



الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة دمشق - كلية الشريعة
قسم: الأحوال الشخصية

وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

بين الزوجين

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة

دانيا ممدوح بزررتو

إشراف الدكتورة

نسيبة البغا

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة بجامعة دمشق





الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة دمشق
كلية الشريعة
الدراسات العليا
قسم: الأحوال الشخصية

إفادة

رسالة ماجستير

عنوان الرسالة: وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

إعداد الطالبة: دانيا ممدوح بزرتو

تمت مناقشة الرسالة بتاريخ: ... \ \ ٢٠٠٠م وقام الطالب بتعديل ملحوظات لجنة المناقشة.

أعضاء اللجنة

الاسم	الصفة	التاريخ والتوقيع
	مشرف	... \ \ ٢٠٢٢م
	عضو	... \ \ ٢٠٢٢م
	عضو	... \ \ ٢٠٢٢م

شكر وتقدير

أوجّه خالص شكري وتقديري إلى الله عزوجل أولاً، وأبعث شكري وتقديري إلى كل من علمني وأخذ بيدي وكان له الفضل فمن لم يشكر الناس لم يشكر الله :

- رئاسة جامعة دمشق.
- عمادة كلية الشريعة الدكتور محمد حسان عوض جزاه الله عنا طالبات وطلاباً خير الجزاء.
- السادة الأساتذة أعضاء قسم الأحوال الشخصية .
- السيدة الدكتورة نسيبة البغا التي تفضلت بالإشراف على رسالتي، والسادة الدكاترة أعضاء لجنة المناقشة .

دانيا ممدوح بزرتو

وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

الطالبة: دانيا بزرتو ،المشرفة: الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله الدكتور نسيبة البغا

مستخلص الرسالة

هدف البحث إلى معرفة صاحب الصفة في دعوى نفي النسب ووسائل الإثبات في هذه الدعوى وقول قانون الأحوال الشخصية السوري في وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب وتوضيح مدى حجية المستجدات العلمية في دعوى نفي النسب ،ومعرفة أثر السياسة الشرعية في وسائل الإثبات.

ولتحقيق هذا الهدف قُسمت الرسالة إلى أربعة فصول: الفصل التمهيدي تعريف بمفردات عنوان البحث ،الفصل الأول نفي النسب باللعان ،الفصل الثاني وسائل إثبات نفي النسب باختلال شروط الفراش ، والفصل الثالث القرائن في دعوى نفي النسب ،واتبع البحث المنهج المقارن. توصل البحث إلى جملة من النتائج، من أهمها:

من تكريم الله تعالى وتشريفه للإنسان عن سائر المخلوقات أن جعل له حق النسب ،فالنسب حق الله تعالى كما للعبد حق فيه ،ولم يُشرع نفيه إلا ضمن قيود وضوابط شرعية أقرها قانون الأحوال الشخصية ،وبعد توافر شروطه وأسباب ثبوته لا يُقبل من أيّ شخص ادّعاء نفيه إلا من الزوج، حتى لا يلجأ الناس إلى نفي النسب دون وجه مصلحة شرعية مقبولة ،ولم يترك الشارع الحكيم وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب على إطلاقها بل جعلها محدّدة ،فاللعان واختلال شروط ثبوت النسب وسائل إثبات في هذه الدعوى ،والقرائن كالבصمة الوراثية يستعان بها في مثل هذه الدعوى.

الكلمات المفتاحية: (وسائل الإثبات) (نفي النسب)، (اللعان)، (البصمة الوراثية)،(القرائن).

الإهداء

الحمد لله المتفضل بنعمه على عباده المقصّرين والشكر لله على نعمة الهداية و التيسير .

الله اسأل أن يتقبل هذا العمل ويجعله في صحائف أعمال أبي الغالي رحمه الله تعالى .

إلى من سبقني إلى رحمة الله تعالى وغاب عن عيني زوجي الغالي زيوار .

إلى نور العين ومهجة الفؤاد ،صاحبة الخلق الكريم والقلب السليم ،و اليد المعطاءة والنفس الطيبة و كلّ وصفٍ جميل أُمي .

5

إلى أحباب قلبي ونبع سعادتي، سندي في حزني وفرحي، من أفديهم بروحي ،إخوتي .

إلى توأم روحي وأختي ورفيقة دربي وسرّ ضحكتي وفرحة قلبي وريحانة بيتي وقرّة عيني والبارّة بي، ابنتي .

إلى كلّ غالٍ ومحبٍّ أهدي عملي، سائلة المولى عزّوجلّ القبول .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير ولد آدم أجمعين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغر الميامين وبعد:

أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيداً من العناية وأحاطته بالرعاية وجعلته في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها، فكان حفظ النسب مقصداً كلياً من مقاصد الشريعة الإسلامية التي جاءت بالأحكام والقواعد لتحمية من التلوث بالفساد والفواحش .

وقد جاء ذكر النسب في القرآن الكريم دلالة على أهميته، فقال الله عزوجل {وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا} [الفرقان : ٥٤]

5

ومن نعم الله على عباده أن خلقهم وجعل لهم أنساباً يرجعون إليها ويتعارفون من خلالها، يقول تبارك وتعالى {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ} [الحجرات : ١٣] وجعل حفظ الأنساب لأجل حفظ هذه العلاقة التي تربط بعضهم ببعض عن طريق أطر السبل وأعلاها وأشرفها وهي الطريقة الشرعية التي أقرها الله تعالى وأحلها لعباده عن طريق الزواج والابتعاد عن العلاقات المحرمة التي تقطع أو اصر هذا النسب .

10

ومن حفظ الله للنسب أن جعله من النظام العام^١؛ أي أن النسب حق الله تعالى وحق للعبد لا يملك أحد إسقاطه أو التنازل عنه؛ ولم يُعطِ أحداً حق نفيه إلا للزوج، فوضعت الشريعة شروط وضوابط كثيرة لادعاء الزوج، وحددت وسائل الإثبات المقبولة في دعوى نفي النسب، وبذلك حمى الإسلام النسب ثمرة الزواج الشرعي وحصنه بسياس من الأحكام كيلا تعم الفوضى في المجتمع أو تسول لأحد نفسه نفي النسب دون وجه حق، وهذه الرسالة ستبين الدعوى المقبولة في نفي النسب بعد تحقق شروط ثبوته، ووسائل الإثبات الشرعية لتلك الدعوى .

15

^١ النظام العام هو مجموعة القواعد والوسائل الأمنية التي توفر الحماية العامة للمواطنين وجميع الأفراد - والمجتمع عامة - الذين يتواجدون على أرض الدولة والتي يترتب على غيابها انهيار المجتمع ككل، ومفهوم النظام العام مفهوم متغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر، ويكيبيديا موقع الكتروني .

أسئلة البحث :

- حق النسب يثبت بتوافر شروط وأسباب ثبوته ، فهل يحق للشخص الذي ينسب إليه المولود وهو الزوج أن يرفع دعوى نفي النسب مع توافر الشروط وتحقق الأسباب قبل إقراره بالنسب ورضاه به؟
- من صاحب الصفة في دعوى نفي النسب ؟
- ما وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب ؟
- ما موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من هذه الوسائل؟
- ما مدى حجية المستجدات العلمية في نفي النسب ؟

5

أهداف البحث :

١. تحديد صاحب الصفة في دعوى نفي النسب.
٢. بيان وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب .
٣. بيان موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من هذه الوسائل .
٤. توضيح مدى حجية الطرق العلمية في دعوى نفي النسب .

10

أهمية البحث وأسباب اختياره:

تكمن أهمية البحث في:

١. جمع ما تفرق من أحكام دعوى نفي النسب حيث وردت في الكتب الفقهية متفرقة.
٢. معالجة المستجدات العلمية ومدى تأثيرها في وسائل الإثبات المعروفة.
٣. أهمية ومكانة النسب في الشريعة الإسلامية وصيانتها له ببيان وضبط ما يتعلق بالنسب من إثبات ونفي حفظاً للطفل من التشرد والضياع .

15

سبب اختيار هذا البحث يعود إلى :

- الحاجة لمعرفة الدعوى المقبولة لدى القضاء لنفي النسب ، و الأدلة التي يقبل سماعها والأخذ بها

للحكم بنفي النسب أو عدم نفيه .

● ما يستجد في كل يوم من وسائل وتقانات علمية قد تتعارض مع وسائل الإثبات الشرعية .

حدود البحث :

سيقتصر البحث على الحديث عن وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوري النافذ.

الدراسات المرجعية

5

● رسالة ماجستير بعنوان: أحكام النسب في الفقه الإسلامي للباحث فؤاد بدير، نابلس فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ٢٣٠ص

تتألف الرسالة من فصل تمهيدي وأربعة فصول:

الفصل الأول: أسباب ثبوت النسب

الفصل الثاني: وسائل إثبات النسب

10

الفصل الثالث: وسائل نفي النسب

الفصل الرابع: الآثار المترتبة على ثبوت النسب.

بينت كل من الرسالتين وسائل نفي النسب في الشريعة الإسلامية وتفردت رسالتي ببيان موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من هذه الوسائل و من المستجدات العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية في نفي النسب.

● رسالة دكتوراه بعنوان: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي للباحثة علال برزوق أمال

15

الجمهورية الجزائرية، جامعة أبو بكر بلقايد ٢٠١٤-٢٠١٥م، ٦٣٢ص

اشتملت الرسالة على بابين :

الباب الأول: المقررات الشرعية في إثبات النسب وفيه فصلين، الفصل الأول إثبات النسب بالفراش والفصل الثاني إثبات النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه .

الباب الثاني: إثبات ونفي النسب بالأدلة العلمية الحديثة وفيه فصلين، الفصل الأول إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة والفصل الثاني الطرق الحديثة للإنجاب وأثرها على النسب .

5 تتقاطع الرسالتين عند الحديث عن نفي النسب بالوسائل العلمية الحديثة وتفتقران ببيان وسائل إثبات نفي النسب في الشريعة وموقف قانون الأحوال الشخصية السوري منها.

● رسالة ماجستير بعنوان: نفي النسب وإسقاطه وفق الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي للباحثة تلي زينب الجمهورية الجزائرية، جامعة محمد خيضر ٢٠١٥-٢٠١٦م، ٥٠٠ص
تألفت الرسالة من فصلين :

10 الفصل الأول: حالات نفي النسب في الشريعة والقانون.

الفصل الثاني: نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية.

غلب على الرسالة الطابع القانوني مع تطرق بسيط للمسائل فقهيًا، وفي هذه الرسالة بيان قول قانون الأحوال الشخصية السوري والفقه الإسلامي في وسائل إثبات نفي النسب.

● رسالة ماجستير بعنوان: نفي النسب بين اللعان والطرق العلمية على ضوء الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي للباحث الية أحمد، الجمهورية الجزائرية، جامعة زيان عاشور ٢٠١٦-٢٠١٧م، ٥٦ص

15

تكونت الرسالة من فصلين :

الفصل الأول: نفي النسب بالطرق الشرعية.

الفصل الثاني: حجية الطرق العلمية في نفي النسب .

ذكرت كل من الرسالتين أحكام اللعان وحكم الأخذ بالبصمة الوراثية، وضمت هذه الرسالة وسائل تنفي النسب من غير لعان وموقف قانون الأحوال الشخصية السوري في ذلك.

● رسالة ماجستير بعنوان: نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون الجزائري للباحث خالد

5

جلال الجمهورية الجزائرية ، جامعة محمد بوضياف ٢٠٢١-٢٠٢٢ م، ١١٠ ص

تتألف الرسالة من فصلين، تناول الفصل الأول نفي النسب باللعان في القانون الجزائري وذكر فيه أحكام اللعان في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري، وفي الفصل الثاني تحدث عن نفي النسب بالخبرة الطبية في ضوء القانون الجزائري وعن البصمة الوراثية كخبرة طبية .

توافقت الرسالتين في الحديث عن :

10

○ نفي النسب باللعان في الشريعة الإسلامية .

○ البصمة الوراثية كخبرة طبية في نفي النسب .

واختلفتا في بيان الوسائل التي ينفي بها النسب من غير لعان في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوري.

15

خطة البحث

المقدمة : وفيها أسئلة البحث وأهدافه وأهميته وأسباب اختياره وحدوده والدراسات المرجعية وخطة البحث ومنهج البحث .

الفصل التمهيدي : التعريف بمفردات عنوان البحث :

المبحث الأول: تعريف وسائل الإثبات وأهميتها .

المبحث الثاني : التعريف بالدعوى ومشروعيتها .

5

المبحث الثالث : أركان الدعوى وشروطها وأنواعها .

المبحث الرابع : التعريف بالنسب وأسباب وشروط ثبوته .

الفصل الأول: نفي النسب باللعان .

المبحث الأول : تعريف اللعان ومشروعيته .

المبحث الثاني : شروط اللعان وحكمه وصيغته .

10

المبحث الثالث : الرجوع عن اللعان.

المبحث الرابع : آثار اللعان .

الفصل الثاني: وسائل إثبات نفي النسب لاختلال شروط الفراش .

المبحث الأول : وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم إمكانية التلاقي بين الزوجين.

المبحث الثاني : وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم الولادة بين أقل مدة الحمل و أقصاها .

15

المبحث الثالث: وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم إمكانية الإنجاب .

الفصل الثالث : القرائن في دعوى نفي النسب:

المبحث الأول: مشروعية القرائن وأهميتها .

المبحث الثاني: الإثبات بالقيافة في دعوى نفي النسب .

المبحث الثالث: الإثبات بالبصمة الوراثية في دعوى نفي النسب .

5

المبحث الرابع: الإثبات بتحليل الطلي للدم في دعوى نفي النسب .

منهج البحث :

إن المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين آراء الفقهاء و قانون الأحوال الشخصية السوري.

10

طريقة الكتابة والتوثيق :

وتتضح ملامح طريقة الكتابة والتوثيق من خلال الآتي :

- الرجوع إلى المصادر المعتمدة لكل مذهب من المذاهب الأربعة .
- توثيق المصادر والمراجع في الحاشية بذكر اسم الكتاب واسم المؤلف والجزء والصفحة ،وبيان باقي البيانات في فهرس المصادر والمراجع .
- عزو الآيات القرآنية إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن مع رسمها وضبطها بالشكل.
- تخريج الأحاديث من مصادرها المعتمدة والحكم عليها إن كانت من غير الصحيحين، مع الإشارة في الحاشية باسم الكتاب والباب ورقم الحديث.
- الترجمة للأعلام الواردة في البحث في الحاشية في أول إحالة فقط حال التكرار .
- المقارنة في المسائل المطروحة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوري مع طرح نموذج عن دعوى نفي النسب لسيدة سورية مقيمة في الأردن .
- وضع فهرس للآيات والأحاديث والآثار والأعلام والموضوعات وذكر قائمة بأهم المراجع والمصادر مع بياناتها مرتبة ترتيباً ألفبائياً .

الفصل التمهيدي

(تعريف بمفردات عنوان البحث)

المبحث الأول: تعريف وسائل الإثبات وأهميتها.

المبحث الثاني: التعريف بالدعوى ومشروعيتها.

المبحث الثالث: أركان الدعوى وشروطها وأنواعها.

المبحث الرابع: تعريف النسب ونفي النسب وأسباب
ثبوت النسب وشروط ثبوته .

المبحث الأول

تعريف وسائل الإثبات وأهميتها

الهدف الأساسي للقضاء هو إحقاق الحق وإنصاف المظلوم بما يغلب على ظن القاضي في صدق أو كذب المدعي، وهذا الظن الذي يتكون لدى القاضي منشؤه وسائل الإثبات العلمية الموضوعية التي أقرها الشرع، ولا يمكن أن يعتمد القاضي على وسائل غير علمية كحدسه أو وجهة نظره أو حتى علمه، هذا وقد كانت وسائل الإثبات قديماً وحديثاً أداة القاضي في الوصول إلى الحكم القضائي من باب غلبة الظن.

5

المطلب الأول:

تعريف وسائل الإثبات

الفرع الأول: الوسائل لغة:

وسل فلان إلى الله وسيلة إذا عمل عملاً تقرب به إليه والواصل الراغب إلى الله، وتوسل إليه بوسيلة إذا تقرب إليه بعمل، والوسيلة هي في الأصل ما يتوصل به إلى الشيء وجمعها الوسائل^١، قال تعالى {أُولَئِكَ الَّذِينَ يَدْعُونَ يَبْتَغُونَ إِلَىٰ رَبِّهِمُ الْوَسِيلَةَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ} [الإسراء: ٥٧].

10

الفرع الثاني: الإثبات لغة:

من الفعل ثَبَتَ وثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت وثبت وثبت، وأثبتته هو وثبته بمعنى وشيء ثَبِتَ ثابتٌ، ويقال لا أحكم بكذا إلا بثبت أي بحجة، وأثبت حجته أقامها وأوضحها^٢.

15

الإثبات اصطلاحاً:

^١ لسان العرب، ابن منظور، (١١/٧٢٤) مادة وسل.

^٢ لسان العرب، ابن منظور، (٢/١٩) مادة ثبت.

استعمل الفقهاء الإثبات بالمعنى اللغوي وهو إقامة الحجة لكن من استعمالهم يتبين أنهم يطلقون الإثبات على معنيين؛ عام وخاص .

إن المراد بالإثبات بالمعنى العام هو إقامة الحجة مطلقاً سواء كان ذلك على حق أم على واقعة وسواء كان أمام القاضي أم أمام غيره وسواء كان قبل التنازع أم بعده ، وأطلقوه عند توثيق الحق في الديون والحقوق وعلى تحقق بعض الأمور في المجالات العلمية وذلك لأن أي قول في أي علم من العلوم لا قيمة له إن لم تثبت صحته.

5

ويراد بالإثبات بالمعنى الخاص إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشرع الإسلامي على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية^١.

شرح التعريف:

إقامة الدليل :

أي تقديم الدليل لمن يراد إقناعه بالأمر ، والدليل لغة من دلل وهو ما يستدل به^٢ ، واصطلاحاً هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر^٣ .

10

أمام القضاء :

القضاء لغة من قضى والقضاء الحكم^٤ ، والقضاء اصطلاحاً هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^٥ . والمراد أن يتم الإثبات قضائياً لتترتب عليه آثاره من الإلزام بالفعل أو الترك ، ولا يُقام الدليل قضائياً إلا بعد

^١ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، محمد الزحيلي (٢٣/١).

^٢ لسان العرب ، ابن منظور (٢٤٧/١١) مادة دلل .

^٣ التعريفات الفقهية ، محمد عميم الإحسان (٩٦) .

^٤ لسان العرب ، ابن منظور (١٨٦/١٥) مادة قضى .

^٥ تبصرة الحكام ، ابن فرحون (١٢/١) .

التنازع، أما إذا لم يكن هناك نزاع أمام القضاء فلا قيمة للإثبات.

بالطرق التي حددها الشرع الإسلامي :

أي لا يجوز إثبات الحق أمام القاضي إلا بوسيلة أقرتها الشريعة الإسلامية، ولا يجوز إثبات الحق بوسائل غير مشروعة وطرق غير أخلاقية، فحدد المشرع وسائل الإثبات التي يجب أن يتقيد بها القاضي^١.

على حق أو واقعة :

5

وهذا هو محل الإثبات والحق هو اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة^٢.

والواقعة الشرعية مصدر من مصادر الحق أو السبب المنشئ للحق لأن القاضي يجب أن يعلم شيئين الواقعة الشرعية والحكم الذي يترتب على إثبات هذه الواقعة والقاضي بموجب توليه للقضاء فهو عالم بالأحكام الشرعية ويبقى الإثبات منصرفاً إلى إثبات الواقعة التي يرتب عليها الشارع حكماً معيناً وتنشأ حقوق والتزامات نتيجة ذلك الحكم^٣.

10

تترتب عليها آثار شرعية :

وهذا الهدف من الإثبات فلا يصح إثبات أمر أو واقعة لا يترتب عليها أثر من الآثار كإثبات أن المدعى عليه وكل المدعي فلا أثر لذلك لأن الموكل يستطيع عزل الوكيل متى شاء^٤، والآثار الشرعية هي الأحكام التي رتبها الشارع عند ثبوت الحق المدعى به أو دفعه.

15

إن وسائل الإثبات الشرعية عند الفقهاء ثمانية إجمالاً: الشهادة والإقرار والكتابة واليمين وعلم الحاكم والخبرة

^١ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي (٢٣/١).

^٢ النظريات الفقهية، د. محمد فتحي الدريني (٢٦).

^٣ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي (٢٣/١).

^٤ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي (٢٣/١).

والمعاينة والقرائن، ويدخل تحت كل وسيلة عدد من الطرق وخاصة في الشهادة والكتابة والقرائن^١.

المطلب الثاني: أهمية وسائل الإثبات :

إن حماية الحق من الاعتداء عليه من الأمور التي عُنيت بها الشريعة الإسلامية عناية فائقة سواء كان حقاً خالصاً لله تعالى أو كان حقاً للعبد ولذلك حرّمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على هذه الحقوق أيّاً كان نوع الاعتداء .

5

وفي سبيل حفظ حق العبد من الاعتداء والضياع وحمايته من العبث والسلب وضع المشرع طرقاً ووسائل تعين صاحب الحق على إثبات حقه أمام القضاء فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على إثباته والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق فإذا عجز المدعي عن إثبات ما يدعيه حُكم برفض دعواه وإذا أثبتته وعجز المدعي عليه من دحضه قضى له به، ومن هنا تبرز وتظهر أهمية وسائل الإثبات لأن عدم قدرة المدعي على إثبات الحق المدعى يؤدي إلى عدم إمكان الاعتراف به عند القضاء.

10

كما تتجلى أهمية وسائل الإثبات في حاجة القاضي إليها عندما يواجه الخصوم ويحتاج للفصل بين الناس وقطع النزاع بينهم وحفظ الحقوق لأصحابها مما يعين على تحقيق العدل وإنصاف المظلوم وخاصة إذا ضعفت النفوس وأصبح الناس في غفلة عن اليوم الآخر ومدوا أعينهم للسطو على ما في أيدي الناس^٢.

ولولا ما شرع من وسائل الإثبات لفتح باب الكذب ولادعى الناس ما يحلو لهم لترك الحكم لأهوائهم فتسلب الأموال وتنتهك الأعراض وينتشر الظلم، قال تعالى {وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ} [المائدة: ٤٩] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»^٣.

15

^١ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (٦١).

^٢ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (١٤٣).

^٣ صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (١٢٨/٥) (٤٥٦٧).

وجه الاستدلال: لا يُقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بيينة وإلا لاستُبِيحت دماء الناس وأموالهم وأنى لهم صونها^١.

وإن تعسرت وسائل الإثبات وقلب الحق إلى باطل لم يبق سوى الوازع الديني خير معين لإثبات الحق، يقول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»^٢.

5

وجه الاستدلال: أن الخطاب موجه للمقضى له وهو أعلم من نفسه هل هو محق أم مبطل، فإن كان محقاً فليأخذ وإن كان مبطلاً فليترك فإن الحكم لا ينقل الأصل عما كان عليه^٣.

فالأخلاق الفاضلة والعقيدة السليمة هما أساس وسائل الإثبات والسند الحصين فيها فالحكم يكون على الظاهر والله أعلم ما في الباطن، والإنسان الصالح لا يكذب ولا يحتال في وسائل إثبات حقه^٤.

إن وسائل الإثبات من حيث جوهرها لا تختلف منذ القدم إلى وقتنا الحاضر، ولكن قد يختلف تطبيقها على مجريات الحياة، وقد تستجد بعض النوازل في بعض وسائل الإثبات كالقرائن.

10

المطلب الثالث: أثر السياسة الشرعية في وسائل الإثبات:

لما كانت الشريعة الإسلامية ذات نصوص متناهية وكانت الحوادث غير متناهية ميز الله تعالى هذه الشريعة بمزايا تجعلها صالحة لكل زمان ومكان، ومن أهم هذه المزايا في الشريعة الإسلامية ميزة المرونة التي بفضلها يمكن للشريعة استيعاب جميع المستجدات من الأمور، فكانت السياسة الشرعية من أهم جوانب هذه المرونة في الشريعة الإسلامية، فلم تقف عند حدود علاقة الإنسان بخالقه ولا علاقات الأفراد بين بعضهم البعض بل

15

^١ شرح النووي على مسلم، النووي (٣/١٢).

^٢ صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم (٢٦٢٢/٦) (٦٧٤٨).

^٣ فتح الباري، ابن حجر (٢١٦/٢٠).

^٤ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (١٤٦) وما بعدها.

امتدت لتشمل الحياة بكل جوانبها السياسية والاجتماعية وهذا ما يجعل شريعتنا قادرة على الوفاء بحاجات مجتمعاتنا المعاصرة، ومع تجدد قضايا كل زمن كان للحاكم بسلطته التشريعية أن يشرع بعض القوانين لتساير المتغيرات وهذا يكون عن طريق السياسة الشرعية^١، وفي مايلي تسليط الضوء على تعريف السياسة الشرعية وأثرها في وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية.

5 الفرع الأول: تعريف السياسة الشرعية :

أولاً: السياسة لغةً :

مصدر ساس الأمر سياسةً دبره وقام به والسَّوسُ الرِّياسة، وسَّوسَ الرجل أمور الناس إذا ملك أمرهم وسَّوسه القوم إذا جعلوه يسوسُهم، والسَّوسُ الطبع والخلق والسجية^٢.

وُسِّتَ الرعية سياسةً أُمِرَتْ وَهَيَّتْ، ومن معاني السياسة الأمر والنهي والأدب يقال فلان مجرب قد ساس وسيس عليه أدب وأدب^٣.

10

وجميع هذه المعاني تدور حول معنى لغوي واحد هو تدبير الأمر وإصلاحه، والقيام على الشيء بما يصلحه^٤.

ثانياً: السياسة الشرعية اصطلاحاً :

فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه

^١ السياسة الشرعية وأثرها في الحكم الشرعي التكليفي، د. نسيبة البغا (٣٠)

^٢ لسان العرب، ابن منظور (١٠٧/٦) مادة سوس، المصباح المنير، الفيومي (١٥٤/١) مادة سوس

^٣ القاموس المحيط، الفيروز آبادي (٧١٠/١) مادة سوس

^٤ المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (٤٦٢/١)

واحد بل تتغير وتتبدل تبعاً لتغير الظروف والأحوال والأزمان والأمكنة والمصالح^١.

شرح التعريف^٢ :

الحاكم:

السياسة الشرعية تكون للحاكم أو من له سلطة على الناس بأمر من الحاكم، وفتوى العلماء ليست بسياسة شرعية لأنها لم تصدر ممن له سلطة وبالتالي الفتوى ليست بملزمة إلا إذا أمر بها الحاكم.

5

لمصلحة :

تصرف الحاكم مقيد بالمصلحة المعتبرة في الشريعة الإسلامية بأن تجلب نفعاً أو تدفع مفسدة أما المصلحة المبنية على الأهواء والشهوات فليست بمصلحة معتبرة.

فيما لم يرد فيه نص خاص :

أي المستجدات من الحوادث التي لا مثيل لها في نصوص الشريعة حتى تقاس عليها، أما إن ورد بها نص وكان النص قطعي الدلالة والثبوت فلا يجوز الاجتهاد فيه، وإن كان ظني أحدهما يجوز الاجتهاد فيه، وإن لم يرد بالحادثة نص شرعي قطعي أو ظني فيكون الاجتهاد لاستنتاج حكم شرعي للحادثة وفق مجموع النصوص الشرعية ومقاصد الشريعة والقواعد الفقهية الكلية.

10

أما الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد فتتبدل تبعاً لتغير الظروف فهي الأحكام المرتبطة بأسبابها المعللة بعلمها فإذا تغيرت العلل فتتغير الأحكام وهذا مجال السياسة الشرعية.

15

وهناك الكثير من الأمثلة عن السياسة الشرعية منها :

^١ المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة (٥٢) وهذا التعريف من أفضل تعريفات السياسة الشرعية لدى المعاصرين، ذلك أن الفقهاء لم يحددوا مفهوم السياسة الشرعية بالمعنى الدقيق .

^٢ السياسة الشرعية وأثرها في الحكم الشرعي التكليفي، د. نسيبة البغا (٣٥)

ورد النص في آية الملاعنة مطلقاً وغير محدد بفترة زمنية وأعطى الشارع الزوج حق نفي ولده باللعان ولم يبين وقت المطالبة بهذا الحق هل حين الولادة أم بعدها، والأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التخصيص ولم يرد نص من كتاب أو سنة أو إجماع يقيد وقت الملاعنة بزمان معين، إلا أن الفقهاء قيدوه بالعادة والعرف واعتبروا قبول الزوج التهنئة له بالمولود إقراراً ضمناً ببنوته ومنعوه من النفي بعد هذا الإقرار الضمني، وفهموا هذه الدلالة غير المنصوص عليها من القرائن، والمعهود في مثل هذه الحالات أن يبادر من يعتقد أن المولود ليس منه إلى نفيه فوراً، فقرر الفقهاء منع الأب من نفي الصغير بعد قبوله التهنئة حفظاً لحق الصغير واحتياطاً في نسبه ومؤاخذه للأب على إقراره الضمني في أمر يثبت بالاحتمال^١، وهذا من باب المصلحة وهو جوهر وركن السياسة الشرعية .

5

الفرع الثاني: أثر السياسة الشرعية في وسائل الإثبات

جاء فيما سبق أهمية وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية و دورها البارز في نظام القضاء في إثبات الحق وإقامة الحجة وتقديم الدليل لإظهار الأمر الثابت وبيان حقيقة الحال، فكلما كان الدليل صحيحاً قوياً اقتربت الواقعة المراد إثباتها من الحقيقة وكان القضاء صحيحاً، فكما أن القضاء يدخل في إطار السياسة الشرعية للحاكم الذي يتمتع في الشريعة بالصلاحيات الواسعة في التنظيم والتشريع لكل ما يكفل تطبيق الأحكام الأساسية، وأن المعيار الأساسي لهذه الأنظمة يقوم على تحقيق مصالح الناس وتأمين مقاصد الشريعة، ولا يجد من سلطة ولي الأمر إلا هذا المبدأ العام (تصرفات الإمام منوطة بالمصلحة) فإن للسياسة الشرعية أثر في وسائل الإثبات والمسائل التالية أمثلة على ذلك:

10

15

أولاً: الشهادة^٢ :

^١ السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، د. عبد الفتاح عمرو (١٣٣).

^٢ الشهادة هي إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد، وهي وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية واتفق الفقهاء على ذلك، ومن الآيات الواردة في مشروعية الشهادة قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله صلى الله عليه وسلم لرجل اختصم إليه (شاهدك أو يمينه).

كانت الحضارات الماضية تعتمد على الشهادة بشكل أساسي في نظام القضاء فهي أهم وسيلة في الإثبات وهي الأصل في إثبات الحقوق منذ القدم وذلك لتفشي الأمية بين الناس وقلة استخدام الكتابة ،حتى أنهم قالوا المشهود خير من المكتوب وجعلوا من قواعدهم تقديم البينة (الشهادة) على الكتابة .

مع تغير الزمن وتبدل العصر وانتشار العلم واستعمال الكتابة وضعف الوازع الديني و رقة الإيمان وسوء الأخلاق وشيوع شهادة الزور وتعقد شؤون الحياة وتشابك المعاملات التي لا يضبطها إلا الكتابة ومن باب السياسة الشرعية فللحاكم أن يبذل درجة الشهادة بما تقتضيه المصلحة العامة في المجتمع بإقامة العدل وإنصاف المظلوم وحفظ الحقوق لتصبح وسيلة ثانوية في الإثبات تخضع لتقدير القاضي واجتهاده بعد أن كانت الوسيلة الأولى لترجح جانب الكذب على الصدق فيها وخدشها بشهادة الزور .

5

كما أن للحاكم أن يقيد حالات قبول الشهادة نظراً للحالة الاجتماعية السائدة في المجتمع المعاصر فتمنع في القضايا المهمة والمبالغ المالية الكبيرة وتثبت بها الوقائع المادية كالإتلاف والضرر والقتل^١ .

10

و للحاكم أيضاً فرض عقوبة وغرامة على من تخلف عن أداء الشهادة أمام المحكمة فقد كان المسلمون يقومون بواجب الشهادة امتثالاً لأمر الله تبارك وتعالى يدفعهم لذلك سعيهم لتحصيل الأجر والثواب وشعورهم بقيمة التعاون والمساعدة وإذا أبى أحدهم أداء الشهادة ترك وشأنه لينال وعيد الله ، ومع تغير الزمن وفساد الحال كثر التخاذل وشاع ترك الأداء والإباء عن الشهادة مما يترتب عليه ضياع كثير من الحقوق فكان في فرض العقوبة تحقيق لمصالح الناس وجلب منفعة لهم ،وهذا الحكم لا تأباه قواعد الشريعة الإسلامية فهو من باب السياسة الشرعية^٢ كما في قضاء شريح^٣ حيث كان يستحلف المدعي مع بينته فليل له (ما هذا الذي أحدث في القضاء

15

صحيح البخاري كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود (٩٤٩/٢)(٢٥٢٥)

^١ أصول المحاكمات ،د.محمد الزحيلي (١٦٦-١٦٧)

^٢ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د.محمد الزحيلي (١٣٣-١٣٦)

^٣ شريح القاضي هو الفقيه (٣٠٠ق.هـ - ٧٨هـ) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية ،ولاه عمر على قضاء الكوفة فليل أقام على قضائهما ستين سنة ،وقيل هو أقضى العرب وقيل أن له صحبة وهو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ،سير أعلام النبلاء الذهبي (١٠٠/٤)

قال رأيت الناس أحدثوا فأحدثت) ،وقال ابن القيم^١ عن ذلك (وهذا القول ليس ببعيد من قواعد الشرع)^٢.

ثانياً: الكتابة^٣:

كان اعتماد الناس على الكتابة ضعيفاً في الزمن السابق لانتشار الأمية فيما بينهم ثم جاء الإسلام فجعل الكتابة من وسائل الإثبات ،يقول الله تبارك وتعالى {وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ} [البقرة: ٢٨٢] وذكر الفقهاء الكتابة ضمن فروعهم الفقهية .

5

كانت الشهادة وسيلة الإثبات الأولى لقوة الوازع الديني والخلقي، وفي الزمن الحاضر ضعف أثر الشهادة وتصدرت الكتابة لتصبح من أهم وسائل الإثبات بفضل الوسائل الحديثة في التوثيق والدواوين وكتّاب العدل وضبوط المحاكم وفتح السجلات والاحتفاظ بالأصل وإعطاء صور عن الوثيقة وتقديم وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط التي أصبحت فناً قائماً بذاته.

بدأ قانون البيّنات السوري وسائل الإثبات بالأدلة الكتابية وجعل الكتابة هي الأصل في الإثبات فيجوز الإثبات بها في جميع الحالات والمنازعات ، كما أوجب الكتابة دون غيرها في إثبات بعض الحقوق وفضلها على الوسائل الأخرى عند التعارض لأنها تعد مقدماً عند نشوء التصرف وقبل قيام النزاع فهي أقرب إلى

10

^١ ابن القيم (٦٩١ - ٧٥١) شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزيّة ، له كتب كثيرة في علوم الشريعة، كان ذا فنون من العلوم وخاصة التفسير والأصول من المنطوق والمفهوم ،من مصنفاته زاد المعاد في هدي خير العباد ، دفن بمقبرة الباب الصغير في دمشق ،الوافي بالوفيات الصفدي(٢٦١/١)

^٢ الطرق الحكمية، ابن القيم (٢١٤/١)

^٣ الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية واتفق الفقهاء على ذلك ،ومن الآيات الواردة في مشروعية الكتابة قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة: ٢٨٢]

وقوله صلى الله عليه وسلم «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»

صحيح البخاري ،كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده(١٠٠٥/٣)(٢٥٨٧)

الحقيقة والواقع من غيرها وجعلها ملزمة للقاضي ما لم ينكرها الخصم أو يدعي تزويرها بخلاف البيئة والقرائن التي ضبط ترك قوتها لتقدير القاضي وقناعته^١.

والعلة في تفضيل القانون للكتابة على غيرها من وسائل الإثبات أنه نظم بشكل دقيق السجلات والدواوين وخصص دوائر معينة وموظفين مختصين بالكتابة والتسجيل لضمان الصحة فيها، ويظهر من هذا أن الأدلة الكتابية أهم دليل في القانون وأن المشرع اعتبر الكتابة أقوى الأدلة وأكثرها استعمالاً ووضعها في المكان الأسمى والدرجة التي لا ينافسها فيها غيرها^٢.

5

وفي العصر الحديث أولت جميع القوانين الكتابة حق الصدارة في الإثبات والدراسة والتبويب والتقسيم وخاصة بعد انتشار العلم في أرجاء المعمورة وتم اتخاذ الكتابة وسيلة دائمة في المعاملات ومختلف شؤون الحياة^٣.

ثالثاً: القرائن^٤:

تغطي القرائن بمكانة مهمة ضمن وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي لما لها من أثر في إرجاع الحقوق إلى أصحابها وإنصاف المظلومين وردع الظالمين، لذا أوجب الفقهاء على القاضي الأخذ بها واعتمادها طريقة في توجيه الأحكام، خاصةً إذا عجز صاحب الحق عن إثبات حقه بالطرق الأخرى كالشهادة والإقرار والكتابة واليمين، فقد يتعذر الإثبات بالشهادة والكتابة في كثير من الوقائع.

10

إن الإثبات بالقرائن في القانون يختلف بحسب أنواع القرائن وبحسب محل الإثبات، فالقرائن القانونية لا تعتبر وسيلة للإثبات إلا بالنص عليها صراحة ولا يجوز القياس عليها والهدف منها إعفاء من تثبت له من الإثبات

15

^١ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (٤٨٠)

^٢ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (٢٠١)

^٣ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (٤٨٠)

^٤ القرينة كل أمانة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وهي وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، وتم بيانها في الفصل الثالث المبحث الأول صفحة (١١٧)

حتى يثبت العكس، أما القرائن القضائية فقد نظر إليها المشرع بحذر وحيطة، وأحاطها بسياس من التدقيق لأنها تعتمد استنباط القاضي واجتهاده ونظره إلى الوقائع، وللاستدلال منها على أمور غامضة، وهذا متروك إلى حكمة القاضي وتقديره^١.

وضع المشرع القرائن القضائية في مرتبة الشهادة في الإثبات وأجاز الإثبات بها فيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة، والإثبات بالشهادة ليس مطلقاً إنما هو مقيد بحالات خاصة، فهي دليل مقيد بحالات محددة، أما قانون العقوبات فاعتمد بشكل رئيسي على القرائن وجعلها في المقام الأول وأطلق للقاضي حريته في الاقتناع بأي دليل كان والمرجع في ذلك كله إلى تقدير القاضي وقناعته^٢، وهذا كله من باب المصلحة التي أقرها القانون في نصوصه.

5

رابعاً: ظهور قرائن جديدة (البصمة الوراثية)^(٣):

إن الهدف من القضاء هو التوصل إلى الحق - ولو بغلبة الظن - بوسائل مقبولة، وإن الشريعة الإسلامية من خلال أحكامها الفقهية أقرت وسائل مستنبطة من الأمارات والدلالات على الحوادث المتنازع عليها، وهي معروفة باسم القرائن التي تدل على الشيء من غير استعمال فيه فهي دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من معلوم، والقرينة عند الفقهاء تعني الأمانة التي تدل على الأمر المجهول استنباطاً واستخلاصاً من الأمارات المصاحبة والمقارنة لذلك الأمر الخفي ولولاها لما أمكن الوصول إليه، مثل الأمانة التي وردت في قصة سيدنا يوسف عليه السلام في قوله تعالى {إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ} [يوسف: ٢٦] وغيرها من الاستدلالات المستنبطة من القرائن المصاحبة للحوادث التي اعتمدها الصحابة رضوان الله عليهم في إصدار الأحكام الفقهية، فلا يقف الأمر في الإثبات بالقرائن على القرائن المنصوص عليها وإنما يمكن الاعتماد

10

15

^١ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (٢١٩)

^٢ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (٢١٩)

^٣ عرف الدكتور وهبة الزحيلي البصمة الوراثية بأنها المادة المورثة الموجودة في جميع خلايا الكائنات الحية، وفي الفصل الثالث المبحث الثاني في الصفحة (١٣٣) بيان عنها

على قرائن جديدة يستنبطها القاضي في أحكامه، ومن هنا يمكن القول باعتماد الوسائل المعاصرة في الإثبات من بصمة وراثية أو التحاليل للآثار من دم أو شعر أو استخدام التسجيل الصوتي لأنها تعد من القرائن المصاحبة أو الدالة على الجرم^١.

إن القرائن بمجملتها القديمة والمعاصرة لا تختلف من حيث الغاية والمعنى عن وسائل الإثبات الأصلية التي يتوصل بها إلى الحقائق وإقامة العدل، وإهمال تلك القرائن الحالية من التعارض يعد مضيعة للحقوق وهدراً لها وذلك لأن الإثبات في الواقع المعاصر لا يقتصر على الشهود والإقرار واليمين لقلّة الثقات الذين يؤتمنون على أداء الأمانة فلا بد من الاستعانة بقرائن أخرى معاصرة تستند إلى العلم وتفيد الإثبات وتصل إلى حد اليقين والقطع في كشف الحقائق وإثبات الحقوق .

5

من أهم القرائن المعاصرة التي أحدثت ضجة كبرى عند اكتشافها البصمة الوراثية فكان لها الأثر البالغ في مجال الطب والجرائم الجنائية وقضايا النسب .

10

إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحيلة والحذر لخطورة ما قد تؤدي إليه من إخلال بمتطلبات الاستقرار الاجتماعي وخاصة في محيط الأسرة، فأقيمت الندوات ونظمت المحاضرات لدراسة حجية البصمة الوراثية فعقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوتها الفقهية الطبية الحادية عشرة بالكويت لدراسة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب أو نفيه وانتهت في توصياتها إلى أن (البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً عصبياً ضخماً في مجال القيافة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية في إثبات النسب المتنازع فيه على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات)^٢.

15

^١ أحكام القرائن المعاصرة في الشريعة والقانون، د. هناء أحمد (٤٤٥)

^٢ أعمال الندوة الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت سنة ١٩٩٨ م (٣٣٣)

وجاء في قرارات المجلس الفقهي الإسلامي ما يتعلق بنفي النسب بالبصمة الوراثية :

(لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان)^١ .

يمكن القول أن الراجح هو عدم اعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب وأن النسب لا ينفي إلا باللعان، وأن إجراء البصمة الوراثية قبل أداء اللعان أمر يخضع لتقدير القاضي فيما يراه من مصلحة في ذلك، فإن ذابت الأخلاق في المجتمع وكثر الكذب والافتراء وانتشرت ظاهرة نفي الزوج للولد ليمتص من النفقة ومن تحمل أعباء المسؤولية الوالدية فالواجب إصدار قرار بإلزام الزوج الطالب للعان لنفي نسب الولد القيام بالبصمة الوراثية قبل الملاعة وذلك من باب السياسة الشرعية .

5

جاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي (لا يجوز شرعاً استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم)^٢ وما فرض العقوبات الزاجرة إلا ضمن دائرة العمل بالسياسة الشرعية لما في فتح باب التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً من تفويت لمقاصد الشريعة في حفظ العرض والنسب ، وتضييع مصلحة الأسرة بالاستقرار والحماية من الكوارث والمشاكل التي قد تؤدي إلى فساد المجتمع، ففي فتح باب استخدام البصمة الوراثية دون حاجة ودون إذن القاضي تعريض للأنساب للشك والريبة في كل صغيرة وكبيرة تكون بين الزوجين ما يؤدي إلى انعدام الثقة بين الأزواج وفتح باب كبير للخصام الذي قد يؤدي إلى الطلاق وإن كانت نتيجة البصمة الوراثية لصالح من يثبت له النسب.

10

15

^١ من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة (٣٩٠)

^٢ من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدورة السادسة عشرة (٣٩٠)

المبحث الثاني :

التعريف بالدعوى ومشروعيتها

منحت الشريعة الإسلامية الإنسان جميع الحقوق ليتمتع بها وأوضح له طريقة ممارستها وكيفية التصرف فيها ثم شرعت السبل لحمايتها فأحاطتها بسياج الرعاية ليمارس كل إنسان حقه على أتم وجه ، فالأصل أن يحصل الإنسان على حقوقه دون حاجة للجوء إلى القضاء ، إلا أنه عند النزاع والخصاص وعدم القدرة على تحصيل الحق 5 كأن يطغى الفرد على آخر ويتناول على حق أخيه أو يتجاوز الحد في حقه ويتعسف فيه وحتى لا يستأثر القوي بحقوق الضعيف شرعت الدعوى وجعلت الوسيلة الأصلية لتحصيل الحقوق ، فليس للناس تحصيل حقوقهم بأنفسهم ، فسيبل من اعتدي على حقه أن يلجأ إلى القضاء لدفع الظلم عن نفسه وهو ممنوع من أخذ حقه بنفسه وذلك منعاً للفوضى وتجنباً للفتن والمفاسد ، فالدعوى مادة القضاء الأساسية والوسيلة الوحيدة التي يتمكن من خلالها صاحب الحق المثل أمام القضاء والمطالبة بحقه ، إذ لا يقبل الفصل في المنازعات أمام القضاء ما لم يسبق بدعوى توضع بين يدي القاضي للنظر فيها، فكان البحث في الدعوى من حيث تعريفها وأركانها وشروطها وأنواعها من الأهمية بمكان.

5

10

المطلب الأول :تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً وقانوناً :

انتشر في زمننا الحاضر الارتباط بين كلمة الدعوى و المحاكم ،فما أن تذكر حتى يتبادر إلى الذهن وجود قضية في المحكمة وأطراف نزاع وخصومة ،إلا أن ذلك هو أحد المعاني والإطلاقات المتعددة للدعوى في اللغة التي سيتم بيانها في ما يلي :

15

الفرع الأول :الدعوى لغةً : الدعوى اسم لما يُدعى وهو المصدر^(١) ،وتجمع على دعاوي بكسر الواو

(١) لسان العرب ،ابن منظور (٢٥٧/١٤) مادة دعا

وفتحها^(١)، ولها في اللغة عدة استعمالات منها :

● الدعاء :

وهو الابتغال إلى الله والرغبة فيما عنده من الخير ، كما في قولهم اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين^(٢) ومنه قوله تعالى {وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين} [يونس: ١٠]

● الطلب والتمني :

5

ادّعى الشيء طلبه وتمناه لنفسه ، ومنه قوله تعالى {ولهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون} [يس: ٥٧] أي ما يتمنون^(٣) .

● الزعم :

ادّعى الشيء زعم أنه له^(٤)، وجرى العرف على أن من لا حجة له بقوله أن يُسمى مدّعيًا ومن له حجة بقوله فنسميه محققًا ، فمسليمة الكذاب^(٥) كان مدعيًا للنبوّة أما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أثبت دعوته بالمعجزة^(٦) .

10

● وتستعمل الدعوى بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئًا ملكًا أو استحقاقًا أو صفقة من غير

(١) بعضهم قال فتح الواو أولى وبعضهم قال كسرهما أولى ، المصباح المنير ، الفيومي (١٠٣/١) مادة دعا

(٢) لسان العرب ، ابن منظور (٢٥٧/١٤) مادة دعا ، تاج العروس ، الزبيدي (٤٦/٣٨) مادة دعو

(٣) المصباح المنير ، الفيومي (١٠٣/١) مادة دعا ، تاج العروس ، الزبيدي (٥١/٣٨) مادة دعو

(٤) تاج العروس ، الزبيدي (٤٨/٣٨) ، مادة دعو

(٥) مسليمة الكذاب توفي (١٢هـ-٦٣٣م) هو مسليمة بن ثمامة بن كبير بن حبيب الوائلي ولد باليمامة ، متنبئ من المعمرين ويقال في المثل أكذب من مسليمة ، ادعى النبوّة وكان يضع أسجاعاً يحاول أن يضاهي بها القرآن ، الأعلام ، الزركلي (٢٢٦/٧)

(٦) المبسوط ، السرخسي (٤٠٠/٦)

تقييد بمنازعة أو مسألة ^(١) .

الفرع الثاني :

الدعوى اصطلاحاً :

تعددت أقوال الفقهاء في تعريف الدعوى ولكنها مجملها وإن اختلفت في المبنى إلا أنها تتقارب في المعنى وهو اعتبار الدعوى تصرف من التصرفات الشرعية القولية.

5

أولاً: المذهب الحنفي :

من تعاريف السادة الحنفية للدعوى :

- أنها مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ^(٢) أي في مجلس القاضي.
- قول مقبول عند القاضي يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه ^(٣)، ويؤخذ على هذا التعريف عدم شموله للكتابة أو الإشارة إن انشئت الدعوى بها .

10

ثانياً: المذهب المالكي :

وعرف القرافي ^(٤) من المالكية الدعوى بأنها طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة

^(١) تبين الحقائق، الزيلعي (٢٩٠/٤)، مجمع الأنهر، شيخ زاده (٣/٣٤٣)، المغني، ابن قدامة (١٦٣/١٢) يقول الدكتور محمد نعيم ياسين في كتابه نظرية الدعوى ص ٧٥ (وجدت هذا المعنى اللغوي مذكوراً في كثير من الكتب الفقهية ولكني لم أعثر عليه فيما وقعت عليه من كتب اللغة).

^(٢) العناية شرح الهداية، البابري (٢٥٣/١١).

^(٣) الدر المختار، الحصفكي (٩٢/٥).

^(٤) القرافي (ت ٦٨٢هـ) أحمد بن إدريس شهاب الدين الصنهاجي، ولد بقرية كورة بوش بمصر و توفي بدير الطين بمصر، كان إماماً بأصول الدين وأصول الفقه المالكي عالماً بالتفسير، من أشهر كتبه أنوار البروق وأنواء الفروق، الذخيرة الوافي بالوفيات الصفدي (٢٩٩/٢).

شرعاً لا تكذبها العادة^(١)، فالمقصود بطلب معين هي دعوى العين وبالذمة المعينة دعوى الدين، وما يترتب على أحدهما كدعوى المرأة الطلاق فيترتب عليها حوز نفسها، ويقصد بقوله معتبرة شرعاً أي أن تكون ذات نفع شرعي فالادعاء بعشر سمسة لا يسمعه القاضي، ومعنى قوله لا تكذبها العادة أن يسكت المدعي عن طلب حقه مع تصرف الآخر به مدة طويلة في الغالب لا يسكت فيها صاحب الحق عن حقه^(٢).

5 كما عُرفت الدعوى بأنها قولٌ لو سلّم لأوجب لقائله حقاً^٣، وهذا التعريف غير جامع لأنه لم يذكر مكان الدعوى وهو مجلس القضاء حيث ولو كان القول صحيحاً سليماً إلا أنه لا يعتبر ولا ينتج عنه أثره إن لم يكن في مجلس القاضي.

ثالثاً: المذهب الشافعي :

10 وعرف الشافعية الدعوى بأنها إخبار عن وجوب حق على الغير عند الحاكم^(٤)، وقد شمل التعريف الشهادة ولو قيل إخبار عن وجوب حق له على الغير عند الحاكم لكان أولى .

رابعاً: المذهب الحنبلي :

والدعوى عند الحنابلة هي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته^(٥)، وهذا التعريف قصّر عن ذكر مجلس القضاء مكان الدعوى، ولم يشمل جميع أنواع الدعوى كدعوى النسب .

ويُلاحظ بالنظر إلى ما سبق

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي (٢٧١/٧) .

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي (٢٨١/٧) واشتمل تعريف القرافي للدعوى على شروطها .

٣ شرح مختصر خليل للخرشي (٢٨٧/٢١).

(٤) إعانة الطالبين، الدمياطي (٢٤٧/٤) مغني المحتاج، الخطيب الشربيني (٤٦١/٤) .

(٥) المغني، ابن قدامة (١٦٣/١٢) الإنصاف للمرداوي (٣٦٩/١١).

التعريف الجامع المانع للدعوى هو ما جاء في كتاب نظرية الدعوى: (قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به الإنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته) لأنه :

- بين فيه طبيعة الدعوى فهي تصرف قولي مشروع يتم بواسطة القول، ويجوز بالكتابة أو الإشارة عند عدم القدرة على اللفظ أو الكتابة .
- ميز بين معنى الدعوى الاصطلاحي ومعناها اللغوي، ففي اللغة الدعوى غير مقيدة بمكان وفي الشرع قيدت بمجلس القضاء .
- ميز بين الدعوى وبين التصرفات التي لا تصح إلا في مجلس القضاء كالشهادة والإقرار .
- اشتمل التعريف على جميع أنواع الدعاوى المشروعة في الفقه الإسلامي^(١) .

5

الفرع الثالث :

الدعوى قانوناً :

10

اختلف علماء القانون في وضع تعريف محدد للدعوى اختلافاً كثيراً، فمنهم من عرف الدعوى بأنها (سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته)^٢ .

ومنهم من عرف الدعوى (حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية)^٣ .

ومنهم من عرف الدعوى بأنها (مطالبة بالحق أمام القضاء)^٤ كما عرفها بعض الفقهاء اصطلاحاً .

15

^١ نظرية الدعوى، د. محمد نعيم ياسين (٨٣).

^٢ نظرية الدفع، د. أحمد أبو الوفا (٧٨٩).

^٣ نظرية البطلان، د. فتحي والي (١٣).

^٤ أصول المرافعات، أحمد مسلم (٣٥٥).

لم يعرف قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الدعوى بشكل عام ومباشر وإنما تكلم عن إجراءاتها العملية وكيفية قيدها ورفعها أمام المحكمة بشكل عام، وعرف قانون أصول المحاكمات الجزائية الدعوى فيما يخص الشق الجزائي فقط .

عرفت مجلة الأحكام العدلية الدعوى بأنها (طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي، ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه)^١.

5

المطلب الثاني: مشروعية الدعوى:

سبق بيان أن الدعوى هي الطريقة التي تعين الإنسان لحيازة حقه، والسبيل لحل النزاع والخصومة بين المتخاصمين، فحدوث الخصومة واستمرارها دون إنحائها ينتج عنه إلحاق الأذى والضرر بالمتداعيين والله عزوجل نهي عن ذلك، فكانت الدعوى هي الطريق لفصل الخصومات والمنازعات وحفظ البلاد من انتشار الفساد^(٢).

10

و ورد في مشروعية الدعوى الكثير من الأدلة في السنة الشريفة منها :

ما روي عن الأشعث بن قيس^(٣) أنه قال : كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاخصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: شاهداك أو يمينه، قلت: إنه إذا يحلف ولا يبالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من حلف على يمين يستحق بها مالاً هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقتراً هذه الآية {إن الذين يشتركون به عهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً- إلى

15

^١ مجلة الأحكام العدلية المادة (١٦١٣) (١/٣٢٠)

^٢ المبسوط، السرخسي (٤٠٠/٦) العناية شرح الهداية، البابرتي (١١/٢٥٣)

^٣ الأشعث بن قيس (ت ٤٠ هـ) الأشعث بن قيس بن معدي كرب الكندي كان اسمه معد يكره ولقب بالأشعث لشعث رأسه مات بالكوفة، روى أحاديث يسيرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، تهذيب الكمال، المزي (٣/٢٨٦) تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني (٣/٣٥٢)

— ولهم عذابٌ أليمٌ {^(١) [آل عمران: ٧٧].

وجه الاستدلال :

تبين في الحديث سماع رسول الله صلى الله عليه وسلم للدعوى^(٢) والحكم بين المتداعيين وما يتطلب ذلك من بينة أو يمين، وإن دل ذلك على شيء دل على مشروعية الدعوى والمطالبة بالحق من خلالها.

وروي أنه جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرضٍ لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة، قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر: «أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض»^(٣).

5

10

وجه الاستدلال: في الحديث بيان احتمال قول أحد المتخاصمين للآخر أنه فاجر، وقبول الحاكم قول المدعي بميراث المدعى به مع عدم وجود غيره من الورثة دون طلب بينة على ذلك^(٤)، ولولا مشروعية الدعوى لما استمع الحاكم للمتخاصمين ولا حكم بينهما.

فالدعوى هي وسيلة الإنسان لأخذ حقه عن طريق القضاء، فإن أراد الشخص اللجوء للقضاء لتحصيل حقه فتكون الدعوى هي الوسيلة الوحيدة له.

15

^١ صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٨٨٩/٢) (٢٣٨٠).

^٢ فتح الباري، ابن حجر (٣٩/١٩).

^٣ صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة (٨٦/١) (٣٧٥).

^٤ شرح النووي على مسلم، النووي (١٦٣/٢).

المبحث الثالث :

أركان الدعوى وشروطها وأنواعها :

ذهب الفقهاء إلى القول بصحة الدعوى واعتبارها شرعاً إذا توافرت فيها شروط اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر ، كما قالوا بضرورة تمام أركانها لتحقيق صحتها وتكون مقبولة عند القاضي فتُسمع ويُنظر فيها ويترتب عليها آثارها الشرعية فتقطع الخصومة ويفصل النزاع الواقع بين المتداعيين وإلا ردت ، وفيما يلي سيتم بيان مايتعلق بالدعوى من شروط وأركان وماينتج عن ذلك من أنواع للدعوى .

5

المطلب الأول: أركان الدعوى:

المدعي والمدعى عليه والمدعى به والصيغة هي أركان الدعوى عند جمهور الفقهاء ، فالمدعي والمدعى عليه هما أطراف الدعوى والمتنازعين في الخصومة أما المدعى به فهو الحق المطالب به المتنازع عليه ، والصيغة هي القول المعبر به عن الحق أمام القضاء .

10

أما عند الحنفية فركن الدعوى هي الصيغة فقط وتتمثل بقول المدعي لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ، فبالقول يكون تمام الركن عندهم^(١) .

التمييز بين المدعي والمدعى عليه :

الدعوى هي طلب الحق في أصلها فالظاهر أن المدعي هو الطالب للحق والمدعى عليه هو المطلوب منه الحق ، وبما أنه يترتب على كل منهما واجبات والتزامات فيجب التمييز بينهما مما يسهل على القاضي النظر في الدعوى لذلك اهتم الفقهاء بوضع الضوابط والمعايير لتمييز المدعي من المدعى عليه ومن هذه المعايير :

15

^١ بدائع الصنائع ، الكاساني (٢٢٢/٦)

- المدعي من إذا ترك الخصومة تُرك، والمدعى عليه من إذا ترك الخصومة لم يترك^١.

أي أن صاحب الحق مخير بين المطالبة بحقه أو تأجيله أو إسقاطه وإعفاء المدعى عليه منه، فإن اختار ترك الخصومة والدعوى فله ذلك وإن اختار المطالبة بحقه واستعان بالقضاء ورفع دعوى فله ذلك .

- المدعي من يتمسك بخلاف الظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر^٢.

أي أن من يضع يده على حق أو يتصرف به فإنه في الغالب صاحب حق لأن قوله وفعله يتفق مع ظواهر الأمور وغالب الأحوال، ومن يدعي خلافهما وينكر وجودهما فإنه المدعي .

الظاهر هنا هو الواضح البين للناس إما بموجب أصل ثابت أو لأنه الغالب في الاستعمال والمتعارف عليه في الحياة^٣

المطلب الثاني: شروط الدعوى :

تنقسم شروط الدعوى إلى شروط في المدعي والمدعى عليه وشروط في المدعى به وشروط في صيغة الدعوى :

الفرع الأول: شروط المدعي والمدعى عليه :

يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه ما يلي :

أولاً: شرط الأهلية :

^١ المبسوط، السرخسي (٤٠٠/٦) نهاية المحتاج، الرملي (٣٣٩/٨) الإنصاف، المرداوي (٣٦٩/١١) وهذا المعيار عند الحنفية وقول عند الشافعية وقول عند الحنابلة

^٢ العناية شرح الهداية، البابرتي (٢٥٢/١١) شرح مختصر خليل للخرشي (٢٩٥/٢١) روضة الطالبين، النووي (٧/١٢) المبدع، ابن مفلح (١٤٦/١٠) هذا المعيار هو قول عند الحنفية والأظهر عند الشافعية والمالكية والحنابلة

^٣ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (١٢٠)

تشتتر أهلية كل من المدعي والمدعى عليه لرفع الدعوى أو الجواب عنها، ومن لم يكن أهلاً لذلك ناب عنه وليه أو وصيه في تصرفاته الشرعية^(١).

إلا أن الشافعية والحنابلة اشتراطوا كمال الأهلية في كل من المدعي والمدعى عليه لصحة الدعوى واستثنوا من ذلك بعض المسائل، في حين لم يشترط الحنفية والمالكية كمال الأهلية واكتفوا بالأهلية الناقصة لدى الطرفين^(٢)، فتقبل الدعوى من الصبي المميز المأذون له كما يقبل الادعاء عليه^(٣)، وللسفيه أيضاً المطالبة بحقه بنفسه ومطالبته بالحقوق^(٤).

5

ثانياً: شرط الصفة :

والمقصود بهذا الشرط أن يكون المدعي والمدعى عليه أصحاب شأن في الدعوى، وهذا الشأن معترف به لدى المشرع، فيعطي المدعي حق الادعاء ويكلف المدعى عليه بالجواب، وكما أن للمدعي أن يطلب الحق لنفسه فله أن يطلبه لغيره نيابة عنه وكالة أو ولاية أو وصاية، وللمدعى عليه أيضاً الجواب والمخاصمة أصالة عن النفس أو نيابة عن الغير^٥.

10

الفرع الثاني: شروط المدعى به :

أولاً: أن يكون المدعى به معلوماً :

^١ الدر المختار، الحصفكي (٩٣/٥) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي (٢٦٣/٧)

^٢ البحر الرائق، ابن نجيم (١٩١/٧)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للنفراوي (٢٦٤/٧) إعانة الطالبين الدمياطي (٢٥٢/٤)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٦٦/٦)

^٣ الدر المختار، الحصفكي (٩٣/٥)

^٤ الفواكه الدواني، النفراوي (٢٦٣/٧)

^٥ الفتاوى الهندية (٣٦/٦) مواهب الجليل، الخطاب (١٢٥/٦) نهاية المحتاج، الرملي (٣٤٠/٨) كشاف القناع، البهوتي (٣٣١/٦)

أي أن يكون مميزاً عن غيره في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي^(١)، وذلك من خلال الإشارة إليه أو بيان حدوده أو تعيين أوصافه بالجنس والنوع والصفة والمقدار^(٢)، ومما لا شك فيه أن الغاية من الدعوى إلزام المحقوق برد الحق إلى أصحابه بحكم القاضي ولا يتأتى ذلك بجهل المدعى به لعدم القدرة على إثبات أحقيته فالشهادة في الدعوى غير مقبولة إن كانت على مجهول^(٣).

وهناك بعض المسائل التي أجازها الفقهاء وقالوا بصحة الدعوى بالمجهول حال تحقق المقصود وفصل النزاع والإلزام بالحق، كالدعوى بالإقرار والوصية^(٤) والدعوى التي تتوقف على تقدير القاضي كدعوى النفقة^(٥).

5

ثانياً: أن يكون المدعى به محتمل الثبوت :

أي أن يكون المدعى به مما يحتمل ثبوته عرفاً أو عادة^(٦)، فمن ادعى بنوة شخص لا يولد مثله لمثله لا تقبل دعواه لاستحالتها عقلاً، ومن ادعى على إنسان أنه غصبه ماله وهو معروف بفقره فلا تقبل دعواه لاستحالتها عرفاً^(٧).

10

ثالثاً: أن يكون المدعى به مشروعاً ملزماً:

^١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٣/١٧)

^٢ العناية شرح الهداية، الباري (٢٥٧/١١)، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (٤٢/١١)، منح الجليل، محمد عيش (٣٨٤/١٧) إعانة الطالبين، الدمياني (٢٥٢/٤) مطالب أولي النهي، الرحيباني (٥٠١/٦)

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٢٢/٦)

^٤ المغني، الكاساني (٤٤٢/١١)

^٥ أسنى المطالب لتركيا الأنصاري (٣٩١/٤)

^٦ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٢٤/٦)، أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي (٢٨٠/٧) شرح مختصر خليل للخرشي (٢٨٧/٢١) شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٥١٤/٣) تبصرة الحكام، ابن فرحون (٣٣٣/١)

^٧ الدر المختار، الحصفكي (٩٤/٥)

والمقصود من ذلك أن يكون المدعى به مصلحة أقرها الشرع وحفظها لصاحبها عن طريق الدعوى والقضاء، فلا تقبل دعوى المطالبة بالأجرة على فعلٍ محرمٍ، كما ينبغي كون المدعى به ذو نفع معتبر، فمن ادعى مطالباً بقمحة أو شعيرة لا تقبل دعواه^(١) لما ينتج عنها من مفسدة أكثر مما تجلب من المصلحة لصاحبها .

وأما إذا كان المدعى به لا يقره الشرع أو كان مما لا يلزم به بعد ثبوته كالأدعاء بمجة شيء غير مقبوض أو الادعاء بعدم تنفيذ وعد فلا تصح الدعوى لأن الشرع لم يكلف الأداء بها من باب الوجوب^(٢) وهذا ما يسمى شرط الإلزام بالدعوى أي أن يلزم المدعى عليه إذا ثبتت الدعوى بالمدعى به^(٣).

5

الفرع الثالث : شروط صيغة الدعوى :

أولاً : عدم التناقض :

بأن لا يصدر من المدعي كلام سابق للدعوى يناقضها^(٤) لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه ، والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه^(٥)، والمقصود أن يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع في الصدق بين السابق واللاحق^(٦) كمن يدعي وفقاً ثم ادعاه ملكاً لنفسه لا تقبل دعواه للتناقض بين الدعويين وعدم إمكان التوفيق بينهما إذ الوقف لا يصير

10

^١ شرح مختصر خليل للخرشي (٢٨٧/٢١) تبصرة الحكام ، ابن فرحون (٣٣١/١)

^٢ الفواكه الدواني ، النفراوي (٢٦٣/٧) تبصرة الحكام ، ابن فرحون (٣٢٨/١)

^٣ البحر الرائق ، ابن نجيم (١٩٥/٧) مواهب الجليل ، الخطاب (١٢٩/١٧) تحفة المحتاج ، الهيتمي (١٥٢/٢٨) الإقناع ، الحجاوي (٢٦٨/٢)

^٤ بدائع الصنائع ، الكاساني (٢٢٣/٦) ، أسنى المطالب زكريا الأنصاري (٩٧/٤) أشار المالكية إلى هذا الشرط من خلال الأمثلة المذكورة عن خلو الدعوى مما يكذبها عادة فجاء في كتاب شرح ميارة (كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبنى ويؤجر طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من غير توقيع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعي أن له فيها حقاً وليس بينهما شركة ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه ، فهذا لا تسمع دعواه أصلاً) (٤٩/١)

^٥ كشاف اصطلاحات الفنون ، التهانوي (٥١٤/١)

^٦ نظرية الدعوى ، د. محمد نعيم ياسين (٣٨٣)

ملكاً^١، وكن ادعى على شخص انفراده بالقتل ثم ادعى على آخر مشاركته في القتل لم تسمع دعواه الثانية لأنها تناقض الأولى وتكذبها^(٢)، وللتناقض المانع من سماع الدعوى صور وشروط إن تحققت لم تسمع الدعوى^(٣).

ثانياً: الجزم :

5 أن يتلفظ المدعي بالفاظ جازمة قاطعة لا تردد فيها أما قوله أظن أو أشك أن لي عند فلان حق فلا يقبل^(٤)، واستثنى من هذا الشرط دعاوى الاتهام فإنها تقبل بالألفاظ المتكررة لأنها ترجع إلى الظن والشك فمن قال اتهمه بسرقة دينار تسمع دعواه^(٥).

ثالثاً: مجلس القضاء :

10 هو المكان الذي يقبل فيه قول المدعي ويترتب عليه وجوب الجواب على المدعى عليه، وإلا لم يترتب على قوله شيء^(٦)، ولذلك ذكره الكثير من الفقهاء في تعريف الدعوى لأن الغاية من الدعوى هو فض النزاع القائم بين المتخاصمين والحكم بينهما ولا يكون تمام ذلك إلا في مجلس القضاء^(٧).

^١ تكملة حاشية رد المختار، ابن عابدين (١/٤٣٠).

^٢ إعانة الطالبين، الدمياطي (٤/٢٥٢)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٦/٥٠٢).

^٣ للتوسع انظر نظرية الدعوى، د. محمد نعيم ياسين (٣٨٤ وما بعدها).

^٤ تكملة حاشية رد المختار، ابن عابدين (٢/١٠)، التاج والاكلیل، المواق (١١/٤٢)، روضة الطالبين، النووي (٨/٢٩٩)، تبصرة الحكام، ابن فرحون (١/٣٢٩).

^٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧/٦٤).

^٦ تبیین الحقائق، الزيلعي (٤/٢٩١).

^٧ العناية شرح الهداية، البابرتي (١١/٢٥٣)، تحفة المحتاج، الهيتمي (٤٤/٣١٥).

رابعاً: أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد الخصم وأن يده عليه بغير حق^(١)

ويستثنى من هذا الشرط دعوى منع التعرض لأن العين تكون في يد المدعي ويحاول المدعى عليه انتزاعها منه .

ومن شروط الدعوى المختلف فيها بين الفقهاء :

- أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه^(٢).
- أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً^(٣).
- أن تتضمن الدعوى طلب المدعى به^(٤).
- أن يطلب المدعي من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب^(٥).

5

المطلب الثالث: أنواع الدعوى :

تنقسم دعاوى لأنواع كثيرة باعتبارات مختلفة يرجع معظمها لاعتبارين مهمين :

الاعتبار الأول :مدى صحة الدعوى والشروط الشرعية المتوفرة فيها .

10

الاعتبار الثاني :ماهية الشيء المدعى به .

الفرع الأول :أنواع الدعوى باعتبار صحتها :

^١ العناية شرح الهداية ،البابرتي(١١/٢٦٠)،مواهب الجليل ،الخطاب(١٧/١٣٠)،الحاوي الكبير ،الماوردي(١٧/٥٩٦).

^٢ للمذاهب قولان في هذا الشرط عدا المالكية لم يتطرقوا له ،بدائع الصنائع ،الكاساني(٦/٢٢٢)،الحاوي الكبير ،الماوردي(١٦/٦٢١) كشاف القناع ،البهوتي(٦/٣٤٤).

^٣ اشترطه الإمام أبو حنيفة ،بدائع الصنائع ،الكاساني(٦/٢٢٢).

^٤ اشترطه بعض علماء الحنفية ،البحر الرائق ،ابن نجيم(٧/١٩٦).

^٥ اشترطه بعض علماء الحنفية ،بدائع الصنائع ،الكاساني(٦/٢٢٤).

أولاً: الدعوى الصحيحة :

هي الدعوى التي توافرت فيها شروط الصحة وتضمنت طلباً مشروعاً، وبناء على ذلك وجب قبولها ونظر القاضي فيها وتكليف الخصم بالحضور والجواب وتوجيه اليمين له إن عجز المدعي عن البينة^(١).

ثانياً: الدعوى الباطلة :

5 هي الدعوى التي فقدت أحد أركانها أو كانت متناقضة مع أحد الشروط الأساسية فيها التي لا يمكن تصحيحها وتصويبها، كالدعوى التي يكذبها العقل والحس كمن ادعى بنوة من لا يولد مثله أو كدعوى معروف بالفقر إقراض آخر أمواله^(٢).

ثالثاً: الدعوى الناقصة :

10 هي الدعوى التي اختلت أحد شروطها القابلة للتصحيح والتصويب، فمن قال في دعواه أشك أن لي عليه دين طُلب منه الجزم بقوله لصحة الدعوى، ومن ادعى مالاً طُلب منه بيان قدره وجنسه لنفي الجهل وصحة الدعوى، وعند الحنفية تسمى هذه الدعوى بالدعوى الفاسدة^(٣)، وعند الشافعية للدعوى الناقصة صنفين نقصان الصفة ونقصان الشرط :

أما النقصان في الصفة فالمقصود النقص في بيان أوصاف الشيء المدعى به، وأما النقصان في الشرط كدعوى النكاح دون ولي وشهود^(٤).

15

^١ المبسوط، السرخسي (٤٠٠/٦)، تحفة الفقهاء، السمرقندي (١٨١/٣)، الحاوي الكبير، الماوردي (٥٩٤/١٧)، الإقناع، الحجاوي (٢٦٨/٢).

^٢ رد المختار، ابن عابدين (٤٣٢/٢٢)، البحر الرائق، ابن نجيم (١٩٢/٧)، شرح زاد المستقنع، الشنقيطي (٩/١٣).

^٣ رد المختار، ابن عابدين (٤٣٣/٢٢).

^٤ الحاوي الكبير، الماوردي (٦٠٧/١٧).

الفرع الثاني: أنواع الدعوى باعتبار المدعى به^(١) :

أولاً: دعوى العين :

هي الدعوى التي يكون محلها عيناً تشغل حيزاً محدداً من هذا الكون ،والعين إما أن تكون منقولة كالأثاث فتسمى دعوى المنقول أو أن تكون غير منقولة كالعقار فتسمى دعوى العقار .

ثانياً :دعوى الدين :

5

هي الدعوى التي يكون محلها ديناً في الذمة مهما كان سبب هذا الدين ،وكل ما يثبت في الذمة من المثليات التي يمكن ضبطها بالوصف ،سواء أكان الدين بسبب عقد قرض أو ثمن مبيع أو ضماناً لشيء أتلفه المدعى عليه أو بنص شرعي كالنفقة .

ثالثاً :دعوى الحق الشرعي :

هي الدعوى التي يكون محلها حقاً شرعياً مجرداً فلا يعد عيناً ولا يعد ديناً له خصائصه كحق الشفعة ،وهو في الأغلب من الحقوق العائلية كحق النسب و الحضانة ،وهذه موضوع البحث .

10

^١ أدب القضاء لابن أبي الدم (ص ١٩٠) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠٠٥/٢٨٥).

المبحث الرابع

تعريف النسب ونفيه وأسباب ثبوته

النسب الأداة الرابطة بين أفراد الأسرة وأقوى دعاماتها، فبالنسب يُعرف الإنسان وتتكون هويته وبالتالي تحفظ كرامته، والنسب أحد مقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى لحفظها والعناية بها ببيان أحكامها وجوداً وعدماء، ولما كان النسب من أهم آثار عقد النكاح كان لا بد من الحديث عنه تعريفاً وتبييناً لأسباب وجوده وثبوته .

5

المطلب الأول : تعريف النسب ونفيه :

ما المقصود بنسب الإنسان؟ وهل يقتصر النسب على الأب؟ وهل يختلف تعريف النسب لغة عن الاصطلاح؟ هذا ما سيتم بيانه في ما يلي:

الفرع الأول: النسب لغة :

النسب: القرابة وبينهما نسب أي قرابة، قيل هو في الآباء خاصة^(١)، وقيل يكون من قبل الأب والأم، وينسب الإنسان عادة إلى ما يوضحه ويميزه من أب وأم وحي وقبيلة وبلد وصناعة وغير ذلك^(٢)، جمع النسب أنساب وانتسب واستنسب ذكر نسبه، والنسب العالم بالأنساب^(٣).

10

الفرع الثاني: النسب اصطلاحاً :

^١ لسان العرب، ابن منظور (٧٥٥/١) مادة نسب.

^٢ المصباح المنير، الفيومي (٣١٠/١) مادة نسب.

^٣ تاج العروس، مرتضى الزبيدي (٢٦٣/٤) مادة نسب.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للنسب عن المعنى اللغوي فالنسب القرابة^١ وهي الأبوة والبنوة والإدلاء بأحدهما^(٢)، والغالب عند إطلاق النسب النسبة للأب^(٣).

وتقسم القرابة إلى نوعين: قرابة ولادة وقرابة غير ولادة، قرابة ولادة: يقصد بها أصول الإنسان وفروعه.

وقرابة غير ولادة: لها نوعين قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات^(٤).

5

وعُرف النسب أنه عبارة عن مرج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلقاً مطلقاً وإن لم يكن كان نسباً محققاً^(٥).

كما عُرف النسب أنه رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه^٦، وهذا التعريف المختار فيما تراه الباحثة لأن نسب الإنسان لا يقتصر على أبيه فقط وإنما يشمل أصوله وفروعه من خلال رابطة الدم الواصلة بينهم.

10

الفرع الثالث: النفي لغة:

نفى الشيء ينفي نفيًا تنحى والسييل ينفي الغشاء يحمله ويدفعه، ونفى الرجل عن الأرض ونفيته عنها طرده فانتفى، ونفى الشيء نفيًا جحدته ونفى ابنه جحدته وهو نفي منه، يقال انتفى فلان من ولده إذا نفاه عن أن

^١ معني المحتاج، الخطيب الشربيني (٢٥٩/٢).

^٢ إعانة الطالبين، الدمياني (٢٦٢/٣).

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٨٧/٢)، الكافي في فقه ابن حنبل المقدسي (٥٧١/٢).

^٤ بدائع الصنائع، الكاساني (٣٠/٤).

^٥ أحكام القرآن، ابن العربي (١٦٥/٦).

^٦ إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، محمد جبر الألفي (١٥).

يكون له ولداً^١.

الفرع الرابع: النفي اصطلاحاً:

إذا أضيف النفي إلى النسب كان المقصود به إنكار نسب المولود إلى والده، فإذا ثبت النفي لم يلحق الشخص بمن نسب إليه، وإلا فيجب حد القذف إلا إذا وجد ما يدرأه .

5 وإثبات النفي غير مستحيل إلا إذا كانت الواقعة المراد إثباتها مطلقة غير محصورة أما إذا كان النفي مما يحيط به علم الشاهد فإنه يكون جائزاً، وفي بعض الأحوال تقضي الضرورة بقبول إثبات النفي المطلق وتكون الشهادة منصبة على مجرد العلم كما إذا حصر الشهود الورثة في شخص معين.

والواقعة السلبية المحصورة يمكن إثباتها عن طريق إثبات واقعة إيجابية وقد تكون بطبيعتها ممكنة الإثبات بغير إثبات واقعة إيجابية^٢.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت النسب:

10

الأصل في ثبوت النسب العلاقة الزوجية الشرعية ولخفاء ذلك قرن العلماء ثبوت النسب بعقد النكاح — سواء كان صحيحاً أو فاسداً — وبالوطء بشبهة وما ذلك إلا سعياً منهم لحفظ نسب الولد وصون كرامته وسمعته.

الفرع الأول: ثبوت النسب في النكاح الصحيح^(٣) :

عقد النكاح الصحيح هو العقد الذي استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه^(٤)، وأجمع فقهاء الأمة

^١ لسان العرب، ابن منظور (٣٣٦/١٥) مادة نفي.

^٢ إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، د. محمد جبر الألفي (١٦).

^٣ لثبوت النسب في النكاح الصحيح شروط سيتم الحديث عنها في صفحة (٤٩).

^٤ الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (٨٦/٩).

الإسلامية على أن النسب يثبت بالنكاح الصحيح^(١) عند توافر الشروط وانتفاء الموانع .

واستدل العلماء بما روي أنه (اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة» قالت فلم ير سودة قط

5

(٢).

وجه الدلالة: أن الولد يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش - سواء كان الولد موافقاً له في الشبه أو مخالفاً^(٣) - ويثبت الفراش بإمكان الوطء في النكاح الصحيح^(٤)، فالمقصود بالولد للفراش أي لصاحب الفراش وهو الزوج والمقصود بالفراش المرأة وهي الزوجة وسميت بذلك لأنها تفرش وتبسط بالوطء عادة^(٥).

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٤٧ منه:

10

(إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً) .

وفي المادة ٤٩ :

(الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة).

^١ المبسوط، السرخسي (٤١٨/٦)، فتاوى ابن عليش (٤٧٨/١)، الحاوي في فقه الشافعي، الماوردي (٤٢/١١)، الإنصاف، المرداوي (٢٨٦/٩)، زاد المعاد، ابن قيم الجوزية (٣٦٨/٥).

^٢ صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب إثم من انتفى من ولده ومن ادعى أخاً أو ابن أخ (٢٤٨٤/٦) (٦٣٨٤).

^٣ شرح النووي على مسلم (٣٨/١٠).

^٤ نيل الأوطار، الشوكاني (٤٧/٧).

^٥ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٢/٦).

الفرع الثاني: ثبوت النسب في النكاح الفاسد^(١):

الفساد في عقد النكاح عند السادة الحنفية هو تخلف شرط من شروط صحة العقد مع تمام أركانه وشروط انعقاده كالنكاح بلا شهود، أما عند الجمهور فالنكاح الفاسد والنكاح الباطل سواء^(٢)، فإذا تم عقد النكاح ثم تبين فساد له فلا حكم له قبل الدخول ولا أثر ووجببت المتاركة والتفريق بينهما، وإن تبين فساد بعد الدخول ترتب عليه بعض الآثار مع وجوب التفريق بينهما ودرء الحد عنهما، ومن الآثار المترتبة ثبوت النسب سواء كان النكاح متفق على فساد أم مختلف فيه^(٣).

5

جاء في المادة ٤٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري :

(كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد).

وفي المادة ٥١ :

١. لا يترتب على الزواج الفاسد أي أثر قبل الدخول ويعد في حكم الباطل.

10

٢. يترتب عليه بعد الدخول النتائج الآتية :

أ. المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

ب. ثبوت نسب الأولاد .

ت. حرمة المصاهرة .

ث. وجوب العدة عقب الفراق رضائياً أو قضائياً أو بعد الموت .

15

^١ يشترط لثبوت النسب في النكاح الفاسد ما اشترط لثبوت النسب في النكاح الصحيح .

^٢ الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (٨٦/٩).

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٣٣٥/٢)، الأم، الشافعي (٢٥/٥).

ج. وجوب نفقة العدة .

ح. وجوب النفقة الزوجية إن كانت الزوجة تجهل فساد العقد .

خ. لا توارث بين الزوجين .

الفرع الثالث: ثبوت النسب في الوطء بشبهة :

الوطء بشبهة: هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته^(١) .

5

اختلف الفقهاء في ما يعتبر شبهة ومالا يعتبر شبهة، واتفقوا على أن الشبهات لا يمكن حصرها لأن أساسها الوقائع في الغالب والوقائع لا تحصر^(٢)، وعموماً يثبت نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة^(٣).

للشبهة أنواع مفصلة عند الفقهاء نبيها بشكل مجمل فيما يلي^(٤) :

أولاً: شبهة في المحل^(٥) :

10

أي شبهة في الموطوءة وتسمى هذه الشبهة شبهة حكمية وشبهة ملك، ومنشأ هذه الشبهة قيام دليل موجب

^١ الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (١٥/١٠).

^٢ التشريع الجنائي في الإسلام، عبد القادر عودة (٣٩٣/٣).

^٣ شرح فتح القدير للسيواسي (٣٦٦/٣)، حاشية العدوي (٣٢٣/٥)، المهذب للشيرازي (١٤٥/٢)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٦٥٨/٢).

^٤ للتوسع في أنواع الشبهة وثبوت النسب فيها راجع أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، خالد محمد صالح الكردي (٢٠٥).

^٥ مجمع الأنهر، شبخي زاده (٣٤٦/٢)، التاج والإكليل للمواق (١٠٦/١٢)، روضة الطالبين، النووي (٩٢/١٠)، شرح زاد المستقنع الشنقيطي (٢٠٧/١٥).

للحل في المحل كوطء الأب جارية ابنه ، (ورد عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يحتاح مالي فقال: « أنت ومالك لأبيك »)^(١).

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أضاف مال الولد إلى الأب فاللام للتمليك ولم تثبت حقيقة الملك للأب فتثبت الشبهة عملاً بحرف اللام بقدر الإمكان^(٢)، وبهذه الشبهة لا يحل الواطئ ويثبت النسب منه إن ادعاه^(٣).

5

ثانيا : شبهة في الفعل^(٤) :

أي شبهة في الوطء وتسمى شبهة الاشتباه ، ومنشأ هذه الشبهة ظن الفاعل حل فعله كوطء من طلقها ثلاثاً ووطء من زفت إليه على أنها زوجته فلا يحل الواطئ لظنه حل الوطء أما لو علم بحرمته فعله يحل ولا وجود للشبهة ، وقال الحنفية لا يثبت النسب لعدم الشبهة في المحل - وهي الموطوءة - والفعل زنا ودُرع الحد لاشتباه الأمر على الواطئ ، واستثنوا من ذلك المزفوفة على أنها زوجته إن أتت بولد يثبت النسب منه^(٥).

10

ثالثاً : شبهة في العقد^(٦) :

أي وجود صورة المبيع وهو العقد ، وصورتها كأن يعقد على إحدى محارمه المؤبدة فيثبت النسب بهذا الوطء إن

^١ سنن ابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده (٢/٧٦٩) (٢٢٩١) ، قال ابن القطان إسناده صحيح وقال المنذري رجاله ثقات وقال في التنقيح يوسف بن إسحاق من الثقات المخرج لهم في الصحيحين ، وقول الدارقطني فيه غريب تفرد به عيسى عن يوسف لا يضره فإن غرابة الحديث والتفرد به لا يخرج عن الصحة ، نصب الراية ، الزيلعي (٣/٣٤٤).

^٢ مجمع الأنهر ، شيعي زاده (٢/٣٤٦).

^٣ تبين الحقائق ، الزيلعي (٣/١٧٨).

^٤ مجمع الأنهر ، شيعي زاده (٢/٣٤٤) وتسمى عند الشافعية شبهة في الفاعل ، روضة الطالبين ، النووي (١٠/٩٣).

^٥ تبين الحقائق ، الزيلعي (٣/١٧٩).

^٦ الاختيار لتعليل المختار ، الموصلي (٤/٩٥) ، لم يقل بهذه الشبهة إلا الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

ادعاه الواطئ ولا يُجَد عند أبي حنيفة^١ ولو كان عالماً بالحرمة لأن العقد صادف محله، ومحله ما هو صالح لحصول المقصود من النكاح وهو التناسل والأنتى محله إلا أن الحل في هذا الحل لم يثبت فأورث العقد شبهة درأت الحد وأوجب التعزير، وأما عند صاحبين^٢ يثبت النسب ولا يُجَد إن كان جاهلاً بالحرمة، ولا يلحقه النسب ويُجَد إن كان عالماً بها لأن العقد لم يصادف محله، فالحل لم يثبت فيه حكم الحل فصار كأنه مضاف إلى ذكر^(٣).

5 والراجح ما قاله صاحبان لاتفاق الفقهاء على بطلان نكاح المحارم المؤبدة، فعلم الزوج بالحرمة يجعل فعله زنى يُجَد به ولا يثبت النسب ولا وجود للشبهة، وجهله بالحرمة (كالجهل بالرضاع) يجعل فعله شبهة تدرأ عنه الحد ويثبت بها النسب.

10 ولا بد من بيان حال الموطوءة بشبهة فهي إما أن تكون ذات زوج أو تكون لا زوج لها، فإن لم تكن ذات زوج وأنت بولد بعد ستة أشهر من الوطء إلى أقصى مدة الحمل ثبت نسبه من الواطئ، وإن أنت به لدون ستة أشهر أو أكثر من أقصى مدة الحمل لا يثبت النسب منه.

وإن كانت الموطوءة ذات زوج وحصل الوطء في طهر لم يصبها فيه زوجها واعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من الوطء لحق الواطئ للعلم بأنه منه عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة يلحق بالزوج لأن الولد للفراس

^١ أبو حنيفة (٨٠-١٥٠ هـ) النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي ولد في الكوفة وتوفي في بغداد، فقيه الملة عالم العراق إمام في الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه، فإليه المنتهى والناس عليه عيال في ذلك، سير أعلام النبلاء، الذهبي (٣٩١/٦).

^٢ صاحبان من الحنفية هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن.

أبو يوسف (١١٣-١٨٢ هـ) يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي، هو الإمام المجتهد العلامة المحدث قاضي القضاة، أول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب الإمام أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض وقيل لولا أبو يوسف ما ذكر أبو حنيفة، تاج التراجم في طبقات الحنفية، قاسم بن قطلوبغا (٢٧/١).

محمد بن الحسن (١٣٢-١٨٩ هـ) محمد بن الحسن بن فرقد أبو عبد الله الشيباني، العلامة فقيه العراق صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط ونشأ بالكوفة، صحب أبا حنيفة وعنه أخذ الفقه ثم عن أبي يوسف، كان مع تبخره في الفقه يضرب بذكائه المثل، توفي بالري، تاج التراجم في طبقات الحنفية، قاسم بن قطلوبغا (١٨/١).

^٣ تبين الحقائق، الزيلعي (١٧٦/٣)، شرح فتح القدير، السيواسي (٢٥١/٥-٢٥٣).

وفراش الزوج هو الصحيح وفراش الواطئ فاسد^(١)، وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من الوطء يلحق بالزوج للعلم بأنه ليس من الواطئ، وإن حدث الوطء بشبهة في طهر جامعها فيه الزوج لحق الولد بالزوج لأن الولد للفراش^(٢).

جاء في المادة ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري :

5

١. كل زواج اختل فيه شرط من شروط الانعقاد فهو باطل .

٢. لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر ولو حصل فيه دخول إلا إذا ثبت أن العاقد لم يكن يعلم بالبطلان وسببه فتسري عليه آثار الزواج الفاسد .

وثبوت النسب أثر من آثار الزواج الفاسد.

وجاء في المادة ١٣٣ من القانون :

10

١. الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ^٣ .

٢. متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث.

فأثبت القانون النسب للمولود من الوطء بشبهة -حفاظاً على نسبه من الضياع - أيأ كان نوع هذه الشبهة وحال الموطوءة متزوجة أم غير متزوجة وعلم الواطئ أوجهله بالتحريم.

15

المطلب الثالث : شروط ثبوت النسب :

إن ما تضعه المرأة من ولد حال قيام النكاح الصحيح بينها وبين زوجها ينسب إلى الزوج باعتباره ولده منها

^١ المبسوط، السرخسي (٦/٦٤٠).

^٢ كشف القناع، البهوتي (٥/٤٠٨).

^٣ سترشح أقل مدة الحمل وأكثرها في الفصل الثاني من هذه الرسالة في الصفحة (٩٨).

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش»^١ إلا أن ذلك لا يتم إلا بتحقيق شروط معينة هي :

١. أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة :

ومعنى هذا الشرط أن يكون الزوج بالغاً أي في حال يتصور منه الوطء وإحبال زوجته وهذا يتحقق عادة إذا كان الزوج بالغاً سليم الآلة .

5 فإذا كان الزوج صغير السن وولدت زوجته ولداً لم يلحقه هذا الولد ولم يثبت نسبه منه، وعلل الفقهاء ذلك بأن

الصغير لا ماء له ولا يتأتى منه جماع فلا يتصور منه علوق^٢ .

وإذا كان الزوج ليس لديه قدرة على الإنجاب و كان ذو عيب يمنع الوطء والحمل فلا يولد لمثله عادةً ولا يلحقه نسب ما تلده زوجته^٣ .

٢. إمكان التلاقي بين الزوجين^٤ :

10 أي إمكان الوطء بين الزوجين بعد العقد لأن حقيقة الوطء والإنزال لا طريق إلى معرفتهما ولا يمكن الاطلاع

عليهما، فيتعلق الحكم بالإمكان فأقام الشرع الفراش مقامه تيسيراً حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم «الولد

^١ سبق تخرجه في صفحة (٤٤) .

^٢ مجمع الأنهر ، شبيخي زادة (١٤٥/٢) ، المدونة ، الإمام مالك (٤٣٧/٤) ، أسنى المطالب ، زكريا الأنصاري (٣١٩/٢) ، الإنصاف للمرداوي (٢٦٠/٩) .

^٣ أحكام النسب في الفقه الإسلامي ، فؤاد بدير (١٩ - ٢١) .

^٤ منح الجليل ، محمد عlish (٤٧٦/٨) ، المجموع ، النووي (٤٠٤/١٧) ، كشف القناع ، البهوتي (٤٠٦/٥) .

للفراش»^١.

فالزوج المسافر أو الغائب أو المسجون الذي لم يلتق بزوجه منذ أن عقد عليها كيف لزوجه أن تلد وفراش الزوجية بينهما منعدم ،حيث يتخلق المولود من التقاء ماء الرجل بماء المرأة ويثبت نسبه بفراش الزوجية.

٣. ولادة الزوجة خلال مدة الحمل^٢ :

٥ أي أن تلد الزوجة بين أقل مدة الحمل المتفق عليها بين الفقهاء وبين أكثر مدة الحمل المختلف فيها بينهم ، فولادة الزوجة بعد العقد عليها بشهر أو شهرين يعتبر خلافاً بمدة الحمل المعتبرة شرعاً ولا يثبت النسب من الزوج.

^١ سبق تخرجه في صفحة (٤٤) .

^٢ رد المختار ،ابن عابدين(٨/١٣)،التاج والإكليل للمواق (١٩١/٦) ،أسنى المطالب ،زكريا الأنصاري(٣/٣٩٢).

المبدع ،ابن المفلح (٨/١٠٠).

الفصل الأول

(نفي النسب باللعان)

المبحث الأول: تعريف اللعان ومشروعيته وأركانه.

المبحث الثاني: شروط اللعان وصيغته.

المبحث الثالث: الرجوع عن اللعان.

المبحث الرابع : آثار اللعان.

الفصل الأول

نفي النسب باللعان

يحتل نظام الأسرة مكانة بارزة في الشريعة الإسلامية باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، ولما كان القرآن الكريم هو المعني بالتشريعات الموجهة لمسيرة الأسرة المسلمة والمجتمع الإسلامي نزلت التشريعات المنظمة لحياة المسلمين في ضوء المناهج الإسلامية الموجهة لكل جزئية في حياتهم الخاصة والعامة .

5

وجاءت الشريعة الإسلامية بمقاصد وقيم تحفظ حياة الناس وأعراضهم ودمائهم وشرع الله سبحانه وتعالى من الأحكام ما يحفظ مصالحهم ، والخروج عن شرع الله عزوجل بإرواء الغرائز بالزنى والسفاح يعد خروجاً عن القيم والمبادئ وتضييعاً للمقاصد ، كما له آثار سلبية على الأسرة بشكل خاص والمجتمع بشكل عام .

ومن المقاصد التي حفظها الإسلام حفظ النسب فهو من المقاصد المقدسة في المجتمع ، وللحفاظ على هذا المقصد دعا الله سبحانه وتعالى إلى حفظ الفروج ، وحرمة القذف والخوض في أعراض المسلمين والطعن في أنسابهم و عدّ ذلك من كبائر الذنوب وأوجب العقوبة لمن لم يستطع إقامة البينة بأربعة شهود تشهد بصحة ما قال ، فسدّ الشرع الحنيف بذلك باب الاتهام ومنع إشاعة التهم الباطلة بين أفراد المجتمع المسلم لتظل الأسرة موفورة بالكرامة محمية من الدمار بعيدة عن ألسنة السفهاء .

10

فالشريعة الإسلامية حرصت على متانة النظام الأسري القائم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة ، فرسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسياس من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه واستمراره ، فقد تتعرض الحياة الزوجية لعدة مشاكل مما يؤدي بها إلى الإضطراب والتصدع وقد يكون علاجها انفصال الزوجين .

15

كما عاجلت مسألة مهمة وحالة استثنائية قد يتعرض لها الزوجان معالجة حكيمة تحفظ للحياة الزوجية كيانها وتراعي حفظ العرض والنسب ، فقد يتهم بعض أصحاب النفوس الخبيثة من الأزواج زوجاتهم بالزنى ليتخلصوا منهن أو ليشوهوا سمعتهم فشرع الله تعالى اللعان فجعله حكماً خاصاً بالأزواج .

وقد يعلم الزوج أو يشك في وقوع زوجته في الفاحشة فيقع في حيرة من أمره فلا هو يملك أربعة شهود لإثبات صحة قوله^١ ولا يمكن مطالبته بالسكوت عما رأى واكتشف، فإذا اتهم الزوج زوجته بالزنى إما أن يثبت قوله بأربعة شهود أو أن يقام عليه حد القذف إلا أن المشرع الحكيم جعل للزوجين حكماً خاصاً وطريقاً محدداً هو اللعان .

5 فإن ابتلي الزوج بإرتكاب زوجته الفاحشة ولم يستطيع إثبات ذلك بأربعة شهود^٢، ولأن العادة والغالب أن الزوج لا يقدم على اتهام زوجته بالزنى إلا لقرائن تدل على زناها وتضطره إلى رميها ليتخلص من آثار فعلها كالحاق نسب ولدها من الزنى به فإن الله تبارك وتعالى شرع اللعان حلاً لمشكلته وإزالة الحرج عنه لئلا يلحقه العار بزناها ويفسد فراشه ويلحقه ولد غيره، فجعل اللعان مخرجاً وسترًا من المولى على عباده، فيتقدم الزوج بطلب دعوى اللعان إلى القضاء يكون المدعي فيها هو الزوج والمدعى عليها هي الزوجة وسبب الدعوى إنكار الزوج نسب الولد إليه وهو ما يشير أيضاً إلى قذف الزوجة واتهامها بخيانة العلاقة الزوجية، ولحساسية الموضوع سواء بالنسبة للزوجين أو بالنسبة للآثار التي تترتب من هذه الدعوى على الولد فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتماد الطريق الشرعي لنفي النسب ألا وهو اللعان الذي ورد في القرآن الكريم، وهو ما أقره قانون الأحوال الشخصية السوري .

5

10

15

^١ الأصل أن من قذف امرأة بالزنى أن يقدم البينة على قوله وهي أربعة شهود فإن لم يملك بينةً أقيم عليه حد القذف .

^٢ لو قدم الزوج البينة (أربعة شهود) على زنى زوجته فلا حاجة للعان، وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له .

المبحث الأول

تعريف اللعان ومشروعيته وأركانه

تعد الثقة المتبادلة بين الزوجين من أهم الأسس التي تركز عليها الحياة الزوجية، لكن إذا تلاشت هذه الثقة واكتشف الزوج خيانة زوجته ولم يستطع إثبات ذلك ولم يملك البينة على قوله فله اللجوء إلى القضاء برفع دعوى بطلب اللعان؛ فلا لعان بين زوجين إلا بأمر القاضي؛ وفي هذا المبحث تعريف بماهية اللعان ومشروعيته في الشريعة الإسلامية.

5

المطلب الأول: تعريف اللعان لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: اللعان لغة :

من اللعن وهو الإبعاد والطرده من الخير وقيل هو الإبعاد والطرده من الله، أما من الخلق فهو السب والدعاء والجمع لعان ولعنات والاسم اللعنة^١، ولاعنه ملاعنةً ولعاناً وتلاعنوا لعن كل واحد منهما الآخر ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور^٢.

10

الفرع الثاني: اللعان اصطلاحاً:

عرف الحنفية والحنابلة اللعان بأنه شهادات مؤكدة بالأيمن مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة^٣، فعّد الحنفية اللعان شهادة على فعل الغير مقرونةً باليمين، وعدّ الحنابلة اللعان يميناً وعرفوه بالشهادة أخذاً من لفظ آيات اللعان .

15

^١ لسان العرب، ابن منظور (٣٨٧/١٣) باب النون فصل اللام ثم حرف العين، مادة لعن.

^٢ المصباح المنير، الفيومي (٢٨٦/١) باب اللام فصل النون .

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٢/٤)، كشف القناع، البهوتي (٣٩٠/٥).

وعرف المالكية اللعان بحلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه أربعاً بحضور حاكم، سواء صح النكاح بينهما أو فسد^١، فعَدَّ المالكية اللعان أيماناً .

أما الشافعية فقالوا اللعان كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد^٢ .

وينقض هذا التعريف بعدم توضيحه ماهية اللعان وعدم شموله حلف الزوجة .

5

وبالتمعن في تعاريف الفقهاء على اختلاف مذاهبهم نجد أنها تصب في معنى واحد وهو حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها منه .

ويمكن القول بأن التعريف الراجح للعان هو (حلف بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنى زوجته أو نفي ولدها منه وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به)^٣ .

وسمي باللعان ولم يسم بالغضب لوجود لفظ اللعن في حلف الزوج وحلفه أسبق والسبق من أسباب الترجيح فهو الذي يبدأ الحلف ومن باب تسمية الكل باسم الجزء^٤ .

10

وقيل لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والإبعاد^٥ .

وقيل سمي بذلك لبعدها عن الآخر فلا يجتمعان أبداً وإطلاقه في جانب المرأة من مجاز التغليب^٦ .

اختلف الفقهاء في ألفاظ اللعان فيما إذا كانت شهادات أو أيمان وذلك على قولين :

^١ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٨/٦) .

^٢ مغني المحتاج، الشريبي (٣/٣٦٧) .

^٣ المفصل، عبد الكريم زيدان (٨/٣٢١) .

^٤ شرح فتح القدير، السيواسي (٤/٢٧٦) .

^٥ المغني، ابن قدامة (٩/٣) .

^٦ نهاية المحتاج، الرملي (٧/١٠٢) .

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها أيمان ، وذهب الحنفية إلى أنها شهادات مؤكدة بالأيمان .

ذهب الفريق الأول إلى أن اللعان يمين وليس شهادة فيأخذ أحكام اليمين وقالوا لو أن اللعان شهادة ما استوى فيه بين الذكر والأنثى ولا وجب تكراره فإن المعهود في الشهادة عدم التكرار بخلاف اليمين فقد عهد فيه التكرار عند إرادة التغليظ^١، وأن المرء لا تقبل شهادته لنفسه فكيف يكون اللعان شهادة^٢.

وقالوا أيضاً أن اللعان يخالف الشهادة في كثير من شروطها منها دخول النساء فيه ولا مدخل لهن في الشهادة على الزنى وتكرار ألفاظه وجوازه من الفاسقين وإن لم يكونا أهلاً للشهادة^٣.

5

احتج الشافعية بأن اللعان أيمان مؤكدة بالشهادة فقد قال تعالى { لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْمَا }

[المائدة: ١٠٧] أي أيماننا، وأن لفظ الشهادة قد يراد به اليمين بقوله تعالى { إِذَا جَاءَكَ الْمُنافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ } [المنافقون: ١] ثم قال تعالى { اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً } [المجادلة: ١٦] فسمى الشهادة يميناً ،

واستدلوا أيضاً بقوله سبحانه وتعالى { أربع شهادات بالله } [النور: ٦] فقد قرن لفظ الجلالة الله بالشهادة فدل على أنه أراد بها اليمين ، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل بخلاف يمينه^٤ لأن الشهادة إخبار بحق الغير على الغير وهذا ليس من مضمون اللعان.

10

١ الحاوي الكبير ،الماوردي (٢٤/١١)،المجموع ،النووي (٤٣٣/١٧).

٢ بداية المجتهد ،ابن رشد(٤٩١/١).

٣ الأم ،الشافعي (٢٥/٧).

٤ الحاوي الكبير ،الماوردي (٢٥/١١).

واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية^١ «أحلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق تقول ذلك أربع مرات فإن كنت كاذباً فعلي لعنة الله»^٢ مما يدل على أن اللعان يمين.

واستدلوا أيضاً بما ورد في بعض روايات حديث (لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)^٣ وهذا في اللعان فيدل على أن اللعان يمين لا شهادة .

5 واحتجوا أيضاً أنه لو كان اللعان شهادة لكان حظ المرأة ثمان شهادات ولكانت الشهادة على المرأة ضعف ما على الرجل، ولما سوى الشارع بين الرجل والمرأة في عدد مرات الأيمان، فدل على أنها أيمان لا شهادات^٤.

يكون اللعان في الطرفين والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد وهو المدعي، وأن ألفاظ اللعان مفتقرة في صحتها إلى ذكر اسم الله تعالى^٥، وإلى ذكر القسم المؤكد وجوابه وهذا شأن الأيمان لا الشهادة، وإن حاجة الزوج الذي لا تصح منه الشهادة إلى اللعان كحاجة من تصح شهادته سواء بسواء، والشرعية العادلة لا ترفع الضرر والحرج عن أحد النوعين بمشروعية اللعان له وتدفع النوع الآخر لا فرج له ولا مخرج مما نزل به بل تتسع رحمتهما للجميع على سواء فافتضى ذلك أن تعتبر ألفاظ اللعان أيمان.

5

10

^١ هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بداراً وما بعدها، أحد الثلاثة الذين تيب عليهم، له ذكر في الصحيحين، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (٥٤٦/٦).

^٢ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب اللعان، باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن (٣٩٥/٧) (١٥٠٧١)، قال الحاكم صحيح على شرط البخاري ولم يخرجه بهذه السياقة، التلخيص الحبير، ابن حجر (٤٨٧/٣).

^٣ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في اللعان (٢٤٤/٢) (٢٢٥٨)، رواه البخاري بلفظ "لولا ما مضى من كتاب الله" وهو طرف من حديث ابن عباس في قصة هلال، التلخيص الحبير، ابن حجر (٤٨٨/٣).

^٤ الأم، الشافعي (١٣٤/٥).

^٥ المغني، ابن قدامة (٥/٩).

وأدلة الفريق الثاني على أن اللعان شهادة هو قوله تعالى { فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ } [النور: ٦] وقول الملاعن في يمينه أشهد بالله فدل على أن اللعان شهادة ، وقوله تعالى أيضاً { وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ } [النور: ٦].

وجه الاستدلال :سمى اللعان شهادة في الآية وسمى الذين يرمون أزواجهم شهداء فاستثناهم والمستثنى يكون من جنس المستثنى منه^١.

5

وأنه جعل هذه الألفاظ بدلاً من الشهود وقائمة مقامهم عند عدمهم لقوله تعالى { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ } [النور: ٦] وبعد أن صرح الله سبحانه وتعالى بأن اللعان شهادة زاد ذلك بياناً بقوله تعالى { وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ } [النور: ٨].

يرد عليه أن الله عزوجل ذكر الأيمان بلفظ الشهادة في قوله تعالى { إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ } [المنافقون: ١] أي نلحف فليس في مجيء اللعان بلفظ الشهادة مايدل على أنه شهادة^٢.

10

واستدلوا بحديث « أربع من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والحررة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر »^٣.

^١ تبين الحقائق ، الزيلعي (١٤/٣).

^٢ الحاوي الكبير ، الماوردي (٢٥/١١).

^٣ سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب اللعان (٦٧٠/١) (٢٠٧١) في إسناده عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه ، جاء في نصب الراية (عثمان بن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جداً وتابعه يزيد بن زريع عن عطاء وهو ضعيف أيضاً) نصب الراية ، الزيلعي (٢٤٩/٣).

وجه الاستدلال: النص على اشتراط شروط الشهود في المتلاعنين مما يدل على أن اللعان شهادة وإلا لما اشترط في اللعان ما اشترط في الشهادة، واللعان بين الزوجات قائم مقام الحد في الأجنبية فلا يجب اللعان على من لا يجب عليه الحد ولو قذفها أجنبي، ولأن اللعان شهادة فلا يقبل ممن لا شهادة له كالكافر^١.

يرد عليه أن الحديث ضعيف لا يصلح الاحتجاج به، ووجد موقوفاً على عبد الله بن عمرو بن العاص^٢ بلفظ آخر^٣.

5

إن القاعدة في الدعاوى أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه والزوج هنا مدع فلعانه شهادة ولو كان يميناً لم تشرع ألفاظ اللعان في جانبه .

و رد على هذه القاعدة في قولهم أنه ليس صحيحاً لأن في القسامة^٤ يبدأ بأيمان المدعين لقوة من جانبهم باللوث وكذلك هنا فإن جانب الزوج أقوى من جانبها لأنه لا غرض له في هتك عرضها وإفساد فراشه، وهذه من أنواع يمين المدعي^٥.

10

وهناك من جمع بين الوصفين اليمين والشهادة، يقول ابن القيم (إن اللعان هو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، ويمين مغلفة بلفظ الشهادة والتكرار لإقتضاء الحال تأكيد الأمر)^٦.

^١ المبسوط، السرخسي (٥١/٥).

^٢ عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي كنيته أبو محمد عند الأكثر، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم كثيراً، كان مجتهداً في العبادة غزير العلم، تهذيب التهذيب، ابن حجر (٣٠٦/٢٠).

^٣ مصنف عبد الرزاق (١٢٩/٧) ورد بلفظ (لا ملاعنة بين اليهودية والنصرانية والمملوكة والمسلم).

^٤ هي الأيمان المكررة في دعوى القتل، وهي خمسون يميناً من خمسين رجلاً، الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٧٠٣/٧).

^٥ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (١٨١).

^٦ زاد المعاد، ابن القيم (٣٢٣/٥).

ويقول أيضاً (فلما كان شأن هذا اللعان جعل مقروناً بالشهادة وشهادة مقرونة باليمين وجعل الملتعن لقبول قوله كالشاهد فإن نكلت المرأة مضت شهادته وحدث وأفاءت شهادته، فكان اللعان شهادة ويميناً بالنسبة للرجل الملاعن دون المرأة الملاعن منها لأنه كان يمينا في حقه محضة، فالمرأة الملاعن منها لا تحد بمجرد حلف الزوج الملاعن، وأن اللعان شهادة لا تحد بمجرد شهادته عليها وحده فإذا انضم إلى ذلك نكولها قوي جانب الشهادة واليمين في حق الملاعن بتأكده ونكولها، فكان دليلاً ظاهراً على صدقه فأسقط الحد عنه وأوجبه عليها، وقد ظهر بهذا أن اللعان يمين فيها معنى الشهادة والشهادة فيها معنى اليمين)^١

5

وخلاصة القول أن الحنفية يقولون أن ألفاظ اللعان شهادات مؤكدة بالآيمان والجمهور يقولون بأن الأيمان مؤكدة بالشهادة وردت بهذه الصيغة للتغليظ، فالأولون غلبوا جانب الشهادة والآخرون غلبوا جانب اليمين والذي يبدو أن الراجح ما ذهب إليه الشافعية لقوة أدلتهم وضعف الأحاديث التي استدلت بها الحنفية، فالبخاري^٢ عنون لباب اللعان (إحلاف الملاعن) مما يدل على أن اللعان يمين وليست شهادة لاختلال شروط الشهادة فيه .

10

المطلب الثاني: مشروعية اللعان :

ثبتت مشروعية اللعان في القرآن الكريم والسنة الشريفة، فيقول الله تبارك وتعالى في سورة النور :

{وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ } [النور: ٦-٧-٨-٩] .

15

^١ زاد المعاد، ابن القيم (٣٢٣/٥).

^٢ البخاري (١٩٤ - ٢٥٦) محمد بن اسماعيل أبو عبد الله، ولد في بخارى ومات في قرية من قرى سمرقند، حبر الإسلام والحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري وهو أوثق الكتب الستة في الحديث، سير أعلام النبلاء، الذهبي (٣٩١/١٢) وما بعدها.

وجه الاستدلال: دلت الآيات على مشروعية اللعان بشكل واضح وصريح، فامتن الله تبارك وتعالى على الأزواج باللعان كحلٍ لمصائبهم ورخصةٍ يلجأون إليها حال اضطرارهم^١.

ومن الأحاديث الدالة على مشروعية اللعان:

ما ورد أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء^٢ فقال النبي صلى الله عليه وسلم «البينة أو حد في ظهرك» فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس

5

البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول «البينة وإلا حد في ظهرك» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق فلينزلن الله ما يرى ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه {والذين يرمون أزواجهم فقرأ حتى بلغ إن كان من الصادقين} فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول «إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب» ثم قامت فشهدت فلما كانت عند

10

الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة، قال ابن عباس^٣ فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت لا أفصح قومي سائر اليوم فمضت، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابع الأليتين خدج الساقين فهو لشريك بن سحماء» فجاءت به، كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»^٤.

^١ التحرير والتنوير، ابن عاشور (١٤/١٠).

^٢ شريك بن سحماء وهي أمة، واسم أبيه عبدة بن مغيث بن الجند بن العجلان البلوي حليف الأنصار، له ذكر في حديث ابن عباس في الصحيحين أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، كان شريك أخا البراء بن مالك لأمه، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (٣٤٤/٣).

^٣ عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان يقال له الخير والبحر لكثرة علمه، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم، دعا له النبي صلى الله عليه وسلم بالحكمة مرتين، وقال ابن مسعود نعم ترجمان القرآن ابن عباس، تهذيب التهذيب، ابن حجر (٢٤٦/٢٠).

^٤ صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب الطيب للجمعة (٩٠٥/١١) (٤٧٤٧).

وجه الاستدلال: الحديث واضح في مشروعية اللعان، وأن اللعان يجوز لحفظ النسب ودفع المشقة عن الأزواج^١.

أجمع العلماء على مشروعية اللعان حيث اتفقوا على أن الزوج في الزواج الصحيح الحر المسلم البالغ العاقل الذي ليس بسكران ولا محدود في قذف ولا أخرس ولا أعمى إذا قذف بصريح الزنى زوجته العاقلة البالغة الحرة المسلمة التي ليست محدودة في زنى ولا قذف ولا خرسى وقذفها وهي في عصمته بزنى ذكر أنه رآه منها بعد نكاحه لها مختارة غير سكرى أو غير مكرهة، وكان الزوج قد دخل بها ووطئها أو لم يدخل بها ثم لم يطأها بعدما ذكر من إطلاعه على ما اطلع ولم يطلقها بعد قذفه لها ولا ماتت ولا ولدت ولا اتضح نكاحها فإن اللعان بينهما واجب^٢.

5

المطلب الثالث: أركان اللعان :

يشتمل اللعان على أركان هي : قيام الزوجية، الملاحن والملاعنة، سبب اللعان، لفظ اللعان .

10

الفرع الأول: قيام الزوجية :

لا بد من قيام الزوجية مع امرأة ولو غير مدخول بها، ولو كانت في العدة من طلاق رجعي، فقد خصت آيات اللعان الأزواج دون غيرهم وذلك في قوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ} [النور: ٦] لذا فاللعان لا يقع إلا من زوجين ومن زواج صحيح^٣، وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة اللعان في النكاح الفاسد والوطء بشبهة^٤ لأنهما يعتبران كالزواج الصحيح في ثبوت النسب.

15

الفرع الثاني: الملاحن والملاعنة :

^١ عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني الحنفي (٢٠٠/٣٠)، فتح الباري، ابن حجر (١٣٥/١٥).

^٢ مراتب الإجماع، ابن حزم (٥٨/١).

^٣ الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (١٨٣/٣).

^٤ الحاوي الكبير، الماوردي (٩٤/١١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٦/٩) شرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٩/١٣).

الملاعن :هو الزوج القاذف ، إذ له الحق في طلب إجراء اللعان لأن هلال بن أمية لما قذف زوجته وجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره أرسل إليها فلاعن بينهما .

الملاعنة :وهي الزوجة المقذوفة ، والزوجة لها الحق في طلب إجراء اللعان فتتقدم إلى القاضي بطلب إجرائه لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق^١.

الفرع الثالث :سببه :

5

سبب اللعان أمران :الأول قذف الزوجة بالزنى ،الثاني :نفي نسب الولد^٢.

الفرع الرابع :لفظه^٣:

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو نفي نسب ولدها منه ولم يكن له بينة ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه ،أمر القاضي باللعان بأن يتدئ القاضي بالزوج ثم الزوجة وفق ما جاء في قوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ} [النور :٦-٧-٨-٩].

10

15

^١ اللعان بين الزوجين في الشريعة الإسلامية ،إيدار ليلية (٣٧).

^٢ العناية شرح الهداية ،البابري (٥٤/٦) ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٠١/١٨).

^٣ العناية شرح الهداية ،البابري (٥٤/٦) ،أسنى المطالب ،زكريا الأنصاري (٣٨٣/٣).

المبحث الثاني

شروط اللعان وصيغته

جعل الله عزوجل اللعان وسيلة شرعية للزوج لنفي نسب الولد عنه أو لقذف زوجته حال تيقنه من وقوعها في الزنى، وجعل للعان شروط لا بد من توافرها كي يكون صحيحاً وتترتب عليه آثاره، وهذه الشروط منها ما يرجع إلى القاذف ومنها ما يرجع إلى المقدوف ومنها ما يرجع إلى القاذف والمقدوف معاً ومنها ما يرجع إلى المقدوف به ومنها ما يرجع إلى المقدوف فيه ومنها ما يرجع إلى نفس القذف، واتفق الفقهاء في بعض هذه الشروط واختلفوا في بعضها الآخر وفيما يلي بيان ذلك:

5

المطلب الأول: شروط اللعان :

الفرع الأول: شرط في القاذف :

يشترط في الزوج القاذف عدم إقامة البينة على صحة ما قذف به زوجته لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] فشرع الله تعالى اللعان عند انتفاء الشهود، فلو أتى الزوج بشهود لم يصح اللعان وأقيم الحد على الزوجة عند الحنفية^١، في حين أجاز الجمهور اللعان مع وجود الشهود على اعتبار أن البينة واللعان بينتان تستخدمان لإثبات ما يدعى فجاز إقامة إحدهما مع القدرة على الأخرى كشهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين في الدين^٢.

10

الفرع الثاني: شروط في المقدوف :

15

الشرط الأول :

^١ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٠/٣).

^٢ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد (٤٩٠/١)، المهذب، الشيرازي (١١٩/٢)، المغني، ابن قدامة (٢٦/٩).

يشترط في الزوجة المقدوفة عدم إقرارها بالزنى وإنكارها لذلك عند الحنفية^١، وأن تكذب زوجها بما قذفها به وتستمر في تكذيبه حتى القيام باللعان عند الحنابلة^٢، أما لو أقرت بالفعل فلا لعان بينهما ويلزمها الحد لإقرارها^٣ على أن تقرر أربع مرات، فالزنى لا يثبت إلا بالإقرار أربعاً عند الحنفية والحنابلة^٤، ويثبت بالمرة عند المالكية والشافعية^٥.

الشرط الثاني:

5

اشترط الحنفية أن تكون الزوجة عفيفة يحد قاذفها، فإن كانت غير ذلك فلا يجب اللعان ولا حد بقذفها لأنها صدقته بفعلها كما لو صدقته بقولها^٦، وأيد المالكية هذا الشرط بقولهم إن قذف الزوج غير عفيفة لا حد عليه^٧.

الفرع الثالث: شروط في القاذف والمقدوف معاً :

الشرط الأول :

الأهلية فاشترط الفقهاء أن يكون كل من الزوجين بالغاً عاقلاً^٨، أهلاً للشهادة عند الحنفية والحنابلة في رواية

10

^١ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٢/٤).

^٢ شرح منتهى الإرادات، البهوتي (١٨٢/٣).

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤١/٣).

^٤ المبسوط، السرخسي (١١٥/٦)، الإنصاف، المرداوي (٢٥٠/٩).

^٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٧١/١٨)، المجموع، النووي (٣٠٥/٢٠).

^٦ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٥/٤).

^٧ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٦٠/٢) منح الجليل، محمد عيش (٤٧٥/٨).

^٨ روضة الطالبين، النووي (٣١٠/٦)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٣٧/٥).

حرين قادرين على النطق غير محدودين في قذف، وذلك لقولهم أن اللعان شهادات مؤكدة بالآيمان^١.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة في رواية يصح اللعان من الزوجين سواء كانا حرين أم مملوكين، عدلين أم فاسقين محدودين أم غير محدودين بقذف^٢.

اختلف الفقهاء في اشتراط الإسلام في الزوجين فاشتراط الحنفية إسلام الزوجين واشتراط المالكية إسلام الزوج فقط^٣، أما الشافعية والحنابلة في رواية فلم يشترطوا ذلك وأجازوا لعان الكافرين^٤.

5

والراجح صحة اللعان من الزوجين البالغين العاقلين من غير تخصيص بشروط لعموم الآية الكريمة التي احتج بها فلم يرد فيها أي تخصيص^٥ {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ} [النور: ٦].

الشرط الثاني:

قيام الزوجية والمقصود بذلك أن يكون الزواج قائماً بين الزوجين صحيحاً ولو من غير دخول لقوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ} [النور: ٦] فخص الله عزوجل الأزواج بحكم اللعان وجعله قائماً مقام الحد للزوج القاذف لزوجته بخلاف القاذف للأجنبية^٦.

10

^١ رد المختار، ابن عابدين (٢٦١/١٢).

^٢ بداية المجتهد، ابن رشد (٤٩٠/١)، الحاوي الكبير، الماوردي (٢٢/١١)، المغني، ابن قدامة (٥/٩).

^٣ رد المختار، ابن عابدين (٢٦١/١٢)، الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٥٧/٢).

^٤ الحاوي الكبير، الماوردي (٢٢/١١)، المغني، ابن قدامة (٥/٩).

^٥ بداية المجتهد، ابن رشد (٩٦/٢)، الحاوي في فقه الشافعي، الماوردي (١٣/١١)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (١٨١/٣).

^٦ تفسير الرازي (١٤٦/٢٣).

ولا لعان بين الزوجين بوطء بشبهة أو بفساد عقد النكاح عند الحنفية إذ هو ليس بنكاح حقيقة^١، وعند الشافعية والحنابلة إن كان هناك نسب ولد يلاعن الزوج لنفيه وإلا فلا لعان بينهما^٢، وعند المالكية يصح اللعان ولو وطئت شبهة أو فسد النكاح^٣.

الفرع الرابع: شرط مكان القذف :

٥ إن لاختلاف المكان أثر في وجوب الحد أو عدم وجوبه عند الحنفية، فمن قذف في دار الإسلام وجب عليه الحد أما من قذف في دار الحرب فقال الحنفية لا يجب الحد لأن المقيم للحد هو الإمام ولا ولاية له في دار الحرب فلا ينعقد القذف موجباً للحد^٤، وقال المالكية والشافعية والحنابلة بوجوب الحد على من قذف في غير دار الإسلام^٥.

١٠ وبناء على ما سبق فمن قذف زوجته في بلاد الإسلام يلاعن ومن قذف زوجته في غير بلاد الإسلام يلاعن عند الجمهور ولا يلاعن عند الحنفية .

والراجح قول الجمهور فلا خلاف على تحريم فعل القذف سواء كان في بلاد الإسلام أم في غيرها وكذلك عقوبة الحد ينبغي ألا تختلف وإن اختلف المكان^٦.

الفرع الخامس: شروط في المَقْدُوف به :

ويقصد بالمَقْدُوف به أن يقذف الرجل زوجته بالزنى فقط أو أن يقذفها بنفي نسب ولدها منه، وبالتالي

^١ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤١/٣)، لذا إن ثبت نسب الولد في النكاح الفاسد فلا ينتفي عند الحنفية لعدم اللعان.

^٢ الحاوي الكبير، الماوردي (٩٤/١١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٦/٩).

^٣ شرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٩/١٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٨/٦).

^٤ بدائع الصنائع، الكاساني (٤٥/٧).

^٥ الأم، الشافعي (٣٥٤/٧)، كشاف القناع، البهوتي (١٠٤/٦).

^٦ المهذب، الشيرازي (٢٤١/٢).

فالمقذوف به إما قذف بالزنى أو نفي للنسب^١ ولكل منهما شروط:

أولاً: المقذوف به زنى:

إن المقذوف به يكون زنى عندما تكون صيغة القذف معتبرة شرعاً في دلالتها على القذف:

فالقذف إما أن يكون بلفظ صريح كقول الرجل لزوجته يا زانية أو رأيتك تزنين فالقذف معتبر^٢ ويصح اللعان، وعند المالكية لا بد من رؤية الزوج بالعين لفعل الزنا^٣، وإما أن يكون بلفظ الكناية كقوله يا فاجرة يا خبيثة فإن نوى به القذف وجب عليه الحد وله أن يلاعن وإلا فلا حد عليه ولا لعان، ويصدق بيمينه إرادته غير القذف^٤.

5

وعند الحنفية لا يجب الحد ولا اللعان بالقذف بلفظ الكناية لاحتمال القذف وغيره فالحد لا يجب مع الشبهة فألا يجب مع الاحتمال أولى^٥، وعند المالكية ضابط القذف في لفظ الكناية هو الاشتهارات العرفية والقرائن الحالية، فإن اشتهر القول بين الناس بدلالته على القذف حد قائله، وإن دلت القرينة على إرادة القذف وجب الحد^٦ ومتى وجب الحد صح اللعان .

10

^١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٠١/١٨).

^٢ الفتاوى الهندية (٥١٥/١)، بداية المجتهد، ابن رشد (٧٥٣/١)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٦٧/٣)، كشف القناع، البهوتي (٣٩٧/٥).

^٣ منح الجليل، محمد عlish (٤٦٩/٨).

^٤ إعانة الطالبين، النووي (١٦٩/٤)، كشف القناع، البهوتي (١١٢/٦).

^٥ بدائع الصنائع، الكاساني (٤٢/٧).

^٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤١٨/١٨).

وإن كان القذف بالتعريض كقوله ما أنا بزان ولا أُمي بزانية فلا حد عليه عند الجمهور^١ وبالتالى فلا لعان بين الزوجين، وقال المالكية يحد القاذف بالتعريض إن دلت قرينة على أن المراد هو القذف^٢.

ولا اعتبار المَقْدُوف به زنى لا بد من كونه كذلك في حكم الشرع، فمن قذف زوجته بعمل قوم لوط فلا حد ولا لعان عليه عند أبي حنيفة لأن هذا الفعل ليس بزنا، وعند أبي يوسف ومحمد هذا الفعل زنا ويجب اللعان^٣ وعند المالكية والشافعية والحنابلة يلاعن إذا قذفها بالوطء في الدبر^٤.

5

ثانياً: المَقْدُوف به نفي النسب:

والمقصود بنفي النسب نفي الزوج القاذف نسب الولد منه كقوله هذا الولد ليس مني^٥، ويشترط لصحة النفي وقطع النسب باللعان الشروط التالية :

١. نفي النسب على الفور، فلو علم الزوج بالولادة وسكت من غير عذر لزمه النسب ولا حق له في نفيه بعد ذلك حيث أنه شرع لدفع ضرر محقق فوجب أن يكون على الفور^٦ وبهذا قال المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة^٧، وإن كان سكوته لعذر كأن كان غائباً فحال علمه كحال ولادتها، وإن علم بالولادة ليلاً فانتظر حتى يصبح فله الحق في نفيه وفي اللعان، وعند أبوحنيفة للزوج النفي في المدة التي تشتري فيها آلة الولادة عادة وتقبل فيها التهنة بالمولود فلو اشترى الزوج ما يحتاج إليه الولد وقبل التهنة به أو سكت عند التهنة أو مضى

10

^١ الفتاوى الهندية (١٦٢/٢)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٦٩/٣)، المغني، ابن قدامة (٢٠٤/١٠).

^٢ منح الجليل، محمد عlish (٤٨١/١٩).

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٣٩/٣).

^٤ مواهب الجليل، الخطاب (٣٩١/١١)، الحاوي الكبير، الماوردي (٨٥/١١)، المغني، ابن قدامة (٢٠/٩).

^٥ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٣/٤).

^٦ مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣).

^٧ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٦٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣)، المغني، ابن قدامة (٤٧/٩).

الوقت وهو ممتنع عن النفي لا يصح النفي منه بعد ذلك، وعند أبو يوسف ومحمد للزوج النفي خلال مدة النفاس لأنها أثر من آثار الولادة فيصح النفي فيها^١.

٢. عدم إقرار الزوج بالمولود صراحةً أو دلالةً، فمن أقر بالولد ثم أراد نفيه لم ينتف عنه أبداً^٢ ومن قبل التهنئة بالمولود دل ذلك على الإقرار والرضا به فلا يمكنه نفيه بعد ذلك^٣.

٣. أن يكون الولد حياً وقت قطع النسب عند الحنفية، فإن نفاه بعد موته أو مات بعد نفيه وقبل اللعان لزمه الولد، وذلك لأن النسب ثبت بالفراش وتقرر بالموت فلا يحتمل القطع بعدما صار محكوماً به^٤، وقال المالكية يلاعن الزوج وإن كان الولد ميتاً لإسقاط حد القذف عنه، وقال الشافعية والحنابلة لا ينقطع النسب بالموت ويقال ولد فلان، وحق للزوج نفيه بعد موته لإسقاط مؤنة التجهيز والتكفين عنه^٥.

الفرع السادس: شروط نفس القذف :

١٠ أن يكون القذف منجزاً لا معلقاً على شرط أو مضافاً إلى وقت، فمن قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت زانية أو قال أنت زانية غداً لم يكن قوله قذفاً وذلك لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع تحقق القذف في الحال فلا يجب الحد^٦ وبالتالي لا يجب اللعان .

^١ العناية شرح الهداية، البابرتي(٧٨/٦).

^٢ الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر(٥٥/١).

^٣ المبسوط، السرخسي (٥١/٥)، مغني المحتاج، الشربيني(٣٨١/٣)، الإنصاف للمرداوي(٢٥٦/٩).

^٤ المبسوط، السرخسي(٤٣٢/٦).

^٥ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٨/٤)، مختصر خليل للخرشي(١٦٥/١٣)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣)، المغني، ابن قدامة(٣٨/٩).

^٦ بدائع الصنائع، الكاساني (٤٦/٧)، مطالب أولي النهى، الرحيباني(٥٣٥/٥).

الفرع السابع: شرط مجلس القضاء :

إجراء اللعان بأمر القاضي^١ وحضوره^٢، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وزوجته بحضوره^٣، ولأن اللعان إما يمين أو شهادة وكلاهما لا بد من حضور القاضي^٤، ويجوز عند الشافعية إجراء اللعان بحضور المحكم إن لم يكن المراد من اللعان نفي نسب الولد^٥، ولا بد من حضور جماعة من العدول أقلها أربع^٦.

الفرع الثامن: شروط ألفاظ اللعان :

5

١. أن يبدأ الزوج اللعان ثم تليه الزوجة^٧، لأن كتاب الله وسنة رسوله بدأ به.
٢. أن يكون اللعان بلفظ أشهد في المرات الأربع كما ورد في الآيات القرآنية^٨، وفي المرة الخامسة يكون الحلف بلفظ اللعن من الزوج والغضب من الزوجة^٩.

^١ بداية المجتهد، ابن رشد (٤٩١/١)، روضة الطالبين، النووي (٣٥٢/٨).

^٢ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٢/٣)، الشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٩).

^٣ سبق تخريجه في صفحة (٦٢).

^٤ المغني، ابن قدامة (٦٠/٩).

^٥ تحفة المحتاج، الهيتمي (٣٩٨/٣٤).

^٦ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٥/٦) القوانين الفقهية لابن جزي (٢٦٥/١) وهذا شرط عند المالكية.

^٧ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٥/٤)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٥/٦)، روضة الطالبين، النووي (٣٥٢/٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٦/٩).

^٨ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٢/٣)، منح الجليل، محمد عlish (٥٠٠/٨)، روضة الطالبين، النووي (٣٢٥/٦) وهذا قول الشافعية في الأصح، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (١٨٠/٣).

^٩ القوانين الفقهية، ابن جزي (٢٦٥/١).

٤. إتمام اللعان بالألفاظ الخمسة، فإن نقصت واحدة منها لم يصح^١.

٥. تلقين القاضي المتلاعنين كلمات اللعان^٢.

٦. موالاة كلمات اللعان^٣.

المطلب الثاني: حكم اللعان التكليفي :

5 اتفق الفقهاء على مشروعية اللعان بين الزوجين إذا استيقن الزوج أن زوجته زنت أو غلب على ظنه ذلك، سواء كان هذا العلم منه بالمعينة أو بالاستفاضة بين الناس، واختلف الفقهاء في وجوب اللعان على قولين :

القول الأول: اللعان واجب عند الحنفية سواء كان سببه الاتهام بالزنى أو النفي للولد بشرط أن تكون المطالبة

به من قبل من له الحق وهما الزوجان؛ الزوجة إن اتهمها زوجها بالزنى والزوج إذا كان القذف بنفي الولد، فإذا

قذف الزوج زوجته وطالبت الزوجة باللعان وجب اللعان بينهما، واستدلوا بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ

وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٦] فالله

عز وجل جعل موجب القذف في الزوجات اللعان .

واستدلوا بما روي (عن علقمة بن عبد الله قال : كنا ليلة الجمعة في المسجد إذ دخل رجل من الأنصار فقال: لو

أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فإن تكلم جلدتموه وإن قتل قتلتموه وإن سكت سكت على غيظ والله لأسألن

عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان من الغد أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال: لو أن

رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فقال « اللهم افتح

^١ مغني المحتاج، الشريبي (٣/٣٧٦)، المغني، ابن قدامة (٩/٦٠).

^٢ مغني المحتاج، الشريبي (٣/٣٧٦)، المغني، ابن قدامة (٩/٦٠).

^٣ مغني المحتاج، الشريبي (٣/٣٧٦)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥/٥٣٥).

^٤ شرح فتح القدير، السيواسي (٤/٢٨١).

«^١ فنزلت آية اللعان ، فدل قول الرجل (فإن تكلم جلدتموه) على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ الحد في الزوجات بآية اللعان ، من أجل ذلك يكون اللعان واجباً^٢.

إن لعان الزوج وجب حقاً لها لأن الزوج ألحق بها العار بالقذف فهي بمطالبتها إياه باللعان تدفع العار عن نفسها وهذا حقها وصاحب الحق إذا طالب من عليه الحق بإيفاء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه دين^٣.

القول الثاني :

5

- اللعان ليس بواجب عند الجمهور إذا كان سببه الاتهام بالزنى^٤ ، وإنما الواجب على الزوج بالقذف هو الحد إلا أن للزوج الملاحن أن يُخلص نفسه عن الحد بالبينة أو باللعان ، وأن الواجب على المرأة إذا لاعنها زوجها هو حد الزنى ولها أن تُخلص نفسها عنه باللعان^٥.
- اللعان واجب عند الجمهور إذا كان سببه نفي النسب^٦.

واستدلوا على قولهم فيما يخص وجوب الحد بقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤] فالله عزوجل أوجب الحد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره إلا أن القاذف إذا كان زوجاً له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة إن كانت له بينة ، وإن لم تكن له بينة فإنه يدفع الحد باللعان فكان اللعان مخلصاً له من الحد^٧، وقوله تعالى ﴿ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾

10

^١ السنن الكبرى للبيهقي (٤٠٥/٧)، كتاب اللعان ، باب اللعان على الحمل (٤٠٥/٧) (١٥٧٤٠).

^٢ تبين الحقائق ، الزيلعي (١٥/٣)، المبسوط ، السرخسي (٥١/٥).

^٣ البحر الرائق ، ابن نجيم (١٢٤/٤).

^٤ مواهب الجليل ، الخطاب (٣٨٩/١١)، إعانة الطالبين ، الدمياطي (١٧٢/٤).

^٥ الحاوي الكبير ، الماوردي (١١/١١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/٩).

^٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٨٩/٩)، روضة الطالبين ، النووي (٣٠٤/٦)، الإقناع ، الحجاوي (٣٥/٩).

^٧ المهذب ، الشيرازي (١١٩/٢).

[النور: ٨] ، فالله عزوجل جعل لعانها دفعاً لحد الزنى عنها إذ الدرء هو الدفع لغة فدل أن الحد وجب عليها بلعانه ولأن بلعانه يظهر صدقه بالقذف لأن الظاهر أن الزوج لا يلاعن إلا أن يكون صادقاً في قذفه فيجب عليها الحد إلا أن تُخلص نفسها عنه باللعان لأنها إذا لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج الملاعن في القذف فلا يقام عليها الحد ^١.

5 واستدلوا فيما يخص إلحاق الولد: قال رسول صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية المتلاعنين «أما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين» ^٢.

وجه الاستدلال: أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم دل على أن الرجل مثلها إذا كان الأمر كذلك فثبت تحريم السكوت ، ولم يكن اللعان إلا واجباً لبيان أن الولد ليس منه أي عدم نفي الزوج للولد عن نفسه جعل الأجنبي مناسباً له ومحرملاً له ولأولاده وهذا لا يجوز فترك النفي يتضمن استلحاقه واستلحاق من ليس منه حرام كما يحرم نفي من هو منه ، وخاصة إذا تيقن أن هذا الولد ليس منه لكونه لم يطأها أو لخروجه عن أقل المدة للحمل أو أكثرها؛ والوسيلة في ذلك اللعان ^٣.

والراجح وجوب اللعان إن كان لنفي الولد ، والأولى تركه إن كان للقذف بالزنى لأن الستر من مقاصد الشرع ولأن للزوج طلاق زوجته وتسريحها من غير أن يتسبب بالفضيحة لها .

15

المطلب الثالث: صيغة اللعان:

^١ مغني المحتاج ، الشريبي (٣/٣٨١).

^٢ سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب التغليظ في الانتفاء (٢/٢٤٦)(٢٢٦٥)، قال شعيب الأرناؤوط إسناده ضعيف ، صحيح ابن حبان (٩/٤١٨).

^٣ أسنى المطالب ، زكريا الأنصاري (٣/٣٧٦).

تقاربت أقوال الفقهاء في صيغة اللعان وجميعهم قالوا بأن القاضي يتدعى بالزوج ويكرر الزوج قوله بالشهادة أربع مرات وفي الخامسة يكون لفظ اللعن، وتكرر الزوجة قولها كذلك وفي الخامسة يكون لفظ الغضب^١.

عند الحنفية

يقول الزوج أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ثم تشهد المرأة فتقول أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، وإذا كان اللعان لنفي الولد يقول الزوج أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد^٢.

5

عند المالكية

يقول الزوج أشهد بالله لرأيتها تزني، وإذا لاعن لنفي الحمل يقول أشهد بالله ما هذا الحمل مني، وتقول الزوجة الملائنة أشهد بالله ما رأي أزي أو تقول في ردها لحلفه في نفي الحمل ما زنت، أو تقول في أيمانها الأربع لقد كذب علي فيهما أي في قوله لرأيتها تزني وقوله ما هذا الحمل مني وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان زوجها من الصادقين^٣.

10

عند الشافعية

^١ يقول ابن رشد (فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني وأن ذلك الحمل ليس مني، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب) بداية المجتهد (٩٦/٢).

^٢ العناية شرح الهداية، الباب (٦/٦٦-٧٠).

^٣ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣/١٠).

يقول الملاعن أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ولنفي الولد عنه يقول أشهد بالله أني لمن الصادقين أن هذا الولد من زنا وليس مني، وتقول الملاعنة أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنى والخامسة تقول فيها عليها غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، ولا يلزمها ذكر الولد لأن لعانها لا يؤثر فيه^١.

عند الحنابلة

5

يقول الزوج أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويزيد لنفي النسب وإن هذا الولد من الزنا وليس مني، وتقول الزوجة أشهد بالله إن فلاناً هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أربع مرات وتقول في الخامسة وعلي غضب الله إن كان من الصادقين، ولا يتعلق بذكر الولد في لعانها حكم فلم تحتج إليه^٢.

^١ أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٣/٣٨٣).

^٢ الإقناع، الحجاوي (٢/١٢٣).

المبحث الثالث

الرجوع عن اللعان

المقصود بالرجوع عن اللعان حالتين :

الحالة الأولى وهي امتناع أحد الزوجين عن أداء اللعان بعد طلبه .

الحالة الثانية : رجوع الزوج عن قوله بقذف زوجته وتكذيبه لما صدر منه .

5

فما الحكم الشرعي لكل حالة من هاتين الحالتين ؟

المطلب الأول: امتناع أحد الزوجين عن اللعان :

إن امتنع أحد الزوجين عن اللعان حُدَّ عند جمهور الفقهاء ، فإن امتنع الزوج ولا بينة له حُدَّ حد القذف^١

لقوله تعالى {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور : ٤] وهذا عام في الزوج وغيره و خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة ، فإن امتنع عن اللعان ولا شهود له لزمه الحد لأنه قاذف^٢.

10

وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حُدَّت حد الزنى لأن اللعان بدل عن حد الزنى لقوله تعالى {وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ} [النور : ٨] أي العذاب الدنيوي وهو الحد فلا يندرى الحد عن الزوجة إلا بلعائها^٣.

^١ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٦٦/٢)، روضة الطالبين ، النووي (٣١٨/٦)، كشاف القناع ، البهوتي (٤٠١/٥).

^٢ المغني ، ابن قدامة (٢٠/٩).

^٣ شرح مختصر خليل للخرشي (٢١٠/١٣)، الحاوي الكبير ، الماوردي (١٠٠/١١).

جاء في كتاب المغني لابن قدامة (واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي أنها تحبس حتى تلتعن أو تقرأ أربعاً) (٧٣/٩).

ورأي الحنفية أنه إذا امتنع الزوج عن اللعان حُبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف، وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها^١.

المطلب الثاني: تكذيب الزوج نفسه بعد اللعان :

إن لاعن الزوج امرأته ونفى ولدها منه ثم أكذب نفسه بعد اللعان يعود نسب الولد فيثبت منه باتفاق الفقهاء^٢، لأن سبب نفيه عنه نفيه له فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحقوق نسبه به^٣.

5

المطلب الثالث: حكم عقد النكاح بعد اللعان:

بعد أن يتم اللعان بين الزوجين يفرق بينهما ولا يجتمعان بعد ذلك أبداً، لكن إذا أكذب الزوج نفسه وتراجع عن كلامه وقذفه هل يستطيع الزوج أن يرجع زوجته؟ هل الحرمة مؤقتة بينهما أم أنها على التأبيد؟

للفقهاء في ذلك قولين :

10

القول الأول :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^٤ إلى أن الفرقة باللعان فسخ وقالوا أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً بعد الفرقة، فالحرمة مؤبدة فلا يحل له نكاحها بعد اللعان وإن أكذب نفسه .

القول الثاني :

قال أبو حنيفة إن الفرقة باللعان طلاق بائن، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة التزوج ما دام على حالة اللعان

15

^١ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٣٨/٣).

^٢ البحر الرائق، ابن نجيم (٤١/٥)، بداية المجتهد، ابن رشد (١٣٨/٣)، نهایة المحتاج، الرملي (١٢١/٧)، المغني، ابن قدامة (٧١/٨).

^٣ المغني، ابن قدامة (٧١/٨).

^٤ القوانين الفقهية، ابن جزئي (٢٦٦/١)، المجموع، النووي (٤٥٣/١٧)، المبدع، ابن مفلح (٩٢/٨).

و الفرقة مؤقته، فإن أكذبت نفسها وصدقته زال التحريم وإن أكذب نفسه وأقيم عليه الحد فإنه خاطب من الخطاب^١.

أدلة القول الأول :

- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فرق بينهما ثم قال (لا سبيل لك عليها)^٢ ولم يقل إلا أن تكذب نفسك^٣.

5

وجه الاستدلال: لا يجوز للملاعن أن يكون مع زوجته بل حرمت عليه أبداً^٤.

وهذا إعلام منه صلى الله عليه وسلم أن تمام اللعان رفع سبيله عليها وليس تفريقه بينهما باستئناف حكم، وإنما كان تنفيذاً لما أوجب الله تعالى من المباحة بينهما وهو معنى اللعان في اللغة^٥.

يرد عليه أنه قيل لمن التعن ولم يكذب نفسه^٦ أما إن كذب نفسه فيزول الحكم .

- قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »^٧.

10

^١ المبسوط، السرخسي (٥١/٥).

^٢ صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحكما كاذب فهل منكما من تائب (٥/٢٠٣٥)(٥٠٠٦).

^٣ تفسير القرطبي (١٢/١٩٤).

^٤ عون المعبود، العظيم آبادي (٦/٢٤٨).

^٥ تفسير القرطبي (١٢/١٩٤).

^٦ سبل السلام، الصنعاني (٥/٢١٢).

^٧ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان الزوج (٧/٤٠٩)(١٥٧٥٠)، جاء في نصب الراية قال صاحب التنقيح إسناده جيد (٣/٢٥١).

وجه الاستدلال : الحديث دليل واضح على تأييد الفرقة بين الزوجين بعد اللعان^١، فلو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما بين في الطلاق الثلاث، قال تعالى {فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ} [البقرة : ٢٣٠].

يرد عليه أن الحديث لا يمكن العمل بحقيقته لأن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وإذا فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقةً فانصرف المراد إلى الحكم وهو أن يكون حكم اللعان فيهما ثابتاً فإذا أكذب الزوج نفسه و حُدَّ القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعناً حقيقةً وحكماً فجاز اجتماعهما^٢،

5

ونظيره قوله تعالى {إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذَا أَبَدًا} [الكهف : ٢٠] أي ماداموا في ملتهم ألا ترى إذ لم يفعلوا يفلحوا كذا هذا^٣.

● اللعان فيه فرقة توجب تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولأنوى به الطلاق فلم يكن طلاقاً، ولأنه لو كان طلاق لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة^٤.

10

يرد عليه أن الفرقة تطليقة بائنة وليست فسخاً لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين^٥.

● استدلو على أن الحرمة مؤبدة وإن أكذب الزوج نفسه فلا يفيد ذلك في عود النكاح بعد الفرقة ولا رفع تأييد الحرمة لأنهما حق له وقد بطلا فلا يتمكن من عودهما بخلاف الحد ولحق النسب فيهما يعودان لأنهما حق عليه^٦.

^١ نيل الأوطار، الشوكاني (٣٨/٧).

^٢ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٦/٣).

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٣١/٤).

^٤ المجموع، النووي (٤٥٣/١٧).

^٥ الهداية، المرغيناني (٢٤/٢).

^٦ مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣).

- أنه قد وقع بين المتلاعنين من التقاطع والتباغض وإبطال حدود الله ما أوجب ألا يجتمعا بعدها أبداً وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة، فالقبح الذي بينهما غاية القبح^١.

أدلة القول الثاني :

- 5 • أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيرتفع اللعان ولهذا يُحد ويثبت نسب الولد ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من إقامة الحد انتفاء اللعان وكذا لا ينفي اللعان مع ثبوت النسب، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »^٢ أي ما دام متلاعنين كقوله تعالى { وَلَا تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا } [التوبة : ٨٤] أي ما دام منافقاً، يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصلياً فلم يبق متلاعناً لا حقيقة لعدم الاشتغال به ولا مجازاً لأنه إنما سمي متلاعناً لبقاء اللعان بينهما حكماً ولم يبق ، وبإقامة حد القذف عليه لم يبق أهلاً للعان^٣.
- 10 • أن عويمر^٤ طلق زوجته ثلاثاً بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفذها عليه ، فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقاً كما في العنين ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج لأنه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة ، وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقاً وهو قول السلف ، كما في العنين

^١ بداية المجتهد ، ابن رشد (١٣٩/٣).

^٢ السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب اللعان ، باب ما يكون بعد التعان الزوج (٤٠٩/٧) (١٥٧٥٠) جاء في نصب الراية قال صاحب التنقيح إسناده جيد (٢٥١/٣).

^٣ تبين الحقائق ، الزيلعي (١٩/٣).

^٤ عويمر هو بن أبي أبيض العجلاني وقال الطبراني هو عويمر بن الحارث بن زيد بن جابر بن الجند بن العجلان وأبيض لقب لأحد آبائه ويؤيد ذلك حديث نزول آية اللعان ، ولعل أحد آباء عويمر العجلاني كان يلقب أبيض فأطلق عليه الراوي أشقر .
الإصابة في تمييز الصحابة ، ابن حجر (٧٤٦/٤).

والخلع والإيلاء ونحو ذلك^١.

الراجع ما ذهب إليه الجمهور من أن اللعان فرقة فسخ وأن الحرمة المترتبة عليه حرمة مؤبدة لا تزول وإن أكذب نفسه، و لو كان التحريم مؤقتاً لبينه الشارع كما بين في التفريق بالطلاق الثلاث، ثم إن سبب التفريق وهو اللعان وقد وجد وتكذيبه نفسه لا ينفي وجوده فيبقى حكمه، و لو كان الزوج صادقاً في اتهامه لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشرة زوج بغي، وإن كان كاذباً فقد أساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك.

5

10

^١ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٦/٣).

المبحث الرابع:

آثار اللعان

شرع الله عزوجل اللعان وجعله سبيلاً للأزواج من قذف منهم زوجته بالزنى وليس له شهداء على ما ادعى ، مرتباً على إتمام اللعان المستوفي لشروطه الواقع صحيحاً آثاراً في حق المتلاعنين وآثاراً في حق الولد إن كان المراد باللعان نفيه ، تتجلى الآثار في المطالب التالية:

5

المطلب الأول : أثر اللعان في حق المتلاعنين :

للعان آثار على كل من الزوجين المتلاعنين وهي :

١. درء الحد^١ : ويقصد بذلك سقوط حد القذف عن الزوج وسقوط حد الزنى عن الزوجة بمجرد أدائهما للعان، فالقاذف لغيره سواء كانت زوجته أو أجنبية عنه وجب عليه حد القذف إن لم يأت بأربعة شهداء ، إلا أن اللعان جعل مسقطاً لحد القذف عن الزوج القاذف لزوجته ولا شهود عنده على ما قذفها به^٢ ، وقوله تعالى دليل على ذلك ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور: ٦-٩-١٠].

10

^١ الفتاوى الهندية (٥١٤/١)، التاج والاكلیل للمواق (٢٠١/٦)، الحاوي الكبير، الماوردي (١١/١١)، الإقناع، الحجاوي (١٢٤/٢).

^٢ تفسير الرازي (١٤٥/٢٣-١٤٦).

٢. حرمة الوطء والاستمتاع^١: ووقوع الحرمة المؤبدة بين الزوجين المتلاعنين لقول علي رضي الله عنه (مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعان أبداً)^٢.

٣. الفرقة بين الزوجين: تقع الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بانتهاهما من اللعان ولا حاجة إلى حكم القاضي بينهما بالتفريق عند المالكية والحنابلة في رواية^٣، واستدلوا بقول عمر^٤ رضي الله عنه (المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً)^٥ واللعان يقضي بالحرمة المؤبدة بينهما فلا يحتاج إلى تفريق الحاكم كالرضاع، ولو كانت الفرقة متوقفة على حكم القاضي لجاز لهما ترك التفريق واستمرار النكاح وهذا لا يجوز^٦.

قال الشافعية بلعان الزوج وحده تقع الفرقة وإن لم تلأعن الزوجة^٧، وعند الحنفية والحنابلة في رواية لا يفرق بين المتلاعنين بمجرد أدائهما للعان بل لابد من حكم القاضي بالتفريق^٨، واستدلوا بحديث عويمر حيث قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم^٩.

^١ الفتاوى الهندية (٥١٥/١)، التاج والاكلیل للمواق (٢٠١/٦)، الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٦٧/٢)، المهذب، الشيرازي (١٢٧/٢) مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٤٣/٥).

^٢ سنن الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر (٢٧٦/٣) (١١٧).

^٣ بداية المجتهد، ابن رشد (٤٩٣/١) مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٤٣/٥).

^٤ عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي، أبو حفص أمير المؤمنين كانت إليه السفارة في الجاهلية، كان عند المبعث شديداً على المسلمين ثم أسلم فكان إسلامه فتحاً على المسلمين وفرجاً لهم من الضيق، قال عبد الله بن مسعود وما عبدنا الله جهرة حتى أسلم عمر الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (٥٨٨/٤).

^٥ مصنف ابن أبي شيبة (٤٢٥/٣).

^٦ المغني، ابن قدامة (٢٩/٩).

^٧ الحاوي الكبير، الماوردي (١٦٦/١١).

^٨ المبسوط، السرخسي (٥١/٥).

^٩ صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث (٢٠١٤/٥) (٤٩٥٩)، ونص الحديث «أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجل أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل

ووجه الاستدلال بالحديث أن طلاق الملاعن وقع ولو تمت الفرقة بينهما قبل ذلك لما وقع الطلاق، كما أن موت أحدهما قبل حكم الحاكم بالفرقة يرثه الآخر^١.

والراجع الفرقة بين الزوجين بمجرد اللعان وحده لوقوع الحرمة المؤبدة بين الزوجين باللعان، فكيف لمتلاعنين أن يستمر عقد نكاحهما والحرمة المؤبدة بينهما واقعة!

المطلب الثاني: أثر اللعان في حق الولد المنفي :

5

إذا تم اللعان بين الزوجين ووقعت الفرقة بينهما وانتفى نسب الولد وألحق بأمه ترتب على ذلك آثار في حق الولد المنفي وهي عدم التوارث بينه وبين الملاعن^٢ وعدم وجوب نفقة الأبناء على الآباء ولا نفقة الآباء على الأبناء^٣، بينما يبقى النسب قائماً في حق الأحكام التالية^٤:

- الشهادة: فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر .
- الزكاة: لا يدفع أحدهما زكاة ماله للآخر.
- القصاص: لا يقتص من الملاعن بقتله الولد المنفي .
- النكاح: لا يجوز نكاح الولد المنفي من بنت الملاعن من زوجة أخرى .

10

وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال عاصم لم تأتني بخير قد ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها) قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم .»

^١ عمدة القاري، العيني (٣٥٨/٢٠)، المغني، ابن قدامة (٢٩/٩).

^٢ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٩/٤)، التاج والاكلیل للمواق (١٤٥/١٣)، روضة الطالبين، النووي (٤٣/٦).

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٢٩/٤).

^٤ الفتاوى الهندية (٤٧٠/٣)، أسنى المطالب زكريا الأنصاري (٣٨٩/٣).

- ثبوت النسب : لا يثبت نسب الولد المنفي من الغير إن ادعاه وإن صدقه الولد فيما يدعي.

المطلب الثالث :موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من اللعان :

تم ذكر اللعان في المادة ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري في البند الثالث منه:

١. ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى وزوجها بالشرطين التاليين :

أ.أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

5

ب.أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل^١.

٢.إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣.إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

لم يبين القانون شروط اللعان و الآثار الناجمة عنه ،إلا أن محكمة النقض نصت فيما يتعلق باللعان على مايلي:

10

نصت محكمة النقض على أن ادعاء الزوج بنفي نسب المولود بعد مرور أكثر من سنة على معرفة الزوج بالولادة يجعل دعوى نفي النسب غير مسموعة^٢، وأن دعوى اللعان لا تسمع بعد مضي الموعد المحدد لها^٣،

وئين الموعد المحدد لها في المادة (٣٣٦) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (إنما يصح نفي الولد وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو في أيام التهنئة المعتادة على حسب عرف أهل البلد)^٤ وهذا قول أبي حنيفة

^١ سيتم الحديث عن الشرطين في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

^٢ نقض رقم ٢٣٣٥/٢٢٠٩ تاريخ ٢٧/١٠/١٩٩٧.

^٣ نقض رقم ٢٦٠ / ١٠١ تاريخ ٦/٣/١٩٩٣.

^٤ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ،محمد قدرى باشا (١١١).

فإذا نفاه الزوج بعد مضي هذا الوقت فلا ينفي النسب ولا تسمع الدعوى، وعند صاحبين يصح نفيه مدة النفاس .

نصت محكمة النقض : يشترط لصحة اللعان ألا ينفي الزوج الولد بعد الإقرار به صراحة أو دلالة.

لا ينتفي نسب الولد في الصور الست الآتية وإن تلاعن الزوجان وفرّق بينهما الحاكم :

الأولى : إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة في المادة السابقة (٣٣٦)

5

الثانية : إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة .

الثالثة : إذا نزل الولد ميتاً ثم نفاه ، أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم ، لأن النفي حكم والميت لا يصح الحكم عليه .

الرابعة : إذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولداً آخر من بطن واحد ، ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الأول ، أي إن ولدت الزوجة ولداً نفاه الزوج عنه فلاعن وحكم القاضي بنفيه وبالتفريق بين الزوجين ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر من وقت ولادة الأول ينسب الولدان إلى الزوج .

10

الخامسة : إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعاً.

السادسة : إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق^١.

بحسب المادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري يتم الرجوع إلى المذهب الحنفي فيما لم يتم بيانه،

وبالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد أنه لا لعان في النكاح الفاسد وفي الوطاء بشبهة وبالتالي لا لعان في القانون السوري إلا في النكاح الصحيح .

15

ويرى الإمام أبوحنيفة أنه إذا امتنعت الزوجة عن اللعان فإنها تُحبس لكن هذا غير مطبق في القانون السوري على اعتبار أن قانون العقوبات السوري لم يجرم امتناع الزوجة عن أداء شهادات اللعان استناداً إلى القاعدة

^١ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، قدرى باشا (١١١).

الجزائية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) فإن الزوجة في هذه الحالة لا تحبس ولا يحكم باللعان إنما يتم رد الدعوى لعدم توافر أركانها.

ومما سبق ذكره فإن وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب باللعان هي الأيمان .

الفصل الثاني

(وسائل إثبات نفي النسب)

لاختلال شروط الفراش)

المبحث الأول: وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.

المبحث الثاني: وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم الولادة بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

المبحث الثالث: وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب لعدم إمكانية الإنجاب.

الفصل الثاني

وسائل إثبات نفي النسب لاختلال شروط الفراش

- 5 بالرغم من أن الشريعة الإسلامية اعتنت بالنسب أيما عناية وأحاطته بكافة أنواع الحماية والرعاية ومنعت من التلاعب به أو ضياعه، إلا أنها لم تفرض النسب إلا بضوابط محكمة وشروط محددة، فأعطت الزوج الحق في نفي النسب والتبرؤ منه إذا لم يثبت بالشروط الشرعية المعروفة، فقد ذكر فيما سبق أن النسب يثبت بتوافر شروطه، فإذا كان الزوج ممن يتصور منه الحمل عادةً؛ بخلاف الزوج الصغير وذو العيب المانع من الإنجاب؛ و كان اللقاء بين الزوج وزوجته ممكناً غير متعذر كعذر السفر أو السجن المانع من اللقاء، وكانت ولادة الزوجة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، لحق نسب المولود على فراش الزوجية بالزوج إلا أن ينفيه باللعان .
- 10 فإن فُقدت إحدى شروط ثبوت النسب وتخلفت عن الحياة الزوجية و أتت الزوجة بولد، يحق للزوج نفي هذا الولد عنه من غير حاجة إلى لعان، فقد شهدت الحقائق بنفيه وظهرت الدلائل على عدم انتساب الولد إليه ، فيمكنه اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى نفي النسب حيث إن النسب لا ينتفي إلا بحكم القاضي ، وفي المباحث التالية تفصيل ذلك.

المبحث الأول

وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

لعدم التلاقي بين الزوجين

الوسيلة الأولى من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب هي إثبات عدم التلاقي بين الزوجين ، فقد يحدث أن يعقد الرجل على امرأة وهو في بلد وهي في آخر وتمر سنين لا يتم فيها اللقاء بينهما أو أن يكون أحد الزوجين محبوساً ، فإن جاءت الزوجة بولد هل يثبت نسبه من الزوج مع انعدام اللقاء بينهما ؟ وهل يكتفى بالعقد لإثبات نسب المولود منه ؟

5

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^١ وقوله صلى الله عليه وسلم يعد مبدأ أساسياً في إثبات النسب ، فما المقصود بالفراش ؟

المطلب الأول: مفهوم الفراش :

10

ذُكر في الفصل التمهيدي أن النسب يثبت بالنكاح الصحيح عند توافر الشروط وانتفاء الموانع واستدل الفقهاء على ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر) .

جاء في لسان العرب في شرح الحديث أن المراد بالفراش المرأة لأن الرجل يفتريشها ، ومعنى الولد للفراش أي لمالك الفراش وهو الزوج وهذا من مختصر الكلام كقوله تعالى {واسأل القرية} [يوسف: ٨٢] أي أهل القرية

.٢

15

^١ سبق تخريجه في صفحة (٤٤).

^٢ لسان العرب ، ابن منظور (٣٢٦/٦) مادة فرش .

وفي الاصطلاح معنى الفراش المرأة التي تتعين للولادة لشخص واحد وسميت فراشاً لأنها تفرش وتبسط بالوطء عادة^١، ومعنى الولد للفراش أي لصاحب الفراش كما جاءت الرواية الأخرى في صحيح البخاري^٢ ألا وهو الزوج، إذن المقصود بالفراش الزوجة وصاحب الفراش الزوج^٣ والزوج يحق له افتراضها شرعاً بموجب عقد النكاح وبالتالي إن حملت الزوجة وجاءت بمولود ينسب إلى الزوج حال قيام النكاح الصحيح على اعتباره ولده منها^٤.

المطلب الثاني: ما تصير به الزوجة فراشاً :

5

اتفق الفقهاء على أن الزوجة تصير فراشاً للزوج بمجرد عقد النكاح ونقلوا في ذلك إجماعاً^٥، واختلفوا إن ولدت الزوجة بعد ستة أشهر^٦ من العقد ولم تلتق بزوجها بعد كأن يكون في سفر أو سجن فهل ينسب المولود له بمجرد العقد أم لا بد من اشتراط اللقاء بين الزوجين وإمكان الوطء؟

قال الحنفية أن الزوجة تصير فراشاً لزوجها بمجرد العقد عليها فإن ولدت لستة أشهر من حينه ينسب مولودها لزوجها حتى ولو لم يثبت التلاقي حساً بينهما وإنما باعتبار الإمكان العقلي للالتقاء فالكاح قائم مقام الماء لإمكان تصوّره عقلاً^٧، حتى أنهم قالوا لو طلق الزوج زوجته عقب العقد مباشرة وأتت بولد لستة أشهر يلحقه نسبه^٨.

10

^١ التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان (١٦٣)، تبين الحقائق، الزيلعي (٤٣/٣).

^٢ صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة (٢٤٨١/٦) (٦٣٦٩).

^٣ المجموع، النووي (٣٣٤/٢٠).

^٤ المفصل، عبد الكريم زيدان (٣١٩/٩).

^٥ شرح النووي على مسلم (٣٨/١٠).

^٦ ستة أشهر أقل مدة الحمل وسيتم بيان ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

^٧ الفتاوى الهندية (٥٣٦/١) تبين الحقائق، الزيلعي (٣٩/٣).

^٨ البحر الرائق، ابن نجيم (١٦٩/٤).

قال المالكية والشافعية والحنابلة إن الزوجة تصير فراشاً لزوجها بالعقد عليها مع إمكان الوطء^١، فإن لم يمكن كأن عقد مغربي على امرأة مشرقية ولم يغادر أي منهما وطنه وأتت الزوجة بولد لستة أشهر من العقد لم يلحقه لعدم إمكان كونه منه^٢.

وثمره الخلاف بين الحنفية والجمهور هي انتفاء نسب المولود لستة أشهر من العقد لعدم التلاقي بين الزوجين دون لعان عند الجمهور، ولا ينتفي إلا بلعان عند الحنفية.

5

وقال متأخرو الحنابلة أن المرأة تصير فراشاً للزوج بالعقد عليها مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، واستدل لذلك بأن المرأة كيف تصير فراشاً إذا لم يدخل بها الزوج ولم يبين بها لمجرد إمكان بعيد؟ وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشاً قبل البناء بها؟ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب بمن لم يبين بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك؟ فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق^٣.

استدل الحنفية لقولهم بما يلي :

10

- لإثبات النسب لابد من الدخول حقيقة إلا أن الدخول أمر باطن لا يمكن معرفته فأقيم النكاح سببه الظاهر مقامه في إثبات النسب^٤ ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر). ويرد استدلالهم بالحديث لأخذهم بظاهره وإثباتهم النسب بمجرد العقد وهذا من باب الجمود^٥، ولا حجة لهم في إطلاق الحديث لأنهم خرجوا على الغالب وهو حصول الإمكان عند العقد^٦.

^١ بداية المجتهد، ابن رشد (٤٩٠/١)، تحفة المحتاج، الهيتمي (٤٢٦/٣٤)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (١٨٧/٣).

^٢ شرح النووي على مسلم (١٨٨/٥).

^٣ زاد المعاد، ابن القيم (٣٧٢/٥).

^٤ بدائع الصنائع، الكاساني (٣٣٢/٢).

^٥ نيل الأوطار، الشوكاني (٤٧/٧).

^٦ عون المعبود، العظيم آبادي (٢٦٢/٦).

- احتمال تلاقي المغربي بالمشرقية احتمال وارد وتصور ثابت إما من باب الكرامة وكرامات الأولياء حق أو أن يكون الزوج جنياً أو صاحب خطوة فتطوى له المسافة البعيدة^١.

ويرد هذا بما جاء في كتاب الموافقات (أن الأحكام لو وضعت على حكم انخراق العوائد لم تنتظم لها قاعدة ولم يرتبط لحكمها مكلف أن الأمور الخارقة لا تطرد أن تصير حكماً يبنى عليه)^٢ فالإمكان العقلي نادر ولا يبنى حكم على القليل النادر وإنما يبنى على الكثير الغالب المحتمل الوقوع عادة عند العموم الذين تحكمهم السنن الإلهية العادية لا الخصوص من الأولياء وأهل الكرامات^٣.

5

استدل الجمهور لقولهم بالأدلة التالية :

- بحديث النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^٤.

وجه الاستدلال : أن الرجل إذا كانت له زوجة صارت له فراش ومولودها ينسب له لمدة إمكان كونه منه وهي ستة أشهر من حين اجتماعهما^٥.

10

- يتعذر العلم بوطء الزوج لزوجته لإلحاق النسب به ، فلو رأينا إنساناً يروح ويغدو على زوجته جهل حاله هل وطئها أم لا^٦ ، فالوقوف على الوطاء الحقيقي متعذر فأقيم مقامه مايدل عليه وهو إمكان الوطاء^٧.

^١ شرح فتح القدير ، السيواسي (٣٥٠/٤).

^٢ الموافقات ، الشاطبي (٢٩٢/٢).

^٣ الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي (١١/١٠) ، الفصل ، عبد الكريم زيدان (٣٣٠/٩).

^٤ سبق تخريجه في صفحة (٤٤).

^٥ شرح النووي على مسلم (١٨٨/٥).

^٦ تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني (٣٠١/١).

^٧ المغني ، ابن قدامة (٥٢/٩).

تري الباحثة أن قول الجمهور هو الراجح فيما سبق من العصور إلا أن التقدم الكبير الذي نراه في المجال الطبي وظهور ما يعرف بالبنوك الطبية ومنها بنوك المني^١ وحدثة وسائل النقل عما كانت عليه يُرجح قول الحنفية بثبوت النسب بمجرد العقد على الزوجة دون اشتراط إمكان الوطء ، كما في مولود زوجة الأسير الفلسطيني الغائب عن زوجته العشرات من السنين ، وهذا المولود نتيجة تلقيح نطفة أبيه المهربة من سجون الاحتلال ببويضة أمه بعملية التلقيح الصناعي .

5

أما في حالة ادعاء الزوج نفى نسب المولود على فراشه فالراجح ما جاء به قانون الأحوال الشخصية السوري ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة ، وذلك ممكن الضبط والبيان .

المطلب الثالث :موقف القانون:

اشترط قانون الأحوال الشخصية السوري لثبوت النسب في العقد الصحيح مظنة الفراش وألا يثبت عدم اللقاء بين الزوجين ، فإن ثبت عدم التلاقي لا يثبت النسب ولا عبء للعقد في إثباته لعدم التلاقي بينهما وبذلك يكون القانون قد أخذ بموقف توفيقى بين الحنفية والجمهور حيث ورد في المادة ١٢٩ :

10

١. ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ. أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب. أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

15

٢. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣. إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

^١ بنوك المني هي مخازن لحفظ وتخزين الحيوانات المنوية البشرية بواسطة تبريدها وتجميدها في مادة النيتروجين السائل وحفظها مجمدة لأزمان طويلة ، واختلف العلماء في حكم إنشاء هذه البنوك على قولين ، ورجح الدكتور اسماعيل مرجبا جواز إنشاء هذه البنوك في حالات حفظ المني المشروعة كحالة الأشخاص اللذين يتعرضون أثناء علاجهم للأشعة والكيمويات التي تؤثر في خصوبة الجهاز التناسلي تأثيراً كبيراً ، البنوك الطبية البشرية ، د.إسماعيل مرجبا (٣٦٤-٣٨٧).

وبالتالي إذا أثبت الزوج عدم لقائه بزوجه منذ إنشاء العقد ومرت فترة سنة فأكثر فلا يثبت النسب بين الولد والزوج لأن القانون أخذ برأي الجمهور في اشتراط صحة النسب بإمكانية اللقاء بين الزوجين على خلاف ما ذهب إليه الحنفية .

5 جاء في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض (إقامة الزوج في لبنان لأكثر من مدة الحمل لا يعد سبباً كافياً لنفي النسب لقربه من سورية ،فالفقرة ب أجازت نفي النسب إذا عُدَّ تلاقي الزوجين بأن يكون غائباً في بلد بعيد أكثر مدة الحمل ،وليس كل غياب ولو في بلد قريب يبيح تحريك دعوى النسب فقد نص الفقهاء بأنهما إن كانا قريبين بحيث يتمكن الرجل من زيارة زوجته ومباشرتها تُسبب الولد إليه ،وإذا كانا بعيدين بحيث لا يتصور العقل الزيارة والمباشرة لم يُنسب إليه)^١ .

ويمكن القول إن تطور وتوافر وسائل النقل جعلت البعيد قريب مما يرجح الأخذ بقول الحنفية في ثبوت النسب.

10 يمكن إثبات دعوى نفي النسب بالشهود والقرائن القوية التي تثبت عدم إمكانية اللقاء بين الزوجين .

^١ الغرفة الشرعية ٣٣ قرار ٢٤ تاريخ ١٩٦٨/١/٣١

المبحث الثاني

وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

لعدم الولادة بين أقل مدة الحمل وأقصاها

الوسيلة الثانية من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب هي إثبات اختلال مدة حمل الزوجة ، وذلك بأن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل المعتبرة شرعاً أو أن تلد بعد مضي أقصى مدة الحمل حال الطلاق أو الوفاة ،
5 فما هي أقل مدة الحمل المعتبرة وماهي أقصى مدة الحمل ؟ وماهو قول الفقهاء في هذه المدة وفي تلك ؟ وما قول القانون في ذلك؟

المطلب الأول :أقل مدة الحمل:

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر^١ واستدلوا بما روي (أن عمر رضي الله عنه أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر فهم برجمها فبلغ ذلك علماً رضي الله عنه فقال: ليس عليها رجم فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله فقال {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَسِّمَ الرِّضَاعَةَ} [البقرة: ٢٣٣] وقال {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا} [لقمان: ١٤] فستة أشهر حمله حولين تمام لا حد عليها أو قال لا رجم عليها قال فخلى عنها ثم ولدت)^٢ فبينت الآيات أن فصال الطفل -وهو فطامه- يكون في عامين، وأن مدة الحمل والفطام معاً تستمر ثلاثون شهراً، فتكون مدة الحمل هي ستة أشهر على الأقل^٣،

^١ الاختيار لتعليل المختار ،الموصلی (١٩٥/٣)، بداية المجتهد ،ابن رشد (٤٩٠/١)، أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٣١٢/٣)، مطالب أولي النهى ،الرحيبي (٥٦٠/٥).

^٢ السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب العدد ، باب ماجاء في أقل الحمل (٤٤٢/٧).

^٣ تفسير القرطبي (٢٦٢/٥).

واعتماداً على ماسبق فإن الجنين إذا أتم الستة أشهر في بطن أمه فولدته من الممكن أن يعيش^١ وبهذا قال الطب، وقرر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر^٢.

اتفق الفقهاء على أقل مدة للحمل واختلفوا على مبدئها فعند أبي حنيفة أقل مدة للحمل هي ستة أشهر منذ العقد^٣، فلو أتت الزوجة بولد لستة أشهر من العقد عليها ثبت نسبه من الزوج وليس له نفيه إلا باللعان، ولو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين العقد لم يلحق الولد الزوج وانتفى عنه من غير حاجة إلى اللعان في حين قال الجمهور بأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر من حين الدخول أو إمكان الدخول^٤.

5

وبناء على ذلك لو جاءت الزوجة بولد لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكان الدخول ثبت نسبه من الزوج ولو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الدخول أو إمكانه لم يثبت النسب من الزوج وانتفى عنه من غير لعان^٥ وقد سبق بيان المسألة^٦.

المطلب الثاني: أقصى مدة الحمل:

10

تعددت أقوال الفقهاء واختلفت في تحديد أقصى مدة الحمل وفق مايلي :

^١ روضة الطالبين، النووي (٢١٧/٧).

^٢ خلق الإنسان بين الطب والقرآن، محمد البار (ص ٤٥١).

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٨٤/٣).

^٤ بداية المجتهد، ابن رشد (٤٩٠/١)، روضة الطالبين، النووي (٣٠٦/٦)، كشاف القناع، البهوتي (٤٠٦/٥).

^٥ يثبت النسب في الزواج الفاسد إن ولدت المرأة لستة أشهر من حين العقد عند أبي حنيفة ويوسف ومن حين الدخول عند محمد من الحنفية ويقولون يفتى، مجمع الأنهر، شيخه زاده (٥٢٤/١).

ويثبت النسب في الوطء بشبهة إن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه، لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا أنه إذا ادعاه ثبت نسبه منه، إذ قد يكون وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى، الفقه الاسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (١٥/١٠).

^٦ انظر صفحة (٩٤) .

سنتان قمريتان:

قول السادة الحنفية^١، جاء في البحر الرائق (فإنهم اتفقوا على أن أكثر مدة الحمل سنتان)^٢

مستدلين بقول السيدة عائشة^٣ رضي الله عنها (لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل)^٤ والظاهر أن السيدة عائشة رضي الله عنها سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه مما لا يقال فيه بالرأي ولا بالاجتهاد^٥.

5

أربع سنوات :

قول الإمام مالك^٦ و الشافعية وفي ظاهر المذهب عند الحنابلة^٧، وقالوا أن أقصى مدة الحمل لا نص فيه فيرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين فهذه امرأة محمد بن عجلان^٨ تحمل وتضع في أربع سنين

^١ العناية شرح الهداية، الباب في (١٧١/٦).

^٢ البحر الرائق، ابن نجيم (١٧١/٤).

^٣ عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين تكنى أم عبد الله تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة وبني بها بالمدينة، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم الكثير الطيب، كانت عائشة أعلم الناس يسألها الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، تهذيب الكمال، المزي (٢٢٧/٣٥).

^٤ سنن البيهقي، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل (٤٤٣/٧) (١٥٩٦١) وسنن الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر (٣٢٢/٣) (٢٨٢).

^٥ المبسوط، السرخسي (٧/٥).

^٦ التاج والإكليل، المواق (٢١٩/٦).

^٧ المجموع، النووي (١٩٤/١٨)، المغني، ابن قدامة (١١٧/٩).

^٨ محمد بن عجلان المدني القرشي مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة أبو عبد الله أحد العلماء العاملين، قال بن سعد كان عابداً ناسكاً فقيهاً وكانت له حلقة في المسجد وكان يفتي، تهذيب التهذيب، ابن حجر (٣٤١/٣٠).

وكانت تسمى حامله الفيل^١.

خمس سنوات: رواية عند المالكية^٢.

سنة: وهو قول لمحمد بن الحكم^٣ من المالكية، جاء في بداية المجتهد (وقال محمد بن الحكم سنة)^٤.

تسعة أشهر: قول لمحمد بن الحكم والظاهرية، جاء في كتاب المحلى (قال أبو محمد فهذا عمر لا يرى الحمل

أكثر من تسعة أشهر وهو قول محمد بن عبد الله بن عبد الحكم)^٥.

5

قول أهل الطب في أقصى مدة الحمل :

جاء في كتاب أحكام الحامل في الشريعة الإسلامية (أن الحمل قد يصل إلى عشرة شهور ولا يزيد على ذلك

لأن المشيمة التي تغذي الجنين تصاب بالشيخوخة بعد الشهر التاسع وتقل كمية الأوكسجين والغذاء المارين

من المشيمة إلى الجنين فيموت الجنين).

(حقيقة أن الحمل عشرة أشهر في أقصى مدة يستمر إليها، بل إن الأطباء يولدون المرأة الحامل بالطرق

10

الاصطناعية بعد تجاوز الحمل أسبوعين عن التسعة أشهر لوصول الجنين إلى مرحلة الخطر، ويؤكد الدكتور

كحالة أن مازاد على ذلك فهو وهم)^٦.

^١ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب العدد، باب ماجاء في أكثر الحمل (٤٤٣/٧) (١٥٩٦٢)، وسنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر (٣٢٢/٣) (٢٨٣)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٦١/٥).

^٢ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٩٠/١٠).

^٣ محمد بن الحكم اللخمي الإفريقي القيرواني، روى عن مالك بن أنس وعبد الرحيم بن زياد بن أنعم وحيوة بن شريح، قال أبو العرب : ثقة مأمون، رجل صالح، توفي سنة ست ومئتين، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، قاسم سعد (١٠٥١/٢).

^٤ بداية المجتهد، ابن رشد (٦٨٦/١).

^٥ المحلى، ابن حزم (٣١٧/١٠).

^٦ أحكام الحامل في الشريعة الإسلامية، يحيى الخطيب (١٠٦).

كما جاء في الكتاب بيان بعض الأسباب لتوهم المرأة بالحمل الطويل كأن تكون المرأة مرضعاً فتقطع الدورة الشهرية فترات طويلة جداً بسبب هرمون الحليب ثم يكون الحمل أو تنقطع لأسباب فسيولوجية أو صحية، أو تكون المرأة واهمة بالحمل الكاذب.

اختلفت أقوال الفقهاء في تحديد أقصى مدة الحمل لعدم وجود أدلة واضحة وصريحة في ذلك، فاعتمدوا في أقوالهم على الوقائع التي قد تكون نادرة أو فيها من الأسباب المذكورة ما جهلها أصحابها في حينها، وإن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يؤيد ما قُدر بخمس سنوات أو أربع أو سنتين وإنما الوقائع تؤيد ما قُدر بتسعة أشهر.

يقول ابن رشد^١ (وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً)^٢ والاحتياط يوجب تقدير أقصى مدة الحمل بسنة لأهمية ما يترتب على ذلك من ثبوت النسب أو نفيه.

وثمرة الخلاف في أقصى مدة الحمل تتجلى في نسب ولد المعتدة من طلاق أو موت وبيائها فيما يلي:
إن ولدت المرأة وهي في عدة طلاق أو وفاة فما المدة المعتبرة شرعاً لولادتها لثبوت نسب المولود من أبيه أو نفيه عنه؟

أولاً: من طلقت قبل الدخول لا عدة عليها وبالتالي لا يثبت نسب ما تضعه إلا أن تأتي به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق وبعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد فيثبت نسبه من المطلق للتيقن بأن الحمل قد تم قبل الطلاق، ويحمل ذلك على أن المطلق قد باشر امرأته دون إشهار أمام الناس^٣ وبهذا قال الحنفية، أما عند

^١ ابن رشد (٥٢٠ - ٥٩٥ هـ) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي يكنى بأبو الوليد الفيلسوف ويلقب بابن رشد الحفيد، من أهل قرطبة، كان دمث الأخلاق حسن الرأي، من مؤلفاته بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مات في مراكش، الأعلام، للزركلي (٣١٨/٥)
^٢ بداية المجتهد، ابن رشد (٦٨٦/١).

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٧٠/٤)، الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (١٢/١٠).

الجمهور^١ فلا يثبت نسبه لعدم حصول الدخول ولعدم إمكانه.

ثانياً: إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول؛ سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً؛ أو مات وولدت بعد الطلاق أو الوفاة في نطاق الحد الأقصى لمدة الحمل^٢ من تاريخ الطلاق أو الوفاة ثبت نسب المولود من الزوج ولا ينتفي عنه إلا باللعان، وإن ولدت بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة^٣.

5

وهنا تظهر ثمرة الخلاف في أقصى مدة الحمل فالمطلقة طلاقاً بائناً والمتوفى عنها زوجها إذا جاءت كل منهما بولد لستين فأقل ثبت نسبه اتفاقاً، لأن الوضع تم ضمن أقصى مدة الحمل عند الجميع .

أما إذا جاءت بولد لأكثر من ذلك إلى أربع سنين ، فالجمهور على أنه يثبت نسبه وانقضت عدتها بناء على أن الوضع تم ضمن أقصى مدة الحمل عندهم ، ولا يثبت عند الحنفية لأنها وضعت بعد أقصى مدة الحمل^٤ .

أما الحنفية ففصلوا :

10

○ إن كان الطلاق رجعياً ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها ثبت نسب ما تضع من الزوج سواء وضعت قبل مضي سنتين أو بعد ذلك من تاريخ الطلاق لأن الطلاق الرجعي لا يحرم استمتاع الزوج بزوجه ويكون بذلك قد راجعها^٥ .

^١ منح الجليل ، محمد عlish (٣٥٩/٢)، روضة الطالبين ، النووي (٣٠٦/٦)، كشف القناع ، البهوتي (٤٠٦/٥).

^٢ أقصى مدة الحمل كما سبق هي سنتان عند الحنفية وأربع سنوات عند الشافعية والحنابلة وخمس سنوات في المشهور عند المالكية.

^٣ التاج والإكليل ، المواق (٢١٩/٦) ، المنهاج ، النووي (٣٧٠/١) ، كشف القناع ، البهوتي (٤٠٦/٥) .

^٤ الموسوعة الفقهية الكويتية (١٤٥/١٨).

^٥ العناية شرح الهداية ، البابري (١٥١/٦).

وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها وكانت المدة تحتمل ذلك فلا يثبت نسب المولود من الزوج إلا إن كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر، فإن كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت إلا إن ادعاه^١.

○ إن كان الطلاق بائناً أو كانت الفرقة لوفاة الزوج ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها يثبت نسب المولود من الزوج إن وضعته قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة^٢.

5 وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها والمدة تحتمل ذلك ثبت النسب إن أتت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين^٣.

المطلب الثالث: قول قانون الأحوال الشخصية السوري فيما يتعلق بأقل وأقصى مدة الحمل:

جاء في المادة ١٢٨ من القانون:

أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمئة وخمسة وستون يوماً.

10 أخذ القانون برأي الفقهاء المتفق عليه في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، واحتاط في تحديد أقصى مدة الحمل فجعلها سنة مراعاةً للحالات النادرة التي قد تطرأ آخذاً في ذلك بقول محمد بن الحكم الفقيه المالكي .

وجاء في المادة ١٢٩:

١. ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ. أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

15 ب. أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

^١ رد المختار، ابن عابدين (٤٦٩/١٢).

^٢ المبسوط، السرخسي (٧/٥).

^٣ رد المختار، ابن عابدين (٤٦٩/١٢).

٢. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣. إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

إن مضي أقل مدة الحمل - ستة أشهر - على عقد الزواج الصحيح شرط لثبوت النسب في القانون السوري،

ونص الاجتهاد القضائي (إذا ولدت الزوجة ولداً لأقل من ستة أشهر منذ زواجها لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه الزوج ولم يقل أنه من الزنى)^١.

5

ونصت المادة ١٣٢ :

١. المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج .

٢. إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من المتاركة أو التفريق.

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري برأي الإمام محمد من الحنفية، وهو الرأي المفتى به عندهم، وهو مضي

أقل مدة الحمل من تاريخ الدخول لثبوت نسب المولود من زواج فاسد، وفي حال المتاركة أو التفريق يثبت نسب المولود إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل وهي سنة في القانون من المتاركة أو التفريق .

10

وفي المادتين ١٣٠ و ١٣١ بيان نسب الولد بعد الفرقة أو الوفاة فنص المادة ١٣٠ :

إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة.

والمادة ١٣١ :

15

المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقترتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت.

^١ الغرفة الشرعية ٢٧٧ قرار ٣٧٨ تاريخ ٢١/١٠/١٩٦٣

فأخذ القانون السوري بهذا التفصيل بمذهب الحنفية من حيث المبدأ إلا أنه لم يميز بين المطلقة رجعيّاً والمطلقة بائناً كما في المذهب، وجعل المشرع السوري أقصى مدة الحمل سنة على قول محمد بن الحكم من المالكية.

المادة ١٣٣:

١. الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ .

5 ومما ذكر يتبين أن من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب عدم مضي مدة الحمل المقررة شرعاً ويعرف ذلك بالمعاينة، فعقد الزواج والدخول والولادة وقائع مادية تثبت بالشهود عليها أو تستفيض بين الناس، وإثباتها في القضاء أمر ميسر .

المبحث الثالث:

وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب

لعدم إمكانية الإنجاب

الوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب هي إثبات عدم قدرة الزوج على الإنجاب ، فمن عُقد نكاحها على صبي لم يبلغ بعد هل يثبت نسب مولودها منه ؟ وإن أتت زوجة من به عيب يمنعه من الإنجاب بمولود هل يلحق به مع وجود العيب ؟

5

يعد الصغر والعيب من الأمور التي تمنع الإنجاب وبالتالي لهما أثر على نسب المولود على فراش الزوجية.

المطلب الأول: الصغر:

يشترط الفقهاء لإثبات النسب أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة أي أن يكون الزوج قادراً على الإنزال فيتحقق الحمل منه ، فإن كان الزوج ممن لا يتصور منه الحمل كما لو كان الزوج صبياً دون سن البلوغ لا يتأتى منه إنزال فلا يتحقق الحمل منه لأنه لا ماء - مني - له فلا يتصور منه العلوق^١ .

10

وإذا احتلم الصبي فذلك دليل على بلوغه بالعلامة^٢ - الاحتلام - ومن بلغ تكون لديه القدرة على الوطء والإنزال وبالتالي إن ولدت زوجته لحقه النسب ، ولكن ما هو أدنى سن يمكن أن يحتلم فيه الصبي^٣ ؟

^١ البحر الرائق ، ابن نجيم (١٥٥/٤) ، مواهب الجليل ، الخطاب (٤١٣/١١) ، مغني المحتاج ، الشربيني (٣٩٦/٣) ، المغني ، ابن قدامة (٥٢/٩) .

^٢ المبسوط ، السرخسي (٧/٥) .

^٣ لم أجد عند المالكية نصاً صريحاً على أدنى سن لبلوغ الصبي وجاء في كتاب مواهب الجليل في حديث عن الحيز (وقال البساطي :
اختلف في انتهاء الصغر فقال تسع وقيل بأولها وقيل بوسطها وقيل بآخرها) مواهب الجليل ، الخطاب (١١٣/٣) .

قال الحنفية أدنى سن بلوغ بالاحتلام للغلام هي اثنتا عشرة سنة^١، وبناء على ذلك من ولدت وعمر زوجها اثنتا عشرة سنة لحقه النسب ومن ولدت وزوجها دون الاثنا عشر لا يثبت نسب منه من غير أن يلاعن . قال الشافعية في الصحيح المعتمد أن أقل سن للإنزال هو تسع سنين كما في سن الحيض للبنات، وفي قول باستكمال سن العاشرة، وفي قول بمضي نصف سن العاشرة^٢.

5 قال الحنابلة أدنى سن يمكن أن يحتلم فيه الصبي هو عشر سنين فمن حبلت امرأته لحقه الولد، ومن كان دون العشر سنين لا يلحقه ما تضع زوجته - ولا حاجة للعانه - لأنه لا يمكن الوطء منه .

استدل الحنابلة بما روي أن عمرو بن العاص^٣ وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاماً^٤،

وبحديث النبي صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع »^٥.

10 وجه الاستدلال : أمر النبي عليه الصلاة والسلام بالضرب على ترك الصلاة بإتمام الصبي عشر سنين لأنه زمن يمكن فيه البلوغ، كما أمر بالتفريق بين الإخوة عند النوم مما يدل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة^٦

^١ تبين الحقائق، الزيلعي (٢٠٣/٥)، ولا يعرف ذلك إلا سماعاً أو بالتتابع.

^٢ أسنى المطالب لتركيا الأنصاري (٢٠٦/٢)، نهاية المحتاج، الرملي (٣٥٨/٤)، روضة الطالبين، النووي (٤١٢/٣) والإنزال هو خروج المني.

^٣ عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد يكنى أبو عبد الله وأبو محمد، أسلم قبل الفتح سنة ثمان للهجرة، لما أسلم كان النبي صلى الله عليه وسلم يقربه ويدنيه لمعرفته وشجاعته، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم الأحاديث، مات سنة ثلاث وأربعين على الصحيح، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (٦٥٠/٤).

^٤ المغني، ابن قدامة (٥٢/٩)، بحث عنه في كتب الآثار والسنن ولم أجده.

^٥ سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (١٨٧/١) (٤٩٥)، قال الترمذي حسن صحيح، وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي وصححه ابن خزيمة، التلخيص الحبير، ابن حجر (٤٧٠/١) (٢٦٤).

^٦ عون المعبود، العظيم آبادي (١١٥/٢)، مطالب أولي النهى، الرحيباني (٥٤٨/٥).

يمكن القول بأن زمن البلوغ يختلف باختلاف المكان والمناخ والعوامل الوراثية فيصعب تحديد رأي ووضع قاعدة ثابتة في أقل سن للاحتلام .

يقول الدكتور محمد علي البار^١ (ووقت البلوغ يختلف من أمة إلى أخرى... كما أن ذلك يختلف نتيجة بعض العوامل الوراثية فيختلف من شعب إلى آخر ولو كانوا يعيشون في نفس المنطقة)^٢.

5

واعتمد العلماء في أقوالهم على ما رأوه وعاصروه من اختلاف لأحوال الناس في هذا الأمر حيث كانوا يعتمدون استقراء أوضاع الناس للفتوى والحكم^٣.

وإن كان أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالضرب على الصلاة في العشر سنين والتفريق بين الأولاد في المضاجع يُرجح قول الحنابلة بأن أقل سن يحتلم فيه الصبي هو العشر سنين.

إن إثبات الصغر في الزوج يتم بمعاينة القاضي له وذلك أمر واضح ميسر.

10

المطلب الثاني: العيوب:

يثبت نسب الطفل من الزوج السليم الآلة القادر على الوطء والإنزال، فإن كان في الزوج عيب ذو أثر في قدرته على الوطء والإنزال فهل ينسب له ما تضعه زوجته لوجود الفراش ؟ أم ينتفي عنه النسب لهذا العيب من غير لعان ؟

تحدث الفقهاء عن الأزواج الغير متصور منهم الوطء والإنزال والإحبال كالمحبوب والخصي والممسوح والعين

15

^١ محمد علي البار (١٩٣٩م) طبيب عمي استشاري أمراض باطنية ومستشار قسم الطب الإسلامي في مركز الملك فهد للبحوث الطبية ومدير مركز أخلاقيات الطب في المركز الطبي الدولي بجدة في السعودية، تجاوزت مؤلفاته التسعين كتاباً منها ما هو في الطب والأدب والتاريخ وعلم الأديان، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٢ خلق الإنسان بين الطب والقرآن، محمد علي البار (٤٧).

^٣ أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، خالد الكردي (١٠٢).

الفرع الأول: الجُب :

قال السادة الحنفية في المَجُوب^١ إن كان ينزل يثبت النسب منه وإلا فلا^٢، وينفى من غير لعان، ويتصور الحمل منه بإنزال الماء فيكون العلوق^٣.

قال الشافعية يثبت النسب من المَجُوب^٤ ولا ينتفي عنه إلا باللعان فلا يمكن القطع يقيناً بعدم إنزال المَجُوب وإنما يغلب على حاله عدم الإنزال، ومن الممكن أن يساقق فيُنزل وباجتذاب فرج الزوجة للمني يجوز الحبل منه والولد يلحق بالإمكان فيثبت النسب^٥.

5

أما عند المالكية فلا بد من الرجوع إلى أهل المعرفة والطب وسؤالهم عن المَجُوب فإن قالوا بإمكان كون الحمل منه ينسب له وإلا فلا يثبت منه نسب^٦.

وعند الحنابلة لا يثبت نسب ولد امرأة المَجُوب منه^٧، وروي عن الإمام أحمد بن حنبل^٨ أن الولد يلحق به حيث يتصور من المَجُوب الإنزال إن حك فرج امرأته .

10

^١ المَجُوب من قُطع ذكره فقط، القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب (٥٧/١)، تحفة المحتاج، الهيثمي (٢٤٤/٣٥)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٤٨٥/١).

^٢ البحر الرائق، ابن نجيم (١٥٥/٤)، المبسوط، السرخسي (٧/٥).

^٣ بدائع الصنائع، الكاساني (٣٢٦/٢).

^٤ روضة الطالبين، النووي (٣٧٤/٨)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣)، تحفة المحتاج، الهيثمي (٤٣١/٣٤).

^٥ الحاوي الكبير، الماوردي (٤٤/١١).

^٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٨٢/١٠)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٥/٦).

^٧ كشف القناع، البهوتي (٤١٣/٥).

^٨ أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١هـ) أبو عبد الله الشيباني أحد الأئمة الأعلام، ربي يتيماً فوليته أمه وتحولت به من مرو، مات في بغداد، من أشهر كتبه المسند، قال عنه الشافعي: خرجت من بغداد فما خلفت بها رجلاً أفضل، ولا أعلم، ولا أفقه، ولا أتقى من أحمد بن حنبل، سير أعلام النبلاء، الذهبي (١٧٧/١١).

وأجيب عنه: الصحيح أن المجهوب عادة لا يلحق به ولد كالصبي الذي لم يبلغ تسع سنين^١.

الترجيح :

والراجح قول المالكية بالرجوع إلى الأطباء وسؤالهم عن حال المجهوب، وكم أصبح الأمر ميسر في الواقع المعاصر بتوافر الوسائل الطبية وتطورها عما سبق، ويمكن القول بأن المجهوب قد ينزل لوجود الخصي المسؤولة عن إفراز النطاف، فلا يمكن الجزم بعدم القدرة على الحمل منه.

5

الفرع الثاني: الخصاء :

قال الحنفية^٢ يثبت نسب المولود من الخصي^٣ ولا ينفي عنه إلا بلعان .

وعند المالكية لا يلزمه الولد^٤، وقال القرافي عن الخصي والمجهوب إن كان حالهما الإنزال لحق الولد ولا ينفي إلا بلعان، وعدم الإنزال منهما لا يلحق بهما ولد ولا يلاعنان^٥.

قال الشافعية يمكن للخصي إحبال امرأته^٦ لأن إيلاج ذكره يحتلب المني من الظهر^٧ فيلحقه الولد ويثبت منه.

10

^١ الشرح الكبير لابن قدامة (٨٥/٩).

^٢ رد المحتار، ابن عابدين (٤١٢/٢٦)، مجمع الأثر، شيخي زاده (٥١٥/١)، التنف في الفتاوى، السغدي (٣١٠/١).

^٣ الخصي من كانت له آلة قائمة ونزعت وسلت خصيتاه، التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان (٨٧)، البحر الرائق، ابن نجيم (١٣٤/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦٧/١١)، تحفة المحتاج، الهيتمي (٢٠٤/٢٩)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٦٢٥/٢).

^٤ مواهب الجليل، الخطاب (٤٣٣/١١).

^٥ شرح مختصر خليل للخرشي (١٧١/١٣)، حاشية الصاوي (١٧/٦).

^٦ روضة الطالبين، النووي (٣٧٤/٨) مغني المحتاج، الشربيني (٣٨٠/٣).

^٧ الحاوي الكبير، الماوردي (٤٤/١١).

قال الحنابلة لا يلحقه نسب ما تضع زوجته^١.

الترجيح :

بناء على ما سبق ترى الباحثة ترجيح رأي المالكية والحنابلة بأن الخصي لا يثبت منه نسب، وهذا إن كان فاقداً للخصيتين، أما إن فقد واحدة منهما فيترجح قول الحنفية والشافعية بإمكان ثبوت النسب منه لإمكان الإنزال وبالتالي العلوق منه .

5

الفرع الثالث :المسح^٢:

قال الحنفية إن مقطوع الذكر والأنثيين (الخصيتين) يلحق به نسب المولود على فراشه^٣.

وقال المالكية والشافعية في المذهب والحنابلة لا يلحق تنزيلاً للمقطوع منزلة الصبي الذي لا يولد لمثله فلا يتصور منه الإيلاج والإنزال وينتفي عنه من غير لعان لاستحالة حملها منه^٤.

الترجيح :

10

إن ما ذهب إليه الجمهور من القول بعدم لحوق النسب بالممسوح هو الراجح لافتقاده الآلة والخصيتين .

الفرع الرابع :العنة:

^١ المغني، ابن قدامة (١١٧/٩)، الإنصاف، المرداوي (٢٦٢/٩)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (١٩٢/٣).

^٢ المسح المقطوع ذكره وخصيته معاً، مغني المحتاج، الشربيني (٣٩٦/٣)، لم تذكر كتب الفقه عند الحنفية والمالكية والحنابلة التي تم الاطلاع عليها والبحث فيها اسم المسح وكتفي بقول مقطوع الذكر والأنثيين أو تسميته بالمحبوب حيث معنى الحب القطع ففصلوا إن كان محبوب الذكر أو الأنثيين أو محبوب الكل .

^٣ البحر الرائق، ابن نجيم (١٣٣/٤).

^٤ شرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٥/١٣)، الشرح الكبير للدردير (٤٦٠/٢)، منهاج الطالبين، النووي (١١٦/١)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٩٦/٣)، المغني، ابن قدامة (٥٢/٩)، كشف القناع، البهوتي (٤٠٧/٥).

جاء في مذهب الحنفية والحنابلة أن زوجة العنين^١ إن أتت بمولود ثبت نسبه منه، فمن الممكن للعنين أن يُنزل ما يخلق منه الولد^٢، وفي قول للشافعية أن النسب يثبت بالإمكان، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يياشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب من دون وطئ^٣.

الترجيح :

بما أن آلة العنين وخصيته سليمتان والعنة عارض قد يزول فمن الممكن أن يكون منه حمل فيثبت النسب منه.

5

وخلاصة القول :

إن تطور العلوم الطبية ساهم وبشكل كبير إلى حد اليقين بمعرفة قدرة الزوج على الإنزال والإنجاب في الحالات السابقة، وبناء على قول أهل الطب في الحالات المذكورة إما أن ينسب للزوج ما يولد على فراشه أو لا ينسب.

غفل قانون الأحوال الشخصية السوري عن ذكر شرط إمكانية التناسل، أي أن يولد لمثل هذا الزوج ولد، لثبوت النسب من الزوج في العقد الصحيح، والأمر في ذلك للطب الذي يقرر قدرة الزوج على الإنجاب أم

10

^١ العنين من لا يقدر على جماع زوجته لمرض أو كبر سن أو سحر، التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان (١٥٣).

الدر المختار، ابن عابدين (٥٤٣/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧٩/١٨)، المجموع، النووي (٢٧٨/١٦).

وجاء في الشرح الكبير لابن قدامة أن العنين هو العاجز عن إيلاج ذكره، والعنة من عَنَّ أي اعترض الذكر عن الإيلاج في قبل المرأة بميناً وشمالاً فلا يقصده (٥٦٩/٧).

^٢ الفتاوى الهندية (٥٢٥/١)، كشاف القناع، البهوتي (٤٠٧/٥).

^٣ روضة الطالبين، النووي (٥٣٥/٥).

لم أجد من المالكية من تطرق لثبوت النسب من الزوج العنين، وجاء في كتاب المعونة ما يفيد في موضوع النسب (فأما العنين - ويريد به المعترض عن امرأته ويصح منه الوطء ويرتجى زوال الاعتراض عنه - فلزوجته الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه).

المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب (٧٧٦/٢).

استحالة ذلك ، حيث اتفق الفقهاء على أن الشرط الأساسي لثبوت النسب هو أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه عرفاً^١.

ومما ذكر فإن من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب عدم إمكانية الإنجاب ومعرفة ذلك تكون بالمعاينة والخبرة الطبية .

5

10

15

^١ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، د. عبد الرحمن الصابوني (١٦٧/٢).

الفصل الثالث

القرائن في دعوى نفي النسب

المبحث الأول: الإثبات بالقيافة في دعوى نفي
النسب

المبحث الثاني: الإثبات بالبصمة الوراثية في دعوى
نفي النسب

المبحث الثالث: الإثبات بتحليل الطلي للدم في
دعوى نفي النسب

الفصل الثالث:

القرائن في دعوى نفي النسب:

تمهيد:

- 5 القرائن وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية يلجأ إليها القاضي إذا فُقدت إحدى البيئات المباشرة في الدعوى ، فينتقل إلى هذه الوسيلة غير المباشرة التي قد تكون في بعض الأحيان أقوى من شهادة الشهود لأن الوقائع لا يمكن أن تكذب فهي الشاهد الصامت فتتير الطريق أمام القاضي للوصول إلى الحقيقة ، فيتحقق غرض المشرع بإقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق لأصحابها وإنصاف المظلوم وحفظ الأنفس والأعراض والأموال والنسل ويثبت النسب أو ينتفي فيُحفظ للمرء دينه.
- 10 ومنذ قديم الأزل والقرائن تحتل موقعا متميزا بين أدلة الإثبات في كافة الشرائع والقوانين ، منها الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين المعاصرة ، وتمتاز القرائن على غيرها من أدلة الإثبات بأنها استنتاجات عقول النابحين الذين يربطون المقدمات بالخواتيم ، وهي صناعة لا يجيدها إلا أقل القليل الذين حباهم الله بمزيد من العلم والخبرة والمعرفة ، فتمعنوا في أحداث القضايا والدعاوى وأحاطوا بها علما وخبرة حتى توصلوا بعد ذلك إلى مفاتيح الحلول فسلطوا عليها الأضواء الكاشفة ليصلوا في نهاية الأمر إلى النتيجة المبتغاة والهدف المرجو .
- 15 فما هي القرائن؟ وما الدليل على مشروعيتها؟ وما أنواعها؟ وما أهميتها في القضاء؟ وهل ينفي النسب بها؟

المبحث الأول

مشروعية القرائن وأهميتها

ذُكرت القرائن في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وعمل بها الصحابة الكرام في القضاء لكشف الحقائق وإيصال الحق ومنع الاعتداء فبرز دورها وأهميتها في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة، وقُسمت القرائن باعتبارات مختلفة إلى عدة أقسام فكثرت وتنوعت، وفي هذا المبحث حديث موجز عن القرائن .

5

المطلب الأول : تعريف القرينة لغة واصطلاحاً وقانوناً :

الفرع الأول : القرينة في اللغة :

من قَرَن الشيء بالشيء وَقَرَنَهُ إِلَيْهِ يَقْرُنُهُ قَرْناً شَدَّهُ إِلَيْهِ ووصله ، وَقَرَنَ الْحَجَّ بِالْعَمْرَةِ قِرَاناً وَصَلَهَا ، واقترن الشيء بغيره صاحبه والقرين المصاحب وقرينة الرجل: امرأته ، والقرينة فَعِيلَةٌ بمعنى مفعولة من الاقتران وهي من المصاحبة والمقارنة^١.

10

الفرع الثاني : القرينة في الاصطلاح :

عرف الفقهاء القرينة بأنها الأمانة وهذا تعريف بالمرادف ولعل السبب في عدم تعريفها هو وضوحها ، والأمانة هي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة إلى المطر فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر^٢.

وعرفها المحدثين بتعريفات كثيرة منها :

15

^١ لسان العرب، ابن منظور (٣٣١/١٣)، مادة قرن.

تاج العروس، مرتضى الزبيدي (٥٣٤/٣٥) مادة قرن.

معجم مقاييس اللغة، ابن فارس (٧٧/٥) مادة قرن.

^٢ التعريفات، الجرجاني (٥٢/١).

عرف الجرجاني^١ القرينة في الاصطلاح (أمر يشير إلى المطلوب)^٢.

وعرف الدكتور مصطفى الزرقا^٣ القرينة (هي كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه)^٤.

وعرفها الشيخ فتح الله زيد هي (الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال)^٥.

والتعريف الراجح هو تعريف القرينة بأنها (أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه) فهو يعد من أفضل التعريفات وأسلمها وذلك لتمييزه بالوضوح والبيان .

5

الفرع الثالث: القرينة في القانون:

لم يعرف قانون البينات السوري القرائن وإنما عرف نوعيها :

جاء في المادة ٨٧ من قانون البينات السوري:

القرائن القانونية : هي القرائن التي ينص عليها القانون تغني من تقررت هذه القرينة لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

10

^١ الشريف الجرجاني (٧٤٠ - ٨١٦هـ) هو علي بن محمد بن علي الشريف الحسني الجرجاني المعروف بسيد مير شريف، فلكي وفقه وفيلسوف ولغوي، عاش في أواخر القرن الثامن الهجري وأوائل القرن التاسع الهجري، عاش معظم حياته في شيراز، أشهر كتبه كتاب التعريفات، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٢ التعريفات، الجرجاني (٢٢٣/١).

^٣ مصطفى أحمد الزرقا (١٩٠٤ - ١٩٩٩م) عالم سوري، من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، أطل على العالم الإسلامي في وقت كان يئن تحت نار الاستعمار الإنجليزي والفرنسي الذي أدى إلى تراجع البلاد واختيارها سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وفكرياً فكان الشيخ ذا أثر عظيم في إصلاح المجتمع ونهضته، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٤ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (٩٣٦).

^٥ حجية القرائن في القانون والشريعة، فتح الله زيد نقلاً من كتاب وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (٤٨٩).

وجاء في المادة ٩٠ من قانون البينات:

القرائن القضائية : القرائن التي لم ينص عليها القانون ، وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن

يقتنع بأن لها دلالة معينة ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية القرينة القاطعة في المادة (١٧٤١) :

5 القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين فمثلاً إذا خرج أحد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم ورئي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون ذلك الشخص المذكور ربما قتل نفسه^١.

المطلب الثاني :مشروعية القرائن:

ومما يدل على مشروعية القرائن والعمل بها الأمثلة الكثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، منها :

10 □ قوله تعالى { وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ } [يوسف : ٢٦-٢٧].

وجه الاستدلال : الآية دليل على العمل بالأمارات^٢ حيث كان شق القميص من الدبر قرينة على صدق يوسف عليه السلام وكذب امرأة العزيز فتوصل العزيز بالقرينة إلى معرفة الحقيقة.

15 اعترض عليه أن شرع من قبلنا لا يكون شرعاً لنا^٣ .

^١ مجلة الأحكام العدلية (٣٥٣).

^٢ تفسير القرطبي (١٧٤/٩).

^٣ تبصرة الحكام، ابن فرحون (١٦٧/٤).

يرد عليه أن علماء الأصول قالوا أن شرع من قبلنا شرع لنا إن لم يرد في شريعتنا ما ينسخه، بل جاء فيها مايؤيده^١، و ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية تأييد العمل بالقرائن في الكثير من الآيات والأحاديث الشريفة.

□ قوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^٢

وجه الاستدلال: الفراش قرينة على المخالطة المشروعة بين الزوجين وإنزال ماء الزوج في رحم زوجته فيكون الولد للزوج ويثبت النسب منه، لأن الغالب أن الفراش لا يكون إلا بالعقد الصحيح والمعاشرة المشروعة، فأقيمت القرينة على الغالب من الأحوال فالفراش قرينة والرسول صلى الله عليه وسلم حكم بثبوت النسب مما يدل على مشروعية القرائن وجواز العمل بها في ثبوت الأحكام^٣.

5

□ قوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا

رسول الله وكيف إذنها قال أن تسكت »^٤.

وجه الاستدلال: اعتبر سكوت الفتاة في عقد النكاح قرينة دالة على رضاها بالعقد^٥، فدل على مشروعية العمل بالقرائن.

10

فأجمع الفقهاء على الأخذ بالقرائن في الجملة واختلفوا في التفصيل، وعملوا بها في مسائل الأحوال الشخصية عندما يفقد النص والدليل، فوجدت أحكام كثيرة في كتب الفقه الإسلامي اعتمدت على القرائن سواء كانت أحكام عامة أو وسائل إثبات وذلك في مختلف المذاهب.

ومن الأمثلة على القرائن المتفق عليها بين المذاهب :

15

^١ كشف الأسرار، البخاري (٦/٦٧).

^٢ سبق تخريجه في صفحة (٤٤).

^٣ شرح النووي على مسلم (٣٧/١٠)، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، إبراهيم الفائز (١٠٠).

^٤ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها (١٩٧٤/٥) (٤٨٤٣).

^٥ فتح الباري، ابن حجر (٣٩٦/١٤).

جواز وطء المرأة التي تزف إلى الرجل ليلة العرس دون شهود على أنها زوجته التي عقد عليها لأن زفافها شاهد على أنها امرأته لبعد التدليس في ذلك في العادة، واعتبر الفقهاء ذلك قرينة قاطعة جرياً على العرف المنزل منزلة الشهود عند الزوج^١.

ومن الأمثلة على القرائن المختلف فيها بين المذاهب :

5 قول المالكية والشافعية والحنابلة^٢ بجواز الاعتماد على قرينة الشبه بين الولد وأبيه في إثبات نسبه وتسمى القيافة، وقول الحنفية والمالكية بوجوب المهر بالخلوة^٣، فإذا خلا الرجل بامرأته وأرخى الستر ثم طلق يحكم عليه بالصداق وإن كان منكراً للوطء، لأن الخلوة بامرأته أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها^٤.

المطلب الثالث : أقسام القرائن وشروطها :

الفرع الأول : أقسام القرائن :

10

تنقسم القرائن تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة نذكر منها:

تنقسم القرائن بحسب مصدر القرينة إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية :

القرائن الشرعية : هي القرائن التي ورد فيها نص شرعي من الكتاب أو السنة، أو نص فقهي استخرجه الفقيه وجعله دليل على أمر وسجله في كتب الفقه، ومن أمثلة هذه القرائن قرينة الدم في قصة يوسف عليه السلام {وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ} [يوسف: ١٨] لكن سيدنا يعقوب لم يقبل هذه القرينة لترجح قرينة أقوى منها

15

^١ قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام (١٢٧/٢).

^٢ بداية المجتهد، ابن رشد (٦٨٦/١)، المجموع، النووي (٣٠٥/١٥)، كشف القناع، البهوتي (٢٣٦/٤).

^٣ المبسوط، السرخسي (٨١/٤).

^٤ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (٥٣٦).

لديه وهي سلامة قميص يوسف فكيف للذئب أن يأكله دون تمزيق قميصه ، ومثل قرينة قيام الزوجية على ثبوت النسب في النكاح الصحيح^١ «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^٢.

القرائن القضائية: هي القرائن المستنبطة من قبل القضاة بحكم ممارستهم للقضاء ومعرفة الأحكام الشرعية التي تكون لديهم ملكة يستطيعون بها الاستدلال وإقامة القرائن في القضايا ومواضع الخلاف ويستخرجون الأمارات من ظروف كل دعوى بفراستهم وذكائهم فيصلون إلى الحق ، مثال ذلك حكم عمر بن الخطاب على المرأة الحامل من غير زوج بحد الزنى اعتماداً على القرينة الظاهرة^٣.

5

وتنقسم القرائن بحسب قوتها وضعفها إلى :

قرائن قوية: لا تحتاج إلى دليل آخر وتسمى القرينة القاطعة.

قرائن ضعيفة: لا يستدل بها بل هي مجرد احتمال وشك لا يعول عليها .

^١ إذا ثبت للقاضي صحة عقد الزواج بين الرجل والمرأة وأنها كانت فراشاً صحيحاً له ثم جاءت بولد فادعى الزوج إنكار الولد فلا يسمع لقوله ويحكم القاضي قطعاً بثبوت النسب منه لما ورد في الحديث الشريف الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ولو أقرت الزوجة بعدم تخلق الولد منه وأنه من الزنا لا يقبل قولها ويبقى نسب الولد من الزوج لأن المخالطة غير المشروعة كالزنا لا يترتب عليها أثر شرعي ، فقرينة الفراش ليست بقرينة قطعية ولكن لما كانت تتعلق بنظام المجتمع البشري والمشرع الحكيم يحرص على حفظ الأنساب أو صد باب الشك في النسب وأقام الحد على من يطعن فيه فالنسب الحقيقي يقوم على الوطء بين الزوجين فيكون الجنين ، وبالولادة السبب المنضبط شرعاً ينسب الولد لأمه وبالفراش ينسب إلى أبيه لأن الغالب أن المرأة تحافظ على عرض زوجها فلا تكون فراشاً لغيره ، وهذه القرينة الشرعية إثبات النسب بناء على الفراش الصحيح لا يمكن إثبات عكسها بأية وسيلة من وسائل الإثبات وليس لها إلا طريق واحد هو الملاعة.

وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، د. محمد الزحيلي (٥١٦)

^٢ تم تخريجه في صفحة (٤٤).

^٣ تبصرة الحكام ابن فرحون (١٦٩/٤) وللشيخ أحمد إبراهيم كلام في هذا المثال أنه ينبغي درء الحد بالشبهات إذ يحتمل أنها أكرهت على الزنا لكن إن كان الحكم من باب السياسة الشرعية لظروف اقتضت ذلك فلا إمام أن يعمل ما فيه المصلحة مهتدياً بمهدي الشرع. طرق الإثبات الشرعية ، أحمد إبراهيم بك (٦٩٣) .

قرائن مرجحة: ترجح ما معها من دليل مؤكدة مقوية له^١.

وفي الإثبات يقتصر على القرائن القوية وتستبعد القرائن الضعيفة ولا تقبل في القضاء ليتحقق أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه^٢.

الفرع الثاني: شروط القرينة:

يشترط في القرينة التي يجوز الأخذ بها أمران :

5

● وجود أمر ظاهر ومعروف وثابت هو الأساس في الاستدلال منه لوجود صفات فيه وتوفر أمارات عليه فالوقائع والتصرفات تتألف من أمور ظاهرة تنطوي عليها أمور باطنة يستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها .

● أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة المستمدة منه في عملية الاستنباط والاستنتاج والتفكير الناشئ عن قوة القرينة وصفاء الذهن^٣.

10

المطلب الرابع: أهمية القرائن:

تتجلى أهمية القرائن كوسيلة للإثبات سواء في الفقه الإسلامي أو في القوانين المعاصرة حيث تعد القرائن من أكثر وسائل الإثبات غموضاً لأنها لا تعتمد على الدليل الظاهر المباشر كما في الشهادة بل تقوم على فكرة الاستنتاج ومدى دلالتها على الواقع وهو ما يجعلها في بعض الأحيان أقوى من شهادة الشهود لأن القرائن تستنبط وقائع مادية ثابتة ومحسوسة لا يتطرق إليها الكذب وتعتمد على الاستنباط العقلي والمنطقي مما يجعلها أقرب ما تكون إلى الواقع لذلك متى ظهرت للقاضي أمارات الحق حكم بها لإثبات الحقوق لأصحابها و رد

15

^١ الطرق الحكمية، ابن القيم (٣١٣).

^٢ الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، إبراهيم الفائر (٧٠).

^٣ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، د. محمد الزحيلي (٢٠٥).

الظلم عنهم وتحقيق العدل، وإن منع القاضي من الاستدلال بالقرائن تعطيل للأحكام وتضييع للحقوق وبذلك لا تتحقق غاية المشرع ومقصوده بإقامة العدل بين عباده وقيامهم بالقسط وجلب المصالح لهم^١.

يقول ابن القيم: (إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ولا يضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته)^٢.

5

مما سبق :

10

من الأمثلة المذكورة عن القرائن عند الفقهاء القدامى قرينة القيافة قرينة تتبّع الشبه بين الفرع والأصل في الشكل والأوصاف، ومن أمثلة القرائن المكتشفة في العصر الحديث قرينة البصمة الوراثية والفصائل الدموية التي تستخدم في معالجة الكثير من القضايا منها النسب وذلك بتتبّع الشبه بين الفرع والأصل في الجينات الوراثية والزمر الدموية، واستكمالاً للحديث عن نفي النسب بالقرائن وللترايط بين قرينة القيافة والقرائن الحديثة نتحدث في هذا الفصل عن قرينة القيافة وقرينة البصمة الوراثية وتحليل زمر الدم ودورها في نفي النسب .

15

^١ أصول المحاكمات، د. محمد الزحيلي (٢١٤-٢١٥).

^٢ أعلام الموقعين، ابن القيم (٩٨/١).

المبحث الثاني:

الإثبات بالقيافة في دعوى نفي النسب:

القيافة وسيلة عند العرب قبل الإسلام كان لهم فيها فخر ومكرمة يتكرم بها الله تعالى على من شاء من عباده، كانوا يستعملونها في إثبات أشياء كثيرة كتتبع الآثار لمعرفة صاحبها أو تتبع الشبه لمعرفة النسب .

5 اشتهرت بطون من العرب بالقيافة كبنو مدلج وبنو المصطلق ولم تقتصر عليهم ، ولم تكن القيافة إلا هبة ربانية أو وسيلة مكتسبة عن طريق التجربة والممارسة وكثرة الملاحظة أو من كليهما معاً .

لما جاء الإسلام أقر القيافة ولم ينكرها ووضع الشروط والضوابط لعملها ،اعتمدها العلماء المعاصرين كمقاس عليها لإثبات مشروعية العمل بالقرائن الطبية الحديثة في إثبات النسب فكان لابد من دراسة القيافة المقاس عليها وحكم الشرع فيها.

المطلب الأول :تعريف القيافة لغة واصطلاحاً:

10

الفرع الأول :القيافة لغة:

قاف الأثر قيافة واقتافه اقتيافاً وتقوفه تتبعه ويقال قفت فلان إذا اتبعت أثره ،والقيافة المصدر^١، ويقال فلان يقوف الأثر يتتبعه والقائف هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه^٢ ،والجمع قافة مثل كافر وكفرة^٣.

الفرع الثاني :القيافة اصطلاحاً:

15

^١ لسان العرب ،ابن منظور (٢٩٣/٩) مادة قوف.

^٢ تاج العروس ،مرتضى الزبيدي (٢٩١/٢٤) مادة قوف.

^٣ المصباح المنير ،الفيومي (٢٦٨/١) مادة قوف.

يتوافق التعريف الاصطلاحي للقيافة مع التعريف اللغوي بأنها تتبع الأثر والشبه^١، وكذلك تعريف القائف حيث جاء في المذهب الحنفي أن القائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الآبناء^٢.

وفي المذهب المالكي هو الذات التي خصها الله تعالى بمعرفة النسب بالشبه تنظره^٣.

وفي المذهب الشافعي هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك^٤،

والقافة في المذهب الحنبلي هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه^٥، فالقائف يستطيع معرفة النسب بفراسسته ونظره إلى أعضاء المولود^٦، وبالنظر في التعاريف السابقة يستنتج أنها تصب في معنى واحد وإن اختلفت وتعددت ألفاظها.

5

المطلب الثاني: مشروعية العمل بالقيافة في النسب :

اختلف الفقهاء في مشروعية القيافة على قولين :

القول الأول :

10

القيافة مشروعة والعمل بها في ثبوت النسب مشروع بناء على العلامات الظاهرة التي يعرفها القائف، وهذا قول

^١ العناية شرح الهداية، البابري (٤٤١/٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢٣٢/١٨)، حاشية قليوبي (٣٥٠/٤).

^٢ شرح فتح القدير، السيواسي (٥١/٥) العناية شرح الهداية، البابري (٤٤١/٦).

^٣ منح الجليل، محمد عlish (٤٤١/٢٠).

^٤ مغني المحتاج، الشربيني (٤٨٨/٤).

^٥ المبدع، ابن مفلح (٣٠٧/٥).

^٦ التعريفات، الجرجاني (٢١٩/١).

المالكية والشافعية والحنابلة^١.

القول الثاني :

القيافة غير مشروعة ولا يجوز العمل بها ولا يعتد بقول القائف في ثبوت النسب ، وهذا قول السادة الحنفية^٢.

أدلة القول الأول: استدل الجمهور على قولهم :

• (بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو

5

مسرور فقال: يا عائشة ألم تري أن مجزأ المدلجي دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا

رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض)^٣

وجه الاستدلال :

سرور النبي صلى الله عليه وسلم بعمل القافة وهذا تقرير بمشروعيتها لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يسر

إلا بالحق^٤.

10

قال الشافعي^٥ (فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة وهو صلى الله عليه وسلم لا يُقَرُّ على خطأ ولا يُسَرُّ إلا

بالحق)^٦.

^١ بداية المجتهد ، ابن رشد (٦٨٦/١)، المجموع ، النووي (٣٠٥/١٥)، كشف القناع، البهوتي (٢٣٦/٤).

^٢ تبين الحقائق ، الزيلعي (١٠٥/٣).

^٣ صحيح البخاري ، كتاب الفرائض ، باب القائف (٢٤٨٦/٦) (٦٣٨٩).

^٤ عمدة القاري ، العيني (١٧٢/٣٤)، شرح النووي على مسلم (١٨٩/٥).

^٥ الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ) محمد بن إدريس الإمام ناصر الحديث عالم العصر فقيه الملة أبوعبد الله القرشي ، ولد بغزة ، ربي يتيماً برع في العربية والشعر ، قام بتأليف كتاب الرسالة الذي وضع به الأساس لعلم أصول الفقه ، مات في مصر ، سير أعلام النبلاء ، الذهبي (٦/١٠)

^٦ مغني المحتاج ، الشربيني (٤٨٨/٤).

اعترض عليه :

بأن نسب أسامة^١ رضي الله عنه كان ثابتاً بالفراش وليس بالقافة وسرور النبي عليه الصلاة والسلام بقول القافة لتكذيبها قول المشركين المعتقدين بها فكانو يطعنون في نسب أسامة وكان زيد^٢ أبيض وجاء أسامة أسود فبطل قولهم بما هو حجة عندهم ، والقافة من أعمال الجاهلية كالكةانة فلا يعتد بها^٣.

ويرد عليه أن نسب أسامة ثبت بالفراش والقافة دليل آخر على ثبوت النسب فتعاضدت الأدلة وظهرت أمارات النسب ، ولو لم تكن القيافة دليلاً شرعياً لما برقت أسارير النبي صلى الله عليه وسلم .

والقول أن القيافة من أعمال الجاهلية فكمن من أعمال الجاهلية من أمور حسنة أقرها الإسلام وأصبحت من الشريعة ، ولو كانت لاتزال من أعمال الجاهلية لما سُرَّ النبي صلى الله عليه وسلم بها فهو لا يقر الباطل.

● (ما روي عن أم سلمة قالت جاءت أم سليم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا رأيت الماء ، فغطت أم سلمة تعني وجهها وقالت : يا رسول الله وتحتلم المرأة ، قال : نعم تربت يمينك فبم يشبهها ولدها)^٤.

^١ أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي أبو محمد كنيته الحب بن الحب مولى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأمه أم أيمن ، استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على جيش فيه أبو بكر وعمر فلم ينفذ حتى توفي النبي صلى الله عليه وسلم فبعثه أبو بكر إلى الشام ، مات بالمدينة سنة ٥٤ هـ ، تهذيب التهذيب ، ابن حجر (٣/٢٠٠).

^٢ زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي أبو أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومولاه ، شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم الغزوات وروى عنه ، كان يدعى زيد بن محمد حتى نزلت آيات القرآن تُحرِّم التبني ، استشهد يوم مؤتة سنة ثمان من الهجرة ، تهذيب الكمال ، المزني (٣٦/١٠).

^٣ بدائع الصنائع ، الكاساني (٦/٢٤٤).

^٤ صحيح البخاري ، كتاب العلم ، باب الحياء في العلم (١/١٣٥) (١٣٠).

وجه الاستدلال :

دل الحديث على أن ماء المرأة سبب في الشبه وكذلك ماء الرجل ، فيجوز اعتبار الشبه في إلحاق الولد بأهله وهذا هو مبدأ القیافة^١.

● قصة المتلاعنين هلال بن أمية وزوجته ، قذف هلال امرأته بشريك بن سحماء وتلاعنا بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم وكان أول لعان في الإسلام فقال النبي صلى الله عليه وسلم بعد تمام اللعان «أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الألتين خدج الساقين فهو لشريك بن سحماء» فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»^٢.

5

وجه الاستدلال :

في الحديث دلالة على مشروعية القیافة والأخذ بها فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الشبه في أوصاف معينة وجعلها قرينة على النسب والشبه عمل القافة بتتبع أثر الشبه ، فاعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه وجعله لمشبهه^٣.

10

اعترض عليه بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يلحقه مع وجود الشبه .

ويرد عليه بأنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا اللعان لأنه سبب أقوى من الشبه ولا يعمل بالشبه بوجود سبب أقوى منه ولهذا لا يعتبر مع الفراش أيضاً ، فإذا انتفى المانع يجب العمل بالشبه لوجود مقتضيه^٤، وقوله صلى الله

^١ نيل الأوطار ، الشوكاني (٤٩/٧) ، الطرق الحكيمة ، ابن القيم (٣٢٠/١).

^٢ تم تخريجه في صفحة (٦٢).

^٣ الحاوي في فقه الشافعي ، الماوردي (٥٦/١١) ، الطرق الحكيمة ، ابن القيم (٣٢٢).

^٤ المجموع ، النووي (٣١٠/١٥).

عليه وسلم «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن» أي لولا اللعان لعاجلها بالعقوبة والرجم^١ وعدم إلحاق النسب بمن قذفت به لأنه زان ولم يدع الولد^٢.

- كانت العرب تحكم بالقيافة وتفخر بها وتعدّها من أشرف علومها لأنّها من الغرائز في الطباع البشرية يعان عليها المجهول ويعجز عنها المصروف عنها^٣، وعمل بها الخلفاء الراشدين ولا مخالف لهم من الصحابة كما قال بها الكثير من التابعين وتابعي التابعين^٤.

5

أدلة القول الثاني: استدلال الحنفية على قولهم :

- أن العمل بالقيافة هو من باب الحدس والتخمين.
- (أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل، قال: نعم، قال: ما ألوانها، قال: حمر، قال: هل فيها من أورك، قال: نعم، قال: فأني ذلك، قال: لعله نزرعه عرق، قال: ففعل ابنك هذا نزعة)^٥.

10

وجه الاستدلال:

لم يحل النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن أبيه لاختلاف شبه اللون بينهما^٦، والشبه عمل القافة إذ لا يحل الأخذ بها .

اعترض عليه :

^١ عمدة القاري، العيني (٤٣/٢٨).

^٢ الطرق الحكمية، ابن القيم (١٤٤/١).

^٣ مغني المحتاج، الشربيني (٤٨٨/٤).

^٤ الطرق الحكمية، ابن القيم (٣١٥).

^٥ صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد (٢٠٣٢/٥) (٤٩٩٩).

^٦ عمدة القاري، العيني (٢١١/٣٠)، تبين الحقائق، الزيلعي (١٠٥/٣).

أن الشبه لم يعتبر لوجود الدليل الأقوى منه وهو الفراش، وفي الحديث تأكيد للشبه واعتباره حيث أحال النبي صلى الله عليه وسلم الشبه على نوع منه وهو نزع العرق أي أشبه الولد أصوله وأسلافه^١.

● (ما روي عن جارية حملت وهي في ملك رجلين فجاءت بولد على زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما فادعياه، فكتب عمر رضي الله عنه إلى شريح أنهما لبسا فلُبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه) وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً^٢.
اعترض عليه :

5

أن عمر رضي الله عنه أخذ بالقيافة في حوادث أخرى بمحضر من الصحابة ودون إنكار واحد منهم^٣.

والراجع :

هو جواز الحكم بالقيافة لإثبات النسب عند انعدام الدليل، وذلك لقوة أدلة الجمهور وصحتها، وأن أدلة المانعين لا تصل إلى درجة أدلة الجمهور وليست صريحة الدلالة على المنع، ومن المفيد ذكر ما جاء به ابن القيم عن ذلك حيث قال :

10

"قال أهل الحديث من العجب أن ينكر علينا القول بالقافة ويجعلها من باب الحس والتخمين من يلحق ولد المشرقي بمن في أقصى المغرب مع القطع بأنهما لم يتلاقيا طرفة عين ويلحق الولد باثنين مع القطع بأنه ليس ابناً لأحدهما ونحن إنما ألحقنا الولد بقول القائف المستند إلى الشبه المعتبر شرعاً وقدرراً فهو استناد إلى ظن غالب ورأي راجح وأمانة ظاهرة بقول من هو من أهل الخبرة"^٤.

15

^١ الشرح الكبير، الماوردي (٨٠٠/١٧)، الطرق الحكمية، ابن القيم (٣٢٤/١)، والعرق هو الأصل من النسب تشبيهاً بعرق الثمرة، ومعنى نزع أي أشبهه واجتذبه إليه، شرح النووي على مسلم (٢٦٩/٥).

^٢ بدائع الصنائع، الكاساني (٢٤٤/٦) لم أجده في كتب السنن والآثار.

^٣ سبل السلام، الصنعاني (٤٦٦/٦).

^٤ زاد المعاد، ابن القيم (٣٧٧/٥).

ومن الجدير بالذكر بيان حكم نفي النسب بالقيافة واتفاق العلماء على عدم جواز ذلك^١، مستدلين بحديث الرجل المعروض بنفي نسب غلامه الأسود فأثبت الرسول صلى الله عليه وسلم قاعدة الولد للفراش حتى ولو اختلف الشبه، والشبه مبدأ عمل القيافة، وبالتالي لا يصح العمل بالقيافة لنفي نسب الولد الثابت بالفراش^٢، إذ لا يصلح الإثبات بالقيافة في دعوى نفي النسب بالاتفاق، وتحل محلها الأيمان (أيمان اللعان).

^١ المبسوط، السرخسي (٤٠٨/٦)، منح الجليل، محمد عlish (٤٤٢/٢٠)، الحاوي الكبير، الماوردي (٨١٠/١٧).

الشرح الكبير، ابن قدامة (٢٢٠/١٠).

^٢ دور الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب، د. حازم محمد (١٥٩٢).

المبحث الثاني :

الإثبات بالبصمة الوراثية في دعوى نفي النسب:

القيافة علم وخبرة وفطنة وتمكن العلم الحديث من اكتشاف وسائل جديدة تقوم على العلم والخبرة أيضاً ؛ وتقوم على الشبه في الجينات الوراثية وفي الفصائل الدموية ؛ هي البصمة الوراثية وتحليل الزمر الدموية .

- 5 فالبصمة الوراثية من القرائن الطبية المعاصرة الدالة بشكل قاطع ودقيق على هوية صاحبها التي ينفرد بها عن الغير ، تقوم على قواعد علمية ثابتة وأصول وحقائق مقررة وعلى خبرة عملية مكتسبة يمكن معرفتها وتعلمها ، فهي وسيلة أكثر تطوراً من القيافة وأكثر انضباطاً وتحديداً ورؤيةً وحساباً، فكان لها دورها في معالجة الكثير من القضايا المستجدة في مجال الطب والجرائم الجنائية وإثبات نسب الأشخاص ومعرفة هوية المفقودين في الحروب والكوارث واللقطاء ، فسَهِّلَ هذا الاكتشاف عمل القضاة وعلماء الطب الشرعي في العديد من القضايا المعقدة، ومواكبة لهذه التطورات بذل أهل العلم الشرعي الجهد لمعرفة حكم الله تعالى في هذه المستجدات 10 ومدى مشروعيتها استخدامها في المجالات المختلفة عموماً وفي قضايا النسب خصوصاً إثباتاً أو نفياً ، وفي هذا المبحث بيان لمدى مشروعية البصمة الوراثية في نفي النسب واعتبارها وسيلة إثبات في هذه الدعوى.

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية:

الفرع الأول: البصمة الوراثية لغةً:

البصمة : 15

من الفعل بَصَمَ وبَصْمَ بصمًا ختم بطرف إصبعه والبصمة أثر الختم بالإصبع^١، والبُصْمُ بضم الباء ما بين طرف

^١ المعجم الوسيط ، مجموعة من المؤلفين (٦٠/١) مادة بصم.

الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارقتك شبراً ولا فتراً ولا عتياً ولا رتباً ولا بصماً^١.

الوراثية :

من الوراثة وأصل الوراثة من الفعل ورث ، و ورثَ فلان أباه يرثه وراثته وميراثاً صار إليه ماله بعد موته، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال^٢.

5

فالمراد بالبصمة الوراثية لغةً: الأثر ذو الصفات الثابتة، المنتقل من الكائن الحي إلى فرعه، وفق قوانين محددة يمكن تعلمها^٣.

الفرع الثاني: البصمة الوراثية اصطلاحاً:

البصمة الوراثية مصطلح حديث فلا تعريف له في مذاهب الفقهاء، وعرف العلماء المعاصرون البصمة الوراثية بتعاريف مختلفة، منها :

10

البصمة الوراثية هي المادة المورثة الموجودة في جميع خلايا الكائنات الحية^٤.

وهي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية^٥.

وعُرفت أنها البنية الجينية -نسبةً إلى الجينات أي المورثات -التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهذا التعريف أقره الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة.

^١ لسان العرب ،ابن منظور (١٢/٥٠) مادة بصم.

^٢ لسان العرب ،ابن منظور (١٩٩/٢) مادة ورث، المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (١٠٢٤/٢).

^٣ البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، عبدالستار سعيد (١٣٢).

^٤ البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ،د. وهبة الزحيلي (١٥).

^٥ البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ،د. خليفة الكعبي (٤٥).

الفرع الثالث :البصمة الوراثية علمياً:

عُرفت أنها العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية ،وتتم البصمة الوراثية عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي حمض DNA المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسم الإنسان ،ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا ،وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب ،وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية ،تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم ،ومن خلال تزاوج هذه الصفات الوراثية من الوالدين وتتابعها تتشكل صفات وراثية خاصة للجنين ينفرد بها عن سائر الخلق^١.

5

المطلب الثاني :حجية البصمة الوراثية في دعوى نفي النسب :

يتشوف الشرع لإثبات النسب ويحتاط في أمره ويكتفي في إثباته بأدنى سبب ،فإذا ما ثبت تشدد في نفيه ، وحصره في طريق واحد هو اللعان ،ومع تطور العلوم الطبية واكتشاف البصمة الوراثية التي ساهمت في تحديد الهوية الجينية لكل إنسان كان لا بد من معرفة رأي الشرع في قبول البصمة الوراثية في نفي النسب ولا سيما أنها مسألة مستجدة في الواقع المعاصر .

10

فما قول العلماء المعاصرين في تقنية البصمة الوراثية والاكتفاء بها في نفي النسب دون سلوك طريق اللعان؟

انقسم علماء العصر في استخدام البصمة الوراثية بوجود حكم اللعان في نفي النسب إلى فريقين:

15

الفريق الأول :

أجازوا نفي النسب بالبصمة الوراثية وبالإمكان الاستغناء عن اللعان، فإذا كانت نتيجة تحليل البصمة الوراثية أن الولد ليس من الزوج ينفي عنه دون الحاجة إلى اللعان لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة كما قال

^١ البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ،د.سعد الدين هالالي (٤٠).

الشيخ محمد المختار الإسلامي^١.

قال الدكتور سعد الدين هلالي^٢ بأن النسب ينفي بالبصمة الوراثية ودور اللعان درء الحد عن الزوجة المطالبة به فقد يكون حملها بسبب وطء بشبهة^٣.

وبرأي الدكتور نصر فريد واصل^٤ إن أثبتت البصمة الوراثية نسب الولد من الزوج فلا ينفي عنه ولو لاعن^٥.

وقال الدكتور علي القره داغي^٦ بأن الزوجة إن أقرت بالزنى ثم وضعت ونفت البصمة كون الولد من الزوج

5

^١ محمد مختار الإسلامي (١٩٢٥-٢٠١٩م) شيخ تونسي ولد في صفاقس، كان مفتي الجمهورية التونسية بين عامي (١٩٨٤-١٩٩٨م) كان عضواً في مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ويكيبيديا موقع الكتروني.

لم تستطع الباحثة الوصول إلى بحث د. محمد المختار الإسلامي إثبات النسب بالبصمة الوراثية وفي هذه الأبحاث تم بيان رأيه في المسألة:

البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي (٦٠)، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، خليفة الكعبي (٤٤٢)

البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية د. عمر السبيل (٤٢)، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب د. حيدر الشمري (٦٢).

^٢ سعد الدين مسعد أحمد حسن الهلالي من مواليد ١٩٥٤م، أستاذ مصري في جامعة الأزهر، تدرج في سلم التعليم الابتدائي العام من ١٩٦٠ ثم انتقل إلى التعليم الإعدادي بالأزهر عام ١٩٦٥ ثم الثانوي بالأزهر، ثم التحق بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام ١٩٧٣ وعين بها معيداً سنة ١٩٧٩ وتدرج في سلم وظائفها حتى الأستاذية، ويكيبيديا موقع الكتروني.

^٣ البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، د. سعد الدين هلالي (٣٥٨).

^٤ نصر فريد محمد واصل (١٩٣٧م) فقيه إسلامي مصري ورئيس الهيئة الشرعية للحقوق والإصلاح ومفتي الديار المصرية بين عامي (١٩٩٦-٢٠٠٢م)، صدر له أكثر من عشرين كتاباً وبحثاً علمياً في الشريعة والفقه والتشريع، ويكيبيديا موقع الكتروني.

^٥ البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. نصر واصل (١١٠).

^٦ علي محيي الدين القره داغي (١٩٤٩م) فقيه عراقي يشغل منصب رئيس للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، حاز مرتبة الشرف في اطروحته للدكتوراه من جامعة الأزهر، له العديد من الكتب في مجال العقود والمعاملات المالية، ويكيبيديا موقع الكتروني.

فالعالم أن الولد من الزنى ، وأنه يُلجأ إلى اللعان لعدم الشهود أو الإقرار وقد وجد فلا حاجة للعان^١.

الفريق الثاني :

قالوا بعدم جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها ، ونفي النسب لا يكون إلا عن طريق اللعان وبذلك قال الكثير من أهل العلم منهم الدكتور وهبة الزحيلي^٢ و د. عمر السبيل^٣ و د. ناصر الميمان^٤ و د. علي القره داغي^٥ والشيخ عبد الله المنيع^٦ والدكتور خليفة علي الكعبي.

5

وهذا قول الجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة^٧ والذي جاء فيه:

(لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان).

^١ البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، د. علي القره داغي (٦٧) وخص الدكتور هذه الحالة بإمكان نفيها بالبصمة ولم يقل بالاستغناء عن اللعان والأخذ بالبصمة ، انظر صفحة ٦١ من بحثه.

^٢ وهبة بن مصطفى الزحيلي (١٩٣٢-٢٠١٥م) أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة في العصر الحديث من سوريا ، عضو الجامع الفقهية بصفة خبير في مكة والسودان وجدة والهند وأمريكا ، رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، حصل على جائزة أفضل شخصية إسلامية في حفل استقبال السنة الهجرية الذي أقامته الحكومة الماليزية ، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٣ عمر بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز السبيل (١٣٧٧-١٤٢٣هـ) إمام وخطيب المسجد الحرام ، ولد في القصيم ، عُيِّن معيداً في جامعة أم القرى وواصل فيها دراساته العليا ، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٤ ناصر بن عبد الله الميمان (١٣٨٥هـ) ولد في المدينة المنورة حاز على الدكتوراه في الفقه وأصوله ، تولى منصب رئيس قسم الدراسات العليا في الفقه وأصوله في جامعة أم القرى ١٤١٤ هـ ، أصدر العديد من الكتب والأبحاث في الفقه الإسلامي ، موقع الكتروني <https://almainanlawfirm.com/ar/nasser.php>

^٥ قال د. علي (الفراش حيث عند وجوده لا يمكن للبصمة أن تدخل في إثبات النسب أو نفيه) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي (٥٩).

^٦ عبد الله بن سليمان المنيع (١٣٤٩هـ-١٩٣٠م) عضو هيئة كبار العلماء ومستشار بالديوان الملكي السعودي ، له العديد من المؤلفات والمشاركات الإعلامية والمشاركات في مناقشة الرسائل العلمية لمرحلة الماجستير والدكتوراه ، ويكيبيديا موقع الكتروني .

^٧ في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة عام ٢٠٠٢ في الفقرة الثالثة منه وبيان ذلك في البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ، د. خليفة الكعبي (٤٤٤) ، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب ، د. حيدر الشمري (٦٦).

أدلة الفريق الأول :

• استدلو بقوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} [النور: ٦].

وجه الاستدلال: أن الآية بينت حكم اللعان في حق الزوج الذي لا يملك شهود أوينة يستدل بها على صدق قوله، ومع البصمة الوراثية وجد الزوج دليلاً يؤيد كلامه فلا موجب للعان^١.

5

ويجاء عنه : جاء في قوله تعالى {وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ} ولا يمكن أن تكون البصمة الوراثية من الشهداء، ولو كان اللفظ بينة مكان شهداء لكان فيها نوع من التوجيه لكن الأمر ليس كذلك^٢.

وأجيب عنه بأن البينة في سورة يوسف سميت شهادة^٣ :

قال تعالى {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ} [يوسف: ٢٦]

- البصمة الوراثية قطعية الدلالة فينتفي بها النسب دون لعان كما ينفي من زوج صغير أو زوج لا ماء له^٤.
- يقول الدكتور نصر واصل إن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية لحق الولد، ونتائج البصمة الوراثية دقيقة وبقينية مما يقطع احتمال الشك، ولفساد الذم في هذا الزمن فقد يدفع الكيد بالزوج للكذب والافتراء على زوجته مما لا ترضاه الشريعة الغراء^٥، فيمكن دفع ذلك باستخدام البصمة الوراثية.

10

^١ البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، د. عمر السبيل (٤٢) وهو قول د. محمد المختار السلامي .

^٢ البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، د. ناصر الميمان (٥٥).

^٣ إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، د. أحمد السعدي (٧٨).

^٤ إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، د. أحمد السعدي (٧٨) .

نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، د. مازن هنية ود. أحمد شويح (٢٠).

^٥ البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. نصر واصل (١١٠).

ويجاء عنه أن الشرع شدد في شروط اللعان درءاً لإقدام فاسد الذمة والأخلاق على اللعان^١، وجعل الشهادة فيه أربع مرات تغليظاً لحرمة الفروج وحفظاً للدماء^٢.

أدلة الفريق الثاني :

• استدلو بقوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} [النور: ٦].

5

وجه الاستدلال: بينت الآية الكريمة أن اللعان هو السبيل للزوج المفتقر للشهادة، ولا تعد البصمة الوراثية شهادة، فاللعان حكم شرعي بالكتاب وله صفة تعبدية والبصمة الوراثية تزيد على كتاب الله ومصادمة للنصوص الشرعية^٣.

• حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^٤.

وجه الاستدلال: لو أقرت الزوجة أن زوجها صادق فيما رماها به من الزنى فإن النسب يلحق الزوج ويثبت بالفراش، ولا ينفي إلا باللعان لقوة الفراش^٥.

10

^١ البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، د. ناصر الميمان (٥٥).

^٢ أحكام القرآن، ابن العربي (٢٢/٦).

^٣ البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، د. عمر السبيل (٤١).

مدى مشروعيتها البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب، د. حيدر الشمري (٦٦).

^٤ سبق تخريجه في صفحة (٤٤).

^٥ البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، د. عمر السبيل (٤٣).

● تنازع سعد بن أبي وقاص^١ وعبد بن زمعة^٢ في نسب غلام فحكم النبي صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة صاحب الفراش بالنسب ولم يعتبر الشبه المخالف له^٣، فأعمل الشبه في حجب سودة^٤ حيث لا مانع من إعماله في هذا الحكم ولم يعمل في النسب لوجود الفراش^٥، ويفهم من ذلك أن النسب الثابت بالفراش لا ينفي إلا باللعان .

● قياس البصمة الوراثية على القيافة، والقيافة تعتمد على الشبه والنبي صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه مقابل اللعان ولم ينفي عليه السلام النسب لاختلاف اللون وبالتالي لا ينتفي بالبصمة الوراثية^٦.
● أن النظريات العلمية مهما بلغت من الدقة فهي معرضة للنقد مستقبلاً، فكم من نظرية علمية تم الجزم بصحتها ومع تقدم العلم أصبحت غير صحيحة وغير دقيقة^٧.

5

^١ سعد بن أبي وقاص واسمه مالك بن أهيب، أحد العشرة المبشرين بالجنة، شهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من رمى بسهم في سبيل الله، قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم سدد رميه وأجب دعوته، اختلف في تاريخ وفاته، تهذيب الكمال، المزي (٣١٠/١٠).

^٢ عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر أخو سودة أم المؤمنين، أسلم يوم الفتح، قال ابن عبد البر عن عبد كان من سادات الصحابة، نازعه سعد بن أبي وقاص في بن وليدة زمعة فقضى به النبي صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة وقال احتجني منه يا سودة واسم أخيه عبد الرحمن، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (٣٨٦/٤).

^٣ تم ذكر الحديث وتخرجه في صفحة (١٣٠) من هذه الرسالة.

^٤ سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر القرشية العامرية أم المؤمنين يقال كنيته أم الأسود، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بعد موت خديجة، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم الأحاديث، تهذيب الكمال، المزي (٢٠١/٣٥).

^٥ البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، د. عمر السبيل (٤١).

البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، د. عبد الستار سعيد (١٤٨).

^٦ البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، د. ناصر الميمان (٥٤).

البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، خليفة الكعبي (٤٤٨).

^٧ نفي النسب في قانون الأسرة الجزائري، كاعو ليندة إقذلان كهينة (٤٩).

استناداً إلى ما سبق لا يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بالبصمة الوراثية لعدة أسباب :

١. أن اللعان له صفة تعبدية فهو حكم شرعي ثبت بالكتاب والسنة والإجماع ولا يجوز إبطاله وإلغاء العمل به إلا بنص شرعي وهو مستحيل^١.

٢. شرع الله عزوجل اللعان لحكم ومقاصد شرعية معتبرة وبالاكتفاء بالبصمة الوراثية تضييع وإهمال لهذه المقاصد، ومن هذه المقاصد سد باب الخوض في أعراض الناس، حيث أن اللعان يركز على الجانب الشخصي والأسري والاجتماعي للإنسان، فعليه أن يحلف في المسجد وأمام الناس أربع شهادات بالله وفي الخامسة اللعن من الله إن كان كاذباً فيما يدعي، وبهذه الطريقة لا يتجرء على اللعان كل من هب و دب، ومن المعلوم ما ينتج عن التسرع والتساهل في نفي النسب من مفسد وفوضى واضطراب في المجتمع وتضييع لما هو من الضروريات الخمس^٢.

ومن مقاصد الشريعة أيضاً الستر فقد كفل المشرع للمرأة الستر من خلال اللعان، فإذا حدث اللعان بينها وبين زوجها فإنه لا يعرف الكاذب منهما، وهذا ما جاء على لسان زوجة هلال بن أمية التي لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بينها وبين زوجها «ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة قال ابن عباس فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت»^٣

والرجوع إلى البصمة الوراثية في نفي النسب يفضي إلى إهدار الستر وفضح الأعراض وهذا مناقض لمقصد المشرع^٤.

المطلب الثالث: قول قانون الأحوال الشخصية السوري في البصمة الوراثية:

^١ البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، د. عمر السبيل (٤٣) .

البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، د. ناصر الميمان (٥٤).

^٢ البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي (٦١).

^٣ سبق تخريجه في صفحة (٦٢) .

^٤ إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، د. القرضاوي <https://www.al-qaradawi.net/node/4318>

أولاً: جاء في المادة (١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري في البند الثاني:

(فيما عدا الزوجين عند التنازع بين إثبات نسب الطفل أو نفيه يتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية).

يلاحظ أن القانون لم يعط للزوجين حق اللجوء للبصمة الوراثية لنفي النسب وقد أحسن في ذلك لأن في إعطاء حق اللجوء للبصمة الوراثية للزوجين فتح باب كبير للمفاسد التي تفوق بكثير المصلحة من إثبات النسب الحقيقي للولد .

5

أعطى القانون لغير الزوجين حق اللجوء للبصمة الوراثية لنفي النسب، ويمكن تفسير ذلك :

إن القانون لما نظم إثبات النسب في دوائر النفوس المدنية ترتب على ذلك حصر الإرث والتسجيل في المدارس والخدمة العسكرية، فلجأ بعض الناس لغايات في نفوسهم إلى إثبات نسب أولادهم في الدوائر الرسمية على غير أنسابهم الحقيقية وذلك يؤدي إلى تضییع الحقوق كالحقوق الإرثية وحق الإعفاء من الخدمة العسكرية، كما في ادعاء (س) أن (ع) ليس أخاه بعد أن اكتشف أنه سُجل على اسم والديه، لكن الحقيقة أن والدين الحقيقيين هما عمه وزوجته وأنكر الأربعة ذلك، عندئذ يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية^١ ويكون مبرر (س)

10

^١ حصر القانون استخدام البصمة الوراثية عند التنازع بين غير الزوجين على نسب الطفل، وبالتالي فإن محل النزاع في هذه الحالة يجب أن يكون طفلاً وإلا فلا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب أو نفيه، وهذا ما أكدته قرار الغرفة الشرعية بمحكمة النقض السورية رقم ٥٥٣ في الدعوى أساس ٥٢١ لعام ٢٠٢٢ م وبموجب القرار المذكور فقد تم رد طعن مقدم في طلب نفي نسب شخص من مواليد ١٩٨٠، وكانت الجهة الطاعنة قد أقامت دعواها بنفي نسبه بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٤ بعد أن بلغ من العمر ستة وثلاثين عاماً، فلم يكن طفلاً بتاريخ الادعاء، فلا يمكن تطبيق المادة ١٢٨ في البند ٢، حيث جاء في القرار (وإنه من المقرر أن المشرع لا يلغو، ولا يستعمل الألفاظ الواردة في منطوق النص بعيداً عن مدلولاتها، وقد ورد في النص المذكور عبارة إثبات نسب الطفل ونفيه، فاستعمل المشرع مفردة الطفل دون سواها من المفردات فدّل ذلك بعبارة النص الجلية على أن الطفل فقط هو محل النزاع بين إثبات النسب ونفيه بين غير الزوجين، وأن المدلول اللغوي لمفردة الطفل معروف ومعلوم نصت عليه معاجم اللغة العربية، فقد ورد في معجم لسان العرب الطفل والطفلة الصغيران... والصبي يدعى طفلاً حيث يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم... وإن معرفة مدلول النص يكون بالرجوع إلى قواعد اللغة التي اعتمدها الشارع في وصفه، ولا يمكن أن يكون الشارع قد أراد غير هذا المعنى الحقيقي لمفردة الطفل، والمعنى الحقيقي هو مانصت عليه اللغة، ولا يمكن القول بأن الشارع قد أراد معنى مجازياً غير الحقيقي، ولا يمكن تصور المعنى المجازي إلا إذا تعذر المعنى الحقيقي، ومن البديهي أن المعنى الحقيقي للطفل غير متعذر ويرد على الواقع وهو الصبي الذي لم يحتلم أي إلى بلوغه الشرعي)

في الدعوى أن بقاء (ع) مسجل على أنه أخاه يحرمه من ميزة كونه وحيداً لميزة الإعفاء من الخدمة العسكرية، ومن جهة أخرى يؤثر على حصته في الميراث مستقبلاً^١.

فقرر القانون عند تمسك الزوجين بهذا النسب أن لصاحب الحق الذي لديه صفة أن يقوم بدعوى لا تكون في نفي النسب الحقيقي فالنسب معروف وإنما في نسبته إلى غير أبيه في الدوائر الرسمية، ويمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات قوله .

5

ثانياً: جاء في البند الثالث من المادة ١٢٩ :

(٣. إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان).

اعتمد القانون طريق اللعان لنفي النسب بين الزوجين، إلا أنه لم يبين شروط اللعان ولا الآثار المترتبة عليه وبحسب المادة ٣٠٥ من القانون:

(كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يُرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي).

10

وبالرجوع إلى المذهب الحنفي فيما يتعلق بموضوع اللعان يُستنتج مايلي :

- لا يأخذ القانون السوري باللعان لنفي النسب إلا في عقد الزواج الصحيح، أما في العقد الفاسد أو في الوطء بشبهة فلا لعان فيهما انسجاماً مع الراجح في المذهب الحنفي، وبالتالي يجوز للرجل في العقد الفاسد أو في الوطء بشبهة اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي نسب الولد.
- يجوز القانون السوري للزوجين غير مسلمين إجراء البصمة الوراثية في نفي النسب، لأن من شروط اللعان عند الحنفية أن يكون الزوجان مسلمين^٢.

15

^١ حكم البصمة الوراثية في النسب إثباتاً ونفياً، زينب الخطيب ونيرمين العبود (١٦٧).

^٢ حكم البصمة الوراثية في النسب إثباتاً ونفياً، زينب الخطيب ونيرمين العبود (١٩٠).

المبحث الثالث :

نفي النسب بالتحليل الطبي للدم

تحليل فصائل الدم من القرائن الطبية المعاصرة^١ المتطورة عن قرينة القيافة لاعتمادها على أسلوب التشابه بين الزمر الدموية، ظهرت على الساحة العلمية وساهمت في معرفة حقيقة انتماء الطفل إلى والديه، فكان لها بالغ الأثر فيما يتعلق بقضايا نفي النسب من خلال معرفة الخصائص البيولوجية لفصائل دم الأب والأم والابن، فهي تنتقل من الوالدين إلى الأطفال تبعاً لقانون مندل الوراثة، تتمتع فصائل الدم بالخاصية الثابتة لكل إنسان فلا تتغير ولا تتبدل بعامل الوقت أو المرض، فكانت نتيجة استخدام هذه التقنية قطعية في نفي البنوة، وفي هذا المبحث حديث عن فصائل الدم وكيفية دلالتها على النسب أو انتفائه ومدى أخذ القاضي بها في نفي النسب.

5

المطلب الأول: تعريف فصائل الدم وأنواعها :

10

الفرع الأول: تعريف فصائل الدم:

الفصائل لغة :

الفصيلة القطعة من أعضاء الجسد والقطعة من لحم الفخذ، وفصيلة الرجل عشيرته ورهطه الأدنون وأقرب آبائه إليه وفي التنزيل العزيز « يُبَصِّرُوهُمْ يَوْمَ الْمُجْرِمِ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابِ يَوْمِئِذٍ بَنِيهِ ، وَصَاحِبَتِهِ وَأَخِيهِ ، وَفَصِيلَتِهِ الَّتِي تُؤْوِيهِ » [المعارج: ١١-١٢-١٣]، والفصيلة في النبات والحيوان جملة أجناس لها صفات مشتركة، والفصيلة الفرقة من الجيش^٢.

15

^١ عرف الدكتور محمد النجيمي القرائن الطبية المعاصرة: هي العلامات والأمارات الحيوية الطبية التي يستفاد منها في الطب الشرعي والضبط الجنائي كالبصمة الوراثية وتحليل الدم والتشريح، القرائن الطبية المعاصرة وآثارها (٥).

^٢ المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (٦٩٢/٢) مادة فصل.

الدم لغة:

من الفعل دمي، دمي الجرح خرج منه الدم ولم يسيل فهو دم، وأدمى فلاناً ضربه حتى خرج منه الدم ويقال أدماه أخرج من أنفه الدم وأدمى الجرح أخرج منه الدم، والدم سائل أحمر يسري في عروق الحيوان^١.

الدم اصطلاحاً :

5 هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام، يتكون الدم من كريات دم حمراء وكريات دم بيضاء وصفائح دموية وبلازما^٢.

وفصيلة الدم هي فئة الدم أو ما يبحث عنه الأطباء في سجلات المريض قبل أي فحص أو عملية أو كشف دوري، وفصيلة الدم تشبه الهوية الشخصية التي تميز كل فرد عن الآخر، تم اكتشافها عام ١٩٠١م من قبل العالم النمساوي كارل لاندتاينر حيث بين أن دم الإنسان يحتوي على بروتينات بنسب متفاوتة، وبالاعتماد على هذه النسب تم تصنيف فصائل الدم إلى أربعة فصائل هي (A,B,AB,O)^٣.

10

والمقصود بتحليل فصائل الدم لنفي النسب الفحوص والكشوف الطبية التي تشمل ثلاثة أطراف الأب والأم والطفل وذلك من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات أجينات خلال الدم^٤.

الفرع الثاني: أنواع فصائل الدم :

15 تم تقسيم فصائل الدم الأربع اعتماداً على الأساس الكيميائي الذي تتكون منه وهو :

- وجود مواد مولدة (أنتيجينات) على سطح كرات الدم الحمراء وهي التي تحدد فصيلة الدم، ولها نوعان

^١ المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (٢٩٨/١) مادة دمي.

^٢ الموسوعة الطبية الفقهية، د. أحمد كنعان (٤٦٢).

^٣ حق ثبوت النسب بالطرق العلمية، د. عدنان الشروفي (١١٥).

^٤ أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، يوسفات هاشم (٢٨٠).

A و B قد يجتمعان في الدم وقد ينفردان وقد يغيبان، فانقسمت فصائل الدم إلى أربع حسب نوع الانتيجين الموجود في الدم أو خلوه منه^١ (A, B, AB, O).

• وجود أجسام مقابلة للمواد المولدة (الأجسام المضادة) في بلازما الدم^٢.

ويعد الجين A والجين B سائدان على الجين O^٣، فمثلاً فصيلة الدم A هي في الحقيقة AA أو AO لأن الجين A سائد و الجين O متنح^٤.

5

والتراكيب الجينية للفصائل موضحة في الجدول الآتي^٥:

التراكيب الجينية	المواد المولدة	الأجسام المضادة	الفصيلة
AA	A	B	A
AO			
BB	B	A	B
BO			
AB	A, B	-	AB
OO	-	A, B	O

^١ علم حياة الإنسان، د. عايش زيتون (٤٩٩).

^٢ إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، د. عائشة المرزوقي (٢٧٨).

^٣ علم حياة الإنسان، د. عايش زيتون (٤٩٩).

^٤ علم حياة الإنسان، د. عايش زيتون (٥٠٣).

^٥ علم حياة الإنسان، د. عايش زيتون (٥٠٠).

المطلب الثاني : كيفية دلالة فصائل الدم في نفي النسب :

أثبت العلم أن فصيلة دم الإنسان تتبع فصيلة دم أبويه سواء كان الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين ، وبحسب هذه القاعدة الوراثية فإن التركيب الجيني لفصيلة دم الابن لا يخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم أبويه^١، فالإنسان يرث صفاته من أبيه وأمه مناصفة^٢، وبالتالي فإذا عرفت فصيلة دم الأب وفصيلة دم الأم أمكن استنتاج فصيلة دم الابن^٣، وإذا عرفت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم أمكن معرفة فصيلة دم الأب^٤ ويوضح الجدول التالي^٥ الفصائل المحتملة للأبناء والغير المحتملة بناء على معرفة فصائل دم الأبوين:

5

فصائل دم الأبوين	الفصائل المحتملة للأبناء	الفصائل غير المحتملة للأبناء
A+A	A/O	AB/B
B+A	A/B/AB/O	لا يوجد
A+AB	A/B/AB	O
O+A	O/A	A/AB
B+B	B/O	A/AB
B+AB	B/A/AB	O
B+O	B/O	A/AB

^١ يمكن ايجاز قوانين مندل الوراثية كمايلي :

١. يرث الطفل عامل وراثي واحد من والده وآخر من والدته لكل صفة وراثية مثل أنتيجينات المجموعات الدموية .

٢. لايمكن أن يحمل الطفل أي صفة وراثية أو أنتيجين أو مجموعة دموية مالم توجد عواملها الوراثية في أحد الوالدين أو كليهما .

٣. لا يمكن استبعاد أي أنتيجين من الطفل إذا كانت عوامله الوراثية متجانسة في أحد والديه ، بنك الدم ، عبد الرحيم فطير (١٥٥).

^٢ إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، عائشة المقادمة (٤٣).

^٣ علم حياة الإنسان ، د.عائش زيتون (٥٠٣).

^٤ الوراثة والإنسان ، د.محمد الربيعي (٦٩).

^٥ الوراثة والإنسان ، د.محمد الربيعي (٦٩).

O	A/B/AB	AB+AB
AB/O	A/B	AB+O
A/B/AB	O	O+O

يستخلص من الجدول الحقائق العلمية التالية:

- لا يمكن وجود بعض الصفات الوراثية في دم الأبناء ما لم تكن موجودة عند الأبوين أو أحدهما على الأقل.
- عدم وجود صفات وراثية معينة لدى الأبوين معاً يعني أنه لا يمكن وجودها عند الأبناء^١.
- لا يمكن أن تكون الفصيلة الدموية لأي طفل O إذا كانت الفصيلة الدموية لأحد والديه AB، كما لا يمكن أن تكون الفصيلة الدموية لأي طفل AB إذا كانت الفصيلة الدموية لأي من والديه O^٢.
- الأبوين اللذين زمرة دمهما O لا ينبغي أن مولوداً زمرة دمهم AB أو A أو B لأن الابن يتبع أباه وأمه في زمرة دمهم^٣.
- الابن الذي زمرة دمهم A وزمرة دم أمه O لابد أن تكون زمرة دم أبيه A فإذا كانت نتيجة تحليل دم الأب مغايرة وزمرته مختلفة عن اللازم كان هذا الولد من غير هذا الزوج قطعاً، لأن التركيب الجيني لزمرة الابن مأخوذ من التراكيب الجينية لوالديه، وانتفاء وجود الجين في التركيب الجيني لزمرة الأم يلزم وجوده في التركيب الجيني لزمرة الأب^٤، وعدم وجوده فيه دليل على أن الولد ليس من الزوج، وتأسيساً على ذلك فإن تحليل الدم قرينة قطعية الدلالة في نفي النسب^٥.

5

10

^١ دور الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب، د. حازم محمد (١٥٩٧).

^٢ بنك الدم، عبد الرحيم فطائر (١٥٦).

^٣ حق ثبوت النسب بالطرق العلمية، د. عدنان الشروفي (١١٦).

^٤ نفي النسب بين اللعان والطرق العلمية، أحمد اللية (٣٣).

^٥ طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم وواصل إبراهيم (٧٢٧).

إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، د. عائشة المرزوقي (٢٨٠)، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، عائشة المقادمة (٤٥).

يؤخذ بتحليل الدم في نفي النسب بمعنى إذا ادعى زوجان بنوة ولد ما ثم تم تحليل الدم فتبين أن هذين الزوجين لا يمكن أن يولد لهما ولد يحمل هذه الزمرة من الدم قضى القاضي بعدم بنوة هذا الولد لمثل هذين الأبوين وهذا معنى النفي^١.

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية لاستخدام تحليل فصائل الدم في قضايا إثبات النسب أو نفيه.

5 وجاء في الاجتهاد القضائي (السفاح لا ينتج نسباً لأن الولد للفراس وللعاشر الحجر، والخبرة على الزمرة الدموية لطرفي الدعوى والولد لا تصلح دليلاً لإثبات النسب ولا لنفيه، مهما كانت النتيجة التي انتهت إليه ولو جاءت بصيغة الجزم)^٢.

واستخلاصاً لما سبق :

10 القيافة تصح أن تكون دليلاً من أدلة الإثبات عند إلحاق الولد عند جمهور الفقهاء دون الحنفية، ولا تصح أن تكون دليلاً من أدلة الإثبات عند نفي النسب باتفاق الفقهاء .

أما القرائن الطبية الحديثة فمن الممكن الاستعانة بها إلا أنها لا تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في دعوى نفي النسب، إذ لا سبيل لنفي نسب الولد إلا عن طريق الملاحظة أو باختلال شرط من شروط ثبوت النسب بالفراس كصغر الزوج أو عقمه أو عدم التلاقي بين الزوجين فإذا ثبت ذلك للقاضي يحكم بنفي النسب دون الحاجة للملاحظة بين الزوجين .

15 فالقرائن ليست قوية الدلالة ولا تكفي لوحدها في الإثبات في دعوى نفي النسب وإنما هي قرائن مساعدة فيه.

^١ تحليل الدم ودوره في إثبات النسب، عبد الله الصيفي وعارف حسونة (٦٤٠).

أما نفي النسب المقصود به إنكار نسب المولود من قبل الأب فلم تجد الباحثة - فيما تم الاطلاع عليه من أبحاث - من قال بنفي النسب اعتماداً على قرينة تحليل فصائل الدم والاستغناء عن اللعان والاكتفاء بها، وترى الباحثة قياس حجية تحليل فصائل الدم على البصمة الوراثية في دعوى نفي النسب .

^٢ قرار ٢٩٤ / ١٩٨٦ - أساس ٦٨٧ محكمة النقض، قاعدة ١٢١ - مجلة المحامون ١٩٨٧ - إصدار ٣

نموذج عن دعوى نفي النسب :

فضيلة قاضيالشرعي الأكرم

المدعي : ج .أ.ج . م / وعنوانه :

المدعى عليها : س . ط . ج / وعنوانها :

موضوع الدعوى : نفي نسب .

5

الوقائع :

١. المدعى عليها كانت زوجة المدعي بصحيح العقد الشرعي الصادر من الجمهورية العربية السورية ومدخلته بموجب صك زواج صادر من المحكمة الشرعية في اليرموك للصحيفة رقم (١٧١) الأساس (٤٨٧) بسجل (١) تاريخ (١٠/١٢/١٩٩٦م)

٢. كانت تقيم المدعى عليها مع المدعي في الأردن - عين الباشا حتى تاريخ ١٦/١٢/١٩٩٩م

10

٣. بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٩م خرجت المدعى عليها برفقة زوجها إلى سورية لتقيم إقامة مؤقتة عند أهلها لفترة عودة زوجها من الكويت .

٤. بتاريخ ٦/٣/٢٠٠٠م حضر المدعي من الكويت إلى دمشق لأخذ المدعى عليها إلى الأردن مكان الإقامة الفعلية لسكنها بعد أن أقامت بدمشق ثلاثة أشهر إلا أيام أي بقائها كان مدة اثنين وثمانون يوماً .

٥. فوجئ بأن المدعى عليها تعاني من أعراض الحمل واضطراب ، مما دعاه إلى مرافقتها إلى الطيبة والتي أخبرته بأن زوجته حامل شهر بعد المعاينة السريرية والتحليل .

15

٦. حاولت المدعى عليها إجهاض الجنين مما اضطره إلى نقلها إلى مستشفى السلط الذي أكد محاولة الإجهاض مما اضطر المدعي إرسالها إلى دمشق ومن ثم قام بتطبيقها طلبة رجعية بتاريخ ١/١٠/٢٠٠٠م لدى محكمة عين الباشا الشرعية .

٧. أقرت المدعى عليها بواقعة الحمل من غيره وقد سببت له أضرار مادية ومعنوية ، وهي الإساءة لسمعته وغيرها .

20

٨. محكمتكم الموقرة صاحبة الصلاحية لرؤية هذه الدعوى .

الطلب :لهذه الأسباب يلتمس المدعي :

١. تبليغ المدعى عليها نسخة عن لائحة الدعوى.

٢. وبعد المحاكمة والثبوت الحكم بنفي نسب المولود منها مع تضمينها الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة .

ملخص مجريات المحاكمة العلنية التي جرت في هذه القضية بحضور الطرفين ووكيلاهما على النحو التالي :

5

١. كرر المدعي لائحة الدعوى وقام بتوضيحها وأقر في ضبط القضية بأن المدعى عليها أنجبت طفلة في سوريا

حيث أنه عاشها معاشرة الأزواج بقوله (جامعتها قبل إرسالها إلى سوريا) وكنت معها حين أرسلتها إلى سوريا.

٢. أقر المدعي أنه طلق زوجته ومدخولته الشرعية طلبة رجعية بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٠ م، وأنها كانت حامل حين

الطلاق كما أقر بأنه أرجعها إلى عصمته وهي حامل بموجب حجة الرجعة الصادرة عن هذه المحكمة بتاريخ

٧/١١/٢٠٠٠ م، بموجب الحجة رقم ٢/٢٩/١.

10

٣. أقر المدعي بأنه طلقها بتاريخ ٤/١/٢٠٠١ طلبة رجعية ثانية، وأنها أنجبت الطفلة ٨/١١/٢٠٠٠ م، أي

بعد إرجاعه لها بيوم، وأن الزوجية بقيت قائمة بينه وبين المدعى عليها بعد علمه بالحمل وأنه يوجد بينهما طفل

آخر واسمه (م) وهو غير الحمل المطلوب نفيه .

٤. طلب المدعي إحالة المدعى عليها والطفلة لأجل فحص زمرة الدم ولم تجبه المحكمة لأن الخبرة الفنية غير

معمول بها في دعاوى النسب .

15

٥. أقر أن اسم الطفلة التي يطلب نفي نسبها مجدولين، وأنه علم بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٠٠ من فلان بن فلان

أنها أنجبت الطفلة .

وقد أجابت المدعى عليها طالبة رد الدعوى نفي النسب للأسباب التالية :

١. أن المدعي قد أقر إقراراً صريحاً وضميناً أن الولد له وذلك من خلال الوقائع التالية:

أ- أن المدعي أعاد المدعى عليها إلى عصمته أثناء الحمل المطلوب نفي نسبه مع أنه يعرف أنها حامل .

20

ب- سكت المدعي عن الملاعنة مدة تزيد عن سنة من تاريخ علمه بالحمل ولم يلاعنها وهذا دليل على رضاه وقبوله بالحمل، ويؤكد ذلك طلاقه الرجعي الأول بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٠م ثم إرجاعه لها بموجب الوثيقة رقم ٢/٢٩/١ تاريخ ٧/١١/٢٠٠٠م وهي حامل بالطفلة المطلوب نفى نسبها.

ج- كان بإمكان المدعي أن يتلاعن مع المدعى عليها عندما أرجعها إلى عصمته، وإن عدم إقدام المدعي على التلاعن مع المدعى عليها يعتبر أيضاً إقراراً ضمناً بنسب الصغيرة .

5

د- ذهب أبو يوسف من الحنفية وهو المذهب الراجح عندنا في تقرير الأحكام إلى أن هذه المدة أي المدة التي يجب عليه أن ينفي النسب فيها هي أربعين يوماً وهي أكثر مدة النفاس لأن للزوج أن ينفي الولد عند الولادة وله أن ينفي الولد مادام أثرها وهو النفاس، والمدعي لم يقيم بنفي نسب الولد إلا بعد ستة أشهر من تاريخ الولادة للصغيرة وبعد أكثر من سنة من تاريخ علمه بالحمل ولم ينفي طيلة هذه المدة ولم يلاعن رغم قيام الزوجية، وكان يرسل الأشخاص للتوسط لإرجاع الزوجة إلى عصمته ولو قبلت الزوجة بالرجوع لما قام بإقامة هذه الدعوى .

10

هـ- وأن قوله أنه لم يشتر أي شيء للطفلة فسبب ذلك أنها كانت تقيم بالشام حيث أنجبت طفلتها وهو مقيم بالأردن .

٢. أن أبا حنيفة كان رأيه عدم بقاء باب نفي الولد مفتوحاً كما قال أصحابه أبو يوسف ومحمد، وقال أن مدة التي يجب أن تكون سبعة أيام وأن لا يبقى باب النفي مفتوحاً أمام الزوجين طوال الأربعين يوماً لأن فيه إضرار بالولد من حيث عدم استقرار نسبه ولا يصح الإضرار بالغير لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار وللرجل أن يجعل خشبة في حائط جاره، والطريق الميتاء سبعة أذرع)

15

٣. أن الإقرار بالنسب صراحة أو دلالة لا يجوز الرجوع فيه ولا يلتفت إلى هذا النفي .

٤. وقد منع القانون المصري كما جاء في كتاب الدكتور محمد زكريا البرديسي من سماع دعوى النسب في حالات مبنية في غالب الأمر على الكذب والزور وفساد الذمم وكذلك منع القضاة في حالة الإنكار من سماع دعوى النسب إذا غاب الزوج عن زوجته سنة كاملة ثم أتت بولد وفي حالتنا هذه لم يغيب المدعي عن المدعى عليها هذه المدة .

20

٥. أن عقد الزواج بين المتداعيين هو عقد زواج صحيح وشرعي سواءً في وقت علم المدعي بالحمل أو عند طلاقه لها أو إرجاعها حسب ما ذكر أو عند ولادة الطفلة .

٦. أقر المدعي أنه جامعها قبل إرسال المدعى عليها بيوم واحد وبعد ثلاثة أشهر علم بالحمل ولم يحرك ساكناً لا بالملاعنة ولا بإقامة مثل هذه الدعوى وإنما يدل دلالة على أن الحمل من صلبه ورضاه بالحمل وينسب الطفلة وأنها من صلبه .

ومن تدقيق المحكمة للدعوى وبعد الاطلاع على سائر محتوياتها وبعد انتهاء الخصوم من مرافعتهم وتقديم لوائحهم الجوابية وتقديم بيناتهم الخطية تبين للمحكمة في جلسة يوم ١٨/٣/٢٠٠٣ م مايلي :

5

أ- بالرجوع إلى المادة ١٤٧ من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي جاء فيها :

(لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ...)

والمادة ١٤٨ من ذات القانون والتي جاء فيها (ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج)

وقد تضمنت المادتان المشار إليهما أعلاه الأحكام التالية :

10

• إذا عقد رجل على امرأة ولم يلتقيا مطلقاً ثم جاءت هذه المرأة بولد فلا يسمع القاضي دعوى المرأة بنسبة هذا الولد الذي أتت به إلى ذلك الزوج الذي لم يلتق بها وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ويتفق مع المعقول والمنقول ، وذهب أبو حنيفة إلى صحة نسبة هذا الولد إلى زوج المرأة الوالدة معللاً ذلك بما جاء في كتب الفقه الحنفي المعتمدة إلا أن القانون الأردني أخذ برأي الجمهور ولم يقر القول الذي ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وهو ما ذهب إليه الإمام ابن حزم .

15

• التلاقي بين الرجل والمرأة فعلاً فالأمر المقبول والمعقول أن يقع دخول وخلوة لتصح نسبة ذلك الولد إلى زوج تلك المرأة .

• لا تسمع دعوى الزوجة في نسبة المولود إلى الزوج إذا جاءت به لأكثر من سنة لغيبته عنها أو طلاقه أو وفاته .

• لا تصح نسبة المولود إلى الزوج إذا ولدته بعد دخوله بها أو خلوته الصحيحة بما لأقل من ستة أشهر، فإن ولدته لأكثر من ستة أشهر، فلا يقبل إنكاره نسبة الولد إليه .

20

• ويلاحظ في الأحكام السابقة أن صحة نسبة الولد إلى الزوج أو عدم صحة نسبته إليه مبنية على أقل مدة الحمل أو أكثر مدته .

• توسع القانون الأردني بالاحتياط مستنداً إلى بعض الآراء الفقهية بجانب الرأي العلمي فجعل مدة الحمل سنة .

• جاء في القرارات الاستئنافية: أن دعوى نفي النسب لا تصح على الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة ،انظر القرار الاستئنائي رقم ٩٣٣٠ صفحة ٢٣٩ كما جاء أيضاً: لا يحكم بقطع النسب إلا إذا تم اللعان — وهو حق الولد "النسب" كما جاء أيضاً أن نفي النسب بعد الإقرار به صراحة أو دلالة مردود عملاً بالقاعدة الفقهية (من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه) وهو ما نصت عليه المادة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية .

5

"وحيث أن القرارات الاستئنافية مرعية ومطبقة بالمحاكم الشرعية والقاضي ملزم بتطبيقها فإن القرار الاستئنائي رقم ٧٥٥٨ صفحة ٢٣٩ قد جاء فيه: (يعتمد في إثبات النسب على النصوص الشرعية ولا وجه في تحويل المدعي والمدعى عليها والصغير إلى الطبيب لتحليل دمهم لمعرفة نسب الصغير لأن ذلك لا يستند إلى نص شرعي ولأن النسب إنما يعتمد في إثباته على النصوص الشرعية).

10

وعليه: فإن هذه المحكمة تجد أن هذه الدعوى لم تتوفر فيها الأسباب الشرعية والفقهية والقانونية والطبية أيضاً ولا مجال للاجتهاد في مورد النص حيث أن القانون قد نص على هذه الدعوى، وأن ماجاء على

لسان المدعي ولسان المدعى عليها من آراء فقهية مخالفة للقانون ولما ذكرته المحكمة لا يلتفت إليه

وحيث لم يبق ما يقال فإن هذه المحكمة تسأل الطرفين عن أقوالهما الأخيرة فكررا ما سبق وطلبا معاً

15

ختم المحاكمة وعليه ولتوفر أسباب الحكم فقد أعلنت ختم المحاكمة وأصدرت القرار التالي باسم حضرة

صاحب الجلالة الملك عبد الله الثاني بن الحسين المعظم أفهم لمن حضر علناً تحريراً في ١٤/١/٢٠٢٣ هـ

وفق ٢٠٠٢/٣/١٨

قرار الحكم الصادر عن المحكمة الشرعية

حيث ادعى المدعي "ج" المذكور بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ م طالباً نفي نسب الصغيرة مجدولين المذكورة المولودة بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢٢ م من مطلقة المدعى عليها "س" المذكورة بموجب وثيقة الطلاق الرجعي الثاني رقم ١/٨/٢ الصادرة عن هذه المحكمة بتاريخ ٢٠٠١/١/٤ م دعياً بأن حمل المدعى عليها بالصغيرة المذكورة من زنا وعليه وبناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار والبيئة الخطية الرسمية المبرزة وعملاً بالمواد ٧٩ من المجلة و ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و ١٤٧ و ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت برد دعوى المدعي "ج" المذكور طلبه نفي نسب ابنته مجدولين المذكورة وذلك لولادتهما على فراش الزوجية الصحيح أثناء قيامها عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش) واستحالة الملاعة بينه وبين المدعى عليها بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي الثاني لعدم إرجاعه لها لدى هذه المحكمة من تاريخ الطلاق الثاني الواقع في ٢٠٠١/١/٤ م ولغاية تاريخ رفع الدعوى وإقراره بأيلولة هذا الطلاق إلى بائن قبل تاريخ رفع الدعوى حكماً ورداً وجاهياً وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية أفهم لمن حضر علناً تحريراً في ١٤٢٣/١/٤ هـ وفق ٢٠٠٣/٣/١٨ م

5

10

محكمة الاستئناف الشرعية المنعقدة في عمان

القرار

الصادر باسم صاحب الجلالة الملك عبد الله الثاني بن الحسين المعظم

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة به :

- 5 قدم المستأنف ح المذكور استئنافه على حكم المحكمة الابتدائية المتضمن رد دعواه طلبه نفي نسب ابنته م وذلك لولادتها على فراش الزوجية الصحيح أثناء قيامها عملاً بقول النبي عليه السلام (الولد للفراش) واستحالة الملاعنة بينه وبين المستأنف عليها سميعة المذكورة بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي الثاني لعدم إرجاعه لها لدى محكمة عين الباشا الشرعية من تاريخ الطلاق الثاني الواقع في ٢٠٠١/١/٤ م ولغاية تاريخ رفع الدعوى وإقراره بأيلولة هذا الطلاق إلى بائن قبل تاريخ رفع الدعوى وطلب للأسباب المذكورة في استئنافه فسخه ولم تجب المستأنف عليها وقد تبلفت .
- 10 ولدى التدقيق تبين : أن المستأنف (ح) قد تقدم بدعواه نفي نسب الصغيرة "مجدولين" بمواجهة مطلقاته المستأنف عليها (س) المذكورة مع أنها لو أقرت بأن المولودة من غير زوجها لا يقتضي قطع نسب الصغيرة لأن نفي النسب له شروط شرعية مقررة ولا يحكم بقطع النسب إلا إذا تم اللعان بين الزوجين، وتبين أن صدور الطلاق الرجعي من الزوج المستأنف وصيرورة هذا الطلاق بائناً بمصادقة الزوجين يمنع من قيام الزوجية مع أن وجودها شرط في إيقاع اللعان وفقدان هذا الشرط يحول دون نفي النسب . وقد ذكر في الدر المختار في باب اللعان أنه لو تصادق الزوجان فلا ينتفي النسب لأنه حق الولد ولا يصدقان في إبطاله وصرح في رد المحتار أنه لا ينتفي النسب بدون لعان ، وبما أن شروط اللعان غير متوفرة فلا يمكن قطع نسب الصغيرة (م) من أبيها ولذلك فإن الحكم برد دعوى المستأنف "ح" المذكور طلبه نفي نسب ابنته الصغيرة (م) لولادتها على فراش الزوجية واستحالة الملاعنة بينه وبين المستأنف عليها لانقضاء عدتها من الطلاق الثاني الواقع ٢٠٠١/١/٤ م وتصادقهما على أيلولة هذا الطلاق إلى بائن قبل تاريخ رفع الدعوى وعملاً بالمواد المذكورة فيه صحيح وموافق للوجه الشرعي
- 20

والأصول القانونية فتقرر تصديقه تحريراً في السادس والعشرين من صفر لسنة ألف وأربعمائة وثلاثة وعشرين هجرية وفق التاسع من أيار لسنة ألفين واثنين ميلادية

رئيس المحكمة

الخاتمة

نتائج البحث :

بعون الله تعالى تبين من خلال هذه الدراسة أن النسب من أهم القضايا التي حرصت الشريعة الإسلامية على صونها وحمايتها وذلك بجعلها حفظ النسب والعرض من أهم مقاصدها الكلية وذلك لما له من أثر بالغ في انضباط الحياة الأسرية واستقامتها، وتظهر حماية الشريعة الإسلامية في دعمها لكل دليل بوسعه إثبات النسب وشددت كثيراً في كل ما يتعلق بطرق نفيه .

5

والنتائج الآتية تم التوصل إليها من البحث :

١. يثبت النسب في الزواج الصحيح وفي الزواج الفاسد وفي الوطء بشبهة .
٢. لا يثبت النسب بالزنى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فالزنى محظور شرعاً فلا يكون سبباً لنعمة النسب .
٣. النفي إذا أضيف إلى النسب فالمقصود به إنكار نسب المولود إلى والده .
٤. للزوج وحده حق رفع دعوى نفي النسب حيث أن توافر شروط ثبوت النسب وانتفاء الموانع يلحق نسب المولود على فراش الزوجية بالزوج وليس لأحد نفيه إلا هو .
٥. وضعت الشريعة الإسلامية طريقاً أساسياً لنفي النسب ألا وهو اللعان وهو ما سار عليه قانون الأحوال الشخصية السوري .
٦. اللعان حكم خاص بالأزواج حال ابتلاء الزوج بزنى زوجته ولا يستطيع إثبات ذلك بأربعة شهود فشرع الله له بدلاً من ذلك حلف أيمان اللعان ويسمى الزوج الملعن وتحلف زوجته أيضاً وتسمى الملعنة.
٧. يشترط لنفي نسب الولد باللعان تحقق عدة شروط ،اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر.
٨. إذا علم الزوج بأن المولود على فراشه ليس ولده وتيقن من ذلك فبادر بنفيه فور علمه بالولادة فإنه لا ينفي عنه نسبه إلا باللعان .
٩. إذا أيقن الزوج بأن المولود على فراشه ليس ولده ولكنه أقر به صراحة أو دلالة أو آخر نفيه بغير عذر فلا يحق له نفيه بعد ذلك حرصاً على استقرار الأنساب وحتى لا تكون مجالاً للفتوى ولأن إقراره به بعد علمه بأنه ليس ولده يعد رضا منه بثبوت نسبه إليه .
١٠. لا يقع اللعان أو ينتفي نسب إلا بدعوى قضائية وبموجب حكم صادر عن المحكمة الشرعية.

10

15

20

١١. إن الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان ،غير أنه وقوفاً أمام مصلحة الطفل في معرفة أصله وحماية له من الضياع يرجح الاستعانة بنتائج الكشف عن البصمة الوراثية للتقليل من حالات النفي ،ويبقى ذلك خاضعاً لتقدير القاضي .

١٢. إذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان لحقه نسب الولد المنفي .

١٣. التفريق باللعان يؤدي إلى حرمة مؤقتة بين الزوجين عند الحنفية وإلى حرمة مؤبدة بين الزوجين عند

5

الجمهور

١٤. وجود الفراش وحده لا يكفي لثبوت النسب فلا بد من توفر شروط يثبت بها النسب مع قيام الفراش ،وبتخلف أحد الشروط ينفي النسب من غير لعان .

١٥. المولود لمدة أقل من ستة أشهر من الزواج لا ينسب للزوج ،وينسب لأمه فالولادة لأقل من ستة أشهر من الزواج دليل على وجود الحمل قبل الزواج .

10

١٦. إذا كان الزوج غير أهل للإنجاب كأن يكون صبيّاً لا يولد لمثله أو من كان في معناه لا ينسب إليه ولد، فإذا جاءت زوجته بولد نسب إليها .

١٧. إذا ثبت عدم التقاء الزوج بزوجه بعد العقد عليها كأن يكون مسافراً أو مسجوناً وأتت الزوجة بولد في غيبته فنسب هذا الولد ينفي عنه من غير لعان .

١٨. القيافة علم قائم بذاته كانت تلجأ إليه العرب عند النزاع والاختلاف على نسب الولد ، و سُر به النبي صلى الله عليه وسلم و اتفق الجمهور دون الحنفية على مشروعية الأخذ به في إثبات النسب .

15

١٩. لا ينفي النسب بالقيافة باتفاق أهل العلم .

٢٠. يلحق بالقيافة كوسيلة من وسائل الإثبات البصمة الوراثية وتحليل فصائل الدم .

٢١. البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل عند ذوي الاختصاص على هوية كل فرد بعينه ، وهي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية .

20

٢٢. تلتقي البصمة الوراثية مع القيافة في جانب الشبه ،فالقيافة تقوم على معرفة الشبه بين الولد ووالده على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة ،والبصمة الوراثية تقوم على معرفة الشبه بين الولد ووالديه عن طريق الحمض النووي .

٢٣. البصمة الوراثية لا قيمة ولا أثر لها في النسب مع قيام فراش الزوجية ، فلا تستخدم للتأكد من صحة النسب الثابت شرعاً .

25

٢٤. الشريعة الإسلامية لم تعرف طريقاً شرعياً لنفي الولد إلا اللعان ، والبصمة الوراثية لا أثر لها شرعاً على نفي الولد.

٢٥. اعتبار تحليل فصائل الدم حجة يستعان بها في نفي النسب لا إثباته .

٢٦. يستعان بالقرائن في دعوى نفي النسب ولا ينفي النسب بناءً على قرينة .

5 **التوصيات :** توصي الباحثة بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري وذلك فيما يلي :

- تقنين اجراءات اللعان بمواد مستقلة تبين شروط اللعان وآثاره.
- إضافة مادة توضح نفي نسب الولد من غير لعان إن أثبتت الخبرة الطبية عدم قدرة الزوج على الإنجاب .
- الأخذ بالمذهب الشافعي حال امتناع الزوجة عن أداء اللعان وذلك بوقوع الفرقة بعد انتهاء الزوج من لعانه ونفي نسب الولد منه ولو لم تحلف الزوجة تجنباً لعرقلة سير الدعوى في الأخذ بالمذهب الحنفي القائل بحبس الزوجة حتى تلاعن وعلى اعتبار أن قانون العقوبات السوري لم يجرم امتناع الزوجة عن أداء شهادات اللعان استناداً إلى القاعدة الجزائية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) فإن الزوجة في هذه الحالة لا تحبس ولا يحكم باللعان إنما يتم رد الدعوى لعدم توافر أركانها، وفي ذلك تعطيل لحق الزوج في اللعان السبيل الوحيد المشروع للزوج لنفي النسب.
- الأخذ بمذهب الجمهور بجواز اللعان في نفي النسب في الزواج الفاسد والوطء بشبهة لعدم جواز اللعان فيهما في المذهب الحنفي .
- إضافة بند للمادة ١٢٩ يجيز الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب عند انتفاء أحد الشرطين المثبتين للنسب في النكاح الصحيح حيث أن المشرع يتشوف لإثبات النسب بأبسط الأدلة.
- أفراد الفقرة ٢ من المادة ١٣٣ بمادة مستقلة لشمولها جميع أسباب ثبوت النسب من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة .
- إضافة مادة فيها بيان نسب مولود المطلقة قبل الدخول .
- تعديل المادتين ١٣٠ و ١٣١ بالتفريق بين ما يُثبت نسب ولد المعتدة من طلاق رجعي والمعتدة من طلاق بائن .

10

15

20

المادة ١٣٠ :

إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ،ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة.

المادة ١٣١ :

المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقترنان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت.

5

- تعديل البند ٢ من المادة ١٢٨ بعدم حصر استخدام البصمة الوراثية بالطفل فقط وإنما جواز استخدامها للشخص مهما بلغ من العمر.

المادة ١٢٨ :

فيما عدا الزوجين عند التنازع بين إثبات نسب الطفل أو نفيه يتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية.

10

الملاحق

المواد المقترحة إضافتها لقانون الأحوال الشخصية السوري:

- ينفي نسب المولود من غير لعان إن أثبتت الخبرة الطبية عدم قدرة الزوج على الإنجاب.
- حال امتناع الزوجة عن أداء اللعان تقع الفرقة بانتهاء الزوج من لعانه وينفي نسب الولد منه.
- جواز اللعان في الزواج الفاسد والوطء بشبهة .
- جواز استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب .
- يثبت نسب مولود المطلقة قبل الدخول من المطلِّق إذا ولدت قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، ويحمل ذلك على أن المطلِّق قد باشر امرأته دون إشهار أمام الناس .
- فيما عدا الزوجين عند التنازع بين إثبات نسب الشخص أو نفيه يتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية.
- إذا لم تقر المطلقة طلاقاً رجعيّاً بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها من الزوج سواء وضعته قبل مضي سنة أو بعدها من تاريخ الطلاق .
- إذا لم تقر المطلقة طلاقاً بائناً أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ،ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة .
- المطلقة - طلاقاً رجعيّاً أو بائناً - أو المتوفى عنها زوجها المقترتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار و أقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت .

5

10

15

المصادر والمراجع

فهرس أهم المصادر والمراجع:

١. إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، رسالة ماجستير
الجامعة الإسلامية بغزة ٢٠١٢
٢. إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة عائشة
سلطان إبراهيم المرزوقي رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٠م 5
٣. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدري باشا، بعناية بسام عبد الوهاب
الجبالي، دار ابن حزم الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.
٤. أحكام القرآن لابن العربي محمد بن عبد الله الأندلسي دار الكتب العلمية عدد
الأجزاء ٤
٥. أحكام القرائن المعاصرة في الشريعة والقانون، د. هناء محمد حسين أحمد مجلة الأستاذ
العدد ٢٢٠ المجلد الثاني لسنة ٢٠١٧م - ١٤٣٨هـ 10
٦. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، د/ت، ١٩٣٧م،
مطبعة الحلبي - القاهرة.
٧. أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات للقاضي شهاب الدين أبي
اسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم المتوفى سنة ٦٤٢هـ تحقيق دكتور
محمد مصطفى الزحيلي دار الفكر المعاصر 15
٨. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، تحقيق: د.
محمد محمد تامر، الطبعة: الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية -
بيروت.

٩. الإصابة في تميز الصحابة، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، دار الكتب العلمية- بيروت.
١٠. أصول المحاكمات الشرعية والمدنية دكتور محمد مصطفى الزحيلي ٢٠١١-٢٠١٢ منشورات جامعة دمشق
١١. إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، أبي بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي الناشر دار الفكر للطباعة والنشر مكان النشر بيروت 5
١٢. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، د/ت، الطبعة الخامسة عشر ٢٠٠٢ م، دار العلم للملايين.
١٣. الإقناع في الفقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي، د/ت، د/ط. 10
١٤. الأم الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ١٥٠ - ٢٠٤ مع مختصر المزني الجزء الاول دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الاولى ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م
١٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن سنة الولادة ٨١٧ / سنة الوفاة ٨٨٥ تحقيق محمد حامد الفقي الناشر دار إحياء التراث العربي سنة النشر مكان النشر بيروت 15
- عدد الأجزاء ١٢
١٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري، د/ت، الطبعة: الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
١٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، د/ت، د/ط، ٢٠٠٤م، دار الحديث - القاهرة. 20

١٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، د/ت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ، دار الكتب العلمية.

١٩. البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية دكتور عبد الستار سعيد .

٢٠. البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي دكتور علي محي الدين القره داغي

5

٢١. البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دكتور خليفة علي الكعبي دار النفائس الأردن الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م

٢٢. البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب دكتور ناصر الميمان

٢٣. البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دكتور سعد الدين هلالى مكتبة وهبة

٢٤. البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية دكتور عمر السبيل الطبعة الأولى ٢٠٠٢ م دار الفضيلة للنشر والتوزيع

10

٢٥. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها دكتور وهبة الزحيلي

٢٦. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها دكتور نصر فريد واصل

٢٧. بنك الدم، عبد الرحيم فطاير كلية تدريب عمان دار الثقافة ٢٠٠٦ م.

٢٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي، بو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، تحقيق

15

قاسم محمد النوري، طبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، دار المنهاج، جدة.

٢٩. تاج العروس، مرتضى، الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، د/ط، دار الهداية.

٣٠. التاج والإكليل، أبو عبد الله المواق، د/ت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م، دار الكتب

العلمية

٣١. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، د/ت، الطبعة: الأولى، ١٣١٣

20

هـ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة.

٣٢. التحرير شرح التحرير، علاء الدين أبو الحسن المرادوي، تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، مكتبة الرشد - الرياض.
٣٣. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، دار الكتب العلمية - بيروت. 5
٣٤. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، د/ت، لطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، دار الكتب العلمية.
٣٥. تفسير الرازي، فخر الدين الرازي، د/ت، الطبعة الثالثة - ١٤٢٠ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٣٦. تفسير الطبري، محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، مؤسسة الرسالة. 10
٣٧. تفسير القرطبي، شمس الدين القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م، دار الكتب المصرية - القاهرة.
٣٨. التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني، د/ت، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ. ١٩٨٩ م، دار الكتب العلمية. 15
٣٩. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، أبو محمد الحسين بن البغوي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية.
٤٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، الناشر: دار الفكر، د\ط، د\ت.
٤١. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد الصاوي، الناشر: دار المعارف، د\ط، د\ت. 20

٤٢. الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردي، تحقيق علي محمد معوض و عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٤٣. حكم البصمة الوراثية في النسب إثباتاً ونفيّاً زينب الخطيب ونيرمين العبود المعهد العالي للقضاء الطبعة الأولى ٢٠٢٢م
٤٤. خلق الإنسان بين الطب والقرآن الدكتور محمد علي البار الدار السعودية للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة ١٩٨٣م 5
٤٥. الدر المختار وحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الفكر-بيروت.
٤٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين النووي، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، المكتب الإسلامي، بيروت. 10
٤٧. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٤٨. سبل السلام، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعائي، الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.
٤٩. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية. 15
٥٠. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
٥١. السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي الناشر: مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد الطبعة: الطبعة: الأولى. ١٣٤٤ هـ عدد الأجزاء: ١٠ 20

٥٢. سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
٥٣. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية دكتور عبد الفتاح عمرو دار النفائس الاردن
٥٤. سير أعلام النبلاء، الذهبي، تحقيق: شعيب أرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م 5
٥٥. شرح صحيح البخاري لابن بطلال، ابن بطلال أبو الحسن ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم الطبعة: الثانية، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، مكتبة الرشد - الرياض.
٥٦. شرح فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي سنة الوفاة ٦٨١ هـ الناشر دار الفكر سنة النشر مكان النشر بيروت
٥٧. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، د. عبد الرحمن الصابوني، د/ت، د/ط، دمشق. 10
٥٨. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، د. محمد حسن البغا، د/ت، د/ط، دمشق، ٢٠١٠ م.
٥٩. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشني، د/ت، د/ط، دار الفكر للطباعة - بيروت. 15
٦٠. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ،منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، سنة الوفاة ١٠٥١ ،الناشر عالم الكتب سنة النشر ١٩٩٦ مكان النشر بيروت عدد الأجزاء ٣
٦١. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ 20

٦٢. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٦٣. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله الناشر: مطبعة المدني - القاهرة، تحقيق: د. محمد جميل غازي عدد الأجزاء: ١
- ٥ ٦٤. علم حياة الإنسان بيولوجيا الإنسان، الدكتور عايش محمود زيتون، عمان، دار الشروق ١٩٩٦م.
٦٥. عمدة القاري شرح صحيح البخاري المؤلف: بدر الدين العيني الحنفي
٦٦. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد شمس الدين البابرتي، د/ت، د/ط، دار الفكر.
٦٧. عون المعبود شرح سنن أبي داود ومعه حاشية ابن القيم، العظيم آبادي، د/ت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت. 10
٦٨. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الناشر دار الفكر سنة النشر ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م عدد الأجزاء ٦
٦٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، د/ت، د/ط.
٧٠. فتح القدير، الكمال ابن الهمام، د/ت، د/ط، دار الفكر.
- ١٥ ٧١. الفروق، أبو العباس شهاب الدين القرافي، تحقيق خليل المنصور، د/ط، ١٩٩٨ م، دار الكتب العلمية.
٧٢. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الرابعة
٧٣. القاموس المحيط، الفيروزآبادي، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م
- ٢٠ ٧٤. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين الإصدار الثالث
٧٥. الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة المقدسي، د/ت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية.

٧٦. الكافي في فقه أهل المدينة ، ابن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمد أحمد وحيد ولد مادريك الموريتاني، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٧٧. كشف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي، د/ت، د/ط، دار الكتب العلمية دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٧٨. لسان العرب، جمال الدين ابن منظور، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ
٧٩. مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب دكتور حيدر الشمري
٨٠. المبدع في شرح المقنع ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو اسحاق سنة الولادة ٨١٦ / سنة الوفاة ٨٨٤ الناشر المكتب الإسلامي سنة النشر ١٤٠٠ مكان النشر بيروت عدد الأجزاء ١٠

٨١. المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، د/ت، د/ط، دار المعرفة - بيروت.
٨٢. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده سنة الولادة / سنة الوفاة ١٠٧٨هـ تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور الناشر دار الكتب العلمية سنة النشر ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م مكان النشر لبنان/ بيروت عدد الأجزاء ٤
٨٣. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، د\ط، د\ت.

٨٤. مختار الصحاح، زين الدين الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م
٨٥. المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال أحمد عطوة ١٤١٤هـ ١٩٩٣م إدارة الثقافة والنشر في المملكة العربية السعودية
٨٦. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، د/ت، د/ط، دار القلم، دمشق.

٨٧. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، د/ت،
د/ط، المكتبة العلمية - بيروت.
٨٨. مصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، د/ت،
د/ط، دار الفكر.
٨٩. مصنف عبد الرزاق المؤلف : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني الناشر : المكتب
الإسلامي - بيروت الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي عدد
الأجزاء : ١١
٩٠. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية دكتور عبد الكريم زيدان
الجزء الأول مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٩٩٣م
٩١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الرحيباني، د/ت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ
- ١٩٩٤م، المكتب الإسلامي.
٩٢. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد
عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.
٩٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد الشربيني الشافعي،
د/ت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، دار الكتب العلمية.
٩٤. المغني، موفق الدين بن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، د\ط، ١٩٦٨م
٩٥. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، د/ط، د/ت، دار الكتب
العلمية.
٩٦. الموافقات، الشاطبي، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى
١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، دار ابن عفان.
٩٧. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الخطاب الرُّعيني، تحقيق زكريا عميرات، طبعة
خاصة ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب.

٩٨. الموسوعة الفقهية الكويتية ، مجموعة من المؤلفين، الطبعة الثانية، دارالسلاسل -

الكويت

٩٩. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين

أبو محمد الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى ١٩٩٧م، مؤسسة الريان للطباعة

والنشر - بيروت.

5

١٠٠. النظريات الفقهية ،دكتور محمد فتحي الدريني ،عني به الدكتور بديع السيد اللحام

٢٠١٨-٢٠١٩م منشورات جامعة دمشق

١٠١. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية دكتور

محمد نعيم ياسين دار عالم الكتب ٢٠٠٣م

١٠٢. نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه دكتور مازن

اسماعيل هنية و دكتور أحمد ذياب شويح مجلة الجامعة الإسلامية المجلد السادس

عشر العدد الثاني ٢٠٠٨م

١٠٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن

شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير سنة الولادة / سنة الوفاة ١٠٠٤هـ

الناشر دار الفكر للطباعة سنة النشر ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م مكان النشر بيروت

عدد الأجزاء ٨

١٠٤. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار المؤلف : محمد بن

علي بن محمد الشوكاني الناشر : إدارة الطباعة المنيرية عدد الأجزاء : ٩ مع الكتاب

: تعليقات يسيرة لمحمد منير الدمشقي

١٠٥. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ،

دكتور محمد مصطفى الزحيلي مكتبة دار البيان دمشق

20

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	السورة	طرف الآية
٩٩	٢٣٣	البقرة	(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ)
٣١	٧٧	آل عمران	(إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا)
١٤	٤٩	المائدة	(وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ)
٥٧	١٠٧	المائدة	(لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا)
٢٦	١٠	يونس	(وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ)
١٢١	١٨	يوسف	(وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ)
٢٢ ١١٩ ١٣٨	٢٦	يوسف	(إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ)
١١٩	٢٧	يوسف	(فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ)
٩٢	٨٢	يوسف	(واسأل القرية)
١١	٥٧	الإسراء	(أُولَئِكَ الَّذِينَ يَدْعُونَ يَبْتَغُونَ إِلَىٰ رَبِّهِمُ الْوَسِيلَةَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ)
٨١	٢٠	الكهف	(إِيَّاهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذَا أَبَدًا)
٧٤/٧٨	٤	النور	{ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً

٦٤/٥٩			{ وَمَ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ }
٧٣/٦١	٦	النور	
١٣٨/٨٤			
٩٨	١٤	لقمان	(وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)
٢٦	٥٧	يس	(وَلَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ)
٥٧	١٦	المجادلة	(اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً)
٥٧	١	المنافقون	(إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ)
٥٩			
١٤٤	١٣-١٢-١١	المعارج	(يُبَصِّرُوهُمْ يَوْمَ الْمُجْرِمِ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابِ يَوْمِئِذٍ بِنَبِيٍّ ، وَصَاحِبَتِهِ وَأَخِيهِ، وَفَصِيلَتِهِ الَّتِي تُؤْوِيهِ)

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
٥٨	أحلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق
٥٩	أربع من النساء لا ملاعنة بينهن
٣١	أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً
١٥	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي
٧٥	أيما امرأة أدخلت على قوم
٦٢	البينة وإلا حد في ظهرك
١٣٠	فلعل ابنك هذا نزعة
١٢٠	لا تنكح الأيم حتى تستأمر
٨٠	لا سبيل لك عليها
٧٤	اللهم افتح
١٦	لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس
٥٨	لولا الأيمان لكان لي ولها شأن
١٠٨	مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين
٣٠	من حلف على يمين يستحق بها مالاً
١٢٨	نعم تربت يمينك فبم يشبهها ولدها
٤٤	هو لك يا عبد بن زمعة
٩٣/٩٢/٤٤	الولد للفراش وللعاهر الحجر
١٣٩/١٣٢/٩٤	

١٥٩/١٥٥/١٢٢	
١٢٠/٩٥/	
١٢٧	يا عائشة ألم تري أن مجزاً المدلجي

فهرس الآثار

الصفحة	اسم الصحابي أو التابعي	طرف الأثر
١٠٠	عائشة بنت أبي بكر	لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل
٨٥	عمر بن الخطاب	المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً
٨٥	علي بن أبي طالب	مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعان أبداً

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
١٢٤/١٣١/٦٠/٢٠	ابن القيم
١٥٣/٧٩	أبو حنيفة
١٥٢/٧١	أبو يوسف
١١٠	أحمد بن حنبل
١٢٨	أسامة بن زيد
٣٠	الأشعث بن قيس
٩٣/٦١	البخاري
١٢٨	زيد بن حارثة
١٤٠/٤٤	سعد بن أبي وقاص
١٣٦	سعد الدين هلالى
١٤٠/٤٤	سودة بنت زمعة
١٢٧	الشافعى
١٣١/١٩	شريح
١٢٩/٦٢	شريك بن سحماء
١٠٠	عائشة بنت أبى بكر
١٤٠/٤٤	عبد بن زمعة
١٤١/٦٢	عبد الله بن عباس

٦٠	عبد الله بن عمرو
١٣٧	عبد الله المنيع
١٣٧	علي القره داغي
٨٥/١٣١/١٢٢	عمر بن الخطاب
١٣٧	عمر السبيل
١٠٨	عمرو بن العاص
٨٢	عويمر العجلاني
٢٧/١١١	القراقي
٤٨	محمد بن الحسن
١٠١	محمد بن الحكم
١٠٩	محمد علي البار
١٣٦	محمد المختار السلامي
١١٨	مصطفى الزرقا
١٣٧	ناصر الميمان
١٣٦	نصر فريد واصل
٧٢/٦٤/٦٢/٥٨	هلال بن أمية
١٤١/١٢٩	
١٣٧	وهبة الزحيلي

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الشكر والتقدير	أ
مستخلص الرسالة	ب
المقدمة	١
أ- أسئلة البحث وأهدافه	٣
ب- أهمية البحث، وأسباب اختياره	٣
ج- الدراسات المرجعية، وموقع البحث منها	٤
د- مناهج البحث وإجراءاته	٨
هـ- تقسيمات البحث (خطة البحث)	٧
الفصل التمهيدي	١٠
المبحث الأول تعريف وسائل الإثبات وأهميتها	١١
المطلب الأول تعريف وسائل الإثبات	١١
المطلب الثاني أهمية وسائل الإثبات	١٤
المطلب الثالث أثر السياسة الشرعية في وسائل الإثبات	١٥

٢٥	المبحث الثاني: تعريف الدعوى ومشروعيتها
٢٥	المطلب الأول: تعريف الدعوى
٣٠	المطلب الثاني: مشروعية الدعوى
٣٢	المبحث الثالث أركان الدعوى وشروطها وأنواعها
٣٢	المطلب الأول أركان الدعوى
٣٣	المطلب الثاني شروط الدعوى
٣٨	المطلب الثالث أنواع الدعوى
٤١	المبحث الرابع تعريف النسب ونفيه وأسباب ثبوته
٤١	المطلب الأول تعريف النسب
٤٣	المطلب الثاني أسباب ثبوت النسب
٤٩	المطلب الثالث شروط ثبوت النسب
٥٣	الفصل الأول نفي النسب باللعان
٥٥	المبحث الأول تعريف اللعان ومشروعيته
٥٥	المطلب الأول تعريف اللعان
٦١	المطلب الثاني مشروعية اللعان

٦٣	المطلب الثالث أركان اللعان
٦٥	المبحث الثاني شروط اللعان وصيغته
٦٥	المطلب الأول شروط اللعان
٧٣	المطلب الثاني حكم اللعان
٧٦	المطلب الثالث صيغة اللعان
٧٨	المبحث الثالث الرجوع عن اللعان
٧٨	المطلب الأول حكم الرجوع عن اللعان
٧٩	المطلب الثاني تكذيب الزوج نفسه بعد اللعان
٧٩	المطلب الثالث عودة النكاح بعد اللعان
٨٤	المبحث الرابع آثار اللعان
٨٤	المطلب الأول أثر اللعان في حق المتلاعنين
٨٦	المطلب الثاني أثر اللعان في حق الولد المنفي
٨٧	المطلب الثالث موقف القانون
٩١	الفصل الثاني وسائل إثبات نفي النسب لاختلال شروط الفراش
٩١	تمهيد

٩٢	المبحث الأول دعوى نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين
٩٢	المطلب الأول مفهوم الفراش
٩٣	المطلب الثاني ما تصير به الزوجة فراشاً
٩٦	المطلب الثالث موقف القانون
٩٨	المبحث الثاني دعوى نفي النسب لعدم الولادة بين أقل مدة الحمل وأقصاها
٩٨	المطلب الأول أقل مدة الحمل
٩٩	المطلب الثاني أقصى مدة الحمل
١٠٤	المطلب الثالث موقف القانون
١٠٧	المبحث الثالث دعوى نفي النسب لعدم إمكانية الإنجاب
١٠٧	المطلب الأول الصغر المانع من الإنجاب
١٠٩	المطلب الثاني المرض المانع من الإنجاب
١١٦	الفصل الثالث :القرائن في دعوى نفي النسب
١١٧	المبحث الأول مشروعية القرائن وأهميتها
١١٧	المطلب الأول تعريف القرائن
١١٩	المطلب الثاني مشروعية القرائن

١٢١	المطلب الثالث أقسام القرائن وشروطها
١٢٣	المطلب الرابع أهمية القرائن
١٢٥	المبحث الثاني الإثبات بالقيافة في دعوى نفي النسب
١٢٥	المطلب الأول تعريف القيافة
١٢٦	المطلب الثاني حكم القيافة
١٣٣	المبحث الثالث الإثبات بالبصمة الوراثية في دعوى نفي النسب
١٣٣	المطلب الأول تعريف البصمة الوراثية
١٣٥	المطلب الثاني حجية البصمة الوراثية في نفي النسب
١٤١	المطلب الثالث موقف القانون
١٤٤	المبحث الرابع الإثبات بالتحليل الطبي للدم في دعوى نفي النسب
١٤٤	المطلب الأول تعريف فصائل الدم وأنواعها
١٤٧	المطلب الثاني كيفية دلالة فصائل الدم في نفي النسب
١٥٩	الخاتمة نتائج البحث
١٦١	توصيات البحث
١٦٦	فهرس المصادر والمراجع

١٧٦	فهرس الآيات القرآنية
١٧٨	فهرس الأحاديث النبوية
١٨٠	فهرس الآثار
١٨١	فهرس الأعلام
١٨٣	فهرس الموضوعات

Abstract

This thesis aims to find out who has the right to file a claim to deny paternity, what the means of proof are in this lawsuit, and what the Syrian Personal Status Law has to say about the means of proof in the paternity denial lawsuit. It also seeks to clarify the extent of the validity of scientific developments in the paternity denial lawsuit, and to identify the impact of Islamic Legitimate Politics on the means of proof.

To achieve this goal, I divided the thesis into four chapter; the introductory chapter: an introduction to the research terms, the first chapter: paternity denial by the oath of condemnation, the second chapter: paternity denial due to imperfection of the state of matrimony conditions, and the third chapter: paternity denial by evidence. The research followed inductive and deductive approaches.

The thesis has reached a number of results, the most important of which are:

- The husband alone has the right to file a claim to deny paternity, as the fulfillment of the conditions for proving paternity attaches the paternity of a child born in the marital bed (the state of matrimony) to the husband, and no one has the right to deny it except the husband.
- The oath of condemnation is a ruling specific to husband, resorted to by the husband who is denying the paternity of what his wife gave birth in his marital bed (the state of matrimony).
- The presence of the marital bed (the state of matrimony) alone is not sufficient to prove paternity for the husband. There should be a number of conditions by which paternity can be proven while the marital bed (the state of matrimony) is established. If one of these conditions is not met, paternity is denied without the oath of condemnation.
- Evidence is used in the paternity denial lawsuit, and the judge does not rule to deny paternity based on the evidence of the presumption alone.

Keywords: paternity denial, oath of condemnation, genetic imprint.

Syrian Arab Republic

Ministry of Higher Education and scientific research

Damascus University

Faculty of Sharia

Department of Personal Status Department



(Instruments evidence in the case of denial of parentage)

A Thesis submitted to complete the requirements of obtaining the
master's degree in Personal Status Department

By

(DANIA BAZRTO)

Supervisor

(Dr. NOSAIBA ALBOAA)

AD 2024 – AH 1446