



Ziane Achour University of Djelfa
faculty of law and political sciences
Department Of Law



**Rulings on the lineage of the boy of
adultery in religious jurisprudence,
legislation and jurisprudence**

**Thesis submitted in fulfilment of the requirements for the degree of
doctor phase three in law
Specialty: Contracts and personal laws**

Submitted by

Chabha Amersaid

Supervised by:

Aissa Maiza

Board of examiners

Name and surname	Scientific level	Scientific level	Affiliation
Assaad Elmahacene Lahrech	Professeur	President	University of djelfa
Aissa Maiza	Professeur	Supervisor and rapporteur	University of djelfa
Massoud Azzedine	Professeur	Examiner	University of djelfa
Messaoud Helali	Lecturer professor – A	Examiner	University of djelfa
Brahim Rahmani	Professeur	Examiner	University of eloued
Nadir Chaouki	Lecturer professor – A	Examiner	University of Ghardaia

Academic year

2020–2021



جامعة زيّان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أحكام نسب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه الطّور الثّالث LMD

تخصّص: العقود والأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

عيسى معيزة

إعداد الطالبة:

شابحة أعمار سعيد

أعضاء لجنة المناقشة:

جامعة الانتساب	الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
جامعة الجلفة	رئيسا	أستاذ	أ.د أسعد المحاسن لحرش
جامعة الجلفة	مقررا ومشرفا	أستاذ	أ.د عيسى معيزة
جامعة الجلفة	عضوا مناقشا	أستاذ	أ.د عز الدين مسعود
جامعة الجلفة	عضوا مناقشا	أستاذ محاضر أ	د. مسعود هلال
جامعة واد سوف	عضوا مناقشا	أستاذ	أ.د إبراهيم رحمان
جامعة غرداية	عضوا مناقشا	أستاذ محاضر أ	د. شوقي نذير

1441-1442 هـ

2020-2021 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾.

[سورة الفرقان: الآية، 54]

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:

من أوصاني الله بهما خيرا فقال:

﴿وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي﴾

صَغِيرًا ﴿(الإسراء/24).﴾

والذي أأمل دائما أن أكون في أعلى الدرجات كي ينشرح بها صدره.

والدتي - أمد الله في عمرها - والتي ساعدتني بدعائها وحنانها
وسماحتها.

إلى كل إخوتي وأخواتي.

إلى زملائي وزميلاتي.

إلى كل من علّمني، وقدم لي يد المساعدة.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وتقدير

قال تعالى: ﴿أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ﴾ (الأحقاف/15).

وانطلاقاً من هذه الآية الكريمة، يطيب لي

- وقد منّ المولى تبارك وتعالى عليّ بإتمام الأطروحة-

أن أردّ الجميل إلى أهله، وأن أنسب الفضل لأصحابه، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من صنع إليكم معروفاً فكافئوه،

فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد

كافأتموه».

أتقدّم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور (عيسى

معيّزة)، الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما قدمه لي

من توجيهات، وملاحظات وإرشادات قيمة.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة،

الأساتذة الكرام:

الأستاذ الدكتور لحرش أسعد المحاسن، والأستاذ الدكتور عزالدين

مسعود، والأستاذ الدكتور رحمانى ابراهيم، والدكتور هلالى

مسعود، والدكتور نذير شوقي، لتحملهم عناء مناقشة هذه الرسالة

وإثرائها. كما لا يفوتني أن أشكر الدكتور بشيري عبد الرحمن الذي

لم يبخل عليا بأي شيء وكل من ساهم في انجاز هذه المذكرة.



لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالأسرة، فوضعت نظاما كاملا محكما تنتشأ فيه رابطة الزوجية على أساس من المودة والرحمة والسكينة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹، لذلك جعل الله عز وجلّ الزوجية رابطة مقدسة ووسيلة في إبقاء النوع الإنساني، بإنجاب الأولاد، حيث تترتب لهؤلاء الأولاد حقوق، وأول هذه الحقوق وأهمها النسب

ونظرا لأهمية النسب فقد أولته الشريعة الإسلامية عناية فائقة، ورعاية لهذا المقصد حرّمت التنبّي وأبطلته بعد أن كان شائعا ومألوا في الجاهلية وصدر الإسلام؛ لمنافاته للحقيقة والواقع، وجعلت النسب مستندا إلى الحقيقة الواقعية الصادقة الممتدة من الآباء إلى الأبناء، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾²، وقال سبحانه: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾³.

إذن فالنسب هو الأساس الأقوى الذي تقوم عليه الأسرة ويربط أفرادها برباط دائم من صلة تقوم على أساس الأمومة والأبوة، وحرّم كل اتصال جنسي خارج نطاق الزوجية محافظة على الأنساب، وحماية لها من الاختلاط ودرء للفساد ومنع الآباء من إنكار نسب أولادهم.

ومن أجل ذلك أيضا جعلت الشريعة الإسلامية العلاقة الزوجية القائمة على النكاح الشرعي بركنه وشروطه المعتبرة هي الأصل المنشئ للنسب، والولد الذي يولد على فراش تلك الزوجية ينسب للزوجين دون حاجة إلى استلحاقه، ولكن طبيعة الإنسان هي النقص والخطأ، لذا فقد ينحرف الإنسان عن منهج الله القويم، فتنشأ علاقة غير سوية بين الرجل والمرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية، فيقع في سبيل الغواية، وينحرفا إلى الرذيلة وارتكاب فاحشة الزنا، سواء عن تراض منها أو عن طريق الإكراه بالاغتصاب وقد يترتب على تلك الجريمة أن تحمل الزانية حملا يفضي إلى إنجاب ولد الزنا، وتلك مشكلة

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة الأحزاب، الآية 04.

³ - سورة الأحزاب، الآية 05.

من المشكلات الاجتماعية الصعبة التي يعاني منها المجتمع، والشريعة الإسلامية قررت الكثير من الأحكام المتعلقة بهذا البحث، سواء أكانت بمحاربة الزنا نفسه، أم بمعالجة الآثار المترتبة عليه بما ذلك موضوع النسب.

وعلى غرار الشريعة الإسلامية، فإن التشريعات الدولية رغم حرصها على إضفاء الحماية القانونية لجميع الأطفال منذ الولادة وحتى بلوغ سن الرشد، يكفي أن نذكر أن المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل، قد أشارت إلى أنه: «...يسجل الطفل بعد ولادته فوراً،... ويكون له قد الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما» والاتفاقية في ضوء المادة 2 أرسيت مبدأ المساواة بين كافة الأطفال في العالم باعتراف الحقوق للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين. إلا أن هذا الأمر يلقي معارضة من معظم التشريعات العربية خاصة التي تستمد نظام الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية فنجدها تؤكد على أن الزواج هو الطريق الوحيد للبنوة الشرعية وأساس قيامها.

غير أنه في ضوء التطور العلمي الحاصل في كافة الميادين بما في ذلك علم الوراثة وفي مقدمتها البصمة الوراثية، وهي من الوسائل المستحدثة في مجال إثبات النسب، لتمييزها بالدقة وترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصبيا عظيما في إثبات النسب، شأنها كشأن القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عنه.

وعلى الرغم من نص عدد من التشريعات الوضعية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية، والعمل بها في محاكمها كدليل إثبات ونفي، إلا أنها لم يخل من الغموض ولم تنص صراحة إن كان إثبات النسب بالطرق العلمية، المقصود به ضمن العلاقة الشرعية أو غير الشرعية؟ ثم منح القاضي السلطة التقديرية في اللجوء أو عدم اللجوء إلى هذه التحاليل، وعدم إلزام الشخص المطلوب بإجرائها يطرح إشكالا وتعقيدا في فهم النصوص، وبالتالي عدم معرف نية المشرع وموقفه من إلحاق ولد الزنا لأبيه من خلال الوسائل العلمية الحديثة

فالأطفال الناتجون عن الحمل خارج الزواج؛ وإن كانت ظاهرة عالمية لا يكاد يخلو منها أي بلد إلا أن دائرة وحجم الحماية تختلف من بلد لآخر باختلاف ضابط القيم داخل كل مجتمع. لكن المشرع الجزائري وللأسف لغاية يومنا هذا مازال عاجزا عن تحديد هوية ومكانة

له في ظل المنظومة القانونية بالرغم من أن أبرز مصادر القانون الجزائري هي الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة قد اعتنت بهذه الفئة ولم تنقص من قيمتها ووضعت أحكاما خاصة بها، لذا فالمشرع أحال القاضي إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم ينص عليه من أحكام تتعلق بالأسرة في هذا القانون (المادة 222 من ق أ)¹، ولم يحدد له مذهباً معيناً يرجع إليه كما فعل المشرع المغربي الذي أحال القاضي على المذهب المالكي في كل ما لم يتناوله نص القانون (المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية)²، والمشرع المصري الذي أحال القاضي على المذهب الحنفي من قانون الأحوال الشخصية³.

أهمية البحث:

تكمن أهمية الدراسة من أنها تعالج مشكلة واقعية وقضية مهمة، فهي توجه الاهتمام إلى الأنساب وضرورة حفظها والاستفادة من كافة الوسائل التي تساهم في ذلك الحفظ، لأن موضوع النسب من الموضوعات المهمة جداً لكون حفظه يعد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية .

كما تكمن الأهمية كذلك معرفة الجانب القانوني المتعلق بالأطفال غير الشرعيين، هو أمر مهم ذلك أنه يعكس مدى اهتمام الدول بهذه الفئة باعتبارها جزءاً من نسيج المجتمعات، وذلك للتوصل إلى مدى فعالية هذه القواعد القانونية من أجل إدماج هؤلاء الأشخاص في المجتمع والحد من الصورة السلبية لهم من قبل كافة مكونات المجتمع.

أسباب اختيار البحث:

وتتمثل أغلب الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع للبحث فيما يأتي:

أ- الأسباب الشخصية:

اهتمامي بقضايا المجتمع عموماً والأسرة على وجه الخصوص.

¹ - قانون 84-11 المؤرخ في: يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب القانون 05-02، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، (يونيو 2005).

² - القانون رقم 03-07 المؤرخ في: 3 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 22/04/01 من ذي الحجة 1424، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية، العدد 5184، لسنة 93، المؤرخة في: 5 فبراير 2004

³ - القانون رقم 01 لسنة 2000، المؤرخ في: 29 جانفي 2000، يتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 20، بتاريخ: 18 ماي 2000.

✓ جدية المادة العلمية هو ما دفعني للاطلاع والوقوف على الجديد من العلوم القانونية والفقهية والعلمية، والاكتشافات الطبية، التي تدفع إلى البحث والدراسة وصولاً إلى الأحكام الشرعية.

ب- الأسباب الموضوعية:

✓ عدم تناول التشريع الجزائري لأغلب عناصر هذا البحث رغم أهميتها والإشكالات المنبثقة عنها.

✓ تضارب الاجتهاد القضائي بخصوص نسب ولد الزنا والاعتصاب.

✓ اعتماد قانون الأسرة في التعديل الأخير للطرق العلمية في إثبات النسب، فأردت معرفة مدى حجيتها في إثبات نسب ولد الزنا والاعتصاب عموماً وسلطة القضاء في استخدامها في هذا الموضوع.

✓ تزايد أعداد الأولاد غير الشرعيين بشكل دقت معه منظمات المجتمع المدني ناقوس الخطر، وتزايدت معها المطالبات بتسوية وضعيتهم، بالإضافة إلى نظرة المجتمع لهذه الفئة العريضة.

✓ إبراز أحكام ولد الزنا بجميع شواردها، وتفصيل قواعدها وعرض مسائلها في سفرواحد بأسلوب قريب من لغة العصر؛ لئلا يسيروا من رام الاطلاع عليها، والوقوف على أهم مسائلها في الفقه الإسلامي .

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

✓ الوقوف على حقيقة ولد الزنا ومكانته في الفقه الإسلامي والتشريع والقضاء المقارن

✓ بيان الأحكام الخاصة بنسب ولد الزنا وحقوقه التي كفلتها له الشريعة الإسلامية وقصرت عن استيفائها التشريعات الوضعية.

✓ دراسة اجتهادات العلماء في مسألة نسب ولد الزنا، مع وجوب قراءة تلك الاجتهادات في ضوء تطور علم الوراثة.

الدراسات السابقة:

مسألة نسب ولد الزنا من المسائل التي نالت اعتناء الباحثين قديماً وحديثاً، فهناك

العديد من البحوث التي تناولت موضوع نسب ولد الزنا تهم الباحث كثيراً لبلورة فكرة هذا البحث، يذكرها الباحث حسب الأهم في نظره.

✓ الدراسة الأولى: أحكام ولد الزنى (دراسة فقهية مقارنة).

الباحثة: حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه (كلية الشريعة، الرياض، 1428هـ).

أوجه الاتفاق والاختلاف: تتفق الدراسة السابقة مع هذه الدراسة في الحديث عن ولد الزنا وأحكامه من الناحية الشرعية؛ وتختلف معها في كونها اختصت بالجانب الفقهي والتأصيلي فقط وعدم ذكر ما يختص به من حقوق وأحكام في القانون.

✓ الدراسة الثانية: أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية.

الباحث: وجيه عبد الله سليمان أبو معلق. رسالة للحصول على درجة الماجستير، (كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1427هـ).

- أوجه الاتفاق والاختلاف: تتفق الدراسة السابقة في الحديث عن أحكام اللقيط من الجانب الفقهي والجانب القانوني، وتختلف في كونها لم تتطرق لمسائل طرق إثبات النسب كما أنها لم تبين حقوقه بالتفصيل بل ذكرت على سبيل الإجمال دون تبين من ناحية الشرع والقانون وما يتعلق بحمايتها.

✓ الدراسة الثالثة: إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

الجزائري.

الباحث: جلول عمارة. رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، (كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011).

- أوجه الاتفاق والاختلاف: تتفق الدراسة السابقة في الحديث عن أحكام ولد الزنا من الجانب الفقهي والجانب القانوني، وتختلف في كونها لم تتطرق للتشريعات العربية.

✓ الدراسة الرابعة: أحكام النسب في التشريع الجزائري.

الباحث: يوسفات علي هاشم. أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، (كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، الجزائر، 2014-2015).

- أوجه الاتفاق والاختلاف: تتفق الدراسة السابقة في الحديث عن أحكام النسب بصفة عامة من الجانب القانوني، وتختلف في كونها لم تتطرق لنسب ولد الزنا.

صعوبات البحث:

لاشك أن كل من تصدى لبحث علمي يتعرض إلى مشكلات وصعوبات قد تؤثر على الباحث، وكل موضوع له مشكلاته، ويحسن بي الإشارة إلى بعض منها وهي:

- ✓ تحديد مدةً يسيرةً لانتساب مع الجهد الكبير في جمع شتات المادة العلمية المبعثرة.
- ✓ صعوبة التوفيق بين الدراسة الفقهية والقانونية والقضائية وإخراجها في قالب موحد.
- ✓ تناثر الموضوعات في أمهات الكتب ما يستوجب الرجوع إليها وجمعها في قالب علمي متناسق.

إشكالية البحث:

وعليه يطرح الموضوع إشكالية رئيسية تتمحور حول:
 ما موقف الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي من نسب ولد الزنا في ظل غياب النصوص التشريعية؟ وما هي الضمانات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لحماية نسب ولد الزنا؟ هل البصمة الوراثية بدالاتها القاطعة على الرابط الوراثي بين الأب والولد تثبت نسب ولد الزنا؟

تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية:

- ✓ وماهي أهم الآليات التطبيقية القضائية المكرسة لحماية وضمن حقوقه.
- ✓ ماهو مركز ولد الزنا في قانون الحالة المدنية؟ وما موقعه في قانون الجنسية؟
- ✓ ماهي وضعية ولد الزنا في الفقه الاسلامي؟

منهجية البحث:

كانت منهجيتي في إعداد البحث كالاتي:

- ✓ جمع المادة العلمية المختلفة المتعلقة بالبحث.
- ✓ قراءة الكتب وعزو الأفكار والآراء والنصوص القانونية ومحاولة الربط بينها.
- ✓ إعداد بطاقة قراءة لكل كتاب تم قراءته والإشارة إلى أهم النقاط التي يمكن الرجوع لها.
- ✓ ضبط الخطة مبدئياً بالرجوع إلى أهل الاختصاص من مختلف الجامعات داخل الوطن وخارجه.
- ✓ تحرير العناصر التي تم ضبطها بالرجوع إلى مصادرها الأصلية وتحليل النصوص الشرعية والقانونية ومحاولة البلوغ إلى الغاية.

المنهج المتبع:

اعتمد الباحث في هذا البحث على المناهج التالية:

أ- **المنهج الاستقرائي:** حيث استقرئ القضايا الفقهية مثلا من أمهات الكتب الفقهية وغيرها، وكذا تتبع النصوص القانونية، وما جاء في قرارات المحكمة العليا، بغرض الإحاطة بالموضوع.

ب- **المنهج التحليلي:** لتحليلها تحليلا ينزل القضية موضوع الدراسة على الأصول الكلية، وتبين مستندها من دلائل الكتاب والسنة والمعقول، ومعرفة مدى قوة أقوال العلماء في المسألة، منطلقا في ذلك كله من أدلة معتمدة بين الفقهاء قديما وحديثا. كما تعرض بالتحليل ما اختارته التشريعات.

ت- **المنهج المقارن:** وذلك من عدة نواح:

- ✓ المقارنة بين أقوال الفقهاء في المسألة الواحدة.
- ✓ مقارنة موقف الفقه الإسلامي في المسألة مع ما اختاره المشرع الجزائري.
- ✓ مقارنة موقف المشرع الجزائري مع بعض التشريعات العربية والأجنبية واجتهاداتها القضائية.
- ✓ مقارنة ما اختارته التشريعات العربية مع بعض التشريعات الأجنبية، عندما تكون هناك ضرورة لذلك.

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمت بحثي إلى مقدمة، وبابين، تناولت في الباب الأول: **المقررات الشرعية والقانونية لحماية حق المولود في النسب.**

الفصل الأول: ماهية نسب ولد الزنا

الفصل الثاني: قواعد إثبات النسب

الباب الثاني: **مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا على ضوء البصمة الوراثية**

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على تنسيب ولد الزنا لأمه

وخاتمة تناولت فيها النتائج والاقتراحات.

الباب الأول

المقرّرات الشّرعية والقانونية لحماية حقّ المولود
في النّسب

الباب الأول:

المقررات الشرعية والقانونية لحماية حق المولود في النسب:

يعد النسب من أكثر المباحث الفقهية والقانونية أهمية لما يترتب عليه من حقوق والتزامات ترتبط في أحكامها بجملة من القواعد الشرعية والآثار الفقهية؛ فمن حيث القواعد فإنّ النسب يحتكم في تأصيله إلى عدد من المبادئ التي تقوم عليها النظم التشريعية كالبينة والإقرار، ومن حيث الآثار فإنّ النسب كما هو معلوم ثمرة العلاقة الزوجية التي تؤسس للمجتمع وتحدد معالم ازدهاره وترباطه، وكل ذلك في إطار ما حدده الشارع؛ ورأى أنّه يحقق المقصد من عمارة الأرض. وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسب أيما اهتمام وذلك من جانبين: جانب الوجود، وجانب العدم. كما أولت الأسرة أيضا اهتماما كبيرا، فاهتمت ببنائها على أساس من الطهر والشرف والعفة، لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع، فإذا صلح صلح المجتمع، وإذا فسدت فسدت فسد، فحرصت بأن يكون النسب فيها نقيًا مصونًا عن الانحلال وارتكاب فاحشة الزنا فيكون من نتائجها أولاد الزنا، فالأبناء هم ثمرة الرباط المقدس، والولد الذي يولد على فراش الزوجية الثابتة ينسب للزوجين من دون حاجة لاستلحاقه، إذ أن الأصل في ثبوت النسب هو الفراش، وهذا الأصل ثابت بأدلة الشرع ودراستي للمقررات الشرعية لحق الطفل في النسب أتناولها في فصلين وذلك وفق التقسيم الآتي:

الفصل الأول: ماهية النسب، وولد الزنا

الفصل الثاني: قواعد إثبات النسب

الفصل الأول

ماهية النسب وولد الزّنا

الفصل الأول

ماهية النسب، وولد الزنا

النسب رابطة سامية، وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة، لذا لم يدعها الشارع الكريم نهبا للعواطف والأهواء، تهبها لمن تشاء، وتمنعها ممن تشاء، بل تولاهما بتشريعه، وأعطاهما المزيد من عنايته، وأحاطها بسياج منيع، يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسى قواعدهما وضوابطها على أسس سليمة، وحتى تتضح لنا هذه القواعد، فإنه يحسن أن نبيّن مفهوم وأهمية النسب ثم مفهوم ولد الزنا ومكانته في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، ثم حكم إجهاضه، كل مسألة من هذه المسائل في مبحث مستقل.

المبحث الأول: مفهوم النسب

المبحث الثاني: مفهوم ولد الزنا

المبحث الأول: مفهوم النسب:

لتحديد المفهوم الحقيقي للنسب فإنه من الواجب أن يربط بالمفاهيم اللصيقة والمتداخلة معه، وذلك من أجل تشريح معناه وضبط مفاهيمه، علماً أن النسب لا وجود له كأصل عام في الشريعة الإسلامية بغير زواج¹، وأن الزواج لا أساس له في غير الأسرة²، وأن نظام الأسرة هو أرضية النسب³ وقاعدته الأساسية، وهو ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية المستمدة من أحكام الشريعة الربانية.

ونظراً لوضوح التكامل والامتزاج بين المفردات الثلاث، وأنه لا يمكن لأي منها أن يكون بدون الآخر، وعلى هذا الأساس تم تخصيص هذا المبحث لتحديد مفهوم النسب.

المطلب الأول: تعريف النسب وأنواعه:

نتعرض لتعريف النسب لغة واصطلاحاً ثم لتعميق فهم مدلوله نميزه عن مصطلح البنوة، ثم بيان أنواعه:

الفرع الأول: تعريف النسب:

إن أي موضوع لا بد ابتداءً من تعريفه حتى يتسنى لنا معالجته معالجة شاملة، حيث قسمنا هذا الفرع إلى تعريف النسب لغة واصطلاحاً، ثم تمييزه عن البنوة.

¹ لفظ الزواج، أو النكاح، أو الوطء: كلها مترادفات في اصطلاح فقهاء الشريعة المقصود منها: اقتران الرجل والمرأة في صورة شرعية، كما يعرفه بعض الفقهاء بأنه: "عقد يفيد العشرة بين الرجل والمرأة ويفيد تعاونهما ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات". ينظر: محمد أبو زهرة: محاضرات في الزواج وآثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، د ط، 1971، ص44.

² تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في بناء المجتمع، ومن تتبع نصوص القرآن والسنة في ذلك يجد الشارع الحكيم رسم طريق لتكوين الأسرة الصالحة، فبين طريقة اختيار الزوجة، وكيفية انشاء عقد الزواج، وأرشد كلا من الزوجين إلى ماله من حقوق قبل الآخر وما عليه من واجبات، ولم ينس أنه قد يثور نزاع بينهما لسبب أو لآخر فوضع العلاج المناسب ثم وضع الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد إذا استحکم الخلاف بينهما وما يترتب على هذا الإنهاء من آثار، كما يبين حقوق الأولاد قبل والديهم صغاراً وكباراً، وما للوالدين من حقوق. يراجع: محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت، الدار الجامعية، د ط، 1403هـ/1983م، ص24.

³ يعد النسب من أهم الحقوق التي تثبت للطفل بعد ولادته وهذه الأهمية تتجلى بما يحققه بثبوت هذا الحق من معان وما يتفرع عنه من حقوق وما يترتب عليه من أحكام. يراجع: حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013، ص40-39.

الفقرة الأولى: تعريف النسب لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف النسب لغة: النسب: نسب القربان وهو واحد الأنساب، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾¹. والنسبة والنسب: القرابة، وقيل في الآباء خاصة²، وقيل: النسب والنسبة: اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان: نسب بالطول، كالاتشارك بين الآباء والأبناء، ونسب بالعرض، كالنسبة بين بني الأخوة وبني الأعمام³، النسبة: الانتساب إلى ما يوضع ويميز: كالأب والأم والقبيلة والصناعة وغير ذلك، جمعه أنساب، مثل سبب أسباب وهو نسيبه أي قريبه⁴. وقيل: انتسب إلى أبيه: أي اعتزى⁵. والمعنى: قرن به وصار به بين الناس معروفاً.

قال ابن فارس: «كلمة مأخوذة من الفعل (نسب)، وفي الأصل تعني اتصال شيء بشيء، فسمي النسب نسباً لاتصاله والاتصال به، تقول نسبت وأنسب وهو نسيب فلان»⁶. فالنسب إذن: هو رابطة بين الإبن وأبيه، يتميز بها الولد ويصير بها بين الناس معروفاً، ومن ثم للرجل إذا سئل عن نسبه: «استنسب لنا»، أي: استنسب لنا حتى نعرفك، ويقال: «نسب فلاناً إلى أبيه: إذا رفعت نسبه إلى جده الأكبر»⁷. وللنسب عدة تسميات⁸.

¹ - سورة الفرقان، الآية 54.

² - ابن منظور: لسان العرب، مج6، القاهرة، دار المعارف، [د ت ن]، مادة (ن س ب)، (ج49/ص4405). أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الإصفهاني: المفردات في غريب القرآن، دمشق، دار القلم، ط1، 1412، ص801.

³ - المرجع نفسه، ص801.

⁴ - أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير، معجم عربي عربي، بيروت، مكتبة لبنان، 1987، ص230.

⁵ - إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي: تاج اللغة وصحاح العربية، التحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ط4، 1407هـ-1987م، مادة (ن س ب)، (1/224).

⁶ - أبو الحسين بن فارس بن زكريا: مقاييس اللغة، تحقيق: أنس محمد الشامي، القاهرة، دار الحديث، مادة (نسب)، 2008، ص897.

⁷ - ابن منظور: لسان العرب، المرجع السابق، (ج49/ص4405).

⁸ - الألفاظ المتصلة بالنسب:

الصلب: وهو النسب بين الآباء علواً أو نزولاً.

الرحم: أصله النسب بين الآباء والأمهات، ويطلق على النسب ذوي الأرحام الذي بين الأصول والأمهات وهم الأجداد والجداًت لأم وإن علواً بين أصول الأمهات من الإخوة لأم وإن نزلوا وأطراف الأمهات من الأخوال والخالات وأبنائهم.

القرابة: هي النسب الشامل لذوي الصلة، وذوي الأرحام، ولو بعد هذا النسب لقوله تعالى: "قل لا أسألكم عليه أجراً إلا المودة في القربى"، سورة الشورى، الآية (23).

العصبة: هي قرابة الذكور من ولد ميت وأبائه وأولادهم، والصلة بين النسب والعصبة أن النسب أعم من العصبة.

ثانياً: **تعريف النسب اصطلاحاً:** بغرض كشف اللبس، وبيان جذور مصطلح النسب يتطلب المزج بين التعريفات المختلفة للفقهاء ودارسي القانون وذلك بإيراد التعريف الشرعي للنسب، وكذا التعريف القانوني له.

1- في الاصطلاح الفقهي: من خلال تعريفه عند الفقهاء الأوائل والفقهاء المحدثين

أ- **عند فقهاء الشريعة:** لم يهتم الفقهاء الأوائل بتعريف النسب، مكتفين بمعالجة الأمور التي من شأنها أن تضمن نقاءه بما في ذلك قاعدة الاحتياط في النسب التي يجسدها باعتباره يثبت في الأنكحة الباطلة والفاصلة.

وبالمقابل، وضعوا طرقاً لنفيه حتى لا يحمل شخص على آخر علاقة بينهما الدم التي تربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه¹، ولكن ذلك لم يمنع بعضهم من ضبط التعريف له، ومن ذلك:

أ-1 **تعريف فقهاء المالكية** بأنه: «عبارة عن مزج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع»² في تأويل قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾³.

وذكر القرطبي أن: النسب والصره يعمان كل قريى تكون بين آدميين، كما أبان أن الصهر فيه معنى الخاط كالنسب، ولذا سميت المناكح صهراً، لإختلاط الناس بها⁴.

أ-2 **وعرفه فقهاء الشافعية والحنابلة** بأنه: «القرباة، والمراد بها الرحم، وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قربت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم»⁵.

أ-3 **أما الحنفية** فعرفوه بأنه: «الانتساب إلى جهة الآباء، ويعبرون عنه في كتاب الفرائض بالحرمة»⁶.

القعد: ويقصد به درجة القرين الجد الأكبر لجهة الأب ما علا فيقال فلان أقعد من فلان والمقصود أقرب منه إلى الجد الأكبر.

¹ أحمد حمد: **النسب في الشريعة والقانون**، الكويت، دار العلوم، 1983، ص73.

² القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي: **أحكام القرآن**، علق عليه: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، (447/3).

³ سورة الفرقان، الآية54.

⁴ ابن العربي: **أحكام القرآن**، المرجع السابق، (447/3)

⁵ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الشافعي: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، (ج3/ص304). منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي: **دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، عالم الكتب، ط1، 1414هـ-1993م، (ج2/ص500).

⁶ أحمد حمد: **النسب في الشريعة والقانون**، المرجع السابق، ص17.

ب- **عند فقهاء القانون:** لما لم يجد الفقهاء المعاصرون فيما كتبه السابقون تعريفاً محدداً للنسب، اجتهدوا بدورهم في تعريفه الاصطلاحي.

ب-1- عرّف بأنه: « رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه»¹، كما عرف بأنه: « صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم»².

ب-2- كما عرّفه البعض بأنه: « حالة حكمية إضافية بين شخص آخر من حيث أن الشخص انفصل من رحم امرأة هي عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو مشبهين الثابت للذي يكون الحبل من مائه»³.

ب-3- وعرّفه الأستاذ (العربي بلحاج) بقوله: « هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية»⁴.

ب-4- كما يعرف بأنه: « رابطة شرعية بين شخصين يثبت ل كليهما بمقتضاه مجموعة من الحقوق، ويجب عليه مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليها الشرعية»⁵.

ج- **التعريف المختار:** ومن خلال ما تقدم من تعريفات نلاحظ أن التعريفات الحديثة لم تخرج عن ما جاء به الفقهاء القدامى، هؤلاء الذين اعتمدوا في تعريفهم للنسب عن المعاني اللغوية، ولم يعرفوا النسب من حيث ماهو، وإنما عرفوه من حيث الأحكام التي تترتب عليه، فيمكن القول أن تعريفهم غير جامع لأنه لم يشمل النسب من جهة الأمهات، ولم يشمل

¹ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، الرياض، مكتبة المعارف، ط3، 1986، ص37.

² عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1412هـ-1993م، (ج9/ص315).

³ علي عبد الرحيم عامر: أحكام الاشتباه في النسب في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، القاهرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1433هـ-2012م ص38.

⁴ بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) - أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 2010، (ج1/ص368).

⁵ أحمد محمد لطفي أحمد: التفكيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، القاهرة، د ط، 2006، ص190. كما عرفها البعض بأنها: « الرابطة التي تقوم بين المولود والديه نتيجة لزواج صحيح بينهما تعطي المولود حق الانتساب إليهما وحق بيان "أنه ولد من" وبالتالي حق اكتساب الحقوق الآلية إليه لاحقاً تبعاً لهذا الانتساب وما يترتب عليه اتجاههما من حقوق وواجبات مستقبلية»، أنظر: أحمد المصطفى: في الأحوال الشخصية، لبنان، المؤسسة الحديثة، د ط، 2008، ص192.

الحقيقة التي يتحقق بها من عقد صحيح أو غيره، ومنه يمكن تعريف النسب بأنه: « العلاقة الاجتماعية التي تربط الفرد الانساني بأبويه وأقاربه الذين يشتركون معه في ولادة قريبة أو بعيدة لفراش صحيح أو ما يلحق به».

2- في الاصطلاح التشريعي: نقوم بتعريف النسب أولا في التشريع الجزائري ثم التشريع المقارن.

أ- التشريع الجزائري: أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة¹، مصطلح النسب دون تعريف، واكتفى المشرع ببيان قواعد إنشائه وإثباته في الفصل الخامس المعنون: « النسب» من المادة 40 إلى المادة 46، أي بمجموع ثمن مواد، جاءت مجملة دون تفصيل كاف، فقد نصت المادة 41 منه على أنه: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»، والواضح من المادة أن النسب التي فصلت أحكامه في المواد التي تليه هو فقط «نسب الولد لأبيه».

وكما أكد المشرع الجزائري في القانون المدني² على معنى قرابة النسب- إلا أنه لم يذكر مصطلح النسب- وجعلها صنفا من القرابة، وميز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة وهي تتمثل في الصلة بين الأصول والفروع في تسلسل عمودي، وقرابة الحواشي وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر³.

فالقرابة هي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نسبه وتسمى: قرابة النسب، وقد تكون ناشئة عن علاقة الزوجية فتسمى: قرابة المصاهرة⁴.

ب- التشريع المقارن: نتعرض لحقيقة النسب في كل من التشريع المغربي والتونسي والمصري:

¹ الأمر 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فبراير 2005 (ج. ر. : العدد15)، بتاريخ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 09 جوان 1984(ج. ر.)، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، 1975 س12، ع 78، ص990 وما بعدها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 89-01 المؤرخ في: 07 فبراير 1989، عدل مؤخرا بالقانون 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج لسنة 2005، ع44.

³ - المادة 33 من نفس القانون.

⁴ - زواوي محمدي فريدة: المدخل العلوم القانونية (نظرية الحق)، ص 70-71.

ب-1- **التشريع المغربي:** تنص المادة 150 أنه: « لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف»؛ أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا من السلف إلى الخلف فهو تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة¹. ومعنى ذلك أن النسب رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول في إطار الضوابط والقواعد المنصوص عليها في باب النسب ووسائل إثباته، وينسب الولد لأبيه سواء ترتب عن زواج صحيح أو فاسد أو شبهة².

والمشرع اعتبر تلك الصلة التي تربط الولد بشخص معين هي عماد النسب، وأن هذا النسب هو من الأشياء التي أولى الإسلام عناية فائقة له حيث خصه بتنظيم محكم يحقق هدفين ساميين: أولهما المحافظة على طهارة الأنساب، وثانيهما أن يكون لكل إنسان نسب شرعي.

ب-2- **التشريع التونسي:** جاء في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية أنه: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشاهدين من أهل الثقة فأكثر»³.

ب-3- **التشريع المصري:** نص المشرع المصري من خلال المادة 15 من المرسوم بقانون 25 سنة 1929 على أنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بين زوجها من حيث العقد ولا لولد زوجة أتت بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»⁴. يتضح جليا، أنه لا المشرع الجزائري، ولا التونسي، ولا المصري أعطى تعريفا واضحا وصريحا للنسب عدا المشرع المغربي الذي كان صريحا، من خلال المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية.

¹ تعريف الوراثة كالتالي: "هي انتقال خصائص السلف إلى الخلف عن طريق التناسل"، ينظر: أحمد أحمد: **موضوع**

النسب في الشريعة والقانون، بيروت، دار القلم، ط 1403هـ، ص 25.

² الدليل العلمي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004، ص 98.

³ سايسي بن حليمة: **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 161.

⁴ كمال صالح البنا: **الزواج العرفي ومنازعة البنية في الشريعة والقانون والقضاء**، مصر، دار الكتب القانونية، [د ط]، [د ت ن]، ص 33، 34.

الفقرة الثانية: تمييز النسب عن مصطلح البنوة:

بداية نعرف مصطلح البنوة ونميز بين أنواعه، لنخلص بعد ذلك إلى التمييز بين مصطلح النسب ومصطلح البنوة كما يأتي:

أولاً: تعريف البنوة لغة واصطلاحاً:

1- البنوة في اللغة: كلمة مشتقة من الابن، والابن الولد وأصله: بني أو بنو، يجمع على أبناء، والإسم: البُنُوَّة، مصدر الابن، ويقال ابْنٌ بَيْنُ البُنُوَّةِ، ويقال تبنيته أي ادعت بنوته وتبناه اتخذها ابناً، وفي حديث أبي حذيفة: أنه تبني سالماً، أي اتخذها ابناً وهو تفعل من الابن، والنسبة إلى الأبناء بنوي وأبناوي...¹.

2- البنوة في الاصطلاح: أشار المشرع المغربي إلى نوعين من البنوة في المادة 142 من مدونة الأسرة المغربية: "تتحقق البنوة بنتسل الولد من أبويه، وهي قد تكون شرعية وقد تكون غير شرعية"؛ وإذا تم تجاوز الخطأ من ناحية الصياغة باستعمال حرف (الواو) بدلاً من (أو) التي تفيد التمييز²، فإن مصطلح البنوة في مدونة الأسرة المغربية تشمل:

أ- البنوة الشرعية: هي التي يعترف بها الشرع، وهي التي يتبع فيها الولد أباه في النسب ويبني عليه التوارث فيما بينهما، وينتج عنها موانع الزواج وتترتب عليها حقوق وواجبات أبوية فهي ما يرادف (النسب) في المادة 150 من المدونة.

ب- البنوة غير الشرعية: هي التي لا يعترف بها الشرع، وهي ما يسمى البنوة الطبيعية وتكون اتجاه الأب الذي يسمى (الأب البيولوجي)، كما تكون اتجاه الأم، إلا أن هناك فرق بينهما:

✓ لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية³، باعتبارها علاقة بيولوجية لا يتم الاعتراف بها من طرف المشرع ولا يترتب عنها أي أثر قانوني.

¹- الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية، مادة (ب ن ي)، (ج1/ص 62) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، التحقيق: يوسف الشيخ محمد، بيروت، المكتبة العصرية، ص 40

²-الملكى حسين: «آثار البنوة والنسب على ضوء مقتضيات مدونة الأسرة 30-70»، مجلة جريدة العلم، العدد 19996، بتاريخ: 23 فبراير 2005، المملكة المغربية.

³- المادة 148 من المدونة المغربية.

✓ تستوي البنية للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية¹.

ثانياً: الفرق بين النسب والبنوة: مما سبق تطرقنا أن النسب هو «لحمة شرعية بين الأب وولده ينتقل من السلف إلى الخلف»²، ومعنى ذلك أن رابطة النسب شرعية تربط الفروع بالأصول في إطار الضوابط والقواعد المنصوص عليها في باب النسب ووسائل إثباته، وينسب فيها الولد إلى أبيه سواء تترتب عن زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة³.

ومما يمكن ملاحظته من خلال هذا النص، أن النسب يقتصر على وجود الأب دون غيره، فيرتبط به وجودا وعدما؛ أي أن الأم لا تمنح النسب، بما أنه (النسب) علاقة شرعية تربط الأب بولده فقط، مما يدعونا للتساؤل حول حق الأطفال مجهولي الآباء والناجين عن علاقات غير شرعية في النسب؟ هل ينسبون إلى أمهاتهم اللواتي لا يمنحن النسب؟ أم أن الأمر يتعلق بتمديد نسب الأم لديهم؟ مما يعني أن النسب هو نسب جدهم من أمهم، الأمر الذي قد يشكل خرقاً لقواعد النسب الشرعي ويفتح المجال لاختلاط الأنساب. من هنا يتبين الفرق بين النسب والبنوة:

أن النسب مؤسسة مستقلة عن البنية، فهي كما سبق علاقة تربط الأب بولده؛ أي الأصل بالفرع من جهة الذكور دون النساء، بينما البنية هي العلاقة التي تربط الأبوين بالأبناء فهي من جهة الأب أبوة ومن جهة الأم أمومة ومن جهة الأبناء بنوة؛ فالبنوة من هذا المنظور هي تلك الرابطة الثلاثية التي تنشأ بين رجل وامرأة ومن تتسل عنهما، وقد يطرح التساؤل أليس هذا المفهوم نفسه الذي يحمله النسب؟

بداية فإنه لا خلاف بهذا الشأن فالمعنى اللغوي العام للبنوة هو تقريبا الذي يحمله النسب من حيث كونهما ينتجان رابطة تنشأ بوجود ثلاثة أطراف وهم الأب والأم والولد، لكن الفرق بينهما في الاصطلاح القانوني الذي أعطى لكل واحد منها تعريفاً، والآثار التي رتبها عليها

¹ - المادة 146 من المدونة المغربية.

² - المادة 150 من المدونة المغربية.

³ - الدليل العلمي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، ص 98.

المشروع، فالنسب يكتسي طابعا شرعيا في حين تكتسب البنوة طابعا بيولوجيا ومنها ما يترتب عن علاقة شرعية ومنها ما يترتب عن علاقة غير شرعية¹.

الفرع الثاني: أنواع النسب:

ومع تحديد مفهوم النسب بصورة عامة تبقى الأهمية قائمة والحاجة ماسة لتحديد مضمونه بدقة وتحديد جهاته المعتبرة شرعا يمكن تعدادها وتقسيمه -أي النسب شرعا- إلى ثلاثة أنواع:

الفقرة الأولى: أحادي الجهة (نسب الانتماء أو الدعوة):

وهو جهة الآباء فقط ويراد بهذا النوع؛ النسب من جهة العشيرة أو الأسرة التي ينتمي إليها فيصير فردا منها ويلحق اسم العشيرة باسمه، وهذا يشمل أصول الشخص -رجلا أو امرأة- من جهة الأب فقط كقولهم: هو فلان بن فلان بنسبته إلى أبيه أو عشيرة أبيه، ومنه قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أنا ابن عبد المطلب»² فهذا النوع مما اختص به الآباء دون الأمهات³، لذا يقول العلماء: «الولد يتبع أباه في النسب وأمه في الرق والحرية»⁴، ونسب الانتماء هو المعبر عنه بعمود النسب ولذا فيمكن صياغة قاعدة هذا النوع على النحو الآتي: «النسب والحسب يختص بالأب دون الأم»⁵.

¹ عبد الكبير بنسامي: حق الطفل في النسب على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، طنجة، السنة الجامعية 2010/2009، ص11. فالعلاقة بين البنوة والنسب هي العموم والخصوص المطلق لأنه كلما ثبت النسب تثبت البنوة، وليس كلما تثبت البنوة يثبت النسب، لأن النسب لا يلحق إلا بالرجل من جهة ولا يكون إلا البنوة الشرعية من جهة أخرى، فالنسب أخص لأنه مقيد بقيددين الشرعية والرجولة، وأما البنوة فتعم المرأة والرجل وتعم البنوة الشرعية وغير الشرعية، وقد قيل إن الأخص ما ازداد قييدا والأعم ازداد فردا. ينظر: عبد الرحيم الأمين: «إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره من المنظور الشرعي»، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 35، 2017، ص 335.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الجهاد، باب من قال: خذا وأنا ابن فلان، حديث رقم: 3042، (ج4/ص67).

³ محمد بن أحمد السرخسي: المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ط 1414هـ-1993م، (ج17/ص159).

⁴ عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1411هـ-1990م، ص267.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكتب العلمية، ط2، 1406هـ-1986م، (ج7/ص350)، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت، دار الجيل، 1973، (66/2).

الفقرة الثانية: ثنائية الجهة (علاقة البنوة):

أي علاقة الأبوين بمن يولد لهما من بنين وبنات وبنينهم مهما سلف، وحققتها النسبة للأبوين المباشرين لأن الولد للوالدين بالحس والواقع وهما الأبوان المباشرين¹، وعليه يقال في نسب الشخص تحت هذا المعنى فلان بن فلان أو فلان بن فلانة التي هي أمه وللإنسان الشرف بالنسب لأبيه أو لأمه لكن لا يدعى المرء مضافاً إلى اسم أمه وإنما يدعى مضافاً إلى اسم أبيه فالنسبة هنا نسبة بنوة لا نسبة انتماء الذي لا تشاركه الأم في خصوصية هذا النسب².

الفقرة الثالثة: متعددة الجهة (القرابة النسبية)³:

وتشمل قرابة الأصول كالأب والفروع كالابن والحواشي كالإخوة والخال والرحم، وهي علاقة اجتماعية تجمع من يشتركون في ولادة واحدة قريبة أو بعيدة، ولا يدخل في هذا المعنى القرابة من جهة المصاهرة (كأهل الزوجة والزوج بالنسبة لأحدهما) ولا القرابة الحكيمة (كقرابة الرضاع والولاء) لعدم تحقق علة الاشتراك في ولادة المصاهرة والحكيمة وتحققها في النسبية.

¹ - أما النسبة إلى أحد الأجداد من جهتهما فمجازاً فابن الابن وابن البنت يسميان ابناً مجازاً بدليل قوله تعالى: " ومن ذريته داود وسليمان وأيوب " حتى بلغ: " يحي وعيسى " الأنعام، 85 فجعل عيسى من ذريته وهو ابن ابنته. وكذلك الإجماع على تحريم نكاح بنت البنت لقوله: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم " النساء، 23.

² - عبد الوهاب أحمد محمد السعدي: «إثبات النسب ونفيه في الإسلام - دراسة في المرتكز الأصولي والفقهية»، مجلة

عبد الناصر، العدد 4، ديسمبر 2014، ص 283

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

المطلب الثاني: أهمية النسب في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

يعد النسب من أكثر المباحث الفقهية والقانونية أهمية لما يترتب عليه من حقوق والتزامات ترتبط في أحكامها بجملة من القواعد الشرعية، فقد أولاه الشارع الحكيم رعايته، وركّز عليه اهتمامه وعنايته، حتى جعل الاهتمام بحفظه مقصداً كلياً من المقاصد الخمسة التي أتت الشريعة بحفظها¹ وقعدت القواعد لضبطها وصونها، حتى صانت على الناس أعراضهم، وحفظت لهم أنسابهم، ورعتها من التزاحم عليها والاختلاط. يقول الإمام الغزالي: «ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم؛ فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»².

ومن أجل تحقيق هذا المقصد فقد شرّعت الزواج، وصانت الأعراض، وحرّمت أنواع الرذائل، واهتمت بإثبات النسب ودرأت كل ما يؤدي إلى الاختلال والانتهاك، وهو ما تبناه المشرّع الجزائري والتشريعات العربية.

ويمكن الإشارة إلى أبرز معالم اهتمام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية بحفظ النسب على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية النسب في الفقه الإسلامي:

خطت الشريعة الإسلامية منهاجاً مستقيماً وثيق العرى للمحافظة على النسب ليبقى شامخاً عزيزاً في ظل تعاليم الإسلام الحنيف من أجل ذلك صاغت الشريعة الإسلامية الغراء جملة من الأمور التي تحفظ النسب:

¹ محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، الأردن، دار النفائس، ط2، 1421هـ - 2001م، ص 441.

² أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ - 1993م، ص 174. وقال أيضاً في "شفاء الغليل": "البضع مقصود الحفظ؛ لأنّ في التزاحم عليه اختلاط الأنساب، وتلطّيح الفراش، وانقطاع التعهد عن الأولاد، وفيه التوثب على الفروج والتغلب وهي مجلبة الفساد والتقاتل". ينظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، بغداد، تحقيق: محمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، ط1، 1390هـ - 1971م، ص 160.

الفقرة الأولى: أهمية النسب في القرآن الكريم:

أولاً: جعل الله تعالى رابطة النسب من النعم التي امتنّ بها على عباده وآية من آيات الله الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته، قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾¹.

ثانياً: شرع النكاح ونظم له ضوابطه وقعد أصوله، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ غَيْرِ مَلُومِينَ ۗ فَمِنْ ابْتِغَايَ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾².

حصر طرق الاستمتاع بالبضع في النكاح وملك اليمين، ثم ضبطهما بما يحفظ على الناس أنسابهم. ومن أجل ذلك عني الإسلام أيما عناية بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضماناً لسلامة الأنساب، فحرم الإسلام كل اتصال جنسي يتم على غير الأصول الشرعية، وما ينتج عنه من أولاد، وأبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السوية، ولم يبيح الإسلام سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتمدة، أو بملك اليمين الثابت.

ثالثاً: شرع العدة في النكاح: استبراء للأرحام، وحفاظاً للأنساب، فنهى أن تتكح المرأة الحامل إلا بعد وضع حملها؛ حفاظاً على نسب من في بطنها، وجعل ذلك عدة لها. كما قال تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ۗ﴾³. ولأجل هذا المعنى أيضاً شرع الله تعالى عدة الأقراء للمرأة الحائل إن كانت ذوات حيض، وأمرها أن تتربص ثلاثة قروء لمعان عدة، منها استبراء الرحم، وصيانة الأنساب.

رابعاً: حرم الإسلام التبني وأبطله بعد أن كان معتبراً في الجاهلية قبل الإسلام وعند صدر الإسلام، وذلك لما يترتب عليه من مفسدات كثيرة لكون المتبني ابناً مزوراً في الحقيقة والواقع،

¹ - سورة الفرقان، الآية (54).

² - سورة المؤمنون، (الآية 5 - 7).

³ - سورة الطلاق، الآية (4).

وعنصراً غريباً عن الأسرة التي انضم إليها، ولا يحل له أن يطلع على محارمها، أو يشاركها في حقوقها، إضافة إلى أنه قد لا ينسجم مع أخلاقها، ولا يتلاءم مع طباعها، لإحساسه وإحساس الأسرة بأنه أجنبي عنها، وسواء كان المتبني معروف النسب أو مجهوله، إلا أن الإسلام مع هذا يلحق المجهول بمن ادعاه بمجرد الدعوى، مع إمكان كونه منه عادة، قال تعالى: **مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۗ**¹. وقال تعالى: **﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾**²؛ فالآياتان تدلان على وجوب نسب الأبناء لأبائهم مع تحريم نسب الأبناء إلى غير الآباء، وهو ما يعرف بالتبني، وترشد الآيات إلى أن الأولى والأعدل والأرشد أن ينسب الرجل إلى أبيه³.

خامساً: لقد حرم الإسلام الزنا ووسائله من النظر المحرم والسماع المحرم والكلام المحرم لما فيه من انتشار الأمراض وانتهاك الأعراض اختلاط الأنساب فينسب الولد إلى غير أبيه ويرث من أقرابه، فيحصل بذلك من الظلم والفساد⁴، قال تعالى: **﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ وَكَانَ فَوْحَشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾**⁵، وقال تعالى: **﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾**⁶؛ فالآيتان تدلان على حرمة الزنا فقد نهى الشارع الحكيم عن كل ما يوصل إليه ورتب عقوبة على فاعله، وذلك لخطر الوقوع فيه وأثره على المجتمع لما فيه من هدر الأعراض والأنساب⁷.

¹ - سورة الأحزاب، الآية (4).

² - سورة الأحزاب، الآية (5).

³ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي: **الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطقيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1384هـ-1964م، (ج14/ص114-119).

⁴ - أم طارق: **من مقاصد حفظ النسل**، بحث مقدم لمادة مقاصد الشريعة الإسلامية، 2011، ص17.

⁵ - سورة الإسراء، الآية (32).

⁶ - سورة النور، الآية (2).

⁷ - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري: **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ-2000م، (ج17/ص438)، (ج19/ص20). أبو عبد الله محمد بن عمر

« ووصف الله الزنا وقبحه بأنه كان فاحشة أي: إنما يستفحش في الشرع والعقل والفطرة، لتضمنه التجرؤ على الحرمة في حق الله وحق المرأة وحق أهلها أو زوجها، وإفساد الفراش واختلاط الأنساب وغير ذلك من الفساد»¹.

سادسا: منع الإسلام المساس بالنسب نهائيا، ولا يبطل نسب الطفل إلا بأمر استثنائي نادر وهو اللعان بين الزوجين، وعدّ الإسلام مجرد التهمة بالنسب أو التشكيك فيه موجبا لحد القذف الثابت بالكتاب، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾²، فحد القذف يسقط عن الزوج بإقامة اللعان بينه وبين زوجته إذا رماها بالزنا، لأنّ تضرر الزوج بدخول النسب الفاسد عليه أعظم من تضرره بحد القذف، وحاجته إلى نفيه عنه أشد من دفع الحد، فدل على أنّ مفسدة النسب الفاسد أعظم من مفسدة القذف ولهذا سقط الحد باللعان³.

الفقرة الثانية: أهمية النسب في السنة النبوية الشريفة:

ورد في السنة النبوية العديد من الأدلة التي تبين أهمية النسب وتؤكد على مشروعية هذا الحق بالنسبة للأطراف، ومن مظاهر عنايتها بالنسب ما يلي:

أولاً: جعل الزواج طريقا مشروعاً من طرق ثبوت نسب الولد، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»⁴ ووجه الدلالة من هذا الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزواج الصحيح طريقاً مشروعاً لثبوت نسب الولد الذي يكون ثمرة الزواج من الزوج، وفي ذلك دليل على أهمية النسب.

بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري): **مفاتيح الغيب - التفسير الكبير** - بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط3، 1420هـ، (ج20/ص331) (ج23/302)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، (ج10/ص253) (ج12/ص159).

¹ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي: **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ - 2000م، (ج1/ص457)

² سورة النور، الآية (4).

³ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: **زاد المعاد في هدي خير العباد**، بيروت، مؤسسة الرسالة، - الكويت، مكتبة المنار الإسلامية، ط27، 1415هـ/1994م، (ج5/ص361).

⁴ أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل بن بهرام عبد الصمد الدرامي (التميمي السمرقندي): **مسند الدارمي "سنن الدارمي"**، تحقيق: حسين سليم أسد الدراني، المملكة العربية السعودية، دار المغني للنشر والتوزيع، ط1، 1412هـ - 2000م، كتاب: النكاح، باب: الولد للفراش، رقم الحديث: (2281)، (ج3/ص1436).

وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال لنا النبي صلى الله عليه وسلم: «يا معشرَ الشباب من استطاعَ منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»¹. حث الحديث على الزواج ورغب فيه والحديث قد أشار إلى بعض مقاصد الزواج ومنها غض البصر وتحصين الفرج، وفي الزواج استجابة للفطرة التي خلقها الله عز وجل في الإنسان وحفظاً لبقاء النسل².

ثانياً: تحريم الزنا الذي هو أكبر هادم للنسب، فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خذوا عني، خذو عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مئة والرجم»³.

ثالثاً: تحريم انتساب الشخص لغير أبيه: فيه مسألتان:

1- انتسابه لغير أبيه رغبة عنه: بأن يعلم المنتسب أن هذا الشخص ليس أباً له، رغبة عن أبيه الحقيقي، فهذا حرام من الكبائر؛ لما ورد فيه من الوعيد؛ فعن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ مِنْ أَعْظَمِ الْفَرَى أَنْ يَدَّعِيَ الرَّجُلُ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ»⁴.

وعن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ - وَهُوَ يَعْلَمُهُ - إِلَّا كَفَرَ، وَمَنْ ادَّعَى قَوْماً لَيْسَ لَهُ فِيهِمْ، فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»⁵. وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم: «مَنْ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ فَقَدْ كَفَرَ، وَمَنْ ادَّعَى قَوْماً لَيْسَ هُوَ مِنْهُمْ فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»⁶. قال ابن حجر: في

¹ البخاري: صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب: النكاح، باب: من لم يستطع الباءة فليصم، رقم الحديث: 5065، (ج/7ص3). المسلم: صحيح المسلم، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، رقم الحديث: 1400، (ج/2ص1018).

² العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (ج/9ص190).

³ أبو الحسين بن مسلم بن الحجاج القشيري النسابوري: صحيح المسلم، لبنان، دار ابن حزم، (د ت ن)، كتاب: الحدود، باب حد الزنا، حديث رقم 1690، ص 747.

⁴ البخاري: صحيح البخاري، كتاب: المناقب، باب: نسبة اليمين إلى إسماعيل، رقم الحديث 3509، (ج/4ص180).

⁵ نفس المصدر، رقم الحديث: 3508، (ج/4ص180).

⁶ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري: صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، حقق أحاديثه وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، دار الصديق للنشر والتوزيع، ط4، 1418-1997م، (ج/1ص167). محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي ثم الديوبندي فيض الباري على صحيح البخاري، المحقق: محمد بدر عالم الميرتهي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1426هـ - 2005م، باب: 5، رقم الحديث 3508، (ج/6ص426).

الحديث تحريم الانتفاء من النسب المعروف والادعاء إلى غيره، وقيد في الحديث بالعلم ولا بد منه في الحالتين إثباتاً ونفيّاً؛ لأنّ الإثم إنّما يترتب على العالم بالشيء المتعمّد له. وقال ابن حجر: "والمراد بالكفر هنا؛ كفر النعمة أي جحد حق الأب، وقد يكون المراد بإطلاق الكفر: أن فاعله فعَل فعلاً شبيهاً بفعل أهل الكفر¹ من أهل الجاهلية الذين كانوا يعملون بالتبني، وقال النووي: "قيل فيه تأويلان أحدهما أنّه في حق المستحلّ، الثّاني أنّه كُفِرَ النّعمة والإحسان وحقّ الله تعالى حقّ أبيه، وليس المراد الكفر يُخْرِجُهُ من ملة الإسلام"²؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ جَدَّ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، اخْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْخَلَائِقِ فِي الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ»³.

2- الانتساب لغير الأب بغير قصد الانتفاء: إن كان يصح انتسابه إليه بوجه من الوجوه ولو على البعد فهذا لا حرج فيه لأنّ الله تعالى قال للعرب ﴿مَلَّةٌ أَيْكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج، الآية: 78]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «أَنَا دَعْوَةُ أَبِي إِبْرَاهِيمَ»⁴. وإبراهيم الخليل هو هو من أجداد النبي صلى الله عليه وسلم.

أما إن انتسب لمن لا يعرف أنه من آبائه أو أجداده؛ فلا يصح هذا الفعل؛ لأنّ فيه تغييراً للحقائق وكفراً لحق الأب والعشيرة؛ إذ جاء عن أبي ذر الغفار أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ»⁵، وفي حديث آخر: «وَمَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ، رَغْبَةً عَنْهُمْ. فَعَلَيْهِ

¹ - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379، (ج6/ص540).

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392هـ، (ج2/ص50).

³ - أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخرساني النسائي: السنن الكبرى، ط3، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، 2003، كتاب: الحدود، باب: ما يستدل به على أن السبيل هو جلب الزانيين ورجم الثيب، رقم الحديث 16907، ص405.

⁴ - أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (المعروف بابن البيع): المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ-1990م، باب: تفسیر سورة الأحزاب بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، رقم الحديث: 3566، (ج2/ص453).

⁵ - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري: صحيح البخاري، لبنان، دار ابن حزم، ط2009، 1، كتاب المناقب، باب من ادعى على غير أبيه، حديث رقم 3508، ص637.

لَعْنَةُ اللَّهِ، وَالْمَلَائِكَةِ، وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»¹، ووجه الدلالة في هذا الحديث أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى الأبناء عن الانتساب لغير آبائهم مع علمهم بذلك وعدّ هذا العمل من الأعمال التي تؤدي بصاحبها إلى الكفر.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا تَرْغَبُوا عَنْ آبَائِكُمْ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ أَبِيهِ فَهُوَ كُفْرٌ»².

فإن كان انتساب الشخص لغير أبيه رغبة عنه، بل لخوف من ظالم أو للتعريف، فالظاهر أنه تزول الحرمة ويبقى في حدود الكراهة؛ لأنّ هناك من الصحابة من نسب إلى غير أبيه، كالمقداد بن الأسود الذي نسب إليه، وإنّما هو المقداد بن عمرو، ومنهم من يدعى إلى غير مولاه الذي أعتقه كسالم مولى أبي حذيفة، وإنّما هو مولى امرأة من الأنصار وهؤلاء خيار الأمة؟ قيل: لا يدخل أحد منهم في معنى هذه الأحاديث، وذلك أن أهل الجاهلية كانوا لا يستتكرون ذلك أن يتبنى الرجل منهم غير ابنه الذي خرج من صلبه فنسب إليه، ولا أن يتولى من أعتقه غيره فينسب ولاؤه إليه، ولم يزل ذلك أيضاً في أول الإسلام حتى أنزل الله: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾³ ونزلت ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁴ فنسب كل واحد منهم إلى أبيه ومن لم يعرف له أب ولا نسب عرف مولاه الذي أعتقه وألحق بولائه عنه غير أنه غلب على بعضهم النسب الذي كان يدعى به قبل الإسلام، فكان المعروف لأحدهم إذا أراد تعريفه بأشهر نسبه عرفه به من غير انتحال المعروف به، ولا تحول به عن نسبه وأبيه الذي هو أبوه على الحقيقة رغبة عنه فلم تلحقهم بذلك نقيصة، وإنّما لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتبرئ من أبيه والمدعي غير نسبه، فمن فعل ذلك فقد ركب من الإثم عظيماً وتحمل من الوزر جسيماً، فإن قيل: فتقول للراغب في الانتماء إلى غير أبيه ومواليه كافر بالله كما روى عن أبي بكر الصديق أنه قال: كفر بالله ادعاء نسب لا يعرف وروي عن عمر بن الخطاب أنّه قال: كان مما يقرأ في القرآن: (لا ترغبوا عن آبائكم فإنه

¹ أخرجه أبو داود في سننه من حديث أبي هريرة، في تفریع أبواب الطلاق، كتاب الطلاق، باب التغليب في الانتقاء من الولد، حديث رقم 496، ص 216.

² البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب: من ادعى إلى غير أبيه، رقم الحديث: 6768، (ج 8/ص 156)، المسلم: صحيح المسلم، كتاب: الإيمان، باب: بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، رقم الحديث: 113، (ج 1/ص 80).

³ سورة الأحزاب، الآية (4).

⁴ سورة الأحزاب، الآية (5).

كفر بكم). قيل: ليس معناه الكفر الذي يستحق عليه التخليد في النار وإنما هو كفر لحق أبيه ولحق مواليه، كقوله صلى الله عليه وسلم في النساء: (يكفرن العشير) والكفر في لغة العرب: التغطية للشيء والستر له، فكأنه تغطية منه على حق الله عز وجل فيمن جعله له والداً، لا أن من فعل ذلك كافر بالله حلال الدم¹.

رابعاً: نهى النبي صلى الله عليه وسلم المرأة من أن تدنس الفراش أو أن تمكّن غير صاحب الفراش الشرعي من نفسها، حتى يصعب ما يعكر الأنساب، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعنة: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسٍ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يَدْخُلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ»²، وفي حديث آخر عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَشْتَدُّ غَضَبِ اللَّهِ عَلَى امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسٍ مِنْهُمْ، يَطَّلِعُ عَلَى عَوْرَاتِهِمْ وَيَشْرِكُهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ»³.

فإلحاق المرأة ولد الزنا بالزوج كبيرة من الكبائر؛ لما ورد فيه من الوعيد؛ ولما فيه من تزوير للحقائق، وخطأ للأنساب، وضياع لحقوق الزوج، وحقوق الورثة باشتراك ولد الزنا مع الورثة، وهو ليس منهم، وكفى بذلك الفعل إثماً مبيهاً⁴.

خامساً: تشريع الاستبراء لصيانة الأنساب وحفظها من الضياع والاختلاط، عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى على امرأة حامل دنا وقت ولادتها

¹ ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: شرح صحيح البخارى لابن بطلال، ط2، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، 1423هـ - 2003م، كتاب: الفرائض، باب: مَنْ أَدْعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، رقم الحديث: (ج8/ص382،383).

² ابن حبان محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي أبو حاتم الدارمي البستي: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بليان، ط2، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ - 1993م، رقم الحديث: 4108، كتاب: النكاح، باب: ثبوت النسب، (ج9/ص418)، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، [د ت ن]، كتاب: الطلاق، باب: التَّغْلِيظُ فِي الْإِنْتِفَاءِ، رقم الحديث: 2263، (ج2/ص279).

³ نور الدين الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب العربي، لبنان، 1988، كتاب الفرائض، باب فيمن الحقت بقوم من ليس منهم، رقم الحديث 225، ص 4.

⁴ محمد جميل محمد ديب المصطفى، استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، سنة 28، العدد: 32، ص 292.

قال: "لعله يريد أن يلم بها قالوا: نعم فقال رسول الله: لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟"¹.

وإذا كان الشارع قد احتاط لحفظ الأنساب من جهة النكاح، فإنه أيضا قد احتاط لحفظه من جهة ملك اليمين، فشرع الاستبراء فيه صيانة للأنساب، فالاستبراء في ملك اليمين نظير العدة في النكاح².

وهكذا تدل هذه الأحاديث النبوية الشريفة بمجموعها على أن النسب من الحقوق المهمة والمشروعة بالنسبة لأطرافه وخصوصا بالنسبة للمولود.

الفرع الثاني: أهمية النسب في التشريع الوضعي:

أما من جانب التشريعات (القوانين الوضعية) فنجد أن اعتناء التشريعات عموما بموضوع النسب كان ظاهرا، وذلك عن طريق تخصيص مواد محددة في القوانين لهذه الرابطة، وهم عموما قد سلكوا من أجل تحقيق ذلك اتجاهين:

الفقرة الأولى: الاتجاه الأول:

وهو ماسلكه المقنن الجزائري وكثير من مقنني الدول العربية التي تستمد قوانينها من الشريعة الإسلامية من هذه الناحية، إذ قامت هذه الدول بوضع قانون خاص بالأسرة وأحكامها يسمى غالبا بقانون الأحوال الشخصية³، إذ جعلت هذه القوانين بصورة عامة الهدف الأساسي من عقد الزواج التوالد والنسل وإنشاء العائلة⁴. وترتب على ذلك أحكاما كثيرة من أبرزها إثبات نسب المولود الذي يكون ثمرة لهذا العقد من طرفيه (الزوج والزوجة).

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم وطأ الحامل المسيية، رقم الحديث: 1441، (ج2/ص1065).

² - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، [د ط]، 1414هـ - 1993م، (ج13/ص152)

³ - أوان عبد الله الفيضي: الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني -دراسة مقارنة-، الكتاب الأول، مصر، الإمارات، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، 2017، ص223.

⁴ - وهو ما نصت عليه المادة (4) من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت فيها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". نصت المادة (10) من مدونة الأسرة المغربية على أن: "الزواج ينعقد بإيجاب أحد المعاقدين وقبول الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا...".

وهكذا تعترف هذه التشريعات بأهمية هذا الحق وتعدده حقا مشروعاً لأطرافه، ومصدراً لحقوق أخرى تتفرع عنه لا تقل عنه من حيث الأهمية لهذا نجد في هذه التشريعات العديد من النصوص التي تؤكد مشروعية هذا الحق الخاصة به، ومن هذه التشريعات:

أولاً: أهمية النسب في التشريع الجزائري:

1- عالج قانون الأسرة الجزائري الأحكام الخاصة بالنسب في الفصل الخامس من الباب الأول منه وتناول هذه الأحكام في ثمانية مواد هي (40-41-42-43-44-45-45 مكرر و46) حيث تناول في المواد (40-41-42-43) كيفية إثبات النسب فنصت المادة 40 على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

ونصت المادة 41 على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة». ونصت المادة 42 على أنه: « أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها 10 أشهر». ونصت المادة 43 على أنه: « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة».

وعالجت المواد (44-45) الأحكام الخاصة بالإقرار بالنسب فنصت المادة 44 على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

ونصت المادة 45 على أنه: « الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

أما المادة 45 مكرر تنص على أنه: « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

* أن يكون الزواج شرعياً.

* أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

* أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

ونصت عليه المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "الزواج عقد رجل بين وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

2- منع التبني وإبطال عقوده:

أ- منع التبني: منع التشريع الجزائري التبني بنص صريح في المادة 46 ق أ ج: « يمنع التبني شرعا وقانونا»، وعلى ذلك يمنع على الأفراد اللجوء إلى التبني ولا يجوء للقاضي الإذن فيه¹.

ومما جاء من قرارات المحكمة العليا: « من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا ومتى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا...»².

أقر قانون الأسرة الجزائري بمنع التبني، وعليه استقر القضاء، فهو من النظام العام في القانون الجزائري³، وهو ما اتفقت عليه القوانين العربية⁴ باستثناء المشرع التونسي الذي خرج عن هذا الإجماع بإباحة التبني⁵ متبعا في ذلك خطى الدول الغربية، مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ب- إبطال عقود التبني: ما استقرّ عليه القضاء الجزائري هو إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة بسبب مخالفتها للنظام العام، حيث تمتدّ سلطة القاضي في إبطال

¹ - باستثناء عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل والمتمم له بنص المادة 13 مكرر 1 في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان والتي تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي وتسمح للقاضي الجزائري أن يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فتكون المادة 46 ق أ ج تمنع التبني فإن هذا المنع في هذه المادة منصرف على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 122761، بتاريخ: 1994/06/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 155.

³ - إلا أن إباحة إسناد اللقب العائلي للطفل المكفول الذي ورد في المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في: 13 يناير 1992 المتمم للمرسوم 71-175 المؤرخ في: 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، أثار إشكالا، حيث خول الشرع للكافل إمكانية تسجيل المكفول لقب المكفول حسب المادة 2/1: " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده وذلك يقصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي.

⁴ - في التشريع المغربي من خلال المادة 149 من مدونة الأسرة حيث تقضي بأنه: " يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية". كما نص القانون الكويتي في المادة 167 على أنه: " لا يثبت النسب بالتبني". ينظر: بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 251.

⁵ - بمقتضى القانون رقم 27 لسنة 1958، المؤرخ في: 12 شعبان 1377، الموافق ل: 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية عدد 19 في الفصول الثامن والثالث عشر.

التبني إلى إبطال عقد الميلاد المتبني، باعتباره عقدا مزورا طبقا لنص المادة 47¹ من قانون الحالة المدنية.

جاء في قرار للمحكمة العليا: « يمنع التبني شرعا وقانونا. إنَّ تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالفة للقانون. وجاء في القرار أن الإلغاء يكون بناء على أحكام المادتين 46 و 47...»².

وإذا كان المشرع الجزائري قد منع التبني، لما فيه من مفسد، فقد أقرّ تبعا لأحكام الشريعة الإسلامية نظاما بديلا للتبني هو: الكفالة³ حيث الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب⁴ فيحتفظ فيها الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية⁵.

ثانيا: أهمية النسب في التشريع المقارن:

لا تختلف قوانين الأحوال الشخصية العربية عن القانون الجزائري في تأكيدها على مشروعية النسب واعتباره من الحقوق المهمة والثابتة لأطرافه لذا نجد في هذه القوانين العديد من النصوص التي تؤكد مشروعية هذا الحق وتضع الأحكام الخاصة به⁶، ومن هذه القوانين: القانون المغربي⁷ والقانون التونسي¹ والقانون المصري².

¹ قانون الحالة المدنية الجزائر، الصادر بالأمر 70-20 المؤرخ في: 19 فبراير، ج، ر، عدد 21، المؤرخة في: 27 فيفري 1970، المعدل والمنتتم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في: 20 أوت 2014، (ج، ر عدد 49)، المؤخة في: 20 أوت 2014.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 246924، بتاريخ: 2001/11/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص2، أشار إليه: نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة- على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص106.

³ الكفالة هي التزام على وجه التبزع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية وعناية قيام الأب بابنه نص المشرع الجزائري على أحكامها في قانون الأسرة، في المواد من 116 إلى غاية 125 منه.

⁴ المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ تنص المادة 64 على أنه: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء بعين الطفل بمجموعة من الأسماء تأخذ آخرها كلقب عائلي".

⁶ تلافيا للتكرار فإننا نقتصر على ذكر أرقام هذه النصوص وذلك للحاجة إلى ذكرها بصورة مفصلة في المباحث اللاحقة.

⁷ ينظر: المواد (142 - 162) من مدونة الأسرة المغربية فخص موضوع البنوة في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثالث من المدونة (المواد 142 إلى 149) وخصص الباب الثاني إلى موضوع النسب (150 إلى 162) من مدونة الأسرة المغربية 07/03 المؤرخة في: 3 فبراير 2004، (ج، ر العدد: 5184) بتاريخ: 25 فبراير 2004.

ولقد تجسدت هذه التشريعات في الواقع العملي والتطبيقي لدى القضاء، فجاءت قرارات القضاء مؤكدة هي الأخرى على أهمية المحافظة على الأنساب وصيانتها من الفساد والضياع والاضطراب، وأن لا يتم نفي النسب إلا بأقوى الأسباب والأدلة القاطعة، فقد ورد في هذا الخصوص وفي قرار لإحدى محاكم الأحوال الشخصية في الجزائر أنه "من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ... أنّ العلاقة كانت تربط بين طرفين علاقة غير شرعية إذا اعترف كلاهما بأنه يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"³.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي قضت بموجبه على أنه: «... ومن المقرر أيضا أنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه وخلال المدة المقررة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي تعتبر دليلا قاطعا.

ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي، مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب...»⁴.

¹ - ينظر المواد (68-76) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

² - ينظر المادة (15) من القانون رقم: 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 المتضمن القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، والمادة (07) من القانون رقم: 1 لسنة 2000 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 91 لسنة 2000 المؤرخ في: 22 شوال 1420 الموافق ل: 29 يناير 2000، المتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

³ - المجلس الأعلى، غ أ ش، المؤرخ في : 1984/10/08، رقم الملف: 35084، أشار إليه: رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص228.

⁴ - راجع في ذلك: العديد من القرارات في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 64، أشار إليه: فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما بإجتهادات المحكمة العليا، مطبعة طالب، 2008/2007، ص24.

الفقرة الثانية: الاتجاه الثاني:

وهو اتجاه مقنني الكثير من الدول الغربية منها التشريع الفرنسي، إذ قامت هذه التشريعات بتخصيص مواد من القانون المدني خاصة لأحكام الأسرة والنسب، ولم تقم بجمع هذه الأحكام في إطار قانون خاص كما هو الحال عليه مع أصحاب الاتجاه الأول¹. وبهذا يتضح لنا أهمية النسب، سواء في الشريعة الإسلامية أم في القوانين الوضعية أم في الواقع التطبيقي في القرارات القضائية للمحاكم.

المبحث الثاني: مفهوم ولد الزنا:

إن تحديد المفهوم الشرعي والقانوني لولد الزنا، يستدعي أولاً تعريف كلمة الولد، ثم تعريف الزنا؛ كي نصل في النهاية إلى تعريف مصطلح ولد الزنا؛ بعد أن صار شعاراً للدلالة على إنسان مخصوص، ثم نتبع ذلك بمطلب ثان، نميز فيه بين ولد الزنا وبعض الأشخاص الذين

¹ - ينظر المواد (312-370) من القانون المدني الفرنسي.

يشابهونه في وجهه، ولكنهم يختلفون عنه في الحقيقة، ولذلك فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف ولد الزنا:

لما كان القصد من هذا البحث هو الوقوف على الحكم الشرعي والتشريعي من تنسيب ولد الزنا للزاني، فإنه من الأهمية بمكان أن نحدد المقصود بمصطلح (ولد الزنا)، ضف إلى ذلك أنه لما كان هذا المولود ناتجا عن هذه العلاقة الآثمة (الزنا) فيحسن بنا أن نعرض بشيء من الإيجاز لبيان حكم الزنا وهذا ما سيتم التعرض له فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا باعتبار التركيب والإضافة:

ولد الزنا مركب إضافي مكون من كلمتين " ولد - الزنا"، ومعرفة المركب تتوقف على معرفة جزأيه، سنبدأ بذكر تعريف الولد، ثم نذكر تعريف الزنا.

الفقرة الأولى: تعريف الولد لغة واصطلاحاً:

سأتناول في هذه الفقرة تعريف الولد من عدة أوجه على النحو التالي:

أولاً: تعريف الولد لغة: الولد: يقال للواحد والجمع والصغير والكبير¹، وهو يطلق على الذكر والأنثى والمثنى والجمع².

قال تعالى: ﴿إِنْ كَانَ لَهُ وُلْدٌ﴾³، ويقال للمتبني ولد، قال تعالى: ﴿أَوْ نَتَّخِذْهُ وُلْدًا﴾⁴، والوليد يقال لمن قرب عهده بالولادة وإن كان في الأصل يصح لمن قرب عهده أو بعد. وجمع الولد أولاد، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَاللَّهُ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾⁵. وفي معجم مقاييس اللغة: الواو واللام والداد أصل صحيح، وهو دليل النجل والنسل⁶.

¹ - الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 306.

² - أحمد مختار عبد الحميد عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429هـ-2008م، مادة (ول د)، (مج1/2493).

³ - سورة النساء، الآية (11).

⁴ - سورة القصص، الآية (9).

⁵ - سورة التغابن، الآية (15).

⁶ - أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: مقاييس اللغة، مرجع سابق، (6/143).

ثانيا: تعريف الولد اصطلاحا: نتعرض لتعريف الولد من حيث الاصطلاح الفقهي والتشريعي

1- في الاصطلاح الفقهي: يطلق الولد في الاصطلاح الفقهي على النسل؛ شاملا للذكر والأنثى لأن الولد اسم للمولود، وهو يتناول ذلك كله، وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي، كما يشمل أبناء الأبناء وإن سلفوا¹.

« إن الولد يطلق عليه صبي وطفل إلى أن يبلغ وأما ما ذكره بعض أهل اللغة وجزم به غير واحد أن الولد يقال له: جنين حتى يوضع ثم صبي حتى يفطم... فلا يمنع إطلاق شيء من ذلك على غيره مما يقاربه تجوزا»²، إذ يمكن القول بأن كلمة ولد تطلق على الإنسان من حين الولادة إلى البلوغ.

2- في الاصطلاح التشريعي: تباينت التشريعات المعاصرة في استعمالها للاصطلاح عن الطفل وذلك لعلاقة التعريف بالمسؤولية الجنائية والعلاقات القانونية والتكليف الشرعي، فنرى أنه استعمل لفظ الطفل ولفظ الحدث، واستعمل لفظ القاصر. فالمشرع الجزائري لم يحدد تعريفا صريحا للطفل إلا أن مفهومه يمكن استخلاصه من مجموعة من المواد القانونية :

1- القانون المدني³: نصت المادة 42 منه الفقرة 2 «...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة».

ونصت المادة 40 في الفقرة 2 : « أن سن الرشد تسعة عشر سنة (19) سنة كاملة».

2- وهذا ما أكد عليه قانون الجنسية⁴: نصت المادة 4 منه : « أنه يقصد بسن الرشد في مفهوم هذا القانون سن الرشد المدني».

¹ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، [د ط]، [د ت ن]، (ج4/461).

² أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي: فتح الباري شرح صحيح البخاري، [د ط]، دار المعرفة، بيروت، 1379، ج2/205

³ القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية(النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي)، 2013، 2014، بيري، الجزائر، صدر طبقا للأمر 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395م الموافق لـ 26/09/1975 م متضمن قانون مدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

⁴ الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 متضمن قانون الجنسية المعدل و المتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005م.

3- قانون الأسرة¹: في المادة 7 منه نصت على أنه: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بنتمام 19 سنة .».

أما المادة 86 من نفس القانون فقد نصت على أنه: « من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية .».

4- قانون العقوبات²: نصت المادة 49 منه على أنه: «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية، ويخضع القاصر الذي لم يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة .».

5- قانون حماية الطفل³: إذ نصت المادة 02 منه في الفقرة 1 أنه: «الطفل هو كل شخص لم يبلغ ثمانية عشر (18) سنة كاملة، ويفيد مصطلححدث نفس المعنى»⁴.

من خلال ما تقدّم في هذا العنصر وبعد تتبعنا لمختلف النصوص التشريعية في ما يتعلق بتحديد مصطلح الطفل رأينا كيف تعامل المشرع الجزائري مع مسألة تحديد سنّ الرشد للحدث الجانح أو في حالة خطر معنوي من جهة، وتحديد سن الضحية من جهة أخرى، وبالتالي اتّضح لنا التنوّع في الأحكام وإن كان لديها ما يبررها من الناحية العملية غير أنّنا نقترح

¹-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

²-قانون رقم 06/23 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر 66/156 المؤرخ في: 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 43، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006، كما تم تعديله بقانون رقم 02-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016.

³-القانون رقم 15/12 المؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015، ص5.

⁴-وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري تطرق في المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية، الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم "يكون بلوغ سن الرشد الجزائري في تمام الثامنة عشر ."

كما أطلق كذلك لفظ الحدث على الطفل في نص المادة 444 ق إجراءات جزائية :«لا يجوز في مواد الجنايات والجنح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ 18 إلا تدابير أو أكثر من تدابير الحماية والتهديب" معناها أنه يعتبر طفلا من لم يبلغ سنة 18 سنة.

وتنص كذلك في قانون الطفولة والمراهقة أمر 72-03 مؤرخ في 10/02/1972 الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 22/02/1972 م في المادة الأولى منه :«أن القصر الذين لم يكملوا الواحد و العشرين عاما وتكون صحتهم وأخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضرا بمستقبلهم يمكن إخضاعهم لتدابير الحماية والمساعدة التربوية"، طبقا لنص المادة الطفل من لم يبلغ سن 21 سنة.

على المشرّع الجزائري التدخّل مرّة أخرى من أجل توحيد قدر الإمكان مثل هذه الأحكام، وسيّما صدور قانون حماية الطفل الذي يفترض معه أنّ المشرّع قد استدرك هذا القصور.

الفقرة الثانية: تعريف الزنا وبيان الحكمة من تحريمه:

أولاً: تعريف الزنا لغة واصطلاحاً:

1- تعريف الزنا لغة: مصدر من الفعل الثلاثي زنا، وورد في كتاباتها المد والقصر،

والقصر لغة أهل الحجاز وبها ورد القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَ﴾¹،

والزنا ممدود، وهي لغة أهل نجد وقيل لبني تميم منهم خاصة².

هذه المادة من حيث تصريفها اللغوي أما من حيث معناها في لغة العرب فهي تطلق

على ثلاث معان³:

الأول: الزنا بمعنى: الضيق ومنه قيل للحاقن (زنا) بوزن (جبان) لأنه يضيق ببوله. **الثاني:**

الزنا المعروف، وهو وطء المرأة من غير عقد معتبر ولا شبهة⁴.

الثالث: قد يطلق الزنا على ما دون الوطء للمرأة الأجنبية ونحوها كما في حديث أبي هريرة

رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ حَظَّهُ

مِنَ الزَّيْنِ، أَدْرَكَ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، فَرْنَا الْعَيْنَ النَّظْرُ، وَزَيْنَا اللِّسَانَ الْمَنْطِقُ...»⁵.

2 - تعريف الزنا اصطلاحاً:

¹ - سورة الإسراء، الآية 32.

² - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (زنى)، (ج14/ص359) وما بعدها؛ الزبيدي: **تاج العروس**، (ج38/ص225) وما بعدها؛ الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، فصل الزاي، ص 1292، بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد: **الحدود والتعزيرات عند ابن القيم**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، 1415 هـ، ص 90، 91، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دمشق، دار القلم، دار الشامية، ط1، 1412 هـ، ص 384. الرازي: مقاييس اللغة، (ج3/ص27، 26).

³ - بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد: **الحدود والتعزيرات عند ابن القيم**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، 1415 هـ، ص 90، 91.

⁴ - أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دمشق، دار القلم، دار الشامية، ط1، 1412 هـ، ص 384. الرازي: مقاييس اللغة، (ج3/ص27، 26).

⁵ - البخاري: **صحيح البخاري**، كتاب: الإستئذان، باب: زنا الجوارح دون الفرج، رقم الحديث: 6243، (ج8/ص54). مسلم: صحيح مسلم، كتاب القدر، باب: باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، رقم الحديث: 2657، (ج4/ص2046).

أ- الزنا في الاصطلاح الفقهي:

أ-1- عند فقهاء الشريعة: لم يتفق الفقهاء على معنى الزنا الذي يستوجب الحد، والسبب يرجع إلى اختلافهم في العناصر والأركان والشروط التي يجب توفرها لكي يوصف الفعل بالزنا:

أ-1-1- عرفه المالكية بأنه: « وطاء مسلم فرج آدمي مكلف لا ملك له فيه باتفاق تعدا»¹.

أ-1-2- عرفه الشافعية بأنه: « إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتبهى يوجب الحد، ودبر ذكر وأنثى كالقبل على المذهب»².

أ-1-3- عرفه الحنابلة بأنه: « هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر»³.

أ-1-4- عند الحنفية أنه: « وطاء مكلف في قبل مشتبهة خال عن الملك وشبهته »⁴.

التعريف المختار: مما يؤخذ على التعريفات السابقة بمجملها، أنها بدأت التعريف بلفظ نكرة وهي كلمة (وطء)، إضافة إلى الجهل بمن يمارس الوطاء وصفته وأهليته، وبعد استعراض لأراء الفقهاء، توصلت إلى ترجيح تعريف الحنفية وهو أن الزنا: « الوطاء في قبل خال عن ملك وشبهة»⁵.

¹ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف (بالحطاب الزعيني المالكي): **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، ط3، 1992/1412، (ج6/ص290-291)، صالح عبد السميع الآبي الأزهرى: **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل**، بيروت، المكتبة الثقافية، [د ط]، [د ت ن]، (ج2/ص283).

² شمس الدين محمد بن أحمد (الخطيب الشربيني): **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م، (ج5/ص442). النووي: **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 1425هـ-2005م، (ج1/ص295)

³ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس: **دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ط1، عالم الكتب، 1414هـ/1993م، (ج3/ص343).

⁴ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، [د ت ن]، (ج3/ص106) و(ج5/ص3).

⁵ شرح التعريف: قولنا (الوطء): يخرج به ما دون الوطاء من التقبيل واللمس.

وقولنا (في القبل): يخرج به الوطاء في الدبر وهو اللواط.

وقولنا(خال عن الملك): أي: نكاح أو ملك اليمين، يملك به الزوج أو السيد حق الاستمتاع بالمرأة.

وقولنا (شبهة): أي: شبهة نكاح أو شبهة ملك بأن يقع منه الوطاء في حال يعتقد فيها إباحة الوطاء له بما يعذر مثله فيه، كما لو زفت إليه غير زوجته، وقيل هذه زوجتك، فوطئها يعتقدها زوجته، فليس بهذا زنا ولا حد عليه بالإجماع ، وكذلك لو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته أو جاريتها فوطئها أو دعا زوجته أو جاريتها فجائته غيرها فظنها المدعوة فوطئها أو اشتبه

أسباب الاختيار: أن كلا من المالكية والشافعية والحنابلة جعلوا الزنا شاملا للوطء في القبل والدبر، والدبر ليس محلا للإتيان بالولد، وإتيان الدبر يسمى لواطاً، ولم يفرقوا بين ذكر وأنثى كما فعل الشافعية. ونلاحظ أيضاً أن الفقهاء رغم اختلافهم في تعريف الزنا إلا أنهم يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد، ومعنى هذا أنهم متفقون على أن لجريمة الزنا ركنين: أولهما: الوطء المحرم، وثانيهما: تعمد الوطء أي القصد الجنائي¹.

أ-2- عند فقهاء القانون: لم تضع القوانين الوضعية تعريفاً لفعل الزنا، وإنما حددتها بصيغ وبعبارات مختلفة.

فقد عرّفها البعض من فقهاء القانون بأنّها: « ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها خلال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً»².
كما عرّفها مروان: « أنّها تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء»³.
وعرف أيضاً بأنه: « اتصال شخص متزوج اتصالاً جنسياً بغير زوجه»⁴.

ولقد جاء في الموسوعة الكبيرة الفرنسية "بورداس" على أنّ الزنا: « علاقة جنسية لشخص متزوج خارج إطار الزواج. ويميز بين نوعين من الزنا: زنا بسيط "ADULTERE SIMPLE" وهو الزنا الذي يرتكبه الشخص المتزوج مع شخص غير متزوج، وزنا ثنائي "ADULTERE DOUBLE" وهو زنا يرتكبه شخص مع شخص متزوج»⁵.

ب- في الاصطلاح التشريعي: وبالرجوع إلى أغلب التشريعات والقوانين لا نجد تطرقت إلى تعريف الزنا، أما تركت ذلك للفقهاء وهو الأصل؛ لكنها نصت على تجريم فعل الزنا على

عليه ذلك لعماء فلا حد عليه. ينظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنائز الدقائق، (ج5/ص4)؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص118)، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر، دار الكتب العلمية، ط2، 1986، (ج2/ص264).

¹ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، بيروت، دار الكتاب العربي، [د ط] [د ت ن]، (ج2/ص349). محمد حسن قنديل: اثبات الزنا بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، دار الأزهر للطباعة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، [د ط]، [د ت ن]، ص 718 و719.

² أحمد حافظ نور: جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، مطبعة نهضة مصر، ط1، 1958، ص 9.

³ عبد الحكيم فودة: الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، مصر، دار الكتب القانونية، [د ط]، 2000، ص 605.

⁴ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص-، [د ط]، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1991، ص 456.

⁵ ينظر: منصور المبروك: الخيانة الزوجية في القانون الجزائري -دراسة تحليلية-، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، 2014، عدد10، ص 160.

أساس حماية العلاقة الزوجية، إذ لا تعتبر القوانين العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة زنا ما لم يكونا متزوجين أو أحد أطراف العلاقة على الأقل متزوجا، وقد تناولت القوانين جريمة الزنا ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، على اعتبار أن الفعل ينتهك الرابطة الزوجية لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة.¹

ب-1- في التشريع الجزائري: على غرار غالبية التشريعات لم ينص على تعريف الزنا، وإنما نظم أحكامها ضمن المادة 339 من قانون العقوبات،² والتي نصت على: « يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة».

ب-2- في التشريع المقارن: نتطرق لكل من التشريع المغربي والتونسي والمصري:

ب-2-1- التشريع المغربي: جاء في الفصل 491 من القانون الجنائي المغربي: « يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناءً على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه»³.

ب-2-2- التشريع التونسي: الفصل 236 من المجلة الجنائية التونسية نصت على أن: « زنا الزوج أو الزوجة يعاقب عنه بالسجن مدة خمس أعوام وبخطية قدرها خمسمائة دينار. ولا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة الذين لهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب»⁴.

¹ علي عدنان الفيل، نوفل علي عبد الله الصفو: جريمة الزنى في القوانين الوضعية -دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مقال منشور بمجلة جامعة القدس للأبحاث والدراسات، العراق السنة التاسعة، 2008، عدد12، ص166.

² القانون رقم10/14 المؤرخ في: 2014/04/16 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر ج. ر. ج بتاريخ: 2014/04/16، العدد 7.

³ العلمي عبد الواحد: شرح القانون الجنائي المغربي القسم الخاص-، المغرب، الدار البيضاء، ص 217.

⁴ نقح بالقانون عدد1، لسنة 1986، المؤرخ في: 8 مارس 1968، بوابة التشريع، تونس، البوابة الوطنية للإعلام القانوني، تاريخ: 28 أبريل 2020، على الساعة: 19:11.

ب-2-3- التشريع المصري: نصت المادة 277 من قانون العقوبات المصري على جريمة الزنا بقولها: « كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازي بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر»¹.

نلاحظ أن المشرع المغربي، أقرب إلى الشريعة الإسلامية، إذ أنه عاقب كل شخص ذكرا كان أم انثى، متزوجا كان أم غير متزوج² في حال إقدامه على هذا الفعل المجرم، خلافا للمشرعين الجزائري والتونسي إذ لم يعاقبا على كل وطء غير حلال، وإنما قصر العقاب على فعل يحصل من شخص متزوج على اعتبار أن فيه انتهاك لحرمة الزوج الآخر. أما المشرع المصري فقد ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث لا تقوم الجريمة بالنسبة للزوج، إلا إذا وقع في بيت الزوجية. بينما تعد الزوجة مرتكبة لجريمة الزنا إذا ارتكبتها في أي مكان، وتعاقب من بالحبس لمدة سنتين، أما الزوج فيعاقب لمدة لا تتجاوز ستة أشهر.

ثانيا: حكم الزنا والحكمة من تحريمه: لقد حارب الإسلام العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة، واعتبر ذلك خروجاً عن الإطار الصحيح الذي رسمه لقضاء الوطر في الحل، حيث حرم الزنا واعتبره جريمةً بشعةً وفاحشةً متناهية في القبح، وكبيرة من الكبائر التي توجب العذاب لصاحبها في الدنيا والآخرة، وحكم على صاحبه بعقوبة صارمة، وذلك حفاظاً للطفولة من الضياع وللأنساب من الاختلاط، حيث يولد الوليد من غير أب شرعي، محروماً من الرعاية والعناية والتهديب، وحتى لا يوجد لقطاع متشردون في الشوارع، وقال الدكتور السعودي: "الزنا تكون حصيلته توليد نسمة عالية على المجتمع فاقدة أحضان الأبوين وحنانها، ومتجردة من كل القيم الأخلاقية الحاصلة من آثار رعايتهما"³. وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

¹ - قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المؤرخ في: 23 جمادي الأول 1356، الموافق ل: 31 يونيو 1937، طبقاً لآخر تعديل سنة 2018، ينظر: جلال الدين بانقا أحمد: «جرائم العرض والآداب العامة والسمعة فقهاً وقضاءاً وتشريعاً»، مقال منشور في مجلة جامعة شندي، 2011، العدد 10، ص 30.

² - الملاحظ هنا أن الشخص الذي يقترب فعل الزنا إذا كان غير متزوج اعتبر مرتكباً لجريمة الفساد وفقاً للمادة 490 من القانون الجنائي المغربي التي تقول: "كل علاقة بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تكون جريمة الفساد، ويعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة". أما إذا كان الفاعل متزوج، فإنه يعد مرتكباً لجريمة الخيانة الزوجية طبقاً للمادة 491 من نفس القانون. ينظر عبد الواحد العلمي: شرح القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 211.

³ - عبد المالك عبد الرحمن السعودي: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، بغداد، دار الأنباء، ط3، 1989، (ج1/ص357).

1- **حكم الزنا:** الزنا حرام، وهو من الكبائر ومحرم في جميع الشرائع السماوية، وفيما يلي ذكر الأدلة على ذلك من الكتاب والسنة النبوية والإجماع:
أ- من الكتاب:

أ-1- آيات وصف الزنا بالفاحشة قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا¹، ووجه الدلالة في الآية أن الله عز وجل نهى عن الاقتراب من الزنا، ووصفها بالفاحشة، لا تستحسنها العقول، فتعلق التحريم بها لفاحشتها².

وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ³، وجه الدلالة في الآية أن الله حرم الفواحش الظاهرة والباطنة، والفاحشة الباطنة، فسرها عبد الله بن عباس بأنها الزنا⁴.

أ-2- آيات حرمة الزواج بالزاني: قال تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةَ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ⁵ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ⁶، والنكاح هنا ليس بمعنى الزواج كما ورد في مبحث الزواج بل هو بمعنى الوطء، فعن سفيان الثوري: « ليس هذا بنكاح، وإنما هو الجماع، لا يزني بها إلا زان أو مشرك⁶».

أ-3- آيات عقاب الزاني في الدنيا: إن أول آية نزلت في القرآن الكريم بعقوبة الزنا هي قوله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنَّهَا مِنْكُمْ فَتَادُوهُمَا⁷ فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا⁸ إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا⁷، قال تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةَ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ⁸ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ⁸، ورد في هذه الآية الحكم الصريح

1- سورة الإسراء، الآية (32).

2- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: تفسير القرآن العظيم - تفسير ابن كثير، التحقيق: محمد حسين شمس الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419، (ج5/ص72).

3- سورة الأعراف، الآية (33).

4- ينظر: البعوي: تفسير البعوي، (ج3/ص226).

5- سورة النور، الآية (02).

6- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج6/ص9).

7- سورة النساء، الآية (16).

8- سورة النور، الآية (02).

الصريح فيما يختص بالزنا، وقد بدأ الله سبحانه وتعالى بالمرأة قبل الرجل لفائدتين: "إحداهما: أن الزنا في المرأة أعرّ لأجل الحمل، فصدر بها لعظيم ما لها من فاحشة، والثانية أن الشهوة في المرأة أكثر، فصدر بها تغليظاً لردع شهوتها، وإن كان قد ركب فيها حياءً، ولكنها إذا زنت ذهب الحياء"¹.

أ-4- آيات عقاب الزاني في الآخرة: بيّن الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم عقاب الزاني في الآخرة فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ² وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا³﴾. ففي هذه الآية بيان حال الزاني في الآخرة، روي عبد الله بن عمرو أنه قال: أثاماً: واد في جهنم، وقال عكرمة: "يلق أثاماً" أودية في جهنم يعذب فيها الزناة، وكذا روي عن سعيد بن جبير ومجاهد³.

ب- من السنة: لقد جاءت السنة النبوية مؤكدة للقرآن الكريم، وحفلت بنصوص كثيرة تأمر بالعفاف وحفظ الفرج وتحرم الزنا بأساليب متنوعة، ومن ذلك:

ب-1- اعتبار الزنا من الكبائر: فيما جاء عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قال: «قلت يارسول الله: أي الذنب أعظم؟ قال: أن تجعل لله نداً وهو خلقك، قلت: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك من أجل أن يطعم معك، قلت: ثم أي؟ قال: أن تزني حليلة جارك⁴». وهنا بين الحديث أعظم الذنوب ومنها الزنا، والزنا محرمة بأنواعها وأشدّها حرمة زنا بزوجة الجار.

ب-2- زوال إيمان الزاني: عن سعيد بن أبي سعيد أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا زَنَى الْعَبْدُ خَرَجَ مِنْهُ الْإِيمَانُ، وَكَانَ كَالظُّلَّةِ، فَإِذَا انْقَلَعَ مِنْهَا رَجَعَ إِلَيْهِ الْإِيمَانُ»⁵، فإذا ارتكب الزنا يسلب منه الإيمان ويخرج، فإذا فارقتها عاد إليه.

¹ - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي: أحكام القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ - 2003، (ج3/ص333).

² - سورة الفرقان، الآية (68).

³ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج6/ص126).

⁴ - البخاري: صحيح البخاري، كتاب: المحاربيين من أهل الكفر والردة، باب: إثم الزناة، رقم الحديث: 6811، (ج8/ص164).

⁵ - أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (المعروف بابن البيع): المستدرک علی الصحیحین، التحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1411 - 1990، رقم الحديث: 56، (ج1/ص72). وقال هذا حديث صحيح على شرح الشيخين.

ما جاء عن أبي هريرة، قال: قال صلى الله عليه وسلم: «لَا يَزْنِي الزَّانِي حِينَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَسْرِقُ حِينَ يَسْرِقُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَشْرَبُ حِينَ يَشْرَبُهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَالتَّوْبَةُ مَعْرُوضَةٌ بَعْدُ»¹. ووجه الدلالة أن الزنا ينزع الإيمان من القلب.

وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «يا أمة محمد، ما أحد أغير من الله أن يرى عبده أو أمته تزني، يا أمة محمد، لو تعلمون ما أعلم، لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيرا»².

ج- من الإجماع: الإجماع مصدر من مصادر الشريعة المتفق عليها، وقد نقل الإجماع على تحريم الزنا³، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁴. قرن الله ورسوله الزنا بالقتل لأن مفسدته تلي مفسدة القتل، فهي منافية لمصلحة النظام العام في حفظ الأنساب وحماية الفروج، وصيانة الحرمات، وتوقي ما يوقع أعظم العداوة والبغضاء بين الناس، من إفساد كلّ منهم امرأة صاحبه وابنته وأخته وأمه⁵.

كما أجمعت الأمة على أن الزنا حرام وهو من الكبائر بل اتفقت على تحريمه وذم فاعله جميع الملل والشرائع السابقة، قال الخطيب الشربيني: «واتفق أهل الملل على تحريمه وهو من أفحش الكبائر ولم يحل في ملة قط ولهذا كان حده أشد الحدود لأنه جناية على الأعراس والأنساب»⁶.

2- الحكمة من تحريم الزنا: هناك عدة مقاصد من تحريم الزنا منها⁷:

أ- المحافظة على المجتمع من الوقوع في المفاصد المهلكة، لأن انتشار الزنا بالمجتمع يؤدي إلى انتشار الفساد الأخلاقي، ومنه حدوث الدمار والهلاك في المجتمعات والأمم

¹ البخاري: صحيح البخاري، كتاب: الحدود، باب: إثم الزنا، رقم الحديث: 6810، (ج/8ص164).

² البخاري: صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: الغيرة، رقم الحديث: 5221، (ج/7ص35).

³ ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم: منار السبيل في شرح الدليل، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط7، 1409 هـ-1989م، (ج/2ص365).

⁴ سورة الإسراء، الآية (32).

⁵ أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: الداء والدواء، حققه: محمد أجمل الإصلاحي، مكة المكرمة، دار عالم الفوائد، ط1، 1429 هـ، ص260، 261.

⁶ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، التحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، بيروت، دار الفكر، [د ت ن]، (ج/2ص520).

⁷ أمين حسين يونس: أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة، ط1، 1431 هـ-2010، ص44.

والحضارات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تزال أمتي بخير ما لم يفش ولد الزنا، فإذا فشا فيهم ولد الزنا، فيوشك أن يعمهم الله عز وجل بعقاب»¹، وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: «ما ظهر الغلول في قوم قط إلا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط إلا كثر فيهم الموت»².

ب- المحافظة على الأعراض وصيانة الأسر من الضياع، ففعل الواحد يمتد أثره إلى كافة الأسرة والعشيرة وإفراغ الزوج شهوته بعيدا عن زوجته، قد يترتب عنه إغفال حق الزوجة منه، وقد تبحت هي الأخرى عن ملاذ لرغباتها خارج إطار الزوجية، وقد ينجر عن هذا الشك في نسب الأولاد وغيرها من الأمور التي لا يحمد عقباها.

ج- حفظ الأنساب، يؤدي الزنا وانتشاره إلى كثرة أولاد الزنا الذين لا ينتسبون إلى أحد، لا إلى والد، ولا إلى عشيرة يستمدون منها القوة، ولا إلى قبيلة يتناصرون بها، وبذلك يضيع التناصر الذي يكون موجودا بين القبائل التي تكونها مجموعة الأفراد، ويفقد التعاون الذي أراه الله سبحانه قال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا³ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَمُ³ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ³».

د- حفظ النسل، ذلك أن الزنا يؤدي إلى عزوف هؤلاء الزناة عن الزواج، لوجود سبل أخرى لقضاء غرائزهم وكذلك محاولة الزانية التخلص من الحمل خوف الفضيحة، وما ينجر عنه من إبادة للجنس البشري.

و- تأثير الزنا على مرتكبه من الناحية الروحية، ففعل الزنا يؤدي إلى خروج الإيمان من قلب الزاني وعدم استجابة دعائه، وينجر فيها الزاني إلى إشباع نزواته ورغباته، فتعم حياته الفوضى، وتفارقه الطمأنينة والسعادة، وينال سخط الله وغضبه، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إياكم والزنا، فإن فيه أربع خصال: يذهب البهاء عن الوجه ويقطع

¹- أحمد بن حنبل: **المسند**، دار الفكر، بيروت، ط1، 1991، رقم الحديث: 26894، (ج10/ص246).

²- مالك بن أنس: **الموطأ**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1985، كتاب: الجهاد، باب: الغلول في سبيل الله، رقم الحديث: 26، (ج2/ص460).

³- سورة الحجرات، الآية (13).

الرِّزْقُ وَيُسْنَخُ الرَّحْمَنُ وَيُوجِبُ الْخُلُودَ فِي النَّارِ»¹، ويقول ابن قيم الجوزية: "والزنا يجمع خلال الشر كلها؛ من قلة الدين، وذهاب الورع وفساد المروءة، وقلة الغيرة، فلا تجد زانيا معه ورع ولا وفاء بعهد، ولا صدق في حديث، ولا محافظة على صديق، ولا غيرة تامة على أهله"².

الفقرة الثانية: تعريف ولد الزنا باعتبار المصطلح والعلمية:

بعد أن عرضنا للتعريف بمصطلحي "ولد- الزنا" يمكننا القول أن ولد الزنا: هو المولود الذي أتت به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة وهذا ما نستعرضه من خلال الاصطلاح الفقهي والتشريعي.

أولاً: ولد الزنا في الاصطلاح الفقهي:

1- عند فقهاء الشريعة: حاولت تتبع هذا المصطلح في الكتابات الفقهية، فوقفت على التعريفات التالية:

أ-1- فقد عرّفه وهبة الزحيلي بقوله: « هو الولد الذي تأتي به أمه عن طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة»³.

أ-2- وعرّفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: « الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة»⁴. وفي موضع آخر: هو الولد الذي تأتي به أمه من سفاح لا من نكاح⁵.

2- عند فقهاء القانون:

أ- عرفه الفقه العربي على أنه: « الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السفاح، أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرجل والمرأة،

¹- إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي: كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، القاهرة، مكتبة القدسي، [د ط]، 1351 هـ، رقم الحديث: 858، (ج1/ص273). الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب: الحدود والديات، باب: ذم الزنا، رقم الحديث: 10533، (ج6/ص254،255)

²- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: روضة المحبين ونزهة المشتكين، بيروت، دار الكتب العلمية، [د ط]، 1403 هـ-1983 م، ص360.

³- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ط2، 1405 هـ- 1985 م، (ج8/ص430).

⁴- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ذات السلاسل، ط2، 1402 هـ-1983 م، (ج3/ص70).

⁵- المرجع نفسه، (ج45/ص204).

ويسمى بالولد غير الشرعي»¹، هذا ما جاء في تعريف العربي بلحاج: «...وهو يسمى في الاصطلاح الحديث بالولد غير الشرعي»². وجاء فيه أيضا: كل مولود من غير نكاح شرعي، ولا وطء بسبب ملك اليمين³.

كما أشار تشوار جيلالي إلى مصطلح الطفل غير الشرعي بقوله: «...بخصوص نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي...»⁴.

ب- عزّف الفقه الفرنسي الطفل غير الشرعي (ولد الزنا) على أنه: «الطفل الذي يولد من أبوين غير متزوجين»⁵ أو كان أحد أبويه أثناء علاقتها الزوجية مرتبط بشخص آخر خلال الفترة القانونية للحمل»⁶.

ثانيا: ولد الزنا في الإصطلاح التشريعي: لم يتعرض المشرّع الجزائري في قانون الأسرة إلى أحكام الطفل غير الشرعي المقصود به ولد الزنا، ولم نجد ما يذكر عن هذا المصطلح في التشريع، على العكس في القضاء الجزائري ذكره في عدة قرارات صدرت عن المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى القرارات أن: «الولد الذي يولد نتيجة لممارسة جنسية للأبوين قبل الزواج ويولد لأقل من ستة أشهر من إبرام هذا الأخير يعتبر ابن زنا...»⁷.

المشرّع الجزائري لم ينظم هذه الحالة وهي حالة نسب ولد الزنا في أي مادة من مواد القانون، إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين.

¹ - محمد محمد براج جمعة: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان، دار الفكر، ط1، 1981، ص 21 .

² - بلحاج العربي: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، 2008، ص 322.

³ - أبو اليقضان عطية الجبوري: حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان، دار حنين، ط1، 1416هـ-1995م، ص201.

⁴ - تشوار جيلالي: نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، العدد 3، 2005، ص 26.

⁵ - NICOLAS-MAGUIN, (Marie-France), Droit de la famille, la découverte, Paris, 1998 P. 52. (L'ENFANT NATUREL ET ESSU DU PARENT QUI NE SONT PAS MARIÉS).

⁶ -SCHTT-THIERFFRY (Isabelle), Les droit de l'enfant, éditions de vecchi S.A, Paris,2001, P.37. (L'ENFANT NATUREL EST CE LUI DANT LE PÈRE OU LA MÈRE, AU MAMENT DE CA CONCEPTION, ETAIT ANGAGE DANT LES LIENS DU MARIAGE AVEC UN AUTRE PERSONNE).

⁷ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 34137، بتاريخ: 08 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، الجزائر، العدد04، 1989، ص 79، أشار إليه تشوار جيلالي: المرجع السابق، ص28.

1- قانون الأسرة: في باب النسب ضمن المادة **44** نصت على أنه: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة». وفي موضوع الكفالة طبقا للمواد:

119 من نفس القانون فنصت على أنه: « الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب».

أما المادة **120** منه أيضا نصت على أنه: « يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية»¹.

2- قانون الحالة المدنية: نصت المادة **64** الفقرة **4** منها على أنه: «...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي».

أما المادة **67** من نفس القانون: « يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية»².

3- قانون الجنسية: المادة **07** الفقرة **01** اعتبرت أن الولد المولود من أبوين مجهولين جزائريا بالولادة، وإن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك³.

4- قانون العقوبات: نصت المادة **442** الفقرة **3** على أنه: « يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى شهرين و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحداهما على كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه لضابط الحالة المدنية».

إذا من خلال ما سبق يتبين أن ولد الزنا ذكرا كان أو أنثى هو الولد الناتج من ماء رجل، وماء امرأة ليس للرجل فيه شبهة، ولا عقد، ولا ملك، فهو ناتج نتيجة التقاء ماء الرجل

¹ نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي - مادة بمادة - على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، الجزائر، دار هومة، 2016، ص 260.

² الشافعي عبيدي: قانون الأسرة ملحق بقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية الجزائرية، الجزائر، دار الهدى، 2008، ص 95، 96.

³ المرجع نفسه، ص 129.

بماء المرأة على وجه غير شرعي سواء كان نتيجة ارتكاب فاحشة الزنا، أو استدخال ماء الرجل داخل رحم المرأة، كما يحصل في التلقيح الاصطناعي، حيث يكون في معنى الزنا¹. قال النووي: "واستدخال المرأة مني الرجل يقام مقام الوطء في وجوب العدة وثبوت النسب"².
الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشابهه من الحالات الأخرى:

ذكرنا أن ولد الزنا هو المولود الذي تخلق من ماء رجل وماء امرأة من غير أن يكون لهذا الرجل في تلك المرأة عقد، ولا ملك، ولا شبهة، وبهذا المعنى قد يشتبه مع ولد اللعان وولد الشبهة واللقيط، وسنخصص كل واحد منهم بتعريف؛ ليتضح الفرق بينهم وبين ولد الزنا.
الفقرة الأولى: التمييز بين ولد الزنا وولد اللعان:

يرى الباحث أنه لا بدّ قبل البدء الحديث عن الفرق بين ولد لزنا وولد اللعان أن يبيّن حقيقة اللعان لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف اللعان: نتناول تعريف اللعان لغة واصطلاحاً

1- اللعان لغة: مأخوذ من اللعن، وهو الطرد والإبعاد، والاسم منه اللعنة، والجمع لعان ولعنات، والملعنة: قارعة الطريق ومنزل الناس، وسُمّي اللعان بذلك؛ لأنّ الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة عليه³.

2- اللعان اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف اللعان؛ نظراً لاختلافهم في اللعان هل هو أيمان أو شهادات مؤكّدة بالأيمان؟ فمنهم من اعتبره أيمان ومنهم من اعتبره شهادات مؤكّدة بالأيمان، فجاءت تعريفاتهم على النحو التالي:
أ- اللعان باعتباره أيمانا:

أ-1- عند المالكية: « وهو حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو على نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه أربعاً »⁴.

¹ عارف علي عارف القره داغي: مسائل شرعية في قضايا المرأة، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، ماليزيا، ط1، 1434هـ-2011م، ص165.

² النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج8/ص365). وجاء عن ابي حنيفة في: " إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزله فأخذت الجارية ماءه في شئ فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك، فعلفت الجارية وولدت فالولد ولده، والجارية أم ولده له"، ينظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص292).

³ الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة (لعن)، ص 599،600، المعجم الوسيط، مادة (لعن)، (ج2/ص829)

⁴ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوّتي، الشهير بالصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف فحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، دار

أ-2- **عند الشافعية:** «كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي الولد»¹.

أ-3- **عند الظاهرية:** يُعرّف ابن حزم اللعان على: «أنه يمين وصفته أن يكرر الملاعن لفظة بالله إنني لمن الصادقين أربع مرات ثم يضع الحاكم يده على فيه وهكذا يتم اللعان»².
ب- **اللعان باعتباره شهادات:**

ب-1- **عند الحنابلة:** «هو شهادات مؤكّدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعان والغضب قائمة مقام حدّ قذف أو تعزير، أو حدّ زنى في جانبها»³.

ب-2- **عند الحنيفة:** «هو شهادة مؤكّدة بالأيمان مقرونة باللعان والغضب»⁴ وإنه في جانب الزوج قائم مقام حدّ القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حدّ الزنا.

3- **التعريف المختار:** أرى أنّ تعريف الحنيفة والحنابلة للعان هو الأوفى والأضبط من بين سائر التعريفات؛ لذا اخترته - رغم طوله - لكي يكون راجحاً وهو - أي اللعان -: شهادات مؤكّدة بالأيمان مقرونة باللعان من جهة الزوج، والغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حدّ القذف من جهة الزوج، ومقام حدّ الزنا من جهة الزوجة.

المعارف، [د ط]، [د ت ن]، (ج2/ص657)؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992م، (ج4/ص132).

¹ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار الكتب العلمية، [د ط]، 1994، (ج5/ص52)؛ الشيخ محمد الشربيني الخطيب الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، [د ت ن]، (ج2/ص459).

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري: المحلى بالآثار، بيروت، دار الفكر، [د ط]، [د ت ن]، (331/9).

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، [د ط]، [د ت ن]، (ج5/ص390)؛ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط1، 1379هـ، (ج7/ص29)؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (الشهير بابن قدامة المقدسي): المغني لابن قدامة، مصر، مكتبة القاهرة، [د ط]، 1968، (ج8/ص47).

⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج3/241، 242)؛ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي (مجد الدين أبو الفضل الحنفي): الاختيار لتعليل المختار، القاهرة، مطبعة الحلبي، [د ط]، 1937، (3/167)، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1994، (ج2/ص217).

ولعل هذا التعريف هو الرَّاجح لأنَّه اشتمل على معنى اللِّعان، وسببه، والغرض منه بعبارة واضحة، وإن كانت عبارته طويلة إلا أنها أكثر بياناً للمطلوب في تعريف اللِّعان¹.
أما في القانون الجزائري فنلاحظ أن المشرِّع الجزائري أورد ذكر اللِّعان في قانون الأسرة في موضعين².

4- والمقصود بولد اللعان: هو الولد الذي ولد على فراش زوجية صحيحة، وحكم القاضي بنفي نسبه من الزوج بعد الملاعنة الحاصلة بينه وبين زوجته³.
ثانياً: الفرق بينه وبين ولد الزنا: نتطرق لكل من أوجه الشبه والاختلاف على النحو التالي:

1- أوجه الشبه:

أ- كل من ولد الزنا وولد اللعان نسبه من جهة الأب منقطع، ومن جهة الأم ثابت، فنسبه لأمه مطلقاً؛ لأنَّ الشرع لم يعتبر الزنا طريقاً مشروعاً لإثبات النسب، ولأنَّ ولد اللعان لم يثبت نسبه لأبيه⁴.

ب- الحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ميراث ولد الملاعنة، لانقطاع نسب كل منهما من أبيه، إذ قال ابن نجيم: « ولد الملاعنة وولد الزنا في حكم الميراث بمنزلة ولد رشيدة- أي: صحيح النسب- ليس له أب ولا قرابة أب فلا يرث هذا الولد من الأب وقرابته ولا يرث الأب ولا قرابته من هذا الولد؛ لأنَّ قوم الأب تبع له في قطع النسب وهو ولد الأم فيرث منها ومن قرابتها وترث الأم وقرابتها»⁵.

¹ ينظر: فُرُق النِّكاح للأستاذ الدكتور عبد الله محمد سعيد أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر ص 193.

² المادة 41 من ق أ ج بالرغم من أنَّ المشرِّع لم يورد عبارة اللِّعان صراحة إلا أنَّه قد أشار إلى معناها بقوله: "ينسب الولد لأبيه، متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، كما هو الشأن في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، حيث جاء في الفصل 91: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً وقانوناً"، غير أنَّ عبارة اللِّعان وردت في المادة 138 من ق أ ج في الباب الخاص بالميراث إذ نصت على أنَّ: "يمنع من الإرث اللِّعان والزَّدة".

³ يوسف بن عبد الله بن محمد ابن محمد بن عبد البر الترمي الأندلسي: **الإستنكار**، وثق أصوله: عبد المعطي أمين قلجعي، دمشق، دار قتيبية- حلب، دار الوعي، ط1993، 1، (ج15/ص510).

⁴ محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي: **منح الجليل شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، 1409 هـ- 1979 م، (ج4/ص292).

⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، [د ت ن]، (ج4/ص129).

ج- وولد الزنا وولد اللعان لا يلحقان بأبيهما مع وجود الشبه- فلا تأثير للقيافة في لحوقهما، وذلك لأن نفيه باللعان نص، وإلحاقه بالنسب استدلال لا يستعمل مع وجود النص¹.

2- أوجه الاختلاف:

أ- ولد الملاعنة يقطع نسبه من الملعن ولا يكون لأحد فيه حق دعوى النسب، لأن في إثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه عن غيره فبعده ذلك.

ب- انتفاء الولد عن الملعن لا يمنع من لحوقه به بعد الاعتراف، بخلاف ولد الزنا فإنه لا يلحق بالزاني وإن أقر بالزنا، بل وإن استلحقه في قول الجمهور²، كما سنفصل القول فيه في الفصل القادم-؛ لأن نسب ولد الملاعنة لما كان لاحقاً بالواطئ قبل اللعان، جاز أن يصير لاحقاً به بعد الاعتراف، لأن الأصل فيه للحوق، والنفي طارئ، وولد الزنا لم يكن لاحقاً في حال، فيرجع حكمه بعد الاعتراف إلى تلك الحال³.

ج- ومن وصف ولد الملاعنة بأنه ولد الزنا- أي: قذفه بأمه - يقام عليه حد القذف عند جمهور الفقهاء⁴ بخلاف ولد الزنا، ودليل ذلك ما رواه أبو داود في سننه، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، ونفى النسب وقضى ألا يدعى ولدها لأب ولا تُرمي ولا يُرمي ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد⁵.

وقيل بأن: « لو قذفها -الملاعنة- أو قذف ابنها بنفي النسب عن أبيه الذي لاعنها فيه حد القذف بذلك؛ لأنه لم يجزم بنفي نسبه لصحة استلحاق أبيه الذي لاعن فيه له»⁶.

¹- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري(البغدادي)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، التحقيق: الشيخ علي محمد عوض، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999، (ج11/ص56-57).

²- عبد الرحمان بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير على متن المقنع، مصر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، [د ت ن]، (ج7/ص36).

³- ابن المفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو اسحاق برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1997م، (ج7/ص62-70).

⁴- المرادوي: الإنصاف، (ج10/ص191)، مالك بن أنس: المدونة الكبرى، (ج4/ص502)، الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص89-90).

⁵- شهاب الدين المالكي عبد الرحمن بن عسكر المالكي البغدادي: إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، [د ت ن]، ص 71.

⁶- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص324).

فمن قذف أم ولد الملاعنة يحد، ولا يحد قاذف أم ولد الزنا. لكن لو قذف ولد الزنا في نفسه، فعليه الحد كما لو قذف ولد الملاعنة، لأنه محصن عفيف، وإنما الذنب لأبويه وفعلهما لا يسقط إحصانه¹.

د- تقبل شهادة ولد الملاعنة في الزنا عند المالكية، بخلاف ولد الزنا فإنه لا تقبل شهادته عندهم، حيث جاء في ذلك قول القاضي أبي الوليد: «تجوز شهادة ابن الملاعنة في الزنا، ولا يشبه ولد الزنا»².

و- تكره إمامة ولد الزنا عند الحنفية والشافعية، بخلاف ولد الملاعنة³.

الفقرة الثانية: التمييز بين ولد الزنا واللقيط:

لا بدّ قبل بدء الحديث عن الفرق بين ولد الزنا والولد اللقيط أن نبيّن معنى اللقيط لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف اللقيط: بداية نقوم بتعريفه لغة ثم تعريفه اصطلاحاً

1- اللقيط لغة: مأخوذاً من لقط الشيء يعني: أخذه من الأرض من باب النَّصْر، والتقطه أيضاً، واللقيط المنبوذ يلتقط،⁴ يقول ابن منظور: وأما الصَّبِيّ المنبوذ يَجِدُه إنسان فهو اللقيط اللقيط عند العرب فعيل بمعنى: مفعول والذي يأخذ الصَّبِيّ أو الشَّيْء الساقط يقال له المُلْتَقَطُ⁵.

2- اللقيط اصطلاحاً: تكاد تتفق تعريفات الفقهاء للقيط في مجمل معانيها، لكن الاختلاف بدا واضحاً في التسمية، حيث سماه البعض طفلاً منبوذاً، وآخر طفلاً ضائعاً، وغيره اسماً لحي مولود، وهي مفردات ذات صلة باللقيط وتحمل صورة من صورته، وهذه تعريفاتهم على النحو التالي:

¹ - السرخسي: المبسوط، (ج9/ص127).

² - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1984، (ج10/230).

³ - النووي: المجموع، (ج4/ص181)؛ الكساني: بدائع الصنائع، (ج6/ص197).

⁴ - ينظر: مختار الصحاح، مادة (لقط)، ص 602.

⁵ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (لقط)، (ج7/ص392).

أ- **عرّفه المالكيّة** بأنّه: « **الطّفّل المطروح صغيراً الذي لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقةٍ وغيرها** »¹.

ج- **وعرّفه الشافعيّة** بأنّه: « **كلُّ صبيٍّ ضائعٍ لا كافل له؛ فكلُّ صبيٍّ خرج به البالغ؛ لأنه مستغن عن الحضانة والتّعهّد فلا معنى لأخذه، والضائع المراد المنبوذ، والذي لا كافل له هو: الذي لا أب له ولا جدّ ولا من يقوم مقامهما** »².

ح- **وعرّفه الحنابلة** بأنّه: « **طفل لا يعرف نسبه ولا رقه طرّح في شارعٍ أو غيره أو ضلّ** »³.

د- **وعرّفه الظاهريّة** بأنّه: « **كلُّ صغيرٍ منبوذٍ وجب على من أحضره أن يقوم به** »⁴.

و- **عرّفه الحنفيّة** بأنّه: « **اسمٌ لحيٍّ مولودٍ طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الرّيبة، مضيّعهُ آثمٌ، ومحرزُهُ غانمٌ** »⁵.

3- التعريف المختار: من خلال استعراض التّعريفات السابقة وتوجيهها، يمكن الخروج بتعريف مختار وهو: « **اسمٌ لحيٍّ مولودٍ طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الرّيبة، مضيّعهُ آثمٌ ، ومحرزُهُ غانمٌ** ».

ثانياً: الفرق بين ولد الزنا واللقيط: وقد يبدو لكثير من الناس - ولأول وهلة - أن اللقيط هو ابن زنا وأنه لا أهل له ولا عشيرة وهي نظرة خاطئة وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

1- أوجه الشبه: يتفق كل من ولد الزنا واللقيط أن كلا منهما لا أب له.

¹- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي: **أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»**، بيروت، دار الفكر، ط2، [د ت ن]، (ج3/ص79)، الدردير: الشرح الكبير (ج4/ص124).

²- أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري (تقي الدين الشافعي): **كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار**، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دمشق دار الخير، ط1، 1994، ص319.

³- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، [د ط]، [د ت ن]، ص 450.

⁴- ابن حزم الظاهري: **المحلى بالآثار**، (ج7/ص132). قال الماوردي في توضيح اللقيط: **أمّا المنبوذ فهو الطّفّل يلقي؛ لأنّ النّبذ في كلامهم الإلقاء، وسُمّي لقيطاً لالتقاط واجده له، وقد تفعل المرأة بولدها ذلك لأمرٍ منها: أن تأتي به من فاحشة فتخاف العار فتلقيه، أو تأتي به من زوج فتضعف عن القيام به فتلقيه رجاء أن يأخذه من يقوم به، أو تموت الأم فيبقى ضائعاً. أنظر: الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج8/34).**

⁵- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي: **الجوهرة النيرة**، المطبعة الخيرية، ط1، 1322، (ج1/353)، السرخسي: المبسوط، (10/209).

2- أوجه الاختلاف:

أ- مع أنّ اللقيط مجهول النسب ولم يعلم أحد أبويه، إلا أنّ الأصل فيه السلامة، وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن زنا¹.

ب- يفترق ولد الزنا بأنّ أمّه معلومةٌ فيلحق بها، وتكون عصبتها عصبته، أمّا اللقيط فلا يُعرّف له أبٌ ولا أمٌّ، وتكون جريته على من وجده يقوم بأعبائه.

ج- اللقيط يثبت نسبه بمجرد الدّعى " فإذا ادعى شخص أنّ هذا اللقيط ولده ويمكن أن يولد منه فإنّ دعواه تسمع، ولو من غير بيّنة ويثبت نسب اللقيط منه²، وهو رأي الجمهور بخلاف المالكية اشترطوا ثبوت النسبه بالبيّنة، غير أنّ هذه البيّنة ليس فيها تشديد كأن يدعي أنّه طرحه وعادة الناس في طرح أولادهم على الطريق رجاء أن يعيش لهم الولد³.

د- كما أنّ اللقيط لا يأخذ أحكام ولد الزنا والمترتبة على كونه ابن زنا، كالاختلاف في شهادته وإمامته، وحتى في شأن أحكام التّسب وما يترتب عليه.

ومن خلال ما سبق يتبيّن لنا ضرورة ضبط هذه المصطلحات حتى لا يتهم أي طفل في نسبه بما لا يلزمه شرعا، ولا يجوز أن نحكم على لقيط بعينه أنه ابن غير شرعي⁴.

الفقرة الثالثة: التمييز بين ولد الزنا وولد الشبهة:

يرى الباحث أنّه لا بدّ قبل البدء في الحديث عن الفرق بين ولد الزنا وولد الشبهة أن يبيّن حقيقة الشبهة لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف الشبهة: نتعرض لتعريف الشبهة لغة واصطلاحاً

¹ - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص124).

² - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (زين الدين أبو يحيى السنيكي): أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الفكر الإسلامي، [د ط]، [د ت ن]، (ج2/320)؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (أبو الحسن برهان الدين): الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، بيروت، دار احياء التراث العربي، [د ت ن]، (ج2/415)؛ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج6/ص198).

³ - جلول عمارة: إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 74.

⁴ - عبد الله السدحان: حقوق الأيتام واللقطاء في الإسلام، مركز النشر والإعلام لهيئة حقوق الإنسان، 2009، ص3،4.

1- **الشبهة لغة:** الشبهة بالضمّ: الألتباس والمثّل، والشبّه بالكسر والتّحريك المثّل وشابّه أو شبّه: ماثله، وتشابها واشتبها: أشبه كلّ منهما الآخر حتى التبس، وأمور مُشْتَبِهَةٌ ومُشْبِهَةٌ: مُشْكَلَةٌ، وشبّه عليه الأمر تشبيهاً: لبس عليه، وفي القرآن الكريم المحكم والمتشابه؛ والشبهة¹: المأخذ الملبس والأمور المشتبهة؛ أي: المشكلة لشبه بعضها ببعض.

2- **الشبهة اصطلاحاً:** اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشبهة، سأذكر بعضها، ثم أبين الراجح منها على النحو التالي:

أ- **عند الحنفية:** عرّفها ابن نجيم بأنها: « ما يشبه الثابت وهو ليس في نفس الأمر بثابت»²، وعرّفها الجرجاني بأنها: « ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً»³.

ب- عند الشافعية: عرفها السيوطي فعرّفها بأنها: « ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً، ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة»⁴. تعريف الجرجاني والسيوطي دلّ عليهما حديث النعمان بن بشير فهي تعريفات متأثرة بالمعنى اللغوي. وعرّفها الماوردي: « الشبهة ما اشتبته حكمه بالاختلاف في إباحته»⁵. وهذا التعريف غير جامع، لأنّه قصر وجود الشبهة في حالة واحدة، وهي عند الاختلاف في الإباحة.

3- **التعريف المختار:** بعد هذا العرض لتعريف العلماء للشبهة وبيان ما لها وما عليها يتضح لنا جلياً التعريف المختار وهو: تعريف ابن نجيم هو أنّ الشبهة: « ما يشبه الثابت وهو ليس في نفس الأمر بثابت». وسبب اختيار هذا التعريف: أنّ هذا التعريف يشمل جميع أنواع الشبهة في كل الأبواب.

ب- **الشبهة عند العلماء المعاصرين:**

¹ - الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 305، أبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، فصل الشين، باب الهاء، مادة (شبه)، (ج1/ص 1247).

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

³ - الجرجاني: التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983، ص124.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، (سعاية- شرب)، (ج25/ص338).

⁵ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج13/ص219).

✓ عرّفها الشيخ محمد أبو زهرة: "هي الحال التي يكون عليها المرتكب، أو تكون بموضوع الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها، أو يعد معذوراً عذراً يسقط الحد عنه ويستبدل به عقاباً دونه"¹، وهذا التعريف للشبهة خاص بالحدود وما فيها معناها كالكفارات حيث رتب الفقهاء على وجود هذه الشبهة أحكاماً خاصة كإسقاط الحد.

✓ عرّفها الشيخ محمد الزحيلي بأنها: "الشيء الغامض الذي يصاحب أمراً فيمتنع عن غيره"².

وبعد عرض تعريفات علماء المعاصرين للشبهة وبيان بعض ما يتعلق بها، نرى أنّ العلماء القدامى أعم وأشمل حيث تم اختيار تعريف ابن نجيم.

والمقصود بولد الشبهة: هو الولد الناتج عن الوطء غير المشروع الذي ظنّ صاحبه مشروعيته³، أو بمعنى آخر نسبة إلى وطء الشبهة⁴ وهو الوطء في نكاح فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته، وهو وطء يلحق به النسب، فولد الشبهة إذا: هو الولد الناتج من وطء في نكاح فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته.⁵

ثانياً: الفرق بين وولد الزنا ولد الشبهة: نتطرق لوجه الشبه والاختلاف بين ولد الزنا وولد الشبهة على النحو التالي:

4- والمقصود بولد الشبهة: هو الولد الناتج عن الوطء غير المشروع الذي ظنّ صاحبه مشروعيته⁶، أو بمعنى آخر نسبة إلى وطء الشبهة⁷ وهو الوطء في نكاح فاسد أو وطء

¹ محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة -، القاهرة، دار الفكر العربي، [د ط]، [د ت ن]، ص 179.

² محمد مسطفي الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، بيروت، مكتبة البيان، ط 1، 1982، (ج 2/ص 756).

³ إبراهيم علواني: مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا، مرجع سابق، ص 17.

⁴ ابن قدامة: المغني، (ج 9/ص 528).

⁵ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة الماجستير، قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 32.

⁶ إبراهيم علواني: مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا، مرجع سابق، ص 17.

⁷ ابن قدامة: المغني، (ج 9/ص 528).

امرأة ظنها امرأته أو أمته، وهو وطء يلحق به النسب، فولد الشبهة إذا: هو الولد الناتج من وطء في نكاح فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته¹.

ثانياً: الفرق بين ولد الزنا وولد الشبهة: نتطرق لوجه الشبه والاختلاف بين ولد الزنا وولد الشبهة على النحو التالي:

- 1- **أوجه الشبه:** كل من ولد الزنا وولد الوطاء الشبهة يقع فيه الرجل على أجنبية عنه.
- 2- **أوجه الإختلاف:**

أ- ولد الشبهة ناتج عن وطء غير مؤاخذ به، فالواطئ معذور بهذه الشبهة بخلاف الزاني الآثم؛ لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا﴾².

الشبهة من الخطأ، لما روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم**»³.

ب- الولد الشبهة يثبت نسبه إلى أبيه الواطئ⁴، ويجوز استلحاقه، ويحد قاذفه بأمه، بخلاف ولد الزنا الذي يمتنع استلحاقه مطلقاً، ويترتب على فعل الزنا الإثم واستحقاق الحد ولا يحد قاذفه بأمه، قال الماوردي: «**ولد الشبهة ثبت نسبه وميراثه، وثبت تحريمه، وولد الزنا بخلافه**»⁵.

ج- ولد الشبهة لا خلاف في معاملته معاملة الابن الشرعي في بقية الأحكام كالإمامة والشهادة والإرث وغيرهما.

¹ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين: **أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي**، رسالة الماجستير، قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 32.

² سورة البقرة، الآية (286).

³ محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي (أبو عيسى): **سنن الترمذي**، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1975، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، رقم الحديث رقم: 1424، (ج4/ص33).

⁴ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، طبعة أخيرة، دار الفكر، بيروت، 1984، (ج5/ص107)، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (يعرف بداماد أفندي)،

مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مصر، دار إحياء التراث العربي، [د ط]، [د ت ن]، (592/1)، السرخسي: المبسوط، (ج5/22).

⁵ الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج9/ص219).

الفقرة الرابعة: التمييز بين ولد الاغتصاب وولد الزنا:

نتناول تعريف الاغتصاب وولد الاغتصاب، ثم نتناول أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين ولد الزنا على النحو التالي:

أولاً: تعريف الاغتصاب: نتعرض لتعريف الاغتصاب لغة واصطلاحاً

1- الاغتصاب لغة¹: اغتصاب: مصدر من الفعل (غ ص ب) يَغْصِبُ غَصْباً واغتصاباً، يقال: غصبه يغصبه؛ أي: أَخَذَهُ ظُلْمًا. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: سَمِعْتُ ذَلِكَ عَنِ الْعَرَبِ. وَقَدْ تَكَرَّرَ ذِكْرُ الْغَصْبِ فِي الْحَدِيثِ، وَهُوَ أَخْذُ مَالِ الْغَيْرِ ظُلْمًا وَعُدْوَانًا. وَفِي الْحَدِيثِ: أَنَّهُ غَصَبَهَا نَفْسَهَا، أَرَادَ أَنَّهُ وَقَعَهَا كُرْهًا فَاسْتَعَارَهُ لِلْجَمَاعِ.

2- الاغتصاب اصطلاحاً: أكثر الفقهاء يطلق الاغتصاب على أخذ المال ظلماً وعدواناً وقهراً، وأخذ شخص حق غيره والاستيلاء عليه²، كما يطلقونه على الاعتداء على العرض، فيسمونه الزنا بالإكراه وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

أ- عند المالكية: « الغصب: أخذ المال قهراً تعدياً بلا حراية» أي: مقاتلة³. وكثير من فقهاء المالكية استعمله على جريمة الزنا كما جاء في الاستذكار.

ب- عند الشافعية: « الغصب، هو: الاستيلاء على حق الغير عدواناً»⁴. والاستيلاء، هو: القهر والغلبة بغير حق، ويطلقونه- أيضاً- على الإكراه على الزنا، أي على التمكين من الزنا.

ج- عند الحنابلة: « الغصب: استيلاء غير حربي عرفاً على حق غيره قهراً بغير حق»¹. فقد استعمل هذا الغصب بمعنى القهر.

¹ - مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399 هـ - 1979 م، (ج3/ص370)، ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج1/ص648)، الزبيدي: تاج العروس: مرجع سابق، (ج3/ص484).

² - سيد سابق: فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، ط3، 1397 هـ - 1977 م، (ج3/ص248).

³ - محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، [د ط]، 1409 هـ-1989 م، (ج7/ص76).

⁴ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 1425 هـ-2005 م، ص 146.

د- **عند الحنفية:** « إزالة يد المالك أو صاحب اليد عن المال بفعل في العين»²، كما عرف الاغتصاب بأنه: « وطء حرة أو أمة جبرا على غير وجه شرعي»³.

أما بالنسبة في القانون الوضعي فنجد قد تم تعريف الاغتصاب بتعاريف عدة، وإن اتفقت في مضمونها، إلا أنها اختلفت في أسلوبها وألفاظها المستعملة، ومن هذه التعريفات:

✓ اتصال الرجل جنسيا بالمرأة كرها عنها⁴،

✓ اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها بذلك⁵،

✓ موقعة الأنثى بغير رضاها⁶ أو موقعة رجل لامرأة بغير رضاها⁷.

كل من ارتكب جنائية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات. إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل 18 سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت 10 سنوات إلى 20 سنة⁸. تقابلها المادة 486⁹ من القانون الجنائي المغربي، والمادة 267¹ من القانون العقوبات المصري.

¹- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي الصالحي شرف الدين أبو النجا: **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، التحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، بيروت، دار المعرفة، [د ط]، [د ت ن]، (ج2/ص338).

²- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1414هـ - 1994 م، (ج3/ص89).

³- علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن التسولي: **البهجة في شرح التحفة " شرح تحفة الحكام"**، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ-1998م، (ج2/ص586).

⁴- أحمد فتحي سرور: **الوسيط في قانون العقوبات -القسم الخاص-**، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1979-1880، ص 601.

⁵- محمود نجيب حسني: **الوجيز في شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-**، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1993، ص 447.

⁶- المادة 267 من القانون العقوبات المصري.

⁷- أحسن بوسقبة: **الوجيز في القانون الجنائي الخاص**، الجزائر، دار هومة للنشر، [د ط]، 2003، ص91.

⁸- المادة 336 ضمن جرائم انتهاك الآداب العامة في القسم السادس من الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني، من القانون رقم 10/14 المؤرخ في: 16/04/2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر ج. ر. ج بتاريخ: 16/04/2014، العدد 7.

⁹- جاء في الفقرة الثانية من الفصل 486 ق ج بأن: "الاغتصاب هو موقعة رجل لامرأة بدون رضاها ويعاقب عليه بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات. غير أنه كانت سن المجني عليها تقل عن 18 سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف في قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من 10 إلى 20 سنة". ينظر العلمي عبد الواحد: شرح القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 200.

اشتملت التعريفات السابقة على أركان جريمة الاغتصاب، ويعتبر ركن الإكراه من أبرز أركان الجريمة، وهو ما عبر عنه التعريف الأول، سواء كان هذا الإكراه مادياً أو معنوياً.

3- والمقصود بولد الاغتصاب هو: ولد زنا ناتج عن علاقة غير شرعية إلا أن المرأة تكون مكرهة على الزنا فيرتفع الإثم عنها، والاغتصاب مفارق للزنا من جهة المرأة فهي مكرهة لا ذنب لها، والمكره مرفوع ذنبه في الفعل الذي هو أشد من الزنا².

يقول القرضاوي: «إن المرأة المغتصبة التي بذلت جهدها في المقاومة لهؤلاء العلوج وأمثالهم، لا ذنب لها لأنها مكرهة، والمكره مرفوع ذنبه في الكفر الذي هو أشد من الزنى»³، كما قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَمَّنْ أُوْكَرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾⁴، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»⁵، بل إن المرأة المغتصبة، التي وقعت فريسة، مأجورة في صبرها على هذا البلاء، إذا هي احتسبت ما نالها من الأذى عند الله عز وجل، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما يصيب المسلم من نصب ولا وصب، ولا هم ولا غم، حتى الشوكة يشاكها، إلا كفر الله بها من خطاياها»⁶.

ثانياً: الفرق بين ولد الزنا وولد الاغتصاب: نتطرق أولاً لأوجه الشبه بينهما ثم أوجه الاختلاف:

1- أوجه الشبه:

أ- كلا الفعلين يعد جريمة يحرمها الشرع والقانون.

ب- كل من ولد الزنا وولد الاغتصاب هو ثمرة علاقة محرمة.

¹ تنص المادة 267 من قانون العقوبات المصري على أن: "من واقع أنثى بغير رضاها، يعاقب بالإعدام أو بالسجن المؤبد، فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالإعدام". ينظر: مجدي محمد جمعة: العنف ضد المرأة، مرجع سابق، ص 283.

² أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين: **أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 35.

³ المرجع نفسه، ص نفسها.

⁴ سورة النحل، الآية (106).

⁵ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة): **سنن ابن ماجة**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، رقم الحديث: 2045، (ج3/ص200، 201).

⁶ البخاري: **صحيح البخاري**، كتاب: المرضى، باب: ما جاء في كفارة المرض، حديث رقم: 5641، (ج7/ص114).

ت- يأخذ ولد الاغتصاب حكم ولد الزنا عند الكثير من الفقهاء في كون ولد الاغتصاب لا نسب له.

2- أوجه الاختلاف:

أ- إن المكروهة على الزنا لا تعتبر زانية بالمعنى الشرعي للزنا، ذلك لأنها مسلوقة الإرادة في هذا الفعل والفرق بين الجرمين هو وجود الإكراه في جريمة الاغتصاب، أي بدون رضا المرأة.

ب- لا حد على المكروهة بخلاف الزانية لقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»¹. والحديث فيه دلالة صريحة على أن الإكراه سبب رفع الإثم وما كان كذلك فهو شبهة يسقط بها الحد وعليه فالعقاب في جريمة الاغتصاب يقع على الرجل دون المرأة، أما جريمة الزنا فالعقاب يقع على الطرفين لتواطئهما.

ج- جريمة الزنا في القوانين الوضعية تشترط أن يكون أحد طرفي الجريمة أو كلاهما متزوج، أما في جريمة الاغتصاب فلا تشترط في أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما متزوج.

د- هناك خلاف في حد الزنا والاعتصاب².

في الأخير يمكن القول بأنّ ولد الزنا هو الناتج عن التقاء ماء رجل وامرأة على وجه غير شرعي، سواء كان نتيجة ارتكاب فاحشة الزنا أو عن طريق ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي، وولد الزنا إنّما جنى والداه بجنايتهما الشنيعة، وهو لم يخلق بعد وكيف يسأل عما جنياه؟ بل هو محل عناية الشارع الحكيم حتى قبل أن يولد وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني:

¹ ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: شرح صحيح البخارى لابن بطلال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض، مكتبة الرشد، ط2، 1423هـ - 2003م، باب: إذا حنث ناسيا وقوله تعالى: (ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به) [الأحزاب: 5] وقال: (لا تؤاخذنى بما نسيت) [الكهف: 73]، (ج6/ص127).

² -اختلفت الفقه في العقوبة المقررة لكل من الاغتصاب والزنا، فذهب البعض إلى تطبيق حد الزنا على المغتصب وهو قول الجمهور، فعقوبة المحصن هي الرجم حتى الموت فقط ومنهم من يرى الرجم مع الجلد لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "خذو عني خذو عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي لسنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"، مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد الزنا، حديث رقم: 1690، (ج3/ص1316)، وعقوبة المغتصب البكر، الجلد مائة جلدة لقوله تعالى في الآية 2 من سورة النور، ويرى الاتجاه الثاني: تطبيق حد الحراية على المغتصب وهو قول المالكية والشافعية لأنه مجاهر بالمعصية، ومعتد على الحرمات وعاث في الأرض بالفساد لما جاء في الآيتين 33-34 من سورة المائدة، والقاضي يقدر عقوبة المغتصب، بين قتل وصلب أو قطع من خلاف أو نفي من الأرض، ينظر: سيد سابق: فقه السنة، ص414، 406، أحمد عبد المجيد حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، ص 23، 17.

المطلب الثاني: وضعية ولد الزنا وحكم إجهاضه في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

عادة ما يزدري الناس في المجتمع المسلم المولود من الزنا، ويعتبرونه مذنباً فلا يرغبون في مخالطته، والاستئناس به، لكن الإسلام دين العدل والرحمة والمساواة، ولم يكن الله ليظلم أحداً، أو يؤاخذ به بما لم تقترف يداه.

وولد الزنا إنّما جنى والداه بجنايتهما الشنيعة، وهو لم يخلق بعد وكيف يسأل عما جنياه؟ بل هو محل عناية الشارع الحكيم حتى قبل أن يولد وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: وضعية ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

سنتناول في هذا الفرع وضعية ولد الزنا في الفقه الإسلامي ثم وضعيته في التشريع الوضعي:

الفقرة الأولى: وضعية ولد الزنا في الفقه الإسلامي:

• بيان الأحاديث الواردة في ذم ولد الزنا:

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يَدْخُلُ وَلَا زَنْيَةَ الْجَنَّةِ»¹ وفي رواية «لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ وَلَا زَنْيًا». ويجاب عنه بأنّ المراد بولد الزنا من تحقق بالزنا حتى صار غالباً عليه، فاستحق بذلك أن يكون منسوباً إليه، ثم إنّ الحديث رواه أبو نعيم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً، وهو معلول بأنّ فيه مجاهداً وهو لم يسمعه من أبي هريرة كما أنّ في سنده اضطراباً لا مجال هنا للتفصيل فيه، وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات. وقد أطل الحافظ ابن حجر في كتابه (القول المسدد) الكلام عن هذا الحديث، فتردد في القول بوضعه ولكنه أكدّ ضعفه واضطرابه لأكثر من علة واحدة، ومن أبرز هذه العلة أن مداره على جابان، يرويه أن عن عبد الله بن عمرو وعن غيره، ولا يعرف لجابان سماع عن عبد الله بن عمرو، على أن جابان مجهول².

¹ - أحمد بن شعيب النسائي: **السنن الكبرى**، التحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ-2001م، كتاب: العتق، باب: ذكر الاختلاف على مجاهد في حديث أبي هريرة في ولد الزنا، رقم الحديث: 4903، 4904، (ج5/ص 18، 20).

² - إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي: **كشف الخفاء ومزيل الإلباس**، التحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هندواوي، المكتبة العصرية، ط1، 1420هـ-2000م، (ج2/ص 519)؛ بن قايماز الذهبي: **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، (ج1/ص 377).

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «وَلَدُ الزَّانَا شَرُّ الثَّلَاثَةِ»¹، ويجاب عنه بما رواه عروة بن الزبير قال: بلغ عائشة رضي الله عنها قول أبي هريرة رضي الله عنه قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هُوَ شَرُّ الثَّلَاثَةِ إِذَا عَمِلَ بِعَمَلِ أَبِيهِ»²، يعني ولد الزنا. وعن عائشة قالت: «ما عليه من وزر أبيه، قال الله: ولا تزر وازرة وزر أخرى»³.

وكان ابن عمر إذا قيل ولد الزنا شر الثلاثة قال بل هو خير الثلاثة وقول ابن عمر إنه خير الثلاثة فإنما وجهه أن لا إثم له في ذنب باشره والداه فهو خير منهما لبرائته من ذنوبهما⁴.

إذا فمع أنّ الإسلام حرّم الزنا، أوصى بعدم الاقتراب منه، إلّا أنّه في معاملته لولد الزنا، أكثر إنسانية وعدالة من أولئك الذين يستباحون جريمة الزنا، ويفتحون كل الأبواب المؤدية إليه، فالإسلام يحافظ على حياته، ويفسح المجال في الحياة الاجتماعية الكريمة، ولا يعيره بأمه، ولا يحمله تبعة أبيه، أما الذين يستباحون الزنا من غير المسلمين، فإنهم أكثر قسوة في معاملتهم لهذا المولود البريء، فهم يحملونه كل تبعات الإثم والخطيئة، ويتركونه للإجهاض والهلاك، فإذا أفلت من الموت بسبب الإجهاض وقدر له أن يحيا قذف به إلى حياة الملاجئ والضياع⁵.

فولد الزنا إذا له مكانته، وكرامته، ولا ينبغي أن يحمل ذنبا لم يرتكبه فهذا مما لا يقبله الإسلام، ولا يستقيم مع عدل الإسلام وسماحته لذلك لا يجوز أن ينظر له نظرة احتقار، بل ينبغي للمسلم أن يكون يعامله معاملة المسلم صاحب النسب، فهذا يعين ولد الزنا أن يكون فردا نافعا في المجتمع⁶.

¹ أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: العتق، باب: في عتق ولد الزنا، رقم الحديث: 3963، (ج4/ص29).

² الإمام أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، التحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ-2001م، رقم الحديث: 24784، (ج41/ص197)

³ البيهقي: السنن الكبرى، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء في ولد الزنا، رقم الحديث: 19991، (ج10/ص99)؛

⁴ محمد أشرف بن أمير العظيم آبادي: عون المعبود وحاشية ابن القيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1415هـ، (ج10/ص360).

⁵ أم كلثوم يحيى مصطفى خطيب: قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية، جدة، الدار السعودية، ط3، 1984، ص171.

⁶ حنان: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص50.

الفقرة الثانية: وضعية ولد الزنا في التشريع الوضعي:

نظرا للأهمية القصوى للنسل والنسب فإنّ المشرع منع كل علاقة جنسية خارج الزواج الشرعي ولا يسمح بالتوالد إلا في إطار الزواج ويعاقب كل التصرفات التي تمس بالأسرة، ولعل هاجس حماية النسب والانشغال الكبير للمشرع به جعله يولي أهمية كبرى لجنس المرأة لحماية ولادتها في الإطار الشرعي لضمان الأنساب وحفظها، ولذلك عاقب على الزنا وهي أهم جريمة تقف ضد الأخلاق واستقرار الزواج والأنساب، ففضى في المادة¹339 من قانون العقوبات بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة.

وقد عاقب أيضا المشرع الجنائي على اختطاف المرأة المتزوجة، مما قد ينتج عن هذا الاختطاف من اغتصاب أو هتك عرض يؤدي إلى حمل هذه الأخيرة بولد المختطف، وذلك طبعا بدافع حماية الوالدة في الإطار الشرعي، وقد شدد العقوبة في الفصل في المادة 293 مكرر² إذا وقع هذا الفعل على فتاة قاصرة لما له من آثار سلبية على هذه الأخيرة. كما عاقب على الاغتصاب في المادة³336 الذي من شأنه بدوره أن يؤدي إلى الولادة، وضاعف العقوبة متى كانت الضحية قاصرة، وذلك لهدف الحيلولة دون تحول القاصرة من طفلة تحتاج إلى العناية إلى أم عازية غالبا ما تتخلى عن مولودها.

¹ - ففضى الفصل 490 من ق.ج. المغربي بالسجن من شهر إلى سنة عن جريمة الفساد وهي كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية، وقد حدد الفصل 121 من ق.ج. وسائل إثبات كل من الفساد الخيانة الزوجية في محضر التلبس أو الاعتراف.

² - المادة 293 مكرر1: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثماني عشرة (18) سنة، عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غيرها من الوسائل. يقابلها الفصل 475 من ق.ج. المغربي على أن: "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن 18 سنة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم."

³ - تنص المادة 336: (معدلة) "كل من ارتكب جنایة الاغتصاب يعاقب بالسجن من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات. إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، يقابلها الفصل 486 من القانون الجنائي المغربي.

وفي نفس السياق عاقب المشرع في المادة¹343 من ق ع ج كل من توسط أو استخدم الأشخاص في البغاء والدعارة، وتضاعفت العقوبة إذا كانت الجريمة في حق قاصرة دون الثامنة عشرة سنة أو استعمل الإكراه في ذلك، ولخطورة الأمر اعتبرت المادة²342 من ق ع ج المحرض فاعلا أصليا في جريمة التحريض على الفجور أو الدعارة وليس شريكا فيها، ومن علل هذه الجريمة أنها قد تؤدي إلى أولاد غير شرعيين مهملين، فالطفل الناشئ عن الدعارة رغم اعتراف الأم به والعناية به لن يكون له الحق في الانتساب للأب ولا في الحياة الكريمة.

يتضح من القراءة الأولى لهذه النصوص أن المشرع حال دون نقشي ظاهرة الأولاد غير الشرعيين أو على الأقل حاول ذلك، لكن بإعادة القراءة يتأكد بأن هذه النصوص تشوبها عدة نواقص تؤثر على الحماية التي حولها المشرع لهؤلاء الأطفال، كما ينقصها البعد الواقعي في التعامل مع هذه الجرائم، ولا أدل على ذلك نقشي وكثرة الأولاد غير الشرعيين وظاهرة الأمهات العازبات، فالعقوبات المقررة فيها لا تحقق الردع المطلوب خاصة في الحالات العادية لهذه الجرائم والتي تشكل المصدر الرئيسي لهذه الولادات إذا ما علمنا أن جريمة الفساد و الدعارة المنبع الرئيسي للولادات غير الشرعية، سواء من حيث العقوبات ولا من حيث إجراءات إثبات هذه الجرائم وعليها بد من تشديد هذه العقوبات لتوازي الأضرار الناشئة عنها.

وفي نفس الاتجاه نجد المشرع قد شدد العقوبة في بعض الحالات مثل وقوع هذه الجرائم على القاصر وعند والإكراه ولا نجد من بينها حالة واحدة تقضي بتشديد العقوبة في حالة حصول الحمل ولا حديث للمشرع عن المسؤولية في هذه الحالة، الشيء الذي يدعونا للقول بأن المشرع غابت عنه الرؤية الاستراتيجية لحماية الأولاد الناتجين عن هذه الجرائم،

¹ - تنص المادة 343: (معدلة): "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج وما لم يكن الفعل المقترف جريمة أشد، كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية: 1) ساعد أو عاون أو حمى دعارة الغير أو أغرى الغير على الدعارة وذلك بأية طريقة كانت". يقابلها الفصل 498 من القانون الجنائي المغربي.

² - تنص المادة 342: (معدلة): "كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية، يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج. ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة، يقابلها الفصل 497 من القانون الجنائي المغربي، كما تنص المادة 344 : (معدلة): "ترفع العقوبات المقررة في المادة 343 إلى الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج في الحالات الآتية: 1) إذا ارتكبت الجنحة ضد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة"

فوجه اهتمامه إلى المرأة التي وقع عليها الفعل دون الولد الذي نتج عن هذا الفعل، كما أن هؤلاء الأطفال والذي يلقي بهم في الشارع لا يجب أن يؤذوا لوحدهم ثمن استنشاء الرذيلة واللامسؤولية في المجتمع، بل لا بد من إنصافهم عن طريق خلق جدار منيع من الحماية والرعاية الجنائية، وتوفير ضمانات واسعة للبقاء خاصة عند الولادة في مرحلة يكون أحوج فيها إلى الحماية من غيرها.

الفرع الثاني: حكم إجهاض ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

يعتبر الإجهاض من أكثر المواضيع الشائكة التي أثارها القانون الجنائي المعاصر، فحضت باهتمام كبير من طرف الجميع، فهو من الناحية الاجتماعية يحقق ضررا مؤكدا في إنهاء حياة الجنين، أو إعدامه قبل أن تكتمل خلقته وينفصل عن جسم أمه وإن لم ير النور بعد ولم يكتسب سائر حقوق الأحياء، فإن القضاء عليه مخالف للفطرة السليمة، فلا يمكن أن يكون من حق الأم أو الأب، أو غيرهما.

وقد أجمع أئمة الفقه الإسلامي¹ على تحريم الإجهاض أيا كان الدافع إليه، على أن وجود القاعدة الفقهية التي تقضي بأن: "الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف" قد تسمح بإمكانية الإجهاض بهدف إنقاذ حياة الأم²، أما في التشريعات الجنائية المقارنة، فإن المبدأ العام هو العقاب على الإجهاض.

الفقرة الأولى: مفهوم الإجهاض:

عرف الإجهاض بتعريفات مختلفة ومتباينة أحيانا، وذلك لأنّ الإجهاض تكلم فيه الأطباء لعلاقتهم به، لأنّه موضوع قضية أو جريمة يبحث فيها عن إثباتها وآثارها، وعلماء القانون لتطبيق مواد القانون عليه، وعلماء الفقه لمعرفة حكم الشرع فيه، وقد اختلفت تعريفات كل فئة من هؤلاء، وقبل البدء في بيان تعريف كل فئة لا بد من التعريف اللغوي، ثم بيان أنواعه.

¹ عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري: جريمة اغتصاب الإناث والآثار المترتبة عليها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 481 وما بعدها.

² عبد العزيز محمد حسن: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1418هـ-1998م، ص 6.

أولاً: تعريف الإجهاض لغة واصطلاحاً:

1- لغة: أَجْهَضَتِ النَّاقَةُ إِجْهَاضًا، وهي مُجْهَضَةٌ، أي أَلْقَتْ ولدها لغير تمام، ويقال: مجهض إذا لم يستبين خلقه، وقيل: الجهيض: السِقط الذي قد تم خلقه، ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش¹؛ وقيل أجهدت الناقة والمرأة ولدها: أسقطته ناقص الخلق، فهي جهيض، وجهضة بالهاء وقد تحذف².

وأقر مجمع اللغة العربية إطلاق كلمة إجهاض على خروج الجنين قبل الشهر الرابع، وكلمة إسقاط على إلقائه ما بين الشهر الرابع والسابع، وهذا اصطلاح متأخر بعد القرن الثالث عشر³.

ويستعمل الفقهاء أيضاً بعض المعاني التي تؤدي نفس معنى الإجهاض ومنها على سبيل المثال لا الحصر: لفظة إسقاط⁴، وإلقاء⁵، وطرح⁶، وإنزال⁷، وإملاص⁸.

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (جهض)، (ج/7ص131، 132)؛ محمود عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، مصر، دار الفضيلة، (ج/1ص70).

² الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، مادة (ج ه ض)، (ج/1ص113).

³ معجم اللغة العربية بالقاهرة: المعجم الوسيط، مرجع سابق، مادة (جهض)، (ج/1ص143).

⁴ الإسقاط في اللغة: من سقط، بمعنى وقع، يقال: سقط الولد من بطن أمه ولا يقال: وقع حين تلده، وأسقطت المرأة ولدها إسقاطاً وهي مسقط: ألقته لغير تمام، من السقوط، والسقط -بتثنيث السين- ثلاث لغات الذكر والأنثى فيه سواء، وأسقطت الناقة وغيرها: إذا أَلْقَتْ ولدها. ينظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة (سقط)، مرجع سابق، (ج/7ص316)؛ وقد جاء هذا التعبير في: الحطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، (ج/6ص258).

⁵ في اللغة: ألقى الشيء، طرحه، تقول: ألقه من يدرك وألق به من يدرك، ولم يرد استعماله في إسقاط المرأة عند أئمة اللغة، ولكنه مستفاد من اشتقاق الكلمة، ينظر: ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (ألقى)، (ج/15ص255)، وهذا الاستعمال ورد عند المذاهب كلها، ينظر: السرخسي: المبسوط، (ج/26ص78)؛ القرافي: الذخيرة، (ج/12ص402).

⁶ الطرح في اللغة: بمعنى الإلقاء، يقال: طرحه أي رماه وألقاه، ولم أجد استعماله في إسقاط المرأة ولدها في أئمة اللغة، لكنه مستفاد من اشتقاق الكلمة -كاللفظ السابق-، ينظر: ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (طرح)، (ج/2ص528، 529)، وورد التعبير بالطرح عن الإسقاط عند الحنفية، إذ قال: "وإن شربت حرّة دواء أو عالجت فرجها لطح جبينها"، ينظر: أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج/2ص650)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج/11ص239).

⁷ قال ابن فارس: النون والزاي واللام كلمة صحيحة، تدل على هبوط الشيء ووقوعه، نزل نزولاً هبط من علو إلى أسفل، وأنزل الشيء جعله ينزل، ينظر: فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، مادة (نزل)، (ج/5ص417)؛ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج/11ص656، 660)، ولم أجد التعبير به في إسقاط المرأة، وقد جاء هذا التعبير في: ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، (ج/1ص314).

⁸ قال ابن فارس: الميم واللام والصاد قريب من (ملس)، وهو يدل على إفلات الشيء بسرعة، ومنه أملت المرأة، أي رمت بولدها، والولد مليص، ينظر: فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، مادة (ملص)، (ج/5ص350)؛

2- الإجهاض اصطلاحاً: نتناول تعريف الاجهاض من حيث الاصطلاح الفقهي ثم الاصطلاح التشريعي:

أ- في الاصطلاح الفقهي: نقوم بتعريف الاجهاض عند فقهاء الشريعة أولاً ثم عند فقهاء القانون:

أ-1- عند فقهاء الشريعة: لا يخرج استعمالهم عن المدلول اللغوي، ويعبرون عن الإجهاض بمرادفاته، وأغلب ما يستعملون بدل الإجهاض إلا الشافعية¹، ويذكرون الإجهاض في باب الجنائيات، ويعبر الجمهور عنه بالجناية على الجنين، بينما يعبر الحنفية عنه بالجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه؛ لأن الجنين يعتبر نفساً من جهة كونه آدمياً، ولا يعتبر نفساً من جهة اتصاله بأمه، وقد عرفه مجموعة من الباحثين بأنه: على إسقاط أو إلقاء المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل، ميتاً أو حياً، دون أن يعيش، وقد استبان بعض خلقه بفعل منها، كاستعمال دواء أو غيره، أو بفعل من غيرها²، أو هو إنزال الحمل من أول العلوق بالرحم إلى ما قبل الولادة بساعة، أو بعبارة أخرى هو إنزال الحمل ناقصاً³.

أ-2- عند فقهاء القانون: عرف الإجهاض بأنه: إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، بأي وسيلة من الوسائل، وفي غير الحالات التي يسمح بها القانون، ويقوم على أركان ثلاثة: وجود حمل، ووجود الفعل الموجب للإجهاض، ووجود القصد الجنائي⁴.

ب- في الاصطلاح التشريعي: لم تعرف التشريعات العربية الإجهاض، فبالنسبة للتشريع الجزائري فقد تناول هذه الجريمة في المواد من 304 إلى 314 ق.ع، أما التشريع المغربي فقد جرمه في الفصلين 449 الفصل 454 من القانون الجنائي المغربي.

وفي لسان العرب: أملت المرأة والناقة وهي مملص، رمت ولها لغير تمام، والجمع مماليص، فإن كان ذلك عادة لها فهي مملاص، والولد مملص ومليص، وأملت المرأة ولدها، أي: أسقطت، ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج7/ص94).

¹ - الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص89).

² - ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج8/ص389)؛ البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، (ج6/ص23، 24).

³ - أميرة عدلي أمير: جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2016، ص16.

⁴ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، السعودية، سلسلة إصدارات الحكمة، ط 1، 1423هـ - 2006م، ص86.

ومن التعريفات القضائية للإجهاض نشير إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 27/12/1971 من أن الإسقاط هو: تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان¹، وقضت بأنه متى تم ذلك فإن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها، وليس في استعمال القانون أن لفظ الإسقاط يفيد خروج الجنين من الرحم، وذلك بأنه يستفاد من النصوص قانون العقوبات المصري المتعلقة بجريمة الإسقاط، أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة وذلك أستخدم لفظ الإسقاط، ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ضل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل.

3- الإجهاض طبيًا: لا يختلف التعريف الطبي للإجهاض عن التعريف الشرعي، ويعبر عنه الأطباء بقولهم: خروج محتويات الحمل قبل 28 أسبوعاً تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة².

ثانياً: أنواع الإجهاض: وفيه ثلاثة أنواع:

1- الإجهاض الطبيعي: هو الذي يحصل بدون إرادة ولا تدخل خارجي، ولا يد للمرأة ولا غيرها فيه، وهو عملية طبيعية يقوم بها الرحم، وأغلب حالاته أنه يكون في الأشهر الثلاثة أن تكتمل فيه عناصر الحياة، ويعود السبب إلى خلل في الجهاز التناسلي عند المرأة، أو في تكوين البويضة الملقحة، أو في إفرازات الغدد، أو تعرض الأم للفرع أو السقوط، أو نتيجة لمرض أصابها كداء البول السكري، وأمراض الكلى، أو الحصبة الألمانية وغيرها³.

¹ علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات "القسم الخاص جرائم العتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان وعلى المال"، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2001، ص372.

² محمد عبد البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط5، 1404هـ-1984م، ص431.

³ محمد عبد البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 432، 434. وقد عبر ابن القيم عن هذا النوع من الإجهاض بقوله: "وأما السقوط قبل ذلك ففساد الجنين أو لفساد في طبيعة الأم، أو لضعف الطبيعة، كما تسقط الثمرة قبل إدراكها، لفساد يعرض، أو لضعف الأصل أو لفساد يعرض من الخارج، فإسقاط الجنين لسبب من هذه الأسباب الثلاثة، فالآفات التي تصيب الأجنة بمنزلة الآفات التي تصيب الثمار"، أنظر: ابن قيم الجوزية: التبيان في أقسام القرآن، التحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار المعرفة، ص358.

2- **الإجهاض الطبي أو العلاجي**¹: وهو ما يسمى بالإجهاض الدوائي أو الاضطراري، وهو يتم عن طريق الطبيب لأسباب صحية -كأن تتعرض حياة الأم للخطر، ويعسر بقاء الحمل مع مسيس الحاجة إلى تناول العلاج- فيضطر الطبيب إلى إجراء ما يحفظ لها حياتها ولو بإسقاط الجنين قبل تمام أيامه.

ولعل هذا النوع من الإجهاض انخفضت نسبته مع التقدم العلمي، وتطور الوسائل الطبيّة وتقدمها، وانتشار الوعي لدى النساء.

3- **الإجهاض المفعل أو الجنائي**: وقد نسميه الإجهاض الاجتماعي، ونعني به: ما عدا النوعين السابقين، وهو نتيجة لاعتداء تعرض له الجنين أو تعرضت له الأم فأدى إلى سقوطه قبل تمام أيامه، سواء كان العدوان من قبل الأم أو من غيرها.

فالإجهاض المفعل اختياري، وهو إفراغ محصول الحمل دون استطباب عادل لغايات اجتماعية أو اقتصادية، وقد يكون الدافع لهذا النوع من التصرف إما: الرغبة في عدم الإنجاب أو لتحديد النسل، أو للمحافظة على المظهر، وكثير من حالاته بدافع التستر على فاحشة الزنا -أي بدافع أخلاقي- كالحمل غير المشروع، كما أنّ هناك دوافع تحسينية هدفها الحصول على حمل أفضل خال من التشوهات والإعاقات عند تأثير الأدوية أو الأشعة على المرأة الحامل، وقد يكون بدافع الحفاظ على جمال المرأة وأناقتها لما في تكرار الحمل من تأثير على البشرة وتجدها، أو رغبة في أن يكون الحمل ذكرا -خاصة مع التقدم العلمي وإمكان معرفة جنس الجنين أهو ذكر أم أنثى-².

وهذا النوع من الإجهاض (الاختياري) هو أكثر شيوعا، وازداد زيادة مريعة، مما اضطر كثيرا من الدول -خاصة الغربية- إلى التساهل في سن القوانين التي تجيز إجراءه، مع أنّ حبوب منع الحمل، ووسائل الحد منه منتشرة إلى درجة كبيرة ولولا ذلك لكان الإجهاض الجنائي أكبر مما هو واقع بكثير، وهو نتيجة مباشرة للأخلاق السيئة التي فشت في العالم الغربي، والانحراف السلوكي، وانتشار الرذيلة، والخواء الروحي، وشيوع الفاحشة،

¹ حسن خضر: «الحكم الشرعي لإجهاض حمل الزنى»، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، المجلد 28 (2)، فلسطين، 2014، ص302.

² محمد بن يحيى بن حسن النجيمي: الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي -دراسة مقارنة، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1432هـ-2011م، ص 19، 23.

مع رعاية الدولة وإقرارها بحق الأفراد في ممارسة ما يحلو لهم دون وازع من عقيدة أو رقابة سلطان، ولا شعور بخجل¹.

والإجهاض الذي هو موضوع البحث يندرج تحت النوع الثالث من هذه الأنواع، حيث الرغبة في الإجهاض بسبب الحمل غير المشروع.

الفقرة الثانية: حكم إجهاض ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

فرق الفقهاء في حكم الإجهاض بين الإجهاض (قبل نفخ الروح)، وبين حكمه بعد ذلك، ولما كان حكم الإجهاض بعد نفخ الروح موضع اتفاق رأيت من المناسب أن أبدأ بحكمه قبل نفخ الروح ثم بعده مع بيان آراء الفقهاء واتجاهاتهم فيه، وكما هو معلوم فإن التشريعات العربية نصت على معاقبة كل من يقوم بالإجهاض سواء حدث ذلك من المرأة نفسها برضاها أم حدث من طرف آخر رضيت أم لم ترض، وكذلك نصت على تشديد العقوبة إذا أدى ذلك الإجهاض إلى إحداث الوفاة للأم الحامل.

أولاً: حكم إجهاض ولد الزنا في الفقه الإسلامي: إن الفقهاء في تناولهم لمسألة الإجهاض لم يفرقوا بين الإجهاض الناشئ من حمل صحيح، أو الذي ينشأ عن علاقة محرمة²؛ بل خاضوا في هذا الموضوع وبيّنوا حكمه عموماً، وكان وجه التفريق الأساسي المؤثر في الحكم هو تقسيم مراحل الحمل إلى ما قبل نفخ الروح، وما بعد نفخ الروح. والناظر في كلام الفقهاء السابقين لا يجد نصاً صريحاً في حكم إجهاض ولد الزنا تحريماً أو إباحة إلا بعض النصوص القليلة جداً التي وردت في كتب الفقه مما سأذكره لاحقاً؛ أما المعاصرين من العلماء فقد اختلفوا في هذه المسألة على أقوال:

1- حكم الإجهاض قبل نفخ الروح فيه: اختلف الفقهاء المعاصرون فيه على أقوال:

أ- **القول الأول: عدم الجواز مطلقاً:** وهو ما ذهب إليه الشيخ العدوي من الفقهاء السابقين فقد صرح بتحريم الإجهاض قبل الأربعين ولو كان من ماء زنا إلا إذا خافت المرأة على نفسها القتل بظهور الحمل³. والشيخ القرضاوي من المعاصرين إذ دلّ كلامه على المنع، فقد

¹ حسن خضر: «الحكم الشرعي لإجهاض حمل الزنى»، مرجع سابق، ص 302.

² ذكر البوطي في كتابه مسألة تحديد النسل: "أن الفقهاء لم يفرقوا في عباراتهم بين الإجهاض الناشئ من حمل صحيح، وبين ذاك الناشئ عن علاقة زنى"، أنظر: محمد سعيد رمضان البوطي: **مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج**، دمشق، مكتبة الفارابي، ط4، 1988، ص 89.

³ علي بن أحمد العدوي: **حاشية الشيخ علي العدوي على مختصر خليل**، مطبوع بهامش الخرشي لمختصر خليل، بيروت، دار صادر، (ج3/ص225).

قال: "إذا كان الإسلام قد أباح للمسلمين أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك، فلم يبح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلاً، ولو جاء من طريق الحرام، بالإضافة إلى أن الجنين لا ذنب له".¹

ووافق هذا الحكم البوطي في أثناء كلامه على هذه المسألة قال: «إنّ الجنين يملك حق الحياة منذ أن يتم العلق، لا يمنعه من أن ينال حقه شيئاً ولا يضره في ذلك ما اقترفه الأبوان من الإثم، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾²، وإذا لاحظت هذا الحق الذي أعطاه الله تعالى للجنين في الحياة، بقطع النظر عن جريمة أبويه، تستطيع أن تتبين شناعة الظلم الذي يقع عليه عندما يضيف هذان الأبوان أو الأم إلى الوزر الذي ارتكبه في اقترافهما الفاحشة، وزر آخر هو استلاب الجنين البريء حقا ملكه الله إياه، ألا وهو حق الحياة، فلا يجوز أن يسلب منه بحال من الأحوال، في سبيل أن تزيل الأم، أو هي شريكها آثار جريمتها»³. وممن رجح هذا الرأي البار⁴، وعبد الله الفقيه.

وقال أبو فارس: «ولد الزنا يحرم قتله، وجنين الزنا يحرم قتله، وأما القول بأنّ الزانية إذا ظهر زناها وعلم بها أهلها أساء إلى سمعتها وسمعة أهلها، ولوث شرفهم وشرفها فحتى نتلاشى هذا كله نجز الإجهاض له أن يسقط هذا الجنين، فالجواب عليه: أنّ المحافظة على شرف المرأة وشرف أهلها لا يكون بقتل الجنين البريء والاعتداء على حياته وإنّما يكون بتحري أحكام الشرع وتطبيقها، ويكون منها بتجنب فاحشة الزنا ودواعيه ولو أجزنا لكل زانية أن تجهض حملها من الزنا لشجعنا الزناة والزانيات والعاهرين والعاهرات ودمرنا المجتمع الإسلامي والأمة الإسلامية»⁵.

وأكد نصر فريد حرمة الإجهاض في الفقه الإسلامي على إطلاقه بمعنى شموله للحمل الشرعي وغير الشرعي، حيث قال: لذلك لم يفصل الفقهاء بين النوعين من الحمل بل أنهم نصوا على حرمة الإسقاط للجنين ولو كان ثمرة لزنا أو اغتصاب لأنّ إجهاض الزانية للجنين

¹ يوسف القرضاوي: الحلال والحرام في الإسلام، القاهرة، مكتبة وهبة، ط24، 1421هـ-2000م، ص 178.

² سورة الأنعام، الآية (164).

³ البوطي: مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص 1174، 175.

⁴ محمد علي البار: مشكلة الاجهاض دراسة طبية فقهية، جدة، دار السعودية للنشر والتوزيع، ط1، 1405هـ-1985م، ص 67.

⁵ محمد عبد القادر أبو فارس: تحديد النسل والإجهاض في الإسلام، عمان، مكتبة جبهة، ط1، 1424هـ-2003م، ص 125.

لن يفيدها في الدنيا والدين، لأنّ الزنا الذي أثمر هذا الجنين قد ثبت بفعله الحسي الذي أهدر الشرع في حرمة، فلا يهدر مرة أخرى في إسقاط الجنين ومن ثم قتل نفس بريئة. فتجمع المرأة بين جرمي الزنا والقتل. وعلى هذا لا يجوز تحت أي حال من الأحوال عملية الإجهاض سواء من سفاح أو غيره، ولقد وافقهم على ذلك الشيخ عبد الحميد الأطرش- رئيس لجنة الفتوى بالأزهر وعضو مجموع البحوث الإسلامية¹. واستدلوا أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول:

أ-1- من الكتاب:

قال تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾²؛ أي: لا تتحمل نفس وزر غيرها مما لم يكن لها يد في كسبه أو التسبب فيه، ولا مسوغ في الشرع للتضحية بحياة بريء من أجل ذنب اقترفه غيره، والمعروف أنّ أول شيء تفكر فيه الزانية هو التخلص من هذا الحمل الذي يعرضها للفضيحة والعار، ولا ذنب لهذا الصبي حتى يهضم حقه في الحياة لأجل دفع العار عن أمه.

أ-2- من السنة:

قصة الغامدية: عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: فجاءت الغامدية فقالت: يا رسول الله إني قد زنيت فطهرني، وأنته ردها، فلما كان الغد قالت: يا رسول الله لم تردني لعلك أن تردني كما رددت ماعزا فوالله إني لحبلى، قال: "أما، لا فاذهبي حتى تلدي" فلما ولدت أنته بالصبي في خرقة وقالت: هذا وقد ولدته، قال: "اذهبي فأرضعيه حتى تظميه" فلما فطمته أنته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفعت الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها، فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتتضح الدم على وجه خالد فسبها، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها، فقال: «مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له، ثم أمر بها فصلى عليها ودفنت»³. فهذه الواقعة تبين لنا مدى اهتمام الشريعة بذلك الجنين ولو كان من زنا، حيث أخرج النبي صلى الله عليه وسلم إقامة

¹ عارف علي عارف: مسائل شرعية، مرجع سابق، ص 169.

² سورة الأنعام، الآية (164).

³ مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه الزنى، رقم الحديث: 1695، (ج3/ص1323)؛ أبي داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي صلى الله عليه وسلم بجرمها من جهينة، رقم الحديث: 4442، (ج4/ص152).

الحد على أمه حفاظاً على حياته، ولم يكتف صلى الله عليه وسلم بأن يولد الولد فرد أمه مرة أخرى لترضعه حتى يعتمد على نفسه، ثم دفع به إلى من يقوم بتربيته ورعايته، فهل يتصور أن يبيح الشارع قتل الأجنة بالإجهاض في سبيل تحقيق رغبات أهل الأهواء والشهوات. ووجه الدلالة: لا ترجم الحبل حتى تضع سواء كان حملها من زنا أو غيره، وهذا مجمع عليه لئلا يقتل جنينها، وكذا لو كان حدها الجلد وهي حامل حتى تجلد بالإجماع حتى تضع¹. ولقد أجمع الفقهاء على تأخير إقامة الحد على الحامل حتى تلد وليدها وترضعه استدلالاً بهذا الحديث.

أ-3- من المعقول:

✓ أن الإسقاط عندهم من قبيل الرخص والرخص لانتناط بالمعاصي². قال الإمام القرافي في تقرير لهذه القاعدة: « فأما المعاصي فلا تكون أسباباً للرخص، ولذلك العاصي بسفره لا يقصر، ولا يفطر، لأنّ سبب هذين السفر، وهو في هذه الصورة معصية، فلا يناسب الرخصة، لأنّ ترتيب الترخص على المعصية سعي في تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها، وأما مقارنة المعاصي لأسباب الرخص فلا تمتنع إجماعاً، كما يجوز لأفسق الناس وأعصاهم التيمم إذا عدم الماء وهو رخصة، وكذلك الفطر إذا أضر به الصوم، ولا تمنع المعاصي من ذلك، لأنّ أسباب هذه الأمور غير معصية، فالمعصية ها هنا مقارنة للسبب لا سبب»³.

✓ أنّ القول بجواز إسقاط الزانية حملها المتكون من الزنا مناقضة صريحة لما تقضي به قاعدة سد الذرائع، وذلك لأنّ من أهم العقبات المانعة للمرأة من ارتكاب الزنا نشوء الحمل الذي يعرضها للفضيحة والعقاب، فإذا زالت عن طريقها هذه العقبة كان ذلك تشجيعاً لها لارتكاب الفاحشة، وهذا بلا شك مخالف لمقاصد الشريعة التي من أهدافها حفظ الكليات الخمس فيكون الإجهاض في هذه الحالة من أسباب ارتكاب الفاحشة، وارتكاب الفاحشة

¹ - النووي: المنهاج في شرح صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، (ج11/ص 199، 201)

² - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ-1985م، (ج2/ص167)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 138.

³ - شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحم المالكي القرافي: الفروق، التحقيق: عمر حسن القيام، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ-2003م، (ج2/ص 65)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 138.

حرام، وما أدى إلى الحرام فهو حرام¹. فلهذا حرمت الشريعة الإسلامية الإجهاض، سواء أكان الحمل عن طريق شرعي كالنكاح أو عن طريق غير شرعي من سفاح.

ولهذا كله لا يجوز للمرأة إسقاط جنينها بأي حال من الأحوال، سواء أكان عن طريق شرعي أم غير شرعي. وإذا جاز للمرأة الحامل من زوجها إسقاط جنينها في ظروف معينة وفي سن خاصة، لم يجز للزانية أن تسقطه ولو توافرت تلك الظروف.

ب- القول الثاني: الجواز مطلقاً: وقد نقل عن جوازه عن السبكي ما لم ينفخ فيه الروح، أي في مرحلة النطفة والعلقة². ومن العلماء المعاصرين الذي أباحوه الشيخ محمد بن صالح العثيمين، وتعليل ذلك ما يأتي:

✓ لأن هذه النطفة تسبب ضرراً وأذى بالنسبة للمرأة وعائلتها، فالأم تؤسم بالعار وقد تقتل بسببه.

✓ لأن هذه النطفة محرمة، والمحرم شرعاً كالمعدوم حساً ليس لها حرمة فجاز إسقاطها.
✓ نفس الجنين بعد ولادته سيلحقه شيء من الأذى والضرر لكونه ولد زناً، فينشأ بلا نسب، ويكون منبوذاً في مجتمعه.

أما خالد بن علي المشيخ فإنه أجاز إسقاط الحمل قبل مرور أربعة أشهر وتحريمه بعد ذلك، سواء أكرهت المرأة على الزنا أم كان الزنا عن رضا وتابت ورجعت إلى الله عزوجل؛ لأن بقاءه فيه ضرر على أمه وعلى أسرته وحتى عليه هو بعد وجوده، لأن القواعد الشرعية تقتضي ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين، والمشقة تجلب التيسير؛ أما إذا كان ظاهر حال المرأة أنها ممن اعتاد الفجور والفساد فإنه يتجه القول بالتحريم مطلقاً لها إعمالاً لقاعدة المعاملة بنقيض القصد وسداً لذريعة الفساد.

ت- القول الثالث: يباح قبل نفخ الروح إذا دعت إليه ضرورة، ويكره عند انتفائها.
قال السيد سابق: «أما إسقاط الجنين، أو إفساد اللقاح قبل مضي هذه المدة، فإنه يباح إذا وجد ما يستدعي ذلك، فإن لم يكن ثمة سبب حقيقي فإنه يكره»³.

2- حكم الإجهاض بعد نفخ الروح: إذا تم للجنين عشرون ومئة يوم فإن إسقاطه محرم ولا يجوز، لما في ذلك من قتل نفس معصومة لا يجوز الإقدام على قتلها. والأضرار التي تلحق

¹ عارف علي عارف القره الداغي: مسائل شرعية في قضايا المرأة، مرجع سابق، ص 171، 172.

² المرجع نفسه، ص نفسه.

³ سيد سابق: فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، ط3، 1397هـ-1977م، (ج2/ص195).

بالأم أو بالجنين بعد ولادته فإنها لا تساوي ضرر قتله فإن قتله من أكبر الكبائر والله عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾¹، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّيْنَكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾².

وما ورد عن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»³. وأيضاً: فإن من مقاصد الشريعة حفظ الضروريات الخمس التي اتفقت عليها الشرائع، ومنها ما يتعلق بحفظ النفس.

ثانياً: حكم إجهاض ولد الزنا في التشريع الوضعي: لا شك أن الحماية التي منحها المشرع الجنائي للطفل يهيمن عليها نوع من الانتكاسة التي بين عليها الواقع العملي للطفولة، خاصة الطفولة المشردة التي تتشكل غالبيتها من أطفال وضعتهم الأقدار في وضعية أسماها المشرع الأسري غير الشرعية، وغياب هذه الحماية يكون أساساً في مرحلة خطيرة في وجودهم وتكوينهم أي في المرحلة الجنينية، من خلال جرائم الإجهاض والقتل والبيع والإهمال، هذا الواقع المنبثق من سياسة جنائية معيبة لا تحقق الأهداف المتمثلة في الردع والحماية المستهدفان من العقوبات الجنائية.

1- في التشريع الجزائري: لقد أقرّ المشرع الجزائري حماية خاصة للجنين في قانون العقوبات وذلك من خلال تجريم الإجهاض وهذه الجريمة التي نصت عليها المواد من 304 إلى 310 من قانون العقوبات الجزائري، بقصد حماية الجنين بالدرجة الأولى وكذلك الروابط الأسرية والاجتماعية ومنع الرذيلة وتأخذ هذه الجريمة ثلاث صور هي:

أ- الصورة الأولى: إجهاض المرأة من قبل الغير: نصت على هذه الصورة المادة 304 من ق ع ج بقولها: «كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات...»

¹ - سورة النساء، الآية (29).

² - سورة الأنعام، الآية (151).

³ - البخاري: صحيح البخاري: كتاب: الديات، باب: قوله تعالى: "أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف..."، رقم

الحديث: 6878، (ج/9ص5).

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت عن عشر سنوات إلى عشرين سنة...". والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف الإجهاض بل اكتفى بتبيين الوسائل أو الأسباب التي تؤدي إلى الإجهاض.

أ-1- أركان الجريمة: ولهذه الجريمة ثلاث أركان هي:

أ-1-1- الركن المادي: يتكون النشاط الإجرامي في جريمة الإجهاض من استعمال طرق أو أعمال عنف أو أي وسيلة أخرى تؤدي إلى الإسقاط. فقد تحدث النتيجة بتناول مشروب أو طعام أو مادة أخرى أو باستعمال العنف كالقفز مرارا وتكرارا أو حمل الأثقال أو الاستحمام بمياه ساخنة...إلخ.

أ-1-2- الركن المعنوي: جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية، ويجب توافر القصد الجنائي فيه والمتمثل في العلم بعناصر ومكونات الجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة. ويدخل في نطاق العلم بوجود الحمل أو افتراضه، فإذا كان الجاني يجهل ذلك وأحدث فعله إجهاضا فلا يعاقب على جريمة الإجهاض لانعدام الإرادة في القصد.

كما يجب أن تتوافر الإرادة أي أن تتجه إلى تحقيق النتيجة وهي إسقاط الجنين، وعليه إذا قام شخص في طابور وأثناء التدافع سقط على امرأة حامل فأدى ذلك لإجهاضها فلا يعاقب على جريمة الإجهاض لانعدام الإرادة في القصد. وأخيرا لا عبرة بالتدافع أو الباعث لارتكاب الجريمة لإخفاء جريمة أو للعار..إلخ، كما أنّه لا عبرة لرضاء المجني عليها سواء تمت العملية برضاها أو بدون رضاها¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الجريمة هل تعاقب المرأة على هذه الصورة من جريمة الإجهاض؟ أم يراعي قبولها من عدمه؟ إنّ الإجابة تكون بالرجوع إلى القواعد العامة في مسألة الاشتراك المادة 42 من ق ع ج².

أ-2- العقوبات: العقوبات المقررة لهذه الجريمة:

أ-2-1- العقوبات الأصلية: وفقا للمادة 304 من ق ع ج الحبس من سنة إلى خمس سنوات.

¹ محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص -، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، ص 45.

² تنص المادة 42 على ما يلي: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك أشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع العلم بذلك".

أ-2-2- العقوبات التكميلية: نصت عليها المادة 304 الفقرة 3 من ق ع ج وهي:

المنع المؤقت من الإقامة لمدة لا تتجاوز 5 سنوات وفقا للمادة 12 من ق ع ج، غالبا ما يتم الإجهاض من قبل فئات مختصة وهم المشار إليهم في المادة 306 من ق ع ج ويتعلق الأمر بسلك الأطباء والممرضين وأطباء الأسنان والقابلات.. إلخ ويمكن توقيع تدابير الأمن عليهم بحرمانهم من ممارسة مهنتهم لمدة لا تتجاوز 5 سنوات¹، بالإضافة إلى معاقبة كل من يخالف هذا المنع من ممارسة المهنة بمزاولة النشاط أو فتح العيادة بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر²، كما يمنع بقوة القانون لكل من حكم عليه بهذه الجريمة من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل وبأي صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة.

أ-2-3- العقوبات المشددة: تتمثل في الإجهاض المفضي إلى الوفاة وتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

كما تشدد العقوبة في حالة الاعتياد على ممارستها ويتم مضاعفتها ورفعها للحد الأعلى وتصبح بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات³.

ب- الصورة الثانية: إجهاض المرأة نفسها: وهذه الصورة أشارت إليها المادة 309 من ق ع آتة: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة... المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها هذا الغرض". من خلال النص تكون الضحية هي نفسها الجانية من خلال تعمدتها إسقاط حملها أو محاولتها ذلك بواسطة استعمال طرق أعطيت لها أو أرشدت إليها تحقيق ذلك الغرض.

ب-1- أركان الجريمة: وأركان هذه الجريمة نفسها أركان الصورة الأولى والعبرة في ذلك بتحقق النتيجة مهما كانت طبيعة الوسيلة المستعملة ومهما كان مصدرها الإرشاد أو المناولة أو التعليم. ولا عبرة برضا الضحية لأنها هي من تقوم بارتكاب الفعل فلا يعقل أن يقبل الضحية فعل يكون هو مرتكبه أو الجاني فيه⁴.

ب-2- العقوبات: العقوبات المقررة لهذه الصورة تنقسم إلى:

¹ - المادة 16 من قانون العقوبات الجزائري.

² - المادة 307 من قانون العقوبات الجزائري.

³ - المادة 305 من نفس القانون.

⁴ - محمد صبحي نجم: **شرح قانون العقوبات الجزائري**، المرجع السابق، ص 47.

ب-2-1- العقوبات الأصلية: تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، الغرامة من 500 إلى 10000 دج¹.

ب-2-2- العقوبات التكميلية: يمكن أن توقع عليها نفس العقوبات التكميلية السابقة في الصورة الأولى، غير أنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة إذا كانت المرأة التي قامت بإجهاض نفسها من الأصناف المشار إليهم في المادة 306 من ق ع ج أي تكون طيبة أو قابلة أو طالبة طب.. إلخ فهل تخضع لأحكام المادة 304 أمك لأحكام المادة 309؟
إن هذه الجريمة تمثل نموذجا فريدا لاتحاد الصفة بين جريمتين، وفي هذه الحالة لا وجود لتعدد الجرائم حتى نأخذ بالعقوبة الأشد، وعليه مراعاة للضحية وهي نفسها الجاني فإنّ قانون العقوبات يأخذ بالعقوبة الأخف أو القانون الأصلح للمتهم وعليه فتطبق عليها العقوبة المقررة في المادة 309 من ق ع ج².

ج- الصورة الثالثة: التحريض على الإجهاض: نصت على هذه الصورة المادة 310 من ق ع على أنّه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة...أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن: ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية، أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوماً أو صوراً رمزية أو سلم شيئاً من ذلك مغلفاً بشرائط موضوعاً في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو أي عامل توزيع أو نقل، أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة". من المعلوم وفقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي وحسب المادة 41 من قانون العقوبات أنّ المحرض يعتبر بمثابة فاعل أصلي وليس شريكا، غير أنّ الأمر في هذه الصورة لا يتعلق بالتحريض وفقاً للمادة 41 من ق ع وإنّما بتحريض من نوع خاص في جريمة الإجهاض وهو مكوّنها المادي والجوهري.

ج-1- أركان الجريمة: من خلال النص القانوني السابق فإنّ هذه الصورة تستلزم توفر ركنين هما:

¹ - المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري.

² - بن الشيخ لحسين: مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الجزائر، دار هومة، د ط، 2004، ص 15.

ج-1-1- الركن المادي: ويتمثل في القيام بالتحريض بمعنى الترغيب في القيام بالجريمة عن طريق إحدى الوسائل المذكورة في النص على سبيل الحصر وهي:

إلقاء خطب في أماكن أو اجتماعات عمومية، بيع أو عرض أو لصق أو توزيع كتابات أو رسوم أو صور، القيام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة. والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لا يتطلب تحقق النتيجة فالجريمة قائمة سواء أدى التحريض للإجهاض أو لم يؤدّ إليه، وعليه تعتبر هذه الجريمة من الجرائم المادية التي يكفي فيها تحقق السلوك الإجرامي دون النظر إلى النتيجة¹.

ج-1-2- الركن المعنوي²: القصد الجنائي: هذه الجريمة عمدية يجب توافر القصد الجنائي العام فيها علم وإرادة، ويمكن إيجاده في محتويات الخطب وما تتضمنه الصور والكتب والرسائل والمحركات وغيرها.. إلخ. ذلك أنّ القانون لا يشترط توفر القصد الخاص. **ج-2- العقوبات:** العقوبة المقررة لهذه الصورة بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، وبغرامة قدرها من 500 إلى 10.000 دج، كما يمكن أن توقع عليه نفس العقوبات التكميلية السابقة في الصورة الأولى³.

د- قتل الأطفال حديث العهد بالولادة: نصت على هذه الصورة المادة 259 من ق ع على أنه: «قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة». ونصت المادة 261 الفقرة 2 على عقوبتها بالنسبة للأُم على أنه: «ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة».

وقد نص القانون الجنائي المغربي على ذلك في الفصل 397 التي جرى نصها على النحو التالي: «من قتل عمدا طفلا وليدا يعاقب بالعقوبة المقررة في الفصلين 392 و393 على حسب الأحوال المفصلة فيها. إلا أنّ الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر ولا يطبق هذا النص على مشاركيها ولا المساهمين معها».

¹ - أحسن بوسقيعة: الوجيز في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 42.

² - عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 50، 51.

³ - المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري.

حيث أشار المشرع التونسي إلى هذه الجريمة في الفصل 211 التي نصت على ما يلي: «يعاقب بالحبس مدة عشر أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته».

ولهذه الجريمة عنصرين أساسيين بالإضافة إلى بقية عناصر القتل العمد هما:

العنصر الأول: صفة الجاني، وهي الأم حيث أشارت إليها المواد السابق ذكرها بصريح العبارة وبهذا فلا تؤخذ بعين الاعتبار أي صفة مهما كانت علاقتها بالطفل كالأب أو الجدة لأم أو الجدة لأب... إلخ، وعليه نقول أنه إذا وقع القتل من الأم تستفيد من التخفيف على عقوبة القتل العمد وتخفف لها العقوبة، أما إذا وقعت من غير الأم تسري على الفاعل أحكام القتل العمد.

العنصر الثاني: يجب أن يكون الضحية طفل حديث العهد بالولادة، والسؤال المطروح ما هي المدة الزمنية لحدثة العهد بالولادة التي يقصدها المشرع؟

في الحقيقة أنّ هذه المسألة تقديرية ومتروكة لقاضي الموضوع، غير أننا نقول أن قتل الأطفال أثناء الولادة أو بعد الولادة بوقت قصير أو قبل تسجيله في دفاتر الحالة المدنية تعتبر من بين الحالات القتل لطفل حديث العهد بالولادة، غير أنّ القضاء الفرنسي درج الأخذ بتاريخ التسجيل في دفاتر الحالة المدنية¹ وفي الجزائر حدد أجل التسجيل في الحالة المدنية بخمسة أيام²، أما التشريع المغربي فقد حددها بثلاثة أيام³.

ما يلاحظ من خلال نصوص المواد السالف ذكرها أنّ هذه الصورة في الحقيقة هي ظرف مخفف للأم فقط، لأنّ هذا النص يسري على الأم فقط دون غيرها مراعاة لظروفها النفسية والعاطفية فمن غير المعقول واقعا ولا منطقيا أن تقتل الأم طفلها إلا في حالات خاصة أخذها المشرع بعين الاعتبار⁴.

2- في التشريع المقارن: نتطرق لصور الإجهاض في كل من التشريع المغربي والتونسي والمصري.

¹ - أحسن بوسقيعة: الوجيز في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 44.

² - نصت المادة 61 من قانون الحالة المدنية: "يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان والّا فرضت العقوبة".

³ - نصت المادة 16 من قانون الحالة المدنية المغربي: "... يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح...".

⁴ - جيلالي بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 2001، (ج2/ص56).

أ- في التشريع المغربي: عاقب المشرع الجنائي المغربي على جريمة الإجهاض بعقوبات مختلفة حسب وصفها وصورها المحددة في الفصول من 449 إلى 458 من مجموعة القانون الجنائي.

أ-1- الصورة الأولى: إجهاض المرأة من قبل الغير: نص عليها الفصل 449 من القانون الجنائي المغربي على أنه: «من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلية.. برضاها أو بدونه... يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم». وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة¹.

أ-2- الصورة الثانية: إجهاض المرأة بنفسها: نص عليها الفصل 454 من القانون الجنائي المغربي على أنه: «تعاقد بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم كل امرأة أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو قبلت أن يجهضها غيرها أو رضيت باستعمال ما رشدت إليه أو ما أعطي لها هذا الغرض».

يتضح من خلال هذه المادة أنّ كلا من المشرع المغربي والجزائري اعتبر الجريمة إجهاض الحامل نفسها جنحة.

أ-2-1- أركان الجريمة: تبين من خلال الفصول المنظمة لجريمة الإجهاض، أنه لقيام هذه الجريمة لابد من توفر الأركان، تتمثل في وجود حمل الذي هو محل للجريمة، وركن مادي يتمثل في النشاط الإجرامي، وكذا ركن معنوي يشكل القصد الجنائي للفاعل.

أ-2-1-1- الركن المادي: إن هذا الفعل قد تقوم به المرأة الحامل من تلقاء نفسها أو عن طيب نفسها، دون أن يحرضها أحد، أو تقوم به بناء على اقتراح أو تحريض من الغير طبقاً للنص القانوني السابق ذكره أو تمكن الغير من القيام بإسقاط حملها².

أ-2-1-2- الركن المعنوي: يتضح أنّ القصد الجنائي في هذه الجريمة يخضع للقواعد العامة، أي تتطلب علم المرأة المتهمّة بأنها حامل، فإذا قامت الحامل بأفعال تسببت في

¹ الفقرة 2 من الفصل 449، مجموعة القانون الجنائي وفق آخر تعديلات القانون رقم 103/13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء والقانون رقم 33/18 المغير والمتمم للفصول 352 و353، و1-359 مع ملحق لأهم القوانين الجنائية الخاصة ذات الصلة، سلسلة نصوص قانونية، يناير 2020، إصدار وحدة الدراسات والتوثيق برئاسة النيابة العامة، المملكة المغربية، 2020، ص 141.

² محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، دار النهضة العربية، د ط، 1988، ص 22.

إجهاضها وهي لا تدري بأنها حامل خصوصا إذا كان الحمل في أيامه الأولى، فإنّ القصد الجنائي لا يتوفر لديها في هذه الحالة¹.

أ-2-2- العقوبات: نتطرق للعقوبات المقررة للصورة الأولى والثانية على النحو التالي:

أ-2-2-1- العقوبات المقررة للصورة الأولى: نوضح فيها العقوبات الأصلية والتكميلية:

✓ **العقوبات الأصلية:** الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

✓ **العقوبات التكميلية:** الحرمان من أحد الحقوق المشار إليها في المادة 40، كالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر².

✓ **التشديد:** إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في الفصل السابق بصفة معتادة، ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى، وتكون عقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية³.

أ-2-2-2- العقوبات المقررة للصورة الثانية: الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم⁴.

نلاحظ أنّ القانونين الجزائري والمغربي، قد سلطا نفس العقوبة السالبة للحرية سواء في حدها الأعلى أو الأدنى.

¹ - أميرة عدلي أميرة: جريمة إجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، الاسكندرية، منشأة المعارف، د ط، 2007، ص 187.

² - الفقرة 2 من الفصل 450 من نفس المرجع، ص 141.

³ - الفصل 450 القانون الجنائي الجديد، مرجع سابق، ص 141. الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة وأطباء الأسنان والقابلات والولادات والصيدالة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلية وعمال الصيدليات والعشابون والمضمدون والمدلكون والمعالجون بالتسبيب والقابلات العرفية الذين يرشدون إلى وسائل تحدث الإجهاض أو ينصحون باستعمالها أو يباشرونها، يعاقبون بالعقوبات المقررة في أحد الفصولين 449 و450 على حسب الأحوال، ويحكم على مرتكب الجريمة، علاوة على ذلك، بالحرمان من مزاولة المهنة، المقرر في الفصل 87، إما بصفة نهائية أو لمدة محدودة.

⁴ - المادة 454 من نفس القانون.

أ-3- الصورة الثالثة: التحريض على الإجهاض: نصت عليها المادة 455 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "...كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة ما.

وتجري نفس العقوبات على كل من باع أدوية أو مواد أو أجهزة أو أشياء كيفما كان نوعها أو عرضها للبيع أو عمل على بيعها أو وزعها أو عمل على توزيعها بأية طريقة كانت مع علمه أنها معدة للإجهاض حتى ولو كانت هذه الأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء المقترحة كوسائل فعالة للإجهاض غير قادر علميا على تحقيقه... وهذه العقوبة واجبة كيفما كانت طريقة التحريض، وبصرف النظر عن النتيجة التي أدت إليها؛ أي سواء حدث الإجهاض أم لم يحدث¹.

أ-3-1- أركان الجريمة:

أ-3-1-1- الركن المادي: انطلاقا مما سبق فإن مجرد إلقاء خطب حماسية في أماكن عامة أو في اجتماعات أو مجرد بيع أو عرض صور أو محررات بأية لغة كانت أو بأي شكل من الأشكال يتضمن دعوى صريحة أو ضمنية إلى الإجهاض تكون كافية وحدها أو مع غيرها لتكوين جريمة التحريض على الإجهاض المنصوص عليها في المادة 455 من القانون الجنائي المغربي والتي تقابلها المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري. إذ لم يشترك كل من القانون العقوبات الجزائري والمغربي توفر النتيجة الإجرامية في هذه الجريمة.

أ-3-1-2- الركن المعنوي: ويتمثل في القصد الجنائي العام، ولا يشترط القصد الجنائي الخاص.

يتضح مما تقدم أنّ المشرّع الجنائي المغربي لم يلتزم بأحكام المشاركة المقررة في المادتين 451 و455، ذلك لأنّ صور المساعدة أو التحريض أوسع نطاقا من تلك التي أنت بها المادة 129² من ق ج المغربي من ناحية، ومن ناحية أخرى فالمؤكد أنّ المساعدة على الإجهاض بالتحريض أو الإرشاد ببيع الأدوات أو الأدوية أو غيرها من الأشياء التي جرت العادة في استعمالها في عملية الإجهاض معاقب عليها بصرف النظر عن ارتكاب الفاعل

¹ عبد الواحد العلمي: شرح القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 301.

² تنص المادة 129 الفقرة 3 من القانون الجنائي المغربي على: "يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى الأفعال الآتية: ساعد أو أعان أو الفاعلين للجريمة في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة لارتكابها، مع علمه بذلك".

الأصلي للإجهاض أو محاولته بالفعل من عدمه، وهذا عكس الحكم المطبق على الشريك طبقاً لأحكام المشاركة في موضوع المساهمة الجنائية التي لا يعاقب في كنفها الفاعل الثانوي إلا إذا كان هناك فاعل أصلي ارتكب الجريمة التامة أو في صورة محاولة¹.

أ-3-2- العقوبات: الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم، أو بإحدى العقوبتين فقط. بالإضافة إلى عقوبة تكميلية الحرمان من مزاوله أية وظيفة أو القيام بأية صفة كانت في مصلحة أو دار للولادة أو في أي مؤسسة عامة أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي ظاهر أو مفترض².

ب- التشريع التونسي: نصت المادة 214 الفقرة 1 من المجلة الجنائية التونسية بقولها: "كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر؛ سواء كان ذلك برضا الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجناً وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين". فالتأمل في أحكام المادة 214 يجد المشرع التونسي لم يتعرض إلى صورة إجهاض المرأة من ذي صفة، وبالتالي يمكن القول أنّ الإجهاض المرتكب من ذي الصفة في القانون التونسي لا يؤثر على وصف الجريمة من جهة ولا يشدد أو يغلظ العقوبة من جهة ثانية، كما لم يتعرض لصورة التحريض على الإجهاض إلاّ أنّه رغم ذلك نستشفه من خلال الفقرة 1 من المادة أعلاه أنّه أشار ضمناً إلى الشريك الذي يعتبر شخصاً من أشخاص المساهمة الجنائية.

ج- التشريع المصري: نصت المادة 260 على الصورة الأولى من الإجهاض أنّه: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد". بالإضافة أنّ كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا، يعاقب بالحبس³.

كما أنّه إذا كان المسقط طبيباً جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالسجن المشدد⁴. أما نص المادة 262 فقد نصت على الصورة الثانية حيث جاء فيها: "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.

¹ عبد الواحد العلمي: شرح القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 302.

² المادة 455 من القانون الجنائي المغربي.

³ المادة 261 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 طبقاً لآخر تعديل سنة 2018.

⁴ المادة 263 من نفس القانون.

خلاصة الفصل:

الأخير يمكن القول بأنّ ولد الزنا هو الناتج عن التقاء ماء رجل وامرأة على وجه غري شرعي، سواء كان نتيجة ارتكاب فاحشة الزنا أو عن طريق ما يسمى بالتلقيح الإصطناعي، كما أنّ كل من ولد الزنا وولد اللعان مقطوع النسب عن تسبب في الحمل به (الزاني) ويفترقان في كون ولد اللعان ولد على فراش الزوجية، وأما ولد الزنا فقد يولد على فراش وعلى غير فراش.

ولد الإغتصاب ولد زنا له سائر أحكامه، إلاّ أن أمه غير آثمة لإكراهها على الزنا، ولد الشبهة ليس ولد زنا فهو منسوب إلى الواطئ بالشبهة، وله من الأحكام مثل ما لولد الرشدة، واللقيط لفظ يشمل كل طفل ضائع عن أهله، فقد يكون ولد زنا وقد لا يكون والغالب فيه السلامة.

وولد الزنا إنّما جنى والداه بجنايتهما الشنيعة، وهو لم يخلق بعد وكيف يسأل عما جنياه؟ بل هو محل عناية الشارع الحكيم حتى قبل أن يولد.

لا يجوز إجهاض جنين الزنا سواء قبل الأربعين على الراجح عند العلماء أو بعد الأربعين وقبل نفخ الروح، لما في ذلك من التشجيع على ارتكاب الفاحشة، وأما المكروهة على الزنا فيجوز لها إجهاض جنينها قبل نفخ الروح إذا كان في بقائه ضرر عليها.

في الأخير نلاحظ أنّ كلا التشريعين المغربي والجزائري متشددان بالمقارنة مع التشريعات الأخرى، إذ غيرا وصف الجريمة من جنحة ورفعها إلى مصاف الجنايات، وهي السجن من عشر سنوات إلى عشرين إذا نتج عنه موت المرأة الحامل، أو السجن من خمس سنوات إلى عشرة إذا كان الجاني معتادا على ممارسة الإجهاض، وفي حالة الاعتیاد الذي ينجم عنه موت الحامل، فإن العقوبة تصبح هي السجن من عشرين إلى ثلاثين، أما بالنسبة للتشريع التونسي فقد توسع في إجازة الإجهاض حيث نص الفصل 214 من المجلة الجنائية التونسية، على إمكانية إبطال الحمل خلال الثلاث أشهر إذا خشي من انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة.

الفصل الثاني

قواعد إثبات النسب

الفصل الثاني:

قواعد إثبات النسب

لقد أولى الإسلام عناية خاصة وحرصا شديدا على عدم اختلاط الأنساب وضياعها. وأبدى تشوفه البالغ إلى أن يكون لكل ولد نسبه، وما تولاه سبحانه وتعالى بنفسه هذا الحق وإعطائه هذه الأهمية إلا خوفا من تشتت الأنساب واختلاطها.

وإذا كان من مقصود الزواج القيام بحقوق الأبناء والاعتناء بهم فإن النسب هو الذي يؤسس لشرعية تتسل الأبناء من الآباء وهو مبعث الجاذبية والميل الفطري لبعضهم نحو البعض الآخر والمؤسس للعلاقات بينهم سواء في شقها الأخلاقي أو القانوني.

وعليه، فكل علاقة تتم خارج مؤسسة الزواج تستدعي بالضرورة انتفاء رابطة النسب للأب التي لا تكون إلا بناء على شرعية العلاقة الزوجية دون حاجة إلى إقراره أو بيعة تقيمها الزوجة، ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث إن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في ثبوت النسب، ويطبق عليه الحكم بشأن الوطاء بشبهة، وكل هذه المبادئ تبناها المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 40 المعدلة التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البيعة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"¹.

وبالتالي فإن القانون لا يقيم وزناً إلا للتسل الشرعي بين الأب وابنه دون اعتبار للبنوة غير الشرعية بعكس الأم فالبنوة تستوي لديها سواء كانت شرعية أو غير شرعية.

وسوف نتطرق إلى كل هذه النقاط في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: إثبات النسب داخل مؤسسة الزواج

المبحث الثاني: إثبات النسب خارج مؤسسة الزواج

¹ - قانون رقم 11/84 المؤرخ في: 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ: 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم للقانون رقم 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، ع15، المؤرخة في 27 فبراير 2005).

المبحث الأول: إثبات النسب داخل مؤسسة الزواج:

المشرع الأسري على غرار الشريعة الإسلامية تبنى مجموعة من الأدلة المتعلقة بإثبات النسب، منها ما هو خاص بهذا النوع من الإثبات لذلك أمكن اعتباره من أدلة الإثبات الخاصة بالنسب (المطلب الأول)، كما تبنى مجموعة أخرى من الأدلة، لا تقتصر على إثبات النسب وحسب بل تستعمل في عموم الإثبات ولذلك تم إدراجها ضمن الأدلة العامة في الإثبات (المطلب الثاني):

المطلب الأول: إثبات النسب بالأدلة الخاصة:

عالجت التشريعات الوضعية الأحكام الخاصة بإثبات النسب ولا تختلف هذه التشريعات في معالجتها هذه عن معالجة فقهاء الشريعة الإسلامية حيث أوردت أحكاما خاصة بإثبات النسب من الزواج الصحيح، وأحكاما أخرى خاصة بإثبات النسب من غير الزواج الصحيح، ونخصص لكل حالة فرعا مستقلا.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح:

من أسباب ثبوت النسب هو الزواج المبني على العقد الصحيح بين الزوجين، والعقد الصحيح هو ما توافرت أركانه وشروطه حتى يكون معتبرا شرعا في حق الحكم بحيث يترتب عليه الأثر المقصود منه شرعا، فالأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هي (الحرمة) حتى يوجد الحل شرعا، وقد جعل الشارع الزواج الشرعي الحل والوسيلة لتحصيل الولد، فإذا وقع العقد موافقا لإرادة الشارع الكريم كانت الزوجة فراشا لزوجها، والولد لصاحب العقد الصحيح.

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الصحيح (الفراش):

نتناول في هذه الفقرة أولا لتعريف الزواج لغة واصطلاحا ثم ثانيا ذكر شروط وأركان الزواج.

أولا: تعريف الفراش لغة واصطلاحا:

1- لغة: هو ما يُفْرَشُ، يقال: الأَرْضُ فَرَّاشُ الأَنَامِ، قال تعالى: ﴿الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ فَرَّاشًا﴾¹؛ أي: وطءا، لم يجعلها حزنةً غليضةً، لا يمكن الاستقرار عليها. ومن المجاز:

¹ - سورة البقرة، الآية (22).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

الفِرَاشُ: زوجة الرَّجُلِ، يقال لامرأة الرجل: هي فِرَاشَتُهُ وإِزارُهُ ولحافه، لأنَّ الرجلَ يَفْتَرِشُهَا¹.
وقيل الفِرَاشُ: اسم للزوج، فكل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر، كما يسمى كل واحد منهما لباسا للآخر².

2- اصطلاحاً: عرّف الفقهاء الفِرَاشَ بتعريفات متقاربة³ حيث دار محور حديثهم عنه حول الحالة الزوجية التي تربط الرجل بالمرأة في علاقة خاصة مبناهما السرية والحياء، فكان التعبير بكلمة الفِرَاشَ تعبيراً مهذباً كني به عن الإجماع ولا عجب في ذلك إذ أن الكناية عن الأشياء التي يستحى منها كثيرة في القرآن والسنة⁴.

أما الزواج الصحيح فهو العقد الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته.

ثانياً: أركان وشروط الزواج: نذكر في هذا العنصر لأركان الزواج ثم لشروطه:

1- أركان الزواج: بموجب التعديل الذي استحدثته الأمر 02/05 لم يعد لعقد الزواج سوى ركن وحيد يتمثل في رضا المقدمين على إبرام هذا العقد ذي الخصوصية، وعملاً بمقتضيات المادة 9 من ق أ ج والتي تنص على أنه: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ».

2- شروط الزواج: وقد عمد المشرع الأسري إلى استحداث نص تشريعي جديد يتمثل في المادة 9 مكرر خصصها للولي والشاهدين والصدّاق؛ كشرط للزواج يجب أن تراعي عند إبرام عقود الزواج، حيث نصت المادة على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصدّاق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

¹ - الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج17/ص305).

² - الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، مادة (ف ر ش)، (ج2/ص468).

³ - وأورد هنا بعض تعريفات العلماء القدامى والمحدثين للفِرَاشَ، وذلك على النحو التالي:

أ-تعريفات القدامى للفِرَاشَ:

التعريف الأول: "أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد". ينظر: الزيلعي: تبیین الحقائق، (ج3/ص43).

التعريف الثاني: "هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به". ينظر: ابن همام: فتح القدير، (ج3/ص243).

ب-تعريفات المحدثين للفِرَاشَ:

التعريف الأول: "الفِرَاشَ يعني زواج وحمل وولادة، ويقصد به الدخول الحقيقي من زواج صحيح". ينظر: الأمام محمد أبو زهرة: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 298.

التعريف الثاني: "المرأة التي يحل للرجل شرعاً أن يستمتع بها وهي الزوجة" ينظر: أبو العنين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 498.

⁴ - ابن حجر: فتح الباري، (ج9/ص294).

الفقرة الثانية: حكم إثبات النسب بالزواج الصحيح في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

نتناول في هذه الفقرة لحكم إثبات النسب بالزواج الصحيح في الفقه الإسلامي أولاً ثم في التشريع الوضعي:

أولاً: حكم إثبات النسب بالزواج الصحيح في الفقه الإسلامي: لقد اختلفت الشريعة الإسلامية بالولادة في إثبات نسب الولد لأمه، فجعلت مجرد الولادة سبباً في ثبوت نسب الولد لأمه على أي حال جاءت به المرأة، سواء جاءت به من نكاح أو سفاح¹. أما النسب من جهة الرجل فقد حددت له الشريعة الإسلامية أسباباً لا يثبت النسب إلا من خلالها وهي:

1- أن يكون الزوج ممن يولد لمثله ويتصور منه الإحبال عادة، كالرجل البالغ القادر على الإحبال، فلو كان الزوج صغيراً لم يبلغ ولا يتصور منه إنزال، وجاءت زوجته بولد، فإنَّ نسبه لا يثبت للفراش قطعاً، لتيقن كون الولد من غير الزوج، لعدم مقدرته على الإحبال، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء، وإن كان لهم تفصيل في تحديد السن المتصور معها الإحبال².

2- أن يمكن التلاقي بين الزوجين بعد عقد النكاح وهذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فذهب فقهاء الحنفية إلى عدم اشتراط ذلك واكتفوا بمجرد العقد، فجعلوه سبباً ظاهراً علقوا عليه أمر النسب؛ بحجة أنَّ التلاقي والدخول أمر باطن لا يطلع عليه، فيقام العقد مقامه في إثبات النسب، أما مذهب الجعفرية وابن تيمية فيرون أنَّه لا يكفي لتحقيق الفراش إمكان التلاقي بل لا بد من الدخول الحقيقي، وعللوا ذلك بقولهم بأنَّه كيف تصير المرأة فراشاً ولم يدخل بها الزوج، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته، ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك، وهذا الإمكان لا يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشاً إلاَّ بدخول محقق، وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنَّ الزوجة تصبح فراشاً لزوجها بالعقد مع إمكان الدخول، فلا تعتبر الزوجة فراشاً لزوجها بمجرد العقد بل يلزم التلاقي بين الزوجين، وأن يكون ممكناً في العادة، وتطبيقاً لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح،

¹ - أحمد سعد علي البرعي: "التخريج الفقهي لتسبب ولد الزنا والاعتصاب - نظرة فقهية مع تطور العمل بالبصمة

الوراثية"، مقال منشور بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد 12، 2012، ص 120.

² - أبو عبد الله المواق المالكي: **التاج والإكليل لمختصر الخليل**، (ج6/ص644)، الشيرازي: **المهذب في فقه الإمام**

الشافعي، (ج3/ص78)، أبي حامد الغزالي: **الوسيط في المهذب**، (ج6/ص109)، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر

بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين: **المحرر في الفقه على مذهب الإمام بن حنبل**، الرياض، مكتبة

المعارف، 1404 ط2، هـ-1984م، (ج2/ص101).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين¹. وهذا الأخير هو الذي أخذت به القوانين، وهو الراجح لاتفاقه مع قواعد الشريعة والعقل².

وثمره هذا الخلاف أنّ الولد لا ينتفي نسبه في رأي الحنفية إلاّ باللعان، وينتفي بدون لعان في رأي الجمهور، لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين عادة³.

3- أن يولد الولد بين أدنى مدة الحمل وأقصاها:

أ- أدنى مدة الحمل: أن يولد الولد بعد مضي ستة أشهر على الأقل من حين الزواج، وسبب التحديد بالستة أشهر أنّها أقل مدة للحمل - كما هو منصوص عليه⁴، فلو أتت المرأة بولد بعد العقد عليها وقبل مضي ستة أشهر من وقت زواجها، لم يثبت نسبه للفراش قطعاً؛ لحصول القطع بأنّ هذا الحمل كان عالقا بها قبل الزواج، وهذا الشرط متفق عليه - أيضاً - بين الفقهاء، لكنهم قد اختلفوا في تحديد الوقت الذي يبتدئ به احتساب تلك المدة: فذهب الحنفية إلى القول بمضي ستة أشهر من حين العقد⁵، وعند الجمهور ستة أشهر من حين تمكنه من الوطء⁶، وعند ابن تيمية وابن القيم ستة أشهر من حين تحقق الوطء⁷.

¹ - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص550)؛ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج3/ص56)؛ الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ج7/ص170)؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج5/ص406).

² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 683.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

⁴ - ثبت هذا فيما أخرجه البيهقي بسنده أنّ عثمان بن عفان - رضي الله عنه - : قد ولدت في ستة أشهر، فأمر بها أن ترجم، فقال علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - : ليس ذلك عليها، قال تبارك وتعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا... ﴾ [سورة الأحقاف، الآية: 15]، وقوله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ... ﴾ [سورة لقمان، الآية 14]. وقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ... ﴾ [سورة البقرة، الآية 233]. فالرضاعة أربعة وعشرون شهراً، والحمل ستة أشهر، فأمر بها عثمان أن ترد، فوجدت قد رجمت. ينظر: البيهقي: السنن الكبرى، كتاب: العدد، باب: ما جاء في أقل مدة الحمل، رقم الحديث: 15551، (ج7/ص727)؛ وسعيد بن منصور: رقم الحديث: 2074، (ج2/ص93).

⁵ - الزيعلي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج3/ص39).

⁶ - أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي: طرح الثريب في شرح التريب، الطبعة المصرية القديمة، [د ط]، [د ت ن]، (ج7/ص126).

⁷ - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني: مجموع الفتاوى، التحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، [د ط]، 1416هـ - 1995م، (ج34/ص10).

موقف الطب: أقل مدة الحمل: تظاهرت الشريعة والطبيعة على أنها ستة أشهر. فالشريعة من خلال الآيتين قال تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا¹، ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ²، وأما الطبيعة فمن خلال أقوال الأطباء أصحاب الاختصاص الذين أثبتوا أن أقل حمل كان في مائة وثمانين يوماً³. فقد أكد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء من أن أقل مدة للحمل يمكن للمولود العيش بعد ستة أشهر، وتثبتت الشواهد الطبية أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلاً للحياة⁴. والطب المعاصر أصبح يملك القدرة على تحديد عمر الجنين، ويحسب عمر الجنين بعدة طرق وهي كالتالي:

✓ العمر من بداية آخر حيضة حاضتها الأم الحامل: بناء على الأساس فإن معدل مدة الحمل هي 280 يوماً⁵.

✓ العمر منذ بداية التلقيح: بما أن التلقيح يحدث في الغالب بعد 14 يوماً منذ بداية آخر حيضة حاضتها المرأة مع فارق يومين بزيادة أو نقصان فإن حساب مدة الحمل أو عمر الجنين سيكون بطرح المدة منذ بداية آخر حيضة من 14 يوماً، وعليه فتكون مدة الحمل 280-14=266 يوماً.

وإذا لم يمكن معرفة تاريخ بداية آخر حيضة ولا معرفة تاريخ الاتصال الجنسي الذي بعده الحمل فإنه لا يبقى لمعرفة عمر الجنين إلا قياس حجم الرحم وأطباء التوليد يحددون العمر بمستوى الرحم في البطن⁶.

ب- أقصى مدة الحمل: اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في أقصى مدة الحمل، وذلك لعدم وجود نص من الكتاب أو السنة يحدد ذلك، ففيه أقوال أشهرها ما يأتي:

ب-1- تسعة أشهر قمرية: وهو رأي ابن حزم الظاهري وعمر بن الخطاب رضي الله

¹ - سورة الأحقاف، الآية (15).

² - سورة البقرة، الآية (233).

³ - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: التبيان في أقسام القرآن، التحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار المعرفة، [د ط]، [د ت ن]، (ج1/ص339).

⁴ - أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط1، 1420هـ-2000م، ص 375.

⁵ - محمد علي البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض، دار السعودية للنشر والتوزيع، ط4، 1983، ص454.

⁶ - المرجع نفسه، ص 454، 455.

عنه، فقد جاء في المحلى: "ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر.."¹.

ب-2- سنة قمرية: وهو رأي محمد بن عبد الله بن الحكم من المالكية خلافا لما ذكره ابن حزم، بل ونسب هذا القول للظاهرية أيضا².

ب-3- سنتان، وهو رأي أبي حنيفة³، وسنده في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، وهو قولها: « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، قدر ما يتحول به ظل عمود المغزل »⁴.

ب-4- ثلاث سنوات: وهو رأي الليث بن سعد، فقد نقل عنه قوله: « أقصى مدة الحمل ثلاث سنوات، فقد حملت مولاة بن عبد العزيز ثلاث سنين »⁵.

ب-5- أربع سنوات: وهو رأي فقهاء الشافعية والحنابلة، لأن ما لنص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين⁶، وهو قول مالك في رواية عنه⁷، والشافعي⁸. وحجتهم وحجتهم في ذلك ما روي عن مالك بن أنس أنه قال: « هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن.. تحمل كل بطن أربع سنين »⁹.

ب-6- خمس سنوات، وهو رأي فقهاء المالكية وهو المشهور عندهم¹⁰ وقال الزهري:

¹ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص131).

² بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج3/ص112).

³ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج6/ص801)، ابن همام: فتح القدير، (ج4/ص362).

⁴ أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجرجاني: سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الهند، دار السلفية، ط1، 1403هـ-1982م، كتاب: الطلاق، باب: المرأة تلد لستة أشهر، رقم الحديث: 2077، (ج2/ص94). البيهقي: السنن الكبرى، كتاب: العدد، باب: ما جاء في أكثر الحمل، رقم الحديث: 15552، (ج7/ص728).

⁵ ابن قدامة: المغني، (ج8/ص121).

⁶ البيهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، (ج5/ص405)، ابن قدامة: المغني، (ج8/ص121)،

⁷ الدسوقي: حاشية الدسوقي، (ج2/ص474).

⁸ النووي: المجموع شرح المذهب، (ج17/ص405)، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج8/ص377).

⁹ أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني: سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ-2004م، رقم الحديث: 3877، (ج4/ص500). جاء في حديث آخر رقم 3878، (ج4/ص501)، من نفس المصدر.

¹⁰ -التسولي: البيهة في شرح التحفة- شرح تحفة الأحكام-، (ج1/ص621).

المرأة قد تحمل ستة سنين وسبع سنين¹.

موقف الطب: يرى الأطباء أنّ مدة الحمل الطبيعية هي 280 يوماً، وتحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة، وبما أنّ الحمل يحدث عادة في اليوم 14 من بدأ الحيض تقريباً، وأنّ مدة الحمل 280 يوماً منها 14 يوماً التي هي الفترة الفاصلة بين الحيض وإمكان الحمل، فتصبح فترة الحمل بعد إسقاط هذه المدة هي 266 يوماً، وهي تساوي تسعة أشهر تقريباً، فلا يزيد عن شهر بعد موعده وإلا مات الجنين في بطن أمه، يعتبرون ما زاد على ذلك نتيجة خطأ في الحساب².

الترجيح: بناء على ما سبق يظهر لي أنّ أقصى مدة الحمل التي تبنى عليها الأحكام الشرعية هي المدة المعهودة تسعة أشهر والتي قد تزيد أسبوعين أو ثلاثة أسابيع فقط.

ثانياً: حكم إثبات النسب بالزواج الصحيح في التشريع الوضعي: تناولت التشريعات الوضعية الأحكام الخاصة بإثبات النسب من الزواج الصحيح فوضعت لذلك أحكاماً خاصة بإثبات النسب حال قيام الزوجية وهذا ما سنوضحه في مايلي:

1- **في التشريع والقضاء الجزائري:** إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، وعلى هذا الأساس جاء في المادة 40 من ق.أ.ج بأنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح...»، كما أنه طبقاً للمادة 41 من ق.أ.ج فإن: « الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»³. وعليه حتى يثبت النسب بالزواج الصحيح لابد من توفر ثلاث شروط، وهي:

أ- **إمكانية الاتصال بين الزوجين:** هذا الشرط لا يتحقق إذا كان الشخص مسجوناً أو مسافراً سفراً طويلاً⁴، أما إذا كان الزواج كامل الشروط والأركان (المواد من 7 إلى 17 ق أ

¹- أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: **الإشراف على مذاهب العلماء**، التحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الإمارات العربية المتحدة، مكتبة مكة الثقافية، ط1، 1425هـ-2004م، (ج5/ص347).

²- محمد نعمان محمد علي البعداني: **مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية** -دراسة مقارنة-، صنعاء، دار الكتب، ط1، 1437هـ-2016م، ص 588-589؛ محمد علي البار، **خلق الإنسان بين الطب والقرآن**، مرجع سابق، ص454.

³- العربي بلحاج: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "مقدمة الخطبة، الزواج"**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2005، (ج1/ص190). العربي بلحاج: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا)، -أحكام الزواج-، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010، (ج1/ص371).

⁴- سليمان ولد خسال: **الميسر في قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر، الأصالة للنشر والتوزيع، ط2، 2012، ص125.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

ج) عدّ زواجا صحيحا وصالحا لإثبات النسب، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية ممكنا حتى يكون كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"¹، وهذا الفراش ليكون صالحا لمجيء الولد منه لابد من إمكانية التلاقي بين الزوجين² من حين العقد، ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لا بد من الدخول، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين غائبا ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى عقد الزواج الصحيح، ضرورة ثبوت إمكان الاتصال الجنسي بين الزوجين وعلى هذا يجب أن يكون الزوج بالغا، وفقا لنص المادة 7 من ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05 فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل لقيام القرينة على أن الولد ليس منه³.

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، أن شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين ضروري لإثبات النسب، حيث جاء في أحد قراراتها¹ ما يلي: « من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر». وتأسيسا على هذا الوجه، اعتبر قضاة المحكمة العليا أن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، وأن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 ق.أ.ج التي طبقت قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر.

وانطلاقا من هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يمكن القول، بأن القضاء الجزائري حذا حذو الشريعة الإسلامية بتطبيقه لقاعدة: "إحياء الولد"، مع إمكانية الاتصال الشرعي بين الزوجين وهو ما يقصد به البناء، فعدم إمكانية الاتصال قد يحدث في الواقع لبعد الزوجين عن بعضهما، كأن يكون الرجل من دولة والمرأة من دولة أخرى ولم يحصل بين الزوجين لقاء فلا يثبت النسب⁴

ب- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة: لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث 6749، (ج/8ص153).

² محمد محدة: سلسلة فقه، الأسرة الخطبة والزواج، باقتة، شهاب، ط2، 2000، (ج/1ص417).

³ محمد محدة: المرجع نفسه، ص 418. وهناك قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال... ينظر: قرار المحكمة العليا، غ أ ش، رقم 204821، المؤرخ في 1998/10/20، ن.ق، 2002، عدد خاص، ص 82.

⁴ علي هاشم يوسفات: أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 40.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

في المادة 41 من ق أ ج ألا ينفي نسب هذا المولود بالطرق المشروعة، والطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان وإن كان المشرع لم يظهر ذلك في الفصل الخامس إلا أنه أشار إليه في المادة 138 ق أ ج¹ كما أنه يفهم من نص المادة 222 ق أ ج.

ويقتضي البحث في موضوع اللعان، كوسيلة من وسائل نفي النسب تحديد حقيقة اللعان، من حيث تعريفه وتحديد أركانه، ثم مدى تطبيق القضاء الجزائري للعان فيما يخص النسب.

ب-1- تعريف اللعان: سبق لي تعريف اللعان لغة واصطلاحا في الفصل الأول، من الباب الأول.

ب-2- دليل مشروعية اللعان: ويتم إجراء الملاعنة في الشرع بين زوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج، وبالغضب القائم مقام حد الزنا بالنسبة للزوجة²؛ فحد قذف الرجل لزوجته بالزنا هو الجلد ثمانين جلدة³، وهذا لعموم قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁴، والمحصنات؛ أي: المتزوجات، تشمل الزوجة وغيرها، ثم لما نزلت آية اللعان خصصت آية القذف، أي جعلت تطبيقه يشمل فقط الأجنبية دون الزوجة، وهي قوله تعالى: ﴿وَالْحَمِيمَةُ أَنْ لَعَنْتَ اللَّهَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁵ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْحَمِيمَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾⁵.

ب-3- أركان اللعان: أركان اللعان هي: قيام الزوجية، والزوجين الملاعنين.

ب-3-1- قيام الزوجية: لقد خصت آيات اللعان الأزواج دون غيرهما، وذلك في

¹ محمد محدة: الأسرة الخطية والزواج، مرجع سابق، ص 418.

² عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، القاهرة، دار الفكر العربي، [د ط]، [د ت ن]، ص 116.

³ القذف وفقا لما نص عليه في المادة 196 من قانون العقوبات الجزائري هو: "كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص والهيئات المدعى عليها....".

⁴ سورة النور، الآية (4).

⁵ سورة النور، الآيات (6، 7، 8، 9).

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾¹. لذا فاللّعان لا يقع إلا من زوجين ومن زواج صحيح، فقد اتفق فقهاء المسلمين على اشتراط قيام الحياة الزوجية حقيقة أو حكما بأن تكون المرأة مطلقة طلاقا رجعيا ومازلت في العدة².

ب-3-2- الزوجين الملاحين: يشترط فيهما البلوغ والعقل، لأن الصبي والمجنون لا يصح لعانها، لأنه قول يوجب الفرقة، فلا يصح من الصبي والمجنون كالطلاق، أما الأخرس فإن كانت له إشارة معقولة، أو كتابة مفهومة صح لعانه، لأنه أصبح معبرا كالناطق، أما إذا لم يكن له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة فلا يصح لعانه³.

ب-4- تطبيق القضاء الجزائري للّعان: إن ما يمكن تسجيله في هذا الإطار، هو ندرة قضايا اللّعان، سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا، أو بنفي نسب الحمل من الزواج. أما ما يتعلق بقرارات المحكمة العليا، فإن ما وقع بين أيدينا من ذلك قليل يتعذر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق اللّعان كما ورد في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا⁴.

فقد ورد في قرار في ملف رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 قضية (ق.م) ضد (ق. أ) - نفي النسب واللّعان - تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه، وأن اللّعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد، حيث أن اللّعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه⁵.

¹ - سورة النور، الآية (6).

² - أحمد نصر الجندى: من فرق الزوجية، الخلع، الإبلاء، الظهار، اللّعان، دار الكتب القانونية، [د ط]، 2005، ص 248-249.

³ - حسيني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجبتها في الإثبات، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007، ص 17.

⁴ - عز الدين كيجل: "اللّعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري"، مجلة المفكر، الجزائر، كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 3، ص 127.

⁵ - وعلى ضوء هذا القرار يمكن تقرير ما يلي:

* دعوى اللّعان لا تسمع إلا وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، والتي سلف ذكرها ومنها بالخصوص: دعوى نفي النسب حيث لا يتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

* للزوج وحده حق طلب الملائنة، فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة، ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

ج- ولادة الولد بين أدنى مدة الحمل وأقصاها: تنص المادة 42 من ق.أ.ج على أن: «أقل مدة الحمل ستة أشهر...» يتضح من خلال نص المادة 42 أن المشرع حدد أدنى مدة للحمل ستة أشهر، وإن كانت هذه المادة صريحة بنصها على أن أول مدة الحمل وأقصاها، ولكنها تثير عدة إشكالات منها: هل تحسب مدة الحمل من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول الحقيقي؟ أما التساؤل الثاني: هل المدة الواردة في النص تحسب على أساس التقويم الهجري أم على أساس التقويم الميلادي؟

بالنسبة للتساؤل الأول فبالرجوع إلى ما جرى به العمل في محاكمنا حسب ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993 حيث قضت فيه: « بأنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر لتوفر أركانه، طبقا للمادة 19 ق.أ.لعدم وجود أي نزاع بشأن الدخول الذي تم يوم 16/11/1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد الدخول الحقيقي والبناء بأكثر من 6 أشهر وأن المادة 42 ق.أ.ج تنص على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر¹ ومن خلال ما جاء به القرار فإن حساب مدة الحمل يكون من تاريخ الدخول الحقيقي وإمكانية الاتصال، أما التساؤل الثاني فقد أجاب عنه القانون المدني في المادة الثالثة منه على أنه: « تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص على خلاف ذلك²».

أما أقصى مدة الحمل في القانون الجزائري: لم يكن القانون الجزائري بعيدا عن التأخر بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة، إذ حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر وذلك في المادة 42 من ق.أ.ج إذ نصت على أن: «... وأقصاها عشرة

* عند تحقق شروط قبول الدعوى، واقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا، أو أي مسجد في المدن الكبيرة وليكن المسجد العتيق كما ذكر قرار المحكمة العليا، وهذا تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير الحنفية.

* لا تجري أيمان اللعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي ومعاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الأيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبنى عليه الأحكام المترتبة عليه⁵.

* يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة على اللعان والتي منها التفريق بين الزوجين (طلاق بائن) ونفي نسب الحمل، أنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا)، مرجع سابق، (ج1/ص387)

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 99000، المؤرخ في 1991/11/23، ا.ق، 2001، عدد خاص، ص 65.

² - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 42، 26 يونيو 2005.

(10) أشهر»، وقد جعل المشرع الجزائري عشرة أشهر أقصى مدة الحمل حتى يشمل جميع الحالات النادرة، إعمالاً لمبدأ وجوب الاحتياط في النسب، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها. إذ جاء في قرار لها: «من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون...»¹.

ب- في التشريع والقضاء المقارن: تناولت قوانين الأحوال الشخصية الأحكام الخاصة بإثبات النسب من الزواج الصحيح فوضعت لذلك أحكاماً خاصة وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

ب-1- في التشريع المغربي: عالجت مدونة الأسرة المغربية الأحكام الخاصة بإثبات النسب بالزواج الصحيح (الفراش) في المواد 152 إلى 154 كلها تريد المراد بالفراش في العقد الصحيح، ومن خلال استقراء هذه المواد نستخلص ما يلي:

المشرع يحيل في جميع المواد على الزواج الصحيح المثبت والذي لا ينازع في قوته أي سبب كيفما كان لأنه يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب. وبهذا جاء في قرار للمجلس الأعلى: «..أنّ لما كان عقد الزواج موثقاً والطلاق ثابتاً بتاريخه وتم الوضع خلال الأجل القانوني وفي ظل غياب أي دليل قوي لما يدعيه الطاعن لأنه لا وجود لأي تقرير يفيد العقم، فإنّ قرار المحكمة كان مرتكزاً على أساس قانوني وما جاء في الوسيلة عديم الجدوى»². كما أنه يشترط لثبوت النسب بطريق الزواج الصحيح طبقاً لنص المادة 154 من مدونة الأسرة شرطان هما:

ب-1-1- إمكانية الاتصال بين الزوجين: كما يستفاد من المادة 154 من نفس المدونة "...وأمكن الاتصال..". والملاحظ أنّ هذا الفصل يتحدث عن إمكانية الاتصال لا عن تحققه وفي هذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى: «..لكن حيث إنّ المحكمة لما عللت قرارها بأنّ الوضع المتفق على حصوله في سنة 1990 قد جاء بعد عقد الزواج 89/12/21 أي مرور أكثر من ستة أشهر أي داخل الأمد الذي يترتب عن الوضع خلاله ثبوت نسب

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 57756، المؤرخ في 1990/01/22، م.ق، 1992، ع 02، ص 71 وجاء في قرار آخر: "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أول مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 193825، المؤرخ في 1998/05/19، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 73.

² - بموجب نص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية.

المولود..وبذلك يكون الاتصال قد حصل ولا حاجة لإثباته».

ب-1-2- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وقد حددها القانون المغربي بستة أشهر من تاريخ العقد أما في أقصى مدة الحمل فقد حددها بسنة كاملة من تاريخ الطلاق أو الوفاة وهذا ما نصت عليه المادة 154 من مدونة الأسرة: "يثبت النسب إذا ولد بفراش الزوجية: إذا ولد لستة أشهر وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق"، وهذا ما جرى عليه العمل في المحاكم المغربية¹. فإذا توفر هذان الشرطان الحق الولد في نسبه للزوج وبخلافه إذا انتفى الشرطان أو أحدهما فالولد غير لائق.

ب-2- التشريع التونسي: لا تختلف الأحكام التي جاءت بها مجلة الأحوال الشخصية التونسية فيما يتعلق بإثبات النسب بالزواج الصحيح عن تلك الأحكام التي أخذ بها التشريع المغربي.

ب-3- التشريع المصري²: تناول قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 الأحكام الخاصة بإثبات النسب حال قيام الزوجية في المادة 15 منه حيث نصت هذه المادة على أنه: «لا تسمع دعوى الإنكار دعوى النسب لولد زوجة أنت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أنت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة». وبموجب هذه المادة منع المشرع المحاكم سماع دعوى النسب في حالة إنكار الزوج لنسب الولد الذي يراد إثبات نسبه منه وذلك في حالتين:

✓ الحالة الأولى: إذا ثبت عدم التلاقي، فثبتت هذا الأمر يدل على عدم دخول الزوج بزوجه وبالتالي لا يمكن نسبة الولد الذي تدعيه الزوجة إلى هذا الزوج.

✓ الحالة الثانية: إذا جاءت الزوجة بالولد لمدة تزيد على سنة كاملة من تاريخ الزوج عنها، أو من تاريخ الطلاق أو الوفاة بالنسبة للمرأة المطلقة والمتوفي عنها زوجها.

¹ - إذ جاء في قرار لها أن: "...لكن حيث أن المادة 154 من مدونة الأسرة تنص على أنه يثبت نسب الولد للفراش إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد والثابت من أوراق الملف..ازداد على فراش الزوجية بتاريخ 2001/10/23 أي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد... والمحكمة لما ردت دفع الطاعن بعلّة أنّ الفراش يعتبر حجة قاطعة على النسب بصريح المادة 153 من مدونة...تكون قد بنت قضائها على أساس". قرار المجلس الأعلى، ملف رقم: 2005/1/2/317، صادر بتاريخ: 2006/11/15 تحت عدد 639.

² - حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق للصيقة بشخصية الطفل -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013، ص 88-89.

ولم تتعرض المادة المذكورة لبيان أقل مدة الحمل إلا أنها أشارت إلى أقصاها، فاعتبرت أقصى مدة للحمل سنة كاملة من تاريخ غيبة الزوج أو من وقت الطلاق أو الوفاة. ومن أحكام محكمة النقض فيما يتعلق بثبوت النسب بالفراش: « ما تصير به المرأة فراشا- مناطه العقد مع إمكان الوطء- مادة 15 من قانون 25 لسنة 1929- مفاد المادة 15 أنّ المناطق فيما تصير به المرأة فراشا إنّما هو العقد مع إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال الجنسي الفعلي»¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الزواج غير الموثق رسميا إذا استوفى أركانه وشرائطه المعتبرة شرعا، ولا ينقصه إلا إثباته في وثيقة رسمية، يثبت به النسب، كما يثبت بالزواج الموثق، فإذا تزوج رجل امرأة زواجا صحيحا أو فاسدا، ولم يثبت هذا الزواج في وثيقة رسمية، ثم أنت بولد، وأنكر الزوج نسبه، كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء ، وتطلب إثبات النسب من زوجها، وعلى المحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بكافة طرق الإثبات المقررة شرعا، من غير توقف على وجود وثيقة زواج رسمية، ومتى أثبتت الزوجية، وتوافرت الشروط الخاصة بثبوت النسب قضت المحكمة بثبوت نسب الولد من الزوج»².

وبعد أن تم التعرض لحكم ثبوت النسب بالزواج الصحيح، ووفقا للشروط المنصوص عليها فقها وتشريعا ضمن هذا الفرع سيتم التعرض إلى ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح.

الفرع الثاني: إثبات النسب في الزواج غير الصحيح

إنّ الأصل في النكاح الذي يثبت به النسب، هو ما كان على فراش صحيح لا تشوبه شائبة، غير أنّ ما يقوم عليه أمر النسب من الاحتياط والستر، جعل الفقهاء يثبتون النسب للولد، الذي ينتج من مراتب فراش أقل وأضعف، كالزواج الفاسد والباطل فيأخذان حكم الفراش الصحيح فيما يرتبانه من آثار، وهو ما سار عليه المشرّع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة 32،33،34 ومن خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وكذا جل التشريعات العربية، كما سيأتي بيانه³.

¹ الطعن رقم 468 لسنة 65 ق "أحوال شخصية"، جلسة 2001/11/24، أشار إليه: أحمد حلمي مصطفى، **أحكام النسب فقها وقضاء**، مرجع سابق، 159.

² إبراهيم علواني: **مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب**، مرجع سابق، ص 68.

³ صالح بوغرارة: **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2013، ص 47.

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الباطل والفاسد:

قبل الولوج لأحكام الزواج الفاسد، والمدة المعتبرة في ثبوت النسب فيه لا بد لنا من التطرق إلى تعريف الزواج الباطل وبيان أسبابه، ثم الزواج الفاسد وبيان أسبابه.
أولاً: تعريف الزواج الباطل وبيان أسبابه: نتطرق لتعريف الزواج الباطل لغة واصطلاحاً ثم نتعرض لبيان أسبابه:

1- تعريف الزواج الباطل لغة واصطلاحاً:

أ- لغة: الباطل: من بطل الشيء، يبطل بطلا وبطولا وبطلانا: ذهب ضياعاً وخسراً، والباطل: نقيض الحق¹.

ب- اصطلاحاً: يعرف بعض الفقه الإسلامي عقد الزواج الباطل، بأنه العقد الذي فقد كل أركانه أو فقد ركنين على الأقل من الأركان، مثل العقد الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم، وبين مسلم وغير ذات دين².

أما المشرع الجزائري فقد عرفه بأنه كل عقد فقد ركناً من أركانه الأساسية، أو الذي اختل فيه شرطان فأكثر من شروط الصحة؛ وكذلك الحال إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة الجزائري. فإن هذا العقد يكون باطلاً لا وجود له في نظر القانون، الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول³. فمن المسلم به أن العقد الباطل كالعدم، بحيث لا يترتب عليه أي تصرف باطل أثر مهما اختلف التصرف واختلفت الحالات، والعقد الباطل في عقد الزواج لا فرق في أثره سواء كان قبل الدخول أم بعده، بل هو زنى موجب للحد لا سيما إذا كان الزوجان عالمين بالحرمة⁴.

ومن المفيد الإشارة إلى أن التعديل الأخير لقانون الأسرة قد مسّ عقد الزواج الباطل والفاسد أو عقد الزواج بصفة عامة، بل هو لب تعديل قانون الأسرة⁵.

¹ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج1/ص529).

² - إمام محمد كمال الدين: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الكويت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، [د ط]، 1997، ص175.

³ - العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، المرجع السابق، ص151.

⁴ - دليلة فركوس، جمال عياش: محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، الجزائر، دار الخلدونية، طبعة 2016، ص212.

⁵ - فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقاً للتعدلات الأخيرة، الجزائر، مطبعة طالب، [د ط]، 2008، ص

2- أسباب بطلان الزواج: يكون عقد الزواج باطلا وفقا للتعديل 02/05 في الحالات التالية:

أ- إذا اختل ركن الرضا¹ والذي اعتبره المشرع الركن الوحيد في عقد الزواج متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية. وهذا ما نصت عليه المادة 33 من ق.أ.ج على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

ب- إذا اشتمل عقد الزواج على أحد الموانع المنصوص عليها في المواد 23، 24، 25، 26، 30 من ق.أ.ج سواء كانت موانع مؤبدة أو مؤقتة وهذا ما نصت عليه المادة 32 المعدلة: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع"².

ج- اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقا للمادة 32 المعدلة التي تنص على أنه: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»³. فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط حسب نص المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة التي تنص على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 71/03/03 إذ جاء فيه: « حيث أن المعمول به فقها وقضاءً جواز اشتراط الزوجة لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط [ألا] تتناقض روح العقد»⁴.

ثانيا: تعريف الزواج الفاسد وبيان أسبابه: لا بد لنا من التطرق أولا إلى تعريف الزواج الفاسد لغة واصطلاحا ثم بيان أسبابه:

¹ أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، [د ط]، 2009، ص 88.

² صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص 47.

³ نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، الجزائر، دار هومة، [د ط]، 2016، ص 74.

⁴ جاءت العبارة في النص الوارد في كتاب: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية لجمال سايس، ج1، ص92 هكذا: "وبشرط أن تتناقض روح العقد". والظاهر أنه خطأ مطبعي، والصواب ما أثبتته. وينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم "غير مرقم"، المؤرخ في 1971/03/03، ن. ق، العدد 02، 1972، ص39.

1- تعريف الزواج الفاسد:

أ- لغة: الفاسد من فسد، والفساد هو نقيض الصلاح، فسد ويفسد فسادا وفسدا فهو فاسد¹.
ب- اصطلاحا: عرفه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الفساد بأنه مخالفة الفعل الشرع، بحيث لا تترتب عليه الآثار، أو هو ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروط إنعقاده². وعرف الحنفية الفاسد: بأنه ما شرع بأصله دون وصفه³.
أما عند الجمهور فلا فرق بين الفاسد والباطل⁴.

وبالعودة إلى قانون الأسرة نجد أنّ المشرّع عزّفه أنّه كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج، كأن يكون العقد بدون ولي، أو تسمية صداق، أو اشتماله على مانع من موانع الزواج، أو عدم توفر أهلية الزوجين. فهو الزواج الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة أو يتوفر فيه سبب من أسباب الفسخ. فالفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد قبل الدخول بوعده، وفقا للمادة 133/ ف2⁵ ق.أ.ج والمادة 34 ق.أ.ج⁶. وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/06/25: "من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلاّ إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا"⁷.

2- أسباب فساد الزواج: نص المشرع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة على حالات الزواج الفاسد في المادة 33 المعدلة والمادة 8 مكرر/ ف1⁸ المدرجة بالأمر رقم 02/05 المتضمن التعديل الأخير، ومن خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع اعتبر عقد الزواج

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج/ص 289).

² العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2013، ص57.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، مطابع دار الصفاة، ط1، 1404-1428، (ج32/ص117).

⁴ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر، ط2، 1985، (ج7/ص95،96،97).

⁵ المادة 33 من ق.أ.ج: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه".

⁶ المادة 34 من ق.أ.ج: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول ويعده...".

⁷ قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33715، بتاريخ: 1984/06/25، م ق، 1989، عدد04، ص 99.

⁸ المادة 8 مكرر/ ف1 من ق.أ.ج: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

فاسدا في الحالات التالية:

أ- فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصدّاق والولي في حالة وجوبه طبقا لنص المادة 33 السابق ذكرها.

ب- إذا اشتمل الزواج على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع أو المحرم مؤبدا أو مؤقتا فإنه يفسخ قبل الدخول أو بعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة (المادة 34 ق.أ.ج)¹.

ج- اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو يتنافى مع أحكام ق.أ.ج (المادة 19 و32 ق.أ.ج) غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول من حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا، المادة 35 من ق.أ.ج.

د- ردة الزوج إذا ثبتت الردة بعد أن انعقد العقد صحيحا وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ العقد في الحال (المادة 32 ق.أ.ج)، وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز شرعا وقانونا (المادة 31 ق.أ.ج).

مما سبق يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد فرق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وفقا لنصوص قانون الأسرة الجزائري، حيث أنه جعل البطلان أقوى من الفساد في فسخ العقد، حيث يظهر جليا المشرع الجزائري قد تأثر بالشريعة الإسلامية في استخدام كلا من المصطلحين.

الفقرة الثانية: حكم إثبات النسب في الزواج غير الصحيح (الباطل والفاقد):

ألق الشارح الحكيم والقانون، الزواج الباطل والفاقد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب لأنّ القاعدة أنّ النسب يحتاج في إثباته إحياء للولد، وهذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: «...يثبت النسب..وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون».

أولا: حكم ثبوت النسب في الزواج الباطل والفاقد في الفقه الإسلامي:

1- بالنسبة للزواج الباطل: يرى الفقهاء الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول، ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين

¹ فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص14-15.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

أن يفترقا في الحال، لأن الشرع يوجب عدم المضي في الزواج الباطل، ولا تجب على المرأة العدة بعد التفريق ولا تجب به نفقة ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها، ولا يثبت به توارث ولا نسب للولد الذي يولد من هذا الدخول.

ورتب جمهور الفقهاء ثبوت النسب على الوطء في الزواج الباطل إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم ولا يعتبر الوطء زنا، وإذا كان عالما بالتحريم اعتبر الوطء زنا ووجب الحد ولا يثبت النسب¹. خلافا للإمام أبي حنيفة الذي يثبت النسب عنده لأن العقد شبهه².

فمن أتى امرأة محرمة بصهر مؤبد كابنة زوجته المدخول بها وأمها مطلقا، أو تزوج أخته من الرضاع، أو من النسب، أو شيئا من ذات المحارم، عالما بالتحريم أقيم عليه الحد ولا يلحق به الولد³. وفي هذا الصدد يقول أحد شراح القانون: « إذا كان الزوجان أو أحدهما يعلم أن زواجهما معا زواجا ممنوعا قانونا ومحرم شرعا وتعمدا هذا الزواج، فإن زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا، ويعتبر زنا، ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا نفقة»⁴.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد، وذلك في المادة 34 من قانون الأسرة: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء». والمادة 222 من ذات القانون التي تحيل إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة لا تلحق النسب بالزواج الباطل إلا إذا كان الزواج جاهلا بالحرمة. وعلى هذا الرأي سار قضاء المحكمة العليا في قراراته، إذ جاء في إحدى قراراته إذ جاء فيه: « حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد زواج مؤرخ في 11/02 1981/، وكان جاهلا هذه الحالة حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب. حيث أن قضاة الموضوع لما حكموا بالطلاق على مسؤولية الزوج بدون

¹ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص142)، محمد محمود حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، المرجع السابق، ص49

² لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: الفتاوى الهندية، (ج1/ص275-276).

³ عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وآثاره، دمشق، المطبعة الجديدة، ط5، 1979، (ج5/ص170).

⁴ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 1996، ص213-214.

مراعاة لأحكام الفقه لم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض في هذه المسألة...»¹.

يتضح من خلال هذه القرارات أنّ المحكمة العليا رتبت ثبوت النسب من الزواج الباطل في حالة جهل الزوج بالتحريم أخذاً برأي الجمهور.

2- بالنسبة للزواج الفاسد: حرصت الشريعة الإسلامية على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إعمالاً لمبدأ الاحتياط في ثبوت النسب حفاظاً على الولد من الضياع²، فجعلت الزواج الفاسد في إثبات النسب كحكم الزواج الصحيح إذا اقترن به الوطء والدخول؛ لأنّ النكاح الفاسد قبل الدخول لا حكم له بخلاف الصحيح فإنّ النسب في الصحيح يثبت بمجرد إمكان الوطء دون اشتراط تحقق - كما هو رأي الجمهور - أو بمجرد العقد نفسه دون نظر للوطء - كما هو مذهب الحنفية³. وقد اشترط الفقهاء لثبوت النسب في النكاح الفاسد ما اشترطوا في النكاح الصحيح وهي:

أ- تصور الحمل من الزوج الذي يدعي النسب بأن يكون بالغاً أو مراهقاً⁴.

ب- **الدخول**⁵ وهو شرط أساسي لثبوت النسب، لأنه إذا عقد الرجل على المرأة عقداً غير صحيح ولم يدخل بها، ثم أنتت بولد من هذا الأخير لا يثبت نسبه منه؛ لأن ثبوت النسب لا يترتب إلا بعد الدخول، وأن الزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أي شيء من الآثار الزوجية، فلا يحل الدخول بالمرأة، ولا مهر لها ولا عدة تعتدها ولا نفقة تستحق لها،

¹ - قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39362، بتاريخ: 1986/02/24، غير منشور، أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، المرجع السابق، ص 165.
² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزائر، دار الفكر، [د ط]، 1413 هـ - 1998 م، (ج 7/ص 86).

³ - وفي هذا الصدد يقول السرخسي: "أنّ النسب يثبت بالفراش وتارة يثبت بالنكاح وتارة يثبت بملك يمين فأما الفراش في النكاح الصحيح يثبت بنفسه إذا جاءت بالولد لمدة يتوهم أنّ العلوق بعد النكاح ثبت النسب على وجه لا ينتفي إلاّ باللعان إذا كان من أهل اللعان، وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح إذا اتصل به الدخول وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة، وبإخبار المخبر أنها امرأته تارة؛ لأنّ الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط، وأمر النسب مبني على الاحتياط" ينظر: السرخسي: الميسوط، (ج 17/ص 99-100).

⁴ - محمود علي السرتاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط 3، 1431 هـ - 2010 م، ص 351.

⁵ - السرخسي: الميسوط، (ج 17/ص 155، 99)، البهوتي: كشف القناع عن متن الإفتاء، (ج 5/ص 410).

ولا يثبت به حرمة المصاهرة ولا توارث ولا يثبت به النسب¹، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 34 و 40 ق.أ، وعليه فإن الزواج غير الصحيح الذي يفسخ قبل الدخول لا يثبت به النسب، وهكذا يكون المشرع الجزائري قد ربط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح بالدخول، واعتبره شرطاً لازماً لذلك².

ج- أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة الحمل وهي ستة (6) أشهر فأكثر من وقت إمكان- كما في النكاح الصحيح عند الجمهور- خلافاً لفقهاء الحنفية- فإنهم اختلفوا في ابتداء حساب المدة بعد اتفاقهم على احتسابها في النكاح الصحيح من وقت العقد، فذهب الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف من تاريخ إبرام العقد قياساً على الصحيح، وهو رأي الجمهور³، وخالفهما محمد فقال تحتسب من تاريخ الدخول الحقيقي⁴، وهذا هو المفتي به في المذهب عندهم؛ لأنّ النكاح ليس بداعٍ إلى وطءٍ لحرمة، بخلاف الصحيح فاعتبر فيه الدخول⁵، وعليه فإذا ولدت المرأة المدخول بها في الزواج الفاسد بولد لستة أشهر فأكثر من حيث البناء بها ثبت نسبه، لاعتبار الحمل حاصلًا في تلك الفترة وإن جاءت به لأقل

¹ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 39. الغوثي بن ملح: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2005، ص74-75.

² صالح بوغرة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، المرجع السابق، ص51.

³ هذا الرأي يمثل فقهاء الجمهور حيث يقولون: "أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطء، وبذلك يعتبرون الوطء وقته، وهو الوقت المعتبر لثبوت النسب". وهو قول أبي حنيفة وصاحبه أبو يوسف. ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، (ج8/ص124)، أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأحكام البديلة، مرجع سابق، ص86.

⁴ ومؤدى هذا الرأي أنّ الدخول بالزوجة شرط لا بد من ثبوت النسب في الزواج الفاسد. وسند هذا الرأي أن الزواج الفاسد حرام، ولذلك لم يرتب بمجرد الآثار التي تترتب على عقد الزواج الصحيح، ولذلك يشترط في الزواج الفاسد الدخول الحقيقي، ومن وقت هذا الدخول تبدأ المدة المعتبرة في إثبات النسب، وعلى هذا محمد من الأحناف، إذ يقول، ويثبت النسب في النكاح الفاسد احتياطاً بلا دعوى مدته -وهي ستة أشهر- من وقت الوطء، فإن كانت منه-، أي من الوطء، إلى الوضع ستة أشهر فأكثر يثبت النسب، وإلا بأن ولدت المرأة لأقل من ستة أشهر من الوطء لا يثبت النسب. ينظر: أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأحكام البديلة، مرجع سابق، ص85.

⁵ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (أبو الحسن برهان الدين): الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، بيروت، دار إحياء التراث العربي، [د ت ن]، (ج1/ص211)، الزيعلي: تبين الحقائق وحاشية الشلبي، (ج2/ص153)، ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص169)، الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، (ج3/ص377)، البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج5/ص160).

من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج لأنه على وجه التأكيد حصل من غيره¹. ومتى ثبت النسب في النكاح الفاسد فلا يتوقف على اعتراف الزوج بنسب الولد، حتى أنه لو نفاه لا ينتفي عنه، لأن النسب متى ثبت لا ينتفي إلا باللعان. وبشرط أن يكون - عند الحنفية - في الزواج الصحيح القائم حقيقة أو حكما كالمعتدة من طلاق رجعي، لذا لا ينتفي الولد في الزواج الفاسد ولو باللعان عندهم².

خلافًا لجمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) فإن النسب عندهم ينتفي باللعان في الزواج الفاسد أيضا كما في الزواج الصحيح³.

ثانيا: حكم ثبوت النسب في الزواج الفاسد والباطل في التشريع الوضعي: عالجت قوانين الأحوال الشخصية الأحكام الخاصة بإثبات النسب من غير الزواج الصحيح ومعني بذلك الزواج الفاسد والباطل على النحو التالي:

1- في التشريع والقضاء الجزائري: أما موقف المشرع الجزائري فهو لا يعتد بالزواج الفاسد قبل الدخول ويصنفه في خانة الزنا، حيث أن الزواج الفاسد قبل الدخول لا تترتب عليه أي آثار، لكن بعد الدخول يعترف به ويترتب عليه بعض الآثار التي يرتبها العقد الصحيح، وأهمها إثبات النسب⁴ وذلك كله من باب الاحتياط للنسب ومراعاة لمصلحة الولد، وقانون الأسرة لا يختلف كثيرا عن الشريعة الإسلامية، نجد أن المشرع أخذ في هذا الاتجاه بالرأي الذي يثبت النسب من الزواج الفاسد بالدخول أو الخلوة الصحيحة وهي مانصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة بقولها: « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

أما أقصى مدة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فلا خلاف بين الفقهاء في أنها تحتسب

¹- ابن عابدين: رد المحتار على در المختار، (ج3/ص540). رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، لبنان، دار الجامعة للطباعة والنشر، ط1، 2001، ص343.

²- السرخسي: الميسوط، (ج17/ص99)، ابن همام: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ-2002م، (ج4/ص315)، الفتاوى الهندية: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، مرجع سابق، (ج4/ص130)، ابن عابدين: رد المحتار على در المختار، (ج3/ص547).

³- بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج2/ص458)، الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروفة بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (ج2/ص658)، الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص77)، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج8/ص335)، ابن قدامة: المغني، (ج8/ص55).

⁴- نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، مرجع سابق، ص 79.

من تاريخ التفريق بين الزوجين¹، وإلى هذا ذهب المشرع في المادة 43 من قانون الأسرة أته: « يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة». ولقد أخذت معظم التشريعات العربية² بهذا الرأي غير أنها تختلف عن التشريع الجزائري في أنها أقرت بثبوت النسب إذا ولد المولود خلال سنة من تاريخ التفريق أو المتاركة لأن أقصى مدة الحمل عندهم هي سنة شمسية. وقد أكدت المحكمة العليا على أن الزواج الفاسد سبب لثبوت النسب في قراراتها. إذ جاء في قرار لها: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له»³. كما جاء في قرار آخر: « أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن، لأته من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد»⁴.

2- في التشريع والقضاء المقارن:

أ- التشريع والقضاء المغربي⁵: فقد نصت المادة 56 من مدونة الأسرة على أن: « الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا وإما فاسدا». فالزواج الباطل هو الذي يبطل حسب منطوق المادة 75 من مدونة الأسرة باختلال يتعلق بالإيجاب والقبول بانعدامهما أو انعدام تطابقهما أو بتحقق أحد موانع الزواج بنوعيتها (المؤبدة والمؤقتة).

¹ محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 351.

² أقصى مدة الحمل في القانون المصري، والتي عملت بها المحاكم الشرعية قديما، حينما من الدهر على مقتضى المذهب الحنفي، باعتبار أن أقصى مدة الحمل سنتين، وبصدور المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فقد غيرت هذه المدة من سنتين إلى سنة شمسية أي 365 يوماً كما أن هذا القانون أقر جزاء إجرائيا للزوجة التي أتت بولد لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة أو الغيبة أو ثبوت عدم تلاقيها مع زوجها، وهو عدم سماع دعواها، ينظر، أحمد حلمي مصطفى، المرجع نفسه، ص 124.

التشريع المغربي، نصت المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أن: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

إذا ولد لسنة أشهر وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا.

إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق". ينظر: الدليل العلمي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 99.

³ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172333، بتاريخ: 1997/10/28، مجلة قضائية، عدد 1،

1997، أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 167.

⁴ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 202430، بتاريخ: 1998/12/15، عدد خاص، ص 77،

مجلة قضائية، 1999، عدد 1، ص 122، أشار إليه: المرجع نفسه، ص 168.

⁵ دليل عملي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 50.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

كما نصت المادة 58 من نفس المدونة على ما يلي: «..يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحقوق النسب وحرمة المصاهرة». وهكذا فإذا تم البناء بالمرأة في الزواج الباطل، ونتج عن هذا البناء حمل؛ فإنّ المشرع قد ميّز بين حالة حسن وسوء النية ونكون أمام حسن النية إذا كان الزوج المعني جاهلا بسبب التحريم، أما إذا كان عالما بذلك ومتيقنا منه فنكون أمام سوء النية. والملاحظ أنّ مدونة الأسرة تعتبر مدة الحمل في الزواج الباطل تبدأ من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد¹. هذا وقد كرّس العمل القضائي المقترضيات أعلاه، إذ جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة التابعة للمحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: « وحيث إنّ بطلان العلاقة الزوجية بين والدي البنت...لا يؤثر في نسبها إليها باعتبار أنّ بطلان العقد يترتب عند حسن النية لحقوق النسب وأنّ حسن النية في العلاقات الزوجية هو الأصل»².

أما بالنسبة للزواج الفاسد فقد نصت المادة 59 على أنّ: « الزواج يكون فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و 61 ومنه يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده وهي الشروط الواجبة³. وفساد الزواج يكون إما للصدّاق⁴ وهو المنصوص عليه في المادة 60 وإما للعقد وهو المشار إليه في المادة 61⁵.

والقاعدة أنّ الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل البناء وبعده ويعتد فيه بالطلاق والتطليق إن

¹-محمد العربي لعبيدي: إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، المملكة المغربية، المعهد العالي للقضاء، 2009-2001، ص 19.

²- حكم قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس رقم 2009 والصادر بتاريخ: 2009/4/6 في الملف رقم 8/2/3674، غير منشور.

³- دليل عملي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 51.

⁴- نصت المادة 60 من مدونة الأسرة على أنّ: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصدّاق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين؛ فالزواج الفاسد لصدّاقه هو الذي اختل فيه شرط كأن يسمى للزوجة صداق مما لا يصح التعامل به شرعا، ولا يطرح هذا الزواج أي إشكال على مستوى النسب مادام أنّه يفسخ قبل الدخول ويصح بعد الدخول بصدّاق المثل.

⁵- ويكون الزواج فاسدا لعقده طبقا لأحكام المادة 61 في الحالات الثلاث الآتية:

أ- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أنّ يشفى المريض بعد الزواج،

ب- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا،

ت- إذا أبرم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه

حدث قبل الحكم بالفسخ، ولم يتطرق المشرع بكيفية صريحة إلى مسألة ثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده، وإنما نص في المادة 64 من مدونة الأسرة وبصيغة العموم على مايلي: « الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 أعلاه لا تنتج أي أثر قبل البناء وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه»¹.

من هنا فالزواج الفاسد لعقده يترتب آثار الزواج الصحيح متى تم البناء بالزوجة ومن ثمة فالنسب يثبت به دون اعتبار لنية الزوج خلافاً للزواج الباطل².

هذا وقد كرس العمل القضائي المقترضيات أعلاه، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى: « لكن حيث أنّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت ما تم بين الطرفين زواجا... وملما لم يشهد عليه ولم يسلم فيه الصداق فإنه يبقى زواجا فاسدا طبقا لمدونة الأحوال الشخصية. وأنه بمقتضى الفصل 37 من المدونة المذكورة (المادتان 64 و 157 م الأسرة) فإنّ الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده ومن آثاره لحوق النسب»³.

ب- التشريع والقضاء التونسي: لقد جاء بالفصل 471⁴ أنّ النسب يثبت سواء كان الزواج صحيحا أو باطلا وبالإضافة إلى هذا النص نجد الفصل 22 يشير إلى أنّ النسب يثبت بالنسبة للزواج الفاسد إذا كان الدخول قد تم. ولا يثير هذا النص إشكالا خاصا إذ أنّ الزواج الفاسد المتحدث عنه في الفصل 22⁵ هو المشار إليه بالفصل 21 أي الزواج الذي يكون قد أبرم مقتربا بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو خرقا لبعض فصول المجلة المتعلقة بالأركان الجوهرية. أما النوع الثاني من الزواج الباطل فهو الزواج الذي يختل فيه ركنه الشكلي أي

¹- دليل علمي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 53.

²- إبراهيم بحماني: «نسب الأبناء في الزواج الفاسد»، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 149، ص 23 وما بعدها.

³- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2009/3/18 في الملف رقم 2008/1/2/340، العدد 113، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى، ص 90-91.

⁴- نص الفصل 71 على أنه: "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج". ينظر: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁵- نص الفصل 22 (نقح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964). ذكر في: مجلة الأحوال الشخصية التونسية، على أنه: "يطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلا، ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر، ويترتب على الدخول الآثار التالية:

-استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم، ثبوت النسب، وجوب العدة على الزوجة وتبدأ هذه العدة من يوم التفريق، حرمة المصاهرة".

الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية وهو الزواج الذي نص على بطلانه الفصل 36 من القانون 1957/08/01.

ج- **التشريع والقضاء المصري:** أخذ بالمذهب الحنفي، إذ نصت المادة 15 من القانون 25 لسنة 1929 أنه: « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة، المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

كما جاء في قرار لها أن: « من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج وما يلحق به من المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة، كما أنه من المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره الشهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي»¹.

كخلاصة لكل هذا، فإنّ الرأي المشهور والواقعي هي أنّ العقد الفاسد كالعقد الصحيح في إثبات النسب، وعليه فإنّ المنطق يقضي أن يعامل العقد الفاسد كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل، وهي من تاريخ إبرام العقد مع امكانية الاتصال أو الدخول على حد تعبير المشرّع الجزائري، غير أنّ المشرّع المصري اعتمد المذهب الحنفي، والمغربي والتونسي اعتمدا مذهب الجمهور.

ولكن إذا كان هذا هو موقف الشريعة الإسلامية والمشرّع الجزائري والمقارن تجاه إثبات النسب بالأدلة الخاصة، فما هو يا ترى موقفهم من الأدلة العامة؟.

¹ - محكمة النقض، الطعن رقم 09 لسنة 66 ق الأحوال الشخصية، جلسة 1996/02/30، أشار إليه، أحمد حلمي مصطفى: أحكام النسب فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 125.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالأدلة العامة:

النسب كما يثبت بالفراش يثبت بالإقرار وبالبيّنة، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب، بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البيّنة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو الفاسد أو بشبهة. فهذه الطرق تجعل النسب يكشف بعدما كان ناشئاً ولكنه مجهول في نظر القانون، وتسمى هذه الطرق بالطرق القانونية لإثبات النسب أو الأدلة العامة.

غير أنه بالرغم من كل هذه الطرق والوسائل لإثبات النسب، فإن التطورات العلمية في مجال الطب وعلم البيولوجيا، والوراثة، كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وتوضح بنتائج قابلة للوصول إلى اليقين التقريبي، وتسمى هذه الوسائل بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب.

ولقد أجاز المشرع اللجوء إلى هذه الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب بموجب الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ونصّ على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 40، إذ نصت على أنه: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

الفرع الأول: إثبات النسب بالإقرار والبيّنة:

إن طريقة الإقرار والبيّنة تعتبر من قبيل الإثبات اللاحق لما نتج عن معايشة شرعية بين الرجل والمرأة، لذا يشترط للإقرار بالنسب أو إقامة البيّنة أن تكون تلك المعايشة بين الرجل والمرأة مستندة إلى عقد زواج صحيح أو فاسد، أو وطء بشبهة.

الفقرة الأولى: إثبات النسب بالإقرار (الاستلحاق):

إنّ للإقرار دوراً حاسماً في قطع النزاع؛ لما فيه من الاعتراف بالحقوق الثابتة لأصحابها والالتزام بتسليمها لهم، فظهرت الحاجة ملحة لضرورة العمل به مقترنة مع بدو الصدق، الذي قارب اليقين من عاقل تلازم مع أقواله اكتمال الشروط التي تدفع عنه التهمة في احتمال الكذب؛ لذلك اعتبره المشرع وسيلة تشكل حالة من الالتزام للمقر بمقتضى ما أقرّ به من حقوق ثابتة للآخرين وقد باتت تشغل ذمته فاعترف بها اختياراً منه لمصلحة الآخرة¹. من

¹ - منال محمد رمضان: «إثبات النسب بالوراثة»، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 23، العدد 1، يناير 2015، ص 148.

هنا سأبدأ حديثي عن الإقرار بالنسب وذلك بتحديد مفهومه وذكر أنواعه، وحكمه فقها وتشريعا، وذلك على النحو التالي:

أولا: مفهوم الإقرار:

1- تعريف الإقرار لغة واصطلاحا:

أ- لغة: مشتق من الفعل قَرَّ، فالإقرار هو الإثبات، يقال: قَرَّ الشيء إذا ثبت، والإقرار إثبات الشيء إما باللسان وإما بالقلب وإما بكليهما، فهو ضد الجحود والإنكار والاضطراب والتنازع¹.
ب- اصطلاحا: عرّف الفقهاء الإقرار بتعريفات متقاربة، وأكتفي بتعريف الحنفية للإقرار: بأنّه: «إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه»².

عرفت المادة 341 من القانون المدني الإقرار بأنه: «هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة»، فهذه المادة تناولت في الحقيقة الإقرار القضائي بصدد نزاع قائم، وقد انتقد هذا التعريف من جهة أن محل الإقرار ليس بالضرورة واقعة قانونية، لذا يختار في التعريف ما يلي: «الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثارا قانونية»³.

وعلى هذا فالإقرار بالنسب يعني: هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر، فإذا أقرّ شخص فلاناً ابنه، كان الشخص هو المقرّ له، وفيه إخبار بوجود قرابة البنوة بينهما⁴، ويعبر عنه عند الفقهاء بالاستلحاق⁵.

¹ - الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج11/ص396).

² - ابن همام: فتح القدير، (ج8/ص317)؛ الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج5/ص2).

³ - الغوثي بن ملحّة: قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، [د ط]، 2001، ص 74.

⁴ - ابن حزم: مراتب الإجماع، بيروت، دار الكتب العلمية، د ط، ص56؛ الشحات إبراهيم محمد منصور: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011، ص44.

⁵ - الاستلحاق لغة: يقال لحقه بالكسر ولحق به لَحَاقًا أي: أدركه، وألحقه غيره وألحقه أيضًا بمعنى لحقه، وفي الدعاء: إنَّ عذابك الجدُّ بالكفار ملحق بكسر الحاء أي: لاحق، والفتح أصوب، وتلاحقت المطايا: لحق بعضها ببعض، ولاحق: اسم فرس كان لمعاوية بن أبي سفيان. ينظر: الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة (ل ح ق)، ص 280.

اصطلاحا: إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب. ينظر: الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (ج3/ص540)، وقد خص المالكية الاستلحاق بالأب، فلا يصح استلحاق غيره، كالأخ والجد والعم. ينظر: ابن عرفة: حاشية الدسوقي، (ج3/ص412).

ثانياً: أنواع الإقرار: ينقسم الإقرار بالنسب إلى نوعين¹:

1- الإقرار بالنسب المباشر: ويقصد به الإقرار بأصل النسب، كالإقرار بالأبوة أو البنوة كإقرار الأب بالولد، والابن بالوالد والوالدة، فإذا أقر إنسان بأنّ هذا الولد ابنه ثبت نسبه منه ويكون له كل الحقوق التي تجب للأبناء.

2- الإقرار بالنسب غير المباشر: هو إقرار بالنسب محمول على الغير، وهو إقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة أو العمومة أو إقرار الجد بابن الابن²، فإقرار الشخص بأنّ هذا ابن ابنه فيه تحميل للنسب على ابنه؛ لأنّه لا يثبت النسب له إلاّ بعد ثبوته لابنه، وكذلك إذا قال: هذا أخي، كان إقراراً بالنسب على أبيه؛ لأنّ معناه هذا ابن أبي.

ثالثاً: حكم إثبات النسب بالإقرار في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

1- حكم إثبات النسب بالإقرار في الفقه الإسلامي: اتفق الفقهاء على إثبات النسب بالإقرار³، اشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين السابق ذكرهما شروطاً لا بد من تحققها لصحة الإقرار وثبوت النسب بمقتضاه.

أ- شروط صحة الإقرار بالنسب على النفس المقر (الإقرار المباشر):

أ-1- أن يكون المقر مكلفاً؛ أي بالغاً عاقلاً⁴، فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما لما روي عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ أَوْ يَفِيقَ»⁵، واشترط بعض الفقهاء أن يكون المقرّ بالنسب ذكراً⁶.

¹ - ابن عرفة: حاشية الدسوقي، (ج3/ص412)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج7/ص96)؛ ابن قدامة: المغني، (ج5/ص147)؛ البابرّي: العناية شرح الهداية، (ج8/ص393).

² - ابن نجم: الأشباه والنظائر، ص217؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص304).

³ - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص373)؛ ابن حزم: مراتب الإجماع، (ج1/ص56).

⁴ - القرافي: الذخيرة، (ج9/ص306)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص304)؛ ابن قدامة: المغني، (ج5/ص147)؛ بن مودود: الاختيار لتعليل المختار، (ج2/ص127).

⁵ - أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: الحدود، باب: في الجنون يسرق أو يصيب حداً، رقم الحديث: 4403، (ج4/ص141)؛ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم، رقم الحديث: 2041، (ج1/ص658).

⁶ - الغزناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج7/ص221)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص304، 305).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

أ-2- أن يكون المقر مختاراً في إقراره: أما المكروه فلا يصح إقراره لما روي عن مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**وَضِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ**»¹.

أ-3- أن يكون المقر له مجهول النسب: فإن كان معروف النسب لم يصح؛ لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره²، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرَ فَالْجَنَّةِ عَلَيْهِ حَرَامٌ**»³.

أ-4- أن يكون المقر له بالنسب: ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر، وذلك بأن يولد مثله لمثله⁴، لكي لا يكون مكذبا في الظاهر، كما لو أقر من عمره عشرون ببنوة من عمره خمسة عشر فلا يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة، لأن الفرق بينهما خمس سنوات فقط.

أ-5- أن يصدق المقر له بالنسب المقر في إقراره: إن كان أهلاً للتصديق⁵، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببيّنة أو تصديق، فإن لم يصدقه فلا يصح

* اختلف الفقهاء في قبول إقرار المرأة بالولد على ثلاثة أقوال :

القول الأول: لا يقبل إقرارها بالولد مطلقاً، وهذا قول المالكية والراجح عند الشافعية. الخريشي: شرح مختصر خليل (ج/6ص/101)؛ الجبرمي: حاشية الجبرمي، (ج/3ص/93).

القول الثاني: يقبل إقرارها بالولد مطلقاً ويلحقها نسبه خلية كانت أو ذات زوج، لأنها أحد الأبوين، فيثبت النسب بإقرارها كالأب، وهذا قول الشافعية في رواية، والحنابلة في الراجح عندهم. النووي: المجموع (ج/15ص/303)؛ الرحيباني: مطالب أولى النهي (ج/4ص/258).

القول الثالث: إذا كانت المرأة زوجة أو معتدة، فلا يقبل إقرارها بالولد، إلا بتصديق الزوج أو إقامة البينة على الولادة، وإن لم تكن ذات زوج قبل إقرارها بالولد، وهذا قول الحنفية ورواية عند الشافعية ورواية عند الحنابلة. الكاساني: بدائع الصنائع (ج/7ص/228 وما بعدها)؛ الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج/2ص/316).

** اليوم في ظل التطور العلمي الكبير يمكن تجاوز هذا الخلاف، فمتى أثبتت الفحوصات الطبية أن هذه المرأة أم لهذا الولد، لحق بها نسبه.

¹ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: المكروه والناسي، رقم الحديث: 2045، (ج/1ص/659).

² ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 264؛ الأنصاري: أسنى المطالب (ج/2ص/319)؛ البابرني: العناية شرح الهداية، (ج/8ص/393)؛ ابن قدامة: المغني، (ج/5ص/147).

³ سبق تخريجه.

⁴ ابن عرفة: حاشية الدسوقي، (ج/3ص/412)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/7ص/96)؛ البهوتي: كشف القناع (ج/6ص/460)؛ البابرني: العناية شرح الهداية، (ج/8ص/393).

⁵ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج/3ص/304).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

الإقرار عندئذ، ولا يثبت به النسب، وهذا مذهب جمهور الفقهاء¹، أما إن كان المقر له غير مكلف -صغيراً أو مجنوناً- ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق؛ لأنه ليس أهلاً للتصديق². فإن كبر المقر له أو عقل، وأنكر النسب، لم يسقط النسب، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الفسخ أو الإبطال³.

أ-6- أن لا يناع المقر بالنسب أحد: وإذا حدث ذلك لم يثبت نسبه، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارض ال قراران، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر⁴.

أ-7- ألا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا؛ لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁵، وهذا عند جمهور الفقهاء⁶.

فإذا توافرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر، ويثبت بمقتضى ذلك جميع الأحكام المتعلقة بالنسب، من تحديد المحارم، والأرحام، والولاية، والنفقة والإرث وغير ذلك. وإذا ثبت النسب بالإقرار، فلا يملك المقر الرجوع بعد ذلك عن هذا النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته. وهذا ما صرح به الفقهاء⁷، وروي أن عمر رضي الله عنه قال: «إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه»⁸.

¹-نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، (ج4/ص210)؛ البجيرمي: حاشية البجيرمي (ج3/ص144). ابن قدامة: الكافي (ج4/ص314). وقال المالكية: لا يشترط تصديق المقر له لثبوت نسبه من المقر، صغيراً كان الابن أو كبيراً أنكر أو أقر، ميتاً أو حياً، فيثبت النسب بإقرار الأب دون توقف على تصديق الولد، لأن النسب حق للولد على أبيه فلا يتوقف على تصديقه، هذا إذا لم يقدّم دليل على تكذيب المقر. عليش: منح الجليل مختصر الخليل، (ج6/ص472).

²-البابرتي: العناية شرح الهداية، (ج8/ص397)؛ البهوتي: كشاف الفتاوى، (ج6/ص460).

³- حيدر: يرر الحكام في شرح مجلة الحكام، (ج4/ص96)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص304، 305).

⁴- ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج8/ص373)؛ ابن قدامة: المغني، (ج5/ص147).

⁵- سبق تخريجه.

⁶- مالك بن انس: المدونة، (ج2/ص556)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص306). ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص373، 374).

القرافي: الذخيرة، (ج9/ص260)؛ الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص484)؛ ابن قدامة: المغني (ج5/ص148)؛ ابن تيمية: المحرر في الفقه، (ج2/ص403)؛ بن حجر الهيتمي: الفتاوى الفقهية الكبرى، (ج3/ص125)؛ الصنعاني: سبل السلام، (ج2/ص95).

⁸- أخرجه البيهقي: السنن الكبرى، باب: الرجل يقر بحبل امرأته أو بولدها مرة فلا يكون له أن ينفيه بعده، رقم الحديث: 15368، (ج7/ص676).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

ب- الإقرار بالنسب المحمول على الغير (غير المباشر): وهو عبارة عن الإقرار بقراءة غير مباشرة، كإقرار شخص بأخ له أو عم أو جد أو ابن ابن. اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالإقرار المحمول على الغير على قولين:

ب-1- القول الأول: ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت النسب بهذا الإقرار، إلا إذا أقام البيّنة، أو صدقه الملحق به النسب إن كان حياً، أو اثنان من الورثة إن كان ميتاً¹، وذلك لأن في هذا الإقرار تحميل للنسب على الغير، فبإقراره بالأخ يكون حمل النسب على الأب، وهذا لا يقبل لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه ولا تتعدى إلى غيره²، وخص المالكية الاستلحاق بالأب، فلا يقبل إقرار غيره إلا بالبيّنة³.

ب-2- القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية، إلى إثبات النسب بهذا الإقرار، بالشروط التالية⁴:

أن يكون الملحق به النسب ميتاً؛ لأنه لو كان حياً فلا بد من إقراره بنفسه، لاستحالة ثبوت نسب الأصل مع وجوده بإقرار غيره⁵، ألا يكون الملحق به النسب قد انتفى من القر له في حياته باللعان⁶، أن يكون المقر وارثاً وحائزاً لجميع تركة الملحق به، واحداً كان أو أكثر، ذكراً أو أنثى فلا بد من اتفاق جميع الورثة على الإقرار به، لأن الورثة يخلفون الميت ويقومون مقامه في ماله وحقوقه، والنسب من حقوقه، فلهم حق المطالبة به⁷.

ج- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وذكر أدلتهم يترجح لي أن نسب المقر له يثبت من الميت بإقرار الورثة إذا توافرت شروط استلحاقه، وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وذلك

¹ - المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، (ج3/ص188).

² - العيني: البناية شرح الهداية، (ج9/ص477). البابرتي: العناية شرح الهداية، (ج8/ص399)

³ - القرافي: الذخيرة، (ج9/ص308).

⁴ - هذه الشروط إضافة إلى الشروط المتقدمة في الإقرار بالنسب على نفس المقر. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج7/ص228، 229).

⁵ - الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج2/ص322)؛ ابن مفلح: الفروع وتصحيح الفروع، (ج8/ص87).

⁶ - الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص484)؛ ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، (ج4/ص314)؛ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (ج3/ص185). وذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى أنه يصح استلحاق الوارث الحائز للمقر به، حتى لو نفاه الميت الملحق به، كما لو استلحقه قبل موته بعد ما نفاه بلعان أو غيره. الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (ج1/ص269).

⁷ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج7/ص94)؛ ابن قدامة: المغني، (5/121).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

لقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك، فقد قضى لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له¹.

ثانياً: حكم إثبات النسب بالإقرار في التشريع والقضاء المقارن: نتطرق لحكم إثبات النسب بالإقرار في التشريع الجزائري والتشريع المقارن

1- في التشريع والقضاء الجزائري: وقد تضمنت المادتان 44 و 45 من ق.أ.ج ثبوت النسب بالإقرار، فقد نصت المادة 44 بقولها: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة»

والمادة 45 نصت على أنه: « الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه» ومن هذين النصين يستخلص أنه يوجد نوعان من الإقرار:

أ- **الإقرار بالبنوة أو الأمومة:** وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أُمِّي. وقد اشترط المشرع الجزائري والفقهاء أربعة شروط أساسية وهذا وفق ما نصت عليه المادتان 44 و 45 من قانون الأسر².

✓ أن يكون المقر له مجهول النسب³.

✓ أن يصدقه العقل والعادة⁴.

✓ ألا يصرح المقر أثناء إقراره أنه ولد من زنا؛ لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب⁵، وبهذا

وبهذا جاء قرار المحكمة العليا: « أن العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إتهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية»⁶.

¹ - ابن حجر: فتح الباري، (ج12/ص39).

² - عبد الفتاح تقيّة: مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، [د ب]، [د ت]، 2000/1999، ص 289.

³ - محمد سمارة: مرجع سابق، ص 376.

⁴ - محمد نبيل سعد الشاذلي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، [د ط]، [د ت ن]، ص 601.

⁵ - محمد صبحي نجم: محاضرات في قانون الأسرة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، [د ط]، 1999، ص 30.

⁶ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34137، المؤرخ في 08/10/1984، م.ق، 1989، العدد الرابع، ص 79.

✓ أن يصدق المقر له المقر في إقراره، هذا الشرط مطلوب إذا كان المقر له بالنسب

أهلا للتصديق، أي بالغا عاقلا¹.

ب-الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة: ويسمى أيضا بالإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير².

2- في التشريع والقضاء المقارن:

أ-التشريع والقضاء المغربي: لدى المشرع المغربي الإقرار بالنسب هو ادعاء المقر أنه أب لغيره. وقد اعتبر كما هو معلوم سيّد الأدلّة، فهو ينسجم مع تصوّر الشريعة الإسلامية إلى حفظ الأنساب بدل قطعها، وعليه فإنّه لمن الطبيعي أن يعتدّ به الإسلامي والمدونة في إثبات النسب². ونظّمه المشرع المغربي بمدونة الأسرة الجديدة وسماه بالاستلحاق في المواد من 160 إلى 162 من هذه المدونة، وقد أخضع الإقرار بالبنوة لمقتضيات خاصّة ومستمدّة من الفقه الإسلامي تختلف عن قواعد الإقرار الواردة في قانون الالتزامات والعقود ولعلّ هذا يتّضح جلياً من وضع العديد من الشّروط والمقومات حتى يعتدّ بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب. وبالرجوع إلى المواد 160 و161 و162 من مدونة الأسرة يمكن اختزال هذه الشّروط فيما يلي:

أن يكون الأب المقرّ أب المستلحقّ عاقلا، بأنّ يكون المقرّ بالنسب كامل الأهليّة، أن يكون المقرّ به أي الولد مجهول النسب، ألاّ يكذب المستلحقّ عقل أو عادة، أن يوافق المستلحقّ إذا كان راشداً حين الاستلحاق وأمّا إذا لم يكن راشداً فإنّه يبقى من حقّه عند بلوغه سن الرّشد أن يرفع دعوى نفي النسب، أن يصرّح المقرّ بأنّ هذه البنوة قد نشأت في إطار عقد زواج صحيح كان أو فاسداً.

لقد ورد في إحدى قرارات المجلس الأعلى أنّه: «..لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وأن أقرّ الزوج ببنوتها لأنّها بنت زنا وابن الرّنا لا يصحّ الإقرار ببنوته ولا استلحاقه»¹.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 93.

² - أحمد أباش: الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، لبنان، لان، 2011، ص 380.

² - بلحساني الحسين: قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، مرجع سابق، ص 110.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 446، بتاريخ: 30 مارس 1983، ملف شرعي، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، ص 370.

أن يكون الإقرار صادراً من الأب المعني بالإقرار شخصياً إذ لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه². حيث جاء في قرار المجلس الأعلى: « إقرار الأب بالبنوة يحمل به في لحوق النسب وهذه القاعدة مؤسسة على الأصول العامة في مذهب الإمام مالك...»³.

كما يجب أن يكون الإقرار في شكل رسمي أو بخط يد المقرّ الذي لا شكّ فيه⁴. فمتى استوفى الإقرار هذه الشروط ثبت به النسب، وهو نفس المنهج الذي سلكه المجلس الأعلى في إحدى قراراته حيث جاء فيه: «...النسب يثبت بالإقرار كما يثبت بالفراش والبيّنة، أو بنكاح فاسد أو بشبهة ويترتب عنه جميع نتائج القرابة ويستحقّ معه النفقة والتّوارث ولا تمييز في إثباته»⁵.

ب- التشريع والقضاء التونسي: يعدّ الإقرار بالنسب أحد وسائل إثبات النسب الشرعي في مجلّة الأحوال الشخصية في المرتبة الثانية بعد الفراش، وورد بالفصول 68 و70 و73 و74⁶، دون أن يفرد المشرّع التونسي تحت عنوان خاص، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي.

كما أورد المشرّع الإقرار أيضا كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب بالفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998¹.

والملاحظ أنّ المشرّع التونسي قد جعل من الإقرار وسيلة لإثبات النسب الشرعي ولإثبات البنوة الطبيعية على حد سواء، ومهما يكن من أمر فإنّ الإقرار بالنسب نوعان إقرار على نفس المقرّ وهو أن يقرّ الابن بالوالد أو الأب بالولد وإقرار بنسب محمول على الغير. نشير في هذا الصدد أنّه بالنسبة للقانون المتعلّق بإسناد اللقب للأطفال المهملين ومجهولي النسب لا يمكن الحديث عن الإقرار الذي به تحميل على الغير لأنّ هذا القانون لا

المادة 161 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.²

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 12، بتاريخ: 29 أكتوبر 1986، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، ص 108.

⁴ - المادة 162 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 435، الصادر بغرفتين بتاريخ: 22 سبتمبر 2004، ملف شرعي رقم 235.

⁶ - المواد: 68 " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب..."; والمادة 70 " لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعياً ما يخالفه..."; والمادة 73 " لو أقر إنسان نسب فيه تحميل على غيره... فإنّ هذا الإقرار لا يثبت به النسب ويصح في حق نفس المقر إن تصادقا على الإقرار..."; والمادة 74 " إذا استلحق الرجل ولدا ثم أنكره فإن مات المستلحق قبل الولد ورثه الولد بالإقرار...". مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

¹ - الفصل 03 مكرر من قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب التونسي.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

يتعلق إلاً برابطة البنوة المباشرة بين الابن والأب، أي إقرار الأب بأن فلان ابنه، بما يتعين إقصاء الإقرار بالأبوة وهو أن يقرّ الولد بأن فلان أبوه، وإقصاء الإقرار بالأمومة وهو أن يقرّ الولد بأن فلانة أمّه وسواء تعلق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطبيعية في قانون 1998 فإنّ المشرّع لم يعط تعريفاً مضبوطاً للإقرار لا في مجال الأحوال الشخصية ولا في القانون المتعلق بالأطفال مجهولي النسب. كما لم يضع شروطاً يتقيد بها القاضي عند الحكم.

ج- التشريع والقضاء المصري: يعد الإقرار بالنسب سبباً منشئاً له إذا صدر من الأب مجرداً دون التصريح بأنه من زنا ولا يشترط في هذه الحالة المدة -المشار إليها- ألا تقل مدة الحمل عن ستة أشهر، ولا تزيد عن سنة.

ولقد أتى المشرّع بقيود بموجب نص المادة 7 من القانون رقم 1 لسنة 2000 في حالة إذا كان المقر بالنسب قد توفي منكرًا له فلا تقبل دعوى إثبات النسب أو الإقرار به أو الشهادة على الإقرار به بعد الوفاة إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليه إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة على صحة هذا الادعاء¹.

ولم يتطرق المشرّع المصري لبيان نوعي الإقرار تاركاً التفصيل في هذا الأمر كما يبدو لما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية²، فالمقرر في قضاء محكمة النقض المصرية: "أنه متى ثبت النسب بالإقرار فإنه ينطوي على الاعتراف ببنوة الصغير حقيقةً وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال وإذا كان لا يجوز للمقر نفسه أن ينفي النسب بعد إقراره، لأن النفي إنكار بعد الإقرار فلا يسمع حيث أنه لا يجوز من باب أولى للورثة أن ينفوا هذا النسب الذي أقره به الأب إذ هو التزام للمقر دون غير فلا يتوقف نفاذه على تصديق الورثة، ولا يلتفت إلى إنكارهم، لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدري من غيره لما أقر به فيصبح على قول غير"³.

¹ - أحمد أبو المجد: إثبات النسب بالوسائل العلمية المشروعة بين القانون وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 6.

² - حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، مرجع سابق، ص 89.

³ - ممدوح عزمي: دعوى ثبوت النسب ودعوى ثبوت الزوجية والتبني للميلمين وغير المسلمين، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 70، 71.

رابعاً: تمييز النسب الثابت بالإقرار عن التبني واللقيط

1- حكم التبني: إن التبني نظام لا تتضمنه أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين على العكس مما تنص عليه القوانين الخاصة بالأجانب، لذلك سوف نتعرض لمفهوم التبني (التعريف والفرق بين الإقرار والتبني)، ثم الآثار القانونية له.
أ- مفهوم التبني:

أ-1- لغة: التبني من تبني تبنياً، ويقال: تبني الصبي، أي: ادعى بنوته واتخذه ابناً¹.

أ-2- اصطلاحاً: رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبني شبيهة بالبنوة الشرعية². كما أن التبني: أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابناً له³.

كما عرف التبني هو أن يتخذ الرجل له ولداً ليس من صلبه وعرقه أنه ليس ولده، فينسب هذا المتبني إلى من تبناه⁴.

ب- الفرق بين التبني والإقرار (الاستلحاق): إن الاستلحاق يعدُّ إقراراً بالنسب، وهو كما تقدّم الكلام عليه قد يكون من الأب، وقد يكون من الأم، وقد يكون منهما معاً، فإذا استلحق رجلاً أو امرأة ولداً فمن الممكن أن يكون ولدهما.

وهذا بخلاف التَّبْنِيّ فإنَّ الأب والأمَّ معروفين، ولكن الرَّجُل الَّذِي يَتَّبَنَاهُ لَيْسَ أَبَاهُ، وكذلك المرأة التي تتبناه ليست أمّه، لكن ينسبه الرَّجُل إلى نفسه، وتنسبه المرأة إلى نفسها، ويُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الابْنِ الْحَقِيقِيِّ عَلَى مَا مَرَّ؛ وَقَدْ حَرَّمَتِ الشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ ذَلِكَ.

أما الاستلحاق فإنَّ الولد المستلحق قد يكون ابناً حقيقياً للمستلحق، وقد لا يكون فلماً كان الظاهر من أحوال المسلمين الصّدق، والنّاس مأمونون على أنسابهم فإنّنا نصدّق المستلحق في استلحاق الصّغير حفظاً على منفعة الطّرفين.

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي حرم التبني وذلك من خلال نص المادة 46 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: « يمنع التبني شرعاً وقانوناً ».

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، (ج2/ ص 159).

² - ابتسام القرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، البليلة، قصر الكتاب، د ط، 1998، ص 17.

³ - العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص 418.

⁴ - محمد صبحي نجم: محاضرات في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 55.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن: « التبني ممنوع شرعا وقانونا»¹، وأنه لا يجب الخلط بين التبني والإقرار بالنسب. ومن هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء. وعليه فلا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب، والمشرع الجزائري يمنع التبني لكنه يقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من خلال المواد من 116 إلى 125 من ق.أ.ج.

ومما سبق يمكن القول أن الإقرار يختلف عن التبني، كون هذا الأخير ينشئ النسب عكس الإقرار الذي يساعدنا في الكشف عن نسب حقيقي اعتبارا للقرابة التي تربط المقر بالمقر له، فالإقرار يعد صحيحا ومنتجا لآثاره ومحققا لمقصده² خلافا للتبني الذي هو ممنوع شرعا وقانونا.

ج- الآثار القانونية للتبني: إن التبني لا يرتب آثار إلا في الدول التي أخذت به، أما بالنسبة للدول التي لم تأخذ به وحرمته تحريما باتا فلا يرتب أي أثر، فمثلا القانون الفرنسي أخذ بنظام التبني رتب له آثارا هامة من بينها حمل المتبني اسم متبنيه ومعاملته معاملة الابن الشرعي، وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن من الصلب³.

2- حكم اللقيط: إن اللقيط صنف من الأطفال مجهولي النسب، الذي لم يعلم له أبوان، سواء كان ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية؛ وبالتالي فهو منعدم الأصل، لذا كان حريا الوقوف على تعريفه ثم التعرف على حكمه.

أ- مفهوم اللقيط: تم الإشارة إليه سابقا، يمكن القول بأن اللقيط هو طفل منبوذ وجد مطروحا ولا كافل له.

ب- أحكام اللقيط: إن أهم ما يميز وضع اللقيط ويعرضه لخطر التشرد ومهانة الحياة كونه مجهول النسب، ومتى افتقد الولد النسب عاش ونشأ ضائعا مهملا محروما من الصلة الشخصية بأبوين يشعر بعز الانتماء إليهما، ولما كان اللقيط مجردا عن النسب المعلوم، فإن

¹ - جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط1، 2013، (ج2/ص435).

² - <http://www.bouzeri.net/arab/index.php?option.com> تاريخ التصفح: 2019/09/20.

³ - أمال علال: التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 98.

الشريعة شملته بأحكام¹ هي أن التقاطه:

✓ فرض عين إذا ما تعرض للهلاك والموت².

✓ مندوب، إذا لم يغلب على الظن هلاكه³، كأن يوجد أمام مصلحة أو مستشفى ويراه العامة من الناس.

✓ فرض كفاية، أي أن قيام أحد المسلمين بالتقاطه يسقط الإثم على الباقي⁴.

✓ إن وجد اللقيط شخصان، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وتنازعا في أخذه، فالمسلم أولى به، وإن كانا مسلمين فالقاضي هو الحكم بينهما⁵.

وإن وجد مع اللقيط مال فهو ملك له، فينفق عليه منه بعد أخذ إذن القاضي، لأنه ليس له عليه إلا ولاية الحفظ وإن أنفق الملتقط من ماله الخاص من غير إذن القاضي فهو متبرع، وإن كان بإذن القاضي فإنه يستطيع أن يرجع على اللقيط إذا أيسر⁶، وإن لم يوجد له مال، اتفق الفقهاء على أنه إن لم يوجد للقيط مال ينفق منه على نفسه فنفقته على بيت مال المسلمين⁷. وللملتقط ولاية التربية، فيشتري له ما يلزمه ويرسله إلى من يعلمه علما أو حرفة وينتقل معه حيث انتقل⁸.

أما بالنسبة لنسب اللقيط فقد ربطت الشريعة الإسلامية ثبوت النسب بأمور ظاهرة، وقد

¹ ينظر: الكشناوي: أسهل المدارك، (ج3/ص79)؛ الغرناطي: القوانين الفقهية، ص224؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص418)؛ تقي الدين: كفاية الأخبار في حل غابة الاختصار، ص319 الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص198)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج7/ص132).

² -الخطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج6/ص80)؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص418)؛ ابن قدامة: المغني؛ (ج6/ص112)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج7/ص132)؛

³ - ابن همام: فتح القدير، (ج6/ص110)؛ الميرغاني: الهداية في شرح المبتي، (ج2/ص415).

⁴ - ابن عرفة: حاشية الدسوقي، (ج4/ص124)؛ الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (ج2/ص375)؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص418)؛ ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج5/ص134).

⁵ - ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج5/ص157)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص199، 200).

⁶ - الغزالي: الوسيط في المذهب، (ج4/ص308).

⁷ - الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، (ج8/ص53)؛ الغزالي: الوسيط في المذهب، (ج4/ص307)؛ ابن قدامة: المغني، (ج6/ص115)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص198).

⁸ - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص400.

تتبعها الفقهاء من أدلة الشريعة¹ فكانت ما يلي:

✓ **الفراش:** وهو المعبر عن العلاقة الزوجية.

✓ **الإقرار:** ويكون من رجل أو امرأة لإنسان ليس له نسب معروف يلحق به في نسبه وذلك بشروط.

✓ **البينة:** والمراد بها شهادة رجلين إجماعاً، أو شهادة رجل وامرأتين.

وأخيراً ما يلاحظ أن التبني والالتقاط لا أثر لهما على الإطلاق في إثبات النسب وما يترتب عليه من آثار قانونية كالتوريث والتحرير، بحيث لا يوجد حل لمشكلة الالتقاط والتبني بل يتم ذلك بسد جميع ما من شأنه أن يؤدي إلى ظهور هذه الفئات في المجتمع.

وبعد التعرض للإقرار مع التبني واللقيط، ننتقل إلى معالجة وسيلة أو قاعدة أخرى من قواعد إثبات النسب عند المشرع الجزائري وهي البينة.

الفقرة الثانية: إثبات النسب بالبينة:

يثبت النسب بالبينة، كما يثبت النسب بالفراش والإقرار، وهي في إثبات النسب أقوى من الإقرار، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، أما البينة فهي حجة متعدية إلى الكافة لا يقتصر أثرها على المدعى عليه بل يثبت في حقه وحق غيره، كما أن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد، وعلى ذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة، لأن الإقرار يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه².

أولاً: مفهوم البينة: نتناول في هذه الفقرة لمفهوم البينة ثم بيان أنواعها:

1- تعريف البينة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة: البينة مؤنث بيّن، من بَانَ الشيءُ يبين بياناً، أي اتضح فهو بيّن، وأبنته: أظهرته، والبينة: الحجة الواضحة، عقلية كانت أو محسوسة، فعلية من البيان³.

¹-الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج8/ص56)؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص437)؛

السمرقندي: تحفة الفقهاء، (ج3/ص353)؛ ابن قدامة: المغني، (ج6/ص123).

²- محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية "الطلاق، النسب"، دار محمود للنشر والتوزيع، ط9، 1999، ص588.

³- الزبيدي: تاج العروس، (ج34/ص310)؛ برهان الدين الخوارزمي المطرزي: المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، [د ط]، [د ت ن]، ص57.

ب- اصطلاحاً: المقصود بالبيّنة في إثبات النسب، الشهادة والشهود، حيث يتبين الحق بهم، ولأنّ الأغلب في البيّنات الشهادة ولوقوع البيان بقبول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم¹.

وعرّف الفقهاء الشهادة بتعاريف متعددة، أكتفي بتعريف الشافعية لها، الشهادة هي: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد²، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ البيّنة اسم لكل ما يبيّن الحق ويظهره، فلا تتوقف على الشهادة فحسب بل تشمل كل أنواع البيّنات³.

أما في الاصطلاح القانوني: فهي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً، بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات⁴، وكلمة البيّنة معنيان⁵.

ثانياً: أنواع الشهادة: تتخذ الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة، كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع كما يلي:

1- الشهادة المباشرة: وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره فيكون عارفاً للواقعة محل النزاع معرفة شخصية عن طريق إدراكه لها بسمعه أو بصره أو بكليهما، وهي أقوى أنواع الشهادة وتخضع في تقديرها لسلطة القاضي⁶.

2- الشهادة السماعية: وتكون غير مباشرة، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه، أو سمعها بأذنه وتبعاً لذلك تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة، وهي

¹ ابن عرفة: حاشية الدسوقي، (ج4/ص164)؛ السرخسي: المبسوط، (ج16/ص111)؛ الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (ج2/ص627)؛ ابن همام: فتح القدير، (ج7/ص364)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص225).

² الجمل: حاشية الجمل على شرح المنهج، (ج5/ص377).

³ ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، [د ط]، [ت ن]، ص10؛ علي حيدر أمين أفندي: يدرر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (ج4/ص287).

⁴ العربي بلحاج: الوحي في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص199.

⁵ معنى عام: وهو كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو أمانة أو غير ذلك. معنى خاص: وهو شهادة الشهود أو غيرهما. ينظر: أحمد حسين فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، 2004، ص20.

⁶ صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص76.

جائزة قانونا مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية¹.

3- الشهادة بالتسامع: وتأخذ هذه الصورة ما يدور حول مسامع الناس ورواياتهم عن الواقعة، فهي بذلك شهادة سماع تشاع، يشهد بها الشخص عما سمعه من شخص آخر أدرك الواقعة أو أدركها هو نفسه والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليها القانون صراحة².

الفقرة الثانية: حكم إثبات النسب بالبيّنة (الشهادة) في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

نتناول في هذه الفقرة لحكم إثبات النسب بالبيّنة في الفقه الإسلامي أولا ثم في التشريع الوضعي:

أولا: حكم إثبات النسب بالبيّنة في الفقه الإسلامي: اتفق الفقهاء على إثبات النسب بالشهادة³، فيقبل في إثبات النسب شهادة رجلين عدلين إجماعا⁴. واختلف الفقهاء في إثبات النسب بشهادة رجل وامرأتين عدول، على قولين:

1- القول الأول: لا يثبت النسب بشهادة رجل وامرأتين، بل لا بد من شهادة رجلين عدلين، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة⁵. ودليلهم في ذلك: أن شهادة النساء تقبل في الأموال خاصة، وما لا يراه الرجال والنسب ليس بمال، ولا يقصد منه المال، وهو مما يطلع عليه الرجال، فلا تقبل شهادة النساء كالحدود والقصاص⁶.

2- القول الثاني: يثبت النسب بشهادة رجل وامرأتين عدول، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁷. ودليلهم في ذلك: بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا

¹ - المرجع نفسه، ص 76.

² - صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، المرجع السابق، ص 76.

³ - الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج8/ص 161، 162)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج17/ص8)؛ ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، (ج4/ص284)؛ ابن مودود: الإختيار لتعليل المختار، (ج2/ص139).

⁴ - مالك بن انس: المدونة، (ج4/ص25)؛ الغزالي: الوسيط في المذهب، (ج7/ص366)؛ الزركشي: شرح الزركشي، (ج7/ص300)؛ السرخسي: المبسوط، (ج16/ص112).

⁵ - القرافي: الذخيرة، (ج10/ص248)؛ مالك بن أنس: المدونة، (ج4/ص25)؛ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج6/ص368)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج17/ص8)؛ البهوتي: كشف القناع عن متنالقناع، (ج6/ص434).

⁶ - الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، (ج4/ص55)؛ الرملي: نهاية المحتاج إلى الشرح المنهاج، (ج8/ص312).

⁷ - الغيتابي: البنية شرح الهداية، (ج9/ص106).

رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ¹، وجه الدلالة: أَنَّ الله عز وجل جعل لرجل وامرأتين شهادة في سائر الأحكام، إلا ما قيّد بدليل، وهو الحدود والقصاص².

3- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وذكر أدلتهم يرجح لي القول الثاني، وهو ما ذهب إليه الحنفية من قبول شهادة رجل وامرأتين في إثبات النسب.

وقد أجاز الفقهاء إثبات النسب بالتسامع³، كما هو الحال في الزواج والرضاع والولادة والوفاة، لأنّ هذه الأمور لا يطلع عليه إلاّ الخواص، فإذا لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج، وتعطيل الأحكام المترتبة عليها من إرث وحرمة زواج⁴، ولأنّ ولأنّ مبناه على الاشتهار فقامت الشهرة مقام المعاينة.

ثانياً: حكم إثبات النسب بالبيّنة في التشريع والقضاء المقارن: نتطرق لحكمه في كل من التشريع الجزائري والتشريع المقارن:

1- في التشريع والقضاء الجزائري: اعتبر المشرع الجزائري البيّنة إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن الولد هو ابنه الصلبي، وذلك في نص المادة 40 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة...».

وأكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها: إذ جاء في قرار لها: « من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة ونكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون.

وعليه فإن ادعت امرأة بأنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلاً أو في حضوره، وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر كون الولد منه

¹ - سورة البقرة، الآية (282).

² - الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، (ج4/ص57)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج2/ص252).

³ - هو استفاضة الخبر، واشتهاره بين الناس، بأن يشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار، من غير تواطؤ، أن فلان ابن فلان. لأن الثابت بالتواتر، والمحسوس بحس البصر والسمع سواء، كانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة. ينظر: الخطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، (ج6/ص193)؛ الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب،

(ج4/ص367)؛ البهوتي: مكشاف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص409)

⁴ - ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص198).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

وأن الولد الذي بين يديها هو ليس نفسه الذي ولدته، فإنه بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو ممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة¹.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.ح. م² حيث جاء فيها: « يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات، أو أي شخص حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده». وعليه فالقابات تكون شهادتهن مقبولة أمام القضاء في ثبوت النسب.

2- في التشريع والقضاء المقارن: نتطرق لحكم إثبات النسب بالبيّنة في التشريع المغربي والتونسي والمصري:

أ- التشريع والقضاء المغربي: إلى جانب إثبات النسب بالفراش، فإنه يتم إثباته بشهادة عدلين أو بيّنة السماع وذلك طبقا لمقتضيات المادة 158 من مدونة الأسرة، إلا أن هناك فرقا واضحا بين شهادة عدلين وبيّنة السماع. فإثبات النسب بواسطة شهادة عدلين، فالمشرّع المغربي قام بتنظيم الشهادة في قواعد قانون الالتزامات والعقود إلى جانب تنظيمه الإجراءات المسطرية الخاصة بها في قانون المسطرة المدنية. لكن أمر إثبات النسب عن طريق الشهادة بالخصوص، يتمثل في فقه الإمام مالك انطلاقا من المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على الفقه المالكي، الذي يعتبر شهادة الشهود كوسيلة لإثبات النسب حيث يتم اعتبارها أقوى من الإقرار، وبالرغم من نص المشرّع المغربي على الشهادة كوسيلة لإثبات النسب إلا أنه لم ينظمها تاركا أمر ذلك للفقه المالكي كما أسلفنا القول³.

أما إثبات النسب بشهادة السماع، فحسب مقتضيات المادة 158 من مدونة الأسرة، فإنها تشترك مع البيّنة أو شهادة عدلين في الكثير من الأحيان خصوصا ما يتصل بإثبات النسب، وقد اشترط الفقه المالكي لصحتها خمسة شروط أساسية: أولها الاستقاضة وثانيها

¹ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 217.

² الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970م المتضمن قانون الحالة المدنية.

³ حيث أن القاعدة العامة في الشهادة في الفقه المالكي هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين ولكن متى تمّ تعليق الشهادة بالولادة فيمكن اثباتها أحيانا بشهادة امرأتين فقط على أساس أن الولادة مما يطلع عليه إلا النساء أحيانا دون الرجال. ينظر: محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح، 2006، (ج2/ص 254، 255).

السّلامة من الرّيبة وثالثهما أداء اليمين تركية لها، رابعها طول الزمن وأخيرا ألاّ يتعلّق الأمر بنقل الشهادة¹.

ب- **التشريع والقضاء التونسي:** تعرض المشرع التونسي في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية إلى الشّهادة واعتبارها كأحد وسائل إثبات النسب، حيث نصّ على أنّه: «...يثبت النسب بشهادة شاهدين من أهل النّقة فأكثر». إذا اشترط المشرّع التّونسي لصحة الشّهادة أن تكون من شاهدين من أهل النّقة، على أن لا يقلّ عدد الشّهود بالنسب عن اثنين، ولم يبيّن المشرّع جنس الشاهد ولا حتى شكليات الشّهادة واجراءات تلقّيها وبالتالي يتوجّب الرّجوع إلى مجلة المرافعات المدنيّة والتّجارية لبيان تلقي الشّهادة. وقد اقتضى الفصل 92 منها: « إذا اقتضى الحال تلقّي بيّنة بالشّهادة فإنّ القاضي المقرّر يأذن من استند إليها بإحضارها لديه في اليوم والسّاعة والمكان المحدّد لذلك، ويتولّى القاضي المقرّر سماع الشهود بنفسه وعند الاقتضاء ينيب لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد وكلّ الشّهادات الواقعة تلقّيها على غير هاته الصورة تعدّ باطلة ولا يعتدّ بها»².

بينما لم يحصر المشرّع التّونسي عدد الشّهود في صلب القانون عدد 75 لسنة 1998 ولم يشترط صفة ذاتهم، حيث جاء في الفصل 3 مكرر: «... يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنّياحة العموميّة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصّة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشّهود...»³.

كذلك لم يبيّن المشرّع التّونسي مضمون الشّهادة واعتبر الساسي بن حليمة⁴ أنّ شهادة الشّهود وسيلة مستقلة بذاتها عن الوسيّلتين المذكورتين بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، ويؤخذ ذلك من ظاهر النصّ الذي استعمل عبارة " أو " وبالتالي فإنّه يكفي لقبول الشّهادة المثبتة للنسب الشرعي أن يؤكّد الشاهد أنّ الطّفّل بوضعية الطّفّل الشرعي لنسبته بالنسبة للأب، وأنّ هذا الطّفّل يحمل دائما لقب العائلة المزعومة وأنّهم يعاملونه معاملة الابن وأنّه

¹ - المرجع نفسه، (ج2/ص262).

² - سمكة أنيس: المرجع السابق، ص57.

³ - القانون عدد 75 لسنة 1998، المؤرخ في: 28 أكتوبر 1998، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51، لسنة 2003 المؤرخ في: 07 جويلية 2003، المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 146، العدد 54 بتاريخ: 08 جويلية 2003، ص 2259.

⁴ - ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 200.

يعاملهم كأنهما أباه وأمه وأنهما على هاته الصفة قاما بتعليمه ورعايته وأن السلطة العمومية تعتبره كذلك.

قد تبنت محكمة الاستئناف بتونس هذا الاتجاه بأحد قراراتها¹ الذي قضت فيه بثبوت نسب طفلين استنادا إلى شهادة الشهود التي أثبتت أنه كانت توجد علاقة متينة بين الوالدين تتجاوز مجرد التعارف، «.. إذ أن الولد المزعوم كان يدفع معيّن الكراء وينفق على الوالدة ويزورها ويتناول معها الطعام وهي كلّها أمور من شأنها أن ينجر عنها الحمل، والاقتناع بأن الأبناء مولودون من صلب الأب المزعوم.

غير أن محكمة التعقيب عبّرت عن رفضها ضمناً واعتبرت أن البيّنة لم تثبت سوى سلسلة من الوقائع لا علاقة لها بالنسب وكان الحكم قابلاً للنقض ما دام أنه أنبنى على مجرد قرائن لإثبات النسب»².

نستنتج أن الشهادة الواردة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية تتعلق بإثبات نسب الطفل الشرعي، في حين أنّ الشهادة الواردة بقانون 28 أكتوبر 1998، إنّما تتعلق بإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب هم بالضرورة أطفال غير شرعيين مولودين خارج إطار الفراش، وبالتالي فإن فحوى البيّنة في إطار هذا القانون إنّما تتعلق بإثبات العلاقة البيولوجية بين الطفل والأب المزعوم دون العلاقة القانونية³.

ج- التشريع والقضاء المصري⁴: لم يتطرق المشرع المصري للبيّنة بوصفها طريقاً من طرق إثبات النسب إلاّ أنّ القضاء المصري جرى على جواز إثبات النسب عن طريق البيّنة. إذ أقرت أحكام محكمة النقض المصرية بصحة الشهادة على وجود عقد الزواج وقيام العلاقة الزوجية حتى ولو لم يعاين الشاهد العقد متى اشتهر عند الشاهد ذلك طبقاً لمذهب الأحناف المعمول به في مصر في دعاوى الأحوال الشخصية عند عدم وجود نص فقد جاء في

¹ - قرار استئنافي مدني عدد 93680، بتاريخ: 08 جوان 1992، محكمة الاستئناف، المجلة القانونية، تونس، 1993.

² - قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ: 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس، ج2، 1992، ص 183. وقد أثبتت محكمة التعقيب على موقفها هذا في قرار تعقيبي آخر، والذي جاء فيه: " .. طالما أنّ الشهادة التي استندت إليها الطاعنة لا تفيد مطلقاً وجود علاقة شرعية كان من نتائجها ومن ثمرتها الولد المنسوب إلى المعقب عليه فإنّ علاقة الزنا ينفي معها النسب"، ينظر: قرار تعقيبي مدني عدد 760، بتاريخ: 26 أبريل 1977، نشرية محكمة التعقيب، تونس، ج1، 1977، ص 243.

³ - ساسي بن حلّيمة: **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 200.

⁴ - حميد سلطان علي الخالدي: **الحقوق للصيقة بشخصية الطفل**، مرجع سابق، ص 89.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

أحكامها: "العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح ولو لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نوعي الشهادة الشرعية الحقيقية أو الحكمية فمتى شهد أن رجلاً وامراً يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد له رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصحابين أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد بالنكاح إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهي ما تكون بالتواتر". ويثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويعتد في إثبات النسب بشهادة التسامح استثناءاً.

ومما يمكن ملاحظته هو أن إثبات النسب بالبيّنة اتفقت عليه أغلب التشريعات العربية ولا يمكن تصورهما إلا بناءً على زواج صحيح، أو فاسد، فلا يمكن إثبات نسب نتج عن علاقة غير شرعية وغير قانونية بأية بيّنة، عدا نسبه إلى والدته، مما يبرر بأنّ هناك اليوم قناعة تكاد تكون عامة على أنّ الشهادة أو البيّنة، لم تعد تتمتع بالمصدقية الكافية التي تؤهلها لأن تكون وسيلة مطمئنة وحاسمة لأي نزاع، ناهيك على أنّها لم تحظ بنصوص وافية تجعلها تكون أكثر تنظيماً مثل الفقه الإسلامي الحنيف.

وأخيراً فإنه من الضروري أنه حتى تستكمل الدراسة أحقيتها ضمن المبحث الأول لا بد أن نتطرق لمناقشة الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الأمر 02/05؛ لأن التطورات العلمية في مجال الطب والبيولوجيا وعلم الوراثة كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وبالتالي فإنه من باب الواجب أن نعرف موقف المشرع الجزائري من النسب حيال البصمة؟ وما أثره على إثبات النسب في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي؟

الفرع الثاني: إثبات النسب بالأدلة العلمية:

إن الحديث عن الوسائل العلمية في إثبات النسب من المسائل المهمة التي يجدر تناولها وعدم تجاوزها لما تشكله من متابعة لمستجدات العصر وبيان لصالحية الشريعة لكل زمان ومكان، ومن هنا فقد جاء الحديث عن البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب من خلال بيان معناها وحكم استخدامها في الإثبات في الفقه الإسلامي والتشريع المقارن وذلك فيما يأتي:

الفقرة الأولى: إثبات النسب بالبصمة الوراثية:

تعتبر البصمة الوراثية من الاكتشافات الطبية الجينية الحديثة، ويلزم عند البحث في حكم استخدامها في إثبات النسب لا بد من التعرف أولاً على مصطلح البصمة الوراثية. أولاً: مفهوم البصمة الوراثية: لفظ البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين "البصمة" و"الوراثة" وتعريفهما على النحو الآتي:

1- لغة:

أ- 1- البصمة لغة: تعني العلامة، وتطلق على أثر الختم بالإصبع، تقول: بصم بصمًا؛ أي ختم بطرف إصبعه، بعد دهنه بمادة مخصوصة تشبه المداد الأسود¹.

أ- 2- الوراثة لغة: فهي نسبة إلى الوراثة وهي: الانتقال، تقول ورث فلان أباه يرثه وراثة وميراثًا، أي: صار إليه بعد موت مورثه².

ب- اصطلاحاً:

ب- 1- الاصطلاح الفقهي: الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه³.

ب- 2- الاصطلاح التشريعي: أشارت المادة 2 من القانون 03-16⁴ إلى مقصود البصمة الوراثية وذلك كما يلي: « يقصد في مفهوم هذا القانون [...] البصمة الوراثية التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي».

ثانياً: خصائص البصمة الوراثية: توصلت الدراسات الطبية البيولوجية التي أجريت من طرف العديد من المختصين إلى أن البصمة الوراثية لها عدة خصائص ومزايا تجعلها متميزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى⁵، وأهم خصائصها هي كما يلي:

1- تتواجد البصمة الوراثية في كل خلايا الجسم (ما عدا كريات الدم الحم)، ولها تباين

¹ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مرجع سابق، (ج1/ص60)؛ الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق، (ج5/ص1872، 1873)؛ الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج31/ص290).

² الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، (ج2/ص655)؛ الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص336.

³ علي محي الدين القرة داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، ع 16، 2003، ص 38.

⁴ القانون رقم 03-16 المورخ في: 19 يونيو 2016، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 37، يونيو 2016.

⁵ حسني عبد الدايم: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص95.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

عظيم حيث هناك موقع للتباين بين كل 1000 نواتيدة، في طاقم وراثي يحتوي على ثلاثة ملايين نواتيدة، كذلك البصمة الوراثية للشخص متطابقة في جميع خلايا جسمه، ولا تتغير بمرور العمر.

2- تختلف البصمة الوراثية بين كل فرد وآخر، إلا في حالة التوأم الحقيقي¹.

3- تعد البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت إلى حد الآن في تحديد هوية الإنسان؛ لأن نتائجها قطعية بنسبة مائة بالمائة².

4- يمكن تطبيق البصمة الوراثية على العينات البيولوجية السائلة كالدّم واللّعاب والمني أو الأنسجة كالجلد والعظم والشعر. وبعد استخلاص الحمض النووي من العينات يمكن تخزينه لفترات طويلة جداً³.

5- تتميز البصمة الوراثية بمقاومتها للظروف البيئية المختلفة من حرارة، ورطوبة وجفاف وعوامل التحلل والتعفن وذلك لفترة طويلة جداً، ولقد تمكن العلماء من استخلاص الحمض النووي وتحليله بنجاح من موميات قدماء المصريين⁴.

6- ومن بين المميزات الهامة للبصمة الوراثية، هو أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة تتم قرائتها والتعرف عليها بسهولة، كذلك يمكن حفظها وتخزينها في الحاسوب الآلي إلى حين الحاجة إليها⁵.

7- تقوم البصمة الوراثية بوظيفتين، هما الإثبات، والنفي؛ فهي إما تثبت نسبا أو تهمة أو جريمة أو تنفي جريمة وتهمة عن متهم⁶.

8- تمكن البصمة الوراثية من التعرف على الجنس للعينة إن كانت تعود لذكر أو أنثى⁷.

الفقرة الثانية: حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي

¹ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 32.

² المرجع نفسه، ص نفسها.

³ حسام الأحمد: البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، سوريا، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 24، 25.

⁴ المرجع نفسه، ص نفسها.

⁵ حسني عبد الدايم: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 106.

⁶ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 32.

⁷ حسام الأحمد: البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، مرجع سابق، ص 25.

والتشريع الوضعي والقضاء:

2- **حكم استخدامها في الفقه الإسلامي:** إن الإسلام دين يحث على طلب العلم والعمل به، إقرار للحق وتحقيقاً للعدالة بين الناس، والبصمة الوراثية آية من آيات الله في خلقه يستطيع الإنسان من الوصول إلى الحقيقة بما يساعد على استقرار الحق والعدل في المجتمع الإنساني¹، قال تعالى: ﴿سُرِّيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ۗ أَلَا إِنَّهُمْ فِي مَرِيعَةٍ مِّنَ لِّقَاءِ رَبِّهِمْ ۗ أَلَا إِنَّهُمْ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطُونَ﴾².

وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء - في غير قضايا الحدود الشرعية - وتمثل تطوراً عظيماً في مجال القيافة³ التي يذهب إليها جمهور الفقهاء⁴ في إثبات المتنازع فيه. حيث استدلوا بأدلة منها ما روي أن أم سليم الأنصارية رضي الله عنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: وتحتمل المرأة؟ فقال: « نعم تربت يدك، فبم يشبهها ولدها»⁵، وقد خالفهم الحنفي في ذلك فلم يفتوا بها في إثبات النسب، على اعتبار أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه⁶

وقد قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام 2002 أن استعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب لا بد أن يحاط

¹ نصر فريد واصل: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 17، 2004، ص 61.

² - سورة فصلت، الآية (53، 54).

³ - والقيافة إلحاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه، وذلك بما منح الله القائف من علم وخبرة، الشريبي: مغني المحتاج: (ج4/ص488).

⁴ - وهذا رأي المالكية والشافعية والحنابلة. ينظر: القرافي: الفروق، (ج4/ص99)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج17/ص380)؛ ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج6/ص128 وما بعدها). وقد اقتصر الباحث على ذكر تعريف القيافة وذكر آراء الفقهاء وأدلتهم باختصار تجنباً للإطالة في البحث قدر الإمكان.

⁵ - البخاري: صحيح البخاري: كتاب: العلم، باب: الحياء في العلم، رقم الحديث 130، (ج1/ص38)

⁶ - السرخسي: المبسوط، (ج17/ص70)

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

بمنتهى الحذر والحيطه والسرية ووجوب تقديم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية ولا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان ولكنه اجاز الاعتماد علي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية¹:

أ- إدعاء أكثر من شخص نسب اللقيط، ففي هذه الحالة البصمة الوراثية تمكن من إثبا نسبه لأحدهم.

ب- اختلاط الأولاد حديثو العهد بالولادة بالمستشفيات.

ت- إلحاق شخص لقيط، ثم يظهر أهله وكان لديهم أدلة، ففي هذه الحالة يلجأ إلى البصمة الوراثية بغية إثبات نسبه إلى والده الحقيقي.

ث- حالات نسب الولد الناتج عن النكاح الفاسد، والوطء بشبهة، وكذلك في حال زواج المطلقة والأرملة قبل نهاية عدتها، ثم تلد، وذلك لمعرفة ما إذا كان ينسب للزوج الثاني.

ج- اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث، في حال لم يعرف آبائهم بالضبط.

ح- الاشتباه في حالة أطفال الأنايب.

كما أوصى مجمع الفقه الإسلامي مراعاة الضوابط الشرعية الآتية²:

✓ يتعين على الدولة منع إجراء فحص البصمة الوراثية إلاّ بناء على طلب القضاء وكذلك تمنع القطاعات التي هدفها الريح من إجراء هذا الفحص، ويجري فحص البصمة الوراثية في مختبرات الجهات المختصة.

✓ تكون لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، على أن يشترك في تلك اللجنة المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون.

✓ وضع آلية دقيقة في مختبرات البصمة الوراثية لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يكون عدد الجينات المستعملة في الفحص بالقدر الذي يراه المختصون ضروري تجنباً للشك.

¹ - علي محي الدين القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

² - بن فهد السويلم: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مجلة العدل، ع 37، 1429، ص131.

✓ يجب أن يكون لدى القائمين بفحص البصمة الوراثية وتقرير نتائجها، الخبرة التامة وأن يكونوا متميزين علميا؛ لأجل ضمان دقة النتائج العلمية، وعدم ضياع الحقوق .

✓ يجب أن يتوفر في المختص بفحص البصمة الوراثية، وتقرير أو اعتماد نتائجها العقل والبلوغ، العدالة، الأمانة، الضبط، انتفاء التهمة، واختلاط شرط واحد كاف لعدم قبول النتيجة.

3- حكم استخدامها في التشريع:

أ- في التشريع والقضاء الجزائري: أجاز المشرع الجزائري بموجب تعديله ل ق. أ. سنة 2005 اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وذلك بموجب المادة 40/ف02 حيث نصت على أنه: « يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب »؛ وهذا يعني أن إجرائها يتطلب حكما قضائيا، أي لم تترك لأهواء ورغبات طالبيها دون أساس شرعي وقانوني، وبعيدا عن القضاء، كما يجب أن يلجأ القاضي في فحص البصمة الوراثية إلى الخبرة¹، وعند استبعاد القاضي لنتائج الخبرة يتعين عليه الإشارة إلى الأسباب في حيثيات الحكم وهذا ما نصت عليه المادة 144 من ق. إ. م. إ.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في الفقرة المستحدثة من المادة 40، يقصد بالطرق العلمية الحديثة فحص الحمض النووي (ADN)؛ لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته²، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: « مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئية في إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية»³.

وعند قراءة المادة 40 ف1 من ق. أ. ج يفهم من خلال لفظ: « يثبت » الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح... أو بالإقرار... أو البيئية، فإذا تحقق طريق من

¹ نصت المادة 125 من ق. إ. م. إ على أنه: « تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة تقنية أو علمية محضة للقاضي»

² عبد العالي حاحة، ورياض دنش: «شئوث النسب بالطرق العلمية»، مجلة المفكر القانوني، المرجع السابق، ص84.

³ جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص21-22.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

هذه الطرق فالنسب يثبت، وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك. وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من ذات المادة يفهم من استخدام المشرع عبارة «يجوز للقاضي» اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به. وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية على الطرق العلمية¹، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

أما بالنسبة بالنسبة للقضاء فقبل تعديل ق. أ. ج، كانت المحكمة العليا ترفض اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، ومن بين قراراتها، القرار رقم 222674 الصادر عن غ. أ. ش بتاريخ: 1999/06/15، غير أنها بعد سنة 2005 أصبحت تأخذ بفحص البصمة الوراثية في إثبات النسب ومن بين قراراتها، القرار رقم: 355180 المؤرخ في: 2006/03/05.

ب- في التشريع المقارن:

ب-1- التشريع والقضاء المغربي: وبالرجوع إلى القضاء المغربي حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس: «... وحيث إنه إعمالاً لهذا المقتضى فقد أمرت المحكمة تمهيداً بإجراء خبرة على الحامض النووي لكل من المدعى عليه والطفلة ... لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تتسلت من صلب المدعى... عليه وحيث تم إنجاز تقرير الخبرة من قبل المختبر المنتدب والذي خلص فيه إلى القول بأن السيد ... هو فعلاً الأب الطبيعي للطفلة ... بنسبة 99,99%».

وحيث إنه بالبناء على هذه العلة مجتمعة فقد اقتنعت المحكمة جازمة بأن الشروط المنصوص عليها، بمقتضى المادة 156² من المدونة قام الدليل على توافرها في نازلة الحال، كما أن تقرير الخبرة جاء شاهد بلسان حاله على تتسل الطفلة ... من صلب والدها المدعى عليه، حكمت المحكمة علنياً ابتدائياً بمثابة حضوري في الشكل: بقبول الطلب، وفي الموضوع: ثبوت نسب الطفلة ... لوالدها عثمان³.

وفي الأخير يبدو أن المشرع المغربي في موضوع النسب ظل متوافقاً مع موقف الفقه

¹ فاطمة الزهراء رابحي: إثبات النسب، المرجع السابق، ص 99.

² المادة 156: ".إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الطرق الشرعية في إثبات النسب".

³ علي هاشم يوسفات: أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 304.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

الإسلامي المالكي من النسب إلى درجة التطابق، حيث إن معالجته للنسب صالحة لكل زمان ومكان، وتأخذ في اعتبارها بالدرجة الأولى مصلحة الولد المزداد أو الذي سيزداد وذلك بلحوق نسب الولد إلى أبيه أولاً، ثم صيانة هذا النسب طوال حياة الولد، وبدرجة موازية راعى الفقه الإسلامي المالكي أيضاً مصلحة المرأة الحامل سواء أكانت متزوجة أو مخطوبة، وذلك حفظاً لشرفها وتجنباً لحوق عار ابن الزنا لوليدها¹.

ب- 2- **في التشريع والقضاء المصري: إن التشريع المصري لم يتعرض لمسألة إثبات النسب إلا في حالة وفاة المورث من خلال قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 01 لسنة 2000. وترك الأمر لما هو معمول به بالراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة؛ فقد نصت المادة 07 من القانون المذكور أعلاه على ما يلي: «لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء...»²**

ومع ذلك فإن القضاء المصري اعتد بالبصمة الوراثية في مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في الدعوى رقم 944 بتاريخ 1997/06/28³، لما كان من المقرر قانوناً أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصراً من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه؛ فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل المدعى عليه. «ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع، هو تحليل متقابل الأنسجة وبالأخص الحمض النووي (DNA)، على أن يلاحظ أن النسب الذي هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي، ولا تلازم بين النسبين...»⁴.

¹ - جيلالي تشوار: المرجع السابق، ص 305.

² - خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 90.

³ - حسني محمود عبد الدايم: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 746.

⁴ - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2010، ص 196.

المبحث الثاني: إثبات النسب خارج مؤسسة الزواج:

جعلت الشريعة الإسلامية لثبوت النسب سبباً واضحاً وهو الاتصال الجنسي بالمرأة عن طريق الزواج أو ملك اليمين، وبذلك أبطل ما كان عليه في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"¹، ويراد بالفراش² المرأة التي يحل للإنسان شرعاً أن يستمتع بها، وأنّ الولد الذي يأتي من هذا الاتصال يثبت نسبه، أما الولد الذي يكون نتيجة لقاء جنسي محرّم شرعاً فلا يثبت نسبه، وذلك لأنّ النسب نعمة من نعم الله سبحانه وتعالى على عباده، والعهر³ والزنا نقمة لا يصح أن تثبت النعمة بالنقمة. وبناء على ذلك صانته الشريعة الإسلامية الأنساب من الضياع والكذب والتزييف، وجعلت أحكامه من النظام العام، المعبر عنه بحق الله. كما أنّه قد يولد الولد خارج مؤسسة الزواج، ويعتبر من ثم غير شرعي (بنوة غير شرعية) فلمن ينسب في هذه الحالة، وقد يعتبر شرعياً حتى خارج مؤسسة الزواج (بنوة شرعية) كيف ذلك؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: إثبات النسب في إطار البنوة الشرعية:

يهتم الإنسان بالنسب، حيث إنّ للنسب أهمية كبيرة فهو الصلة بين إنسان وآخر، وذلك حتى لا يضيع الولد، وقد يكون هذا الولد ناتج عن علاقة غير شرعية ومع ذلك، اعتبر أنّه ابناً شرعياً مرة يلحق بأبيه ومرة يلحق بأمه، ولذلك سوف نتناول كيفية ثبوت

¹ - أبو داود: سنن أبي داود، باب: الولد للفراش، رقم الحديث: 2273، (ج2/ص282)، الترمذي: سنن الترمذي، باب: ماجاء أنّ الولد للفراش، رقم الحديث: 1157، (ج3/ص455).

² - معنى الفراش:

لغة: الولد للفراش أي للزوج فإنّ كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر. الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، مادة (فرشت)، (ج2/ص468).

اصطلاحاً: الفراش: أن تتعین المرأة للولادة لشخص واحد، ينظر: الزيعلي: تبين الحقائق، (ج3/ص43). وذكر صاحب الروضة البهية: "أنّ الفراش المراد به في الأصل هو الوطئ الحاصل على جهة لا يجب به الحد على وجه من الوجوه. ويلحق به النسب بالواطئ"، ينظر: شمس الدين جعفر بن أحمد بن أبي يحيى عبد السلام: الروضة البهية في المسائل المرضية شرح نكت العبادات، تحقيق: مطبوعات مركز بدر العلمي والثقافي، صنعاء، ط2، 1423هـ - 2002م، ص176.

³ - العاهر: الزنى - وعهر: زنى، ومعنى الحجر: أي الخيبة، ولا حق له في الولد وعادة العرب أن تقول له الحجر وبفيه الأثلب وهو التراب ونحو ذلك يريدون ليس له إلا الخيبة وقيل المراد بالحجر هنا أنّه يرحم بالحجارة... ينظر: النووي: باب: الولد للفراش وتوقى الشبهات، رقم الحديث 1457، (ج10/ص37).

نسب الابن الناتج عن الوطاء بشبهة وعن ثبوته في حالة الاغتصاب وذلك في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: إثبات النسب في الوطاء بشبهة:

إنَّ إثبات نسب الولد الحاصل من نكاحٍ شرعيٍّ صحيحٍ لاخلافٍ فيه. وإنَّما الخلاف في الولد الحاصل من الوطاء بشبهة؛ هل يثبت نسبه للواطئ، أو ينتفي عنه؟ هذا ما سوف نتعرَّض له في هذه الفقرتين من خلال التَّفصيل التالي:

الفقرة الأولى: مفهوم الشبهة:

نتناول في هذه الفقرة أولاً لتعريف الشبهة ثم ثانياً لبيان أقسامها ثانياً، وثالثاً لشروط ثبوت النسب بها:

أولاً: تعريف الشبهة لغة واصطلاحاً: سبق لي تعريف الشبهة في الفصل الأول من الباب الأول.

ثانياً: أقسام الشبهة: نكاح الشبهة على ثلاثة أقسام، وسيتم التطرق إليها كل نوع على حدة فيما يلي:

1- **شبهة العقد:** وهذه الشبهة قال بها الإمام أبو حنيفة، هو أن الشبهة تثبت بالعقد، ولو كان العقد متفقاً على تحريمه، وكان الجاني عالماً بالتحريم، فلا حدَّ على من وطئ في نِكَاحِ امرأةٍ محرَّمةٍ عليه، ولو كان التحريم على التأييد أو مجمَعاً عليه، ولو كان الواطئ عالماً بالحرمة. ومثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوَّج شخص أمه أو أخته ويدخل بها بناءً على ذلك¹، واختلف الصَّاحبان مع أبي حنيفة في هذه الصورة فعندهما أنَّ الحدَّ لا يندرى إلا إذا كان الجاني غير عالمٍ بالتحريم لوجود شبهة المحلِّ، أما إذا كان عالماً بالتحريم فإنَّه يحدُّ للزنا²؛ لأنَّ صورة العقد لا تكفي عندهما لقيام الشبهة³.

¹ - بلباهي سعيدة: إجارة الرحم وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 158.

² - وقد مثل الحنفية لشبهة العقد بالآتي: - من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها؛ مثل: نكاح المحارم، المطلقة ثلاثاً، ومنكوحة الغير، ومعدنة الغير، ونكاح الحامل، وأخت المرأة في عدتها، والمجوسية، والأمة على الحرّة. أو تزوج خمسا في عقد واحد فوطئهن والنكاح بغير شهود. ينظر: عثمان بن علي بن محجن البارع (فخر الدين الزيلعي الحنفي): تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، 1331، (ج3/ص180، 179).

³ - ينظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، (ج3/ص 176)، ابن همام: فتح القدير، (ج5/ص 247)، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي: العناية على الهداية، دار

2- **شبهة الفعل:** وتسمى الاشتباه، وتكون هذه الشبهة كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنها زوجته، ثم يتبين أنها غير زوجته، وفيها يعتقد الرجل حل الفعل، ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس، ومثاله أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة¹.

3- **شبهة الملك:** وتسمى شبهة الحكم أو المحل، وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده²، ومثلوا ذلك بوطء الأب لجارية ابنه؛ لقيام مقتضى الملك وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك"³؛ لأن اللام فيه للملك؛ قال الكساني: "فظاهر إضافة مال الابن إلى الأب بحرف اللام، يقتضي حقيقة الملك، فلئن تقاعد عن إفادة الحقيقة، فلا يتقاعد عن إيراد الشبهة أو حق الملك"⁴، وقد مثل فقهاء الحنفية أمثلة كثيرة غير ذلك⁵.

الفكر، [د ط]، [د ت ن]، (ج/5 ص/247)، ابن عابدين: حاشية ابن عابدين (ج/4 ص/23)، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1414هـ - 1994م، (ج/1 ص/339).
1- **ومن أمثلة الشبهة في الفعل:**

أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة، أو التي أبانها على مال أو خالعتها، فهؤلاء حرمتهن مقطوع بها فالملك والحق غير ثابتين في حقهن، إلا أن فيهن بعض الأحكام على الرغم من ذلك، منها: النفقة، والسكنى، والمنع من الخروج، وحرمة أختها أو أربع سواها، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل بذلك الاشتباه الذي أورث شبهة إن ظن الفاعل الحل يعذر، ويرفع عنه الحد؛ لأنه في موضع الاشتباه. ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، د ط، دار إحياء التراث العربي، د ت ن، (ج/1 ص/592)، ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، (ج/4 ص/156).

2- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (أبو الحسن برهان الدين): الهداية في شرح بداية المبتدي، التحقيق: طلال يوسف، بيروت، دار إحياء التراث العربي، [د ط]، [د ت ن]، (ج/2 ص/344).

3- ابن ماجه: سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط، أخرجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه وعن جده، كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال وولده، رقم الحديث: 2291، (ج/2 ص/769)، وآخر عن حديث جابر، رقم الحديث: 2291.

4- الكساني: بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع، (ج/7 ص/35).

5- ووطء المطلقة طلاقاً بالكنايات لاختلاف الصحابة - رضوان الله عليهم - فمذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورثت شبهة، وإن كان المختار قول الإمام علي - كرم الله وجهه - على أنها بائنة منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم؛ لأنها في ضمانه ويده وتعود إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم، وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة. وطء الممهوره في حق الزوج قبل الدخول لقيام اليد فأورثت شبهة. وطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره؛ لقيام الملك في النصف فتكون الشبهة فيه أظهر. ووطء الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وإذ قال المرتهن: ظننت أنها تحل لي؛ لا يجد سواء ادعى ظن المحل أم لا. ينظر: الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (ج/3 ص/175، 176)، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني: البنية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ - 2000م، (ج/6 ص/297).

ثانيا: شروط ثبوت النسب بوطء الشبهة: يشترط لثبوته ما يشترط في الزواج الفاسد:

1- يشترط لثبوت النسب إمكان أن يولد لمثله ولد، أي إمكان أن يولد للواطئ ولد، بأن يكون في سن يتصور منه الوطاء والإحبال،

2- أن يولد الولد لأدنى مدة الحمل وهي 6 أشهر من وقت هذا الوطاء، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبة من الواطئ¹.

3- ويشترط عند الحنفية أن يقوم الواطئ ويدعي بأن المولود هو ابنه، فإن ادعى أنه ابنه ثبت نسبه بالدعوى، وأن لم يدعم نسبه لا يثبت منه، وذلك لأن الشبهة التي بنى عليها دخوله بها أثبتت شبهة الفراش، فلا بد لثبوت النسب أن تنظم إليها الدعوى².

ثالثا: تمييز نكاح الشبهة عن الزواج الفاسد: التقسيم المذكور آنفا للشبهة يجعل النكاح

الفاسد يدخل في مسمى نكاح الشبهة، وهي حالة كون الشبهة مع العقد، وقد وجدت من مثل لنكاح الشبهة بالزواج لإحدى المحرّمات³ المنصوص عليها في المادة 34 من ق أ ج⁴، وقرار للمحكمة العليا جاء فيه: "حيث أنّ الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أنّ زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد في 1981/11/02، ولم تطلق منه، وكان جاهلا هذه الحالة، حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أنّ المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأنّ هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب".

لكن هذا الزواج الذي صنّف في مسمى نكاح الشبهة هو زواج فاسد، وظاهر المادة 40 من ق أ ج تدل على التفرقة بين نكاح الشبهة والزواج الفاسد، وما دام قد فرّق بينهما يمكن أن يكون مراد المشرّع بنكاح الشبهة هو الوطاء بشبهة أي شبهة بغير عقد ومن غير زنا⁵.

¹ - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص540).

² - خلاف عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، ط2، 1410 هـ - 1990 م، ص 189.

³ - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 383.

⁴ - نص المادة كما يأتي: "كل زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

⁵ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 39362، بتاريخ: 1986/02/24، (غير منشور)، أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة معلقا على مبادئ المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 133.

الفرع الثاني: حكم ثبوت النسب في الوطاء بشبهة:

إنَّ إثبات نسب الولد الحاصل من نكاحٍ شرعيٍّ صحيحٍ لاخلافٍ فيه؛ وإنَّما الخلاف في الولد الحاصل من الوطاء بشبهة؛ هل يثبت نسبه للواطئ، أو ينتفي عنه؟ هذا ما سوف نتعرَّض له في هذه الفقرة من خلال التَّفصيل التَّالي:

الفقرة الأولى: حكم ثبوت النسب في الوطاء بشبهة في الفقه الإسلامي:

أولاً: إثبات النسب بشبهة العقد: يسقط الحدُّ عن الفاعل، وإن قال علمت أنها عليٌّ حرام، ويثبت النَّسب لأن الوطاء تعلقت به الشُّبهة.

وأما عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفيَّة فإنَّ الحدَّ لازمٌ، وكذلك لا يثبت النَّسب إن كان يعلم بالحرمة؛ لأنَّ الفعل تمحض إلى زنا، والزنا يجب فيه الحدُّ، ولا يثبت به النسب، وهو قول باقي الأئمَّة؛ لأنَّهم يعتبرون الفعل زنا، مذهب الإمام مالك حيث جاء فيه: « في نكاح المحارم أن من يعقد على أمِّه أو أخته أو عمَّته أو ذات رحمٍ محرَّم منه، ويطؤها فإنَّه يحدُّ لذلك حدَّ الزَّنا، ما دام أنَّه عامدٌ عالمٌ بالتَّحريم»¹ ومذهب الإمام الشَّافعي أنَّ: « من أتى ذات رحمٍ محرَّم منه بعقدٍ زواجٍ حدَّ حدِّ الزنا، ولا يكون العقد مع تحريمها بالنَّصِّ شبهةً تدرأ الحدَّ عنه»²، ومذهب الحنابلة: « في زواج ذات المحرم أن النكاح باطل بالإجماع؛ فإنَّ وطئها فعليه الحدُّ»³. وجاءت عبارة الفقهاء: نكاح يدرأ فيه الحد، فالولد لاحق بالواطء، وحيث وجب الحدُّ لا يلحق النسب⁴.

أمَّا إذا لم يكن عالماً بالحرمة فإنَّ الحكم فيه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد، ويثبت النَّسب⁵.

¹ - مالك بن أنس: المدونة، (ج16/ص9، 2). البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، (ج6/ص77 وما بعدها).

² - بن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (ج9/ص140)، البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، (ج6/ص77 وما بعدها).

³ - ابن قدامة: المغني، (ج9/ص55).

⁴ - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، حققه: ماجد الحموي، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1443هـ - 2013م، ص364.

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

ثانياً: **إثبات النسب بشبهة الفعل**: ذهب جمهور الفقهاء - في أحد القولين - إلى القول بسقوط الحد بهذه الشبهة إذا ظن الواطئ حل الموطوءة، ويستتبع ذلك الحكم ثبوت النسب؛ لأنه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه، فسقط فيه الحد، إذ لا إثم مع الظن، وسقوط الحد يستتبعه ثبوت النسب؛ لأنَّ الأصل أنَّ النسب يثبت بانتفاء الحد، وينتفي بثبوته¹. قيل: « وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة، فأنت بولد، لحقه نسبه»، وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة.

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

الأولى: ما لو زُفَّت إليه أجنبية أخبر أنها زوجته فوطئها، فإن النسب يثبت هاهنا وإن كانت شبهة اشتباه لا ملك له في الموطوءة ولا شبهة؛ لأنه اعتمد دليلاً شرعياً في موضع الاشتباه وهو الاخبار بكونه زوجته، **الثانية**: ما لو وطء معتدته من طلاق ثلاث، فإن النسب فيها يثبت بالدعوة أيضاً لشبهة العقد فيها، بخلاف باقي الصور².

ثالثاً: إثبات النسب بشبهة المحل: الحكم في هذا النوع من الشبه عند الفقهاء أنه مسقط للحد ومثبت للنسب؛ لأن الفعل ليس بزنى لوجود الشبهة في المحل، تلك الشبهة التي تقوم في الملك أو الحق في المحل، فلم يتمحض الفعل إلى زنى، وثبوت النسب هنا حاصل؛ لأنَّ النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظنِّ الفاعل بل على أنَّ الفعل في ذاته حلالاً لدليل شرعيّ قد يفيد الحل².

¹ - ينظر: الزيعلّي: **تبيين الحقائق**، (ج3/ص178). و قال أحمد: « كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد، ولأنه وطء اعتقد الواطئ حله، فالحق به النسب، كالوطء في النكاح الفاسد، فهو يفارق وطء الزنا؛ لأنه لا يعتقد الحل فيه"، أنظر: ابن قدامة: **المغني**، (ج8/ص82)

² - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: **الوسيط في المذهب**، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، ط1، 1417، (ج4/ص443 وما بعدها)؛ القرافي: **الذخيرة**، (ج12/ص66)؛ ابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار**، (ج4/ص24)؛ البحر الرائق، (ج5/ص21 وما بعدها). الزيعلّي: **تبيين الحقائق**، (ج3/ص177 وما بعدها)، الكساني: **بدائع الصنائع**، (ج3/ص36).

² - الزيعلّي: **تبيين الحقائق**، (ج3/ص178)؛ ابن قدامة: **المغني**، (ج9/ص57).

وخالف الحنفية³ حيث اشترطوا ادعاءه من الزوج، وإلا لا يثبت نسبه عندهم، بخلاف جمهور الفقهاء، فإن النسب عندهم يثبت بدون دعوى ولا ينفي عنه إلا بلعان⁴.

قال العبادي: إنَّ كلَّ موضعٍ فيه شبهة الفعل لا يثبت بها نسب الولد من الواطئ وإن ادَّعاه، وفي كلِّ موضعٍ كانت الشُّبهة في المحل يثبت النَّسب منه إذا ادَّعاه⁵. وتجدر الإشارة أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أنَّ الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا، والدليل على ذلك إثباتهم للنسب في حال نكاح الشبهة، كما بيَّنا فيما تقدم. يقول الإمام أبو زهرة: "أنَّ الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أية شبهة مسقط للحدِّ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحدَّ فقط، فإنَّ النسب على الراجح في الحالة الثانية، وبالإجماع في الأولى"¹.

ولقد صرَّح الأستاذ الفرنسي (بوسكي): "أنَّ نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوح للهروب من العقاب، وردَّ على ذلك الدكتور بلحاج العربي مبرراً حقيقة نظام الشبهة في التشريع الإسلامي، فقال: « أنَّ هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم، وعن حقيقة التشريع الإسلامي، الذي ينص على أنَّ الشبهة لا تمحو وصف الجريمة، ولا تسقط الحدَّ إلاَّ إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن النية والأمر متروك لتقدير القاضي»². وفي حقيقة الأمر فإنَّ نفي وصف الجريمة عن الفعل إذا بنس على شبهة ليس إلاَّ تطبيقاً للمبدأ المقرر الشريعة الإسلامية، ألا وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «ادرعوا الحدود بالشبهات» وقد عمل به الصحابة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم.

³ - لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310 هـ، (ج2/ص147).

⁴ - النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص453)؛ الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، (ج7/ص425)؛ ابن قدامة: المغني، (ج9/ص57)؛ البهوتي: دقائق أوليانهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، (ج3/ص215).

⁵ - ينظر: الزيعلي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (ج3/ص178)؛ ابن قدامة: المغني (ج9/ص57).

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

² - ينظر: بوسكي جورج، L'ethique sexuelle en Islam، مقتبس عن بلحاج العربي: الوجيز في ..، المرجع السابق، ص197.

الفقرة الثانية: حكم إثبات النسب في الوطء بشبهة في التشريع والقضاء المقارن:

أولاً: في التشريع والقضاء الجزائري: أما بالنسبة للتشريع والقضاء الجزائريين فتتص المادة 40 من ق أ ج على ما يلي: « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول...»، وما يلاحظ على نص المادة 40 أنّ المشرّع اعتبر الوطء بشبهة، سببا من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرّق بين شبهة وأخرى، وكلّ ذلك مراعاة أدنى وأقصى مدة الحمل المنصوص عليها في القانون، وبهذا يكون المشرّع قد أخذ بالمذهب المشهور عن الإمام أحمد¹، وهذا أيضا ما جرى عليه العمل في المحاكم، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنّه: "من المقرر قانونا أنّه يثبت النسب بالزواج وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون. ولما كان الثابت -في قضية الحال- أنّ الطاعنة لم يثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

وبعد دراستنا لثبوت النسب في الوطء بشبهة اتضح أنّ نص المادة 40 من ق أ ج الذي يعتبر المبدأ العام في ثبوت النسب -معيب شكلا، فكان على المشرّع الجزائري أثناء تعديله لقانون الأسرة 2005- أن يعيد صياغة نص المادة 40 من التقنين.

وما يعاب على هذا النص أنّه أقرّ بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرّع، لأنّ المعنى الظاهر في نص المادة 40 أنّ نكاح الشبهة شئ والنكاح الفاسد شئ آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأنّ النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، من هنا يبدوا أنّ الأمور قد اختلطت على

¹ المشهور عند الإمام أحمد أنّه لا يفرّق بين الشبهة والأخرى، فيثبت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص، فمتى وطء الرّجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ، فقال: "كل من درأت عنه الحد في وطء ألحقت الولد به، ولأته وطء أعتقد الواطئ حلّه فلحق به النسب". ينظر: محمد محمود حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية القانون الكويتي، [د ن]، ط 1، 1999، ص 50.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 74712، بتاريخ: 1991/05/21، مجلة قانونية، 1994، عدد 04، ص 56، أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات...، مرجع سابق، ص 167. وجاء في قرارا آخر أنّه: "من المقرر قانونيا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون ومن ثم فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون". ينظر: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 222674، المؤرخ في 1999/06/15، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 88.

المشرّع ولم ينتبه لهذا الخلط أثناء تعديله الأخير لقانون الأسرة، إذ كان عليه أن يتكلم على الوطء بشبهة ما دام أنه أقرّ بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته وهذا هو المعمول به فقهاً، حيث يثبت النسب وفقاً لمبادئ الزواج الصحيح والنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة. وهو نفس الخلط وقعت فيه المحكمة العليا في قراراتها السابق ذكرها.

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

لا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد ما دامت المواد 32، 33، 34 قد تولّت تفصيل البعض منه. وبهذا التعديل يتّسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى خاصة فيما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه. ويكون بذلك المشرّع قد حقّق الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء الشبهة¹.

ثانياً: في التشريع والقضاء المقارن: لم تتناول بعض قوانين الأحوال الشخصية حكم إثبات النسب في حالة الوطء بشبهة في حين تناولت قوانين أخرى حكم هذه المسألة ووضعت لها أحكاماً خاصة وحسب التوضيح التالي:

1- التشريع والقضاء المغربي: المدونة المغربية أخذت أيضاً بالمشهور عن الإمام بن حنبل إذ أقرّت ثبوت النسب بالوطء بشبهة دون أت تميّز بين شبهة وأخرى وذلك في المادة 155 ونصت الفقرة الأولى منها على يلي: « إذا نتج الاتصال بشبهة حملت وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل... ». ولأنّ الاتصال بشبهة هو عبارة عن واقعة مادية، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 155 أعلاه أنّه: « يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعاً »².

وكذلك فعل التشريع السوري في نص المادة 266: « الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد

¹ - جيلالي تشوار: النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، المرجع السابق، ص 147.

² - الدليل العلمي، المرجع السابق، ص 100.

بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ»¹.

2- التشريع والقضاء التونسي: لم تتطرق مجلة الأحوال الشخصية التونسية هو الآخر للأحكام الخاصة بإثبات النسب في حال الوطء بشبهة.

3- التشريع والقضاء المصري: لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية المصري عند تناوله لموضوع النسب لحكم اثبات النسب في حالة الوطء بشبهة تاركاً البحث في هذه المسألة لما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية. إلا أن المحاكم المصرية ذهبت في بعض أحكامها إلى إثبات النسب في مثل هذا الوطء، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه: من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن "الولد للفراش" وفرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح، وهو الزواج الصحيح، وملك اليمين وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بالدعوة في وطء بشبهة"¹. كما جاء في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية: « أن الشبهة في العقد يثبت بها النسب ويسقط الحدّ، معتبرة أن هذا النكاح نكاح فاسد يثبت به النسب ويسقط الحدّ»².

وخلافاً للتشريع الجزائري استعملت المدونة المغربية الاتصال بشبهة، وذلك في المادة 155، واستعمل القانون السوري الموطوءة في المادة 133. أما بالنسبة للمشرع المصري فقد استعمل وطء الشبهة في إحدى قراراته.

المطلب الثاني: إثبات النسب في إطار البنوة غير الشرعية:

تبيّن مما سبق أن المولود الذي ولد على فراش شرعي ينسب لصاحب الفراش لمجرد الولادة منه دون استلحاق للولد، لأن عقد الزواج بحد ذاته يعد سبباً لصحة النسب من غير حاجة إلى اعتراف صريح أو إقامة بيّنة على البنوة؛ لأن الأصل السلامة وأن الولد ولد

¹ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09، بتاريخ: 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34، الصادر بتاريخ: 1975/12/31، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000. حيث جاء كذلك في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت 1408 هـ - 1988م، ص 802، إذ جاء فيها: "وقد أخذ المشروع في هذا الموضوع بالاجتهاد الحنبلي لأنه أقرب إلى المصلحة في ثبوت النسب".

¹ الطعن رقم 255 لسنة 46 قضائية، جلسة 31 مايو 1978، مجموعة المکتب الفني، ج1، ص 1379. نقلا عن: مجدي محمد جمعة: العنف ضد المرأة بين التجريم وآليات المواجهة دراسة تطبيقية على الاغتصاب والتحرش الجنسي، د ط، درا الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص 366.

² وجاء في حكم آخر: "أنّ الدخول مع العقد، على من هي في عصمته آخر، مع العلم بذلك، لا يثبت نسب الولد من أبيه، لأنّه لقاء جنسي محرم شرعاً بغير شبهة حل "الطعن رقم 30 لسنة 55 قضائية، جلسة 28 مايو 1986، مجموعة المکتب الفني، ج1، ص 608. نقلا عن: نفس المرجع، ص367.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

شرعي، أما الولد الذي يكون نتيجة لقاء جنسي محرم شرعا فلا يثبت نسبه، وذلك لأن النسب نعمة من نعم الله سبحانه وتعالى على عباده، والعهر¹ والزنا نقمة لا يصح أن تثبت النعمة بالنقمة، وهذا ما سيتم توضيحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حكم ثبوت النسب في حالة الإكراه على الزنا " الاغتصاب" وحكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسبه:

من المشكلات التي تثيرها جريمة الاغتصاب، مشكلة نسب الجنين الذي يمكن أن يكون نتيجة لهذا الاغتصاب. ومن المعروف بداهة أن إكراه المرأة على الزنا- أي اغتصابها- يعتبر زنا، والفارق بينهما، أن الإكراه يجب الحدّ على الرجل، بينما يرفع الحد من المرأة لأنها مستكرهة على نفسها. وذلك مصدقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»². فكان حتما علينا معرفة آراء الفقهاء حول لحوق نسب ولد الاغتصاب بابيه المغتصب، وكذا بيان موقف التشريع القانوني من نسب ولد الاغتصاب.

الفقرة الأولى: إثبات نسب ولد الاغتصاب في الفقه الإسلامي ومدى فعالية تفعيل البصمة الوراثية في إثبات نسبه:

اتفق الفقهاء على عدم إلحاق ولد الزنا لأبيه إذا كانت أمه فراشا ولم ينفه صاحب الفراش، أما إذا كانت الأم ليست فراشا قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين وأكد في المغني وجود الخلاف في هذه المسألة قال: «وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش»³، لذا انقسم الفقه حديثا وقديما إلى رأيين لكل منهما حججه نستعرضهم فيما يلي:

أولا: موقف الفقهاء الأوائل من نسب ولد الاغتصاب: انقسم إلى قولين بين مؤيد ومعارض للاحق نسبه.

¹ العاهر: الزنى- وعهر: زنى، ومعنى الحجر: أي الخيبة، ولا حق له في الولد وعادة العرب أن تقول له الحجر وبفيه الأثلب وهو التراب ونحو ذلك يريدون ليس له إلا الخيبة وقيل المراد بالحجر هنا أنه يرمج بالحجارة... ينظر: النووي: باب: الولد للفراش وتوفى الشبهات، رقم الحديث 1457، (ج10/ص37).

² أخرجه ابن ماجه واللفظ له، والبيهقي والحاكم في المستدرک وقال عنه حديث صحيح سنن ابن ماجه: من طريق إبي ذر الغفار- باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث : 2043، (ج1/ص659)؛ سنن البيهقي: من طريق ابن العباس، باب من زنى بامرأة مستكرهة، (ج8/ص235).

³ ابن قدامة: المغني، (ج6/ص228).

1- القول الأول: أن ولد الاغتصاب أو الزنا لا يلحق بأبيه الغاصب، ولا ينسب إليه، وهو لجمهور العلماء من الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴.

بل نقل الإجماع على ذلك عدد من العلماء⁵، وهذا خلاف ما سبق من تأكيد الخلاف في المسألة- وأذكر منهم قول الرازي قال: « أجمع المسلمون على أن لا نسب لولد الزنا من الزاني، ولو انتسب إلى الزاني لوجب على القاضي منعه من ذلك الانتساب»⁶.

ومنها ما ورد في المدونة أنه قيل لابن القاسم: رأيت إن أقيمت البيّنة على رجل أنه غصبني هذه الجارية وقد ولدت من الغاصب أولادا أو من غير الغاصب أيقضى بها وبولدها للذي استحقها في قول مالك (قال) نعم ويقام على الغاصب الحد إذا أقر بوطئها ولا يثبت نسب ولدها منه⁷.

كما قال، إذا استكره امرأة على نفسها حتى زنا بها....وجملته أن الذي يختص بالرجل ثلاث أحكام الحد، والمهر، والنسب، وأما النسب: فيعتبر به شبهة الواطئ دون الموطوءة، فإن كانت له شبهة لحق به وإن لم يكن له شبهة لم يلحق به⁸.

وفي المغني: « أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان...وإن حملت فالولد مملوك لسيدها؛ لأنه من نمائها وأجزائها، ولا يلحق نسبه بالواطئ، لأنه من زنا»¹.
وحجتهم في ذلك:

¹ - السرخسي: الميسوط، (ج17/ص154)؛ الكساني: بدائع الصنائع، (ج6/ص242)، بن نجيم: البحر الرائق، (ج4/ص251).

² - الحطاب الرعيني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج2/ص216)؛ ابن جزى: القوانين الفقهية، (ج1/ص259).

³ - سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي: التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، [د ط]، 1369هـ-1950م، (ج3/ص92)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص162).

⁴ - ابن قدامة: المغني، (ج9/123).

⁵ - ينظر: فخر الدين الرازي: التفسير الكبير، بيروت، دار الإحياء التراث العربي، ط3، 1420، (ج10/ص24)؛ نظام الدين الحسن النيسابوري، تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان، (ج2/ص385). ابن قدامة: المغني، (ج9/123).

⁶ - فخر الدين الرازي: التفسير الكبير، (ج10/ص24).

⁷ - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، بيروت، دار صادر، [د ط]، [د ت ن]، (ج14/ص351). وقال في التلقين: "فأما الغاصب إذا وطئ الأمة المغصوبة فإن السيد يأخذها وولدها ملكا له ولا يلحق النسب بالغاصب"، ينظر: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي: التلقين، (ج2/ص441).

⁸ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج13/ص241).

- أ- حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراس وللعاهر الحجر»².
- ب- حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا مساعاة في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد أخطأ الحق بعصيته ومن ادعى ولدا من غير رشده لم يرث ولم يورث»³. ووجه الاستدلال أنّ الشارع أبطل بالمساعاة، وكان الأعصمي يجعل المساعاة في الإماماء دون الحرائر؛ لأنهن يسعين لموالهين، فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم المساعاة في الإسلام، ولم يلحق بها النسب، وعفا عما كان منهما في الجاهلية، وأثبت به النسب⁴.
- ت- لأنّه لا يلحق به إذا لم يستلحقه، فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فرأشا، أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره⁵.

2- **القول الثاني:** أنّ ولد الزنا يلحق بأبيه إذا استلحقه، ومثله ولد الاغتصاب: وهذا القول محكي عن عمر والحسن وابن سيرين ووأحمد وإسحاق⁶ وقال به إبراهيم النخعي وأبو حنيفة بشروط⁷، وهو أيضا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار فقد ذكر عنهما أنّهما قالوا أيّما

¹ ابن قدامة: **المغني**، (ج5/ص155). وفي شرح الزركشي أيضا: "إذا غصب جارية فوطئها لزم الحد؛ لأنّه زان، إذ لا شبهة له في ذلك، ثم إذا قدر عليها سيدها أخذها؛ لأنّها عين ملكه، وأخذ أولادها؛ لأنّهم نماء ملكه، ولا يلحق نسبهم بالواطئ، لأنّه زان". ينظر: الزركشي: **شرح الزركشي**، (ج2/ص161).

² البخاري: **صحيح البخاري**، كتاب الفرائض، باب: الولد للفراس حرة أو أمة، رقم الحديث: 6368، (ج6/ص2481).

³ المستدرک على الصحيحين، كتاب الفرائض، رقم الحديث: 7992، (ج4/ص380)، وقال هذا حديث أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1411 هـ - 1990 م، (ج4/ص380).

⁴ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (محيي السنة): **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، دمشق، المكتب الإسلامي، ط2، 1403 هـ - 1983 م، (ج9/ص287).

⁵ عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين: **الشرح الكبير على متن المغني**، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، [د ط]، [د ت ن]، (ج7/ص36،37).

⁶ ينظر: ابن تيمية: **الفتاوى الكبرى**، (ج4/ص585)، ابن القيم: **زاد المعاد في هدي خير العباد**، (ج5/ص430)

⁷ ذكر الماوردي حيث قال: "قال إبراهيم النخعي يلحقه الولد إذا ادعاه بعد الحد، ويلحقه إذا ملك الموطوءة وإن لم يدعه، وقال أبو حنيفة إذا تزوجها قبل وضعها ولو بيوم لحق به الولد، وإن لم يتزوجها لم يلحق به الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج8/ص162). كما ذكر ابن قدامة أنّ الحسن البصري وابن سيرين وإبراهيم النخعي وأبو حنيفة أنّ يلحق بشروط ذكرها عنهم ولم يذكر شروطا لإسحاق وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار قال: وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد وورثه وقال إبراهيم يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة وقال إسحاق يلحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد والد له" أنظر: ابن قدامة: **المغني**، (ج7/ص36).

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه¹، وهو اختيار ابن تيمية²، وقال ابن عابدين: « ليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره... إلا إذا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق»³.

ثانياً- موقف الفقهاء المعاصرين في نسب ولد الاغتصاب: في ظل التطورات الراهنة طالبت العديد من الجمعيات النسوية في الدول العربية كمصر، المغرب، الأردن التدخل لإنصاف المغتصبة التي تعيش وضعية نفسية لا تحسد عليها فلا يمكن تزويدها بتحميلها نسب طفل لم تسع لإنجابه، وثار في ذلك العديد من الجدل بين معارض و مؤيد لإثبات نسب ولد الاغتصاب⁴. وقيل أنها مسألة قضائية نتركها للقضاء والفتوى تعالجها عند وقوعها⁵، وعليه جاءت أقوال الفقهاء كالتالي:

1- القول الأول: يرى عدم جواز إحقاق نسب ولد الاغتصاب بأبيه، وذلك باعتباره ولد غير شرعي وهو ولد الزنا وحججهم في ذلك حجج الجمهور، في عدم جواز إحقاق نسب ولد الزنا، وهو رأي الشيخ يوسف البدري الذي يرى أنه: « لا يجوز إحقاق نسب ولد الزنا ويقاس عليه ولد الاغتصاب إلى أبيه»⁶.

2- القول الثاني: يرى جواز إحقاق ولد الاغتصاب بأبيه المغتصب، وهو رأي الفقهاء المعاصرين الذين يرون جواز إحقاق ولد الزنا بالزاني، وقياسا عليه ولد الاغتصاب، وكذلك رأي بعض الفقهاء الذين خصوا إحقاق نسب ولد الاغتصاب بالذكر دون ولد الزنا، ومن أهم الآراء في نسب ولد الاغتصاب نذكر فتوى الشيخ جاد الحق « لما كان من القواعد الشرعية والمستقرة والمتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال بضرر، وأنّ الضرورات تبيح المحظورات، وأصلها التشريعي الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" ومن تطبيقاتها ما

¹ ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص430).

² ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، (ج4/ص585).

³ ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار، (ج6/ص206).

⁴ عيسى معيزة: نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، مجلة المدينة للبحوث القانونية، صادرة عن جامعة اسطنبول، تموز، 2017، ص137.

⁵ محمد رابع سليمان: الصرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق، المفتي وصفها بالخطيرة جدا وطالب بالتأمل **جريدة المدينة**، السعودية، مؤسسة المدينة، 2010/12/29، اطلع عليه: 2020/05/18..www-al medina.com

⁶ حكم قضائي جريئ يفجر جدلا فقهيًا، ابن الاغتصاب ينسب لأبيه، 2011/05/13، اطلع عليه يوم: 2020/10/23، على الساعة: 21:51 www.Alwatan voice.com.

استنبطه الفقهاء من أنه ما تعارضت مفسدتان رؤي أعظمهما أضرار بارتكاب أخفهما، وإذا ما تعارضت مفسدة مع مصلحة، قدّم دفع المفسدة على جلب المصلحة، ولما كانت القاعدة التنظيمية المقررة أنه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتهم واتصاله بالمجني عليها باعتبار هذا الحمل قد نشأ من زنا وكان هذا أبلغ الضرر بذلك الجنين، بل وفيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة فإنه بمقتضى القواعد الشرعية، يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان إثبات النسب يتبع انعقاد الزواج المتهم من المجني عليها، ويقبل منه شرعا هذا الإقرار بالنسب لهذا الحمل إليه واكتساب أبوته...»¹، ومن هاته الفتوى يتضح أنه نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه البيولوجي المغتصب، لكن بتوفر شروط معينة، هي: أن يتزوج الجاني (المغتصب) من الضحية المجني عليها (المغتصبة)، ثم أن يقرّ هذا المغتصب بنسب هذا الولد، وأن يستلحقه على أساس أن النسب يلحق انعقاد الزواج والإقرار به بتوفر شروط الإقرار المطلوبة شرعا وكذلك رأي الدكتور أحمد حامد أبو طالب عضو مجمع البحوث الإسلامية، في مقارنة ولد الاغتصاب بولد الزنا ويقول: «..بأنّ الأمر في حالة الاغتصاب يكون أشد خطورة لأنه تمّ رغما عن المرأة ولهذا فهي ضحية فما بالنا إذا ضاع حقها في عقاب المغتصب ثم ضاع حقها في نسبه إلى المجرم، ولهذا فإننا مع احترامنا لاجتهادات الفقهاء القدامى، لا بد من اجتهاد علماء الكبار في المجمع الفقهي حتى يخرجوا باجتهاد جماعي لحساسية الموضوع، وكذلك لا بد من معالجة الإشكالات القانونية لإثبات نسب الطفل الذي أنجب نتيجة الاغتصاب»².

رابعاً: حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب:

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

1- الرأي الأول: يرى عدم جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب، وتبعاً لذلك فإنّ تحليل البصمة الوراثية لا يغير من الأمر شيئاً، ولا يجوز إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناءً على نتائجها، وهو قول الفقهاء المعاصرين المعارضين لإلحاق نسب ولد الاغتصاب.

¹ - عيسى معيزة: المرجع السابق، ص 139.

² - حكم قضائي جريء يفجر جدلاً فقهيًا، مرجع سابق.

2-الرأي الثاني: يرى جوازية إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناء على نتائج البصمة الوراثية وهذا الاتجاه يمثله الفقهاء المعاصرين الذين يؤيدون إلحاق نسب ولد الزنا وولد الاغتصاب، ومن بين هاته الآراء رأي الدكتور رأفت عثمان عميد كلية الشريعة والقانون بالأزهر والذي جاء فيه: « أعطانا الله عز وجل العلم الذي يوصل إلى أنّ الإنسان هو ابن لهذا الرجل، أو ذلك عن طريق ما يعرف بـ ADN أو البصمة الوراثية، ويمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار الوراثي وعن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية إن كان المولود ابن المتهم أم لا، ويمكن الاحتياط والتثبت في هذه الوسيلة بأنّ تعدد مراكز الاختبارات الوراثية، فإذا تطابقت ضمنت النتيجة، وأضاف أنّه يميل إلى إثبات ولد الاغتصاب إلى أبيه إبعادا للطفل وأمه عن عار الجريمة التي لا يد لهما فيها، وأنّه يرى جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة ادعاء المرأة على رجل أنّه عاشرها كرها وحملت، وكذلك في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فمع توقيع عقوبة الزنا المقررة شرعا، والمختلفة تبعا لإحصان الزاني وعدم إحصانه، فإنّه يجوز الإختبار الوراثي والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أي من اللذين قاموا باغتصابها على ضوء اختبارات البصمة الوراثية»¹.

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

الفقرة الثانية: حكم إثبات نسب ولد الاغتصاب في التشريع والقضاء ومدى فعالية تفعيل البصمة الوراثية في إثباته:

لم ينص المشرّع الجزائري وأغلب التشريعات العربية على نسب المولود خارج الرابطة الزوجية وحقوقه في مواجهة الأب البيولوجي، هذا الفراغ الذي فتح الباب على مصرعيه أمام

¹ - محمد رأفت عثمان: البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 578.

² - مقال حكم قضائي جريء يفجر جدلا فقهيا، مرجع سابق.

الاجتهاد القضائي فاختلقت التكييفات القانونية للموضوع تبعاً للموضوع وتبعاً لذلك تباينت الأحكام ونحاول في هذه الفقرة تسليط الضوء على موقف التشريع والقضاء في الجزائر من نسب ولد الاغتصاب خاصة في ظل التطور البيولوجي واعتبار الطرق العلمية وسيلة هامة في إثبات النسب، ثم لموقف التشريع المقارن بإيراد نماذج لقضاء بعض الدول العربية في المسألة:

أولاً: في التشريع والقضاء الجزائري:

1- في التشريع الجزائري: لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى نسب ولد الاغتصاب، وبالمقابل فإن قانون العقوبات الجزائري كذلك لم يعرف جريمة الاغتصاب ولم يحدد أركانها، واكتفى بالإشارة إلى مقدار العقوبة وظروف التشديد التي تصاحب هاته الجريمة فنص في قانون العقوبات الجزائري¹ على أنه: « كل من ارتكب جنائية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمسة إلى عشر سنوات وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة»، كما أشار إلى ظروف التشديد²، لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الآثار التي تنتج هاته الجريمة، من فض للبكرة وحمل، بخلاف المشرع المغربي الذي عدّها ظروف تشديد، لكن ما استقر عليه القضاء الجزائري أن الاغتصاب هو واقعة رجل لامرأة بغير رضاها، وأن الجريمة تتكون من ركنين هما فعل الوقاع، واستعمال العنف³، وأن إثبات هتك العرض قد يتم باعتراف الجاني بفعله من تلقاء نفسه، وأن يضبط وهو في حالة تلبس أو بواسطة فحص طبي من ذوي الاختصاص⁴، كما يلاحظ أن العقوبات المقررة لهاته الجريمة في قانون العقوبات الجزائري هي عقوبات مخففة بخلاف بعض الدول التي شددت فيها بين المؤبد والإعدام كالمشرع التونسي.

¹ - المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.

² - تنص المادة 337 من ق ع ج على أنه: "إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص المبيينين أعلاه أو كان موظفاً أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجنائية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336".

³ - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 96.

⁴ - المرجع نفسه، ص 100.

2- في القضاء (الاجتهاد القضائي): ما يلاحظ على المشرع أنه لم ينص على نسب المولودين خارج الرابطة الزوجية وترك الأمر لاجتهاد القضاء، والتي بدورها لم نجد في اجتهادتها المنشورة بخصوص نسب ولد الاغتصاب إلا قرارات نحاول التعليق عليهما فيما يلي لاستجلاء رأيها في هذا الموضوع والأساس الشرعي والقانوني لها.

أ- قرار المحكمة العليا رقم 513580¹: أثبت هذا القرار النسب إلى المغتصب وجاء في حيثياته: «...حيث أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص،م) للمطعون ضده باعتباره أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذا الأخير تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق منها البيّنة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN اثبت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه الطاعن، لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية...».

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

ب- قرار المحكمة العليا رقم 617374²: حيث جاء في حيثيات القرار أن: « الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه ويكيف أنه نكاح شبهة، يثبت به النسب، وفي قضية الحال كان المطعون ضده هو الذي اغتصب الطاعنة ولكي يتهرب من المتابعة الجزائية تزوجها فولدت بعد شهر وأيام بينت قام هو بتسجيلها في مصالح الحماية المدنية، وبعد مدة

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 513580، بتاريخ: 2011/05/12، منشور بالمجلة القضائية، 2012، العدد 1، ص 194، نقلا عن عيسى معيزة: نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 147.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 617374، بتاريخ: 2001/05/12، منشور بالمجلة القضائية، 2012، العدد 1، ص 294، أشار إليه: نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، مرجع سابق، ص 85،

من رفع دعوى إنكار النسب مستدلاً بأن البنت ولدت بعد شهر من إبرام عقد الزواج وقد سايره قضاة الموضوع وألغو نسب البنت غير أن المحكمة العليا نقضت قرارهم «

ج- قرار المحكمة العليا رقم: 1027105¹ الذي جاء في حيثياته: « اغراء المعاقبة ووطؤها الثابت بالحكم القضائي بادانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الاخلاق، يعدّ من قبيل الموطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطاء، فهنا كيفوا الاغتصاب على انه وطء شبهة يثبت به النسب رغم الاختلاف بينهما».

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

ثانيا: حكم التشريع والقضاء المقارن من نسب ولد الاغتصاب: في كل من التشريع والقضاء المغربي والتونسي والمصري:

1- التشريع والقضاء المغربي: بالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن هذا القانون لم يول أي اهتمام بواقع الطفل الناشئ عن جريمة اغتصاب ولا بمركزه القانوني في مواجهة والده، وإنما اكتفت فقط المادة 147 بإعتبارها شرعية في مواجهة الأم "تكون بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب"، وعدم اعتبار ذلك في مواجهة الأب، بل والأكثر من ذلك فإنها لم ترتب في مواجهته أي أثر من آثار البنوة الشرعية وحملتها للأم وحدها مع أنّها الضحية².

والقضاء بدوره سار في أحكامه وقراراته على اعتبار الاغتصاب مثله مثل الزنا فلا يترتب عليه أي أثر من آثار البنوة لأب في قرار المجلس الأعلى حيث جاء فيه: « أن شاب وهو ابن شيخ قبيلة أقدم على اغتصاب فتاة (أ أ ع)، إلا أنّها أخفت الأمر عن عائلتها إلى أن تبيّن أنّها حامل منه، فقدمت المجني عليها شكوى ضد المتهم الذي نفى الأمر، وبعد ميلاد الابن وإجراء الخبرة العلمية أدين المتهم وحكم عليه بالسجن أربع سنوات، ولما لجأت

¹ المحكمة العليا، ملف رقم 1027105 قرار بتاريخ: 07-12-2016 العدد الثاني، 2016، ص 228

² عبد الطيف المعيطي: المركز القانوني للطفل الناتج عن الجرائم الجنسية، دراسة مقارنة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص ماستر الطفولة وقضاء الأحداث، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2009-2010، ص 92 .

المجني عليها إلى محاكم الأسرة لإلحاق نسب الابن إلى المتهم رفضت المحكمة طلبها باعتبار أنّ النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي أو الوطاء بشبهة، والإقرار ما هو إلا طريق كاشف للنسب في ظل الحالتين المذكورتين (الزواج والوطء بشبهة)، وبما أن إقرار المتهم بإدائه بالاغتصاب يؤكد أنّ الطفل ناتج عن الاغتصاب وبالتالي فهو ابن زنا، وابن الزنا حسب قول الخليل مقطوع النسب لا يثبت لأبيه¹.

¹ - التعليق على القرار: علق الأستاذ لحبيب حاجي محامي بهيئة تطوان على هذا الحكم قائلاً: أن التعليق المقدم من طرف المحكمة في هذه النازلة لا ينسجم مع المفاهيم القانونية الجديدة لمدونة الأسرة، بل يتعلق باجتهادات قديمة تم تجاوزها، والتخلي عنها ؛ لأنها لا تتلاءم مع تطور المجتمع المغربي ؛ وروح نصوص مدونة الأسرة الجديدة ؛ التي سعت من خلال بنودها إلى حماية مؤسسة الأسرة الصغيرة، حماية النسب، الأبناء، الزوجات...، في حين تم رفض دعوى النسب الذي طالبت به المدعية ؛ بالرغم من حكم محكمة الاستئناف بسجن المدعى عليه ؛ بسبب تبوث الاغتصاب، معللة ذلك باجتهاد قديم متجاوز يعود للشيخ خليل، . وأضاف حاجي، في تعليق له على الحكم الذي بين أيدينا، أن المحكمة عندما قالت لا يلحق نسب الولد الناتج عن الزنى، ويكون ابن الزنى مقطوعاً نسبته، حسب اجتهاد الشيخ خليل: وأن الطلب غير مرتكز على أساس قانوني سليم تكون قد استبعدت ما ينص عليه قانون الأسرة وعلل الأستاذ حاجي تعليقه بما يلي: 1 الزنى الذي أشار إليه التعليق لا علاقة له بهذه الواقعة، فهو يعني ممارسة الجنس بين امرأة ورجل خارج علاقة الزواج، وعن طريق الرضى والاتفاق، بمعنى الفساد في القانون الجنائي. إن شرط الرضا يعتبر أحد أركان قيام الزنى والفساد، وهو المنطقي في حالتنا، والدليل هو عدم معاقبة المدعين على الزنى والفساد. 2 الاغتصاب ليس هو الزنى، إذ ليس في الزنى طرف يعتبر ضحية، على عكس الاغتصاب الذي يترك ضحية مغتصبة، وهو عمل إجرامي بشع، فيه مجرمان ارتكبا خيانة جنائية ضد الحرية، والعرض، والصحة البدنية والنفسية، و ضد المجتمع والأسرة، خاصة عندما ينتج عن ذلك مولود يكون الضحية الحقيقية قبل الضحية الأم. 4 إن اجتهاد الشيخ خليل يستند على الشرع والفقهاء الاسلامي، والإسلام جاء رحمة بالعالمين ورحمة بالناس، والإسلام رحيم إلى درجة لا يمكن في هذه النازلة أن يجعل من طفل بريء أجبر على الخروج إلى الدنيا عن طريق الاغتصاب مقطوع النسب، إذ لا ذنب للطفل، ولا ذنب لأمه فهي ضحية اغتصاب ضدا على إرادتها ورغبتها وإذا كان الشرع أكد قواعد النسب وحددها، فلأن بعض الأحكام لم تكن في زمن معين من الممكن تأكيد وإثبات نسب طفل إلى أب معين، لذلك ذهبت في إطار الاجتهاد؛ لإيجاد حلول حسب الظروف، وحاليا هناك وسائل علمية لإثبات النسب ومعرفة والد المولود، بواسطة تحليل الحامض النووي لإثبات النسب، واستطاعت الطالبة أن تثبت ادعاءها بالوسائل العلمية التي استعملها القضاء نفسه في ملف الاغتصاب، وتؤكد بأن الولد لأبيه المدعى عليه عن طريق الخبرة والحامض النووي، بما لا يدع مجالاً للشك، والخبرة منصوص عليها في مدونة الأسرة لإثبات النسب وحماية النساء؛ بعدما كانت، حقوق النساء المغتصابات؛ والأطفال الناتجين عنه مهضومة، مما كان يسبب مشاكل أسرية عويصة بل مجتمعية خلقت جيشاً من الأطفال والشباب الرجال تربوا على أنهم أبناء زنى، وفي جو نفسي غير طبيعي أثر على السلامة النفسية لهذه الفئة التي تؤثر على المجتمع سلبا بسلوكهم غير الطبيعي في المجتمع . ومظاهر السلبية متعددة كالجريمة مثلاً، ثم إنه عندما يكونون أسراً؛ فإن طريقة المعاملة تكون غير سليمة ، وتصبح في دورة أسرية غير طبيعية ، وهذا ما حاولت مدونة الأسرة أن تعالجه من خلال القواعد الجديدة ، حيث أدخلت الخبرة في مجال إثبات النسب، كما أقرت إثبات النسب خلال فترة الخطوبة، أي أن مدونة الأسرة خلقت قواعد وأحكام جديدة لإصلاح واقع الأسرة ودعم موقع الأسرة والطفل خاصة. 6 الفصل الذي ندعم به موقفنا القانوني، والذي لم يعره اجتهاد المحكمة أي اهتمام وهو الذي كان محل جديد

وبذلك تكون مدونة الأسرة قد خالفت المنحى الذي سار عليه أغلب الفقه حيث نجد أن الشافعية قد ذهبوا إلى القول بحق هذا الطفل بالإنساب لأبيه الغاصب، وإلى ذلك ذهب الحنابلة وألحقوا الولد للغاصب للشبهة، أما عند المالكية فقد روي عن مالك رضي الله عنه أنه كان يعمل بالقافة لثبوت النسب حالة الاغتصاب، فإن أثبتت القافة نسب الولد إلى الغاصب ثبت، وإن نفته انتفى¹.

وعليه يمكن القول أن الاجتهاد القضائي استقر على أن نسب الولد الناتج عن الاغتصاب لا يمكن أن ينسب لأبيه رغم العلاقة البيولوجية بين الأب والابن.

2- التشريع والقضاء المصري: لقد تناول جريمة الإغتصاب في المادة 167 من قانون عقوبات مصري، في الباب الرابع من الكتاب الثالث تحت عنوان "هتك العرض" وفساد الأخلاق، التي نصت على مايلي: « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة...»، ويتضح من المادة أن جريمة الإغتصاب تقوم على فعل الوطء بالإضافة إلى الإكراه، وجاء لفظ الأنثى في المادة عام أي سواء كانت المغتصبة متزوجة أم لا².

ومن الناحية القضائية سجل القضاء المصري في هذا الباب قضية البنت (صباح) التي أقدم رقيب شرطة على اغتصابها بينما كانت محبوسة في زنانتها في المؤسسة العقابية بجنحة التسول؛ حيث أخرج ضابط الشرطة جميع المتهمين وقام باغتصابها وبعد خروجها

المدونة، وكان بمثابة ثورة في مجال الأسرة، هو الفصل 158 الذي ينص على أن النسب يثبت: بالفرش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، وببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية التي اعتبرها الفصل أعلاه من الوسائل الشرعية. وبالتالي فإن الخبرة القضائية كوسيلة شرعية تثبت نسب الأب إلى والده المدعى عليه، وهي نفسها الخبرة التي اعتمدها القضاء الجزائري، والمدونة سهلت أمر إثبات النسب؛ شرط أن يكون الإبن فعلا من صلب ذلك الأب، وذلك يستتبع من الفصول التالية: 153, 155, 156 الذي أقر النسب أثناء فترة الخطوبة عندما يزداد مولود عبر ممارسة جنسية داخل هذه الخطوبة. أما محكمة الاستئناف فأدلت بالحكم إعمالا بالقاعدة الفقهية التي تقول إن الزنا جريمة والنسب نعمة والنعمة لا تنتج عن جريمة أبدا. كما أن الفصل 147 عندما يتحدث عن الأمومة الشرعية ويعتبر الاغتصاب... من وقائع الأمومة، فقياسا على ذلك، عندما يثبت اغتصاب بحكم قضائي ويحدد الغاصب بخبرة قضائية جينية تجري على المولود؛ تقوم الأبوة الشرعية. ينظر: سناء كريم: **حكم استثنائي يثبت نسب الطفل للمغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه**، مقال نشر في: التجديد يوم 04/17/2008.

¹ - المرجع نفسه.

² - المادة 267 قانون عقوبات مصري رقم 1937/58، المعدل والمتمم بالقانون رقم 2003/95.

من السجن قدمت شكوى ضد هذا الضابط وتمت إدانته بعد إجراء الخبرة الطبية وشهادة الشهود وحكم عليه بالسجن ثلاث سنوات.

وبعد ذلك اكتشفت المجني عليها أنها حامل وأخطرت النيابة العامة بذلك، وبعد ميلاد البنت اتجهت للحالة المدنية لتسجيلها بناء على حكم الإدانة فرفض ضابط الحالة المدنية تسجيلها لعدم وجود عقد زواج رسمي، مما اضطرها لرفع دعوى أمام قسم الأحوال الشخصية تطلب فيها إلحاق نسب البنت إلى أبيها بناء على الخبرة الطبية وقرار الإدانة للجاني، إلا أن المحكمة رفضت الدعوى واعتبرت البنت مولودة نتيجة علاقة غير شرعية مما أدى بالضحية إلى استئناف الحكم وقامت محكمة الاستئناف - شبين الكوم - بإلغاء الحكم وإلحاق نسب البنت بأبيها بناء على تقرير الطب الشرعي الذي أثبت تطابق الحمض النووي بين الجاني والطفلة، كما أكد ذلك حكم المحكمة العسكرية القاضي بإدانة المتهم عن جناية الإغتصاب مما يعتبر إقرار من المتهم وهكذا يثبت النسب بناء على الإقرار والخبرة الطبية.

كما جاء في حكم آخر لمحكمة النقض أن: «نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له متى لم تكن معروفة... سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد، أو من غير زواج شرعي كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة، إذ ولد الزنى يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة»¹.

الملاحظ من موقف القضاء المصري أنه فرّق بين إلحاق ولد الزنا وولد الاغتصاب، فما لاحظناه أنه لم يقبل إلحاق ولد الزنا بخلاف ولد الاغتصاب الذي قبل إلحاقهما بالنسبة لموقف القضاء المغربي فرأى أن ولد الاغتصاب وولد زنا لا يلحق بأبيه.

وتبقى المسألة خلافية وعلى القاضي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال انعدام النص طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: حكم إثبات نسب الولد الناتج عن الخطبة:

يسبق الزواج عادة بفترة قد تقصر أو تطول يتعرّف خلالها المترشحان للزواج على بعضهما البعض، وإذا اتّضح أنّ بينهما انسجاماً في الطباع انقلبت الخطبة إلى زواج. لكن قد ينقلب إلى ما لا يحمد عقباه، حيث أنّ الاختلاط قد ينجز عنه في إطار الخطبة اتصال جنسي من الممكن أن يؤدي ولادة طفل فهل يمكن إثبات ذلك الطفل؟ وقبل الإجابة عن هذا

¹ - الطعن رقم 17 لسنة 46 قضائية، جلسة 22 فبراير 1978، مجموعة المكتب الفني (ج1/ ص 568) أيضاً محمد الدجوي: الأحوال الشخصية للمصريين للمسلمين، ص 323.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

التساؤل نتطرق أولاً إلى تحديد الطبيعة القانونية للخطبة بإعتبارها لها علاقة متينة بهذا الإشكال أي هل أنها عقد ملزم أم أنها لا صبغة إلزامية فيه؟ وهذا ما سوف نتعرض له في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: تعريف الخطبة وتكييفها الفقهي والقانوني:

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالخطبة وأولتها عناية بالغة، حيث خصصت لها أحكام متعددة يجب على الخطيبين مراعاتها قبل الاقدام على الزواج، وكذلك لكي تقوم العلاقة الزوجية على الدوام، وبناء أسرة سليمة قائمة على أسس ثابتة من العقيدة من الإسلامية بعيدا عن المفاصد والانحرافات.

ومن هنا نأتي إلى بيان تعريف الخطبة، وكذلك نقوم بدراسة تكييفها الفقهي والقانوني:

أولاً: تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً:

1- **الخطبة لغة¹:** الخطبة في اللغة بكسر الخاء طلب الرجل المرأة للترجح منها وخطب المرأة خطباً وخطبةً. وخطبي دعاها إلى التزوج. وخطب المرأة يخطبها خطباً وخطبةً بالكسر، وخطب القوم فلاناً إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهن، والخطبة بالضم هو اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب، وخطب الخاطب على المنبر، وخطب على القوم خطبةً، فجعلها مصدراً.

2- **الخطبة اصطلاحاً:** فيه نتطرق إلى تعريف الخطبة في الاصطلاح الفقهي ثم الاصطلاح القانوني

أ- الاصطلاح الفقهي:

أ-1- **عرّفها المالكية:** « الخطبة بكسر الخاء هي: عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة؛ وقال ابن رشد: هي فعل الخطب في الكلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول»².

أ-2- **وعرّفها الشافعية:** « الخطبة بكسر الخاء هي: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة»³.

¹ - مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط8، 1426 هـ - 2005 م، ص 80؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار): المعجم الوسيط، دار الدعوة، [د ط]، [د ت ن]، باب خطب، (ج1/ص243). أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429 هـ - 2008 م، (ج1/ص659 وما بعدها).

² - الخطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج3/ص407).

³ - الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج4/ص219).

- أ-3- ما الحنايلة: « الخطبة بكر الخاء طلب المرأة للزواج»¹.
- أ-4- وعرفها الحنفية: « الخطبة بكسر الخاء هي: طلب التزوج»².
- ب- الاصطلاح التشريعي (القانوني): نتطرق أولاً لتعريف الخطبة في التشريع الجزائري ثم لتعريفها في التشريع المقارن.
- ب-1- في التشريع الجزائري: عرّف الشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 من ق أ ج بأنها: « وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عنها»، كما يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدد محدد. وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا. وهو ما سرت عليه قرارات المحكمة العليا في اجتهاداتها³.
- ب-2- في التشريع المقارن: تعد الخطبة أول خطوة قبل الزواج فهي وعد به، وهذا ما أكدته معظم التشريعات العربية⁴ وهذا ما سوف نتناوله في العناصر التالية:
- ب-2-1- التشريع المغربي: عرّف المشرع المغربي الخطبة في المادة 5 من مدونة الأسرة المغربية بأنها: « الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج»⁵.
- ب-2-2- التشريع التونسي: جاء في الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّ: « كل وعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به».

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

² - بابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (4/ص66).

³ - حيث جاء في قرار لها أنّ: "الخطبة وعد بالزواج...ويمكن أن تقترن بالخطبة بالفاتحة أو سبقتها بمدد محددة" قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 81129، بتاريخ: 17/03/1992، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص 62.

⁴ - نصت المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية الاردني، رقم 61 لسنة 1976، المعدّل بالقانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001 على أنّه: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية" والمادة 4 من نفس القانون نصت على: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة، ونصت المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 95 لعام 1953 المعدّل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 على أنّه: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

⁵ - قانون رقم 03-07 المؤرخ في: 3 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 22-04-01 من ذي الحجة 1424، ج ر ر 51-54 الصادرة ب: 5 فبراير 2004.

ب-2-3- التشريع المصري: لم يتضمن أحكاما في الخطبة فقد استقر قضاؤه منذ سنة 1939 على أنّ الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وأنها ليست بعقد ملزم¹.

نستنتج من هذه النصوص القانونية أنّ قوانين الأحوال الشخصية العربية متأثرة ببعضها البعض حيث عرفت الخطبة بصيغ مختلفة لكن يبقى المعنى نفسه بأنّ الخطبة وعد بالزواج وهي تمهيد له².

ثانيا: التكيف الفقهي والتشريعي للخطبة: من خلال بياننا لتعريف الخطبة، وأنها تعتبر تواعد بين طرفيها بالزواج مستقبلا لا تتدرج في مصاف العقود وبالتالي فإنّ توصيفها الفقهي والقانوني لا يخرجها عن كونها تواعد بالتعاقد، على أنّ هذا الوعد لا يعد جزءا منعقد الزواج ولا مدخل له في تكوين ماهية العقد.

وبما أننا قد عرفنا بأنّ التكيف الفقهي والقانوني بأنها وعد فما مدى لزومية هذا الوعد في الفقه الإسلامي والتشريع؟

1- التكيف الفقهي للخطبة: تعد الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعد بالزواج³ وليست عقدا وهذا باتفاقهم جميعا ولكن اختلفوا في مدى إلزامية هذا الوعد.

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

أ-1- المذهب الأول: وجوب الوفاء بالوعد مطلقا، ذهب ابن شبرمة أنّ الوعد يلزم الوفاء به ديانة وقضاء إلاّ من عذر يمنع الوفاء⁴، وهو قول الحسن البصري، وبه قال إسحاق بن راهوية.

وذكر ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم أنّ عليه طائفة من أهل الظاهر، وقال الإمام الغزالي⁵: « إذا فهم الجزم في الوعد فلا بد من الوفاء إلاّ أن يتعذر ».

أ-2- المذهب الثاني: أنّ الوعد ملزم ديانة لا قضاء، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية¹ والحنابلة والمالكية في قول عنهم وبه قال الظاهرية².

¹ - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل...، مرجع سابق، 34.

² - أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الأردن، دار الثقافة، ط1، 2009، ص 39.

³ - فرج توفيق حسن: الطبيعة القانونية للخطبة، مصر، مكتبة القاهرة الحديثة، [د ط]، 1963، ص 68.

⁴ - ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم، بيروت، دار ابن كثير، ط1، 2008، ص404.

⁵ - أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، لبنان، دار ابن حزم، ط1، 2005، (ج3/ص139).

أ-3- المذهب الثالث: وهو مذهب المالكية، حيث فصلوا فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب وانقسموا في ذلك إلى فريقين:

ذهب الفريق الأول إلى أنّ الوعد يجب الوفاء به ديانة وقضاء، إذا تمّ على سبب ودخل الموعود بسبب الوعد في شيء، أمّا إذا لم يدخل الموعود له في شيء بسبب الوعد فلا شيء على الواعد ولا يجب عليه الوفاء بالوعد، وهذا هو المشهور عن الإمام مالك³.

وذهب الفريق الثاني من المالكية إلى أنّ الوعد يجب الوفاء به ويقضي به القاضي على الواعد إذا تمّ الوعد على سبب، ولو لم يدخل الموعود له بسبب الوعد في الشيء⁴.

ويذهب عدد من الفقهاء إلى إعتبار الخطبة وعدا لازما بالزواج وواجب الوفاء به. وبذلك قال الحسن البصري، وعمر عبد العزيز، وابن حجر العسقلاني وابن العربي وابن القيم وغيرهم، لأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد وتتنذر عن العذر بالعهد. وقد استدل هؤلاء الفقهاء بما يأتي: قال تعالى: **يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا**

تَفْعَلُونَ⁵، هذه الآية من أقوى الأدلة التي تدل على وجوب الوفاء بالوعد فقد جاءت- كما قال ابن كثير- إنكارا على من يعد وعدا أو يقول قولاً لا يفي به، ولهذا استدل بهذه الآية الكريمة من ذهب علماء السلف إلى أنّه يجب الوفاء بالوعد مطلقاً⁶.

واستدلوا من السنة بما رواه أحمد وأبو دود وغيرهما عن عبد الله بن عامر قال: دعنتي أمي يوماً ورسول الله قاعد في بيتنا فقالت: ها تعال أعطيك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: **«وَمَا أَرَدْتِ أَنْ تُعْطِيَهُ؟»** فقالت: أعطيه تمراً. فقال لها رسول الله صلى الله عليه

¹ ابن عابدين: الحنفي العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، [د ط] [د ت ن]، (ج2/ص321). النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج5/ص390).

² أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الفروق- أنوار البروقفي أنواع الفرق، عالم الكتب، [د ط]، [د ت ن]، (ج4/ص56).

³ المرجع نفسه، (ج4/ص55، 56).

⁴ بن زينة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2007، ص8.

⁵ سورة الصف، الآية (2).

⁶ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج6/ص643).

وسلم: «أَمَا إِنَّكَ لَوْ لَمْ تُعْطِهِ شَيْئًا كُتِبَتْ عَلَيْكَ كَذِبَةٌ»¹. فقد عدّ النبي صلى الله عليه وسلم إخلاف الوعد من الكذب وهو حرام فدلّ على وجوب الوفاء به.

ب- وقال آخرون لا يلزم الوفاء مطلقاً: وتعتبر الخطبة وفق هذا الرأي وعد غير ملزم، ولكن يندب الوفاء به لأنّ ذلك من مكارم الأخلاق، وعدم لزوم الوفاء بالوعد قال به جمهور العلماء منهم الشافعي والأوزاعي وبه قال ابن حزم وغيرهم وهو قول عند المالكية².
واستدلوا بمروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنّه قال: « من وعد منكم رجلاً عدة ومن نيته أن يفي بذلك فلم يفي لموعده فلا إثم عليه»³.

ومن القياس: الإجماع على أنّ من وعد رجلاً بمال إذا أفلس الواعد لا يضرب للموعد بالوعد مع الغرماء، ولا يكون مثل ديونه اللازمة بغير الوعد، وحكى الإجماع على هذا مع ابن عبد البر. وقيل: "ولو لزم - أي الوعد - مطلقاً لأدى ذلك لحسم مادة المعروف"⁴.
ج- وذهب فريق ثالث: إلى القول بأنّه إذا أدخل الوعد الموعد في ورطة لزم الواعد الوفاء به وإلا فلا، وهذا قول مالك وهو المشهور في مذهب المالكية، وادعى ابن العربي الإجماع على ذلك وهو المنقول عن عمر بن عبد العزيز، كما لو قال: إن تزوجت أعتك بدينار. ومثله عند سحنون.

وهذا قول الحنفية وصاغوا ذلك في قاعدة: "المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة" أي إن علّق وعده على شرط لزم الوفاء به وإلا فلا. ووجه ما ذهب إليه الإمام مالك أنّه أدخله في ورطة ثم رجع في الوعد وتركه في الورطة التي أدخله فيها، فقد أضر به وليس للمسلم أن يضر بأخيه⁵.

¹ - أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: الأدب، باب: التشديد في الكذب، رقم الحديث: 4991، (ج4/ص298).

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

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

⁴ - القرافي: النخيرة، (ج5/ص366).

⁵ - القرافي: الفروق - أنوار البروقفي أنواع الفروق، (ج4/ص24). علي حيدر خواجه أمين أفندي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1، 1411هـ - 1991م، (ج1/ص87)، أحمد مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ط2، 1425هـ - 2004م، (ج2/ص1032). ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ - 1999م، ص 290 وما بعدها.

والذي يتبين بعد هذا العرض لأقوال المذاهب يستلزم إعمال جميع الأدلة في هذه السألة، ففي باب الديانة وحسن الخلق يجب الوفاء بالوعد ولا يحل الإخلال به إلا لعذر، أما في باب القضاء فالذي يترجح هو مذهب المالكية، وهو أنّ الموعود إذا دخل في الورطة بناء على الوعد فإنّ الإخلال بهذا الوعد يمثل ضررا محققا للموعود، فيجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء أو يلزم بتعويض الضرر الواقع على الموعود، إلا إذا طرأت على الواعد ظروف قاهرة حالة دون إنجاز الوعد فلا إيجاب عليه حينئذ.

كما أجمع الفقهاء المعاصرين على أنّ الخطبة ليست إلاّ تمهيدا للزواج، ووعدا به، ومن بين هؤلاء الشيخ أحمد أبو زهرة الذي يرى أنّ: الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل واحد منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل حقه وليس لأحد عليه من سبيل¹.

2- التكيف التشريعي للخطبة: نتعرض للتكييف التشريعي للخطبة في كل من التشريع والقضاء الجزائري والمقارن:

أ- في التشريع والقضاء الجزائري: من خلال قانون الأسرة والقانون المدني:

أ-1- في قانون الأسرة: كيفت المادة 5/ف1 من ق أ ج على أنها وعد بالزواج، وجاء نصها كما يلي: « الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها». واضح من النص أنّه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي جاز لكلا الطرفين العدول عنها. وما يمكن ملاحظته في هذه المادة هي استعمال لفظ الوعد وهذا المصطلح له دلالاته من الناحية القانونية والنظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة².

أ-2- في القانون المدني³: نصت المادة 71 من ق م التي نصت على أنّ: "الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلاّ إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامها فيها". والمادة

¹ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 34،35.

² بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة ...، مرجع سابق، ص11.

³ الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم:

05-10 المؤرخ في: 20/06/2005، ج ر ج، عدد 44 في 26/06/2005، ص17.

72 من نفس القانون التي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاة المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". هذا وإن وصفت أو كيفت الخطبة بوعد، فهذا لا يعني تطبيق أحكام هاته المادتين.

يتضح من خلال نص هاتين المادتين أنّ الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد بشرط أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، أو أن يكون من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه. إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل، وإلاّ جاز للواعد الرجوع في الوعد¹. وعموما فإنّ مجرد الوعد طبقا لهاتين المادتين لا ينشئ التزاما². لذا فالخطبة وعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار.

وبناء على هذا التكييف القانوني فإنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج لا تحمل الصفة العقدية بأي وجه من الوجوه وليس لها صفة إلزامية ولا قيمة قانونية، وهذا استنادا إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أدنى ضغط لأنّه من النظام العام وليس للخطبة أيّ إلزام إطلاقا، والإلزامية الوعد باطلة لمنافاتها حرية الزواج التي هي من النظام العام³. وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداتها المختلفة، فقد جاء في قرار لها أنّ: "من المقرر شرعا وقانونا أنّ الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصداق.

لما ثبت - في قضية الحال - أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأنّ الحفل يخص الطرفين، غير أنّ قضاة الموضوع أخطأوا بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على المعنى المادة 09 من ق أ ج مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁴. وفي قرار آخر المحكمة العليا فقد قرّرت بأنّ الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان أنّها مقدمة للزواج وليست زواجا⁵.

¹ - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل...، مرجع سابق، ص 30.

² - بلحاج العربي: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، دط، 2014، ص 38.

³ - بن زبطة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

⁴ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1992/03/17، منشور في مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص 30، أشار إليه: عبيدي الشافعي: قانون الأسرة مذيل بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مرجع سابق، ص 8.

⁵ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34046، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص 67.

ب- في التشريع والقضاء المقارن: ومن هذه الطبيعة غير الإلزامية للخطبة سار عليها كثير من الفقهاء في مصر، وفي بقية العالم العربي، ونصت عليها تشريعات الأحوال الشخصية العربية، ودرجت عليها اجتهاداتهم القضائية، فقد نصت أغلبها على أنّ الخطبة وعد بالزواج. ب-1- التشريع والقضاء المغربي: نصت مدونة الأسرة المغربية في مادتها 5 على أنّ: الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج. وتتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة للتعرف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا". كما أنّ المادة 6 من المدونة اعتبرت الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ومنحت العدول لكلا الطرفين، فالقانون المغربي اعتبر الخطبة وعد بالزواج والفاتحة وتبادل الهدايا وكل ذلك لا يعد زواجا¹.

ما يجعلنا أمام مفارقة غريبة في القانون المغربي، مفادها أن المرأة التي سلمت نفسها عن طواعية واختيار إلى خاطبها، فاستمتع بها واستمتعت به ونتج عن ذلك الاستمتاع حمل أو ولد ينسب إلى الخاطب متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة²، وعندما تغتصب المرأة وهي في الأوضاع التي حددها الفصل 486 من القانون الجنائي، ويفرض عليها الحمل أو الولد فرضا بالاعتداء عليها جنسيا، فهي تتحمل وحدها نتيجة ذلك الاغتصاب طيلة حياتها بل وطيلة حياة ابنها كذلك³.

ب-2- التشريع والقضاء التونسي: نصت المادة في الفصل الأول على ما يلي: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به". فهي فترة تمهيدية للزواج يقصد منها التعارف بين المترشحين للزواج وبين العائلتين المقبلتين على الترابط بالمصاهرة، وقد أقرها المشرع وجعلها مقدمة تمهد للزواج، واستعمل في شأنها المصطلحات المترادفة المتمثلة في: "المراكنة" و"الوعد والمواعدة بالزواج" و"الخطبة"، دون أن يتولى تعريفها مقتصرًا على التنصيص بعض آثارها⁴.

¹ - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص32.

² - نتطرق للحمل الناتج عن الخطبة في المطلب الثاني من هذا المبحث.

³ - محمد الكشور: البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، طبعة 2007، ص96.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2001 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000.

ب-3- التشريع والقضاء المصري: بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المصري فإنه لم يتضمن أحكاماً خاصة بالخطبة، لكن بالرجوع إلى المستوى التطبيقي فقد قررت محكمة النقض المصرية بأن "الخطبة في الزواج ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحد من المتواعدين فكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية ومباشرته.

كما قررت بأن لكل من الخاطبين كامل الحرية في العدول عن الخطبة إذ لا مرأى في أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية في إجراء عقد الزواج الذي له خطره في شؤون المجتمع¹. وتكييف الخطبة بأنها وعد بالعقد يعد أقرب للواقع وللصواب فمن غير العدل إلزام أحد الخطيبين بالعقد في مرحلة هو في حاجة ماسة إليها ليتعرف على من سيشاركه حياته، وبالتالي تنتفي المقاصد التشريعية من مرحلة الخطوبة، وتنتفي معها مقاصد الزواج كلية.

الفقرة الثانية: حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

نتناول في هذه الفقرة لحكم نسب ولد الخطيبين أولاً في الفقه الإسلامي ثم ثانياً في التشريع الوضعي:

أولاً: في الفقه الإسلامي: إن المرأة في فترة الخطبة أجنبية عن تقديم الزواج منها، ولهذا يحرم عليه أن يختلي بها، لأن الخلوة من الآثار المترتبة على عقد الزواج². وإنما يجوز له النظر إلى المخطوبة في الحدود التي تتناسب مع الآداب، وفي حضرة أحد من محارم المخطوبة³. ودليل النهي عن الخلوة بالأجنبية، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع نوي محرم"⁴، ولهذا فلا يجوز للخطاب الخلوة بالمخطوبة ولا الخروج بها بمجرد أن يعلن رغبته في الزواج بها إنما يجوز

¹ عبد الهادي بن زيط: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص82.

² ناصر أحمد إبراهيم النشوي: الخلوة والآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، [د ط]، 2004، ص 149.

³ نزيه حماد: الأحكام الشرعية للعلاقات الجنسية، جدة، مكتبة السوادي للتوزيع، - دمشق، منار للنشر والتوزيع، ط2، 1425هـ-2005م، ص 50

⁴ محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب: النكاح، باب: لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم، رقم الحديث: 5233، (ج7/ص37).

لهما شيء من ذلك بعد العقد؛ لأنها محرمة، ولم يرد الشرع بغير النظر، فبقيت الخلوة على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة موقعة المحذور¹.

ويزعم الذين انحرف بهم المسار عن شرع الله أنّ مصاحبة الخاطب للمخطوبة والخلوة بها أمر لا بد منه، لأنه يؤدي إلى تعرف كل واحد من الخطيبين على الآخر. فهي حجة واهية؛ إذ كل من الخطيبين - كما نعلم - يعتمد عادة إلى التكلف، والتظاهر بما ليس فيه حقيقة؛ ولذلك قيل: "كلّ خاطب كاذب، ولأنّ مثل تلك الأمور المحظورة مدعاة إلى الوقوع في المعصية والإثم، والخطبة ليست ملهاة، أو فرصة للتفيس عن منازع الرغبات، بل شرعت وسيلة جدية، لمصلحة حقيقية معقولة، ليكون كلّ منهما على بينة من أمر الآخر، تحقيقاً للتقارب والإئتلاف، فمبغاة التفريط إذن واقعة على الفتاة بوجه خاص، فالشارع الحكيم لم يكن متزمتاً، إذ أباح النظر والاجتماع بحضور محرم، ولم يكن مفراطاً؛ إذ منع الخلوة والخروج عن حدود الآداب، بل كان وسطاً بين التزمت والتفريط، وهو موقف في غاية الحكمة، والرشد وسداد التوجيه.

على أنّ التبدّل يورث الشك في مبلغ الحصانة والعفة، الأمر الذي يستدعي العدول، وفسخ الخطبة غالباً، فكان هذا التوجيه في مصلحة المرأة أولاً؛ إبعاداً لها من مظانّ التهم وسوء الأقاويل². وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد منها بأبيه.

ثانياً: حكم إثبات نسب ولد الخطيبين في التشريع والقضاء المقارن:

1- في التشريع والقضاء الجزائري: لم يعترف التشريع الجزائري والشارع الحكيم في موضوع النسب كأصل عام، سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقاً أصلياً في ثبوت النسب وأما لقاءات التعارف قبل الزواج أي أثناء الخطبة أو قبلها، فلا يثبت به النسب لأنّ الخطبة لا تعد زواجاً، حيث رأينا بأنّ الطبيعة القانونية للخطبة حسب قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن هي أنها وعد بالزواج غير ملزم، وهي ليست بزواج، وبالتالي فإنّ الخطبة لا تبيح التلاقي بين الزوجين لعدم وجود عقد الزواج، غير أنّه لا مجال للحديث عن النسب،

¹ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار القلم، ط2، 1410هـ-1990م، ص19.

² نذير حمادو: «طبيعة الخطبة وتكيفها في الفقه الإسلامي»، مقال منشور في مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 8، العدد 16، ص96.

وبناءً عليه فإن كل واحد يعتبر في هذه الحالة أجنبي عن الآخر، فأى اتصال جنسي بينهما يعتبر غير شرعي¹.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث نصت على أن: "الخطبة ليست زواجا ولا تبيح المخالطة الجنسية، والعلاقات الجنسية التي تتم قبل إبرام عقد الزواج هي مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنها نسب الولد".

كما جاء في قرار آخر يتعلق بنفس الموضوع: "من المقرر شرعا لا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وإن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة الواقعة¹".

كما أكده المجلس الأعلى في قراره حيث جاء فيه ما يلي: « من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا ولما كان كذلك فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية الإسلامية...»².

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

2- في التشريع والقضاء المقارن: نتطرق لحكم نسب ولد الخطيبين في كل من التشريع والقضاء المقارن:

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

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

¹ - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 228.

¹ - ينظر: قرار المحكمة العليا بالجزائر، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 19 نوفمبر 1988، أشار إليه بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 230.

² - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/10/08، أشار إليه، المرجع نفسه، ص 228.

إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، إذا تبين أن المخطوبة حامل أثناء الخطبة، إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما، تتم معاينة هذه الشروط بمقر قضائي غير قابل للطعن، إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب»¹.

من خلال التطبيق العملي لهذه المقتضيات أسفر القضاء عن بعض الأحكام يجب أخذها بعين الإعتبار، وفي هذا الصدد:

أوضح القضاء أنّ مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة تطبق على المخطوبة التي ظهر بها حمل بعد دخول هذه المدونة حيز تنفيذها لا قبلها²، كما اشترط لإلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها الحمل³، وأنّ إقرار الزوجين بأنّ الابن ولد قبل زواجهما من صلبهما، وأثناء خطبتهما يقتضي إلحاقه بهما.

وإذا كانت هذه الآراء قد أجمعت على كون مفهوم الشبهة الوارد في المادة 156 من المدونة يختلف عن المفهوم الوارد في الفقه الإسلامي، وبنيت هذا الرأي انطلاقاً من نص المادة ذاتها، إلا أن الفقيه محمد التاويل كان له رأي مخالف حيث عمد إلى مناقشة مضمون هذه المادة في ضوء الفقه الإسلامي، من خلال طرح التساؤل الآتي: هل يعتبر وطء الخطيب لخطيبته وطناً بشبهة يدرأ فيه الحد ويلحق فيه الولد بنسب الواطئ؟ وقد حاول الرد على القائلين بهذا الرأي من خلال الحجج الآتية:

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

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

² قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 744، بتاريخ: 2006/07/25.

³ قرار المجلس الأعلى، عدد 264، بتاريخ: 2006/04/26 ملف رقم: 607، بتاريخ 2005/1/2 ويتضح من خلال هذا القرار الذي جاء فيه: "لكن حيث إنه بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة فإنه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها حمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، عللت قرارها المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب المطلوب بعله أنّه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، بما في ذلك إجراء خبرة لما قبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين، وأنّ العلاقة المزعومة الناتج عنها حمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد حسبما تثبته وقائع القرار الجنحي الصادر في 04/24 ملف 04/728 وحسبما استخلصته، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانون صحيح وعلته بما فيه الكفاية لذلك يتعين رفض الطلب".

✓ من شروط الوطء بشبهة أن يعتقد الواطئ وجود السبب المبيح للوطء، وهو ما لا يتوفر في حالة الوطء الخطيئة، وما يقال عن سلامة القصد وحسن النية لا يبيحان الإقدام على حرام، ولا يعذر بهما الخاطب¹.

والخلاصة أنّ أحكام الخطبة المنصوص عليها في مختلف القوانين العربية مستمدة من مصادر الشريعة الإسلامية، القرآن، السنة، الإجماع، القياس والمصالح المرسلة، وسد الذريعة.

ب- في فقه القضاء التونسي: مرّ فقه قضاء محكمة التعقيب التونسية في شأن نسب ابن الخطيبين بمرحلتين مرحلة أولى اعتمد فيها القضاء سند الزواج الفاسد لإثبات النسب وذلك لإيجاد حل للطفل الناشئ بين العلاقة الجنسية التي قد تكون ربطت بين الخطيبين وذلك بإظهارها بمظهر الابن الشرعي اعتمادا على مفهوم واسع للزواج الباطل وذلك بحصره في مجرد تبادل للرضا بين المترشحين للزواج ووجود معاشرة ومساكنة بينهما. وهو الموقف الذي تبنته محكمة التعقيب في قرارها الذي اعتبر فيه الاتصال الجنسي حصل بعد اتفاق الطرفين وقد حصل بذلك التراضي الذي ينعقد به الزواج ونظرا إلى أنّ هذا الزواج لم يبرم بصورة رسمية فهو زواج باطل ويترتب عليه ثبوت النسب تطبيقا لأحكام الفصل 36 مكرر من القانون 01 أوت 1957.

وفترة ثابتة بدأت منذ التسعينات رفضت فيها محكمة التعقيب إضفاء الشرعية على نسب ابن الخطيبين، فلا مجال إذن لإكساء ابن الخطيبين بلباس الشرعية إذ يعتبر طفلا طبيعيا في القانون التونسي تطبيقا لأحكام الفصل 1 و 68 من م أ ش².

ما يمكن ملاحظته أنّ القضاء التونسي وافق القضاء الجزائري في الموضوع، حيث قضت محكمة التعقيب التونسية في قرار لها والذي جاء بمبدئه: "أنّ الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية لم يرتّب عن الخطبة زواجا، ولا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به فلا يحل ولا يحق للخطيبين

¹ -لمزيد من الإيضاح حول النسب الناتج عن الخطبة في مدونة الأسرة راجع: أنس سعدون: «النسب الناتج عن الخطبة

دراسة مقارنة في ضوء العمل القضائي»، الرباط، مطبعة دار السلام، ط1، 2012

² -لمزيد من التفاصيل ينظر، ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 40-41.

تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصال غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خيانة لا ترتب نسبا¹.

ونجد في الاتجاه نفسه قرارا آخر والذي جاء فيه: "لا يثبت النسب بمجرد وعد بالزواج إذ أنّ العلاقة لا تعدو أن تكون إلا علاقة خنائية أي غير مثبتة للنسب"².

ج- في التشريع والقضاء المصري: اعتبر القضاء المصري أنّ الأبناء الناتجين عن معاشرة جنسية أثناء فترة الخطبة هو زنا³.

وعموماً فقد خالف المشرع المغربي المشرع الجزائري والمشرع التونسي والمصري والشريعة الإسلامية وذلك حال نصه الصريح على ثبوت الابن الناشئ بين الخطيبين، بمعنى قبل إبرام عقد الزواج، وهذا ما لا يقبله العقل ولا الشرع ولا القانون غير أنّ بعض شراح القانون المغربي يرون بأنّ هذه المادة جاءت بحكم خاص وبضوابط محددة تتعلق بزواج غير موثق⁴. ونحن نرى بأنّ هذه الصيغة المستعملة لا تفيد هذا المعنى.

وفي هذا الإطار، يعلق الأستاذ تشوار جيلالي بأنّ: « ما جاءت به المدونة المغربية في المادة 156 لم يقل به ولا فقيه من فقهاء الشريعة الإسلامية، ولا قانون من القوانين المغاربية الأسرية الأخرى، وذلك لما سوت من حيث الآثار بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب وذلك بقولها.....وفي الواقع، لا نعرف من أي قانون اقتبس المشرع المغربي هذا النص، بحث إذا كان ذلك نتيجة لتغريب هذه المسألة، ومن ثم اتباع القوانين الغربية في هذا المجال بحكم مصلحة الطفل، فالأمر هذا يتعلق بأحد الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام دقيقة لا يمكن خرقها مهما كان السبب والمصلحة المراد حمايتها إذ أنّ مصلحة المجتمع أولى بالإهتمام من أي مصلحة أخرى. فالخطبة مهما كانت مدتها

¹ - قرار تعقيبي عدد 26431، بتاريخ: 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1992، أشار إليه: ساسي بن حليلة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 40.

² - قرار تعقيبي عدد 43354، بتاريخ: 18 أكتوبر 1996، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1996، أشار إليه: المرجع نفسه، ص 40.

³ - محكمة الاستئناف رقم: 2616 لسنة 126 ق، أشار إليه: اثبات النسب بالوسائل العلمية المشروعة بين القانون وأحكام القضاء، ص 12.

⁴ - أنس سعدون: النسب الناتج عن الخطبة دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام، ط1، 2012 ص 10.

وشروطها لا ترقى إلى درجة عقد الزواج، ومن ثم لا يمكن أن ترتب ما يرتبه العقد بشأن النسب»¹.

الفرع الثالث: إثبات نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية:

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية بكل صورته، فعندما يلقي رجل امرأة بهذه الصورة فإنه يكون قد وضع بذرتة في حرت لا يحل له، وهذا ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها.

هذا لا ينفي أن بعض الفقهاء يؤيد عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير وعن طريق الأم البديلة، باعتبار هذه الوسيلة مبررة للقضاء على مشكلة العقم في تحقيق رغبة الزوجين في الحصول على طفل، فالتبرع بالنطفة يؤدي إلى مساعدة السر التي تعاني من العقم في الإنجاب. أما فيما يخص رأي التشريع المقارن في النسب الواقع خارج العلاقة الزوجية، وباعتبار المجتمع الغربي هو منشأ فكرة التلقيح الاصطناعي، عمدت المؤسسات التشريعية إلى وضع تنظيمات لهذه الممارسات ليس قصد المنع والتجريم وإنما إلى تقنينها وإكسابها طابع الرسمية والشرعية والعلنية. فالمشرع الفرنسي مثلاً يبيح التلقيح بماء الغير متى كانت هناك رابطة بين طرفين أو علاقة حرة مع توافر شروطها².

بينما الملاحظ على المنظومة القانونية في البلدان العربية وجود فراغ تشريعي في مجال هذه المستجدات الطبية المعاصرة، مع جمود النصوص القانونية المعمول بها، فمعظم هذه البلدان قد أثارت السكوت المطلق عن طريقة الإنجاب بالمساعدة الطبية، ولم تتعرض قوانينها لذلك لا بالتحريم ولا بالإباحة، باستثناء المشرع الليبي الذي انفرد عن بقية الدول العربية بكونه أول بلد عربي قنّن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية الليبية وذلك في القانون رقم 175 لسنة 1972³. ثم من بعده المشرع التونسي في

¹ - ينظر: تشيوار جباللي: نسب الطفل في القوانين المغربية، مرجع سابق، ص 3 وما بعدها.

² - شبوعات خالد: الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 42.

³ - القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي، الجريدة الرسمية للجمهورية الليبية، العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972.

القانون رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي¹، والذي حصر إمكانية اللجوء إلى تقنيات الطب الإنجابي في علاقة الزواج فحسب.

وبالنظر إلى التشريع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة في 27 فبراير 2005 بموجب الأمر 05-02، سمح بإجراء التلقيح الاصطناعي بحكم نص المادة 45 مكرر، كان موقفه المنع للتلقيح بماء غير الزوج صراحة. ومعلوم أن تلقيح زوجة بنطفة رجل غير زوجها هو أمر غير مشروع، حيث يلتقي مع الزنا في إطار واحد. لكن القول بعدم المشروعية لا يعني تجاهل الآثار التي تترتب عليه، وأولها موضوع نسب الولد لجهة الأب. الأمر الذي سوف نوضحه من خلال موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية ثم نتطرق للموقف التشريعي من إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج لن نتطرق إلى جميع المسائل بل سنقتصر على مسألتين أساسيتين وهما: مسألة إستئجار الأرحام و مسألة بنوك المني وهما على النحو التالي:

الفقرة الأولى: عملية استئجار الأرحام ونسب الولد الناتج عنها:

قبل التطرق لحكم نسب الطفل الناتج عن تقنية استئجار الأرحام لا بد أولاً التطرق لتعريف استئجار الرحم وذكر صورته وموقف الفقه الإسلامي من هذه التقنية لنصل في الأخير إلى حكمها في إثبات النسب وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: تعريف وصور استئجار الأرحام: نتعرض أولاً لتعريف استئجار الرحم ثم بيان صورته:

1- **تعريف استئجار الأرحام:** هو استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقريحة مكونة من بويضة امرأة ونطفة زوجها، فتحمله وتضعه مقابل مبلغ، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما².

2- **صور استئجار الأرحام:** هناك صور كثيرة لاستئجار الأرحام ولن نتطرق إلى جميع هذه الصور، بل سنذكر صورة واحدة وهي الصورة التي يظهر أثر الشبهة فيها وهي:

¹ القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص 2573.

² الموسوعة العربية العالمية السعودية، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية لعام 1996 م، (مج325/16). علي أحمد لطف الزبيدي: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص514.

أن يكون التلقيح خارج رحم المرأة ويتم في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها حيث تلجأ الزوجة إلى ذلك عند عجز رحمها عن الحمل أو للمحافظة على جسدها¹.

وهذه الصورة أشهر صورة دار حولها الجدل الفقهي، فتردد حكمها الشرعي بين الإباحة والتحریم لوجود بعض الشبهات فيها ومنها شبهة اختلاط الأنساب وسنبيّن ذلك في حكم هذه الصورة مع أقوال العلماء وأدلتهم وبيان الرأي الراجح إن شاء الله.

ثانياً: حكم الفقه الإسلامي من نسب الولد الناتج من تقنية استئجار الأرحام: نتعرض في هذا العنصر لحكم إثبات نسب الولد الناتج عن عملية استئجار الأرحام في الفقه الإسلامي من خلال ذكر آراء الفقهاء لعملية استئجار الأرحام لنصل في الأخير إلى الرأي الراجح.

1- آراء الفقهاء من عملية (تقنية) استئجار الأرحام: بعد تتبع أقوال العلماء في هذه المسألة وأدلتهم فإننا نجد أن العلماء قد اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

أ- الرأي الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المعارض لتقنية استئجار الأرحام: وهو قول الغالبية العظمى من الباحثين المعاصرين³.

وبه صدر قرار بمصر² وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي¹، ودليلهم في ذلك:

¹ - جميل: زراعة الأجنة وقضايا طبية معاصرة (الأم البديلة) (ص 812)، محمد حسني: عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر، القاهرة، دار النهضة العربية، د ط، 2000، ص 220 - 221.

³ - من أنصاره: الشيخ محمد مصطفى الزرقا إذ جاء في فتواه أنّ: "الأسلوب السادس الذي نحن بصددده وهي حالة امرأة تتطوع بحمل لقيحة تكونت في وعاء الاختبار من بذرتي الزوجين، تتجمع فيها ثلاث محاذير هي: المخاطرة بغموض النتائج بالنسبة للجنين، وفتحها باب الشك في النسب، وكشف عورة المتطوعة بالحمل يكون عندئذٍ الخطر أظهر لهذه الأسباب". ود. يوسف القرضاوي حيث يقول في فتواه أنّ: "...ومثلها لو كانت البيضة من الزوجة لكن الرحم من امرأة أخرى فهذه الصورة أيضاً غير جائزة، إذ السؤال المحير هنا من تكون هي الأم، أي صاحبة البيضة التي الخصائص الوراثية منها؟ أم الأم التي عانت من الحمل؟... الخ"، ود. عبد الله المعطني، ينظر: به روين عبد الله حسن: التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي - دراسة تحليلية مقارنة، الإمارات، دار الكتب القانونية - الإمارات، دار شتات للنشر، [د ط]، 2016، ص 66-67؛ علي أحمد السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، جمهورية مصر العربية، مكتبة دار القرآن، - قطر، دار الثقافة، ط7، 1423هـ - 2002، ص 667.

² - فتوى دار الإفتاء المصرية والتي جاء فيها: "الذي تضافرت عليه الأدلة هو حرمة اللجوء إلى طريق الرحم البديل سواء كان بالتبرع أو بالأجرة، وهذا هو مذهب جماهير العلماء المعاصرين، وبه صدر قرار رقم 1 بجلسته المنعقدة بتاريخ: 2001/03/29، موقع دار الإفتاء المصرية، شبكة المعلومات الدولية، www.daralifta.com، قسم الأبحاث الشرعية بدار الإفتاء المصرية، تاريخ الفتوى 2007/05/17.

أ-1- ما روي عن رويغ بن ثابت الأنصاري، قال: قام فينا خطيباً، قال: أما إنِّي لا أقول لكم إلا ما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: يوم حنين، قال: «**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ**»². وجه الدلالة: يدل حديث النبي صلى الله عليه وسلم بشكل واضح على تحريم تأجير الأرحام، ذلك أن المرأة ذات الرحم المستأجر إذا كانت ذات زوج وباشرها زوجها بعد زرع اللقيحة فإن الجنين سيتغذى بماء زوجها كما يتغذى منها عبر المشيمة، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم بصريح الحديث³.

أ-2- الأصل في الإبضاع التحريم والرحم تابع لبضع المرأة فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد شرعي صحيح، فكذلك الرحم لا يجوز شغله بغير حمل الزوج فيبقى على أصل التحريم⁴.

أ-3- قاعدة: " درء المفسد مقدم على جلب المصالح ": حيث إن في هذه القاعدة يظهر من مسألة تأجير الأرحام بعض المفسد ومن المفسد المتحققة من تأجير الأرحام هي شبهة إختلاط الأنساب، وهذه الشبهة ناشئة من كون إحتمال أن تكون ذات الرحم امرأة متزوجة فيؤدي مباشرة زوجها بعد زرع اللقيحة إلى حدوث شك في أصل الجنين هل هو الحمل الطبيعي من زوجها أو من اللقيحة التي زرعت⁵.

أ-4- وجود شبهة إختلاط الأنساب لاحتمال أن تفشل عملية التلقيح⁶ بعد وضع اللقيحة في الرحم المؤجر ويحدث الحمل عن طريق مباشرة الزوج لزوجته، فيظن أن الحمل والويد للمستأجرم أنه بالواقع ليس له¹.

¹ في دورته الثامنة المنعقدة في مقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405 هـ إلى يوم الإثنين 7 جمادي الأولى 1405 هـ الموافق لـ: 19-28 نابر 1958.

² أبو داود: سنن أبو داود، كتاب: النكاح، باب: وطء السبايا، رقم الحديث 2158 ، (2/248)، قال الألباني: حديث حسن، ينظر: محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1405 هـ - 1985م، (ج5/ص141).

³ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 61.

⁴ حسني محمود عبد الدايم: عقد الإجارة بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص 225 .

⁵ هند الخولي: " تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م27، العدد 03،

2011، ص286 - 287

⁶ جبر: " استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليها"، مرجع سابق، ص6

ب-الرأي الثاني: حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد لتقنية استئجار الأرحام: وهو قول بعض المعاصرين² القائلين بالإباحة³، ودليلهم في ذلك:

ب-1- استدلووا بقياس الرحم على الثدي بجامع التغذية فكما تتم التغذية عن طريق الفم في حالة الإرضاع، تتم في الرحم بمواد مستخلصة من الطعام المهضوم في أحشاء الأم بواسطة الحبل السري، فهي مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين في كل منهما.

ب-2- وجود الحاجة الشرعية، حيث يلجأ إلى هذه الطريقة عند وجود أسباب طبية غالباً ما تمنع المرأة من الحمل، كأن تولد بلا رحم، والحاجة تنزل منزل الضرورة⁴.

ج- الترجيح: بعد عرض آراء الطرفين وبيان أدلتهم كان لا بد لنا أن نبين الرأي الراجح وهو الرأي الأول القائل بتحريم استئجار الأرحام للأسباب التالية:

قوة أدلة القول الأول، هناك مفسدات كثيرة تترتب على استئجار الأرحام، منها التنازع بين الناس، مع ما فيه من شبهة اختلاط الأنساب، تحريم استئجار الأرحام يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، فإن الشرع يحرص على نقاء النسب، وصيانته من التزييف والضياع.

2- نسب الطفل المولود من تقنية استئجار الأرحام:

أ- نسب المولود من جهة أبيه: في تقنية تأجير الأرحام هناك حالتين، إما أن تزرع البويضة الملقحة من مني الزوج وبويضة رحم الزوجة في رحم امرأة أخرى وإما تزرع في رحم امرأة أخرى للزوج (الضرة) فهل ينسب الولد لزوج المرأة الحامل أم ينسب لزوج صاحبة البويضة؟.

ففي حالة إذا كانت المرأتان زوجتان لرجل واحد، فلا إشكال حيث أن نسب الطفل يثبت لأبيه البيولوجي صاحب النطفة، ولأن الولد ناشئ من فراش الزوجية، لقوله صلى الله

¹ - آية الله البيدي: «التلقيح الاصطناعي»، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد 5، 1317هـ-1997م، ص 118 وما يليها، آية الله الشيخ محسن حرم يناهي: «التلقيح الاصطناعي»، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد 10، 1319هـ-1998م، ص 81 وما يليها.

² - أحمد محمد لطفي: التلقيح الاصطناعي بين أقوال الفقهاء وآراء الأطباء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2006، ص255.

³ - عمر سليمان الأشقر، محمد عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، عارف علي عارف، عباس أحمد محمد الباز: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 1921هـ-2001م، (ج2/ص821).

⁴ - المرجع نفسه، ص 256.

عليه وسلم: "الولد للفراش"، إلا أن الأمر يتداخل في حالة إذا كانت المرأتان ليستا لرجل واحد، فإذا كانت صاحبة الرحم أجنبية عن الرجل صاحب النطفة وكانت متزوجة، فإنه ينسب لصاحب الفراش أي زوجها، وهنا لا يمكن للزوج صاحب النطفة زوج المرأة صاحبة البويضة أن يكون أبا للمولود، إلا أنه يمكن لزوجة المرأة صاحبة الرحم (الحامل) أن ينكر نسب المولود له، أما في حالة ما إذا كانت الأم البديلة (الحاملة) ليس لها زوج، فإن الطفل المولود لا ينسب إلى أبيه، بل يأخذ حكم ابن الزنا، وينسب إلى أمه لأنه ليس هناك فراش صحيح ينسب إليه¹.

ب- نسب المولود من جهة الأم: إن تقنية الأم البديلة أصبحت بدلا للاتصال الجنسي فقد تحمل المرأة وتلد وهي ليست بصاحبة البويضة، أي هي أم بديلة عن الأم البيولوجية مما أثار الجدل حول نسب الطفل المولود لجهة أمه، فمن هي الأم: هل هي صاحبة البويضة، أم من حملت وولدت؟ فقد انقسم الفقهاء إلى رأيين:

ب-1- يرى أنصار الرأي الأول أن الأم هي صاحبة البويضة، ومن ثم أن الطفل المولود لجهة الأم يكون للأم صاحبة البويضة ودليلهم في ذلك:

أنّ العلم أثبت أن الجنين بعد زرعها في رحم المرأة البديلة أو الحاملة لا يستفيد منها غير الغذاء، فهو بذلك كمن تغذى من غير أمه، والسائد أن المولود ينسب إلى المرأة البديلة على أساس أنها أمه. لكن هذا ليس صحيحا من وجهة النظر البيولوجية أو الوراثية، فمثل ذلك كالمرضعة التي ترضع وليدا ليس وليدها، فالوليد يستخلص من المرضع غذاءه وهو ما يفعله الجنين المزروع. كما أن السجل الوراثي للطفل المولود يعود للخلايا الجينية للأبوين، فهي صورة طبق الأصل ومثال ذلك لو كان الأبوان أبيضان ولقحت خلاياها الذكرية والأنثوية وزرع الجنين في رحم امرأة سوداء، فإن الوليد سيكون أبيض فالطفل المولود يرجع إلى والديه اللذين شاركاه خلاياهما.

¹ محمود سعد شاهين: أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، مصر، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010، ص 176-177، محمد المرسي زهرة: الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية- دراسة مقارنة-، جامعة الكويت، 1992-1993، ص 371-372، زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، مصر، الدار العربية للعلوم، ط1، 1996، ص 146.

لذا يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الولد يرجع إلى أبيه اللذين لقحت البويضة والنطفة منهما، واعتبار الأم البديلة أم من الرضاع بالنسبة للولد وترتيب آثار ذلك¹، ودليلهم في ذلك، قال تعالى: ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ﴾²، وقال تعالى: ﴿كَفَرَتْ بِأَلْدَىٰ خَلَقَكَ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّكَ رَجُلًا﴾³، وقال تعالى: ﴿أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَىٰ﴾⁴.

ب-2- غير أن الرأي الثاني يرى الأم هي صاحبة الرحم (الأم البديلة) وعليه أن الولد ينسب إلى المرأة التي حملته وولدتها ودليلهم في ذلك:

أن اعتبار المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة ويتعارض مع المعنى المقصود، فصاحبة البويضة التي ينسب إليها الجنين وتتمتع بكل مزايا الأمومة من نفقة وميراث، اقتصر دورها على بويضة افرزها مبيضها دون اختيار منها ودون معاناة. فبينما التي تعبت وعانت مشاق الحمل والولادة تعتبر مرضعة فقط، فالأمومة أكبر من ذلك بكثير فهي معاناة وصبر وبذل وعطاء لهذا يرى أصحاب هذا الرأي أن الأجدر بوصف الأم هي من حملت وولدت.

كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَىٰ الْمَصِيرِ﴾⁵، وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^ج

¹ - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديث: ص252؛ محمد المرسي زهرة: الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص365-366؛ زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، مرجع سابق، ص135-136، حسني محمود عبد الدايم: عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص257؛ أميرة عدلي عيسى خالد: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، مرجع سابق، ص201.

² - سورة النحل، الآية (04).

³ - سورة الكهف، الآية (37).

⁴ - سورة القيامة، الآية (37).

⁵ - سور لقمان، الآية (14).

﴿1﴾، وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّن نَسَأَ بِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ﴾².

ويرى البعض أن الولد يتبع المرأة الحاملة وزوجها لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش" فإذا حملت امرأة ذات زوج بالتلقيح الاصطناعي سواء بالשתل أو الزنا أو الغصب أو الوطء بشبهة فحملها يعتبر للزوج وزوجته التي حملت به وولده ولا علاقة للزاني أو الغاصب أو الذي أخذ منه المنى³.

ويرون أن الرضاة حق لمن ولدت فقد جاء في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁴.

الترجيح: نرى أنه لوجود خلافات علمية موضوعية، لم يتمكن العلماء حسمها لحد الآن، فمن الصعب وفق المعطيات العلمية ترجيح رأي على آخر، فالأمر يحتاج إلى مزيد من التجارب والبحوث لأجل حسمها بدقة. أما بالنسبة لنسب الطفل من جانب الرجل في حالة التبرع بالرحم فلا يثير أي إشكال، في حالة زرع البويضة في رحم زوجة ثانية له، إذ يكون ثابتاً منه بالفراش، أما إذا زرعت في رحم امرأة أجنبية، فيكون النسب تابعاً لزوج الأم الحقيقية للطفل، وبما أنه لم يحسم النزاع حول تحديد أي من المرأتين يعتبر الأم الحقيقية للطفل، فالنزاع هنا لا يمكن حسمه أيضاً⁵.

ثالثاً: حكم إثبات نسب الولد المولود بتقنية استئجار الأرحام (الأم البديلة) في التشريع والقضاء المقارن:

1- في التشريع والقضاء الجزائري: نتناول حكم نسب الولد الناتج بتقنية استئجار الأرحام في كل من التشريع والقضاء الجزائري و المقارن:

¹ - سورة الأحقاف، الآية (15).

² - سورة المجادلة، الآية (02).

³ - محمد المرسي زهرة: الإنباب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص 386.

⁴ - سورة البقرة، الآية (233).

⁵ - به روين عبد الله حسن: التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي -دراسة تحليلية مقارنة-، دار الكتب القانونية-

الإمارات، دار شتات للنشر، الإمارات، 2016، ص 79-80.

أ- في التشريع الجزائري: من خلال قانون الأسرة وقانون العقوبات:

أ-1- في قانون الأسرة: وأمام تعدد طرق حمل المرأة - التي عرفت العلوم الطبية الحديثة بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط- لم يكن المشرع الجزائري بمعزل عن هذا التطور الحديث. فمن هذا الانقلاب العلمي والاجتماعي، وضع المشرع الجزائري الإطار القانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه الطريقة للإنجاب، وهذا بشكل يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.¹

هذا وإن كانت المادة 41 من قانون التقنين نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»، إلا أن عبارة « وأمكن الاتصال » لا تنفي وجود طرق حديثة يلحق بها نسب الابن لأبيه.

لذلك ونظراً لتماشي مسألة التلقيح الاصطناعي ومقاصد الشرع كونه يهدف إلى تحقيق أكبر مقاصده، فلم يبقى مجال في التشكيك في النسب ومدى شرعيته في هذه الحالة. والمتأمل للأحكام الشرعية يجد أنها قضت أن الصورة المباحة من صور التلقيح الاصطناعي تنحصر في كونها بين شخصين الرجل والمرأة، و يرتبطان برابطة قران.

وقد كرس المشرع في نص المادة 45 مكرر الشرط للجوء إلى التلقيح الاصطناعي، إذ لا يمكن تصوّره إلا في إطار وجود عقد زواج، ومنعه لما يسمى بالأم البديلة، وهذا معناه أنه في ظل التقنين الجزائري لا يمكننا أن نتصور أبدا اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في غير صورته المحددة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والتي تتماشى مع الشريعة الإسلامية، وقد حدّد نص المادة الضوابط التي تحكم التلقيح الاصطناعي في حالة ما إذا اختار الزوجان هذا الطريق والتي نجلها فيما يلي:

ومن جهة أخرى فإن المشرع أغفل بيان الجزاء المترتب على تخلف أحد هذه الشروط الواردة بالمادة 45 مكرر، ونظراً لاعتبارها شروط غاية في الأهمية، فإن التفكير في الآثار المترتبة على تخلفها لا يقل أهمية كذلك. فما هو أثر تخلف الرضا إذا كان التلقيح بغير مني الزوج أو بويضة الزوجة أو بدون زواج شرعي أصلاً؟ وما موقف المشرع اتجاه ذلك؟

¹ - باديس ذيابي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 30-30، العربي بلحاج: المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها، العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 513-514.

لم يتناول المشرع هذه المسألة رغم تأثيرها على مسألة ثبوت النسب ونفيه، وهذا على غرار بعض التشريعات التي رتبت جزاء على كل عملية استدعت تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية، مثل المشرع الليبي فكان على المشرع وضع هذه الشروط ضمن إطار جزائي يضمن عدم الخروج عن هذه الضوابط. كما أنه يستلزم إفراغ الرضا في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة هذه العملية وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها. بالرغم من المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة 2017، نص في المادة 456 على معاقبة الاستعانة بالأم البديلة بقوله: "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 393 من هذا القانون المتعلق بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"¹.

أ-2- في قانون العقوبات: إن الزواج هو الإطار الشرعي والقانوني للعلاقات الجنسية والمعاشرة بين الجنسين، لذا فكل علاقة خارج هذا الإطار تأخذ اسما غير اسم الزواج، خاصة عبارة الزنا التي نصت عليها المادة 336 من قانون العقوبات وجاءت المادة 341 بكيفية إثباتها.

واستعمال تقنية الأم البديلة هو إدخال مني زوج أو بويضة ملقحة في فرج امرأة ليست زوجته "الاتصال الجنسي الكامل (الوطء) لغير الزوج أو الزوجة"، فهي شبيهة بالزنا إلا أن تخلف الركن المادي يحول دون ذلك. فهل ستكون العقوبة ذاتها إذا كانت المرأة ليست متزوجة؟ وهل ستطبق العقوبة على المرأة المتزوجة طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات؟ وهل ستطبق عقوبة الزنا على الزوج إذا ارتكب الجريمة مع امرأة يعلم أنها متزوجة؟ فالمشرع الجزائري بهذه المادة اشترط لقيام جريمة الزنا توافر الزوجية، كما أن تحريك الدعوى العمومية لا يكون إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، فهو بنصه هذا أهمل الركن المادي ألا وهو الوطء.

هنا ذهب العديد من الفقهاء إلى القول بانتفاء التشابه بين عملية شتل الجنين وعملية الزنا وحتى لو اعتبرت أنها زنا فإن الولد لا يلحق بأبيه لا البيولوجي ولا صاحب الفراش فلا نسب في الزنا أما من جهة الأم فيبقى المشكل مطروح.

¹ ينظر المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017.

ورغم أنّ هاته التقنية لا أساس لها في الجزائر لعدم وجود قانون يجيزها ولا تجريها العيادات الخاصة حسب ما أكده كل المسؤولين بمراكز المساعدة على الإنجاب، كونها عمليات ممنوعة بموجب قانون الأسرة وقانون الصحة، لكن هذا لم يمنع بعض النساء والأزواج الذين يعانون العقم من اللجوء إلى مراكز خارج الجزائر للقيام بها وفق إجراءات سرية مثل: العلاج في قبرص بعيادة تقع في مدينة (نيقوسيا)، الأمر الذي يتطلب مواقف حاسمة من صناع القرار في الجزائر¹.

أ-2- في القضاء الجزائري: إن الأحكام القضائية في مسائل التلقيح الاصطناعي بكافة صوره المتعددة الشرعية منها وغير الشرعية لا أثر لها إطلاقا في المحاكم الجزائرية عبر كافة القطر الوطني-على حد علمي-وهذا الانعدام لمثل هذه الدعاوى راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع، وإلى قلة انتشارتقنية الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية في المستشفيات الجزائرية وفي العيادات الخاصة- ما عدا المراكز السبعة الموزعة على القطر الوطني، حيث ثلاث منها بالجزائر العاصمةتوحدھا، وواحد بكل من قسنطينة وعنابة، واثنان بوهران- نظرا لتطلبها أخصائيين أكفاءعلى مستوى عال من الدراية والخبرة بتقنيات هذه العملية، وعلى فرض وجود عناصر تعدعلى الأصابع إلاّ أنّه تبقى أمامهم عتبة الإمكانيات والعتاد الطبي اللازم لتجسيد ذلك، دون أن ننسى العامل الروحي والوازع الديني الذي يجعل المواطن الجزائري يحتاط لدينه مخافةالوقوع في الحرام، ويحترز في مثل هذه القضايا الفقهية المعاصرة التي لم تتجل لأفهام العامةبوضوح، إلاّ أنّ هذا لم يمنع فئة من المواطنين الذين يعانون من العقم بأسبابه من التوجه إلىفرنسا في الغالب وإلى الدول الأوربية الأخرى، وإلى بعض الدول التي أثبتت جدارتها من التحكم في هذه التقنية كتونس ومصر من أجل تحقيق حلم الإنجاب.

ب- في التشريع والقضاء المقارن:

ب-1- التشريع المغربي: أثّرت قضية تأجير الأرحام في البرلمان المغربي كقضية خطيرة تواجه المنظومة القيمية وأسس الاجتماع في المغرب، فطرح للنقاش قضية تأجير الأرحام وبنوك المنى والبويضات والإشكالات القانونية والدينية التي تواجه المغرب بسبب واقع الفراغ

¹- ليلي مصلوب: «جزائريات يبحثن عن أرحام للإيجار»، عرض في: 2017/07/04، وأطلع عليهنفي: 2018/01/21،

القانوني في هذا المجال، وهو ما عجل بتدخل الحكومة المغربية لإنجاز مشروع قانون لوضع تأطير قانوني للعلوم الطبية والتقنيات البيوطبية¹.

ب-2- التشريع التونسي: فيما يتعلق بالقانون التونسي، فقد حدد الشروط التي بمقتضاها يقع الانتفاع بعملية الإخصاب الاصطناعي، وأولى هذه الشروط وجود علاقة زواج، فالزواج كرباط شرعي هو الذي يخول الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي بالطريقة المذكورة، أي تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج في أنبوب اختبار، وزرعها في رحم الزوجة نفسها².

كما أقر القانون التونسي أيضا بمنع صورة الإخصاب بين الزوجين مع استئجار الرحم، وهو زرع اللقيحة داخل رحم امرأة غير الزوجة. حيث أقر في صلب الفصل 15 من القانون عدد 93 لسنة 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي منع هذه الصورة، فقد جاء في منطوق هذا الفصل أنه: "لا يمكن بأي صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين" والملاحظ أن هذا الفصل ورد بصيغة أمر، وفي ذلك دلالة على المنع المطلق، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها³.

ب-3- التشريع الليبي: طبقا للقانون الليبي فإن المشرع يجرم التلقيح الاصطناعي أيا كانت صورته، وبما فيها استئجار الأرحام ويعاقب من يقوم بعملية التلقيح أيا كانت صفته، سواء برضا المرأة أو دون رضاها وإن جعل من رضا المرأة سببا لتخفيف العقاب ليعاقب بالسجن بما لا يزيد على خمس سنوات⁴.

¹ - بلباهي سعيدة: إجارة الرحم وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 146.

² - نص الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي على أنه: "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة...".

³ - القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص 2573.

⁴ - إذ تضمنت المادة 403 مكرر (أ) النص على أن: "كل من لقح امرأة تلقيحا اصطناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، أو تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قبله أو أحد معاونهم".

ووفقا للمادة 403 مكرر (ب) تنص على أنه: "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعيا، أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا جرى التلقيح بعلمه ورضاه، سواء وقع التلقيح من الزوج أو من الغير". القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات، مرجع سابق.

ب-4- **التشريع المصري:** أما المشرع المصري فقد ترك عقود استئجار الأرحام للأحكام العامة للقانون فإنطلاقاً من أنّ الرحم الظئر حراماً شرعاً، فإنّ أي عقد ينصب على رحم امرأة سواء كان استئجاراً أو مفاضلة فإنّه باطلاً كونه يخالف النظام العام والآداب العامة، وذلك بحكم المادة 135 من القانون المدني المصري.

في الحقيقة أنّ غياب رابطة الزوجية له تأثير في التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية التي تستمد نظامها القانوني في إثبات النسب من الشريعة الإسلامية، حيث لن يستفيد هذا الوليد من قرينة الفراش في نسبه لأبيه، رغم وجود الأب الطبيعي ولا يغني أمر معرفته بالنسبة لمسألة النسب وما يترتب عن ذلك من أحكام كال ميراث والنفقة والولاية.

الفقرة الثانية: بنوك المنى ونسب الولد الناتج عنه:

بالنسبة لموضوع التبرع بالأجنة وإجراء التجارب عليها واستعمالها في الفحوصات الطبية، فإنّ ذلك كلّ مخالف للشريعة الإسلامية التي تحرّم كشف العورات والنظر إليها ومسّها، وتحرّم الاستمناء وانتهاك الحرمات وإفساد النطف وإتلاف العلقة، وتسد الذرائع إلى الحرام، وتمنع العلاجات المحرّمة بالوسائل المحرّمة، وهذه العمليات لا تخلو من هذه المحرمات كلها أو بعضها، أهمها أنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، والمؤدي إلى الحرام حرام، وقبل التطرق لحكم نسب الولد الناتج عن هذه العملية لا بد أولاً من بيان تعريف لبنوك المنى وأسباب نشوؤها وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً- تعريف بنوك المنى وأسباب نشوؤها: نتناول في هذا العنصر لتعريف بنوك المنى ثم ذكر أسباب نشوؤها:

1- تعريف بنوك المنى: عرفها العلماء بعدة تعريفات كلها متقاربة بالمعنى وإن اختلفت باللفظ ومن هذه التعريفات:

أ- هي أماكن خاصة يتم فيها حفظ الحيوانات المنوية الخاصة بالرجل، ثم اللجوء للبنك عند الحاجة للحصول على الحيوانات المنوية لاستخدامها في التلقيح الاصطناعي¹.

¹-إسماعيل مرجبا: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، الدمام، دار ابن الجوزي، ط1، 1429هـ-2009م، ص 384.

ب- أو هي المركز أو المؤسسة التي تقوم بحفظ الحيوانات المنوية إلى حين طلبها، إما لإجراء تجارب عليها أو لعمل إخصاب طبي مساعد¹.

ت- أو هي مخازن لحفظ وتخزين الحيوانات المنوية البشرية بواسطة تبريدها وتجميدها في مادة النيتروجين السائل وحفظها مجمدة لأزمنة طويلة².

2- أسباب إنشاء بنوك المنى:

أ- تحقيق رغبة الإنجاب أيام الشيخوخة، وبعد دخول سن اليأس عن طريق ما حفظه أيام الشباب في هذه البنوك³.

ب- الرغبة في إنجاب الأولاد، وذلك في الحالات التالية:

✓ في الأشخاص الذين يعانون من ضعف الخصوبة أو العقم، حيث يمكنهم شراء المنى من هذه البنوك.

✓ في الأشخاص الذين يعانون من العقم بسبب أن نسبة كبيرة من خلاياها الجينية يوجد بها عيب، أو غير قادرة على الإخصاب، فيقوم بتجميع منيه وحفظه في البنك شيئاً فشيئاً، على فترات، فتزيد فيها الأعداد الخصبية للخلايا الجينية، ثم تلقيح بها بويضة زوجته.

✓ في الأشخاص الذين يعانون من عدم وجود حيوانات منوية في السائل المنوي، فيقوم الأطباء بأخذ عينات من الخصية يمكن وجود حيوانات منوية فيها، ويتم تجميدها لعدة سنوات واستعمالها لتخصيب البويضات عند الحاجة.

✓ الأشخاص الذين يعانون من الأمراض المختلفة التي تؤدي إلى العقم الدائم، كالأمراض التي تؤدي إلى استئصال الخصية أو القنوات الناقلة، ففي الاحتفاظ بالمنى في هذه البنوك تحقيق لرغبتهم في الإنجاب⁴.

ثانياً: حكم الفقه الإسلامي من نسب الولد الناتج عن بنوك المنى:

1- آراء الفقهاء من بنوك المنى: اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين وهما على النحو التالي:

¹- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، القاهرة، دار النهضة العربية، [د ط]، 1421هـ- 2001م، ص 2.

- طهمان: الأنساب والأولاد، دمشق، دار القلم، ط1، 1900، ص 73².

³- جميل هشام عبد الله: زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، 1409هـ- 1989م، (ج 4 /

91).

⁴- إسماعيل مرحبا: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 370- 371.

الفصل الثاني آليات اثبات النسب

أ-القول الأول: تحريم إنشاء بنوك المني: وهو قول جمهور المعاصرين منهم الدكتور عبد العزيز الخياط والدكتور محمد علي البابا والدكتور هشام جميل عبد الله والدكتور أحمد كنعان، وجاء في لجنة الفتوى في الأزهر ما نصه: "إنّ وجود مثل هذه البنوك (بنوك المني) سيؤدي إلى إشاعة الفواحش والنكرات.."¹، واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

✓ قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾²، وجه الدلالة: أن هذه البنوك غير سبيل المؤمنين³.

✓ قول النبي صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »⁴، وجه الدلالة: أنّ في إنشاء هذه البنوك كثيرا من الأضرار الواقعة من جراء إنشائها.

✓ لا يمكن الوثوق بأن هذا المني لنفس الرجل الذي تبرع به فيدخل الشك على الانتساب فالخطأ البشري محتمل⁵.

✓ ما يترتب على إنشاء بنوك المني من محظورات شرعية في المستقبل من جراء استخدام الزوجة لمني زوجها المتوفي، أو ادعائها استخدام مني زوجها وقد حملت سفاحا⁶.

ب- القول الثاني: إباحة إنشاء بنوك للأجنة: وهو قول بعض المعاصرين منهم الشيخ عبد اللطيف فرفور، انقسم على ثلاثة أقسام:

ب-1- الفريق الأول: قال بجواز مثل هذه البنوك ولكن بشروط هي:

✓ أن يشرف على هذه الأجنة في البنوك لجنة علمية طبية موثوق فيها علميا وطبيا ودينيا.

¹ عبد الله: زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، (ج 4/ 929).

² سورة النساء، الآية 115.

³ محمد النتشة: المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، ط1، 1422هـ- 2001م، (ج1/ 204).

⁴ الشافعي، مسند الإمام الشافعي، ما جاء في المظالم، (ج2/ 124).

⁵ محمد النتشة: المسائل الطبية المستجدة، مرجع سابق، (ج1/ 204).

⁶ إسماعيل مرحبا: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 387.

✓ إصدار قوانين في الدول الإسلامية لمثل هذه البنوك لتنظيمها ومتابعتها.

ب-2- الفريق الثاني: يرى جواز إنشاء هذه البنوك وفق حالتين هما:

✓ الحالة الأولى: أن يكون الغرض من الإنشاء هو البحث العلمي والطبي، وأن يكون المني للزوجين معروفين، وأن يوافقوا على هذا، وأن يستلما الجنين الناتج عن هذه العملية إذا خرج.

✓ الحالة الثانية: أن يكون الغرض هو حضانة نطفة الزوج للاتحاد ببيضة الزوجة لإنتاج الجنين داخل الحضانة بالبنك، إذا كان هذا لعلاج مرض عند الزوجة.

ب-3- الفريق الثالث: يرى جواز ذلك بشروط هي:

✓ وجود الضرورة القصوي لإجراء مثل هذه التقنية.

✓ أن يكون مصدر البويضة الملحقة هذه حيوان منوي وبيضة لزوجين تربطهما علاقة زوجية قائمة¹، واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

✓ بما أنه يجوز إجراء عملية التلقيح بين الزوجين في ظل عقد زوجية مشروع، فلا مانع حفظ مني الرجل وبعد فترة زمنية يتم التلقيح.

✓ لا مانع شرعا من تأخير من عملية التلقيح الاصطناعي من عملية سحب المني من الرجل، إلى وقت آخر، ولو كان دون سبب، إذ لا دليل لاشتراط إجراء العملية على الفور².

ج-الترجيح: بعد عرض آراء الطرفين وبيان أدلتهم كان لا بد لنا أن نبيّن الرأي الراجح وهو الرأي الأول القائل بتحريم إنشاء بنوك المني للأسباب التالية:
✓ قوة أدلة القول الأول.

✓ أساس هذه البنوك يتعارض مع أصول الشرع ومبادئ الفطرة حيث يولد أبناء بلا آباء مع العبث بماء الرجل والمرأة وإحداث مسائل معقدة كما لو حملت الزوجة بلقاح زوجها بعد ربع قرن من الزمان فكيف تضبط قضية الميراث والحقوق الأخرى.

✓ أنّ هذه البنوك تسبب فوضى عارمة في ضياع نسب الإنسان ومن الضروريات التي عظمتها الشريعة النسب.

¹ - إسماعيل مرجبا: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 384.

² - المرجع نفسه، ص 386.

ولهذا نجد أنّ دار الإفتاء المصرية درست هذه المسألة في فتوى لها أصدرتها بتاريخ: 23 مارس 1980 جاء فيها: "...وانتشار مستودع تستجلب منه نطفة رجال لهم صفات معينة لتلقح بها نساء لهنّ صفات معينة لشر مستطير على نظام الأسرة، ونذير بإنهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله"¹. ولهذا يبدو أنّ كلمة العلماء قد أجمعت على حظر وتجريم إنشاء مثل هاته البنوك.

2- نسب الولد الناتج عن عملية بنوك المنى: يرى البعض أنّه يلحق الزوجين؛ لأنّه من خليتيهما وولد على فراشهما، أخذاً بحديث الولد للفراش.

لكن المنصوص عليه للشافعية إذا استدخلت مني زوجها غير المحترم لا يترتب عليه أثر ولا يلحق به الولد الناتج منه ولا يثبت نسبه له، وذكروا لذلك صورتين من بينهما إذا أنزل فاستدخلته زوجته، وإذا استمنى بيد من يرى حرمة واستدخلته زوجته.

ولا شك أنّ تجميد المنى وزرعه يمران عبر الاستمناء أولاً، ثم التجميد ثانياً، ثم الزرع ثالثاً، وكلها أعمال محرمة، والحرام لا يرتب عليه أثره.

والخلاصة أن الإقدام على هذا العمل لا يجوز ابتداءً، والولد لا يلحق بالزوج لفساد النطفة؛ فإنّ الإسلام كما حرّم الزنا حرّم الاستمناء، فلا يلحق الولد المتخلق من الاستمناء بصاحب المنى، كما لا يلحق المتخلق من ماء الزنا بالزاني بنص الحديث. وللعاهر الحجر.

ثالثاً: حكم التشريع والقضاء من مسألة بنوك المنى: برغم تسابق الدول العربية في مواكبة التطورات البيوأخلاقية في مجال العلوم الإحيائية بنصوص تشريعية من أجل ضبطها لكي لا تخرج من أطرها المشروعة، فإنّ الدول العربية غائبة تماماً في هذا المجال وعلى جميع المستويات والغريب في الأمر أنّ عمليات التلقيح الاصطناعي تجري وبصفة طبيعية في كل الدول العربية.

في دولة البحرين قام مستشفى البحرين العسكري بإجراء أكثر من 350 عملية لولادة أطفال أنابيب منذ افتتاح وحدة للعقم ولأطفال الأنابيب سنة 1989 وهذه وحدة تقوم بأكثر من

¹ - عامر هشام جعفر: «الأجنة المجمدة حول المستقبل»، مقال منشور بمجلة العربي، العدد 318، ماي 1982، ص 88 وما بعدها.

100 عملية طفل أنابيب سنويا، أما عملية التلقيح الاصطناعي فتجري عملياته بمعدل 150 عملية سنويا¹.

أما المملكة العربية السعودية فقد أولت اهتماما خاصا لأطفال الأنابيب وكان قد نتج عن 432 عملية أجريت للنساء في مركز واحد للتلقيح الاصطناعي 1208 أجنة فائضة تم حفظها وتجميدها ورغم أنّ السعودية يوجد بها أقدم مركز لأطفال الأنابيب إلا أنّ نسبة نجاح الولادة لا تزيد عن 1.5%.

وبمقابل ذلك فقد أولت جمهورية مصر العربية اهتماما بهذا الموضوع ولديها حتى الآن 07 مراكز لأطفال الأنابيب، وحتى سنة 1990 تمت ولادة 14 طفل أنبوب ولهذا نتصور وجود أجنة فائضة.

وبرغم كل هذا إلا أنّ المشرّع العربي ما زال متأخرا في مسابرة التطورات الطبية الخاصة بتقنيات التلقيح الاصطناعي مكتفيا بما تفرضه القواعد العامة في هذا الخصوص وكل ما استطاعت أن تقوم به الدول العربية هو إجازة إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية تاركا المجال واسعا لاجتهاد الفقهاء والعلماء...الذين بدورهم يبدو أنّهم لم يستوعبوا هذا التطور الرهيب ولهذا نجد بأنّ تشريعات الدول العربية تنظر لفكرة وجود البنوك لحفظ المنى ولحفظ اللقاح الآدمية والأجنة بريبة كبيرة جدا لتجعل منها أمرا شاذا وغريبا عن تقاليد المجتمعات العربية والإسلامية.

ففي مصر مثلا نجد بأنه يحظر إنشاء بنوك للحيوانات المنوية والبويضات الأنتوية أو أية صورة لتخزينها باستثناء الأهداف العلاجية دون أن يصل الأمر إلى إنشاء مثل هاته البنوك فقط في إطار العلاقة الزوجية بمعنى أنّه يحرم إطلاقا إجراء عمليات تلقيح صناعي خارج إطار هاته العلاقة المشروعة، ولهذا أخضع المشرّع المصري وهذا هو المعمول به تقريبا في كل الدول العربية وهو إخضاع المراكز التي تقوم بإجراء عمليات التلقيح للرقابة الصحية والحكومية مع أفراد عقوبات جزائية لمخالفة هاته الإجراءات التنظيمية².

¹ - أمير عدلي أمير عيسى خالد: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستخدمة، دار الفكر الجامعي، [د ط]، 2005، ص 93.

² - أنيس فهمي: «العقم عند النساء»، مجلة العربي، العدد 320، يوليو 1985، 30 وما بعدها.

الفقرة الثالثة: الآثار المترتبة على نفي النسب من التلقيح الاصطناعي المحرم:

إنَّ المولود من التلقيح الاصطناعي شأنه شأن كل الأطفال؛ إمَّا أن ينسب إلى أب وإمَّا لا، على حسب اختلاف الفقهاء في جواز التلقيح الاصطناعي أو تحريمه بصورة مختلفة. فإذا جاز التلقيح الاصطناعي في بعض صورته؛ فإنَّ الجواز في هذه الحالة يكون مبنياً على معرفة والد هذا الطُّفْل؛ ولذلك فإنَّ الولد ينسب إلى أبيه. وبالتالي يترتب على صحَّة هذا النَّسب إثبات جميع الحقوق للطُّفْل النَّاتج عن التلقيح الاصطناعي من أبيه، فيثبت له حقُّ الحضانة والميراث وغير ذلك من الحقوق، وكذلك يثبت لأبيه عليه الحقوق الواجبة له على ابنه.

وإذا حرِّم التلقيح الاصطناعي في بعض صورته كان نسب الطُّفْل مجهولاً حتَّى إن كان مصدر النطفة معروفة؛ لأنَّه في معنى ولد الزنا. بل إنَّه في بعض الصور المتفق على تحريمها يكون ولد زنا حقيقة، وبناءً على جهالة الأب هذه فإنَّ الولد لا يلحق بأحد، وينسب الولد إلى أمه شأنه في ذلك شأن ولد الزنا وولد اللعان واللقيط، فتثبت له أحكامهم في النفقة والحضانة والميراث له أو منه.

وممَّا سبق يظهر مدى التقدُّم العلمي وأثره في التلقيح الاصطناعي، ونرى أيضاً مدى مساهمة الشريعة الإسلامية لكل زمانٍ ومكانٍ، ومدى محافظتها على الأنساب والعلاقات بين الأولاد وأبائهم من خلال إقرارها للنسب، ومحافظتها على النَّوع البشري؛ لكن ينبغي أن نضع الضوابط الطبية والشَّرعية اللازِمة حتَّى لا يكون هذا الأمر تجارياً غير إنساني، وكذا لا بدَّ من معرفة صاحب النطفة المحفوظة تلك؛ حتَّى لا تختلط الأنساب بدعوى التقدُّم العلمي وغيره¹.

¹ - مسائل فقهية في قضايا طبية معاصرة ، (ج2/671، 672).

خلاصة الفصل:

تعد رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية لذلك اهتمت بها الشريعة الإسلامية وكذلك التشريعات العربية حينما أكدت على ثبوت النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد والبيّنة (الشهادة) والإقرار والوطء بشبهة، وكذلك الطرق العلمية الحديثة. كما حرمت كل ما من شأنه المساس بالنسب من زنا واغتصاب واستئجار الأرحام.

خلاصة الباب:

وعموماً ففي نهاية هذا الباب، فإنه من الضروري التنويه بالمجهودات الجبارة للفقهاء الشرعيين والقانونيين، والتي بذلوها لضمان حماية شرعية دقيقة وصارمة حيال الحد من اختلاط الأنساب.

غير أن الجدير بالذكر في هذا المقام، أن الشريعة الإسلامية تكفل حمايتها للنسب الطبيعي عدا الاصطناعي، كما تم استنتاج أنه لثبوت النسب أهمية كبيرة في نظام الأسرة ونظام المجتمع لما يرتبه ثبوت النسب من حقوق وواجبات.

كما تم استنتاج أن كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية اتفقت على الأحكام التالية: إنّ إثبات النسب من الزواج الصحيح أو من غير الزواج الصحيح إنّما يثبت بذات الطرق وهي الفراش الصحيح والإقرار والبيّنة، كما اشترط لثبوت النسب بالفراش فضلاً عن وجود العقد الصحيح شروط (إمكان الوطاء عادة عند الجمهور، إمكان كون الولد من صاحب الفراش، أن يكون الزوج ممن يولد لمثله، نفيه بالطرق المشروعة (اللعان)، أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، إنّ الإقرار بوصفه طريقاً من طرق إثبات النسب كما يقع من الزوج فإنّه يمكن أن يقع من الزوجة وكذلك الحال بالنسبة للبيّنة، كما أجاز الفقهاء إثبات النسب بالتسامع، ضرورة حماية اللقيط ومعالجة مشكلته الأساسية التي تتمثل بإثبات نسبه لدفع ما يتعرض له من ذل ومهانة ومعرفة من جراء ضياع نسبه وذلك من خلال الاحتياط في إثبات هذا النسب.

وتختلف التشريعات في الأحكام الخاصة بإثبات النسب عن الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في المسائل التالية: الاختلاف في بيان أقصى مدة الحمل، ففي حين حددتها أغلب التشريعات بسنة كاملة من تاريخ عقد الزواج إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين ومن تاريخ الوفاة أو الطلاق بالنسبة للمتوفي عنها زوجها والمطلقة فإنّ الفقهاء اختلفوا في بيانها على النحو الذي ذكرناه، الاختلاف في بيان تاريخ احتساب أقل مدة الحمل وأقصاها في حالة قيام الزوجية ففي حين تحتسب هذه المدة من تاريخ عقد الزواج في التشريعات فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تاريخ بدء احتسابها على النحو الذي بيناه.

الباب الثاني

مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا على ضوء البصمة
الوراثية

الباب الثاني

مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا على ضوء البصمة الوراثية

لقد تناول العلماء القدامى منهم والمعاصرين قضية نسب ولد الزنا بالدراسة والبحث وإعمال النظر الجاد والاستنباط؛ وذلك لما تؤول له هذه القضية من إشكالات تدور في كافة الأصعدة الدينية والاجتماعية والأخلاقية والقانونية، وأهمها الروابط النسبية في محاولة لإدراك الحكم المبني على الأصول والثوابت الشرعية، وربطها بما يستجد من اكتشافات على الساحة العلمية -كالبصمة الوراثية- التي يمكن من خلالها الوصول إلى حقيقة الرابط الوراثي بين ولد زنا ومن يدعيه ولدا له؛ مما يتطلب من المجتهدين والعلماء الوقوف أمام هذه الحقائق ووقفه جادة والإلمام بأبجديتها وتفهمها بدقة للتمكن من إعادة بناء الإجتهد في ضوءها وانزال الحكم المتناسب مع روح ومقاصد التشريع.

أجمع العلماء على أن الزانية إذا كانت فراشاً لزوج أو سيد، وجاءت بولد، ولم ينفه صاحب الفراش، فإنه لا يلحق بالزاني ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، إنما ينسب لصاحب الفراش، واختلفوا في نسب ولد الزنا إلى الزاني، إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشاً لغيره، وسبب الخلاف في هذه المسألة بين الفقهاء المتقدمين في تنسيب ولد الزنا يختلف عن سببه بين المعاصرين، وسنلقي الضوء على كل واحد من الأمرين:

أولاً: سبب الخلاف بين الفقهاء المتقدمين في تنسيب ولد الزنا يرجع إلى الأسباب التالية:

1- الاختلاف في تأويل حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، فمن رأى أن النص قصر النسب على الفراش، ونفاه عن الزاني، فلا يثبت نسب الولد إلاً بالفراش، ولم يعتبر الزنا طريقاً يثبت به النسب.

أما من رأى أن الحديث خاص بالمرأة إذا كانت فراشاً، فالفراش لا ينافي غيره، لم ينف النسب عن الزاني حال عدم وجود الفراش؛ لعدم تناول النص لهذه الحالة.

2- الاختلاف في تكييف إثبات النسب للزاني: فمن رأى أن حرمان الزاني من نسبة الولد له، إنما شرع على جهة العقوبة له على ارتكابه الفاحشة، ذهب إلى عدم إثبات نسب الولد للزاني.

بينما من رأى إلى أن إلحاق الولد بالزاني هو إثبات حقيقة واقعة، وخاصة إذا قامت الدلائل والأمارات على صدقه في دعواه بأنه خلق من مائه، ونظروا في ذلك إلى مصلحة الولد، ذهب إلى إثبات نسب الولد للزاني.

الباب الثاني **مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا على ضوء البصمة الوراثية**
ثانيا: **سبب الخلاف بين المعاصرين:** بعد اكتشاف البصمة الوراثية سنة 1985 كوسيلة فعالة في التعرف على صاحب الماء الذي تكون منه المولود نتج عن ذلك اختلاف المعاصرين في إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا أثبتت هذه البصمة الوراثية تكونه من مائه، وسبب الخلاف بين المعاصرين يرجع إلى إختلافهم في السبب في التنسيب: هل هو وحده الماء الذي يخلق منه الولد؟ لأنه الأمر طبيعي، أم أنّ السبب هو الماء والعلاقة الشرعية بين صاحب الماء والتي حملت به، وهي علاقة زوجية، أو ملك يمين؛ لأنها الأمر المشروع، وادّعاء باطل؟.

فمن رأى إلى أنّ السبب هو الماء فقط - وهم بعض المعاصرين - قال بتنسيب الولد للزاني إذا استطعنا بالوسائل الحديثة أن تثبت أنّه تكون من مائه.

ومن رأى أن السبب في التنسيب هو الماء والعلاقة الشرعية -أغلب الفقهاء المعاصرين- ولذلك فقد رأو عدم التنسيب للزاني، حتى وإن قطعنا بأنّ المولود تكون من مائه، لإنتفاء العلاقة الشرعية بين صاحب الماء والزانية، وهذه العلاقة جزء من السبب في التنسيب، فإذا انتفى السبب انتفى المسبب، كما هو معلوم.

وعليه فإن دراستي لمدى مشروعية تنسيب ولد الزنا، تكون وفق التقسيم الآتي:

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على تنسيب ولد الزنا لأمه.

الفصل الأول

النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفصل الأول

النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

اهتم العلماء في تحديد الأسباب التي يثبت بها النسب بما يحقق مقصد الشريعة الإسلامية في حفظ النسل لما في اختلاط الأنساب من مفسدات كثيرة، ومن باب حفظ الأنساب فإن جمهور العلماء لم يعتبر الزنا سببا للنسب بالنسبة للرجل، وفي زماننا في ظل تطور علم الوراثة إلى حد تم الوصول فيه إلى حقائق يمكن من خلالها التثبت من حقيقة الروابط الوراثة بين ولد الزنا ومن يدعيه ولدا له.

ومن هنا فإن الأمر يحتاج إلى النظر في اختلاف العلماء في نسب ولد الزنا لمدعيه للوقوف على حقيقة الخلاف، ثم النظر في المسألة في ضوء تطور علم الوراثة وقد تراوحت كلمة أهل العلم في نسب المولود خارج رابطة الزوجية قولين اثنين، قول يمثل الأصل وهو عدم ثبوت هذا النسب، وقول يمثل الإستثناء في مقابل الأصل وهو ثبوت هذا النسب بضوابط وشروط معينة، وعليه سوف نبين هذين القولين وأدلة كل واحد منها ثم نبين الراجح منهما لدى الباحث، وموقف التشريع والقضاء من ذلك، وهذا يتطلب أن نقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي في إثبات (إلحاق) نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المبحث الثاني: التكييف القانوني في إثبات (إلحاق) نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المبحث الأول: التكيف الفقهي في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

لقد اتفق الفقهاء على إثبات النسب في النكاح الصحيح، والنكاح الفاسد ووطء الشبهة، لما في هذا من تحقيق لمقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ النسل ومنع اختلاط الأنساب، ومن باب حفظ الأنساب فإن جمهور الفقهاء لم يعتبر الزنا سبباً للنسب من ناحية الرجل. واليوم في ظل التطور في علم الوراثة إلى حد تم التوصل فيه إلى حقائق يمكن من خلالها التثبت من الرابط الوراثي بين ولد الزنا ومن يدعيه ولداً له¹. وهذا ما سوف نوضحه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

إن من باب حفظ الأنساب، فإن جمهور الفقهاء لم يعتبر الزنا سبباً للنسب بالنسبة للرجل، ولا خلاف بين العلماء في اعتبار ماء الرجل سبباً موجباً لتسبب من يخلقه الله منه، إذا كان في إطار العلاقة الشرعية. فإن كان هذا قول الفقهاء القدامى، فإن العلماء المعاصرين القائلين بأولوية الطرق الشرعية المتفق عليها للإثبات النسب على البصمة الوراثية. فالنسب الشرعي هو المعتبر وليس النسب البيولوجي، فينسب الولد لأبيه الشرعي وفقاً لما أثبتته الطرق الشرعية المتفق عليها وعلى اثر ذلك سوف نوضح موقف الفقهاء القدامى وما استدلووا به من حجج ثم موقف العلماء المعاصرين من هذه المسألة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى من عدم استلحاق ولد الزنا بأبيه:

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ ولد الزنا لا ينسب لأب بحال، ونسب الطفل هنا يلحق بأمه، وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم، من المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ والظاهرية¹، وقال

¹ - مازن إسماعيل هنية: إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17، العدد الأول، 2009، ص14.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: الاستنكار، التحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1421 هـ - 2000م، (ج7/ص164)؛ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج4/ص142).

³ - إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني: مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالألم للشافعي)، بيروت، دار المعرفة، د ط، 1410هـ-1990م، (ج8/ص313)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص164).

⁴ - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني: مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، د ط، الهند، دار العلمية، د ت ن، (ج2/ص15)؛ ابن المفلح: الفروع، (ج9/ص224).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

به أبو يوسف وبعض الحنفية² إلى أن النسب ولد الزنى ينسب إلى أمه لا إلى أبيه، وعلى هذا القول فتوى الشيخ ابن إبراهيم في "فتاواه"³، والشيخ ابن باز في "مجموع فتاواه"⁴، وجاء في "فتاوى اللجنة الدائمة": «الصحيح من أقوال العلماء أن الولد لا يثبت نسبه للواطئ إلا إذا كان الوطاء مستندا إلى نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أو ملك يمين أو شبهة ملك يمين، فيثبت نسبه إلى الواطئ ويتوارثان، أما إن كان الوطاء زنا فلا يلحق الولد الزاني، ولا يثبت نسبه إليه، وعلى ذلك لا يرثه»⁵. واستدلوا أصحاب هذا القول "القائل بأن ولد الزنا لا يلحق بالزاني" في تدعيم وجهة نظرهم من السنة النبوية والمعقول والإجماع، ويمكننا أن نبينها على التفصيل الآتي:

الفقرة الأولى: الأدلة من السنة:

ولقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من السنة ومنها:

أولاً: ما ورد في قصر النسب على الفراش، ما أخرجه الشيخان من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: «كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش

¹ ابن حزم: الحلى بالآثار، (ج8/ص334).

² الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج3/ص39)؛ السرخسي: المبسوط، (ج17/ص157).

³ محمد بن إبراهيم عبد اللطيف آل الشيخ: فتاوى ورسائل (كتاب الطلاق-الديات)، تحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مكة المكرمة، مطبعة الحكومة، ط1، 1399، (ج11/ص146)، إذ قال في فتاواه: "ولد الزنا لا يلحق بالزاني ولا يسمى ولدا له".

⁴ عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة (باب الحرمات في النكاح- كتاب الطلاق)، الرياض، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء- إدارة البحوث الإسلامية، ط1، د ت ن، (ج21/ص206). إذ قال: "...الحمل ينسب إلى أمه، ولا ينسب إليه؛ لأنه ولد من سفاح لا من نكاح".

⁵ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة الدائمة-المجموعة الأولى، الرياض، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الإدارة العامة للطبع، رقم الفتوى: 14196، (ج16/ص515)؛ سيد السقا: نقد الموروث الفقهي ولد الزنا أمونجا، لندن، سلسلة أحكام الجاهلية تبغون، شركة بريطانية E-Kutub Ltd، ط1، ديسمبر 2015، ص70.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة - زوج النبي صلى الله عليه وسلم - : «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله»¹.

وفي رواية أخرى: قال صلى الله عليه وسلم: «هو لك هو أخوك يا عبد بن زمعة» من أجل أنه ولد على فراشه، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «احتجبي منه يا سودة» لما رأى من شبه عتبة بن أبي وقاص»².

وفي رواية أخرى: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص)، قال: «قَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: لَمَّا فُتِحَتْ مَكَّةُ إِنَّ فُلَانًا ابْنِي، فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ الْوُلْدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْأَثْلُبُ» قِيلَ: وَمَا الْأَثْلُبُ؟ قَالَ: الْحَجْرُ»³.

قال ابن عبد البر: «حديث: "الولد للفراش" من أصح ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم جاء عن بضعة وعشرين نفساً من الصحابة»⁴.

ووجه الدلالة من هذا الحديث: ومعنى قوله: "الولد للفراش" أي لصاحب الفراش وهو الزوج، لأن الفراش قد يعبر به عن حالة الافتراش، وذهب الأكثر إلى أنه بحسب دلالة اللغة اسم للمرأة فإنها تسمى فراش الرجل وإزاره ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه ﴿وَفُرْشٍ مَّرْفُوعَةٍ﴾⁵؛ أي: أنها نساء أهل الجنة⁶. ومعنى قوله: "وللعاهر الحجر"؛ أي للزاني الرجم بالحجر إن كان محصناً أو ليس له إلا الخيبة، فقد خاب من لحوق الولد به ومن العفة، فليس له إلا الطرد بالحجارة وليس له في الولد شيء، وجاء حديث زيد بن أرقم: «الولد

¹ البخاري: **صحيح البخاري**، باب تفسير الشبهات، رقم الحديث: 2053، (ج3/ص54)؛ مسلم: صحيح مسلم، باب: الولد للفراش، وتوفي الشبهات، رقم الحديث: 1457، (ج2/ص1080).

² البخاري: **صحيح البخاري**، باب، رقم الحديث: 4303، (ج5/ص151).

³ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى: **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، التحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، 1424هـ - 2003م، باب: القضاء بإلحاق الولد بأبيه، (ج4/ص52) أبو حنيفة، نبيل بن منصور بن يعقوب بن سلطان البصرة الكويني: **أنيس الساري في تخریج وتحقیق الأحاديث التي ذكرها الحافظ ابن حجر العسقلاني في فتح الباري**، التحقيق: نبيل بن منصور بن يعقوب البصرة، بيروت، مؤسسة السّماحة - مؤسسة الريّان، ط1، 1426هـ - 2005م، باب: حرف اللام ألف، رقم الحديث: 4407، (ج9/ص6278).

⁴ ابن حجر العسقلاني: **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، (ج12/ص39).

⁵ سورة الواقعة، الآية (34).

⁶ الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (6/ص242).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية للفراش وفي فم العاهر الحجر»¹، وفي حديث الحسن: « وفي العاهر الحجر»²، بمعنى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع النسبة إلى الزاني مطلقا بقوله: «للعاهر الحاجر»، فيعم جميع الأحوال، سواء ولد الولد على فراش أو ولد على غير فراش.

قال الإمام الحصاص: «وقوله: "الولد للفراش" قد اقتضى معنيين: أحدهما: إثبات النسب لصاحب الفراش، والثاني: أن من لا فراش له فلا نسب له؛ لأن قوله: (الولد) اسم للجنس وكذلك قوله: (الفراش) للجنس، لدخول الألف واللام عليه، فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر، فكأنه قال: لا ولد إلا للفراش»³.

ووجه الكاساني الدلالة من هذا الحديث على الوجه المقصود أيضا فقال: «أحدها: أن النبي - عليه الصلاة والسلام - أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه إذ القسمة تنفي الشركة.

والثاني: أنه - عليه الصلاة والسلام - جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله - عليه الصلاة والسلام - وللعاهر الحجر لأن مثل هذا الكلام يستعمل في النفي.

والثالث: أنه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص.

فعلى هذا: إذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش وأما المرأة فيثبت نسبه منها لأن الحكم في جانبها يتبع الولادة»⁴.

مناقشة هذا الدليل: أجاب أصحاب القول الثاني القائلين بتسبب ولد الزنا للزاني عند عدم انعدام الفراش عن هذا الحديث: بأنه مقصور على حالة ما لو جاء ولد الزنا على فراش، وتعارض الفراش مع الزنا، فإنه يلحق بالفراش؛ عملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوفا عند قضائه، أما إذا جاء الولد على غير فراش فإن الحديث لا يتناوله»⁵.

¹ ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، (ج12/ص38).

² أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، التحقيق: حسام الدين القدسي، القاهرة، مكتبة القدسي، د ط، 1414 هـ، 1994 م، كتاب: النكاح، باب: الولد للفراش، رقم الحديث: 7850، (ج5/ص16).

³ الجصاص: أحكام القرآن، (ج3/ص396).

⁴ الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص242).

⁵ ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص370 وما بعدها).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

« في استلحاق الزاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشا قولان لأهل العلم والنبي صلى الله عليه وسلم قال: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فجعل الولد للفراش؛ دون العاهر. فإذا لم تكن المرأة فراشا لم يتناوله الحديث»¹. فقد حكى بذلك صلى الله عليه وسلم عند تنازع صاحب الفراش، ونقل ابن القيم عن إسحاق بن راهوية أنه: «أول قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش) على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش»². وقال الشيخ ابن عثيمين: «قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) جملتان متلازمتان، فيما إذا كان عندنا فراش وعاهر»³. وقال أيضا: «حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر) يدل أن هناك رجلين، زان وصاحب فراش كل واحد منهما يدعي أن الولد له، صاحب الفراش يقول: هذا ولدي ولد على فراشي، والزاني يقول: هذا ولدي خلق من مائي، فهنا نغلب جانب الشرع كما قال النبي عليه الصلاة والسلام: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) أما إذا كان الزاني لا ينازعه أحد في ذلك، يعني: زنا بامرأة بكر -مثلاً- أو امرأة ليس لها زوج ولم يدع أحد هذا الولد وقال الزاني: إنه ولدي فهو له»⁴.

وقيل: « وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، هل هذا عام، سواء ادّعاه صاحب الفراش أم لم يدعه، أو خاص فيما إذا ادّعاه صاحب الفراش؟ بمعنى أنه لو كانت المزني بها لا فراش لها، وادعى الزاني أن الولد ولده فهل يلحق به؟ الجمهور على أنه عام، وأنه لا حق للزاني في الولد الذي خلق من مائهوذهب بعض العلماء إلى أن هذا خاص في المخاصمة، يعني إذا تخاصم الزاني وصاحب الفراش قضينا به لصاحب الفراش، أما إذا كان لا منازع للزاني، واستلحقه فله ذلك ويلحق به، وهذا القول هو الراجح المناسب للعقل، وكذلك للشرع عند التأمل»⁵.

¹ - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، (ج32/ص113، 112).

² - ابن القيم: زاد المعاد، (ج5/ص381).

³ - ابن العثيمين: الشرح الممتع، (ج13/ص308).

⁴ - محمد بن صالح بن محمد العثيمين، لقاء الباب المفتوح، [لقاءات كان يعقدها الشيخ بمنزله كل خميس. بدأت في أواخر شوال 1412هـ وانتهت في الخميس 14 صفر، عام 1421هـ]، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.net>، كتاب مرقم آليا، (ج63/ص21).

⁵ - محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422-1428 هـ، (ج12/ص127).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

لكن الجمهور يرى بأنه ورد على سبيل خاص فإنه يعم كل حالة مشابهة، للقاعدة المقررة عند جمهور الأصوليين أتالعبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب¹.

ودليل أصحاب هذا القول: قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ فقد روي عن مالك في الموطأ بسنده وغيره من علماء السنة أنه- رضي الله عنه- كان يلحق أولاد زنا الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، إذا لم يكن لهم فراش ينسبون إليه، ولا يصح ذلك منه- مع علمه بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد وليدة زمعة، وقول النبي فيه: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"- إلا على حمله للحديث على ما إذا كانت المرأة فراشا فقط².

ثانيا: بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا مُسَاعَاةٌ³ فِي الْإِسْلَامِ، مَنْ سَاعَى فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَقَدْ لَحِقَ بِعَصَبَتِهِ، وَمَنْ ادَّعَى وَلَدًا مِنْ غَيْرِ رِشْدَةٍ⁴ فَلَا يَرِثُ، وَلَا يُورَثُ⁵ ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن المساعاة هي الزنا، وكان الأصمعي يجعلها في الإماء دون الحرائر؛ لأنهن كنّ يسعين لمواليهن فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن، فكان يقول ساعت الأمة: إذا فجرت، وساعاها فلان: إذا فجر بها. فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولم يلحق النسب بها، وعفا عما كان منها في الجاهلية ممن ألحق بها، ولم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بين المولود على فراش أو على غير فراش⁶.

¹- قال ابن السبكي: "والوارد على سبب خاص معتبر عمومه عند الأكثر فإن كانت قرينة التعميم فأجدر"، ينظر: قاضي القضاة تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي: جمع الجوامع في أصول الفقه، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1424هـ-2002م، ص52.

²- مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الأقضية، باب: القضاء بالحق الولد بأبيه، رقم الحديث: 20، ص739؛ أحمد سعد علي البرعي: التخريج الفقهي لتنسب أولاد الزنا والاعتصاب - نظرة فقهية مع تطور العمل بالبصمة الوراثية، مقال منشور بمجلة دار الافتاء المصرية، دار الافتاء المصرية، العدد12، 2012، ص130.

³- المساعاة: الزنا عامة، وخصه الأصمعي بزنا الإماء، ينظر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، ط1، 1399هـ - 1979م، (ج2/ص369).

⁴- غير رُشدة: أي هو ابن زنا، يُقَالُ هَذَا وَلَدٌ رِشْدَةٌ: إِذَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ صَاحِبٍ، كَمَا يُقَالُ فِي ضِدِّهِ: وَلَدٌ زَيْنِيَّةٌ، بِالْكَسْرِ فِيهِمَا. وَقَالَ الْأَزْهَرِيُّ فِي فَصْلِ بَغْيٍ: "كَلَامُ الْعَرَبِ الْمَعْرُوفُ: فَلَنْ ابْنُ زَيْنِيَّةٍ وَابْنُ رِشْدَةٍ، وَقَدْ قِيلَ زَيْنِيَّةٌ وَرِشْدَةٌ، وَالْفَتْحُ أَفْصَحُ اللَّغَتَيْنِ". ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، (ج2/ص225).

⁵- ابي دود: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في ادعاه ولد الزنا، رقم الحديث: 2264، (ج2/ص279)

⁶- أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي: معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، داود، حلب، المطبعة العلمية، ط1، 1351 هـ - 1932م، من باب: ادعاه ولد الزنا، (ج3/ص273)؛ محمد أشرف بن

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

مناقشة هذا الدليل: أجيب عن هذا الحديث من وجهين:

1- أن الحديث ضعيف فلا تقوم به حجة¹، وضعفه الشيخ أحمد شاکر والألباني² لعدة أسباب:

✓ وجود رجل في أسانيده، يروي الحديث عن سعيد بن جبیر.

✓ وجود عمرو بن الحصين في أسانيده الأخرى، وهو متروك الحديث.

2- أنه على فرض صحة الحديث فهو مخصوص بالاماء دون الحرائر.

ثالثاً: بما روي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنْ كُلَّ مُسْتَلْحَقٍ اسْتَلْحَقَ بَعْدَ أَبِيهَا الَّذِي يُدْعَى لَهُ ادَّعَاهُ وَرَثَتُهُ، فَقَضَى أَنْ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ يَمْلِكُهَا يَوْمَ أَصَابَهَا، فَقَدْ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِمَّا قَسِمَ قَبْلَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ، وَمَا أَدْرَكَ مِنْ مِيرَاثٍ لَمْ يُقَسَّمْ فَلَهُ نَصِيبُهُ، وَلَا يَلْحَقُ إِذَا كَانَ أَبُوهُ الَّذِي يُدْعَى لَهُ أَنْكَرُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ لَمْ يَمْلِكُهَا، أَوْ مِنْ حُرَّةٍ عَاهَرَ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ وَلَا يَرِثُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادَّعَاهُ فَهُوَ وَلَدُ زَنْبِيَّةٍ مِنْ حُرَّةٍ، كَانَ أَوْ أُمَّةً»³.

وفي رواية أخرى: « وَهُوَ وَلَدُ زَنَا لِأَهْلِ أُمَّةٍ مَنْ كَانُوا حُرَّةً أَوْ أُمَّةً، وَذَلِكَ فِيمَا اسْتَلْحَقَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ، فَمَا اقْتَسِمَ مِنْ مَالٍ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَقَدْ مَضَى»⁴.

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم بيّن فيه حكم الولد المستلحق- بالفتح-، وقضى بأن الولد إذا استلحقه الورثة بعد موت أبيه الذي يدعى له، فإن الحال لا تخلو عن الآتي:

إما أن يكون الولد من أمة كانت مملوكة للواطي يوم أصابها، فهذا يلحق بمن استلحقه وحكمه في الميراث ما بيّنه النبي صلى الله عليه وسلم من أنه إذا استلحق بعد قسم

أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1415 هـ، باب: في ادعاء ولد الزنى (ج6/ص252)؛ ابن المفلح: الفروع، (ج9/ص228).

¹- اظر، ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص382).

²- أبو داود: سنن أبي داود، رقم الحديث: 2264، (ج2/ص279).

³- ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: في ادعاء الولد، رقم الحديث: 2746، (ج2/ص917).

⁴- أبي داود: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في ادعاء ولد الزنا، رقم الحديث: 2265، (ج2/ص279). وحديث رقم: 2266، (ج2/ص280)، واللفظ له. وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الفرائض، باب: في ادعاء الولد، حديث رقم: 2746، (ج4/ص45).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الميراث فلا يرجع بنصيبه على الورثة، وما أدرك من الميراث قبل قسمه، فله منه نصيبه. وكذا قد يكون الولد من أمة كانت مملوكة للواطيء يوم أصابها، لكن كان أبوه الذي يدعى له ينكره قبل موته، فحينئذ لا يلحق إن ادعاه الورثة؛ لأن الأصل الذي الورثة خلف له، منكر له فكيف يلحق به مع إنكاره، وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث: «ولا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعى له أنكره». ثم بين النبي صلى الله عليه وسلم الحكم في ولد الزنا فقال: «وإن كان من أمة لم يملكها أو من حرة عاهر بها فإنه لا يلحقه ولا يرث، وإن ادعاه الواطيء وهو ولد زنية من حرة كان أو من أمة»، وفي الرواية الثانية: «وهو ولد زناً لأهل أمه من كانوا حرة كانت أو أمة»، ففضى النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة ولد الزنا إلى أمه حرة كانت أو أمة، وقطع نسبه من أبيه العاهر، ولم يفرق بين المولود على فراش والمولود على غير فراش¹.

مناقشة هذا الدليل: أجيب عن هذا الحديث أنه مداره على عمرو بن شعيب يرويه عن أبيه عن جده، وهذه سلسلة اختلف المحدثون فيها كثيراً، وهو إن كان الأرجح تحسين حديثه إن كان الراوي عنه ثقة إلا أن تفرده بمثل هذا الحديث الذي يعد أصلاً في بابه يدعو للتوقف في قبول روايته، قال الإمام أحمد: «أصحاب الحديث إذا شأوا احتجوا بحديث عمرو وبن شعيب، عن أبيه، عن جده، وإذا شأوا تركوه»². أي أنهم لا يحتجون به مطلقاً، ولا يردون حديثه مطلقاً، بل بحسب حال كل حديث.

وقال الدارقطني: «يعتبر به»، وقال ابن عدي: «وليس برواياته بأس، إذا حدث عنه ثقة فحديثه مستقيم»، وقال: «محمد بن راشد ضعيف عند أهل الحديث»³.

¹ - القاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي: تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة، المحقق: لجنة مختصة بإشراف نور الدين طالب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، 1433 هـ - 2012 م، رقم الحديث: 2479/477، (ج2/ص407)؛ ابن المفلح: الفروع، (ج9/ص227).

² - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني: سؤالات أبي داود للإمام أحمد بن حنبل فيرجح الرواة وتعديلهم، المحقق: زياد محمد منصور، المدينة المنورة، مكتبة العلوم والحكم، ط1، 1414، ص230.

³ - ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري: البدور المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان ويأسر بن كمال، الرياض، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط1، 1425 هـ-2004 م، (ج8/ص430)؛ العسقلاني: تهذيب التهذيب، (ج9/ص159)؛ أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي: الضعفاء الكبير، رقم الحديث: 1619، (ج4/ص65)؛ أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1271 هـ 1952 م، (ج7/ص253)؛ شمس الدين أبو عبد الله

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

أما الراوي الثاني المتكلم فيه فهو سليمان بن موسى القرشي الأموي الأشدق، فقيه أهل الشام في زمانه، وقد وثقه دحيم، ويحيى بن معين، والدارقطني، وابن سعد وابن حبان¹.
والحاصل: أنّ الحديث لا يخلو من مغزٍ فيه، لذلك قال ابن القيم: إن في سنده مقالا فلا حجة فيه؛ لأنّه في طريق محمد بن راشد المكحول، وقد تكلم²، ويجاب عن هذا الاعتراض: بأنّ الحديث سكت عنه أبو داود وما سكت عنه فهو صالح، وحسنه ابن مفلح في الفروع³، وحسنه بعض المعاصرين⁴.

كما أنه يحتمل المراد به الزانية إذا كانت فراشا دون غيرها قال ابن القيم: «كان قوم في الجاهلية لهم إماء بغايا فإذا ولدت أمة أحدهم وقد وطئها غيره بالزنا فربما ادعاه سيدها وربما ادّعاه الزاني واختصما في ذلك حتى قام الإسلام فحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالولد للسيد، لأنّه صاحب الفراش ونفاه عن الزاني»⁵. وهذا الاعتراض ضعيف؛ لعموم النص وجاء بصيغة الشرط والشرط من ألفاظ العموم.

محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي: سير أعلام النبلاء، القاهرة، دار الحديث، د ط، 1427هـ-2006م، (ج7/ص40). قال أبو حاتم: «كان صدوقا حسن الحديث»، وقال شعبة: «ماكتب عنه، أما أنّه صدق، ولكنه شيعي أو قدرى»، وقال ابن حبان: «كان من أهل أروع والنسك ولم يكن الحديث من صنغته وكثر المناكير في روايته استحق الترك».

¹ ينظر: ابن حجر: تهذيب التهذيب، (ج4/ص226، 227)؛ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني: مغاني الأخبار في شرح أسامي رجال معاني الآثار، التحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ-2006م، (ج1/ص477)؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي: الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، ط1، المحقق: محمد عوامة أحمد محمد نمر الخطيب، جدة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، مؤسسة علوم القرآن، ط1، 1413 هـ - 1992م، (1/ص464)، قال ابن عدي: «وسليمان بن موسى فقيه راو حدّث عنه الثقات، وهو أحد علماء أهل الشام وقد روى أحاديث ينفرد بها لا يرويها غيره، وهو عندي صدوق»، ومن العلماء من غمز في ضبطه وإتقانه، قال أبو حاتم: «محلّه الصدق، وفي حديثه بعض الاضطراب»، وقال البخاري: «عنده مناكير»، وقال النسائي: «أحد الفقهاء، وليس بالقوي في الحديث».

² ينظر: ابن القيم: زاد المعاد، (ج5/ص383)؛ أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، التحقيق: محمد عوامة، حلب، دار الرشيد، ط1، 1406، رقم الحديث: 5875، (ج1/ص478)؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي: المغني في الضعفاء، التحقيق: الدكتور نور الدين عتر، رقم الحديث: 5489، (ج2/ص578/5483).

³ ابن مفلح: الفروع، (5/ص528).

⁴ محمد ناصر الدين الألباني: صحيح سنن أبي داود، المجلد السابع، الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، 1423هـ-2002م، كتاب الطلاق، باب: في ادعاء ولد الزنى، رقم الحديث: 1960، ص428.

⁵ ابن القيم: زاد المعاد، (ج5/ص427، 428).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

رابعاً: بما رواه الترميذي بسنده من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « أَيُّمَا رَجُلٍ عَاهَرَ بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فَالْوَلَدُ وَالدُّ زَنَا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ »¹.

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بعدم نسبة ولد الزنا إلى الزاني، وعمم الحكم بقوله: "أيما رجل.."، وعلى هذا فلا فرق بين أن يولد على فراش أو يولد على غير فراش.

مناقشة هذا الدليل: ونوقش هذا الدليل بأنّ سنده ابن لهيعة²، وفيه مقال.

خامساً: ما ورد في نفي ولد الملاعنة، ومنه ما أخرجه البخاري، عن ابن عمر، أن النبي صلى الله عليه لا عن بين رجل وامرأته، فانتقى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة³. قالوا ولد الزنا أسوأ حالاً من ولد الملاعنة، فيأخذ حكمه.

مناقشة هذا الدليل: أجيب عن هذا الحديث بأنّ نفي ولد الملاعنة إنّما كان لطلب الزوج وهو صاحب الحق، بخلاف ولد الزنا فإنكم تمنعون نسبه حتى مع طلب الزاني باستلحاقه بهذه الصفة⁴.

الفقرة الثانية: الأدلة من الإجماع والمعقول:

وقد استدل أصحاب هذا القول كذلك بأدلة من الإجماع والمعقول تتمثل فيما يلي:

أولاً: من الإجماع: أجمع العلماء على أن الزانية إذا كانت فراشا لزوج أو سيّد، وجاءت بولد، ولم ينفه صاحب الفراش، فإنّه لا يلحق بالزاني ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، إنّما ينسب لصاحب الفراش.

¹ الترميذي: سنن الترميذي، تحقيق: محمد شاکر وآخرون، باب: إبطال ميراث ولد الزنا، رقم الحديث: 2113، (ج4/ص428).

² هو عبد الله بن لهيعة ويقال بن عقبة، أبو عبد الرحمن الحضرمي، المتوفى سنة 174هـ، ترجم له البخاري في الضعفاء الصغير، وروي عن يحيى بن سعيد أنه كان لا يراه شيئاً مات سنة أربع وسبعين ومائة، وذكره النسائي في الضعفاء والمتروكين، وقال: "ضعيف"، ينظر: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله: الضعفاء الصغير، ط1، التحقيق: محمود إبراهيم زايد، حلب، دار الوعي، ط1، 1396 هـ، ترجمة رقم: 190، ص 66؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي: الضعفاء والمتروكون، التحقيق: محمود إبراهيم زايد، حلب، دار الوعي، ط1، 1396 هـ، ترجمة رقم: 346، ص 64.

³ العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب الولد للفراش، (ج12/ص31).

⁴ سعد الدين مسعد هلاي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة -دراسة مقارنة-، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1431هـ-2010م، ص 261، 262.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

- 1- وأجمعت الأمة نقلا عن نبينا صلى الله عليه وسلم على أن كل ولد على فراش لرجلا حق به على كل حال، إلا أن ينفية بلعان... وأجمعت العلماء على أن الحرة فراش بالعقد عليها، مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش لا ينتفي عنه أبدا بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه، إلا باللعان¹.
- 2- اتفاق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم، إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه على اختلاف في ذلك بين الصحابة².
- 3- وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل، فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش³.

4- أن هذا هو الذي جرى عليه العمل في العصور المتقدمة قال أبو يوسف: « وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رجم غير واحد وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما والسلف من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم أقاموا الحدود على الزناة ولم يبلغنا عن أحد منهم أنه قضى مع ذلك بمهر ولا أثبت منه نسب الولد»⁴.

ثانيا: من المعقول: واستدل أصحاب هذا القول بوجوه كثيرة أذكر منها:

- 1- أن ماء الزنا هدر لا حرمة له، فلا يترتب أثرا، ولا يترتب عليه حكم؛ وبذلك لا ينسب ابن الزنا للزاني وإن ادعاه.
- 2- أن الزاني تعد حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها، ويكون الولد له، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده؛ ليكون ذلك زجرا عن ارتكابها إذا علم أن ماءه يضيع⁵.

¹- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، التحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، د ط، 1387 هـ، (ج8/ص183).

²- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج4/ص142)

³- الحطاب: مواهب الحليل في شرح مختصر خليل، (ج5/ص240)؛ السرخسي: المبسوط، (ج17/ص154)؛ الشيرازي: المهذب، (ج3/ص78).

⁴- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبثة الأنصاري: الرد على سيرة الأوزاعي، عني بتصحيحه والتعليق عليه: أبو الوفا الأفغاني، الهند، المدرس بالمدرسة النظامية، لجنة إحياء المعارف النعمانية، ط1، د ت ن، ص51.

⁵- السرخسي: المبسوط، (ج17/ص154).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

3- إن الزنا جريمة شنعاء وماء الزاني غير محترم¹، والنسب شرف وتكريم فلا ينال بالمعصية². واعترض عليه: بأنّ نعمة النسب هنا لولد الزاني وليست للزاني وهذا ضعيف؛ لأنها نعمة الطرفين.

4- أنّ الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلاّ من بذل وقدم لها بالزواج أو التسري³؛ عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾⁴.

5- لا يمكن التيقن من أنّ لود الزنا منه؛ لأنّ التي طوعته ساقطة المروءة والشهادة ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه، فمن أين يتمحض نسبة الولد له؟⁵

6- إنّ في إثبات نسب ولد الزنا للزاني مكافأة له على فعل الفحشاء، وهذا غير معقول شرعاً؛ فالشريعة لا تكافأ العاصي على معصيته بل تحارب الجريمة، وتصد عنها، فوجب وفق هذا المنطق التشريعي؛ عدم إثبات نسب ولد الزنا وإن ادّعاه، محاربة لجريمة الزنا؛ ومعاقبة للزاني على فعله⁶. اعترض عليه: إنّ قرار حرمان الأبوة للزاني، فيه أضرار ظاهرة بالطفل البريء، الذي حقه أن يعيش ولا يؤخذ بجريرة المتسبب في وجوده، وفي الحقيقة أن خير عقاب للزاني هو أن يلزم بالولد ليتحمل عن المجتمع عبء تربيته والإنفاق عليه أخذاً بقاعدة "الغنم بالغرم" فكان غنم اللذة الرخيصة غرم مسئولية التربية والإنفاق⁷.

الفرع الثاني: آراء بعض المعاصرين في حكم ولد الزنا من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية:

كما اختلف الفقهاء قديماً في هذه المسألة، فإن العلماء في هذا العصر قد اختلفوا كذلك فيها، وعلى النحو السابق، فكان أكثرهم مؤيداً لحكم الجمهور في المسألة بعدم نسبة ولد الزنا إلى الزاني، حتى مع وجود البصمة الوراثية التي تؤكد أنه الأب الحقيقي⁸.

¹ الصاوي: بلغت السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، (ج2/ص344).

² أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي: أحكام القرآن للشافعي - جمع البيهقي، القاهرة، مكتبة الخانجي، ط2، 1414 هـ - 1994، (ج2/ص189، 190).

³ السرخسي: الميسوط، (ج17/ص154).

⁴ سورة النساء، الآية (24).

⁵ سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية آفاق فقهية وقانونية، مرجع سابق، ص 263.

⁶ السرخسي: الميسوط، (ج17/ص154).

⁷ هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، ص383.

⁸ محمد المختار السلامي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، المجلد الثاني، ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارة العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، فندق هيلتون العين،

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

ويرى أصحاب هذا المذهب بعدم إلحاق ولد الزنا بالزاني وإن ادّعاه، ونسب الطفل هنا يلحق بأمه، وليس للبصمة الوراثية دور في إلحاق نسب هذا الولد، كما أبطل بعض الفقهاء المعاصرين القياس الذي تبناه ابن القيم في قياس الزاني بالزانية في لحوق النسب بأنه قياس باطل يعارض النص، ولا قياس مع وجود نص، وأنّ هذا القول جاز الأخذ به في زمن يقام فيه حد الزنا فإنه لا يجوز في زمن لا يعاقب فيه الزاني، وإلاّ انفتح الباب لاعتبار الزنا أصلاً لثبوت النسب واكتفى المنحرفون في الحصول على النسل بالعلاقات الآثمة واجترأ الناس على دعاوى النسب الباطلة، وهو ما تباه روح الإسلام وأصول الشريعة كما لا يوجد دليل يصلح أن يكون حجة تؤيد مذهب إسحاق بن راهوية ومن تبعه في ذلك³، وإنّ البصمة الوراثية مع اعتبارها في كثير من المسائل إلاّ أنه لا يمكن استعمالها لإثبات ولد الزنا فلاسلام لا يجيز إلحاق الطفل غير الشرعي بأبيه ولا يرثه².

ومن العلماء الذين لا يجيزون إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية ويقصرونه على الحالات الأسرية الشرعية:

1423هـ-2002، ص455؛ ناصر عبد الله الميمان: حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي، والنسب، المجلد الثاني، ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، فندق هيلتون العين، 1423هـ-2002، ص615، 616؛ عارف علي عارف القره داغي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية معاصرة، ص81، 82؛ محمد نعمان محمد علي البعداني: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، مرجع سابق، ص748؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص290.

³ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص196.

² - تصريح كمال البوسنة، نقلاً عن نادية سليمان، البصمة الوراثية في تحديد الأنساب تشير الفتنة (القانون يلحق اسم الأب للطفل غير الشرعي والدين يحرم ذلك) ، عرض يوم: 2016/14/12، وأطلع عليه يوم 2020/06/10 على الساعة 10:00، نقلاً عن [www.echorouk onlin.com](http://www.echorouk.onlin.com)، محمد المختار السلامي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية ووجهه في الإثبات، ثمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، فندق هيلتون، 1423هـ-2002م، ص455.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الأولى: رأي العلامة يوسف القرضاوي¹ والدكتور علي جمعة:

أولاً: رأي الشيخ يوسف القرضاوي: أن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا وذلك لأن الشرع وإن كان ينتشف لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية؛ لئلا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا، ودليله ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم من دفع ماعز بن مالك من الإقرار بالزنا «هلا سترته بطرف ثوبك». وهذا مبني على أن الشرع يقر بأن (الولد للفراش)، فالأصل في إثبات النسب هو فراش الزوجية، كما أن الشرع تشدد في جريمة الزنا، واشتراط لها أربعة شهود، فكل وسيلة غير شهود الأربعة بقيام رجل وامرأة بعملية الزنا الحقيقي، فلا قيمة له، ولا يتم به إثبات نسب².

¹ - ولد الدكتور/ يوسف القرضاوي (رئيس الاتحاد العالمي للعلماء المسلمين) في إحدى قرى جمهورية مصر العربية، قرية صفت تراب مركز المحلة الكبرى، محافظة الغربية، وكان مولد القرضاوي فيها في 1926/9/9م وأتم حفظ القرآن الكريم، وأتقن أحكام تجويده، وهو دون العاشرة من عمره. ثم التحق بكلية أصول الدين بجامعة الأزهر، ومنها حصل على العالمية سنة 1953-52م، وكان ترتيبه الأول بين زملائه؛ ثم حصل على العالمية مع إجازة التدريس من كلية اللغة العربية سنة 1954م وكان ترتيبه الأول وفي سنة 1958م حصل على دبلوم معهد الدراسات العربية العالية في اللغة والأدب؛ وفي سنة 1960م حصل على الدراسة التمهيدية العليا المعادلة للماجستير في شعبة علوم القرآن والسنة من كلية أصول الدين؛ وفي سنة 1973م حصل على (الدكتوراه) بامتياز مع مرتبة الشرف الأولى من نفس الكلية، عمل فترة بالخطابة والتدريس في المساجد، ثم أصبح مشرفاً على معهد الأئمة التابع لوزارة الأوقاف في مصر؛ ونقل بعد ذلك إلى الإدارة العامة للثقافة الإسلامية بالأزهر الشريف للإشراف على مطبوعاتها والعمل بالمكتب الفني لإدارة الدعوة والإرشاد. وفي سنة 1961م أعير إلى دولة قطر، عميداً لمعهد الديني الثانوي، فعمل على تطويره وإرساله على أمتن القواعد، التي جمعت بين القديم النافع والحديث الصالح. وفي سنة 1973م أنشئت كليتا التربية للبنين والبنات نواة لجامعة قطر، فنقل إليها ليؤسس قسم الدراسات الإسلامية ويرأسه. وفي سنة 1977م تولى تأسيس وعمادة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، وظل عميداً لها إلى نهاية العام الجامعي 1990/1989م، كما أصبح المدير المؤسس لمركز بحوث السنة والسيرة النبوية بجامعة قطر، ولا يزال قائماً بإدارته إلى اليوم؛ وقد أعير من دولة قطر إلى جمهورية الجزائر الشقيقة العام الدراسي 1991/1990م ليتراأس المجالس العلمية لجامعتها ومعاهدها الإسلامية العليا، ثم عاد إلى عمله في قطر مديراً لمركز بحوث السنة والسيرة. حصل على جائزة البنك الإسلامي للتنمية في الاقتصاد الإسلامي لعام 1411هـ. كما حصل على جائزة الملك فيصل العالمية بالاشتراك في الدراسات الإسلامية لعام 1413هـ. كما حصل على جائزة العطاء العلمي المتميز من رئيس الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا لعام 1996م؛ ينظر: أعضاء ملتقى أهل الحديث: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، أعده للشاملة: أسامة بن الزهراء عضو في ملتقى أهل الحديث، ص 370، [الكتاب مرقم آلياً]، غير مطبوع. محمد فنخور العبدلي: «الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب»، محافظة القريات، ص 10.

² - المرجع نفسه، ص 10؛ حسن علي دنا: «ما بين الدين والعلم علائق متواصلة- الحمض النووي بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر وتحمل البصمة كل الصفات والخصائص للإنسان»، الاثنين 1427/5/2 هـ - الموافق 2006/5/29

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

كما أن الشرع لا يعاقب على جريمة الزنا وإنما يعاقب على الاستهتار والمجاهرة بها، حتى يرى الشخص من الناس جهازاً نهاراً عياناً بياناً يقوم بإتيان تلك الكبيرة، أما فعلها في الخفاء، فيكفي فيه الستر، ومن القواعد الفقهية في تلك المسألة أنّ الحدود تدرأ بالشبهات، وما لم نكن على يقين من القيام بالزنا، فلا يحكم به، وبالتالي لا يعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب¹.

ثانياً: رأي الدكتور علي جمعة: أيد الدكتور علي جمعة مفتي مصر رأي الدكتور يوسف القرضاوي: الذي عليه الفقه الإسلامي هو أن النسب من قبل الأم يثبت بالطبع، فالولد يصبح ابناً لهذه السيدة بالميلاد، ولكنه يثبت بين الابن وبين أبيه بالشرع وليس بالطبع، وهذا شبه متفق عليه في الفقه الإسلامي عبر العصور؛ ولذلك فإن التسرع في إثبات النسب لابن الزنا نراه غير سليم، وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل الـ(DNA)، حيث إن استعمال هذا التحليل يؤدي إلى أمور يمكن أن تعتمد شرعاً وليس مع الإقرار بالزنا، وإنما لفصل خصومات أخرى غير قضية أن تتدرج هذه التحاليل تحت الإقرار بالزنا².

وأوضح الدكتور علي جمعة أن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأم بالميلاد، أما للأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية وليس بغيرها³. وأضاف قائلاً: «أما القول بعدم الأخذ بتحليل الـ (DNA) في إثبات نسب ولد الزنا هو من الفقه القديم ولا يتفق مع العصر ولا يحقق مبدأ الستر، فإن الرد عليه من جهتين: الجهة الأولى أن

م، جريدة الراية-<https://www.raya.com/rayapolitics/2006/5/29/7>؛ محمد نعمان محمد علي البعداني: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، مرجع سابق، ص 752؛ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية مرجع سابق، ص 374.

¹ محمد أنيس الأوراعي، محاضرة بعنوان: البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، جامعة بيروت الإسلامية، كلية الشريعة، لبنان، د ت ن، ص 15. حسن علي دنا: ما بين الدين والعلم علائق متواصلة، مرجع سابق.

² محمد فنخور العبدلي: الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب، مرجع سابق، ص 12. محمد التاويل: موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، مطبعة أنفو، فاس، 2007، ص 59.

³ محمد فنخور العبدلي: مرجع سابق، ص 30؛ فتوى مصرية «ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـ«DNA»» <http://rss.mbc.net/portal/site/mbc/>، هيئة كبار العلماء ترفض إثبات النسب بـ«DNA»، فتوى ماليزية تثير جدلاً داخل الأزهر، دار الإفتاء المصرية، 04/04/2013، تاريخ الاطلاع: 2020/06/12، الساعة 08:33، <http://alwatan.kuwait.tt/articledetails>.

الافتاء المصرية، مستجدات ونوازل، 19/02/2014، تاريخ الاطلاع: 12 جوان 2020، على الساعة 19:34 [/https://www.dar-alifta.org/](https://www.dar-alifta.org/)

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الزنا غير معتبر، وأيضاً زنا المحارم لا نستطيع أن نحل فيه المشكلة، فماذا لو زنا الأب أو الأخ بالبنت؟، فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزنا سنكون أمام حالة سنفرق فيها بين الناس، فالزنا بين الرجل والأجنبية غير معتمد وحرام، والزنا بين الأب والبنت، والأخ وأخته غير معتمد وحرام، فهل يعقل أن نقول في الأولى نثبت النسب، وفي الثانية لا نثبت النسب؟! وإذا أردنا أن نثبت النسب لكل زان فإننا سنرفع نظام القرابة وهو أول معول في القضاء على الاجتماع البشري إذن عندما لا أعتمد الزنا أنا لا أرتكب جريمة.. بل على العكس فأنا أحافظ على الاجتماع البشري، والجهة الأخرى: هي صورة اللقيط مجهول الأب والأم أصلاً، فماذا نفعل فيه، وإلى أي شيء ننسبه، فإن مشكلات الطفل الذي جاء خارج الاعتماد الشرعي لها صور كثيرة لن نحل كلها، ونحن نحاول أن نحلها بقدر المستطاع - كما قدمنا-، إذن فكلما واجهنا الجديد يراعي طائفة كبيرة جداً، ويحاول أن يقي المجتمع من الزنا، وفي نفس الوقت لا يخرج عن الفقه الموروث، ولا يخرج أيضاً عن العدالة والمساواة، وهي أمور لازمة لتحقيق الإنصاف بين الناس». وقال: «لذا نعتبر إثبات النسب لابن الزنا غير سليم، وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل البصمة الوراثية (DNA)»¹.

وهذا ما ذهب إليه الشيخ محمود عاشور وكيل الأزهر السابق عضو مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر قائلاً: «إن إصدار قانون لإثبات النسب عن طريق استخدام الحامض النووي DNA جائز في حالة إذا ما ثبت أن المولود جاء عن طريق علاقة زوجية صحيحة لكن لا يجوز استخدام DNA في إثبات النسب إذا كان المولود قد جاء عن طريق زنا والقاعدة الشرعية التي تبنى عليها الأحكام الخاصة بالنسب هي (الولد للفراش وللعاهر الحجر)، وتابع الشيخ عاشور قائلاً: إن قضايا النسب دائماً تثبت بالإقرار أي أن تقر الزوجة بأن المولود ابن لهذا الرجل إذا كانا متزوجين بعقد شرعي، وفي حالة إنكاره يتم اللجوء إلى استخدام الوسائل التي عن طريقها يثبت النسب، وكانت تستخدم في الماضي (القيافة) أي مقارنة أرجل وأطراف المولود وأوصافه بأوصاف أبيه، ومع تقدم العلم ظهرت وسائل جديدة أقرها الإسلام مثل DNA، واتفق العلماء على أنها وسيلة دقيقة في إثبات النسب بشرط عدم التدخل البشري، وأن تكون نتائج التحليل صادقة بنسبة مائة في المائة وبالتالي ينسب المولود

¹ - محمد فنخور العبدلي: «الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب»، مرجع سابق، ص14، 13؛ «فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـ«DNA»»، مرجع سابق، حسن علي دنا: ما بين الدين والعلم علائق متواصلة، مرجع سابق.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
إلى أبيه في حالة الزواج الشرعي، أما في حالة الزواج غير الشرعي فينسب المولود إلى أمه لأن الإسلام لا يعترف بالزنا باعتباره من الجرائم القبيحة التي حرمتها الشريعة الإسلامية¹.
الفقرة الثانية: رأي الشيخ يوسف البدري و الشيخ محمد الجزار:

أولاً: رأي الشيخ يوسف البدري: (عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة) ويؤكد أن إثبات النسب جائز شرعاً بأية وسيلة من الوسائل الست التي أقرتها الشريعة الإسلامية وهي: الفراش والقيافة والبينة والإقرار والقرعة والحامض النووي، وأخيراً الدعوى بشرط أن يكون الماء ماء محترماً نتج عن عقد شرعي صحيح... أما إذا كان الماء ماء هدرًا أي زنا أو عقداً باطلاً، فإنّ المولود ولو عرف صاحب مائه إلاّ أنّه لا ينسب لصاحب الماء لأنّه جاء من ماء هدر، وبالتالي فإنّ الـ DNA وإن أثبتت صاحب الماء إلاّ أنّه لا يثبت نسبا مخالفاً لأحكام الشرع².

ثانياً: رأي الشيخ محمد الجزار: (الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر) من جانبه أكد على أهمية الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب الأبناء، ورأى أن اللجوء لتحليل البصمة الوراثية يتفق مع الشرع الذي يأمر بحفظ الأنساب، ويحث دائماً على الأخذ بالوسائل التي تؤكد الصلة بين الابن وأبيه، وتتنزع الشك في نسبه. وأوضح: ما دام قائماً (التحليل) على جانب طبي علمي دقيق، ويقوم به أناس أمناء، فهذا لا يتعارض مع الدين، فالمهم في هذه المسألة هي الدقة الفائقة وعدم وقوع أي خطأ، ورفض الشيخ الجزار دعوة البعض إلى استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا، قائلاً: «لا ينبغي اللجوء إلى أي وسيلة لإثبات نسب هذا الابن لأنه مهدر الماء»³. وهو رأي الشيخ عمر الديب وكيل الأزهر إذ يرى

¹ محمد خليل: «جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971، بتاريخ: 17 مارس 2006؛ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 374، 375؛ محمد نعمان محمد علي البعداني: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، مرجع سابق، ص 748.

² محمد فنخور العبدلي: الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب، مرجع سابق، ص 16؛ محمد خليل: «جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، مرجع سابق.

³ حسن علي دنا: «ما بين الدين والعلم علائق متواصلة»، مرجع سابق؛ «هيئة كبار العلماء ترفض إثبات النسب بـ DNA»، فتوى ماليزية تثير جدلاً داخل الأزهر، دار الإفتاء المصرية، 01/04/2013، تاريخ الاطلاع: 2020/06/12، الساعة 08:33، <http://alwatan.kuwait.tt/articledetails>؛ فتوى الحامض النووي في نفي وإثبات النسب، دار الإفتاء المصرية، مستجدات ونوازل، 2014/02/19، تاريخ الاطلاع: 12 جوان 2020، على الساعة 19:34 /<https://www.dar-alifta.org>

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
أنه يجوز اللجوء إلى التحليل بـ (DNA) في حالة التنازع على نسب الطفل من عقد زواج، لكن لا يجوز اللجوء إليه في حالة الزنا لإثبات نسب الابن؛ لأنّ الشرع يقضي بعدم نسب ولد الزنا لأبيه¹.

الفرع الثالث: أثر القیافة والشبه في إثبات نسب ولد الزنا:

بناء على ما سبق فإنّ ولد الزنا لا يلحق بوالده الزاني، ولو بالقافة، والشبه أو البصمة الوراثية أنّه من مائه، فلا أثر لهذه القرائن في نسبه، لأنّه لم ينفي النسب عن الزاني لا لعدم تيقنه بكونه منه، وإنّما لأنّ الزنا لا يصلح طريقاً لإثبات النسب شرعاً والزاني لا يستحق أن ينسب إليه ولده من الزنا.

ومما يدل على ذلك حديث عائشة -رضي الله عنها- الذي روته في قضاء الرسول -صلى الله عليه وسلم- بين سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، فقضى به لعبد بن زمعة بالرغم من الشبه الذي رآه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بعتبة².

يقول ابن القيم: «فهذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش، وفي أن الشبه إذا عارض الفراش قدم عليه الفراش»³ كما أضاف قائلاً: «ولكن لما عارض ذلك دليل أقوى منه وهو الفراش، كان الحكم للدليل القوي، وكذلك نقول وسائر الناس: إنّ الفراش الصحيح إذا كان قائماً، فلا يعارض بقافة ولا شبه»⁴، ولا أثر لشبهة مع فراش⁵.

وقال الرملي أثناء حديثه عن استلحاق المنفي بالعان: «وأن هذا الولد لا يؤثر فيه قائف»⁶.

إذا فكل نسب قائم على فراش ويقبل اللعان، فلا أثر للبصمة الوراثية عليه ومعنى هذا أن هناك خمسة أمور لا تقوى على معارضة الفراش هي: الشبه والقافة والشبهة والقرعة

¹ - محمد فنخور العبدلي: «الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب»، مرجع سابق، ص16.

² - سبق تخريجه.

³ - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415 هـ - 1994 م، (ج5/ص368).

⁴ - المصدر نفسه، (ج5/ص378).

⁵ - شمس الدين المقدسي محمد بن مفلح المقدسي: كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، التحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ - 2003 م، (ج9/ص228).

⁶ - الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ج5/ص108).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
والبصمة الوراثية، فإذا وجدت إحدى هذه الأمور وكان الفراش قائماً ويقبل اللعان، فالنسب ثابت ويلحق بصاحب الفراش ولا ينتفي إلا باللعان¹.

فمن هنا يظهر لنا أن النسب أمر عظيم ومهم، وإثباته أيضاً أمر عظيم فلا يكون إلا بالطرق الصحيحة التي أقرها الشرع، ولا يلتفت إلى ما لم يثبت وسيلة صحيحة لإثباته، فإذا ما أثبتت القرائن أنه منه ولم يستلحقه فلا يلحق به لأن النسب لا يلحق إلا بالفراش أو الاستلحاق².

المطلب الثاني: موقف المذهب المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وهذا مقاله به غالبية الفقهاء المحدثين ودار الإفتاء المصرية ومجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، وكذلك الندوة الفقهية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وذلك بناء على جمهور الفقه القائلين باللجوء إلى القيافة عند النزاع على النسب أو عند تساوى الأدلة أو تعارضها، وهو مأخذ به ابن القيم، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: آراء الفقهاء القدامى بإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

يرى هذا المذهب أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد، فينسب ولد الزنا للزاني وذلك متى عرفنا أنه من كان من مائه وأقر به، وإلى هذا ذهب الشعبي وإسحاق وذكره عن عروة وسليمان بن يسار، وبه قال بعض المالكية، وذهب ابن تيمية³ إلى قريب من هذا القول. قال ابن القيم⁴: «كَانَ إِسْحَاقُ بَنُ رَاهُوِيَه يَذْهَبُ إِلَى أَنَّ

¹ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 151.

² أحمد عبد المجيد محمد محود حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 77.

³ ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ-1987م، كتاب الفرائض، باب: ما يلحق من النسب، (ج5/ص508)، كما جاء في [مسألة زني بجارية فجاءت بولد ونسبته إلى ولده فاستلحقه ورضي السيد فهل يرث]، وقد سئل - رَحِمَهُ اللَّهُ -: عَنْ رَجُلٍ لَهُ جَارِيَةٌ، وَلَهُ وَلَدٌ فَرَزَى بِالْجَارِيَةِ. وَهِيَ تَرْنِي مَعَ غَيْرِهِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ وَنَسَبَتْهُ إِلَى وَلَدِهِ، فَاسْتَلْحَقَهُ، وَرَضِيَ السَّيِّدُ. فَهَلْ يَرِثُ إِذَا مَاتَ مُسْتَلْحَقُهُ؟ أَمْ لَا؟

فَأَجَابَ: إِنْ كَانَ الْوَلَدُ اسْتَلْحَقَهُ فِي حَيَاتِهِ، وَقَالَ: هَذَا ابْنِي، لِحَقِّهِ النَّسَبُ، وَكَانَ مِنْ أَوْلَادِهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ يُعْرَفُ غَيْرُهُ.

مسألة رقم 24/1006، (ج4/ص404)؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، (ج32/ص113).

⁴ ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص381)، فقد قال في هذا الصدد ابن المفلح: «واختار شيخنا أنه أنه إن استلحق ولده من زنا ولا فراش: لحقه»، انظر: ابن المفلح: الفروع، (ج9/ص224). وقال المرادوي: «اختار الشيخ تقي الدين: إن استلحق ولده من الزنا ولا فراش لحقه ونص الإمام أحمد - رحمه الله - فيها: لا يلحقه. وقال في الانتصار

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
المَوْلُودَ مِنَ الزَّوْنَى إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْلُودًا عَلَى فِرَاشِ يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَادَّعَاهُ الزَّانِي - أَلْحَقَ بِهِ،
وَهَذَا مَذْهَبُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ، رَوَاهُ عَنْهُ إِسْحَاقُ بِإِسْنَادِهِ فِي رَجُلٍ زَنَى بِامْرَأَةٍ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا،
فَادَّعَى وَلَدَهَا فَقَالَ: يُجَلَّدُ وَيَلْزَمُهُ الْوَلَدُ. وَهَذَا مَذْهَبُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ،
ذَكَرَ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا: « أَيُّمَا رَجُلٍ أَتَى إِلَى غُلَامٍ يَزْعُمُ أَنَّهُ ابْنٌ لَهُ، وَأَنَّهُ زَنَى بِأُمِّهِ، وَلَمْ
يَدَّعِ ذَلِكَ الْغُلَامَ أَحَدًا، فَهُوَ ابْنُهُ»¹.

واحتج سليمان بأن عمر كان يليب (أي يلحق) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام،
ورواية عند أبي حنيفة أنه قال: « لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن
يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له»، وقد نقل ابن قدامة قول هؤلاء جميعاً²،
وكان القاضي أبو يعلى وغيره من بعض فقهاء الحنابلة يقولون: «يَلْحَقُهُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ»³،
واختاره أيضاً من المعاصرين: الشيخ محمد رشيد رضا⁴، والشيخ ابن العثيمين⁵.

وزاد إبراهيم النخعي بأنه يلحق به أيضاً إذا ملك الموطوءة.

الفقرة الأولى: الأدلة من الكتاب والسنة:

واستدلوا أصحاب هذا القول "القائل بالحاق ولد الزنا بالزاني" في تدعيم وجهة نظرهم
من الكتاب والسنة النبوية والمعقول والإجماع، ويمكننا أن نبينها على التفصيل الآتي:

في نكاح الزانية: يسوغ الاجتهاد فيه، وقال في الانتصار أيضاً: يلحقه بحكم حاكم، وذكر أبو يعلى الصغير وغيره مثل
ذلك « المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج9/ص269).

¹ أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي: سنن الدارمي، درسه وضبط نصوصه وحققها: مرزوق بن هياس آل
مرزوق الزهراني، طبع على نفقة رجل الأعمال الشيخ جمعان بن حسن الزهراني، ط1، 1436هـ - 2015 م، باب: ميراث
ولد الزنا، رقم الحديث: 3145، ج2/ص1005؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص162)؛ ابن المفلح: الفروع،
(ج9/ص230)؛ ابن المفلح: المبدع في شرح المقتع، (ج7/ص70).

² ينظر: ابن قدامة: المغني، (ج6/ص345).

³ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،
دار إحياء التراث العربي، ط2، د ت ن، (ج9/ص269).

⁴ محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني: تفسير
القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د ط، 1990م، (ج4/ص382).

⁵ محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422 - 1428هـ،
(ج12/ص127).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

أولاً: من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾¹، وجه الدلالة: إن في إلحاق ولد

الزنا بالزاني إذا لم يكن ثم فراش مصلحة عظيمة لولد الزنا في حفظ نسبه من الضياع والقول عدم حفظ نسبه يلحقه الضرر وبصبيه العار بسبب جريمة لم يرتكبها²، وهذا لا يتفق مع الآية الكريمة التي دلت على أنه لا تحمل نفس وزر أخرى.

مناقشة الدليل: أجاب الجمهور عن هذا الاستدلال بأن النسب محفوظ شرعا بموجب طرق وأدلة حددها الشارع الحكيم وليس منها الزنا المحرم³.

ثانياً: من السنة: ولقد استدلت أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من السنة ومنها:

1- مرواه الإمام مالك في الموطأ بسنده وغيره عن سليمان بن يسار أن عمر رضي الله عنه كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، قال سليمان: « فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدْعِي وَوَلَدَ امْرَأَةً، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَائِفًا فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضْرَبَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْدَّرَةِ ثُمَّ قَالَ لِلْمَرْأَةِ: أَخْبِرِينِي خَبْرَكَ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِيهَا وَهِيَ فِي إِبِلٍ أَهْلِهَا فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ أَنْ قَدْ اسْتَمَرَ بِهَا حَمْلًا، ثُمَّ انصَرَفَ عَنْهَا فَأَهْرَيْقَتْ دَمًا، ثُمَّ خَلَفَ هَذَا - تَعْنِي الْآخَرَ - فَلَا أُدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ؟ فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِلْغُلَامِ: "وَالِ أَيُّهُمَا شِئْتَ" »⁴.

وجه الدلالة: وهو أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يلحق الأولاد من زنا الجاهلية بمن ادعاهم بعد الإسلام، بحيث إذ جاءه رجل مسلم وادعى ولدا له من زنا الجاهلية، ولم يكن هناك فراش يلحق به الولد، فإن سيدنا عمر كان يلحق الولد به، كما هو مستفاد من هذا الخبر.

¹ - سورة الإسراء، الآية (15).

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، (ميراث ولد لزني)، (ج3/ص71).

³ - عدنان بن محمد بن عتيق الدقيلان: نسب ولد الزني، بحث منشور في، مجلة العدل، العدد 22، ربيع الآخر، 1425 ص 135؛ سعد بن تركي الختلان: أحكام الأولاد الناتجين عن الزني، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - البهقي: السنن الكبرى، التحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 1424 هـ - 2003 م كتاب: الدعوى والبيانات، باب: القافة ودعوى الولد، رقم الحديث: 21263، (ج10/ص444).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
وفي رواية أخرى: «أَنَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَتَى بِنِسْوَةٍ أَوْ إِمَاءٍ مُبَاعِينَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَأَمَرَ بِأَوْلَادِهِنَّ أَنْ يَقُومُوا عَلَى آبَائِهِمْ وَأَنْ لَا يُسْتَرْقُوا»¹.

"ومعنى التقويم: أن تكون قيمتهم على الزانين لموالي الإمام ويكونوا أحرارا لا حقي النسب بأبائهم الزناة"². وإنما كان هذا القضاء منه رضي الله عنه على هذا النحو؛ لأنّ أولاد الزنا هؤلاء ولدوا على غير فراش، واستلحقهم آبائهم الزناة دون أن يعارضوا في دعواهم بفراش، ومن ثمّ ألحقهم عمر بهم، أما لو عرضوا في دعواهم بفراش، لقدّم الفراش؛ عملا بقضاء الرسول صلى الله عليه في ولد وليدة زمعة، وقوله فيه "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³. وهذا يفيد أنّ سيدنا عمر رضي الله عنه قد فهم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، أنه مقصور على حالة ما لو تعارض الفراش مع الزنا، فإنّه يقدم الفراش من غير خلاف، وهي مسألة الإجماع المحكي سابقا. أما لو جاء الولد على غير فراش، فإنه لا بأس أن يلحق الزاني، وليس ثمة مخالفة لحديث النبي صلى الله عليه وسلم⁴.
غير أنّ الروايات المروية عن سيدنا عمر رضي الله عنه هاهنا وردت في زنا حصل في الجاهلية، واستلحاق حصل في الإسلام، فأخذ منها أصحاب هذا القول الحكم بالجواز في زنا واستلحاق حصل في الإسلام، وقالوا لا تعارض في ذلك مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"⁵.

¹ - أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي: شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، 1415 هـ، 1494 م، كتاب الجهاد، باب: أهل الذمة يسبون ثم يظهر عليهم المسلمون، رقم الحديث: 4254، (ج11/ص16).

² - مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، د ط، 1399 هـ - 1979 م، (ج2/ص369).

³ - القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (ج8/ص193).

⁴ - أحمد سعد علي البرعي: التخرّيج الفقهي لتنسب أولاد الزنا والاعتصاب، مرجع سابق، ص 133.

⁵ - المرجع نفسه، ص ذاتها.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

مناقشة هذا الدليل: أجاب الجمهور عن هذا الدليل بقولهم: إن هذا القضاء كان من عمر رضي الله عنه في ولادة الجاهلية فقط؛ أما إذا كان الوطاء والاستلحاق جميعاً في الإسلام، فإنه لا يلحق¹.

وذهب جمهرة من المالكية إلى أن الحكم يشمل كل من دخل في الإسلام، قال ابن العربي: «قال علماؤنا: كان أولئك أولاد لزنوية، وكذلك السنة اليوم فيمن أسلم من النصارى واليهود، ثم ادعى ولداً كان من زنا في حال نصرانيته، أنه يلحق به إذا كان مجذوذ النسب، لا أب له ولا فراش فيه»². والتفريق بين أمر الجاهلية والإسلام غير ظاهر؛ لأن النسب أمر قدرى كوني بغض النظر عن اعتقاد الزاني. وإلحاق ولد الزنا بأبيه إذا استلحقه حكماً يختلف في جاهلية ولا إسلام، ولا فراق بين معذور وغيره³.

2- كما استدلت أصحاب هذا القول أيضاً بما روي النبي صلى الله عليه وسلم من خبر جريح الناسك، وفيه: «كان رجل في بني إسرائيل يقال له جريح يصلي، فجاءته أمه فدعته، فأبى أن يجيبها، فقال: أجيبها أو أصلي، ثم أتته فقالت: اللهم لا تمته حتى تريه وجوه المومسات، وكان جريح في صومعته، فقالت امرأة: لأفتنن جريجا، فتعرضت له فكلمته فأبى، فأنت راعيا، فأمكنته من نفسها، فولدت غلاماً فقالت: هو من جريح، فأتوه وكسروا صومعته، فأنزلوه وسبوه، فتوضأ وصلى ثم أتى الغلام، فقال: من أبوك يا غلام؟ قال: الراعي، قالوا: نبني صومعتك من ذهب، قال: لا، إلا من طين»⁴.

¹ - أنظر: ابن عبد البر: الاستنكار، (ج7/ص172). قال في هذا الصدد "هذا منه-أي من عمر- كان خاصاً في ولادة الجاهلية حيث لم يكن فراش، وأما في ولادة الإسلام، فلا يجوز عند أحد من العلماء أن يلحق ولد من زنا"، الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص163)، قال: "والعهار في الجاهلية أخف حكماً من العهار في الإسلام".
² - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي: المسالك في شرح مؤوطاً مالك، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1428 هـ- 2007 م، (ج6/ص383).

³ - سيد السقا، نقد الموروث الديني ولد الزنا انموذجاً، مرجع سابق، ص83.

⁴ - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، التحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، 1422 هـ، كتاب: المظالم والغصب، باب: إذا هدم حائطاً فليبين مثله، رقم الحديث: 2482، (ج3/ص137)؛ وأخرجه مسلم: صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب: تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها، رقم الحديث: 2550، (ج4/ص1976، 1977).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
ووجه الدلالة من الحديث: أن جريجا سأل الولد -وهو ولد زنا- وقال: "من أبوك؟ فأجابه الولد بإنطاق الله قائلاً: "الواعي"-قالوا: وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب، فدل على جواز إلحاق ولد الزنا بأبيه الزاني¹.

إن النبي صلى الله عليه وسلم قد حكى عن جريج أنه نسب ابن الزنى للزاني، وصدق الله نسبته بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك، وأخبر بها النبي صلى الله عليه وسلم عن جريج في معرض المدح وإظهار كرامته فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى وبإخبار النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فثبتت البنوة وأحكامها²، وقال الشيخ ابن عثيمين: «واستدل بعض العلماء بهذا الحديث على أن ولد الزنى يلحق الزاني؛ لأن جريجاً قال: النبي صلى الله عليه وسلم علينا للعبرة، فإذا لم يناعز الزاني في الولد واستلحق الولد فإنه يلحقه، وإلى هذا ذهب طائفة يسيرة من أهل العلم»³.

مناقشة هذا الدليل: أجيب من وجهين: أحدهما: لعله كان في شرعهم يلحقه، والثاني: المراد من ماء من أنت؟ وسماه أبا مجازاً⁴.

3- ما أخرجه الشيخان من حديث أنس في المتلاعنين أنّ النبي صلى الله عليه وسلم، قال: « أبصروها، فإن جاءت به أبيض سبطاً فهو لزوجها، وإن جاءت به أكحل جعداً فهو للذي رماها به»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁵.
ووجه الدلالة من الحديث: يدل على أنه إذا جاءت به على الصفة المكروهة فهو ابن الزاني؛ لأنه خلق من مائه، ولكن الأيمان التي صدرت من أمه بإنكار الزنا منعت من إلحاقه

¹ - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، (ج5/ص382).

² - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج5/ص115).

³ - محمد بن صالح بن محمد العثيمين: شرح رياض الصالحين، الرياض، دار الوطن للنشر، ط 1426هـ، (ج3/ص75،76).

⁴ - النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، (ج16/ص107).

⁵ - أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: اللعان، رقم الحديث: 2254، (ج2/ص276)؛ وسنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: اللعان، رقم الحديث: 206، (ج1/ص668)، أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان، حديث رقم: 5003، (ج5/2033).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

بأبيه من الزنا لو استلحقه، فنسب إلى أمه حين انتفى منه زوجها باللعان¹، فدل ذلك أنّ الرجل إذا استلحق ولده من الزنا وليست أنه فراشا لغيره فإنّه يلحق به، لأنه خلق من مائه².

مناقشة الدليل: وأجيب عن ذلك: بأنّه خارج عن محل النزاع؛ لأنّ المرأة كانت فراشا وانعقد الإجماع على أن الزاني لا يصح أن يستلحق ولد الزاني إذا كانت المزني بها فراشا³.

4- ما أخرجه الشيخان من حديث عائشة، في قصة عتبة الذي عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، وقال عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر" ثم قال لسودة بنت زمعة: "احتجبي منه" لما رأى الشبه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله⁴.

ووجه الدلالة من هذا الحديث: هو اعتبار النبي صلى الله عليه وسلم للشبه الدال على صاحب الماء وليس الدال على صاحب الفراش، ولذلك أمر سودة رضي الله عنه بالاحتجاب، فلو لم يكن هنا اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب، ومن هنا قال ابن حجر: « استدل به الحنفية على أنه لم يلحقه بزمعة؛ لأنّه لو ألحقه به لكان أخا لسودة، والأخ لا يؤمر بالاحتجاب منه، ويؤيد هذا المعنى ما جاء في بعض طرق هذا الحديث «احتجبي منه يا سودة، فإنّه ليس لك بأخ»⁵.

مناقشة هذا الدليل: أجاب الجمهور عن هذا الدليل بأجوبة ضعيفة غير مقنعة، وقالوا يتعين تأويل هذا الحديث، واختلفوا في التأويل، فقال ابن حزم: « ليس أمره عليه الصلاة والسلام سودة أم المؤمنين بالاحتجاب منه بكادح في أن الولد لصاحب الفراش، ولا احتجاب

¹ محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني: سبل السلام، دار الحديث، د ط، د ت ن، (ج2/ص282).

² عبد العزيز الفوزان: حكم نسب المولود إلى أبيه من المدخول بها قبل العقد، مرجع سابق، ص23.

³ محمد محمود أبو ليل: «استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني»، مجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الجامعة الأردنية، مجلد 15، العدد 3، 1441هـ-2019م،

⁴ سبق تخريجه.

⁵ قال الخطابي: ليس بثابت، وقال النووي: هذه الزيادة باطلة، مردودة، وتعقب بأنّها وقعت في حديث عبد الله ابن الزبير عند النسائي بسند حسن، ورجال سنده رجال الصحيح إلا شيخ مجاهد وهو يوسف مولى آل الزبير، وقد طعن البيهقي في سنده فقال: فيه جرير نسب في آخر عمره إلى سوء الحفظ، وفيه يوسف وهو غير معروف، وتعقب بأنّ جريرا هذا لم ينسب إلى سوء الحفظ وكأنّه اشتبه عليه بجرير بن حازم، وبأن يوسف معروف في موالى آل الزبير، وعلى هذا فيتعين تأويله" أنظر: ابن حجر: فتح الباري، (ج12/ص37).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الأخت من أخيها مبطل أخوته لها البتة؛ لأنه ليس فرضاً على المرأة رؤية أخيها لها، إنما الفرض عليه صلة رحمه فقط، ولم يأمرها عليه الصلاة والسلام قط بأن لا تصله»¹.

وقال الجمهور: إن الأمر بالاحتجاب منه للاحتياط لما رأى الشبه بيننا بعتبة وإن حكم بأنه أخوها، وأشار الخطابي إلى أن في ذلك مزية لأمهات المؤمنين؛ لأن لهن في ذلك ما ليس لغيرهن، قال: «والشبه يعتبر في بعض المواطن لكن لا يقضى به إذا وجد ما هو أقوى منه».

وقال القرطبي بعد أن قرر أن أمر سودة بالاحتجاب للاحتياط وتوقي الشبهات قال: «ويحتمل أن يكون ذلك لتغليظ أمر الحجاب في حق أمهات المؤمنين، كما نهاهن عن رؤية الأعمى في قوله: "أفعمياوان أنتما"، مع قوله لفاطمة بنت قيس: "اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه أعمى"².

الفقرة الثانية: الأدلة من المعقول³:

واستدل أصحاب هذا القول بأوجه، أذكر منها ما يلي:

¹ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص141).

² ابن حجر: فتح الباري، (ج12/ص37، 38)؛ وحديث النهي عن رؤية الأعمى أخرجه أحمد وأبو دود وابن حبان وصححه عن أم سلمة، أنها كانت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وميمونة قالت: فبينما نحن عنده أقبل ابن أم مكتوم فدخل عليه وذلك بعد ما أمرنا بالحجاب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «احتجبا منه»، فقالت: يا رسول الله أليس هو أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أفعمياوان أنتما ألسنما تبصران»؛ محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي (أبو عيسى): سنن الترمذي، التحقيق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1395هـ-1975م، باب: ما جاء في احتجاب النساء من الرجال، رقم الحديث: 2778، (ج5/ص102)؛ محمد بن حبان بن أحمد بن حبان الدارمي: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1408هـ-1988م، باب: ذكر الزجر عن أن تنظر المرأة إلى الرجل الذي لا يبصر، رقم الحديث: 5575، (ج12/ص387)؛ أبي دود، سنن أبي داود، باب: في قوله عز وجل: وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن، رقم الحديث: 4112، (ج4/ص63)؛ وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه النسائي وأبي داود، عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب بالشام، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته، فقال: والله مالك علينا من شيء فجاتت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنكرت ذلك له فقال: "ليس لك عليه نفقة"...وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك- ثم قال: "تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده"، أبي داود: سنن أبي داود، رقم الحديث: 4112، (ج4/ص63)؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي: المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، التحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط2، 1406، رقم الحديث: 3244، (ج6/ص74).

³ سعد الدين مسعود هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، ص367.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

أولاً: إذا كان ولد الزنا ينسب لأمه وهي أحد الزانيين جاز أن ينسب للأب وهو الزاني الآخر فالولد وجد من مائهما، قال ابن القيم: «إن الأب هو أحد الزانيين، فإذا كان المولود يلحق بأمه وينسب إليها ترثه ويرثها، مع كونها زنت، وقد وجد الولد من ماء الزانيين واشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس»¹.

اعترض عليه: أن قياس الأب على الأم دليل عقلي في مقابل النص فلا يلتفت إليه، كما أنه لا يكفي كون الولد تخلق من ماء الواطئ سببا للنسب، بل السبب هو أن يولد على فراش شرعي للواطئ، فثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش، لا بحقيقة تخلق الولد من مائه، لأن ذلك لا طريق لمعرفة، وهذا بخلاف الأم، لأنه متيقن من جانبها، لأنه قبل الانفصال هو كعضو من أعضائها حسا وحكما².

ثانياً: قياس ماء الزنا على ماء النكاح؛ لعموم الحديث: "الولد للفراش". يقول صاحب العدة: "وأما إذا وطئها حراما فقد حرمت أيضا على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمهاتها وبناتها بالقياس على الوطء الحلال، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾³.

ثالثاً: قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، فقد ذهب الفقهاء إلى أن من وطئ بشبهة امرأة غيره أو امرأة خلية، وأنت بولد، أمكن أن يكون منه، نسب له⁴، وورد عند الشافعية أن ولد المستولدة من زنا يعتق بموت السيد، يقول الغزالي: «إن ولد المستولدة من زنا أو نكاح شبهة يسري إليه حكمها، فيعتق بموت السيد»⁵ وإعتاقه بموت سيدها فيها معنى من نسبه إليه، وإلا لما عتقت، إذ أصبحت أم ولده.

¹ ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، (ج5/ص582، 381).

² الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (ج3/ص72)؛ السرخسي: المبسوط، (ج17/ص154، 155).

³ سورة النساء، الآية (22).

⁴ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص555).

⁵ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: الوسيط في المذهب، التحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، ط1، 1417، (ج7/ص543).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

رابعاً: أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تتسبب ولد الزنا له أثبتوا بالزنا حرمة المصاهرة، فقد عد الحنفية¹ والحنابلة² هذا القياس في مسألة حرمة المصاهرة من الزنا، فماء الزنا عندهم له سراية التحريم بالدم والمصاهرة، جاء في حاشية ابن عابدين: "وحرّم أيضاً بالصهرية أصل مزنيته، قال في البحر: أراد بحرمة المصاهرة الحرمات الأربع: حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسبا ورضاعاً، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسبا ورضاعاً"³، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁴، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وابنتها⁵. وأجب جمهور المالكية وبعض العلماء على الزانية العدة⁶ أو على الأقل أن تستبرئ تستبرئ رحمها، وهذا دلالة على حرصهم على الولد من الزنا، وألا يسقى بماء آخر حرصاً على اختلاط الأنساب، وأنه يمكن ينسب هذا الولد.

خامساً: إن الشارع يتشوف لحفظ الأنساب ورعاية الأولاد وكفالتهم وتربيتهم وحمايتهم من التشرد والضياع والانحراف، والحدق على المجتمع ومعاناة العقد النفسية، وفي نسبة الولد إلى أبيه تحقيق لهذه المصلحة وخصوصاً أن الولد لا ذنب له، والله سبحانه قال تعالى: ﴿وَلَا تَرِزُوا وَازْرَةَ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁷. وفي هذا القول كذلك ستر للزانيين وتشجيع لهما على التوبة وحث الزاني على نكاح من زنى بها وستر أهلها وولدها⁸.

¹ - المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، (ج1/ص217، 192).

² - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص90، 91).

³ - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص32).

⁴ - سورة النساء، الآية (22).

⁵ - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص90).

⁶ - وقد قال بموجب عدة الزانية زفر من الحنفية، وجمهور المالكية، وإحدى الروايتين عند الحنابلة، ووجب عند الشافعية، وقال محمد باستبراء رحمها ولم يوجب العدة، والرواية الثانية عند الحنابلة قالت بعدم العدة، والأصح عند الشافعية عدم العدة، وجواز نكاحها عندهم ولو كانت حاملاً، وفي الدخول بها وجهان. ينظر: السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، (ج6/ص52)؛ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج3/ص192)؛ ابن همام: شرح فتح القدير (ج3/ص246)؛ الحطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ج3/ص415)؛ النووي: روضة الطالبين، (ج8/ص375)؛ المرदाوي: الانصاف، (ج9/ص295).

⁷ - سورة الأنعام، الآية (164).

⁸ - عبد العزيز فوزان: حكم نسب المولود إلى أبيه من المدخول بها قبل العقد، ص 30.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
واعترض عليه: بأن هذه مصلحة ملغاة في نظر الشارع عندما حصر النسب في الفراش؛
لما يلابسها من مفاصد جمة تربو عليها، ودرء المفاصد أولى من جلب المنافع.

ولمزيد من المعاني المقاصدية التي تدعم المذهب القائل بالإلحاق يمكن الرجوع إلى ما
أولاهها الشيخ الدكتور أحمد الريسوني من عناية أسفرت عن بعد نظره المقاصدي، حيث أكد
أنّ ليس من مقاصد الشريعة وجود أولاد في المجتمع بلا آباء، أشار إلى الأضرار النفسية
والفكرية والمقاصدية التي يمكن أن ترجع إلى المجتمع بالفساد والضرر الذي لا يمكن دفعه
إلاّ باعتراف الزاني بولده الذي ليست أمه فراشا، وكما بيّن أنّ ذلك لا يتعارض مع أحاديث
الولد للفراش وأنّ المراد بها وجود الإطار المحدد شرعا يولد فيه الولد، ولا يلتفت بعده إلى أي
ادّعاء في ذلك، مما يحفظ الأسر من أن يدخلها الأنساب تشكيك، وأنّ المصلحة كلها بداية
ونهاية ألا توجد أولاد غير نسب¹.

الفرع الثاني: آراء بعض الفقهاء المعاصرين في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

تضافرت الأبحاث في مجال البصمة الوراثية فور اكتشافها، وخلص كثير من الفقهاء
المعاصرين إلى القول باعتبارها قرينة قوية يحتكم إليها في إثبات النسب ولا يحتكم إليها في
نفيه؛ قياسا على القيافة التي جعلها النبي صلى الله عليه وسلم وسيلة من الوسائل التي
يحتكم إليها في قضايا النسب، وقضا بها جمهور الفقهاء، وما من شك أنّ البصمة الوراثية
بهذا الوصف الذي ذكرناه هي أقوى وأدق من القيافة بكثير².

ولما كان الأمر كذلك كان من الأهمية بمكان أن يحتكم إلى البصمة الوراثية في تحديد
الأبوة البيولوجية للزاني، حتى لا ينسب ولد إلى غير أبيه الأصلي، وحتى لا يتهم بريء، ولا
يخلى متهم، على أن يبقى هذا التحليل خاضعا لرقابة معامل الطب الشرعي وبطلب من
القضاء وفق الضوابط والقيود المعمول بها. ويرى أصحاب هذا المذهب أنّ ولد الزنا يلحق
بأبيه بظهور البصمة الوراثية:

¹ - أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط1، 1418هـ-
1997م، ص346،347.

² - أحمد سعدي علي: التخريج الفقهي لإثبات نسب ولد الزنا والاعتصاب، مرجع سابق، ص 140.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الأولى: أدلة الفقهاء المعاصرين القائلين بإلحاق ولد الزنا بأبيه:

بعد ظهور البصمة الوراثية واعتمادها على الراجح كدليل في إثبات النسب، ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أنه يجب إعادة النظر في نسب ولد الزنا وحثهم في ذلك هي حجج المتقدمين بالإضافة إلى:

أولاً: من الكتاب: قال تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ﴾¹. وجه الدلالة: تدل الآية على وجوب أن ينسب الشخص إلى أبيه الحقيقي البيولوجي وذلك ببذل جميع السبل المؤدية إلى ذلك بما فيها تحليل البصمة الوراثية، التي تعد من طرق التحري المعتمدة في العصر². مناقشة الدليل: أجيب عن هذا الإستدلال بأن الآية نزلت في إبطال حكم التبني، والنهي عن ادعاء الإنسان إلى غير أبيه المعروف³.

ثانياً: أدلة من المعقول:

✓ أن الشارع الحكيم ينشّوَف إلى إثبات النسب لئلا يضيع الأولاد الذين جاؤ نتيجة خطيئة من رجل وامرأة⁴. والأخذ بهذا الرأي في اعتقاد قائله يحقق جملة من الأهداف⁵:
أ- التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب، عندما تستغل المرأة غفلة زوجها فتلحق بزوجها من ليس منه، فقال عليه الصلاة والسلام: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِّن لَّيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَّ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ»⁶، إذ أن إثبات النسب للزاني يحقق مصلحة؛ حيث

¹ - سورة الأحزاب، الآية (5).

² - عقيد خبير عبد القادر الخياط، فريد الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرع والقانون، المجلد الرابع، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، فندق هيلتون العين، 1423هـ-2002م، ص 1516؛ إبراهيم علواني: مدى مشروعية تنسب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، مرجع سابق، ص 110.

³ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج14/ص 119).

⁴ - إبراهيم علواني: مرجع سابق، ص 113.

⁵ - ينظر: فهد بن سعد الجهني: استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ - دراسة فقهية مقاصدية، مرجع سابق، ص 24، 25؛ بلبشير يعقوب: نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ص 124؛ نوالدين بولحية: استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا - رؤية مقاصدية، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، ص 406-408. سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية مجالات الاستفادة منها، مجلد 3، بحث مقدم ضمن مجلة المع الفقهية الإسلامي ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، العدد 16، 5-10 جانفي 2002، ص 276.

⁶ - سبق تخريجه.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
سيؤدي إلى التقليل من فاحشة الزنا، فإذا عرف الزاني أنه سيتحمل نتيجة جريمته، فإنه سيحسب لهذه الفاحشة وآثارها الوخيمة ألف حساب قبل أن يقدم عليها وخاصة إذا عرفت أنه إذا حاول إنكار الولد سيجري تحليل (DNA) أو أنّ المرأة إذا حملت من غير زوجها فسينكره الزوج، ويلجأ إلى التحليل؛ فلن تُقدم على هذه الجريمة.
ب- إنقاذ المتشردين من أطفال المسلمين، وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد، أو بجوار صناديق القمامة وأحيانا بداخلها.
ت- التقليل من ظاهرة التبني الشائعة في بلاد المسلمين على الرغم من تحريم الله تعالى لها تحريماً قاطعاً والتقليل من حالات القطاء.
ث- عدم إلحاق ولد الزنى بالزاني قد يدفع الولد إلى الرذيلة والانتقام من المجتمع الذي نبذه.

د- عدم إلحاق أولاد الزنا، فيه انتهاك للمحرمة واختلاط الأنساب، فقد يتزوج ولد الزنا من محارمه اللائي نص القرآن على حرمتهم، أو تتزوج بنت الزنا من الزاني التي هي من مائه وغيرها.

الفقرة الثانية: آراء بعض فقهاء المعاصرين:

نتطرق لآراء بعض المعاصرين القائلين بإلحاق ولد الزنا بأبيه عن طريق البصمة الوراثية:

أولاً: رأي الدكتور محمد رأفت عثمان والدكتور رأي الدكتور بيومي:

1- رأي الدكتور محمد رأفت عثمان¹: (عضو مجمع البحوث الإسلامية ومجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بالولايات المتحدة-) بجواز اللجوء إلى تحليل (البصمة الوراثية) في إثبات نسب الابن لأب زنا من امرأة غير متزوجة؛ لأن في ذلك إنقاذاً للابن من العار الذي يلحقه

¹ - وأوضح أن استخدام تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الابن سواء داخل إطار الزوجية أو خارجها جائز شرعاً، مستنداً إلى أن الاختبار الوراثي يعطي نتيجة تقترب إلى اليقين في نسب الأبناء وإقرار حقوقهم، غير أن دعشان اشترط ضرورة أن يحتاط في عملية إجراء الاختبارات الوراثية، فتقوم به أكثر من جهة من علم بالقضية وأطرافها. ينظر: محمد فنخور العبدلي: الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب، مرجع سابق، ص14. علي دبا حسين: مابين الدين والعلم وعلائق متواصلة، مرجع سابق؛ صبحي مجاهد: «فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA».

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

طيلة حياته، كما أن هناك علماء، ومنهم ابن تيمية وابن القيم، قالوا بجواز نسب ولد الزنا إلى الزاني إذا كانت المرأة غير متزوجة، وهذا ما ذهب إليه الدكتور عبد الستار أبو غدة¹.

كما أضاف أنه يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية في حالة الطفل اللقيط إذا تنازعه اثنان أو أكثر، وفي حالة ادعاء امرأة على رجل أنه عاشرها كرها فحملت، وكذلك في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فمع توقيع عقوبة الزنا المقررة شرعاً، والمختلفة تبعاً لإحصان الزاني وعدم إحصانه، فإنه يجوز إجراء الاختبار الوراثي والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أي من الذين قاموا باغتصابها على ضوء اختبارات البصمة الوراثية².

1- رأي الدكتور بيومي: أكد أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية، خاصة لولد الزنا سيؤدي إلى التقليل من جرائم الزنا؛ لأن الزاني إذا أدرك أنه سيتحمل عاقبة جريمته فسيفكر ألف مرة قبل ارتكاب الفاحشة، وكذلك الحال بالنسبة للمرأة، وأوضح أن طريقة إثبات الشرع للنسب تختلف عن نظريته لإقامة حد الزنا، ففي الأولى يتم إثباتها بأدنى دليل، أما في الحالة الثانية فيسقط الحد بوجود أي شبهة³.

ثالثاً: رأي الدكتور عمر بن محمد السبيل والشيخ محمد أنيس الأروادي:

1- رأي الدكتور عمر بن محمد السبيل: (إمام وخطيب المسجد الحرام وعضو هيئة التدريس بكلية الشريعة)، من جهته قال: «إن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيه الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة، أمر ظاهر الصحة

¹ - إذ قال عبد الستار: "إن موضوع الاستلحاق فيه سعة وقد وافانا الشيخ ابن تيمية فتح هذا الموضوع لتحقيق تشوف الشارع إلى النسب، ففرق بين أن يكون هناك الولد مع حالة وجود فرأش وامرأة متزوجة أو غير متزوجة، فإذا لم تكن متزوجة حصل الزنا فيمكن للزاني أن يستلحق هذا النسب ويستدل عليه بأن عمر رضي الله عنه حسب الرواية استلحق أبناء الإمام بابائهم في الجاهلية ألحق النسب. ينظر: تمام محمد اللودعمي: الجينات البشرية وتطبيقها دراسة فقهية مقارنة، لبنان، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ط1، د ت ن، ص183.

² - محمد رأفت عثمان: البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرع والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، فندق هيلتون العين، 1423هـ-2002م، ص 578؛ عقيد خبير عبد القادر الخياط، فريد الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص1519.

³ - محمد فنخور العبدلي: مرجع سابق، ص30؛ بلشير يعقوب: «نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية»، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، نوفمبر 2017، ص122؛ علي دبا حسين: ما بين الدين والعلم وعلاقت متواصلة، مرجع سابق.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
والجواز، لأنّ الحكم بناء على قول خبراء البصمة الوراثية، أقلّ أحواله أن يكون مساوياً
للحكم بقول القافة، إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها»¹.

2- رأي الشيخ محمد أنيس الأروادي²: أنّه على القضاء أن يأخذ بالبصمة الوراثية
لأمرين:

الأول: إثبات براءة المرأة مما وجّه إليها من تهمة، الثاني: إثبات نسبة الولد لأبيه، حتى لا
يقع الولد في مشكلات مستقبلية.

كما أضاف أنّ الأخذ بالبصمة الوراثية لا ينافي قاعدة الستر، حيث إنّ الستر في نسبة
الولد لأبيه وليس في عدم نسبه، فعدم النسبة لأبيه سيؤدي إلى أنّ الولد سيظلّ معروفاً بأنّه
ليس أب شرعي، وتعيّر بهما أسرتهما، بل إنّ نسبة ولد الزنا لأمه هو فضح دائم وضرورة
أكبر تتطلب إثبات الولد لأبيه، كما يرى بثبوت نسب ولد الزنا من المرأة غير المتزوجة إلى
الزاني، ويقول قد دافع ابن القيم عن هذا الرأي وقال: «إنّه ليس مع الجمهور إلّا حديث
(الولد للفراش) ولا يوجد فراش في حالة المرأة غير المتزوجة، وعلى هذا فإذا جاءت امرأة
ورجل وقالوا عن ولد إنّه ولدهما فإنّه يجوز هنا أن ينسب للرجل»³

الفقرة الثالثة: رأي الدكتور مازن إسماعيل هنية والدكتور سعد الدين هلالي:

أولاً: رأي الدكتور مازن إسماعيل هنية⁴: (رئيس لجنة الإفتاء بفلسطين): يرى بأنّ ولد
الزنا ينسب للزاني إذا استلحقه وقامت الدلائل على ثبوت الحالة التي أدت إلى وصول مائه

¹ عمر بن محمد السبيل: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة، الرياض، دار الفضيلة، ط1، ص
46؛ أحمد عبد المجيد حسني: مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة
والدراسات الإسلامية، الإمارة العربية المتحدة، العدد 35، ج1، ص83؛ محمد فنخور العبدلي: «الحمض النووي أو
البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به النسب»، مرجع سابق، ص20؛ نصر فريد واصل: البصمة الوراثية ومجالات
الإستفادة منها، ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، 1425هـ-2004م، ص 79، 78 وجاء فيه: " إذا حدث
تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية فإنّه يحتكم إلى البصمة الوراثية في هذه العصر حيث أنها حلت محل القيافة؛ علي
محي الدين القرة الداغي، علي يوسف المحمدي: فقه القضايا الطبية المعاصرة -دراسة فقهية طبية مقارنة، بيروت، دار
البشائر الإسلامية، د ط، 1437-2006م، ص 354؛ علي محي الدين القرة الداغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه
الإسلامي، ضمن مجلة مجمع المجمع الفقهي الإسلامي، 1424هـ-2003م، عدد 16، ص51.

² محمد فنخور العبدلي، مرجع سابق، ص18؛ علي دبا حسين: ما بين الدين والعلم وعلائق متواصلة، مرجع سابق.

³ المرجع نفسه، ص 29، 28.

⁴ مازن إسماعيل هنية: «إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية»، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 17، العدد1،
جانفي 209، ص19، 20؛ بلشير يعقوب: «نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية»، مرجع سابق، ص122.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
إلى رحم المزني بها، وأثبتت رابطة البنية كحقيقة ثابتة بين ولد الزنا. والزناني، وذلك من خلال استخدام البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الولد وأبيه.

ثانياً: رأي الدكتور سعد الدين هلالي¹: من جهته رجّح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنا وتنسيبه للزناني رداً على قول الجمهور الذي ينفي ثبوت نسب هذا الولد حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر)، يربأّن النسب في القرآن الكريم ثابت برابطة الدم فقط، وإنّما كان الزواج أو التسري شرطاً لحل العلاقة حتى لا يتعدّد أحد على عرض قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا² وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا³﴾.

بالإضافة إلى حسني عبد الدايم فيرى غالبية الباحثين أنّ قول جمهور الفقهاء بأنّ النسب لا يثبت بالزنا هو الراجح، ومع هذا فإنني لا أميل إلى هذا الترجيح، وأتجه وأتبنى وجهة أخرى تبناها البعض بحق³ كعبد المعطي البيومي ومحمد رأفت عثمان وهي ترجيح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنا وتنسيبه للزناني. حيث لا يوجد دليل من الكتاب والسنة تنهي عن إلحاق ولد الزنا بالزناني، بل إنّ الشواهد تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي مع مراعاة ضوابط الاستقرار في الإثبات⁴.

وفي هذا يقول الدكتور أحمد الخليلي: «أنّه لم يرد نص في الكتاب أو السنة الصحيحة يحرم انتساب ولد الزنا إلى أبيه، وأنّه لا وجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم، وأنّ السبب قول أغلب الفقه بنسب الطفل إلى أمه دون أبيه راجع إلى ثبوت البنية بالنسبة للأم عن طريق الولادة المادية، وتعذر هذا إزاء الأب ولو استبعد هذا السبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التفرقة بين الأم والأب مجرد تحكم لا يقوّه منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة، وفي مقدمتها مبادئ المساواة في التكليف والجزاء وعدم مؤاخذه الفرد بما جناه

¹ سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص 387.

² سورة الفرقان، الآية (54).

³ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007، ص 763.

⁴ ينظر: سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مرجع سابق، ص 763؛ محمد رأفت عثمان:

البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 579، 581.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

غيره، لذا نقترح إلزام الأب بنسب ولده من الزنا إذا أثبتت البصمات الوراثية أنه ولده، ويؤمر بهذا النوع من التحليل من طرف النيابة العامة كلما وجدت قرائن كافية تبرره¹.

من جانبه عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان رجّح قول المذهب القائل بلحوق ولد الزنا بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد لضعف أدلة المخالفين، إما ثبوتها، وإما في دلالتها، ولكون إلحاق ولد الزنا بأبيه من الزنا عند انعدام الفراش حفاظا لنسب هذا الولد، وحماية له من التشرّد والانحراف، خصوصا أنه لا ذنب له، فلا ينبغي أن يعاقب بجريرة غيره².

وممن ذهب القول بثبوت النسب المولد خارج رابطة الزواج (ولد الزنا) من المعاصرين، فهد بن سعد الجهني إلى القول: "...أميل للأخذ بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني إلى أن الولد الناتج عن زنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه وادّعاه الزاني، ألحق به ونسب إليه، ولكن بعد رفع الأمر إلى القضاء للنظر والتحقق وصدور حكم بذلك القضاء أو من الجهات المعنية بأحوال المسلمين وقضاياهم في بلاد الغرب ونحوها"³.

كما ذهب أيضا سعد بن ناصر الخثلان (نائب رئيس الجمعية الفقهية): «أنّ القول الراجح في هذه المسألة هو قول المذهب الثاني، وهو أنّ ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا أو سيد، وذلك لقوة ما استدّل به أصحاب هذا القول في الجملة وضعف أدلة أصحاب القول الأول»⁴. جاء قوله في فتوى لجنة موقع الفقه الإسلامي: «فأوافق على ما جاء في الفتوى، وعلى ما رجح فيها من جواز زواج الزاني بالمزني بها بشرط توبتهما و استلحاق الزاني لولده من الزنا بشرط أن ألا تكون المزني بها فراشا لزوج (أو سيد) ، وهذا هو القول الذي يتفق مع الأصول والقواعد الشرعية، وفيه مصالح عظيمة خاصة للولد الذي

¹ - بلشير يعقوب: نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ص 123.

² - عبد العزيز بن الفوزان بن صالح الفوزان: حكم استراء الزانية واستلحاق ولد الزنا، بحث محكم، مجلة العدل، العدد 30، ربيع الآخر 1428، ص 174؛ عبد العزيز بن الفوزان: حكم نسبة المولود إلى أبيه من المدخول بها قبل العقد في الإسلامي، مكتبة نور، ص 29، 30. <https://www.noor-book.com>

³ - فهد بن سعد الجهني: استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ - دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة، رابطة العالم الإسلامي للمجمع الفقهي الإسلامي ص 23؛ محمد جميل محمد ديب المصطفى: استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلام، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة، رابطة العالم الإسلامي للمجمع الفقهي الإسلامي، ص 39.

⁴ - سعد ابن تركي الخثلان: أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010، ص 44.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

يترتب على القول بعدم استلحاقه تحطيم لشخصيته وعقدة تلازمه طيلة حياته...، والشريعة تنتشف لحفظ الأنساب وتحقيق المصالح ودرء المفسد...»¹.

رجّح البعض من أعضاء لجنة الفتوى الذي يفضّل زواج الزاني بالمزني بها، وأن ينسب الولد له، كون الولد ينشأ منسوباً لأب خير له من أن ينشأ منسوباً لأمه، مصاحباً للعار بقية عمره يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها يد، ففي عدم نسبته مفسد عظيمة، كلحوق العار به وبأمه وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني وأهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة. وكان من بين العلماء الموافقين على هذه الفتوى سعد بن تركي الخثلان الذي سبق ذكر موقفه، ويوسف بن عبد الله الشبلي، جاء قوله: «أفيدكم بالموافقة على ما جاء في الفتوى...»، الدكتور علي محي الدين القرّة داغي، جاء قوله: «أوافق على الفتوى، وعلى الذي رجح فيها، ولكن بشرط واحد، وهو أن لا تكون الزانية داعرة يغطاها أكثر من واحد...»²، بالإضافة إلى نايف العجمي³، وعقيل محمد المقطري⁴، وهاني الجبير⁵.

ويشترط لاستلحاق ولد الزنى بالزاني عند القائلين به - خمسة شروط:

¹ - نور الدين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010، ص15، مع العلم أنّ عنوان الفتوى كان: تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه. جاء رداً على سؤال ورد إلى لجنة الفتوى بنفس الموقع، حيث أقام شاب علاقة محرمة مع مطلقة وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبها الأم خارج البلد ويريد التزوج من هذه المرأة واستلحاق البنات.

² - علي محي الدين القرّة داغي: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص358، 367.

³ - بقوله: «...إطلعت على الفتوى وأوافق على مضمونها، مع ملاحظة استيفاء أدلة القول الأول، فقد بنى الجمهور قولهم على نصوص وأقيسة لم يذكر منها إلا دليلاً واحداً، وفي المقابل استوفت الفتوى أدلة القول الثاني الذي اختارته...». نور الدين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج مرجع سابق، ص16.

⁴ - «جاء قوله أوافق على نشر الفتوى بالصيغة التي أعدتها اللجنة».

⁵ - قال: «...وقد اطلعت على الفتوى وأوافق عليها لا مانع من نشرها»، حيث أورد قوله تعليقاً على فتوى أمانة موقع الفقه الإسلامي بالرياض: وإن الذي يترجح بعد التأمل في كلام الفقهاء وفتاوى القدامى والمعاصرين هو جواز عقد النكاح على المرأة الحامل ممن زنى بها، بل لزوم ذلك، كما يترجح لزوم إلحاق نسب الولد - بعد التحري والتأكد - بأبيه الزاني، وهو لزوم اعتباري مصلحي، تدعو إليه الحاجة والمصلحة مع انتفاء مخالفته للشريعة الغراء». المرجع نفسه، ص17.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

1- ألا تكون المزني بها فراشا لزوج أو سيد، فإن كانت فراشا، فقد أجمع العلماء على أن استلحاق الزاني لولد المزني بها لا يجوز، فلا يلحق به ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، وإنما ينسب لصاحب الفراش، إذا لم ينفه باللعان¹.

2- أن يستلحق الزاني ولده من الزنى: فإن لم يستلحقه، فإنه لا يلحق به، ويفهم هذا الشرط من كلام الفقهاء الذين قالوا بالاستلحاق؛ فإنهم ينصون على أنه لا بد أن يستلحقه الزاني؛ لأن الظاهر أن الشخص لا يلحق به من ليس منه، كما لو أقر بمال²، ولأنه إذا لم يستلحقه، فيحتمل أن يكون ناتجا من ماء غيره، فلا يلزم الزاني إلحاقه به، خاصة وأن المرأة إذا تجرأت على الزنى مع رجل، فلا يبعد أن تتجرأ على الزنى مع غيره³. ومن شروط الاستلحاق ألا ينازع الزاني في استلحاقه منازع؛ لأنه إذا نازعه فيه غيره، تعارضا، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر⁴، أن يكون ولد الزنى ممن لا قول له، كالصغير والمجنون، فإن كان ولد الزنا مكلفا، فلا بد من تصديق المقر على دعواه في الاستلحاق؛ لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه.

أن يمكن صدقه، بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر. فإن استلحقه، والمقر به لا يحتمل أن يولد لمثل المقر، لم يلحق به⁵.

3- توبة الزاني والمزني بها، والعزم على عدم الرجوع والندم على مافات: جاء في فتاوى ابن تيمية: «نكاح الزانية حرام حتى تتوب، سواء كان زنى بها هو أو غيره. هذا هو الصواب بلا ريب، وهو مذهب طائفة من السلف والخلف»⁶، سئل أبو بكر رضي الله عنه عن رجل

¹ ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (ج8/ص182)؛ سعد ابن تركي الخثالان: أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، مرجع سابق، ص25.

² البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص460).

³ -السرخسي: المبسوط، (ج17/ص154)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص162)؛ ابن تيمية: مجموع فتاوى، (ج32/ص139)؛ ابن مفلح: الفروع، (ج9/ص224)؛ المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج9/ص269).

⁴ -الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج3/ص412)؛ الهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص460).

⁵ -ينظر: السرخسي: المبسوط، (ج6/ص420)، البحر الرائق، (ج7/ص255)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج3/ص415)؛ البهوتي: كشف القناع (ج6/ص460).

⁶ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، (ج32/ص110، 109).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
زنى بامرأة ثم يريد أن يتزوجها، قال: «مَا مِنْ تَوْبَةٍ أَفْضَلُ مِنْ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا خَرَجًا مِنْ سَفَاحِ إِلَى نِكَاحٍ»¹.

وذلك مجازاة للتائب على توبته بجبر خطئه وتدارك فائته، وتشجيعاً له على الخير والطاعة، و صرفاً له عن الرذيلة والشيطان، واليأس والحيرة والضياع. ومعلوم أن الإسلام يتشوف إلى توبة التائب، ويضع لها ما يناسبها من الأحكام والتخفيفات والتباشير².

4- أن يتزوج الزاني بالمزني بها³: وذلك لتحقيق معنى انتساب الفرع لأصله بقيام الزوجية التي تُعد سبب التولد والانتساب. ولاقتصار الزاني على مزنيته في استدامة الخلوة والمباشرة والنكاح، بعد تصحيح الوضع وجبر الخلل؛ ولأن ذلك أَدعى لتوافقهما وقبول أحدهما للآخر، إذ كل منهما كان سبباً لمعصية الآخر، وتصحيح الوضع يكون كل منهما سبباً لطاعة الآخر، والإسلام يجب ما قبله، و﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾. وقد ذكر لفيف من أهل العلم أنه يصح تزوج الزاني من الزانية، لكن بشرط توبة الاثنين، والعزم على عدم الرجوع. وهو ما قضى به الصحابة والتابعون وأفتوا به رضي الله عنهم⁴. وبعضهم اعتبر أن أن زواج الزاني ممن زنى بها أفضل وأولى، وليس فقط جائزاً ومأذوناً فيه.

5- أن لا تكون الزانية داعرة يغشاها أكثر من واحد⁵ وذلك لإمكان إحقاق ولد لم يتخلق من ماء من ألحق به، بسبب كثرة المياها وتداخلها، ودخول أكثر من واحد على المرأة الواحدة. وهو ما يخالف قاعدة حفظ الأنساب.

الفرع الثالث: الترجيح بين مذاهب العلماء في استلحاق ولد الزنا:

تعتبر مسألة النسب مسألة جلية وذات قدر من الأهمية وذلك لعظم الآثار المترتبة عليها، فهي متعلقة بنفس إنسانية ستخرج لهذا الوجود، لم تقترف إثماً ولم ترتكب ذنباً، ومن أعظم وأهم حقوقها أن تجد لها نسبا صريحا تنسب إليه، وركنا آمنا تحتمي به.

¹- أبو بكر عبد الرزاق بن نافع الحميري اليماني الصنعاني: المصنف، التحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1403، باب: الرجل يزني بامرأة، ثم يتزوجها، رقم الحديث: 12795، (ج7/ص204).

²- نور الين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، مرجع سابق، ص20.

³- ينظر: ابن عبد البر: الاستنكار، (ج5/ص464)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص189)؛ ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج3/ص114)؛ البابرتي: العناية شرح الهداية: (3/ص241). محمد جميل محمد ديب المصطفى:

استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص32.

⁴- نور الين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، مرجع سابق، ص21، 20.

⁵- المرجع نفسه، ص25، 26.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

والقولان المذكوران في المسألة بينها فرق شاسع، ولذا فإن اعتبار أحد القولين والإفتاء به بالنظر إلى آثاره ليس بالأمر الهين والمسألة أصلاً مما يسوغ فيها الاختلاف فليست محل إجماع والمخالفون لرأي الجمهور أئمة مقتدرون وفقهاء مجتهدون، وقولهم له حظه من الدليل ومن مقاصد الشرع كذلك¹.

وعليه وبعدما تبين أنّ مدار الخلاف بينالفقهاء في إلحاق نسب ولد الزنا هي حالة لم تكن المرأة فراشا لأحد وولدت ولدا واستلحقه الزاني ولم يكن هناك نزاع بين المتخاصمين، وعلى نفس السياق اختلف الفقهاء المعاصرين وحتى مع ظهور البصمة الوراثية، بين من رفض استعمالها لإلحاق ولد الزنا؛ فالزاني لا يلحقه نسب وإن جاءت نتائج البصمة الوراثية مؤكدة لأبوته، ومن أيد اللجوء للبصمة الوراثية لإلحاق نسبه، باعتبارها وسيلة تحقق مصالح عديدة كما سبق ذكره.

خلصت بعد استعراض مذاهب الفقهاء في هذه المسألة، يتبين لي رجحان قول الجمهور القائلين بأنّ ولد الزنا لا يلحق بالزني² للأسباب الآتية:

أولاً: لا يصلح أن يستوي النكاح والسفاح في النسب، ولا يكون الفرق بينهما إلاّ تقدمه الأول عند التنازع، وإنما ثبتت النسبة للأم في الحالين؛ لأنّ الأمومة علاقة طبيعية حقيقية، لا سبيل إلى نكرانها، أما الانتساب للأب فهو حكم شرعي، فلا بد من اعتبار الشارع له، وقد قصر الشارع الاعتبار على النكاح والوطء بشبهة.

ثانياً: إن الزنا سبب محرم فهو معدوم شرعا فلا يتوصل به النسب، والسبب إذا لم يؤذن فيه صاحب الشرع يكون كالمعدوم شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا فلا يترتب عليه أثره³.

¹ - فهد بن سعد الجهني: استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ -دراسة مقاصدية-، مرجع سابق، ص23.

² - وقد صدرت مؤخرا فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، فتوى رقم 6499 بعضوية فضيلة الشيخين عبد الله بن قعود، وعبد الرزاق عفيفي، ورئاسة سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، وكذلك فتوى لسماحة مفتي عام المملكة العربية السعودية الشيخ عبد العزيز في مجموع فتاواه تنصان على أن ولد الزنا ينسب لأمه على الصحيح من قولي العلماء، وزاد سماحة الشيخ ابن باز: "إذا كان قد تابا إلى الله سبحانه فلا حرج أن يتزوجها بعد وضع الحمل، والحمل ينسب إلى أمه...أما إذا لم يتوبا جميعا فليس له نكاحها". ينظر: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مرجع سابق، (ج20/ص343)؛ عبد العزيز بن عبد الله بن باز: مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز، (ج21/ص206).

³ - القرافي: الفروق، (ج2/ص314)، الفرق الخامس والثلاثون.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

ثالثاً: إنّ إباحة إحقاق ولد الزنا بالزاني قد يفتح باباً من الشرور والمفاسد، فقد يدعي الولد زاناً لم يتخلق من مائه إنّما من زان آخر، وقد يدعيه غير زان أصلاً، وفي هذا اختلاط الأنساب، وقد يغري ضعاف النفوس بالزنا وتشيع الفاحشة بين المؤمنين، فينبغي سد هذه الذرائع.

رابعاً: إنّ الخلاف في هذه المسألة كان خلافاً محدوداً في عصر السلف، بل عدّه ابن رشد شذوذاً حيث قال: «وشذ قوم فقالوا: يلتحق ولد الزنا في الإسلام أعني الذي كان زني في الإسلام»¹، وقد انعقد الإجماع بعد ذلك على منعه وقد مر بنا قول ابن عبد البر: «أجمع العلماء لا خلاف بينهم فيما علمته - أنّه لا يلحق بأحد ولد يستلحقه إلاّ من نكاح أو ملك يمين»، كما يرى أنّ ولد الزنا يرث أمه... ولا يرثه الذي تخلق من نطفته ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة عليه حق الأبوة لا في بر ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك، وهو منه أجنبي ولا نعلم في هذا خلافاً إلاّ في التحريم فقط². والإجماع المتأخر المسبوق بخلاف متقدّم محل خلاف بين العلماء، والمختار صحة انعقاده؛ لأنّ المعتمد اتفاق أهل العصر فقد وجد، وهذا رأي أكثر الحنفية والمالكية، ولكن هذا الإجماع عندهم في منزلة خبر الواحد في كونه موجباً للعمل غير موجب للعلم³.

خامساً: إنّ قوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» لفظه عام وإن كان له سبب خاص، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وكلّ فقرة من هاتين الفقرتين مستقلة وتفيد حكماً منفرداً وحدها، وتشعر عبارة: "للعاهر الحجر" أنّ الزاني أياً كان، لا حظ له في النسب والولد، وليس له إلاّ الحجر والخيبة بديلاً عن الولد، سواء أكانت المزني بها فراشاً أم خلية.

¹ - ابن رشد: بداية المجتهد، (ج2/ص191).

² - ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص185).

³ - أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي: قواطع الأدلة في الأصول، التحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1999م، (ج2/ص30)؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: أصول السرخسي، بيروت، دار المعرفة، (ج1/ص319)؛ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد: التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط140، 2هـ - 1983، (ج3/ص88). عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت ن، (ج3/ص402).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

سادسا: إنّ أحاديث عمرو بن شعيب الثلاثة في نص المسألة، وقال فيه الترميذي: «وقد روي غير ابن لهيعة هذا الحديث عن عمرو بن شعيب والعمل على هذا عند أهل العلم»¹، وحديثا عن أبي داود لا ينزلان عن مرتبة الحسن، فأصبحت هذه الأحاديث الثلاثة في مرتبة الصحيح لغيره، أو في مرتبة الحسن على أقل تقدير، وكلاهما يصح الاحتجاج به وتثبت به الأحكام.

سابعا: إنّ التعلل بمصلحة الولد لا يصح تقديمه على النص، فهي مصلحة ملغاة لما يلابسها من مفسد، ثم إنّّه يلحقه العار بنسبته إلى الزاني، ومصلحة الولد مكفولة في الإسلام، فيسمى اسما حسنا وينسب لاسم أب غير معين: عبد الله أو شاكراً، وما إلى ذلك، والأم مسؤولة عن رعايته حسب طاقتها.

ثامنا: صحيح أنه سيلحق الولد بعض الحرج والأذى النفسي والاجتماعي والإحباط بجرم لم يقترفه، لكن ينبغي عليه أن يتحلّى بروح الإيمان والصبر والرضى بما قدره الله له أو عليه، وأن يجعل من علو الهمة وحسن السيرة والتفوق والإبداع خير نسب له، وعلى المجتمع أن يضطلع بدوره في مساعدة هذا الولد والأخذ بيده والتخفيف من مصيبتة وصدمته.

تاسعا: إنّ وجود الفروع الفقهية التي تتناول أحكاما خاصة بولد الزنا عند جميع المذاهب الفقهية، كما في أبواب الفرائض، والشهادات، والإمامة، وغيرها من دليل دامغ على أنّ الفقهاء مجمعون إجماعا عمليا على عدم إلحاق ولد الزنا بالزاني، وآية ذلك بقاؤه معروفا بهذه الصفة في المجتمع، مما اقتضى النظر في الأحكام الخاصة به، ولو كان هذا المولود يلحق بالزاني لما كان هناك وجه لإبقاء هذه الفروع الفقهية².

عاشر: إنّ البصمة الوراثية وإن كانت تدل على الزاني، غير أنّ هذا لا يعني إلحاق النسب به كما لو أقرّ بفعله فهي قد تكون حجة لتبيين الفاعل لكن ليس للحق النسب به.

إحدى عشر: إنّ أغلب الحجج التي استدلت بها الفقهاء المعاصرون من المعقول حاولوا الانتصار فيها للطفل نتيجة هذه الفاحشة والزني بها الطرف الضعيف في العلاقة، لكن قولهم هذا فيه رد، ذلك أنّه حقيقة أنّ أخذ الطفل جريرة أبيه فيه ضرر له فهو بريء من هذا، غير أنّه لو قرنت المصلحة التي تأتي لهؤلاء الأطفال من إلحاق نسبهم بالمفاسد التي تعم

¹ أبو العلاء محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترميذي، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، (ج6/ص248).

² إبراهيم علواني: مدى مشروعية تنسب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، مرجع سابق، ص124.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المجتمع من هذا لرجح درء المفسدة على جلب المصلحة ولقدّمت المصلحة العامة على الخاصة، إذ لو تمّ إلحاق نسب أبناء الزنا لذهبت الحكمة من تحريم الزنا، لكن هذا لا يعني إهدار هاته الفئة من المجتمع، إذ سنّ التشريع الإسلامي أحكاماً لحماية اللقيط وولد الزنا وذلك لحمايتهم وتربيتهم والإنفاق عليهم واعتبر ولد الزنا ومجهول النسب كامل الشخصية الحقوقية، ويتمتع بحقوقه المادية والمعنوية، فله الإرث من أمه وله إمامة الناس في الصلاة فلا يؤخذ بجريرة غيره، ولا ينقص من شأنه بذنوب لم يرتكبه هو نفسه، وكل تلك الحقوق والاعتبارات تعبده عن الشعور بالضعف والنقص والحقد والتأثر والانطواء¹ وذلك من خلال نظام الكفالة.

إثنى عشر: ولو سلمنا فرضاً باعتبار البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا للزاني، فهل نستطيع أن نقيم حد الزنا على الزاني بناءً على نتائجها، هذا الأخير - حد الزنا - له ضوابط في الشريعة الإسلامية وهي شهادة أربع شهود بأنهم رأوا الحادث عياناً، فكأنّ الحد ليس عقوبة على مجرد الفعل، بل عليه وعلى الإعلان به أو اعتراف الزاني وإقراره به، وهذا لا يتحقق عن طريق اختبارات البصمة الوراثية².

وبهذا يترجح قول الجمهور، مع الأخذ بالاعتبار بالملاحظات التالية³:

1- من دخل في الإسلام حديثاً وكان له أولاد من الزنا، كما هو الحال في كثير من المجتمعات غير المسلمة، جاز لهم استلحاقهم، وفقاً لما جاء عن عمر رضي الله عنه أنّه كان يليب أولاد الجاهلية بمن استلحقهم، ولأنّهم يعتقدون حله قبل الإسلام، ولأنّ الإسلام أقرّ الناس على أنسابهم مع انتشار السفاح، وكثير من الأنكحة باطلة في الجاهلية، وفي هذا التشجيع على الدخول في الإسلام وحل الإشكالات الواقعة بين الكثير من المسلمين الجدد الذين ابتلوا بهذه البلية، وقد نص المالكية على ذلك قال ابن قاسم: « وجه ماروي عن عمر بن الخطاب أن لو أسلم أهل دار من أهل الحرب كان ينبغي أن يصنع بهم ذلك؛ لأنّ عمر قد فعله وهو رأي»⁴.

¹ - العربي بخني: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

² - محمد فنخور العبدلي: الحمض النووي أو البصمة الوراثية هل يثبت به النسب، مرجع سابق، ص 25.

³ - محمد محمود أبو ليل: استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص 187.

⁴ - مالك بن انس بن مالك بن عامر الأصبحي: المدونة الكبرى، تحقيق: زكرياء عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، د ط، د ت ن، (ج 8/ص 340).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

2- إن الزاني اذا استلحق ولد الزنا دون أن يذكر الزنا صح الاستلحاق قضاء إذا توفرت الشروط الأخرى.

3- إذا استلحقه الزاني فلا يجوز -أي الولد- الزواج من ابنة الزاني لأنها تصبح أخته، في حين ان لم يستلحقه فقد وقع الخلاف بين الفقهاء على قولين:

أ- لا يجوز مثل هذا الزواج؛ لأنّ الزنا يوجب التحريم وتثبت به المصاهرة فماء الزنا يحرم كما يحرم ماء النكاح، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة وقول عند المالكية¹.

ب- أنّ ماء الزنا لا حرمة له، فيجوز أن يتزوج من ابنة الزاني إذ أن ماء الزنا لا يحرم كما يحرم ماء النكاح وهو قول مالك في رواية والشافعي وربيعه وأبي الثور².

وعليه إن أثبتت البصمة الوراثية الأبويين البيولوجيين فتكون كذلك بيّنت الزانيين، ولكن لا نستطيع إقامة الحد عليهما بناء على نتائجها إذ لا تقام بها حدود ولا قصاص³.

وعليه من كل ما تقدم يبقى الرأي الصائب عدم إلحاق ولد الزنا بالزاني فالنسب أمر جليل وثبوته لا يكون إلا بالطرق الصحيحة التي أقرها الشرع، وحتى ولو أثبتت القرائن أنّه من الزاني فلا يلحق به.

إذا كان إلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي عرف تباين في الآراء بين معارض لذلك ومؤيد وحتى بين الفقهاء المعاصرين ومع ظهور البصمة الوراثية، فهل هو الحال نفسه من الناحية التشريعية والقضائية؟ أم أنّ ظهور البصمة الوراثية أعطى للتشريع والقضاء منجى آخر؟ وهذا ما سوف نجيب عليه في المبحث الثاني.

¹ - ابن عبد البر: الاستنكار، (ج5/ص463)؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص117).

² - ابن عبد البر: الاستنكار، (ج5/ص463)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج1/ص293)؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص117).

³ - توصيات الندوة الفقهية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية، أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الكويت، (ج2/ص105)؛ محمد فنخور العبدلي: الحمض النووي أو البصمة الوراثية هل يثبت به النسب، مرجع سابق، ص25.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المبحث الثاني: التكيف القانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

عنيت التشريعات بتنظيم أحكام النسب لما له من أهمية في حياة هذه المجتمعات، وقد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية التي بدورها نظمته تنظيمًا دقيقًا لعظم شأنه، ولم تتركه لأهواء الأفراد ونزواتهم، فبيّنت الطرق المشروعة لتحقيقه وما يترتب عليه من حقوق وواجبات، كما وضحت طرق إثباته من فراش وبينة وإقرار.

ويظهر البصمة الوراثية وما كان لها من تأثير في موضوع النسب، بما تتميز به من دقة عالية في إثبات العلاقة بين الولد ووالديه، وبالتالي تحديد نسبه، اتجهت التشريعات والمحاكم إلى إقحام هذه الوسيلة في مجال منازعات الأبوة والنسب باعتبارها وسيلة من وسائل إثبات ذات حجية قوية في هذا المجال.

المطلب الأول: الاتجاه المعارض لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

إنّ غالبية هذه التشريعات تستمد أحكام الأحوال الشخصية، ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، وقد أخذت هذه التشريعات وتبنّت مذهب جمهور الفقهاء القائل بعدم إثبات نسب ولد الزنا من إبيه الزاني، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى الفرع الأول موقف التشريع القضاء الجزائري، وفي الفرع الثاني: لموقف التشريع والقضاء المقارن.

الفرع الأول: التشريع والقضاء الجزائري:

رغم اهتمام المشرّع الجزائري بمسألة النسب، أين حصر طرق إثباته في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، بالزواج الصحيح والإقرار والبيّنة والنكاح بشبهة، إلّا أنّ الواقع يبيّن أنّ هناك حالات يصعب إثبات نسب الولد فيها خاصة في حالة إنكار الأب أو الأم لنسب ذلك الولد، لا سيما في العلاقات الجنسية غير الشرعية مما يجعل طرق إثبات النسب المذكورة لا تحل جميع قضايا إثبات النسب.

ولهذا أجاز المشرّع الجزائري في التعديل الأخير اللجوء إلى الطرق العلمية والتمثلة في تقنية البصمة الوراثية لإثبات النسب.

الفقرة الأولى: في التشريع الجزائري:

أولاً: في قانون الأسرة: لم ينظم المشرّع الجزائري المسألة المتعلقة بنسب ولد الزنا، في أي مادة من مواد القانون، إلّا من باب الإشارة عرضاً في مواطن متفرقة من مختلف التشريعات، كقانون الأسرة في باب النسب ضمن المادة 44، وفي موضوع الكفالة طبقاً للمواد 119

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
و120، وقانون الحالة المدنية حسب المواد 64 و67، بالإضافة إلى قانون العقوبات في
المادة 442، ثم في قانون الجنسية، وقد تطرقنا لهذه المواد في الفصل الأول من الباب
الأول.

وبالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب، وباستقراء المادة 40 من قانون الأسرة اكتفى
بتعداد طرق إثبات النسب سواء منها التقليدية أو الحديثة "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو
بالإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33،
34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"¹، وأيضاً نص
المادة 44 من نفس القانون: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول
النسب، ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

ما يلاحظ على هاتين المادتين أنّ الولد ومهما كان، سواء ولد من زواج صحيح أو
شبهته، أو كان ولد زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار أو عن طريق البصمة الوراثية في حالة
إنكار الأب ادّعاء الولد الناتج من مائه، حيث أجاز قانون الأسرة إثبات النسب بطريقة
الإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر
شروطين أساسيين هما أن يتعلق الإقرار بطفل مجهول النسب، وشرط أن يكون الإقرار يقبله
العقل أو العادة².

وبالتالي ما يمكن قوله أنّ المشرّع الجزائري يقرّ لهذا الأخير بحق الانتساب إلى أبيه،
لكن بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، حيث اشترطت لثبوت نسب الولد
لأبيه وجود عقد زواج صحيحاً وشبهته، فيفهم من ذلك أن نسب ولد الزنا لأبيه غير مقبول،
وبالرغم من هذا الغموض فالمشرّع الجزائري تبني موقف الفقهاء الرافض لانتساب ولد الزنا
إلى أبيه.

وبالرجوع إلى الفقرة التي استحدثها المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.أ.ج نجد أن
ذلك يتضمن أمرين أحدهما أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية يتم بإشراف القاضي وتوجيهه،
ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، وثانيها أن البصمة الوراثية قرينة
كسائر القرائن تخضع للسلطة التقديرية للقاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية. ومعنى هذا أنّه
لا يمكن أن تقدم تلك الطريقة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت

¹ نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 83.

² سعد عبد العزيز: مرجع سابق، ص 103، 104.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

النسب، ويظهر قصد المشرع من خلال نص المادة 40 سالفه الذكر، وذلك بإبقائه الأدلة الشرعية في الفقرة الأولى من المادة¹. ولو كان قصد المشرع اعتبار الطرق العلمية دليلا شرعيا قائما بذاته لتم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في فقرة معا وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان الأدلة الشرعية كما هو الحال في نسب المجهول أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية، وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أطراف الدعوى للكشف عن حقيقة النسب فإن له أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه مبنيا على أسباب سائغة².

كما أن له السلطة التامة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك إعمالا للمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة القرار في تقدير الأدلة والأخذ بها³.

ثانيا: في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

1- الإجراءات المتبعة لرفع دعوى النسب: تناول المشرع الجزائري هذه الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي كالاتي:

أ-الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى إثبات النسب إقليميا ونوعيا: ومنه سوف نتناول الاختصاص الإقليمي والنوعي للجهة القضائية في مسائل إثبات النسب:

أ-1- الاختصاص الإقليمي للمحاكم في دعاوى النسب: يعني ولاية جهة قضائية، للنظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها بشكل عام يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن⁴ المدعي عليه، وبالرجوع إلى نص المادة

¹ - تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

² - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، د ط، 2010، ص 193، 192.

³ - المرجع نفسه، ص 193.

⁴ - تناول المشرع الجزائري مسألة الموطن في المواد من 37 إلى 39، لكن بموجب القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، تم تعديل المواد 37، 38، 39 حيث أصبحت المادة 37 تنص على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

490¹ ق إ م إ تنص على أنه: "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو الأبوة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعي عليه"، من خلال هذا النص نجد أنه يتحدث عن أنواع النزاعات التي تثار بشأن النسب عموماً، وكذا الجهة القضائية المختصة بنظر تلك النزاعات كالاتي:

✓ **دعوى إثبات النسب:** أو الاعتراف به بنوة كانت أو أمومة لشخص مجهول النسب، والملاحظ أن هذه المادة تطابقت في مضمونها مع نص المادة 44 من قانون الأسرة، فيما يتعلق بإثبات النسب بالإقرار، ولكن ما يلاحظ أنه لم يتم الإشارة من خلال نص المادة 490 من ق إ م إ إلى الإقرار بالنسب في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة.

✓ **دعوى إنكار الأبوة:** وهي حق للأب في أن ينفي النسب عنه.

أما فيما يتعلق بالجهة المختصة، فقد حدد نص المادة السالف ذكره أن المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، ويعني ذلك أنه على المدعي أن يعلم عندما يخص الأمر نزاع حول النسب ثبوتاً وإنكاراً، كوطن المدعي عليه.

أما نص المادة 491 من نفس القانون فأكدت على أنه: "ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور النيابة العامة، وفي جلسة سرية..."، وبالتالي أكدت هذه المادة على ما جاءت به نص المادة 03 مكرر التي نصت على أنه: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام القانون، وتعد أحكام النسب من قانون الأسرة². وهو نفس النص في القانون المغربي، إذ نص على وجوب النيابة العامة، كطرف أصلي في جميع قضايا الأسرة³.

ومنه فإن حضور ممثل النيابة العامة، طبعاً بمراعاة درجة التقاضي في هذا الخصوص ضروري عند النظر في منازعات النسب، إن دور النيابة العامة في مثل هذه القضايا، لا يقتصر فقط على تقديم الالتماسات أو الاعتراضات بل له بعد اجتماعي فعال بحيث يشعر الحضور، أي المتواجدون بالجلسة بأن المجتمع ممثلاً قائماً بدوره القانوني

التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

¹ ينظر المادة 490 من القانون رقم (09/08) مرجع سابق، ص 49.

² سائح سنقوقة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08)، الجزائر، دار الهدى، ط1، 2001، ص 442.

³ دليل علمي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، مرجع سابق، ص 18.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
والعملي، والردعي منه، التربوي...، وغير أن الواقع أثبت في كثير من الأحيان بأن ممثل
النيابة يكاد لا يحرك ساكناً بالجلسة، يحضر كشخص ملاحظ وحتى تعطي له الكلمة فيكتفي
بالقول ألتمس تطبيق القانون، في الوقت الذي ينتظر منه تقديم مرافعة تتضمن موضوع
النزاع المطروح وملابساته وظروفه وأساسه القانوني إن وجد ليقوم في النهاية، بما يقرره
الموضوع إيجابياً وسلبياً¹.

أما فيما يتعلق بالسرية، فهذا ناتج عن الطبيعة الخاصة لمثل هذه القضايا التي تتعلق
بحالة الأشخاص وحفاظاً على سمعتهم وشرفهم².

أ- 2- الاختصاص النوعي في الدعاوى المتعلقة بالنسب:

الاختصاص النوعي من النظام العام إذ لا يجوز بأي حل، وللقاضي أن يثيره من تلقاء
نفسه، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى وبهذا الخصوص جاء نص في ق إ م وإ على:
"عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة
كانت عليها الدعوى"³.

تنص المادة 433 من ق إ م وإ على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص
في الدعاوى الآتية:

- دعاوى إثبات الزواج والنسب..."، ولقد نص في هذا الإطار المشرع المصري، بمقتضى
المادة 3 من القانون رقم 10 لسنة 2004، أن محكمة الأسرة دون غيرها الاختصاص
بنظر جميع دعاوى الأحوال الشخصية، ومنها بلا شك دعاوى النسب، وهي محكمة ابتدائية
في تشكيلها وتتشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية⁴.

ومنه فإن قسم شؤون الأسرة في المحكمة هو من يرجع له الاختصاص في دعاوى
النسب، سواء بالاعتراف بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب⁵.

¹ - سائح سنقوقة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08)، مرجع سابق، ص 442.

² - عبد الرحمن بريارة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار بغداد، ط2، 2009، ص 355.

³ - ينظر المادة 36 من القانون رقم (09/08)، مرجع سابق، ص 5.

⁴ - قانون 10 لسنة 2004، يتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 12، 18 مارس 2004، ص 5.

⁵ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 443.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الثانية: في القضاء الجزائري:

أمام سكوت المشرع الجزائري عن نسب ولد الزنا وجد القضاء نفسه يتحمل وحده مسؤولية الحكم في قضايا نسب أولاد الزنا، وما درج عليه القضاء الجزائري، من خلال قرارات المحكمة العليا هو عدم إلحاق ولد الزنا بأبيه الزاني، وذلك كونه نتاج علاقة غير شرعية قائمة خارج نطاق الزوجية، وهو ما يمكن استخلاصه من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، منها قرار المحكمة العليا 1984/10/08 حيث جاء فيه: "...من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا باطلا ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فإنّ القضاء بما يخالفه يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ كان الثابت في قضية الحال أنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاد للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه فهو تقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون بدون إحالة..."¹

كما جاء في قرار آخر 1998/11/17 والذي جاء فيه: "لما تبين في قضية الحال أنّ مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة، لأنّ الزواج تمّ 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07،...وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب، لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون"².

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 34137، بتاريخ: 1984/10/08، م ق، 1989، عدد 4، ص 79. أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث تعديلات...، المرجع السابق، ص 164. وجاء في قرار لها أنّه: "من المقرر شرعا، أنّه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج، من علاقات جنسية بل هو مجرد حمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد..." أنظر: المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 34046، بتاريخ 1984/11/19، م ق، 1990، عدد 1، ص 67، أشار إليه: بلحاج العربيين المرجع نفسه، ص 171. حيث جاء في قرار آخر: "...أنّ البنت ازدادت أربعة وستون يوما من تاريخ الزواج أي بأقل من ستة أشهر، وهي أقل مدة الحمل، وأنّ الإتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا، وأنّ الزنا لا ينسب لأبيه ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن". المحكمة العليا: غ.أ.ش، ملف رقم: 35087، بتاريخ: 1984/12/17، م ق، عدد 1، ص 86، المرجع نفسه، ص 181.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 210478، بتاريخ: 1998/11/17، م ق، 2001، ع.خ، ص 85. أشار إليه: جمال السائيس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، (ج2/ص 454).

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

ومن كل هذه القرارات السابقة يتضح أخذ القضاء بما ذهب إليه أغلبية الاجتهاداتالقضائية العربية وهو تبني الرأي القائل بعدم إلحاق ولد الزنا، سواء باستخدام الأدلة الشرعية أو عن طريق اختبارات البصمة الوراثية، وذلك لعدم وجود نص تشريعي في هذا الخصوص. وهكذا يتضح أنه رغم سكوت المشرع عن هذه المسألة، إلا أن القاضي مجبرا على إخضاع حكم لما تميله النصوص الشرعية، حيث يستشف من أحكام الشرع بخصوص نسب ولد الزنا، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام لولد الزنا باعتبارها وسيلة وقائية ووسيلة إثبات بطريقة لا تقبل الشك¹.

وسارت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها إلى غاية سنة 2006، حيث سار القضاء على عكس متبناه في القرارات السابقة إذ اعتمد على الخبرة الطبية لإثبات نسب ولد الزنا وجاء في قراره 2006²/03/05، جاء فيه: « المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ولا ينبغي الخلط بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من نفس القانون، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية خاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر، ولكل واحد منها آثار شرعية كذلك، ولما ثبت من قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة، فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه...»³.

هذا القرار أثار العديد من الردود بين من رآه صائبا ويعتبر قرار تاريخيا، وبين من يراه أنه مخالف لأحكام الشريعة، وإعمال غير صحيح للبصمة الوراثية، حيث نجد أن البعض أكد على أن المحكمة أحسنت صنعا في هذا القرار الاجتهادي، عندما اعترفت بدور هذه الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب وبدون منازع المادة 02/40 من قانون الأسرة، فإنه مع تطور التجارب المخبرية والبيولوجية لفحوصات (ADN)

¹ - تشوار جيلالي: نسب الطفل في القوانين المغربية...، المرجع السابق، ص 26؛ بوجلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 139.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 355180، بتاريخ: 2006/03/05، م ق، 2006، عدد1، ص 469. أشار إليه: بلحاج العربي: قانون الأسرة وفقا لأحدث تعديلات...، المرجع السابق، ص 169.

³ - باديس ذبابي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب...، مرجع سابق، ص 99، 100.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

التي أصبحت لا تتناول مجرد عينات الدم، وإنما الخصائص الجينية الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجال للشك حول هوية والدي الطفل المتنازع عليه¹.
إلا أنّ ذات القرار كان محل تساؤل حول سبب التحوّل الجديد في قضاء النقص والمتمثل في إلحاق ولد الزنا بعدما كان يرفض إثباته². كما وجه لهذا القرار العديد من الانتقادات نذكر أهمها:

✓ جاء هذا القرار باجتهاد معاكس تماما لما كان عليه الأمر في السابق، والمتعلق في جعل البينة متمثلة أساسا في شهادة الشهود فحسب، ولا يمكن أن تتعدى إلى أمور أخرى كالخبرة الطبية مثلا.

✓ إنّ القرار تبني الرأي المخالف القائل بأن ولد الزنا يلحق بالفاعل إذا ادّعه ولا فراش يعارضه، وذلك ما سار عليه العديد من الفقهاء، ولكن هؤلاء اشترطوا شروط لصحة الإستلحاق، خاصة أنه يجب أن لا يعلم أو يصرّح بأن هذا الولد ولده من زنا، كما أنّه يجب أن لا ينكر الأب هذا الولد³.

في المقابل فقد تبين فيما بعد تراجع المحكمة العليا من موقفها الأخير القاضي باعتماد الدليل العلمي لإثبات النسب الطبيعي، وتبنيه الرفض السابق، وهو ما يظهر من عدة قرارات لها منها، القرار الصادر في 2008/11/12 وأقرّت: « بأنّه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب إلاّ إذا كان الزواج شرعيا... ويجب أن تكون العلاقة التي تربط المرأة بالرجل المراد إلحاق ذلك النسب به شرعية.. »⁴.

كما جاء في قرار آخر في 17/12/2015 السابق الإشارة إليه في قضية الطاعن (أ) ضد المطعون ضدها (ع. ز) و(ح. ف) وريثتي (ح. ع)، حيث جاء تسيبيه: « ...وهي طرق مباشرة يخضع كل طريق منها لشروط وأحكام يتعيّن على من يطالب بإثبات النسب

¹ - العربي بلحاج: الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 2012، ص 43.

² - ينظر: المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 35087، بتاريخ: 1984/12/17، م ق، 1990، عدد10، ص86 حيث جاء فيه: "أن ابن الزنا لا ينتسب إلاّ لأمه". أشار إليه: بوجلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 139.

³ - باديس ذيابي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 101، 102.

⁴ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 467780، بتاريخ: 2008/11/12، م ق، 2012، عدد 1، ص 194. أشار إليه: خالد صفاء هاجر: مرجع سابق، 140.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

تحديد السبب أو الطريق القائم على أساسه الطلب، وليس من بين هذه الطرق التي يثبت بها النسب، العلاقة غير الشرعية التي لا توصف بأنها وطء شبهة أو وطء بالإكراه وفق ما انتهى إليه اجتهاد المحكمة العليا. حيث أنه وبالرجوع إلى القرار الصادر عن المجلس بتاريخ 2009/05/05 القاضي بالخبرة... وبالتالي فطالما أن المقر أكد أن علاقته بوالدة المقر له الطاعن هي علاقة غير شرعية، وهي بذلك توصف بأنها زنا...، فإن النسب في هذه الحالة لا يثبت للمقر له ولو كانت نتيجة تحاليل الحمض النووي المأمور بها بالقرار التحضيري إيجابية¹.

من خلال القرار الحالي، يظهر أن المحكمة العليا لا تعترف بالعلاقة غير الشرعية لتكون سببا لثبوت النسب أصلا، ولا علاقة في ذلك لطبيعة الدليل المستخدم، لأن ولد الزنا لا يلحق بأبيه حتى ولو أكدت نتائج البصمة الوراثية علاقة الأبوة بين الولد وأبيه المزعوم².
ومما تقدم لا يمكن القول بإلحاق ولد الزنا ولو بالبصمة الوراثية، وذلك للمحاذير الشرعية التي تترتب عن هذا الإلحاق والتي على رأسها هدم نظام القرابة وتفشي الرذيلة والفاحشة وانحلال الأسر والمجتمعات وغيرها من المحاذير الشرعية التي من أجلها شرعت الحكمة من تحريم الزنا، وإذا كان كلما سبق يدور حول كون الزنا برضا الطرفية أي الزاني والمزني بها.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور نذير حمادو في إحدى مداخلته حول نفس الموضوع، فإن إثبات النسب لولد الزنا يفتح الباب واسعا للفجور بمساعدة المرأة الزانية في إلحاق ولدها بمن حصلت مواقعه إياها، مما يؤدي إلى إزالة إحدى المعوقات الطبيعية في طريق فاحشة الزنا بتشريع يزيد الزانية اطمئنانا ضمنه لها القانون سلفا بإلغاء عقوبة الزنا المقررة شرعا، بالإضافة إلى التشهير بأحد الوالدين أو كليهما، ومن ثم إثبات الرذيلة قضائيا وإذاعتها اجتماعيا³.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 0940101، بتاريخ: 2015/12/17، غير منشور، الملحق رقم 9، ص225،

228. أشار إليه: بوجلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 140.

² - بوجلال علي، المرجع نفسه، ص140.

³ - باديس نياي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفرع الثاني: في التشريع والقضاء المقارن:

فمن المعلوم بأن غالبية الدول العربية تستمد أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، وقد تبنت تلك التشريعات حكمها في هذه المسألة على مذهب الجمهور القائل بعدم اثبات نسب ولد الزنا من أبيه الزاني. وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

الفقرة الأولى: التشريع والقضاء المغربي:

نتطرق أولاً لموقف التشريع المغربي من حكم إثبات نسب ولد الزنا عن طريق البصمة الوراثية، ثم لوقف القضاء منه.

أولاً: التشريع المغربي: إذا كان المشرع المغربي بموجب المادة 146 من مدونة الأسرة والذي جاء فيها: « تستوي البنوة للأُم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة علاقة شرعية أو غير شرعية» وبذلك فالمشرع سوى الطفل غير الشرعي وجعله في نفس المرتبة مع الطفل الشرعي في مواجهة والدته. لكنه في المقابل قد ميّز بين هذا الطفل والطفل الشرعي بخصوص طبيعة وآثار علاقته بوالده حسب المادة 148 والتي تنص على أنه « لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر البنوة الشرعية» وهو بذلك يكون قد أقبر كل علاقته له بوالده وجعله في مرتبة دونه مقارنة له بالطفل الشرعي في مواجهته.

إضافة إلى ذلك قام المشرع بتمييز واضح بين معنى النسب والبنوة¹، كما وضحنا سابقاً، والمشرع يكون بذلك حد النسب وقصره على الأب دون الأم، فالأب لا تثبت له إلا البنوة الشرعية²، وعليه، إذا توفرت أسباب لحوق النسب كالفراش والإقرار والشبهة يلحق الولد بوالده، وإذا إنتفت فإن الولد تترتب عليه أحكام البنوة غير الشرعية للأُم فقط دون الأب. وبذلك فإن مدونة الأسرة وعلى غرار مدونة الأحوال الشخصية المعدلة تكون قد أخذت برأي جمهور الفقهاء القائل بانتفاء النسب³.

¹ حيث عرف النسب في المادة 150 قال: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف" أما بالنسبة للبنوة فقد قرر في المادة 142 من نفس المدونة ما يلي: "تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية غير شرعية".

² نصت المادة 144 من مدونة الأسرة على أنه: " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالة قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة عن النسب شرعاً".

³ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الولد يكون ثمرة علاقة سفاح ينتفي نسبه شرعاً، فلا ينتسب إلى أي أب في جميع الأحوال سواء كانت أمه متزوجة أم غير ذلك وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والرأي الغالب في مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

وبناء عليه فالمدونة بذلك تكون قد حرمت الطفل الناتج عن الزنا من الحق في النسب بصفة صريحة رغم أن اتفاقية حقوق الطفل تعترف بهذا الحق لجميع الأطفال دون تمييز وبهذا فإن مصالح الآلاف من الأطفال الطبيعيين أو غير الشرعيين ستضرب عرض الحائط. فبإنتفاء النسب الشرعي تنتفي كل الحقوق الأخرى ما عدا تلك التي تتمخض عن علاقة الولد بأمه.

ثانيا: في القضاء المغربي: إذا كانت مدونة الأسرة واضحة في تبنيها لنفي نسب ولد الزنا سواء عن طريق الوسائل الشرعية أو تحليل البصمة الوراثية والذي كان محط خلاف فقهاء المسلمين، فإنه يبقى من الضروري البحث في موقف القضاء المغربي حتى نجزم هل يأخذ قطعيا بنفي نسب الولد الطبيعي أم أن هناك أحكاما خالفت هذا المبدأ.

جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/10 عدد 310¹ جاء فيه: «حيث إن المحكمة لما ثبت لها أن المطلوب في الطعن قد عقد على الطاعنة في 1993/02/02 حسب رسم النكاح وأن الولد...ازداد في 1993/05/26، أي في أدنى أمد الحمل الشرعي وهو ستة شهور من تاريخ العقد، ونفت بذلك نسبه إلى المطلوب في الطعن، تكون بصنيعها هذا قد طبقت مقتضيات الفصلين 84 و85 من مدونة الأحوال الشخصية، وجاء بذلك قرارها على أساس، ومعللا تعليلا سليما، وما أثير بشأن الإقرار بالاتصال الجنسي بين الطرفين قبل إبرام عقد الزواج لا يوجب أثرا، لأن الولد يثبت نسبه الشرعي لوالده إذا ولد على الفراش الصحيح أو ما يلحق به، ولا يثبت بعلاقة الفساد، فوجوب لذلك رفض الطلب».

فالاعتراف بالاتصال الجنسي قبل تاريخ عقد النكاح هو تصريح بوجود علاقة زنا مما تنتج عنه مانع النسب إذ ولد من هذه العلاقة غير الشرعية. وهو نفس النهج الذي سلكه قرار آخر والذي أكد على أن الحمل الناتج عن علاقة غير شرعية لا يلحق نسبه بالرجل الذي تسبب فيه عن طريق الزنا قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2007/07/18² جاء فيه: «...بأن الطالبة لم تثبت بطنجة المقبولة شرعا طبيعية العلاقة التي كانت تربطها بالمطلوب وأثبتت بناء على ذلك، أن تلك العلاقة كانت غير شرعية باستنادها على الحكم الجنحي والذي توبعت الطالبة بموجبها مع المطلوب من أجل الجنحة الفساد، ... وإستنتجت من ذلك أن الحمل الذي ظهر خلال هذه الفترة كان نتيجة علاقة غير شرعية، ولا يمكن إلحاقه بالمطلوب،... ولم تكن

¹ - قرار المجلس الأعلى، الملف رقم 2006/1/2/289، بتاريخ: 2006/05/10، عدد 193.

² - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم: 2006/1/2/664، صادر بتاريخ: 2007/07/18، عدد 410.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

في حاجة إلى الأمر بالخبرة الطبية، طالما قد ثبت لديها من خلال وثائق الملف أن الحمل كان نتيجة زنا الطالب، وبالتالي لا يمكن إلحاقه إلا بها حسب المعمول به فقها، ومن ثم يكون قرار المحكمة معللا تعليلا كافيا، ويبقى ما أثير لا أساس له».

فالملاحظ أن المجلس الأعلى قد تبنى في حيثياته قاعدة مفادها (الولد للفرش) وأن (الحد والنسب لا يجتمعان) دون خوضه في الوسائل الأخرى كالاقرار بالبنوة أو إجراء خبرة في الموضوع.¹

وسار القضاء المغربي على هذا المبدأ في قراراته إلى غاية سنة 2017 حيث أصدر، أول حكم قضائي يقضي بالاقرار بالبنوة البيولوجية للأب غير الشرعي لولد ناتج عن علاقة غير شرعية وتأسيسا على هذه البنوة الطبيعية قضت المحكمة المذكورة على الأب لفائدة الأم بتعويض قدره مائة ألف درهم عن الضرر الذي لحقها من جراء إنجاب ناتج عن هذه العلاقة اعتمادا على نتائج الخبرة الطبية؛ كما اعتمدت الهيئة القضائية، المكونة من ثلاثة قضاة، على حيثيات غير مسبوقة، معللة قرارها بنصوص من اتفاقيات دولية متعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب، ودستور 2011، خاصة الفقرة الثالثة من المادة 32، مقرة حق الطفل الطبيعي في معرفة والديه البيولوجيين.²

وما ميّز هذا الحكم وجعله سابقة في تاريخ القضاء الأسري هو قضاؤه أيضا بالتعويض للأب بدلا عن النفقة للابنة، إذ رفضت المحكمة طلب المدعية (الأم) بإلزام المدعى عليه بتحمل نفقة البنت، وعلّلت المحكمة قرارها بكون النفقة من آثار النسب الشرعي، والتجأت الهيئة القضائية في الحكم بالتعويض، لأول مرة، إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية لتلزم الأب البيولوجي بدفع تعويض للمدعية نتيجة مساهمته في إنجاب طفلة خارج إطار مؤسسة الزواج.³

¹ - بلحساني الحسين: «قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة»، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، العدد 2002، ص 114.

² - عبد الرحيم الأمين: «إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره من المنظور الشرعي والقانوني»، مجلة القانون المغربي، دار السلام للنشر والتوزيع، عدد 35، 2017، ص 352، 353.

³ - حكم المحكمة، ملف رقم: 2016/1620/1391، بتاريخ: 2017/01/30، عدد 320.

وقائع القضية:

وتعود هذه القضية إلى سنة 2016، حين تقدمت امرأة بدعوى أمام قسم قضاء الأسرة بطنجة، عرضت فيها وقائع إنجابها لطفلة من المدعى عليه خارج إطار الزواج، موضحة أنه رفض الاعتراف بابنته رغم الخبرة الطبية التي تثبت نسبها إليه، ملتزمة من المحكمة، الحكم ببنوة البنت لأبيها، وأدائه لنفقتها منذ تاريخ ولادتها.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

في المقابل أصدرت قرارا يقضي بإلغاء الحكم المستأنف ويحمل المستأنف عليها بأداء المصاريف على الدرجتين، بعدما كانت قد نالت حقها في التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء إنجاب ناتج عن علاقة غير شرعية حسب القانون المغربي.

وكان المعني بالأمر (ص. ي) قد استأنف الحكم الذي صدر ضده في المرحلة الابتدائية لصالح (م. ن)، ونال حكماً لصالحه بعد عشرة أشهر من الاستئناف بمحكمة طنجة. وكان الحكم الابتدائي، غير المسبوق، قد اعتمد على عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب، مُقرأً بحق الطفل الطبيعي في معرفة والديه البيولوجيين، ووضع حداً لاجتهاد قضائي ترسخ على مدى أزيد من 60 سنة، منذ صدور مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب¹.

هذا الاجتهاد كان يقضي بعدم قبول الاعتراف بنسب الأطفال المولودين خارج إطار مؤسسة الزواج، وإعفاء آبائهم من أي التزامات تجاههم لكونهم أبناء غير شرعيين يلحقون بنسب أمهاتهم؛ إذ تشير المادة 148 من مدونة الأسرة أنه لا يترتب عن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

لكن بصدور قرار محكمة الاستئناف بطنجة، يكون القرار التاريخي الذي شكل سابقة في القضاء المغربي للمحكمة الابتدائية قد تبخر، إلا إذا نالت قراراً إيجابياً من طرف محكمة النقض مستقبلاً².

ومنه من خلال ما تقدّم نلاحظ أنّ المشرّع المغربي لم يقَر بولد الزنا إذا لم يثبت الولد لأبيه بأي طريقة من طرق إثبات النسب المذكورة سابقاً. وعليه البنوة تكون لولد مجهول

وخلال مراحل الدعوى، أجاب الأب (المدعى عليه) بأن طلب المدعية غير مؤسس قانوناً، معتبراً أن الخبرة الطبية وإن أثبتت العلاقة البيولوجية بينه وبين البنت، فإنها لا تثبت العلاقة الشرعية، وأن النسب في مدونة الأسرة يثبت بالزواج الشرعي، وأن البنوة غير الشرعية ملغاة للأب، ولا يترتب عنها أي أثر.

وأدلى المدعى عليه بحكم محكمة قضي بإدانتته من أجل جنحة الفساد طبقاً للفصل 490 من القانون الجنائي، ملتصقاً عبر دفاعه رفض الطلب. أصدرته محكمة الأسرة بطنجة مع تعويض لفائدة الأم، أول حكم في المغرب بينوة طفلة من علاقة خارج إطار الزواج للأب، جريدة الصحراء، جريدة الإلكترونية مغربية، الجمعة 24 فبراير 2017 - 13:02 تاريخ الإطلاع: 16/جوان/2020، على الساعة، 00:42 <http://www.assahraa.ma/journal/2017/203545>

¹ - يوسف لخضر: «استئنافية طنجة تلغي "حكماً تاريخياً" لفائدة طفل مولود خارج الزواج»، جريدة هسبريس، جريدة الإلكترونية مغربية، الخميس 12 أكتوبر 2017 - 12:30، تاريخ الإطلاع: 16/جوان/2020، على الساعة 00:42، <https://www.hespress.com/societe/367670.html>

² - يوسف لخضر: المرجع نفسه.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

النسب وهذا شرعا وقانونا يتم بالاستلحاق غير أن الاستلحاق بمفهوم المخالفة لا يلحق النسب إذا كانت العلاقة الجنسية غير الشرعية أي أنّ الولد ولد زنا وإذا تم استلحاق فلا يعتد بذلك قانونا وشرعا، وولد الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول الشيخ خليل: "إنّما يستلحق الابن مجهول النسب" ولا يترتب حتى في حالة الاستلحاق للبن غير الشرعي إلى أبيه أي أثر من الآثار التي ترتب في البنوة الشرعية، وحتى فيما يتعلق بالبصمة الوراثية فإنّ هذه لا تغني عن العلاقة الشرعية.

لكن في المقابل نجد أنّ المشرّع المغربي وضع استثناءا تحت غطاء الشبهة كتبرير لواقع اجتماعي ينحو نحو التسبب والفساد في إباحة التواصل بين الجنسين بغير قيود، حيث استعان القضاء بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب الطبيعي، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 2008/01/02 أنّ الخبرة الجينية تثبت نسب الطفل الناتج عن العلاقة القائمة بين الطالب والمطلوبة متى كانا يتعاشران الأزواج¹.

تجدر الإشارة أنّ هذا الموقف القضائي المتبني لإلحاق النسب الناتج علاقة الخاطب بالمخطوبة قبل إبرام العقد السابق الإشارة إليه، إنّما مردّه التوجه التشريعي الذي جاء به المشرّع المغربي لمّا سوّى بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب حيث نصت المادة 156 من المدونة المغربية على أنّه: «إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة ..» ما يعاب على هذا النص، أنّه جعل الخطبة والتي تعتبر مرحلة سابق لعقد الزواج، في نفس مرتبة الزواج، فيكون بذلك قد مسّ مسألة تتعلق بالكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية عناية فائقة، من خلال أحكام لا يمكن خرقها بأي حال من الأحوال مهما كانت المصلحة، لأنّ مصلحة المجتمع أولى بالاهتمام من أي مصلحة أخرى. والخطبة مهما كانت مدتها وشروطها، فإنها لا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج، وبالتالي فإنها لا ترتب ما يترتب هذا الأخير من آثار بخصوص مسألة النسب².

¹ - قرار شرعي، ملف رقم: 12006/2/591، بتاريخ 2008/01/12، أشار إليه، بوجلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 138.

² - لمزيد من الإيضاح ينظر: عبد اللطيف الودساني: قراءة في مادة 156 من مدونة الأسرة، أشغال الندوة العلمية - القانون المغربي في مطلع القرن الواحد والعشرين - دراسات مهدات تكريما للأستاذ محمد الشافعي، مجلد 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2017؛ أنس سعدون: الظرف القاهر لثبوت النسب الناتج عن الخطبة - قراءة في ضوء العمل القضائي، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 2، 2012؛ أحمد زوكاغي: نسب

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الثانية: التشريع والقضاء المصري:

سنتطرق أولاً لموقف التشريع المصري من إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، ثم لموقف القضاء منه.

أولاً: في التشريع المصري: على الرغم من بقاء البصمة الوراثية بعيدة عن متناول المشرع المصري إلا أنّ المسألة المثيرة للجدل هو أنه لم يتعرض المشرع سواء في قانون الإثبات المصري النافذ¹، أم في قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 1 لسنة 2000²، لمسألة إثبات النسب إلا في حالة موت المورث، أما في حالة حياة المورث، فإن المشرع قد ترك الأمر لما هو معمول به بالراجح من مذهب أبي حنيفة- حيث نصت المادة 7 من القانون المذكور على أنه " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليه إمضاءه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء" من خلال النص يتبين لنا هناك شروطاً ثلاثة يلزم توافرها أو توافرها لبقول دعوى الإقرار بالنسب بعد الوفاة وهي كالاتي:

جود أوراق رسمية تتضمن إقرار المورث بأبوته للولد.

✓ وجود أوراق عرفية محررة جميعها بخط المتوفي (المورث) وتحمل إمضاءه تدل على إقراره بأبوته للولد.

✓ توافر أدلة جازمة تدل على صحة بنوة الطالب، وبهذا فإنّه وفقاً للشرط الثالث فإن المشرع قد رأى إثبات النسب في هذه الحالة إذا توافرت أدلة قطعية جازمة تدل على صحة

الحمل الناشئ أثناء الخطبة، مجلة القضاء المدني، زكرياء العماري، العدد 1، ربيع 2010؛ أحمد زوكاغي: نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة، مناقشة نص تشريعي وتعليق على أحكام قضائية حديثة، العدد 15، نوفمبر 2009؛ أبو جلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 138.

¹ ينظر: المواد 135-162 من قانون الإثبات للمواد المدنية والتجارية المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 الجريدة الرسمية العدد 22 في 30 مايو 1968 وعدل بموجب القوانين التالية، القانون رقم 54 لسنة 1974 المنشورة في الجريدة الرسمية رقم 27 الصادر في 4 يولية 1974، القانون رقم 23 لسنة 1992 م، النشر في الجريدة الرسمية العدد رقم 22 مكررا الصادر في 11 يوليو 1992، القانون رقم 18 لسنة 1999 م المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 19 مكرر *أ* في 17/5/1999.

² ينظر: قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري النافذ رقم 1 لسنة 2000.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
نسب المدعي من مورثه على أن يخضع الأمر في ذلك لتقدير المحكمة، ويشترط لقبول هذه الأدلة، أن تكون قائمة وموجودة قبل إقامة الدعوى وفقا لنص هذه المادة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، غير أنّ هذه المادة لا تفيد العموم في إعمال البصمة الوراثية في الحالات التي وردت فيها مما يعني أنها لا زالت استثناء على الأصل العام.

ثانيا: في القضاء المصري: سوف نعرض بعض اجتهادات محكمة النقض المصرية وذلك بقولها: "إنّ الأصل في القاعدة الشرعية تقضي بإلحاق ولد الزنا بأمه، وفي هذه الحالة يستوي العلم وعدم العلم باسم الأب، فيما يتعلق بنسب الطفل، حيث لا يجوز إثبات نسبه، إذ ثبت (العلم) يقينا بأنه مولود من سفاح"¹.

كما جاء عنها: «أن النسب كما هو مقرر قضاء في جانب المرأة يثبت بالولادة ولا مرد لها، وهو إذا ثبت للزم ولا يحتمل النفي أصلا، وفي جانب الرجل يثبت بالفراش وبالإقرار وبالبيّنة وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي لأنّ النفي يكون إنكارا بعد الإقرار فلا يسمح». كما أنّه من المقرر في قضاء محكمة النقض -كما يثبت في جانب الرجل -بالفراش والبيّنة يثبت بالإقرار ويشترط لصحة الإقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي كما أنّ الإقرار يتعلق به المقر له فيثبت نسبة من المقرّ وينتفي به كونه من زنا². والملاحظ على هذا الحكم أنّه، لا يعترف بصحة الإقرار إذا كان الولد من علاقة غير شرعية، وبالتالي لا يثبت نسبه لأبيه³.

كما أنّه: «من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أنّ الولد للفراش وقد فرغ الفقهاء على هذا الأصل أنّ النسب يثبت بالفراش الصحيح -وهو الزوج الصحيح- وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، - كما فرعوا عليه أنّ

¹ -نصار حسني: تشريعات حماية الطفولة -حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع

الاجتماعي وقواعد الأحوال الشخصية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 1973م، ص 332.

² -صالح كمال البنا: المشكلات العلمية في دعاوى النسب والإرث، القاهرة، دار عالم الكتب، ط1، 2002، ص 84.

ممدوح عزمي: دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، الاسكندرية، دار الفكر

الجامعي، د ط، 2004، ص 72، 73.

³ -صالح كمال البنا: المرجع نفسه، ص 11.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بحجة لأنّ ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت السبب، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً..¹.

أما فيما يتعلق باللجوء إلى إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية فقد دخلت البصمة الوراثية بالفعل في مجال القضاء في مصر ففي سنة 1995م تم انشاء معمل للطب الشرعي والبيولوجيا الجزيئية لإجراء اختبار الحامض النووي، وقام هذا المعمل بالفعل بالكشف عن عدد من القضايا المتعلقة بإثبات النسب، إلا أنّ قواعد التشريع المصري لم يقر صراحة بنجاعة البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، ذلك أنّ نص المادة 3 من مشروع القانون الأحوال الشخصية تنص على أنه: « تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة..²»، كما لا تلزم بإجراء هذا التحليل، ويم ترك الأمر وفقاً لرؤية القاضي لأنّ المشرع المصري أعطاه مساحة كبيرة في حالة اللجوء إلى البصمة الوراثية قصد إثبات النسب، وإن كانت تعتمد على وجود العقد أو شهود يثبتون العلاقة الزوجية. إلاّ أنّه مؤخراً قضت محكمة الأسرة بمدينة نصر، برئاسة المستشار هشام البنا بإثبات نسب توأم (ز، ن) لوالدهما (أ، ع) حيث اعتمدت المحكمة على 3 أسباب في إثبات نسب توأم (ز، ن) (أ، ع)، رفضه إجراء تحليل البصمة الوراثية، شهود الإثبات الموقعين على عقد الزواج، وغياب شهود النفي، وشهادات الميلاد أمام محكمة الأسرة.³

¹ - نقض القرار، رقم: 20 لسنة 29 ق س 13 ص 72، أشار إليه: ممدوح عزمي: مرجع سابق، ص 53، 54؛ نقض الجلسة، 1976/11/13، طعن رقم 18 س 45 ق أحوال شخصية، أشار إليه: المرجع نفسه، ص 68، 69.

² - القانون رقم 01 لسنة 2000، المؤرخ في: 29 جانفي 2000، يتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 20، بتاريخ: 18 ماي 2000.

³ - قضت محكمة الأسرة في مدينة نصر في العام 2015 بإثبات نسب توأم الفنانة زينة لوالدهما الفنان أحمد عز، حاسمة بذلك جدلاً استمر لحوالي عام ونصف.

كم قضت بالنفقة للطفلين سنة 2020، حيث حكمت المحكمة لصالحها بقضية النفقة ويات متوجهاً على عز دفع ما يقارب 50 ألف دولار أمريكي نفقة لأطفاله من الآن فصاعداً. يُمن حلاق: تزوجها بجنيه واحد وأنكر نسب طفليه.. 7 سنوات من المحاكمات القضائية بين أحمد عز وزينة، عربي بوست، تاريخ النشر 2019/08/13 على الساعة 13:51، تاريخ الإطلاع، الأحد، 21 يونيو 2020، على الساعة 11:21-09%81%D9%86-11:21 / <https://arabicpost.net/%D9%81%D9%86-11:21>؛ خالد صلاح: 3 أسباب اعتمدت عليها المحكمة في اثبات نسب توأم زينة لأحمد عز 1- رفضه إجراء تحليل البصمة الوراثية، 2- شهود الإثبات الموقعين على عقد الزواج، وغياب شهود النفي، 3- وشهادات الميلاد أمام محكمة الأسرة. الخميس، 25 يونيو 2015 02:35 الأحد 21 يونيو 2020، على الساعة،

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الثالثة: التشريع والقضاء الإماراتي والكويتي:

نعالج في هذه الفقرة لحكم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية في كل من التشريعية الإماراتي والكويتي:

أولاً: في التشريع الإماراتي: قد جعل القانون الاتحادي الإماراتي بشأن الأحوال الشخصية النافذ رقم 28 لسنة 2005¹ من الوسائل العلمية ومن ضمنها البصمة الوراثية طريقاً لإثبات النسب بشرط ثبوت الفراش، فقد نصت المادة 89 منه أنه: " أنه يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار، أو البيّنة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش"، فتضمن هذا القانون مواد مناسبة لمعطيات العصر مراعيًا التقدم العلمي والطبي، فحددت المادة 91 منه أقل وأقصى مدة الحمل دون أن تغفل عن الاستعانة بالطب الشرعي، إذ نصت على أنه " أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً - سنة ميلادية - ما لم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك " وبهذا يتضح أن المشرع الإماراتي أجاز اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب غير أنه شدد على ضرورة وجود فراش الزوجية وذلك إيعاداً للحالات التي تنتج عن علاقات غير شرعية، كالزنا أو التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج، خاصة وأن في وقتنا الحالي هناك الكثير من الدول التي لجأت إلى إنشاء بنوك للحيوانات المنوية تحفظ فيها هذه الأخيرة لاستعمالها مستقبلاً للحمل إما من طرف الزوجين أو منحها إلى من يعانون العقم أو الاستفادة منها بعد وفاة الزوج².

كما أكد على أنّ الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت يثبت به النسب ما لم يكن المقر له من الزنا³، ومنه فالمشرع الإماراتي أكد على عدم إمكانية انتساب الابن غير الشرعي إلى الزاني أي أبيه البيولوجي، وحتى استعمال الطرق العلمية لا يغني عن العلاقة الشرعية.

1:21-3/25/6/2015/youm7.com/story/أشرف عبد الحميد: رسمياً ويحكم قضائي..أحمد عز والد

طفلي زينة، العربية، تاريخ النشر: 25 ماي 2015، على الساعة 23:00، تاريخ التحديث: 25 ماي 2020، على الساعة

10:25، تاريخ الإطلاع: الأحد، 21 يونيو 2020، على الساعة 11:42

<https://www.alarabiya.net/ar/arab-and-world/egypt/2015/06>

¹ - المادة 89 من القانون الاتحادي رقم 28 لعام 2005 بشأن الأحوال الشخصية الإماراتي، الصادر بتاريخ:

2005/11/19، الجريدة الرسمية، عدد 439، لسنة 35، المؤرخة في: 2005/11/14.

² - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، أبريل 2006، العدد السادس

والعشرون، ص 162.

³ - المادة 90 الفقرة 1، المرجع نفسه، ص 164.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

كما أنه لا يعتد بإقرار الأب الزاني بنسب ابنه غير الشرعي، ويثبت نسبه إلى أمه فقط، حيث يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة، ومنه فإن أي ولد من علاقة غير شرعية يثبت نسبه من أمه فقط، ترثه ويرثها¹.

أما عن استخدام البصمة الوراثية في القضاء الإماراتي، فقد عرضت إحدى القضايا على المحكمة الابتدائية بإمارة دبي، وقد تم اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في هذه القضية التي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 14/06/1996 سافرت المدعية لزيارة أهلها بالهند دون موافقة زوجها، وعند عودتها أخبرته أنها حامل في الشهر السادس، وهو ما حدا بالزوج إلى إقامة دعواه بتاريخ 17/09/1996 طالبا الحكم بعدم نسب الجنين إليه².

طلب الزوج من المحكمة إجراء تحاليل البصمة الوراثية على المولود للتأكد من مدى نسبه إليه، حيث أجابت المحكمة المدعي إلى طلبه، وتم إحالة الأطراف الثالثة إلى المختبر لإجراء التحليل، وجاءت النتيجة تفيد بإمكانية استبعاد المدعي كأب للطفلة، أي أن الطفلة ليست من صلب الرجل المدعي، وعلى إثر ذلك حجزت المحكمة الدعوى للحكم، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن مدة غيبة الزوجة بالهند ثلاثة شهور ونصف وانها كانت حبلى قبل سفرها للهند، فمن ثم لا تعتبر سفرها هذا سببا لإنكار نسب المولود، كما أن الشهادة التي قدمها المدعي لا توضح عدم قدرته على المعاشرة الزوجية، ومن ثم فلا مجال لاعتبار هذه الشهادة دليلا على عدم قدرته على المعاشرة الزوجية³.

ثانيا: أما عن التشريع الكويتي: بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المعدل والمتمم⁴، نجد أنه قد نظم أحكام النسب ضمن المواد 166 إلى 185 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والتي تضمنت طرق إثبات النسب ونفيه ودعاوى النسب، ومن تصفح هذه المواد نجد أنها لم تشر إلى البصمة الوراثية واستخدامها في مجال النسب لا من قريب ولا من بعيد، -بخالف المشرعين المغاربيين الذين أوردوا نصوصا قانونية تسمح

¹ - المادة 90 الفقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

² - أنس محمد ناجي: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2010، ص 287.

³ - المرجع نفسه، ص 288.

⁴ - نشر بالجريدة الرسمية العدد 1570 بتاريخ: 23/7/1984، السنة 30، وعدل بالقانون رقم: 61 لسنة 1996 بالجريدة الرسمية العدد 276، السنة 42، ص 1، والقانون رقم 29 لسنة 2004، الجريدة الرسمية العدد 664، السنة 50، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 852، السنة 54.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
بالجوء إليها- وبالتالي فإن المشرع الكويتي قصر طرق إثبات النسب على الوسائل الشرعية
والمتعلقة أساسا بالفراش والبينة وإقرار.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام القضاء الكويتي في مسائل الأحوال الشخصية، فإننا نجد
أن استخدام البصمة الوراثية أصبح من المسائل العادية، حيث يتم اللجوء إليها في النزاعات
المتعلقة بالنسب.

حيث جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الكويتية ما يلي: «...من المقرر شرعا
وقانونا أن نسب الولد من أبيه يثبت بالفراش وبالإقرار في الزواج الصحيح وهو الزوجية
القائمة بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل، فإذا جاءت الزوجة بولد حملت فيه وقت قيام
الزوجية بينها وبين زوجها يثبت بالفراش نسب ولدها منه ما دامت توافرت شروط ثبت النسب
بنفس الفراش بدون حاجة إلى بيّنة أو إقرار من الزوج بالبنوة...»¹.

بالنظر إلى هذه القضية فإن هذه الشروط متحققة وثابتة، إذ أن كل من الولدين "حامد
وسارة" جاء نتيجة زواج صحيح موثق بوثائق رسمية وولدا خلال الفترة المحددة قانونا
وشرعا، أما بالنسبة للنقطة الثانية التي ركز عليها قضاة المحكمة والمتعلقة بطلب إجراء
اللعان لنفي نسب الولدين "حامد وسارة"، هي مدى توافر الشروط المتعلقة بإيقاع اللعان، إذ
أنه بالنسبة للولد حامد فإن الطاعن لم يقيم بإجراءات اللعان وقتها المحدد قانونا وشرعا،
وهي سبعة أيام من وقت العلم بالولادة أو العلم بالحمل، وهو ما نصت عليه المادة 176²
و177³ من ق أ ح ش ك.

وبالنسبة للبننت "سارة" ، فإن الطاعن ورغم قيامه بإجراءات اللعان التي نص عليها
القانون في وقتها، إلا أنه خالف أحد أهم شروط اللعان المنصوص عليها في المادة 176
سائلة الذكر، وهي شرط "ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمنا" .
وهذا شرط أساسي لنفي الولد وإلا كان الأولى ثبوت الولد لأن هذا من حقوق الولد ألا
يطعن في صحة نسبه، وقد بين الفقهاء مسألة الإقرار الصريح كقوله هذا الولد مني أو هذا

¹ لمزيد من التفصيل ينظر: خليفة الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهي، مرجع سابق، ص 117، 120.
² نصت المادة 176 من ق أ ح ش ك على أنه: "في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو
منحل، أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو
العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمنا".
³ نصت المادة 177 منه على أنه: "يجب أن تتخذ إجراءات اللعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها".

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
ولدي وهو مني، وأما الإقرار الضمني فمثله الحنفية مثل قبول التهنئة عند الولد والتأمين عند دعاء المهني أو قبول الهدايا والأصدقاء¹.

وفي قضية الحال فإن الطاعن قد قام بما يدل على أنه اعترف صراحة بنسب البنت سارة إليه بوقوع البلاغ منه عن والدتها وبالتالي لم يقبل منه نفي النسب.
ونصل بالنتيجة إلى أن القضاء الكويتي ورغم أنه أجاز استعمال البصمة الوراثية في مسائل النسب، إلا أن المكانة الأولى دائما للأدلة الشرعية لإثبات النسب أو نفيه، ولم يركز حكمه تماما على تقرير البصمة الوراثية، ولا يعتبرها دليلا شرعيا لإثبات النسب، وهو ما يتماشى وموقف التشريع الكويتي الذي لم ينص على هذه الوسيلة كدليل من أدلة إثبات أو نفي النسب.

بناء على ما تقدم يمكن القول أنّ قاعدة "الولد للفرش" أصبحت أمرا مسلما في المجتمع الإسلامي بشكل عام والمجتمع العربي بشكل خاص وذلك باعتبارها قاعدة قانونية ودينية تهدف إلى نظام المجتمع وطهارة الأنساب، وتأسيسا على ذلك نجد المحاكم العربية بمختلف درجاتها لا تتردد في رفض أي طلب لثبوت النسب في العلاقات غير الشرعية وهي التي تؤسس على أسباب لحوق النسب الثلاثة بشروطها الموضوعية والإجرائية، بحيث ترفض الاستجابة لثبوت النسب لأي ولادة لا تتوفر فيها شروط إلحاق النسب باعتبارها ناتجة عن علاقات غير شرعية، حتى ولو أقرّ الرجل أو ثبتت بيّنة أو خبرة طبية (البصمة الوراثية)

¹ - خليفة الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 428.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المطلب الثاني: الاتجاه الويد لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية:

لقد ذهبت التشريعات الداخلية لبعض الدول سواء العربية أم الأجنبية¹ إلى وإنزال البصمات الوراثية في إثبات النسب منزلة تساوي منزلة الشهادة والإقرار ومن أبرز هذه التشريعات التونسي والبناني، فضلا عن التشريع الفرنسي الذي جعل من الوسائل العلمية طريقا لإثبات النسب، لذا لا بد من بيان موقف هذه التشريعات، من إثبات نسب ولد الزنا هذا ما سنوضحه في ما يلي:

الفرع الأول: موقف بعض التشريعات الأجنبية:

أصبح الاتجاه الغالب في بعض التشريعات الأجنبية، تميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية، وعلى رأسها البصمة الوراثية، في مجال إثبات النسب ونفيه، بل وقامت هذه التشريعات بتنظيم القضائي بالبصمة الوراثية وأقرتها نصوص خاصة كالتشريع الفرنسي والإنجليزي، وهو ما سنبيّنه فيما يلي:

الفقرة الأولى: التشريع والقضاء الإنجليزي:

تقوم قواعد النسب في التشريع الإنجليزي على أساس الحقيقة البيولوجية حيث يجوز منذ صدور **Lawreform Act** في العام 1969 دحض قرينة شرعية أبوة شخص أو عدم شرعيتها عن طريق دليل آخر يثبت علاقة نسب أخرى مختلفة هي أكثر احتمالاً، ولا شك في أن الأدلة العلمية ومنها البصمات الوراثية تجعل هذه الاحتمالية أمراً شبه أكيد².

ويوجد في التشريع الإنجليزي فيما يتعلق بالأدلة العلمية طريقتان تحددهما إرادة

¹ في هذا الخصوص لا بد من بيان الاتفاقيات الدولية من حجية البصمة الوراثية، فقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على أن " للطفل الحق في أن يعرف والديه، وأن يقوم هذان الوالدان بتثنته"، وهذا يدل على جواز الأخذ بجميع الأدلة التي تعين على معرفة الطفل لوالديه ومنها الدليل العلمي البصمة الوراثية وغيرها في الإثبات دون تفرقة بينهم، وبسبب الأهمية الكبيرة التي حظيت بها هذه الاتفاقية الدولية، فقد تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع، كما صادقت عليها جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. لمزيد من التفاصيل ينظر: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 742؛ كما نصت أيضا المادة 5 من اتفاقية استرا سبورج الأوروبية على جواز الأخذ بالدليل العلمي دون تفرقة بين البصمة الوراثية وغيرها في الإثبات. لمزيد من التفاصيل ينظر: غانم محمد غانم: دور

البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (ج2/ص 488).

² فواز صالح: "حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 9، يونيو 2003، ص 203.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المتنازعين، هما:

✓ **الطريق الأولى:** إجراء البصمة الوراثية بموافقة الزوجين بعيدا عن نطاق القضاء، وعليه فإن جاءت نتائج الاختبارات نافعة لأبوة الزوج فإن من شأن هذه النتيجة أن تمنع إقامة أية دعوى قضائية ضد الزوج باعتباره أبا للطفل، أما إذا أثبتت النتائج أبوة الزوج، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان الأمر متعلقا بنسب شرعي أو بنسب طبيعي، فإن كان النسب شرعيا فإن الطفل يستطيع رفع دعوى قضائية لإعلان شرعية نسبه الذي سوف تحكم به المحكمة طبقا لنتائج اختبارات البصمة الوراثية، أما إذا كان النسب طبيعيا فإن كان الأب قد اعترف بالطفل كابن له في شهادة ميلاده أو أثبت أبوته بحكم قضائي فيمكن للطفل عندئذ أن يرفع دعوى قضائية لمعرفة حقيقة نسبه¹.

✓ **الطريقة الثانية:** إذا لم يتوصل الطرفين إلى اتفاق حول نسب الطفل بالطريقة السابقة، كان لزاما اللجوء إلى القضاء لحسم هذا النزاع، حيث يمنح القانون الانجليزي سلطة تقديرية واسعة في قبول طلب إجراء اختبارات البصمة الوراثية بشكل يحقق مصلحة الطفل، والواقع في إنجلترا يثبت أن القاضي يقبل طلب إجراء الاختبارات المقدم من الزوج، إلا أنه يظهر بعض التشدد في الطلب المقدم من غير الزوج يدعي أبوته البيولوجية للطفل، فإذا ما تبين للقاضي أن الطلب المقدم من هذا الشخص سوف يزعزع الوضع العائلي الذي عاش فيه الطفل حتى تاريخ النزاع، فإنه غالبا ما يقرر رفضه².

هذا وفي جميع الأحوال يتطلب التشريع الانجليزي موافقة الشخص عند خضوعه للاختبارات حيث لا يعترف هذا التشريع بالإكراه البدني ولكن يسمح بإثبات العكس بالقرائن³.

¹ - حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجتها في الإثبات الجنائي والنسب، مرجع سابق، ص 203؛ أسماء حقاص، الطاهر زواقري: «دور البصمة الوراثية في إلحاق نسب الولد غير الشرعي - بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، مجلة الأبحاث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 1، 2020، ص 475، 476.

² - بوضبع فؤاد: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 136.

³ - آوان عبد الله الفيضي: «حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني - دراسة مقارنة-»، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 4، المجلد الرابع، العدد 2، 2019، (ج1/ص94، 95)؛ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجتها في الإثبات، المرجع السابق، 739.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الفقرة الثانية: التشريع والقضاء الفرنسي:

سنتناول في هذه الفقرة لموقف التشريع الفرنسي من حكم استعمال البصمة الوراثية في

إثبات نسب ولد الزنا ثم لموقفه القضائي:

أولاً: التشريع الفرنسي: أجاز المشرع الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية والاعتراف بها، وأوضح آلية ذلك في المادة 334 من القانون المدني التي نصت على: « الاعتراف بالولد الطبيعي يكون بشهادة صحيحة إذا لم يكن هذا الاعتراف في شهادة الميلاد»¹.

كما أجاز المشرع الفرنسي استخدام البصمات الوراثية في مجال إثبات النسب وذلك في القانون رقم 94-653 إذ نصت المادة 5 منه على إضافة فصل ثالث للباب الأول من الكتاب الأول للقانون المدني بعنوان دراسة الخصائص الجينية للشخص وتحديد شخصيته عن طريق الفحص بالجينات الوراثية دليلاً مستقلاً يمكن بناء الحكم عليها في مسائل النسب والنفقة حيث نصت المادة 11-16 من القانون المدني الفرنسي² - المضافة - على أنه «... في المجال المدني لا يمكن أن يتم التعرف أو تحديد هوية الشخص بالبصمة الوراثية إلا في إطار تحقيقات قضائية أمر بها قاضي الموضوع أو في إطار دعوى منازعة في إثبات النسب أو نفيه أو بصدد دعوى النفقة أو إلغائها...» وبالنظر في هذا النص يتبين لنا أن المشرع الفرنسي قد أجاز بوضوح اللجوء إلى البصمات الوراثية في مجال القانون المدني، وذلك عن طريق تحديد شخصية الفرد بناء على تحليل الجينات الوراثية فلا يجب البحث عنه إلا بمناسبة إتمام إجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص، وبصدد دعوى إنشاء أو منازعة في رابطة البنوة، أو دعوى طلب الحصول على نفقة أو الإعفاء منها، وذلك لإثبات النسب من الأب الحقيقي، وهو بلا شك يتناول مجهولي النسب وأولئك المتنازع في نسبهم وهو ما قضت به أيضاً محكمة النقض الفرنسية، ومن هنا نرى أن المشرع الفرنسي قد قيد إثبات النسب بالبصمات الوراثية وميز في الحالات التي يجوز الرجوع فيها إلى هذه الوسيلة بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي ففي النسب الشرعي ذكرت المادة/ 312 من القانون المدني الفرنسي على أن الحمل إذا تم أثناء الزواج فإن الطفل يلحق بالزوج ومع هذا

¹ - المرجع نفسه، ص 769.

² - المادة 16/11 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بالقانون رقم 653-94 لسنة 1994، الصادر في 29 يولييه سنة 1994 والخاصة بحماية الجسم البشري.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

يستطيع الزوج أن ينفيه إذا اثبت أنه من يوم القران وحتى مائة وثمانين يوما قبل مولد هذا الطفل كان في مكان بعيد أو كان مصابا في حادث سبب له عجزا¹.

كما ويجيز القانون المدني الفرنسي إثبات البنية الطبيعية خارج نطاق الزواج قضائيا ويمكن إقامة البيّنة على ذلك بكافة وسائل الإثبات شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية مثل الشبه بين الطفل والأب المزعوم ووقائع القضية وهو ما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني الفرنسي، واستنادا إلى ذلك لا تكفي البصمات الوراثية وحدها لإثبات البنية الطبيعية إلا أنه وبعد أن اقر القضاء الفرنسي استخدام البصمات الوراثية في نطاق دعاوى النسب وكرس هذا الاجتهاد القضائي في قانون الأخلاق الحيوية الصادر عام 1994 والذي أضاف من المادة 16-11 التي أجازت اللجوء إلى البصمات الوراثية في نطاق الدعوى القضائية، كما أجازت أيضا المادة 341 إثبات الأمومة الطبيعية بكافة وسائل الإثبات ومنها البصمة الوراثية حيث نصت على أن "الولد الذي يدعي أمه ملزم بأن يثبت أنه الولد الذي ولدته تماما، ويؤخذ بقوله إذا قبلت حيازة أمه المدعاة له باستمرار كولد طبيعي وإذا عدم الدليل على ذلك فالشهود إذا وجدت قرائن وأمارات قوية"².

ثانيا: القضاء الفرنسي: أما موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية الغرفة المدنية في 18/5/1989.. أن محكمة الاستئناف التي رفضت دعوى الزوج إنكار الأبوة بعد رفضه إجراء مقارنة بفحص الدم وذلك بدافع أنه لا يوجد قرينة ولا مبدأ ثبوت قانوني على ذلك والتي بواسطتها ستطيع الزوج أن لا يكون أبا للطفل كما أنه لم يستطع أن يقيم ويثبت سوء سلوك زوجته أثناء الفترة القانونية للحمل ويتضح للمتتبع لأحكام القضاء الفرنسي، بخصوص دعاوى إثبات النسب ونفيه والقضايا

¹ - أسماء حقا، الطاهر زواكري: «دور البصمة الوراثية في إلحاق نسب الولد غير الشرعي- بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، مرجع سابق، ص 476؛ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 769.

² - صديقة العوضي: دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة، بحث مقدم إلى ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكريت، 13/10/1998، ص 160؛ أوان عبد الله الفيضي: «حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني -دراسة مقارنة-»، المرجع السابق، (ج1/ص 91، 92)؛ أحمد حميد سعيد النعيمي: «حكم اثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية»، مرجع سابق، ص 354؛ فواز صالح: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مرجع سابق، ص 212.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الجنائية، مدى الترحاب الذي قوبلت به النتائج الحديثة لأنظمة البصمات الوراثية باعتبارها وسيلة نفي أو إثبات، بطريقة لا تقبل الشك أو بالأحرى بطريقة تقترب من اليقين.

كما جاء في قرار آخر أنه: "أصدرت محمة استئناف بورديو بتاريخ 1997/02/01 قراراً أيدت فيه حكم محكمة أول درجة الذي قضت فيه بنسب طفل المدعى عليه استناداً إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية. كما دعت محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع إلى الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب¹. وهكذا يتبين مما سبق مدى تقدير القضاء الفرنسي للدليل العلمي الناتج عن فحوصات الدم واختبارات البصمة الوراثية والاعتماد عليها في حسم المنازعات ومشكلات النسب وهو ملمح بارز للقضاء الفرنسي.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية:

لقد أخذت تشريعات عديدة بموضوع البصمة الوراثية في النسب واجازت اللجوء إليها في حالات التنازع عليه كما هو الحال في التشريع الفرنسي والانجليزي، وبعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي واللبناني وهذا ما سوف نتطرق إليه على النحو التالي:

الفقرة الأولى: التشريع والقضاء التونسي:

أولاً: التشريع التونسي: يعتبر التشريع التونسي من أبرز التشريعات على صعيد التشريعات العربية إلى اعتبار البصمة الوراثية أو التحليل الجيني وإنزالها في إثبات النسب منزلة تساوي منزلة الشهادة والإقرار، حيث جاء في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 1998 أنه يمكن للأب أو الأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، إذ نص القانون عدد 75 لسنة 1998 على: "الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسماً ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام محكمة الحالة المدنية، ويمكن لأب أو الأم أو النيابة العمومية، رفع الأمر إلى المحكمة المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل"². وطبقاً لهذا النص يكون المشرع التونسي هو أول المشرعين العرب من بين التشريعات العربية

¹ - علال برزوق أمال: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 362.

² - الفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998، المعدل بالقانون عدد 51 لسنة 2003، السابق الإشارة إليه. ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 156.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

المدرجة آنفا موضع الدراسة الذي يجيز صراحة إثبات نسب المجهول ومن على شاكلته بواسطة التحليل الجيني أو البصمة الوراثية¹، ويثر نص الفصل السابق ملاحظتين أساسيتين هما:

1- فيما يتعلق بالإجراءات فقد بيّن النص السابق أنّ الجهة المختصة في دعوى إثبات بنوة مجهول النسب هي المحكمة الابتدائية وحددت أطراف الدعوى بالأب والأم والنيابة العامة ولأول مرة بصريح النص إسناد صفة للنيابة العمومية للقيام بقضايا إثبات النسب.

2- فيما يتعلق بمضمون النص السابق الذي جاء فيه: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي"، ونص في الفقرة الثانية على إمكانية إسناد لقب الأب، لهذا الطفل إذا ثبت أنّه والده مبينا الوسائل التي تثبت بها هذه البنوة، وبالنظر في الفقرة الأولى من المادة يتبين أن نسب الطفل المجهول الحق بأمه وجوبا، إذ عليها أن تسند له اسما ولقبها العائلي، أما إذا تعلق الأمر بإثبات الأبوة على معنى الفقرة الثانية فيصبح الأمر متعلقا بإمكانية مخولة سواء للأب أو للأم أو النيابة العمومية فلماذا هذه التفرقة؟ يمكن القول بأن هذا الأمر لا يتعلق بتفرقة في التعامل بين الأم والأب وإنما يتعلق بتفرقة بين صورتين²:

✓ **الأولى:** هي ما جاءت به الفقرة الأولى من الفصل السابق وتتعلق بالطفل الذي يتعذر إثبات نسبه ويبقى مجهول النسب فيكون على الأم عندها أن تسند له اسما ولقبها العائلي إذ يجب أن لا يبقى بدون نسب.

✓ **والثانية:** وهي ما نصت عليها الفقرة الثانية وتتعلق بطرق إثبات نسب الطفل غير الشرعي تجاه والده البيولوجي، وهي الشاهد هنا على موضوعنا الذي يجيز صراحة إثبات نسب المجهول ومن على شاكلته بواسطة البصمة الوراثية، وأيضا فإن قانون الأحوال الشخصية لسنة 1998م قد أجاز إثبات البنوة الطبيعية إما بالإقرار أو البيينة أو التحليل الجيني، وعلى هذا فإذا ما ثبتت هذه البنوة بالإقرار الصريح والرضائي فإنه لا يقبل الرجوع عن ذلك وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتا بالوسيلتين الأخيرتين وهما البيينة والتحليل الجيني، فالأولى: إذا ثبتت البنوة الطبيعية بموجب دعوى أقامتها الأم أو النيابة العامة بالاستناد إلى

¹ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 742.

² أوان عبد الله الفيضي: «حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني -دراسة مقارنة-»، مرجع سابق، ص 89، 90؛ بوصبع فؤاد: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مرجع سابق، ص 143، 144؛ أحمد حميد سعيد نعيمي: حكم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 354، 365.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

البينة فإنّه يمكن لمن ثبت نسبه منه أن يعارض تلك البينة كأن يثبت أنّه في زمن الحمل كان في حالة لا يمكن معها أن يكون والدا للطفل كأن يكون صغيرا أو عاجزا أو أنّه كان بعيدا عن مكان وجود الأم، والثانية: إذا ثبت نسب الطفل بالبينة وأثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني فإنه في هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وترد دعوى إثبات البنوة غير الشرعية.

غير أنّ السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص هو السبب الذي جعل المشرع التونسي يجيز إثبات نسب هؤلاء الأطفال غير الشرعيين اعتمادا على الاختبارات الجينية، في حين أنّه لم يشر إلى جواز ذلك ضمن مجلة الأحوال الشخصية وكأنّ ولد الزنا أولى من الولد الشرعي في حقه في النسب.

ثانيا: القضاء التونسي: أمّا بالنسبة للموقف القضائي من هذه المسألة، فإنّه قبل صدور قانون سنة 1998 السالف الذكر، كان القضاء يرفض إثبات نسب الأولاد غير الشرعيين، وهو ما تبنته محكمة التعقيب التونسي من خلال قرارها الصادر في 1975/04/29 الذي جاء فيه: «يثبت النسب بالإقرار بوجود اتّصال جنسي ناتج عن علاقة شرعية (الزواج)، ولا عمل بالاعتراف المبني على علاقة خائنية عملا بالقاعدة القانونية " الولد للفراش وللعاهر الحجر" الواردة بالفصل 68 من م أ ش...»¹. وهو ما قضت به نفس المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 1981/01/06 بقولها: "المقصود من لفظ الفراش الوارد بالفصل 68 من م أ ش إنّما هو الزواج الشرعي كيفما كان وجه ابرامه، ولا يندرج في مدلوله ومرماه رابطة الاتّصال الناتج عن علاقة الزنا، وتأسيسا على ذلك فالولد المخلف من الاتّصال الواضح على وجه الزنا لا يعتبر ابنا شرعيّا ولا يثبت بذلك نسبه إليه، وإنّما الولد للفراش وللعاهر الحجر"².

لكن بصدور قانون سنة 1998، أصبح القضاء يجيز تنسيب الأبناء الطبيعيين (أولاد الزنا) خاصة بإقحام وسيلة جديدة بالنسبة للتشريع التونسي وهي التحليل الجيني، حيث جاء في القرار التعقيبي الصادر في 2000/11/16 ما يلي: « حيث أنّ التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب

¹ محكمة التعقيب، ملف رقم: 10009، بتاريخ: 1975/04/29، مجلة القضاء والتشريع، 1976، ص 45. أشار إليه:

ساسي بن حليلة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 157.

² محكمة التعقيب، ملف رقم: 4339، بتاريخ: 1981/01/06، مجلة القضاء والتشريع، 1981، عدد 02، ص 61،

أشار إليه: بوجلال علي: البصمة الوراثية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 137.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
عائلي لهم تطبيقاً لأحكام القانون 75 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/10/28، ولا فائدة
ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من
مجلة الأحوال الشخصية»¹.

الفقرة الثانية: التشريع والقضاء اللبناني:

نعالج في هذه الفقرة لحكم إثبات نسب ولد الزنا في التشريع والقضاء اللبناني:

أولاً: التشريع اللبناني: أقرّ المشرّع اللبناني حق الطفل غير الشرعي في طلب الانتساب
إلى أبيه، حيث نصت المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: « يحق للولد غير
الشرعي ولأمه ولوكيل العدل أيضاً، أن يقيموا الدعوى على من انجبته للاعتراف إذا نبذ
نسبته إليه»².

واشترط المشرّع اللبناني لإثبات البنية غير الشرعية أنه لا تقبل الدعوى إلا من الولد،
وإذا كان الولد قاصراً فتقبل الدعوى من الأم وإن كانت قاصرة. ويجب في هذه الحالة الأخيرة
وتحت طائلة السقوط تقديم الدعوى في مدة سنتين ابتداء من تاريخ الوضع إذا لم تقدم
الدعوى أثناء المدة التي كان فيها الولد قاصراً فيحق لهذا الأخير أن يقيم هذه الدعوى خلال
السنة التي تلي بلوغه سن الرشد. وإذا لم تعترف الأم بالولد أثناء المدة التي كان فيها قاصراً
أو إذا توفيت أثناء هذه المدة أو كانت فاقدة الأهلية وغائبة فتكون المدة التي يمكن فيها للولد
أن يقيم الدعوى بعد بلوغه سن الرشد سنتين³.

ثانياً: موقف القضاء اللبناني: اعتمد القضاء اللبناني على البصمة الوراثية كقرينة قاطعة في
مجال إثبات النسب، ومن ذلك الحكم رقم 78 الصادر عن محكمة الفرقة الابتدائية الثالثة
في جبل لبنان بتاريخ 2000/4/13 في دعوى إثبات نسب الطفلة (ستيفاني)، وقد جاء في
هذا الحكم: "وحيث إنّه بات من المعلوم أنّ فحوصات الـ **D N A** تتناول ليست مجرد عينات

¹ - المجلس الأعلى، ملف رقم: 446، بتاريخ: 1983/06/30، قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، أشار إليه: المرجع نفسه، ص 137.

² - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات...، مرجع سابق، ص 771؛ أحمد حميد سعيد النعمي: حكم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 355، 356.

³ - ينظر المادة 28 كما نصت المادة 29 على أنه: " يجوز اثبات انتساب الولد غير الشرعي لأمه أمام المحاكم الصالحة للنظر في هذا الامر. على الولد الذي يطلب اعلان انتسابه لام ان يثبت ان هذه الاخيرة وضعت ولدا وانه هو الولد الذي وضعت لا تسمع الدعوى الا اذا اقيمت قبل انقضاء سنتين على تاريخ بلوغ سن الرشد لا تقبل البينة الشخصية الا اذا كان هنالك بدء بينة خطية او قرائن جدية راهنة". ينظر:

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

الدم، وإنما الخصائص الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي دلالة واضحة ومؤكدة حول ما يسمى بالبصمات الوراثية التي لا تدع مجالاً للشك حول هوية والدي الطفل، وهذا النوع من الفحوصات أصبح من الممكن الركون إليه بثقة شبه مطلقة في مسألة إثبات النسب...وحيث إنه لو سلمنا جدلاً بأن هذه الفحوصات غير كافية لإثبات النسب، وهذا غير صحيح، إلا أن نتائج هذه الفحوصات مقرونة بالقرائن المبيّنة في متن هذا القرار بما فيه إفادة الطبيب وإقرار المدعي عليه بحصول مداعبات مع المدعية، والأمر أكثر من ذلك على ما تبين من ظروف النزاع، يصبح من البديهي بأن المدعى عليه هو أبو الطفل ستيفاني، ويفتضي إثبات نسبها..¹.

أما بالنسبة للرأي الطبي وتحت عنوان: مجهول النسب...عدو لنفسه والمجتمع، يرى الدكتور محمد المهدي استشاري الطب النفسي أن الطفل مجهول النسب يختلف بناؤه النفسي عن أقرانه ففي فترة الحمل تنتقل مشاعر القلق والخوف والغضب من الأم إلى الجنين عبر رسائل كيميائية تنتشر في دم الأم، وبعد الولادة يستقبل استقبالاً فاتراً وربما تجرى محاولات التخلص منه، أو وضعه على قارعة الطريق أو غير ذلك، أما إذا تربى مع الأم فيشهد إهمالاً شديداً منها، أو تلقيه في دار للرعاية فلا ينعم بحياة الطفولة وتمتد إلى فترة المراهقة حينما يعلم أنه مجهول النسب فتتكون لديه الكراهية تجاه الأم، كما أن الأم نفسها تكرهه لأنها يذكرها بخطيئتها ليل نهار².

ويشير الدكتور مهدي إلى أنّ الكثير من الأبحاث أكدت أنّ الأطفال مجهولي النسب تزيد بينهم الاضطرابات والانفعالية والسلوكية، مثل السلوك العدواني والسرقة انتقاماً من المجتمع وهذه الاضطرابات الانفعالية لها جانب وراثي وجانب مكتسب أما الجانب الوراثي فيعود إلى النشأة البيولوجية لهذا الطفل، فقد وجد أنّ النساء اللاتي يلدن سفاحاً يكن أقل ذكاءً على وجه العموم حيث يتراوح ذكاءهن من 83-96 (الذكاء المتوسط من 90 إلى 110) وهن من طبقات دنيا في الأغلب، وأما الجانب المكتسب فقد وجد أنّ الحمل سفاحاً يرتبط بسمات مرضية في شخصية المرأة يمكن أن يكتسبها الابن مثل الاندفاع والمخاطرة والتقلب

¹ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات..، مرجع سابق، ص 745.

² - بديعة علي أحمد: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه-دراسة فقهية مقارنة-، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011، ص 127.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية
الانفعالي، وعدم تقدير العواقب، كما أن الجو النفسي الذي ينشأ فيه مجهول النسب منذ بداية
حملة يعطي دائماً تأثيرات سلبية على السلوك¹.

¹ - المرجع نفسه، ص 128.

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

خلاصة الفصل:

ما يمكن استخلاصه من خلال توضيحنا لموقف الفقه والتشريع والقضاء من أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا كان واضحا بصفة عامة بعدم اثبات نسب ولد الزنا بهذه التقنية لاعتماده على الطرق الشرعية لإثبات النسب، حيث أنّ غالبية هذه التشريعات كانت تستمد أحكام الأحوال الشخصية ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، إذ كانت تتبنى مذهب القائل بعدم إثبات نسب ولد الزنا من أبيه البيولوجي لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش)، غير أنّ هذا الموقف تغيّر في الآونة الأخيرة نظرا لكثرة الأطفال غير الشرعيين وما نتج عن ذلك من طرح العديد لقضايا إثبات النسب أمام المحاكم حال إنكار الآباء انتساب هؤلاء الأبناء إليهم.

وفي ظل الحملات المنادية بتعديل قانون الأسرة، والمطالبة بتسوية وضعية ولد الزنا مع وضعية الولد الشرعي وكذا التطورات العلمية الكبيرة التي أظهرت تقنية البصمة الوراثية ومدى نجاعتها في التعرف على الأب الحقيقي للطفل مجهول النسب، بادر المشرع التونسي إلى إصدار قانون سنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي في إثبات نسب الطفل المهمل أو مجهول النسب وجعله في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة، حيث اعتبر القانون لبنة من لبنات الإقرار بوضعية الطفل غير الشرعي (ولد الزنا) وإكسابه نسبا قانونيا.

كما تأثر أيضا المشرع المغربي والجزائري والمصري بهذه التطورات في الميدان الطبي والبيولوجي وعمدا إلى إدراج الطرق العلمية والمقصود بها البصمة الوراثية ضمن وسائل إثبات النسب، والواضح أنّ هذه التقنية تستعمل في حالة التنازع على الولد وذلك لوجود علاقة غير شرعية في الغالب، مما يمكن القول أنّ هذه التشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثية بقي موقفها غامضا في إثبات نسب ولد الزنا صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتى على الإجراءات اللازمة لإجراء هذه التحاليل، بالإضافة إلى عدم النص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشخص المطلوب بها.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه:

لقد جاء الإسلام منذ مئات السنين بمنهج متكامل ينظم مختلف نواحي حياة البشر ومن ضمنه مجموعة من الأحكام التي شرّعت لتنظيم حياة الطفل ونشأته، ولتضعله مجموعة متكاملة من الحقوق، إذ أنّ الحضارة الإسلامية تقوم على بناء الإنسان لا البيان. وجاءت التشريعات الوضعية كذلك لتدعم منهج تلك الحضارة بما تضمنته من حقوق الطفل تهدف إلى حمايته من الانتهاكات التي قد يتعرض لها، ولم تكن تشريعات الإسلام في مجال الطفولة من باب التنظيم الاجتماعي الذي يمثل ردة فعل للواقع، بل هي تشريعات ربانية تنبثق من قاعدة إيمانية يلتزم المسلم بتطبيقها وممارستها، وتكتسب بذلك استمرارية عبر العصور، حيث نجد أن الإسلام قد دعا إلى بناء الأسرة الصالحة التي تعد اللبنة الرئيسية في بناء المجتمع وتقوية دعائمه.

ففي انتساب الولد لوالديه أهمية كبرى ينبني عليه القيام بالأولاد من الرعاية والحضانة والنفقة منذ العلم به حملاً، والإقرار به مولوداً، وفي صدق انتساب النسل إلى أصله سائلاً إلى البرلقواعد النسب، وأواصر القرابة فقد حدد الشارع رعاية اللقيط وكفالة اليتيم، وحرّم التبني إبقاء لقواعد النسب، وأواصر القرابة والمصاهرة، وحفاظاً على البناء الأسري حتى لا تختلط الأنساب وتختل الروابط الاجتماعية، وتضييع الحقوق. ولبيان هذه الحقوق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الآثار المعنوية

المبحث الثاني: الآثار المادية

المبحث الأول: الآثار المعنوية:

لما كانت الطفولة مرحلة خطيرة من عمر الإنسان فقد حظيت في جميع النظم والتشريعات برعاية خاصة وحماية متميزة من خلال إقراره جملة من الحقوق اهذه الفئة الضعيفة، والطفل مجهول النسب (ولد الزنا) كغيره من الأطفال تثبت له تلك الحقوق من - باب العدل- كما تثبت له حقوق خاصة من -باب الرحمة- لترفع عنه الإجحاف والقصور وتحميه من آثام الأيادي وانحراف الشوارع وبيانها فيما يلي:

المطلب الأول: حضانة ورضاعة ولد الزنا وولايته على الزواج:

يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته، فيكون له عليها حق الرضاع والرعاية حفاظا على حياته ويستوي في ذلك المولود من علاقة شرعية أو غير شرعية؛ وقد أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم إقامة الحد عن امرأة الغامدية التي اعترفت على نفسها بالزنا حتى تضع مولودها وترضعه، رحمة به.

كما يحتاج الطفل لكي ينعم بشخصية سليمة إلى الحب والتفهم. ولذلك يجب أن تتم نشأته برعاية والديه وفي ظل مسؤوليتهما، في جو يسوده الحنان والأمن المعنوي والمادي؛ وبما أن الطفل مجهول النسب يفتقد هذا الجو فقد حثت الشريعة الإسلامية على كفالته وحسن رعايته. وهذا ما يتم بيانه في الفروع التالية:

الفرع الأول: حضانة ولد الزنا:

إن الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير، ولهذا فإن الإسلام عني بالفرد منذ نعومة أظفاره، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والنبت الحسن.

وقد نبه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة، فقال: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُؤَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَوْ يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ»¹.

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: ما قيل في أولاد المشركين، رقم الحديث: 1385، (ج2/ص100)؛ ومسلم في صحيحه: كتاب: القدر، باب: معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، رقم الحديث: 2658، (ج4/ص2047)؛ و الترمذي في سننه: كتاب: القدر، باب: ما جاء كل مولود يولد على الفطرة، رقم الحديث: 2138، (ج4/ص447)؛ و أبو داود في سننه كتاب: السنة، باب: في ذراري المشركين، رقم الحديث: 4714، (ج4/ص299).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يفترق الزوجان، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة، إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدمتا مصلحة الأولاد على حظوظ النفس.

الفقرة الأولى: تعريف الحضانة ومراتبها:

نتطرق أولاً للتعريف اللغوي والاصطلاحي للحضانة لغة واصطلاحاً ثم بيان مراتبها في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

أولاً: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً:

1- لغة: الحَضَانَةُ بفتح الحاء وكسرهما، مأخوذ من الحِضْنُ: وهو الجنب؛ والجمع أَحْضَانٌ، ومنه الاحتِضَانُ، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وبه سميت الحاضنة وهي التي تُربّي الطفل. والحاضن والحاضنة: المؤكّلان بالصبيّ يحفظانه ويُربّيانه¹.

2- اصطلاحاً: نعرف الحضانة في الاصطلاح الفقهي ثم في الاصطلاح التشريعي.

أ- الاصطلاح الفقهي: حفظ صغير أو معتوه أو معاق عما يضره، وتربيته ورعاية مصالحه، إلى أن يكبر، أو يصح؛ والحضانة والكفالة سواء²، وبناء على هذا التعريف فإن حضانة الصغير أيّاً كان نوعه سواء أكان ولد زنا أو ولد ملاءنة أو من سوهما لازمة لئلا يتعرض للضرر، ولكي يربى تربية صالحة، إلى أن يكبر.

ب- الاصطلاح التشريعي: نصت المادة 62 من قانون الأسرة: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك»³.

¹ - محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي أبو منصور: تهذيب اللغة، التحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت دار إحياء التراث العربي، ط1، 2001، (ج4/ص123)؛ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة حِضْن، (ج13/ص122، 123).

² - أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: المعونة على مذهب عالم المدينة "مالك بن أنس"، التحقيق: حميش عبد الحق، مكة المكرمة، مصطفى أحمد الباز، (ج1/ص940)؛ الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص164)؛ الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج4/ص40)؛ ابن عابدين: رد المحتار على در المختار، (ج3/ص555)؛ ابن المفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج9/ص337)؛ الصنعاني: سبل السلام، (ج2/ص330).

³ - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 170.

الفصل الثاني الأثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وعرفتھا المادة 163 من المدونة المغربية بأنها: «حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه»¹.

كما عرفتھا المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: «حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته»².

ثانيا: مراتب الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي: بعد أن ذكرت تعريف الحضانة، يحسن بي أن أذكر مراتبها؛ لذا سأذكرها هنا على وجه الإجمال ثم أبين ما يخص ولد الزنا منها على وجه الخصوص.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك بين القوانين على أن الأم مقدمة على غيرها في حضانة ولدها إلا أن الخلاف حدث بين فقهاء الشريعة وبين القوانين حول من ينتقل إليه حق حضانة الصغير بعد انتهاء فترة حضانة الأم.

1- مراتب الحضانة في الفقه الإسلامي:

أ- مراتب الحضانة على سبيل الإجمال: الأم وإن علت ما لم تتزوج، ثم الأب وإن علا، ثم أم الأم وإن علت، ثم وأم الأب وإن علت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم وإن سفلت، ثم الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب. ويضبط كل هذا مراعاة مصلحة الطفل، بحيث يقدم الأدنى على الأعلى إذا ترجحت مصلحة الطفل عنده³. قال ابن شاس⁴ في اجتماع الحواضن:

ب- الأول في النسوة: والأم أولى من سائرهن بالحضانة، ثم أمها، ثم جدة الأم لأمها وإن بعدت، ثم الخالة، واختلف في خالة الخالة، هل هي كالخالة عند فقدها أم لا؟ ثم الجدة لأب، ثم جدة الأب لأبيه، ثم الأخت، ثم بنت الأخت، ثم العمة، ثم بنت الأخ⁵.

¹ دليل علمي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 104.

² مجلة الأحوال الشخصية التونسية مرجع سابق.

³ مالك بن أنس: المدونة، (ج2/ص258، 261)؛ ابن قدامة: المغني، (ج8/ص247)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص152، 156).

⁴ هو عبد الله بن محمد ابن نجم بن شاس. نجم الدين. من أهل دمياط، شيخ المالكية في عصره بمصر. كان من كبار الأئمة. أخذ عنه الحافظ المنذري. توفي مجاهد أثناء حصار الفرنج لدمياط. من مصنفاته: الجواهر الثمينة في

⁵ ينظر: السرخسي: المبسوط، (ج5/ص207، 208)؛ الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج4/ص41)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق، (ج3/ص46)؛ مالك بن أنس: المدونة، (ج2/ص258)؛ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، (ج5/ص594)؛ النووي: المجموع شرح المهذب، (ج18/ص320، 321)؛ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب في

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ت - الثاني في الذكور: وأولاهم الأب، ثم الأخ، ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم اختلف في الموالي الأعلى والأسفل، هل لهما حق في الحضانة أو لا؟¹.

ث - الثالث في اجتماع الذكور والإناث: ولا شك في تقديم الأم وأمها على جميع الرجال، وتقدم جميع النساء على من عدا الأب من الرجال.

فأما الأب ومن بعد الجدة للأم فقد اختلف أيهم يقدم: أنه يقدم على من سوى الأخت.

وقيل: إن جميع النساء مقدمات عليه، وقيل: إنه لا يقدم عليه إلا الأم والجدة.

وقيل: الخالة مقدمة عليه، وهو مقدم على أمه ومن بعدها². وبعبارة ابن شاس السابقة

يتضح أن الأمهات مقدمات في حضانة الأولاد سواء أكانوا أولاد زنا أم لا.

ويرى ابن تيمية أن الأم أصلح من الأب، لأنها أرفق بالصغير، وأعرف بتربيته، وحمله، وتنويمه، وأصبر عليه، وأرحم فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع، فتعينت في حق الطفل تميز المخير في الشرع. ثم قال: ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، بل لا يقدم المعتدي، أو المفرط على العادل البار مطلقاً، فكل من قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، واندفعت به مضرتها، فأما مع وجود فساد من أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب³.

وقال ابن القيم: «التقديم والتأخير والقرعة، لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب، وأغبر منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة، ولا تخبير للصبي في هذه الحال، فإن الصبي ضعيف يؤثر البطالة واللعب فيكون عند من هو أنفع له، ولا تتحمل الشريعة غير هذا»⁴.

شرح روض الطالب، (ج3/ص447)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا قلوب وعميرة، (ج4/ص89، 90)؛ ابن قدامة: المغني، (ج8/ص240)؛ ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، (ج4/ص274)؛ ابن مفلح: الفروع، (ج9/ص336)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص155).

¹ - ينظر: المراجع السابقة.

² - أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، التحقيق: حميد بن محمد لحمر، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1423هـ-2003م، (ج2/ص610).

³ - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، (ج34/ص122)، ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، (ج4/ص274)، (ج3/ص229).

⁴ - المراجع نفسها، ص نفسها.

2-مراتب الحضانة في التشريع: نتطرق أولاً لمراتب الحضانة للتشريع الجزائري ثم لبعض التشريعات العربية:

أ-في التشريع الجزائري: عالج قانون الأسرة موضوع الحضانة وأولته أهمية كبرى وعملت على تعزيز أحكامها بما يصون حقوق المحضون وتحفظه مما يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ورعاية مصالحته، انطلاقاً من كون الحضانة تتعلق بذات الطفل، شرعت لتوفير الوسائل التي تساعد على أن ينمو جسدياً، وذلك بتغذيته ووقايته وتربيته بتعليمه وتأهيله أخلاقياً وروحياً.

وتعتبر الحضانة في الأصل من واجبات الأبوين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما، أما بعد انتهاء الحياة الزوجية بينهما فيبدو أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالترتيب الذي قال به فقهاء المالكية، حيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..»¹.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه: «..طبقاً لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة فإنّ الأم أولى بحضانة ابنتها، خاصة وأن البنت المذكورة لا تزال طفلة صغيرة، وفي أمس الحاجة إلى خدمة النساء، التي يعجز الطاعن (الأب) عن تقديمها لها في مثل هذه السن، ومن ثم فإنّه يتعيّن عدم الاعتداد بالتصريح المذكور لصدوره عن طفلة لا إرادة لها»².

ب- مراتب الحضانة في التشريع المقارن: أوردت بعض التشريعات العربية بعض

الأحكام الخاصة ببيان مراتب أصحاب الحق في حضانة الصغير ومن هذه التشريعات:

1- في التشريع المغربي: اعتبرت مدونة الأسرة المغربية حضانة الصغير من واجبات الأبوين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما، أما بعد انتهاء الحياة الزوجية بينهما فيبدو أنّ المشرع المغربي كالمشرع الجزائري فقد أخذ بالترتيب الذي قال به فقهاء المالكية، حيث نصت المادة 171 من المدونة على: « تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون اسناد

¹- نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 173.

²- قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم: 728882، بتاريخ: 2013/02/14، م ق، العدد 1/2014، ص 304، أشار إليه: نجيمي جمال: المرجع نفسه، ص 174.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة»¹.

فأولى الناس بالحضانة في التشريع المغربي الأم، وهي الأحق من الأب بذلك، وبعد الأب جاءت المادة بالجدة لأم وإلا فالأمر مخول للمحكمة لإسناد الحضانة لمن هو أهل من بين الأقارب دون تمييز في ذلك لمن هم من جهة الأب أو الأم².

2- في التشريع التونسي: نص الفصل 57 على أن: «الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما»³.

فإذا ما انتهت الزوجية بموت أحد الزوجين سواء كان الأب أو الأم فإن الحضانة تنتقل إلى من يبقى حيا منهما، إما إذا انتهت الحياة الزوجية بالطلاق فإن للمحكمة أن تعهد بحضانة الصغير إلى أي شخص تراه مناسبا لهذا الأمر وبما يحقق مصلحة الصغير، وسواء كان هذا الشخص هو الأب أو الأم أو أي شخص آخر وهذا ما يقرره الفصل 67 والذي جاء فيه: "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين، وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون"⁴.

ويلاحظ على هذا النص أنه لم يأخذ بأي من اتجاهات التي قال بها فقهاء الشريعة وإنما جعل انتقال الحضانة مرتبط بمصلحة المحضون فتنتقل الحضانة إلى من تراه المحكمة أصح لحضانة الصغير سواء كان من الرجال أم من النساء.

ولقد أكد ذلك فقه القضاء في قرارات لا تعد ولا تحصى ومثالها قرار تعقيبي تضمن المبدأ التالي: [حضانة المحضون تراعي فيها وجوبا مصلحته]⁵.

3- في التشريع المصري: جعل قانون الأحوال الشخصية المصري الأم أولى الناس بحضانة الصغير، أما بعد وفاة الأم أو فقدها أحد شروط حضانتها فقد أخذ هذا القانون

¹ - دليل علمي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 108.

² - المرجع نفسه، ص 108.

³ - مجلة الأحوال الشخصية نقح بالقانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 3 جوان 1966.

⁴ - مجلة الأحوال الشخصية نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في: 12 جويلية 1993.

⁵ - قرار تعقيبي، عدد 8625، بتاريخ: 05 جويلية 1983، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4 لسنة 1983، ص 82، أشار

إليه: ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 134.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

بالترتيب الذي قال به فقهاء الحنفية، حيث نصت المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري بقولها: "ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي الأم فأم الأم وإن علت فأم الأب وإن علت فلأخوات الشقيقات فلأخوات لأم، فلأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات فبنت الأخت لأب فبنات الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء انتقل الحق من الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الآتي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأب، فالخال لأم"¹.

وإذا كان التشريع المصري قد اعتبر الحضانة حق للأم فإن العمل في القضاء المصري جرى على أن الأم ليست هي صاحبة الحق الوحيد فيها وإنما هناك ثلاثة حقوق في الحضانة بعضها أقوى في الوجوب والرعاية من البعض الآخر، وهذه الحقوق هي حق الأم، وحق الصغير وحق الأب، وهذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها صير إليه وإلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقيم عليها جميعا².

ويتضح لنا بعد عرض نصوص القوانين التي تبين مراتب الحاضنين للصغير أن هذه النصوص تتفق فيما بينها على أن الأم أحق الناس بحضانة الصغير لما لها من شفقة تتفوق بها على غيرها، وهي تتفق بذلك مع اتجاه فقهاء الشريعة في هذا الصدد. كما يتضح أيضا أن هذه التشريعات قد اختلفت فيما بينها وكما هو الحال لدى فقهاء الشريعة في بيان من تنتقل إليه حضانة الصغير بعد الأم وهو خلاف منشؤ الاختلاف في تحديد من هو أشفق الناس على الصغير بعد أمه.

¹ - القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، ص4.

² - قرار محكمة العطارين في القضية المرقمة 295، بتاريخ: 1948/4/20، أشار إليه: حميد سلطان علي الخالدي:

الحقوق اللبقة بشخصية الطفل، المرجع السابق، ص 198، 199.

الفقرة الثانية: حكم حضانة ولد الزنا (أحقية ولد الزنا في الحضانة):

بعد أن ذكرت تعريف الحضانة ومراتبها وأهميتها وتفرد الإسلام بها من ناحية تربية الأولاد وتنشئتهم النشأة الصالحة، يتضح بناء على هذه الأصول أن ولد الزنا لا يعدو أن يكون صغيراً له الحق في الرعاية والعناية كغيره من الصغار الذين هم في مثل عمره لدلالة الأحاديث النبوية الشريفة والتي لم تفرق بين ولد الزنا وغيره بل جعلت للأم أن تحضن ابنها وترعاه على وجه العموم ومن هذه الأحاديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأم: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي»¹ فهذا الحديث عام في ولد الزنا وغيره، وبناء على هذا الكلام فولد الزنا كغيره له الحق كل الحق في الرعاية والعناية والحضانة؛ حتى يكبر، وهو ليس له ذنب في أنه ولد زنا؛ فليس على المجتمع أن يلفظه.

وكذا فإن فقهاؤنا الإجماع قد أوجبوا حضانة الصغير أيّاً كان هذا الصغير، وفي هذا قيل كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق القرابة، لأن فيها ولايةً على الطفل واستصحاباً له، فتعلق بها الحق ككفالة اللقيط².

ويتضح من هذا أن حضانة الصغير أيّاً كان نوعه واجبة على الأم فإن لم توجد الأم فعلى المجتمع أن يربيه وأن يكفله وأن يرعاه حتى يكبر ويترعع، وتشمل على مسألتين:
أولاً: الأولى بحضانة ولد الزنا: الأولى بحضانة الصغير هي أمه وهي مقدمة على الأب في الحضانة. ولم يختلف الفقهاء في أن الأم أولى بالحضانة من الأب أو من سواه؛ لأنها موفورة الشفقة والرعاية لأولادها، وقد استدلت الفقهاء لتقديم الأم في الحضانة عن غيرها بأدلة كثيرة نورد منها ما يلي:

1- من السنة:

عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان في بطني له وعاء، وثدي له ساق، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي»³.

¹ - سبق تخريجه.

² - ابن قدامة: المغني، (ج8/ص238، 239).

³ - أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم الحديث: 2276، (ج2/ص283)؛ الصنعاني: سبل السلام، (ج2/ص330).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد وجه كلامه بالصيغة المباشرة إلى الأم فقال: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ»، وفي هذا دليل على أحقية الأم وأسبقيتها في حضانة وليدها سواء أكان من زنى أم من نكاحٍ صحيح¹.

2- من الأثر:

أ- ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال لعمر رضي الله عنه بعد أن حكم بعاصمٍ لأمه أم عاصم: «رِيحُهَا، وَشَمُّهَا، وَلُطْفُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ»، وفي رواية: «مِنَ الشَّهْدِ عِنْدَكَ»².

ب- وقال ابن عباس رضي الله عنهما: «رِيحُ الْأُمِّ، وَفِرَاشُهَا، وَحِجْرُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنَ الْأَبِ حَتَّى يَشُبَّ وَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ»³.

وجه الدلالة من الآثار: أن الصحابة الكرام رضي الله عنهم أجمعين قد جعلوا ريح الأم وفراسها وحجرها خير للولد -أيًا كان سواء أكان ولد زنا أو من نكاحٍ - من الأب إلى أن يشبَّ هذا الصغير، ويختار بين أبيه إذا كان من نكاحٍ صحيحاً، أو يظلَّ عند أمه كما في ولد الزنا والذي هو موضوعي الذي أتكلم فيه⁴.

وهذا في الصغير بشكل عام وبناء عليه فمن هو الأولى بحضانة ولد الزنا الذي لا أب له فإن المتخرج على الأصول أن الأولى به - أيضاً - هي أمه؛ لأنها عصيته والأحق بتربيته ورعايته، ثم خالته إن لم توجد أمه، والدليل على ذلك: ما ورد عن البراء بن عازب رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها، قال: الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ»⁵.

¹ - الشوكاني: نيل الأوطار، باب: من أحق بكفالة الطفل، رقم الحديث: 2984، (ج/6 ص 389، 390).

² - ذكر هذه الروايات - من آثار الصحابة رضي الله عنهم - الصنعاني في: سبل السلام، (ج/2 ص 331).

³ - الصنعاني: سبل السلام، (ج/2 ص 333، 334).

⁴ - جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزبيلي: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزبيلي، التحقيق: محمد عوامة، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - السعودية، دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط1، 1418هـ-1997م، (ج/4 ص 57).

⁵ - الشوكاني: نيل الأوطار، باب: من أحق بكفالة الطفل، رقم الحديث: 2983، (ج/6 ص 388، 389)؛ أبي داود: سنن أبي داود، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم الحديث: 2280، (ج/2 ص 284).

الفصل الثاني الأثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: أن الخالة يثبت لها حق الحضانة للصغير - أين كان - وأنها كالأم الحقيقية في حالة غياب الأم أو مع وجودها¹.

ثم جدته من ناحية أمّه - أيضاً - في حالة غياب أمه أو فقدها، أو عدم وجود خالته؛ والعلة من تقديم أقاربه من ناحية أمه أنهم هم عصبته الذين يرثونه ويرثهم؛ فكما أن لهم حقاً في ماله فهم كذلك أحقُّ الناس بتربيته وتنشئته ورعايته، ثم إنَّ ولد الزنا لا ينسب إلا إلى أمه، فإذا كان الحال كذلك كانت هي الأولى بحضانتها ورعايته، ثم يتبعها أقاربها من النساء وإن سفلن كآلاتي:

✓ **المالكية:** أم الأم، ثم جدة لأم، ثم الخالة، ثم خالة الأم، ثم الأخت لأم، ثم عمة الأم، ثم بنت الأخت لأم، أو بنت الأخ لأم، أيهما يقدم فهو سواء².

✓ **الشافعية:** الأولى بالحضانة بعد الأم أمها، ثم الخت لأم، ثم الخالة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الخالة، ثم الخالة لأم، ثم عمة الأم³.

✓ **الحنابلة:** أمها، ثم الأخت لأم، ثم خالة الأم، ثم بنت الأخ لأم وبنت الأخت لأم⁴.

✓ **الحنفية:** الأولى بالحضانة بعد الأم: أمها، ثم الأخت لأم، ثم الخالة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخ لأم، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم⁵.

ثانياً: في غياب النساء: ووجد الرجال من أقارب ولد الزنا، وهم ذوو الأرحام، وهم الأب لأم، والأخ لأم، والخال، وابن الأخ لأم، وابن الأخت لأم، فهل يستحقون الحضانة؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

1- القول الأول: أن الحضانة تنتقل إلى الرجال من ذوي الأرحام عند عدم العصبية، وهذا قول عند الشافعية¹، وقول عند الحنفية²، ورأي عند الحنابلة³، ووجهوا قولهم:

¹ - الصنعاني: سبل السلام، (ج2/334،335)، ابن حجر العسقلاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، رقم الحديث: 1083، كتاب: الرجعة، باب: الحضانة، (ج3/ص623).

² - ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، (ج2/ص624،625).

³ - الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص166).

⁴ - ابن المفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج9/ص337).

⁵ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج4/ص41)، ابن عابدين: رد المحتار على در المختار، (ج3/ص563).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ- بأنّ لهم قرابة تدعو إلى الشفقة والتربية، وأيضاً فالخاله ملحقة بالأم، فكذلك الخال ملحق بالأب⁴.

ب- لأنّ لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هم أولى منهم، كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم⁵.

ويكون ترتيبهم كالتالي: الأب لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم، وقيل يقدم الخال لأم على الخال لأب، لأنّ لهم ولاية⁶.

2- القول الثاني: أنّ ذوي الأرحام من الرجال لا حق لهم في الحضانة، وينتقل الأمر إلى الحاكم، وهذا قول المالكية⁷، والقول الثاني عند الشافعية⁸، وهو الأصح، والرأي الثاني عند الحنابلة⁹. ووجه قولهم:

وذلك لضعف القرابة؛ ولأنّها تقاعدت عن إفادة الولاية والإرث وتحمل العقل، فكذلك تتقاعد عن إفادة هذا الحق¹⁰.

3- الترجيح: و بعد عرض قولي الفقهاء في المسألة وذكر أدلّتهم فالذي يرجح لي هو القول الأول: أنّ لذوي الأرحام من الرجال حق الحضانة في حال عدم وجود من هم أولى

¹ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرفاعي القزويني: العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، التحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ-1997م، (ج10/ص105، 106)؛ الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/ص169)؛

² ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص184)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص569).

³ ابن قدامة: المغني، (ج8/ص247).

⁴ الرفاعي القزويني: العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، (ج10/ص105، 106).

⁵ ابن قدامة: المغني، (ج8/ص246، 247)؛ المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج9/ص416، 422).

⁶ ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص184).

⁷ الخرشي: شرح مختصر خليل، (ج4/ص215، 216).

⁸ الرفاعي: العزیز شرح الوجيز، (ج10/ص106).

⁹ المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج9/ص416، 423).

¹⁰ الرفاعي: العزیز شرح الوجيز، (ج10/ص106).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

منهم، لأنّ ذوي الأرحام لهم قرابة يرثون بها، ولهم شفقة يرحمون ويربون بها، فنتحقق بذلك مصلحة الطفل، ثم أنّه لا يوجد من هو أحقّ منهم، فترجع إليهم¹.

الفرع الثاني: رضاعة ولد الزنا:

لم يهمل تعالى حق ولد الزنا على أمه إذا علمت، لأنّ النسب يلحق بالأمّ بواقعة الولادة، ومنه فهي ملزمة بإرضاعه ورعايته، وهذا قوله صلى الله عليه وسلم للغامدية التي أقرت بزناها وأرادت التوبة وتطهري نفسها من الذنب بتطبيق الحد عليها وكانت قد وضعت مولودا «**أذهبى فأرضعيه حتى تفطميّه**»². وقبل أن نتطرق لحكم رضاعة ولد الزنا لا بدّ أولاً من تعريف الرضاعة في الفقرة الأولى ثم حكم رضاعة ولد الزنا في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تعريف الرضاع لغة واصطلاحاً:

نتناول في هذه الفقرة للتعريف اللغوي والاصطلاحي للرضاعة:

أولاً: لغة: الرضاع في اللغة بفتح الراء اسمان لمصدر الفعل رَضَعَ يَرْضَع رَضْعًا ويأتي بمعنى: مصّ اللبّن من الثدي أو شربه، فهو راضع ورضيع والجمع: رُضَع، كركّع، وأرضعته أمه أي سقته اللبن من ثديها فهي مُرضِعة³.

ثانياً: اصطلاحاً: نتعرض لبيان تعريف الرضاعة في كل من الاصطلاح الفقهي والتشريعي

1- في الاصطلاح الفقهي: أورد الفقهاء للرضاعة تعريفات عدة حيث:

عرّفه المالكيّة بأنه: «الرضاع عرفاً وصول لبن آدمي لمحل مظنة غداء»⁴، وعرّفه الشافعية بأنه: « اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه من معدة طفل أو دماغه»⁵،

¹ - أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، ص 99.

² - مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه الزنى، رقم الحديث: 1695، (ج3/ص1323)؛ أبي داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي صلى الله عليه وسلم برجمها من جهينة، رقم الحديث: 4442، (ج4/ص152).

³ - الرازي: مختار الصحيح، مرجع سابق، مادة (ر ض ع)، ص 123؛ الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج21/ص96، 98)؛ الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، ج1/ص229.

⁴ - محمد بن قاسم الأتصاري أبو عبد الله الرضاع التونسي المالكي: شرح دود ابن عرفة للرضاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350، ص 223.

⁵ - الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج5/ص123).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وعرفه الحنابلة بأنه: « مص لبن في الحولية عن حمل من ثدي امرأة»¹، وعرفه الحنفية بأنه: « مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص»².

وعلى الرغم من التعريفات السابقة من حيث الفاظ المستخدمة فيها إلا أنها جميعاً تدور حول معنى واحد وهو تناول الطفل اللبن من ثدي امرأة سواء كانت أمه أو غيرها في مدة معينة³.

2- في الاصطلاح التشريعي: لم تعطي التشريعات القانونية تعريفاً معيناً للرضاع باعتباره حقاً من حقوق الطفل، وهو أمر طبيعي إذ تترك هذه القوانين بصورة عامة مسألة وضع القوانين للفقهاء، وهؤلاء بدورهم اقتبسوا تعريف هذا الحق من التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة، فعرفوه بأنه: « مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في زمن معين»⁴.

الفقرة الثانية: حكم رضاعة ولد الزنا:

أمر الله تعالى المؤمنين عامة بالحفاظ على أجسام الأطفال من أن يطال الضعف والوهن والمرض والأذى أيّاً كان مصدره، فلا يجوز للإنسان أن يقصر في حصين نفسه من أن يصيبه مرض أو ضرر، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁵، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁶.

فكل إيذاء للجسم حرام شرعاً، بل إن المسلم مطالب ببناء جسمه كله حتى يكون صحيحاً سليماً قوياً. وعليه فإن الإهتمام بالتربية الصحية للطفل يعد مطلوباً من حيث الطعام والشراب واللباس والعلاج والتدريب الجسمي وتنمية القدرات العقلية، والعمل على وقايته من الأمراض السارية وغيرها، من خلال توفير البيئة الصحية المناسبة للأطفال التي تضمن تنشئة جيل سليم معافى قادر على تأدية دوره على الأرض والارتقاء بالبشرية إلى الأمام.

¹ - البهوتي: دقائق أولى النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، (ج3/ص213).

² - ابن همام: فتح القدير، (ج3/ص438).

³ - حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل...، مرجع سابق، ص 130.

⁴ - المرجع نفسه، ص 132.

⁵ - سورة البقرة، الآية (195).

⁶ - الإمام مالك: الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم الحديث: 31، (ج2/ص745).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ومن هنا فلا غرابة أن القرآن الكريم نص على أهمية الرضاعة الطبيعية للطفل في شهوره الأولى، وكانت الدعوة إلى إتمام الرضاعة؛ لما فيها من خير عظيم لهذا الجسم الناشئ، ووضع الأحكام التي تكفل حق الطفل في تأمين غذائه ورعايته¹.

قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾²، فالرضاع واجب على الأم ديانة. فرضاعة الطفل من مسؤولية الأم في الدرجة الأولى، فعلى الأم أن ترضع طفلها حتى يتمكن من تناول الأكل، وأتم الرضاعة حولين.

وبما أن ولد الزنا منسوب إلى أمه عند جمهور الفقهاء، فإن الأم هي المسؤولة عن رعايته ورضاعته حتى يستغني عنها ويتمكن من الأكل، وقيل: «أما المرضعة فالأم مطلقاً؛ لأنّ الزنا لا ينافي الأمومة»³.

أولاً: هل تجبر الأم على إرضاع طفلها؟ وإذا لم تجبر من يتحمل توفير المرضعة نفقتها؟ وفيها أقوال كالآتي:

1- **القول الأول:** إنّ الأم يجب عليها أن ترضع ولدها البأ، وهو قول الشافعية⁴.

2- **القول الثاني:** إنّ الطفل إذا لم يجد من يرضعه إلاّ أمه، أو لم يقبل غير ثديها، تجبر على إرضاعه قضاء، وهو قول جمهور الفقهاء⁵.

3- **القول الثالث:** أنّ الأم إما أن ترضع الطفل، أو أن تستأجر له من لها إن لم يكن له مال، وهو المشهور عند المالكية⁶.

ثانياً: في حالة غياب الأب، أو لم تستطع إرضاع طفلها، من يتحمل نفقة إرضاع الطفل؟

الأصل أنّ والد الطفل هو من يتحمل نفقة ورزق الطفل؛ قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ

رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْعُرْفِ﴾¹، سواء أكانت المرضعة أم الطفل أو غيرها، إلاّ أنّ الأم ما

¹ - جودة محمد عواد: حقوق الطفل في الإسلام، القاهرة، دار الفضيلة، ط1، 1991، ص12.

² - سورة البقرة، الآية (233).

³ - القرافي: الذخيرة، (ج4/ص273)

⁴ - الغزالي: الوسيط في المذهب، (ج6/ص233). النووي: روضه الطالبين، (ج9/ص3).

⁵ - ابن عابدين: رد المختار على الشرح المختار، (ج5/ص347)؛ البهوتي: دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، (ج3/ص

213، 214)؛ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل، بيروت، المكتبة الثقافية، د ت ن،

(ج1/ص408).

⁶ - ابن رشد: البيان والتحصيل، (ج5/ص147)؛ القرافي: الذخيرة، (ج4/ص270، 271).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

دامت زوجة للأب، فلا أجره لها عند المالكية والحنفية وبعض الحنابلة². خلافا للشافعية والحنابلة³.

ولكن جمهور الفقهاء يرون أن ولد الزنا لا أب له ينسب إليه ويتحمل نفقته وأجره رضاعته، فيتحمل أجره الرضاعة ورزق المرضعة وكسوتها من وجبت عليه نفقة الطفل، إن لم يكن للطفل مال، وهذا ما سنتعرض له في نفقة ولد الزنا.

كما أن هذه الرضاعة محددة بمدة معينة، لا تتجاوز المدة التي يحتاج فيها الطفل للرضاعة وهي الحولين الأولين ابتداء من الولادة، وعند انتهائها يرجع الولد إلى أبويه الحقيقيين أو إلى المؤسسة الخيرية إذا لم يكن له أبوان، مما يعني هذه المؤسسة غير كافية لرعاية الولد غير الشرعي لأنها تزول بزوال أسبابها كما أنها لا ترتب الآثار التي يرتبها النسب ولا ينتج عنها الحقوق الواجبة على الأبوين الحقيقيين.

الفرع الثاني: الولاية في النكاح على ولد الزنا:

إنّ الزواج آية من آيات الله في الكون فيه يعصم الإنسان من الوقوع في الفواحش وبه يعض البصر ويحفظ الفرج وبه يحدث التماسل لإعمار الكون فكما للشخص العادي حقوق في الزواج فولد الزنا الحق أيضا في أن يتزوج وأن يعيش حياته طبيعيا كأى شخص عادي⁴؛ فمن يتولى نكاح ولد الزنا؟ فهل ولد الزنا كفاء لأن يتزوج بذات نسب؟ وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: أقسام الولاية في النكاح:

تتنقسم ولاية النكاح إلى نوعين:

¹ - سورة البقرة، الآية (233).

² - القرافي: الذخيرة، (ج4/ص270)؛ ؛ البهوتي: دقائق أولى النهي، (ج3/ص213).

³ - الغزالي: الوسيط في المذهب، (ج6/ص233)؛ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، التحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، ط1413هـ-1993م، (ج6/ص40)؛
الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص495)

⁴ - حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427-1428هـص 518.

أولاً: في الفقه الإسلامي:

1- ولاية الإجماع¹: وهي التي تعد ولاية كاملة؛ لأن الولي ينفرد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه فيها أحد، وولاية الإجماع عند الحنفية² تثبت على القاصرين، وبالتالي تثبت على فاقد الأهلية والمجنون والمعتوه والصبي غير المميز، كما تثبت على ناقص الأهلية، وهو الصبي المميز.

وقد اتفق الفقهاء³ على أن علة ولاية الإجماع على المجنون والمعتوه، وهو ضعف العقل الذي كان سبباً للعجز عن تولي العقد وإدراك وجه المصلحة منه، وأمّا علة الولاية على الصغار فقد اتفقوا أيضاً على أن الصغر هو السبب بالنسبة للصغير، وأمّا الصغيرة فقد اختلفوا في علة الولاية عليها، فقال مالك و الشافعي وأحمد في رواية: أن العلة هي البكارة⁴. ولهذا تمتد الولاية إلى ما بعد البلوغ ما دامت لا تزال بكرًا، وذلك لأن البكر لا تعرف مصالحها في النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج من الرجال، فكانت البكارة هي علة الولاية باقية، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية⁵. فإن تزوجت البكر قبل البلوغ، ودخل بها، ثم فرّق بينهما لا يصحّ زواجها ثانياً حتى تبلغ، وتشارك مع وليها في اختيار زوجها؛ ولذلك معنى معقول؛ إذ لا يصحّ تكرار زواجها في الصغر؛ لأنه لا حاجة إليه وكانت التجربة لا تدعو إلى التكرار لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه⁶.

أمّا الإمام أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية في الصغيرة هي كالصغير؛ إذ الصغر هو سبب العجز، والعجز هو الذي أوجد الولاية لسدّ نقصه، وقد كانت علة الولاية

¹ ابن الهمام: فتح القدير، (ج3/ص261)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص266؛ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، (ج2/ص211)؛ سليمان بن منصور الجمل: حاشية الجمل المسمى فتوحات الوهاب بتوضيح المنهاج، (ج3/ص346)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج2/ص118).

² الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج2/ص118)؛ ابن الهمام: فتح القدير، (ج3/ص261).

³ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص266؛ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، (ج2/ص211)؛ سليمان بن منصور الجمل: حاشية الجمل المسمى فتوحات الوهاب بتوضيح المنهاج، (ج3/ص346)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج2/ص118).

⁴ زكرياء بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، د ط، د ت ن، (ج4/ص404)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص266؛ سليمان بن منصور الجمل حاشية الجمل المسمى فتوحات الوهاب بتوضيح المنهاج، (ج3/ص346).

⁵ ينظر: المراجع السابقة، والصفحات نفسها.

⁶ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، (ج2/ص211).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

في الصَّغِير، فيثبت أيضاً على ولاية الصَّغِيرَة¹، وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت له ولاية الإيجابار.

✓ **فذهب الشافعي:** إلى أن ولاية الإيجابار تكون للأب والجد².

✓ **وذهب الحنفي:** إلى أن ولاية الإيجابار تثبت للعصبات ولذوي الأرحام³، وذهب مالك⁴، وأحمد⁵، إلى أن ولاية الإيجابار تكون للأب أو وصيه، واشترط الإمام أحمد في ولاية الوصي الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج⁶. وهذا في الصَّغِير والصَّغِيرَة. أما المجنون والمجنونة ومن في حكمهما فيضاف الحاكم إلى الأولياء المذكورين.

✓ **وذهب الظاهري:** إلى أن ولاية الإيجابار لا تكون إلا للأب وحده⁷. والقاعدة في الترتيب الترتيب عند جميع الفقهاء⁸ أن الأقوى قرابةً مقدّم على من دونه.

2- ولاية الاختيار: وتسمى أيضاً ولاية الشركة، ويسمىها الحنفي ولاية الاستحباب⁹.

وهذا القسم من الولاية يثبت على البالغة العاقلة؛ لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تتفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها ولؤها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفائه معها على الزواج، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار¹⁰، كما تسمى ولاية الشركة؛

¹ - الزيلعي: تبيين الحقائق، (ج2/ص 118)؛ ابن الهمام: فتح القدير، (ج3/ص 261).

² - الحصني: كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، ص361؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج7/ص53)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص51).

³ - الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص241).

⁴ - ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 133؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص70).

⁵ - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص16، 15).

⁶ - المراجع السابقة، الصفحات نفسها.

⁷ - ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص38).

⁸ - ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 133؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص70)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص51، 52)؛ النووي: روضة الطالبين، (ج7/ص53)، الحصني، كفاية الأخبار، ص 361؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص16)؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (ج6/ص266، 459)؛ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص241)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص38، 39).

⁹ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج4/ص102).

¹⁰ - ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 133؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص70)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص51)؛ النووي: روضة الطالبين، (ج7/ص53)، الحصني، كفاية الأخبار، ص 361؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص16)؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (ج6/ص266، 459)؛ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص241)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص38، 39).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

لأنه ليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك، وبشتركا في الاختيار ويتولى هو الصيغة، وأبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحدٍ عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحب أن يتولى بالنياحة عنها صيغة الزواج، ولذلك يسميها ولاية استحباب¹. وأساس هذه الولاية عند الأئمة الثلاثة: مالك² والشافعي³ وأحمد⁴ والإمام أبي يوسف في رواية عنه⁵ والظاهرية⁶: أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها، بل لوليها سلطان معها، فهما شريكان في زواجها، لا ينفرد دونها بالزواج، ولا تنفرد هي بتزويج نفسها بنفسها بل هما شريكان، ويتولى هو الصيغة؛ لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، ولا ينعقد بعبارتهن قط، وإن كان لابد من رضاهن.

خالف الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية مشهورة سائر الفقهاء فقالوا: للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها، ولها أن تنشئ العقد بعبارتها، وهو ينشأ بعبرة النساء صحيحاً، ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها، وأن يكون راضياً عنها⁷.

ثانياً: في التشريع الجزائري والمقارن: نتطرق أولاً لأقسام ولاية النكاح في التشريع الجزائري ثم أقسامها في لبعض التشريعات العربية.

1- في التشريع الجزائري: جاء في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري أنه: « يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ». ونصت المادة 13 على أنه: « لا يجوز للولي، أباً أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها »⁸.

¹ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص 241)؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، (ج3/ص 94).

² ابن جزي: القوانين الفقهية، ص 133؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص 70).

³ النووي: روضة الطالبين، (ج7/ص 53)؛ الحصني: كفاية الأخبار، ص 361؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص 52).

⁴ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص 16)؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (ج6/ص 266).

⁵ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص 241)؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار؛ (ج3/ص 94)؛ المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، (ج1/ص 191، 192).

⁶ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص 38، 40).

⁷ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص 233، 234)؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، (ج3/ص 94).

⁸ نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي..، مرجع سابق، ص 44، 46.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

من خلال مراجعتنا للمادتين 11 و13 من ق أ ج، يتبين لنا أن المشرع أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر فلا يمكن للأب أو غيره من الأقارب أن يزوجه إلى شخص ليست رغبة فيه.

أما فيما يخص المرأة الراشدة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها حسب نص المادة 11/ف1 من نفس القانون: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، فهي التي تتولاه وتبشره إذا كانت راشدة بلغت 19 سنة وليس للولي إلاّ الحضور، حتى حضوره لم يعد له وزن وإذا اختارت غيره وليا ممن ترضاه وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب المادة 9 من نفس القانون «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، وفي حالة تخلفه يترتب عنه البطلان وذلك بموجب المادة 33 من ق أ ج «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»؛ بمعنى أن المرأة أصبحت لها صلاحية في اختيار من يكون وليا عنها أو أن تكون ولية على نفسها.

2- في التشريع المقارن: نتطرق لولاية ولد الزنا في كل من التشريع المغربي والتونسي والمصري.

أ- في التشريع المغربي: نصت المدونة الأسرة المغربية في المادة 13 على أنه: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزوج والزوجة، عدم الاتفاق على إسقاط الصداق، ولي الزوج عند الاقتضاء»¹. فجعلت من الولاية شرطا وليست ركنا في عقد الزواج حتى في حالة الاقتضاء؛ أي زواج القاصر، كما خيرت المرأة الرشيدة بين أن تزوج نفسها بنفسها دون الحاجة إلى الالتجاء للولي، وبين أن تزوج نفسها بواسطة وليها، بنص المادة 25 على أن: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"، بمعنى أن المرأة أصبحت لها صلاحية في اختيار من يكون وليا عنها أو أن تكون ولية على نفسها وهذا معارض للنصوص الصريحة الصحيحة التي لا يمكن تجاوزها، فقدت عمدت إلى إلغاء شرط الولي²،

¹ دليل علمي بمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص24.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الولي¹، كما أنّ هذا الموقف حسب رأي المشرّع هو مقتبس من الاجتهاد الحنفي علما أنّ الأحناف يقيّدون هذه الصلاحية بشرط الكفاءة².

في حين جاء في المادة 24 والتي تنص على أنّ: «الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصحتها» وهذا يعني أنّ الولاية لم تعد شرط صحة في الزواج³. وإن كان المشرع المغربي قد أعطى للراشدة حق تزويج نفسها دون الحاجة للالتجاء للولي فإنه عكس ذلك فقد اشترط الولي في زواج القاصر واعتبره شرطا لصحة هذا العقد، وهو ما يستشف من الفقرة الأولى من المادة 21 التي تنص على: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي"⁴.

ب- **في التشريع التونسي:** ركز المشرع التونسي على رضا الطرفين وهما الزوج والزوجة لإتمام عقد الزواج، وهذا من خلال ما نص عليه في الفصل 3: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين". وباشتراطه رضا الزوجين أسقط دور الولي في تولي عقد زواج المرأة، ومنح لها حق تزويج نفسها، فالمرأة التونسية لا ينعقد زواجها إلا برضاها سواء كانت رشيدة بالغة، أو كانت غير رشيدة لصغر سنها أو سفه أو ضعف عقل، في حين نرى أنّ جل الدول العربية تنص على إلزامية الولي لتتمام عقد زواج المرأة وهو نص الفصل 9: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بنفسهما أو ليوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا".

أما فيما يخص زواج القاصر فقد نص المشرّع التونسي في الفصل 6 على أنّه: "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه". المشرّع التونسي أشرك الأب والأم في هذا الزواج فكلاهما شريكان على زواج القاصر، كم اشترك كذلك اذنا خاصا من المحكمة مع الاشارة إلى الأسباب الدافعة إلى ذلك⁵ وهو ما نص عليه الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية: «...إبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف

¹ عبد الله أبو عوض: أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل الأسرة المغربية -دراسة تأصيلية في المادة 400، الرباط، منشورات دار الأمان، 2011، ص 204، 205.

² ابن همام: فتح القدير، (ج3/ص291).

قال ابن همام قوله الكفاءة معتبرة، قالوا: معناه معتبرة في اللزوم على الأولياء حتى إنّ عند عدمها جاز للولي الفسخ... هذا على ظاهر الرواية.

³ دليل علمي بمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص31.

⁴ المرجع نفسه، ص 29.

⁵ ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص60، 61.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين»¹.

ج- **في التشريع المصري:** أما فيما يخص القانون المصري فقد اعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج على أساس أن القانون المصري يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص، وهو المعمول به، كما أعطى القانون المصري للمرأة البالغة الرشيدة بكراً كانت أم ثيباً أن تزوج نفسها بنفسها طالما راعت حق الأولياء في الزواج من كفاء وبمهر المثل، وبالتالي فإن القانون المصري لا يقيم على المرأة البالغة الراشدة ولاية الإيجاب وإنما تثبت عليها ولاية الاختيار أي ولاية النذب والاستحباب.

أما بالنسبة للقصر فتثبت ولاية الإيجاب عليهم، ومن هنا فإن الولي هو الذي يقوم بتزويجهم ويكون هذا الزواج فذا في حقهم دون التوقف على رضاهم وذلك أخذاً بالرأي الراجح في المذهب الحنفي.

الفقرة الثانية: حكم ولاية نكاح ولد الزنا:

نتطرق في هذه الفقرة إلى أربع مسائل متعلّقة بالولاية في عقد الزواج سوف أبحث من الذي من الممكن أن يكون ولياً للبنت من الزنا في عقد نكاحها، أو ولد الزنا إن كان صغيراً. بالإضافة تولّي الابن عقد نكاح أمّه التي هي من الزنا بذكر محل خلاف الفقهاء في كل مسألة وبما استدلوا به لنصل إلى الرأي الراجح وهذا ما يتم توضيحه فيما يلي:

أولاً: تولّي البنت التي من الزنا عقد نكاحها بنفسها²: الكلام في هذه المسألة سيكون عن البنت البالغة العاقلة الرشيدة سواء أكانت بكراً أم ثيباً. أمّا البنت الصغيرة أو المجنونة أو المعتوهة، وكذلك الابن الصغير أو المجنون أو المعتوه؛ فهذا خارج عن محل النزاع في هذه المسألة؛ لأنّ هؤلاء يدخلون تحت القسم الأول من أقسام الولاية في عقد النكاح وهي ولاية الإيجاب.

¹ - الفصل 5، نفع بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964 وبالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007.

² - حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى (دراسة فقهية مقارنة)، ص 337، 346.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أما البالغة العاقلة الرشيدة فهي التي اختلف الفقهاء في حكم تولي عقد نكاحها بنفسها، وهم عندما تكلموا عن ذلك لم يصرحوا بحكم البنت من الزنا؛ ولكنهم إذا تكلموا عن البالغة العاقلة التي لها عصبه أجاز بعضهم أن تتولّى عقد نكاحها بنفسها؛ ولذلك فإنّ البنت من الزنى تدخل ضمن ما تكلموا عليه في البنت الشرعية.

ولعلّ السبب في دخول البنت من الزنا مع البنت الشرعية يرجع إلى أنّ كلّ واحدةٍ منهنّ مسلمةٌ مكفّةٌ تجري عليها كلّ أحكام الشرع، والمعروف أنّ الأمور الشرعية لا تفرّق بين أحدٍ؛ فكانت البنت من الزنا متساويةً مع البنت الشرعية في هذه الناحية.

وحاصل اختلاف أقوالهم في حكم تولي البنت من الزنا عقد نكاحها بنفسها يرجع إلى

قولين:

1- القول الأول: أنّ النكاح لا يصح إلا بوليّ، وبناءً على ذلك لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا تزويج غيرها، ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً؛ فإن فعلت ذلك لم يصحّ النكاح، وإليه ذهب المالكية¹، والشافعية²، والحنابلة³، والظاهرية⁴. وهو قول كثير من

¹ ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج2/ص223)؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص69)؛ ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 133.

² الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص40)؛ النووي: المجموع شرح المذهب، (ج16/ص46، 47)، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج7/ص53)، حكي الإمام الماوردي: في الحاوي الكبير، (ج9/ص37، 38) أنّ في المسألة ستة مذاهب:

المذهب الأول: مذهب الشافعي: أنّ الولي شرط في نكاحها، لا يصح العقد إلا به وليس لها أن تنفرد بالعقد على نفسها، وإن أذن لها سواء أكانت صغيرة أم كبيرة، شريفة أم دنيئة بكرة أم ثيباً.

المذهب الثاني: مذهب أبي حنيفة إن لم يكن عليها في مالها ولاية لبلوغها وعقلها لم يكن في نكاحها ولاية وجاز أن تنفرد بالعقد على نفسها وترده إلى ما شاءت من رجل أو امرأة ولا اعتراض للولي عليها إلا أن تضع نفسها في غير كفاء، وإن كان عليها في مالها ولاية لجنون أو صغر لم تتكح نفسها إلا بولي.

المذهب الثالث: مذهب مالك: إن كانت ذات شرف أو جمال أو مال يرغب الناس في مثلها لم يصح نكاحها إلا بولي، وإن كانت دنيئة ليست ذات شرف ولا جمال ولا مال صح نكاحها بغير ولي.

المذهب الرابع: مذهب داود الظاهري: إن كانت بكرة لم يصح نكاحها إلا بولي، وإن كانت ثيباً صح بغير ولي.

المذهب الخامس: مذهب أبي ثور: إن أذن لها وليها جاز أن تعقد على نفسها، وإن لم يأذن لها لم يجز.

المذهب السادس: مذهب أبي يوسف: تأذن لمن شاءت من الرجال في تزويجها دون النساء، ويكون موقوفاً على إجازة وليها.

³ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص7)؛ النجدي: حاشية الروض المربع، (ج6/ص265).

⁴ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص38، 40).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الصَّحابة ومنهم عمر بن الخطَّاب، وعليُّ بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وأبو هريرة، وعائشة رضي الله عنهم، ومن التَّابعين: سعيد بن المسيَّب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثَّوري، وابن أبي ليلى¹، وابن شبرمة، وابن المبارك²، وعبيد الله العنبري، وإسحاق³. استدلَّ أصحاب هذا القول، بالكتاب والسُّنة والإجماع والمعقول:

أ- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁴ وجه الدلالة: دلَّت الآية على ثبوت الولاية من وجهين:

أحدهما: نهى الأولياء عن عضلهم، والعضل: المنع في أحد التَّأويلين والتَّضييق في التَّأويل الآخر؛ فقد جاز لهنَّ التَّقرُّد بالعقد لما أثر من عضل الأولياء، ولما توجه إليهنَّ نهياً، الثَّاني: قوله تعالى: في سياق الآية: ﴿إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵، والمعروف ما تناوله عرف الاختيار، وهو الوليُّ والشَّاهدان⁶.

ب- من السُّنة:

¹ - هو عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل داود) بن بلال الأنصاري السكوني الكوفي. أبو = عيسى. تابعي من كبار الفقهاء والقراء. شهد وقعة الجمل مع علي بن أبي طالب استعمله الحجاج على قضاء الكوفة ثم عزله وضره لامتناعه عن سب علي بن أبي طالب سباً صريحاً لا تورية فيه. حارب مع عبد الرحمن بن الأشعث وقتل في موقعة دير الجماجم. قال عنه ابن سيرين رأيت أصحاب عبد الرحمن يعظمونه كأنه أمير. ينظر: الأربلي: وفيات الأعيان، (ج3/ص 126)؛ ابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، (ج6/ص 260).

² - هو عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء التميمي المروزي. أبو عبد الرحمن. من سكان خراسان كان أبوه تركيا وأمّه عربية. الحافظ شيخ الإسلام، المجاهد صاحب التصانيف والرحلات. مات ابن المبارك في مدينة هيت- بين الرحبة وبغداد- منصرفاً من غزو الروم، وتوفي عن 63 سنة. ينظر: الأربلي: وفيات الأعيان، (ج3/ص 32)؛ ابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، (ج5/ص 382، 383).

³ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص 40)؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص 7).

⁴ - سورة البقرة، الآية (232).

⁵ - سورة البقرة، الآية (232).

⁶ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص 39).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ب-1- ما ورد عن أبي موسى رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ**»¹.

وجه الدلالة: في هذا الحديث بين النبي صلى الله عليه وسلم أن النكاح لا يكون إلا إذا كان للمرأة ولي يتولى عقد نكاحها، فدلّ لأنّ عدم وجود وليّ في عقد النكاح باطلٌ .

ب-2- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهَا**»²

وجه الدلالة: قال الماوردي: وهذا نصٌّ في إبطال النكاح بغير وليّ من غير تخصيص ولا تمييز³.

مناقشة أدلة السنّة: قال الحنفية في مناقشة أدلة السنّة: أمّا الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما روته السيدة عائشة رضي الله عنها: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ**»⁴ وما في معناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو موسى: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ**»⁵.

فمعارض بقوله صلى الله عليه وسلم: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**»⁶ قالوا ووجه الاستدلال به: أنه أثبت لكلّ منها ومن الوليِّ حقّاً في ضمن قوله: «**أَحَقُّ بِنَفْسِهَا**» ومعلوم أنه ليس للوليّ سوى مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحقّ منه به.

¹ - أخرجه الترمذي: سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1101، (ج3/ص339)؛ أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم الحديث: 2085، (ج2/ص229)؛ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1881، (ج3/ص79)؛ الدارمي: سنن الدارمي: كتاب: النكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، رقم الحديث: 2228، (ج3/ص1396).

² - أخرجه الترمذي: سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1102، (ج3/ص399)؛ أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم الحديث: 2083 (ج2/ص229)؛ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم حديث: 1879 (ج1/ص605)؛ الدارمي: سنن الدارمي، كتاب: النكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، رقم الحديث: 2230، (ج3/ص1397).

³ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص45).

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - أخرجه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الثيب، رقم الحديث: 1098، (2/39)؛ الترمذي: سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، رقم الحديث: 1108 (ج3/ص408).

ج- من الإجماع والمعقول:

ج-1- من الإجماع: اشتراط وليِّ للمرأة يتولَّى عقد نكاحها إجماعٌ من الصحابة فقال: ولأنَّه إجماع الصحابة؛ لأنَّه قول من ذكرنا من الرواة الثمانية، وهو مروى عن عمر وعليٍّ رضي الله عنهما ثم قال: فهذا قول من ذكرنا من الصحابة، وليس في التابعين مخالفٌ، فثبت أنَّه إجماع¹.

ج-2- من المعقول: استدلل أصحاب القول الأوَّل بأدلة كثيرة من المعقول ومنها²:

✓ أن كلَّ من كان من زوائد عقد النكاح كان شرطاً فيه كالشهود.
 ✓ ولأنَّ ما اختصَّ من بين جنسه بزيادة عددٍ كانت الزيادة شرطاً فيه كالشهادة في الزنا.
 ✓ أن كلَّ عقد صارت به المرأة فراشاً لم تملكه المفترشة كالأمَّة.
 ✓ أن من عقد على نفسه واعترض عليه غيره في فسخه دلَّ لفساد عقده كالأمَّة والعبد إذا زوجاً نفسيهما.

✓ أن من مُنِع من مقصود العقد مُنِع من العقد كالمحجور عليه؛ لأنَّه أحد طرفي الاستباحة فلم تملكه المرأة كالطلاق.

✓ أن لوليِّ المرأة قبل بلوغها حقَّين حقاً في طلب الكفاءة، وحقاً في مباشرة العقد؛ فلمَّا كان بلوغها غير مسقطٍ لحقه في طلب الكفاءة كان غير مسقطٍ لحقه في مباشرة العقد.

2- القول الثَّاني: يجوز للبننت البالغة العاقلة الرشيدة أن تتولى عقد نكاحها بنفسها، بل يجوز لها أن تتولَّى عقد نكاح غيرها بالولاية أو الوكالة. ومبنى هذا القول أن العقد ينشأ بعبارة النساء، وإليه ذهب أبو حنيفة وزفر في قوله الأوَّل³.

¹ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص42). قال الماوردي بعد ذكره لهذه الأدلة من المعقول: ويتحرَّر من اعتلاله قياسان: أحدهما: أنَّه أحد حقِّي الوليِّ فلم يسقط ببلوغها كطلب الكفاءة.

الثَّاني: أن كلَّ من ثبت عليه حقُّ الوليِّ في طلب الكفاءة ثبت عليه حقُّ مباشرة العقد كالصَّغير.

² حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى (دراسة فقهية مقارنة)، مرجع سابق، ص 360، 361.

³ - الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص247)؛ علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ-1984م، (ج2/ص152).

جاء في تحفة الفقهاء 2/ 152: والنوع الثَّاني: وهو حق الكبيرة العاقلة:

قال أبو حنيفة وزفر ليس لأحد عليها ولاية بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها الولاية بطريق الندب ولاستحباب. وهو قول أب يوسف الأوَّل، حتى إن المرأة العاقلة إذا زوجت نفسها من كفاء بمهر فإنه يجوز، وليس للأولياء حق الفسخ، وإذا زوجت نفسها من غير كفاء، فلهم حق الفسخ وإذا اقصررت عن مهر مثلها كان للأولياء حق الفسخ عند أبي حنيفة، وقال أبو

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾¹. وجه الدلالة: أَنَّ الآية الكريمة نصّت على انعقاد النكاح بعبارتها، وانعقاده بلفظ الهبة، فكانت حجةً في جواز تولي المرأة عقد نكاحها بنفسها².

مناقشة هذا الدليل: ويمكن أن يناقش هذا، أَنَّ هذا خارجٌ عن محلّ النزاع؛ لكون هبة المرأة للرجل من خصائص النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يجوز ذلك في حق غيره من عموم الأمة³. ويؤيد هذا ما قاله القرطبي في تفسير الآية من أَنَّ ابن عباس رضي الله عنهما قال: لم يكن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأةً وهبت نفسها له⁴.

ثم قال: أي أنه لم يقبل واحدةً ممّن وهبت نفسها له، وإن كان ذلك مباحًا ومخصوصًا به؛ لأنّه مردودٌ إلى مشيئته كما قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾⁵، أي إن اختار ذلك.

ب- من السنة: واستدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بدليلين:

يوسف = ومحمد والشافعي: ليس لهم ولاية الفسخ وإنما يتصور الخلاف عندهما إذا أذن لها الولي بالتويخ، وعند الشافعي إذا أذن الولي رجلاً بأن يزوجها، فزوجها بمهر قاصر.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: بأن لهم ولاية التزويج في حق الكبيرة العاقلة، لكن اختلفوا فيما بينهم فيما إذا زوجت نفسها من غير إذن وليها.

فقال الشافعي: لا يجوز أصلاً، ولا يتوقف على إجازة الولي.

وقال محمد: يتوقف على إجازة الولي، ولا نفاذ له، حتى لو وطئها، يكون وطئها حرام وليس فيه طلاق ولا ظهار ولو ماتا لم يتوارثا.

وعن أبي يوسف روايتان: في رواية إذا مات أحدهما قبل أن يجيزه الولي والزوج كفاء يتوارثان، وفي رواية الحسن عنه أنهما لا يتوارثان، كفاء كان أو غير كفاء.

¹ - سورة الأحزاب، الآية (50).

² - أبو جعفر النحاس أحمد بن محمد بن إسماعيل بن يونس المرادي النحوي: إعراب القرآن، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط1، 1421، (ج3/ص219، 220)؛ البغوي: تفسير البغوي، (ج3/ص650، 651)؛

الجصاص: أحكام القرآن، (ج5/ص237)؛ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص248).

³ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج14/ص208).

⁴ - المصدر نفسه، ص نفسها.

⁵ - سورة الأحزاب، الآية (50).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ب-1- عن ابن عباس رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «**لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ النَّيِّبِ أَمْرٌ، وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ، وَصِمَاتُهَا إِفْرَارُهَا**»¹.

وجه الدلالة: هذا الحديث دلالة على قطع ولاية الولي على النيب²، فهو دليل على جواز انعقاد النكاح بدون ولي، وتكون المرأة هي ولية على نفسها.

مناقشة هذا الدليل: بأن قوله صلى الله عليه وسلم: «**لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ النَّيِّبِ أَمْرٌ**» فالأمر هو الإجماع والإلزام، وليس للولي إجبار النيب والزامها، ولا يقضي ذلك أن تنفرد بال عقد دون وليه، كما لا تنفرد به دون شهود³.

ب-2- ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْدَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا**»⁴.

وجه الدلالة: في هذا الحديث أثبت النبي صلى الله عليه وسلم أن الأيم، وهي: التي لا زوج لها أحق بنفسها من وليها فليس لأحد عليها ولاية⁵.

ج- **من المعقول:** أن البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها تكون قد تصرفت في خالص حقها، وهي من أهله لكونها عاقلة مميّزة؛ ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج⁶.

مناقشة الدليل: ويمكن أن يناقش ما استدلوا به من القياس على جواز التصرف في المال بدون ولاية، بأنه قياس مع الفارق فلا يصح؛ لأن خطر المال أقل من خطر الفروج، وقد لا تحسن المرأة الاختيار لشريك حياتها، فوجب أن يشاركها وليها الاختيار⁷.

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: النكاح، باب: في النيب، رقم الحديث: 1002، (ج2/ص233)؛ النسائي: **سين النسائي**، كتاب: النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها، رقم الحديث: 3263، (ج6/ص85)؛ الترمذي: **سين الترمذي**، كتاب النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والنيب، رقم الحديث: 1108، (ج3/ص408).

² الكاساني: **بدائع الصنائع**، (ج2/ص248).

³ الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج9/ص43، 44).

⁴ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: النكاح، باب: في النيب، رقم الحديث: 1098، (ج2/ص232)؛ النسائي: **سين النسائي**، كتاب: النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها، رقم الحديث: 3261، (ج6/ص84)؛ الترمذي: **سين الترمذي**، كتاب النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والنيب، رقم الحديث: 1108، (ج3/ص408).

⁵ الكاساني: **بدائع الصنائع**، (ج2/ص248).

⁶ المرجع نفسه، (ج2/ص248).

⁷ الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج9/ص43، 44، 99).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

د- **الترجيح:** بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، وذكر أدلتهم يرجح لي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لقوة أدلتهم، كما أن هذا الرأي هو الذي يرجحه العقل السليم؛ لأن عقد النكاح لا يتم إلا في وسط جمع من الناس، والمرأة من حقها أن تصان عن مواطن الرجال، ولأن الناس يظنون أن المراد من عقد الزواج هو الوطء؛ فإذا باشرت المرأة عقد نكاحها بنفسها نسبت إلى الوقاحة وإلى التوقان للرجال.

ولمّا كانت البنت التي هي من الزنا سواء أكانت بالغة عاقلة رشيدة أم كانت صغيرة أم مجنونة أم معتوهة ليس لها أب أو جدُّ لأبٍ أو أيّ قريبٍ من جهة أبيها يعدُّ عصبه لها فهي تحتاج إلى وليّ. وفي هذه المسألة أرجح اشتراط وليّ في عقد النكاح¹.

ثانياً: تولّي المرأة عقد نكاح ابنتها التي جاءت بها من الزنا²:

لما كانت الولاية تثبت للعصابات من ولاية الحضانة، والمال، وولاية التزويج فإن لهذه البنت ليس لها عصبه من جهة أبيها؛ لانعدام الأب. وبناءً على ذلك قد لا يوجد لهذه البنت قرابة إلا أمها، فهل يجوز للمرأة أن تتولّى عقد نكاح ابنتها التي جاءت بها من الزنا؟ وإذا كانت أم هذه البنت ماتت فهل يجوز لأختها أو خالتها أو أيّ واحدٍ من قرابتها من جهة أمها أن يتولّى عقد نكاحها؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، والحقيقة أن اختلافهم فيها هو عين اختلافهم في المسألة المتقدمة، وهو جواز تولّي البنت عقد نكاحها بنفسها.

وقد تبين فيه أنهم اختلفوا في تولّي المرأة عقد النكاح بنفسها، وكذلك تولّي المرأة عقد نكاح غيرها، فأجازه أبو حنيفة، ومنعه جمهور الفقهاء، فهذه المسألة مبنية على اختلافهم السابق.

وبناءً على قول الجمهور: لا يجوز للمرأة أن تتولّى عقد نكاح ابنتها التي جاءت بها من الزنا. وبناءً على مذهب الحنفية يجوز للمرأة أن تتولّى عقد نكاح ابنتها التي جاءت بها من الزنا.

¹-حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص 362.

²- المرجع نفسه، ص 363، 364.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وإن لم يكن ثمة عصبه فلغير العصبه من القربات من الرجال والنساء مثل: الأم، والأخت، والخالة ولاية التزويج الأقرب فالأقرب، إذا كان المزوج ممن يرث الزوج، وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة¹.

والذي ذهب إليه هو قول الجمهور بأنه لا يجوز للمرأة أن تتولّى عقد نكاح بنتها التي جاءت بها من الزنا.

ثالثاً: تولّي الابن عقد نكاح أمه التي هي من الزنا²: عندما تكلم الفقهاء عن حكم تولّي الابن عقد نكاح أمه في باب الولاية في كتاب النكاح لم يصرّحوا ما إذا كانت أمه أساساً من زنا أم من نكاح شرعي، ولم يصرّحوا المسألة هكذا، وإنما تكلموا عن حكم تولّي الابن عقد نكاح أمه كلاماً عاماً يريدون الأم التي هي أساساً من نكاح شرعي، ويمكن إدراج الأم التي هي أساساً من زنا تحت هذا الأصل العام حتى يعمها هذا الحكم وقد اختلف الفقهاء في حكم تولّي الابن عقد نكاح أمه سواء أكانت أساساً من نكاح شرعي أم من زنا على قولين:

1- القول الأوّل: يجوز للابن أن يتولّى عقد نكاح أمه، وهذا قول المالكية³، والحنابلة⁴، والحنفية⁵، حتى قال الحنفية، ورواية عند المالكية، والحنابلة أن الإبن أولى من الأب، ويقدم عليه. استدلو استدلال أصحاب هذا القول وهم القائلون بجواز تولّي الابن عقد نكاح أمه سواء أكان من عصبتها أم من غير عصبتها. واستدل أصحاب هذا القول بالسنة:

✓ بما ورد عن ابن عمرو بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة لما انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر يخطبها له فلم تتزوّجه، فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه يخطبها له فقالت أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أنني امرأة غيري، وأني امرأة مصيبة، وليس أحد من أوليائي شاهداً، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فقال: ارجع إليها فقل لها: أمّا قولك: إنني امرأة غيري فسأدعو الله لك فيذهب غيرتك، وأمّا قولك: إنني امرأة مصيبة فستكفين صبيانك، وأمّا قولك: أن ليس أحد من

¹ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج2/ص240).

² حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى، مرجع سابق، ص 364، 369.

³ عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي: التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، بيروت، التحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، ط1، 1428هـ-2007م، (ج1/ص373، 374)؛ ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 133؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج2/ص70)؛ القرافي: النجيرة، (ج4/ص227).

⁴ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص15)؛ النجدي: حاشية الروض المربع زاد المستنقع، (ج6/ص266).

⁵ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج2/ص250)؛ كمال بن الهمام: فتح القدير، (ج3/ص277).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أوليائي شاهداً؛ فليس أحدٌ من أوليائك شاهداً ولا غائباً يكره لك فقالت: يا عمرو، قم فزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوّجه¹.

وجه الدلالة: هذا الحديث دليلٌ على أنّ الولد من جملة الأولياء².

2- **القول الثاني:** لا يجوز للابن أن يتولّى عقد نكاح أمّه؛ إلا إذا كان هذا الابن من عصبته بأن كان ابن عمّها، وليس لها من هو أقرب منه، وأن يكون ابنها قاضياً وليس لها عصة فيجوز أن يزوجه بولاية الحكم³، وإليه ذهب الشافعية⁴، والظاهرية⁵. استدلل أصحاب هذا القول، بالمعقول:

✓ عدم ملايته على النكاح أنّه لا مشاركة بينه وبين الأم في النسب، فلا يعتني بدفع العار عنه فلو شارك الأم في النسب⁶.

¹ - النسائي: سنن النسائي، كتاب: النكاح، باب: إنكاح الابن أمه، رقم الحديث: 3251، (ج6/ص 81، 80)، ابن البيع: المستدرک على الصحيحين للحاكم، كتاب: النكاح، رقم الحديث: 2696، (ج2/ص 179، 178)، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

قال الشوكاني: الحديث قد أعل بأن عمرو المذكور كان عند تزوجه p بأمه صغيراً، له من العمر سنتان، لأنه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة وتزوجه p بأمه كان في السنة الرابعة، قيل: وأم رواية: قم يا غلام فزوج أمك، فلا أصل لها. ينظر: الشوكاني: نيل الأوطار، (ج6/ص 148).

² - الشوكاني: نيل الأوطار، (ج6/ص 148).

³ - الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص 96).

قال الماوردي: فإذا تقرر أنّ ليس للبن تزويج أمه بالبنة فله تزويجها بأحد أربعة أسباب:

السبب الأول: أن يكون عصة لها من النسب بأن يكون ابن ابن عمها وليس لها من هو أقرب منه فيزوجها، لأنّ بنوته إن لم تزده قوة ضعفاً، فعلى هذا لو كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى قياس قوله في القديم هما سواء كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب، وعلى قياسه قوله في الجديد ابنها أولى لفضل إدراته بها.

السبب الثاني: أن يكون موال لها يزوجه بولاية الولاء، فلو كان لها ابنا مولى ابنها فعلى قولين كالأخوين أحدهما لأب وأم، والآخر لأب: أحدهما: وهو القديم أنهما سواء. والثاني: وهو الجديد أنّ ابنها يفضل إدراته بها أولى.

السبب الثالث: أن يكون ابنها قاضياً وليس لها عصة مناسب فيجوز له أن يزوجه بولاية الحكم.

السبب الرابع: أن يكون وكيلاً لوليها المناسب فيجوز له أن يزوجه نيابة عنه كما يزوجه المستتاب من الأجانب. ينظر: الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص 96).

⁴ الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص 94)؛ الرافعي: العزیز شرح الوجيز، (ج7/ص 545)؛ الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ج6/ص 232)؛ الحصني: كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، ص 359، الدمشقي العثماني: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 192، 197.

⁵ - ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص 25).

⁶ - الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص 94، 95)؛ الحصني: كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، ص 359، الدمشقي العثماني: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 192، 197.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

✓ أن كلَّ نسبٍ لا يملك به المنتسب الولاية لم يملك به المنتسب كالأخ من الأم طردًا، وكالأخ من الأب عكسًا¹.

✓ أمّا من لم يجمعها نسبٌ لم تثبت بينهما ولاية النَّسب كالابن من الرِّضاع².
✓ قالوا أنه غير مناسب لها، فلا يلي نكاحها كخالها، ولأنَّ طبعه ينفّر من تزويجها³.
✓ وردوا على الحديث بأنَّ عمر كان غير بالغ⁴.

3- الترجيح: بعد رض أقوال الفقهاء في المسألة، وذكر أدلتهم، يرجح لي مذهب إليه أصحاب القول الأول، أن نجعل الأبْن عاصبا لأمه في ولاية النكاح، لأنّه أقرب الناس إلى أمه، وهو أعلم بمصلحتها من غيره، كما أنّ القائلين بمنع تولي الابن عقد نكاح أمه لم يمنعوه على الإطلاق، وإنّما أجازوه إذا كان من عصبته يعني من أقارب أبيها كما إذا كان ابن عمها⁵.

رابعاً: تولي السلطان عقد نكاح بنت الزنا⁶: اتَّفَق الفقهاء⁷ على أن السلطان وليّ من لا وليّ له كما ورد في الحديث، فعند عدم الأولياء للمرأة يقوم السلطان مقام الوليّ، فيتولّى عقد نكاح المرأة التي لا وليّ لها سواء أكانت من نكاح شرعيّ أم من زنا.
وقيل: لا نعم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم. وبه يقول مالك والشافعيّ والحنفيّة، والأصل فيه قول النبيّ صلى الله عليه وسلم: «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»¹.

¹ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص95).

² - الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص94)؛ الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ج6/ص232)؛ الحصني: كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، ص359، الدمشقي العثماني: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص192، 197.

³ - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص15)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج9/ص95).

⁴ - الماورد: الحاوي الكبير، (ج9/ص94، 95).

⁵ - حنان بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى، مرجع سابق، ص369.

⁶ - المرجع نفسه، ص370، 373.

⁷ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج3/ص41) ابن جزى: القوانين الفقهية، ص134؛ الحصني: كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، ص359؛ الشرييني: الإقناع في حل ألفاظ أب شجاع، (ج2/ص413)؛ ابن قدامة: المغني، (ج7/ص17)؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، (ج6/ 268، 269) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج2/ص252) المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، (ج1/ص195)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، 9/ 451.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تزوَّجها وهي بأرض الحبشة، زوّجها النَّجاشيُّ، وأمهرها أربعة آلاف، وجَهَّزها من عنده، وبعث بها مع شرحبيل بن حسنة، ولم يبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بشيء، وكان مهر نسائه أربعمئة درهم»²؛ لأنَّ للسلطان ولايةً عامَّةً بدليل أنَّه يلي المال، ويحفظ الضَّوَالَّ فكانت له الولاية في النِّكاح كالأب³.

وجاء في بدائع الصَّنَائِع: وأمَّا ولاية الإمام فسببها الإمامة، وولاية الإمامة نوعان أيضًا كولاية القرية⁴، و شرطها ما هو شرط تلك الولاية في التَّوَعِينِ جميعًا، ولها شرطان آخران، أحدهما: يعمُّ التَّوَعِينِ جميعًا، وهو: أن لا يكون هناك وليُّ أصلاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»⁵، والثَّانِي: يخصُّ أحدهما وهو: ولاية النَّدْبِ والاستحباب أو ولاية الشَّرْكَة على اختلاف الأصل، وهو العَضْلُ من الوليِّ؛ لأنَّ الحرَّةَ البالغة العاقلة إذا طلبت الإنكاح من كفاءٍ وجب عليه التَّزْوِيجُ منه؛ لأنَّه منهيٌّ عن العَضْلِ، والنَّهْيُ عن الشَّيْءِ أمرٌ بضدِّه⁶؛ فإذا امتنع فقد أضرَّ بها، والإمام نُصِّبَ لدفع الضَّررِ فتنقل الولاية إليه⁷.

¹ - أخرجه الترمذي في سننه: كتاب: النِّكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1102، (ج3/ص399)؛ أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: النِّكاح، باب: في الولي، رقم الحديث: 2083، (ج2/ص229)؛ الدارمي: سنن الدارمي، كتاب النِّكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، 2230، (ج3/ص1397).

² - أخرجه النسائي في سننه واللفظ له، كتاب: النِّكاح، باب: القسط في الأصدقاء، حديث رقم: 3350، (ج6/ص119)؛ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: النِّكاح: باب في الولي، حديث رقم: 2086، (ج2/ص229)، نيل الأوطار 1/ 201.

³ - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص17).

⁴ - ويقصد بذلك أن الولاية في القرابة نوعان، وهي ولاية الحتم والإلزام على البكر الصَّغِيرَةِ، وولاية النَّدْبِ، والاستحباب، أو ولاية الشَّرْكَة وهي الولاية على الحرَّة البالغة.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - قاعدة أصولية: "النهي عن الشيء أمر بضده" ذكرها أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحصاص الحنفي: الفصول في الأصول، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ-1994م، (ج2/ص101)؛ أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1414هـ-1994م، (ج3/ص374)؛ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج: التقرير والتحجير، دار الكتب العلمية، ط2، 1403هـ-1983م، (ج1/ص323).

⁷ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج2/ص252). وذكر في نيل الأوطار: بأنَّ المراد بالوليِّ هو: الأقرب من العصبية من النَّسَبِ، ثمَّ من السَّبَبِ، ثمَّ من عصبته، وليس لذوي السَّهَامِ والأرحام ولايةً، وهذا مذهب الجمهور. وروى عن أبي حنيفة أنَّ ذوي الأرحام من الأولياء؛ فإذا لم يكن ثمة وليٌّ، أو كان موجودًا وعضل؛ انتقل الأمر إلى السُّلْطَانِ؛ لأنَّه وليٌّ من لا وليَّ له. ينظر: الشوكاني: نيل الأوطار، (ج6/ص143).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

خامسا: كفاءة ولد الزنا في النكاح: في الحقيقة لم أر من تعرض لهذه المسألة غير فقهاء الحنابلة، فهم فقط الذين تكلموا عن كفاءة ولد الزنا من نكاح ذات النسب ومن نكاح العربية؛ وهم إذ ذكروا هذه المسائل في ثنايا كتبهم فقد اختلفوا فيما بينهم في مسألة زواج ولد الزنا من ذات النسب على رأيين كالقولين في المذهب:

1- القول الأول: ولد الزنا قد قيل إنه كفاء لذات النسب¹، ولعل هذا الرأي هو ما ذهب إليه سفيان الثوري وقول عند الإمام الكرخي حكاة السرخسي عنه في المبسوط² من عدم اعتبار النسب شرطا من شروط الكفاءة في النكاح وبنوا هذا الرأي على كثير من الأصول العامة والتي وردت في أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم والتي يدعوا فيها إلى المساواة بين الناس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «النَّاسُ سَوَاسِيَةٌ كَأَسْنَانَ الْمَشْطِ»³، وبعموم قال قال تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَنُكُمْ﴾⁴، ومال إلى هذا الرأي أيضا البخاري من عدم اعتبار شرط النسب في النكاح مطلقا، حيث ترجم في صحيحه باب الأكفاء في الدين⁵.

وبناء على هذه الأصول فإن ولد الزنا يعد كفاء لذات نسب إذا كان عنده دين متمسك به.

2- القول الثاني: وهو ما ذهب إليه ابن قدامة حيث قال: «وأما ولد الزنا، فيحتمل أن لا يكون كفاء لذات نسب»⁶.

3- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وذكر أدلتهم يظهر لي رجحان أن الكفاءة تعتبر في ولد الزنا أو بنت الزنا في الدين، فإذا كانوا ذا دين وتقدم للزواج من امرأة جاز له أن يتزوجها بناء على الدين.

¹ - البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، (5/67، 69)

² - السرخسي: المبسوط، (ج5/ص22، 23).

³ - الصنعاني: سبل السلام، (ج2/ص189).

⁴ - سورة الحجرات، الآية (13).

⁵ - الصنعاني: سبل السلام، (ج2/ص190).

⁶ - ابن قدامة: المغني، (ج7/ص38)، وعلل ذلك بقوله: " فإن أحمد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح إليه؟ فكأنه لم يجب، وذلك لأن المرأة تعبر به هي وأولياؤها، ويتعدى ذلك إلى ولدها".

ثانيا: اصطلاحا:

1- في الاصطلاح الفقهي: الكفالة - كما ذكر الذهبي في "الكبائر" - هي: "القيام بأمور اليتيم، والسعي في مصالحه، من طعامه، وكسوته، وتنمية ماله إن كان له مال، وإن كان لا مال له أنفق عليه، وكساه ابتغاء وجه الله تعالى"¹، والكافل هو القائم بأمر اليتيم، المرابي له².

والكفالة في الفقه الإسلامي³ التزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو امرأة، لأنها تبرع منه مما يضيف عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل، وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه.

ب- في الاصطلاح التشريعي: عرّف المشرّع الجزائري الكفالة من خلال المادة 116 من ق أ ج على أنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية كقيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي" ونص على أنّ الكفالة تتم أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان، ومن المقرر قانونا في التشريع الجزائري أنّ الكفالة لا يجوز إثباتها إلاّ بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الالتزام الأصلي بالبيّنة.

فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، (ج5/ص187)؛ الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج30/ص333، 335).

¹ شمس الدين أبي عبد الله محمد أحمد الذهبي: الكبائر، بيروت، دار الندوة الجديدة، د ت ن، ص 67.

² محي الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، بيروت، المكتبة العلمية، 1399هـ-1979م، (ج4/ص192).

³ بالنظر إلى كتب الفقه نجدهم يعبرون عن الكفالة بالضمان ويخصصون لفظ الكفالة، بالكفالة بالنفس أو البدن، فالكفالة بالبدن عندهم صورة من صور الضمان عرّف المالكيّة الضمان بأنه: "التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له" الكشناوي: أسهل المدارك، (ج3/ص19)؛ الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (ج3/ص429).

وعرّفه الشافعيّة بأنه: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره" الجمل: حاشية الجمل على شرح المنهج، (ج3/ص377)؛ محمد الزهري الغمراوي: السراج الوهاب على متن الوهاج، [د ط]، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، [د ت ن]، ص 240؛ الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (ج2/ص312).

وعرّفه الحنفيّة بأنه: "التزام من يصح تبرعه أو ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقائه". البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج3/ص362، 363)؛ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (ج2/ص122، 123).

وعرّفه الحنفيّة بأنه: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو دين أو عين" السرخسي: المبسوط، (ج19/ص161، 162)؛ ابن همام: فتح القدير، (ج7/ص163)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج5/ص281)؛ ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج6/ص221، 222).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

بالرجوع إلى قانون الأطفال المهملين المغربي نجده عرّف كفالة الطفل المهمل على أنّها الالتزام برعاية طفل مهم وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث¹. وانطلاقاً من ذلك لا يحق للكافل مطلقاً أن يعطي اسمه ونسبه للمكفول لأنّ الكفالة لا تعتر تبنيًا ولا تنتج عنها آثار البنوة الشرعية. عرّف المشرع التونسي الكفالة على أنّها عقد يقوم بمقتضاه شخص راشد يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة طفل قاصر²، ولم يشترط في الكافل الزواج سواء أكان رجلاً أو امرأة. وتعرف الكفالة في النظام القانوني المصري بنظام الأسر البديلة أو الحضانة البديلة. حيث أكد قانون الطفل المصري على أنّ نظام الأسر البديلة يهدف إلى توفير الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية والمهنية للأطفال الذين تجاوزت سنهم (السنين سابقاً) حالياً ثلاثة (03) أشهر والذين حالت ظروفهم دون أن ينشئوا في أسرهم الطبيعية، وذلك بهدف تربيتهن تربية سليمة وتعويضهن عما فقدهن من عطف وحنان³. وعلى الخصوص مجهولي النسب والمعثور عليهم والمتخلي عنهم⁴.

الفرع الثاني: حماية الطفل المهمل (ولد الزنا) من خلال شروط الكفالة:

إنّ تشجيع نظام التكفل، والبحث عن أسر كافلة للأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية الهدف منه هو توفير رعاية مناسبة للطفل، حتى وإن لم تكن في ظل أسرته الحقيقية، ولكن في المقابل لا يعني ذلك أنّ كل شخص له الحق أن يكفل طفلاً، لأنّ هذا الطفل خاصة المحروم من الرعاية الأسرية، وهو شخص تحت رعاية وحماية الدولة، في ظل غياب

¹ - المادة 2 من ظهير شريف رقم: 01/02/172، الصادر في: 13/06/2002، بتنفيذ القانون رقم (15/01)، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5031، لسن 91، المؤرخ في: 19/08/2002، ص 2362.

² - الفصل 03 من القانون عدد 27 لسنة 1985، المؤرخ: 04/03/1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الجريدة الرسمية، عدد 19 لسنة 101، المؤرخة في: 07/03/1958، ص 307.

³ - المادة 46 من القانون رقم: 06 لسنة 2015، المؤرخ في: 24/01/2015، والصادر بقرار من رئيس جمهورية مصر العربية القاضي بتعديل بعض أحكام قانون الطفل المصري بالقانون رقم 12 لسنة 1996.

⁴ - المادة 85 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري الصادرة عن مجلس الوزراء بالقرار رقم 2075 لسنة 2010، المؤرخة في: 20/12/2010.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

كنف أسري يحميه، لذلك كان لا بد من إيجاد مجموعة من الشروط لتكون عملية التكفل بالطفل صحيحة ومن شأنها تحقيق الهدف المنشود في الكفالة.

الفقرة الأولى: الشروط الواجبة في الكافل:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في المادتين 117 و118 نجدتهما قد حددتا شروطا عامة يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من توافرها سواء أكان القاضي أو رئيس المحكمة أو الموثق، وذلك عن طريق إجراء تحقيق ومراقبة في توافرها من عدمها، فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توافرها في الكافل رفض طلبه، أما إذا توفرت أستجيب لطلبه، وتك عقد الكفالة. ولعل أهم الشروط المطلوبة في الكافل هي:

أولا: شرط الإسلام: لقد أوجب قانون الأسرة بأن يكون الكافل مسلما وهو ما نصت عليه المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، إذ اعتبره المشرع الجزائري شرطا ضروريا، لأنه شرط أساسي في مدى قبول طلب الكفالة المقدم من الكافل، من قبل المحاكم الجزائرية، إذ أنه سبق وإن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب الطفالة لطفل قاصر جزائري لكن رفض طلبها على أساس أنها فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنها غير مسلمة¹.

وهذا الشرط اشترطته معظم التشريعات العربية التي أخذت بنظام الكفالة، ومنها التشريع المغربي الذي نص على ضرورة أن يكون الزوجان اللذان يطلبان بكفالة طفل مهم مسلمان²، لكن هذه المسألة ليست بالضرورة الحتمية، فالجنسية ليست دليلا على ديانة الشخص، فقد يكون الشخص يحمل جنسية أجنبية، ولكنه مسلم، ومنه طرح التساؤل التالي: هل المشرع الجزائري باشرطه الإسلام أضاف معه شرط الجنسية؟ بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنه لم ينص صراحة على أن يكون الكافل جزائريا عند تقديمه الطلب لكفالة طفل يحمل الجنسية الجزائرية، أو حتى مقيما في الجزائر لكي يتحصل على موافقة لكفالة الطفل، لكن هذا لا ينف من أنه يراعى من قبل الهيئة المقدم إليها طلب الكفالة مسألة أن يكون الشخص الكافل جزائريا وقيما في الجزائر، وهذا لعدة اعتبارات أهمها مراعاة مصلحة الطفل المكفول³.

¹ مالكة طالبة: التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة مدرسة عليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2004، ص 22.

² المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق، ص 2363.

³ نامة وسيلة: المركز القانوني للابن غير الشرعي، مرجع سابق، ص 119.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ثانيا: شرط العقل: اشترطت المادة 118 من ق أ ج ضرورة أن يكون الكافل عاقلا، متمتعا بالأهلية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغاً سن الرشد المحدد بسن تسعة عشر (19) سنة في القانون المدني، إضافة إلى شرط السن يجب أن يكون الكافل غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، أو لانعدام العقل، لأنه في الأصل لا يمكن لمثل هذا الشخص أن يتكفل بطفل، فهو في حد ذاته محتاج لمن يرعاه¹.

من خلال استقراء المادة 118 من ق أ ج نلاحظ أنه لم تتطرق إلى مسألة سن الكافل وهذا على خلاف معظم التشريعات العربية المتعلقة بالرعاية البديلة.

فالتشريع المصري مثلاً قد نص في المادة 89 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل على ضرورة أن تتكون الأسرة التي تريد أن تكفل طفلاً من زوجين صالحين ناضجين أخلاقياً واجتماعياً، ومر على زواجهما خمس سنوات (5) على الأقل، ولا يقل سن كل منهما عن خمس وعشرين (25) سنة ولا يزيد عن خمس وخمسون (55) سنة².

ثالثاً: القدرة على رعاية الولد المكفول: أي أن يكون الكافل قادراً على توفير كل الظروف المادية اللائقة للمكفول كأن أن عاملاً ويتقاضى مبلغاً يكفيه لتغطية نفقاته العائلية وأن يوفر له كل الرعاية المعنوية، ويتضمن هذا الشرط أن يكون الكافل قادراً جسدياً ومادياً على التكفل بالقاصر.

1- القدرة الجسدية: بمعنى أنه يجب أن يتمتع الكافل بصحة جيدة تؤهله للقيام بشؤون الطفل المراد كفالته، ذلك أن أي عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف حاجزاً بينه وبين كفالته للطفل على أحسن وجه، وبالتالي عدم إمكانية كفالته، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: " لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإنّ قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"³.

¹ ينظر المواد من 81 إلى 86 من قانون الأسرة الجزائري.

² المادة 89 /ف2 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري: "يمكن للأرامل أو المطلقات أو من لم يسبق لهن الزواج وبلغن سن خمس وأربعين (45) سنة ميلادية، أن يتقدمن لطلب كفالة طفل".

³ قرار المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم 33921، المؤرخ في: 1984/07/09، م ق، العدد 4 لسنة 1989، ص 76.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

2- القدرة المادية: يقصد بالقدرة المالية هو الحالة المادية والإقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون فقيرا وليس له مورد رزق إذ أنه عمليا يطلب من طالب الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق هذه القدرة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه: "حيث أن المادة 116 من قانون الأسرة واضحة ونص على إلزامالكافل بالإلتفاق على الأطفال المكفولين من قبله ولا يمكن له أن يتملص تحت أي ذريعة من التزاماته المنصوص عليها بالمادة المذكورة آنفا إلا أنه إذا قدم ما يثبت قانونا أنه تخلى عن الكفالة والحال أن الطاعن قد اعترف بأنه تكفل بالولد (م.ر) والبنت (ع.ج) بموجب عقد كفالة مما يستوجب عليه القيام بالنفقة والتربية والرعاية، وعليه فإنّ قضاة المجلس لما قضاوا بالصورة المذكورة يكونون بذلك قد خالفوا وجعلوا قرارهم انتقد لا يسند إلى أساس قانوني الأمر الذي يتعين نقضه"¹.

وهذا الشرط أكدت عليه جل التشريعات المتعلقة بالكفالة حيث أكد التشريع المغربي على القدرة الجسدية من خلال تأكيده على ضرورة أن يكون الزوجين سليمين من كل مرض معد أو مانع صحي من تحمل مسؤوليتهما وكذلك يجب أن يكون الزوجين بالغين سن الرشد القانوني وصالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا، ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل².

أما التشريع المصري فأكد أيضا على ذلك بأن يكون دخل الأسرة كافية لسد احتياجاتها، وألا يكون الحصول على بدل الرعاية هدفا للأسرة بل عاملا مساعدا لها على تحقيق رعاية الطفل، وأن يكون الزوجان صالحين للرعاية ومدركين لاحتياجات الطفل³. الفقرة الثانية: الشروط الواجب توافرها في المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة شروط واضحة يجب أن تتوفر في الولد المراد كفالته ولكنه بالرجوع إلى المادتين 116 و119 من قانون الأسرة الجزائري، يمكن أن نستخرج شرطين أساسيين هما⁴:

¹ - قرار المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم 39032، المؤرخ في: 2006/12/13، م ق، العدد 2 لسنة 2007، ص 447، 445.

² - المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق، ص 2363.

³ - فاطمة شحاتة زيدان: تشريعات الطفولة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2008، ص 118، 119.

⁴ - نامة وسيلة: المركز القانوني للابن غير الشرعي، مرجع سابق، ص 127.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أولاً: أن يكون المكفول قاصراً: بالرجوع إلى نص المادة 116 من قانون الأسرة اكتفت بالذكر أن يكون الطفل قاصراً لحضة إبرام عقد الكفالة.

ومنه فالمشرع الجزائري أكد فقط أن يكون الطفل قاصراً، لأنّ في هذه المرحلة يحتاج الطفل من يراه ويقوم بمصالحة، ولكن لم يحدد المشرع حد أدنى وحد أقصى لسن الطفل القاصر المراد كفالته، واكتفى بالإشارة إلى ضرورة أن يكون قاصراً، ولمعرفة الولد القاصر سنه، فلا بد لنا من الرجوع إلى القواعد العامة من خلال أحكام القانون المدني، والتي تنص على أنّ القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشر (19) سنة كاملة، وبالتالي أنّه كل من لم يبلغ سن تسعة عشر (19) سنة وكان بحاجة لكفالة فإنّه يمكنه أن يكون محلاً لها¹.

لكن التشريع المغربي أكد هو أيضاً على إمكانية كفالة كل طفل مهمل (لا يعتبر الطفلمهمل إلا بعد صدور حكم قضائي بذلك)، وبالتالي لم يحدد هو أيضاً حد أدنى وأقصى لسن كفالة الطفل المهمل، إلا أنّه وضح مسألة أخرى وهي أنّه لا يتم كفالة طفل مهم يتجاوز سنة اثنتي عشر (12) سنة شمسية كاملة إلا بموافقة الشخصية، ولا تشترط موافقة الطفل المهمل إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الأطفال، أو هيئة منظمة أو جمعية ذات طابع اجتماعي معترف لها بصفة المنفعة العامة، وبالتالي فإنّ التشريع المغربي وضع اعتبار للسن إلا فيما يتعلق بمسألة الموافقة فقط².

أما التشريع المصري فإنّه أكد على أنّه يجب أن لا يتجاوز سن الطفل المراد كفالته أو حضانته سن ثمانية عشر (18) سنة ميلادية كاملة³، ولكن الملاحظ أنّ المشرع المصري حدد السن الأدنى، حيث أكد على أن يخدم نظام الأسر البديلة الأطفال الذين تجاوز سنهم سنتين (2)⁴، لكن التعديل الأخير لقانون الطفل المصري من خلال الماد 46 منه نصت على أن ينزل سن الأطفال يتم تسليمهم للأسر البديلة من سنتين (2) إلى ثلاثة أشهر (3)⁵.

¹ - المادة 40/2 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 992.

² - المادة 12 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق، ص 2364.

³ - المادة 1 من اللائحة التنظيمية لقانون الطفل المصري،

⁴ - المادة 87 من نفس القانون.

⁵ - المادة 46 من القانون رقم 6 لسنة 2015 القاضي بتعديل بعض أحكام قانون الطفل المصري، مرجع سابق.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ومنه يمكن القول أنه يجب أن يكون الطفل محل الكفالة قاصرا أي لم يبلغ سن الرشد، وهذا ما أكدت عليه معظم التشريعات المذكورة أعلاه، إلا أنه كلما كان سن الطفل المراد كفالته صغيرا، كلما كان ذلك أفضل، وذلك قصد السيطرة وتربيته ونشأته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة.

وفي الأخير تجدر الملاحظة أنه فيما يتعلق بالشروط المتعلقة بطلب الكفالة هي متعددة يراعي فيها دائما مصلحة الطفل المراد كفالته، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يحصرها ويضبطها، وبالتالي ترك المجال مفتوحا للهيئات التي تتم أمامها الكفالة، أما التشريع المغربي فعددا الشروط الأساسية والمهمة فقط¹، أما التشريع المصري² فكان أكثر تفصيلا فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الأسرة البديلة أو الفرد البديل.

ثانيا: نسب الطفل المكفول تنص المادة 119 من قانون الأسر على أنّ الولد المكفول إما أن يكون مجهول أو معلوم النسب.

1- مجهول النسب: هؤلاء هم إما اللقطاء، أو مجهولي النسب مع جهة الأب، فاللقيط هو طفل لا يعرف نسبه ولا يعرف رقه، نبذ في الشارع أو باب المسجد؛ أما بالنسبة لمجهولي نسب الأب فهؤلاء الأطفال الذين يتم التخلي عنهم من قبل الأم إلى مصالح النشاط الاجتماعي، قد يكون التخلي نهائي إذ تفقد الأم أي علاقة بطفلها، وقد يكون التخلي مؤقت من قبل الأم فلها (3) أشهر للتفكير وإمكانية استرجاع ابنها، أما إذا انصرفت هذه المدة ولم ترجع الأم من أجل ابنها، فإنه يصبح هذا التخلي نهائيا، ويمكن ابتداء من انتهاء مدة (3) أشهر أن يكون هذا الطفل محلا للكفالة. وتجدر الملاحظة أنه إذا أرادت الأم استرجاع ابنها بعد انقضاء المدة فإنه إذا تمت كفالة الطفل فليس لها الحق في استرجاعه من كافليه هذا إداريا، إلا أنه يمكنها ذلك قضائيا، كما أنه إذا كان الطفل لم تتم كفالته بعد فليس لها الحق في استرجاعه إلا بعد موافقة الوزارة الوصية بعد إخطارها من طرف مصالح النشاط الاجتماعي المختصة³.

أما التشريع المغربي لقد اعتبر قانون الكفالة الأشخاص الخاضعين له كل الأكال من كلا الجنسين لم يبلغ سنهم ثمان عشر (18) سنة شمسية، حيث نصت على ذلك المادة

¹ ينظر المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق، ص 2363.

² ينظر المادة 89 الفقرة 9 / 10 / 11 / 12 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري.

³ نامة وسيلة: المركز القانوني للابن غير الشرعي، مرجع سابق، ص 128، 129.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

1/ ف1 من الظهير بقولها: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه (18) سنة شمسية كاملة.."، كما أشارت المادة إلى ثلاث حالات يعتبر الطفل فيها مهملا، ومن بين هذه الحالات إذا ولد من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.

وتجدر الملاحظة أن التشريع المغربي لا يعتبر الطفل مهملا مهما كانت حالته، إلا بعد إصدار حكم قضائي بذلك، وبعد اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإصدار الحكم، وبالتالي لا يمكن أن يتقدم لكفالة هذا الطفل مهما كان وضعه إلا بعد صدور الحكم القضائي بالإهمال من قبل المحكمة المختصة¹.

وكذلك التشريع المصري أكد على أن يهدف نظام الأسر البديلة إلى توفير أوجه الرعاية المتكاملة الاجتماعية والنفسية والصحية والمهنية للأطفال الذين تجاوزت سنهم ثلاثة (3) أشهر حسبما نصت عليه المادة 46 من قانون الطفل، وحالة ظروفهم دون أن ينشأ في أسرهم الطبيعية، وعلى الأخص مجهولي النسب والمعثور عليهم والمتخلي عنهم². أكد المشرع المصري على ضرورة أن ينتفع بالخصوص اللقطاء والأطفال المتخلي عنهم من طرف ذوهم (الأم)، من نظام الأسر البديلة³.

2- معلوم النسب: يكون الطفل معلوم النسب لانتسابه لأبوين معلومين وفي هذه الحالة غالبا ما تكون الأسرة البديلة متكونة من عدد كبير من الأفراد، هذه الأسرة قد تكون تمر بصعوبات مادية ومعنوية.

أما التشريع المغربي فأكد على أنه يمكن كفالة الطفل معلوم النسب إذا كان يتيما أو عجز أبواه من رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه من رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه⁴.

¹ ينظر المواد 6، و7، و8، من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق، ص2.

² ينظر المادة 85 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري، مرجع سابق.

³ ينظر المادة 86 من نفس القانون.

⁴ المادة 1 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، مرجع سابق.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أما التشريع المصري فقد ذكر الحالات التي يكون فيها الطفل معلوم النسب محل كفالته من قبل أسرة بديلة، وذكر هذه الأسباب على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي يجب أن يكون معلوم النسب محروم من الرعاية الأسرية لسبب ما¹.

المطلب الثالث: مركز هوية ولد الزنا:

يشكل حق الطفل في الهوية وتسجيله بالحالة المدنية ومنحه جنسية وطنه، يشكل منطلقاً أساسياً لكونه المفتاح الذي يمكن من خلاله ممارسة جميع الحقوق الأخرى ويتيح للطفل إمكانية النمو بشكل سوي ما دام هو رجل الغد وعماد المستقبل، فلا أحد يجادل أنّ الواقع المستجد يشهد استفحال ظاهرة أولاد الزنا (الأولاد غير الشرعيين) وما يترتب من آثار سلبية تمس مركزهم القانوني هذه الآثار دفعت التشريع الجزائري وبعض التشريعات لتجديد ترسانته القانونية حتى تتلائم والتزاماته الدولية فتم إدخال مجموعة من التعديلات على قانون الحالة المدنية وقانون الجنسية وجاءت بما يخدم وضعية ولد الزنا².

وعليه، سنتطرق من خلال هذا المطلب لحقين أساسيين وهامين لبناء مستقبل أي طفل وهما حق الطفل غير الشرعي في الحصول على اسم والتسجيل في سجلات الحالة المدنية كفرع أول في حين نخصص الفرع الثاني لحقه في الجنسية.

الفرع الأول: جنسية ولد الزنا:

على غرار الشريعة الإسلامية، تولي التشريعات الوضعية أهمية بالغة لحالة الشخص القانوني، ويقر حمايته لمختلف عناصرها، وللطفل نصيب من تلك الحماية، مادامت تحفظ هويته وتميزه عن باقي الأشخاص القانونية، وبالتالي فالهوية تتضمن مما تتضمنه الحق في الجنسية والانتماء إلى وطنه، وهذا ما سنوضحه من الناحيتين الشرعية والقانونية.

الفقرة الأولى: جنسية ولد الزنا في الفقه الإسلامي:

يقر الإسلام من حيث المبدأ التجنس والإقامة مراعيًا في ذلك مصلحة المسلم وأسرته وحالته الدينية، وتقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدين والإسلام³، وهو أساس عالمي يجعل المسلم في كل أرض أخا للمسلم في أي أرض أخرى، وينقسم المجتمع

¹ - المادة 85 من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري، مرجع سابق.

² - محمد أشو: الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية والقصور، مرجع سابق، ص 68.

³ - السرخسي: الميسوط، (ج10/ص63)؛ بن عبد البر: الكافي في أهل المدينة، (ج/ص468).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الإسلامي بناء على ذلك إلى دارين¹: دار الإسلام وتكون الولاية فيها الشريعة الإسلامية وتشمل إقليم الدولة بكافة عناصره، وسكانها إما مسلمون أو ذميون أو مستأمنون، ودار الحرب وتشمل البلاد غير الإسلامية التي تمتد إليها ولاية الشريعة الإسلامية، مع العلم أنّ التبعية الإسلامية تتناسب مع فطرة المولود ونشأته، فيخرج إنسانا متوازنا منسجما، بعقيدته، وجنسيته، ووطنيته، وعقله، وعواطفه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كُلُّ مولود يولدُ على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرّانه أو يمجسانه»².

وتعتد الشريعة الإسلامية بحق الدم الذي يثبت البنوة الشرعية لهذا الطفل فتجعله أهلا لإثبات حقه في تبعيته لدار الإسلام، وتكون ولادته علامة أو بيّنة تؤهله لأخذ الجنسية، أما حق الإقليم فلا مجال للاعتداد به في الشريعة الإسلامية لمنح جنسية الدولة الإسلامية³، ويظهر أثر الإقليم في اكتساب الجنسية في الشريعة الإسلامية في حالة اللقيط ومجهول الأبوين كما يلي:

يختلف حكم اللقيط بناء على عدة حالات، والتي يوجد فيها الإقليم الإسلامي⁴:

- 1- أن يجده مسلم في مكان المسلمين، وهذا مسلم بلا خلاف⁵، وعندها يأخذ حق التبعية الذمّية لدار الإسلام، ويمنح الجنسية الأصلية بناء على ذلك.
- 2- أن يجده ذمّي في مكان أهل الذمّة، فيعتبر ذمّيًا⁶، ويأخذ حق التبعية الذمّية لدار الإسلام، ويمنح الجنسية الأصلية بناء على ذلك.
- 3- أن يجده ذمّي في مكان المسلمين.

¹ - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج4/ص 134، 135)؛ السرخسي: المبسوط، (ج10/ص63)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج7/ص139).

² - البخاري: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلّى عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام، رقم الحديث: 1958، 1359، (ج2/ص95) (ج2/ص58).

³ - رحيل غرابية: الجنسية في الشريعة الإسلامية، بيروت، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط1، 2011، ص 86.

⁴ - المرجع نفسه، ص87.

⁵ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج4/ص 93)؛ بدماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج1/ص703)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج4/ص273)؛ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج3/ص604 وما بعدها)؛ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (ج2/ص388)؛ الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج2/ص313).

⁶ - الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، (ج8/ص56)؛ بدماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج1/ص703).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

4- أن يجده مسلم في مكان أهل الذمة. هاتان الحالتان الأخيرتان هما اللتان وقع فيهما الخلاف فهناك عدة آراء¹، وعلى كل الأحوال فاللقب يأخذ حقه في الحصول على جنسية دولة الإسلام، سواء حكم بإسلامه أو بكفره.

الفقرة الأولى: جنسية ولد الزنا في التشريع الوضعي:

إن اكتساب الشخص جنسية دولة معينة تمنحه حق الإقامة الدائمة فيها، وانتسابه إلى هذه الدولة، ويتمتع بحمايته أو التوطن فيها، وهي بذلك علاقة قانونية سياسية بين الفرد والدولة تترتب عليها آثار قانونية، منها حماية الدولة للأفراد الذين يحملون جنسيتها، كما تترتب عليهم حقوقاً والتزامات متبادلة وقد جاءت التشريعات العربية بمقتضيات عديدة لصالح الأولاد كيفما كانت طبيعتهم، شرعيين أو غير شرعيين، ويكتسي هذا القانون أهمية خاصة، من خلال تعزيز المكاسب الحقوقية للمرأة والطفل داخل الوطن وخارجه، ولعل أهم محور تضمنه القانون، يتمثل في توسيع حالات إسناد الجنسية الأصلية بناء على رابطة الدم وتمكين الولد المعني بها من خيار التخلي عليها، بالإضافة إلى حقه في اكتساب الجنسية عن طريق الولادة في التراب الوطني² وهذا ما سيتم توضيحه

أولاً: في التشريع الجزائري: لقد شكل تعديل قانون الجنسية وخاصة المادة 7 منه جوهر الإصلاح الذي مسّ هذا القانون وفك معانات النساء من اللواتي اخترنا زواجا أجنبيا أو أخريات يعشن في المهجر أو أمهات أنجبن خارج مؤسسة الزواج وتحملن وحدهن مسؤولية أبنائهن، ولعل أهم محور تضمنه القانون، يتمثل في توسيع حالات إسناد الجنسية الأصلية

¹ - الرأي الأول: أنّ العبرة للمكان، فإذا وجد في حي أهل الذمة فهو ذمي، وإن وجد في حي المسلمين، وقال بعضهم إن وجد في حي فيه مسلم واحد، فهو مسلم. ينظر: ابن قدامة: المغني، (ج/6ص/112)؛ البهوتي: كشاف القناع على متن الإفتاء، (ج/4ص/226)؛ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (ج/2ص/388).

الرأي الثاني: العبرة للواجد، أي لقوة اليد. ينظر: أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج/1ص/703).
الرأي الثالث: يعتبر السبب الذي يوجد إسلامه، لأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، كما أنه أنفع له. ينظر: ابن قدامة: المغني، (ج/6ص/112).

الرأي الرابع: يعتبر مسلماً مطلقاً في كل الأحوال. ينظر ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج/4ص/93)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج/3ص/604 وما بعدها). أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج/1ص/703).

الرأي الخامس: يعتبر بالسيما والزي، كأن يحمل صليباً تدل على تبعيته لفئة معينة أو ديانة معينة. ينظر: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج/4ص/273).

² - محمد أشو: الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية والقصور، مرجع سابق، ص 68، 69.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

بناء على رابطة الدم وتمكين الابن المعني بها من خيار التخلي عليها بالإضافة إلى حقه في اكتساب الجنسية عن طريق الولادة في التراب الجزائري.

1- الجنسية الأصلية القائمة على رابطة الدم والولادة بالجزائر: نتعرض لكيفية

اثباتجنسية ولد الزنا عن طريق رابطة الدم ثم عن طريق الولادة على النحو التالي:

أ- **الجنسية الأصلية القائمة على رابطة الدم:** نتناول في هذا العنصر لدور رابطة الدم وشروطها في اسناد الجنسية الجزائرية

أ-1- **تعزيز دور رابطة الدم في اسناد الجنسية الجزائري من جهة الأم:** يقصد برابطة الدم أن تثبت جنسية الدولة لكل من ولد من أبوين أحدهما أو كلاهما يتمتع بهذه الجنسية وتسمى أيضا بجنسية البنوة، كما تعرف أنه: "تلك الرابطة والعلاقة التي تربط المولود بوالديه، على أساس النسب، بحيث يصبح الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود أساس الجنسية الأصلية، بمفهومها السياسي والاجتماعي"². وتسد الجنسية الأصلية المبنية على أساس الدم طبقا للمادة 6 من قانون الجنسية الجزائري في حالتين حالة الولد المولود من أب جزائري، وحالة الولد المولود من أم جزائرية، وتماشيا مع هذا التعديل، أصبح لرابطة الدم دور مهم في إسناد الجنسية الجزائرية الأصلية، إذ أصبح بإمكان المرأة الجزائرية إسناد جنسيتها لابنائها ولو ترتب ازديادهم خارج إطار الزوجية³.

أ-2- **شروط اسناد الجنسية بناء على رابطة الدم من جهة الأم:** وفقا للمادة 6 من ق ج ج يشترط لثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية بناء على الدم من جهة الأم أي اعتمادا على نسب الولد لأمه شرط وحيد وهو: أن تكون الأم جزائرية وقت الميلاد؛ فالوقت الذي يعتد به في نقل جنسية الأم الجزائرية إلى الأبناء هو وقت وضعها للمولود، فلا اعتداد بالجنسية الجزائرية التي تحملها إذا فقدتها عند وضعه أو إذا اكتسبتها بعد الوضع، ومنه فإن الجنسية

¹ - عالية رياض النبشة: حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص 33؛ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العام: القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين والجنسية ومركز الأجانب، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د ط، 2010، ص 100.

² - الطيب زروتي: الوسيط في الجنسية الجزائرية، الجزائر، مطبعة الفليسة، ط1، 2010، ص 130.

³ - عبد الكريم بلعور: «الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، مارس 2011، ص 131 وما بعدها.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

عملا بهذا الشرط تثبت للطفل وقت ميلاده فقط؛ كما لا يشترط المشرع الجزائري أن تحصل الولادة داخل الإقليم الجزائري أو خارجه¹.

بناء على كل ما سبق يمكن الجزم بأن المشرع الجزائري قد كسب فعلا رهان المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى إسناد الجنسية الأصلية وسواء كان الولد شرعي أو غير شرعي، وهو ما اعتبر عن حق بمثابة تحول جوهري في النظام القانوني الذي كان يحكم موضوع الجنسية، فرضته بشكل أو بآخر اعتبارات متعددة المنطلقات والأبعاد، وهو أيضا ترجمة واقعية لجملة المواثيق الدولية التيعنيت بالمرأة ومنع أشكال التمييز ضدها².

ب- الجنسية الأصلية لولد الزنا القائمة على الولادة بالجزائر: يقصد بالجنسية الأصلية المبنية على أساس الرابطة الترابية تلك الجنسية المخولة للفرد بقوة القانون لحظة ميلاده داخل إقليم الجزائر، وهو ما دفع البعض إلى تسميتها بجنسية الميلاد، وتسدن للشخص نظرا لارتباطه بأرض الدولة التي يتمتع بجنسيتها لكونه ولد فوق ترابها، وبناء على نص المادة 07³ من أمر 01-05 منحت الجنسية الجزائرية على أساس حق الإقليم في حالتين سنتناولهما كالاتي:

ب-1- الحالة الأولى: الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين: ويتبين من المادة 07 من قانون الجنسية أن الجنسية الأصلية تسند للطفل بناء على ضابط الميلاد (حق الإقليم) في حالة واحدة فقط، وهي أن يولد في الجزائر من أبوين مجهولين، الشيء الذي يعني أن الأمر يتوقف على تحقق شرطين رئيسيين:

✓ **ولادة الطفل بإقليم الدولة الجزائرية:** ويقصد بإقليم الدولة مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية⁴، ويضاف إليها عربات السكك

¹ خديجة بطاهر: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 1، جوان 2020، ص 263.

² القانون رقم 52/96 المؤرخ في: 172 رمضان 1416، الموافق لـ 22 يناير 1966، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج ر، العدد 6، لسنة 1966؛ خديجة بطاهر: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مرجع سابق، ص 265.

³ الأمر رقم 86/70 المؤرخ في: 17 شوال 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم الأمر 01/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15، ص 15. المتعلق بقانون الجنسية الجزائري.

⁴ المادة 5 من نفس القانون.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الحديدية الجزائرية وهي عابرة لإقليم أجنبي، لكن لا يعد متجنسا من ولد في سفارة أو قنصلية في الخارج، والعكس صحيح. كما يستوي أن تكون الولادة عرضية أو أن والديه مقيمين في الدولة التي ولد فيها، ولكن الثابت أنّ والديه غير معروفين أصلا، فيأخذ حكم اللقيط¹.

✓ **جهالة أبوي الولد قانونا:** يندرج ضمن هذه الحالات الولد المتخلى عنه، الذي نبذه أهله بسبب الخوف من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا، أو ما شابه ذلك، ويقتضي هذا الشرط أن يكون الأبوين معا مجهولين، وإذا كانت الجنسية الممنوحة لمجهول الأبوين جنسية أصلية تثبت له من وقت ميلاده، إلا أنّها واقفة على شرط فاسخ هو عدم ظهور أحد أبوي الولد خلال قصره، ويكون قانون من ثبت نسبه منه يمنحه جنسيته، وإذا تحقق الشرط يفقد الولد الجنسية الجزائرية ولو ثبت انتسابه إلى أجنبي وكان قانون ذلك الأجنبي يمنحه أيضا الجنسية².

ب-2- **الحالة الثانية: الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده:** مفاد نص المادة 7/ف2 من قانون الجنسية الجزائرية، أنّ للطفل الحق في الجنسية الجزائرية حتى وإن كان أبوه مجهولا، فيكفي أن تكون له أما مسجلة في شهادة ميلاده (الولد معلوم الأم) دون اشتراط بيانات أخرى تمكن من اثبات جنسيتها، ووفقا لهذه الحالة تثبت الجنسية للولد اللقيط الذي عثر عليه في الجزائر حالما تتوفر الشروط الآتية:

✓ **العثور عليه في الإقليم الجزائري:** (سبق وأن شرحناه، كما أنّ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 5 من قانون الجنسية الجزائرية بين حدود الإقليم الجزائري)، وهو حديث العهد بالولادة يعد مولودا فيها ما لم يثبت عكس ذلك.

✓ **ألا يثبت نقل الولد إلى الإقليم الجزائري من الخارج بعد ميلاده:** وذلك حسبما أكده المشرع من خلال الفقرة 2 من نص المادة 7 من ق ج ج بقوله: "يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك، ويعد هذا الحكم منطقي لأنّ أساس الجنسية هنا هو الولادة في الجزائر، وبالتالي إذا تخلف الشرط يترتب عليه عدم الاستفادة من الجنسية الجزائرية على أساس حق الإقليم.

✓ **جهالة أبوي الولد:** سواء كان الولد شرعيا أو غير شرعيا، على التفصيل الذي ذكرناه أنفا بشأن مجهول الأبوين وفي هذا الشأن نلاحظ أنّ المشرع يمنح الطفل الجنسية الجزائرية

¹ - الطيب زروتي: الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 301.

² - عبد الكريم بلعبور: «الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية»، مرجع سابق، ص

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

حينما يكون مجهول الأب ومعلوم الأم لا يعني الاعتراف له بالنسب، وإنما يبقى ولد غير شرعي، والهدف من موقف المشرع إنما هو حماية هذا الطرف الضعيف ومحاولة إدماجه في المجتمع واكتسابه لحقوقه الوطنية كباقي المواطنين.

كما أن المادة 07 لم توضح ما إذا كانت الجنسية الجزائرية تزول عن اللقيط الذي يعرف والده قبل بلوغ سن الرشد ويكتسب جنسية أحدهما أو جنسيتهما في وقت واحد من جراء ذلك. والحل إعمال نفس الأثر الخاص بمجهولي الأبوين لاتحادهما في الأساس القانوني للجنسية¹.

2- الجنسية الجزائرية المكتسبة: وتسمى بالجنسية الطارئة أي التي يكتسبها الشخص بعد الميلاد لسبب من أسباب الاكتساب²، ولا تخلوا المواد القانونية المتعلقة بالجنسية المكتسبة من أحكام تخص الأولاد، سواء كانوا قسرا أو راشدين، تنص المادة 11/ف3 من قانون الجنسية أنه: "إذا توفي أجنبي عن زوجه وأولاده وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن لهؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذين يطلبون فيه تجنسهم"، وعليه منح المشرع الجزائري للزوجة والأولاد بعد وفاة الأجنبي الذي كان سيستفيد من حكم التجنس، حق طلب تجنسه بعد الوفاة قصد الاستفادة هم أيضا من الجنسية الجزائرية بالتبعية له، ولم يميز هذا النص بين الأولاد القصر والراشدين لعمومه، ويرجح شراح القانون أنه يشمل الفئتين مع فارق مفاده أن الأولاد الراشدين يطلبون التجنس بصفة فردية في حين ينوب عن الأولاد القصر وليهم الشرعي³.

وتذكر المادة 17 من قانون الجنسية الآثار الجماعية للتجنس إذ جاء فيها: "يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد، ويلاحظ أن تبعية الأولاد القصر جعلها المشرع الجزائري في جانب الأب دون الأم، كما أن تجنس الأب لا يؤثر في جنسية الأولاد الراشدين، والسبب أن أساس التجنس هو الإرادة وبلوغ سن الرشد.

¹ الطيب زروتي: الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص304.

² ينظر المواد من 9 مكرر إلى 13 من قانون الجنسية الجزائرية.

³ خديجة بطاهر: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مرجع سابق، ص 267.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أما عن استرداد الجنسية الجزائرية، فلا تلحق آثار الاسترداد زوجة المعني بالأمر وأولاده -قصرا وراشدين-¹، بالإضافة إلى أنّ المادة 17 المعدلة قد ألغت الآثار الجماعية لاسترداد الجنسية وأبقت على الآثار الجامعية للاكتساب فقط.²

ومن بين الإشكاليات التي قد يثيرها موضوع الجنسية وارتباطا بالولد غير الشرعي، تلك المتعلقة بازدواج الجنسية وما يترتب عنها من آثار، خاصة بالنسبة للمهاجرين الجزائريين المقيمين في الخارج، وذلك بسبب اختلاف التشريعات والقوانين و تباينها، فالمشرع الجزائري في إطار قانون الأسرة لا يعترف إلا بالأسرة القائمة على الزواج الصحيح، وما ينتج عنه من آثار، وبالعكس من ذلك فإن القوانين التي لاتعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية لها وخاصة القوانين الغربية، التي تأخذ بمبدأ المساواة بين الولد الشرعي والولد الطبيعي والولد بالتبني إعمالا للمادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل، مما يخلق حالة من التباين بالنسبة لهذا الولد في حالة إذا ولد الأبوين من جنسيات مختلفة، كأن يولد من أم جزائرية و أب فرنسي لا تربطهما علاقة زوجية، أو أن يولد من أم جزائرية مسلمة وأب غير مسلم، في هذه الحالة تترتب هذه البنوة جميع آثارها في فرنسا بالنسبة لأبوين معا، أما في الجزائر فلا تترتب هذه الآثار إلا بالنسبة للأم بدعوى أن المشرع الجزائري لا يعترف بالبنوة الطبيعية بالنسبة للأب، مما يجعل الولد في وضعيتين مختلفتين الأولى تمنحه جميع الحقوق من نسب و هوية و إسم و إرث وغيرها من جهة الأبوين معا داخل التراب الفرنسي، بينما لا تمنحه الوضعية الثانية تلك الحقوق إلا من جهة أمه الجزائرية داخل الجزائر.

ثانيا: التشريع المقارن:

1- التشريع المغربي: كذلك المشرع المغربي انتهج نفس نهج المشرع الجزائري في اتخاذ حق الدم من جهة الأم كمبدأ وساوى بينهما في حق نقل الجنسية إلى الأبناء من خلال الفصل 6 يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية، وينص الفصل 7 من قانون الجنسية

¹ ينظر المادة 14 من قانون الجنسية الجزائرية.

² خديجة بظاهر: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مرجع سابق، ص 268.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

المغربية¹ على أنه: " يعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين، غير أن الولد المولود من أبوين مجهولين يعد وكأنه لم يكن مغربيا قط -إذا ثبت خلال قصوره- أن نسبه ينحدر من أجنبي وكان يتمتع بالجنسية التي ينتميا إليها هذا الأجنبي طبقا لقانونه الوطني. يعد مجهول الأبوين في المغرب مولودا فيه مالم يثبت خلاف ذلك.

إنّ هذا النص جاء صريحا في هذا الشأن. والقول إن إنساب الأولاد المولودين في المغرب من آباء مجهولين مرده أن المشرع المغربي أراد بذلك إدماج اللقطاء في المجتمع المغربي، في حين أن الجنسية الأصلية تمنح للطفل المولود على إقليم الدولة الجزائرية بغض النظر عن أصله، سواء أكان ولد من أبوين وطنيين أو أجنبيين، فهذه الصلة من شأنها أن تربي شعورا بالولاء نحو هذه الدولة والتعلق بها لدى الطفل، بالإضافة إلى اندماجهم في مجتمعها².

كما يعد مجهول الأبوين في المغرب مولودا فيه ما لم يثبت خلاف ذلك. أما بالنسبة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة يعتبر من المستجدات التي جاء بها القانون 62/06، وذلك في إطار الملائمة مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالطفل، فقد نص الفصل 2 من قانون الجنسية المغربي على أنه: "... اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة: يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقا للفصلين 26 و 27 من هذا القانون.

2- التشريع التونسي: لقد حذا المشرع التونسي حذو المشرع الجزائري والمغربي في شأن نقل الجنسية إلى الأبناء بناء على حق الدم من جهة الأم فقبل تعديل قانون الجنسية التونسي عام 2010 فرض الجنسية الأصلية عن طريق الدم المنحدر من الأم بصرف النظر عن مكان الولادة³، نص الفصل 2/6 على أنه: « يكون تونسيا: من ولد من أم تونسية وأب

¹ - القانون رقم 26/06 المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية، 26 (صيغة محينة بتاريخ: أكتوبر 2011) الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1/07/80 بتاريخ: 3 ربيع الأول 1428 الموافق لـ: 23 مارس 2007، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5513، بتاريخ: 13 ربيع الأول 1428 الموافق لـ: 2 أبريل 2007، ص 1116.

² - خديجة بطاهر، بن شويخ سارة: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مرجع سابق، ص 264.

³ - نص الفصل 2/6 من المرسوم رقم 6 لسنة 1963، المؤرخ في: 28 فيفري 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، مجلة الجنسية التونسية، المنقحة بالقانون رقم 55 لسنة 2010 على أنه: " يكون تونسيا: من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية وبناء على هذا النص فإنّ المولود يكون تونسي الجنسية".

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

مجهول أو لا جنسية له أو مجهولاً أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية وبناءً على هذا النص فإن المولود يكون تونسي الجنسية فيفرضين:

الفرض الأول: إذا كان المولود غير شرعي، ففي هذا الفرض يستحق الجنسية التونسية بتوافر الشروط الآتية: أن تكون الأم تونسية الجنسية، ولايهم بعد ذلك أن تكون هذه الجنسية أصيلةً أو مكتسبةً، أن يكون الأب مجهولاً. ومعنى ذلك أن لا يُعرف أب الولد؛ بعبارة أخرى أن الولد هنا يكون ولدًا غير شرعي.

الفرض الثاني: إذا كان المولود شرعياً: ففي هذا الفرض يستحق الجنسية بتوافر الشروط الآتية: أن تكون الأم تونسية الجنسية، أن يكون الأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، أي عديم الجنسية¹.

وبعد تعديل 2010 منح الجنسية التونسية إلى المولود خارج الأراضي التونسية من أم تونسية وأب أجنبي²، إذ أنه يصبح تونسياً: من ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي والذي بلغ سن الرشد في تاريخ نفاذ القانون عدد 39³ أن يطالب بالجنسية التونسية بمقتضى تصريح خلال السنة الموالية لنفاذ هذا القانون. ويُستنتج من هذا النص ما يأتي⁴:

إن هذا النص جاء ليعالج مشكلة المولود في خارج الإقليم التونسي من الأم التونسية، إذ أن القانون قبل تعديله لم يكن يمنح هذا المولود الجنسية التونسية، بل كان يشترط أن تكون الولادة في داخل تونس، ويُشترط لإعمال هذا النص توافر الشروط الآتية: أن تكون الأم تونسية الجنسية لحظة الولادة، أن تكون الولادة في خارج تونس، أن يكون الأب أجنبياً، أن يكون المولود قد بلغ سن الرشد في عام 2010، أي وقت صدور قانون التعديل. كما نص في الفصل 6 من مجلة الجنسية التونسية على أنه: "يكون تونسياً الطفل الذي ولد لأب تونسي أو لأم تونسية".

¹ - خديجة بطاهر، بن شويخ سارة: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مرجع سابق، ص 262، 263.

² - الفصل 4 من القانون عدد 55 لسنة 2010، المؤرخ في: 1 ديسمبر 2010 المتعلق بتنقيح أحكام مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 3 ديسمبر 2010، العدد 97، ص 3436.

³ - القانون عدد 39 لسنة 2010، المؤرخ في: 26 جويلية 2010، المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني. مما يعني أن من لم يكن بالغاً سن الرشد في هذا الوقت، فإنه لا يستفيد من هذا الإمتياز، أن يقدم المولود طلباً لإكتساب الجنسية التونسية بعد مرور عامٍ على بلوغه سن الرشد ويتم منحه الجنسية من تاريخ تسجيل الطلب

⁴ - حسن الياسري: «دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية - دراسة مقارنة -»، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 12،

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

3- التشريع المصري: وقد عدّل المشرّع المصري بدوره عن موقفه الذي كان ينتهجه قبل تعديل 2004 حيث يأخذ بالتسوية بين دم الأم المصرية ودم الأب المصري في نقل الجنسية الأصلية المصرية إلى الأولاد، إزاء نص المادة 2 من قانون الجنسية المصري¹: "يعد مصرياً من ولد من أبوين مجهولين، ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً بها ما لم يثبت العكس". من خلال ما تقدم تبين نهج التشريعات المقارنة نحو تبني حق الدم من جهة الأب بشكل أصيل، في حين حق الدم من جهة الأم يلتجأ إليه في حالات محددة قد يغيب فيها تأثير حق الدم من جهة الأب.

الفرع الثاني: الحالة المدنية لولد الزنا:

إن إقرار الشرع والقانون بالنسب الشرعي وحده، ليس المقصود منه أن يعيش الولد غير الشرعي بدون هوية، فالذي سعى له الإسلام ليس نبذ الأولاد غير الشرعيين، بل سعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة واستثراء الزنا، أي استئصال الشر من جذوره².

ويرتبط حق الولد غير الشرعي في الاسم ارتباطاً وثيقاً بحقه في الحالة المدنية لأنّ هذا الأخير لا يتم إلاّ على أساس حصول الولد على اسم يتميز به عن غيره كما أن تسجيله في الحالة المدنية تكتسي أهمية بالغة، إذ بها تتحدد شخصيته القانونية، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: التسجيل في الحالة المدنية

إن إقرار الشرع والقانون بالنسب الشرعي وحده، ليس المقصود منه أن يعيش الولد غير الشرعي بدون هوية، فالذي سعى له الإسلام ليس نبذ الأولاد غير الشرعيين، بل سعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة واستثراء الزنا، أي استئصال الشر

¹ - القانون رقم 154 لسنة 2004 المعدل لبعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 1975، ج ر، العدد 28 مكرر (أ)، بتاريخ: 14 يوليو 2004، المتعلق بالجنسية المصرية.

² - رجاء ناجي: «الحماية القانونية للأطفال لمواجهة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية»، منتدى أطفال الخليج، تاريخ

الإطلاع: 2020/09/24، على الساعة 17:51 <http://www.gulfkids.com>.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

من جذوره¹، وعليه فقد ألتمت التشريعات على بعض الأشخاص التصريح بهذه الولادات، وعاقبت على عدم التصريح بها بعقوبات جنائية.

أولاً: دور الأم وضابط الحالة المدنية في تسجيل ولد الزنا: نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حالة تسجيل ولد الزنا من قبل أمه بدون وجود عقد زواج، وحتى عند استقراره للنصوص القانونية المتعلقة بالتصريح بالولادة يستشف أنها متعلقة بحالة وجود زواج صحيح فقط.

كما الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يجعل مهمة التصريح بازدياد الولد غير الشرعي والمتخلى عنه من واجبات النيابة العامة، وإنما أوكلها إلى المسؤول أو المسؤولة عن مصلحة الإسعاف العمومي، التي تقوم بتسجيله في سجل خاص بطريقة تحيطها السرية ثم تقدم بيان كتابي بذلك إلى ضابط الحالة المدنية، الذي يقوم بتسجيله في سجلات الحالة المدنية استناداً إلى ذلك البيان أو التصريح الذي تقدمه مصلحة الإسعاف العمومي والمعلومات المرفقة به، ووفقاً للشكل الذي نصت عليه المادة 30 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

ثانياً: الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للولد: ولتعزيز حماية حق الولد في التسجيل في الحالة المدنية، عاقب القانون الجنائي على الجنائيات والجنح التي تحول دون التعرف على هوية الطفل على النحو التالي

1- عدم التصريح بالميلاد: نص المشرع على معاقبة كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون خلال الموعد المحدد بالحسب من عشرة (10) أيام إلى شهرين، وغرامة من 100 إلى 1000 دج، أو إحدى هاتين العقوبتين². والأشخاص المستهدفون بنص هذه المادة هم الأب والأم والأطباء والقابلات - عند غياب الوالدين - وكل من حضر الولادة مطالب بالتصريح في غياب المعني³. أما عن الموعد للتصريح فهو خمسة أيام من تاريخ الولادة⁴. كما يعاقب القانون الجزائري أيضاً كل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة وليمتنع عن القيام بتسليمه إلى ضابط الحالة المدنية⁵.

¹ - رجاء ناجي: «الحماية القانونية للأطفال مواجهة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية»، منتدى أطفال الخليج، تاريخ

الإطلاع: 2020/09/24، على الساعة 17:51. <http://www.gulfkids.com>

² - المادة 442 الفقرة 3 قانون العقوبات الجزائري.

³ - أنظر المادة 62 من قانون الحالة المدنية.

⁴ - أنظر المادة 61 من نفس القانون.

⁵ - أنظر المادة 442 الفقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري.

2- الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل: وتتضمن هذه الجريمة صورتين:

أ- إخفاء نسب طفل حي: نص المشرع على أنه: "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة أخرى لم تضعه وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته"¹.

ب- عدم تسليم جثة الطفل: ويتعلق الأمر هنا بطفل لم يولد حيا أو لم يثبت أنه ولد حيا، ولا تقوم الجريمة إلا إذا بلغ الجنين 180 يوما أو 6 أشهر على الأقل إلا إذا كان الفعل إجهاضا، وعقوبة هذه الجريمة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات، إذا لم يثبت أن الطفل ود حيا فالعقوبة هي الحبس من شهر إلى شهرين².

الفقرة الثانية: حق ولد الزنا في الاسم واللقب العائلي:

نتناول في هذه الفقرة لمنح حق الاسم واللقب العائلي لولد الزنا في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

أولا: في الفقه الإسلامي: ينسب المولود الشرعي في الإسلام إلى أبيه لا أمه، قالتعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾³، كما يدعى الناس يوم القيامة بأبائهم لقوله صلى الله عليه وسلم: «لكل غادر لواء يوم القيامة، يقال: هذه غدره فلان بن فلان»⁴ أما القاعدة في تسمية اللقيط إذا كان مجهول النسب، أن يسمى اسما عاما لا يوهم لحوقه بعائلة أو قبيلة معلومة، كأن يدعى عبد الله بن عبد الرحمن ونحوه وهكذا، والمحظور في التبنّي انتساب اللقيط إلى غير أبيه ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾⁵. ومَوْلَاكُمْ⁵. فليقل أحدكم يا أخي أو يا مولاي يقصد بذلك الإخوة والولاية في الدين⁶.

وأجاز مفتي الديار المصرية علي جمعة إضافة لقب كافل اليتيم أو مجهول النسب إليه بحيث يظهر مطلق الانتماء لهذه العائلة، وجاء في نص الفتوى: "يجوز شرعا لكافل اليتيم أو مجهول النسب أن يضيف لقب عائلته، سواء أكان رجلا أو امرأة إلى اسم الطفل، أو تغيير

¹ - المادة 321 الفقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري.

² - المادة 321 الفقرة 2 و3 من نفس القانون.

³ - سورة الأحزاب، الآية (5).

⁴ - النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، رقم الحديث: 1736، (ج12/ص43).

⁵ - سورة الأحزاب، الآية (5).

⁶ - محمد علي السابيس: تفسير آيات الأحكام، التحقيق: ناجي سويدان، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2002، ص 627

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الاسم الأخير من اسمه إلى تلك العائلة، بحيث يظهر مطلق الانتماء إليه دون الإخلال أو التدليس بأنه ابنه أو ابنته من صلبه حتى لا يدخل ذلك في نطاق التبني المحرم شرعا وأضاف فضيلة المفتي أن تلك الإضافة ستكون مثل علاقة الولاء التي كانت بين القبائل العربية القديمة وأوضح أن الولاء جائز شرعا، ويحقق مصالح الطفل في المراحل العمرية المختلفة، مع الاحتفاظ بالأحكام الشرعية من حرمة التبني، وما يترتب عليها من آثار شرعية، ولفتوى معارضين مثل أحمد عمر هاشم ويوسف البديري. والحق مع المعارضين حيث إنه يوجد نص واضح في هذه المسألة من القرآن الكريم والسنة المشرفة وأنّ الولاء عبارة عن عقد بين طرفين مكلفين واللقيط لا يكون مكلفا في فترة تسميته والتقاطه، وأنّ التسمية يترتب عليها خلط في الأنساب ونوع من أنواع التدليس الذي يحذر منه فضيلة المفتي علي جمعة ولا يمكن التحرز منه¹.

ثانيا: في التشريع الوضعي:

1- منح الاسم واللقب العائلي لولد الزنا في التشريع الجزائري:

أ- في قانون الحالة المدنية: يعرف اللقب بأنه وقع الاختيار عليه ليضاف إلى الاسم الشخصي للفرد، وليدل على انتساب هذا الفرد وانتمائه إلى مجموعة معينة من ذوي القرى من أصل واحد². ويفترض أن يكون لكل طفل لقباً يرثه عن أبيه ويورثه إلى أبنائه، وحسب القانون الجزائري يكتسب الطفل لقباً في حالات ثلاث:

أ- 1- الولد الشرعي: لا يعتبر اللقب بالنسبة إليه أحد البيانات الواردة في سجلات الحالة المدنية، بل حقا من الحقوق التي يرثها عن أبيه، ويقتصر ذلك على الابن الشرعي -ذكرا أو أنثى- لأن مجهول الأبوين ولد الزنا لا يكون لهما لقباً، وذلك لعدم تحقق شرط الانتساب إلى أب من جهة، وعدم وجود علاقة شرعية بين أم الطفل والرجل الذي حملت منه من جهة ثانية³. وعليه أهمية اللقب بالغة من حيث أنه علامة خاصة وضعت عن قصد لحماية الأنساب وتثبيتها.

¹ - وجيه عبد الله سليمان أبو معلق: «أحكام اللقطة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة»، الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 1427 هـ-2006م، ص 57.

² - سعد عبد العزيز: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 144.

³ - سعد عبد العزيز: نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزائر، دار هومة، ط1، 1995، ص96.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ-2- **الطفل اللقيط ومن في حكمه:** يتولى ضابط الحالة المدنية مهمة تسمية هؤلاء الأطفال، استنادا إلى المادة 64/ف4 من قانون الحالة المدنية: « يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي» ويبين شراح القانون قيمة الألقاب ووظيفتها الاجتماعية لما يقرون بأنّ الطفل دون نسب ليس طفلا بدون هوية أي أن الحق في النسب لا يلغي الحق في الاسم.

صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 عدل بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020¹ المتعلق بتغيير اللقب بناء على فتوى الشيخ أحمد حماني -رحمه الله- مفادها أنه يمكن منح الطفل مجهول النسب في إطار عقد الكفالة، لقب كفيله دون أن يمس ذلك بالأحكام الشرعية، إذ لا نسب ولا توارث بينهما. وفي هذا تحقيق لمبدأ مصلحة الطفل المكفول بغية تنشئته تنشئة سليمة بدون عقد نفسية وضمانا لاستقراره العائلي والاجتماعي أيضا. هناك عدة أفعال إجرامية من شأنها أن تحول دون التعرف على هوية الولد أو تكون سببا لتغيير هويته الحقيقية مما يسفر عن أضرار جد خطيرة في مقدمتها اختفاء النسب وما يترتب عنه من آثار لا تخفى عواقبها وقد يتم تغيير نسب طفل بعدة وسائل كالتزوير في الأوراق الرسمية المتعلقة بالهوية، أو عن طريق الإدلاء ببيانات أو شهادات أو معلومات غير صحيحة

ب- **في قانون العقوبات:** نتعرض للجرائم المتعلقة بالاعتداء على النسب من خلال الجرائم التالية:

ب-1- **جرائم الاعتداء على اللقب العائلي:** ويعتبر اللقب العائلي أداة ترابط وتكافل، وله دور مهم في تنظيم الأنساب ضمن الأسرة والقبيلة وعلى تقوية مشاعر الألفة واستمرار اللحمة بين الأفراد الذين ينتسبون إلى لقب واحد متميّز، ومن هنا تبرز ضرورة الحفاظ على اللقب وحمايته من كل أنواع الاعتداء عليه².

¹ جاء هذا المرسوم بالأحكام الجديدة الآتية: فيما يتعلق بتغيير اللقب العائلي للطفل المكفول ومطابقته مع لقب الكفيل:

أ - إيداع الطلبات : أصبحت الطلبات المتعلقة بتغيير اللقب العائلي للطفل المكفول ومطابقته مع لقب الكفيل تودع لدى وكيل الجمهورية لكان إقامة الكافل أو لكان ميلاد الطفل المكفول بدلا من وزارة العدل.

ب- بخصوص موافقة الأم البيولوجية للطفل المكفول: عندما تكون أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة، فإنه يجب أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي، و في حالة تعذر ذلك، يرفق بالطلب تصريح شفهي، في شكل عقد رسمي (أمام الموثق)، يصرح فيه الكافل تحت مسؤوليته، أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم بقيت دون جدوى.

² سعد عبد العزيز: **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، مرجع سابق، ص 183.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وهذا ما قام به فعلا قانون العقوبات الجزائري تحت عنوان: « انتحال الوظائف والألقاب والصفات وإساءة استعمالها»، حيث ذكر عدة أفعال إجرامية، وقرر لها عقوبات متعددة حسب خطورة كل واحد منها، إذ أنه جرّم:

كل من انتحل لنفسه من محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 إلى 5000 دج¹، كل من تحصل على صحيفة السوابق القضائية باسم الغير وذلك بانتحاله اسما كاذبا، أو صفة كاذبة يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة².

هذا بالإضافة إلى أفعال أخرى تمثل بصفة غير مباشرة اعتداء على اللقب العائلي. ومن هنا نستطيع إدراك قيمة اللقب العائلي، من حيث إنه يربط كل أفراد العائلة برباط معنوي قوي، والاعتداء عليه إنما هو اعتداء على نظام الأسرة وعلى المنتسبين إليها كلهم³.

ب-2- جريمة تزيف النسب: والمقصود بهذه الجريمة هو: ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي⁴، وباختصار هي جريمة التبني الذي نص المشرع على منعه شرعا وقانونا. والملاحظ أنّ قانون العقوبات الجزائري - ورغم خطورة هذه الجريمة - لم يتعرض لها، وبالتالي فإنّه لا يوجد نص واضح يعاقب على جريمة تزيف النسب، ولكن يمكن استنتاجها من خلال النصوص المتعلقة بأعمال التزوير، والتي تعاقب كل شخص قدّم وثيقة تحتوي على تصريحات غير حقيقية بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دج⁵.

ولكن هذا لا يعفي المشرع الجزائري من تدارك هذا النقص بتقنين عقوبات خاصة بهذه الجريمة التي تعد عدوان صارخا على روابط الأسرة، وانتهاكا واضحا لحرمة الشرع والقانون.

2- في التشريع المقارن: نتعرض لحق ولد الزنا في الإسم واللقب والجرائم المتعلقة بالاعتداء على اللقب العائلي في كل من التشريع المغربي والتونسي والمصري:

¹ - المادة 247 من قانون العقوبات.

² - المادة 248 من نفس القانون.

³ - سعد عبد العزيز: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 182.

⁴ - المرجع نفسه، ص 185.

⁵ - المادة 217 قانون العقوبات الجزائري.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ- **التشريع المغربي:** بالرغم من أن الأم هي صاحبة الصفة بالتصريح بولدها لدى ضابط الحالة المدنية، فإنه قد يقع ألا تقوم هذه الأخيرة بالتصريح، أو تتخلى عنه في مكان ما مباشرة بعد الوضع، هنا ينتقل واجب التصريح إلى النيابة العامة، وهذا ما يستفاد صراحة من مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 16 التي نصت على أنه: "إذا تعلق الأمر بمولود أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من يعنيه الأمر.

أما بالنسبة للتجريم فقد نصت عليها الفصول¹ 459،² 465،³ 466،⁴ 467،⁵ 468،⁶ 740.

¹- ينص الفصل 459 على أنه "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من عرض أو ترك طفل في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك، وترفع العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات متى كان الفاعل أحد أصول الطفل احد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته، في حين تخفض العقوبة متى كان الترك في مكان خال من الناس في الحالة الأولى إلى الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وفي الحالة الثانية من ستة أشهر إلى سنتين (الفصل 462)".

²- ينص الفصل 465 من ق.ج.ع على أنه: "يعاقب من شهر إلى ستة أشهر بغرامة من مائتين إلى ألفي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من حمل إلى مؤسسة خيرية طفل يقل عمره عن سبع سنوات كاملة كان قد عهد إليه للعناية أو ألي سبب آخر، ويدخل في هذا الإطار بالطبع حديثي الولادة الشيء الذي يعني حماية نسيهم وهويتهم.

³- يعاقب الفصل 466 من ق.ج.ع بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين إلى خمس آلاف درهم من حرص الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد أو لتبنيه بقصد الحصول على فائدة لأن في هذه الأفعال تضليل لهوية الطفل، فيما يقع خلط في الأنساب حينما يحرم الطفل من نسبه الحقيقي عن طريق التبني، أو أنه يصبح مجهول الأبوين بالتخلي عنه بالمرّة إما بمقابل أو بدونه".

⁴- يعاقب الفصل 467 بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين إلى خمس آلاف درهم من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما أو حاول ذلك، وكذا من أحرز مثل هذا العقد أو استعمله و حاول استعماله، ولخطورة الفعل سوى المشرع بين ارتكاب الفعل ومحاولة ذلك.

⁵- ينص الفصل 468 من ق.ج.ع على أنه: "الأب وعند عدم وجوده الطبيب أو الجراح أو مالحة الصحة أو الحكمة أو المولود أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة ال تقل عن مائتين درهم إذا لم يتم بالتصريح بالزيادة في الأجل القانوني وذلك في الحالات التي يكون فيه التصريح واجبا".

⁶- ينص الفصل 740 من ق.ج.ع على أنه: "من تعمد في ظروف من شأنها أن تعوق التعرف على الهوية، نقل طفل أو إخفائه أو تغييره أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه ماديا على أنه ولد المرأة لم تلده يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات "

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ب-التشريع التونسي: يقضي القانون التونسي عدد 81 لسنة 1985 بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين، وطبقا لهذا القانون يكلف الولي العمومي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين باختيار اسم و لقب عائلي لهؤلاء الأطفال إذا لم يطالب أحد من أهلهم إقامة رابطة القرابة معهم في ظرف ثلاثة أشهر بعد قبولهم من طرف السلطة المختصة¹.

ويتم إسناد اللقب العائلي من الولي العمومي طبقا لأحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المتعلق باللقب العائلي، ويقع إتمام رسوم الوالدة و ترسيم الألقاب طبقا للإجراءات المنصوص عليها في نفس القانون.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ عدم ذكر أمثلة من اجتهادات فقهية، أو أحكام قضائية حول جريمة الأفعال الماسة بثبوت النسب في الفقه الإسلامي، لا يعني أبدا إهمال الشريعة الإسلامية لهذا الموضوع الحساس -الذي عالجتة الأحكام الفقهية ونظمتة وسعت إلى حمايته ورعايته على أحسن وجه-، وإنّما يرجع إلى عدم اتساع وقت البحث وتناثر مثل هذه المسائل في طيات أمهات الكتب الفقهية...، ويكفي الشريعة الإسلامية فخرا أنّها أعطت للقاضي سلطة واسعة في تجريم كل فعل من شأنه المساس بمقاصد الشرع ومصالح العباد، والمعاقبة عليه بما يتناسب مع الخطورة الإجرامية والمصلحة المعتدى عليها ضمن ما يسمى بالتعازير².

يشير بقوله الأستاذ أحمد بهنسي عند كلامه عن أنواع التعازير: "فالحدود منصوص عليها على سبيل الحصر، وغيرها من الجرائم يعزر مرتكبها ولا يحدّ، وهي كافة الجرائم أو المعاصي المجرمة الآن في قانون العقوبات الحالي كالرشوة وخيانة الأمانة والنصب والاستيلاء على مال الغير وغير ذلك مما هو منصوص عليه في قانون العقوبات"³.

¹ ينص الفصل الأول من القانون المذكور: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية."

² -سديد بلخير: الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -دراسة مقارنة-، الجزائر، دار الخلدونية ط1، 2009، ص 82.

³ - أحمد فتحي بهنسي : مدخل إلى الفقه الجنائي الإسلامي، ط4، دار الشروق، بيروت، 1409 هـ -1983م، ص 181.

المبحث الثاني: الآثار المادية:

ركزت الشريعة الإسلامية على الأنساب نظرا لما يترتب عليها من حقوق أخرى في المال والميراث، ذلك أن النسب تترتب عليه حقوق وواجبات بين أفراد العائلة الواحدة، فإذا أضيف فرد دخيل عليهم، يغتصب بعض حقوقهم أو ينقص من أخرى كالإرث مثلا من شأنه أن يثير الحقد بينهم ويقطع أرحامهم. ولا يخفى ما في ذلك من تضييع مقاصد تشريع التوارث بالتنازع بين العنصر الدخيل (الدعي) وبين العناصر الحقيقية للأسرة، كما أنه عادة تناقض بين مقصد الشارع من سد أبواب ومنافذ الخلاف والشقاق والفساد داخل البيت المسلم.

المطلب الأول: ميراث ونفقة ولد الزنا:

من أسباب الإرث والنفقة القرابة، والتوارث ووجوب النفقة بين الولد والأب متفرع عن وجود هذا السبب وهو القرابة، وحيث إن ولد الزنا مقطوع النسب إلى أبيه، وغير منسوب إليه شرعا، حتى لو يكون من مائه، فلا توارث ولا نفقة بينهما لانعدام سبب الإرث والنفقة، فلا يرث الولد ومن تفرع منه من هذا الأب ولا ممن أدلى به كالجدة والعم والأخ لأب، كما يرث الأب من هذا الولد ولا ممن أدلى به، ولا ممن تفرع عنه.

الفرع الأول: ميراث المزني بها وولد الزنا:

من المعلوم أنّ من أسباب الإرث النسب، والتوارث بين الولد والأب متفرع عن وجود هذا السبب وهو النسب، وحيث إن ولد الزنا مقطوع النسب إلى أبيه، وغير منسوب إليه شرعا، حتى لو يكون من مائه، فلا توارث بينهما لانعدام سبب الإرث، فلا يرث الولد ومن تفرع منه من هذا الأب ولا ممن أدلى به كالجدة والعم والأخ لأب، كما يرث الأب من هذا الولد ولا ممن أدلى به، ولا ممن تفرع عنه، وهذا قول المالكية¹، والشافعية²، والحنابلة³، والحنفية⁴، وإذا كان الحال كذلك فما حكم ولد الزنا في الميراث؟ ومن يرثه؟ هذا ما سوف أتعرض له في هذا الفرع.

¹ ابن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، (ج6/ص405)

² النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج6/ص43، 44)؛

³ ابن قدامة: المغني، (ج6/ص345).

⁴ ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص129).

الفقرة الأولى: تعريف الميراث وأسبابه:

سنتطرق في هذه الفقرة لتعريف الميراث لغة واصطلاحاً، ثم نبيّن أسباب الميراث:

أولاً: تعريف الميراث لغة واصطلاحاً:

1- لغة: الواو والراء والثاء، كلمة واحدة هي الوَرث، والميراث: أصله الواو، وهو أن يكون الشيء لقوم ثم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب¹، والوَرثُ، والوَرثُ، والإرثُ، والوَرثُ، والإرثُ، والوَرثُ، والوَرثُ، وهو أعم من أن يكون مالاً، أو غير ذلك. والميراث جمعه موارِيث، وهو بمعنى الموروث، والإرث، وهو البقاء، وانتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين².

2- اصطلاحاً: وشرعاً ماضبطه الخونجي بأنه: حق قابل للتجزئ يثبت لمستحق بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينها أو نحوها³.

وخير تعريف اخترته ليكون الأمثل والمعتمد لشموله أسباب الإرث وما يدخله الإرث من مال وحق وهو: خلافة المتصل بالميت اتصال قرابة أو نكاح أو ولاء في ماله وحقه القابل للخلافة⁴.

ثانياً: أسباب الميراث: أسباب الميراث ثلاثة وهي⁵:

¹ أحمد بن فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، (وَرثُ)، (ج/6ص105)

² ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (ورث)، (ج/2ص199، 200)؛ إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، مرجع سابق، (ج/2ص1024).

³ عبد الله بهاء الدين الشنشوري: كتاب فتح القريب المجيب شرح كتاب الترتيب، وبهامشه كتاب شرح الشيخ رضی الدين ابي بكر بن أحمد عبد الرحمان الشبي، طبع بمطبعة التقدم العلمية، 1245، (ج/1ص8)، ينظر: إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي: العذب الفاضل شرح عمدة الفارض، د ط، د بلد النشر، د ت ن، (ج/1ص16).

*فقوله: (حق) يتناول الماء وغيره كالخيار، والشفعة، والقصاص.

وقوله: (قابل للتجزئ) أي ما يمكن أن يقال فيه، لهذا نصفه، ولهذا ثلثه، ونحو ذلك ويخرج به الولاء والولاية، إذ ينتقلان إلى الأبعد بعد موت الأقرب لعدم قبولهما التجزي، وخرج بقوله: (بعد الموت) من كانت له الحقوق الثابتة بالشراء أو الاتهاب وغيرهما، ويقوله: (القرابة) الوصية، على القول بأنها تملك بالموت، ويدخل في قوله: (أو نحوها) الزوجية والولاء، وغيرها. ينظر: عبد الله بهاء الدين الشنشوري: حاشية فتح القريب المجيب، مرجع سابق، (8/1).

⁴ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط2، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، 1407هـ/1986، ص27.

⁵ ياسين أحمد إبراهيم درادكة: الميراث في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة- دار القلم، ط1- ط2، 1980، 1983، ص111-117، ينظر: محمد علي الصابوني: الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، القاهرة، دار الحديث، 1388هـ، ص34.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

1- **القربة:** هي أقوى أسباب الميراث، وهي الصلة الناشئة عن الولادة بين الوارث والمورث؛ يقال لها القربة الحقيقية للتمييز بين بين القربة الحكيمة، من عتق وولاء، وهي تشمل الأصول والفروع كالآباء والأجداد والأبناء وأبنائهم، وتشمل كذلك الحواشي كالأعمام والإخوة، وذوي الأرحام، كالأخوال والخالات، وأبناء البنت.

2- **الزوجية:** وهي العلاقة الناشئة بين الرجل والمرأة نتيجة عقد الزواج الصحيح القائم بينهما؛ فأما الزواج بعقد فاسد فلا يكون سببا في التوارث بين الزوجين، سواء حصل دخول أم لا.

3- **الولاء:** هو عبارة عن عصوبة سببها نعمة المعتق على رقيقه بالعتق، وتدخل فيه جميع وجوه العتق نجزا، أو معلقا، تطوعا أو واجبا، بإيلاء أو غيره، ولو بعوض؛ لما روي ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - (إنما الولاء لمن أعتق)، والإرث في هذه الحالة واحد وهو المعتق؛ لأن الإنعام من جهته فقط فاخص به، والذي يرث فيه المعتق ثم عصبته المتعصبون بأنفسهم.

وقد نص قانون الأسرة على أسباب الإرث في المادة 126: "أسباب الإرث: القربة والزوجية"، ولم يذكر الولاء كسبب لانتقال الميراث، لانتفاء مقتضاه.

مما سبق يتبين لنا أن التوارث لا يكون إلا عن طريق ثبوت النسب الصحيح بين الوارث والمورث، أو عن طريق الزوجية، وحيث انتفى النسب الصحيح، والزوجية الثابتة بالعقد الصحيح، فلا توارث، ومن ذلك ميراث ولد الزنا.

وبما أن الشرع قطع نسب ولد الزنا من أبيه، ولم يعتبر الزنا طريقا مشروعاً لإثبات النسب فلا توارث بين الزاني وبين ولده من الزنا، وكذلك بين ولد الزنا وأقرباء أبيه بالإجماع، وإذا كان نسب ولد الزنا مقطوعاً عن أبيه، فإنه ثابت لأمه، فنسبه لأمه قطعاً لأنه جزء منها وتكون عصبية أمه هي عصبته¹، باتفاق أهل العلم، فلأم ترث حقها من ولدها، ويرثه من يدلون بالأم، وهذا محل اتفاق أهل العلم، لكنهم اختلفوا في عصبية ولد الزنا وولد اللعان.

¹ - السرخسي: **الميسوط**، (ج29/ص199)، الغرناطي: **القوانين الفقهية**، ص259، ابن قدامة: **المغني**، (ج6/ص345).

الفقرة الثانية: حكم ميراث ولد الزنا:

اختلف الفقهاء في طريقة توريث ولد الزنا، وكيفية توزيع ماله بين ورثته اللذين هم من جهة أمه، والأقوال التي ذكرها الفقهاء في هذه المسألة هي طريقة توريث ولد الملاعنة، إلا إنهم نصوا صراحة على أن ولد الزنا في حكم ولد الملاعنة في أحكام الميراث، فالحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ميراث ولد الملاعنة¹. وتشمل ثلاث مسائل وتتمثل في:

أولاً: ميراث ولد الزنا وأمه: اختلف الفقهاء في حكم ميراث ولد الزنا وأمه على ثلاث أقوال:

1- القول الأول: أن ولد الزنا ترثه أمه وقرابتها حسب القواعد المتبعة في علم الميراث، وإليه ذهب الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والظاهرية⁵، وهؤلاء ذهبوا إلى أن ولد الزنا لا عسبة له، ولا تصير أمه ولا عصبته عسبة له⁶. وبناءً على ذلك فإن ولد الزنا تطبق عليه قواعد الميراث المعروفة في أصحاب الفروض، وذلك من جهة أمه فقط لا من جهة أبيه إذ لا أب له، هذا بالنسبة لأصوله. أمّا فروعه فيرث بالتعصيب بالنسبة لفروعه وهم أبناؤه وإن نزلوا ويرث أيضاً بالفرض إذا كان موقعه في المسألة يقتضي ذلك.

لا يرث أو يُورث بالعسوبة إلا إذا كان له ولدٌ أي ابن أو ابن ابن⁷، وهو قول زيد بن ثابت، وابن عباس في إحدى الروايتين عنه، وسعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والزهري وسليمان بن يسار، وعمر بن عبد العزيز، وربيعه، وأبو الزناد⁸ وأهل المدينة وأهل البصرة¹.

¹ ابن قدامة: **المغني**، (ج6/ص345). يقول الشوكاني بعد أن ذكر ما يتعلق بتوريث ولد الملاعنة: "وكذلك ولد الزنا، وهو مجمع على ذلك، ويكون ميراثه لأمه ولقرابتها"¹، الشوكاني: **نيل الأوطار**، (ج6/ص318، 319).

² ابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين**، (ج6/ص777)، أحمد بن محمد بن محمد أبو الوليد لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي: **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، القاهرة، البابي الحلبي، ط2، 1393هـ-1973م، ص434، الزيلعي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، (ج6/ص229).

³ ابن جزى الكلبي الغرناطي: **القوانين الفقهية**، ص259، الكشناوي: **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**، (ج3/ص322، 323)، الباجي: **المنتقى شرح الموطأ**، (ج4/ص83، 84).

⁴ النووي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، (ج6/ص43، 44)؛ النووي: **المجموع شرح المهذب**، (ج16/ص102).

⁵ ابن حزم الظاهري: **المحلى بالآثار**، (ج8/ص334).

⁶ في حالة عدم وجود فرع وارث ذكر.

⁷ ابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين**، (ج6/ص777).

⁸ أبو الزناد عبد الله بن ذكوان عبد الله بن ذكوان الإمام الفقيه الحافظ المفتي أبو عبد الرحمن القرشي المدني، ويلقب بأبي الزناد. وفاته ليلة الجمعة لسبع عشرة خلت من رمضان، وهو ابن ست وستين سنة في سنة 130 للهجرة ينظر: شمس الدين: **سير أعلام النبلاء**، (ج5/ص445).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

واستدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

أ- من الكتاب: قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾².

وجه الدلالة: أنّ الآية نص في توريث الأم؛ وأمّه من الزنا هي أمه حقيقة كأمه من النكاح الصحيح، هذه أم وكل أم لها الثلث، فهذه لها الثلث، فالتوريث بالفرض لا بالتعصيب³. وقياساً على هذا إذا مات من يرث منه ولد الزنا وولد اللعان إما أن يرثا بالفرض أو بالتعصيب.

ب- من السنة:

ب-1- ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأول رجل ذكر»⁴.

وجه الدلالة: هذا الحديث عام في توزيع الميراث سواء أكان معلوم النسب أم كان مجهول النسب فمجهول النسب داخل تحت عموم هذا الحديث، فيرث حسب موقعه من الميت، إن كان صاحب فرض ورث بالفرض، أو كان عاصباً ورث بالتعصيب⁵.

ب-2- ما ورد عن سهل بن سعد أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً رأى مع امرأته رجلاً أيقنته فنقتلونه أم كيف يفعل؟ فأنزل الله فيها ما ذكر في القرآن من التلاعن، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قد قضى فيك وفي امرأتك»، قال: فتلاعنا وأنا شاهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ففارقها فكانت سنة أن يفرق بين المتلاعنين، وكانت حاملاً فأنكر حملها وكان ابنها يدعى إليها، ثم جرت السنة في الميراث أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها⁶.

¹ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص160)؛ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج4/ص139).

² - سورة النساء، الآية: (11).

³ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج4/ص139).

⁴ - البخاري: صحيح البخاري، كتاب: الفرائض، باب: ميراث الولد من أبيه وأمّه، رقم الحديث: 6732، (ج8/ص150).

⁵ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص130).

⁶ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: التفسير، باب: والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، رقم الحديث: 4746، (ج6/ص100)؛ أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: اللعان، رقم الحديث: 2252، (ج2/ص275، 276).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: هذا الحديث نص صريح في أن ولد اللعان وكذلك ولد الزنا يورث كل منهما بالفرض وكذلك يرث كل منهما بالفرض¹.

ج- من المعقول:

✓ أن كل من أدلى بمن لا تعصيب له لم يكن له تعصيب كابن العم للأم.

✓ أنها قرابة يقدم عليها المعتق فلم يستحق بها الإرث كالرضاع.

✓ أن كل من أحرز معه المولى المعتق جميع التركة لم يستحق الإرث بالقرابة كالعبد

والكافر.

✓ أن التعصيب قد يعدم بالموت مع معرفة النسب كما يعدم باللعان للجهل بالنسب، فلما

كان عدمه بالموت لا يوجب انتقاله إلى الأم، وجب أن يكون عدمه باللعان لا يوجب انتقاله

إلى الأم.

✓ أن عدم التعصيب من جهة لا يوجب انتقاله إلى غير جهته كالموت.

✓ أن الأم لو صارت عصبية كالأب لوجب أن تحجب الأخوة كما يحجبهم الأب، وفي

إجماعهم على توريث الأخوة معها دليل على عدم تعصيبها.

✓ أن استحقاق العصبية للميراث في مقابلة تحملهم للعقل وولاية النكاح، فلما لم تعقل

عصبية الأم، ولم يزوجوا، لم يرثوا، أن ما تفرع عن النسب لم يثبت إلا بثبوت النسب

قياساً على العقل².

2- القول الثاني: يورث ولد الزنا بالتعصيب، وعصبته هم عصبية أمه، حتى قال بعضهم:

إذا أردت أن تعرف عصبية ولد الزنا فأمت أمه وانظر من يكون عصبته، فهم عصبية ولد

الزنا. وإليه ذهب أحمد في رواية نقلها الأثرم وحنبلي³. استدلل أصحاب هذا القول بالسنة

والمعقول:

أ- من السنة: ولقد استدلل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من السنة ومنها:

¹ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/8 ص 159، 160).

² - المرجع نفسه، (ج/8 ص 160، 161).

³ - يُنظر: المغني لابن قدامة، (ج 6 ص 342)، النجدي: حاشية الروض المربع، (ج/6 ص 105).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ-1- ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَاعَنَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ، فَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ»¹.

وجه الدلالة: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَلْحَقَ الْوَلَدَ الَّذِي لَاعَنَتْ أُمُّهُ بِأَمِّهِ وَنَفَى نَسَبَهُ مِنْ أَبِيهِ، فَلَا عَصَبَةَ لَهُ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ فَيَجْرِي مِيرَاثُهُ بِالتَّعْصِيبِ لِأُمِّهِ ثُمَّ لِأَقَارِبِهَا².
مناقشة هذا الدليل: بأنَّ الحديث لا دلالة فيه على المطلوب لأنَّ الحديث وارد في نسبة الولد لِأُمِّهِ، وليس في توزيع الميراث.

أ-2- ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ مِيرَاثَ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ لِأُمِّهِ وَلَوِ ارْتَثَتْهَا مِنْ بَعْدِهَا³.

أ-3- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «تَحْوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ: عَتِيقَهَا، وَلَقِيطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ»⁴. وجه الدلالة: يدل الحديث على أنَّها تَرِثُ جَمِيعَ الْمَالِ إِذَا انْفَرَدَتْ.

ب- من المعقول: واستدلَّ أصحاب هذا القول بدليلين من المعقول:

* إِنَّ الْأُمَّ لَوْ كَانَتْ عَصَبَةً كَأَبِيهِ لَحَبَّتْ إِخْوَانَهُ لِأُمِّهِ، فَلَمَّا لَمْ تَحْبِبْ إِخْوَتَهُ لِأُمِّهِ، وَجِبَ الْأَتَاكُونَ عَصَبَةً لَهُ، فَتَصِيرُ عَصَبَتُهَا عَصَبَتَهُ⁵.

مناقشة هذا الدليل: ويمكن أن يُناقش هذا الاستدلال بأنَّ عدم حجب الأم للعصبة، لا يستلزم أن تكون عصبته عصبته، لأنَّها هي صاحبة فرض فقط.

* إِنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ فِي التَّعْصِيبِ وَالْعَقْلِ، فَلَمَّا ثَبَتَ عَلَيْهِ الْوَلَاءَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَوَلَاءٌ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ التَّعْصِيبُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ التَّعْصِيبُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ⁶ وَيَتَحَرَّرَ مِنْهُ قِيَاسًا:

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له كتاب: الطلاق، باب: يلحق الولد بالملاعنة حديث رقم الحديث: 5315 (ج3/ص404)؛ مسلم في صحيحه، كتاب: اللعان، باب: 2، رقم الحديث: 8، (ج2/ص1123).

² - ابن رجب: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (ج9/ص460).

³ - أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: الفرائض، باب: ميراث ابن الملاعنة، رقم الحديث: 2907، (ج3/ص125)، قال عنه الألباني حديث صحيح، سنن أبي داود مع أحكام الألباني، ص 517.

⁴ - أبو داود: سنن أبي داود، كتاب: الفرائض، باب: ميراث ابن الملاعنة، رقم الحديث: 2906، (ج3/ص125).

⁵ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص159، 160).

⁶ - الماوردي: المرجع نفسه، (ج8/ص160).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الأول: إنّ كلّ جهة جاز أن يثبت عليها الولاء منها، جاز أن يثبت عليه التعصيب منها كالأب، **الثاني:** أن ما حيز به الميراث من جهة الأب جاز أن يحاز به من جهة الأم كالولاء¹. ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن القياس على الولاء قياس معالفارق فلا يصح، وذلك لأنّ المعنى في الولاء أنّه قد يثبت من جهة الأم كنبوته من جهة الأب، وهو من جهة الأم أقوى ويخالف النسب الذي لا يثبت إلا من جهة الأب، فكذا ما تفرع عنه من التعصيب².

3- القول الثالث: أنّ أمّه عصبته فإن لم تكن فعصبته عصبته، فيرث ولد الزنا أمّه وأقاربها بالتعصيب وليس بالفرض. وإليه ذهب الإمام أحمد في رواية أخرى نقلها عنه أبو الحارث ومهنا، وهو قول ابن مسعود وروى نحوه عن علي³ ومكحول⁴. استدلل أصحاب هذا القول بالسنة والمعقول:

أ- من السنة:

أ-1- ما ورد عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جدّه أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم «جعل ميراث ابن الملائنة لأمّه ولورثتها من بعدها»⁵.

¹ - المرجع نفسه، (ج8/ص160).

² - ابن قدامة: **المغني**، (ج6/ص344).

³ - ابن قدامة: **المغني**، (ج6/ص341، 342)، وجاء في حاشية الروض المربع: فلا يعقل عصبه أمه عنه، ولا يثبت لهم عليه ولاية التزويج، ولا ولاية المال ونحوه، وهذا قول أكثر أهل العلم، هذا إذا لم يكن له ابن ولا ابن ابن وإن نزل، (ج6/ص105).

⁴ - مكحول بن أبي مسلم شهزب بن شاذل، الهذلي بالولاء، أبو عبد الله، تابعي جليل وفقه أهل الشام في عصره، ومن حفاظ الحديث. فارسي الأصل، ولد بكابل وترعرع بها. ينظر: لبن خلكان البرمكي الإربلي: **وفيات الأعيان**، (ج5/ص280، 281)؛ أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني: **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، (ج5/ص177).

⁵ - أخرجه أبو داود في سننه واللفظ له كتاب الفرائض باب ميراث ابن الملائنة، 3 حديث رقم: 2907، 2908، (ج3/ص124، 125)؛ و البيهقي في سننه كتاب: الفرائض، باب ميراث ولد الملائنة، رقم الحديث: 12499، (ج6/ص424) من طريق عيسى بن أبي محمد عن العلاء بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه؛ قال البيهقي: عيسى هو ابن موسى أبو محمد القرشي فيه نظر. سنن البيهقي 6/ 424. قال الشوكاني: وحديث عمرو بن شعيب في إسناده ابن لهيعة وفيه مقال معروف. نيل الأوطار 6/ 80.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ولد الملاعنة لأمه، فإذا ماتت فلورثتها بن بعدها، وإذا كان كل ميراث الولد للأم فيجب أن تكون أخذته تعصيباً، وولد الزنا يأخذ حكم ولد الملاعنة فيكون حكمه كذلك.¹

مناقشة هذا الدليل: ويناقش من وجهين²:

✓ أن هذا حديث مرسل، وذلك لأن عمرو بن شعيب له جدان، الأول منهما تابعي، والثاني صحابي، فإذا لم يعين أحدهما لحق بالمراسيل، فلم يلزم الاحتجاج به.

✓ أن الحديث على فرض صحته، وأنه يلزم الاحتجاج به فهو محتمل، على أنه جعل ميراثه لأمه إذا كان لها عليه ولاء، ثم لورثة ولاتها من بعدها.

أ-2- ما ورد عن وائلة بن الأسقع قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عنه**»³.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث العتيق لمعتقة بالعصوية، فيكون ميراث ولدها الذي لا عنت عليه بالعصوبة، يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أم ولد الملاعنة أبوه وأمّه»⁴، وولد الزنا في حكم ولد اللعان، فيكون ميراثه لأمه بالعصوبة، ولأنها بمنزلة أبيه وأمّه فيكون ميراثه لها بالتعصيب⁵.

مناقشة هذا الدليل: ويناقش هذا الحديث من ثلاثة أوجه:

✓ أن هذا حديث ضعيف من جهة الإسناد فلا يُنتهز للاحتجاج به، فقد قال عنه الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب⁶.

✓ أنه على فرض صحة الحديث وصلاحيته للاحتجاج به فهو محتمل أنه جعل ميراثه لأمه، إذا كان لها عليه ولاء ثم لورثة ولاتها من بعدها.

1 - أمين حسين يونس: أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص153.

2 - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص161).

3 - الترمذي: سنن الترمذي: كتاب الفرائض، باب: ما جاء ما يرث النساء من الولاء، رقم الحديث: 2115،

(ج4/ص429)؛ أبي داود: سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة، رقم الحديث: 2906

(ج3/ص124، 125)، البيهقي: السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الفرائض، باب ميراث ولد لملاعنة، (ج6/ص259).

4 - سبق تخريجه.

5 - سبق تخريجه

6 - أخرجه الترمذي في سننه (ج4/ص39)، الشوكاني: نيل الأوطار، (ج6/ص80).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

✓ أن الحديث محمول على أنها تحوز ميراثه وهو قدر فرضها، ويستفاد منه أن لعانها عليه لا يؤثر في سقوط ميراثها منه.

أ-3- ما ورد عن داود بن أبي هند عن عبد الله بن عبيد الله بن عمير قال: كتبت إلى أخ لي من بني زريق أسأله لمن قضى النبي صلى الله عليه وسلم في ابن الملاعنة؟ فكتب إلي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لأمه، وهي بمنزلة أمه وأبيه¹.

وجه الدلالة: في هذا الحديث جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الأم في منزلة الأم والأب معا وعلى ذلك تكون عصابة له مكان أبيه.

مناقشة هذا الدليل: ويناقش هذا الدليل من وجهين:

✓ أن هذا حديث مرسل فلا يلزم لاحتجاج به².

✓ أن الحديث على فرض صحته فلا دلالة فيه على المطلوب، لأنهم سألوا عن ولد الملاعنة لمن قضى به النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: قضى به لأمه، هي بمنزلة أبيه وأمه في كفالته، والقيام بحضانتها، لأنه لم يرد للميراث فيه ذكر³.

ب- من المعقول: واستدل أصحاب هذا القول بدليلين من المعقول:

✓ أن الأم في هذه الظروف قامت مقام الأب والأم في انتسابه إليها، فقامت مقامهما في حيازة ميراثه⁴.

✓ أن عصابة الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه⁵.

ج- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وذكر أدلتهم يرجح لي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، أي يرث أمه وقرابتها، وتطبق عليه قواعد الميراث التي تطبق على جميع المسلمين، فيفترض أن أباه قد مات، ولا عصابة له من جهة أبيه، ثم توزع التركة على من تركه من جهة أمه، فإذا وجدت أمه أخذت فرضها، وإذا وجد أخوه لأم أخذوا فرضهم ثم

¹ - أخرجه الدارمي في سننه، كتاب: الفرائض، باب: ميراث ابن الملاعنة، رقم الحديث: 2960، (ج/2 ص 459)؛ البيهقي: السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: الفرائض، باب ميراث ولد الملاعنة، رقم الحديث: 12501، (ج/6 ص 424).

² - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/8 ص 161).

³ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/8 ص 161).

⁴ - ابن قدامة: المغني، (ج/7 ص 124).

⁵ - المرجع نفسه والصفحة نفسها .

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

إذا تبقى بعد أصحاب الفروض شيء رد عليهم¹، وترجح هذا القول لقوة أدلته وسلامتها عن المعارض، ولأن أقارب الميت من جهة أمه لهم عليه نوع فضل، لأن أمه هي التي تحملت من أجله ما لاقته من تعب وعناء، وإخوته لأمه هم أقرب الناس إليه، وذوو الأرحام كالخال وغيره من أقارب الأم لا بد وأنهم يعطفون عليه ويقفون بجواره في الشدائد².

وخلاصة القول أن ولد الزنا إذا مات ورثت أمه حقها وإخوته لأمه حقوقهم منه؛ أما باقي تفريعات الميراث إذا بقي منه شيء وميراث أخواله منه وغير ذلك من الأحكام فقد أجملها ابن قدامة المقدسي في كتاب المغني.

ثانياً: ميراث ولد الزنا وأخويه التوائم: ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم، ويفترق عن ولد الملاعنة في هذه المسألة لأن ولد الملاعنة يرث من توأمه ميراث أخ لأب وأم³. اختلف العلماء في إرثه من أخيه على قولين:

1- القول الأول: يرثه ميراث الأخ لأم، وهو المشهور عند المالكية⁴ وقول الشافعية⁵ والصحيح من مذهب الحنابلة⁶ قول الحنفية⁷. ووجه قولهم: لأن نسبهما قد انقطع عن الأب، فكيف يتوارثان⁸، فلم يثبت لواحد منهما نسب أبوه⁹ وإن كانا من صلبه إلا أنهما غير

¹ - إذا لم يكن للميت وهو ولد الزنا وولد اللعان ولد، فإن كان له ولد فليس هناك شيء متبق بعد أصحاب الفروض؛ لأن الولد يرث الباقي بالتعصيب. فإذا لم يوجد له أصحاب فروض بأن كانت أمه ماتت، ولم يكن له أخوة من أمه، وليس له ولد يرث المال فإن التركة تؤول إلى ذوي الأرحام، فتوزع عليهم على قواعد الميراث في ذوي الأرحام.

² - الشافعي: الأم، (ج/4 ص86)؛ الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج/4 ص83، 84)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر، (ج/6 ص777)؛ ابن الجزي: القوانين الفقهية، ص 259؛ الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، (ج/3 ص322)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، 8 / 159، 163، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج/6 ص43، 44)؛ النووي: المجموع شرح المذهب، (ج/16 ص102).

³ - ابن نجيم: البحر الرائق، (ج/4 ص130)؛ بداماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (ج/2 ص755)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج/6 ص777).

⁴ - الخرشي المالكي: شرح مختصر الخليل للخرشي، (ج/8 ص222).

⁵ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/8 ص162)؛ النووي: روضة الطالبين، (ج/5 ص43، 44)؛ النووي: المجموع شرح المذهب، (ج/16 ص102).

⁶ - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج/7 ص308).

⁷ - السرخسي: المبسوط، (ج/29 ص199)، لا خلاف عند الحنفية أن ميراث توأم الملاعنة كميراث توأم الزنا، أنهم يرثون ميراث الأخوين لأم. ينظر: السرخسي: المبسوط، (ج/29 ص199، 200).

⁸ - النووي: المجموع شرح المذهب، (ج/16 ص102).

⁹ - البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (ج/2 ص508).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

غير منسوبين إليه، فلا يأخذان حكم الشقيقين؛ لأن الشقيقين هما المنتسبان إلى أب واحد نسبة صحيح، لأنهما لما عدما الأب عدما الإدلاء بالأب¹.

- 2- **القول الثاني:** أنه يرث ميراث الأخ الشقيق، وهذا قول عند المالكية،² ورواية عن الإمام أحمد³ ووجهوا قولهم: بأنهما مخلوقان من ماء رجل واحد يقينا وإن لم ينسب إليه.
- 3- **الترجيح:** والراجح القول الأول؛ لأنه ليس بينهما نسب إلا بالأمومة، فنسبهما مقطوع من الأب.

ثالثا: ميراث ولد الزنا من غيره: فبيانه على هذا النحو التفصيلي:

- 1- إذا كان ولد الزنا الوارث زوجاً ورث ميراث الأزواج وفق القواعد المذكورة في الشريعة الإسلامية في حالة وجود الفرع الوارث أو عدمه.
- 2- إذا كان الميت أمه فإنه يأخذ ماتبقى من تركتها بعد أصحاب الفروض بالتعصيب فيكون عصباً لأمه.
- 3- إذا مات أخوه أو أخته من أمه ورث منهم بالفرض على أنه أخ لأم حسب قواعد الشريعة الإسلامية.
- 4- إذا كان الميت ولده ذكر أو أنثى يرث ميراث الأب أو الأم حسب حالته وفق قواعد الميراث في الشريعة الإسلامية.
- 5- إذا مات أحد من أقارب أمه، ولا عاصب له، وكان هو من ذوي الأرحام بالنسبة للميت ورث منه ميراث ذوي الأرحام إذا كان يستحق شيئاً من التركة.

مثال تطبيقي على ميراث ولد الزنا:

مات ولد الزنا وترك أمًا، وبناتًا، وبنات ابن، وابن أخ لأم.

- 1- حل المسألة على القول الأول: لا عاصب لولد الزنا، فمن قال بالرد على أصحاب الفروض، وهم الحنفية، فيكون حل المسألة كالاتي.

¹ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج8/ص161).

² - ابن رشد: البيان والتحصيل، (ج6/ص405).

³ - المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج7/ص308).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أصل المسألة 5/6		
1	6/1	أم
3	2/1	بنت
1	6/1	بنت ابن
0	محجوب	ابن أخ لأم

فما تبقى يرد على الأم والبنت وبنت الابن.

أما الذين قالو بعدم الرد، وإنما يصرف ما بقي لبنت مال المسلمين، وهم المالكية والشافعية، فيكون حل المسألة كالاتي:

أصل المسألة 6		
1	6/1	أم
3	2/1	بنت
1	6/1	بنت ابن
0	محجوب	ابن أخ لأم

الباقي لبنت مال المسلمين.

2- أما حل المسألة على القول الثاني: من قال بأن عصبه ولد الزنا أمه، فيكون حل المسألة كالاتي:

أصل المسألة 6		
1+1	1+6/1	أم
3	2/1	بنت
1	6/1	بنت ابن
0	محجوب	ابن أخ لأم

فيكون للأم السدس فرضاً والباقي تعصيباً.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

3-وأما حلها على قول من قال بأن عصابة ولد الزنا هم عصابة أمه، فتكون المسألة كالآتي:

أصل المسألة 6		
1	6/1	أم
3	2/1	بنت
1	6/1	بنت ابن
1	الباقي تعصيبا	ابن أخ لأم

الفرع الثاني: نفقة المزني بها وولدها من الزنا:

من أسباب وجوب النفقة القرابة، فيجب على الأب أن ينفق على أولاده الصغار ما داموا غير قادرين على الكسب، وكذلك يجب على الابن أن ينفق على أبيه إذا كان فقيراً محتاجاً غير قادرٍ على الكسب، وكان الولد غنياً، فالأصل أن نفقة الولد واجبة على الأب إذا كان موجوداً؛ فإذا لم يكن الأب موجوداً فالجدُّ يقوم مقامه.

لكن ولد الزنا غير ثابت النسب؛ فكما هو معلوم من استقراء هذا البحث أن ولد الزنا معدوم الأب سواء أكان ذلك حقيقةً بأن لم يعلم أبوه فعلاً، أو علم لكن وجوده لا يعتد به؛ لأنه لا يلحق به، من هنا فإنه لا جد له من ناحية أبيه، وبناء على ذلك فقد اختلف الفقهاء فيمن يتولَّى نفقة ولد الزنا؛ وقبل التطرق لحكم ميراث ولد الزنا لا بد أولاً أن نتطرق لمفهوم وأسباب النفقة.

الفقرة الأولى: تعريف النفقة مشتملاتها: نتطرق أولاً لبيان تعريف النفقة لغة واصطلاحاً ثم ذكر مشتملاتها من كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

أولاً: تعريف النفقة لغة واصطلاحاً:

1- لغة: مأخوذة من النُّفوق بمعنى الهلاك والفاء، يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقاً، إذا أهلكت، وأنفق بمعنى نفق أي: أفنى وأذهب، وأنفق الرجل: افتقر وذهب ماله ومنه قال تعالى: ﴿قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذًا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ الْإِنْسَانُ قَتُورًا﴾¹، ونفق البيع ينفق بضم الفاء نفاقاً: راج والنفاق بالكسر: فعل المنافق، والنفاق بفتحيتين: سرب في الأرض له مخلص إلى مكان².

¹ - سورة الإسراء، الآية (100).

² - الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص316، مادة (ن ف ق)؛ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (ج4/ص246، 247)؛ الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، (ج26/ص430، 431).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

2- اصطلاحاً: نقوم بتعريفه في الاصطلاح الفقهي ثم في الاصطلاح القانوني.

أ- الاصطلاح الفقهي: ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة مسكن وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس.

عرّفها الحنفيّة بأنّها: « الطّعام والكسوة والسُّكنى»¹، وعرّفها المالكيّة بأنّها: « ما به قوام معتاد حال الأدميّ دون سرفٍ»²، وعرّفها الشّافعيّة بأنّها: « إطعامٌ مقدّم لزوجةٍ وخادمها على زوجٍ، ولغيرهما من أصلٍ وفرعٍ ورقيقٍ وحيوانٍ ما يكفيهم»³، وعرّفها الحنابلة بأنّها: « كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوةً ومسكناً وتوابعهما»⁴.

التعريف المختار: يمكن أن نعرّف النفقة بأنّها: « اسم لمال بنفقة الإنسان على زوجته وعياله وأصله وفرعه من طعامٍ وكسوةٍ ومسكنٍ وتوابعهم».

ب- الاصطلاح التشريعي: ما يصرف الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج⁵.

ثانياً: مشتملات النفقة فقهاً وتشريعاً:

1- مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي⁶: اختلفت آراء الفقه الإسلامي في تحديد عناصر بين موسع ومطبق لها بحيث ذهب المذهب الحنفي، إن القول بأن النفقة تشمل: الطعام والكسوة والسكنى في منزل لائق بحالهما، ويشترط في المنزل أن يكون مشتملاً على جميع المنافع اللازمة، ولا يلزمه الدواء وأجرة الطبيب؛ واختلف في أجرة القابلة فمنهم من قال بأنّها تجب على الزوج لأن منفعتها راجعة على الولد ونفقته على والده، وقيل على من

¹ ينظر: السرخسي: المبسوط (ج5/ص11)، الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج2/ص332)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص572).

² ينظر: الصاوي: بلغّة السالك لأقرب المسالك، (ج2/ص729).

³ ينظر: النووي: المجموع شرح المهذب، (ج18/ص267)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص423).

⁴ ينظر: ابن مفلح: الفروع، (ج9/ص291)؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج5/ص459).

⁵ بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 169.

⁶ عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: اللباب في شرح الكتاب، التحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العلمية، د ت ن، (ج3/ص91)؛ الصاوي: بلغّة السالك لأقرب المسالك، (ج2/ص731)؛ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج5/ص546)؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري المعروف (بالجمل): فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر، [د ط]، [د ت ن]، (ج4/ص487)؛ ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، (ج3/ص229)؛ ابن حزم: المحلّى بالآثار، (ج9/ص59).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

استدعاها منهما، أما أجرى الخادم فهي تتبع حال الزوجة، فهي لا تجب عليه إلا إذا كانت من الأسر التي لا تخدم نفسها.

وفي نفس الاتجاه ذهب كل من المذهب المالكية والشافعية والحنابلة، لكن المذهب المالكي زاد عن ذلك وجوب أجره القابلة على الزوج وكذلك كل زينة تتضرر بتركها كحل ودهن معتادين وحكاء ومشط، وفيما يخص السكنى فقد قرروا بأن لها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا لضرر أو شرط.

وبهذا تكون النفقة شاملة لنفقة الزوجة والأولاد والأصول والفروع التي يلزم على الإنسان القيام بالنفقة عليهم ليس على سبيل التطوع بل على سبيل الإلزام من الشارح الحكيم.

2- مشتملات النفقة في التشريع الوضعي: مشتملات النفقة في بعض التشريعات العربية تمثل تلك الحاجات الأساسية التي لا تستقيم حياة الصغير بدونها.

أ- التشريع الجزائري: تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة¹.

فبالإضافة إلى اشتمال النفقة على مصاريف الولادة والنفاس، باعتبارها من الضروريات، وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا في قراراتها، حيث جاء في إحدى قراراتها: "تشمل مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية"².

وفي قرار آخر جاء فيه: "تشمل مصاريف النفاس مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط"³. كماوردت في قانون الأسرة الجزائري نصوص متفرقة أوجبت النفقة على الزوج لزوجته وأولاده وهو كالاتي⁴:

- المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها

¹ - ينظر المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

² - قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 47895، بتاريخ: 2009/02/11، منشور بمجلة قضائية، العدد 1/2009، ص 269، أشار إليه: نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 224.

³ - قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 594435، بتاريخ: 2011/01/13، منشور بمجلة قضائية، العدد 2/2011، ص 266، أشار إليه: المرجع نفسه، ص 225.

⁴ - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 216، 223

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أو دعوتها إليه ببيته مع مراعاة أحكام المواد 78.79.80. من هذا القانون"
- المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال
فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والإناث الى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد
عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"
- المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري: "في حالة عجز الأب تجنب نفقة الأولاد على
الأم إن كانت قادرة على ذلك".

ب- **مشمتملات النفقة في التشريع المقارن:** نتطرق لمشمتملات النفقة في كل من التشريع
المغربي والتونسي والمصري

ب-1- **في التشريع المغربي¹:** من خلال المادة 189 من مدونة الأسرة نستشف على أن
النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة
أحكام المادة 168 من نفس المدونة التي لا تدخل في مشمولات النفقة تكاليف سكنى
المحضون وأجرى الحضانة.

ومن الواضح أن المشرع المغربي لم يتحدث في النص أعلاه عن السكنى، وإنما أحال
على المادة 168 التي تقرر بأن تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة
وأجرة الحضانة وغيرهما ، وما يدل على وجوبها للزوجة ما نصت عليه المادة 196 التي
جاء فيها " المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بين عدتها دون
موافقة زوجها أو دون عذر مقبول".

فبالإضافة إلى اشتمال النفقة على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، فمن المنطقي أن
تستمل على مصاريف الولادة والنفاس والعقيقة، باعتبارها من الضروريات المنصوص عليها
في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية كما تعتبر توسعة الأعياد من مشمولات النفقة
وهو ما دأب إليه القضاء المغربي على أنه " تعتبر واجبات الأعياد والمناسبات من مشتملات
النفقة طبقا لمقتضيات المادة 189 من مدونة الأسرة.

ب-2- **في التشريع التونسي:** حدد الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية
عناصر النفقة بالطعام والكسوة والتعليم، وكل عنصر آخر يعتبر من الضروريات وفقا للعرف

¹ دليل علمي لمدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 106، 116.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

والعادات، فقد جاء في هذا الفصل "تتضمن النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليموما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"¹.

وهذا الفصل جاء شاملا في بيانه لعناصر نفقة الصغير فأوجب للصغير على المسؤول عن النفقة كل ما يساعد على حفظه وحمايته وبناء جسده البناء الصحيح.

ب-3-التشريع المصري: وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع².

ونصت المادة 18 مكرر ثانيا على أنه: "...ويلزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم...".

وإذا كان المشرع المصري في هذا النص قد اقتصر على ذكر عنصر واحد من عناصر النفقة وهو المسكن فإن القضاء المصري جرى على أن نفقة الصغير على أبيه تشمل كل ما يحتاجه هذا الصغير من غذاء وكسوة وعلاج وخدمة وتطبيب وتعليم، ويراعي في تقدير هذه النفقة حجة الصغير ودرجة يسار المنفق³.

الفقرة الثانية: أسباب وجوب النفقة: ثلاثة وهي: الزوجية والقرابة والملك⁴.

أولا: بسبب الزوجية نفقة الزوجية واجبة على الزوج⁵ والدليل على وجوبها:

قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁶.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

² - ينظر المادة 1 من قانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 المتضمن بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

³ - حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق للصيفة بشخصية الطفل...، المرجع السابق، ص 286.

⁴ - السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، (ج2/157 ص، 163، 164، 168)؛ الموصلي: **الاختيار لتعجيل المختار**، (ج4/ص3، 13)؛ الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ج4/ص 15، 30، 39)؛ كمال بن الهمام: **شرح فتح القدير**، (ج4/378، 410، 415، 426)؛ ابن جزى الغرناطي: **القوانين الفقهية**، ص 147، 148، أحمد الدردير: **الشرح الكبير**، (ج2/ص 508، 522، 524) الكشناوب: **أسهل المدارك**، (ج 2/ص 120، 200، 201)؛ الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج5/ص 3، 16، 18، 235، 236، 291، 315، 316)؛ الحصني: **كفاية الأخبار**، (ج2/ص 141، 145)؛ ابن قدامة: **المغني**، (ج8/ص 195) ابن حزم الظاهري: **المحلى بالآثار**، (ج10/ص 88، 100).

⁵ - ينظر المراجع السابقة، الصفحة ذاتها.

⁶ - سورة الطلاق، الآية (7).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر في هذه الآية بالنفقة على الزوجة في حالة اليسار وكذلك في حالة الإعسار.¹

ثانياً: بسبب القرابة: من أسباب وجوب النفقة القرابة، وهي تشمل نفقة الوالدين والأولاد، وإن توسع بعض الفقهاء في مفهوم النفقة على الأقارب.

1- نفقة الوالدين: ونفقة الوالدين واجبة على الولد² إذا كان الوالدين فقيرين ولا كسب لهما ولا مال، والدليل على وجوبها قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَهَرَّهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾³.

وجه الدلالة: هذه الآية الكريمة أمر من الله سبحانه وتعالى للأولاد بالإحسان إلى الآباء، ومن جملة الإحسان النفقة عليهما عند حاجتهما⁴.

ومن السنة ماورد عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وُلْدَهُ مِنْ كَسْبِهِ»⁵.

2- نفقة الابن واجبة على الأب: والدليل على وجوبها قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ ۖ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ لَّحْنٍ نَّزَرْنَاهُمْ وَإِيَّائِمَّ ۖ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾⁶.

¹ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج8/ص153، 154).

² - ابن الجلاب: التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس، ص405، 406؛ الغرناطي: القوانين الفقهية، ص147، 148؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، (ج7/ص127، 140)؛ الكاسني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج4/ص38)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص477، 485)؛ الحصني: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص441، 442؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص88، 100)؛ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، د ط، المكتبة الوقفية، د ت ن، ص231.

³ - سورة الإسراء، الآية (23).

⁴ - القرطبي: تفسير القرطبي - الجامع لأحكام القرآن -، (ج10/ص237)؛ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج5/ص59).

⁵ - ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب: التّجارات، باب: الحثّ على المكاسب، رقم الحديث: 2137، (ج3/ص269)؛ سعيد بن منصور: سنن سعيد بن منصور، باب: الغلام بين الأبوين أيهما أحقّ به، رقم الحديث: 2287، (ج2/ص144).

⁶ - سورة الإسراء، الآية (31).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وجه الدلالة: هذه الآية لوجوب نفقة الأبناء على الآباء؛ لأن الأب لولا وجوب نفقة ولده عليه لما قتلته خوفاً من الفقر من النفقة عليه؛ فإنه لما شعر بعدم قدرته على تحمّله المسؤولية تجاه ولده أقدم على قتله فراراً من النفقة عليه¹.

ومن السنة ماورد عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجلاً شحيحاً لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيي إلا ما أخذته من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَ يَكْفِي بَنِيكِ»².

وجه الدلالة: هذا الحديث دلالة على أنّ النفقة واجبة على الأب لابنه لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمر هند امرأة أبي سفيان أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بدون علم زوجها بالمعروف، ولم تكن النفقة واجبة في ماله لكان بدون علمه سرقة توجب العقوبة³.

3- الملك: نفقة المملوك واجبة على السيّد⁴ والدليل على ذلك:

ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّه قال: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ، وَلَا يُكْفَى مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ»⁵.

وجه الدلالة هذا الحديث دلالة واضحة على وجوب نفقة المملوك على السيّد، وأنّ للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف¹. فبيّن بهذا الخبر ما يجب للمملوك من النّفقة وما يجب عليه من العمل².

¹ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (ج5/ص71)؛ القرطبي: تفسير القرطبي- الجامع لأحكام القرآن-، (ج10/ص252)؛ البيضاوي: تفسير البيضاوي-أنوار التنزيل وأسرار التأويل-، (ج3/ص254).

² البخاري: صحيح البخاري، كتاب: النفقات، باب: نفقة المرأة إذا عانها زوجها ونفقة الولد، رقم الحديث: 5359، (ج7/ص65)، رقم الحديث: 5360، (ج7/ص65)؛ مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الأفضية، باب: قضية هند، رقم الحديث: 1714 (ج3/ص1338).

³ الصنعاني: سبل السلام، كتاب: الرجعة، باب: النفقات، رقم الحديث، 1067، (ج2/ص318).

⁴ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج5/ص580)؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ج9/ص40)؛ النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، (ج7/ص141)؛ البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، (ج1/ص622)، ابن قدامة: المغني، (ج8/ص223)؛ المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، (ج2/ص294)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص59)، (ج10/ص88)، (ص100)

⁵ مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: إطعام المملوك ما يأكل والباسه ما يلبس ولا يكلف ما يغلبه، رقم الحديث: 1662، (ج3/ص1284).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وقال الصنعاني³: « الحديث دليلٌ على ما هو مجمعٌ عليه من وجوب نفقة المملوك وكسوته، وظاهره مطلق الطعام والكسوة، فلا يجبان من عين ما يأكله السيد ويلبسه»⁴.

الفقرة الثالثة: حكم الإنفاق على ولد الزنا:

سنتطرق في هذه الفقرة لحكم نفقة ولد الزنا ويشمل على مسألتين أساسيتين وهما الأولى متعلقة من يلزمه الإنفاق على ولد الزنا، والثانية النفقة من مال ولد الزنا على غيره وكل مسألة فيها خلاف لنصل في الأخير إلى الرأي الراجح وهذا ما سنوضحه فيما يلي:
أولاً: من يلزمه الإنفاق على ولد الزنا: ولد الزنا كمن ليس له أب، لأنه لا ينسب إلى الزاني، فلا تجب له نفقته على الزاني، واختلف الفقهاء فيمن يتولى نفقة ولد الزنا لأنه لا أب له ولا جدّ على قولين:

1- القول الأول: إنّ الذي يتولى نفقة ولد الزنا هي أمّه، وإليه ذهب الحنفية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷ والظاهرية⁸.

قال السيد البكري: "وفطرة ولد الزنا على أمه أي لأنها يلزمها نفقته، ومثله ولد الملاعنة، ففطرته عليها لوجوب النفقة عليها"⁹، وفي موضع آخر قال: "من تلزمه نفقة فرعه: أم ولد الزنا"¹⁰، وقال البجيرمي: "وفطرة ولد الزنا على أمه إذ لا أب له كما تلزمها نفقته"¹.

¹ - ينظر: النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، باب: صحبة المماليك، رقم الحديث: 1662، (ج/11/ص134)؛ الموسوعة الفقهية، باب: حقوق الرقيق على سيده، 24، (ج/23/ص25، 26)

² - ينظر: الحاوي الكبير، (ج/11/ص484)؛ ابن قدامة: المغني، (ج/8/ص223).

³ - هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلوي ثم الصنعاني، المعروف كأسلافه بالأمير مجتهد من بيت الإمامة في اليمن. يلقب بالمؤيد بالله، ابن المتوكل على الله. أصيب بمحن كثيرة من الجهلاء والعوام. له نحو مائة مؤلف، ذكر صديق حسن خان أن أكثرها عنده (في الهند). ولد بمدينة كحلان سنة 1099 هـ 1688م، ونشأ وتوفي بصنعاء سنة 1172 هـ، 1768م. ينظر: الزركلي: الأعلام، (ج/6/ص38).

⁴ - الصنعاني: سبل السلام، كتاب: الرجعة، باب: النفقات، رقم الحديث: 1069، (ج/2/ص321).

⁵ - ابن نجيم: شرح كنز الدقائق، (ج/4/ص129)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء، (ج/2/ص166، 167).

⁶ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج/11/ص479)، (ج/11/ص468)

⁷ - البهوتي: كشف القناع، (ج/5/ص459، 460)؛ ابن قدامة: المغني، (ج/8/ص211، 212)؛ النجدي: حاشية الروض المربع، (ج/7/ص137).

⁸ - ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج/10/ص100).

⁹ - السيد البكري: إعانة الطالبين، (ج/2/ص169).

¹⁰ - المصدر نفسه، (ج/2/ص335).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وقال الماوردي: "تنتقل النفقة بعد الآباء إلى الأم، فإذا عدموا انتقل وجوبها إلى الأم"². استدلاً أصحاب القول الأول، وهم القائلون: إنَّ نفقة ولد الزنا تكون على الأم لانعدام الأب والجد من ناحية الأب بالكتاب والمعقول:

أ من الكتاب: قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾³.

وجه الدلالة: أن الله تعالى أوجب على الأم ما عجز عنه الأب من الرضاع؛ فإذا كان الأب معسراً عن القيام بنفقة المرضعة وجب على الأم أن ترضع ولدها، فكذلك إذا عجز الأب عن القيام بنفقة ولده وجب على الأم أن تقوم بالنفقة على ولدها، وولد الزنا لا أب له، فينتقل الوجوب من الأب إلى الأم، وبالتالي وجب على الأم من الزنا أن تتفق على ولدها⁴.

ب- من المعقول: واستدلوا بما يلي:

✓ أنَّ البعضية في الأم متحققة، وفي الأب مظنونة، فلما تحمّلت النفقة بالبعضية المظنونة كان تحمّلها بالمستيقنة أولى⁵.

✓ أنه لما تحمّل الولد نفقة أبويه وجب أن يتحمّل أبواه نفقته، فيجب على الأم أن تتفق على ولدها إذا عدم الأب، كما يجب عليه أن ينفق عليها⁶.

2- القول الثاني: إنَّ الأم لا تتولّى نفقة ولدها الذي من الزنا، وإليه ذهب المالكية⁷.

استدل أصحاب القول الثاني، وهم القائلون: إنَّ نفقة ولد الزنا لا تكون على أمه ولا على جد؛ لبعد نسب الجد وضعف النساء عن التحمل⁸.

¹ - سليمان بن محمد عمر البجيرمي: حاشية البجيرمي على الخطيب، بيروت، دار الكتب العلمية، مجلد 5، ط1 1417هـ-1996م، (ج3/ص71).

² - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص479).

³ - سورة البقرة، الآية (233).

⁴ - ابن همام: شرح فتح القدير، (ج4/ 410، 411)، الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص479)، ابن قدامة: المغني (ج8/ص 211، 212)؛ لابن حزم: المحلى بالآثار، (ج10/ص 100).

⁵ - ابن قدامة: المغني، (ج8/ص212)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص480).

⁶ - المراجع نفسها، ص نفسها.

⁷ - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج2/ص 524).

⁸ - الماوردي: الحاوي الكبير، (ج11/ص479).

أ- من الكتاب: قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنِبَتْنَ حَافِظَاتٌ﴾¹.

وجه الدلالة: أن الله تعالى في هذه الآية الكريمة أوجب النفقة للنساء من أجل القوامة التي عليهن من الرجال، ولم يوجب عليهن نفقة، وبناء عليه فلا يجب على الأم أن تنفق على ولدها².

مناقشة هذا الدليل: وبناقش ما استدلل به أصحاب القول الثاني من القرآن الكريم بأن هذه الآية خارجة عن محل النزاع؛ وذلك لأن الآية وردت في نفقة الزوجات، ونحن بصدد الكلام على نفقة الأم على ولدها.

ب- من السنة:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة فقال: «تَصَدَّقْ بِه عَلَى نَفْسِكَ»، قال: عندي آخر، قال: «تَصَدَّقْ بِه عَلَى وَاَلِدِكَ»، قال: عندي آخر، قال: «تَصَدَّقْ بِه عَلَى زَوْجَتِكَ»، قال عندي آخر، قال: «أَنْتِ أَبْصِرُ»³.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره بالإنفاق على غير هؤلاء⁴.

ج- الترجيح: بعد عرض قولي الفقهاء في المسألة وذكر أدلتهم فالذي يرجح لي هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، بأن نفقة ولد الزنا تكون على أمه؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض، ولضعف دليل المخالف والرد عليه، ولأن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها، وهي أشد الناس شفقةً به، ثم هو الذي يتولَّى نفقتها بعدما يكبر، ويشتدّ ساعده، على الكسب.

إن اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إنما هو إذا كانت الأم موسورة، أما إذا كانت معسرة أو كانت غير موجودة فإن النفقة تنتقل إلى قرابته من ذوي رحمها؛ لأنه لا قرابة لود

¹ - سورة النساء، الآية (34).

² - ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي: أنوار التنزيل وأسرار التأويل-تفسير البيضاوي-، ط1، التحقيق: محمد عبد الرحمان المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1418، (ج2/ص72)؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (ج5/ص168).

³ - أبي داود: سنن أبي داود، كتاب: الزكاة، باب: في صلة الرحم، رقم الحديث، 1691، (ج2/ص132)؛ ابن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، رقم الحديث: 7413، (ج7/ص222)؛ النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، رقم الحديث: 1514، (ج1/ص575).

⁴ - ابن قدامة: المغني، (ج8/ص213).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

الزنا من جهة أبيه، وهو ما ذهب إليه الحنفية¹، واستدلوا بما يأتي قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾²، قال تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّىٰ أَبْصَرَهُمْ﴾³، جعل الله قطيعة الرحم من الملاعن، ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى قطيعة الرحم، ولهذا اختص به ذو الرحم؛ لأن القرابة إذا بعدت لا يفرض وصلها؛ ولهذا لا تثبت المحرمية بها⁴. كما استدلوا بتفسير عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما بأن المراد من ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁵، مثل ذلك من النفقة⁶. أما إذا كان لولد الزنا من ينفق عليه ممن ذكروا بحسب الأقوال السابقة، فإن السلطان ولي من لا ولي له فتكون النفقة من بيت مال المسلمين.

ثانياً: النفقة من مال ولد الزنا على غيره: ولد الزنا بعد أن يكون له مالٌ يعامل في النفقة كغيره من ذوي الأموال في إيجاب النفقة من ماله لمن تلزمه نفقته، وقد سبق في بداية هذه الفقرة، أن أسباب النفقة ثلاثة، وهي: القرابة، الزوجية، الملك. فولد الزنا إذا كان له مالٌ، وكانت له قرابةٌ، وهي لا تكون بالنسبة له إلا من جهة أمه؛ لأنه مجهول النسب من جهة أبيه؛ فيجب عليه أن ينفق على أمه من ماله. وإذا كانت له زوجةٌ أو أكثر وجب عليه أن ينفق من ماله على زوجته أو زوجاته، وإذا كان له مملوكون وجب عليه أن ينفق عليهم من ماله⁷.

¹ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني: البناءة في شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ - 2000م، (ج5/ص699)؛ أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري: مختصر القدوري في الفقه الحنفي، ط1، التحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997م، ص143، 174؛

² سورة الأنفال، الآية (75).

³ سورة محمد، الآية (23).

⁴ السرخسي: المبسوط، (ج5/ص224).

⁵ سورة البقرة، الآية (233).

⁶ السرخسي: المبسوط، (ج5/ص224).

⁷ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 106.

المطلب الثاني: ولاية المال على ولد الزنا:

ولد الزنا شأنه شأن جميع الأطفال الذين خلقهم الله عزَّ وجلَّ، فله جميع الحقوق المقررة للأطفال من رعايةٍ لماله إن كان له مالٌ، ومن حضانة وغير ذلك، ولمَّا جعل الله تعالى على الأطفال معلومي النسب ولايةً على أموالهم؛ نظرًا لأنهم لا يحسنون التصرفات الماليَّة، بل إنَّ الصبِّي غير المميِّز ليست له أيُّ درايةٍ بالمعاملات الماليَّة؛ لذلك جعل الشارع لوليِّ أمر اليتيم أن يحجر على أموال صغيره¹.

الفرع الأول: تعريف الولاية وبيان أنواعها:

نتعرض في هذا الفرع لبيان حقيقة الولاية لغة واصطلاحًا في الفقرة الأولى ثم بيان أنواعها في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي في الفقرة الثانية:

الفقرة الأولى: تعريف الولاية لغة واصطلاحًا:

نتناول في هذه الفقرة لمسألة تعريف الولاية لغة واصطلاحًا:

أولاً - لغة: الوليُّ بفتح الواو وإسكان اللام هو: القرب والدنوُّ، والوليُّ بتشديد اللام: الاسم منه، والمحبُّ والصديق والنصير، وولي الشَّيء وعليه ولايةٌ، وهي بالكسر الخطَّة والإمارة والسُّلطان والولاية بالفتح والكسر النُّصرة².

وقال سيبويه³ الولاية بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم، وأوليته الأمر: وليته إيَّاه، وتولاه أي اتَّخذه وليًّا، وكلُّ من ولي أمر أحدٍ فهو وليُّه، وتولَّى الأمر: تقلده، والوليُّ على اليتيم: أي الوصيُّ⁴.

ثانياً - اصطلاحًا: الولاية في الاصطلاح لا تخرج عن المعنى اللغوي، فقد عرِّفت أيضًا بأنَّها: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي".¹ كما عرِّفت بأنَّها: "القدرة على إنشاء العقد نافذا".²

¹ حنان: أحكام ولد الزنى، ص 286.

² الرازي: مختار الصحاح، بيروت، مكتبة لبنان، 1986، ص 306، 307.

³ هو عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء (نسبة لمولاته لبني الحارث بن كعب). أبو بشر، الملقب بسبويه أي (رائحة التفاح) بالفارسية. إمام النحاة وأول من بسط علم النحو، وضع كتابًا في النحو يعرف باسم (كتاب سبويه). ولد في إحدى قرى شيراز في (البيضاء) بفارس. ينظر: الإريلي: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، (ج3/ص463 - 464)؛ الزركلي: الأعلام، (ج5/ص81).

⁴ الرازي: مختار الصحاح، مادة (ول ي)، ص 345.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

فالمراد بالولاية: سلطة شرعية بها يتمكن الإنسان من إنشاء العقود والنصرقات وتنفيذها على الغير.³

الفقرة الثانية: أنواع الولاية:

نتناول في هذه الفقرة لمسألة أنواع الولاية في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي أولاً: أنواع الولاية في الفقه الإسلامي: تتنوع الولاية إلى أنواع عدة باعتباريات مختلفة⁴ فهي تتنوع:

1- بحسب ذاتها إلى: ولاية عامة، وولاية خاصة.

أ- الولاية العامة: المقصود بالولاية العامة هنا ما يتعلق بعامة المسلمين وهذا في أمرين هما: ولاية السلطان، والقاضي.

ب- الولاية الخاصة: ولاية الوصي والقيم ومتولي الوقف؛ ثم الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة؛ ولهذا فإن القاضي لا يزوج اليتيمة إلا عند عدم وجود ولي لها في النكاح، كما أن للولي الخاص استيفاء القصاص والصّح عنه على دية، والعفو مجّاناً، ولا يملك الإمام العفو مجّاناً.⁵

2- بحسب ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى: ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

أ- الولاية القاصرة: فهي ولاية الإنسان على نفسه؛ أي: القيام بإنشاء العقد الخاص بنفسه، وتنفيذ أحكامه⁶، وهي لا تنفك عن أهلية الأداء.⁷

¹ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج3/ص55)؛ علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني: كتاب التعريفات، ط1، التحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ-1983م، ص254.

² محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص107.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، (ج7/ص205).

⁴ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج5/ص152، 153) (ج2/ص251، 252)؛ ابن نجيم: البحر الرائق

شرح كنز الدقائق، (ج3/ص117)؛ البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، (ج5/ص59)؛ الشافعي: الأم، (ج5/ص19)؛

السرخسي: المبسوط، (ج4/ص216، 214)؛ الحطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، (ج3/ص426، 430)؛

ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج3/ص293، 296)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج9/ص25)،

السيوطي: الأشباه والنظائر، ص154؛ احمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص459، 465.

⁵ المراجع السابقة، والصفحات نفسها.

⁶ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ج3/ص37، 38)؛ بدائع الصنائع، (ج2/ص251، 252)

⁷ أهلية الأداء هي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. ومعنى هذا أن يكون المرء صالحاً

بمقتضى هذه الأهلية لاكتساب الحقوق الناشئة عن تصرفاته القولية وإنشاء الحقوق لغيره بهذه النصرقات، وهي تثبت للبالغ

العاقل الرشيد كاملة، وتثبت ناقصة للصبي المميز والمعتهو والسّفيه. ينظر في ذلك: سعد الدين مسعود بن عمر التفتزاني:

شرح التلويح على التوضيح، د ط، مكتبة صبيح، مصر، د ت ن، (ج2/ص321).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ب- **الولاية التامة (المتعدية):** فهي التي تخول للإنسان التصرف في شؤون نفسه، وتخول له كذلك التصرف في شؤون غيره ولو جبراً على ذلك الغير¹، وهي قسمان:

✓ الولاية على المال: هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها.

✓ الولاية على النفس: هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد²، ومن هنا يتبين أنّ الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية³.

3- تنوع الولاية كذلك بالنسبة للمولى عليه إلى ثلاثة أنواع⁴:

أ- ولاية التربية: وهي الحضانة.

ب- **ولاية المحافظة على النفس وصيانتها:** وهذا النوع من الولاية يثبت على الطفل بعد تجاوز سنّ الحضانة إلى بلوغه بلوغاً رشيداً غير مفسدٍ، كما يثبت على المجنون والمعتهو وعلى البكر من النساء والنّيب إن كانت غير مأمونة على نفسها.

ج- **الولاية المالية:** وتثبت على الصغار والمجانين والمعاتيه والسفهاء وذوي الغفلة والضّعفاء، وهي درجاتٌ، تختلف قوّة وضعفاً بحسب حال المولى عليهم⁵.

ثانياً: **أنواع الولاية في التشريع الجزائري والمقارن:** اعتبرت التشريعات الوضعية المختلفة الولاية من الحقوق المهمة التي تثبت للصغير، وقد تناولت هذه التشريعات الولاية بنوعيتها- ولاية النفس وولاية المال- ووضعت الأحكام الخاصة بهما ومن هذه التشريعات:

¹ الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ج5/ص152)، ابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار** (ج3/ص55).

² النووي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، (ج7/ص53)؛ النووي: **المجموع شرح المهذب**، (ج16/ص46)؛ ابن قدامة: **المغني**، (ج7/ص7).

³ فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد؛ لأنّ لهما الولاية المالية، والولاية على النفس. وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب والجد أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإنّ الولاية في الزواج لا تكون له بل تكون للعصبات غير الأب والجد، وأساساً التفرقة في هذا الحال أنّ الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال، أما الولاية المالية على النفس فأساسها أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار، فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات لأنهم قوم الزوجين. ينظر: ابن عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، (ج2/ص223)؛ الكشناوي: **أسهل المدارك**، (ج2/ص69)؛ الماوردي: **الحاوي الكبير**، (ج9/ص91)؛ الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ج2/ص252).

⁴ المراجع السابقة، والصفحات نفسها.

⁵ ابن نجيم: **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، ص 134، 133؛ السيوطي: **الأشباه والنظائر**، ص 154، 155.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

1- في التشريع الجزائري: اعتبر المشرع الجزائري الولاية بنوعيتها من الحقوق المهمة التي لاغنى للصغير عنها، وذلك من خلال وضعها الأحكام الخاصة التي تعالج هذا الحق. حيث نصت المادة 87 من قانون الأسرة على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

أما الولاية على المال فقد نظم حكمها في المواد 188، و 289، و 90³ من نفس القانون.

فالنصوص صريحة في إعطاء المرأة حق التصرف عند غيبة الزوج، وهذا ما جرى العمل عليه في المحاكم، إذ جاء في أحد قراراتها أنه: "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له المصلحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون. ولما كان الثابت، أن قضاة المجلس لما قضاوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"⁴.

وجاء في قرار آخر أن: "إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون"⁵.

¹ - تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام..".

² - تنص المادة 89 من نفس القانون على أن: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

³ - تنص المادة 90 من نفس القانون على أن: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

⁴ - قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 187692، بتاريخ: 1997/12/23، منشور بمجلة قضائية، العدد 1/1997، ص 53. أشار إليه: نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 240، 241.

⁵ - قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 476515، بتاريخ: 2009/01/14، منشور بمجلة قضائية، العدد 1/2009، ص 265. أشار إليه، المرجع نفسه، ص 240.

2- أنواع الولاية في التشريع المقارن:

أ- في التشريع المغربي: وتعتبر مدونة الأسرة المغربية هي الأخرى الولاية بنوعيتها من الحقوق المهمة التي تثبت للصغير ووضعت لها الأحكام الخاصة بها وذلك في المواد التالية: 236، و237، و238، و239، و240، و241، و242، و243.

إذ نصت المادة 236 من مدونة الأسرة على أن: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي، وللمّ أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب"¹.

ولاية الأب على أولاده القاصرين ثابتة بسبب الولادة، وحفاظا على مصالح الولد القاصر في حالة مرض أبيه وغيبته وغيرهما من الموانع، خولت المادة للمّ القيام بالمصالح المستعجلة لولدها التي لا تتحمل انتظار زوال المانع المذكور، أما المواد 239، و240، و241 فنظمت أحكام الولاية على المال².

أما ولاية الزواج باعتبارها من أقسام الولاية على النفس فقد عالجتها في المادتين 24³، و25⁴ من مدونة الأسرة المغربية.

ب- في التشريع التونسي: أثبتت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الولاية على الصغير بنوعيتها ووضعت لها أحكاما خاصة في الفصول 154، 155، 156، 157، 158، 159. فنص الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "من القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية. وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم"⁵.

أما الفصل 155 فنص على أن: "للأب ثم للمّ ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية".

¹ - دليل علمي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 142.

² - دليل علمي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 144، 145.

³ - تنص المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصحتها".

⁴ - تنص المادة 25 من نفس المدونة على أن: "للرشيده أن تعقد زواجها بنفسها، وأن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

⁵ - مجلة الأحوال الشخصية (نقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

وهذا ما جرى العمل عليه فقه القضاء التونسي، جاء في قرار استئنافي مدني على أن: "للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية. وهذا الاتجاه أجمع عليه فقهاء الشريعة وبذلك ليس من السهولة بمكان أن تتجرد الأم عن ولايتها في غياب وجود أب شرعي للطفل بمجرد إمضائها لعقد تنازل أو إهمال بل أن هذه الولاية تظل معقودة لها حق شخصي طبيعي مقرر قوامه الشفقة والعلم والدراية وإن كانت هذه الولاية قابلة للزوال بانتفاء موجبها وإلى الإبطال بإذن القاضي لأسباب شرعية كيفما نص به ذلك صريح الفصل 155 من م.أ.ش.¹

بالإضافة إلى الفصل 67 في فقرتيه الرابعة والخامسة من نفس المجلة فنصت على: ".... وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلّق بسفر المحضون ودراسته والتصرّف في حساباته المالية".

ج- في التشريع المصري: أثبت المشرّع المصريحق الولاية للصغير بنوعيتها، وقد كانت المحاكم في مصر تطبق فيما تعلق بالولاية على النفس الأحكام الشرعية المقررة في كتب الفقه الحنفي وذلك تطبيقاً لنصر المادة 280 من القانون رقم 78 لسنة 1931 إلى أن صدر مرسوم القانون رقم 118 لسنة 1982 المتعلق بتنظيم أحكام الولاية على النفس.² أما أحكام الولاية على المال فقد نظمت في مصر بمرسوم القانون رقم 119 لسنة 1952، والذي تناول فيه المشرّع المصري كل ما يتعلق بإدارة أموال الصغير والعناية بها وذلك في 26 مادة.³

الفرع الثاني: حكم ولاية المال على ولد الزنا:

نتطرق في هذه الفقرة لمسألة من يقوم بالولاية المالية على ولد الزنا بذكر محل الخلاف بين الفقهاء لكل مسألة وما استدلووا به من أدلة لنصل في الأخير إلى الرأي الراجح، وهذا ما سنوضحه في ما يلي:

¹ - قرار استئنافي مدني، عدد 3111 مؤرخ في 18 مارس 1998.

² - احمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 462.

³ - حميد سلطان علي الخالدي: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، المرجع السابق، ص 342، 343.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

2- أن الأم قاصرة لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها كالعبد¹.

3- أن الأم لا تلي ولاية القضاء فكذلك بالنسب².

ثانيا: القول الثاني: أن الولاية الماليّة على ولد الزنا تكون للأمّ، وإليه ذهب الشافعيّة في مقابل الأصحّ³. استدلل أصحاب هذا القول بالمعقول من وجهين:

1- أن الأمّ لها على أولادها الصغار ولاية كالأب، لما فيها من البعضيّة⁴.

مناقشة الدليل: ويمكن مناقشة هذا الدليل من المعقول بما يأتي: أن الأم وإن كان ابنها بعضاً منها إلا أنها قاصرة، وهناك أنواع كثيرة من الولايات لا تنتقلها النساء كولاية النكاح، والقضاء وغيرها على الأصحّ.

2- أن الأم برقة الأنوثة أحنّ على أولادها وأشفق⁵.

مناقشة الدليل: أن الأم وإن كانت أحنّ على أولادها وأشفق برقة الأنوثة فإنّ هذا قد يكون هو المانع من ولايتها الماليّة على أولادها؛ لأنّ الولاية الماليّة تحتاج إلى الشدة والصرامة حتّى يوضع المال في موضعه، ولا يضيع فيما لا يفيد.

الفقرة الثانية: الترجيح:

¹ ابن قدامة: **المغني**، (6/ 243)، النجدي: **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، (ج5/ 190)

² ابن قدامة: **المغني**، (ج6/ ص243).

³ الرافعي: **العزير شرح الوجيز**، (ج10/ ص71، 72)، ابن المفلح: **الفروع**، (ج7/ ص18/17). **الماوردي: الحاوي الكبير**، (ج11/ ص480)، **الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي**، (ج3/ ص165، 168)، **النووي: المجموع شرح المهذب**، (ج18/ ص326، 328).

قال الإمام الماوردي: فعلى هذا إن قيل إنه لا ولاية لها، لم تصح منها الوصية بالولاية على أطفالها، وإذا قيل: إن لها الولاية بنفسها، فكذلك أمهاتها وأمّهات الأب.

وهل يستحق أب الأم؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقها كأم الأم، لما فيه من الولادة، وأنه أحنّ بالولاية على الأم من أمها.

الثاني: لا ولاية له، لأن سقوط ميراثه قد حطه من منزلة أم الأم، فعلى هذا يكون بعد الآباء الأم. فإذا اجتمع بعد الأم، أم أب و أم أم ، ففي أحقهما بالولاية وجهان: أحدهما: أم الأب لأن الأب بالولاية أحنّ. والثاني: أم الأم، لأنها بالحضانة أحنّ، فإذا أوصت مستحقة الولاية من = الأمهات بالولاية على الأطفال صحت الوصية"، يراجع: **الماوردي: الحاوي الكبير**، (ج11/ ص480).

⁴ **النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين**، (ج4/ ص187)؛ **الماوردي: الحاوي الكبير**، (ج11/ ص480)، **الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي**، (ج3/ ص165، 168)، **النووي: المجموع شرح المهذب**، (ج18/ ص326، 328)، **السرخسي: المبسوط**، (ج6/ ص171).

⁵ المراجع السابقة، والصفحة نفسها.

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

بعد عرض قولي الفقهاء، وذكر أدلتهم يترجح لي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو أنّ الحاكم أو القاضي أو من ينوب عن واحدٍ منهما أن يتولى الولاية الماليّة على ولد الزنا؛ وذلك لقوّة أدلتهم، ولأنّ أمر الأموال أمر له شأن في حياة البشر فوجب أن يكون القائم عليه الرّجال دون النّساء؛ لأنّه يحتاج إلى سداد الرّأي وسلامة التّفكير، وعادة النّساء لا تتوفّر فيهن هذه الصّفات؛ فتوليتهنّ الولاية الماليّة على ولد الزنا قد يعرّض أموال الصّغار ومصالحهم للخطر والضرر؛ فكان الأولى عدم توليتهنّ هذه الولاية الشّاقّة.

المطلب الثالث: بعض أحكام ولد الزنا:

نتناول في هذا المطلب لبعض الأحكام المتفرقة لولد الزنا فقسّمناها إلى أحكام متعلّقة بالقضاء والشهادات وأحكام أخرى متعلّقة في الجنايات والحدود وهذا ما سيتم توضيحه بالتفصيل في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أحكام ولد الزنا في القضاء والشهادات:

نستعرض في هذا الفرع لكيفية تولي ولد الزنا لحكم ولاية الإمامة وولاية القضاء وذلك بعرض أقوال الفقهاء في ذلك لنصل في الأخير للرأي الراجح.

الفقرة الأولى: عدالة ولد الزنا:

نتناول في هذه الفقرة لتعريف العدالة لغة واصطلاحاً ثم بيان شروط عدالة ولد الزنا

أولاً: تعريف العدالة لغة واصطلاحاً:

1- لغة: العدالة في اللغة من عدل يَعِدُّ عَدْلًا فهو عَادِلٌ، وَعَدْلٌ من العدول. العَدْلُ والعدالة الحكم بالحق، وهو ضد الجور، وما قام في النفوس أنه مستقيم، والعدل من الناس المرضي قوله وحكمه¹.

2- اصطلاحاً: عرّفت العدالة بأنّها: اجتناب الكبائر، وأداء الفرائض، وأن تغلب حسنات المرء سيئاته أو أن يكون صلاحه أكثر من فساد²ه، وقيل: هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغيرة³، والمعتبر لها عند الفقهاء أمران: الصلاح في الدين، واستعمال

¹ - الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (ج2/ص396)؛ الرازي: مختار الصحاح، (ج1/ص202).

² - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج6/ص268).

³ - الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج6/ص345).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

المروءة، وصلاح الدين يكون بأداء الفرائض، واجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، والمروءة فعل ما يجمّله ويزينه، وترك ما يدنسه، ويشينه¹.

ثانياً: شروط العدالة: لا تتحقق للإنسان إلا بالإسلام، والبلوغ، والعقل، وبفعل الأمور وترك المنهي، وأن يبعد عما يخل بالمروءة والسلامة من الفسق، والمراد بالفسق: ارتكاب كبيرة من كبائر الذنوب والإصرار على صغيرة من الصغائر لأن الإصرار على فعل الصغائر يصريها من الكبائر، فإذا كان ولد الزنا مستوفياً لشروط العدالة من الإسلام والبلوغ والعقل مؤدياً للواجبات مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر، محافظاً على مروءته من التخلق بأخلاق أقرانه زماناً ومكاناً، فهو عدل كغيره من أولاد المسلمين ولا يلحقه شيء مما ارتكبه والداه من الإثم².

الفقرة الثانية: تولي ولد الزنا الولايات العامة:

المقصود بالولاية العامة هنا ما تعلق بعامة المسلمين وهذا في أمرين هما الأمانة العظمى والقضاء.

أولاً: إمامة ولد الزنا: نتعرض أولاً لتعريف الإمامة لغة واصطلاحاً ثم بيان حكم إمامة ولد الزنا.

1- تعريف الإمامة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة: من أمَّ يؤمُّ أمًّا، والإمام: الطريق الواسع، وبه فُسِّر قوله تعالى: ﴿وَإِنَّمَا لِبِإِمَامٍ مُّبِينٍ﴾³ أي: بطريق يؤم، أي: يقصد فيتميز قال: والخليفة إمام الرعية، قال أبو بكر: يقال فلان إمام القوم معناه: هو المتقدم عليهم، ويكون الإمام رئيساً كقولك: إمام المسلمين، قال: والدليل: إمام السفر، والحادي: إمام الإبل، وإن كان وراءها لأنه الهادي لها⁴.

¹ - ابن المفلق: المبدع في شرح المقنع، (ج8/ص144) وما بعدها.

² - أحمد بن علي بن أحمد الشهابي اليميني: ولد الزنا وأحكامه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون اليمني والإندونيسي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه و أصوله، قسم الشريعة الإسلامية بجامعة المحمدية سوراكتا، 1437هـ- 2016 م، ص 14.

³ - سورة الحجر، الآية (79).

⁴ - الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق، (ج31/ص244)؛ الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة (أمم)، ص22؛ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفراءى: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، التحقيق أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ط4، 1407هـ-1987م، (ج5/ص1864، 1865).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ب- اصطلاحاً: لا يخرج معنى الإمامة في الاصطلاح عن المعنى اللغوي فالإمام هو (الذي يقتدى به في الصلاة)، عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**إنما جعل الإمام ليؤتم به...**»¹ أي يقتدى به.

وقد عرفها بعض العلماء بأنها: «ارتباط صلاة مصل بمصل آخر بشروط بينها الشرع»². وقيل: "اتباع مصلّ في جزء من ثلاثة غير تابع غيره"³.

2- **حكم إمامة ولد الزنا:** بما أن أمر الإمامة على الفضيلة والكمال، فكل من كان أفضل، فقد اختلف العلماء في إمامة ولد الزنا مع وجود ولد الراشدة إلى ثلاث أقوال:

أ- **القول الأول:** تكره إمامة ولد الزنا وإن تقدم جاز، وهذا ما ذهب إليه الحنفية⁴، ولعض الشافعية⁵، واستدلوا أصحاب هذا القول **بالمعقول:**

✓ قالوا لأنه ليس له أب يتقفه فيغلب عليه الجهل ولأنّ في تقديمه تنفير للجماعة⁶.

ب- **القول الثاني:** لا تكره إمامته ولكن يكره أن يكون إماماً راتباً، وهو ما ذهب إليه المالكية⁷، والشافعي فقد قال: «أكره أن ينصب من لا يعرف أبوه إماماً لأنّ الإمامة موضع فضل، وتجزى من صلى خلفه صلاتهم»⁸، ورواية عن أحمد⁹. ودليلهم في ذلك: ✓ أنّ الإمامة موضع فضيلة فكره تقديم من كان فيه شيء من النقائص فيها كالعبد والمرأة.

✓ أنّ الإمامة موضع رفعة ينافس صاحبه ويحسد على موضعه، ومن كان بهذه الصفة كره أن يعرض نفسه لألسنة الناس ويستشرف الطعن والسب¹⁰.

¹ البخاري: صحيح البخاري، كتاب: الأذان، باب: إنما جعل الإمام ليؤتم به، رقم الحديث: 688، (ج1/ص139).

² ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج1/ص549، 551).

³ الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص126.

⁴ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج1/ص157).

⁵ الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ج2/ص182)؛ النووي: المجموع شرح المهذب، (ج4/ص181).

⁶ الكاساني: بدائع الصنائع، (ج1/ص157).

⁷ مالك بن أنس: المدونة، (ج1/ص178)؛ الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج1/ص235).

⁸ الشافعي: الأم، (ج1/ص193).

⁹ المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج2/ص284).

¹⁰ الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج1/ص235)؛ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج2/ص431).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

ج- القول الثالث: لا تكره إمامته مطلقاً، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة¹، وذلك إذا كان مرضياً توفرت فيه صفات الأهلية للإمامة، واستدلوا بالأدلة التالية:

ج-1- من الكتاب: قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا

وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾².

ووجه الدلالة: إن أرفعكم منزلة عند الله أتقاكم، وفي هذه الآية نهي عن التفاخر بالنسب³.

ج-2- من السنة:

✓ ما ورد عن أبي مسعود الأنصاري، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يَوْمَ الْقَوْمِ أَقْرَاهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ»⁴، فجعل مناط التقديم بالعلم والفضل لا بالنسب.

✓ ما ورد عن عائشة رضي الله عنها، قالت في ولد الزنا: «لَيْسَ عَلَيْهِ مِنْ وَرَثَةِ أَبِيهِ شَيْءٌ»⁵.

د- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وذكر أدلتهم يرجح لي ما ذهب إليه أصحاب قول الثالث لا تكره إمامة ولد الزنا، إذا توفرت فيه صفات الأهلية للإمامة.

3- حكم تولي ولد الزنا لمنصب الإمامة العظمى: الإمامة العظمى وهي رئاسة عامة في الدين والدنيا خلافة عن النبي صلى الله عليه وسلم⁶، وقيل استحقاق تصرف عام على الأنام⁷.

¹ ابن قدامة: المغني، (ج2/ص33)، الفروع، (ج2/ص7).

² سورة الحجرات، الآية (13)

³ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: تفسير الإمام الشافعي، ط1، التحقيق: أحمد بن مصطفى، دار التتميرية، السعودية، 1427هـ-2006م، (ج3/ص1281).

⁴ مسلم: صحيح مسلم، كتاب: من أحق بالإمامة، باب: المساجد ومواضع الصلاة، رقم الحديث: 673، (ج1/ص465).

⁵ البهقي: السنن الكبرى، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء في ولد الزنا، رقم الحديث: 19992، (ج10/ص100). قال البهقي: "رفعه بعض الضعفاء والصحيح موقوف".

⁶ ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، (ج1/ص548)؛ الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص108).

⁷ المرجع نفسه، (ج1/ص548).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ- شروط الإمامة العظمى: وقد اشترط الفقهاء للإمام شروطاً هي¹: الإسلام، التكليف، الذكورة، الحرية، سلامة الأعضاء والحواس مما يمنع من النهوض بأمر الإمامة، أن يكون الإمام قيماً بأمر السياسة وإقامة الحدود والحرب والذب عن الأمة، العدالة، والاجتهاد. وهذا الشرطان عند المالكية، والشافعية، والحنابلة لا يسقطان إلا عند عدم العدل أو المجتهد². أما الحنفية فجوزوا توليه غير العدل وغير المجتهد ولو مع وجودهما³. ويشترط النسب بأن يكون قرشياً⁴، لحديث: «**إِنَّ هَذَا الْأَمْرَ فِي قَرِيْشٍ...**»⁵، فلم يجزوا أن يتولى غير القرشي الإمامة العظمى، قالوا لأنَّ الإمامة أعلى المراتب الدينية فاعتبر فيها النسب لحصول التميّز عن الرعية⁶.

فإذا كان الإمام باختيار أهل الحل والعقد فإنّه يشترط فيمن يختارونه أن يكون قرشياً، إن وجد قرشيّ جامع للشروط الأخرى، فإن عدم سقط هذا الشرط. أمّا إن استولى بالقهر والسيف فلا خيار في نسبه ولا يخرج عليه لذلك، وقد خالف بعض الفقهاء في اشتراط ذلك محتجين بما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنْ اسْتَعْمَلَ حَبْشِيٌّ كَأَنْ رَأَسَهُ زَبِيْبَةٌ**»⁷، ولكن هذا الحديث محمول على ما إذا استولى بالقهر والسيف، أو إذا أمر في غير الإمامة العظمى كإمارة جيش أو نحوها.

ب- حكم تولي ولد الزنا لمنصب الإمامة العظمى: من ما مضى يتبيّن أن تولي الإمام إما أن يكون بالشورى واختيار أهل الحل والعقد، أو أن يتولى بغير مشورة أهل الحل والعقد بأن يستولي بالقهر والسيف.

¹- المرجع نفسه، (ج1/ص548)؛ الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص108)؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص159)؛ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج8/ص366، 367).

²- الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج8/ص366، 367)؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص159).

³- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج1/ص548).

⁴- ابن عابدين: المرجع نفسه، (ج1/ص548)؛ الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص109)؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، (ج6/ص159)؛ السيوطي: مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، (ج6/ص264)؛ الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، (ج8/ص366، 367)؛ بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص130).

⁵- البخاري: صحيح البخاري، كتاب: المناقب، باب: مناقب قريش، رقم الحديث: 3500، (ج4/ص179).

⁶- ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، (ج2/ص73، 71).

⁷- البخاري: صحيح البخاري، كتاب: الأذان، باب: إمارة العبد والمولى، رقم الحديث: 693، (ج1/ص140).

في حالة الاختيار: فلا ريب أن الواجب اختيار قرشي تتوفر فيه الشروط، فإذا عدم ذلك وجب اختيار الأصلح من الناس، ولكن إن كان هذا الأصلح للتولي ولد زنا فهل يجوز أن يولّى الإمامة؟ ذهب الشافعيّة إلى أنّه إذا عدم قرشيّ مستجمع للشروط، قدم المنتسب إلى كنانة ثم المنتسب إلى إسماعيل وهم العرب ثم إلى جرهم - لأنّهم أصل العرب ومنهم تزوج إسماعيل عليه السلام ثم إسحاق، وقيل إذا فقد منتسب إلى إسماعيل ولّي رجل من العجم¹؛ فلا يولّي ولد الزنا لتعذر انتسابه، بل نص الشافعيّة على أنّه لا يكون إماماً ولا قاضياً²، أما بقية المذاهب فلم يتطرق أصحابها إلى ذلك ولكن قد يخرج على تقديم القرشي على من سواه تقديم النسب على مجهول النسب. كما قد يخرج على كراهة الحنفية لإمامة ولد الزنا في الصلاة مع وجود من سواه - كما تقدم -.

أما الحالية الثانية: وهي إذا لم يكن للناس خيار في تولّيه -الحالة الثانية- فلا ينظر إلى النسب فيه، ولا يجوز الخروج عليه لذلك لا يجوز الخروج عليه للفسق بل هو أولى³.
ثانياً: ولاية القضاء لولد الزنا: نتطرق لتعريف القضاء لغة واصطلاحاً ثم بيان حكم تولي ولد الزنا للقضاء

1- تعريف القضاء: نتعرض لتعريف القضاء لغة ثم اصطلاحاً

أ- لغة: القضاء في اللغة يطلق على معان منها الحكم والصنع والحتك والبيان⁴.
ب- اصطلاحاً: هو إلزام على الغير بيينة أو إقرار أو نكول⁵، وقيل هو صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين⁶.
وقد اشترط الفقهاء لمن يتولى منصب القضاء ما يلي: الإسلام، التكليف ويشمل العقل والبلوغ، العدالة، الاجتهاد عند الجمهور خلافاً للحنفية، الحرية، الذكورية، وجوز الحنفية قضاء المرأة في غير الحدود، السلامة من الموانع¹.

¹ - الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص109)

² - المرجع نفسه، (ج4/ص356).

³ - الجمل: حاشية الجمل، (ج5/ص121)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، (ج1/ص548)

⁴ - الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، (ج1/ص255).

⁵ - محمد بن فرامرز: درر الحكام شرح غرر الأحكام، (ج2/ص404).

⁶ - الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 433.

الفصل الثاني الأثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

2- حكم تولي ولد الزنا للقضاء: كون الشخص ولد زنا لا يخالف شرطا من شروط القاضي، وبناء على ذلك فيجوز أن يتولى ولد الزنا القضاء لسيما إذا كان معروفا بالعلم والصلاح، ولم يمنع من ذلك جمهور العلماء، إلا أن المالكية اختلفوا في ذلك على ثلاث أقوال:

أ-القول الأول: تجوز توليته غير أنه لا يحكم في الزنا، وهذا قول سحنون، واستدل بالقياس على عدم قبول شهادته في الزنا -عند المالكية-².

ب-القول الثاني: تجوز توليته ويحكم في الزنا وغيره، وهذا قول أصبغ³.

ت-القول الثالث: لا يولي مطلقا، وهذا قول أبي الوليد، وعلل ذلك بأمرين: أن القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال كالإمامة⁴، لئلا تتسارع إليه ألسن الناس بالطعن⁵. أما الشافعية فقد استحبو كون القاضي معروف النسب⁶، ولكن مراعاة العلم والتقى عندهم أولى من مراعاة النسب⁷.

الفقرة الثالثة: شهادة ولد الزنا:

نتطرق لتعريف الشهادة لغة واصطلاحا ثم بيان حكم شهادة ولد الزنا من حيث شهادته على الزنا وعلى سائر الأمور

أولاً: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً:

1- لغة: الشين والهاء والذال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، يقال شهدكذا كذا، أي: حضره، وشهد بكذا أي: علم وأعلم، فهو شاهد والجمع شهود، ومنه قال تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ﴾⁸، فالشاهد العالم الذي يبين ما علمه¹.

¹ - الحطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، (ج6/ص87)؛ الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص278)؛ المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج11/ص176)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج7/ص3).

² - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج5/ص184).

³ - بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص131).

⁴ - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج5/ص184).

⁵ - الخرخشي: شرح مختصر الخليل للخرشي: (ج7/ص142).

⁶ - النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي القيرواني، (ج2/ص219).

⁷ - الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (ج4/ص279).

⁸ - سورة آل عمران، الآية (18).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

2- اصطلاحاً: عرّفت الشهادة اصطلاحاً بعدة تعريفات منها:

عرّفها المالكية بأنّها: « إخبار حاكم من علم ليقضي بمقتضاه»²، وعرّفها الشافعية بأنّها: « إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص»³، وعرّفها الحنابلة بأنّها: « الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت أو أشهد»⁴، وعرّفها الحنفية بأنّها: «إخبار صدق بإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء»⁵.

والتعريف الذي اخترناه للشهادة هو: إخبار بحق الغير على الغير أو بأمر عام في مجلس الحكم بلفظ شهدت أو أشهد؛ لأنّ الإخبار في غير مجلس الحكم رواية.

2- حكم شهادة ولد الزنا: وفيه مسألتان:

أ- شهادته على الزنا: اختلف الفقهاء في شهادة ولد الزنا على الزنا على ثلاثة أقوال:

أ-1- القول الأول: تقبل شهادته على الزنا مطلقاً، يعني في كل شيء سواء أكان في الزنا أم في غيره، وإليه ذهب الشافعية⁶، والحنفية⁷، والحنابلة⁸، والظاهرية⁹، وروي ذلك عن ابن عباس¹⁰. استدلو أصحاب هذا القول بالكتاب والمعقول:

أ-1-1- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَلَا تَرَوْا زُرَّةً وَزَرَ أُخْرَىٰ ۚ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾¹¹.

وجه الدلالة: هذه الآية الكريمة توضح أنّ كل إنسان مؤاخذ بما يفعل، وأنّه يتحمل وزره بنفسه، وأنّ واحداً لن يتحمل وزر الآخر حتى ولو كان أباه، فولد الزنا لا يتحمل عقوبة خطأ فيها غيره¹².

1- ابن منظور: لسان العرب، (ج2/348)

2- بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص164)؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج3/ص212)؛

3- الحصني: كفاية الأخبار في حل غابة الاختصار، (ج1/ص565)؛ النووي: المجموع شرح المهذب، (ج20/ص266).

4- شرح منتهى الإرادات، (ج2/ص604).

5- الزيعلي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ج4/ص207).

6- النووي: المجموع شرح المهذب، (ج20/ص226)؛ دمشقي: رحمة الأمة، ص223.

7- الكاساني: بدائع الصنائع، (ج6/ص269)؛ لجنة العلماء: الفتاوى الهندية، (ج3/ص450)

8- ابن قدامة: المغني، (ج10/ص177)؛ النجدي: حاشية الروض المربع، (ج7/ص590).

9- ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج8/ص529).

10- ابن قدامة: المغني، (ج10/ص177)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج8/ص529).

11- سورة الأنعام، الآية (164).

12- الجصاص: أحكام القرآن، (ج4/200).

أ-1-2- من المعقول¹:

✓ أن زنا الوالدين لا يقدح في عدالة الولد².

✓ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم³.

✓ أن ولد الزنا عدل مقبول الشهادة في غير الزنا، فقبل في الزنا كغيره، ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الراشدة⁴.

✓ أن ولد الزنا تقبل شهادته في القتل، ففي الزنا من باب أولى⁵.

✓ **القول الثاني:** تقبل شهادة ولد الزنا في كل شيء إلا في الزنا، وإليه ذهب المالكية والليث ابن سعد⁶. واستدلوا أصحاب هذا القول بالمعقول:

* هو أن ولد الزنا يتهم بالرغبة في مشاركة غيره له في كونه ولد زنا مثله⁷. ومتهم بأنه يود اشتهار الزنا بحيث يصير كالنكاح، فلا معرة تلحقه فيما ينشأ عنه⁸.

* إن ولد الزنا متهم بالحرص على التأسي⁹، وقالوا إن الإنسان إذا كان له من يشاركه في وصفه خفت عليه المصيبة؛ لأن المصيبة إذا عمت هانت، وإذا ندرت وخصت هالت¹⁰.

✓ **الترجيح:** بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وذكر أدلتهم يرجح لي ما ذهب إليه أصحاب قول الجمهور وهو قبول شهادة ولد الزنا؛ لأنهم أحظى بالدليل، ولأن مناط قبول الشهادة بالعدالة، وقد اتفق الفريقان على عدم تأثرهما بكونه ابن زنا، وما ذكروه من تهمة

¹ - أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 126.

² - الكاساني: بدائع الصنائع، (ج6/ص269).

³ - الزبيدي: الجوهرة النيرة، (ج2/ص232).

⁴ - ابن قدامة: المغني، (ج10/ص190)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج8/ص529).

⁵ - شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، ط1، التحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجرة للطباعة والنشر، القاهرة، 1415هـ-1995م، (ج29/ص406).

⁶ - ابن الجلاب: التفريع، (ج2/ص236)؛ ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل، (ج10/ص191)؛ القرافي: الذخيرة، (ج10/ص221)؛ ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص173)؛ الكشناوي: أسهل المدارك، (ج3/ص214).

⁷ - ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/ص173).

⁸ - الخرشي: شرح الخرشي لمختصر الخليل، (ج7/ص186).

⁹ - ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل، (ج10/ص191).

¹⁰ - الخرشي: شرح الخرشي لمختصر الخليل، (ج7/ص186).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

فضيعة على فرض وجودها في العدل، وللإجماع على قبول شهادة التائب من الذنب وهذا أولى.

ب- **شهادته على سائر الأمور**¹: اتفق الفقهاء على قبول شهادة ولد الزنا في سائر الأمور أي في ما سوى الزنا؛ لأن مدار الشهادة هو العدالة، وكما عرفنا فإن كون الشخص ولد الزنا لا يقدر في عدالته. وإثما رد المالكية شهادته في الزنا لها قالوا من التهمة، وتلك خاصة في الزنا، وقد عرفنا ذلك والرد عليه في المسألة السابقة

الفرع الثاني: أحكام ولد الزنا في الجنايات والحدود:

اهتم الإسلام بالمحافظة على النفس والمال، وجعلهما من كلياته الخمس وهي: حفظ النفس، والدين، والمال، والعقل، والعرض؛ فمن أولويات الإسلام المحافظة على هذه النفس من أي اعتداءٍ عليها، وحرّم قتلها، وليس هذا فقط كما حرّم السرقة، والغصب، والاختلاس، وشدّد في السرقة؛ ففضى بقطع يد السارق التي من شأنها أن تباشر السرقة، وفي ذلك جزاءً عادلٌ وعلاجٌ ناجعٌ؛ لأن اليد الخائنة بمثابة عضو مريض يجب بتره ليسلم الجسم، والتضحية ببعضه من أجل كلِّ مما اتفقت عليه الشرائع جميعها²، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: قصاص الوالد بولده من الزنا:

في هذه الفقرة يجب التفريق بين مسألتين:

أولاً: إذا استلحق الأب ابنه من الزنا وقتله: في هذه الصورة يصبح هذا الأب أباً حقيقياً لهذا الولد، فهل إذا قتله يقتل به أو لا؟ اختلف الفقهاء في مسألة قتل الوالد بابنه من الزنى إذا استلحقه على ثلاثة أقوال:

1- القول الأول: أن الوالد لا يقتل بولده، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية والظاهرية على أن الوالد إذا قتل ولده لا يقتل به³، والأدلة على ذلك كثير أذكر منها:

¹ - سعدي جاسم حمود الجميلي: «عدالة ولد الزنا في الفقه الإسلامي»، مجلة كلية العلوم الإسلامية، الجامعة العراقية، العدد 8، ص 70.

² - حنان: **أحكام ولد الزنى**، مرجع سابق، ص 618، 627.

³ - مالك بن أنس: **المدونة الكبرى**، (ج4/ص498)؛ السرخسي: **المبسوط**، (ج26/ص90)؛ الزركشي: **شرح الزركشي**، (ج6/ص74)؛ الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ج7/ص235).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، عن عمر بن الخطاب قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَالِدِ»¹

ب- قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عن مجاهد، قال: حَدَفَ رَجُلٌ ابْنًا لَهُ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ، فَرَفَعَ إِلَى عُمَرَ، فَقَالَ: لَوْلَا أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَالِدِ» لَقَتَلْتُكَ قَبْلَ أَنْ تَبْرَحَ.²

2-القول الثاني: أن الأب يقتص منه إذا قتل ولده مطلقاً، وهو قول بعض الفقهاء³.

3- القول الثالث: أن الزاني يقتل بولده من الزنا، وهو قول بعض الحنابلة⁴ وبعض الشافعية⁵ قالوا: لأئنه ليس أباً شرعياً، وإن كان الولد تخلّق من مائه، والقصاص إنّما انتفى عن الأب لشرف الأبوة⁶.

4- الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلته يرجح لي القول الأول، وهو أن الزاني لا يقتل بولده من الزنا، وذلك لوجود الشبهة، وهو فعلا سببا في وجوده، وإن كان لا ينسب إليه شرعا، فيدراً القصاص لأجل ذلك.

ثانيا: إذا لم يستلحق الأب ولد الزنا وقتله: في هذه المسألة يصبح ولد الزنا إنساناً معصوم الدم، فإذا ما اعتدى عليه أحد؛ فإنه يقتص منه، وأولياؤه هنا هم عصابة أمّه الذين لهم حقّ المطالبة بالقصاص من الجاني، أو العفو عنه⁷.

¹ - الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الديات، باب: ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا، رقم الحديث: 1400، (ج4/ص18).

² - بن حنبل: مسند الإمام بن حنبل، رقم الحديث: 98، (ج1/ص257).

³ - ابن قدامة: المغني، (ج8/ص286).

⁴ - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج9/ص474).

⁵ - ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (ج8/ص403)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج5/ص243).

⁶ - ابن قدامة: المغني، (ج8/ص286).

⁷ - ينظر: السرخسي: المبسوط، (ج26/ص91)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج7/ص237)؛ البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، (ج5/ص528)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج11/ص5 وما بعدها).

الفقرة الثانية: حكم سرقة الوالد من مال ولده من الزنا:

في هذه الفقرة يجب التفريق بين مسألتين:

أولاً: إذا ما استلحق الأب ولده من الزنا، وسرق من ماله: اختلف الفقهاء في حكم سرقة الوالد من مال ولده؛ هل يستوجب ذلك القطع؟ وهل تعد سرقة أو لا؟ **على قولين:**

1- القول الأول: أن الأب لا يقطع بسرقة من مال ولده: وهو قول جمهور الفقهاء¹، واستدلوا بما يلي:

أ- عن محمد بن المكندر، عن جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالا وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك»².

ب- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أن أطيّب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم»³. ووجه الدلالة: أنه لا يعقل ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأخذه، ولا أخذ ما جعله النبي صلى الله عليه وسلم مالا له مضافاً إليه⁴، وبناء عليه فلا حد بين الوالد وابنه.

2- القول الثاني: أن الأب يقطع بسرقة من مال ولده، وهو قول أبي ثور وابن المنذر⁵، والظاهرية⁶، وأشهب من المالكية⁷. استدلت أصحاب هذا القول على وجوب تطبيق الحد على الأب إذا سرق من مال ولده بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»⁸.

¹ - القرافي: الذخيرة، (ج12/ص155)؛ الماوردي: الحاوي الكبير، (ج13/ص347)؛ المرداوي: الإنصاف في معرفة

الراجح من الخلاف، (ج10/ص267)؛ السرخسي: المبسوط، (ج9/ص151).

² - ابن ماجة: سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، رقم الحديث: 2291، (ج2/ص769).

³ - الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب: ما جاء أن الولد يأخذ من مال ولده، رقم الحديث: 1358، (ج3/ص631)؛ أبي داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، رقم الحديث: 3528، (ج3/ص288).

⁴ - ابن قدامة: المغني، (ج9/ص134).

⁵ - ابن قدامة: المغني، (ج9/ص134، 135).

⁶ - ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج12/ص336، 337).

⁷ - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج7/ص185).

⁸ - البخاري: صحيح البخاري، كتاب: العلم، باب: ليبلغ العلم الشاهد الغائب، رقم الحديث: 105، (ج1/ص33)؛ مسلم: صحيح مسلم، كتاب: القسامة والمحاربيين والقصاص والديات، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم الحديث: 1679، (ج3/ص1305).

الفصل الثاني الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

3-الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، وذكر أدلتهم يرجح لي قول الجمهور؛ لقوة أدلتهم ، ولأن أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم واضحة في أن المال الذي في يد الابن لأبيه؛ لأنه من كسبه، وبناء عليه إذا أخذ منه شيئاً فلا يعدُّ سارقاً له ؛ بل يعد آخذاً لبعض حقه¹.

ثانياً: إذا لم يستلحق الأب ولد الزنا، وسرق من ماله²: ولد الزنا في هذه المسألة صاحب مالٍ محترمٍ، وليس له أب يلحق به؛ بل إن عصيته هنا هم عصابة أمه، فما الحكم لو سرقه الذي زنى بأمه، ولم يستلحقه.

اتفق الفقهاء³ على أن ولد الزنا يعد شخصاً محترماً لا ذنب له؛ فإذا تملك مالا فإنه تجرى عليه كل أحكام الشخص الطبيعي من إقرار الملكية الخاصة، وحق الحياة وحق التصرف، وغيرها من الحقوق؛ فإذا سرق هذا المال من ولد الزنا بصورةٍ أو بأخرى؛ فإن الشرع قد أوجب القطع على السارق، أي حتى إن كان الرجل الذي زنى بأمه، ولم يستلحقه إذا كان هذا المسروق قد بلغ النصاب واستوفيت فيه الشروط.

¹ - ابن قدامة: المغني، (ج9/ص134، 135).

² - حنان: أحكام ولد الزنى، مرجع سابق، ص 633.

³ - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (ج7/ص185)؛ السرخسي: المبسوط، (ج8/ص80)؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ج7/ص71)؛ الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (ج5/ص471)؛ ابن حزم: المحلى بالآثار، (ج12/ص300).

خلاصة:

في الأخير يمكن القول أنّ أحكام الشريعة جاءت بصفة عامة محققة لمصلحة الإنسان المؤكدة، ومن هنا نجد مراعاة مصلحة الطفل (مجهول النسب) ولد الزنا في جميع الأحكام التي شرعت من أجله، فعندما يأمر الإسلام بإلحاق الطفل بنسبه الأصلي، فإنما ذلك مصلحة الطفل حفاظاً على شخصيته ومستقبله، وعندما يأمر بكفالتة وحسن رعايته فذلك لمصلحة الطفل، كي ينشأ في بيئة أسرية مستقرة، وعندما يأمر بحسن التربية والرفقة في المعاملة، ففي ذلك حفظ وصيانة لصحته النفسية وسلامته الفكرية، وهكذا تتقرر المصلحة في كل شؤون الطفل.

إن التبني فيه اغتصاب لنسب الغير وتجريد الطفل من هويته ونسبه الأصلي، فأبي رحمة هذه التي تبني على الاغتصاب والظلم، إن الأبوة والأمومة ليست ألفاظاً تتردد ولا عقداً يعقد ولكنها حنان وشفقة وارتباط لحم ودم.

الباب الثاني **=====** مدى مشروعية تنسب ولد الزنا على ضوء البصمة الوراثية

خلاصة الباب:

بعد أن استعرضنا لموقف الفقه الإسلامي والتشريعي لمسألة إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية يتبين لنا: أنّ ولد الزنا لا يثبت نسبه من الزاني، إذ أنّ النصوص قدمت الفراش في إثبات النسب على الزنا، فدعوى النسب من الزنا مردودة في مقابل الفراش، وهذا حق لا مرية فيه سواء ثبت ذلك بالبصمة الوراثية أو غيرها. وحجتهم في ذلك: أن اعتماد العلاقات الآثمة أساسا في النسب من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وإشاعة الفاحشة والفسق والفجور في المجتمع وإلى الاستهانة بعقد الزواج الشرعي، الذي تتكون منه الأنساب والأسر المترابطة.

أما التشريع الوضعي فإنه يتفق في الدول الأجنبية، كفرنسا، وبعض التشريعات العربية، كالتشريع التونسي واللبناني مع المذهب الثاني والذي ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. أما ما ذهبت إليه غالبية التشريعات العربية، وهو منع نسب ولد الزنا من أبيه الزاني فإنه يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، وبعض الحنفية)، والقائل ب: أنّ ولد الزنا لا ينسب لأب بحال، سواء أقر به الزاني أو لم يقر، وسواء ثبت أبوته بموجب البصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل الأخرى أم لا. وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على انتسابه لأمه فنجد أنّ أحكام الشريعة جاءت بصفة عامة محققة لمصلحة الإنسان المؤكدة، ومن هنا نجد مراعاة مصلحة الطفل (ولد الزنا) في جميع الأحكام التي شرعت من أجله، على عكس التشريعات الوضعية التي كانت مقصرة في حقه في جميع الحقوق التي شرعت له.

خاتمة

توصلت بعد دراستي لموضوع أحكام نسب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي إلى النتائج الآتية:

أولاً: النتائج:

وسوف أعرض أهم هذه النتائج في النقاط التالية:

1- أولت الشريعة الإسلامية عناية فائقة للنسب، حيث حددت الطريق الذي يتحقق منه الإنجاب وهو الزواج الشرعي؛ بغية الحفاظ على نقاوة النسب، واعتبرته سبباً من أسباب ثبوت النسب، كذلك أشار المشرع الجزائري في المادة 4 من ق. أ. ج إلى الهدف من الزواج؛ وهو الحفاظ على الأنساب، ونظم أحكام النسب في الفصل الخامس، المواد من (40 إلى 46) محددًا أسباب ثبوته في الزواج الصحيح، وألحق به النكاح الفاسد، والوطء بشبهة مثلما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية (المغربي، التونسي، المصري).

2- أغلق الشريعة الإسلامية أمام كل من تسول له نفسه الحديث في أعراض الناس حتى إنّه لم يفتح باباً لمجرد الشبهة، فإذا ما شك الزوج في هذا الولد عليه أن يفعل ما أمره الله تعالى وهو اللعان.

3- حرمت الشريعة الإسلامية الزنا بكل صورها، بينما المشرع الجزائري والتونسي جرم الزنا في إطار ضيق؛ أي إذا كان أحد طرفيه متزوجاً، وقصد من ذلك حماية الرابطة الزوجية، والعقوبات التي وضعوها لا تحقق الردع، بخلاف المشرع المغربي الذي كان الأقرب إلى الفقه الإسلامي على اعتبار أنه جرم فعل الزنا على إطلاقه، وهذا لأجل ضمان عدم ارتكابه؛ بغية حفظ مصلحة الفرد والجماعة.

4- ولأجل حماية النسب من التزييف أبطلت الشريعة الإسلامية التبني، وكذلك المشرع الجزائري والمغربي والمصري، بخلاف المشرع التونسي قد خالف الشريعة الإسلامية بإقراره جواز التبني نظراً لإفراطها الحاد في حماية القاصر متجاهلة كل الانتقادات الموجهة لها من العالم الإسلامي، مطبقة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي.

5- أن لم تغفل الشريعة الإسلامية عن حماية ولد الزنا، حيث اهتمت بنسبه من خلال وضعها أحكام تنظم نسبه حفظاً لحقوقه بينما أغلب التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري لم يهتم بذلك، هذا الفراغ الذي فتح الباب على مصراعيه أمام الاجتهاد القضائي فاختلفت التكييفات القانونية للموضوع وتبعاً لذلك تباينت الأحكام:

✓ أن القضاء الجزائري سار على مبدأ عدم إلحاق ولد الزنا إلى غاية 2006، حيث سار القضاء على عكس متبناه في القرارات السابقة؛ إذ اعتمد في بعض قراراته على الخبرة الطبية لإثبات نسب ولد الزنا، وهذا القرار أثار العديد من الردود بين من رآه صائبا ويعتبر قرارا تاريخيا، وبين من يراه مخالفا لأحكام الشريعة، في المقابل فقد تبيّن فيما بعد تراجع المحكمة العليا من موقفها الأخير القاضي باعتماد الدليل العلمي لإثبات النسب الطبيعي، وتبنيه الرفض السابق، وهو ما يظهر من عدة قرارات لها.

✓ القضاء المغربي: سار على نفس مبدأ المشرّع الجزائري في قراراته إلى غاية سنة 2017 حيث أصدر، أول حكم قضائي يقضي بالاعتراف بالبنوة البيولوجية للأب غير الشرعي لولد ناتج عن علاقة غير شرعية، وهي سابقة قضائية في القضاء المغربي، إلا أنّه سرعان ماتدرك الوضع في قرار آخر رافضا الاعتراف بولد الزنا، لكن في المقابل نجد أنّ المشرّع المغربي وضع استثناءا تحت غطاء الشبهة كتبرير لواقع اجتماعي ينحو نحو التسبب والفساد في إباحة التواصل بين الجنسين بغير قيود، حيث استعان القضاء بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب الطبيعي بين الخاطبين.

✓ القضاء المصري: أكد على أن ولد الزنا لا يمكن إثبات نسبه وحتى وإن أثبتت البصمة الوراثية ذلك، إلا أنه مؤخرا أثبتت نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية. أما بالنسبة للتشريع الإماراتي والكويتي، ففضى بعدم إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.

6- و بشأن ولد الاغتصاب لقد تباينت الآراء الفقهية المعاصرة في مسألة نسب ولد الاغتصاب بالبصمة الوراثية، باعتبار هاته الوسيلة من النوازل الحديثة، تبعا لتباين مواقفهم حول حكم نسب ولد الاغتصاب كالتالي: الرأي الأول: يرى عدم جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب، وتبعا لذلك فإنّ تحليل البصمة الوراثية لا يغير من الأمر شيئا، الرأي الثاني: يرى جوازية إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناء على نتائج البصمة الوراثية، بينما المشرع الجزائري والتشريعات العربية سكتت عن نسبه، أما رأي المحكمة العليا فنجد:

✓ القضاء الجزائري: قضى بإلحاق الولد الناتج عن الاغتصاب إلى المغتصب قياسا على الوطء بشبهة، وهو بذلك وقع في المحذور؛ فالاغتصاب كما عرفناه سابقا هو واقعة رجل لامرأة دون رضاها بالعنف أو هو وطء بالإكراه فهذا التعريف يوحي أنه بعيد كل البعد عن الشبهة بصورها الثلاث المذكورة انفا ويعتبر المغتصب زان اتجهت إرادته بكل وعي وعن

قصد إلى الاعتداء على المجني عليها فهو ليس مكره ويقع عليه الحد وهو عاهر وللعاهر الحجر .

✓ القضاء المغربي: استقر على أنّ نسب الولد الناتج عن الاغتصاب لا يمكن أن ينسب لأبيه

✓ القضاء المصري: فرّق بين إلحاق ولد الزنا وولد الاغتصاب، فما لاحظناه أنّه لم يقبل إلحاق ولد الزنا بخلاف ولد الاغتصاب الذي قبل إلحاقه.

7- نسب الولد الناتج عن الخطيبين، لم يعترف التشريع الجزائري والتشريعات العربية في موضوع النسب كأصل عام، سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقاً أصلياً في ثبوت النسب وأما لقاءات التعارف قبل الزواج أي أثناء الخطبة أو قبلها، فلا يثبت به النسب لأنّ الخطبة لا تعد زواجاً، وله حكم ولد الزنا، عدا المشرع المغربي حال نصه الصريح على ثبوت الابن الناشئ بين الخطيبين طبقاً لنص المادة 156 من مدونة الأسرة. أما بالنسبة للاجتهادات القضائية فقد استقرت جميعها على عدم ثبوت بنسب الولد الناتج عن الخطبة عدا المشرع المغربي.

8- من المتفق عليه جواز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية المعاصرة كالبصمة الوراثية، وهو ما نصت عليه المادة 40/ف2 من قانون الأسرة "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وهو ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، ولكن هناك ركن جوهري وجب مراعاته وهو أن تكون العلاقة بين الزوجين شرعية، بينما اختلف الفقهاء في نفي النسب بنفس الطريقة؛ أي بالبصمة الوراثية، خصوصاً وأن الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب قد يتعارض مع اللعان الذي نص عليه القرآن الكريم.

9- يمكن القول أنّ هذه التشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثية بقي موقفها غامضاً في إثبات نسب ولد الزنا صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتى على الإجراءات اللازمة لإجراء هذه التحاليل. بالإضافة إلى عدم النص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشخص المطلوب بها.

10- ذهب غالبية الباحثين إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء بأنّ النسب لا يثبت بالزنا حتى لا تختلط الأنساب وتشيع الفاحشة بين الناس وهو ما أخذت به غالبية التشريعات العربية، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

11- بالنظر في الأدلة التي استدل بها كل فريق من الفقهاء والمناقشات التي وردت عليها ظهر لنا أنّ عدم تنسيب ولد الزنا من الزاني ليس راجعا إلى أنّ الإسلام يؤاخذ المولود بجريرة غيره، وإنّما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين: مفسدة عدم إثبات نسب ولد الزنا، ومفسدة إشاعة الفاحشة في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة، التي هي عدم إثبات النسب في سبيل دفع المفسدة الأعظم، التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب.

21- وبترجيحنا للقول القائل: بعدم ثبوت نسب ولد الزنا من الزاني، وتنسيبه لأمه فإن الآثار المترتبة على تنسيبه مقطوعة من جهة أبيه، وباعتبار أنّ معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري فإنها لم تتطرق إلى أحكام نسب ولد الزنا، وبالتالي نص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المواد التالية:

✓ المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: " كل ما لم يرد نص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

✓ ب- المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى الفقه المالكي والاجتهاد مع مراعاة تحقيق قيم الإسلام من عدل ومساواة ومعاشرة بالمعروف".

✓ المادة 3 من مشروع القانون الأحوال الشخصية تنص على أنه: "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة..".

وخالفهم في ذلك التشريع التونسي بإصداره لقانون 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين قد اتجه نحو الاعتراف بالبنوة الطبيعية بالتحليل الجيني وجعله في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة، وكذا التشريع اللبناني.

13- ولما لاحظ المشرع ضعف الحماية المدنية للطفل غير الشرعي، أفرد له ضمانات جنائية من شأنها أن تحميه على الأقل في وجوده وحياته وجسمه وعرضه، إلا أن هذه الحماية بدورها تعرضت لانتكاسة على المستوى الواقعي لضعف الرادع الجنائي من خلال العقوبات التي نص عليها المشرع الجنائي.

ثانياً: الاقتراحات:

✓ ضرورة التنصيص في قوانين الأحوال الشخصية على أحكام نسب ولد الزنا بضوابط وشروط، والنص على أحكام نسب ولد اللعان، وكيفية إدعاءه.

✓ إدراج فقرة ثانية للمادة 138 من ق أ ج: يمنع من الإرث اللعان والردة.

يرث ولد اللعان وولد الزنا من الأم وقرابتها، وترثه الأم وقرابتها بشرط ولادته لأقل من عشرة أشهر من وفاة مورثه أو الفرقة بينهما. ويرثه أقاربه لأمه سواء كانوا أصحاب فرض أو ذوي أرحام إن لم يكن له ورثة بالفرض من جهة أمه.

✓ تشديد عقوبة الزنا بعقوبة رادعة من خلالها يحفظ المجتمع من الرذائل، وحمائته من كثرة اللقطاء وأبناء الزنا، وعدم حصرها في العلاقة التي يكون أحد طرفيها متزوجاً.
✓ تقرير حماية جنائية أوسع للطفل غير الشرعي بتشديد العقوبة الجنائية في حالة قتل الأم لوليدها، وتشديد العقوبة كذلك في جميع الجرائم الواقعة على الطفل.

✓ ضرورة إيجاد قواعد قانونية جديدة فيما يتعلق بكفالة أطفال الزنا ومجهولي النسب وجعلها في قانون مستقل بها بدلاً من قانون الأسرة، كما يجب منح للقضاء سلطة واسعة لمراقبة الأسر الكافلة بما من شأنه الحفاظ على حقوق الطفل وأيضاً ضمان حقوق الأسرة الكافلة عند مطالبة الأم أو الأب البيولوجي بطفلهما وكذلك تحقيقاً لمصلحة الطفل في كل الحالات.

✓ أود أن أهدى في أذن المجتمع أن ولد الزنا إن وُجد في مجتمع ما من المجتمعات فله حقوقٌ منها:

أ _ إيجاد البيئة المسلمة الصالحة للعيش فيها تمكّنه أن يكون بذرةً صالحةً في المجتمع .

ب _ تحسين النظرة إليه؛ فهو شخص لا ذنب له؛ لأنه مجنيٌّ عليه لا ينبغي أن يحاسب بما اقترف والداه .

ج _ توفير متطلبات الحياة والعيش الكريم له في المجتمع من نكاح، ووظائف، ومعاملاتٍ
.....إلخ

خاتمة

- وأخيراً أسأل الله بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يرفع عن أمتنا ما هي فيه من البلاء والكرب والنكبات؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم وعلومه

القرآن الكريم.

1. ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي: أحكام القرآن، علق عليه: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
2. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، التحقيق: سامي محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ-1999م.
3. أبو السعود، العمادي محمد بن محمد بن مصطفى: تفسير أبي السعود - إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، [د.ت].
4. الاصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب: المفردات في غريب القرآن، دمشق، دار القلم، ط1، 1412 .
5. البيضاوي، ناصر الدين أبوسعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي: أنوار التنزيل وأسرار التأويل، التحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1418هـ.
6. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي: أحكام القرآن، التحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1994م.
7. السائيس، محمد علي: تفسير آيات الأحكام، التحقيق: ناجي سويدان، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2002.
8. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: تفسير الإمام الشافعي، التحقيق: أحمد بن مصطفى، السعودية، دار التدميرية، ط1، 1427هـ-2006م.
9. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي أبو جعفر الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ-2000م.
10. القرطبي، أبو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي، التحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1384هـ-1964م.

ثانياً: كتب الحديث النبوي الشريف وعلومه (شروحه)

1. ابن بطال، أبو الحسن علي بن عبد الملك: شرح صحيح البخاري لابن بطال، التحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، السعودية، مكتبة الرشد، ط2، 1423هـ-2003م.
2. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، التحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1414هـ-1993م.
3. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ.
4. ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين: شرح رياض الصالحين، الرياض، دار الوطن للنشر، ج3، ط2، 1426هـ.
5. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م.
6. أبو داود: صحيح سنن أبي داود، المجلد السابع، الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، 1423هـ-2002م.
7. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن عمرو الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، التحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، ط1، 1423هـ-2002م.
8. أحمد، بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، التحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل، التحقيق: أحمد محمد شاكر، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1416هـ-1995م.
9. البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري: صحيح البخاري، التحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
10. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي الخراساني البيهقي: السنن الكبرى، التحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ-2003م.

11. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي: سنن الترمذي، التحقيق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، ابراهيم عطوة عوض، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي، ط2، 1395هـ-1975م.
12. الدارقطني، أبو الحسن بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي: سنن الدارقطني، التحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ-2004م
13. الدارمي: سنن الدارمي، ط1، 1436هـ - 2015 م.
14. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، التحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، 1424هـ - 2003م.
15. الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، التحقيق: عصام الضباطي وعماد السيد، الرياض، مكتبة المعارف، 1427هـ-2006م.
16. مالك، مالك بن أنس: موطأ، التحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1407هـ-1986م.
17. مسلم، بن الحجاج أبو الحسن النيسابوري: صحيح مسلم، التحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت ن.
18. النسائي: السنن الصغرى للنسائي، التحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط2، 1406.
19. النسائي: السنن الكبرى، التحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، ط3، 2003.
20. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392هـ.

ثالثاً: كتب الفقه وأصوله

1- المذاهب الفقهية:

أ- الفقه المالكي:

1. ابن جزى، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الغرناطي: القوانين الفقهية، بدون طبعة وبلد وسنة النشر.
2. ابن رشد: البيان والتحصيل، التحقيق: محمد حجي وآخرون، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط3، 1408هـ-1988م.
3. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة، دار الحديث، د ط، 1425هـ-2004م.
4. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله: الاستنكار، التحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ-2000م.
5. الآبي الأزهري، صالح عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، بيروت، المكتبة الثقافية، د ط، د ت ن.
6. الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م.
7. الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي: شرح الخرشي لمختصر خليل، بيروت، دار صادر، د ط، د ت ن.
8. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت ن.
9. الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله: شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، 1350.
10. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، بلغة السالك لمحمد الصاوي دار المعارف، د ط، د ت ن.
11. عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، د ط، 1409هـ-1989م.

12. الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر الخليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.
13. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي: الذخيرة، التحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م.

ب- الفقه الشافعي:

1. البجيرمي، سليمان بن محمد عمر: حاشية البجيرمي على الخطيب، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، مجلد5، 1417هـ-1996م.
2. الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن: كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دمشق دار الخير، ط1، 1994.
3. الرملي، شمس الدين محمد: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة أخيرة، دار الفكر، بيروت، 1984.
- زكريا الأنصاري، بن محمد بن زكريا: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الفكر الإسلامي، [د ط]، [د ت ن].
4. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي: الأم، بيروت، المعرفة، [د ط]، 1410هـ - 1990م.
5. الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، بيروت، دار الفكر، د ط، د ت ن.
6. الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م.
7. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د ط، د ت ن.
8. الغزالي، أبو حامد محمد: الوسيط في المذهب، التحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، ط1، 1417.
9. قليوبي، أحمد سلامة وأحمد البرلسي عميرة: حاشيتا قليوبي وعميرة، بيروت، دار الفكر، [د ط]، 415هـ-1995م.

10. الماوردي، ابو الحسن علي بن محمد البصري: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، التحقيق: الشيخ علي محمد عوض، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999.
11. المزني، إسماعيل بن يحيى: مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، د ط، بيروت، دار المعرفة، د ط، 1410هـ-1990م.
12. النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، التحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1412هـ-1991م.
13. النووي، أبو زكريا محيي الدين: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، التحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 1425هـ-2005م.

ت - الفقه الحنبلي:

1. ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ج5، ط27، 1415هـ -1994م.
2. ابن المفلح، ابراهيم بن محمد بن عبد الله ابو اسحاق برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1997م.
3. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، التحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ج34، 4 [د ط]، 1416هـ-1995م.
4. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ-1987م.
5. ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422-1428هـ.
6. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد: الشرح الكبير على متن المقنع، مصر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، [د ت ن].
7. ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ - 1994
8. ابن قدامة: المغني لابن قدامة، مصر، مكتبة القاهرة، [د ط]، 1968.

9. بن مفلح، شمس الدين المقدسي محمد بن مفلح المقدسي: كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، التحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ - 2003 م.

10. البهوتي: دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414 هـ/1993 م.

11. البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، [د ط]، [د ت ن].

12. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، [د ط]، [د ت ن].

13. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، د ت ن .

ث - الفقه الحنفي:

1. ابن الشحنة، أحمد بن محمد بن محمد أبو الوليد لسان الدين الثقفي الحلبي: لسان الحكام في معرفة الأحكام، القاهرة، البابي الحلبي، ط2، 1393 هـ-1973 م.

2. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، ط2، 1992.

3. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: الحنفي العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، [د ط] [د ت ن].

4. ابن نجيم، زين الدين: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، [د ت ن].

5. أفندي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1، 1411 هـ-1991 م.

6. أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مصر، دار إحياء التراث العربي، [د ط]، [د ت ن].

7. بن مودود، عبد الله بن محمود الموصلية: الاختيار لتعليل المختار، القاهرة، مطبعة الحلبي، [د ط]، 1356 هـ-1937 م.

8. الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي: الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322 هـ.

9. الزيّلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الحنفي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، 1331.
10. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، [د ط]، 1414هـ - 1993م.
11. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد: تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1414 هـ - 1994 م.
12. الغيتابي، أبو محمد محمود بدر الدين العيني: البناية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1420 هـ - 2000م.
13. القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري: مختصر القدوري في الفقه الحنفي، التحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، ط1، 1418 هـ - 1997م.
14. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر، دار الكتب العلمية، ط2، 1406 هـ - 1986م.
15. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني: الهداية في شرح بداية المبتدي، التحقيق: طلال يوسف، بيروت، دار احياء التراث العربي، [د ط]، [د ت ن].

و- الفقه الظاهري:

2- كتب أصول الفقه وقواعده:

1. ابن القيم الجوزية: التفسير القيم، تحقيق: محمد حامد الفضل، بيروت، المركز العربي للتراث الدولي، [د ت ن].
2. ابن أمير حاج، أبو عبد الله شمس الدين: التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ج1، ط2، 1403 هـ - 1983م.
3. ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419 هـ - 1999م.
4. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ج3، ط1، 1414 هـ - 1994م.

5. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحصاص الحنفي: الفصول في الأصول، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ-1994م
6. الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر: المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ج2، ط2، 1405هـ-1985م.
7. السبكي، قاضي القضاة تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي: جمع الجوامع في أصول الفقه، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1424هـ-2002م.
8. السيوطي، عبد الرحمان بن ابي بكر جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ-1990م.
1. الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي: المحلى بالآثار، بيروت، دار الفكر، [د ط]، [د ت ن].
9. الغزالي: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، بغداد، تحقيق: محمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، ط1، 1390هـ-1971م.
10. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ-1993م.

رابعاً: كتب فقهية حديثة

1. - : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي -العقوبة-، القاهرة، دار الفكر العربي، [د ط]، [د ت ن].
2. -: محاضرات في الزواج وآثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، د ط، 1971.
3. أبو زهرة، محمد: الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، [د ط]، 1950.
4. أبو فارس، محمد عبد القادر: تحديد النسل والإجهاض في الإسلام، عمان، مكتبة جهيئة، ط1، 1424هـ-2003م.
5. أحمد، بديعة علي: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه-دراسة فقهية مقارنة-، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011.
6. الأحمد، حسام: البصمة الوراثية وحجتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010.

7. الأشقر، عمر سليمان، محمد عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، عارف علي عارف، عباس أحمد محمد الباز: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، ج2، ط1، 1921هـ-2001م.
8. البار، محمد علي: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط5، 1404هـ-1984م.
9. البار، محمد علي: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط4، 1983.
10. البار، محمد علي: مشكلة الاجهاض دراسة طبية فقهية، جدة، دار السعودية للنشر والتوزيع، ط1، 1405هـ-1985م.
11. البعداني، محمد نعمان محمد علي: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الإختلافات الفقهية -دراسة مقارنة-، صنعاء، دار الكتب، ط1، 1437هـ-2016م.
12. البكري، محمد عزمي: موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية "الطلاق، النسب"، دار محمود للنشر والتوزيع، ط9، 1999.
13. البوطي، محمد سعيد رمضان: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، دمشق، مكتبة الفارابي، ط4، 1988.
14. الجبوري، أبو اليقضان عطية: حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان، دار حنين، ط1، 1416هـ-1995م.
15. جمعة، محمد محمد براج: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان، دار الفكر، ط1، 1981.
16. حسان، حسين حامد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، ط2، 1979.
17. الخطيب، أم كلثوم يحيى مصطفى: قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية، جدة، الدار السعودية، ط3، 1984.
18. خلاف، عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، ط2، 1410هـ - 1990م.

19. خلاف، عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الجوزي، ط1، 1435هـ-2014م.
20. رحيم، إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، السعودية، سلسلة إصدارات الحكمة، ط1، 1423هـ-2006م.
21. الريسوني، أحمد: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط1، 1418هـ-1997م.
22. الزحيلي، محمد مصطفى: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، بيروت، مكتبة البيان، ج2، ط1، 1982.
23. الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ج2، ط2، 1425هـ-2004م.
24. زيدان، عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج9، ط1، 1412هـ-1993م.
25. سابق، سيد: فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، ج3، ط2، 1397هـ-1977م.
26. السالوس، علي أحمد: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، جمهورية مصر العربية، مكتبة دار القرآن، - قطر، دار الثقافة، ط7، 1423هـ-2002.
27. السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنائية، الرياض، دار الفضيلة، ط1.
28. السعدي، عبد المالك عبد الرحمن: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، بغداد، دار الأنباء، ج1، ط3، 1989.
29. سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مصر، الدار العربية للعلوم، ط1، 1996.
30. السنباطي، عطا عبد العاطي: بنوك النطف والأجنة، القاهرة، دار النهضة العربية، [د ط]، 1421هـ-2001م.
31. الشرنباصي و الشافعي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006م.

32. الشرنباصي، رمضان علي السيد: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، لبنان، دار الجامعة للطباعة والنشر، ط1، 2001.
33. شلبي، محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام- دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت، الدار الجامعية، ط1، 1403هـ/1983م.
34. الشنشوري، عبد الله بهاء الدين: تابفتح القريب المجي بشرح كتاب الترتيب، وبها مشهكتا بشرح الشيخرضاالديناببيكرين أحمد عبد الرحمان الشبي، مطبعة التقدم العلمية، ج1، 1245.
35. الصابوني، محمد علي: المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، القاهرة، دارالحديث، 1388هـ.
36. عامر، عبدالعزيز: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، القاهرة، دار الفكر العربي، [دط]، [د ت ن].
37. عامر، علي عبد الرحيم: أحكام الاثتباة في النسب في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة- ، القاهرة، دارالسلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1433هـ-2012م .
38. عبد العزيز بن عبدالله بن عبدالرحمن بن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة (باب الحرمات في النكاح- كتاب الطلاق)، الرياض، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء- إدارة البحوث الإسلامية، ط1، د ت ن.
39. عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، بيروت، دار الكتاب العربي، ج3، [د ط] [د ت ن]..
40. فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، 2004.
41. القرضاوي، يوسف: الحلال والحرام في الإسلام، القاهرة، مكتبة وهبة، ط24، 1421هـ-2000م.
42. القره داغي، عارف علي عارف: مسائل شرعية في قضايا المرأة، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، ماليزيا، ط1، 1434هـ-2011م.
43. كنعان، أحمد محمد: الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط1، 1420هـ-2000م.

44. محمد، إمام كمال الدين: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الكويت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، [د ط]، 1997.
45. المحمد، يعلي يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة -دراسة فقهية طبية مقارنة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، د ط، 1437-2006م.
46. المصطفي، أحمد: في الأحوال الشخصية، لبنان، المؤسسة الحديثة، د ط، 2008.
47. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ذات السلاسل، ط2، 1402هـ-1983م، (ج3/ص70).
48. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزائر، دار الفكر، ج7، [د ط]، 1413 هـ - 1998م.

خامسا: كتب اللغة والمعاجم

1. ابتسام القرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، البليدة، قصر الكتاب، د ط، 1998.
2. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط، دار الدعوة، [د ط]، [د ت ن].
3. ابن الأثير، مجد الدين: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ج2، 3، 1399هـ - 1979م.
4. ابن فارس، أبو الحسين بن زكريا: مقاييس اللغة، التحقيق: أنس محمد الشامي، القاهرة، دار الحديث، 2008.
5. ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، القاهرة، دار المعارف، [د ت]، مج6، ج49.
6. أحمد، مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429هـ-2008م.
7. الجرجاني، علي بن محمد الشريف التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م.
8. الجوهري، اسماعيل بن حماد الفراء: تاج اللغة وصحاح العربية، التحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ-1987م.
9. سعيد أبو حبيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، دمشق، 1993.

10. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي: المصباح المنير، معجم عربي عربي، مكتبة لبنان، بيروت، 1987. الفيومي: المصباح المنير فيغريبيا لشرح الكبير، القاهرة، المطبعة العلمية، ط1، 1315هـ.
11. الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي أبو البقاء الحنفي: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، التحقيق: عدنان دريوش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، د ت ن.
12. المطرزي، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي برهان الدين الخوارزمي المطرزي: المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، [د ط]، [د ت ن].
- سادسا: الكتب العامة والمتخصصة
1. 12. عبد الهادي، بن زيطة: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2007.
2. 13. عبيدي، الشافعي: قانون الأسرة ملحق بقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية الجزائرية، الجزائر، دار الهدى، 2008.
3. 14. غرابية، رحيل: الجنسية في الشريعة الإسلامية، بيروت، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط1، 2011.
4. 15. فتيحة حبريح: جريمة الزنا (مفهومها، عقوبتها، أسبابها، أثارها وسبل الوقاية منها) دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، الجزائر، دار التنوير، ط1، 2010.
5. 16. فركوس دليلة، جمال عياش: محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، الجزائر، دار الخلدونية، طبعة 2016.
6. 17. لحسين، بن الشيخ: مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الجزائر، دار هومة، د ط، 2004.
7. 9. الساييس، جمال: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الجزائر، ج2، ط1، 2013.
8. أباش، أحمد: الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، لبنان، د ط، 2011.
9. أبو العينين، بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام - بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الإسكندرية، دار التأليف، ط2، 2002.

10. الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية «معزز باجتهادات المحاكم الشرعية»، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006م.
11. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزائر، دار هومة للنسر، [د ط]، 2003.
12. أحمد، أحمد: موضوع النسب في الشريعة والقانون، بيروت، دار القلم، ط 1403هـ.
13. أحمد، حافظ نور: جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، مطبعة نهضة مصر، ط1، 1958.
14. أحمد، حمد: النسب في الشريعة والقانون، الكويت، دار العلوم، 1983.
15. أميرة، عدلي أميرة: جريمة إجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، الاسكندرية، منشأة المعارف، د ط، 2007.
16. بختي، العربي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2013.
17. بريارة، عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار بغدادي، ط2، 2009.
18. بغدادي، جيلالي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2، د ط، 2001.
19. بلحاج، العربي: أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، 2008.
20. بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا) - أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6 2010.
21. بلحاج، العربي: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائري، د ط، 2014.
22. بلخير، سديد: الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 1430هـ-2009م.

23. بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-02 المؤرخ في: 4 مايو 2005)، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2007.
24. بن شويخ، الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
25. بن عاشور، محمد طاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، الأردن، دار النفائس، ط2، 1421هـ -2001م.
26. البناء، صالح كمال: المشكلات العلمية في دعاوى النسب والإرث، القاهرة، دار عالم الكتب، ط1، 2002.
27. البناء، كمال صالح: الزواج العرفي ومنازعة البتة في الشريعة والقانون والقضاء، مصر، دار الكتب القانونية، [د ط] ، [د ت ن].
28. بهنسي، أحمد فتحي: مدخل إلى الفقه الجنائي الإسلامي، ط4، دار الشروق، بيروت، 1409هـ -1983م.
29. بوغرارة، صالح: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2013.
30. جمعة، مجدي محمد: العنف ضد المرأة بين التجريم وآليات المواجهة دراسة تطبيقية على الاغتصاب والتحرش الجنسي، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015.
31. الجندي، أحمد نصر: من فرق الزوجية، الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان، دار الكتب القانونية، [د ط]، 2005.
32. حسن، به روين عبد الله: التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي - دراسة تحليلية مقارنة-، الامارات، دار الكتب القانونية - الإمارات، دار شتات للنشر، [د ط]، 2016.
33. حسن، عبد العزيز محمد: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1418هـ -1998م.
34. حسن، فرج توفيق: الطبيعة القانونية للخطبة، مصر، مكتبة القاهرة الحديثة، [د ط]، 1963.

35. حسن، محمد محمود: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية القانون الكويتي، [د ن]، ط1، 1999.
36. حسني، محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007.
37. حسني، محمود نجيب: الوجيز في شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1993.
38. حسني، محمود نجيب: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص-، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1991.
39. حسني، نصار: تشريعات حماية الطفولة -حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع الاجتماعي وقواعد الأحوال الشخصية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 1973م.
40. حماد، نزيه: الأحكام الشرعية للعلاقات الجنسية، جدة، مكتبة السوادي للتوزيع، - دمشق، منار للنشر والتوزيع، ط2، 1425هـ-2005م.
41. خالد، أمير عدلي أمير عيسى: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستخدمة، دار الفكر الجامعي، [د ط]، 2005.
42. الخالدي، حميد سلطان علي: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013.
43. داود، أحمد محمد علي: الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الأردن، دار الثقافة، ط1، 2009.
44. الدليل العلمي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004.
45. ذيابي، باديس: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الهدى، طبعة 2010م.

46. الزبيري، علي أحمد لطف: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة-، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015.
47. زروتي، الطيب: الوسيط في الجنسية الجزائرية، الجزائر، مطبعة الفليسة، ط1، 2010.
48. الزلمي، مصطفى إبراهيم: أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، لبنان، ط1، 2011.
49. زهرة، محمد المرسي: الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية- دراسة مقارنة-، جامعة الكويت، 1992-1993.
50. زيدان، فاطمة شحاتة: تشريعات الطفولة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2008.
51. سايسي، بن حليلة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 161.
52. السدحان، عبد الله: حقوق الأيتام واللقطاء في الإسلام، مركز النشر والإعلام لهيئة حقوق الإنسان، 2009.
53. السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط3، 1431هـ-2010م.
54. سرور، أحمد فتحي: الوسيط في قانون العقوبات -القسم الخاص-، مصر، دار النهضة العربية، [د ط]، 1880-1979.
55. سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، الجزائر، دار هومة، 2005.
56. سعد، عبد العزيز: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 1996.
57. سنقوقة، سائح: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08)، الجزائر، دار الهدى، ط1، 2001.
58. الشاذلي، محمد نبيل سعد: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، [د ط]، [د ت ن].

59. شامي، أحمد: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2010.
60. شاهين، محمود سعد: أطفال الأنايب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، مصر، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010.
61. الصابوني، عبد الرحمان: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وآثاره، دمشق، المطبعة الجديدة، ج5، ط5، 1979.
62. صادق، هشام علي وعكاشة محمد عبد العام: القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين والجنسية ومركز الأجانب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د ط، 2010.
63. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط2، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط3، 1407هـ/1986.
64. طهماز: الأنساب والأولاد، دمشق، دار القلم، ط1، 1900.
65. العربي، بلحاج: الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 2005.
66. العربي، بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "مقدمة الخطبة، الزواج"، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط4، 2005.
67. العربي، بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا)، -أحكام الزواج-، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010.
68. عزمي، ممدوح: دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، د ط، 2004.
69. العلمي عبد الواحد: شرح القانون الجنائي المغربي القسم الخاص-، المغرب، الدار البيضاء.
70. العلمي، محمد: قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي، المغرب، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي - سلسلة ندوات ومحاضرات وأيام دراسية، ط1، 2015م.
71. علواني، إبراهيم: مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، طنطا، دار الكتاب القانوني، 2009.

72. عوض، عبد الله أبو: أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل الأسرة المغربية -دراسة تأصيلية في المادة 400، الرباط، منشورات دار الأمان، 2011.
73. العيش، فضيل: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، الجزائر، [د ط]، 2008.
74. الغوثي، بن ملحة: قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، [د ط]، 2001.
75. الفتلاوي، سهيل حسين: حقوق الطفل في الإسلام دراسة مقارنة في القانون الدولي العام، الأردن، دار الثقافة ط1، 1435هـ-2014م.
76. فودة، عبد الحكيم: الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، مصر، دار الكتب القانونية، [د ط]، 2000.
77. الفوزان، عبد الله بن صالح: فقه الدليل شرح التسهيل، دار الرشيد للنشر والتوزيع، ج4، د ط، 1429هـ-2008.
78. الفيضي، أوان عبد الله: الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني-دراسة مقارنة-، الكتاب الأول، مصر، الامارات، دار الكتب القانونية، دار شتات للنصر، 2017.
79. القهوجي، علي عبد القادر: قانون العقوبات "القسم الخاص جرائم العتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان وعلى المال، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2001.
80. الكشور: شرح مدونة الأسرة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح، ج2، 2006.
81. الكشور، محمد: البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، طبعة 2007.
82. الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، عمان، ط1، 1426هـ-2006م.
83. الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د ط، د ت ن.
84. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310 هـ.

85. لطفي، أحمد محمد: التلقيح الصناعي بين أقوال الفقهاء وأراء الأطباء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2006.
86. لعبيدي، محمد العربي: إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، المملكة المغربية، المعهد العالي للقضاء، 2009-2001.
87. اللودعمي، تمام محمد: الجينات البشرية وتطبيقها دراسة فقهية مقارنة، لبنان، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ط1، د ت ن.
88. محددة، محمد: سلسلة فقه، الأسرة الخطبة والزواج، باتنة، شهاب، ج1، ط2، 2000.
89. مرحبا، إسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، الدمام، دار ابن الجوزي، ط1، 1429هـ-2009م.
90. مسعود، محمود مجيدين: الصغر بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، قطر، دار إحياء التراث، د ت.
91. منصور، الشحات ابراهيم محمد: نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011.
92. ناجي، أنس محمد: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2010.
93. النبشة، غالية رياض: حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010.
94. نجم محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم الخاص-، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5.
95. نجم محمد صبحي: محاضرات في قانون الأسرة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، [د ط]، 1999.
96. نجيمي، جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهد القضائي، الجزائر، دار هومة، [د ط]، 2016.
97. النجيمي، محمد بن يحيى بن حسن: الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي -دراسة مقارنة، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1432هـ-2011م.

98. النشوي، ناصر أحمد إبراهيم: الخلو والآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، [د ط]، 2004.
99. هلاي، سعد الدين مسعد: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة -دراسة مقارنة-، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1431هـ-2010م.
100. ولد خسال، سليمان: الميسر في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، الأصالة للنشر والتوزيع، ط2، 2012.
101. يونس، أمين حسين: أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة، ط1، 1431هـ - 2010.

ثانياً: الأطاريح والمذكرات العلمية

أ-دكتوراه:

1. عيسى، معيزة: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة، بن عكنون، 2011/2012.
2. القحطاني، بنت محمد بن مسعود القحطاني: أحكام ولد الزنى (دراسة فقهية مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427-1428هـ.
3. يوسفات، هاشم: أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

ب- ماجستير:

1. أحمد، عبد المجيد محمد محمود حسين: أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة الماجستير، قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.
2. شبعوات، خالد: الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

3. علال، أمال: التبني والكفالة -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009/2008.
4. عمارة، جلول: إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.
5. فؤاد، بوصيغ: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012.
- ت- القضاء:**
6. بنسامي، عبد الكبير: حق الطفل في النسب على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، طنجة، السنة الجامعية 2010/2009.
7. طلبة، مالك: التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة مدرسة عليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2004.
8. المعيطي، عبد الطيف: المركز القانوني للطفل الناتج عن الجرائم الجنسية، دراسة مقارنة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص ماستر الطفولة وقضاء الأحداث، جامعة عبدالمالك السعدي كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2010-2009.
9. وجيه، عبد الله سليمان أبو معلق: أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة، الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 1427 هـ-2006م.
10. يوبي، سعاد: تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2010/2009.

ثامنا: مقالات المجالات والدوريات والجرائد

1. أبو ليل، محمد محمود: «استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني»، مجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الجامعة الأردنية، مجلد 15، العدد 3، 1441هـ-2019م.
2. أحمد، جلال الدين بانقا: «جرائم العرض والآداب العامة والسمعة فقها وقضاء وتشريعاً»، مقال منشور في مجلة جامعة شندي، العدد 10، 2011.
3. الأمين، عبد الرحيم: «إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره من المنظور الشرعي والقانوني»، مجلة القانون المغربي، دار السلام للنشر والتوزيع، عدد 35، 2017.
4. البرعي، أحمد سعد علي: «التخريج الفقهي لتنسيب أولاد الزنا والاعتصاب - نظرة فقهية مع تطور العمل بالبصمة الوراثية»، مقال منشور بمجلة دار الإفتاء المصرية، دار الإفتاء المصرية، العدد 12، 2012.
5. بطاهر، خديجة: «دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 1، جوان 2020.
6. بن شويخ، رشيد: «الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، ع 3، 2005.
7. بولحية، نوالدين: استعمال البصمة الوراثية لاثبات نسب ابن الزنا - برؤية مقاصدية-، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر.
8. تشوار: نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، العدد 3، 2005.
9. تشوار، جيلالي: «عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع 3، 2008.
10. جعفر، عامر هشام: «الأجنة المجمدة حول المستقبل»، مقال منشور بمجلة العربي، العدد 318، ماي 1982.

11. حسني، أحمد عبد المجيد: مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 35، ج1.
12. حسين، الملكي: «آثار البنوة والنسب على ضوء مقتضيات مدونة الأسرة 30-70»، مجلة جريدة العلم، العدد 19996، بتاريخ: 23 فبراير 2005، المملكة المغربية.
13. الحسين، بلحساني: «قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة»، المجلة المغربي للإقتصاد والقانون، العدد 2002.
14. حمادو، نذير: «طبيعة الخطبة وتكييفها في الفقه الإسلامي»، مقال منشور في مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 8، العدد 16.
15. خضر، حسن: «الحكم الشرعي لإجهاض حمل الزنى»، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، المجلد 28 (2)، فلسطين، 2014، ص302.
16. الخولي، هند: «تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م27، العدد 03، 2011.
17. الدقيلان، عدنان بن محمد بن عتيق: نسب ولد الزنى، بحث منشور في، مجلة العدل، العدد 22، ربيع الآخر، 1425.
18. رمضان، منال محمد: «إثبات النسب بالوراثة»، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 23، العدد 1، يناير 2015.
19. زوكاغي: «نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة»، مجلة القضاء المدني، زكرياء العماري، العدد1، ربيع 2010.
20. زوكاغي، أحمد: «نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة»، مجلة الملحق القضائي، العدد 2011/44.
21. سعدون، أنس: «الظرف القاهر لثبوت النسب الناتج عن الخطبة- قرأة في ضوء العمل القضائي»، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد2، 2012.
22. سعدون، أنس: «النسب الناتج عن الخطبة دراسة مقارنة في ضوء العمل القضائي»، الرباط، مطبعة دار السلام، ط1، 2012.

23. صالح، فواز: "حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 9، يونيو 2003.
24. عيسى معيزة: «نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي»، مقال منشور بمجلة المدنية للبحوث القانونية، اسطنبول، تموز 2017.
25. العيش، ملاك سنية: «منح جنسية الأم لطفلها قراءة تتقح مجلة الجنسية التونسية»، المؤرخ في: 1 ديسمبر 2010، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، العدد 12، 2011.
26. فهمي، أنيس: «العقم عند النساء»، مجلة العربي، العدد 320، يوليو 1985.
27. الفوزان، عبد العزيز بن الفوزان بن صالح: حكم استراء الزانية واستلحاق ولد الزنا، بحث محكم، مجلة العدل، العدد 30، ربيع الآخر 1428.
28. الفيضي، آوان عبد الله: «حجية البصمة الوراثية في الإثبات المدني -دراسة مقارنة-»، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 4، المجلد الرابع، العدد 2، 2019.
29. الفيل، علي عدنان، نوفل علي عبد الله الصفو: جريمة الزنى في القوانين الوضعية - دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مقال منشور بمجلة جامعة القدس للأبحاث والدراسات، العراق السنة التاسعة، 2008، عدد 12.
30. قنديل، محمد حسن: اثبات الزنا بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، دار الأزهر للطباعة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، [د ط]، [د ت ن].
31. كحل، عز الدين: «اللّعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري»، مجلة المفكر، الجزائر، كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 4- بلعبور، عبد الكريم: «الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، مارس 2011.
32. اللمتوني، عبد الرحمان: إثبات النسب بشبهة من خلال مرحلة الخطوبة قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152، 2006.
33. المبروك، منصور: الخيانة الزوجية في القانون الجزائري المغربي -دراسة تحليلية-، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، 2014، عدد 10.

34. الننتشة، محمد: المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، ج1، ط1، 1422هـ- 2001م.
35. هشام، جميل عبد الله: زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، 1409هـ-1989م.
36. هنية، مازن إسماعيل: «إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية»، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 17، العدد1، جانفي 2009.
37. الياسري، حسن: «دور الأم في نقل الجنسية الى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية - دراسة مقارنة -»، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 12.
38. يعقوب، بلبشير: «نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية»، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، نوفمبر 2017.

تاسعا: الأبحاث والندوات

أ- الأبحاث:

1. سعد ابن تركي الخثلان: أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010.
2. السلامي، محمد المختار: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، بحث ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، فندق هيلتون، 1423هـ-2002م.
3. القرّة الداغي، علي محي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ضمن مجلة مجمع المجمع الفقهي الإسلامي، 1424هـ-2003م، عدد 16.
4. المصطفى، محمد جميل محمد ديب، استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، سنة 28، العدد: 32.
5. نور الدين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010 .
6. هلال، سعد الدين مسعد: البصمة الوراثية مجالات الإستفادة منها، مجلد 3، بحث مقدم ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، العدد 16، 5-10 جانفي 2002.

7. واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، 1425هـ-2004م.
8. اليزدي، آية الله: «التلقيح الصناعي»، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد 5، 1317هـ-1997م.
9. يناهي، آية الله الشيخ محسن حرم: «التلقيح الصناعي»، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد 10، 1319هـ-1998م.

ب- الندوات:

1. توصيات الندوة الفقهية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية، أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الكويت.
2. الجهني، فهد بن سعد: استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ- دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة، رابطة العالم الإسلامي للمجمع الفقهي الإسلامي.
3. المصطفى، محمد جميل محمد ديب: استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلام، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة، رابطة العالم الإسلامي للمجمع الفقهي الإسلامي.
4. الودساني، عبد اللطيف: قراءة في مادة 156 من مدونة الأسرة، أشغال الندوة العلمية - القانون المغربي في مطلع القرن الواحد والعشرين - دراسات مهدات تكريما للأستاذ محمد الشافعي، مجلد 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2017.

عاشرا: النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية والتنظيمية الوطنية:

أ-1. القوانين:

1. الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970م المتضمن قانون الحالة المدنية .
2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد78، لسنة 12، ع المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-89 المؤرخ في: 07 فبراير 1989، عدل مؤخرا بالقانون 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع 44، لسنة 2005.

3. الأمر رقم 86/70 المؤرخ في: 17 شوال 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم الأمر 01/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15. المتعلق بقانون الجنسية الجزائري.
4. الأمر رقم: 03/72 مؤرخ في: 10/02/1972 الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 22/02/1972 م، قانون الطفولة والمراهقة.
5. القانون رقم 84-11 مؤرخ في: 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 24، لسنة 21، المؤرخ في: 12/06/1984، معدل و متمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.
6. الأمر 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ: 09 جوان 1984 (ج. ر.)، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
7. الأمر 01/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005م المعدل والمتمم لقانون الجنسية، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 42، المؤرخ في: 27/2/2005.
8. القانون رقم 23/06 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في: 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، لسنة 43، العدد 84، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، كما تم تعديله بقانون رقم 02-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016.
9. الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بقانون رقم: 22/06 المؤرخ في: 24/12/2006.
10. القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015 .

أ-2- المراسيم:

1. المرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرخ في: 13/01/1992 المتمم للمرسوم رقم 157/71، المؤرخ في: 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية، العدد 5، لسنة 29، المؤرخة في: 22/01/1992 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020

ب- النصوص القانونية العربية:

ب-1- في المغرب:

1. ظهير شريف رقم: 01/59/413 الصادر في: 26/12/1962 المتعلق بالمصادقة على مجموع القانون الجنائي المغربي، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 2640 مكرر، لسنة 52، المؤرخة في: 05/06/1963.

2. ظهير شريف رقم: 01/02/172 الصادر في: 13/06/2002 بتنفيذ قانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي، عدد 5031، لسنة 91، المؤرخ في: 19/08/2002.

3. ظهير شريف رقم: 1/02/239 الصادر في: 03/10/2002 بتنفيذ القانون رقم: 1/02/239 المتعلق بالحالة المدنية المغربي، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5054، لسنة 91، المؤرخة في: 08/12/2002.

4. القانون رقم 07/03 المؤرخ في: 3 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 22/04/01 من ذي الحجة 1424، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية، العدد 5184، لسنة 93، المؤرخة في: 5 فبراير 2004

5. القانون رقم 26/06 المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية، (صيغة محينة بتاريخ: أكتوبر 2011) الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1/07/80 بتاريخ: 3 ربيع الأول 1428 الموافق ل: 23 مارس 2007، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5513، بتاريخ: 13 ربيع الأول 1428 الموافق ل: 2 أبريل 2007.

ب-2- في تونس

1. مجلة الأحوال الشخصية نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في: 12 جويلية 1993.

2. أمر 13 أوت 1956 المعدل والمتمم والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.
 3. القانون رقم 27 لسنة 1958، المؤرخ في: 12 شعبان 1377، الموافق ل: 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، عدد 19 في الفصلين الثامن والثالث عشر.
 4. القانون عدد 39 لسنة 2010، المؤرخ في: 26 جويلية 2010، المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.
 5. القانون عدد 55 لسنة 2010، المؤرخ في: 1 ديسمبر 2010 المتعلق بتنقيح أحكام مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 3 ديسمبر 2010، العدد 97
 6. القانون عدد 75 لسنة 1998، المؤرخ في: 28 أكتوبر 1998، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51، لسنة 2003 المؤرخ في: 07 جويلية 2003، المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 146، العدد 54 بتاريخ: 08 جويلية 2003.
 7. القانون عدد 79 لسنة 1913، المؤرخ في 1913/10/01 المتعلق بإصدار المجلة الجنائية.
 8. القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001.
 9. مجلة الأحوال الشخصية نقح بالقانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 03 جوان 1966.
 10. المرسوم رقم 6 لسنة 1963، المؤرخ في: 28 فيفري 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، مجلة الجنسية التونسية.
 11. المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964 وبالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007.
- ب-3- في مصر**

1. القانون رقم 01 لسنة 2000، المؤرخ في: 29 جانفي 2000، يتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 20، بتاريخ: 18 ماي 2000.
2. القانون رقم 06، لسنة 2015 المؤرخ في: 24/01/2015 والصادر بقرار من رئيس جمهورية مصر العربية القاضي بتعديل بعض أحكام قانون الطفل المصري بالقانون رقم 12 لسنة 1996.
3. القانون رقم 10 لسنة 2004، يتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 12، 18 مارس 2004.
4. القانون رقم 154 لسنة 2004 المعدل لبعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 1975، ج ر، العدد 28 مكرر (أ)، بتاريخ: 14 يوليو 2004، المتعلق بالجنسية المصرية.
5. القانون رقم 58 لسنة 1937 المؤرخ في: 23 جمادي الأول 1356، الموافق ل: 31 يونيو 1937، ، طبقا لآخر تعديل سنة 2018، المتعلق بقانون العقوبات المصري
6. القانون رقم: 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.
7. اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري الصادرة عن مجلس الوزراء بالقرار رقم 2075 لسنة 2010، المؤرخة في: 20/12/2010.

ب-4- في الإمارات:

1. المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، أبريل 2006، العدد السادس والعشرون.

ب-5- في ليبيا:

1. القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي، الجريدة الرسمية، العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972.

ب-6- في سوريا:

1. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09، بتاريخ: 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34، الصادر بتاريخ: 31/12/1975، دمشق، الفكر القضائي للمعلومية، طبعة مزيدة ومنفحة سنة 2000.

سادسا: الأحكام والقرارات القضائية

1. قرار استئنافي مدني عدد 93680، بتاريخ: 08 جوان 1992، محكمة الاستئناف، المجلة القانونية، تونس، 1993.
2. قرار المجلس الأعلى رقم 12، بتاريخ: 29 أكتوبر 1986، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10.
3. قرار المجلس الأعلى رقم 446، بتاريخ: 30 مارس 1983، ملف شرعي، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39.
4. قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2009/3/18 في الملف رقم 2008/1/2/40، العدد 113، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى.
5. قرار المجلس الأعلى عدد 435، الصادر بغرفتين بتاريخ: 22 سبتمبر 2004، ملف شرعي رقم 235.
6. قرار المجلس الأعلى، الملف رقم 2006/1/2/289، بتاريخ: 2006/05/10، عدد 193.
7. قرار المجلس الأعلى، عدد 264، بتاريخ: 2006/04/26 ملف رقم: 607، بتاريخ 2005/1/2 .
8. قرار المجلس الأعلى، عدد 289، بتاريخ: 2006/05/10.
9. قرار المجلس الأعلى، ملف رقم: 2006/1/2/664، صادر بتاريخ: 2007/07/8، عدد 410.
10. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33921، المؤرخ في: 1984/07/09، م ق، العدد 4 لسنة 1989.
11. قرار المحكمة العليا، غ أش ، ملف رقم 39032، المؤرخ في: 2006/12/13، م ق، العدد 2 لسنة 2007.447.
12. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33715، بتاريخ: 1984/06/25، م ق، 1989، عدد 04 .
13. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم: 728882، بتاريخ: 2013/02/4، م ق، العدد 01، 2014.

14. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 187692 بتاريخ: 23/12/1997 منشور
بمجلة قضائية، العدد1، 1997.
15. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 47895، بتاريخ: 11/02/2009، منشور
بمجلة قضائية، العدد1، 2009.
16. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم: 594435، بتاريخ: 13/01/2011،
منشور بمجلة قضائية، العدد02، 2011
17. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 34137، المؤرخ في 08/10/1984، م.ق،
1989، العدد الرابع.
18. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 17/03/1992، منشور
فيمجلة قضائية، عدد خاص، 2001،
19. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 17/03/1992، منشور في
مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.
20. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34046، بتاريخ:
19/11/1984، المجلة القضائية، العدد1، 1990.
21. قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 34137، بتاريخ: 08 أكتوبر 1984، المجلة
القضائية، الجزائر، العدد04، 1989.
22. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 271، بتاريخ: 13/05/1986.
23. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39362، بتاريخ: 24/02/1986، غير
منشور.
24. قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ: 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب،
تونس، ج2، 1992.
25. قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ: 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب،
تونس، ج2، 1992.
26. قرار تعقيبي مدني عدد 760، بتاريخ: 26 أبريل 1977، نشرية محكمة التعقيب،
تونس، ج1، 1977، ص 243.

27. قرار تعقيبي مدني عدد 760، بتاريخ: 26 أبريل 1977، نشرية محكمة التعقيب، تونس، ج1، 1977.
28. قرار تعقيبي، عدد 8625، بتاريخ: 05 جويلية 1983، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4 لسنة 1983.
29. قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 744، بتاريخ: 2006/07/25.
30. قرار محكمة العطارين في القضية المرقمة 295، بتاريخ: 1948/4/20.
31. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 246924، بتاريخ: 2001/11/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص2، أشار إليه: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 222674، المؤرخ في 15/06/1999، م.ق، 2001، عدد خاص،
32. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 513580، بتاريخ: 2011/05/12، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1.
33. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 617374، بتاريخ: 2001/05/12، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1، ص294، أشار إليه:
34. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 74712، بتاريخ: 1991/05/21، مجلة قانونية، 1994، عدد 04.

حادي عشر: المراجع باللغة الأجنبية:

1. SCHTT-THIERFFRY (Isabelle), Les droit de l'enfant, éditions de vecchi S.A, Paris,2001, (L'ENFANT NATUREL EST CE LUI DANT LE PÉRE OU LA MERE, AU MAMENT DE CA CONCEPTION, ETAIT ANGAGE DANT LES LIENS DU MARIAGE AVEC UN AUTRE PERSONNE).
2. NICOLAS-MAGUIN, (Marie-France), Droit de la famille, la découverte, Paris, 1998 (l'ENFANT NATUREL ET ESSU DU PARENT QUI NE SONT PAS MARIÉS).

ثاني عشر: المواقع الالكترونية

1. حسن علي دنا: « ما بين الدين والعلم علائق متواصلة-الحمض النووي بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر وتحمل البصمة كل الصفات والخصائص للإنسان»، الاثنين

- 1427/5/2 هـ - الموافق 2006/5/29م، جريدة الراية. وأطلع عليه يوم 2020/06/15 على الساعة 11:00
2. عبد العزيز بن الفوزان: حكم نسبة المولود إلى أبيه من المدخول بها قبل العقد في الإسلام، مكتبة نور. <https://www.noor-book.com>
3. كمال البوسنة، نقلا عن نادية سليمان، البصمة الوراثية في تحديد الأنساب تنثير الفتنة (القانون يلحق اسم الأب للطفل غير الشرعي والدين يحرم ذلك) ، عرض يوم: 2016/14/12، وأطلع عليه يوم 2020/06/10 على الساعة 10:00، نقلا عن [www.echorouk onlin.com](http://www.echorouk.onlin.com)
4. سليمان، محمد رابع: الصرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق، المفتي وصفها بالخطيرة جدا وطالب بالتأمل جريدة المدينة، السعودية، مؤسسة المدينة، 2010/12/29، اطلع عليه: 2020/05/18. www-al-medina.com
1. فتوى مصرية «ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـ«DNA»» <http://rss.mbc.net/portal/site/mbc/>
5. هيئة كبار العلماء ترفض اثبات النسب بـ «DNA»، فتوى الحامض النووي في نفي وإثبات النسب، دار الافتاء المصرية، مستجدات ونوازل، 2014/02/19، تاريخ الاطلاع: 12 جوان 2020، على الساعة 19:34
6. يوسف لخضر: «استثنائية طنجة تلغي "حكما تاريخيا" لفائدة طفل مولود خارج الزواج»، جريدة هسبريس، جريدة الكترونية مغربية، الخميس 12 أكتوبر 2017 - 12:30، تاريخ الإطلاع: 2020/16/جوان، على الساعة 00:42، <https://www.hespress.com/societe/367670.htm>
7. علي فركوس: الحقوق المشتركة بين الزوجين، الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ فركوس: Ferkous.com، منشور في: 10 سبتمبر 2013، وقد نقل القول بالإجماع " عن البهوتي في (دقائق أولى النهي) والدمشقي في (مطالب أولى النهي)" لم يذكر معلومات المرجعين.

قائمة المحتويات

الباب الأول: المقررات الشرعية والقانونية لحماية حق المولود في النسب

الفصل الأول: ماهية النسب وولد الزنا

المبحث الأول: مفهوم النسب 13

المطلب الأول: تعريف النسب وأنواعه 13

الفرع الأول: تعريف النسب 13

الفرع الثاني: أنواع النسب 21

المطلب الثاني: أهمية النسب في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي 22

الفرع الأول: أهمية النسب في الشريعة الإسلامية 23

الفرع الثاني: أهمية النسب في التشريع (القوانين الوضعية) 31

المبحث الثاني: مفهوم ولد الزنا 37

المطلب الأول: تعريف ولد الزنا 37

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا باعتبار التركيب والإضافة 37

الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشابهه من الحالات الأخرى 52

المطلب الثاني: وضعية ولد الزنا وحكم إجهاضه في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي 65

الفرع الأول: وضعية ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي 65

الفرع الثاني: حكم إجهاض ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع 69

خلاصة الفصل 90

الفصل الثاني: قواعد إثبات النسب

المبحث الأول: إثبات النسب داخل مؤسسة الزواج 93

المطلب الأول: إثبات النسب بالأدلة الخاصة 93

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح 93

الفرع الثاني: إثبات النسب في الزواج غير الصحيح 106

المطلب الثاني: إثبات النسب بالأدلة العامة 118

الفرع الأول: إثبات النسب بالإقرار والبيّنة 119

الفرع الثاني: إثبات النسب بالأدلة العلمية 139

147	المبحث الثاني: إثبات النسب خارج مؤسسة الزواج.....
147	المطلب الأول: إثبات النسب في إطار البنوة الشرعية.....
148	الفرع الأول: مفهوم الوطاء بشبهة.....
151	الفرع الثاني: إثبات النسب في الوطاء بشبهة.....
156	المطلب الثاني: إثبات النسب في إطار البنوة غير الشرعية.....
157	الفرع الأول: إثبات نسب ولد الناتج عن الإكراه الاغتصاب.....
168	الفرع الثاني: إثبات نسب الولد الناتج عن الخطبة.....
183	الفرع الثالث: إثبات نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية
202	خلاصة الفصل.....
203	خلاصة الباب.....

الباب الثاني: مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا على ضوء البصمة الوراثية

الفصل الأول: النطاق الفقهي والقانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية

209	المبحث الأول: التكليف الفقهي في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
209	المطلب الأول: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
209	الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى من عدم استلحاق ولد الزنا بأبيه.....
220	الفرع الثاني: آراء بعض المعاصرين في حكم ولد الزنا من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية.....
226	الفرع الثالث: أثر القيافة والشبه في إثبات نسب ولد الزنا.....
227	المطلب الثاني: موقف المذهب المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
227	الفرع الأول: آراء الفقهاء القدامى بإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
237	الفرع الثاني: آراء بعض الفقهاء المعاصرين في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
246	الفرع الثالث: الترجيح بين مذاهب العلماء في استلحاق ولد الزنا.....
252	المبحث الثاني: التكليف القانوني في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية المقارن.....
252	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
252	الفرع الأول: التشريع والقضاء الجزائري.....
261	الفرع الثاني: في التشريع والقضاء المقارن.....
272	المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.....
273	الفرع الأول: موقف بعض التشريعات الأجنبية.....
276	الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية.....

282 خلاصة الفصل

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لأمه

285 المبحث الأول: الآثار المعنوية

285 المطلب الأول: حضانة ورضاعة ولد الزنا وولايته على الزواج

285 الفرع الأول: حضانة ولد الزنا

295 الفرع الثاني: رضاعة ولد الزنا

299 الفرع الثالث: الولاية في النكاح على ولد الزنا

318 المطلب الثاني: نظام الكفالة كبديل حمائي لولد الزنا

318 الفرع الأول: مركز ولد الزنا في نظام الكفالة

320 الفرع الثاني: حماية الطفل المهمل من خلال شروط الكفالة

327 المطلب الثالث: مركز هوية ولد الزنا

327 الفرع الأول: جنسية ولد الزنا (الولد غير الشرعي)

337 الفرع الثاني: الحالة المدنية لولد الزنا

345 المبحث الثاني: الآثار المادية

345 المطلب الأول: ميراث ونفقة ولد الزنا

345 الفرع الأول: ميراث المزني بها وولد الزنا

358 الفرع الثاني: نفقة المزني بها وولدها من الزنا

369 المطلب الثاني: ولاية المال على ولد الزنا

369 الفرع الأول: تعريف الولاية وبيان أنواعها

374 الفرع الثاني: حكم ولاية المال على ولد الزنا

377 المطلب الثالث: بعض أحكام ولد الزنا

377 الفرع الأول: أحكام ولد الزنا في القضاء والشهادات

386 الفرع الثاني: أحكام ولد الزنا في الجنايات والحدود

390 خلاصة الفصل

391 خلاصة الباب

393 الخاتمة

403 قائمة المصادر والمراجع

441 فهرس المحتويات

الملخص:

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة اهتماما كبيرا، وحرصت على أن يكون النسب فيها نقيا مصاناً، بعيداً عن الانحلال وسبل الحرام، ولكن قد يقع بعض الناس في سبل الغواية، وينحرفون إلى الرذيلة وارتكاب فاحشة الزنا، ويكون من نتائجها أولاد زنا. ولقد كان الهدف من هذا البحث الوقوف على الأحكام التي تتعلق بنسب ولد الزنا، في كل من الفقه والتشريع والإجتihad القضائي.

وبعد البحث في النصوص الشرعية وكتب علماء المذاهب الفقهية ومقارنتها بالتشريعات الوضعية وإجتihadات المحكمة العليا فقد توصل الباحث إلى أن الشريعة الإسلامية حفظت لولد الزنا حقوقه وكرامته ومنزلته بين الناس، وأن ولد الزنا كغيره من الأولاد الشرعيين في جميع الأحكام والحقوق إلا في قضية النسب وما يتعلق به، فإن الشريعة أفردت له أحكاماً خاصة به تتناسب معه ومع محيطه الإجتماعي، كاستلحاق ولد الزنا بأمه وعدم تركه هملاً بلا نسب، أما بالنسبة للتشريعات الوضعية واجتihadاتها القضائية فإنها لم تستوفي أحكام نسب ولد الزنا، مما يدل على ضعف القدرة البشرية عن إدراك المصالح والحقوق.

الكلمات المفتاحية: أحكام، النسب، ولد الزنا، الزواج الشرعي، الفقه الإسلامي، التشريع الوضعي، الإجتihad القضائي.

Résumé :

La loi islamique a accordé une grande attention à la famille, et à cause de cette attention, la loi islamique s'est assuré par ses dispositions que la descendance doit être pure et protégée, loin de la décadence morale et des voies interdites (al-Haram), mais certaines personnes peuvent tomber dans des voies de séduction, et s'écarter vers le vice et commettre l'adultère, qui résulte des enfants de l'Adultère (zina), Donc, le but de cette recherche était d'identifier les dispositions concernant la descendance d'enfant d'adultère, dans la jurisprudence islamique, les lois et la jurisprudence.

Après avoir étudié les textes islamiques et les écrits des doctrines de la jurisprudence islamique, et en les comparant à la législation positive et aux efforts de la Cour suprême.

Le chercheur a conclu que la loi islamique a préservé les droits du fils de l'adultère, sa dignité et son statut parmi le peuple et que le fils de l'adultère, comme d'autres enfants légitimes, dans toutes les décisions et tous les droits sauf en cas de descendance et ce qui y est lié, La loi islamique lui a donné les dispositions qui sont proportionnelles à lui et à son environnement social, comme l'attribuer à sa mère et ne pas le laisser négligé sans lignée, comme pour la législation positive et sa jurisprudence, elle ne répondait pas aux dispositions de l'enfant adultère, qui indiquaient une faible capacité humaine de percevoir les intérêts et les droits.

Mots-clés: Dispositions, Descendance, Enfant de l'adultère, Mariage légal, Jurisprudence islamique, Législation positive, Jurisprudence.

Abstract:

Islamic law has paid great attention to the family, and because of this attention, the Islamic law made sure by its provisions that descent must be pure and protected, away from moral decay and forbidden ways (al-Haram), but some people may fall into ways of seduction, and deviate to vice and commit adultery, Which results children of the Adultery (zina), So The purpose of this research was to identify the provisions concerning the descent of child of adultery, in both Islamic Jurisprudence, legislations and Jurisprudence.

After researching the Islamic texts and the writings of Islamic jurisprudence doctrines, and comparing them with the positive legislation and the efforts of the Supreme Court.

The researcher concluded that the Islamic law preserved the rights of the son of adultery, his dignity, and status among the people and that the son of adultery, like other legitimate children, in all rulings and rights except in the case of descent and what related to it, The Islamic law has given him the provisions that are commensurate with him and his social environments, such as attribute Him with his mother and not leaving him Neglected without lineage, as for the positive legislation and its jurisprudence, it didn't meet the provisions of the child of adultery, which indicated a weak of the human capacity to perceive interests and rights.

Keywords: Provisions, Descent, Child of Adultery, Legal Marriage, Islamic Jurisprudence, Positive Legislation, Jurisprudence.