جامعة غرداية
كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

بـعنوان:

إثبات نسب ولد الزنا باستعمال الطرق العلمية الحديثة

(حال الاغتصاب والزنا وقت الخطبة)

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالبة:
بلحوت آسية

تحت إشراف الدكتور:
د. شوقي نذير

الاسم و اللقب	الجامعة	الصفة
د/ مونه عمر	جامعة غرداية	رئيسا
د/ شوقي نذير	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د/ حدبون محمد	جامعة غرداية	مشرفا مساعدا
د/ شباب عادل	جامعة غرداية	ممتحنا

السنة الجامعية : 2021 / 2022

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ
أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ
وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾

[البقرة الآية 235]

شكر وعرفان

الحمد لله تعالى الذي أعانني على إنجاز هذا البحث والصلاة والسلام على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم

وأتقدم بالشكر والتقدير الخالص إلى أستاذي الدكتور شوقي نذير الذي تكرم وقبل الإشراف على إعداد هذه المذكرة وأمدني بتوجيهاته العلمية وملاحظاته القيمة و الهادفة كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة قسم العلوم الإسلامية وبالأخص أساتذة الشريعة والقانون على ما أمضوا و بذلوا من جهد جهيد في سبيل تدريسنا ،كما أتقدم إلى الطاقم الإداري بخالص الشكر .

آسية

الإهـــداء

إلى من علمني العطاء بدوى انتظار والمثابرة والثقة بالنفس إلى تاج راسي ونور عيني حبيبي أبي الغالي الحاج لخضر بلحوت.

إلى نبع الحنان إلى روضة الحب في خاطري إلى الشمس التي أضاءت سماء روحي إلى الشمعة التي أحرقت نفسها لتنير درب حياتي إلى التي أحاطتني بالأمان ،إلى التي الجنة تحت أقدامها كما يقول عنها الرحمان أمي الغالية .

إلى فخري واعتزازي أخي ياسين حفظه الله ورعاه.

إلى أختاي سعيدة وأم الخير رزقهما الله من فضله.

إلى براعم البيت حفظهم الله أبرار خديجة هارون ابوبكر.

إلى كل أخت لي أحبها في الله من بنات خال وخالة و عمة وعم واخص بالذكر إبنت عمي الأستاذة يمنة و أستاذي وأخي محمد بلعمري وابنتاه مباركة ووجدان بارك الله له فيهما و كل صديقة عرفتها خلال مشواري الدراسي .

الى كل عائلة بلحوت وعائلة بلعمري

إلى كل من أعانني من قريب أو بعيد في إعداد هذه المذكرة.

إلى دفعة 2022.

إلى كل من عرفني وسيعرفني ان شاء الله

اهدي هذا العمل المتواضع راجيه من المولى عز وجل ان يجعله في ميزان حسناتي.

أسية

ملخص الدراسة باللغة العربية:

يعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، إذ امّن الله عز وجل على عباده بالنّسب والصهر، فلقد تناولت في موضوع إثبات نسب ولد الزنا باستعمال الطرق العلمية الحديثة (حال الاغتصاب والزنا وقت الخطبة)،ومنه اتضحت لي هذه الإشكالية في حال ولد الزنا سواء حال الاغتصاب أو الزنا وقت الخطوبة ما هي الطرق العلمية الحديثة المستعملة لإثبات نسب الولد ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تطرقت في بحثي هذا إلى فصلين الفصل الأول كان تحت عنون طرق إثبات النسب أما الفصل الثاني فكان أحكام إثبات النسب.

حيث تعد الخطبة وعدا تمهيديا للزواج وهي مقدمة له إلا أنها ليست زواجا حقيقا يباح فيه الالتقاء والاتصال الجنسي لذا في حال كان هناك علاقة بين الخطيبين ووجود طفل نتيجة هذا اللقاء فان للقانون طرق علمية كالبصمة الوراثية التي تبيح الشريعة الإسلامية العمل بها فهي مضمونة، لإعطاء الطفل حق الانتساب سواء كانت حالة اغتصاب أو زنا وسواء تمت الخطبة بالزواج أو تم العدول عنها.

الكلمات المفتاحية: الخطبة ، الاغتصاب، البصمة الوراثية.

ملخص الدراسة باللغة الانجليزية:

Lineage is the strongest pillar on which the family is based, and its members are linked by a permanent bond of relationship, based on the unity of blood, as God Almighty has ensured lineage and in-laws for His servants. engagement), and from this I became clear about this problem in the case of a child of adultery, whether in the case of rape or adultery at the time of courtship. What are the modern scientific methods used to prove the lineage of the child?

In order to answer this problem, I touched on two chapters in this research, the first chapter was under the title of methods of proving parentage, while the second chapter was the provisions of proving parentage.

Where the engagement is a preparatory promise to marriage and it is a prelude to it, but it is not a real marriage in which meeting and sexual intercourse are permitted. Affiliation, whether it was a case of rape or adultery, and whether the betrothal took place through marriage or was rescinded.

Keywords: engagement, rape, genetic fingerprint.

الفهرس

الفهرس:

العنوان	الصفحة
الشكر والعرفان	
إهداء	
ملخص	
المقدمة	أ
الفصل الأول : طرق إثبات النسب	
تمهيد	7
المبحث الأول :إثبات النسب بالزواج	8
المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح والوطء بالشبهة	8
المطلب الثاني : إثبات النسب في الزواج الغير صحيح	21
المبحث الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة	29
المطلب الأول :إثبات النسب بالإقرار والبينة	29
المطلب الثاني : إثبات النسب بالبصمة الوراثية	38
الفصل الثاني : أحكام إثبات نسب الطفل الناتج فترة الخطوبة	
تمهيد	43
المبحث الأول: أحكام إثبات نسب ولد الزنا في فترة الخطبة	44
المطلب الأول: تعريف الخطبة وتكييفها	44
المطلب الثاني : حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .	51
المبحث الثاني : أحكام إثبات نسب ولد الاغتصاب وحكم البصمة الوراثية منه.	65
المطلب الأول: تعريف ولد الاغتصاب وموقف الفقهاء من نسبه.	65
المطلب الثاني :حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب في الفقه والتشريع والقضاء الجزائري .	70

الخاتمة	76
قائمة المراجع	79

مقدمة

مقدمة:

لقد اهتم الدين الإسلامي بالأنساب اهتماما بالغا وجعل حفظ العرض مقصد من مقاصده الشرعية الضرورية، لان حفظ الأنساب من الضياع والاختلاط أساس الحياة الإنسانية وحرمتها، كي يكون المجتمع طاهرا نقيا، ومما لاشك فيه ان نسب الولد في الزواج الصحيح ثابت لا غبار عليه إلا إذا تخلله الوطء شبهة أو لعان أو غير ذالك مما يفسد الفراش ويثبت ذالك في قول النبي صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر "وبقول ابن القيم (فأما ثبوت النسب بالفراش فاجتمعت عليه الأمة). أما الولد الغير شرعي فنسبه لا يزال شغل يشغل العلماء القدامى والجدد لكي تحفظ كرامة الإنسان ولا نخالف الشرع في ذالك فلقد تناول العلماء القدامى منهم والمحدثون قضية الابن غير الشرعي بالدراسة والبحث و النظر الجاد والاستنباط؛ وذلك لما تؤول لو له هذه القضية من إشكاليات تدور في كافة الأصعدة الدينية والاجتماعية، والأخلاقية والقانونية، وأهمها الروابط النسبية في محاولة إدراك الحكم المبني على الأصول والثوابت الشرعية، وربطها بما يستجد من اكتشافات على الساحة العلمية، التي يمكن من خلالها الوصول إلى حقيقة الرابط الوراثي بين ابن الزنا ومن يدعيه ولدا له. مما يتطلب من المجتهدين والعلماء الوقوف أمام هذه الحقائق وقفة جادة، محاولين إنصاف كل الأطراف دون المساس بحدود الله عز وجل، وخاصة في فترة الخطبة لأنها الطريق قبل الزواج وفي هذا المجال يرى البعض ان التعرف بين الطرفين هو حق متجاهلين حدود الله ، فبالرغم من أهمية فترة الخطبة في بناء كيان أسري جديد على أسس ثابتة، إلا أن الشريعة الإسلامية خصتها بمجموعة من الضوابط والشروط التي لا يجوز الخروج عنها، ونحن هنا بصدد الحديث عن الاتصال الجنسي الذي قد يحدث بين الخطيبين أثناء فترة الخطبة، باعتبارها علاقة زنا محرمة شرعا، لكن ونظرا للتطور السريع واختلاط بين الثقافات والحضارات مع بعضها البعض عرفت فترة الخطبة عدة تجاوزات شرعية منافية للآداب، بحيث أصبحت المعاشرة الجنسية بين الخطيبين من الظواهر المنتشرة بكثرة، فإذا كانت الشريعة الإسلامية أباحت النظر للمخطوبة والتعرف إليها إلا أنها حرمت الاختلاء بها بدون محرم خشية والوقوع في المعاصي والمفاسد، لأن اختلاء الخطيبين قد ينجر عنه في بعض الأحيان اتصال ومعاشرة جنسية قد ينتج عنها ميلاد طفل أثناء الخطبة، وفي هذا الصدد يثار إشكال حقيقي حول مصير الطفل الناتج أثناء فترة الخطبة وحقه في الانتساب للخطيبين سواء انقلبت الخطبة إلى زواج أو تم العدول عنها بإرادة أحد الطرفين أو كلا الطرفين.

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري أثناء سنه لقانون 1984 ، حيث لم يعتمد سوى الطرق الشرعية الثابتة في القران والسنة لإثبات النسب ، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي ، بالتزامه تطبيق النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل واجتهاد ، و ذالك من خلال قرار عن المحكمة العليا الصادر في 1999/09/15 حيث قضى بان إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبيا غير جائز .ومنه نستنتج ان المشرع الجزائري لم يخالف الشرع قضية إثبات النسب ، بل اعتمد عليها في نصوصه وهكذا هي حال الدول العربية بالتقريب .

ومنه عنوان مذكرتي هو **إثبات نسب ولد الزنا باستعمال الطرق العلمية الحديثة (حال الاغتصاب والزنا وقت الخطبة)**.

أسباب اختيار الموضوع :

- ✓ اهتمامي وميولي لقانون الأسرة الجزائري .
- ✓ تضارب الاجتهاد القضائي بخصوص ولد الزنا .
- ✓ لاحظت ان مفهوم الخطبة لدى الكثير من الناس يأخذ أبعاد وأفكار غريبة عن ديني فحاولت قدر الاستطاعة ان اذكر بعض الضوابط الشرعية للخطبة .
- ✓ تزايد الأطفال الغير شرعيين في المجتمع ونظرت المجتمع إليهم .

أهمية دراسة الموضوع :

-يعالج قضية واقعية ومهمة في المجتمع .

- انه يعالج جانب قضائي ينصف شريحة الأطفال الغير شرعيين من المجتمع .

الإشكالية :

في مجال إيجاد النسب ألغت كل مصادر النسب الباطلة، وقصرته على ما ينتج من زواج صحيح أو ملك يمين. وصونا له حرمت الزنا، لما قد يترتب عليها من اختلاط الأنساب، فلا يستطيع الإنسان أن يعرف أباه أو قرابته..، بل ينشأ مقطوع النسب، من هنا ظهرت مشكلة كبيرة في نسب ولد الزنا. وعليه يمكننا طرح الإشكالية التالية:

في حال ولد الزنا سواء حال الاغتصاب أو الزنا وقت الخطوبة ما هي الطرق العلمية الحديثة المستعملة لإثبات نسب الولد؟

تتدرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية تتمثل فيما بلي :

-فيما تتمثل طرق إثبات النسب؟

-ما الأحكام المترتبة على إثبات النسب؟

الأهداف:

-طرق إثبات النسب.

-أحكام إثبات النسب.

المناهج المتبعة :

المنهج المقارن استخدمته في المقارنة بين أقوال الفقهاء ومقارنة الأحكام بين الشريعة والقانون المنهج ا التحليلي حيث جمعت بعض أقوال الفقهاء وبعض قرارات المحكمة العليا والأحكام وتحليلها من القران والسنة والإجماع .

الدراسات السابقة :

- أحكام نسب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث الطالبة من إعداد الطالبة شابحة أعمر سعيد .

_ الطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص جامعة البويرة من إعدادا لطالبتين ، نزليوي نعيمة و جرلول حميدة .

-إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن أطروحة دكتوراه في تخصص قانون خاص جامعة وهران من إعداد الطالب بوزيد خالد .

-الخطة :

من اجل التعرف على أهم الجوانب المتعلقة بموضوع الدراسة قسمت بحثي إلى فصلين الفصل الأول تطرقت إلى طرق إثبات النسب وقد تناولت في المبحث الأول إثبات النسب بالزواج وكان فيه مطلبين هما على الترتيب، إثبات النسب بالزواج الصحيح، وثانيا إثبات النسب بالزواج الغير صحيح أما المبحث الثاني فهو تحت عنوان إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، وأيضا كان فيه مطلبين رتبتهما على النحو التالي، أولا إثبات النسب بالإقرار والبينة، واثبات النسب بالبصمة الوراثية .أما الفصل

الثاني فتناولت فيه أحكام إثبات النسب، أيضا قسمته إلى مبحثين المبحث الأول كان فيه أحكام إثبات نسب ولد الزنا في حالة الخطبة، وتفرع هذا المبحث إلى مطلبين هما، تعريف الخطبة وتكييفها، والمطلب الثاني حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في الشريعة والقانون الجزائري، أما المبحث الثاني فتناولت أحكام إثبات النسب حالة الاغتصاب، وقسمته إلى مطلبين هما، الأول تعريف الاغتصاب وموقف الفقهاء إثبات نسبه، أما المطلب الثاني فكان كالتالي حكم استخدام البصمة الوراثية في القانون الجزائري، وأخير خاتمة اشتملت على بعض النتائج من البحث وبعض الاقتراحات.

– الصعوبات التي واجهتني :

لا يخفى على كل دارس أن للبحث العلمي ضريبة بذل الجهد والاستقصاء للوصول إلى الهدف، وقد واجهتني مشكلات جمة أذكر منها:

-تفرع البحث إلى عدة فروع وتشعبه بالمقابل عدد الصفحات المطلوبة.

-ندرة المراجع الفقهية والعلمية ، ونقص الكتب من الدراسات الحديثة.

حدود الدراسة :

-حددنا الموضوع في فترة الخطبة .

-الإطار المكاني فكانت دراستي في قانون الأسرة الجزائري بالتقريب.

الفصل الأول

طرق إثبات النسب

تمهيد:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع أو الافتراء ، ووضعت أحكاما لثبوت لنسب وجعلته حقا للولد وأبويه ، وسائر القرابة حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقرابة التي تقوي عزمها ، وتشد أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع ، ولتثبيت لها الحقوق وتلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفردها .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع ومنها اختلاط الأنساب لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح وجعله طريقا أصلية في ثبوت النسب كما اقرها الفقهاء بان النسب يثبت أيضا بالإقرار أو البينة وتطبيقها لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح بشبهة أو نكاح زواج فاسد بعد الدخول طبقا للمادة 32 -33_34 من هذا القانون بما يجوز للقاضي اللجوء إلى العملية الحديثة لإثبات النسب سنتناول في هذا الفصل كيفية إثبات النسب بالطرق العلمية داخل مؤسسة الزواج وخارجها .

المبحث الأول :إثبات النسب بالزواج .

الزواج سنة من سنن الله تعالى في الخلق و التكوين و هو الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى للتكاثر و استمرار حياة الإنسان لقوله عز و جل : ﴿ **سُبْحَٰنَ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْأَزْوَٰجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنۢبِتُ ٱلْأَرْضُ وَمِنْ أَنفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ** ﴾[يس الآية 36]، وسنتناول في هذا المبحث إثبات النسب بالزواج الصحيح والزواج الغير صحيح.

المطلب الأول : إثبات النسب بالزواج الصحيح والوطء بالشبهة.

أولا/ إثبات النسب بالزواج الصحيح:

ومن أسباب ثبوت النسب هو الزواج الصحيح وهو ما توفرت أركانه وشروطه حتى يكون معتبر شرعا في حق الحكم بحيث يترتب عليه الأثر المقصود منه شرعا.

1- تعريف الزواج لغة واصطلاحا :

- لغة:هو الزواج اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى كقولة تعالى: ﴿ **وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ**﴾**[التكوير الآية 7]** وكقول العرب "زوج فلان أبله" أي اقترن بعضهما ببعض.[1]

أو ما يسمى بالنكاح والجمع والضم ، ولفظ الزواج مأخوذ من ضم الأشجار مع بعضها البعض حيث يقال تناكحت الأشجار ، أي تشابكت مع بعضها وأيضا يطلق اللفظ على المطر الذي يلامس الأرض حيث يقال نكح المطر الأرض واعتمد عليها العرب أو على ثراها ومن الجدير بالذكر ان النكاح في أصل العرب معناه الوطء، ولهذا السبب يطلق على الزواج لفظ النكاح ، لأنه السبب الرئيسي للوطء الحلال ، كما يطلق على الزواج لفظ الاقتران، ودليل ذالك قوله تعالى:﴿ **احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ**﴾[الصافات الآية 22][2].

-اصطلاحا: هو عقد يفيد حلا استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع.[3]

---

[1] ينظر: لسان العرب:لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: دار صادر – بيروت /٢،٢٩،مادة (زواج)ص 132.

[2] محمد بن عبد العزيز السديس ، مقدمات النكاح ، الناشر الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، الطبعة العدد 128 السنة37-1425هـ عدد الأجزاء 1 ص 202 .

[3]بن العابدين ، شرح رد المحتار في تنوير الأبصار دراسة فقهية مذهب الإمام ابي حنيفة النعمان ج3، طبعة جديدة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة للنشر و التوزيع، بيروت،ص43 .

أو هو عقد بين الرجل والمرأة وأساسه حل الاستمتاع بينهما شريطة ان تكون المرأة أجنبية، أي ليست من محارم الرجل كالنسب والرضاعة و غيرهما، وتجدر الإشارة إلى ان عقد الزواج هو بمثابة ملك خاص للزوج، أي لا يجوز للمرأة ان تتزوج من أكثر من رجل وبمقابل ذالك لا يعد هذا العقد ملكا خاصا بالمرأة وإنما هو لحل الاستمتاع فقط أي يجوز للرجل ان يتزوج بأكثر من امرأة مما يعني ان تعدد الزوجات جائز في الشريعة الإسلامية وبضوابط محددة.[1]

2-شروط إثبات النسب في الزواج الصحيح في الشريعة الإسلامي والقانون الجزائري.

أ / شروط إثبات النسب في الشريعة الإسلامي:

1- إمكان التلاقي بين الزوجين بعد عقد النكاح وهو شرط اختلف فيه الفقهاء، حيث ذهب فقهاء الحنيفة إلى عدم اشتراط ذلك واكتفوا بمجرد العقد بالزواج الصحيح دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما، أما مذهب الجعفرية وابن تيمية لا يكفي لتحقيق الفراش طبقا لأصحاب ذا المذهب ان كان التلاقي بل لابد من الدخول الحقيقي وعللوا ذالك بقولهم بأنه كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذالك وهذا الإمكان ما يقطع بإنتفاءه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بالدخول محقق ونفس الأمر بالنسبة للزواج الفاسد والدخول بشبهة ، ف العبرة بالدخول الحقيقي كشرط بثبوت النسب.

مذهب جمهور الفقهاء لا يكفي لتحقيق الفراش ،طبقا لأصحاب هذا المذهب ، وجود العقد الصحيح بل يلزم التلاقي بين الزوجين، ان يكون ممكننا للعادة، فلا يكفي مجرد الإمكان العقلي كما هو شان مذهب الحنيفة، لان الإمكان العقلي نادر الحدوث، والأحكام الشرعية تبنى على الكثير الغالي لا على القليل النادر، وتطبيقا لذالك لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد زواج صحيح، طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين.[2]

وهذا الأخير هو الذي أخذت به القوانين وهو الراجح لاتفاقه مع قواعد الشريعة و العقل.[3]

---

[1] إيناس الشرجي في مجلة تعريفات إسلامية وتم التدقيقي بواسطة بشرى الشنطاوي آخر تحديث 2021/10/21 محتويات 1 ص3 .

[2] عبد الصابور شاهين أحكام النسب وقضاءها ،جامعة فرجينيا ، مصر الناشر نهضة مصر 2006، ص84

[3] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية الجزائر ، دار الفكر ج7 . {دط }1413هـ . 1998م .

2- ان يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة:

و ذلك بان يكون بالغا ويجوز الحمل منه أو مراهقا قريب من درجات البلوغ، وتظهر، عليه أمارتها حيث ولما كان صغيرا لا تعتبر الزوجة فراشا له ومن الصعب ان تحمل منه، ويعتبر هذا قرينة قاطعة على ان الحمل ليس منه. [1]

3- ان يولد الولد بين مدة الحمل وأقصاها:

أ- أدنى مدة الحمل: لقد اجمع الفقهاء على ان اقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، [2] واستدلوا ذلك من الآيتين في قوله تعالى: ﴿**وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾ [الأقحاف،الآية 25]. وقوله تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ**﴾ [لقمان، الآية 14]. فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثون شهرا، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير [3]ولا يمكن ان تكون هذه المدة أقصى مدة للحمل، لأن المشاهدة في كل العصور والأحوال يخالف ذلك، فالنساء يزدن عن هذه المدة، فاعتبرت الستة أشهر أدنى للحمل[4] ان ما يؤكد هذا الاستدلال، ما روي عن رجل تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج، وبلغ ذلك سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه، فعزم على إقامة حد الزنا عليها، فعلم بذلك سيدنا علي رضي الله عنه، فأتاه وذكر بالآيتين، فدرأ عنها الحد واثبت من الزوج.[5]

وبناء على هذا الاستدلال المروي اجمع الفقه على ان أدنى مدة الحمل سنة أشهر قمرية.

---

[1] عبد الصابور شاهين ، أحكام النسب وقضاءها ص، 85.

[2] علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج3 ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص 221.

[3] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة ثالثة ، الجزائر ، ط3 ، سنة 1999-2000، ص 282.

[4] احمد محمود خليل : الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير مسلمين ، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2008، ص349.

[5] ابن كثير ، تفسير القران الكريم ، ج7، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1969ص157.

– أدنى مدة الحمل في الطب:

اقل مدة الحمل يعيشها الجنين إذا ولد بعد تمامها هي ستة أشهر عند الأطباء، والجنين لا يكون قابلا للحياة إذا ولد قبل نهاية الشهر السادس وبداية الشهر السابع، لان الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطور بعد بشكل دائم، ويقرر الأطباء ان الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر، يتميز بصفة مهمة وهي قدرته على التنفس بانتظام لعدة أيام إذا ولد وهو في لعمر، بل وتكون لديه فرصة للعيش إذا وضع داخل حضانة مناسبة ، والستة أشهر هي أدنى مدة الحمل يمكن ان يولد فيها المولود تام الخلقة.[1]

ب – أقصى مد الحمل :

أقصى مدة الحمل لا يوجد بشأن أقصى مدة الحمل لا في كتاب ولا سنة ، لذلك اختلف الفقهاء في أقصى مدة الحمل اختلافا كبيرا وأشهرها ما يأتي:

1– الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول بسنتين، واستدلوا بقول عائشة رضي الله عنها " ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ضل المعزل" أي مقدار يسيرا، وهذا القول لا مجال للرأي فيه لم ينزله الفقه منزلة الحديث.[2]

2– الرأي الثاني: سنة قمرية وهو رأي بن عبد الحكم من المالكية خلافا لما ذكره ابن حزم ،بل ونسب هذا القول للظاهرية أيضا.[3]

3– الرأي الثالث: ثلاث سنوات وهو رأي أخر للمالكية ودليل هذا القول ما رواه الواقدي في قوله : سمعت مالك بن انس يقول:**{قد كان الحمل ثلاثين وقد حمل ببعض النساء ثلاث سنوات يعني نفسه}** ، لأنه كما يقول في كتاب المناقب والسير بأن أمه حملت به ثلاث سنين.[4]

---

[1] محمد سليمان النور مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ، مجلة الشريعة و الدرسات الإسلامية، ع70سنة 2007م ص288.

[2] محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة ، الزواج ،انحلال ميثاق الزوجية وأثاره ، الولادة ونتائجها ،ط 6 2013 مطبعة دار النشر المغربية ، عين السبع – الدار البيضاء 2013 ،طبعة مزيدة ومنقحة ، ص 224.

[3] بن رشد القطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج3 دار بن الحزم /ص112.

[4] علي ألكعبي، البصمة الوراثية و أثارها على أحكام الفقهية ، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الوضعي دار الفكر الجامعية الإسكندرية ط2 سنة 2011 ص 118، 119.

4- الرأي الرابع: أربع سنين وهو رأي الشافعية والحنابلة، لان ما لنص يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين فيه وقد روي عن مالك بن انس قال: "هذه جارتنا امرأة بن محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاث أبطن في أثني عشرة سنة، كل بطن في أربع سنين.[1]

5- الرأي الخامس: خمس سنوات وهو رأي فقهاء المالكية وهو المشهور عندهم، وهو قول الليث بن سعد وعباد ابن العوام ورواية عن مالك.[2]

6- الرأي السادس: تسعة أشهر قمرية وهو رأي داود وابن حزم وأصحابهم من الظاهرية ونسبه ابن حزم في لمحلى إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال: قال عمر : " أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضه أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس حتى يستبين حملها".[3]

والجعفرية لهم أقوال مختلفة :فقيل تسعة أشهر، وقيل عشرة، وقيل سنة، ثم اختلفوا في تحديدها، وان ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فان بعضهن تلد لتسعة أشهر، وبعضهن لعشرة، وقد يتفق نادرا بلوغ سنة.[4]

- أقصى مدة الحمل في الطب: اختلفت تقديرات الأطباء في أقصى مدة يمكن ان مكثها الجنين في بطن أمه ثم يولد حيا، فاقل ما قيل فيها هو عشرة أشهر ، وهو قول الدكتور احمد ترعاني، الدكتور محي الدين كحالة وأكثر ما قيل فيها احد عشر شهرا، وهو قول الدكتور احمد محمد كنعان، وهذه الآراء متقاربة والقول بان أقصى مدة الحمل احد عشر شهرا هو ابلغها في الاحتياط لكونه يستوعب جميع الحالات النادرة كما جاء في تعليل القائلين به.[5]

يري الأطباء ان مدة الحمل الطبيعية هي 280 يوما، وهي تساوي تسعة أشهر وثلثا تقريبا تحسب من أخر حيضه حاضتها المرأة، وبما ان الحمل يحدث عادة في اليوم 14 من بدأ الحيض

---

[1] محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط1 دار الكتاب العربي بيروت 1984 ص 358،.

[2] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية ج 7 دار الفكر ط 2 ، 1405هـ-1985مص 688.

[3] ابومحمد بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ،ج/10 ،دار الفكر لبنان ،سنة 2001 ، ص 133.

[4] محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفرية والقانون دار النهضة العربية ، بيروت ط2 ، 1397هـ .1977م . ص 679.

[5] محمد سليمان النور،مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة مرجع سابق ص 305.

تقريبا، وذكروا ان غالب مدة الحمل مدة تقريبية قد تنقص أو تزيد بأسبوع أو أسبوعين،[1] وقول الأطباء بشان أقصى مدة الحمل لا يتعارض مع الشرع، ذلك لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة ذلك لان كل الذي ثبت من آراء الأئمة لا يرقى إلى مرتبة اليقين.[2]

ب / شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح في القانون الجزائري:

في التشريع والقضاء الجزائري ان العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، أو على هذا الأساس جاء في المادة 40 قانون الأسرة الجزائري بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، كما انه طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة الجزائري فان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة،[3] وعليه حتى يثبت النسب ف الزواج الصحيح لابد من توفر ثلاث شروط وهي:

1 – إبرام عقد الزواج صحيح:

وهو ان يثبت التلاقي بين الزوجين منحين العقد ذالك ان العقد وحده لا يكفي إذا لابد فيه من الدخول فان تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان احد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غريبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى عقد زواج صحيح، ضرورة ثبوت إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد، أي بمعنى تحقيق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي وعلى هذا يجب ان يكون الزوج بالغا وفقا إلى لنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر05-02، فانه لا يثبت النسب من الصغير، الذي لا يتصور منه الحمل، لقيام القرينة القاطعة على ان الولد ليس منه وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في اجتهاداتها من انه من المقرر قانونا انه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن

---

[1] المرجع السابق ص 315.

[2] محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة والزواج ، شهاب الجزائر ، ط2 سنة 2000 ص 426.

[3] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة ، الخطبة . الزواج . الطلاق . الميراث الوصية ، الجزء الأول "الزواج والطلاق " طبعة الرابعة 2005ص 194.

الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعي.[1] ومنه فإن الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين.

2- ألا ينفه الأب بالطرق المشروعة:

أ- تعريف اللعان لغة وشرعا وقانونا:

أ -**1-اللعان لغة** :اللعن الإبعاد و الطرد من الخير، وقيل:الطرد و الإبعاد، واللعنة الاسم والجمع لعان و لعنات، ولعنة بلعنة، لعنا، أي : طرد هو أبعده، ورجل لعين و ملعون، والجمع ملاعين عن سيبويه، قال: إنما اذكر مثل هذا الجمع لأن حكم مثل هذا ان يجمع بالواو و النون في المذكر و بالألف و التاء في المؤنث، لكنهم كسروه نسبيا بما جاء في الأسماء.

أ-2- اللعان شرعا :

- تعريفه عند المالكية: قال ابن عرفة اللعان حلف زوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه ان اوجب نكولها حدها بحكم قاضي، وان فسد نكاحه .

- تعريفه عند الإباضية: يمين الزوج على زوجته بزنا أو نفي نسب ويمين الزوجة على تكذيبه.

ودليل مشروعيته من القران قوله تعالى : ﴿ **وَ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)**﴾[النور الآية 9/6].[2]

أ-3 - اللعان قانونا :اللعان هو ان يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية بان الولد ليس منه ،و يتلاعنان أمام القاضي كما يلي:

يقسم الزوج بالله أربعة مرات انه لصادق في اتهامه للزوجة من ان الولد ليس منه ، ويقول في الخامسة ان غضب الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم تقسم الزوجة ان غضب الله عليها ان

---

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق ص 194.

[2] التواتي تواتي, المبسط في الفقه المالكي بالأدلة كتاب الأحوال شخصية مجلد4 دار الفكر أفاق معرفة متجددة ص 635/634.

كان من الصادقين فإذا تم اللعان بهذا الشكل، بحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويثبت نسب الولد من أمه فحسب وهو ما يذهب إليه القانون الجزائري في المادة 41من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على انه ينسب الولد لأبيه ما لم ينفه بالطرق المشروعة وعليه ، فانه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاضي و يعتمد في حكمه على جميع لوسائل المقررة شرعا في نفي النسب.

هذا ولا تسمع عند الإنكار دعوى نسب لولد زوجة تبسب عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ،وعليه فانه ولدة المعتدة رجعيا في أثناء عدتها ثبت النسب من المطلق وان ولدت بعد انقضاء عدتها بإقرارها بالانقضاء لا يثبت النسب إلا إذا ولدت قبل مضى عشرة أشهر من تاريخ اعتبار العدة المنقضية.[1]

3 – ولادة الولد بين اقل وأقصى مدة الحمل:

طبقا المادة 42 قانون الأسرة الجزائري والتي تنص بان اقل مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ. والطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصي مدة الحمل، بان الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا وإما فيما يتعلق بأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر ،فدليل الآيتان الكريمتان من القران الكريم ، قوله تعالى: ﴿ **حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾**[الأحقاف الآية 15]** وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ** ﴾**[لقمان الآية 14]**. فالآية الأولى ذكرت الحمل والفصال خلال سنتين ونصف سنة والآية الثانية ذكرت الفطام لسنتين فقط، فدل هذا على ان الحمل وحدة يمكن ان يكون بستة أشهر وهي اقل مدة، وهكذا فان القاعدة العامة انه لابد لثبوت النسب في مختلف الحالات من ان يأتي الولد في الفترة الواقعة بين اقل مدة الحمل وهي ستة أشهر وأكثرها وهي عشرة أشهر (المادة 42 و43 ،ق، أ) ونلاحظ في المادة 43 ق أ بأنها حددت حكم المطلقة أو المتوفي عنها زوجها ،على انه يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ، غيران المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيا ان يجامعها خلال فترة العدة ويعتبر هذا مراجعة فعلا ، فقد تحمل منه خلال ذالك وتمضي عشرة أشهر على وقوع

[1] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – مقدمة- مرجع سابق ،ص 194.

الطلاق ، ولم يمضي بعد عشرة أشهر على المراجعة الفعلية زوجته وعليه فانه لابد من التمييز في هذا الموضوع بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا هذا ، و تنص المادة الستين من ق أ بان عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة كما ان المادة 61 من ق أ تقضي بان لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق [1].

ثانيا/ إثبات النسب بالوطء بالشبهة:

1- تعريف الوطء بالشبهة :

عرفها بن نجم: ما يشبه الثابت و هو ليس في نفس الأمر بثابت.[2]

أو هي ما لم يتيقن من كونه حلال أو حراما.

أما الوطء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد[3]، فيقع الخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص كوطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته، أو وطء المطلقة ثالثا أثناء العدة على اعتقادها أنها تحل له أو زفت إليه المرأة خطأ.[4]

2_ أقسام الوطء بالشبهة :

الشبهة في عقد الزواج تظهر في أشكال مختلفة قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أنواع نوجزها فيما يلي:

❖ **أولا شبهة الملك:** وتسمى كذلك شبهة المحل، وشبهة الحكم، وهي عكس شبهة الفعل، بحيث لا يشترط فيها ظن الحل كما هو الشأن في شبهة الفعل، لأن للواطئ في هذه

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق ص 194.

[2] زين الدين بن إبراهيم بن محمد (لمعروف بابن نجيم المصري)،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان بيروت،دار الكتب العلمية،ط1 ،1999 ،ص 108.

[3] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية مرجع سابق ، ص 668.

[4] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 195 .

الحالة ملكا، وتتحقق شبهة الملك إذا وجد دليلا شرعيا يثبت حل الفعل الذي ارتكبه ،وهذا الدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يعارض هي حرم ،الفعل نفسه ويكون الفعل محرم حقيقة، غير أن وجود الدليل الأخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم.

كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عن هذا الجهل دخول بالمرأة، ومثال ذلك رجل طلق زوجته بلفظ الكناية ويترتب عليه عدم جواز اتصال الزوج بزوجته المطلقة أثناء العدة، كونه أصبح طالقا بائنا، ولكن هذا الزوج ظن أنه طلاق رجعي لا بائن يجوز له الاتصال بزوجته أثناء العدة الرجعية وحملت نتيجة ذالك .[1]

❖ **ثانيا شبهة الفعل:** وتسمى شبهة اشتباه، وفيها يعتقد الشخص حل الفعل و يظن في نفسه أن الحرام حلال، من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس، أي يظن الرجل ما ليس بدليل دليل مبيحا لفعله دون أن يكون كذلك في الواقع.[2]

❖ **ثالثا شبهة العقد:** ومؤداه أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية ويعتقد أنها حلله وهو حل لها[3]، وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات ومثال هذا النوع من الشبهة أن يتزوج شخص أخته من الرضاع، أو خامسة على أربع في عصمته، وزواجه من غير ذات دين سماوي، أو كل من حددها الشريعة الإسلامية من المحرمات ،وفيها يسقط الحد عن الفاعل–مطلقا– قال علمت أنها علي حرام وهو قول أبو حنيفة، وعند الصاحبان فإنا لحد إلزام إن كان يعلم الحرمة، وهو قول الجمهور ويعتبرون الفعل زنا والزنا فيها الحد.[4]

---

[1] سميح عاطف الزين، مجمع البيان ،موسوعة الأحكام الشرعية، الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية، ط 1 /1999 ص 186 .

[2] احمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، ط 2004 ص 115.

[3] باديس ذباني حجية الطرق الشرعية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، إقرار بينة ،تلقيح اصطناعي البصمة الوراثية (ADN)نظام تحليل الدم ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ط 10 د،س،ط ص55.

[4] عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2 الطلاق وأثاره، ط5 ،سنة 1978–1979،المطبعة الجديدة دمشق ص171.

3- ثبوت النسب بالوطء بالشبهة في الشريعة الإسلامي و القانون الجزائري :

أ_ ثبوت النسب بالوطء بشبهة في الشريعة الإسلامية :

أ-1- ثبوت النسب بشبهة العقد:

يسقط الحد عن الفاعل، وإن قالت علمت أنها علي حرام، و يثبت النسب لأن الوطء تعلق به الشبهة.

وأما عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية فإن الحد لازم، و كذالك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة، لأن الفعل تمخض إلى زنا، والزنا و يجب فيه الحد، ولا يثبت به النسب، وهو قول باقي الأئمة، لأنهم يعتبرون الفعل زنا، مذهب الإمام مالك حيث جاء فيه: « **في نكاح المحارم أن من بعقد على أمه أو أخته أو عمته أو ذات رحم محرم منه، ويطؤها فإنه يحد لذلك حد الزنا، ما دام أنه عامد عالما بالتحريم** »[1]، ومذهب الإمام الشافعي أن : «**من أتى ذات رحم محرم منه بعقد زواج حدا حد الزنا ،ولا يكون العقد مع تحريمها بالنص شبهة تدرأ الحد عنه**[2]»، ومذهب الحنابلة: « **في زواج ذات المحرم أن النكاح باطل بالإجماع، فإن وطئها فعليه الحد**». وجاءت عبارة الفقهاء: نكاح يدرأ فيه الحد، فالولد لاحق بالواطئ، و حيث وجب الحد لا يلحق النسب.[3]

أما إذا لم يكن عالما بالحرمة فإن الحكم فيه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد، و يثبت النسب[4].

---

[1] مالك بن أنس: المدونة، (ج16/ص2،9 .(البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، (ج6/ص77 /78

[2] بن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (ج9/ص140 ،(البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع المرجع السابق ، ص 77 /78 .

[3] محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية 4 والحنفية والحنبلية، حققه، ماجد الحموي، بيروت، دار ابن حزم، ط1 ،1443هـ - 2013م، ص 364.

[4] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلد حي مجد الدين أبو الفضل الحنفي:الاختيار لتعليل المختار، القاهرة، 5 مطبعة الحلبي،[د ط]، 1356 هـ-1937 م، (ج4/ص79 وما بعدها)؛ أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي ، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1 ،1322هـ، (ج2/ص147.

أ-2- إثبات النسب بشبهة الفعل:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بسقوط الحد بهذه الشبهة إذا ظن الواطئ حل الموطوءة، ويستتبع ذلك الحكم ثبوت النسب، لأنه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه، فسقط فيه الحد، إذ لا إثم مع الظن، وسقوط الحد يتبعه ثبوت النسب، لأن الأصل ان النسب يثبت بإنتفاء الحد، وينتفي بثبوته قيل «**وان وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة، فأتت بولد، لحقه نسبه**».وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة.

وخالف فقهاء الحنفية فقالوا بسقوط الحد، وعدم ثبوت النسب؛ لأن الموطوءة فيها عارية عن شبهة الحق أو الملك، والنسب يعتمد قيام الملك أو الحق في المحل، ولم يوجد هاهنا فتمحض الفعل زنا، فلم يثبت به النسب، وإنما درئ فيها الحد لمعنى راجع إلى الواطئ، وهو الاشتباه واستثنى الحنفية من ذلك صورتن فقط أثبتوا فيها النسب بالدعوة لتأويل تأولوه، وهما:

الأولى: ما لو زفت إليه أجنبية أخبر أنها زوجته فوطئها، فإن النسب يثبت هاهنا وان كانت شبهة اشتباه لا ملك له في الموطوءة ولا شبهة، لأنه اعتمد دليل شرعيا في موضع الاشتباه وهو الإخبار بكونه زوجته، الثانية ما لو وطء معتدته من طلاق ثلاث، فإن النسب فيها يثبت بالدعوة أيضا لشبهة العقد فيها، بخلاف باقي الصور[1].

أ-3- ثبات النسب بشبهة المحل:

الحكم في هذا النوع من الشبه عند الفقهاء أنه مسقط للحد ومثبت للنسب، لأن الفعل ليس بزني لوجود الشبهة في المحل، تلك الشبهة التي تقوم في الملك أو الحق في المحل، فلم يتمحص الفعل إلى زنى، وثبوت النسب هنا حاصل، لأن النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل بل على أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل.

وخالف الحنفية حيث اشترطوا ادعاءه من الزوج، وإلا لا يثبت نسبه عندهم، بخلاف جمهور الفقهاء، فإن النسب عندهم يثبت بدون دعوى ولا ينفي عنه إلا بلعان.

[1] شابحة أعمر سعيد ، أحكام ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي مرجع سابق الذكر ص 138.

وتجدر الإشارة ان فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على ان الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا، و الدليل على ذلك إثباتهم للنسب في حال نكاح الشبهة، كما بينا فيما تقدم يقول الإمام أبو زهرة:" ان الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أية شبهة مسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب على الراجح في الحالة الثانية، وبالإجماع في الأولى".[1]

ولقد صرح الأستاذ الفرنسي(بوسكي): " ان نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كتاب مفتوح للهروب من العقاب، ورد على ذالك الدكتور بلعربي بلحاج حقيقة نظام الشبهة في التشريع الإسلامي فقال "ان هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم، وعن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص على ان الشبهة لا تمحو وصف الجريمة، ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ أو الغلط و الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن النية والأمر متروك لتقدير القاضي" .[2] وفي حقيقة الأمر فإن نفي وصف الجريمة عن الفعل إذا بني على شبهة ليس إلا تطبيقا للمبدأ المقرر الشريعة الإسلامية.

ب – ثبوت النسب في الوطئ بشبهة في القانون الجزائري:

في التشريع والقضاء الجزائري: أما بالنسبة للتشريع والقضاء الجزائريين فتنص المادة 40 من ق أ ج على ما يلي :« **يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول...**» وما يلاحظ على نص المادة 40 أن المشرع اعتبر الوطء بشبهة، سببا من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهة وأخرى، وكل ذلك مراعاة أدنى وأقصى مدة الحمل المنصوص عليها في القانون، وبهذا يكون المشرع قد أخذ بالمذهب المشهور عن الإمام أحمد [3]، وهذا أيضا ما جرى عليه العمل في المحاكم، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه ، : من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.ولما كان الثابت –في قضية الحال– ان لطاعنة لم يثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن

[1] محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، [د ط]، 1950 ،ص389.

[2] العربي بلحاج ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، مرجع سابق ص 197.

[3] محمد محمود حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية القانون الكويتي، [د ن] ، ط1 ،1999 ،ص50.

قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1]وبعد دراستنا لثبوت النسب في الوطء بشبهة اتضح أن نص المادة 40 من ق أ ج الذي يعتبر المبدأ العام في ثبوت النسب –ـ معيب شكلا، فكان على المشرع الجزائري أثناء تعديله لقانون الأسرة 2005 ـأن يعيد صياغة نص المادة 40 من التقنين.

وما يعاب على هذا النصّ أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرع ، لأن المعنى الظاهر نص المادة 40 نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، من هنا يبدوا أن الأمور قد اختلطت على المشرع ولم ينتبه لهذا الخلط أثناء تعديله الأخير لقانون الأسرة، إذ كان عليه أن يتكلم على الوطء بشبهة ما دام أنه أقر بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته وهذا هو المعمول به فقها ، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئ الزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة[2].

فلا مناص إذن من إعادة صياغة نص المادة 40 من ق أ بحيث تصبح صياغتها كالتالي "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالزواج الفاسد، أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة. يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

لا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد ما دامت المواد 32،33،34 قد تولت تفصيل البعض منه وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى خاصة فيما يتعلق

---

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 74712 ،بتاريخ: 1991/05/21 ،مجلة قانونية، 1994 ،عدد 2 04 ،ص56 ،أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات..، مرجع سابق، ص 167 .وجاء في قرارا آخر أن :"من المقرر قانونيا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعدّ ه الدخول طبقا للمواد 32 ،33 و34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون".ينظر :المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 222674 ،المؤرخ في 1999/06/15 ،م.ق، 2001 ،عدد خاص، ص 88.

[2] جيلالي تشوار، لنقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقا يد تلمسان العدد 3 /2005 ص 147.

بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه ويكون بذلك المشرع قد حقق الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء الشبهة.[1]

المطلب الثاني : إثبات النسب في الزواج الغير صحيح.

أولا/ مفهوم الزواج الباطل والفاسد في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري :

1- الزواج الباطل والفاسد والفرق بينهما في الشريعة الإسلامية:

- تعريف الزواج الباطل :

البطلان في اللغة الضياع والخسران، يقول ابن منظور " بطل الشئ يبطل بطلا، وبطولا وبطلانا ذهب ضياعا وخسرانا فهو باطل[2] والباطل عند الجمهور مقابل الصحيح، فكل ما ليس بصحيح فعندهم باطل. وفي ذلك يقول الزركشي الشافعي هو وقوع الفعل كافيا في إسقاط القضاء ، قال البطلان هو وقوعه غير كاف لإسقاط القضاء، ومن قال الصحة موافقة الأمر، البطلان مخالفته. "[3]

- تعريف الزواج الفاسد:

الفساد في اللغة فسد يفسد ويفسد وفسد فسادا وفسدوا ، فهو فاسد و فسيد فيهما ، قال الله تعالى: ﴿ **وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ** ﴾ [المائدة الآية 64]. هو نقيض الصلاح . يقال فسد اللحم إذا انثن ولم ينتفع به .[4]

---

[1] شابحة أعمر سعيد ، أحكام ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي مرجع سابق الذكر ص 155/154.

[2] ابن منظور لسان العرب ، مرجع سابق ،نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري ، المجلد 1 ، دار إحياء التراث العربي ، ط1 1408هـ 1988 م ص 432.

[3] سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة / دار النفائس ،الأردن الطبعة الثانية 1418 هـ – 1997 م _ ص 93.

[4] ابن منظور لسان العرب ،نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري ، المجلد العاشر ، دار احياء التراث العربي ، ط1 1408هـ 1988 م ص 261

– الفرق بينهما: لا فرق عند جمهور الفقهاء بين الباطل والفاسد ، فكل باطل عندهم فاسد، وكل فاسد عندهم باطل ، يقول الزركشي الشافعي : " والفاسد والباطل عندنا مترادفان ، فكل فاسد باطل وعكسه"، وعند الحنفية يفترقان. ويقول البعلي الحنبلي: " والفاسد عندنا مرادف للباطل ، فهما اسمان لمسمى واحد ". [1]

يفرق الحنفية بين الباطل والفاسد فيجعلونهما نوعان. لا نوعا واحد، جاء في البدائع : " الفاسد عندنا قسم أخر وراء الجائز والباطل ". ويقول الجرجاني الحنفي : " الفساد قسم ثالث ما بين الصحة والبطلان عندنا ". يقول الحنفية في التفرق بينهما : الفاسد مشروع بأصله لا بوصفه والباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه ، وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة، ويمثلون للفاسد في المعاملات بعقد الربا، فإنه مشروع من حيث انه بيع، وممنوع من حيث انه عقد ربا . ومثال الباطل عدهم بيع الأحرار من الرجال والنساء، وبيع الخمر ونحو ذلك والباطل عندهم وجوده كعدمه، ذلك انه لا اعتبار له شرعا ، فوجوده صورة فحسب، أما الفاسد عندهم فإنه إذا اتصل بالقبض يفيد الملك الخبيث، والجمهور يخالفهم فيقولون هو كالباطل لا يفيد شيئا .[2]

2– مفهوم الزواج الباطل و الفاسد في القانون الجزائري :

2–أ– تعريف الزواج الباطل وحالته في القانون الجزائري:

هو كل عقد فقدا ركنا من أركانه الأساسية، أو الذي اختل فيه ركنان من الأركان مثل العقد الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم وبين مسلم وذات دين[3] حيث اعتبرها المشرع الجزائري من شروط الصحة، فإن هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر القانون الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول، وقد نص المشرع الجزائري بعد التعديلات الأخيرة ل (ق، أ، ج) بموجب الأمر رقم (05–02) المعدل والمتمم ل (ق، أ ، ج).

---

[1] سليمان الأشقر ، مرجع السابق ص 93

[2] المرجع السابق ص 94–95

[3] صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة دار الفكر الجامعي ط 1 ص 47.

– حالاته :

إن حالات الزواج الباطل في المواد 32، 33، 34 وعليه فان أسباب البطلان في قانون الأسرة الجزائري في الحالات التالية:

✓ إذا اختل ركن التراضي والذي اعتبره المشرع الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج، متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة 33من ق. أ. ج بنصها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا "[1]

✓ اشتمال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أو الوقتية التي نص عليها المشرع في المواد 23 إلى المادة 30من ق . أ. ج. وهذا ما نصت عليه المادة 32 المعدلة: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع ..." [2]

✓ اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، طبقا للمادة 32 المعدلة: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد [3]". فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط إذا لم يكن يتنافى ومقتضيات العقد. وفي ذلك نص المادة 19 المعدلة من ق .أ . ج : " للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرينها ضرورية ، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر 03/ 03/ 1971، إذا جاء فيه : " حيث ان المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط ألا تناقض روح العقد" [4]

هذا وتجب الإشارة إلى ان المشرع قبل التعديل الأخير .ق. أ.ج . لم يبين ما هي الشروط التي لا يجوز للزوجين اشتراطها في عقد الزواج، أو التي لا يجوز لهما اشتراطها. أما بعد التعديل، فقد

---

[1] ق رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 الصادر 1984/6/09 المتضمن لتقنين الأسرة الجزائري .

[2] المرجع السابق.

[3] نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد القضائي ،الجزائر دار هومة ،[دط]،2016، ص 74

[4] م ع ، غ ق خ ، 1971/03/03 ، ن ق ، 1972 ، عدد 02 ص 39 .

نص على بعض الشروط الأساسية التي كثيرا ما تؤدي إلى خلافات بين الزوجين، وهي على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر. وذلك في المادة 19 من ق، أ، ج. والتي نصت على ما يلي: " للزوجين ان يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرينها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ". ولم يفصل في هذه الشروط تفصيل الفقهاء وأحال ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222ق.أ.ج.[1]

2-ب- تعريف الزواج الفاسد وحالاته في القانون الجزائري:

عرفه المشرع الجزائري هو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول. ويعتبر الفسخ هو الجزاء الذي رتبه المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوفى الشروط المنصوص عليها في القانون ، وقضت المحكمة العليا قرار ها الصادر في 25 /06 / 1984. من المقرر شرعا انه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا[2].

إذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يفسخ الزواج، أما إذا تبين بعد الدخول فيثبت الزواج، ونص المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير، لقانون الأسرة الجزائري على حالات الزواج الفاسد في المادة 33 المعدلة والمادة 08 مكرر واحد المدرجة بالأمر رقم [05 ـ02] المتضمن تعديل ق.أ .ج.

- حالاته :

من خلال المادتين33 و 08 نجد ان المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج فاسدا في الحالات التالية:

- فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 09 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصداق والولي في حالة وجوبه. طبقا لنص المادة 33المعدلة التي تنص على ما يلي: " ...إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ". في هذه الحالة يفسخ عقد الزواج قبل الدخول، إذا تبين سبب الفساد قبل ذلك، وإذا تم اكتشافه بعد الدخول، فيثبت ويصحح. بالرجوع إلى المادة

[1] بوزيد خالد ،إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الاسرة والقانون المقارن ، اطروحة دكتوراه ، جامعة وهران -2- ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 2017 /2018 ص 177

[2] م ع غ أ ش ، 25/ 06/ 1984، ملف رقم 33715، م ق ، 1989، عدد 04 ، ص 99 .

09 مكرر نجد أنها اعتبرت الأهلية وانعدام الموانع الشرعية شرطان للصحة، إلا ان الأهلية تعتبر جزءا من الرضا، يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في12/07/ 1966 ."من المقرر شرعا وقانونا ان عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج. ضف إلى ذلك، ان الموانع الشرعية ليست شرطا للصحة، لان العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد، فيفسخ قبل الدخول وبعده، طبقا للمادة 32 المعدلة، وأكدت ذلك المادة 34 من ق، أ ، ج

– عدم حصول الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي. وهذه الحالة استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 05ـ 02 المعدل و المتمم ل ق،أ ،ج إذا رتب المشرع الجزائري فسخ الزواج الجديد ولكن قبل الدخول إذا لم يحصل الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي. وهذا ما نصت عليه المادة 08مكرر، المدرج بالأمر رقم 05ـ 02 : " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

ثانيا/ ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح والباطل في الشريعة و القانون :

1– ثبوت النسب من الزواج الباطل والفاسد في الشريعة الإسلامية :

1– أ– ثبوت النسب من الزواج الباطل :

الزواج الباطل لا يترتب عليه إي اثر من أثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول، ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين ان يفترقا في الحال، لان الشرع يوجب عدم المضي في الزواج الباطل، ولا تجب على المرأة العدة بعد التفريق ولا تجب به نفقه ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها، ولا يثبت به توارث ولا نسب للولد الذي يولد من هذا الدخول .لقد رتب جمهور الفقهاء ثبوت النسب، على الوطء في الزواج الباطل إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم ولا يعتبر الوطء زنا ، وإذا كان عالما بالتحريم اعتبر الوطء زنا ووجب الحد ولا يثبت النسب [1] . فمن أتى امرأة محرمة بصهر مؤبد كابنة زوجته المدخول بها وأمها مطلقا أو تزوج أخته من الرضاع، أو من النسب، أو شيئا من ذات المحارم، علما بالتحريم أقيم عليه

[1] محمد محمود حسن ، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي ، ط1 ، سنة 1999، ص 49

الحد ولا يلحق به الولد [1] وفي هذا الصدد يقول عبد العزيز سعد "إذا كان الزوجان أو احدهما يعلم أن زواجهما زواجا ممنوعا قانونا ومحرم شرعا وتعمدا هذا الزواج، فان زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا، ويعتبر زنا، ولا يثبت ولا توارث ولا نفقه" [2] يقول الأستاذ فضيل سعد «**ان النكاح الباطل لا يرتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام و الشريعة الإسلامية**» ، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد، الذي يقوم غير مستوف لشروط النكاح الشرعي[3] ما يلاحظ على القانون الجزائري انه رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب وذلك في المادة 34 من قانون أسرة الجزائري والتي نصت ما يلي: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء » [4] فالزواج الفاسد حقيقة يفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول فيثبت ولا يفسخ، إما المادة 34 فنصت على ان الزواج من المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، مما يفهم ان الزواج من المحرمات باطل في قانون الأسرة جزائري، ويجب على المرأة الاستبراء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها : "وحيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على ان المحصنة تحرم على الزوج الثاني وان هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب [5]، وكما ان الزواج من المحرمات يعتبر من الموانع الشرعية التي سبق وان اعتبرها المشرع الجزائري سببا لبطلان عقد الزواج في المادة 32، ان ما يلفت الانتباه أكثر، انه وبعد التدقيق في المادة 34 و المادة 40 يتضح لأول وهلة ان المشرع الجزائري رتب على الزواج الباطل بعد الدخول ثبوت النسب ولكنه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة، أو الأخت من الرضاع، أو النسب أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها ، كما قضت بذلك المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري، غير انه مما لا ريب فيه ان جمهور الفقهاء كما وان رأينا رتب على الوطء في

---

[1] عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، مرجع سابق ص 163.

[2] عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار هومة ، الجزائر ، ط 3 سنة 1996 ص 213 214

[3] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق ج2 ، د، ط، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ص 165

[4] ق رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 / 02/ 2005 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 / 06/ 1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

[5] العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات لمحكمة العليا د، م ، ج 1994 ص 34.

الزواج الباطل ثبوت النسب إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم –أما إذا كان عالما بالتحريم لا يثبت النسب ولا يعتبر الوطء زنا: وعلى هذا الرأي سار قضاء المحكمة العليا في قراراته ، فقد جاء في القرار الصادر 24 / 02/ 1986:

«حيث ان الطاعن اثبت خلال مراحل النزاع ان زوجته كانت في عصمة زوج أخر بموجب عقد زواج مؤرخ في 02 /11/ 1981، وكان جاهلا هذه الحالة حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على ان المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وان هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب» وجاء في قرار أخر « يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم صدور الحكم بالطلاق» [1] يتضح من خلال هذه القرارات ان المحكمة العليا رتبت ثبوت النسب من الزواج الباطل في حالة جهل الزوج بالتحريم اخذ برأي الجمهور، فكيف يسوغ التوفيق إذن بين تلك النصوص وهذه القرارات وأحكام الشريعة الإسلامية.

1–ب– ثبوت النسب من الزواج الفاسد :

حرصت الشريعة الإسلامية على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إعمالا لمبدأ الاحتياط في ثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع[2].

قال الحنفية :ان الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح لان النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، لكن وفق شروط يتم توضيحها كالآتي :ان يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، أي ان يكون بالغا حسب قول المالكية و الشافعية ، وان يكون بالغا أو مراهقا حسب قول الحنفي والحنابلة فإذا كان الزوج صغيرا أو لا يتصور الحمل منه فلا يثبت النسب في مثل هذه الحالات. [3]

---

[1] المرجع نفسه ص 37.

[2] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية ، الجزائر ، دار الفكر ، [دط]، 1413هـ _1998م ،ج7/ ص 86.

[3] احمد فراج حسين: أحكام الطلاق في الإسلام، الطلاق –الخلع– حقوق الأولاد–نفقة الأقارب– وفقا لأحدث التشريعات القانونية ب .ط دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر 2004ص 211.

–تحقيق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية، فان لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة، أي ان يثبت ثبوت التقاء الزوجين في حالة الإنكار فلا تسمع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها [1].

– ان يمضي على الزواج الفاسد اقل مدة الحمل وهي بستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، أما أقصى فترة الحمل بالنسب للزواج الفاسد، فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه .وفي قرار عن المحكمة العليا الذي قضت فيه، بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول للمواد 32 و 33 و34 ق أ ، ج [2]،

وهذا لاجتهاد يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي نصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذا تم الدخول الفعلي، احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه[3].

2–ثبوت النسب بالزواج الفاسد والباطل في القانون الجزائري:

أما موقف المشرع الجزائري فهو لا يعتد بالزواج الفاسد قبل الدخول ويصنفه في خانة الزنا حيث ان الزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أية آثار لكن، بعد الدخول يعترف به ويترتب عليه بعض الآثار لتي يرتبها العقد الصحيح وأهمها إثبات[4] النسب وذالك من كله من باب الاحتياط لنسب ومراعاة لمصلحة الولد وقانون الأسرة لا يختلف كثيرا عن الشريعة الإسلامية نجد ان المشرع اخذ بالرأي الذي يثبت النسب من الزواج الفاسد بالدخول أو الخلوة الصحيحة وهي ما نصت عليه المادة 40 من ق أ بقولها : ﴿يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و33و 34 من هذا القانون﴾ .

---

[1] عبد الحميد الجياش ، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق و أثارها دراسة فقهية مقارنة مكتبة الزهراء للنشر ولتوزيع ب،ط، دار النهضة العربية للنشر ، بيروت لبنان ، 2009ص275.

[2] عبد القادر بن حرزالله : أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ب ، ط دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر 2007، ص353.

[3] م .ع . غ . أ. ش. رقم 222675،الصادرة بتاريخ 5 /06 /1999، المجلة القضائية ع.1.ص 126.

[4] نجمي جمال ،قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة ص 79.

المبحث الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة

تعد مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة إشكالية عويصة وسوف نتناول في هذا المبحث إثبات النسب بالإقرار والبينة ونتطرق أيضا إلى البصمة الوراثية .

المطلب الأول :إثبات النسب بالإقرار والبينة

أولا/ إثبات النسب بالإقرار :

1-تعريف الإقرار لغة و اصطلاحا وقانونا :

1-أ-الإقرار لغة :هو الإذعان للحق والاعتراف به، اقر بالحق أي اعترف به وقد قرره عليه وقرره بالحق غيره حتى اقر، ويأتي بمعنى الاعتراف : اعترف بذنبه عرفا. واعترف: اقر وعرف له أي اقر، والمعترفون جمع وهم الذين يقرون على أنفسهم، ومنه قولهم له عليا ألف اعتراف وتوكيد[1]. ومنه فالإقرار ضد الإنكار والجحود .

1-ب- الإقرار اصطلاحا :

لقد عرف الفقهاء تعريف للإقرار، حيث

- عرفه المالكية : خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه[2].

ومنه فإن الإقرار في اللغة هو الاعتراف وفي الاصطلاح فهو إخبار بحق أو إظهار لحق.

1-ج- التعريف القانوني:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للإقرار في القانون الأسرة الجزائري إذا نصت على ان: « الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهده الواقعة » [3]، كما هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص أخر.

---

[1] ابن منظور ، لسان العرب، ج11 مرجع سابق ص 102.

[2] على الكعبي مرجع سابق ص 319

[3] ق رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005المعدل ولمتمم للقانون رقم 75- 58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975م المتضمن للتقنين المدني الجزائري .

2-أنواع الإقرار :ينقسم إلى نوعين هما :

أ- بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة : وهو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة . كأن يقول هذا ابني، أو هذه أمي، أي لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر به، وبعبارة أخرى إقرار ليس فيه حمل النسب على الغير.[1]

ب- بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر: أي ان هذا الإقرار يكون في غير البنوة والأبوية والأمومة، وهو ما يعرف بالإقرار فيه حمل النسب على الغير، أي يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له كالأخوة و العمومية كأن يقول شخص : "أخي " أو " فلان عمي" ففي هذه الحالة يثبت نسبه لأبيه المقر إلا إذا صدق الإقرار.[2]

وقال المالكي : يأخذ المقر له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره فإذا أقر ولد بأخوة أخر، وأنكره الولد الأخر، أخذا المنكر نصف التركة، وشارك المقر له في النصف الأخر عند الحنفية، أما عند المالكية فيأخذ المنكر نصيبه كاملا، ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض ان التركة توزع على ثلاثة. ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقرر ستة وفي حال وجوده يكون له أربعة، فما نقص من نصيبه و هو اثنان أخذه المقر له.

ويرى مالك: انه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين، لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

وقال الشافعي واحمد بن حنبل وأبو يوسف: إن أقر جميع الورثة بنسب من شاركهم في الإرث، ثبت نسبه، حتى ولو كان الوارث ذكرا أو أنثى، لأن النسب حق يثبت بالإقرار، وهذا الأخير لا تشترط فيه عدالة فلم يصح قياسه على الشهادة [3].

3-حكم إثبات النسب بالإقرار في الفقه الإسلامي وشروطه:

أ- حكم إثبات النسب بالإقرار في الفقه الإسلامي:

---

[1] احمد فراج حسين ، أحكام الطلاق في الإسلام ، الطلاق ، الخلع حقوق الأولاد ، نفقة الأقارب وفق الأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2004 ص213.

[2] محمود علي السر طاوي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 2، دار الفكر ، الأردن ، 2007 ص 303.

[3] وهبة الزحيلي مرجع سابق ص 693 ، 695.

اتفق الفقهاء على ان حكم الإستلحاق عند الصدق واجب، ونفيه حرام، ويعد من الكبائر، لأنه كفران النعمة ، وفيه تضييع الأنساب ، قال تعالى: ﴿**وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ** ﴾ [سورة النحل الآية72]. فنكران الأب لأبنه وانتقاء الابن من أبيه كفر لنعمة الله لنعمة البنوة وللأبوة التي امتن الله بها على عباده.

وقد أكد النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فقال: أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولم يدخلها الله جنته "[1] . وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أن النبي صلى الله علية وسلم قال :" من ادعى إلى غير آبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام ".[2]

وقال أيضا: " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رءوس الخلائق في الأولين و الآخرين " [3].

1– أدلته من الكتاب والسنة ولإجماع :

وأدلة ثبوت الإقرار واردة بالكتاب والسنة والإجماع.

1–أ– من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ **وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ** ﴾.[سورة آل عمران :81]

---

[1] رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن أ ي هريرة ،ناصر الدين الألباني . إرواء الغليل . كتاب الحدود . باب حد القذف رقم 2367 .(34/8) وهو حديث صحيح

[2] أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض ، باب من ادعى إلى غير أبيه ، برقم (6766)، ومسلم كتاب الإيمان ،باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم .

[3] رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن أ ي هريرة ، وهو حديث صحيح

وقوله تعالى وقوله تعالى: ﴿ **وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُواْ عَمَلًا صَٰلِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا عَسَى ٱللَّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ [التوبة الآية 102]

1-ب- من السنة :

قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني حيث قال: اختصم رجلان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احدهما : اقض بيننا بكتاب الله . وقال الآخر : اجل يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلم . فقال " تكلم " فقال: إن ابني كان عسيفا لهذا الرجل فزنى بامرأته فأخبرت أن على ابني الرجم فافتديته منه بمائة شاة وبجارية، ثم إني سألت أهل العلم ، فأخبروني أنما على ابني مائة جلدة وتغريب عام، وإنما الرجم على المرأة . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : { **والذي نفسي بيده ، لأقضين بينكم بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فرد عليك** } . وجلد ابنه مائة جلدة وغربه عاما، وأمر أنيسا الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت فرجمها ".[1] فعن عمر ابن حصين رضي الله عنه، ان امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت : " يانبي الله أصبت حدا فأقمه علي ، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال : { **أحسن إليها فإذا وضعت فأتني بها، ففعل، فأمر بها نبي الله صلى اله عليه وسلم فشكت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها الرسول صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت: فقال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لو سعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من ان جاءت بنفسها إلى الله تعالى**}.[2]

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم علق مسألة إقامة الحد على الاعتراف، فإن اعترفت ترجم، هذا دليل الإقرار. و لو لم يكن الإقرار حجة لما أخذ به سيد الخلق وهو أعلم الناس بالأحكام الشرعية.

---

[1] مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ، اعتنى به محمد بن عبادي بن عبد الحليم الجزء 2 ،ط 1 القاهرة ، ص233.

[2] المرجع السابق

1 –ج– من الإجماع :

فلقد أجمعت الأمة على صحة الإقرار، ذلك لأن الإقرار إخبار ينفي التهمة، فإن العاقل لا يقر على نفسه كذبا يضر به نفسه أو ماله ولهذا أجمعت الأمة من السابقين و الاحقين على أن الإقرار يعتبر حجة شرعية غير قابلة للشك ، ويجب الأخذ بها. [1]

ب – شروط الإقرار :

يعتبر الإقرار وسيلة شرعية وقانونية لإثبات النسب، وقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط لصحته وهي:

ب–1– الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب:

كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أمي، فإن المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره شرطين هامين .

✓ أن يكون منصب على شخص مجهول النسب: بمعنى لا يعرف له أب، أي يكون معروف النسب من أب أخر فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، لأن الشرع قضى بثبوت النسب، من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره. واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فانه لا يصح ادعاؤه بالنسب والحاقة بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه[2]

✓ أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل، أو تصدقه العادة: بمعنى أن الإقرار ببنوة شخص مثلا لا يمكن تخيله من شخص لم يتجاوز العاشرة من العمر لطفل لم يبلغ العام الأول من عمره، ولا يمكن تصورها من شخص يدعي ببنوة شخص أخر والفرق بين عمرهما يبلغ العشر سنوات وقت الولادة.

---

[1] انس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،ط10 ، ص197

[2] وهبة الزحيلي موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ج8، ب ط ، دار الفكر دمشق ، سوريا 2010 ص 653/652.

وهو ما تعرض إليه المشرع الجزائري في المادة 44 ق أ ج بقوله:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"

.وعليه إذا توفرت هذه الشروط يصح الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ويثبت النسب ،بهذا الإقرار لأن فيه تحميل النسب على النفس[1].

ولكن في شرط أن يصدقه العقل قال المالكية: ليس تصديق المقر به شرطا لثبوت النسب من المقر لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه إذا لم يقم دليل على كذب المقر.[2]

وهناك شرط ثالث يجب توفره لإثبات النسب، وهو شرط لم يرد النص عليه صراحة في المادتين 44 و 45 ق أج إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع، ألا و هو أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة، لأنه لا يجوز شرعا أن يولد طفل، من الزنا، ثم يدعي و يقر الرجل أن هذا الطفل ابنه،[3]

وعلى هذا السبيل لم يخالف المشرع الجزائري شروط التي وضعها جمهور الفقهاء لصحة الإقرار إذا كان يحمله المقر على نفسه من أهمها :

- ✓ أن يكون المقر بالنسب مكلفا. بمعنى مسؤول
- ✓ أن يكون المدعي به ممكن الثبوت من المدعي، ويعبر عن هذا الشرط بقبوله ألا يكذبه الحس أو أن يولد مثله لمثله.
- ✓ أن يكون للمدعي مصلحة في دعوى النسب.
- ✓ أن يكون للمدعي به نسبه مجهول النسب.[4] بمعنى إن كان له نسب معروف لا يصح إقراره .

---

[1] عثمان التكروري ص245/244.

[2] وهبة الزحيلي ، موسوعة القه الإسلامي والقضايا المعاصرة مرجع سابق ص 653.

[3] عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2007 ص 104 .

[4] فاطمة عيساوي ، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفق قانون الأسرة الجزائري مجلة معارف)، السنة ال5 ع 8 ، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أو الحاج، البويرة الجزائر جوان 2010 ص 70 .

ب–2– الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب:

إذا كان إقرار الإنسان لأخر بنسب محمول على غيره، فالشروط السابقة الذكر هي نفسها الشروط الواجب توفرها في المقر بالنسب، ويزيد عليها شرط أخر، و هو أن يوافق المقر له بالنسب " المحمول عليه بالنسب " على هذا الإقرار، ففي قوله: هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه، مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك[1] و إذا صد ا ق من حمل عليه النسب، فإن صدقه الأب في الإقرار بالأخ، و الجد في الإقرار بالعم. والابن في الإقرار بابن الابن، ثبت نسبه، و ترتب عليه أثره،[2]و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 ق أ ج بقوله " الإقرار. بالنسب في غير البنوة الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"

ب– 3– الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به :

هي تلك الشروط التي يقتضيها إلحاق النسب بشخص من يقر به و هذه الشروط هي:

✓ أن لا يكون النسب يكذبه الحس و الشرع: بمعنى أن لا يكون المقر بالنسب في سن لا يتصور فيه أن يكون المقر له النسب من المقر.

كما أنه يشترط أن لا يكون المقر له بالنسب معروف النسب من غير المقر لأن الشرع يحكم هنا بعدم إستلحاق المقر له بالمقر، وهذا ما ذهب إليه الأحناف والمالكية والشافعية و الحنابلة و الإمامية و الزيدية.

✓ أن يوافق الإقرار بالنسب العقل و العادة: هذا الشرط أكد عليه المالكية حيث اعتبروا الإقرار الذي لا يصدقه العقل والعادة أنه غير صحيح مثل الصغير الذي يقر إستلحاق من هو أكبر ،منه، لا يصدقه العقل في ذلك.[3]

[1] مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج 1 ، الزواج والحلاله ،ط 9 ، دار الوراق للنشر والتوزيع ، سوريا 2001 ص 267 .

[2] احمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 215

[3] احمد ناصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية مصر ، دار شتات للبرمجيات والنشر ، سنة النشر 2009 ص 94.

أو كأن يكون المقر أكبر من المقر بنسبه اثني عشرة و نصف سنة على الأقل. لأن العادة جرت على ألا يولد الإنسان في أقل من هذه السن وعليه يمكننا القول أن إثبات النسب بالإقرار لا يجوز اعتماده أو الحكم به إلا مع توفر شروط التي سبق و أن ذكرناها[1].

ثانيا/ إثبات النسب البينة :

1-تعريف البينة لغة و اصطلاحا :

1-أ-لغة : بين، يبين، أبان، استبان[2]

البيان ما بين به الشيء من الدلالة وغيرها وبان الشيء بيانا: اتضح، فهو بين، وأنكشف، والجمع بيانات وهي الحجة الواضحة، البرهان، الدليل، الشهادة.[3]

1-ب-اصطلاحا:

هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات [4].

2- إثبات النسب البينة في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على حجية إثبات النسب بالشهادة أو البينة، إذا كان الشهود رجالا واختلفوا إذا كان الشهود من النساء ، واختلافهم واقع في العدد الذي يثبت به النسب لا في أصل قبول شهادة النساء.[5]

2-أ-الرأي الأول : ذهب جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ان النسب يثبت بالبينة بشهادة رجلين عدليين ولا تجوز شهادة النساء كالحدود والقصاص[6] ودليل هذا قوله تعالى:

---

[1] كمال صالح البنأ الزواج العرفي ومنتزعات البنوة في الشريعة والقانون وإلقاء ، ب ط ، دار الكتب القانونية مصر 2005/ص245 .

[2] الخليل بن أحمد الفراهيدي ، كتاب العين ، المجلد الأول ، بدون طبعة ، دار الكتب ، بيروت ، لبنان ، 2003 ص 176 .

[3] ابن منظور ، لسان العرب ، ط4، مجلد 2 ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 2005 ، ص 198 .

[4] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الزواج والطلاق مرجع سابق ص 199

[5] عيساوي فاطمة ، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وفقا لقانون الآسرة الجزائري ، مجلة معارف جامعة البويرة ، العدد 8 ، جوان 2010. ص 70 .

[6] محمد محمود حسن ، ص90

﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى**﴾ [البقرة الآية 282].

2–ب–الرأي الثاني : ذهب الحنفية والزيدية إلى انه يجوز في إثبات النسب بالبينة شهادة رجلين عدليين أو رجل وامرأتين. ودليله قوله عز وجل:﴿ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا**﴾ [الطلاق الآية 2] .

✓ **الرأي الثالث:** ذهب الظاهرية إلى انه يثبت شهادة رجلين عدليين أو رجل وامرأتين عدول أو نسوة مع يمين الشاهد اثنان، ودليله قوله تعالى: ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾ [البقرة الآية 282]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم في الأرض الذي اختصم فيها رجل عنده قال له " شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك.[1]

3– إثبات النسب بالبينة في التشريع والقضاء الجزائري :

اعتبر المشرع الجزائري البينة إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص ان يأتي بالدليل القاطع على ان الولد هو ابنه الصلبي ، وذلك في نص المادة 40 من (ق ، أ ، ج) وأكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها.

إذا جاء في قرار لها : "من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ونكاح الشبهة ، ومن تم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون . ولما كان الثابت في قضية الحال ان الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون، . ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2]. وعليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فانكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكرا ان يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، فان

[1] خليفة علي الكعبي ، نفس المرجع ص 270.

[2] م ع ، غ ش 21/ 05/ 1991 ، ملف رقم 74712 ، م ق ، عدد 2 ، سنة 1994 ، ص 56 .

بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة، أو طبيب أو طبيبات أو الممرضات المستشفى ، إذا وضعت حملها وكذلك الحال بالنسبة إلى إثبات الولد نفسه بشكله ولونه وجنسه وإذا أثبتت الولادة وثبت المولود أمكن حينئذ نسبه إلى الزوج وتسجيله على أبيه في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى الحكم الذي يقتضي ثبوت النسب[1].

المطلب الثاني :إثبات النسب بالبصمة الوراثية .

أولا/ تعريف البصمة الوراثية وخصائصها :

1- تعريف البصمة الوراثية :

1- أ-البصمة :

واصلها في اللغة هو الغلظة والكثافة، يقال رجل ذو بصم أي غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل[2]. والبصم، بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر و الفوت هو مابين الأصبعين[3].

1-ب- الوراثة:

من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء ، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له.[4]

1-ج- اصطلاحا:

كما عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي " البصمة الوراثية هي البنية الجنينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه " فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والتي تجعلنا مختلفين ، وهو ما يعرف بالحامض النووي[5].

---

[1] عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، مدعمة بالاجتهادات القضائية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ص 217 .

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي ، القاموس المحيط ، ج 4 ، د، ط ، دار الجيل ، بيروت ، د، س ، ن ، ص 81 .

[3] ابن منظور جمال الدين محمد ، لسان العرب ، المجلد الأول ، أ . ب .ت . ث، ط1 ، دار صادر، 1997 ، ص 210."

[4] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي ، القاموس المحيط ، ج 1 ، ص 182

[5] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول أحكام الزواج ص662.

ومن ناحية القانونية فإن البصمة الوراثية : تنص المادة 40 من قانون لأسرة الجزائري في فقرتها الثانية المضافة بالأمر 05/ 02 المؤرخ في 07 / 02 / 2005، أنه " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[1]

2- خصائص البصمة الوراثية :

- الشمولية في البصمة الوراثية:

فلبصمة الوراثية ليست حكرا على عينات معينة يتم استخلاصها من جسم لإنسان، وعلى هذا يمكن تطبيقها على العديد من العينات ،كالدم ، والشعر و الجلد ..الخ .

- الوضوح في نتائجها:

حيث ان بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة مختلفة لأنها تختلف من شخص إلى أخر وهذا ما يجعل من هذه النتيجة سهلة القراءة والحفظ .

- البصمة الوراثية تتميز بأنها لا تتعرض لتلف أو التغير:

تتميز البصمة الوراثية بالثبوت في نتائجها ولا تتغير مع تغير الظروف المناخية .

- الخصوصية في البصمة الوراثية:

وهذا لأنه من غير الممكن ان يحدث توافق أو تشابه بين بصمتين وراثيتين، إلا في حالة وحيدة والتي تتعلق بتوائم المتطابقين.

3- حجية البصمة الوراثية وضوابطها:

3-أ- حجيتها:

يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وقد حدد قرار مجمع الفقه الإسلامي المسائل التي يعتمد فيها في إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الحالات التالية:

- حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، واشتباه في أطفال الأنابيب
- حالات مجهول النسب أو اللقيط.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث، وتعذر معرفة أهلهم، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب.

[1] مرجع السابق ص 391 .

- الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد
- حالات مجهول النسب واللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص للاستحقاق به، وهنا استعمال البصمة الوراثية لترجيح احدهم على الأخر.
- حالات ادعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص مورث.
- الحالة التي يدعى فيها رجل ، انه فقد ابنه فترة طويلة .
- لمنع اللعان[1].
- التحقيق من هوية المفقودين والغائبين وأسرى الحروب والجثث المجهولة[2].

3-ب- ضوابطها الشرعية والقانونية :

- أن يكون إجراء البصمة الوراثية بأمر من القضاء في مختبرات مختصة ومعتمدة وموثق بها، بضمان صحة النتائج وحيادها .
- يجوز الاعتماد على بصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضايا التنازع عن النسب ، باعتبارها من الأدلة الشرعية والقانونية لثبوت النسب شرط ثبوت الفراش .
- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان لان الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان .
- لا يجوز اخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي بالعملية المقصودة ، فالا يجوز التلاعب أو البيع أو الغش بالجنات البشرية .
- ان تقرير البصمة الوراثية بعد إجراء التحاليل هو خبرة طبية فنية ، أي تقرير علمي صامت.
- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لتأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح لما يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية. [3]

---

[1] المرجع السابق ، ص 397

[2] أيقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثارها على النسب (دراسة فقهية مقارنة) ص 280 .

[3] بلحاج العربي الوجير في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 398/ 399/ 400.

الفصل الثاني :

أحكام إثبات نسب الطفل

الناتج فترة الخطبة

تمهيد:

لقد أثار نسب الولد غير الشرعي خلافا وجدلا فقهيا كبيرا لدى الفقهاء القدامى والمعاصرين، وتضاربت آراؤهم بين مؤيد لإثبات نسب ولد الزنا ومعارض له، في حين ذهب اتجاه آخر إلى التمييز بين نسب ولد الزنا وولد الإغتصاب؛ فنفى النسب عن الأول وأثبته إلى الثاني، وذلك في محاولة للانتصار للمرأة وولدها في عملية الإغتصاب، إذ إنها لم تتواطأ مع الجاني في فعله فهي مكرهة، كما أنّها لم تسعى للحصول على هذا الحمل.

وعليه لن تتحمل عاقبة الفعل وحدها بخلاف المرأة في عملية الزنا، وبما أنّ الإغتصاب لا يعد سببا لثبوت النسب فكان لا بد من البحث عن أساس فقهي وقانوني يمكن الاحتكام إليه في إثبات نسب ولد الإغتصاب.

المبحث الأول: أحكام إثبات نسب ولد الزنا في فترة الخطبة:

من المعلوم أن الخطبة لا ترقى لأن تكون زواجا يثبت به نسب الأولاد لأنها مجرد وعد بالزواج، لكن في حالة مولود للخطيبين فإن إثبات نسبه يطرح إشكالا، ويختلف حسب طبيعة الخطبة، وسوف نتناول في هذا المبحث التعريف بالخطبة وحكمها وإثبات نسب ولد الزنا فترة الخطوبة.

المطلب الأول: تعريف الخطبة وتكييفها

تعد الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى وخاصة من الناحية الأدبية والخلقية.

أولا/ تعريف الخطبة وحكمها :

أ- تعريف الخطبة لغة واصطلاحا وقانونا :

أ-1- الخطبة لغة :خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر ، واختطب القوم فلانا إذا دعوه لتزويج صاحبتهم ، فهي خطبة - بكسر الخاء - تطلق على الخاطب والمخطوبة ، والخطيب الخاطب ، وجمع الخاطب خطاب ، والخطب المرأة المخطوبة وجمعها أخطاب [1]

أ-2- الخطبة اصطلاحا: عرفت الخطبة بتعريفات عديدة، حيث جاءت بمعان متقاربة لا تخرج عن طلب والتماس الزواج، ومنة نتطرق للاصطلاحات الفقهية للخطبة وهي كالآتي:

- عرفها المالكية: الخطبة بكسر الخاء هي: عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة؛ وقال ابن رشد: هي فعل الخطب في الكلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول.2

- عرفها الشافعية : الخطبة بكسر الخاء هي: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.[3]

---

[1] ، ابن منظور، جمال الدين ، لسان العرب بيروت دار صادر ،د،ط، ج5ص98

[2] محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي بالمعروف الحطاب حطاب الرعيني 954هـ : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج3/ص40.

[3] شمس الدين محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطلبين .اعتنى به: محمد خليل عيتاني ج3 (ط: 1،بيروت :دار المعرفة،1418هـ/1997م) ،ص 170.

– **ما الحنابلة:** الخطبة بكسر الخاء طلب المرأة للزواج.[1]

– **وعرفها الحنفية:** الخطبة بكسر الخاء هي طلب التزويج .[2]

– **عرفها الإباضية:** خطبة المرأة بكسر الخاء هي طلب الزواج بامرأة ويقال للقائم بها خاطب والجمع خطاب وعرفها الفقهاء بأنها طلب الرجل التزوج بإمراة خالية من الموانع أو هي إظهار الرجل رغبته بالتزوج بإمراة يحل له التزوج بها وسواء كان هذا الطلب من راغب الزواج نسه أم من لسان من يبعثه ليقدم الطلب.[3]

أ–3– الخطبة قانونا: عرفها المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة بأنها: (وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه). ويتضح من نص المادة أن المشرع لم يعتبرها عقدا ملزما وإنما هي مجرد وعد إذ يجوز ألي طرف سواء الخاطب أو المخطوبة العدول عنه وبالتالي فهو لا ينشئ حقا ولا يوجب التزاما[4].

ب– حكم الخطبة :

الخطبة مستحبة وليست واجبة، فيستحب لمن رغب في امرأة وأراد الزواج منها أن يتقدم إليها ويطلبها من أهلها، أو أن يعرض عليها الزواج.

والأدلة في ذلك كثيرة، منها:

[1] عبد الله بن صالح الفوزان: فقه الدليل شرح التسهيل، دار الرشيد للنشر والتوزيع، د ط، 1429هـ-2008 ج4/ص294.

[2] محمد امين عابدين ت 1252هـ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض 4/ص66.

[3] بدران أبو العنين ، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة الشباب، جامعة الإسكندرية ، 1985، ص19.

[4] القانون رقم: 11/84.المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 جويلية 1984المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ ي 27 فبراير 2005 .

قال تعالى ﴿ **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا** ﴾ [البقرة الآية 235].[1]

ثانيا / التكييف الفقهي والقانوني للخطبة:

أ–التكييف الفقهي للخطبة:

تعد الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعد بالزواج و ليست عقدا ، ولكن اختلفوا في مدى إلزامية هذا الوعد وهناك من يراه وعد بالزواج وليس عقدا .

فذهب بعض الأئمة إلى لزوم الوفاء به: اختلف الفقهاء الأقدمون في لزوم بالوعد قضاء في عقود الأوقاف والمعروف، مع اتفاقهم على لزوم الوفاء به ديانة، ولهم في ذلك مذاهب.

✓ **المذهب الأول**: وجوب الوفاء بالوعد مطلقا، ذهب ابن شبرمة أن الوعد يلزم الوفاء به ديانة وقضاء إلا من عذر يمنع الوفاء [2]، وهو قول الحسن البصري، وبه قال إسحاق بن راهويه وذكر ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم أن طائفة من أهل الظاهر، قال الإمام الغزالي 3 » : وذهب الفريق الثاني من المالكية إلى أن الوعد يجب الوفاء به ويقضي به القاضي على الواعد إذا تم الوعد على سبب، ولو لم يدخل الموعود له بسبب الوعد في الشيء4، إذا فهم الجزم في الوعد فلا بد من الوفاء إلا إن يتعذر .

✓ **المذهب الثاني**: أنّ الوعد ملزم ديانة لا قضاء، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في قول عنهم وبه قال الظاهرية.

---

[1] حباس عبد القادر ،محاضرات في قانون الأسرة المقارن محاضرات في قانون الأسرة المقارن، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم، الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية ،محاضرات في قانون الأسرة ج/1، مستوى أولى ماستر تخصص شريعة وقانون ص 5/4 .

[2] بن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم، بيروت، دار ابن كثير، ط1 ،2008 ،ص404.

[3] أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، لبنان، دار ابن حزم، ط1 ،2005) ،ج3/ص139.

[4] بن زيطة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، ط1 ،2007،ص 8 .

✓ **المذهب الثالث:** وهو مذهب المالكية، حيث فصلوا فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب وانقسموا في ذلك إلى فريقين: ذهب الفريق الأول إلى ان الوعد يجب الوفاء به ديانة وقضاء، إذا تم على سبب ودخل الموعود بسبب الوعد في شيء، أما إذا لم يدخل الموعود له في شيء بسبب الوعد فلا شيء على الواعد ولا يجب عليه الوفاء بالوعد، وهذا هو المشهور عن الإمام مالك[1].

قال الزحيلي : بما أن الخطبة ليست زواجا وإنما هي وعد بالزواج، فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة ، لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام ولكن يطلب أدبيا إلا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة ، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة ، وينبغي الحكم على المخطوبة بالموضوعية المجردة لا بالهوى أو بدون مسوغ معقول فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي أنشأه لأن عدوله هو نقض للعهد والوعد " [2].

ويذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخطبة وعدا لازما بالزواج وواجب الوفاء به .وبذلك قال الحسن البصري، وعمر عبد العزيز، وابن حجر العسقلاني وابن العربي وابن القيم وغيرهم لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد وتنذر عن العذر بالوعد وقد استدل هؤلاء الفقهاء بما يأتي قال تعال﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ** ﴾[الصف الآية 2]. هذه الآية من أقوى الأدلة التي تدل على وجوب الوفاء بالوعد وقد جاءت كما قال ابن كثير- إنكارا على من يعد وعدا أو يقول قولا لا يفي به، ولهذا استدل بهذه الآية الكريمة من ذهب علماء السلف إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقا.[3]

واستدلوا من السنة بما رواه أحمد وأبو دود وغيرهما عن عبد الله بن عامر قال: دعتني أمي يوما ورسول الله قاعد في بيتنا فقالت: ها تعال أعطيك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « **وما أردت أن تعطيه** »فقالت: أعطيه تمرا. فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم« **أما إنك لو لم تعطيه**

---

[1] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الفروق- أنوار البروق في أنواء 2 الفروق، عالم الكتب، [د ط]، [د ت ن]، ج4/ص56/55 .

[2] وهبة الزحيلي، ج 8 المرجع السابق ص 39.

[3] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج6/ص643.

شيئا كتبت عليك كذبة » فقدّ عد النبي صلى الله عليه وسلم إخلاف الوعد من الكذب وهو حرام فدل على وجوب الوفاء به .

وقال آخرون لا يلزم الوفاء مطلقا: وتعتبر الخطبة وفق هذا الرأي وعد غير ملزم، ولكن يندب الوفاء به لأن ذلك من مكارم الأخلاق، وعدم لزوم الوفاء بالوعد قال به جمهور العلماء منهم الشافعي والأوزاعي وبه قال ابن حزم وغيرهم وهو قول عند المالكية [1].

قال السباعي :"**إن الإجماع منعقد على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما حتى عند فقهاء المالكية بل له الرجوع في وعده** " [2]

استدلوا بمروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : { **من وعد منكم رجلا عدة ومن نيته أن يفي بذلك فلم يف لموعده فلا إثم عليه**}[3].

ومن القياس : الإجماع على انه من وعد رجل بمال إذا أفلس الواعد لا يضرب للموعود بالوعد مع الغرماء، ولا يكون مثل ديونه اللازمة بغير الوعد، و حكى الإجماع على هذا مع ابن عبد البر. وقيل:" ولو لزم- أي الوعد- مطلقا لأدى ذلك لحسم مادة المعروف[4]

وذهب فريق ثالث إلى القول بأنه إذا أدخل الوعد الموعود في ورطة لزم الواعد الوفاء وبه وإلا فلا وهذا قول مالك وهو المشهور في مذهب المالكية، وادعى ابن العربي الإجماع على ذلك وهو المنقول عن عمر بن عبد العزيز، كما لو قال: إن تزوجت أعنتك بدينار .ومثله عند سحنون .وهذا قول الحنفية وصاغوا ذلك في قاعدة: "**المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة**" أي ان علق وعده على

---

[1] محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن دار الفكر 2 للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1415هـ- 1995م، (3/ص437(؛القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج11/ص115(؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، ج6/ص287

[2] مصطفى السباعي، شرح الأحوال الشخصية مطبعة جامعة دمشق،ط7، 1965 ص 71.

[3] أبو بكر أحمد بن الحسين البهيقي، شعب الإيمان، تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول، بيروت، دار الكتب العلمية، 3 ط1 ،1410هـ، رقم الحديث: 4364 ،ج4/ص83.

[4] القرافي: الذخيرة،.علي حيدر خواجه أمين أفندي: درر الحكام في 5 شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1 ،1411هـ- 1991م، ج5/ص366.

شرط لزم الوفاء به و إلا فلا ووجه ما ذهب إليه الإمام مالك أنه أدخله في ورطة ثم رجع في الوعد وتركه في الورطة إلى أدخله فيها، فقد أضر به وليس للمسلم ان يضر بأخيه .[1]

كما أجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج ووعدا به و من بين هؤلاء الشيخ أحمد أبو زهرة الذي يرى ان الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل واحد منهما أن يرجع عن قوله، وان فعل فهو يستعمل حقه وليس لأحد عليه من سبيل.[2]

ب – التكييف التشريعي للخطبة:

نتعرض للتكييف التشريعي للخطبة في كل من التشريع والقانون المدني والقضاء الجزائري.

ب–1– في قانون الأسرة:

كيفت المادة 5/ف1 من ق أ ج على أنها وعد بالزواج، وجاء نصها كما يلي: « الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها.« واضح من النص أنها حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي جاز لكلا الطرفين العدول عنها. وما يمكن ملاحظته في هذه المادة هي استعمال لفظ الوعد وهذا المصطلح له دلالته من الناحية القانونية والنظرية العامة للعقد في .القانون المدني باعتباره الشريعة العام [3]

ب–2– في القانون المدني:

نصت المادة 71 من ق م التي نصت على أن" الاتفاق الذي ذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامها فيها". والمادة2 من نفس القانون التي تنص على انه ، "إذا وعد شخص بإبرام

---

[1] القرافي: الفروق ،أنوار البروق في أنواء الفروق، ج4/ص24 ، علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في 5 شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1 ،1411هـ- 1991م، ج1/ص87.

[2] حمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 34،35.

[3] بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة ، جراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة ط 01 1429الموافق ل 2008 ص 11 .

عقد ثم نكل وقضاة المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة نص هاتين المادتين أن، قام الحكم مقام العقد." هذا وان وصفت كيفت الخطبة بوعد، فهذا لا يعني تطبيق أحكام هاته المادتين. يتضح من خلال الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد بشرط أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، أو أن يكون من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه. إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل والإجاز جاز للواعد الرجوع في الوعد وعموما فان مجرد الوعد لهاتين المادتين لا ينشئ التزاما [1]لذا فالخطبة وعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط وحيث الآثار.

وبناء على هذا التكييف القانوني فإن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج لا تحمل الصفة العقدية بأي وجه من الوجوه وليس لها صفو إلزامية ولا قيمة قانونية، وهذا استنادا إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أدنى ضغط لأنه من النظام العام وليس للخطبة أي إلزاما إطلاقا ، وإلزامية الوعد باطلة لمنافاتها حرية الزواج التي هي من النظام العام .

ب–3– في القضاء الجزائري:

وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداتها المختلفة، فقد جاء في قرار لها أن" : من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين .

ما أثبت أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأن الحفل يخص الطرفين، غير ان قضاة الموضوع أخلطوا بين ما حضره الشهود هل هو

[1] بلحاج العربي: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائري، ط، 2014 ، ص 38.

خطبة على المعنى المادة 09 من ق أ ج مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"،1 وفي قرار آخر المحكمة العليا فقد قررت بان الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان أنها مقدمة الزواج وليست زواجا[2].

المطلب الثاني : حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

نتناول في المطلب حكم نسب ولد الخطيبين أولا في الفقه الإسلامي ثانيا في التشريع الوضعي.

أولا / حكم وموقف إثبات نسب ولد الخطيبين في الفقه الإسلامي:

أ – حكم إثبات نسب ولد الخطبين :

إن المرأة في فترة الخطبة أجنبية عمن تقدم بطلب الزواج منها،ولهذا يحرم عليه أن يختلي بها، لأن الخلوة من الآثار المترتبة على عقد الزواج وإنما يجوز له النظر إلى المخطوبة في الحدود التي تتناسب مع الآداب، وفي حضرة أحد من محارم المخطوبة. ودليل النهي عن الخلوة بالأجنبية، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذوي محرم" ولهذا فلا يجوز.

للخاطب الخلوة بالمخطوبة ولا الخروج بها بمجرد أن يعلن رغبته في الزواج بها إنما يجوز لهما شيء من ذلك بعد العقد؛ لأنها محرمة، ولم يرد الشرع بغير النظر، فبقيت الخلوة على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحضور.

ب– موقف الفقه الإسلامي من إثبات نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة :

إذا كانت الشريعة الإسلامية أباحت النظر للمخطوبة أثناء فترة الخطوبة [1] إلا أنها حرمت الاختلاء من غير وجود محرم خشية وقوع المعاصي والمفاسد ، وفي هذا القدر أمان عن التعرض

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1992/03/17 ،منشور في مجلة قضائية،عدد خاص،2001 ،4 ص 30.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34046 ،بتاريخ: 1984/11/19 ،المجلة القضائية، 1990 ، ص 67 .

لمخاطر الاحتمالات في المستقبل من اتصال أو معاشرة جنسية بين الخطيبين قد ينتج عن حمل أثناء الخطبة مع العلم أن هذه العلاقة هي علاقة سفاح وفساد لا يترتب عنها الأحكام والآثار الشرعية للزواج الشرعي .إلا أن فرضية حمل الخطيبة أثناء فترة الخطبة واردة، لذلك يبقى السؤال مطروح حول جواز إلحاق نسب الطفل بالخاطب أثناء فترة الخطبة في الفقه الإسلامي؟

واختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين، المذهب الأول يرى أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه ،والمذهب الثاني يرى جواز إلحاق نسب ابن الزنا بالزاني.

1- عدم جواز إلحاق نسب ابن الزنا بالزاني

وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم، قال به أبو يوسف وبعض الحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[2]، على اعتبار أن معاشرة الجنسية أثناء فترة الخطبة هي زنا ولا يترتب عنها آثار الخلوة الشرعية، وحجتهم في ذلك:

1-أ- السنة:

- **الحديث الأول** : حدثنا يحي بن قزعة : حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة ابن الزبير، عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص: أن ابن الوليدة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى لله عليه وسلم سعد: يا رسول الله، ابن أخي، كان قد عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هو لك يا عبد بن زمعة،

---

[1] أجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط، وأجاز ذالك غيره إلى جميع اليد عدا السوءتين، ومنع ذلك قوم على إطلاقه، وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القـ ـدمين مع الوجه والكفين ، ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الإمام مالك للنشر والتوزيع ،الجزائر الطبعة 1 المجلد 2 /2008 ص 6.

[2] سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية – آفاق فقهية وقانونية جديدة، مكتبة الوهبه، القاهرة، ط 2 /2010 ص 360.

الولد للفراش [1]وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، فلم تره سودة قط[2]. "وجه الاستدلال في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الولد لفراش بزمعة صاحب الفراش، صلى الله عليه وسلم زمعة للوليدة المذكورة، فإنـه لما قال عبد زمعة "ولد على فراش أبي"، ألحقه النبي صلى الله عليه وسلم بزمعة صاحب الفراش ولم ينظر إلى الشبه البين الذي فيه مخالفة للملحوق به [3]، وهذا الحديث أصل عند جمهور في قصر النسب على الفراش، فلا ولد لمن لا فراش له [4]فأصل في ثبوت النسب هو الفراش الشرعي الصحيح (الزواج)، وما عداه فلا يكون فيه النسب ،كما لم يجعل للزاني سوى الحجر، وإلحاق ولد الزنا بالزاني إلحاق للولد بغير فراش، ومخالفة لحرمان العاهر مما يؤكد حصر وقصر ثبوت النسب على صاحب الفراش فلا يكون لغيره وبهذا تكون قاعدة عامة كلية من قواعد الشرع يحفظ به حرمة النكاح، وطريق اللحاق بالنسب جوازا وعدما .

ويقول ابن حجر في شرح الحديث" والذي يظهر من سياق القصة ، أنها كانت امه مستفرشة لزمعة فأتفق ان زمعة زنى بها ، وكانت طريقة الجاهلية في مثل ذلك أن السيد إن إستلحقه لحقه وإن نفاه حكم الجاهلية وألحقه وان نفاه انتفى عنه، وإذا دعاه غيره كان مرد ذلك إلى السيد أو القافة، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بزمعة

- **الحديث الثاني**: حدثنا زهير بن حرب، حدثنا يزيد بن هارون، أخبرنا حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قام رجل فقال: إن فلانا ابني عاهرات بأمه بالجاهلية، فقال رسول الله لا دعوة في الإسلام ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الأثلب، قالوا ما هو

---

[1] الولد للفراش" أي الزواج، فإن كان واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر،كما سمي كل واحد منهما لباسا للآخر، انظر أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، د ط، د ت، ج 2 ،ص562.

[2] الإمام مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، الحديث رقم 1457 ج 2/ ص 1080، الإمام البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه،كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، الحديث رقم 1948، ج2 ص 724 حديث صحيح .

[3] فهد بن سعد الجهني ، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 20 المنعقدة بمكة المكرمة في فترة من 25 إلى 29 من ديسمبر 2010 ص 18.

[4] بشير بليعقوب ، حق الطفل الغير شرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة محمد بن أحمد وهران2- 2013/2012 ص 69.

الأثلب ؟ قال الحجر[1] ووجه الاستدلال في ذلك أن النبي أنكر استلحاقه ولد الزنا وعده من أمور الجاهلية ولم يستفسر عن حالة الولد، هل هو على فراش أم لا؟[2]

الحديث الثالث : عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما رجل عاهر بحرة أو أمة، فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث [3]"فالحديث صريح في أن الزاني إذا استلحق ولد الزنا من حرة أو أمة فإنه لا يلحق به ولا يرثه، إنما ينسب لأمه[4].

1-ب- المعقول:

أما دليل المعقول فقد استدل أهل العلم بعدة أوجه، فيمكن حصرها في أربعة أوجه[5]:

❖ **الوجه الأول** : أن ماء الزنا هدر، ولا حرمة له، فلا يرتب أثرا .

❖ **الوجه الثاني** :أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها، ويكون الولد له، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده .

الوجه الثالث : أن الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من بذل وقدم لها بالزواج أو التسري؛ عملا بقوله تعال:﴿ **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**﴾[النساء الآية 24].

❖ **الوجه الرابع** : أننا لا نتيقن أن ابن الزنا منه؛ لأن التي طاوعته ساقطة المروءة والشهادة، ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه، فمن أين يتمخض نسب الولد له[1].

---

[1] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود مع أحكام الألباني، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2 ،ج 2 ،1996، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ، حديث رقم 1939، حديث حسن صحيح ،ص 283.

[2] حمد عبد الحميد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة الماجستير،كلية الدراسات العليا لجامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2008 ،ص .66

[3] محمد بن عيسى بن سورة (الترميذي)، سنن الترميذي (الجامع الكبير)، دار الغرب الإسلامي، ط 1 ،ج 4 ،1996،كتاب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، الحديث رقم 2113 ص 280 .

[4] شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 3 ،ج 5 ،1998 ،ص .428

[5] سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية – مرجع سابق ص 362 و363

جواز إلحاق نسب ابن الزنا بالزاني واختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين؛ القول الأول يرى بجواز إلحاق نسب ابن الزنا بالزاني متى تزوج بالمزني بها وهي حامل (أولا)، ثم القول الثاني الذي يرى بإلحاق نسب ابن الزنا بالزاني عموما(ثانيا).

بن الزنا ينسب إلى الزاني متى تزوج بالمزني بها وهي حامل وإلى هذا ذهب أبو حنيفة ومحمد وعليه فتوى في مذهب الحنفية، وبه قال ابن عباس، أما إذا لم يتزوجها حتى وضعت، أو كان الحمل ليس منه فلا ينسب للأب وإنما ينسب للأم التي ولدته،[2] وحجتهم من القرآن والمأثور:

1- ج – القرآن:

في قوله تعالى﴿ **الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** ﴾.[النور الآية 3]، ووجه دلالة في ذلك أن الله تعالى خص للزاني نكاح الزانية، والعكس، ومنه ذلك على المؤمنين. ويجب لتحقق نكاح الزاني من الزانية أن تستبرئ رحمها من ماء غيره؛ لما أخرجه أحمد و الترميذي وأبو داود، عن رويفع بن ثابت الأنصاري، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين " لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره "، لما كان المعنى غير متحقق مع الزاني صاحب الماء، جاز له أن يتزوجها وهي حامل منه، وإذا جاز ذلك فإن الولد ينسب إليه.[3]

1- د– لمأثور:

ما روى عن ابن عباس أنه سئل رجل يزني بالمرأة ثم يريد نكاحها ؟ فقال: أول أمرها سفاح وآخره نكاح ، وفي رواية قال: إن تابا فإنه ينكحها، كما روي عنه أيضا أنه سئل عن رجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها، فقرأ علي قوله تعالى:﴿ **وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ** ﴾[الشورى الآية 25]، وسأله رجل فقال : أني كنت ألم بالمرأة، وأتى منها ما حرم الله عز

---

[1] بلعربي محمد أمين ، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، ،جامعة الحميد عبد بن باديس ، مستغانم ، الجزائر ، تاريخ النشر 05/12/2020 .ص 6/5 .

[2] سعد الدين الهلالي مرجع سابق، ص ، 367

[3] المرجع السابق ص 368.

وجل، فرزقني الله من ذلك توبة، فـأردت أن أتزوجها، فقال الناس: إن الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة. فقال ابن عباس: ليس هذا في هذا، انكحها وما كان من إثم فعلي

كما روي ان رجلا سأل بن عباس عن نكاح التي زنا بها ؟

فقال: يجوز أرأيت لو سرق منكم ثم ابتاعه أكان يجوز؟[1].

2- ابن الزنا ينسب إلى الزاني:

وإلى هذا ذهب الشعبي وإسحاق بن راهويه وذكره عن عروة بن زبير وسليمان بن يسار، وقال به الحسن البصري وابن سرين وإبراهيم النخعي، وبه قال بعض المالكية ونسبه البعض للقرطبي، وذهب ابن تيمية إلى قريب من هذا القول، ورجحه ابن القيم[2]، وحجتهم في ذلك من السنة والمعقول

2-أ- السنة:

❖ **الحديث الأول:** ما أخرجه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه في المتلاعنين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به كذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن[3]"، ووجه الدلالة أن النبي صل الله عليه وسلم احتكم إلى الشبه وهو صاحب الماء.

❖ **الحديث الثاني:** ما أخرج ه الشيخان من حديث عائشة رضي الله عنها،في قصة عتبة الذي عهد لأخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، وقال عبد بن زمعة هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة، "احتجبي منه، ووجه الدلالة من هذا الحديث هو اعتبار النبي

[1] بلعربي محمد أمين ، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية ، مرجع سابق ص 7

[2] سعد الدين الهلالي ، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية المرجع سابق ،ص 364

[3] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود مع أحكام الألباني، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2 ،ج 2 ،1996، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ، حديث رقم 1939 ،.حديث حسن صحيح ،ص 276 .

صلى الله عليه وسلم للشبه الدال على صاحب الماء، وليس الدال على صاحب الفراش، ولذلك أمر سودة بالاحتجاب، فلو لم يكن هنا اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب.[1]

وبهذا أخذ ابن تيمية فذهب إلى أن ولد الزنا يلحق بأبيه الزاني إذا استلحقه عند طائفة من العلماء، وأن عمر بن الخطاب ألأط أي ألحق أولاد الجاهلية بآبائهم، و النبي صلى الله عليه وسلم قال: الو لد للفراش وللعاهر الحجر. هذا إذا كان للمرأة زوج.

وأما البغي التي لا زوج لها، ففي استلحاق الزاني ولده منها نزاع، إن استلحق ولده من الزنا ولا فراش لحقه بأمر الحاكم[2].

2-ب- المعقول :

أما دليل المعقول، نذكر منه أهم الأوجه التي استند إليها هذا الرأي.[3]

- **الوجه الأول**: أن تنسيب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب .
- **الوجه الثاني**: قياس ماء الزنا على ماء النكاح؛ لعموم الحديث "الولد للفراش".
- **الوجه الثالث**: قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، فقد ذهب الفقهاء إلى أن من وطئ امرأة غيره أو امرأة خلية، أتت بولد، وأمكن أن يكون منه.
- **الوجه الرابع** :أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسيب ولد الزنا أثبتوا بالزنا حرمة المصاهرة، فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوج بأم الزانية أو ابنتها منه أو من غيره. وإذا ثبت لزنى هذا الأثر ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضائعين[4].

---

[1] سعد الدين الهلالي مرجع سابق ص 365.

[2] القاضي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المردودي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 9 ،ط 1 ،2003 ،ص 224 و225

[3] سعد الدين الهلالي ، المرجع السابق ، ص 367

[4] بلعرج محمد الأمين ،نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة ، بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مجلة صادرة عن جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم ، تاريخ النشر 2020/12/05ص 09

هذا ويؤكد الدكتور أحمد الخمليشي على أن الحديث أخرج من سياقه وموردة، فصياغته واضحة في أن المولود على فراش الزوجية ينسب إلى الزوج، وإذا ادعى أحد أنه ولده عن طريق الزنى فله الحجر والخيبة، وهذا لا نزاع فيه ولم يقل بغيره أحد لا قديما ولا حديثا، فنطاق إعمال الحديث إذا هو حال الازدياد في ظل الزوجية القائمة. في حين أن موضوع النازلة محل المناقشة هو حالة حمل المرأة غير المتزوجة من الزنا . وبهذا فإن استبعاد الحديث الولد للفراش لعدم انطباقه على الحالة التي نحن بصددها ، فلا يبقى حينئذ سوى مجموعة من الأدلة متمثلة أساسا في حديثين رواهما في هذا الشأن ابوداود في سننه لم تثبت صحتهما عند بن القيم الجوزية ، وإجماعا المزعوم ثبت ان مخالفيه مجموعة من كبار التابعين ، كما دل العقل على ان هذا القطع المزعوم يتضمن ظلما بين تنزه عنه شريعة الله.[1]

غير أننا نتساءل لماذا يجب ان تتحمل الأم وحدها وزر خطأ ارتكبته بالمشاركة مع غيرها؟ ولماذا يتحرر من الرجل من الخطيئة ؟

لذلك لا بد من إعادة النظر في نسب ابن الزنا للفاعل، بناءا على تفسير الحديث : " الولد

للفراش" على حقيقة الفراش على حقيقة الفراش وليس مظنته، وقياسا على تنسيبه لأمه الآثمة بالإجماع، فضلا عن قياس على وطئ الشبهة حيث ينسب الولد للفاعل وليس لصاحب الفراش عند أكثر أهل العلم، أضف إلى ذلك أنه لا يوجد دليل شرعي يمنه هذا التنسيب.

بدليل مسامحة القرآن في هذا الشأن في قوله تعالى: ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا** ﴾[الأحزاب الآية5] .[2]

ثانيا/ حكم وموقف إثبات نسب ولد الخطيبين في قانون الأسرة:

1- حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في قانون الأسرة الجزائري :

لم يعترف التشريع الجزائري والشارع الحكيم في موضوع النسب كأصل عام، سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب وأما لقاءات التعارف قبل الزواج أي أثناء

[1] حسين حساني قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة المجلة العربية للاقتصاد والقانون ،ع ، ،2002 ص 114 .

[2] سعد الدين الهلالي ، مرجع سابق ، ص 484.

الخطبة أو قبلها، فلا يثبت به النسب لأن الخطبة لا تعد زواجا حيث رأينا بأن الطبيعة القانونية للخطبة حسب قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن هي أنها وعد بالزواج غير ملزم، وهي ليست بزواج، وبالتالي فإن الخطبة لا تبيح التلاقي بين الزوجين لعدم وجود عقد الزواج، غير أنه لا مجال للحديث عن النسب، وبناء عليه فإن كل واحد يعتبر في هذه الحالة أجنبي عن الأخر فأي اتصال جنسي بينهما يعتبر غير شرعي وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث نصت على أن:"الخطبة ليست زواجا ولا تبيح المخالطة الجنسية، والعلاقات الجنسية التي تتم قبل إبرام عقد الزواج هي مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنها نسب الولد ."كما جاء في قرار آخر يتعلق بنفس الموضوع:"من المقرر شرعا لا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وان ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواقعة.

كما أكده المجلس الأعلى في قراره حيث جاء فيه ما يلي: « من المقرر شرعا وقانونا ان الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية الإسلامية.

اتفقت كل الاجتهادات التي تحصلنا عليها للمحكمة العليا، عن عدم اعترافها بنسب الولد الناتج عن الخطبة.[1]

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من إثبات النسب :

يرجع أصل هذه المسألة إلى المادة 5 من قانون الأسرة 02/05 [2]التي نصت صراحة على أنه"الخطبة وعد بالزواج، بمعنى أن الخطبة مجرد وعد بالزواج لا ترقى للزواج الشرعي ولا تنطبق عليها

[1] شابحة اعمر سعيد ،أحكام نسب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي،أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراء الطور الثالث LMDتخصص :العقود والأحوال الشخصية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2020/2019 ص 178/177

[2] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمن قانون 41 الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية، ع 15 ،الصادرة بتاريخ 17 فبراير 2005

أحكامه ولا تترتب عنها آثاره سواء أثناء فترة الخطوبة أو بعد انقضاءها، إنما هي مجرد فترة تمهيدية تسبق عقد الزواج وليس زواجا، وهذا ما أكدته أيضا المادة 6 من نفس القانون حين اعتبرت ان «اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا » . وبهذا تكون المعاشرة الزوجية أثناء فترة الخطوبة غير شرعية لا يترتب عنها النسب باعتباره من آثار الزواج وليس الخطبة. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر ضمنيا أن كل اتصال جنسي يقع بين الخطيبين قبل العقد لا تترتب عنه البنوة الشرعية المنصوص عليها في المادة 40 و41 من قانون الأسرة، ومنه لا يجوز قانونيا إثبات أو إلحاق نسب المولود الناتج عـ ـن فترة الخطبة بالخاطب. ومتى كان ذلك يستوجب إلحاق نسبه بأمه وفقا لما تقرر به في الفقه الإسلامي وذلك على ضوء المادة 222 من قانون الأسرة.

وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب و المخطوبة تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه [1]، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حين قضت بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يثبت إلا بالفراش الصحيح ما لم يتم إنكاره بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة حمل هي ستة أشهر ، ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد ، ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب لأبيه شرعا .

إن الزواج الشرعي لابد أن يشمل على أركان وشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة، كالرضا والصداق والولي والشهود والدخول وهو يقوم على العلانية وعلى هذا فإن العلاقات الجنسية أو الغرامية بما فيها(المعاشرة الجنسية)، حتى ولو تثبت لا تفيد الزواج الشرعي، وكل ما نتج عنها لا يفيد البنوة الشرعية .وهذا الاجتهاد سليم، لأن المخطوبة قبل العقد لا تزال أجنبية بالنسبة للخاطب، ولو استمرت الخطبة فترة طويلة والخلوة بها كالخلوة بأجنبية سواء كانت هناك شهوة أم لا ، لكن يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتطرق صراحة إلى مسألة نسب الأطفال الناتجين عن فترة الخطبة، إلا أنه يفهم من قراءة المواد 9 ، 9 مكرر، 40 و41 من قانون الأسرة أن المشرع لا يعترف

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 08/10/1984 ، ملف رقم 34137 ،مجلة القضائية، 1989،ع 4 ،ص 79؛ محكمة 42 العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11/12/1989 ، ملف رقم 56707 ،غير منشور، أورده تشوار الجيلالي، نسب الطفل في قوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقنيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ،جامعة تلمسان ، 2005 ،ع3 ص 27

إلا بالزواج الشرعي القائم على ركن الرضا والمتوفر على شروط صحته، وما ينتج عنه يفيد البنوة الشرعية عملا بقاعدة الولد للفراش الصحيح، أما ما تثمره علاقات خارج الزواج ومنها الاتصال الجنسي بين الخطيبين قبل العقد يدخل في باب الزنا وأن ابن الزنا لا ينسب لأبيه ، والجدير بالذكر أن قانون الأسرة لم يتطرق 48 أيضا لموضوع الأبناء غير الشرعيين ونسبهم بالصورة المطلوبة، فلم يتعرض لأحكام ابن الزنا إلا من باب الإشارة في مواطن متفرقة كالمادتين 44 و119 من قانون الأسرة والمادة 64 من قانون الحالة المدنية ، لذلك كان على المشرع أن ينظم أحكام هذه المسألة بشكل متكامل في قانون الأسرة، لأن ظاهرة الأطفال الغير شرعيين في الجزائر ليستب غريبة على المجتمع الجزائري ،-وقد نلاحظ ان نسبة الأطفال الغير شرعيين والأمهات العازبات ذات أرقام مخيفة في الجزائر وفي المستقبل قد تزيد هذه النسبة إذا لم تضع الدولة قوانين ردعية ولم تنبه الشباب فقهيا للضوابط الشرعية للخطبة وللقاءات السرية والخلوة ، فهذه النسبة المتزايدة ليست بالهينة التي يكون إهمالها بسيطا – وإنما أثره يدفع بالقضاة إلى بعث قواعد أخرى منظمة للنسب يتحقق بمقتضاها العدل والعدالة[1].

وحسنا فعل المشرع الجزائري بعدم إثبات النسب أثناء فترة الخطبة، لأن خلوة الخطيبة بأجنبي ومعاشرة الجنسية لها باسم الخطبة باب من أبواب الفساد والانحلال الخلقي فتح على مصراعيه في وجه الشباب والشابات، وتعد هذه التقاليد والعادات بدعا وضلالة، ومن ثم فإن كل تغيير في الحكمة المرجوة من الخطبة وحقوق طرفيها لا يستدعي بتاتا نظاما جديدا، وهذا يعني الاعتناق بالقواعد الشرعية وعدم إخضاعها لنظرية التطور الاجتماعي، على أمل أن يتمسك المشرع والقضاء بموقفيهما هذا في المستقبل و يصمد في الحركات التحررية التي تهدف إلى العلاقات الغير شرعية تحت غطاء الشريعة بداعي التحرر أو بحكم المصلحة الفضلى المولود .[2]

[1] هذا الحكم على الإحصائيات إنما هو علاجا لمشكلة ولا يمكن تعميمه،إنما يكيف حالة بحالة- بلعربي محمد أمين ، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مرجع سابق ص 13 بتصرف .

[2] تشوار الجيلالي ، عدم المذهبية كصرف تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية ،كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون الجزائر 2009، ع 3 ص 315 .

في حين ذهب البعض الآخر إلى إمكانية إلحاق نسب الطفل غير الشرعي بأبيه عموما والطفل الناتج عن الخطبة خصوصا، عملا بأحكام الفقرة الثانية من المادة 72 من الدستور الجزائري[1]والتي تنص على «أن تحمي الأسرة »،والمادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تنص على «أن الطفل يسجل بعد ولادته فورا، ويكون له الحق في اكتساب الجنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما[2] »، ومؤيدهم الشرعي في ذلك بعض آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي، وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة بين الأطفال في حق الانتساب إلى آبائهم بغض النظر عن سبب الولادة سواء أثناء الخطبة أو غيرها من العلاقات الخارجة عن إطار الزواج، خصوصا أن مسألة نسب الطفل غير الشرعي من المسائل الخلافية بين أهل العلم قديما وحديثاكما تبين سابقا.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ميز وفرق بين الأطفال في النسب بتجاهل مسألة نسب الطفل الغير شرعي في قانون الأسرة، مما يعكس عدم انسجام وتوافق مقتضيات قانون الأسرة مع الدستور والاتفاقيات الدولية في مراعاة مبدأ المساواة بين الابن الشرعي والابن الغير الشرعي، مع الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية تسمو على التشريعات الداخلية مما يعني أن الجزائر ملزمة بمراعاة هذا المبدأ من خلال تكريس حقهم في معرفة آبائهم والانتساب إليهم، بدليل على أنها صادقت علة الاتفاقية دون أدنى تحفظ، وبالأخص مضمون الفقرة الثانية من المادة 2 والمادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل .وصفوة القول، أنه لابد للمشرع الجزائري أن يعيد النظر في مسألة نسب الابن الغير شرعي عموما وابن الخطيبين على وجه التحديد، وذلك لصون أنساب الأطفال وتحقيق مصلحتهم الفضلى عملا بأحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل من جهة، ومقتضيات الفقرة الثانية من المادة 72 من الدستور الجزائري وبعض أراء الفقهية في الفقه الإسلامي من جهة أخرى، خصوصا أن التطور الجيني الذي يشهده العالم قد يسهل مأمورية إثبات نسب ابن غير شرعي وإلحاقه بأبيه الطبيعي ء طريق أحدث وأنجع التقنيات ألا وهي البصمة الوراثية عملا بأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري .إن إثبات النسب أثناء فترة الخطبة قد يرتب مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية

[1] قانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ،الجريدة الرسمية، ع 14 ،الصادرة بتاريخ 07 مارس2016

[2] الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 ،المصادق عليها من الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 461/42 بتاريخ 1992/12/19 الجريدة الرسمية رقم 1992/91

على الخطيين والتي من شانها ان تحفظ هذا المولود من التسول والعوز ولعل ابرز هذه الحقوق هي : النفقة الحضانة ، الولاية الرعاية [1].

3 – حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في قانون الأسرة المغربي :

عملت مدونة الأسرة على التوسع في مجال الأخذ بالشبهة من خلال التنصيص على شبهة الخطبة في المادة 156 التي سمحت بشكل صريح بثبوت النسب الناتج عن الخطبة للشبهة إذ نصت على مايلي:

إذا تمت الخطبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل بالمخطوبة، ينسب الخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، إذا تبين أن المخطوبة حامل أثناء الخطبة، إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما، تتم معاينة هذه الشروط بمقر قضائي غير قابل للطعن، إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب"[2]

من خلال التطبيق العملي لهذه المقتضيات أسفر القضاء عن بعض الأحكام يجب أخذها بعين الاعتبار، وفي هذا الصدد أوضح القضاء أن مقتضيات المادة156 من مدونة الأسرة تطبق على المخطوبة التي ظهر بها حمل بعد دخول هذه المدونة حيز تنفيذها لا قبلها [3]

كما اشترط لإلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها الحمل[4] وان إقرار الزوجين بان الابن قد ولد قبل زواجهما من صلبهما، وأثناء خطبتهما يقتضي إلحاقه بهما.

---

[1] بلعربي محمد أمين ، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية ، مرجع سابق ص 14 .

[2] دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، المملكة 1 المغربية، وزارة العدل، العدد 1 ،2004 ،ص 100

[3] قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 744 ،بتاريخ: 2006/07/25.

[4] قرار المجلس الأعلى، عدد 264 ،بتاريخ: 2006/04/26 ملف رقم: 607 ،بتاريخ 2005/1/2 ويتضح من خلال هذا القرار الذي جاء فيه "لكن حيث انه بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة فإنه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة

وإذا كانت هذه الآراء قد أجمعت على كون مفهوم الشبهة الوارد في المادة156 المدونة يختلف عن المفهوم الوارد في الفقه الإسلامي، وبنت هذا الرأي انطلاقا من نص المادة ذاتها، إلا أن الفقيه محمد التاويلكان له رأي مخالف حيث عمد إلى مناقشة مضمون هذه المادة في ضوء الفقه الإسلامي، من خلال طرحا لتساؤل الآتي: هل يعتبر وطء الخطيب لخطيبته وطئا بشبهة يدرأ فيه الحد ويلحق فيه الولد بنسب الواطئ؟

وقد حاول الرد على القائلين بهذا الرأي من خلال الحجج الآتية:

الاحتجاج بالخطوبة واعتبارها بمثابة وطء بشبهة يدرأ فيها الحد ويلحق فيه النسب هو احتجاج باطل، وقياس فاسد، وفهم خاطئ لوطء الشبهة، وتوسع في مفهومه دون سند ولا دليل، لأن الوطء بشبهة محصور عند القائلين به في حالات معينة.

من شروط الوطء بشبهة أن يعتقد الواطئ وجود السبب المبيح للوطء، وهو ما لا يتوفر في حالة وطء الخطيبة، وما يقال عن سلامة القصد وحسن النية لا يبيحان الإقدام على حرام،

ولا يعذر بهما الخاطب.

وخلاصة القول ان أحكام الخطبة المنصوص عليها في مختلف الدول العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

ثبوت الخطبة الناتج عنها حمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، عللت قرارها المؤيد للحكم ابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب المطلوب بعلة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، بما في ذلك إجراء خبرة لما قبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين، وأن العلاقة المزعومة الناتج عنها حمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد حسبما تثبته وقائع القرار الجنحي الصادر في 04/24 ملف 04/728 وحسبما استخلصته، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانون صحيح وعللته بما فيه الكفاية لذلك يتعين رفض الطلب .

المبحث الثاني : أحكام إثبات نسب ولد الاغتصاب وحكم البصمة الوراثية منه.

يقصد بالاغتصاب بأنه اتصال جنسي يقع بين رجل وامرأة عن طريق الإكراه وفي علاقة محرمة شرعا، أي وطء المخطوبة من طرف خاطبها بالقوة وبدون رضاها. وتطرح مسألة إثبات نسب الولد الناتج عنه خلافا فقهيا بين الفقهاء المعاصرين، فالقول الأول يرى بعدم جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب بأبيه باعتباره ولد زنا، أما القول الثاني فعالج مسألة الاغتصاب بمعزل عن نسب ولد الزنا، حيث أجاز إلحاق نسب ولد الاغتصاب بأبيه المغتصب، ومثاله فتوى الشيخ علي جاد الحق رئيس دار الإفتاء المصرية سابقا: ".و سوف نتناول في هذا المبحث تعريف الإغتصاب وموقف الفقهاء منه كما نتطرق لحكم استخدام البصمة الوراثية حالة الاغتصاب.

المطلب الأول:أولا تعريف ولد الإغتصاب وموقف الفقهاء من نسبه.

أولا/ تعريف الإغتصاب لغة واصطلاحا :

–لغة :مأخوذ من الغصب وهو أخذ الشيء ظلما وقهرا ،ومنه غصب الشيء واغتصبه : إذا أخذه قهرا ، وغصبه على الشيء : قهره عليه [1]،
واغتصبت المرأة نفسها أي الإستلاء عليها[2].

–الاصطلاح :

ويطلق في الاصطلاح الشرعي غالبا على أخذ المال قهرا وظلما وعلى هذا تواردت عبارة الفقهاء فجاءت عن الحنفية قولهم : "هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده "[3]
وعند المالكية قولهم : "هو أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة".[4]
وعن الشافعية قولهم : "هو الإستلاء على حق الغير عدوانا ".[5]
وعن الحنابلة قولهم : "هو الإستلاء على مال غيره بغير حق " .[1]

---

[1] ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع ساق الذكر / 3262 ، نجم الدين ابي حفص عمر ، طالبة الطلبة ، ص 96،

[2] الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان –، بيروت ط1987 ج 1، 170.

[3] الغيمي اللباب في شرح الكتاب، الشرح المختصر القدوري في الفقه الحنفي ، النشر دار الفكر للطباعة ،المكتبة العلمية بيروت، ج 2 ص 188.

[4] الدسوقي حاشية على الشرح الكبير قسم أحمد بن حنبل 19 أغسطس 2016 دار المطبعة الأزهرية، مصر ج 3ص 442.

[5] الرملي ، نهاية المحتاج، قسم مقاصد الشريعة الاسلامية ، دار الكتاب العلمية، بيروت ج 5 ص145.

كما أطلق مصطلح الغصب والاغتصاب على ، مواقعه المرأة كرها ، جاء في البهجة : "الاغتصاب هو وطء حرة أو أمة كرها ، على وجه غير شرعي[2] ".

ثانيا / نسب ولد الاغتصاب وموقف الفقهاء منه :

1-موقف الفقهاء التقليدي من نسب ولد الاغتصاب :

ينقسم إلى رأيين بين المؤيد والمعارض .

1-أ- الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الزنا لأبيه الزاني .

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري[3] أن ابن الزنا مقطوع النسب لا يل حق الزاني سواء كانت أمه فراشا لرجل أخر أم لا وسواء إستلحقه الزاني أم لا واهم الحجج التي استندوا إليها ما يلي :

❖ **أولا:** استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " هذا الحديث الذي رواه عن رسول صلى الله عليه وسلم ونصه كالتالي [4]:

" عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن ابي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، قالت فلما كان عام الفتح _ تعني فتح مكة _ أخذه سعد و قال ابن أخي وكان قد عد إلي فيه فقام عبد بن زمعه فقال أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فتساوقا إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي وقد عهد إلي فيه وقال عبد بن زمعه أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد ابن زمعه ثم قال رسول الله صلى الله " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .

---

[1] ابن قدامة ، المغني، فقه المذهب الحنبلي دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الثالثة 1417 هـ 1997 ج 5 ص 238.

[2] حميدة بوحامدي مجلة الدراسات الفقهية والقضائية العدد 3 ربيع الأول 1438 /ديسمبر 2016 ، جامعة واد سوف ص29

[3] عبد المجيد محمد محمود حسين ، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي ، مذكرة الماجستير ، ، كلية الدراسات العليا جامعة النحجات العليا ، جامعة نابلس فلسطين 2008 ص 65

[4] البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الفرائض / باب للفراش حرة كانت او امة ، الحديث رقم 6749، ج8 ، ص11 ، وانظر أيضا الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، مكتبة الصفا ، القاهرة ج 12 ، الطبعة 1 ،2003 ص 36 .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل للزاني الا الحرمان والعقوبة فلا يستفيد من نعمة النسب .

❖ **ثانيا** : ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال الرسول صلى الله عليه وسلم {**لا مساعاة في الإسلام من ساعي في الجاهلية فقد ألحقه بعصبته ومن ادعى ولدا من غير رشده لم يرث ولم يورث**}[1].

ووجه الدلالة من الحديث أن الشرع أبطل المساعاة وهي الزنا ولم يلحق بها النسب وعفا عما كان في الجاهلية وقد اعترض على هذا الاستدلال على وجهين أولهما أنه حديث ضعيف لا يحتج به وثانيهما أنه وعلى فرض صحته فهو محمول على من ولد على فراش زوج أو سيد وهو خارج عن محل النزاع الحالي .

❖ **ثالثا** : أن إثبات النسب للزاني يكون ذريعة لفعل الزنا وتفشيه والاستهانة بشأنه فيقدم عليه الإنسان دون خشية مما قد يترتب عليه من أثار فيتم إلحاق نسب الولد إليه دونما عناء أو شقاء.

❖ **رابعا** : ان الأصل في إثبات النسب هو الزواج الشرعي الصحيح وهو الثابت بأدلة الشرع الجزئية وقواعده الكلية [2].

1-ب- الرأي المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا لأبيه الزاني إذا استلحقه.

ذهب بعض من أهل العلم وعلى رأسهم عمر ابن الخطاب وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والحسن البصري وابن سرين وإسحاق بن راهويه وابن تيمية و ابن القيم إلى أن ابن الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج أخر أو سيد واستدلوا بعدة حجج منها[3] : حديث أبي هريرة رضي

---

[1] رواه ابو داود في سننه في كتاب اللعان ، باب ادعاء ولد الزنا ، حديث رقم 2264 نقلا عن أحمد بن صالح أل عبد السلام (حكم استلحاق ولد الزنا (محاضرة في إطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي) المنعقدة بمكة المكرمة 25_ 29 ديسمبر 2010ص 14.

[2] عيسى معيزة نسب ولد الإغتصاب بين الفقه الإسلامي ولاجتهاد القضائي ، مجلة المدنية للبحوث القانونية صادرة عن جامعة إسطنبول ، تموز 2017 ص 134 ، 135.

[3] نورالدين مختار الخادمي ، محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية ، في اطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ، ص 16.

الله عنه عن قصة جريح في رواية مسلم عن ابي هريرة انه قال الرسول صلى الله عليه وسلم كان جريج يتعبد في صومعته فجاءت امه فقالت يا جريج أنا أمك كلمني فصادفته يصلي فقال اللهم أمي وصلاتي فاختار صلاته فرجعت ثم عادت في الثانية فقالت يا جريج أنا أمك فكلمني قال اللهم أمي وصلاتي فاختار صلاته فقالت اللهم أن هذا جريج وهو ابني وإني كلمته فأبى أن يكلمني اللهم فلا تمته حتى تريه المومسات قال ولو دعت عليه أن يفتن لفتن ، قال وكان راعي ضان يأوي إلى ديره قال فخرجت امرأة من القرية فوقع عليها الراعي فحملت وولدت غلاما فقيل لها ما هذا قالت من صاحب هذا الدير قال فجاءوا بفؤوسهم ومسحهم فنادوه فصادفوه يصلى فلم يكلمهم قال فاخذوا يهدمون ديره فلما رأى ذلك نزل إليهم قالو له سل هذه قال فتبسم ومسح رأس الصبي من أبوك ، قال ابي راعي الضأن فلما سمعوا ذلك منه قالو نبني ما هدمناه بالذهب والفضة قال لا ولكن أعيدوه ترابا كما كان .

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عن جريج ونسب الولد للراعي الزاني وصدق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف العادة في نطق الصبي [1].

وقال ابن عابدين :ليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره .. إلا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق[2].

2- موقف الفقهاء المعاصرين في نسب ولد الإغتصاب :

أ-الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الإغتصاب لأبيه :

من الفقهاء المعاصرون من رفض إثبات نسب ولد الزنا لأبيه باعتبار انه ولد غير شرعي و احتج بحجج جمهور الفقهاء في قولهم أنه مقطوع النسب مطلقا كما أبطلوا قياس ابن القيم وبرروا ذلك بأنه قياس يعارض النص ، وانه وإن جاز الأخذ به في زمن يقام فيه حد الزنا فلا يجوز الأخذ به في زمن لا

[1] عيسى معيزة مرجع سابق ص136

[2] ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار، (ج6 مرجع سابق /ص206.

يعاقب فيه الزاني[1] ومنهم الدكتور محمد عبد المنعم البري أستاذ بكلية الدعوة الإسلامية بجامعة الأزهر قائلا " التيسير أمر مقبول شرعا بشرط ألا يتصادم مع نص شرعي وإلا فماذا نقول في قوله تعالى : ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا** ﴾

[الأحزاب الآية 05] .

فالمقصود أبائهم من زواج شرعي وليس الأب البيولوجي لأن النسب في الإسلام لا يثبت بالزواج."

ب–الرأي المؤيد لمنح ولد الاغتصاب نسب المغتصب.

يذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة منح ولد الاغتصاب نسب المغتصب، ومن أهم الآراء الفقهية المؤيدة، فتوى الشيخ جاد الحق «لما كان من القواعد الشرعية والمستقرة والمتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال بضرر، وأن الضرورات تبيح المحظورات، وأصلها التشريعي الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" ومن تطبيقاتها ما استنبطه الفقهاء من أنه ما تعارضت مفسدتان رؤى أعظمهما أضرار بارتكاب أخفهما، و إذا ما تعارضت مفسدة مع مصلحة، قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، ولما كانت القاعدة التنظيمية المقررة أنه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتهم واتصاله بالمجني عليها باعتبار هذا الحمل قد نشأ من زنا وكان هذا أبلغ الضرر بذلك الجنين، بل وفيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة فإنه بمقتضى القواعد الشرعية، يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان إثبات النسب يتبع انعقاد الزواج المتهم من المجني عليها، ويقبل منه شرعا هذا الإقرار بالنسب لهذا الحمل إليه واكتساب أبوته.....»

[1] انس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2010 بدون طبعة ص 269.

وما يستخلص من هذه الفتوى أن الشيخ جاد الحق علق إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه على شروط منها أن يتزوج الجاني من المجني عليها وان يستلحقه أي يطلب إلحاق نسب الولد إليه على أساس أن النسب يلحق انعقاد الزواج و الإقرار به ضمن شروط الإقرار الواجبة شرعا.

المطلب الثاني :حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب في الفقه والتشريع والقضاء الجزائري .

أولا/ أراء الفقهاء في حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب:

لقد تباينت الآراء الفقهية المعاصرة في المسألة، باعتبار هاته الوسيلة من النوازل الحديثة، تبعا لتباين مواقفهم حول حكم نسب ولد الاغتصاب كالتالي:

❖ -**الرأي الأول**:يرى عدم جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب، وتبعا لذلك فإن تحليل البصمة الوراثية لا يغير من الأمر شيئا، ولا يجوز إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناءا على نتائجها،

وهو قول الفقهاء المعاصرين المعارضين لإلحاق نسب ولد الاغتصاب.

❖ -**الرأي الثاني**: يرى جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناء على نتائج البصمة الوراثية.
وهذا الاتجاه يمثله الفقهاء المعاصرين الذين يؤيدون إلحاق نسب ولد الزنا وولد الاغتصاب،

ومن بين هاته الآراء رأي الدكتور رأفت عثمان عميد كلية الشريعة والقانون بالأزهر والذي جاء فيه: « أعطانا الله عز وجل العلم الذي يوصل إلى الإنسان هو ابن لهذا الرجل، ذلك عن طريق ما يعرف ب ADN أو البصمة الوراثية، ويمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار الوراثي وعن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية إن كان المولود ابن المتهم أم لا و يمكن الاحتياط والتثبت في هذه الوسيلة بأن تعدد مراكز الاختبارات الوراثية، فإذا تطابقت ضمنت النتيجة، وأضاف أنه يميل إلى إثبات ولد الاغتصاب إلى أبيه إبعادا للطفل وأمه عن عار الجريمة التي لا يد لهما فيها، وأنه يرى جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة ادعاء المرأة على رجل أنه عاشرها كرها وحملت، وكذلك في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فمع توقيع عقوبة الزنا المقررة شرعا، والمختلفة تبعا لإحصان الزاني وعدم إحصانه، فإنه يجوز الاختبار الوراثي والحكم

بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أي من الذين قاموا باغتصابها على ضوء اختبارات البصمة الوراثية».[1]

❖ ورأي الدكتور حامد أبو طالب عضو مجمع البحوث الإسلامية الذي قال: «.....مع الاستفادة في بعض الآراء الفقهية التي يرى بعضها أن يثبت نسب ابن الاغتصاب لأبيه بالإقرار أو البينة و بالوسائل العلمية لحديثة القطعية».ويقول الدكتور محمد نبيل غانم، عن الوسائل المعترف بها شرعا لإثبات الاغتصاب: «هناك شبه إجماع من المجاميع الفقهية بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في إثبات النسب واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم، لأن ذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ،ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وطالما تم إثبات الاغتصاب فإنه لا مانع من نسب الابن لأبيه المغتصب»[2].

ثانيا/ حكم إثبات نسب ولد الاغتصاب في القانون والقضاء ومدى فعالية تفعيل البصمة الوراثية في إثباته:

لم ينص المشرع الجزائري وأغلب التشريعات العربية على نسب المولود خارج الرابطة الزوجية وحقوقه في مواجهة الأب البيولوجي، هذا الفراغ الذي فتح الباب على مصراعيه أمام لاجتهاد القضائي فاختلفت التكيفات القانونية للموضوع.

أ–في القانون والقضاء الجزائري:

أ–1– في القانون الجزائري:

لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى نسب ولد الاغتصاب، وبالمقابل فإن قانون العقوبات الجزائري كذلك لم يعرف جريمة الإغتصاب ولم يحدد أركانه واكتفى بالإشارة إلى مقدار العقوبة وظروف التشديد التي تصاحب هاته الجريمة فنص في قانون العقوبات الجزائري[3].على انه« كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمسة إلى عشر سنوات وإذا و قع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين

[1] محمد رأفت عثمان: البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، ص578

[2] مقال حكم قضائي جريء يفجر جدلا فقهيا،

[3] المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.

سنة».كما أشار إلى ظروف التشديد[1]، لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الآثار التي تنتج هاته الجريمة ، من فض للبكرة وحمل، بخلاف المشرع المغربي الذي عدها ظروف تشديد، لكن ما استقر عليه القضاء الجزائري أن الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها، وان الجريمة تتكون من ركنين هما فعل الوقاع، واستعمال العنف [2]،وأن إثبات هتك العرض قد يتم باعتراف الجاني بفعله من تلقاء نفسه، وأن يضبط وهو في حالة تلبس أو بواسطة فحص طبي من ذوي الاختصاص3، كما يلاحظ أن العقوبات المقررة لهاته الجريمة في قانون العقوبات الجزائري هي عقوبات مخففة بخلاف بعض الدول التي شددت فيها بين المؤبد والإعدام كالمشرع التونسي.

أ-2- في القضاء :

ما يلاحظ على المشرع الجزائري انه لم ينص على نسب الطفل المولود خارج الرابطة الزوجية وترك الأمر لاجتهاد القضاء، والتي بدورها لم نجد اجتهاداتها إلا في قرارات نحاول التعليق عليها بما يلي:

قرار المحكمة العليا رقم 513580[4]: أثبت هذا القرار النسب إلى المغتصب وجاء فيه "حيث ان قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص،م) للمطعون ضده باعتباره أب له، كما أثبته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40من قانون الأسرة الجزائري رغم ان هذا الأخير تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة ، ولما كانت الخبرة العلميةADN أثبتت ان هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه الطاعن، لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج

---

[1] تنص المادة 337 من ق ع ج على أن : "إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبينين أعلاه أو كان موظفا أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336.

[2] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص،، ص 96

[3] نفس المرجع ص100

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 513580 بتاريخ: 2011/05/12 منشور بالمجلة القضائية2012 ،العدد 1 ،ص 194 ،نقلا عن عيسى معيزة: نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، مرجع سابق ص 147

الشرعي الذي تناولته المادة 41 قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية"

ونلاحظ ان هذا القرار اعتبر البصمة الوراثية بينة قطعية يعتد بها في إثبات نسب ولد الاغتصاب بغض النظر عن كون العلاقة بين الطرفين شرعية أم لا، فقد فسرت المحكمة العليا نص المادة 40 الفقرة الثانية على إطلاقه وأجازت استعمال البصمة الوراثية حتى إذا كان سبب النسب علاقة محرمة ويبدو أنها استندت في ذلك إلى آراء بعض الفقهاء المعاصرين الذين نادوا باستخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه .

-قرار المحكمة العليا رقم 1617374[2]: حيث جاء في حيثيات القرار أن: « الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه ويكيف أنه نكاح شبهة، يثبت به النسب، وفي قضية الحال كان المطعون ضده هو الذي اغتصب الطاعنة ولكي يتهرب من المتابعة الجزائية تزوجها فولدت بعد شهر وأيام ببنت قام هو بتسجيلها في مصالح الحماية المدنية، وبعد مدة من رفع دعوى إنكار النسب مستدلا بأن البنت ولدت بعد شهر من إبرام عقد الزواج وقد سايره قضاة الموضوع وألغو نسب البنت غير أن المحكمة العليا نقضت قرارهم»

قرار المحكمة العليا رقم: 1027105[3] :الذي جاء في حيثياته: « إغراء المعاقة ووطؤها الثابت بالحكم القضائي بإدانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الأخلاق، يعد من قبيل الوطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء، فهنا كيفوا الاغتصاب على انه وطء شبهة يثبت به النسب رغم الاختلاف بينهما» .

وفي رأيي أن الاغتصاب فعلا هو وطأ بالإكراه، ولكن لا يكيف على أساس أنه شبهة؛ وهذا كون الاغتصاب يعتبر زنا، رغم أن أحد طرفيه مسلوب الإرادة، ولم يكن يرغب في العلاقة الجنسية المحرمة، بينما الوطء بشبهة يتحقق لما ينتفي وصف الزنا عن العلاقة الجنسية .

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 617374 ،بتاريخ: 2001/05/12 منشور بالمجلة القضائية، 2 2012 ،العدد 1 ،ص294 ،أشار إليه: نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، 85، 86

[3] المحكمة العليا، ملف رقم 1027105 ، قرار بتاريخ: 07 -12 -2016 العدد الثاني، 2016 ص 228.

الخاتمة

الخاتمة:

يعد النسب من الحقوق الجوهرية التي تهدف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إلى حفظها وذلك عن طريق ما شرعه الله تعالى ألا وهو الزواج، ومن ثم كان موضوع نسب ابن الزنا وأحكامه من أكثر المواضيع الحساسة في مجتمعنا، حيث يبرز المعاناة التي تعانيها هذه الفئة من جراء بقائهم بدون هوية كاملة .ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع من الجانب الفقهي و القانوني مع استظهار ر أي المشرع الجزائري لهذه الفئة اتضح لنا بعض من النتائج والاقتراحات التي يمكن العمل بها في المستقبل ان شاء الله :

– اتفق جمهور الفقهاء على أن ثبوت نسب الابن الشرعي من أبيه بالفراش والإقرار والبينة.

–دراسة الظواهر العلمية والمكتشفات العصرية والإحاطة بخصائصها وجوانبها التقنية حق لكل مسلم، مسايرة للعصر، وعملا بروح الشريعة الداعية إلى استنباط وتكييف الأحكام الملائمة لذلك.

إذا ثبت نسب الابن من أبيه ولا يمكن نفيه إلا باللعان.

–أسباب النسب الشرعية ثابتة لا يجوز تغييرها بدعوى تغير الزمان والمكان، إلا في حدود الضوابط الشرعية والقواعد العامة.

–إن الابن الغير الشرعي في الأصل أن ينسب إلى أمه أو يكون مجهول النسب مطلقا، ذلك أن النسب له أسباب وطرق محددة شرعا لثبوته، حيث أن الرأي الغالب فقها و قانونا هو عدم ثبوت النسب من علاقة غير شرعية. إلا أن دخول التطورات الحديثة عن مجال الجينات على طرق النسب فرضت منطقا آخر و قد تم الأخذ بها كمساعد و مؤكد لثبوت النسب .

–حرمت الشريعة الزنا بكل صورها وعدم اعتمادها طريقا لإثبات النسب، وهذا حتى لا يسوى بين العلاقة الشرعية والعلاقة الغير شرعية .

– نفى الإسلام كل علاقة خارج رباط الزوجية، وأوجب لها حدا رادعا، وألغى نتائجها.

– أي اتصال جنسي بين الخطيبين يعد زنا ومحرم إذ ان الخطبة ليست بالعقد ولا بالزواج إنما هي وعد بالزواج ويمكن العدول عنه.

من المتفق عليه جواز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية المعاصرة كالبصمة الوراثية وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري حيث يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فهو يتوافق مع الشريعة الإسلامية .

– نسب الولد الناتج عن الخطيبين لم يعترف المشرع الجزائري في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، أما لقاءات و التعارف قبل لخطبة فلا يثبت به النسب لأن الخطبة لا تعد زواجا وله حكم ولد الزنا ، عد المشرع المغربي حال نصه الصريح في المادة 156 على ثبوت الابن ناشئ بين الخطبين ،أما بالنسبة للاجتهادات القضائية، فقد استقرت جميعا على ثبوت نسب ولد الناتج عن الخطبة عدا المشرع المغربي.

–إن نسبة الخطأ في تحليل البصمة الوراثية ضئيل جدا لا يكاد يوصف.

بعض الاقتراحات :

من أهم الاقتراحات التي يمكن الأخذ بها هي توعية الشباب وتثقيفهم دينيا وخاصة في الضوابط الشرعية للخطبة حيث أنها ليست بالزواج الشرعي الذي يباح فيه اللقاء والاتصال الجنسي فلا يمكن الاعتماد على حسن النية في الارتباط كموثق لزواج.

– الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا في تشريع الأسرة والتشريعات المرتبطة به.

– عند إحداث أي إثراء أو تعديل لقانون الأسرة الجزائري ينبغي العودة إلى المذاهب الفقهية.

–على الدول الإسلامية أن تولي اهتماما بالكشف الفني للبصمات، وإنشاء المراكز الخاصة بذلك تتطابق مبادئها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، موازاة مع المعايير المخبرية العالمية الخاصة،كالتأهيل البشري والوسائل العلمية الخاصة.

–على الدول الإسلامية إدخال فرع متخصص لدراسة الظواهر العلمية ، ومنها البصمة الوراثية ضمن برامج التعليم في المراحل المختلفة.

وفي الأخير الحمد لله الذي وفقني لهذا .

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب :

- القران الكريم

- ابن كثير ، تفسير القران الكريم ، ج7، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1969

- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم،ج6.

-ابن منظور : لسان العرب ، ط4، مجلد 2 ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 2005.

- ابن منظور جمال الدين محمد ، لسان العرب ، المجلد الأول ، أ . ب .ت . ث، ط1 ، دار صادر، 1997."

- ابن منظور لسان العرب ، مرجع سابق ،نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري ، المجلد 1 ، دار إحياء التراث العربي ، ط1 1408ه 1988 م.

- ابن منظور لسان العرب ،نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه على شيري ، المجلد العاشر ، دار احياء التراث العربي ، ط1 1408ه 1988م.

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الفروق- أنوار البروق في أنواء الفروق،عالم الكتب، [دط]، [دتن]،ج4.

- ابوبكر أحمد بن الحسين البهيقي: شعب الإيمان،تحقيق: محمد السعيد بسيون يزغلول ،بيروت،دار الكتب العلمية، 3 ط1 ،1410ه،رقم الحديث: 4364 ،ج4.

- أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين،لبنان،دار ابن حزم،ط1 ،2005) ،ج3.

- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود مع أحكام الألباني، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2 ،ج 2 ،1996، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ، حديث رقم 1939 ،.حديث حسن صحيح.

– أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود مع أحكام الألباني، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2 ،ج 2 ،1996، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ، حديث رقم 1939، حديث حسن صحيح.

– ابو داود في سننه في كتاب اللعان ، باب ادعاء ولد الزنا ، حديث رقم 2264 نقلا عن أحمد بن صالح أل عبد السلام (حكم استلحاق ولد الزنا (محاضرة في إطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي) المنعقدة بمكة المكرمة 25_ 29 ديسمبر 2010.

– ابومحمد بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ،ج/10 ،دار الفكر لبنان ،سنة 2001 .

– أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص.

– احمد فراج حسين ، أحكام الطلاق في الإسلام ، الطلاق ، الخلع حقوق الأولاد ، نفقة الأقارب وفق الأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2004

– احمد محمود خليل : الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير مسلمين ، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2008.

– احمد ناصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية مصر ، دار شتات للبرمجيات والنشر ، سنة النشر 2009 .

– احمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق،دار الكتب القانونية،ط 2004

أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض ، باب من ادعى إلى غير أبيه ، برقم (6766)، ومسلم – أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، د ط، د ت، ج 2.

–كتاب الإيمان ،باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم .

– الإمام مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، الحديث رقم 1457 ج 2/ ص 1080، الإمام

البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه،كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، الحديث رقم 1948، ج2 حديث صحيح .

– انس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،ط10.

– انس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2010 بدون طبعة.

– بابن عابدين: رد المختار على المحتار شرح تنوير الأبصار،4

– البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الفرائض / باب للفراش حرة كانت او امة ، الحديث رقم 6749، ج8 ، ص11 ، وانظر أيضا الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، مكتبة الصفا ، القاهرة ج 12 ، الطبعة 1 ،2003

– بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول أحكام الزواج

– بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة ، الخطبة ـ الزواج ـ الطلاق ـ الميراث الوصية ، الجزء الأول "الزواج والطلاق " طبعة الرابعة 2005

– بلحاج العربي: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد،الجزائر،ديوان المطبوعات الجزائري،ط، 2014

– بلعربي محمد أمين، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، ،جامعة الحميد عبد بن باديس، مستغانم، الجزائر، تاريخ النشر 05/12/2020

– بن العابدين ،رد المختار على المحتار في شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام ابي حنيفة النعمان ج3، طبعة جديدة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت.

– بن رجب الحنبلي: جامع العلوم و الحكم، بيروت، دار ابن كثير،ط1 ،2008

–بن رشد القطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج3 دار بن الحزم

- بن زيطة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،الجزائر،دار الخلدونية،ط1 2007،

- بن شويخ رشيد: شرح قانون الأسرة ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة ط 01 1429الموافق ل 2008 .

- التواتي تواتي.المبسط في الفقه المالكي بالأدلة كتاب الأحوال شخصية مجلد 4

- حطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج3/ص40.

- الخليل بن أحمد الفراهيدي : كتاب العين ، المجلد الأول ، بدون طبعة ، دار الكتب ، بيروت ، لبنان، 2003

- الدسوقي حاشية على الشرح الكبير قسم أحمد بن حنبل 19 أغسطس 2016 دار المطبعة الأزهرية،مصر ج 3ص 442.

- رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن أ ي هريرة ،ناصر الدين الألباني . إرواء الغليل ـ كتاب الحدود . باب حد القذف رقم 2367 .(34/8) وهو حديث صحيح

- رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن أ ي هريرة ، وهو حديث صحيح .

- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية – آفاق فقهية وقانونية جديدة، مكتبة الوهبه، القاهرة، ط 2 /2010.

- سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة / دار النفائس ،الأردن الطبعة الثانية 1418 هـ – 1997 م .

- سميح عاطف الزين، مجمع البيان ،موسوعة الأحكام الشرعية، الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية،ط 1 /1999.

- الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج4/ص219.

- شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 3 ،ج 5 1998،

- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلد حي مجد الدين أبو الفضل الحنفي: الاختيار لتعليل المختار،القاهرة، 5 مطبعة الحلبي،[دط]، 1356 هـ-1937 م، (ج4/ص79 و ما بعدها ،أبوبكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي،الجوهرة النيرة،المطبعة الخيرية،ط1 ،1322هـ،ج2

- عبد الحميد الجياش الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثارهما دراسة فقهية مقارنة مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع ب،ط،دار النهضة العربية للنشر،بيروت لبنان، 2009

- عبد الرحمن الصابوني،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري،ج2 الطلاق وأثاره،ط5 ،سنة 1978- 1979،المطبعة الجديدة دمشق

- عبد الصابور شاهين أحكام النسب وقضاءها ،جامعة فرجينيا ، مصر الناشر نهضة مصر 2006

- عبد العزيز سعد :الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار هومة،الجزائر،ط 3 سنة 1996

- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2007

- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، مدعمة بالاجتهادات القضائية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

- عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة ثالثة ، الجزائر ، ط3 ، سنة 1999-2000

- عبد القادر بن حرزالله :أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ب،ط دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر 2007

- عبد لله بن صالح الفوزان: فقه الدليل شرح التسهيل،دار الرشيد للنشر والتوزيع،د ط، 1429هـ- 2008 ج4 .

- العربي بلحاج ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات لمحكمة العليا د،م،ج 1994

- علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج3 ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت

- علي ألكعبي، البصمة الوراثية و أثارها على أحكام الفقهية ، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الوضعي دار الفكر الجامعية الإسكندرية ط2 سنة 2011

- فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج والطلاق ج2 ،د،ط،المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986

- فهد بن سعد الجهني ، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 20 المنعقدة بمكة المكرمة في فترة من 25 إلى 29 من ديسمبر 2010

- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان -، بيروت ط1987 ج 1،.

-كمال صالح البنأ الزواج العرفي ومنتزعات البنوة في الشريعة والقانون والقاء ، ب ط ، دار الكتب القانونية مصر 2005

- لسان العرب:لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: دار صادر – بيروت /٢،٢٩،مادة (زواج)

- القاضي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المردودي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 9 ،ط 1 2003،

- القرافي: الذخيرة،.علي حيدر خواجه أمين أفندي: دار الحكام في 5 شرح مجلة الأحكام، دار الجيل،ط1 ،1411هـ- 1991م، ج5/

- القرافي: الفروق – أنوار البروق في أنواء الفروق، (ج4/ص24 .(علي حيدر خواجه أمين أفندي: دار الحكام في 5 شرح مجلة الأحكام، دار الجيل،ط1 ،1411هـ- 1991م، (ج1)

- مالك بن أنس: المدونة، (ج16/ص2،9 .(البهوتي: كشاف القناع على متن الاقناع

- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي ، القاموس المحيط ، ج 1

- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي ، القاموس المحيط ، ج 4 ، د، ط ، دار الجيل ، بيروت ، د، س ، ن .

- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية،القاهرة،دار الفكر العربي، [دط]، 1950.

- محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة ، الزواج ،انحلال ميثاق الزوجية وأثاره ، الولادة ونتائجها ،ط 6 2013 مطبعة دار النشر المغربية ، عين السبع – الدار البيضاء 2013 ،طبعة مزيدة ومنقحة.

- محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن دار الفكر 2 للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1415هـ- 1995م، (3/ص437(؛القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج11/ص115(؛ابن حزم: المحلى بالآثار،ج6.

- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية 4 والحنفية و الحنبلية، حققه: ماجد الحموي،بيروت،دارا بن حزم،ط1 ،1443هـ - 2013م.

- محمد بن عبد العزيز السديس ، مقدمات النكاح ، الناشر الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، الطبعة العدد 128 السنة37-1425هـ عدد الأجزاء 1

- محمد بن عيسى بن سورة (الترميذي)، سنن الترمذي (الجامع الكبير)، دار الغرب الإسلامي، ط 1 ،ج 4 ،1996،كتاب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، الحديث رقم 2113.

- محمد رأفت عثمان: البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب .

- محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة والزواج ، شهاب الجزائر ، ط2 سنة 2000.

- الغيمي اللباب في شرح الكتاب، الشرح المختصر القدوري في الفقه الحنفي ، النشر دار الفكر للطباعة ،المكتبة العلمية بيروت ،ج 2.

- الرملي ، نهاية المحتاج،قسم مقاصد الشريعة الاسلامية ، دار الكتاب العلمية،بيروت ج 5.

- ابن قدامة ، المغني، فقه المذهب الحنبلي دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الثالثة 1417 هـ 1997 ج 5.

- محمد محمود حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية القانون الكويتي، [د ن] ، ط1 ،1999.

- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط1 دار الكتاب العربي بيروت 1984.

- محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفرية والقانون دار النهضة العربية ، بيروت ط2 ، 1397هـ .1977م.

- محمود علي السر طاوي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 2، دار الفكر ، الأردن ، 2007.

- مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ، اعتنى به محمد بن عبادي بن عبد الحليم الجزء 2 ،ط 1 القاهرة .

- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج 1 ، الزواج وانحلاله ،ط 9 ، دار الوراق للنشر والتوزيع ، سوريا 2001.

-وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية ، الجزائر ، دار الفكر ، [دط]، 1413هـ _1998م ،ج7/.

-وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية الجزائر ، دار الفكر ج7 . {دط }1413هـ . 1998م .

- زين الدين بن إبراهيم بن محمد (لمعروف بابن نجيم المصري)،الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان بيروت،دار الكتب العلمية،ط1 ،1999.

المذكرات

- أحمد عبد الحميد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة الماجستير،كلية الدراسات العليا لجامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2008.

- بشير بليعقوب ، حق الطفل الغير شرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة محمد بن أحمد وهران2- 2013/2012 .

- بوزيد خالد، مذكرة اثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الاسرة والقانون المقارن ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص ، جامعة وهران -2- محمد بن حمد، وهران 2018/2017.

- شابحة اعمر سعيد ،أحكام نسب ولد الزنا في الفقه و التشريع و الاجتهاد القضائي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتورا الطور الثالث LMDتخصص :العقود والأحوال الشخصية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2020/2019.

- عبد المجيد محمد محمود حسين ، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي ، مذكرة الماجستير ، ، كلية الدراسات العليا جامعة النحجات العليا ، جامعة نابلس فلسطين 2008.

المقلات والمحاضرات الجامعية والمجلات :

- أيقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثارها على النسب (دراسة فقهية مقارنة).

- إيناس الشرجي في مجلة تعريفات إسلامية وتم التدقيقي بواسطة بشرى الشنطاوي أخر تحديث 2021/10/21 محتويات .

-باديس ذباني حجية الطرق الشرعية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، إقرار بينة ،تلقيح اصطناعي البصمة الوراثية (ADN)نظام تحليل الدم ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ط 10 د،س

-تشوار الجيلالي ، عدم المذهبية كصرف تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية ،كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون الجزائر 2009، ع 3.

- جيلالي تشوار ،النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقا يد تلمسان العدد 3 /2005.

-حباس عبد القادر، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، قسم العلوم الإسلامية،كلية العلوم، الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية ،محاضرات في قانون الأسرة ج/1، مستوى أولى ماستر تخصص شريعة وقانون.

-حسين حساني قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة المجلة العربية للاقتصاد و القانون ،ع ، 2000،

- حميدة بوحامدي مجلة الدراسات الفقهية والقضائية العدد 3 ربيع الأول 1438 /ديسمبر 2016 ، جامعة واد سوف .

- محمد سليمان النور مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ، مجلة الشريعة و الدرسات الإسلامية، ع70سنة 2007م.

-دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، المملكة 1 المغربية، وزارة العدل، العدد 1 ،2004

-عيساوي فاطمة ، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وفقا لقانون الآسرة الجزائري ، مجلة معارف جامعة البويرة ، العدد 8 ، جوان 2010.

-عيسى معيزة نسب ولد الإغتصاب بين الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي ، مجلة المدنية للبحوث القانونية صادرة عن جامعة لإسطنبول ، تموز 2017.

-فاطمة عيساوي ، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفق قانون الأسرة الجزائري مجلة معارف)، السنة ال5 ع 8 ، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أو الحاج، البويرة الجزائر جوان 2010 ص 70 .

-نور الدين مختار الخادمي ، محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية ، في إطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة .

الاتفاقيات و قرارات المحكمة والقوانين:

- الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 ،المصادق عليها من الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 461/42 بتاريخ 1992/12/19 الجريدة الرسمية رقم 1992/91.

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمن قانون 41 الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية، ع 15 ،الصادرة بتاريخ 17 فبراير 2005.

-ق رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02/ 2005 ،المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 / 06/ 1984 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

-ق رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005المعدل ولمتمم للقانون رقم 75- 58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975م المتضمن للتقنين المدني الجزائري .

-ق رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 الصادر 1984/6/09 المتضمن لتقنين الأسرة الجزائري .

-قانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ،الجريدة الرسمية،ع 14 ،الصادرة بتاريخ 07 مارس2016 .

-القانون رقم: 11/84.المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 جويلية 1984المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ ي 27 فبراير 2005

-قرار المجلس الأعلى، عدد 264 ،بتاريخ: 2006/04/26 ملف رقم: 607 ،بتاريخ 2005/1/2 ويتضح من خلال هذا القرار الذي جاء فيه "لكن حيث انه بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة فإنه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها حمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، عللت قرارها المؤيد للحكم ابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب المطلوب بعلة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، بما في ذلك إجراء خبرة لما قبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين، وأن العلاقة المزعومة الناتج عنها حمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد حسبما تثبته وقائع القرار الجنحي الصادر في 04/24 ملف 04/728 وحسبما استخلصته، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانون صحيح وعللته بما فيه الكفاية لذلك يتعين رفض الطلب.

-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1992/03/17 ،منشور في مجلة قضائية، عدد خاص،2001 ،4.

-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34046 ،بتاريخ: 1984/11/19 المجلة القضائية، 1990 .

-قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 744 ،بتاريخ: 2006/07/25.

- م .ع . غ .أ. ش. رقم222675،الصادرة بتاريخ 5 /06 /1999،المجلة القضائية ع.1.

- م ع غ أ ش ، 25/ 06/ 1984، ملف رقم 33715، م ق ، 1989، عدد 04 .

- م ع ، غ ش 21/ 05/ 1991 ، ملف رقم 74712 ، م ق ، عدد 2 ، سنة 1994.

- م ع ، غ ق خ ، 1971/03/03 ، ن ق ، 1972 ، عدد 02

-المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.

- المادة 337 من ق ع ج على أن : "إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبينين أعلاه أو كان موظفا أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 08/10/1984 ، ملف رقم 34137 ،مجلة القضائية، 1989، ع 4 ،ص 79؛ محكمة 42 العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11/12/1989 ، ملف رقم 56707 ،غير منشور، أورده تشوار الجيلالي، نسب الطفل في قوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقنيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ،جامعة تلمسان ، 2005 ، ع3.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 513580 بتاريخ: 2011/05/12 منشور بالمجلة القضائية2012 ،العدد 1 ،ص 194 ،نقلا عن عيسى .

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 617374 ،بتاريخ: 2001/05/12 منشور بالمجلة القضائية، 2 2012 ،العدد 1 ،ص294 ،أشار إليه: نجمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي.

- محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 74712 ،بتاريخ: 1991/05/21 ،مجلة قانونية، 1994 ،عدد 2 04 ،ص56 ،أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات..، مرجع سابق، ص 167 .وجاء في قرارا آخر أن :"من المقرر قانونيا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعدّ ه الدخول طبقا للمواد 32 ،33 و34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون".ينظر :المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 222674 ،المؤرخ في 1999/06/15 ،م.ق، 2001 ،عدد خاص.

- المحكمة العليا، ملف رقم 1027105 ، قرار بتاريخ: 07 -12 -2016 العدد الثاني، 2016.