جامعة زيان عاشور – بالجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الحماية الجنائية للنسب في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص : **الأحوال الشخصية**

إعداد الطالبة

فريال بن جدي

إشراف الأستاذ

الدكتور علي موسى حسين

- لجنة المناقشة :

1- د. جمال عبد الكريم..... رئيسا .

2- د. علي موسى .....مقررا .

3- أ بن ويس أحمد..... مناقشا .

السنة الجامعية 2016/2015 .

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى : " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا" سورة الفرقان الآية 54 .

شكـــر و تقديـــــر

الشكر لله تعالى الذي أعانني على انجاز هذا البحث .

الواجب يقتضي بإسناد الفضل لأهله و الجميل لذويه ، لذا أتوجه بالشكر و التقدير و العرفان إلى أستاذي : الدكتور " علي موسى حسين " . على قبوله الإشراف و متابعته للبحث منذ أن كان مجرد أفكار متناثرة لغاية الآن غدا بفضل الله مذكرة جامعية .

و لأنني لأعلم من نفسي العجز عن مكافأة فضله لذا اسأل الله تعالى أن يجازيه خير الجزاء كما أتوجه بخالص الشكر و العرفان بصفة خاصة لكل أساتذة كلية الحقوق و جامعة الجلفة بصفة عامة .

و خالص الشكر و العرفان إلى كل من أسدا لي خدمة أو معروف من قريب أو من بعيد سهل به انجاز هذا البحث .

إهـــــــداء

اهدي هذا العمل إلى رمز المحبة و الحنان إلى التي يعجز اللسان عن شكرها التي رفع الله شانها و جعل الجنة تحت أقدامها و التي بدونها لا يوجد معنى لحياتي و التي لا استطيع مواجهة هذا العالم بدونها أنها أمي الغالية أطال الله في عمرها و حفظها لي من كل سوء و إلى قرة عيني أبي الذي لا يوجد له مثيل الذي يخاف عليا و يقلق من اجلي أطال الله في عمره و حفظه و إلى إخوتي و أخواتي سواء المقيمين في فرنسا أو المقيمين في ولايتي و اذكر خاصة أختي و زوجها المقيمان بولاية الجلفة اللذان فتحا لي بيتهما .

و لا انسي صديقاتي اللواتي ساعداني معنويا .

مقدمة

مقدمة :

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة على الزواج و الطلاق معا ، لأنه يتعلق الأمر بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج ، و قد أحاط الشارع الحكيم هذا النسب و أولاه أهمية كبيرة لقوله تعالى : << وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ >> سورة النحل الآية 72 .

و قد منحت الشريعة الإسلامية للأولاد حقوقا مختلفة تضمن لهم الحياة الكريمة و المعيشة الإنسانية و من بين هذه الحقوق الشرعية هي ثبوت نسبهم ، و يرجع اهتمام المشرع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب و حفظها من الفساد و الاضطراب و هذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها لقوله جل و علا : << وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا>> سورة الفرقان الآية 54 ، و قد جعل النسب سببا واضحا هو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج و أبطل ما كان يجري عليه أهل الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق العهر و الزنا ، و بذلك عرف نظام الزواج بالوسيلة التي تضفي المشروعية على العلاقة الرابطة بين الزوجين طريقا لنشر الفضيلة و تنظيم الروابط و ما ينتج عن ذلك من ثبوت النسب للولد ووسائل نفيه . فإذا ثبت نسب الطفل تثبت له سائر الحقوق الأخرى بصورة تلقائية و شرعية و لهذا فأي حمل خارج مؤسسة الزواج يعتبر حملا غير مشروع يتولد عنه طفل غير شرعي ينسب لتلك العلاقة بغير رضا أو علم ليصبح تبعا لذلك رمزا للشقاء لا احد يرغب فيه ، و لهذا اهتم الإسلام بالنسب اهتماما كبيرا و يتجلى ذلك في انه يعتبره من الضروريات الخمس التي جاء للمحافظة عليها و تدور قواعده على ضبط أحكامها و ذلك من اجل طهارته و تفادي اختلاطه و أيضا لضمان حق الطفل في أن يكون له نسب ينسب إليه و تحصن به ضد معرة الانتساب إلى الزنا .

فالنسب الشرعي الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون و الدين ، أما النسب الغير شرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا ، و الأساس في النسب هو إثباته فان كان الميلاد واقعة

فان النسب إثبات و إن كان المولود موجود فان النسب انتماء . و من هذا المنطلق نتطرق إلى تعريف النسب .

النسب هو إلحاق الولد بابيه قانونا و دينا و اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد فهو إحدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهميته و دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره و قبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى فهو إلحاق للحق و إبطال للباطل لأنه إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين أنثى و ذكر كان سببا في هذا النتاج من جهة ، و لأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل

بريء يجهل نسبه و لم يفعل ما يجب له ظلم الظالمين[1] .

فالنسب لغة : مفرد جمعه انساب ن و النسب القرابة ، و قيل القرابة في الآباء خاصة ، جاء في لسان : نسب القرابة ، و هو واحد الأنساب نسبة و النسبة (بكسر النون و ضمهما) ، و النسب ، القرابة ، و قيل هو في الآباء خاصة ، هذا ما نقله ابن سيده ، و نقل التهذيب : النسب يكون بالآباء و يكون إلى البلاد و يكون في الصناعة[2] .

أما اصطلاحا : فالنسب لم يحدد بتعريف جامع غير انه لا يخرج عن معناه اللغوي فهو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد في القانون المدني المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك[3] .

حيث تنص المادة 32 من القانون المدني على : " تتكون الأسرة من ذوي قرباه و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد "[4] .

1– فضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، **1986** ، الجزء الأول ، ص **210** .

2– د.حسن محمد عبد الدايم عبد الصمد : البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط **1** ن **2008** ، ص **688** .

3 – فضيل سعد ، مرجع سابق ن ص **210** .

4– المادة **32** من القانون المدني المعدل و المتمم بالمر **05/07** المؤرخ في **13** مايو **2007** ، الصادر بالجريدة الرسمية رقم **31** .

أسباب اختياري للموضوع : أسباب شخصية و أخرى موضوعية.

الأسباب الشخصية : نذكر منها حبي الكبير للأطفال و منع كل ما يتعرض له الطفل خصوصا ظاهرة الطفل مجهول النسب الذي يكون عرضة للشقاء و رفض المجتمع له مع انه لا ذنب له .

الأسباب الموضوعية : هي المساهمة في حماية الطفل من الضياع و الاختلاط و إعطاء الحقوق التي يحتاجها الطفل .

الهدف الرئيسي من هذا الموضوع هو معرفة ما مدى نجاعة التشريع الجزائري في حماية النسب لأهمية هذا الموضوع الذي يحمله الفرد طوال حياته و لما يترتب عنه من أثار في علاقة الطفل بمن انتسب إليه حيث يستهدف جانب مهم من نواة الآسرة في المستقبل يترتب عليه أثار تستحق الدراسة إلا أن نتائج هذه الدراسة تبقى نسبية لشمولية النسب و كذلك بوجود صعوبات كقلة المراجع ، و صعوبة جمع البيانات .

و قد تعرض المشرع الجزائري إلى النسب في الكتاب الأول : الزواج و انحلاله في الفصل الخامس في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة و قد نص المشرع الجزائري على حماية هذا الحق بوضع عقوبات عديدة و مختلفة سنتعرض لمعالجتها من خلال طرح الإشكالية التالية :

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد شملت النسب بحماية جنائية كبرى فما مدى نجاعة آليات الحماية الجنائية في التشريع الجزائري ؟ .

و يندرج تحت هذه الإشكالية إشكالات فرعية تتمثل في :

الإشكالات الفرعية :

– ما هي مظاهر حماية النسب في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري ؟ و هل يجوز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب ؟ و هل التلقيح الاصطناعي يعتبر من أسباب ثبوته ؟

– ما هي الجرائم المؤثرة بالنسب ؟ و فيما تتمثل عقوبتها ؟ و ما هي الإجراءات المتخذة لحمايتها سواء في قانون الحالة المدنية أو قانون العقوبات ؟ .

للإجابة على هذه الإشكالات اتبعنا المنهج التحليلي الذي يوافق تحليل النصوص و القواعد القانونية الخاصة بالنسب بمعالجة كيفية إثباته و الجرائم الواقعة بسببه و العقوبات المقررة لها ، كما استعنا بالمنهج الوصفي في تحديد مفهوم النسب و بيان أسبابه و حمايته . كما اتبعنا المنهج المقارن بين النسب في الشريعة الإسلامية و النسب في القانون الجزائري .

كما قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين :

فصل تناولنا فيه أسباب ثبوت النسب في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري حيث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين في المبحث الأول تناولنا الأسباب المنشئة و الكاشفة للنسب أما المبحث الثاني فتناولنا فيه دور الطرق العلمية و التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب .

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الحماية الجنائية لنسب الطفل حيث قسمناه إلى مبحثين ففي المبحث الأول تناولنا مظاهر الحماية الجنائية للنسب في الشريعة و القانون الجزائري ، و في المبحث الثاني تناولنا الجرائم الماسة بحق الطفل في النسب .

و من الجدير بالذكر انه لم يرد في القانون تعريف للنسب لهذا تطرقنا إلى تعريفه في المقدمة .

و من هذا المنطلق قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين تناولنا مباشرة في المبحث الأول أسباب ثبوت النسب و المبحث الثاني دور الطرق العلمية و التلقيح الاصطناعي في إثباته.

الفصل الاول

أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيدا من العناية و أحاطته ببالغ الرعاية و لا أدل على ذلك من جعله في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها و رعايتها و أن من اجل مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى امتن على عباده بان جعلهم شعوبا و قبائل ليتعارفوا ، فقال عز و جل : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ " سورة الحجرات أية رقم 13 .

و لا يتحقق معرفة الشعوب و القبائل ، و ما يترتب على ذلك من تعارف و تالف إلا بمعرفة الأنساب و حفظها عن الاشتباه و الاختلاط . و من اجل ذلك عنى الإسلام أيما عناية بتنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة ضمانا لسلامة الأنساب ، فحرم الإسلام كل اتصال جنسي يتم على أصول شرعية يحفظ لكل من الرجل و المرأة ما يترتب على هذا الاتصال من أثار ، و ما ينتج عنه من أولاد ، و أبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم و الشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السماوية ، و لم يبح الإسلام سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتبرة أو يملك اليمين الثابت و لذا قال عز و جل " إِلاَّ عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنِ ابْتَغى وَراءَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ العادُونَ (7) " سورة المؤمنون الآية رقم (5–7).

و من مظاهر عناية الإسلام بالنسبة انه شدد النكير ، و بالغ في التهديد للآباء و الأمهات حين يقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت و يتبرؤون عنهم ، أو حين ينسبون لنافسهم أولاد ليسوا منهم . و في هذا يقول عليه الصلاة و السلام : " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، و لن يدخلها الجنة ، و أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة ، و فضحه على رؤوس الأولين و الآخرين " روه أبو داود في سنة (279/3) و النسائي في سنة (179/6) . و حرم الإسلام الانتساب إلى غير الآباء حيث قال عليه الصلاة و السلام في معرض التحذير من ذلك ، و بيان الوعيد الشديد على فاعله : (من ادعى إلى غير أبيه و هو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام) رواه البخاري في صحيحة)170/4) و مسلم في صحيحه (57/1) .

و أبطل الإسلام التبني و حرمه ، بعد أن كان مألوفا و شائعا عند أهل الجاهلية و في صدر الإسلام ، يقول عز و جل " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ " سورة الأحزاب . أية رقم (5) .

و إنما حرم الإسلام التبني لما يترتب عليه من مفاسد كثيرة لكون المتبني ابن مزورا في الحقيقة و الواقع ، و عنصرا غريبا عن الأسرة التي انظم إليها ، و لا يحل له أن يطلع على محارمها ، أو يشاركها في حقوقها ، إضافة إلى انه قد لا ينسجم مع أخلاقها ، و لا يتلاءم مع طباعها ، لإحساسه و إحساس الأسرة مع هذا يلحق المجهول بمن ادعاه بمجرد الدعوى ، مع إمكان كونه منه عادة ، و كل هذا من عناية الشريعة الإسلامية بالنسب ، و مزيد رعايتها له تحقيقا لمقاصد عظيمة ، و حكم جليلة[1] .

كما عالجت الشريعة الإسلامية الجرائم و العقوبات بنظام خاص غير مسبوق من خلال التقسيمات للجرائم من جهة ، و العقوبات المرصودة لمها من جهة ثانية . فهي لم تعالج الجرائم أحادا خارجة عن أي إطار ، كما أنها لم تقسمها كما هو الشأن في القوانين الحديثة إلى جنايات و جنح و مخالفات ، و إنما قسمتها على أساس العقوبات إلى جرائم القصاص و جرائم الحدود و أخيرا جرائم التعزيز[2] .

و يتبين لنا مما سبق : أن الشارع الحكيم يهتم بالنسب ، و يعظم أمره و يجل شانه و ينشئ له من الأسباب ما يحقق هدفه من تكوين الأسرة المستقيمة المترابطة التي تشعر بالعزة و المنعة ، و تبعدها عن الأهواء من الإضافة و الحذف لأعضائها الشرعيين ، و هذا ما يميز الأمة الإسلامية عن غيرها من الأمم ، فهذه أمريكا تنظر إلى النسب نظرة هامشية ، فرئيس أمريكا " بل كلينتون " منسوب إلى زوج أمه و ليس منسوبا لأبيه الحقيقي ، و هذا أمر معتاد و منتشر عندهم ، يبرا من يشاء من ولده ، و يختار من يشاء أبا ينسبه إلى غير أبيه . و السر في ذلك هو تسيب المجتمع في حرية العلاقة الجنسية

---

1 – عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية . كلية الشريعة . جامعة ام القرى . ص **6**–**7**–**8** .

2 – د . منصور رحماني . الوجيز في القانون الجنائي العام (فقه . قضاء) ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الايداع القانوني : **2006/420** ، ص **24**–**25** .

و ظهور أولاد مجهولين النسب[1] .

و إن كان الشارع الحكيم قد اهتم بحفظ الأنساب و منع كل ما يؤدي إلى خلطها أو المساس بها فانه تشوف دوما إلى إثباتها لأصحابها ، باعتبارها حق مصان و مقرر لهم من الله تعالى ، فالنسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى ن و بين الأم و الأب و الولد .

و نجد المشرع الجزائري لم يخرج عن هذه الطرق بما أننا دولة إسلامية فنظم قانون الأسرة من خلال قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية إلا انه في التعديل الجديد لقانون الأسرة رقم 02/05 المؤرخ في 2005/05/04 فقد أضاف طريقا أخر لإثبات النسب يجوز للقاضي اللجوء إليه و هو الطرق العلمية و من هنا نتساءل . ما هي مظاهر حماية النسب في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري ؟ . و هل يجوز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب ؟ . و هل التلقيح الاصطناعي يعتبر من أسباب ثبوت النسب ؟ .

المبحث الأول : الأسباب المنشئة و الكاشفة للنسب

المطلب الأول : أسباب ثبوت النسب في الشريعة الإسلامية :

سنتفرع في هذا المطلب إلى فرعين : الفرع الأول يتمثل في الأسباب المنشئة للنسب و الفرع الثاني يتمثل في الأسباب الكاشفة للنسب .

1 – اشرف عبد الرزاق ويح ، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص **15–16** .

– الفرع الأول : الأسباب المنشئة للنسب في الشريعة :

أولا : الزواج الشرعي :

1– الفراش : أ/– الزواج لغة : هو الاقتران و الاختلاط [1] ، و الزواج اصطلاحا له عدة معاني كلها تؤدي إلى معنى واحد فهناك من يقول بان الزواج هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر .

ب/– أساس قاعدة الولد للفراش :

– أساس هذه القاعدة هو أن كل ما ينتج عن هذا الفراش (الزواج) من نسل في إطار معاشرة زوجية مهيأة لاستقباله أساسه السكن و المودة و الرحمة و من اجل ذلك كان الزواج الشرعي الصحيح أقوى سبب من أسباب النسب حيث يثبت به هذا الأخير(النسب) من غير الحاجة إلى اعتراف صاحب الفراش ببنوة الولد إذا نتج عن هذا الزواج و لذلك نجد أن الرسول صلى الله عليه يصنع قاعدة عامة و هي : " الولد للفراش و للعاهر الحجر" و هذه القاعدة فيها حماية للزوجة و لشرفها و فيها أيضا صيانة لنسب ولدها الذي تأتي به هذا الفراش بإلحاق نسبه إلى الزوج المفترش دون الحاجة إلى اعتراف منه ببنوة الولد لان الفراش الصحيح قرينة قوية و كافية لثبوت النسب [2].

2– الزواج الصحيح :

– النسب عند قيام عقد الزواج الصحيح :

إذا تزوج الرجل امرأة زواجا صحيحا مستوفيا شرائطه و أركانه ، ثم جاءت الزوجة بولد بعد العقد و حال قيام الزوجية، فانه يثبت نسب هدا الولد إلى الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح منه أو إقامة بينة على البنوة. و هذا إذا توفرت الشروط التي نذكرها لقوله عليه السلام " الولد للفراش و العاهرة الحجر" و هذا معناه آن الولد الذي تلده المرأة

1– المنجد في اللغة العربية المعاصرة . دار الشروق . بيروت . **2008** . ط **3** . ص **245** .

2– حورية مالكي و معها نسيبة شيشة . مجهولي النسب في التشريع الجزائري ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات شهادة ماستر في الحقوق . جامعة الجيلالي بو نعامة . السنة **2014–2015** . ص **7–8**

يلتحق نسبه بمن يحل له شرعا الاتصال بها اتصالا جنسيا ، و هو الزوج، لان المرأة في الفراش في الحديث : المرأة التي يحل للرجل أن يستمتع بها و هي الزوجة[1] .

ومن شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

1- إمكان حمل الزوجة من الزوج : و يتحقق بأمرين هما : أن يكون الزوج ممن يتصور منه الاحبال عادة

بان يكون بالغا ، أو مراهقا على قرب البلوغ ، وهو من بلغ اثني عشرة سنة ، و إن لم تظهر عليه أمارات البلوغ، فان كان الزوج صغيرا غير بالغ ولا مراهق، وجاءت زوجته بولد ، فان نسب هدا الولد لا يثبت منه ، لعدم إمكان الحمل منه ، إذ انه في تلك الحالة لم يكن زواجها فراشا يثبت النسب به [2].

إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد : وقد اختلف الفقهاء في الراد بهذا الإمكان .فقال الأئمة الثلاث انه الإمكان العادي لندرة الإمكان العقلي، و مبنى الأحكام على الكثير الغالب لا القليل النادر، وقال الحنفية : المراد بالإمكان العقلي، فادا تزوج رجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد،أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما عادة، ثم أدت بولد بعد مضي المدة المقررة شرعا، لا يثبت النسب شرعا عند الأئمة الثلاثة، وعند الحنفية يثبت النسب، حتى أنهم قالوا : لو تزوج رجل من المشرق بامرأة من المغرب بينهما مسافة سنة ،فولدت لستة أشهر مند تزوجها ثبت النسب .

أن تكون ولادتها لولد بعد مضي ستة أشهر من وقت العقد ، أما أذا ولدت الزوجة ولدا لأقل من ستة أشهر من حين العقد الصحيح عليها ، فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش لان هده المدة هي اقل مدة يحتاج إليها الجنين حتى يولد حيا ،فادا جاءت بالولد قبل مضي هده المدة بعد عقد الزواج كان دلك دليلا على أن الحمل به قد حدث قبل الزواج فلا يثبت

1- لبدان أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ،الزواجو الطلاق،دار النهضة العربية ، للطباعة و النشر بيروت، الجزء الأول ص **491- 994-500**

2- لبدان ابو العينين بدران ، نفس المرجع .

النسب من الزوج إلا إذا ادعاه و اقر الزوج بأنه ابنه ، و لم يصرح انه من الزاني و حينئذ يكون ثبوت النسب بالإقرار منه لا بالفراش [1]

3- أن لا ينفي الزوج نسب الولد منه :فادا نفاه نفيا معتبرا فان عليه أن يلاعن، و النفي المعتبر إلا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد، فان صدر منه ما يدل على الإقرار الصحيح أو الضمني ، فان النفي بعد دلك لا يعتبر ، لان النسب إذا تبث بالإقرار لا يقبل النفي بعد دلك .

ومن الإقرار الضمني : إعداد معدات الولادة وقبوله بالتهنئة و نحو دلك ،ومن الإقرار الصحيح أن يقر بان الحمل من قبل الولادة ،إذا كانت المدة بين الإقرار و الولادة اقل من ستة أشهر ، أما إذا تم اللعان فقد انتفى نسب الولد منه .

ثانيا : الزواج الفاسد و النسب بعد الفرقة :

أ/- الزواج الفاسد : يأخذ النسب في الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب إلا انه لا يثبت بالزواج الفاسد إلا إذا دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقيا ، فان عقد الرجل على المرأة عقد فاسدا، ولم يدخل بها لا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة من الزوج[2].

فان دخل بها ثم جاءت بولد، وكان الزوج ممن يتصوران يكون منه الحمل ، و أتت بالولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر ثبت النسب الولد من الزوج،لأنه صاحب الفراش، و إن أتت به لأقل منها، فلا يثبت النسب منه على وجه التأكيد حاصل من زوج سابق .

ب/- النسب بعد الفرقة :

إذا حصل الطلاق بين الزوجين فإما أن يكون قبل الدخول أو الخلوة أو بعد دلك ، فان كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة ثم أتت الزوجة بولد ، فان نسبه ثابت من الزوج إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ، للتيقن أنها حملت به قبل الفرقة ، فان أتت به

1- لبدان ابو العينين بدران ، نفس المرجع .

2- لبدان أبو العينين بدران ، نفس المرجع .

بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، لم يثبت من الزوج لعدم تيقن حصول الحمل قبل الفرقة، فادا حصل الطلاق بعد الدخول أو الخلوة سوا كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو كانت المفارقة بسبب الوفاة، فان نسب الولد يثبت من الزوج إذا أتت به الزوجة قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة ، أما بعد مضي هده المدة من يوم الطلاق أو الوفاة،لم يثبت نسب الولد من الزوج المطلق أو المتوفى ، وهو مذهب الجمهور و فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن فقالو : إن كان الطلاق رجعيا ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها ، فان النسب يثبت في أي زمن تجيء به ، سواء قبل مضي أقصى مدة الحمل أو بعدها ، وهي عندهم سنتان ، ودلك مبني على أن له أن يراجعها ، و أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، فيجوز للزوج أن يستمتع بزوجته ، فان أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة لا تحتمل الصدق ،فانه لا يثبت النسب إلا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ،لتبين كدبها أو خطئها ، فان كانت المدة ستة أشهر فأكثر لم يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا ادعاه ، أما إذا كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بسبب الوفاة ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها ،فانه لا يثبت النسب إلا إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل ،فادا أتت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق أو الوفاة لم يثبت النسب ، لتبين أنها لم تكن حاملا به وقت الطلاق أو الوفاة بيقين [1]

فان أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة تحتمل انقضاءها لم يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار، وكانت المدة بين الطلاق و الولادة اقل من سنتين فان ولدت لأكثر من سنتين من وقت الطلاق لم يثبت نسب الولد ،للتيقن ان الحمل حصل بعد الطلاق

1– مداح عيسى ، أحكام الأبوة في الفقه الإسلامي ، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية .جامعة الجزائر "**1**" كلية العلوم الإسلامية سنة **2001–2012** ص **7،8**

ثالثا : زواج المتعة و زواج الشبهة :

أ/- زواج المتعة : زواج إلى اجل معين وهو عند الشيعة كالزواج الدائم لا يتم إلا بعقد صحيح ، دل على قصة الزواج صراحة وكل مقاربة تحصل بين رجل وامرأة من دون عقد ،فلا تكون متعة حتى مع التراضي و الرغبة ، لكن متى تم العقد كان لازما الوفاء به

وولد المتعة ولد شرعي ، له جميع ما للأولاد الشرعيين من غير استثناء ،حق من الحقوق الشرعية والأخلاقية ، [1]

ب/- زواج الشبهة :

صورته أن يتزوج الرجل امرأة تم تزف إليه امرأة أخرى ، فيدخل بها على أنها زوجته، ويتصل بها اتصالا جنسيا، ومنها أن تكون المرأة مطلقة ثلاثا فيوافها المطلق في أثناء العدة معتقدا أنها تحل له، فإذا أتت بولد بعد أن تبين أنها ليست زوجته ، فان ولدته بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال ثبت نسبه منه ، لتأكد أن الحمل حدث بعد هدا الدخول وان أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه للتأكد أن الحمل حدث قبل هدا الاتصال ، لكنه إذا ادعاه الرجل ثبت نسبه منه لأنه التزمه ، وله وجه في هدا الالتزام فقد يكون قد اتصل بها قبل دلك بناء على شبهة أخرى ، فادا أزالت الشبهة وترك الرجل المرأة ، ثم جاءت بولد فيكون حكم النسب حين إذا كالحكم فيما لو ولدت المرأة ولدا بعد الفرقة من زواج فاسد [2]

الفرع الثاني : الأسباب الكاشفة للنسب في الشريعة الإسلامية :

أولا : الإقرار : هو الوسيلة الثانية لثبوت النسب ، والمقرر في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تكون من غير المقر ، إلا إذا صدقة ذلك الغير، أو قامت البينة

1- لبدان أبو العينين بدران، نفس المرجع . ص 505 .

2 - لبدان أبو العينين بدران -نفس المرجع- ص 501 .

على صحة الإقرار [1]

و الإقرار بالنسب على نوعين :

الأول : إقرار يحمله المقر على نفسه بالبنوة أو الأبوة.

الثاني : إقرار يحمله المقر على غيره و هو ماعدا الإقرار بالبنوة و الأبوة كالإقرار بالأخوة ، و العمومة وقد اشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين شروط لا بد من تحققها لصحة الإقرار بثبوت النسب بمقتضاه ، فاشترطوا لصحة الإقرار بالنسب على النفس الشروط التالية :

– أن يكون المقر بالنسب بالغا ،عاقلا، فلا يصح إقرار الصغير، و المجنون،لعدم الاعتماد بقولهم لقصورهم عن حد التكليف

– أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر ،ودلك بان يولد مثله لمثله ، فلو اقر من عمره بعشر ون من عمره بخمسة عشرة لم يقبل إقراره ، لاستحالة دلك عادة

– أن يكون المقر له مجهول النسب ،لان معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه السابق بحال من الأحوال .

– ألا يكذب المقر المقر له ، إن كان أهلا لقبول قوله ، فان كدبه فانه لا يصح الإقرار عندئذ ، ولا يثبت به النسب .

– أن لا يصح المقر بان المقر له ولده من الزنا، فان صرح بدلك فانه لا يقبل إقراره لان الزنا لا يكون سببا في ثبوت النسب لقوله صلى الله عليه و سلم : "الولد للفراش وللعاهر الحجر ".

– أن لا ينازع المقر بالنسب احد ، لأنه إذا نازعه غير فليس احدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى ، فلا بد من مرجع لأحدهما فان لم يكن فانه يعرض على القافة ، فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار .

إضافة للشروط السابقة يشرط لصحة ثبوت النسب أن :

1– لبدان أبو العينين بدران المرجع السابق ص **518**

– يتم اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.
– أن يكون الملحق به النسب ميتا ، لان هادا كان حيا فلا بد من إقراره بنفسه .
– أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حيلته باللعان[1] .

ثانيا : البينة

و المراد بها الشهادة ، فالنسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعى وقد اجمع العلماء على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عادلين ، و اختلفوا في إثباته بغير دلك : كشهادة رجل و امرأتين ، أو شهادة أربعة نساء عادلات ، أو شهادة رجل و يمين المدعي، حيث قال بكل حالة من هده الحالات طائفة من العلماء ، انه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عادلين ، فادا تبت نسب المدعي بالبينة لحق نسبه بالمدعي و ترتب عليه ثبوت جميع الأحكام المتعلقة بالنسب [2].

ثالثا : القيافة و القرعة :

1– القيافة :لغة: الآثار لمعرفة أصحابها و القائف من يتبع الأثر و يعرف صاحبه

القائف اصطلاحا : هو الذي يعرف النسب بفراشه و نظره إلى أعضاء المولود و القيافة تستعمل عند عدم الفراش ، و البينة ، و حال الاشتباه في نسب المولود و التنازع عليه ،فيعرض على القافة ، ومن ألحقته به القافة من المتنازعين نسبه ، الحق به و فيما اختلف العلماء في حكم إثبات النسب فالقول الأول : انه لا يصلح الحكم بالقيافة ، وبه قال الحنفية . و القول الثاني : اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه و التنازع و به قال جمهور العلماء حيث قال به : الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و المالكية في أولاد الإماء

1– عمر بن محمد البيل البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية . كلية الشريعة بجامعة آم القرى ص **15** .

2 – عمر بن محمد السبيل : نفس المرجع ، ص **11** .

في المشهور من مذهبهم ، و قيل في أولاد الحرائر أيضا . و مما لا شك فيه أن يكون القائف مسلما مكلفا ، عدلا، ذكرا ، سميعا ، بصيرا، عارفا بالقيافة مجربا في الإصابة[1] .

2- القرعة : هي من اضعف طرق الإثبات لذا لم يقل بها جمهور العلماء ، وإنما ذهب إلى القول بها ، واعتبارها طريقة من طرق إثبات النسب : الظاهرية و المالكية في أولاد الإماء ، و هو نص الشافعي في القديم ، ولا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش أو بينة أو قيافة آو في حالة تساوي البينتين أو تعارض قول القافة ، فيصار حينئذ إلى القرعة حفاظا على النسب عن الضياع وقطعا للنزاع و الخصومة في الحكم بها غاية ما يقدر عليه و هي أولى من ضياع نسب المولود لما يترتب على ذلك من مفاسة كثيرة[2] .

المطلب الثاني : أسباب ثبوت النسب في القانون الجزائري :

يثبت النسب بطريقتين أو سببين ، سبب منشئ له ، لا يحتاج إلى دليل ، وسبب كاشف له فقط أي يعيد إدماجه إدماجا قانونيا وقد حصرها المشرع الجزائري في المادة :40 من قانون الأسرة الجزائري بقوله : " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار، و البينة ، وبنكاح الشبهة ، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34من هذا القانون، ويتعين أن نلاحظ على هذه المادة ملاحظتين أساسيتين قبل أن نتكلم على الأسباب المنشئة و الكاشفة .

الملاحظة الأولى : هي أن المشرع نص في المادة 34 ق.أ.ج على أن زواج المحارم يفسخ قبل الدخول و بعده ورتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء في حين أن زواج المحارم باطل بطلانا مطلقا لأنه يخلف فيه المحل الذي يفتقره بدوره إلى الحلية فالمتعة ممنوعة بينهما فيكون العقد بدون محل ، لدلك فهذا العقد مخالف للنظام العام ويجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و لكل شخص له به علم أن يرفع الأمر إلى القاضي

---

1 – عمر محمد السبيل : نفس المرجع ، ص **12** .

2 – عمر بن محمد السبيل ، مرجع سابق ، ص **16** .

ليفرق بين الزوجين ومتى كان الزواج باطلا بطلانا مطلقا انتفى إمكان نسب الولد إلى أبيه و انتفت العدة ومنع التوارث بين الزوجين الذي قضا ببطلان زواجهما

الملاحظة الثانية : هي أن المقام يستدعي تفصيل الشبهة و تحديد أحوالها و تلك التي اعتبرها المشرع قائمة في العقد بين المحارم و التي كذلك ، لأنها متى توافرت اعتبر الزواج مفسوخا و ترتب عليه ثبوت النسب لان الواقعة في الإسلام على هذا النحو[1] .

و لأهمية هذا المطلب قسمناه إلى فرعين : أسباب منشئة و أسباب كاشفة .

– الفرع الأول : الأسباب المنشئة للنسب :

ينشأ النسب بالنكاح سواء كان صحيحا أو فاسدا و كذلك بنكاح الشبهة ، و يمكن مع ذلك إثباته بطريقتين متى انتفت أسباب النشوء ، و هما الإقرار و البينة و هذا بمقتضى المادة 40 من القانون فنبدأ الكلام عن النسب بالزواج بأنواعه ثم بالفرق الأخرى الاستثنائية كوسائل كاشفة لا منشئة له :

أولا : ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري بأنه : " عقد زواج رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب ." أما المادة 09 و 09 مكرر منه فقد نصتا على التوالي :

" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " .

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

– أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية للزواج"[2] .

1– فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، **1986** ن الجزء الأول ، ص **211**–**212**

2 – انظر المادة **04**–**09** و **09** مكرر من الأمر **02/05** المؤرخ في **2005/02/27** المتعلق بقانون الأسرة الجزائري .

و بالتالي فعقد الزواج الصحيح هو ما استوفى أركانه و شروط صحته و إذا ما صدر العقد صحيحا ترتب عليه أحكامه و أثاره من وجوب المهر و النفقة على الزوج لزوجته ووجوب الطاعة على الزوج و ثبوت حق تأديبها بالمعروف شرعا و ثبوت نسب الأولاد و ميراث احد الزوجين للأخر إذا توفي قبله[1] .

أي أن النسب يثبت بالفراش من غير الحاجة لشيء بلن الزوجة مقصورة على زوجها لا تحل لغيره ، و لهذا فان العقد الصحيح سبب شرعي من خلاله يلحق الولد بابيه فمتى كان ثبوت النسب من الفراش فهذا لا يلزم إقرار من الزوج بالنسب[2] .

و على هذا الأساس جاء في المادة 40 قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح كما انه طبقا للمادة 41 فان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة ، و من هنا فانه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- الزوجية القائمة بين الرجل و امرأته ، حين ابتداء الحمل على أساس عقد الزواج الصحيح .

2- أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد ، ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لابد فيه من الدخول ، فان تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج ، كما لو كان احد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل[3] .

3- ولادة الولد بين اقل و أقصى مدة الحمل ، طبقا للمادة 42 من ق.أ ، و التي تنص بان اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر ، و من هنا يجب أن لا تتجاوز المدة في

---

1 – نبيل صقر ، قانون الأسرة ، نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، ص **75** .

2– بورنب حنان و معها بوخاري صفية ، طرق إثبات و نفي النسب في القانون الجزائري (مقارنة بالشريعة) ن مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ، سنة **2005**–**2006**، جامعة باجي مختار ، عنابة ، ص **04** .

3– نبيل صقر : مرجع سابق ، ص **75** .

كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة (م 43 ق.أ)[1] .

حيث من المقرر قانونا إن اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها 10 أشهر ، و من ثم فان القضاء يخالف ذلك يعد خرقا للقانون .

و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن مدة حمل المطعون ضدها اقل من الحد الأدنى المقرر قانونا . فان قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل إلى أبيه خرقا للقانون[2] .

و نلاحظ في المادة 43 من ق.أ ، بأنها حددت حكم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها على انه يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة غير أن المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيا و المطلقة بائنا . و عليه فانه لابد من التمييز بينهما .

هذا و نصت المادة 60 بان عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة هي 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، كما أن المادة 61 تقضي بان لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق[3] .

4- ألا ينفي الأب بالطرق المشروعة ، و الطريق المشروع لنفي الولد إلا باللعان ، و هذا ما يفهم من خلال نص المادة 138 من ق.أ .

– لمحة عن اللعان كسبب وحيد لنفي النسب

لقد استوقفني موضوع اللعان بإشكالاته المتشبعة التي يثيرها من حيث مدى خطورته على العلاقة الزوجية وعلى نسب الأطفال وان كان الشارع قد تساهل و توسع في طرق إثبات

1- بورنب حنان و بوخاري صفية ، طرق إثبات النسب في القانون الجزائري (مقارنة بالشريعة) مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ، سنة **2005-2006** ، جامعة باجي مختار عنابة ، عنابة ، ص **4** .

2- ملف رقم **57756** قرار بتاريخ **1990/01/22** ، م ق ، **2/92** ص **71** .

3- د . بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص **193-194** .

النسب فانه قد تشدد في نفيها ولم يجعل لذلك إلا طريقا واحدا مقيدا بجملة من الشروط وهو اللعان .

ورغم أن الشريعة الإسلامية قد أولت عناية خاصة لمسالة الأنساب وأحاطتها بسياج منير من الأحكام باعتبارها احد الكليات الخمس... لكن التشريع والقضاء لم يهتما بموضوع اللعان ولم يولياه العناية الكافية كغيره من المواضيع دلك أن :

اللعان أسلوب شرعي وصفه الخالق جل جلاله رحمة لعباده ورفعا للحرج عنهم ودلك عن عجز الزوج على إثبات دعواه في مواجهة إنكار زوجته مما أسنده إليها وهو الذي يحصل بسبب اتهام زوجته بجريمة الزنا ولم يكن معه النصاب القانوني للشهود في هده الجريمة والذين يجب أن يبلغوا أربعة شهود [1].

1- تعريف اللعان

لغة : مصدر لاعن وهو من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد من الخير ، والجمع لعان ولعنات وقيل الطرد والإبعاد من الله ومن الفلق السب والدعاء فلعنه يلعنه لعنا طرده وأبعده فهو لعين وملعون[2] .

تعريف اللعان اصطلاحا : Désaveu de paternité هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية بان الولد ليس منه فيتلاقى عنان أمام القاضي كما يلي يقسم الزوج بالله أربع مرات انه لصادق في اتهامه للزوجة من أن الولد ليس منه ويقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله انه من الكاذبين فيما رماها به وتقول في الخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

فإذا تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويثبت نسب الولد من أمه فحسب وهو ما يذهب إليه القانون الجزائري في المادة 41.ق.ا. والتي تنص على انه

1- فضيل سعد : مرجع سابق ، ص **315**

2 – د. إسماعيل أبا بكر علي البامرني : أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية ، دار الحامد ، الأردن ، ط **1** ، **2009** ، ص **340** .

ينسب الولد لأبيه ما لم ينفه بالطرق المشروعة وعليه فانه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة عنه إلا بحكم من القاضي ويعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب[1] .

2- شروط اللعان :

- ما يتعلق بالزوجين والولد :

أن تكون الزوجية قائمة بين المتلاعنين وثابتة ومعترف بها من الزوج سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا وسواء كانت الزوجة مدخول أو غير مدخول بها .

- أن يكون كل من الزوجين مسلما عاقلا بالغ لا مختارا

- أن يضل الولد الذي يريد نفي الزوج نسبة عنه حيا أثناء اللعان وإلا يتقدم الإقرار بالنسب اللعان لأنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب .

- أن تتم الملاعنة والحكم بالتفريق بين الزوجين في آن واحد وأثناء حياتهما فادا نفي الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق فلا ينتفي النسب في هده الحالة[2] .

- أن يكون اللعان بأمر الحاكم لأنه كاليمين في الدعوى فلا يصح إلا بأمر الحاكم .

- أن يكون اللعان تحضره شهود والمستحب أن يكون أربعة ويبدأ به الزوج لان الله بدا به في الآية .

ومن هنا فادا توافرت شروط اللعان وتم وفق صورته المشروعة وفضلا عن كونه يدرا عذاب وحد القذف والزنا عن الزوجين فانه يترتب عنه الأحكام الآتية :

---

1 – د. بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية)، الجزء الأول (الزواج و الطلاق) ، ط **4** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، **2005** ، ص **194** .

2 – المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، مجلة محكمة سداسية ، عدد **2011/02** ، ص **116**

– اعتبار المرأة الملاعنة من المحرمات المؤبدة لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا .

– نفي النسب عن الزوج الملاعن وثبوته للزوجة هنا جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين ولد اللعان وولد الزنا من حيث ثبوت للزوجة فقط[1] .

3– موقف المشرع الجزائري من اللعان :

إن قانون الأسرة الجزائري لم يشر للقيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب ولم ينص على اللعان صراحة كطريق شرعي لنفي النسب أو على غيره من الطرق فبالرجوع للآمر 02/05 المعدل لقانون الآسرة 17/84 نجد أن المادة 40 منه تتضمن طرق إثبات النسب المتمثلة في الزواج الصحيح الزواج الفاسد نكاح الشبهة الإقرار والبينة ثم أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى إمكانية لجوء القاضي للطرق العلمية لثبوت النسب دون نفيه ما دامت أن المادة 40 تنص على طرق إثبات النسب لا على طرق نفيه ثم انه بالرجوع أيضا لنص المادة 41 من نفس الأمر فنجد أنها تتضمن شروط إثبات النسب بالزواج المتمثلة : أن يكون الزواج شرعيا مع إمكانية الاتصال وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة ولم يرد في أي مادة أخرى النص على طريق اللعان التي تنفي نسب الولد عن الزوج بل تم التطرق للعان مرة واحدة ودلك في إطار المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري باعتباره مانع من موانع الإرث...

ثم إن القضاء الجزائري قد استقر على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم يتم الاستعانة باس طريق آخر وذلك كله واضح في قرارات المحكمة العليا .

من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانين أيام .

---

1 – نفس المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، ص **119** .

ومتى في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وان الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وان تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وان القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] .

و من المقرر قانونا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا أمكن الاتصال .

و من المقرر أيضا إن نفي النسب يجب أن يكون على طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا .

و متى تبين في قضية الحال أن العرائض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي و تمسك بان البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما انه لم ينفي النسب بالطرق المشروعة قانونا فان قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون[2] .

دعوى اللعان ، وجوب رفعها بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا .

المبدأ : من المبادئ الشرعية أن اللعان لا يقبل إذا أخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا .

يكون بالإقرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي (12) يوما من علمه بوضع زوجته لحملها[3] .

---

1 – ملف رقم **165408** ، قرار بتاريخ **1979/07/08** ، ع خ ، **2001** ، ص **64** .

2– ملف رقم **204821** قرار بتاريخ **1988/10/20** . م ق /**3** ى، ص **55** .

3– ملف رقم **35934** ، قرار بتاريخ **1985/02/25** . مق **1/89** ، ص **83** .

4- أثار اللعان :

فإذا تم اللعان على الصفة المشروعة ترتب عليه الأحكام التالية :

- انتفاء الولد من الزوج إذا صرح بنفيه ، لحوق نسب الولد بأمه .

- سقوط حد القذف عن الزوج إذا كانت زوجته محصنة و سقوط التعزيز عنه إن لم تكن محصنة ، و سقوط حد الزنا عن المرأة .

- وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين و تحريم نكاحها عليه على التأبيد[1] .

ثانيا : ثبوت النسب الفاسد.

الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول و لكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية[2] . الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة كان يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق أو كان يشمل على مانع من موانع الزواج الشرعية أو عدم توافر أهلية الزوجين فهو الزواج الذي يختل فيه شروط الصحة و يتوفر فيه سببا من أسباب الفسخ ، فالفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد و الفسخ يكون وفقا للمواد 33-34 من قانون الأسرة .

- إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوب هذا قبل الدخول أما بعد الدخول فثبت الزواج بصداق المثل .

- إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي سواء المؤبدة أو المؤقتة فاه يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه النسب وجوب العدة .

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها حيث قضت في إحدى قراراتها المحصنة أو المتزوجة تحرم على الزواج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب .

1- حسام الأحمد ، البصمة الوراثية حجيتها في الثبات الجنائي و النسب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ص **51** .

2- العربيي بلحاج ، مرجع سابق ، ص **148** .

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 32 من قانون الأسرة كانت قبل التعديل تقرر الفسخ إذا اشتمل العقد على مانع أو شرطا يتنافى مع مقتضيات العقد أو ردة الزوج إلا انه و بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27فيبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري قد تم تعديل المادة 32 منه و التي أصبحت تقرر بطلان الزواج في حالة اشتماله على شرط أو مانع يتنافى و مقتضيات العقد ، هذا مع الحذف بصفة كلية ردة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج فأصبحت المادة 32 تنص على الزواج الباطل إضافة إلى الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة التي أصبحت تقرر بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا ففي ماعدا ذلك يعتبر الزواج فاسدا و منه فقد قرر المشرع الجزائري البطلان في حالتين هما :

- استعمال العقد على مانع أو شرط يتنافى و مقتضياته .

- اختلال ركن الرضا فيه .

عدا هذا يعتبر العقد فاسدا رتب عليه بعض الأحكام بعد الدخول ، و الزواج الفاسد و الباطل بمعنى واحد عند جمهور الفقهاء إلا الحنفية أو عند المالكية فان الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته .

من المقرر فقها و قضاء أن الزواج الصحيح المنعقد شرعا لا يفسخ و لو قبل البناء إلا لأسباب محددة .

و ليس الفسخ خاضعا لرغبة احد الزوجين كما أن زواج واحد أو أكثر للرجل أو كبر سنه ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرا عن زوجها .

و القضاء بما يخالف هذه الأحكام يستوجب نقض القرار الذي قضى بإبطال زواج الطاعن عن المطعون ضد تأسيسها على زواجه السابق بغيرها سبب لتطليقها[1] .

1- قرار مؤرخ في **1986/11/03** ملف **42681** ، المجلة القضائية لسنة **1989** ، العدد **02** ، ص **94** .

– ثالثا : ثبوت النسب بنكاح الشبهة :

– تعريف نكاح الشبهة : هي ما يشبه الثابت و ليس بثابت و نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص و هو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه[1] .

يثبت نسب المولود من وطء بشبهة إذا جاءت به ما بين اقل مدة الحمل و يبن أكثرها ، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (المادة 40 ق.أ) . و نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص ، و الشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة كالشبهة في الحكم كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج و نشا عنه الدخول بالمرأة ، و الشبهة في العقد كالعقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات ، و هو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 34 ق.أ .

و الشبهة في الفعل كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين أنها غير زوجته .

إلا أن الفقهاء أراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ففي بعض اثبتوا النسب و في بعضها الآخر لم يثبتوه و مرده ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الصحيح أو كالباطل[2] .

الفرع الثاني : الأسباب الكاشفة للنسب

– أولا : ثبوت النسب بالقرار :

– تنص المادة 40 من ق.أ ، كما رأينا سابقا على : " يثبت بالزواج الصحيح أو بالقرار " و منه فالإقرار هو : اعتراف صريح من الأب أو من الأم ببنوة المقر له[3] .

---

1 – محمود احمد طه : الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، **1999** ، ص **62** .

2– د. بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص **196**–**197** .

3– فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص **218** .

و منه فان ثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتين 44-45 من قانون الأسرة . فقد نصت الأولى على : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقته العقل أو العادة " .

و الثانية نصت على : " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه . "

و من تحليلي لهاتين المادتين نستخلص انه يوجد نوعين من الإقرار هما :

1- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة .

2- الإقرار في غير البنوة و الأبوة و الأمومة .

فالإقرار بالبنوة هو الاستلحاق أي يقر الأب بان الولد ابن له لكن يجب أن يكون الإقرار معقول و غير مخالف لما هو معتاد عليه بان يكون مثلا فارق السن بين المقر و الابن يسمح بولادته ا وان يكون الأب غير عاقر و أن يكون الابن ازداد في مكان عاش فيه الأب و كذا الحال بالنسبة للإقرار بالأبوة و الأمومة [1].

- و في مجال إثبات النسب بواسطة الإقرار جاء عن المحكمة العليا :

من المقرر شرعا انه يثبت النسب لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار : " ... و لزم الإقرار لحمل في بطن امرأة ... "

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد .

و متى تبين في قضية الحال – أن المطعون ضده اقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 ، فان هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة

1- لحسن بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، **2014** ، ص **106** .

جماعة عن الإقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341-361 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة .

كما لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و بالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة ، و التي تحدد مدة الحمل لان الإقرار في حالة ثبوته يغنى عن أي دليل آخر و لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار .

كما انه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استراد نصف الصداق رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يطلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق .

وعليه فان القضاة لم ينتبهوا إلى وجوب سماع الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق ، فأنهم خالفوا الشرع و القانون و عرضوا إقرارهم للقصور في التسبيب[1] .

- كما جاء في قرار خاص بالإقرار بالأمومة :

من المقرر قانونا أن النسب بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ، و من ثم فان النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض ، لما كان من الثابت في قضية الحال ا نام المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها و أن اعترافها كان صحيحا ، و من ثم فان القضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون[2] .

- الإقرار المتعلق بغير المقر :

فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضا و يضيق إليها القانون الجزائري شرطا أخر و هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسبة على هذا الإقرار ، ففي قوله : هذا أخي ، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة آن يصدقه أبوه في ذلك .

1- ملف رقم **20243** قرار بتاريخ **1998/12/15** ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص **2001** ، ص **77**

2- قرار مؤرخ في **1988/12/15** ، ملف رقم **51414** ، المجلة القضائية لسنة **1991** ، العدد الثالث ، ص **52** .

و هذا ما نصت عليه المادة 45 من ق.أ ، حيث قالت : " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة ، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه . " .فالإقرار بالإخوة و العمومة يشترط فيه أن يصدق المقر عليه ، الأب عند الإقرار بالأخوة ، و الجد عند الإقرار بالعمومة ، و أن يقيم المقر البينة على إقراره[1] .

و بالتالي فالإقرار بالنسب في غير الحالات المذكورة في المادة 44 من ق.أ لا يسري على غير المقر إلا إذا صدقه خاصة و أننا نكون هنا أمام صعوبة في إثبات النسب[2] .

– ثانيا : ثبوت النسب بالبينة .

يثبت النسب بالبينة عندما يدعي شخص بنوة طفل و تتوافر فيه الشروط السابقة التي ذكرناها . فلو جاء شخص أخر و نازعه في البنوة الذي تبناه و أقام البينة على دعواه كانت مؤكدة أكثر من الإقرار و صح له أن يأخذ الطفل منه و كذلك لو اقر شخص بأخوة شخص أو بعمومة و أقام البينة يثبت النسب ، و يشترط أن يكون النصاب القانوني للشاهدة و هما رجلان أو رجل و امرأتان [3].

حيث نص المشرع لجزائري في نص المادة 40 ق.أ : " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة ..." و المراد بالبينة هي الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات و البينة هي اقوي من الإقرار من حيث الإثبات .

و يكون الإثبات بالبينة كاملة عن طريق شهادة رجلين عدلي ناو رجل و امرأتان ، فان تنازع نسب ولد أكثر من شخص ، فادعى كل منهم انه ابنه فهو ابن من يقوم البينة الكاملة على دعواه ، كما انه إذا ادعى إنسان على آخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو إي

1– د.بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص **198**–**199 1**

2– لحسين بن شيخ ، المرجع السابق ، ص **109** .

3– فضيل سعد : مرجع سابق ، ص **222** .

نوع من القرابة ، و أنكر المدعي عليه دعواه فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة ، و حينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر[1] .

و من تحليل مدلول نص المادة 40 من ق.أ ، فالمقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هو شهادة دون غيرها من الأدلة و دليلنا في ذلك هما مسالتين اثنين :

1- ما هو معمول به قضائيا : حيث نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 199/06/15 أين أثارت فيه المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من تجاوز السلطة و الذي جاء فيه في القرار المنتقد للقاضي بتأبيد الحكم المستأنف بتعيين خبير طبي قصد تحليل الدم للوصول إلى نسب الولدين بان ينسب للطاعن أم لا ،وحيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الآسرة الذي يجعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع قد دل دلك على أنهم تجاوزو سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس [2]

فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي و اعتماده كدليل مثبت للنسب مؤسسة قولها هذا على أن إثبات النسب حددت له المادة 40 قواعد ثبات مسطرة و ضوابط محددة و بالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم رفض في هذا القرار استعمال البينة العلمية لإثبات النسب .

2- الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الذي استحدث معنى البينة الواردة في نص المادة 40 المتمثل في شهادة الشهود و هي شهادة رجلان أو رجل و امرأتان .

لقوله تعالى : " رجل و امرأتان " و كذلك " ممن ترضون من الشهادة " سورة البقرة الآية 282 .

1- د.بلحاج العربي / مرجع سابق ، ص **88** .

2- قرار صادر في **1999/06/15** حلف رقم **222674** ، الاجتهاد القاضي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص :ص **88**.

و قوله (ص) في حديث : " و شهادة امرأتان بعدل شهادة رجل " و قوله أيضا : " شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجل النظر إليه " و بالنظر إلى اتساع المجتمعات أصبح القاضي لا يعرف أشخاص الشهود و لا يعلم شيئا عن مقدار اتصافهم بالصدق و الأمانة لذا فقد اشترطت القوانين شروط يجب توفرها لقبول الشهادة[1] .

كما أحاط المشرع الجزائري البينة بكثير من الضمانات و منها فرضت عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور حسب نص المادة 235 من قانون العقوبات .

المبحث الثاني : دور الطرق العلمية و التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب .

المطلب الأول : الطرق العلمية في إثبات لنسب :

تمهيدا لما تقدم نجد المشرع الجزائري قد استعان بالطرق العلمية الحديثة في سبيل الوصول إلى الحقيقة البيولوجية و لأهمية هذا المطلب سنتطرق إلى فرعين الأول يتمثل في البصمة الوراثية و الثاني نظام فصائل الدم .

الفرع الأول : البصمة الوراثية .

– أولا : تعريف البصمة الوراثية .

لغة : البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمين : " البصمة و الوراثية " و المقصود بالبصمة لغة هو اثر الختم بالإصبع أما الوراثية فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية و التشريحية و العقلية المتشابهة أو المتفرقة بين الأفراد الذين تربطهم صلة قرابة و المتوارثة من جيل إلى آخر[2] .

1– احمد محمد احمد ، الجرائم المخلة بالآداب العامة ، الفكر و القانون ، مصر ، **2009** ، ص **148**–**154** .

2 – د. بلحاج العربي : حجية البصمة الوراثية و أثرها في إثبات النسب في ضوء ق..أ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص **223**–**226** .

اصطلاحا : فان البصمة الوراثية هي ما يتوارثه الأبناء عن أبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة و تميزهم غن غيرهم ، فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، و التي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه و هي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي و التحقق من الشخصية .

كما عرفه مجلس الفقه الإسلامي : البصمة الوراثية هي البينة الجينية التي تدل على هوية الشخص بعينه فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جمع الكائنات الحية و التي تجعلنا مختلفين و هو ما يعرف بالحامض النووي[1] .

و قد دلت الاكتشافات الطبية انه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الانسان '42) من الصبغات (الكروسومات) و هذه الكروسومات تتكون من المادة الوراثية ، و كل واحد من الكروسومات يحتوي على عدة من الجينيات الوراثية قد تبلغ في الخلية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريبا و هذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان . و من هنا نتطرق إلى التساؤل ما هو ألADN ؟ و ما أهميته في مجال إثبات النسب ؟ .

ADN هو المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية و هي تلك التي تجعلك مختلفا ، أنها الشفرة التي تقوم لكل جسم من أجسامنا[2] .

أما بالنسبة لأهمية الحامض النووي في إثبات النسب نذكر :

أشهر القضايا التي استخدمت فيها الحامض النووي ADN

– زوجان سعوديان يخضعان للحمض النووي لحسم نسب طفل يطالب به تركيان :

1– شرقي نصيرة : إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة نخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة ، **2012–2013** ، ص **41** .

2– حسام الأحمد ، مرجع سابق ، ص **20–22** .

أجرت إحدى الأسر السعودية في منطقة نجران تحليل الحامض النووي في مستشفى الملك خالد عن طريق فريق بحث الأدلة الجنائية بشرطة المنطقة ، و ذلك لإثبات طفل يشتبه بأنه من صلب مقيم تركي .

حيث تقدم المقيم التركي بشكوى رسمية إلى وزارة الصحة يدعي فيها أن هناك خطا حدث بتبديل طفله بطفل آخر أثناء عملية الزيادة في المستشفى .

و قد توصلت اللجنة التي كلفت بالبحث في هذا الأمر لعدة حقائق أهمها اكتشاف الشبه الكبير بين المقيم التركي و الطفل ولد في نفس اليوم لدى عائلة سعودية في منطقة نجران حيث لاحظت المرأة التركية و زوجها عند استلام طفلهما من قسم الحضانة بالمستشفى أن هناك فرق بلون البشرة بينهم و بين المولود الذي بحوزتهما و عندئذ عملية الختان سال الأب التركي الطبيب الذي أجرى عملية الختان عن سبب تغير لون بشرة هذا الطفل لكن الطبيب أقنعه بأنه ابنه و لا داعي للشكوك ، و بعد سنتين من عملية الولادة أجرى المقيم التركي تحليلا لفصيلة الدم الذي بحوزته و اتضح أن فصيلة الدم الموجودة في ملف الطفل وفق تقرير المستشفى تختلف عن فصيلة دم الطفل الذي تسلمه و هذا ما فتح باب القضية

و بمراجعة المستشفى تم إقناعه بان هناك خطا حاصل أثناء كتابة فصيلة الدم في بيانات الملف و أن التحليل صحيح و أن هذا الطفل ابنه و بعده فترة سافر يوسف برفقة عائلته إلى موطنه تركيا و هناك أصر أشقاء زوجته على إجراء تحليل الحمض النووي بسبب الاختلاف الكبير في البشرة و الشكل حيث بدت ملامح الطفل سعودية بحتة و بعد إجراء تحليل الحمض النووي للام و الأب و الطفل اتضح أن الطفل ليس من صلب الأم و الأب و التركيين و هنا بعد أن رجع إلى المملكة السعودية بصحبة عائلته فوجد أمير المنطقة بتشكيل لجنة خاصة لتقضي شكوى الأب التركي و هو الأمر الذي جعل القضية تأخذ صفة رسمية و قامت اللجنة بحصر ملفات المواليد في تاريخ اليوم الذي ولد فيه الطفل و عدل ملفات الإناث عن الذكور تم حصر الوقت بالضبط الذي ولد فيه و عزل ملفات الأنات عن الذكور و عددهم 13 طفل و من تم تحديد التزامن فيه وجود أكثر من طفل داخل غرفة الولادة إلى أن تم حصر الموضوع على طفلين اجتمعا معا في غرفة الولادة

بالمستشفى لمدة عشر دقائق و هي الفترة التي حصل فيها الخطأ غير المقصود بتبديل الطفلين من قبل ممرضات قسم الولادة بالمستشفى[1] .

و هذه القضية جاءت كدليل على مدى فاعلية تقنية الحمض النووي في إثبات النسب .

و هكذا يمكن اعتبار الفحص دليل إثبات أكيدة في كثير من المجالات فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للام و تلك الموجودة في الطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة و هذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد و هو الأب فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني انه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل .

– ثانيا : مجال استخدام البصمة الوراثية .

يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة غير أنهم يرجعون استخدامها بشكل كبير و على نطاق واسع في مجملها إلى مجالين هما :

المجال الجنائي و المجال الاثباتي للنسب .

1– المجال الجنائي : يعتبر التحقيق الجنائي و الكشف عن الجريمة مجالا واسعا يدخل ضمنه مسائل الكشف عن هوية المجرمين في الجرائم القتل و الضرب و الجرح و السرقة و كذا جرائم الاغتصاب و الزنا و في حالات الاختطاف بأنواعها و كذا حالة انتحال شخصيات الآخرين ....

و نجد المشرع الجزائري قد ساير توافق القوانين التي تجيز عمليات اخذ الدم و أجاز صراحة الأخذ بهذه العمليات و اعتبرها كدليل في إثبات في المسائل الجنائية .

2– في مجال النسب : مشكلة إثبات النسب من المشكلات الاجتماعية التي تشغل اهتمام الفقه و القضاء و مع تقدم العلم المذهل في تطبيق الهندسة الوراثية باتت قضية إثبات النسب بالبصمة الوراثية و تداعياتها من القضايا التي تحتاج إلى اجتهاد قضائي و فقهي و تشريعي عاجل ، و ذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لشخص ما أو نفيه

---

1 – حسام الأحمد ، نفس المرجع ، ص **156**–**157** .

عنه و كذا ما يتعلق بتمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو الاشتباه في أطفال الأنابيب أو عند التنازع في طفل مفقود أو طفل لقيط . إضافة إلى حالات اتهام المرأة بالحمل من وطء شبهة أو زنا أو غير ذلك[1] .

ثالثا : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب :

نلاحظ فيما عدا الطرق الشرعية و القانونية لإثبات النسب المحددة في المادة 1/40 من ق.أ فانه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية كخبرة طبية أو كدليل علمي لإثبات البنوة بيولوجي وفقا للمادة 2/40 من ق.أ المضافة إلى عام 2005 لحل قضايا التنازع الشائكة على النسب في عدة حالات نذكر منها خاصة ما يلي :

- حالة الولد المجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي .

- حالة اختلاط المواليد بالمستشفى و أصحاب الجثث المفحمة .

- حالة الاشتباه في حالة أطفال الأنابيب .

- حالة الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد أو إذا دعت الضرورة الشرعية لذلك .

- حالات نسب الناتج عن الوطء بشبهة أو من زواج فاسد و كذا حالات الزنا و الاغتصاب بالإكراه لمعرفة الشخص الزاني لاستحقاق ولده الزنا .

- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المتنازع عليه ، لمعرفة الأب الحقيقي للطفل .

- الحالة التي تدعي فيها المرأة انم ولودها يخص رجلا معنيا لإجباره على الزواج أو طمعا في الميراث و النفقة للتأكد من النسب سلبا أو إيجابا .

1- د. بن صغير مراد ، حجية البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب ، دراسة مقارنة تحليلية مقارنة لمدى تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديث مع الفقه الإسلامي ، العدد التاسع ، جوان **2013** .

– الحالات التي يدعي فيها رجل انه فقد ابنه لفترة طويلة و كذا حالات اختلاط الأطفال في الحروب و الكوارث و الضحايا مجهول النسب لإثبات هوية الطفل و التحقق من نسبه الحقيقي .

– حالة لمنع اللعان ، كما لو لزم الزوج على اللعان فان البصمة الوراثية يمكنها دفع الشك و الاكتفاء بنتيجتها لحل كدليل علمي قاطع[1] .

لا يجوز إبطاله و ترك العمل به إلا بدليل نصي و هو غير ممكن ، غير انه يجدر بالتشريعات الحديثة أن تستفيد من هذه التقنية الجديدة المتطورة و إجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من لقرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها ، بفرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع الحكيم على درأ ذلك و منع ، و تشوفه لاتصال الأنساب و بقاء الحياة الزوجية قائمة[2] .

الفرع الثاني : نظام فصائل الدم .

– أولا : تعريفه : قبل التطرق إلى النظام فصائل الدم الواجبة لإثبات النسب سنتطرق إلى تعريف الدم .

تعريف الدم : لغة جمع دماء و دميان و دمان و دموان هو سائل حيوي احمر اللون يسري في الجهاز الدوري للإنسان و الحيوان ، و ينقل العناصر المغذية خلال الجسم بواسطة الأوردة و الشرايين ، فيقال أراق دمه – سفكه ، قتله ، أهدر دمه ، أباح قتله ، و يقال جمد الدم في عروقه ، خاف ، ذعر و ذهل .

اصطلاحا : هو عبارة عن نسيج سائل احمر قاني ، يقوم بإمداد جميع الخلايا و أنسجة الجسم بالأكسجين و الغذاء فهو يجري داخل الجسم اي الشرايين و الأوردة و الأوعية الدمية بفضل انقباض عضلة القلب و نتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي

1– د . بلحاج العربي ، نمرجع سابق ، ص **242**–**243** .

2– د. بن صغير مراد ، المرجع السابق .

لاندستير عام 1990 تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى أربعة فصائل و هي : A-B-AB-O

– ثانيا : أهمية فصائل الدم في إثبات نسب الأولاد إلى الأب أو الأم أو كلاهما :

و بناءا على ما تقدم فان وراثة الفصائل الدموية تبين أن وجود المستضدات a-b و آو عدم وجودها يعتمد على وجودها في الآباء و تنتقل من جيل إلى آخر بناءا على قوانين وراثية تتحكم في وجودها . و بالرجوع إلى ما أظهرته الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة تبين أن دم بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل و أن لكل منها مميزاتها ، و معنى ذلك أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها . و يحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب و النصف الآخر من الأم و بالإمكان معرفة بنوة أي أب أو أم لشخص من تطابق مادة الابن مع مادة الأب و الأم[1] .

– ثالثا : موقف بعض الفقه الجزائري من الطرق العلمية

ذهب بعض الفقه الجزائري من شرحا و مفسرين إلى القول أن المشرع أباح اللجوء إلى الطرق العلمية الثيبات النسب فقط، وفقا للمادة 2/40 من ق.ا ، المضافة عام 2005 و كان يستوجب عليه أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه ، و هذا رأي في محله و له سند شرعي و قانوني لأنه طالما اقتنع المشرع الجزائري بالطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 2/40 المضافة فانه يستحسن الاعتماد عليها في جميع حالات تنازع النسب إيجابا أو سلبا ، لتحقيق العدالة الحقيقية بصورة أوسع من نطاق ، لان نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية لا تكاد تخطا في التحقيق من الولادة البيولوجية ، و هو ما يهدف إليه الشارع باضها الحقيقة و العدالة و إنصاف الولد و رعايته [2]

1– شرقي نصيرة : مرجع سابق ، ص **44–45** .

2– د.بلحاج العربي ، المرجع السابق ص **242–243**

المطلب الثاني : ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي :

تأتي الولادة كإثبات لواقع اللقاء الجنسي بين أنثى و ذكر ، ناسبيا في نتاج طفل و السبب لا ينظر في ثبوته إلا بعد تحقق الولادة و تعيين المولود ، لكن الحمل بهذا المفهوم (الإنجاب الطبيعي) أي الناتج عن الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين أخد أبعاد أخرى في وقتنا المعاصر فكما كانت الأمومة و الأبوة أمر فطري في الإنسان واجه العلم مشكلة العقم حيث توصل إلى إيجاد حل بديل عن الإنجاب الطبيعي فظهرت تقنية التلقيح الاصطناعي إلى إن هذا الأخير قد احدث تساؤلات و استفسارات عن نسب الأطفال المولودين بهذه الكيفية بالنظر إلى إحكام النسب المحددة شرعا و قانونا . مما جعل المشرع الجزائري ينصص في قانون الأسرة الجديد إلى جوازيه اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 45 مكرر و لكنه اعتمد شروطا ضرورية أولها انه لا ينمكم اللجوء للتلقيح الاصطناعي إلا في إطار عقد الزواج الشرعي و الذي يعطي العملية أساسها القانوني .

لهذا ارتأينا إلى ضرورة التطرق إلى فرعين الأول مفهوم التلقيح الاصطناعي و الثاني موقف الشريعة و القانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي .

الفرع الأول : التلقيح الاصطناعي :

يعتبر التلقيح الاصطناعي نتاج التطور الهائل خاصة في مجال علم الأجنحة و المورثات و يسمى بالتلقيح الاصطناعي لأنه بالطرق الطبيعية المعروفة بل عن طريق تقنية و مخبريه من صنع الإنسان .

- أولا : تعريف التلقيح الاصطناعي :

هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل الأنابيب لكون الزوجة تعاني من العقم لانسداد فالوب لديها ، و هي القانات الموصلة بين مبيضها و بين

رحمها ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي[1] .

حيث ينسب الجنين إلى أمه و أبيه بعد ولادته و ذلك في إطار العلاقة الزوجية للمعاشرة الجنسية الطبيعية ، إما التلقيح الاصطناعي يكون وفقا لما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة (المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 . على انه : " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالشروط القانونية الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا .

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما .

- أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما .

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة . "

و عليه أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بهدف الإنجاب و تفرض هذه الطريقة نفسها عندما يكون الزوجين أو احدهما مصابا بمرض يمنع الاتصال المباشر (الطبيعي) لكن و حفاظا على الأنساب ، وضع المشرع عدة ضوابط لهذه العملية و هي مشروعية الزواج و رضا الزوجين ، و أن يكون التلقيح أثناء حياتهما و أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة كما لا يجوز استعمال الأم البديلة ، و يلاحظ بان المشرع الجزائري لم يجز اللجوء إلى الاستنساخ .

و اشترط رضا الزوجين هو تأكيد على مشروعية العلاقة الجنسية المؤدية إلى ازدياد الطفل ، و اشتراط حياة الزوجين هو بقصد الحفاظ على قواعد الميراث غير انه لا يوجد

1- د. بلحاج العربي : المبادئ القانونية التي تحكم عملية تلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائرية منشور في المجلة القضائية ، الرياض ، السعودية ، **2014** ، العدد **06** ، ص **274** .

مانع من الاجتهاد مستقبلا لإضفاء الشرعية على بعض الوضعيات على أن يتبناها المشرع ، على أن يتبع ذلك بتوفر الوسائل العلمية المتطورة بما في ذلك بنوك المني[1] .

ثانيا : تحديد نسبه في الشريعة الإسلامية .

ينسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي داخل رحم المرأة أو خارجه أو زراعة الجنين داخل الرحم (طفل الأنابيب) فان كان نسبه طبقا للقاعدة الشرعية بان الولد للفراش من المرأة بالولادة و من الرجل صاحب الفراش مادام ذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة فينسب إلى الزوجين بعد ولادته ، ذلك أن القاعدة الأصولية في ثبوت النسب أن الولد للفراش ، إذ أن الفراش قرينة قاطعة على أن الجنين للزوجين كما يثبت النسب بالبينة الشرعية و يثبت بالإقرار ، فيثبت الجنين للزوج صاحب الفراش سواء أكان من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة و إذا ثبت النسب من الرجل أيا كان طريق ثبوته فانه لا يحتمل النفي و لا ينفك بحال فإذا اقر الزوج بالجنين و لم يقل انه من الزنا فيثبت به النسب حتى و لو كان المقر كاذبا في إقراره متى توافرت شروط الإقرار .ففي حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي و الخارجي فالولد يثبت نسبه الشرعي للرجل و المرأة صاحبا الفراش الذي ولد فيه سواء كان نتيجة اتصال طبيعي أو نتيجة التلقيح الاصطناعي بكافة أنواعه . إلا إذا كان ذلك عن طريق الزنا فلا يثبت به النسب أو إذا كان نتيجة تلقيح اصطناعي بماء غير الزوج فانه يتشابه في هذه الحالة مع الزنا و من ثم لا يثبت به النسب[2] .

1– لحسين بن شيخ اث ملويا ، مرجع سابق ، ص **110** .

2– د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد : الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، **2005** ، ص **180** .

الفرع الثاني : موقف الشريعة و القانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي .

- أولا : موقف الشريعة الإسلامية .

حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الاصطناعي ، و قرر وان الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل ن حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزواج و مصدر البويضة هي زوجته التي تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها . فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الضرورة العلاجية ، مع التأكيد على اخذ الاحتياطات اللازمة من اختلاط اللقاح في أنابيب الاختيار ، و ضياع الأمومة ، و غير ذلك من المحاذر الشرعية ، و لا يسما مع وجود بنوك المني و الأجنة المجمدة التي اصب حبها فائض من البيضات الملقحة الزائدة على العدد المطلوب للزرع في كل مرة .

و على هذا الأساس تناول الفقهاء المعاصرون هذه المسالة على كل المستويات الجماعي و الفردي و أوصى العلماء بان لا تتم عمليات التلقيح الاصطناعي إلا في حالات الضرورة بين الزوجين المرتبطين بعقد الزواج الشرعي ، حال حياتهما أثناء قيام الزوجية و دون تدخل طرف ثالث في هذه العملية فلا يكون التلقيح الاصطناعي بماء محفوظ بعد فراق الزوجين بطلاق أو وفاة أو غيرهما إذ يمنع شرعا الاحتفاظ بالمني من الزوج و لا يسمح بقيام ما يسمى ببنوك المني لآي سبب من الأسباب[1] .

حيث جاء من اجتهاد مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة المؤتمر الثالث بعمان الأردن أيام 11-16 أكتوبر 1986 بموجب قرارات رقم 16 (03/04) الذي قرر الخطباء و الأطباء الطريقتين اللتين لا حرج من اللجوء إليهما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي :

- أن تأخذ نطفة من الزوج و بويضة من الزوجة و يتم تلقيح خارجي ثم تزرع في اللقيحة في رحم الزوجة .

1- د. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص **276** .

– أن تأخذ بذرة الزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل الزوجة أو رحمها تلقيحا داخليا[1] .

– ثانيا : موقف المشرع الجزائري .

حدد المشرع الجزائري شروط قانونية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بالمادة 45 مكرر من ق.أ الجزائري و هذا منعا من التلاعب في قضايا إثبات النسب و قد أحسن صنعا بتركيزه على ضوابط عملية التلقيح الاصطناعي و شروطها القانونية لما نراه في وقتنا الحاضر من بنوك الحيوانات المنوية و النطاف و التخصيب الاصطناعي و مختبرات الأبحاث و التجارب العلمية و الطبية حول الأجنة الآدمية فالطفل الذي يولد من عملية التلقيح الاصطناعي أو " طفل الأنابيب " يعتبر طفلا شرعيا و ينسب المولود للأب و الأم و يكون له قبلهما جميع الحقوق و عليه جميع الالتزامات التي للأبناء من قبل أمهاتهم و أبائهم و أقاربهم[2] .

فان تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بذات مني زوجها دون شك في استبداله او اختلاطه بمني غيره هو جائز شرعا و قانونا (المادة 45 مكرر من ق أ) ، و من ناحية ثبوت النسب و ما يتصل به من نفقة و حرمة المصاهرة و ميراث و ما إلى ذلك من الأحكام المترتبة على هذه العملية و أما إذا كان أجنبيا عن الزوجة و لا تربطه أية صلة مشروعة فهذا محرم شرعا و قانونا و يكون في معنى الزنا و نتائجه لقوله (ص) : " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ، كما رأينا في ثبوت النسب و كل طفل " أنبوب " ناشئ بالصورة المحرمة من عمليات التلقيح الاصطناعي ينسب لمن حملت به ووضعته (لا صاحب المني الأجنبي و لا صحبة البويضة) لقوله تعالى : " أن أمهاتهم إلا اللائي ولدتهم " سورة المجادلة الآية 02 .

1– نبيل صقر : مرجع سابق ، ص **109** .

2– د.بلحاج العربي : نرجع سابق **284** .

و هذا نص قطعي الثبوت و الدلالة ، فان التلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين هو شبيه بالزنا مطلقا[1] .

و التشريع الجزائري لم يتضمن جريمة ترتبط بالتلقيح الاصطناعي رغم ورود حالات التلقيح الاصطناعي الجائز على سبيل الحصر في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري و هو ما يعد نقصا في الحماية المقررة للجنين من التدخلات الطبية و يعد أمرا مقبولا القول أن قيام الطبيب بعمليات التلقيح الاصطناعي يستند إباحته في التشريع الجزائري إلى ما يأذن به القانون الوارد في المادة 39 من قانون الصحة العمومية و ترقيتها و هو من صميم عمل الطبيب[2] .

1– د. بلحاج العربي ن مرجع سابق ، ص **285** .

2– انظر المادة **39** من قانون الصحة العمومية .

الفصل الثاني

إن من أهم الحقوق الناتجة عن بناء الأسرة حق الولد في الانتساب إلى أبيه ، و حقه في حمل لقبه و اسمه و حقه في إن يتكفل أبوه برعايته و تعليمه و الإنفاق عليه ، و حمايته من كل ما يضره أو يلحق الأذى به لذا قرر المشرع أحكام تشريعية حماية لحقوق الطفل مع وضعه في نفس الوقت للأسرة نظاما تحصينيا للنفوس ، و تصريفا شرعيا للطاقة الجنسية لا يترتب عليه ضياع للأنساب بل حماية للأعراض و الأولاد من خلال وضع نصوص عقابية لتجريم كل اعتداء على حقوقهم تتمثل فيما يلي : جريمة الإجهاض ، جريمة الزنا ، جريمة الاغتصاب حيث وضع المشرع الجزائري نظام لحماية أولاد هذه الجرائم . المتمثل في نظام الكفالة . و قد يثار التساؤل حول ما إذا كان الأطفال المكفولين معنيين بالحماية القانونية المقررة في المادة 1/330 . خاصة و أن المادة 116 من قانون الأسرة رغم أنها نصت على قيام الكفيل برعاية المكفول ، قيام الأب بابنه إلا انه من صياغة المادة 1/330 ق.ع فالمشمول بالحماية و الولد الأصلي الشرعي دون سواه إذ أن الالتزامات المنصوص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة فهي على سبيل التبرع .

أما وضع الطفل المتبني فهو لا يدخل في مجال الحماية المقررة بالمادة 1/330 كون التبني ممنوع شرعا و قانونا وفقها للمادة 46 من قانون الأسرة ، كما يفهم من نص المادة 1/330 من قانون العقوبات التي تتحدث عن الالتزامات المترتبة عن " السلطة الأبوية " آو الوصايا القانونية أن المقصود هم الأولاد القصر .

و أمام تفشي ظاهرة الأولاد مجهولي النسب في كل المجتمعات بما فيها الجزائر نجذ أن حقوق هؤلاء الأبرياء تضيع بلا مسؤولية من أهلهم بعدما أحاطها المشرع والقانون بالاهتمام البالغ و الدليل على ذلك توسيع وسائل إثبات النسب و تضييق فرص إنكاره ، كما وضع عقوبات صارمة على من ارتكب جريمة الزنا و الاغتصاب التي تؤدي إلى نتائج وخيمة و هو نشوء طفل مجهول النسب . و من هنا نتساءل ما هي العقوبات التي وضعها المشرع على مرتكبي هذه الجرائم ؟ و كيف تكون حالة اللقيط ؟ و من خلال ما تقدم من الجرائم السابقة نجد أن المشرع الجزائري وضع نصوص عقابية أيضا على الجرائم الماسة بنسب الطفل في قانون الحالة المدنية و قانون العقوبات .

و من هنا نتساءل ما هي هذه الجرائم ؟ و فيما تتمثل عقوبتها ؟ و ما هي الإجراءات المتخذة لحمايتها ؟

- سنتناول في هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : مظاهر حماية النسب في الشريعة و القانون الجزائري .

المبحث الثاني : الجرائم الماسة بحق الطفل في النسب .

المبحث الأول : مظاهر حماية النسب في الشريعة و القانون الجزائري.

تبدأ الحماية الجنائية للطفل قبل ولادته أي في بطن آمه و ذلك بحماية حق الطفل في المجيء إلى الدنيا و الحياة فيها ، و حمايته من كل الأخطار فكان أول حماية له هو تجريم الإجهاض . و من هذا المنطلق نقسم بحثنا إلى مطلبين اثنين : نتناول في الأول الجرائم التي تؤثر في النسب ، بينما نتطرق في المطلب الثاني إلى أنظمة حماية نسب الطفل .

المطلب الأول : الجرائم التي تؤثر في النسب .

نظرا لعدم وجود جريمة واحدة لذلك سنقسم هذا المطلب إلى 3 فروع ، نتناول في الفرع الأول جريمة الإجهاض ، و في الفرع الثاني جريمة الزنا ، و في الفرع الثالث جريمة الاغتصاب .

- الفرع الأول : جريمة الإجهاض .

أولا : في الشريعة الإسلامية :

لقد كفل التشريع الإسلامي الحماية للنفس البشرية بعدم الاعتداء عليها بغير حق في أي مرحلة من مراحل تكوينها قبل الولادة و بعد الولادة و فرض من العقوبات ما يردع ذا جهالة من القيام بالاعتداء عليها .

1- تعريف الإجهاض :

– لغة : هو كما جاء في المعجم الوجيز : أجهضت الحامل ، أي ألقت ولدها لغير تماما ، و في الطب ألقت حملها قبل نهاية الأسبوع الثامن من الحمل فهي مجهض و مجهضة و يتضح من هذا أن التعريف اللغوي للإجهاض هو الإلقاء للولد قبل التمام آو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان ، و هو غير قابل للحياة ، أو هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها عن طريق أدوية أو غيرها أو بفعل من غيرها ، و هذا هو المعنى اللغوي المعروف في كتب الفقه الإسلامي[1] .

– في اصطلاح الفقهاء : لم يخرج استعمال الفقهاء لكلمة الإجهاض عما أورده أهل اللغة فقيل إن الإجهاض هو إنزال الجنين قبل أن يستكمل مدة الحمل ، و قد عبر الفقهاء عن الإجهاض بألفاظ عدة تؤدي نفس المعنى كالإسقاط و الإلقاء و الطرح و الإملاص[2] .

– عند علماء الطب الشرعي : هو تفريغ رحم الحامل من محتوياته باستعمال وسائل صناعية كتدخيل آلة أو تعاطي أدوية ، أو عقاقير ، آو غيرها من شانها إخراج متحصلاته في أي وقت قبل تكامل الأشهر الرحمية أو لأي سبب غير انقاد حياة الأم أو الجنين[3] .

– حكم الإجهاض بعد نفخ الروح : اتفقت كلمة الفقهاء على أن إسقاط الحمل بعد نفخ الروح فيه حرام ، لا يحل لمسلم أن يفعله و معلوم أن نفخ الروح يكون بعد مائة و عشرين يوما كما ثبت في الحديث الصحيح الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال : حدثنا رسول الله (ص) هو الصادق و المصدوق : " إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون في ذلك علقه مثل ذلك ، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح و يؤمر بأربع كلمات ، يكتب رزقه و اجله و عمله و

1– د. أميرة عدلي ، أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستخدمة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، **2005** ، ص **294** .

2– د. شحاتة عبد المطلب حسن احمد ، الإجهاض بين الحظر و الإباحة في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، **2006** ، ص **10** .

3– د. شحاتة عبد المطلب حسن احمد ، نفس الرجع ، ص **12** .

شقي أم سعيد " . و على هذا إذا تم الجنين مائة و عشرين يوما و نفخ فيه الروح فلا يعلم خلافا بين الفقهاء في تحريم إجهاضه و انه قتل له بلا خلاف[1] .

و من ذلك قوله تعالى : " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ " سورة الإسراء الآية (33) ، ووجه الدلالة : إن الجنين بعد نفخ الروح فيه نفس محترمة و لا يجوز الاعتداء عليها و قتل النفس محرم شرعا بنص الآية : " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِّنْ إِمْلَاقٍ "

– حكم الإجهاض قبل نفخ الروح : اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا حول حكم الإجهاض قبل نفخ فمنهم المجوز و منهم المحروم و منهم من كره ذلك و ذلك عبر ستة أقوال :

– القول الأول : ذهب إلى جواز الإجهاض قبل نفخ الروح مطلقا و هو قول بعض الحنفية و بعض المالكية كابن رشد ، و قال به بعض الشافعية منهم الشيخ قليوبي .

و قد استدل أصحاب هذا القول على جواز الإجهاض بما يلي :

– إن لم تحل فيه الروح لا يبعث ، و يؤخذ من هذا انه لا يحرم إسقاطه .

– انه في أطوار ما قبل الروح ليس بآدمي فلا يعد إسقاطه جناية و من ثم لا حرمة فيه .

– القياس على العزل ، فكما يجوز العزل يجوز الإجهاض .

و قد نقشت هذه الأدلة بما يلي :

– إن الحمل و إن كان في مرحلته الأولى قبل نفخ الروح و إن لم يكن ادميا إلا انه مبتدأ خلق ادمي لولا إجهاضه لصار ادميا حيا .

– إن القياس على العزل لا يجوز لأنه قياس مع الفارق و قد أوضح الإمام الغزالي ، الفرق بينهما فقال بعد بيان حكم العزل عنده ، و عند غيره ، و انه عنده مباح لا كراهية فيه ، قال و ليس هذا كالإجهاض و الوأد لأنه ذلك جناية على موجود حاصل .

1– د. شحاتة عبد المطلب حسن احمد ، نفس الرجع ، ص **26** .

– القول الثاني : ذهب أصحابه إلى جواز الإجهاض في مرحلتي النطفة و العلقة و هو قول ألفراتي من الشافية نقله عن الكرابيس قال الزركشي : و في تعاليق بعض الفضلاء قال الكرابيسي : سالت أبا بكر أبي سعيد ألفراتي عن رجل سقى جاريته شرابا لتسقط ولدها فقال مادامت نظيفة و علقة فواسع له ذلك إن شاء الله تعالى .

و قد استدل أصحاب هذا القول بالمعقول فقالوا : إن الجنين في مرحلة العلقة لا حياة فيه فهو قطعة دم جامدة ليست بآدمي .

و نوقش هذا بان الجنين و إن كان في مراحله الأولى قبل نفخ الروح فيه و إن لم يكن ادميا إلا انه مبتدأ خلق ادمي لولا إجهاضه لصار ادميا حيا .

– القول الثالث : ذهب أصحابه إلى جواز الإجهاض خلال الأربعين يوما الأولى من الحمل فقط ، و هو قول بعض الحنفية كابن عابدين ، و ابن مولود الموصلي ، و غيرهم من القائلون بان بدء التخلق يكون بتمام الأربعين و ليس بتمام مائة و عشرين يوما و هو قول بعض المالكية كالخمي و أبي الحسن ، و هو قول بعض الشافعية و أكثر الحنابلة .

و قد استدل أصحاب هذا القول بالمعقول فقالوا : إن التخلق و التصوير إنما يكون بعد تمام الأربعين فلا يكون ولدا قبلها ، و إنما هو ماء في رحم المرأة فيجوز إخراجه .

و يمكن مناقشة هذا الاستدلال بنفس ما نوقش به ما استدل به أصحاب القول السابق .

– القول الرابع : ذهب إلى كراهة الإجهاض قبل نفخ الروح و هو قول بعض الحنفية و بعض المالكية و بعض الشافعية و قد استدل أصحاب هذا القول بالمعقول فقالوا : ان الماء بعدما وقع في رحم ماله الحياة ، فيكون له حكم الحياة قياسا على بعض صيد الحرم ، فانه لا يجوز للحرم كسره لأنه أصل الصيد ، و يجب ضمانه بالكسر .

– القول الخامس : ذهب أصحابه إلى حرمة الإجهاض قبل نفخ الروح لغير عذر و جوازه عند وجود العذر و هو قول بعض الحنفية و بعض المالكية و بعض الشافعية .

– القول السادس : ذهب إلى حرمة إجهاض الحمل مطلقا من بداية تلقيح البويضة في الرحم و هو مذهب جمهور المالكية ، و هو المعتمد عندهم ، و جمهور الشافعية منهم

الإمام الغزالي ، و قول ابن العماد ، و به قال ابن الجوزي و ابن تميمة من الحنابلة .و قد استدل أصحاب هذا القول على التحريم بما يلي :

1)- إن الإجهاض يشبه الوأد لاشتراكهما في القتل ، إذا الإسقاط فيه قتل ، و الوأد محرم بنص الكتاب بقوله تعالى : " وَإِذَا الْمَوْؤُدَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قتلت" سورة التكوير الآية (8.9) ، و قال سبحانه و تعالى : " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ" سورة الإسراء الآية (31) .

فيكون الإسقاط محرما ، و غيرها من الأدلة ...

- التعقيب و الرأي الراجح : بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء و أدلتهم و مناقشتها تبين لنا أن أقوال الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح قد تباينت ، فمنهم القائل بالحرمة مطلقا ، و منهم القائل بجوازه مطلقا و منهم القائل بالكراهية ، و منهم القائل بالجواز في طور و التحريم في طور أخر و منهم القائل بالجواز و التحريم لغير عذر[1] .

- عقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية :

- القصاص : اتفق الفقهاء على عدم وجوب القصاص بالاعتداء على الجنين قبل نفخ الروح فيه إذا سقط ميتا مهما كان الجاني متعمدا و إن كان الفعل محرما . و لكن الفقهاء اختلفوا في وجوب القصاص من الجاني على الجنين إذا سقط حيا ، ثم مات بتأثير الجناية عليه . على اتجاهين هما :

- الاتجاه الأول : ذهب ابن حزم الظاهري و ابن القاسم من المالكية و ابن قيم الجوزي من الحنابلة إلى القول بوجوب القصاص و بالاعتداء على الجنين .

- الاتجاه الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى القول بعدم وجوب القصاص في حالة الاعتداء على الجنين ، و لو عمدا لأنه ينتفي فيه قصد العمد ، فلا يكون إلا خطا أو شبه عمد .

1- المرجع السابق ، ص **39**-**51** .

– الضمان المالي : " الدية و الغرة "

الدية : تأخذ الدية من النقود و الإبل و الذهب و الفضة و سائر الأموال التي يجيز الشارع اعتبارها دية و اتفق الفقهاء على وجوب الدية كاملة ، بالاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه تعد جناية تخالف مقصد الدين و هي قتل للنفس الإنسانية .

الغرة : اتفق الفقهاء على وجوب نصف عشر دية الرجل – و تسمى الغرة في الاعتداء على الجنين ، إذا سقط ميتا سواء كان قبل نفخ الروح أو بعده خلافا لابن جزم .

– الكفارة : هي عقوبة تقع على الجاني حال الاعتداء على الجنين بالإجهاض دون فرق أن يكون الجاني هو الأم أو غيرها ، و سواء اسقط الجنين حيا أو ميتا .

– الحرمان من الميراث : لقد تباينت أراء الفقهاء في مسالة حرمان وارث الجنين من ميراثه ، إذا كان سببا في إسقاطه ، و لكن يمكن ترجيح الرأي القائل بحرمان الجاني من ميراث الجنين مطلقا . و حرمانه من ماله أو غرته أو دينه ، و ذلك إذا كان وارثا للجنين ، و ذلك لأنه قاتل بغير حق ، و هذا سبب للحرمان من الميراث ، و هذا صيانة للأجنة من العبث بها . و سدا لذريعة الإجهاض بلا مسوغ و لا ضرورة و الله اعلم[1] .

ثانيا : في القانون الجزائري .

– تعريف الإجهاض لغة : من الفعل جهض يقال أجهضت الناقة إجهاضا و هي مجهض ألقت ولدها لغير تمام ، و الجمع مجاهيض .

– تعريف الإجهاض اصطلاحا : هو اعتداء يقع على الجنين و هو لا يزال في أحشاء أمه ، و هذا الاعتداء يعرقل نمو الجنين و لا يتركه ينمو النمو الطبيعي داخل الرحم حتى يحين الموعد لخروجه من بطن أمه إلى الوجود[2] .

1– جدوي محمد أمين ، جريمة الإجهاض بين الشريعة و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، سنة **2009–2010** ، ص **94–100** .

2 – ومان ياسمين ، جريمة الإجهاض في القانون الجزائري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد حيضر ، بسكرة ، سنة **2013–2014** ، ص **32** .

و الإجهاض هو الفعل المنصوص عليه و المعاقب عليه في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري[1] .

- أركان جريمة الإجهاض :

- الركن المفترض (محل الجريمة) : فجريمة الإجهاض لا تقوم بدون وجوج " العمل " و هو المحل الذي يقع عليه الاعتداء ، كما تتطلب الجريمة الركن المادي و يتمثل في ركن الاعتداء و في استعمال الوسيلة التي تجعل الجنين يخرج من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته ، كما يتطلب الإجهاض ركنا معنويا و هو القصد الجنائي فإذا اكتملت جميعها وجدت الجريمة ، و إذا تخلفت إحداها تخلف وجودها[2] .

- صور جريمة الإجهاض :

1- المرأة التي أجهضت نفسها : و هو الفعل المنصوص عليه و المعاقب عليه في المادة 309 من ق.ع ، و يتعلق بالمرأة التي تجهض نفسها عمدا أو تحاول ذلك أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت إليه أو أعطيت لها لهذا الغرض .

2- إجهاض المرأة من قبل الغير : و هو الفعل المنصوص عليه و المعاقب عليه في المادة 304 ق.ع ، و يتعلق الأمر هنا بكل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك .

3- التحريض على الإجهاض : هو الفعل المنصوص و المعاقب عليه في المادة 310 ق.ع[3] .

- عقوبة جريمة الإجهاض :

يميز المشرع من حيث العقوبات بحسب صور الإجهاض و مرتكبيه ، سواء تعلق الأمر بالعقوبات الأصلية أو بالعقوبات الأخرى .

1- د. تحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، الطبعة السادسة عشر ، **2013** ، ص **43** .

2- نفس المرجع ، وهان ياسمين ، ص **32** .

3- مرجع سابق ، ص **43**-**44** .

1- صورة المرأة التي أجهضت نفسها : (المادة 309 ق.ع) :

- العقوبة الأصلية : تعاقب المادة 309 المرأة التي أجهضت نفسها أو تشرع في ذلك بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج .

- العقوبات التكميلية : نصت المادة 311 ق.ع ، على تطبيق المحكوم عليه بقوة القانون المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأي صفة كانت في المؤسسات العمومية أو الخاصة للتوليد أو لإمراض النساء ، مثل المستشفيات و دور الولادة .

2- صور إجهاض المرأة من قبل غيرها (المواد 304-305-306) :

تعاقب المادة 304 كل من أجهضت امرأة أو شرع في إجهاضها بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة .

- الظروف المشددة : نصت المادة 305 على تغليظ العقوبة السالبة للحرية في حالة الاعتداء على ممارسة الإجهاض أو على المساعدة عليه فترفع العقوبة على النحو الأتي :

- تضاف عقوبة الحبس المقررة في الفقرة الأولى من المادة 304 ، و هي من سنة إلى 5 سنوات فتصبح من سنتين إلى 10 سنوات .

- إذا أفضى الإجهاض إلى الموت : ترفع عقوبة السجن المؤقت المقرة في الفقرة الثالثة من المادة 304 ، و هي من 10 إلى 20 سنة إلى الحد الأعلى أي من 20 سنة .

- العقوبات التكميلية : تطبق على المحكوم عليه العقوبتين الآتيتين :

- المنع من الإقامة و هي عقوبة جوازيه .

– المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل في مؤسسات التوليد و أمراض النساء .و هي عقوبة إلزامية تطبق بقوة القانون (م 311 ق.ع)[1] .

أما إجهاض الغير ذي الصفة للحامل ، نصت علها المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري : " الأطباء آو القابلات آو جراحوا الأسنان أو الصيادلة ، و كذلك طلبة الطب أو طب الأسنان و طلبة الصيدلة و مستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير و صانعو الأربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية ، و الممرضون و الممرضات و المدلكون و المدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304–305 على حسب الأحوال[2] " .

– العقوبات التكميلية : علاوة على عقوبتي المنع من الإقامة و المنع من ممارسة أي مهنة أو أي عمل في مؤسسة التوليد آو أمراض النساء و قد سبق بيانها ، نصت المادة 306 في فقرتها الثانية على جواز تطبيق على الجاني عقوبة خاصة تتمثل في الحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23 ق.ع و بذلك يكون المشرع قد أضفى على هذه العقوبة صفة تدبير امن .

3– التحريض على الإجهاض :

لا يتعلق الأمر هنا بالتحريض بمفهوم المادة 41 ق.ع و إنما بتحريض خاص بجريمة الإجهاض .

حيث تعاقب المادة 310 على التحريض على الإجهاض بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين[3] .

– إباحة جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري : اعتبرت القوانين الوضعية إن الجنين و هو في بطن أمه إنسانا حيا كباقي الناس يتمتع بكثير من الحقوق خاصة حقه في الحياة

---

1 – أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص **47–48–49** .

2 – جدوي محمد أمين ، جريمة الإجهاض بين الشريعة و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، سنة **2009–2010** ، ص **80** .

3– د . أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص **56** .

و حقه في الإرث ... الخ ، يستحقها بمجرد ولادته حيا ، و بالتالي فان الاعتداء على الجنين و هو في بطن أمه يشكل اعتداء على نظام الأسرة و يشكل جريمة يعاقب عليها القانون .

لقد أباح المشرع الجزائري الإجهاض في المادة 72 الفقرة 01 من قانون الصحة 05/85 إذا اقتضت الضرورة ذلك لانقاد حياة الأم من الخطر ، أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجي آو العقلي ، إلا أن المادة 72 الفقرة 02 اشترطت أن يتم الإجهاض العلاجي في هيكل طبي متخصص يجري العملية طبيب مختص ، بالإضافة إلى إجازة هذا الفعل بنص المادة 308 من ق.ع مع تحقيق شروط ذلك بنصها : " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة انقاد الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية[1] .

– الفرع الثاني : جريمة الزنا :

أولا : جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية :

– تعريف الزنا :

لغة : هو الفجور و الانبعاث في المعاصي .

كان الزنا في اللغة معروفا قبل الشرع مثل اسم الرقة و القتل . و مفهوم الزنا العام الذي يعرفه عامة الناس هو أن يأتي رجل و امرأة بفعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة[2] . أي انه هو وطئ رجل امرأة محرمة عليه من غير عقد و لا شبهة و هو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم[3] .

---

1 – بوزيان عبد الباقي ، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية ، في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام ، **2009–2010** .

2– د . أميرة عدلي ،أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ن **2005** ، ص **45** .

3– د احمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية **1911** ، ص **143** .

اصطلاحا : فقد عرفه الفقهاء كما يلي :

– يعرف الزنا عند المالكيين بأنه : وطئ مكلف فرج ادمي لا يملك له فيه باتفاق تعمدا و

– يعرفه الحنفيون بأنه : وطئ الرجل في القبل في غير الملك و شبه الملك .

– و يعرفه الشافعيون بأنه : إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة طبعا .

– كما يعرفه الحنابلة بأنه : فعل الفاحشة في قبل أو دبر .

– و يعرفه الظاهريون بأنه وطئ من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطئ محرمة العين .

– و يعرفه الزيديون بأنه : إيلاج فرج في فرج حي محرم قبل أو دبر بلا شبهة .

مما سبق نجد أن الفقهاء يختلفون في تعريف الزنا و لكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرم المعتمد . و مؤدى هذا أنهم متفقون على أن لجريمة الزنا

ركنين أولهما : الوطء المحرم و ثانيها : تعمد الوطء أو القصد الجنائي[1] .

– عقوبة الزنا و أركانها :

كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت و الايداء بالتعبير أو الضرب ، و الأصل في ذلك قوله تعالى : " وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا (15) وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا ۖ فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا " الآية (15–16) سورة النساء[2] .

و لجريمة الزنا أركان : حيث سبق أن أوضحنا اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الزنا ، و رغم اختلافهم في هذا إلا أنهم اتفقوا على أن الزنا هو الوطء المحرم

---

1 – د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوصفي ، المجلد **02** ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط **1** ، **2009** ، ص **287** – **288** .

2– عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص **309** جزء الثاني .

المتعمد ، و مؤدى هذا أنهم متفقون على أن لجريمة الزنا ركنين أولها : الوطء المحرم و ثانيها : تعمد الوطء أو القصد الجنائي[1] .

و للزنا في الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هي : الجلد ، التغريب ، الرجم .

و الجلد و التغريب معاهما عقوبة الزاني غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزاني المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلدا و غربا ، و إن كان محصنين رجما ، و إن كان احدهما محصنا و الثاني غير محصن ، رجم الأول و جلد الثاني و غرب[2] .

– عقوبة الجلد : تعاقب الشريعة الزاني الذي لم يحصن بعقوبة الجلد و للعقوبة حد واحد فقط و لو أنها بطبيعتها ذات حدين ، لان الشريعة عينت العقوبة و قدرتها فجعلتها مائة جلدة ، و ذلك قوله تعالى : " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ " الآية (2) سورة النور .

– عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزاني المحصن رجلا كان أو امرأة ، و معنى الرجم القتل رميا بالحجارة ، و لم يرد في القران شيء عن الرجم ، و لذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم و مذهبهم يقوم على جلد المحصن و غير المحصن و التسوية بينهما في العقوبة ، فيما عدا الخوارج و الإجماع منعقد على إقرار عقوبة الرجم ، لان الرسول (ص) أمر بها و اجمع أصحابه من بعده عليها و من الأحاديث المشهورة في هذا الباب : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، و زنا بعد إحصان ، و قتل نفس بغير نفس " . و قد اثر الرسول (ص) انه أمر برجم ماعز و الغامدية و صاحبة العسيف ، فالرجم سنة فعلية و سنة قوليه في وقت واحد[3] .

1– د . عبد الخالق النواوي ، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، ص **46** .

2 – عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص **514** .

3 – عبد القادر عودة ، مرجع سابق .

– عقوبة التغريب : تعاقب الشريعة الزاني غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده و المصدر التشريعي لهذه العقوبة حديث النبي (ص) : " البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام " و هذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ، الا انه يعتبر عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة اجلد[1] .

– حد الزنا :

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في باب إثبات جريمة الزنا نجد اختلافا كبيرا بينها و بين القانون ، حيث نجدها تشددت في إثبات جريمة الزنا فوضعت شروط و قيود تبدو أهميتها من ناحيتين :

– الناحية الأولى : أن الستر مندوب إليه شرعا و الدليل على ذلك مستمد من قوله (ص) : " من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستر بستر الله فان من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله ."

– الناحية الثانية : إن شدة العقوبة في الشريعة الإسلامية (رجم المحصن و جلد غير المحصن) . تستدعي التشدد في الإثبات حتى لا يقتل إنسان أو يجلد إلا بعد التيقن الكامل من ارتكاب الجريمة[2] .

و نجد أن النصوص تلحق بالجاني عقوبة قاسية و لكنها لم تهمل شخصيته فان كان غير محصن فعقوبته غير مهلكة و أذا كان محصنا فعقوبته الموت ، و لكن الشريعة و قد وجدت أن هذه العقوبة شديدة جدا فرفضت لإثباتها أمر عسيرا فان كانت بالبينة فشهادة أربعة يشهدون بالرؤية ، فان كانوا ثلاثة جلد واحد القذف حتى لا يتقدم للشهادة إلا الواثق المتأكد ، و حتى لو ثبت الأمر بشهادة الأربعة فيلزمهم البدء بالرجم فان تخلفوا لا يجب العقوبة أما إن كان الإثبات بالإقرار فيجوز فيه العدول[3] .

---

1 – عبد القادر عودة ، مرجع سابق ن ص **705**

2 – د.عبد الخالق النواوي ، مرجع سابق ، ص **45** .

3 – د احمد فتحي بهنسي ، السياسات الجنائية في الشريعة الإسلامية ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، بيروت ، **1403** ه.**1983** م ، ص **336**.

و من كل ما تقدم نجد أن الشريعة مع رغبتها الأكيدة في تحريم الزنا إذ أن فيه ضياعا للأنساب و للحرمات و هتكا للأعراض لم تهمل شخصية الجاني بل تدرجت في العقاب بحسب حال الجاني في نفسه .

– تحديد نسب ابن الزنا في الشريعة :

يرى الفقهاء أن ماء الزنا مهدر و غير محترم فالبنوة الناتجة عنه غير محترمة فلا يثبت النسب ، و لم يرتب الشارع الأحكام المترتبة على البنوة من النسب ، فالبنوة المتولدة من الزنا أجنبية عن الزاني فلا ترثه و لا تنسب إليه و لا يرثها[1] .

نسب ولد الزنا من جهة الأم : اتفقت المذاهب الأربعة على أن نسب ولد الزنا يلحق أمه كما يلحق ولد الملاعنة بأمه فان النبي (ص) : الحق ولد الملاعنة بأمه ، فعن ابن عمر رضي الله عنه : " أن النبي لاعن بين رجل و امرأته ، فانتعش من ولدها ، ففرق بينهما و الحق الولد بالمرأة ." رواه البخاري[2] .

نسب ولد الزنا من جهة الأب : ولد الزنا إما أن تكون أمه فراشا للزاني (فراش نكاح و هي الزوجة ،سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا ، أو فراش ملك و هي الأمة) و إما أن لا تكون[3] .

أي أن النسب يثبت إذا استلحقه الزاني و لم ينازعه فيه احد ، لان مورد قول النبي (ص) : " الولد للفراش " كان في التنازع حول نسب مولود ولدته أمه و قد كانت فراشا شرعيا لسيدها و تنازع فيه الزاني و صاحب الفراش فقضى النبي (ص) إن الولد لصاحب الفراش أما إذا لم تكن أمه فراشا شرعيا لأحد فقد ذهب إسحاق بن راهوية إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه ، و ادعاه الزاني الحق به ، و أول قول النبي (ص) : الولد بفراش على انه حكم بذلك عند تنازع الزاني و صاحب الفراش و

---

1 – د.أميرة عدلي ، أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، **2005** ، ص **176**

2 – أبو إسحاق سبيعي ، حكم إلحاق ولد الزنا بابيه ، الدراسات الإسلامية و النوازل الفقهية ، **2010**

3 – أبو إسحاق سبيعي ، نفس المرجع .

ذهب جمهور أهل العلم إلى أن ولد الزنا لا يلحق بابيه و لا ينسب إليه لأدلة منها ما ورد في الصحيحين من قول النبي (ص) " الولد للفراش و للعاهر الحجر " . و منها ما ورد في قضاته صلى الله عليه و سلم في استلحاق ولد الزنا : " إن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعي له ادعاه ورثته فقضى أن كل من كان من أمه يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه و ليس له مما قسم قبله من الميراث شيء و ما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه و لا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعي له أنكره ، و إن كان من أمه لم يملكها أو من حرة عاهرة بها فانه لا يلحق به و لا يرث و إن كان الذي يدعي له هو ادعاء فهو ولد زانية من حرة كان أو امة " رواه احمد و أبو داوود و ابن ماجة و الدار مي[1] .

و مما سبق نستنتج انه لا يوجد خلاف بين الفقهاء في تبعية الولد لامه التي ولدته من نكاح ، أو من سفاح ن الضرورة الأموية لكل طفل ، إلا أن الخلاف يقع حول اعتبار ماء لرجل سببا لتنسيب من يخلفه الله منه إليه إذا كان في علاقة آثمة (زنا) ، توجب الحد و سبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في اعتبار الماء الذي يخلق الله منه الولد هو وحده السبب في التنسيب ، لأنه الأمر الطبيعي ، أم أن هو الماء و علاقة الزوجية أو التسري معا ، لأنها الأمر المشروع ، و ما عداه باطل ؟ و هذا و قد اختلف الفقهاء في إثبات النسب لابن الزنا على ثلاث مذاهب .

– المذهب الأول : ذهب أكثر أهل العلم (المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ، الظاهرية ، الزيدية ، الأمامية و بعض الاباضية ، و أبو يوسف و بعض الحنفية) إلى أن ابن الزنا لا ينسب لأب بحال سواء اقر به الزاني أم لم يقر به ، و سواء ثبت أبوته بموجب البصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل الأخرى أم لا .

– المذهب الثاني : ذهب الشيعي ، و إسحاق بن راهوية ، و ابن سرين ، و عروة بن الزبير و سليمان بن يسار و ابن تميمة ، ابن القيم ، بعض المالكية ، إلى ثبوت نسب ابن الزنا للزاني مطلقا ، متى عرفنا انه من مائه أو اقر به ، و سواء أقيم عليه الحد أم لا ، و سواء تزوج من المزني بها أم لا .

---

1 – النسب ، فتوى رقم **101965** ، الأربعاء ذو القعدة **1428** ه – **2007/11/28**

– المذهب الثالث : ذهب الإمام أبو حنيفة ، و محمد بن الحسن ، و هو المعتمد و عليه الفتوى في المذهب و به قال ابن عباس ، إلى أن ابن الزنا ينسب إلى الزاني أن تزوج بالمزني بها و هي حامل ، أما إن لم يتزوجها حتى وضعته أو كان الحمل ليس منه ، فلا ينسب للأب و إنما ينسب إلى أمه التي ولدته .

و حجتهم في ذلك قوله تعالى : " الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ " الآية (03) سورة النور[1] .

الحكمة من تحريم الزنا :

اعتبر الإسلام جريمة الزنا عظيمة ، و عاقب عليها بأقصى العقوبات المادية و المعنوية و جعل تنفيذ العقوبة بيد الإمام ، و اشترط أن تكون أمام الناس ، زيادة في الزجر عن إتيان هذا الفعل المحرم .

و الإسلام راعي في تحريم الزنا مصلحة الفرد و المجتمع ، و الأمة الإسلامية و إذا نظرنا إلى حكم تحريم الزنا نجدها كثيرة . من بينها : المحافظة على المجتمع من الوقوع في المفاسد المهلكة ، المحافظة على الأعراض و صيانة الأسر من الضياع ، منع انتشار الجريمة ، منع انتشار الأمراض و الأوبئة الفتاكة ، حفظ النسل .

و من أهم الحكم التي تخدم موضوعنا نجد :

– حفظ الأنساب : يؤدي الزنى و انتشاره إلى كثرة أولاد الزنى الذين لا ينتسبون إلى احد لا إلى والد و لا إلى عشيرة يستمدون منها القوة ن و لا إلى قبيلة ستناصرون بها ، و ذلك يضيع التناصر الذي يكون موجودا بين القبائل التي تكونها مجموعة الأفراد و يفقد التعاون الذي أراده الله سبحانه و تعالى بقوله : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ " الآية (13) سورة الحجرات .

---

1 – د . حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوصفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط **1** ، **2008** ، ص **753** ، **754** ، **757** ، **760**

هذا بالإضافة إلى انتساب أولاد إلى غير أبائهم و هذا مما حرمته الشريعة الإسلامية و بالتالي يضيع نسب هذا الولد ، و يكون مدعاة لانتشار الرذيلة ، و لذلك أعطى الإسلام أهمية بالغة لأعراض الناس أن تنتهك لئلا ينسب الولد إلى غير أبيه ، أو يبقى دون نسب ثم إذا ضاع نسب الولد يكون قد فقد عنصرا مهما من عناصر الكفاءة التي رعاها الفقهاء في الزواج ، و بالتالي فان ضياع النسب يؤدي على عزوف الناس عن تزويج مثل هؤلاء[1].

ثانيا : جريمة الزنا في التشريع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الزنا على غرار غالبية التشريعات الوضعية ، تاركا تعريفه للفقه حيث جاء في نص المادة 339 من ق.ع محرما للزنا و معاقبا عليه دون تعريف دقيق للفعل الإجرامي .

و قد حاول المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا) حاليا تعريف الزنا في قراره حيث جاء فيه أن : " جريمة الزنا جريمة عمديه تشترط لتكوينها القصد الجنائي ، و يتوافر هذا القصد لدى الفاعل الأصلي إذا تم الجماع أو الوطء عن إرادة و علم احد الزوجين بأنه يعتدي على شرف زوجته " { قضية ب.ه.و فك ضد النيابة العامة ، الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى[2] }.

– أركان جريمة الزنا : تتطلب جريمة الزنا توافر الشروط الآتية :

وقوع الوطء ، حال قيام الزوجية ، و القصد الجنائي[3] .

1– د . أمين حسين يونس ، اثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط **1** ، **2010** ، **1431** ه ، ص (**44**–**48**) .

2– عبد الحليم بن مشري ، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، نوفمبر **2006** ، ص **04** .

3 – د . أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجنائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة **2002** ن ص **130** .

– الوطء : لا تقوم الجريمة إلا بحصول الوطء فعلا بالطريق الطبيعي أي بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى ، و لا تقوم الجريمة بما دون ذلك من إكمال الفاحشة الأخرى التي يرتكبها احد الزوجين مع غيره مثل القبلات ...الخ .

– قيام الزوجية : يشترط أن يقع الوطء و علاقة الزواج قائمة فعلا و هكذا قضت المحكمة العليا بقيام الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل آخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينهما و بين زوجها الأول ، كما قضت بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد الزواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها و بين زوجها الأول نهائيا ، و لا ترتكب جريمة الزنا إذا وقع الوطء قبل عقد الزواج و لو حصل أثناء الخطبة .

– الركن المعنوي : تتطلب جريمة الزنا توافر القصد الجنائي الذي يختلف مضمونه باختلاف مركز المتهم و صفته .

يتوفر القصد الجنائي لدى الفاعل الأصلي متى ارتكب الفعل عن إرادة و عن علم بأنه متزوج و انه يواصل شخصا غير زوجته .

– المتابعة : تخضع المتابعة لقيدين إثبات الجريمة بإحدى الطرق الواردة حصرا في المادة 341 ق.ع ، و شكوى الزوج المضرور[1] .

– إثبات الجريمة : لا يجوز إثباتها إلا بإحدى الوسائل الثلاث التي وردت على سبيل الحصر في المادة 341 ق.ع و هي :

1– إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم .

2– الإقرار القضائي[2] .

1– د . أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص و الأموال و بعض الجرائم الخاصة) ، دار هومة ، ط **16** ، **2013** ، الجزء الاول ، ص **146**–**147**–**148** .

2– د . أحسن بوسقيعة ن نفس الرجع ، ط **09** ، **2008** ، ص **133** .

3- شكوى الزوج المضرور : لا يتم المتابعة إلا بناءا على شكوى الزوج المضرور ، فإذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي لا يتم المتابعة إلا بناءا على شكوى زوجته .

و إذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي فلا يتم متابعتها إلا بناءا على شكوى زوجها .

و إذا كان المتهمان كلاهما متزوج تصح المتابعة بناء على شكوى إحدى الزوجين و يكون كلاهما فاعلا أصليا[1] .

- عقوبة جريمة الزنا في القانون :

يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية بان الغرض من العقوبة هو حياة الجماعة و ذلك بتطبيق العقوبة على المجرم لتأديبه و زجر غيره من التفكير في مثلها .

فالعقاب في القانون الجزائري ليس الغرض منه اختلاط الأنساب بقدر ما هو صيانة لحرمة الزواج حيث إذا كان الزنا بعيدا عن عقد الزواج لا عقاب على من ارتكبه[2] .

- و تختلف العقوبة المقدرة لجريمة الزنا من قانون وصفي لأخر ، و ذلك من حيث مدتها من جهة و من حيث المدة التي يعاقب بها كل من الزوج أو الزوجة في القانون الواحد من جهة ثانية ، فان كان المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوج أو الزوجة من حيث مدة العقوبة فان هناك من القوانين التي لا تزال تفرق في مدة العقوبة و ذلك بحسب ما إذا كان مرتكب جريمة الزنا هو الزوج أو الزوجة .

فنجد أن المادة 339 من ق.ع تعاقب على جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و ذلك دون التمييز بين الزوجة و الزوج ن و تطبق ذات العقوبة على الشريك أو الشريكة[3] .

1- د . احسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ط **16** ، **2013** ، ص **150** .

2- بشانية عفاف و بلفول نسيمة ن جريمة الزنا في القانون و التشريعات ، مذكرة في مادة الملتقى ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، سنة **2006**-**2007** ، ص **41** .

3- عبد الحليم بن مشري ن جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد العاشر ، ص **18** .

– تحديد نسب ابن الزنا في التشريع الجزائري :

نعلم مما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا على أنفسهم إلى فريقين فريق لا يجيز إثبات ابن الزنا و فريق يجيز ذلك .

و خلاصة القول أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه و إنما ينسب لامه التي ولدته فقط . و هذا طبقا للشريعة الإسلامية .

– الفرع الثالث : جريمة الاغتصاب

أولا : جريمة الاغتصاب في الشريعة :

– الغصب لغة : غصب الرجل المرأة نفسها أي زنى بها كرها .

فالاغتصاب هو مواقعه الأنثى دون رضاها ، و هو من جرائم الاعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليها بالقوة و التهديد أو بغير ذلك من وسائل الإكراه المادي و المعنوي

و جريمة الزنا نتيجة الغصب هي إحدى جرائم الحدود و قد الحق الفقهاء هذه الجريمة بجريمة القتل حتى قال بعضهم أن الزنا فيه قتل النفس[1] .

– و يقصد بالغصب في الفقه الإسلامي الوطء بالإكراه بمعنى أن تكره المرأة على الزنا فإذا ادعت المرأة انه تم مواقعتها و استكرهت على الزنا فذهب الإمام أبو حنيفة و الشافعي و احمد إلى انه لا يقام عليه الحد سواء أتت بامرأة على الإكراه أو لم تأت مستدلين على ذلك بما ورد من أحاديث درء الحدود بالشبهات لقوله صلى الله عليه و سلم : " ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا " . فمن ظهر عليها الحمل يحتمل أن يكون حملها من وطء بإكراه و الحدود تدرا بالشبهات ، و قد قيل أن المرأة يمكن أن تحمل دون وطء[2].

1– د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، مرجع سالق ، ص **51** .

2– د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، نفس المرجع ، ص **53** .

و ذهب المالكية إلى انه يقام عليها الحد إلا إذا جاءت بأمارة على صدقها في دعوة الاستكراه و يرى الفقهاء انه إذا ستكره الرجل المرأة على الزنا أقيم عليه الحد و لا يقام عليها لأنها مستكرهة مغلوبة على أمرها و لها مهر مثلها و يثبت النسب منه إذا حملت المرأة و عليها العدة .

و نلخص من هذا انه إذا أكرهت المرأة على الزنا فانه لا حد عليها لقوله تعالى : " إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ " الآية (173) سورة البقرة . و لقوله (ص) " رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه " و الرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء ان الرجل المغتصب يقام عليه حد الزنا ، و أن الحمل بالجنين في هذه الحالة ينسب للمغتصب.

– تحديد نسب ابن الاغتصاب في الشريعة :

يرى الفقهاء انه إذا استكره الرجل المرأة على الزنا أقيم عليه الحد و لا يقام عليها لأنها مستكرهة مغلوبة على أمرها و لها مهر مثلها و يثبت النسب منه إذا حملت المرأة و عليها العدة لقوله صلى الله عليه و سلم : " رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه " و الحمل بالجنين في هذه الحالة ينسب إلى المغتصب و ذلك خلاف الزنا ذلك أن البنوة المتولدة على الزنا أجنبية عن الزاني فلا تنسب إليه[1] .

ثانيا : جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري

– الاغتصاب **VIOL** : هو الفعل المنصوص و المعاقب عليه بنص المادة 336 ق.ع و قد عبر عنه المشرع الجزائري بلفظ " هتك العرض "، حيث أن المشرع الجزائري لم يعرف هذا الفعل و لم يحدد أركانه . يستشف من أحكام القضاء الجزائري انه مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها و هذا التعريف في الواقع مطابق لما خلص إليه القضاء الفرنسي قبل إصلاح قانون العقوبات سنة 1992 ، غير أن الأمر تطور في فرنسا اثر صدور قانون

1– د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، مرجع سابق ، ص **178** .

العقوبات الجديد لسنة 1992 حيث عرف المشرع الاغتصاب في نص القانون ، و تحديدا في المادة 23-222 منه على النحو التالي : " كل فعل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغتة " . و تبعا لذلك لم يعد الاغتصاب في فرنسا مقصورا على الرجل كما انه لم يعد محصورا في فعل الوطء الطبيعي[1] .

- أركان الجريمة : تتكون الجريمة في ظل التشريع الجزائري من ركنين : فعل الو قاع ن استعمال العنف .

1- فعل الو قاع : و هو الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التذكير في فرج الأنثى .

2- استعمال العنف : يعتبر العنف جوهر الجريمة و يتوافر ذلك كلما وقع الفعل بغير رضا الضحية . و قد يكون العنف ماديا أو معنويا و قد يأخذ صورا أخرى كحالتي الجنون و عدم التمييز ن الغفلة . و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز في المادة 42 من القانون المدني ببلوغ ثلاثة عشر (13) سنة ، و ذلك اثر تعديل القانون المدني بموجب القانون المؤرخ في 2006/06/20 .

3- مسالة إثبات هتك العرض : عدا الحالات التي يعترف فيها الجاني بفعله من تلقاء نفسه أو يضبط و هو في حالة تلبس ، تثبت جريمة هتك العرض بواسطة فحص طبي يقوم به ذوي الاختصاص تحرر إثره شهادة طبية تظهر أن الوقائع حديثة و تبرز أثار العنف إن وجدت .

- الجزاء : يتعرض مرتكب جريمة هتك العرض لعقوبات أصلية جنائية و لعقوبات تكميلية .

أ - العقوبات الأصلية : يتعرض الجاني لعقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات (المادة 336 ف1 ق.ع) و تشدد العقوبة في ثلاث حالات :

1- د. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال) الجزء الأول ، صنف **05/093** ن طبعة **202** ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ن ص **93** .

1- إذا كان الجاني من الأصول أو من فئة لها سلطة على الضحية ، ترفع العقوبة في هذه الحالة إلى السجن لمؤبد (المادة 337) .

2- إذا استعان الفاعل بشخص أو أكثر ، ترفع العقوبة كذلك إلى السجن المؤبد (المادة 337) .

3- إذا كانت الضحية قاصر لم تتجاوز السادسة عشر (16 سنة) ، ترفع العقوبة لتصبح السجن من 10 إلى 20 سنة (المادة 336 فـ2) .

ب – العقوبات التكميلية : علاوة على ذلك تطبق على المحكوم عليه عقوبات تكميلية إلزامية و عقوبات تكميلية اختيارية .

- تحديد نسب ابن الاغتصاب في التشريع الجزائري :

هذا نجد في قرار صادر عن المحكمة العليا تبني فيه مبدأ الاغتصاب الثابت بالحكم قضائي بأنه يعد وطء بالإكراه و يكيف بكونه نكاح شبهة و يثبت فيه النسب ...الخ ، لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه و يكيف بأنه نكاح شبهة يثبت فيه النسب[1] .

المطلب الثاني : أنظمة حماية نسب الطفل

نظرا لأهمية هذا المطلب الذي يدرس حالة الطفل المولود ولادة غير شرعية و ما يكفله من حماية قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع : الفرع الأول لمحة عن الطفل اللقيط ، و الثاني نظام التبني ، و الفرع الثالث نظام الكفالة .

1- قرار رقم **61737** ، الصادر بتاريخ **2011/05/12** ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول ، **2012** ، ص **297** .

الفرع الأول : لمحة عن الطفل اللقيط .

أولا : الطفل اللقيط في الشريعة :

عني الإسلام و الفقه الإسلامي بتحديد مركزه و بيان أحكامه ، و من هذه الأحكام انه إذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه ، لان ذلك في مصلحته و ليس معنى هذا أن يثبت اللقيط من كل من يدعي بنوته ، بل لابد من توافر الشروط[1] ، فالعدل يقضي و الحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لا إلى أبيه المزور لكن الإسلام لم يمنع تربية ولد اللقيط و تعليمه ثم حجيته عن الأسرة بعد البلوغ أو قبله بقليل و إنما فتح باب الإحسان إليه على أوسع نطاق ، و عدا ذلك انقادا للنفس من الهلاك ، و إحياء لنفس بشرية و من أحيا نفسا فكأنما أحيا الناس جميعا[2] .

و لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بوضع اللقيط ، كما قرر الفقهاء جملة من الأحكام نلخصها فيما يلي :

1- من وجود طفلا عاجزا في مكان يغلب على ظنه الهلاك لو ترك كان التقاطه فرض بمعنى يصير أمرا واجبا و لا يجوز تركه للهلاك و لا يهم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة من خلال الجهة المكلفة بالرعاية .

2- الملتقط أحق باللقيط من غيره إذا رغب في رعايته و لا ينزع منه إلا لضرورة معقولة ، و عليه كفالته و تربيته و تعليمه فإذا سلمه للدولة لرعايته .

3- إذا وجد مع الملتقط مال يحفظ له هذا المال حتى يبلغ و إذا احتاج الملتقط لهذا المال أو بعضه للإنفاق منه على اللقيط ن جاز له أن يطلب من القاضي ترخيصا باعتباره وصيا عليه أو كفيلا له .

1- ليدان أبو العين بدان ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، الجزء الأول ، ص **525** .

2- د. حسين عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط **1 205** ، ص **690**

4- إذا اقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار لان الإقرار كما رأينا يثبت بها النسب متى صدقه الفعل و العادة .

5- إذا لم يوجد من ينفق على اللقيط و لم يوجد لديه مال وجب على الدولة أن تنفق عليه لأنها تكفل كل من هو غير قادر على الإنفاق لان له حق في بيت مال المسلمين و لا يجوز للحاكم أن يضيعه.

6- يعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في بلاد المسلمين أو منطقة يوجد فيها المسلمين فإذا وجد في بلد غير مسلم فهو على دين ذلك البلد إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك[1] .

- هذه هي اغلب أحكام اللقيط التي تحدث عنها الفقهاء حيث أردناها أن تكون موجزة .

ثانيا : الطفل اللقيط في القانون الجزائري :

اللقيط هو مولود حي حديث الولادة لا يعرف له أب و لا أم ، طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب . و حكم التقاطه انه فرض عين على من وجده في مكان يغلب عليه الظن هلاكه لو ترك فيه . و مندوبا إذا لم يغلب الظن على هلاكه ن و فرض كفاية على المسلمين إن قام به احدهم سقط عن الباقين ، و أحق الناس بإمساك اللقيط من التقطه ، لأحد من حاكم أو غيره أن يأخذ منه جبرا عنه ، إلا إذا كان غير أهل لحفظه و رعايته[2] .

و بما أن اللقيط مجهول النسب ، فمن مصلحته أن يثبت نسبه و من ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه ، بدون الحاجة إلى بينة ، سواء أكان المدعي أم غيره و إن ادعت امرأة أنها أم اللقيط فانه يثبت نسبه منها بالدعوة ، و إن كانت غير ذات زوج . و لا معتدة أما إذا كانت ذات زوج أو معتدة فيشترط لثبوت نسبه منها تصديق الزوج أو إقامة البينة .

1- حورية مالكي ، نسيبة شيشة ، مجهولي النسب في التشريع الجزائري ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات شهادة ماستر في الحقوق جامعة الجيلالي بو نعامة ، **2014-2015** ، ص **75- 76** .

2- د . بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية) الجزء الأول (الزواج و الطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط **4** ، **2005** ، بن عكنون ، ص **202** .

– نسب اللقيط :

يثبت نسبه على من يدعيه ، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإنها توجب على كل من وجد طفلا صغيرا في مكان يمكن أن يكون فيه هلاكه لو بقي هناك أن يلتقطه أو يسلمه للدولة لتتولى هي العناية به ن فان ظهر والده الحقيقيان أو احد منهما بعد ذلك فمن حقهما أخذه و إلحاقه بنسبهما ، و لقد تضمنت نفس المعنى المادة 67 من قانون الحالة المدنية[1] .

و إذا ادعت المرآة أنها أم للقيط فانه يثبت نسبه عليها بالدعوى أن كانت غير ذات الزوج و لا معتدة أما إذا كانت ذات زوج أو معتدة فيشترط لثبوت نسبه عليها تصديق الزوج أو إقامة البينة ، و القضاء المتبع في الجزائر هو انه من وجد لقيط يسلمه إلى رجال السلطة و هؤلاء يسلمونه إلى إحدى الدور الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء و ذلك لرعايتهم و تربيتهم و يعاقب القانون الجزائري على عدم الإبلاغ على طفل حديث العهد بالولادة لمن يجده و لا يسلمه إلى ضباط الحالة المدنية بالحبس من 10 أيام إلى شهرين و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحداهما.

– حالة اللقيط :

إذا وجد شخص مولود حديث الولادة في مكان ما ، وجب على هذا الشخص أن يدلي بتصريح عن ذلك إلى ضابط الحالة المدنية الذي عثر على اللقيط بدائرة بلديته و إذا لم تكن له رغبة في كفالته يجب عليه أن يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية مع ما وجد معه من ألبسة و غيرها .

و هنا يجب على ضابط الحالة المدنية ان يحرر محضرا (proc2s6verbql) بذلك يذكر فيه تاريخ و مكان العثور على الطفل اللقيط ، و جنسيته ، و عمره الظاهر ، و يبين بالتفصيل كل العلاقات التي قد تسهل و تساعد على معرفته ، كما يبين الشخص او الهيئة

1– بورنب حنان و معها بوخاري صفية ، طرق إثبات و نفي النسب في القانون الجزائري (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، مذكرة لنيل شهادة الليسانس ، جامعة باجي مختار عنابة ، **2005–2006** ، ص **16**

، أو المؤسسة الخيرية التي عهد إليه أو إليها بكفالة هذا الولد ، ثم بعد ذلك يسجل المحضر المذكور في سجلات الحالة المدنية المعدة لولادات بنفس التاريخ الذي وقع فيه العثور على الولد ، و بعد الانتهاء من تحرير المحضر و تسجيله يبقى على ضابط الحالة المدنية أن يحرر وثيقة مستقلة تقوم مقام وثيقة الميلاد تتضمن اسم و جنس اللقيط ن و اللقب الذي أعطى له من قبل ضابط الحالة المدنية ، و تاريخ و ميلاد الظاهر بصفة تقريبية و تكون لهذه الوثيقة صفة التوقيف لأنه إذا تبين فيما بعد أن هذا الولد مسجل فان كلا من المحضر ووثيقة الميلاد المؤقتة يمكن إلغائها إما بناءا على طلب من وكيل الجمهورية ، أو ممن له مصلحة[1] .

و هذا تماشيا مع أحكام المادة 28 من القانون المدني تنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 : على ضابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء للقطاء أو المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم أية أسماء ، و تعيين الطفل مجموعة من الأسماء يتخذ أخرها كلقب عائلي كما تنص المادة 67 من نفس الأمر على وجوب قيام شخص الذي يجد مولود حديث العهد بالولادة بالتصريح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة و الأمتعة الأخرى الموجودة معه و هنا ضابط الحالة المدنية يقوم بأمرين :

1- تحرير محضر مفصل يبين فيه تاريخ و مكان و ظروف التقاط الطفل سنه الظاهري ، و جنسيته و أية علاقة يمكن أن تسهل لمعرفته و السلطة آو الشخص الذي عهد به إليه و يسجل المحضر في سجل الحالة المدنية .

2- يعد ضابط الحالة المدنية عقدا يكون بمثابة عقد الميلاد[2] .

هذا و لا ننسى بهذه المناسبة أن نذكر بان كل شخص عثر على طفل صغير حديث العهد بالولادة ، و لم يسلم أو يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية فانه سيعرض نفسه للمتابعة

1- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، وثائق الحالة المدنية و الحالات التي تطرأ عليها ، دار هومة ، ط **3** ، الجزء الثاني ، ص **28** .

2- الأمر رقم **86/70** المؤرخ في **1970/12/15** المتضمن قانون الجنسية الجزائرية

الجزائية ، و يمكن ان يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين خمسين و خمسمائة دينار ، و بعقوبة بدنية تتراوح ما بين عشرة أيام إلى شهرين حبسا أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 442 من قانون العقوبات في فقرتها الثالثة[1] .

الفرع الثاني : نظام التبني :

أولا : التبني في الشريعة :

التبني هو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولدا و ليس بولد حقيقي ، و أيضا التبني تصرف قانوني منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي ، فالتبني يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون[2] .

و قد وقع فعلا التبني من رسول الله (ص) قبل ان يبعث رسولا ، و يشرفه ربه لرسالة فقد ثبت انه تبنى زيد بن حارثه ن و كان يدعي زيد بن محمد . و ما زال كذلك حتى نزل قوله تعالى : << مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا >> الآية (4-5) سورة الأحزاب .و بهذا التشريع المحكم كان حكم الإسلام مبطلا لنظام التبني صيانة لحقوق الأولاد و محافظة عليهم من الضياع و ابتعاد الناس من تزييف الحقائق[3] . حيث أبطل نظام التبني و أمر من تبنى احد ألا ينسبه إلى نفسه و إنما ينسبه إلى أبيه إن كان معروف فان جهل أبوه دعي مولي و أخا في الدين لقوله تعالى : " مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ

1- نظام الحالة المدنية ، المرجع السابق ن ص **29** .

2- لبدان أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية ، الطباعة و النشر ، بيروت ، الجزء الأول ، ص **523-524** .

3- د . عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، **2009** ، الأردن ، ص **250**

وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا " الآية 4-5 من سورة الأحزاب .

ثانيا: التبني في القانون الجزائري :

- التبني **l'adoption** : هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له . و قد كان نظام التبني معروفا في الجاهلية كما ذكرنا سابقا حتى أبطله الله تعالى و من هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني ، و لا يترتب على التبني اي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء و الأبناء و هو ما ذهب إليه القانون الجزائري في المادة 46 ق.ا : بقولها : " يمنع التبني شرعا و قانونا " و عليه فلا يثبت النسب بالتبني و لو كان الولد المتبني مجهول النسب[1] .

و قد اجتهد قضاة المحكمة العليا حيث جاء في قرارها :

من المقرر انه يمنع التبني شرعا و قانونا .

و متى تبين في قضية الحال إن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فان المدعية الحق في إخراجه من الميراث لان التبني منوع شرعا و قانونا و عله فان قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي رفض دعوى إبطال التبني على أساس آن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني ن قد اخطؤا في تطبيق القانون ، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب[2] .

فالمادة 46 من قانون الأسرة التي تنص على : " يمنع التبني شرعا و قانونا " .

1- د .بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة الخطبة -الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية-الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط **4** ، **2005** ، بن عكنون ، الجزائر ، ص **200-201** .

2- ملف رقم **122761** قرار بتاريخ **1994/06/28** ، قضية (ق.و) ضد (م.و) ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص **2001** ، ص **155** من كتاب الآسرة (مدعم باجتهادات قضاة المحكمة العليا لعيش فضيل ، ط **2** ، بن عكنون ، الجزائر ، ص **45** .

و هذا طبقا للآية 05 من سورة الأحزاب بقولها : <<ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا >> ، ذلك أن الطفل الذي له أب معروف ، فانه لا ينسب إلا له ، لكن لا يوجد ما يمنع ما أن يتكفل به شخص آخر دون أن يلحقه بنسبه و على ذلك لا توارث بينهما ، و باستطاعته الكافل أن يتبرع له بماله بواسطة الهبة أو الوصية[1] .

الفرع الثالث : نظام الكفالة

أولا : نظام الكفالة في الشريعة الإسلامية .

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمول به في الجاهلية قبل الإسلام إلا أن لهذا التحريم بديلا و ذلك لحماية شريحة في المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نتج عنها الأطفال مجهولين النسب و اللقطاء . و هذا البديل يتمثل في نظام الكفالة .

– تعريف الكفالة عند الفقهاء :

عند الأحناف : الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس او بدين أو بعين .

عند المالكية : إذا ذكرت الكفالة عند المالكية و عرف الأستاذ بودري الكفالة بقولهما : "عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بان يتعهد بالوفاء إذا لم يتم به المدين نفسه على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين " .

عند الشافعية : هي ثلاث أنواع الأول ضمان الدين و هو يتعلق بالذمة فقط و هذا النوع هو الأغلب و الأكثر و الثاني ضمان البدن و هو يتعلق بالذمة و العين و الثالث ضمان العين كان يقول ضمنت دينك في هذه العين .

1– لحسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا سنة **1982** إلى **2014**) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، **2014** . ص **110** .

عند الحنابلة : التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاها ما وجب أو يجب على غبره مع بقائه عليه .

عند الزيدية : الكفالة بالوجه و الضمان بالمال .

عند الإمامين : للضمان عند الأمامية اطلاقان : احدهما إطلاق بالمعنى لازم الشامل للحوالة و الكفالة ، و الأخر إطلاق بالمعنى الأخص و هو التعهد بالمال[1] .

و الكفالة مشروعة في الإسلام و لقد استدل العلماء على مشروعيتها بالكتاب و السنة و الإجماع .

ففي قوله تعالى : " و كفلها زكريا " الآية (37) سورة آل عمران .و في السنة قوله (ص) : " أنا و كافل اليتيم في الجنة كهاتين و أشار بالسبابة و الوسطى و فرج بينهما شيئا " لرواه احمد .

ثانيا : نظام الكفالة في القانون الجزائري

رغم تحريم التبني إلا أن المشرع الجزائري اقر نظام بديل عنه هو نظام الكفالة .Recueil légal و الذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 116 إلى 125 و الهدف من تبني نظام الكفالة هو حماية الأنساب من الضياع و التزييف ، و جعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المعرة و الضياع ، و حقا لامه تدرأ به الفضيحة و الاتهام بالفحشاء و حقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده أن يضيع أو ينسب إلى غيره ، و جعلت النسب يثبت بطرق شرعية و علمية دقيقة ، و لان الطفل مجهول النسب هو إنسان كغيره من البشر قامت بحمايته الشريعة الإسلامية من التهميش و الضياع كذلك القانون الجزائري اهتم بهذه الفئة من خلال تبني نظام الكفالة .

– الكفالة : هي التزام على وجه التبرع بالعناية لولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب لابنه ، و تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق (المادة 116 و 117 ق.أ)

1– حورية مالكي ، نسيبة شيشة ، مجهولين النسب في التشريع الجزائري ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات شهادة ماستر في الحقوق ، جامعة الجيلالي بونعامة ، سنة **2014**–**2015** ، ص **79** .

ن و يستوي أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلوم انسب (المادة 119 ق.أ) ، و يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب (المادة 120) .

و تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي (المادة 121) ، كما انه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث ، و أن يوصي أو يتبرع بأكثر من ذلك بدل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة (المادة 123 ق.أ)[1] .

و ما يلاحظ على نص المادة 116 ق.أ : انه اوجب المشرع في الكفالة رضا من له أبوان و النص الفرنسي على le consentement de l'enfant ، أي رضا الطفل الذي له أبوان و لكن الأصح هو رضا الأبوان إذا كان له لأنه لا يعقل الأخذ بإرادة من ليس له إرادة بقوة القانون[2] .

كما وضع المشرع الجزائري ضوابط في حالة عودة المكفول . و ذلك بطلب من الأبوان أو احدهما فهنا يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إذا لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول . و هذا ما جاءت عليه نص المادة 124 ق.أ ، أما في حالة التخلي عن الكفالة فتتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة و إن يكون بعلم النيابة العامة و في حالة الوفاة تنتقل إلى الورثة إن التزموا بذلك إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية و هذا حسب المادة 125 ق.أ .

فمن المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص .

1– د. بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة – الخطبة –الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية – الجزء الأول الزواج و الطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، **2005** ، بن عكنون ، الجزائر ، ص **201**.

2– العيش فضيل : قانون الأسرة (مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا على تعديلات **2005** ، ديوان المطبوعات الجامعية **2** – **2007** ، الطبعة الثانية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص **91** .

و من ثم فان قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها ، و تخييرها بين البقاء البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز ، فإنهم بذلك خرقوا القانون و استحق قرارهم النقض[1] .

فحسب المادة 125 التي تنص : " التخلي على الكفالة يتم أمام الجهة القضائية التي أقرتها بعد إبلاغ النيابة العامة ، و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بضمانها و إلا فعلى القاضي أن يسند حضانة القاصر إلى المؤسسة المختصة في مادة الرعايا "

1- للكافل ان يطلب التخلي على الكفالة إذا طرا طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل ماديا و معنويا و يقيم امام الجهة القضائية التي منحت له الكفالة ، و تكون الجهة القضائية التي منحت له الكفالة ، مختصة حتى و لو كانت الكفالة صادرة عن الموثق ، و هذا بعد تقديم النيابة العامة لملاحظاتها و التماساتها و يصدر القاضي حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو بإنهائها بطلب من الكافل ، و يقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أي شخص يختاره يعينه مقدما له ، أو بإرجاع الطفل إلى أبيه و أمه في حالة وجودهما ، و عند الاقتضاء إلى المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال[2] .

2- و في حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى ورثته في حالة التزامهم بضمانها و إلا فعلى القاضي إسناد حضانة القاصر تبعا لما ذكرناه سابقا .

3- غير انه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، لم تعد الكفالة تنتقل إلى ورثته بقوة القانون في حالة الوفاة ، إذ يجب على الورثة إخبار القاضي دون تأخير بوفاة مورثوهم الكافل ، و يقوم القاضي بتعيين احد الورثة كافلا في حالة التزام الورثة بالإبقاء على الكفالة ، و في حالة الرفض يقوم بإنهائها .

1- ملف رقم **71801** قرار بتاريخ **1991/05/21** ، ص **105** .ق.مدني ، احمد لعور ، نبيل صقر ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص **262** .

2- احسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة **1982** إلى سنة **2014**) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، **2014** ، ص **344** .

– و هذا ما نصت عليه المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها : " عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي آمر بالكفالة و يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر من الإخبار أعلاه من اجل سماعهم بشان الإبقاء على الكفالة .

و إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها ، يعين القاضي احد الورثة كفيلا .

و في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها ."

و بخصوص دعوى إنهاء الكفالة أو التخلي عنها ، نصت المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي : " ترفع دعوى إنهاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية و ينظر في الدعوى في جلسة سرية ، بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته .

يتم استئناف هذا الحكم حسب الإجراءات العادية[1] ."

المبحث الثاني : الجرائم الماسة بحق الطفل في النسب .

يعتبر حق النسب من الحقوق اللصيقة بالطفل إذ يحق لأي طفل أن ينتسب إلى أبيه متى كان نتاج زواج صحيح و إن كان الطفل مجهول النسب ضحية علاقة جنسية غير شرعية فانه كما رأينا سابقا في المبحث الأول انه تكفل له حماية قانونية و ذلك بتجريم العلاقات الجنسية التي تتم في سر و الأخر له جانب أخلاقي ، اجتماعي يتمثل في كفالة الطفل مجهول النسب .

كما وضعت عقوبات في القانون الحالة المدنية و قانون العقوبات لحماية هذه الفئة ففيما تتمثل هذه الحماية سواء في القانون العقوبات ؟ أو في قانون الحالة المدنية ؟ .

1– لحسين بن شيخ اث ملويا ، مرجع سابق ، ص **345** .

المطلب الأول : حماية نسب الطفل في قانون لعقوبات

لأهمية الحماية القانونية لنسب الطفل قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الأول : جريمة عدم التصريح و الثاني يتمثل في الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل .

الفرع الأول : جريمة عدم التصريح .

– أولا : جريمة عدم التصريح بالميلاد

تنص المادة 61 من قانون الحالة المدنية على انه "يجب أن يصرح بالمواليد خلال 5 أيام من الولادة لدى ضابط الحالة المدنية للمكان و إلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات المادة 442 ."[1] ، و التي تنص على : " كل من حضر ولادة طفل و لم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة بالحبس من 10 أيام إلى شهرين و بغرامة مالية من 8000 إلى 16.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين . " و يشكل هذا الفعل مخالفة .

– الأشخاص المستهدفون : و هم محددون في المادة 442 و بالرجوع إلى الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية و إلى المادة 62 منه تحديدا نستنتج أن الأشخاص الذين يتعرضون للعقوبات المنصوص عليها في المادة 442 ف 3 هم الأتي بيانهم :

– الأب و هو أول من ذكر في النص ، و من ثم فهو المسئول الأول عن عدم التصريح .

– الأم و تأتي في المقام الثاني .

– الأطباء و القابلات ، هم مطالبون بالتصريح إذا كان الوالد غائبا و لم تقم الأم بالتصريح بالميلاد .

– الأشخاص الآخرون الذين حضروا الولادة مطالبون كما هو الشأن بالنسبة للأطباء و القابلات بالإدلاء بالتصريح المقرر قانونا إذا لم تقم به الأم أو الأب .

1– الأمر رقم **20/70** المؤرخ في **1970/02/19** المتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية رقم **21** بتاريخ **1970/02/27** .

غير أن التصريح الذي يدلي به احد الملزمين يعفي الآخرين من واجب التصريح .

– الشخص الذي ولدت الأم عنده إذا ولدت الأم خارج بيتها ، يلزم الشخص الذي ولدت عنده بالإقرار بالولادة ، مثله مثل باقي الأشخاص السابق ذكرهم[1] .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد بنص المادة 61 المذكور سابقا أجلا معينا للتصريح بالولادة و هو 5 أيام من اليوم الذي يلي الولادة في جميع الولايات ما عدا ولايتي الواحات و الساورة فالمدة هي 20 يوم حسب أخر تعديل و في حالة ما إذا صادف أخر يوم من الأجل المحدد يوم العطلة الرسمية فان هذا الأجل يمدد إلى أول يوم يلي هذه العطلة .

و تتكون جريمة عدم التصريح بالميلاد من الأركان التالية :

– الشرط الأولي لقيام الجريمة هو حضور الولادة و لا يهم إن ولد الطفل حيا أو ميتا .

– الركن المادي : يشمل العناصر التالية :

1– عنصر عدم التصريح بميلاد الطفل و هو ذلك التصرف السلبي الحاصل بين الأب و الأم أو احد الأشخاص المذكورين في المادة 62 من قانون الحالة المدنية على سبيل الحصر و ذلك نتيجة سهو أو إهمال أو إغفال[2] .

2– و عليه فان الركن المادي هو امتناع أو إغفال يتمثل في عدم التصريح بالميلاد خلال 5 أيام من الولادة (المادة 67 من قانون الحالة المدنية)[3] .

3– غير أن الجريمة لا تقوم إذا لم يتضمن التصريح احد البيانات المنصوص عليها في المادة 63 من قانون الحالة المدنية (الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19) مثل هوية الأم .

1– د . أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص ، الجرائم ضد الأموال ، بعض الجرائم الخاصة) ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة ، **2008** ، ص **170**

2– د . عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ، دار هومة طبعة **96** ، ص **166** .

3– د . أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص **171** .

– القصد الجنائي : و هو غير مطلوب في هذه الجريمة لان الأمر يتعلق بمخالفة بسيطة.

– ثانيا : جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة :

تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 –3 على كل من وجد طفلا حديث الولادة و امتنع عن القيام بما يأتي :

– إما إذا وافق على التكفل به ، الإقرار على ذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها[1] .

– إما تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون ذلك (المادة 67–1 من قانون الحالة المدنية) .

– فحسب المادة 67 من ق.ح.م ، يتعين على كل من وجد مولود حديث أن يصرح ب هاو يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه مع الألبسة و الأمتعة الموجودة معه . و عليه يعاقب كل من وجد طفل حديث العهد بالولادة و لم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية إلا إذا وافق على التكفل بهذا الطفل بموجب إقرار يوقعه امام ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي تم العثور على الطفل في دائرتها (م 442–3 ق.ح.م)[2] .

– و العقوبة المقررة لهذه الجريمة هي نفسها تلك المقررة لجريمة عدم التصريح بالميلاد و هي الحبس على الأقل من 10 أيام إلى شهرين على الأكثر و بغرامة مالية من 8000 إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين .

إلا أن التكفل بالطفل و الإقرار بذلك أمام ضابط الحالة المدنية يضع حد للمتابعة القضائية و العقاب .

1– د . أحسن بوسقيعة ، نفس الرجع ، نفس الصفحة .

2– انظر المادة **67** من قانون الحالة المدنية .

بينما يعاقب المشرع الفرنسي على كل الأفعال التي فيها إضرار بالحالة المدنية للطفل ب 3 سنوات و بغرامة قدرها 45000 أورو ، و يعاقب على المحاولة بنفس العقوبة[1] .

و نسجل هنا بان جريمة عدم تسليم طفل حديث لولادة تتطلب قصدا جنائيا عاما أي انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع علمه بأركانها[2] .

الفرع الثاني : جرائم الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل :

حسب المادة 321 من ق.ع.ج ، تكون هذه الجرائم إما عن طريق إخفاء نسب طفل حي أو بعدم تسليم جثة طفل من شانها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل[3] .

فهذه الأخيرة هي الفعل المنصوص عليه و المعاقب عليه في المادة 321 و هنا ما سنوضحه على المنحة التالي :

– أولا: جريمة إخفاء نسب طفل حي : **Suppression d'état** : يتعلق الآمر بطفل ، و يقصد به القاصر غير مميز أي الذي لم يبلغ 16 سنة حسب المادة 42 ف 2 من القانون المدني[4] .

يكون هذا الطفل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 321 من أربعة أركان و هي :

1– عمل عادي : يأخذ أربع أشكال و هي :

– نقل الطفل : و يتحقق بإبعاد الطفل عن المكان الذي وجد به و نقله إلى مكان أخر ، و قد يشكل هذا الفعل الجنحة المنصوص عليها في المادة 326 ق.ع الآتي تحليلها .

1– المادة **13/227** من القانون الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم **916/2000** المؤرخ في **2000/09/19** .

2– بلقاسم سويقات : الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ن ورقلة ، ص **98** .

3– باخير سديد ، الاسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، **2009** ، ص **78** .

4– باخير سديد ، مرجع سابق ، ص **168** .

– إخفاء الطفل : و هي الصورة يقوم بخطف الطفل و يتولى غيره تخبئته و حجبه و تربيته خفية و آسرا في ظروف يستعصى معها إثبات الحالة المدنية للطفل .

– استبدال طفل بطفل آخر : و يتمثل في إخفاء طفل بعدما وضعته آمه محل طفل وضعته امرأة أخرى حتى لا يأخذ نسبه الأصلي .

– تقديم طفل على انه ولد لامرأة لم تضع و ذلك بغية نسبه هذه الأخيرة .

2– إثبات أن الوالدة وضعت حملها و أن الطفل ولد حيا و انه لم يسلم إلى من له الحق في المطالبة به .

3– يجب أن يكون هذا العمل من شانه أن يعرض نسب الطفل للخطر ، أي الحيلولة دون التحقق من شخصيته ، فالأمر يتعلق هنا بإخفاء النسب و من ثم فالجريمة تتعلق بشخصية الطفل .

و بناء على ذلك ، لا تقوم جريمة إخفاء نسب الطفل في حالة التصريح الكاذب للحالة المدنية بنسب الطفل خيالي لامرأة أو نسبة طفل غير شرعي إلى زوجين كما تقوم الجريمة في حالة نقل الطفل أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر و إذا احتفظ الطفل بنسبه ، أي بشخصيته الحقيقية ، ففي مثل هذه الحالة يمكن تطبيق نص المادة 326 ق.ع ، على الجاني أو نص المادة 269 ق.ع إذا عرضت صحة الطفل للخطر .

4– يجب أن يكون الطفل قد ولد حيا و قابلا للحياة لان الجريمة يكمن أثرها في تعريض الحالة المدنية للطفل للخطر ، و على النيابة العامة يقع إثبات أن الطفل ولد حيا .

و لا يشترط أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة لان المادة 321 من ق.ع تتحدث عن الطفل كما لا يهم إن كان الطفل شرعيا آو غير شرعيا .

– ثانيا : جريمة عدم تسليم جثة طفل .

هو الفعل المنصوص عليه في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة 321 ق.ع ، و يتعلق الأمر هنا بطفل لم يلد حيا أو لم يثبت انه ولد حيا .

لا تقوم الجريمة إلا إذا بلغ الجنين 180 يوما على الأقل أي 6 أشهر ، إلا إذا الفعل إجهاضا .

و يجب أن لا يكون الطفل قد ولد حيا ، و من ثم يجب أن يكون ولد ميتا آو لم يثبت انه ولد حيا .

و الأمر هنا لا يتعلق بحماية الطفل و إنما بشخصية الطفل . و يأخذ هذا الفعل صورتين :

الصورة الأولى : إذا لم يثبت أن الطفل ولد حيا و هي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 321 ق.ع ، و في هذه الصورة يكون الطفل اخفي .

يشترط القانون كما أسلفنا الإعلان بالولادة حتى يتمكن المجتمع من حماية الطفل و تقوم الجريمة بمجرد حسم الطفل و لا يهم إن دل الجاني فيها بعد عن مكان إخفاء الجثة .

و بوجه عام تقوم الجريمة في هذه الصورة إذا لم تثبت النيابة العامة أن الطفل قد ولد حيا.

الصورة الثانية : إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا : و هي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 321 ق.ع .

تقوم الجريمة في هذه الصورة إذا اثبت الجاني أن الطفل ولد ميتا[1] .

– الركن المعنوي : تقتضي هذه الجريمة بصورتها قصدا جنائيا يتمثل في الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل .

و هنا لابد أن نشير إلى عدم دقة صياغة نص المادة 321 في نسختها العربية التي جاءت على لنحو الآتي : " ... و ذلك في ظروف من شانها أن يتعذر التحقق من شخصية الطفل".

أما الصياغة الصحيحة ، استنادا إلى النسخة الفرنسية ، فتكون كالأتي : "... و ذلك في ظروف من شانها الحيلولة ، دون التحقق من شخصيته (الطفل) " .

1– د. احسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص **173** .

– الجزاء : تختلف العقوبة باختلاف الصورة التي تظهر فيها الجريمة ، و هي إما تكون جناية في حالة إخفاء نسب طفل حي ، و هي الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 321 ق.ع ، و عقوبتها السجن من 5 إلى 10 سنوات و غرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج ، و هذا بصرف النظر عن الطريقة التي ارتكبت بها الجريمة و علاوة على العقوبة الأصلية تطبق على المحكوم عليه لجناية العقوبة التكميلية المقررة للجنايات وفق الشروط التي سبق بيانها عند عرضنا لجناية القتل العمد .

غير أن هذه الجريمة تتحول إلى جنحة في صورة تقديم الطفل على انه ولد لامرأة لم تضع حملا و ذلك في حالة ما إذا ارتكبت الجريمة بعد تسليم اختياري أو إهمال من طرف والدي الطفل ، و تكون العقوبة في هذه الحالة الحبس من شهرين إلى 5 سنوات (الفقرة الرابعة و الأخيرة من المادة 321) و علاوة على العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح .

– تكون جنحة أو مخالفة في حالة عدم تسليم جثة الطفل و ذلك على النحو الأتي :

تكون جنحة إذا يثبت أن الطفل ولد حيا ، و هي الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 321 ق.ع ، و عقوبتها الحبس من سنة إلى 5 سنوات و غرامة مالية من 100.000 إلى 500.000 دج .

تكون مخالفة إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا ، و هي الحالة المنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 321 و عقوبتها الحبس من شهر إلى شهرين و غرامة مالية من 10.000 إلى 20.000 دج[1] .

المطلب الثاني : حماية نسب الطفل في قانون الحالة المدنية :

نظرا لأهمية نظام الحالة المدنية لنسب الطفل قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الأول التعريف بوثائق الحالة المدنية و الثاني تسجيل أو تقييد الأولاد الناتجين عن زواج فاسد أو باطل أو عن الزنا .

1– د . أحس بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص **174** .

الفرع الأول : التعريف بوثائق الحالة المدنية المثبتة لنسب الطفل

يراد بوثائق الحالة المدنية تلك السجلات الممسوكة من قبل ضابط الحالة المدنية و التي غالبا ما تعطى عنها نسخ أو نظائر في شكل شهادات هذه السجلات تحفظ نظائر عنها لدى النيابة العامة بعد مراقبتها و يقصد بها أيضا شهادة الولادة أو عقد الازدياد أو الدفتر العائلي الذي يسلمه ضابط الحالة المدنية بناءا على التصريح المباشر من الأب أو الأم ، أو من طرف أطراف أخرى حسب الحالات أو بناءا على أمر قضائي يسمح بالتقييد .

كما أن نظام الحالة المدنية يكتسي أهمية بالغة الأثر في حياة المواطنين اليومية لان الحالة المدنية هي قواعد تنظم التواجد القانوني للفرد داخل الأسرة و المجتمع و تعتمد على اهمم الأحداث المميزة و منها الولادة ، الزواج ــ الوفاة و يبقى الإنسان في حاجة لخدمات مصلحة الحالة المدنية طيلة حياته القانونية .

لذا اهتمت الدولة الجزائرية بنظام الحالة المدنية ، و أصدرت الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية .

حيث جاء في المادة 28 منه : يترتب عن كل فساد أو تزوير في وثائق الحالة المدنية أو قيد هذه الوثائق في ورقة مستقلة أو غيرها دون تسجيلها في المواضع المعدة لها ، تعويض الأضرار الملحقة بالأطراف[1] .

أولا : الدفتر العائلي و بطاقة الحالة المدنية :

1/ الدفتر العائلي : المادة 112 : يسلم ضابط الحالة المدنية بعد تمام الزواج أو عقده دفترا عائليا للزوجين يثبت قرانهما[2] .

المادة 113 : يتكون الدفتر العائلي من ملزمة تحتوي على :

---

1 – الأمر **20/70** المؤرخ في **13** ذي الحجة عام **1389** الموافق الى **19**فيبراير سنة **1970** يتعلق بالحالة المدنية (النصوص الخاصة التشريعية و التنظيمية التي لها صلة بقانون العقوبات ، جمعها و رتبها ، محمد الطالب يعقوبي ، **2000** ، ص **25**

2 –أ يوسف دلاندة ، قانون الحالة المدنية ، منقع بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم **14//08** مزود بأحداث النصوص التنظيمية ذات الصلة و مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، **2015** ، ص **59** .

- ملخص عقد الزواج بالنسبة للزوجين .

- ملخصات لعقود ولادات الأولاد .

- ملخصات لوفاة الزوجين .

- ملخصات لعقود وفاة الأولاد .

المادة 117 : يتعين على ضابط الحالة المدنية الذي يتلقى أو يسجل عقدا أو حكما قضائيا يجب نقله أو بيانه في الدفتر العائلي أن يطلب من المصرح أو الشخص المكلف بعملية التسجيل تقديم هذا الدفتر استكمال القيد فيه حالا .

و إذا لم يتمكن من تقديم الدفتر يقوم على الأقل بتحرير العقد أو التسجيل أو البيان و عندئذ يلفت ضابط الحالة المدنية نظر رب العائلة للعقوبات التي يتعرض لها تطبيقا للمادة 228 من قانون العقوبات بكتابة و استعمال بطاقات الحالة المدنية المعدة بالاستناد لدفتر غير تام أو غير صحيح[1] .

المادة 122 : إن تقديم الدفتر العائلي النظامي في الإجراءات و التحقيقات الخاصة بالعرائض الإدارية المتابعة من الإدارات و المصالح و المؤسسات العمومية أو المقاولات و الهيئات و الصناديق المراقبة من الدولة يقوم مقام تسليم القيد للملخصات الواردة بعده بحسب كل حالة :

- ملخص عقد الزواج بالنسبة للأبوين .

- ملخص عقد الميلاد بالنسبة للأبوين و الأولاد .

- ملخص عقد الوفاة بالنسبة للأبوين أو الأولاد المتوفين .

1 – الأستاذ يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص **60** .

المادة 123 : عند عدم وجود الدفتر العائلي يسجل في الأحوال المشار إليها في المادة 122 النسب و الألقاب و الأسماء و التاريخ و مكان الولادة إذا لزم الأمر بالاستناد لملخص عقد الميلاد المعني مهما كان تاريخ تسليم هذا الملخص .

2/ بطاقة الحالة المدنية :

المادة 124 : لتطبيق المادتين 122-123 يقدم الطالب إلى العون المكلف بالإجراء أو تحقيق العريضة دفتره العائلي و إلا فملخص عقد ميلاده ، و بناءا على تقديم هاتين الوثيقتين يسجل العون في الحين المعلومات اللازمة على بطاقة يحدد نموذجا بموجب قرار من وزير العدل و يوقعها مع بيان صفته ، كما يوقعها أيضا الطالب و يصدق بشرفه على صحتها بتاريخ تحرير البطاقة و صحة البيانات الواردة فيها ، و ترفق البطاقة بالملف و ترد الأوراق الأخرى إلى الطالب .

يستطيع الطالب أيضا أن يقدم إلى مقر بلدية إقامته حسب الحال إحدى الأوراق المشار إليها في المادة 122 ، و بناءا على هذه الوثيقة يسجل العون المختص المعلومات اللازمة بواسطة البطاقة المحددة في المقطع السابق و يوقعها مع بيان صفته و يسلمها للطالب لنكون مقبولة لدى الهيئة المكلفة بالإجراء ، و يوقع الطالب البطاقة المذكورة و يصدق بشرفه على صحتها بتاريخ التسليم و صحة البيانات الواردة فيها[1] .

ثانيا : وثيقة الميلاد

بيانات وثيقة الميلاد : لقد نص القانون على بيانات أساسية ذكرها على سبيل الحصر بحيث لا يجوز الزيادة عنها ، و لا النقصان منها ، و اوجب على ضابط الحالة المدنية و من يقوم مقامه مراعاتها بعناية و دقة و احترامها عند تحرير وثيقة الميلاد ، و هذه البيانات هي :

1- المكان الذي ولد فيه المولود المراد التصريح بولادته .

1 - المرجع السابق ، ص **63** .

2- تاريخ الولادة بالساعة و اليوم و الشهر .

3- جنس المولود (ذكر أو أنثى) .

4- الاسم الذي أعطي له من قبل الأب أو المصرح أو ضابط الحالة المدنية .

5- اسم و لقب و عمر و مهنة و مسكن كل واحد من الأب و الأم .

6- إن كان المصرح غير الأب يذكر في الوثيقة اسمه و لقبه و عمره و مهنته و مسكنه .

و لا تستثنى من ذلك إلا وثيقة ميلاد اللقيط ، و مجهول الوالدين حيث يصبح من غير الممكن ذكر البيانات المتعلقة بالأب و الأم و يصبح من الواجب على ضابط الحالة المدنية أن يعطي للمولود مجموعة من الأسماء يكون آخرها لقبا له ، و ذلك إذا لم يكن الشخص الذي التقطه أو عثر عليه قد اختار اسما مناسبا[1] .

- و من بيانات وثيقة الميلاد نذكر :

اللقب العائلي :

النظرية العامة في هذا المجال لا يعتبر اللقب مجرد بيان من بيانات وثيقة الميلاد فقط ، بل تعتبره حقا من الحقوق التي يرثها الابن عن أبيه ، و الحقيقة أن الابن الشرعي هو وحده الذي يحق له حمل لقب العائلة تبعا للقب أبيه ، أما الولد اللقيط و لمجهول الوالدين و ابن الزنا فليس من الممكن أن يحمل أيهم لقب عائلة معينة ، و لكن يحق لكل منهم أن يتسمى بمجموعة أسماء يتخذ أخرها لقبا له ، و لعل من الضروري أن نلفت الانتباه إلى أن اللقب أو الاسم العائلي من خصائصه الدوام إذ لا يمكن زواله أو التنازل عنه و إنما يمكن فقط استبداله وفقا لإجراءات و شروط معينة حددها المرسوم 157/71 الصادر بتاريخ 1971/06/03 كما أن اللقب محمي بحكم القانون من كل تعد عليه ، و لا يجوز استعماله من قبل شخص أجنبي عن العائلة التي تستعمله ، و إن كل من ينتحل اسما عائليا أو لقب عائلة غير عائلته و يستعمله دون حق يعرض نفسه للمتابعة الجزائية بتهمة

---

1 – نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ج **2** ، ط **2** ، دار هومة ، عبد العزيز سعد ، ص **17**–**18** .

ارتكاب جنحة انتحال الألقاب و يمكن أن يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين خمسمائة و خمسة آلاف دينار تطبيقا لنص المادة 274 من قانون العقوبات[1] .

و نلاحظ في هذا المجال أن ما يقوم به بعض ضباط الحالة المدنية لبعض البلديات من إعطاء ابن الزنا لقب أمه و هو عمل خاطئ و تصرف اعتباطي ليس له أي سند قانوني و مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية القائلة : " الولد للفراش و للعاهر الحجر " كما نلاحظ أيضا أن منح ضابط الحالة المدنية لقب الأم للولد الشرعي الذي لم تتمكن والدته من تقديم الدفتر العائلي إليه إثناء التصريح بولادته أو لم تتمكن هي أو زوجها من تقديم وثيقة عقد الزواج أو الدفتر العائلي إلى إدارة المستشفى عندما تحصل الولادة هناك لهو تصرف تعسفي أيضا لا يجوز للوالي و لا للنائب العام و لا لرئيس المجالس الشعبي البلدي السكوت عنه ، و هو عمل قد يؤدي إلى اتهام ضابط الحالة المدنية بجريمة تزوير وثائق إدارية و معاقبته جزائيا و إداريا و مدنيا .

لذلك فانه لا يجوز لضابط الحالة المدنية و لا لإدارة المستشفى أن يتصرفا من تلقاء نفسيهما و أن يعطيا المولود لقب أمه أو أي لقب آخر سوى لقب أبيه إذا كان ولدا شرعيا أو تركه بدون لقب إذا كان ولدا طبيعيا مجهول الأب و أن أمه قد حملت به سفاحا .

– الفرع الثاني : تسجيل أو تقييد الأولاد الناتجين عن زواج فاسد أو باطل أو عن الزنا

أولا : الأولاد الناتجين عن زواج فاسد :

هنا يكفينا أن نتحدث عن ما يتصل منها بالحالة المدنية فقط . حيث أن النسب في تلك الحالات الواردة في نص المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة[2] .

كلها نسب صحيح و لا نزاع فيه . و أن المولود يمكن أن يصبح بولادته إلى ضابط الحالة المدنية وفقا للآجال و بالطرق المحددة في قانون الحالة المدنية و ما على ضابط الحالة المدنية إلا أن يتلقى التصريح بالولادة من المعنيين و يسجله استنادا إلى ما أدلوا به إليه

---

1 – نفس الكتاب ، ص **23** .

2 – راجع نصوص المواد من **40** إلى **45** من قانون الأسرة .

من معلومات . غير انه إذا فسخ عقد الزواج لفساده أو لسبب قانوني آخر و كان قد نتج عنه أولاد لم يتم تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية ثم وقع نزاع حول صحة نسبهم إلى الأب أو إلى الأم أو إليهما معا ، فان ضابط الحالة المدنية لا يجوز له أن يسجل ولادة أي منهم إلا استنادا إلى حكم صادر عن المحكمة يكون قد فصل في هذا النزاع و قضى باستناد نسب الولد إلى أبيه الحقيقي و هنا يجوز لصاحب المصلحة أن يستخرج نسخة من لحكم النهائي الذي حكم بصحة النسب و يقدمها إلى وكيل الجمهورية مرفقة بطلب كتابي ، و يطلب منه أن يسعى مع رئيس المحكمة لإصدار آمر بتقييد ولادة المولود في سجلات الحالة المدنية على اسم و لقب الشخص المنسوب إليه و ذلك وفقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية[1] .

و ليس على ضابط الحالة المدنية عندئذ إلا تقييد منطوق الحكم في سجل المواليد وفقا للقانون . أي تقييدا على اسم و لقب الشخص المنسوب إليه استنادا إلى الحكم .

ثانيا : الأولاد الناتجين عن زواج باطل

لقد ورد أيضا النص في المادة 33 من قانون الأسرة انه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه . و يثبت بعد الدخول بصدق المثل إذا اختل ركن واحد . و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد[2] .

كما ورد في المادة 34 منه أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب[3] .

لكن على الرغم من أن لنا مأخذا نأخذه على صياغة المادة 33 من حيث تركيبها و غموضها ، فان الذي بهمنا في مجال الحديث عن نظام الحالة المدنية هو مصير الأولاد الذين ينتجون عن الزواج الباطل .

---

1 – انظر المادة **39** من قانون الحالة المدنية .

2 – انظر المادة **33** من قانون الأسرة .

3 – انظر المادة **34** منه .

فلو فرضنا مثلا أن مواطنة جزائرية مسلمة تزوجت مع شخص غير مسلم عن علم أو عن جهل . أو فرضنا مواطنا جزائريا تزوج غير كتابية ملحدة أو مجوسية عن علم أو دون علم و كان هذا الزواج الذي يكون قد سجل داخل البلاد أو خارجها أو لم يسجل قد نتج عنه أولاد ولدوا في الجزائر خلال قيام الرابطة الزوجية فهل يجوز أن ينسب هؤلاء الأولاد إلى أبيهم أو أمهم . و يمكن بالتالي تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية إلى اسم و لقب الأب و الأم ؟ . و إذا لم يكن قد تم تسجيلهم وقت ولادتهم و أراد الأب مثلا أن يطلب رمن المحكمة أن تأمر بتقييدهم في سجلات الحالة المدنية وفقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية[1] .فهل يجوز لهذه المحكمة أن تقبل مطلبه أو يجب عليها أن ترفضه ؟ .

إن القاعدة المعروفة في الشريعة الإسلامية أن الزواج المسلم بغير المسلم زواج باطل . و زواج المسلم بغير ذات كتاب باطل . و أن العقد الباطل كالعقد المعدوم الوجود و لا يترتب عليه أي اثر شرعي إطلاقا . و أن القاعدة في قانون الأسرة الجزائري أن عقد الزواج يكون باطلا إذا تخلف أو فقد أكثر من ركن واحد من أركانه المشار إليها في المادة التاسعة منه[2] .

و عليه يمكن القول أن الأولاد الناتجين عن زواج باطل إن كان يصح نسبهم إلى أمهم التي ولدتهم فانه لا يمكن أن ينسبوا إلى الشخص الذي تزوج أمهم ، و بالتالي لا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يسجل مثل هؤلاء الأولاد على لقب أو اسم من تزوج أمهم إذا وقع التصريح لديه بذلك وقت الولادة . و لا يجوز للمحكمة أن تأمر بتقييدهم في سجلات الحالة المدنية بموجب أمر قضائي على لقب و اسم الزوج إذا كان قد قدم إليها طلب بذلك منه أو من الأم أو من غيرهما . و يمكن فقط أن يسجلوا أو يقيدوا على اسم أمهم دون لقبها إضافة إلى الاسم المعطى لهم [3].

ثالثا : الأولاد الناتجين عن الزنا .

---

1 – انظر المادة **39** من قانون الحالة المدنية .

2 – انظر المادة **09** من قانون الأسرة .

3 – نظام الحالة المدنية في الجزائر ، عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ،ص **52** .

إن الزنا في الشريعة الإسلامية فعل شائن و جريمة خطيرة تستوجب عقوبة خطيرة أيضا تصل إلى حد الجلد مائة جلدة لغير المحصنين و الرجم حتى الموت للمحصنين ، و المقصود بالزنا في الشريعة ليس هو نفسه المقصود في قانون العقوبات ذلك انه إذا كانت عقوبة الزنا في قانون العقوبات تعني قيام علاقة جنسية غير قانونية بين امرأة و رجل احدهما أو كلاهما متزوج . و بناءا على شكوى من الزوج و لا يتوقف العقاب عليه على شكوى من أي احد .

و لكن إذا كان هذا هو شان فعل الزنا في القانون الوضعي فما هو الشأن بالنسبة إلى الأولاد الناتجين عنه من حيث إثبات نسبهم إلى أبيهم أو عدم إثباته . و من حيث تسجيلهم أو تقييدهم على اسمه و لقبه في سجلات الحالة المدنية أو عدم تسجيلهم ؟ .

الحقيقة أن الزنا في الشريعة الإسلامية لا يترتب عليه أي اثر من أثار الزواج الصحيح و لا حتى الفاسد فيما يتعلق بإثبات النسب ، و ذلك تنفيذا لقوله (ص) " الولد للفراش و للعاهر الحجر " و من هنا يمكن القول انه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يسجل ابن الزنا على لقب و اسم شخص قام بعلاقة جنسية غير شرعية مع أمه . كما لا يجوز لمحكمة أن تأمر بتقييد مثل هذا الولد على لقب و اسم شخص تزعم الأم انه هو أبوه ، دون أن تقدم بأية حجة على ذلك . و إذا تقدمت الأم و شخص آخر إلى ضابط الحالة المدنية بالتصريح بالمولود و طلب تسجيله في سجلات الحالة المدنية أو تقدم احد إلى المحكمة بقصد طلب إصدار أمر بتقييده فانه كل واحد من ضابط الحالة المدنية أو القاضي أن يتحرى و يتحقق من أن الولد المطلوب تسجيله أو تقييده ناتج عن زواج شرعي . حتى و لو لزم الآمر أن يطلب الاستظهار بوثيقة عقد الزواج . و أما إذا تبين لضابط الحالة المدنية آو القاضي أن الولد المطلوب تسجيله في سجلات الحالة المدنية مباشرة أو تقييده بموجب أمر قضائي ابن زنا و انه لا توجد أية دلائل على وجود زواج شرعي بين أمه و شخص آخر فانه يجب عليهم رفض الطلب[1] .

1 – نظام الحالة المدنية ، عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص **53** .

الخاتمة

خاتمة :

لقد حاولنا من خلال عرضنا المتواضع كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسالة إثبات النسب عموما ، و دور الطرق العلمية في ذلك نظرا لما يكتسي هذا المجال من أهمية بالغة فقها و تشريعا ، إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات و الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع ، و بالتالي تتطلب حصرها من الجاني القانوني من خلال وضع إطار قانوني للطرق العلمية ، و إلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب بمقابل الطرق الشرعية أو لنفيه بمقابل اللعان كوسيلة شرعية إذ يعتبر من أقوى الطرق المشروعة لنفي الولد ، غير انه ووقوفنا أمام مصلحة الطفل في معرفة أصله و حماية له من الضياع يرجع الاستعانة بنتائج الكشف عن الشفرة الوراثية للتقليل من حالات النفي و للإشارة فان ذلك يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي .

و ما نلاحظه هو انتشار كبير للإجهاض و الزنا و الاغتصاب و أمام هذه الظواهر الاجتماعية و الممارسات الطبية المستحدثة لزم أن يتدخل المشرع الجزائري و يتساير مع التطور العلمي و يلاحقه بوضع ضوابط قانونية لتنظيم التعامل مع التطورات المستحدثة .

فمن نتائج الزنا و الاغتصاب هو نشوء طفل مجهول الهوية التي أصبحت ظاهرة جد منتشرة في الآونة الأخيرة بتزايد رهيب و هذه الشريحة من المجتمع التي أصبحت الآن واقع لا يمكن إخفاءه أو إنكاره باعتباره جزء لا يتجزأ من المجتمع الإنساني و لا يستطيع العيش منعزلا عن الآخرين فهو بحاجة إليهم و هذا اللقيط يحتاج مند ولادته إلى الرعاية و الاهتمام فحسب ما نراه على ارض الوقع قد عجز عن توفير الحماية القانونية الفعلية لهؤلاء الأطفال و إيجاد الغطاء القانوني الكفيل بتسهيل اندماجهم في المجتمع و هذا ما أدى إلى إثارة جدل واسع في الجزائر بين القانون و الدين و علماء النفس و الاجتماع الذين يطالبون بالحماية الفعلية لهؤلاء حيث أنهم لا يزالون في الجزائر يعانون من

التهميش و الاحتقار في ظل عجز الدولة عن التكفل بهم و إعطائهم ابسط حقوقهم و هو الاعتراف بوجودهم كأفراد في المجتمع لهم حقوق كغيرهم من الأطفال المعلومين النسب و تجدر الإشارة إلى أن نظام الحالة المدنية يكتسي أهمية بالغة الأثر في حياة المواطنين داخل الأسرة و المجتمع و تعتمد على أهم الأحداث المميزة لحمايته منها : الولادة ، الزواج ، الوفاة ، و يبقى الإنسان في حاجة لخدمات مصلحة الحالة المدنية طيلة حياته القانونية حيث تظهر علاقته بقانون العقوبات الذي يلعب دور الحماية لسجلات الحالة المدنية بإثبات حالة الأفراد الحقيقية المشتبه بهم و تحديد وضعياتهم القانونية ، و في مجال تلقي عقود الزواج و مهل التصريحات بالولادات و الوفيات فان المشرع الجزائري يعاقب على الإخلال بأحكامها .

و ختاما لكل ما تطرقنا إليه سابقا نستنتج أن الشريعة الإسلامية قد شملت النسب بحماية كبرى و بالتالي فان القانون الجزائري متعه بحماية جنائية موازية لها بحيث أنها مستمدة منها ، إذ جزم كل علاقة جنسية خارج الزواج لذلك عاقب على الزنا باعتباره أهم جريمة تقف ضد الأخلاق و استمرار الزواج و الأنساب و لم يسمح بالتوالد في إطار خارج الزواج و يعاقب كل التصرفات التي تمس الأسرة الشرعية أو بحق الطفل في النسب عن طريق ادعائه أو إنكاره دون وجه حق .

التوصيات :

1- جعل اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب أمرا وجوبيا و ليس جوازيا لان جوا زيتها قد تؤدي إلى ضياع حق الطفل في معرفة نسبه الحقيقي .

2- تشديد العقوبات على جرائم الإجهاض و الاغتصاب نظرا لخطورتها على الأسرة و خاصة الأطفال .

3- جريمة الزنا من اخطر الجرائم التي تمس الأسرة و تهدد وجودها و تمس أعراضها فيجب على المشرع أن يشدد العقاب على فاعليها دون رحمة أو شفقة .

- آليات وقائية لحماية نسب الطفل :

- الأولاد الذين ولدوا دون نسب صريح في المستشفيات أم في المنازل و تم إهمالهم في المستشفى أم في المزابل و على أرصفة الشوارع ، ترسل بهم وزارة التضامن إلى مراكز الطفولة .

- الأطفال الذين لهم نسب صريح لكن احد الوالدين أم كلاهما سجين ، أي مجرمين من الحقوق ترسل بهم المحاكم إلى مراكز الطفولة .

- الأمر 76/79 المؤرخ بتاريخ 1979/11/23 المتضمن لقانون الصحة العمومية اهتم بإجراءات الوقاية و الحماية ، إنشاء دور للحضانة مكلفة بالاستقبال في ظل السرية التامة للأمهات العازبات سواء كن بمفردهن أو برفقة المولود الجديد ، كما يلزم هذا الأمر المراكز الاستشفائية بضمان العلاج الملائم للمرأة الحامل أو التي أنجبت منذ عهد قريب ، و كذا استقبالها في الأشهر السابقة للولادة و الشهر الموالي لها ، كما يلزم الأمر الوالي يدفع نفقات الطفل و سد احتياجات الأم و إلا وضع الطفل في مركز خاص .

- يأتي طلب كفالة هذه الفئة من اسر تتمتع بشروط الكفالة المخولة في القانون الجزائري ، جنسية جزائرية ن يدين بالديانة الإسلامية ، مسكن لائق ، وظيفة ، معاينة السلامة العقلية .

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : المصادر .

1/ القران الكريم .

2/ الحديث و علومه .

3/ المعاجم : المنجد في – اللغة العربية المعاصرة – دار الشروق ، بيروت ، 2008 ، ط3.

ثانيا : الكتب .

1/ أحمد محمد أحمد ، الجرائم المخلة بالآداب العامة ن دار الفكر و القانون ، مصر ، 2009 .

2/ أحسن بوسقيعة ن الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص ، الجرائم ضد الأموال ، بعض الجرائم الخاصة) ، دار هومة ، ط 09 ، 2008 .

3/ العيش فوضيل ، قانون الأسرة (مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005) ، ديوان المطبوعات الجامعية 2 ، 2007 ، ط 02 ، الجزائر .

4/ أحسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ن الجزائر ، 2014 .

5/ بلخير سديد ، الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، دار الخلدونية ن الجزائر ، 2009 .

6/ د . أميرة عدلي ، أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 .

7/ د . أحسين بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص ، الجرائم ضد الأموال ، بعض الجرائم الخاصة) ، دار هومة ، ط 16 ، 2013 .

8/ د . أحسين بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص ، الجرائم ضد الأموال ، بعض الجرائم الخاصة) ، دار هومة ، ط 2002 .

9/ د . احمد فتحي بهنسي ن السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية ، دار الشروق ، بيروت ، 1403 ه – 1983 م ، ط 1 .

10/ أمين حسين يونس ، اثر الزنا في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط 1 ، 2010 .

11/ د . اشرف عبد الرزاق ويح ، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

12/ د . إسماعيل أبا بكر علي البامرني ، إحكام الأسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية ، دار الحامد ، الأردن ، ط 1 ، 2009 .

13/ د . بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة الخطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصية) ، الجزء الأول (الزواج و الطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 ، الجزائر ، 2005 .

14/ د . بلحاج العربي ، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات النسب في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية .

15/ د . بن صغير مراد ، حية البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب ، دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديث مع الفقه الإسلامي ، العدد 09 ، جوان 2013 .

16/ د . بلحاج العربي ، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد ، منشور في المجلة القضائية ، الرياض ، السعودية ، العدد 06 ، 2014 .

17/ د . حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2008 .

18/ د . شحاتة عبد المطلب حسن احمد ، الإجهاض بين الحظر و الإباحة في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 .

19/ د . عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، المجلد الأول ، 2009 .

20/ د . عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، المجلد الثاني ، 2009 .

21/ د . عبد الخالق النواوي ، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت .

22/ د . عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، وثائق الحالة المدنية و الحالات التي تطرأ عليها ، دار هومة ، ط 03 ، الجزء الثاني .

23/ د . عثمان التكروري ن شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2009 .

24/ د . عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ، دار هومة ، ط 96 .

25/ د . منصور رحماني ، الوجيز في القانون الجنائي العام (فقه و قضاء à ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الايداع القانوني 2006/480 .

26/ د . يوسف دلاندة ، قانون الحالة المدنية منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 08/14 مزود بأحداث النصوص التنظيمية ذات الصلة و مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2015 .

27/ حسام الأحمد البصمة الوراثية ، حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط 1 ، 2010 .

28/ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، الجزء الأول ، 1986 .

29/ محمود احمد طه ، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ن 1999 .

30/ لبدان ابو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، الجزء الأول .

31/ نبيل صقر ، قانون الأسرة ، نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر .

32/ عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية ، كلية الشريعة بجامعة أم القرى .

33/ احمد الفراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية 1911 .

ثالثا : المجلات :

34/ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، مجلة محكمة سداسية ، العدد 2011/02 .

35/ عبد الحليم بن مشري ، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد 10 .

رابعا القوانين و المراسيم :

36/ الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية .

38/ الأمر 58/85 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ب 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، الصادر بالجريدة الرسمية .

39/ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، الصادر عن الجريدة الرسمية .

40/ المرسوم رقم 71/157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق باللجان و الإجراءات الخاصة بإعادة إنشاء عقود الحالة المدنية .

41/ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

42/ الأمر رقم 20/70 متعلق بالحالة المدنية ، النصوص الخاصة ، التشريعية و التنظيمية التي لها صلة بقانون العقوبات جمعها رتبها محمد الطالب يعقوبي 2000 (جريدة رسمية 1970) .

43/ الأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 2000/09/19 من قانون العقوبات الفرنسي .

خامسا : قرارات المحكمة العليا :

44/ ملف رقم 165408 قرار بتاريخ 1979/07/08 ، ع خاص 2001 .

45/ ملف رقم 204821 ، قرار بتاريخ 1988/10/20 ، م ق /3 .

46/ ملف رقم 35934 ، قرار بتاريخ 1985/02/25 ، م ق 1/89 .

47/ ملف رقم 42681 ، قرار بتاريخ 1986/11/03 ، عدد 02 .

48/ ملف رقم 202430 ، اجتهاد قضاء الغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 .

49/ ملف رقم 31414 ، قرار مؤرخ في 1988/12/15 عدد ثالث سنة 1991 .

50/ ملف رقم 222674 ، قرار صادر في 1999/06/15 ، عدد خاص .

51/ قرار رقم 617374 ، الصادر بتاريخ 2011/05/12 ، مجلة قضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول 2012 .

52/ ملف رقم 122761 ، قرار بتاريخ 1994/06/28 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 .

53/ ملف رقم 7180 ، قرار بتاريخ 1991/05/21 .

سادسا : قائمة الرسائل و المذكرات :

54/ جدوي محمد أمين ن جريمة الإجهاض بين الشريعة و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام ، جامعة تلمسان الجزائر سنة 2010/2009.

55/ ومان ياسمين ، جريمة الإجهاض في القانون الجزائري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد حيضر ، بسكرة سنة 2014/2013 .

56/ بوزيان عبد الباقي ، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام 2010/2009 .

57/ بشانية عفاف و معها بلفول نسيمة ، جريمة الزنا في القانون و التشريعات ، مذكرة في مادة الملتقى ، جامعة باجي مختار عنابة ، سنة 2007/2006 .

58/ بورنب حنان و معها بوخاري صفية ، طرق إثبات و نفي النسب في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ، جامعة باجي مختار عنابة ، سنة 2006/2005 .

59/ بلقاسم سويقات ، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة .

60/ النسب ، فتوى رقم 101965 ، الأربعاء ذو القعدة 1428 ه – 2007/11/28 .

61/ أبو إسحاق سبيعي ، حكم إلحاق ولد الزنا بابيه ، الدراسات الإسلامية و النوازل الفقهية ، 2010 .

الفهرس

الفهرس :

مقدمة ..... أ

الفصل الأول : أسباب ثبوت النسب في الشريعة و القانون الجزائري .

المبحث الأول : الأسباب المنشئة و الكاشفة للنسب في الشريعة و القانون الجزائري ...7

المطلب الأول : أسباب ثبوت النسب في الشريعة 7

الفرع الأول : الأسباب المنشئة للنسب 8

أولا : الزواج الشرعي 8

ثانيا : الزواج الفاسد و النسب بعد الفرقة 10

ثالثا : زواج المتعة و زواج الشبهة 12

الفرع الثاني : الأسباب الكاشفة للنسب 12

أولا : الإقرار 12

ثانيا : البينة 14

ثالثا : القيافة و القرعة 14

المطلب الثاني : أسباب ثبوت النسب في القانون الجزائري 15

الفرع الأول : الأسباب المنشئة للنسب 16

أولا : ثبوت النسب بالزواج الصحيح.....16

ثانيا : ثبوت النسب بالزواج الفاسد 23

ثالثا : ثبوت النسب بنكاح الشبهة 25
الفرع الثاني : الأسباب الكاشفة للنسب 25
أولا : ثبوت النسب بالإقرار 25
ثانيا : ثبوت النسب بالبينة 28
المبحث الثاني : دور الطرق العلمية و التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب 30
المطلب الأول : الطرق العلمية في إثبات النسب 30
الفرع الأول : البصمة الوراثية.....30
أولا : تعريف البصمة الوراثية.....30
ثانيا : مجال استخدام البصمة الوراثية 33
ثالثا : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب 34
الفرع الثاني : نظام فصائل الدم 35
أولا : تعريفه 35
ثانيا : أهميته في الإثبات 36
ثالثا : موقف بعض الفقه من الطرق العلمية 36
المطلب الثاني :ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي 37
الفرع الأول : التلقيح الاصطناعي 37
أولا : تعريفه 37

ثانيا : تحديد نسبه في الشريعة 39

الفرع الثاني : موقف الشريعة و القانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي ...40

أولا : موقف الشريعة 40

ثانيا : موقف المشرع الجزائري 41

الفصل الثاني : الحماية الجنائية لنسب الطفل

المبحث الأول : مظاهر حماية النسب في الشريعة و القانون (ج) 44

المطلب الأول : الجرائم التي تؤثر في النسب 44

الفرع الأول : جريمة الإجهاض 44

أولا : في الشريعة الإسلامية 44

ثانيا : في القانون الجزائري 49

الفرع الثاني : جريمة الزنا 53

أولا : في الشريعة الإسلامية 53

ثانيا في القانون الجزائري 60

الفرع الثالث : جريمة الاغتصاب 63

أولا : في الشريعة الإسلامية 63

ثانيا : في القانون الجزائري 64

المطلب الثاني : أنظمة حماية نسب الطفل 66

الفرع الأول : لمحة عن الطفل اللقيط 67
أولا : الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية 67
ثانيا : الطفل اللقيط في القانون الجزائري 68
الفرع الثاني : نظام التبني 71
أولا : التبني في الشريعة الإسلامية 71
ثانيا : التبني في التشريع الجزائري 72
الفرع الثالث : نظام الكفالة 73
أولا : الكفالة في الشريعة الإسلامية 74
ثانيا : الكفالة في القانون الجزائري 74
المبحث الثاني : الجرائم الماسة بحق الطفل في النسب 77
المطلب الأول : حماية نسب الطفل في قانون العقوبات 78
الفرع الأول : عدم التصريح 78
أولا : عدم التصريح بالميلاد 78
ثانيا : عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة 80
الفرع الثاني : الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل 81
أولا : إخفاء نسب طفل حي 81
ثانيا : عدم تسليم جثة طفل 82

المطلب الثاني : حماية نسب الطفل في قانون الحالة المدنية 84

الفرع الأول : التعريف بوثائق الحالة المدنية المثبة لنسب الطفل 85

أولا : الدفتر العائلي وبطاقة الحالة المدنية 85

ثانيا : وثيقة الميلاد 87

الفرع الثاني : تسجيل أو تقييد الأولاد الناتجين عن زواج فاسد أو باطل أو زنا 89

أولا : الأولاد الناتجين عن زواج فاسد 89

ثانيا : الأولاد الناتجين عن زواج باطل 90

ثالثا : الأولاد الناتجين عن الزنا 91

خاتمة 93