



جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أحكام الاستئناف في

الشريعة والقانون

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: أحوال شخصية

إشراف الدكتور:

عيسى معيزة

إعداد الطالبة:

كاف صبيحة

لجنة المناقشة:

1-د/ عبدالرحمن بشيري.....رئيسا.

2-د/عيسى معيزة.....مقررا و مشرفا.

3-د/مسعود هلالى.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا
ءَابَاءَهُمْ فَاخُوتُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ
عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِء وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ
فُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾

{سورة : الأحزاب، الآية : 05}

الهدايا

إلى أمي التي بحسن رعايتها وفيض حنانها سما حب الخير
في قلبي ، وإلى أبي الذي وهبني أول قلم ملكته في طفولتي،
ووضعني على طريق التعلم وحببه إلي، فأصبحت بفضل أخوض
الحياة عن علم .

إلى الزوج الكريم الذي لولا صبره ودعمه ما كنت لأتم هذا
العمل، وإلى والدته "أمي الثانية".

إلى رفيق طفولتي ودربي أخي "موسى" .

إلى أبنائي الأعزاء : " رفيدة، بشرى، يوسف، محمد، إبراهيم
وسارة " .

إلى أشقائي وشقيقاتي وأزواجهم وأبنائهم .

إلى صديقاتي : حياة بورنان ،هاجر، الزهرة ، مباركة، وهيبة،
نعيمة، سمية، جميلة، ويزة.....

إلى جميع هؤلاء

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر و تقدير

اليوم علمٌ و غداً مثله^{١٩}
من نُخبِ العلمِ التي تُلتَقَطُ
يُحصل المرءُ بها حكمة
وإنما السَّيلُ اجتماع النُّقَطِ

بداية أشكر الله تعالى الذي أعانني على إنجاز هذا البحث .

الواجب يقضي بإسناد الفضل لأهله، والجميل لذويه، لذا أتوجه بخالص الشكر والعرفان والتقدير إلى أستاذي الفاضل "عيسى معيزة" على قبوله الإشراف على مذكرتي، وعلى نصائحه القيمة التي أفادتنني في بحثي .

كما أتقدم بجزيل شكري إلى جميع أساتذتنا الكرام في جامعة زيان عاشور، وأخص بالذكر الأستاذ: "بشيري عبد الرحمن".

أشكر الشيخين الكريمين "عبد العزيز بوشيبان" و"خالد نورين"، وكذا الدكتور "يوسف بن شيخ"، والأستاذتين: "صباح" و"شابحة"، أشكر "محمد كلوغلي"، و"بن صالح"، "وبن يعقوب"، "ودحمان" وكل من أفادني ولومرجع، أو كلمة تشجيع.

مفتی

لقد اهتم الشارع الحكيم أعظم الاهتمام بالأسرة، ووضع لذلك نظاما كاملا محكما، تنشأ فيه رابطة الزوجية، على أساس من المودة والرحمة والسكينة، على نحو تكون فيه لبنة سليمة في بناء الأمة العظيمة.

لذلك جعل الله عز وجل الزوجية رابطة مقدسة، تحقق أهدافا سامية، وغايات نبيلة تتمثل في : حماية الشرف، ومنع ابتذال الجنس، وحفظ الصحة، وغض البصر، وتحصين الفرج، واستقرار المجتمع، وإمداده بنسل صالح ونشء مهذب.

وقد رتبت الشريعة لهؤلاء الأولاد حقوقا أولها النسب، فالنسب هو الأساس الأقوى الذي تقوم عليه الأسرة ويرتبط أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَبَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَقْبَالِ بَطِلٍ يَوْمِنُونَ وَبِئِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ {النحل،72}.

حيث أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيدا من العناية، و أحاطته ببالغ الرعاية، ولا أدل على ذلك من جعله من الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها، ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب أنها شددت النكير، وبالغت في التهديد للأباء والأمهات حين يقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرؤون منهم، أو حين ينسبون لأنفسهم أولادا ليسوا منهم، وفي هذا يقول النبي (ص): « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه يوم القيامة، و فضحه على رؤوس الأولين والآخرين¹ ». وحرم الإسلام الانتساب إلى غير الآباء حيث قال (ص): «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»²، وأبطل أيضا نظام التبني لمنافاته للحقيقة والواقع، وأقر بدلا عنه نظام الكفالة حفظا له من الضياع.

1- أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، المكتبة العصرية، كتاب الطلاق، باب التعليل في الإنتقاء، رقم الحديث 2263، ج2، ص279.

2- محمد اسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، ط1، القاهرة، 1423هـ-2003م، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم الحديث 27ح66، ج3، ص302.

وحرّم كل اتصال جنسي خارج نطاق الزوجية، واعتبره فاحشة عظيمة، وجريمة لا يعدها بعد الكفر وقتل النفس شيء، وتخلّف وراءها ضحايا لا ذنب لهم سوى أنهم ثمرّة علاقة محرّمة، كانت نتيجتها فقدان هويتهم وحقيقتهم وجودهم؛ فأضفت عليهم صفة مجهولي النسب، أو أولاد غير شرعيين؛ فيوصمون بالعار طيلة حياتهم، ويحرمون من آباء يتشرفون بالانتساب إليهم، بحيث يلقون في الشوارع ولا يجدون -في الغالب- من يرعاهم ويربيهم؛ فيصبحون أفرادا يغلب عليهم الحقد والبغضاء على المجتمع والناس، مما ينتج عن ذلك كثرة الجرائم، إلا من عصمه الله، ويسر له من يرعاه. وقد نصت المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل: (يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في الاسم واكتساب جنسيته ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما)¹، مما جعل الكثير من الحقوقيين يطالبون بتعديل قوانين الأحوال الشخصية، وإعادة النظر في نسب هؤلاء، خاصة مع التطور الطبي وظهور البصمة الوراثية كدليل للإثبات.

فالولد الذي يولد على فراش الزوجية الثابتة ينسب للزوجين دون حاجة لاستلحاقه، بينما مجهول النسب، والولد غير الشرعي -عند القائلين به-، لا يثبت نسبهما إلا بالاستلحاق، فظاهرة مجهولي النسب أو الأولاد غير الشرعيين، أصبحت جد منتشرة وزادت حدتها بأعداد وأرقام تتزايد يوماً بعد يوم بسبب ضعف الوازع الديني، وتعدد أسباب الانحراف، واتساع أبوابه الإعلامية والدعائية والسلوكية، وتأخر الزواج وعظم تكاليفه، وقلة الردع، وغير ذلك من الأسباب. حيث أوضح مختصون خلال لقاء نظّمته جمعية الطفل البريء، أن مراكز الطفولة المسعفة والمنتشرة عبر التراب الوطني تستقبل سنوياً ما بين 3 آلاف و4 آلاف طفل مجهول، وفقاً لدراسة خاصة أعدها منتدى "فورام" لسنة 2014. وأن هذه الأعداد مرشحة للارتفاع خلال السنوات القادمة².

فأصبحت هذه الشريحة من المجتمع واقعا لا يمكن إنكاره أو إخفائه، باعتباره جزءاً لا يتجزأ من المجتمع وإزاء هذه النازلة الإنسانية والأخلاقية والقانونية والاجتماعية كانت فكرة دراسة هذا الموضوع للبحث في موقف الفقه والقانون والقضاء من نسب هؤلاء.

1- صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 92-461 المؤرخ في : 19-12-1992.

2-زهيرة مجراب، 4 آلاف طفل مجهول النسب في الجزائر، جريدة الشروق اليومي،الجزائر، بتاريخ:2014/12/06. Jawahir.echoroukonline.com/articles/1589.html أطلع عليه بتاريخ :20-05-2017 على الساعة :9:00

أولاً: الإشكالية :

سنعالج في هذه المذكرة إشكالية رئيسية وهي:

ماهو موقف الفقه والقانون والقضاء من استلحاق الولد غير الشرعي؟ وما مدى تأثير البصمة الوراثية الـADN على نسبه؟

تتفرع عن هذه الإشكالية عدة اشكاليات فرعية وهي:

- ماهو تعريف الاستلحاق؟ ما الفرق بينه وبين التبني؟ وماهي شروطه وضوابطه ؟

ومن هم الأولاد الذين يتم استلحاقهم؟

هل يمكن تأمل اجتهادات العلماء في ضوء حقيقة البصمة الوراثية على جهة تقضي باستلحاق

الولد غير الشرعي بمن استلحقه؟ وهل يمكن تحديث التشريعات العربية في هذا الاتجاه؟

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع.

وقد اخترت هذا الموضوع لعدد من الأسباب الذاتية والموضوعية، ويمكن تلخيصها في

العناصر التالية:

1- الأسباب الذاتية :

1- الرغبة الذاتية في البحث في المواضيع المتعلقة بالنسب؛ لاسيما إن تعلقت بنسب فئة من

المجتمع تعاني من التهميش والاحتقار، والتي تثير فعلا الكثير من الشفقة والتعاطف.

2- خدمة البحث العلمي، وطلبة العلم.

3- حبي لمادة الفقه و رغبتني في معرفة آراء الفقهاء، و تنمية معرفتي في هذا الميدان.

2- الأسباب الموضوعية:

1- الاستلحاق وبخاصة استلحاق الولد غير الشرعي من القضايا الكبيرة في النسب، والتي تحتاج

للدراسة والبحث.

2- كثرة اللقطاء والأولاد غير الشرعيين في مجتمعاتنا وحاجتهم إلى حلول عملية.

3-دراسة اجتهادات العلماء القدامى والمعاصرين في مسألة استلحاق الولد غير الشرعي وربطها

بالحقائق العلمية المعاصرة.

4-عدم وجود نصوص قانونية تعالج مشكلة نسب الأولاد غير الشرعيين.

5- تأثر غالبية قوانين الأحوال الشخصية العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري بالتطور العلمي الحاصل في علم الوراثة، واعتمادها له في إثبات النسب، فأردت معرفة مدى حجيتها في مسألة استلحاق الولد غير الشرعي.

6- تضارب الإجتهااد القضائي وصدور قرارات قضائية تخالف ما نص عليه قانون الأسرة، وما استقر عليه الإجتهااد القضائي للمحكمة العليا بخصوص استلحاق الولد غير الشرعي؛ مما دفعني للبحث عن أسباب هذا الإختلاف.

ثالثا: أهداف الدراسة:

وتهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- 1- التعرف على ماهية الاستلحاق .
- 2- إبراز موقف الفقه والقانون والقضاء من استلحاق الولد غير الشرعي، ومدى تأثير البصمة الوراثية على ذلك.
- 3- الوصول إلى رؤية تمثل حلا جوهريا للأولاد غير الشرعيين تقضي إلى إنصافهم، وإعفاء المجتمع من تحمل كل الآثار المترتبة على تلك المشكلة.

رابعا: صعوبات الدراسة:

وقد صادفت في إعداد هذه المذكرة جملة من الصعوبات أهمها:

- 1- أنني لم أجد أية دراسة بعنوان الاستلحاق، الأمر الذي شكل صعوبة في جمع المعلومات وإسقاطها على الموضوع محل البحث.
- 2- ضيق الوقت الممنوح لنا، حيث أنه لإعداد مذكرة مستوفية لجميع جوانب الموضوع يتطلب وقتنا أطول وعددا أوفر من الصفحات.

خامسا: الدراسات السابقة :

لم أجد أثناء بحثي أية دراسة سابقة حول موضوع الاستلحاق، ولكن هناك دراسات ذات صلة بالموضوع تناولته من بعض الجوانب وهي:

- 1- رسالة ماجستير بعنوان -حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية- للطالب بلبشير يعقوب من جامعة وهران لعام 2012-2013 .
- 2- رسالة دكتوراه بعنوان - الإرث بالتقدير و الإحتياط في قانون الأسرة الجزائري - للطالب معيزة

عيسى من جامعة الجزائر لعام 2011-2012، تعرض فيها لجزئية حكم نسب ولد الزنا و موقف القضاء الجزائري منه .

3-رسالة ماجستير بعنوان -أحكام ولد الزنا في الفقه الاسلامي- للطالب أحمد عبد المجيد حسين من جامعة النجاح الوطنية بنابلس-فلسطين-عام2008.

4-مذكرة ماستر بعنوان -أحكام نسب ولد الإغتصاب بين الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي-للطالبة مبدوعة حدة من جامعة الجلفة، لعام 2013-2014.

5-رسالة دكتوراه بعنوان-أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن-للطالب يوسف بن شيخ من جامعة وهران لعام 2015-2016 تعرض فيها لجزئية نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

سادسا: المنهج المتبع.

لإعداد هذه المذكرة اعتمدت على ثلاث مناهج وهي:

أ-الاستقرائي: حيث أستقريء آراء الفقهاء من أمهات الكتب الفقهية وغيرها واستقرأء ماكتب في الموضوع.

ب-التحليلي: فأتعرض بالتحليل لما اختارته القوانين والتشريعات، وخلفيتها الفقهية النظرية، سواء كانت شرعية أو قانونية.

ت-المقارن: وذلك بالمقارنة الموضوعية والمنطقية بين الأقوال الفقهية في المسألة الواحدة، ثم ترجيح الأقوى منها. وكذامقارنة موقف المشرع الجزائري مع بعض القوانين العربية واجتهاداتها القضائية.

سابعا: خطة البحث.

لتحقيق أهداف البحث اعتمدت الخطة التالية:

مقدمة :

الفصل الأول : ماهية الاستلحاق

المبحث الأول : مفهوم الاستلحاق

المبحث الثاني : الأولاد الذين يتم استلحاقهم وتمييز الولد غير الشرعي عما يشابهه .

الفصل الثاني : موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي.

المبحث الأول : موقف الفقه الإسلامي من استلحاق الولد غير الشرعي.

المبحث الثاني : موقف القانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي.

الخاتمة

الفصل الأول

طائفة الاستلحاق

توطئة:

تعد رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده، ومظهر من مظاهر قدرته مصداقا لقوله عز وجل: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ فَدِيرًا﴾: {الفرقان: 54}.

ونظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لاختلاط الأنساب؛ فإنه لانكون بصدد الحديث عن موضوع النسب إلا إذا كان نتاج زواج صحيح، أو نكاح شبهة، أو نكاح فاسد. ولا بد أن نفرق في أسباب النسب بين الأسباب المنشئة له، والأسباب الكاشفة؛ فتكون الأسباب المنشئة هي: الزواج الصحيح، والزواج الفاسد، والوطء بالشبهة. والأسباب الكاشفة للنسب هي الإقرار والبينة، والطرق العلمية؛ حيث تكشف لنا عن نسب الطفل الحقيقي، فنسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات، لكن نسب الأب هو الأمر المتنازع فيه غالبا والذي يستدعي اللجوء إلى الطرق التي تكشف لنا عن نسب الطفل الحقيقي ومن بينها الإقرار الذي يطلق عليه الفقهاء أيضا الاستلحاق، باعتباره وسيلة تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيصبح علنا ومعترف به شرعا وقانونا، وهذا لاختلاف عليه، لكن الخلاف يكمن حول استلحاق المولود خارج رابطة الزواج، والذي عارضه جمهور الفقهاء.

من خلال هذا الفصل سنتطرق إلى مفهوم الاستلحاق في المبحث الأول، بينما نخصص المبحث الثاني للتعرف على الأولاد الذين يتم استلحاقهم.

المبحث الأول : مفهوم الاستلحاق .

الاستلحاق عند جمهور الفقهاء يستخدم بمعنى الإقرار بنسب مجهول النسب، فاستلحاق الولد غير الشرعي في نظرهم لا يجوز متى كان معلوما أنه من الزنى. في المقابل من الفقهاء من يجيز استلحاق الولد غير الشرعي، ومن الفقهاء المعاصرين من وضع له شروطا وضوابط.

من خلال هذا المبحث نتناول تعريف الاستلحاق في المطلب الأول، ثم نتعرف على شروطه وضوابطه وموقف بعض التشريعات المغاربية منه في المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف الاستلحاق

الاستلحاق يعبر عنه أيضا بالإقرار بالنسب، وهو من أدلة الشرع في إثبات النسب، فهو دليل شرعي لا خلاف فيه بين الجمهور.

من خلال هذا المطلب نتناول تعريف الاستلحاق في الفرع الأول، بعدها نتناول الفرق بينه وبين التبني في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف الاستلحاق.

أولا : تعريف الاستلحاق:

1-الاستلحاق لغة: استفعال مصدر استلحقه ادعاه¹. الملحق: الدعي الملتصق²، والتحق به أدركه والتصق به وانضم إليه. يقال ألحق القائف الولد بأبيه، أخبر أنه ابنه؛ لشبه بينهما يظهر له، واستلحق فلان ادعاه ونسبه إلى نفسه³ .

2-اصطلاحا: هو الإقرار بالنسب والتعبير بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكية والشافعية والحنابلة، وأما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة⁴.

1 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4، ص84.

2 -ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، فصل اللام، ج10، ص328.

3 -مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، باب اللام، ج2، ص818.

4 - وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت، المصدر السابق، ص84.

المالكية:

قال ابن عرفة: "هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره".

وقال الشيخ أحمد الدرديري: الاستلحاق: "إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسبه" فقوله "ذكر" احترز به عن الأم. وقوله: "مكلف" احترز به عن المجنون والمكره والصبي. وقوله "أب لمجهول نسبه" احترز به عن معلوم النسب، فمن ادعى شخصا يعلم نسبه في آخرين، عدت دعواه قذفا، وحد من أجلها، إن رفعه المستلحق للقاضي، بناء على أن القذف حق للمقذوف، لاحق لله .
وقد قيل أن الاستلحاق في اللغة له معنى يختلف عن المعنى الاصطلاحي المفسر بالادعاء؛ وهو إخبار بقول يحتاج إلى دليل، ومن هنا قال أهل المذهب: استلحاق الأب ابنا يكون بشروط¹.

وقد جاء في مختصر الشيخ خليل قوله: (إنما يستلحق الأب مجهول النسب...) وشرحه الخطاب حين قال: (أتى بأداة الحصر لينبه على أن الاستلحاق لا يصح إلا من الأب فقط وهذا هو المشهور)². واعترض عليه بأنه إنما حصر الاستلحاق في مجهول النسب، ولم يحصر الاستلحاق في الأب، فيفهم منه أن غير الأب أن يستلحق غير مجهول النسب وهو فاسد؛ إذ لا يصح الاستلحاق إلا من الأب، فكان الواجب أن يحصر الاستلحاق في الأب بحيث يقول إنما يستلحق مجهول النسب الأب، فيؤخر الأب لأن المحصور فيه وإنما يجب تأخيره³.

فالاستلحاق عند المالكية يكون من الأب لمجهول نسبه، ولو كذبت أمه لتشوف الشارع للحوق النسب، ويلاحظ أن ولد الزنا لا يجوز استلحاقه كونه مقطوع النسب متى كان معلوما أنه من الزنا. وقد أجمع العلماء على أن الأم لا تستلحق أحدا؛ لأنها لو استلحقت ألحقت بالزوج ما ينكره، وإنما يمكن أن تلحق الولد بالزوج إذا أقامت البينة أنها ولدته وهي زوجته في عصمته. هل يشترط تزوج المستلحق بأب المستلحق؟ قال المالكية لا يعتبر في الاستلحاق تحقق تزوج

1 - محمد المريح، بيان أحكام اللعان و أحكام الاستلحاق، قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي، بحوث الدورة التكوينية يومي الجمعة والسبت 12-13 أبريل 2013م بمقر مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية بوجدة (منار المعرفة)، العرض الحادي عشر، ص388.

2- المرجع نفسه، ص390.

3 - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج3، ص412 .

المستلحق بأم المستلحق قال ابن عبدالسلام: (لأنهم اعتبروا في هذا الباب "الاستلحاق" الإمكان وحده ما لم يقد دليل على كذب المقر)¹.

الحنفية :

يستخدم الحنفية لفظ الاستلحاق أو الدعوة²-بكسر الدال-ويقصدون بها أن يدعي السيد أن ما ولدته أمته منه، فإذا لم يعلن ذلك ويستلحق الولد له، لا ينسب إليه. ويطلقون لفظ الإقرار على نسب النكاح، ويريدون معنى الاستلحاق عند الجمهور³، حيث يرون أن فراش الأمة ضعيف، فلا يلتحق الولد بصاحب الفراش إلا باستلحاقه له، على تفصيل عندهم في هذا⁴، ولا يفرق الجمهور بين ولد النكاح وولد التسري أخذا بعموم الفراش، فالأمة تعد فراشا عند الجمهور.

الشافعية :

الاستلحاق إقرار، وليس لغير صاحب الفراش استلحاق مولود على فراش صحيح وإن نفاه عنه باللعان لبقاء حق الاستلحاق؛ فإن لم يصح الفراش كولد موطوءة بشبهة فلكل أحد استلحاقه⁵. وفي المذهب الشافعي أن الأخ يستلحق، دليله ما في حديث عائشة، من أن سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة اختصما إلى رسول الله "ص" في ابن وليدة زمعة فتساوقا إلى النبي "ص"، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فقال النبي "ص": "هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة: "احتجبي منه" لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله⁶. وابن الأخ يستلحق، كأنه قياس على استلحاق الأخ.

وفي الحديث دليل على أن لغير الأب أن يستلحق الولد، فإن عبد بن زمعة استلحق أخاه بإقراره بأن الفراش لأبيه، وظاهر الرواية أن ذلك يصح وإن لم يصدق الورثة، فإن سودة لم يذكر منها

1- نورالدين مختار الخادمي، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010، ص 36-37.

2- الدعوة مصدرها دعا تأتي في اللغة لمعان كثيرة، كما تطلق على النسب: تقول فلان يدعى لفلان، أي ينسب إليه.

3- سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص 307.

4- عمر السبيل، المرجع السابق، ص 11.

5- شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1404هـ-1984م، ج 07، ص 125.

6- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، الحديث رقم: 6749، ج 3، ص 298.

تصديق ولا إنكار¹

ودعوى الاستلحاق عند الفقهاء هي: الإقرار للغير بالنسب فكأن المقر استلحق نسب المقر له إليه وبشترط لصحتها: أن لا يكون الولد منسوباً لأحد. واصطلاح الاستلحاق ذكره فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في النكاح والتسري؛ أما فقهاء الحنفية فقد استعملوه كثيراً في التسري²؛ لأن الولد لا يلحق بالسيد إلا به عندهم³.

ويمكن أن نخلص في الأخير إلى أن الاستلحاق يعرف بأنه الإقرار بالنسب، وهو طلب الرجل لحق أحد بنسبه، فالسين والتاء في اللغة العربية للطلب، والطلب هنا هو طلب بثبوت النسب وترتيب آثاره عليه. قال ابن عاشور عن الاستلحاق بأنه: (إقرار من إليه انتساب النسب). وقال: (الإقرار بالنسب يخص باسم الاستلحاق في الإصطلاح المالكي، ولم يكن معنونا بعنوان الاستلحاق في كتب المتقدمين من المالكية؛ بل كانت مسائله مندرجة في باب الإقرار، وربما جرى لفظ لحق أو استلحق في كلامهم، ووقع ذلك في عبارة مالك رحمه الله). وهو كذلك استعمال الشافعية والحنابلة؛ أما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة⁴.

وبما أن الاستلحاق يعرف بأنه الإقرار بالنسب، كان لابد من تعريف الإقرار.

ثانياً: تعريف الإقرار:

أ- الإقرار لغة : مصدر كلمة أقر، يقال : أقر الشيء في المكان ثبته فيه، وقرر فلان على الحق، جعله معترفاً به مدعنا له، وتقرر الأمر بمعنى استقر وثبت⁵. فهو الإقرار والإثبات، وضده الإنكار والجحود⁶.

1 - نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص28.

2 - التسري : ملك اليمين .

3 - سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص318.

4- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص36.

5 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط المكتبة الإسلامية، تركيا، ج2، دون سنة نشر، نقلا عن شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون

الجزائري، مذكرة ماستر جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص10 .

6 - فهد بن سعد الجهني، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبذ، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010، ص12.

ب- اصطلاحاً: هو إخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر¹.
ويقسم أهل العلم الإقرار إلى نوعين :

أ- الإقرار بأصل النسب: (القراءة المباشرة)

هو إقرار بقراءة لا تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، أي الإقرار الذي فيه تحميل للنسب على النفس، وهذا يكون بالولد الصلبي ابناً أو بنتاً، والوالدين المباشرين له .

ب- الإقرار بنسب فرعي: (القراءة غير المباشرة)

هو إقرار بقراءة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كالأخوة والعمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، وهذا النوع من الإقرار بالنسب لا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب. فالإقرار بالأخ لا يصح إلا إذا صدقه الأب، والإقرار بالعم لا يصح إلا بتصديق الجد له؛ لأنه الأصل الذي ينحدر منه العم².

وفي حالة كون الاستلحاق من جهة المرأة، بأن قالت هذا ابني أو ابنتي، أو من جهة الفرع نحوها بأن قال هذه أمي، فإن الحالة فيها تفصيل:

1- إذا كانت المرأة في عصمة زوج حقيقة أو حكماً، فلا يثبت نسب المستلحق إلى زوجها إلا بتصديقه، أو ببينة قاطعة؛ لأن فيه تحميل على الغير، أما إذا صرحت بأنه من غير هذا الزوج، فيلحقها النسب دون الزوج.

2- أما إذا لم تكن ذات زوج فنسب المستلحق ثابت بالواقعة المادية وهي الوضع، دون قيد الفراش³.

وإذا كان الاستلحاق هو أن يتقدم شخص ويدعي أن فلان ابنه فماذا عن الشخص الذي يدعي أن فلان ابنه مع علمه بعدم وجود أية قرابة بينهما؟

1- سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص307

2- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص209.

3- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص14-15

الفرع الثاني : الفرق بين الاستلحاق والتبني.

إذا كان الاستلحاق هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، ويدعي المقر أن هذا المقر له ولده مخلوق من مائه فهو يعترف ببنة حقيقية¹.

أما التبني فهو استلحاق لولد من غير صلبه، ويسمى هذا الابن "متبنى" وسماه الإسلام "دعي"² أي ابن بالدعوى لا بالحقيقة؛ فيكون بلفظ اللسان لا بسلالة الدم³. حيث يدعي شخص بنوة معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به ومع ذلك يتخذه ولداً له ويعطيه اسمه⁴.

وهذا النظام كان متفشياً في الجاهلية؛ فكان من المعتاد إذا أعجب رجل بأحد الغلمان اتخذه ابناً له ويلحقه بنسبه، ويتوارثان توارث النسب واستمر هذا النظام مدة من الزمن في صدر الإسلام⁵، وقد تبني النبي (ص) صاحبه الجليل زيد بن حارثة، فنزل في ذلك قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ {الأحزاب: 05} وقال أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ {الأحزاب: 04}.

وبذلك أبطل الإسلام نظام التبني وحرمه تحريماً قاطعاً؛ لأنه يخالف الحقيقة، ويخالف الواقع، فهذا المنع هو حكم الشرع والقانون في آن واحد؛ نظراً للآثار السلبية التي قد تتجر عنه، وحفاظاً على وحدة الأسرة دماً وأصلاً⁶، فالمتبني يرث وهو لا يستحق الميراث، يحجب من يستحق

1- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص14 .

2- الدعي : الولد يدعى لغير أبيه .

3- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب و الإرث، عالم الكتب، القاهرة، ط1 ، 2002 ، ص75.

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص250 .

5- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص12.

6- وهبة مصطفى الزحيلي، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010، ص22 .

الميراث، ينظر إلى محارم ليست محارم له¹. والشريعة لم تترك الإرث مطية لكل راكب؛ بل حددت أسبابه، وضبطت موانعه وأصبحت أسباب الميراث هي الزوجية والقرابة²، فعادة التبني تناقض مقصد الشارع من سد أبواب ومنافذ الخلاف والشقاق والفساد داخل البيت المسلم، وذلك بالتنازع بين العنصر الدخيل (الدعي)، وبين العناصر الحقيقية للأسرة فالإسلام لا يقبل أن يضيف الإنسان من ليس من نسبه، فإن كان معلوم النسب فوالده الحقيقي أحق بنسبه ولده إليه، وإن كان مجهول النسب فهو أخ في الدين ونصير للأمة³.

والإسلام بتحريمه التبني لم يحرم الرعاية والاحتضان والكفالة والتربية والإنفاق؛ بل حث عليها واعتبرها من أعظم القربات إلى الله تعالى⁴، ويجوز للكافل أن يملكه شيئاً حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له بجزء من ماله⁵.

المشرع الجزائري بدوره حرم التبني من خلال نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، فأصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.

وعليه فلا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب، في المقابل يقر المشرع الجزائري بنظام الكفالة، والذي نص عليه في قانون الأسرة من خلال المواد من 116 الى 125، وبالتالي لا يمكن لأي جزائري أن ينسب إليه مولودا بطريق التبني، ويقوم بتسجيله على لقبه لدى مصالح الحالة المدنية، وإذا قام باستلحاقه فهو باطل وممنوع في نفس الوقت، فيكون من حق الورثة، وممن له مصلحة أن يرفع دعوى أمام القضاء؛ ليطلب إلغاء ماتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية⁶.

والملاحظ أن جل التشريعات العربية تحرم التبني بشكل صريح، كما هو الحال في التشريع المغربي من خلال المادة 149 من مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004، حيث تقضي بأنه "يعتبر

1- يوسف القرضاوي، الاستلحاق و التبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، المجلد 1، ط1، 2000، ص8.

2- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص 10.

3- وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 22.

4- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 22.

5- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 251.

6- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص13.

التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية". كما نص القانون الكويتي في المادة 167 على أنه : " لا يثبت النسب بالتبني"¹ .

وقد خرج على هذه القاعدة الشرعية المشرع التونسي من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني حيث نص في الفصل الثامن منه على مايلي: "يجوز التبني حسب الشروط المبينة في الفصول الآتية:" ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني ...". أما الفصل 14 فنص على أنه : " يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز أن يبدل اسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني " . وأما الفصل 15 فنص على أن : "للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه مايفرضه القانون من الواجبات عليهما"، وهي أحكام غريبة في القانون التونسي خالفت وبصورة صريحة أحكام الشريعة الإسلامية، والأغرب من ذلك أن المشرع التونسي نص على نظام الكفالة في الفصول من 03 إلى 07 من نفس القانون².

قانون الأسرة الجزائري في المادة 119 نص على أن: " الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب " . كما نص في المادة 120 على أنه : " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

وبناء عليه يمكن القول أن الاستلحاق يختلف عن التبني :

1- التبني ينشئ النسب وهو يجافي الحق والعدل والحقيقة، وهو مجرد نسب مزعوم ظاهري باللسان، أما الاستلحاق فهو يكشف عن نسب حقيقي³. وبالنسبة للذين يقولون باستلحاق الولد غير الشرعي، لا بد أن تكون هناك بنوة حقيقية بين الولد المستلحق والوالد المستلحق، أما استلحاق من ليس ابنا له لا من حرام ولا من شبهة ولا من حلال فلا يقول به أحد قط⁴.

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 251.

2- المرجع نفسه، ص 252 .

3- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص 13.

4- يوسف القرضاوي، المرجع السابق ص 18.

- 2- الاستلحاق يكون لمجهول النسب، وللولد غير الشرعي -عند القائلين به-، في حين أن التبني قد يشمل حتى معلوم النسب .
- 3- الاستلحاق يعد صحيحا ومنتجا لآثاره، ومحققا لمقصده، إذا توفرت شروطه وضوابطه الشرعية؛ على خلاف التبني الممنوع شرعا وقانونا للأسباب التي ذكرناها.

المطلب الثاني: شروط الاستلحاق وموقف بعض التشريعات المغربية منه

لكي يحقق الاستلحاق غايته في إثبات النسب، وبالتالي إلحاق الولد بأبيه شرعا وقانونا، وجب توافره على شروط الإقرار أيا كان نوعه سواء كان إقرارا فيه تحميل النسب على نفس المقر كالإقرار بالبنوة أو الأبوة، أو فيه تحميل النسب على الغير، كالإقرار بالأخوة والعمومة، والذي لا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب. وهذا ما يأخذ به الفقه والتشريع العربي.

من الفقهاء من يرى باستلحاق الولد غير الشرعي، حيث اقترحوا له شروطا وضوابط، واعتبروه استثناء من الأصل، وليس بديلا عن إثبات النسب بطرقه الأصلية المعتمدة شرعا، والذي تتطلبه الحياة المعاصرة كحل لبعض الأوضاع الابطالائية والاضطرارية.

من خلال هذا المطلب نتناول شروط الاستلحاق وضوابطه في الفرع الأول، بعدها نستعرض موقف بعض التشريعات المغربية من مسألة الاستلحاق في الفرع الثاني.

الفرع الأول : شروط الاستلحاق وضوابطه:

من خلال هذا الفرع نتناول شروط الاستلحاق، بعدها نستعرض شروط وضوابط استلحاق الولد غير الشرعي-عند القائلين به-، والتي اقترحها بعض الفقهاء المعاصرين، لحماية النسب الشرعي.

أولا: شروط الاستلحاق :

الاستلحاق يعبر عنه أيضا بالإقرار بالنسب، وقد اشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب على نوعيه شروطا لا بد من تحققها لصحة الإقرار وثبوت النسب بمقتضاه، سواء تعلق بالمقر نفسه، أو المقر له بالنسب، أو حتى في المقر به. فاشتروا لصحة الإقرار على النفس الشروط التالية:

1 - الشروط الواجب توفرها في المقر بالنسب:

- أ- أن يكون المقر بالغاً عاقلاً كما يقول جمهور الفقهاء : الأحناف والمالكية والشافعية والحنفية؛ بمفهوم المخالفة لا يكون إقرار الصبي أو المجنون بالنسب صحيحاً.
- ب- أن يكون مختاراً في إقراره؛ فالإكراه لا يصح معه الإقرار بالنسب، وهذا ما قال به الأحناف والمالكية والشافعية¹.

2- الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب :

- أ- أن يكون المقر له مجهول النسب: فإن كان معروف النسب من غيره، لم يصح استلحاقه بالإقرار لأن النسب الثابت من إنسان لا ينتقل إلى غيره².
- ب- أن يصدق المقر له بهذا الإقرار إن كان أهلاً للتصديق، بأن يكون مكلفاً "بالغاً عاقلاً" عند الجمهور، أو يكون مميزاً في رأي الحنفية فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة إلى تصديق، لأن هذا الإقرار فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً، ومنفعة مادية "غالبا" لحاجته إلى من يقوم بشؤونه والإنفاق عليه³.

3- الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به :

- أ- أن يكون المقربه محتمل الثبوت من نسب المقر⁴، فلا يكذبه عقل أو عادة.
- عقلاً: أن يكون موافقاً لراجحة التفكير السليم والإدعاء القويم فمثلاً لا يمكن أن يكون المقر والمقر له متقاربين في السن لحد لا يسمح لأحدهما عقلاً أن يكون ابناً للآخر، ومن ثم لا يمكن عقلاً قبول هذا الإقرار .
- عادة: ولعل مما تكذبه العادة أن يكون الرجل المقر خصي أو محبوب (أي ليست له قدرة الإنجاب)، وبعبارة أخرى أن الناس إذا استيقنوا بأن الولد ليس ابنه فهو غير لاحق به.

1- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص93.

2- وهبة مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 22.

3- محمد بن أحمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010 ، ص 18 .

4- وهبة مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 08

ب-ألا يصرح المقر بأن هذا الولد من الزنا؛ لأنه إن بين ذلك فقد أظهر السبب، ولم يعد الإقرار مجردا. والمعروف أن الزنى لا يصلح سببا لإثبات النسب¹.

ت- أن لا يناع المقر بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه فليس أحدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى، فلا بد من مرجح لأحدهما فإن لم يكن؛ فإنه يعرض على القافة فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقافة لا بالإقرار.

أما إذا كان الإقرار بالنسب على الغير، كالإقرار بأخ له ونحوه، فإنه يشترط لصحة ثبوت النسب إضافة إلى الشروط المتقدمة:

-اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.

-أن يكون الملحق به النسب ميتا، لأنه إذا كان حيا فلا بد من إقراره بنفسه.

-أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حياته باللعان².

فإذا ثبت النسب بالإقرار كان ولدا حقيقيا تجب له جميع حقوق الابن من الصلب³.

ويجب أن نفرق في حجية الإقرار بإثبات النسب بين الإقرار على النفس وحجيته القاطعة، والإقرار على الغير وحجيته القاصرة:

-**الحجية القاطعة للإقرار في إثبات النسب:** ثبوت النسب عن طريق الإقرار على النفس إذا استوفى شروطه، لم يجز العدول عنه أو الرجوع فيه، وهو مذهب الجمهور، قال به المالكية والشافعية في الأصح، وبه قال الحنابلة وبعض الحنفية؛ لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره؛ ولأنه ترتب عليه حقوق، فإنكاره يهز المعاملات والاستقرار⁴.

-**الحجية القاصرة للإقرار في إثبات النسب:** حجية الإقرار الذي يصدر عن بعض الورثة بالأخوة أو العمومة دون موافقة الآخرين يجعل الإقرار لازما في حق المقر فقط، فيقاسمه نصيبه دون باقي الورثة، فهذا الإقرار يثبت في حق المال دون النسب؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر،

1- عبدالله أبوعوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، الرباط، 2011، ص309.

2- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة، دار الفضيلة، ط1، 2002، ص12.

3- محمد بن أحمد صالح الصالح، المرجع السابق، ص18.

4- سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص311.

وليس حجة على غيره؛ إلا إذا صدقه هذا الغير أو أقيمت عليه بينة. وبناء على ذلك، إذا لم يثبت البنوة والأبوة؛ فلا يستطيع أن يثبت القرابات المتفرعة عنها؛ غير أن المقر هنا يعامل بإقراره بما يلزمه من الحقوق المالية، فيلتزم بالإنفاق على المقر له إن كان محتاجاً، ويرث المقر له إذا لم يكن له وارث غيره¹.

وبالنسبة للاستلحاق الذي ينصب على اللقيط فقد ظهر بذلك قولان عند الفقهاء:

القول الأول: يثبت نسب اللقيط ممن ادعاه الملتقط أو غيره دون حاجة إلى إقامة البينة على أنه ابنه؛ فثبت لهذا جميع أحكام البنوة، وفي قبول مثل هذه الدعوى مصلحتين، مصلحة المدعي في حصوله على ولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية، ومصلحة أخرى للقيط بشرف النسب والتربية؛ لأنه لو اشترط إقامة البينة في مثل هذه الدعوى لضاع الكثير من الأنساب وهذا مخالف لمقصود الشرع الذي هو المحافظة على النسب والاحتياط له ما أمكن، وممن قال بهذا جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية .

القول الثاني: وهو قول المالكية الذين قالوا أنه لا يلحق اللقيط بالملتقط أو بغيره بمجرد الدعوى؛ بل لابد من إقامة البينة². فقد سئل الإمام مالك عن ادعاء الرجل اللقيط فقال: (لا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه مثل أن يكون رجلاً لا يعيش له ولد، فيسمع قول الناس أنه إذا طرح "أي نبذ" عاش فيطرح ولده، فالتقط، ثم جاء يدعيه فهذا إن سمع عنه ما يستدل به على صدق قوله ألحق به اللقيط، وإلا لم يلحق به)³، أو كأن يطرحه لغلاء أو لخوف عليه من شيء يصيبه لما بينه وبين غيره مما يدل على صدقه، وبذلك فإن توفرت البينة التحق اللقيط بمن ادعاه⁴. قال ابن رشد: (الأصل عدم قبول الدعوى إلا بشهادة عدلين)⁵.

وفي حالة تنازع اثنين أو أكثر في بنوة ولد وقد تساوت بينات المتنازعين:

1- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص21.

2- المرجع نفسه، ص18.

3- سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق ص310.

4- شرقي نصيرة، المرجع السابق ص18

5- سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق ص311.

ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية - باستثناء الحنفية - إلى الاستعانة بالقيافة لدلالة السنة المطهرة على ذلك، وثبت العمل بها عند عدد من الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع منهم على الحكم بها.

والقيافة لغة : تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقائف من يتبع الأثر ويعرف صاحبه وجمعه قافة.

وفي الإصطلاح الشرعي: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. تستعمل - عند القائلين بها - عند عدم الفراش والبيئة، حال الاشتباه في نسب المولود والتنازع عليه فيعرض على القافة ومن ألحقته به القافة من المتنازعين في نسبه ألحق به¹.

وقد حل محلها البصمة الوراثية، وإلى هذا ذهب غالبية الفقهاء المحدثين، وهو قرار المجمع الفقهي الإسلامي، ونصه كالتالي: (يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالة التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه)².

فإذا كان يجوز إثبات النسب بالقيافة، التي تعتمد على الشبه الظاهري؛ فإن البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية، التي علم بالتجارب العلمية صحة نتائجها الدالة على وجود الشبه والعلاقة النسبية بين اثنين أو نفيه عنهما، كما قال أحد الأطباء المختصين: "أن كل ما يمكن أن تفعله القافة يمكن للبصمة أن تقوم به وبدقة متناهية"³.

ثانيا : شروط وضوابط استلحاق الولد غير الشرعي:

ذهب لفيف من أئمة السلف وعلماء الخلف إلى القول باستلحاق الولد غير الشرعي ومن هؤلاء عمر بن الخطاب، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، وإسحاق بن راهويه، وابن تيمية، وابن قيم الجوزية، وجمهور الحنفية، وقد رجحه علماء معاصرون

1- عمر السبيل، المرجع السابق، ص13.

2- القرار السابع، أعمال وبحث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 يناير 2002، 3/359.

3- يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2015-2016، ص159.

كثُر منهم: سعد بن ناصر الخثلان، ويوسف الشيبلي، وعلي محي الدين القرة داغي، ونايف العجمي، وعقيل بن محمد المقطري، ونور الدين مختار الخادمي.

حيث اقترح بعض الفقهاء المعاصرين جملة من الشروط والضوابط، ورأوا في هذا القول الراجح الذي يصار إليه في حياتنا المعاصرة¹.

1-ضوابط القول بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج:

وهي مجموع ما يضبط هذا النسب ويؤسسه على أصوله وقواعده ومقاصده الشرعية والأخلاقية وقيمه على منهج سوي لا تعطل فيه مصالح النسل والنسب والعرض، ولا تصادم فيه ثوابت الدين وأحكامه، وفضائل الأخلاق وشيمه، ويمكن أن نجمل هذه الضوابط فيما يلي:

أ-استثنائية نسب المولود خارج رابطة الزواج: أي اعتباره حكماً استثنائياً يقابل الأصل ورخصة في مقابل العزيمة، وحلاً خاصاً لبعض الأوضاع الابتلائية والاضطرارية والحاجية التي يجد المرء فيها ذاته في وضع حرج وضيق شديد. وينبغي أن لا يكون بديلاً عن إثبات النسب بطرقه الأصلية المعتمدة شرعاً، وهي الزواج الشرعي الصحيح أو الفاسد الذي يقبل التصحيح والجبر.

ب-المقاربة الاجتهادية الدقيقة لإثبات النسب خارج رابطة الزواج؛ باعتبار كون هذا الإثبات يحتاج إلى نظر الفقيه المجتهد، واستدعاء المدركات الشرعية والتنسيق والموازنة بينهما وتنزيلها على الواقعة، والاعتبار بقرائن الأحوال ومآلات الأفعال بعد النظر في منطلقاتها وحيثياتها وهو الأمر الذي يستوجب الاجتهاد الاختياري، باختيار الآراء والمواقف والفتاوى الفقهية الأكثر ملاءمة لمقاصد الشرع، والأنسب لمصالح الخلق، والأدعى للتمثل والامتثال².

ت-الطابع التقديري الشرعي لإثبات النسب خارج رابطة الزواج، وذلك من جهة اعتبار هذا الحكم شأنًا سياسياً شرعياً يقدره الحاكم وفق قواعد المصالح الشرعية المرعية التي يناط بها تصرفه وسياسته، كما جاء في القاعدة الشهيرة "تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة". والمصلحة التي يجري الحاكم النظر بناءً عليها، إنما هي المصلحة المعتمدة التي تشهد لها الأدلة الخاصة والعمامة، فالحاكم له حظ وافر في تقدير ما يراه مناسباً لمسألة الحال، وبالاستعانة بأهل الذكر في

1- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص24.

2- المرجع نفسه، ص25.

هذا المجال.

ث-تقرير السياسة الوقائية لمسألة النسب: وذلك بحسن التوجيه الديني، والتوعية التربوية، والحث على الفضائل، ومنع الرذائل، وسد ذرائع الفساد، وتكثيف البرامج والمواد الإعلامية والتعليمية والتدريبية الهادفة إلى حماية الناس من الوقوع في الزنى، وضرورة التشجيع على الزواج وتسهيله وغير ذلك من سبل الوقاية والحماية والحيطة والحدز.

ج-على الفقهاء والمتصدين لمعالجة حالة المواليد الذين يأتون خارج رابطة الزواج ويشكلون واقعا، حسن معاملة هذه الحالة وأصحابها، دون تشنج أو تعنت، ودون انفلات، ومأمورون بتقليل بوادر التنازع والتدابير، وتضييق سبل التلاسن الفقهي والتهاجر المذهبي الذي قد يضيع الحق، ويضعف الحل ويعمق المشكلة ولا يحلها. فأمام هذه الحالة لايجوز تبادل الإتهام في ثوابت الأحكام وفضائل الأعمال، أو الإتهام بالتساهل أو التعصب.

ح-الاستناد في حل مشكلة النسب إلى عدة معان مجتمعة، كمعنى حفظ النسب والعرض والعفة ومعنى الستر والحياء، وعدم إشاعة الفاحشة وإخفائها وتغييبها، ومعنى التشجيع على التوبة والصلاح وعون الناس على الطاعة وعدم عون الشيطان عليهم، ومعنى الرفق بالناس وفتح أبواب الأمل في وجوههم وعدم تئيسهم وإحباطهم، ومعنى حفظ الفروع من الضياع والتيه والألم غالب العمر، وحفظ الأصول من الجحود والتكر والتماذي في الباطل والاسترسال في القسوة. ولذلك فإن حل هذه المشكلة المتزايدة في ديار المسلمين وغيرهم لا ينبغي أن يحكمها معنى واحد دون استحضار سائر المعاني الأخرى، وعليه لزم الجمع بين المعاني وترجيح الأفضل والأنسب¹.

2-شروط استلحاق المولود خارج إطار الزواج:

تتكامل هذه الشروط مع الضوابط باعتبار كونهما الإطار الحامي لفضيلة النسب وحرمته

1-توبة الزاني والمزني بها والعزم على عدم الرجوع والندم على مافات.

جاء في فتاوى ابن تيمية: (نكاح الزانية حرام حتى تتوب، سواء كان زنى بها هو أو غيره. هذا هو الصواب بلا ريب، وهو مذهب طائفة من السلف و الخلف)، وذلك مجازاة للتائب على توبته، وتشجيعا له على الخير والطاعة، وصرفا له عن الرذيلة والشيطان واليأس والحيرة والضياع.

1- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص25.

2- أن يتزوج الزاني بالمزني بها لتحقيق معنى انتساب الفرع لأصله، وقد ذكر ليف من أهل العلم أنه يصح تزوج الزاني من الزانية، لكن بشرط توبة الإثنيين والعزم على عدم الرجوع، وهو ما قضى به الصحابة والتابعون وأفتوا به رضي الله عنهم، وبعضهم اعتبر أن زواج الزاني ممن زنى بها أفضل وأولى وليس فقط جائزا ومأذونا فيه، وهو قول مروى عن عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. ومن الأقوال المروية في ذلك:

- سئل أبو بكر الصديق (ض) عن رجل زنى بامرأة ثم يريد أن يتزوجها، قال: (مامن توبة أفضل من أن يتزوجها خرجا من سفاح إلى نكاح).

- وجاء رجل إلى أبي بكر فذكر له أن ضيفا له افتض أخته، استكرهها على نفسها، فسأله فاعترف بذلك فضربه أبو بكر الحد، ونفاه سنة، ولم يضربها، ولم ينفها؛ لأنه استكرهها، ثم زوجها إياه وأدخله عليها.

- وكان ابن عباس يقول في الرجل يزني بالمرأة، ثم يريد نكاحها: (أول أمرها سفاح وآخره نكاح)، وقال: (الآن حسن أصاب الحلال)¹.

3- الاستلحاق: وهو أن يطلب الرجل إلهاق من خلق من مائه خارج إطار الزواج وفق الشروط والضوابط الشرعية المرعية. ووجوب توفر شروطه التي ذكرها الفقهاء وهي:

- أن يولد مثل المستلحق لمثل المستلحق.

- أن يكون المقر له مجهول النسب.

- ألا يكذبه المقر له إن كان من أهل الإقرار².

و يجوز لولي الأمر أن يستلحق شخصا ويثبت نسبه من شخص إذا توافرت شروط ذلك وضوابطه، كأن يعلم أنه من مائه، وأنه لم يدعيه غيره، ودليل ذلك فعل الخليفة عمر لما كان يليب أولاد الجاهلية، وقاعدة معقولة النسب وكونه إثباتا لتفرع الفرع من الأصل، وقاعدة التشوف لثبوت النسب، وقاعدة تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة، وقاعدة فساد الزمان وضعف الهمة والوازع والفضيلة في نفوس كثير من الناس الذين ينفلتون من مسؤولية ما فعلوا ولا يعترفون بأخطائهم وما نتج عنه من أولاد، ويتعين الاحتياط في ذلك الاستلحاق أو الإلهاق، وذلك بمراعاة

1- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 25-26

2- المرجع نفسه، ص 29.

الشروط اللازمة في الاستلحاق واعتماد وسائل الإثبات بدقة؛ حتى لا ينسب من ليس فرعاً لأصل إلى ذلك الأصل، وحتى لا تختلط الأنساب وتضطرب الأواصر الأسرية وتختل آثارها، وتفوت مصالحها¹.

4- أن يكون الولد من ماء الزاني فالماء أساس لقيام البنوة الطبيعية المفضية إلى البنوة الشرعية عن طريق عقد النكاح الصحيح. لذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم بنت الزنى، كونها مخلوقة من مائه فكانت ابنته حقيقة، ولم يعرف أحد من الصحابة أنه أباح نكاح الرجل ابنته من الزنى فتحريمها أولى من تحريم البنت من الرضاعة.

5- أن لا تكون الزانية فراشا لزوج أو سيد.

6- أن لا تكون الزانية داعرة يغشاها أكثر من واحد.

فإذا ثبت نسب المولود خارج رابطة الزواج بناء على اعتباراته وضوابطه وشروطه لم يصح نقله أو إسقاطه. مع لزوم الرعاية والنفقة والتعهد بالتربية والتعليم والإرشاد وقيام المحرمية واستحقاق الميراث، وهي مجموع الآثار المترتبة على النسب الثابت بالنكاح الصحيح ابتداءً وأصاله².

الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات المغاربية من الاستلحاق

أولاً : التشريع الجزائري :

الاستلحاق بمعناه عند الجمهور يطلق عليه المشرع الجزائري بالإقرار، حيث نصت المادة 341 منه : (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة) .

وقد تضمنت المادتان 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري، ثبوت النسب بالإقرار، حيث نصت المادة 44 منه على أنه : (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)؛ في حين نصت المادة 45 على أن الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

الواضح من خلال المادتين المذكورتين أن هناك نوعان من الإقرار وهما:

1- الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة

2- الإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة

1- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق ص 36-37.

2- المرجع نفسه ص 29-30.

فقانون الأسرة الجزائري أجاز إثبات النسب بطريقة الإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدعي الأبوة، وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شرطين أساسيين هما :

1- أن يتعلق الإقرار بطفل مجهول النسب.

2- أن يصدقه العقل أو تصدقه العادة.

يضاف إلى هذه الشروط ألا يصرح المقر أثناء إقراره بأنه ابنه من الزنا، كون الزنا جريمة لاتصلح لإثبات النسب وهو ما يستدل به من المادة 140¹.

كما أنه ينبغي الإشارة إلى أنه إذا صدر الإقرار عن شخص ما في مرض الموت فإنه يثبت النسب به مثلما يثبت حال الصحة؛ أما بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر؛ فالشروط السابقة معتبرة، شريطة موافقة المحمول عليه بالنسب، فإذا قال: هذا أخي، يشترط أن يصدقه أبوه في ذلك².

فأهم ما يجب علينا أن نلاحظه بصدد الحديث عن ثبوت النسب بطريق الإقرار هو أن يكون المقر به قد نتج عن زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة؛ لأنه إذا أقر شخص بأنه عاشر امرأة معاشرة غير شرعية خارج إطار عقد الزواج فأنجبت الولد المعترف به، فإن إقراره لا محل له ولا شرعية له، وبالتالي لا يجوز إسناد نسبه إلى أي رجل، ولا تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب أو اسم أي شخص عدا اسم أمه³.

كما أنه لا بد من توفر الشروط الشكلية لهذا الإقرار، فتقنين الأسرة الجزائري لم ينص على أي شكل بخصوص الموضوع، ولا الجهة التي يدلي أمامها، وبالتالي الرجوع إلى القواعد العامة للإقرار، والتي لا تقيد به بشكل معين؛ فقد يكون شفويا أو مكتوبا في مذكرة يرفعها المعني إلى القضاء⁴.

وعن هذا الإقرار وردت عدة قرارات قضائية من المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في : 1998/01/17 (من المقرر أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين

1- المادة 40 من ق.أ.ج "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول.....".

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010، ج1، ص389.

3- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص17.

4- المرجع نفسه، ص19.

من قضية الحال أن مدة الحمل المقررة قانونا وشرا غير متوفرة؛ لأن الزواج تم في: 1994/05/02 والولد قد ولد في : 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به؛ لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون)¹.

والملاحظ أن القضاة طبقوا صحيح القانون عندما اعتبروا الإقرار أمام مديرية الصحة لا يعتد به؛ لأنها إدارة ليست لها الصلاحية في تلقي الإقرارات، وأن الإقرار الذي يعتد به يجب أن يكون أمام القضاء، كما أنها لم تتسبب الولد إلى أبيه رغم زواج الزانين؛ لأن الولد ولد في أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا .

هذا ولايجوز للقاضي أن يطلب من المقر في دعوى الإقرار بالنسب الاستدلال بوثيقة الزواج، وفقا لأحكام المادتين: 44 و 45 من قانون الأسرة؛ لأن المشرع الجزائري نظم إثبات النسب بواسطة الفراش في المواد 40، 41، 42 و 43 من قانون الأسرة حتى يستطيع المقر تصحيح بعض الأوضاع المشبوهة حماية لنسب الولد (وبالخصوص الأطفال مجهولي النسب)².

وفي هذا الصدد أشارت المحكمة العليا بأن: (إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة، طبقا لقاعدة إحياء الولد)³. ومن هنا تحفظ بعض الفقه على الإقرار بالنسب منعا للتحايل على أحكام النسب بدعوى أن الفقهاء كانوا يتساهلون في إثبات النسب، هو رأي يحتاج للبحث والتمحيص؛ لأن حجة الإقرار قاصرة على المقر لا تتعداه، كما أن الإقرار بالبنوة لمجهول النسب مقبول شرا إذا توافرت شروطه الشرعية والقانونية. بالإضافة إلى هذا فإن إثبات نسب المقر له إلى المقر هو في الحقيقة إحياء معنوي له وإعادة الاعتبار لوجوده الإنساني⁴.

1- المحكمة العليا، ملف رقم: 210478 بتاريخ: 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 85.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 388.

3- المحكمة العليا، الملف رقم: 202430 المؤرخ في: 15-12-1998، المجلة القضائية. أشار إليه العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 388.

4- المرجع نفسه، ص 388.

وأما الأبناء ثمرة الزواج العرفي الغير مسجل في مصالح البلدية والذي تم بأركانه وشروطه الشرعية، إذا تقدم من له المصلحة بطلب توثيقه عن طريق حكم قضائي وأقر الوالد بهم فإنه يتم تسجيلهم بأثر رجعي إلى تاريخ ولادتهم¹.

فإذا حكم بثبوت النسب عن طريق الإقرار مستجمعا لشروطه لم يجز العدول عنه أو نقضه حفاظا على استقرار الأسرة والمجتمع ولتعلق حق الله به، ولا يجوز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه، طالما صاحب الحق الأول قد أثبتته في ذمته، وهو ما تضمنته المادة 85 من مشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية: "لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالإقرار الصحيح"².

ثانيا التثريع المغربي :

في التثريع المغربي الإقرار بالنسب هو ادعاء المقر أنه أب لغيره . وقد اعتبر كما هو معلوم سيد الأدلة، فهو ينسجم مع تصور الشريعة الإسلامية إلى حفظ الأنساب بدل قطعها، وعليه فإنه لمن الطبيعي أن يعتد به الفقه الإسلامي والمدونة في إثبات النسب. ونظمه المشرع المغربي بمدونة الأسرة الجديدة وسماه بالاستلحاق في المواد : من 160 إلى 162 من هذه المدونة، وقد أخضع الإقرار بالبنوة لمقتضيات خاصة مستمدة من الفقه الإسلامي تختلف عن قواعد الإقرار الواردة في قانون الالتزامات والعقود؛ ولعل هذا ما يتضح جليا من وضع العديد من الشروط والمقومات حتى يعتد بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب³.

وبالرجوع إلى المواد 160 و 161 و 162 من مدونة الأسرة يمكن اختزال هذه الشروط

فيمايلي :

- 1- أن يكون الأب المستلحق عاقلا أي كامل الأهلية.
- 2- ألا يكون الإبن المستلحق معروف النسب؛ بل مجهول النسب .
- 3- ألا يكذب المستلحق عقل أو عادة.

1- شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص17.

2- المرجع نفسه، ص23.

3- بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم

الإنسانية، 2012-2013، ص38.

4- أن يوافق المستلحق إذا كان راشدا حين الاستلحاق، وأما إذا لم يكن راشدا فإنه يبقى من حقه عند بلوغه سن الرشد أن يرفع دعوى نفي النسب.

5- أن يصرح المستلحق أن هذه البنوة قد نشأت في إطار عقد زواج صحيح كان أو فاسد، وقد ورد في قرار المجلس الأعلى : (... البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه ولو أقر ببنتها وكانت من مائه لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول الشيخ : خليل : (إنما يستلحق الأب مجهول النسب)¹.

6- أن يكون الإقرار صادرا من الأب المعني بالإقرار شخصيا إذ لا يصح إقرار غيره، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى : (إقرار الأب بالبنوة يحمل به في لحوق النسب وهذه القاعدة مؤسسة على الأصول العامة في مذهب الإمام مالك ...) ².

كما يجب أن يكون الإقرار في شكل رسمي أو بخط يد المقر الذي لاشك فيه³، فمتى استوفى الإقرار هذه الشروط ثبت به النسب. وهو نفس المنهج الذي سلكه المجلس الأعلى في إحدى قراراته حيث جاء فيه: (.النسب يثبت بالإقرار كما يثبت بالفراش أو بالبينة، أو بِنكاح فاسد أو بشبهة، ويترتب عنه جميع نتائج القرابة ويستحق معه النفقة والتوارث ولا تمييز في إثباته)⁴. فكلما أقر الأب ببنة ابنه يغني عن اللجوء إلى الخبرة الطبية ما لم يكن هناك فراغ كما لو أنكرت الأم ذلك، إذا في هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية لتأكيد قرار الأب المقر أو تصديق الأم المنكرة بذلك⁵، حيث يلاحظ أن مدونة الأسرة قد تخلت في هذا الصدد عن موقف المالكية من خلال ما قرره في المادة 160 من مدونة الأسرة على أن ليس من شروط الإقرار أن يعين المستلحق الأم. وإذا عينها يمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق. كما نصت على أن لكل من له مصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط

1- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 30 مارس 1983 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 109 و مابعداها، أشار إليه عبد الله أبو عوض، المرجع السابق، ص 309 .

2- قرار المجلس الأعلى رقم 12، بتاريخ: 29 أكتوبر 1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، ص 108 أشار إليه بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 38 .

3- المادة 162 من مدونة الأسرة المغربية.

4- قرار المجلس الأعلى، عدد 435، الصادر بغرفتين بتاريخ: 22 سبتمبر 2004، ملف شرعي رقم: 235، 02-01-2002، أشار إليه بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 39.

5- المرجع نفسه، ص 39.

الاستلحاق المذكورة ما دام المستلحق حيا، وإقرار الأم بالولد لا يثبت له إلا البنوة، أما النسب فلا، إذ ليس هناك أب يلتحق به الولد؛ لأن الولد يتبع أباه في الدين والنسب، ومجرد نسبة الأم الولد لأبيه لا تلحقه بالأب بل لا بد من إقرار صاحب الفراش¹، وهذا ما ذهب إليه المادة 161.

ويفرق محمد المريح بين الاستلحاق والإقرار فيقول: (وقد اشتبه الاستلحاق على كثير من الناس بالإقرار، ومنه ما يظهر من مختصر الشيخ خليل: "وإن استلحق غير ولد، لم يرثه إن كان وارث، وإلا فخلاف. وإطلاق الاستلحاق على هذه الصورة، وهي من الإقرار تجوز.... فالاستلحاق للأب والإقرار لغيره)².

ويقول أيضا: (أحكام باب الاستلحاق تخالف أحكام باب الإقرار بالوارث فالمستلحق متى تم استلحاقه من أبيه بوثيقة قضائية، أو ما ينتزل منزلتها، وهي شهادة الشهود، أصبح وارثا للمال كله من أبيه، إن كان وحده، ومع إخوانه يرث حظه معهم حسب فرائض الله، وحرّم عليه ما يحرم من نسب أبيه، بينما المقر به في باب الإقرار لا يرث إلا من حصة المقر ما نقصه إقراره، وأما حصة المنكر، فإنه لا شيء له فيها، كما هو نص الشيخ خليل في المختصر: وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث، فله ما نقصه من الإقرار، تعمل فريضة الإنكار، ثم الإقرار، ثم انظر ما بينهما من تداخل وتباين وتوافق....)³.

ثالثا : التشريع التونسي :

يعد الإقرار بالنسب أحد وسائل إثبات النسب الشرعي في مجلة الأحوال الشخصية في المرتبة الثانية بعد الفراش، وورد بالفصول 68 و 70 و 73 و 74 دون أن يفرد المشرع التونسي تحت عنوان خاص. كما أورد المشرع الإقرار أيضا كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب بالفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998 .

والملاحظ أن المشرع التونسي قد جعل من الإقرار وسيلة لإثبات النسب الشرعي وإثبات البنوة الطبيعية على حد سواء، والإقرار بالنسب نوعان إقرار على نفس المقر وهو أن يقر الابن بالوالد أو الأب بالولد، و إقرار بنسب محمول على الغير⁴.

1- عبدالله أبوعوض، المرجع السابق، ص 310.

2- محمد المريح، المرجع السابق، ص 393.

3- محمد المريح، المرجع السابق، ص 391.

4- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 39.

نشير في هذا الصدد أنه بالنسبة للقانون المتعلق بإسناد اللقب للأطفال المهملين ومجهولي النسب، لا يمكن الحديث عن الإقرار الذي به تحميل على الغير لأن هذا القانون لا يتعلق إلا برابطة البنوة المباشرة بين الابن والأب، أي إقرار الأب بأن فلان ابنه، بما يتعين إقصاء الإقرار بالأبوة وهو أن يقر الولد بأن فلان أبوه، وإقصاء الإقرار بالأمومة وهو أن يقر الولد بأن فلانة أمه، وسواء تعلق الأمر بالإقرار بالنسب، أو الإقرار بالبنوة الطبيعية في قانون 1998؛ فإن المشرع لم يعط تعريفا مضبوطا للإقرار لا في مجلة الأحوال الشخصية، ولا في القانون المتعلق بالأطفال مجهولي النسب، كما لم يضع شروطا، يتقيد بها القاضي عند الحكم¹.

الظاهر أن هناك فرق واضح وجوهري بين الإقرار في مجلة الأحوال الشخصية الذي يتعلق بإثبات نسب الطفل الشرعي، الذي يشترط فيه أن لا يصرح المقر بأن الطفل من زنا، أو أن يثبت المقر وجود علاقة شرعية بينه وبين والدة الطفل، في حين أن الإقرار في القانون الجديد إنما يتعلق بالطفل غير الشرعي، وبالتالي فإن العلاقة الشرعية مفقودة من أساسها، وعليه فإنه ليس على المقر في دعوى إسناد اللقب سوى أن يصرح بأن الطفل من صلبه دون حاجة لإثبات العلاقة الشرعية؛ فالمهم هو الإقرار بالعلاقة البيولوجية. وعلى هذا الأساس جعل المشرع التونسي التحليل الجيني أي البصمة الوراثية في مرتبة مساوية للإقرار، حيث قرر أن تحديد هوية أب الطفل المجهول النسب يتم سواء بالإقرار أو بالتحليل الجيني فحسب، ومهما يكن من أمر فإن التحليل الجيني يعد وسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية في قانون 1998، حسب ما يفهم من أحكام الفصل الأول منه الذي عدد وسائل هذه البنوة باستعمال حرف "أو".

وقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني كوسيلة أصلية ومستقلة عن بقية وسائل إثبات البنوة، من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 و الذي جاء فيه مايلي : (حيث اقتضت أحكام الفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب أن اللقب يثبت بالإقرار... أو بواسطة التحليل الجيني)².

1- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 39 و 40.

2- المرجع نفسه، ص 40 و 41.

المبحث الثاني: الأولاد الذين يتم استلحاقهم وتمييز الولد غير الشرعي

عما يشابهه.

من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على بقاء النوع الإنساني في الحياة الدنيا؛ إلا أنها لم تجعل ذلك بإباحة اتصال ذكور بني الإنسان بإنثاه على وجه الشيوخ؛ لأن هذا الأسلوب لا يليق بالإنسان الذي كرمه الله تعالى، لكن قد تنشأ علاقات بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج، يترتب عنها أولاد غير شرعيين أو لقطاء أو مجهولي نسب، وهم ضحايا لاذنب لهم في وضعيتهم، ولاتلحقهم جرائم والديهم؛ لأن الجرائم لا تورث.

في هذا المبحث نتناول تعريف كل من مجهولي النسب، والأولاد غير الشرعيين في المطلب الأول، ثم نميز الولد غير الشرعي عما يشابهه من الحالات في المطلب الثاني .

المطلب الأول : الأولاد الذين يتم استلحاقهم.

مجهول النسب أو الولد غير الشرعي يحتاج منذ ولادته إلى الرعاية والاهتمام إلى أن يشب ويكبر ويندمج في الحياة الاجتماعية؛ فشعور الطفل بأنه ليس لديه هوية ولا أسرة يخلق لديه شعور بالضياح الاجتماعي والنفسي .

من خلال هذا المطلب نتناول تعريف مجهولي النسب ونظرة الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري إليهم في الفرع الأول؛ ثم تعريف الولد غير الشرعي في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الأولاد المتفق على استلحاقهم (مجهولي النسب).

أولا : تعريف اللقيط

في اللغة : اللقيط هو الطفل المنبوذ، وهو على وزن فعيل بمعنى مفعول، كالقتيل بمعنى مقتول، ولقطه يلقطه لقطا، والتقطه أخذه من الأرض فهو ملقوط ولقيط، والفعل منه يسمى التقاط، وهو العثور على الشيء من غير قصد ولا طلب، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له الملتقط.

وهو الطفل الذي يوجد مرميا على الطريق، ولا يعرف أبوه ولا أمه¹.

في اصطلاح الفقهاء:

هو الآدمي الصغير الذي يوجد مرميا على الطريق ولا يعرف أبوه ولا أمه² وقيل هو الصبي الصغير غير البالغ وإن كان مميزا³. أو هو المولود الذي لا يعرف نسبه حيث نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا، أو من أجل الفقر والفاقة.

من خلال التعريف يظهر أنه لا بد من توافر ركنان هما⁴: الدلالة على الصغر وعدم معرفة الكافل له من قريب أو وصي؛ بغض النظر عن الأسباب التي أوجدته في هذا الوضع، فقد يكون متروكا بسبب الفقر والعوز عن القيام بكفالته، أو بسبب الضياع، أو موت والدا الطفل وليس له من يكفله، وقد يضيع بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي تصيب المجتمع.

ثانيا : مجهول النسب في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري :

1- مجهول النسب في الشريعة الإسلامية :

عنيت الشريعة الإسلامية بالتكافل الاجتماعي وتأصيله في نفوس المسلمين، ومن صور هذا التكافل العناية باللقطاء، فإن هذا الطفل اللقيط بريء لا ذنب له؛ لذلك عنيت الشريعة بحقوقه ورتبت لذلك أحكاما كثيرة؛ حتى أن معظم كتب الفقه خصصت بابا مستقلا في اللقيط لبيان أحكامه وحقوقه⁵. وهذه بعض أحكامه :

أ- اللقيط نفس محترمة في الشريعة الإسلامية تستحق الحفظ والرعاية، لذلك فإن التقاطه أمر مطلوب، على من رآه، فإن وجد الطفل في مكان يغلب على ظنه الهلاك لو ترك كان التقاطه فرض عين لا يجوز تركه للهلاك، ولا يهيم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة، أما إذا وجد في مكان يكثر ارتياده من الناس فإن التقاطه فرض كفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقيين،

1- ابن منظور، المصدر السابق، ج 7، ص 392 و 393.

2- أحمد بن صالح آل عبدالسلام، حكم استلحاق ولد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010، ص 25.

3- سعد الدين مسعد هلاي، المرجع السابق، ص 397.

4- محمد بن أحمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرين المنعقدة بمكة المكرمة من 25-29 ديسمبر 2010، ص 27.

5- سعد بن تركي الختلان، المرجع السابق، ص 21.

والأثما جميعا، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة.¹
 ب- الملتقط أحق باللقيط من غيره إذا رغب في رعايته ولا ينزع منه إلا لضرورة معقولة، وعليه كفالته وتربيته وتعليمه؛ فإذا عجز سلمه للدولة لرعايته .
 ت- إذا ادعى الملتقط نسب اللقيط، وتوفرت شروط ذلك يثبت به النسب، أما إذا ادعاه غير الملتقط فإنه يلحق به؛ لأن مصلحة اللقيط تكون مع المنسوب إليه قبل غيره؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بفقده.

ث- يعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في بلاد المسلمين ونفقته على بيت مال المسلمين.²

وقد رغب الشرع الحنيف في كفالة اللقطاء ورعايتهم والنصوص كثيرة في كفالة اليتيم والإحسان إليه، وكل ما ورد في شأن الإحسان لليتامى ينطبق على اللقيط من باب أولى. كما أعطى الإسلام اللقيط جميع الحقوق التي لغيره من المسلمين، ومنع من أن يعامل بمعاملة دونية، أو يحتقر، أو يعير بجريرة والديه، ومن عيره فيحد حد القذف إذا توافرت شروطه،³ فالتربية والكفالة والحماية والإنقاذ والولاية على الولد المشرد أو مجهول النسب في صغره واجب ديني وأخلاقي وإنساني داخل في مبدأ الإحسان الذي يحض عليه الإسلام، ومبدأ الرحمة والإخاء منهج المجتمع المسلم، فالحل لأمثال هؤلاء في المؤازرة المادية والمعنوية والتربية والكفالة.⁴

2- مجهول النسب في التشريع الجزائري :

قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض إلى أحكام اللقيط مجهول النسب إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين⁵، كقانون الأسرة في باب النسب المادة 44، و في موضوع الكفالة المادة 119 و 120، وقانون الحالة المدنية المادة 64، وكذلك المادة 67، بالإضافة إلى قانون العقوبات.

1- أحمد بن صالح آل عبدالسلام، المرجع السابق، ص 25 و 26.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 246.

3- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 22 - 24.

4- رهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 22 و 23.

5- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 247.

حيث نصت المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)، أما المادة 119 فنصت على أنه: (الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب)، وأما المادة 120 من نفس القانون فنصت على أنه: (يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية).

وقد نصت المادة 64 الفقرة الرابعة من قانون الحالة المدنية على أنه: (...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي). وفي حالة العثور على الطفل اللقيط فإن المادة 67 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه: (يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة).

ومع كل هذا كان على المشرع الجزائري أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة؛ لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمعات بكثرة؛ لذلك كان لابد من منحهم الحماية الكافية.¹

كما نظم قانون الأسرة بعض أحكام اللقيط، أثناء تعرضه لموضوع الكفالة في المواد من 116 إلى 125، حيث عرف الكفالة بأنها التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية فهي تتم بعقد شرعي قانوني يبرم أمام المحكمة أو أمام الموثق بموافقة المشمول بالكفالة، وبحضور الأبوين، وهو أمر طبيعي؛ لأن الكفالة تكون على سبيل التبرع من جهة، ومن جهة ثانية لابد فيها من موافقة المكفول وأهل الكافل حتى تستطيع الكفالة أن تحقق الهدف الذي

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 247-248.

وجدت من أجله، وفي حالة عدم وجود الأبوين بسبب الوفاة، أو أن المشمول بالكفالة لقيط أو مجهول النسب فمن الأفضل إبرام الكفالة أمام القضاء .

كما تحدث القانون عن الشروط والضوابط المطلوبة في الكفيل وهي على العموم الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة المادية والمعنوية للقيام بمهمة الرعاية. وعلى القاضي أو الموثق أن يراعي هذه الجوانب حتى لا يتضرر الصغير من هذه الكفالة.

إذا كان المكفول معلوم النسب يحتفظ بنسبه طبقا للمادة 120 من قانون الأسرة، أما إن كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، أي تسوية وضعيته الإدارية بمنحه الإسم واللقب العائلي، وهي ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع؛ لأن كل إنسان لابد له من اسم يميزه عن غيره.¹

كما تعرض قانون الجنسية لتحديد وضعية الطفل المكفول مجهول النسب، حيث اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 6 من قانون الجنسية الصادر في : 1970/12/15 قبل التعديل الولد من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب.

أما الفقرة الأولى من المادة 07 من نفس القانون فقد اعتبرت الولد المولود من أبوين مجهولين جزائريا بالولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها مالم يثبت خلاف ذلك . وهذه الرابطة تمنحه حق الحماية والرعاية سواء من طرف الأشخاص الطبيعيين كما هو الحال في موضوع الكفالة، أو تتكفل به الدولة من خلال المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض والمسماة بمراكز الطفولة المسعفة.²

الفرع الثاني : الأولاد المختلف في استلحاقهم (الأولاد غير الشرعيين).

قبل أن نعرف الولد غير الشرعي، لابد أن نعرف كل من الزنا والاعتصاب

أولا : تعريف الزنا والاعتصاب :

1-تعريف الزنا :

لغة : الزنا فيه لغتان

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص248 .

2-المرجع نفسه، ص250.

الأولى : أنه اسم ممدود، فيقال : الزناء وهي لغة بني تميم

الثانية : أنه اسم مقصور، فيقال: الزنى، وهي لغة أهل الحجاز وبها ورد قول الله تعالى :

﴿وَلَا تَفْرَبُوا الزَّيْنَى﴾ {الإسراء : 32} بالقصر .

ويطلق على الضيق، فيقال: وعاء زني ضيق . والمرأة تزني مزانة وزنا أي تباغي، ويقال للولد

إذا كان من زنا : هو لزنية¹. والزنا هو إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة².

في الاصطلاح الشرعي : تختلف التعاريف.

عند الحنفية: عرف بعدة تعريفات متقاربة من أشهرها أنه: (وطء في قبل خال عن ملك شبهة)³.

عند المالكية: عرفه خليل بأنه : (وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه، باتفاق عمدا).

قال ابن عرفة: (الزنا الشامل للواط : مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمدا).

وعرفه ابن رشد: (كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولاشبهة نكاح ولا ملك يمين).

عند الشافعية: عرفه الغزالي أنه : (إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً، المشتبه طبعاً).

عند الحنابلة: عرفه المجد بن تيمية فقال: (تغيب حشفه في قبل أو دبر حراماً محضاً)⁴.

من خلال النظر في تعريف الفقهاء للزنا، نجد أن أدق التعاريف تعريف الحنفية؛ لأن تعريف الزنا

عند جمهور المالكية والشافعية، والحنابلة يشمل الوطء في الدبر، والوطء في الدبر يسمى لواطاً،

ولا يسمى زناً، وعقوبته القتل بكل حال، كما أجمع على ذلك الصحابة، وإن اختلفوا في صفة

القتل؛ بينما الزنا عقوبته الجلد والتغريب لغير المحصن، والرجم للمحصن.

لذلك فالتعريف المختار هو تعريف الحنفية: (وطء في قبل خال عن ملك و شبهة)⁵.

المشرع الجزائري لم يعرف الزنا، وترك ذلك للفقهاء، غير أنه أشار إليه في المواد 339 و341

من قانون العقوبات، حيث تنص المادة 339 : (يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل

امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

1 -ابن منظور، المصدر السابق، ج14، ص359 و 360 .

2 - عبدالحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، نوفمبر 2006، العدد10، ص04.

3 - أحمد عبد المجيد "محمد محمود" حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح بنابلس فلسطين، 2008، ص10.

4 - سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص13.

5 -المرجع نفسه، ص14.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة". معظم شراح قانون العقوبات عرفوا الزنا على أنه: (العلاقة الجنسية التي يرتكبها الزوج أو الزوجة مع أي شخص آخر، بشرط تقديم شكوى من الزوج المضرور)¹.

فالتشريع الجنائي الجزائري لا يعتبر كل وطء محرم زنا؛ إلا إذا حصل من أحد الزوجين فقط، أما غير المتزوجين البالغين فقد أهملهم القانون الوضعي، واعتبر ذلك منهم وقاعا لاعتقابه عليه؛ إن كان بناء على رضا الطرفين، كون العلاقة الزوجية أوجدت منفذا مشروعاً للغريزة الجنسية؛ ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الحياة الزوجية.

في حين نجد الشريعة الإسلامية تعاقب على الزنا باعتباره مساساً بكيان الجماعة؛ إذ أنه اعتداء شديد على سلامة الأسرة، وفي إباحة الزنا إشاعة للفاحشة، الأمر الذي يؤدي إلى هدم الأسرة، ثم فساد المجتمع وانحلاله؛ لذلك فهي تعاقب الزاني محصناً كان أو غير محصن؛ فالزوج والزوجة إذا زنيا على الرغم من توفر طريق لإفضاء الشهوة بالحلال، فهما يعبران بزناهما عن فساد أخلاقي متأصل، لا يمكن أن يعالج إلا بالاستئصال كما هو الحال في الشريعة الإسلامية².

2- تعريف الاغتصاب :

لغة: على وزن افتعال من الفعل غصب، والغصب أخذ الشيء ظلماً، يقال : غصبه، يغصبه، أي أخذه ظلماً، وغصب فلانا على الشيء قهره³.

غصبت الجلد غصبا إذا كدنت عنه شعره أو وبره قسرا بلا عطن في الدباغ ولا إعمال في ندى ... وتكرر في الحديث ذكر الغصب وهو أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً. وغصبها نفسها: أراد أنه واقعها كرها، فاستعاره للجماع⁴. وفي السابق شاع الاغتصاب وانتشر في المال.

اصطلاحاً : شاع استعمال الاغتصاب في زماننا الحاضر في واقعة الرجل المرأة كرها؛ حتى صار غالباً على العرف، وصار الإكراه على الجماع يسمى اغتصاباً، عدا جماع الرجل امرأته

1 عبدالحليم بن مشري، المرجع السابق، ص 05

2- المرجع نفسه ، ص 02-03.

3- القاموس المحيط ، ج 1، ص 154

4- ابن المنظور ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 648

ولو بالكره؛ فإنه لا يعد اغتصاباً ولا ظلماً؛ لأنه حق للرجل، ولا يجوز للمرأة الامتناع عنه إلا بموجب شرعي. على هذا فقد خص الاغتصاب بالإكراه على الوقاع المحرم وعرفه صاحب البهجة في شرح التحفة فقال: (هو وطء حرة أو أمة جبراً على غير وجه شرعي، أي أنه إكراه على الزنا والزنا محرم)¹.

المشرع الجزائري لم يعرف الاغتصاب، ولم يحدد أركانه، بل أشار إليه في المادة 336 من قانون العقوبات. وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 23-222 من قانون العقوبات الصادر سنة 1992 بأنه: "كل فعل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغاة"، كما عرفه المشرع المصري بأنه: "مواقعة أنثى بغير رضاه والاغتصاب في القانون يطلق عليه مصطلح المواقعة، والمواقعة المقصودة هنا هي إيلاج عضو التذكير في الموضع الطبيعي المعد له من جسم المرأة، وأن لا يكون هناك عقد زواج يربط بين الطرفين"².

وتتميز جريمة الاغتصاب عن جريمة الزنا في الفقه والقانون بعنصر الإكراه؛ غير أن كل من الجريمتين معاقب عليها بعقوبات متفاوتة، ولكل منها أركان وشروط مختلفة عن الأخرى؛ بل الواقع أن بعض القوانين الوضعية تعتبر انتفاء عنصر الإكراه يخرج الفعل من دائرة التجريم أصلاً. **أوجه الاختلاف بينهما هي³:**

- 1- أن جريمة الزنا تفترض رضا الزوجة بالاتصال الجنسي بغير زوجها، أما جريمة الاغتصاب فتفترض أن يكون الاتصال بها رغماً عنها.
- 2- القوانين الوضعية تشترط في جريمة الزنا أن يكون الزاني زوجاً، أو المزني بها زوجة؛ أما في جريمة الاغتصاب فلا تشترط ذلك.
- 3- عقوبة الزنا تقع على الزانيان، بينما عقوبة الاغتصاب تقع على الرجل وحده؛ لأن المكره غير أثم ولا يستحق العقوبة.
- 4- كما تختلف عقوبة كل من الزاني والمغتصب في القانون الوضعي فعقوبة الاغتصاب هي

1- محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الاسمية، 2011، العدد 20، ص 93.

2- المرجع نفسه، ص 22.

3- مبدوعة حدة، أحكام ولد المغتصبة بين الفقه الإسلامي والإجتهد القضائي، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014 ص 15-16.

السجن من خمسة إلى عشر سنوات وتشدد في ثلاث حالات وهي :

-إذا كانت الضحية قاصرة لم تتجاوز 16 سنة، ترفع العقوبة لتصل إلى السجن من 10 إلى 20 سنة.

-إذا كان الجاني من الأصول أو من الفئة التي لها سلطة على الضحية ترفع العقوبة إلى السجن المؤبد .

-إذا استعان الفاعل بشخص أو أكثر ترفع كذلك إلى السجن المؤبد.

بالإضافة إلى بعض العقوبات التكميلية؛ أما جريمة الزنا فعقوبتها هي الحبس من سنة إلى سنتين وذلك دون تمييز بين الزوج والزوجة .

الشريعة الإسلامية تطبق عقوبة الزنا على المغتصب وهي الجلد مائة جلدة وتغريب عام، واختلف في تغريبه بينما المحصن عقوبته الرجم حتى الموت، حسب جمهور الفقهاء، وتسقط العقوبة على المغتصبة كونها مكرهة، وهناك قول بتطبيق حد الحراة على المغتصب كونه مجاهر بالمعصية، معتديا على الحرمات¹ .

ثانيا : تعريف الولد غير الشرعي :

ولد الاغتصاب ناتج عن إكراه المرأة على الزنا، فهو ولد زنا وناتج عن علاقة غير شرعية، غير أن أمه غير مؤاخذه في ذلك فيرتفع الإثم عنها، بينما ولد الزنا ناتج عن اختيار وطواعية من المرأة؛ غير أنه لا فرق بين ولد الزنا وولد الاغتصاب من حيث الأحكام²؛ فكلاهما يخضع لنفس الأحكام لذلك آثرنا أن نجمع بينهما تحت مصطلح حديث وهو الولد غير الشرعي، فماهو تعريف الولد غير الشرعي ؟ الطفل غير الشرعي هو: (الطفل المولود من والدين غير متزوجين زواجا شرعيا، سواء كان لأحدهما أو لكليهما زوج، أو ليس لأي منهما زوج آخر، ويسمى بالولد الطبيعي ومنه ابن الزنى)³.

وعرف الشيخ جمعة براج ولد الزنى أنه: (الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السفاح، أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرجل والمرأة وسمي بالولد غير

1 - مبدوعة حدة، المرجع السابق ص19.

2 - أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص35.

3- نجار إبراهيم، "القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة، المعرفة الريفية. http://ency.Reef net.gov.s .أطلع عليه يوم: 10-03-2017. على الساعة 10:00.

الشرعي)¹. ويعرف الشيخ يوسف بن الحاج فرج بن يوسف ابن الزنا بقوله: (ابن الزنا هو كل من تخلق من نطفة وصلت رحم امرأة بلا عقد أو شبهة في الزوجية ومن ذلك ولد من تعمدت الزنا أو قبلت تلقيح بويضتها بحيوان منوي لغير زوجها والمغتصبة)².

وقد شاع استعمال ولد الزنا واللقيط في الفقه الإسلامي، وأطلق مصطلح الطفل الطبيعي في التشريع الفرنسي منذ نهاية القرن 19. بعض الفقه والتشريع العربي تناولوا مصطلح الولد غير الشرعي، حيث ذكر قانون الأحوال الشخصية السوري هذا المصطلح في العديد من المواد : 63 و 65 . نفس الأمر بالنسبة لقانون الجنسية اللبناني، ذكر هذا المصطلح في المادة 02 منه . من جانب الفقه الجزائري، أشار تشوار جيلالي إلى هذا المصطلح بقوله: (...بخصوص نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي). وهذا ما جاء في تعريف العربي بلحاج : " .. وهو ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالولد غير الشرعي".

وعرفه الفقه الفرنسي على أنه : (الطفل الذي يولد من أبوين غير متزوجين، أو كان أحد أبويه أثناء علاقتهما الزوجية مرتبط بشخص آخر خلال الفترة القانونية للحمل).

إذن الطفل غير الشرعي هو نتاج علاقة غير شرعية، أي خارج إطار الزواج سواء كانت العلاقة عن تراض أو إكراه أو اغتصاب، ثم أن والده في الغالب يكون غير معروف³.

ثالثاً : الفرق بين اللقيط و الولد غير الشرعي :

اللقيط أعم في معناه مطلقاً؛ لأنه يشمل ولد الزنا، ومن ضاع من أهله. والغالب كون اللقيط مولوداً من علاقة غير شرعية، وهي ظاهرة اجتماعية سيئة تهرباً من التهمة⁴. ويفترق الولد غير الشرعي عن اللقيط؛ بأنه إذا ادعى شخص نسب اللقيط، وانفرد بدعواه واستلحقه لحقه قال ابن قدامة : "بغير خلاف بين أهل العلم إذ أمكن أن يكون منه".

1- أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص28.

2- نور الدين الجلاصي، مقال منشور بالإنترنت بعنوان ابن الزنا إذا استلحقه والده هل يحق له الميراث؟ من الموقع <http://noueeddine-moudawana.blogspot.com> اطلع عليه يوم : 26-03-2017 على الساعة 9:30 .

3- بلبشير يعقوب، المرجع السابق، ص03.

4- وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص18.

وقال الغزالي رحمه الله : (إذا ظهر إنسان وزعم أنه والده - اللقيط - ألحق بمجرد الدعوى، إذ لامنازع، وإقامة البينة على النسب عسير، بخلاف ولد الزنا لا يستلحق عند أكثر أهل العلم). فاللقيط لا يأخذ أحكام الولد غير الشرعي؛ لأن الأصل فيه أنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ولد زنا فهو مجهول الأبوين، أما ولد الزنا فأمه معروفة، وأما أبوه فلا يلزم من معرفته انتسابه إليه شرعا¹.

المطلب الثاني : تمييز الولد غير الشرعي عما يشابهه من الحالات :

لا خلاف بين الفقهاء فيمن ادعى نسب لقيط أو مجهول النسب ولم ينازعه فيه أحد بأنه يثبت النسب له؛ بل هناك إجماع على ذلك، لكن الخلاف يثور حول الولد غير الشرعي. لذلك ارتأينا أن يكون التمييز بين الولد غير الشرعي وولد الشبهة في الفرع الأول، ثم بين الولد غير الشرعي وولد اللعان في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الفرق بين الولد غير الشرعي وولد الشبهة :

المقصود بشبهة الزواج كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا، و ليست زنى حتى توجب الحد، ويثبت بها النسب²، وقد اتفق الحنفية مع الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في ثلاثة أنواع للشبهة في الزواج هي :

1-الشبهة في الفعل : هذه الشبهة تقع في نفس المشتبه عليه، فيظن أن له الحق في وطء المرأة فأساس تلك الشبهة اعتقاد وظن المشتبه عليه، ولذلك تسمى شبهة الاشتباه. ومن أمثلتها وطء المعتدة من طلاق ثلاث، أو من خلع إذا ظن أن هذا حقه، وأيضا إذا اعتقد أن هذه المرأة الأجنبية امرأته، كما لو وطئ امرأة على فراشه، أو في منزله ظنها امرأته.

2-الشبهة في المحل: وهي أن يظن الفاعل أن المرأة التي يطؤها تحل له بدليل خاص، وغالبا ما تكون عند التعارض الظاهري لبعض الأدلة، فيستند كل شخص إلى دليل من المتعارضين ويطأ المرأة، ومن أمثلته: وطء المعتدة بالطلاق البائن بالكنايات، لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائنة .

3-الشبهة في العقد : إذا استند الزوج إلى صورة العقد، ودخل بزوجه المحرمة عليه أصلا مثل

1- أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص28.

2- مسعد هلالى سعدالدين، المرجع السابق، ص 285 .

نكاح إحدى المحرمات من الرضاع، إذا لم يكن عالماً بالتحريم، أو المرأة المزفوفة إلى رجل وقالت النساء إنها زوجتك مع أنها لم تكن امرأته فوطئها.¹
وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، ففي بعضها أثبتوا النسب، وفي بعضها الآخر لم يثبتوه.²

فولد الشبهة إذن نسبة إلى وطء الشبهة، والفرق بينه وبين الولد غير الشرعي، بأنه ينسب للوطنيء ويجوز استلحاقه، بخلاف الولد غير الشرعي الذي اختلف في استلحاقه بين قائل به ورافض لذلك، فالفرق إذن بين ولد الشبهة والولد غير الشرعي، أن ولد الشبهة ناتج عن وطء شبهة غير مؤاخذ به، فالوطنيء معذور بهذه الشبهة، بخلاف الولد غير الشرعي؛ لأن الزنا علاقة محرمة واضحة الحرمة، مؤاخذ بفعلته، ولا يترتب على وطء الشبهة ما يترتب على الزنا من إثم وحد . ويترتب على هذا أن لا يأخذ ولد الشبهة أحكام ولد الزنا.³

الفرع الثاني : الفرق بين الولد غير الشرعي وولد اللعان.

الشريعة الإسلامية تتشوف إلى إثبات النسب ودوامه، وتتشدد في نفيه وتحصره في طريق واحد فقط وهو اللعان، واشترطت لإقامته شروطاً كثيرة تحد من حصوله، وتقلل من وقوعه.⁴ قال ابن قدامة: (فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفي إلا بأقوى دليل).⁵

واللعان لغة: مصدر لاعن وفعله الثلاثي : لعن، من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد من الخير وهو لعين وملعون .

أما في اصطلاح الفقهاء : فهو شهادات تجري بين الزوجين، مؤكدة بالإيمان، مقرونة باللعن من جانب الزوج، وبالغضب من جانب الزوجة، إذا رماها بالزنا، أو نفى عنه الولد.

1- سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص 285-287 .

2- العربي بلحاج، المرجع السابق .

3- أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص33.

4- عمر السبيل ، المرجع السابق ، ص 20.

5-المرجع نفسه، ص23.

من هذا التعريف يتضح أن للعان سببان : رمي الزوجة بالزنا، ونفي نسب ولدها عنه. وقد اتفق الفقهاء على مشروعية اللعان لنفي الزوج ولد زوجته عنه إذا تيقن أو كان غالبا على ظنه أنه ليس منه¹.

وعليه يعرف ولد اللعان بأنه:(من ولد على فراش الزوجية الصحيح، ولكن الزوج نفي نسبه منه، وأنكر بنوته له، وذلك بعد وقوع ملاءنة بين الزوجين على الوجه المحدد شرعا؛ لوجود سببه وهو قذف الزوج زوجته المدخول بها بفعل الزنى، أو إنكار من ولد على فراشه منها، ويحكم القاضي بالتفريق، وقطع نسب الولد من أبيه)؛ فينفي نسب الطفل من أبيه وقرابة أبيه باللعان، ويلحق بأمه وقرابتها، وصار بمثابة من لا قرابة له من جهة أبيه، وتثبت قرابته من جهة أمه فقط² وهذا مانص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 41 وهي أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"؛ غير أن المادة لم توضح المقصود بالطرق المشروعة لنفي نسب الولد إن كان اللعان فقط أم هناك طرقا أخرى كالاعتماد على الطرق الطبية المعاصرة لنفيه، أو طرقا أخرى سكت عنها المشرع، وإن كان الاجتهاد القضائي قد استقر على أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان فقط³؛ أما في الولد غير الشرعي فلا وجود لفراش الزوجية؛ لذلك نجد بينهما أوجه للشبه وأخرى للاختلاف والتي سنوضحها فيمايلي :

أولا : أوجه الشبه بين الولد غير الشرعي وولد اللعان :

1- كل من الولد غير الشرعي وولد اللعان نسبه من جهة الأب منقطع، ومن جهة الأم ثابت، فنسبه لأمه مطلقا؛ لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقا مشروعاً لإثبات النسب؛ ولأن ولد اللعان لم يثبت نسبه من أبيه⁴.

2-الحكم في ميراث الولد غير الشرعي كالحكم في ميراث ولد الملاءنة؛ لانقطاع نسب كل منهما من أبيه. إذن ولد الملاءنة كالولد غير الشرعي يثبت نسبهما من الأم حيث ترثه ويرثها.

3-ولد الزنا وولد اللعان لايلحقان مع وجود الشبه؛ فلا تأثير للقيافة في لحوقهما، وذلك لأن نفيه

1- سعد الدين مسعد هلالي ، المرجع السابق، ص 349-350.

2 - عيسى معيزة، الإرث بالتقدير والإحتياط في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص238.

3-المرجع نفسه، ص238.

4- أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص 29.

باللعان نص، وإحاقه بالشبه استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص¹.

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الولد غير الشرعي وولد اللعان:

1- ولد الملاعنة يقطع نسبه من الملعن ولا يكون لأحد فيه حق دعوة النسب؛ لأن في إثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه عن غيره، فبَعُدَ بذلك .

2- ولد الملاعنة يلحق الملعن إذا استلحقه، والولد غير الشرعي لا يلحق الزاني في قول الجمهور، فإن أكذب الملعن نفسه؛ فإنه يثبت النسب منه-لولد الملاعنة-؛ لأن نسب ولد الملاعنة كان ثابتا من الزوج بالفراش، وبقي بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه² .

3- من وصف ولد الملاعنة بأنه ولد زنا- أي قذفه بأمه- يحد حد القذف عند المالكية والشافعية والحنابلة، بخلاف ولد الزنا، ودليل ذلك ما رواه أبو داود في سننه، من حديث ابن عباس أن النبي (ص) فرق بين المتلاعنين و نفي النسب، وقضى ألا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد .

لكن لو قذف ولد الزنا في نفسه فعليه الحد كما لو قذف ولد الملاعنة؛ لأنه محصن عفيف، وإنما الذنب لأبويه و فعلهما لا يسقط إحصانه .

4- تجوز شهادة ولد الملاعنة في الزنا عند المالكية، بخلاف ولد الزنا؛ فإنه لا تقبل شهادته فيه عندهم.

5- تكره إمامة ولد الزنا عند الحنفية والشافعية بخلاف ولد الملاعنة³ .

وفي الأخير نود أن نشير إلى نقطة مهمة وهي مدى إمكانية الاستفادة من تعديل قانون الأسرة، خصوصا بعد إدراج الطرق الطبية المعاصرة، كطريقة جديدة لإثبات النسب، وبالتالي نجعلها أيضا وسيلة لنفي النسب مع اللعان؟ خصوصا وأنها قطعية النتيجة، عكس اللعان الذي هو أمر ظني فقط، وربما يكون قرار الزوج مبني على شكوك لأساس لها، أو اعتمد عليها للهروب من عش الزوجية دون دفع تعويضات للزوجة مقابل الطلاق؛ بالنظر لانهايار ضمائير الناس،

1- أحمد عبد المجيد حسين، المرجع السابق، ص30

2- المرجع نفسه، ص30.

3- المرجع نفسه، ص31-32

وغياب الوازع الأخلاقي لدى كثير منهم¹. جاء في مشروع توصية المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة: (أنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالاً اكتفاءً باللعان، ولا استعمالها في نفي نسب متى ثبت نسبه بأي دليل شرعي). وقال الشيخ محمد الأشقر: (إنه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية، والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بيانها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح...) ².

هذا ومع أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان؛ فإنه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنها قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو ابنه قد تخلق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع المطهر ويتشوف إليها لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي وهو (أن الولد للفراش)، ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره، فإن أصر الزوج على طلب اللعان للانتفاء من نسب المولود على فراشه فذلك حق له لا يجوز منعه منه بناء على ما ظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون المولود المراد نفيه هو ابنه³.

وعليه فإنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان على اعتبار أن نتائجها عند ذوي الإختصاص بها قطعية، أو قريبة من القطعية، ذلك أن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلا بدليل نصي وهو غير ممكن؛ غير أن الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها، بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع لدرء ذلك ومنعه، وتشوفه لاتصال الأنساب، وبقاء الحياة الزوجية⁴.

1- عيسى معيزة، المرجع السابق، ص 241.

2- عمر السبيل، المرجع السابق، ص 24.

3- المرجع نفسه، ص 25.

4- المرجع نفسه، ص 26.

ملخص الفصل الأول :

بعد أن عرفنا الاستلحاق لغة واصطلاحاً، اتضح لنا أن الاستلحاق هو الإقرار بالنسب، والتعبير بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فاستعملوه بالإقرار بالنسب على قلة. ولا يجوز استلحاق ولد الزنا عند الجمهور. كما وضحنا الفرق بين الاستلحاق والتبني، وتناولنا شروط الاستلحاق، بعدها استعرضنا شروط وضوابط استلحاق الولد غير الشرعي - عند القائلين به-، والتي اقترحها بعض الفقهاء المعاصرين حماية للنسب الشرعي، كما تناولنا موقف بعض التشريعات المغاربية من الاستلحاق، فاستخدمه المشرع المغربي بلفظ الاستلحاق، والمشرع الجزائري بلفظ الإقرار، والمشرع التونسي بلفظ الإقرار حتى وإن تعلق الأمر بالبنوة الطبيعية.

بعدها عرفنا مجهول النسب، واستعرضنا نظرة كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري له. كما عرفنا الولد غير الشرعي بدءاً بتعريف كل من جريمتي الزنا والاعتصاب، وقارناه ببعض الحالات المشابهة وهي : ولد الشبهة وولد اللعان.

الفصل الثاني

موقف الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي من استنطاق الوالد غير

الشرعي

توطئة:

يعتبر الحق في النسب من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، والنسب كما هو معلوم ثمرة العلاقة الزوجية، التي تعد من أنبل وأقدس الروابط، فهي السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة. لكن قد يقع بعض الناس في سبل الغواية، وينحرفون إلى الرذيلة، ويكون من نتائجها أولاد غير شرعيين.

فإذا كان أول حق للطفل هو حق الانتساب لأسرة، فالطفل غير الشرعي يولد محروماً حتى من هذا الحق، محروماً من أب شرعي يمنحه نسبه.

فهوية الأب قد تكون معروفة، ولكن غالباً ما يتخلص من المسؤولية، إما لأن القوانين لا تنسب الطفل لأبيه إذا كان غير شرعي، أو لأن القوانين لا تعترف بفحص الحمض النووي كوسيلة لإثبات النسب. ولقد أثار نسبه الكثير من الجدل الفقهي، سواء لدى الفقهاء القدامى، أو المعاصرين، ولكل حججه وأسبابه، وقد تأثرت القوانين بدورها بهذه الآراء الفقهية، وهو ما سنستعرضه من خلال هذا الفصل للوصول للرأي الراجح فقها وقانوناً.

حيث نتناول موقف الفقه الإسلامي من استلحاق الولد غير الشرعي في المبحث الأول، ثم موقف القانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي في المبحث الثاني .

المبحث الأول : موقف الفقه الإسلامي من استلحاق الولد غير الشرعي.

إن الإسلام لا يحارب الأطفال غير الشرعيين أو يبنذهم؛ بل يسعى لمحاربة اختلاط الأنساب، وزواج المحارم، وشيوع الفاحشة.

وفي ظل تطور علم الوراثة، وظهور البصمة الوراثية، كطريقة علمية يقينية، أدت ببعض الفقهاء إلى المناداة بجعلها طريقة لإثبات نسب الولد غير الشرعي لأبيه، فقد اتفق العلماء على نسبة الولد غير الشرعي لأمه، وهذه النسبة تثبت بالولادة، واتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي لصاحب الفراش بمجرد الولادة؛ غير أنهم اختلفوا في إثبات نسب الولد غير الشرعي إلى أبيه إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد.

وهذا ما سنوضحه من خلال بيان الرأي المعارض لاستلحاق الولد غير الشرعي في المطلب الأول، ثم بيان الرأي المؤيد لاستلحاق الولد غير الشرعي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الرأي المعارض لاستلحاق الولد غير الشرعي.

لاخلاف بين العلماء في اعتبار ماء الرجل سببا موجبا لتتسيب من يخلقه الله منه إليه، إذا كان في إطار العلاقة الشرعية، فالنسب الشرعي هو المعتبر، وليس النسب البيولوجي ومن باب حفظ الأنساب، فإن جمهور الفقهاء، لم يعتبر ماء الرجل سببا موجبا لتتسيب من يخلقه الله منه إليه، إذا كان في علاقة آثمة تستوجب الحد، وأيده في ذلك بعض العلماء المعاصرين.

وعليه سنتناول رأي الفقهاء القدامى المعارضين لاستلحاق الولد غير الشرعي في الفرع الأول، ثم آراء بعض الفقهاء المعاصرين المعارضين لهذا الاستلحاق في الفرع الثاني.

الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى.

يرى أصحاب هذا الرأي أن ولد الزنى لا يلحق بالزاني إذا استلحقه، وإنما ينسب إلى أمه. وإليه ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية¹.

1- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص29.

أولاً: الدليل من السنة:

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ص) قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».¹ قال ابن عبد البر: (هو من أصح ما يروى عن النبي (ص) جاء في بضعة وعشرين نفساً من الصحابة.² وقوله: «وللعاهر الحجر» أي للزاني الخيبة والحرمان، ومعنى الخيبة هنا حرمان الولد الذي يدعيه، وجرت عادة العرب أن تقول لمن خاب (له الحجر وبفيه الحجر والتراب) ونحو ذلك.³

وجه الدلالة أن النبي (ص) قصر ثبوت النسب على صاحب الفراش فلا يكون لغيره، يقول الإمام الكاساني: (أن النبي (ص) أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزاني، فافتضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له، كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه، إذ القسمة تنفي الشركة)⁴. فكأنه يقول لا ولد إلا للفراش. يقول ابن حجر: (لا يمكن حمل الخبر: الولد للفراش على كل واطئ، بل المراد من له الإختصاص بالوطء كالزوج والسيد).⁵

ويرد على ذلك بأن قصر الفراش على من له الإختصاص بالوطء كالزوج والسيد، يتعارض مع حق الزوج في نفي الولد باللعان، وأيضاً مع تنسيب الولد للزوج إن أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر، أو كان الزوج دون سن البلوغ، وهذا المنع محل اتفاق بين الفقهاء، فلا يثبت النسب رغم قيام الفراش، فكيف يقال أن الحديث إنما يدل على الحصر؟

2- عن عائشة رضي الله عنها: (كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي (ص) فقال سعد: يارسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي (ص): «هو

1- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، الحديث رقم: 6817، ج3، ص165.

2- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط1، 2003، ج12، ص44.

3- المصدر نفسه، ص42.

4- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ج08، ص465.

5- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المصدر السابق، ص40.

لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة : «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله).¹

وجه الاستدلال بالحديث أن النبي (ص) قد أثبت الولد لفراش زمعة المولودة المذكورة، فإنه لما قال عبد بن زمعة: (ولد على فراش أبي) ألحقه النبي (ص) بزمعة صاحب الفراش، ولم ينظر إلى الشبه البين الذي فيه مخالفة للملحوق به.

قال النووي: (قوله (ص) : الولد للفراش، معناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة، صارت فراشا له فأنت بولد لمدة الإمكان منه، لحقه الولد وصار ولدا له يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة، سواء كان موافقا له في الشبه أم مخالفا).²

ويقول ابن حجر في شرح الحديث : (والذي يظهر من سياق القصة أنها كانت أمة مستفرشة لزمعة فاتفق أن عتبة زنى بها، وكانت طريقة في الجاهلية في مثل ذلك أن السيد إن استلحقه لحقه، وإن نفاه انتفى عنه، وإذا ادعاه غيره كان مرد ذلك إلى السيد أو القافة فأبطل النبي (ص) حكم الجاهلية و ألحقه بزمعة).³

وقد أخذ على هذا الإستدلال أنه خارج محل الخلاف، وهو مجمع عليه، فإذا كانت المزني بها فراشا لزوج أو سيد، فلا ينسب ولدها للزاني وإن استلحقه، وإنما ينسب لصاحب الفراش إلا أن ينفيه بلعان. وإنما الخلاف حول استلحاق الزاني ولده من الزنا، إذا لم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد

3-حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول(ص) : « لا مساعاة في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة⁴ فلا يرث ولا يُورث». ⁵

1- سيق تخريجه.

2- النووي أبوزكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم، شرح النووي، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994، ج10، ص55.

3- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المصدر السابق، ص41و42.

4-الرشدة: النكاح الصحيح، يقال ولد رشدة إذا كان من نكاح صحيح، وضده ولد زنية

5- أبوداود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، الحديث رقم2264، ج2، ص279.

والمساعة هي الزنى، وكان الأصمعي يجعل المساعة في الإماء دون الحرائر، وذلك لأنهن يسعين لمواليهن فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن، فأبطل (ص) المساعة في الإسلام، ولم يلحق النسب لها، وعفا عما كان منها في الجاهلية وألحق النسب به.

قال ابن الأثير في النهاية: (يقال: ساءت الأمة: إذا فجرت، وساعاها فلان إذا فجر بها، وهي مفاعلة من السعي كأن كل واحد منهما يسعى لصاحبه في حصول غرضه) ¹.

وجه الاستدلال أن النبي (ص) أبطل المساعة في الإسلام ولم يلحق النسب بها، وعفا عما كان في الجاهلية منها وألحق النسب به.

واعترض على هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول: أن في إسناد هذا الحديث رجل مجهول فلا تقوم به حجة، حسب قول ابن القيم ².
الوجه الثاني: لو فرضنا صحته، فيحمل على من ولد في فراش زوج أو سيد فيكون خارجاً عن محل النزاع .

4- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: (أن النبي (ص) قضى أن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعى له، ادعاه ورثته، فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها، فقد لحق بمن استلحقه، وليس له مما قسم قبله من الميراث، وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه، ولا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعى له أنكره، وإن كان من أمة لم يملكها، أو من حرة عاهر بها، فإنه لا يلحق ولا يرث، وإن كان الذي يدعى له هو ادعاه، فهو ولد زنية من حرة كانت أو أمة) ³.

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه صريح في أن الزاني إذا استلحق ولد المزني بها حرة كانت أو أمة، فإنه لا يلحق به، ولا يرثه، وإنما ينسب لأمه .

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أنه ضعيف لا تقوم به حجة، فإن في سننه محمد بن راشد المكحولي وهو ضعيف، وسليمان بن موسى الدمشقي وهو ضعيف كذلك.

1- أحمد بن صالح آل عبدالسلام، المرجع السابق ص15.

2- سعد بن تركي الخثالن، المرجع السابق، ص32.

3- أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، رقم الحديث 2265، ج2، ص279.

وأجيب عنه: بعدم التسليم بضعف محمد بن راشد المكحولي، فقد وثقه بعض الأئمة، وكذا سليمان بن موسى الدمشقي، فهو فقيه صدوق وثقه بعض الأئمة .

الوجه الثاني: على تقدير ثبوته، إنما ورد في إبطال ما كان أهل الجاهلية يفعلونه قال ابن القيم رحمه الله: (كان قوم في الجاهلية، لهم إماء بغايا، فإن ولدت أمة أحدهم، وقد وطئها غيره بالزنى، فربما ادعاه سيدها، وربما ادعاه الزاني، واختصما في ذلك حتى قام الإسلام فحكم النبي (ص) بالولد للسيد؛ لأنه صاحب الفراش، ونفاه على الزاني)¹ فيكون هذا الاستدلال خارجاً عن محل النزاع.

ثانياً: من المعقول:

- 1- ماء الزنى هدر لا حرمة له فلا يرتب أثراً .
- 2- أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحرام فلو ألحقنا به الولد، لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها، ورضى أهلها، أن يصيبها ويكون الولد له، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده.
- 3- أن الأبوة وصف شرف، لا يستحقها إلا من بذل لها وقدم لها بالزواج لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَبِّحِينَ... ﴾ {النساء: 24}
- 4- أننا لانتيقن من أن ابن الزنى منه؛ لأن التي طوعته ساقطة المروءة والشهامة، ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه²، وليس بعض الزناة أولى من بعض.
- 5- إثبات النسب بالزنا تسهيل لأمر الزنا، فإن قطع النسب عن الزاني زجر له عن الزنى إذا علم أن ماءه يضيع، مما يردعه عن الوقوع في الزنا³.
- 6- أن النسب نعمة والزنا جريمة، والجريمة لا يستحق صاحبها النعمة؛ بل يستحق العقوبة، ليكون ذلك زجراً له عن ارتكاب الزنا⁴.

1- سعد بن تركي الخثلان، المرجع سابق ص34 و35.

2-مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 363.

3- أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989، ج17، ص154.

4- المصدر نفسه، ص154.

7- حتى لاينهار نظام الزواج القائم على منهج العقد الصحيح، حفاظا على الأنساب أحد مقاصد الشريعة.¹

الفرع الثاني : آراء بعض الفقهاء المعاصرين

رغم التطور العلمي وما أحدثته الهندسة الوراثية من تقدم مذهل عن طريق البصمة الوراثية في أن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهم؛ فإن من الفقهاء المعاصرين من رفض إثبات نسب ولد الزنا لأبيه، باعتباره ولدا غير شرعي، واحتج بحجج جمهور الفقهاء، كما أبطلوا قياس ابن القيم واعتبروه باطلا؛ لأنه يعارض النص، ولاقياس مع وجود النص، وأن هذا القول إذا جاز الأخذ به في زمن يقام به حد الزنا؛ فإنه لا يجوز في زمن لا يعاقب فيه الزاني وإلا انفتح الباب لاعتبار الزنا أصلا لثبوت النسب، واكتفى المنحرفون في الحصول على النسل بالعلاقات الأثيمة، واجترأ الناس على دعاوى النسب الباطلة، وهو ما تأباه روح الإسلام، وأصول شريعته. كما أنه لا يوجد دليل يصلح أن يكون حجة تؤيد مذهب إسحاق بن راهويه، ومن تبعه في ذلك بإلحاق ولد الزنى بالزاني.²

ومن العلماء الذين لا يجيزون إثبات الولد غير الشرعي لأبيه الدكتور محمد عبدالمنعم البري أستاذ بكلية الدعوة الإسلامية بجامعة الأزهر حيث قال: (التيسير أمر مقبول شرعا بشرط ألا يتصادم مع نص شرعي، وإلا فماذا نقول في قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ {الأحزاب:05}. والمقصود آباءهم من زواج شرعي، وليس الأب البيولوجي، لأن النسب في الإسلام لا يثبت إلا بالزواج).³

1- عيسى معيزة، المرجع السابق، ص248.

2- محمد دفع الله عبدالله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، دار المصطفى، القاهرة، 1979، ص286.

3- أنس حسن محمد ناجي البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، بدون طبعة، ص

وذهب إلى هذا الإتجاه أيضا العلامة يوسف القرضاوي رئيس الإتحاد العالمي للعلماء المسلمين، بأن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا، وذلك لأن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب؛ فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الإجتماعية؛ لألا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا، ودليله ما قاله النبي (ص) لمن دفع ماعز بن مالك من الإقرار بالزنا " هلا سترته بطرف ثوبك " .

فالأصل في أولويات النسب هو فراش الزوجية (الولد للفراش)، كما أن الشرع تشدد في جريمة الزنا، واشترط لها أربعة شهود، فكل وسيلة غير شهود أربعة بقيام رجل وامرأة بعملية الزنا الحقيقي، فلا قيمة له ولا يتم به إثبات، وبالتالي لا يعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب¹ .

أما رأي الشيخ يوسف البديري عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في مصر الذي يرى أن ولد الإغتصاب يقاس على ولد الزنا، لا ينسب إلى الزاني؛ لأن ماء الزنا هدر حسب ما أفتى به جمهور الفقهاء، وإذا كانت المرأة متزوجة وتم اغتصابها وحملت يلحق الولد بالزوج؛ لأنه لا يوجد يقينا بأنه حدث من الاغتصاب؛ إلا إذا نفاه بالطرق المشروعة، وإذا لم تكن متزوجة ينسب إلى أمه، أو يعطى نسبا وهميا، ولولي الأمر أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه الشرعية.²

أما رأي الدكتور علي جمعة مفتي مصر فعبر عنه بقوله: (...أن الزنا غير معتبر، وأيضا إن زنى المحارم لانستطيع أن نحل فيه المشكلة، فماذا لو زنى الأب بالبنات، أو الأخ بالأخت؟ فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزنا سنكون أمام حالة، سنفرق فيها بين الناس، فالزنا بين الرجل والأجنبية غير معتمد وحرام، فهل يعقل أن نثبت في الأولى النسب، وفي الثانية لا نثبتته؟ وإذا أردنا أن نثبت النسب لكل زان فإننا سنرفع نظام القرابة، وهو أول معول في القضاء على الاجتماع البشري، إذن عندما لا أعتمد الزنا فأنا لا أرتكب جريمة، بل على العكس فأنا أحافظ على

1-توفيق طه، الفقه الاسلامي و البصمة الوراثية. www.aljazeera.net/programs/religionandlife/2006/5/3 اطلع عليه يوم: 2017-03-05 على الساعة: 10:00.

2- حكم قضائي جريء يفجر جدلا فقهيًا، ابن الإغتصاب ينسب إلى أبيه.

<http://www.alwatavoice.com/arabic/news/2011/05/30/177884.html> اطلع عليه يوم: 2017-03-25 على الساعة: 10:00.

الاجتماع البشري. وقد أجاز عمر الديب وكيل الأزهر اللجوء إلى تحليل الـ ADN في حالة التنازع على نسب الطفل من عقد زواج، لكن لا يجوز اللجوء إليه في حالة الزنى لإثبات نسب الولد لأن الشرع يقضي بعدم نسب ولد الزنا لأبيه¹.

كما رفض الشيخ محمد الجزار الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر، دعوة البعض إلى استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا قائلاً: (لا ينبغي اللجوء إلى أي وسيلة لإثبات نسب هذا الابن؛ لأنه مهدر الماء)².

وفي تعليق للشيخ محمود عاشور وكيل الأزهر السابق وعضو مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر، يقول فيه: (إن إصدار قانون لإثبات النسب عن طريق استخدام الحامض النووي جائز في حالة إذا ما ثبت أن المولود جاء عن طريق علاقة زوجية صحيحة، لكن لا يجوز استخدام الـ ADN في إثبات النسب إذا كان المولود قد جاء عن طريق زنا، والقاعدة الشرعية التي تبنى عليها الأحكام الخاصة بالنسب هي " الولد للفراش وللعاهر الحجر "... وبالتالي ينسب المولود إلى أبيه في حالة الزواج الشرعي، أما في حالة الزواج غير الشرعي فينسب المولود إلى أمه؛ لأن الإسلام لا يعترف بالزنا باعتباره من الجرائم القبيحة التي حرمتها الشريعة الإسلامية)³.

ويقول خليفة علي الكعبي: (غير أنني أرى أن الحجة مع الجمهور من أن الزاني لا يلحق به الولد نظراً لدلالة النص الصريح في قوله (ص): "...وللعاهر الحجر" أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعلته الشنيعة وارتكابه أكبر الفواحش)⁴.

1- فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بالـ ADN، www.pls48.net/default.asp?id=8718، اطلع عليه يوم: 22-03-2017 على الساعة: 8:00.

2 - المرجع نفسه

3- خليل محمد، جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971، بتاريخ: 17 مارس 2006. <http://www.aawsat.com/details.asp?section=17@article=353415.aisueno=9971> اطلع عليه يوم: 05-03-2017 على الساعة: 9:00.

4- علي الكعبي خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006، ص290.

المطلب الثاني : الرأي المؤيد لاستلحاق الولد غير الشرعي .

الملاحظ لاجتهادات الفقهاء، حرصهم على إلحاق الابن بنسب الزوج، وأول الأب صاحب الماء، فتوسعوا في وسائل إثبات النسب، وضيّقوا فرص إنكاره. وأمام نقشي ظاهرة الأولاد غير الشرعيين وضياع حقوقهم، من الفقهاء من يؤكد ويرى أن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه، وقبول كل ما يستجد من وسائل تحقق هذا المقصد.

من خلال هذا المطلب سنوضح رأي الفقهاء القدامى المؤيدين لاستلحاق الولد غير الشرعي في الفرع الأول ثم رأي العلماء المعاصرين المؤيدين لهذا الإستلحاق في الفرع الثاني .

الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى

يرى أصحاب هذا الرأي أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج أوسيد، وهذا القول مروى عن الحسن البصري، رواه عنه إسحاق بن راهويه في رجل زنا بامرأة فولدت فادعى ولدها، فقال: (يجلد ويلزمه الولد)، وهو منقول عن إسحاق بن راهويه، فإنه يرى أن الولد إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني فإنه يلحق به، وهو قول عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وذكر عنهما أنهما قالا: (أيما رجل أتى إلى غلام فزعم أنه ابن له وأنه زنا بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو يرثه)، وهو قول النخعي، وهو قول لأبي حنيفة، فقد روي عنه أنه قال: (لا أرى بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها والولد ولد له)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وقواه تلميذه العلامة ابن القيم.¹ واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والقياس.

أولا : الدليل من القرآن :

-قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ {الأنعام: 166}، {الاسراء: 15}، {فاطر: 18}.

وجه الدلالة أن في إلحاق ولد الزنى بالزاني، إذا لم يكن ثم فراش مصلحة عظيمة لولد الزنى في حفظ نسبه من الضياع، والقول بعدم حفظ نسبه يلحقه الضرر، ويصيبه بالعار بسبب جريمة لم يرتكبها، وهذا لا يتفق مع الآية². لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ إِلَىٰ بَابِيهِمْ هُوَ أَفْسَطَ عِنْدَ

1- أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 19.

2- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 37.

اللَّهُ فَإِنَّ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كَيْسَ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿5﴾ {الأحزاب:5}

يقول أهل العلم في تفسير هذه الآية أنها تبين لمن ينسب الولد؟ .

هذه الآية تبين أن الوالد أب، سواء كان من نكاح شرعي، أم من سفاح، فهو أب لاشك في ذلك، بنص القرآن الكريم، وفي الغالب الأولاد الذين لا يعرف آبائهم هم أولاد الزناة فنسب المولى عز وجل ولد الزنا إلى أبيه رغم أنه زان. وهذا تفسير فتادة رحمه الله قال: (فإن أنتم أيها الناس لم تعلموا آباء أديعائكم من هم فتنسبهم إليهم، ولم تعرفوهم فتلحقوهم بهم) ففي كلامه رحمه الله أن ابن الزنا ينسب إلى أبيه ويلحق به ¹.

ثانيا : الدليل من السنة النبوية :

1- عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) : « كان رجل من بني إسرائيل يقال له جريح يصلي فجاءته أمه فدعته فأبى أن يجيبها فقال : أجبها أو أصلي ثم أتته فقالت : اللهم لا تمته حتى تريحه المومسات وكان جريح في صومعته فقالت امرأة لأفتتن جريجا فتعرضت له فكلمته فأبى فأنت راعيا فأمكنته من نفسها فولدت غلاما فقالت هو من جريح فأتوه وكسروا صومعته فأنزلوه وسبوه فتوضأ وصلى ثم أتى الغلام فقال من أبوك يا غلام؟ قال الراعي قالوا نبني صومعتك من ذهب قال لا من طين ²» .

وجه الدلالة أن النبي (ص) قد حكى عن جريح العابد أنه نسب ولد الزنا للزاني، وصدق الله نسبه، بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك .

وأخبر بها النبي (ص) عن جريح في معرض المدح له وإظهار كرامته، فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى، وبإخبار النبي (ص) عن ذلك، فثبتت البنوة وأحكامها ³.

قال ابن القيم: (هذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب) ⁴ .

وفي شرحه للحديث قال الشيخ محمد العثيمين: واستدل بعض العلماء من هذا الحديث، على أن

1- سيد السقا، ابن الزنا ينسب لأبيه الزاني وليس لزوج المرأة بالدليل من الكتاب والسنة

http://almtaban.com/vb/showthread.phat=2461. اطلع عليه يوم : 2017-04-01 على الساعة: 12:00.

2- البخاري، صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب إذا هدم حائطا فليين مثله، الحديث رقم: 2482، ج1، ص544.

3- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المصدر السابق ، ج6، ص553.

4- ابن قيم الجوزية أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الامام مالك، الجزائر ط2، 1433هـ -

ولد الزنى يلحق الزاني لأن جريحا قال: من أبوك؟ قال: أبي فلان الراعي، وقد قصها النبي (ص) علينا للعبرة، فإذا لم يناع الزاني في الولد واستلحق الولد فإنه يلحقه، وإلى هذا ذهب طائفة يسيرة من أهل العلم وأكثر العلماء على أن ولد الزنا لا يلحق الزاني لقول النبي (ص) "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ولكن الذين قالوا بلحقه قالوا هذا إذا كان له منازع كصاحب الفراش فإن الولد لصاحب الفراش، وأما إذا لم يكن له منازع واستلحقه فإنه يلحقه لأنه ولده قدرا، فإن هذا الولد لاشك أنه خلق من ماء الزاني فهو ولده قدرا ولم يكن له أب شرعي يناعه، وعلى هذا فيلحق به. قالوا "وهذا أولى من ضياع نسب هذا الولد لأنه إذا لم يكن له أب ضاع نسبه وصار ينسب إلى أمه¹ وقد اعترض على هذا الإستدلال في أن المقصود من سؤال جريح هو السؤال عن المتسبب في وجود الغلام لا الأب الشرعي، ثم أن هذا الحديث في شرع من قبلنا. و يرد على هذا الاعتراض أن نطق غلام في المهد لا يمكن إلا أن يكون حقا، و القول بأن هذا الحديث في شرح من قبلنا، فلا يكون حجة إلا عند عدم وجود ما يعارضه في شرعنا وقد وجد².

2- حديث ابن عباس رضي الله عنهما في قصة ملاءنة هلال بن أمية رضي الله عنه مع امرأته، وفيه قول النبي (ص): «أنظروها فإن جاءت به أكمل العينين، سابع الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سمحاء» فجاءت به كذلك، فقال النبي (ص): «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»³.

وجه الدلالة أن النبي (ص) احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء، ولكن الأيمان التي صدرت من أمه، وهي أيمان اللعان بإنكار الزنا منعت إلحاقه بأبيه من الزنا لو استلحقه فنسب إلى أمه حين انتفى منه زوجها باللعان، فدل ذلك على أن الرجل إذا استلحق ولده من الزنا وليست أمه فراشا لغيره فإنه يلحق به.⁴

3- ما أخرجه الشيخان من حديث عائشة في قصة عتبة الذي عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، وقال عبد بن زمعة: هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي

1- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص 26-27.

2- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 38.

3- النووي، صحيح مسلم، كتاب اللعان، الحديث رقم 1496، ج 5، ص 314.

4- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 39.

(ص): « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ثم قال لسودة بنت زمعة "احتجبي منه" لما رأى الشبه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله¹.

وجه الدلالة هو اعتبار النبي (ص) للشبه الدال على صاحب الماء، وليس الدال على صاحب الفراش، ولذلك أمر سودة رضي الله عنها بالاحتجاب، ولو كان أباها لما أمرها بذلك. وقد أوجب عليهم بأنه أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع لأمهات المؤمنين لما رأى الشبه بينا بعتبة².

4-ماروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يُليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

وجه الدلالة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلحق أولاد الجاهلية بأبائهم من الزنى إذا تم استلحاقهم، وهو أحد الخلفاء الراشدين الذين أمرنا بالتمسك بسنتهم³.

واعترض عليه بأن هذا في أولاد الجاهلية؛ لأن أكثر أهل الجاهلية كانوا كذلك، أما اليوم بعد أن أحكم الله شريعته، وحرّم الزنا تحريماً قاطعاً فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه .

ويجاب على هذا الاعتراض من وجهين:

الوجه الأول : أن عمر رضي الله عنه إنما ألحقهم بأبائهم من الزنا في الإسلام بعد أن أحكم الله شريعته وحرّم الزنا، ولو كان ذلك لا يصح ما فعله عمر رضي الله عنه.

الوجه الثاني : أن أهل الجاهلية لا يأتون بما فعلوا من الزنا؛ لأنهم كانوا من أهل الفترة، ولم تقم عليهم الحجة، فيعذرون لجهلهم بحرمة الزنا، بخلاف فعل الزنا بعد الإسلام وقيام الحجة عليهم، ولكن هذا خارج عن محل النزاع الذي نحن بصدده، فإن الكلام عن إلحاق ولد الزنا بأبيه إذا استلحقه، وهذا حكم لا يختلف في جاهلية ولا إسلام، ولا فرق فيه بين معذور وغيره⁴.

1- سبق تخريجه .

2-مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص365 و366

3-سعد بن تركي الخثالان، المرجع السابق، ص40

4 - المرجع نفسه، ص41.

ثالثا: الدليل من القياس:

1- إذا كان ولد الزنا ينسب لأمه -أحد الزانيين- عند جميع العلماء، فهو كذلك ينسب للزاني الآخر، وهو أبوه من الزنى إذا استلحقه، وأقر بأنه خلق من مائه . قال ابن القيم: (وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحا... والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس)¹.

ونسبة الولد للأم مبني على ثبوته بالولادة، وهي هنا متحققة، بخلاف النسب إلى الأب؛ لأن الزاني المستلحق يحتمل أنه أبوه، ويحتمل أنه ليس أباه، أما إذا علم الأب فيلحق الولد به كالأم تماما. 2-قياس الزاني على الملاعن، فإن الملاعن إذا لاعن زوجته، ثم أكذب نفسه، واستلحق ولده منها؛ فإنه يلحق به؛ بل لو انتفى منه بعد استلحاقه له، لم يقبل منه انتفاؤه، فكذلك الزاني إذا استلحق ولده من الزنا.

واعترض عليه بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الملاعن كان زوجا وصاحب فراش بخلاف الزاني.²

3-قياس ماء الزاني على ماء الشبهة. فقد ذهب الفقهاء إلى أن من وطئ بشبهة امرأة غيره، أو امرأة خلية، وأنت بولد، أمكن أن يكون منه نسب له.

4- أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسب ولد الزنى له، أثبتوا بالزنى حرمة المصاهرة فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوج بأمة الزانية، أو ابنتها منه، أو من غيره، وإذا ثبت للزاني هذا الأثر، ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضائعين³.

5-قاعدة تشوف الشرع إلى ثبوت النسب وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله ودليله سرور النبي (ص)

1- ابن القيم الجوزية، المصدر السابق، ج5، ص 381 و 382.

2- أحمد بن صالح آل عبدالسلام، المرجع السابق، ص 23.

3- مسعد هلاي سعدالدين، المرجع السابق، ص 367.

بخبر ثبوت نسب أسامة بن زيد بن حارثة رضي الله عنهما، فقد كان أسامة أسود، وزيد أبيض، فكان المشركون يطعنون في نسبه، وكان ذلك يشق على النبي (ص)، فلما أكد القائف هذا النسب، سر الرسول (ص) بذلك لمكانتهما منه¹.

6- قاعدة إثبات النسب أولى من نفيه، ووجه الاستحسان أن الشرع يتشوف لإثبات النسب؛ فإن إلحاقه ولداً بغير أبيه أقل ضرراً من قطع نسبه، على أن الشرع أعطى له فرصة نفي النسب عند علمه بالولادة.

7- أن تنسيب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب؛ فتحفظ كرامته من الامتهان، ولا يعير بأن لا نسب له .

8- أن النسب ثابت بالقرآن الكريم برابطة الدم، وإنما كان الزواج شرطاً للعلاقة أو قيامها؛ حتى لا يتعدى أحد على عرض أحد، حيث قال العلامة ابن كثير: (فهو في ابتداء أمره ولد نسيب، ثم يتزوج فيصير صهراً، ثم يصير له أصهاراً، وأختان وقرابات، وكل ذلك من ماء مهين² .

9- قاعدة الستر على الزناة والزواني وأهليهم، وولدهم، وما يترتب عليه من تقرير الفضائل والقيم، وعدم إشاعة الفاحشة بين الناس، وتقليل دواعيها ومظاهرها³. وحثاً للزاني على نكاح من زنى بها وإعافها، وفيه حل للأولاد الناتجين عن الزنى فيعيشون مع إخوانهم من النكاح الصحيح نشأة صالحة⁴ .

10- قاعدة الموازنة بين المفاصد والمصالح المتعلقة بثبوت النسب وعدمه، حيث تفضي هذه الموازنة إلى اختيار إثبات النسب على نفيه، لغلبة مصالحه من حفظ نفس الولد من إزهاق روحه خشية العار، ودرءاً للفضيحة، أو إلقائه على أعتاب المساجد، أوفي الطرقات، أو بجوار صناديق القمامة، وأحياناً بداخلها. كما يحفظ نسبه وكرامته من الامتهان، وفي ذلك حسن تربيته، والقيام بشؤونه، وحمايته من التشرد والضياع، ولو نشأ دون أب لأدى ذلك إلى تشرده، وضياعه وانحرافه،

1- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 21.

2 - مسعد هلاي سعدالدين، المرجع السابق، ص 384.

3- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 22.

4- عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنا، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة 2006، 08، العدد 30، ص 174.

وربما نشأ حاقدا على مجتمعه، مما ينجر عنه شرور عظيمة، تتعداه إلى المجتمع بأكمله، أو يعيش معقدا نفسيا، منزويا على نفسه .

كما أنه ليست هناك مفسدة ظاهرة تترتب على إلحاق ولد الزنا بأبيه إذا استلحقه مادام أن أمه ليست فراشا لزوج، وليس هناك نص صريح يمنع من ذلك، ولا إجماع ولو لم يرد نص واضح في الإلحاق أو عدمه؛ لكانت أصول وقواعد الشريعة تقتضي الإلحاق، باعتبار القاعدة المتفق عليها بين أهل العلم، أن الشريعة مبنية على تحصيل المصالح ودرء المفسدات عن المكلفين.¹

11-تشجيع التوبة والرجوع إلى الله، ففي إثبات نسب الولد الأثر الإيجابي في نفس الوالدين من حيث التوازن النفسي، واعتدال السلوك؛ أما نفيه فله الأثر السلبي والخطير في إحباط شخصية الوالدين، بسبب الإحساس بالندم والحيرة، واستحالة تدارك مافات واستصحاب ذلك الشعور مدة طويلة، قد تستغرق العمر كله، مما يفوت عليهما العيش الطبيعي، والتوازن الذاتي.²

الفرع الثاني : آراء بعض الفقهاء المعاصرين

من الفقهاء المعاصرين من يرى بأن الولد غير الشرعي يلحق بأبيه، كأمثال : سعد بن ناصر الخثلان، خالد المصلح، يوسف بن عبد الله الشبيلي، علي محي الدين القره داغي، فهد بن سعد الدين الجهني، نور الدين مختار الخادمي، نايف العجمي، عقيل بن محمد المقطري، هني الجبير، سعد الدين مسعد هلال، أحمد الريسوني، الشيخ محمد العثيمين.

ففي كتابه "نظرية التقريب والتغليب"، يشرح أحمد الريسوني دليل قول الجمهور وهو قول النبي (ص) "الولد للفراش" فيقول في معنى الفراش، قيل هو الزوج، وقيل هو الزوجة، والحقيقة أنه يتكون منهما معا، والمراد به الفراش الشرعي الصحيح الذي لا يتصور بالرجل دون المرأة، ولا المرأة دون الرجل وفي تنسيب الولد للفراش تحصيل وتمتين لهذه العلاقة من أي ادعاء أو شك أو افتراء، فتستقر الأسر ويطمئن أهلها وفي هذا مصلحة للولد بصفة خاصة، أما قصر الفراش على المرأة فضعيف، ولو أنه قال به الأكثرون، أولا لما ذكرناه، ثانيا أن إثبات الولد للأم إذا اعتبرنا أنها المراد بالفراش هو تحصيل حاصل، ولم يكن يوما محل نزاع. وما يحسمه حديث ابن زمعة: " هذا أخي ولد على فراش أبي"، فلو كان يراد بالفراش المرأة لقال: " ولد من فراش أبي"، ولو كان يراد به

1- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص 24.

2- نورالدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 22 و 23.

الزوج لقال : "ولد من أبي"، وباستعماله حرف على يظهر أنه كناية عن العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة في إطار شرعي مستقر، فإذا وجد الفراش ، وولد الولد في ظله، فهو له ، لا لمن يدعيه بالزنى، أما ولد الزنى الذي لا فراش له فيلحق بأبيه الزاني¹.

وحول استلحاق ولد الزنى من الزاني، يرى أحمد الريسوني؛ أنها تدخل في نطاق حفظ النسل الذي هو أحد الضروريات الخمس، والضروريات تتقدم على الحاجيات، فالمحافظة على شرعية الأنساب وسلامتها أمر له أهميته، وله اعتباره في الشرع ، ولكن تمتيع الولد بنسب ما، ولو كان فيه ما فيه من لوثة الزنى، وتمتيع الولد بأب يرتبط به، ويستفيد منه في كفالاته ونفقته ورعايته... هذه المصالح دائرة بين الضروريات والحاجيات الملحة في حفظ النسل، فالقيام بحضانة الطفل ونفقته ضرورة، وفي الإعراض عنها سعي في هلاك الصبي، بالإضافة إلى الآثار النفسية الناتجة عن ذلك.²

ومعيار الترجيح أن حفظ النسل، من الضروريات كما هو معلوم، وجاءت العناية بالأنساب وشرعيتها وسلامتها خادمة لحفظ النسل، فإذا تعارض حرصنا على سلامة النسب وشرعيته مع الأصل الضروري الذي هو حفظ النسل، فإن ما به حفظ الضروري يقدم على ما به حفظ الحاجي الذي ليس سوى مكمل للضروري.³

ويقول الريسوني في موضع آخر: (فحين يعترف الزاني بولده من الزنى، ويتقدم لتحمل تبعاته ومسؤولياته في ذلك ينبغي أن نكون بذلك سعداء، وأن نتمسك به ونساعد عليه).⁴

ويرى فهد بن سعد الجهني أن هذا القول يحقق مقصدا من المقاصد الضرورية وهي مقصد حفظ النفس، وفي تنسيب الولد لأبيه حفظ له من مفسد وشرور كثيرة منها: أنه إذا خرج للحياة وحيدا لا أب يرتبط به وينتسب إليه؛ فإنه لن يجد من ينفق عليه ويقوم بحمايته ورعايته ، فيعيش كسير النفس ،خامل الذكر منبوذا في مجتمع لم يعد ذلك المجتمع الذي يتراحم الناس فيه، ويعطف بعضهم على بعض وفي هذا هلاكه ولاشك! وهو إن لم يكن هالكا حسيا، فهو هلاك نفسي ومعنوي وهو، لعمرك الله أشد وأنكى! وبسؤال المختصين فإن هذه الفئة تنشأ ناقمة على المجتمع ، فيسهل إنجرافها في حبائل الفساد والرذيلة ، ويسهل لديهم الوقوع في الجريمة.ومن هذا المنطلق

1- أحمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب و تطبيقاتها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1997، ص346.

2- المرجع نفسه، ص 346.

3- المرجع نفسه، ص349.

4- المرجع نفسه، ص347.

ذهب الأصوليون إلى أنه لا يباح الزنى بعذر الإكراه؛ لأنه بمنزلة القتل حكماً ولا يحل له استبقاء نفسه بإتلاف أخرى يقول التفتانزي أحد الأصوليين: (بخلاف زنى الرجل فإنه بمثابة القتل؛ لأنه قطع النسب ...)¹.

ويرى عبدالمعطي بيومي -عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر- في قول الجمهور أن ماء الزنا هدر، الأخذ ببعض المحققين منهم الحسن وابن سيرين وعروة والإمام أبي حنيفة، حيث كانوا يرون إذا أقيم الحد ثبت النسب، والحد لا يقام إلا ببينة؛ فإذا كانت البينة تثبت بالدنا وهي مضمونة كما قال العلماء بأكثر من 99.5% فلا يتجاهل كلام هؤلاء المحققين، ونقول أن ماء الزنى هدر، فهذا تجاهل لمصالح المسلمين، وما قام الشرع إلا لتحقيق هذه المصالح، وحيث تكون المصلحة فثم شرع الله ولا بد من التأكد على أن القول بإثبات النسب بالبصمة الوراثية خاصة لولد الزنى، سيؤدي إلى التقليل من الزنى².

وقال د. رأفت عثمان عميد كلية الشريعة والقانون بالأزهر: (... أعطانا الله عزوجل العلم الذي يوصل إلى أن الإنسان هل هو ابن لهذا الرجل أم لا؟ و هل هذه أمه أم لا؟ عن طريق ما يعرف بالدنا أو البصمة الوراثية، ويمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الإغتصاب إلى الإختبار الوراثي وعن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية بأن الولد أو المولودة هي أو هو ابن أو بنت لهذا الرجل المتهم بالاغتصاب ...)³.

من جهته يقول المستشار طه الشريف نائب رئيس محكمة النقض السابق بمصر: (... إذا كان ابن الزنى لا يثبت لأبيه؛ فإن ابن المغتصبة لم يتعمد فيه الزنى من جانب الأم. فهل تتم معاملة ابن المغتصبة مثله مثل ابن الزنى في شأن إثبات النسب، خاصة إذا أثبت تحليل الحامض النووي أن المغتصب هو الأب... فإن المغتصبة المفترض فيها أنها ليست عاهراً ولكنها تمت ممارسة الرذيلة معها دون رضاها ورغمما عن أنفها وليس لها حول ولا قوة فيما تعرضت له. ويضيف: "... لقد

1- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص 24.

2- الأرواعي محمد أنيس، محاضرة بعنوان البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، جامعة بيروت الإسلامية، كلية الشريعة، لبنان، بدون تاريخ للنشر، ص 19، نقلاً عن بلبشير يعقوب، المرجع السابق، ص 97.

3- الضمراني عبير، أبناء الإغتصاب يبحثون عن طريق ! هل يأخذون حقهم بالـ ADN، جريدة الأهرام، القاهرة، السنة 132،

العدد: 44074 بتاريخ: 08-08-2007 http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/Inve2.HTM.2007-08-08 اطلع عليه يوم: 10-03-

2017 على الساعة: 21:00.

طبق الإمام علي رضي الله عنه في قصة مشهورة عندما ادعت امرأة معاشرته ثلاثة رجال لها وإنجابها ولدا، فأقرع بينهم، وألحق الولد بمن أصابته القرعة...¹.

وحول فتوى بعنوان "تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه"²، ردا على سؤال ورد إلى لجنة الفتوى بنفس الموقع حيث أقام شاب علاقة محرمة مع مطلقة وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبتها الأم خارج البلد ويريد التزوج من هذه المرأة واستلحاق البنت، من الموافقين على هذه الفتوى: سعد بن تركي الخثلان، يوسف بن عبدالله الشبيلي، علي محي الدين القره داغي، نايف العجمي، عقيل بن محمد المقطري، هاني الجبير، نور الدين مختار الخادمي. حيث رجحوا زواج الزاني بالمزني بها وأن ينسب الولد له كون الولد ينشأ منسوبا لأب خير له من أن ينشأ منسوبا لأمه، مصاحبا للعار بقية عمره، يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها بد، فهو لزوم اعتباري مصلحي تدعو إليه الحاجة والمصلحة مع انتفاء مخالفته للشريعة الغراء .

وفي مقال لأحمد صبحي منصور يقول: (إن الفتوى بعدم صحة نسب ابن الزنى لأبيه تظلم نفسا بريئة لم ترتكب إثما، والظلم محرم في تشريع الرحمن، فهذه الفتوى تناقض قاعدة أصولية تشريعية تكررت خمس مرات وهي "ألا تزوارزة وزر أخرى" ثم يؤكد لها رب العزة في مواضع كثيرة، فلا يصح مطلقا أن تتحمل خطأ أبيها و تحرم من النسب؛ طالما أصبح أبوها معروفا، أو يمكن معرفته، كما أنها تناقض تشريعا إلهيا قرانيا في وجوب نسبته لأبيه بغض النظر عن مجيئه بزواج شرعي أو فاسد أو متنازع فيه أو مجيئه بعلاقة غير شرعية (ادعواهم لآبائهم)³.

الواضح من خلال هذا العرض، أن الرأي الثاني أقوى حجة لعدة اعتبارات :

1- قول الجمهور أن ماء الزنى هدر لحرمة له غير صحيح؛ بل له آثار شرعية كثيرة منها أنه يوجب الحد، ويثبت حرمة المصاهرة، وحرمة الرضاع عند الجمهور، فلو أرضعت الزانية طفلا كان الزاني والده من الرضاع، كما يثبت بالزنى العدة للمزني بها على المختار .

2- القول أن إثبات النسب بالزنا تسهيل لأمر الزنا ليس صحيح، فالزنى قائم حال اعوجاج الأخلاق خاصة مع الغزو الثقافي والانفتاح العالمي في شتى الوسائل الفضائية والإعلامية، مع نقص

1- الضمراني عبير، المرجع السابق .

2 - فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها و نسبة الولد إليه . <http://Islam Feah.com/Lagna//viewlagnaFatawa>

84 :Details.aspxID اطلع عليه يوم: 20-03-2017 على الساعة: 21:00.

3- صبحي أحمد منصور، أدعواهم لآبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام. - [http://www.alquran.com/arabic/show-](http://www.alquran.com/arabic/show-article.PHP)

main-id=25 article.PHP اطلع عليه يوم: 10-03-2017 على الساعة: 09:00.

الجانب الديني والخلقي.

3-القول بأن الحرمان من الأبوة قرار تأديبي عقابي، هذا ليس بنص، فالزنى فيه عقاب محدد وهو الحد، فهلا يكفي عقاب الله بالحد، لماذا نضيف عليه عقابا من عندنا وهو الحرمان من النسب الذي لا يعتبر عقابا للفاعل الآثم بقدر ما هو عقاب للطفل البريء.

4-أن تتسبب ابن الزنا للزاني ليس تكريما، ولاينفي بشاعة فعلته، فهو لايزال في نظر الشارع مجرما يستحق حد الله فيه؛ بل هو تغريم له، إعمالا للقاعدة الفقهية الشهيرة "الغرم بالغنم" فكما غنم اللذة الرخيصة، غرم تبعات فعلته بأن يلتزم بالولد ويرفع عن المجتمع عبء التربية والإنفاق وفي ذلك خير عقاب له.

5-القول بأن عدم تتسبب ابن الزنى للزاني، سببه عدم التيقن من كونه صاحب الماء الذي كان منه الحمل؛ فإن البصمة الوراثية تحدد الفاعل قطعا، فلماذا نتجاهل هذا النور وتلك الحقيقة ونظلم نتمسك بشكوك حسمها العلم وقضى عليها.¹

يقول مازن اسماعيل هنية رئيس لجنة الإفتاء بفسطين في إحدى قراءاته : (فدعوى الزاني هو مجرد ادعاء لادليل ولا إمارة عليه،فإثبات النسب بمجرد الدعوى يفتح باب مفسدة، ولا يؤمن معه إلحاق الشخص بمن لاينسب إليه، لأي سبب من الأسباب؛ فحينئذ يهتز مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل.

من هنا يمكن القول: إن من العلماء من أثبتوا نسب ولد الزنى من الزاني مع وجود دلائل تؤكد ذلك الأمر؛ حيث إن تلك الدلائل تمنع الفساد المتخوف منه .إلا أن جمهور الفقهاء لم يرى في تلك الدلائل الكفاية في إثبات النسب وتصديق الزاني في دعواه.

وفي ضوء هذه القراءة لاختلاف العلماء فإنني أرى إثبات نسب ولد الزنى، إذا ثبتت رابطة البنوة كحقيقة ثابتة بين ولد الزنى والزاني، وذلك من خلال استخدام البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الابن وأبيه....لو كان الزنى ذاته هو السبب في نفي النسب عن الرجل؛ لما صح نسبة الولد إلى الأم؛ لأنها زانية، فيثبت حينئذ أن الزنى ليس سببا لنفي النسب عن الرجل بل الشك في تخلق ولد الزنى من مائه، هذا الشك غير المتحقق مع الأم بوجود الولادة منها.

1- سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق،ص392 و 393 .

ذلك يؤكد أنه متى ثبتت الصلة بين ولد الزنى والزاني كثبتت الولادة من الأم، يثبت النسب إليه. ولما كانت البصمة الوراثية سبيلا إلى إثبات هذه الحقيقة صح حينئذ استعمالها في إثبات نسب ولد الزنى من الزاني).

ويقول أيضا: (إن إثبات النسب حق للابن ومن أعظم الآثار المترتبة عن الزنى هو تضييع النسل؛ إذ أن الزاني تدعوه شهوته لارتكاب جريمته، ثم بعد ذلك لا يتحمل أي مسؤولية، ولا يترتب عليه أثر إلا إذا أثبتت الجريمة وأقيم عليه الحد، وذلك لا يحفظ حق الابن في إثبات نسبه. وإذا كان ذلك الأمر له ما يبرره في الماضي فلا مبرر له مع اكتشاف البصمة الوراثية، فيجب العمل بها لحفظ حق الابن، وتحمل الأب المسؤولية نحو ذلك الابن، بذلك نحمي المجتمع من فئة تنقل كاهله، ويمكن أن تشكل عليه خطرا؛ إذا لم يتعامل معها وفق أسس سليمة وقيم شفافة).¹

لذلك وجب إلزام الأب بنسب ولده من الزنا إذا اعترف بأبوته له. قال محمد بن عابد باخظمة -خبير في المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي-: (إن الفقهاء رحمهم الله لو عرفوا البصمة الوراثية في عهدهم لما أخذوا إلا بها نظرا لصحتها ودقتها).²

وبعد عرضنا لأدلة كلا الفريقين، فإن الرأي المرجح - في نظري - هو القائل بجواز استلحاق الولد غير الشرعي من أبيه الزاني إذا استلحقه؛ لقوة ما استدلوا به، فهو لا يعارض الأدلة، ويوافق المقاصد الشرعية و قال به عدد من الأئمة المتبوعين والفقهاء المدققين .

كما أن فيه حلا لمشكلة المولودين خارج رابطة الزواج وما أكثرهم في وقتنا المعاصر، ففي حفظ نسب هؤلاء الأطفال تحقيقا لمصالحهم، وحمايتهم من التشرد والضياع خاصة مع اكتشاف البصمة الوراثية و نتائجها القطعية في إثبات نسبهم لأبائهم الحقيقيين .

1- مازن اسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، مجلد 17، جانفي 2009، العدد: 01، ص20-21.

2- الحسين الشبلي الهادي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد 18، 2003، العدد 35، ص28.

على أن يكون ذلك وفق ضوابط وشروط حددها العلماء؛ حتى لا ينهار نظام الزواج القائم على منهج العقد الصحيح .

فهذه المسألة كما عبر عنها ابن القيم مسألة جليلة، وهي بهذا القدر من الأهمية لعظم الآثار المترتبة عليها، فهي متعلقة بنفس إنسانية ستخرج لهذا الوجود، لم تقترب إثمًا، ولم ترتكب ذنبا ومن أعظم وأهم حقوقها أن تجد لها نسبا صريحا تنسب إليه.

وركنا أمينا تحتمي به، والقولان المشهوران المذكوران في المسألة بينهما بون شاسع وفرق واسع ! لذا فإن اختيار أحد القولين والإفتاء به بالنظر إلى آثاره ليس بالأمر الهين !

يقول فهد بن سعد الجهني: (إن مسائل النسب من المسائل الشائكة الدقيقة التي تحتاج إلى جهد علمي مجاعي، وإلى عمل مؤسسي قضائي، فمن جهته تحرر هذه المسائل تحريرا علميا دقيقا، تراعى فيها الأدلة والنصوص الحاكمة لهذا الباب أو ذاك مع استحضار متغيرات العصر من حيث التقنيات الحديثة، وتجدد النوازل واختلاف أسبابها وبواعثها، ومن جهة يكون لهذا النوع من القضايا تقديره اللائق به في أروقة القضاء لحساسيته وآثاره المتعدية).¹

1- فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص32.

المبحث الثاني : موقف القانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي

من المعلوم أن معظم التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري تتبنى مذهب الجمهور القائل بعدم إثبات نسب ولد الزنى من أبيه الزاني، وقد خالفهم في ذلك التشريع التونسي والتشريع اللبناني اللذان يتفقان مع المذهب القائل بثبوت نسب الطفل غير الشرعي مطلقا. وقد دعا الكثير من الحقوقيين، وفقهاء القانون، والجمعيات، إلى ضرورة إعادة النظر في نسب الولد غير الشرعي، خصوصا مع التطور الطبي وظهور البصمة الوراثية كدليل للإثبات .

من خلال هذا المبحث نحاول تسليط الضوء على موقف التشريع الجزائري من استلحاق الولد غير الشرعي في المطلب الأول، ثم موقف بعض التشريعات العربية من استلحاقه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من استلحاق الولد غير الشرعي

من خلال هذا المطلب سنوضح موقف التشريع الجزائري من استلحاق الولد غير الشرعي في ظل القانون 84-11 في الفرع الأول، ثم موقفه بعد صدور الأمر 05-02 مع عرض بعض القرارات القضائية والتعليق عليها وقفا على تطور رأيها في الحالتين :

الفرع الأول : في ظل قانون الأسرة الجزائري 84-11

قانون الأسرة الجزائري سكت عن تنظيم مركز الطفل غير الشرعي من خلال عدم وضعه لقوانين لنسبه سواء من أبيه أو أمه .

وبما أن قانون الأسرة يتفق مع الشريعة الإسلامية التي تقر بحق الطفل في الانتساب إلى أمه أيا كان سبب ولادتها له من نكاح أو سفاح . ورغم عدم وجود نص صريح بذلك غير أنه يستنتج ضمنا من خلال النصوص المنظمة للنسب ومن المخالفة للمواد : 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فإن الطفل ينسب إلى أمه في كل الأحوال بالإضافة إلى أن عدم وجود نص صريح حول

المسألة يعتبر سكوتا من المشرع مما يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية¹ استنادا إلى المادة 222 من قانون الأسرة.

فقبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة 40 منه، تنص على مايلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، وتنص المادة 41 كذلك على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

باستقراء هاتين المادتين، يتضح أن المشرع الجزائري لا يعترف للطفل غير الشرعي بالانتساب إلى أبيه، وإنما ينسب لأبيه في حالة واحدة فقط، إذا اعترف الرجل وأقر بأنه ابنه، ولم يصرح بأنه من الزنا فيثبت في هذه الحالة نسبه منه إذا توفرت شروط الإقرار بالنسب.¹ هذا ما أكده الإجتهد القضائي فقضت المحكمة العليا بأنه: (من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار... كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله تعالى، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين في قضية الحال، أن المطعون ضده قد أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ: 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة على إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة، التي تحدد مدة الحمل؛ لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار. كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق)².

1 - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص163.

1 - عيسى معيزة، المرجع السابق، ص249.

2 - المحكمة العليا، ملف رقم : 202430، قرار بتاريخ: 15-12-1998، المجلة القضائية، العدد الخاص، ص77، أشار إليه عيسى معيزة، المرجع السابق، ص249.

فالملاحظ من هذا القرار الإقرار بولد الزنا، حيث اعتبرت المحكمة العليا الإقرار وحده وسيلة شرعية لإثبات النسب دون البحث في شرعية هذه العلاقة، وأنه بمجرد إقرار الأب بأبوته ولو كانت من زنا كاف لإثبات النسب إليه. والمحكمة العليا -حسب رأبي- جانبت الصواب من خلال هذا القرار من أوجه وهي:

1- اعتبار الإقرار بالنسب من قضايا الحالة، التي تخضع لقانون الأسرة؛ فلا يشترط أن يكون أمام القضاء، وبالتالي استبعاد نص المادة 341 من القانون المدني، والتي عرفت الإقرار على أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة مدعى بها عليه أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة". وهنا خالفت المحكمة العليا نص المادة، وإذا اعتبرنا ذلك اجتهادا منها فلا اجتهاد مع وجود النص. وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم: 210478 المؤرخ في: 17-11-1998 المذكور سابقا¹، إذ جاء في أسبابه: (أن الإقرار بالنسب أمام مديرية الصحة لا يعتد به؛ لأنها إدارة ليست لها الصلاحية في تلقي الإقرارات وأن الإقرار الذي يعتد به يجب أن يكون أمام القضاء.

2- أن القول بعدم الجمع بين الإقرار والزواج الصحيح مردود عليه أيضا؛ لأن الإقرار لا ينشئ النسب، بل هو كاشف له، والأصل أن يكشف سبب نشوئه الذي لا يخرج عن إحدى ثلاث وهو الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة، كما هو مقرر شرعا.

3- الإقرار بأن الولد من زنا يعد مخالفة لشروط الإقرار ولا يعتد به لإثبات النسب، وإذا اعتبرنا أن القاضي أراد استلحاق ولد الزنا بأبيه كان عليه التأكد من توافر شروط الاستلحاق شرعا، وذلك بأن يطلب الزاني استلحاق ابنه من الزنا لا غيره فلا يجوز للأب طلب إلحاق ابنها بالزاني دون تصديق هذا الأخير لها. وإذا طلبت الأم إلحاق النسب إلى الأب وجب عليها أولا إثبات الزواج بينهما لذا فإن هذا القرار لم يستند إلى أساس قانوني أو شرعي حسب مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة.²

فالمحكمة العليا لم تثبت نسب ولد الزنا الناتج عن علاقة غير شرعية في أغلب القضايا المعروضة أمامها: (من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح

1- أنظر الفصل الأول، ص 26-27.

2- مبدوعة حدة، المرجع السابق، ص 53.

الشبهة ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن).¹

وكذا القرار الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 1984: (من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا... وأن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة).¹

فالمشروع الجزائري أثناء سنة لقانون الأسرة سنة 1984 لم يعتمد سوى الطرق الشرعية الواردة في المادة 40 من نفس القانون وهو ما كرسه القضاء الجزائري فعلاً مكتفياً بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي اجتهاد، كما تبني رأي الجمهور في معظم القضايا المعروضة عليه في عدم إثبات نسب ولد الزنا لأبيه.

الفرع الثاني: في ظل الأمر 05-02.

بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 نلاحظ أن المشروع الجزائري قد أضاف فقرة جديدة في المادة 40 وهي الفقرة الثانية والتي تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب؛ مما يدل على تأثره بالاكشافات العلمية في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثية والذي لقي انتشاراً واسعاً خاصة في الدول العربية التي بدأت تمهد للعمل بها .

الملاحظ أن المشروع الجزائري لم يحدد خلال المادة 40 من قانون الأسرة المقصود بالطرق العلمية؟ طريقة تحليل فصيلة الدم، أو طريقة التحليل الجيني المعروفة بالبصمة الوراثية، خاصة

1- المحكمة العليا، ملف رقم: 172333، بتاريخ: 28-10-1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، ص 176.

2- المحكمة العليا، ملف رقم: 34137، بتاريخ: 08-10-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 04، ص 79.

وأن هذه الأخيرة هي الأدق، فعلى المشرع النص صراحة على الطريقة المقصودة في ذلك، ولم يوضح إجراءات العمل بها. كما أن المشرع يجيز للقاضي استعمال الطرق العلمية، بمعنى أن القاضي لا يمكنه في قضايا النسب إجبار أي شخص للخضوع لفحص الدنا، فالأمر جوازي فقط.¹

فسكوت المشرع عن التحديد الدقيق لأحكام النسب، وعدم تعرضه لبعض الجزئيات تماما وضبطها في مواد قانونية رغم أهميتها وتركها لاجتهاد القضاة، حمل القضاء عبئا إضافيا للبحث عن الأقوال الفقهية المختلفة، والمقارنة بينها، وهذا ما أدى إلى صدور قرارات قضائية متناقضة حتى عن المحكمة العليا، رغم أن دورها تفسير القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي. لذا صار من الضروري إعادة صياغة النصوص القانونية بإدراج مواد قانونية توضح ماهو غامض، وتكمل ما سكت عنه المشرع، وإضافة مواد جديدة لكل الجزئيات التي لم يتعرض لها.² وكأمثلة على ذلك نورد القرارات التالية الصادرة عن المحكمة العليا:

أولا : قرار المحكمة العليا رقم : 513580 المؤرخ في : 2006/03/05 .

حيث جاء في حيثياته: (حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي يتبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص-م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيئة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل منهما آثار شرعية كذلك ولما ثبت من قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه).³

1- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص202.

2- عيسى معيزة، المرجع السابق، ص254.

3- المحكمة العليا، ملف رقم: 355180 قرار بتاريخ : 05-03-2006، المجلة القضائية، العدد الأول، ص469.

هذا القرار يجعلنا نتساءل إذا كان موافقا لما جاء في قانون الأسرة في إثبات النسب، و لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا نفسها ؟

مايلاحظ على هذا القرار :

1- أن القضاة اعتبروا الخبرة العلمية (ADN) كصورة من صور البينة والبينة كوسيلة لإثبات النسب تضمنتها المادة 40 فهل المقصود بالبينة شهادة الشهود أم كل ما يظهر الحق ؟ وبالعودة إلى القانون المدني قبل تعديله نجد أنه اعتبر البينة هي شهادة الشهود، أي أنه فسرها بالمعنى الخاص وليس العام، فاستعمل مصطلح البينة للتعبير عن شهادة الشهود، واستبدلها بعد التعديل بكلمة شهادة الشهود، أي أن المشرع لايفرق بينهما¹، وهو أيضا ما قال به أغلب فقهاء القانون المدني، وما أخذت به الكثير من التشريعات العربية كالقانون المصري والتونسي والمغربي²، كما أن الخبرة الطبية نص عليها المشرع بشكل مستقل عن الطرق الشرعية التي من ضمنها البينة، حيث أجاز للقاضي اللجوء إليها، وللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أم لا، مما يستنتج أن البصمة الوراثية لاترقى إلى مستوى البينة.

2- حتى وإن أخذنا بالمعنى العام للبينة في نص المادة 40 من قانون الأسرة، واعتبرنا بأن تحاليل البصمة الوراثية تدخل في مفهومها؛ فإنها لاتعتبر دليلا لإثبات النسب في هذه القضية؛ لاختلال ركن جهوي وهو العلاقة الشرعية بين الزوجين، وهو ما ليس متحققا هنا.

3- من شروط الاستلحاق شرعا كما رأينا سابقا أن يطلب الزاني استلحاق ابنه من الزنا لاغيره، فلايجوز للأب طلب إحقاق ابنها من الزاني؛ لأن إقرارها في تحميل النسب على الأب؟ لابد لصحته من تصديق هذا الأخير لها، وإلا لم يصح الإقرار حسب المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لايسري على المقر إلا بتصديقه"، كما أن الأم إذا طلبت إحقاق النسب إلى الأب وجب عليها أولا إثبات الزواج بينهما.

فما جاء في القرار يعتبر في نظري تطبيقا غير سليم لما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، ومخالف لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في كل القضايا المعروضة عليها، فهو

1 - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص36.

2- عيسى معيزة، المرجع السابق، ص254.

لم يستند إلى أساس قانوني أو شرعي حسب مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. **ثانيا : الملف 617374 بتاريخ : 2011/05/12 .**

حيث جاء في حيثيات القرار: (حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده، اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية. حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكم يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقا لنص المادة المذكورة فضلا عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقر ولوثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض).¹

ما يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا جانبت الصواب من عدة أوجه سبق وأن تطرقنا إليها بالشرح في قرار مشابه²؛ لكن الجديد في هذا القرار أنه كيف الوقائع على أنها وطء بالشبهة يثبت به النسب؟ فهل الاغتصاب هو نكاح شبهة؟

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، ويظهر بأشكال مختلفة-سبق لنا شرحها³-؛ أما الاغتصاب فهو واقعة رجل لامرأة دون رضاها فهو وطء بالإكراه والمغتصب يعد زانيا وعليه فإن قضاة المحكمة العليا أخطأوا في هذا التكييف الذي لا يؤدي إلى النتيجة التي

1- المحكمة العليا، ملف رقم: 617374 قرار بتاريخ: 12-05-2011، المجلة القضائية، العدد 01، ص194.

2 - أنظر ص72-73 من هذا الفصل.

3 - أنظر الفصل الأول، ص42-43.

توصلوا إليها، ربما لأنهم يميلون إلى إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه، وربما اجتهدوا لأن هناك قول في حال الإكراه على الزنا بأنه يلحق به النسب، وهو قول بعض المالكية والشافعية ورواية للحنابلة، وقول ابن المنذر، لعموم قوله (ص): «إن الله قد تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه¹»، ولأن الإكراه شبهة². كما كان على القضاة اشتراط التأكد من نسبة الحمل للمغتصب حتى تنسب البنت إليه.

ثالثاً: الملف 467780 بتاريخ : 2008/11/12 .

وهو قرار غير منشور جاء فيه بأن : (الطاعنة أثارت كل ذلك أمام قضاة المجلس واكتفوا بالقول أن البنت كانت نتيجة علاقة غير شرعية حتى لو أقر بها المستأنف عليه بدعوى أنه لايجوز نسب مابني من حرام إلى حلال، كما استندوا في قرارهم إلى عملية حسابية بين تاريخ إبرام عقد الزواج وبين ازدياد البنت مع أن المطعون ضده نفسه طالب أمام القضاء الاستعجالي بزيارة ابنته واستجابت له في ذلك، كما ألزمته بالإنفاق عليها. وحيث أن القضاة بقرارهم المطعون فيه وتسبيهم يكونون قد نظروا للبنت وكأنها منقول سلم مؤقتا للمطعون ضده ولم يفصل في ملكيته موضوعا وعليه فإن هذا الفرع من الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه)³.

فرغم أن الطفلة في هذه القضية غير شرعية؛ لأنها ناتجة عن علاقة غير شرعية، كما أن المدة بين تاريخ العقد وبين تاريخ إنجاب البنت تقل عن أقل مدة الحمل؛ مما يؤكد عدم شرعية البنت فإن هذا القرار القاضي بنقض القرار المطعون فيه مخالف لما ينص عليه قانون الأسرة، وهو أيضا مخالف لما نصت عليه معظم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا .

وفي الأخير نود الإشارة إلى أن معظم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، باستثناء القرارات الثلاث المشار إليها أعلاه لانتسب الولد إلى أبيه إذا كانت العلاقة غير شرعية؛ كما أنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، إذا كانت العلاقة غير شرعية هذا مانص عليه قانون الأسرة ومعظم الإجتهاادات القضائية، باستثناء القرار رقم: 513580 المؤرخ في 2006/03/05 الذي أشرنا إليه سابقا حيث جاء في أحد قراراتها: (...إلا أنه يجب لإمكانية اللجوء الى الطرق العلمية في إثبات النسب طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون

1- ابن ماجة أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الطلاق، رقم الحديث 2045، ج1، ص659.

2- وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص14.

3- المحكمة العليا، ملف رقم: 467780 قرار بتاريخ: 2008-11-12، غير منشور.

الأسرة السالفة الذكر أن تكون العلاقة التي تربط المرأة بالرجل المراد إلحاق ذلك النسب به شرعية).¹

وفي تعليق لباديس ذيابي بخصوص إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في ظل قانون الأسرة الجزائري يقول فيه: "...ويبقى الرأي الأصح والشرعي في نظري أنه لا يمكن أن نبني مجتمعاً نصفه أو أغلبيته من ماء حرام، فإذا ما فتح الباب على مصراعيه من أجل إثبات النسب لأبناء الزنا فإن ذلك يعني هدماً لنظام القرابة، وهو السبب الأول الساعي للقضاء على المجتمع البشري النقي (...)."²

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من استلحاق الولد غير الشرعي

بالرغم مما توصل إليه العلم الحديث باستخدام تقنية البصمة الوراثية، التي لا تكاد تخطيء في الوالدية البيولوجية، فقد تغاضت معظم التشريعات العربية عن تنظيم وضعية الأبناء غير الشرعيين، وإن كان المشرع التونسي يعتبر أول المشرعين العرب الذي صرح بإلحاق الولد غير الشرعي بأبيه الأمر الذي سمح لقضاء هذه الدول بإبداء مرونة إزاء الطفل غير الشرعي، خصوصاً بعد التعديلات التي طالت قوانينها لأحوال الشخصية .

لذلك أرتأيت أن أتناول نظرة بعض التشريعات العربية المعارضة لاستلحاق الولد غير الشرعي في الفرع الأول، ثم نظرة التشريعات العربية المؤيدة لإستلحاق الولد غير الشرعي في الفرع الثاني .

الفرع الأول : نظرة بعض التشريعات العربية المعارضة .

أولاً : نظرة بعض التشريعات العربية المعارضة .

1- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص83..

2- المحكمة العليا، ملف رقم 498448 بتاريخ: 10-06-2009، غير منشور، أشار إليه عيسى معيزة، المرجع السابق، ص259.

بالنسبة للمشرع المغربي في قانون مدونة الأسرة المغربية الجديد 03-70 الصادرة في فبراير 2004، أقر وأكد علي التمييز بين كل من البنوة والنسب، حيث خص موضوع البنوة بالمواد من 142 إلى 149، وبعده خص موضوع النسب ووسائل إثباته بالمواد من 150 إلى 162. وما يلاحظ أن المشرع قد حدد موضوع البنوة في المادة 142 كما يلي: "تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية"، فالبنوة إذا كانت شرعية بالنسبة للأب تصبح خاضعة لقواعد النسب، والذي عرفه في المادة 150 من نفس القانون: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف". ويخصوص البنوة غير الشرعية، يميز المشرع المغربي بين النظرة إليها في اتجاه الأب وينص في المادة 148 من المدونة: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، والنظرة إليها في اتجاه الأم، حيث أقر ما يلي في نص المادة 146 من المدونة: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية". وبالرجوع إلى إثبات البنوة، يشير المشرع المغربي إلى هذه الوسائل بالنسبة للأب.

يستنتج من خلال ذلك أن الطفل غير الشرعي لا حق له في النسب في نظر المشرع المغربي اتجاه والده المعروف؛ حتى في ظل وسائل الإثبات العصرية والمتمثلة في البصمة الوراثية، والمعبر عنها في المواد 153 و158 بالخبرة القضائية، باعتبار أن نسب الولد يثبت بفراش الزوجية، وهو حجة قاطعة على ثبوت النسب.¹

والملاحظ أن من أبرز مستجدات مدونة الأسرة المغربية ما نصت عليه المادة 156: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر الحمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الإقتضاء. ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة. ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما. تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن. إذا أنكر الخاطب أن الحمل منه، أمكن

1 - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 110-111.

اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب"، وينسب الحمل للخاطب للشبهة، والشبهة يثبت بها النسب حسب ما قرره مدونة الأسرة.¹

بالنسبة للمشرع المصري إذا كان قد أخذ بالخبرة الطبية لتحديد أقصى أمد للحمل سنة 1929؛ إلا أنه لم يأخذ بها في مجال النسب، ورغم إنشائها معمل للطب الشرعي والبيولوجي لإجراء اختبارات الحامض النووي في الجرائم المختلفة وذلك سنة 1995؛ فإن مشروع قانون الأحوال الشخصية² رقم: 1 في سنة 2000 لم يقر صراحة بنجاعة الخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه، ذلك أن المادة 3 من مشروع القانون المذكور تنص على أنه " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة...".

فخصوص فقه هذا المذهب تقضي بأن يثبت النسب بإقرار الرجل ببنة الطفل مجهول النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ولم يقر المصرح بنسب ولده من الزنى، فإذا صرح المقر بأن سبب البنة المقر بها هو الزنى لا يثبت النسب بهذا الإقرار؛ حتى لا ينشأ الطفل المقر بنسبه في مستقبل حياته مصحوباً بأنه ولد من زنى أو غير شرعي، ولأن البنة نعمة ولا تتال النعمة بالمحرم شرعاً.³

أما عن المشرع الكويتي فقد نص في قانون الأحوال الشخصية تحت عنوان " ولد الزنى وولد اللعان " في المادة: 335 " مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة 330 يرث ولد الزنى وولد اللعان من الأم وقرابتها، وترثهما الأم وقرابتها. " ذلك أن ولد الزنى ثبت صلته بأمه وانتفت صلته بمن كان منه الحمل ظاهراً فلا يثبت النسب منه ولو كان معروفاً.

غير أن المشرع الكويتي أقر بالخبرة الطبية ولكن بصورة ضمنية في المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه " لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير خصب أو لا يمكن أنه يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي".⁴

1- عبدالله أبو عوض، المرجع السابق، ص 310-311.

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

3- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 81-82.

4- المرجع نفسه، ص 82.

ثانيا: موقف قضاء بعض الدول العربية المعارضة.

رغم أن تشريعات هذه الدول تمنع استلحاق الولد غير الشرعي من أبيه غير أننا نجد بعض القضاة في هذه الدول تخالف تشريعاتها وتميل إلى الاستلحاق وهي قضايا قليلة لا تؤثر على الإتجاه الغالب المتمثل في عدم استلحاق الولد غير الشرعي من أبيه لكنها قد تكون خطوة تدفع المشرع لتعديل القانون.

1-موقف القضاء المغربي :

من أهم القضايا في الموضوع، رفض إحدى محاكم المملكة المغربية العمل بالخبرة الطبية وإثبات نسب الولد الناتج عن عملية اغتصاب. فرغم صدور الحكم الإستئنافي بثبوت نسب الطفل لأبيه المغتصب، وجدت المغتصبة نفسها أمام مشكلة أخرى، وتتمثل في تسجيل الابن في الحالة المدنية، فرفعت قضية أخرى أمام محكمة الأسرة؛ لكن حسب مقتضيات المادة 152 من مدونة الأسرة، فثبوت النسب يتم في حالتين لا ثالث لهما وهما الفراش والوطء للشبهة مع وجوب فهم الإقرار على ضرورة أن يصدر في إطار الحالتين المذكورتين، وأن الخبرة التي أمرت بها المحكمة الجنائية كانت لإثبات واقعة الإغتصاب التي نفاها المدعى عليه، وليس لإثبات نسب الولد المزداد نتيجة هذه الواقعة، ومادامت المحكمة قد أدانت المدعى عليه من أجل اغتصابه للمدعية، فإن ذلك يؤكد أن الوطء الذي تم بين المدعى عليه كان زنى فحكم القاضي، وبناءا على اجتهاد للشيخ خليل بالألا يلحق نسب الولد الناتج عن الوطء، وبالتالي فالطفل إبراهيم هو ابن زنى مقطوع النسب حسب اجتهاد الشيخ خليل مما يكون معه طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم، فتعين التصريح برفضه.¹

ورغم أن هذا الحكم لاقى اعتراضا من قبل الناقدین؛ غير أن القضاة طبقوا صحيح القانون؛ لعدم وجود نص واضح ينصف هذه المرأة ومولودها.

2-موقف القضاء المصري

1- كريم سناء، حكم استئنافي يثبت نسب الطفل للمغتصب و محكمة الأسرة تقضي بخلافه، جريدة التجديد المغربية، بتاريخ: 17أفريل2008. <http://www.maghreb.com/attajdid/41020>. اطلع عليه يوم: 06-04-2017 على الساعة: 11:00.

أهم قضية طرحت أمام القضاء المصري، قضية الطفلة صباح التي تم اغتصابها من طرف رقيب شرطة، بينما كانت محبوسة في زنازنتها في المؤسسة العقابية بجنحة التسول، بعد خروجها من السجن قدمت ضده شكوى، وتمت إدانته بعد إجراء خبرة الحمض النووي، وشهادة الشهود، وحكم عليه بالسجن 3 سنوات، بعد ذلك اكتشفت صباح أنها حامل فأخطرت النيابة بذلك، وبعد ميلاد البنت اتجهت إلى الحالة المدنية لتسجيلها بناء على حكم الإدانة، فرفض ضابط الحالة المدنية؛ لعدم وجود عقد زواج؛ مما اضطرها إلى رفع دعوى أمام قسم الأحوال الشخصية لإلحاق نسب البنت إلى أبيها بناء على الخبرة، إلا أن المحكمة رفضت الدعوى واعتبرت البنت مولودة خارج الإطار الشرعي؛ مما اضطرها إلى تسجيل استئناف، وقامت محكمة الاستئناف - شبين الكوم - بإلغاء الحكم وإثبات نسب البنت إلى أبيها وجاء في حيثيات الحكم، أن تقرير الطب الشرعي، والمعمل الجنائي أكد تطابق الحمض النووي بين الطفلة والجاني، كما أكد ذلك حكم المحكمة العسكرية القاضي بإدانة المتهم عن جناية الإغتصاب، مما يعد إقراراً من المتهم. وهكذا أثبت النسب بناء على الخبرة والإقرار.¹

نلاحظ ان قرار محكمة شبين الكوم بمصر أثبتت نسب البنت الناتجة عن الإغتصاب بناء على نتائج البصمة الوراثية، رغم أن البصمة الوراثية ليست طريقاً لإثبات نسب ولد الإغتصاب؛ لأنه ابن زنى، وولد الزنى لا يثبت له النسب في القانون المصري.

فرغم أن التشريعات العربية لم تنص على نسب الولد غير الشرعي؛ غير أننا نجد القضاء متردداً بين الرفض والإلحاق.

لذلك نجد المجمع الفقهي الإسلامي في دورته المنعقدة بمكة المكرمة، لا يخرج بفتوى بخصوص هذا الموضوع، واعتبره مسألة خطيرة، حيث صرح رئيس المجمع الفقهي الإسلامي الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ أنها مسألة خلافية قضائية نتركها للقضاء والفتوى تعالجها عند وقوعها.²

الفرع الثاني: نظرة التشريعات العربية المؤيدة

1- حكم قضائي جريء يفجر جدلاً فقهيًا "ابن الإغتصاب ينسب لأبيه"، المرجع السابق.

2- مبدوعة حدة، المرجع السابق، ص58

المشرع التونسي هو أول المشرعين العرب الذين أجازوا صراحة إثبات نسب الطفل غير الشرعي لأبيه من خلال قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1998 تبعه في ذلك المشرع اللبناني.

أولا : نظرة التشريعات العربية المؤيدة

بالنسبة للمشرع التونسي فقبل صدور قانون 1998 لم يشر إلى الأطفال غير الشرعيين، ولم ينظم وضعيتهم القانونية¹، حيث تنص المادة 152 من مجلة الأحوال الشخصية لعام 1956 "يرث ولد الزنى من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها"، حيث حدد وسائل إثبات النسب في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية وهي "الفرش، أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر" كما نص في الفصل 72 من مجلة الأحوال الشخصية "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط حقه في النفقة والإرث"، أي أنه كان لا يعترف بشرعية أبناء الزنى، كما نص في الفصل 71 من قانون الأحوال الشخصية "إذا ولدت الزوجة لتتمام 6 اشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج"، ولم يبين المشرع وضعية الطفل المولود لأقل من تلك المدة من تاريخ عقد الزواج، ولعل سكوتة كان سعيها منه لإيجاد الحلول المناسبة للأطفال المجهولين. والملاحظ بأن إقرار المشرع بذلك، معناه إمكانية نسب الطفل المولود حال قيام الرابطة الزوجية بين والديه، بغض النظر عن العلاقة التي كانت تربطهما أثناء فترة الحمل.²

وبعد صدور قانون الأحوال الشخصية التونسية بتاريخ: 28-10-1998، حيث نص الفصل الأول منه: "على الأم الحاضنة لابنه القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنياحة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

1- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص121.

2- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011-2012، ص146.

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع التونسي قد حدد وسائل إثبات البنوة غير الشرعية بثلاثة طرق هي: الإقرار، وشهادة الشهود، والتحليل الجيني. لكن بالنسبة للإقرار وشهادة الشهود تركهما مبهمين، ولم يحدد لهما نظاما معيناً؛ فبالنسبة للإقرار لم يضع المشرع التونسي حلاً عند تعارض الإقرارات ببنوة هذا الطفل، فيما إذا كانت المرأة على علاقة غير شرعية بأكثر من رجل، وكل منهم يدعي أبوته للطفل، فكان ينبغي على المشرع أن يحيل الأمر للتحليل الجيني لحسم الخلاف بين المدعين.¹

أما فيما يخص الشهادة المثبتة للبنوة غير الشرعية فيلاحظ أن المشرع لم يحدد لها نصاً معيناً خلافاً لما نص عليه في الفصل 68 من نفس القانون بشأن إثبات البنوة الشرعية؛ حيث اشترط شهادة شاهدين من أهل الثقة الأمر الذي يمكن تفسيره بأن نية المشرع تتجه هنا إلى اعتبار شهادة الواحد كافية لإثبات النسب الطبيعي.

وإيماناً من المشرع بضرورة إيجاد حل لمجهول النسب؛ فقد قرر لأول مرة إثبات نسبهم من آبائهم البيولوجيين عن طريق التحليل الجيني، خاصة في ظل انعدام الإقرار أو البينة؛ بل يجوز اللجوء إلى الإختبارات الجينية قبل البينة والإقرار؛ لأن الوسائل الواردة في المادة السابقة ليست واردة على سبيل الترتيب؛ وإنما على سبيل الذكر.

وعلى الرغم من تطرق المشرع التونسي في النص السابق إلى مسائل إجرائية هامة، كبيان أن المحكمة المختصة بنظر دعاوى إثبات البنوة غير الشرعية هي المحكمة الابتدائية، ويكون أطراف الدعوى هم الأب، الأم، النيابة العامة؛ غير أنه أغفل مسائل أخرى لا تقل عنها أهمية، كمسألة صفة الولد غير الشرعي في القيام بقضايا إثبات بنوته الطبيعية، وهي صورة واردة في التطبيق، حيث أقر حق الطفل في طلب الانتساب إلى أبيه.

حيث نصت المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني على أنه " يحق للولد غير الشرعي ولأمه ولوكيل العدل أن يرفع الدعوى على من أنجبه للإعتراف إذا نبذ نسبته إليه". وقد اشترط المشرع اللبناني لإثبات البنوة غير الشرعية إذا كانت من الأم، أن ترفع الدعوى خلال سنتين ابتداءً من تاريخ الوضع، وإذا لم ترفعها في المدة التي كان الولد فيها قاصراً، فيحق للولد

1- يوسف بن شيخ، المرجع السابق، ص 174-175.

أن يرفعها خلال السنة التي تلي سن الرشد". أما سكوت المشرع التونسي عن تنظيم آجال هذه الدعوة فذلك راجع لاقتناعه بأن دعوى ثبوت النسب لا تسقط بمرور الزمن، وهذا ما استقر عليه القضاء التونسي.¹

ثانيا : نظرة قضاء بعض الدول المؤيدة "تونس نموذجا"

قبل التعديل الجديد كان القضاء التونسي يتجه إلى رفض نسب الطفل غير الشرعي مثلا القرار التعقيبي المدني عدد 26431 المؤرخ في: 2 جوان 1992 والذي تضمن أنه: (...طالما أن الشهادة التي استندت عليها المدعية لا تفيد قيام فراش صحيح ولا فاسد فلا تصلح سندا للنسب إذ أن الزنى مفسد لشرعية النسب عند الإنكار أو النفي من قبل المنسوب إليه النسب وهو واقع قانوني جرى عليه فقه القضاء وعمل المحاكم).²

وبعد صدور قانون 1998/75 اعتمدت محاكم الموضوع التونسية، في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات البنية غير الشرعية، من ذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ: 11 جوان 1999 ، وتتمثل وقائعه في أن والدة طفلة ولدت خارج إطار الزواج قد قامت بدعوى في إثبات النسب مؤسسة دعواها على شهادة الشهود فنفي الأب ادعاءاتها وقد أذنت المحكمة تحضيريا بإجراء التحليل الجيني الذي أثبت أبوة الأب المطلوب للبنى المقام في حقها. فقضت المحكمة بإسنادها لقب الأب مؤسسة حكمها على أن بنوة الطفل ثابتة بموجب شهادة الشهود السالمين من القدر وبالتحليل الجيني المأذون به من طرف المحكمة.³

وفي دعوى إسناد اللقب العائلي، نظرت فيها المحكمة الابتدائية بالمنستير، على أن الأم المدعية والقائمة بحق ابنتها القاصر، أقامت علاقة جنسية مع المدعى عليه، نتج عنها حمل ووضع مولودة، فأجري محضر بحث في الغرض تم خلاله عرض المطلوب على التحليل الجيني، الذي أثبت أبوته للبنى المقام في حقها، وتمت إحالة الأم على المجلس الجنائي لمقاضاتها من أجل البغاء السري، وفي الأثناء قامت الأم بدعوى في إسناد اللقب العائلي في حق ابنتها القاصر،

1- بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص143-144.

2- قرار تعقيبي مدني، رقم: 26431 بتاريخ: 26 أبريل 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس لسنة 1992، ج2، ص183، أشار إليه بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص125.

3- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص138.

مؤسسة دعواها على محضر البحث، وعلى التحليل الجيني الواقع إجراءه في الغرض، فطعن نائب المطلوب في النتيجة، التي أذنت بها الشرطة العدلية والتي توصلت إليها، على اعتبار أن المدعية تتعاطى البغاء السري، ولها علاقات خنائية مشبوهة مع عدد غير محدد من الرجال؛ فقضت المحكمة لصالح الدعوى، وجاء في حيثيات الحكم: (... وحيث يتضح بالإطلاع على النتيجة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أن أبوة المطلوب لل بنت المقام في حقها لا شك فيها)¹.

أما إذا رفض الوالد المزعوم التحليل الجيني، فإن ذلك يعد إقراراً ضمناً منه بالأبوة، وفي وسع المحكمة أن تقضي بإثبات الأبوة، وإسناد لقب الشخص الرفض لإجراء التحليل الجيني للطفل، وهذا ماكرسته بعض المحاكم التونسية فعلاً.

1- بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 177.

ملخص الفصل الثاني :

اتفق العلماء على نسبة الولد غير الشرعي لأمه، وأن هذه النسبة تثبت بالولادة، كما اتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي لصاحب الفراش؛ غير أنهم اختلفوا في نسبة الولد غير الشرعي لأبيه الزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد؛ فذهب جمهور العلماء إلى عدم استلحاقه؛ لكن من الفقهاء القدامى والمعاصرين من أجاز استلحاقه، خاصة بعد ظهور البصمة الوراثية ونتائجها القطعية في إثبات النسب حيث عرضنا حجج كل منهما وناقشناها.

أما فيما يخص التشريعات العربية فمعظمها تتبنى رأي الجمهور؛ باستثناء التشريع التونسي والتشريع اللبناني اللذان يتفقان مع الرأي القائل بثبوت نسب الطفل غير الشرعي مطلقا، بينما القضاء العربي وفي بعض القضايا القليلة خالف تشريعاته وأثبت نسب الولد غير الشرعي لأبيه .

العلم اتقى

الخاتمة :

من خلال دراستنا توصلنا لجملة من النتائج والإقتراحات نوضحها فيمايلي :

أولاً: النتائج

- 1-النسب من الموضوعات ذات الخطر الكبير،فحفظه مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.
- 2-التفريق بين الأسباب المنشئة للنسب، والأسباب الكاشفة له، فتكون الأسباب المنشئة هي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة. والأسباب الكاشفة للنسب هي الإقرار والبينة والطرق العلمية والتي لا يعتد بها إلا بوجود أحد الأسباب المنشئة للنسب.
- 3-الاستلحاق هو الإقرار بالنسب، والتعبير بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة.
- 4-الاستلحاق عند جمهور الفقهاء يكون لمجهول النسب فقط، أما الولد غير الشرعي فهو مقطوع النسب ولا يجوز استلحاقه.
- 5-استلحاق مجهول النسب يتطلب توافر شروط الإقرار ، أما استلحاق الولد غير الشرعي -عند القائلين به -فقد اقترح له بعض العلماء المعاصرين شروطا وضوابط حفاظا على النسب الشرعي.
- 6- الاستلحاق بمعناه عند الجمهور عبر عنه المشرع المغربي بالاستلحاق،وعبر عنه المشرع الجزائري بالإقرار، أما المشرع التونسي فقد استخدم لفظ الإقرار، حتى وإن تعلق الأمر بالبنوة الطبيعية.
- 7- إبطال نظام التبني بالنظر للآثار السلبية التي قد تتجر عنه، أهمها ضياع حقوق الأولاد، واختلاط الأنساب.
- 8-الإسلام أوجد نظام الكفالة لرعاية الأولاد غير الشرعيين واللقطاء؛ فالحل الأمثل لهؤلاء يكمن في التربية والكفالة والموازرة المادية والمعنوية.
- 9-البصمة الوراثية تأخذ حكم القافة، وذلك في حالة التنازع على مجهول النسب لانتفاء الأدلة أو تساويها.
- 10-ضعف الأساس الذي يعتمد عليه المشرع الجزائري في تجريم الزنا، حيث أنه يجرم زنا الأزواج دون غيرهم، بهدف حماية الأسرة؛ غير أن الأسرة جزء لايتجزء من المجتمع، وانحلال

المجتمع يعني حتما انحلال الأسرة.

11-المادة 41من قانون الأسرة لم توضح المقصود بالطرق المشروعة لنفي النسب إن كان اللعان فقط، أم أن هناك طرقاً أخرى كالإعتماد على الطرق الطبية المعاصرة، وإن كان الإجتهد القضائي قد استقر على أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان.

12-إذا أكذب الملاحن نفسه واستلحق الولد بعد نفيه فإنه يقبل منه ويلحقه نسبه .

13-لم يرد نص أو دليل من الكتاب أو السنة الصحيحة يجرم انتساب الولد غير الشرعي إلى أبيه، ولاوجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم.

14-القول باستلحاق الولد غير الشرعي لأبيه إذا استلحقه فيه مصالح عظيمة، خاصة للولد الذي يترتب على عدم استلحاقه تحطيم شخصيته، وعقدة تلازمه طوال حياته، والشريعة تتشوف لحفظ الأنساب وتحقيق المصالح ودرء المفساد، لكن في المقابل إذا فتح الباب على مصراعيه، فذلك يعني هدم نظام الزواج القائم على العقد الصحيح، وهدم لنظام القرابة، مما يؤدي إلى القضاء على نقاء المجتمع وطهره. فما فائدة الزواج حينئذ إذا كان بإمكان المرء الحصول على أبناء دون زواج، وما يتطلبه هذا الأخير من مصاريف ومسؤوليات. والحل في نظري يكمن في الأخذ بالشروط والضوابط التي اقترحتها بعض الفقهاء المعاصرين لحماية النسب الشرعي وصيانتته؛ بأن نجعل هذه المسألة بمثابة الاستثناء في مقابل الأصل المتمثل في الزواج الشرعي الصحيح.

15-ظهور البصمة الوراثية التي يمكنها الوصول إلى حقائق ثابتة في نسب الأولاد إلى آبائهم الحقيقيين، ووجوب استغلالها في إطار الشرع؛ كما أنها تخدم الولد غير الشرعي.

16-مسألة استلحاق الولد غير الشرعي مسألة خلافية شرعاً، يترك الفصل فيها إلى القضاء، ريثما يفصل فيها القانون.

17-صحيح أن ولد الاغتصاب هو ولد زنا، لكن الزانية ليست كالمغتصبة، فإن كانت الزانية قد رضيت بالزنا، فالمغتصبة قد أكرهت عليه، ومن الصعب أن نضيف إليها مأساة أخرى حين نترك ولدها بلا نسب، ونحملها مسؤولية ولد بلا هوية؛ لذلك أرى أن تخضع حالات الاغتصاب إلى سلطة القاضي التقديرية، ريثما يفصل فيها القانون.

ثانياً: الإقتراحات :

1- هناك بعض النقاط والمسائل المتعلقة بموضوع النسب، أغفلها المشرع، وتركها مبهمة وغامضة؛ لذلك من الضروري إعادة صياغة النصوص القانونية، بإدراج مواد قانونية توضح ماهو غامض، وتكمل ماسكت عنه المشرع، وإضافة مواد جديدة لكل الجزئيات التي لم يتعرض لها. أ-أقترح تعديل المادة 44 من قانون الأسرة كمايلي:

"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة ولو في مرض الموت بالشروط التالية :

- أن يكون المقر عاقلاً أي كامل الأهلية .

- أن يكون المقر له مجهول النسب

- ألا يكذب الإقرار عقل أو عادة بأن يولد مثل المقر له للمقر.

- أن يصدقه المقر له إن كان عاقلاً بالغاً.

- ألا يعترف المقر أنه ولده من الزنا.

- أن يكون الإقرار أمام القضاء.

ب-أن ينص المشرع أن: الأصل أن الزنا لا يكون سبباً للنسب الشرعي، استثناءً يجوز إلحاق ولد الزنا بأبيه بالشروط التالية:

-ألا تكون المزني بها متزوجة عند وقوع الحمل منه.

-أن يستلحق الزاني ولده من الزنا.

-إثبات أن الولد المستلحق من ماء المستلحق بموجب خبرة علمية للبصمة الوراثية.

-أن يصدق المستلحق المستلحق إذا كان بالغاً عاقلاً.

-أن يمكن صدقه بأن يكون المقر له يحتمل أن يولد لمثل المقر.

-أن لا تكون الزانية داعرة يغشاها أكثر من واحد.

ت-النص على أنه لا يصح الاستلحاق إذا كانت العلاقة غير الشرعية بين المحارم، كما أنه لا يجوز للمحكمة التأكد من شروط الفراش إذا تزوج الزاني بالمزني بها قبل وضع الحمل.

ث-وجوب النص صراحة على الطريقة المقصودة من الطرق العلمية، والمتمثلة في البصمة الوراثية الADN، باعتبار أنها الأدق، ووجوب توضيح إجراءات العمل بها.

ج-النص بعدم جواز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ولا اعتمادها في نفي النسب وتقديمها على اللعان. مع جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة من القرائن التي تؤيد الزوج في طلبه اللعان، أو قد تدل على خلاف قوله (فربما كانت مدعاة لعدوله عن اللعان).

2-وجوب تنظيم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة لمنحه الحماية الكافية.
3-ضرورة تكوين قضاة تكويننا قانونيا وشرعيا متكاملًا ومعقًا في الأحوال الشخصية، متمكنين من الجوانب الفقهية والمقاصد الشرعية، مع مواكبة التطور الحاصل، للوصول إلى التكيف الصحيح والإجتهاد الصائب.

4-تعديل قانون العقوبات؛ حتى يكون له دور وقائي، يتمثل في تجريم الزنا عموما أي كان مرتكبه، مع تشديد العقوبة إذا كان الزناة متزوجين، وبذلك نحمي الأسرة من التأثير بمجتمع منحل.
5-جريمة الاغتصاب جريمة بشعة، لما فيها من اعتداء على شرف وحرمان الآخرين، وتحطيم لمستقبل المغتصبة وأحلامها؛ لذلك فسلب حرية المغتصب مدة محددة من الزمن ثم يخلى سبيله لا تتوافق وفضاعة جرمه، فكان الأولى بالمشروع الجزائري في مسائل الشرف الاستناد إلى الشريعة الإسلامية والحدو حدوها، لا أن يستتبط أحكامه من المشروع الفرنسي الذي تختلف ثقافته وديانته باعتبار مجتمعه الغربي، عن مجتمعنا الجزائري المسلم. فكان من الواجب-حسب رأيي- أن تكون العقوبة مساوية لفضاعة الجرم وهي الإعدام إن كان متزوجا، والجلد وسلب الحرية مدة من الزمن إن كان أعزبا، ثم يصلح خطأه بزواجه بالمغتصبة إن قبلت، ونسبة الولد إليه، ولا ينبغي أن تسقط العقوبة بزواجه بالمغتصبة؛ لما لذلك من تشجيع على الاغتصاب.

6-ضرورة رعاية الدول والمؤسسات الإسلامية والخيرية للقطاع والأولاد غير الشرعيين وصيانتهم وتوفير الرعاية التربوية والأخلاقية والدينية لهم.

هذا ماتوصلت إليه بحمد الله وتوفيقه، فإن أصبت فمنه وحده، وإن أخطأت فمن نفسي وتقصيري.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب

العالمين .

قائمة المصادر

والمراد

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر :

1-القرآن الكريم:

2-كتب الحديث :

1-أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني،سنن ابن ماجة ،دار إحياء الكتب العربية ،ج1.

2-أبوداود سليمان بن الأشعث سنن أبوداود، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، ج2.

3-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط1، 2003، ج12.

4-محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، ط1، القاهرة، 1423هـ/2003م.

5-محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مكتبة أبوبكر الصديق، ط1، 1426هـ/2006م.

6-محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994، الجزء 10.

3- المعاجم:

7- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ

8-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة.

9-وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4.

4-الكتب الفقهية:

- 10-أبوبكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989، ج17.
- 11-الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ج08.
- 12-ابن قيم الجوزية أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الإمام مالك، الجزائر، ط2، 1433هـ -2012م، ج2.
- 13-الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج3.
- 14-شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1404هـ -1984م .

ثانيا : الكتب

أ-الكتب العامة

- 15-أحمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1997.
- 16-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 1998
- 17- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010، ج1. .
- 18-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
- 19-عبدالله أبو عوض، أثر الإجتهد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، الرباط، 2011.
- 20-محمد دفع الله عبدالله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، دار المصطفى، القاهرة، 1979.

ب-الكتب المتخصصة:

- 21- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، بدون طبعة.
- 22- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006.
- 23- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 2002.
- 24- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2002.
- 25- مسعد هلاي سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 2010.
- 26- يوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، المجلد1، ط1، 2000.

ثالثا : المؤتمرات والملتقيات العلمية

- 27- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من 5-10 يناير 2002.
- 28- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من : 25-29 ديسمبر 2010 .
- 29- محمد المريح، بيان أحكام اللعان و أحكام الاستلحاق، قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي، بحوث الدورة التكوينية، يومي الجمعة والسبت 01-02 جمادى الثانية 1434هـ الموافق لـ 12-13 أبريل 2013م، العرض الحادي عشر.

رابعاً: الرسائل والمذكرات العلمية :

30- أحمد عبد المجيد"محمد محمود" حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس فلسطين، 2008

31- بلشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012 2013.

32- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012.

33- شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، 2012 .

34- شاوش سارة، جريمة الإغتصاب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014.

35- مبدوعة حدة، أحكام نسب ولد الإغتصاب بين الفقه الإسلامي والإجتihad القضائي، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 - 2014.

36- عيسى معيزة، الإرث بالتقدير والإحتياط في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2011-2012.

37- يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن-، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2015-2016.

خامساً: مقالات علمية :

38- الحسين الشبيلي الهادي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م 18، 2003، عدد 35.

- 39- عبد الحليم بن مشرى، جريمة الزنى في قانون العقوبات الجزائري، بحث منشور بمجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر، نوفمبر 2006.
- 40- عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنى، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 2006، العدد 30.
- 41- مازن اسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 17، جانفي 2009، العدد 01.
- 42- محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الإغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية، 2001، العدد 20.

سادسا: القوانين:

- 43- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 أفريل 2014، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 07، بتاريخ 16-04-2014.
- 44- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.
- 45- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 م، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد: 44 بتاريخ 26-06-2005.
- 46- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27-02-2005 .
- 47- القانون رقم 70-03 المؤرخ في 03 فبراير 2004 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية بتاريخ 05 فبراير 2004.

48-الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية السنة 100، العدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

49-القانون عدد75 لسنة 1998، المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07جويلية 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب الرائد الرسمي للجمهورية التونسية السنة 146 العدد 54 بتاريخ 8 جويلية 2003.

سابعا: القرارات القضائية

50-المحكمة العليا: ملف رقم 34137 بتاريخ: 08-10-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 1989،04.

51-المحكمة العليا: ملف رقم 172333 بتاريخ: 28-10-1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 1997،01.

52-المحكمة العليا، ملف رقم: 210478 بتاريخ: 17-11-1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.

53-المحكمة العليا: ملف رقم 355180 قرار بتاريخ: 05-03-2006، المجلة القضائية، العدد 2006،01.

54-المحكمة العليا: ملف رقم 467780 قرار بتاريخ: 12-11-2008، غير منشور.

55-المحكمة العليا: ملف رقم 617374 قرار بتاريخ: 12-05-2011، المجلة القضائية، العدد 2012،01.

ثامنا: المواقع الإلكترونية:

56-الضمرواني عبير، أبناء الإغتصاب يبحثون عن طريق ! هل يأخذون حقهم بال ADN، جريدة الأهرام، القاهرة، السنة 132، العدد44074، بتاريخ 8 أوت 2007.

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/INVE2HTM>.

أطلع عليه يوم: 2017/03/10 على الساعة: 21:00

57-توفيق طه، الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية.

www.aljazeera.net/programs/religionandlife/2006/5/3

أطلع عليه يوم: 2017/03/22 على الساعة: 08:00

58-حكم قضائي جريء، يفجر جدلا فقهيا، ابن الإغتصاب ينسب إلى أبيه

<http://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2011/05/30/177884.html>

/ اطلع عليه يوم: 2017-03-25 على الساعة: 10:00.

59-خليل محمد، جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي،

جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971 بتاريخ 17 مارس 2006

<http://www.aawsat.com/details.asp> section=17@article=353415

[aisueno=9971](#)

أطلع عليه يوم: 2017/03/05 على الساعة: 09:00

66- زهيرة مجراب، 4 آلاف طفل مجهول النسب في الجزائر، جريدة الشروق

اليومي، الجزائر، بتاريخ

jawahir.echoroukonline.com/articles/1586.html. 2014/12/06

أطلع عليه يوم: 2017-05-20 على الساعة: 9:00.

60-سيد السقا، ابن الزنا ينسب لأبيه الزاني وليس لزوج المرأة بالدليل من القرآن والسنة.

<http://almktabah.com/Vb/showthread.php> t=2461

أطلع عليه يوم: 2017/04/01 على الساعة: 12:00

61-صباحي أحمد منصور، أدعوهم لأبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام:

<http://www.alquran.com/arabic/show-article.php?main-id=25>

أطلع عليه يوم: 2017/03/10 على الساعة: 09:00

62-فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه:

WWW.islamFeqh.com/ar/content/1

أطلع عليه يوم: 2017/03/20 على الساعة: 21:00

63-فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بالADN

http://www.pls48.net/de_fault.asp ID=871

أطلع عليه يوم: 2017/03/22 على الساعة: 08:00

64-كريم سناء، حكم استثنائي يثبت نسب الطفل للمغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه،
جريدة التجديد المغربية بتاريخ: 17 أبريل 2008

<http://www.maghreb.com/attajdid/41020>

أطلع عليه يوم: 2017/04/06 على الساعة: 11:00.

65-نجار إبراهيم، القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة المعرفة الريفية:

<http://encyc.reefnet.gov.sy/>:

أطلع عليه يوم: 2017/03/10 على الساعة: 10:00

66-نور الدين الجلاصي، مقال منشور بالإنترنت بعنوان ابن الزنا إذا استلحقه والده هل يحق له الميراث؟ من الموقع :

<http://noureddine-moudawna-blogspot.com>

أطلع عليه يوم: 2017/03/05 على الساعة: 10:00

مجله رایی

فهرس الآيات:

الصفحة	رقم الآية-السورة	مطلع الآية
مقدمة: أ	72- النحل	"والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا..."
08	54- الفرقان	"وهو الذي خلق من الماء بشرا..."
14	05- الأحزاب	"أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله..."
14	04- الأحزاب	"وما جعل أدعياءكم أبناءكم..."
37	32- الإسراء	ولاتقربوا الزنى.
58	166- الأنعام 15- الإسراء 18- فاطر	"ولا تزر وازرة وزر..."

فهرس الأحاديث:

الصفحة	بداية الحديث
مقدمة: أ	"أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم..."
مقدمة: أ	"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه..."
11	"هو لك يا عبد بن زمعة..."
51	"الولد للفراش..."
52	"لامساعة في الإسلام..."
53	"ما روى أن النبي ص قضي أن كل مستلحق استلحق..."
59	"كان رجل يقال له جريج..."
60	حديث ملاعنة هلال بن أمية
77	"إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ و النسيان..."

فهرس المحتوى:

الصفحة	المحتوى
أ	مقدمة
	الفصل الأول: ماهية الاستلحاق
09	المبحث الأول: مفهوم الاستلحاق
09	المطلب الأول: تعريف الاستلحاق
09	الفرع الأول: تعريف الاستلحاق
14	الفرع الثاني: الفرق بين الاستلحاق و التبني
17	المطلب الثاني: شروط الاستلحاق وموقف بعض التشريعات المغاربية منه
17	الفرع الأول: شروط الاستلحاق
25	الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات المغاربية من الاستلحاق
32	المبحث الثاني: الأولاد الذين يتم استلحاقهم و تمييز الولد غير الشرعي عما يشابهه
32	المطلب الأول: الأولاد الذين يتم استلحاقهم
32	الفرع الأول: الأولاد المتفق على استلحاقهم "مجهولي النسب"
36	الفرع الثاني: الأولاد المختلف في استلحاقهم "الأولاد غير الشرعيين"
42	المطلب الثاني: تمييز الولد غير الشرعي عما يشابهه
42	الفرع الأول: الفرق بين الولد غير الشرعي وولد الشبهة
43	الفرع الثاني: الفرق بين الولد غير الشرعي وولد اللعان
47	ملخص الفصل الأول
	الفصل الثاني: موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي
50	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من استلحاق الولد غير الشرعي
50	المطلب الأول: الرأي المعارض لاستلحاق الولد غير الشرعي
50	الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى
55	الفرع الثاني: آراء بعض الفقهاء المعارضين

58	المطلب الثاني: الرأي المؤيد لاستلحاق الولد غير الشرعي
58	الفرع الأول: رأي الفقهاء القدامى
64	الفرع الثاني: آراء بعض الفقهاء المعاصرين
71	المبحث الثاني: موقف القانون الوضعي من استلحاق الولد غير الشرعي
71	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من استلحاق الولد غير الشرعي
71	الفرع الأول: في ظل قانون الأسرة الجزائري 84-11
74	الفرع الثاني: في ظل الأمر 05-02
79	المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من استلحاق الولد غير الشرعي
79	الفرع الأول: نظرة بعض التشريعات العربية المعارضة
83	الفرع الثاني: نظرة بعض التشريعات العربية المؤيدة
88	ملخص الفصل الثاني
90	الخاتمة
95	قائمة المصادر والمراجع
104	فهرس الآيات
104	فهرس الأحاديث
105	فهرس المحتوى