلك. ومثال شبهة الموطوءة، الأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين، فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد، فيحصل الاشتباه وهي عين الشبهة³.

ومن أمثلتها أن ينكح الرجل نكاحاً فاسداً مجمعا على فساده لكن يدرأ الحد، كأن يتزوج بمعتدة أو خامسة أو ذات محرم غير عالم ويتلذذ بها، أو يطأ امرأة يظنها زوجته فيحرم عليه أصل كل واحدة منهن وفرعها⁴.

1-3- الشافعية:

تسمى عند الشافعية "الشبهة في الفاعل"، وهي أن يظنّ التحليل؛ كما لو زُفت إليه غير زوجته، فظنّها زوجته. أو عقد عقداً ظنّه صحيحاً، وليس بصحيح⁵. ومثالها أيضاً أن

¹ حافظ الدين النسفي، البحر الرائق (شرح كنز الدقائق)، شرح ابن النجيم، حواشي ابن عابدين دمشقي، ضبط زكرياء عميرات، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997، ص19.

² برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدى، مع شرح عبد الحي اللكنوي، أخرجه نعيم أشرف نور أحمد، ج4، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1996، ص97.

³ القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج4، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت، 2010، ص172.

⁴ صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان، (د.س.ن)، ص378.

⁵ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ط1، دار السلام، مصر، 1997، ص444.

يجد امرأة في فراشه، فيطؤها ظانا أنها زوجته أو أمته، فلا حدّ، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه، وسواء كان ذلك ليلة الزفاف أو غيرها¹.

1-4- الحنابلة:

لم يذكر أكثر الحنابلة تقسيما واضحا للشبهة كباقي المذاهب، وإنما اقتصرُوا على تقديم أمثلة حسب المسألة المبحوث عنها، غير أن البعض منهم ذكر تقسيمات لها، مثل ما أورده علاء الدين البعلي في كتابه الاختيارات الفقهية في قوله: "... فإن الشبهة ثلاثة أقسام: شبهة عقد، وشبهة اعتقاد، شبهة ملك"².

ويتضح أن الحنابلة يسمون شبهة الفعل بشبهة الاعتقاد، وهذا حسب التعريف المقدم لها وهي: أن يطأ من يظنّ إباحتها والأمر بخلاف ذلك. ومن أمثلة الوطء بشبهة الاعتقاد؛ أن يجد في فراشه امرأة فيظنّها زوجته فيطؤها³.

2- شبهة الملك (شبهة المحل)

هي شبهة مردّها للأحكام الشرعية والاختلافات الفقهية حول وطء يجيزه البعض ويمنعه البعض الآخر. وفيما يلي، سنعرض ما جاء في المذاهب الأربعة حولها.

2-1- الحنفية:

تقوم على الاشتباه في حكم الشرع بحلّ المحل، فيشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة، وهي تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة

¹ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج10، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1991، ص93.

² علاء الدين البعلي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1911، ص142.

³ عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، ج2، دار كنوز إشبيلية، السعودية، 2010، ص149.

بظنّ الفاعل، فيستوي أن يعتقد الفاعل الحل أو يعلم الحرمة؛ لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعي لا بالعلم وعدمه¹.

2-2- المالكية:

يسمي المالكية هذا النوع بالشبهة في الطريق. ومثالها اختلاف العلماء في إباحة الموطوءة؛ كنكاح المتعة ونحوه، فإنّ قول المحرّم يقتضي الحد، وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصلت الشبهة².

2-3- الشافعية:

تسمى عند الشافعية "الشبهة في الجهة أو الطريق"، وهي كل جهة صحّحها بعض العلماء وأباحوا الوطء بها، لا حدّ فيها على المذاهب وإن كان الواطئ يعتقد التحريم، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود كمذهب مالك، ونكاح المتعة³.

2-4- الحنابلة:

قدّم الحنابلة أمثلة عن شبهة الملك أو المحل. مثل الوطء في نكاح مختلف في صحته، أو ملك مختلف في صحته كنكاح متعة، ونكاح بلا ولي أو بلا شهود، ونكاح الشغار والمحلل ونكاح الأخت في عدة أختها ونحوها البائن...⁴.

3- شبهة العقد

ورد مصطلح شبهة العقد في كتب الحنفية والحنابلة، غير أن المعنى يختلف بين المذهبين، فعند الحنفية قال بها أبو حنيفة وسفيان الثوري وزفر، وخالف أبو يوسف

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص 214.

² القرافي، ج4، المرجع السابق، ص172

³ النووي، المرجع السابق، 94.

⁴ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص96.

والجمهور¹، وهو أنّ الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد محرّماً، وكان الجاني عالماً بالتحريم. ومثالها وطاء امرأة بغير شهود أو بغير إذن مولاها، أو عبد تزوج بغير إذن مولاه لا يكون زناً، وكذا من تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو خمسا في عقد، أو جمع بين أختين أو تزوج من محارمه فوطئها وقال علمت أنها عليا حرام، لا حدّ عليه عند أبي حنيفة، فالعقد يوجب شبهة كالنكاح بغير شهود ونحوه².

ويرى أبو حنيفة بأن من عقد على إحدى محارمه عالماً بالحرمة، ثم وطئها بناء على هذا العقد فإنه لا يحد لشبهة العقد، لأن الأنثى في الأصل محل صالح لمقاصد النكاح ومحل للتصرف ما يقبل مقصوده، ومع قيام المحلية حقيقة، إلا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلاً للنكاح شرعاً، فالعقد إن لم يفد حقيقة الحلّ إلا أنه أورث شبهة؛ لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بالثابت.

وتوجد آراء أخرى في المذهب الحنفي تُلحق شبهة العقد بشبهتي الفعل والمحل، لأن الأمثلة المذكورة لهذه الشبهة ترجع إليهما، وهذا ما قال به ابن عابدين: "الشبهة ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر، وهي ثلاثة أنواع: شبهة حكمية في المحل، وشبهة اشتباه في الفعل، وشبهة في العقد. والتحقق دخول هذه في الأولين"³.

ونجد مصطلح شبهة العقد كذلك عند الحنابلة، وهي: أن يعقد الرجل على من يظن إباحتها ثم يتبين بعد الوطاء أن الأمر خلاف ذلك. ومثال ذلك، أن يعقد على من يظنها أجنبية ثم يتبين بعد وطئها أنها أخته من الرضاعة⁴. ومثال آخر، كأن يتزوج الرجل امرأة

¹ ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ص246.

² علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984، ص138.

³ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، تقديم محمد بكر إسماعيل، ج6، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص26.

⁴ عبد الكريم اللاحم، ج2، المرجع السابق، ص147.

بعقد ليس بصحيح لكنه يظنه صحيحاً، كما لو تزوجها بولي هو أخوها من الأم، فظنّ أنّ الأخ من الأم ولي، وهو ليس بولي، وتزوجها الرجل ودخل عليها وجامعها¹.

ومما سبق، يتبين إجماع فقهاء المذاهب الشرعية على حقيقة الشبهة، وكل قسمها حسب منظوره وأعطى أمثلة عليها، وما يلاحظ أن هذه التقسيمات تتقارب فيما بينها، ما عدا في اختلاف التسمية، غير أن الحنفية انفردوا بمفهوم خاص لشبهة العقد.

الفرع الثاني: الشبهة المعاصرة

بسبب تغير نمط حياة الأفراد جراء التطورات المتنوعة الحاصلة والامتسرة في العصر الحديث، ظهرت طرق جديدة تؤثر على الزواج وعلى طرق الولادة، اختلفت الأحكام والآراء بشأنها، وبالتالي تشبه الأمور على الناس، سواء في أنواع الزيجات الحديثة، أو في عقود الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، أو بفك الرابطة الزوجية من خلالها، أو بخصوص الطرق العلمية للحمل.

1- أنواع الزيجات الحديثة

ظهرت في العصر الحديث أنواع من الزيجات لم تكن معروفة من قبل، اختلفت حولها مواقف الفقهاء. نتطرق على سبيل المثال لا الحصر إلى أكثرها شهرة في الوطن العربي، وهما زواج المسيار وزواج الصديق (الفرند).

1-1- زواج المسيار:

الظاهر أن لفظ مسيار صيغة مبالغة من السير على وزن مفعال، كمهداء، أي كثير الإهداء، ومهذار كثير الهذر، وهو كلام قليل الفائدة. ورجل مسيار كثير السير، وسمي به هذا النوع من الزواج، لأن الزوج يسير إلى زوجته في أي وقت شاء، ولا يطيل البقاء عندها

¹ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، تحقيق عمر بن سليمان الحفيان، دار ابن الجوزي، السعودية، ج13، 2002، ص438

ولا يبيت ولا يقر¹. ويقول الشيخ يوسف القرضاوي: "أنا لا أعرف معنى المسيار، فهي ليست معجمية فيما رأيت، وإنما هي كلمة دارجة في بعض بلاد الخليج، يقصدون بها: المرور وعدم المكث الطويل"².

واصطلاحاً، يلمس الباحث غموضاً في تحديد معناه عند بعض الذين تحدثوا عنه وأفتوا فيه. كما أن بعضهم خلط في تحديد معناه بين الزواج العرفي وزواج السر، وهذا أمر ليس بمستغرب، لأن الموضوع مستجد ويحتاج الأمر إلى فترة زمنية حتى يستقر القول في تحديد معناه³، حيث عرّفه يوسف القرضاوي بأنه: "الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلى بيت المرأة، ولا تنتقل المرأة إلى بيت الرجل. وفي الغالب هذه تكون الزوجة الثانية، حيث يكون عند زوجة أخرى هي التي تكون في بيته وينفق عليها"⁴. وعرّفه سعد العنتري بقوله: "هو الزواج الذي من خلاله تسقط المرأة بعض حقوقها الشرعية بالاختيار". وعرّفه أحمد التميمي بقوله: "يعقد الرجل وفق هذا الزواج زواجه على امرأة عقداً شرعياً مستوفياً الأركان، لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة"⁵.

وبالنسبة للموقف الشرعي حوله، ذهب العلماء إلى ثلاثة أقوال: الأول قال بالإباحة أو الإباحة مع الكراهة، ومنهم الشيخ عبد العزيز ابن باز، ومفتي المملكة العربية السعودية الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، وشيخ الأزهر محمد سيد طنطاوي، والشيخ نصر فريد واصل. ومن الذين قالوا بإباحته مع الكراهة؛ الدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور يوسف القرضاوي. والموقف الثاني قال بعدم إباحته، ومنهم الشيخ محمد ناصر الدين الألباني،

¹ عمري رشيد، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران-الجزائر، 2010-2011، ص 295.

² يوسف القرضاوي، زواج المسيار حقيقته وحكمه، ط 1، مكتبة وهبة، القاهرة، 1999، ص 11.

³ أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2000، ص 162.

⁴ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 9.

⁵ عبد الملك بن يوسف المطلق، زواج المسيار - دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار ابن لعبون، المملكة العربية السعودية، 2002، ص 76.

والشيخ عبد العزيز المسند، والشيخ محمد الزحيلي. والموقف الثالث يتمثل في توقف بعض أهل العلم في الحكم على هذا النوع من الزواج، وهذا دليل على أنه حكمه لم يظهر لهم¹. ويعتبر اختلاف أقوال العلماء بخصوص جواز هذا النوع من الزيجات، سبب يجعل زواج المسيار شبهة يدخل ضمن شبهة الملك.

1-2- زوج الصديق (الفرند):

كلمة فرند هي كلمة انجليزية معناها الصديق، وجاءت فكرة الزواج بين الفتى والفتاة ولكن بدون أن يلتزم الزوج بتبعات الزواج المالية كالنفقة والسكنى، إذ يعقد بين الزوجين، ثم إذا ما أرادا المعاشرة فلهما أن يذهبا إلى أي مكان يطمئنان فيه، إما منزل الأبوين أو الأقارب، أو صديق، أو أي مكان آخر².

علّق على هذه الفكرة الشيخ عبد المجيد الزنداني، حيث قال: "إن هذه الفكرة بنيت على أسس شرعية، تعطي الزوجين الحق في أن يستمتعا ببعضهما إثر إتمام العقد الشرعي الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه، ومنها: الولي، الشاهدان، صيغة العقد الشرعية، المهر، رضا الزوجين وخلوهما من الموانع الشرعية التي تمنع زواجهما. ومن ثم فإن عقد الزواج هنا مستوف لجميع الشروط، ويعدّ ذلك حق للزوج أن يستمتع بزوجه، وتثبت المصاهرة والنسب واستحقاق الإرث وغيرها من الأمور التي تجعل هذا الزواج يختلف تماما عن زواج المتعة الذي يقوم على التوقيت، ولا يترتب عليه استحقاق الإرث بين الرجل والمرأة، ولا ينتهي بالطلاق المشروع"³.

¹ عبد الملك المطلق، زواج المسيار - دراسة فقهية واجتماعية نقدية، المرجع السابق، ص 112-124.

² عبد الله الطيار، الفقه الميسر، ج11، مدار الوطن، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2012، ص31-32.

³ عبد الملك بن يوسف المطلق، زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ص17.

ومما سبق، يمكن اعتبار هذا الزواج شبهة يندرج ضمن شبهة الملك لاختلاف أقوال العلماء، لأن البعض يجيزه لتوفر أركان الزواج الصحيح وشروطه، ولما فيه من علاج لمشاكل العنوسة وارتفاع التكاليف، مثل الشيخ عبد المحسن العبيكان، والشيخ سليمان الماجد، ورئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ علي أبو الحسن وغيرهم. والبعض الآخر لا يجيزه بسبب عدم تحقق مقاصد الزواج، مثل الشيخ نصر فريد واصل مفتي مصر السابق، والشيخ سيد طنطاوي شيخ الأزهر وغيرهم¹.

2- الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة.

مع تطور وسائل الاتصال في العصر الحالي واستعمالها في جميع المجالات، ظهرت مسألة إبرام عقود الزواج من خلالها، ودون الحاجة للحضور المكاني والزمني للطرفين، ونفس الشيء بالنسبة لإيقاع الطلاق. هذا ما أدى إلى تباين المواقف حول جوازها من عدمه.

2-1- الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة:

عقد الزواج الإلكتروني؛ هو ذلك العقد الذي يبرم عبر الوسائل الاتصال الحديثة عن طريق الكتابة أو المشافهة، مثل الفاكس، والرسائل البريدية، والإنترنت، والبريد الإلكتروني.... وقد أثارت هذه الطريقة في إبرام عقود الزواج جدلاً بسبب الاختلاف حول مجلس العقد. فبالرغم من تحقيقه للوحدة المكانية والزمانية، إلا أنه يعتبر مجلس عقد حكمي وليس حقيقي.

وبالنسبة للموقف منه؛ نجد أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون لم يجيزوا عقد الزواج عبر الوسائل الإلكترونية، كما أفتت بذلك اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية² لعدة أسباب، منها احتمال خداع أحد المتعاقدين أو كلاهما

¹ عبد الملك بن يوسف المطلق، زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر، المرجع السابق، ص 22-28.

² فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، جمع وترتيب الشيخ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط5، مجلد 18، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 91.

لأن الوسائل الالكترونية عرضة للتزوير. وفي المقابل نجد من ينادي به، فخلال أشغال المؤتمر الأول للقضاء الشرعي المنعقد في العاصمة الأردنية عمّان في الفترة من 3 إلى 5 سبتمبر/أيلول 2007، بمشاركة واسعة لعلماء وقضاة شرعيين ودوائر إفتاء في عدد من الدول العربية والإسلامية، ناقش المشاركون عددا من القضايا أبرزها مسألة الزواج عن طريق الانترنت.

وبحث المؤتمر العديد من الأسئلة المتصلة بمصداقية التكنولوجيا وصلاحياتها من الناحية الشرعية، للقيام بمهام المحكمة أو المأذون الشرعي، حيث عرض الدكتور هائل عبد الحفيظ؛ أستاذ الشريعة في الجامعة الأردنية لموقع الجزيرة نت ملخص ورقته العلمية، مشيراً إلى أن من يقرّون عقد الزواج القائم على أساس رسالة خطية من رجل لامرأة، يعبر فيها عن رغبته بالزواج منها؛ إذا ما أعلنت المرأة موافقتها على الطلب أمام شاهدين وبموافقة وليها، لم لا يقرّون العقد إذا ما كانت الرسالة إلكترونية. ويبرّر هذا الطرح بضرورة التيسير على الناس¹.

ويتّضح اختلاف الفقهاء المعاصرون حول جواز إبرام عقد الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، ولعلّ الشبهة القائمة هنا تتمحور حول مجلس عقد الزواج الحكمي، لأن هذه الوسائل بإمكانها توفير مجلس عقد زمني غير مكاني.

2-2- الطلاق باستعمال وسائل الاتصال الحديثة:

الطلاق اصطلاحاً عند الحنفية هو: "رفع قيد النكاح الثابت شرعاً، في الحال والمآل، بلفظ مخصوص"². وعند المالكية هو رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ

¹ الزواج الإلكتروني يثير جدلاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية. مقال منشور على موقع الجزيرة نت بتاريخ 2007/09/06.

² ابن عابدين، ج4، المرجع السابق، ص 224-226 <https://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews> توقيت الزيارة 2020/03/04 الساعة 07:30

مخصوصة¹. وعرفوه كذلك بأنه "صفة حكمية ترفع حاية متعة الزوج بزوجته"². وعند الشافعية هو: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"³. وعرفه الحنابلة بأنه: "حل قيد النكاح، أو بعضه"⁴.

وأما المقصود بالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، فهو حلّ عقد النكاح بلفظ صريح، أو كنائي مع النية، مشافهة أو كتابة، بإحدى وسائل الاتصال الحديثة والمتمثلة في الهاتف، أو الفاكس، بالإضافة إلى البرامج والتطبيقات التي تعتمد على الانترنت كالبريد الالكتروني، وغرف الشات، ووسائل التواصل الاجتماعي وغيرها.

وبسبب اختلاف المواقف بشأن صحة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، يمكن اعتباره شبهة ملك بالأساس. كما قد يندرج ضمن باقي تقسيمات الشبهة في بعض الحالات، كونه عرضة للغش والخداع والإنكار.

3- الطرق العلمية الحديثة للولادة

ظهرت في العصر الحديث طرق علمية جديدة للولادة، من أجل علاج مشاكل العقم أو صعوبة الحمل وغيرها، وبطبيعة الحال اختلفت مواقف فقهاء الشريعة حولها باعتبارها نوازل جديدة، وتبنّت تشريعات الدول بعضاً من هذه الطرق، وفيما يلي سنتطرق لعملية استئجار الأرحام، وعملية التلقيح الاصطناعي، وبنوك المنى، على سبيل المثال لا الحصر.

¹ الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، 2002، ص 663

² الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط زكرياء عميرات، ج5، دار عالم الكتب، لبنان، 1995، ص 268

³ شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ج3، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1997، ص368.

⁴ البهوتي، ج5، المرجع السابق، ص232

3-1- استئجار الأرحام:

المقصود بهذه العملية؛ وجود رحم امرأة صالح للحمل، تبذله تطوعاً أو بأجر لزوجة ترغب في نقل بويضتها بعد تخصيبها من مني زوجها، لتتحمل المرأة (الباذلة أو المستأجرة) أعباء ووهن الحمل، على أن تسلم المولود لصاحبة البويضة التي غالباً ما يكون رحمها غير قادر على الحمل، وهو ما يسمى أيضاً بشتل الجنين¹.

هذه الطريقة الجديدة للحمل تطرح إشكالات في نسب المولود، هل ينسب للأم صاحبة البويضة؟ أم لصاحبة الرحم؟ فإن نُسب لهذه الأخيرة، هل ينسب لصاحب المنى؟ وهل يعتبر ولد زنا أو ولد اغتصاب؟ لأنّ الرجل لا تربطه بمؤجرة الرحم علاقة زواج.... ومنه فمسألة تتسبب هذا الولد تعتبر شبهة.

3-2- التلقيح الاصطناعي:

يقصد بالتلقيح الاصطناعي الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين، إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب، دون حصول أي اتصال جنسي مباشر بينهما. ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة. كما قد يتحقق ذلك أيضاً بزرع بويضة ملقحة في رحمها، حيث تتم العملية داخل الأنابيب لكون الزوجة تعاني من انسداد قناة "فالوب" لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي. ويتم اللجوء إلى هذه العملية لعلاج حالات العقم عند المرأة².

¹ علي أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 514.

² جمال غريسي، المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي يثيرها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 24-25 أكتوبر 2018، ص 393.

لكن، بالرغم من أخذ الاحتياطات اللازمة لهذه العملية قد تقع أخطاء غير متعمدة، كاختلاط العينيات، أو إدخال بويضة ملقحة أو مني في رحم امرأة أخرى، وغيرها من الأخطاء. وهذا ما يعتبر شبهة تؤثر على نسب المولود يمكن إدراجها ضمن شبهة الفعل، مثل وطاء الرجل لأجنبية معتقدا أنها زوجته، هذا بإسقاط التلقيح على الوطاء.

3-3- بنوك المنى:

هي أماكن خاصة يتم فيها حفظ الحيوانات المنوية الخاصة بالرجل، ثم اللجوء للبنك عند الحاجة للحصول على الحيوانات المنوية لاستخدامها في التلقيح الاصطناعي¹. وهي مخازن لحفظ وتخزين الحيوانات المنوية البشرية، بواسطة تبريدها وتجميدها في مادة النيتروجين السائل، وحفظها مجمدة لأزمان طويلة².

ويستفيد من هذه الطريقة الأشخاص الذين يرغبون في الإنجاب أيام الشيخوخة والضعف، أو من الأشخاص الذين يعانون من الأمراض التي تؤدي إلى العقم الدائم، كالأمراض التي تؤدي إلى استئصال الخصية أو القنوات الناقلة، ففي الاحتفاظ بالمنى في هذه البنوك تحقيق لرغبتهم في الإنجاب³.

وبخصوص حكم إنشاء بنوك المنى نجد موقفين؛ الأول يمنعها ويحرمها وهو قول جمهور المعاصرين، حيث صدر عن لجنة الفتوى في الأزهر ما نصه: "إن وجود مثل هذه البنوك سيؤدي إلى إشاعة الفواحش والمنكرات...". والرأي الثاني أجاز ابتداء إنشاء بنوك المنى بشروط مخصوصة، وهو قول بعض المعاصرين⁴. وهذا ما يجعل المسألة من

¹ السنباطي عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص2.

² عبد الله هاشم جميل، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية مجلد 22، عدد 228، 1989، ص91.

³ إسماعيل مرجبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي، الدمام-السعودية، 2009، ص370.371

⁴ إسماعيل مرجبا، نفس المرجع، ص 383-384.

الشبهات التي تدخل ضمن شبهة الملك. بالإضافة إلى احتمالية حدوث أخطاء بشرية باختلاط العينات، أو التزييف العمدي للحقائق والنتائج.

إن التطورات الحديثة ولا سيما في مجال وسائل الاتصال الحديثة التي تثير النقاش حول جواز عقد النكاح أو إيقاع الطلاق من خلالها، أو الطرق العلمية الحديثة للولادة، أحدثت جدلاً بين الفقهاء المعاصرين الراغبين في مواكبة التطورات، وبين المنادين بالحفاظ على مكانة وقدسيتها العلاقة الزوجية، غير أنه لا مفرّ من مسايرة الحركة السريعة للتطورات في مختلف المجالات، لأن الإسلام صالح لكل زمان ومكان. وفي نفس الوقت لا بد من إيجاد وسائل ووضع ضوابط تضمن المحافظة على الميثاق الغليظ من التلاعب والعبث.

وبسبب تعدّد مجالات الشبهة وتنوعها، حاول الفقهاء جمعها في مجموعات، ووضعوا لها أحكاماً خاصة بها. غير أن التطورات في عصرنا الحالي أفرزت أنواع أخرى لها تسعى القوانين الوضعية الحالية لضبطها، وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء المعاصرين الذين يعتبر دورهم مهم جداً في هذه المسائل، لأن أغلب قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية والإسلامية تحيل الأمر إلى الفقهاء، باعتبارهم أكثر دراية من القانونيين في هذا الشأن.

المطلب الثالث: أسباب تحقق وطء الشبهة

باعتبار أن الشبهة خطأ يقع فيه الشخص بحسن نية، ومردّد هذا الالتباس غالباً ما يرجع لتعارض الأدلة، أو الشك في أمر ما (الفرع الأول). بالإضافة إلى المواقف المختلفة للفقهاء حول موضوع ما (الفرع الثاني). وفيما يلي سنحاول التطرق إلى جميع هذه المفاهيم مع تقديم أمثلة لتوضيح معانيها.

الفرع الأول: التعارض والشك

يعتبر تعارض الأدلة من بين أهم أسباب حصول الشبهة، وكذلك الشك حول صحة الحكم أو الفعل من عدمه، لذا سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان معنى التعارض ومعنى الشك، مع طرح أمثلة لكليهما لا سيما في مجال الأحوال الشخصية.

1- مفاهيم حول التعارض والشك

فيا يلي سنعرض مفهوم التعارض أولاً، ثم مفهوم الشك. من خلال عرض التعاريف اللغوية والاصطلاحية.

1-1- التعارض:

يقال: تعارض الشئان: إذا تقابلا وتناقضا. وتعارض الأدلة: إثبات أحدهما ما نفاه الآخر. وتعارض البيّنات: أن تشهد إحداها بما نفته الأخرى أو العكس¹. أما اصطلاحاً فهو: "التماثل بين الأدلة الشرعية المطلقة بحيث يقتضي أحدهما ما يقتضيه الآخر"². وهو أيضاً "تقابل حجتين متساويتين على وجه توجب كل واحدة منها ضد ما توجبه الأخرى"³. ويعرّف أيضاً بأنه: "تقابل الدليلين على سبيل الممانعة، بحيث يدل أحدهما على خلاف ما يدل عليه الآخر"، وقد يكون كلياً، وهو الذي يكون من كل وجه، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، وهذا هو التناقض، وإما يكون جزئياً وهو الذي يكون من وجه دون وجه بحيث يمكن الجمع بينهما بوجه من الوجوه⁴.

¹ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص114.

² عبد اللطيف البرزنجي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1993، ص23

³ السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص12.

⁴ وليد بن علي بن محمد القليطي العمري، التعارض في فهم النصوص وأثره في النوازل (دراسة تأصيلية تطبيقية)، مجلة جامعة طيبة لآداب والعلوم الإنسانية، السنة السادسة، العدد 12، 1438 هـ، ص316-317.

ويتحقق التعارض بتعدد الأدلة وتقابلها مع توفر مجموعة شروط وهي: اتحاد القوة كأن يكونا مثلاً قطعيين كآيتين، أو خبرين متواترين... وأن يتحدا في الموضوع والمحل والزمان¹. وقال الزركشي: "اعلم أن الله لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة، بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين، لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل القاطع عليه، وإذا ثبت أن المعتبر في الأحكام الشرعية الأدلة الظنية، فقد تتعارض في الظاهر بحسب جلائها وخفائها، فوجب الترجيح بينهما والعمل بالأقوى"². ومن مقاصد التعارض استيعاب الأزمنة والأمكنة وأحوال الأشخاص والتوسيع عليهم.

1-2- الشك:

لغة؛ قال ابن فارس في الشك: "الشين والكاف أصل واحد، مشتق بعضه من بعض وهو يدل على التداخل، من ذلك قولهم شككته بالرمح، وذلك إذا طعنته فداخل السنان جسمه، ومن هذا الباب الشك الذي هو خلاف اليقين، وإنما سمي بذلك لأن الشاك كأنه شك الأمران في مشكك واحد، وهو لا يتيقن من واحد منهما، فمن ذلك اشتقاق الشك، تقول: "شككت بين ورقتين إذا أنت غرزت العود فجمعتهما"³. ويعرّف كذلك بأنه: "حالة نفسية يتردد معها الذهن بين الإثبات والنفي، ويتوقف عن الحكم"⁴.

والشك اصطلاحاً عند الفقهاء هو مطلق التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء تساوى الاحتمالان أو كان أحدهما أرجح من الآخر. وعند الأصوليين اختلفت عبارات تعريفهم له،

¹ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج2، ط2، دار الخير، دمشق-سوريا، 2006، ص409.

² بدر الدين محمد الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج8، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1992، ص119.

³ أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، دار الفكر، سوريا، 1979، ص173.

⁴ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص491.

لكنها تدور على معنى واحد؛ وهو عدم المعرفة، أو يقال: غموض التمييز بين الاحتمالين أو الطرفين، أو الاحتمالات أو الأطراف، وتختلف فيما بينهما في ذكر بعض القيود¹.

2- أمثلة حول التعارض في أحكام الأحوال الشخصية

لا يمكن وقوع التعارض بين الأدلة الشرعية مطلقاً، سواء كانت قطعية أم ظنية في الواقع ونفس الأمر، وإذا وقع تعارض بينهما في الظاهر، هذا يكون في ذهن المجتهد وتصوره، لا في حقيقة الواقع، وإنما ذلك لقصور فهم المكلف، أو لقلّة علمه، ومن ذلك عدم معرفته للناسخ والمنسوخ من الدليلين المتعارضين لجهله بتاريخ المتقدم منهما والمتأخر، أو لعدم معرفة وجه الترجيح بينهما، ونحو ذلك². ومن الاشتباه الناتج عن التعارض نذكر المثالين الآتيين:

إنكار الرجل الزنا يسقط عنه الحد، لأن وطء الشبهة في مظهره يوحي بأنه زنا وذلك تأسيساً لقول النبي ﷺ على حديث سهل بن سعد أن رجلاً أتاه فأقرّ عنده أنه زنا بامرأة سمّاها به، فبعث النبي ﷺ إلى المرأة فسألها بذلك فأنكرت أن تكون زنت، فجلده الحد وتركها³.

ومثال آخر؛ كإعادة المطلقة غير البائن إلى ما كانت عليه بغير عقد، حيث أن الفقهاء أجمعوا على حق الزوج في الرجعة بلا خلاف واتفقوا على صحتها بالقول، لكن اختلفوا في الرجعة بالفعل، حيث يقول الشافعية بحرمة الاستمتاع بالرجعية قبل المراجعة بوطء أم غيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة. ويرى المالكية أنه بالرغم من تحريم وطء الرجعية على المشهور، فلا صداق ولا حد في الوطء الخالي عن نية الرجعة؛ لأنها زوجته مادامت

¹ فهد بن ناصر اليوسف، الشك وأثره في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، معهد دراسات وبحوث العالم الإسلامي، قسم الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008، ص 19-20.

² وليد بن علي العمري، المقال السابق، ص 318.

³ حسني الجندي، المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، دار النهضة، مصر، 2005، ص 729.

في العدة. وذهب الحنفية، والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أنه لا يحرم الاستمتاع بالرجعية، فيباح لزوجها وطؤها، ويباح عند الحنفية الخلوة بها والسفر بها¹.

3- صور الشك في أحكام الأحوال الشخصية

يرد الشك على عقد الزواج في جميع مراحلها، من حيث إنشائه، أو انحلاله، أو خلال العدة، أو في الرضاع، وحتى في النسب وغيرها من المراحل. وتختلف تقسيمات الشك حسب الجهة المنظور له منها، فيقسّم حسب اعتبار حكم الأصل (الحكم التكليفي)، أو بحسب اعتبار المؤثرات في الأصل (الحكم الوضعي)، أو بحسب الإجماع على اعتباره أو إلغائه، أو باعتبار وقته، أو سببه، أو موضعه².

وأجمع الفقهاء من غير المالكية على تقسيم الشك باعتبار حكم الأصل إلى ثلاث أقسام: الأول؛ هو الشك الطارئ على أصل حرام، مثل شك الرجل في امرأة هل تزوجها أم لا؟ فالأصل ألا يبطأها حتى يتحقق. والقسم الثاني؛ هو الشك الطارئ على أصل مباح، مثل الشك في عدد الرضعات المحرمة للزواج، فمن جهل عدد الرضعات أو شك فيها بنى على اليقين وهو عدم الرضاع. أما القسم الثالث؛ فهو الشك على ما لا يعرف أصله³، مثل العقد على من اختلط عليا حساب عدتها، فلا تحرم لإمكان الحلال وعدم تحقق التحريم، ولكن يكره ذلك خوفاً من الوقوع في الحرام.

ويقسّم الإمام الغزالي الشك باعتبار وقوعه في سبب التحليل والتحريم إلى أربعة أقسام: الأول؛ أن يكون التحريم معلوماً ويقع الشك في المحلل، فهذه شبهة يجب اجتنابها. والقسم الثاني؛ أن يعرف الحلّ ويشك في المحرّم. والثالث؛ أن يكون الأصل التحريم ولكن طراً ما أوجب تحليله بظن الغالب، فهو مشكوك فيه والغالب حله، فهذا ينظر فيه؛ فإن استندت غلبة

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 462-463.

² فهد بن ناصر اليوسف، الأطروحة السابقة، ص32.

³ الموسوعة الفقهية، ج26، المرجع السابق، ص 186-187.

الظن هنا إلى سبب معتبر شرعا، فيرى الغزالي أنه يحل، واجتنابه من الورع. والقسم الرابع؛ أن يكون الحل معلوما ولكن يغلب على الظن طريان محرم بسبب معتبر في غلبة الظن شرعا، فيرفع الاستصحاب ويقضي بالتحريم¹.

كما قد يرد الشك على الشرط، ومنه فالشك في الشرط مانع من ترتيب المشروط ولا يثبت الحكم، مثل من تزوج امرأتين وكانتا ممن يحرم الجمع بينهما بعقدين مترتبين ولم يعلم السابق منهما على الآخر، وبالتالي فشرط عقد النكاح ورد فيه الشك. فيرى الحنفية وجوب التفريق بينهما²، والمالكية أيضا³. واعتبره الشافعية زواجا باطلا يجب التفريق بينهما⁴. وهذا هو الصحيح في مذهب الحنابلة⁵.

ويقع الشك أيضا في المانع، والمقصود بالمانع؛ الأصل الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه الوجود ولا عدم لذاته. وحكمه بقاء الأصل وعدم الاعتداد بالشك، كقول المالكية: " الشك في المانع لا أثر له"، ومثال ذلك الشك في الرضاع المانع من النكاح ابتداء وانتهاء، والشك في الطلاق المانع من استمرار الزوجية، وحلية النكاح. وفي جميع هذه الأحوال لا يعتد بالشك⁶.

وبالتالي يتضح أن الشك يكون له اعتبار في حالات، وفي حالات أخرى لا اعتبار له ولا يترتب عنه أي حكم.

¹ أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2005، ص 547-550.

² الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص 438.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، (د.س.ن)، ص 235.

⁴ المارودي، الحاوي الكبير، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 205.

⁵ ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1997، ص 534.

⁶ فهد بن ناصر بن عبد العزيز اليوسف، الأطروحة السابقة، ص 35-38.

ومما سبق؛ فتحقق الشبهة في النكاح مرجعه أساساً إلى وقوع الشخص في الغلط دون أن يتفطن له، ويكون ذلك عن طريق شكه في الصحيح من الخطأ، أو بسبب الأحكام الفقهية المتعارضة فيما بينها. مما يجعل الواقع في الشبهة حسن النية.

الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي والإخبار المقتضي للشبهة

يعتبر اختلاف الفقهاء في بعض المسائل، ولا سيما في مجال الأحوال الشخصية سبباً مهماً يدفع الفرد للوقوع في الشبهة، لأنه يعتقد بجواز أمر ما بناء على رأي فقهي، بينما يقول رأي آخر بغير ذلك. بالإضافة إلى إمكانية وقوعه في الشبهة بسبب خبر غير صحيح من غيره يوقعه في الغلط.

1- مفهوم الاختلاف الفقهي

يقصد بالاختلاف الفقهي؛ منازعة تجري بين المتعارضين لإحقاق حق أو لإبطال باطل¹. واستعمل الفقهاء هذه الكلمة للدلالة على اختلاف الآراء، وهذا التعريف تبناه الفقهاء المتقدمون. أما الخلاف باعتباره علماً على فنّ خاص، فيصطلح عليه بذلك: "العلم الذي من خلاله يتم إيراد الحجج الشرعية ودفع الشبهة وقوادح الأدلة الخلافية، بإيراد البراهين القطعية"².

وبالنظر إلى ما كتبه العلماء قديماً وحديثاً حول أسباب اختلاف الفقهاء، فإنه يمكننا أن نحصرها في ثلاثة أسباب رئيسية، تندرج تحتها الأسباب الفرعية الأخرى، وهذه الثلاثة الرئيسية هي: "التفاوت العقلي بين المجتهدين، رواية السنن، لغة النصوص". أما الأسباب الفرعية الأخرى والتي تتعلق بهذه الأسباب الرئيسية فهي كثيرة جداً³.

¹ علي بن محمد الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيحة، القاهرة - مصر، 2004، ص 89.

² زين الدين العراقي، كتاب الحلال والحرام من إحياء علوم الدين، دار الكتب العلمية، لبنان، 2012، ص 136.

³ وجيه محمود، الاختلاف الفقهي أسبابه وموقفنا منه، دار الهدى، المنيا - مصر، 1998، ص 10-11.

ومثال الاختلاف الفقهي يظهر بوجود الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه، كالنكاح بلا ولي عند الذين لا يجيزونه، وسقوط الحد عند من يرون عكس ذلك. وسبب ذلك الاختلاف في إباحة الوطء بسبب الشبهة وخاصة أن الحدود تدرئ بالشبهات.

2- مفهوم الإخبار المقتضي للشبهة

الإخبار لغة مصدره أخبر، وهو نقل ما حدث¹. والأخبار مفردها خبر، وهو ما أتاك من نبأ عن تستخبر، وهو اسم لما يتحدث به الناس ويتناقلونه بينهم، محتملاً للصدق والكذب في ذاته، بغض النظر عن قائله. يعرفه علماء الأصول بأنه: " اللفظ الدال بالوضع على نسبة معلوم إلى معلوم، أو سلبها على وجه يحسن السكوت عليه، من غير حاجة إلى تمام، مع قصد المتكلم به الدلالة على النسبة أو سلبها"².

وقسم العلماء الإخبار إلى صادق وكاذب، وإلى ما يعلم صدقه وما يعلم كذبه وما لا يعلم صدقه ولا كذبه، وعلى هذا فمراتب الناس في التعامل مع الخبر بأنواع ستة مراتب، ترتبط مباشرة بنسبة ثبات الخبر في القلب، وهي كالتالي³:

- مرتبة الوهم: وفيها تكون نسبة التكذيب للخبر في القلب أكبر من تصديقه.
- مرتبة الشك: وهي أن يتساوى في القلب نسبتا تصديق الخبر وتكذيبه.
- مرتبة الظن: وهي زيادة نسبة التصديق في القلب على نسبة التكذيب.
- مرتبة علم اليقين: وفيها تختفي نسبة تكذيب الخبر من القلب.
- مرتبة عين اليقين: وهي درجة الرؤية والمشاهدة للمخبر عنه؛ مثل رؤية العسل.
- مرتبة حق اليقين: وهي مباشرة المعلوم، وإدراك التام؛ مثل تذوق العسل.

¹ ابن منظور، المجلد 1، ج 3، المرجع السابق، ص 227.

² علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 2، ط 2، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1981، ص 9.

³ عوض عز الرجال متولي عفيفي، الأخبار (التعريف والمفهوم)، مقال منشور على موقع الألوكة الشرعية على الانترنت، تاريخ الإضافة 2012/12/24، شوهذ بتاريخ 2021/06/18 على الساعة 13:07.

3- أمثلة حول الاختلاف الفقهي، والإخبار المقتضي للشبهة

تتعدد تأثيرات الاختلاف الفقهي على أحكام الأحوال الشخصية، نذكر منها على سبيل المثال؛ الزواج بدون ولي، بسبب الاختلاف في حكم اشتراط الولي، حيث ذهب الإمام مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي، وأن الولاية في الزواج شرط صحة، وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل. أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه إذا عقدت المرأة العاقلة الراشدة نكاحها بغير ولي، وكان كفؤاً وبمهر المثل جاز. وبالرغم من كون الولي ركن من أركان النكاح في أصل مذهب المالكية، إلا أنهم راعوا مذهب الحنفية وصحّحوا العقد إذا فات بالدخول¹.

بالإضافة إلى مسائل أخرى كنكاح المريض المخوف عليه، واشتراط البلوغ في تزويج اليتيمة، ونكاح الشريفة بالولاية العامة، ونكاح المخطوبة من الغير، وفساد النكاح من أجل الصداق، أو بسبب الشروط وغيرها من الأمثلة.

ومثال الإخبار المقتضي للشبهة؛ زوج المعتدة إذا قال: أخبرتني المرأة أن عدتها انقضت، وذلك في مدة تحتمل انقضاء العدة، وكذبته - فإنه يصدق الزوج في حلّ نكاح أختها أو أربع سواها، لأن إخباره صدر عن عقل ودين، فيترجح فيه الصديق على الكذب، نظراً إلى ظاهر حاله، فوجب العمل بخبره. وفي المقابل فالهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب، لتعلق النفع به، وهو حل نكاح الأخت. وبالتالي إذا تعارض الحل والحرمة، فالأخذ بالحرمة أولى، احتياطاً².

ومثال آخر؛ كأن يعقد الرجل على امرأة ثم تُزفّ إليه أخرى على أنها زوجته، ويدخل بها على هذا الاعتقاد، ثم يتبين أنها ليست المرأة التي عقد عليها. فإن وطئها لا حد عليه اتفاقاً لوجود الإخبار المقتضي للشبهة.

¹ رصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة التراث، العدد 1، المجلد 8، 2018، ص309-310.

² محمد الأسمندي، طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، دار التراث، القاهرة - مصر، 2007، ص58.

ويمكن القول بأن الفعل الخاطيء إذا لم تصاحبه النية يعتبر شبهة، لقوله ﷺ: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾¹. وأما دوافع الخطأ ولا سيما في مجال الأحوال الشخصية فمردّها غالباً إلى تعارض الأحكام الفقهية وسوء فهمها، أو الشك في حكم مسألة ما. كما أن اختلاف الفقهاء سبب للوقوع في الشبهة، وكذلك الأخبار غير الصحيحة التي تجعل الشخص يقدم على فعل مرتكزا على صحته.

المبحث الثاني: آثار وطء الشبهة

يترتب عن الوطء المقترن بالشبهة آثار هامة على طرفي العلاقة، وعلى المولود الناتج من هذا الوطء. لذا سنحاول التفصيل من خلال المطلب الأول في الآثار المباشرة والمتمثلة في فسخ النكاح ووجوب الاستبراء كتبعات لوطء الشبهة، وفي المطلب الثاني نتطرق للآثار غير المباشرة، والمقصود بها وجوب الصداق وحرمة المصاهرة، أما في المطلب الثالث سنناقش الأثر المتمثل في ثبوت النسب.

المطلب الأول: الآثار المباشرة

كل وطء فاسد أو اقتزنت به الشبهة لا بدّ من تطبيق بعض الآثار عليه جزاء لعدم صحته، ومن بين هذه الآثار فسخه (الفرع الأول)، ثم تحقق الموطوءة من مدى حملها جزاء هذا الوطء غير الصحيح (الفرع الثاني) محافظة على الأنساب والحقوق.

الفرع الأول: فسخ النكاح

يحدث في بعض الحالات أن تتم التفارقة بين طرفي العلاقة الزوجية من غير طلاق، لعدة أسباب قد تطرأ على هذه العلاقة. والفسخ باعتباره طريقاً لذلك فإنه يتشابه مع الطلاق في بعض النتائج ويختلف معه في بعض الآثار.

¹ سورة البقرة، الآية 286.

1- فسخ الزواج شرعا:

فيما يلي سنعرض مفهوم فسخ الزواج لغة واصطلاحا، مع التأسيس الفقهي

1-1- فسخ الزواج لغة واصطلاحا:

الفسخ لغة هو النقض، الإبطال والإلغاء، يقال انفسخ العقد يعني انتقض وبطل وزال وانحل¹. ويقال: فسخت البيع بين البيعين والنكاح، فانفسخ البيع والنكاح، أي نقضته فاننتقض². والفسخ ضد العقد، وهو رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره والمفسوخ: حل ارتباط العقود كالطلاق والعتاق³.

وعموما فإن الفسخ في اللغة له عدة معان كلها متقاربة، وهي النقض، والإبطال والفساد، والتفريق والإزالة. وكل هذه المعاني يوجد بينها قاسم مشترك وهو التحويل والتغيير فهذا المعنى قائم فيها كلها⁴. ويكون غالبا في العقود والتصرفات، ويقال في العبادات ومنه فسخ الحج إلى العمرة، وفسخ نية الفرض إلى النفل، ويكون في العقود قبل تمامها⁵. واصطلاحا؛ عرّفه الحنفية بأنه: "رفع العقد من الأصل، وجعله كأن لم يكن"⁶. وهذا أيضا قول الشافعية، حيث جاء في البيان: "إذا فسخ العقد ... ارتفع من أصله"⁷. والمالكية

¹ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، دار عالم الكتب، القاهرة - مصر، 2008، ص 1706.

² ابن منظور، المجلد5، ج38، المرجع السابق، ص 3412.

³ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص314-315.

⁴ سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2017-2018، ص48.

⁵ الموسوعة الفقهية، ج1، المرجع السابق، ص179.

⁶ الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص617.

⁷ أبي الحسن الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد 9، دار المناهج، جدة - السعودية، 2000، ص298.

قالوا بأنه: " قلب كل واحد من العوضين لصاحبه"¹. بينما عرّفه الحنابلة بأنه: " حل ارتباط العقد"².

وعليه، فإن فسخ عقد النكاح هو نقضه بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه واستمراره. فالخلل الذي نقض عقد النكاح إما يكون مقارنا للعقد أو يكون طارئاً عليه بعد انعقاده³.

1-2- الأساس الفقهي لفسخ عقد الزواج:

اختلفت آراء الفقهاء في ضبط الأساس الفقهي لفسخ الزواج على أقوال عدة، فمنهم من أسّسه على فكرة هلاك المعقود عليه، كأن تكون المرأة من المحرّمات المؤقتة أو المؤبدة. ومنهم من أسّسه على إرادة الطرفين، كالإخلال بالمشاركات التي تم الاتفاق عليها في عقد الزواج، لقول النبي ﷺ: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"⁴. ومنهم من أسّسه على قاعدة لا ضرر ولا ضرار، بحيث إذا لحق بأي من الزوجين ضرر مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية جاز للمتضرر أن يطلب رفع الضرر عنه بفسخ الزواج، لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"⁵.

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أن الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تُنافي الزواج، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل. من أمثلة الحالات الطارئة: ردّة الزوجة أو إباؤها الإسلام، أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو ابنتها، أو بين

¹ القرافي، المرجع السابق، ص 277.

² السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1983، ص 287

³ محمد أحمد المستريحي، فسخ عقد النكاح بالأمراض الوراثية، دار المكتبة الوطنية، عمان، الأردن، 2006، ص 58.

⁴ أبي داود، سنن أبي داود، ج 3، ط.خ، باب في الرجل يشترط لها دارها، حديث رقم 2139، دار الرسالة العالمية، دمشق - سوريا، 2009، ص 474.

⁵ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المجلد الثاني، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم 1909، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، 1997، ص 395.

الزوجة وأبي زوجها أو ابنه مما يحرم المصاهرة، وذلك ينافي الزواج. ومن أمثلة الحالات المقارنة: أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء، أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية، ففيها كان العقد غير لازم¹.

2- فسخ الزواج قانونا

فيما يلي سنتطرق إلى فسخ الزواج في القانون الجزائري، ثم في القانون المغربي.

2-1- فسخ الزواج في القانون الجزائري

الفسخ في القانون المدني الجزائري²؛ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا أخلّ أحدهما بالتزاماته العقدية، ليتحرر المتعاقد الآخر من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد³. تطرّق له المشرع كأثر لعقد الزواج في المادتين 33 و34 (ق.أ.ج) حيث نصت الأولى على ما يلي: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". والمادة 34 نصّت على أنّ: "كل زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء". وهذا ما أكدّه الاجتهاد القضائي⁴. ومنه فالفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحلّ الذي كان يترتب عليه، ولا يكون إلا لأسباب قانونية وشرعية محددة. وسبب فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه، وقد يكون السبب طرأ على العقد بعد تمامه⁵.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص348.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ محمد صري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط2، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص371.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 232324، بتاريخ 18/01/2000، م ق 2001، عدد1، ص261.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2012، ص382.

وتعود أسباب فسخ الزواج في قانون الأسرة الجزائري إلى فقدان العقد لشرط من شروط الصحة، كما لو تمّ بدون شهود أو وليّ أو صديق، أو شاب الرضا عيب من العيوب، حيث يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل. وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في بعض القرارات¹. ويفسخ الزواج أيضا إذا تم بإحدى المحرّمات، فإذا كانت الحرمة معلومة قبل الدخول يفسخ قبل البناء، وإذا علمت بعده، يفسخ ويثبت معه النسب.

وعليه فالمشرّع الجزائري لم يتعرض صراحة لحالة الفسخ بسبب حدوث أمر طارئ على الزواج، مما يجعل بقاءه واستمراره مستحيلا، كارتداد الزوج عن الإسلام. بل جعل للزوجة الحق في طلب التظليق، حيث ورد في قرار للمحكمة العليا بأنه "يحق للزوجة المسلمة طلب التظليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين، مراعاة للنظام العام"². والمتمعن في هذا القرار يلمس أن المشرع قصد الفسخ وليس التظليق بعد شكوى مثبتة من الزوجة.

2-2- فسخ الزواج في القانون المغربي

لم يقدّم المشرع المغربي تعريفا لفسخ الزواج، لكن تطرّق له كأثر للزواج غير الصحيح ضمن الباب الثاني من المدونة، حيث نصت المادة 60 (م.أ.م) على ما يلي: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صديق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل...". ونصت المادة 61 (م.أ.م) على فسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده في بعض الحالات. واعتبرت المادة أن الطلاق أو التظليق الواقع في هذه الحالات يعتدّ به إذا كان قبل صدور الحكم بالفسخ. وأجازت المادة 63 (م.أ.م) لمن وقع في التدليس أو الإكراه أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، خلال شهرين كحد أقصى من تاريخ زوال الإكراه، أو من تاريخ العلم بالتدليس، ولا يكون الفسخ إلا بحكم قضائي. وهذا ما

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 210422، بتاريخ 1998/11/17، م.ق، 2001، ع.خ، ص53.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 699785، بتاريخ 2012/04/12، م.ق، 2012، عدد 2، ص274.

أكدته المادة 77 (م.أ.م) حيث نصت على ما يلي: "يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات وطبقا للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة".

وبلاحظ أن القانون الجزائري والقانون المغربي يتقاربان في حكم الفسخ، لأن كلاهما يستمدان أحكامهما من الشريعة الإسلامية.

3- تمييز الفسخ عن الطلاق

قد تكون الفرقة بين الزوجين فسحا، يحدث بموجبه نقض للعقد من أساسه، وإزالة للحل الذي يترتب عليه. وقد تكون طلاقا يحدث بموجبه إنهاء عقد الزواج، ولا يزول الحل المترتب عليه إلا بعد البينونة الكبرى، أي بعد الطلقات الثلاث¹. وتشير أقوال العلماء إلى أن الفرقة بين الزوجين تنقسم إلى قسمين: فرقة تعتبر طلاقا، وفرقة تعتبر فسحا، لكن الطلاق والفسخ يتطابقان لأن كلا منهما يؤدي إلى إنهاء الزواج، بيد أنهما يفترقان في بعض النقاط².

وفيما يلي بعض الفوارق المستنتجة من قانون الأسرة الجزائري:

- الفسخ يلغي عقد الزواج بسبب أمر طارئ يمنع إبرام العقد، أو يقع على عقد مبرم ويمنع من استمراره³. أما الطلاق فيكون بعد إبرام العقد فقط.
- الفسخ يقطع الرابطة الزوجية في الحال، وفي الطلاق تمتد الرابطة الزوجية إلى غاية صدور الحكم، فيجوز للزوج إرجاع زوجته بدون عقد جديد، إلا في حالة الطلاق الثالث⁴.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص348.

² العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص12.

³ المواد 33، و34 من قانون الأسرة الجزائري

⁴ المواد 50، و51 من قانون الأسرة الجزائري

- الفسخ في بعض الحالات يقع دون أن يكون للزوجين خيار فيه، أما الطلاق فيكون بإرادة الزوج، أو بالتراضي، أو بطلب من الزوجة¹.
- الفسخ قبل الدخول لا يوجب أي شيء، عكس الطلاق الذي له بعض الآثار إذا تم قبل الدخول، كحق الزوجة في نصف المهر²، وفي بعض الحالات التعويض إذا كان الطلاق به نوع من التعسف³.
- الفسخ لا يُحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات⁴.
- الطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح، أما الفسخ فهو أمر طارئ يمنع استمرار الزواج.

تكون التفرقة بين الزوجين بإجماع الفقهاء والقانونيون بالطلاق أو بالفسخ، هذا الأخير يكون جزاء لكل زواج طراً عليه ما يجعله فاسداً أو اقترن به. وعقد الزواج الذي يشوبه عيب في شروطه قد يصل إلى درجة تجعل أمر فسخه ضرورياً، فيكون الفسخ قبل الدخول، أما بعده يُصحح باعتبار أن الزواج ميثاق غليظ يجب المحافظة عليه. غير أنه لا بدّ من فسخه قبل الدخول وبعده أحيانا حسب حجم السبب المفضي إلى الفسخ، كالزواج بإحدى المحرمات. ويتمّ الفسخ في هذه الحالة دون مراعاة لرضا الطرفين، لمساسه بالنظام العام.

الفرع الثاني: الاستبراء

من أجل المحافظة على الأنساب، لا بد على كل امرأة وطئت بشبهة أو بوطء فاسد أو باطل أن تتحقق من أثر هذا الوطء عليها من ناحية الحمل. ويتم ذلك من خلال بقائها

¹ المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري

² المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري

³ المواد 52، و53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري

⁴ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص349.

فترة معينة دون وطء. ويختلف هذا التبرص عن العدة في كثير من الأحكام رغم التشابه في بعضها.

1- مفهوم الاستبراء

جاء في لسان العرب أن الاستبراء هو: أن يشتري الرجل جارية، فلا يطؤها حتى تحيض عنده حيضة ثم تطهر؛ وكذلك إذا سبأها لم يطأها حتى يستبرئها بحيضة، ومعناه: طلب براءتها من الحمل¹. ويقال استبرأها (أي المرأة): لم يطأها حتى تحيض². واستبراء الأمة: تبرصها بنفسها مدة يعلم بها خلو رحمها من الولد (ويكون الاستبراء للأمة، وللموطوءة بعقد فاسد، أما غيرهن فتكون عليهن العدة)³.

وللاستبراء استعمالان شرعيان: الأول: يتصل بالطهارة كشرط لصحتها، فهو بهذا من مباحث العبادة، وهو داخل تحت قسم التحسين. يقول الشاطبي: "وأما التحسينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات"⁴ كإزالة النجاسة. والثاني: يتصل بالاطمئنان على سلامة الأنساب، وعدم اختلاطها.

ويقصد بالاستبراء براءة الرحم من الحمل، فإنه إذا صبر عليها هذه المدة تبين حملها أو خلوها منه؛ لئلا تختلط الأنساب⁵. ويكون تارةً بحيضها، إذ الحيض دليل على براءة الرحم. وقد يكون بانتظارها مدةً من الزمن توجب الاطمئنان بعدم الحمل، وقد يكون بوضع

¹ ابن منظور، المجلد 1، ج 3، المرجع السابق، ص 241.

² مجد الدين الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص 108.

³ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 37.

⁴ أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004، ص 223.

⁵ يوسف البحراني، الحقائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، ج 19، دار الأضواء، بيروت، لبنان، 1993، ص 359.

الحمل الذي علق بها حياً أو ميتاً، تامّ الخلقه أو غير تام¹. كما يقع استبراء الرحم في موارد أخرى كما في الطلاق؛ إذ يشترط في صحة الطلاق أن تكون المرأة التي يراد تطليقها مستبرأة من المواقعة التي واقعها، بما جعله الشارع طريقاً إلى ذلك من الحيضة أو المدّة في الغائب عنها.

وحكمه أنه واجب بالاتفاق، منعا من اختلاط المياه واشتباها الأنساب، لقوله ﷺ: "لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة"². وقوله ﷺ: "لا يقعن رجل على امرأة وحملها لغيره"³. وقوله أيضا ﷺ: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه ولد غيره - يعني إتيان الحبالى - ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها..."⁴

وبالنسبة للمشرع الجزائري، نجده ذكر مصطلح الاستبراء في المادة 34 (ق.أ.ج) "كل زواج بإحدى المحرمات ... ووجوب الاستبراء"، لكن لم يعط المشرع تعريفاً لمفهوم الاستبراء، ومنه لا بدّ من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في ذلك.

والاستبراء في التشريع المغربي يعتبر أثراً للزواج الباطل، حيث نصت المادة 58(م.أ.م) على ما يلي: "... يترتب على هذا الزواج (أي الباطل) بعد البناء الصداق والاستبراء ...". ويقصد به أن تتربص - أي أن تنتظر - الزوجة بعد فسخ الزواج الباطل مباشرة بنفسها مدة معينة، بحيث لا ترتبط خلالها بزواج آخر حتى يتم التيقن من براءة رحمها

¹ أبو عبد الله الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، ج4، ط1، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1978، ص207.

² أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، حديث رقم 2157، المرجع السابق، ص486

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار منتقى الأخبار، ج6، كتاب العدد، باب استبراء الأمة إذا ملكت، رقم 2954، دار الحديث، القاهرة - مصر، 1993، ص363.

⁴ أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، حديث رقم 2158، المرجع السابق، ص487

مخافة أن تختلط الأنساب. وهو حسب الفقه المالكي يكون بحيضة واحدة، وحسب البعض الآخر بثلاث حيضات¹.

2- مدة الاستبراء في وطء الشبهة

اتفق الفقهاء على أن استبراء الأمة التي تحيض يكون بحيضة واحدة، واستبراء الحامل يكون بوضع حملها²، أما الحرّة فبعد ثلاث حيضات³. عملاً بالحديث الذي رواه أبي سعيد الخدري عن الرسول ﷺ بخصوص سبايا أوطاس⁴، حيث قال: "ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض"⁵.

وبالنسبة للمرأة التي لا تحيض، لصغر أو كبر، ومنقطعة الحيض، اختلف الفقهاء حول مدة استبرائها. حيث ذهب الحنفية والشافعية إلى القول بوجوب استبرائها بشهر، لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والأمة المطلقة، فكذلك في الاستبراء. في حين ذهب المالكية والحنابلة إلى القول باستبراء المرأة التي لا تحيض بثلاثة أشهر. أما من تأخر حيضها عن عاداتها، ولو لرضاع أو مرض أو استحاضت ولم تميز الحيض عن غيره، فتستبرأ بثلاثة أشهر أيضاً في رأي المالكية⁶، وبعشرة أشهر في رأي الحنابلة؛ تسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة إن ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه، وإن علمت سبب رفع الحيض من مرض أو رضاع أو نفاس، ولم تنزل في الاستبراء حتى يعود الحيض، فتستبرئ

¹ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ط3، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص553.

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 668

³ الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص491.

⁴ اسم مكان قرب مكة، حصلت فيه معركة هي امتداد لغزوة حنين في المكان والزمان.

⁵ أبي داود، سنن أبي داود، باب في وطء السبايا، حديث رقم 2157، المرجع السابق، ص486

⁶ الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص394-493

نفسها بحيضة، إلا أن تصير آيسة فتستبرئ نفسها استبراء الآيسات بثلاثة أشهر. وإن ارتابت الأمة المستبرأة فهي كالحرّة المستريبة تستبرأ بسنة كاملة¹.

وفي الجانب القانوني نلاحظ أن المشرعين الجزائري والمغربي لم يحددا مدة الاستبراء، غير أن الأخير يحيل المسألة إلى الفقه المالكي، أما القانون الجزائري بسبب عدم نصه على المدة، ورجوعه إلى الشريعة الإسلامية بصورة عامة، ومع اختلاف مواقف الفقهاء حول مدة الاستبراء، قد ينتج عن ذلك مشاكل في الواقع الميداني.

3- تمييز الاستبراء عن العدة

العدة تریصّ يلزم المرأة عند زوال النكاح، فتشترك العدة والاستبراء في أنّ كلاّ منهما مدّة تتریصّ فيها المرأة لتحلّ للاستمتاع بها. ولكلّ منهما مدّة مقدّرة بأصل الشرع، تفصل بين وطء مرفوع بوفاة أو طلاق أو زوال ملك أو غير ذلك، وآخر متجدّد بعقد أو ملك أو تحليل أو غير، ومع هذا فهما يفترقان في عدة نواحي، ذكرها الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته² نذكر منها ما يلي:

- إنّ العدة تجب ولو تيقننا براءة للرحم، كمن طلقها زوجها بعد أن غاب عنها عشر سنوات، أو توفي عنها بعد غياب طويل. أمّا الاستبراء فليس كذلك، فيختصّ حكمه بالرجل وجوباً أو استحباباً. والعدة واجبة على كلّ حالٍ لتغليب جانب التّعبد فيها.
- القرء في الاستبراء هو الحيض، وأمّا القرء في العدة فمختلفٌ فيه بين الحيض والطهر، حيث يقول المالكية والشافعية بأنه الطهر، بينما يقول الحنابلة والحنفية بأنه الحيض.
- اعتُبر القرء الواحد كافياً في الاستبراء ولم يعتبر كافياً في العدة.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 668

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 631-669

- العدة هي الأصل في الحرائر إلا في الزنا، حيث يستحب استبراء رحمها من ماء الفجور، ويكون بثلاث حيضات عند المالكية والحنابلة، سواء فارقتها الرجل أو مات عنها. أما الاستبراء فهو الأصل في الإماء إلا إذا كانت الحرة موطوءة بشبهة..
- العدة يوجبها رفع النكاح بالطلاق أو الوفاة بالإجماع لأنه ثابت في الدين، أما الاستبراء فيقول الحنفية أن سببه ملك الاستمتاع بالأمة ملك اليمين بأي نوع من أنواع الملك. ويقول الشافعية أن سببه ملك أو زوال ملك، أو وطء شبهة. والحنابلة يرجعون سبب الاستبراء إلى الملك أو زواله، أو العتق. بينما يرى المالكية بأنه يعود إلى حصول ملك إذا لم تعلم الأمة ببراءة رحمها، ولم تكن مباحة الوطء حال حصول الملك، ولم تكن ممن يحرم وطؤها في المستقبل، وأن تطبيق الوطء.
- المعتدة من طلاق رجعي لها الحق في النفقة، عكس المرأة التي هي في فترة استبراء. حيث أجمع الفقهاء بعدم وجوب النفقة من الزواج الفاسد أو بشبهة، ما عدا المالكية الذين أوجبوا النفقة على الواطئ إذا كانت الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد حاملا.
- المعتدة لا يمكن خطبتها لا تعريضا ولا تصريحاً إذا كان الطلاق رجعياً لبقاء آثار الزوجية، أما المستبرأة فيمكن خطبتها تعريضاً¹ لأنه لا وجود لآثار الزوجية، وإنما هي مجرد فترة للتأكد من الحمل.

وبخصوص مسألة معرفة براءة الرحم، فقد أصبح بالإمكان في وقتنا الحالي ومع التطور العلمي معرفة إذا ما كانت المرأة حاملاً أم لا في الحين ودون انتظار. وبخصوص هذا الأمر، اتفق الفقهاء المعاصرون على أنه لا يجوز للمرأة أن تكتفي بالكشف الطبي ببراءة رحمها من الحمل بالوسائل الطبية المعاصرة، بل الواجب عليها الالتزام بالعدة كما بيّنها الفقهاء من نصوص القرآن والسنة، لأن المقصد من العدة لا يقتصر على براءة الرحم

¹ الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص 219

فقط¹، بل لها طابع تعبدى. لكن الغاية الوحيدة من الاستبراء هي معرفة الحمل، وليس لها أي طابع تعبدى مثل العدة. لذا فإن اللجوء إلى الطرق العلمية لمعرفة ما إذا كانت الموطوءة بشبهة حاملاً أم لا هي الدليل الحقيقي القطعي.

إن الاستبراء منصوص عليه في التشريعين الجزائري والمغربي كأثر للوطء في النكاح الفاسد أو الباطل أو بالشبهة، مستمدين ذلك من الشريعة الإسلامية، من أجل التأكد من براءة الرحم وحفظ الأنساب، حتى وإن كان يشبه العدة في التأكد من براءة الرحم، غير أنه يختلف عنها في المدة وباقي غاياتها. لكن كلا التشريعين لم يحددا مدة الاستبراء، وبحيلان ذلك إلى الشريعة الإسلامية، حيث لم يتفق الفقهاء على مدة محددة، مما يجعل العمل القضائي في هذا الشأن غير مضبوط.

المطلب الثاني: الآثار غير المباشرة

وطء الشبهة باعتباره يشبه الوطاء في النكاح الصحيح في بعض آثاره، ينتج عنه حق المرأة في الصداق إذا تحقق الدخول بسبب استحلال فرجها (الفرع الأول). وتتحقق من خلاله حرمة المصاهرة، بين الرجل وأهل المرأة من النساء، وبين المرأة وأهل الرجل من الرجال (الفرع الثاني). وفيما يلي سنفصل في الصداق وحرمة المصاهرة كأثار غير مباشرة لوطء الشبهة.

الفرع الأول: وجوب الصداق

فيما يلي سنتعرض لمفهوم الصداق ومكانته في عقد الزواج، ثم نبين أساس وجوبه في وطاء الشبهة وقيمتها، وفق ما ورد في الشريعة الإسلامية، وفي القوانين محل المقارنة.

¹ إبراهيم خيارى، مقاصد أحكام العدة وأثرها في حكم استبراء المعتدة عن طريق الكشف الطبي، مجلة المعيار، عدد 2، مجلد 11، 2020، ص 59

1- مفهوم الصداق

الصداق لغة هو اسم مصدر (لأصدق)، وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج¹. وقيل بأنه مأخوذ من (الصدق) الذي هو ضد الكذب وهذا لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع². وله أسماء الصداق والصدقة والمهر والنحلة والفريضة والأجر والعلائق والعقر والحباء³.

وقد ورد الصداق في القرآن الكريم بعدة ألفاظ وأسماء منها، النحلة بكسر النون، وذلك لقوله ﷺ: ﴿وَأَنزَلْنَا لِلنِّسَاءِ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁴، الأجر والفريضة: لقوله ﷺ: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁵، الطول: لقوله ﷺ: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فِتْيَٰتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾⁶، النكاح: لقوله ﷺ: ﴿وَلَيْسَتَّعَفِيفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُعَيِّهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾⁷. وفي السنة النبوية ذكر أيضا بأسماء أخرى، منها **العلائق** لقوله ﷺ: "أنكحوا الأيامي" قالوا: يا رسول الله فما العلائق بينهم، قال: "ما تراضى عليه أهلهم"⁸.

وفي الاصطلاح؛ يعرف الحنفية المهر بأنه: "اسم ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو بالوطء"، ومنهم من ميّز بين المهر والصداق بقولهم: "الصداق ما وجب بالعقد والمهر ما وجب بغيره"⁹. وعند المالكية هو: "ما تستحقه الزوجة من الزوج بسبب النكاح..."¹⁰. وعند

¹ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، دمشق، سورية، 1988، ص341.

² الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص294.

³ البهوتي، ج5، المرجع السابق، ص128

⁴ سورة النساء، الآية 4.

⁵ سورة النساء، الآية 24.

⁶ سورة النساء، الآية 25.

⁷ سورة النور، الآية 33.

⁸ البيهقي، السنن الكبرى، ط3، ج7، حديث رقم 14375، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، دار الكتب

العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ص390.

⁹ الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص480.

¹⁰ الصداق الغرياني، المرجع السابق، ص580.

الشافعية هو: "ما وجب من المال بعقد نكاح أو وطاء أو تفويت بضع قهرا كإرضاع، وسمي صداقا لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح"¹. وعرفه الحنابلة بأنه: "العوض المسمى في العقد وما قام مقامه"².

وحاول المشرع الجزائري تعريف الصداق في المادة 14 (ق.أ.ج) والتي نصت على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". حيث اعتبره عنصرا ماديا ومعنويا من عناصر تكوين الأسرة، والمشرع هنا أخذ بمذهب الحنفية والحنابلة الذين يعتبران أن الصداق ملك خاص للمرأة تتصرف فيه كما تشاء.

ويتم تحديد الصداق في العقد، ويمكن تأجيله أو تعجيله، حسب نص المادة 15 (ق.أ.ج)، أما إذا لم يحدد في العقد فتستحق الزوجة مهر المثل. ويكون لها كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، أما إذا طلقت قبل الدخول فلها نصفه، وفق ما جاء في المادة 16 (ق.أ.ج)³.

وعرّف المشرع المغربي الصداق في المادة 26 (م.أ.م) بأنه: "ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية". ويتم الاتفاق على قيمة الصداق وتحديدها وقت إبرام العقد، وإلا يعتبر زواج تفويض حسب نص المادة 27 (م.أ.م)، وهو عقد صحيح ولو لم يتم فيه ذكر الصداق أو تحديده⁴.

¹ أبي الحسين الشافعي، ج9، المرجع السابق، ص325.

² ابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرفي، ج2، دار المجتمع، جدة - السعودية، 1991، ص647

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 1333125، بتاريخ 2019/12/04، م.ق، 2019، عدد 2، ص 94.

⁴ الدليل العلمي لمدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 32

وبخصوص طبيعة الصداق في التشريع المغربي؛ بيّنت المادة 28 (م.أ.م) بأنه كل ما صحّ التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا. وهو مُلك للزوجة حصرا، حسب المادة 29 (م.أ.م). ونصت المادة 30 (م.أ.م) على إمكانية تأجيله أو تعجيله. تستحقه الزوجة كاملا بالبناء أو الموت قبله، وتستحق نصفه في حالة الطلاق قبل البناء، ويسقط حقها فيه إذا وقع الفسخ قبل البناء، أو التراجع عن عقد الزواج بسبب عيب في أحد الزوجين، أو بسبب الطلاق في زواج التفويض، حسب المادة 32 (م.أ.م).

2- مكانة الصداق في عقد الزواج

الصداق واجب في عقد الزواج وإسقاطه ممنوع¹، لقوله ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾². وقوله ﷺ: ﴿فَمَا أُسْتَمْتَعْتُ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾³. ويلاحظ أن الآيتين جاءتا بصيغة الأمر للدلالة على وجوب الصداق. وهذا ما أكدته السنة النبوية، لقوله ﷺ: لمن يريد الزواج: "تزوج ولو بخاتم من حديد"⁴. وقوله ﷺ: "من كشف خمار امرأة ونظر إليها، فقد وجب الصداق، دخل بها أم لم يدخل بها"⁵.

وبالنسبة لفقهاء الشريعة؛ فنجدهم اختلفوا فيما إذا كان الصداق ركنا للزواج أو أثرا من آثاره. حيث ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتباره حكم من أحكام عقد الزواج وأثر له، ولم يعتبروه ركنا للزواج ولا شرطا له⁶. وحجتهم في ذلك الآية الكريمة التي يقول فيها الله

¹ أبي الحسن اللخمي، التبصرة، ج4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (د.س.ن)، ص1937.

² سورة النساء، الآية 4

³ سورة النساء، الآية 24.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، حديث رقم 5150، ط1، دار ابن كثير، دمشق - سوريا، 2002، ص 1313.

⁵ الدارقطني، سنن الدارقطني، ج3، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 3766، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 2001، ص236

⁶ السرخسي، ج5، المرجع السابق، ص62-65

﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾¹. فهذه الآية تجيز الطلاق والذي لا يكون إلا في الزواج الصحيح حتى بدون تسمية المهر، ومنه فعدم تسمية المهر لا يؤثر في صحة الزواج. وبالتالي للزوجة مهر المثل. أما المالكية فيرون أن الصداق شرط لصحة النكاح لا يجوز للطرفين أن يتفقا على إسقاطه².

ونص المشرع الجزائري في المادة 15 (ق.أ.ج) على وجوب تسمية الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، كما نصّ على فساد الزواج إذا تم بدون صداق، حسب الفقرة الثانية من المادة 33 (ق.أ.ج) "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". ونفس الاتجاه سار عليه الاجتهاد القضائي في قرار للمحكمة العليا، حيث قضت بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل³.

واعتبر المشرع المغربي الصداق شرطا من شروط الزواج بموجب المادة 13 (م.أ.م)، التي حددت خمس شروط للزواج منها: "عدم الاتفاق على إسقاط الصداق". ونصت المادة 67 (م.أ.م) الخاصة بملف عقد الزواج في فقرتها السابعة، على أن يتضمن عقد الزواج ما يلي: "... مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عينا أو اعترافا...". ونصت المادة 60 (م.أ.م) على فسخ عقد الزواج إذا لم يكن الصداق متضمنا شروطه الشرعية وذلك قبل البناء، أما بعده فيصح بصداق المثل، حيث تقدره المحكمة مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين. ونفس الأمر نصت عليه المادة 59 (م.أ.م) والتي جاء فيها: "يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته... ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده".

¹ سورة البقرة، الآية 236

² الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص581.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 210422، مذكور سابقا.

3- أساس وجوب الصداق في وطء الشبهة

تطرّق المشرع الجزائري للصدّاق باعتباره شرطاً من شروط الزواج في المادة 9 مكرر (ق.أ.ج)، لكن لم ينص على مصيره في وطء الشبهة، وبالتالي لا بد من الرجوع إلى أقوال فقهاء المذاهب استناداً على نص المادة 222 (ق.أ.ج).

3-1- المذهب الحنفي:

يرى الحنفية بوجوب مهر المثل في نكاح الشبهة، لأن القاعدة عندهم هي أن كل وطء في دار الإسلام بغير ملك يمين، إما يوجب المهر أو الحد. فحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد، فيسقط الحد ويثبت النسب، ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل، أي لو كان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط¹.

وفي كتاب الاختيار لتعليل المختار ورد ما يلي: "وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل، إذ هو الموجب الأصلي لما مرّ (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية". وأوّل مدته وقت الدخول بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد².

3-2- المذهب المالكي:

عند المالكية، مقدار الصداق في نكاح الشبهة هو صداق المثل، لأنه إذا قبضت المرأة الصداق وكان النكاح فاسداً لأجله، فإنّها تضمنه إن فات بيدها بما يفوت به البيع الفاسد فتردّ قيمته للزوج لأنه ممنوع. وترجع عليه بصداق المثل إن دخل بها، فإن لم يفت

¹ ابن عابدين، ج4، المرجع السابق، ص274 - 275

² عبد الله الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، (د.س.ن)، ص104

ردّته بعينه. ومن النكاح الفاسد نكاح الشبهة، فإنه يعتبر صداق المثل فيه باعتبار الأوصاف يوم الوطاء. ويتحد صداق المثل في وطاء الشبهة مرارا إن اتّحدت الشبهة، ويتعدد بتعددّها¹.

3-3- المذهب الشافعي:

يرى الشافعية بأن الفسخ إذا تم قبل الدخول سقط جميع المهر، وإن كان بعده يلزم الزوج مهر المثل. فإذا فسخ العقد ارتفع من أصله، فصار كما لو وطئها بشبهة². وجاء في الحاوي الكبير، في مسألة وجوب المهر على من وطئ جارية ابنه ما يلي: " أما الفصل الثاني: في وجوب المهر فهو معتبر بوجود الحدّ وسقوطه، فإن قلنا: أنه لا حدّ عليه فعليه مهر المثل لكونه وطاء شبهة في حقه، يوجب درء الحد فاقترضى لزوم المهر لقول النبي ﷺ: "فلها المهر بما استحل من فرجها"³. وفي مسألة من تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو ابنتها أو زوجة ابنه بشبهة فقالوا: "إن تزوج رجل امرأة، وتزوج ابنه ابنتها، وزقت إلى كل واحد منهما زوجة صاحبه ووطئها، ولم يعلم، فإنّ الأول لما وطاء غير زوجته منهما لزمه لها مهر مثلها"⁴.

3-4- المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة في المغني: "ويجب المهر للمنكوحه نكاحا صحيحا، والموطوءة في نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه، ويجب للمكرهة على الزنا"⁵. والدليل قول النبي ﷺ: "فلها المهر بما استحل من فرجها". فجعل لها المهر بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل، ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر، وأنه لو طلقها قبل مسّها لم يكن لها شيء،

¹ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت - لبنان، 2005، ص289-296

² أبي الحسن الشافعي، المجلد 9، المرجع السابق، ص296-297

³ المارودي، ج9، المرجع السابق، ص 177

⁴ أبي الحسن الشافعي، ج9، المرجع السابق، ص252

⁵ ابن قدامة، المغني، ج10، المرجع السابق، ص 186.

وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه، وبقي الوطاء موجبا بمفرده، فأوجب مهر المثل، كوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل، فإذا فسد العقد من أصله فيجب مهر المثل كاملا¹.

من خلال عرض ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة بخصوص وجوب المهر في وطاء الشبهة، يتبين أنهم اتفقوا على وجوبه متى تحقق الوطاء، ومقداره مهر المثل؛ أي مهر مثيلاتها من النساء في نفس المكان والزمان، وتستحقه المرأة متى تحققت الشبهة وتم الوطاء. والصداق باعتباره شرط من شروط الزواج لا بد من وجوده وإلا فسد هذا الأخير، حيث اعتبره التشريعين محل المقارنة زواجا فاسدا يفسخ قبل الدخول، ويصحّ بعده بصداق المثل. ولا يمكن في جميع الأحوال الاتفاق على إسقاط المهر، لأن الله فرضه فرضا للزوجة. والصداق للمرأة الموطوءة بشبهة هو مقابل لما استحل من فرجها.

الفرع الثاني: حرمة المصاهرة

من بين آثار وطاء الرجل للمرأة نشوء علاقات بين كل طرف وأسرة الطرف الآخر، ويترتب عن ذلك بعض الأحكام الشرعية. وفيما يلي سنتطرق لمفهوم المصاهرة، والمحرمات في الزواج بسببها، كما سنبين علاقة هذه الحرمة بوطء الشبهة.

1- مفهوم المصاهرة

المصاهرة لغة هي بمعنى القرابة²، والدنو من الشيء وهو الذوبان، وأهل المرأة أصهار. أما اصطلاحا فلم تكتب كتب الفقه تعريفا للدلالة على المقصود بالمصاهرة، ويمكن استنباطه من التعريف اللغوي، بأنه القرابة التي تنشأ بين أفراد أسرتين لكل من الزوجين، فيصبح أحد الزوجين منصهرا في أسرة الطرف الآخر، أي بمثابة أحد أفرادها بعد أن كان

¹ ابن قدامة، ج9، نفس المرجع، ص352

² ابن منظور، المجلد1، ج6، المرجع السابق، ص471

أجنبيا عنهم¹. وهي قرابة حاصلة بالزواج من جهة الإناث، ولقد جاء لفظ المصاهرة في القرآن الكريم في قوله ﷺ: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا جَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾² ومنه فالمصاهرة هي علاقة اجتماعية بين أسرتين ناتجة عن طريق الزواج. تثبت بسبب الزواج الصحيح، أو الزواج الفاسد، أو الباطل، أو طء الشبهة. وحكمة تحريم المحرمات بالمصاهرة هي أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة، وذلك أنه إذا تزوج شخص من قوم صار كأحد أفرادهم في النفس والعاطفة والمودة والمحبة، ولو لم تكن محرمة شرعا وممنوعة قانونا لأدى ذلك إلى قطيعة الرحم التي أمر الله بوصلها، ووقوع العداوة بين الآباء والأبناء³.

2- المحرمات بسبب المصاهرة

نصّ المشرع في المادة 24 (ق.أ.ج) على موانع النكاح المؤبدة، وهي القرابة، والمصاهرة، والرضاع. والتحريم بالمصاهرة على أربعة أصناف، ذكرها المشرع في المادة 26 (ق.أ.ج)، وهي بدورها مقسمة إلى قسمين: التحريم بمجرد العقد، والتحريم بشرط الدخول⁴. فبخصوص التحريم بمجرد العقد وقبل الدخول فيشمل ثلاث أصناف:

الصنف الأول حسب الفقرة 1 من المادة 26 سألقة الذكر، هم أصول الزوجة، أي أمها وإن علت، سواء أمها الأصلية أو بالرضاع، لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾⁵ وقال فقهاء المذاهب بعدم اشتراط الدخول بالبنات لتحريم الأم، وخالفهم في ذلك الظاهرية الذين يقولون بأنه لا يحرم على الرجل أن يتزوج بأُم من عقد عليها ولم يدخل بها⁶.

¹ سليم محمودي، الأطروحة السابقة، ص210.

² سورة الفرقان، الآية 54.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص293.

⁴ دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 167

⁵ سورة النساء، الآية 23.

⁶ الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص 412.

والصنف الثاني المذكور في الفقرة 3 من نفس المادة، هم أرامل أو مطلقات أصول الزوج، أي زوجة الأب، الجد... وإن علو، سواء من النسب أو من الرضاع، استنادا لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾¹. والمحرم بهذه الآية زوجة الأب فقط، أما بنتها أو أمها فلا تحرم على الابن، فيجوز أن يتزوج الرجل امرأة، ويتزوج ابنه بنتها أو أمها².

والصنف الثالث حسب الفقرة 4 من نفس المادة، هم أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا، أي زوجة الابن أو ابن الابن نزولا. فبمجرد عقد الرجل قرانه على امرأة فإنها محرمة على أصله، أي أبيه أو جده وإن علا تحريما مؤبدا، مصداقا لقوله ﷺ: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْتَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾³. ولا فرق بين أن يكون الابن من النسب أو الرضاع، لقوله ﷺ: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"⁴.

أما القسم الثاني من المحرمات بالمصاهرة، والمتمثل في التحريم بعد الدخول، نصت عليهم الفقرة الثانية من المادة 26 سالفه الذكر، وهم فروع الزوجة. ولا يتحقق التحريم في هذه الحالة بمجرد العقد، وإنما لا بد من تحقق الدخول، أو بالخلوة حسب قول الحنفية والحنابلة. وهذا ما ذكره الله ﷻ بقوله: ﴿وَرَبَائِبِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾⁵. والمراد بالربيبة هي ابنة الزوجة من رجل آخر وتكون مرتبة في حجر الزوج. وذهب الأئمة الأربعة إلى تحريم ابنة المرأة بعد الدخول سواء أكانت في حجر الرجل أو لم تكن في حجره⁶.

¹ - سورة النساء، الآية 22.

² - وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 132

³ - سورة النساء، الآية 23.

⁴ - أبي داود، ج3، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، المرجع السابق، ص 398

⁵ - سورة النساء، الآية 23.

⁶ - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دم.ج، الجزائر، 2013، ص43.

وتطرّق المشرع المغربي للمحرّمات بالمصاهرة، حيث ورد في المادة 37(م.أ.م) أن: "المحرّمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علو، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد".

والمحرّمات بالمصاهرة، لا خلاف بين الشريعة والقوانين محل المقارنة بخصوصها، لأن نصوصها قرآنية قطعية الدلالة، ولا مجال للاختلاف حولها.

3- أساس ثبوت حرمة المصاهرة من وطء الشبهة

سنعرض ما جاء في المذاهب الأربعة حول ثبوت حرمة المصاهرة من وطء الشبهة.

3-1- الحنفية:

قال الحنفية بأن الدخول يثبت الحرمة وهذا بالإجماع، والعقد على البنت سبب الدخول بها، والسبب يقوم مقام المسبّب في موضع الاحتياط، ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الأب، وحليلة الابن كان ينبغي أن تحرّم الرببية بنفس العقد على الأم. وإذا وقع الشك والشبهة في شرط الدخول فالقول لما فيه الحرمة أولى احتياطاً¹. وقال أبو حنيفة بأن الزنا كالحلال في تحريم المصاهرة².

3-2- المالكية:

للمالكية قولان في هذه المسألة، الأول: لو أصاب رجل امرأة بالزنا لم يحرم عليه نكاحها بذلك، وكذلك لا تحرم عليه إذا زنى بابنتها، ولا تحرم عليه أمها، وهذا قول أهل الحجاز. والقول الثاني منسوب لأهل العراق من المالكية، حيث يقولون بأن الزنى يحرم الأم والابنة وأنه في ذلك بمنزلة الوطء الحلال. والقول الأول هو الصحيح في المذهب³.

¹ الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص416.

² المارودي، ج9، المرجع السابق، ص215.

³ أبي عمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2002، ص242.

وأما الوطء الذي فيه شبهة نكاح صحيح فإنه يحرم، مثل من أراد وطأ زوجته، أو الالتذاذ بها بتقبيل أو ضم، فوجد أمها أو ابنتها نائمة، فالتدّب بها غلطا أو وطئها، فإن الزوجة تحرم عليه، أما الحرمة القائمة على مجرد العقد فقال المالكية بثبوتها ولو كان النكاح مختلفا في صحته بين العلماء، احتياطا للفروج. ومنه فالنكاح المجمع على فساد لا تثبت مع حرمة الأصول والفروع بمجرد العقد على المرأة، بل لا بد أن ينضم إليه وطء فيه شبهة تسقط حد الزنا عن فاعله¹.

3-3- الشافعية

قال الشافعية بأن الزنا لا يحرم الحلال، لأن الحرام ضد الحلال فلا يقاس الشيء على ضده. وقال المارودي: قد مضى الكلام في تحريم المصاهرة بعقد النكاح وفي تحريمها بوطء الإماء، كذلك الوطء بشبهة يوجب من تحريم المصاهرة مثل ما يوجب الوطء الحلال في عقد نكاح أو ملك يمين؛ لأنه لما ساواه في سقوط الحد ولحق النسب ساواه في تحريم المصاهرة².

3-4- الحنابلة

الوطء عند الحنابلة على ثلاثة أضرب، الأول؛ وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين، فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع، ويصير محرّما لمن حرّمت عليه، لأنها حرّمت عليه على التأبيد، بسبب مباح، أشبه بالنسب. الثاني؛ الوطء بالشبهة، وهو الوطء في نكاح فاسد، أو شراء فاسد، أو وطء امرأة ظنّها امرأته أو أمته، أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره، وأشبه هذا، فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا، لأنه وطء يلحق به

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 527-529.

² المارودي، ج9، المرجع السابق، ص214.

النسب، فأثبت التحريم، أما الزنا فيثبت به التحريم، ولا تثبت به المحرمية¹.

وباعتبار حرمة المصاهرة من الثوابت الشرعية، فبالرغم من اختلاف فقهاء المذاهب في مدى ثبوتها من الزنا، إلا أنهم اتفقوا على تحققها من وطء الشبهة، وكذلك سارت القوانين محل المقارنة، لما في ذلك من حفاظ على العلاقات بين أفراد المجتمع، وعدم اختلاط الأنساب.

المطلب الثالث: ثبوت النسب

الزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة وتكوينها وثمرته النسب. لذا بيّنت الشريعة الإسلامية الطرق المنشئة له ووسائل كشفه، وعلى غرارها سارت تشريعات الدول العربية والإسلامية (الفرع الأول). وبما أن لوطء الشبهة بعض آثار الوطء الصحيح، وأهمها ثبوت النسب، سنبين فيما يلي المواقف الشرعية والقانونية حول ثبوته من الوطء المقترن بالشبهة في مختلف تقسيماتها وأساس ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق إثبات النسب

إن النسب باعتباره رابطة بين الفرد وذويه، يحظى بمكانة مقدسة في الدين والمجتمع، له طرق منشئة وطرق أخرى كاشفة، وفيما يلي سنتطرق لجميعها.

1- تعريف النسب

النسب لغة هو القرابة، ويكون بالآباء والبلاد والصناعة، وقيل: هو في الآباء خاصة ويكون من قبل الآباء والأمهات. كأن تقول: نسبتني إلى أبيه نسبا أي عزوته إليه، واستنسب يعني ذكر نسبه. وتقول نسبت فلانا إلى أبيه أي أنسبته، وتقول أنسبته نسبا إذا رفعت نسبه إلى جده الأكبر. كما يأخذ مصطلح النسب معنى آخر؛ وهو الطريق المستقيم الواضح بحيث

¹ ابن قدامة، ج9، المرجع السابق، ص 527-528

لا يشعر سالكه بانقطاعه¹.

وبخصوص المعنى الاصطلاحي؛ نجد أن فقهاء المذاهب لم يخرجوا عن معناه اللغوي، إذ لم يقدموا تعريفاً شاملاً له، وإنما اكتفوا بذكر أسبابه الشرعية. وأكثر ما تطرق الفقهاء للنسب كان عند حديثهم عن أسباب الميراث في كتب الفرائض والوصايا. فنجد أن الحنفية قالوا بأن النسب هو: "الانتساب إلى جهة الآباء"، ويعبرون عنه في كتاب الفرائض بالرحم². والمالكية قالوا بأنه: "الانتساب لأب معين"³، ويعبرون عنه في كتاب الفرائض بالقرابة⁴. أما الشافعية والحنابلة فقالوا بأنه القرابة⁵.

بالإضافة إلى التعريفات السابقة، هناك تعريفات معاصرة للنسب، حيث نجد تعريف الدكتور أحمد محمد بأنه: "سلالة الدم أو رباط سلالة الدم التي تربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه". كما عرفه الأستاذ غوثي بن ملحّة بأنه: "رابطة الدم والقرابة التي توجد بين شخصين؛ حيث أحدهما هو الوالد أو الوالدة للآخر"⁶. والتعريف المرجح لدينا هو أن: "النسب حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إن الشخص انفصل عن رحم امرأة، وهي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين، أو مشبهين بالثابت للذي يكون الحبل من مائه"⁷.

¹ ابن منظور، المجلد 2، ج 9، المرجع السابق، ص 755

² عبد الله الموصلي، ج 5، المرجع السابق، ص 86-87.

³ صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل، ج 2، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان، (د.س.ن)، ص 100.

⁴ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995، ص 342.

⁵ الشرييني، ج 4، المرجع السابق، ص 8.

⁶ طفياني مخطارية، الطرق التقليدية لإثبات النسب "دراسة مقارنة". المعيار في الآداب والعلوم الانسانية والاجتماعية والثقافية. المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي. تيسمسيلت. مجلد 5، عدد 10. جوان 2016 ص 275.

⁷ عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 383، نقله عن الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع صفوة، ج 6، ط 4، 1993، ص 2650.

والمشرع الجزائري تطرّق للنسب في الفصل الخامس، حيث بيّن طرق وشروط إثباته في المواد من 40 إلى 46 (ق.أ.ج). وميّز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة التي تتمثل في الصلة بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي، والتي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

والنسب في التشريع المغربي عرّفته المادة 150 (م.أم) كما يلي: "النسب لحمّة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف". فهو رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول في إطار الضوابط والقواعد المنصوص عليها، وينسب فيها الولد لوالده سواء ترتّب عن زواج صحيح أو فاسد أو شبهة¹.

2- أسباب لحوق النسب

هناك بعض الأسباب التي ينشأ من خلالها نسب الولد، وتتمثل في:

2-1- الزواج الصحيح:

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج الصحيح هو السبب الأصلي في ثبوت النسب لمن يولد في ظلّه، من غير حاجة إلى إثباته أو ادعاء من الزوج أو إقراره²، وهذا المبدأ مستوحى من قوله ﷺ: " الولد للفراش و للعاهر الحجر"³. والمشرّع وضع عدة شروط حتى يثبت النسب بالزواج الصحيح، تتمثل في ولادة الطفل بين أقصى وأدنى مدة حمل، وإمكانية تلاقي الزوجين، وعدم نفيه بالطرق المشروعة حسب المواد من 41 إلى 43 (ق.أ.ج)، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في عدة قرارات⁴.

¹ الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 98

² دليلة فركوس، جمال عياشي. المرجع السابق. ص 238

³ صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، حديث رقم 2218، المرجع السابق، ص 529.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش 1984/12/03، ملف رقم 35326، م.ق، 1990، العدد 1، ص 83.

2-2- الزواج الفاسد والباطل:

تطرّقنا سابقا لمفهوم الزواج الفاسد والزواج الباطل في التشريع الجزائري، حيث اعتبرهم المشرّع أسبابا مثبتة للنسب، وفق ما نصت عليه المادة 40 (ق.أ.ج) بخصوص ثبوت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34. وبالرجوع لهذه المواد يتبيّن بأن الزواج الباطل مصيره الفسخ قبل الدخول وبعده مع ثبوت النسب، أما الزواج الفاسد فيفسخ قبل الدخول بدون صداق، أما بعده فيثبت بصداق المثل. وحتى يثبت النسب بالزواج الفاسد أو الباطل، لا بد كذلك من تحقق شروط إثبات النسب في الزواج الصحيح المذكورة سابقا. وصدرت عدة قرارات للمحكمة العليا في هذا الشأن¹.

ومما سبق، فقانون الأسرة الجزائري لم يفرّق بين الزواج الصحيح والفاسد من حيث ثبوت نسب الأولاد، بشرط ولادتهم في المدة المحددة قانونا، وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول وعشرة من تاريخ الانفصال أو التفريق².

2-3- الوطء بشبهة:

تطرّقنا فيما سبق إلى الشبهة بالتفصيل من حيث التعريف والتقسيمات. وفي الواقع العملي تثير الشبهة الكثير من المشاكل، لذا لا بد من ضرورة إثباتها. والشبهة تفسّر لصالح الولد إذا ولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها من تاريخ الوطء، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا تطبيقا لقاعدة إحياء الولد³.

وفي القانون المغربي، نجد أن الطرق المنشئة للنسب هي الفراش سواء كان صحيحا أم فاسدا بعد البناء، أما الزواج الباطل فيشترط فيه حسن النية. بالإضافة إلى وطء الشبهة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222675، م.ق، 1999، العدد 1، ص126.

² العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 481

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28/10/1997، ملف رقم 172333، م.ق، 1997، العدد 1، ص42.

بشرط الولادة بين أدنى وأقصى مدة للحمل، مع إمكانية الاتصال بين الزوجين. وهذا حسب المواد 152 و 154 و 155 (م.أ.م).

ويلاحظ اتفاق القانون الجزائري مع المغربي في الطرق المنشئة للنسب، غير أن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة حسن النية في الزواج الباطل من أجل ثبوته.

3- وسائل إثبات النسب

بالإضافة إلى الوسائل المنشئة للنسب، هناك طرق أخرى تكشف نسب المولود:

3-1- الإقرار بالنسب:

الإقرار في الشرع إخبار بحق لآخر عليه. وهو إخبار عما سبق¹، وهذا تعريف الجمهور. وذهب بعض الحنفية إلى أنه إنشاء، وذهب آخرون منهم إلى أنه إخبار من وجه، وإنشاء من وجه².

وقانوننا؛ يعرّف الإقرار على أنه تصريح منتج لآثار قانونية، بصحة حدوث واقعة مدعاة على من وجهت إليه³. وهو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، ويعتبر حجة قاطعة على المقر⁴. حيث نص عليه المشرع في المواد 44 و 45 من قانون الأسرة، باعتباره وسيلة من وسائل إثبات النسب⁵، ويبيّن أن الإقرار نوعان:

¹ الجرجاني، المرجع السابق، ص 31.

² الموسوعة الفقهية، ج 6، المرجع السابق، ص 44.

³ بكوش يحي، الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة، ط 2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 263

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 56097، بتاريخ 1989/12/25، م.ق 1991، عدد 4، ص 102.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم: 202430، بتاريخ 1998/12/15، م.ق 1999، عدد 1، ص 722.

الأول مباشر؛ أي يحمله المقرّر على نفسه، كالإقرار بالبنوة. ويصحّ إقرار الشخص (ولو في مرض الموت) بالوالدين، إذا كان المقرّر له مجهول النسب، وإن صدّقه المقر له، متى صدّقه العقل أو العادة أو الحس السليم¹، كإقرار أحدهم بأبوة شخص وهو يقاربه سنًا.

والإقرار الثاني؛ هو إقرار غير مباشر، أي محمول على الغير، كأن يقرّ شخص لآخر بأنه أخوه أو عمه. نصت عليه المادة 45 (ق.أ.ج)، لكن اشترط فيه المشرّع موافقة المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، بالإضافة إلى الشروط المذكورة في الإقرار المباشر. والإقرار المعتدّ به قانونا هو ما كان واقعا أمام جهة مؤهلة قانونا، ولا يشترط أن يكون أمام القاضي فقط حتى يعتدّ به².

وبالنسبة لمكانته في إثبات النسب، اعتبره الاجتهاد القضائي وسيلة قوية ترقى على جميع الوسائل الأخرى، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقرّر حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، لا يتحمل الإقرار النفي، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره"³.

3-2- البيّنة:

يقصد بها: الدليل والحجة، أو الحجة القوية، أو الشهادة المثبتة للدعوى⁴. وفي الشرع:

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 234-235.

² بلقاسم مطالبي، مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي لونيبي - البليدة - الجزائر، مجلد 6، عدد 2، 2017، ص 183

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 0761943، بتاريخ 2012/11/14، م.ق، 2013، عدد 2، ص 284

⁴ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 95.

ما أبان الحق وأوضحه سواء كان إقراراً، أم شهادة، أم أيماناً، أم قرائن¹.

والمقصود بها قانوناً؛ الدلائل التي تؤكد واقعة مادية بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات²، وهذا بمفهومها الواسع. نصّ عليها قانون الاجراءات المدنية والإدارية³ في المواد من 150 إلى 163. والبينة بمفهومها الضيق المتمثل في الشهادة، اختلف الفقهاء في نصابها بين من يجيز شهادة المرأة ومن يرفضها، أي رجلين أو رجل وامرأتين. أما القانون الجزائري فلم يتطرق لهذه المسألة، غير أن المحكمة العليا أخذت بمذهب الحنفية في تحديد النصاب وهو رجلين أو رجل وامرأتين⁴.

وتعتبر البينة بشهادة الشهود في إثبات النسب أمر كاشف له، وهي أقوى من الإقرار به. كما أن الشهادة بالشهرة جائزة في إثبات النسب (فإذا سمع الشاهد من الناس أن فلان ابن فلان، جاز له أن يشهد ولو لم يعاين الولادة على فراشه)⁵، بل يتعدى الأمر إلى إجازة شهادة الأقارب في الأحوال الشخصية، ولا سيما في إثبات النسب⁶.

3-3- الطرق العلمية:

حاول المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة، التي نتج عنها استحداث تقنيات جديدة في المعرفة العلمية، حيث أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب خلال تعديل قانون الأسرة في المادة 40، والتي ورد فيها بأنه: "يجوز للقاضي اللجوء

¹ عبد الكريم اللاحم، ج1، المرجع السابق، ص132.

² طفياني مختارية، الطرق التقليدية لإثبات النسب "دراسة مقارنة"، المقال السابق، ص 291

³ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية. ج.ر عدد 21، 2008/04/23.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م.ق، 1991، عدد 4، ص 110.

⁵ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص656.

⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/04/18، ملف رقم 262912، م.ق، 2004، عدد2، ص409

للطرق العلمية لإثبات النسب¹. غير أنه منعا من التلاعب في قضايا إثبات النسب، جعل المشرع الأمر جوازيا وليس مطلقا لمجرد ثبوت هذه العلاقة بالفحص الطبي؛ فقد ربط ذلك بوجود الفراش الذي يبقى كأقوى دليل في إثباته². لأن الطرق العلمية تثبت الأبوة البيولوجية بين الأب والابن، لكن لا يمكن إلحاق نسبه له إلا بوجود الفراش.

وبخصوص الوسائل الكاشفة للنسب في القانون المغربي، نجد أن المشرع اعتمد على الإقرار والبيينة والطرق العلمية. حيث نصت المادة 152(م.أ.م) على الإقرار، والمادة 158(م.أ.م) نصت على ما يلي: "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين أو ببيينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية". وبيّنت المادة 161(م.أ.م) أن الإقرار الصحيح هو الذي يصدر من الأب فقط دون غيره، كما يجوز للأب إلحاق الولد بها من خلال إقرارها به، بشرط ارتباط الإقرار بالزوجية الشرعية، أو بالشبهة أو بالاغتصاب، وهذا حسب نص المادة 147(م.أ.م). ومنه فعدم تسجيل الولد بدفتر الحالة المدنية لوالده لا ينفي بنوته، كما أن تسجيل مولود بسجلات الحالة المدنية لا يعتبر إقرارا بالبنوة ممن قام به³.

ومما سبق يتضح شبه توافق بين القانونين الجزائري والمغربي في الوسائل الكاشفة للنسب، وما يحسب لهما اعتمادهما على الطرق العلمية التي أصبحت ممكنة في العصر الحالي، غير أن المشرع الجزائري كان السباق إلى ذلك مقارنة بنظيره المغربي.

إن المحافظة على النسب باعتباره من مقاصد الشريعة، ضبطته هذه الأخيرة من خلال تبيان طرق إثباته وطرق كشفه، ويلاحظ التساهل في ذلك من أجل حماية الفرد

¹ محفوظ بن صغير، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والقانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، ديسمبر 2018، ص 11.

² العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 492

³ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر، المغرب، 2014، ص 155

والمجتمع. وعلى هذا النهج سارت قوانين الدول العربية والإسلامية، ولا سيما الجزائر والمغرب، حيث تساهلا في إثبات النسب والتحقق منه، ويتجلى ذلك في اعتمادهما على الطرق العلمية الحديثة في ذلك.

الفرع الثاني: أساس ثبوت النسب بالشبهة

باعتبار أن النسب من أهم الدعائم الأساسية التي تقوم عليها الأسرة، حرص الإسلام على تنظيمه وتبيان طرق إثباته. وبما أن وطء الشبهة لا يعتبر كالوطء في الزواج الصحيح ولا في الفاسد أو الباطل، اختلفت موافق الفقهاء حول ثبوت النسب فيه، حيث أثبتته البعض ونفاه البعض الآخر، ولعل مرد ذلك إلى التكييف الذي منحوه لواقعة الدخول والوطء.

1- الأساس الشرعي لثبوت النسب بوطء الشبهة

تختلف مسألة إثبات النسب بالشبهة باختلاف أنواعها، فبخصوص شبهة الفعل؛ وهي كمن زفت إلى رجل امرأة غير التي عقد عليها، ثم يتبين له ذلك لاحقا، يرى بعض الفقهاء أن النسب لا يثبت للولد في هذه الحالة حتى وإن ادعى الزوج الولد، لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش، وأن شبهة الفراش توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منهما في الوطاء بشبهة الفعل. فالنسب لا يثبت سواء في ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة¹. بينما يرى بعض الفقهاء بخلاف ذلك، وقالوا بثبوت نسب الولد الناتج عن شبهة الفعل، مستنديين على أن الواطئ اعتمد على دليل شرعي وهو الإخبار².

¹ سعيدان أسماء، ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج الفاسد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد 1، 2018، ص 437

² طفياني مخطارية، إثبات النسب في ظل تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديد، مصر، 2013، ص 49

وبخصوص شبهة الملك أو الحكم، وهي اعتقاد الرجل بإباحة الوطء في حين أنه غير مباح، بسبب تعارض أو سوء فهم لدليل شرعي، أجمع الفقهاء بأن هذا الوطء لا يعتبر زنا لوجود الشبهة في المحل، وعليه فالنسب ثابت للولد من الرجل الواطئ، حيث يقول أبو زهرة: "إن الزنا لا يثبت نسبا لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". لأن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة ويستحق صاحبها النعمة. والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد، فإذا كان هناك شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فإن النسب يثبت على الأرجح"¹. ولكن لا بد من ادعاء الرجل للولد لأن أساس ثبوت النسب هو الفراش، والفراش هنا غير متوفر لاتصاله بالشبهة، لذا فإن أساس ثبوت نسب الولد هو إقرار الوالد في أي وقت من تاريخ دخوله لأنه أعلم بنفسه، كما أن الفعل ليس زنا، فثبوت النسب هنا يكون على أساس أن النسب يحتاط في إثباته حفظا لحق الولد ورعاية له من الضياع².

وأما شبهة العقد، بمفهومها الوارد عند الحنفية، فقد اعتبرها باقي الأئمة زنا يجب فيه الحد ولا يثبت به النسب إن كان الفاعل عالما بالحرمة. أما أبو حنيفة فقال بإسقاط الحد وثبوت النسب حتى وإن أقر الفاعل بحرمة فعله، لأنه اعتبر الثابت صورة العقد لا العقد، لأنه لا انعقاد في غير المحل. بينما اتفق الجمهور على أن صورة العقد لا تعدّ شبهة، والقاعدة عندهم: " كل وطء صاحبه شبهة تدرأ الحد عن الواطئ يثبت به النسب، وكل وطء يحد فاعله لا يثبت به النسب". بمعنى لا يجتمع النسب والحدّ، فإذا تزوج الرجل امرأة لا تحل له ودخل بها وهو غير عالم بحرمتها عليه، ثم تبين أنها من المحرمات، فإنه لا يحد ويثبت نسب الولد إن جاء. أما إذا كان عالما بحرمتها عليه فلا يثبت نسب الولد ويحدّ الرجل³.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، (د.س.ن)، ص388

² محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية، مصر، (د.س.ن)، ص65.

³ سعيدان أسماء، المقال السابق، ص438.

2- أساس ثبوت النسب بالشبهة في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 40 (ق.أ.ج) على نكاح الشبهة كوسيلة يثبت بها النسب، ولم يقدّم أي تفصيل في ذلك، ودون تمييز بين أنواع الشبهات، لأنه بالرجوع للشرعية الإسلامية عملاً بالمادة 222 (ق.أ.ج)، نجد أن الفقهاء اختلفوا في تنسيب الولد الناتج من شبهة العقد، واتفقوا على تنسيبه في باقي الشبهات، لكن المعمول به في المحاكم هو الأخذ بعين الاعتبار لجميع الشبهات المذكورة سابقاً، وهذا عملاً بقاعدة إحياء الولد، لذا نجد أن المشرع الجزائري يتساهل في إثبات النسب للولد، لأن الشبهة تفسر دائماً لصالحه إذا ولد بين أقل مدة حمل وأقصاها من تاريخ الدخول. حيث نجد قرار للمحكمة العليا ينص على أنه: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، الإقرار، البيّنة، شهادة الشهود ونكاح الشبهة، والأنكحة الفاسدة والباطلة، تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً له"¹.

والحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية، لأن الزاني قد يحاول التمويه أو التستر بها، وعلى هذا الأساس يؤكّد الفقهاء (ومن ضمنهم المالكية) على ضرورة إثباتها، وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات. وبالتالي إذا نتج عن الاتصال حمل، وولدت المرأة بين أقل مدة الحمل وأقصاها، وأنكر الرجل أن يكون الولد منه، جاز للمرأة اللجوء لجميع الوسائل الثبوتية الشرعية والقانونية من أجل إقناع القاضي، بما في ذلك الطرق العلمية المؤكدة للنسب².

ومنه فالمشرع الجزائري لم يخصّص معنى ثابت للشبهة يطبق على وقائع محددة معروفة، وإنما نص عليها كتعريف عام يثبت النسب من خلالها متى تحققت بعض الشروط،

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28/10/1997، قرار رقم 172333، م.ق، 1997، عدد 1، ص 42.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 484 - 485.

مثل ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة للحمل، وأن يكون هذا الولد مرتبط بهذا الوطاء المقترن بالشبهة. وعلى المدعي إثباتها بجميع الوسائل.

3- أساس ثبوت النسب بالشبهة في القانون المغربي

اعتبر المشرع المغربي الشبهة وسيلة يثبت بها النسب، حيث نصت المادة 147 (م.أ.م) على ما يلي: تثبت البنوة بالنسبة للأُم عن طريق واقعة الولادة، إقرار الأم، صدور حكم قضائي بها، وتعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب". ونص في المادة 152 (م.أ.م) على أسباب لحوق النسب وهي: "الفراش، الإقرار، الشبهة". وبيّنت المادة 155 (م.أ.م) أنه: "في حالة ما إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة حمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل". والمادة 156 (م.أ.م) نصت على التالي: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة...". وجاء في المادة 157 (م.أ.م): "متى ثبت النسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالاستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة. فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث".

ونصّ المشرع المغربي كذلك على إلحاق النسب في الزواج الباطل، بالزوج الذي دخل بالمعقود عليها فحملت منه، متى كان هذا الزوج حسن النية. ويكون الزوج حسن النية متى كان جاهلا بسبب بطلان عقد الزواج، أما إذا كان عالما به فهو زان، والزنا لا يترتب نسبا¹. وهذا ما أكدته المادة 58 (م.أ.م) في فقرتها الثانية، والتي نصت على ما يلي: "يترتب على هذا الزواج "الباطل" بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق

¹ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 553.

النسب وحرمة المصاهرة" وذلك لأن الغلط وحسن النية هما أساس الشبهة. ومنه فيكون أساس تنسيب الولد في حالة الزواج الباطل في القانون المغربي عند حسن النية هو الشبهة. ومن خلال اعتراف المشرع المغربي بالشبهة كوسيلة يثبت بها النسب، نص على إثباتها بأي طريقة ولم يحدد طرق إثباتها، حيث نصت المادة 155 (م.أ.م) في فقرتها الثانية على التالي: "... يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا". وكقاعدة عامة تثبت الشبهة بكل الوسائل المقررة شرعا لإثبات البنوة، ومنها الاستعانة بالخبرات والتحاليل المعتمدة عليها، إذا كانت الولادة بعد مضي ستة أشهر من الاتصال أو داخل سنة منه¹.

¹ الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 100.

الفصل الثاني: شروط وإجراءات إثبات النسب بوطء الشبهة

من الثابت شرعا وقانونا أن نكاح الشبهة يثبت به النسب إذا نتج عنه مولود، ولكن لا بد من توفر بعض الشروط، منها ما يتعلق بشرط الفراش، ومنها ما يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام القضاء لإثبات واقعة الشبهة وبالتالي تنسيب الولد.

ومن أجل إثبات نسب المولود من الوطاء المقترن بالشبهة، لا بدّ من تحقق الخلوة والاتصال الجنسي بين الطرفين، والذي تغيّر مفهومه في العصر الحالي من خلال الطرق العلمية الحديثة. ولا بد أن ينتج عن هذا التلاقي مولود بين المدة الدنيا والقصى للحمل، كقرينة لربطه بهذا الاتصال، وفي العصر الحالي أصبح بالإمكان الاستعانة بالطرق العلمية في ذلك، بالرغم من إحداثها لجدل حول جواز الاستعانة بها أو رفضها. بالإضافة إلى اعتراف الرجل بهذا المولود وعدم نفيه بالطرق المشروعة، أو اللجوء للطرق الطبية العلمية في ذلك (المبحث الأول).

وبعد توفر الشروط سالفة الذكر لا بد من اتباع الاجراءات القانونية في ذلك، من خلال اللجوء إلى مقر المحكمة ورفع دعوى قضائية مع احترام شروطها الشكلية، مثل عريضة افتتاحها والاختصاص النوعي والإقليمي للجهة القضائية. وكذلك احترام الشروط الموضوعية، سواء المتعلقة بأطراف الدعوى أو موضوعها، وتقديم الأدلة المثبتة للقاضي. (المبحث الثاني)

المبحث الأول: شروط ثبوت النسب في وطاء الشبهة

بيننا فيما سبق الطرق المنشئة للنسب والوسائل الكاشفة له، ومهما كانت الطريقة المعتمد عليها لا بد من تحقق بعض الشروط، والتي تعتبر قرائن على ثبوت هذا النسب، فلا يعقل إلحاق ولد برجل لم يتصل جنسيا مع زوجته (المطلب الأول)، كما لا يمكن إلحاقه به

إذا ولد خارج الآجال المتعارف عليها للحمل (المطلب الثاني)، وألا ينفى الرجل الولد عنه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شرط الاتصال بين الطرفين

حتى يتحقق الحمل وينسب الولد لطرفي العلاقة، لا بد من إثبات إمكانية الاتصال بينهما (الفرع الأول)، غير أنه في العصر الحديث ظهرت طرق وأساليب تسمح بالحمل دون اتصال مباشر بين الطرفين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتصال الحقيقي

يقصد بالاتصال المباشر (التقليدي)؛ إمكانية معاشرة الرجل للمرأة جنسياً، لأنه من غير المعقول أن تحمل دون اتصال مع الرجل، ثم تنسب الولد له. وفيما يلي سنتطرق لشروط الاتصال في المذاهب الفقهية، ثم موقف التشريعات محل المقارنة من ذلك.

1- شرط الاتصال في الشريعة الإسلامية

إن شرط الاتصال الجنسي بين الطرفين هو أمر أساسي ومعقول، فلا يتصور وجود حمل دون ذلك، وأجمع الفقهاء على هذا الشرط، لكن وقع الاختلاف في طريقة حدوث ذلك، حيث قال أحمد في قول، والشافعي ومالك، إن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب ما تأتى به في أثناء قيام الزوجية أو العدة إذا كان الدخول ممكناً¹، فلو تزوج رجل امرأة وطلقها في نفس مجلس العقد ثم أنت بولد لستة أشهر أو أكثر لم يثبت نسب الولد²، فالعقد بالنسبة للجمهور يجعل المرأة فراشا للرجل باعتباره يبيح الاتصال الجنسي بينهما، وهذا الأخير يعتبر سببا حقيقيا للحمل، فلا يتصور الحمل إذا تعذر الالتقاء بينهما.

¹ أبو زهرة، المرجع السابق، ص 388.

² طفياني مخطارية، إثبات النسب في ظل تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 52.

وهناك رأي آخر أكثر تشددا قال به ابن تيمية، حيث اشترط العقد مع الدخول المحقق¹، لا إمكانية الدخول المشكوك فيه، مستندا على ما قاله الإمام أحمد في رواية حرب، وحجته في ذلك أن العرف وأهل اللغة لا يعتبرون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها.

غير أن الحنفية خالفوا رأي الجمهور، حيث يرون بأن العقد الصحيح فراش²، ولا حاجة لإمكان الاتصال، وفي هذا الصدد يقول الشوكاني: "إن معرفة الوطاء المحقق متعسرة، فاعتباره يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط"³. وقالوا بأن مجرد العقد وحده كاف لإلحاق النسب بالزوج صاحب الفراش، حتى ولو لم يعقب الزواج الدخول بالزوجة، ولعل المقصود حماية الولد وستر الأعراض، فيثبت النسب عندهم بمجرد إبرام العقد، حتى ولو كان الالتقاء بين الزوجين غير ممكن في العادة ولكنه ممكن عقلا. وجاء في رد المحتار ما يلي: "... إلا أن يقال: إن انعقاد الفراش بنفس العقد إنما هو بالنسبة إلى النسب، لأنه يحتاج في إثباته إحياء للولد"⁴.

2- موقف القانون الجزائري من شرط الاتصال

اشترط المشرع الجزائري الاتصال الفعلي بين الطرفين مستندا على قول الجمهور، حيث نصت المادة 41 (ق.أ.ج) على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". ذلك أن العقد وحده لا يكفي، إذ لا بد فيه من الدخول، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة حمل⁵. وهذا ما سار عليه

¹ الشوكاني، ج6، المرجع السابق، ص332.

² أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، دار الجامعة - مصر، 1987، ص143

³ محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار منتقى الأخبار، ج6، المرجع السابق، ص332.

⁴ ابن عابدين، ج5، المرجع السابق، ص197

⁵ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص630.

الاجتهاد القضائي في كثير من قراراته¹، حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال...". ونفس الموقف تبنته محكمة ولاية البيض في حكمها الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث ألحقت نسب الابن بأبيه بعدما استمعت لثلاثة شهود، وتبين أن الزوج لم تنقطع علاقته بزوجته، والدليل على ذلك أنه كان يزورها من حين لآخر وهي في بيت خالها بوهران. فالتلاقي بينهما كان وارداً².

وعلى هذا يجب أن يكون الزوج بالغاً، وفقاً لنص المادة 7 (ق.أ.ج) المعدلة بالأمر 02/05، فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل، لقيام القرينة القاطعة على أن الولد ليس منه³، هذا باتفاق الأئمة الأربعة⁴. بالإضافة إلى خلو الزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الوطء بصفة تامة. لكن في وقتنا الحالي مع التقدم في مجال الطب أصبح بالإمكان اللجوء إلى أهل الخبرة من أطباء ومخابر التحاليل في ذلك.

3- موقف القانون المغربي من شرط الاتصال

سائر المشرع المغربي موقف الجمهور في مسألة وجوب الاتصال الجنسي بين الطرفين، حيث أكدت المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أن الولد للفرش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق. وجاء في قرار للمجلس الأعلى: "إنّ عدم تحقق الاتصال الشرعي بغياب الزوج عن زوجته خارج البلد، يبرر الأمر بإجراء خبرة لنفي النسب..."⁵. وقرار آخر جاء فيه: "حمل الزوجة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/07/08، قرار رقم 165408، م.ق، 2001، العدد 1، ص 67

² محكمة البيض، 1986/02/24 مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرار المحكمة العليا، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص 52.

³ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 471.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 390

⁵ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2006/09/27، ملف رقم 391 بتاريخ 2005/01/02، تحت رقم 554

أثناء فترة عقد الزواج، مع توفر الإمكانين وازدياد الولد خلال الأمد الشرعي يجعل النسب ثابتاً¹. والواضح أن المشرع اعتدّ بإمكانية الاتصال دون تحققه الفعلي، على اعتبار أنه من خصوصيات الزوج وزوجته، والتي لا يمكن الاطلاع عليها².

وباعتبار أن المشرع المغربي يرجع للفقهاء المالكي في حالة غياب نص قانوني في المدونة، وفق ما نصت عليه المادة 400 (م.أ.م): "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة المعروف". يمكن أن يرتبط بشرط الاتصال بين الزوجين شرط آخر، وهو إمكانية الإنجاب. حيث جاء في مدونة الإمام مالك: "قلت رأيت امرأة الصبي إذا كان مثله يجمع ومثله لا يولد له، فظهر بامرأته حمل، أيلزمه أو لا؟ قال لا يلزمه إذا كان لا يحمل لمثله وعُرف ذلك، قلت فإن مات هذا الصبي عنها فولدت بعد موته بيوم أو بشهر، هل تنقضي عدتها بهذا الولد؟ قال لا تنقضي عدتها إلا بعد أربعة أشهر وعشر من يوم مات زوجها، ولا ينظر في هذا إلى الولادة، لأن الولد ليس ولد الزوج... قلت هل يلزم الخصي أو الم محبوب الولد إذا جاءت به امرأته؟ قال سئل مالك عن الخصي هل يلزمه الولد؟ قال مالك أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه"³.

الفرع الثاني: الاتصال الحكمي

ظهرت في العصر الحديث طرق علمية جديدة للحمل، تسمح للزوجين بعلاج بعض المشاكل في ذلك، واختلفت المواقف بشأن اعتمادها، سواء الفقهية أو القانونية، غير أنه لا بدّ من إحاطتها ببعض الضوابط والشروط من أجل الاستفادة منها بما لا يخالف الشرع.

¹ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2002/11/13، ملف رقم 132 بتاريخ 2002/01/02، تحت رقم 780

² محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، مطبعة دار النجاح الجديدة، 2007، ص 99.

³ الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى (رواية سحنون)، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994، ص 25-26

1- مفهوم التلقيح الاصطناعي.

اللقاح لغة؛ هو اسم ماء الفحل من الإبل والخيل. ثم استعير للنساء فيقال لَقَّحت إذا حملت. ويقال إذا استبان حمل الناقة أنه استبان لقاحها. والملقوح هي الأجنة في بطون أمهاتها¹.

أما اصطلاحاً: فهو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل الأنابيب، لكون الزوجة تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها ورحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي². ويقصد به كذلك الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين، إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب، دون حصول أي اتصال جنسي بينهما. ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضاً بزرع بويضة ملقحة في رحمها³.

وللتلقيح الاصطناعي أسلوبيين، الأول يتم داخل الجسم، أو ما يسمى بالاستدخال، من خلال حقن نطاف الرجل في الموضع المناسب من رحم المرأة، حتى تلتقي النطاف بالبويضة طبيعياً. وتستعمل هذه الطريقة في حال كان عدد الحيوانات المنوية للرجل قليلة، أو كانت حموضة الجهاز التناسلي للمرأة تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية، أو وجود تضاد بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية، أو أن إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية⁴. أما الأسلوب الثاني فيتم فيه التلقيح خارج الجسم، والمعروف بأطفال

¹ ابن منظور، المجلد 1، ج7، المرجع السابق، ص 579-580

² العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، الجزائر، 2015، ص 274

³ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001، ص 25.

⁴ شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص 75

الأنابيب، عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للرجل وإعادة زراعتها في المرأة¹.

2- الموقف الشرعي والقانوني من التلقيح الاصطناعي

فيما يلي سنعرض الموقف الشرعي من مسألة التلقيح الاصطناعي من حيث الجواز والمنع، ثم موقف القانون الجزائري والقانون المغربي.

2-1- موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي:

تعتبر مسألة التلقيح الاصطناعي من النوازل، فبالرغم من أنّ قدماء الفقهاء تناولوا مسألة الاستدخال، إلا أن الأمر يختلف بعض الشيء. تطرق الفقهاء المعاصرون لهذه النازلة سواء على المستوى الجماعي²، أو على المستوى الفردي، من خلال اجتهاداتهم الشخصية في كتبهم ومنشوراتهم. حيث أجمعوا على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الضرورة العلاجية، مع التأكيد على أخذ الاحتياطات اللازمة. ووجوب توفر شروط أساسية منها: أن تكون الخلايا لزوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي ودون تدخل طرف ثالث. وأن تتم العملية بناء على رغبة الزوجين، مع التشدد في أخذ الاحتياطات اللازمة من اختلاط النطف أو اللقائح، لأن هذه العملية تدخل في نطاق الإباحة الشرعية من باب التداوي المشروع، ولأن الإسلام يحثّ على التداوي³، لقوله ﷺ: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"⁴.

¹ يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2014-2015، ص92.

² المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دوراته 5، 7، 8. ومجمع الأطباء المنبثق عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، عام 1983. ولجنة الفتوى بالأزهر سنة 1978.

³ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص276-278.

⁴ صحيح البخاري، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلى أنزل له شفاء، حديث رقم 5678، المرجع السابق، ص1441.

2-2- موقف القانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي:

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، في المادة 45 مكرر (ق.أ.ج)، المضافة بموجب تعديل قانون الأسرة سنة 2005، مسايرا بذلك التطورات العلمية الحديثة. حيث جاء نص المادة كما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي...". وقيدت العملية بمجموعة من الشروط وهي: وجوب قيام علاقة زوجية شرعية، وأن تتم العملية برضا الزوجين وحال حياتهما، وتكون بخلايا الزوجين فقط، مع زرع اللقحة في رحم الزوجة، ودون الاستعانة بالأم البديلة.

ويوجد قرار للمحكمة العليا يوحى بذلك، جاء فيه: "لا تأثير لغياب الزوج في إثبات النسب"¹. وما يستنتج من هذا القرار هو اعتبار قيام الزوجية قرينة على حصول الاتصال. ومن جهة أخرى، الاعتراف بإمكانية الحمل دون اتصال مباشر.

ونظرا لخطورة الأعمال الطبية على حياة الإنسان، فإن القانون الطبي الجزائري² وضع شروطا للموازنة بين الحقوق والواجبات لكل من الطبيب والمريض، كوجوب حصول الطبيب على ترخيص قانوني للممارسة مهنة الطب، ورضا المريض الصريح، وضرورة اتباع الأصول العلمية في الطب، وأن يكون قصد الطبيب من عمله هو علاج المريض³. بالإضافة إلى ذلك، فإن قانون الأسرة الجزائري بالرغم من تعديله ومسايرته للتطورات العلمية الحديثة وفق ضوابط شرعية محددة، إلا أنه لا يزال يفتقر إلى الجدية والحذر في التعامل مع هذه المسألة الشائكة.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 165408، بتاريخ 1997/07/08، م.ق، 2001، ع.خ، ص 67.

² القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46، بتاريخ 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم.

³ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 700.

2-3- موقف القانون المغربي من التلقيح الاصطناعي:

لم يجرز المشرع المغربي اللجوء للتلقيح الاصطناعي إلا سنة 2019، بموجب القانون رقم 147.14¹، الذي وضع الإطار القانوني لهذه التقنية الحديثة، لاستعمالها كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي. حيث عرّفها في المادة 2 من هذا القانون بأنها: "كل تقنية سريرية بيولوجية تمكّن من الإخصاب الأنبوبي، أو حفظ الأمشاج واللقاح والأنسجة التناسلية، أو التلقيح المنوي أو نقل اللقاح. وكذا كل تقنية أخرى تمكّن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي". واشترطت نفس المادة مرور اثني عشر شهرا من المحاولات المنتظمة للإنجاب بطريقة طبيعية، وألا يكون سبب عدم الحمل هو عقم أحد الزوجين.

واشترطت المادة 3 من نفس القانون احترام كرامة الإنسان وسلامته وخصوصيته، وإلزام الطاقم الطبي بالسرية. وألا تتم العملية إلا في المراكز الصحية المعتمدة، حسب المادة 8. كما حصرت المادة 12 المساعدة الطبية على الإنجاب على زوجين قيد الحياة، وأن يكون التلقيح من خلاياهما فقط، وبناء على طلبهما المكتوب.

وبإقرار المشرع المغربي لقانون المساعدة الطبية على الإنجاب، يتغير بذلك مفهوم إمكانية الاتصال، لأن الحمل أصبح ممكنا دون الاتصال التقليدي، حيث يمكن تلقيح المرأة بمني الرجل دون اتصال مباشر بينهما.

3- ضوابط اللجوء للتلقيح الاصطناعي.

نص المشرع في المادة 45 مكرر (ق.أ.ج)، والتي أجاز فيها اللجوء للتلقيح الاصطناعي على مجموعة شروط لا بد من مراعاتها، وهي:

¹ ظهر شريف رقم 1.19.50 صادر في 11 مارس 2019، بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ج.ر. عدد 6766، في 04 أبريل 2019.

3-1- أن يكون الزواج شرعياً:

لا بد من علاقة شرعية تربط بين المقبلين على التلقيح الاصطناعي، لأن الأولاد هم ثمرة علاقة زوجية. وعليه لا بد على الطبيب أو المركز الطبي المُقبل على إجراء العملية، التأكد من قيام العلاقة الزوجية الشرعية بين الطرفين، ويتم إثبات ذلك عن طريق مستخرج من الحالة المدنية حسب المادة 22 (ق.أ.ج).

3-2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

لا يمكن إجبار الزوجين على التلقيح الاصطناعي، فالعملية أساسها الرضا، ومنه لا بد من أن يكون الزوجان بالغان 19 سنة كاملة، وأن يكون الرضا كتابياً وصريحاً ومستتيراً بعواقب التجربة¹. ولا بد أن تكون العلاقة الزوجية قائمة، فإذا انتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق، فإن التنازل بين الزوجين يعتبر لاغياً وباطلاً².

ومن هذا الشرط، يتضح موقف المشرع الرافض لعملية التلقيح الاصطناعي بنطاق الزوج المتوفي مع بويضة زوجته، سواء في عدتها للوفاة أو بعدها.

3-3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

بهذا الشرط يكون المشرع قد رفض جميع أشكال التلقيح الاصطناعي الأخرى، كالتلقيح بماء رجل آخر، أو بويضة امرأة أخرى. وهذه الصورة هي التي أقرها مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة بتاريخ 28 يناير 1985 بمكة المكرمة. لأن الهدف من التلقيح الاصطناعي هو إنجاب الولد، الذي كان من المفروض أن يولد عن طريق الاتصال التقليدي المباشر بين الرجل وزوجته، لكن حالت ظروف صحية دون ذلك، لذا فالخلايا لا بد أن تكون من الزوجين حصراً.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 691.

² بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 281

3-4- عدم جواز الاستعانة بالأم البديلة:

من الواضح أن المشرع وافق على التلقيح الداخلي والخارجي، بشرط أن تعاد اللقيحة إلى رحم الزوجة. وبالتالي فالمشرع قصر عملية التلقيح الاصطناعي على الزوجين، ودون تدخل أي طرف آخر. وبهذا الشرط حسم مسألة استئجار الأرحام بالرفض الصريح. وهذا موقف صائب ومساند للشريعة الإسلامية، لما في ذلك من آثار بليغة على نسب المولود، وكذلك الآثار النفسية والاجتماعية الوخيمة.

ويلاحظ أن القانون المغربي نص تقريبا على نفس الشروط مع المشرع الجزائري. حيث ورد في المادة 12 (ق.م.ط.إ.م) ما يلي: "لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب إلا لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة، وبواسطة أمشاج متأتية منهما وحدهما دون غيرهما". كما منع القانون اللجوء للأم البديلة من خلال المادة 5 (ق.م.ط.إ.م) التي نصت على التالي: "لا يمكن استغلال الوظائف التناسلية البشرية لحساب شخص آخر..... وكذا الحمل من أجل الغير".

ومما سبق، فالتلقيح الاصطناعي وسيلة جديدة تسمح للزوجين من تحقيق حلم الذرية، اعتمدها أغلب القوانين وأجازها الفقهاء المعاصرون بشروط، أهمها أن تكون بين زوجين على قيد الحياة، وبخلاياهم دون اللجوء إلى طرف ثالث. وما يلاحظ أن القانون الجزائري كان السباق إلى اعتماد هذه التقنية مقارنة مع نظيره المغربي، من أجل التيسير على الناس للإنجاب ومن خلال ذلك المحافظة على الأسرة والمجتمع.

المطلب الثاني: ثبوت صلة المولود بوطء الشبهة

حتى يثبت نسب الولد لأبيه، لا بد قرائن تثبت صلة المولود بالوطء المشبوه، منها التقليدية المرتكزة على حساب المدة، من قيام الحمل أولا، وولادته خلال الفترة التي يتصور منها إحقاق الولد لأبيه، (الفرع الأول). ومنها الطرق المعاصرة المتمثلة في الوسائل العلمية التي يمكن من خلالها التأكد من صلة الولد بأبيه.

الفرع الأول: تحقق الولادة بين أدنى وأقصى مدة

لا يكفي لثبوت نسب المولود مجرد العقد وتحقق الاتصال بينهما، بل لا بدّ من ولادة المولود خلال فترة محددة، لها حد أدنى وحد أقصى، اختلفت آراء الفقهاء والقانونيين بشأنها.

1- مدة الحمل في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبي حنيفة، لأن المرأة هي فراش للزوج ويلحقه الولد، لقوله ﷺ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾¹. ويتقاطع هذه الآية مع الآية الخاصة بالرضاع، في قوله ﷺ: ﴿وَأَوْلَادُتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّئَ الرِّضَاعَةَ﴾²، يتبقى ستة أشهر بعد حذف أربع وعشرين شهرا الخاصة بالرضاع من الثلاثين شهرا الخاصة بالحمل والنفصال.

وفي هذا الشأن يقول الشوكاني: "ويقوي هذه الدلالة الإيمائية أنه لم يسمع في المنقول عن أهل التواريخ والسير، أنه عاش مولود لدون ستة أشهر. وهكذا في عصرنا لم يسمع بشيء من هذا، بل الغالب أن المولود لستة أشهر لا يعيش إلا نادرا، ولكن وجود هذا النادر يدل على أن الستة أشهر أقل مدة الحمل. وقد كان من جملة من ولد لستة أشهر من المشهورين عبد الملك بن مروان الخليفة الأموي"³.

وأكد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، إلا أن المولود لها نادرا ما يعيش في الأحوال العادية. ومع تقدم مجالات الطب أصبح بالإمكان إيجاد فرصة أكبر لمثل هؤلاء المواليد في الحياة، بعد وضعه في حضانة طبية مناسبة. وقد قرّر الأطباء إذا ما ولد الطفل ما بين (24 - 36 أسبوعا) يسمى الطفل خديجا، ويكون في

¹ سورة الأحقاف، الآية 15

² سورة البقرة، الآية 233

³ الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2004، ص 398

الغالب قابلاً للحياة ولكنه يحتاج لعناية طبية خاصة¹. ويقرر الأطباء أن الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر يتميز بصفة مهمة، وهي قدرته على التنفس بانتظام لعدة أيام إذا وُلد وهو في هذا العمر، بل وتكون لديه فرصة العيش إذا وُضع داخل حضانة مناسبة. والستة أشهر هي أقل مدة للحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة².

وبخصوص أقصى مدة للحمل، اختلف الفقهاء حولها بسبب عدم وجود دليل من القرآن أو السنة. حيث يقول الحنفية بسنتين، لقول عائشة رضي الله عنها: "ما تريد المرأة في الحمل على ستين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل"³. أما الشافعية والحنابلة فقالوا بأنها أربع سنوات، لأن نساء بني عجلان يحملن أربع سنين. والمشهور عند المالكية هو خمس سنوات، وروي عن مالك أربع⁴. ويرى محمد بن عبد الحكم المالكي بأن أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية⁵. وذهب داوود وابن حزم من الظاهرية، وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى القول بأنها تسعة أشهر قمرية⁶.

وصدر قرار لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة، خلال الفترة الممتدة من 8 إلى 12 ديسمبر 2012 بخصوص أكثر مدة حمل، مفاده أن أقصى مدة هي سنة من تاريخ الفرقة بين الزوجين، لاستيعاب احتمال ما يقع من الخطأ في حساب الحمل. وأن أي ادعاء بحمل يزيد على السنة يحال إلى القاضي للبتّ فيه، مستعينا بلجنة شرعية طبية.

¹ عمر علي أبو بكر، أقل مدة الحمل وأكثرها من المنظور الفقهي والطبي - دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 23، 2014، ص 11

² محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 22، عدد 70، 2007، ص 288

³ البيهقي، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، حديث رقم 15552، ج7، المرجع السابق، ص 728.

⁴ الخطاب، ج5، المرجع السابق، ص 485-486.

⁵ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 677.

⁶ بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ص 131.

وبخصوص الرأي الطبي في شأن أقصى مدة حمل نجد ثلاثة آراء، فهناك من يقول بعشرة أشهر، وحثتهم أن المشيمة التي تغذي الجنين تصاب بالشيخوخة بعد الشهر التاسع. والبعض يقول بأنه 310 أيام، لأن الحمل حسبهم لا يمكن أن يزيد على شهر عن مواعده. أما الرأي الثالث فيقول بأنها 330 يوم، أي 11 شهراً¹.

2- مدة الحمل في القانون الجزائري

بالنسبة للقانون المشرع الجزائري، نص على مدة الحمل في المادتين 42، 43 (ق.أ.ج)، حيث حددت الأولى أدنى وأقصى مدة له، وجاء نصها كما يلي: "أقل مدة الحمل ستة أشهر....". وذهبت المحكمة العليا بخصوص أقل مدة حمل إلى عدم إثبات نسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانوناً، أقلها ستة أشهر "ولما كان من الثابت (في قضية الحال) أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً، فإن قضاة الموضوع بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقتوا القانون، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه"². وبداية حساب المدة تكون من تاريخ إبرام عقد الزواج³.

وبالنسبة لأقصى مدة الحمل، نصت المادة 42(ق.أ.ج) على ما يلي: "... وأقصاها (10) أشهر". والمادة 43 على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في العديد من قراراته⁴. منها الذي قضت من خلاله المحكمة العليا بأنه لا ينسب الولد لأبيه، إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانوناً، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة⁵. وقرار آخر

¹ عمر علي أبو بكر، المقال السابق، ص 19.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 57756 بتاريخ 1990/01/22، م.ق، 1992، عدد 2، ص 71.

³ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 631

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 210478 بتاريخ 1998/11/17، م.ق، 2001، ع.خ، ص 85.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 222674 بتاريخ 1999/06/15، م.ق، 1999، عدد 1، ص 126.

نص على أن مدة الحمل تحتسب ابتداء من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق¹. لكن المشرع لم يميز بين المطلقة بائنا والمطلقة رجعيًا خلافاً للفقهاء، لأن الثانية يمكن لزوجها مراجعتها وجماعها خلال فترة العدة، وبالتالي قد تلد بعد مضي 10 أشهر من الطلاق. هذا بالإضافة إلى المادة 61 (ق.أ.ج) التي نصت بعدم خروج المطلقة من السكن العائلي خلال فترة العدة.

وأمام هذا الغموض، نجد قراراً قضائياً يقضي بثبوت نسب الولد من المطلقة رجعيًا وإن ولدته أمه قبل مضي أقصى مدة للحمل لبقاء الزوجية حكماً، واحتمال مراجعة زوجها لها أثناء العدة وحملها منه². وتعتمد أقصى مدة الحمل (أي عشرة أشهر) من تاريخ انتهاء عقد الزواج كيفما كان سبب ذلك الانتهاء، طلاق أم فسخ أم وفاة³.

3- مدة الحمل في القانون المغربي

اشترط القانون المغربي ولادة الطفل بين أدنى وأقصى مدة للحمل حتى يتم ثبوت النسب بالفراش، حيث نصت المادة 154 (م.أ.م) على ما يلي: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً". وفي المادة 155 (م.أ.م) نص على أنه: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة حمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل".

وبالنسبة لأدنى مدة الحمل، فهي ستة أشهر حسب المادة 154 سالف الذكر، وتحتسب من تاريخ العقد وليس من تاريخ الدخول. وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى ما يلي: "الولد المزداد على فراش الزوجية داخل أقل مدة الحمل الشرعية أو القانونية، لاحق بالزوج لا ينتفي عنه إلا بالوسائل المقررة شرعاً. وجاء في حيثيات هذا القرار أنه اتضح بأن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 330464، بتاريخ 2005/03/23، م.ق، 2005، عدد 1، ص 293.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 254080 بتاريخ 2001/02/21، م.ق، 2002، عدد 2، ص 444.

³ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 631.

الولد ازداد بعد مضي أقل مدة الحمل، وهي ستة شهور من تاريخ الزواج...¹. أما إذا ولد المولود قبل انتهاء أدنى مدة الحمل من تاريخ إبرام عقد الزواج، فلا يثبت نسبه للوالد ولو اعترف به. وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى: "... لما كان الولد المطعون في نسبه للطالب، ولد بعد شهرين تقريبا من تاريخ العقد، فإن ولادته تكون وقعت خارج الأجل المحدد ومن ثم يكون نسبه غير ثابت"².

وبيّن المشرع المغربي أقصى مدة للحمل وقدرها بسنة. حيث نصت المادة 154 على ما يلي: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية... إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق"، سواء كان الفراق طلاقا أم فسخا أم وفاة. وجاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "... وبالنسبة للولد... فقد ازداد داخل السنة التي هي المدة القصوى في الأحوال العادية من تاريخ الفراق..."³. وقد يحدث نزاع حول مدة الحمل بسبب الريبة فيه، فنجد أن المادة 134 (م.أ.م) نصت على ما يلي: "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء، للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة وانتهائها". كما أكدت المادة 135 (م.أ.م) أن أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المغربي، نص على حساب مدة الحمل بالأشهر القمرية، حيث جاء في إحدى قراراته ما يلي: "...لكن حيث إنه من جهة أولى، فإن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه لما اعتمدت التقويم القمري في احتساب أقل مدة الحمل بدلا من التقويم الشمسي، فإنها تكون قد طبقت ما هو مقرر فقها وما جرى به العمل القضائي..."⁴.

¹ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2003/06/19، ملف رقم 39، بتاريخ 1997/01/02، تحت عدد 283.

² قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2006/02/15، ملف رقم 666، بتاريخ 2004/01/02، تحت عدد 104.

³ قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 39، مذكور سابقا.

⁴ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2006/01/18، ملف رقم 535، بتاريخ 2005/01/02، تحت عدد 41.

إن اشتراط ولادة الطفل بين أدنى وأقصى مدى للحمل، هو شرط منطقي ولازم لثبوت نسب الولد لأبيه، وهذا باتفاق المذاهب الشرعية والنصوص القانونية، حيث نلاحظ اتفاق الجميع على أدنى مدة لوجود السند الشرعي القطعي، غير أنهم اختلفوا في أقصاها. وما يلاحظ على نصوص القوانين محل المقارنة أنهم لم يخرجوا عن المدد التي ذكرها الأطباء. غير أن القانون المغربي كان أكثر دقة في ذلك من خلال نصه على الحساب بالتقويم القمري، وهو في منظورنا أدق، لأن الدورة القمرية هي التي تحدد السنة وليست الدورة الشمسية، بالإضافة إلى كونها المستعملة في الشعائر الدينية، وتحديد النسب يكتسي طابعا دينيا تعبديا أكثر منه اجتماعيا.

الفرع الثاني: الطرق العلمية لتحديد نسب المولود بشبهة

يثبت نسب الولد للوالد إذا تحققت بعض الشروط المنصوص عليها شرعا وقانونا كشرط الفراش، وإمكانية الاتصال بين الزوجين، وولادة الطفل بين مدة الحمل الدنيا والقصى. وكل هذا يعتبر قرائن تثبت هذه الصلة. وفي العصر الحالي ظهرت قرائن طبية جديدة تحدد صلة الولد بالوالد، سنتطرق لمفهومها وضوابط إجرائها والموقف من استعمالها.

1- مفهوم الطرق العلمية الكاشفة للنسب

ظهرت في العصر الحديث طرق علمية جديدة تمكّن من تحديد نسب المولود، مع الاختلاف في دقتها، لكن أشهر وسيلة هي البصمة الوراثية، لذا سنخصص لها هذا الجزء باعتبارها الأكثر انتشارا واستعمالا.

1-1- تعريف البصمة الوراثية ADN:

يقصد بالبصمة الوراثية اصطلاحا؛ حسب تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنها: "البنية الجينية؛ نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في

التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"¹. وصدر إقرار من المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، نص على أن: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وإنها وسيلة تمتاز بالدقة"².

1-2- حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب:

اختلفت آراء المختصين وأهل العلم حول مصداقية البصمة الوراثية ودقة نتائجها، منهم من يرى بعدم قطعيتها واحتمالية الأخطاء فيها، مثل الكعبي الذي قال: "إن البصمة الوراثية لا يمكن أن تخلو من العيوب، لأنها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها كالمؤهلات العلمية، والخبرة المتميزة، وسلامة الطرق، والاجراءات التي توظف لتحليل البصمة الوراثية. فهي لا تصل إلى نسبة 100%؛ وإنما قد تكون قريبة من ذلك، منهم من يعطيها صبغة شبه قطعية عند البعض من أهل الفقه، فضلا عن ذلك فإن فحص جميع سكان المنطقة والدولة لإثبات الأبوة والبنوة يعد ضربا من الخيال"³.

وفي المقابل يرى البعض بقطعية نتائجها ودقتها، حيث يقول الخياط: "يمكن وصول مؤشر الأبوة إلى 99.999% وهذه النسبة من الناحية العلمية قطعية، وقال: يجب توضيح أن إثبات الأبوة، والبنوة لا يمكن أن يصل من الناحية العلمية إلى 100%، وذلك لأنه يتوجب فحص جميع البالغين من الذكور في المجتمع، وهذا ضرب من الاستحالة"⁴. وقد قال نصر

¹ بوقرة أم الخير. دور البصمة الوراثية في حماية النسب. مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 5، عدد 7، 2010، ص79.

² مجمع الفقه الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، رابطة العالم الإسلامي، مكة - السعودية، 2002، ص358-362.

³ الكعبي خليفة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص47.

⁴ الخياط عبد القادر، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الاسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 5-7 ماي 2002، ص92.

فريد واصل مفتي مصر الأسبق: " وبهذا الكشف أمكن إيجاد دليل قطعي يعتمد على المادة وتحليلها، يستخدم في القضايا الجنائية ونزاعات الأبوة أو الأمومة...¹. كما قال بدر خالد: "إن احتمالية تطابق القواعد النيتروجينية في الحمض النووي في شخصين غير وارد، مما جعلها قرينة نفي، وإثبات لا تقبل الشك"². وقال أحد الأطباء أن نتيجة البصمة الوراثية في الإثبات بنسبة 99.99% وفي حالة النفي 100%³.

ويتضح مما سبق أن أغلب المختصين من أهل العلم، أجمعوا على مصداقية البصمة الوراثية في حال إجرائها من طرف مختصين وفي مخابر موثوقة ومضمونة.

2- ضوابط اللجوء للبصمة الوراثية

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات استخدامها مجموعة من التوصيات، نردها كما يلي⁴:

- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية بطلب من الفقهاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص من مزاوله هذا الفحص مع التزام الطبيب أو القائمين على الفحص بمراعاة تنفيذ كافة المعايير العلمية والضوابط الشرعية والقانونية.
- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، مهمتها الإشراف على الفحص واعتماد نتائجه والتصديق عليها، تتكون من أطباء ومختصين شرعيين وإداريين.

¹ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، عدد 17، 2004، ص60.

² بدر خالد، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، الكويت، 1996، ص188.

³ نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفياً، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة السادسة عشر 5-10 جانفي 2002، ص9.

⁴ المجمع الفقهي الإسلامي، قرار رقم 07، بشأن البصمة الوراثية ومجالات استخدامها، الدورة 16، مكة المكرمة - السعودية، من 05 إلى 10 جانفي 2002.

- وضع آليات لمنع الغش والاحتتيال، والتحلّي بأقصى درجات اليقظة داخل المختبرات حتى تكون النتائج حقيقية ومطابقة للواقع. ولا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة. فلا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك¹.
- ومن أجل الاستفادة الفعلية من البصمة الوراثية في تحديد النسب، لا بد من الالتزام ببعض الضوابط الشرعية والقانونية، نذكر منها:
 - عدم استخدامها للتأكد من الأنساب الثابتة بالطرق الشرعية، لما في ذلك من مفسد كثيرة تضرّ بالفرد والمجتمع، مع الاكتفاء باستعمالها في بعض الحالات، والتي جاءت في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي وهي: حالات التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أو بالاشتراك في وطء الشبهة ونحوه، حالات الاشتباه في المواليد أو أطفال الأنايب، حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الكوارث².
 - أن يكون إجراء التحليل بأمر من القضاء، لأن المادة 40 (ق.أ.ج) جعلت الأمر جوازيًا للقاضي. ويمكن للنيابة العامة أيضًا طلب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب حسب المادة 3 مكرر (ق.أ.ج)³.
 - لا بد من الحصول على موافقة الأشخاص المعنيين، استنادًا إلى مبدأ حرمة الجسد والحق في السلامة الجسدية.

¹ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 674.

² المجمع الفقهي الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، 05-10 يناير 2002، القرار رقم 7، مكة-السعودية، ص 359-360.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 672.

3- الموقف من اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب

سنعرض فيما يلي موقف الشريعة الإسلامية، ثم موقف القانون الجزائري والقانون المغربي من مسألة اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب.

3-1- موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب

اختلف الفقهاء المعاصرون حول اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب، وحجبتها بين رافض ومؤيد، ولكل فريق حججه:

الرافضون كانت حجتهم الآية الكريمة: ﴿أَيُّومَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾¹ أي لا نقصان في الدين وأحكامه. وقوله ﷺ: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾²، أي عدم جواز إضافة ما لم يرد في أحكام الشرع. ومن السنة النبوية قوله ﷺ: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"³. ودليلهم من المعقول أن التعامل مع خلايا الإنسان يعتبر تضيقاً عليه، لأن الإنسان له حرمة لقوله ﷺ: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁴.

أما المؤيدون لتقديمه البصمة الوراثية واعتمادها في إثبات النسب، حجتهم أنها تحدد الوالد الحقيقي، تنفيذاً لمقتضى قوله ﷺ: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁵. وبخصوص وسائل الإثبات التي عمل بها الفقهاء، لا تعدوا أن تكون عملاً بالممكن المشاهد وتفسيرا للنصوص بأدوات العصر، والمقصود من ذلك أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والظروف.

¹ سورة المائدة، الآية 3

² سورة البقرة، الآية 229

³ صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2697، المرجع السابق، ص 659.

⁴ سورة الإسراء، الآية 70

⁵ سورة الأحزاب، الآية 5

واستعمال هذه الوسيلة الحديثة لا تخرج عن أطر الأدلة الشرعية في الإثبات المطلق؛ لأنها تهدف إلى كشف وإظهار الحقيقة المتاحة، ليس فيها ما يتعبد به¹.

3-2- موقف القانون الجزائري من اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب

بالنسبة لمكانة البصمة الوراثية في إثبات النسب بين باقي طرق إثباته، فإنه لا يجوز أن تتقدم على الطرق الشرعية والقانونية التي أوردتها المشرع في المادة 40 (ق.أ.ج)². حيث اعتبرها المشرع خبرة طبية فنية، للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها. وأن القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه عند استبعاد نتائج الخبرة لا بد له من تسبيب ذلك حسب المادة 144 (ق.إ.م.إ.).

ويعتبر النص عليها أمرا شكليا فقط، لأن أغلب أحكام المحاكم لا تعتمدها عمليا، وفيه هذا إهمال للنسب وخاصة إذا لم تُمكن باقي الأدلة الأخرى القاضي من الوصول إلى الحقيقة.

3-3- موقف القانون المغربي من اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب

اعتمد المشرع المغربي على الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، كغيره من دول العالم، لكن لم يحدد البصمة الوراثية بالذات، وإنما فتح المجال لجميع الوسائل الطبية التي يمكن من خلالها تحديد نسب المولود. حيث نصت المادة 155 (م.أ.م) على ما يلي: "... يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا". وفي المادة 156 (م.أ.م) نص على أنه: "... إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب". والمادة 158 (م.أ.م) بيّنت بأنه: "يثبت النسب وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". ونص كذلك المشرع في المادة

¹ نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، عدد 26، 2008، ص 27-28

² بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسر الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 231

134(م.أ.م) الخاصة بحالة حصول منازعة بسبب ريبة المعتدة في الحمل على ما يلي:
 ".... يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه ...".

إن البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة علمية دقيقة يمكن من خلالها تحديد النسب، لا تعتبر قرينة فقط، وإنما ترقى لأن تكون دليلاً حاسماً. اعتمدها القوانين محل المقارنة بصورة محتشمة، حيث تم ترتيبها في ذيل وسائل إثبات النسب، وهذا ربما يحتاج إلى إعادة نظر في مكانتها بين باقي الأدلة، حماية للنسب وحفاظاً على الأسرة والمجتمع.

ويعتبر شرط قيام الحمل جوهر ثبوت نسب الولد لأبيه، غير أن هذا الشرط لا بد له من شروط أخرى حتى يعتبر قرينة لصلة الحمل بالوالد، ولا تعتبر قرينة ولادة الطفل بين أدنى ذات حجية قوية. وفي المقابل فإن الاكتشافات العلمية الحديثة ولا سيما البصمة الوراثية، دليل قاطع يثبت صلة الولد بالوالد، لكن اختلفت المواقف بشأنها، واعتمدها القوانين في ذيل أدلة ثبوت النسب، وهذا في اعتقادنا أمر غير منطقي، فلا يمكن تقديم قرائن ذات حجية نسبية وضعيفة على دليل حاسم، حماية للنسب ومحافظة عليه.

المطلب الثالث: عدم نفي نسب المولود

حتى يثبت نسب الولد لأبيه، وبالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر، لا بد ألا ينفي الرجل هذا الولد عنه، ويكون الإنكار من خلال دعوى اللعان المنصوص عليها شرعاً والمعمول بها قانوناً (الفرع الأول)، غير أنه في العصر الحديث ظهرت طرق علمية تسمح بالتحقق من صلة الرجل بهذا الولد، سنتطرق لحجيتها في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق نفي النسب في الشريعة والقانون

جعل الله تعالى طريقاً للزوج الذي تأكد من خيانة زوجته، وحملها من غيره وليس له بينة، طريقة لينفي نسب هذا الولد عنه من خلال اللعان. حيث بينت الشريعة الإسلامية طريقة وشروط إيقاعه، واعتمده قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة.

1- مفهوم اللعان.

اللعان في اللغة: بمعنى الإبعاد والطرده من الخير، وقيل الطرد والإبعاد عن الله تعالى وعن الخلق، واللعنة لإثم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه لعنا: طرده وأبعده. والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنا بها، فالإمام يلاعن بينهما¹. والزوجان يبتعدان عن الزواج ويتأبد التحريم بينهما، ولأن الزوج يبعد به نسب ابنه عنه ويطرده².

وفي المعنى الاصطلاحي؛ عرّفه الحنفية بأنه "شهادات مؤكّدة بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حدّ القذف في حقّه، ومقام حدّ الزنا في حقهما"³. وعرّفه المالكية بأنه "حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها على تكذيبه أربعاً"⁴. والشافعية قالوا بأنه: "كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه، وألحق العار به، أو إلى نفي ولده"⁵. أما الحنابلة فقالوا بأنه "شهادات مؤكّدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن

¹ ابن منظور، المجلد 5، ج 45، المرجع السابق، ص 4044.

² بلحاج، العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 367.

³ ابن عابدين، ج 5، المرجع السابق، ص 149.

⁴ خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر الحاجب في فقه الإمام مالك، تحقيق محمد عثمان، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2011، ص 254.

⁵ الشريبي، ج 5، المرجع السابق، ص 52.

والغضب، قائمة مقام حد قذف أو تعذيب من جانب الزوج، أو حد الزنا في جانب المرأة¹. ومن الناحية القانونية لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لللعان، حيث تطرق له في المادة 41 (ق.أ.ج)، والتي تنص على إثبات النسب بشرط عدم نفيه بالطرق المشروعة. وكذلك في المادة 138 منه والخاصة بموانع الإرث حيث نصّ المشرع على الردة واللعان. وبالرجوع للتشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من نفس القانون، والتي تحيل لها في حالة عدم وجود نص قانوني، نجد أن طريق نفي النسب هو اللعان .

ويستمد اللعان مشروعيته من قوله ﷺ: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩ ﴾². ومن قوله ﷺ: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ٤ ﴾³.

والحكمة منه دفع حد القذف عن الزوج، وكذا دفع المعرة عنه وحفظ نسبه، ولما كان الفراش لازما للحوق النسب كان للناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم، وتلك الطريق هي اللعان.

2- شروط وإجراءات اللعان

يتم اللجوء لللعان في حالة عدم قدرة الزوج على تقديم دليل ضد زوجته، بعد تأكده من أن الحمل أو الولد ليس منه، أو تأكده من زناها، مع إنكار الزوجة لاتهامه. يستوجب التقيّد بمجموعة شروط وإجراءات لرفع الدعوى، حتى يقع اللعان بين الزوجين نذكر منها:

¹ أبو القاسم الخرقى، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، طنطا - مصر، 1993، ص116.

² سورة النور، الآيات من 6 إلى 9.

³ سورة النور، الآية 4

2-1- قيام الزوجية :

لقوله ﷺ: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ "، وهذا ما سار عليه القانون الجزائري في المادة 41 (ق.أ.ج). فدعوى نفي أو إنكار النسب لا تكون إلا من زوج ضد زوجته أثناء قيام عقد الزواج الشرعي الصحيح¹.

2-2- التعجيل :

لا تقبل من المدعي دعوى اللعان، إلا إذا كانت قد رفعت خلال ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو من تاريخ الولادة، وإذا كانت قد رفعت في إطار اللعان الشرعي². وفي هذا الشأن نجد عدة قرارات للمحكمة العليا³. والملاحظ أن هذه الأخيرة لا تفرق في أحكامها بين نفي النسب أثناء الحمل ونفيه أثناء الولادة، فهي تتكلم عن وجود نفي الحمل من يوم العلم به، أي قبل الولادة، ثم تتحدث عن آجال النفي وهي ثمانية أيام (اجتهاد في الفقه الحنفي)⁴.

2-3- إجراؤه أمام القاضي:

لا يتم اللعان إلا بحكم قضائي، وبناء على طلب من الزوج⁵. وجاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "اللعان من اختصاص القضاء وحده، ولا يجوز للإمام أو المفتي أن يفصل فيه. ويعتبر لاغيا وبدون أثر أي لعان يجري دون إقامة دعوى نفي النسب، ودون أن يحكم به القاضي أو يشرف عليه"⁶.

¹ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص150.

² سعد عبد العزيز، نفس المرجع، ص243.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 204821 بتاريخ 20-10-1998، 2001، ع.خ، ص85.

⁴ بوهنتالة إبراهيم، نفي النسب بين اللعان والخيرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، مجلد 5، عدد 2، 2018، ص371.

⁵ بلحاج، العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 637.

⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 1277359، بتاريخ 06/03/2019، م.ق، 2019، عدد 1، ص 76.

2-4- عدم إقرار الرجل بالولد :

يشترط ألا يكون الزوج قد أقر بالولد قبلها صراحة أو ضمنا، ومثال الإقرار الصريح؛ أن يقول هذا الحمل أو هذا الولد مني، ومثال الإقرار الضمني؛ أن يسير مع زوجته وهي حامل لمداواتها، أو أن يقبل التهنة بالمولود، لأن العاقل لا يسكت عادة عن التهنة بمولود ليس منه¹.

وبخصوص إجراءات رفع دعوى اللعان، لم ينص المشرع صراحة على كيفية إجرائها. لكن العمل القضائي من خلال اجتهادات المحكمة العليا بين مجموعة إجراءات وشروط، ولا سيما القرار رقم 172379²، حيث يرفع الزوج دعوى مدنية عادية حسب المادتين 14، 15 (ق.إ.م.إ) أمام محكمة مسكن الزوجية (م/40 و 3/426)، خلال ثمانية أيام من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل³. فإذا لم يبادر الزوج بنفي النسب في هذه المدة، بالطرق الشرعية من يوم علمه به، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، فإن النسب لا يلغى⁴ ويفصل فيها في جلسة سرية.

ولم يتطرق المشرع لحالة رجوع الملاحن عن لعانه، ولم نصادف أي حكم قضائي في هذا الشأن، وبالرجوع للشريعة الإسلامية، اتفق الجمهور على ثبوت النسب، بالرغم من اختلافهم في رجوع الزوجين، حيث قال الشافعية، والمالكية، والحنابلة، وأبو يوسف والثوري على تأبيد التحريم بينهما، أما الحنفية فقالوا بأن اللعان طلاق ثالث، لا يتأبد به التحريم⁵.

¹ بعجي عبد اللطيف، وبن حرز الله عبد القادر، نفي النسب وآثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مجلد 10، عدد 2، 2017، ص 420.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997، ن.ق، 1997، عدد 54، ص 70.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 296020 بتاريخ 25-12-2002. م.ق، 2004، عدد 1، ص 289.

⁴ بختي، العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص 74.

⁵ الجزيري، ج 5، المرجع السابق، ص 103

3- نفي النسب في القانون المغربي

تساهل القانون المغربي في مجال إثبات النسب غير أنه تشدّد في نفيه، حيث نص في المادة 151(م.أ.م) على أنه: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي"، فلا يمكن أن ينفي الرجل نسب الولد عنه إلا باللجوء إلى المحكمة واستصدار حكم قضائي. وأكدت ذلك المادة 159(م.أ.م) التي نصت على التالي: "لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي...". هذا الأخير لا يمكن إصداره إلا باتباع ثلاث طرق اعتمدها المشرع المغربي من أجل نفي النسب، ذكرها في المادة 153(م.أ.م) والتي نصت على ما يلي: "...يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

3-1- نفي النسب لاختلال شروط الفراش:

كما تبيّن سابقا بأن ولادة الولد خلال المدة الشرعية شرط لثبوت النسب بالفراش، مع إمكانية الاتصال بين الزوجين، وعليه يمكن للرجل أن ينفي النسب عنه كلما استطاع إثبات عدم وجود رابطة الزوجية أثناء الحمل، أو عدم كفاية المدة، أو عدم إمكانية الاتصال أو الإنجاب. هذا الإثبات ليس حكرا على الرجل والمرأة، بل هو حق ثابت لكل ذي مصلحة في نفي الحمل، خصوصا الورثة لاستبعاد الولد من الإرث. كما يثبت هذا الحق للنيابة العامة وفق المادة 3 من المدونة¹.

3-2- نفي النسب باللعان:

نص المشرع المغربي على اللعان كطريق لنفي النسب لكن لم يبين أحكامه، وبالتالي لا بد من الرجوع لأحكام الفقه المالكي، وقد تطرقنا لذلك في العناصر السابقة. والعمل

¹ فوزي كريم، محاضرات لشرح مدونة الأسرة، طنجة - المغرب، 2019، ص 85

القضائي بين أنه لا يتم اللعان إلا بواسطة دعوى ترفع أمام قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية، وتخضع هذه الدعوى لقواعد المسطرة المدنية، وعلى المحكمة أن تستدعي الزوجين وتطبق أحكام آية اللعان، وصورتها أن يحلف الزوج أربع مرات أنه صادق والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان كاذبا، وإذا أصرت الزوجة على تكذيبه تحلف أربع مرات بأنه كاذب والخامسة أن غضب الله عليها إن كان صادقا¹.

3-3- نفي النسب بالخبرة الطبية:

كل طفل يولد خلال فترة العلاقة الزوجية، يثبت نسبه إلى الزوج بقريضة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس من أيّ كان، ما عدا الزوج نفسه، الذي يمكنه أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان، أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بينه وبين الطفل المعني، وذلك مثل تحليل الحامض النووي الذي يعبر عنه بالبصمات الوراثية. ولا يُقبل من الزوج طلب الخبرة الطبية إلا إذا عزز ادعاءه بقرائن قوية ترجح صدقه فيه.

وفي حالة الاقتصار على المطالبة باللعان، يُمكن للزوجة أن تُطالب بالخبرة سالفة الذكر لإثبات كذبه في إنكار نسب الحمل أو الطفل². وعليه فالزوج يستطيع نفي النسب بالخبرة الطبية شريطة أن تصدر بأمر قضائي، مع الإدلاء بدلائل قوية على نفي النسب. وجاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "عدم تحقق الاتصال الشرعي بغياب الزوج عن زوجته خارج البلد يبرر بإجراء خبرة لنفي النسب، ولا تُشترط مدة معينة لسلوك دعوى نفي النسب بواسطة الخبرة"³.

¹ فوزي كريم، نفس المرجع، ص 87

² الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 98-99.

³ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2006/09/27، ملف رقم 391، بتاريخ 2005/01/02، تحت عدد 554.

ومما سبق، فاللعان شرّع لنفي النسب، في حالة لم يكن للزوج أي دليل يثبت صحة ادعائه بكون أن الولد ليس منه، وما يلاحظ أن القوانين محل المقارنة اعتمدته كوسيلة لذلك، فبالنسبة للقانون الجزائري جعله الطريق الوحيد لنفي النسب، بينما المشرع المغربي كان أكثر توسّعا، حيث أجاز اللجوء إلى الخبرة الطبية في ذلك. وهذا قد يكون كفيلا بحفظ الحقوق والمحافظة على الأنساب من التلاعب والضياع، فكان من الأجدر على المشرع الجزائري أن ينص على جواز الاعتماد على الطرق العلمية في مجال نفي النسب بشروط وضوابط، سنتطرق لها في العناصر الموالية.

الفرع الثاني: مكانة الطرق العلمية لنفي النسب شرعا وقانونا

أحدثت نازلة الطرق العلمية جدلا بين فقهاء الشريعة حول جواز اعتمادها في نفي النسب، وتباينت المواقف بين مؤيد ورافض لذلك، وفيما يلي نتطرّق لموقف الفقهاء المعاصرين، والتشريعات محل المقارنة.

1- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في الشريعة الإسلامية

بالرغم من أن اللعان هو الطريق الشرعي الذي أقرّه الفقه الإسلامي لنفي نسب المولود، إلا أن توظيف المكتشفات الطبية جعل الفقه يقف موقف الدارس والمحلل لنتائج توظيفها، حتى لا تترك المسائل والنوازل عالقة، خاصة ما تعلق منها بأمر جلل كالنسب¹، لذا اختلفت آراء الفقهاء المعاصرين حولها بين رافض ومؤيد لاستعمالها. وفيما يلي سنعرض الرأيين:

¹ بوغرارة الصالح، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، مجلد 57، عدد 5، 2020، ص 227.

1-1- الراضون لاستعمال الطرق العلمية في نفي النسب:

أصحاب هذا الرأي هم غالبية الفقهاء المعاصرين، مقتدين بما ذهب إليه جمهور الفقهاء القدامى، ومن بينهم الدكتور وهبة الزحيلي، عبد الستار فتح الله سعيد، عمر السبيل...¹، وجاء في قرار مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الإسلامي: " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"²، واعتبره الطريق الوحيد لنفي النسب، وأن أي اعتماد على طرق علمية هو خروج عن الأحكام الشرعية الإسلامية³، لقوله ﷺ: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴾⁴. واللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وفيه صفة التعبدية. كما أن هذه الطرق العلمية عرضة للأخطاء البشرية، كاختلاط العينات أو أي خطأ مخبري آخر⁵.

1-2- المؤيدون لاستعمال الطرق العلمية في نفي النسب:

يرى الفريق المؤيد لتقديم الطرق العلمية، والمتكون من ثلثة من العلماء المعاصرين، الأخذ بنتائجها إذا تعارضت مع التقليدية (الإقرار والبينة)، لأنها تصل إلى مقام اليقين، وهي دليل قاطع تمنع من قبول تلك الأدلة الظنية، فالإقرار قد يكون على خلاف الحقيقة، والشهود معرضون للنسيان. وجاء في ندوة الكويت حول "الوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري والعلاج الجيني (رؤية إسلامية)" في إحدى توصياتها: "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في

¹ بعجي عبد اللطيف، وعبد القادر بن حرز الله، المقال السابق، ص 422.

² مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص344.

³ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص3.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 36.

⁵ عبد الدايم حسن محمود، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007، ص734

مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء من غير قضايا الحدود الشرعية¹.

كما أن الآية الكريمة تنص على اللعان في حالة إذا لم يكن للزوج أي شهود أو أدلة، أما إذا كان معه بيّنة فليس هناك داع للعان. والبصمة الوراثية دليل قطعي وبيّنة تقوم مقام الشهادة. وهذا الرأي ذهب إليه محمد مختار السلامي، ويوسف القرضاوي، عبد الله محمد عبد الله، نصر فريد واصل، وذهب سعد الدين هلالى إلى القول بأنه "لا وجه لإجراء اللعان إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج، وينفى النسب بذلك"².

وقصر البعض حجية الطرق العلمية على حالة إثبات نتائجها للنبوة بخلاف أقوال الزوج، فيعمل بالبصمة الوراثية دون اللعان، وهو قول الشيخ نصر فريد واصل، الدكتور سعد الدين الهاللي، الدكتور محي الدين القرة داغي، عبد الله محمد عبد الله، وذهب الدكتور محمد سليمان الأشقر إلى القول بأنه: "إذا ثبت باختبارات البصمة الوراثية أن الزوج هو الأب الطبيعي للمولود؛ فإن ذلك يمنع نفي الولد عنه، ولكن لا يسقط حقه في إجراء اللعان؛ لأن المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت، أو زنت ثم حملت من زوجها"³.

كما أن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية كونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس والواقع ونخالف العقل. ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى غير التعبدية. فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور

¹ إيقروفة زوبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مؤسسة الأمل، الجزائر، 2012، ص 326.

² عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، الرياض-السعودية، عدد 23، 2004، ص 67-68.

³ مناقشات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت 13-15، 1998، ص 460. وبحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، جدة - السعودية، 2013، ص 85.

النتيجة نوع من المكابرة، والشرع ينتزّه أن يثبت حكماً بُني على المكابرة¹. والشرع يتشوّف أيضاً إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير.

وهذا الرأي المنادي بإعمال نتائج البصمة الوراثية في قضايا نفي النسب، أقرب لحفظ الحقوق ومسايرة للمعقول، ولا يخرج عن نطاق الشريعة، لأن مخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصل من أصول الشريعة في حفظ الأنساب. وإنفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج؛ مع خراب الذمم عند بعض الناس في هذا الزمان، وتعدّد حالات باعث الكيد للزوجة؛ يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً للحق، وهو باعث على استقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع.

2- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في القانون الجزائري

خصص المشرع الجزائري نصاً وحيداً للطرق العلمية في المادة 40 (ق.أ.ج)، وجعل اللجوء إليها أمراً جوازيًا للقاضي لإثبات النسب، ولم يتطرق لها في مسألة نفيه. وبمفهوم المخالفة يستنتج أنه لا يجوز استعمالها في نفي النسب. لكن كان من الأحرى عليه تطبيقها على جميع حالات تنازع النسب سواء للإثبات أو النفي مادام أباح اللجوء إليها².

وفي المادة 41 من نفس القانون والتي نصت على التالي: "ينسب الولد لأبيه ... ولم ينفه بالطرق المشروعة"، لم يحدد هذه الطرق المشروعة على سبيل الحصر، وترك المجال مفتوحاً لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه، ولم يحصره في اللعان فقط، وإنما اعتمده القضاء الجزائري عملاً بنص المادة 222 من نفس القانون التي تحيل للشريعة الإسلامية عند غياب النص القانوني. والإشكال يكمن في رجوع القاضي لأقوال الفقهاء المعاصرين

¹ عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص72.

² تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد3، 2005، ص16.

بخصوص طرق نفي النسب، لأنهم انقسموا بين مقدّم لطريق اللعان، وبين من يرى بضرورة التأكد من النسب بالطرق العلمية قبل نفي النسب، كما أشرنا سابقا.

ومن جانب آخر، وفي حالة دعوى اللعان واتهام الزوجة، يمكن لها إثبات براءتها بكافة الطرق، وإثبات نسب ولدها من خلال الطرق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري ومنها الخبرة الطبية. والهدف من اللجوء إلى هذه الوسيلة هو في المقام الأول لرد الاعتبار للزوجة (في حالة البراءة)، وفي المقام الثاني وهو الأهم ويتعلق الأمر بثبوت نسب ابنها من الزوج الذي لا عنها واتهمها بالزنا. لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل بمجرد ادعاء قد يكون كاذبا من الزوج¹.

وبالنسبة للعمل القضائي فهو مهم جدا في هذه المسألة، باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يحيل الكثير من الحلول للسلطة التقديرية القاضي، ومنه فالقضاء الجزائري اعترف بدور الطرق العلمية وبحجبتها في إثبات النسب من خلال عدة قرارات². والعمل القضائي يسمح للقاضي باللجوء للطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة.

لكن في حالة رفع دعوى اللعان، منع القضاء الجزائري اللجوء للبصمة الوراثية للتأكد من النسب، حيث نص في أحد قراراته على ما يلي: "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب"، حيث تقرّر إبطال قراري المجلس القضائي والمحكمة الابتدائية بسطيف، الذين قضيا بتعيين خبيرين في الطب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للأب والولد في قضية لعان³. وفي قرار آخر لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة

¹ بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد3، 2005، ص44.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 690718 بتاريخ 15-03-2012. م.ق، 2013، عدد 2، ص 268.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 605592 بتاريخ 15-10-2009. م.ق، 2013، عدد1، ص245.

العليا نص على أنه: " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"¹. وهناك العديد من القرارات في هذا الشأن.

وبالتالي فإن القضاء الجزائري لم يعترف بالطرق العلمية في نفي النسب إذا تم رفع دعوى لعان، سواء بطلب من الأطراف أو من القاضي. وكان من الأجدر أن ينص القانون على التحقق من الوالدية البيولوجية قبل إتمام دعوى اللعان، حماية لحق الولد في نسبه.

3- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في القانون المغربي.

غالبية قوانين الدول العربية اعتمدت على الخبرة الطبية في مجال الأحوال الشخصية، كحتمية تفرض نفسها ولا يمكن تجاهلها، غير أن حجيتها تختلف من قانون لآخر، ولا سيما في مجال نفي النسب. فبالنسبة للمشرع المغربي أجاز اللجوء إليها لنفي النسب بشروط، حيث نصت المادة 153 (م.أ.م) على ما يلي: "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

وفيما يخص العمل القضائي المغربي، نجد مجموعة من الأحكام الصادرة تحيل على مسطرة اللعان عندما يلتمس الزوج الحكم بنفي النسب، لكن في مرحلة التطبيق العملي يتم التصدي لرفض الطلب بدعوى عدم توفر الشروط كما تم النص عليها فقهيًا. ونورد في هذا الصدد قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت، والذي جاء في إحدى حيثياته: "...وحيث تبين من خلال فترة العلاقة الزوجية، وأنه طبقا للمادة 153 من مدونة الأسرة، فإن كل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في هذه المادة، يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1246037 بتاريخ 07-11-2018. منقول من موقع "المحكمة العليا" www.coursupreme.dz، شوهد بتاريخ 2021/04/10، على الساعة 21:30.

قانونية قاطعة، غير قابلة لإثبات العكس من أي كان، ما عدا الزوج نفسه الذي يمكن أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان "... حيث أن عدم سلوكه لهذه المسطرة، واختلال ولو شرط من الشروط المقررة لتطبيقه يجعل دعواه مرفوضة. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى: "... إذا علم الزوج بالحمل وسكت فلا يسمع قوله بنفي النسب ولا يمكن من اللعان..."¹.

وفي سنة 2009 صدر قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "... والطاعن ادعى العقم واستدل على ذلك بشواهد طبية وتحليلات مخبرية تؤيد ادعاءه، والمحكمة لما اعتبرت هذه الحجج دلائل قوية على ادعاء الزوج المطلوب، وأمرت بإجراء خبرتين؛ الأولى في المرحلة الابتدائية والثانية في المرحلة الاستثنائية، وذلك بواسطة الحمض النووي، واللتين أثبتتا بصفة قطعية بأن البنت ... ليست من صلب المطلوب، وقضت تبعا لذلك بنفي نسبها عنه، تكون قد طبقت مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما..."².

والخبرة الطبية بكونها وسيلة جديدة في مجال تحديد النسب، انقسم الفقهاء المعاصرون حول جواز الاستعانة بها لنفيه، حيث رفضها المشرع الجزائري جملة وتفصيلا، وأمّا المشرع المغربي فأجاز اللجوء إليها إذا قدم الزوج دلائل قوية تثبت صحة أقواله. وبما أنّ الشرع الحكيم ينص على حفظ الأنساب وحماتها، فإن هذه الوسيلة هي أقوى ما يمكن الاستعانة به في وقتنا الحالي، فمن غير المعقول أن ننفي النسب باللعان المبني على الضمير والوازع الديني، ونترك الدليل الملموس والحاسم، لأننا في عصر قلّ فيه الوازع الديني. فنرى أنه في دعوى اللعان لا بدّ من الاستعانة بالخبرة الطبية أولا، فإذا أثبتت صلة الولد بالوالد يُرفض إسقاط النسب، وإذا أثبتت العكس فيمكن للزوج إتمام إجراءات اللعان.

¹ البوركي مينة، الفاتحي الزوهره، العيادي رشيدة، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، بحث لنيل شهادة الإجازة، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، 2012-2013، ص 102

² قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2009/11/28، ملف رقم 232، بتاريخ 2008/01/02، تحت عدد 46.

ولمّا كان من مقاصد الشريعة المحافظة على الأنساب، والتشوّف إلى حماية الأعراض من أن تستباح، والأنساب من أن تتخلخل، كان للبصمة الوراثية دور مهم في إثبات النسب، وردّ المنازعات التي تقع بين المتداعين¹.

إن الشروط التي تطرقنا لها سالفًا، والمقترنة بثبوت نسب المولود لوالده، والمتمثلة في شرط الاتصال الجنسي والذي قد يكون بطريقة مباشرة، أو بالتلقيح الاصطناعي، وشرط صلة المولود بهذا الوطاء من خلال تحقق المدة الدنيا والقصوى في ولادته، والتي يمكن التأكد من ذلك بواسطة التقنيات الحديثة. وشرط عدم نفي الوالد للولد عن طريق اللعان، أو اللجوء إلى الطرق العلمية التي تحدد بدقة نسب هذا المولود. كلّها تصب في قالب واحد لتحقيق هدف واحد، ألا وهو المحافظة على الأنساب. والمانعين لاستعمال الوسائل الطبية الحديثة هدفهم المحافظة على الطابع التعبدي، وفي بعض الأحيان تخوّفهم من التلاعب بنتائجها، والمنادون بالاستعانة بها هدفهم كذلك المحافظة على الأنساب لاعتقادهم بدقة نتائجها. وبين هذا وذاك نجد أنفسنا نميل إلى الرأي الثاني معتقدين بدقة وقطعية الطرق العلمية الحديثة، والتي لا مناص من مسايرة هذه التطورات باعتبار أن الإسلام دين صالح لكل زمان ومكان، ودين يُحقّق الحق مهما كان.

المبحث الثاني: دعوى إثبات النسب في وطء الشبهة.

من أجل إثبات النسب من وطء الشبهة، لا بدّ على المدّعي اللجوء إلى الجهات المختصة في ذلك، ومن المعلوم أن الجهة التي تفصل في النزاعات هي القضاء، لذا خولت الفقرة 2 من المادة 165 من الدستور الجزائري² لكل شخص اللجوء إلى القضاء، حيث نصت على التالي: "القضاء متاح للجميع". من خلال رفع دعوى قضائية مستوفية لشروطها الشكائية (المطلب الأول) والموضوعية (المطلب الثاني). مع تقديم الإثباتات المؤكدة لصدق

¹ عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 309.

² دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82، بتاريخ 2020/12/30.

الادعاء والتي تختلف حسب حجبتها، منها ما هو قاطع الحجية ومنها ما هو خاضع لسلطة القاضي التقديرية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الشروط الشكلية لدعوى إثبات النسب

لا بدّ على رافع الدعوى من اتباع الشكليات القانونية لرفع دعواه، ابتداء من عريضة افتتاح الدعوى (الفرع الأول)، ثم اختيار الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا، وإلى غاية الطرق الشكلية للطعن في الأحكام الصادرة في قضايا النسب (الفرع الثاني)، وفيما يلي سنفصّل في كل عنصر على حدا.

الفرع الأول: عريضة افتتاح الدعوى

القضاء هو مكان حل المنازعات بين الأفراد، وفي حالة حدوث أي نزاع حول ثبوت النسب من وطء الشبهة، لا بدّ على المدّعي أن يقدم شكواه أمام المحكمة، وفيما يلي سنتطرق لعريضة افتتاح الدعوى والبيانات الواجب توفرها فيها، وطريقة تقييدها وتبليغها.

1- مفهوم عريضة افتتاح الدعوى

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا لعريضة افتتاح الدعوى، وإنما استطاع الفقه استخلاص ذلك. ومن أهم التعريفات المستنبطة لعريضة افتتاح الدعوى من نصوص المواد القانونية هي أنها: "وثيقة مكتوبة وجوبا وفقا لنص القانون، تكون موقّعة من المدّعي أو وكيله أو محاميه، مزوّدة بتاريخ إيداعها لدى أمانه المحكمة التي رفعت على مستوى دائرة اختصاصها الدعوى القضائية، في حدود المواعيد والآجال المقررة قانونا، وفقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية"¹.

¹ يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 3.

وعريضة افتتاح الدعوى؛ هي الوسيلة القانونية التي يعدّها المدعي لإخبار المدعى عليه، وإحاطته بما يدّعيه، وبما يقدمه من طلبات. وبدون تبليغها إلى الخصم لا يمكن أن تنشأ أو تتعدّد الخصومة. لهذا يمكن القول بأن عريضة رفع أو افتتاح دعوى من الدعاوى المتعلقة بأي شأن من شؤون الأسرة، أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، لا تختلف مبدئياً من حيث شكلها ولا من حيث مضمونها عن الدعاوى العقارية والاجتماعية والتجارية بصفة خاصة. كما أنها لا تختلف من حيث تبليغها وطرق إيصالها إلى المدعى عليه عن الدعاوى الأخرى¹.

نصّ المشرع على عريضة افتتاح الدعوى في المادة 14 (ق.إ.م.إ) كما يلي: تُرفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقّعة ومؤرخة. تودع بأمانة الضبط من قبل المدّعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف².

ويمكن القول بأن عريضة افتتاح الدعوى؛ هي ورقة يحررها المدعي بنفسه أو عن طريق وكيله، قصد عرض وقائع قضيته والمتضمنة لإثبات الشبهة، وتحديد طلباته للمحكمة والمتمثلة في إثبات نسب المولود من هذا الوطاء، وفق شكلية معينة متضمنة بيانات محددة، نظّمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- البيانات الواجب توفرها في العريضة

بالنسبة لمضمون أو محتوى عريضة رفع أو إقامة الدعوى، أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المدنية، نصت المادة 15 (ق.إ.م.إ) على مجموعة من البيانات، قررت وجوب أن تتضمنها عريضة إقامة الدعوى حتماً. ورُتبت على الإخلال بها جزاء يتمثل في عدم القبول شكلاً، وهي البيانات التالية³:

¹ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 15.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم: 44306 بتاريخ 15/12/1986، م.ق، 1993، عدد4، ص 73.

³ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 16.

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
 - اسم ولقب المدعى وموطنه.
 - اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.
 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
 - عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
 - الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.
- تعتبر هذه البيانات إلزامية، لأن المشرع استهل نص المادة 15 (ق.إ.م.إ) بكلمة "يجب". والغاية منها أن يكون المدعى عليه فكرة تساعد على إعداد دفوعه، وأن يُلمّ القاضي بعناصر الدعوى حتى يكون الحكم سليما وعادلا. فتتضمن البيانات المتمثلة في الأطراف المعنيين بقضية إثبات النسب، ووقائع حصول وطء الشبهة، مع الإثباتات الداعمة.
- غير أنه في حالة نقص إحدى البيانات الواجب توفرها لا تقبل العريضة. حيث نصت المادة 49 (ق.إ.م.إ) على ما يلي: "الدفع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو نقضها أو وقفها". ونصّت المادة 61 (ق.إ.م.إ) على أنه: "يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها...". ويحكم القاضي بعدم قبولها من الجانب الشكلي من تلقاء نفسه. وحسب نص المادة 69 (ق.إ.م.إ): "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول...". أو يقوم المدعى عليه بالدفع ببطلان الإجراءات وفق نص المادة 68 (ق.إ.م.إ): "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى...". غير أنه إذا كان هذا البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع بها ليست

من النظام العام، فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه، ويرجع هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو عدم الصحة¹.

3- إجراءات تقييد وتبليغ العريضة

بعد تحرير العريضة مستوفية البيانات الواجبة، تودع لدى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة، من طرف المدعي شخصيا أو ممثله القانوني، مرفقة بوصل تسديد الرسوم القضائية. حيث نصت المادة 17 (ق.إ.م.إ) على ما يلي: "لا تقيّد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا...". فيقوم أمين الضبط بتقييدها حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، ثم يسجل على نسخ العريضة الافتتاحية رقم القضية وتاريخ أول جلسة، ويسلمها للمدعي أو لممثله القانوني بغرض تبليغها رسميا للخصوم، قبل 20 يوما على الأقل من يوم الجلسة، وهذا حسب نص المادة 16 (ق.إ.م.إ). وتمدد الفترة إلى ثلاثة أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج.

وبخصوص تبليغ عريضة افتتاح الدعوى للمدعي عليه، نصّ المشرع في الفصل الثاني من (ق.إ.م.إ) في المواد من 406 إلى 416 على ذلك. ويُقصد بعبارة التبليغ الرسمي للعريضة؛ هو ذلك التبليغ لنسخة منها من طرف المحضر القضائي، باعتباره المخول قانونا بهذه المهمة حسب المادة 19 (ق.إ.م.إ). وذلك بطلب من المدعي أو ممثله القانوني، بموجب محضر تبليغ، والذي بينت المادة 407 (ق.إ.م.إ) شكله ومضمونه. ويكون التبليغ شخصيا إذا سلّم المحضر للشخص المعني، أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، حسب المادة 409 (ق.إ.م.إ).

وفي حالة تعذر التبليغ الشخصي، يجب على المحضر القضائي أن يُبين الظروف التي جعلت التبليغ الشخصي غير ممكن أو مستحيل، دون الاكتفاء بعموميات. وفي هذه

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 59728، بتاريخ 1990/04/30، م.ق، 1992، عدد 4، ص 61

الحالة يتم التبليغ في موطن المطلوب تبليغه، على شرط أن يتم بين أيدي أعضاء عائلته الذين يعيشون عادة معه المتمتعين بالأهلية¹. وإذا تم بين أيدي ناقصي الأهلية كالقصر؛ فمن اجتهاد المحكمة العليا. وقد أكد ذلك نص المادة 410 (ق.إ.م.إ) الجديد على أن يكون التبليغ قابلا للإبطال. ولصحة التبليغ يجب أن يتضمن المحضر المعلومات المطلوبة قانونا لصحة محضر التبليغ². وإذا كان المعني مقيما بالخارج، فيتم التبليغ وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية حسب المادة 414 (ق.إ.م.إ)، وإلا فيتم بالطرق الدبلوماسية وفق المادة 415 (ق.إ.م.إ). أما إذا كان الشخص محبوسا، فيعتبر التبليغ صحيحا إذا تمّ في مكان حبسه³، حسب المادة 413 (ق.إ.م.إ).

وفي حالة رفض الشخص المطلوب تبليغه رسميا استلام محضر التبليغ، أو رفض التوقيع عليه، أو رفض وضع بصمته، نصّت المادة 411 (ق.إ.م.إ) على تدوين ذلك في المحضر الذي يحرره المحضر القضائي، وترسل له نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمّنة مع الإشعار بالاستلام، ويُحسب الأجل من تاريخ ختم البريد وليس من تاريخ استلام الرسالة⁴. وفي حالة ما إذا كان المراد تبليغه لا يملك موطنا معروفا، يتم تبليغه من خلال تعليق نسخة من التبليغ بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة، ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن معلوم، وهذا حسب المادة 412 (ق.إ.م.إ). أما بخصوص توقيت التبليغ، فقد نصت المادة 426 (ق.إ.م.إ) على أنه: "لا يجوز القيام بتبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا، ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي".

إذن فالشخص رافع الدعوى، لا بد أن يقدم طلباته في عريضة مكتوبة وفق الشكل المنصوص عليه قانونا، تحمل بيانات ضرورية يشرح فيها وقائع الشبهة وصلة المولود

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1091486، بتاريخ 2016/03/09، م.ق، 2016، عدد 1، ص 118.

² عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص141-142.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 0847958، بتاريخ 2013/02/14، م.ق، 2013، عدد 2، ص 288.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1329594، بتاريخ 2019/04/03، م.ق، 2019، عدد 1، ص 65.

بالوطء المقترن بها، وإرفاقها بالإثباتات المتوفرة، وبقيدتها لدى المحكمة المختصة قانوناً، من أجل تبليغها للأطراف المعنيين بالقضية بالطرق والآجال التي بيّنها القانون.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

من أجل تنظيم عمل القضاء، بيّن المشرع الجهات القضائية المختصة في القضايا حسب النوع، وحسب الإقليم، لا بد على رافع دعوى النسب أن يتجه للمحكمة المختصة نوعياً وإقليمياً، وفيما يلي سنبين الجهات المختصة في قضايا النسب.

1- الاختصاص النوعي

هو انفراد جهة قضائية عن غيرها بهذه القضية لوصف وُجد فيها، مما يجعلها تختص دون سواها، لذا اختيرت لهذه المهمة والنوع. ويُقصد به كذلك؛ ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى. وبعبارة أخرى؛ هو نطاق القضايا التي يمكن أن تُباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقاً لنوع الدعوى¹. واعتبره المشرع من النظام العام حسب المادة 36 (ق.إ.م.إ.)، تقضي به الجهة القضائية من تلقاء نفسها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

وحَدّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي لكل جهة قضائية. فبالنسبة للمحاكم تُعتبر ذات اختصاص عام، حيث تتشكل من أقسام، وفي بعض الأحيان من أقطاب، وفقاً للمادة 32 (ق.إ.م.إ.). أما المجالس القضائية فهي مُختصة بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى، وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئاً. ويختص كذلك بالفصل في الطلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة في الجهات القضائية الواقعة في دائرة اختصاصه، وهذا حسب المادتين 34، 35 (ق.إ.م.إ.).

¹ بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص74

وبالنسبة للجهة القضائية المخولة بالنظر في دعوى إثبات نسب الولد من الشبهة، فقد بيّنت المادة 32 (ق.إ.م.إ) بأنها المحكمة الابتدائية، من خلال قسم شؤون الأسرة، حيث ورد نصها كما يلي: "تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما وقضايا شؤون الأسرة....". وفي نفس السياق نصت المادة 423 (ق.إ.م.إ) على اختصاص قسم شؤون الأسرة: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية دعاوى إثبات الزواج والنسب...". أما إذا لم تحتوي المحكمة على أقسام، فيعتبر القسم المدني هو المختص في جميع المنازعات باستثناء القضايا الاجتماعية، وهذا حسب المادة 32 (ق.إ.م.إ).

2- الاختصاص الإقليمي

ترمي قواعد الاختصاص الإقليمي إلى تعيين الدائرة الجغرافية للمحكمة، التي يؤول إليها الاختصاص في الفصل من حيث تموقع القضية. فإذا كان من حيث الاختصاص النوعي قد تبين أن القسم المختص هو قسم شؤون الأسرة، أو القسم المدني في بعض الأحيان، يبقى على المدعي أن يعرف من هي المحكمة المختصة من حيث الموقع¹.

ويُقصد بالاختصاص الإقليمي؛ ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها، استناداً إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي. ويشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة، تعتمد مقرّ المدعي عليه معياراً للاختصاص، ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة².

وبالنسبة لإلزامية التقيد بقواعد الاختصاص الإقليمي، وباستقراء المادة 46 (ق.إ.م.إ) التي تنص على جواز حضور الخصوم باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصاً

¹ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 38.

² بربار عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 83

إقليمياً، يتبين أن قواعده ليست من النظام العام. وفي هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا في القضية رقم 45651 بتاريخ 1988/03/27 جاء فيه: "حيث أن الاختصاص المحلي عموماً لا يتعلق بالنظام العام...¹. لكن هناك بعض الاستثناءات ذكرتها المادة 40 (ق.إ.م.إ.).

وبخصوص الاختصاص الإقليمي الخاص بقضايا الأحوال الشخصية، بينت المادة 426 (ق.إ.م.إ.) الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة، حيث يؤول الاختصاص في منازعات الخطبة، وإثبات الزواج، والصداق إلى محكمة موطن المدعى عليه. وفي قضايا الطلاق فمحكمة تواجد مسكن الزوجية، وعند الطلاق بالتراضي فمحكمة مسكن أحد الزوجين حسب الاختيار. وفي قضايا الحضانة والولاية يؤول الاختصاص الإقليمي لمحكمة مكان ممارستها. وقضايا النفقة في موطن الدائن بها. أما قضايا الولاية وترخيص الزواج ففي مكان طالب الترخيص.

وبخصوص الاختصاص الإقليمي لقضايا النسب، نصت المادة 490 (ق.إ.م.إ.) على ما يلي: "تُرفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب، أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه". ويكون الفصل في القضية في جلسة سرية بحضور ممثل النيابة العامة، وهذا حسب المادة 491 (ق.إ.م.إ.).

3- الطعن في أحكام قضايا النسب

إن مقتضيات العدالة وواجب ضمان حقوق المتقاضين، يقتضيان السماح لمن صدر عليه حكم يراه مشوباً بعيب من العيوب، أن يطرح النزاع من جديد على القضاء لإعادة النظر في الشيء المقضي، لعلّه يصل إلى ما يراه أنه الحق والصواب². ولأن الأحكام

¹ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 43

² بكرابي محمد المهدي، إنصاف ابن عمران، طرق الطعن في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان قانون الإجراءات المدنية والإدارية "دراسة نقدية"، جامعة أدرار، 7 أبريل 2013، ص 1.

والقرارات القضائية معرّضة للأخطاء وللجور، كان من الحتمي إعطاء المتقاضين سواء كانوا خصوماً أو غير، إمكانية عرض الخصومة للمراجعة. والوسيلة المستعملة في ذلك هي طرق الطعن، التي لا يعطي القانون تعريفاً دقيقاً بشأنها، غير أنه يمكن أن تُقدّم على أنها وسيلة تُمنح للخصوم والغير فرصة عرض الحكم لإعادة النظر فيه¹.

وتنقسم طرق الطعن حسب المادة 313 (ق.إ.م.إ) إلى طرق عادية، تتمثل في الاستئناف والمعارضة. وطرق غير عادية، تتمثل في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر، والطعن بالنقض. ومنه فالمتخاصم إذا صدر الحكم في غيابه، له الحق في المعارضة، وإعادة فتح القضية أمام نفس المحكمة خلال شهر من صدور الحكم أو التبليغ الرسمي². أما إذا صدر الحكم في غير صالحه فله الحق في الاستئناف أمام المجلس القضائي ومعالجة القضية من طرف قاض آخر³، خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي إلى الشخص ذاته، وشهرين إذا كان التبليغ في الموطن⁴. وفي كلتا الحالتين يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن م 323 (ق.إ.م.إ) مع بعض الاستثناءات.

وأما الطعن بالطرق غير العادية فيخضع لمنطق آخر يعتبر استثنائياً، مادام يُسمح لطرف أجنبي عن الخصومة التظلم من حكم والطعن فيه، بينما بقي غريباً عن الإجراءات، وبينما كذلك كان يمكنه التدخل في الخصومة. وعلى أي حال، إذا كان ذو مصلحة جاز له استعمال الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، مثل تدخل الورثة في حالة إثبات نسب شخص آخر لهم عن طريق وطء الشبهة. كما أنه إذا كان من النادر أن يتوفر التزوير المكتشف بعد الحكم، أو الوثيقة الحاسمة في الدعوى المحتجزة لدى الغير، فإنه يمكن أن يتمسك بهذه الأسباب لتقديم التماس إعادة النظر ضد الحكم، كاحتمال تزوير تقرير طبي أو

¹ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 247

² المواد 327 و328 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 43727، بتاريخ 1986/12/01، م.ق، 1993، عدد3، ص47.

⁴ المواد 335-336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بيئة أخرى كانت سببا في صدور حكم ثبوت النسب من وطء الشبهة أو إسقاطه. ومتى كان من النادر كذلك أن تُخفّق الجهات القضائية الدنيا في تطبيق القانون، فإن الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن¹، وهذا وارد الحدوث كون إثبات النسب من وطء الشبهة خاضع للسلطة التقديرية للقاضي لعدم وجود أدلة ذات حجية قاطعة.

وبخصوص آجال الطعن بالطرق غير العادية، نصّ القانون على أجل شهرين من التبليغ الرسمي، وثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في الموطن، بالنسبة للطعن بالنقض حسب المادة 354 (ق.إ.م.إ.)، ويتمّ الفصل فيه في المحكمة العليا، وفي حالة نقض القرار تحال القضية إلى نفس الجهة مُصدرة الحكم بتشكيكة جديدة، 364 (ق.إ.م.إ.). أما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فأجله 15 سنة من تاريخ صدور الحكم، وشهرين إذا تم تبليغ الغير بالحكم، ويرفع أمام نفس الجهة مُصدرة الحكم². وبالنسبة لالتماس إعادة النظر، فيرفعه من كان طرفاً في الحكم فقط خلال شهرين من ثبوت التزوير أو تزوير شهادة الشهود، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة، ويكون أمام نفس الجهة مُصدرة الحكم³.

ونشير هنا أن طرق الطعن غير العادية لا توقف تنفيذ الحكم باستثناء المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم، حسب المادة 361 (ق.إ.م.إ.)، ومنه فالنسب معني بوقف تنفيذ الحكم لأنه من المواد المتعلقة بحالة الأشخاص. ويسقط الحق في الطعن بجميع أنواعه إذا انقضى على أجل سنتين من تاريخ صدور الحكم الحضورى، كجزاء للمتهاون حسب المادة 324 (ق.إ.م.إ.).

يعدّ الاختصاص القضائي من المسائل الجوهرية في تحديد الجهة القضائية المختصة، لا سيما في ظل الازدواجية القضائية، ويقصد به ولاية الجهة القضائية للنظر في

¹ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 248.

² المواد 384، 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³ المواد 391، 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الدعوى والفصل في الموضوع المعروض عليها. ويتعين على المتقاضى أن يدرك ويحدد الجهة القضائية التي حولها القانون حق النظر في الدعوى نوعياً أو إقليمياً. ويمكن لخاسر الدعوى، أو الذي لم يقتنع بالحكم أن يستأنفه، حيث نص المشرع على طرق عادية للطعن، وطرق أخرى غير عادية.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى إثبات النسب

بالإضافة إلى الشروط الشكلية لرفع الدعوى، لا بدّ من توفر بعض الشروط الموضوعية، والتي يتعلق جزء منها بأطراف الدعوى (الفرع الأول)، وجزء آخر بموضوعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تتعلق بأطراف الدعوى

من بين الشروط الموضوعية التي يلزم توفّرها لرافع الدعوى، توجد شروط تتعلق بالأشخاص أطراف الدعوى، وهذه الشروط ضرورية لجميع الدعاوى سواء في قضايا النسب أو غيرها، تتمثل في صفة الشخص المتقاضى، والمصلحة المراد تحقيقها من الدعوى، ثم مدى توفر أهليته القانونية لمباشرة هذه الدعوى.

1- الصفة

المقصود بها أن يكون المدّعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني في الدعوى، فالصفة في الدعوى لا تثبت إلا للشخص الذي يدعي لنفسه حقاً أو مركزاً قانونياً¹. نصّ عليها المشرع في المادة 13 (ق.إ.م.إ.): " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة". ويعتبر ذا صفة للتقاضي أمام المحكمة صاحب الحق نفسه عندما يكون كامل الأهلية، أو وكيله بوكالة رسمية وقانونية. ويعتبر ذا صفة للتقاضي الولي أو الوصي بالنسبة

¹ لامية لعجال، الشروط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية على ضوء التشريع، مجلة المعارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد 2، 2021، ص98.

إلى ناقص الأهلية، وكذلك القيم أو المقدم بالنسبة إلى المحجور عليه والمفقود، حسب المواد 81، 87 و 104 من قانون الأسرة¹.

وفي حالة غياب الصفة، سواء في المدعي أو المدعى عليه، يمكن تقديم الدفع المتعلق بانعدام الصفة من طرف المتقاضين، بل ويمكن للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، لأن الصفة من النظام العام، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 13 (ق.إ.م.إ.): "... يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه". وفي حالة ما إذا أخطأ القاضي وقبل الدعوى دون أن يتحقق من شرط الصفة وأصدر الحكم، فإنه يحق للخصم أو ممثله الطعن بالاستئناف بسبب مخالفة القانون، ويطلب إلغاء الحكم.

وبخصوص دعوى إثبات النسب، تكون الصفة للوالد الذي يريد إثبات نسب ولده الذي اقترنت ولادته بالشبهة. وقد تكون الصفة كذلك للأم، التي يُعتبر نسب الولد لها ثابتاً. كما قد تكون الصفة للولد المعني إذا كان كامل الأهلية. أما إذا لم تكتمل أهليته لصغر سن أو لعارض أو مانع من موانع الأهلية، فتكون الصفة للولي أو الوصي، أو نائبه الشرعي بصورة عامة.

ولا بد من الإشارة إلى صفة النيابة العامة في دعاوى شؤون الأسرة، حيث نصت المادة 3 مكرر (ق.أ.ج) على اعتبارها طرفاً أصلياً في جميع قضايا شؤون الأسرة. وهذا أمر مهم، لا سيما من حيث تقديم الطلبات والادعاء مدنياً، وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية. كما يجب تكليف ممثل النيابة بالحضور للجلسة، وتبليغه رسمياً بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلاً، تطبيقاً لأحكام المادة 15 (ق.إ.م.إ.). ولأن ممثل النيابة طرف

¹ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 52.

أصلي في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة، لزم حضوره جلسات المحاكمة، وتقديم طلباته تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة¹.

2- المصلحة

إن شرط المصلحة يعتبر من أهم الشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية. وقديما قيل بأنه لا توجد دعوى إذا كانت لا توجد مصلحة. ومن جهة أخرى يمكن القول بأن المحاكم لم توجد لإعطاء استشارات قانونية، ولا مساعدات اجتماعية، وإنما وُجدت في الأساس للفصل في النزاعات القائمة بين الأفراد والجماعات. وعليه فلا بد للمدعي من مصلحة قانونية، شخصية ومباشرة، وقائمة وحالة، وذلك وقت مباشرة الدعوى².

ويُقصد بالمصلحة؛ أن يكون حق رافع الدعوى قد تم الاعتداء عليه فعلا أو حصلت منازعة فيه، فيتحقق الضرر الذي يبهر لجوئه إلى القضاء. بمعنى أن يكون "الضرر حال"، فالقاضي يأخذ بالمصلحة الموجودة وقت رفع الدعوى، أما إذا انتفت هذه المصلحة يوم رفع الدعوى فإن هذه الأخيرة تكون غير مقبولة³، فلا يمكن قبول دعوى للمطالبة بإثبات نسب شخص لا تربطه به أي صلة.

وحسب المادة 13 (ق.إ.م.إ) يجب أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة. غير أنه يتعين القول بأن هذه المصلحة يجب أن تكون مشروعة؛ أي محمية قانونا ولا تخالف النظام العام والآداب العامة. والمصلحة قد تكون مادية أو مالية وكذلك معنوية كالمساس بالشرف. ومن المعلوم أن إثبات النسب يحوي جميع المصالح، كما يجب أن يتوفر في المصلحة

¹ حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، عدد 19، 2014،

ص11

² سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 54.

³ لامية لعجال، المقال السابق، ص102.

الطابع الشخصي والمباشر، إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت، ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية، كمصلحة الشخص المعنوي، أو في حالة التمثيل النقابي وغيرها¹.

وإذا كان القانون يعتبر الصفة من النظام العام، بحكم إمكانية إثارة تخلفها في أطراف الدعوى من قبل القاضي، فإن النص صراحة على تخلف المصلحة في الأطراف لم يتم اعتماده صراحة في المادة 13 (ق.إ.م.إ.)، خاصة وأن الفقه والقضاء قد اختلفوا في قانون 1966 للإجراءات المدنية حول مدى اعتبار المصلحة من النظام العام أم لا، إلا أنه يمكن استنباط أن المصلحة من النظام العام من خلال ترتيب المشرع في حال انقائها في الدعوى أثر وهو عدم قبولها، وفقا للمواد 67، 68، 69 (ق.إ.م.إ.)².

3- الأهلية

يقصد بالأهلية قابلية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، اعترفت بها القوانين الحديثة كنتيجة لاعترافها بالشخصية القانونية بعد زوال نظام الرق والعبودية. تُثبت للأشخاص الطبيعية والمعنوية على حدّ سواء. وتنقسم إلى أهلية وجوب؛ والتي تثبت لكل إنسان حي منذ ولادته إلى غاية وفاته، وتثبت جزئياً للجنين كذلك، حسب المادة 25 (ق.م.ج). وإلى أهلية أداء؛ والمقصود منها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يترتب عليه آثاره القانونية. يتمتع بها فقط من له القدرة على التعبير عن إرادته تعبيراً يعترف به القانون³.

¹ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 68-69

² انظر لامية لعجال، المقال السابق، ص 101

³ زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد 3، مجلد 5، 2012، ص 264-265

وحدّد المشرع سنّ الأهلية في المادة 40 (ق.م) بـ 19 سنة إذا كان الشخص متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه. ولم يطرأ عليه أي عارض من العوارض المنقصة للأهلية، والمتمثلة في السفه والغفلة. أو عارض مفقد لها كالجنون والعتة¹. ولا مانع من ممارسة أهليته سواء كان المانع طبيعياً كالشخص ذو العاهتين، أو قانونياً كالحبس أو الحرمان من ممارسة بعض الحقوق، أو بسبب الفقد والغيبية. وفي جميع هذه الحالات يخضع ناقص الأهلية أو فاقدها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة، حسب المادة 44(ق.م). ويستثنى من شرط سن الأهلية من تم ترشيده للزواج حسب المادة 7 (ق.أ.ج) والتي نصت فقرتها الثانية على ما يلي: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وهناك من يعتبر بأن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى، بل هي شرط لصحة المطالبة القضائية، أي لصحة انعقاد الخصومة بين المتخاصمين. بدليل أنه لو فقد أحد الخصوم أهليته أثناء سير الدعوى لوجب وقفها، ولأمكن متابعتها دون أن تكون قد فقدت شرطاً من شروط قبولها. مع العلم أن انعدام الأهلية يمكن أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم أو محاميه².

وفي قضايا النسب المرفوعة أمام المحكمة، لا بد على رافع الدعوى أو المدعى عليه من تمتعهم بكامل الأهلية. وبطبيعة الحال، فغالبا ما يكون الولد طالب النسب باعتباره صاحب المصلحة الأولى موضوع الخصومة قاصراً، وبالتالي ينوب عنه ممثله الشرعي سواء الولي أو الحاضن، أو غيرهم، والمنصوص عليهم في الكتاب الثاني من قانون الأسرة.

إن الشروط الموضوعية التي اشترطها القانون في أطراف الدعوى، هدفها الأساسي حماية الحقوق وتنظيم العمل القضائي، فاشتراط الأهلية هدفه حماية القصر أو ناقصيها أو

¹ المواد 42، 43 من القانون المدني الجزائري

² سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 53-54.

فأقديها من خلال الممثل الشرعي، واشتراط الصفة حتى لا تكون فوضى في الدعاوى والاتهامات، فمن المعقول أن تقتصر على من له صفة فقط. والمصلحة كذلك مرتبطة بالصفة نوعاً ما، فلا تكون الدعاوى إلا لتحقيق مصلحة مشروعة.

الفرع الثاني: شروط تتعلق بموضوع الدعوى

إضافة إلى شرط الصفة والمصلحة والأهلية سألني الذكر، لا بدّ من توفر شروط أخرى خاصة بموضوع النزاع، حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء للفصل فيها. ومن بين هذه الشروط نذكر فقط التي لها علاقة بموضوع البحث، وهو إثبات النسب بالشبهة.

1- شرط عدم سبق الفصل في الدعوى

نصّ المشرع في المادة 338 (ق.م.ج) على أن: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة...". واعتبر الحجية كقرينة قاطعة عن الحقيقة القضائية. وشرط عدم سبق الفصل في الدعوى هو تطبيق لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. والمقصود بها أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة بما فصلت فيه، أي أن الحكم القضائي متى صدر اعتبره القانون عنواناً للحقيقة. لذا لا يجوز لأي طرف من أطراف الدعوى أن يجدد النزاع، عن طريق دعوى مجددة بذات الخصوم وبنفس الموضوع والسبب¹.

ويُشترط لتطبيق هذه القاعدة، أن يكون النزاع قائماً بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بحقوق لها نفس المحل ونفس السبب، وهذا حسب المادة 338 (ق.م.ج) "... ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب". وفي هذا الموضوع

¹ معزي أمال، حجية الشيء المقضي به وحق المحكوم عليه في طلب إعادة النظر، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، مجلد ب، 2017، ص 410

نجد قرار للمحكمة العليا، جاء فيه: "... ولمّا تراجع نفس المجلس عن القرار السابق الذي أصبح نهائياً، فلا يمكنه عندئذ لنفس الأسباب والأطراف والموضوع النظر فيه من جديد، لسبق الفصل في النزاع بصورة نهائية، ولمّا خالفوا ذلك خرّقوا مبدأ حجية الشيء المقضي فيه وأسأؤوا تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض بدون إحالة.."¹.

ويجدر في هذا السياق التفرقة بين مبدأ حجية الشيء، وقوة الشيء المقضي به. فحجية الشيء المقضي به تثبت لأي حكم قطعي فصل في خصومة، وذلك وقت صدوره حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية. بحيث يظل الحكم حجة إلى أن يُلغى بواسطة حكم أو قرار آخرين، فيزول الحكم وتزول الحجية². حسب المادة 296 (ق.إ.م.إ) التي تنص على التالي: "... ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه". أما قوة الأمر المقضي به فهي متعلقة بالجانب الشكلي للحكم القضائي، بحيث تمنحه قوة إجرائية معينة تحول دون قابليته للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية، سواء بصدوره غير قابل لها أو لاستنفادها، أو لانقضاء مواعيدها دون ممارستها³.

وبالنسبة لحجية الأحكام الصادرة في قضايا النسب، بيّن الاجتهاد القضائي بأن الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص لا تكتسب حجية الشيء المقضي فيه⁴.

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 146497، بتاريخ 17/07/1996، م.ق. 1997، عدد 1، ص 28.

² مقبولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، 2013، ص 124

³ معزي أمال، المقال السابق، ص 412.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 473962، بتاريخ 14/01/2009، م.ق. 2009، عدد 2، ص 262.

2- شروط أخرى خاصة بموضوع الدعوى

بالإضافة إلى الشروط المذكورة، توجد شروط أخرى خاصة بموضوع الدعوى، نذكر منها مشروعية الموضوع وعدم سبق تصالح الخصوم فيه.

2-1- أن يكون موضوع الدعوى مشروعاً:

معنى أن يكون الحق المدعى به مشروعاً؛ فذلك يعني ألا يكون موضوع الدعوى مخالفاً للقانون أو مخالفاً للآداب العامة، لأن مشروعية الحق هي أساس المطالبة به. وعليه؛ فإذا تبين للمحكمة أن الحق المطالب به حق غير مشروع، فإنه يتعين عليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها إذا تعلق الطلب بالنظام العام، أو بناء على طلب المدعى عليه أو محاميه إذا تعلق الطلب بالآداب العامة¹، وبالتالي لا يمكن رفع دعوى إثبات النسب لشخص نسبه معلوم وثابت.

2-2- عدم سبق الصلح في موضوع النزاع:

الصلح كما عرّفته المادة 459 (ق.م.ج) هو: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". ويترتب عنه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية. ويكون الصلح تلقائياً بين الخصوم أو بسعي من القاضي، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، والقاضي هو المخول بتحديد المكان والوقت المناسبين لذلك. ويحرّر الصلح في محضر موقّع عليه من طرف الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة الضبط، ويُعتبر هذا المحضر سنداً تنفيذياً². لكن هذا الشرط غير معني في موضوع بحثنا، لأن المادة 460 (ق.م.ج) تنص على ما يلي: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام...".

¹ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 56

² المواد من 990 - 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

غير أنه يمكن أن نشير إلى أنه، في حالة اتفاق طرفي الخصومة على إثبات نسب الولد بعدما كان أحدهما منكرا له، فإن القاضي يكون أمام حالة إقرار بخصوص هذه الواقعة، بعد تأكده من الشروط القانونية لإثبات النسب. وما أشبه هذه الحالة بالصلح.

3- تكييف دعوى النسب

يُعرّف التكييف القانوني بأنه: إلحاق الواقعة بأصلها القانوني الذي يحكمها. وهو بهذا الاعتبار غير مختص بفرع دون فرع آخر من فروع القانون، بل هو موجود في جميعها¹. ويُعرّف كذلك بأنه: عملية قانونية يلجأ إليها القضاة لتعيين مسطرة قانونية، تندرج تحتها المسألة التي يحدث فيها نزاع بين مجموعة قوانين². والمبدأ السائد فقها وقضاء هو أنّ المحكمة لا تتقيد بالوصف القانوني المُصنّف على الفعل، بل إنه من واجبها أن تفحص الواقعة المطروحة بجميع أوصافها، وأن تطبّق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا. ويعني ذلك أن القاضي يلتزم بأن يكيّف واقعة الدعوى وأن يعدّل هذا التكييف إذا ظهر أنه غير سليم³.

وفي مجال الأحوال الشخصية؛ نجد أن دور قاضي شؤون الأسرة سلبي في مجال الوقائع، وعلى عكس ذلك تماما، نجد أنه في مجال القانون يكون دوره دائما إيجابيا. بل يعدّ هذا الأمر من صميم عمل القاضي؛ إذ أن هذا الأخير لا يتقيد بالأسس القانونية التي يأتي بها الخصوم ويستندون عليها، فهي لا تلزمه في شيء، بل ولا يقوم بإعمالها إذا رأى ذلك. إذ

¹ ديداني بومدين، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد4، عدد1، 2017، ص 96

² نور الدين مولاي، التكييف الفقهي والقانوني للوظيفة العمومية، مجلة دراسات الوظيفة العامة، مجلد1، عدد2، 2014، ص39

³ بلايلية معمر، زواكري الطاهر، سلطة القاضي الجزائي في إعادة تكييف الوقائع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد12، 2019، ص67

يقع على عاتقه البحث عن النص الواجب التطبيق على تلك الوقائع، ولهذا نجد أن المشرع دائما يوكل مهمة التكييف للقاضي¹.

وفي مجال دعاوى النسب نجد أن المشرع تساهل إلى حد بعيد في إثباته، ويتجلى ذلك في قبول إثباته لمجرد ولادة المولود خلال ستة أشهر، مع أن مدة الحمل العادية تفوق بثلاثة أشهر، واعتماده على طرق إثبات متنوعة، على غرار الزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا أو مشبوها، واعتماده على الشهادة والإقرار تطبيقا لقاعد إحياء الولد. وفي المقابل ضيق المشرع على طرق نفي النسب، حيث لا يسمح به إلا وفق شروط وآجال ضيقة. وبالتالي يشمل هذا التساهل أيضا مسألة تكييف دعاوى النسب. وعليه ذهب فقهاء العلم الشرعي إلى أن التناقض الذي تخفى أسبابه لا يمنع من سماع دعوى النسب، فلو ادعى شخص أن فلان ابنه من الزنا، وعدل بعد ذلك إلى القول بأنه ابنه من نكاح، قبلت دعواه على الرغم من التناقض الوارد فيها. مع أن التناقض في غير هذا الموضوع لا تكون له نفس المعاملة، التي تتوفر في تدعيم الحق في ثبوت النسب، مما يشكل تكريسا واضحا لصالح هذا الحق².

ومما سبق، فالقاضي مكلف بوضع حد بين تكييف الدعوى وبين تسببها، فيكون التكييف هو إثبات النسب والسبب هو نكاح الشبهة، الذي يتم إثباته بكل الطرق باعتباره واقعة قانونية.

إن الشروط الموضوعية الواجب توفرها في موضوع الدعوى، تتمثل أساسا في مشروعية الموضوع، بالإضافة إلى شرط عدم سبق الفصل فيها، حتى تستقر حياة الأفراد

¹ لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 49، عدد3، 2012، ص 332

² عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2016، ص89.

وألا يكون قد سبق التصالح بشأن المنازعة. وعند تحقق جميع الشروط يقوم القاضي بتكليف القضية لتحديد سببها والهدف المرجو منها.

المطلب الثالث: سلطات القاضي في دعوى إثبات النسب

خلال سير الدعوى يقدم كل طرف فيها دلائل وحجج تثبت صدق ادعائه، قيدها المشرع في بعض الدعاوى، وترك المجال مفتوحا لأي دليل في أنواع أخرى، حيث توجد بعض الأدلة ذات الحجية والتي لا سلطة للقاضي في تقييمها، وبعضها الآخر غير قطعي الحجية يخضع لتقدير القاضي وقناعته للأخذ بها أو رفضها.

الفرع الأول: سلطات القاضي في تقدير الأدلة.

يعتمد حكم القاضي في أي منازعة على الأدلة التي يقدمها الخصوم لإثبات حقوقهم وصدق ادعاءاتهم، وتختلف سلطته حسب نوع الدليل، فتكون في بعضها مقيدة لا مجال لتقديره، وفي البعض الآخر تكون له سلطة واسعة ولا يتقيد بالدليل المقدم.

1- أدلة الإثبات في القانون الجزائري

حدد المشرع الجزائري الطرق الواجب اتباعها من أجل إثبات الادعاء المقدم أمام المحكمة، وهي أدلة متنوعة منها الرسمية مثل الكتابة، ومنها ما تخضع لإثبات الغير كالشهادة وتقارير الخبراء، ومنها ما هو مرتبط بالوازع الديني والأخلاقي كالإقرار واليمين، ومنها ما يتعلق بالاستنتاج والمنطق كالقرائن.

1-1- الكتابة:

نص المشرع في المادة 324 (ق.م.ج) على أن: "العقد الرسمي عقد يُثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه"، ومن المعلوم أن قانون الأسرة

ينص على توثيق عقد الزواج في عقد رسمي، حسب المادة 18 (ق.أ.ج). أما بالنسبة للزواج العرفي فيثبت بحكم قضائي، هذا الأخير يُعتبر كذلك دليلاً كتابياً رسمياً.

1-2- الشهادة:

سبق وأن تطرقنا للبيئة كطريق كاشفة للنسب، والشهادة جزء منها. فقد يلجأ الخصم الذي يدعي حقا أمام القضاء ويقع عليه عبء إثبات ادعائه، إلى الاستعانة بشهادة الشهود لتكملة الألة الأخرى المقدمة في الدعوى، أو لتكوين دليل فيها، وذلك متى كانت تلك الواقعة تقبل الإثبات بشهادة الشهود¹. وهذا الدليل من أكثر أدلة إثبات النسب اعتماداً.

1-3- الخبرة والمعينة:

إذا تعذر على القاضي أن يباشر بنفسه التحقيق في وقائع الدعوى، وخاصة إذا كانت تتطلب الإلمام بمعلومات فنية خارجة عن معارفه، يجوز له الاستعانة بالخبراء المختصين، لا سيما إذا كان الفصل في النزاع يتوقف على تلك المعلومات. نظمها المشرع في المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وفي مجال إثبات النسب يمكن للقاضي اللجوء إلى فحص البصمة الوراثية، استناداً على المادة 40 (ق.أ.ج)، ومن خلال المعينة وسؤال الأقارب ومحيط الزوجين.

1-4- الإقرار:

تطرقنا سابقاً للإقرار بالنسب عند عرضنا للطرق الكاشفة له. وفي مجال الإثبات القضائي عرّفته المادة 341 (ق.م.ج) بأنه "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة". وبالتالي هو شهادة من المُقرّ على نفسه لمصلحة خصمه، ومنه يسقط حقه في المطالبة لإثبات ما يدّعي خصمه، لأن

¹ قروف موسى، الأطروحة السابقة، ص 203

الإقرار من الأدلة المعفية من الإثبات. وبخصوص الشبهة، يمكن الإقرار بواقعها من الرجل أو المرأة أو كلاهما، أو من الغير الذي تربطه قرابة بالمعني.

1-5- اليمين الحاسمة:

نصت المادة 343 (ق.م.ج) على أنه: "يجوز لكل من الخصمين أن يُوجّه اليمين الحاسمة إلى الآخر". والمقصود بها اتخاذ الله تعالى شاهداً على صحة ما يقول الحالف، أو على صحة ما يقوله الخصم. يتم اللجوء إليها عندما يعوزه الدليل، وبالتالي لا يجد مفراً من الاحتكام إلى ضمير خصمه، فيوجّه له يمينا تحسم النزاع¹.

وفي مجال الشبهة، قد يدّعي أحد الزوجين الواقعة من أجل إثبات نسب الولد، ويُنكرها الطرف الآخر عمداً، وليس للمدعي أي دليل، فيوجّه اليمين الحاسمة للخصم كآخر حل.

1-6- اليمين المتممة:

نصّ المشرع في المادة 348 (ق.م.ج) في فقرتها الثانية على ما يلي: "للقاضي أن يُوجّه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين، ليبيّن على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به"، وتُعتبر ذات أثر تكميلي. يوجهها القاضي لإراحة ضميره بإلقاء جزء من مسؤوليته على عاتق الخصم لتحريّ الحقيقة، ولا ينبغي الخلط بين اليمين المتممة واليمين التي يؤديها الشهود عند أداء شهاداتهم.

1-7- القرائن القانونية:

هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة²، وتكون قضائية إذا استنبطها القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه، وقانونية حين يستنبطها المشرّع، ويبني عليها قواعد قانونية. يقتصر اللجوء إليها على الحالات التي

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 487548، بتاريخ 2009/09/29، م.ق، 2010، عدد 1، 128.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 329.

يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود حسب المادة 340 (ق.م.ج). وفي موضوعنا تعتبر قرينة التلاقي، وقرينة مدة الحمل وغيرها من القرائن القانونية المساعدة على إثبات النسب.

1-8- القرائن القضائية:

هي عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي، وذلك في الحالات التي يتعدّر فيها الإثبات المباشر. ففيها تخفيف من عبء الإثبات حين يصعب على المدعي إقامة دليل قاطع على دعواه، بأن يكتفي منه بدليل يجعل دعواه قريبة للتصديق، فيكون على الطرف الآخر أن يدحض هذا الدليل بكل طرق الإثبات¹.

2- سلطات القاضي المقيدة في تقدير الأدلة

تتقيد سلطة القاضي ولا تكون له الحرية المطلقة في بعض وسائل الإثبات، والتي ومن بينها الأدلة ذات الحجية القاطعة كالكتابة، والإقرار، ومنها ذات الحجية غير القاطعة كاليمين الحاسمة، والقرائن القانونية.

2-1- الكتابة:

عقد الزواج أو حكم إثبات الزواج العرفي يعتبران أدلة كتابة رسمية ذات حجية، لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير². ولا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي لا يمكن للقاضي إلا إثبات نسب المولود في ظل العقد الرسمي إذا توفرت شروط ثبوت النسب المذكورة سابقا.

¹ قروف موسى، الأطروحة السابقة، ص 299-300.

² المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري

2-2- الإقرار:

يكون الإقرار حجة قاطعة على المقر¹، وبالتالي يعتبر دليلا مثبتا مُلزما للقاضي إذا تم من الطرفين، أما إذا اختلفا فللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بأحد الإقرارين أو رفضهما، لأن القضاة لا يملكون سلطة تقدير حجّة الإقرار إذا استوفى شروطه، إلا أنّ لهم أن يُقدّروا قيمته، وبالتالي إقرار الرجل بأبوة الولد الناتج من وطء مشبوه لا يمكن للقاضي إلا إثبات نسبه، بعد تحققه من باقي الشروط.

2-3- اليمين الحاسمة:

لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير ما إذا كان الحالف محقا أو كاذبا، ويحكم القاضي مباشرة من خلالها. وأجاز المشرع للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة، إذا كان الخصم متعسفا في ذلك²، فإذا وجهت المرأة اليمين للزوج كونه والدا للولد على أساس وطء الشبهة، وسكت هذا الأخير، يحكم القاضي بإثبات النسب، لأن نكوله اعتراف، وإذا حلف بالعكس تخسر المرأة دعواها.

2-4- القرائن القانونية:

إذا كانت القرينة قانونية أو قاطعة فلا دخل للقاضي في تقديرها وإنما يطبقها كما هي. لأنها قرائن نص عليها المشرع معتقدا في حجيتها، مثل إثبات أن الولد ولد دون أدنى مدة الحمل أو أكثر من القصوى، فهذا قرينة على عدم ارتباطه بالواطئ بشبهة، ولأنها منصوص عليها قانونا.

¹ المادة 342 من القانون المدني الجزائري

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 59335، بتاريخ 1990/04/30، م.ق، 1992، عدد 1، ص 29.

3- سلطات القاضي المطلقة في تقدير الأدلة

في بعض المسائل والوقائع، تكون للقاضي سلطة مطلقة في تقدير الأدلة المثبتة، لا سيما الأدلة غير الملزمة، كشهادة الشهود، والقرائن القضائية، واليمين المتممة، والخبرة والمعايينة والطرق العلمية.

3-1- الشهادة

باعتبارها تصريح صادر عن أفراد، وبسبب ارتباطها بالوازع الديني والأخلاقي، فهي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي وغير ملزمة له، غير أنه ملزم بتبيان أسباب عدم الأخذ بها. وتتميز مسائل الأحوال الشخصية وخاصة قضايا الطلاق والحالة بما فيها النسب، بجواز قبول شهادة الأقارب باستثناء الأولاد، وهذا حسب قرار المحكمة العليا¹.

3-2- القرائن القضائية:

بما أنها عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي، هذا الأمر الذي يجعلها تكمن في دائرة الاحتمال والترجيح، مما يجعلها عرضة للخطأ في الاستخلاص والاستنتاج، ولكنه ورغم ذلك لها أهمية كبيرة من الناحية العملية، ومادام أنها من أعمال القاضي فهي تخضع لسلطته التقديرية المحضة ولا تعتبر ملزمة له.

3-3- اليمين المتممة:

أشرنا سابقاً إلى أنها دليل تكميلي يوجهها القاضي للأطراف ليكمل قناعاته، وهي بالتالي لا ترقى لأن تكون دليلاً يتوقف عليه حسم النزاع، والقاضي غير ملزم بنتيجتها، فله أن يأخذ أو لا يأخذ بها بعد حلفها²، لارتباطها بالوازع الديني والأخلاقي.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش. قرار رقم 84334، بتاريخ 1992/09/29، م.ق، 2001، ع.خ، ص 44.

² قروف موسى، الأطروحة السابقة، ص 158.

3-4- الخبرة والمعينة:

اعتبر المشرع صراحة الخبرة والمعينة أمرا جازيا وغير مُلزم للقاضي، ونتائجهما غير مُلزِمة وله السلطة في استبعادهما، حيث نصت المادة 144(ق.إ.م.إ) على أن "القاضي غير مُلزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

ومما سبق، فإن سلطة القاضي تختلف حسب الدليل، فتكون مقيدة في الدليل الكتابي، والإقرار، واليمين الحاسمة، والقرائن القانونية، لأنها دلائل ذات حجية قوية، وتكون غير مقيدة في أدلة أخرى، ويتمتع بسلطة تقديرية في الأخذ بها أو تركها تبعا لاقتناعه بها، لا سيما في الشهادة، واليمين المتممة، والقرائن القضائية، والخبرة، كونها أدلة لا تحوي الحجية المطلقة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في اللجوء للطرق العلمية

يمكن للقاضي إذا اشتبهت عليه الأدلة ولم يجد الحاسم منها، أن يعتمد على الخبراء المختصين من أجل البحث عن الحقيقة، والقانون يخوله اللجوء إلى الخبرة متى احتاج لها، غير أن الاستعانة بالطرق العلمية في مجال التحقق من النسب، لها خصوصية تميزها عن باقي الخبرات من حيث جواز الاستعانة بها.

1- جواز اللجوء للطرق العلمية

تُعتبر الطرق العلمية خبرة فنية تقنية، وهي إجراء يعهد به القاضي إلى شخص يُنعت بالخبير، بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية، يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم إبداء الرأي فيها علما أو فنا، لا يتوافر في الشخص العادي، ليقدم له بيانا أو رأيا فنيا لا

يستطيع القاضي الوصول إليه وحده¹. خول القانون للقاضي اللجوء إليها من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم حسب المادة 126 (ق.إ.م.إ.)، أو بطلب النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعوى حسب المادة 3 مكرر (ق.أ.ج). ولا تعتبر الاستعانة بالخبرة أمراً إجبارياً على القاضي، وإنما جعلها المشرع أمراً جوازياً حسب المادة 45 (ق.أ.ج) ليُكمل القاضي قناعاته للوصول إلى الحقيقة.

ويتم اللجوء إلى الخبرة بموجب حكم قضائي يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى، حسب المادة 128 (ق.إ.م.إ.)، يتضمّن عرضاً لأسباب اللجوء للخبرة، مع تحديد معلومات الخبراء والمهمّة الموكلة إليهم، مع ضبط أجل إيداع التقرير بأمانة الضبط. وفي هذا الشأن نجد قرار المحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانوناً وقضاءً أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير، مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعاً فنياً بحثاً، ومع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير"². ويحدد القاضي تسبيق أتعاب الخبير حسب المادة 129 (ق.إ.م.إ.) والخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع المبلغ لدى أمانة الضبط، ويحدد الأجل، وإلا يكون تعيين الخبير لاغياً، هذا إذا كان تعيينه بطلب أحد المتخاصمين. ولا يجوز أداء مصاريف الخبرة من طرف الخصوم مباشرة إلى الخبير، لأن ذلك يُبطل الخبرة حسب المادة 140 (ق.إ.م.إ.). وبعد إيداع تقرير الخبرة لدى أمانة الضبط، يحدد رئيس الجهة القضائية أتعاب الخبير النهائية، وفق المادة 143 (ق.إ.م.إ.).

ويعتبر تقرير الخبير تقريراً علمياً صامتاً، ووسيلة من وسائل الإثبات التي تمدّ القاضي بالمعلومات، التي قد يبني على أساسها حكمه، ولكنه لا يعتبر مُلزماً له، غير أن عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة حسب المادة 144 (ق.إ.م.إ.). ومنه فالقاضي يتمتع وفقاً

¹ محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة، 2001، ص 11.

² المحكمة العليا، قرار رقم 34653 بتاريخ 1985/11/20، م.ق، 1989، عدد 4، ص 71.

لسلطته التقديرية بحق تقدير نتائج الخبرة ومحتواها، فيأخذ بما هو جدّي ويترك ما يُعارض الصواب، ويفصل في القضية إما بإثبات النسب أو رفض الدعوى.

2- العوائق القانونية المقيدة لسلطة القاضي للجوء للطرق العلمية

يصطدم اللجوء إلى الخبرة الطبية، ولا سيما فحص البصمة الوراثية بعدة عراقيل، تجعل من الحكم باللجوء لها مرتبط بتجاوزها، نذكر منها:

2-1- حرمة الحياة الخاصة

نصت المادة 47 من الدستور على ما يلي: "لكلّ شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه". كما أن حماية هذه المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، تعدّ حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة وعدم إفشاء السر المهني، حيث نصت المادة 24 (ق.ص.ج)¹ على ما يلي: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به...". ومنه فإن إفشاء نتائج اختبارات وتحاليل البصمة الوراثية للغير خارج نطاق الخصومة القضائية، هي سلوكات أو تصرفات قد ترقى إلى درجة الجريمة في التشريع الجزائري، لأن المادة 417 (ق.ص.ج) تنص على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات، على كل من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206 و226 من هذا القانون².

2-2- عدم المساس بحرمة الجسد

نصت المادة 39 من الدستور على أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان في جميع المجالات. ونصت المادة 21 (ق.ص.ج) على ما يلي: "... ولا يمكن أن تتعرض

¹ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46، بتاريخ 29 يوليو 2018

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص682.

السلامة الجسدية للشخص لأي مساس، إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانوناً...".
والمادة 343 (ق.ص.ج) نصت على أنه: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض"

غير أن الوسيلة التي يتبعها الخبراء لأخذ العينات من الأشخاص لتحليلها، لا تشكل أي ضرر على الشخص، بحكم أنها تؤخذ من الشعر أو اللعاب أو غيرها، وهذا لا يمكن أن يتعارض مع مبدأ عدم جواز المساس بحرمة الجسد، إلا في حالة انتقال العدوى من أدوات المخبر.

2-3- عدم جواز إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه

من مبادئ قواعد الإثبات، مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على إتيان دليل ضد نفسه بنفسه، خاصة أن المكلف بالإثبات هو من يلزم بتقديم المستندات التي تؤيد صحة ما يدعيه، وليس أن يلقي عبء الإثبات على الخصوم¹. فالخصم من حقه أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، وليس لخصمه أن يجبره على تقديم هذه الأوراق إلى القضاء. غير أنه، وخلافاً لهذا المبدأ، أجاز القانون لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم على تقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى، في ثلاث حالات، منها إذا كانت هذه الورقة مشتركة بين الخصوم أو بين أحدهم والغير². وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار فحوصات البصمة الوراثية مثل الورقة المشتركة بين الخصوم.

ومن أجل تجاوز هذه العقبات؛ لا بدّ من الحصول على موافقة الشخص المعني بفحص بصمته الوراثية. غير أن المادة 34 من الدستور تنص على إمكانية تقييد الحقوق والحريات والضمانات لأسباب مرتبطة بالنظام العام والأمن، أو لأسباب أخرى ضرورية

¹ غوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص161.

² عمر بن سعيد، المقال السابق، ص69

لحماية حقوق وحرّيات أخرى يكرّسها الدستور. والمادة 71 من الدستور نصت على أن "... حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل"، وفي فقرتها الموالية نصت على أن: "تحمي وتكفل الدولة الأطفال المتخلّي عنهم أو مجهولي النسب". ومنه نعتقد أن هذه العوائق القانونية لا تحول دون التحقق من نسب الولد، لأن النسب ترقى أهميته على الحقوق الفردية للأشخاص لارتباطه بحق الله تعالى، وحق الولد وحق العائلة والمجتمع، فلا يمكن إهمال هذه الحقوق مجتمعة في مقابل احترام حق فرد واحد.

3- الإشكالات المادية للجوء للطرق العلمية

بالإضافة إلى العوائق القانونية التي تقيّد من سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا تحديد النسب، هناك أيضا معوّقات مادية تصعب من الاعتماد عليها. ولعل أهم إشكال مادي يعيق اللجوء إلى إجراء تحاليل البصمة الوراثية، هو قلة المخابر المتخصصة، لأنّ إجراء هذه الفحوصات يختصّ بها المعهد الوطني للبحث في علم التحقيق الجنائي، والذي تم إنشاؤه سنة 2004¹. ومن مهام هذا المعهد حسب المادة 5 من مرسوم إنشائه؛ إعداد تقارير الخبرة بناء على طلب السلطات المختصة المؤهلة قانونا. ثم صدر القرار الوزاري المشترك الخاص بتنظيم مصالح هذا المعهد سنة 2007²، وأصبح المعهد يضم ثلاثة أقسام ومصلحتين وخمسة مخابر جهوية، حسب المادة 3 من هذا القرار. حيث تتكفل مصلحة الخبرات العلمية بتحليل الدلائل المادية، التي يتم جمعها عند معاينة المخالفات والتحريات، والتي تستدعي مشاركة مختلف التخصصات العلمية والتقنية وإعداد الخبرة، بطلب من السلطات القضائية المختصة.

¹ مرسوم رئاسي رقم 04-432، مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن إنشاء المعهد الوطني للبحث في علم التحقيق الجنائي، ج.ر عدد 84، بتاريخ 29 ديسمبر 2004.

² قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 أبريل 2007، يتعلق بتنظيم الأقسام والمصالح والمخابر الجهوية للمعهد الوطني للبحث في علم التحقيق الجنائي، ج.ر عدد 36، بتاريخ 03 يونيو 2007

وأصبح المعهد يضم خمسة مخابر جهوية حسب المادة 9؛ وهي موجودة في كل من وهران، قسنطينة، ورقلة، بشار، وتامنغست. مهمة هذه المختبرات حسب نفس المادة؛ إجراء التحاليل والخبرة العلمية الضرورية لسير التحقيقات القضائية، بطلب من المحققين والقضاة والسلطات المؤهلة.

في دولة بحجم الجزائر من المستحيل أن يلبي هذا المعهد ومخابره الجهوية طلبات الخبرة المتزايدة، علما أن الطلبات تشمل مختلف التحقيقات، ودعاوى النسب جزء بسيط منها. ولا سيما كثرة الجرائم وانتشارها في الوقت الراهن. وهذا يؤدي حتما إلى التأخر في صدور نتائج الخبرة، مما يؤدي إلى تأجيل الفصل في الدعاوى، وبالتالي تعطيل مصالح الأفراد والمجتمع، وعدم الوصول إلى الحقيقة المطلقة تحقيقا للعدالة الحقيقية.

بالإضافة إلى قلة المخابر المختصة، فإن التكلفة المادية تعتبر عائقا ماديا أمام اللجوء إلى الخبرة العلمية، لأن إجراء تحاليل البصمة الوراثية يتحمل أطراف الدعوى مصاريفها الباهظة، خاصة إذا رأى القاضي بوجوب تكرار الفحص في مختبرين مختلفين، وهذا ما يتقل كاهل المواطن البسيط.

ومن أجل الوصول إلى الحكم العادل من طرف القاضي، خوّل القانون اللجوء إلى الخبرة في حالة عدم اقتناعه، غير أنه يصطدم ببعض العوائق القانونية وخاصة ما تعلق منها بحقوق الأفراد وحرّياتهم، بالإضافة إلى العوائق المادية. وإيماننا منا بأن البصمة الوراثية هي الدليل الحاسم والقطعي في مجال النسب، نرى بوجوب إلغاء العوائق القانونية، لأن مصلحة المجتمع مقدمة على مصلحة الأفراد، ولا بد من النص على استعمالها في النسب سواء في الإثبات أو النفي، أما العوائق المادية فيمكن تذليلها بإنشاء مراكز أخرى، وجعل التكلفة على عاتق خاسر الدعوى، جزاء له على محاولته التلاعب بالنسب ومن خلاله بالمجتمع.

إن نظام الإثبات في القانوني الجزائري، يكون مقيدا في بعض الدعاوى، وحرًا في البعض الآخر، ومن الطبيعي أن يسعى المتخاصمون لإثبات صحة ادعاءاتهم من خلال تقديم ما يستطيعون من أدلة، منها ما تفرض ذاتها لحجيتها، ومنها ما تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في رفضها أو الأخذ بها. وما يُعاب على المشرع أنه جعل الخبرة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي وهذا غير معقول، فالبصمة الوراثية في مجال النسب نتيجتها قطعية، ولا بد أن ترقى لمصاف الأدلة ذات الحجية غير الخاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، والتي لا بد من الاستعانة بها مباشرة عند حدوث نزاع حول الأنساب حسما له وحفظا للحقوق وتسريعا للفصل في الدعاوى.

ملخص الباب

يحتل وطء الشبهة مكانة وسطا بين الوطء في الزواج الصحيح، والوطء في الزواج الفاسد، والزواج الباطل، كونه وطئا غير صحيح عن غير قصد، وبحسن نية. يتحقق بسبب اقترانه بالشبهة التي قسّمها الفقهاء المتقدمون إلى شبهة فعل، وملك، وعقد. أو اقترانه بإحدى الصور المعاصرة لها، سواء ما تعلق منها بأنواع الزيجات الحديثة، أو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إبرام عقود الزواج وفكّها، أو ما تعلق بالطرق الحديثة للحمل والولادة. ولعلّ أسباب وقوع الشخص في الشبهة راجع إلى تعارض النصوص الشرعية، أو الشك في جواز الفعل من عدمه، أو لاختلاف أحكام الفقهاء، أو بسبب إخبار يوقع الشخص في الغلط.

ويترتب على وطء الشبهة عدة آثار، بعضها تتعلق بطرفي العلاقة، سواء في الجانب المادي أو غيره، وبعضها تتعلق بالأسرة، والبعض الآخر تتعلق بالمجتمع بصورة عامة. فأما ما تعلق بطرفي العلاقة فنتمّثل في ثبوت الصداق إذا تحقق الدخول والوطء، هذا في الجانب المادي، وأما غير المادي فنتمّثل في وجوب الاستبراء للمحافظة على الأنساب. والآثار التي تتعلق بالأسرة تتمثل في ثبوت حرمة المصاهرة، للمحافظة على روابط المجتمع، وثبوت نسب المولود من هذا النكاح. وأما الأثر الذي يتعلق بالمجتمع بصفة عامة فهو وجوب فسخ النكاح، كونه عقد غير صحيح.

ولا بد للدعوى القضائية في منازعة النسب، وحتى تأخذ مجراها وتحقق الغاية منها أمام الجهات القضائية، من توفر بعض الشروط الشكلية، كأن تقدّم الشكوى في شكل عريضة نصّ القانون على شكلها وبياناتها، وأن تقدّم أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا، حيث يتم التأكد من توفر الشروط الموضوعية، سواء الخاصة بأطراف الدعوى، من صفة ومصالحة وأهلية، والتحقّق من شروط موضوعها، بأن يكون مشروعا وغير مفسول فيه. ثم يتم تكييف الدعوى وتحديد موعد بدء الفصل فيها، وهنا يقَدّم كل طرف في الدعوى

الأدلة التي تقوّي جانبه، منها ما يخضع لسلطة القاضي التقديرية في الأخذ بها أو رفضها، ومنها ما يفرض نفسه لما له من حجية. وفي اعتقادنا أن أقوى دليل في منازعات النسب هو البصمة الوراثية، لقطعية نتائجها في إثبات الأبوة البيولوجية، وتبقى مسألة إثبات النسب بعد التأكد منه خاضعة لمدى توفر الفراش، وفي موضوعنا هذا تخضع لمدى قدرة الطرفين على إثبات واقعة الشبهة. وبالنسبة لحجية الأحكام الصادرة حول النسب، فلا تكتسب حجية الشيء المقضي فيه. وفي هذا إحياء بإمكانية البحث في النسب وإثباته في أي وقت ومتى توفرت الأدلة والإثباتات، حماية للحقوق وتحقيقا لمقاصد الشريعة.

الباب الثاني

أحوال نسب المولود بشبهة

الفصل الأول: نسب المولود بالشبهة في الزواج

الفصل الثاني: نسب المولود بالشبهة في انحلال

الرابطة الزوجية

الباب الثاني: أحوال نسب المولود بشبهة

في هذا الباب، نتطرق إلى علاقة الشبهة بثبوت النسب في جميع مراحل العلاقة بين الطرفين. وفي جميع الحالات التي تكون عليها المرأة، سواء غير محصنة، أو محصنة، أو معتدة، بدء من حالة وطء امرأة بشبهة من رجل دون عقد زواج، معرجين على مسألة تنسيب ولد الزنى، ومعلقين على القرار القضائي الجزائري الذي اعتبر أن الاغتصاب وطء شبهة يثبت به النسب، ثم نتطرق للشبهة في الزواج سواء التقليدية منها أو المعاصرة، والمتمثلة في عقود الزواج الحديثة أو التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، أو الطرق المعاصرة في الحمل والولادة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نتناول الشبهة التي قد تقتنر بفك الرابطة الزوجية. بدء بالشبهة في الطرق التقليدية لحلها، أو ما قد يتم منها عبر وسائل الاتصال الحديثة. وفي الأخير نحاول تبيان أحوال نسب المولود بالشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية، والتي قد ترتبط بالعدة وحسابها وتداخلها. أو بالرجعة وطرق إيقاعها. وفي جميع هذه الحالات نقارن بين ما جاء في الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري، والقانون المغربي.

الفصل الأول: نسب المولود بالشبهة في الزواج

باعتبار أن عقد الزواج من أسمى العقود، لما يترتب عليه من آثار كبيرة على الفرد والمجتمع، أحاطته الشريعة الإسلامية وعلى غرارها القوانين الوضعية بشروط وأركان تضبطه، لكن كل هذا لا يمنع من الوقوع في الخطأ والشبهة لسبب من الأسباب، فقد تقترن الشبهة بمقدمات الزواج من خلال طبيعة الخطبة، أو الاتصال الجنسي بين الخطيبين (المبحث الأول). كما قد تقترن بعقد الزواج ذاته، من خلال ارتباطها بأركانها وشروطه وطرق الحمل والولادة (المبحث الثاني). ومن هذه الشبهات ما تطرق لها قدماء الفقهاء، ومنها ما هو مستجد وعصري.

المبحث الأول: نسب المولود بالشبهة في مقدمات الزواج (الخطبة)

دون التطرق للعلاقة بين طرفين لا يربطهم أي عقد، تطرح مسألة الاتصال الجنسي بين الخطيبين اختلافات في المواقف، سواء الفقهية أو القانونية، ولا سيما بخصوص نسب المولود الناتج عن هذا الاتصال، والاختلاف يكمن في الحالة التي تكون عليها الخطبة، أو في طريقة الاتصال الجنسي.

المطلب الأول: ماهية الخطبة

تعتبر الخطبة تمهيدا للزواج، كونه من أخطر العقود التي قد يُبرمها الشخص في حياته، لذا وجب التمهيد له حتى يكون قرار التعاقد سليما، وبما أنها لا ترقى لدرجة العقد أمكن للطرفين العدول عن مشروع الزواج، وهذا ما قد ينشأ عنه بعض المنازعات والأضرار. وقد تأخذ الخطبة عدّة صور تختلف الأحكام بشأنها.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة

تعتبر الخطبة مرحلة يتعارف فيها طرفي العقد للتأكد من مدى الانسجام بينهما، حتى يكون الإقبال على هذا العقد مؤسس ومدروس. وفيما يلي سنتطرق لتعريفها وشروطها وطبيعتها القانونية.

1- تعريف الخطبة

لغة: يقال خطب الناس خطابة وخطبة أي ألقى عليهم خطبة، وخطب فلانة خطبة أي طلبها للزواج، ويقال خطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج¹.

أما اصطلاحاً فقد تعددت تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة، حيث عرفها الحنفية بأنها طلب التزويج²، والمالكية قالوا بأن الخطبة بكسر الخاء فعل الخطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول، وهي عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة³. وقال الحنابلة بأنها خطبة الرجل المرأة لينكحها⁴. أما الشافعية فقالوا بأنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة⁵.

وبالنسبة للفقهاء المعاصرين؛ عرفها الإمام أبو زهرة بأنها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للترؤج بها والتقدم إليها أو إلى نويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"⁶.

وتكون الخطبة صريحة مباشرة، كما قد تكون بالتعريض؛ وهو التلميح واستعمال

¹ ابن منظور، المجلد 1، ج 5، المرجع السابق، ص 360-361

² ابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص 66.

³ الحطاب، ج 5، المرجع السابق، ص 25.

⁴ ابن قدامة، ج 9، المرجع السابق، ص 567.

⁵ الشرييني، ج 3، المرجع السابق، ص 183.

⁶ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 26

القرائن التي يُفهم منها الرغبة في الزواج، كأن يقول لها أنت جميلة، أو أريد بناء أسرة¹. ولفقهاء القانون أيضا تعريفات للخطبة؛ حيث تعرّف بأنها: "التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها وإلى وليها، أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة، أو إلى أهلها، أو عن طريق أجنب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن"²

أما الخطبة في المجال القانوني، وبالتحديد في التشريع الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم يقدم تعريفا لها في قانون الأسرة، حيث تطرق للخطبة في المادتين 5 و6 (ق.أ.ج)، وبين طبيعتها القانونية، والأحكام الخاصة بفسخها، كتعويض الضرر ومصير الهدايا، وبين طبيعتها في حالة اقترانها بالفاتحة.

2- مشروعية الخطبة

للخطبة أدلة متنوعة تثبت مشروعيتها، منها الشرعية كالقرآن والسنة، ومنها ما يرتبط بالمعقول والمنطق.

2-1- من القرآن:

دليل مشروعية الخطبة من القرآن الكريم نجدها في قوله ﷺ: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِضُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ، وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾³، والمراد من هذه الآية، جواز خطبة المرأة المعتدة من وفاة، لأن الآية التي تسبقها تؤكد ذلك، ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوقُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ

¹ عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 231.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 113

³ سورة البقرة، الآية 235.

بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣١﴾¹.

وتكون خطبة المرأة المعتدة من وفاة بطريقة مقترنة بالآداب الإنسانية والإسلامية، احتراماً لمشاعر المرأة الحزينة على فقد زوجها، ودون جرح عائلة زوجها وأولاده، ولأن المعتدة عليها حقوق غيره، لهذا حظرت الشريعة الإسلامية خطبتها صراحة، ومادامت الآية الكريمة تجيز خطبة المرأة في العدة تعريضاً، فهذا دليل على جواز خطبة المرأة غير المرتبطة بخطبة صريحة، كونها محل صالح للزواج، ولا توجد أي حقوق لغير الخاطب عليها.

2-2- من السنة:

تتعدد الآثار والأحاديث من السنة النبوية الشريفة، التي تجيز الخطبة وتؤكد مشروعيتها، منها، قوله ﷺ: "إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"² وفي هذا حتى تزيد فناعة الخاطب بالمرأة، حفاظاً على عقد الزواج المزمع إبرامه. وقوله ﷺ: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"³، حفاظاً على الروابط الاجتماعية والابتعاد عن المنازعات، وهذا ما سنفصل في عناصر لاحقة.

ومن أدلة المشروعية من السنة النبوية كذلك، ما روي أيضاً عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: "حين تأيمت حفصة قال عمر: لقيت أبا بكر فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر، فلبثت ليالي ثم خطبها رسول الله ﷺ، فلقيني أبو بكر فقال: إنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت إلا أنني قد علمت أن رسول الله ﷺ قد ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ، ولو تركها لقبلتها"⁴. وهذه الرواية اشتملت

¹ سورة البقرة، الآية 234.

² أبي داود، كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، حديث رقم 2082، المرجع السابق، ص424

³ أبي داود، كتاب النكاح، باب في كراهة أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حديث 2080، المرجع السابق، ص423.

⁴ البخاري، كتاب النكاح، باب تفسير ترك الخطبة، رقم 5145، المرجع السابق، ص1311.

على تجنب الخطبة على خطبة الغير، وعلى جواز خطبة ولي المرأة رجلا لمن هي تحت ولايته.

2-3- من المعقول:

يحرص الإسلام على إقامة الزواج على أمتن الأسس؛ لتحقيق الغاية منه، وهي الدوام والبقاء، وسعادة الأسرة، لينشأ الأولاد في جو من الحب والألفة. والخطبة قبل الزواج طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر، فإذا وُجد التلاقي والتجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، وسكن وطمأنينة.

وبما أن الزواج ميثاق غليظ لقوله ﷺ ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ١١ ﴾¹، فكان لزاما التقديم له للتأكد من مدى التوافق والانسجام بين المقبلين على الزواج، لأن العلاقة بين الطرفين تتجح إذا تحقق الانجذاب الجسدي والتوافق النفسي.

أما الانجذاب الجسدي، فيمكن أن يتحقق من خلال رؤية الرجل للمرأة المراد خطبتها، وهذا ما حيب إليه رسول الله ﷺ في الحديث سالف الذكر: "إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل". وأما التوافق النفسي فيتحقق من خلال لقاء الطرفين وحديثهما مع بعض، ومعرفة نمط حياة كل منهما وتربيته، والاتفاق على أساسيات الحياة الزوجية ووضع الخطوط العريضة لذلك.

3- شروط الخطبة

للخطبة عدة شروط، منها الواجبة والتي لا بد من مراعاتها ولا تصح الخطبة بدونها، ومنها المستحسنة التي يندب تحصيلها، وعند إهمالها لا تتأثر صحة الخطبة بها.

أما الشروط الواجبة شرعا فهما شرطان أساسيان:

¹ سورة النساء، الآية 21

3-1- ألا تكون المرأة محرمة على الخاطب:

بما أن الخطبة تمهيد للزواج، يجب أن تكون المخطوبة خالية من أي مانع من موانع الزواج التي نص عليها المشرع في المواد من 23 إلى غاية 31 (ق.أ.ج). فيجب على المخطوبة ألا تكون من الموانع المؤبدة لوجود قرابة أو مصاهرة أو رضاع حسب المادة 24، والتي فصل فيها المشرع في المواد من 25 إلى 29 (ق.أ.ج). ولا من الموانع المؤقتة المذكورة في المادة 30 من نفس القانون.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى؛ فيرى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً مادامت العدة باقية لبقاء آثار الزوجية، غير أن المالكية والشافعية في قولهم والحنابلة والجعفرية يرون جواز خطبتها تعريضاً، لأن الطلاق البائن يقطع الزوج بزوجته¹. والمعتدة من الوفاة تجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً لقوله ﷺ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾². وتحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعي باتفاق الفقهاء، لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض، لأن المطلقة طلاقاً رجعياً زوجيتها قائمة، وحقوق الزوج عليها ثابتة ما دامت في العدة³.

3-2- ألا تكون المرأة مخطوبة للغير:

فصل الفقهاء في هذه المسألة وبيّنوا فيها ثلاثة أوجه، الوجه الأول وهو حال قبول الفتاة الخطبة، أجمعوا على النهي⁴، وهذا لأمرين أساسيين، الأول لوجود نص شرعي يمنع ذلك، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي قال: "نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب

¹ فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، عدد2، جوان 2016، ص 86

² سورة البقرة، الآية 235.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 29

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 30

الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"¹. ففي هذا الحديث نهى، والنهي للتحريم؛ وقيل أن النهي للتهذيب أيضاً². والثاني لأن فيه اعتداء على حق الغير، ولما ينشأ عن هذا من الخصام والشقاق بين الخاطبين، وربما يتعدى إلى ما بين الأسرتين³. والوجه الثاني وهو حال ردّ الفتاة بالرفض، أجمعوا على جواز خطبتها، أما الوجه الثالث وهو تردد الفتاة بين القبول والرفض بأن لم ترد على الخاطب الأول بإجابة أو رد، فالأكثر من الفقهاء أقرّوا بجواز الخطبة الثانية⁴، وخالفهم الحنفية الذين قالوا بعدم جواز الخطبة الثانية لأن في ذلك اعتداء على الأول، إذ يكون ثمة احتمال قبول، فتقدّم الثاني يقطعه⁵.

الفرع الثاني: طبيعة الخطبة

نظمت الشريعة الإسلامية وعلى غرارها القوانين محل المقارنة بعض الأحكام على الخطبة، تختلف باختلاف الحالات التي تكون عليها.

1- حالة عدم اقتران الخطبة بالفاصلة

تطرح مسألة طبيعة الخطبة نقاشاً حول اعتبارها عقداً أم لا، حيث يرجعها بعض الفقهاء لطبيعة عادات وأعراف المجتمع، فإن كانت العادة المذكورة جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه، بحيث يرتبّون على تلك الأمور من إرساء الحنّاء وغيرها من آثار النكاح، وأن المواعدة للعقد ليلة البناء ليست هي عندهم لإنشاء العقد، بل للإشهاد بقدر المهر وأجله وتحقيق ما قبض منه وما بقي خوفاً من التنازع في ذلك، فلا إشكال في لزوم النكاح وترتّب آثاره عليه، وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقد وأمانة على ميل كل

¹ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم 5142، المرجع السابق، ص 1311.

² الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، المرجع السابق، ص 128.

³ دليلة فركوس. جمل عياشي، المرجع السابق، ص 55-56.

⁴ بلحاج العربي. أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 109.

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 31.

لصاحبه فلا إشكال في عدم اللزوم¹. وعموما الخطبة في الشريعة الإسلامية وعد بالزواج، وليست عقدا وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين، وليس لهذا الوعد بالتعاقد قوة إلزام لطرفيه عند جمهور الفقهاء².

وبين المشرع في المادة 5 (ق.أ.ج)، بأنها وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه. وبالتالي هي وعد من نوع خاص؛ باعتبارها تمهيدا لعقد الزواج المنشود، لها نظام مستقل ومتميز عن الوعد بالتعاقد، لأن الواعد وفقا للقانون المدني ملزم بإبرام العقد النهائي حسب المادة 72 (ق.م.ج). في حين أنه ليس من شأن الخطبة الإلزام بإنجاز عقد الزواج، فهي لا تنشئ التزاما بالزواج، وأن العدول عنها حق شرعي وفقا للمادة 5 (ق.أ.ج). أي لو ألزم الخاطبان على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أنهما قد أكرها على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما أو لم يعد يرضى به؛ وهذا يتنافى مع مبدأ رضائية العقد، ولأن للزواج أركانا وشروطا لا يتحقق دونها؛ فكل ما كان قبل توفر هذه الأركان والشروط لا يعتبر زواجا بل مقدمة للزواج³.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها، حيث قضت بأن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأنه لا يجب الخلط بين الخطبة والزواج⁴، لأنها مرحلة سابقة عليه ثمهد له، وفي قرار آخر قضت بما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، ولا يترتب عليها أي شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"⁵. وبالتالي فإنه يمكن لكل من الطرفين التراجع

¹ محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2001، ص 298.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص34

³ دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص51.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 81129، بتاريخ 17/03/1992، م.ق، 1997، عدد 3، ص62.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34089، بتاريخ 25/12/1986، م.ق، 1993، عدد 4، ص20

عن الخطبة ورفض إبرام عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 5 (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وهي لا تُنشئ التزاما بالزواج وفقا لنص المادة 5 (ق.أ.ج)؛ فإن رضائية الخطبة تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام مراسيم الزواج¹. إلا أنه ذهب اتجاه من المالكية إلى القول بأن الواعد يُلزم بالوفاء بوعده، إلا إذا وجد عذرا². لأنه وإن كان العدول عن الخطبة جائز عند الفقهاء إلا أنه يُكره إذا كان بغير مبرر، لقوله ﷺ: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾³.

2- حالة اقتران الخطبة بالفاتحة

الأصل في العقود الشرعية الرضائية، وتتم بالنقاء الإيجاب والقبول في مجلس العقد. إلا أن العرف قد جرى بقراءة فاتحة الكتاب تبركا ودفعاً للأذى والحسد والعين وغيرها، مما يجعل الاعتقاد أن عقد النكاح تلزمه الفاتحة. وقد تقرأ الفاتحة في مرحلة الخطبة مما يُكسبها شرعية وقُدسية في نفوس الناس⁴. وفصل المشرع في مسألة الخطبة المقترنة بالفاتحة في المادة 6 (ق.أ.ج)، حيث بيّن في الفقرة الأولى بأنها لا تعتبر زواجا، لكن في الفقرة الثانية اعتبرها زواجا متى توفر ركن الرضا والشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر (ق.أ.ج). وهذا تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، التي أشارت في أكثر من قرار إلى أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وليست بزواج⁵، إلا إذا اقترنت بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وتوافر الرضا الكامل باتجاه طرفي الخطبة، فإنه في هذه الحالة تعتبر زواجا صحيحا من الناحية الشرعية، يفقد للتسجيل

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

² شتوان بلقاسم، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، 2007، ص 43

³ سورة الإسراء، الآية 34

⁴ محمد باوني، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا " دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم

الإسلامية، قسنطينة الجزائر، مجلد 19، عدد 3، 2004، ص 66.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34046، بتاريخ 19/11/1984، م.ق، 1990، عدد 1، ص 67.

القانوني، ومن ثمّ أمكن اعتبارها عقداً شرعياً، يستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانوناً بموجب حكم قضائي، وفقاً لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05¹.

وفي هذا الشأن نجد قرار المحكمة العليا نص على ما يلي: " متى كان الزواج العرفي متوفراً على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاءً موافقاً للشرع والقانون"². ولم يُقَيّد المشرع إثبات الزواج العرفي بمدة محددة، حيث جاء في قرار آخر ما يلي: "دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة"³. واعتبر الاجتهاد القضائي بأن الإقرار بالزواج العرفي أمام الموثق يعتبر إبراماً له، وهو حجة تجاه الغير⁴.

ويرى البعض أن اعتراف المشرع بالزواج العرفي، أي الخطبة المقترنة بالفاتحة، قد يترتب عليه ضياع حقوق المرأة والأولاد داخل الأسرة، كما أنه يخالف النظام العام الذي وضعتة الدولة بضرورة تسجيل هذا العقد حسب المادة 18 (ق.أ.ج)، وأن إثبات الزواج يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية. وفي هذا الصدد أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمة تمنع الأئمة من قراءة الفاتحة قبل التأكد من إتمام العقد المدني⁵. وفي المقابل أكدّ الشيخ سليم محمدي مفتش التعليم الديني، والتعليم المسجدي بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، أن ما يشاع حول منع قراءة الفاتحة قبل إحضار العقد المدني للإمام، لا أساس له من الصحة، حيث أنه لا توجد تعليمة رسمية من وزارة الشؤون الدينية تُلزم الإمام بذلك⁶.

¹ بلحاج العربي. أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق. ص 119-120.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 58224، بتاريخ 1989/12/25، م.ق، 1991، عدد 4، ص 110.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 71732، بتاريخ 1991/04/23، م.ق، 1993، عدد 2، ص 51.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 492298، بتاريخ 2009/04/08، م.ق، 2009، عدد 2، ص 301.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 147.

⁶ الموقع الإلكتروني ليومية الموعد إخبارية، بتاريخ 2020/07/10، اطلع عليه يوم 2022/07/29 22:04

3- طبيعة الخطبة في القانون المغربي.

نظمت مدونة الأسرة المغربية الخطبة في الباب الأول من المادة 5 إلى 9، حيث بيّنت طبيعتها القانونية بأنها تواعد على الزواج، من خلال التعبير بأي وسيلة متعارف عليها تفيد هذا المعنى حسب المادة 5 (م.أ.م) التي جاء فيها: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج...". وتبقى سارية حتى إتمام عقد الزواج وفقا للمادة 6 (م.أ.م) التي نصت على أنه: "يُعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج...". وما يلاحظ أن مدونة الأسرة عرّفت الخطبة بالتواعد بدل الوعد، مما يعني إقرار المساواة بين الطرفين الذين يعد كل منهما الآخر، وبهذه الصيغة الجديدة "تواعد". والفترة الفاصلة بين التعبير عن هذا التواعد والإشهاد على الزواج تُعتبر فترة خطبة ولا تُلزم الطرفين¹.

وبخصوص الخطبة المقترنة بالفاتحة، فإنها تأخذ نفس حكم الخطبة غير المقترنة بها، حيث نص المشرع في المادة 5 (م.أ.م) على أن "الخطبة وعد بالزواج، وليست بزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وما جرت عليه العادة من تبادل الهدايا". غير أن العادة جرت على أنه أثناء الخطبة، يتبادل الخاطب والمخطوبة الهدايا وتُقام حفلة بالمناسبة وتُقرأ الفاتحة، مما يدلّ على أن جميع الإجراءات قد تمت لتوثيق عقد الزواج، أو للاتفاق على أن كتابة هذا العقد ستتم ليلة الزفاف. بل الأكثر من ذلك كانت قراءة الفاتحة تعتبر في بعض الجهات من المغرب بمثابة العقد. وبالرغم من أن مدونة الأسرة نصت على إدخال الفاتحة في حكم الخطبة، فإن تلاوتها لا تؤدي إلى تغيير في قيمة التواعد بالزواج².

وفي المقابل نجد قرار للمجلس الأعلى صدر سنة 2006³، نص على أن إقرار الزوج بنسب الولد إليه ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإنه يلزمه كما في المدونة الكبرى

¹ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 18.

² محمد شافعي، المرجع السابق، ص 25-26

³ قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 2007/01/10، ملف رقم 353، بتاريخ 2006/01/02، تحت عدد 35.

للإمام مالك، وثبوت الرضى بالزواج ولو قبل كتابة العقد، يترتب عليه نسب الابن المولود لأقل من ستة أشهر من كتابة العقد، حيث جاء فيه: "... وهو ما يجعل الرضى بالزواج واقعا قبل العقد، وإن كان فاسدا لعدم الإشهاد في إبانة، فإنه يُرتب آثار ... ومن ضمنها النسب ...".

اعتبر المشرع الجزائري الخطبة في حالة اقترانها بالفاتحة مع توفر ركن وشروط الزواج عقد زواج صحيح، وخالفه في ذلك المشرع المغربي، كما أن العدول عنها حق للطرفين، غير أنه في حالة ما إذا تسبب في ضرر ينتج عنه حق التعويض للطرف الآخر. وما يلاحظ تشابه أحكام الخطبة في التشريعات محل المقارنة، ما عدا في حالة اقترانها بالفاتحة. ومن الأفضل في اعتقادنا غلق الباب أمام الزواج العرفي، لما يترتب عنه من آثار سلبية وخاصة في مجال إثبات النسب، لأنه في الوقت الراهن أصبح إبرام العقود أمرا سهلا لتوفر الموثقين ومصالح الحالة المدنية وقربها من المواطنين، ومجانية العملية.

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود قبل الزواج.

قبل الزواج لا توجد أي علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، حتى وإن كانت في مرحلة الخطبة، ما عدا في حالة اقترانها بالفاتحة مع توفر ركن وشروط الزواج، ولا مجال لإثبات النسب إلا إذا اقترن الوطاء بشبهة، ولا يخرج هذا الوطاء عن حالتين، فإما أن يكون بتراضي الطرفين أو بالإكراه، وفيما يلي سنعرض الآراء الفقهية الخاصة بكل حالة.

الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب المولود قبل الزواج بتراضي الطرفين

لا شك أن المخالطة الجنسية بين الطرفين قبل إبرام عقد الزواج، سواء كانوا خطيبين أو لا، تعتبر فعلا غير مشروع، غير أنه في حالة ولادة مولود من جراء هذا الفعل، نجد اختلافات فقهية في مدى تنسيبه لوالده، فالبعض اعتبره ابن زنا، ومنع تنسيب أولاد الزنا

والبعض يجيز ذلك، وفيما يلي سنعرض كلا الرأيين بعد تقديم تعريف للزنا في الشريعة الإسلامية.

1- الزنا في الشريعة والإسلامية

الزنا لغة هو الفجور، ويقال وعاء زني، ويقال زنى عليه أي ضيق عليه¹. والمصطلح مشتق من الضيق، لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجاً لا يُنسب إليه، ولأنه ضيق على نفسه في الفعل إذ لم يُتصور في كل موضع؛ فلا بد من التماس خلوة وتحفظ، وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة².

ويعرفه الحنفية بأنه: "وطء في قُبُلِ حال عن الملك وشبهته"، والزنا الموجب للحد عندهم هو وطء مكلف طائع مشتتة حالاً أو ماضياً في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام، أو تمكينه من ذلك تمكيناً. مع اشتراط علمه بالتحريم حتى لا يسقط الحد بالشبهة. وأصله ما روي عن سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن فكتب ذلك إلى عمر رضي الله عنه إن كان يعلم أن الله تعالى قد حرّم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فاجلدوه³. وعند المالكية؛ عرفه ابن عرفة بأنه: "تغيب حشفة آدمي في فرج وآخر دون شبهة عمدا"⁴. والشافعية عرفوه بأنه: "إيلاج الذكر بفرج محرّم لعينه، خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد"⁵. والحنابلة قالوا بأنه: "لا خلاف بين أهل العلم في أن من وطء المرأة في قُبُلها حراماً

¹ ابن منظور، المجلد 3، ج 21، المرجع السابق، ص 1876.

² الخطاب، ج 8، المرجع السابق، ص 388.

³ حافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ص 5-6.

⁴ الخطاب، ج 8، المرجع السابق، ص 387.

⁵ محي الدين النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، جدة - السعودية، 2005، ص 503.

لا شبهة له في وطنها، أنه زان"¹. ومنه فالزني عند الحنابلة هو: "فعل الفاحشة في قُبُل أو دبر"².

وحكم الزنا في الشريعة حرام أنه من الكبائر، وتحريمه ثابت من القرآن والسنة والإجماع والمعقول. فمن القرآن قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ۖ﴾³، وفي هذه الآية الكريمة قرن الله تعالى الزنا بقتل النفس والشرك. ومن السنة قوله ﷺ: "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن..."⁴ أي انتفاء صفة الإيمان عن الزاني.

2- المانعون لتسبيب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية

ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم تسبيب ولد الزنا⁵. حيث قال به أبو يوسف وبعض الحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية⁶. سواء أقرّ به الزاني أم لم يقرّ⁷. ولا يُثبت النسب بالزنا في الإسلام، فمن زنا بامرأة وأتت بولد لم يلحق بالزاني بحال من الأحوال، ولو عرف أنه منه وأشبهه الشبه التام من كل وجه، وسواء أقرّ به أو أنكره، وسواء أكانت المرأة ذات زوج أو عذراء⁸. وأدلتهم في ذلك أن الأصل في ثبوت النسب هو الفراش سواء كان صحيحا أم فاسدا أم مختلطا بشبهة.

¹ ابن المبرد، المرجع السابق، ص 746.

² البهوتي، المرجع السابق، ج6، ص89.

³ سورة الفرقان، الآية 68

⁴ صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب السارق حين يسرق، حديث رقم 6782، المرجع السابق، ص 1679.

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 389

⁶ سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة)، مكتبة وهبة، القاهرة - مصر، 2010، ص 360.

⁷ أحمد حميد سعيد النعيمي، حكم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 10، العدد 18، 2018، ص 344.

⁸ عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 416.

ومن السنة؛ حديث عائشة رضي الله عنها أن: "عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص اختصما إلى النبي ﷺ في ابن أمة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله أوصاني أخي إذا قدمت أن انظر ابن أمة زمعة فأقبضه فإنه ابني، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن أمة أبي، ولد على فراش أبي. فرأى النبي ﷺ شبهها بيّنا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش. واحتجني منه يا سودة"¹. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حصر وقصر ثبوت النسب على صاحب الفراش دون غيره. وحجتهم كذلك قوله ﷺ: "أبما رجل عاهر بحرة أو أمة؛ فالولد ولد زنا؛ لا يرث ولا يورث"². ووجه الدلالة أن النسب لو كان يثبت بالزنا لترتب عليه آثاره الشرعية من ميراث وغيره، ولما لم يكن كذلك دل على أن ولد الزنا لا يلحق بالزاني³. لأن النسب كرامة، والكرامات لا تُنال بالمعاصي.

ومن بعض ما استدلوا عليه من المعقول نذكر ما يلي:

- أن ماء الزنا هدر غير مُحترم، لذا لا أثر له ولا حُرمة له، فلا يترتب عليه حكم. وبذلك لا يُنسب ابن الزنا للزاني وإن ادّعاه لقوله ﷺ: "الولد للفراش".
- أن الزاني تعدّى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل مُتفحّش، لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد له، فكان لا بد من أن يعامل بنقيض قصده⁴.
- صعوبة التأكد من أن الولد من الزاني، ولا سيما إذا كانت المرأة الزانية تراود غيره من الرجال.

¹ صحيح البخاري، كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، حديث رقم 2421، المرجع السابق، ص 583.

² محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، ط1، المجلد الثاني، كتاب الفرائض، باب من جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، حديث رقم 2113، مكتبة المعارف، الرياض- السعودية، 2000، ص 426.

³ خالد صفاء هاجر، إلحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 9، العدد 4، 2016، ص 334.

⁴ مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 363

- أن الأبوة وصفٌ شرفٍ لا يستحقها إلا من بذل وقدّم لها بالزواج أو التسري، لقوله رَبِّهِمْ: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ ﴾¹.

3- المؤيدون لتسبب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية

من القائلين بتسبب ولد الزنا: إبراهيم النخعي وإسحاق بن رهاوية، والحسن البصري، وهو مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، واختاره ابن تيمية وابن القيم، وإليه مال القرطبي، وهو كذلك رأي بعض المعاصرين منهم: ياسين الخطيب، ومحمد رأفت عثمان وسعد الدين هلال، ومال إليه القرضاوي والريسوني².

يقول موفق الدين بن قدامة: "وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل، فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش"³. ويرى ابن القيم وإسحاق بن رهاوية وعروة وسليمان ابن يسار وابن تيمية، بثبوت نسب الولد لوالده الزاني إذا استلحقه به وإن أقر بأنه من الزنا⁴. حيث قال الحسن، وابن سيرين: يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه. وقال إبراهيم: يلحقه إذا جُدد الحدّ أو ملك الموطوءة. وقال إسحاق: يلحقه. وذكر عن عروة، وسليمان بن يسار نحوه. وروى علي بن عاصم، عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بامرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له⁵. وقول الحنفية هذا نابع من اكتفائهم بمجرد العقد لتصير فراشا ويلحق الزوج الولد؛ لأنه لا يحتاج إلى تقدير، لأن المراد بالفراش الموطوءة⁶.

¹ - سورة النساء، الآية 24.

² - عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 420-421.

³ - ابن قدامة، ج 9، المرجع السابق، ص 123

⁴ - انظر خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 333

⁵ - ابن قدامة، ج 9، المرجع السابق، ص 123.

⁶ - مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 363.

ويرى الحنفية بأنه يحلّ بالاتفاق للزاني أن يتزوج بالزانية التي زنى بها، فإن جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من وقت العقد عليها، ثبت نسبه منه، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يُثبت نسبه منه، إلا إذا قال: إن الولد منه، ولم يصرّح بأنه من الزنا. فبهذا الإقرار يثبت نسبه منه لاحتمال عقد سابق أو دخول بشبهة، حملاً لحال المسلم على الصلاح وسترا على الأعراض¹. وكما قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه؛ عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أنه قال: "سئل أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن رجل زنى بامرأة ثم يريد أن يتزوجها؟ قال: ما من توبة أفضل من أن يتزوجها، خرجا من سفاح إلى نكاح"²

وبخصوص حديث الولد للفراش، قال ابن تيمية بأن مقصوده إذا كانت المرأة فراشا، فإذا لم يكن لها زوج أي ليست فراشا، لم يكن للعاهر الحجر، وحينئذ إذا استلحق ولده لحقه. وهذا الحديث في حالة تنازع الزنا وصاحب الفراش، فقدّم صاحب الفراش، والرسول صلى الله عليه وسلم قال هذا الحديث في حالة ممارسة القضاء عند التنازع³. ودليلهم الآخر من السنة حديث المتلاعنين، عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الألتين، خدلج الساقين، فهو لشريك ابن سمحاء"، فجاءت به كذلك. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"⁴. ووجه الدلالة هو احتكام النبي صلى الله عليه وسلم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء.

ومما استندوا عليه من المعقول نذكر ما يلي:

- ثبوت نسب ولد الزنا من أمّه، وترثه ويرثها، فما المانع من لحوقه بالأب إذا ادعاه⁵.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 148.

² عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط1، المجلد السادس، كتاب الطلاق، باب الرجل يزني بامرأة ثم يتزوجها، رقم 13573، دار التأصيل، مصر، 2010، ص 139

³ خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 334

⁴ أبي داود، كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقم 2245، المرجع السابق، ص 567-568

⁵ خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 334

- ذهاب الجمهور إلى إثبات حرمة المصاهرة بالزنا، فلا يجوز للزاني أن يتزوج أم الزانية أو ابنتها، فإذا ثبت للزنا هذا الأثر، ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضائعين¹.
- قياس ماء الزنى على ماء الشبهة الذي يثبت به النسب، وقياسه على ماء النكاح لعموم الحديث "الولد للفرش"².
- عدم وجود دليل من الكتاب والسنة، يمنع إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا لم تكن فراشا لرجل آخر، وأن خير عقاب للزاني هو إلزامه بالولد حتى يتحمل عبء تربيته والإنفاق عليه. وأن تنسب الولد له لا يعتبر تكريما، ولا ينفي بشاعة فعله، بل يبقى في نظر المجتمع مجرما يستحق حد الله³.
- إن في إلحاق الولد بوالده الزاني، تطبيق لقوله ﷺ: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁴ ونرى بأن الرأي الراجح هو قول المؤيدين لتنسب ولد الزنا إذا لم تكن المرأة فراشا لرجل آخر، جلبا للستر وسدا لباب الفضيحة. ولأن أدلتهم في منظورنا أقوى وأقرب لتحقيق مقاصد الشرع، ولما في ذلك من حماية للحقوق وردع للجاني. ومنه فالمولود قبل الزواج، أو مولود الخطيبين غير المقترنة خطبتهما بالفاتحة بتراضيها له السند الشرعي من أجل تنسيبه. تحقيقا لمقاصد الشرع في حفظ النسب وحماية للفرد والمجتمع، دون إسقاط العقوبة عنهما. غير أنه في حالة كون المرأة فراشا لرجل آخر، فلا سند شرعي لإثبات نسبه لوجود الموانع الشرعية وحقوق الغير، لذا يمكن إثبات بنوته دون نسبه، من لقب ونفقة، محافظة على الحقوق والحرمان.

¹ مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 397

² شابعة امر سعيد، عيسى امعيزة، أثر استئجار الأرحام على ثبوت النسب (دراسة فقهية قانونية)، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 11، عدد2، 2018. ص 440.

³ خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 335.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 5

الفرع الثاني: موقف الشريعة من نسب المولود قبل الزواج بالاغتصاب

باعتباره أن الاغتصاب ممارسة جنسية غير مشروعة، فإنه يتميز عن الزنا في الإكراه وانعدام التراضي. وتطرح مسألة إثبات نسب الولد الناتج عنه خلافاً فقهيًا، وفيما يلي سنعرض الرأيين بعد تقديم تعريف للاغتصاب في الشريعة الإسلامية.

1- الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

الغضب لغة هو أخذ الشيء ظلماً، وغضبه على الشيء أي قهره. ويُقال غضبها نفسها أي أراد أن يواقعها كرهاً¹. وهذا المعنى هو الذي شاع استعماله حتى غلب على العرف، فصار الإكراه على الجماع يسمى اغتصاباً². واصطلاحاً هو الاتصال الجنسي الذي يقع بين رجل وامرأة عن طريق الإكراه وفي علاقة محرمة شرعاً، أي يخرج منه اغتصاب الزوج لزوجته أو ملك اليمين، وإخراج اغتصاب من لها شبهة نكاح³.

وفي الفقه الإسلامي، يستخدم الفقهاء مصطلح "الاغتصاب" أو "الغضب" للدلالة على سلب حق الغير بالقوة والإكراه، سواء أكان المسلوب مالا أو عرضاً، فإن كان المسلوب أو الشيء المغتصب هو العرض، فهذا الفعل يعتبر زناً، أو وطءً بالإكراه، وهذا ما نلمسه في كثير من النصوص الفقهية⁴. والفرق بين الزنا والاغتصاب هو الإكراه وعدم الرضا، وهو الأساس في درء حد الزنا. والشريعة الإسلامية تؤكد على أنه لا حد المكره بصفة عامة، لقوله ﷺ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبِكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾⁵

¹ ابن منظور، المجلد 5، ج 36، المرجع السابق، ص 3262.

² سهيل الأحمد، إلحاق ولد المغتصبة غير المتزوجة بالمغتصب في الفقه الإسلامي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، 2019، ص 89.

³ انظر خالدي صفاء هاجر، المقال السابق، ص 338.

⁴ بلقاسم مطالبي، المقال السابق، ص 172

⁵ سورة البقرة، الآية 225.

وقوله ﷺ: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأَيْمَنِ﴾¹، وقوله ﷺ: "إن الله تجاوز لي عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"².

ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكره لا حد عليها، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها³. واشترط البعض إقامة الدليل على الاستكراه، حيث اشترط الإمام مالك وجوب تبيان أمانة على استكراهها. أما أبو حنيفة والشافعي فقالوا: لا يُقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه، وكذلك دعوى الزوجية؛ وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمانة؛ ولا في دعوى الزوجية بيّنة. وأما سبب الاختلاف في وجوب المهر فمرده إلى اعتباره عوضاً عن البضع أم نحلة، فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والمحرمية؛ ومن قال إنه نحلة خصّ الله به الأزواج لم يوجبه⁴. ودليل الحنفية والشافعية ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قيل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم، وأن رجلاً طرقتها، فمضى عنها ولم تدر من هو بعد.

2- المانعون لتنسيب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

بالنسبة لقدماء الفقهاء، نجد أن الحنفية لم يثبتوا نسب الولد من الاغتصاب، حيث يرون بأن الرجل المكروه على الزنا لا يرخص له الإقدام عليه، وإن أقدم عليه لم يكن موجبا للنسب، بل هو محض زنا فكيف إذا كان هو المغتصب. وهو شبهة بالنسبة للمغتصبة تدرأ عنها الحد. والمالكية قالوا بأن المغتصب يثبت عليه الحد، والاغتصاب هو زنا يسقط فيه الحد عن المرأة ولا يثبت به النسب. وهذا نفسه ما ذهب إليه الشافعية؛ حيث قال الإمام المزني بأن الإكراه يعتبر شبهة بين النكاح الصحيح والزنا الصريح، يوجب ثبوت المهر

¹ سورة النحل، الآية 106.

² البيهقي، ج7، المرجع السابق، ص584.

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1995، ص 1728-1729

⁴ الحطاب، ج8، المرجع السابق، ص 393

وسقوط الحد عن المرأة. والحنابلة قالوا بعدم ثبوت نسب الولد لأن الفاعل زاني ومتعدّ، ولأن الشبهة التي يمكن بها إثبات النسب هي المتعلقة بالواطئ لا الموطوءة¹.

وقد ورد في المدونة أنه قيل لأبي القاسم: أرأيت إن أقمت البينة على رجل أنه غصبني هذه الجارية، وقد ولدت من الغاصب أولادا أو من غير الغاصب، أيقضى بها وبولدها للذي استلحقها؟ في قول مالك (قال) نعم ويقام على الغاصب الحد إذا أقر بوطئها ولا يثبت نسب ولده منها². وقال المارودي: إذا استكره امرأة على نفسها حتى زنا بها ... وجملته أن الذي يختص بالرجل ثلاثة أحكام؛ الحد، والمهر، والنسب. وأما النسب فيعتبر شبهة الواطئ دون الموطوءة، فإذا كانت له شبهة لحق به، وإن لم يكن له شبهة لم يلحق به³. وفي المغني: أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان، لأنها ليست زوجة ولا ملك يمين ... وإن حملت فالولد مملوك لسيدها؛ لأنه من نمائها وأجزائها، ولا يلحق نسبه بالواطئ لأنه من زنى⁴.

ونسب ولد المغتصبة ثابت لها، لقول ابن حزم في المحلى: " والولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ولا يلحق بالرجل. ويرث أمه وترثه؛ لأن الرسول ﷺ ألحق الولد بالمرأة في اللعان ونفاه عن الرجل، والمرأة في استلحاق الولد بنفسها كالرجل بل هي أقوى سببا في ذلك، لما ذكرنا من أنه يلحق بها من حلال كان أو من حرام؛ ولأنه لا شك منها إذا صح أنها حملته"⁵. وكذلك المغتصبة التي لم تكن تحت زوج؛ لأن الولد إذا انتفى عن أبيه بأي

¹ بلقاسم مطالبني، المقال السابق، ص 176 - 178.

² مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، المرجع السابق، ص177.

³ المارودي، ج13، المرجع السابق، ص 241.

⁴ ابن قدامة، ج7، المرجع السابق، ص391

⁵ ابن حزم الأندلسي، ج10، المرجع السابق، ص 142

صورة من الصور، فإنه لا ينتفي من أمه بأي حال، لقول الشافعي: "والولد بكل حال ولدها لا ينفي عنها"¹.

وفي هذا الاتجاه نجد ما روي في صحيح البخاري " أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة"². وكذلك ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: "من ادعى ولدا من أمة لا يملكها أو من حرة عاهر بها فإنه لا يلحق له ولا يرثه، وهو ولد زنا لأهل أمه من كانوا"³.

ومما سبق؛ يتضح أن المانعين لتتسبب ولد المغتصبة اعتبروه محض زنا، وطبقوا عليه نفس آثار الزنا ما عدا سقوط الحد عن المرأة لأنها مكرهة، ومنه فنسب الولد ثابت لأمه، ولا يمكن إثباته للمغتصب، لأن أساس ثبوت النسب هو الفراش، وللعاهر الحجر سواء كان زاني أو مغتصب.

3- المؤيدون لتتسبب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

يرى البعض من الفقهاء بأن ولد الزنا يلحق بأبيه الزاني إذا استلحقه، ومثله ولد الاغتصاب، وفي هذا الخصوص قال المارودي: "قال إبراهيم النخعي يلحقه الولد إذا ادّعه بعد الحد، ويلحقه إذا ملك الموطوءة وإن لم يدعه، وقال أبو حنيفة إن تزوجها قبل وضعها ولو بيوم لحق به الولد، وإن لم يتزوجها لم يلحق به"⁴. ويذهب البعض إلى تتسيبه له حتى بدون شروط، كإسحاق وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار. وقال الحسن وابن سيرين: "يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه". وذكر عن عروة بن الزبير وسليمان بن يسار أنهما قالوا: "أیما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه".

¹ محمد علي جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، عدد 20، 2014، ص 98-99

² صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة، حديث رقم 3515، المرجع السابق، ص 1355

³ جلال الدين السيوطي، جمع الجوامع (الجامع الكبير)، المجلد الثامن، دار السعادة، مصر، 2005، ص 481

⁴ المارودي، ج 8، المرجع السابق، ص 162

وقال ابن عابدين: "ليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره، إلا إذا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق"¹.

وبالنسبة للفقهاء المعاصرين المؤيدين لتتسيب ولد الاغتصاب، عالجا مسألة الاغتصاب بمعزل عن نسب ولد الزنا، حيث أجازوا إلحاق نسب ولد الاغتصاب بأبيه المغتصب، ومثاله فتوى الشيخ علي جاد الحق رئيس دار الإفتاء المصرية سابقا: "... لَمَّا كان من القواعد الشرعية والمستقرة والمتفق عليها في الفقه الإسلامي، أن الضرر لا يُزال بضرر، وأن الضرورات تبيح المحظورات..."²، في محاولة لإنصاف المغتصبة التي تعدّ ضحية لجريمة لا بد لها فيها، وأم لطفل لم تسعى لإنجابه.

وكما بيّنا سابقا قول الحنفية وابن تيمية وغيرهم المؤيدين لتتسيب ولد الزنا لأبيه، إذا لم تكن المرأة فراشا لرجل آخر، مع اشتراط أبي حنيفة زواجه بها خلال مدة حملها، ومنه فالمغتصبة أولى من سابقتها بحق تتسيب ولدها إلى أبيه، سترها عليها وعلى ولدها؛ لأنها لا جريمة لها ولا ذنب، وقد أسقط الشارع عنها الحد والإثم معا، ومن ثم لا يجوز معاقبتها أو طفلها على ذنب عافاها الشرع من جريته³.

وأدلتهم نفسها الأدلة المقدمة سابقا في حجج المؤيدين لتتسيب ولد الزنا. والآية الكريمة: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁴ صريحة في وجوب نسبة كل مولود لأبيه متى عُرف الأب. وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يليب (يلحق) أولاد الجاهلية بمن

¹ محمد علي هارب جبران، المقال السابق، ص 116-117

² انظر خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 339

³ زينب عبد السلام أبو الفضل، المغتصبة وحكم رتق بكارتها وتتسيب ولدها، مجلة كلية دار العلوم، القاهرة - مصر، عدد 62، 2012، ص 519.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 5

ادعاهم في الإسلام¹. وكذلك في إلحاق الولد بأبيه المغتصب حماية له من أن يُنسب إلى غير أبيه وقومه، وحماية الغير من أن يُنسب إليهم من ليس منهم، لتجنب الإثم المنتسب على من انتسب لغير قومه، لقول النبي ﷺ: "ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله، ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار"²

ولعل الرأي الراجح لدينا هو إلحاق المولود بالاغتصاب دون عقد زواج، سواء كان الطرفين مخطوبين أم لا، إذا كانت المرأة ليست فراشا لرجل آخر يعيق الاستلحاق، أما في حالة العكس فإن إثبات البنوة دون النسب، يكون أقرب للحفاظ على الحقوق ومصحة الولد، لأن هذا الإلحاق هو تأكيد لحقيقة الحال بنسب الولد لوالديه، ولأن حرمان الطفل من نسبه أو بنوته يعني تحميله إثمًا لم يرتكبه، وهذا يُناقض أصلاً من أصول الدين في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾³.

إن مسألة إثبات نسب المولود دون عقد زواج، سواء أكان اتصال الطرفين بالتراضي أو بالإكراه، مهمة وخطيرة ومشكلة في نفس الوقت، وإشكال ما فيها أن أدلة الفريقين محتملة ووظيفية، وقابلة للأخذ والرد، ولا يوجد فيها نصوص قطعية ترفع الخلاف⁴. ويتضح مما سبق ذهاب غالبية الفقهاء إلى عدم تنسيب المولود، غير أن البعض أجاز تنسيبه في كلتا الحالتين مادامت المرأة ليست فراشا لرجل آخر. وبعد عرض الآراء نجد أنفسنا نميل إلى الرأي القائل بتنسيب الولد، لسبب رئيسي وهو المحافظة على الأنساب والحقوق والحرمان، إذا لم تكن المرأة فراشا لرجل آخر، أما غير ذلك فإثبات الأبوة دون النسب يكفل ضمان ما أمكن من الحقوق، وإثبات لواقع الحال.

¹ البيهقي، ج10، المرجع السابق، ص 444.

² صحيح البخاري، كتاب المناقب، حديث رقم 3508، المرجع السابق، ص 867.

³ سورة الزمر، الآية 7

⁴ عمري رشيد، الأطروحة السابقة، ص 423.

المطلب الثالث: الموقف القانوني من نسب المولود دون عقد الزواج

بيّنّا فيما سبق موقف فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص تنسيب المولود دون عقد زواج، سواء كانت المخالطة بين الطرفين بالتراضي أو بالإكراه، وفيما يلي سنبحث في الموقف القانوني من ذلك.

الفرع الأول: الموقف القانوني من نسب المولود دون عقد الزواج بالتراضي.

فيما يلي سنحاول البحث في الموقف القانوني الجزائري والمغربي حول مصير المولود من الاتصال الجنسي بين طرفين لا يربطهم عقد زواج، إذا ما تم ذلك بإرادتهما ودون إكراه.

1- التكيف القانوني للاتصال الجنسي دون زواج

دون التطرق للعلاقة بين أجنبيين والتي لا تطرح إشكالا، قد تلتبس الأمور على الطرفين إذا ما تمت بينهما خطوبة، حيث تعتبر الخطبة غير المقترنة بالفاصلة، ودون أن تتوفر على ركن وشروط الزواج، في نظر القانون مجرد وعد بالزواج قد تنتهي بإبرامه كما قد تنتهي دون ذلك. وهذا الموقف للمشرع نابع من الشريعة الإسلامية التي لا تعتبر الخطبة عقدا، وإن تمت باتفاق الطرفين، وهي لا تتيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة، أو قرأ الفاتحة، أو قدم جزءا من الصداق أو كّلّه، أو قدم شيئا من الهدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها¹. ونجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "القضاء برفض دعوى تثبيت الزواج الناتج عن علاقة غير شرعية قضاء سليم"².

¹ سعادى لعلّى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 26

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 261925، بتاريخ 2002/07/03، م.ق، 2003، عدد 2، ص 271.

وبالتالي العلاقة بين المخطوبين لا ترقى لأن تكون علاقة زوجية إلا بتمام العقد، لذا فالخلوة بالمخطوبة لها أحكام خاصة في الفقه، ذلك أن المخطوبة لا تزال أجنبية عن خاطبها، وعليه تكون الخلوة في حقهما محرمة¹، لقول النبي ﷺ: "لا يخلون رجل بامرأة، ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم"²، وأن الولد الناتج عن الاتصال الجنسي خلال فترة الخطبة يعتبر ولد زنا.

وسايرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء، عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا من الناحية القانونية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي³. ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين الخطيبين قبل توثيق عقد الزواج يعدّ زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب لأبيه شرعا وقانونا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواقعة.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات⁴، لم يعرف المشرع الجزائري الزنا، وترك ذلك للفقه. حيث يُعرف بأنه "كل وطء أو جماع تام غير شرعي، يقع من رجل متزوج مع امرأة متزوجة استنادا إلى رضائهما المتبادل، وتنفيذا لرغبتهما الجنسية"⁵. ومنه فالمعتبر في جريمة الزنا هو الزواج الصحيح فقط، ولا تقوم إذا كان الزواج فاسدا أو باطلا، أو خلال فترة الخطوبة. ولا يعاقب القانون بجريمة الزنا على الوطاء الذي يقع قبل الزواج، ولو حملت بسببه المرأة.

وأكدت المادة 339 (ق.ع.ج) بأنه: "يُقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة تثبت ارتكابها لجريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة...". وذهب المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في

¹ دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 58

² صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة أو كان له عذر هل يؤذن له، حديث رقم 3006، المرجع السابق، ص 740.

³ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 143.

⁴ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

⁵ سعد عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1982، ص 52.

قراره إلى ما يلي: "إن جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة، لأنها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد أحدهما فاعلا أصليا وهو الزوج الزاني، ويعدّ الثاني شريكا وهو الخليل الذي باشر مع الفاعل الأصلي العلاقة الجنسية. ولا تتحقق الجريمة إلا بحصول الوطاء أو الجماع بين رجل وخليته أو بين امرأة وخليتها"¹.

ومنه نستنتج أن العلاقة الجنسية الرضائية بين المخطوبين لا تعتبر زنا في نظر التشريع الجزائري، وإنما هي فعل غير مشروع. وأن استعمال مصطلح الزنا في قرار المحكمة العليا ربما كان مقصوده معناه الشرعي، لأنه لا يوجد توصيف لهذه العلاقة في التشريع الجزائري.

2- موقف قانون الجزائري من نسب المولود بتراضي الطرفين دون زواج

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، نجد أن المشرع حصر جريمة الزنا فيما إذا كانت المرأة متزوجة فقط. أما غيرها من الممارسات الجنسية لا تعدّ زنا، كما لو وقع الاتصال الجنسي أثناء الخطبة. والمشرّع لم ينص صراحة على آثار جريمة الزنا، كما لو أسفرت هاته المعاشرة عن ولد. وأمام هذا السكوت عن نسب ولد الزنا، وبهذا الفراغ القانوني وجد القضاء نفسه يتحمل وحده مسؤولية الحكم في نسب أولاد الزنا².

وأكدت المحكمة العليا في عدّة قرارات بأن العلاقة غير الشرعية لا يثبت عنها نسب الولد، وكل ما نتج عنها لا يفيد البتة المشروعة³، منها القرار رقم 34046⁴، والقرار رقم

¹ قرار الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى رقم 34051، بتاريخ 20 مارس 1984، أشار له عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 6، عدد 10، 2006، ص 184-185

² خالدي صفاء هاجر، المقال السابق، ص 337.

³ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 484

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 34046، بتاريخ 19/11/1984، م.ق، 1990، عدد 1، ص 67

134137¹، وغيرهم. ومن المعلوم شرعا وقانونا أن العلاقة غير الشرعية لا تثبت النسب من جهة الأب، بل نسبه ثابت من جهة الأم فقط في جميع الأحوال لأنه ثابت بالطبيعة²، رغم أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة. لكن بالرجوع لطرق إثبات النسب المذكورة في المادة 41 (ق.أ.ج) نجدها مرتبطة بالفرش، أي بالزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا.

لكن بعد تعديل قانون الأسرة، أصبح القضاة يستندون على البصمة الوراثية لإلحاق نسب الابن غير الشرعي لأبيه البيولوجي، دون مراعاة لأحكام الشريعة الإسلامية في إثبات النسب، ولا في الاستلحاق أو الإقرار بالنسب، الذي يشترط فيه ادعاء المستلحق بالولد، فنجد القرار رقم 355180³ والذي جاء فيه: " يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي DNA)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية". لكن تراجعت عن موقفها من خلال القرار الصادر سنة 2008 حيث أقرت بأنه لا يجوز اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب إلا إذا كان الزواج شرعيا⁴.

غير أنه يمكن إلحاق الولد بالوالد إذا أقرّ به، مع توفر الشروط القانونية للإقرار من كون الولد مجهول النسب، وأن يكون الإقرار منطقي ويتقبله العقل، حيث نجد قرار المحكمة العليا لا يشترط ثبوت الزوجية في ثبوت النسب بالإقرار. فيكفي أن يقرّ الخاطب أن الولد منه⁵. واعتبرت في قرار آخر بأن "الإقرار بالبنوة يكون حجة على المقر حال حياته وبعد

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار رقم 34137، بتاريخ 1984/10/08، م.ق، 1989، عدد 4، ص 79

² انظر دليلة فركوس وجمال عياش، المرجع السابق، ص 253

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 355180، مؤرخ في 2006/03/15، م.ق، 2006، عدد 1، ص 469

⁴ انظر خالد صفاء هاجر، المقال السابق، ص 337

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 0860240، بتاريخ 2015/03/12، م.ق، 2015، عدد 1، ص 239.

وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، ولا يحتمل الإقرار النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية تحت أي ادعاء بالتبني أو غيره¹.

3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بتراضي الطرفين دون زواج

اعتبر المشرع المغربي كغيره من مشرعي الدول الإسلامية، بأن الفراش هو أساس ثبوت النسب، سواء كان صحيحاً أو فاسداً أو بشبهة. وأما الولد الناتج عن العلاقة بغير الزواج فلم ينص القانون على إثبات النسب لوالده، غير أن نسبه من أمه ثابت، حيث نصت المادة 146 (م.أ.م) على ما يلي: "تستوي البنية للأُم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

ومن جهة أخرى نصت المادة 156 (م.أ.م) على ثبوت نسب ولد الخطيبين على أساس الشبهة إذا حصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وإذا اشتهرت الخطبة بين أسرتي الخطيبين، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، وإذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة، مع إقرار الخطيبين بأن الحمل منهما. وفي حالة الإنكار يمكن اللجوء للطرق العلمية.

والمتمتع في المادة يتفطن إلى أن المشرع قصد بذلك الزواج العرفي غير المسجل وليس الخطبة. حيث يقول الأستاذ الغازي الحسيني: "إذا ظهر حملٌ بالمخطوبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعته لدون ستة أشهر من تاريخ الإشهاد به، فإن الاجتهاد الفقهي متجه إلى إلحاق الحمل أو الولد بالخطيب، وإذا تم الإيجاب والقبول منهما وثبتت الخلوة بينهما، وفشى ذلك عند الأقارب والجيران، ولم ينف الخطيب الحمل على نفسه باللعان، والعلة في ذلك هي أنّ العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين، وخصوصاً عندما تتوالى الخلوات بينهما في السفر والحضر، وتطول العشرة، فكل ذلك دليل على أنهما زوجان في الواقع، وأنهما

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 0761943، بتاريخ 2012/11/14، م.ق، 2013، عدد 2، ص 284.

يتعاشران معاشرة الأزواج، ويؤخران الإشهاد بالعقد إلى أن يهيا بيت الزوجية... ولأجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراش، إذا أمكن عادة وشرعا أن يكون من صاحبه حفظا لنسب الحمل وصيانة لاعتبار أمه¹.

ومما سبق، يتبين أن المولود قبل الزواج بتراضي الطرفين لا يثبت نسبه في القانون المغربي. غير أن قسم قضاء الأسرة للمحكمة الابتدائية بطنجة، أصدر حكما قضائيا يقضي بالاعتراف بالبنوة البيولوجية للأب غير الشرعي، لولد ناتج عن علاقة غير شرعية. وتأسيسا على هذه البنوة الطبيعية، قضت المحكمة المذكورة على الأب لفائدة الأم بتعويض مدني قدره مائة ألف درهم، عن الضرر الذي لحقها من جراء إنجاب هذا المولود². غير أن هذا الحكم أثار الكثير من الجدل، لأنه يتعارض مع المادة 144 (م.أ.م) والتي حددت أسباب لحوق النسب بالفراش والإقرار والشبهة.

ونجد عدة قرارات صادرة عن المجلس الأعلى، منها ما جاء فيه: "يكون تعليلا صحيحا وكافيا، الحكم الذي يقضي برفض الطلب في دعوى يطلب فيها زوجان تسليم بنت، بالاستناد إلى أنهما أبواها شرعا، بعلّة عدم إثبات المدعين ازدياد البنت من صلبها وهما على فراش الزوجية"³. و جاء في قرار آخر: "لما ثبت أن الزواج كان بعد الوضع فإن المولود لا يلحق بنسب المدعى عليه ولو أقرّ ببنوته"⁴. وقرار آخر نص على ما يلي: "الاعتراف بالاتصال الجنسي قبل تاريخ عقد النكاح مانع من النسب إذا ولد من هذه العلاقة غير الشرعية"⁵. وقرار آخر: "الحمل الناتج عن علاقة غير شرعية لا يلحق نسبه بالرجل الذي

¹ مريم الزغيمي، إثبات النسب الناتج عن الخطبة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد5، 2015، ص81.

² عبد الرحيم الأيمن، إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره من المنظور الشرعي والقانوني، مجلة القانون المغربي، عدد 35، 2017، ص331.

³ قرار صادر في 27 أكتوبر 1979، منقول من مقال عبد الرحيم الأيمن، المرجع السابق، ص 341

⁴ قرار صادر بتاريخ 30 مارس 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 109

⁵ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 10/05/2006، ملف رقم 289، بتاريخ 02/01/2006، تحت عدد 193.

تسبب فيه عن طريق الزنا"¹. وفي قرار آخر: "اعتراف الرجل بممارسة الجنس غير المشروع مانع من لحوق النسب"². ونصّ قرار آخر على أن "إقرار الطرفين بأن الابن نتج عن علاقة غير شرعية يحول دون إلحاق نسبه بالرجل"³.

ومما سبق يتضح أن موقف القانون الجزائري متذبذب من مسألة تنسيب المولود دون عقد زواج عن طريق الاتصال بالتراضي، حيث نجده لا يثبت النسب، وفي المقابل يجيز ذلك من خلال الإقرار. أما القانون المغربي فكان موقفه صريحا بعدم إثبات نسب المولود، بسبب عدم تحقق أسباب لحوق النسب المنصوص عليها في المدونة. غير أننا نرى بأنه كان على المشرع إثبات البنوة وما يترتب عنها من اسم ونفقة دون إثبات النسب، لعدم تحقق الفراش ولأن الوالد معلوم، وحتى وإن أنكر فالطرق العلمية كفيلة بتحديدته، ورأينا هذا له ما يرتكز عليه من آراء فقهاء الشريعة، كما أشرنا سابقا.

الفرع الثاني: الموقف القانوني من نسب المولود بالاغتصاب

بيننا سابقا الاختلاف الفقهي حول مسألة تنسيب ولد الاغتصاب، وتطرح مسألة تنسيبه من الناحية القانونية إشكالات هي الأخرى، وفيما يلي سنعرض موقف القانون الجزائري والقانون المغربي من مسألة تنسيب الولد الناتج عن الاغتصاب دون عقد زواج.

1- مفهوم الاغتصاب في القانون الجزائري

من الناحية القانونية يُعرّف الاغتصاب بأنه: "فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة لا تحل له شرعا وقانونا بالإكراه وبدون رضاها"⁴، أي وطء أجنبية أو مخطوبة من طرف خاطبها بالقوة وبدون رضاها. نص عليه المشرع في المادة 336 (ق.ع)، حيث

¹ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2007/07/18، ملف رقم 664، بتاريخ 2006/01/02، تحت عدد 410.

² قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2007/09/26، ملف رقم 60، بتاريخ 2007/01/02، تحت عدد 481.

³ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2007/11/14، ملف رقم 465، بتاريخ 2006/01/02، تحت عدد 574.

⁴ سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص110

استعمل مصطلح "هتك العرض" بدلا من مصطلح الاغتصاب، وهذا ما يؤخذ عليه، على اعتبار أن المقصود بهتك العرض في الواقع هو الفعل المخل بالحياء. لكن تم تعديل المادة¹ واستعمال مصطلح اغتصاب. كما أنه واستنادا إلى الأحكام القضائية فإن الاغتصاب هو موافقة رجل لامرأة بغير رضاها، وهو تعريف قاصر قانونا لعدم شموله لكل الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة، ما يطرح نوعا من عدم الدقة في تكييف الوقائع².

وباعتبار أن فعل الاغتصاب جريمة، فلا بد من توفر أركانها والمتمثلة في فعل الوطء أساسا، والمقصود به الوطء في الموضع الطبيعي من رجل على امرأة. وما يلاحظ أن المشرع لم يعتبر جميع الممارسات الجنسية ضد المرأة بالإكراه اغتصابا، ما عدا الممارسة الجنسية الكاملة الطبيعية بين رجل وامرأة، حتى ولو تم فض البكارة بوسيلة أخرى أو من امرأة. والركن الآخر هو العنف، حيث يعتبر ركنا أساسيا في جريمة الاغتصاب، ولا يكون بالضرورة ماديا، وإنما قد يكون معنويا باستعمال وسيلة إكراه أو خديعة، بما فيها المواد المنومة والمخدرة³. بالإضافة إلى القصد الجنائي للفاعل.

وتجدر الإشارة إلى أن الزوج الذي يواقع زوجته كرها، لا يعتبر فعله جريمة اغتصاب. وفي هذا قضت محكمة الجزائر في حكمها بتاريخ 1987/05/02 بأنه: "عندما يكون الهدف من العنف المرتكب من طرف الزوج على زوجته هو ممارسة المقاصد الشرعية للزواج، فإنه لا يشكّل فعلا مخلا بالحياء، بل وببساطة تعديا معاقب عليه بعقوبات جنحية"⁴.

¹ قانون رقم 01-14 مؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات. ج.ر عدد 7، ص 07.

² رامي حليم، إشكالية التكييف والعقوبة في جريمة هتك العرض في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2013، ص 15.

³ المحكمة العليا، غ.ج، قرار رقم 0968071، مؤرخ في 19/03/2015، منشور في موقع المحكمة العليا الجزائرية.

⁴ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 113.

ومنه فلا تقوم جريمة الاغتصاب متى وُجِدَت الرابطة الزوجية، سواء كانت قائمة تلك الرابطة حقيقة أم حكماً¹.

2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بالاغتصاب

نجد للقضاء الجزائري موقفين من مسألة تتسبب الولد الناتج عن الاغتصاب، الأول أخذ فيه برأي جمهور الفقهاء، فلم يعتبر الاغتصاب طريقاً موجباً لثبوت النسب. أما الموقف الثاني فساير من خلاله الرأي القائل بإثبات نسب ولد الاغتصاب، من خلال قرار المحكمة العليا التي كيّفت الاغتصاب على أنه نكاح شبهة في حال ثبوته بحكم قضائي²، والذي جاء فيه: "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يُعدّ وطء الإكراه، ويُكيّف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب". أي لا بد من وجود حكم قضائي بالاغتصاب، ولا بد من ثبوت الحمل من المغتصب. بالإضافة إلى الاعتماد على إقرار المغتصب بنسب البنت، لما في ذلك من مصلحة لها، ولإثبات هذا الأخير فإن المحكمة العليا قد حددت الجهة التي يتم أمامها، وهي كل موظف عمومي مؤهل قانوناً لتلقي الإقرار بالنسب، مثل الموثق، أو ضابط الحالة المدنية باعتباره موظفاً عمومياً مكلفاً بتسجيل المواليد، أو القاضي، باعتبار أن الأصل فيه أن يقع أمام القاضي³. وبالتالي لا يحق له نفيه أو التراجع عنه.

وقرار آخر بإلحاق نسب الأطفال الذين ولدوا جراء الاغتصاب، الذي تعرضت له النساء من قبل الإرهابيين في فترة العشرية السوداء. حيث قال رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا لعوامري علاوة، في إحدى مداخلته بمجلس قضاء سطيف لسنة 2006، أن اجتهادهم بإلحاق نسب أبناء الاغتصاب الذي تعرضت له النساء أثناء عمليات

¹ علي رشيد أبو حجلة، الحماية الجزائرية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 83.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 617374، بتاريخ 2011/05/12، م.ق، 2012، عدد 1، ص 294-298.

³ انظر بلقاسم مطالببي، المقال السابق، ص 182.

المداهمة والإغارة في العشرية السوداء، جاء من باب تحميل المتسببين في ذلك مسؤولية فعلتهم، وما يترتب عنه فيما بعد من إنفاق وتربية إعمالاً للقاعدة الشرعية الغنم بالغرم. واعترف نفس المتدخل أن اجتهادهم هذا عرضه على فقهاء ومفتين، لكنهم لم يجدوا من الآراء من أيدهم في ذلك¹.

وفي قرار للمحكمة العليا حول إغراء معاقة ووطنها وولادة ابنة لها، اعتبره وطء بالإكراه يأخذ حكم الشبهة ويثبت به النسب، وجاء في مضمون القرار ما يلي: "... حيث إن الطرق التي يثبت بها النسب وفقاً لنص المادة 40 من قانون الأسرة هي: الزواج الصحيح الإقرار، البينة، الزواج المفسوخ بعد الدخول، ونكاح الشبهة. وأن الشبهة المثبتة للنسب عُرِّفت بأنها كل وطء حرام لا حد فيه، أي لا يوصف بأنه زنا، ولا يكيّف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقاً لأحكام قانون الأسرة. وأن الرأي الراجح في المذاهب أنه لا حد على المكره على الزنا. وعلى ذلك انتهى اجتهاد المحكمة العليا إلى أنّ الإكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب..."².

3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بالاغتصاب

اعتبر القانون المغربي بأن الاغتصاب جريمة يعاقب عليها القانون، حيث نصّ عليها في القانون الجنائي³ بموجب مادته 486، والتي نصت على ما يلي: "الاغتصاب هو موقعة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات". وقد ترفع إلى عشرين أو ثلاثين إذا اقترنت بظروف التشديد، حسب الأحوال. ويُستخلص من هذه المادة، أن المشرّع اشترط أن يكون الفعل صادراً من رجل ضد امرأة كرها وبدون رضاها، سواء كان

¹ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 103-104

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1027105، بتاريخ 2016/12/07، م.ق، 2016، عدد 2، ص 228.

³ ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 26 نوفمبر 1962، المتضمن المصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي، صيغة محينة بتاريخ 14 يونيو 2021.

الإكراه ماديا أو معنويا، وكذلك أن يكون الفاعل دائما ذكرا، والمجنبي عليها أنثى، فلا يعتبر اغتصابا ما يقع بين الذكور بالإكراه، ولا بإكراه المرأة للرجل. وبالتالي فأركان هذه الجريمة يمكن استخلاصها من المادة سالفة الذكر، وتتمثل في الركن المادي؛ وهو الوقاع، ولا يهم أن يأتي الرجل شهوته أم لا، بالإضافة إلى انعدام رضا المرأة. وكذلك الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي. وأما الركن الشرعي فهو متوفر في المادة 486 سالفة الذكر.

وفي حالة حمل المغتصبة من جراء فعل الاغتصاب، فإن القانون المغربي أثبت نسب الحمل لأمه دون والده، حيث نصت المادة 146 (م.أ.م) على ما يلي: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها، سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية". وأضافت المادة 147 (م.أ.م) في فقرتها الأخيرة ما يلي: "تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب". وعلى اعتبار أنه لا يمكن نفي النسب عن الأم، خصوصا وأنها حملت به ووضعت، فالنسب بالنسبة لها ثابت، الأمر الذي يترتب عليه آثار البنوة سواء كان ذلك الوضع شرعيا من زواج صحيح، أو غير شرعي من علاقة غير مشروعة مثلا، لأنه لا يمكن منازعتها في مدى بنوتها للولد¹.

أما بالنسبة لنسب هذا الحمل للمغتصب، فإن المادة 144 (م.أ.م) جعلت البنوة الشرعية بالنسبة للأب، تكون في حالة قيام سبب من أسباب النسب المحددة على سبيل الحصر في المادة 152 (م.أ.م)، والتي لا توجد ضمنها حالة الاغتصاب أو الفساد، وبالتالي لا يُعتبر الاغتصاب سببا للحقوق النسب للأب، ولو أثبتت الخبرة الجينية نسب الولد الناتج عن الاغتصاب إلى المغتصب، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بتطوان في حكمها الشهير الذي جاء فيه: "وحيث إن أسباب لحوق النسب محددة على سبيل الحصر في المادة 152، وهي الفراش والإقرار والشبهة، وفي هذا الصدد ينبغي التمييز بين أسباب لحوق النسب

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 216-217

ووسائل إثبات النسب، فالخبرة فقط وسيلة للإثبات وليست سببا للحوق النسب، إذ لا يعتبر الاغتصاب سببا للحوق النسب للأب مما يبقى معه الطلب منعدم الأساس القانوني، ويتعين التصريح برفضه¹.

ويلاحظ أن القانون المغربي يعترف للأب بالبنوة غير الشرعية، ويُسبغ عليها نفس الآثار المترتبة عن البنوة الشرعية معتدا بواقعة الولادة، في حين أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب. وهذا ينتفي ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي أخذ به المشرع في هذه المدونة، مما جعل بعض الفقه ينتقد ذلك كون الأب البيولوجي يتحلل من المسؤولية، ويجازى بتصله من زناه، علما أن الولد يتقاسمه والداه بيولوجيا وليس أمه وحدها².

والطفل الناتج عن اغتصاب أجنبية، أو وطء الخاطب لخطيبته بالإكراه، اعترف له المشرع الجزائري بنسبه للخطاب، في حين لم يعترف له المشرع المغربي بذلك، ويعتبر موقف المشرع الجزائري أكثر عدلا وإنصافا، غير أن اعتبار سبب ثبوت النسب هو الشبهة أمر غير مستساغ، لأن أساس الشبهة هو حسن النية.

ومما سبق يتضح أن نسب ولد الخطيبين ثابت للخطاب إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة، مع توفر ركن وشروط الزواج، أما إذا لم تقترن بالفاتحة فيأخذ نفس حكم العلاقة بين أجنبيين دون عقد، فنرى بأنه لا حرج في إثبات بنوة المولود للواطئ، سواء من الزنا أو من الاغتصاب، لأن إجماع العلماء بأن المرأة الزانية أو المغتصبة إذا كانت ذات زوج، فإن الولد ينسب لزوجها وله أن يلاعنه. هذا إذا استلحقه وأقر به، أما إذا رفض فيجب اعتماد نتائج البصمة الوراثية لتأكيد بنوته وإلحاقه. وهذا له سند شرعي من جهة، ومن جهة المعقول

¹ يونس الزهري، إشكالية الحمل الناتج من الاغتصاب بين الاعتراف الجنائي بالخبرة الطبية ورفض مدونة الأسرة إقرار

النسب، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 13، 2016، ص 135-137

² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 216

يمكن من حفظ الأنساب ودعوة الأولاد لأبائهم، لأننا نعتقد أن في هذا مصلحة للولد أكثر منه مصلحة للزاني أو المغتصب.

المبحث الثاني: نسب المولود بالشبهة خلال قيام العلاقة الزوجية

قد يعتري عقد الزواج شبهات تؤثر على صحته، منها ما هي معروفة لدى قداماء الفقهاء، وهي ما يصطلح عليها بالشبهة التقليدية، ومنها ما هي حديثة ومعاصرة. فتؤثر على عقد الزواج في أركانه أو شروطه، أو تؤثر على طريقة الحمل والولادة. ومن أجل تبيان مدى ثبوت النسب فيها، لا بد أولاً من التطرق لعقد الزواج (المطلب الأول)، ثم تبيان موقف الشريعة الإسلامية من ثبوت نسب المولود بالشبهة في هذه المرحلة من العلاقة الزوجية (المطلب الثاني)، ثم موقف القانون الجزائري والقانون المغربي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية عقد الزواج

عقد الزواج شرّعه الله تعالى للحفاظ على النسل البشري، وسمّاه بالميثاق الغليظ، ونظراً لما يترتب عليه من آثار كبيرة على الفرد والمجتمع، أوردت الشريعة الإسلامية أركاناً وشروطاً لا بد من توفرها، وأضافت التشريعات الوضعية شروطاً مدنية وإدارية تماشياً مع متطلبات العصر من أجل المحافظة على الحقوق.

الفرع الأول: مفهوم الزواج

يعتبر الزواج رابطة بين رجل وامرأة، شرّعه الله تعالى لعمارة الأرض والحفاظ على النسل البشري، اختلف الفقهاء والأصوليون في طبيعته، واعتبرته القوانين الوضعية عقداً خاصاً بين طرفين يختلف عن باقي العقود.

1- تعريف الزواج

الزواج لغة هو خلاف الفرد، والزوجين في كلام العرب اثنان، لقوله ﷺ: ﴿وَأَنَّهُ حَقَّ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ﴾¹. والرجل زوج المرأة، والمرأة هي زوجة وزوجته، لقوله ﷺ: ﴿وَيَا بَدْرُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾². وقوله ﷺ: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾³. ومعنى الصنف في كل شيء، لقوله ﷺ: ﴿وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾⁴. ومن هذا المعنى شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام⁵.

وفي الاصطلاح الشرعي نجد أن اللفظ الأكثر شيوعا واستعمالا هو النكاح. ومنه قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾⁶. ويعرّفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حلّ استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع. ويعرّفه أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويحدّد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"⁷. هذا ولقد عرّف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة، تصبّ في جملها إلى أنّ الزواج يستخدم للدلالة على اقتران الرجل بالمرأة ووطنها في صورة شرعية، أو إنشاء عقد التزويج المبيح للوطء والعشرة والتعاون بينهما، وما يتصل بذلك من المودة والرحمة، وحسن العشرة بين الزوجين، وإنجاب ذرية تخلفه⁸.

والزواج في القانون الجزائري عرّفه المشرع في المادة 4 (ق.أ.ج) بأنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة

¹ سورة النجم، الآية 45.

² سورة الأعراف، الآية 19.

³ سورة الأحزاب، الآية 37.

⁴ سورة الحج، الآية 5.

⁵ ابن منظور، المجلد 3، ج 21، المرجع السابق، ص 1885 - 1886

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 17

⁸ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 18.

والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". ومن هذا التعريف يُلاحظ أن المشرع ذكر الغاية منه، خشية من أن يظن البعض أن الزواج لمجرد الاستمتاع واللذة. كما بين أنه عقد رضائي يقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة.

ويُعرّف المشرع المغربي الزواج من خلال المادة 4 (م.أ.م) كما يلي: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة". ويلاحظ أن المشرع المغربي استعمل مصطلح ميثاق عوض عقد، الأمر الذي يؤكد أهميته، حيث لا يقف عند حدود العلاقة التعاقدية، بل يتعداها إلى ما لا تستطيع مقتضيات العقد تنظيمه كالتجاوب الروحي، والتعلق بالأسرة وحمايتها وصيانتها¹.

2- مشروعية الزواج

يستمد الزواج مشروعيته من عدة آيات في القرآن الكريم، نذكر منها قوله ﷺ: ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلًا لِمَنْ ثَلَاثًا وَرُبِعًا²﴾. وقوله ﷻ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ³﴾. وقوله ﷻ: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ الذِّكْرِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ⁴﴾. وفي الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ⁵﴾. وفي قوله ﷻ: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً⁶﴾. وفي عدة آيات أخرى.

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 30

² سورة النساء، الآية 3.

³ سورة النور، الآية 32.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

⁵ سورة البقرة، الآية 221.

⁶ سورة الروم، الآية 21.

ومن السنّة قوله ﷺ: "يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"¹. وفي حديث آخر: "... أنتم الذين قلمت كذا وكذا؟ أما والله إني لأحشاكم لله وأتقاكم له؛ لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني"². وقوله ﷺ: "تُنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"³. وقوله ﷺ: "تزوجوا الودود الولد فإنني مكاثر بكم الأمم"⁴. وذُكر النكاح كذلك في العديد من الأحاديث الشريفة.

وأجمع المسلمون على مشروعية الزواج، والحكمة من ذلك إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام، وحفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، بالإنجاب والتوالد وإقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع، وإيجاد التعاون بين أفرادها. فالزواج تعاون بين الزوجين لتحمل أعباء الحياة، وعقد مودة وتعاضد بين الجماعات، وتقوية روابط الأسرة، وبه يتم الاستعانة على المصالح⁵.

ويختلف الوصف الشرعي للزواج حسب حال المكّف، فيكون فرضاً عند تأكد المكّف وقوعه في الزنى إذا لم يتزوج مع قدرته على نفقات ومسؤوليات الزواج، لأنه من المقرر في الشريعة أنه ما لا يتحقق الغرض إلا به فهو فرض. ويكون واجباً إذا كان المكّف قادراً على الزواج ويغلب على ظنه الوقوع في الزنى إن لم يتزوج، والزواج في الواجب أقل مرتبة من اللزوم في الفرض. ويكون مكروهاً إذا غلب على المكّف الظن بالوقوع في الظلم إن تزوج. ويكون حراماً إذا لم يكن المكّف قادراً على نفقات ومسؤوليات الزواج، وأن يقع في الظلم قطعاً إن تزوج. ويكون مندوباً حسب فقهاء الحنفية إذا كان الشخص في الاعتدال لا يقع في

¹ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، حديث رقم 5066، المرجع السابق، ص 1293

² صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5063، المرجع السابق، ص 1292

³ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، حديث رقم 5090، المرجع السابق، ص 1298

⁴ أبي داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في تزويج الأباكر، حديث رقم 2050، المرجع السابق، ص 395

⁵ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 31.

الزنا ولا يخشاه، ولا يقع في الظلم ولا يخشاه، ويرى الشافعية أنه مباح في هذه الحالة. بينما يرى الظاهرية بأنه فرض¹.

3- طبيعة عقد الزواج

النكاح عند أهل الأصول واللغة حقيقة في الوطاء، مجاز في العقد، فحيث ما جاء في الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن يراد به الوطاء، كما في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾². فتحرم منيعة الأب على الابن، أي على فروعه، وتكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني. أما عند الفقهاء ومنهم مشايخ المذاهب الأربعة، فالنكاح عندهم حقيقة في العقد مجاز في الوطاء؛ لأنه المشهور في القرآن والأخبار، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطاء إلا قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾³. والمراد بالزواج العقد، والوطء مستفاد من هذا الخبر⁴.

والزواج عند الشافعية من الأعمال الدنيوية كالبيع ونحوه، وهو ليس بعبادة بدليل صحته من الكافر، ولو كان عبادة لما صح منه، والقصد منه قضاء شهوة النفس. وخالفهم البعض في ذلك، حيث قال الإمام النووي: "إن لم يتعبد فاقد الحاجة للنكاح، واجه الأهبة" (وهي مؤن الزواج من مهر وكسوة ونفقة يومه). والظاهرية قالوا بأنه عبادة وفيه الوجوب لقوله ﷺ: "من استطاع منكم الباءة فليتزوج" والأمر يفيد الوجوب⁵.

وفي الجانب القانوني؛ يرى البعض بأن عقد الزواج تصرف قانوني إرادي كسائر التصرفات القانونية الأخرى، يتطلب إفراغ الإرادتين في شكل قانوني محدد. بينما يرى

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 22-24.

² سورة النساء، الآية 22.

³ سورة البقرة، الآية 230.

⁴ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 30

⁵ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 35

البعض بأنه نظام خاص يختلف عن سائر العقود، وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى إقرار لزوم بعض عناصره اتفاقاً، بحيث لا يمكن مخالفتها من أي كان ولا على أي حال، لدخولها ضمن مسمى النظام العام، فإذا كانت العقود غالباً تقوم على أموال أو خدمات، فإن عقد الزواج يقوم على الأشخاص، ومن البدهة أن يكون ذا أحكام خاصة. ومن خلال دمج الرأيين يتبين أن عقد الزواج هو عقد ونظام لانفراده بمحل خاص جداً، وهو استمتاع كل من الزوجين بالآخر استمتاعاً مشروعاً. ولا يكفي مجرد الإرادات لانعقاده، بل تلزمه مجموعة من العناصر التي تساهم مساهمة فعالة في إعطاء الزواج الصورة القانونية¹.

والمشرع المغربي استعمل في مدونة الأسرة مصطلح الميثاق بدل العقد، وترجيح كفة مفهوم الميثاق الذي على ما هو أخلاقي قدسي، على مفهوم العقد الذي يقوم على الالتزام ويحيل على القانون. كذلك استبدل المشرع في جميع نصوص مدونة الأسرة لفظ "النكاح" بـ "الزواج" لأن الزواج يعني الجانب العقدي وفيه نوع من الحشمة، بينما يُقصد بالنكاح عند عامة الناس العلاقة الجنسية².

الفرع الثاني: متطلبات عقد الزواج

يحتاج عقد الزواج إلى أركان وشروط منصوص عليها في الشريعة الإسلامية، باعتباره عقداً ذو طابع ديني أكثر منه مدني، بالإضافة إلى بعض الشروط التي تتعلق بالجانب المدني والإداري.

1- أركان الزواج

اختلف فقهاء المذاهب في أركان الزواج بسبب نظرته لمفهوم الركن، حيث يرى الحنفية بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزء منه وداخلاً في حقيقته. أما الركن عند

¹ دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 36-40.

² محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 15-16.

الجمهور فهو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء أكان جزء منه أم خارجا عنه. لذا فركن الزواج عند الحنفية هو الإيجاب والقبول فقط. وأركان الزواج عند الجمهور أربعة: صيغة (الإيجاب والقبول)، وزوجة، وزوج، وولي¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرّف الزواج على أنه عقد رضائي، أي بتقابل الإيجاب والقبول. ونصّ في المادة 9 (ق.أ.ج) المعدلة على ركن وحيد للزواج وهو التراضي "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وهو تعديل سليم وفي محله؛ لأن الزواج يعتبر من أسمى العقود المدنية الرضائية، وأعظمها شأنًا، وأبعدها أثرا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع². متماشيا مع المذهب الحنفي في ذلك. ونص في المادة 33 (ق.أ.ج) على بطلان عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا.

وفي هذا الشأن نجد عدة قرارات للمحكمة العليا، منها القرار رقم 255711³ الذي يقضي بفسخ الزواج، لتمسك الزوجة بذلك بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها. وقرار آخر جاء فيه: "يُبطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج"⁴. حيث اعتبر المشرع بأن الرضا هو العنصر الوحيد في عقد الزواج، وانعدامه يجعل هذا الأخير باطلا، والبطلان هنا من النظام العام، والذي يصرّح به القاضي بناء على طلب أحد الزوجين أو من تلقاء نفسه، أو بطلب من النيابة العامة، ويجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁵.

ونصّت المادة 10 (ق.أ.ج) على طريقة التعبير عن التراضي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصحّ

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 36

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص88.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 255711، بتاريخ 2001/02/21، م.ق، 2002، عدد 2، ص 424.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 249138، بتاريخ 2000/07/18، م.ق، 2003، عدد 2، ص 267.

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 45.

الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة".
وبالنسبة للقصر، نصّت المادة 11 (ق.أ.ج) على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره... ويتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"

أما المشرع المغربي؛ فنجد نصّاً على ركنين لعقد الزواج، هما الإيجاب والقبول والصيغة. حيث نصت المادة 10 (م.أ.م) على ما يلي: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً. ويصحّ الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين". وبيّنت المادة 11 (م.أ.م) شروط الإيجاب والقبول، حيث نصّت على أنه: "يُشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة، وأن يكونا متطابقين وفي مجلس واحد، وأن يكونا باتّين غير مقيّدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".

2- شروط الزواج

يُقسّم الفقهاء شروط الزواج إلى ثلاث، شروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم. أما شروط الصحة فهي التي لا يُعتبر العقد موجوداً بغيرها، وشروط النفاذ هي التي لا تجعل العقد نافذاً على عاقديه بغير وجودها. وشروط اللزوم هي التي لا يُلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها¹.

وعند تفحص قانون الأسرة الجزائري، نجد نصّاً على عدة أنواع من الشروط في عقد الزواج، منها الشرعية كالمذكورة في المادة 9 مكرر، والإدارية، والشروط الجعلية (الاتفاقية).

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 51-52

2-1- الشروط الشرعية:

نصّ المشرع في المادة 9 مكرر (ق.أ.ج) على شروط الزواج والمتمثلة في الأهلية، حيث تكتمل ببلوغ 19 سنة للرجل والمرأة حسب المادة 7، ويمكن أن يرخص القاضي قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. والشرط الثاني يتمثل في الصداق وهو ما يُدفع للزوجة من نفود وغيرها، لها حرية التصرف فيه بشرط أن يكون مباحا شرعا حسب المادة 14. والشرط الثالث وهو الولي حيث نصّ المشرع في المادة 11 على حالته للمرأة الراشدة، المتمثل في الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، أما القاصرة فوليها الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. والشرط الرابع هو الشاهدان سواء رجلا أو رجل وامرأتان¹. أما الشرط الأخير؛ فهو انعدام الموانع الشرعية التي نصّ عليها المشرع في المادة 23، وبينت المادة 24 الموانع المؤبدة المتمثلة في القرابة، المصاهرة، والرضاع، والمادة 30 نصت على الموانع المؤقتة.

2-2- الشروط الإدارية:

بالإضافة إلى الشروط الشرعية سالفه الذكر، نصّ المشرع على بعض الشروط الإدارية، كاشتراطه لشهادة طبية تثبت خلو المقبلين على الزواج من أي أمراض تحول دون تحقيق مقاصد الزواج، أو تشكّل خطرا عليه، وفق نص المادة 7 مكرر. كما اشترط المشرع على الرجل الراغب في تعدّد الزوجات، الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة حسب المادة 8. أما المادة 7 فنصت على وجوب الحصول على رخصة من القاضي من أجل زواج القصر، بعد تأكده من قدرة القاصر على تحمّل الالتزامات التي تنشأ عن عقد الزواج.

كما اشترط المشرع تسجيل عقد الزواج في شكل رسمي، حسب نص المادة 18، وذلك أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. وأيضا شروط خاصة بزواج الأجانب والزواج المختلط

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2007/02/14، ملف رقم 381880، م.ق، 2007، العدد 2، ص 483.

حسب المادة 31، والمتمثلة في استصدار ترخيص من الوالي¹، حيث صدر قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "لا يمكن الحكم بتثبيت زواج عرفي، مبرم بين جزائرية وأجنبي، دون تقديم الرخصة الإدارية"². وشرط تقديم شهادة تثبت إسلام الرجل المجنس من دولة غير مسلمة³. بالإضافة إلى بعض الرخص الخاصة بأسلاك الأمن، حسب المادة 23 من المرسوم رقم 481/83 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني⁴. ورخص خاصة بأفراد وزارة الدفاع الوطني.

2-3- الشروط الاتفاقية (الجعلية):

نص المشرع في المادة 19 على حرية اشتراط الزوجين ما بدا لهما؛ مادامت هذه الشروط غير خارجة على نطاق الزواج، "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وأضافت المادة 37(ق.أ.ج) ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

وأجاز المشرع الجزائري للطرفين الاشتراط، وركز على وجوب توثيق الشروط في عقد رسمي من أجل الإثبات في حالة التنازع، وجعل من مخالفة بنود هذه الاتفاقات سببا لفك

¹ الجزائر، وزارة الداخلية والجماعات المحلية، تعليمة رقم 02 المؤرخة في 11/02/1980

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 1028971، بتاريخ 07/12/2016، م.ق، 2016، عدد 2، ص 211.

³ الجزائر، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، القرار الوزاري رقم 580 المؤرخ في 16/09/2014 المتضمن شروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الاسلام.

⁴ الجزائر، وزارة الداخلية والجماعات المحلية، المرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 13/08/1983 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 16/08/1983

الرابطة الزوجية، حيث نصّت المادة 53 الخاصة بحالات التطليق في فقرتها التاسعة، على حق الزوجة في طلب التطليق عند مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج. وأجاز للقاضي الحكم بالتعويض لها إذا تسببت هذه المخالفة في ضرر مادي أو معنوي حسب المادة 53 مكرر.

وبخصوص المشرّع المغربي، فقد نصّ على شروط الزواج في المادة 13 (م.أ.م) كما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: - أهلية الزوج والزوجة - عدم الاتفاق على إسقاط الصداق - ولي الزواج عند الاقتضاء - سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه - انتفاء الموانع الشرعية". وتجدر الإشارة هنا إلى أن سنّ أهلية الزواج في التشريع المغربي هي ثمانية عشر سنة شمسية كاملة، وذلك حسب المادة 19 (م.أ.م).

3- تسجيل وإثبات الزواج

سنّ المقتنّ الوضعي بعض التشريعات والقوانين، ليدفع بها عن الأسرة ما تعرضت له حديثا من مشكلات وأزمات، مردّها غالبا إلى الجهل بأحكام الدين، والفرار من مسؤوليات مقدسة. فأوجبت هذه القوانين تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية¹. حيث نصّ المشرّع في المادة 18 (ق.أ.ج) على أن: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا...". ونصت المادة 71 (ق.ح.م.ج)² على ما يلي: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما...". والمادة 3 (ق.ح.م.ج) نصت على أنه: "يُكلّف ضابط الحالة المدنية بما يأتي: تحرير عقود الزواج...". ونصت المادة 21 (ق.أ.ج) على تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج. والموظف المؤهل قانونيا لإبرام عقود الزواج حسب المادة 2

¹ دليّة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 196.

² الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.

(ق.ح.م.ج) هو ضابط الحالة المدنية، وهو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يفوضه على مستوى البلديات، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية.

وبما أن القانون الجزائري يعترف بالزواج العرفي حسب المادة 6 (ق.أ.ج)، نصّ في المادة 22 (ق.أ.ج) على ما يلي: "... في حال عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". وهنا نميّز بين حالتين في إثبات الزواج العرفي؛ حالة عدم وجود نزاع بين الزوجين أو الورثة، فيمكن اللجوء إلى المحكمة المختصة بغرض تثبيته وفقا للإجراءات القانونية المطبقة والسارية المفعول وقت انعقاد الزواج وإبرامه، بموجب حكم قضائي لإثبات الواقعة المادية للزواج. أما في حالة النزاع وإنكار أحد الطرفين أو ورثته، فلا بد من رفع دعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة التي وقع إبرام عقد الزواج المزعوم ضمن دائرة اختصاصها¹. وبعد صدور الحكم يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيله حسب المادة 58 (ق.ح.م.ج) "التسجيل هو العملية التي ينقل بواسطتها ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقد الحالة المدنية الوارد إليه من مكان آخر غير دائرته أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية".

وبالنسبة لإثبات الزواج؛ نص المشرع في المادة 22 (ق.أ.ج) على: "يُثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية". ونصت المادة 11 (ق.ح.م.ج): "... يمكن لكل شخص أن يطلب من أمناء سجلات الحالة المدنية نُسخا من العقود المسجلة فيها... وتُعتبر صحيحة ما لم يثبت تزويرها". وبالاطلاع على قانون الحالة المدنية، نجد وثيقة أخرى لإثبات عقد الزواج وهي دفتر العائلي، حيث نصت المادة 72 (ق.ح.م.ج) على: "... ويسلم إلى الزوجين دفترا

¹ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق، ص 129-

عائليا مثبتا للزواج". والمادة 112 (ق.ح.م.ج) نصت بأن: "يسلم ضابط الحالة المدنية بعد إتمام الزواج أو عقده دفنرا عائليا للزوجين يثبت قرانهما".

وتسجيل ميثاق الزواج في التشريع المغربي نصت عليه المادة 68 (م.أ.م)، حيث يسجل في سجل مخصص لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، والذي يحدّد شكله ومضمونه والمعلومات التي يتضمنها بقرار لوزير العدل، حيث يبقى هذا السجل كوسيلة إثباتية لمضمون العقد، خصوصا الشروط التي اشترطها الزوجين على بعضهما، أما بقية المعلومات فهي تلخيص لمضامين الوثائق المدلى بها، ويوجّه ملخصا لهذا العقد مرفقا بشهادة التسليم في أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ خطاب القاضي عليه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ازدياد الزوجين، أما الأزواج الذين لم يولدوا بالمغرب، فإنّ ملخص عقد زواجهم يوجه إلى وكيل المحكمة الابتدائية بالرباط. ويعمل ضابط الحالة المدنية على تضمين بيانات بهامش رسم ولادة الزوجين¹.

ومما سبق، تتجلى أهمية عقد الزواج لتأثيره البالغ على الفرد والمجتمع، من خلال تنظيم الشريعة الإسلامية له وتبيان أركانه وشروطه، بالرغم من اختلاف مواقف فقهاء المذاهب، وهذا ما سارت عليه التشريعات محل المقارنة. وأضافت على الشروط الشرعية شروطا تتماشى مع متطلبات العصر، منها الإدارية ومنها الطبية وغيرها. وكل هذا احتراما لمكانة وقدسية الزواج كونه ذو طابع ديني تعبدى.

المطلب الثاني: موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الزواج

اختلفت مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية، حول مسألة تنسيب الأولاد الناتجين عن الزواج المقترن بالشبهة، بسبب اختلاف صور هذه الأخيرة والمراحل التي يكون عليها

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 129.

الزواج، فالشبهة التقليدية قسّمها الفقهاء إلى عدة أقسام كل حسب رؤيته. ونفس الجدل تطرحه الشبهة المعاصرة في الزواج.

الفرع الأول: نسب المولود بالشبهة التقليدية للزواج في الشريعة الإسلامية.

قد يعتري عقد الزواج صورة من صور الشبهة التقليدية التي تطرقنا لها سابقاً، فتكون إما في إبرام عقد الزواج، أو في وطء امرأة متزوجة، وفيما يلي سنعرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول الموضوع.

1- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود بشبهة الفعل في الزواج

فيما يلي سنعرض ما ورد في فقه المذاهب الأربعة، حول نسب المولود من شبهة الفعل خلال قيام العلاقة الزوجية.

1-1- الحنفية:

صرّح الزيلعي بأن النسب يثبت فيه بالدعوى كما سيأتي، فتحرّر أن النسب لا يثبت في شبهة الفعل إلا في موضعين؛ قوله: "واحد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن جلّه، وامرأة وُجدت على فراشه" ولا اشتباه في المرأة الموجودة على فراشه لطول الصحبة، فلم يكن مستتداً إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها. أطلقه فأشمل البصير والأعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره، إلا إذا دعاها فأجابته وقالت أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها، لأن الإخبار دليل. وفي التبيين: وإن جاءت بولد يثبت نسبه... ولا يحدّ بوطء أجنبية زفت إليه وقال النساء هي زوجتك¹.

¹ ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص23

1-2- المالكية:

إذا وطئ الرجل امرأة أجنبية يظنّها حلالاً ولم تعلم هي بأنه أجنبي، لزمه أن يدفع لها مهر مثلها، ومن الوطء بشبهة ما لو تزوّج أخوان أختين، فأدخلت زوجة كل منهما على الآخر خطأ، فقد أفتى علي رضي الله عنه بأن تُردَّ كل واحدة منهما إلى زوجها، ولا يقربها زوجها حتى تقضي عدتها، ولكل واحدة منهما الصداق على الذي وطئها¹. وكل هذه وغيرها من شبهات يثبت بها نسب المولود.

1-3- الشافعية:

وإن تزوّج امرأة ثم وطئ بنتها أو أمها بشبهة، أو وطئ الأب زوجة الابن بشبهة، أو وطئ الابن زوجة الأب بشبهة... انفسخ النكاح؛ لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً، فإذا طرأ على النكاح أبطله، كالرضاع. وإن تزوّج رجل امرأة، وتزوّج ابنه ابنتها، وزُفّت إلى كل واحد منهما زوجة صاحبه فوطئها، ولم يعلما.... فيجب على كل واحدة منهما العدة. وإن أتت كلّ واحدة بولد، لحق الولد بوطئها، ولا حدّ على أحدهما². وفي المَحَلّي، فإن كان جاهلاً فلا حدّ عليه، والولد لاحق به، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بالحق، ولم تنزل الناس يسلمون وفي نكاحهم الصحيح والفاقد، كالجمع بين الأختين ونكاح أكثر من أربع، وامرأة الأب، ففسخ صلى الله عليه وسلم كلّ ذلك وألحق فيه الأولاد، فالولد لاحق بالجاهل لما ذكرنا³.

1-4- الحنابلة:

إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد، وطئاً يلحق النسب بمثله، فأنت بولد يمكن أن يكون منهما، مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر، أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة، في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه، بأن يجدها على فراشه، فيظنّها زوجته

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 607

² أبي الحسن الشافعي، ج9، المرجع السابق، ص 252-253

³ ابن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 87

أو أمته، أو يدعو زوجته في ظلمة، فتجيبه زوجة آخر أو جاريتة وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، فإنه يرى القافة معهما، فبأيهما ألحقه لحق. وفي حالة عدم وجود خلاف بين الرجلين، فإن ادعى نسبه رجل وامرأة، فلا تنافي بينهما؛ لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما، أو وطء شبهة، فيلحق بهما جميعا، ويكون ابنهما بمجرد دعواهما¹.

2- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود من شبهة الملك في الزواج

فيما يلي سنعرض ما ورد في فقه المذاهب الأربعة حول نسب المولود من شبهة الملك خلال قيام العلاقة الزوجية.

2-1- الحنفية

لا حدّ بشبهة المحل وإن ظنّ حرّمته، كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدّة الكنايات. لأنّ الشبهة إذا كانت في الموطوءة يُثبت الملك فيها من وجه، فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع على التقادير كلها، وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده².

ومثال مراهق تزوّج بالغة بغير إذن أبيه ووطئها، وردّ الأب النكاح فلا مهر على الصبي ... ولم يذكر المصنف ثبوت النسب فيها، وقالوا يثبت نسب الولد بالدعوة لكن اختلفوا، ففي التبیین أنه يثبت النسب وإن كانت شبهة الاشتباه لعدم الملك وشبهته، وفي فتح القدير: والأوجه أنها شبهة دليل، فإنّ قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء³.

¹ ابن قدامة، ج8، المرجع السابق، ص 382 - 383

² ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص 19

³ ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص25

2-2- المالكية:

قالوا بثبوت النسب في نكاح الشغار، وهو أن يُزوّج الرجل ابنته لآخر على أن يزوجه الآخر ابنته، من غير أن يكون بينهما صداق، يُفسخ هذا النكاح قبل الدخول وبعده بطلقة بائنة، ولو ولدت المرأة الأولاد، وإذا فُسخ قبل الدخول لا شيء للمرأة، وإذا فُسخ بعده فلها صداق المثل، وهو نكاح يدرأ الحد، لأنه مختلف فيه، ويلحق فيه الولد¹.

2-3- الشافعية:

وإن تزوّج رجل امرأة من نفسها فوطئها، فإن لم يعلم بتحريم الوطء، بأن كان جاهلا لا يعلم تحريمه، أو عاميا فقد مجتهدا يرى تحليله، أو كان الواطئ حنفيا يرى تحليله.. فلا حد عليه؛ لأنه موضع شبهة. وإن كان الواطئ شافعيًا يعتقد تحريمه ففيه وجهان: أحدهما يوجب الحدّ عليه حسب قول أبي بكر الصيرفي. والثاني وهو قول المذهب أنه لا حدّ عليه. وحصول الاختلاف في إباحته من أعظم الشبهة. لأن هذا الوطء يتردد بين الزنا والوطء في النكاح الصحيح، وشبّهه في الوطء بالنكاح الصحيح أكثر؛ بدليل: أنه يجب فيه المهر والعدّة، ويلحق به النسب، وإنما يشبه الزنا بتحريم الوطء لا غير². وفي المحلى "ولا يحلّ نكاح الشغار... فإن كان عالما فعليه الحد كاملا، ولا يلحق به الولد، وإن كان جاهلا فلا حدّ عليه، والولد لاحق به"³.

2-4- الحنابلة

هي شبهة السبب المبيح للوطء، مثل النكاح المختلف فيه، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، ونكاح المجوسية. قال ابن قدامة الحنبلي: وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأنّ

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 583

² أبي الحسن الشافعي، ج9، المرجع السابق، ص 159

³ ابن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص118

الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات¹. ومن المعلوم أن كل وطء لا حد فيه يُثبت معه النسب، كما بيّننا سابقاً.

3- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود من شبهة العقد في الزواج

يرى أبو حنيفة بأنه لا يجب الحد بوطء امرأة محرّم له عقد عليها، لأن العقد صادق محلّه، ولأن محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود، وكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام، إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة.... فعند الإمام أن المحليّة ليست قبول الحلّ، بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت، ولذا صح من غيره عليها. ولا ينافيه قول الأصوليين أن النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محلّه².

وأشار المصنف إلى أن المستأجرة للزنا ولو وطئها فلا حد عليه لشبهة العقد عند الإمام، لأن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليها في الإجارة. وأطلق في المحرّم فشمّل المحرّم نسبا ورضاعا وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحه الغير أو معتدته أو مطلّقة الثلاث، أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها، أو تزوج العبد بلا إذن سيده، أو تزوّج خمسا في عقدة فوطئهن، أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما، أو الأخيرة لو كان متعاقبا بعد التزوّج، فإن لا حد بالوطء بالأولى وهو بالاتفاق على الأظهر، أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمع على تحريمه، وهي محرمة على التأبيد³.

وإذا تزوّج إنسان من محارمه بسبب نسب أو رضاع أو صهارة موجبة لتحريم مؤبد، أو جمع بين أختين أو عقد على خمس أو تزوج معتدة الغير، وحصل وطء موجب العقد،

¹ وهبة الزحيلي، ج6، المرجع السابق، ص 35

² ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص25 - 26

³ ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص 26-27

فلا حدّ عليه عند أبي حنيفة والثوري وإن علم بالحرمة، لكن عليه التعزير؛ لأنه وطء تمكنت الشبهة منه بسبب وجود صورة المبيح، وهو عقد النكاح، فلم يوجب الوطء حداً. وقال جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية: يجب الحد في كل وطء حرام على التأبيد؛ لأن النكاح باطل بالإجماع، ولا عبرة في شبهته؛ لأنها شبهة فاسدة، وما ليس بحرام على التأبيد، كالحرمة بالصهرية مثل أخت الزوجة، أو المختلف في تحريمه كالنكاح بغير شهود: لا يوجب الحد¹.

ومما سبق يتضح إجماع الفقهاء على تنسيب المولود، إذا صاحب الزواج شبهة، كأن تكون في طريقة إبرام عقد الزواج، أو وطء محصنة، في جميع حالات الشبهة التقليدية التي بيّناها سابقاً، مع توسع الحنفية في مجال الشبهة من خلال إدراجهم لشبهة العقد بمفهومهم الخاص، والتي يثبت بها النسب عندهم، وعند باقي المذاهب إذا اقترنت بغلط وحسن نية.

الفرع الثاني: نسب المولود بالشبهة المعاصرة للزواج في الشريعة الإسلامية

تطرح مسألة إثبات نسب المولود من الشبهات المعاصرة للزواج، نقاشات واختلافات في المواقف الشرعية، سواء في الطريقة التي أُبرم بها عقد الزواج ومدى صحته، أو في طريقة الحمل والولادة من خلال الوسائل والتقنيات الحديثة.

1- نسب المولود من شبهة عقود الزواج الحديثة في الشريعة الإسلامية

تطرقنا سابقاً للشبهات المعاصرة في عقود الزواج، وتعرضنا بالشرح لزواج المسيار وزواج الصديق على سبيل المثال لا الحصر، وكذلك الزواج من خلال استعمال وسائل الاتصال الحديثة. وفيما يلي نعرض آراء الفقهاء المعاصرين حول مسألة تنسيب المولود من هذه الزيجات.

¹ وهبة الزحيلي، ج6، المرجع السابق، ص 31-32

وفي جميع الحالات يعتبر زواج الصديق مثبت للنسب، لأنه صحيح في نظر المجيزين وهم الأغلبية، ويعتبر شبهة ملك بالنسبة للغير بسبب الاختلاف الفقهي حوله.

1-3- الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة:

بالنسبة للموقف الشرعي من الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة؛ اختلف أهل العلم المعاصرون حوله، فمنهم من منع ذلك على غرار مجمع الفقه الإسلامي. ومنهم من منع ذلك احتياطاً للنكاح؛ وهذا ما أفتت به اللجنة الدائمة للإفتاء. ومنهم من جوّز ذلك إذا أمن التلاعب¹. وخلال بحثنا هذا لم نصادف أي فتوى بخصوص نسب المولود من عقد الزواج المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهذا ربّما راجع لعدم حصوله على أرض الواقع. غير أنه يمكن اعتباره شبهة ملك يثبت به النسب إذا ما اعتبرنا أن الخلاف قائم حول مجلس العقد.

ومما سبق، فالنسب يثبت من خلال الشبهة المعاصرة في الزواج، لأنه يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ومهما كان توصيف هذه الزيجات بأنها صحيحة أو باطلة أو فاسدة أو مشبوهة، ففي جميع الأحوال يثبت النسب بها جميعاً.

2- نسب المولود من شبهة استتجار الأرحام في الشريعة الإسلامية

تعتبر مسألة استتجار الأرحام من النوازل، لذا لم يتطرق لها فقهاء المذاهب المتقدمون. أما بالنسبة للمعاصرين فانقسموا إلى مذهبين، الأول اعتبر اللقيحة في الرحم المستأجرة زناً، أما المذهب الثاني فلم يعتبرها كذلك².

يرى الفريق الأول بأن الولد الناتج من عملية استتجار الأرحام ابن زنا أو اغتصاب، وتُطبّق عليه نفس أحكامهما. فإن كانت صاحبة الرحم ذات زوج نسب إلى زوجها إلا أن

¹ عبد الله الطيار، المرجع السابق، ص23.

² شابحة امر سعيد، عيسى امعيزة، المقال السابق، ص5

ينفيه باللعان، عملاً بقاعدة الولد للفراش. وإن كانت غير متزوجة بقي بلا نسب أبوي¹. وأدلتهم نفسها التي ذكرناها سابقاً في مسألة تنسب ولد الزنا والاغتصاب.

بينما يرى الفريق الثاني بنسب الولد لأبيه، لأن البويضة هي لزوجته وملقحة بمني زوجها، وبينهما نكاح شرعي صحيح، وإنما زُرعت في رحم المتبرعة بعد التلقيح²، والتحرير هنا لا يدخل في أصل تكوين الجنين، وإنما في طريقة تغذيته. كما يمكن قياسها على نكاح الشبهة الذي يثبت فيه النسب للواطئ لا لصاحب الفراش، لعدم حدوث الإيلاج والمتعة والتلذذ.

أما بالنسبة لنسب الولد لأمه، يرى بعض فقهاء العصر بنسبه لصاحبة الرحم، ودليلهم قوله ﷺ: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ ۝﴾³. ووجه الدلالة من الآية أم الأم هي الوالدة التي تتحمل مشاق الحمل وأعباءه⁴. لقوله ﷺ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۝﴾⁵.

بينما يرى الفريق الآخر بنسبه لصاحبة البويضة، ودليلهم أن الله ﷻ ذكر في أكثر من موضع في القرآن الكريم بأن خلق الإنسان يكون من ماء لزوجين، منها قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ۝﴾⁶. ومن المعقول؛ فإن صاحبة الرحم لا تعطي الطفل إلا

¹ محمد نعمان محمد علي العبداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية - دراسة مقارنة، دار الكتب، صنعاء، 2016، ص 794.

² شابحة عمر سعيد، عيسى امعيزة، المقال السابق، ص 12

³ سورة المجادلة، الآية 2.

⁴ عشير جيلالي، المبررات الشرعية والقانونية لمنع استئجار الأرحام، مجلة صوت القانون، المجلد 1، العدد 2، 2014، ص 235.

⁵ سورة الأحقاف، الآية 15

⁶ سورة المؤمنون، الآية 14

التغذية فقط، وأن خصائص صفات الطفل الوراثية تتقرر من النطفة والبويضة وليس من الرحم، والرحم المستعار ما هو إلا وعاء لنمو الجنين وحفظه كالأنبوب.

وعُرضت مسألة التلقيح الاصطناعي بما فيها استئجار الأرحام، على مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة¹، وأرجى البت فيها. ثم صدر قرار آخر في الدورة السابعة²، وهو القرار الخامس، أجاز اللجوء إلى الأم البديلة بشرط أن تكون زوجة ثانية لصاحب المنى، وضرة لصاحبة البويضة، وبالتالي يُنسب الولد للوالد والأم صاحبة البويضة. ثم صدر قرار آخر، وهو القرار الثاني في الدورة الثامنة³ نص بعدم جوار استئجار الأرحام بصورة مطلقة، بسبب احتمال أن تحمل الزوجة التي زرعت فيها اللقيحة قبل انسداد رحمها، بسبب معاشرة زوجها لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين وبالتالي لا يُعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين، وتلد مولودا واحدا فقط، فلا يُعلم أهو ولدُها أم ولدِ ضررتها.

إن مسألة تأجير الأرحام لها من السلبيات ما يدعو لمنعها نهائيا، لكن وإن كنا أمام أمر واقع وحدثت ولادة طفل بهذه الطريقة، فالحل الوحيد في اعتقادنا هو الطرق العلمية وخاصة البصمة الوراثية، ويثبت نسب الطفل للوالد والوالدة التي تتطابق نتائجها معه على أساس الشبهة.

3- نسب المولود من شبهة التلقيح الاصطناعي في الشريعة الإسلامية

تناول الفقهاء المتقدمون مسألة التلقيح الاصطناعي حسب ما كان متاحا في زمانهم وبيئتهم، وأطلقوا عليهم مصطلح الاستدخال، وما يميّزه عن الاستدخال الحديث أنه يتم بوسائل ومعدات متطورة. واعتبروا الاستدخال بأنه يقوم مقام الوطاء، ورتّب عليه الفقهاء

¹ مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، القرار الرابع، الدورة الخامسة، المنعقدة من 03 إلى 11 فيفري 1982

² مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، القرار الخامس، الدورة السابعة، المنعقدة من 15 إلى 20 جانفي 1984

³ مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، القرار الثاني، الدورة الثامنة، المنعقدة من 21 إلى 30 جانفي 1985

المتقدمون آثاره من نسب ونفقة وعدة وغيرها، فدلّ على جوازه، وبالتالي جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي¹.

وانقسم الفقهاء المعاصرون إلى قسمين في موقفهم من مسألة التلقيح الاصطناعي، حيث يرى الفريق الأول بتحريم هذه العملية، وهم قلة من العلماء المعاصرين، منهم رجب التميمي، وعبد الله بن زايد آل محمود، حيث يقول الشيخ رجب التميمي: "من أخطر المواضيع التي يبحثها الباحثون والفقهاء المسلمون في عصرنا الحاضر (أطفال الأنابيب)، فهو موضوع غريب عن المجتمع الإسلامي، نُقل إلينا من عادات المجتمعات الغربية وثقافتها المادية التي أفسدت كثيرا من المجتمع الإسلامي، ومن المعلوم أن الأسرة تفككت في المجتمعات الغربية وسارت في طريق الانحلال"².

أما الفريق الآخر؛ وهم غالبية الفقهاء المعاصرين، فيرى بجواز التلقيح الاصطناعي بشروط، وكما هو معلوم فإنّ للتلقيح الاصطناعي عدة أساليب، لذا قرّر مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بجواز أسلوبين، في قراره الرابع في دورته الخامسة سألفة الذكر، وتنسب الولد إلى الزوجين مصدري البذرتين مع وجوب اتخاذ الاحتياطات اللازمة. وهذا نفسه ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي الدولي³، والأسلوبين هما:

- أخذ النطفة من رجل متزوج ثم حقنها في رحم زوجته نفسها. وهذا ما يعرف عند قدماء الفقهاء بالاستدخال.

- أخذ البذرتين الذكورية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة.

¹ - شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي المنظور الشرعي والقانون الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 1، 2019، ص 17

² - رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، العدد 2، 1986، ص 309 وما يليها.

³ - قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص 71

هذا الأسلوب مقبول مبدئياً لكن يلزمه الحيطة والحذر، ولا يلجأ له إلا في حالة الضرورة.

إن الشبهات المعاصرة التي تطرأ على عقد الزواج، سواء من خلال إبرامه أو في طريقة الحمل والولادة، ودون الخوض في مدى صحتها وإجازتها فإن الحمل الناشئ عنها يثبت للوالد، لأن هذه الزيجات سواء كانت صحيحة أم فاسدة يثبت بها النسب، أما الحمل بالطرق المعاصرة فأجازه الفقهاء عكس مسألة استتجار الأرحام، فالأولى عدم اللجوء لها ومنعها، ومع ذلك نرى بضرورة اللجوء للبصمة الوراثية وإثبات أبوة الوالد لولده.

المطلب الثالث: الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة في الزواج

اختلفت المواقف القانونية من مسألة تنسب الولد الناتج عن الزواج الذي اقترن بشبهة، سواء في طريقة تكوين هذا العقد من أركان وشروط، أو في طريقة الحمل والولادة. وفيما يلي سنعرض موقف القانون الجزائري، والقانون المغربي من ذلك.

الفرع الأول: الموقف القانوني من نسب المولود بالشبهة التقليدية في الزواج

فيما يلي سنحاول البحث عن موقف المشرع الجزائري والمشرع المغربي حول نسب المولود من عقود الزواج المقترنة بالشبهات التقليدية (العقد، الملك، الفعل)

1- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة العقد في الزواج

شبهة العقد حسب مفهوم الأحناف، كعقد الرجل على امرأة من محارمه. تطرق لها المشرع الجزائري في المادة 34(ق.أ.ج) "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء". واعتبرها سبباً يثبت به النسب. ونجد قرار المحكمة العليا ينص على فسخ الزواج بسبب الرضاع، جاء فيه: "... أن فسخ الزواج المبرم بين الطاعنين مؤسس على شهادة أم الطاعن، والتي أكدت بأنها أرضعت الطاعنة مع ابنها وعمرها حوالي 3 أشهر رضاعة مشبعة، وأم الطاعنة قامت بدورها بإرضاع الطاعن

نفسه. وبالإضافة فالشاهد صحّ أمام المحكمة بأن والد الطاعن حضر عقد الفاتحة، وأخبرهم بأن الشخصين المراد عقد زواجهما هما إخوة من الرضاعة، مما يجعل الوجه غير مؤسس. الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن¹. وما يلاحظ؛ أن القانون لم يميّز بين علم الزوجين بالحرمة مسبقاً أو لا. ونص على إثبات النسب في كلتا الحالتين، وهذا ما يؤكد مسايرته للمذهب الحنفي في مفهومه لشبهة العقد.

وبالنسبة لشبهة العقد في القانون المغربي، فنجد أن المشرع اعتبر ذلك زواجا باطلا، حيث بينت المادة 57 (م.أ.م) أسباب بطلان الزواج ومن بينها وجود أحد موانع الزواج. ومنه فنسب المولود من هذا الزواج يثبت في حالة تقديم الزوجين أدلة وبراهين تثبت حسنة النية، وهذا حسب المادة 58 (م.أ.م).

2- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة الملك في الزواج

اعتبر القانون الجزائري شبهة الملك سببا مثبتا للنسب، كالنكاح بلا ولي، أو بلا شهود وغيرها مما اختلف فيه العلماء. لأنه نص على فسخ الزواج قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فاعتبر المشرع ذلك زواجا صحيحا، بعد إثباته بصدّق المثل، والزواج الصحيح سبب لثبوت النسب. حيث نص في المادة 33 (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل". ونص كذلك على بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا، في الفقرة الأولى من نفس المادة، واعتبر الزواج الباطل سببا مثبتا للنسب حسب المادة 40 (ق.أ.ج). ونجد قرار للمحكمة العليا يقضي ببطلان عقد الزواج الذي تم مع زوجة حامل من علاقة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 232324، بتاريخ 2000/01/18، م.ق، 2001، عدد 1، ص 261.

غير شرعية دون علم الزوج. والذي جاء فيه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج... لأن حمل الزوجة يعتبر مانعا من موانع الزواج"¹.

واعتبر القانون المغربي الزواج المقترن بشبهة الملك زواجا فاسدا، حيث نصت المادة 59(م.أ.م) على ما يلي: "يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شروط من شروط الصحة..."، ويختلف جزاءه باختلاف الشرط المختل، ففي بعض الحالات يصحح بعد الدخول بصداد المثل، وفي حالات أخرى يفسخ قبل الدخول وبعده، منها حالة غياب الولي في حالة وجوبه². ومع ذلك يُثبت المشرع المغربي نسب الولد الناتج عن العقد الفاسد، حيث نصت المادة 154(م.أ.م) على ما يلي: "يُثبت نسب الولد بفراش الزوجية... سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا".

3- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة الفعل في الزواج

خلال بحثنا في النصوص القانونية الجزائرية، وكذا الاجتهادات القضائية، لم نجد مثالا صريحا حول مصير نسب المولود من شبهة الفعل في الزواج، ومرد ذلك لندرتها أو عدم عرض حالاتها على القضاء، غير أنه وباستقراء مختلف النصوص نلاحظ أن المشرع نص على ثبوت النسب بمختلف حالات الشبهة، ومنها شبهة الفعل. ومثالها أن يطأ الرجل امرأة وجدها على فراشه معتقدا بأنها زوجته. حيث نص المشرع في المادة 40 (ق.أ.ج) على أنه: "يُثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بِنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسحه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34". وهذه المادة تعتبر قاعدة عامة، ومدلولها إثبات النسب متى تحققت الشبهة ومهما كانت صورتها. والمادة 34(ق.أ.ج) نصت على أن "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 371562، بتاريخ 2006/10/11، م.ق، 2007، عدد 2، ص 457.

² المواد 60-61 (م.أ.م)

الاستبراء". وتدخل ضمن المحرّمات المرأة المحصنة، وربما قد تحدث هذه الحالة مع المتزوجة عرفيا.

وبخصوص موقف القانون المغربي من نسب المولود بالزواج المقترن بشبهة الفعل، لم نجد نصا صريحا، غير أنه بالرجوع للمادة 57(م.أ.م)، والتي نصت على بطلان الزواج إذا وُجد بين الزوجين مانع، ومثاله أن تكون المرأة متزوجة. والمادة 58 (م.أ.م) نصت على آثار هذا الزواج " يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة". وبالتالي يتضح موقف المشرع المغربي المؤكد لثبوت نسب المولود من شبهة الفعل في الزواج.

ومما سبق؛ يتضح إجماع القانون الجزائري والقانون المغربي على ثبوت نسب المولود من الزواج المقترن بمختلف الصور التقليدية للشبهة. وما يميز القانون المغربي هو نصه صراحة على وجوب توفر حسن النية، عكس القانون الجزائري الذي ربما اعتبر ذلك أمرا بديهيا، يستنتجه القاضي خلال محاولة الشخص إثبات واقعة الشبهة.

الفرع الثاني: موقف القانون من نسب المولود بالشبهة المعاصرة في الزواج

تختلف الشبهات المعاصرة التي تتعلق بالزواج، سواء ما تعلق منها بأنواع الزيجات الحديثة، أو ما تعلق بالطرق الحديثة للحمل والولادة، وفيما يلي سنعرض موقف القانونين الجزائري والمغربي من نسب المولود من الزواج المقترن بهذه الشبهات

1- الموقف القانون من نسب المولود بشبهة عقود الزواج الحديثة

تطرقنا فيما سبق إلى عقود الزواج الحديثة من حيث التعريف، وقصرنا الدراسة على أمثلة منها فقط وهي زواج المسيار، وزواج الصديق (الفرند)، والزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة. وعند إسقاطها على عقد الزواج المنصوص عليه في القانون الجزائري، نجد بأن الشروط المنصوص عليها قانونا صحيحة، لتوفر ركن الرضا وباقي شروط الزواج الصحيح.

غير أن ما يميّز هذه الأنكحة هو الاتفاق على إسقاط بعض حقوق الزوجة، كالنفقة، المساكنة... إلخ.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أنه ينصّ على حق الزوجين في الاشتراط، حيث نصت المادة 19 (ق.أ.ج) على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". ومنه فإن للزوجين حق الاشتراط على بعضهما. لكن قد تكون هذه الشروط تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج أو مع قانون الأسرة الجزائري، فيصبح بذلك عقد الزواج إما باطلاً وإما فاسداً. كما قد يبطل الشرط ويصحّ الزواج¹.

وأما بخصوص الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، فإن المشرّع لم يعتمد صراحة من خلال إلغاء الوكالة في الزواج، مما يستوجب حضور طرفي العقد شخصياً. ويقصد به التعبير عن الإرادة بين طرفين متباعيين مكاناً حاضرين زماناً، أو متباعيين زماناً ومكاناً. وعلى العموم قد يحدث فعلاً هذا الزواج، وبالتالي يعتبر عرفياً يحتاج لإثباته أمام القضاء. ومنه قد يثبت ويصبح زواجا صحيحاً، كما قد يُرفض ويكون باطلاً لعيب في التعبير عن التراضي، حيث نصت المادة 33 (ق.أ.ج) على ما يلي: "يُبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا...".

وفي جميع الحالات فإن نسب الولد ثابت لأبيه في هذه الأنكحة الحديثة، لأنه في حالة إسقاط الشرط فإن عقد الزواج صحيح ويثبت به النسب. وفي حالة إبطال عقد الزواج لفساده فإن ذلك سبب لثبوت النسب، حيث نصت المادة 40 (ق.أ.ج) نصت على التالي:

¹ المواد 32. 33. 35 (ق.أ.ج)

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول..."

وبالنسبة للقانون المغربي، لا مجال للحديث عن بطلان زواج المسيار وزواج الصديق. لأنه كما بينا سابقا بأنها زيجات تضمنت أركان وشروط الزواج الصحيح، غير أن الزوجين يضعان بعض الشروط، كعدم الإنفاق وعدم المساكنة وغيرها. ولأن المادة 57(م.أ.م) بينت بأن الزواج يكون باطلا في حالتين؛ أولها إذا اختل فيه الركن والمقصود به التراضي. وثانيها إذا وُجد بين الزوجين مانع شرعي.

أما بإسقاطه على الزواج الفاسد، فالمادة 61(م.أ.م) ذكرت أسباب فساد ميثاق الزوجية على سبيل الحصر وهي: " - إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين - إذا قصد به تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا - إذا كان بدون ولي في حالة وجوبه"، ومنه فالزيجات سابقة الذكر تعتبر صحيحة في القانون المغربي. وإضافة إلى ذلك فإن المادة 47(م.أ.م) أجازت للزوجين وضع شروط على بعضهما، وفي حالة كونها تخالف أحكام العقد ومقاصده والقانون فتعتبر باطلة والعقد صحيح.

وبالنسبة للزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، فإن القانون المغربي لم ينص عليه صراحة سواء بالإجازة أو الحظر، فمن جهة؛ المادة 17 (م.أ.م) تجيز التوكيل على إبرام عقد الزواج. غير أن المادة 11(م.أ.م) توحى بعدم اعتراف المشرع به، لأنها اشترطت في الإيجاب والقبول أن يكونا متطابقين وفي مجلس واحد. وفي هذا السياق أطلقت وزارة العدل بوابة لطلبات الإذن بالزواج عبر الخط¹ بسبب وباء كورونا، حيث يتم تقديم الطلب، ونسخ الوثائق المطلوبة إلى غاية تحديد تاريخ العقد والذي يتم بتنقل المعنيين، وربما يعتبر ذلك خطوة في طريق اعتماد الزواج الإلكتروني.

⁻¹ <https://eadoul.justice.gov.ma>

ومن خلال ما سبق يتضح أن القانون المغربي يثبت نسب المولود عن شبّهات الزواج المعاصرة، ولا سيما أنواع الزيجات الحديثة، كزواج الصديق والزواج الميسار، باعتبارهما زيجات صحيحة. أما الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة فلم يعتمد أساساً.

وإثبات النسب من الزيجات الحديثة موقف صائب من طرف القوانين محل المقارنة، لأنها بالرغم من الاختلاف الفقهي حولها، إلا أن حماية الطفل والمحافظة على نسبه أمر ضروري وترقى أهميته فوق كل اعتبار. كما نرى بضرورة اعتماد القوانين محل المقارنة على الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، بعد توفير الضمانات الضرورية، لأنها ضرورة يفرضها التطور العصري.

2- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة طرق الحمل الحديثة

نص المشرع الجزائري على التلقيح الاصطناعي بموجب تعديل قانون الأسرة 2005 بإضافته للمادة 45 مكرر، حيث أجاز اللجوء إليه وفق ضوابط وشروط وهي:

- أن يكون الزواج شرعياً
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

وبخصوص نسب الولد الناتج عن هذه العملية، فإنه ثابت للزوجين، وهذا ما يُستنتج من المادة 41 (ق.أ.ج) التي أكدت على أن: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، ومنه فالتلقيح الاصطناعي يعتبر طريقاً من طرق الاتصال بين الزوجين، لأن المشرع لم يحدد طريقة الاتصال ولم يحصرها في الاتصال الجنسي المباشر. ويُثبت به نسب الولد في نظر القانون، إذا ما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر.

غير أنه إذا لقت هذه الزوجة بليحة من رجل آخر بسبب خطأ طبي، فيمكن اعتبار ذلك شبهة يثبت بها نسب المولود للوالد صاحب النطاف. أما إذا تعمدت الزوجة التلقيح بنطاف رجل غير زوجها، فينسب للزوج صاحب الفراش، وله أن ينفيه بالطرق المشروعة.

وأجاز المشرع المغربي إمكانية اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، وفق شروط لا بدّ من احترامها، ذكرها في القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث راعى في ذلك ضرورة تحقق شرط الفراش الصحيح، لأن القانون نص على أن هذه العملية لا تكون إلا لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة، ومن أمشاج متأتية منهما فقط. ولا يكون ذلك إلا بطلب مكتوب من الزوجين برضاها، مرفوق بنسخة من عقد الزواج¹.

وبالتالي فالمشرع المغربي يُثبت نسب المولود من عملية التلقيح الاصطناعي إذا تحققت الشروط التي أقرها، لأن فراش الزوجية الصحيح موجود.

وفي جميع الأحوال، قد تقع بعض الأخطاء البشرية المخبرية، كاختلاط الأمشاج وغيرها، بقصد أو بغيره، ففي هذه الحالة يمكن الحديث عن الشبهة، والتي تعتبر سببا يثبت به النسب في التشريع المغربي²، تحتاج لإثباتها بجميع الوسائل المقررة شرعا حسب المادة 155 (م.أ.م) بما فيها الاستعانة بالطرق العلمية. وبالتالي يُثبت النسب للرجل صاحب الماء.

3- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة طرق الولادة الحديثة

جاء موقف المشرع الجزائري صريحا بخصوص الأم البديلة، في المادة 45 مكرر (ق.أ.ج) في فقرتها الأخيرة "لا يجوز التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". ومنه فعقد إيجار الرحم هو عقد باطل بطلانا مطلقا، نظرا لعدم مشروعية محل وسبب العقد، ومخالفتها للنظام العام والآداب العامة. ونصت المادة 374 من القانون المتعلق بالصحة

¹ المواد 12-13 من القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

² المادة 152 (م.أ.م)

على ما يلي: يُمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع، والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية، البويضات، حتى بين الزوجات والضرّات، بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أمّا أو بنتا".

وبخصوص نسب المولود للوالد، فإنه باستقراء نصوص قانون الأسرة ولا سيما المواد المتعلقة بالنسب، نستنتج أنه لا يثبت للوالد. لأنّ المشرع نص على عدم جواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة. وفرضا لو تم ذلك فإن هذا الولد لا ينسب للوالد لانعدام الفراش، وحتى ولو كيفناه على أنه ولد زنا، فالقانون الجزائري لا ينسب أولا الزنا كما بينا ذلك سابقا. يبقى احتمال وقوع خطأ في زرع اللقحة في رحم امرأة أخرى بدلا من صاحبة البويضة، فهنا يمكن تنسب الولد على أساس الشبهة طبقا للمادة 40 (ق.أ.ج)، ويمكن التأكد من نسبه من خلال اللجوء إلى البصمة الوراثية اعتمادا على المادة 45 (ق.أ.ج).

وبالنسبة لنسب الولد من الأم؛ اعتبر المشرع أن الأم التي حملت الطفل ووضعتة، حتى ولو كانت البويضة الملقحة التي زرعت فيها غريبة عنها وعن زوجها، والقيام بنسب الطفل إلى امرأة غير التي وضعتة يعد جريمة يعاقب عليها القانون الجزائري¹. فالذي يمكن استنتاجه من قانون الأسرة الجزائري، أنه يعتبر صاحبة الرحم هي الوالدة وليست صاحبة البويضة، لأنّ المادة 43 (ق.أ.ج) تنص على: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، ويستنتج منها أن المشرع ينسب الولد للوالدة التي حملت ووضعت المولود.

والمشرع المغربي يعرّف عملية استئجار الأرحام في المادة 2 (ق.م.ط.إ.م) بأنها: استقبال رحم امرأة للقيحة ناتجة عن الإخصاب الأنبوبي لأمشاج مأخوذة من زوجين، واستكمال الحمل إلى نهايته قصد تسليمها الطفل بعد الولادة، بصفتها والديه البيولوجيين.

¹ سعيدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، مجلد 7، عدد 3،

ومنع ذلك من خلال المادة 5 من نفس القانون والتي نصت على ما يلي: "لا يمكن استغلال الوظائف التناسلية البشرية لحساب شخص آخر أو لأغراض تجارية... وكذا الحمل من أجل الغير". وفي المادة 41 نص على عقوبة الحبس والغرامة في حالة مخالفة أحكام المادة 12، والتي تنص على أن تكون العملية حصريا بين الزوجين ومن أمشاجهما.

ومما سبق يتضح موقف المشرع المغربي من عملية استئجار الأرحام، حيث لا يُثبِت نسب الولد الناتج عنها، لأنه منعها منعاً مطلقاً، ولا يوجد فراش يرتكز عليه النسب مهما كان. وبالتالي فالمولود ولد زنا ونسبه ثابت لأمه فقط.

ويعتبر موقف القوانين محل المقارنة الرافض لعملية استئجار الأرحام موقفاً صائباً، سداً لباب المفساد الكثيرة التي يمكن أن تنجم عن هذه العملية، غير أنه في حالة حصول ذلك، ولا سيما وأن بعض البلدان الغربية تجيز العملية، فإننا نرى باللجوء إلى البصمة الوراثية وتنسب الولد لأبيه على أساس الشبهة.

وبمقارنة مواقف القوانين محل المقارنة، يتبين أنهما يثبتان النسب في جميع صور الشبهة التي تقترب بالنكاح، مع اتفاقهما على منع استئجار الأرحام. ولعل مرد ذلك كونهما يستمدان الأحكام من الشريعة الإسلامية. غير أن ما يميز القانون المغربي أنه يشترط تقديم الأدلة والحجج على إثبات حسن النية، بينما لا يشترط القانون الجزائري ذلك. وهذا ما يجعل الأول أكثر دقة وتحوطاً في إثبات النسب، لأن أساس الشبهة هو حسن النية.

الفصل الثاني: نسب المولود بالشبهة في انحلال الرابطة الزوجية

يمكن ألا يتوافق الزوجان في حياتهما لعدة أسباب، لذا شرّع الله ﷻ طرقاً لفك رابطة الزواج، سواء بإيقاع الطلاق من طرف الزوج أو بطلب من الزوجة. ورتّب على ذلك بعض الآثار كالعدة والرجعة وغيرها. تباينت أقوال الفقهاء حول طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها، وعلى غرارها القوانين محل المقارنة. وبالتالي قد تلتبس الأمور على الزوجين، مما يوقعهم في الشبهات، والتي تؤثر تأثيراً مباشراً على إثبات نسب المولود. لذا سنحاول التفصيل في ذلك من خلال التطرق لتأثير الشبهة في الطلاق على نسب المولود في المبحث الأول. وفي الثاني نبحث في تأثير الشبهة في آثار انحلال الرابطة الزوجية على ذلك، سواء في الشبهات المرتبطة بالعدة أو المرتبطة بالرجعة.

المبحث الأول: نسب المولود بالشبهة في طرق فك الرابطة الزوجية

شرّع الله تعالى الطلاق كوسيلة لفك ارتباط الزوجين، إذا كانت حياتهما الزوجية غير قابلة للاستمرار. وفصل فيه الفقهاء من حيث أنواعه وطرق إيقاعه. اعتمدته القوانين محل المقارنة باعتبارها تستمد أغلب ما جاء فيها من الشريعة الإسلامية، مع بعض الاختلافات والإضافات. والطلاق لا يمكنه أن يسلم من بعض الشبهات التي قد تطرأ عليه، وتؤثر تأثيراً مباشراً على النسب. وفيما يلي سنحاول تبيان ماهية الطلاق (المطلب الأول)، وطرق إيقاعه (المطلب الثاني)، ثم موقف الشريعة والقوانين محل المقارنة من نسب الطفل الذي اقترنت ولادته بالشبهات في فك الرابطة الزوجية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية الطلاق

بما أن الزواج رابطة بين رجل وامرأة لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، قد يحدث ألا يوفق الطرفان في الاختيار، أو قد يطرأ ما يجعل هذه الرابطة مستحيلة، فكان لا بد من طريقة لحلّها، لذا شرّع الله ﷻ الطلاق واعتبره أبغض الحلال.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

جعل الله تعالى العصمة في يد الزوج لفك الرابطة الزوجية من خلال إيقاع الطلاق، والذي يعتبر وسيلة لحل عقد الزواج. وفيما يلي سنتطرق إلى تعريفه، ومشروعيته من الشريعة والقانون، ثم نبين طبيعته.

1- تعريف الطلاق

لغةً، الطلاق يتعلق بالزواج. والطلاق من الإبل التي طُلقت في المرعى، وقيل هي التي لا قيد عليها. وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عُقدة النكاح، والآخر بمعنى التخليّة والإرسال. ويُقال للإنسان إذا عُنق طليق، أي صار حُرًا¹. وللطلاق عدة أسماء؛ فسماه الله تعالى في القرآن الكريم سراحًا، لقوله ﷻ: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾². كما سمّاه طلاقًا لقوله ﷻ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³.

وأما اصطلاحًا فقد تطرقنا له سابقًا، وعموما فالطلاق هو حل قيد النكاح، أو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه. أو رفع النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص⁴.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، كان متذبذبًا بين التطرق للتعريف وغيض النظر عنه، ففي الوقت الذي أُلِف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها، لم يجسّد ذلك في المادة 48 (ق.أ.ج) من القانون 11/84، إذ نصّ صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج...". غير أن التعديل الصادر في 27 فبراير 2005، وفي نفس المادة تراجع المشرع عما قام به في

¹ ابن منظور، المجلد 4، ج 30، المرجع السابق، ص 2693

² سورة الأحزاب، الآية 49.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ وهبة الزحيلي، ج 7، المرجع السابق، ص 356

السابق، وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، واكتفى بالقول: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق..."¹.

وأما المشرع المغربي فعرف الطلاق في المادة 78 (م.أ.م) كما يلي: "الطلاق حلّ ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة". وسيراً على مبدأ المساواة الذي نهجه المشرع في مدونة الأسرة، جعل ممارسة الطلاق للزوجين معا بعد أن كان حكراً على الزوج فقط.²

2- مشروعية الطلاق

يستمد الطلاق مشروعيته من قوله ﷺ: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَانٍ فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسِنٍ﴾³. وقوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا النَّيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁴. وأما من السنة؛ فقولته ﷺ: "أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق"⁵. وقول عمر رضي الله عنه: "طلق النبي عليه الصلاة والسلام حفصة، ثم راجعها"⁶.

وذكر الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) أن الطلاق من حيث هو جائز، والأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض، وتعتريه الأحكام الأربعة من حرمة، وكراهة، ووجوب، وندب. فيكون حراماً؛ كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها. ويكون مكروهاً؛ كما لو كان له رغبة في الزواج، أو يرجو به نسلاً ولم يقطع بقاء الزوجة عن عبادة واجبة، أو أوقعه من غير حاجة إليه. ويكون واجباً؛ كما لو علم أن بقاء الزوجة يوقعه في مُحَرَّم من نفقة أو غيرها. ويكون مندوباً

¹ باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2012، ص 11

² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 139.

³ سورة البقرة، الآية 229

⁴ سورة الطلاق، الآية 1.

⁵ أبي داود، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، حديث رقم 2178، المرجع السابق، ص 505.

⁶ أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، حديث رقم 2283، المرجع السابق، ص 593.

أو مستحبا؛ إذا كانت المرأة بذية اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده. ويُستحب الطلاق في الجملة لتفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة¹.

وأجمع الناس على جواز الطلاق، والمعقول يؤيده، لأنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، وضررا مجردا، بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقضى ذلك الشرع ما يزيل الزواج، لتزول المفسدة الحاصلة.

وأجاز القانون الجزائري على غرار باقي القوانين الطلاق كوسيلة لفك الرابطة الزوجية، في الباب الثاني من قانون الأسرة المعنون بانحلال الزواج، حيث تطرق في الفصل الأول إلى الطلاق في المواد من 48 إلى 57 مكرر، وفي الفصل الثاني إلى آثاره من المادة 58 إلى 80. ونصّ على الطلاق بإرادة الزوج، وبتراضي الزوجين، وبطلب من الزوجة إذا تحققت بعض الشروط، كما تطرق إلى الخلع والنشوز كطرق لفك الرابطة الزوجية.

وأجاز القانون المغربي اللجوء إلى الطلاق لفك الرابطة الزوجية، في الكتاب الثاني من مدونة الأسرة، إلا أنه جعل الإقدام عليه أمرا استثنائيا، حيث نصت المادة 70 (م.أ.م) على أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".

3- الأحكام القانونية للطلاق

اعتبر القانون الجزائري الطلاق وسيلة لفك الرابطة الزوجية على غرار الوفاة، وذلك بموجب المادة 47 (ق.أ.ج). ونصّ في المادة 48 (ق.أ.ج) على أنواع الطلاق المعتمدة، والمتمثلة في الطلاق بإرادة الزوج، أو بالتراضي، أو بطلب الزوجة. ونص كذلك في المادة 54 (ق.أ.ج) على اعتبار الخلع طريق لفك الرابطة الزوجية. وكذلك النشوز بموجب المادة

¹ وهبة الزجيلي، ج7، المرجع السابق، ص 362 - 363

55 (ق.أ.ج). وفي كل الأحوال لا يمكن إثبات الطلاق إلا بموجب حكم قضائي بعد محاولات الصلح، وفقا للمادة 49 (ق.أ.ج). ويعتبر حضور طالب فك الرابطة الزوجية وجوبيا لجلسات الصلح¹، تحت طائلة رفض دعواه². ولم يقيد القانون عدد جلسات الصلح تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي³.

والمادة 57 (ق.أ.ج) تشير إلى أن الطلاق وسيلة مؤلمة اجتماعيا وجسديا ونفسيا، وأكثر وقعا على النفس، لهذا تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف، فيما عدا جوانبها المادية⁴. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "لا يجوز استئناف أحكام الطلاق إلا في الجوانب المادية، عملا بنص المادة 57 (ق.أ.ج) التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية"⁵.

غير أن إلزامية الصلح في دعاوى الطلاق تطرح بعض الإشكالات، لا سيما في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وخاصة إذا كان الطلاق عرفيا سابق لرفع الدعوى. فأحيانا قد يسبق التلّفظ بالطلاق مدة تفوق بكثير فترة العدة، وربما قد يكون أحد الزوجين أو كلاهما تزوج زواجا آخر عرفيا، وعند طلب تثبيت الطلاق يجد القاضي نفسه مجبرا على إجراء محاولات للصلح التي لا جدوى منها، والتي تخالف النظام العام والشريعة الإسلامية. وقد يُطرح مشكل آخر يتمثل في الطلاق الثالث، حيث نصّت الشريعة على أنه بائن بينونة كبرى، ولا يمكن للزوجين المراجعة حتى تتزوج المرأة شخصا آخر وتتفصل عنه، سواء بطلاق أو وفاة، حسب المادة 51 (ق.أ.ج): "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 1477236، م.ق، 2021، عدد 2، ص 84. منقول من دليل البحث في مجلة المحكمة العليا، ط2، 2022.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 474956، بتاريخ 2009/01/14، م.ق، 2009، عدد 2، ص 271.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 0870291، بتاريخ 2014/03/13، م.ق، 2014، عدد 2، ص 268.

⁴ بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 90

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 101232، بتاريخ 1994/12/13، ن.ق، 1999، عدد 54، ص 97.

مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ومنه فمحاولات الصلح الإلزامية على القاضي تُصبح مخالفة للنظام العام والشريعة.

وبالنسبة للطلاق في القانون المغربي، نجد أن مدونة الأسرة لا تعترف بالطلاق الواقع خارج المحكمة، حيث نصت المادة 79 (م.أ.م) على ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب". وقبل الإذن بالطلاق وبعد حضور الزوجين، يتم مُقابلتهما ومناقشة الموضوع، وعن الأسباب والدوافع الرامية إلى طلب الإذن بالطلاق، ويمكنها انتداب حكمين لمحاولة الصلح¹.

وأعطى المشرع إمكانية أخرى للصلح في حالة وجود أولاد، بمحاولتين تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً، حسب المادة 82 (م.أ.م). وإذا تعذر الصلح، تُحدّد المحكمة مبلغاً مالياً يودعه الزوج بكتابة الضبط خلال ثلاثون يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأولاد، حسب المادة 83 (م.أ.م). واعتبرت المادة 86 (م.أ.م) أن عدم دفع المبلغ في الآجال قرينة على تراجع الزوج عن الطلاق. وبيّنت المادة 128 (م.أ.م) عدم قابلية أحكام الطلاق للطعن، حيث جاء نصها كما يلي: "المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

وما يميز القانون المغربي؛ أنه يسمح للزوجة بإيقاع الطلاق إذا ملّكها الزوج ذلك، حيث نصت المادة 89 (م.أ.م) على ما يلي: "إذا ملّك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة...". وإذا كانت مدوّنة الأسرة قد أبقت على الطلاق الذي يوقعه الزوج، فإن إرادة هذا الأخير أصبحت رهينة الإذن

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 143.

القضائي، وفي غيابه لا يمكن الإشهاد على الطلاق من طرف عدلين منتصبين لذلك. كما أنّ التعبير عن هذه الإرادة في إنهاء ميثاق الزوجية، أصبح معلقا على إيداع مبلغ معين يُمثّل مستحقات الزوجة والأطفال¹.

ومما سبق؛ فالطلاق باعتباره وسيلة لفك الرابطة الزوجية، شرّعه الله تعالى في حالة استحالة العيش المشترك بين الزوجين، وبالتالي عدم تحقيق مقاصد الزواج. واعتبره أبغض الحلال، وسارت على ذلك القوانين محل المقارنة. وجعل القانون الجزائري العصمة بيد الزوج، غير أن القانون المغربي توسع في ذلك من خلال إمكانية تنازل الزوج لزوجته عن العصمة.

الفرع الثاني: أنواع الطلاق

تختلف أنواع الطلاق باختلاف معيار التقسيم، سواء من حيث اللفظ، أو من حيث الصيغة، أو من حيث الوصف الشرعي، أو من حيث الرجعة. وفي هذا الفرع نتطرق لتقسيم الطلاق من حيث الرجعة لأن هذا التقسيم له ما يقابله من آثار وأحكام في القوانين المقارنة عكس التقسيمات الباقية.

1- الطلاق الرجعي

فصل الفقهاء في أنواع الطلاق، وتكلموا عن الطلاق الرجعي الذي يجوز فيه للزوج أن يُعيد زوجته إلى عصمته في عدتها بدون عقد ومهر جديدين. لأن الطلاق الرجعي لا يرفع عقد الزواج، ولا يُزيل الزوجية إلا بعد انتهاء العدة. كما أنه لا يمنع الزوج من الاستمتاع بالزوجة إذا نوى الرجعة².

¹ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 180

² بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، المرجع السابق،

ولا يحظى رضى الرجعية بأي اعتبار إذا ما أراد زوجها إرجاعها. وذلك بعد الطلاق الأول والثاني. فإذا انتهت العدة فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعد عقد جديد¹. وهو: "ما يجوز معه رد زوجته إلى عصمته مادامت لم تقض عدتها من غير استئناف عقد. والمطلقة رجعيا لها حكم الزوجة في كل شيء، ما عدا الاستمتاع بها، والدخول عليها في البيت أو الأكل معها، فلا يجوز"². وفي هذا الأخير اختلاف بين المذاهب. ويقول ابن رشد بأن الطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها، وأن من شروطه أن يكون في مدخول بها³.

وبخصوص الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري، تطرقت له المادة 50، والتي جاء نصها كما يلي: "من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد". وفي هذا الشأن نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "بناء على عقد الرجعة الرسمي المحرر عند الموثق، الذي يثبت لاستعادة الطرفين لحياتهما الزوجية قبل إبرام عقد الرجعة، وذلك بعد الطلاق المحكوم به بالحكم المطعون فيه، وأنها رسّما هذه الرجعة بالعقد المذكور.. وأن الزوج قد راعى في إرجاع زوجته إليه أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة..."⁴. وقرار آخر جاء فيه: "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن الحكم القاضي به لا يُغيّر من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق"⁵.

والطلاق الرجعي في القانون المغربي، نصّت عليه المدونة في الباب الثاني من القسم السادس، المُعنون بالطلاق الرجعي والطلاق البائن. حيث جاء نص المادة 123 (م.أ.م) كما

¹ وهبة الزحيلي، ج 7، المرجع السابق، ص 432

² الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 692

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1042

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 73630، بتاريخ 1991/02/20، م.ق، 1993، عدد 3، ص 60

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 39463، بتاريخ 1986/02/10، م.ق، 1989، عدد 1، ص 115

يلي: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المُكْمَل للثلاث، والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمُملَك".¹ وبيّنت المادة 124 (م.أ.م) بأن للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة. وبالتالي تكون حالات الطلاق الرجعي في الحالات الآتية: - إذا كان طليقة واحدة بعد البناء (أي بعد الدخول بالزوجة) - إذا كان في غير مقابل عوض مالي (أو ما يسمى بالخلع) - إذا لم يكن مكملًا للثلاث - إذا تمّ بناء على حكم من المحكمة بسبب عدم الإنفاق على الزوجة، أو بسبب الإيلاء والهجر.¹

2- الطلاق البائن بينونة صغرى

الطلاق البائن بينونة صغرى: هو أن يطلقها طلاقاً رجعياً ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، وفي هذه يحق له إعادتها بعقد جديد ومهر جديد.² وهو ما لا يجوز معه للزوج ردّ زوجته إلى عصمته إلا بعد عقد نكاح جديد، بمهر وولي وشهود.³

اتفق الفقهاء على أن البينونة الصغرى إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطليقات، ومن قبل العوض في الخلع، على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ.⁴

ونص المشرع الجزائري على الطلاق البائن بينونة صغرى في المادة 50 (ق.أ.ج) "... ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وجاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض

¹ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 189

² محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 263.

³ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 698

⁴ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1042

تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة، لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها¹.

وفي القانون المغربي نصت المادة 122 (م.أ.م) على أن " كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطبيق للإيلاء وعدم الإنفاق". ونصت المادة 125 (م.أ.م) على ما يلي: "تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي". والمادة 126 (م.أ.م) بينت بأن: "الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج". ويمكن إجمال حالات الطلاق البائن في القانون المغربي كما يلي: - الطلاق الذي يقع قبل الدخول بالزوجة - الطلاق الرجعي الذي تنتهي فيه العدة دون أن يراجع الزوج مطلقته خلالها، حيث ينقلب هذا الطلاق إلى طلاق بائن بينونة صغرى - الطلاق الذي توقعه الزوجة بناء على التمليك، فإذا ملكها الزوج حق إيقاع الطلاق وطلّقت نفسها، يكون هذا الطلاق بائنا بينونة صغرى².

3- الطلاق البائن بينونة كبرى

الطلاق البائن بينونة كبرى؛ هو ما لا يجوز معه للزوج ردّ زوجته إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، ولا يكون أيضا إلا بعقد نكاح جديد³. وهو الطلاق المُتَمِّم للثلاث، ولا يحق له إرجاعها فيه حتى تنكح زوجا غيره، ويدخل بها دخولا صحيحا⁴، لقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁵.

واختلف الفقهاء حول الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، أو بكلمات في طهر واحد إلى ثلاثة آراء: الأول وهو قول الجمهور، منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية: يقع به ثلاث

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 39463، مذكور سابقا.

² محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 195

³ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 698

⁴ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 263.

⁵ سورة البقرة، الآية 230

طلقات، وهو منقول عن أكثر الصحابة منهم الخلفاء الراشدون عدا أبي بكر رضي الله عنه، وهو منقول عن أكثر التابعين، لكن لا يُسنُّ أن يُطلق الرجل أكثر من واحدة عند الحنفية والمالكية؛ لأن طلاق السُنَّة: هو أن يُطلقها واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها. والقول الثاني قول الشيعة الإمامية: لا يقع به شيء. والثالث قول الزيدية وبعض الظاهرية وابن إسحاق وابن تيمية وابن القيم: يقع به واحدة، ولا تأثير للفظ فيه¹.

ومن آثار هذا الطلاق إزالة الملك والحل، فلا يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره، ويدخل بها ثم يطلقها وتنتهي عدتها، وبين الفقهاء شروط حلها للأول، فقولوا: يُشترط أن يتزوجها الزوج الآخر زواج صحيحا، فإذا كان عقد الثاني فاسدا وحصل فيه دخول حقيقي فإنه لا يحلها للأول، لأن العقد الفاسد لا يسمى نكاحا. ويُشترط فيه أن يدخل بها دخولا حقيقيا بعد العقد الصحيح، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قرّر أن الحل لا يكون إلا بعد أن تذوق عسيلة زوجها الثاني ويدوق عسيلتها، ولأن ذلك التحريم لتذوق عشرة الآخر، وتعرف زوجها السابق إن كانت هي الناشزة، ولكي يراها في عصمة غيره، يعاشرها معاشرة الأزواج الدائمة فيثير ذلك في نفسه بواعث الندم، إن كان قد ظلمها بالطلاق. وإن استأنفا عشرة جديدة من بعد ذلك راعى كلّ منهما حق صاحبه².

ونصّ القانون الجزائري على الطلاق البائن بينونة كبرى في المادة 52 (ق.أ.ج) "لا يُمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتُطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". وقرار للمحكمة العليا نص على ما يلي: "من المقرر شرعا أنه لا يُمكن أن يُراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتُطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"³.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 405-406.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص316-317.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 176551، بتاريخ 17/02/1998، م.ق، 2000، عدد 1، ص 171.

واعتبر القانون المغربي بأن الطلاق الثلاث بلفظة واحدة يقع طلاقاً واحداً رجعية، حيث نصت المادة 92 (م.أ.م) على أنّ: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً". ونصت المادة 127 (م.أ.م) على أنّ "الطلاق المكمل للثلاث يُزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر، بنى بها فعلاً بناءً شرعياً".

والطلاق باعتباره فرقة بين الزوجين قد يحدث بعده الندم عند التباعد وهدوء النفوس، لذا نصت الشريعة الإسلامية على إمكانية الرجعة في بعض الحالات وتوفر بعض الشروط، وفي بعض الأحيان لا يتم الرجوع إلا بعقد جديد، وفي أحيان أخرى يكون ذلك أكثر صعوبة. وما يلاحظ على القوانين محل المقارنة، أنها اعتبرت الطلاق البائن بينونة كبرى ما تم من خلال صدور ثلاث أحكام طلاق، ولا اعتبار للفظ في ذلك.

المطلب الثاني: طرق إيقاع الطلاق

من أجل فك الرابطة الزوجية بالطلاق، أقرت الشريعة الإسلامية عدّة طرق، واقتبستها عنها التشريعات محل المقارنة مع بعض التعديلات. وتختلف هذه الطرق باختلاف الطرف المبادر بفك الرابطة الزوجية، وباختلاف الأسباب والدوافع.

الفرع الأول: الطلاق والتطليق

قسّمت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، طرق فك الرابطة الزوجية بالطلاق إلى عدة أنواع حسب رغبة طالب الطلاق، فيكون طلاقاً بإرادة الزوج، أو بطلب الزوجية، أو بتراضي الطرفين.

1- الطلاق بإرادة الزوج

جُعِل الطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد، حفاظاً على الزواج وتقديراً لمخاطر إنهائه، فهو أولى من المرأة بإعطائه حق التطليق لأمرين: الأول؛ أنّ

المرأة غالبا أشدّ تأثرا بالعاطفة من الرجل، فإذا مُلّكت التطبيق فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة. والثاني؛ يستتبع الطلاق أمورا مالية من دفع مؤجل المهر، ونفقة العدة، والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروّي في إيقاع الطلاق¹.

ونصّ المشرع الجزائري على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة في المادة 48 (ق.أ.ج). وبما أن للزوج العصمة في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ودون تقديم أي مبرر، وهذا ما أكّده المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على أنه: "من المقرر شرعا أنّ للزوج حقّ الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)"². وقرار آخر اعتبر بأن "الطلاق من الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الزوج"³. هذا ما قد يجعل الزوج يتعسف في استعمال هذا الحق الشرعي والقانوني، وبالتالي يتسبّب في أضرار للزوجة مما يجعله مطالبًا بالتعويض لها. وهذا ما نصّت عليه المادة 52 (ق.أ.ج): "إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وأكد الاجتهاد القضائي ذلك⁴. وحتى يتجنّب الزوج تعويض الزوجة عن تعسّفه، فهو مُطالب أن يُقدّم للقاضي المبررات التي دفعته إلى الطلاق، وعلى الزوجة إثبات تعسف زوجها.

وبخصوص الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي والتعويض المرتبط به، فإنّ هذا التعويض لا يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 (ق.م). وأنّ الحق المخوّل للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة، ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدّة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأنّ تعويض الزوجة في حالة الطلاق لا ينطلق من المادتين 41، و124 (ق.م)

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 360

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 35346، بتاريخ 1984/12/31، م.ق، 1990، عدد 2، ص86

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 0740083، بتاريخ 2013/04/11، م.ق، 2012، عدد 2، ص 280.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 345709، بتاريخ 2005/10/12، م.ق، 2005، عدد 2، ص 419.

وإنما مصدره مسؤولية الزوج عن الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية¹. وأكدت المحكمة العليا في قرارها على عدم تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة التعويض عن الطلاق².

والطلاق بإرادة الزوج في التشريع المغربي؛ قد يكون من الزوج أو من الزوجة في حالة التمليك، غير أن المدونة اشترطت الإذن من المحكمة بالإشهاد لدى عدلين حسب المادة 79 (م.أ.م). ولا تُصدر حكم الطلاق إلا بعد محاولات الإصلاح، وفي حالة غياب الزوج عن جلسة الصلح يُعتبر ذلك قرينة على تراجع، أما غياب الزوجة فلا يؤثر على سير إجراءات الطلاق. ويحكم القاضي على الزوج بإيداع مبلغ مالي بكتابة الضبط خلال أجل أقصاه ثلاثون يوماً، لأداء مستحقات الزوجة والأطفال، حسب المادة 83 (م.أ.م)، وبيّنت المادة 86 (م.أ.م) بأنه إذا لم يدفع المبلغ خلال الأجل المحدد اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق. وعلى القاضي أن يراعي في تحديد المبلغ يُسر الرجل والمرأة. ولكن، إذا كان الطلاق تعسّفا وبدون مبرر، فإن المتعة تتحول إلى تعويض يُجبر الضرر الذي قد يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر³.

ومنه فالطلاق بإرادة الزوج في التشريع المغربي، مرهون بالإذن القضائي ودفع مبلغ المتعة، وهذا يعتبر قيودا على حق الزوج في إيقاع الطلاق وفق ما جاء في الشريعة الإسلامية، غير أنه يمكنه إيقاع الطلاق دون تبريرات مقنعة، وهذا ما يجعله متعسّفا في استعمال حقه، ويُلزمه بتقديم تعويض للزوجة حسب مدونة الأسرة.

¹ باديس ديابي، المرجع السابق، ص 86

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 235367، بتاريخ 2000/02/22، م.ق، 2001، عدد 1، ص 275.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 154.

2- الطلاق بالتراضي

يُقصد به موافقة كلا الزوجين على فك الرابطة الزوجية، لاقتناعهما باستحالة استمرارية حياتهما الزوجية، ودون الدخول في منازعات قضائية. عرّفه المشرع في المادة 427 (ق.إ.م.إ) بأنه: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة". وفي قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الطلاق يُمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يُثبت الطلاق إلا بحكم..."¹. ومنه فتوحيد إرادة كلا من الزوج والزوجة على الطلاق مع الموافقة على آثاره، يُحوّل القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يُعدّ إسهاداً، لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة².

وبما أن الطرفين متفقان على الانفصال، يُقدّمان طلباً مشتركاً في عريضة واحدة حسب المادة 428 (ق.إ.م.إ). التي لها أحكامها الخاصة، ويستمع القاضي للزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، ويتأكد من رضاهما³. غير أن القاضي مُجبر على إجراء محاولات الصلح في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى، بناءً على نص المادة 49 (ق.أ.ج). كما بينت المادة 439 (ق.إ.م.إ) بأن الصلح إجراء وجوبي في قضايا فك الرابطة الزوجية. وما يميّزه عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية أنه غير قابل للاستئناف نهائياً حتى في جوانبه المادية⁴. ما عدا في جانبه المخل بالاتفاق الحاصل بين طرفي الطلاق⁵.

ولا مجال للحديث عن التعويض والضرر في الطلاق بالتراضي، حيث نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً، أو

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 49858، بتاريخ 18/07/1988، م.ق، 1992، عدد 1، ص 37.

² باديس ديابي، المرجع السابق، ص 28-29

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 676898، بتاريخ 08/12/2011، م.ق، 2012، عدد 1، ص 321.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 692661، بتاريخ 14/06/2012، م.ق، 2012، عدد 2، ص 265.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 381468، بتاريخ 14/02/2007، م.ق، 2007، عدد 1، ص 241.

يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كلٌّ منهما على وجه التبادل عن حقه. ومن المقرر أيضاً أنه يُنهي الصلح النزاعات التي يتناولها، ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية¹. لأنه تم اعتبار الطلاق بالتراضي صلحاً، حسب قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "إن اتفاق الزوجين على الطلاق يعدّ بمثابة صلح لا تستطيع المحكمة إلا الإشهاد عليه"².

وفي القانون المغربي سُمي طلاقاً بالاتفاق، نصت عليه المادة 114 (م.أ.م) كما يلي: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تُضَرِّ بمصالح الأطفال. وعند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التظليق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه. وتُحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذّر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه". ويمكن للمحكمة اللجوء إلى إجراء محاولة الصلح ثانية عند الاقتضاء، أو في حالة وجود أطفال. فإذا تعذّر الإصلاح، أذنت المحكمة بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه لدى عدلين منتصبين للإشهاد، داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوماً من تسلّم الإذن، ويكون الطلاق بالاتفاق طلاقاً بائناً³.

3- الطلاق بطلب الزوجة

لم تعد إرادة الزوج وحدها التي تُحدث أثر الطلاق، فقد ابتدع الفقه والاجتهاد صورة أخرى للطلاق، تتمثل في طلب الزوجة إذا أثبتت سبباً أو أسباباً مشروعة تجعل حياتها الزوجية مستحيلة، غير أن هذا لا يُعتبر طلاقاً بإرادة الزوجة المنفردة، لأن العصمة فقط للزوج، وإنما تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها. وهذا ما تطرّق له قدماء فقهاء الشريعة، فلم يكن في مذهب أبي حنيفة طلاق يملكه القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج،

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 103637، بتاريخ 19/04/1994، م.ق، 2001، ع.خ، ص 94.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 259475، بتاريخ 03/06/2002، ن.ق، 2006، عدد 58، ص 191.

³ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 222

وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية. أمّا باقي الأئمة فقد وسّعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي، ولعلّ أكثر الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة توسعة في ذلك مالك وأحمد، كالتفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيوب، والتفريق للضرر، وللغياب، وللسجن¹.

ونص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب الزوجة في المادة 48 (ق.أ.ج): "يُحَلّ عقد الزواج ... أو بطلب من الزوجة". وفصّل في الأسباب التي يمكن من خلالها للزوجة طلب التطلاق إذا توفر واحد منها أو أكثر، في المادة 53 (ق.أ.ج) وهي:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه (الخاصة بالتعدد)
- 7- ارتكاب فاحشة مبيّنة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا.

ومما سبق، لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق دون سبب من الأسباب المذكورة، حيث قرّرت المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أنّ تطلاق المرأة على زوجها من غير

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 347

أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تُقبل شرعا، يُعدّ خرقا للقواعد الشرعية"¹. كما يمكنها الاستفادة من تعويض إذا أصابها ضرر، وهذا ما نصّت عليه المادة 53 مكرر (ق.أ.ج) "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وأيضا أكدّه الاجتهاد القضائي في قراره الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض، استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا"².

ونصّ المشرع المغربي على التطليق في القسم الرابع من المدونة، حيث تطرّق في الباب الأول إلى التطليق بسبب الشقاق، والذي قد يكون بطلب الزوج أو الزوجة. يتمّ الفصل فيه في أجل لا يتجاوز ستة أشهر بعد استنفاد محاولات الصلح، وهذا حسب المواد من 94 إلى 97 (م.أ.م). غير أنّ المشرّع أعطى للزوجة حق طلب التطليق لأسباب أخرى ذكرها في المادة 98 (م.أ.م) كما يلي: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية: -إخلال الزوج بشرط من شروط الزواج- الضرر- عدم الإنفاق- الغيبة- العيب- الإيلاء والهجر" وما يلاحظ أن المشرّع الجزائري توسّع كثيرا في أسباب التطليق مقارنة بنظيره المغربي، وبما جاء في الشريعة الإسلامية، وهذا ما يجعل مسألة فك الرابطة الزوجية سهلة بالنسبة للزوجة، ولا يجعلها تحت رحمة الزوج. هذا من الجانب الإيجابي، أما من الجانب السلبي، فنجدّه سهّل الطريق من أجل التلاعب بالميثاق الغليظ، مما يؤثر سلبا على الفرد والمجتمع.

إن الطلاق حقّ أصيل للزوج يمكنه إيقاعه دون تقديم أي سبب لذلك، وفي المقابل يُحكّم عليه بتعويض للزوجة المتضررة. والطلاق بالتراضي لا تعويض فيه، وقد يكون كذلك بدون أسباب. أما التطليق فيكون بطلب الزوجة المتضررة من زوجها، إذا توفر سبب من

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 43864، بتاريخ 12/01/1986، م.ق، 1991، عدد 01، ص 46.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 135435، بتاريخ 23/04/1996، م.ق، 1998، عدد 01، ص 129.

الأسباب المذكورة في القانون، والتي توسّع فيها المشرع الجزائري مقارنة بنظيره المغربي، وما يُلاحظ على كلا القانونين أنهما نصا على محاولات الصلح في جميع الحالات، غير أن المشرع المغربي كان أكثر تشددا في فك الرابطة الزوجية مقارنة بالمشرع الجزائري.

الفرع الثاني: المسائل التي تشبه الطلاق.

بالإضافة إلى طرق إيقاع الطلاق المذكورة سابقا، توجد طرق أخرى شبيهة بها، حتى وإن اختلفت التسميات إلا أن الآثار تتشابه، ولا سيما بالنسبة لأثر فك الرابطة الزوجية، ومنها الخلع، والإيلاء، والظهار، والنشوز. وفي هذا الفرع سنتطرق فقط للخلع والنشوز باعتبارهما مشتركين في القوانين محل المقارنة.

1- مفاهيم حول الخلع والنشوز

فيما يلي سنتعرّض للخلع والنشوز من حيث المفاهيم اللغوية والاصطلاحية، ثم نعرض ما جاء بخصوصهما في القوانين محل المقارنة.

1-1- الخلع

لغة؛ خلع الشيء يخلعه خَلْعًا وَاخْتَلَعَهُ كَنْزَعَهُ. وتخالع القوم أي نقضوا الحلف والعهد بينهم. وخلع امرأته خَلْعًا بِالضَّمِّ، أي أزالها عن نفسه وطلّقها على بذل منها له. وسُمّي هذا الفراق خلعًا لأن الله ﷻ جعل النساء لباسًا للرجال والرجال لباسًا لهن، فإذا اقتدت بمال تعطيه لزوجها ليبيّن أنها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانّت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه¹.

واصطلاحًا؛ عرّفه الحنفية بأنه: "عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع"². وعند المالكية هو "طلاق الرجل امرأته على فدية منها، أو من غيرها، أو طلاقها بلفظ

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 1232

² ابن عابدين، ج5، المرجع السابق، ص 83.

"الخلع"، ولو من غير مال¹. وعرفه الشافعية بأنه "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقه، فلها أن تفتدي منه ويُطلقها"². وعند الحنابلة هو: "فراق الزوج امرأته بعوض"³.

وقانونا يعرف بأنه: "عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة حكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم"⁴.

ونصّ القانون الجزائري على الخلع في المادة 54 (ق.أ.ج) كما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تُخالع نفسها بمقابل مالي". واعتبره بمثابة المقابل للطلاق بإرادة الزوج، حيث نصّ على عدم اعتبار موافقة الزوج مؤثرة في الخلع. وبيّنت المحكمة العليا ذلك في قرارها الذي جاء فيه: "إن الخلع ليس بعقد رضائي، وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي"⁵. وجاء في قرار آخر أن: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج"⁶. واعتبر القانون بأن مقابل الخلع عنصر جوهري، حيث صدر قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "استجابة المحكمة لدعوى الخلع دون عرض مقابل الخلع مخالفة للقانون"⁷.

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 703

² بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 511

³ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994، ص95.

⁴ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص248

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 336380، بتاريخ 2005/07/13، ن.ق، 2006، عدد 61، ص 328.

⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، م.ق، 2012، عدد 1، ص 318.

⁷ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1449378، بتاريخ 2021/03/03، م.ق، 2021، عدد 1، ص 66.

وفي مدونة الأسرة المغربية، نجد أن الخلع يخضع لتراضي الزوجين، وليس للإرادة المنفردة للزوجة، حيث نصت المادة 115 (م.أ.م) على التالي: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع..."، وأضافت المادة 120 (م.أ.م) ما يلي: "... إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

1-2- النشوز:

يقصد بنشوز الزوجين كراهية كل منهما الآخر وسوء عشرته له. فإذا أبغضت الزوجة زوجها تعتبر ناشزا أي مرتفعة عليه، وخارجة عن طاعته ومستعصية عليه. أما إذا جفا الزوج وزوجته وترفع عليها لبغضه إياها بغضا قد يؤدي إلى طلاقها، فهو يعتبر ناشزا أيضا¹. ونصت الآية الكريمة بالمحافظة على الميثاق الغليظ، لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾². اعتبره المشرع الجزائري سببا لفك الرابطة الزوجية، من خلال نص المادة 55 (ق.أ.ج) "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". ونص على محاولة إصلاح ذات البين قبل الطلاق من خلال تدخل العائنتين، حيث نصت المادة 56 (ق.أ.ج) على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما...".

وتطرق له المشرع المغربي في المادة 94 (م.أ.م) وسمّاه الشقاق، كما يلي: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حلّ نزاع بينهما يُخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين...". وفي حالة تعذر الصلح واستمرار الشقاق، تحكم المحكمة بالتطبيق، وتغرم المسؤول عن الشقاق لفائدة الزوج المتضرر، وهذا حسب المادة 97 (م.أ.م).

¹ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 142.

² سورة النساء، الآية 128.

2- مقابل الخلع

لم يحدّد مالك والشافعي المقابل. أمّا أبو حنيفة فقال: لا يأخذ منها أكثر مما أعطاهَا، فإن فعل فليصدّق بالزيادة. ويقول الشافعية: لا فرق بين أخذه كل ما أعطاهَا أو بعض ما أعطاهَا أو أكثر مما أعطاهَا بغير حق، فحينئذ يكون غير مسرّحٍ بإحسان أن يأخذ كل ذلك حيث أباح الله ﷻ له أخذه، فهو مسرّحٌ بإحسان¹.

وأما صفة العوّض فكل ما يصلح مهرا يصلح بدل خلع ولا عكس، فيصح أن يكون بدل خلع مالا معيناً أو مثلياً موصوفاً، ويصح أن يكون منفعة تُقَابَلُ بالمال أولاً. ويصح أن يكون بدل الخلع مجهولاً جهالة غير فاحشة، فإذا كان المسمّى بدل خلعٍ مالا مثلياً لم يُعرف وصفه وجب الوسط. ولا يصح بدل الخلع إذا كان المسمّى مالا غير متقوّم، كأن تسمي النصرانية لزوجها المسلم خمراً أو خنزيراً².

وبخصوص القانون الجزائري فقد تطرق لمقابل الخلع في المادة 54 (ق.أ.ج) ونص على أن يكون بمقابل مالي، ويخضع للقواعد العامة الخاصة بمحل العقد، والمنصوص عليها في المواد 92-95 (ق.م.ج). ولم يحدد القانون قيمته وجعله خاضعاً لاتفاق الزوجين. ونجد في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عرض تلتزم به الزوجة بقبولها، ومقداره يُحدّد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده"³. أما في حالة عدم الاتفاق فنصّ القانون على ألا يتجاوز قيمة الصداق وقت صدور الحكم. ومثله جاء في قرار المحكمة العليا: "من المتفق عليه في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي

¹ بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 521

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 333-334

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 21305، بتاريخ 1980/02/25، ن.ق، 1980، عدد 1، ص 79.

الموضوع"¹. حيث جعل القانون مقابل الخلع عنصرا أساسيا، حسب قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "تحديد مبلغ الخلع، عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه"².

واعتبر المشرع المغربي أن بدل الخلع هو كل ما صح الالتزام به شرعا، دون تعسف ولا مغالاة، وهذا حسب نص المادة 118 (م.أ.م). ويخضع لاتفاق الزوجين. كما أنه يتفق مع ما نصّ عليه المشرع بالنسبة لمحل الصداق في مدونة الأسرة، وكذلك مع مقتضيات قانون الالتزامات والعقود. فبدل الخلع يصح أن يكون عبارة عن نقود أو منقول أو عقار، مؤجلا أو معجلا، ملكا أو منفعة، كما يمكن أن يكون مقابل الخلع تنازل الزوجة عن حضانة أولادها الموجودين لمصلحة الأب، أو تعهدّها بالإنفاق عليهم، ولكن شريطة أن تكون الأسرة موسرة، لأن الفقرة الأولى من المادة 119 (م.أ.م) تنص على أنه: "لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة"³. أما إذا اتفقا على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، فإنّ المادة 120 (م.أ.م) بيّنت بأن المحكمة هي من تحدد قيمته، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

3- تكييف الطلاق بالخلع

اتفق جمهور العلماء على أن الخلع طلاق، وبه قال مالك. وأبو حنيفة ساوى بين الطلاق والفسخ. وقال الشافعي هو فسخ، وبه قال أحمد وداود، ومن الصحابة ابن عباس. وقد روي عن الشافعي أنه كناية، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق⁴، فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبّت أم كرهت، ويردّ ما

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، م.ق، 1989، عدد 1، ص 92.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 275497، بتاريخ 2001/10/17، م.ق، 2004، عدد 2، ص 353.

³ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 227.

⁴ ابن رشد، المرجع السابق، 1058

أخذ منها إليها، وهذا قول الحنفية ومالك. ومنهم من قال بأنه فسح وليس طلاق، لما روي عن الرسول ﷺ في قصة اختلاع امرأة ثابت بن قيس منه، حيث قال له: خذ الذي لها وخل سبيلها؟ قال: نعم، فأمرها رسول الله ﷺ أن تترص حيضة واحدة، وتلق بأهلها. وهو قول بن رهاوية، وأبي ثور، وأبي سليمان وأصحابه¹.

وبالنسبة للقائلين بأن الخلع طلاق، فهل هو طلاق بائن أم رجعي؟ قال أبو حنيفة هو طلاق بائن ويلحقها طلاقه مادامت في العدة. وقال مالك والشافعي هو طلاق بائن ولا يلحقها طلاقه في العدة². والخلع طلاقه بائنة لأن الله ﷻ سماه فدية، ولأن المرأة دفعت المال لتتحرر من رابطة الزوجية تحررا كاملا³. لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى. والبعض قال بأنه طلاق رجعي. لما روي عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالوا: إن رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها⁴.

والقانون الجزائري اعتبر الخلع ضمنيا طلاقا وليس فسحا، حيث نص عليه في المادة 54 (ق.أ.ج) المندرجة ضمن الفصل الأول المعنون بالطلاق، وتحت الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج. ولم يرتب مادة الخلع في الفصل الثالث الخاص بالنكاح الفاسد والباطل. كما جاء في قرار للمحكمة العليا بأن طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول⁵. وفي قرار آخر سمّي الخلع طلاقا، حيث جاء نصه كما يلي: "... في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع ... باعتبار أن ذلك اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"⁶. واعتبر القانون الخلع طلاقا بائنا

¹ بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 511-514

² بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 518

³ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 704

⁴ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1059

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 258613، بتاريخ 2006/06/14، م.ق، 2006، عدد 2، ص 421.

⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 36709، مذكور سابقا.

وذلك في اجتهاد المحكمة العليا، حيث جاء في قرارها: "... أما الطلاق البائن فهو الذي وقع قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه..."¹.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المغربي، حيث اعتبر الخلع طلاقاً صراحة، لأن عنوان الباب الثاني "الطلاق بالخلع"، ولأن المادة 115 (م.أ.م) نصت على ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع...". وبيّنت المادة 123 (م.أ.م) بأن الخلع طلاق بائن، حيث جاء نصها كما يلي: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع والمُملّك".

وهذه الطرق الشبيهة بالطلاق لها نفس أثر فك الرابطة الزوجية، تطرقت لها القوانين محل المقارنة باعتبارها مستمدة من الشريعة الإسلامية، لكن مع بعض التعديلات في التسميات والأحكام.

المطلب الثالث: الموقف من نسب المولود بشبهة في الطلاق

قد يقترن الطلاق بشبهة ما تجعل الزوج يعتقد بعدم وقوعه، ويبدأ زوجته وتحمل منه. كما قد يعتقد بوقوع الطلاق، وبالتالي تعتد الزوجة وتزوج من غيره وتحمل منه. وفيما يلي سنعرض الرأي الشرعي بخصوص مسألة نسب المولود من شبهة الطلاق بصوره المتنوعة. ثم نعرض موقف القانون الجزائري والقانون المغربي من ذلك.

الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب ولد المطلقة بشبهة

لا تخلو طرق فك الرابطة الزوجية بالطلاق من الشبهات التي تؤثر على نسب المولود. وتختلف باختلاف طريقة فكّها. فالطلاق بإرادة الزوج له شبهاته التي تختلف عن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 39463، مذكور سابقاً.

الطلاق بطلب الزوجة، كما تختلف عن الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة. وفيما يلي سنبيّن موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود بالشبهات التي ذكرناها.

1- موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الطلاق بإرادة الزوج

هناك شبهات كثيرة في الطلاق، منها ما هو راجع لاختلاف الفقهاء، ومنها ما تعلّق بالزوج المطلق وحالاته، ومنها ما تعلّق بطريقة إيقاع الطلاق، ومنها ما يرجع للمحل وهي الزوجة. والأمثلة على ذلك كثيرة لا يسعنا المجال لذكرها كاملة، وإنما سنقتصر على بعضها فقط لتوضيح المعنى.

1-1- الشبهة في لفظ الطلاق:

لا يقع الطلاق بمجرد النية دون لفظ. وقصد النطق بلفظ الطلاق كاف ولو لم يقصد معه حل العصمة، إذا كان اللفظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق أو من الكنايات الظاهرة. لكن لا يلزم الطلاق إن لم يقصد النطق باللفظ، وإنما زل لسانه¹. ولا يقع عند الجمهور غير الحنفية طلاق الكنايات إلا الطلاق الرجعي ولو نوى بها البائن، فيكون الطلاق بالكنايات رجعياً بالأولى². والمرأة المطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، مثل: أنت بائن، أنت بتة، أنت بتلة فلا يُحدّ الواطئ، لاختلاف الصحابة في كون هذه رجعية أو بائنة³.

1-2- الشبهة في الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

يرى المالكية بأن الإقدام على طلاق الثلاث بلفظ واحد، كأن يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً، هو من الطلاق البدعي المنهي عنه باتفاق العلماء، وكان عمر إذا أتى برجل طلق امرأته ثلاثاً أوجع ظهره. ومع أنه طلاق منهي عنه، فإن من أوقعه بانته منه زوجته ولا

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 671-678

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 430 - 436

³ وهبة الزحيلي، ج6، المرجع السابق، ص 33

تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، وهذا هو قول جمهور الفقهاء، وهو المروي عن جماعة من الصحابة منهم: ابن عمر وابن عباس وعبد الله بن مسعود، وعمران بن حصين، وأبو هريرة وعائشة رضي الله عنهما¹.

وأما الاختلاف في طلاق الثلاث مجموعات أهو بدعة أم لا؟ فزعم قوم أنها بدعة ثم اختلفوا، فقالت طائفة منهم لا يقع البتة لأن البدعة مردودة. وقالت طائفة منهم: بل يُردّ إلى حكم الواحد المأمور بأن يكون حكم الطلاق كذلك. وقالت طائفة بل يقع كما هو، ويؤدّب المطلق كذلك. وقالت طائفة: ليست بدعة، ولكنها سنّة لا كراهة فيها².

ومما سبق، يمكن اعتبار الطلاق الثلاث بلفظ واحد شبهة لاختلاف الأحكام حول المسألة، ويثبت به النسب. لأنه لا حدّ لأجل الشبهة في الفعل بشرط أن يظن أن الوطء حلال، لأن الملك والحق غير ثابت في هذا النوع، ولأن حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق، غير أنه بقي فيها بعض الأحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه، فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة عن ظن الحل لأنه في موضع الاشتباه فيُعذر. أُطلق في الثلاث فشمّل ما إذا أوقعها جملة أو متفرقة³.

بالإضافة إلى بعض الشبهات الأخرى في الطلاق الذي يوقعه الزوج. وعلى العموم، فالشبهة تثبت من كل وطء كان بسبب شبهة طلاق الزوج لزوجته، سواء أكانت باختلاف العلماء، أو بسهو منهما أو غيرها. ونسب الولد الناشئ عن هذا الوطء ثابت للزوج مادامت الشبهة ثابتة.

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 700.

² بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص 384

³ ابن النجيم، ج5، المرجع السابق، ص 21

2- موقف الشريعة من نسب الولد بشبهة في الطلاق بطلب الزوجة

من صور الطلاق بطلب الزوجة الخلع، والشبهة فيه تكمن في اختلاف أقوال العلماء حول طبيعته، هل هو طلاق رجعي أو طلاق بائن، أو فسخ. أو حول مقابله المادي. أو في وقت وقوعه. فمن وطء مخالغته خلال عدتها معتقدا بإرجاعها، يعتبر واطئا بشبهة إذا ثبت حسن نيته، والولد لازم للشبهة وثابت نسبه لوالده.

واختلف العلماء اختلافا كبيرا في جواز الخلع وطريقته. فالحنفية أجازوه بلا قيد ولا شرط، وجعلوه طلاقا بائنا، وذلك هو رأي الجمهور ومذهب الشافعي الجديد. وقال أحمد ابن حنبل وهو رأي الشافعي في القديم أن الخلع فسخ لا يُنقِص عدد الطلقات. والظاهرية قالوا بأن الخلع لا يكون إلا إذا كان النشوز من جانبها، لأنه إذا كان من جانبها فإن ذلك يكون واقعا تحت النهي في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾¹. ويحرم عليه أن يأخذ أكثر مما أعطاهما إذا كان النشوز من قبلها. ويحرم أخذ أي شيء إذا كان من قبله. وروي عن سعيد ابن المسيب أن الخلع طلاق رجعي. وعليه أن يرد البدل إن راجعها. وقال بعضهم: إن الخلع لا يتم إلا بإذن السلطان، وهو رأي ابن سيرين، وسعيد بن جبير، والحسن البصري، وكلهم من التابعين. وقال بعضهم إن الخلع منسوخ².

والخلع في رأي المالكية والشافعية والحنابلة معاوضة، فلا يحتاج لصحته قبض العوض، فلو تم من قبل الزوج، فماتت المرأة أو أفلست، أخذ العوض من تركتها وأتبعته به. وذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه؛ لأنه علق طلاقها على قبول المال، والتعليق يمين اصطلاحا. ويعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة³.

¹ سورة البقرة، الآية 231.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 323.

³ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 487 - 488.

والمرأة الرجعية زوجة يلحقها طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالاتفاق. وإن خالعهما صح خُلعُه عند الحنابلَة والحنفية؛ لأنها زوجة صحّ طلاقها فصَحّ خلعها كما قبل الطلاق، وليس مقصود الخلع التحريم، بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق ولا نأمن رجعتَه. وقال الشافعي لا يصح خلع المرأة الرجعية في أثناء العدة؛ لأن الخلع يراد للتحريم، وهي محرمة بالطلاق¹.

وأمام هذا الاختلاف بين العلماء، قد يقع الزوجين في الشبهة، ويتحقق الوطء، وفي هذا يقول الحنفية: ولو خالعهما أو طلقها على مال فوطئها في العدة، ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح.... وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهي العدة². والمطلقة طلاقا بائنا على مال، أو المختلعة، مادامت في العدة، فإذا وطئها زوجها لم يحدّ إذا ظن بقاء حلها، نظرا لبقاء النكاح في حق إلحاق النسب به: (وهو ما يعبرون عنه بقيام أثر الفراش) وحرمة زواجها بآخر، لوجوب النفقة والسكنى على الرجل³.

3- موقف الشريعة من نسب الولد بشبهة في الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة

قد يقع الطلاق بالمشافهة أو بالكتابة، فبالنسبة للطلاق بالكتابة قال الجمهور بوقوعه ما عدا الظاهرية، أما الطلاق بالمشافهة فهو طلاق واقع إذا توفرت شروطه بالإجماع. لكن نازلة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة تباينت حولها الآراء الفقهية بين مجيز ومانع، وهذا ما يعتبر شبهة تتأثر بها العلاقة الزوجية وما ينتج عنها، خاصة في مسألة حقيقة وقوع الطلاق، والعدة ونسب المولود، وغيرها.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 439

² حافظ الدين النسفي، ج5، المرجع السابق، ص 22

³ وهبة الزحيلي، ج6، المرجع السابق، ص 33

وبالنسبة لحكمه؛ فهو محلّ خلاف، لأن البعض اعتبره طلاقاً مكروهاً لا ضرورة له، لما يترتب عنه من آثار، ولما فيه من تسرّع وضرر يلحق الزوجين، ولصعوبة إثباته لما فيه من جحود ونكران، ويجعل العلاقة الزوجية عرضة للهو والعبث. واعتبره آخرون أمثال وهبة الزحيلي وبدران أبو العينين جائزاً بضوابط¹.

إن اختلاف العلماء حول هذه المسألة كفيلاً بتحقيق الشبهة حولها، وإذا وقع فيها الزوجين عن حسن نية وتحقق الوطاء والحمل فإن نسب المولود ثابت لهما. وبالإضافة إلى ذلك فإن الطلاق عبر الوسائل الالكترونية مهاتفة أو كتابة أو مشافهة بالشروط المحددة واقعاً شرعاً. لكن إذا شابته نوع من الغش أو الخطأ ما يجعل نية إيقاعه غير متوفرة، كأن يرسل الرسالة غير الزوج، ففي هذه الحالة قد يكون الطلاق مقترناً بالشبهة التي تؤثر على صحته وآثاره، سواء ما تعلّق منها ببداية حساب العدة من أجل عقد زواج جديد، أو بحساب أدنى أو أقصى مدة الحمل، فهذه الحالات كلها شبهات يثبت بها نسب المولود بشرط إثبات حسن النية.

الفرع الثالث: الموقف القانوني من نسب ولد المطلقة بشبهة

بيّنا فيما سبق مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الصور المتنوعة لفك الرابطة الزوجية، سواء بإرادة الزوج أو الزوجة، أو باتفاقهما. وفيما يلي سنتطرق لموقف القانون الجزائري، ثم القانون المغربي من نسب المولود من الطلاق المقترن بشبهة.

1- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق بإرادة الزوج

من بين الصور التي تتجلى فيها شبهة الطلاق، اعتقاد الزوج أنه طلق زوجته وانفصل عنها، لكن دون اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار الحكم بالطلاق. وبالتالي

¹ بوحادة سمية، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار - الجزائر، مجلد 15، عدد 3، 2016، ص198.

يطرح إشكال تنسيب الأولاد المولودين خلال فترة الانفصال بين الزوجين من دون صدور الحكم بالطلاق. لأن المادة 49 (ق.أ.ج) نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...".

ونجد قرار للمحكمة العليا بخصوص ولادة توأمين خلال فترة انفصال الزوجين من دون صدور حكم بالطلاق. جاء فيه: "... ومتى تبين في قضية الحال ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما، ولم يكن لا في حالة طلاق ولا في حالة الوفاة. ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي، وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، أي الملاعة... وحيث أن المادة 60 (ق.أ.ج) تعني أن الانفصال المشار إليه في المادة 43 (ق.أ.ج) إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث إثر خلاف. مثل ما يزعم الطاعن من أنه انقطع عن الاتصال بزوجته. وعليه أن يعلم أن العصمة بينهما قائمة، وأن زوجته تبقى فراشا إلى أن يقع الطلاق"¹.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بخصوص الطلاق أثناء الحيض، نص على: "تقضى القرار الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود، إذا ما اعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها، ذلك أن هذا التبرير ليس شرعياً لعدم الحمل... ذلك أنه في حالة الخلاف بين الزوجين في الحمل فالقول للزوجة... والحمل مما يخفى على المرأة خاصة في أيام نشأته الأولى، والحيض ليس مانعاً من الحمل، والاستناد على أن المطعون ضدها وقت طلاقها كانت حائضاً، ليس دليلاً شرعياً على أن رحمها كان غير مشغول بجنين... وعلى أي حال فإن البنت إذا ولدت دون أقصى مدة الحمل، وقبل مرور ستة أشهر على زواج أمها من الزوج الثاني، فهي للمطعون ضده"².

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 222674، بتاريخ 15/06/1999، م.ق، 1999، عدد 1، ص 126.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 35992، بتاريخ 11/03/1985، م.ق، 1989، عدد 1، ص 86.

وما يلاحظ في القرار الأول، أنه خالف قاعدة جوهرية في إثبات النسب، والمنصوص فيها في المادة 42 (ق.أ.ج) وهي إمكانية الاتصال بين الزوجين. وعدم نفي الولدين من طرف الزوج لا يعني اعترافه بهما، وإنما اعتقد أن حجة عدم الاتصال بزوجه تكفي لنفي نسبهما، مما فوت عليه فرصة اللعان وأجله. ومنه فإن تنسيب الولدين للزوج، الذي هو متقين من أنه لا علاقة له بهما يعتبر مخالفا لقاعدة الاحتياط في الأنساب، لأن الفرق شاسع بين حفظ النسب والتستر عليه. ونعتقد أنه كان من العدل اللجوء إلى الطرق العلمية في هذه الحالات من أجل التحقق والتيقن من النسب الصحيح، لتجنب خلط الأنساب.

2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق بطلب الزوجة

اعتبر القانون الجزائري الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة طلاقاً بائناً، سواء في دعوى التطليق المنصوص عليها في المادة 53 (ق.أ.ج)، والتي لها أسباب حددها القانون، تسمح للزوجة برفع دعوى تطليق، ويمكنها في بعض الحالات الاستفادة من تعويض مادي. أو في دعوى الخلع والتي لم يشترط فيها المشرع أي سبب للزوجة، وإنما تكون بمقابل تعويض اتفائي، أو قضائي في حالة عدم الاتفاق. ومن المعلوم أنه لا رجعة في الطلاق البائن إلا بموجب عقد جديد. لكن قد يحدث أن يعتقد الزوجين بإمكانية الرجعة من الطلاق أو الخلع، وهذا ما يعتبر شبهة في الطلاق بطلب الزوجة.

وأكد القانون بأن التطليق والخلع طلاق بائن، من خلال الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "... أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها"¹.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 39463، مذكور سابقاً.

ومنه فإذا اعتقد الزوجان أن الطلاق الواقع بطلب الزوجة هو طلاق رجعي، ويستأنفون الحياة الزوجية من جديد دون عقد جديد، فإن هذه العلاقة تعتبر غير شرعية في نظر القانون، لمخالفة أحكام المادة 50 (ق.أ.ج) التي تنص على: "... ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وبالتالي فالولد الناتج عن الوطاء خلال هذه الفترة يعتبر ولدا غير شرعي كما بيّنا سابقا، غير أنه على الزوجين إثبات وقوعهم في الغلط أمام القاضي بكل الوسائل، وإذا اقتنع بحججهم ينسب الولد إليهما على أساس الشبهة.

ومن المعلوم أن فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، يكون بعد فترة انفصال بين الزوجين وشقاق في غالب الأحيان، فقد يحدث أن ترفع الزوجة دعوى تطليق، متيقنة من قبولها، وتقوم بمعاشرة رجل آخر وتحمل منه، معتقدة أن علاقتها بزوجها منتهية، وأن صدور الحكم بالتطليق ما هو إلا مسألة وقت. غير أن القاضي قد لا يقتنع بأسباب التطليق ويرفض الدعوى. وفي هذا نجد قرار للمحكمة العليا حكم على الزوجة طالبة التطليق، بالرجوع إلى بيت الزوجية لأنها رفعت دعوى تطليق بسبب الضرر، غير أنها لم تستطع إثباته¹. وفي هذه الحالة يعتبر الولد ولدا لزوجها لأنها مازالت فراشا له، وله أن ينفيه عنه باللعان، أو ينسب للزوج الثاني على أساس الشبهة إذا أثبت حسن النية.

3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بالشبهة في فك الرابطة الزوجية

نصت المادة 71(م.أ.م) على طرق فك الرابطة الزوجية كما يلي: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع". وجميع هذه الطرق قد تشوبها بعض الشبهات، والتي تؤثر على نسب المولود.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 102124، بتاريخ 19/04/1994، ن.ق، 1997، عدد 51، ص 89.

وبالنسبة لفك الرابطة الزوجية بسبب الوفاة قد تلتبس الأمور، مثلا في حالة المفقود تعتد الزوجة من يوم علمها بالفقد وتتنزوج من جديد، في حين أن ابتداء العدة لا يكون إلا من يوم صدور الحكم بالوفاة الحكيمة، والذي تختص به المحكمة حصرا¹.

وبالنسبة للفسخ، قد تعتد المرأة من تاريخ العلم بسبب الفسخ، ثم تتزوج بعد تمام العدة. في حين أن المدونة بيّنت بأن المحكمة هي التي تصدر الحكم بالفسخ، وأن تاريخ بداية حساب الاستبراء يكون من يوم صدور الحكم وليس من يوم العلم بسبب الفسخ.

كما قد تحدث بعض الشبهات حول إيقاع الطلاق من طرف الزوج، فالواضح من مدونة الأسرة أنها سحبت الطلاق من يد الزوج وأصبح رهينا بالإذن من القاضي. فعلى الزوج الراغب في الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة التي لا تأذن له إلا بعد استيفاء الشروط والإجراءات²، سواء كان الطلاق بطلب الزوج أو بطلب الزوجة إذا ملّكها زوجها له. وبالتالي تشتهب الأمور على الزوجين في مسألة الطلاق الذي يعتبر واقعا شرعا، وغير واقع قانونا، مما قد يؤدي إلى إتمام الزوجة لعدتها وزواجها من جديد.

ورغم الإشراف القضائي الصارم لمدونة الأسرة على إيقاع الطلاق، نجد قرار للمجلس الأعلى قد سمح بإثبات المراجعة عن طريق شهادة شهود مضمنة في رسم لفيقي، لأن الزوجين تراجعوا وأنجبا بنتين. ويقول الأستاذ الكشيبور: "نحن نؤيد هذا المنحى ما دام أنه يحفظ على الزوجين زواجهما وعلى الزوجة عرضها وعلى البننتين نسبهما"³.

وعموما، مهما كانت الشبهة التي قد تشوب طرق فك الرابطة الزوجية، لا سيما إذا نتج عنها أولاد، فإن التشريع المغربي يثبت نسبهم حسب المادة 155 (م.أ.م)، بشرط إثبات

¹ المادة 74 (م.أ.م)

² فوزي كريم، المرجع السابق، ص 63.

³ محمد الكشيبور، الواضع في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 470

هذه الشبهة بجميع الوسائل المقررة قانونا. لأن المشرع يتساهل في إثبات النسب، فالمادة 151 (م.أ.م) نصت على ما يلي: "يثبت النسب بالظن...".

إن موقف القوانين محل المقارنة من الشبهات التي قد تقترن بطرق فك الرابطة الزوجية بالطلاق، سواء من طرف الزوج أو بطلب الزوجة، ومدى تأثيرها على إثبات نسب الأولاد، تتشابه وتتجه إلى اعتمادها كسبب لثبوت النسب، غير أن الاختلاف يكمن في اعتبار القانون الجزائري أن حكم الطلاق كاشف منذ تلفظ الزوج به. أما القانون المغربي فاعتبره حكما منشئا ولا يعترف بالطلاق خارج دائرة المحكمة. وعلى كل حال، فالشبهة وسيلة لثبوت النسب متى تحققت، يبقى على المدعي إثباتها.

ويلاحظ أن الشبهات المرتبطة بطرق فك الرابطة الزوجية قليلة من الناحية القانونية مقارنة بالشرعية، لأن هذه الأخيرة تختلف فيها أقوال الفقهاء لما في ذلك من تفاصيل كثيرة. أما القانونية فتقل نظرا لتدخل المحكمة في إيقاع الطلاق وشروط إصدار حكمه. وفي جميع الأحوال تتفق القوانين مع الشريعة في اعتبار الشبهة وسيلة يثبت بها النسب مهما كانت ومتى تحققت.

المبحث الثاني: نسب المولود بالشبهة في تبعات انحلال الرابطة الزوجية

يترتب عن فك الرابطة الزوجية عدة آثار، وتختلف هذه الأخيرة باختلاف طريقة فكها. فتكون العدة في جميعها، وتكون الرجعة في بعضها. شرعهم الله تعالى لعدة مقاصد، أهمها المحافظة على رابطة الزواج وحفظ الأنساب، لكن قد تعتريهما شبهات تجعل الأحكام الخاصة بثبوت نسب الأولاد المولودين خلالهما محل اختلاف.

ومن أجل البحث في مصير نسب المولود من شبهات تبعات الطلاق، نتطرق في المطلب الأول إلى العدة من حيث المفهوم، وفتراتها، وفي المطلب الثاني، نتناول بالبحث مفهوم الرجعة وطرق إيقاعها، وفي المطلب الأخير نعرض للمواقف الشرعية والقانونية بخصوص نسب المولود بالشبهة خلالهما.

المطلب الأول: ماهية العدة

شرّع الله تعالى العدة عند انقضاء الرابطة الزوجية لعديد مقاصدها، منها ما تعلّق بتهدئة النفوس للحفاظ على الميثاق الغليظ، ومنها ما تعلّق بالحفاظ على الأنساب من الاختلاط، وغير ذلك من المقاصد. بيّن الله أحكامها وفتراتها التي تختلف بحسب حالاتها.

الفرع الأول: مفهوم العدة

العدة هي فترة تتربصها المرأة بعد فك الرابطة الزوجية، لها مدد تختلف باختلاف سبب فك هذه الرابطة، وحسب حالة المرأة. رتبت عليها الشريعة الإسلامية وعلى غرارها القوانين محل المقارنة بعض الأحكام الخاصة بها.

1- تعريف العدة

العدد لغة هو مقدار ما يُعدُّ ومبلغه، والجمع أعداد، وكذلك العدة، وقيل العدة مصدر كالعد. ويقال فلان إنما يأتي أهله العدة، وهي من العداد، أي يأتي أهله في الشهر والشهرين. وعدة المرأة أيام قروئها. وعدتها أيضا أيام إحدائها على بعلها وإمساكها عن الزينة، شهورا كان أو أقراء أو وضع حمل حملته من زوجها¹.

والعدة في الاصطلاح عند الجمهور؛ مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد، أو لتفجّعها على زوجها. وهي مدة حددها الشارع بعد الفرقة، يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي العدة². وتُعرّف كذلك في اصطلاح الفقهاء بأنها "أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا

¹ ابن منظور، المجلد 4، ج 32، المرجع السابق، ص 2833-2834

² وهبة الزحيلي، ج 7، المرجع السابق، ص 625

تنفصم عراً الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تترىص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع¹.

وبخصوص المشرع الجزائري؛ تطرّق للعدة في الفصل الثاني المعنون بآثار الطلاق، في المواد من 58 إلى 61، وبين أحكامها دون أن يقدم تعريفا لها. واعتبرها الاجتهاد القضائي إجبارية ومن النظام العام، فقرّر ما يلي: "لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها، مادامت من النظام العام"². كما قرّر عدم وجوب العدة قبل الدخول مسائرا في ذلك أقوال الفقهاء، حيث جاء في القرار ما يلي: "من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها"³. وتطرّق إلى فترات العدة المختلفة وفق ما جاء في الشريعة الإسلامية، في المواد من 58 إلى 60 من قانون الأسرة الجزائري.

ولم يقدم المشرع المغربي تعريفا للعدة، وإنما تطرق مباشرة لأحكامها، في الباب الأول من القسم السابع من مدونة الأسرة. وأفرد لها المواد من 129 إلى 137. ولم يخالف في ذلك ما جاء في الشريعة الإسلامية، على غرار المشرع الجزائري.

2- مشروعية العدة

الأصل في وجوبها من الكتاب قوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁴. وقوله ﷺ: ﴿وَأَلَّتِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ آرَبْتُمْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَأَلَّتِي لَمْ

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 372

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 358348، بتاريخ 2006/07/12، م.ق، 2006، عدد 2، ص 449.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 137571، بتاريخ 1996/06/18، م.ق، 1997، عدد 2، ص 93.

⁴ سورة البقرة، الآية 228

يَحْضَنُ¹، وقوله **حَلَالًا**: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَزْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾². وقوله **بِحَالَةٍ**: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾³.

والحكمة منها إما التعرف على براءة الرحم، أو التعبد، أو التفجع على الزوج، أو إعطاء الفرصة الكافية للزوج بعد الطلاق ليعود لزوجته المطلقة. ففي الطلاق البائن والتفريق لفساد الزواج أو الوطء بشبهة، يقصد من العدة استبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل، منعا من اختلاط الأنساب. وفي الطلاق الرجعي؛ يقصد بالعدة تمكين الرجل من العود إلى مطلقته خلال العدة، بعد زوال عاصفة الغضب وهدوء النفس. وفي فرقة الوفاة يراد من العدة تذكّر نعمة الزواج، ورعاية حق الزوج وأقاربه، وإظهار التأثير لفقده⁴. فعدة الوفاة إذن شرّعت للإحداد على الزواج السابق، فلا يصح للحرّة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها⁵.

والعدة في العقد الصحيح تجب بالفرقة بعد الدخول أو الخلوة إن كانت الفرقة بغير الوفاة. أما إذا كانت الفرقة بالوفاة فإنها تجب بالعقد نفسه والوفاة، ولذلك تجب في حالة الوفاة سواء أحصل الدخول أم لم يحصل، لأنها تجب في هذه الحال إحدادا على الزوج السابق. ولا تجب في الفرقة قبل الدخول أو الخلوة⁶. وأما الخلوة فقد اختلف الفقهاء في وجوب العدة بها. فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء⁷.

¹ سورة الطلاق، الآية 3

² سورة البقرة، الآية 234

³ سورة الطلاق، الآية 4

⁴ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 627-628

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 373

⁶ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 373.

⁷ الموسوعة الفقهية، ج29، المرجع السابق، ص 306.

كما تجب العدة أيضا بالاتفاق بالتفريق للوطء بشبهة، كالموطوءة في زواج فاسد؛ لأن وطء الشبهة والزواج الفاسد كالوطء في الزواج الصحيح في شغل الرحم ولحوق النسب بالواطئ، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم. وأوجب المالكية والحنابلة خلافا لغيرهم العدة على المزني بها كالموطوءة بشبهة؛ لأنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجب العدة منه كوطء الشبهة¹.

3- أحكام العدة

يترتب عن العدة أحكام شرعية وقانونية، كونها امتداد لعقد النكاح. سواء ما تعلق بنسب المولود خلالها، أو بحرمة نكاح المعتدة أو حقها في السكن والنفقة والميراث وغيرها.

3-1- ثبوت النسب:

شرعا؛ إذا أتت المرأة بولد في أثناء العدة ثبت نسبه من الزوج السابق، إذا ولد بين أدنى وأقصى مدة للحمل من تاريخ الطلاق². ونصت المادة 40(ق.أ.ج) بأن: "يثبت النسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". وكذلك المشرع المغربي نص في المادة 154(م.أ.م) على أن: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: ... إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق".

3-2- حرمة النكاح:

يُحرم على المعتدة الزواج لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾³ أي حتى انتهاء العدة. وتحرم خطبة المعتدة صراحة، لأن المطلقة رجعيًا في حكم الزوجة، فلا يجوز خطبتها لبقاء بعض آثار الزواج. ولا يجوز التعريض لها بالخطبة في عدة

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 628-630

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 382

³ سورة البقرة، الآية 233.

الطلاق، ويجوز في عدة الوفاة¹. وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 30(ق.أ.ج) الخاصة بموانع الزواج المؤقتة "يحرم من النساء مؤقتنا: ... المعتدة من طلاق أو وفاة". ونص المشرع المغربي على ذلك في المادة 39(م.أ.م): "موانع الزواج المؤقتة هي: ... وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء".

3-3- السكنى:

تبقى المرأة المعتدة في مسكن الزوجية، لقوله ﷺ: ﴿يَأْيُهَا النَّيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾². وأجاز الحنفية بقاء المطلقة رجعيا مع زوجها في دار واحدة، وله إذا قصد مراجعتها أن يدخل عليها بلا إندها. أما في الطلاق البائن أو الثلاث فلا بدّ من ساتر بين الرجل والمطلقة³.

وهذا ما أكدته المادة 61(ق.أ.ج) والتي نصت على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة". وفي القانون المغربي نصت عليها المادة 84(م.أ.م): "تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج...".

3-4- النفقة:

هي واجبة على الزوج بحالات مختلفة؛ فتجب لها النفقة بأنواعها المختلفة بالاتفاق إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، لأنها في حكم الزوجة. والمعتدة من طلاق بائن إذا كانت حاملا، فلها النفقة كاملة بأنواعها. أما غير الحامل فعند الحنفية تجب لها النفقة بأنواعها بسبب احتباسها في العدة لحق الزوج⁴.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 653-655

² سورة الطلاق، الآية 1.

³ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 657-658

⁴ وهبة الزحيلي، ج7، نفس المرجع، ص 658-659

ولا تجب النفقة إذا كانت من دخول في عقد فاسد، أو من وطء بشبهة. وإذا كانت العدة من وفاة، لأن النفقة تجب على الزوج، وقد مات، فليس ثمة من تجب عليه. وكذلك إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة، لأن الجريمة لا تثبت حقا من الحقوق، والزوجية قد أنهتها بمعصيتها¹.

ونص القانون الجزائري على حق النفقة للمعتدة، في المادة 61(ق.أ.ج): "... ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". والمشرع المغربي كذلك أكد على حقها في النفقة من خلال المادة 84(م.أ.م): "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة...".

3-5- الإحداد:

والمقصود به الامتناع عن الزينة، فهو واجب في رأي الجمهور على كل زوجة بنكاح صحيح في عدة الوفاة فقط، ما عدا الحنفية الذين يوجبونه كذلك في الطلاق البائن. وهذا لم تتطرق له القوانين محل المقارنة.

3-6- الميراث:

الميراث حق المعتدة إذا كان الطلاق رجعي. وإذا كان بائنا أو ثلاث، فلا توارث إذا حدثت الوفاة خلال العدة. أما إذا كان الطلاق البائن في مرض الموت، فإن كان برضاها أو بخلع فلا ترث بالإجماع، أما إن كان بغير رضاها فترث من زوجها عند الجمهور، ما عدا الشافعية². ونصّ المشرع الجزائري على حق المعتدة في الميراث في المادة 132(ق.أ.ج): "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحيّ منهما الإرث". ومن أسباب الميراث في التشريع المغربي حسب المادة 329(م.أ.م)

¹ محمد أبو زهية، المرجع السابق، ص384.

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص660-664.

الزوجية والقرباة. وبالتالي ترث المطلقة رجعيا لبقاء آثار الزوجية، وكذلك كل من لم يصدر حكم الطلاق في حقها.

الفرع الثاني: فترات العدة

تختلف الفترة التي تتربص فيها المرأة باختلاف نوع العدة، فالمعتدة من طلاق ليست كالمعتدة من وفاة، والتي تحيض ليست كغيرها، وهذا ما قد يتسبب في تحقق الشبهة. وفيما يلي نبين مختلف فترات العدة شرعا وقانونا،

1- العدة بالقروء

القرء لغة هو الحيض والطهر، ضدّ. وذلك أن القرء الوقت، فقد يكون للحيض والطهر. ويُظنّ أنه من أقرأت النجوم إذا غابت. والجمع أقرء. وأصلح دنو وقت الشيء. قال الشافعي رحمته الله: القرء اسم للوقت، فلما كان الحيض يجيء لوقت، والطهر يجيء لوقت، جاز أن يكون الأقرء حيضا وأطهارا¹.

ومشروعية العدة بالقروء قوله رحمته الله: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾². وهم المطلقات اللاتي تحيض. وكذلك من ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض: فإنّ المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض، قصر الزمان أم طال³. فتكون على ذلك اللوائي يرين الحيض فعلا، فلا تكون للصغيرة التي لم تر الحيض، أو الكبيرة التي بلغت بالسن ولم تر الحيض قط⁴.

واختلف الفقهاء في مفهوم القرء، فقال قوم هي الأطهار (الأزمة التي بين الدمين)، في رواية لأحمد ابن حنبل على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة. ومنهم من قال بأن القرء

¹ ابن منظور، المجلد 5، ج 39، المرجع السابق، ص 3564

² سورة البقرة، الآية 228

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1099

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 375

الدم نفسه. منهم مالك والشافعي وجمهور أهل المدينة، وأبو ثور، وجماعة، ومن الصحابة ابن عمر وزيد بن ثابت، وعائشة. والفرق بين المذهبين هو أنّ من رأى أنها الأطهار، رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة، لم يكن للزوج عليها رجعة وحلّت للأزواج. ومن رأى أنها الحيض لم تحلّ عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة¹. فمن أدلة الفريق الأول أن "ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض عنده حيضة أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر من حيضتها، فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حتى تطهر من قبل أن يجامعها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"². ولأن طلاق السنة هو ما تم في طهر، وتلك مدة استقبال العدة. ومن بين أدلة الفريق الثاني أن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، لما رواه قتادة، عن عروة بن الزبير، عن زينب: أنّ أم حبيبة بنت جحش استحيزت، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تدع الصلاة أيام أقرائها، ثم تغتسل وتصلّي³. ومن المعقول أن العدة وجبت للتعرف على براءة الرحم، والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر، كان الاعتداء بالحيض لا بالطهر⁴.

وتطرّق المشرع الجزائري لعدّة القروء في المادة 58 (ق.أ.ج): "تعدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...". لكنه لم يفصل في القرء، هل هو الطهر أم الحيض. وعلى عكسه اعتبر المشرع المغربي القرء طهرا، حيث جاء في المادة 136 (م.أ.م) ما يلي: "تعدّ غير الحامل بما يلي: - ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض...".

¹ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1095-1097

² صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب في العدة، حديث رقم 5332، المرجع السابق، ص 1358.

³ أبي داود، ج1، كتاب الطهارة، باب المرأة تستحاض، ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض، المرجع السابق، ص201.

⁴ الموسوعة الفقهية، ج29، المرجع السابق، ص308-309.

2- العدة بالأشهر

إن العدة التي تجب بدلا عن الحيض بالأشهر، فهي عدة الصغيرة والآيسة والمرأة التي لم تحض أصلا بعد الطلاق. وسبب وجوبها الطلاق، لمعرفة أثر الدخول وهو وجوب عدة الأقراء المتقدمة¹. لقوله ﷺ: ﴿وَالَّتِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ لَمْ يَحِضْ﴾². وعدة المتوفى عنها زوجها إن كانت غير حامل، عدتها بالاتفاق أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام بلياليها من تاريخ الوفاة، سواء أكان الزوج قد دخل بها أم لم يدخل، وسواء أكانت صغيرة أم كبيرة، أم في سن من تحيض، لإطلاق الآية. وتكون هذه العدة في النكاح الصحيح فقط، وبقاءه صحيحا إلى الموت مطلقا³، لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَبِنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁴.

أما المرتابة عند المالكية، وهي التي ترتفع حيضتها من غير إيباس، ولا يخلو ذلك أن يكون لعارض يُعلم بالعادة تأثيره في رفعه، كالرضاع والمرض، أو لغير عارض، فإن كان لرضاع فلا يبرئها إلا الحيض طال بها الوقت أم قصر، وفي المرض خلاف. أما إن كان لغير عارض معلوم فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن حاضت خلالها حسبت ما مضى قرءا، ثم تنتظر القرء الثاني، فإن حاضت وإلا انتظرت تمام تسعة أشهر، فإن مضت تسعة أشهر ولم تحض اعتدت بثلاثة أشهر فيكون الكل سنة⁵.

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 633

² سورة الطلاق، الآية 4

³ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 638-644

⁴ سورة البقرة، الآية 234.

⁵ أبي محمد البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق أبي أويس محمد، وأبي الفضل العمراني، دار الكتب العلمية،

بيروت - لبنان، 2004، ص137

وبخصوص المستحاضة التي لم تميز بين الدمين، فيرى مالك أن عدتها السنة، وأبو حنيفة قال عدتها ثلاثة أشهر إن لم تكن قادرة على التمييز¹. ويرى الحنابلة والشافعية أن عدة المستحاضة الناسية لوقت حيض والمبتدئة كالأيسة ثلاثة أشهر².

وتطرق القانون الجزائري للعدة بالأشهر في المادة 58 (ق.أ.ج): "... واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". وكذلك في المادة 59 (ق.أ.ج): "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده". ولكن لم يبيّن المشرع هل يكون الحساب بالأشهر الشمسية أو بالقمرية.

والمشرع المغربي تطرق للعدة بالأشهر في المادة 132 (م.أ.م) والتي نصت على أن: "عدة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة"، حيث تعدت مدة أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام كاملة من تاريخ الوفاة حقيقة أو من تاريخ الحكم بالوفاة في حالة صدور حكم بذلك. وعدة المطلقة غير الحامل ذكرتها المادة 136 (م.أ.م) تكون: "... ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من المحيض ...".

وما يميز المشرع المغربي عن الجزائري هو تطرقه لعدة المستحاضة؛ والتي لم تميز دم الحيض عن غيره، ونجده أخذ برأي المالكية في ذلك، حيث نصت المادة 136 (م.أ.م) على ما يلي: "تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعد بثلاثة أطهار". كذلك اعتماده التقويم القمري بدلا عن الشمسي صراحة في الحساب، وفي اعتقادنا هو الأصح، والمنسجم مع الشريعة الإسلامية.

¹ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1099-1100.

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص643

3- العدة بوضع الحمل

تكون لمن حصلت الفرقة بينها وبين زوجها وهي حامل، سواء أكانت الفرقة بينهما بوفاة أم بغيرها؛ لقوله ﷺ: ﴿ وَأَوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعَنَّ حَمَلَهُنَّ ﴾¹. وهذا النص عام يشمل المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين، كما يشمل المعتدات من وفاة الزوج ولو لم يمض على الفراق إلا ساعة واحدة². وتجب بسبب الموت أو الطلاق، وتنتهي بوضع الحمل اتفاقاً، ولأن براءة الرحم لا تحصل في الحامل إلا بوضع الحمل³. ودليل ذلك ما روي عن أم سلمة: أن امرأة من أسلم يقال لها سُبَيْعَة كانت تحت زوجها فتوفي عنها وهي حبلى، فخطبها أبو السنابل بن بعكك، فأبت أن تتكحه فقال: والله ما يصلح أن تتكحي حتى تعتدي آخر الأجلين، فمكثت قريباً من عشر ليالٍ ثم نفست، ثم جاءت النبي ﷺ فقال: "انكحي"⁴.

وبخصوص المسترابة؛ أي التي تظن أنها حامل، فإنها تمكث أكثر مدة الحمل، وقد اختلف فيه: فقيل في المذهب (المالكي) أربع سنين، وقيل خمس سنين. وقال أهل الظاهر تسعة أشهر⁵. فعند المالكية تتريص إلى منتهى أمد الحمل بالنسبة لمن تریصت بالأقراء أو الأشهر وارتابت في كونها حاملاً، وعند الشافعية والحنبلة تصبر حتى زوال الريبة، للاحتياط⁶.

وتناول المشرع عدة الحامل في المادة 60 (ق.أ.ج) والتي جاء نصها كما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". متماشياً مع ما جاء في القرآن الكريم، وما أتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية. وفي نفس

¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

² - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 374

³ - وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 634-635

⁴ - الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب العدد، باب إن عدة الحامل وضع الحمل، حديث رقم 2938، المرجع السابق، ص340.

⁵ - ابن رشد، المرجع السابق، ص 1100

⁶ - وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص637

السياق نص المشرع المغربي على انتهاء عدة الحامل بوضع الحمل أو سقوطه في المادة 133(م.أ.م). أما بالنسبة لأقصى مدة الحمل اعتبرها سنة كاملة من تاريخ الطلاق أو الوفاة حسب المادة 135 (م.أ.م). غير أنه تطرّق لعدة المسترابة عكس المشرع الجزائري، حيث جاء في المادة 134 (م.أ.م) ما يلي: "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يُرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء، للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرّر استمرار العدة أو انتهائها".

ومما سبق فالعدة هي تربص المرأة مدة معينة بعد فك الرابطة الزوجية، تختلف حسب طريقة فكّها وحال المرأة، لها أحكام خاصة تنظّمها، حيث تعتبر فترة انتقالية بين الرابطة الزوجية وانعدامها، تبقى المرأة تتمتع خلالها ببعض حقوق الزوجة كالنفقة والسكن وغيرها. وأهم أثر لها هو ثبوت النسب إذا ولد المولود خلال الفترة المحددة من الفراق، ونظرا للأحكام المتنوعة المتعلقة بها فهي عرضة للشبهة في جميعها.

المطلب الثاني: ماهية الرجعة

شرع الله ﷻ الرجعة من أجل المحافظة على رباط الزوجية، من خلال منح الزوجين فترة راحة لمراجعة قرار الطلاق، ونظّمها بأحكام وقواعد لا بدّ من مراعاتها، وتبنّت القوانين محل المقارنة أغلب ما جاء في الشريعة بخصوص الرجعة وأحكامها، باعتبارها تحيل لها في حالة غياب النص القانوني.

الفرع الأول: مفهوم الرجعة

الرجعة باعتبارها أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، تنشأ في بعض أنواع الطلاق وليس كلها، لها عدة أحكام، سنتطرق فيما يلي إلى تعريفها، ومشروعيتها، ثم إلى آثارها.

1- تعريف الرجعة

لغة؛ يقال راجع الشيء أي رجع إليه. وارتجع المرأة وراجعها مُراجعة ورجاعا، رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة. ويقال طلق فلان فلانة طلاقا يملك فيه الرجعة¹. ويقال في مصدره أيضا: رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعة والرجعي بكسر الراء².

واصطلاحا؛ يعرفها الحنفية بأنها "استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك"³. والمالكية قالوا بأنها: "عودة الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد"⁴. وعند الشافعية هي: "ردّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص، وأركانها ثلاثة: محل، وصيغة، ومرجع"⁵. وعرفها الحنابلة بأنها: "إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"⁶.

وبالنسبة للمشرّع الجزائري، تطرق للرجعة في المادة 50 (ق.أ.ج): "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". فالمشرّع استخدم المصطلح الشرعي (رجعة) للدلالة على الرجوع في الطلاق الرجعي. وأما بخصوص الطلاق البائن فأكد الاجتهاد القضائي بأنه لا رجعة فيه، كما يلي: "من المقرر قانونا أن الرجوع في حالة الطلاق بالتراضي لا يصح إلا بعقد جديد"⁷.

أما المشرع المغربي فتطرق لمسألة الرجعة في المادة 124 (م.أ.م) والتي جاء نصها كالتالي: "للزوج أن يُراجع زوجته أثناء العدة، وإذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة

¹ ابن منظور، المجلد 3، ج 18، المرجع السابق، 1591-1592.

² ابن عابدين، ج 5، المرجع السابق، ص 23.

³ الكاساني، ج 4، المرجع السابق، ص 391.

⁴ الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 415.

⁵ أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 243.

⁶ البهوتي، ج 5، المرجع السابق، ص 341.

⁷ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 49857، بتاريخ 18/07/1988، م.ق، 1992، عدد 3، ص 50.

طلاقاً رجعيًا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً. ويجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق...". يتضح أن الرجعة حق للزوج إذا لم تنقضي فترة العدة.

2- مشروعية الرجعة

الرجعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقوله ﷺ: ﴿وَعَوْلَتُهُ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾¹. وقوله ﷺ في الآية الكريمة: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾²، أي بالرجعة. ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن، أي انقضاء عدتهن، إلى قوله ﷺ: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾³. وقوله ﷺ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنِ﴾⁴، والمقصود بالإمساك الرجعة.

وأما السنة، فما روي عن عمر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها⁵. وكذلك ما جاء في صحيح البخاري عن يونس بن جبير قال: "سألت ابن عمر رضي الله عنهما فقال؛ طلق ابن عمر امرأته وهي حائض، فسأل عمر رضي الله عنه النبي ﷺ، قال: مره أن يراجعها...⁶".

وأجمعت الأمة على جواز الرجعة في العدة⁷. وثبتت الرجعة للزوج في الطلاق الرجعي مُجمَع عليه، حيث قال ابن حجر في الفتح: "وقد أجمعوا على أن الحرَّ إذا طلق

¹ سورة البقرة، الآية 228

² سورة الطلاق، الآية 2

³ سورة الطلاق، الآية 1

⁴ سورة البقرة، الآية 229

⁵ أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، حديث رقم 2283، المرجع السابق، ص 593

⁶ البخاري، كتاب الطلاق، باب مراجعة الحائض، حديث رقم 5333، المرجع السابق، ص 1358

⁷ أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 244

الحُرّة بعد الدخول بها تطليقة أو تطليقتين فهو أحق برجعته، ولو كرّمت المرأة ذلك، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة فتصير أجنبية فلا تحل له إلا بنكاح مستأنف¹.

والمرجعية القانونية للرجعة في القانون الجزائري تستمدّها من المادة 50 (ق.أ.ج) التي نصت على أن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد...". ولكن يلاحظ بأن المشرع ربط المراجعة بفترة الصلح، والتي لا تتوافق في كثير من الأحيان مع العدة، وهذا يعتبر مخالفا لما ورد في الشريعة الإسلامية. وأكد الاجتهاد القضائي ذلك حيث نص على ما يلي: "من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد"²، بالرغم من اعتماد المشرع على العدة في اجتهاد قضائي سابق، والذي ورد فيه: "... من المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة... وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه اتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة..."³.

ومرجعية الرجعية في القانون المغربي نجدها في المادة 123 (م.أ.م) والتي نصت على أن: "كل طلاق أوقعه الزوج هو رجعي". والمادة 124 (م.أ.م) التي تنص على أنه يمكن "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، إذا رغب في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا".

3- آثار الطلاق الرجعي

يترتب على الطلاق الرجعي بعض الآثار، سواء خلال فترة العدة أو بعدها، نذكر

بعضها كما يلي:

¹ الشوكاني، السيل الجرار، المرجع السابق، ص 426.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 239349، بتاريخ 200/02/22، م.ق، 2001، ع.خ، ص 107.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 35322، بتاريخ 1984/12/17، م.ق، 1989، عدد4، ص 91.

- ينقص الطلاق الرجعي من عدد الطلقات التي يملكها الزوج شرعا بالاتفاق¹، أما قانونا فلا ينقصها، لأن الرجعة تقع خلال فترة الصلح وقبل صدور حكم الطلاق حسب المادة 50 (ق.أ.ج).
- الطلاق الرجعي لا ينهي الرابطة الزوجية، لأن المطلقة الرجعية يصح طلاق زوجها لها وظهاره وإيلاؤه عليها، ويجري اللعان بينهما. ولا يجعل الزوجة محرمة على زوجها بأي سبب من أسباب التحريم، لأنها في حكم الزوجة. وبالتالي لا يجوز له الزواج بإحدى محارمها كأختها أو أمها أو غيرهم. غير أن الاستمتاع بها فيه اختلاف شرعي حول جوازه من عدمه. ويمكن للزوج إرجاع زوجته بدون عقد جديد ودون مهر متى شاء، ولا اعتبار لرضى الزوجة الرجعية.
- انقضاء العلاقة الزوجية إذا انتهت العدة دون مراجعة ويصبح الطلاق بائنا، حسب المادة 50 (ق.أ.ج) والمادة 125 (م.أ.م). فإذا أراد الزوج استئناف حياة زوجية فلا بد من عقد ومهر جديدين، مادام الحل ثابتا أي لم تكمل الطلقات الثلاث².
- تجب النفقة بأنواعها المختلفة بالاتفاق إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، لأنها في حكم الزوجة³. ووجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي موضع اتفاق⁴. فللرجعية النفقة والسكنى حاملا أو حائلا حتى تتقضي عدتها⁵. وهذا ما نصت عليه القوانين محل المقارنة باعتبار أن الرجعية في حكم الزوجة⁶. غير أن المشرع المغربي كان أكثر دقة عندما نص على سقوط حق السكن إذا غادرت الرجعية بيت العدة دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول، حسب المادة 196 (م.أ.م).

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 438-439.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 314

³ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 658.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 384

⁵ أبي محمد البغدادي، المرجع السابق، ص 348

⁶ المادة 74(ق.أ.ج). المادتين 187 و195 (م.أ.م)

- لا يسقط حق المرأة في ميراث زوجها عند وفاته، لأنها في حكم الزوجة. وهذا بالاتفاق الشرعي والقانوني، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر قانوناً عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحق الحي منهما الإرث، وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها، ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها، أن تعتد بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث، وتعتبر وكأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحاً"¹.

إن الرجعة باعتبارها فترة لتهدئة النفوس والعدول عن قرار الطلاق، شرّعها الله عز وجل في بعض أنواع فك الرابطة الزوجية، حيث تعتبر المرأة فيها كأنها زوجة عادية، وتتمتع بنفس حقوق الزوجة من نفقة وسكن وثبوت الميراث لها ونسب أولادها. غير أن الحالات المتنوعة التي يمكن أن تكون عليها قد تتحقق بسببها الشبهة.

الفرع الثاني: طرق إيقاع الرجعة

من أجل إيقاع الرجعة على المطلقة رجعيًا، لا بد من اتباع ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقوانين، من وجوب توفر أركانها، وطريقة وقوعها لفظاً أو فعلاً.

1- أركان الرجعة

نصت الشريعة الإسلامية على مجموعة أركان حتى تتحقق الرجعة، وهي:

1-1- المرتجع:

يُشترط في المرتجع أهلية النكاح. وأجاز الحنابلة والشافعية الرجعة لولي المجنون؛ لأنها حق للمجنون يُخشى فواته بانقضاء العدة، وأجاز الحنفية للمجنون والمعتوه والمكره الرجعة². والمالكية قالوا بصحة الرجعة لكل من له أهلية النكاح، فيجوز عندهم أن يرجع

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 101444، بتاريخ 1993/12/21، م.ق، 1996، عدد 2، ص 73.

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 465

الصبي زوجته، وكذلك السفية والمفلس، لأنهم أهل للنكاح، ولو أن نكاحهم متوقف على إذن الولي والغريم¹.

والقانون الجزائري نصّ في قرار للمحكمة العليا على أنه: "...لا تتم المراجعة فيه إلا برضا وطلب من الزوج وفي المدة المقررة للمراجعة"². وفي قرار آخر نص على أن: "مراجعة الزوج لزوجته خلال فترة العدة جائز شرعا وقانونا، مادامت العصمة بيده"³. ومنه فالقانون اشترط الرضا على الزوج المرجع. ولا يهم بلوغه السن القانوني وهو 19 سنة حسب المادة 40 (ق.م) لأن الزوج القاصر له أهلية التقاضي بخصوص آثار الزواج حسب المادة 7 (ق.أ.ج). ويجب أن تخلو أهليته من أي عارض أو مانع. وأن يكون هو المعني بالرجعة ولا يمكنه توكيل غيره في ذلك، لأن المادة 20 (ق.أ.ج) قبل التعديل التي كانت تنص على التوكيل في عقد الزواج تم إلغاؤها بموجب تعديل 2005.

1-2- ما تقع به الرجعة

تحصل الرجعة بالقول الصريح اتفاقا، أو بالكناية بشرط النية عند غير الحنابلة. واشترط المالكية النية في القول والفعل، وتحل أيضا عند غير الشافعية بالوطء، وكذا بكل ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية والمالكية، ولا تحصل بغير الوطء ولا بالكناية عند الحنابلة، ولا بأي فعل عند الشافعية⁴. ويكون تفصيل الرجعة بالقول وبالوطء في عناصر لاحقة.

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 695.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 45867، بتاريخ 1987/06/01، م.ق، 1992، عدد 4، ص 54

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 395557، بتاريخ 2007/05/09، م.ق، 2008، عدد 2، ص 299.

⁴ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 467

1-3- المرأة (المحل)

يقول الشافعية أن الزوجة المخصوصة بالرجعة هي الموطوءة، لأنه لا عدة على غيرها. فالمفسوخ نكاحها لا رجعة فيها¹. وأن تكون مطلقة طلاقاً رجعياً، وأن تكون قابلة للحل للمراجع، لا مرتدة، فلا تصح رجعة المرتدة؛ لعدم حلها، ولا يصح مراجعة الكافرة التي أسلمت، واستمر زوجها في الكفر لعدم الحل².

2- الرجعة بالقول والإشهاد

أجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة، من غير اعتبار رضاها³، لقوله ﷺ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁴. وأجمع المسلمون أيضاً على أن الرجعة تكون بالقول والإشهاد، واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط؟ فبخصوصه قال مالك إلى أنه مستحب. وذهب الشافعي إلى أنه واجب. وسبب الاختلاف معارضة القياس للظاهر، ذلك أن ظاهر قوله ﷺ: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁵ يقتضي الوجوب. وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة، فإن قوما قالوا لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط، وبه قال الشافعي، قياساً على النكاح، حيث أمر الله ﷻ بالإشهاد فيه، ولا يكون الإشهاد إلا على القول⁶. فلا تصح الرجعة عند الشافعية إلا بحضور شاهدين، لأمر الله

¹ الشريبي، ج3، المرجع السابق، ص 442

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 467

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1058

⁴ سورة البقرة، الآية 228.

⁵ سورة الطلاق، الآية 2.

⁶ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1085-1086

بالإشهاد على الرجعة، والأمر يقتضي الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود فكانت الشهادة شرطاً فيه كالنكاح¹.

والمالكية قالوا بأن الإشهاد على الرجعة مستحبّ وليس بواجب، لأنه حق للزوج بدليل أن له أن يراجعها بغير رضاها، ومن له حق فلا يلزمه الإشهاد على استيفائه كسائر الحقوق من الديون وغيرها². ولم يشترط الحنفية الشهادة على الرجعة، لأن الشهادة عندهم شرط ابتداء العقد وإنشائه، لا شرط البقاء، والرجعة استيفاء العقد، فلا يشترط له الشهادة. إلا أنه يستحبّ الإشهاد عليها؛ إذ لو لم يشهد لا يأمن من أن تتقضي العدة، فلا تصدّقه المرأة في الرجعة، ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة، فندب إلى الإشهاد لهذا³. وأما الحنابلة فلهم رأيين: الأول يوجب الشهادة في الرجعة، لقوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁴. وظاهر الأمر الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، أشبه بالنكاح. والرأي الثاني: قال بعدم وجوب الشهادة، لأنه إمساك لا يفتقر إلى رضی المرأة، أشبه بالتكفير في الظهار⁵.

والقانون الجزائري لم ينص صراحة على طريقة وقوع الرجعة، وبالتالي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، حسب المادة 222(ق.أ.ج)، وهذا ما نص عليه الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "... من المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة... وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه اتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة..."⁶. غير أنه يمكن القول بأن القانون الجزائري يشترط لانعقاد الرجعة جلسة صلح أمام القاضي قبل صدور الحكم بالطلاق. لكن الإشكال يكمن فيمن طلق زوجته عرفياً

¹ - أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 249

² - أبو محمد البغدادي، ج 1، المرجع السابق، ص 327

³ - الكاساني، ج 4، المرجع السابق، ص 391.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 2.

⁵ - ابن قدامة، الكافي في فيه الإمام أحمد بن حنبل، ج 3، المرجع السابق، ص 148

⁶ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 35322، بتاريخ 17/12/1984، م.ق، 1989، عدد 4، ص 91.

وراجعها دون أن يعرض الأمر على القضاء. فيمكن القول استنباطا بأنه يجب الإشهاد على الرجعة لزيادة الاحتياط، ويكون ذلك بإعلام الأهل والأقارب بالمراجعة¹.

وبالنسبة للقانون المغربي، اشترط الإشهاد على الرجعة صراحة بموجب المادة 124 (م.أ.م) والتي جاء نصها كما يلي: "... إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة رجعيًا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً...". وقد أحسنت المدونة صنعا بنصّها على الإشهاد لتوثيق الرجعة وإثباتها، ووضع حدّ للنزاعات الناشئة في هذا الباب².

ولعل الراجح ما نص عليه القانون المغربي من حيث وجوب الإشهاد على الرجعة، لأن الفرقة معلومة لدى الجميع، ولا يمكن أن تتم الرجعة دون علم الغير، بل لا بد من الإعلام بها والإشهاد عليها، حتى يكون هذا الأخير دليل إثبات في حالة المنازعة.

3- الرجعة بالوطء ومقدماته

اختلفت أقوال الفقهاء بخصوص اعتبار الوطء طريقا للرجعة، وفيما يلي سنعرض ما جاء في المذاهب الأربعة حول المسألة.

3-1- الحنفية

يعتبرون الوطء دليل على الرجعة، ووجه البناء أن الوطء لما كان حالاً، فإذا وطئها فلو لم يجعل الوطء دلالة الرجعة، وربما لا يراجعها بالقول، بل يتركها حتى تنقضي عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق؛ لأنه لا فعل منه إلا ذلك، فيزول الملك مستندا إلى وقت وجود الطلاق، فتبيّن أن الملك كان زائلاً من وقت الطلاق من وجه، فيظهر أن الوطء كان حراماً، فجعل الإقدام على الوطء دلالة على الرجعة، صيانة له عن الحرام.

¹ عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 2، مجلد 6، 2017، ص 216.

² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 198.

والدليل قوله ﷺ: ﴿وَعَوْلَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾¹ سمي الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول؛ كرد المغصوب، ورد الوديعة. وكذلك إذا لمسها لشهوة، أو نظر لفرجها عن شهوة فهو مراجع.²

2-3- المالكية:

إذا وطئ أو قبّل أو لمس للذة ونوى به الرجعة كانت رجعة³. وقالوا إن نوى الرجعة ثم قبّل أو باشر أو ضم، فإن فعل ذلك لمكان ما نوى فهي رجعة. يريد إذا أصاب ساهيا عن الطلاق المتقدم لم يكن وطؤه رجعة إذا لم تقارنه نية⁴.

3-3- الشافعية

قال الشافعية: تصح الرجعة من غير ولي، وبغير رضاها، وبغير عوض، لقوله ﷺ: ﴿وَعَوْلَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁵. ولا تصح الرجعة إلا بالقول من القادر عليه أو بالإشارة من الأخرس، فأما إذا وطئها أو قبّلها أو لمسها.. فلا يكون ذلك رجعة، سواء نوى به الرجعة أم لم ينو. وبه قال أبو قلابة وأبو ثور. وقال مالك وإسحاق: "إذا وطئها ونوى به الرجعة.. كان رجعة، وإن لم ينو به الرجعة.. لم يكن رجعة"⁶.

4-4- الحنابلة

تحصل الرجعة عندهم بالوطء في ظاهر المذهب، قصد أو لم يقصد، والوطء من المالك يمنع زواله. وقال ابن حامد: يخرج فيه وجهان؛ فأما الخلوة بها فليست رجعة بحال،

⁻¹ سورة البقرة، الآية 228.

⁻² الكاساني، ج 4، المرجع السابق، ص 392.

⁻³ أبو محمد البغدادي، ج 1، المرجع السابق، ص 327

⁻⁴ الخطاب، ج 5، المرجع السابق، ص 405.

⁻⁵ سورة البقرة، الآية 228.

⁻⁶ أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 247

لأن تحريم المصاهرة لا يُثبت النسب. وقال البعض يحصل بها، لأنه محرّم من غير الزوجة. وعن أحمد: لا تحصل الرجعة إلا بالقول¹.

وبالنسبة لمكانة الوطاء ومقدماته في الرجعة عند القوانين محل المقارنة، فلا نجد ما يشير إلى ذلك لا من قريب ولا من بعيد.

ومما سبق، وحتى يتمكن الزوج من إرجاع زوجته المطلقة رجعيًا، لا بد له من تمتعه بالأهلية، وأن تكون الزوجة ممن تحل له غير مرتدة عن الإسلام، لأن شروط الرجعة نفسها شروط الزواج الصحيح. وتتحقق من خلال إسهاد الزوج على رجعه قانونًا، وأضافت الشريعة إمكانية الرجعة بالقول والوطء مع اختلافات بين المذاهب في ذلك. والرجعة باعتبارها تصرف قانوني، يستحب إثباتها لما قد ينشئ عنها من منازعات، فيكون الإسهاد عليها حافظًا للحقوق وحاسمًا للمنازعات.

المطلب الثالث: الموقف من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية

قد يحدث أن تختلط الأمور على الزوجين، لا سيما في حالة حساب العدة أو تحوّلها أو تداخلها، وبالتالي تشتهب الأحكام حول الإباحة والتحريم، وكذلك الأمر بالنسبة للرجعة وطريقة وقوعها، فقد يظن الزوج طليقته بعد انقضاء العدة، أو قد تنتزوج قبل انقضائها، وغيرها من المتشابهات.

الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية

فيما يلي سنتطرق للشبهات التي قد تقترن بالعدة، وكذا ما قد يعتري الرجعة من شبهات، ونبيّن مواقف الفقهاء حول نسب المولود من الشبهة المتعلقة بتبعات الطلاق، سواء في العدة أو في الرجعة.

¹ ابن قدامة، الكافي في فيه الإمام أحمد بن حنبل، ج 3، المرجع السابق، ص 149

1- موقف الشريعة من انتقال العدة وتداخلها

يحصل أن تطراً على المرأة المعتدة بعض التغيرات والأحداث التي تؤثر على العدة، من حيث طبيعتها وفترتها، وفيما يلي سنتطرق لمسألة انتقال العدة وتحولها.

1-1- انتقال العدة:

المقصود هو الانتقال من تقدير إلى تقدير، فقد تبدأ المعتدة بنوع كان هو المتفق مع حالها وقت ابتدائها، ثم يعرض أن تتغير حالها فيتغير نوع عدتها، ويتغير تبعاً لذلك تقديرها. وتغير العدة من نوع إلى نوع قسماً؛ أحدهما انتقالها من الأشهر إلى الحيض، والثانية انتقالها من الحيض إلى الأشهر¹.

ومثال ذلك؛ إذا طُفقت الصغيرة أو من بلغت سن اليأس، فشرعت في العدة بالشهور ثم حاضت قبل انتهاء العدة، لزمها الانتقال إلى الأقراء، وإذا طُفقت المرأة التي كانت تحيض، فحاضت مرة أو مرتين ثم أيست، انتقلت عدتها إلى الأشهر.

كما تنتقل العدة إلى عدة وفاة إذا مات الزوج أثناء عدة زوجته التي طلقها رجعيًا، فتسقط عدة الطلاق وتثبت أحكام عدة الوفاة². والحامل التي يتوفى عنها زوجها، قال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار عدتها أن تضع حملها، وروى عن مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين، إما الحمل، وإما انقضاء عدة الموت. وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب عليه السلام، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة³.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 377

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 645-647

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1106

1-2- تداخل العدد:

معناه: أن تبتدئ المرأة المعتدة عدّة جديدة وتندرج بقية العدة الأولى في العدة الثانية، والعدّتان إما أن تكونا من جنس واحد فقط أو من جنسين مختلفين، لشخص واحد أو شخصين، ولذلك فإن الفقهاء اختلفوا في جواز التداخل وعدمه وفقا لكل حالة على حدا. فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بتداخل العدتان، إذا كانتا من جنس واحد ولرجل واحد. مثل أن يطلق الرجل زوجته ثلاثا، ثم يتزوجها ويطؤها في عدتها، فتعد بثلاثة قروء أو أشهر حسب الحالة من الوطء الأخير¹. ومثال تداخل العدتين لجنسين مختلفين لشخص واحد؛ كأن تكون الزوجة معتدة بالأقراء، ثم يطؤها زوجها ويُحبّلها فتتداخل العدتان وتتقضيان بالولادة.

وبالنسبة لتداخل العدتين لشخصين سواء من جنس واحد أو جنسين. ففي رأي الجمهور لا تتداخل العدتان من شخصين، وتمضي المرأة عدتها الأولى حتى نهايتها، ثم تبدأ بالعدة الأخرى. أما الحنفية فقالوا بتداخل العدتين، سواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين ولو من رجلين².

ومثال ذلك كأن كانت المرأة في عدة زوج أو في عدة وطء شبهة، ثم وطئت بشبهة أو نكاح فاسد، والواطئ غير صاحب العدة الأولى، أو كانت زوجة معتدة من شبهة، فطلّقت بعد وطء الشبهة، فلا تداخل، عملا بأثر عن عمر وعلي رواه الشافعي رحمته الله. فإذا وُجد حمل اعتدّت بوضعه أولا، وإن لم يكن حمل، أتمت عدّة الطلاق ولو كان الوطء بشبهة سابقا للطلاق، لقوة عدة الطلاق بسبب استنادها إلى عقد جائز وسبب مسوغ، ثم تستأنف العدة

¹ الموسوعة الفقهية، ج 29، المرجع السابق، ص 343.

² وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 624-625.

الأخرى. أما عند الحنفية فتعد عدة الأقراء من الثاني عن بقية عدة الأول وعدة الثاني؛ لأن القصد معرفة براءة الرحم، وهذا تحصل به براءة الرحم منها جميعاً¹.

وبالنسبة للموقف القانوني من مسألة انتقال العدة، فلم نجد أي نص صريح. وبالتالي يتم اعتماد ما جاء في الشريعة الإسلامية باعتبار أن القانون الجزائري والمغربي يحيلان إليها في حالة عدم وجود نص قانوني، ومنه يتم العمل بما أسلفنا ذكره. غير أنّ المشرع المغربي خصص مادة واحدة لتداخل عدة الوفاة مع عدة الطلاق الرجعي، حيث نصّت المادة 137 (م.أ.م) على ما يلي: "إذا توفي زوج المطلقة طلاقاً رجعيًا وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة".

2- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود بشبهة في العدة

قال عطاء ومالك وأكثر الفقهاء بتحريم وطء المعتدة من طلاق رجعي والاستمتاع بها. وقال أبو حنيفة وأصحابه بجواز وطئها. وعن أحمد بن حنبل روايتين: إحداهما تبيح وطئها، ولا تجيزه. لما روي أن ابن عمر أنه طلق امرأته وكان طريقه إلى المسجد على مسكنها، فكان يسلك طريقاً أخرى حتى راجعها، ولأنه سبب وقعت به الفرقة فوقع به التحريم. فإن خالف ووطئها في العدة لم يجب عليهما الحد، سواء علما تحريمه أو لم يعلم؛ لأنه وطء مختلف في إباحته، فلم يجب به الحد، كما لو تزوج امرأة بغير ولي ولا شهود ووطئها... وإن أتت منه بولد لحقه نسبه بكل حال للشبهة².

وفيما يلي تفصيل ما ورد في المذاهب الفقهية الأربعة:

¹ وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 649-650

² أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 245

2-1- الحنفية:

وقد قدّم المصنّف أن نسب المعتدة البت يثبت إذا جاءت به لأقل من سنتين بغير دعوة، ولسنتين فأكثر لا يثبت إلا بالدعوة، وهو بعمومه يتناول المعتدة عن ثلاث طلاقات... والحاصل أنه لا يثبت النسب في شبهة الفعل عند الدعوة إلا في المطلقة ثلاثاً¹. وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق، فلا يكون منه؛ لأن وطئها حرام إلا أن يدعيه؛ لأنه التزمه، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة².

2-2- المالكية:

من عقد على امرأة في مدة الاستبراء، وجب فسخ العقد، سواء كان الزنا منه أو من غير، فإن دخل بها بعد أن عقد عليها تأبّد تحريمها عليه إن كان الاستبراء من ماء غيره، سواء كان دخوله بها في مدة الاستبراء أو بعده.... ويلحق فيه الولد إن حملت بعد حيضة من العقد عليها، وأنتت به لستة أشهر من يوم النكاح³. ولمّا سئل الإمام مالك: أرايت إن تزوج امرأة في عدتها وادّعى أنه عارف بتحريم ذلك - لم يجله - أتقيم عليه الحد في قول مالك أم لا؟ قال: إلا أنني أرى أن يُدرأ الحد، لأنه يشبه من تزوج خامسة.. وإنما قال: من تزوج امرأة في عدتها فرّق بينهما ولم تحل له أبداً⁴. وبالتالي يثبت النسب، لأن له علاقة طردية مع الحد، فإذا غاب هذا الأخير ثبت الأول، والعكس صحيح.

2-3- الشافعية:

في المحلى، لا يحلّ لأحد أن يخطب امرأة معتدة من طلاق أو وفاة، فإن تزوجها قبل

¹ النسفي، ج5، المرجع السابق، ص 23

² برهان الدين المرغيناني، المرجع السابق، ص355.

³ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 554

⁴ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، المرجع السابق، ص485.

تمام العدة فُسِّخَ أبداً، دخل بها أو لم يدخل، طالمت مدته معها أو لم تطل. ولا توارث بينهما ولا نفقة لها عليه، ولا صداق ولا مهر لها. فإن كان أحدهما عالماً فعليه حد الزنى من الرجم والجلد، وكذلك إن علما جميعاً، ولا يحلق الولد به إن كان عالماً... وأما إلحاق الولد بالرجل الجاهل فلا خلاف فيه¹. ولو نُكِّحَتْ في العدة فاسداً فولدت للإمكان من الأول.. لحقه وانقضت بوضعه ثم تعدت للثاني، أو للإمكان من الثاني.. لحقه، أو منهما.. عُرض على القائف، فإن ألحقه أحدهما.. فكالإمكان منه فقط².

2-4- الحنابلة:

يرى الحنابلة بالاستعانة بالقافة إذا أشكل الأمر في إلحاق الولد بأحد الواطئين، حيث جاء في المغني: "... أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً، أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً، مثل أن يطلق رجل امرأته فينكحها آخر في عدتها ووطنها، أو يبيع جارية فيطوؤها المشتري قبل استبرائها، وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، فإنه يرى القافة معهما، فبأيهما ألحقه لحق"³.

3- موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الرجعة

فيما يلي سنعرض ما ورد في المذاهب الفقهية الأربعة، حول الشبهات التي قد تقترن بوطء المرأة المطلقة طلاقاً رجعياً، محاولين البحث في مصير نسب المولود من هذا الوطء.

3-1- الحنفية:

عند الحنفية لا يشترط الشهادة وإعلام الغير؛ لكنّه مندوب ومستحب؛ لأنه إذا راجعها

¹ بن حزم الأندلسي، ج9، المرجع السابق، ص68-69

² النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ص447.

³ ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 383

ولم يعلمها بالرجعة، فمن الجائز أنها تتزوج عند مضي ثلاث، حيث ظناً منها أنّ عدتها قد انقضت، فكان ترك الإعلام فيه تسبباً إلى عقد حرام عسى فاستُحِبَّ له أن يُعلمها. ولو راجعها، ولم يُعلمها حتى انقضت عدتها، وتزوجت بزواج آخر، ثم جاء زوجها الأول، فهي امرأته، سواء كان دخل بها الثاني أو لم يدخل، ويُفَرَّق بينها وبين الثاني، لأن الرجعة قد صحّت بدون علمها، فتزوجها الثاني وهي امرأة الأول؛ فلم يصح، وعلى هذا تُبنى الرجعة بالفعل؛ بأن جامعها أنها جائزة عندنا¹.

3-2- المالكية:

من كتب إلى زوجته بطلاقها ووصل ذلك إليها، وارتجعها ولم يصل إليها ارتجاعه إياها قبل رجعه، لم تُصدّق وثبتت رجعه. ولو صدّقناها في انقضاء عدتها بعد دعواه الرجعة، فتزوجت فاستمرت حاملاً أو وضعت لأقل من ستة أشهر، فلترد إلى الأول وتكون رجعة، والولد ولده وقد تبين كذبها، أو أنها حاضت مع الحمل. ولا تحرم على الثاني لأنه إنما وطئ ذات زوج².

وقالوا فيمن يطلق زوجته، ثم يراجعها دون أن تبلغها الرجعة، وتتزوج إذا انقضت عدتها، قال الإمام مالك أنها للذي عقد عليها النكاح، دخل بها أو لم يدخل، هذا قوله في الموطأ، وبه قال الأوزاعي والليث. وروي عن ابن القاسم أنه رجع عن هذا القول، وأنه قال الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني³.

3-3- الشافعية:

إذا انقضت عدة الزوجة، فتزوجت بآخر، وادعى الزوج الأول أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها منه، وقال الزوج الثاني بل انقضت عدتها قبل أن تراجعها، فإن أقام الزوج

¹ الكاساني، ج4، المرجع السابق، ص 392.

² الخطاب، ج5، المرجع السابق، ص 409.

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص 1085

الأول بينة أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه حكم بزوجيتها للأول، وبطل نكاح الثاني سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها. وبه قال علي بن أبي طالب وأكثر الفقهاء. فإن كان الزوج الثاني لم يدخل بها، فُرِّقَ بينهما ولا شيء عليه. وإن دخل بها، فُرِّقَ بينهما، وعليه مهر مثلها، وعليها العدة؛ لأنه وطء شبهة، ولا تحل للأول حتى تتقضي عدتها من الثاني¹.

3-4- الحنابلة:

إن طلق الرجل زوجته، فقضت عدتها وتزوجت، ثم ادعى رجعتها، فصدقته هي وزوجها، رُدَّتْ إليه. وإن صدَّقه أحدهما دون الآخر، قُبِلَ قوله وحده في حقه، فإن صدقه الزوج، انفسخ نكاحه لاعترافه بفساده، ولم تُسَلِّم المرأة إليه، لأن إقرار الزوج عليها غير مقبول. وإن كان هذا قبل دخوله بها، فلها عليه نصف المهر. وإن كان بعده، فلها الجميع بمنزلة طلاقها. وإن صدَّقته المرأة وحدها، لم يُقبل قولها في فسخ نكاح الزوج. وإن حملت الرجعية من الزوج الثاني، انقطعت عدة الأول، فإذا وضعت حملها، أتمت عدة الأول، وله رجعتها في هذا التمام، لأنها في عدته، وإن راجعها قبل الوضع، ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأنها في عدة غيره لا في عدته. والثاني: يصح، لأن الزوجية باقية وإنما انقطعت عدته لعارض، فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه².

إن الأخطاء التي قد يقع فيها الأزواج بخصوص العدة والرجعة، سواء عن سوء تقدير وحساب، وعدم الدراية بالأحكام الشرعية، أو بسبب اختلاف المواقف الفقهية حول مسألة ما. ففي جميع الحالات يثبت نسب الولد للشبهة، مع تأكيد الفقهاء على ضرورة توفر حسن النية وعدم القصد.

¹ أبي الحسين الشافعي، ج 10، المرجع السابق، ص 254-255

² ابن قدامة، الكافي في فيه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، المرجع السابق، ص 151.

الفرع الثاني: الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية

فيما يلي سنعرض ما جاء في القانون الجزائري والقانون المغربي، حول نسب المولود من الشبهة في تبعات الطلاق، سواء الناتج عن وطء المعتدة، أو عن وطء الزوجة المرتجعة بعد فوات فترة الرجعة، وغيرها من الحالات.

1- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في العدة

لم يتطرق القانون الجزائري لنسب المولود من شبهة الوطء في العدة، غير أنه بجمع النصوص القانونية يمكن أن نستخلص إقراره بثبوت نسبه. وذلك لأنه نص في المادة 40 (ق.أ.ج) سالف الذكر على ثبوت النسب في جميع الأنكحة، الصحيحة منها والفاصلة والباطلة. والمادة 34 (ق.أ.ج) نصت على ثبوت النسب في النكاح المفسوخ بسبب كون المرأة من المحرّمات. وبالرجوع للفصل الثاني في قانون الأسرة الخاص بموانع الزواج، نجد المادة 23 (ق.أ.ج) تنص على وجوب خلو الزوجين من الموانع المؤبدة والمؤقتة. والمادة 30 (ق.أ.ج) نصت على أنه: يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة...". ومنه فالمشرّع يثبت نسب الولد الذي نتج عن وطء رجل لامرأة في عدتها، إذا ولد الطفل بين أدنى وأقصى مدة للحمل، مع تحقق إمكانية الاتصال، وعدم نفيه بالطرق المشروعة.

غير أنه إذا وقع الزواج والدخول بامرأة خلال عدة حملها، فإن المولود ينسب للزوج الأول. وفي هذا الشأن نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرّر شرعا أن الزواج في العدة باطل... ومتى تبين أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية... ومادام الزواج الثاني باطلا فلا يعتبر فراشا، زيادة على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ولا يمكن إلحاق المولود بالزوج الثاني بأي حال، مما يعني أن الطاعنة هي من الفراش الأول

لوالدها... لأن المادة 43 (ق.أ.ج) تقضي بأنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة¹.

وفي قرار ثاني خاص بالبناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، تم اعتبار العقد باطلا، حيث جاء فيه: "...حيث أن قضاة القرار المطعون فيه قد ناقشوا موضوع الدعوى مناقشة قانونية وبشكل واضح، وأنهم بعد تحليلهم للوقائع تبين لهم أن المطعون ضده دخل بالطاعة وهي حامل من غيره، وهذا باعترافها خلال مراحل التقاضي، وخلصوا إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار، والمتمثلة في كونها أن حمل الزوجة الطاعة من غير زوجها الشرعي يعتبر مانعا من موانع الزواج، والذي يترتب عليه البطلان المطلق... وأقاموا قضائهم على أساس صحيح من الواقع القانوني، الأمر الذي يستوجب رفض الطعن"².

2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق الرجعي

بتفحص مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالطلاق، يتضح أنه اعتبر الرجعة في الطلاق ما وقع قبل صدور الحكم وانقضاء مهلة الصلح، ولم يبني الرجعة على طبيعة العدة واختلافاتها، سواء كانت المطلقة حاملا أم لا. حيث نصت المادة 50 (ق.أ.ج) على ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وحددت المادة 49 (ق.أ.ج) فترة الصلح بثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. ومن خلال المادة 50 نلاحظ أن المشرع قصد الطلاق بإرادة الزوج، لأنه يقع قبل صدور الحكم بالطلاق، أما الطلاق بطلب الزوجة أو الخلع فلا رجعة فيه، لأنه يصدر مباشرة بحكم قضائي. غير أنه استثنى المطلقة ثلاث مرات متتالية من الرجعة، حتى تتزوج رجلا آخر وتطلق منه أو يتوفى عنها، حسب المادة 51 (ق.أ.ج).

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 193825، بتاريخ 19/05/1998، م.ق، 2001، ع.خ، ص 73.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 371562، بتاريخ 11/10/2006، م.ق، 2007، عدد 2، ص 457.

وتحديد المشرع للرجعة بهذا الشكل يجعلها في تضارب مع أحكام الشريعة الإسلامية في عدة مواضع. فمثلا قواعد الشرع تسمح للزوج بإرجاع طليقته الحامل في عدتها قبل وضع الحمل، وهذه المدة قد تطول أو تقصر. بينما المشرع حدد الفترة بثلاثة أشهر، وقبل صدور الحكم بالطلاق. هذا ما يضع الناس في شبهات في طريقة الرجعة ومصير نسب الأولاد.

وبالتالي قد يُرجع الرجل زوجته قبل وضع حملها وذلك بعد صدور الحكم بالطلاق دون عقد جديد، مقتديا بأحكام الشريعة، وهذا ما يعتبر شبهة. فنجد أن المشرع اعتبر هذه الرجعة باطلة، وأن هذه العلاقة غير شرعية لا يثبت بها النسب، لأنه لا وجود لفراش الزوجية. ونجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا... فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشارات للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة، خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".

وفي المقابل، من يُرجع زوجته المطلقة من طلاق رجعي بعد انقضاء عدتها بوضع الحمل، وذلك قبل صدور حكم الطلاق خلال ثلاثة أشهر، فإن هذه الرجعة باطلة شرعا لكنها جائزة في نظر القانون، لأن المادة 50 نصت على المراجعة خلال فترة الصلح وقبل صدور الحكم بالطلاق. وأيضا من راجع زوجته المطلقة ثلاثا دون أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يتوفى عنها، فإن المشرع اعتبر هذا الزواج باطلا، لأنه تم بامرأة محرمة عليه مؤقتا. وبالتالي يفسخ قبل الدخول وبعده، ويثبت به نسب الأولاد، حسب نص المادة 40 (ق.أ.ج).

3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بشبهة في تبعات الطلاق

اعتبر المشرع المغربي كل زواج يتم بإحدى المحرمات باطل، سواء المؤقتة منها أو المؤبدة، حيث نصت المادة 57(م.أ.م) على ما يلي: "يكون الزواج باطلا: ... إذا وُجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39...". وبالرجوع للمادة

39(م.أ.م) والتي تنص على الموانع المؤقتة، نصت على ما يلي: "موانع الزواج المؤقتة هي: ... وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء".

والمرأة إذا فارقها زوجها نتيجة طلاق أو موت أو فسخ، عليها أن تعتدّ منه، ولا يحلّ لرجل آخر أن يعقد عليها وهي في عدتها، وإذا عقد عليها في هذه الحالة يعتبر الزواج باطلاً ووجب عليه أن يفارقها حالاً رضاً أو جبراً عن طريق القضاء¹.

أما من ارتجع زوجته بعد انقضاء فترة العدة دون عقد جديد، فإن المشرع المغربي اعتبر هذه العلاقة غير شرعية، وأن هذا العقد فاسد وليس باطل، لتوفر الإيجاب والقبول وانعدام الموانع الشرعية، لكن شروط الزواج غير متوفرة من صدق وشهود وولي عند الاقتضاء. وبيّن المشرع المغربي بأنه يأخذ حالتين؛ الأولى يُصحّح فيها بعد الدخول بصدق المثل إذا اختل شرط الصداق، حسب المادة 60(م.أ.م). والحالة الثانية يُفسخ قبل الدخول وبعده إذا لم يحضر الرجعة ولي الزوجة عند وجوبه، وهذا ما نصت عليه المادة 61(م.أ.م)

ويلحق النسب في الزواج الباطل بالزوج الذي دخل بالمعقود عليها فحملت، متى كان هذا الزوج حسن النية. ويكون الزوج حسن النية متى كان جاهلاً بسبب بطلان عقد الزواج. أما إذا كان عالماً به فهو زان والزنا لا يثبت نسباً. والقاعدة أن حسن النية مفترض دائماً وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه متى كانت له مصلحة في ذلك². لأن المادة 58(م.أ.م) نصت على ما يلي: "... يترتب على هذا الزواج (أي الباطل) بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة".

¹ فوزي كريم، المرجع السابق، ص 29.

² محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 553.

وأما في الزواج الفاسد فالنسب لاحق دون اشتراط حسن النية، لأن المادة 64(م.أ.م) نصت على ما يلي: "الزواج الذي يُفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 أعلاه، لا يُنتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

ومن خلال ما سبق، فإن القانون المغربي يُثبت نسب المولود من شبهات تبعات الطلاق، سواء ما تعلق منها بالعدة أو بالرجعة، مع اشتراط حسن النية، والذي يعتبره مفترضا.

وما يلاحظ تشابه موقف المشرعين الجزائري والمغربي بخصوص تنسيب المولود من الشبهة إذا تعلقت بتبعات الطلاق، سواء في العدة أو في الرجعة، فيصبح الزواج باطلا في حالات وفسادا في حالات أخرى، وكلا العقدين يعتبران أسبابا لثبوت النسب، بشرط ثبوت حسن النية وعدم العلم المُسبق بالتحريم والخطأ.

ملخص الباب

يتأثر نسب المولود من وطء الشبهة في جميع مراحل عقد الزواج، فقد تتأثر مقدمات هذا الأخير بها من خلال وطء أجنبية، أو وطء الخاطب لمخطوبته، فإذا كانت الخطبة مقترنة بالفاتحة فلا إشكال في ذلك، وإذا لم تكن كذلك، فيأخذ الوطاء شكلين؛ إما أن يكون بتراضي الطرفين، وهنا لمسنا رأيين فقهيين بين مجيز ومانع لتتسبب ولد الزنا، بينما أجمعت القوانين محل المقارنة على أن هذا الوطاء لا يوجب إثبات النسب. وإما أن يكون الوطاء بالاغتصاب، وفي هذه الحالة لمسنا رأيين فقهيين شرعيين، ورفض من القانون المغربي، وقبول القانون الجزائري تتسبب المولود على أساس الشبهة.

وخلال مرحلة ما بعد الخطبة، قد تقترن الشبهة بطرق إبرام عقد الزواج، من حيث الأركان والشروط، سواء بصورها التقليدية أو المعاصرة، والمتمثلة في بعض الزيجات الحديثة، أو إبرام عقد الزواج من خلال وسائل الاتصال الحديثة. أو من خلال الطرق الحديثة للحمل والولادة. لمسنا شبه إجماع شرعي قانوني على تتسبب المولود الناتج عن الوطاء المقترن بالشبهة، في هذه المرحلة من مراحل الزواج. مع إجماع على رفض تأجير الأرحام جملة وتفصيلا.

وبخصوص الشبهة التي قد تقترن بانحلال الرابطة الزوجية؛ سواء في طرق إيقاع الطلاق بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة، أو من خلال استعمال وسائل الاتصال الحديثة، فالإجماع يميز المواقف الشرعية والقانونية محل المقارنة، على تتسبب المولود الناتج عن هذا الوطاء خلال هذه المرحلة، بشرط إثبات الشبهة بأي وسيلة.

أما في آخر مرحلة من مراحل الرابطة الزوجية، والمتمثلة في العدة، فإن الشبهة قد تقترن بها كذلك، سواء في تداخل العدد أو انتقالها، أو من خلال وطء المعتدة من زوجها أو من غيره، بسبب غلط في حسابها أو غير ذلك. بالإضافة إلى الشبهات التي قد تقترن بالرجعة، سواء في طريقة إيقاعها أو فترتها وغيرها من الشبهات. وفي جميع ما ذكرنا فإن

نسب المولود ثابت بإجماع فقهاء الشريعة والقوانين محل المقارنة. وكل ذلك مقترن بمدى ثبوت الشبهة وحسن نية الواطئ. عملاً بقاعدة إحياء الولد من خلال التساهل في إثبات نسبه. وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "... كما أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله تعالى، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة، طبقاً لقاعدة إحياء الولد..."¹.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 202430، بتاريخ 1998/12/15، م.ق، 1999، عدد 1، ص 122.

خاتمة

بعد عرض لمفهوم الشبهة وتقسيماتها التقليدية والمعاصرة، والبحث في مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين محل المقارنة، حول أثرها على النسب، خلال جميع مراحل العلاقة بين الطرفين، باعتبار أن الرجل ثابت والمرأة هي التي تتغير أحوالها، ومعها الأحكام. سواء كانت غير محصنة، أو محصنة أو في فترة العدة. تبين أن تأثير الشبهة على النسب يختلف باختلاف المبدأ المعتمد تجاهه. فالذين يركزون على قاعدة إحياء الولد توسعوا في الشبهة مفهوما وتطبيقا، وفسروها لصالح الولد. أما الفريق المناادي بمبدأ الاحتياط في إثبات النسب، فضيقوا في مفهوم الشبهة وتطبيقاتها، ومنعوا إثباته إلا ما كان بعقد صحيح ثابت بشروطه، ولا يقبلون إلا الشبهة القوية لإلحاقها بالفراش الصحيح. فيكون تأثير الشبهة في إثبات النسب واسعا لدى الفريق الأول، وضيقا عند الثاني.

وبالرجوع للقانون الجزائري، نجده يناهز بقاعدة إحياء الولد، والتوسع في الشبهة، حيث نص على ذلك صراحة في اجتهاد قضائي، غير أن الواقع الميداني التطبيقي، يُظهر بأن القضاة يركزون على مبدأ الاحتياط في إثبات النسب من خلال أحكامهم.

ونعتقد أن البحث عن النسب الحقيقي للولد هو الغاية الأساسية، فالمنادون بقاعدة إحياء الولد، هدفهم حماية حقوق الأولاد. وكذلك المنادون بقاعدة الاحتياط في إثبات النسب، من خلال تحري نسبهم الحقيقي. وبين هذا وذاك، لا بدّ من ضبط الشبهة بضوابط وشروط حتى تتبين القوية منها من الضعيفة، والحقيقية من الزائفة. وهذا الأمر ممكن في عصرنا الحالي، بسبب التطورات الطبية التي جعلت إمكانية تحري النسب الحقيقي ممكنا.

ومن خلال عرض المواقف الشرعية، ومقارنة القانون الجزائري مع المغربي في هذه المسائل، أمكننا التوصل للنتائج التالية:

- وطء الشبهة هو كل وطء غير صحيح وقع من غير قصد وبحسن نية. يثبت به النسب باتفاق فقهاء الشريعة والقوانين محل المقارنة، بمختلف صور الشبهة.

- قد تقترن الشبهة بالوطء في جميع مراحل علاقة الطرفين، بدءا بالخطبة إلى الزواج، وحتى انحلال الرابطة الزوجية وما ينجر عنها من تبعات. ويثبت بها النسب في جميع حالاتها.
- المشرع لم يقدم تعريفا للشبهة ولو بالإشارة، وبالتالي ترك المجال مفتوحا لاستيعاب أي صورة لها سواء التقليدية أو المعاصرة، مع إعمال السلطة التقديرية للقاضي في مدى اقتناعه بها.
- إشارة المشرع للاستبراء كأثر للزواج بإحدى المحارم، دون تحديد مدته وطريقة حسابه.
- تضارب في موقف القانون الجزائري بخصوص نسب المولود دون عقد زواج، إذا كان اتصالهما بالتراضي. فمن جهة لم يعترف بالنسب للمولود، مع جود تناقض بين الاجتهاد القضائي الذي اعتبر هذه العلاقة زنا، في حين أن قانون العقوبات يعتبر الزنا إذا كانت المرأة محصنة. ومن جهة أخرى أجاز الاعتماد على الإقرار في ثبوت النسب ولم يشترط قيام الزوجية، بل سكت عنها.
- الاجتهاد القضائي الجزائري أقر بثبوت نسب المولود من الاغتصاب، واعتبر هذا الأخير وطء شبهة يثبت به النسب.
- عدم اعتماد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة عمليا، في حين أنه لا يوجد أي مانع قانوني باستقراء المادة 10 (ق.أ.ج) الخاصة بطرق التعبير عن الإرادة.
- نص المشرع على إلزامية الصلح في الطلاق حتى ولو كان بتراضي الطرفين، أو في الطلاق الثالث، وهذا يمكن أن يكون سببا للشبهة، لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية في بعض حالاته.
- ربط الرجعة بفترة الصلح، وفي هذا مخالفة للشريعة، لأنها مرتبطة أساسا بالعدة، والتي قد تتوافق مع فترة الصلح، أو تقل عنها، أو تتجاوزها في حالات أخرى.
- عدم تفصيل المشرع في طريقة الرجعة، سواء من حيث الوطاء ومقدماته، أو من حيث الإشهاد. بل اعتبر نجاح عملية الصلح بمثابة رجعة.

- عدم إشارة المشرع لا من قريب ولا من بعيد لمسائل تداخل العدد أو انتقالها.
- أغلب أحكام الأحوال الشخصية، صادرة عن اجتهادات قضائية، وبالتالي فهي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، مما يخلق تفاوت واختلاف في الأحكام القضائية بين مختلف الجهات القضائية لقضايا متشابهة.

التوصيات:

- إضافة نصوص جديدة، تفصل في الاستبراء من حيث مدته وطريقة حسابه. أو النص مباشرة على اللجوء للخبرة الطبية من أجل التأكد من الحمل في الوطاء المشبوه.
- تعديل المادتين 42 و 43 المتعلقة بمدة الحمل، وبالتحديد في بداية العد، لأن احتسابها من تاريخ الفرقة غير دقيق، فالعام والخاص يعلم بأن الفرقة تحصل بفترة لا بأس بها قبل صدور حكم الطلاق، وبالتالي نقترح تعديل المادتين من خلال النص على اللجوء للخبرة الطبية في ذلك.
- إضافة نصوص جديدة خاصة بنفي النسب، وإجازة اللجوء للطرق العلمية من أجل التحقق من نسب الولد، بعد رفع دعوى نفي النسب وقبل الفصل فيها.
- إدراج مواد تتماشى مع إمكانية عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، لأنه أصبح ضرورة في عصرنا الحالي، وهذا ما تأكد خلال فترة الحجر الصحي بسبب وباء كوفيد 19. وذلك بعد توفير التجهيزات اللازمة وتأمينها وإعداد النظام القانوني الخاص بها.
- النص على إلغاء الصلح في حالة الطلاق بالتراضي والطلاق الثالث، وربطه بفترة العدة بدلا من 3 أشهر من خلال تعديل المادة 49.
- تعديل المادة 50 من خلال النص على ربط الرجعة بفترة العدة، بدلا من فترة الصلح القانونية.

- إضافة مواد جديدة تُفصّل في الرجعة وطرق وقوعها.
- إضافة مواد ينص فيها المشرع على حساب العدة بالأشهر القمرية، لأنها الأكثر دقة، وتماشيا مع الشريعة الإسلامية.
- إضافة نصوص تتناول موضوع تداخل العدد.
- إضافة مواد تتناول مسألة انتقال العدة.

وأشير في الأخير إلى أن هذه الدراسة ما هي إلا محاولة متواضعة، للبحث في مدى تأثير نسب المولود من الوطاء المقترن بالشبهة في جميع مراحل العلاقة بين الطرفين، ولا محالة قد فانتنتي بعض الجزئيات. ومن المعلوم أن الشبهة ليست ثابتة، بل هي متغيرة ومستجدة حسب تطورات كل فترة زمنية، ومنه يبقى الموضوع مُحتاجا لكثير من البحث. فإن كنت قد أصبت فبفضل الله وحده، وإن كان العمل به تقصير، فالكمال لله وحده، وعذري وحجتي أنني بذلت أقصى مجهودي في هذا البحث.

قائمة المراجع:

1- المصادر:

- القرآن الكريم

- السنة النبوية:

- 1- أبي داود، سنن أبي داود، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق - سوريا، 2009.
- 2- البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق - سوريا، 2002.
- 3- البيهقي، السنن الكبرى، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
- 4- الدارقطني، سنن الدارقطني، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 2001.
- 5- جلال الدين السيوطي، جمع الجوامع (الجامع الكبير)، دار السعادة، مصر، 2005.
- 6- عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط1، دار التأصيل، مصر، 2010.
- 7- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار منتقى الأخبار، دار الحديث، القاهرة - مصر، 1993.
- 8- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، 1997.
- 9- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، 2000.

- المعاجم والقواميس:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة - مصر، (د.س.ن).
- 2- أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، سوريا، 1979.
- 3- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، دار عالم الكتب، القاهرة - مصر، 2008.
- 4- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط2، دار الفكر، دمشق، سورية، 1988.

- 5- علي بن محمد الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة - مصر، 2004.
- 6- مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة - مصر، 2008.
- 7- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 8- محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت - لبنان، 1997.

2- الكتب العامة:

- 1- ابن المبرد، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي
الدمشقي الصالحي المعروف بـ «ابن المبرد»، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، دار
المجتمع، جدة - السعودية، 1991.
- 2- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان، 2003.
- 3- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن
رشد الحفيد (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار ابن حزم،
بيروت-لبنان، 1995.
- 4- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت
1252 هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق
عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، تقديم محمد بكر إسماعيل، ط.خ،
دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.
- 5- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي
المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط1، دار الكتب
العلمية، بيروت - لبنان، 1994.
- 6- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي
المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد
الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية،
1997.

- 7- أبو القاسم الخرقى، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، طنطا - مصر، 1993.
- 8- أبو عبد الله الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، ط1، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1978.
- 9- أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004.
- 10- أبي الحسن الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المناهج، جدة - السعودية، 2000.
- 11- أبي الحسن اللخمي، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (د.س.ن).
- 12- أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2005.
- 13- أبي عمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2002.
- 14- أبي محمد البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق أبي أويس محمد، وأبي الفضل العمراني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004.
- 15- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995.
- 16- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط2، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، 1982.
- 17- أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، دار الجامعة - مصر، 1987.
- 18- أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2000.
- 19- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى (رواية سحنون)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994.
- 20- البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1983.

- 21- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت - لبنان، 2005.
- 22- الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط زكرياء عميرات، دار عالم الكتب، لبنان، 1995.
- 23- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (د.س.ن).
- 24- السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
- 25- الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2004.
- 26- الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، 2002.
- 27- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دم.ج، الجزائر، 2013.
- 28- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 29- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2012.
- 30- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 31- العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، دم.ج، 1999.
- 32- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دم.ج، الجزائر، 2015.
- 33- الغزالي، الوسيط في المذهب، ط1، دار السلام، مصر، 1997.
- 34- الفيومي، المصباح المنير، ط1، دار المعارف، القاهرة، (د.س.ن).
- 35- القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت، 2010.

- 36- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 37- المارودي، الحاوي الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- 38- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1991.
- 39- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر، 2012.
- 40- بدر الدين محمد الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1992.
- 41- بدر خالد، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، الكويت، 1996.
- 42- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 43- برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدى، مع شرح عبد الحي اللكنوي، أخرجه نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1996.
- 44- بكوش يحي، الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 45- بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، 2003.
- 46- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 47- بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، الجزائر، 2013.
- 48- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، دم.ج، 2001.

- 49- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1983.
- 50- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق (شرح كنز الدقائق)، شرح ابن النجيم، حواشي ابن عابدين دمشقي، ضبط زكرياء عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997.
- 51- حسني الجندي، المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، دار النهضة، مصر، 2005.
- 52- خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر الحاجب في فقه الإمام مالك، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2011.
- 53- دلاندة يوسف، قانون الأسرة (منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02-05)، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 54- دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، المملكة المغربية، 2004.
- 55- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة. دار الخلدونية. الجزائر. 2016.
- 56- زين الدين العراقي، كتاب الحلال والحرام من إحياء علوم الدين، دار الكتب العلمية، لبنان، 2012.
- 57- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 58- سعد عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- 59- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 60- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 61- شتوان بلقاسم، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، 2007.

- 62- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1997.
- 63- صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان، (د.س.ن).
- 64- صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان، (د.س.ن).
- 65- عبد السلام زيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 66- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- 67- عبد الكريم الاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، دار كنوز إشبيليا، السعودية، 2010.
- 68- عبد اللطيف البرزنجي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1993.
- 69- عبد الله الطيار، الفقه الميسر، مدار الوطن، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2012.
- 70- عبد الله الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، (د.س.ن).
- 71- عبد الملك المطلق، زواج المسيار - دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار ابن لعبون، المملكة العربية السعودية، 2002.
- 72- عبد الملك بن يوسف المطلق، زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.
- 73- علاء الدين البعلي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1911.
- 74- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984.

- 75- علي أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015.
- 76- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط2، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1981.
- 77- علي رشيد أبو حجيبة، الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 78- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997.
- 79- غوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 80- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، جمع وترتيب الشيخ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط5، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2003.
- 81- فوزي كريم، محاضرات لشرح مدونة الأسرة، طنجة - المغرب، 2019.
- 82- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 83- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2016.
- 84- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، (د.س.ن)، ص388
- 85- محمد أحمد المستريحي، فسخ عقد النكاح بالأمراض الوراثية، دار المكتبة الوطنية، عمان، الأردن، 2006.
- 86- محمد الأسمندي، طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، دار التراث، القاهرة - مصر، 2007.
- 87- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر، المغرب، 2014.

- 88- محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2001.
- 89- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ط3، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
- 90- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، تحقيق عمر بن سليمان الحفيان، دار ابن الجوزي، السعودية، ج13، 2002.
- 91- محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بنذب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة، 2001.
- 92- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 93- محمد صري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 94- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار الخير، دمشق - سوريا، 2006.
- 95- محي الدين النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، جدة - السعودية، 2005.
- 96- وجيه محمود، الاختلاف الفقهي أسبابه وموقفنا منه، دار الهدى، المنيا - مصر، 1998.
- 97- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1986.
- 98- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق - سوريا، 1985.
- 99- يوسف البحراني، الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، دار الأضواء، بيروت، لبنان، 1993.
- 100- يوسف القرضاوي، زواج المسيار حقيقته وحكمه، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، 1999.

101- يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009.

3- الكتب المتخصصة:

- 1- إيقروفة زوييدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 3- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة)، مكتبة وهبة، القاهرة - مصر، 2010.
- 4- شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، مصر، 2006.
- 5- طفياني مخاطرية، إثبات النسب في ظل تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديد، مصر، 2013.
- 6- عبد الدايم حسن محمود، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 7- محمد الكشيبور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، مطبعة دار النجاح الجديدة، 2007.
- 8- محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية، مصر، (د.س.ن).
- 9- محمد نعمان محمد علي العبداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية - دراسة مقارنة، دار الكتب، صنعاء، 2016.

10- نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري -

دراسة مقارنة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2016.

4- الرسائل الجامعية:

1- البوركي مينة، الفاتحي الزوهرة، العيادي رشيدة، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، بحث لنيل شهادة الإجازة، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، 2012-2013.

2- سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي - دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2019-2020.

3- سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015.

4- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2017-2018.

5- عبد الله الغامدي، الشبهة وأثرها في المعاملات المالية والنكاح وما يتعلق به - دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية العالية الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1993.

6- عمران عائشة، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2016.

7- عمري رشيد، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران - الجزائر، 2010-2011.

- 8- فهد بن ناصر اليوسف، الشك وأثره في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، معهد دراسات وبحوث العالم الإسلامي، قسم الدراسات العليا، جامعة أم درمان الاسلامية، السودان، 2008.
- 9- قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر -بسكرة، الجزائر، 2013/2014.
- 10- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2014-2015

5- الدوريات والمجلات:

- 1- إبراهيم خياري، مقاصد أحكام العدة وأثرها في حكم استبراء المعتدة عن طريق الكشف الطبي، مجلة المعيار، عدد 2، مجلد 11، 2020.
- 2- أحمد حميد سعيد النعيمي، حكم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 10، العدد 18، 2018.
- 3- أحمد لكلمي، الشبهة في الفقه المالكي - دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة الموطأ، عدد 2، 2018.
- 4- بعجي عبد اللطيف، وبين حرز الله عبد القادر، نفي النسب وآثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مجلد 10، عدد2، 2017.
- 5- بلايلية معمر، زواقري الطاهر، سلطة القاضي الجزائري في إعادة تكييف الوقائع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد12، 2019.
- 6- بلقاسم مطالبي، مقارنة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي لونيبي - البليدة - الجزائر، مجلد 6، عدد 2، 2017.

- 7- بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد3، 2005.
- 8- بوحادة سمية، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار - الجزائر، مجلد 15، عدد 3، 2016.
- 9- بوغرة الصالح، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مجلد 57، عدد 5، 2020.
- 10- بوقرة أم الخير. دور البصمة الوراثية في حماية النسب. مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 5، عدد 7، 2010.
- 11- بوهنتالة ابراهيم، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، مجلد 5، عدد 2، 2018، ص371.
- 12- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد3، 2005.
- 13- حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، عدد 19، 2014.
- 14- خالدي صفاء هاجر، إلحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 9، العدد 4، 2016.
- 15- ديداني بومدين، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد4، عدد1، 2017.
- 16- رامي حليم، إشكالية التكييف والعقوبة في جريمة هتك العرض في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2013.
- 17- رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج1، العدد 2، 1986.

- 18- رصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة التراث، العدد 1، المجلد 8، 2018.
- 19- زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد 3، مجلد 5، 2012.
- 20- زينب عبد السلام أبو الفضل، المغتصبة وحكم رتق بكارتها وتنسيب ولدها، مجلة كلية دار العلوم، القاهرة - مصر، عدد 62، 2012.
- 21- سعيدان أسماء، ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج الفاسد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد 1، 2018.
- 22- سعدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، مجلد 7، عدد 3، 2021.
- 23- سهيل الأحمد، إلحاق ولد المغتصبة غير المتزوجة بالمغتصب في الفقه الإسلامي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، 2019.
- 24- شابحة امر سعيد، عيسى امعيزة، أثر استتجار الأرحام على ثبوت النسب (دراسة فقهية قانونية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 11، عدد 2، 2018.
- 25- شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانوني والاقتصادية، مجلد 1، عدد 2، 2018.
- 26- شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبيين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 1، 2019.
- 27- صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 22، السنة 6، 1425.
- 28- طفياني مخطارية، الطرق التقليدية لإثبات النسب " دراسة مقارنة". مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية. المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي. تيسمسيلت. مجلد 5، عدد 10. جوان 2016.

- 29- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 6، عدد 10، 2006.
- 30- عبد الرحيم الأيمن، إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره من المنظور الشرعي والقانوني، مجلة القانون المغربي، عدد 35، 2017.
- 31- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجبتها، مجلة العدل، الرياض - السعودية، عدد 23، 2004.
- 32- عبد الله هاشم جميل، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية مجلد 22، عدد 228، 1989.
- 33- عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 2، مجلد 6، 2017.
- 34- عشير جيلالي، المبررات الشرعية والقانونية لمنع استئجار الأرحام، مجلة صوت القانون، المجلد 1، العدد 2، 2014.
- 35- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، العدد 13، المجلد 4، 2018.
- 36- عمر علي أبو بكر، أقل مدة الحمل وأكثرها من المنظور الفقهي والطبي - دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 23، 2014.
- 37- فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، عدد 2، جوان 2016.
- 38- لامية لعجال، الشروط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية على ضوء التشريع، مجلة المعارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد 2، 2021.
- 39- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 49، عدد 3، 2012.
- 40- محفوظ بن صغير، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والقانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، ديسمبر 2018.

- 41- محمد باوني، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا " دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، مجلد 19، عدد 3، 2004.
- 42- محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 22، عدد 70، 2007.
- 43- محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، عدد 20، 2014.
- 44- مريم الزغيمي، إثبات النسب الناتج عن الخطبة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد 5، 2015.
- 45- معزي آمال، حجية الشيء المقضي به وحق المحكوم عليه في طلب إعادة النظر، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، مجلد ب، 2017.
- 46- مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، 2013.
- 47- نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، عدد 26، 2008.
- 48- نصر سلمان، زواج المسيار في ميزان الكتاب والسنة، مجلة الصراط، السنة 14، العدد 24، 2012.
- 49- نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، عدد 17، 2004.
- 50- نور الدين مولاي، التكيف الفقهي والقانوني للوظيفة العمومية، مجلة دراسات الوظيفة العامة، مجلد 1، عدد 2، 2014.
- 51- وليد بن علي بن محمد القليطي العمري، التعارض في فهم النصوص وأثره في النوازل (دراسة تأصيلية تطبيقية)، مجلة جامعة طيبة لآداب والعلوم الإنسانية، السنة السادسة، العدد 12، 1438 هـ.

52- يونس الزهري، إشكالية الحمل الناتج من الاغتصاب بين الاعتراف الجنائي بالخبرة الطبية ورفض مدونة الأسرة إقرار النسب، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 13، 2016.

6- الأبحاث والندوات:

- 1- الخياط عبد القادر، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الاسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 5-7 ماي 2002.
- 2- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دوراته 5، 7، 8. ومجمع الأطباء المنبثق عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، عام 1983. ولجنة الفتوى بالأزهر سنة 1978.
- 3- المجمع الفقهي الإسلامي، قرار رقم 07، بشأن البصمة الوراثية ومجالات استخدامها، الدورة 16، مكة المكرمة - السعودية، من 05 إلى 10 جانفي 2002.
- 4- بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، جدة - السعودية، 2013.
- 5- بكرأوي محمد المهدي، إنصاف ابن عمران، طرق الطعن في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان قانون الإجراءات المدنية والإدارية "دراسة نقدية"، جامعة أدرار، 7 أبريل 2013.
- 6- جمال غريسي، المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي يثيرها في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، 24-25 أكتوبر 2018.
- 7- مناقشات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت 13-15، 1998.

8- نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة السادسة عشر 5-10 جانفي 2002.

7- النصوص القانونية

- الوطنية:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82، بتاريخ 2020/12/30.

2- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

5- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. 15.

6- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر. عدد 21، 2008/04/23.

7- القانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات. ج.ر. عدد 7، ص 07.

8- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر. عدد 46، بتاريخ 29 يوليو 2018

9- مرسوم رئاسي رقم 04-432، مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن إنشاء المعهد الوطني للبحث في علم التحقيق الجنائي، ج.ر. عدد 84، بتاريخ 29 ديسمبر 2004.

10- وزارة الداخلية والجماعات المحلية، المرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 13/08/1983 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن

الوطني، ج.ر. عدد 34، الصادرة بتاريخ 16/08/1983

- 11- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 أبريل 2007، يتعلق بتنظيم الأقسام والمصالح والمخابر الجمهورية للمعهد الوطني للبحث في علم التحقيق الجنائي، ج.ر عدد 36، بتاريخ 03 يونيو 2007
- 12- وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، القرار الوزاري رقم 580 المؤرخ في 16/09/2014 المتضمن شروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الاسلام.
- 13- وزارة الداخلية والجماعات المحلية، تعليمة رقم 02 المؤرخة في 11/02/1980

- المجالات القضائية:

- 1- النشرة القضائية، 1980، عدد 1
- 2- النشرة القضائية، 1986، عدد 2
- 3- المجلة القضائية، 1989، عدد 1
- 4- المجلة القضائية، 1989، عدد 4
- 5- المجلة القضائية، 1990، العدد 1
- 6- المجلة القضائية 1991، عدد 4
- 7- المجلة القضائية، 1992، عدد 1
- 8- المجلة القضائية، 1992، عدد 2
- 9- المجلة القضائية، 1992، عدد 3
- 10- المجلة القضائية، 1992، عدد 4
- 11- المجلة القضائية، 1993، عدد 2
- 12- المجلة القضائية، 1993، عدد 3
- 13- المجلة القضائية، 1993، عدد 4
- 14- المجلة القضائية، 1996، عدد 2
- 15- المجلة القضائية، 1997، العدد 1
- 16- المجلة القضائية، 1997، العدد 2
- 17- النشرة القضائية، 1997، عدد 51
- 18- النشرة القضائية، 1997، عدد 54

- 19- المجلة القضائية، 1998، عدد 1
- 20- المجلة القضائية، 1999، العدد 1
- 21- النشرة القضائية، 1999، عدد 54
- 22- المجلة القضائية، 2000، عدد 1
- 23- المجلة القضائية، 2001، عدد 1
- 24- المجلة القضائية، 2001، عدد خاص
- 25- المجلة القضائية، 2002، عدد 2
- 26- المجلة القضائية، 2003، عدد 1
- 27- المجلة القضائية، 2003، عدد 2
- 28- المجلة القضائية، 2004، عدد 1
- 29- المجلة القضائية، 2004، عدد 2
- 30- المجلة القضائية، 2005، عدد 1
- 31- المجلة القضائية، 2006، عدد 1
- 32- المجلة القضائية، 2006، عدد 2
- 33- النشرة القضائية، 2006، عدد 58
- 34- النشرة القضائية، 2006، عدد 61
- 35- المجلة القضائية، 2007، عدد 1
- 36- المجلة القضائية، 2007، العدد 2
- 37- المجلة القضائية، 2008، العدد 2
- 38- المجلة القضائية، 2009، عدد 2
- 39- المجلة القضائية، 2010، عدد 1
- 40- المجلة القضائية، 2012، عدد 1
- 41- المجلة القضائية، 2012، عدد 2
- 42- المجلة القضائية، 2013، عدد 1
- 43- المجلة القضائية، 2013، عدد 2
- 44- المجلة القضائية، 2014، عدد 2

- 45- المجلة القضائية، 2015، عدد 1
 46- المجلة القضائية، 2016، عدد 1
 47- المجلة القضائية، 2016، عدد 2
 48- المجلة القضائية، 2019، عدد 1
 49- المجلة القضائية، 2019، عدد 2
 50- المجلة القضائية، 2021، عدد 1
 51- المجلة القضائية، 2021، عدد 2

- الأجنبية:

- 1- ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 11 مارس 2019، بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ج.ر عدد 6766، في 04 أبريل 2019.
 2- ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 26 نوفمبر 1962، المتضمن المصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي، صيغة محينة بتاريخ 14 يونيو 2021.
 3- القانون رقم 03.07 بمثابة مدونة الأسرة، المؤرخ في 07 جويلية 2004، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، في 2004/02/05

8- المواقع الإلكترونية:

- 1- [Https:\\ eadoul.justice.gov.ma](https://eadoul.justice.gov.ma)
 2- موقع الجزيرة نت <https://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews>
 3- موقع الألوكة الشرعية [/https://www.alukah.net/sharia/0/48206](https://www.alukah.net/sharia/0/48206)
 4- موقع أمد الإلكتروني www.amad.ps/ar/post/315726

الفهرس:

1.....	مقدمة.....
8.....	الباب الأول: القواعد الفقهية والإجرائية لثبوت النسب بالشبهة.....
9.....	الفصل الأول: الشبهة في الوطء وتبعاتها.....
9.....	المبحث الأول: تحقق الشبهة في الوطء.....
9.....	المطلب الأول: مفهوم وطء الشبهة.....
9.....	الفرع الأول: تعريف وطء الشبهة.....
10.....	1- التعريف اللغوي.....
11.....	2- التعريف الاصطلاحي.....
12.....	3- التعريف القانوني.....
14.....	الفرع الثاني: تمييز وطء الشبهة عن باقي أشكال الوطء.....
14.....	1- الوطء في الزواج الصحيح.....
15.....	2- الوطء في الزواج الفاسد.....
17.....	3- الوطء في الزواج الباطل.....
19.....	المطلب الثاني: تقسيمات الشبهة.....
19.....	الفرع الأول: الشبهة عند الفقهاء المتقدمين.....
19.....	1- شبهة الفعل.....
21.....	2- شبهة الملك (شبهة المحل).....
22.....	3- شبهة العقد.....
24.....	الفرع الثاني: الشبهة المعاصرة.....
24.....	1- أنواع الزيجات الحديثة.....
27.....	2- الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة.....
29.....	3- الطرق العلمية الحديثة للولادة.....
32.....	المطلب الثالث: أسباب تحقق وطء الشبهة.....
33.....	الفرع الأول: التعارض والشك.....

- 1- مفاهيم حول التعارض والشك..... 33
- 2- أمثلة حول التعارض في أحكام الأحوال الشخصية..... 35
- 3- صور الشك في أحكام الأحوال الشخصية..... 36
- الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي والإخبار المقتضي للشبهة..... 38**
- 1- مفهوم الاختلاف الفقهي..... 38
- 2- مفهوم الإخبار المقتضي للشبهة..... 39
- 3- أمثلة حول الاختلاف الفقهي، والإخبار المقتضي للشبهة..... 40
- المبحث الثاني: آثار وطء الشبهة..... 41**
- المطلب الأول: الآثار المباشرة..... 41**
- الفرع الأول: فسخ النكاح..... 41**
- 1- فسخ الزواج شرعا:..... 42
- 2- فسخ الزواج قانونا..... 44
- 3- تمييز الفسخ عن الطلاق..... 46
- الفرع الثاني: الاستبراء..... 48**
- 1- مفهوم الاستبراء..... 48
- 2- مدّة الاستبراء في وطء الشبهة..... 50
- 3- تمييز الاستبراء عن العدة..... 51
- المطلب الثاني: الآثار غير المباشرة..... 53**
- الفرع الأول: وجوب الصداق..... 53**
- 1- مفهوم الصداق..... 54
- 2- مكانة الصداق في عقد الزواج..... 56
- 3- أساس وجوب الصداق في وطء الشبهة..... 58
- الفرع الثاني: حرمة المصاهرة..... 60**
- 1- مفهوم المصاهرة..... 60
- 2- المحرمات بسبب المصاهرة..... 61
- 3- أساس ثبوت حرمة المصاهرة من وطء الشبهة..... 63

- المطلب الثالث: ثبوت النسب..... 65
- الفرع الأول: طرق إثبات النسب..... 65
- 1- تعريف النسب..... 65
- 2- أسباب لحوق النسب..... 67
- 3- وسائل إثبات النسب..... 69
- الفرع الثاني: أساس ثبوت النسب بالشبهة..... 73
- 1- الأساس الشرعي لثبوت النسب بوطء الشبهة..... 73
- 2- أساس ثبوت النسب بالشبهة في القانون الجزائري..... 75
- 3- أساس ثبوت النسب بالشبهة في القانون المغربي..... 76
- الفصل الثاني: شروط وإجراءات إثبات النسب بوطء الشبهة..... 78
- المبحث الأول: شروط ثبوت النسب في وطء الشبهة..... 78
- المطلب الأول: شرط الاتصال بين الطرفين..... 79
- الفرع الأول: الاتصال الحقيقي..... 79
- 1- شرط الاتصال في الشريعة الإسلامية..... 79
- 2- موقف القانون الجزائري من شرط الاتصال..... 80
- 3- موقف القانون المغربي من شرط الاتصال..... 81
- الفرع الثاني: الاتصال الحكمي..... 82
- 1- مفهوم التلقيح الاصطناعي..... 83
- 2- الموقف الشرعي والقانوني من التلقيح الاصطناعي..... 84
- 3- ضوابط اللجوء للتلقيح الاصطناعي..... 86
- المطلب الثاني: ثبوت صلة المولود بوطء الشبهة..... 88
- الفرع الأول: تحقق الولادة بين أدنى وأقصى مدة..... 89
- 1- مدة الحمل في الشريعة الإسلامية..... 89
- 2- مدة الحمل في القانون الجزائري..... 91
- 3- مدة الحمل في القانون المغربي..... 92
- الفرع الثاني: الطرق العلمية لتحديد نسب المولود بشبهة..... 94

- 1- مفهوم الطرق العلمية الكاشفة للنسب.....94
- 2- ضوابط اللجوء للبصمة الوراثية.....96
- 3- الموقف من اعتماد البصمة الوراثية في تحديد النسب.....98
- المطلب الثالث: عدم نفي نسب المولود.....101**
- الفرع الأول: طرق نفي النسب في الشريعة والقانون.....101**
- 1- مفهوم اللعان.....101
- 2- شروط وإجراءات اللعان.....103
- 3- نفي النسب في القانون المغربي.....105
- الفرع الثاني: مكانة الطرق العلمية لنفي النسب شرعا وقانونا.....107**
- 1- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في الشريعة الاسلامية.....108
- 2- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في القانون الجزائري.....110
- 3- مكانة الطرق العلمية لنفي النسب في القانون المغربي.....112
- المبحث الثاني: دعوى إثبات النسب في وطء الشبهة.....115**
- المطلب الأول: الشروط الشكلية لدعوى إثبات النسب.....115**
- الفرع الأول: عريضة افتتاح الدعوى.....115**
- 1- مفهوم عريضة افتتاح الدعوى.....116
- 2- البيانات الواجب توفرها في العريضة.....117
- 3- إجراءات تقييد وتبليغ العريضة.....118
- الفرع الثاني: الاختصاص القضائي.....120**
- 1- الاختصاص النوعي.....120
- 2- الاختصاص الإقليمي.....121
- 3- الطعن في أحكام قضايا النسب.....123
- المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى إثبات النسب.....125**
- الفرع الأول: شروط تتعلق بأطراف الدعوى.....125**
- 1- الصفة.....126
- 2- المصلحة.....127

- 3- الأهلية 129
- الفرع الثاني: شروط تتعلق بموضوع الدعوى 130**
- 1- شرط عدم سبق الفصل في الدعوى 130
- 2- شروط أخرى خاصة بموضوع الدعوى 132
- 3- تكييف دعوى النسب 133
- المطلب الثالث: سلطات القاضي في دعوى إثبات النسب 135**
- الفرع الأول: سلطات القاضي في تقدير الأدلة 135**
- 1- أدلة الإثبات في القانون الجزائري 136
- 2- سلطات القاضي المقيدة في تقدير الأدلة 139
- 3- سلطات القاضي المطلقة في تقدير الأدلة 140
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في اللجوء للطرق العلمية 142**
- 1- جواز اللجوء للطرق العلمية 142
- 2- العوائق القانونية المقيدة لسلطة القاضي للجوء للطرق العلمية 143
- 3- الإشكالات المادية للجوء للطرق العلمية 145
- الباب الثاني: أحوال نسب المولود بشبهة 151**
- الفصل الأول: نسب المولود بالشبهة في الزواج 152**
- المبحث الأول: نسب المولود بالشبهة في مقدمات الزواج (الخطبة) 152**
- المطلب الأول: ماهية الخطبة 152**
- الفرع الأول: مفهوم الخطبة 153**
- 1- تعريف الخطبة 153
- 2- مشروعية الخطبة 154
- 3- شروط الخطبة 157
- الفرع الثاني: طبيعة الخطبة 158**
- 1- حالة عدم اقتران الخطبة بالفاتحة 159
- 2- حالة اقتران الخطبة بالفاتحة 160

- 3- طبيعة الخطبة في القانون المغربي. 162.....
- المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود قبل الزواج. 164.....
- الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب المولود قبل الزواج بتراضي الطرفين. 164.....
- 1- الزنا في الشريعة والإسلامية. 164.....
- 2- المانعون لتتسبب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية. 166.....
- 3- المؤيدون لتتسبب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية. 167.....
- الفرع الثاني: موقف الشريعة من نسب المولود قبل الزواج بالاغتصاب. 170.....
- 1- الاغتصاب في الشريعة الإسلامية. 170.....
- 2- المانعون لتتسبب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية. 172.....
- 3- المؤيدون لتتسبب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية. 174.....
- المطلب الثالث: الموقف القانوني من نسب المولود دون عقد الزواج. 176.....
- الفرع الأول: الموقف القانوني من نسب المولود دون عقد الزواج بالتراضي. 176.....
- 1- التكليف القانوني للاتصال الجنسي دون زواج. 177.....
- 2- موقف قانون الجزائري من نسب المولود بتراضي الطرفين دون زواج. 179.....
- 3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بتراضي الطرفين دون زواج. 180.....
- الفرع الثاني: الموقف القانوني من نسب المولود بالاغتصاب. 183.....
- 1- مفهوم الاغتصاب في القانون الجزائري. 183.....
- 2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بالاغتصاب. 185.....
- 3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بالاغتصاب. 186.....
- المبحث الثاني: نسب المولود بالشبهة خلال قيام العلاقة الزوجية. 189.....
- المطلب الأول: ماهية عقد الزواج. 189.....
- الفرع الأول: مفهوم الزواج. 189.....
- 1- تعريف الزواج. 189.....
- 2- مشروعية الزواج. 191.....
- 3- طبيعة عقد الزواج. 193.....
- الفرع الثاني: متطلبات عقد الزواج. 194.....

- 1- أركان الزواج 194
- 2- شروط الزواج..... 196
- 3- تسجيل وإثبات الزواج..... 199
- المطلب الثاني: موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الزواج 201**
- الفرع الأول: نسب المولود بالشبهة التقليدية للزواج في الشريعة الإسلامية..... 202**
- 1- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود بشبهة الفعل في الزواج 202
- 2- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود من شبهة الملك في الزواج..... 204
- 3- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود من شبهة العقد في الزواج..... 206
- الفرع الثاني: نسب المولود بالشبهة المعاصرة للزواج في الشريعة الإسلامية 207**
- 1- نسب المولود من شبهة عقود الزواج الحديثة في الشريعة الإسلامية 207
- 2- نسب المولود من شبهة استئجار الأرحام في الشريعة الإسلامية..... 209
- 3- نسب المولود من شبهة التلقيح الاصطناعي في الشريعة الإسلامية..... 211
- المطلب الثالث: الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة في الزواج..... 213**
- الفرع الأول: الموقف القانوني من نسب المولود بالشبهة التقليدية في الزواج..... 213**
- 1- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة العقد في الزواج 213
- 2- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة الملك في الزواج..... 214
- 3- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة الفعل في الزواج..... 215
- الفرع الثاني: موقف القانون من نسب المولود بالشبهة المعاصرة في الزواج..... 216**
- 1- الموقف القانون من نسب المولود بشبهة عقود الزواج الحديثة..... 216
- 2- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة طرق الحمل الحديثة 219
- 3- الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة طرق الولادة الحديثة 220
- الفصل الثاني: نسب المولود بالشبهة في انحلال الرابطة الزوجية 223**
- المبحث الأول: نسب المولود بالشبهة في طرق فك الرابطة الزوجية 223**
- المطلب الأول: ماهية الطلاق 223**
- الفرع الأول: مفهوم الطلاق 224**
- 1- تعريف الطلاق 224

- 2- مشروعية الطلاق 225
- 3- الأحكام القانونية للطلاق 226
- الفرع الثاني: أنواع الطلاق 229**
- 1- الطلاق الرجعي 229
- 2- الطلاق البائن بينونة صغرى 231
- 3- الطلاق البائن بينونة كبرى 232
- المطلب الثاني: طرق إيقاع الطلاق 234**
- الفرع الأول: الطلاق والتطليق 234**
- 1- الطلاق بإرادة الزوج 234
- 2- الطلاق بالتراضي 237
- 3- الطلاق بطلب الزوجة 238
- الفرع الثاني: المسائل التي تشبه الطلاق 241**
- 1- مفاهيم حول الخلع والنشوز 241
- 2- مقابل الخلع 244
- 3- تكييف الطلاق بالخلع 246
- المطلب الثالث: الموقف من نسب المولود بشبهة في الطلاق 247**
- الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب ولد المطلقة بشبهة 248**
- 1- موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الطلاق بإرادة الزوج 248
- 2- موقف الشريعة من نسب الولد بشبهة في الطلاق بطلب الزوجة 250
- 3- موقف الشريعة من نسب الولد بشبهة في الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة 252
- الفرع الثالث: الموقف القانوني من نسب ولد المطلقة بشبهة 253**
- 1- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق بإرادة الزوج 253
- 2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق بطلب الزوجة 255
- 3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بالشبهة في فك الرابطة الزوجية 256
- المبحث الثاني: نسب المولود بالشبهة في تبعات انحلال الرابطة الزوجية 258**
- المطلب الأول: ماهية العدة 258**

- 258..... الفرع الأول: مفهوم العدة.
- 259..... 1- تعريف العدة.
- 260..... 2- مشروعية العدة.
- 261..... 3- أحكام العدة.
- 264..... الفرع الثاني: فترات العدة.
- 264..... 1- العدة بالقروء.
- 266..... 2- العدة بالأشهر.
- 268..... 3- العدة بوضع الحمل.
- 270..... المطلب الثاني: ماهية الرجعة.
- 270..... الفرع الأول: مفهوم الرجعة.
- 270..... 1- تعريف الرجعة.
- 271..... 2- مشروعية الرجعة.
- 273..... 3- آثار الطلاق الرجعي.
- 275..... الفرع الثاني: طرق إيقاع الرجعة.
- 275..... 1- أركان الرجعة.
- 277..... 2- الرجعة بالقول والإشهاد.
- 279..... 3- الرجعة بالوطء ومقدماته.
- 281..... المطلب الثالث: الموقف من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية.
- 281..... الفرع الأول: موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية.
- 281..... 1- موقف الشريعة من انتقال العدد وتداخلها.
- 284..... 2- موقف الشريعة الإسلامية من نسب المولود بشبهة في العدة.
- 286..... 3- موقف الشريعة من نسب المولود بشبهة في الرجعة.
- 289..... الفرع الثاني: الموقف القانوني من نسب المولود بشبهة في تبعات فك الرابطة الزوجية.
- 289..... 1- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في العدة.
- 290..... 2- موقف القانون الجزائري من نسب المولود بشبهة في الطلاق الرجعي.
- 291..... 3- موقف القانون المغربي من نسب المولود بشبهة في تبعات الطلاق.

296	خاتمة
300	قائمة المراجع: