وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

نفي النسب في الشريعة و القانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الاسرة

إعداد الطالبتين:بوشاقور رحماني خديجة بإشراف الدكتور: بودومي عبد الرحمان

خـــــــلال أمـــال

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ: النوي عبد النور رئيسا.

2) الأستاذ: بودومي عبد الرحمان مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ: تومي هجيرة مناقشا.

تاريخ المناقشة:23 جوان 2019

السنة الجامعية :2019/2018

قالى الله تعالى :

﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴾

سورة فصلت الاية 53

الاهداء

اهدي ثمرة هذا العمل المتواضع :

إلى الوالدين العزيزين أمد الله في عمرهما ومتعهما بالصحة والعافية

إلى اخواتي وإخوتي الأفاضل وكل أفراد عائلتهم

إلى زوجي العزيز أدام الله عشرته

إلى أبنائي وفلذة كبدي :"انس عبد المالك" و"إسلام" و"أنفال" حفظهما الله

إلى كافة الأصدقاء

والى كل أساتذتي الكرام عبر جميع مراحل دراستي

خديجة

الاهداء

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة

إلى من سعى و شقى لأنعم بالراحة و الهناء إلى من لم يبخل علي بشيء من اجل دفعي إلى طريق النجاح إلى الذي علمني أن أرتقي في الحياة بكل حكمة و صبر إلى والدي العزيز

إلى الروح التي سكنت روحي زوجي

كما أهدي هذا العمل المتواضع لكي من أُدخل على قلبهم شيئا من السعادة إلى أخي وزوجته و أخواتي حبيباتي خيرة و أمينه اللواتي تقاسمو ا معي عبء الحياة

إلى من ضاقت السطور عن ذكره فوسعهم قلبي إلى صديقاتيإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل

أمال

شكر وتقدير

الشكر والحمد الله العلي العظيم الذي أيدنا بعونه، ووفقنا في إنجاز هذه المذكرة

بمناسبة إنهاء هذا الجهد المتواضع، لا يسعنا إلا أن نوجه جزيل شكرنا وعظيم امتناننا إلى كل من ساعدنا في إنجازه بقليل أو بكثير، ونخص بالذكر : أستاذنا الفاضل الدكتور "بودومي عبد الرحمان " الذي أشرف على إنجاز هذا العمل و تابع كل مراحله بصدر رحب ً ولم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته الهادفة ومعلوماته التي أفادنا بها، فله منا كل الشكر والتقدير

كما نتوجه بالشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة

والى كل أسرة البحث العلمي بالكلية أساتذة وطلبة وإدارة.

خديجة وأمال

المقدمة :

اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بمسالة النسب ، وأحاطته بالعناية والرعاية ، وجعلته أهم مقصد من مقاصدها الكلية الضرورية. وذلك لما لهذا الأمر من أهمية بالغة في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها ، فشرع الإسلام الزواج ورغب فيه وعده السبيل الانجح لإيجاد الذرية وابتغاء النسل . كما ضبط أركانه وعين شروطه وفصل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعاتهم، فجعله عقد مؤبد حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأغراض لذلك نجد أن الشرع قد ألغى كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية ، وشدد العقوبة عليها فحرمت كل العلاقات غير الشرعية ضمانا لسلامة الأنساب ولم يتح سوى العلاقات الشرعية . كما حمى الإسلام ثمرة الزواج الشرعي ورتب لها حقوق من شانها أن تكفل لها حياة طبيعية وتحفظهم من الانحلال و الفساد ، فشرع الله سبحانه و تعالى أحكاما لثبوت النسب وشدد النكير وتوعدهم حين يقبلون على إنكار فلده كبدهم أو أن يتبرؤوا منهم وقد أوصى الرسول صلى الله عليه و سلم الآباء بأولادهم وتوعدهم بعقاب شديد في حالة إذا ما أنكروه فقال: أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم قلبت من الله في شيء ولم يدخلها الجنة و أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الخلائق ، فمن العناية والاهتمام بالنسب فان الشرع منع الآباء من إنكار نسب الأولاد إليهم إلا في حال قيام الدلائل على نفيه لأن التفريط في النسب في مجتمع من المجتمعات لا يكون إلا أثر للانحطاط الأخلاقي لذلك المجتمع كما هو حادث في بعض دول المجتمع الغربي، وحرم على النساء نسبة الولد إلى غير أبيه الحقيقي، ومنع الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم، فهناك حالات تدفع الرجل إلى نفي نسب الولد عنه لأنه محتاج إلى ذلك فعلا فمن غير الممكن أن ينسب ولد لرجل غير ولده ، فحمل الزوجة من رجل غير زوجها لمعصية وقعت فيها لا يمكن أن يتحمله زوجها ، فلهذا أو خروجا عن الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز نفي الأب لولده وتنكره له ، فقد سمحت الشريعة الإسلامية للزوج الذي تبين له أن حمل

زوجته أو الولد لم يكن منه وتعذر تقديم الدليل الذي يؤكد صحة قوله من أن ينفي هذا الحمل أو الولد كاستثناء عن الأصل ، وجعلت الشريعة الإسلامية طريق اللعان فيصلا في حل الخلاف بين الزوجين في نسب الولد ، و يكون ذلك وفقا لضوابط شرعية ووفق طرق محددة فليس في الإسلام طريق أخر لنفي النسب بعد ثبوته بالفراش، إذن فاللعان أمر خاص لحماية الزوج وعائلته من أن ينتسب إليه من ليس منه ، وهو خاص بالزوج فقط وليس لأحد حق اللعان إلا الزوج، وبذلك حمى الإسلام النسب والأسرة من الاهتزاز والاضطراب ، وأغلق أبواب نفي النسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما لم يسمح بفتحها إلا من خلال اللعان الذي يحمي الزوج والأسرة والنسب أيضا من إلحاق الغير به وبهم ، ومقصد الشريعة في هذا التشدد أن لا يقدم أحد على نفي نسب أولاده إلا إذا وصل إلى مرحلة لا يتحمل معها الفضيحة ، فحينئذ يكون اللعان جبرا لخاطره و دفعا للضرر .

ويكتسي البحث في موضوع هذه الإشكالية أهمية قصوى في مادة قضايـــا الأسرة، نظرا لخصوصية مجالها على المستــوى الفقهي من خلال الجدل الدائر بخصوصها بين اتجاه محافظ رافض للخبرة الطبيــة، و مرجح للعان على هذه الأخيـــــرة، لأن من شأن إعمالها والعدول عن اللعان تعطيل نص ثابت بكتاب الله، وبين اتجــاه حديث ينادي باعتماد الخبرة الطبية والانصراف عن اللعان أمام استحــالة تحقق شروطه،أوعلى مستوى الممارسة القضائيـــة من خلال كثرة المنازعات المطروحة أمام القضاء بصدد نفي النسب أمام فساد الذمم وغياب الوازع الدينـي والأخلاقي لدى الكثير من الناس في مقابـل التطور المشهود والطفرة الحــاصلة في هذا المجال(البصمة الوراثية وعلم الجينات)، انطلاقا مما سبق يمكن يمكن تحديد ما يلي:

- و قد تم إختيار الموضوع على أسباب:

- إن موضوع نفي النسب من الموضوعات الهامة والحساسة و الخطيرة في العالم الاسلامي.

ـ اعتبار هذا الموضوع من اكثر المواضيع جدلا في وقتنا الحالي خاصة في التشريعات المقارنة ومرد هذا للتطورات العلمية الحاصلة في مجال الجينات وعلاقتها بالنسب.

ـ انتشار حالات إنكار الأب لأبنائه رغم قيام تلك الرابطة المقدسة، مما يجعل الطفل حتما ضحية في المجتمع، أو بمعنى أخر بلا نسب، مما يحتم البحث عن حماية قانونية له.

ـ حيث تظهر أهمية الموضوع من خلال ما يلي :

ـ إن موضوع النسب من القضايا التي لها عظيم الشأن في حياة البشر كافة، و يعد من المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية.

ـ إن موضوع نفي النسب من مواضيع الخطيرة وأصبحت الحاجـة الداعيــة إليـه في كل وقت وحين وخاصـة في هذا الزمان الذي فسدت فيــه الذمم وشاعت فيه الفاحشة، وما ينجر عنـــه من دعاوى نفي النسب أمام المحاكم.

ـ أن اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد في نفي النسب، حيث كان من الاجدر بنا معرفة إن كان له أن يبقى الطريق الوحيد لنفي النسب أم لا في التشريعات المقارنة .

ـ يعتبر البحث في مسألـة نفي النسب في ضوء اكتشـاف الطرق العلمية من القضايا الفقهية والقانونية المعاصرة التي تتطلب المزيد من التوضيح، وفـك بعض الغموض الذي ما زال يكتنفها.

ـ إن الغرض من هذا البحث هو محاولة منا للإلمام بجوانب الموضوع من خلال :

ـ التعريف باللعان كطريق شرعي لنفي النسب.

ـ معرفة مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بالنسب وطرق نفيه.

ـ معرفة الموقف الفقهي المعاصر، من مسالة نفي النسب واللعان.

ـ معرفة موقف المشرع الجزائري ودور القاضي الجزائري في تطبيق النصوص القانونية، في مسألة نفي النسب.

ومن خلال ماسبق يمكن طرح الإشكال التالي:

– ما موقف الشريعة الإسلامية و القانون من مسالة نفي النسب ؟

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية باعتماد

المنهج الوصفي: جمع المعلومات وتحصيل كل ما له صلة بموضوع الدراسة وعرضها وكذا عرض أراء الفقهاء وعرض أدلتهم.

المنهج المقارن: حيث قارنا الأحكام التي جاء بها المقنن المغربي في خصوص موضوع البحث مع الأحكام التي جاء بها المقنن التونسي والجزائري ، كما أشرنا إلى موقف القضاء فيه بقدر ما توافر لدينا من قرارات قضائية.

المنهج التحليلي: وذلك باستعراض موقف الفقه الإسلامي والنصوص القانونية الوضعية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، مع الاستعانة بالآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منها سواء بالفقه الإسلامي أم بالقوانين الوضعية، فضلا عن الاستئناس بقرارات المحاكم القضائية التي تدعم وتعزز موقف القانون والفقه في هذا المجال.

ـ و تكمن أكثر الصعوبات التي واجهناها من خلال دراستنا لهذا الموضوع:

ـ ندرة المراجع التي تتناول هذا الموضوع وان أغلب المؤلفات القانونية التي تناولت هذا الموضوع اقتصرت على عرض ودراسة الجانب الشرعي، دون أن تتعرض في ذلك إلى الجانب القانوني بالشكل المطلوب .

ـ تشعب واختلاف آراء الفقهاء والقانونيين في مجال نفي النسب، خاصة بعد ظهور الطرق العلمية الحديثة.

وبما أن نفي النسب يشكل محور هذه الدراسة ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين:

مقدمة

الفصل الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مسالة نفي النسب

الفصل الثاني: موقف القانون من مسالة نفي النسب

خاتمة

الفصل الأول:

موقف الشريعة الإسلامية من نفي النسب

إن الشريـعة الإسلامية اهتمت بالأعراض و الأنســـاب فجعلت حفظ النسل والعرض مقصد من مقاصدها وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، فقد وضع الشرع قواعد وحدود تصونها لما للأنساب من خطورة فقررت الشريعة الإسلامية إثبات نسب المولود بقرينة الفراش وذلك هو الأصل، فكل من تلده الزوجة حال قيام الزوجية يثبت لزوجها، إلا إذا ادعى الزوج أن حمل زوجته أو ولدها ليس منه فلا طريقا آخر لنفيه، إلاّ طريقا واحد ألاّ وهو اللعان حسب نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا تبين وتيقن منه جاز له في هذه الحالة اللجوء إلى اللعان لنفـي هذا الولد عن نسبه ، وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين متناولين بذلك نفي النسب باللعان(المبحث الأول) وأساس اللعان وشروطه، وإجراءات تنفيذه وأثاره (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نفي النسب باللعان

أولت الشريعة الإسلامية النسب عناية شاملة وأحاطته ببالغ الرعاية و الاهتمـــام وأحاطته بسياج منيع تحويه النصوص والأدلة الشرعية وذلك للمحافظة عليه فشددت في نفيه وإبطاله، فلا يقبل نفيه بعد ثبوته مهما كان الحامل عليه أو الداعي إليه،إلا من خلال طريق واحد ألا وهو اللعان. وعليه فان الشارع الحكيم قد حصر إمكانيـــة نفي هذا النسب في طريقة واحدة فقط وهي اللعان، و هذا هو الطريق الشرعي لنفي النسب و هو ما سنتطرق لدراسته ببيان أهم المسائل و الأحكام المتعلقة به.

المطلب الأول: تعريف اللعان

و قد تناولنا من خلال هذا المطلب التعريف اللغوي و الإصطلاحي للعان و بيان ما المقصود من اللعان :

الفرع الأول :التعريف اللغوي

اللعان لغــة هو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعـــــالى , وهو مصدر لاعن، ويقال لعنة الله أي أبعده عنه فهو لعين وملعون، وقد سمي بذلك لان احد الزوجين كاذب على الأخر بيقين، فاستحق أن يطرد ويبعد عن رحمة الله عز وجل.[1]

الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي لقد تنوعت وتعددت تعريفات اللعان في الجانب الفقهي، وذلك طبعا حسب اختلاف المذاهب الفقهية، فكل مذهب عرفه حسب معتقداته:

فعرفه **المالكية:** حلف الزوج المسلم المكلف على زنا زوجته، أو نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه أربعا بصيغة أشهد، وبمحضر حاكم يشهد القضية ويحكم بالتفريق بينهما[2].

و **الشافعية:** يعرفون اللعان بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر لقذف من لطخ فراشه وألحق به العار أو لنفي ولد عنه.[3]

وعرفه **الحنابلة:** بأنه بينة الزوج الذي يبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد، وتتعذر عليه البينة، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما نزلت أية اللعـــان "أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا"[4].

وعرفه **الحنفية:** اللعان شهادات تجرى بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج، وبالغضب من جانب الزوجة[5].

---

[1] أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع –الايلاء –الظهار–اللعان)،دار الكتب القانونية مصر، المحلة الكبرى مطابع شتات، سنة النشر 2009، ص 238.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 238.

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 238.

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 238.

[5] أحمد نصر الدين، المرجع السابق ، ص 239.

والذي يظهر من التعريفات أنها ومتقاربة، وإن اختلفت في وألفاظها إلا أنها تدل في مضمونها على المعنى الحقيقي للعان وهو الطريق الذي يتم من خلاله اته ـــــام الزوج زوجته بالزنا ، أو بنفي انتساب حمل زوجته إليه ، وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بالخيـــانة الزوجية ، ويكون اللعان عن طريق شهادات تجري بين الزوجين تكون مقرونة باللعن من جـــــــانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة.

المطلب الثاني: طبيعة وأهمية اللعان

اتفق الفقهاء على مشروعية لعان الزوج، إذا تيقن أو كان غالب ظنه أنه ليس منه غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة اللعان، فيرى بعض الفقهـــاء مثل أبو حنيفة رضي الله عنه إن قذف الزوج لزوجته على سبيل الوجوب, في حين يرى البعض الأخر, من فقهاء المالكية والشافعية على انه حق للزوج على سبيل التخيير [1]

الفرع الأول: طبيعة اللعان

إذا كان اللعان واجب عند أبي حنيفة وعند الجمهور مجرد حق الزوج على زوجته على سبيل الاختيار، فما هو أساس كل فريق؟

أ- يرى أنصار هذا الاتجاه، أن اللعان واجب على الزوج ، ولو امتنـــع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه، سواء كان اللعان اتهاما بالزنا، أو نفيا للولد، وهو ما ذهب إليه أبو حنفية[2].

وسندهم في ذلك ما يأتي :

[1] ابن العربي، أحكام القران الكريم ، الجزء 3، دار الجيل، بيروت، بدون سنة، ص1324.

[2] أبو بكر محمد بن عبد الله القرطبي، أحكام القران، الجزء 3، الطبعة الاولى، دار الجيل، بيروت، ص1347.

1 – قال تعالى:" **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ** "، فالآية صريحة بان يشهد أحدهم أربع شهادات بالله. فالله عز وجل جعل موجب القذف في الزوجات–اللعان.

2 – الرجل الذي جاء للرسول صلى الله عليه وسلم قائلا: "يا رسول الله، أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا، فان قتله قتلتموه، وان تكلم جلدتموه، وان أمسك امسك على غيظ، ثم جعل يقول: اللهم افتح، فنزلت أية اللعان. فدل قول الرجل "وان تكلم به جلتموه" على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول أية اللعان، ثم نسخ الحد في الزوجات بأية اللعان، فينسخ الخاص للتأخير– العام المتقدم بقدره، من اجل ذلك يكون اللعان واجب[1].

غير أن المالكية والشافعية وافقوا على رأي الحنفية في كون اللعان واجب على الزوج في حالته نفي الولد فقط [2].استدل الحنفية أن اللعان واجب بما ورد في كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم .

ب– يرى أن اللعان ليس بواجب، وإنما الواجب على الزوج – بقذف زوجته– هو الحد، إلا أن للزوج الملاعن أن يخلص نفسه عن الحد، بالبينة أو باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع كما في رأي أبي حنيفة بل يقام عليه الحد، وذلك إذا كان اللعان اتهاما بالزنا، وهذا القول ذهب إليه جمهور الفقهاء، وان الواجب على المرأة –إذا لاعنها زوجها–هو حد الزنا، ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان، وسندهم في ذلك ما ياتي:

1 – قال تعالى:" **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً** " فالله عز وجل أوجب الجلد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره، إلا أن القاذف إذا كان زوجا له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة، إن كانت له بينة، وان لم تكن له بينة فانه يدفع الحد باللعان، فكان اللعان مخلصا له عن الحد.

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص243.

[2] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، الجزء 2، دار الفكر، دمشق، بيروت بدون سنة، ص 457.

2 – قال تعالى:" **وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ** ..." فالله عز وجل جعل لعانها دفعا لحد ألزما عنها، إذ الدرء هو الدفع لغة, فدل أن الحد وجب عليها بلعانه، ولان بلعانه يظهر صدقه في القذف، لان الظاهر أن الزوج لا يلاعن إلا أن يكون صادقا في قذفه فيجب عليها الحد، إلا أن تخلص نفسها عنه باللعان.لأنها إذا لاعنت وقع التعارض، فلا يظهر صدق الزوج الملاعن في القذف فلا يقام عليها الحد [1]، وهذا القول ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية.

ويرى **الحنابلة** أن اللعان حق للزوج ولا يجب عليه حتى ولو نفى الولد عنه [2].

وما يمكن قوله في هذه المسالة انه سبب خلاف الفقهاء يعود إلى عدة أسبـــاب أهمها: اختلافهم في موجب قذف الزوج زوجته و هو ليعانها، أما جمهور الفقهاء فيرون أن الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته هو حد القذف، و اللعان مسقط له.

و الرأي الراجح، إن كان اللعان لنفي الولد فهو واجب وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية و هذا لعدة أسباب أهمها ما يلي:

- جلب المصلحة ورد المفسدة بمعنى انه يوجب على الزوج اللعان لنفي الولد حتى لا يلحق بنسبه من ليس منه, مما يؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاطها.
- حفظ النسب مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، لذلك يجب على الزوج نفي الولد إذا تيقن انه ليس منه، حفاظا على هذا القصد.
- اللعان إذا كان اتهاما بالزنا، فالأولى تركه لأنه من الأمور التي تستدعي إلى التستر عليها وله أن يطلقها.

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 244.

[2] وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 7، دار الفكر، دمشق، سنة 1998 ص 536.

الفرع الثاني: أهمية اللعان

إن أهمية اللعان أن يفترق الزوجان، وينسب الولد إلى أمه، وقد ستر على المرأة، فلم يعرف إن كانت كاذبة أو هو الكاذب ولم يعرف أن كان الولد ابنه حقيقة أم لم يكن ابنه، وفي هذا من المصلحة ما فيه [1].والغالب أن الزوج لا يقدم على اتهـام زوجته بالزنا، إلا لقرائن تدل على زناها، وتضطره إلى رميها ليتخلص من أثار فعلها، كإلحـاق نسب ولدها به، ومن أجل هذا كله شرع اللعان، فهو يكون إما لنفي النسب، أو لرؤيتها تزني ،فالأول واجب والثاني ينبغي ترك[2].

وكان هذا التشريع الالاهي فرجا ومخرجا للأزواج، الذين يبتلون بذلك وهذا ما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسـلم لما نزلت آيات اللعان:" ابشـر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا" وبالنسبة للزوجـة أيضا، مخرجا وفرجا وخاصة التي يكذب عليها زوجـها لأي سبب، فجاء هذا التشريع في منتهى الحكمة والدقة، والعدل، والإنصاف، فرجا ومخرجا للرجل وزوجته، لذلك قال الله تعالى:" **وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّه عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُه**[3] " أي لولا أن الله رحمكم بآيات اللعان، لكان في الأمر حرج شديد فتصور حالة الزوج رأي العين زوجته تزني و الشرع لا يسمح لو بسماع هذه الدعوى إلا بأربعة شهود، والشهـود كيف يأتون ليحضرهم، فقد يتلافى الأمر فلا يجد حل لذلك، النبي الكريم حينما عرضت عليه قضية قبل نزول هذه الآيـة استَّرجع الله سبحانه وتعالى وقال: لعل الله يحدث في هذا الأمر أمرا ، لعله يحدث أمرا[4].

[1] محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي ،الطبعة2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2015، ص437.

[2] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 458.

[3] سورة النور، الآية 10.

[4] تفسَير ابن كثير، تفسَير القران الكريم ،الجزء 3 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت 1969، ص 52.

المبحث الثاني: شروط اللعان والآثار المترتبة عنه

إن من أثار الزواج ثبوت النسب إلى أبيه و لا يكون ذلك إلا بقيام علاقة زوجية هادئة مبنية على المودة و الرحمة فمن غير المعقول أن ينسب مولود إلى غير والده و لجوء هذا الأخير إلى اللعان يكون وفق ضوابط حددها فقهاء الشرعة الإسلامية و هذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول حول أساس اللعان ثم شروطه :

المطلب الاول : أساس اللعان وشروطه

يعتبر اللعان من المخارج التي أوجبها الله عز وجل و أقر ت بها السنة النبوية الشريفة كما نظمها فقهاء الشريعة الإسلامية وهو ما سنتطرق إليه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: أساس اللعان

لقد ثبت اللعان في كل من الكتاب الكريم والسنة النبوية و هذا يدل على أن الشريعة الإسلامية أولت اهتمام كبير به و ذلك لعدم اختلاط الأنساب وحفظها، ويتوقف على عدة شروط وجب التقيد بها.

أ-**من القران الكريم** : ثبت اللعان في الكريم كتاب الله العزيز وذلك في أن الأصل في مشروعية اللعان أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنا فإما، أن يأتي بأربعة شهداء على دعواه، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنا و إما أن يعجز عن الإتيان البينة، فيحّد حّد القذف ثمانين جلدة [1]، وفي هذا يقول الله تعالى:" **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ**

[1] احمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،1998 ص 162.

شُهَدَاءَ اجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (05)إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ "[1] .

ونفهم من هذه الآية الكريمة أن من يرمي النساء العفائف بالزنا ولم يكن لهم أربعة شهداء أي رجال عدل يشهدون معه بذلك صريحا، فيجلدون ثمانين جلدة بسوط متوسط يؤلم مع عدم المبالغة في ذلك القصد في ذلك هو التأديب وليس الأذية ولهم عقوبة أخرى هي أن شهادة القاذف غير مقبولة ولو حد على القذف حتى يتوب والتوبة في هذا الموضع هي أن يكّذب القاذف نفسه ويقرانه كاذب فيما قال. فإذا تاب القاذف وأصلح عمله وبدل إساءته إحسانا، زال عنه الفسق وبالتالي تقبل شهادته، فان الله غفور رحيم يغفر الذنوب جميعا لمن تاب وأناب [2]، وعليه اوجب الله سبحانه و تعالى الجلد على القاذف الذي يرمي المحصنات بالزنا دون الإتيان بالشهود أو البينة من غير فصل بين الزوج وغيره.

أما إذا كان القاذف زوجا كان له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة إذا كان له شهود على ما يرميها به أو له أن يدفعه باللعان وذلك إذا لم يكن له بينة أو شهود ولقد ذكر في ذلك الله سبحانه تعالي:" **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (07)وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ(08) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (09) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ(10)وَلَوْلا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ** "[3].

---

[1] سورة النور الآية 04 و05.

[2] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تفسير الكريم الرحمان في تفسير الكلام المنان، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2009،ص 521.

[3] سورة النور الآية 06 و10.

نفهم من هذه الآية أنه إذا كان القاذف زوجا كانت شهاداته على زوجته دارئة لان الغالب أن الزوج لا يقدم على رمي زوجته الذي يدنسه ما يدنسها إلاّ إذا كان صادقا، ولأن له في ذلك حقاّ وخوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه به ، وسماها شهادة، لانها نائبة مناب الشهود بان يقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به ، ويزيد في الخامسة بان يدعو على نفسه باللعنة إذا كان من الكاذبين. فإذا تم لعانه سقط عنه حد القذف، ويدرا عنها أي الزوجة العذاب إذا قابلت شهادات الزوج بشهاداتها ، وهي أربع شهادات وان تزيد في الخامسة بان تدعو على نفسها بالغضب فإذا تم اللعان بينهما فرق بينهما إلى الأبد [1].

يفهم من كل ما سبق الزوج الذيّ يتهم زوجته بالزنا، ملزم بملاعنة زوجته حتى يعفي نفسه من عقاب الثمانين جلدة، ونفس الشيء للزوجة المتهمة بالزنا فهي ملزمة بالتلاعن مع زوجها لكي تعفي نفسها من حد جريمة الزنا.

ب. من السنة النبوية: كما ثبت اللعان أيضا في السنة النبوية الشريفة، فروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن هلال ابن أمية قذف زوجته بشريك من سَح مَاء، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "البينة أو حد ظهرك" قال الرجل: يا رسول الله! إذا رأى احدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة ! فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول : "البينة أو حد ظهرك" .فقال هلال : و الذي بعثك بالحق إني لصادق, ولينزلن الله تعالى في أمري ما يبرئ ظهري من الحد[2].فنزل قول الله عز وجل:" **"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (07)وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (08) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ(09) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (10)وَلَوْلا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ "**[3].

[1] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق،ص 522.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 240.

[3] سورة النور الآية 06 و10.

كما روى البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما: إن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة [1].

فمن خلال هذين الحديثين نجد أن اللعان قد ثبت وكان في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والدليل على ذلك الأحاديث الكثيرة الخاصة باللعان التي رويت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ج . من الإجماع: أجمع العلماء و فقهاء الأمة، على أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفي ولده له فله حق اللعان، وبذلك يكون اللعان حكم ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع .

الفرع الثاني: شروط اللعان

اختلف الفقهاء حول هذه الشروط:

يرى الفقه الحنفي: انه فيما يخص شروط الزوج أو القاذف فهو واحد، ويتمثل هذا الشرط في عدم إقامة البينة ، لان الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله عز وجل: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله".

وهذا يفيد أن الزوج إذا أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا، لا يجب اللعان ولا يقيم عليها الحد الزنا، ولو شهد أربعة أحدهم الزوج تقبل شهادتهم و يقام عليها الحد، وهنا لقد خالف المذهب الشافعيّ المذهب الحنفي حيث أنه عندهم إذا كان الزوج من بين الشهود لا تقبل شهادته، ووجه قول الشافعي في ذلك:أن الزوج في أريهم متهم في شهادته، لاحتمال أن

[3] مصطفى ديب البغا، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، دار ابن كثير، دمشق، 1989،ص .181.

الغيظ حمله على ذلكّ واستندوا في ذلك إلى انه لا شهادة للمتهم على لسان رسول الله – صلى الله عليه وسلم[1].

وأما فيما يخص لشروط الزوجة فلابد من توفر شرطين:

– **أولهما:** كونها ممكنة الوطء فلان اللعان لا يكون إلاّ بالرمي بالزنــا أو بنفي الولد وهو يستلزم الزنا، فمن كانــت رتقاء أو عذراء فلا يتيسر ذلك منها [2].

– **وثانيهما:** إنكارها وجود الزنا منها فحتى لو أقرت بذلك لا يجب اللعان وإنما يلزمها ذلك حد الزنا، والذي يتمثل في الجلد إن كانت غير محصنة والرجم إن كانت محصنة، ذلك لظهور زناها بإقرارها. وبالإضافة إلى إنكارها وجود الزنا,والعفة أن تكون المرأة أو الزوجة متخلقة ولمّ تزني في حياتها ولو مرة، فان لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها [3] .

وأما فيما يخص الشروط التي تعود إلى الزوجين معا ، فيجب أولا وقبل كل شيء يجب أن تجمع بينهما علاقة زوجية أي قيام الزوجية الصحيحة بين الرجل القاذف والمرأة المقذوفة، ومن ثم يقع اللعان بين الرجل وزوجته سواء تم الدخول بها أو لا ، أو كانت المرأة في عدة من طلاق رجعي، وبناء على ذلك فلو قذف الرجل امرأة أجنبية، أو طلق زوجته طلاقا بائنا ثم قذفها فلا لعان بينهما، وبالتالي يجب عليه حد القذف في هذه الحالة[4].

اشترط الفقهاء بعض الشروط التي تخص الزوجين معا وذلك لإتمام عملية اللعان بالشكل الصحيح وفيما يلي شروط كل مذهب حسب تفصيله:

---

[1] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الجزء الخامس ،دار الكتب العلمية، لبنان،2003،ص 36.

[2] الشيخ محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الطبعة الأولى دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع،2004 ،ص 449.

[3] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع السابق، ص36.

[4] أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى؛ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008 ،ص 378.

اشترط المذهب الحنفي: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام في القذف، أما اعتبار العقل و البلوغ فلان المجنون الذي فقد عقله والصبي الذي لم يبلغ سن البلوغ ليسا من أهل الشهادة، وهذا يعني أنهما ليسا من أهل اللعان، وأما اعتبار الحرية فالمملوك ليس من أهل الشهادة خاصة أن اللعان عند الحنفية شهادات مؤكدة بالإيمان، فمن ليس من أهل اليمين ليس من أهل اللعان، وأما اعتبار النطق، فلان الأخرس لا شهادة له ، لأن لا يأتي بلفظة الشهادة والقذف، أما اعتبار المحدود في القذف فلأن لا شهادة له [1] ،لان الله تعالى رد شهادته الآية 6 من سورة النور.

-أما **المذهب المالكي** فلقد اشترط أن يكون الملاعن والملاعنة أو الزوجان عاقلان، بالغان سواء كان حرين، أو مملوكين أو فاسقين، و يشترط الإسلام في الزوج لا في ألزوجة لأن الذمية يجوز لها أن تلاعن وذلك لرفع العار عن نفسها[2].

-أما **المذهب الشافعي** لم يخالف المذهب المالكي، فكان رأيه أن اللعان جائز على كل زوج جازا طلاقه وسواء كان الزوجان حرين مسلمين أو كان أحدهما حر والآخر مملوكا أو كانا مملوكين معا أو كان الزوج مسلما والزوجة ذمية[3].

-أما شرط وقت اللعان خاصة إذا كان بنفي الولد فيجب أن يكون بحضرة الولادة أو بعدها بيوم واحد، وأن لا يتقدم من الزوج إقرار به صريحا أو ضمنيا كدلالة سكوته عند التهنئة مع عدم رده [4]، أما بعد قبوله التهنئة وشراء ما يلزم المولود ومضي ذلك الوقت يعتبر إقرار منه فلا يصح نفيه بعد ذلك[5].

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ,ص 251.

[2] وهيبة الزحلي, مرجع سابق ,ص534.

[3] أحمد بخيت الغزالي ازلي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق ,ص 378.

[4] أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، مرجع السابق، ص 202.

[5] أحمد فراج حسين، مرجع السابق، ص 170.

إذن يجب على الزوج إذا تيقن أن الولد ليس منه ، فعليه أن ينفيه بتمام الولادة ، أو بعدها بيوم، كما أن سكوته بعد الولادة أو قبول التهنئة مع عدم ردهاّ يسقط حقه في نفي هذا الولد باللعان . وفيما يخص المدة التي يصح فيها النفي بعد الولادة ، فهناك خلاف بين الفقهاء، فلقد روى عن أبي حنيفة ان له وقت سبعة أيام، وأبو يوسف ومحمد الوقت في اللعان لنفي الولد حتى نهاية أيام النفاس ، وه ي مدة أربعون يوما .لان مدة النفاس كحالة الولادة، بدليل أنها لا تصوم فيها ولا تصلي [1]. ويرى الشـــافعي أن نفي النسب يكون على الفور، فقال إن نفاه على الفور انتفى، وإلا ألزمه [2].

ولو كان الزوج غائبا لا يعلم بالولادة ، فعلمه يكون وقت حضوره أو بلوغه خبر الولادة، فله النفي في مقدار ما تقبل فيه التهنئة ، كأن يكون الزوج مسافر لمدة معينة ، ولم يعلم بولادة الولد . وعند رجوعه وجد زوجته أنجبت ولدا وهو متيقن أن هذا الولد ليس منه فيمكن له نفي هذا الولد حال وصوله وعلمه به أو أثناء تلقيه التهنئة وهذا حسب رأي الفقه . لان النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار مقدار القدوم، وبلوغ الخبر، كحال الولادة [3].

بتوفر هذه الشروط تتم الملاعنة بين الزوجين ، وبعد التأكد والانتهاء من إجراءات اللعان، يفرق القاضي بين الزوجين وبالتالي تكون هناك حرمة الاستمتاع بينهما على وجه التأبيد، ويقوم بنفي الولد عن الزوج.

[1] أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 275.

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع السابق، ص 56.

[3] أحمد نصر الجندي ،مرجع سابق ، ص 276.

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ اللعان،أثاره

إن توافر الشروط السابقة يجرنا إلى الحديث حول الإجراءات التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية من أجل تنفيذ اللعان و هذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الأول و الثاني :

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ اللعان ومكانه

أولا: كيفية تنفيذ اللعان

كيفية اللعان متقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم في ذلك خلاف كبير وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية، فيقول الزوج: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه(ويشير إليها إن كانت حاضرة) من الزنا أو نفي الولد (على حسب ما رماها به) ويكرر هذا أربع مرات ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد، فإذا انتهى الزوج من ذلك أمر تشهد هي و تقول:" أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد، وتكرر هذا أربع مرات. ثم تقول في الخامسة:غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد .[1]

[1] كيحل عز الدين، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث ،ص 124.

ثانيا : مكان اللعان

اعتبر الفقهاء أن المساجد هي المحل المفضل لإجرائه لما تتصف به من قدسية، وما تحدثه من رهبة في نفوس الزوجين و الحاضرين ، مما قد يساعد على عدم إتمامه باعتراف احد الزوجين خوفا من الله و عذاب الآخرة [1].

قال الدردير:"وجب إيقاعه بأشرف مواضع البلد كالجامع ، فلا يقبل رضاهما بغيره ووجب كونه بحضور جماعة اقلها أربعة من الرجال العدول ، وندب كونه اثر صلاة من الخمس و بعد العصر ، وتخويفهما بالوعظ لان احدهما كاذب قطعا فلعله أن يرجع و يقر بالحق، وخصوصا ندب الوعظ عند الشروع في الخامسة منه أو منها وندب القول لكل منهما بأنها أي الخامسة موجبة العذاب على الكذب ، أي سبب في إنزال العذاب من الله باللعنة أو الغضب على الكاذب [2].

قال الشافعي تحت عنوان أين يكون اللعان؟ وكذلك يلاعن بين كل زوجين في مسجد كل بلد.....وان كانت المرأة حائضا التعن الزوج في المسجد و المرأة على باب المسجد" [3].

قال ابن قدامة: "ومعنى التغليظ، أنهما إذا كان بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام,فانه اشرف البقاع، وان كان في المدينة فعند منبر الرسول صلى الله عليه وسلم، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلدان في جوامعها.."[4].

واجمع الفقهاء على اشتراط القاضي أو من في حكمه لإجراء اللعان ، وذلك لما يترتب عليه من نتائج خطيرة تؤثر على استمرار الزواج وانتس ـــاب الولد وإلحاق اللعن

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر لنشر و التوزيع، الجزائر،سنة 2010.

[2] عز الدين كيحل، مرجع سابق، ص124 .

[3] عز الدين كيحل، مرجع سابق، ص 125 .

[4] عز الدين كيحل، مرجع سابق، ص 125.

و الغضب على احد طرفي اللعان ، وغير ذلك من النتائج التي تنجم عن اكتمال اللعان و تتطلب وجود القاضي لتفعيل هذه النتائج وتوثيقها.

الفرع الثاني: أثار اللعان

إذا تم اللعان بالطريقة الصحيحة المشروعة، فإنه يترتب عليه مجموعة من الآثار، وهنا نميز بين آثار اللعان في قذف الزوج لزوجته، ويثار اللعان في نفي الزوج لولد.

أولا: آثار اللعان في قذف الزوج زوجته

1- وجوب الفرقة بين الزوجين: الفرقة بين الزوجين المتلاعنين مسألة مختلفة فيهما، من حيث أن الفرقة تكون بصدور حكم من القاضي أو أن تكون بمجرد اللعان.

إذ يرى الأحناف أن التفريق بين المتلاعنين واجب ما دام الزوجان على اللعان ، وهذا التفريق لا يكون إلا بصدور حكم قضائي من القاضي [1]،استدلوا بقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية "فرق النبي صلى الله عليه وسلن بينهما"وهذا يقتضي ان الفرقة لم تحصل قبل تفريق النبي صلى الله عليه وسلم[2].

بينما يرى المالكية والحنابلة عكس ما ذهب إليه الحنفية، في أن التفريق بين المتلاعنين يكون بدون صدور حكم من القاضي، حيث يقول م الك السنة عندنا:" المتلاعنين لا يتناكحان أبدا"[3]، وقال عمر رضي الله عنه "المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا"[4].

[1] أحمد نصر الجندى، المرجع السابق، ص287.

[2] احمد نصر الجندي,المرجع السابق ,ص 288.

[3] موطأ بن مالك،رواية يحى بن يحى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، الطبعة 9 ،دار النفائس، بيروت، 3431،ص183.

[4] أحمد نصر الجندي ,مرجع سابق ,ص 288.

ثانيا: آثار اللعان في نفي الزوج للولد

يترتب على اللعان في نفي نسب الولد إذا تم بالطرق المشروعة نسب الولد بأمه وسقوط حقوقه في الميراث والنفقة بسبب قطع نسبه عن أبيه الزوج.

1. قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه: عن عبد الله بن عمر أن رجل لاعن امرأته في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وانتقل من ولدها، ففرق رسول الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة [1].

2. نفقة وميراث ولد الملاعنة: عدم إلزام النفقة سواء نفقة الأبناء على الآباء أو نفقة الآباء على الأبناء [2].

كما يمنع التوارث، عن مالك: أنه بلغه، أن عروة بن الزبير كان يق ـــول في ولد الملاعنة وولد الزنا :إذا مات ورثته أمه، حقها في كتـاب الله تعالى، وإخوته لأمه حقوقهم، ويرث البقية موالي أمه إن كانت غربية كانت مولاة وان كـــانت غريبة ورثت حقها وورث إخوته لامه حقوقهم، وكان ما بقي للمسلمين، قال مالك: وبلغي عن سليمان بن يسار مثل ذلك، وعلى ذلك أدركت أهل العلم عندنا [3].

فهذه أهم أحكام اللعان ومسائله، وللعلماء تفاصيل موسعة في كثير من أحكامه، لم نجمل بيانها كاملا في هذا محل، حيث المقصود إعطاء نبذة م ـــوجزة يتضح بها مفهـوم اللعان ويبقى الآن علينا أن نتـطرق إلى موقف كل من القـانون والقضاء الجزائري والقانون والقضاء المقارن من أحكام اللعان ومسالة نفي النسب.

[1] موطأ بن مالك، المرجع السابق، ص389.

[2] موطأ بن مالك، المرجع السابق، ص389.

[3] موطأ بن مالك، المرجع السابق، ص389.

الفصل الثاني:

موقف القانون المقارن والقانون الجزائري

من مسالة نفي النسب.

بعد أن تطرقنا إلى طرق نفي النسب في الشريعة الإسلامية في الفصل الأول، سوف نتنـــاول في هذا الفصل طرق نفي النسب في بعض القوانين العربيـــة ومقارنتها بالتشريع جزائري، مع محاولة تقصي القضاء المقارن وكيفية تعاملها مع دعـاوى إنكار النسب كل ذلك من خلال المبحثين التاليين :

أبرزت بعض التشريعات العربية بأن اللعان هو سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، ومن بين هذه التشريعات تطرقنا في هذا الشأن إلى موقفي كل من التشريع التونسي أو مجلة الأحوال الشخصية التونسية وكذا مدونة أسرة المغربية و ذلك في دراسة مقارنة بين التشريعين و القانون الجزائري، خاصة وأن حداثة تقنية التحليل بالبصمة الوراثية كانت دافعا وراء اختلاف الرؤى الفقهية و التشريعية حول مشروعية نفي النسب بالبصمة الوراثية. وازداد الأمر تعقيدا بالنسبة للفقه العربي مع اختلاف الرؤى الشرعية من مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية خصوصا ، مع عدم الإشارة إليها في مؤلفات الفقهاء المسلمين الأوائل و عليه سنتناول موقف التشريعين:

المبحث الأول: موقف القانون المقارن من مسالة نفي النسب

لقد انـقـسـمت القوانين الـوضـعيـة فـي مسـالة طرق نفي النسب إلـى اتجاهـات مختلفة: فمنها من أجاز نفي النسب باللعان ونص عليه صراحة، ومنهم من اعتبر الطرق العلمية الحديثة وسيلة لاسـتـخدامـها فـي هـذا الـمـجـال، وهناك من تجاهل النـص علـى ذلك، ويـمـكــن توضيح ذلك فيما يلي من خلال تناول كل من موقف القانون المغربي وموقف القانون التونسي كنموذج :

المطلب الأول: موقف القانون المغربي من نفي النسب

نتناول في هذا المطلب مسالة نفي النسب في التشريع المغربي، وموقف مدونة أسرة المغربية في الفرع الأول، وجانب العملي أو التطبيقـي ومدى تعامل القضاء مع دعاوى إنكار النسب في الفرع الثاني:

الفرع الأول: تشريع مدونة الأسرة المغربية

لقد نصت المدونة المغربية على أحكام النسب و طرق إثباته و نفيه في المادة 158 من مدونة الأسرة و هي الفراش و إقرار الأب و شهادة عدلين و كذا بينة السماع ، أما فيما يتعلق بنفي النسب فإن التشريع المغربي قبل التعديل أورد أحكامه بنص المادة 91 من المدونة و قد نصت: « يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المعتمدة شرعا في نفي النسب ».

وقد عدل القانون المغربي في 03 فبراير سنة 2004 أين أورد أحكامه بنص المواد 151 ، 153 ،159 كيفية إلحاق النسب و كذا كيفية نفيه حيث نصت المادة 153 منه «يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين :

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة[1] ".

و بالنظر إلى أحكام نص المادة 159 التي تنص: لا ينفى نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي[1]،طبقا لمادة 153 أعلاه .

[1] المادة 153 من القانون رقم 07-03 ، مدونة الأسرة المغربية، الصادر في 12 ذو الحجة 1424 الموافق ل03 فبراير 2004 ،جريدة رسمية رقم 50184 ،الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004 ،ظهير شريف رقم 04-22 .

و يتضح مما سبق أن وسائل إثبات النسب و ردت في القانون المغربي أكثر منها من وسائل نفي النسب، و ذلك من أجل تضييق نطاقها على من ينفيه، فقد جاء التضييق في القانون المغربي إعمالا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تجعل الشارع حريصا على ضمان حقوق الأنساب و حفظ أعراض النساء، و بالنتيجة حفظ نسب الولد. فالقاعدة العامة أنه يثبت النسب بمجرد قيام العلاقة الزوجية، أما إذا حدث ونازع أصحاب من له مصلحة في النسب فلا يكون هذا النفي إلا بحكم قضائي، و ذلك طبقا لنص المادة 151 من مدونة الأسرة الجديدة[2].

ودعوى نفي النسب في مدونة القانون المغربي يكون عن طريق اللعان، و اللعان كما سبق لا يكون إلا بناءا على حكم قضائي يقضي به القاضي، و بالتالي إذا اتفق الزوجان على الملاعنة دون اللجوء إلى القضاء لا يترتب على ذلك اللعان أي أثر .

و نصت المادة 153 المذكورة سابقا على إمكانية نفي النسب بالاعتماد على الخبرة مع إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، وجعلت اللجوء إليها يتم بصدور أمر قضائي، وفي هذا تشديد يمكن أن يقلل من اللجوء إليها، فعلى فرض أن القاضي على إطلاع واقتناع بكون الخبرة التي سيلجأ إليها ذات نتائج قطعية كما هو الشأن بالنسبة للبصمات الجينية،

[1] المادة 159 من القانون رقم 07-03 ، مدونة الأسرة المغربية، الصادر في 12 ذو الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 ،جريدة رسمية ،عدد 5184 ،الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004 ،ظهير شريف رقم 04-22 .

[2] المادة 151 من قانون مدونة الأسرة المغربية المرجع السابق تنص: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي "

إنه يمكن أن يِحجم عن إصدار أمر قضائي يتيح اللجوء إلى الخبرة ما دام الزوج الذي يريد نفي لم يدل بدلائل قوية على ادعائه، فالأقوال توزن بموازين مختلفة [1].

أما إذا لم يقتنع القاضي بالخبرة ، فمهما كان إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه، فإن ذلك لن يفيده في شيء ما دام القاضي غير مقتنع بالخبرة ،وما دام أمامه مسوغ شرعي يجعل منه مخرجا لرفض طلب اللجوء إلى الخبرة والمتمثل في اللِّعان.

إضافة إلى ذلك فإن هناك غموض في صياغة المادة 153 والتي لم توضح معنى الدلائل القوية، مما جعل تحديدها داخلا في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، وتبقى فكرة الدلائل القوية مسالة واقع لا قانون وان كانت تحتاج إلى تعليل منضبط دفعا لاي فكرة تعسف قد يمارس من جانب المحاكم.

كما أثارت إشكالية اعتماد الخبرة العلمية أو الطبية جدلا واسعا بين الفقهاء المؤيدين لاعتماد الخبرة الطبية كوسيلة لنفي النسب في قانون المغربي قبل التعديل إلا أن المشرع المغربي تدارك و حسم الجدل.

وهذا من خلال المدونة الجديدة، و ذلك بقبوله للخبرة الطبية كوسيلة شرعية لإثبات النسب أو نفي النسب شرط صدور أمر قضائي بها ،و ذلك لمواكبة مستجدات العصر يقينا من المشرع المغربي أن التقنيات الحديثة في مجال الطب و خصوصا ما عرفه علم الهندسة الوراثية من تطورات بات معها وجوب الالتجاء إلى هذه التقنيات .

ومتى كان اللعان وفقا للشروط و الكيفية المطلوبة، رتب آثار هامة أهمها سقوط حد القذف على الزوج بحلفه وسقوط حد الزنا على الزوجة بحلفها،وتقع الفرقة بين الزوجين بحكم القاضي طبقا للمادة 159 من مدونة الأسرة بدون طلاق و يحرم عليهما الزواج مؤبدا.

[1] سعد عبد اللاوي ،الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، سنة 2014 -2015 ص144.

الفرع الثاني : موقف القضاء المغربي من نفي النسب

من بين النزاعات التي طرحت أمام القضاء المغربي بخصوص نفي النسب بواسطة شهادة طبية تثبت عقم الزوج، نزاع نجمل وقائعه كالآتي:

بتاريخ 17 يوليوز 1979 ادعت السيدة... علي مفارقها السيد... ذاكرة أنه فارقها بتاريخ 22 أبريل 1979، وهي حامل، طالبة الحكم عليه بأداء نفقة الحمل، وأجاب المدعي عليه مع تقديم مقال مضاد ذاكرا بأنه طلق المدعية وهي غير حامل طالبا إلغاء طلبها والحكم بنفي الحمل لأنه عقيم لا يلد.

أدلت المدعية بشهادتين طبيتين من مستشفى الحسن الثاني بأكادير تفيدان أنها دخلت هذا المستشفى بتاريخ 13 دجنبر 1979 حيث وضعت بنتا، وقد انتهت الإجراءات بحكم ابتدائية أكادير الذي قضى في الطلب الأصلي على المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية 500 درهم الباقية من نفقة ولادتها وبرفض الطلب المضاد وبالتالي رفض طلب نفي النسب. استأنف المحكوم عليه حكم ابتدائية أكادير مشيرا إلى أن المحكمة قد ناقشت القضية من حيث الفترة الزمنية الفاصلة بين تاريخ الطلاق والوضع، أي أقصى مدة الحمل، في حين أنه قد ركز دفعاته على أنه قام بتحليلات طبية على نفسه منذ سنة 1971 أثبتت كلها أن نطفته خالية من بويضات التناسل. وقد التمس المستأنف من محكمة الاستئناف إجراء خبرة طبية للتأكد مما ذكر، وقد تم له ما طلبه وأثبتت الخبرة الطبية أنه عقيم لا يلد، وعلى الرغم من ذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف بأكادير الحكم الابتدائي على أساس أن التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يعتمد عليها من الناحية الشرعية لنفي النسب [1]. وجاء في الطعن الذي رفعه المدعى عليه أمام المجلس الأعلى: « وحيث يطعن طالب النقض في الحكم المذكور بعدم الارتكاز على أساس وعدم التعليل لأنه لم يورد النص الشرعي الذي ألغى الخبرات

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية تعليق على قرارا المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن تونس ،المغرب سوريا ،الجزء الأول ،دار هومه ،الجزائر ،2011 ،ص 101 .

الطبية في الموضوع، وأنه على العكس من ذلك، فإن النصوص الشرعية تأخذ بعين الاعتبار ما قد يصل إليه الأطباء في تحليلاتهم فيما يخص الحمل، وذلك ما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية أنها جعلت للقاضي وهو ينظر في مادة النزاع أن يستعين ببعض الخبراء من الأطباء للتوصل إلى الحل الذي يفضي إلى الحكم.. »، وقد رفض المجلس الأعلى هذا الطعن بناء على ما يلي: «..إن ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في مدونة الأحوال الشخصية : الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب، وليس من بين هذه الوسائل وسيلة التحليل الطبي، وأن ما نص عليه الفصل 76 من المدونة خاص بما إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة لمعرفة ما في البطن هل علة أم حمل ؟ وبذلك تكون الوسيلة غير مبنية على أساس.

وقد نظم المشرع المغربي إجراءات الخبرة ضمن إجراءات التحقيق وتحديدا من قانون المسطرة المدنية، بحيث بين كيفية تعيين الخبير، وأسباب تجريحه، والمسطرة التي يجب عليه إتباعها أثناء ممارسته لمهمته، ومن الناحية المبدئية، فالخبرة قد قررت من أجل الاستئناس بها فقط، فهي لا تلزم القاضي و إلا أحللنا الخبير مكانه، يفصل في المنازعات بين الأفراد، ذلك أنه قد جاء في قانون المسطرة المدنية أن رأي الخبير ملزم لقاضي الموضوع، وإن كان عليه من الناحية الإجرائية أن يبرر موقفه كلما استبعد خبرة أجريت بكيفية قانونية وصحيحة، وفي مجال نفي النسب، لم نعثر على أي حكم يعتمد الخبرة الطبية في ذلك النفي، بل وعلى العكس من ذلك، لم نقف سوى على الأحكام التي تستبعدها، والقرار الذي نحن بصدد التعليق عليه، خير دليل على ما نقوله.

وهناك قرار أخر جاء فيه :" حيث صح ما عابه الطالب على القرار، ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا تحقق الامكانان العادي والشرعي، والطاعن نازع في نسب البنت(ه) إليه بدعوى عدم قدرته على الإنجاب في سنه واستدل على ذلك بشواهد طبية وتحاليل مختبرية، والمحكمة الابتدائية قد أمرت

بإجراء خبرة جينية بعد أن ثبت لها طبقا للمادة 153 من مدونة الأسرة إلا أن المطلوبة لم تحضرها، ومحكمة الاستئناف استبعدت دعوى نفي النسب بناء على قاعدة الولد للفراش، ولأن عدم حضور المطلوبة الخبرة المأمور بها ليس بقرينة عَّلى أن البنت ليست من صلب الطالب ما دامت ثبتت ولادتها على فراش الزوجية، في حين أنَّ قاعدة الولد للفراش كمبدأ عام في إثبات النسب مقيدة فقها وقانونا كذلك بالإمكان العادي وهو الاتصال الذي يتحقق منه الحمل، والمحكمة لما اقتصرت في قرارها على قاعدة الولد للفراش وحدها دون أن تناقش شروطها وتأثير تخلف المطلوبة عن حضور الخبرة الجينية المأمور بها، فإنها بذلك تكون قد خرقت القانون وقواعد الفقه ولم تعلل قرارها تعليلا سليما مما يعرضه للنقض لهذه الأسباب قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه."[1]

وما تجدر الإشارة إليه أن الاستجابة لطلب منكر النسب في الاعتماد على الخبرة الطبية في القانون والقضاء المغربي مشروط بإدلائه بدلائل قوية على إدعائه كما تبين سابقا، بحيث إن اعتماده على مجرد القول بان الولد ليس من صلبه لن يفيده في شيء، ما دام الشرع قد أعطاه إمكانية نفيه بواسطة اللِّعان متى توفرت شروطه.

ومما لاحظناه بخصوص انصراف المجلس الأعلى عن التطبيق العملي للعان أثار الأمر جدل في المغرب مما أدى إلى تعديل القانون [2].

[1] المجلس الأعلى المغربي، محكمة النقض، قرار عدد 321 ،صادر بتاريخ 2012/04/24 ،ملف شرعي ، 2010العدد 408 ،2012/04/24،غير منشور.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،مرجع سابق ،ص102

المطلب الثاني: موقف المشرع التونسي من نفي النسب

سنتطرق إلى موقف المشرع التونسي من مسالة نفي النسب في مجلة الأحوال الشخصية كفرع أول، وموقف القضاء التونسي من دعوى إنكار النسب كفرع ثاني:

الفرع الأول : في القانون التونسي

لقد تعرض التشريع التونسي إلى مسالة النسب في مجلة الأحوال الشخصية الصادر في 13 أغسطس 1956 و دخل حيز التنفيذ في 01 يناير 1957 في الكتاب السادس من المادة 68 إلى المادة 76 ، فقد عنى التشريع التونسي بالنسب و نضمه خصص له كتاب وقد نصت المادة 68 منه على أنه " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة "[1] ،كما نصت المادة 72 من مجلة الأحوال الشخصية "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرجه من العصبة و يسقط حقه في النفقة و الإرث " [2] ،كل ذلك يبين أن النسب في مجلة الأحوال الشخصية يثبت في العلاقة الشرعية بين الابن و أبيه و كلما أتضح أن المولود لا يتمتع بقرينة الشرعية انقطع نسبه عن والده و لم يبق له سوى الانتساب لأمه و قد ثار جدل في القانون التونسي حول وضعية الابن الطبيعي و تباينت مواقف الفقهاء في تونس حول مدى أحقية الطفل الطبيعي في إثبات نسبه فيما ذهب البعض الآخر إلى أن النسب المعتبر قانونا هو النسب الشرعي فحسب و لا يعترف بالبنوة الطبيعية خاصة و أن أحكام المادة 68 جاءت عباراتها مطلقة بخصوص مسألة إثبات النسب .

[1] المادة 68 من مجلة الأحوال الشخصية الصادر في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أغسطس 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية الجريدة الرسمية عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

[2] المادة 72 من مجلة الأحوال الشخصية المرجع السابق.

ما بخصوص نفي النسب فقد نصت المادة 75: "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم و تقبل في ه ذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية "

كما نصت المادة 76 :"إذا اثبت الحاكم نفى الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب و الفراق الأبدي بين الزوجين".

وكما سبق ذكره أجاز القانون التونسي رقم 75 لسنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب المعدل والمتمم، إثبات البنوة الطبيعية (الشرعية) إما بالإقرار أو البينة أو التحليل الجيني، وعلى هذا فإذا ما ثبتت هذه البنوة بالإقرار الصريح والرضائي، فإنه لا يقبل الرجوع عن ذلك،وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتا بالوسيلتين الأخريين وهما البينة والتحليل الجيني:

1 – إذا ثبتت البنوة الطبيعية بموجب دعوى أقامتها الأم أو النيابة العامة بالاستناد إلى البيَنة، فإنّه يمكن لمن ثبت نسبه منه أن يعارض تلك البيَنة، كأن يثبت أنه زمن الحمل كان في حالة لا يمكن معها والدا للطفل ، كأن يكون صغيرا لا يمني او عاجزا أو أنه كان بعيدا عن مكان وجود الأم .

2 – إذا ثبت نسب الطفل بالبينة، وأثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني، فإنه في مثل هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وترد دعوى إثبات غير الشرعية.

أما نفي نسب الطفل الشرعي وبما أن المشرع التونسي قد أجاز العمل بالتحليل الجيني أو البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات، فإنها بذلك تدخل في عموم نص المادة 75 الذي أقر للزوج نفي حمل زوجته أو الولد اللازم له بجميع وسائل الإثبات الشرعية.

الفرع الثاني :موقف القضاء التونسي من مسالة نفي النسب

إن فقه القضاء التونسي ذهب إلى القبول بإدراج الوسائل البيولوجية ضمن الوسائل الجائز اعتمادها لنفي النسب بالاستناد على تأويل واسع لأحكام الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية ، وقد كانت محكمة الاستئناف بسوسة سباقة للقبول فعليا باللجوء إلى تحليل الدم لنفي الأبوة عبر إثبات اختلاف الفصائل الدموية بين الابن و الأب المزعوم فقد جاء في قرارها ال م ؤرخ في 17 جانفي 1974 إن :"الاعتماد على التحاليل الطبية لنفي النسب لا لإثباته اعتماد على وسائل إثبات شرعية مادام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لأخر حسب تحاليل خاصة تؤدي إلى نتيجتها دون شك أو جدل"

كما أكدت محكمة التعقيب التونسية من جهتها علة هذا الموقف في العدي ـــد من المناسبات وجاء بأحد قراراتها:" إن أحكام الفصلين 75 و 76 من مجلة الأحوال الشخصية اقتضت إمكانية القيام بطلب نفي النسب استنادا إلى كافة وسائل الإثبات ومنها وسيلة تحليل الدم التي هي حجة قاطعة يمكن الاستناد إليها في طلب نفي النسب".

فتحليل فصائل الدم كما هو الشأن أيضا بالنسبة لتقنية التحليل الجيني من الممكن اعتمادها كوسائل لنفي النسب الشرعي تطبيقا لأحكام الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى صراحة انه :" إذا نفي الزوج حمل زوجته الولد ا للازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية ."طالما أن هذا الفصل لم يعدد على سبيل الحصر الوسائل الشرعية التي من الممكن اعتمادها لنفي النسب وكانت عباراته عامة و مطلقة[1] .

واستقـر قضـاء محكمـة التعقيب التونسيـة على هذا الرأي، حيث قضت مرة أخرى باعتمـاد الاختبـارات الطبيـة كوسيلـة لنفي النسب، فقد قضت في حيثيات أحد أحكامها:" بأن

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،مرجع سابق،ص 103 .

نَّـفي النسـب في هـذه الحـال يكـون مـع توافـر الفـراش والـزواج الصحيـح ولكـن الـولادة أو الحمل الذي جاءت بـه الزوجة هو موضـوع الطعن، والنـفي بحسـب مـأ يقـدمـه الـزوج مـن وسائـل الإثبـات الشـرعيـة والقـانونيـة، والتي تعد شهـادة الشهـود فيـه كـافيـة، بل يجـب الاعتـماد عـلى الأبحاث والاختبارات الطبيـة، والـتي يكـون لـها تأثيـر سـلبي أو إيجابـي، ومــن ذلك وسيلـة تحـليـل الـدم لكـل مـن الـزوج والـزوجـــة والمـولـــود المطـالـب بنـفي نسبـه، وأنـــه لا شيء يمنع ممن اعتماد تلك الوسيلة التي تحقق علماء الطب الشرعي من صحتها ,والتي تعد طريقة قاطعة ,وهو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة [1].

وهكذا اعتبر القضاء التونسي ، سواء الاستئناف او التعقيب الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفي النسب .

[1] قرار محكمة التعقيب رقم 2777,الصادر بتاريخ 26 01 1993 ,مشار اليه في :عبد الرحمان أحمد الرفاعي ,المرجع ,ص 718

المبحث الثاني : موقف القانون الجزائري من مسالة نفي النسب

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على نفي النسب، بالطرق المشروعة[1] لكن لم يحددها مما يثير كثير من التساؤل والغموض. إن هذا الموقف يحتم علينا البحث عن حل قانوني آخر يمكن من خلاله إيجاد حل لهذه المعضلة القانونية. فالحل حسب اعتقادنا يكمن في نص مادتين اثنتين، المادة الأولى يلجأ إليها القاضي في حالة غياب النص القانوني الصريح أو الضمني ، وهي المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على ما يلي:" **كل ما لم يرد النص عليه في نص هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** " و كذلك المادة 02 من القانون المدني التي أشارت إلى اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص التشريعي.

يتضح بأن هذه الإحالة التي أراد من خلالها المشرع الجزائري إيجـاد حل لمسألة نفي النسب أحدث غموضا أكثر يعود بالأساس إلى المذاهب الأربعة السـائدة في الشريعة الإسلامية و تعليل الارتكاز على مذهب عوض مذهب آخر مما يعقد المسـألة كثيرا من الناحية العملية .

المطلب الأول :عدم اتخاذ موقف صريح من نفي النسب

تطرق المشرع الجزائري إلى انحلال الرابطة الزوجية و التفريق بين الزوجين و قسمها إلى قسمين : فالأول لا دخل فيه لإرادة الطرفين و هي وفاة أحد الزوجين و الثانية بإرادة الزوج المنفردة أو اتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة عن طريق التطليق أو الخلع فيما أغفل القانون سبب هام لفك الرابطة الزوجية و التي تؤدي إلى التفريق بين الزوجين و هي اللعان فيما أخذ به كمانع من موانع الميراث حسب ما جاءت به المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص "يمنع من الإرث اللعان والردة " و هذا ما أدى إلى وجود فراغ قانوني حول كيفية تطبيق أحكام اللعان ولما كان حفظ الأعراض من أهداف و مقاصد الشريعة

[1] نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري :"

الإسلامية ، و قد عنت كل التشريعات اهتماما كبيرا لهذا الموضوع كان على المشرع الجزائري أن يتطرق إلى موضوع نفي النسب من خلال التعديلات التي أوردها خاصة منها الأمر 02-05 و بالضبط المادة 40 من قانون الأسرة التي وردت خالية من أحكام و كيفيات نفي النسب مما يحتم اللجوء إلى نص المادة 222 من نفس القانون و التي تنص بدورها على: " كل ما لم يرد النص عليه في نص هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية: " والتي حصرت طرق نفي النسب في اللعان فقط والمشرع الجزائري لم يشر ولم يورد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي ينتفي بها نسب الابن عن الزوج ولكن تم التطرق للعان مرة واحدة وذلك في إطار المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري باعتباره مانع من موانع الإرث وجاء نص المادة كالتالي:« يمنع من الإرث اللعان والردة »[1]، وسكوت المشرع الجزائري عن تحديد إجراءات و كيفيات نفي النسب خاصة و أن نظام اللعان هو نظام يفرض وجوده فأصبح من الواجب إدراجه و النص على إجراءاته في القانون حماية لنسب الطفل من الإنكار الكاذب وأيضا حتى لا يلحق نسب الأب بغير ابنه.

فبالمقارنة مع التشريعين المغربي و التونسي التي سبق و أن تطرقنا إليهما ، فإن الجدل مطروح حاليا حول موضوع نفي النسب هو إدراج الطرق العلمية في نفي النسب ،لكن بالرجوع إلى التشريع الجزائري فإننا نجده خال حتى من شروط و كيفية و مكان إجراء دعوى اللعان، و هذا ما يحتم علينا اللجوء إلى الشريعة الإسلامية .

[1] المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ اللعان

الشريعة الإسلامية الغراء تعتبر المساجد هي المحل المفضل لإجراء اللعان لما يتسم به هذا الإجراء من قدسية و احترام في نفوس الزوجين و الحاضرين ، فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجوب توقيع اللعان في المساجد و يكون ذلك بحضور جماعة من الرجال العدول و الإمام لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل وجود القاضي واجب أثناء ذلك، فالإمام مالك أوجب أن يكون القاضي حاضر بالمسجد فمتى وقع اللعان حكم القاضي بينهما بالتفرقة وقطع نسب الولد، فإذا لم يفرق الحـــاكم ونعني به الإمام القاضي فالزوجية قائمة و دليلهم على ذلك أن رجلا من الأنصار دخل المسجد على الرسول عليه الصلاة و السلام و أصحابه جلوس فقال: يا رسول الله إذا رأيتم رجلا يجد منع امرأته رجلا فإن قتلتموه إن تكلم جلدتموه و إن سكت على غيظ ، ثم قال اللهم افتح ،فنزلت آية اللعان .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو عن من يقوم بإجراءات توجيه اللعان بين الزوجين في المسجد هل هو القاضي أم الإمام ؟

من خلال ما سبق يتضح لنا سطحيا أن الإمام هو من يشرف على عملية اللعان إلا أن لفظ الإمام في الموضوع ينصرف إلى القاضي أو الحاكم ، وهكذا وبناء على ما تقدم فان إجراء اللعان بين الزوجين لا يكون إلا من اختصاص القاضي أو من يعينه الحاكم لهذه المهمة، فإذا قام بها الإمام أو أي شخص آخر بإجراء أيمان اللعان بدون تكليف أو إذن يكون بذلك متعديا على القاضي أو من ينوبه أو من له الولاية على ذلك. وفي حال الإشراف على اللعان من طرف شخص غير مختص به أو غير معين من طرف الحاكم للقيام بهذه المهمة فان العلماء مجمعون على انه لعان غير شرعي ولا يرتب أي اثر من أثار اللعان الشرعي.

الفرع الثاني: ميعاد رفع دعوى اللعان وشروطها

أولا: ميعاد رفع الدعوى اللعان

إن ميعاد رفع دعوى اللعان تكون بمجرد العلم أو رؤية جريمة الزنا أو وضع الحمل الذي أراد الزوج نفيه ،و هذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية كون طبيعة هذه الدعوى لا تقبل أي تأجيل أو تأخير فالتشريعات العربية و منها التشريع الجزائري لا تتسامح في تأجيل رفع الدعوى و مباشرتها ، و ذلك لسد الباب في وجه الهاربين من واجب النفقة على أولادهم و ذلك باللجوء إلى نفيه دون أي دليل و تفريق بين الزوجين و تفكيك الأسرة . فقد وضعت المحكمة العليا في الجزائر مدة زمنية يمكن للزوج رفع دعوى اللعان ، و قد حددتها ب ثمانية (08) أيام من يوم العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا و هو ما جاء في قرارتها الآتية :

– قرارها المؤرخ في : 1993/11/23 تحت رقم 99000 و خلاصة القرار "ينسب الولد لأبيه متى كان من المقرر قانونا أن الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفيه بالطرق المشروعة ،مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام ومن المستقر عليه قضاءا أنه متى تبين – في قضية الحال– المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل منذ علمه به و خلال المدة و بعد مرور أكثر من المدة المحددة شرعا ،وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا و أن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه ،فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة و أخطئوا في تطبيق المـــادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب ،دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرته [1].

[1] قرار المحكمة العليا رقم 99000 المؤرخ في: 1993/11/23 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى ،2013، ص 1019 .

كما جاء في قرار أخر بتاريخ :1997/10/28 تحت رقم 72379 « إن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق و في اجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه » [1].

ثانيا : شروط رفع دعوى اللعان

دعوى اللعان لا تختلف عن باقي الدعوى من حيث وجوب توفرها على شروط شكلية و أخرى موضوعية ،و هذا ما يدعونا إلى اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية نص المادة 13 التي تنص :"لا يجوز لأي شخص التقاضي م ا لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ".

كما نصت المادة 40 من القانون المدني «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة ».

ومن خلال استقرائنا للمادتين فإن شروط رفع الدعوى هي:

أ – **الصفة** : فلا تقبل دعوى اللعان و إنكار النسب إلا من له الحق أو المركز القانوني لرفعها ، و الصفة في منازعات النسب هي من حق صاحب الحق ، و بصفة شخصية فقد اختصه القانون بهذا المركز الذي يلاعن زوجته ، هو صاحب الصفة دون غيره فالزوج هو الذي خول له القانون حق نفي نسب الحمل إن كانت لهم مصلحة محققة في الأمر عن صلبه إذ لا يستساغ أن يلاعن نيابة عن الزوج إخوته أو والده كما لا يمكن أن يقر الشخص بالإخوة دون موافقة باقي أفراد العائلة.

[1] قرار المحكمة العليا رقم 172379 المؤرخ في:1997/10/28 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني،الطبعة الأولى ،2013، ص 930.

ب – **المصلحة:** و نقصد بها حاجة الشخص التي تدفعه إلى رفع دعوى أمام الجهة القضائية لحماية حق أو لجلب مصلحة أو دفع ضرر، و هو ما أوردته المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،[1] و في دعوى النسب تتمثل في حق الشخص في معرفة نسبه و أصله سواء من جهة الأبوة أو الأمومة كما تعتبر دعوى إثبات النسب دعوى دفع العار أما في دعوى نفي النسب فهي دعوى الهدف منها إبعاد كل غريب عن العائلة من الانتساب إليها والحفاظ على نسبهم من التدنيس، وبالنتيجة حماية ثروتهم من أن تقسم على الغرباء [2].

ج – **الأهلية:** طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني فإن الأهلية نوعان أهلية وجوب و أهلية أداء ،و تكتمل أهلية الأداء ببلوغ الشخص19 سنة ، عليه فإن دعوى اللعان أو نفي النسب لابد أن يكون المدعي فيها متمتعا بأهلية التقاضي و هي بلوغه سن 19 سنة وتمتعه بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه ولم يصبه أي عارض من عوارض الأهلي ـــــة كالسفه و العته و الجنون [3] .

د– **إجراءات مباشرة دعوى اللعان:** لم ينص قانون الأسرة الجزائري على إجراءات خاصة لرفع دعوى اللعان أو نفي النسب بالنظر إلى أن هذه الدعوى هي دعوى فريدة من نوعها وهذا ما يفرض علينا تلقائيا اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية و الادارية:

1– الاختصاص النوعي:

و نقصد بالاختصاص النوعي هو التقسيم الحاصل أمام الجهات القضائية (محكمة ،مجلس قضائي ، محكمة عليا ... الخ) ،والذي يبين اختصاص كل فرع أو قسم أو غرفة بالنظر في الدعاوي المعروضة أمامها ، و هو ما أوردته نص المادة 32 و324 من قانون

---

[1] المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] بوبشير محند آمقران، الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، ص36.

[3] المادة 40 ،من الأمر 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.

الإجراءات المدنية و الإدارية ، فالجهة المختصة بالفصل و النظر في المنازعات المتعلقة بالزواج و فك الرابطة الزوجية وإثبات النسب ونفيه أو دعوى اللعان هو قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة .

-2- الاختصاص الإقليمي :

تنص المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: « ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه » .

-3- العريضة الافتتاحية لرفع الدعوى :

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادتين 14 و 15 نجد أن الشارع قد حدد بدقة البيانات التي يجب أن تحتويها العريضة الافتتاحية لرفع الدعوى، و ذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا، و تودع العريضة بعد تحريريها بأمانة ضبط المحكمة أين يتم تسجيلها و إعطاءها رقم و تحدد لها تاريخ أول جلسة، و على المدعي أن يقوم بتبليغ العريضة للخصم طبقا لنص المواد 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يجب احترام أجل 20 يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة ، و يمدد هذا الأجل إلى ثلاثة (03) أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج[1] .

-4- جلسة نفي النسب

يتولى أمين ضبط المحكمة (أمين ضبط قسم شؤون الأسرة) إعداد الملف و تكون جلسة نفي النسب بحضور ممثل النيابة العامة ،و في جلسة سرية يحضرها كل من الزوج و الزوجة في مكتب السيد قاضي شؤون الأسرة و بحضور أمين الضبط،عندها يوجه القاضي

[1] – بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص36 و76.

الكلمة للزوج ليعرض القضية بملابساتها و كما يطلب منه تقديم طلباته ، و يعطي فيما بعد الكلمة للزوجة للدفاع عن نفسها طبقا لنص المادة 491 من نفس القانون[1] .

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من مسالة نفي النسب

القضاء الجزائري استقر على أنّ اللّعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب، ولم يتم الاستعانة بأي طريق آخر ،وذلك كله واضح في قرارات المحكمة العليا التي أقرت بتطبيق اللّعان ووفق ضوابطه الشرعية، ويظهر ذلك في قرارات المحكمة العليا.

[1] المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :" ينظر في الدعاوى المتعلقة بالنزاعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه,بحضور ممثل النيابة و في جلسة سرية ".

الفرع الأول : حويصلة تطبيقية لمجموعة من الأحكام القضائية في مسالة نفي النسب

من خلال اطلاعنا على قرارات المحكمة العليا، يلاحظ عدم تسامح القضاة مع مباشر دعوى اللعان إذا لم يقدم دليل وحجة ما يدعيه ضمن الآجال المحددة وذلك سدا للباب الهاربين من النفقات على أولادهم .

فالكثير ممن يرفع دعوى اللعان لنفي نسب الأولاد دون أية حجة ودليل ، وذلك سوى من اجل الهروب والتنصل من المسؤولية الملقاة على عاتقه، ووضعت المحكمة العليا مدة ثمانية أيام فحسب من يوم علمه بالحمل.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/11/23 :من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ففي قضية الحال تبين أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به و خلال المدة المحددة شرعا وتمسك بشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا, ولان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

و أن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة إثبات الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بابيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة ،و اخطئوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة ،فيما يخص إلحاق النسب .ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1]،

حيث أن مدة نفي النسب ثمانية أيام ،و المطعون ضده لم يبادر في رفع دعوى اللعان من يوم علمه به خلال ثمانية أيام، و تمسكه بالشهادة الطبية لا يعتبر دليلا ، و الولد ولد بعد مرور ستة أشهر من البناء(مدة الحمل ستة أشهر بالإضافة إلى دعوى اللعان)وكما

[1] قرار المحكمة العليا رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23 الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني، الطبعة الاولى ، 2013، ص 1019.

أن صحة الزواج و رفض النسب خطا (الاعتماد على الشهادة الطبية)و لم يحترموا مدة ستة أشهر .

غير أن المحكمة العليا لم تجعل من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه ،إذ جعلت كما نوه على ذلك قرار للمحكمة العليا جاء فيه له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة، الصادر بتاريخ 1990/07/16 غير أن هذا لا يمنع من تأخيره ما يلي: من المقرر شرعا و فقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فان القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

حيث انه من المستقر عليه قضاء يجوز تأخير اللعان لظروف خاصة بالزوج عندما يعلم بالحمل أو الزنا و لا يمكنه مباشرة إجراءات اللعان ، فيمكن أن يكون خارج مدة ثمانية أيام و كان على القضاة مراعاة ظروف الزوج (الزوج الغائب) والمدة التي يتأخر فيها غير مانعة على إقامة اللعان.

أما عن مكان إجراء اللعان، فان المحكمة العليا نصت في قراراتها على أن اللعان لا يتم إلا في المسجد، إذ جاء في قرارها الصادر القرار الصادر في28 /1997/10 :ومن المستقر عليه قضاء أنّ اقل مدة حمل هي ستة أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة، أما المادة 41 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج

[1] قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ 1990/07/16 ،الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني، الطبعة الأولى ،2013، ص 507.

شرعيا و لم ينفه باللعان ,حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق و في اجل لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه[1] .

حيث انه تم نقض الحكم الذي فسخ عقد الزواج وإلحاق نسب الابن لامه، فلم يتم احترام شروط نفي النسب التي لا تكون إلا باللعان و أمام مسجد و لم تحترم شروط الحمل المقررة ب ستة أشهر من الزواج. (شروط رفع دعوى اللعان مخالفة لشروطها وعدم احترام مواعيد مدة الحمل).

وكذا صدر حكم تمهيدي عن المحكمة الابتدائية في فيفيري 2019 يقضي قبل الفصل في الموضوع: توجيه طرفي الدعوى للمسجد العتيق بالبلدة يوم الجمعة بعد صلاة العصر بحضور المحضر القضائي أمام إمام المسجد بحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة عدول لأداء يمين اللعان بالصيغة المحددة التالية :أن يقول المدعي بعد التأكد من هويته أربع مرات (اشهد بالله ما هذا الحمل مني)و يقول الخامسة (لعنة الله عليا أن كنت من الكاذبين) و تقول المدعى عليها بعد التأكد من هوتها أربع مرات (اشهد بالله ما زنيت وانه منه)و تقول في الخامسة (غضب الله عليا إن كان من الصادقين)بعد وعظ طرفي الدعوى من طرف إمام المسجد .

أما عن أثار اللعان فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص في القرار الصادر في 1991/04/23 :من المقرر شرعا وقانونا انه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين و من المقرر كذلك أن اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس,

[1] قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني، الطبعة الأولى ،2013،ص 930.

حيث انه تم مناقشة شروط دعوى اللعان، وان القرار الذي قضى بنفي نسب الابن بعد مباشرة إجراءات اللعان طبقا للشريعة الإسلامية لم يخالف القانون، لذا رفض الطعن وقد تم رفض النفقة بعد نفي النسب .

وجاء في القرار الصادر في 2004/02/25 :من المقرر شرعا و قانونا انه متى ولد الطفل من زواج شرعي ومسجل في الحالة المدنية ولم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحا[1].

عدم الالتفات لطلب إنكار النسب مادام انه ثابت بشهادة الميلاد و لم ينفه بالطرق المشروعة(اللعان) المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري،

ونص القرار الصادر في 2009/10/15: يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب [2]، نقض القرار كونه غير قابل للاستئناف و نظر في الموضوع، مع نقض الحكم القاضي بتعيين خبير وتغفيل مسالة سبق الفصل.

نقض القرار بدون إحالة معنى ذلك لا يعاد النظر في الدعوى من جديد (دعوى اللعان رفضت من قبل).

حيث أنه يتبين بالرجوع الى الحكم المستانف والقرار المطعون فيه ، أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للولد (أ) الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه، والقول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه وإلغاء شهادة ميلاده...

[1] قرار المحكمة العليا رقم 309543 بتاريخ 2004/02/25، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثالث،الطبعة الأولى 2013،ص 1521.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 605592 بتاريخ 2009/10/15 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثالث الطبعة الأولى 2013،ص 1496.

وحيث أنه ما دام أن لمطعون ضده ،قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 ق.أ في صياغتها الجديدة ،التي تنص على أنَه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار..." وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين وغفل عن مسالة سبق الفصل التي أثارتها الطاعنة، على أن يكون النقض بدون إحالة.

ويتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا بالجزائر، قد أخذوا برأي الفقهـــاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية خاصة و الطرق العلمية بصفة عامة على اللعان.

واعتمدت المحكمة العليا في القرار الصادر في 2015/09/15: انه إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بحكم قضائي، فانه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية[1].

حيث انه من المستقر عليه قضاء انه عدم جواز نفي نسب ثابت بالزواج والإقرار و اللجوء إلى الطرق العلمية لنفيه خطا، و لو أثبتت التحاليل خلاف ذلك على أساس حق الولد لنسبه ثابت، وعليه قضت المحكمة العليا برفض اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي نسب ثابت بالزواج أو الإقرار أو بحكم قضائي.

[1] قرار المحكمة العليا رقم 0944691 بتاريخ 2015/09/10 ،مشار إليه في بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة و أربعين سنة 2010-1966،الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2017, ص 166.

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان

ما يمكن استخلاصه من خلال قرارات المحكمة العليا في إطار نفي النسب، بالرغم من ندرة القضايا سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل من الزوج ، واقتصر تطبيق القضاء الجزائري في نفي النسب على طريق واحد وهو اللعان، تنفيذا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كما ورد في الفقه الإسلامي و الفقه المالكي خصوصا.

وعلى ضوء هذه الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العلياايمكن استنتاج مايلي:

1 – نفي النسب لا يكون إلا باللعان، و في الآجال ووفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في الفقه المالكي(دعوى نفي النسب)، مع مراعاة أدنى مدة للحمل ستة أشهر، وعليه دعوى نفي النسب لا تجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه ، ويمكن تأخير اللعان مراعاة لظروف الزوج إذا كان غائبا[1] .

2 – للزوج وحده حق طلب الملاعنة ، فلا يثار هذا الطلب من هطرف الزوجة و لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

3 – في حالة توفر شروط قبول الدعوى و اقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين (بموجب حكم) إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا أو أي مسجد في المد ينة وهذا تماشيا مع مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية .

4 – أيمان اللعان بين الزوجين لا تجرى إلا بتكليف محضر قضائي بحضور و معاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الإيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه لأمانة ضبط المحكمة حتى يتمكن الأطراف من إعادة السير في الدعوى للقاضي عليه أن يفصل وفق أحكامه المترتبة عليه.

5 – يصدر القاضي في اجل لاحق أحكامه المترتبة عن اللعان و التي منها التفريق بين الزوجين و نفي النسب.

[1] قرار المحكمة العليا رقم 76343، بتاريخ 1990/07/16 ، مرجع سابق .

6 – لا يجوز شرعا الاعتماد على الوسائل العلمية في نفي النسب وهو مؤكد بنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي الأخير تبقى بعض الأسئلة العالقة التي يجب الإشارة إليها من خلال طرح الإشكالات التالية:

في حالة إذا لم تكتمل يمين اللعان بنكول الزوجة أو امتنعت عن الحضور أو غابت أو تعذر إبلاغها فهل القاضي يحكم بنفي النسب ؟

وهل يمكن للقاضي أن يكتفي بسماع يمين اللعان في قاعة المحكمة بالشروط الفقهية الأساسية المعروفة دون اللجوء إلى إجراء ذلك في المسجد وبحضور محضر قضائي؟

إن مسألة اللعان تعتبر من المسائل التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري ، مع انه معتمد من الناحية القضائية مما يدعونا إلى التساؤل عن سبب هذا الفراغ القانوني ، ونجد أن اللعان مأخوذ به، وعليه فان غياب موضوع نفي النسب باللعان و تفصيل إجراءاته في قانون الأسرة الجزائرية يعد ثغرة من الثغرات الكبيرة التي لم تعرف حلا لحد الساعة، والتي لا يكفي معها إحالة القاضي على أحكام الشريعة بموجب نص المادة 222 ،لان كثيرا من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد فضلا عن باقي المذاهب ، ولإراحة القاضي من عناء البحث و الترجيح يكون النص القانوني فيصلا بين الآراء المختلفة وهذا ما تعنيه القاعدة الفقهية القاضية بان حكم الحاكم يرفع الخلاف .

وعليه نأمل من المشرع الجزائري أن يسعى بشتى الوسائل لوضع نصوص قانونية واضحة ودقيقة في نفي النسب لحساسية وأهمية هذا الموضوع.

الملحق (01)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ السادس عشر من شهر جويلية سنة ألف وتسعمائة وتسعين

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

1990/07/16

قضية بين: 1) المدعي في الطعن بالنقض

الساكنة: ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليها بالطعن بالنقض

الساكن:

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بقصر العدالة نهج عبان رمضان ,الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه:

بناء على المواد : 257,244,239,233,231 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية .

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى, وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/10.

وبعد الاستماع إلى السيد حمزاوي احمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب,والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في طلباته المكتوبة .

حيث أقام السيد (ع.م)بواسطة محاميه الأستاذ معطاوي محمد طعنا يرمي على نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1988/11/25 المؤيد للحكم الصادر من محكمة

بلكور يوم 1987/07/12 القاضي بالطلاق بين الطرفين طلبا من الزوج 3000دج مقابل نفقة عدة و 15.000 ألف دج تعويضا و 400 دج نفقة إهمال ابتداء من شهر أوت 1986 ورفض طلب نفي الولد (ف) وإسناد حضانته لامه بنفقة شهرية بنفس العدد تسري من يوم ولادته 1987/02/07 و الزيارة لأبيه.

وقد استند محامي الطاعن في طعنه على أربعة أسباب :

السبب الأول: مأخوذ من خرق المادتين 85 و 89 من ق.ا.م ذلك أن زوجته توفيت في 1988/10/06 وان النزاع بينه وبينهما كان أمام المجلس ووفاتها كانت قبل المرافعات في القضية و لم يقم هذا الأخير بإعلامه شخصيا أو إعلام محاميه بالوفاة حتى يمكن له إدخال ورثتها في القضية و في هذا التقصير انتهاكا للمادتين في السبب يعيب قراره و يعرضه للنقض .

السبب الثاني : مأخوذة من خرق المادة 142 من نفس القانون و ذلك أن القرار المطعون فيه ليس فيه ما يفيد أن قضاته أعلنوا عن إقفال باب المناقشة وانتهاكا للمرافعات و في أي يوم وقعت المداولة في القضية كما لم يحدد اليوم الذي سيصدر القرار فيه مما يعد انتهاكا للمادة في السبب يعيب قراراهم ويعرضه للنقض كذلك .

السبب الثالث : مأخوذ من مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول: يأخذ على القرار مخالفة المادة 222 من ق.ا التي تحيل على تطبيق أحكام على تطبيق أحكام الشريعة عند عدم النص المطبق على النزاع ،و الطاعن طلب أن يلعن زوجته وذلك بنفي الولد الذي أتت به وانه لم يلمسها أبدا ،وكان القضاة أن يستجيبوا لطلبه

ويحكموا له يمين اللعان طبقا للآية الكريمة المتعلقة بهذا الموضوع ولكنهم رفضوه له مستبعدين بعملهم هذا تطبيق نص قراني ،مما يعيب قرارهم ويعرضه للنقض.

الفرع الثاني: مأخوذ من النصوص الفقهية الخاصة بنفي الحمل التي وردت في شرح الدريني و التي تقول أن نفي الحمل ممكن سواء أكانت المرأة في العصمة أو مطلقة خرجت من العدة أو لا زالت حية أو ميتة ولا يتقيد اللعان بزمان إلا إذا تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق.

الفرع الثالث: مأخوذ من تشويه الوقائع ,وذلك أن الطاعن لما علم بالحمل بادر على نفيه في الدعوى مع طلب الطلاق ،وكان ذلك في أول سبتمبر 1986 و لم يعلم ب هالا في اللحظة الأخيرة وهو يودع زوجته عند أهلها و لم يرها بعد الوداع وانه لم يمسها قبل ذلك أو بعده وقام حينا بإجراءات اللعان ،إلا أن القضاة ردوا عليه بناء على انه تأخر في طلبه ولم يكن ذلك منهم دون تشويه لوقائع الدعوى الذي هو أحد أسباب النقض .

السبب الرابع : مأخوذ من انعدام التسبيب أو قلته مع انعدام الأساس القانوني ,ذلك أن القضاء الصادق على الحكم في ملغى التعويض و نفقة العدة دون تعليل ،فالزوجة سبق لها الزواج وهي ليست بكرا وهو جانب كان على القضاة أن يراعوه ولم يبالغوا ، كما فعلوا بل اعطو أكثر مما يعطي للبكر دون أن يأتوا بما يبرر حكمهم شرعان،فخالفوا بذلك المادة 144 من ق.ا.م الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض أيضا.

المطعون ضدهم لم يردوا على مذكرة الطعن.

فيما يتعلق بالسبب الثاني بمختلف فروعه مع السببين الثالث و الرابع :اللعان شرع لأمرين لنفي الحمل أو الولد أو لرؤية الزوجة تزني وهو واجب في الأول و الثاني ينبغي تركه بهذه العبارات افتتحت باب اللعان في شرع الدرديري وواضح منها أن الزوج إذا ايقنه بان الحمل أو الولد ليس منه عليه أن ينفي ذلك بلعان .

و الطاعن تزوج بزوجته (و.ع)في 1986/05/21 و أن هذه الأخيرة أخبرته في نفس السنة 1986/08/15 بأنها حامل و لما كان يدعي انه لم يطأها قبل ذلك حتى يكون الحمل منه فان نفيه منه لا بد أن يكون بواسطة اللعان ,وقد سلك هذا الطريق وطلب من المحكمة أن تحكم له به ،غير أن طلبه رفض بعلة انه علم بالحمل في 1986/08/15 ولم يقم بدعوى نفيه إلا في فاتح سبتمبر الشهر الموالي و اللعان مطلوب من صاحبه إلا يتأخر عن طلبه بمجرد العلم بالحمل أو الولد أو الرؤية في الزنا و إلا كان غير مقبول منه وعليه فاللعان أخره لعنة الله على من يتلعن و هي غضبه على الملتعن دنيا وسوء مصير في الآخرة و الإقدام عليه لا يكون إلا من متأكد على حصول ما يريد أن يلاعن عليه.

حيث انه و إذا كان اللعان كما جاء في بابه في الشرح المذكور في حالة قذف الزوج لزوجته أو رماها بالزنا أو نفي حملها بان قال أن هذا الحمل في بطنك ليس مني وأراد نفيه فان هذا يكون بلعان معجل من غير انتظام للوضع ولكن التأخير مانعا من اللعان بصورة نهائية و إلا كانت أحكام الشريعة قاسية و هذا ليس معهودا فيها .

لقد ورد في موضوع أخر في نفس الباب.

وان وطئ اللاعن زوجته بعد رؤيتها تزني أو علمه بوضع أو حمل أو أخر اللعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم و اليومين بلا عذر امتنع لعانه اختيار في الصور الخمس ،و في العذر المذكور يمكن الحكم فالطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر و هو الموظف مربوط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة و عدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره فيه إضرار به وبعلمه كموظف في سفارة الخارج ،وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان ،وكما ورد في مذكرة الطعن له ذلك و الزوجة في العصمة أو مطلقة خرجت من العدة أولا كانت حية أو ميتة فلا يتقيد اللعان بزمان إلا تجاوز أقصى أمد الحمل حتى يوم الطلاق أو ترك الوطء فينتفي عنه بلا لعان إذا فالزوج يعتبر في حكم الغائب و المدة التي تأخر فيها عن طلب اللعان غير مانعة منه و إذا وقع اللعان فلم يبق الأشياء الأخرى بالحكم ما يستلزم الحكم بها كلها أو بعضها .

حيث أن المجلس سد عليه الباب نهائيا وخرج بذلك عن القاعدة الشرعية معرضا بصنيعه هذا قراره للنقض.

لهذه الأسباب

وبعد الاطلاع على الطلبات المكتوبة للنيابة العامة و الاستماع إلى المحامي العام في تقديم التماسات الشفوية بالجلسة الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه .

وعليه فان المحكمة العليا

قررت المحكمة العليا :

غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريـخ 1988/11/15 .

وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون و تحميل المطعون ضدهم المصاريف القضائية .

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر جويلية ستة وتسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من طرف المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة :

حمزاوي احمد	الرئيس المقرر
يوسف ولد عوالي	المستشار
صالح عبد الرزاق	المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب ضبط ،وبحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام.

الملحق (02)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ الثالثة و العشرون من شهر ابريل سنة ألف وتسعمائة وواحد وتسعين

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

1991/04/23

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة: ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن:

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بنقرها الكائن بشارع 11ديسمبر 1960 ,الابيار ,الجزائر العاصمة بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه :

بناء على المواد: 257,244,239,233,231 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1988/11/20 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضده .

بعد الاستماع إلى السيد :بوسنان الزيتوني رئيس قسم مقرر في تلاوة تقريره المكتوب ,و إلى السيد : عيبودي رابح المحامي العام في طلباته المكتوبة

وعليه فان المحكمة العليا

حيث أن السيدة (ب.ز)رفعت طعنا بالنقض بواسطة ر شريد بوعبد الله يرمي إلى نقض القرار الصادر من مجلس قضاء البليدة في 1981/01/04 و الذي قضى بالطلاق بين الزوجين بطلب منهما ،بطلقة واحدة بائنة ، وعلى الزوج بأدائه مبلغ 200 دينار نفقتها للمدة الماضية ابتداء من تاريخ رفع الدعوى 1980/05/21 إلى يوم النطق بالطلاق و بثبوت ابوة المدعي عليه للطفل عبد الحكيم المولود في 1980/03/02 و بإسناد حضانته إلى أمه و على أبيه أن يؤدي نفقة 150دج مع المنحة العائلية ابتدآ من تاريخ ميلاده.

و للأب حق الزيارة كل يوم جمعة من الواحدة إلى الثالثة زوالا عند أمه أو بمكان يتفقان عليه و رفض مطالبها الأخرى.

في شقة المتعلق بثبوت النسب إلى المدعى عليه(خ.ع) وكذلك نفقته و حق الزيارة و بتأييده فيما عدا ذلك وبالفصل من جديد برفض طلبات المدعية .

وقد استندت الطاعنة في مذكرة طعنها إلى أربعة أوجه للنقض.

الوجه الأول :المأخوذ من خرق الإشكال الجوهرية للإجراءات و انعدام الأسباب و تجاوز السلطة .

الفرع الأول : من أن قضاة الموضوع لا يجيبون حتى على الأوجه المثارة من المدعية في الطعن و التي حسبها قاعدة اليمين الذي قام به الزوج المدعى عليه في الطعن،لا يستجيب للشروط المطلوبة و الشريعة و السنة و بالتالي فهو باطل .

يجب على القاضي أن يبتدئ في تحليف الزوجين الحاضرين .

يجب أن تعج اليمين إمام أربعة شهود على الأقل في المسجد و من الأفضل بعد صلاة الظهر .

حيث أن عدم احترام هذه القواعد الملزمة يؤدي إلى بطلان اليمين ..الخ.

حيث أن من اجل انتزاع حقوقها كان على قضاة الموضوع أن يؤسسوا قرارهم على صيغة يمين اللعان و ذلك ليس شان هذه الحالة حتى و أن قضاة الموضوع قرر وان المولود خارج الزواج يمكن أن يتعرف به كمولود شرعي أن قضاة الموضوع قد ارتكبوا تجاوزا حقيقيا في السلطة و أن قرارهم يجب أن ينتقض .

الوجه الثالث :المأخوذ من التطبيق السيئ للقانون خاصة الشريعة و التطبيق الخاطئ لمقتضيات المادة 42 من ق أو نقض القواعد الشرعية .

من أن قضاة الموضوع يخلطون بين ولادة الطفل قبل الزواج الذي لا يمكن الاعتراف به شرعا و الابن المبني قبل الزواج و المولود في الزواج أن هذا الأخير يمكن الاعتراف به باعتراف الزوجين.

إن قضاة الموضوع قاموا بتفسير خاطئ للمادة 42 من ق.أ الذي يحدد الحمل بستة أشهر على الأقل و عشرة أشهر على الأكثر .

أن هذا التحديد يخص فسخ عقد الزواج و يمكن الإثبات إذا كان الطفل المولود خلال هذه الفترة هو خارج الزواج أم لا.

أن ذلك ليس شان هذه الحالة لان الطفل قد ازداد خلال الزواج .

حيث انه بالقرار خلاف ذلك فان قضاة الموضوع قد قاموا بتطبيق خاطئ للقانون ولم يعطوا قاعدة أساسية لقرارهم الذي يجب فيما يخص هذه النقطة أن ينقض.

الوجه الرابع: خرق القانون و خاصة مقتضيات المادة 268 من ق.ا.من أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا أسباب المجلس الأعلى الذي أدى نقض قرار المجلس بالفعل رغم أن المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1986/03/10 قضى بالنقض بسبب الزوج المدعى عليه في النقض قد علم قبل الزواج من أن زوجته كانت حامل و بالتالي لم يكن يمين اللعان ,فان هذا اليمين لا تمكن أن تطلب إلا في حالة الزواج القانوني .

من جهة أخرى كان على الزوج أن يخبر به قبل الولادة و أن سكوته لا يسمح له بالتماس اللعان .

حيث أن قضاة الموضوع ,ليس أنهم خالفوا النقطة القانونية المفصول منها المجلس الأعلى فقط لكنهم عملوا عكسها وبالتالي فإنهم خرقوا المادة 268 من ق.ا.م لم يضيعوا قاعدة شرعية لقرارهم الشيئ الذي يجب أن يراقب من المجلس الأعلى .

و حيث أن المطعون ضده قد أودع مذكرة جواب بواسطة محاميه الأستاذ الصادق مجاهد جاء فيها :

عن الوجه الأول :المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات المنعدم للأسباب و تجاوز السلطة حيث أن المدعية دفعت بعدم صحة يمين اللعان إمام مجلس قضاء الجزائر مما دفع قضاة الموضوع بالاطلاع على وسائل دفاعها حيث جاء في قراره المؤرخ في

1983/10/18 أن دفع المستأنف عليها المدعية في الطعن بان اليمين غير قانونية و أن

من الواجب أن يتلى و يقرا من طرف الإمام و ليس مساعد الموثق مردود ,إذ انه من الثابت شرعا انه ليس شرط أن يتلى يمين اللعان من طرف الإمام و إنما يكفي أن يقرا يمين اللعان من شخص مسلم مكلف بتلقيها قانونا أمام جماعة من المسلمين يتجاوز عددهم أربعة أشخاص.

حيث أن القرار الموثق يذكر أن أداء اليمين اللعان رقع بالمسجد بعد صلاة الجمعة في وسط المصلين و بعد تحذيرهم من اليمين مما يستظهر أن هذا الوجه غير مؤسس.

فيما يتعلق بالوجه الثالث : حيث أن قضاة الموضوع لم يخطئوا في تطبيق المادة 42 من ق.ا و أحكام الشريعة الإسلامية .

حيث أن المادة 42 من نفس القانون تنص على أن الطفل المنجب من الزواج ،أبوه زوج الأم من شرطين أن يكون هناك نفس النسب و أن تضع الزوجة حملها في مدة لا تقل عن ستة أشهر بعد الزواج .

حيث انه من الثابت من الدفتر المز وان الطرفين شرعا في العلاقات الجنسية في أواخر شهر أكتوبر 1979 و حيث أن تبادل رسائل بين الرجل و المرأة تعبر أو تفترض تبادل المحبة و أنها غير كافية لتبادل أنواع الغراميات بينهما قبل ذلك التاريخ ،وان المدعي عليه في الطعن كالمعلمين الآخرين ،كان على علم بعلاقاتهما مع أشخاص آخرين ولهذا رفض أن يتزوجا رغم التهديدات الأولى.

وحيث أن المدعية لم تنازع بحق العارض في نفي النسب ووافقت على تحفظاته في ورقة عرفية مكتوبة بيدها وان المدعية رفضت تأييد الشكوى المقدمة من أهلها ضده إلى شرطة

مصرحة لها بان لا علاقة للعارضين بحملها ،و أن المدعي عليه في الطعن اندفع إلى التعاقد مع المدعية،وشرط أن تتخلى عن المزيود أو أن تأخذه باسمها .

ومن جهة أخرى فان فقهاء الشريعة الإسلامية و من بينهم سيدي خليل وابن مالك يرون انه إذ حملت الزوجة قبل انعقاد زواجهما ووضعت حملها قبل ستة أشهر يمكن للزوج إنكار أبوته إن لم يكن قبل، صراحة أو ضمنيا بأبوته كما أنهما يرون إذا وقع اللعان بين الزوجين يجب إنكار الأبوة و هذا في حالة الزوج القانوني أو غير قانوني (ابن مالك) .

ومن الثابت إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد و يقع التحريم بين الزوجين...الخ.

فقد تزوجا في السابع من الحمل و هكذا تبين أن هذا الوجه غير مؤسس.

فيما يخص الوجه الرابع :حيث أن مناقشة الوجه الثالث يشكل ردا كافيا على هذا الوجه.

عن كل أوجه الطعن مجتمعين :حيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين انه مسبب تسبيبا كافيا .

حيث اعتمد على الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة خاصة المادة 42 من نفس القانون وان المجلس لم يتجاوز سلطته بل انه تصرف في حدود هذه السلطة.

وحيث أن الطاعنة حين تناقش اللعان و أسبابه و كيفيته فهذا شيء لم يتطرق إليه القرار المطعون فيه و قد فصل في هذا الشأن المجلس الأعلى بخصوص القرارين الأولين الصادرين عن مجلس قضاء الجزائر وهذا ليس موضوع هذا الطعن .

حيث أن القرار المطعون فيه لم يتجاوز أسباب القرار للمجلس الأعلى كما تدعيه الطاعنة ,حيث أن توجيهات المجلس الأعلى كانت تخص قضية اللعان حيث أن قضاة لم يخالفوا

هذه التوجهات و أنهم طبقوا الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة فيما يتعلق بالنسب وتبعا قضية النفقة التي لا تجب على المطعون في حالة نفي النسب.

وعليه فان الأوجه المثارة كلها غير مؤسسة و يتعين رفضها.

وحيث أن الملف قد أحيل إلى السيد النائب العام لدى المحكمة العليا الذي قدم طلباته مكتوبة ترمي إلى رفض الطعن .

لهذه الأسباب و من اجلها

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية رفض الطعن في القرار من مجلس قضاء البليدة بتاريخ 1987/07/04 و قضت على الطاعنة بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في لجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث و العشرون من شهر ابريل واحد وتسعون وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية و المتركبة من السادة :

دحماني محمد	الرئيس
بوسنان الزيتوني	رئيس قسم مقرر
الابيض احمد	المستشار

بحضور السيدة عيبودي رابح المحامي العام ,وبمساعدة السيد دليلش صالح أمين ضبط الرئيسي .

الملحق (03)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ الثالث و العشرون من شهر نوفمبر سنة ألف وتسعمائة وثلاثة وتسعين

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

1993/11/23

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة :ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن :

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 ، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد :231 ،257,244,239,233وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوارق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 1991/11/11.

بعد الاستماع إلى السيد.....المستشار الهاشمي هويدي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد..... المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

-حيث أنّ المسماة(ع.ح) قد طلبت نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1991/04/07 القاضي بتأييد حكم المحكمة بئر م راد رايس المؤرخ في

1989/12/25 القاضي بصحة الزواج العرفي الواقع يوم 16نوفمبر 1988 والأمر بتسجيله بالحالة المدنية وكذلك بالطلاق الخ.... ، وبرفض الطلب المتعلق بالنّسب.

حيث استندت الطاعنة في طلبها على وجه وحيد للنقض.

حيث ان المطعون ضده لم يرد.

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار.

عن الوجه الوحيد :المأخوذ من خرق المادتين42 ، 41 من قانون الأسرة بدعوى أنّ قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادتين عندما قضوا بعدم إلحاق نسب الولد إلى المطعون ضده مع أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

حيث أنّ بالفعل فإن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988لتوافر أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة لعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تم يوم 16 نوفمبر 1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وأنّ المادة 42 من قانون الأسرة تنص بأنّ أقل مدة الحمل ستة أشهر.

حيث أنّ دعوى المطعون ضده من أنّه قد اكتشف شهادة مؤرخة في 29 أكتوبر 1988 الصادرة عن الدكتورة نقاز من أنّ الطاعنة قد كانت حاملا منذ شهرين مع أنّ الشهادة لا تعتبر دليلا قاطعا في صحتها خصوصا وأنّ هذه الشهادة تذكر بأنّ وضع الحمل يكون يوم 05جوان 1989 وهو ما وقع فعلا وهي مصادفة غريبة مما يجعل الشك في صحة هذه الشهادة.

حيث أنّ قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج المذكور مع ذلك فقد رفضوا إلحاق نسب الولد ينسب : « بالمطعون ضده وهو ما يتناقض مع نص المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه إضافة إلى أنّ » الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة إضافة إلى أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به مع العلم أنّ آجال نفي الحمل ضيقة جدا كما نص على ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية وقد أستقر الاجتهاد القضائي على أنّها لا تتجاوز ثمانية أيام وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرا ر المطعون فيه وإحالته إلى نفس المجلس.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1991/04/07 وإحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس بتشكيل اخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القانون ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثلث والعشرين من شهر نوفمبر سنة ثلاثة وتسعين تسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

الملحق (04)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر العاصمة بتاريخ الثامن و العشرون من شهر اكتوبر سنة ألف وتسعمائة وسبعة وتسعين

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

1997/10/28

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة :ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن :

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بنقرها الكائن بشارع 11ديسمبر 1960 ,الأبيار ,الجزائر العاصمة بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه :

بناء على المواد :257,244,239,233,231 وما بعدها من ق.ا.م.

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1996/12/04 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي مطعون ضده .

بعد الاستماع إلى السيد هويدي الهاشمي الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب, و إلى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية الى رفض الطعن .

حيث أن الطاعنة (م.ق)طلبت نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 1995/12/30 القاضي بفسخ عقد الزواج المؤرخ في 1993/09/15 مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد (ا)المولود بتاريخ 1994/04/19 بأمه.

حيث استندت الطاعنة في طلبها على ثلاثة أوجه للنقض .

حيث التمس المطعون ضده برفض الطعن

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار .

الوجه الأول:المأخوذ من عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة

بدعوى أن القرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف القاضي باللعان ، مع أن المطعون ضده قد طلب فسخ الزواج وليس اللعان .

الوجه الثاني:المأخوذ من مخالفة القانون

بدعوى أن قضاة الموضوع قد خالفو ا المادة 42 من ق ا التي تقضي بان اقل مدة الحمل ستة أشهر مع أن الطاعنة قد وضعت المولود لأكثر من ثمانية أشهر، كما ان اللعان يتم بالمسجد لا بالمحكمة .

عن الوجهين معا: حيث انه بالفعل فان اقل مدة حمل هي ستة أشهر طبقا للمادة 42 من ق أ ،كما أن المادة 41 من نفس القانون تقضي بان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة و هو اللعان .

حيث أن عقد الزواج قد تم في 1993/09/05 و الولد قد وضع يوم 1994/04/19 و البناء قد تم حسب تصريح المطعون ضده أسبوعا بعد تحرير العقد المذكور و عليه فالخبرة التي أمر بها قضاة الموضوع مخالفة للشرع و القانون مادام الولد قد ازداد لأكثر من ستة أشهر ومن الخطأ الفادح الح ديث عن وزن الولد و كان النسب أصبح يخضع للأوزان كما جاء في القرار النقد بالإضافة إلى أن اللعان لا يتم أمام المحاكم ,بل مكانه المسجد العتيق و لا يصح في غيره من المساجد و في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل

الذي يراد نفيه ،و هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا ,مع العلم أن الإمام مالك رضي الله عنه فقد حدده بيوم واحد من يوم العلم و إلا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنا أو انفي الحمل كما في قضية الحال و عليه فالوجهين مؤسسين ،الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ،وإحالته لنفس المجلس .

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا :

غرفة الأحوال الشخصية و المواريث نفض القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 1996/07/29 . وإحالة القضية و الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون و على المطعون ضده المصاريف القضائية .

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في لجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن و العشرون من شهر أكتوبر سبعة وتسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من طرف المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث المتركبة من السادة :

الملحق (05)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ الخامس والعشرون من شهر فيفري سنة ألفين وأربعة

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

2004/02/25

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة :ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن :

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 2005/10/05 بمقرها الكائن بشارع 11ديسمبر 1960 ،الأبيار ،الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه:

بناء على المواد : 257,244,243,242,241,240,239,235,233,231) وما يليها 275 وما بعدها 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/17 .

بعد الاستماع إلى السيد لعوامري علاوة رئيس القسم المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طالبت (س م) نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بشار الصادر في الرابع من شهر ديسمبر سنة ألفين وواحد الذي أيد وصادق على حكم مستأنف لديه صادر

عن محكمة بشار يوم 16ماي 2001 و القاضي بإسناد حضانة الطفل (س ع) لامه المطعون ضدها و لوالده حق الزيارة و إلزام الأب المدعى عليه و الطاعن حاليا بأدائه للحاضنة نفقة ولده المشار إليه أعلاه .

حيث أن المطعون ضدها بلغت بنسخة من عريضة الطعن بواسطة البريد المضمون الوصول ,وقد أجابت عليها بواسطة محاميها الأستاذ الحسن بن موسى الذي طالبا برفض الطعن في دعوى الحال .

حيث أن النيابة العامة التمست رفض الطعن.

و حيث أن الطعن قد استوفى شروطه القانونية الشكلية فهو بذلك مقبول شكلا.

وحيث اسند الطعن إلى وجهين:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية كمصدر تشريع.

بدعوى أن محكمة أول درجة و بعدها المجلس بنيا قضائهما على الإقرار وسبب حكمها على أساس و أن نسب الطفل تثبت بالإقرار وان المحكمة خالفت مبادئ الشريعة الإسلامية، التي هي مصدر أساسي و مباشر ل ق.أ.

الوجه الثاني: مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون:

بدعوى أن المحكمة ثم المجلس كان يجب عليهما أن يتطرقا إلى النسب أمام الإنكار الذي أثاره الطاعن لان الوقائع التي عرضت على المحكمة ثم المجلس تمحورت و دارت حوله الحضانة .

عن الوجه الأول:

حيث أن الوجه الأول لا يعد من أوجه الطعن المنصوص عليها في المادة 233 من ق.ا.م. على سبيل الحصر, و بالتالي لا يمكن الرد عليه .

عن الوجه الثاني :حيث أن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون و لم يخطئ تطبيقه ,و ذلك لان تعرض قضاة الموضوع –لموضوع النسب في قضية الحال – و بالنسبة للطفل موضوع الخلاف كان بسبب إثارة الطاعن له حيث نفاه و طلب عدم إلحاق نسبه به.

لكن حيث أن الطفل (ع) ولد في ظل زواج شرعي ومسجل بالحالة المدنية و لم ينكره الطاعن بالطرق المشروع ة وفق للمادة 41 من ق.ا ,الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير وجيه مما يستلزم معه رفضه و تبعا لذلك رفض الطعن ,و حيث من خسر طعنه يحمل بالمصاريف القضائية وفق المادة 270 من ق.ا.م .

فلهذه الأسباب و من اجلها

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قبول الطعن بالنقض شكلا و رفضه موضوعا, وتحميل الطاعن المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في لجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس و العشرون من شهر فيفري سنة ألفين و أربعة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المتكونة من السادة :

طالب احمد الرئيس

لعوامري علاوة رئيس قسم مقرر

امقران مهدي	المستشار
عبد الكريم اسماعلي	المستشارا
خيرات مليكة	المستشارا
فاضل علي	المستشارا
ملاك الهاشمي	المستشار

بحضور السيدة السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام ,وبمساعدة السيد زاوي ناصر أمين ضبط الرئيسي .

الملحق (06)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ الخامس عشر من شهر اكتوبر سنة ألفين وتسعة

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

2009/10/15

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة :ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن :

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11ديسمبر 1960 ,الابيار,الجزائر العاصمة بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه :

بناء على المواد : 557,378,377,360,349 إلى 581 من الإجراءات المدنية و الإدارية .

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/11 وعلى مذكرة جواب المحامي المطعون ضده سماتي الشريف بن مختار المودع بتاريخ 2009/06/17.

بعد الاستماع إلى السيد الضاوي عبد القادر المستشار المقرر في تلاوة تقرير المكتوب والى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها الى نقض القرار المطعون فيه .

وعليه فان المحكمة العليا

حيث ان الطاعنة (ر.ف)طعنت بطريق النقض بتاريخ 2009/01/11 بواسطة عريضة قدمها محاميها الأستاذ بن عبيد عبد الوهاب المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر

عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 2008/04/27 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2007/12/15 و الذي قضى تمهيديا و قبل الفصل في الموضوع بتعيين الخبير بن بركات عبد العزيز و نجار فيصل المختصين في الطب الشرعي والكائن مقرهما بمصلحة الطب الشرعي بمستشفى بن باديس بقسنطينة ليقوم كل واحد منهما بإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده (ش.س)و الولد (س.ا) وهذا بعد اخذ عينة من أنسجتها و القول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه ومن ثم إذا كان المطعون ضده والد أم لا .

وحيث أن الطاعنة تثير أربعة أوجه للطعن لتأسيس طعنها

حيث أن المطعون ضده يطلب رفض الطعن لعدم التأسيس.

وعليه :

من حيث الشكل: حيث أن الطعن بالنقض قد جاء في الأجل واستوفى الإشكال القانونية وعن الوجه التلقائي المثار من قبل المحكمة العليا و المأخوذ من مخالفة القانون .

حيث انه يتبين بالرجوع إلى لحكم المستأنف و القرار المطعون فيه أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية و تكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للولد (أ) الذي ينكر المطعون ضده نسبة إليه ،و القول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا و في حالة ما إذا كان الولد ليس صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه و إلغاء شهادة ميلاده.

و حيث أن الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده و الولد (ا) وذلك بعد اخذ عينة من أنسجتها و القول ما إذا كانت متطابقتين من عدمهم و من ثم ما إذا كان المطعون ضده هو والد الولد أم لا.

حيث ان ذلك الحكم هو حكم غير نهائي لم يفصل في أصل النزاع أو مسالة تنازع عليها ، ولا يعد حتما تمهيديا و هو حكم تحضري غير قابل للاستئناف وفقا لنص 106 ق.ا.م .

حيث أن قضاة المجلس لما قبلو استئناف الطاعنة شكلا و تطرقوا لموضوع النزاع ,يكونون قد خالفوا نص المادة 106 المذكورة.

حيث انه لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه.

حيث انه بالرجوع إلى الحكم المستأنف فان الطاعنة تمسكت برفض الدعوى لسبق الفصل.

حيث انه يتبين فعلا بالرجوع إلى أوراق الملف أن النزاع سبق طرحه على القضاء وكان أخر قرار صدر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2006/10/02 قضى بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2003/02/01 وقضى من جديد بعد قبول دعوى الملاعنة التي رفعها المطعون ضده لورود خارج الأجل الشرعي ،وبعد الطعن بالنقض ضد القرار من قبل المطعون ضده رفضت المحكمة العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 2008/07/16 .

وحيث انه مادام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 10 ق ا .في صياغتها الجديدة التي الجديدة التي تنص على انه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار...وانه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .

حيث انه بذلك يتعين أن يمتد نقص القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين وغفل عن مسالة سبق الفصل التي إثارتها الطاعنة ،على أن يكون النقص بدون إحالة .

حيث أن المصاريف القضائية على من يخسر دعواه كما تنص على ذلك المادة 378 ق.ا.م.ا.

فلهذه الأسباب

تقرر المحكمة العليا:

قبول الطعن بالنقض شكلا و رفضه موضوعا ,ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 2008/12/15 و تمديد النفض إلى الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2007/12/15 وبدون إحالة .

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في لجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخا مس عشر من شهر أكتوبر ألفين وتسعة من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المتركبة من السادة :

علاوة لعوامري ريس الغرفة رئيسا

الضاوي عبد القادر مستشار مقرر

امقران مهدي مستشار

ملاك الهاشمي مستشارا

بوزيد لخضر مستشارا

فضيل عيسى مستشارا

بحضور السيدة السيدو : خيرات مليكة المحامي العام ,وبمساعدة السيد زاوي ناصر أمين ضبط .

الملحق (07)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا باسم الشعب الجزائري

غرفة الأحوال الشخصية قرار

رقم الملف: أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

رقم الفهرس : في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960

الأبيار الجزائر بتاريخ العاشر من شهر سبتمبر سنة ألفين وخمسة عشر

قرار بتاريخ: وبعد المداولة القانونية القرار الأتي نصه:

2015/09/10

قضية بين: 1) المدعية في الطعن بالنقض

الساكنة :ببلدية

الوكيل عنه الأستاذ(ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب :

ضد من جهة

وبين

1) المدعى عليه بالطعن بالنقض

الساكن :

و الوكيل عنه الأستاذ (ة) المعتمد لدى المحكمة العليا

الكائن مقره ب:

2) بحضور النيابة العامة المدعى عليه بالنقض

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بنقرها الكائن بشارع 11ديسمبر 1960 ,الابيار ,الجزائر العاصمة بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه :

بناء على المواد :557,378,377,360,349 إلى 581 من الإجراءات المدنية و الإدارية .

بعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2013/06/05 وبعد الاستماع إلى المستشار المقرر في تلاوة تقرير المكتوب .

وبعد الاطلاع على الطلبات المكتوبة للنيابة العامة و الاستماع إلى المحامي العام في تقديم التماسات الشفوية بالجلسة الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه .

وعليه فان المحكمة العليا

حيث أن الطاعن (ا.ر)طعن بطريق النقض بتاريخ 2013/06/05 بموجب العريضة المقدمة بواسطة المقدمة بواسطة الأستاذ بربارة عبد الرحمان المحامي المعتمد لدى المحكمة

العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء البليدة بتاريخ 2012/10/15 فهرس رقم 04271/12 القاضي :

في الشكل : بقبول الاستئناف شكلا .

في الموضوع : تأييد الحكم المستأنف

حيث أن وقائع القضية تتخلص في انه بتاريخ 2011/09/12 أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة العفرون طالبا إسقاط نسب البنت (ا ف) عنه و احتياطيا إجراء تحاليل الحمض النووي معللا ذلك انه تزوج والدة المدعي عليها عرفيا سنة 1974 وتم تسجيل الزواج بحكم قضائي وان العلاقة الزوجية انتهت بحكم الطلاق المؤرخ في 1998/10/12 .كما قضت المحكمة بتاريخ 1998/10/19 بإلحاق نسب المطعون ضدها إليه.وانه بعد قيامه بإجراء التحاليل بفرنسا تبين أنها سلبية مما يعني أن البنت ليست ابنته ,فيما أجابت المدعى عليها طالبة رفض الدعوى و هي الدعوى التي انتهت بالحكم المؤرخ في 2012/03/29 القاضي برفض الدعوى المؤيد بالقرار المطعون فيه بالنقض .

حيث أن الطاعن يثير وجهين للطعن لتأسيس طعنه .

حيث أن المطعون ضدها المبلغة لم ترد على عريضة الطعن.

وعليه

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الإجراءات و الآجال فهو حينئذ مقبول الشكل.

من حيث الموضوع :

عن الوجهين الأول و الثاني معا لتكاملهما و ارتباطهما : المأخوذين من قصور التسبيب و انعدام الأساس القانوني ,

بدعوى أن قضاة الموضوع اكتفوا عند تأييدهم للحكم المستأنف بالقول أن نفي النسب يخضع لأحكام شرعية و قانونية يجب تطبيقها فورا وان هذا الرد غير كاف في مواجهة حقائق ووقائع يمكن التصدي لها بالتحقيق قبل الفصل في الموضوع و أن القرار لم يناقش وثيقة جوهرية في الملف تؤكد نفي الطاعن نفي الطاعن للأبوة و بالنتيجة صحة أقواله واكتفى بالإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد لتلك الأحكام ,وأضاف الطاعن أن القرار المطعون فيه لا يتضمن أية مرجعية قانونية محددة و اكتفى بالإشارة إلى أن الدعوى مرفوضة دون تحديد الأحكام الشرعية و النصوص القانونية التي اعتمدها مما يجعل القرار خاليا من التأسيس و إن الأحكام الشرعية لا تنفي اللجوء إلى الوسائل العلمية وانتهى الطاعن في الوجه إلى الإشارة إلى الآية 50 من سورة الأحزاب و إلى حديث نبوي و المادة 46 من قانون الحالة المدنية .

لكن حيث انه بالرجوع الى وقائع و حيثيات القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعن تزوج والدة المطعون ضدها خلال شهر جوان 1974 و تم تسجيل هذا الزواج بحكم قضائي صادر بتاريخ 1998/02/23 ,وتم إلحاق نسب المطعون ضدها بوالديها الطاعن بتاريخ 1998/10/19 و بالتالي فان نسب المطعون ضدها ثابت هذه الحالة بالزواج الصحيح و بالإقرار وبحكم قضائي نهائي وهو بعد ثبوته بهذه الطرق لا يقبل النفي بأي طريق و تحت

آي ادعاء ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك لان ثبوت النسب بالفراش أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النسب الثابت بهما فضلا عن الاستعانة بها لتأكيده أو نفيه لما في ذلك من حق الولد في النسب ولما يترتب عن ذلك من أضرار نفسية واجتماعية بالإفراد و الأسرة و المجتمع مما يجعل الوجهين غير سديدين.

حيث انه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين و يتعين معه رفض الطعن .

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا,غرفة شؤون الأسرة و المواريث :

قبوا الطعن بالنقض شكلا و رفضه موضوعا .

و المصاريف القضائية على الطاعن .

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في لجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ العاشر من شهر سبتمبر ألفين وخمسة عشر من قبل المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و المواريث .

الخاتمـــــــــــة:

من خلال دراستنا لموضوع نفي النسب فإنه يتضح أن للموضوع أهمية بالغة ترتكز على الآثار الوخيمة الناتجة عنه من تفريق للزوجين وحرمان للميراث و انتفاء النسب و أمام سكوت المشرع الجزائري عن تحديد الشروط و الكيفيات التي تمكن الزوج من مباشرة الدعوى أمام القضاء خاصة و انه لا يمكن أن يوقع اللعان أو أن ينتفي النسب إلا بناءا على دعوى قضائية أو بموجب حكم صادر عن المحكمة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى اليوم حيث تأكد فساد كثير من الذمم التي أصبحت تنزلق عن المحجة البيضاء وعن قيم وتعاليم ديننا الحنيف، وتراجع الوازع الديني لدى عدد غير قليل من الناس عديمي الضمائر وكثرة الناقمين والماكرين الذين يغيب عن ذهنهم عقاب الله الأخروي عن تصرفاتهم الدنيئة، فيلجؤون لهذا المخرج السريع والسهل ويحلفوا أيمانا كاذبة كيدا لزوجاتهم أو إضرارا بأولادهم أو تهربا من المسؤولية وتحمل أعبائهم، ورغم ذلك نجد أن المشرع سكت عن هذا الأمر كما أنه ليس من الحكمة من فقهائنا السكوت على من تسول لها نفسها أن تلجأ إلى أن تثبت النسب من زوج يقرر أن هذا الولد لم يخلق من مائه، ويرد نسبه ويدفعه عن نفسه، ويقسم الأيمان على صدق قوله، ويؤكد ذلك بالدعاء على نفسه باللعنة من الله والطرد من رحمته، وليس من الحكمة أن نرهقه بتقديم إثبات على دعواه .

و لذلك كان على المشرع أن ينظم هذه القضية و يبدي رأيه و المسلك الذي سيتبعه القاضي حين تطرح عليه مثل هذه المشاكل الواقعة يقينا في مجتمعنا ،ولا يؤدي التستر عليها إلى حلها أو القضاء عليها بل قد يكون ذلك دافعا للإقدام عليها ، ومن هذا كان على المشرع الجزائري إجراء تعديل تشريعي يتطرق من خلاله و بإسهاب إلى موضوع نفي النسب .

قائمة المصادر والمراجع :

اولا: القران الكريم برواية حفص بن عاصم

السنة النبوية الشريفة

ثانيا: الكتب

1. أحمد نصر الجندي ،من فرق الزوجية (الخلع –الايلاء –الظهار–اللعان) ،دار الكتب القانونية مصر،المحلة الكبرى،سنة النشر 2009.
2. ابن العربي، أحكام القران الكريم ,ج3,دار الجيل ,بيروت ,بدون سنة.
3. أبو بكر محمد بن عبد الله القرطبي ، أحكام القران ،الجزء 3,الطبعة الاولى، دارالجيل ، بيروت.
4. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير ،الجزء 2 ،دار الفكر ، دمشق ، بيروت بدون سنة.
5. وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، الجزء 7،دار الفكر، دمشق، سنة 1998.
6. محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي ،الطبعة 2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر ،2015.
7. تفسَير ابن كثير، تفسَير القران الكريم ،الجزء 3 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت 1969.
8. احمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية،1998.
9. عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تفسير الكريم الرحمان في تفسير الكلام المنان، الطبعة الاولى ،دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2009،ص 521.

10. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ،دار الكتب العلمية، لبنان،2003.

11. الشيخ محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الطبعة الأولى دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع،2004.

12. أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الاولى؛ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008.

13. كيحل عز الدين ، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد3.

14. عبد القادر داودي ،احكام الاسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ،دار البصائر لنشر و التوزيع ،الجزائر،سنة 2010.

15. موطأ بن مالك، رواية يحى بن يحى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، ط 9 ،دار النفائس، بيروت، 3431.

16. لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية تعليق على قرارا المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن تونس ،المغرب سوريا ،الجزء الأول،دار هومه ، الجزائر ،2011.

17. بوبشير محند آمقران، الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية.

ثالثا:الرسائل

18. سعد عبد اللاوي ،الحجية القانونية للبصمة الوراثية في اثبات او نفي النسب ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي،سنة 2014 ـ2015.

رابعا:النصوص القانونية

1-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية ،عدد15.

2-القانون رقم 08-09 المؤرخ في18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2019، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية ،عدد21.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن قانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 27 ماي سنة 2007.

4- القانون رقم 77 المؤرخ في 1998/10/28 المعدل بالقانون رقم 2003/07/21،جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،عدد 54،الصادرة بتاريخ 2003/07/08.

5 ـ الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد التونسي الرسمي ، الصادرة في 1956/08/17 ،العدد 66.

6ـ القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب المعدل والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003 ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، س 146 ،ع54 ،07/08/ 2003 .

7ـ القانون رقم 07-03 ، مدونة الأسرة المغربية، الصادر في 12 ذو الحجة 1424 الموافق ل03 فبراير 2004 ،جريدة رسمية ،عدد 5184 ،الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 04-22 .

خامسا:القرارات القضائية

1ـ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا)،الطبعة الاولى، منشورات كليك،الجزء الاول ،سنة 2013.

2ـ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا)،الطبعة الاولى، منشورات كليك،الجزء الثاني ،سنة 2013.

3ـ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا)،الطبعة الاولى، منشورات كليك،الجزء الثالث ،سنة 2013.

فهرس المواضيع

مقدمة.....1

الفصل الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مسالة نفي النسب.....06

المبحث الأول:اللعان كوسيلة لنفي النسب..... 06

المطلب الأول: تعريف اللعان 06

الفرع الأول :تعريف اللغوي..... 06

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي 07

المطلب الثاني: طبيعة وأهمية اللعان..... 08

الفرع الأول : طبيعة اللعان..... 08

الفرع الثاني: أهمية اللعان..... 10

المبحث الثاني:أساس اللعان، شروطه ،اجراءاته وأثاره.....12

المطلب الأول:أساس اللعان وشروطه..... 12

الفرع الأول :أساس اللعان 12

الفرع الثاني: شروط اللعان..... 15

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ اللعان وأثاره..... 18

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ اللعان..... 18

الفرع الثاني: أثار اللعان..... 20

الفصل الثاني:موقف القانون المقارن و القانون الجزائري من مسالة نفي النسب 22

المبحث الأول: موقف القانون المقارن من مسالة نفي النسب.....22

المطلب الأول: موقف القانون المغربي من نفي النسب 23

الفرع الأول :تشريع مدونة الأسرة المغربية..... 23

الفرع الثاني: موقف القضاء المغربي..... 26

المطلب الثاني:موقف المشرع التونسي من نفي النسب.....29

الفرع الاول :في القانون التونسي..... 29

الفرع الثاني: موقف القضاء التونسي..... 31

المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري من مسالة نفي النسب.....33

المطب الأول: عدم اتخاذ موقف صريح من مسالة نفي النسب.....33

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ دعوى اللعان 34

الفرع الثاني: ميعاد رفع دعوى اللعان وشروطها..... 35

المطلب الثاني: موقف القضاء من مسالة نفي النسب 40

الفرع الأول: حوصلة تطبيقية لمجموعة من الأحكام القضائية في مسالة نفي النسب 40

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان..... 44

الخاتمة..... 47

قائمة المراجع..... 87

فهرس المواضيع..... 91