جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

كلية الحقو ق

قسم الحقو ق

تنسيب ولد الزنا بين الاجتهاد الفقهي والقضائي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب:

تحت إشراف:

مسمن يوسف

د. ويسي عبد الحميد

لجنة المناقشة:

الرئيس	بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة عين تموشنت
المشرف	ويسي عبد الحميد	استاد محاضر قسم ب	جامعة عين تموشنت
الممتحن	بوكايس سمية	أستاذ مساعد قسم ب	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية: 2022-2023

الإهداء

اهدي ثمرة عملي هدا:

الى من كللها الله بالهيبة والوقار وعلمتني العطاء من دون انتظار والتي دعت لي من قلبها لأسير في هذا المسار ولتي ما زالت امحل ذكراها بكل افتخار جدتي رحمها الله

ولملاذي في الحياة الى معنى الحب والحنان الى من ربتني واسكتت جوعي والبست جسدي وسهرت على مرضي وحزنت لحزني والتي تفرح لنجاحي أكثر مني التي جعل الله تحت اقدامها الجنة مال الدنيا واجر الأخرة حبيبتي امي اطال الله عمرها

الى قدوتي في الحياة صاحبي ومولاي وسيدي ابي العطف رحمه الله والى جميع افراد عائلتي اخواني واخواتي والى رفقائي واصدقائي الذين تشاركت معهم الذكريات والافراح والمحن والصعوبات

والى كل من ساهم في اتمام هذا العمل من قريب او من بعيد

شكر وتقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا أن نهتدي لولا ان هدانا الله ولله الشكر والحمد وشهادة سبحانه وتعالى وحده لا شريك له اولا واخرا كما يحب ويرضى الذي وفقني لإعداد هذه المذكرة.

يشرفني ان اتوجه بخالص الشكر والعرفان الى رفيع المقام استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور ويسي عبد الحميد الذي شرفني بقبوله للإشراف على هذه المذكرة وعرفنا بفضله في انارة الطريق امامي بتوجيهاته العلمية الدقيقة وملاحظاته القيمة طيلة فتره البحث فبارك الله فيه وفي صحته وعلمه وادامه الله منبرا للعلم والمعرفة وكما اتصرف بالشكر الجزيل لحضرت لأستاذة الافاضل اعضاء لجنه المناقشة لقبولهم قراءه ومناقشه هذا العمل المتواضع

وفي الاخير اشكر كل من ساعدني في انجاز هذا العمل من قريب او بعيد واقل ما أرد به الجميل والاحسان ان توجه بالشكر والعرفان والتقدير والامتنان الى الروح الطيبة لجدتي رحمها الله ووالدتي العزيزة

وابي رحمه الله وجميع افراد عائلتي الكريمة الذين علموني الحرف والكلمة والجملة والنص فجزاهم الله عني خيرا.

قائمة أهم المختصرات:

د.ت.ط: دون تاريخ الطبع
ج. ر: جريدة رسمية.
ج: جزء.
د.س.ن: دون سنة النشر.
د.ط: دون طبعة.
د.م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
ص: صفحة.
ط :طبعة.
ع . خ :عدد خاص.
ع: عدد.
غ. أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.
غ. أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
ف: فقرة.
ق. أ.ش: قانون الأحوال الشخصية.
ق.إ.م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق.أ: قانون الأسرة.
ق.م: قانون مدني.
م. أ.ش: مجلة الأحوال الشخصية
م. ج. ع.ق.إ.س: مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
م. ع. ق. إ: مجلة العلوم القانونية والإدارية.
م.ق: مجلة قضائية.
م. م. ع: مجلة المحكمة العليا.
م :مجلد.

مـــــــقـــــــدم

مقدمة:

إن مصطلح النسب ليس بحديث العهد فقد كان لصيقا بالبشرية طوال تاريخها منذ ان اورث الله ادم الارض فقال الحق سبحانه عز وجل { فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ}[1], فبعد ان هبط سيدنا ادم الى الارض اوكله الله بمهمته اعمارها وقال سبحانه {أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا}[2] وهذا ما جعل الانسانية كلها تنسب الى سيدنا ادم واصبح سيدنا ادم الاب الأول للبشرية وبعده سيدنا نوح الدي تسلم هده المهمة بعد طوفان العظيم هدا ما اكده القران في سورة {وَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ مِنَ الْكَرْبِ الْعَظِيمِ وَجَعَلْنَا ذُرِّيَّتَهُ هُمُ الْبَاقِينَ }[3] وهكذا اعمرت الارض مع محافظه الخلائق على انسابها عن طريق الزواج الذي احله الله وفطره في الانسان منذ ان خلقه فاصبح الابن ينتسب الى ابيه والاب الى جده وسار البشر اباء وامهات واعمام واخوال واصهار و اقرباء يعرفون نسبهم والى من ينتمون وكان هدا حال الخلق مند بداية التاريخ الى يومنا هذا.

وهذا ما جعل العنصر البشري يعطي اهميه كبيره للنسب وقد توالت الكتب السماوية والتشريعات الوضعية والاجتهادات بخصوص هذا الموضوع وقد فصلت فيه الشريعة الإسلامية فقد اولته فائق العناية والرعاية فقد حرمت التبني وابطلته لمنافاته للحقيقة والواقع وحرمت ايضا الزنا وفرضت اشد عقوبات على مرتكبي هذا الجرم وجعلت النسب مستندا الى حقيقه الواقعية الصادقة و هي العلاقة الزوجية قائمه على النكاح الشرعي بركنه وشروطه معتبره اياه المنشاء الاصلي للنسب ورغم كل هدا فإن طبيعة الانسان هي النقص والخطأ لدا قد ينحرف هدا الاخير الى الرذيلة وارتكاب فاحشه الزنا سواء عن تراضي من الطرفين او عن طريق الاكراه بالاغتصاب وقد يترتب على ذلك جريمة ان تحمل الزانية حملا يفضي الى انجاب ولد الزنا وتلك من المشكلات الاجتماعية الصعبة التي يعاني منها المجتمع والشريعة الإسلامية قررت الكثير من الاحكام المتعلقة بهذا الموضوع سواء كانت بمحاربه الزنا نفسه او بمعالجه الاثار المترتبة عليه

من المسلم به أن النوع الإنساني لا يمكن حفظه إلا عن طريق التناسل بين الأفراد فهو ضرورة حتميه لتكوين الأسر وبقاء الشعوب واستمرارها وهذا الاخير إنما يتجسد في إطار عقد الزواج باعتباره ميثاقا غليظا يمثل السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة تساهم في بناء المجتمع [4]

ونظرا لأهمية هذا المقصد الشرعي نظم المشرع الجزائري من جانبه موضوعا نسب ضمن الفصل الخامس من قانون الأسرة المعدل والمتمم في المواد من 40 الى 46 فحصر بذلك طرق اثبات النسب في الزواج الصحيح او ما يشاكله كالإقرار او البينة كما انه سايره تطورات الطبية والبيولوجية للعصر الراهن ومن ابرز الاكتشافات الحديثة واقواها دلاله هو ما يعرف بالحمض النووي او البصمة الوراثية التي احدث الضجة كبيره بين وسائل الاعلام على المستوى العالم وذلك لقطعيه نتائجها سواء من حيث اثبات النسب او نفيه فقد باتت هذه التقنية من الحقائق المهمة في العصر التي يستعان بها لحد كبير في مجال اثبات سواء الجزائي او المدني

أهمية الموضوع:

ان موضوع النسب له اهميه ومكانته الخاصة في التشريع فهو اولا وقبل كل شيء حق الله تبارك وتعالى ولم يجعله نهبا للعواطف والاهواء وعرضه للآراء والتوجهات بل صانه عن كل تحريف او امتحان ولمكانته العالية فقد اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في الكثير من الأحاديث

والنسب أحد الكليات الخمس التي جاءت الشريعة لحفظها تتوقف عليها مصالح الناس في بناء المجتمع ونقاوته وقوته فهو يمثل خمس الاسلام

---

[1] سورة البقرة، الآية 36

[2] سورة النساء، الآية 01

[3] سورة الصافات، الآية 77

[4] تشوار جيلالي الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم طبية والبيولوجية. د.ج. ط1, 2001, ص3

اما في الجانب القانوني المتعلق بالاطفال غير الشرعيين هو امر مهم ذلك انه يعكس مدى اهتمام الدولة بهذه الفئة باعتبارها جزءا من نسيج المجتمعات وذلك للتوصل الى مدافع عاليات هذه القواعد القانونية من اجل ادماج هؤلاء الاشخاص في المجتمع والحد من الصورة السلبية لهم من قبل كافه مكونات المجتمع

إشكالية الموضوع:

ان موضوعنا هذا هو محاوله للإجابة عن اشكاليه الرئيسية والتي تتمثل فيما مدى مشروعيه التنسيب ولد الزنا في كل من الفقه الاسلامي والقضائي؟ ولمن يثبت نسب المولود الناتج عن الزنا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟ وهناك اشكاليات ثانويه اخرى تتمثل فيما يلي:

1وهل يجوز اثبات النسب بالطرق العلمية وما مدى حدود ذلك على ضوء الفقه والقانون؟

2ما موقف الاسلام من المستجدات العلمية؟

3ما هي الضوابط الشرعية التي ينبغي الاحتكام اليها حيال الوسائل العلمية لجلب المصالح واجتناب المفاسد دون المساس بقدوسيه الشريعة الإسلامية؟

الدراسات السابقة:

لثقل لهذا الموضوع فقد عالجته الكثير من الدراسات في البلاد الإسلامية والبلدان الغربية وكما انها قد تنوعت من بحوت علميه واخرى شرعيه واخرى قانونيه وبعضها اجتماعيه لشموليه هذا الموضوع لجميع نواحي الحياة وعلاقته الوطيدة بالبنية للبشرية فقد تناولت بعضها وركزت على الجانب الشرعي والجانب القانوني في اختيار هذه الدراسات ومن بينها:

رسالة دكتوره بعنوان احكام نسب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي للباحث شاحبه عمر سعيد قدمها للحصول على شهادة الدكتوراه من جامعه زيان عاشور بالجلفة كليه الحقوق والعلوم السياسية في سنة 2020 - 2021.

وان هذه الرسالة تتوافق مع موضوعنا في الناحية الشرعية والقانونية والتي شرحت العنصرين شرحا مفصلا ولكن قد اختلفت في انها عالجت الاثار المترتبة على انتساب ولد الزنا لامه.

مذكره تخرج لنيل شهادة الماستر تحت عنوان الحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة للباحث جلول عمارة قدمها للحصول على شهاده ماستر من جامعه الجزائر1 كلية العلوم الإسلامية 2010- 2011.

رغم ان هذه الدراسة جاءت في اختصاص العلوم الشرعية الا انها قارنت بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري متعمقتا فيه وفي مواده الى انها قد ركزت على الطرق التقليدية في اثبات النسب مثل القيافة والقرعة وتطرقت ايضا الى مسائل نفي النسب وكلاهما امران لا نحتاجهما في انجاز مذكراتنا

مذكره تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الطبي من جامعه تلمسان تحت عنوان البصمة الوراثية وأثرها على النسب للباحث بجلال على قدمها للحصول على شهادة ماستر من جامعه ابو بكر بالقايد كليه الحقوق والعلوم السياسية 2016- 2017.

لقد تناولت هذه الدراسة جزئيه مهمه في مذكرتنا هذه وهي البصمة الوراثية ولكنها قد ركزت تركيزا شديدا على هذه الناحية فقد كان هذا عنوان المذكرة بأكملها الا انه جزئيه فقط في مذكراتنا.

اهداف الموضوع:

يهدف بحثنا الى التعريف بالنسب وقضايا وخلافات التي جاءت فيه وحلولها المختلفة بين الشريعة الإسلامية والفقه القضائي وطرق كل منهما في حل هذه المسائل

معرفه كيفيه اثبات نسب ابن الزنا في شريعة الإسلامية وفي الفقه القضائي بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة

الصعوبات:

لا تخلو الحياة من الصعوبات وان العلم فرع من فروعها فلابد من وجود عراقيل تستلزم مجهودات ومشاق لكي تكلل في الاخير بنجاحات وانجازات ولكي يتواضع الباحث ويعلم ان كل ما لديه من علم وتطور في عصرنا هذا لم يكفيه شر هذه الصعاب فيتأمل ويفكر في اهل العلم الذين سبقوه وما مروا عليه لكي تصله

المعلومات والمفاهيم والمراجع فلابد عليه ان يحترمه ويقدر كل من سار على هذا الدرب قبله ومن هذه الصعوبات التي واجهتنا في اتمام بحثنا هذا كانت:

كثرة المراجع والمعلومات وكيفية التنسيق فيما بينها واستخلاص اللب الحقائق ولا سيما في الجانب الفقهي لتعدد المذاهب والاجتهادات

وكأي طالب غير معتاد على نظام الوورد فقد واجهت صعوبة في استعمال هذا البرنامج والذي اخذ مني الكثير من الوقت والتركيز والجهد لطباعه الكلمات وتهميش المراجع وتنظيم المذكرة بأكملها

منهج المتبع:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي والمقارن.

الاستقرائي: يتمثل في تتبع وجمع القضايا الفقهية في ابواب الفقه الاسلامي وكذا التطبيق المعاصر للمستجدات الفقهية الحديثة المتعلقة بالموضوع.

التحليلي: القيام بدراسة ومحاوله التعرف على كل جزئيه من جزئيات المسائل على بساط المناقشة والترجيح وابداء الرأي في المسائل المختلف فيها.

المقارن: مقارنه الراي الفقهي بمختاره التقنين الجزائري واستخلاص اوجه التشابه واوجه الاختلاف فيما بينهما والمقارنة بين اقوال الفقهاء في مساله واحده.

العناوين الرئيسية:

وبالإجمال تقضي كذلك الإجابة على الإشكالات السابقة تقسيم هذه الدراسة الى الفصلين التاليين

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للنسب

الفصل الثاني: طرق إثبات نسب ولد الزنا

الفـــــــصل الأول
الإطار المفاهيمي للنسب

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للنسب

إن الحديث عن ماهية جريمة الزنا، وما هي نتائجها سواء كان ذلك في القانون ، أو في الشريعة الإسلامية يقودنا بالضرورة إلى التطرق إلى جملة من المسائل الهامة، والتي نحسبها تشكل في مجموعها مكونات هذه الجريمة. .

ونظرا لكون جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة، لا لكونها تمس بمصلحة الضحية من هذه الجريمة سواء كان الزوج أو الزوجة فحسب، وإنما لكونها تمس بكيان الأسرة وبالنتيجة المجتمع ، فإن كافة الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، لم تتوان في استقباحها واستهجانها ، كما أولت اهتماما كبيرا وبالغا في تحريمها وتقرير الجزاء الأنسب لمرتكبيها.

وتبعا لذلك فإن في دراستنا سوف نعرج في هذا الفصل، في مبحث أول ، على مفهوم الزنا وولد الزنا وما يشابه من الحالات ، ثم سنخصص المبحث الثاني لدراسة مفهوم النسب وأسبابه.

المبحث الأول: مفهوم النسب:

لتحديد المفهوم الحقيقي للنسب فانه من الواجب أن نتطرق الى الأصل اللغوي لكلمة ومدلولها الاصطلاحي ومعناها القانوني وكيف يتحقق النسب وما هي انواعه وكيف يتحقق.

المطلب الأول: تعريف النسب:

أتعرض في هذه الجزئية إلى تعريف النسب لغة واصطلاحا وفي القانون ثم التعمق في مدلوله وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له ثم نبين انواعه:

الفرع الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا:

أن اي موضوع لابد ابتداء من تعريفه حتى يتسنى لنا معالجته معالجة شاملة حيث قسمنا هذا الفرع الى تعريف النسب لغة واصطلاحا.

أولا: تعريف النسب في اللغة:

النسبة والنسب أي القرابة وقيل في الاباء خاصة[1]. وقيل النسب والنسب اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان النسب بطول كاشتراك بين الآباء والأبناء والنسب بالعرض كالنسبة بين بني الأخوة وبني الأعمام[2].
والنسبة اي الانتساب الى ما يوضع ويميز الاب والام والقبيلة والصناعة وغير ذلك جمعه انساب مثل سبب اسباب وهو نسيبه اي قريبه[3] وقيل انتسب الى ابيه اي اعتزي[4] والمعنى قرين به وصار به بين الناس معروفا.

ثانيا: تعريف النسب اصطلاحا:

بصدد الشرح مصطلح النسب يتطلب المجز بين التعريفات المختلفة للفقهاء ودارسين القانون وذلك بإيراد تعريف شرعي للنسب وكذا التعريف القانوني له.

أ-عند فقهاء الشريعة: لم يعرف الفقهاء السابقين النسب مكتفين بدراسة الحيثيات التي تضمن بقاءه بما في ذلك قاعدة الاحتياط في النسب التي يجسدها باعتباره يثبت في الانكحة الباطلة والفاسدة.

وبالمقابل وضع وطرقا لنفيه حتى لا يحمل الشخص على آخر علاقة الدم تربطه بغير أصوله وفروعه وحواشيه[5] ودالك لم يمنع البعض من وضع تعريف له

أ-1-تعريف فقهاء المالكية بأنه: عبارة عن مزج الماء بآن الذكر والأنثى على وجه الشرع[6] في تأويل قوله تعالى {وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا} سورة الفرقان، الأتية 54 وذكر القرطبي أن: النسب والصهر يعمان كل قربى تكون بين آدميين، كما أبان أن الصهر فيه معنى الخلط كالنسب، ولذا سميت المناكح اصهرا، لإختلاط الناس بها[7]

أ-2-تعريف الفقهاء الشافعية والحنابلة: "بأنه القرابة والمراد بها الرحم وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينهم قرابة سواء قربة ام أبعدت كانت من جهة الاب ام من جهة الام[8]"

أ-3-تعريف الفقهاء الحنفية: بأنه "الانتساب الى جهة الأباء ويعبرون عنه فب كتاب الفرائض بالحرم"

ب عند فقهاء القانون: لما لم يجد الفقهاء المعاصرون فيما كتبه السابقون تعريفا محددا للنسب، اجتهدوا بدورهم في تعريفه الاصطلاحي:

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

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

ب-3- وعرفه الأستاذ (العربي بلحاج) بقوله: "هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية[9]".

ب-4- كما يعرف بأنه: "رابطة شرعية بين شخصين يثبت لكليهما بمقتضاه مجموعة من الحقوق، ويجب عليه مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليها الشرعية."

---

[1] ابن منظور: لسان العرب مج6 القاهرة، دار المعارف. د ت ن ج49,ص4405

[2] نفس المرجع ص4406

[3] احمد ابن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير، معجم عربي-عربي، بيروت، مكتبة لبنان,1987,ص230

[4] إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تاج اللغة وصحاح العربية، التحقيق: احمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملاين، ط1407,4ه-1987م، مادة نسب، ج1 ص224

[5] احمد حمد: النسب في التشريع والقانون، الكويت، دار العلوم,1983,ص73

[6] ا محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشـــبيلي المالكي: أحكام القرآن، محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ،2003, ج3,ص447

[7] ابن العربي: أحكام القرآن، المرجع السابق، ج3,ص447

[8] على مراقي السعود: نثر الورود، شرح حمد الأمني بن حمد المختار الشنقيطي، دار المنارة، توزيع دار بن حزم، بيروت. ط 3/، سنة 1423ه2002م ص17

[9] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر, 2002 ,ج 1,ص22

ج-في التشريع الجزائري: أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة[1]، مصطلح النسب دون تعريف، واكتفى المشرع ببيان قواعد إنشائه وإثباته في الفصل الخامس المعنون: «النسب» من المادة 40 إلى المادة 46، أي بمجموع ثمن مواد، جاءت مجملة دون تفصيل كاف، فقد نصت المادة 41 منه على أنه: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»، والواضح من المادة أن النسب التي فصلت أحكامه في المواد التي تليه هو فقط «نسب الولد لأبيه».

وكما أكد المشرع الجزائري في القانون المدني[2] على معنى قرابة النسب- إلا أنه لم يذكر مصطلح النسب- وجعلها صنفا من القرابة، وميز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة وهي تتمثل في الصلة بين الأصول والفروع في تسلسل عمودي، وقرابة الحواشي وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر[3].

فالقرابة هي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نسبه وتسمى: قرابة النسب، وقد تكون ناشئة عن علاقة الزوجية فتسمى: قرابة المصاهرة[4].

الفرع الثاني: النسب في القانون وكيفية اكتسابه:

أولا: تعريف النسب واللقب:

عرف النسب عند الفقهاء القانون بأنه هو الدي يتبع فيه الولد اباه في القانون والدين والحضارة ويتبنى عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عنه أيضا حقوق وواجبات ابوية وبنوية وعند تكلمنا عن النسب يتبادر الى الدهن الألقاب التي تدل على انتساب هدا الفرد الى مجموعة معينة انحدر منها ويستعمل كوسيلة للتفريق بين مجموعة وأخرى من البشر وهو حق كفله القانون والزم الأولياء التصريح بالولادة ولا يبقى أي شخص دون اسم[5].

وكان اول مرسوم صدر بعد الاستقلال رقم 62/128 في 13-12-1962م المتعلق بالحالة المدنية للمواطنين خلال حرب التحرير المفقودون واليتامى الدين فقدوا عائلاتهم الى ان الغيت جميعها بأمر 20/70 مؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية[6].

ثانيا: كيفية الانتساب:

نص القانون المدني في المادة {28}: يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم ولقب الشخص يلحق أولاده وجاء في امر 7/76 المؤرخ في:20-02-1976م في المادة 2و3 الدي نص على ان لكل شخص جزائري الحق في لقب عائلي وان الأشخاص الدين ليس لهم لقب عائلي ان يقدموا عريضة الى وكيل الجمهورية لاختيار لقب عائلي وهده الإجراءات خاصة بالذين تحمل وثيقة ميلادهم عبارة عديم اللقب[7].

وبعد التحقيق في هذا الشأن واستصدار الحكم تلصق نسخة من الحكم في لوحة الملصقات بمقر المحكمة التي أصدرته ونسختين أخريين الأولى بمقر المجلس الشعبي البلدي من والأخرى بمكان ولادته مدة ثلاث أشهر مهلة الاعتراض فإذا اعترض صاحب مصلحة المشروعة على اللقب الجديد جاز له دالك وينظر في قضيته من جديد سواء برفض او بقبول ونص قانون عقوبات في المادة 442 انه يعترض للمتابعة الجزائية كل من لم يصرح بمولوده[8]

---

[1] الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فبراير 2005 (ج) در: العدد 15)، بتاريخ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 جوان 1984(ج، ر)، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج درج. ج 1975 س 12، ع ،78، ص 990 وما بعدها المعدل والمتمم بالقانون رقم 101899 المؤرخ في 07 فبراير 1989، عدل مؤخرا بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج رج لسنة44.2005ع

[3] المادة 33 من نفس القانون

[4] لزواوي محمد فريد، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. دار الفكر للطباعة والنشر، الجزائر ,1993,ص 70

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر, 2002 ,ج 1,ص .188

[6] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط2,ص26

[7] عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص64

[8] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص77

وفي المرسوم التنفيذي رقم:24/92 المؤرخ في13-02-1992 جاء بإجراء التالي "يمكن للكفيل الدي يكفل ولدا قاصرا مجهول النسب ان يتقدم بطلب بطلب تغير اللقب الولد المكفول ليحمل لقب الكافل" و هدا الاجراء الجديد المعدل والمتمم لمرسوم: 157/71 المؤرخ في:03-06-1971م جاء مناقضا للقانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الاسرة فبالنسبة لقانون الاسرة فإن المواد {46.44.43.42.41} تنص على انه: ينتسب الولد لأبيع متى كان زواج صحيحا وشرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفى بطرق الشرعية وكان وضع الحمل 10 أشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة كما يثبت النسب بالإقرار بالبنوة او الابوة او الامومة وعلى انه يمنع التبني شرعا وقانونا. وفي المادة48 ق.م لكل من نازعه واعتدى الغير على لقبه ان يلجأ للقضاء لوقف هدا الاعتداء[1]

المطلب الثاني: أسباب ثبوت نسب

يعتبر النسب في النكاح الصحيح، وفي نكاح الشبهة والنكاح الفاسد؛ مراعاة للستر في الأعراض، وحفظا للأنساب من الضياع وإحياء للولد، ولأن الأصل حمل الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس واحتمال أن الولد من غيره مرفوض، وعليه يثبت الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره

الفرع الأول: ثبوت النسب بزواج الصحيح:

أولا: معنى الفراش:

أ. في اللغة

الفراش معناه: الزوج، جاء في اللسان الولد للفراش معناه الولد لمالك الفراش، وهو الزوج والمولى: أي السيد. والمرأة تسمى فراشا لأن الرجل يفترشها[2].

وقد كنى الله تبارك وتعالى في كتابه الحكيم بالفراش وأراد بالفراش النساء، نساء الحور العين[3]، قال تعالى: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ إِنَّا أَنشَأْنَتهُنَّ إِنشَاءً فَجَعَلْنَتهُنَّ أَبْكاراً﴾ [سورة الواقعة الآية 34،35،36].

ب. معنى الفراش في اصطلاح الفقهاء

ويراد بها عند الفقهاء: الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به، ونفهم من هذا أن الشرع الحنيف عبر بالفراش وأراد به الزوجية القائمة بين الزوجين[4].

قال ابن رشد: «وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول[5]». ويتفرع لدينا تفريعين: إمكان التلاقي بين الزوجين، وإمكان أن يولد لمثله في مدة تقتضي ذلك.

ثانيا: إمكان التلاقي بين الزوجين

ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد إلى اشتراط التلاقي بين الزوجين، فمن تزوج بامرأة ولم يدخل بها، أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول، أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول.[6]

وذهب الحنفية إلى اعتبار أن العقد وحده سبب لثبوت النسب ولو لم يلتقيا، ولو كانت هي في أقصى المغرب وهو في أقصى المشرق، وأتت بولد لستة أشهر يثبت نسبه، وإن لم يوجد دخول حقيقي، ولو طلقها بعد العقد، ومضي زمان الإمكان، وإن علم أنه لم يحصل وطه[7].

---

[1] المرجع نفسه ص81

[2] ابن منضور، المرجع السابق ص133

[3] أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي. تفسير البغوي. حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر عثمان جمعه. دار الطيبة للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة سنة 1997 بمجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ج8 ص 444

[4] محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة، الدار الجامعية. ط4 ,بيروت,1983م، ص703

[5] ابن رشد الحفيد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت - ط9 1409 ه، 1988م.

[6] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع، ط2, دار الكتب العربي، بيروت1982ص322

[7] علاء الدين الكساني، المرجع السابق ص332

وذهب ابن تيمية إلى اعتبار الدخول الحقيقي واستدلوا بالمعقول من العرف العادي واللغوي وأنه غير متصور في واحد منهما، وأن هذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق[1]

والذي تختاره ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار أن النسب يثبت بالعقد مع إمكان التلاقي وذلك لقوة أدلته، وأنه توسط بين طرفي نقيض؛ فالحنفية لا يشترطون الدخول وإنما الإمكان العقلي للدخول والطرف الآخر يشترطون الدخول الحسي المحقق الظاهر، وفي كلا الحالتين يتعذر معرفة الحقيقة ولو فعلنا لضاعت أنساب ومعظم الأحكام تدور مع غلبة الظن والأخذ بالظواهر لما جاء عن أم سلمة قالت قال رسول الله : «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه : منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار[2].

ثالثا: إمكان الولد من الزوج

اشترط الفقهاء أن يكون الزوج ممن يتصور منه الإحبال لأن الصبي لا ماء له، ولا يتصور منه العلوق، واختلفوا في السن المحدد لذلك فبعضهم اعتبر بالسن الذي حدده النبي في التفريق بين البنين والبنات بقوله: مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع. وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية[3]. وفرق آخرون بين الصبي المراهق والصبي غير المراهق، وأن المراهق ما بلغ إثنا عشرة سنة، وحكمه أنه يلحق به النسب، وغير المراهق لا يلحق به[4].

والمالكية يرون أن البلوغ ثمانية عشر أو ستة عشر، أو خمسة عشر للذكر بالإحتلام، والأنثى بالحيض. قال أصبغ بن الفرج: والذي نقول به أن حد البلوغ الذي أفطر به الفرائض والحدود خمس عشرة سنة وذلك أحب ما فيه إلى وأحسنه عندي لأنه الحد الذي يسهم فيه في الجهاد ولمن حضر القتال[5]. وأما العيوب العارضة كالعنة، وهي العجز عن الجماع لمرض أو كبر سن وغيرها، وهي عند المالكية من له ذكر لا يتأتى الجماع بمثله لطاقته وامتناعه عند الإيلاج وجاء في الذخيرة: إن العنة هو الاعتراض بالجنون وباختلاف التفسيرات للعنة فقد اتفقت آراء الفقهاء على اعتبار إثبات النسب. العنين، فالنسب يثبت من العنين مع بقاء عنته بالسحق والإستدخال فلا يلزم زوال عنته. ما المحبوب والخصي فقد ذهب الجمهور من الحنابلة والشافعية والمالكية إلى أنه إن كان مقطوع الذكر والأنثيين، أو مقطوع الأنثيين مع بقاء الذكر لم يلحقه نسب؛ لأن الولد لا يوجد إلا من مني، ومن قطعت خصيتاه له. أما مقطوع الذكر فقط يلحقه نسب لأنه يمكن أن يساحق فينزل منه الماء[6].

وهب الحنفية إلى أن المحبوب والخصي يثبت منه لأن وطأه مرحو، والخصي كالصحيح في الولد والعدة، لأن فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح أن يكون والدا، والوطء منه يتأتى[7]

رابعا: أقل وأقصى مدة الحمل

أ: أقل مدة الحمل: الأصل في ذلك ما قضى به علي بن أبي طالب رضي الله عنه على إحدى الروايتين في خلافة عمر رضي الله عنه وفي رواية عثمان رضي الله عنه أن امرأة من جهينة ولدت لستة أشهر فأتى زوجها إلى عثمان للقضاء فأمر بها فرجمت فبلغ ذلك عليا فقال: أما سمعت الله تعالى يقول: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالَهُ فَلَثُونَ شَهْراً﴾ [سورة الأحقاف الآية14] وقال أيضا: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كاملين﴾ [سورة البقرة الآية (233]، فكم تحده بقي إلا ستة أشهر؟ فقال عثمان: «والله ما فطنت، لهذا، على بالمرأة» فوجدوها قد فرغ منها، وفي رواية لم ترجم قال ابن عبد البر وأجمع علماء المسلمين بأن الولد لا يلحق إلا في تمام ستة أشهر من يوم

---

[1] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير العباد، ج4,ط1,دار التقوى المنشية الجديدة، القاهرة, 2000,ص207

[2] رواه مسلم في صحيحه بشرح النووي كتاب الاقضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة' ج6,ص204

[3] سنن ابي داوود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام، ج1,ص133

[4] .الأستروشني محمد بن محمود بن الحسين جامع أحكام الصغار، تحقيق د. مصطفى حميدة منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ 1997م.ص16

[5] .الأستروشني محمد بن محمود بن الحسين، المرجع السابق ص22

[6] القرافي أحمد بن إدريس: الذخيرة شهاب الدين، تحقيق محمد حجي دار الغرب سنة النشر 1994بيروت، لبنان. ص244

[7] الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب المنتقى، تحقيق عبد القادر أحمد عطا منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، ط 1/ 1420هـ، 1999م.ص82

النكاح، وبعض المالكية انقصوا من ذلك أربعة أيام وقيل خمس وقيل ستة أيام على اعتبار أنه تتوالى ثلاثة شهور يكون عدد أيامها تسعة وعشرين فيكون مائة وست وسبعون يوما[1]. ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك بع خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق لأبيه حرقوا القانون[2].

ب: أقصى مدة الحمل:

اختلف الفقهاء في ذلك اختلافا كبيرا، وتباينوا تباينا شديدا، حسب وقائع وقعت في زمانهم فقاسوا عليها، فمنهم من جعله سنتين ومنهم من قال خمس إلى سبع ومنهم من قال لاحد له.[3]

وقال محمد بن الحكم إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية، وقال داود ستة أشهر. قال ابن رشد: «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا.[4]

وقال ابن حزم: «لا يجوز أن يكون الحمل أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر، ومن ادعى حملا وفصالا في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال بالباطل والمحال ورد كلام الله عز وجل جهارا (3)». وذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان دليلهم قول عائشة رضي الله عنها: أن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين وهو قول أهل الكوفة[5]».

قالت عائشة رضي الله عنها: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل، قالوا والظاهر أن عائشة رضي عنها قالته سماعا من الرسول لا لأن العقل لا يهتدي إلى إدراك ومعرفة المقادير به فيكون حكم الحديث الرفع إلى رسول الله ويصح الاحتجاج به [6]

وقال الشافعية أنها أربع سنوات استنادا إلى قضاء عمر رضي الله عنه حيث قضى في امرأة المفقود انها تتربص أربع سنين ثم تعتد بعد ذلك: وسبب الأربع لأنها نهاية مدة الحمل[7].

أما في المذهب المالكي فهو: أربع سنوات وقيل خمس وقيل سبع وقد نسبت الفتوى فيها لمالك في المرتابة التي تحد ثقلا دون غيرها، ولعل مستندهم في ذلك ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه أن عمر بن الخطاب قال: أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستين حملها في تسعة أشهر فلتقعد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر، عدة التي قد قعدت عن المحيض؛ أي اليائسة. وقضاء عمر بن الخطاب هو مستند ابن حزم حيث يقول: ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر وممن روي عنه مثل قولنا عمر بن الخطاب. ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز المانية أيام، وأن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة قائمة[8].

خامسا: موقف قانون الأسرة

---

[1] أحمد حماني: فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية ترتيب وتبويب وضبط وتصحيح وفهرسة وتقديم الأستاذ الربيع ميمون قصر الكتاب ط1/ 2001م.ص69

[2] أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر: سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ 1994م ص81

[3] أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، المرجع السابق ص132

[4] ابن رشد المرجع السابق ص322

[5] ابن القيم الجوزي، المرجع السابق ص154

[6] الأستروشني محمد بن محمود بن الحسين, المرجع السابق ص232

[7] زكريا الانصاري، اسنى المطالب في شرح الروض الطالب، ط1,ج3 دار الكتب العلمية، بيروت لبنان,2000م، ص393

[8] ابن حزم علي بن أحمد أبو محمد: المحلى، إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد منير الدمشقي لأول مرة 1352هـ. ص70

جاء في (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005[1] في المادة 41:(ينسب الولد الأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة).

والزواج الصحيح هو ما توفرت أركانه، ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية؛ وهو ينعقد "برضا الزوجين" كما جاء في المادة (9) المعدلة التي ألغت رضا الولي وهذا يجرنا للحديث حول طبيعة العقد وما يترتب عليه؛ حيث ساوت المادة (11) بين الأولياء، والحق أن الأولياء على الترتيب طبقا للمواد السابقة التي عدلت، غير أن المقنن الجزائري في هذه المواد جنح إلى الرأي الذي يعطي صلاحية أن تتولى المرأة قرانها بنفسها وفاقا لما قال به الحنفية، لكنهم يجعلون هذا العقد غير نافذ إذا اعترض الولي، والمالكية يرون إجبار البكر مطلقا، أما الثيب فلا تجير .وفي التعديل الجديد في المادة (13) " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجير القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها[2]

.والأركان هي توفر ركن الرضا بين الزوجين، ووجود الشاهدين، أو الإشهاد والصداق، والولي، وإذا فقد ركن من أركانه يُفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ويفسخ قبل الدخول وبعده إذا ثبت أن الزوجة من محرمات العين، ويثبت النسب ويدرأ عنه الحد إذا كان يجهل ذلك، أو وقع بجهالة، أو شبهة، فإذا تعمد ذلك أقيم عليه الحد ولم يلحق به النسب ويثبت النسب بإمكان الإتصال بعد العقد بستة أشهر على الأقل، أو زمن عدة الطلاق الرجعي، أو البائن بينونة صغرى إذا كان جاهلا، أو ولد بعد الوفاة بعشرة أشهر أقصى مدة الحمل[3].

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والوطء بالشبهة

أولا: ثبوت النسب بالنكاح الفاسد

أ: تعريف النكاح الفاسد عند الفقهاء

هو ما يقابل الصحيح، وهو ما فقد شرطا أو أكثر من شروط صحته او هو إما فاسد من جهة الصداق كأن يكون حراما (كالخنزير والخمر)، أو في مقتضى العقد كأن يذكر الأجل، أو يكون من جهة الفحل كالهرم بحج والعقد على المعتدة، أو من لا تحل له بسبب المصاهرة أو النسب أو الرضاع، وهو إما متفق على فساده؛ لم يقل أحد بعدم منعه ابتداء أو دواما، كنكاح الخامسة أو المحرمة بنسب أو مصاهرة أو رضاع، ونكاح المتعة التي اتفق أهل السنة على تحريمه ومنعه[4].

أو مختلف على فساده كنكاح السر، ونكاح الشغار، ونكاح التحليل، ونكاح المريض ونكاح الزانية قبل ما اختلف الفقهاء في صحته، أو فساده فمنعه بعضهم وأجازه آخرون على تفصيل في توبتها، وهي فسخه قبل الدخول وبعده إن لم يطل، وما يفسخ قبل الدخول لا بعده وما يفسخ أ أبدا والنكاح الفاسد كالصحيح من حيث ثبوت بعض الآثار المترتبة على ذلك بشرط الدخول بعكس النكاح الباطل الذي لا يثبت فيه أثر من الآثار، ويعتبر زنا محض إن علم به قبل الدخول[5].

والقاعدة: «كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطء وحيث وحب الحد لا يلحق النسب [6]

قال ابن رشد: "وأكثرها الأنكحة الفاسدة عند الإمام مالك تدرأ الحد إلا ما انعقد فيها على شخص واجب التحريم بالقرابة؛ كالأم وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل"[7]

---

[1] قانون رقم84-11مؤرخ في 9يونيو 1984و المتضـــمن قانون الاســـرة المعدل والمتمم بأمر رقم05-02المؤرخ في27 فبراير 2005.

[2] المجلة القضائيةعدد2,ص267 في 2003, المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 30-03-1999ملف رقم 90468

[3] نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع. ص28

[4] عبد القادر الداودي الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ط1ؤدار البصائر الجزائر 2007م ص171

[5] عبد القادر الداودي ' الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص183

[6] احمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير د ت ط ج2 دار الفكر لبنان 1996ص236

[7] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق ص 366

وقد حدد قانون الأسرة في مواده المعدلة ما يقيد العقد الباطل والفاسد من المادة (32) إلى المادة (35) ففي المادة (32،33): " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنازل ومقتضيات العقد، وكذا إذا مثل ركن الرضاء أو تم بدون الأركان كما حدد في المادة (9).

وأشارت المادتان (34) و (35) إلى النكاح الفاسد والشرط الفاسد. جاء في المادة (34) من قانون الأسرة: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

وفي المادة (35): ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح والنكاح الفاسد يثبت به النسب إذا كان متصفا بأحد الوصفين التاليين:

1. إذا كان مختلفا في فساده بين العلماء كنكاح المحرم، ونكاح المرأة في العدة، والنكاح بغير ولي ونكاح السر، والشغار[1].

2. إذا كان دليل دليل الاختلاف ضعيفا أو غير معتد به عند بعض العلماء مثل نكاح المتعة؛ لأن الاختلاف شبهة والشبهة في باب النسب تفسر لصالح الولد[2].

ويترتب على النكاح الفاسد سقوط الحد المشروع للزنا، واكتفي بعقوبة تعزيرية أخرى وتثبت العدة ووجوب دفع المهر كاملا، وينسب الولد كما ذكرنا.

ولا يترتب عليه آثار العقد الصحيح، كالمتعة، والنفقة الزوجية، والطاعة، والتوارث. فإذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها عقدا فاسدا وأنت بولد بعد ستة أشهر أو أكثر، عد منه ونسب إليه الولد، كما في الزواج الصحيح، ويثبت الزواج الفاسد إذا توافرت شروط.

ب: شروط النكاح الفاسد

1. تصور الحمل من الزوج

وهو أن يكون الزوج قادرا على الوطء ومعناه أن يولد لمثله ليس من مانع في ذلك كالشروط التي اشترطت في النكاح الصحيح.

2. الاتصال الجنسي

والمراد به الدخول الحقيقي بالمرأة لا مجرد العقد، فمجرد العقد ليس له أي تأثير على النسب خلافا لأبي حنيفة، ولكن قد يحدث اختلاف في تحقيق مبتدأ الحساب من يوم الدخول أو بإمكانه فقد نص فقهاء المالكية على ثبوت النسب من وقت الوطء؛ فكل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ، ومعنى هذا أن الوطء هو وقت ابتداء مدة الحمل المعتبرة لثبوت النسب[3].

3. أن تأتي به الأقل مدة الحمل:

واشتراط أدنى مدة الحمل فأكثر في النكاح الفاسد اولى فاذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر فلا ينسب إليه إلا إذا ادعاه ولن يصرح انه من الزنا فيثبت حينئذ بالإقرار لا بالفراش الفاسد.

ثانيا: ثبوت النسب بالوطء بالشبهة

أولا: تعريف الشبهة

أ. تعريف الشبهة في اللغة

الشبهة والشبيهة المثل والجمع أشياء وأشبه الشيء هو الشيء مائل له، والشبهة الالتباس وأمور مشتبهة ومشبهة، وشبه عليه خلط عليه الأمر حتى التشبه بغيره[4]

---

[1] صادق الغرياني، الاسرة، ط1, دار بن حزم. 2007م ص85

[2] نبيل صقر، الاسرة نصا وفقها، المرجع السابق، ص 78

[3] زايداني عبد الكريم، لمفصل في احكام المرأة وبيت المسلم في شريعة الإسلامية، ط1 , مؤسسة الرسالة، القاهرة، مصر 1992م، ص337

[4] ابن منضور، لسان العرب. المرجع السابق، ص827

ب. تعريف الشبهة في الفقه

المقصود بالشبهة هو الوطء غلطا فيمن تحل له مستقبلا. ووطء الشبهة مثل النكاح الفاسد يلحق به النسب، لأنه شبيه بوطء النكاح من حيث لحوق الولد وعدم الحد ويكون فيه اللعان. وهو نكاح بقع فيه خطأ بسبب غلط بقع فيه الشخص قهي ما يشبه الثابت وليس بثابت مثل أن يتزوج امرأة فترف له أخرى ويقال له: هذه زوجتك فيدخل بها، أو يتصل بمطلقته التي بت طلاقها معتقدا أنه يجوز له ذلك[1]، وله صور:

ثانيا: صور الوطء بالشبهة

ا. تعريف شبهة المحل: وهذه غير موجودة في عصرنا هذا حيث زال البرق في غالب الدول الإسلامية، وصورة ذلك أن يعتقد الرجل أو يظن إباحة قربان جارية ابنه، لوجود شبهة الحكم الشرعي في قول النبي: أنت ومالك لأبيك[2] ، فإذا وطئ الأب جارية ابنه ارتفع عنه الحد لوجود شبهة الحد.

وحديث النبي: «إدريو الحدود من المسلمين ما استطعتم به[3]، والولد ينسب إلى الواطئ. ومثاله أيضا إذا وطئ مطلقته ثلاثا بالكنايات؛ لأن الفعل ليس زنا لوجود الشبهة في المحل، وثبوت النسب هنا للإحتياط في إثباته، فضلا عن أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل[4].

ب. تعريف شبهة العقد:

وصورته أن يعقد الرجل على معتدة الغير، أو امرأة محرمة عليه بالنسب أو المصاهرة، أو بالرضاع،

ويجهل ذلك أو يعتقد الحل، ففي هذه الحالة يسقط عنه الحد وينسب إليه الولد وهذه الصورة تشبه النكاح الفاسد لوجود العقد من جهة، واشتباه الأمر عليه في الحل والحرمة[5].

أما النسب فيلحق عند وجود الشبهة وعدم الحد، ولا يلحق عند وجوب الحد، وجاءت عبارة الفقهاء: (كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطء وحيث وحب الحمد لا يلحق النسب[6]

ج. تعريف شبهة الفعل:

وتسمى شبهة اشتباه وهي تسمية تأتي من الفعل الذي هو الوطء، وهي حالة من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل يفيد الحد[7]، بل ظن غير الدليل دليلا كمن اعتقد أن جارية زوجته تحل له لظنه أن وطأها نوع من الإستخدام، ولا بد في ذلك من بالحل وإلا فلا شبهة أصلاة. ويلحق بشبهة الفعل كمن زفت إلى غير زوجها، فإذا وطئها يظن أنها زوجته فلا حد عليه ويثبت النسب منه، فهذه شبهة من الفعل.

ومثالها أيضا إذا وطئ رجل امرأة أجنبية يظنها أنها زوجته فهذا الوطء لا هو زنى يجب فيه الحد، ولا هو وطء مستند إلى عقد نكاح، فإن كان عن ظهر قران اعتزلها زوجها ثم أنت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الوطء، لحق الولد بالواطئ وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن أنت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء بشبهة لحق الولد بالزوج بكل حال لأننا نعلم يقينا أنه ليس من الواطئ [8]

وإن كان في ظهر مسها فيه وأنت بولد يمكن أن يكون منهما يعرضون والولد على القاعة. وهذا قول الحنابلة والشافعية، فإن ألحقته القافة بأحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق بالآخر وهذا سواء ادعياه أولم يدعياه أو ادعاه أحدهما ونفاه الآخر. وهذه المسألة يمكننا اللجوء فيها إلى الكشف الطبي لتحديد أبوة الطفل وعدم ضياعه، وقد أجمع فقهاء العصر على أنه يجوز عرض الولد للفحص الجيني في حالات الاشتباه واختلاط

---

[1] الفيروز بادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، د ت ط , 2000م ص209

[2] مسند الامام الشافعي ' كتاب جراح العمد، دار الطليسي، الجزائر 1989م ص202

[3] سنن الترميدي، كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحد المرفوعا عن عائشة ج4 ص33

[4] احمد نصر الجندي، موسوعة الحوال شخصية، ط1, دار الكتب القانونية، القاهرة. مصر .2006 م ص 1176

[5] احمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص1178

[6] ابن جزي الغرناطي، القاونين الفقهية، د، ت. ط، دار الفكر لطباعة ونشر وتوزيع، بيروت، لبنان ص183

[7] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق ص455

[8] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص 342

المواليد. لأن الفحص الطبي والبصمة الوراثية تأخذ مرتبة القيافة ولا تتقدم عنها كما نص عليها الفقهاء في المجمع الفقهي بمكة[1].

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي والاستنساخ

أولا: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

أ: تعريف التلقيح الاصطناعي

أ-. تعريف التلقيح في اللغة

لقحت الناقة ونحوها لقحا ولقاحًا قبلت ماء الفحل فهي لاقح، ج لمح ولواقع وهي لَقُوح أيضا، ج لقح، ويقال لقحت النخلة ولقح الزرع والحرب أو العداوة هاجت بعد سكون. اللقاح ماء الفحل وما يلقح به الشحر والنبات ويقال جاءنا زمن اللقاح زمن تلقيح النخل[2].

وهو من اللقاح وهو اسم ماء الفحل من الإبل والخيل وغيرها، ثم استعير في النساء فيقال: لقحت إذا حملت وتجمع على ملاقيح ومعنى الملاقيح ما في بطون الأمهات من الأجنة[3] .قال تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَافِحَ﴾ [سورة الحجر الآية: 22].

ب. تعريف التلقيح في الاصطلاح

التلقيح هو: التقاء النطفة المذكرة بالنطفة المؤنثة فيختلطان ويكونان المنطقة الامشاج[4]. وعرفه آخر: إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبيضة المرأة عن غير الطريق المعهود[5]. وعرفه بعضهم: كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع. والتعريفان يشرحان العملية التي بها تمت، والطريقة التي بها وجدت، فالتقاء ماء الرجل وبيضة المرأة من غير طريق الجماع هو التلقيح[6].

ثانيا: أنواع التلقيح

أ. التلقيح الداخلي (IUI INTRA UTERINE INSEMINATION)

وهو أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج و ببيضة مأخوذة من امرأة هي زوجته ثم تزرع في رحم زوجته أثناء حياة الزوج وفي ظل زوجية قائمة [7]، وفي هذه الصورة يتم اختيار الزوجين لعملية التلقيح وفق أسس ومعايير طبية وعلمية دقيقة، ولا يتم هذا الاختبار إلا بعد إجراء كشوف طبية كاملة على كلا الزوجين، واختيار الوقت المناسب للإخصاب لتحديد موعد خروج البيضة ومن ثم يقوم الطبيب بحقن السائل المنوي للزوج وبحضوره دون أدنى أي معالجة له في المختبر ، وتكون هذه العملية نفسها مع زيادة معالجة السائل المنوي كاستئصال بعض الشوائب والخلايا غير الصالحة ثم حقنها داخل الرحم للمرأة؛ وهذه الطريقة جائزة في الشرع إذا استوثق الشخص من عدم اختلاط المني مع مني آخر في المختبر[8].

وقد وافق الفقهاء المعاصرون على ذلك بالإجماع فقالوا: «إذا استبعدنا من الاعتبار محظور انكشاف المرأة لمصلحة (الولادة) المشروعة على ما سبق بيانه، لم يكن في هذه الطريقة الأولى من التلقيح أي مانع شرعي يوجب حظرها فيمكن إعلان جوازها شرعا، يحتاج إليها لتحل الزوجة من زوجها[9]».

---

[1] نفس الرجع ص 344

[2] مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4 , مكتب الشروق الدولية 2004م ص 833

[3] ابن منضور، لسان العرب، المرجع السابق ص 993

[4] محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرأن، ط1 , دار السعودية للنشر والتوزيع. 2010ص 107

[5] زيد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة. ط1. دار البيارق، بيروت لبنان 1996م، ص 53

[6] الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1 , اصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية , 1421ه /2001م العدد 10 , ص33

[7] الموسوعة الفقهية الكويتية، نفس المرجع ص211

[8] عبد الله الباسم، أطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 2, 1986م ص161

[9] القرار الثاني من الدورة الثامنة ,28ربيع الثاني 1405ه اللي جمادى الأولى 1405ه بشأن تلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب بين العلم والشريعة ط1 ص80

وقد أفتى علماؤنا بالجزائر بجواز التلقيح الصناعي بين الزوجين. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، وأقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة في دورته الأولى حتى الدورة الثامنة عام 1405ه[1].

وأفتى الشيخ محمود شلتوت في فتاويه بأنه عمل مشروع لا إثم فيه ولا حرج. وأقرت ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام واللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن بالجواز. وأقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الاسلامي بقوله: «إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة الآنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل[2]

ب. التلقيح الصناعي الخارجي: (IVF:IN VITRO FERTILIZATION)

هو عبارة عن سحب البييضة عند نضجها وتلقيحها بالحيوان المنوي للرجل في وسط خارج الرحم في أنبوب اختبار، أو أي وعاء مخبري، وبعد تحقيق الإخصاب وحدوث الانقسام الخلوي للنطفة تعاد إلى رحم الأم، أو امرأة أخرى بعد حوالي يوم أو يومين من وجودها خارج الرحم[3]. وللتلقيح الخارجي صور مختلفة نقتصر على الحالة الجائزة.

1. الصورة الجائزة:

تقدم الزوجة البييضة ويقدم زوجها الحيوان المنوي، ليتم تلقيحهما في وعاء خاص، به نفس السائل اللازم للنمو ثم الانقسام بعد ذلك، ثم تعاد اللقيحة إلى رحم الزوجة صاحبة البييضة، ويلجأ إلى هذه الصورة في مثل التشوهات، أو أمراض قناة فالوب التي توصل البيضة من المبيض إلى الرحم) [4]، وهذه الصورة جائزة شرعا، ذهب إلى ذلك غالبية العلماء المعاصرين والبعض. تحفظ عنها وقبلها في أقصى حالات درجات الإضطرار، أو الحاجة الشديدة، حين لا يكون للزوجين ولد ويكون الطبيب ثقة. والتحفظ إنما كان من جهتين

1 من حيث احتمال نسبة التشوه في هذا الطريق الصناعي عن المعتاد.

2. من حيث انتساب الولد الذي سيكون رهن قول الطبيب (وقع غلط أو تعمد) ليعطيها جنينا من بييضة أخرى لها ونفس التعليل، ومع ذلك حكموا بالإباحة[5].

وقد سبق أن ذكرنا ممن منع التلقيح الصناعي بإدخال عنصر أو عناصر مع الزوجين طبيبا، أو بييضة أو رحم، وأن تدخل الطبيب وانكشاف المرأة إنما هو للضرورة العلاجية أي لعلاج العقم بالحصول على ولد من ماء الزوجين فهو يعتبر من قبل التداوي فيكون جائزا شرعا[6]، أما تدخل بييضة أو نطفة أو رحم أجنبي فهو غير جائز؛ بمعنى أن تكون البييضة والنطقة والرحم بين الزوجين لا غير.

2. تعليل الجواز

والذي يترجح لي بعد عرض أدلة الفريقين جواز هذه الصورة من التلقيح الخارجي أو ما يعرف بطفل الأنبوب للأسباب التالية:

1 المقصد الأصلي للزواج التناسل وطلب الولد وهو مطلب فطري أقبل عليه الإنسان منذ القدم في أن يكون له ذرية وحفدة، ففي حبلية الإنسان حب الإمتداد واستمرار الأثر من خلال عقبه والنفرة من الإنفراد وانقطاع

---

[1] المجمع الفقهي الإسلامي، الدورات من الأولى الى سابعة عشر والقرارات الأول والثاني بعد المئة رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي ط1 ,مكة , 2004 م، ص147

[2] المجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص152

[3] الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق ص96

[4] زيد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة المرجع السابق ص91

[5] جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الاصطناعي لتوالد الانسان والإجهاض. مجلة الازهر العدد 10. 1955 ص1433

[6] جاد الحق علي جاد الحق، المرجع السابق ص 1455

النسل والولد وفي التوصل للولد قربة لجميع القربات بعده من إبقاء الجنس، وطلب محبة رسول الله × في التكثير منه، وطلب دعاء الولد الصالح، وطلب الشفاعة بموت الولد الصغير[1].

2- النسل من الضرورات الخمس التي سعت الشريعة الاسلامية للمحافظة عليها من جانب الوجود ومن جانب العدم)، وهي المحافظة عليه من جانب معالجة العقم بطريقة طفل الأنبوب فالكشف عن العورات تعتبر من التحسينات والمحافظة على الضروريات أولى إذا تعارض مع تحسينات[2]

3. الأدلة التي قال بها المانعون لا تنهض أمام المناقشة، ون أدلة الفريق المحيز قوية يؤيدها المنطق والطبع السليمين، باعتبار أن هذه الطريق من قبل التداوي والعلاج الذي فطر عليه الإنسان، بشروطه اللازمة والواجبة والضوابط الشرعية من حيث النظرة الفقهية[3].

ثالثا: آثار التلقيح الصناعي على النسب

أ-آثار التلقيح في الصور الجائزة إن التلقيح بصورة عامة ما هو إلا عملية علاجية تقتضي إحداث كيفيات على غير المعتاد، لينتج بعدها ما ينتج عن العملية الطبيعية المعتادة من حدوث الولد من زوجين شرعيين، يثبت له ما يثبت للأولاد من حقوق مادية ومعنوية منها: النسب.

أجاز المقنن الجزائري التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة واشترط شروطا في التعديل الأخير القانون الأسرة في الأمر (05/02 جاء في المادة (45) مكرر: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروط:

1. أن يكون الزواج شرعيا. أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين، ووجود عقد زواج يعطي المسألة أساسها القانوني.

2. أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما، لأنه "لا نسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل

والتي هي عشرة شهور وفقا لأحكام قانون الأسرة وفقا للمادة 43 من قانون الأسرة.

3- أن يتم بمني الزوج وبيضة رحم الزوجة دون غيرهما، حفاظا على حرمة النسب وشرعيته[4].

ب- نسب الولد الملقح صناعيا:

ذكر الفقهاء القدامى أن الحمل يمكن أن ينشأ بغير طريق الاتصال الجنسي وهو الإستدخال؛ أي استدخال مني الزوج في فرج زوجته، ورتبوا على ذلك ثبوت نسب المولود، ووجوب العدة وأنه مثل الوطء الحقيقي، وهذه الطريقة تماما مثل الإستدخال إلا أنه بطريق وسائل عصرية. أما في الصور غير الجائزة فصورها عديدة وحكمها التحريم، لتحريم وسائلها وكيفياتها وانتفاء النسب فيها، ولا حاجة للكلام عنها.

رابعا: الإستنساخ (الهندسة الوراثية)

أولا: تعريف الإستنساخ

أ. تعريف الإستنساخ في اللغة: له معان:

1. بمعنى الإزالة نسخت الشمس الظل، وانتسخته أزالته، نسخت الريح آثار الديار غيرتها[5].

2 بمعنى الإبطال أي إزالة الحكم بحكم يتعقبه [6]قال تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنَ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَاتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا ﴾ [سورة البقرة الآية 106].

---

[1] زوز فريدة بنت الصادق، النسل دراسة مقاصد في وسائل حفضه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، ط 1, مكتبة الرشد، الرياض , 1427ه /2006م ص102

[2] ابي إسحاق الشاطي. الموافقات في أصول الشريعة ط3 ودار الكتب العملية. بيروت لبنان , 2003 م ص8

[3] ابي إسحاق الشاطي، المرجع السابق ص12

[4] نبيل صقر، قانون الاسرة نصا وفقها، المرجع السابق ص109

[5] زين الدين الرازي، مختار الصحاح. ط1 , ج1 مكتبة الملك فهد، السعودية 1865م، ص415

[6] حسين بن محمد بن مفضل أبو القاسم الاصفهاني الراغب. معجم مفردات الفاظ القران، دار الفكر 2009م، ص371

3 بمعنى النقل: اكتتابك كتابا عن كتاب حرفا بحرف والأصل نسخة والمكتوب عنه نسخة وذلك لا يقتضي إزالة الصورة الأولى بل يقتضي إثبات مثلها في مادة أخرى. والإستنساخ: التقدم بنسخ الشيء، والترشح للنسخ وقد يعبر بالنسخ عن الإستنساخ[1]. قال تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخَ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [سورة الجاثية الآية 29].

ب. تعريف الإستنساخ في الإصطلاح

لا يبعد التعريف الإصطلاحي عن التعريف اللغوي في المعنى الثالث.

الإستنساخ (clonage) أي التنسيل في الإصطلاح الطبي والعلمي هو: توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بييضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بييضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء[2].

الإستنساخ هو تلك العملية أو تلك العمليات التي نستطيع الحصول بواسطتها على جنين أو أجنة متطابقة، أو مطابقة لمصدرها من حيث الشكل والصفات الوراثية تقنية النقل النووي للخلايا. وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن التعبير بكلمة التنسيل هو المعنى الأدق لعمليات النقل النووي للخلايا(الإستنساخ)، ولا يليق بكرامة الإنسان تسميته بالإستنساخ لما فيه من تشبيه الإنسان بالآلة والجماد والكتاب وغير ذلك[3].

والنسل في اللغة: يعني الخلق كما يطلق على الولد والذرية والجمع أنسال، تقول تناسل بنو فلان إذا كثر أولادهم، وتناسلوا أي ولد بعضهم من بعض[4]

ثانيا : طرق استنساخ الأجنة البشرية

1. التنسيل الجنيني (تكثير النطفة)

وهي عملية فصل خلية أو خلايا من الخلية الملقحة، ثم زرعها في رحم مستعد لاستقبالها، أو أرحام متعددة، ثم تركها تنمو وتنقسم وتكون جنينا مطابقا أو أجنة متطابقة في الصفات الوراثية وهذه العملية شبيهة بطفل الأنبوب[5]، إلا أنه في هذه الحالة يكون التعرض للنطفة بعد التلقيح، ولها صور متعددة كما في التلقيح الإصطناعي كما رأينا سابقا.

2 . التنسيل اللاجنسي:

ويتم عن طريق الإستغناء عن الحوين الحيوان المنوي واستبداله بخلية جسدية. ويكون بإحضار بويضة تنزع منها نواتها، ثم تحضر خلية جسدية من أي جزء من أجزاء الجسم شريطة أن تكون تلك الخلية مما يقبل الإنقسام كالثدي، ثم تنزع نواة الخلية وتزرع في البييضة منزوعة النواة فتصبح البييضة كاملة الأجزاء ونواتها تحتوي على ستة وأربعين صبغيا(كروموسوما).

ثم تحت تأثير شحنه كهربائية يحدث اندماج بين الخلية والبويضة وتحل نواة الخلية مكان نواة البويضة المزالة، وبتوالي الشحنات الكهربائية على البيضة المخصبة تبدأ العمليات الكيميائية، وتجعلها تنقسم انقساما متواليا إلى خليتين، فأربع ثم إلى ثمان، ثم بعد سنة أيام أو أكثر تنقل البويضة إلى رحم لتستكمل نموها، لتكون بعد الوضع صورة طبق الأصل للتي أخذت منها[6].

3. الحكم الشرعي للتنسيل

نفقت آراء العلماء في المجامع الفقهية، وغيرها أنه لا يجوز التعرض للبويضة بعد التلقيح واعتبروا ذلك مشابها للإجهاض المحرم، والعبث بالأجنة الملقحة، كما اعتبروا أن العدول عن الطريق الفطري الذي قدره الله تعالى للحصول على الولد تغيير لهذا النظام، وتغيير لخلق الله. إن الإنسان الذي كرمه الله حين خلقه لم يجعله مجال

---

[1] حسين بن محمد بن مفضل أبو القاسم الأصفهاني الراغب، المرجع السابق ص372

[2] عبد الناصر أبو البصل. دراسة فقهية في قضايا طبية المعاصرة، ط1 ج2 دار النفائس الأردن , 2001 , ص652

[3] عبد الناصر أبو البصل نفس المرجع ص653

[4] ابن منضور، لسان العرب، المرجع السابق ص347

[5] عبد الناصر أبو البصل، دراسات فقهية في القضايا طبية المعاصرة. المرجع السابق ص662

[6] سعد بن العبد العزيز بن عبد الله الشويخ، احكام الهندسة الوراثية. ط1 ,كنوز اشبيليا. سعودية , 2007 ص 367

للتجارب والعبث الذي يحمل مخاطر كثيرة على حياة الإنسان ويهدد موازين الحياة ويهدم الحضارة الإنسانية ما زاد ضرره على نفعه فهو حرام وقد تأكدت حتى الان اضرار الهندسة الوراثية في الاستنساخ ان ضررها أكبر من نفعها[1]

المبحث الثاني: مفهوم ولد الزنا واستلحاقه

إن تحديد المفهوم الشرعي والقانوني لولد الزنا، يستدعي أولا تعريف كلمة الولد، ثم تعريف الزنا؛ كي نصل في النهاية إلى تعريف مصطلح ولد الزنا؛ بعد أن صار شعارا للدلالة على إنسان مخصوص، ثم نتبع ذلك بتميز بين ولد الزنا وبعض الحالات الذين يشبهونه، ولكنهم يختلفون عنه في الحقيقة وهذا مطلبنا الاول، اما الثاني فيدور حول الاستلحاق ولد زنا و معناه في شريعة و القانون و لذلك فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: معنى ولد الزنا:

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

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا

اولا: تعريف ولد الزنا باعتبار التركيب والإضافة

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

الفقرة الأولى: تعريف الولد لغة واصطلاحا:

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

أولا: تعريف الولد لغة: الولد يقال للواحد والجمع والصغير والكبير، وهو يطلق على الذكر والأنثى والمثنى والجمع. ويقال للمتبنّى ولد، والوليد يقال لمن قرب عهده بالولادة وإن كان في الأصل يصح لمن قرب عهده أو بَعُدَ. وجمع الولد أولاد. وفي معجم مقاييس اللغة: الواو واللام والدال أصل صحيح، وهو دليل النجل والنسل[2].

ثانيا: تعريف الولد اصطلاحا وسنتعرض فيه لتعريف الولد من حيث الاصطلاح الفقهي والتشريعي

في الاصطلاح الفقهي: يطلق الولد في الاصطلاح الفقهي على النسل؛ شاملا للذكر والأنثى لأن الولد اسم للمولود، وهو يتناول ذلك كله، وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي، كما يشمل أبناء الأبناء وإن سلفوا[3].

" إن الولد يطلق عليه صبي وطفل إلى أن يبلغ وأما ما ذكره بعض أهل اللغة وجزم به غير واحد أن الولد يقال له: "جنين حتى يوضع ثم صبي حتى يفطم... فلا يمنع إطلاق شيء من ذلك على غيره مما يقاربه تجوزا[4]"، إذ يمكن القول بأن كلمة ولد تطلق على الإنسان من حين الولادة إلى البلوغ.

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

---

[1] مجمع الفقهي الكويتي، المرجع السابق ص1452

[2] أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق ص 306

[3] محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على شرح الكبير. ط1ج4 ,د ت ن. دار احياء الكتب العربية. 1996 م. ص461

[4] احمد بن علي بن حجر أبو الفضل العزقلاني الشافعي. فتح الباري في شرح صحيح البخاري. ط1 ج2. دار المعرفة. بيروت لبنان. 1379ه ص205

1- **القانون المدني[1]:** نصت المادة 42 منه الفقرة 2 يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة.

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

2- قانون الجنسية[2]: نصت المادة 4 منه: «أنه يقصد بسن الرشد في مفهوم هذا القانون سن الرشد المدني».

3 قانون الأسرة[3]: في المادة 7 منه نصت على أنه: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة.». أما المادة 86 من نفس القانون فقد نصت على أنه: «من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية».

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

5-قانون حماية الطفل[5]: إذ نصت المادة 02 منه في الفقرة 1 أنه: «الطفل هو كل شخص لم يبلغ ثمانية عشر (18) سنة كاملة، ويفيد مصطلح حدث نفس المعنى»[6]. ومن خلال ما تقدّم في هذا العنصر وبعد تتبعنا لمختلف النصوص التشريعية فيما يتعلق بتحديد مصطلح الطفل رأينا كيف تعامل المشرع الجزائري مع مسألة تحديد سن الرشد للحدث الجانح أو في حالة خطر معنوي من جهة، وتحديد سن الضحية من جهة أخرى.

الفقرة الثانية: تعريف الزنا

أولا: تعريف الزنا لغة واصطلاحا:

1- **تعريف الزنا لغة:** مصدر من الفعل الثلاثي، زنا، وورد في كتاباتها المد والقصر، والقصر لغة أهل الحجاز وبها ورد القرآن الكريم فيقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ الزِّنَى﴾{سورة الاسراء الاية 32} والزناء ممدود، وهي لغة أهل نجد وقيل لبني تميم منهم خاصة[7].

هذه المادة من حيث تصريفها اللغوي أما من حيث معناها في لغة العرب فهي تطلق على ثلاث معان[8].

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

الثاني: الزنا المعروف، وهو وطء المرأة من غير عقد معتبر ولا شبهة[9].

---

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

[2] الأمر رقم 70-860 المؤرخ في 17 شوال عام 1390هـ الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 متضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005م.

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

[4] قانون رقم 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر 66/156 المؤرخ في: 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 43، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006، كما تم تعديله بقانون رقم 02-26 المؤرخ في 19 يونيو 2016.

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

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

[7] ابن منضور لسان العرب المرجع السابق ص225

[8] بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، حدود والتعزيزات عند بن القيم. ط2 , دار العاصمة لنشر والتوزيع السعودية. 1415ه ص

[9] راغب الاصفهاني. المرجع السابق. ص384

الثالث: قد يطلق الزنا على ما دون الوطء للمرأة الأجنبية ونحوها كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِنّ اللهَ كَتَبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ حَظَّهُ مِنَ الزِّنَا، أَدْرَكَ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، فَزِنَا الْعَيْنِ النَّظَرُ، وَزِنَا اللِّسَانِ المَنْطِقُ...»[1].

2 - تعريف الزنا اصطلاحا:

أ- الزنا في الاصطلاح الفقهي

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

أ-1-1 عرفه المالكية بأنه: وطء مسلم فرج آدمي مكلف لا ملك له فيه باتفاق تعمدا[2].

أ-1-2 عرفه الشافعية بأنه: إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد، ودبر ذكر وأنثى كالقبل على المذهب[3].

أ-1-3 عرفه الحنابلة بأنه: «هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر»[4].

أ-1-4- عند الحنفية أنه :وطء مكلف في قبل مشتهاة خال عن الملك وشبهته[5].

أ-2- عند فقهاء القانون: لم تضع القوانين الوضعية تعريفا لفعل الزنا، وإنما حددتها بصيغ وبعبارات مختلفة. فقد عرفها البعض من فقهاء القانون بأنّها: «ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها خلال قيام الزوجية فعلا أو حكما»[6]. كما عرفها مروان: « أنها تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء»[7]. وعرف أيضا بأنه: «اتصال شخص متزوج اتصالا جنسيا بغير زوجه»[8].

ولقد جاء في الموسوعة الكبيرة الفرنسية "بورداس" على أنّ الزنا: «علاقة جنسية لشخص متزوج خارج إطار الزواج. ويميز بين نوعين من الزنا زنا بسيط " SIMPLE ADULTEREوهو الزنا الذي يرتكبه الشخص المتزوج مع شخص غير متزوج، وزنا ثنائي DOUBLE ADULTERE وهو زنا يرتكبه شخص مع شخص متزوج[9].

ب- في الاصطلاح التشريعي: وبالرجوع إلى أغلب التشريعات والقوانين لا نجدها تطرقت إلى تعريف الزنا إنما تركت ذلك للفقه وهو الأصل؛ لكنها نصت على تجريم فعل الزنا على أساس حماية العلاقة الزوجية، إذ لا تعتبر القوانين العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة زنا ما لم يكونا متزوجين أو أحد أطراف العلاقة على الأقل

---

[1] البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستئذان. باب الزنا الجوارح دون الفرج، رقم الحديث 6243, ج8 ص 54

[2] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الزعيني المالكي مواهب الجليل في شرح مختصر خليل دار الفكر، ط3، 1412/1992، ج6 ص 290-291، صالح عبد السميع الأبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، بيروت، المكتبة الثقافية، ج 2 / ص 283.

[3] 2 شمس الدين محمد بن أحمد (الخطيب الشربيني): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ / 1994م، ج 5 ص 442. النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 1425هـ - 2005م، ج1 ص 295

[4] البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414هـ / 1993م، (ج3 ص 343).

[5] زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د ت ن]، (ج 3 ص 106) و (ج 5 ص 3).

[6] احمد حافظ نور. جريمة الزنى في قانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراة ط1 مطبعة نهضت مصر 1958م ص19

[7] عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية مصر 2000م ص605

[8] محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم الخاص. د ط. دار النهضة العربية , 1991 ص 456

[9] منصور مبروك. الخيانة الزوجية في القانون الجزائي المغاربي، دراسة تحليلية. مقال منشور بمجلة الدفاتر سياسة والقانون الجزائر. 2014 م ص 160

متزوجا، وقد تناولت القوانين جريمة الزنا ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، على اعتبار أن الفعل ينتهك الرابطة الزوجية لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة[1].

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

الفقرة الثانية: تعريف ولد الزنا باعتبار المصطلح والعلمية:

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

أولا: ولد الزنا في الاصطلاح الفقهي

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

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

1-2- وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: «الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة»[4]. وفي موضع آخر: هو الولد الذي تأتي به أمه من سفاح لا من نكاح[5].

2- **عند فقهاء القانون**

أ - عرفه الفقه العربي على أنه: «الولد الذي يجيئ نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السفاح، أو هو ثمرة العلاقة الأئمة بين الرجل والمرأة، ويسمى بالولد غير الشرعي»[6]، هذا ما جاء في تعريف العربي بلحاج: «....وهو يسمى في الاصطلاح الحديث بالولد غير الشرعي[7]». وجاء فيه أيضا كل مولود من غير نكاح شرعي، ولا وطء بسبب ملك اليمين[8].

كما أشار تشوار جيلالي إلى مصطلح الطفل غير الشرعي بقوله: «...بخصوص نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي ...»[9].

ثانيا: ولد الزنا في الإصطلاح التشريعي: لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى أحكام الطفل غير الشرعي المقصود به ولد الزنا، ولم نجد ما يذكر عن هذا المصطلح في التشريع على العكس في القضاء الجزائري ذكره في عدة قرارات صدرت عن المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى القرارات أن: «الولد الذي

---

[1] علي عدنان الفيل، نوفل علي عبد الله الصفو: جريمة الزنى في القوانين الوضعية دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية مقال منشور بمجلة جامعة القدس للأبحاث والدراسات العراق السنة التاسعة 2008، عدد 12، ص 166

[2] القانون رقم 14/10 المؤرخ في: 16/04/2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر ج. ر. ج بتاريخ: 16/04/2014، العدد 7.

[3] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وادلته. ط2, دار الفكر. 1405ه/1985م ج8/ص 430

[4] الموسوعة الفقهية الكويتية. المرجع السابق. ص 430

[5] نفس المرجع

[6] محمد براج جمعة. احكام الميراث في الشريعة الإسلامية. ط1 , دار الفكر عمان. 1981 م ص21

[7] بلحاج العربي احكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري الجديد ط3 ديوان مطبوعات الجامعية. جزائر 2008 ص322

[8] بلحاج العربي. المرجع السابق، ص322

[9] توار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين نقص التشريعي والتقيحات المستحث. مقال. مجلة العلوم القانونية وسياسية. كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد. تلمسان. العدد 3. 2005 م ص 26

يولد نتيجة لممارسة جنسية للأبوين قبل الزواج ويولد لأقل من ستة أشهر من إبرام هذا الأخير يعتبر ابن زنا.....»[1]. المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة وهي حالة نسب ولد الزنا في أي مادة من مواد القانون، إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين.

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

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

أما المادة 120 منه أيضا نصت على أنه: « يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية»[2].

2 قانون الحالة المدنية : نصت المادة 64 الفقرة 4 منها على أنه: «... يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي». أما المادة 67 من نفس القانون: « يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية»[3].

3 قانون الجنسية : المادة 07 الفقرة 01 اعتبرت أن الولد المولود من أبوين مجهولين جزائريا بالولادة، وإن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك[4].

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

الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشابهه من الحالات الأخرى:

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

الفقرة الأولى: التمييز بين ولد الزنا وولد اللعان

يرى الباحث أنّه لا بدّ قبل البدء الحديث عن الفرق بين ولد الزنا ولد اللعان أن يبين حقيقة اللعان لغة واصطلاحاً.

أولا: تعريف اللعان: نتناول تعريف اللعان لغة واصطلاحا

1- **اللعان لغة:** مأخوذ من اللعن، وهو الطرد والإبعاد، والاسم منه اللعنة، والجمع لعان ولعنات، والملعَنَة هي قارعة الطريق ومنزل النَّاس، وسُمّي اللعان بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبًا فتحصل اللعنة عليه[5].

2- اللعان اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف اللعان؛ نظرًا لاختلافهم في اللعان هل هو أيمان أو شهادات مؤكّدات بالأيمان فمنهم من اعتبره أيمان ومنهم من اعتبره شهادات مؤكدات بالأيمان، فجاءت تعريفاتهم على النحو التالي:

أ- اللعان باعتباره أيمانا:

---

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 34137, بتاريخ 8 أكتوبر 1984 , مجلة القضائية. الجزائر، العدد 4 1989م ص79

[2] نجيمي جمال. قانون الأسـرة الجزائري دليل القاضـي والمحامي مادة بمادة على ضـوء احكام شـريعة الإسـلامية واجتهاد القضائي. دار الهومة. الجزائر 2016 ص260

[3] الشافعي العبيدي قانون الاسرة الملحق بقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية الجزائرية. دار الهدى. الجزائر. 2008م، ص95

[4] الرجع نفسه ص129

[5] أبو بكر الرازي. مختار الصحاح، المرجع السابق ص829

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

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

أ-3- عند الظاهرية: يُعرّف ابن حزم اللعان على: «أنه يمين وصفته أن يكرر الملاعن لفظة بالله إنّي لمن الصادقين أربع مرات ثم يضع الحاكم يده على فيه وهكذا يتمّ اللعان[3]».

ب اللعان باعتباره شهادات:

ب-1- عند الحنابلة: «هو شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف أو تعزير، أو حد زني في جانبها»[4].

ب-2- عند الحنفية: «هو شهادةً مؤكّدةً بالأيمان مقرونة باللعن والغضب» وإنّه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا[5].

أما في في القانون الجزائري فنلاحظ أن المشرع الجزائري أورد ذكر اللعان في قانون الأسرة في موضعين[6].

4- **والمقصود بولد اللعان:** هو الولد الذي ولد على فراش زوجية صحيحة، وحكم القاضي بنفي نسبه من الزوج بعد الملاعنة الحاصلة بينه وبين زوجته[7].

ثانيا: الفرق بينه وبين ولد الزنا: نتطرق لكل من أوجه الشبه والاختلاف على النحو التالي:

1- أوجه الشبه

أ- كل من ولد الزنا وولد اللعان نسبه من جهة الأب منقطع، ومن جهة الأم ثابت، فنسبه لأمه مطلقا لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقا مشروعا لإثبات النسب، ولأن ولد اللعان لم يثبت نسبه لأبيه[8].

ب- الحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ميراث ولد الملاعنة، لانقطاع نسب كل منهما من أبيه، إذ قال ابن نجيم: «ولد الملاعنة وولد الزنا في حكم الميراث بمنزلة ولد رشيدة أي: صحيح النسب - ليس له أب ولا قرابة أب فلا يرث هذا الولد من الأب وقرابته ولا يرث الأب ولا قرابته من هذا الولد لأنّ قوم الأب تبع له في قطع النسب وهو ولد الأم فيرث منها ومن قرابتها وترث الأم وقرابتها»[9].

ج- وولد الزنا وولد اللعان لا يلحقان بأبيهما مع وجود الشبه- فلا تأثير للقيافة في لحوقهما، وذلك لأن نفيه باللعان نص، والحاقه بالنسب استدلال لا يستعمل مع وجود النص[10].

2- أوجه الاختلاف

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

ب- انتفاء الولد عن الملاعن لا يمنع من لحوقه به بعد الاعتراف بخلاف ولد الزنا فإنه لا يلحق بالزاني وإن أقر بالزنا، بل وإن استلحقه في قول الجمهور لأن نسب ولد الملاعنة لما كان لاحقا بالواطئ قبل اللعان، جاز أن

---

[1] أبو العباس احمد بن محمد الخلوتي، شهير باصاوي المالكي. ط3 دار المعارف. 1992ص132
[2] شربيني مغني المحتاج، المرجع السابق ص459
[3] ابـن حـزم علـي بـن أحمـد أبـو محمـد: المحلـى، المرجع السابق، ص122
[4] أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري، محلى الاثار وط1 دار الفكر بيروت 1968م ص331
[5] الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص242
[6] بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق ا، المرجع السابق ص138
[7] يوسف بن عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد البر التمري الاندلسي. الاستذكار ط1 دار قتيبة. حلب 1993و ص 510
[8] يوسف بن عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد البر التمري الاندلسي. المرجع السابق ص512
[9] محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 1409 ه - 1979م، (ج4 ص 292).
[10] زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق ص129(

يصير لاحقا به بعد الاعتراف، لأن الأصل فيه اللحوق والنفي طارئ، وولد الزنا لم يكن لاحقا في حال، فيرجع حكمه بعد الاعتراف إلى تلك الحال[1] .

ج- ومن وصف ولد الملاعنة بأنه ولد الزنا: أي قذفه بأمه يقام عليه حد القذف عند جمهور الفقهاء [2]

بخلاف ولد الزنا، ودليل ذلك ما رواه أبو داود في سننه، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، ونفى النسب وقضى ألا يدعى ولدها لأب ولا ترمي ولا يُرمي ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد[3]

وقيل بأن: «لو قذفها الملاعنة - أو قذف ابنها بنفي النسب عن أبيه الذي لاعنها فيه حد القذف بذلك؛ لأنّه لم يجزم بنفي نسبه لصحة استلحاق أبيه الذي لاعن فيه له»[4]. فمن قذف أم ولد الملاعنة يحد، ولا يحد قاذف أم ولد الزنا. لكن لو قذف ولد الزنا في نفسه، فعليه الحد كما لول قذف ولد الملاعنة، لأنه محصن عفيف، وإنما الذنب لأبويه وفعلهما لا يسقط إحصانه[5].

د - تقبل شهادة ولد الملاعنة في الزنا عند المالكية، بخلاف ولد الزنا فإنه لا تقبل شهادته عندهم، حيث جاء في ذلك قول القاضي أبي الوليد: «تجوز شهادة ابن الملاعنة في الزنا، ولا يشبه ولد الزنا»[6]. وتكره إمامة ولد الزنا عند الحنفية والشافعية، بخلاف ولد الملاعنة[7].

الفقرة الثانية: التمييز بين ولد الزنا واللقيط

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

أولا: تعريف اللقيط

1 - اللقيط لغة مأخوذ من لقط الشيء يعني أخذه من الأرض من باب النصر، والتقطه أيضاً، واللقيط المنبوذ يلتقط، يقول ابن منظور: وأمَّا الصَّبي المنبوذ يجده إنسان فهو اللقيط اللقيط عند العرب فعيل بمعنى: مفعول والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له المُلْتَقط[8].

2 - اللقيط اصطلاحاً

تكاد تتفق تعريفات الفقهاء للقيط في مجمل معانيها، لكن الاختلاف بدا واضحاً في التسمية، حيث سماه البعض طفلا منبوذا، وآخر طفلا ضائعا، وغيره اسماً لحي مولود، وهي مفردات ذات صلة باللقيط وتحمل صورة من صوره، وهذه تعريفاتهم على النحو التالي:

أ - **عرفه المالكية بأنَّه:** «الطّفل المطروح صغيراً الذي لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقة وغيرها»[9].

---

[1] عبد الرحمان بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير على متن المقنع مصر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ت ن، ج 7 / ص 36

[2] المرداوي: الإنصاف، (ج10 ص (191)، مالك بن أنس: المدونة الكبرى، (ج4 ص 502) الماوردي: الحاوي الكبير، (ج 11 / ص 89-90).

[3] من المفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو اسحاق برهان الدين المبدع في شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ / 1997م، (ج 7 / ص 62-70)

[4] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4 ص324).

[5] الدسوقي نفس المرجع ص326

[6] محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الخزرجي الأنصاري. المبسوط، ط1. دار المعرفة، بيروت. لبنان. 1989ص127

[7] الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص197

[8] ابن منضور. لسان العرب المرجع السابق ص 637

[9] أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، بيروت، دار الفكر، ط2، د ت ن، (ج3 ص (79(

ب-وعرَّفه الشافعية بأنَّه: «كلُّ صبي ضائع لا كافل له؛ فكل صبي خرج به البالغ؛ لأنه مستغن عن الحضانة والتَّعهد فلا معنى لأخذه، والضائع المراد المنبوذ، والذي لا كافل له هو: الذي لا أب له ولا جد ولا من يقوم مقامهما»[1].

ج- وعرفه الحنابلة بأنه: «طفل لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في شارع أو غيره أو ضل»[2].

د وعرفه الظاهرية بأنَّه: «كلُّ صغير منبوذ وجب على من أحضره أن يقوم به»[3].

د-وعرفه الحنفية بأنه :اسمٌ لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة، مضيعُه أثم، ومحرزه غانم[4].

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

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

2- أوجه الاختلاف

أ- مع أن اللقيط مجهول النسب ولم يعلم أحد أبويه، إلا أن الأصل فيه السلامة، وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن زنا[5].

ب- ب يفترق ولد الزنا بأن أمه معلومة فيلحق بها ، وتكون عصبتها عصبته، أما اللقيط فلا يُعرف له أب ولا أم، وتكون جريرته على من وجده يقوم بأعبائه.

ج- اللقيط يثبت نسبه بمجرد الدعوى " فإذا ادعى شخص أنّ هذا اللقيط ولده ويمكن أن يولد منه فإنّ دعواه تسمع، ولو من غير بينة ويثبت نسب اللقيط منه، وهو رأي الجمهور بخلاف المالكية اشترطوا ثبوت النسبه بالبيّنة، غير أنّ هذه البيّنة ليس فيها تشديد كأن يدعي أنه طرحه وعادة الناس في طرح أولادهم على الطريق رجاء أن يعيش لهم الولد[6] .

د-كما أن اللقيط لا يأخذ أحكام ولد الزنا والمترتبة على كونه ابن زنا كالخلاف في شهادته وإمامته، وحتى في شأن أحكام النسب وما يترتب عليه. ومن خلال ما سبق يتبين لنا ضرورة ضبط هذه المصطلحات حتى لا يتهم أي طفل في نسبه بما لا يلزمه شرعا، ولا يجوز أن نحكم على لقيط بعينه أنه ابن غير شرعي[7].

الفقرة الثالثة : التمييز بين ولد الزنا وولد الشبهة

يرى الباحث أنه لا بد قبل البدء في الحديث عن الفرق بين ولد الزنا وولد الشبهة أن يبين حقيقة الشبهة لغة واصطلاحاً.

أولا: تعريف الشبهة:

1- الشبهة لغة : الشبهة بالصّم : الالتباس والمِثْل والشَّبه بالكسر والتَّحريك المثل وشابهه أو شبهه ماثله، وتشابها واشتبها أشبه كلٌّ منهما الآخر حتى التيسا، وأمور مُشْتَبِهَةٌ ومُشْبِهَةٌ مُشكِلَة، وشَبَّه عليه الأمر تشبيها لبس عليه،

---

[1] أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصين (تقي الدين الشافعي): كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار دمشق دار الخير، ط1، 1994، ص 319

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

[3] ابن حزم، محلى الاثار، المرجع السابق ص132

[4] أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322، (ج1/353)

[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. المرجع السابق. ص124

[6] الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص198

[7] جلول عمارة، الحاق النسب ولد الزنا بين فقه الإسلامي والقانون الجزائري. مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية. شريعة وقانون، جامعة الجزائر 2011, ص74

وفي القرآن الكريم المحكم والمتشابه؛ والشبهة : المأخذ الملبس والأمور المشتبهة؛ أي: المشكلة لشبه بعضها ببعض[1].

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

أ عند الحنفية: عرفها ابن نجيم بأنها:« مايشبه الثابت وهو ليس في نفس الأمر بثابت»[2]، وعرفها الجرجاني بأنها : « ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا»[3].

ب- عند الشافعية فعرفها السيوطي فعرفها بأنها: «ما لم يتيقّن كونه حرامًا أو حلالاً، ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة»[4].

ج - الشبهة عند العلماء المعاصرين:

عرفها الشيخ محمد أبو زهرة: "هي الحال التي يكون عليها المرتكب، أو تكون بموضوع الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذورًا في ارتكابها، أو يعد معذوراً عذراً يسقط الحد عنه ويستبدل به عقابا دونه ، وهذا التعريف للشبهة خاص بالحدود وما فيها معناها كا الكفارات حيث رتب الفقهاء على وجود هذه الشبهة أحكاماً خاصة كإسقاط الحد[5].

عرفها الشيخ محمد الزحيلي: بأنّها الشيئ الغامض الذي يصاحب أمراً فيمتنع عن غيره"[6].

والمقصود بولد الشبهة هو الولد الناتج عن الوطء غير المشروع الذي ظنّ صاحبه مشروعيته، أو بمعنى آخر نسبة إلى وطء الشبهة، وهو الوطء في نكاح فاسد أو وطء إمرأة ظنها امرأته أو أمته، وهو وطء يلحق به النسب فولد الشبهة إذا هو الولد الناتج من وطء في نكاح فاسد أو وطء إمرأة ظنها امرأته [7]

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

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

2- أوجه الإختلاف :

أ- ولد الشبهة ناتج عن وطء غير مؤاخذ به فالواطئ معذور بهذه الشبهة بخلاف الزاني الآثم الشبهة من الخطأ.

ب- الولد الشبهة يثبت نسبه إلى أبيه الواطئ ، ويجوز استلحاقه، ويحد قاذفه بأمه، بخلاف ولد الزنا الذي يمتنع استلحاقه مطلقا، ويترتب على فعل الزنا الإثم واستحقاق الحد ولا يحد قاذفه بأمه.

بخلافه».

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

---

[1] أحمد بن محمد بن علي الفيومي المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ط2 دار المعارف – القاهرة 1964 ص305

[2] زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1999، ص 108

[3] الجرجاني علي بن محمد الشريف الحسيني الحنفي (ت 816): التعريفات تحيق د. محمد عبد الرحمن المرعشلي طبع دار النفائس ط /1 1424هـ، 2003م ص74

[4] السيوطي جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تخريج وتعليق وضبط خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، دار الفكر لبنان ط،3/ د ت ط، ص598

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

[6] محمد مصطفى الزحيلي وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، بيروت، مكتبة البيان، ط1، 1982، (ج2 ص756).

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

الفقرة الرابعة : التمييز بين ولد الاغتصاب وولد الزنا

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

أولا: تعريف الاغتصاب:

1-**الاغتصاب لغة:** اغتصاب مصدر من الفعل غصب يَغْصِبُ غَصْباً واغتصاباً، يقال: غصبه يغصبه؛ أي: أخَذَه ظُلْماً[1].

2- الاغتصاب اصطلاحا: أكثر الفقهاء يطلق الاغتصاب على أخذ المال ظلما وعدوانا وقهرا، وأخذ شخص حق غيره والاستيلاء عليه، كما يطلقونه على الاعتداء على العرض، فيسمونه الزنا بالإكراه وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

أ- عند المالكية : « الغصب : أخذ المال قهرًا تعدّيا بلا حرابة» أي: مقاتلة. وكثير من فقهاء المالكية استعمله على جريمة الزنا كما جاء في الاستذكار[2].

ب- عند الشافعية: «الغصب، هو: الاستيلاء على حق الغير عدواناً». والاستيلاء، هو: القهر والغلبة بغير حق، ويطلقونه -أيضا على الإكراه على الزنا، أي على التمكين من الزنا[3].

ج-عند الحنابلة: « الغصب: استيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرًا بغير حق". فقد استعمل هذا الغصب بمعنى القهر[4].

د- عند الحنفية: « إزالة يد المالك أو صاحب اليد عن المال بفعل في العين»، كما عرف الاغتصاب بأنه: « وطء حرة أو أمة جبرا على غير وجه شرعي»[5].

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

اتصال الرجل جنسيا بالمرأة كرها عنها[6]

اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها بذلك[7]،

مواقعة الأنثى بغير رضاها أو مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها[8].

3-والمقصود بولد الاغتصاب هو: ولد زنا ناتج عن علاقة غير شرعية إلا أن المرأة تكون مكرهة على الزنا فيرتفع الإثم عنها، والاغتصاب مفارق للزنا من جهة المرأة فهي مكرهة لا ذنب لها، والمكره مرفوع ذنبه في الفعل الذي هو أشد من الزنا[9].

يقول القرضاوي: «إنّ المرأة المغتصبة التي بذلت جهدها في المقاومة لهؤلاء العلوج وأمثالهم، لا ذنب لها لأنّها مكرهة ، والمكره مرفوع ذنبه في الكفر الذي هو أشد من الزنى»، كما قال الله تعالى: ﴿ إِلَّا آمَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَن ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا

---

[1] ابن منضور لسان العرب، المرجع السابق ص456

[2] سيد سابق، فقه السنة، ط3ز دار الكتاب العربي. بيروت , 1977م، ص283

[3] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، ط1, دار الفكر. القاهرة , 2005م، ص146

[4] محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين الســمرقندي: تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2،1414 هـــــ - 1994م، (ج3/ص 89).

[5] علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن التسولين البهجة في شرح التحفة " شرح تحفة الحكام"، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ - 1998م، (ج 2 / ص 586).

[6] أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، د ط 1979 1880، ص 601

[7] محمود نجيب حسني: الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، [د ط] 1993، ص447

[8] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزائر، دار هومة للنشر، 2003، ص91.

[9] احمد عبد المجيد محمد محمود حسين، احكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي ز المرجع السابق، ص 35

عليه»[1]، بل إن المرأة المغتصبة، التي وقعت فريسة، مأجورة في صبرها على هذا البلاء، إذا هي احتسبت ما نالها من الأذى عند الله عز وجل، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما يصيب المسلم من نصب ولا وصب، ولا هم ولا غم، حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياه»[2].

ثانيا: الفرق بين ولد الزنا وولد الاغتصاب: نتطرق أولا لأوجه الشبه بينهما ثم أوجه الاختلاف

1- أوجه الشبه :

أ - كلا الفعلين يعد جريمة يحرمها الشرع والقانون.

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

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

2- أوجه الاختلاف

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

المرأة.

ب- لا حد على المكرهة بخلاف الزانية لقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[3]. والحديث فيه دلالة صريحة على أن الإكراه سبب رفع الإثم وما كان كذلك فهو شبهة يسقط بها الحد وعليه فالعقاب في جريمة الاغتصاب يقع على الرجل دون المرأة، أما جريمة الزنا فالعقاب يقع على الطرفين لتواطؤهما.

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

د - هناك خلاف في حد الزنا والاغتصاب[4].

المطلب الثاني: معنى إستلحاق ولد الزنا

الفرع الأول: استلحاق الزاني ولده من الزنا إذا كانت أمه فراشا:

أولا: معنى الفراش: الفراش واحد الفرش وقد يكنى به عن المرأة[5].

أ-تعريف الفراش: الفراش زوجة الرجل ويقال للمرأة هي فراشه لأن الرجل يفترشها، ويكنى بالفراش عن كل واحد من الزوجين [6]

ت- الفراش تستعمل بمعنى الوطء، كما تستعمل بمعنى تعين المرأة للولادة لشخص واحد[7].

---

[1] أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني. سنن ابن ماجة، شعيب ارنوط، عادل مرشد. محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله. دار الرسالة العلمية. طلاق باب طلاق المكره والناسي. ط 1 , رقم الحديث 2045 ص ص200و 201

[2] البخاري صحيح البخاري، المرضي باب ما جاء في الكفارة المرض حديث رقم 5641 ج 7 ص 114

[3] ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري لابن بطال، ط2,مكتبت الرشد الرياض. 2003م ص127

[4] الموسوعة الفقهية الكويتية. المرجع السابق، ص626

[5] أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع السابق ص 318

[6] محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مصطفى حجازي، ج17, وزارة الإعلام بالكويت 1977، الكويت. ص305،

[7] الزيلعي عثمان بن علي الحنفي فخر الدين: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، نشر دار المكتب الإسلامي. 1313ه، القاهرة. ص43

ث- وفي تأويل الفراش فالجمهور يرى أن النص قد خص الفراش بالنسب الشرعي أو ما يلحق به فلا يثبت بغيره، فلا يعد الزنا طريقا لإثبات النسب. وقال ابن عبد البر القرطبي: «وأجمعت الأمة على ذلك نقلا عن نبيها وجعل كل ولد يولد على فراش الرجل لاحقا به على كل حال إلا أن ينفيه بلعان على حكم اللعان[1]

ب القائلون بعدم الإلحاق

يكاد يجمع العلماء على عدم إلحاق ولد الزنا لتضافر ظواهر الأدلة في ذلك من الكتاب والسنة، وورود أدلة أخرى في ظاهرها جواز ذلك ما أدى إلى ظهور النزاع حول المسألة، وعدم التسليم لأدلة الخصوم، وقد استدل القائلون بعدم إلحاق ولد الزنا بما يلي:

روى البخاري عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله : هو لك يا عبد ابن زمعة، ثم قال النبي : الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي : احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبه فما رأها حتى لقي الله[2] .

وكذا ما رواه أبو داوود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رجل فقال يا رسول الله إن فلانا ابني عاهرت بأمه في الجاهلية فقال رسول الله : لا دعوة في الإسلام ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر[3] » ، وحديث ابن عباس رضي الله قال: قال رسول الله : «لا مساعاة (المساعاة الزنا) في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث[4]».

وجه الدلالة: هذه الأحاديث صريحة في أن من ولد على فراش رحل فإنه يلحق به ولا يلحق بالزاني، فقد كانت سنة الجاهلية إلحاق النسب بالزنا وكان الإماء يساعين ويستأجروهن لذلك فمن اعترفت الأم أنه ابنه الحق به فجاءت سنة الإسلام بإبطال ذلك، وإلحاق الأنساب بالعقود الصحيحة، والأفرشة الثابتة لا بطريق الزنا[5].

جاء في فتح الباري نقلا عن الشافعي: « الولد للفراش له معنيان أحدهما: هو له ما ينفيه فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتقى منه. والثاني إذا تنازع رب الفراش والعاهر قالولد لرب الفراش، وهو قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة عبد بن زمعة[6]

وهو قضاء عمر بن الخطاب حينما أرسل إلى شيخ من بني زهرة قال الراوي: فذهبت مع الشيخ إلى عمر بن الخطاب وهو في الحجر فسأله عن أولاد من ولاد الجاهلية، قال: وكانت المرأة في الجاهلية إذا طلقها زوجها أو مات عنها نكحت بغير عدة، فقال الرجل: أما النطفة فمن فلان وأما الولد فعلى فراش فلان، فقال عمر: صدقت ولكن قضى رسول الله بالولد للفراش[7].

ج. القائلون بالإلحاق

واحتج أصحاب الشافعي أن ذلك القضاء من النبي × إنما كان ذلك لقطع الذريعة بعد حكمه بالظاهر فكأنه حكم حكمين؛ حكم ظاهر وهو الولد للفراش وحكم باطن وهو الاحتجاب من أجل الشبهة، وقيل على الحيطة وتوقي الشبهات، ويحتمل ان يكون ذلك لتغليظ أمر الحجاب في حق أمهات المؤمنين، فقالوا: يحتمل تأويل هذا الحديث عندي أن يكون x أجاب عن المسألة فأعلمهم بالحكم أن هذا يكون إذا ادعى صاحب فراش وصاحب زنى. وهذا

---

[1] ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعان والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، مصطفى بن أحمد العلوي محمد عبد الكريم البكري. المغرب1378م. ص183

[2] صحيح البخاري. كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ج2 , ص5

[3] سنن ابي داوود، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ج2, ص283

[4]. سنن ابي داوود، نفس المرجع، ص279

[5] عياض بن موسى أي الفضل عياض اليحصبي: إكمال المعلم بفوائد مسلم للحافظ. يعي إسماعيل، ط1، دار الوفاء، المنصورة. 1419•,1998م، ص652

[6] احمد بن علي بن حجر أبو الفضل العزقلاني الشافعي، المرجع السابق، ص.ص 35 -36

[7] ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، المرجع السابق،ص194

الأخير يليق بالمقام فإن هذه المسألة من قضيا النبي ، التي فصل فيها، وأعلمنا بالحكم فيما يشبهها من ادعاء ولد الزنا بأي ذريعة وطريقة كانت، وقد تنزل بالناس نوازل فيكون هذا الأصل مما يقاس عليه، وتخلص إلى أن حكم إلحاق ولد الزنى كان من أمر الجاهلية، فلما جاء الإسلام أبطله وجعل الولد لصاحب الفراش، وهو حكم بالظاهر، وهو كما ذكره الفقهاء بإجماع الأمة على ذلك بلا مخالف، لكن ذكروا الخلاف فيما إذا لم يكن فراش[1].

الفرع الثاني: إستلحاق الزاني ولده من الزنا إذا لم يكن فراش

لما حسم في إلحاق ولد الزنا إذا عارضه فراش تعلق بعضهم بأن المسألة خارجة عن محل النزاع وأن الحديث ورد في ذلك وأنه إذا تنازع على نسب فإن الولد في هذه الحالة لصاحب الفراش، فإذا لم يكن فراش يعارضه فإنه يلحق به، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وهو مذهب عروة بن الزبير والحسن البصري وابن سيرين والنخعي وإسحاق بن راهوية ذكر عن عروة بن الزبير وسليمان بن يسار أنهما قالا أيها رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه، وقالا في رجل زبى بامرأة فولدت فادعى ولدها فقال يجلد ويلزمه الولد[2]

وأجاب الجمهور عن هذا الإشكال بأن الحديث عام يطبق في كل الأحوال ومعناه أنه ليس للزاني حق في الولد في أي صورة من الصور، كان هناك فراش أولا، استلحق الزاني الولد أم لا، تنازع الزاني وصاحب الفراش أولم يتنازعها. فمن فرق بين وجود الفراش وعدمه، وأنه عند عدم الفراش يلحق الولد، فإن ذلك تقييد للنص بلا مقيد؛ أي بلا دليل والتقييد بلا مقيد باطل كما هو معلوم[3]

ومن تمسك بتأويل لفظ الحجر أن الحديث دل على العقوبة في رحم الزانية والزاني لكن هذا مردود لأن العلماء فسروا لفظ الحجر بغير ذلك، فقالوا: معنى له الحجر: الخيبة أي لاشيء له في الولد والعرب تقول: له الحجر، وبقية التراب يريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل المراد الحجر أنه يرجم[4] . والدليل الأول؛ لأنه ليس كل زان يرحم فغير المحصن يجلد ولا يلزم من رجمه نفي الولد، ولا إلحاقه وأما غير المحصن فلم يذكر فيه شيء، وهذه استدلالات ضعيفة لا تقوى ولا تقوم، فإن العلماء فسروا ذلك على عمومه

قال ابن عبد البر : الولد للفراش على كل حال، وقال وأما اليوم في الإسلام فقد أحكم الله شريعته[5] بل أن في الحديث إثبات ونفي؛ إثبات النسب تصاحب الفراش، الثاني أن من لا فراش له لا نسب له، لأن قوله الولد للجنس وكذلك الفراش للجنس لدخول الألف واللام فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر فكأنه قال: لاولد إلا للفراش[6] ، وورد أيضا أن ابن الزبي ممنوع من الإرث فهو ممنوع ومقطوع النسب قال : من ادعى ولدا من غير رشدة (زنا) لا يرث ولا يورث[7] . لأن الوراثة بالنسب ولا نسب بينه وبين الزاني.

وهذا الحديث نص في موضوع النزاع فما نتج عن الزنا فهو مقطوع النسب لا يلحق.

والذين أيدوا تنسيب الولد لأبيه إذا لم يكن فراش يستدلون بحديث جريح الراهب وفيه "أن جريجا لما رمي بالزنا قال للغلام الذي زنت أمه مع الراعي من أبوك يا غلام؟ قال: أبي الراعي[8]

وجاء في شرح مسلم: (جوابه من وجهين أحدهما لعله كان في شرعهم يلحقه والثاني المراد من ماء من أنت وسماه أبا مجازا [9]).

---

[1] المرجع نفسه، ص186

[2] ابن القيم الجوزية، المرجع السابق ص212

[3] علـواني إبـراهيم: مـدى مشـروعية تنسـيب ولـد الزنـا في ضـوء الأحكـام العامـة للنسـب، كليـة الحقوق جامعة القاهرة. ص92

[4] عياض بن موسى أي الفضل عياض اليحصبي، المرجع السابق، ص652

[5] يوسف بن عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد البر التمري الاندلسي. الاستذكار، المرجع السابق ص164

[6] أبو بكر الرازي، المرجع السابق ص160

[7] سنن ابي داوود، المرجع السابق، ص279

[8] صحيح البخاري، كتاب الأنبياء. باب ودكر في الكتاب مريم، ج2,ص 368

[9] شرح النووي على صحيح مسلم. كتاب البر، باب تقديم بر الوالدين على تطوع بالصلاة ج2ص285

وذهب الحنفية إلى القول بجواز الإحاق بشروط خاصة وتبعهم في ذلك جمهور الحنابلة المالكية والشافعية في ذلك توسيعا لدائرة الإستلحاق لكن بشروط

. أن يكون الولد مجهول النسب، ولو أقر به ثم نفاد ثم أقر به يصح إقراره[1].

أن لا يكذبه الواقع.

أن يصدقه الولد في ذلك.

وتوسع الحنابلة في ذلك فقالوا إذا أقر كل الورثة فإنهم يلحقون نسبا لأن الوارث يقوم مقام المورث في ميراثه، والدين الذي له وعليه، وبيناته ودعاويه والإيمان التي له وعليه، وكذلك في النسب لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه عدد المقرين كالدين، ولأنه قول لا يعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كإقرار المورث[2] .

أما المالكية فذهبوا إلى قبول إقرار المكلف، ولو كان سفيها، ولو لم تصدقه أمه لتشوف الشارع للحوق النسب بشرط أن يكون الولد مجهول النسب وغير معلوم، وألا يكذبه العقل لصغر سن، أو بلد يعيد لم يدخله[3].

وقول آخر للمالكية يقضي أن يعرف متى كانت له هذه الزوجة؟ ومتى فارقها؟ فإن مضى أكثر مدة الحمل أو كان الولد معلوم النسب لم يلحق[4]

وعند الشافعية أنه يستحب للقاضي أن يسأل المستحلق من أين له ذلك؟ من أمة، أو حرة من شبهة، أو نكاح، وهو كاللقيط في حكم لقطته ثم تجري عليه أحكام النسب من الجانبين فيرث أحدهما الآخر[5]

---

[1] الكليبولي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده: مجمع في شرح ملتقى بيروت لبنان. الأبحر حققه وخر ج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور دار الكتب العلمية 1419هـ 1998م، ص392

[2] مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحيباني، ج،4 المكتب الإسلامي، 1961 (4)م، دمشق. ص659

[3] احمد الدردير أبو البركات، المرجع السابق ص412

[4] القرافي أحمد بن إدريس الرجع السابق، ص314

[5] حاشية عميرة: شهاب الدين أحمد الألوسي الملقب عمرة ج3/ص مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر 1419، 1998، بيروت لبنان ج4، ص 85.

خلاصة الفصل:

وعموما في نهاية هذا الفصل فإنه من الضروري التنويه بالمجهودات الجبارة للفقهاء الشرعيين والقانونيين التي بدلوها لضمان حماية شرعية دقيقة وصارمة حيال الحد من اختلاط الأنساب حيث سعو جاهدين لتعريف النسب أسبابه وكيفية ثبوته سواء بالزواج صحيح او بالنكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة او بالتلقيح الاصطناعي او بالاستنساخ كما منعت هذه التشريعات كل ما من شأنه المساس بالنسب من زنا أو اغتصاب او استئجار الارحام وقد فرضت عليه عقوبات صارمة لوضع حد لهذه الممارسات.

و نرى أن الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية قد اتفقوا على الاحكام ثبوت النسب من ناحيه الزواج صحيح او غير صحيح وكما أنهم اختلفوا في بيان أقصى مدة الحمل ففي حين حددتها اغلب التشريعات بسنة كاملة من تاريخ عقد الزواج ان كانت الزوجية قائمة بين الزوجين ومن تاريخ الوفاة او الطلاق بالنسبة للمتوفى عنها زوجها والمطلقة وايضا في بيان تاريخ احتساب أقل مدة حمل وأقصاها في حال قيام الزوجية ففي حين تحتسب هذه المدة من تاريخ عقد الزواج في التشريعات الوضعية فإن فقهاء الشريعة اسلاميه اختلفوا في تاريخ بدء احتسابها على النحو الذي بيناه .

الفـــصل الثـــــــــــاني
طرق إثبات نسب ولد الزنا

الفصل الثاني

التشريع الإسلامي قائم على أصول ثابتة ومبادىء سامية، تجعله يساير الأزمنة والأمكنة ونحن نقف على قواعد النسب وما يحيط به نجدها محاطة بجملة من الشروط والمبادىء والضوابط المتينة ما تجعل أحكام النسب في غاية المثانة بعيدة عن التناقض أو الغموض والإشكال.

فإثبات النسب قائم على أصول الأقضيات والدعاوى من البيئة والشهادة والإقرار، وكلها أدلة معقولة المعنى، ثم إذا تعذر الكشف عن النسب صار الأمر في التعرف عليه بواسطة خبير يعرض عليه الأمر فينظر إلى أطراف المولود فينسبه إلى أبيه الحقيقي، وفق ضوابط معلومة تسمى بالقيافة، التي أصبحت في زماننا يتعرف عليه بواسطة وسائل متطورة تتمثل في التحليل الجيني وتصنف تصنيفا دقيقا يعرف بتحليل الحمض النووي، أو البصمة الوراثية.

ووفق التكييف الفقهي وجد الفقهاء المعاصرون أن التحاليل الطبية لا تخرج عن النطاق الفقهي للقيافة والحكم بها، فأدرجت في القضاء، واعتمدت من طرف المحاكم الشرعية في البلاد الإسلامية كدليل يستعان به وبقواعد، قانونية دون أن يتعدى القواعد الشرعية الثابتة بالكتاب أو السنة.

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق التقليدية والحديثة

المطلب الأول: إثبات النسب بالبينة واليمين {الطريقة التقليدية}

الفرع الأول: مفهوم البيئة في اللغة والاصطلاح

أ ولا معنى البينة في اللغة البيئة من التبيين بمعنى الوضوح والإيضاح وهي الدليل والحجة، وهي الحجة القوية الواضحة[1] .

ب. معنى البينة في الاصطلاح

[1] الجرجاني، المرجع السابق، ص111

عرفها المالكية: «اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وقد سمى النبي الشهود بيئة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم كوقوع البيان بقول الرسول[1]؛ فهي علامة لكل ما دلّ ومنها الشهود لقول النبي : البينة أوحد في ظهرك[2]

وجاء أيضا : " البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس وتارة شاهدين وشاهدا واحدا وامرأة واحدة ونكولا ويمينا، أو خمسين يمينا، أو أربعة أيمان وتكون شاهد الحال في صور عديدة ، فإذا أطلقت البيئة صارت إلى الشهادة والشهود[3].

فالشهادة والشهود نوع بينة وهذه الأخيرة تقتضي التفصيل في أدائها كبينة الرؤية والمعاينة والسماع وكعبارة الفقهاء حول تنازع الزوجية في قولهم: " ويثبت بينة السماع بالدف والدخان[4] ".

ثانيا : شرح التعريف:

من خلال عرضنا لتعريف البيئة نلاحظ أن التعريفات تدور حول معنيان.

المعنى الأول: أن البيئة هي الحجة والبرهان والدليل، وقد جاء ذلك في كتاب الله الآيات على هذا المعنى قال تعالى على لسان نبي الله صالح: قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [سورة الأعراف الآية : 73] فالبيئة الحجة على صدق الدعوى وهي ترادف الآية، وهي الناقة التي جعلها الله آية لصدق صالح عليه السلام [5]، و ذكرت في قوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِينَ حَتَّى تَاتِيَهُمُ الْبَيِّنَة [سورة البينة: الآية: 1]

فالبينة مفسرة بما بعدها وهي الحجة الواضحة وهي بعثة رسول الله بالشريعة الغراء[6]

المعنى الثاني:

البيئة هي الشهادة والشهود واشتقاق الشهادة من المشاهدة؛ لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم لما يشاهد المشهود عليه، وتسمى بيئة أنها تبين ما التبس وتكشف الحق الذي اختلف فيه[7] . وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمعنى المأخوذ من المعنيين أن البيئة هي الحجة والبرهان وكل ما بين الحق وأظهر الحقيقه فكلما تجد بينة صار الأمر إلى الشهادة فبينهما عموم وخصوص مطلق؛ فكل بينة شهادة وليس كل شهادة بينة، احترازا ممن لم تقبل شهادتهم، والأولى أن تكون البينة أعم من الشهادة لاعتبار اللغة والعمل، وعدم حصرها في طريق دون أخرى، لورود ذلك في السنة الصحيحة، وتواطأت عبارات المفسرين على هذا المعنى.

أما من حيث اللغة فإن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وأما من حيث العمل فإن الفقهاء يطلقون البينة ويريدون بها الحجة مطلقا في كثير من عباراتهم[8] .

ونرى إطلاق البينة على المعنى العام وعدم حصرها في طريق دون أخرى ذلك أن كتب الفقه تذكر باب الأقضية فتذكر البينات وفي مقدمتها القضاء بشهادة الشهود والأيمان والنكول وغيرها على أن كلا من هذه الأمور مختلفة عن بعضها وهي مما يُقضى بها، وليست البينة شهادة الشهود فقط.

الفرع الثاني: نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة

---

[1] بن طاهر الحبيب: الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، ط2 1426/ هـ 2005م بيروت لبنانص172

[2] صحيح البخاري كتاب الشهادات، باب ادا ادعى القدف ص161ج 2

[3] ابن القيم الحوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شركة دار الأرقم ابن الأرقم 1419هـ، 1999م بيروت لبنان. ص48

[4] الصاوي أحمد: بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1995م ص316

[5] ابن عاشور محمد الطاهر: تفسير التحرير والتنوير، الطبعة التونسية، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس - 1997م.ص218

[6] الشوكاني محمد بن علي بن محمد: تفسير فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، د. ت. ط ص1643

[7] المقدسي ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي بيروت لبنان بعناية جماعة من العلماء. د.ت ص4

[8] الزحيلى محمد وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الشرعية، مكتبة دار البيان ط /3 1428هـ2007، م.ص26

أولا: نصاب الشهادة في إثبات النسب

القول الأول:

يشترط في نصاب الشهادة على النسب أن يشهد رجلين ،عدلين قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [سورة البقرة: الآية 282] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [سورة الطلاق: الآية 2] ولم يعتبروا شهادة النساء فيما ليس بالمال ولا شبيه بالمال[1].

وعند أبي حنيفة أنها تقبل شهادة النساء فيما عدا الحدود وفي أحكام الأبدان؛ مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق وفيما لا يطلع عليه الرجال أنه تقبل شهادة المرأة الواحدة والثنتان أحوط[2] .

وعند الإمام مالك: لا تجوز في شيء من الشهادات أقل من شهادة امرأتين، ولا تجوز شهادة امرأة واحدة في شيء من الأشياء[3].

وعند الجمهور وفيما لا يطلع عليه الرجال جازت شهادة النساء، واختلفوا في العدد الحديث المرأة التي شهدت بالرضاع في قول النبي ×:«كيف قد أرضعتكما[4] ».

قال القرطبي : " أما شهادة النساء في الحدود فغير جائزة في قول عامة الفقهاء، وكذلك في النكاح والطلاق في قول أكثر العلماء، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما، وإنما يشهدن في الأموال، وكل ما لا يشهدن فيه فلا يشهدن على شهادة غيرهن فيه كان معهن رجل أولم يكن ولا ينقلن شهادة إلا مع رجل ينقلن عن رجل وامرأة ويقضى باثنتين منهن في كل مالا يحضره غيرهن كالولادة والاستهلال ونحو ذلك. وهذا كله مذهب مالك[5] ".

القول الثاني:

يثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وهو مذهب الحنفيه واستدلوا بما استدل به الفريق الأول ولم يفرقوا بين الحقوق المالية وغير المالية كالنكاح والرجعة، ودليلهم في ذلك الآية الكريمة بإن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَي ﴾ [سورة البقرة: الآية : 282]، ولكنهم فرقوا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة جازت شهادة المرأة الواحدة، أما الرضاع والنسب فلا يكون أقل من امرأتين لأن الشهادة إنما تثبت الولادة وتعين الولد[6].

وبدليل قضاء عمر بن الخطاب أنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح، ولم ينقل عنه أنه أنكر عليه أحد من الصحابة فكان هذا إجماعا بجواز ذلك[7] .

القول الثالث:

يثبت النسب بشهادة رجلين مسلمين أو رجل وامرأتين كذلك، أو أربع نسوة عدلات أو رجل عدل وامرأتان عدلتان مع يمين المدعي وهو قول ابن حزم واستدل بما روي عن النبي × أنه قال: فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل[8])، وحديث عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله × قال: « أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلنا بلى يا رسول الله [9]».

---

[1] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وادلته المرجع السابق ص122

[2] علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص278

[3] المرداوي: الإنصاف، المدونة الكبرى ص22

[4] صحيح البخاري بشرح فتح الباري كتاب الشاهدات باب شهادة المرضعة , 269

[5] القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن دار إحياء التراث العربي، 1405هـ 1985م، بيروت، لبنان ص395

[6] علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص217

[7] بورقعة سفيان عمر: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية ط1/1428هـ 2007م.ص268

[8] صحيح مسلم، شرح النووي كتاب الايمان باب نقص الايمان، مكتبة الايمان، المنصورة ج1 ص272

[9] صحيح البخاري كتاب الحيض باب ترك الحائض لصوم، ج1 ص85

قال ابن حزم قطع عليه الصلاة والسلام بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فوجب ضرورة أنه لا يقبل حيث يقبل رجل لو شهد إلا امرأتان وهكذا ما زاد[1].

ثانيا: نصاب الشهادة في إثبات الولادة

اتفق الفقهاء على أن الولد ينسب لأمه سواء كان من سفاح أو نكاح؛ لأنه ابنها انفصل منها. قال تعالى: وإن امهتهم، إلا ألي وَلَدْنَهُمْ ﴾ [المجادلة الآية: 2] ، أخبر بالحقيقة أن الأم هي الوالدة[2].

فكل امرأة وضعت مولودها فهو ينسب إليها، فإذا لم يعرف عين الولد أو وقع شك في كون الولد ذكرا أو أنثى كان المصير في إثبات ذلك إلى شهادة النساء الذين شهدن الولادة.

واتفقت آراء الفقهاء حول جواز شهادة النساء متفردات دون الرجال فيما يطلع عليه النساء مثل الولادة والإستهلال وعيوب النساء، ثم اختلفوا في نصاب الشهادة فقال مالك يكفى في ذلك شهادة امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل إن لم ينتشر[3]، وعن الشافعي أنه لا أقل من أربع نسوة فيما يغيب عنه الرجال[4].

قال صاحب المغني: ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة ،عدل ورواية أخرى لأحمد لا تقبل فيه إلا امرأتان»[5].

الفرع الثالث: اليمين

اليمين وهو التحليف أو الإستخلاف وهو طلب اليمين في دعوى النسب[6]. إذا لم توجد لدى المدعي بيئة لإثبات الأبوة أو البنوة فهل يحيل ذلك إلى القسم (الحلف) بناء على قاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا يستحلف في النسب ولا يعتبر ثبوت النسب ،بالحلف، وبه قال أبو حنيفة والمالكية . ورواية عن الحنابلة ، وحجتهم في ذلك أن فيه حق الله تعالى، ولا يجوز القضاء فيه بالنكول. لأنه بذل والنسب لا يدخله البذل، وكذا شرط العدالة فلا يثبت بالظن لأن الحلف ظن[7].

القول الثاني:

يكون الحلف في النسب، فإذا لم يقم البينة على دعواه فإنه يرجع على المدعى عليه ليحلفه، وهو مذهب الشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية ووجه للحنابلة[8] .

دليلهم في ذلك حديث النبي : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه[9] . وأن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق وهو أمر عام وقاعدة من قواعد الشرع العامة وهي تندرج في جميع الأقضيات الدعاوى ولا مخصص لهذا الحديث.

القول المختار:

والذي نختاره من هذين القولين قول من قال إن الحلف لا يدخل في النسب؛ لأنه بذل فلا يستطيع أحد أن يبذله، أو يبيحه لأحد، ففيه حق الله تعالى، وكيف يعطي من لا يملك أو يبيح من لا يد له عليه، يمنع حقا ليس له فيه

---

[1] ابن حزم علي بن أحمد أبو محمد: المحلى، المرجع السابق ص403

[2] الثعالبي عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد المالكي: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، حقق أصوله وعلق عليه وخرج أحاديثه الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط/1 1418هـ1997م، لبنانص454.

[3] ابن رشد الحفيد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد المرجع السابق ص465

[4] لشافعي محمد بن إدريس: الأم، تحقيق دار المعرفة 1393هـ، لبنان. ص131

[5] ابن قدامة المقدسي، المغني والمرجع السابق، ص15

[6] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص155

[7] نفس المرجع ,ص 156

[8] نفس المرجع، ص 182

[9] صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الاقضية باب البينة على المدعي ج6. ص202

ملك بحت وفيه تجرؤ الناس على إبطال الأنساب أو إثباتها بأي طريقة، ولنا مستجدات علمية يمكن الإستناد إليها في حالة عدم وجود الأدلة الشرعية من التحاليل الطبية المتنوعة. وعليه فإن وُجه اليمين على المدعى عليه وامتنع عن اليمين سقطت الدعوى، ولا تأثير للحلف من عدمه لأنه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول[1] .

الفرع الرابع: الإلحاق الإقرار

الفقرة الأولى: تعريف الإلحاق وحكمه

أولا : تعريف الإلحاق لغة واصطلاحا

أ. في اللغة: لحقه الثمن لحوقا، لزمه فاللحوق اللزوم واللحاق الإدراك [2]، لحق لحقته ولحقت أدركته[3] . قال تعالى: (وَءَاخَرِينَ مِنْهُمْ لَمَّا يَلْحَقُوا بِهِمْ ﴾ [سورة الجمعة: الآية: 3].

اللحق واللحوق والإلحاق الإدراك، لحق الشيء وألحقه وكذلك لحق به، وألحقه لحاقا، أي أدركه. وتلاحقت الركاب والمطايا أي لحق بعضها بعضا، الملحق: الدَّعي الملصق، و استلحقه أي ادعاه[4] . وفي حديث عمرو بن شعيب عن النبي قضى أن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعي له فقد لحق بمن استلحقه[5] ». والإستلحاق طلب لحوق الشيء.

ب . تعريف الإستلحاق عند الفقهاء

عرفه المالكية بقولهم: «هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره[6] ». فيخرج هذا أبي أو أبو فلان.

وعلى هذا التعريف سار جل فقهاء المالكية، والتعبير بلفظ الإستلحاق هو استعمال المالكية والشافعية والحنابلة وأما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة[7]

جاء في كتاب منح الجليل باب أحكام الإستلحاق وهو الإقرار بالنسب، وعن ابن القاسم عن مالك قال: الإستلحاق تسعة أعشار العلم[8] .

وهناك فرق دقيق بين الاستلحاق والإقرار ؛ وهو أن الاستلحاق لا يكون إلا من جهة الأب والإقرار من جهة الورثة، ويستعمل الإستلحاق والإقرار معا بمعنى واحد من جهة الأب.

ثانيا : حكم الإستلحاق

إنكار النسب الصحيح أو إلحاق النسب الباطل بالشخص كبيرة من الكبائر نهى عنها الشارع الحكيم، وشدد على مرتكبيها، فقد جاء في الصحاح والسنن عن سعد وأبي بكر أن رسول الله قال: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام[9]"

وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي × قال: «كُفَرَ بِامْرِي ادْعَاءُ نَسَبٍ لَا يَعْرِفُهُ أَوْجحده وإن دق[10].

---

[1] وهبة الزحيلي. المرجع السابق، ص190

[2] ابن منضور، لسان العرب. المرجع السابق ص226

[3] الراغب الاصفهاني، معجم مفردات القران، المرجع السابق. ص 341

[4] ابن منظور. لسات العرب المرجع السابق ص235

[5] سنن ابي داوود، كتاب الطلاق المرجع السابق ص280

[6] -محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع التونسي المالكي : شرح دود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350، ص 446.

[7] الموسوعة الفقهية الكويتيت، المرجع السابق، ص84

[8] محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي. منح الجليل، المرجع السابق، ص472

[9] صحيح البخاري كتاب المغازي باب غزوة الطائف ج3 ص98

[10] سنن ابن ماجة: حاشية السندي ومصباح الزجاجة في (2) زوائد ابن ماجة للبوصيري كتاب الفرائض، باب من أنكر ولده ص،636 تخريج وعناية صدقي جميل العطار، دار الفكر، لبنان،1428 1429هـ2008، م.

وقد منحت الشريعة الإسلامية النسب مكانة سامية لحفظه، والحرص على اتصاله وتسلسله ليكون المجتمع مترابط الأفراد، تجمعهم المودة والمحبة والتعاون والتناصر، وما يتبع ذلك من الحقوق فيما بينهم، كحقوق الأسرة (حق الأبوة والأمومة والأخوة وحق الجماعة، وغيرها...)[1].

الفقرة الثانية: أنواع الإستلحاق

الأصل في الكلام عن الإستلحاق حديث عبد بن زمعة لرواية عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كان عتبة ابن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص، وقال ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله : هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي : «الولد الفراش وللعاهر الحجر»على أن هذا الحديث لا يدل اعتبار استلحاق الأخ لأخيه وإنما جاء العلم بذلك من طريق آخر عُرف عند النبي أنها كانت جاريته وكان صهره أو باستفاضة ذلك[2].

وكان عمر بن الخطاب على جلالة قدره يليط ((أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. وكان يفعل ذلك بناء على ما كان نكاح أهل الجاهلية، فيليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم ويلحقهم بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش لأن أكثر أهل الجاهلية كانوا كذلك[3] .

وقد قسم الفقهاء الإقرار إلى قسمين: الإقرار بالنسب المباشر، والإقرار بالنسب غير المباشر.

أولا: الإقرار بالنسب المباشر (الإقرار على النفس)

وهو إقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له وهو قاصر على الأب، فلا يثبت النسب بإقرار غيره، ويثبت بتصريح الأب بإقراره ولو كذبته الأم، أو كذبه الإبن المستلحق لعدم صحة استلحاقها؛ إنها إن أقرت بنوة شخص فإنها لا تصدق ولا يلحق بها، لأن النسب حق للأب كما ذكرنا[4] .

ويرى الحنفية في القرابة المباشرة (الصلة القائمة بين الأصول والفروع في درجة واحدة) أنه يحق لكل من الوالد والولد والأم أن يدعيا نسبا يلحقانه[5].

شروط صحة الإستلحاق بالنسب المباشر:

.1. أن يكون نسب الولد المستلحق مجهولا لا يعرف فإذا كان الابن معلوم النسب وادعاه آخر فإنه لا يصح، فلا يؤخذ بقوله ويحد حد القذف، فإن ادعى أنه ابنه من الزنا حد جلدًا أو رجماً إن كان محصنا لاعترافه بالزنا، ويلحق الإبن بالفراش لقول النبي : "الولد للفراش"[6] .

2 . أن يكون الولد ممن يصح إلحاقه به عقلا وعادة وذلك مثل أن يولد لمثله فإن ادعى رجل بنبوه طفل بينهما من السنين مقدارا لا يأتي معه أبوة، أو بنوة كتسع سنين، أو يكون المدعي لا يأتي منه المولد كمن به عاهة أو مقطوع الذكر، أو خصي، أو غير ذلك من الأمراض والأعراض المؤثرة في الإنجاب، أولم يتزوج قط أو ادعاه في بلد لم يدخلها[7] .

---

[1] –وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته, المرجع السابق ص171

[2] ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعان والأسانيد، المرجع السابق. ص219

[3] ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله: الاستذكار، سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1421ه2000-م ص164

[4] محمد مصطفى الزحيلي وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية المرجع السابق ص163

[5] خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الجوزي، ط1، 1435ه2014-م. ص205

[6] نفس المرجع ص 215

[7] احمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير المرجع السابق ص412

3. أن لا يثبت كذب المستلحق فإن كانت قرائن الأحوال تشير إلى ذلك لم يثبت فيه دعوى نسب لرجل إلا ببينه بخلاف ما إذا نسبته امرأة. يقبل قولها إن ادعته أنه من زنا لأن ولد الزنا يثبت سبه من أمه إلا أن يعرف كذبها[1] .

4. ان يصدقه المقر له إن كان مميزا، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى الغير بدون بينة فإن كان المقر له غير مميز ، فلا يحتاج إلى تصديقه ويثبت نسبه من مدعيه لتشوف الشارع إلى اتصال لانه في ذلك مصلحة كبرى للولد وللمجتمع[2].

5. لا يشترط في الإستلحاق حياة المستلحق، فإن مات جاز استلحاقه وورثه إن ترك أبناء، فإذا لم يترك ولدا فإنه يلحق به ولا يرثه لاتهامه بأنه استلحقه لأخذ ماله ما لم يكن المال قليلا جدا[3].

6 . أن لا ينازعه في إقراره منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا، فلم يكن إلحاق نسب الولد بأحدهما أولى من الآخر بمجرد الإقرار فلابد من بينة تثبت نسب أحدهما دون الآخر[4].

أما الإقرار غير المباشر فهو بالشروط المتقدمة للإقرار المباشر ويضاف إليه أمرين:

1 - أن يصدق المقر عليه بالنسب إذا كان حيا فيثبت بالتصديق والإقرار المباشر، ولا يتحقق الإقرار بالنسب غير المباشر إلا إذا كان المقر عليه وهو الملحق به النسب ميتا[5] .

2 - أن يكون المقر وارثا.

ملاحظة: الإقرار من غير الأب بنسب إنسان لإنسان: هو من جانب الإخبار والشهادة فلا يثبت به النسب، إلا إذا شهد بذلك عدلان فأكثر، لأن النسب لا يثبت إلا بعدلين (وهو إلحاق أحد الأقرباء غير الوالدين والولد وحمله على غير المقر).

ثانيا: الإقرار على الغير

أ . الإقرار من الأم:

إذا أتت امرأة بابن وادعت أنه ابنها يغير بينة تشهد أنه ولدها فلا يثبت، ولو صدقها الولد. إذ ليس هناك أب يلتحق به الولد لأن إقرارها يتضمن تحميل النسب على الغير وهو زوجها؛ فإن صدقها، أو قامت البيئة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابلة، أو امرأة أخرى، حينئذ يكون النسب قد ثبت بواسطة البينة لا بالإقرار، ويثبت الإقرار المجرد بالولادة من الزنا لأمه إذا أثبتت ولادته له (وهو الإقرار بالأمومة. وهذا الفارق بين إقرار المرأة بالولد من الزنا وانتساب الولد لأمه، أما الرجل فلا ينسب له إن أقر أنه من زنا[6].

ب . الإقرار من الولد :

لا يثبت النسب بإقرار الولد إذا قال هذا أبي إلا إذا صدقه الأب؛ فيكون ذلك بإقرار الأب أو تكون للإبن بيئة على دعواه، كأن يشهد عدلان على ذلك[7].

ج . الإقرار من الجد :

---

[1] مالك بن انس بن مالك بن عامر الأصـــبحي: المدونة الكبرى، زكرياء عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، د 4 ط، د ت ن، (ج/8ص340).

[2] الحطاب، شـمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلســي المغربي: مواهب الجليل في شـرح مختصــر خليل، دار الفكر، ط،3 1412هـ- 1992م ص102

[3] الجعلي عثمان بن حسنين بري المالكي، سراج السالك شرح أســهل المسالك مؤسسة العصــر وزارة الشؤون الدينية، الرغاية، الجزائر .ص164

[4] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، المرجع السابق. ص278

[5] نفس المرجع ص 279

[6] صادق الغرياني، الاسرة المرجع السابق. ص287

[7] الحطاب، مواهب الجليل في شرح الخليل، المرجع السابق، ص 417

الإقرار من الجد بينوة الطفل لابنه غير جائزة؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير، ولذلك لو قال هذا الابن ابني لم يجز ولم يصدق، ولا يثبت نسبه فإن قال: والد هذا الطفل ابني صدق لأنه الحق نسيه من يحق له إلحاقه[1].

د . الإقرار من الإخوة:

الحالة الأولى: إقرار جميع الورثة:

إذا أقر جميع الإخوة بأخوة آخر وكانوا عدولا صار لهم أخا يأخذ من التركة كواحد منهم وتصير البنات إخوته محارم له ويكون إقرار الأخوة من قبيل الشهادة وليس من باب الإقرار. والنسب يثبت بشهادة رجلين عدلين كما سنرى في مبحث البيئة، وحتى لو شهد له غير إخوته ثبت نسبه أيضا فإن شهد له عدل واحد من إخوته أو أكثر من واحد لكنهم غير عدول ورث من شهد له مع إخوته ولا يثبت له نسب؛ لأن النسب يثبت بشهادة عدلين وهذا ما ذهب إليه المالكية[2].

أما الحنفية فقالوا بشهادة رجل وامرأتان وأما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى إقرار جميع الورثة فإذا أقروا بوارث ثبتت له جميع الحقوق من النسب وآثاره الشرعية وإن أنكر بعضهم فلا يثبت لأن النسب لا يتبعض[3]

الحالة الثانية : عدم بلوغ النصاب في الشهادة

ذهب المالكية إلى أن من اعترف وأقر بابن حمله على أبيه أنه لا يثبت النسب، ويثبت له حق الميراث

في حصته من مال أبيه، فإن أقر له أخ آخر استكمل حقه من الميراث وثبت نسبه. وذهب الشافعية إلى عدم ثبوت النسب والميراث باختلاف الورثة[4] .

الفرع الخامس: أثر الإقرار بالنسب المباشر

إذا صح الإقرار بالنسب المباشر واستوفى شروطه العامة والخاصة، فإنه يترتب عليه ثبوت النسب، وآثاره الشرعية من الإرث والنفقة والمحرمية، ولا يجوز نقضه أو إسقاطه أو التنازل عنه ولو بتصادق طرفيه (الزوج والزوجة، ولا يتصور تحويله من شخص إلى آخر، وإن ثبت بإقراره لا يقبل نفيه مطلقا ولو باللعان، خلافا للثابت بالفراش فإنه يصح فيه الملاعنة؛ لأن النسب ثبت فيهما بحكم الفراش، ويحتمل أن لا يكون منه فيجوز نقيه والملاعنة فيه، أما الثابت بالإقرار فإنه ثابت بأقوى البينات وسيد الأدلة، حتى إنه تثبت به الحدود ويلزم منه القصاص[5].

ولا يقبل منه تراجع لأنه أقر بأنه تكون وخُلق من مائه، وهذا باتفاق جماهير الفقهاء. وإذا استقر النسب إلتحق المنسب إليه بقرابته، وتعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بذلك من المحرمية، والولاية، والنفقة والحضانة وغيرها ولذلك فقد حصنه الإسلام فلا يجوز نقضه ورده أو هبته فقد قال عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب[6].

كثير من الآباء في زماننا يريدون التبرؤ من أبنائهم ويتمتعون عنهم أخذ القائم، وما يتبع ذلك من ميراث وغيره وهو ما كان من أمر الجاهلية الذي أبطله الإسلام، يسمونه بالخليع يخلعونه من الإنتساب إلى القبيلة فلا يؤاخذون بما حَرَّ ولا يطلبون إن جُرَّ عليه[7].

القول المختار

والذي يترجح لدينا قول الجمهور، وهو قول الحنفية والمالكية، والشافعية في أحد الأقوال، والحنابلة في وجه بأنه لا يصح الرجوع عن النسب بالتصادق لما يترتب عليه من خلخلة الأنساب والتلاعب باد، وزعزعة

---

[1] بلحاج العربي: أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق ص200

[2] أحمد بن محمد بن علي الفيومي المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المرجع السابق ص299

[3] زكريا الانصاري، اسنى المطالب في شرح الروض الطالب، المرجع السابق ص318

[4] -عز الدين كيحل : اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري"، مجلة المفكر الجزائر، كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ،3 ص172.

[5] ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد المرجع السابق ص365.

[6] رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الولاء باب من أعتق مملوكا ج10 ص292. مسند الشافعي، كتاب البحيرة، ص338

[7] احمد بن علي بن حجر أبو الفضل العزقلاني الشافعي. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، المرجع السابق ص242

العلاقات الأسرية، وفتح المجال على الشكوك والظنون، وزيادة على ذلك أنه حق لأصحابه (الزوج والزوجة والولد) وأيضا هو حق الله تعالى يحتاط في إثباته، فإذا ثبت لا يجوز له أن ينفيه، يؤيد ذلك ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من أقر تولد طرفة عين فليس له أن ينفيه. وبعضهم صرح بالإجماع فقال: لا يصح النفي للولد وهو مجمع عليه[1].

المطلب الثاني: طريقة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية في الفقه والقضاء{ طريقة الحديثة }

في ظل الإكتشافات العلمية الحديثة ظهرت منذ سنوات قضية البصمة الوراثية أو محتوى الحمض النووي، والذي يعني أن لكل إنسان بصمة خاصة به لا تتكرر يرث إحدى شقيه عن أبيه والآخر عن أمه، وقد أحدث هذا الإكتشاف ثورة في مجال الإثبات الجنائي والإنتماء الأسري وطفقت الشركات العالمية تتبارى في بناء المختبرات وتسويق هذا الإكتشاف وتعميمه بما يخدم السبق العلمي، وإحراز طالما احتاج نتائج الناس إليها في مجال التحقيق الأمني، والإنتساب العائلي، بتطور الجرائم الواقعة على الأنفس والأعراض.

الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية ومفهومها.

الفقرة الأول: ماهية البصمة الوراثية

لم يكن هذا المصطلح معروفا إلى حدود سنة 1984م حينما اكتشف آليك جيفريز عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن، أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية، وهي مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوائم المتماثلة نوع نادر من التوائم المتطابقة الناشئة عن انقسام بويضة مخصبة واحدة .MZT وأطلق على هذا الإكتشاف إسم (البصمة الوراثية للإنسان DNA fingerprint أو الطبعة الوراثية وأطلق عليه إريك لاندر محقق الهوية الأخير[2] DNA typing وأخذ هذا الإسم من بصمات الأصابع (empreinte dégitale من خلال ما ينطبع منها على الأجسام المصقولة، علما بأن بصمات الأصابع تختلف من شخص لآخر حتى أصابع الشخص الواحد؛ فكذلك دلت الإكتشافات أن النواة في خلية الإنسان يختلف بها المحتوى الوراثي ولا يمكن تشابه البصمة الوراثية (empreinte génétique) إلا في التوائم المتماثلة فقط واحتمال تشابه بصمتين لا يرد إلا بنسبة واحد في الترليون، أو واحد من (64) مليار وسكان الأرض يعدون بالمليار لا غير[3] .

الفرع الثاني: مفهوم البصمة الوراثية

أولا: تعريف البصمة الوراثية لغة واصطلاحا

1 - تعريف البصمة في اللغة:

جاءت بمعنى العلامة، ومنها بصم القماش بصما أي :رسم عليه . البصم والبصم قوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارقتك شبرا ولا فترا ولا رتبا ولا بصما ورجل له بصم: غليظ، وثوب له يصم إذا كان كثيفا كثير الغزل وهي كلمة عربية أصيلة تعني الفارق بين بين الإصبعين الخنصر والبنصر، وقد تولد منها معنى جديد أفرد مجمع اللغة العربية وهو أثر الختم بطرف الإصبع بعد دهنه بمادة دهنية يحضر به[4].

ب الوراثية: الواو والراء والثاء كلمة واحدة هي الورث وأصل الورث أو الإرث: وهو الإنتقال تقول ورث المال يرثه ورثا وإرثا ووراثة : أي صار إليه بعد موت مورثه [5]

2. تعريف البصمة في الإصطلاح

---

[1] عامر علي عبد الرحيم، أحكام الاشتباه في النسب في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، القاهرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1433ه2012-م ص100

[2] هلالي، سعد الدين مسعد: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1431هـ2010-م. ص260

[3] محمد مصطفى الزحيلي: ّ وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، بيروت، 2 مكتبة البيان، ط1، 1982 (ج/2ص756).

[4] ابن منضور. لسان العرب، المرجع السابق ج5 ص36

[5] مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط المرجع السابق ص 60

أ- البصمة عند الإطلاق يراد بها بصمات الأصابع، وهي الإنطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولا، وهي طبق الأصل الأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد[1].

عرفها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامية بمكة بما يلي: هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وهي وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم، أو اللعاب، أو المني أو البول وغير ذلك[2].

- وعرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني (المنعقدة بالكويت) بأنها هي:البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطىء في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها[3] .

وعرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي:هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه[4]

ثانيا: المفهوم القانوني للبصمة الوراثية

لا يزال التقنين العربي والإسلامي لم يضبط هذا المصطلح، ليدخل مرحلة التنفيذ، كدليل شرعي في القضاء (النسب والجناية)، ولم يفصل بعد في حجية الخبرة والخبير (الدليل المادي).

وللقاضي حرية النظر في اقتناعه بالدليل من عدمه، ولقد خطا القضاء الغربي بصفة عامة طوات في هذا المجال، ووظف المعلومات الجينية في التقاضي والإدانة، فعلى سبيل المثال قضية (مونيكا لوينسكي وبيل كلينتن كأكبر محاكمة تتم في هذا المجال وكان الحكم لصالح نتيجة البصمة الوراثية[5] .

1 **تعريف البصمة الوراثية في القانون الجزائري**

في تعريف المقنن الجزائري لم نعثر على تعريف يحدد مدلول المصطلح سوى ما جاء في التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة (40) البند الثاني: " بجواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وهذا غير كاف؛ فالطرق كثيرة والتعريف يجب أن يكون دقيقا[6].

الفرع الثالث: منزلة البصمة الوراثية في الفقه

الفقرة الأول: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية

ذهب جمهور الفقهاء من العلماء المعاصرين إلى جواز اللجوء إلى هذه المكتشفات العلمية الحديثة، بعد ما عرف العلماء ترتيب عناصرها، والوقوف على أسرارها وخواصها؛ فهي من العلم الذي أباحه الله لعباده، قال عمر بن محمد السبيل: « يحسن الإستفادة من هذه الإكتشافات العلمية التي هيأها الله تعالى لعباده وهداهم إليها، والاستعانة بها في تحقيق ما ترمي إليه هذه الشريعة المباركة من مقاصد على ضوء قاعدة الشرع الكبرى في تحقيق المصالح ودرء المفاسد[7]

---

[1] أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط1، 1420هـ- 2000م، ص.30.

[2] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، البصمة الوراية ومجالات الاستفادة مها، قرارات الدورة السادسة عثر 21. إل26 شوال - 1422ه. إلىIO حانفي2002». العدد الخامس عشر الى الثالثة عشر، - ص 478.

[3] عمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني: - رؤية إسلامية المنعقدة في الكويت. ي الفترة الممتدة من2 الى 25 جمادى الأخرة 1419هالوافق ل ,5/7/2002.

[4] هلالي، سعد الدين مسعد، المرجع السابق، ص265

[5] إبراهيم أحمد عثمان دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات الذسب والجرائم الجنائية: ص،29 المؤتمر الأول لعلوم (4) الأدلة الجنائية والطب الشرعي الموافق ل 1428/4/11-2 والموافق ل -12 14/11/2007م.

[6] بلعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة. المرجع السابق، ص 322

[7] عبد القادر بن حرز هلا، الخالصة في أحكام الزواج والطالق، طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر2007، ص 354.

ويقول الأستاذ مسعد هلالي: « البصمة الوراثية كشف حديث فيجري عليه حكم الأصل في الأشياء الإباحة، وقد ذهب أكثر أهل العلم . حتى ادعى بعض الأصوليين الإجماع عليه - إلى أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة استصحابا لبراءة الذمة وإقامة على مبدأ سلطان الإرادة وذلك خلافا لأهل الظاهر وبعض المتكلمين[1]».

فاللجوء إلى هذا المكتشف الجديد، يأخذ حكم الجواز، ونتائجه التي تصل في بعض الأحيان إلى القطع، ما يدفعنا إلى اعتبارها في الجملة، بغض النظر عمن غالى في ذلك حتى قدمها على أدلة الشرع الثابتة بالكتاب والسنة وإجماع العلماء. والحق أنها وسيلة والوسائل لها حكم المقاصد؛ فاتصال الأنساب ودفع التهم عن الأبرياء، والإنتفاع بالعلوم مقصد شرعي.وقد حث ديننا الحنيف على تدبر الآيات الكونية والنظر في الآفاق فإنها غير متناهية قال الى: سَنُرِيهِمْ وَايْتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفي أَنفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقّ سورة فصلت: الآية 53].والبصمة الوراثية آية من آيات الله خلقها الله وأوجدها في الجسم البشري ليتدبر الإنسان في نفسه وأن الله لم يخلقه عبثا، هذه الآيات يجب النظر فيها واعتبارها، ولا أدل على ذلك من اعتبار الصورة الفوتوغرافية للإنسان، فإنها بعملية حبس الظل، وبصمات الأصابع التي لم تعرف إلا بين سنوات 1886م 1895م على يد فرانسيس حالتون البريطاني وإدوارد هنري وعرفت طريقتهما طريقة جالتون هنري، واستعملت رسميا سنة 1901م بشرطة اسكتلنديارد سنة 1902م في الولايات المتحدة الأمريكية[2] .

وقد أخبر القرآن عنها في قول الله تعالى ﴿أَيَحْسِبُ الإنسَنُ أَلَّى نَجْمَعَ عِظَامَهُ : بَلَى قَندِرِينَ عَلَى أَن نُسَوّى بَنَانَة [سورة القيامة: الآية 3، 4] . وهكذا المكتشفات العلمية تطورت شيئا فشيئا، وبدت معالمها واحتاج الناس إليها حتى أخذت مكانها من التشريع والتقنين.وها هي بطاقة التعريف تحوي بيانات الشخص وصورته الشمسية وبصمة طرف البنان يحملها كل شخص، وبدونها لا يعرف ولا يعرف ويبقى مجهولا لدى الجهات الرسمية إلى أن يستظهر هذه الوثيقة، وأكد من ذلك الوثائق العالمية كجواز السفر وغيرها، ومثلها البصمة الوراثية لكن هذه الأخيرة محقق الشخصية الأخير كما سميت ، لكنها لم تطبق بعد.أما فيما يخص استعمالها وترتيبها ضمن الوسائل الشرعية، فإن الأصل في الأشياء الإباحة. والمحرمات قد عينها الشرع بل وسماها بأسمائها وما يقع في حكمها أو وصفها[3].

قال تعالى ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالاثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقّ وَأَن تَشْرِكُوا بِاللَّهِ مَالَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وأن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ [سورة الأعراف الآية 33] فإن كل فاحشة ظاهرة للأعين أو ظاهرة بالأدلة، كما ورد النص فيه أووقع الإجماع عليها، والباطنة كل ما خفي عن الأعين؛ ويقصد به الإستتار عن الخلق؛ أوخفي بالدليل، كتحريم نكاح المتعة وشراب النبيذ على أحد القولين[4].

وعلى هذا تعين المصير إلى اعتماد البصمة الوراثية، والإستعانة بها لأنها من الأمور النافعة جالية للمصالح، دافعة للضرر، تنظم حياة الناس في أشخاصهم وأسرهم وتحميهم من انتحالات الشخصية وقضايا الإجرام، وتدفع عنهم التهم إذا استعملت في محلها وبالكيفية العلمية الصحيحة. وهي علامة وأمارة يستعين القاضي بواسطتها النظر في الوقائع وتنزيل الأحكام وفق ذلك. ولا يزال الفقهاء يأخذون بالقرائن والأمارات التي يظهر فيها الحق، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة، وبعضها قال بها المالكية خاصة[5].

الفقرة الثانية: البصمة الوراثية والفراش

إن الفراش يعتبر أقوى الأدلة لا يقاومه شيء إذا كان صحيحا لا يشوبه شيء، بشروطه الصحيحة وليس القصد من ذلك ما يقابله الفراش (الزواج) الفاسد فإنه كالصحيح في آثاره، وإنما إذا لم يخالف الحس والعقل كما لو أنت بالولد لأقل من ستة أشهر، أو كان الزوج صغيرا.

---

[1] -سعد الدين مسعد هلالي, المرجع السابق. ص263

[2] " ضياء الدين حسن فرحات البصمات ماهينها ميزاها أهينها، منشأة للعار، الإسكندرية 2005 صر25

[3] سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق. ص285

[4] محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي: أحكام القرآن، المرجع السابق، ص255

[5] ابن فرحون أبي عبد الله محمد اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج 1995بيروت ـ لبنان. الأحكام خرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية ط/1 1416هـ ص200

ومصطلح الفراش كما جاء في الحديث: "الولد للفراش " تعبير عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة في إطار شرعي (النكاح)، وهذه الحالة التي هي (الجماع) تحتاج في إثباتها إلى دليل وهو متعذر شرعا وعقلا، إلا من جهة الزوجين لبناء علاقتهما على الستر فاكتفى بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية الممكنة. فهذه العلاقة الزوجية الظاهرة دليلا لإثبات الفراش وليس لإثبات النسب، لأن النسب يكون اتفاقا بالفراش، وهذا الأخير ليس على إطلاقه فإن الشارع نصب هذا الدليل وغيره قدر ما يتاح في إظهار الحقيقة فأدلة إثبات الفراش ليست تعبدية ولا توقيفية[1].

فإذا حصل الفراش بمعناه الحقيقي وهو الإتصال الجنسي بين الزوجين ولم يكن هناك ما يمنعه من كلا الزوجين ومدة الحمل لحق الولد في الظاهر.

جاء في المهذب: « إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعها على الوطء و أنت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر، لقوله : " الولد للفراش " ولأن مع وجود هذه الشروط المذكورة يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا ما يعارضه، ولا مايسقطه فوجب أن يلحق به[2]». ففي عبارة الفقهاء شروطا لقبول الفراش، فإذا توفرت كاملة لم يكن ثبوت النسب إلا ظاهرا أما باطنا فلا تحزم إلا بتحقق دليل الفراش المقدم على جميع الأدلة الظنية من البينة والإقرار والإستلحاق فالقاعدة الأساسية هي أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت به[3]

وتقدم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النسب أو لنفيه؛ أما الإثبات فيكون بالفراش أي علاقة الزوجية وبالبينة والإستلحاق أو الإقرار بالنسب، وذلك لأن هذه الطرائق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرائق كالبصمة الوراثية والقيافة إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة[4].

وأما النفي فلا يكون إلا بطريق واحد هو اللعان فقط، ولا تتقدمه البصمة الوراثية. ومن هنا يظهر لنا كيف أن الفقهاء جعلوا شروطا في توفير دليل الفراش، فإن لم تتوفر وحصل التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى، كان المسير إلى جواز استعمال البصمة الوراثية حال قيام الفراش في حالات:

1- الشك في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الدخول، فيختلف الزوجان في تاريخ الدخول أو البناء) فيما إذا كان الفارق كبيرا، وهذه الحالة التي يبرز فيها دور البصمة الوراثية حي دليل ظاهر (دليل الفراش إلا البصمة الوراثية[5] .

2- أن يختلط الأطفال حديثو الولادة في المستشفى أو في الحروب والكوارث، أوفي حالة أطفال الأنابيب، واشتبه الأمر فيمكن أن تستخدم البصمة لمعرفة نسب كل طفل من والده الحقيقي.

3- أن يلحق شخص طفلا لنفسه لقيطا، ثم يظهر أهله ومعهم الأدلة، أو يدعي ولد نفسه لرجل فقد إبنه منذ زمن طمعا في المال، أو بالعكس يدعي رجل أبوته لولد غني ليس له أب.

4-في حالات نسب الوالد الناتج عن الوطء بشبهه أو من النكاح الفاسد مثل الشغار، أو المتعة أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها، ثم يكون ولد فهل ينسب ولدها إلى الزوج الثاني أو الأول، وهنا يمكن أن نحتكم إلى نتائج البصمة الوراثية.

---

[1] سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق. ص300

[2] الشاطبي أبو إسحاق: الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرج أحاديثه عبد الله دراز، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط3/1424هـ/ 2003م بيروت لبنان. ص150

[3] 15.فتيحة حبريح : جريمة الزنا مفهومها، عقوبتها، أسبابها، أثارها وسبل الوقاية منها دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، الجزائر، دار التنور، ط1 .2010 ص78

[4] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 312

[5] خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الشرعية رسالة دكتوراه من جامعة، كلية الحقوق دار النفائس. القاهرة مصر2002، ــ 2003م، ص90

5- لمنع اللعان ؛ وذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك مفرط فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإذا ثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، وإذا ثبت أن الولد ليس منه فعليه باللعان[1].

الرأي الراجح :

بعد ما ذكرنا الحالات التي أجازها العلماء فيها الإحتكام إلى البصمة الوراثية وجواز العمل بها غير معارض لدليل الفراش كما يرى البعض أن الأخذ بدليل البصمة الوراثية في الحالات المذكورة هدر للنصوص الشرعية، وإبطال للشريعة، وأنه يفضي إلى كشف المستور، وتخلخل العلاقات الأسرية، وإشاعة الفوضى في المجتمع، وأنه يحسن الإكتفاء بما سار عليه الفقهاء على اختلاف الزمان والمكان [2].

والأخذ بالبصمة في جوانب معينة حسب ما ذكرنا ذلك له مبررات ومزايا منها :

-1- أن الأخذ بالبصمة الوراثية إنما هو أخذ بدليل الفراش، ومدعم له، حيث أن هذا الأخير (الفراش) معقول المعنى، غير أنه لا يتسم بطابع اليقين الذي لا يقبل الشك فإذا ما ثبت لنا اليقين وجب الأخذ به، ودليل الفراش له حكم الظن الغالب، فتعليق النسب على الفراش مظنة وجود علاقة معاشرة زوجية أنتجت الولد، وقد يكون الأمر مخالفا لهذا الظاهر؛ لأن هذه العلاقة مبنية على الستر ولا يمكن الاطلاع على ذلك، والبصمة الوراثية تدل دلالة حقيقية على حدوث المعاشرة من عدمها، وأن النتائج محسوسة مشاهدة لا يمكن تكذيبها، فهي قطعية، فكيف لنا أن نترك هذه النتيجة القطعية ونأخذ بالظن وبأبعد التقديرات كمرور أقصى مدة الحمل سنتين كما اعتبرته المذاهب الفقهية؟[3].

2- الأحكام القطعية أولى من الظنية وعلى ذلك رتبت الأحكام في النسب وغيرها، فإذا وجد دليلان توجه الأخذ بأقواها وأكملها، وإنما يصار إلى العمل بالظن لتعذر اليقين. فإن "المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما ترتبت عليه الأحكام العلم، ولما تعذر أو تعسر في أكثر ذلك أقيم الظن ،مقامه لقربه منه ولذلك سمي باسمه، فإنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُومِنَاتٍ ﴾ [سورة الممتحنة جزء من الآية 10]، وبقي الشك على أصل الإلغاء. والبصمة الوراثية بالمقارنة مع الأدلة الظنية تعتبر يقينية ثابتة، عكس ما تدل عليه تلك الأدلة الظنية على أنها خاطئة، أو مزيفة ولا يمكن التعويل عليها، لأن اليقين لا يزول بالشك[4].

-3- إن البصمة الوراثية دليل حسي قطعي يقيني لا يعارض أدلة إثبات النسب ولا يبطلها إن كانت صحيحة، فيجب أن لا تعارضها لأن الشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين، وعليه فإن أدلة الحس والعقل تدل دلالة قطعية على أن المولود إذا ولد لأقل من ستة أشهر من عقد الزواج، أو الدخول على أنه ليس من الزوج، فهل هذا إبطال للفراش؟[5].

فالأخذ بدليل الحساب في ثبوت صحة النسب ليس هدم دليل الفراش، وقد أخذ الفقهاء في بيان أدنى وأقصى مدة الحمل.

إن البصمة الوراثية ماهي إلا دليل حسي مثل جميع أدلة الحس والعقل التي إستند إليها الفقهاء لقبول أدلة النسب الشرعية؛ لأن الشريعة لا تفرق بين المتماثلين وعليه فإن الأخذ بالبصمة الوراثية يقوي جانب الأدلة الشرعية، ويدعمها ويزيدها قوة لما انطوى عليه من القرائن الحسية، وكم من أخبار الآحاد الصحيحة والحسنة يحث بها من القرائن ما يوصلها إلى حد القطع واليقين[6]

-4- قد يقول قائل إن هذا الدليل دليل البصمة الوراثية مبناه على الشك والظن، ونحن نبني الأحكام الفقهية على الدليل القطعي وهو إجراء الملاعنة الذي لا يدع مجالا للشك، لأنه دليل شرعي فنقول: إن القرآن لما أمر

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص98

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية المرجع السابق، ص300

[3] تواتي زيان، احكام نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، الرجع السابق ص157

[4] توتي زيان، نفس المرجع، ص161

[5] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص106

[6] ابن القيم الحوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق. ص233

بالذهاب إلى اللعان لم يكن ليبرئ الأزواج أو ليتّهم واحدا منهما؛ وإنما ليبرئ ظهورهم من العقوبة بعد صدور القذف فلو نكلت المرأة ،رجمت ولو أقر بأنه كذب عليها أقيم عليه حد القذف ونُسب الولد إليه، ودليل ذلك أن الذي يلاعن لا يشترط فيه أن يرى بعينيه أو يسمع بأذنيه، وعليه فإن مجرد القذف يحيله إلى الملاعنة، سواء كان صادقا أو كاذبا.أما من حيث الشبهة فإن في وطء الشبهة ومع وجود الفراش الصحيح فإن الولد ينسب إلى صاحب الوطء كما أقر الفقهاء ذلك بالإجماع [1].

5 مخالفة القاعدة الشرعية التي وضعها الفقهاء "الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها ولهذا اكتفى بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش؛ وفقهاء الحنفية أثبتوا النسب بمجرد العقد و الأخذ بالبصمة الوراثية ما هو إلا مضادة الدليل الشرعي والقواعد الفقهية الأخرى[2].

إذا تبين أن الولد غير متخلق من ماله كونه ولد لدون ستة أشهر، أو الولد يساوي الأب في السن، أو يقاربه أو بينهما من السنين ما دون العشرة عند الإقرار، أو كون الزوج عنين أو خصي منزوع البيضتين (فلا مجال لدخول النسب وينتفى عنه الولد بغير لعان وبغير اختبار البصمة.

قال ابن القيم بعد ذكره للقاعدة السابقة " فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن نسب مقاوم له كافيا في ثبوته، ولا نسبة بين قوة اللحاق بالشبه وين ضعف اللحاق لمجرد العقد مع القطع بعدم الاجتماع في مسألة المشرقية والمغربي، ومن طلق عقيب العقد من غير مهلة ثم جاءت بولد[3]". فاشترط في هذه القاعدة شروطا حيث اعتبر الشبه، وأن لا يقاومه شيء ليثبت به النسب، وفرق بين اللحاق القوي والضعيف، فالقوي ما قام واستند على الشَّبه مع الفراش، والضعيف حيث تعلق بمجرد العقد أو قامت قرينة عدم الإجتماع.

وأخيرا: فإن إقدام الزوج على استعمال البصمة الوراثية في حالة وجود الفراش لا يخلوا من أمرين:

-الأول: أن النتيجة قد تأتي لصالحه ولصالح نسبه وشرفه فيكون بذلك قد اطمأن قلبه وزالت الشكوك والظنون التي كانت تقلق ضميره، وهو بذلك قد أخذ بأخف الضررين، فضرر البصمة أخف من ضرر اللعان، فيعدل عن اللعان ويكون بذلك قد جمع شمل أسرته وجنبها الهدم والإنفصال الذي يؤدي إلى التشرد والضياع [4]

-الثاني: أن تأتي النتيجة تثبت عدم شرعية الولد وفي هذه الحالة يكون قد قدم ما من شأنه أن لا يكون ظالما لزوجته، وقد برر إقدامه على اللعان ببصيرة، وهو ما يقوي جانب الزوج ويؤكد حقه في اللعان[5].

المبحث الثاني : موقف القضاء والمجمع الفقه الإسلامي من نسب ولد الزنا، ومناقشة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في إثبات نسب الولد غير الشرعي.

لم يتكلم المشرع الجزائري ، واغلب التشريعات العربية على نسب المولود خارج الرابطة الزوجية وحقوقه في مواجهة الأب البيولوجي، وهذا الفراغ الذي فتح الباب على مصراعيه، أمام الاجتهاد القضائي، فاختلفت التكيفات القانونية للموضوع ، وتبعا لذلك تباينت الأحكام حول نسب الأولاد غير شرعيين، ونحاول في هذا

[1] حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات رسالة دكتوراه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، نشر دار الفكر الجامعي – الإسكندرية2008م ص85

[2] ابن القيم الحوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق. ص269

[3] ابن القيم الحوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق. ص455

[4] حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات رسالة دكتوراه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كلية الشريعة والقانون. المرجع السابق، ص120

[5] حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات رسالة دكتوراه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كلية الشريعة والقانون، نفس المرجع ص121

المبحث تسليط الضوء على موقف القضاء الجزائري من نسب ولد الزنا في المطلب الأول وكذا معالجة قرارات المحكمة العليا حول إثبات نسب الأولاد غير الشرعيين[1].

المطلب الأول : موقف القضاء والمجمع الفقه الإسلامي من نسب ولد الزنا

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من نسب ابن الزنا

لقد نضم المشرع الجزائري أحكام النسب في الكتاب الأول من قانون الأسرة، تحت عنوان الزواج وانحلاله في الفصل الخامس منه في المواد من 40 الى 46 حيث عدد الطرق الشرعية، والعلمية لإثبات النسب، وهي الزواج الصحيح، والزواج الفاسد والوطء بالشبهة، والإقرار، والبيئة، والطرق العلمية، ثم تناول شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح في المواد من 41 الى 43 ، ثم أحكام الإقرار بالنسب في المادتين 44 و45،ثم التلقيح الاصطناعي، والتبني في المادة 45 مكرر و 46 على التوالي. إلا أن ما يلاحظ على المشرع انه لم ينص على نسب المولودين خارج الرابطة الزوجية ، أي عن علاقة غير شرعية (الزنا)، وترك الأمر على الاجتهاد القضائي. وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب الجمهور بعدم إثبات نسب ولد الزنا من أبيه، فنص في المادة 40: (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 33 ، 32 و 34 من هذا القانون وهو ما نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة) وهو أيضا ما أكده الاجتهاد القضائي : من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال[2]).

الفرع الثاني : موقف المجمع الفقهي الإسلامي حول نسب الأبناء غير شرعيين.

لقد أرجأ المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العشرين ، المنعقدة بمكة المكرمة، إصدار فتوى في قضية حكم إثبات نسب ابن الزنا، واتفق الفقهاء على صرف النضر على هذه القضية، ووصفها البعض بأنها إثبات للزنا وهدم للفقه الإسلامي برمته، وقال الفقهاء نحن الآن أمام مقصد شرعي، واصل كلي وهو النسب ، ومقاصد الزواج العفاف، بالإضافة إلى الولد إذا كان الزاني يزني ثم يثبت نسبه من الولد فيهذا تحن نقضنا أصلا من أصول الإسلام، نفخر ونعتز أن هذا الإسلام جاء بالنسب ،لماذا تخدم أصلا رسخ طوال أربعة عشر قرنا ؟ ووصف المفتي العام للمملكة هذه المسألة بالقضائية والخلافية الشائكة ، وان إصدار قرار عام فيه اخشي أن يفتح باب سوء وشر ، واقترح صرف النضر عنها في المجمع وجعلها مسالة قضائية تعالج عند وقوعها. وكما طالب سماحة المفتي بالتأمل في هذا الموضوع ووصفه بالأمر الخطير جدا، وقال: أنها أمور لو تأملها الإنسان حق التأمل اضن انه يصعب عليه إصدار قرار في هذا الموضوع، فارجوا الملاحظة[3].

المطلب الثاني : مناقشة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في الملفات رقم 355188 و 617374 و 467780 و1179387 في إثبات نسب الولد غير الشرعي:

لعل بعض القرارات القليلة المخالفة لقانون الأسرة ولما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في إثبات نسب الطفل غير الشرعي مردها سكوت المشرع عن التحديد الدقيق لأحكام النسب وعدم تعرضه لبعض الجزئيات تماما وضبطها في مواد قانونية رغم أهميتها وتركها للاجتهاد القضاة، مما حمل القضاء عبئا إضافيا بالبحث عن الأقوال الفقهية المختلفة والمقارنة بينها، مما أدى أحيانا إلى صدور قرارات متناقضة حتى عن المحكمة العليا، بالرغم من أن دورها تفسير القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي. لذا فإننا تؤكد على ضرورة إعادة صياغة النصوص القانونية بإدراج مواد قانونية توضح ما هو غامض، وتكمل ما سكت عنه المشرع

---

[1] توتاي زيان، احكام نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، تخصص احول شخصية. كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور. الجلفة 2016-2017 ,ص48

[2] عربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة، المرجع السابق ص523

[3] محمد رابح سليمان. مقال بعنوان صرف النضر عن الباث نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها ب الخطيرة. جريدة المدينة. نشر بتاريخ www: al-madina.com, 2010/12/29

وإضافة مواد جديدة لكل الجزئيات التي لم يتعرض لها، وكمثال على ذلك نورد القرارين التاليين الصادرين عن المحكمة العليا

الفرع الأول: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة القضائية (الحمض النووي ADN) ، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي المادة 41من نفس القانون، وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية.

وجاء في تسبيب القرار:

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 على 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 بناءا على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 ق.أ، و بين 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 الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه»[1].

الملف رقم 467780 قرار بتاريخ 12/12/2008.

وهو قرار غير منشور جاء فيه بأن : (الطاعنة أثارت كل ذلك أمام قضاة المجلس عليه واكتفوا بالقول أن البنت كانت نتيجة لعلاقة غير شرعية حتى لو أقر بها المستأنف عليه بدعوى أنه لا يجوز نسب ما بني 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 و وتسبيبهم يكونون قد نظروا إلى البنت وكأنها منقول سلم مؤقتا للمطعون ضده لم يفصل في ملكيته موضوعا وعليه فإن هذا الفرع من الوجه مؤسس ، وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه[2]).

فرغم أن الطفل في هذه القضية غير شرعي لأنه ناتج عن علاقة غير شرعية، كما أن المدة بين تاريخ العقد وبين تاريخ إنجاب الطفل تقل عن أقل مدة الحمل، مما يؤكد عدم شرعية الولد، فإن هذا القرار القاضي بنقض القرار المطعون فيه مخالف لما ما ينص عليه قانون الأسرة، وهو أيضا مخالف لما نصت عليه كل القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

كما أنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب إلا إذا كان الزواج شرعيا عكس ما ذهب إليه القرار الأول، وهذا ما نص عليه أيضا قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، (حيث أن الطاعنة تعيب على قضاة المجلس عدم لجوئهم إلى الطرق العلمية في إثبات نسب مولودتها بالمطعون ضده، وذلك طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ27/02/2005.

إلا أنه يجب لإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة السالفة الذكر، أن تكون العلاقة التي تربط المرأة بالرجل المراد إلحاق ذلك النسب به شرعية.

في حين أنه لم يثبت من القرار المطعون فيه وجود أية علاقة من هذا النوع بين الطاعنة والمطعون ضده، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد برفض الدعوى لسبق الفصل فيها على هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل الوجه المثار من قبل الطاعنة غير مؤسس، ويتعين عدم الالتفات إليه، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن[3].

---

[1] المحكمة العليا، المجلة القضائية. ملف رقم: 355180قرار صادر بتاريخ :2006/09/18 العدد الأول 2006, ص469

[2] المحكمة العليا: ملف رقم 467780. قرار بتاريخ 11-12-2008. غير منشور

[3] المحكمة العليا، ملف رقم 498448,قرار بتاريخ , 10-06-2009. غير منشور

الفرع الثاني :ملف رقم 1179387 تاريخ القرار: 04/04/2018

الأطراف:الطاعن : (ب.ف) و (ب.ب) / المطعون ضده:(ب.ب) بحضور النيابة العامة وجه الطعن المثار من الطاعن المرتبط بالمبدأ: الوجهين المأخوذين من مخالفة القانون وإنعدام الأساس القانوني : ومفادهما أن بتاريخ 2013.05.02 أصدرت محكمة قالمة حكماً قضت فيه بإثبات النسب وبالرجوع إلى هذا الحكم يتبين وأن المطعون ضده قد أقر أمام قاضي المحكمة وأن الطفل (ب.ف) هو إبنه مؤكداً طلبات المدعية الرامية إلى إلحاق النسب، ثم غير رأيه بعد مرور عدة سنوات وطالب بإجراء خبرة علمية على الولد وأن قضاة المجلس سايروا هذه الطلبات الهادفة إلى نفي النسب مما يجعلهم مخالفين لأحكام المواد 4440 و 45 من قانون الأسرة وكذا المادة 342 من القانون المدني التي تنص على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، هذا وأن قضاة المجلس لما قضوا بإلزام الطاعن (ب.ف) الذي كان عمره وقت صدور القرار محل الطعن 22 سنة بالتوجه إلى المخبر العلمي لإجراء فحص الحمض النووي بغرض نفي النسب كان قضاءهم مخالف لنص المادة 40 من قانون الأسرة.

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ:

عن الوجهين معاً لارتباطهما وتكاملهما والمأخوذين من مخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني :

حيث إنه من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، وأنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، كما أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. وحيث إنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المطعون فيه يتبين وأن الطاعنين أكدا طيلة إجراءات الدعوى وأن المطعون ضده أقر أمام القضاء خلال المرافعات المنتهية بصدور الحكم المؤرخ في 2013.05.02 أنه تزوج بالطاعنة (ب.ب) وأثمر زواجهما على ميلاد الطاعن (ب.ف) ويعد ذلك حجة قاطعة بما أقر به، هذا وذكر قضاة الموضوع أن الدعوى التي أقامها المطعون ضده الرامية إلى إخضاعه هو وإبنه (ف) إلى تحاليل ADN هي من أجل التأكد فعلاً من بُنُوتِه له وهو لم يذكر نفيه لإبنه، وأضاف قضاة الموضوع أن ما يؤكد ذلك هو إقرار المطعون ضده في دعوى تثبيت الزواج العرفي بنسب إبنه له وهو لم ينكره أو ينفه سابقاً بل أنه لجأ لهذه الدعوى من أجل اليقين ومحو الشك وعليه فإن ما توصل إليه قضاة الموضوع في تحليلهم هذا منعدم الأساس القانوني ومخالف للمبادئ القانونية المذكورة أعلاه، طالما أن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده أقر بنسب المطعون ضده له فإن ذلك لا يقبل إثبات العكس بأية طريقة أخرى. وحيث إنه إضافة إلى ما سبق ذكره فإن قضاة المجلس اللذين اعتبروا وأن الاستئناف يتعلق فقط بالغرامة التهديدية يكونوا وكما فعلوا قد خالفوا القانون لتجاهلهم لما تقدم به الأطراف من دفوع أمامهم وحتى ما توصل إليه قاضي الدرجة الأولى المؤيد حكمه من طرفهم، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين يستوجب معهما نقض وإبطال القرار المطعون فيه. منطوق القرار: نقض وإحالة أمام نفس المجلس[1].

[1] المحكمة العليا رقم الملف 1179387 قرار بتاريخ: 04/04/2018 غير منشور

خلاصة الفصل:

ما يمكن استخلاصه من خلال توضيحنا لموقف الفقه والتشريع والقضاء من أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا كان واضحا بصفة عامة بعدم اثبات نسب ولد الزنا بهذه التقنية لاعتماده على الطرق الشرعية لإثبات النسب، حيث أنّ غالبية هذه التشريعات كانت تستمد أحكام الأحوال الشخصية ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، إذ كانت تتبنى مذهب القائل بعدم إثبات نسب ولد الزنا من أبيه البيولوجي لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش)، غير أنّ هذا الموقف تغيّر في الآونة الأخيرة نظرا لكثرة الأطفال غير الشرعيين وما نتج عن ذلك من طرح العديد لقضايا إثبات النسب أمام المحاكم حال إنكار الآباء انتساب هؤلاء الأبناء إليهم.

وفي ظل الحملات المنادية بتعديل قانون الأسرة، والمطالبة بتسوية وضعية ولد الزنا مع وضعية الولد الشرعي وكذا التطورات العلمية الكبيرة التي أظهرت تقنية البصمة الوراثية ومدى نجاعتها في التعرف على الأب الحقيقي للطفل مجهول النسب، بادر المشرع التونسي إلى إصدار قانون سنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي في إثبات نسب الطفل المهمل أو مجهول النسب وجعله في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة ، حيث اعتبر القانون لبنة من لبنات الإقرار بوضعية الطفل غير الشرعي (ولد الزنا) وإكسابه نسبا قانونيا. كما تأثر أيضا المشرع المغربي والجزائري والمصري بهذه التطورات في الميدان الطبي والبيولوجي وعمدا إلى إدراج الطرق العلمية والمقصود بها البصمة الوراثية ضمن وسائل اثبات النسب، والواضح أنّ هذه التقنية تستعمل في حالة التنازع على الولد وذلك لوجود علاقة غير شرعية في الغالب، مما يمكن القول أنّ هذه التشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثية بقي موقفها غامضا في إثبات نسب ولد الزنا صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتى على الإجراءات اللازمة لإجراء هذه التحاليل، بالإضافة إلى عدم النص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشخص المطلوب بها.

الخـــــــاتـــمـــة

الخـــــــاتـــــــمة:

بعد النسب من الحقوق الجوهرية التي تهدف الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية الى حفظها وذلك عن طريق ما شرعه الله تعالى الا وهو الزواج، ومن ثم كان موضوع نسب ابن الزنا وأثاره من أكثر المواضيع الحساسة في مجتمعنا، اذ يبرز المعاناة التي تتكبدها هذه الفئة من جراء بقائهم بدون هوية كاملة.

ومن هنا توصلت بعد دراستي لموضوع تنسيب ولد الزنا في الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي إلى النتائج الآتية:

أولا: النتائج:

وسوف أعرض أهم هذه النتائج في النقاط التالية:

1- ق جمهور الفقهاء على أن ثبوت نسب الابن الشرعي من ابيه بالفراش والاقرار والبيئة.

2- اذا ثبت نسب الابن من ابويه لا يمكن نفيه الا باللعان.

3-الفرق بين ابن الزنا وابن اللعان عند انكار صاحب الفراش لهذا الولد هو اقرار الزوجة او نفيها للزنا، فاذا اقرت بزنا او ثبت عليها الزنا بالبينة اقيم عليها الحد وكان ابنها ابن زنا ويكون الحكم هنا كالحكم اذا كانت امه غير فراش اما اذا انكرت الزوجة ذلك ولم يثبت عليها بالبينة الزنا تلاعنا وكان ابنها ابن لعان.

4-إن الابن غير الشرعي الأصل فيه أن ينسب إلى أمه أو يكون مجهول النسب مطلقا، ذلك أن النسب له أسباب وطرق محددة شرعا لثبوته، حيث أن الرأي الغالب فقها وقانونا هو عدم ثبوت النسب من علاقة غير شرعية. إلا أن دخول التطورات الحديثة عن مجال الجينات على طرق النسب فرضت منطقا آخر وقد تم الأخذ بها كمساعد ومؤكد لثبوت النسب.

5-أولت الشريعة الإسلامية عناية فائقة للنسب، حيث حددت الطريق الذي يتحقق منه الإنجاب وهو الزواج الشرعي؛ بغية الحفاظ على نقاوة النسب، واعتبرته سببا من أسباب ثبوت النسب، كذلك أشار المشرع الجزائري في المادة 4 من ق. أ. ج إلى الهدف من الزواج؛ وهو الحفاظ على الأنساب، ونظم أحكام النسب في الفصل الخامس، المواد من (40 إلى (46) محددا أسباب ثبوته في الزواج الصحيح، وألحق به النكاح الفاسد، والوطء بشبهة.

6- أغلق الشريعة الإسلامية أمام كل من تسول له نفسه الحديث في أعراض الناس حتى إنَّه لم يفتح بابا لمجرد الشبهة، فإذا ما شك الزوج في هذا الولد عليه أن يفعل ما أمره الله تعالى وهو اللعان.

7-حرمت الشريعة الإسلامية الزنا بكل صورها ، بينما المشرع الجزائري جرم الزنا في إطار ضيق؛ أي إذا كان أحد طرفيه متزوجا، وقصد من ذلك حماية الرابطة الزوجية، والعقوبات التي وضعوها لا تحقق الردع ، بخلاف الفقه الإسلامي على اعتبار أنّه جرّم فعل الزنا على إطلاقه، وهذا لأجل ضمان عدم ارتكابه؛ بغية حفظ مصلحة الفرد والجماعة.

8- ولأجل حماية النسب من التزييف أبطلت الشريعة الإسلامية التبني، وكذلك المشرع الجزائري ،

9- أن لم تغفل الشريعة الإسلامية عن حماية ولد الزنا، حيث اهتمت بنسبه من خلال وضعها أحكام تنظم نسبه حفظا لحقوقه بينما أغلب التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري لم يهتم بذلك، هذا الفراغ الذي فتح الباب على مصراعيه أمام الاجتهاد القضائي فاختلفت التكيفات القانونية للموضوع وتبعاً لذلك تباينت الأحكام:

أن القضاء الجزائري سار على مبدأ عدم إلحاق ولد الزنا إلى غاية 2006، حيث سار القضاء على عكس متبناه في القرارات السابقة؛ إذ اعتمد في بعض قراراته على الخبرة الطبية لإثبات نسب ولد الزنا، وهذا القرار أثار العديد من الردود بين من رآه صائبا ويعتبر قرارا تاريخيا، وبين من يراه مخالفا لأحكام الشريعة في المقابل فقد تبين فيما بعد تراجع المحكمة العليا من موقفها الأخير القاضي باعتماد الدليل العلمي لإثبات النسب الطبيعي، وتبنيه الرفض السابق، وهو ما يظهر من عدة قرارات لها.

10-بشأن ولد الاغتصاب لقد تباينت الآراء الفقهية المعاصرة في مسألة نسب ولد الاغتصاب بالبصمة الوراثية، باعتبار هاته الوسيلة من النوازل الحديثة، تبعا لتباين مواقفهم حول حكم نسب ولد الاغتصاب كالتالي:

الرأي الأول: يرى عدم جواز إلحاق نسب ولد الاغتصاب، وتبعا لذلك فإنّ تحليل البصمة الوراثية لا يغير من الأمر شيئا،

الرأي الثاني: يرى جوازية إلحاق نسب ولد الاغتصاب بناء على نتائج البصمة الوراثية، بينما المشرع الجزائري والتشريعات العربية سكتت عن نسبه، أما رأي المحكمة العليا فنجد القضاء الجزائري: قضى بإلحاق الولد الناتج عن الاغتصاب إلى المغتصب قياسا على الوطء بشبهة، وهو بذلك وقع في المحظور فالاغتصاب كما عرفناه سابقا هو مواقعة رجل لامرأة دون رضاها بالعنف أو هو وطء بالإكراه فهذا التعريف يوحي أنه بعيد كل البعد عن الشبهة بصورها الثلاث المذكورة انفا ويعتبر المغتصب زان اتجهت إرادته بكل وعي وعن قصد إلى الاعتداء على المجني عليها فهو ليس مكره ويقع عليه الحد وهو عاهر وللعاهر الحجر.

11- نسب الولد الناتج عن الخطيبين لم يعترف التشريع الجزائري والتشريعات العربية في موضوع النسب كأصل عام، سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقاً أصلياً في ثبوت النسب وأما لقاءات التعارف قبل الزواج أي أثناء الخطبة أو قبلها، فلا يثبت به النسب لأن الخطبة لا تعد زواجاً وله حكم

12-من المتفق عليه جواز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية المعاصرة كالبصمة الوراثية، وهو ما نصت عليه المادة 40/ف2 من قانون الأسرة يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وهو ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، ولكن هناك ركن جوهري وجب مراعاته وهو أن تكون العلاقة بين الزوجين شرعية، بينما اختلف الفقهاء في نفي النسب بنفس الطريقة؛ أي بالبصمة الوراثية، خصوصا وأن الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب قد يتعارض مع اللعان الذي نص عليه القرآن الكريم.

13- يمكن القول أن هذه التشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثية بقي موقفها غامضا في إثبات نسب ولد الزنا صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتى على الإجراءات اللازمة لإجراء هذه التحاليل بالإضافة إلى عدم النص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشخص المطلوب بها.

14- ذهب غالبية الباحثين إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء بأن النسب لا يثبت بالزنا حتى لا تختلط الأنساب وتشيع الفاحشة بين الناس وهو ما أخذت به غالبية التشريعات العربية، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش وللعاهر الحجر».

15- بالنظر في الأدلة التي استدل بها كل فريق من الفقهاء والمناقشات التي وردت عليها ظهر لنا أن عدم تنسيب ولد الزنا من الزاني ليس راجعا إلى أنّ الإسلام يؤاخذ المولود بجريرة غيره، وإنما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين مفسدة عدم إثبات نسب ولد الزنا، ومفسدة إشاعة الفاحشة في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة، التي هي عدم إثبات النسب في سبيل دفع المفسدة الأعظم، التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب.

16- وبترجيحنا للقول القائل: بعدم ثبوت نسب ولد الزنا من الزاني، وتنسيبه لأمه فإن الآثار المترتبة على تنسيبه مقطوعة من جهة أبيه، وباعتبار أنّ معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري فإنها لم تتطرق إلى أحكام نسب ولد الزنا، وبالتالي نص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة التالية:

المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: " كل ما لم يرد نص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

17- ولما لاحظ المشرع ضعف الحماية المدنية للطفل غير الشرعي، أفرد له ضمانات جنائية من شأنها أن تحميه على الأقل في وجوده وحياته وجسمه وعرضه، إلا أن هذه الحماية بدورها تعرضت لانتكاسة على المستوى الواقعي لضعف الرادع الجنائي من خلال العقوبات التي نص عليها المشرع الجنائي.

ثانيا: الاقتراحات

وعلى إثر النتائج السالفة الذكر نقترح ما يلي:

-محاولة الحد من ظاهرة العلاقات غير الشرعية خارج إطار الزواج وذلك عن طريق إصدار قواعد قانونية فعالة لمواجهة زيادة هذه الظاهرة في المجتمع بدلا من التغاضي عليها.

-إعادة صياغة قواعد إثبات النسب ضمن قانون الأسرة الجزائري بما لا يدع مجالا للتأويل في الأحكام القضائية، والفصل بشكل واضح في إثبات نسب الابن غير الشرعي إلى أبيه بما يحقق مصلحة الطفل والمجتمع.

- تعديل قانون الحالة المدنية بما يسهل على فئة الأطفال غير الشرعيين خاصة مجهولي النسب من أجل الحصول على وثائق الحالة المدنية خاصة وأن هناك العديد من هذه الفئة يعانون من عدم إمكانية حصولهم على وثائق الهوية، وهو ما يترتب عليه وجودا واقعيا لا قانونيا.

-استصدار قرار الزامي بإجراء البصمة الوراثية للأطفال غير الشرعيين ومجهولي النسب لمعرفة أنسابهم عند البحث عن أهلهم أو المعرفة امهاتهم لانتسابهم اليهن، شرعا، وعدم اختلاط الأنساب عند الزواج والميراث.

-على الدولة الجزائرية أن تولي اهتماما بالكشف الفني للبصمات وانشاء المراكز الخاصة بذلك، والتي تتطابق مبادئها مع مبادئ الشريعة الاسلامية موازاة مع المعايير المخبرية العالمية الخاصة.

-تنظيم دوريات وندوات تتعلق بالواقع تعرف المجتمع بالحقوق الشرعية و القانونية التي ضمنها الشرع والقانون لابن الزنا.

-تشديد عقوبة الزَّنا بعقوبة رادعة من خلالها يحفظ المجتمع من الرذائل، وحمايته من كثرة اللقطاء وأبناء الزنا، وعدم حصرها في العلاقة التي يكون أحد طرفيها متزوجا. تقرير حماية جنائية أوسع للطفل غير الشرعي بتشديد العقوبة الجنائية في حالة قتل الأم لوليدها، وتشديد العقوبة كذلك في جميع الجرائم الواقعة على الطفل.

-ضرورة إيجاد قواعد قانونية جديدة فيما يتعلق بكفالة أطفال الزنا ومجهولي النسب وجعلها في قانون مستقل بها بدلا من قانون الأسرة، كما يجب منح للقضاء سلطة واسعة لمراقبة الأسر الكافلة بما من شأنه الحفاظ على حقوق الطفل وأيضا ضمان حقوق الأسرة الكافلة عند مطالبة الأم أو الأب البيولوجي بطفلهما وكذلك تحقيقا لمصلحة الطفل في كل الحالات.

أود أن أهمس في أذن المجتمع أن ولد الزنا إن وُجد في مجتمع ما من المجتمعات فله حقوق منها:

أ - إيجاد البيئة المسلمة الصالحة للعيش فيها تمكنه أن يكون بذرة صالحةً في المجتمع .

ب تحسين النظرة إليه ؛ فهو شخص لا ذنب له؛ لأنَّه مجني عليه لا ينبغي أن يحاسب بما اقترف والداه .

ج - توفير متطلبات الحياة والعيش الكريم له في المجتمع من نكاح، ووظائف، ومعاملات ..... إلخ

-وأخيرا اسأل الله بأعظم اسمائه الحسنى و صفاته العلى ان يرفع على امتنا البلاء و فتن و كرب و النكبات وهو على دالك قدير .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ- القرآن الكريم

1- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، تحقيق رضى المكتبة العصرية، ط1 1424 هـ 2003 م.

2- محمد بن جرير أبو جعفر الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد شاكر مؤسسة الرسالة / 1420 2000ط1

3- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، سنة: 1415 هـ / 1994م

ثانيا: الحديث وعلومه

4- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطلاق /باب يلحق الولد بالمرأة.

5 - الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الفرائض باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا.

6- محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق / باب طلاق المكره والناسي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

7- سنن أبي داوود كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، مراجعة وتعليق وضبط محمد محي عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ت. ط.

8-مسند الإمام الشافعي: كتاب جراح العمد، دار الطاسيلي، الجزائر، 1989

9-الموطأ مالك، كتاب الأقضية / باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه.

ثالثا :الرسائل والمذكرات الجامعية

10- رسالة دكتوراه بعنوان (إثبات النسب للباحثة رابحي فاطمة الزهراء من جامعة الجزائر، تعرضت فيه إلى جزئية إثبات نسب ولد الزنا بالطرق العلمية، وموقف القضاء والقانون الجزائري منه.

11 - رسالة دكتوراه بعنوان الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري) للدكتور معيزة عيسى من جامعة الجزائر 2011-2012، تعرض فيه إلى جزئية حطم نسب ولد الزنا فقها وموقف القضاء الجزائري منه.

12- رسالة ماجستير بعنوان (أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي) أحمد عبد المجيد حسين من الجامعة الوطنية بنابلس، فلسطين عام 2008، فيه أحكام نسب ولد الزنا.

13- الموسوعة الطبية الفقهية: أحمد محمد كنعان، دار النفائس ط 2، 1427 هـ، 2006 الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: عبد القادر داودي، دار البصائر، الجزائر، ط1/2007 م.

14- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت: الموسوعة الفقهية ذات السلاسل، الكويت، ط (2)، سنة 1402. هـ 1983 /م،

15 - الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط 1 1421هـ 2001

16 - موسوعة الأحوال الشخصية: أحمد نصر الجندي، دار الكتب القانونية مصر، 2006م.

رابعا: القوانين والمراسيم

17- قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005.

خامسا: موقع الإنترنت

18-محمد رابح سليمان: مقال بعنوان صرف النضر عن اثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها بالخطيرة)، جريدة المدينة، نشر بتاريخ 29/12/2010، www.al-madina.com

ثانيا: الكتب

أ :الكتب العامة

19- احمد ريشوني: نظرية التقريب والتغليب، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط 1 1414هـ، 1997م.

20 - احمد حافظ نور: جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع،

21-وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر، دمشق سوريه ط 2 سنة 1405 هـ ،1985 م.

22-جمعة محمد براج: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، طبعة سنة ,1420هـ /1985م.

23- أبو اليقظان عطية الجبوري: حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، ط 1، سنة 1416هـ/1995م.

24 - يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر: الاستذكار دار قتيبة، ودار الوعي، دمشق، بيروت، ط1، سنة 1414 هـ / 1993 م

25- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.

26- النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ

27-محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مكتبة

28- احمد ابن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير، معجم عربي-عربي، بيروت، مكتبة لبنان,1987,ص230

29-إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تاج اللغة وصحاح العربية، التحقيق: احمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملاين، ط4,1407ه-1987م، مادة نسب، ج1 ص224

30-احمد حمد: النسب في التشريع والقانون، الكويت، دار العلوم,1983,ص73

31-محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي: أحكام القرآن، محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ،2003, ج3,ص447

32-شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1994 م

33- يوسف القرضاوي: من هدي الإسلام فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، ط1 سنة:1413هـ/1993م.

34- أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.، اعتنى به الشيخ أحمد. عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط 1 /1430هـ. 2009م.

35-محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط1 1429هـ/2008 م

36-أبي الحسين أحمد بن فارس: مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، اتحاد الكتاب العرب 1423هـ 2002.

37-عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: تفسير الدر المنثور في التأويل بالمأثور، تحقيق عبدا لله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات الإسلامية، القاهرة، ط 1/ 1424 هـ/2003م

38- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن: تحقيق رضى فرج الهمامي، المكتبة العصرية، ط1/ 1424 هـ 2003 م.

39-محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، 1409 هـ 1989.

40-على مراقي السعود: نثر الورود، شرح محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار المنارة، توزيع دار بن حزم، بيروت. ط 3/، سنة 1423هـ 2002م

41- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م

42- ابن قدامة المقدسي: المغني، دار الكتاب العربي، لبنان بعناية جماعة من العلماء. د.ت.ط.

43-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن

44-محمد بن محمود بن الحسين للأستروشني: جامع أحكام الصغار، تحقيق د. مصطفى حميدة، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1418،1هـ، 1997م

45-عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر الجزائر. ط 1/ 2007

46- أحمد الدردير أبو البركات: الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، لبنان. د.ت.ط

47-نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

48-يجمد الخرشي المالكي: شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، د.ت.ط.

49-علي الصعيدي العدوي المالكي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت. 1412هـ

50-جلال الدين السيوطي: الدر المنثور في التفسير بالمأثور

51- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي: لاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق سالم محمد عطا -محمد على معوض، دار الكتب العلمية بيروت 2000م /1985ه

52-زيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المكتب الإسلامي، القاهرة، 1313

53-ابن حزم: محلى إدارة الطباعة المنيرية، لصاحبها محمد منير الدمشقي1352 هـ.

55-بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر. ط2، 1961

56-أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414 ه، 1994

57-بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة

58-ابن جزي: القوانين الفقهية، دار الفكر لبنان، نشر دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب

59-أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس ط2، 1427 /2006 م

60-أبو بكر المشهور بالسيد البكري: إعانة الطالبين، الناشر: دار التراث العري، بيروت، لبنان، ط 4.

61- عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم، الداران، دار المغني، السعودية الرياض، ط (1)، سنة 1421: ه 2000 /م

62-أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله، بمجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، دار طيبة للنشر والتوزيع ط4 ,1417*,?1997،

63-خمد مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط4، 1403 ه -1983

64-محمدابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطين: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: دار المعرفة بيروت ،1409*/ 1988 م.

65-حمد بن أي بكر: زاد المعاد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة. الرسالة، ط 27، سة:1415ع/ ه 1994 م،

66-أبو سليمان حمد بن محمد الخطاي البستي: معالم السن، المطبعة العلمية، حلب، ط (1)،1352 ه/ 1933 م

67-عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل السهمي: تقريب التهذيب

68-الرحى شمس الدين: المبسوط، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1414* 1993

69-إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم المروزي النيسابوري، أبو يعقوب، انظر: الذهي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قيما الشهير بالزهي، هديب الكمال، تحقيق: غنيم عباس ومحدي السيد أمين، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط (1، 1432 ه 2004

70-حمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند ابن تيمية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بدون طبعة وسنة نشر.

71-أبو القاسم عبد الكرم بن محمد بن عبد الكرم الرافع القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق :علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، ط1 سنة : 1417* 1997 م،

72- الأستاذ رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

73-عبد الحميد الشواري: جرمة الزنا في ضوء القضاء والفقه الإسكندرية، دار المطبوعات الجديدة، 1985.

خامسا ـ قرارات المحكمة العليا

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

75- المحكمة العليا المجلة القضائية ملف رقم 617374 قرار بتاريخ: 12/05/2011 العدد.2012:

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

77- المحكمة العليا: ملف رقم 498448، قرار بتاريخ: 10/06/2009، غير منشور

78- المحكمة العليا رقم الملف 1179387 قرار بتاريخ: 04/04/2018 غير منشور

فهرس الموضوعات

الفهرس:

الإهداء 2

شكر وتقدير 3

قائمة أهم المختصرات: 4

مـــــــقـــــــدمـــــــة.....5

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للنسب 3

المبحث الأول: مفهوم النسب: 5

المطلب الأول: تعريف النسب: 5

الفرع الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا: 5

الفرع الثاني: النسب في القانون وكيفية اكتسابه: 7

المطلب الثاني: أسباب ثبوت نسب 8

الفرع الأول: ثبوت النسب بزواج الصحيح: 8

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والوطء بالشبهة 11

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي والاستنساخ 14

المبحث الثاني: مفهوم ولد الزنا واستلحاقه.....18

المطلب الأول: معنى ولد الزنا: 18

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا 18

الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشابهه من الحالات الأخرى: 22

المطلب الثاني: معنى إستلحاق ولد الزنا 28

الفرع الأول: استلحاق الزاني ولده من الزنا إذا كانت أمه فراشا: 28

الفرع الثاني: إستلحاق الزاني ولده من الزنا إذا لم يكن فراش.....30

الفـــصل الثـــــــــاني: طرق إثبات نسب ولد الزنا.....33

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق التقليدية والحديثة 34

المطلب الأول: إثبات النسب بالبينة واليمين {الطريقة التقليدية} 34

الفرع الأول: مفهوم البيئة في اللغة والاصطلاح.....34
الفرع الثاني: نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة.....35
الفرع الثالث: اليمين 37
الفرع الرابع: الإلحاق الإقرار 38
الفرع الخامس: أثر الإقرار بالنسب المباشر 41
المطلب الثاني: طريقة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية في الفقه والقضاء{ طريقة الحديثة } 42
الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية ومفهومها.....42
الفرع الثاني: مفهوم البصمة الوراثية 42
الفرع الثالث: منزلة البصمة الوراثية في الفقه.....43
المبحث الثاني : موقف القضاء والمجمع الفقه الإسلامي من نسب ولد الزنا، ومناقشة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في إثبات نسب الولد غير الشرعي.....47
المطلب الأول : موقف القضاء والمجمع الفقه الإسلامي من نسب ولد الزنا.....48
الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من نسب ابن الزنا 48
الفرع الثاني : موقف المجمع الفقهي الإسلامي حول نسب الأبناء غير شرعيين. 48
المطلب الثاني : مناقشة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في الملفات رقم 355188 و 617374 و 467780 و1179387 في إثبات نسب الولد غير الشرعي: 48
الخـــــــــاتـــمـة 52
قائمة المصادر والمراجع 56

الملخص:

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة اهتماما كبيرا، وحرصت على أن يكون النسب فيها نقيا مصانا بعيدا عن الانحلال وسبل الحرام، ولكن قد يقع بعض الناس في سبل الغواية، وينحرفون إلى الرذيلة وارتكاب فاحشة الزنا، ويكون من نتائجها أولاد زنا. ولقد كان الهدف من هذا البحث الوقوف على الأحكام التي تتعلق بنسب ولد الزنا، في كل من الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي.

وبعد البحث في النصوص الشرعية وكتب علماء المذاهب الفقهية ومقارنتها بالتشريعات الوضعية و اجتهادات المحكمة العليا فقد توصل الباحث إلى أن الشريعة الإسلامية حفظت لولد الزنا حقوقه وكرامته ومنزلته بين الناس، وأن ولد الزنا كغيره من الأولاد الشرعيين في جميع الأحكام والحقوق إلا في قضية النسب وما يتعلق به، فإن الشريعة أفردت له أحكاما خاصة به تتناسب معه ومع محيطه الاجتماعي، كاستلحاق ولد الزنا بأمه وعدم تركه هملا بلا نسب أما بالنسبة للتشريعات الوضعية واجتهاداتها القضائية فإنها لم تستوفي أحكام نسب ولد الزنا، مما يدل على ضعف القدرة البشرية عن إدراك المصالح والحقوق. الكلمات المفتاحية: أحكام النسب ولد الزنا الزواج الشرعي الفقه الإسلامي، التشريع الوضعي الاجتهاد القضائي.

الكلمات المفتاحية: احكام، نسب، ولد الزنا، زواج شرعي، فقه إسلامي، تشريع وضعي، اجتهاد قضائي

Abstract:

Islamic law has paid great attention to the family, and because of this attention, the Islamic law made sure by its provisions that descent must be pure and protected, away from moral decay and forbidden ways (al-Haram), but some people may fall into ways of seduction, and deviate to vice and commit adultery, Which results children of the Adultery (zina), So The purpose of this research was to identify the provisions concerning the descent of child of adultery, in both Islamic Jurisprudence, legislations and Jurisprudence.

After researching the Islamic texts and the writings of Islamic jurisprudence doctrines, and comparing them with the positive legislation and the efforts of the Supreme Court.

The researcher concluded that the Islamic law preserved the rights of the son of adultery, his dignity, and status among the people and that the son of adultery, like other legitimate children, in all rulings and rights except in the case of descent and what related to it, The Islamic law has given him the provisions that are commensurate with him and his social environments, such as attribute Him with his mother and not leaving him Neglected without lineage, as for the positive legislation and its jurisprudence, it didn't meet the provisions of the child of adultery, which indicated a weak of the human capacity to perceive interests and rights.

Keywords: provision ,descent, child of adultery ,legal marriage ,Islamic jurisprudence ,positive legislation, jurisprudence

Résumé:

La loi islamique a accordé une grande attention à la famille, et à cause de cette attention, la loi islamique s'est assuré par ses dispositions que la descente doit être pure et protégée, loin de la décadence morale et des voies interdites (al-Haram), mais certaines personnes peuvent tomber dans des voies de séduction, et s'écarter vers le vice et commettre l'adultère, qui résulte des enfants de l'Adultère (zina), Donc, le but de cette recherche était d'identifier les dispositions concernant la descente d'enfant d'adultère, dans la jurisprudence islamique, les lois et la jurisprudence.

Après avoir étudié les textes islamiques et les écrits des doctrines de la jurisprudence islamique, et en les comparant à la législation positive et aux efforts de la Cour suprême.

Le chercheur a conclu que la loi islamique a préservé les droits du fils de l'adultère, sa dignité et son statut parmi le peuple et que le fils de l'adultère, comme d'autres enfants légitimes, dans toutes les décisions et tous les droits sauf en cas de descendance et ce qui y est lié, La loi islamique lui a donné les dispositions qui sont proportionnelles à lui et à son environnement social, comme l'attribuer à sa mère et ne pas le laisser négligé sans lignée, comme pour la législation positive et sa jurisprudence, elle ne répondait pas aux dispositions de l'enfant adultère, qui indiquaient une faible capacité humaine de percevoir les intérêts et les droits.

Mots-clés: disposition ,descente, enfant de l’adultère, mariage légal, jurisprudence islamique, législation positive, jurisprudence.