
**حقول الطفل في النسب
دراسة على ضوء اتفاقية
حقوق الطفل والاجتهاد القضائي**

دكتور/ شامي أحمد

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS

1968

PRINTED IN GREAT BRITAIN

BY THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS

حق الطفل في النسب
دراسة على ضوء اتفاقية حقوق الطفل
والاجتهاد القضائي
بقلم: د / شامي أحمد
أستاذ محاضر " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون - تيارت- الجزائر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفل اهتماما بليغا حيث رغبت في إنجابه، لذلك شرعت مجموعة من الأحكام المتعلقة به، سواء ما تعلق بحسن الاختيار بين الزوجين أو ما كان في رعايته خلال مراحل النمو المختلفة، بحيث يظهر مدى حرص الشريعة الإسلامية على توجيه جهود المجتمع إلى الاهتمام بالطفولة.

إضافة إلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية قد صانت الأنساب من الضياع، والكذب والتزيف، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المغرة والضياع، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والاتهام بالفحشاء، وحقا لأبيه يحفظ به امتداده أن يضيع أو ينسب إلى أحد غيره؛ وجعلت أحكامه من النظام العام المعبر عنه بحق الله سبحانه وتعالى، صيانة له عن كل دنس وريبة؛ ويرتبط بذلك الحق في الاسم، فهو يعبر عن شخصية الإنسان وعن مكانته الاجتماعية وعن خصائصه؛ وهو أسمى تمثيل رمزي لشخصيته.

وبالنظر إلى أهمية النسب بالنسبة للمعنيين مباشرة، وكذا بالنسبة للمجتمع كله، فإن التشريع الذي يؤطره، يفترض فيه أن يكون حريصا على التمسك بالمقصد الشرعي من النسب، وأن يتبنى الوسائل المجدية في

تحقيقه ، وذلك بتوفير السبل إلى أن يكون لكل طفل أبوان ، وألا ينسب إلى ولد ليس من صلبه طبعاً في الحدود التي يمكن فيها بلوغ هذا المتغى.

كما يشكل الطفل شريحة مهمة داخل المجتمع ، وبصلاحهم يصلح المجتمع ، فهم شباب الغد وبناء المستقبل ، وبضمان حقوقهم نساعدهم على القيام بالدور المنوط بهم على أكمل وجه ، لهذا أصبح الطفل يحتل مركزاً مهماً في مختلف القوانين الوطنية والتي غالباً ما تتخذ من المواثيق الدولية مرجعاً لها.

ومن ثم يمثل النهوض بحقوق الطفل مدخلاً حيويًا وضمانة أساسية لدعم احترام حقوق الإنسان لدى الأجيال القادمة ، وقد اهتم المجتمع الدولي بقضايا الطفولة وحقوقها منذ فترات تاريخية مبكرة ، وهو ما تجسد في إبرام مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحمي الطفل.

حيث بدأ اهتمام المجتمع الدولي بحماية حقوق الطفل بإنشاء عصبة الأمم المتحدة سنة ١٩١٩^(١) ؛ كما أصدرت الجمعية العامة لعصبة الأمم إعلان جنيف ١٩٢٤ ، ثم توالى بعد ذلك المواثيق الدولية التي تهتم بشؤون الطفل وتدافع عن حقوقه وحرياته حتى صدرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩^(٢) ، التي تميزت بأنها ذات طابع ملزم لدول العالم الموقعة عليها أو المنظمة لها ؛ التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / 1990 ، لتصبح قانوناً دولياً ملزماً للدول الأطراف فيها وسامياً على قوانينها الوطنية ، وقد تميزت هذه الاتفاقية بشمولها لجميع حقوق الطفل

(١) - حيث نصت المادة ٢٣ من النظام الأساسي منه على : "تعهد الدول الأعضاء بالسعي إلى توفير وضمان ظروف عادلة للعمل وإنسانية للرجال والنساء والأطفال في بلادهم ، وفي جميع البلدان الأخرى التي تمتد إليها علاقاتهم التجارية والصناعية سواء بسوء".

(٢) - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤ / ٢٥ الصادر بتاريخ ٢٠ / ١١ / ١٩٨٩ ، حيث بدأ سريان نفاذها بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / ١٩٩٠ طبقاً لأحكام المادة ٤٩.

المادية والأدبية سواء من حيث حمايتها، أو توفير الخدمات اللازمة من أجل نمو الطفل صحياً وثقافياً وروحياً، كما تميزت الاتفاقية في تأكيد ضرورة مراعاة مصالح الطفل الفضلى في كل الإجراءات المتعلقة.

ثم بعدها الاتفاق العالمي الخاص بحقوق الطفل الذي تم إقراره في نيويورك في ٢٦ / ١١ / ١٩٩٠، الذي أكد على حقوق الطفل واليافع وحمايتها من أي أذى مادي أو معنوي حيث ورد في المادة ١٩ من ذلك الاتفاق التأكيد على ضرورة حماية الطفل من أشكال العنف، ومن التعرض لأي إساءة جسدية أو عقلية.

ومن منظور الاتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ يجب أن يكون لكل طفل الحق في النسب من خلال المادة ٨ التي تنص على: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

ورغم أن المشرع الجزائري يسمح بإثبات النسب بالطرق الشرعية وبالطرق العلمية (بالبصمة الوراثية)، إلا أن المشرع يشترط عدة ضوابط تعرقل إثبات مجهولي النسب خصوصاً فئة اللقطاء وفئة الأبناء غير الشرعيين علماً أن المشرع الجزائري يخول الوصاية على هؤلاء الأطفال إلى النيابة العامة بموجب المادة ٠٣ مكرر من قانون الأسرة.

وعليه، نطرح التساؤلات الآتية: هل أقرت المواثيق الدولية إثبات نسب الطفل كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية؟ وهل للطفل الحق في النسب على إطلاقه أم لا بد من ضوابط، وما دور الاجتهاد القضائي في إثبات النسب من العلاقات غير الشرعية. وكيف سيكون مصير هؤلاء في مشروع قانون الطفل في الجزائر؟ هذا ما سنعالجه من خلال مبحثين الآتين:

المبحث الأول: نسب الطفل بين اتفاقية حقوق الطفل والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: نسب ابن الزنا في الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي.

المبحث الأول

نسب الطفل بين اتفاقية حقوق الطفل والشريعة الإسلامية

تعد رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية، ولهذا اهتمت بها الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا، فلم يتركها الشارع الحكيم نهيا للأهواء والعواطف تهبها لمن تشاء وتحرم منها من أرادت، بل تولاهما عز وجل بشريعته واعتنى بها أعظم عناية وأحاطها بسياج منيع يحفظها من الفساد والانحلال والاضطراب فنهى الآباء عن أن يدعوا أبناء غير آبائهم وينسبونهم إليهم، وفي هذا يقول عز وجل: (ما جعل الله لرجل من قبيلين في جوفه وما جعل أزواجكم التي تظهرون منهن أمهاتكم وما جعل أديعاءكم وأبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين وموليككم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيفا)

هذا وقد أقامت الشريعة الإسلامية علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية وهي رابطة مقدسة سببا لثبوت الأولى، فالزواج يعد أداة تحليل مخالطة الرجل بالمرأة بما ستلزمه ذلك من جعل الزوجة مختصة بزوجها في حق الاستمتاع ومجرمه على غيره فإذا أثمرت هذه المخالطة نسلا ينسب للزوج، ومن هنا تأتي أحد الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وهي "الولد للفراش" وذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة أنه قال: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر"⁽⁴⁾؛ فالأصل الشرعي الذي يركز عليه نظام النسب، هو "الولد للفراش".

(3) - سورة الأحزاب، الآيتين ٠٤ - ٠٥.

(4) - أخرجه البخاري، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج

٠٦، الحديث رقم ٢٣٦٨، ص ٢٤٨؛ وأخرجه مسلم، كتاب الرضاع، ج

٠٢، الحديث رقم ١٤٥٧، ص ١٠٨١.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الأصل بعناية كبيرة، فكانوا على قول واحد بشأن ضرورة تحقق الفراش، إلا أنهم اختلفوا بشأن الشروط اللازمة لإعمال هذا الأصل الشرعي، وذلك لأن إنكار الأب ولده يترتب عليه تعريضه وأمه للدال الدائم والعار الذي لا ينتهي، وفي هذا من الضرر ما لا يخفي، ومن أجل ذلك عنى فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الحق عناية كبيرة وحرص الكثير منهم على عدم ضياع الولد وقد تمخض هذا الاهتمام عن قاعدة فقهية: "إحياء الولد"⁽⁵⁾.

المطلب الأول

اهتمام الشريعة الإسلامية بحق الطفل في النسب

وهنا سنتكلم عن حماية الشريعة الإسلامية لنسب الطفل أولاً؛ ثم بعد ذلك نسب الطفل وضوابطه في الشريعة الإسلامية ثانياً.

أولاً - حماية الشريعة الإسلامية لنسب الطفل: إن النسب هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم؛ وقيل بأنه: "عبارة عن صلة الإنسان بمن ينتهي إليه الآباء والأجداد.

ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية قامت بصيانة الأنساب من الضياع والعبث والكذب والتزييف، ولم تترك الشريعة النسب لأهواء أصحابه يدعونه أو ينفونه"⁽⁶⁾، وهو من الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج ويتعلق به عدة حقوق؛ منها حق الله، لأنه يحقق مصالح عامة للمجتمع تتمثل في أنّ النسب من الروابط الوثيقة التي تربط مجموعة الأسر ببعضها، والأسرة أساس المجتمع. وفيه للأب، لأنه يترتب على ثبوت نسب الولد ثبوت الولاية عليه، وحق الإرث والإنفاق؛ وفيه حق للأم، لأن من حقها صيانة الولد من الضياع، ودفع التهمة عنها، وثبوت حق الرضاع والحضانة والإرث؛ وهو حق الولد، لدفع التعيير عن نفسه، وثبوت حقوق النفقة والرضاع والسكن والإرث وغير ذلك"⁽⁷⁾.

(5) - سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام وفي الاتفاقيات الدولية،

جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات الإسلامية، سنة ٢٠٠٣، ص ٩٤.

(6) - زكريا البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ص ١١.

(7) - د. بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، ص ٠٦.

ولم يقتصر حفاظ الشريعة الإسلامية على الأنساب القادمة ، بل حافظت على الأنساب التي تنحدر منها ، لنعرف أصلنا ، وأصل غيرنا ، ليكون التلاقي والتراحم والتعاون ، وفي ذلك يقول عز وجل : (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير)⁽⁸⁾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم)⁽⁹⁾ .

ومن ثم فقد أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيداً من العناية ، وأحاطته ببالغ الرعاية ، ولا أدل على ذلك من جعله في طبيعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها ، وأن من أجلى مظاهر العناية بالنسب في الشريعة الإسلامية أن الله عز وجل امتن على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا ، ولا يتحقق معرفة الشعوب والقبائل ، وما يترتب على ذلك من تعارف وتآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاشتباه والاختلاط .

ومن أجل ذلك حرمت الشريعة الإسلامية كل اتصال جنسي يتم على أصول شرعية يحفظ لكل من الرجل والمرأة ما يترتب على هذا الاتصال من آثار ، وما ينتج عنه من أولاد ، وأبطلت جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بغض الأمم والشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السموية ، ولم تنح الشريعة الإسلامية سوى النكاح الشرعي بشروطه المعتمدة ، أو بملك اليمين الثابت ، وذلك مصداقاً لقوله تعالى : (والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)⁽¹⁰⁾ .

ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب أنها شددت على الذين ينكرون ، وبالغت في التهديد للأباء والأمهات حين يقدمون على

(8) - سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

(9) - الحديث أخرجه الترمذي في سننه ، انظر : تحفة الأحوذى ، ج ٠٦ ، ص ١١٣ ؛

مسند الإمام أحمد ، ج ٠٢ ، ص ٣٧٤ .

(10) - سورة المؤمنون ، الآية ٥ - ٧ .

إنكار نسب أولادهم الثابت وتبرؤون منهم ، أو حين ينسبون لأنفسهم أولاداً ليسوا منهم وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم : (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الجنة ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)⁽¹¹⁾ ؛ وحرمت الشريعة الإسلامية الانتساب إلى غير الآباء حيث قال صلى الله عليه وسلم في معرض التحذير من ذلك ، وبيان الوعيد الشديد على فاعله : (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام)⁽¹²⁾ .

إضافة إلى ذلك حرمت الشريعة الإسلامية التبني ، بعد أن كان مألوفاً وشائعاً عند أهل الجاهلية وفي صدر الإسلام ، وفي هذا يقول عز وجل : (ادعوهم لأبنائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين وموليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً)⁽¹³⁾ .

وإنما حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما يترتب عليه من مفسد كثيرة لكون المتبني ابناً مزوراً في الحقيقة والواقع ، وغنصراً غريباً عن الأسرة التي أنضم إليها ، ولا يحل له أن يطلع علي محارمها ، أو يشاركها في حقوقها ، إضافة إلى أنه قد لا ينسجم مع أخلاقها ، ولا يتلاءم مع طباعها ، لإحساسه وإحساس الأسرة بأنه أجنبي عنها ، وسواء كان المتبني معروف النسب أو مجهولة ، إلا أن الشريعة الإسلامية مع هذا يلحق المجهول بمن أدعاه بمجرد الدعوى ، مع إمكان كونه منه عادة ، وكل هذا من عناية الشريعة الإسلامية بالنسب ، ومزيد رعايتها له تحقيقاً لمقاصد عظيمة ، وحكم جليلة .

ثانياً - نسب الطفل وضوابطه في الشريعة الإسلامية : من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في النسب ، وهذا لاعتباره

- (11) - سنن أبو داود ج ٠٢ ، ص ٢٧٩ ؛ سنن النسائي ، ج ٠٦ ، ص ١٧٩ .
(12) - صحيح البخاري ، ج ٠٤ ، ص ١٧٠ ؛ صحيح مسلم ، ج ٠١ ، ص ٥٧ .
(13) - سورة الأحزاب ، الآية ٠٥ .

نعمة انعم بها الله تعالى على الإنسان لقوله عز وجل: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ريبك قديرا)⁽¹⁴⁾ .
وهذا الحق له أهمية كبيرة ، فهو يعتبر حقا أساسيا لأنه يتفرع منه
عديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل : حقه في الرعاية والتربية ، في المال
والنفقة والميراث .

ونظرا لهذه الأهمية فإن أحكام الشريعة الإسلامية وضعت
ضوابط محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسبه من أبويه ، تتمثل فيما
يلي :

١ - أن يكون الطفل مولودا على فراش الزوجية الصحيحة ،
وهو الطريق الأصلي لإثبات النسب هذا لقوله تعالى : (والله جعل لكم
من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من
الطيبات أفبالباطل يؤمنون وينعمت الله الله هم يكفرون)⁽¹⁵⁾ ، وقوله
صلى الله عليه وسلم : (الولد للفراش وللعاهر الحجر) .

٢ - أن يكون الطفل مولودا من زواج فاسد ، ويكون الزواج
فاسدا إذا تخلف أحد الشرطين اللازمين لصحته ، وهما : ألا يكون بين
محرمين كما إذا كانت الزوجة محرمة على الزوج ، وأن يعقد بحضور
شاهدين رجلين أو رجل و مرأتين ، فإذا لم يتوافر هذا الشرطان أحدهما
أو كلاهما ، وتم الدخول بالزوجة في هذا الزواج الفاسد ، ثبت نسب
الطفل من أبيه ، على الرغم من فساده ، وما يقتضيه ذلك من التفريق بين
الزوجين ، وإنما يشترط لصحة النسب ألا ينكره الزوج أو ينازع فيه⁽¹⁶⁾ .

٣ - أن يكون الطفل مولودا نتيجة وطئ بشبهة ، وذلك بالتقاء
الرجل بالمرأة اعتقادا منهما بشرعية دخولها أحدهما بالآخر ثم تبين عكس
ذلك ، كما إذا دخل رجل بامرأة ظنا منه أنها زوجته ، ثم تبين عكس
ذلك ، كما إذا دخل رجا بامرأة ظنا منه أنها زوجته ، ثم تبين أنها امرأة

(14) - سورة الفرقان ، الآية ٥٤ .

(15) - سورة النحل ، الآية ٧٢ .

(16) - حسني نصار ، تشريعات حماية طفولة ، (د. ت. ط) ، ص ٣٢١ .

أخرى غيرها، أو يكشف أنها أخته من الرضاعة؛ وفي هذه الحالة لا يثبت نسب الطفل من أبيه، إلا إذا ادعاه الأب وتمسك به.

وإن كان نسب الولد للأم يثبت بالولادة سواء كانت الولادة من زواج فاسد، أو وطء بشبهة فإن النسب من الأب يثبت بالزواج الصحيح الفرائش، والإقرار، والبيّنة.

كما يُقَرُّ الفقهاء بالأخذ بالقيافة كوسيلة من وسائل إثبات النسب؛ والقيافة من أقدم الطرق التي عرفتها الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه⁽¹⁷⁾.

هذا وقد أقرت الشريعة الإسلامية للطفل حق البحث عن نسبه من كلا أبويه وهذا عن طريق وسائل الإثبات المذكورة، إلا أنها وضعت لها شروط معينة تتمثل فيما يلي:

- أن يكون الطفل مجهول النسب: فهذا متفق عليه، فإن البحث عن النسب سواء الأم أو الأب لا يكون إلا بالنسبة للطفل مجهول النسب.
- شرط عدم ذكر أن طفل من زنا لثبوت نسبه من أبيه: فهنا لا خلاف بين الفقهاء حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أمه سواء جاءت به من زواج أو غيره، في يوجد خلاف حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أبيه⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني

اهتمام الموائيق الدولية بنسب الطفل

لقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية سباقة بحماية حق الطفل في النسب، وذلك مصداقا لقوله تعالى: (ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند

(17) - والقيافة لغةً من قاف يقوف قيافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، والجمع القافة.

(18) - فيرى فريق بحق نسب الطفل أسا كان سبب مولده حماية له من الضياع؛ بينما يرى رأي آخر برفض هذا الأمر، ويمنع الطفل المولود من زنا أن يبحث عن نسبه من أبيه؛ - في حين يرى رأي ثالث بالحل والوسط، وهو أن يعترف لابن الزنا بحق الانتساب إلى أبيه بشرط أن لا يذكر أنه من زنا؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٢٠٠٥، ٢٠٢، ص ٣٨٨.

الله)؛ عن طريق محاربتها لكل ما يخالف الزواج الشرعي، الذي اعتبرته، المنبت الأصيل للأبناء، لأنه في حماية النسب حماية للمجتمع ولاطمئنان الابن نفسه، ولتوفير الرعاية والعناية بالطفل على أحسن وجه ممكن.

وبالرجوع إلى أحكام المادة ٠٧ في فقرتها الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩⁽¹⁹⁾، نجد أنها قد أشارت إلى حق الطفل في النسب، وذلك بقولها: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهم".

وقد اعتبر حق الطفل في معرفة والديه، تطبيقاً واضحاً لحماية نسب الطفل، وضماناً لنسبه إلى أبيه؛ ولكن كان يفضل أن تكون أن تكون العبارة واضحة وأدق بالصيغة الآتية: "يكون له الحق في الانتساب إلى والديه".

كما نصت المادة ٠٨ من نفس الاتفاقية: "تعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته، واسمه وصناته العائلية على النحو الذي يقره القانون..."، والحفاظ على صلات الطفل العائلية تقضي اتخاذ كل التدابير للإقرار بحق الطفل في نسبه إلى أبويه. وهو ما يتطلب من التشريعات الوطنية تعزيز اكتساب الطفل لحقه هذا، خصوصاً وأن هذا الحق تترتب عليه حقوق كثيرة أخرى، فبه يثبت له حق الإرث أو به تثبت حقوق وواجبات الأبوة والبنوة.

وفي المقابل سائر عهد حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة ٠٧ منه تحت عنوان الهوية، للطفل الحق منذ ولادته في اسم حسن وتسجيله لدى الجهات المختصة وتحديد نسبه وجنسيته ومعرفة والديه وجميع أقاربه وذوي رحمه وأمه من الرضاعة، وفي فقرتها الثانية تحافظ الدول الأطراف على عناصر هوية الطفل، بما في ذلك اسمه،

(19) - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤ / ٢٥ الصادر بتاريخ ٢٠ / ١١ / ١٩٨٩، حيث بدأ سريان نفاذها بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / ١٩٩٠ طبقاً لأحكام المادة ٤٩.

جنسيته ، وصلته العائلية وفقا لقوانينها الداخلية ، وتبذل مساعيها الحثيثة لحل مشكلة انعدام الجنسية لأي طفل يولد على إقليمها ، أو يولد لأحد رعاياها خارج إقليمها وفي الفقرة الثالثة الطفل المجهول النسب ومن في حكمه ، له الحق في الحضانة والكفالة ، والرعاية دون التبني وله الحق في اسم ولقب وجنسية.

ومن هنا ، فإن ما يمكن ملاحظته أن اتفاقية حقوق الطفل لم تعر كبير الاهتمام مسألة نسب الطفل ، بل اكتفت بإقرار حق الطفل في نسبه إلى أبيه ، وتركت مسألة تنظيم آليات ووسائل النسب للتشريعات الداخلية ، لتسن من التدابير والإجراءات ما يحقق مصلحة الطفل ويحميه من الضياع ، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في القانون رقم ١٢ - ١٥ المتعلق بحماية الطفل الذي نصت المادة ٠٣ منه على أنه : " يتمتع كل طفل ، دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز ، بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصدق عليها ، وتلك المنصوص عليها في التشريع الوطني لاسيما الحق في الحياة ، وفي الاسم وفي الجنسية وفي الأسرة وفي الرعاية الصحية والمساواة والتربية والتعليم والثقافة والترفيه وفي احترام حياته الخاصة"⁽²⁰⁾ ؛ بخلاف ما نص عليه في قانون الأسرة ، حيث تطرق إلى الأحكام النسب في الفصل الخامس من الكتاب الأول من المادة ٤٠ إلى غاية المادة ٤٥ مكرر.

وعليه ، فإن موثيق حقوق الطفل الدولية لم تشر إلى حق الطفل في أن يكون نتيجة علاقة شرعية بين رجل وامرأة ، وهذه العلاقة الشرعية هي الزواج التي تكفل للطفل حياة كريمة ، وتلزم أبوي هذا الطفل برعايته والعناية به والإنفاق عليه ، وبسائر الحقوق المترتبة على البنوة الشرعية.

(20) - المادة ٠٣ من القانون رقم ١٢ - ١٥ المتعلق بحماية الطفل ، المؤرخ بتاريخ ٢٠١٥ / ٠٧ / ١٥ ، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ ، المؤرخة ٢٠١٣ / ١٧ / ١٩ ، ص ٠٤ وما بعدها.

وكان من نتاج إهمال هذا الجانب المهم أن أهدرت حقوق ملايين الأطفال المجهولي النسب، لأن هذه الموائيق لم تعطي لحق النسب أهمية.

المبحث الثاني

نسب ابن الزنافي الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي

يعتبر الحق في النسب أهم ثمرة من ثمرات الزواج ويعد من أهم الروابط التي تربط الآباء بالأبناء ولهذا زرع الله في الإنسان حب التناسل وغريزة حفظ النسل، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالأعراض والأنساب فجعلت حفظ النسل والعرض أهم مقصد من مقاصدها الكلية الضرورية وذلك لما لهذا الأمر من أهمية بالغة في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، وقد نبه الشارع الحكيم الإنسان لما في النسب من فوائد، وذلك في قوله تعالى: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا)⁽²¹⁾

ولعله باستقراء التاريخ لا نجد من دعا لهدمه بل قد تم الإجماع على هذا المقصد الضروري من طرف كل الملل وكل الأمم، ومن هنا إذن يبدو أن حرمان الفرد من النسب يعني حرمانه من أهم حقوقه على الإطلاق، وإلحاق حيف وظلم به، ومس بهويته، مما قد يؤدي به كل ذلك إلى الضياع بوجهه أو بآخر، رغم أن المبتدأ والواقع أنه مولود من شخصين أب وأم؛ وقد استأثرت قواعد النسب بالاهتمام لحد اعتبارها من النظام العام، حيث وسع المشرع من دائرة وسائل إثبات النسب، بالنص على الطرق العلمية بشرطها كوسيلة لإثبات النسب.

فإثبات النسب للطفل ليس حقا له وحده، ولكنه حق للأب والأم وهو أيضا حق من حقوق الله عز وجل، فهو حق للأب.. لأن من حقه صيانة ولده من الضياع، ولأنه يترتب على ثبوت نسبه منه حقوق أخرى، كحقه في الولاية عليه حال صغره، وكحقه في إنفاق ابنه عليه إذا كان محتاجا وكان الابن قادرا على الكسب، وكحقه في الإرث من تركته إذا

(21) - سورة الفرقان، الآية ٥٤.

توفى قبله، وهو كذلك حق للأم.. لأنه جزء منها، وهي مدفوعة بجبلتها للمحافظة عليه وصونه من الضياع؛ كما أنه يترتب على ثبوت النسب للأم حقوقا، كثبوت التوارث بينهما وإنفاقه عليها في حالة عجزها وقدرته على النفقة عليها، وثبوت النسب فيه كذلك حق لله تعالى - وحق الله هو ما يحقق مصلحة عامة للمجتمع نسب إلى الله تعالى لعظم شأنه وشمول نفعه - فالنسب في ذاته من الأمور التي ترتبط بالمجتمع، إذ عليه يقوم بناء الأسرة التي هي نواة المجتمع.

أما حق الطفل في ثبوت النسب هو من أهم الحقوق، إذ أن انتماء الطفل إلى الأب يحفظه من الضياع ويحميه من التشرد، ووجود ولد بلا أب ينتسب إليه يعرض المجتمع إلى أذى كبير، ويؤدي إلى شر مستطير... كما أنه يكون سببا في تعيين الطفل بكونه ولد زنا، لذا فإن من الواجب أن ينسب الطفل إلى أبيه، لأن الحقوق الأخرى من الرضاع والحضانة والنفقة والإرث.. الخ، تعتمد في نشأتها على ثبوت النسب.

المطلب الأول

نسب ابن الزنا في الفقه الإسلامي

من القضايا المثيرة للجدل والأكثر إلحاحا للمناقشة في وسائل الإعلام قضية إثبات النسب خاصة إذا كان أطرافها من المشاهير، مثلما يحدث مع أشهر قضية إعلامية أحمد الفيشاوي وهند الحناوي⁽²²⁾؛ وقد

(22) - قضية هند الحناوي التي أثار الجدل سنة ٢٠٠٥، والتي انتهت بالحكم بنسب الطفلة لينا، تسببت في تعديل مواد قانون الطفل المصري، لتنص المادة ٥٤ من قانون الطفل المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، والتي نصت على أنه: "للطفل الحق في نسبة إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما؛ وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة وعلى الوالدين أن يوفر الرعايا والحماية الضرورية للطفل، وعلى الدولة أن توفر رعايا بديلة لكل طفل حرم من رعايا أسرته، ويحظر التبني"؛ وطبقا لأحكام المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة ١٧ من القانون ٥١ لسنة ٢٠٠٥ المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتينص على عدم سماع دعاوى طلب إثبات الزواج العرفي أو طلب النفقة أو الميراث عند إنكار الطرف =

حرصت الشريعة الإسلامية على أن يكون الأبناء ثمرة لقاء شرعي من زواج صحيح حتى تستقيم الحياة وتستقر النفوس وتقر العيون ولذلك حرم الزنا وعلاقات الصداقة والمخادنة وكل أشكال الاتصال بين الرجل والمرأة خارج دائرة الزواج حتى يكون النسل نقيًا طاهرًا ويعرف الابن أباه وأمه ويعرف عائلته وعشيرته وفي نفس الوقت وضعت الشريعة الإسلامية قواعد لنسب الأبناء الذين يأتون من سفاح وهذا ما أشار إليه النبي صلي الله عليه وسلم في قوله: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أولاً- نسب ابن الزنا من الزاني في الفقه الإسلامي: النسب أثر للزواج الشرعي إجماعاً ما لم ينقذ، وفي هذا يقول ابن عبد البر: "وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها، وجعل رسول الله كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال، إلا أن ينفيه بلعان على حكم اللعان... وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش، لا ينتفي عنه أبداً بدعوى غيره، ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان"⁽²³⁾؛ ويقول ابن قدامة: "وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش"⁽²⁴⁾؛ وهذه المسألة من المسائل المشهورة، اختلف

=الآخر، بالرغم من اعتداد المشرع بالزواج العرفي في بعض آثاره ومنها طلب التطلق، كما أنه حتى لو بيد الزوجة أصل العقد العرفي الموقع من زوجها وشاهدان لا تستطيع إثبات الزواج بحكم قضائي بينما إذا أقر الرجل بالزوجية يثبت لها في تلك الحالة كل الحقوق؛ في سنة ٢٠١٠ أعلنت مشيرة خطاب، وزيرة الأسرة والسكان، عن مشروع تعديل لقانون الطفل يعالج مسألة قيد مجهولي النسب لجد الأم، إلا أن المشروع اختفى مع قيام ثورة 25 يناير ٢٠١١.

(23) - ابن عبد البر، التمهيد، ج ٠٨، ص ١٨٣.

(24) - ابن قدامة، المغني، ج ٠٩، ص ١٢٣؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٣٢، ص ١١٢ - ١١٣؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج ٠٥، ص ٤٢٥.

فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين، بعد اتفاقهم على عدم لحوقه إذا ولد على فراش رجل وادعاه غيره.

الرأي الأول: حيث يرى جمهور الفقهاء والظاهرية⁽²⁵⁾ بعدم شرعية الاعتراف بنسب الطفل ابن الزنا، حيث يعتبر الطفل المولود في هذه الحالة ابناً غير شرعي؛ وفي هذا يقول الكاساني: "إذا زنى رجل بامرأة، فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه، لانعدام الفراش"⁽²⁶⁾؛ وقال ابن رشد: "اتفق جمهور الفقهاء على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب، على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الإسلام، أعني الذي كان زناً في الإسلام"⁽²⁷⁾؛ وقال الدردير: "ماء الزاني فاسد، لذا لا يلحق به الولد"⁽²⁸⁾؛ وجاء في حاشية الشرواني: "لا يجوز استلحاق ولد الزنا مطلقاً، سواء أمكن نسبه إليه من حيث السن أو لا، وسواء أكان المستلحق هو الواطئ أم لا"⁽²⁹⁾؛ وقال ابن قدامة: "ولد الملاعة يلحق الملاعن إذا استلحقه، وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور"⁽³⁰⁾.
وقد نفى ابن حزم أولاد الزنا جملة أولاد الزنا حملة، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم: "وللعاهر الحجر"؛ فالعاهر عليه الحد فلا يلحق به الولد، والولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ولا يلحق بالرجل⁽³¹⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- (25) - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 154؛ الحاوي، بلغة المسالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 02، ص 259؛ الشرييني، مغني المحتاج، ج 02، ص 159؛ ابن قدامة، المغني، ج 05، ص 328؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 393.
- (26) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 06، ص 242.
- (27) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 358.
- (28) - الدردير، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ج 02، ص 219.
- (29) - حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، ج 05، ص 402.
- (30) - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 36.
- (31) - ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 322-323.

١ - قوله صلى الله عليه وسلم: " لا مساعاة في الإسلام، من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا ولدا من رشدة، فلا يرث ولا يورث"⁽³²⁾؛ وقوله أيضا: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، الذي يعتبر قضاء عاما لا تنطبق عليه قاعدة نسبية الأحكام، حيث ورد بلفظ عام يشمل أطراف النزاع وغيرهم، والقاعدة الأصولية تقضي بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فكان حكمه صلى الله عليه وسلم يشمل جميع أفراد أمته ما لم يقدّم دليل على خصوصيته.

ويقول ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل على لسان رسوله في أن العاهر لا يلحق به في الإسلام ولد يدعيه من الزنا، وأن الولد للفراش على كل حال"⁽³³⁾.

٢ - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عاهر أمة أو حرّة فولده ولد زنا لا يرث ولا يورث"⁽³⁴⁾؛ فالحديث نص على أن ولد الزنا لا يرث ولا يورث، والميراث فرع عن النسب، فدّل على أن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه.

٣ - ومن المعقول: فقالوا: أن ماء الزنا هدر، فلا حرمة له، فلا يرتب أثرا، وأن الزاني تعدى حدود الله تعالى، وفي إلحاق النسب به تشجيع على الزنا، لذا كان من الأجدر معاملته على نقيض قصده؛ وفي هذا يقول السرخسي: "ولأن قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا، فإنه إذا علم أن الماء يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا"⁽³⁵⁾.

٤ - اعتبار النسب حقا للأب وتكريما وتشريفا له، ومن المعروف أن الحقوق تكتسب بالفعل المشروع، وليس بالفعل المحرم.

(32) - سنن أبو داود، كتاب الطلاق "باب ادعاء ولد الزنا"، الحديث رقم ٢٢٦٤.

(33) - ابن عبد البر، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج ١٧، ص ١٦٣ - ١٦٤.

(34) - ابن ماجه في سننه، باب في ادعاء الولد، ج ٢، الحديث رقم ٢٧٤٥، ص ٩١٧.

(35) - السرخسي، المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٧.

٥ - إن إلحاق ابن الزنا بالزاني يجعل للحرام أثراً، مما يشجع على الاغتصاب، وانتهاك الأعراض.

وعليه فإن أصحاب هذا الرأي متفقون على أن حكم ابن الزنا لا يلحق نسبه بأبيه.

الرأي الثاني: فقد يرى أصحاب هذا الرأي بأن ابن الزنا ينسب إلى الزاني إذا استلحقه، ولم يشترطوا في النسب كونه قائماً على علاقة شرعية، بل الولد لاحق بأبيه إذا استلحقه، أو ادعى أن زنا بأمه وأن الولد منه، ما لم ينازعه فيه صاحب الفراش الصحيح؛ وهو قول الحسن وابن سيرين، وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار⁽³⁶⁾، وذكر عنهما أنهما قالا: "أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنا بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه"⁽³⁷⁾، وهو قول لأبي حنيفة، فقد روى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: "لا أرى بأساً إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستر عليها، والولد ولد له"⁽³⁸⁾؛ وفي هذا يقول ابن رشد: "واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت، واعترف بالحمل، فعنه في ذلك ثلاث روايات: أولى: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن؛ ثانية: أنه يلاعن وينفي الولد؛ ثالثاً: أنه يلحق به الولد، ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه." ثم قال: "وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا"⁽³⁹⁾؛ وعند الامام أحمد في رواية، أنه يصوغ فيه

(36) - ابن القيم زاد المعاد، ج ٥٥، ص ٤٢٥.

(37) - روى الدارمي بسنده عن بكير عن سليمان بن يسار قال: "أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زني بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد، فهو يرثه، قال بكير: وسألت عروة عن ذلك؟ فقال مثل قول سليمان بن يسار"؛ سنن الدارمي، كتاب الفرائض، باب في ميراث ولد الزنا، الحديث رقم ٣١٠٦.

(38) - السرخسي، المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٧ وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٢٨.

(39) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٩٥.

الاجتهاد⁽⁴⁰⁾؛ وهو قول الحسن البصري، والنخعي، وإسحاق ابن راهويه، واختاره وابن تيمية، وابن القيم وإليه مال القرطبي⁽⁴¹⁾، في أنه يلحقه إذا استلحقه وزاد بعضهم إذا أقيم عليه الحد.

وهو رأي بعض المعاصرين منهم ياسين الخطيب، وسعد الدين هلاللي، ومال إليه القرضاوي والريسوني⁽⁴²⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بأن ابن الزنا ينسب إلى أبيه إذا ادعاه، بالأدلة الآتية:

١ - ما جاء في الصحيحين عن جريح⁽⁴³⁾ أنه نسب ابن الزنا للزاني وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة بذلك، وأخبرنا بها النبي صلى الله عليه وسلم عن جريح في معرض المدح وإظهار الكرامة، فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى وإيجابار النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فتثبت البنوة وأحكامها⁽⁴⁴⁾.

ويبقى أن نقول: إن الاستدلال بهذا الحديث يستقيم على مذهب

(40) - ابن مفلح، الفروع، ج ٥، ص ٥٢٦.

(41) - الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٥٨٥؛ ابن تيمية، مجموع فتاوى، ج ٣١، ص ٣٧٤؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج ٥، ص ٤٢٥ - ٤٢٦؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٥، ١١٥، وفي هذا يقول صاحب الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٥٨٥؛ "وإن استلحق ولده من الزنا ولا فراش لحقه، وهو مذهب الحسن، وابن سيرين، والنخعي وإسحاق"، المرادوي، الإنصاف، ج ٩، ص ٢٦٩؛ قال: "واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: إن استلحق ولده من الزنى ولا فراش لحقه... وقال في (الانتصار) في نكاح الزانية: يسوغ الاجتهاد فيه، وقال في الانتصار أيضاً: يلحقه بحكم حاكم، وذكر أبو يعلى الصغير وغيره مثل ذلك".

(42) - د. سعد الدين مسعد الهلاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، ط ١، ٢٠٠١، ص ٣٧٥ - ٣٨٧؛ د. يوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، ص ٤٧؛ الريسوني، نظرية التقريب، طبعة مصعب مكناس، ص ٣٢٧.

(43) - صحيح البخاري، باب "واذكر في الكتاب مريم إذا انتبتت من أهلها"، ج ٣، الحديث رقم ٣٢٥٣، ص ١٢٦٨.

(44) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٥، ص ١١٥.

من يقول شرع من قبلنا شرع لنا⁽⁴⁵⁾.

٢ - قالوا حديث "الولد للفراش" يحكم به إذا تنازع الزاني وصاحب الفراش في الولد، أما إذا لم يوجد صاحب فراش ينازع فيه فلا يدل عليه، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟

٣ - قصة ملاعنة هلال بن أمية مع امرأته وفيه: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابع الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء" فجاءت به على الوصف المكروه، فقال رسول الله: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"⁽⁴⁶⁾؛ وفي قصة جريج قال للولد "من أبوك" فقال "أبي الراعي"، قالوا: فيهما نسبة الولد إلى أبيه من الزنا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وحكايته عن جريج، وإنطاق الله الصبي به؛ وفيه: "أن بغياً راودته عن نفسه فامتنع، فأنت راعياً فأمكنته من نفسها، فولدت غلاماً، فقالت: هو من جريج، فأتوه فكسروا صومعته، وأنزلوه، وسبوه، فتوضأ، وصلى، فدعا بالغلام، فغمز بإصبعه في بطنه وقال له: يا غلام، من أبوك؟ فقال الغلام: فلان الراعي"⁽⁴⁷⁾.

٤ - ما روي أن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام؛ وقد يقال: إن الخلاف في نسب أولاد الزنا في الإسلام وليس في الجاهلية، لأن نسب الجاهلية اتفق الفقهاء على حكمه، لفعل عمر. ويناقش: أن العبرة بكون النسب يتبع الطبيعة، لذا ألحق عمر ابن

(45) - إن شرع من قبلنا شرع لنا وهو حجة عند المالكية والحنفية، إذا ثبت نقله في شرعنا ولم يثبت في شرعنا ما يتأق به وينسخه؛ آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ص ١٩٣.

(46) - أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، حديث رقم ٥٠٠٣، ج ١٤، ص ٢٠٣٣؛ وأبو داود في كتاب الطلاق، باب في اللعان.

(47) - أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب إذا دعت الأم ولدها في الصلاة، حديث رقم ١١٤٨، ج ١١، ص ٤٠٤؛ ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها، حديث رقم ٢٢٥٠، ج ١٤، ص ١٩٧٦.

الزنا بأبيه لكونه من صلبه على حسب ادعائه.

ومع دخولهم في الإسلام كان من المفروض أن يحكم لهم بحكم الشريعة الإسلامية لا بحكم الجاهلية، ولو كان حكم ابن الزنا في الشريعة الإسلامية، هو ألا يلحق نسبه بأبيه إذا ادعاه، لما كان أهل الجاهلية، يُقرُّون على أنساب أولادهم إذا كانوا من الزنا بعد الإسلام⁽⁴⁸⁾.

٥ - ومن استدلالهم بالقياس ويؤكد صحة هذا الرأي هو قول ابن القيم: "فإن الأب أحد الزانين، وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانين، وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس"⁽⁴⁹⁾.

الترجيح: بعد عرض الرأيين يظهر لنا بأن الرأي الراجح والله أعلم هو الرأي الثاني الذي يجبر إثبات نسب ابن الزنا إلى من يدعيه إذا كان منه، وأقر بذلك ولم ينزعه فيه أحد، وذلك مراعاة لمصلحة الطفل في أن تضمن حقوقه المدنية، وأن يوفر له بهذا النسب الناقص نوعاً من الكرامة أمام الناس، وينال نصيباً من اهتمام المجتمع به.

كما أن الشارع الحكيم يتشوف لحفظ الأنساب ورعاية الأولاد، والقيام عليهم بحسن التربية والإعداد، وحمايتهم من التشرد والضياع، وفي نسبه لابن الزنا إلى أبيه تحقيق لهذه المصلحة، خصوصاً أن الولد لا ذنب له، ولا جناية حصلت منه، ولو نشأ من دون أب ينسب إليه ويعني بتربيته والإنفاق عليه لأدى ذلك في الغالب إلى تشرده وضياعه وانحرافه وفساده، وربما نشأ جاقداً على مجتمعه، مؤذياً له بأنواع الإجرام والعدوان، وفي هذا يقول ابن قدامة: "فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه؛ وأنه لا ينتفي إلا بأقوى

(48) - بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته دراسة فقهية تحليلية، كنوز اشيليا، الرياض، ط ٠١، ٢٠٠٧، ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

(49) - ابن قدامة، زاد المعاد، ج ٠٥، ص ٤٢٦.

دليل" (50)؛ ويقول ابن القيم: "وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب، فإنما إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش وإن كان الشبه لغير صاحبه، كما حكم النبي صلى الله عليه وسلم في قصة عبد ابن زمعة بالولد المتنازع فيه لصاحب الفراش. ولم يعتبر الشبه المخالف له فعمل صلى الله عليه وسلم الشبه في حجب سوده حيث أنتفي المانع من إعماله في هذا الحكم بالنسبة عليها ولم يعلمه في النسب لوجود الفراش" (51)، ومن تشديد الشارع الحكيم في نفي النسب بعد ثبوته أنه حصر نفيه بطريق واحد فقط وهو اللعان، واشترط لإقامته شروطاً كثيرة تجب من حصوله، وتقلل من وقوعه.

ثانياً - موقف البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان): لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بإثبات النسب ووضعت له شروطاً وضوابط شرعية، متى توافرت ثبت بها النسب فلا ينكح، كما لم يقل اهتمامها بنفيه أيضاً حيث جعلت للزوج مخرجاً متى خشي أن يلحق به من ليس من صلبه، ولم يكن ذلك على الإطلاق، بل وضعت له شروطاً وضوابط شرعية متى اختل أحدها لم يكن للنفي معنى، فكان للنفي طريق واحد فقط، وهو اللعان.

وإذا كان اللعان هو الوسيلة الوحيدة في نفي الزوج ولده عن نفسه، فالداعي إلى ذلك أمور متعددة، وهذا لا يعني أن سبب اللعان حق وصواب، فقد ينفي الزوج ولده للفارق الكبير في الشبه بينهما، وقد يكون مجرد الشك أو اتهام لزوجته وهي بريئة.

إضافة إلى ذلك، فإن اللعان حكم شرعي ثابت من الكتاب والسنة النبوية لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته ولم تكن له بينة، وأيضاً حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعاً للحد عنها بحيث يفترق بموجبه الزوجان وينسب الولد إلى أمه وقد ستر على المرأة فلم يعرف إن كانت هي

(50) - ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٦٩.

(51) - ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢٠١.

الكاذبة أو هو الكاذب، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه؛ ويعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الجيني ومعرفة نسب الولد إن كان من صلب هذا الرجل أم لا، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضا؟ وهل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاءنة بين الزوجين أن يعطل أثر اللعان في نفي النسب ويأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحليل البصمة الوراثية بناء على طلب من الزوج أو الزوجة؟

وعليه، فقد اختلف العلماء في حكم الاعتماد على البصمة

الوراثية في نفي النسب ومنزلتها من اللعان إلى ثلاثة آراء: الرأي الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان⁽⁵²⁾؛ وهو موقف معظم الفقهاء المسلمين والذي استقر عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيه: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، وفي هذا يقول الزحيلي: "وأما نفي النسب، كنفي نسب ولد من زوجته، بأيمان اللعان الخمسة المعروفة، فيقدم في شرعنا على غيره كالقيافة والبصمة الوراثية، لأن هذين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي صحيح، فلا حاجة لغيره"؛ ويقول علي محي الدين القره داغي: "لوفتح هذا الباب - نفي النسب بالبصمة الوراثية - لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء، والتساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات..."⁽⁵³⁾.

ويرى البعض أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في تقليل نسبة اللعان، واعتمدها كقرينة، فإنه يحسن الاستعانة بها كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا أثبت التحليل أن الولد من صلبه،

(52) - د. سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص ٣٥١.

(53) - علي محي الدين القره داغي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص ٣٥٦؛ بورقة سفيان بن عمر، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

وهذه مصلحة شرعية يتشوف إليها الشارع، لما فيها من درء مفسد اللعان⁽⁵⁴⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

١- من القرآن الكريم: قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين)⁽⁵⁵⁾، وعليه فإن الآية الكريمة ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ لللعان وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية يعتبر تزويد على كتاب الله⁽⁵⁶⁾، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية فحسب لإقامة حد الزنا، بل لا بد من البيّنة، فكيف تقدم البصمة الوراثية على اللعان ولا تقدمها على الحد، وكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظلونة⁽⁵⁷⁾.

٢- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر". فوجه الدلالة: أن النسب يلحق الزوج ولا ينتفي عنه إلا باللعان، كما لا يعتبر الشبه الفراش⁽⁵⁸⁾.

٣- من القياس: البصمة الوراثية مقيسة على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان؛ وقال: "لولا الأيمان لكان لي معها شأن"⁽⁵⁹⁾، فاللعان سبب أقوى من الشبه، قاطع للنسب.

(54) - رشيد العمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، ٢٠٠٩ - ٢٠١٠، ص ٤٠٧.

(55) - سورة النور، الآية ٠٦.

(56) - من مناقشات حول البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرّابطة في دورته السادسة عشر ١٤٢٢هـ.

(57) - محمد الأشقر، بحث حول إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص ٤٥٥ على الموقع www.islamtoday.net

(58) - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، ط ٢٠٠٢، ص ٢٣ - ٢٤.

(59) - البيهقي، السنن الكبرى، باب: تزوج يقذف امرأته، ج ٠٧، الحديث رقم ٣٩٤، ص ١٥٦٨٦.

٤ - من المعقول: إن منهج الشارع الحكيم في نفي النسب هو التضييق منه ما أمكن، فجعل له طريقاً واحداً هو اللعان، وشدد في شروطه حتى لا يتجزأ كل من سولت له نفسه قذف زوجته ونفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وبذلك يقع الستر في الأعراس، ولو اعتمد على البصمة الوراثية في النفي دون اللعان لأدى ذلك إلى مفاسد عظيمة وشرور خطيرة⁽⁶⁰⁾.

٥ - اللعان تترتب عليه آثار، غير انتفاء الولد ودرء الحد، بخلاف البصمة الوراثية التي تنفي أو تثبت الولد فقط.

٦ - اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال البصمة الوراثية محله، كما لا يجوز أن مساواته وسيلة أخرى مهما كانت دقيقة.

الرأي الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينية، فإن أثبت أن الابن ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان⁽⁶¹⁾؛ وفي ذلك يرى سعد الدين مسعد هالالي، بأن من حق الزوجة المطالبة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتفال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة؛ إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنى، وليس من أجل نفي نسب الولد، فيكون اللعان هو الاستثناء وليس الأصل⁽⁶²⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

(60) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ١٩، ص ٢٢٨.

(61) - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٠١.

(62) - د. سعد الدين مسعد هالالي، المرجع السابق، ص ٣٥١ - ٣٥٢، د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٢٧.

١- من الكتاب: قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين)، فيرى الشيخ يوسف القرضاوي إلى أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة وليس هناك موجب لللعان أصلاً لاختلال الشرط الوارد في الآية وهو انعدام الشهود؛ وعليه فالآية الكريمة ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.

٢- من القياس: وذلك بقياس البصمة الوراثية على الإثبات بالشبه بعد اللعان، كما في حديث هلال بن أمية، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"، فالحديث يفيد أنه حتى لو تمت الملاءنة بين الزوجين وولد الطفل شبيهاً بالزوج صاحب الفراش، فإنه ينسب له ولا ينفي عنه، وتقاس فحوصات البصمة الوراثية على ذلك من باب أولى، لأنها أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم في إثبات النسب⁽⁶³⁾.

٣- من المعقول: إذا كان الشارع قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فلم يبق لإجرائه وجه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الولد ليس من الزوج، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فقد يكون باعث الزوج في الملاءنة هو الكيد للزوجة⁽⁶⁴⁾.

٤- إن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب، وإن لاعن، ذلك أن الشريعة الإسلامية أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع، كما أن آية اللعان قيدت إجراؤه بعدم وجود أي شاهد إلا الزوج، وبالتالي لو كان هناك بينة من شهود، فإنه لا يجري اللعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته ومن

(63) - هذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية في القضية رقم ٦٣٥ لسنة ١٩٩٥، بمحكمة شمال القاهرة.

(64) - د. سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

البديهي لو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشهادة، فلا وجه لإجراء اللعان بإقرار الزوجة بما رماها زوجها من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بيّنة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج وحتى لو أصرّ الزوج عليه في هذه الحالة فإنّ الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين⁽⁶⁵⁾

وما يؤكد ذلك أيضا أن الزوج إذا كذب نفسه بعد الملاعنة فإنه يترتب على ذلك ثبوت النسب منه ويزول أثر اللعان في نفي النسب، ويعود للولد نسبه من الملاعن مع استمرار اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضا، وبالتالي يتضح أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين⁽⁶⁶⁾

الرأي الثالث: وهو الرأي المعتدل بين الرأيين السابقين، حيث يرى إمكان العمل باللعان والبصمة الوراثية معا، فيجري القاضي الملاعنة كإجراء للتفريق بين الزوجين، ويستجيب أيضا لإجراء البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا، ويرتب هذا الحكم بناء على أن التعارض بينهما ظاهري أكثر منه حقيقي⁽⁶⁷⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

(65) - د. محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد ٠٢، ط ١٩٩٦، ص ٢٨٧.

(66) - وفي هذا الصدد يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "أنه من العدل أن يستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا"؛ من فتوى الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية، المنشورة في جريدة الأهرام العربي، بتاريخ ٢٨/٠٤/٢٠٠٦.

(67) - د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

يرى أصحاب هذا الرأي في جمعه بين الرأيين السابقين، وإلحاقه لللعان بالبصمة الوراثية، بأن انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان، ويدل على صحة ذلك بالقياس، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يصح نفي النسب بالملاعنة بعد الإقرار به، فإذا أنكر الزوج نسب ولده بعد الإقرار به، كان للزوجة الحق في طلب اللعان دفعا للعار عنها دون أن يؤثر في بقاء النسب ثابتا، حيث يعطل أثره في نفي النسب، وتبعاً لذلك يرى إمكانية إجراء الملاعنة للتفريق بين الزوجين، وإجراء البصمة الوراثية للتأكد من انتفاء النسب أو ثبوته من الزوج الملاعن.

الوجه الثاني: فهو أن تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كآثر للملاعنة، ويثبت به النسب سواء اعتبرت الفرقة فسحا موجبا لحرمة مؤبدة، أو طلاقاً⁽⁶⁸⁾.

وهنا، يمكن للقاضي أي يجري الملاعنة، ولكن أثره في نفي النسب، ويأمر بخضوع الأطراف لتحليل البصمة الوراثية، كما أن لتكذيب الزوج نفسه أثرا في ثبوت النسب بعد أن كان متنفيا، فإن إثبات كذبه عن طريق البصمة الوراثية يدل على أنه الأب الحقيقي، فيثبت النسب ويبقى اللعان قائما كسبب للفرقة، ويسري هذا الحكم حتى ولو قضى القاضي بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب.

التأجيل: بعد عرض آراء أهل العلم والباحثين في هذه النازلة، يتضح لنا بأن الرأي الراجح هو الرأي الثالث الذي يرى إمكان العمل باللعان والبصمة الوراثية معا، فيجري القاضي الملاعنة كإجراء للتفريق بين الزوجين، ويستجيب أيضا لإجراء البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا.

وعليه يمكن للقاضي إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الجيني، فإذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت

(68) - د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

شرعية الولد سواء قبل اللعان أو بعده يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين؛ ويستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الزوجين المائلين أمامه وتأخير اللعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا، كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء التحاليل الفحص الجيني، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال شكوكه، ويبقى الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويلعب دوراً هاماً في تدعيم وتقوية قاعدة "الولد للفراش".

المطلب الثاني

نسب ابن الزنا في التشريعات العربية

اختلف التشريعات العربية بين موسع ومضيق فالتشريع التونسي يعطي للإقرار دوراً منشأ للنسب وليس دور الكاشف كما هو في التشريع الجزائري، أما في التشريع المغربي يوسع من إثبات النسب خلافاً لمرحلة الخطبة بضوابط وشروط:

أولاً - نسب ابن الزنا في التشريع الجزائري: إن المشرع الجزائري نظم أحكام النسب طبقاً لأحكام المواد من ٤٠ إلى ٤٦ من قانون الأسرة، حيث نصت المادة ٤٠ من نفس القانون على طرق إثبات النسب وحددتها بكل من الزواج الصحيح، والفساد والدخول بالشبهة والإقرار والبينة، ومع اصطدام أحكام إثبات النسب التي نضمها المشرع ثم القانون تنظيمياً دقيقاً ومحكماً بالتطورات والاكتشافات العلمية خاصة منها في المجال الطبي والبيولوجي كان على المشرع أن يتماشى وهذا التطور العلمي فكانت هذه المادة محل تعديل بموجب الأمر ٠٥ - ٠٢⁽⁶⁹⁾، حيث تم إضافة الطرق

(69) - الأمر رقم ٠٥ - ٠٢ المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم ٨٤ - ١١، الصادر بتاريخ ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥؛ الجريدة الرسمية، رقم ١٥، الصادرة بتاريخ ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥، ص ١٩.

العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية، وهو ما اعتبره البعض قفزة نوعية تبناها المشرع الجزائري مواكبة للتطور الذي شهده هذا المجال.

كما وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي طبقا لنص المادة ٤٠ من قانون الأسرة، وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب، ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البصمة الوراثية لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، وأمام النتائج الايجابية التي حققتها البصمة الوراثية⁽⁷⁰⁾، ما كان على المشرع الجزائري إلى الاعتراف بها كوسيلة إضافية لإثبات النسب، ولقد اتضح تأثير المشرع الجزائري إثر التعديل بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسائرا في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهد لها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها المادة ٤٠ في فقرتها الثانية: "ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"⁽⁷¹⁾.

(70) - محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، العدد ٠٢، ١٩٩٦، جامعة الكويت، ص ٢٨٠.

(71) - من هنا فإن المشرع الجزائري يميز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية (البصمة الوراثية) لإثبات النسب، حيث يعتبرها دليلا مساعدا واحتياطيا يستعين به القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية، كما هو الحال في مجهول النسب أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية.

وتعتبر الخبرة القضائية - طبقا للقواعد العامة - بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبرة كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير البصمة الوراثية لإثبات النسب ونفيه للقواعد العامة؟ وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص إثبات النسب؟

من هنا فإن المشرع الجزائري أجاز لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية في منازعات إثبات النسب أو نفيه، وذلك طبقا لأحكام المادة ٤٠ في فقرتها الثانية من قانون الأسرة؛ وما يعاب على المشرع الجزائري أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطته تجاهها⁽⁷²⁾.

وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم⁽⁷³⁾، للكشف عن حقيقة النسب معقب عليه، لا بدعوى خرق القانون ولا بتجاوزه سلطته التقديرية، وله في الأخير أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده⁽⁷⁴⁾.

(72) - وما أن هذه الطرق تدخل ضمن المسائل التقنية، التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في مجال البيولوجيا، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة.

(73) - نصت المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

(74) - غير أنه يجب على القاضي تسيب استبعاد نتائج الخبرة وهذا ما نصت عليه المادة ٢ / ١٤٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بقولها: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائج الخبرة؛ حيث لا معقب على القاضي في ذلك متى كان حكمه قائما على أسباب سائغة؛ كما أنه له السلطة الكاملة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعين نذب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملا بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال هو أن أمر تعيين خبير أو طلبه من أحد أو بعض الخصوم يمكن ويجوز ممارسته خلال أي مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى حتى ولو أمام جهة الاستئناف، وإذا كان طلب تعيين الخبير مقدما من بعض أو أحد الخصوم، فإن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالاستجابة لهذا الطلب خاصة إذا رأى أنه بإمكانه أن يصل إلى الحقيقة بنفسه، اعتمادا على الأدلة المعروضة أمامه ودون الحاجة إلى الاستعانة بأي خبير، ويجب عليه فقط إذا قضى برفض الطلب أن يسبب رفضه بأسباب مبررة ومقبولة⁽⁷⁵⁾؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ٢٠١١/٠٥/١٢⁽⁷⁶⁾، حيث يستنتج من ملف القضية أنه بتاريخ ٢٠٠٦/٠٩/١٨ أقام المدعي (ب - أ) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه و الحاقها بوالدتها، كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء التحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في ٢٠٠٦/١٢/٠٩، القاضي بإسقاط نسب البنت (م - ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج، وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدا على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبته المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف، أصدر المجلس القرار المؤرخ في ٢٠٠٧/٠٣/٢٨ القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض".

(75) - إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية: في إثبات النسب ونفيه " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، ٢٠١٢ - ٢٠١٣، ص ١٨٠.

(76) - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ ٢٠١١/٠٥/١٢، ملف رقم ٦١٧٣٧٤، م - م - ع، عدد ٠١، ٢٠١٢، ص ٢٩٤.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده، اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

ومن هنا فإن الاجتهاد القضائي الجزائري لا يميز ثبوت نسب ابن الزنا الذي نتج عن علاقة غير شرعية، حتى لو كان الطفل أثناء فترة الخطبة بخلاف المشرع المغربي.

ثانياً - نسب ابن الزنا في التشريع التونسي والمغربي: وهنا سنتكلم عن نسب ابن الزنا في التشريع التونسي؛ ثم بعد ذلك نتطرق إلى نسب ابن الزنا في التشريع المغربي.

١- النسب ابن الزنا في التشريع التونسي: إن الأحكام المنظمة لإثبات البتوة في التشريع التونسي لئن كان الهدف الأساسي منها هو إقامة الحقيقة البيولوجية من خلال اعتماد قرينة الفراش لإثبات النسب الشرعي، والتحليل الجيني لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، إلا أن البحث عن هذه الحقيقة يبقى نسبيا ذلك أن المشرع أبقى للإرادة الشخصية دورا هاما لإثبات النسب وإثبات البتوة الطبيعية من خلال وسيلتي الإقرار وشهادة الشهود، بحيث لا تتأسس رابطة البتوة في هذه الصورة على الحقيقة البيولوجية بقدر ما تتأسس على حقيقة الإرادة الشخصية التي تحمل على النزاهة والصدق⁽⁷⁷⁾.

ولعل الإقرار يأتي هنا كأهم وسيلة تعتمد أساسا على الإرادة الشخصية التي تبرز بصفة جلية ومباشرة؛ ويعتبره القضاء التونسي الأعلى منزلة في البناء الحضري لطرق الإثبات؛ وبعد الإقرار بالنسب أحد وسائل إثبات النسب الشرعي ويأتي في المرتبة الثانية بعد الفراش، كما أورد المشرع التونسي الإقرار أيضا كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، والملاحظ أن المشرع التونسي قد جعل من الإقرار وسيلة

(77) كمال بن منصور، الإقرار في مادة إثبات النسب على الرابط،

<http://www.tunisia-sat.com/vb/showthread.php?p=1044418737>

لإثبات النسب الشرعي ولإثبات البنوة على حد سواء. وسواء تعلق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطبيعية في قانون ١٩٩٨⁽⁷⁸⁾.

ويأتي الإقرار كأحدى هذه الصور ولذلك فإنه فلا مناص من اعتبار أن تلك الوسيلة هي مستقلة مبدئيا عن الفراش وكافية في حد ذاتها لإثبات النسب، فيمكن أن يكون النسب في هذه الصورة غير ناتج عن زواج شرعي وفي هذه الصورة فإن الطفل الطبيعي سيتقصد ملامح الابن الشرعي ويتستر وراثتها بفضل إقرار والده له بالبنوة، ويستخلص من ذلك أن الإقرار بالنسب في التشريع التونسي يتطابق مع الاعتراف بالابن الطبيعي في التشريع الفرنسي مما يجعل الباب مفتوحا على مصراعيه أمام الأبناء الطبيعيين يدخلون منه أفواجا زمرة الأبناء الشرعيين⁽⁷⁹⁾.

(78) - فهنا يجب أن يكون إقرار الأب بأن الطفل ابنه، ولا يمكن أن يصدر عن غير الأب، وتأسيسا على ذلك فإن إقرار الأم بأبوتها للطفل لا يترتب عنه ثبوت النسب تجاه الأب أو إسناد اللقب للطفل إلا إذا كان مقترنا بإقرار صريح من الأب؛ ومن جهة أخرى فإن الإقرار بالبنوة بما هو تعبير عن الإرادة المنفردة للمقر يجب أن يصدر عنه شخصا ولا يمكن أن يوكل غيره للقيام بذلك نظرا لتعلق الإقرار بشخص المقر نفسه كما يجب أن يصدر الإقرار عن الإرادة الحرة والواعية، فالإقرار بالنسب لا يجب أن يتعلق بطفل معلوم النسب.

(79) - وقد تبنت بعض المحاكم التونسية هذا الاتجاه من ذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بقفصة جاء فيه ما يلي: "إذا اتصل رجل متزوج بامرأة وثبتت إدانتهما جزائيا من أجل ارتكاب جريمة الزنا وأن الاتصال الجنسي الواقع بينهما أنتج ابنا وقام الرجل بطلب إلحاق ذلك الطفل بنسبه وقررت المحكمة التحريم على الطرفين فاعترف المدعي أن الابن من صلبه وأكدت الأم ذلك طالبة بدورها إلحاق نسب والده فإن الإقرار المعتمد يعتبر أحد وسائل الإثبات الأساسية المعتمدة في مادة النسب إذا ما توفرت شروط اعتماده عملا بأحكام الفصل ٦٨ من المجلة والإقرار المعتمد جاء صريحا وواضحا بما أنه تم أمام القاضي المقرر ويعتبر إقرار حكما حسب الفصل ٤٢٨ م - ١ - ع وقد ذهبت محكمة التعقيب في بعض قراراتها إلى القول بهذا الاتجاه من ذلك القرار عدد ٢٠٠٠ المؤرخ في ١٢ / ١٠ / ١٩٦٣ والذي جاء فيه: "أن الزواج ليس ضروريا لإثبات النسب".

غير أن الاتجاه الغالب على فقه القضاء وجانب هام من شراح القانون في تونس هو الاتجاه القائل بأن الإقرار ولئن ورد على إطلاقه بالفصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، إلا أنه لا يسمح بإثبات نسب ابن الزنا باعتبار أن ذلك ممنوع شرعا، واعتبر ما دام قد حرمه من الإرث فمن باب أولى أن يحرمه من النسب، إذ الأول متفرع عن الثاني⁽⁸⁰⁾.

وقد كرس المشرع التونسي المفعول الرجعي للإقرار في قانون ١٩٩٨ بصفة صريحة بصفة تجعله ينطبق على جميع الحالات السابقة له في الزمان حسبما يؤخذ من صريح الفصل السادس (٠٦) منه، والذي جعل من الإقرار باللقب يرتب آثاره بداية من تاريخ الحمل بالطفل والغرض من ذلك محاولة المشرع تسوية وضعية الأطفال الطبيعيين وتعويضهم عن انعدام وجود تنظيم تشريعي لوضعيتهم قبل هذا القانون.

غير أن الفصل السادس (٠٦) من هذا القانون أورد استثناء هاما للمفعول الرجعي ذلك أنه استبعد من نطاق مفعوله الرجعي الجانب المادي من حقوق الطفل الناشئة عن ثبوت بنوته تجاه الأب، بحيث أن الإقرار بالبنوة لا يترتب عنه مطالبة الأب بمبالغ النفقة السابقة عن القيام بدعوى

(80) - وتأسيسا على ذلك فإن الإقرار بالنسب يجب أن يكون محله بنوة شرعية والتي لا تكون إلا في حدود قرينة الفراش سواء كان الفراش صحيحا أو باطلا وضرورة أن يتعلق الإقرار بعلاقة شرعية هو ما يقتضيه مصطلح النسب ذاته لان النسب شرعا وتشريعا هو رابطة البنوة الناشئة عن علاقة شرعية.

فالفصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لم تشترط صراحة أن يكون الإقرار مبنيا على وجود رابطة شرعية بين المقر ووالدة الطفل سواء كان زواجا شرعيا أو فاسدا، فإنه لا يخرج عن كونه إقرار بعلاقة شرعية بين المقر والمقر له، إذ يعتبر هذا الإقرار حسبما استقر عليه قضاء محكمة التعقيب التونسية في العديد من قراراتها غير جائز، لأنه يهدف إلى إثبات أمر مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، فمن جهة أولى ليست جميع هاته العلاقات غير مجرمة ذلك أن المشرع التونسي يعاقب على جريمة الزنا وجرائم الواقعة دون رضا المجني عليها أو إذا كان سنها دون العشرين (٢٠) سنة كاملة، ومن جهة أخرى فإن عدم وجود أي نص قانوني يعاقب على هذه الجريمة لا يعني أنها غير مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

إسناد اللقب، وذلك تفاديا لما يمكن أن ينجر عن ذلك من بقاء للمدين بالنفقة مهتدا بدفع مبالغ هامة قد لا يتمكن من الوفاء بها، وهو ما يشكل حافزا للأب على الإقرار بالبنوة دون خشية المطالبة بالنفقة بصفة رجعية، مما يدعونا للتساؤل عن مدى جدوى المفعول الرجعي لهذا الإقرار، وعموما فإن الحقوق المخولة للطفل بموجب الإقرار قد لا تكتسي أهمية تذكر إذا كان الإقرار قابلا للرجوع فيه، فللمحكمة أن تحور الدعوى لتصبح في إسناد لقب عائلي وليس في ثبوت نسب وهو حل قانوني سليم ينسجم مع وضعية الأطفال الغير شرعيين وهو الحل الذي سعت إليه بعض المحاكم رغم ما في ذلك من خروج عن نصوص من مجلة الأحوال الشخصية من جهة وعن أحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، فقانون ١٩٩٨ وفر الإطار القانوني الذي يحول إثبات بنوة الأطفال الغير شرعيين وعمل على التوسع في الوسائل المثبتة لهذه البنوة، بأن أبقى للإرادة الشخصية وأهمها الإقرار دورا هاما في إثباتها⁽⁸¹⁾.

٢- النسب ابن الزنا في التشريع المغربي: تماشيا مع الاتفاقيات

الدولية المتعلقة بحقوق الطفل ومع التحولات التي يعرفها المجتمع العربي عمل المشرع المغربي على تضمين ترسانته القانونية مقتضيات هامة متعلقة بحق الطفل في حفظ وحماية هويته، وذلك من أجل الملاءمة مع المادة ٧ من اتفاقية حقوق الطفل؛ وسع المشرع المغربي نطاق وسائل إثبات النسب الشرعي للطفل إلى الطرق العلمية إثبات نسب الطفل الناتج عن الخطبة، حيث نصت المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛ ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ ت- إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما..."

(81). كمال بن منصور، الإقرار في مادة إثبات النسب على الرابط:

<http://www.tunisia-sat.com/vb/showthread.php?p=1044418737>

ومن هنا فإذا توفرت كل هذه الشروط المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، فإنه يجوز إثبات نسب الطفل الناتج عن الخطبة، وذلك على أساس الشبهة، فالاتصال بشبهة أو المبني على الشبهة، لا يكون زنا ولا ملحقا بالزنا من جهة، ولا يكون بناء على نكاح صحيح أو نكاح فاسد من جهة أخرى، ومن هنا دخلته الشبهة التي أنزلته منزلة الفراش على مستوى ثبوت النسب⁽⁸²⁾.

وما يؤيد ثبوت نسب الطفل المولود أثناء فترة الخطبة هو حكم الصادر عن محكمة تيطوان، والتي قضت بثبوت نسب الابن المولود بتاريخ ٢٧ / ٠٧ / ٢٠٠٠ لأبيه، بعدما تبين لها أن المدعي أقدم على خطبة المدعية من ذويها بتاريخ ١٠ / ٠١ / ٢٠٠٠ واشتهرت هذه العلاقة بين الأهل والجيران، إلا أن سفر الخطيب إلى مدينة الداخ البيضاء للعمل حال دون توثيق عقد الزواج⁽⁸³⁾؛ وفي نفس السياق أقرت محكمة الاستئناف بالرباط هذا التوجه واعتراف بنسب الطفل المولود بتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٩٩٢ نتيجة علاقة خطبة⁽⁸⁴⁾.

وتجدر الإشارة القضاء المغربي، الذي اعتبر، رفض الخضوع، لإجراء تحليل البصمة الوراثية في النسب، قرينة، ضد المعني بالأمر؛ كما جاء في العديد من الأحكام، والقرارات القضائية: "... وحيث إن المدعى عليه، توصل بواسطة نائبه باستدعاءين، من أجل أداء أتعاب الخبرة،

(82) - والشبهة التي يثبت بها النسب هي إما شبهة الملك كموافقة أب جارية ابنه وهو يظن أنها مباحة له، وإما شبهة العقد كما إذا تبين للشخص أن المدخول بها هي أخته من الرضاعة، أو شبهة الفعل كمن يجامع امرأة في الظلام معتقدا عن حسن نية أنها زوجته، ثم يتضح له العكس لاحقا.

(83) - محكمة تيطوان، قسم قضاء الأسرة، حكم صادر بتاريخ ١٢ / ٠٣ / ٢٠٠٧، ملف رقم ١٦٨٠ / ٠٦، غير منشور؛ نقلا عن: د. أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط ٠١، ٢٠١٢، ص ٦٩.

(84) - محكمة الاستئناف بالرباط، قرار رقم ٢٥٣ صادر بتاريخ ٢٧ / ٠٣ / ٢٠٠٦، ملف رقم ٦٦٨ / ٢٠٠٥، غير منشور؛ نقلا عن: د. أنس سعدون، المرجع السابق، ص ٦٩.

الأول بتاريخ ... والثاني ... غير أنه لم يفعل، رغم انصرام الأجل المضروب له، مما يعتبر معه ذلك، بمثابة إقرار ضمنّي من طرفه، بثبوت نسب الابن إليه، ويكونه ازداد من صلبه، وعلى فراشه⁽⁸⁵⁾، وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف: "... وحيث استجابت المحكمة لطلب الخبرة الجينية، التي طلبتها المستأنفة، لتحقق من انتساب الولد إلى المستأنف عليه، لكنها لم تودع أتعابها المكلفة بها، رغم إشعارها بذلك، فيكون امتناعها عن أداء الأتعاب، قرينة فورية تعضد جانب المستأنف عليه، وتجسد عدم جدية منازعتها في انتساب الولد للمستأنف عليه، مما يقتضي رد دفعها المثارة بهذا الشأن"⁽⁸⁶⁾.

ومن ثم فقد كان المشرع المغربي الأكثر جرأة في إثبات النسب طبقا للمادة ١٥١ من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي"؛ ومفاد هذه القاعدة أن إثبات النسب لا يحتاج في تأكيدها عادة إلى حكم يصدر عن القضاء اللهم إذا تنازع فيه صاحب مصلحة، وتماشيا مع هذا فإن نفي النسب ليس سهلا، إنما لا ينتفي إلا بواسطة حكم يصدر عن المحكمة المختصة.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة التي تطرقنا فيها إلى القيمة القانونية لحق الطفل في النسب دوليا وشرعا وقانونا، حيث تتفق الأنظمة والشرائع على أهمية الحق في النسب لكل طفل، وقديما قيل الموت أرحم من نسب مجهول، ومن ثم تعدد وتوسعت طرق إثبات النسب، في مقابل تضيق وسائل النفي، ما بين وسائل شرعية ووسائل إزادية ووسائل علمية، على

- (85) - قرار محكمة الاستئناف، الدار البيضاء، رقم ١١٨٤، الصادر بتاريخ ٢٩/٠٥/٢٠٠٦، ملف رقم ٠٤/٨٠٩، غير منشور؛ نقلا عن: كريمة مغات، إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الحق في السلامة الجسدية والحياة الخاصة، على الرابط: <http://www.marocdroit.com/>
- (86) - قرار محكمة الاستئناف، الدار البيضاء، رقم ٢٦١٥، الصادر بتاريخ ٢٩/١١/٢٠٠٦، ملف رقم ٠٦/١٧٦٥، غير منشور؛ نقلا عن: كريمة مغات، المرجع نفسه.

خلاف بين الفقهاء في القيمة القانونية للوسائل العلمية إثباتاً ونفيًا مقارنة بالفراش والإقرار والبينة، وبالبصمة الوراثية.

وإذا كانت البصمة الوراثية قد جاءت بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية، دونما كشف للعورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ودونما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القيافة (الأطباء)، لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي يتطابق نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل يكاد يكون قطعياً؟

وبما أن نظام اللعان هو نظام يفرض وجوده من حيث القانون ويغيب على مستوى التطبيق العملي للقضاء؛ ومن ثم فإنه يجب الاستعانة بالتقنيات الطبية الحديثة (البصمة الوراثية) مع الإبقاء على اللعان للوصول لنتائج يقينية تبديد الشك، فالمفروض أن تطبق هنا قاعدة الشك يزول باليقين: فإذا علم بناء على تلك النتائج أن الطفل ليس منه، يمكن للأب المطالبة لإجراء اللعان لنفي نسب الطفل، لأنه ثبت يقيناً أن الطفل ليس منه، أما إذا علم من تلك النتائج أن الطفل منه، فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي نسب الطفل، وإنما يمكن من اللعان كإجراء شرعي للدرء الحد عن الزوجين، وللتفريق بينهما، لأن الزوج لربما يكون متأكداً من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقه إجراء اللعان دون نفي نسب الولد.

ومن ثم فإن الركون للنتائج العلمية الحديثة قد يحقق غايتين إحداهما: إمكانية تراجع الملاحق قبل الفحص، وثانيهما: إمكانية إثبات الفحص عكس مزاعم الملاحق، وبذلك تتحقق الغاية من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تشوف للحقوق النسب، وفي هذا الصدد نورد ما أكده مفتي الجمهورية التونسية أمام المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول موضوع حجية البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب: "إن هذه الحجة تكون سبباً مغنياً عن اللعان، فالزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد

من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له ، بل أصبح له شاهدا وهو الخبرة التي تنتج في هذا الشأن.

إضافة إلى ذلك ، فإن دراستنا هاته بينت لنا أن المشرع الجزائري لا يميز بثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية حتى ولو كانت هذه العلاقة أثناء فترة الخطبة ، بخلاف المشرع المغربي الذي يميز بثبوت نسب الطفل الناتج عن الخطبة عن طريق الشبهة.