

مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)

بلقاسم مطالبي

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة -2-

ملخص

حددت الشريعة الإسلامية، ومنه قانون الأسرة الجزائري في المادة 40 طرق إثبات النسب الشرعي، ومن بين هذه الطرق نكاح الشبهة. ونكاح الشبهة يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، يؤدي إلى درء العقوبة والحد عن الشخص الذي وقع في الغلط، كما يؤدي إلى إثبات النسب إن نتج عنه ولد، وهذا هو التفسير المعطى لنكاح الشبهة فقها، بيد أن ما ورد عن المحكمة العليا من اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب، جعلني أبحث هذا الموضوع في مقاربة نقدية تبغي الوصول إلى مدى صواب هذا الرأي والنتائج المترتبة عنه.

Abstract

Islamic law and the Algerian family law set in article 40 the methods of proving the legitimate descent. Among these methods is the marriage of suspicion. The marriage of suspicion arises because of a mistake in which the person is involved, which leads to the avoidance of punishment for the person Who did wrong, and leads to the proof of descent that resulted in a child, and this is the interpretation given by the jurisprudence of the acquisition of suspicion, However, the Supreme Court's view of rape as a dubious marriage, Prompted me to discuss this issue in a critical way to reach the correctness of this opinion and the consequences of it.

مقدمة

إن مادة القرار تندرج ضمن موضوع إثبات النسب، حيث إن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في القرار رقم 617374 الصادر بتاريخ 2011/05/12، قد انتهت فيه إلى أن النزاع المثار في قضية القرار يحكمه نص المادة 40 من ق.أ، وذلك بتكييف وقائع القضية (الاغتصاب إن ثبت) تحت مشتملات هذا النص (نكاح الشبهة)، وهذا على خلاف ما قضى به

قضاة الموضوع من اعتبار القضية يحكمها نص المادة 42 ق.أ؛ بالنظر إلى انعدام المدة القانونية اللازمة للحمل الشرعي.

إن هذه الروية تجعلنا نتساءل: هل يمكن تكيف الاغتصاب تحت مسمى نكاح الشبهة، وفق ما عنته المادة 40 من ق أ، وبالتالي يثبت به النسب ؟.

هذا هو الإشكال الرئيس الذي يثيره هذا القرار، وهو ما سنحاول الإجابة عنه في هذه المقاربة النقدية.

ولكن يتحتم لزما قبل بيان سلوك المحكمة العليا إن بالتأييد أو بالرفض، ذكر ما اشتمل عليه القرار من وقائع، وما خلص إليه قضاة الموضوع، وهذا بغية إعطاء صورة واضحة، تسعى من خلالها هذه المقاربة مناقشة القرار - موضوع الدراسة - في ضوء المعطى الفقهي والقضائي، للوصول في الختام إلى معرفة الرأي الأنسب لحكم القانون، ومدى توفيق قضاة المحكمة العليا في هذا الشأن.

أولاً: الإطار الشكلي: وصف القرار

أ. عرض الوقائع:

• وجود عقد زواج بين الطاعنة (ف ب) والمطعون ضده (ب أ) تم إبرامه بتاريخ: 2006/08/01.

• ازدياد البنت (م ن) بتاريخ: 2006/09/04 ؛ أي بعد شهر وبضعة أيام من تاريخ عقد الزواج.

• تم تسجيل نسب البنت على اسم المطعون ضده (ب أ) في سجلات الحالة المدنية.

II. مراحل النزاع: تم رفع دعوى من طرف المدعي (ب أ)، وهو هنا المطعون ضده أمام محكمة غريس بتاريخ: 2006/09/18 طالبا إسقاط نسب البنت (م ن) عنه وإلحاقها بأُمها، على أساس ولادتها قبل الدخول وبعد شهر واحد من تاريخ إبرام عقد الزواج.

أما المدعى عليها (ب ف)، وهي الطاعنة هنا فقد أكدت بأن المدعي (المطعون ضده) هو من قام بتسجيل البنت على اسمه، ولذلك طالبت بإجراء تحقيق في ذلك، وعلى إثره التمسست رفض الدعوى، كما طالبت احتياجا إجراء تحاليل قصد التأكد من نسب البنت. حيث صدر في هذه الدعوى حكم بتاريخ: 2006/12/09 يقضي بإسقاط نسب البنت (م ن) عن المدعي؛ على أساس ولادتها خارج المدة القانونية المعتبرة شرعا وقانونا.

استأنفت المدعى عليها هذا الحكم أمام غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء معسكر، حيث أكدت أمام المجلس على تعرضها للاغتصاب، وأن عقد الزواج تم إبرامه للتهرب من المتابعة الجزائية، كما أكدت على أن (المستأنف عليه) قد أقر بالحمل. أما المستأنف عليه (ب) أ) فقد طالب بتأييد الحكم المستأنف. حيث صدر عن المجلس قرار مؤرخ في: 2007/03/28 يقضي بتأييد الحكم الابتدائي. على إثر ذلك قامت (ب ف) بالطعن في هذا القرار بطريق النقض أمام المحكمة العليا بتاريخ: 2009/03/08، حيث صدر قرار بتاريخ: 2011/05/12، وهو القرار محل الدراسة.

III. طلبات الطرفين: حيث إن الطاعنة تطلب نقض القرار على أساس القصور في التسبيب، حيث إن قضاة الموضوع لم يبحثوا في وجود الزواج العرفي السابق على العقد الموثق من عدمه، كما لم يتحرروا ويبحثوا ظروف ومعطيات إبرام عقد الزواج، ذلك أن الطاعنة قد أكدت تعرضها للاغتصاب من طرف المطعون ضده. أما المطعون ضده فلم يرد على عريضة الطعن.

III. المسائل أو النقاط القانونية: إن هذا القرار يثير عدة مسائل أو نقاط قانونية، تشكل في مجملها المشكل القانوني الذي يطرحه هذا القرار، وإن هذه المسائل أو النقاط القانونية يمكن إجمالها في الآتي:

- هل القضية موضوع النزاع يحكمها نص المادة 40 أم نص المادة 42 ؟
- هل يمكن تكييف الاغتصاب الثابت بحكم قضائي على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب، وفق ما قصدته المادة 40 من ق أ ؟
- هل يمكن إثبات النسب بالإقرار ولو كان ناتجا عن علاقة غير شرعية ؟
- هل الإقرار بالنسب ينطبق عليه نص المادة 339 ق م ؟
- هل يمكن نفي الإقرار بالنسب بعد وقوعه ؟

IV. الحل القانوني: أجابت المحكمة العليا بأن الاغتصاب في حالة ثبوته بحكم قضائي يكيف على أنه نكاح شبهة، ونكاح الشبهة يثبت به النسب حسب نص المادة 40 من ق أ. كما أنه إذا ثبت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح بالبت لدى ضابط الحالة المدنية فهذا يعد إقرارا منه بنسب البنت، ولا يحق له نفيه أو التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه، لما في ذلك من مصلحة للبنت وإحياء لها.

ثانيا: الإطار الموضوعي: تحليل البنية الداخلية للقرار: تبعا للإشكال المذكور أعلاه؛ وقصد الإجابة عنه في ضوء المعطى الفقهي والقضائي، فقد قسمت هذا التعليق إلى مبحثين: تناولت في المبحث الأول: الاغتصاب ونكاح الشبهة: المفهوم والعلاقة، وتناولت في المبحث الثاني: ثبوت النسب بالإقرار.

المبحث الأول: الاغتصاب ونكاح الشبهة: المفهوم والعلاقة

لتحديد العلاقة الموجودة بين الاغتصاب ونكاح الشبهة، فإنه يحتم في البدء بيان مدلول كل لفظة، ذلك أن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، ولذلك قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: مفهوم الاغتصاب ونكاح الشبهة، والمطلب الثاني: مدى ثبوت العلاقة بين الاغتصاب ونكاح الشبهة

المطلب الأول: مفهوم الاغتصاب ونكاح الشبهة:

الفرع الأول: مفهوم الاغتصاب:

أولاً: الدلالة اللغوية: الغصب في اللغة هو أخذ الشيء ظلماً، وغصبه على الشيء: قهره، والاغتصاب مثله. ويقال غصب الرجل المرأة نفسها إذا زنا بها كرها واغتصبها نفسها، وفي الحديث: " أنه غصبها نفسها " (ذكره ابن الأثير في كتابه " النهاية " ولم يشر إلى تخريجه. انظر: ابن الأثير، بيروت، 1979، ج3، ص370).

بمعنى أنه واقعها كرها من باب الاستعارة. (ابن منظور، بيروت، ط3، 1414 هـ، ج1، ص648؛ الفيومي، بيروت، ج2، ص448).

ثانياً: الدلالة الاصطلاحية: من الناحية القانونية فإن الاغتصاب يعرف بأنه: " فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة لا تحل له شرعاً وقانوناً بالإكراه ودون رضاها " (أنظر في هذا المعنى في: عبد العزيز سعد، الجزائر، 2013، ص110).

أي إن فعل الإكراه واقع على المرأة، وبهذا فإن الاغتصاب من الناحية القانونية يختلف عن الزنا، وإن كان من جنسها.

أما في الفقه الإسلامي فالفقهاء يستخدمون مصطلح " الاغتصاب " أو " الغصب " للدلالة على سلب حق الغير بالقوة والإكراه، سواء أكان المسلوب مالا أو عرضاً، فإن كان المسلوب أو الشيء المغتصب هو العرض، فهذا الفعل يعتبر زناً، أو وطء بالإكراه، وهذا ما نلمسه في كثير من النصوص الفقهية، من ذلك، ما جاء في موطأ مالك تحت عنوان: " باب ما جاء في

حد الزنا " أن الإمام مالك روى عن نافع أن عبدا كان يقوم على رقيق الخمس وأنه استكره جارية من ذلك الرقيق فوقع بها، " فجلده عمر بن الخطاب ونفاه ولم يجلد الوليدة لأنها استكرهها " (مالك بن أنس، الموطأ، بيروت، 1985، ص 827).

وجاء في المدونة: "... أرأيت إن أقر العبد أنه غصب هذه المرأة نفسها فجامعها وهي أمة أو حرة ولا يعلم ذلك إلا بقول العبد أصدق العبد أم لا في قول مالك؟..." (مالك بن أنس، المدونة، بيروت، ط 1، 1994، ج 4، ص 611).

وفي كتاب الأم للشافعي قال تحت عنوان " ما يدرأ فيه الحد في الزنا وما لا يدرأ ": "إذا استكره الرجل المرأة أقيم الحد ولم يرقم عليها؛ لأنها مستكرهة، ولها مهر مثلها حرة كانت أو أمة..." (الشافعي، بيروت، 1990، ج 6، ص 168).

فهذه النصوص توضح أن الاغتصاب في الفقه الإسلامي من مفرداته: " وطء الرجل المرأة التي لا تحل له شرعا بالإكراه".

الفرع الثاني: مفهوم نكاح الشبهة: نكاح الشبهة لفظ مركب، وليبيان معناه يتعين في البدء بيان مفهوم كل لفظة، ثم بعد ذلك بيان مفهوم اللفظ المركب.

أولاً: تعريف النكاح:

أ- لغة: يطلق النكاح في لغة العرب على الوطء، كما يطلق أيضا على العقد، وأطلق النكاح على الزواج؛ لأنه سبب للوطء المباح. (ابن منظور، المصدر السابق، ج 2، ص 626).

ب- اصطلاحاً: في الاصطلاح الشرعي النكاح هو. "عقد بين الزوجين يحل به الوطء". (سعدى أبو حبيب، دمشق، ط 2، 1988، ص 360).

ثانياً: تعريف الشبهة:

أ- لغة: الشبهة في اللغة تعني الالتباس والاختلاط، يقال اشتبه الأمر إذا اختلط (ابن منظور، المصدر السابق، ج 13، ص 504، 505). وهي أيضا تعني المثل. (مرتضى الزبيدي، مصر، ج 36، ص 411).

ب- اصطلاحاً: الشبهة في الاصطلاح الفقهي تعني: " الشيء المجهول حله وحرمة على الحقيقة " (المنأوي، القاهرة، ط 1، 1990، ص 201). أو هي: " ما التبس أمره، فلا يدري أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل " (سعدى أبو حبيب، المرجع السابق، ص 189).

فالشبهة بهذا المعنى تشبه الشيء الثابت، ولكن في حقيقة الأمر ليس بثابت. (محمد عميم الإحسان، بيروت، ط 1، 2003، ص 119).

كما تعني أيضا: عدم تمييز أحد الشئيين من الآخر لما بينهما من التشابه عينا أو معنى.
(المنأوي، المصدر السابق، ص201).

والشبهة من حيث تعلقها بالنكاح تنقسم عند الفقهاء إلى أقسام، حيث تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام:

❖ **شبهة حكمية:** وهي الشبهة في المحل (الموطوءة) وتسمى أيضا شبهة الملك، وهي تنشأ عن دليل موجب للحل في المحل، لكن عارضه مانع، ومن ثم أورث هذا الدليل شبهة في المحل، فلم يبق معه اسم الزنا فسقط الحد، حتى ولو علم بالحرمة، ومن هذا النوع: وطء المعتدة بالطلاق البائن بالكنايات، وكذا معتدة الخلع على غير مال ؛ لاختلاف الصحابة في كون الطلاق الناتج هل هو رجعي أم بائن. وهذه الشبهة يثبت بها النسب إن ادعاه الواطئ. (الشليبي، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج3، ص176، 177؛ ابن عابدين، بيروت، ط2، 1992، ج4، ص18 وما بعدها).

❖ **شبهة الفعل:** وهذه الشبهة محلها الفعل (الوطء) لا المحل (الموطوءة)؛ إذ المحل مقطوع بحرمة، وإنما الاشتباه كان في الفعل من حيث الحل والحرمة؛ إذا ظن الحل، وإلا لم تكن شبهة أصلا. والعبرة في هذه الشبهة بدعوى الظن؛ أي الادعاء بأن هذا الفعل يحل له. ومن هذا النوع: وطء الرجل مطلقة ثلاثا وهي في العدة، وكذا وطء المطلقة البائن على مال، أو المختلعة على مال، وهي في العدة.

وشبهة الفعل موجبة لسقوط الحد فقط لا لثبوت النسب، فلا يثبت بها النسب وإن ادعاه، لأن الفعل محض زنا، وإنما سقط الحد فضلا من الله. وإن ذهب محققو المذهب إلى أن هذا الأمر ليس على إطلاقه وعمومه، ذلك أن المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال والمختلعة يثبت فيها النسب ؛ لأن الوطء فيه شبهة العقد، ولكن لا على أساس الوطء الواقع في العدة، وإنما على أساس الوطء السابق على الطلاق، وهذا إذا ولدته لأقل من سنتين، أما إن ولدته أكثر من سنتين فلا يثبت النسب إلا إذا ادعاه حملا على شبهة العقد.(ابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص21 وما بعدها).

ومع ذلك فإن شبهة الفعل ليست مثبتة للنسب ؛ لأن هذه الأمثلة فيها معنى شبهة العقد، ولذلك حملت عليها في إثبات النسب لا على شبهة الفعل.

❖ **شبهة العقد:** وهذه قال بها أبو حنيفة، تثبت عنده بالعقد ولو كان هذا العقد متفقا على تحريمه مثل نكاح المحارم، إذ تقوم الشبهة عند أبي حنيفة ولو كان الواطئ عالما

بالحرمة، أما عند الصاحبين فتقوم فقط عند عدم العلم. أما النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي أو شهود فالشبهة فيه قائمة عند الكل. (الشلي، المصدر السابق، ج3، ص179 وما بعدها؛ ابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص23 وما بعدها).

هذه هي أقسام الشبهة عند الحنفية، ويظهر عند التحقيق أنها تنقسم إلى اثنين فقط: شبهة فعل، وشبهة محل، ذلك أن شبهة العقد منها ما يرجع إلى شبهة الفعل، ومنها ما يرجع إلى شبهة المحل. (ابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص25).

وعموماً فالشبهة التي يثبت بها النسب في المذهب الحنفي هي شبهة المحل دون شبهة الفعل.

أما عند المالكية فالشبهة تنقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام: شبهة في الوطاء كمن يطأ امرأة أجنبية يجدها في فراشه يظنها امرأته، وشبهة في الموطوءة مثل وطء أحد الشريكين الأمة المشتركة، وشبهة في الطريق مثل النكاح المختلف في صحته كنكاح المتعة. (القرافي، الفروق، القاهرة، ج4، ص172). وهذه الأقسام الثلاثة مسقطة للحد وموجبة للحقوق النسب. (القرافي، الذخيرة، بيروت، ط1، 1994، ج9، ص61).

وعند الشافعية تنقسم الشبهة إلى أقسام ثلاثة، وهي: شبهة في المحل، وشبهة في الفاعل وشبهة في الجهة، فالشبهة في المحل: أي الموطوءة مثل وطء الزوجة الحائض، وأما الشبهة في الفاعل فمثالها أن يطأ امرأة يجدها في فراشه يظنها زوجته، أما الشبهة في الجهة: وهي الثابتة في كل نكاح مختلف في صحته، مثل النكاح بلا ولي، والنكاح بلا شهود، ونكاح المتعة. وهذه الأنواع موجبة لسقوط الحد وثبوت النسب. (النووي، بيروت، ط3، 1991، ج10، ص92).

وأما الحنابلة فلا يقسمون الشبهة إلى أقسام مثل بقية المذاهب، وإنما يوردون للدلالة على وجودها أمثلة، كمن وطء امرأة وجدها على فراشه أو في منزله ظنها امرأته، أو زفت إليه امرأة غير امرأته، أو دعا ضرير امرأته فأجابته امرأة غيرها فوطئها، وكذلك كل وطئ في نكاح مختلف في صحته كنكاح المتعة، ونكاح الشغار، والتحليل، والنكاح بلا ولي، وبلا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة غير البائنة، ونكاح البائن. ففي هذه الأمثلة كلها فالشبهة قائمة موجبة لثبوت النسب وسقوط الحد. (ابن قدامة، القاهرة، 1968، ج9، ص57، 58؛ البهوتي، بيروت، ج5، ص97).

وبهذا فإن نكاح الشبهة هو كل وطء علقت به شبهة من شبه السابقة أورثت درءاً للحد وثبوتاً للنسب، أو درءاً للحد دون ثبوت النسب، ذلك أن الشبهة في مجملها إذا ثبتت وتعلقت

بالوطء فإنها تدرأ الحد عن من كانت له، أما الشبهة الموجبة لثبوت النسب فلا بد أن تكون متعلقة بالرجل (الواطئ) دون الموطوءة وعلى هذا الأساس فليس كل نكاح شبهة موجبا لثبوت النسب، بل قد يكون موجبا لثبوت النسب ودرء الحد، وقد يكون موجبا لدرء الحد دون ثبوت النسب فيه.

المطلب الثاني: مدى ثبوت العلاقة بين الاغتصاب ونكاح الشبهة:

بعد أن تبين في المطلب السابق أن الاغتصاب هو فعل جنسي بالإكراه على امرأة لا تحل للممارس شرعا، وأن نكاح الشبهة هو كل وطء علقت به شبهة ما (محل، عقد، فعل) أوجبت درء العقوبة (الحد) واثبت النسب، أو درء العقوبة فقط، فهل يمكن تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة؟ وهل يمكن أن تكون هذه الشبهة - إن ثبتت - موجبة لإثبات النسب؟ هذا ما سنحاول تبينه في هذا المطلب، حيث سأقسمه إلى فرعين: الفرع الأول: مدى صحة التكييف فقها واثبت النسب فيه، والفرع الثاني: منطلق هذا التكييف.

الفرع الأول: مدى صحة التكييف فقها واثبت النسب فيه:

أولاً: في المذهب الحنفي: المعلوم في الفقه الحنفي أن الرجل إذا أكره إكراها ملجئاً على الزنا أنه لا يحل له الإقدام عليه، فإن فعل أثم وسقط عنه الحد استحساناً وغُرم المهر، فإن كان الإكراه غير ملجئ لم يرخص له أيضاً، لكن إن أقدم عليه حُدَّ ؛ أي أقيمت عليه العقوبة. (الإكراه الملجئ ما يفوت النفس أو العضو، وأما غير الملجئ فبخلافه. ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص651).

والعلة في عدم الترخيص للرجل في الزنا في حالة الإكراه مبعثه أن هذا التصرف فيه معنى القتل؛ لأن عدم ثبوت النسب منه فيه معنى قتل النفس، ولذلك لم يرخص له. أما المرأة إذا أكرهت على الزنا رخص لها إن كان الإكراه ملجئاً، وإن كان غير ملجئ لم يرخص لها، ولكن إن أقدمت عليه أُثِمَتْ إن مكنت، وإن اغتصبت لم تأثم، وسقط عنها الحد في الحالتين؛ لأنه يعتبر - الإكراه غير الملجئ - بمثابة شبهة لها.

والسبب في الترخيص لها - دون الرجل - لأن النسب ثابت منها في جميع الحالات؛ لذلك لا يعتبر في معنى القتل. أما الشبهة الثابتة لها فهي لدرء العقوبة فقط. (ابن عابدين، المصدر السابق، ج6، ص137).

وأنت ترى أن إكراه الرجل على الزنا لا يرخص له - وفق المذهب الحنفي - الإقدام عليه، وإن أقدم عليه لم يكن موجبا لثبوت النسب منه، بل هو محض زنا، فكيف إذا كان هو المغتصب (أي المكره)، فلا يمكن أن يكيف بأنه نكاح شبهة، بل محض زنا لا يثبت به

النسب، وأما الشبهة المذكورة فهي في حق المرأة موجبة لدزء العقوبة والحد عنها، لا لإثبات النسب من الرجل؛ لأن الشبهة ليست له.

ثانيا: المذهب المالكي: يرى فقهاء المذهب المالكي أن الرجل إذا أكره على الزنا فإنه لا يحل له الإقدام عليه، فإن فعل أثم وكان عليه الصداق، أما العقوبة فهل تثبت عليه أم لا ؟ خلاف في المذهب، حيث يرى جمهور فقهاء المذهب في المشهور أنه يحد؛ لأن الزنا لا يكون إلا بالانتشار، وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يحد؛ لأن اللذة والانتشار طبيعتان عند ملاقة الملتذ فلا يمنعهما الإكراه كاللذة بالشم والذوق. أما المرأة فلا خلاف أن الإكراه يعتبر شبهة لها يسقط عنها الحد ويدراً عنها العقوبة. (القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج12، ص49، عيش، بيروت، 1989، ج9، ص255).

فإذا ثبت هذا كان المغتصب من باب أولى في ثبوت الحد عليه؛ لأنه هو من قام بفعل الإكراه، وإنما يسقط الحد في هذه الحالة عن المرأة فقط. وتأسيساً على هذا فلا يمكن - وفق المذهب المالكي - تكيف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يوجب إثبات النسب، بل هو زنا لا يثبت به النسب، بل لا تسقط فيه العقوبة إلا عن المرأة فقط.

ثالثاً: المذهب الشافعي: ورد في المذهب الشافعي الحديث صراحة عن حكم الاغتصاب، حيث جاء في كتاب الأم للشافعي أنه: " إذا استكره الرجل المرأة أقيم الحد ولم يقيم عليها، لأنها مستكرهة، ولها مهر مثلها حرة كانت أو أمة..." (الشافعي، المصدر السابق، ج6، ص168). وجاء في مختصر المزني أنه: " لو استكره أمة حرة فعليه الحد والمهر، ولا معنى للجماع إلا في منزلتين إحداهما: أن تكون هي زانية محدودة فلا مهر لها، ومنزلة تكون مصابة بنكاح فلها مهرها، ومنزلة تكون شبهة بين النكاح الصحيح والزنا الصريح، فلما لم يختلفوا في أنها إذا أصيبت بنكاح فاسد أنه لا حد عليها ولها المهر عوضاً من الجماع انبغى أن يحكموا لها إذا استكرهت بمهر عوضاً من الجماع؛ لأنها لم تبج نفسها فإنها أحسن حالا من العاصية بنكاح فاسد إذا كانت عالمة" (المزني، بيروت، 1990، ج8، ص216، 217).

فيظهر من هذين النصين أن المغتصب يعتبر زاني يجب عليه الحد، أما المغتصبة فيجب لها المهر ويسقط عنها الحد، بل إن الإمام المُنْزِي قد صرح بأن الإكراه يعتبر شبهة بين النكاح الصحيح والزنا الصريح يوجب ثبوت المهر وسقوط الحد عن المرأة، ولكن السؤال المطروح هنا، هل هذه الشبهة موجبة لثبوت النسب من الواطئ أم لا؟.

الظاهر من النصين السابقين أن المعتصب يحد وبالتالي فهو زان، والزنا لا يثبت به النسب في المذهب الشافعي، أما الشبهة فهي متعلقة بالموطوءة لدرء الحد عنها، لا متعلقة بالواطئ، ومن ثم فلا علاقة لهذه الشبهة في إثبات النسب، ولو كانت متعلقة به لثبت النسب منه، وهذا الحكم صرح به الماوردي، حيث قال في كتابه الحاوي الكبير: "إذا استكره امرأة على نفسها حتى زنا بها وجب الحد عليه دونها... لأن هذا الوطاء زنا في حق من حد، وليس بزنا في حق من لم يحد..." (الماوردي، بيروت، ط9، 1999، ج13، ص239، 240).

ثم يقول بعد هذا: "... وجملته أن الذي يختص بالرجل ثلاثة أحكام: الحد، والمهر، والنسب. وأما النسب: فيعتبر به شبهة الواطئ دون الموطوءة، فإن كانت له شبهة لحق به، وإن لم يكن شبهة له لم يلحق به. وأما المهر: فيعتبر به شبهة الموطوءة، دون الواطئ، فإن كان لها شبهة وجب لها، وإن لم يكن لها شبهة لم يجب. وأما الحد فيعتبر به شبهة كل واحد منهما، فإن كانت لهما شبهة سقط الحد عنهما، وإن لم يكن لها شبهة وجب الحد عليها، وإن كان لأحدهما شبهة دون الآخر وجب على من انتفت عنه وسقط عمن لحقت به الشبهة" (الماوردي، المرجع السابق، ج13، ص241).

فأنت ترى أن الشبهة في الاغتصاب متعلقة بالموطوءة دون الواطئ، لذلك ثبت لها المهر وسقط الحد عنها، أما الواطئ فقط وجب عليه الحد، وبالتالي فالنسب لا يثبت منه، ومن ثم فلا يمكن - وفق المذهب الشافعي أيضا - تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب.

رابعا: في المذهب الحنبلي: إذا كان الرأي الصحيح في المذهب الحنبلي أن الرجل إذا أكره على الزنا فلا يحل له الإقدام عليه، فإن فعل كان زنا، وأقيمت عليه عقوبة الزنا، ولم يثبت فيه النسب، إذ النسب لا يثبت من الزنا في المذهب الحنبلي، فإذا ثبت هذا فإن الرجل إذا اغتصب المرأة وزنى بها، كان من باب أولى في إقامة الحد عليه؛ لأنه زان، بل ومتعد، ولذلك لا ينسب إليه الولد؛ لأنه محض زنا، أما المرأة فيسقط عنها الحد لشبهة الإكراه، وهذه الشبهة موجبة لسقوط الحد عنها لا لإثبات النسب من المعتصب؛ لأنها متعلقة بالمرأة (الموطوءة) لا بالرجل المعتصب (الواطئ). (راجع في هذا المعنى: ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص59؛ البهوتي، المصدر السابق، ج4، ص64؛ محمد بن صالح العثيمين، القاهرة، ط1، 1422هـ، ج14، ص254، 255).

وعلى هذا الأساس فلا يمكن - وفق المذهب الحنبلي - تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يوجب ثبوت النسب من المعتصب.

وبناء على ما سبق فإن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الشق المتعلق بتكليف الاغتصاب بأنه وطء بالإكراه يكيف على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب من الواطئ، أمر غير صحيح، ومجانِب للصواب؛ لأنه كما سبق عرضه لا يجد له في الفقه الإسلامي محملاً ومستنداً؛ إذ نكاح الشبهة الذي يثبت به النسب في الفقه الإسلامي، والذي عنته المادة 40 من ق.أ.ج هو ما كان متعلقاً بالرجل (الواطئ) لا بالمرأة (الموطوءة)، وهذا ما تبين عند الحديث عن الشبهة في المذاهب الفقهية، أما الاغتصاب فالشبهة الواردة فيه متعلقة بالمرأة تدرأ عنها العقوبة هي فقط، ولا علاقة لها بالرجل المغتصب، فهذا التكليف بعيد جداً من أن يقول به فقيه من الفقهاء.

وأما ما أورده البعض (بوقندورة سليمان، قسطنطين، ط1، 2015، ص253) من أن هذا التكليف يجد له في الفقه الإسلامي محملاً، مستشهداً في ذلك بما ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، فمردود عليه كالآتي:

أولاً: ما جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة من أنه: "إذا استكره الرجل المرأة على الزنا أقيم عليه الحد، ولا يقام عليها، لأنها مستكرهة مغلوبة على أمرها ولها مهر مثلها حرة كانت أو أمة وثبت النسب منه إذا حملت المرأة وعليها العدة". (عبد الرحمان الجزيري، بيروت، ط2، 2003، ج5، ص88). فهذا النص مأخوذ عن الفقه الشافعي، ومن كتاب الأم بالتحديد (الشافعي، المصدر السابق، ج6، ص168). - كما سبق بيان ذلك - ولا يوجد في كتاب الأم عبارة "ويثبت النسب منه إذا حملت المرأة"، ولم أطلع في كتب المذهب ما يشير إلى ثبوت النسب من الرجل في هذه الحالة، بل إن ما ورد في كتاب الحاوي للماوردي يدل على خلافه، حيث ذكر أن الشبهة المثبتة للنسب هي ما كانت في جانب الرجل لا المرأة. (الماوردي، المصدر السابق، ج13، ص241). وفي حالة الاغتصاب فالشبهة ثابتة في حق المرأة لا الرجل، فلم تكن مثبتة للنسب منه.

ثانياً: ذكر أهل الاختصاص أن كتاب "الفقه على المذاهب الأربعة" ينبغي التعامل معه بحذر خصوصاً عند نقل آراء المذاهب الفقهية، ذلك أنه تنقصه الدقة والتثبت في نسبة الأقوال ونقلها عن المذاهب الفقهية في كثير من باحثه، فضلاً عن عدم إحالته إلى المراجع الفقهية التي اعتمدها في ذلك. (ينظر الموقع الإلكتروني: <http://islamqa.inFG/ar/177778> تم الدخول إلى الموقع بتاريخ: 2017/04/12 على الساعة 15:00).

وبهذا أرى أن تكليف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يوجب النسب من الرجل، على وفق ما عنته المادة 40 من ق.أ، أمر مجانِب للصواب، وليس له أساس ومستند فقهي.

الفرع الثاني: منطلق هذا التكييف: الظاهر أن هذا التكييف مرده إلى ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا من إثبات نسب أطفال نتجوا من عملية اغتصاب مجموعة من الإرهابيين لنساء القرى والمداشر التي عانت الإرهاب.

فقد ذكر الرئيس السابق لغرفة الأحوال الشخصية السيد علاوة لعوامري في مداخلة له بمجلس قضاء سطيف سنة 2006 أن اجتهادهم بإلحاق نسب الأطفال الذين ولدوا جراء الاغتصاب الذي تعرضت له النساء من قبل الإرهابيين في فترة العشرية السوداء مبعثه تحميل هؤلاء مسؤولية فعلهم، وما يترتب عنه من إنفاق وتربية طبقا لقاعدة "الغنم بالغرم".

وقد ذكر أن هذا الاجتهاد لم يؤيدهم فيه ولا فقيه أو مختص في الشريعة ممن عرض عليه هذا الاجتهاد، ومع ذلك مضوا على هذا الرأي. (باديس ذياي، عين مليلة، 2010، ص 103، 104).

وإذا كان هذا الاجتهاد مبعثه حسن النية والرأفة بالأطفال، إلا أنه إذا افترضنا أن أساس هذا الاجتهاد هو تكييف الاغتصاب الإرهابي بأنه نكاح شبهة؛ فإن هذا الصنيع يؤدي إلى تبرير الفعل الإرهابي، ذلك أن الاغتصاب الإرهابي ناجم عن اعتقاد الإرهابيين أن المجتمع كافر يجوز قتاله، وبالتالي تكون نسائه سبايا يحل وطؤهن بملك اليمين، وتلك هي الشبهة العالقة بهذا الاغتصاب، وهذا ما لا يقول به أحد، ولا يرتضيه حتى هؤلاء القضاة أصحاب هذا الاجتهاد، ومن ثم فإن تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب من الواطئ يؤدي إلى هذه النتيجة - أقصد تبرير الاغتصاب الإرهابي -، وإن لم يرتضوها؛ لأنها لازمة عن هذا التكييف، وبالتالي يكون هذا التكييف الذي ذهب إليه هؤلاء القضاة، ومنه هذا القرار محل الدراسة باطل من أساسه.

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالإقرار

هذا المبحث متعلق بالشق الثاني من الحل القانوني الذي أعطته المحكمة العليا للقضية موضوع النزاع، حيث إن المطعون ضده إذا ثبت أنه هو من قام بالتصريح بولادة البنت لدى ضابط الحالة المدنية فهذا يعد إقرار منه يثبت به النسب، وهذا لا حكم يقودنا إلى الحديث عن مدى انطباق المادة 341 ق.م على هذه الواقعة، أقصد الإقرار القضائي، وكذا علاقة الإقرار بالمدة القانونية اللازمة للحمل، كما يقودنا أيضا إلى الحديث عن الإقرار وولد الزنا، ذلك أن القضية موضوع النزاع تفترض وجود الاغتصاب، والاغتصاب زنا، فهل يثبت به النسب؟ أم لا؟ وبناء على هذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أتناول في المطلب الأول: حجية الإقرار، وفي المطلب الثاني: أتناول الإقرار وولد الزنا.

المطلب الأول: حجية الإقرار: أتناول حجية الإقرار من حيث مدى حاجة الإقرار في موضوع النسب للقضاء؛ أي مدى انطباق المادة 341 ق.م على الإقرار في النسب، ثم من حيث إمكانية التراجع عنه.

الفرع الأول: مدى حاجة الإقرار بالنسب للقضاء:

تذكر وقائع القضية أن التصريح بنسب البنت قد وقع أمام ضابط الحالة المدنية، وإذا ثبت أن هذا التصريح قد وقع من قبل المطعون ضده، فهل هذا التصريح الواقع أمام ضابط الحالة المدنية يعد حجة يثبت بها النسب؟ أم لا بد من وقوعه أمام القاضي؛ حتى يعد حجة؟ إذا رجعنا إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد تحدث عن الإقرار بالنسب في المادتين 44 و45، وذكر الشروط اللازمة لصحته، دون أن يذكر شيئاً عن الجهة التي يجب أن يقع أمامها الإقرار بالنسب، لكنه في القانون المدني وعند تعريفه للإقرار ذكر الجهة التي يجب أن يقع أمامها، وهي القضاء، وهذا حسب نص المادة 341، والسؤال المطروح، هل هذا النص يشمل الإقرار بالنسب أم لا؟.

مما هو معلوم لدى دارس القانون أن نصوص القانون المدني نصوص عامة، ونصوص قانون الأسرة نص يقضي عند انعدام نص خاص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م 222)، وبالتالي فالإقرار بالنسب - وفق هذا النص - تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية، لا نصوص القانون المدني.

وإذا رجعنا إلى نصوص الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء لا يشترطون في الإقرار وقوعه أمام القضاء (راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، ط2، 1427 هـ، ج6، ص48)، إذ النسب لمصلحة الولد؛ فيحتاج لإثباته عند أدنى شبهة أو سبب.

إن هذا التفسير هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا، وهذا ما نجده في بعض القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية، من ذلك القرار رقم: 202430، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...الخ"

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن؛ لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ: 1997/04/06؛ فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلح الأصح " لا تعتبر صلحا " على

النصب، بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من ق.م لا تنطبق على قضية الحال، التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها ق.أ". (غ.أش، قرار رقم 202430 صادر بتاريخ 15/12/1998، م ق، ع1، 1999، ص 122، نقلا عن جمال سايس، الجزائر، ط1، 2013، ج2، ص 921).

وقد جاء في حيثيات هذا القرار: " حيث أن القول بأن الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء تطبيقا للمادة 341 من ق.م مع أن هذه المادة لا تطبق في قضايا الحالة التي يحكمها قانون خاص هو ق.أ، ولأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن...". (جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص 922).

فهذا القرار قد دل صراحة على أن المادة 341 من ق.م لا تطبق بشأن الإقرار بالنسب؛ لأنه يعتبر من قبيل قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة، الذي بدوره يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يشترط في الإقرار بالنسب كي يعتمد به أن يقع أمام القضاء. وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تحدد جهة معينة يقع أمامها الإقرار بالنسب؛ فإن المحكمة العليا قد حددت هذه الجهة، وهي كل موظف عمومي مؤهل قانونا لتلقي الإقرار بالنسب، مثل الموثق كما يظهر من القرار السابق، أو ضابط الحالة المدنية، باعتباره موظفا عموميا مكلفا بتسجيل المواليد، أو القاضي، باعتبار أن الإقرار الأصل فيه أن يقع أمام القاضي. ولعل هذا ما يمكن أن نفهم في ضوء القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا الإقرار الواقع أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية، فقد جاء في القرار رقم 210478 الصادر في: 17/11/1998 أنه: "من المقرر قانونا أن الأقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة؛ لأن الزواج تم بتاريخ: 02/05/1994، والولد قد ولد بتاريخ: 07/05/1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب؛ لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" (غ.أش، قرار رقم: 210478 الصادر في: 17/11/1998، إق، ع خ، ص 85 نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص 1028).

فلولا أن المحكمة العليا قد حددت الجهة المؤهلة قانونا لتلقي الإقرار بالنسب؛ لقبلت واعتدت بهذا الإقرار الذي وقع أمام مدير الصحة والرعاية الاجتماعية.

خلاصة القول: فإن الإقرار بالنسب المعتقد به قانونا هو ما كان واقعا أمام جهة مؤهلة قانونا، ولا يشترط أن يكون أمام القاضي فقط؛ حتى يعتد به، فإذا أسقطنا هذا على القرار محل الدراسة نجد أن الإقرار بالنسب - حسب ما يظهر من وقائع القضية- قد وقع أمام ضابط الحالة المدنية، وهو موظف عمومي مؤهل لتلقي مثل هذا الإقرار، وبالتالي يعتبر هذا الإقرار صحيحا من الناحية القانونية، وهذا إن ثبت وقوعه من المطعون ضده.

الفرع الثاني: مدى إمكانية التراجع عن الإقرار بالنسب:

المطعون ضده كان دعوى أمام المحكمة الابتدائية، وهذا قصد إبطال نسب البنت أنه هو من قام بالتصريح بنسبها على اسمه أمام ضابط الحالة المدنية، فإن ثبت أنه هو من قام بالتصريح، وهذا إقرار صحيح قانونا، فهل يحق له التراجع عنه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا الفرع.

من الناحية القانونية المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة التراجع عن الإقرار بالنسب، وإنما أحال أمر تنظيمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفق نص المادة 222 من ق. أ. وإذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها لا تجيز الرجوع في الإقرار إذا تعلق بحق آدمي، وإنما يجوز إذا تعلق بحق الله كالإقرار بالزنا مثلا. ويعتبر النسب من المسائل التي تعلق بها حق الآدمي، لذلك لا يجوز التراجع عن الإقرار فيه، إذ الشرع يتشوف ويحتاط لإثبات النسب بأدنى شبهة، فإذا ثبت بأدنى شبهة لم يجز إسقاطه، إلا باللعان إذا توافرت شروطه. وإذا كان الإقرار بالنسب مباشرا، وكان المقر له صغيرا فلا خلاف في عدم جواز التراجع عنه، أما إذا الإقرار غير مباشر؛ أي فيه تحميل النسب للغير، أو كان مباشرا، ولكن المقر له مكلف، فالمسألة فيها بعض الخلاف الفقهي. ففي المذهب الحنفي إذا أقر شخص في مرض الموت بأخ وصدقه المقر له، ثم تراجع المقر عن إقراره فيقبل منه وإن صدقه المقر عليه؛ لأنه يعتبر بمثابة وصية من وجه، وقيل إن صدقه في إقراره ثبت النسب، ولم يقبل الرجوع فيه. (ابن عابدين، المصدر السابق، ج5، ص 619، ج6، ص 765).

وجاء في المذهب الشافعي أنه إذا ثبت إقرار بالنسب لبالغ عاقل ثم تراجع عنه وصدقه المقر له، ففي قبول التراجع عنه قولان: الأول: سقوط النسب قياسا على الإقرار بالمال والتراجع عنه مع تصديق المقر له. الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أن النسب لا يسقط؛ لأنه إذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه، مثل الناسب الثابت بالفراش لا ينتف إذا ثبت، (الشيرازي، بيروت، ج3، ص 484).

أما في المذهب الحنبلي فالرأي الأصح على أن النسب إذا ثبت بالإقرار لم يقبل إنكاره بعد ذلك ؛ لأنه نسب ثبت بحجة شرعية مثله مثل البينة أو الفراش، كما أن النسب يحتاط لإثباته. وفي رأي مرجوح في المذهب يجوز الرجوع عنه إذا كان المقر له مكلفا وصدق المقر في هذا التراجع، فيسقط بهذا النسب ؛ لأنه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما مثل المال تماما. (ابن قدامة، المصدر السابق، ج5، ص 119، 152).

فهذه الأحكام يتبين منها أن التراجع عن الإقرار في النسب يقبل إذا كان متعلقا بالإقرار غير المباشر، أو كان المقر له مكلفا، أما الإقرار بنسب الصغير فلا تراجع فيه. وهذا الحكم هو ما يمكن أن نفهم في ضوءه بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، والتي يؤخذ من مفهومها عدم جواز التراجع عن الإقرار بالنسب إذا ثبت، ومن ذلك القرار رقم 202430 الصادر بتاريخ 1998/12/15، الذي جاء في بعض أجزائه: "... كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل ؛ لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يشير أي دفع لإبطال مفعول الإقرار ". وجاء في قرار آخر تحت رقم 0762943 صادر بتاريخ 2012/11/14 أنه: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقر، حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر. لا يحتمل الإقرار النفي، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره " (غ أ ش، قرار رقم 0761943 صادر بتاريخ 2012/11/14، م م ع، ع2، 2013، ص 284).

وعلى هذا الأساس فإن الدفع الذي أثاره المطعون ضده في القضية قصد إسقاط نسب البنت عنه، قد فهمت منه المحكمة العليا على أنه تراجع عن الإقرار، وهو لا يجوز إذا ثبت وقوع الإقرار منه ؛ لأنه يعتبر إقرارا مباشرا، كما أن البنت المقر لها صغيرة، ولذلك رفضت الدفع المثار، وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية كما سبق بيان ذلك.

المطلب الثاني: الإقرار وولد الزنا:

القضية موضوع القرار فيها ادعاء بوقوع الاغتصاب، وأن البنت ناتجة عن هذا الاغتصاب، والاغتصاب يعد زنا، لذلك سأتناول في هذا المطلب بيان الموقف الفقهي والقضائي من نسب ولد الزنا ؛ ليتسنى الحكم على هذا القرار في هذه الجزئية، ولذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، أتناول في الفرع الأول: الموقف الفقهي، وفي الفرع الثاني أتناول الموقف القضائي.

الفرع الأول: الموقف الفقهي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة ثبوت نسب ولد الزنا إلى ثلاثة آراء، وهي كالآتي:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء

من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون أن ولد الزنا لا يثبت نسبه من الزاني (الأب البيولوجي)، وإنما يثبت نسبه من أمه فقط. (الكاساني، بيروت، ط2، 1986، ج6، ص 242 ؛ ابن رشد، القاهرة، 2004، ج4، ص 142 ؛ الماوردي، المصدر السابق، ج9، ص 218 ؛ مصطفى بن سعد، بيروت، ط2، 1994، ج5، ص 209، 579).

وقد استندوا في ذلك على جملة من الأدلة:

• قوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر ". (أخرجه البخاري، بيروت، ط1، 1422هـ، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات - حديث رقم 2053، ج3، ص 54 ؛ مسلم، بيروت، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457، ج2، ص 1080).

حيث يفهم من هذا النص أن الكلام الوارد فيه قد خرج مخرج القسمة، والقسمة تنفي الشركة ؛ بمعنى أنه إذا كان الولد لصاحب الفراش، وللزاني الحجر، فهذا يقتضي أن من لا فراش له فلا ينسب الولد له، كما أن الحجر لا يكون لمن لا زنا منه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ؛ فإن النص فيه إثبات ونفي، فالإثبات في قوله: "الولد للفراش"، والنفي في قوله: "وللعاهر الحجر". كما يفهم من هذا النص أن كل جنس المولود هو لصاحب الفراش، ولو أثبتنا نسب ولد لغير صاحب الفراش لكان فيه نوع من التبعض ؛ بمعنى أنه لم يكن كل جنس المولود لصاحب الفراش، وهذا يخالف منطوق النص. (الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص 242).

• أن النسب نعمة، والزنا جريمة، والجرائم لا تكون سببا للنعم. (الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج3، ص 70).

أما عن ثبوته من الأم فهو تابع للولادة سواء أكان بالنكاح أو السفاح ؛ لأن الفراش معتبر في الرجل، أما المرأة فلا فراش لها ؛ إذ ليست بمالكة، فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة، ولذلك ينسب لها في أي حال. (الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص 242).

هذا وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الإقرار بالنسب من شروطه عدم التصريح بالزنا، فلو أقر رجل ببنة ولد من الزنا لم يثبت نسبه، فإن هو لم يصرح بأنه من الزنا، وكانت أم الولد (المرأة) غير متزوجة، وتحققت شروط الإقرار ثبت نسبه منه حملا لحاله على الصلاح، وعملا بالظاهر. (الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج3، ص 70).

وقد ذكر الحنفية أن المرأة إذا أتت بمولود أقل من مدة ستة أشهر من تاريخ العقد، وادعاه الزوج دون أن يصرح لأنه من الزنا ؛ فإن النسب يثبت منه. (أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، القاهرة، ط5، 2003، ص 564).

الرأي الثاني: وهو مذهب الجعفرية الإمامية، حيث يرون أن ولد الزنا لا يثبت نسبه لا من أمه ولا من الزاني. (الطوسي، بيروت، ج5، ص 307).

الرأي الثالث: وهو مذهب إسحاق بن راهويه، وبه قال الحسن البصري، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، حيث قالوا إن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني ألحق به، واستدلوا على مذهبهم هذا بجملة من الأدلة، وهي:

- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. (مالك لن أنس، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، حديث رقم 22، ص 740).

- حديث جريج حين قال للغلام الذي زنت أمه بالراعي، من أبوك يا غلام ؟ قال: الراعي (البخاري، المصدر السابق، كتاب المظالم والغصب، باب إذا حطم حائطا فليين مثله، حديث رقم 2482، ج3، ص 137). وهذا إنطاق من الله ولا يمكن فيه الكذب.
- من القياس، ذلك أن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق أمه وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه، مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، واشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره.
- قول النبي صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فهذا يعمل به عند التنازع، غذ يقدم الفراش، لكن إذا لم يكن ثمة فراش ينازعه فلا مانع من استلحاقه إذا ادعاه الزاني. (ابن القيم، بيروت، ط27، 1994، ج5، ص 381، 382).

وقد مال إلى الأخذ بهذا الرأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. (ابن تيمية، بيروت، ط1، 1987، ج3، 178 ؛ ابن القيم، المصدر السابق، ج5، ص 381 وما بعدها).

وبهذا نرى أن الرأي الأول يشترط في الإقرار عدم التصريح بأن الولد من الزنا، فإن صرح بذلك لم يثبت نسبه منه. أما الرأي الثالث فلا يشترط عدم التصريح بالزنا، بل إن المقر إذا صرح بأن الولد المقر له من الزنا ثبت نسبه منه، إذا لم يكن ثمة فراش ينازعه.

الفرع الثاني: الموقف القضائي: من خلا تتبع القرارات - المطلاع عليها - والصادرة عن المحكمة العليا، يمكن أن نلاحظ موقفين اثنين:

- **الموقف الأول:** اعتبار الزنا طريقاً غير موجب لثبوت النسب، أخذاً برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ويظهر هذا الموقف من القرارات الآتية:

القرار الأول: جاء فيه " من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً، ولما كان كذلك ؛ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة ". (غ أ ش، قرار رقم 34137 صادر بتاريخ 1984/10/08، م ق، ع4، 1989، ص 79، نقلاً عن جمال سايس، المرجع السابق، ج1، ص 306).

القرار الثاني: جاء فيه: " من المقرر شرعاً أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها، أما إذا لم يقع الدخول بها فلا تستحق إلا نصفه، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج. ولما كان الثابت من القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه، وبنفي نسب الولد ؛ فإنه بقضائه هذا كان مطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ". (غ أ ش، قرار رقم 34046 صادر بتاريخ 1984/11/19، م ق، ع1، 1990، ص 67، نقلاً عن جمال سايس، المرجع السابق، ج1، ص 344).

القرار الثالث: جاء فيه: " من المقرر شرعاً أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوماً لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض. إذا كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم نفي النسب، بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02، وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06، أربع وستون يوماً من تاريخ الزواج ؛ أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زناً لا ينسب لأبيه. ومتى كان كذلك

استوجب رفض الطعن ". (غ أ ش، قرار رقم 35087 صادر بتاريخ 17/12/1984، م ق، ع 1، 1990، ص 86، نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ج 1، ص 356).

القرار الرابع: جاء فيه: " من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة ؛ لأن الزواج تم بتاريخ 02/05/1994، والولد قد ولد بتاريخ 07/05/1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أما مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به؛ لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب ؛ لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" (سبقت الإشارة إليه).

- **الموقف الثاني:** يظهر من بعض القرارات الصادرة حديثا عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، أنه يمكن إثبات النسب ولو كان ناتجا عن علاقة غي شرعية، ويتضح هذا الموقف من القرارين الآتيين:

القرار الأول: جاء فيه: " يمكن طبقا للمادة 40 من ق أ إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي DNA)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ". (غ أ ش، قرار رقم 355180 صادر بتاريخ 15/03/2006، م م ع، ع 1، 2006، ص 469، نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ج 3، ص 1339).

فهذا القرار يذهب إلى أنه يمكن إثبات نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية لأبيه ؛ إذا أثبتت الخبرة الطبية ذلك، لعد أن كيف هذه الأخيرة (الخبرة الطبية) تحت مسمى البيئة المنصوص عليها في المادة 40 من ق أ، كما يفرق بين إثبات النسب في الزواج الشرعي، وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية، رغم أن إلحاق نسب ولد الزنا الذي يتحدث عنه فقهاء الشريعة الإسلامية إنما يثبت بدليل الإقرار ؛ أي إذا ادعاه الزاني، أما أن يلحق به دون أن يدعيه كما هو هذا القرار فلم يقل به الفقهاء.

ويعتبر هذا القرار - في حدود الاطلاع - أول قرار في تغير اجتهاد المحكمة العليا في إثبات الولد الناتج عن علاقة غير شرعية، وبالتالي يكون هذا القرار سابقا عن القرار محل الدراسة في هذا التغير.

القرار الثاني: وهو القرار موضوع الدراسة الذي أقرت فيه المحكمة العليا أن الولد الناتج عن الاغتصاب إذا ثبت بحكم قضائي، يمكن إلحاقه بأبيه، بعد أن كيفت الاغتصاب

تحت مسمى نكاح الشبهة، وقد ثبت في المبحث الأول خطأ هذا التكييف وانعدام المستند الشرعي له، أما ما تعلق بإثبات نسب العلاقة غير الشرعية أو الاغتصاب فهو مخالف لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، بله الرأي القائل بإثبات ولد الزنا لأبيه ؛ لأن هذا الرأي يلحقه به طبقاً لدليل الإقرار، لا بطريق نكاح الشبهة.

وبالتالي فإن المحكمة العليا في موقفها الثاني تكون قد خالفت ما عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أن اجتهادها هذا قد أدى إلى تقويض ما هو مستقر عليه قضاء طيلة سنوات من اعتبار ولد الزنا لا ينسب لأبيه، ولذلك كان الأولى أن يعرض هذا الاجتهاد على الغرف المجتمعة كما ينص على ذلك القانون العضوي رقم 11-12 (المؤرخ في 26 يوليو 2011 يحدد وينظم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج ر، ع 42، المؤرخة في 31 يوليو 2011، ص 07)، في المادة 1/18 (تنص هذه الفقرة على أنه: " زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي ")، لا أن يصدر عن غرفة واحدة.

خلاصة لما سبق فإن المحكمة العليا أراها في الشق الأول من القرار محل الدراسة قد جانبت الصواب، وخالفت ما هو ثابت شرعاً وقانوناً وقضاءً، في إثباتها نسب الولد الناتج عن الاغتصاب بتكييف هذا الأخير تحت مسمى نكاح الشبهة، وقد ثبت أنه لا توجد علاقة بين هذين المصطلحين تجعل التكييف المعطى قائماً.

أما الشق الثاني فأراه سليماً، ويوافق ما جاء في فقه الشريعة الإسلامية، إذ الإقرار إذا ثبت وقوعه من المقر لا يصح التراجع أو نفيه ؛ لما فيه من مصلحة للطفل وإحياء له.

خاتمة

بعد هذه الدراسة التحليلية أسجل النتائج الآتية:

✓ إن نكاح الشبهة في عرف الفقهاء منه ما يوجب ثبوت النسب ومنه لا يوجب ذلك.

✓ نكاح الشبهة الذي يوجب ثبوت النسب ما كانت الشبهة فيه متعلقة بالواطئ (الرجل).

✓ إن الاغتصاب هو وطأ بالإكراه، يعد في حق الموطوءة (المرأة) شبهة تدرأ عنها العقوبة، ويعتبر في حق الرجل (الواطئ) زنا يوجب ثبوت العقوبة عليه.

- ✓ ما نسب للفقه الشافعي من اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يوجب ثبوت النسب غير صحيح، بل الصحيح عدم ثبوت النسب فيه.
- ✓ تكييف الاغتصاب بأنه نكاح الشبهة يوجب النسب أمر مجانب للصواب، ولا يجد له في الفقه محملا ومستندا.
- ✓ تكييف الاغتصاب الناتج عن فعل الإرهاب بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب، يؤدي إلى تبرير العمل الإرهابي في حد ذاته.
- ✓ إن الإقرار بالنسب يعتبر من قضايا الحالة المنظمة بقانون خاص وهو قانون الأسرة، وبالتالي لا تطبق عليه أحكام القانون المدني، ولا مجال لتطبيق أحكام المادة 341 ق م، ومن ثم فلا يشترط أن يقع أمام القضاء.
- ✓ يشترط في قبول الإقرار بالنسب أن يقع أمام جهة مؤهلة قانونا لتلقي هذا النوع من الإقرار، مثل ضابط الحالة المدنية.
- ✓ الإقرار بالنسب إذا ثبت وقوعه من المقر لا يجوز التراجع عنه شرعا وقانونا، ولا يمكن إسقاطه بأي دفع كان، لما في ثبوته من مصلحة للولد وإحياء له.
- ✓ إن الإقرار بالنسب يشترط فيه وفق رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية عدم تصريح المقر بأن الولد من الزنا، في حين يرى جانب من الفقه عدم لزومية هذا الشرط، وبالتالي يصح الإقرار بولد الزنا، إذا لم يعارضه الفراه.
- ✓ أرى أن المحكمة العليا أصابت في الشق الثاني من الحكم والمتعلق بالإقرار، أما الشق الأول المتعلق بتكييف الاغتصاب فقد جانبت الصواب فيه، وبالتالي فالقضية يحكمها نص المادة 40 وفق دليل الإقرار، لا دليل نكاح الشبهة.

المراجع

- 1- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1979.
- 2- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط5، 2003.
- 3- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987.
- 4- ابن رشد، بداية المجتهد، دار الحديث القاهرة، دط، 2004.

- 5- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992.
- 6- ابن قدامة، المغني، مكتب القاهرة، دط، 1968.
- 7- ابن القيم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1994.
- 8- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ.
- 9- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، دط، 2010.
- 10- البهوتي، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 11- بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة، دار الألمعية، قسنطينة (الجزائر)، ط1، 2015.
- 12- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422 هـ.
- 13- الجريدة الرسمية، ع42، المؤرخة في 31 يوليو 2011.
- 14- جمال سايس، المرجع الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
- 15- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط2، دط، 1988.
- 16- الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1990.
- 17- الشلبي، حاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313 هـ.
- 18- الشيرازي، المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 19- الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، صححه وعلق عليه محمد الباقر البهبودي، مؤسسة الغري - بيروت، دط، دت.
- 20- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003.
- 21- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، دط، 2013.
- 22- عlish، منح الجليل شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، دط، 1989.
- 23- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت.
- 24- القرافي، الفروق، عالم الكتب، القاهرة، دط، دت.
- 25- القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
- 26- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.
- 27- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.

- 28-مالك بن أنس، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، دط، 1985.
- 29-الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معرض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط9، 1999.
- 30-مجلة المحكمة العليا، ع2، 2013.
- 31-محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار بن الجوزي، القاهرة، ط1، 1422هـ.
- 32-محمد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.
- 33-مرتضى الزبيدي، تاج العروس، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، مصر، دط، دت.
- 34-المزني، مختصر المزني (مطبوع مع كتاب الأم)، دار المعرفة، بيروت، دط، 1990.
- 35-مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.
- 36-مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994.
- 37-المنائي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1990.
- 38-الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427 هـ.
- 39-النووي، روضة الطالبين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991.
- 40-: <http://islamqa.inFG/ar/177778>