تاريخ الإرسال: 2018/02/23 تاريخ القبول:2018/10/02

مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
(The legality of the placement of the son of adultery In Islamic jurisprudence and Algerian legislation)

شابحة اعمر سعيد د.عيسى أمعيزة
طالبة دكتوراه أستاذ محاضر قسم أ
chabhamer@gmail.com aissa-al@yahoo.fr
جامعة زيان عاشور الجلفة

الملخص:
أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بالنسب، وعناية فائقة لذلك حضنته بتنظيم محكم من أجل تحقيق هدفين ساميين، يتجليان في المحافظة على طهارة الأنساب وأن يكون لكل إنسان نسب شرعي.
ففي مجال إيجاد النسب ألغت كل مصادر النسب الباطلة، وقصرته على ما ينتج من زواج صحيح أو ملك يمين. وصونا له حرمت الزنا، لما قد يترتب عليها من اختلاط الأنساب، فلا يستطيع الإنسان أن يعرف أباه أو قرابته..، بل ينشأ مقطوع النسب، من هنا ظهرت مشكلة كبيرة في نسب ولد الزنى. وعليه فإن هذه المسألة تعتبر من المسائل التي وقع فيها خلاف بين أهل العلم والتشريع الجزائري.
الكلمات المفتاحية: النسب؛ الزنا؛ ولد الزنا؛ الحاق النسب؛ الفقه الاسلامي؛ التشريع الجزائري؛ القضاء.

Abstract
Islamic law has paid great attention to proportions, he was so carefully guarded by a tight organization in order to achieve two lofty goals, Evangelist in preserving the purity of genealogy and that every man should have lawful relation.In the field of finding ratios, all sources of invalid ratios were eliminated, And it to what is produced by a true marriage or a rightful king. And the maintenance of him derived of adultery, Because of the consequent mixing of genealogy, Then a man can not know his father or his relatives.., But the descent of the descent, from here emerged a big problem in

the proportions of the son of adultery. Accordingly, this issue is considered a matter of disagreement between the scholars.

Key Words Descent, adultery, adultery, infidelity, Islamic jurisprudence, Algerian legislation, judiciary.

مقدمة:

لقد وجه الإسلام قسطا كبيرا من عنايته نحو تدعيم الاسرة وتخليصها من شوائب الضعف، وإحاطتها بما يكفل لها الصلاح والاستقرار، ولما كانت الانساب هي قوام القرابة في الاسرة، ودعامة الرابطة بين افرادها فقد حرص الاسلام ايما حرص على حمايتها من كل ما يؤدي الى اختلاطها او يوهن حرمتها، قال تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"، فالمحافظة على النسب من الامور الجبلية، ولن تجد انسانا الا وهو يحب ان ينسب الى ابيه وجده، كما ان كل انسان يحب ان يكون له أولادا ينسبون إليه ويقومون بعده مقامه ويحفظون اسمه، ومبنى شرائع الله على بقاء هذه المقاصد التي تجري مجرى الجبلة.

واستقراء مقصد الشريعة في النسب يرشدنا الى نسب لا شك فيه ولا محيد به عن طريق النكاح بخصائصه المتقدمة، لذلك اهتمت الشريعة بإبطال الروابط التي من شأنها ان يتطرق الشك إليها.

والحكمة في حفظ النسب كما يقول الشيخ ابن عاشور – رحمه الله–: يرجع إلى ذلك" سائق النسل الى البر بأصله، والاصل الى الرأفة والحنو على نسله سوقا جبليا(...)علاوة على ما في ظاهره من إقرار نظام العائلة"

فحفظ النسب هو أحد المقاصد الخمسة الكلية الضرورية التي جاءت الشريعة الإسلامية بحفظها، ففي مجال إيجاد النسب ألغت كل مصادر النسب الباطلة، وقصرته على ما ينتج عن الزواج الصحيح وجعله طريقا أصليا في ثبوت النسب.

كما اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم قانونا ودينا، وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها، وقد نظم المشرع الجزائري موضوع النسب في ثماني مواد (40–46) من قانون الأسرة وصونا له حرمت كذلك الشريعة ارتكاب جريمة الزنا، لما فيه من اختلاط الأنساب وتدنيس الأعراض.

ومن هنا فقد برزت مشكلة كبيرة في نسب الأولاد الناتجين من الزنا.

وبهذا نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

لمن يثبت نسب المولود الناتج عن الزنا في الفقه والتشريع الجزائري؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات اتبعنا الخطة التالية:

المبحث الأول: تحديد مفاهيم البحث.

المبحث الثاني: موقف الفقه الاسلامي والقانون الجزائري من نسب ولد الزنا.

المبحث الأول: تحديد مفاهيم البحث.

المطلب الأول: تعريف النسب:

أولا: تعريف النسب لغة:

النَّسَبُ مصدر الانتساب، تجمع على انساب مثل سبب وأسباب، وقد ورد لفظ النسب ليدل على معاني كثيرة منها[1].

1-القرابة: وهي صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم.

2-العزو والإلحاق: يقال انتسب فلان أي أظهر نسبه وذكره، وإلى أبيه اعتزى.

3-المصاهرة: ومن ذلك قولهم ناسب الرجل فلان أي وناسبه شركه في نسبه لما تزوج منهم وصاهرهم، فالأصهار أهل بيت امرأة، فالمصاهرة قرابة سببها النكاح.

ثانيا: تعريف النسب شرعا:

لم يهتم الفقهاء الأوائل بوضع تعريف للنسب، بل تحدثوا عن مسائله دون تحديد لمعناه.

بينما اهتم الفقهاء المعاصرين بتعريف النسب، فجاءت التعاريف مختلفة:

*بأنه:" رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه"[2].

*بأنه: "صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"[3].

*بأنه: "القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"[4].

التعريف المختار:

حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث ان الشخص انفصل عن رحم إمرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح، ثابتين أو مشبهين للثابت للذي يكون الحبل من مائه.

وهذا التعريف هو احسن التعريفات التي وقفت عليها لدقته في تصوير حقيقة النسب، وإبراز أسباب ثبوته.

ثالثا: تعريف النسب قانونا:

لم يعرف المشرع الجزائري النسب، بل اكتفى ببيان قواعد إنشائه وإثباته، فقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري[5]على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"

كما نصت المادة 41 منه على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة....".

أما في القانون المدني[6]فقد نص المشرع الجزائري على معنى قرابة النسب- إلا انه لم يذكر معنى بينما عرف المشرع المغربي النسب في المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية أنه:" لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف"[7].

المطلب الثاني: تعريف ولد الزنا:

أولا: تعريف ولد الزنا كمركب إضافي:

1- تعريف الولد:

أ- تعريف الولد لغة:

الولد: يكون واحدا وجمعا وكذا الوَلْدُ بوزن القُفْل، وقد يكون الوُلْدُ جمع ولدٍ كأَسَدٍ وأُسْدٍ[8]، وهو يطلق على الذكر والأنثى والمثنى والجمع[9].

وفي معجم مقاييس اللغة: الواو واللام والدال أصل صحيح، وهو دليل النجل والنسل[10].

ب- تعريف الولد شرعا:

يطلق الولد في الاصطلاح الفقهي على النسل؛ شاملا للذكر والأنثى؛ لان الولد اسم للمولود، وهو يتناول ذلك كله[11]، وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي، كما يشمل الولد أبناء الأبناء، وان سلفوا.

ج- تعريف الولد قانونا:

المشرع الجزائري لم يتطرق لمصطلح الولد، وإنما تطرق لمصطلح الطفل والذي يشمل على لفظ الصبي والحدث والقاصر، ونصت المادة2 بأن:" الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر(18) سنة كاملة"[12].

2- تعريف الزنا:

أ- تعريف الزنا لغة:

الزاي، والنون، والحرف المعتل (الألف) يمد ويقصر، قال الجوهري:" الزنى يمد ويقصر، فالقصر لأهل الحجاز، والمد لأهل نجد..." وعلى هذا يكون فيها لغتان:

الأولى: اسم ممدود فيقال: الزنا، وهي لغة أهل نجد، وقيل لبني تميم منهم خاصة.

الثانية: اسم مقصور، فيقال: الزنى، وهي لغة أهل الحجاز، وبها ورد القران الكريم، والأصل أن تكتب (الزنى) بألف مقصورة، ويجوز أن تكتب هكذا (الزنا) بألف ممدودة.

وعلى كلتا اللغتين- القصر والمد- فهو مصدر: زنى يزنى زنا بالمد، أو زنى بالقصر، والنسبة إليه: زنوي وجمعه: زناة، واسم الفاعل منه: زان، يقال للرجل(زان) وللمرأة (زانية)[13]، ومنه قوله تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة "[14].

ب- تعريف الزنا شرعا:

كل وطئ وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة نكاح، ولا ملك يمين[15].

ج-تعريف الزنا قانونا:

لم يعرف المشرع الجزائري الزنا على غرار غالبية التشريعات الوضعية تاركا تعريفه للفقه، حيث جاء نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري[16]مجرما للزنا ومعاقبا عليه دون تعريف دقيق للفعل الجرمي.

وعرفه البعض أنه: " ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توفر القصد الجنائي مع امرأة أو رجل برضاهما، حيال قيام الزوجية فعلا أو حكما"[17].

ثانيا: تعريف ولد الزنا كمفهوم مستقل:

ولد الزنا: هو المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرا كان هذا المولود أو الأنثى[18].

وقال الزحيلي في تعريفه: "الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرع، أو ثمرة العلاقة المحرمة"[19].

المبحث الثاني: موقف الفقه والقانون الجزائري تنسيب ولد الزنا.

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء من تنسيب ولد الزنا:

مع اتفاق الفقهاء على ثبوت نسب ولد الزنا لأمه، التي ولدته من زواج أو سفاح، لضرورة الأمومة لكل طفل لقوله تعالى: "إن امهاتهم إلا اللائي ولدنهم" سورة المجادلة، الآية: 2، اختلفوا في حكم ثبوت ولد الزنا لأبيه وقد جاء هذا الخلاف على مذاهب:

أولا: مذهب جمهور الفقهاء: يرى أصحاب هذا المذهب أن ولد الزنا لا ينسب لأب بحال، وإليه ذهب أكثر اهل العلم، قال به أبو يوسف وبعض الحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[20]، وحجتهم: من السنة والمعقول.

1- **أما دليل السنة:** فمن حديثين:

الحديث الاول: ما ورد في نفي الملاعنة، ومنه ما أخرجه البخاري، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأة، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة[21]، قالوا: ولد الزنا أسوء حالا من ولد الملاعنة، فيأخذ حكمه.

الحديث الثاني: ما ورد في قصر النسب على الفراش، ومن ذلك ما أخرجه الشيخان عن حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح – تعني فتح مكة – أخذه سعد و قال: ابن أخي و كان قد عهد إلي فيه. فقام عبد بن زمعه، فقال: أخي و ابن وليدة أبى و لد على فراشه ، فتساوقا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي و قد عهد إلي فيه. و قال عبد بن زمعه: أخي و ابن وليدة أبي و لد على فراشه، فنظر رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال صلى الله عليه وسلم: "هو لك يا عبد ابن زمعه، الولد للفراش و للعاهر الحجر، احتجبي منه يا سودة بنت زمعة" [22]، قالت: فما رآها حتى لقي الله. وفي رواية للبخاري قال صلى الله عليه وسلم:" هو لك، هو أخوك يا عبد بن زمعة" من اجلانه ولد

على فراشه. وقال صلى الله عليه وسلم:" احتجبي منه يا سودة" لما رأى من شبه عتبة بن ابي وقاص.

قال ابن عبد البر:" حديث:" الولد للفراش" من أصح ما يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، جاء عن بضعة وعشرين نفسا من الصحابة"[23]. ووجه الدلالة من هذا الحديث: ان النبي صلي الله عليه وسلم حصر وقصر ثبوت النسب على صاحب الفراش فلا يكون لغيره.

2- أما دليل المعقول: فهم يستدلون بأربعة اوجه [24]:

الوجه الاول: ماء الزنا هدر لا حرمة له، فلا يرتب اثر.

الوجه الثاني: ان الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد له، فكان لابد من أن يعامل بنقيض قصده.

الوجه الثالث: ان الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من سلك إليها الطريق الحلال، قال الله تعالى:" **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**". سورة النساء: الآية 24.

الوجه الرابع: يصعب التأكد من أن ولد الزنا من الزاني، لان التي طاوعته ساقطة المروءة والشهادة، ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه، فمن اين يتمحض نسب الولد له؟

ثانيا: مذهب الإمامان: ابن تيمية ،وابن القيم:

حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن الولد الناشئ عن علاقة غير شرعية، يثبت نسبه إلى الزاني إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه.

واليه ذهب الشعبي وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والحسن البصري وابن سرين وإسحاق بن راهويه. استدل أصحاب هذا القول بالسنة والمعقول:

1- أما دليل السنة: فمن حديثين:

الحديث الاول: ما اخرجه الشيخان من حديث انسعن المتلاعنين أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " أبصروها فان جاءت به أبيض سبطا فهو لزوجها، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به" ، فجاءت به على النعت المكروه، فقال:" لولا الأيمان لكان لي

ولها شأن"[25]. ووجه الدلالة: ان النبي صلى الله عليه وسلم احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء.

2- الحديث الثاني: ما اخرجه الشيخان عن حديث عائشة في قصة عتبة الذي عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي و قد عهد إلي فيه. و قال عبد بن زمعه: أخي و ابن وليدة أبي و لد على فراشه. فقال صلى الله عليه وسلم:" هو لك يا عبد ابن زمعه، الولد للفراش وللعاهر الحجر، احتجبي منه يا سودة بنت زمعة"، ثم قال لسودة بنت زمعة " احتجبي منه" لما رأى الشبه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله .

2- وأما دليل المعقول: فيكمن في الاوجه الاربعة التالية:

الوجه الاول: أن تنسيب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب. **الوجه الثاني:** قياس ماء الزنا على ماء النكاح لعموم الحديث " **الولد للفراش**".

الوجه الثالث: قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، الذي اتفق الفقهاء أنه يلحق بها النسب.

الوجه الرابع: أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسيب ولد الزنا للزاني، أثبتوا بالزنا حرمة المصاهرة، فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوج بأم الزانية أو ابنتها منه أو من غيره، وإذا ثبت للزنا هذا الأثر ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضائعين[26].

ويضيف ابن القيم الجوزية بأن القياس الصحيح يقتضي بأن الأب أحد الزانين وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها ويثبت النسب بينهما وبين أقارب أمه مع كونه زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين معا وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعيه غيره. فهذا محض القياس[27].

المذهب الثالث: القائلين بالإلحاق إذا أثبتت البصمة الوراثية تكون المولود من ماء الزاني:

حيث يرى أصحاب هذا المذهب بإلزام الزاني بنسب المولود الذي تكون من مائه. استدل أصحاب هذا القول ب

1- بالقرآن: فبقوله تعالى: " **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ**" الاية 5.

فهذا أمر عام بإلحاق الولد إلى أبيه، فيشمل المولود من زنا، وقد علمنا أباه، خاصة إذا

استعنا بما أعطانا الله عزوجل من وسيلة جديدة، تثمر الظن الغالب الذي يقر من اليقين في مجال إثبات النسب ونفيه، وهي البصمة الوراثية التي يمكن اللجوء إليها للتأكد من صحة ادعاء النسب.

2- القياس:

الوجه الأول: قياس ماء الزنا على ماء النكاح لعموم حديث الولد للفراش.

الوجه الثاني: قياس ماء الزنى على ماء الشبهة، فلما نسب الولد الحاصل من وطئ شبهة للواطئ فقياس عليه نسب الولد الحاصل من ماء الزنى.

الرأي الراجح:

بعد استعراض اقوال الفقهاء في تنسيب ولد الزنا للزاني ، وادلتهم ، فإنه يترجح لدينا راي الجمهور الذي يقضي بمنع هذا التنسيب، لقوة ادلتهم التي إستدلوا بها من أهمها: حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش وللعاهر الحجر.

وبالنظر في الادلة التي استدلوا بها بعدم تنسيب ولد الزنى من الزاني ليس راجعا إلى الإسلام يؤاخذ المولود جريرة غيره، وإنما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين: مفسدة عدم تنسيب الولد، ومفسدة إشاعة الفاحشة في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة التي هي عدم التنسيب في سبيل دفع المفسدة الاعضم التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من تنسيب ولد الزنا:

رغم اهتمام المشرع الجزائري بمسألة النسب، أين حصر طرق إثباته في المادة 40 من قانون الأسرة بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو نكاح الشبهة.

إلا أن الواقع يبين أن هناك حالات يصعب إثبات نسب الطفل فيها خاصة في حالة إنكار الأب أو الأم لنسب ذلك الطفل، لاسيما في العلاقات غير الشرعية مما يجعل طرق إثبات النسب المذكورة لا تحل جميع قضايا إثبات النسب.

ولهذا أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وذلك تماشيا مع التطور العلمي في الميدان الطبي والبيولوجي.

فإن كان موقفه واضحا من إثبات نسب الولد الشرعي لوالديه، يبقى موقفه غامضا بالنسبة لولد الزنا في انتسابه لأبيه.

أولا: حق ابن الزنا في معرفة والديه:

أ- انتساب ابن الزنا إلى أمه:

إن المشرع الجزائري يبدو وكأنه له موقفان مختلفان في حق الطفل المولود من الزنا من معرفة أمه والانتساب إليهما، الأول في قانون الأسرة ، والثاني في قانون الصحة قبل تعديله، فهو يتفق في موقفه الاول مع الشريعة الإسلامية التي تقر بثبوت نسب الطفل الناتج عن الزنا إلى أمه أيا كان سبب ولادته، فبالرغم من أنه لم ينص على هذا صراحة، إلا انه يمكننا استنتاج ذلك من باب المخالفة للمواد 40 و 41 ق. أ.ج التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فإن الطفل ينسب إلى امه في كل الأحوال. بالإضافة ان عدم وجود نص صريح حول المسالة يعتبر سكوتا من المشرع مما يحيلنا الى الشريعة الاسلامية استنادا الى نص المادة 222 [28]مما يترتب عليه أن قانون الأسرة الجزائري يعترف لابن الزنا في معرفة امه استنادا الى المواد 40-41-222.

أما الموقف الثاني، هو ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الصحة العمومية رقم 76-79 المؤرخ في 1976/10/23، إذ كان يعترف في مادته 243 فقرة 3 للأمهات العازبات بأن يلدن أطفالهن دون ذكر أسمائهن، وألزم القائمين على مساعدة مثل هذه الأمهات بالسر المهنة [29]،وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 ق ع ج [30]اذ تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الاطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على اسرار ادلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك"، وهو نفس ما جاء التأكيد عليه في المادة 245 من نفس القانون ، والذي تم إلغاؤه بمقتضى القانون رقم 85-05 الصادر في 1985/02/16 ، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها إلا أن هذا الأخير لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول، واكتفى بنص المادة 73 والذي

جاء كما يلي:" ان وسائل وسبل المساعدة الاجتماعية والطبية لوقاية الأطفال من التخلي عنهم تنظم لا حقا عن طريق اللوائح التنظيمية"، إلا أنه لم يمنعها، وهو يعترف بها ضمنيا، وهذا وفقا لما جاء في المادة 206 منه و التي تلزم الهيئة الطبية بحفظ السر المهني وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 ق. ع. ج [31].

وبالتالي ما يمكن قوله، أن المشرع الجزائري يعترف للطفل بحق الانتساب إلى أمه سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو زنا، إلا انه سمح على سبيل الاستثناء للأم العازبة أن تحتفظ باسمها عند الولادة، وهذا ما اعتبره البعض تحقيقا لمصلحة الأم على حساب مصلحة الطفل.

إلا أن ذلك غير صحيح ، فإن تضحية المشرع الجزائري بحق الطفل في معرفة ما هو الا من أجل حمايته وسلامته، لأنه في غالب الأحيان تقوم الأم التي لا ترغب في هذا الطفل من التخلص منه إذا لم يسمح لها بولادته سرا.

ب- موقف المشرع الجزائري من حق ابن الزنا في معرفة ابيه:

لم ينظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بابن الزنا، إلا انه بالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب، وباستقراء المادة 40ق أ ج التي تنص على أن:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح شبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون" و أيضا المادة 44 من نفس القانون والتي تنص على:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، او الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقة العقل أو العادة "، فما يفهم من هاتين المادتين أن الطفل ومهما كان، سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة، أو كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار أو عن طريق البصمة الوراثية في حالة انكار الاب ادعاء الولد الناتج من مائه، وبالتالي ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري يقر لهذا الأخير حق الانتساب إلى أبيه.

إلا انه إذا رجعنا إلى نص المادة 41 ق أ ج، نجده لا يقر ثبوت نسب الطفل من أبيه الا إذا كان الزواج شرعيا، وبالتالي فإن نسب ابن الزنا لأبيه يعتبر غير مقبولا، ومن هنا ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري، وبالرغم من هذا الغموض إلا أنه تبنى موقف جمهور

الفقهاء بحرمان ابن الزنا من انتساب إلى أبيه، هذا ما تبناه المجلس الاعلى الجزائري في قرار صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984 بان:" ...ابن الزنا لا ينتسب الى ابيه..."[32].

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من تنسيب ولد الزنا:

إن أغلب دعاوى النسب المرفوعة أمام المحاكم في الجزائر سببها تفشي ظاهرة الزواج العرفي في المجتمع والتباطؤ في ترسميه حتى ينتج عنه أولاد ، مما يدفع الزوجين أو احدهما إلى رفع دعوى لإثبات الزواج العرفي ثم إلحاق النسب، وفي هذا الصدد، ذهبت المحكمة العليا في قراراها رقم 99000 المؤرخ في 23-11-1993 (...أن الحكم بإثبات الزواج العرفي وعدم إلحاق النسب خطا في تطبيق القانون ...)، ففي هذه الحالة يجب على رافع الدعوى إثبات العلاقة الشرعية أولا للمطالبة لاحقا بإلحاق النسب على أساس الفراش ، إلا انه قد يدفع المدعى عليه بعدم وجود عقد زواج لنفي النسب عنه على أساس المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ...) والمادة 42 منه التي تنص (اقل مدة الحمل 06 أشهر الجزائر وأكثرها 10 أشهر) فعدم توافر شروط الفراش حسب المادتين أعلاه، يعني بالضرورة أن العلاقة بين الطرفين لم تكن مشروعة وفي هذه الحالة اعتبرت المحكمة العليا الولد ولد زنا مقطوع النسب لا ينسب لأبيه ، ومن ذلك قضائها في الملف رقم34137 الصادر في08-10-1984 الذي جاء في أسبابه (...من المقرر شرعا إن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فان القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، و إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي تربط بين الطرفين هي علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف انه كان يعاشر صاحبه جنسيا فان قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الطفل لأبيه وتقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة ...)[33]وهو المكرس أيضا في القرار رقم 210478 الصادر بتاريخ 17-11-1998 والذي جاء فيه (... ومتى تبين في قضية الحال – إن اقل مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لان الزواج تم في 02-05-1994

والولد قد ولد في 07-05-1994 وان إقرار المطعون ضده أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا تؤخذ به لأنها إدارة وهي غير مؤهلة لتلقي الإقرار وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لان النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون .) [34].

وهناك عدة قرارات أخرى رفضت إثبات النسب من الزنا باعتباره ليس سببا منشئا له، ونكاد نقول إن هناك اجتهاد قار من المحكمة العليا وهو ما تأخذ به جل المحاكم الابتدائية بخصوص رفض دعوى إثبات نسب ولد الزنا استنادا لرأي الجمهور.

خاتمة :

بعد هذا العرض المختصر، يمكن لي أن أسجل بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وذلك على النحو التالي:

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه الدراسة:

- الأصل أن النسب في الفقه الإسلامي لا يثبت إلا بالزواج الشرعي المتوفر على الأركان والشروط.

-حق الطفل في الانتساب إلى والديه وحقه بالاحتفاظ بنسبه في قانون الأسرة يعتبر من أهم وأخطر المسائل المتعلقة بالأسرة.

- نجد ان المشرع الجزائري لا يقر لولد الزنا بحق النسب بالرغم من أن الشريعة الإسلامية تقر له ذلك بشرط أن لا يذكر انه من الزنا.

- الاقتراحات:

-على المشرع ضبط هذه المواضيع بشكل سليم لتحقيق الانسجام والتوازن في الأسرة والمجتمع من جهة ولمنع كل ما من شأنه أن يزعزع ويفكك الأسرة حتى لا تضطرب الحياة في المجتمع لهذا على المشرع الجزائري ان يراعي هذه الحالة ويتبنى ما تبناه المشرع المصري.

-الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي.

- اصدار قرار إلزامي بإجراء البصمة الوراثية للأطفال اللقطاء ومجهولي النسب لمعرفة أنسابهم عند البحث عن أهلهم.

الهوامش والمراجع المعتمدة:

(1) جمال الدين محمد بن كرم بن منظور: لسان العرب، (4405/47)، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986، ص 273، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 1979، محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ط8، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، (مج1603/1).

(2) صالح بن فوزان عبد الله الفوزان: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط3، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1986، ص37.

(3) عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1993، (315/9).

(4) عبد القادر بن عمر الشيباني ابن أبي تغلب: نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1983، (55/2).

(5) قانون رقم 84-11 مؤرخ في: 9 يونيو1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم:02/05 المؤرخ في: 27 فبراير2005 يتضمن قانون الأسرة.

(6) المادة 35و33 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في:26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر،1975 ع 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في:27 فبراير1989، عدل مؤخرا بالقانون 10/05 المؤرخ في:20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، لسنة 2005،ع44.

(7) القانون رقم07/03 مدونة الأسرة المعد والمتمم بالقانون رقم 09/08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 103.10.1 بتاريخ 2010/6/16،ج ر ع 5859، كم تم تعديله أيضا 2016.

(8) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، ص306.

(9) أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، (مج2493/1).

(10) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون: مقاييس اللغة، (6/ 143).

(11) محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (461/4).

(12) القانون رقم 12-15 مؤرخ في: 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل.

(13) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، (26/3-27). محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ص725. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، 2008، عالم الكتب، ص 1001.

(14) سورة النور، الأية:32.

(15) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد (ابن رشد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الجيل، بيروت، لبنان،2004، (681/2).

(16) تنص المادة 339 على أنه: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا..."من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 156/66 مؤرخ في: 8 يونيو 1966 (ج ر49 المؤرخة في 11-06-1966) معدل ومتمم للقانون رقم 02/16 المؤرخ في: 19 يونيو 2016(ج ر المؤرخة في 22 يونيو 2016)

(17) عزت مصطفى الدسوقي: أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، 1999، ص33.

(18) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط2، ذات السلاسل، الكويت، (70/3).

(19) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، (430/8).

(20) شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989، (17/ 154)

(21) سنن أبي داوود: كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقم 2259، (572/3).

(22) صحيح مسلم: كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457، ص614.

(23) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003(44/12).

(24) سعد الدين مسعود هلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية (افاق فقهية وقانونية جديدة)– دراسة مقارنة– ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 2010، ص362–363.

(25) سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقم 2067، ص668.

(26) سعد الدين مسعود هلالي: المرجع السابق، ص 367.

(27) محمد بن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الخامس، تحقيق عيد القادر وشعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، ط 27، 1994، (426 – 425/5).

(28) تنص المادة 222 من ق أ ج على أنه:" كل من يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية".

(29) ليلى جمعة: حماية الطفل – دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، د س ن، ص 45.

(30) المادة 301 من الامر رقم: 66–156 مؤرخ في: 8 يونيو 1966 (ج ر 49 المؤرخة في: 11–06–1966) معدل متمم للقانون رقم: 16–02 مؤرخ في: 19 يونيو سنة 2016 (ج ر 37 المؤرخة في: 22 يونيو 2016)

(31) ليلى جمعة: حماية الطفل، المرجع السابق، ص 46.

(32) المرجع نفسه، ص 51.

(33) عربي بلحاج: قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص 164.

(34) المجلة القضائية، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص85.