نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي الجزائري

د. عيسى معيزة [1]

حدة مبدوعة [2]

ملخص الموضوع بالعربية

اثار موضوع نسب الولد الناتج عن الاغتصاب جدلا فقهيا واسعا فنادت الجمعيات النسوية والمنظمات الحقوقية وبعض القانونين بمنحه نسب المغتصب باعتبار ان امه لم تمارس الرذيلة ولم ترد انجاب هذا الطفل, واختلفت الاراء بين معارض لمنحه النسب باعتباره ابن زنا مقطوع النسب حسب راي الجمهور وبين مؤيد لمنحه النسب باعتباره ضحية لا جريرة له في جرم ابيه ولكل اسانيده وحججه الشرعية والعقلية ' وقد اختلف القضاء في معالجة الموضوع على رأيين أيضا في انتظار تدخل المشرع وحسم الخلاف .

Abstract

The issue of child ratios resulting from rape raised a wide scholarly controversy. Feminist, human rights organizations and some lawmakers called for the title of rapist, since his mother did not seek to practice vice and did not want to have this child. Opinions differed with regard this issue, some were against the idea of granting him a lineage while others supported the idea on the basis that he was a victim and innocent of his father's crime. Both sides have their legitimate and logical evidence and arguments. The judiciary were split into

[1] Lecturer in Law Faculty, Djelfa University, Algeria
[2] PHD Student in Law Faculty, Djelfa University, Algeria

two parties, while all waiting for the legislator to intervene and resolve the dispute.

مقدمة

أولت الشريعة الإسلامية للنسب أهمية بالغة واعتبرته من الكليات التي قامت أحكامها على حفظها وصيانتها, وهو من أبرز مظاهر تكريم الله تعالي للإنسان , إذ يقول عز وجل في محكم تنزيله ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [1]

كما جعل سبحانه وتعالى للنسب سببا واضحا وشرعيا لحفظ كرامة الإنسان وأدميته إذ جعل اتصال الرجل بالمرأة جنسيا لا يتم إلا عن طريق عقد الزواج , فنظم أحكامه وبين شروطه وأركانه بدقة متناهية , كما يسره ودعا إليه لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتكافل وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ أَفَبِٱلْبَٰطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ ٱللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾[2]

فالنسب هو الأساس المتين الذي تقوم عليه الأسرة ويربط بين إفرادها لذلك نهى الشارع الحكيم على كل اتصال خارج العلاقة الزوجية حماية للأنساب من الاختلاط , فحرم الزنا وكل ما قد يؤدي إليه من مقدمات كما حرم القذف والاغتصاب وكل الجرائم الجنسية الأخرى.

ومع ذلك فقد تفشت الجرائم الأخلاقية بشكل مذهل في مجتمعاتنا بسبب ضعف الوازع الديني ولأسباب أخرى اجتماعية كتأخر سن الزواج وغيرها , إلا أن الأخطر من ذلك كله ما قد تخلفه هذه الجرائم من أثار وخيمة على الفرد والمجتمع ,فقد أشارت بعض الإحصائيات الصادرة عن وزارة التضامن أن أكثر من **10,000** طفل يولدون من غير زواج شرعي سنويا [3] هؤلاء الأطفال قد يكونون عرضة للقتل عند ولادتهم ,

---

[1] الاية 54 سورة الفرقان

[2] الاية 72 سورة النحل

[3] جريدة الشروق اليومية الجزائرية , العدد 1908 بتاريخ 2007/02/04 ص 11

وقد يرمى بهم على أبواب المساجد أو دور الطفولة المسعفة للتخلص من وصمة العار , لكن الأمر قد يبدو أصعب بالنسبة للمغتصبة فهي وان كانت ضحية اعتداء بشع , شوه معالم حياتها وحطم كل أحلامها فماذا إذن لو أضيف إلى هذا الألم كله حمل لم ترده , فهل تجهضه قبل أن يولد ؟ أم تأتي به إلى الحياة لتواجه اشتباه الناس بها ورميها بالزنا, وتتحمل أعباء طفل لن يكون أبدا كالآخرين منذ ميلاده, ولن تكون له أي حقوق في مواجهة أبيه البيولوجي (المغتصب), هذه المأساة جعلت الكثيرات من ضحايا الاغتصاب تطالبن بمنح أولادهن نسب الأب المغتصب كما هو الحال في المغرب والأردن ومصر, لذا فقد أسال موضوع نسب الولد الناتج عن الاغتصاب الكثير من الحبر وطالب حقوقيون كثر بضرورة تعديل قوانين الأحوال الشخصية لضمان حقوقه انطلاقا من المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل التي تنص (يسجل الطفل بعد ولادته فورا , ويكون له الحق منذ ولادته في الاسم واكتساب جنسيته ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما)[4] ولذا نطرح من خلال هذا الموضوع عدة اشكاليات اهمها :

-ما هو موقف الفقه الاسلامي والقضاء من نسب ولد الاغتصاب في غياب النصوص التشريعية ؟

ـ ما مدى حجية الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب ؟ وكيف تعامل القضاء الجزائري مع ذلك ؟

قد استدعت طبيعة البحث التطرق إليه في مبحثين نتناول في الاول موقف الفقه الاسلامي من المسالة بتوضيح موقف الفقه الاسلامي التقليدي (مطلب اول) ثم موقف الفقه الاسلامي المعاصر (مطلب ثان) وفي المبحث الثاني نستعرض تطور موقف القضاء الجزائري من نسب المولود خارج العلاقة الشرعية وذلك بعرض موقفه من نسب ولد الزنا (مطلب اول) ثم موقفه من نسب ولد الاغتصاب (مطلب ثان)

المبحث الاول : موقف الفقه الاسلامي من نسب الولد الناتج عن الاغتصاب

[4] صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل بموجب المرسوم 461-92 المؤرخ في 19-12-1992

اتفق الفقهاء على ان ولد الزنا هو الولد الذي اتت به امه عن طريق غير شرعي , وهو ثمرة العلاقة المحرمة , وهناك من عرفه بانه الولد الناتج من ماء الرجل وماء المراة , ليس للرجل فيه شبهة ولا عقد ولا ملك فهو نتيجة التقاء ماء الرجل بماء المرأة على وجه غير شرعي , سواء اكان نتيجة ارتكاب الجريمة بالرضا او بالاكراه [5]

ومن ثم فان ولد الاغتصاب ياخذ احكام ولد الزنا شرعا وان اختلفت الجريمتين من حيث الاركان والعقوبة ونتطرق في هذا المبحث الى عرض موقف الفقه الاسلامي من نسب ولد الاغتصاب في مطلبين

- **مطلب اول نوضح فيه موقف الفقه الاسلامي التقليدي من المسالة**
- **مطلب ثاني نستعرض فيه اهم الاراء الفقهية المعاصرة في القضية**

<u>المطلب الأول:</u> موقف الفقه التقليدي من نسب ولد الاغتصاب[6]

إن كان الفقه الإسلامي التقليدي قد اجمع على عدم إلحاق ولد الزنا لأبيه إذا كانت أمه فراشا ولم ينفه صاحب الفراش , إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا كانت الأم ليست فراشا وإستلحقه الزاني فذهب الجمهور من المذاهب الأربعة والظاهرية إلى إلحاق هذه الحالة في حكمها بالحالة الأولى في عدم إلحاق ابن الزنا بالزاني, وذهب رأي أخر إلى جواز إلحاقه بابيه متى استلحقه بشروط , ونفصل الرأيين فيما يلي على النحو التالي:

الفرع الأول: الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الزنا لأبيه الزاني:

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة و المذهب الظاهري [7] أن ابن الزنا مقطوع النسب لا يلحق الزاني سواء كانت أمه فراشا لرجل

---

[5] احمد عبد المجيد محمد محمود حسين , احكام ولد الزنا في الفقه الاسلامي , رسالة ماجستير , جامعة نابلس ,فلسطين 2008 ص28

[6] يقصد بالفقه التقليدي في هذا المجال رأي الفقه الإسلامي في إطار المذاهب الإسلامية خاصة المذاهب الأربعة في العصور الأولى للإسلام.

أخر أم لا و سواء إستلحقه الزاني أم لا واهم الحجج التي استندوا إليها ما يلي:

أولا: استنادا إلى قوله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر" هذا الحديث الذي رواه عن رسول صلى الله عليه و سلم بعض و عشرون صحابي و نصه كالتالي[8]:

" عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه و سلم أنها قالت كان عتبة بن ابي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، قالت فلما كان عام الفتح – تعني فتح مكة – أخذه سعد و قال ابن أخي و كان قد عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعه فقال أخي و ابن وليدة أبى ، و لد على فراشه ، فتساوقا الى الرسول صلى الله عليه و سلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي و قد عهد إلي فيه و قال عبد بن زمعه أخي و ابن وليدة أبي و لد على فراشه فقال رسول صلى الله عليه و سلم هو لك يا عبد ابن زمعه ثم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ثم قال لسودة بنت زمعة – زوجته – احتجبي منه - لما رأى من شبهه بعتبة بن ابي وقاص ، قالت - أي عائشة- فما رآها حتى لقي الله تعالى .

و وجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الولد لفراش زمعة ولم يلتفت للشبه البين بين الولد وعتبة وفي ذلك يقول ابوبكر الجصاص في أحكام القران[9] " وقوله الولد للفراش قد اقتضى معنيين , احدهما إثبات النسب لصاحب الفراش , والثاني أن من لا فراش له فلا نسب له , لان قوله الولد اسم للجنس وكذلك قوله الفراش للجنس لدخول الألف والام عليه فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر, فكأنه يقول لا ولد إلا للفراش " , كما يستدل من الحديث ان

---

[7] احمد عبد المجيد محمد محمود حسين ، المرجع السابق ، ص 65.

[8] البخاري , صحيح البخاري, كتاب الفرائض/ باب الولد للفراش حرة كانت او امة, الحديث رقم 6749, ج 8 , ص 11 , وانظر أيضا الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني , فتح الباري بشرح صحيح البخاري ,مكتبة الصفا , القاهرة ج 12 , الطبعة 1 , 2003 ص 36.

[9] الجصاص أبوبكر احمد بن علي الرازي الجصاص , احكام القران , تحقيق عبد السلام شاهين , دار الكتب العلمية , بيروت لبنان ط 1 , 1994 , ج 3 , ص 396.

الرسول صلي الله عليه وسلم لم يجعل للزاني الا الحرمان والعقوبة فلا يستفيد من نعمة النسب.

قال أبو عبيد القاسم بن سلام معنى قوله (وللعاهِر الحجَرُ أَي لا حَقَّ له في النسب ولا حظّ له في الولد)، إذ جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزاني الحجر فقط ، والمراد هنا أنه لا حظّ للعاهر من النسب "فلم يجعل عليه الصلاة والسلام إلا فراشا أو عهرا، فهذه ليست فراشا فهو عهر، فالحديث قسم إلى عهر وفراش وليس ثم قسم ثالث، فيقال هل الزاني بمن ليست فراشاً عاهر أم لا؟ قطعا هو عاهر، فنص الحديث أنه ليس له شيء، فمن يقول بل يلحقه الولد يلزم من قوله أحد شيئين: أن لا يسميه عاهراً لئلا يخالف الحديث فلم يبق إلا أنه صاحب فراش لأنه ليس ثم قسم ثالث، أو أن يسميه عاهرا لكن يلحق به الولد فناقض نص الحديث، ولا يخفى ما في الوجهين من الفساد، أو يسميه عاهراً لكن ليس بداخل في حكم الحديث وهذا يحتاج إلى دليل على أنه نوع مخصوص من العهر ولا دليل على ذلك.[10]

ثانيا / ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال , قال الرسول صلى الله عليه وسلم " لا مساعاة في الإسلام , ومن ساعي في الجاهلية فقد لحق بعصبته ومن ادعى ولد من غير رشدة فلا يرث ولا يورث " [11]

ووجه الدلالة من الحديث أن الشرع أبطل المساعاة وهي الزنا ولم يلحق بها النسب وعفا عما كان في الجاهلية وقد اعترض على هذا الاستدلال على وجهين أولهما انه حديث ضعيف لا يحتج به وثانيهما انه وعلى فرض صحته فهو محمول على من ولد على فراش زوج أو سيد وهو خارج عن محل النزاع الحالي.

---

[10] عمر محمد عادل, بحث بعنوان مناقشة ادلة القائلين بلحوق ولد الزنى الى الزاني http://saaid.net/book/13/5340.ra ص 2, وأيضا انظر جميل محمد ذيب المصطفى , استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي , محاضرة ألقيت في ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة , مجمع الفقه الاسلامي ص 14 , وكذلك ابن رشد محمد بن احمد بن رشد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , دار المعرفة، بيروت ,لبنان , ج 2 طبعة 6 ,سنة 1982 , ص 358 .

[11] رواه أبو داود في سننه في كتاب اللعان , باب ادعاء ولد الزنا , حديث رقم 2264 نقلا عن احمد بن صالح أل عبد السلام (حكم استلحاق ولد الزنا (محاضرة في إطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي (المنعقدة بمكة المكرمة 25-29-ديسمبر 2010 ص 14.

ثالثا: أن إثبات النسب للزاني يكون ذريعة لفعل الزنا وتفشيه والاستهانة بشأنه فيقدم عليه الإنسان دون خشية مما قد يترتب عليه من أثار فيتم إلحاق نسب الولد إليه دونما عناء أو شقاء.

رابعا: أن الأصل في إثبات النسب هو الزواج الشرعي الصحيح وهو الثابت بأدلة الشرع الجزئية وقواعده الكلية , ومن ذلك قاعدة النكاح والأسرة وما يترتب عليها من أثار وما يؤول إليها من مصالح معتبرة كحفظ النسل والنسب ورعاية الولد وحسن تربيته واستقرار الأحوال النفسية والاجتماعية والأمنية للفرد والمجتمع.

الفرع الثاني : الرأي المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا لأبيه الزاني إذا إستلحقه

ذهب بعض من أهل العلم وعلى رأسهم عمر ابن الخطاب وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والحسن البصري وابن سرين وإسحاق بن راهويه وابن تيمية وابن القيم إلى أن ابن الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج أخر أو سيد و استدلوا بعدة حجج منها[12].

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن قصة جريج في رواية مسلم عن ابي هريرة انه قال الرسول صلى الله عليه وسلم كان جريج يتعبد في صومعته فجاءت امه فقالت يا جريج أنا أمك كلمني فصادفته يصلى فقال اللهم أمي و صلاتي فاختار صلاته فرجعت ثم عادت في الثانية فقالت يا جريج أنا أمك فكلمني قال اللهم أمي و صلاتي فاختار صلاته فقالت اللهم أن هذا جريج وهو ابني و إني كلمته فأبى أن يكلمني اللهم فلا تمته حتى تريه المومسات قال ولو دعت عليه أن يفتن لفتن ، قال وكان راعي ضان يأوي إلى ديره قال فخرجت امرأة من القرية فوقع عليها الراعي فحملت وولدت غلاما فقيل لها ما هذا قالت من صاحب هذا الدير قال فجاءوا بفؤوسهم و مسحهم فنادوه فصادفوه يصلى فلم يكلمهم قال فاخذوا يهدمون ديره فلما رأى ذلك نزل إليهم قالوا له سل هذه قال فتبسم و مسح رأس الصبي فقال من أبوك ، قال ابي راعي الضأن فلما سمعوا

---

[12] نور الدين مختار الخادمي , محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية, في اطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة, ص 16.

ذلك منه قالوا نبني ما هدمناه بالذهب و الفضة قال لا و لكن أعيدوه ترابا كما كان[13].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عن جريج و نسب الولد للراعي الزاني و صدق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف العادة في نطق الصبي .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بان الغرض من سؤال جريج الغلام هو معرفة المتسبب في وجود الغلام وليس إثبات الأبوة الشرعية كما أن الحديث في شرع من قبلنا فلا يكون حجة إلا عند عدم وجود ما يعارضه في شرعنا وقد وجد.

2- قصة ملاعنة هلال بن أميه لامرأته و فيه قول النبي صلى الله عليه و سلم " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين ، سابغ الآليتين ، خدلج الساقين فهو لشريك ابن السمحاء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن[14].

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن الرسول نسب الولد إلى أبيه الزاني الذي خلق من مائه

3- القياس عن الأم من الزنا فإذا كان الولد ينسب إلى أمه التي ولدته فكذلك ينسب إلى أبيه إن عرف لأنه خلق من مائه قال ابن القيم : "وهذا المذهب كما تراه قوةً ووضوحًا... 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"[15].

و ربما يكون القول بنسبه إلى أمه دون أبيه مبنيا على جهة العلم بأمه

---

[13] ابن حجر العسقلاني , فتح الباري , ج 6 , 483 , انظر أيضا النووي (شرح ابي زكريا بن يحي بن شرف النووي ومن معه) , صحيح مسلم , دار البيان العربي . دون طبعة او سنة,كتاب البر والصلة والآداب , باب تقديم بر الوالدين عن التطوع بالصلاة وغيرها , الحديث رقم 2550 , ج 8, ص 300.

[14] النووي , صحيح مسلم , كتاب اللعان , الحديث رقم 1496 , ج 5 ص 314.

[15] محمد بن القيم الجوزية , زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الخامس , تحقيق عيد القادر وشعيب الرنؤوط , مؤسسة الرسالة , مكتبة المنار الإسلامية , ط 27 , 1994 ,ج 425/5 – 426.

دون الأب لان الأم تحمل و تضع بخلاف الأب الذي يضع النطفة فحسب و هدا قد يكون له اثر في عدم معرفة هذا الأب .

4 – 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، لان الملاعن كان زوجًا وصاحب فراش، بخلاف الزاني[16].

05- قاعدة (تشوف الشرع إلى ثبوت النسب) وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله, وأصل هذه القاعدة أدلة وقرائن شرعية عدة , ومن ذلك سرور النبي صلى الله عليه وسلم بخبر ثبوت نسب أسامة بن زيد لأبيه زيد بن حارثة – رضي الله عنهما – لان الرسول صلى الله عليه وسلم لا يبدي السرور بما ليس من الحق في الشئ , ولأنه ليس من صفته أن يسر بشئ باطل , وكان أسامة اسود وزيد ابيض وكان المشركون يطعنون في نسبه , وكان ذلك يشق على الرسول صلى الله عليه وسلم , فسر لذلك لمكانهما منه[17]

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي الحديث من مسالة نسب ولد الاغتصاب

لقد ناقش الفقه الإسلامي الحديث نسب ولد الاغتصاب باستقلالية على نسب ولد الزنا وذلك تحت وطأة مطالبة الجمعيات النسوية في بعض الدول العربية مثل المغرب ومصر والأردن للتدخل وإنصاف المغتصبة التي تعاني ألاما نفسية واجتماعية لا يمكن تزويدها بتحميلها وحدها - وهي الضحية لجريمة شنعاء- نسب طفل لم تسعى لإنجابه وثار جدلا فقهيا واسعا بينهم بين مؤيد لإثبات نسبه من أبيه و معارض لذلك باعتباره ولد زنا.

---

[16] شمس الدين السرخسي , المبسوط دار المعرفة بيروت بدون سنة , طبعة الكترونية 199/29.

[17] فهد بن سعد الجهني , أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا , محاضرة ألقيت في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي من 25-29 ديسمبر 2010 , ص 32 .

الفرع الأول: الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الاغتصاب لأبيه[18]:

من الفقهاء المعاصرون من رفض إثبات نسب ولد الزنا لأبيه باعتبار انه ولد غير شرعي و احتج بحجج جمهور الفقهاء في قولهم انه مقطوع النسب مطلقا كما أبطلوا قياس ابن القيم وبرروا ذلك بأنه قياس يعارض النص,و انه وان جازالأخذ به في زمن يقام فيه حد الزنا فلا يجوز الأخذ به في زمن لا يعاقب فيه الزاني [19] ومنهم الدكتور محمد عبد المنعم البري أستاذ بكلية الدعوة الإسلامية بجامعة الأزهر قائلا " التيسير أمر مقبول شرعا بشرط إلا يتصادم مع نص شرعي وإلا فماذا نقول في قوله تعالي (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَـٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّـهُ غَفُورًا رَّحِيمًا)[20], فالمقصود أبائهم من زواج شرعي وليس الأب البيولوجي لان النسب في الإسلام لا يثبت إلا بالزواج" .

وذهب إلى هذا الاتجاه أيضا الشيخ يوسف البدري عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في مصر الذي يرى أن ولد الاغتصاب يقاس على ولد الزنا لا ينسب إلى الزاني لان 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 وللولي الأمر أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه الشرعية وقد اخذ بهذا الراي أيضا مجموعة من العلماء منهم الدكتور علي جمعة إذ يقول في هذا الصدد (.. بأن الزنى غير معتبر، وأيضاً إن زنى المحارم لا نستطيع أن نُحِلَّ فيه المشكلة، فماذا لو زنى الأب بالبنت، أو الأخ بالأخت؟! فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزنا سنكون أمام حالة سنفرّق فيها بين الناس، فالزنا بين الرجل

---

[18] مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلا فقهيا ..ولد الاغتصاب ينسب لأبيه www.akhbarak. net اطلع عليه في 15-01-2014 على الساعة 10,00.

[19] انس حسن محمد ناجي , البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2010 , بدون طبعة ' ص 269 .

[20] الآية 05 من سورة الاحزاب .

والأجنبية غير معتمد وحرام، والزنا بين الأب والبنت، أو الأخ وأخته غير معتمد وحرام، فهل يُعقل أن نثبت في الأولى النسب، وفي الثانية لا نثبته؟! وإذا أردنا أن نثبت النسب لكل زَانٍ فإننا سنرفع نظام القرابة، وهو أول مِعْوَلٍ في القضاء على الاجتماع البشري, إذن عندما لا أعتمد الزنا فأنا لا أرتكب جريمة، بل على العكس فأنا أحافظ على الاجتماع[21] البشري وقد ذهب إلى هذا الرأي أيضا يوسف القرضاوي والشيخ قاهر الشريف في الجزائر وغيرهم ممن يرى أن ولد الزنا مقطوع النسب لا يثبت إلى أبيه وأدلتهم في ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء

الفرع الثاني - الرأي المؤيد لمنح ولد الاغتصاب نسب المغتصب

يذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة منح ولد الاغتصاب نسب المغتصب ومن أهم الآراء في الفقهية المؤيدة , نذكر فتوى الشيخ جاد الحق على جاد الحق رئيس دار الإفتاء المصرية سابقا لعام 1980 [22] و التي فرقت بين نسب ولد الزنا و نسب ولد الاغتصاب إذ جاء فيها (.... لما كان من القواعد الشرعية و المستقرة و المتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال بضرر و أن الضرورات تبيح المحضورات واصلها التشريعي الحديث الشريف " لا ضرر و لا ضرار ومن تطبيقاتها ما استنبطه الفقهاء من انه ما تعارضت مفسدتان روعي أعظمها إضرارا بارتكاب أخفها و إذا ما تعارضت مفسدة و مصلحة قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة و لما كانت القاعدة التنظيمية المقررة انه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتهم و اتصاله بالمجني عليها باعتبار أن هذا الحمل قد نشأ عن زنا و كان هذا ابلغ الضرر بذلك الجنين بل و فيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة فانه بمقتضى القواعد الشرعية يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية و لما كان إثبات النسب يتبع انعقاد زواج المتهم من المجني عليها ويقبل منه شرعا هذا الإقرار بالنسب لهذا الحمل إليه و اكتساب أبوته ...)

---

[21] نذير حمادو , اثر البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث على الموقع www. Sudaneseonline.com اطلع عليه يوم 16-04-2014 على الساعة 16,00.

[22] صدرت فتوى الشيخ جاد الحق بتاريخ 27-10-1980 و نشرت في مجموعة الفتاوى الإسلامية (المجلدات 08-09-10 ص 2940 و مابعدها.

وما يستخلص من هذه الفتوى أن الشيخ جاد الحق ربط أو علق إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه على شروط منها أن يتزوج الجاني من المجني عليها و أن يستلحقه أي يطلب إلحاق نسب الولد إليه على أساس أن النسب يلحق انعقاد الزواج و الإقرار به ضمن شروط الإقرار الواجبة شرعا .

كما أن هناك أراء فقهية أخرى تصب في نفس البوتقة ومنها رأى الدكتور رأفت عثمان عميد كلية الشريعة و القانون بالأزهر و التي جاء فيها (..أعطانا الله عز وجل العلم الذي يوصل إلى إن إنسان ما هو ابن لهذا الرجل أو ذاك عن طريق ما يعرف بـ: DNA أو البصمة الوراثية و يمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار الوراثي و عن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية أن كان المولود ابن المتهم أم لا ويمكن الاحتياط و التثبت في هذه الوسيلة بان تتعدد مراكز الاختبارات الوراثية فإذا تطابقت ضمنت النتيجة، و أضاف انه يميل إلى إثبات ولد الاغتصاب إلى أبيه إبعادا لطفل و أمه من عار الجريمة التي لا يد لهما فيها , ويؤكد عضو مجمع البحوث الدكتور عبد المعطي بيومي أن إصلاح مَواطِن الخلل في قوانين الأحوال الشخصية العربية يستوجب درس متطلبات الهيئات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان في موضوع إثبات نسب الاغتصاب، مع الاستفادة من الوسائل العلمية لكشف البصمة الوراثية لمعالجة الثغرات القانونية الموجودة، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى مخالفة الشرع عبر نظام الاحتضان والنسب الذي يعد حقاً للطفل، خاصة إذا أقر المغتصِب بنسبه، لأن الطفل لا ذنب له في ما جناه [23].

يري الشيخ الدكتور فهد بن سعد الجهني في نهاية محاضرة له في هذا الموضوع (...ان هذه المسألة وكما عبرّ عنها ابن القيم, (مسألةٌ جليلة) وهي بهذا القدر من الأهمية لعظم الآثار المترتبة عليها, فهي متعلقة بنفس إنسانية ستخرج لهذا الوجود ,لم تقترف إثماً ولم ترتكب ذنباً, ومن أعظم وأهم حقوقها أن تجد لها نسباً صريحاً تنسبُ إليه وركناً أميناً تحتمي به، والقولان المشهوران المذكوران في المسألة بينهما بونٌ

[23] مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلا فقهيا ..ولد الاغتصاب ينسب لأبيه www.akhbarak. net اطلع عليه في 15-01-2014 على الساعة 10,00.

شاسع وفرقٌ واسع! لذا فإن اختيار أحد القولين والإفتاء به بالنظر إلى أثاره ,ليس بالأمر الهين!

والمسألةُ أصلاً مما يسوغ فيها الاختلاف, فليست محل إجماع, والمخالفون لرأي الجمهور أئمةٌ مقتدَون وفقهاء مجتهدون, وقولهم له حظه من الدليل ومن مقاصد الشرع كذلك وذلك لجملةِ أسبابٍ منها:

1- أن الصورةَ الواردة في الحديث الذي هو عمدة مذهب الجمهور ,ليست هي الصورة التي معنا في هذا الترجيح , فتلك صورةٌ تقتضي وجود (فراش) لهذه المرأةِ المزني بها, ووجود سيد أو زوج يدعي هذا النسبَ وينازعُ فيه , وصورتنا في: رجل زنى بامرأة لا فراش لها, وغلب على الظن بقرائن الأحوال أن هذا الولد ناتج منه وليس من رجل آخر! وطلب هذا الرجل استلحاق الولد به ولم يكن هناك منازعة , لذلك فإن هذه الصورة محل البحث ليست معارضة بنص في محل النزاع يقتضي خلاف ما ذكره أهل القول الثاني، فتبقى على الأصل وهو: أن هذا الولد نتج طبعاً من هذا الماء.

2- أن هذا القول يحقق مقصداً من المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة بتحقيقها في المكلفين, وهو هنا (مقصد حفظ النفس) وبيانه: أن حفظ النفس مقصد ضروري, وفي تنسيب الولدِ لأبيه حفظٌ له من مفاسد وشرور كثيرةٍ منها: أنه إذا خرج على هذا الحياة وحيداً فاقداً لأب يرتبط به وينتسبُ إليه فإنه لن يجدَ من ينفق عليه ويقوم بحمايته ورعايته,و بما يكفلُ له - في الغالب -حياةً كريمة آمنة!

3- في تنسيب ولد الزنا للزان إذا طلب استلحاقه, تحقيق لمبدأ عظيم من مبادئ الشرع وأصوله وهو "مبدأ العدل" الذي أمر الله به ونهى عن ضده وهو الظلم

قال الله: ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾[24] , وحرّم الظلم فقال في الحديث القدسي: «يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلاَ تَظَالَمُوا..». ومن العدل الذي جاءت به شريعةُ الله أنه

[24] سورة النحل الاية 90

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[25]. و﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾[26], فهذا الولد الناتج من هذه الممارسة الشنيعة الخاطئة لا ذنب له ولا جريرة, وفي نفي النسب عنه من أبيه إذا استلحقه ظلمٌ له, هذا من جهة ومن جهةٍ أخرى: فإنه من القواعد المُقررةِ في الشريعة استواء العقاب بين أهل الجريمة إذا كانت المقارَفة لها على حدٍ سواء, والشريعة كما قال ابنُ القيم: (عدلٌ كلُها, ورحمةٌ كلها، ومصالحُ كلها، وحكمةٌ كلها، فكلُّ مسألةٍ خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمةِ إلى ضدها وعن المصلحةِ إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث, فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل..)[27].

وعموما فالقائلين بإلحاق نسب ولد الزنا أو الاغتصاب إلى أبيه الزاني الذي استلحقه ربطوا ذلك بتحقق جملة من الشروط والضوابط نجملها فيما يلي[28]:

الشرط الأول: ألا تكون المزني بها فراشا لزوج أو سيد:

فإن كانت فراشا, فقد أجمع العلماء على أن استلحاق الزاني لولد المزني بها لا يجوز، فلا يلحق به, ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، وإنما ينسب لصاحب الفراش, إذا لم ينفه باللعان

الشرط الثاني: أن يستلحق الزاني ولده من الزنا.

فإن لم يستلحقه, فإنه لايلحق به, ويفهم هذا الشرط من كلام الفقهاء الذين قالوا بالاستلحاق , فإنهم يشترطون أن يستلحقه الزاني, لأن الظاهر أن الشخص لا يلحق به من ليس منه, كما لو أقر بمال، ولأنه إذا لم يستلحقه , فيحتمل أن يكون ناتجا من ماء غيره، فلا يلزم الزاني إلحاقه به

الشرط الثالث: ألا ينازع الزاني في استلحاقه منازع.

---

[25] سورة الاسراء الاية 15

[26] سورة النجم الاية 39

[27] فهد بن سعد الجهني , المرجع السابق , ص 31.

[28] المقال نفسه .

لأنه إذا نازعه فيه غيره, تعارضا, فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

الشرط الرابع: أن يكون ولد الزنا ممن لا قول له, كالصغير والمجنون.

فإن كان ولد الزنا مكلفا, فلا بد من تصديق المقر على دعواه في الاستلحاق, لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه.

الشرط الخامس: أن يمكن صدقه, بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر

وهنالك من أضاف شروط أخرى مثل توبة الزاني وعقابه بتطبيق الحد عليه وزواجه المزني بها وعدم التصريح في إقراره انه من زنا فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يثبت النسب للزاني .

المبحث الثاني: تطور موقف القضاء الجزائري من نسب المولود خارج العلاقة الشرعية

نظم المشرع الجزائري أحكام النسب في الكتاب الأول من قانون الأسرة تحت عنوان " الزواج وانحلاله" في الفصل الخامس منه في المواد من 40 إلى 46 حيث عدد الطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب وهي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة والإقرار والبينة والطرق العلمية , ثم تناول شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح في المواد من 41 إلى 43 ثم أحكام الإقرار بالنسب في المادتين 44 و45 ثم التلقيح الاصطناعي والتبني في المادتين 45 مكرر و46 على التوالي , و يلاحظ ان المشرع لم ينص على نسب المولود خارج الرابطة الزوجية سواء من زنا أو اغتصاب, وترك الأمر لاجتهاد القاضي الذي ميز بينهما في بعض قراراته لذا نتناول كل منهما على حدا .

المطلب الأول : موقف القضاء الجزائري من نسب ولد الزنا

إن اغلب دعاوى النسب المرفوعة أمام المحاكم في الجزائر سببها تفشي ظاهرة الزواج العرفي في المجتمع والتباطئ في ترسميه حتى ينتج عنه أولاد , مما يدفع الزوجين أو احدهما إلى رفع دعوى لإثبات

الزواج العرفي ثم إلحاق النسب , وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا[29] في قراراها رقم 99000 المؤرخ في 23-11-1993 (...أن الحكم بإثبات الزواج العرفي وعدم إلحاق النسب خطا في تطبيق القانون ...)

ففي هذه الحالة يجب على رافع الدعوى إثبات العلاقة الشرعية أولا للمطالبة لاحقا بإلحاق النسب على أساس الفراش , إلا انه قد يدفع المدعى عليه بعدم وجود عقد زواج لنفي النسب عنه على أساس المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ...) والمادة 42 منه التي تنص (اقل مدة الحمل 06 أشهر وأكثرها 10 أشهر) فعدم توافر شروط الفراش حسب المادتين أعلاه , يعني بالضرورة أن العلاقة بين الطرفين لم تكن مشروعة وفي هذه الحالة اعتبرت المحكمة العليا الولد ولد زنا مقطوع النسب لا ينسب لأبيه , ومن ذلك قضائها في الملف رقم34137 الصادر في08-10-1984 الذي جاء في أسبابه (...من المقرر شرعا ان الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة يكون باطلا,ومن ثم فلا تعتبر العلاقة بين الرجل والمرأة زواجا , ولما كان كذلك, فان القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية , و إذا كان الثابت في قضية الحال ان العلاقة التي تربط بين الطرفين هي علاقة غير شرعية , اذ كلاهما اعترف انه كان يعاشر صاحبه جنسيا فان قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الطفل لأبيه وتقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة ...)[30] وهو المكرس أيضا في القرار رقم 210478 الصادر بتاريخ 17-11-1998 والذي جاء فيه (... ومتى تبين في قضية الحال – ان اقل مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لان الزواج تم في 02-05-1994 والولد قد ولد في 07-05-1994 وان إقرار المطعون ضده أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لائوخذ به لأنها إدارة وهي غير

---

[29] المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , عام 2001 , انظر أيضا قرار رقم 28784 الصادر بتاريخ 12-11-1982 المنشور في نشرة القضاة لعام 1986, العدد الثاني ص 32

[30] عربي بلحاج , قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة ,الطبعة الرابعة , ديوان المطبوعات الجامعية , عام 2012 , ص 164

مؤهلة لتلقي الإقرار وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لان النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون .)[31].

وهناك عدة قرارات أخرى رفضت إثبات النسب من الزنا باعتباره ليس سببا منشئا له ,ونكاد نقول أن هناك اجتهاد قار من المحكمة العليا وهو ما تاخذ به جل المحاكم الابتدائية بخصوص رفض دعوى إثبات نسب ولد الزنا استنادا لراي الجمهور[32].

المطلب الثاني : قرارات المحكمة العليا بشان نسب ولد الاغتصاب .

ميزت المحكمة العليا مؤخرا بين نسب ولد الزنا وولد الاغتصاب ومن اهم قرارتها المنشورة نورد قرارين التاليين مع التعليق عنهما فيما يلي

الفرع الاول : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 12-05-2011 [33]

حيث جاء في حيثيات القرار (أن الاغتصاب الثابت بحكم يعتبر وطء بالإكراه يكيف نكاح شبهة يثبت به النسب) , و تعود الوقائع إلى أن الطاعنة بالنقض (ب, ف) تعرضت للاغتصاب من المطعون ضده (ب, ا) وخوفا من المتابعة القضائية تزوج هذا الأخير منها بموجب عقد زواج رسمي محرر بتاريخ 01-08-2006 وبعد شهر وثلاثة أيام أي في 04-09-2006 ولدت البنت (ج,ب) فقام المطعون ضده بقيد ميلادها بالحالة المدنية على انها ابنته وبتاريخ 18-09-2006 سجل دعوى أمام محكمة غريس – مجلس قضاء معسكر يلتمس من خلالها نفي نسب البنت عنه لأنها ولدت بعد شهر من إبرام عقد الزواج وقبل الدخول وبتاريخ 09-12-2006 صدر حكم يقضي بنفي نسب البنت كونها ولدت قبل اقل مدة الحمل 06 أشهر من الزوج وبالتالي فهي نتاج علاقة غير شرعية لا يثبت عنها النسب , وبعد استئناف الحكم صدر قرار عن مجلس قضاء المعسكر في 28-03-2007 قضى بتأييد الحكم المستأنف لنفس السبب , وعلى اثر ذلك سجلت الطاعنة طعنا بالنقض أمام المحكمة

---

[31] المجلة القضائية , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , 2001 , ص 85

[32] عيسى معيزة , الارث بالتقدير والاحتياط في قانون الاسرة الجزائري , رسالة دكتورة , جامعة الجزائر , 2011-2012 , ص 251.

[33] المجلة القضائية لعام 2012 , العدد الأول ص 194

العليا في 08-03-2009 صدر بشأنه القرار الحالي في 12-05-2011 قضى بقبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر الصادر في 28-03-2007 وإحالة الأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من تشكيلة الأخرى للفصل فيه من جديد.

إن أول ما يلاحظ على هذا القرار انه كيف الاغتصاب وطئا بالشبهة يثبت به النسب وهذا يدفعنا إلى التساؤل هل الاغتصاب هو نكاح شبهة ؟ وما هو اساس هذا التكييف

لقد عرف الفقه نكاح الشبهة بانه وطء حرام لا حد فيه , يقع خطأ بسب غلط يقع فيه الشخص و له [34] ثلاث صور.

ـ شبهة المحل أو الحكم حيث يشتبه على الرجل الدليل الشرعي فيفهم أن مواقعة المرأة مباح وهو ليس كذلك كمن واقع من طلقها طلاقا بائنا ظنا منه انه رجعيا وانه بفعله ذلك يراجعها.

ـ شبهة العقد ومفادها أن يتزوج الرجل امرأة زواجا صحيحا معتقدا أنها حل له و هي ليست كذلك فيكتشف لاحقا أنها أخته في الرضاع مثلا و هو يشتبه إلى حد ما مع الزواج الفاسد في حكمه .

ـ شبهة الفعل و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و ويظن في نفسه ان الحرام حلالا من غير دليل قوي أو ضعيف كمن يواقع من طلقها ثلاثا في العدة .

و يقع على الواطئ عبء إثبات الشبهة [35] و للقاضي سلطة تقديريه في ذلك فإذا ثبت الاشتباه ثبت الخطأ ، ورفع الحد على الواطئ و ثبت النسب الحمل إليه إذا ولد بين اقل و أقصى مدة الحمل

واعتقد من خلال حيثيات القرار اعلاه ان اساسه كان اعتبار المغتصبة ليست عاهرا وابنها يختلف عن ابن الزنا فهي مكرهة على الوطء لا حد عليها لان الاكراه يعتبر شبهة والحدود تدرا بالشبهات لذا كيف القرار

---

[34] العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ج01 دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ط1 عام 2012 ص 484 .

[35] عربي الحاج ، المرجع نفسه .ص 483 .

محل التعليق الاغتصاب نكاح شبهة وهو بذلك وقع في المحظور, فالاغتصاب كما عرفناه سابقا هو مواقعة رجل لامرأة دون رضاها بالعنف أو كما عبر عنها قرار المحكمة العليا محل التعليق الحالي وطء بالإكراه فهذا التعريف يوحي انه بعيدا كل البعد عن الشبهة بصورها الثلاث المذكورة انفا و يعتبر المغتصب زان اتجهت إراداته بكل وعي و عن قصد إلى الاعتداء على المجني عليها فهو ليس مكره ويقع عليه الحد وهو عاهر وللعاهر الحجر ونحن بصدد اثبات النسب اليه وليس الى المغتصبة , و عليه فان قرار المحكمة العليا الحالي عندما خلص أن الاغتصاب الثابت بحكم هو وطء بالإكراه يكيف نكاح شبهة, تعسف في تفسير الوطء بالشبهة و حمله ما لايستطيع كما يعتبر التأسيس القانوني للقرار استدلالا فاسدا لان الأسباب التي بني عليها لا تؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها القرارحتما.

ويبدو أن المحكمة العليا تميل إلى إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه عكس ولد الزنا وهذا التمييز بين الحالتين ليس من العدل لان كلاهما من أب زان فكيف ينعم ابن الاغتصاب ويشقى ابن الزنا وقد راينا سابقا ان فقهاء الشريعة لم يفرقا بينهما في الاحكام .

ثانيا/ قرار المحكمة العليا رقم 743072 المؤرخ في 2012/03/15

جاء من مجمل الوقائع في القرار ان القاصر (ا.خ) تعرضت للاغتصاب من الجاني (ب.م) ونتج عن ذلك حمل ثم انجاب بنت في 2009/02/02 ,فرفع والد القاصر دعوى يطالب فيها الحاق نسب البنت الى ابيها الجاني فرفضت محكمة الدرجة الاولى الدعوى لعدم التاسيس وبعد استئنافه صدر قرار عن مجلس قضاء غيليزان بتاريخ 2010/02/12 قضى بتاييد الحكم المستانف فرفع والد القاصر طعن بالنقض في القرار على اساس ان المحكمة والمجلس اسسا رفضهما الدعوى على اساس انعدام الزواج الشرعي بين الطرفين وان العلاقة غير الشرعية لا يثبت بها النسب في حين ان البينة العلمية اثبتت النسب ومنه نقضت المحكمة العليا هذا القرار مؤسسة قرارها على انه متى ثبت ان المطعون ضده ارتكب جرم هتك العرض بالطرق العلمية فان ذلك بينة يثبت بها النسب على عكس الزواج الصحيح فانه لا يمكن نفي النسب فيه الا باللعان.

ونلاحظ ان المحكمة العليا في هذا القرار ايضا ميزت بين دعوى اثبات النسب في حال قيام الزواج الشرعي وبين الحاق الولد في حال العلاقة غير الشرعية واعتبرت الخبرة الطبية وادانة المتهم على اساسها بينة لثبوت النسب رغم ان دعوى الالحاق شرعا تشترط ان تكون من الاب نفسه كما ان المجامع الفقهية اعتبرت البصمة الوراثية قرينة لا تتقدم الطرق الشرعية في اثبات النسب فلا بد لقيام النسب من توافر العنصر الشرعي وان اثبات الابوة البيولوجية فقط فيه هدم لمؤسسة الزواج في المجتمع فما الحاجة الى الزواج اذا كان العاهر يحظى بنعمة النسب وما الفرق بين الادمي والبهيمة اذا كانت الابوة غير الشرعية كافية لقيام النسب , وفي ذلك يرى الدكتور علي جمعة مفتي مصر أن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إن إثبات نسب الولد لامه يكون بالميلاد , إما بالنسبة للأب فلن يكون إلا بالطرق الشرعية وليس غيرها , ولذا نرى إن إثبات النسب لابن الزنا والاغتصاب غير سليم ولا علاقة لهذا بالبصمة الوراثية , ويرى ذلك أيضا الدكتور قاهر الشريف عضو المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر[36].

وتبقى المسالة خلافية وعلى القاضي اللجوء الى احكام الشريعة الاسلامية في حال انعدام النص طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة .

الخاتمة

ونؤكد في الاخير ان موضوع نسب ولد الاغتصاب والزنا عموما مسالة عويسة لذلك اختار مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة أن لا يخرج بفتوى بخصوص إثبات نسب ولد الزنا لأبيه واعتبرها مسالة خطيرة وقد صرح رئيس المجمع الفقهي الإسلامي

[36] فاطمة الزهراء رابحي , إثبات النسب , رسالة دكتورة , جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عكنون، 2012-2011 , ص 207 .

الشيخ عبد العزيز بن عبد الله أل الشيخ أنها مسالة خلافية قضائية نتركها للقضاء والفتوى تعالجها عند وقوعها [37] ,

و يمكن اخيرا استخلاص جملة من النتائج والاقتراحات نوضحها في ما يلي :

أولا : النتائج

- الشريعة الإسلامية أولت أهمية كبرى للنسب ونظمته بعناية وحرص شديدين, فقد اجتهد فقهاءها القدامى والمعاصرين واستنبطوا أحكامه من الأدلة الشرعية لحمايته من الضياع والاختلاط باعتباره مقصدا من مقاصد الشريعة الهامة , ولم يترك الأمر للأهواء والعواطف , يمنح لهذا ويمنع عن ذاك دون سبب شرعي .

- أن أسباب النسب نوعان , منشئة للنسب وهي الزواج الشرعي الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة وأسباب كاشفة له , تكشف النسب الناشئ سابقا بالطرق الشرعية وهي الإقرار والبينة والطرق العلمية .

- أن الزنا سواء كان بالرضا أو الإكراه لا يثبت نسبا, فإثبات البنوة البيولوجية بالبصمة الوراثية أو غيرها ليس كاف لإثبات النسب, وإلا ما الفرق بين الإنسان والبهيمة ؟ وما الداعي إلى عقد الزواج إذا كان الزاني أو المغتصب يشبع غرائزه ثم ينسب له الولد مكافئة له عن جريمته .

- أن المغتصب هو زان شرعا , وعليه فولد الاغتصاب هو ولد زنى, ويعامل معامله ولد الزنا في كل أحكامه بما فيها منع نسبه إلى أبيه لان رضا المرأة على المواقعة في الزنا أو إكراهها في الاغتصاب ليس له اثر في انتساب الابن إلى أبيه فالأب في الحالتين هو زان.

---

[37] محمد رابع سليمان, مقال بعنوان (الفقهي , صرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها بالخطيرة) جريدة المدينة نشر بتاريخ 29-12-2010 www.al-madina. Com اطلع عليه يوم 15-01-2014 على الساعة 10,15.

- أن تفرقة القضاء بين ولد الاغتصاب وولد الزنا في الحكم بخصوص النسب يجافي العدالة فلماذا يحرم ولد الزنا وينعم ولد الاغتصاب , كما أن منح ولد الاغتصاب النسب لأبيه لان أمه كانت ضحية اعتداء بشع حتى لا نزيد على ألامها عبء الولد ونظرة المجتمع , هو حكم بني على العواطف والأهواء فالمجتمع لا يغير نظرته إلى ولد الاغتصاب لأنه حصل على النسب بل سينظر إليه دائما انه ابن من غير زواج وسيزيد الأمر من معاناة الأم أكثر, كما ان منح الولد نسب المغتصب رغما عنه لا يشكل حلا لصالح الطفل لانه لا يمنع من جحوده واهماله ويزيد من معاناته النفسية اكثر .

- أن الإسلام اوجد نظام الكفالة لرعاية أولاد الزنا واللقطاء , وان حل المشاكل النفسية والمادية لهذه الفئة مردها إلى كيفية تعامل المجتمع معهم والإحسان إليهم .

-أن مسالة إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه مسالة خلافية شرعا يترك الفصل فيها الى القضاء إلى حين تدخل المشرع والحسم فيها

- أن الاستلحاق في الفقه الإسلامي لا يعنى إلحاق ولد الزنا مطلقا بالزاني بل أحاطه الفقه بشروط وضوابط لحماية النسب الشرعي وصيانته ومن أهم هذه الشروط أن يطلب الزاني أو المغتصب إلحاق النسب إليه لا الأم , وان لا تكون المرأة فراشا لزوج أخر, وان يثبت قطعا أن الابن منه وان لا تكون الأم زانية يغشاها أكثر من واحد , وهناك من اضاف شرط زواج الزاني من المزني بها وتوبته قبل طلب الاستلحاق.

ثانيا: الاقتراحات

بالاطلاع على الفصل الخامس من الكتاب الأول من قانون الأسرة المعنون ب النسب نلاحظ انه يشوبه النقص في عدة جوانب ولذا أقدم بعض الاقتراحات بخصوص موضوع البحث الحالي كما يلي :

1- أن يتم التفريق بين أسباب النسب - بين الأسباب المنشئة له والأسباب الكاشفة , فتكون الأسباب المنشئة هي الزواج الصحيح و الزواج الفاسد والوطء بالشبهة

والأسباب الكاشفة للنسب هي الإقرار والبينة والطرق العلمية والتي لا يعتد بها إلا مع توافر احد الأسباب المنشئة للنسب .

2- أن ينص المشرع صراحة أن الزنا لا يكون سببا للنسب الشرعي للاب ولا يترتب عن البنوة البيولوجية أي اثر شرعي

3-أن البصمة الوراثية لا تكون سببا لنفي النسب القائم أو للإثباته في العلاقة غير شرعية

4- بخصوص الإقرار بالنسب اقترح أن تعدل المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي(يصح الإقرار بالبنوة والأبوة لمجهول النسب ولو في مرض الموت بالشروط التالية :

- أن يثبت المقراحد الاسباب المنشئة للنسب
- أن يصدق هذا الإقرار العقل والعادة بان يولد مثل المقر للمقر له
- أن يصدق المقر المقر له إذا كان عاقلا بالغا
- أن يكون الإقرار بالنسب أمام القضاء) .

5-استثناءا يجوز إلحاق نسب الولد غير الشرعي إلى أبيه بموجب دعوى الاستلحاق والتي تختلف عن دعوى الإقرار بالشروط التالية

- أن ترفع دعوى الاستلحاق من الأب دون سواه
- أن يثبت المستلحق أن الأم لم تكن متزوجة من غيره يوم وقوع الحمل منه
- أن لا ينازع المستلحق احد في نسب الولد المستلحق
- أن يثبت قطعا أن الولد المستلحق من ماء المستلحق وذلك بموجب خبرة علمية للبصمة الوراثية يامر بها القضاء
- أن يصدق المستلحق المستلحق اذا كان بالغا عاقلا
- لا تصح دعوى الاستلحاق من الأم إلا إذا صدقها الأب وإذا أنكرها فيجب عليها إثبات احد الأسباب المنشئة للنسب تحت طائلة عدم قبول الدعوى ولو ثبتت الأبوة البيولوجية .
- لا تصح دعوى الاستلحاق إذا كانت العلاقة غير الشرعية بين المحارم

قائمة المراجع

1/- الكتب الفقهية

1-ابن رشد محمد بن احمد بن رشد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , دار المعرفة، بيروت ,لبنان , ج 2 طبعة 6 ,سنة 1982 .
2 ابن تيمية (نسخة الكترونية) ,مجموع الفتاوى , مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف, المجلد 32./http://IslamHouse.com .

3-احمد بن علي بن حجر العسقلاني , فتح الباري بشرح صحيح البخاري ,مكتبة الصفا , الطبعة 1، القاهرة.
4-النووي,(شرح ابي زكريا بن يحي بن شرف النووي ومن معه) , صحيح مسلم , دار البيان العربي . دون طبعة او سنة .
5-العربي بلحاج , قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة ,الطبعة الرابعة , ديوان المطبوعات الجامعية , 2012 .
6-العربي بلحاج , أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد , الجزء الأول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , الطبعة الأولى , 2012 .

7–انس حسن محمد ناجي , البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب دار الجامعة للنشر , مصر , بدون طبعة 2010 .

8-محمد أبو زهرة , الأحوال الشخصية , دار الفكر العربي , بيروت , الطبعة الثانية , بدون سنة .
9-محمد بن القيم الجوزية , زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الخامس , تحقيق عيد القادر وشعيب الرنؤوط , مؤسسة الرسالة , مكتبة المنار الإسلامية , ط 27, 1994 .
10-شمس الدين السرخسي , المبسوط دار المعرفة بيروت بدون سنة , طبعة الكترونية .

2/- المؤتمرات والملتقيات العلمية

الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من 25-29 ديسمبر 2010 وهي :

1- محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية للدكتور نور الدين مختار الخادمي .

2- محاضرة بعنوان حكم استلحاق ولد الزنا للدكتور احمد بن صالح ال عبد السلام .

3-محاضرة بعنوان أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا للدكتور فهد بن سعد الجهني.

3/-الرسائل الجامعية والبحوث

1 – معيزة عيسى , الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري , رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عكنون، عام 2011-2012.

2 - رابحي فاطمة الزهراء, إثبات النسب , رسالة دكتورة , جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012 .

3- احمد عبد المجيد محمد محمود حسين ، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي ,رسالة ماجستير , جامعة النجاح بنابلس فلسطين , عام 2008 .

4/- القوانين

1-القانون 84-11 المؤرخ في 09يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

2-القانون 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

3-القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4-الأمر 66-156 المؤرخ في 08-يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

5- الأمر 70-20 المؤرخ في 20-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .

5/- المجلات القضائية للمحكمة العليا

1- المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , عام 2001

2- نشرة القضاة لعام 1986, العدد الثاني
3-المجلة القضائية لعام 1999 , العدد 1.
4- المجلة القضائية للمحكمة العليا لعام 2012 , العدد 1
5- المجلة القضائية لعام 2004 العدد 1.
6/مقالات من الانترنت
1- مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلا فقهيا ..ولد الاغتصاب ينسب لابيه www.akhbarak net . اطلع عليه في 15-01-2014 على الساعة 10,00.
2- نذير حمادو , اثر البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث على الموقع www. Sudaneseonline.com أضيف في 29-08-2011 09,17 اطلع عليه يوم 16-04-2014 على الساعة 16,00 .
3- منصور رحماني , (باحثونا اخلطوا بين وسائل إنشاء النسب ووسائل إثباته) مقال بجريدة الخبر اليومي الجزائرية منشور بتاريخ 05-09-2013 , الموقع www.elkhabar Com . اطلع عليه يوم 05-05-2014 على الساعة 13,00 .
4- محمد رابع سليمان , مقال بعنوان (الفقهي , صرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها بالخطيرة) جريدة المدينة نشر بتاريخ 29-12-2010 Comwww.al-madina . اطلع عليه يوم 15-01-2014 على الساعة 10,15.
5- مقال بالانترنت بعنوان " حكم استئنافي يتثبت نسب طفل للمغتصب و محكمة الأسرة ترفض ذلك يوم 13-01-2014
WWW.Magheess.Com اطلع عليه 15-01-2014 على الساعة 11,00.