نـــسـب الولـــد

✍ د/حواس فتحية
أستاذة محاضرة "ب"
جامعة الجزائر 01

تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، وقد اهتم بها الإسلام اهتماما بالغا، فنهى الآباء أن يدعوا أبناء غيرهم وينسبوهم إليهم، كما نهى عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، كما نهى النساء أن ينسبن إلى أزواجهن من تعلمن أنه ليس منهم، كما نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم.

وبهذا، أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سببا لثبوت الأولى، فالزواج هو الوسيلة الصحيحة والشرعية للإنجاب وعلى إثرها ينسب الولد إلى أبيه، سواء كان الولد ناتجا عن تلاقي الزوجين أم ناتج عن تلقيح اصطناعي.

ومناط الاهتمام الكبير بالنسب من طرف الشريعة الإسلامية وتشريع الأسرة الجزائري يعود إلى أن ضياع نسب الولد يؤدي إلى المهانة والذل والعار والضياع، وإذا ثبت نسبه من والديه نتج عنه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل كحقه في النفقة والميراث والحضانة والرعاية، فالنسب هو أول حق يثبت للولد بعد انفصاله من أمه.

– فما هي القواعد المحددة لثبوت النسب وطرق إثباته في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية؟

– كيف يثبت نسب ولد الزنا واللقيط في القانون والاتفاقيات الدولية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نقترح الخطة التالية:

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

الفرع1: ثبوت نسب الولد أثناء قيام الرابطة الزوجية

الفرع 2: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق أو وفاة الزوج

المطلب الثاني: ثبوت النسب في الزواج الفاسد

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالدخول بشبهة

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية

الفرع1: الطرق العلمية القطعية

الفرع2: الطرق العلمية الظنية

المبحث الثالث: نسب ابن الزنا واللقيط بين القانون والاتفاقيات الدولية

المطلب الأول: نسب ابن الزنا

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع2: وفق الاتفاقيات الدولية

المطلب الثاني: نسب اللقيط

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع2: وفق الاتفاقيات الدولية

المطلب الثالث: نظام التبني والكفالة

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع2: وفق الاتفاقيات الدولية

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب

النسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية ويثبت بالزواج الصحيح (المطلب1) أو الزواج الفاسد (المطلب2) أو الدخول بشبهة (المطلب3)، إذ نصت المادة 40 من أمر 02/05 على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

بالإقرار أو بالبينة أو.....أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و34 من هذا القانون".

المطلب الأول: ثبوت النسب الزواج الصحيح

يعد العقد الصحيح سببا شرعيا لثبوت نسب الولد سواءا أثناء قيام الزوجية (الفرع1) أو بعد انفصالهما بطلاق أو وفاة (الفرع2). متى كان الاتصال بيت الزوجين ممكنا، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة. فمتى كانت ولادة الولد خلال أدنى مدة الحمل وأقصاها ثبت نسب الولد للزوج.

الفرع1: ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية

فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابت في كل الأحوال سواء كانت نتيجة العلاقة شرعية أو غير شرعية، فان نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا كسهولة نسبه إلى أمه ذلك أن الشريعة الإسلامية والقانون لا يثبتان نسب الولد لأبيه إلا بالفراش[1]. وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[2].

ويقصد بالفراش في الزواج الصحيح الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، على أساس أن عقد زواج استوفى جميع شروطه وأركانه التي نص عليها المشرع في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة

فالفراش يعد سببا شرعيا لثبوت النسب دون اشتراط بينة أو إقرار ممن سيثبت نسب الولد إليه[3]. ذلك أن الزوجة مقصورة على زوجها، وليس لغيره حق التمتع بها. ولا يحل لها أن تمكن غير زوجها من الاستمتاع بها.

بالإضافة إلى العقد الصحيح يستلزم مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"، وكذا الشرط الذي نصت عليه المادة 42. ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي:

تتمثل فيما يلي:

أولا: إمكانية الاتصال بين الزوجين

العقد وحده لا يكفي، بل يجب أن يتم الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية، الذي يعتبر الوسيلة التي أقرها المسرع للإنجاب. فإن تأكد عدم التلاقي بينهما فلا يثبت النسب.

لكن ما توصلت إليه التطورات العلمية يثبت أنه بالإمكان أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي، وهذا ما لم يشر إليه المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة، وكان من المستحسن ذكر ذلك خاصة بعد التعديل في الأمر 02/05 الذي جاء بالمادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، إذ نصت على أنه:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

وحسنا فعل المشرع بنصه في قانون الأسرة على التلقيح الاصطناعي باعتباره وسيلة للإنجاب للأشخاص الذين لديهم مانع أو مرض، وبذلك يكون وسيلة لإثبات نسب الولد.

ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي:
يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة للتلقيح كبديل للتلقيح الطبيعي في حالة تعذره، وقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجديد حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باعتباره احدث الوسائل العلمية للإنجاب.

---

1 سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2007-2008، ص 7.

2 رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة: أحمد وأصحاب الكتب التسعة، نيل الأوطار، ج 7، ص 279.

3 العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص191.

والتلقيح الاصطناعي هو أحدث الوسائل العلمية للإنجاب، ويقصد به أن تحمل المرأة وتلد مولودها دون اتصال جنسي طبيعي بينها وبين الرجل، ويلجأ إليه حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو ضعف يحول دون إتمام الحمل بالطريق الطبيعي، وهذا التلقيح قد يكون داخليا داخل رحم المرأة، وقد يكون خارجيا خارج رحم المرأة، ويتم في أنبوب اختبار تم يعاد إلى جسم المرأة.

شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي:

ضبط المشرع عملية التلقيح الاصطناعي بشروط وردت في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وهي:

1- أن يكون الزواج شرعيا:

أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين ووجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

وبذلك لا يجوز استعمال بنوك النطاف المجمدة وما قد ينجر عنها من فساد واختلاط في الأنساب والتحايل من جهة، ولا يجوز كذلك أن تلقح المرأة بنطاف زوجها المتوفى تلقيحا اصطناعيا ويلحق به النسب وهذا لأن العلاقة الزوجية تكون قد انتهت، كما أنه لا نسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل والتي هي عشرة شهور وفقا لأحكام قانون الأسرة لا سيما المادة 43 من قانون الأسرة.

3- أن يتم بماء الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

أجاز المشرع التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته.

في حقيقة الأمر أن المشرع الجزائري قد وضع إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يفكر فيما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة أولى وبالنسبة لثبوت ونفي النسب في هذه الحالة.

أما التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة دون الزوجة، فلا يعتد به كوسيلة إثبات النسب، وهذا ما تصت عليه المادة 45 مكرر، لأن موضوعها علاقة إنجابية ثلاثية وليست ثنائية كما يعرفها قانون الطبيعة[1].

ويتم اللجوء إلى الأم البديلة عند عدم مقدرة الرحم على حمل الجنين مع سلامة المبيضين أو أخذ بويضة المرأة المستعارة وماء الزوج مع زرع اللقيحة بعد ذلك في رحم الزوجة.

وهكذا يصبح الطفل ينسب لامرأتين اشتركتا في إنجابه بعد أن كان ينسب لامرأة واحدة، امرأة صاحبة البويضة وامرأة صاحبة الرحم الذي يتغذى المولود منها. ومن الناحية القانونية لا يمكن أن ينسب الولد إلا إلى امرأة واحدة.

فربط القران الكريم بين الحمل والأمومة فالتي تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع ودرأ المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آتية لان المفسدة فيها أكبر.

ثانيا- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل

نصت على هذا الشرط المادة 42 إذ تصت على أنه:" أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر".

وبذلك يثبت نسب الولد إذا جاءت الزوجة بالولد في الفترة الواقع بيت أقل مدو الحمل وهي 6 أشهر، وأقصاها 10 أشهر من تاريخ الزواج. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 98/05/19 ملف رقم 193825 انه: " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا ان اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر....".

1 سلامي دليلة، المرجع السابق، ص29.

وهذا الشرط يتعلق بالمرأة المتزوجة (الزوجية قائمة)، أما بالنسبة للمرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، فقد نصت المادة 43 على أنه:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

ذلك فإن ولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ينسب لأبيه إذا ولدته أمه خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ثالثا: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

بالإضافة إلى شرطي إمكانية الاتصال بين الزوجين وولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، أضاف المشرع شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح وهو عدم نفي الولد من طرف أبيه بالطرق المشروعة، وهذا حسب المادة 41 من قانون الأسرة التي نصت على أنه:"..ولم ينفه بالطرق المشروعة".

بالرجوع إلى المادة 41 السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب، وبذلك فإن عبارة " الطرق المشروعة" تحتمل عدة معاني، وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة نجدها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفي الشريعة وسيلة نفي النسب تتمثل في اللعان.

فلا يتم النفي إلا بواسطة حكم من طرق القاضي والذي يعتمد فيه على كل جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب[1].

ويشترط لصحة النفي ألا يسبقه إقرار ضمني، كإعداد الزوج معدات الولادة وقبوله التهنئة...إلخ. أو إقرار صريح، كأن يقر الزوج قبل الولادة أن الحمل منه، إذا كانت المدة بيت الإقرار والحمل أقل من 10 أشهر، وبذلك إذا ثبت النسب بالإقرار فلا يقبل النفي بعد ذلك[2].

فطبقا للقواعد والأحكام الشرعية العامة، حين يظهر حمل الزوجة وتبين للزوج أن الحمل ليس منه، يحق له أن يدعي أن هذا الحمل ليس منه، أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فانه لا يقبل منه نفي نسبه[3].

وبناء على ما سبق، إذا اتهم الزوج زوجته بأن الولد ليس منه، وأراد نفيه لزم أن يطلب من القاضي إجراء اللعان إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإجرائه، قام القاضي بإجراء الملاعنة، وحكم بنفي نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بالأم، ثم يفرق بين الزوجين كأثر حتمي للملاعنة.

وتجدر الملاحظة في هذا المجال أن نفي الولد بالطرق المشروعة قد فتح أمام التعديل الذي طرأ على المادة 40 بموجب الأمر 02/05، فيما يخص الطرق العلمية كوسيلة من وسائل هذا النفي، باعتبارها من الطرق العلمية المشروعة لنفي النسب، ذلك أن مفهوم المخالفة في ذلك أن استعمال هذه الوسائل لإثبات النسب يقتضي بالضرورة، ومن باب أولي استعمالها كذلك للنفي، ما دامت تؤدي إلى نفس النتيجة الأكثر حتمية مقارنة باللعان الذي يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق والكذب معا

الفرع 2: ثبوت النسب الولد بعد الطلاق أو وفاة الزوج

إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح، تكونت قرينة شرعية وقانونية على أن الولد للفراش وينسب للزوجين. لكن قد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة. فهل ينسب هذا المولود مباشرة إلى الزوج ويسجل دون قيد أو شرط؟ أم أنه هناك شروط لا بد من توفرها لإمكانية نسب الولد لأبيه المطلق أو المتوفى؟

1 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 194.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، مصر دون سنة نشر،ص 385.

3 حدد القضاء أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

أولا- ثبوت نسب ولد المطلقة

بالنسبة للمطلقة قبل الدخول لا نسب لأولادها باسم الرجل العاقد عليها، لأنه لا يوجد اتصال جنسي بينهما. أما المطلقة بعد الدخول، فإنها لا تعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك، وهذا لأن المادة 49 من قانون الأسرة نصت على أنه:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"..

وهناك إشكالا في القانون إذ اعتبر المشرع مدة 10 أشهر تحسب من تاريخ الانفصال أو الوفاة[1]، إذ نصت المادة 43 على أنه:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". في حين نصت المادة 60 من قانون الأسرة على أنه:" أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وعلى هذا إذا ولدت المطلقة ولدا خلال 10 أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ينسب الولد إلى الزوج المطلق ويسجل الولد على اسمه في سجلات الحالة المدنية. ولكن في حقيقة الأمر قد أنجبته خلال مدو أكثر من 10 أشهر، لأن الفرقة الحقيقية في غالب الأحيان لا تكون يوم صدور الحكم بالطلاق، وإنما بالضبط من اليوم الذي يتلفظ فيه الزوج بالطلاق، وهذا هو الطلاق الحقيقي طبقا للشريعة الإسلامية.

وبالتالي تكون الحالة التي يثبت فيها النسب من الزوج المطلق رغم أن الولادة قد حصلت في مدة أطول من أقصى مدة الحمل، وهذا فيه خروجا على القواعد الأساسية التي يبنى عليها النسب الذي هو حق من حقوق الله.

وعليه كان على المشرع أن يضبط المصطلحات لأنه إذا فسرنا مصطلح الانفصال بالطلاق خاصة وأن المادة 60 من قانون الأسرة تشير إلى ذلك، فهذا خروجا عن القواعد العامة للنسب. اما إذا لم يقصد ذلك ومن دون الأخذ بما جاءت به المادة 60، أي أن مصطلح الانفصال لم يقصد به الطلاق، وإنما قصد به الفراق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، فإذا تم الاعتماد على تاريخ الفراق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين لحساب 10 أشهر كحد أقصى لمدة الحمل فإنه يكون فعلا الولد الذي وضعته الأم المطلقة خلال هذه المدة منسوبا لأبيه شرعا وقانونا.

وتجدر الإشارة كذلك أن المشرع الجزائري في المادة 43 لم يميز في النسب بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا مع أن الفقهاء فرقوا بينهما. لذلك لا بد من التمييز في نسب الولد المولود بعد كل طلاق.

1- نسب الولد بعد الطلاق الرجعي:

*-إذا ولدت المطلقة خلال فترة العدة، ففي هذه الحالة يثبت نسب الولد إلى الزوج المطلق، وهذا لأن الزوجية قائمة وفي الطلاق الرجعي يمكن للزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة فيجامعها. هذا سواء أتت به الزوجة لأقل مدة الحمل أو لأقصاها أو حتى لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق[2].

*-أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا بانتهاء المدة ففي هذه الحالة علينا التمييز بين:

- ما إذا أتت الزوجة بالطفل بعد مضي 6 أشهر فلا ينسب الولد للمطلق، لأنه يحتمل أن تلده الزوجة من رجل آخر طالما وأن مدة الحمل هي 6 أشهر..
- أما إذا جاءت بالطفل لأقل من ستة أشهر، يثبت النسب للأب المطلق على أن المدة بين الطلاق (الفرقة) ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، وكذلك إذا وضعت الطفل بعد 10 أشهر من تاريخ الفراق بين المطلقين فإن الولد ينسب لأبيه.

1 صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، 2006-2007، ص29.

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 193.

2- نسب الولد بعد طلاق بائن:

إن الطلاق البائن مثل الموت فيرفع قيد الزواج في الحال، وبذلك لا يثبت نسب الولد للزوج المطلق إلا إذا ولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، وهذا حسب المادة 43 من قانون الأسرة. وهذا لأنه في الطلاق البائن لا يمكن للزوجة أن يمسها أو يطأها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العدة.

ثانيا- نسب المولود بعد وفاة الزوج

إن نسب الولد يثبت للزوج المتوفى إذا وضعته الأرملة ما بين تاريخ الوفاة وأقصى مدة الحمل أي عشرة أشهر، لاحتمال ان الحمل كان قائما وقت الوفاة.

أما إذا جاءت به الأرملة بعد أكثر من 10 أشهر كاملة، لأنه أصبح متيقنا أن الحمل حصل بعد الوفاة، فهنا لا يثبت النسب. وفي هذه الحالة إذا حصل وأن نسبته الأرملة إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة، فإنه من حق أي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب، ويتم الرجوع إلى الطرق العلمية إذا تعنتت الأرملة في أن الولد من الزوج المتوفى.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية [1] الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة كأن يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق أو عدم توافر أهلية الزوجين أو كأن يشتمل على مانع من موانع الزواج الشرعية أو القانونية سواء المؤبدة أو المؤقتة. والفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد والفسخ يكون وفقا للمواد 33و34 من قانون الأسرة.

ونص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الزواج الفاسد في المادة 2/33 منه إذ نصت على أنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". أما الزواج الباطل فهو كل عقد اختل فيه ركن الرضا (المادة 33) أو اشتمل العقد على مانع- سواء مؤقتة أو مؤبدة-أو شرط يتنافى ومقتضياته (المادة 32). والجزاء الذي قرره المشرع الجزائري في الزواج الباطل هو البطلان

إن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، إذ يعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يتفرقا في الحال، ومثله زواج المسلمة بغير المسلم وكذا زواج المحارم[2].

وإذا نتج من الزواج الباطل أطفال فإن المشرع الجزائري رتب عليه ثبوت النسب، وهذا حسب المادة 34 و40 من قانون الأسرة، وهذا مراعاة لحقوق الولد.

فيما يخص ثبوت النسب في الزواج الفاسد: فالمشرع لا يعترف بثبوته قبل الدخول بل يعتبره زنا. ويتعرف به بعد الدخول وتترتب عليه بعض الآثار القانونية ومنها ثبوت النسب، الإرث، النفقة، ذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه. ويترتب عليه كذلك وجوب التفريق بين الزوجين وحرمة المصاهرة ووجوب العدة واستحقاق المهر[3].

يأخذ الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له، لكنه يشترط في ذلك شروطا هي:

1-أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا، فلو لم يكن هناك دخولا فلا محل للقول بالنسب، لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي[4].

---

1 المرجع نفسه، ص 148.

2 المرجع نفسه، ص 152.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، ص186.

4 عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000، ص285.

2-أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة للحمل وهي 6 أشهر.

وتجدر الإشارة أن الزوج لا يستطيع نفي نسب الولد عن طريق اللعان، وهذا لأن اللعان لا يكون إلا في الزواج الصحيح.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

ويقصد بنكاح الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه، ويتصل بها اتصالا جنسيا مع جهله بالتحريم[1].

إن الوطء بشبهة هو اتصال جنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد فهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص. وهو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه.

ويشترط في نكاح الشبهة أن تضع المرأة الولد في مدة لا تقل عن ستة ولا تزيد عن عشرة أشهر من وقت الوطء حتى يثبت الولد لأبيه، لأنه كان نتيجة غلط إذ كان الزوج يظن أنها تحل له. وإذا أتت به في مدة أقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه.

ونكاح الشبهة يقع صحيحا من حيث المبدأ، ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو مانع كأن يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع ثم يتضح أنها أخته من الرضاع.. وفي هذا المعنى نصت المادة 34على أنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

والدخول بشبهة على ثلاثة أنواع، لأن الشبهة إما أن تكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل

أولا- شبهة الملك

وتسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل، حاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له ومن أمثلتها: أن

1 عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص285.

يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ضانا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا[2]. فإذا حملت المرأة نتيجة ذلك فإن نسب الولد في هذه الحالة يلحق بأبيه[3].

ثانيا- شبهة العقد

ومثاله أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها حل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع. فإن حصل وأن حملت المرأة وولدت قبل علمه بسبب التحريم فإن نسب الولد يثبت صحيحا. أما إذا كان يعلم بالتحريم فالعقد باطل. ولا يثبت ب النسب عند جمهور الفقهاء[4]. مثال هذا النوع أن يتزوج شخص مع إحدى المحارم ويدخل بها بناء على ذلك، أو أن يتزوج الخامسة على الرابعة وهذه الأخيرة لا تزال على عصمته، أو زواجه من غير دين سماوياً أو كل من حددتها الشريعة الإسلامية من المحرمات.

ثالثا- شبهة الفعل

وتسمى الاشتباه، وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، أو خبر من الناس، ومن أمثلة ذلك أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له من بعد أنها ليست زوجته.[5]

فإذا جاءت المرأة بولد فإن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء، وإن ادعى الزوج الولد، وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش. وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أم أنه عالم بالحرمة، لأن هذا

2 محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، دار الكتاب العربي، مصر، 1984، ص 362.

3 عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، ط5، المطبعة الجديدة، سوريا، 1979، ص169.

4 المرجع نفسه، ص170.

5 عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء، مطابع دار الكتاب العربي، القامرة، 1961، ص81.

الأمر متعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة فيه أنه زنا، والزنا لا يثبت به النسب[1].

ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب وبالتالي فان المشرع قد أقر مطلقا ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب

فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، وسمي ذلك إقرارا أو دعوى النسب في الفقه (المطلب 1)، ويمكن أيضا إثبات النسب عن طريق البينة وهذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئا (المطلب2)، كما يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (المطلب3). ويشترط لصحة طرق الإثبات بالوسائل السالفة الذكر أن تكون المعاشرة بين الرجل والمرأة تستند إلى علاقة شرعية، وإن كانت غير ذلك فلا قيمة لها ولا يمكن اعتبارها كأدلة لإثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب. ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

الإقرار أو الاستلحاق يكون من رجل أو امرأة لطفل ليس له نسب معروف يلحق به في نسبه، لذلك اشترط الفقهاء لصحته الإقرار بالنسب الشروط التالية:

أ- أن يكون الولد المقر له مجهول النسب من جهة الأب: لأنه إذا كان المقر له معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار، كما يعتبر إبن الملاعن في حكم معلوم النسب فلا يجوز ادعاؤه أو الإقرار ببنوته لإحتمال تكذيب الملاعن نفسه.[2]

ب- أن يصدقه العقل والعادة: ويعني ذلك أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقر، بان يكون فارق السن بينهما يسمح بأن يكون المقر له ولد للمقر.

ج- أن لا يصرح المقر أن الولد ابنه من زنا: لأن النسب نعمة تثبت بالزواج والزنا جريمة لا تصلح أن يثبت بها النسب.

أما إذا كان المقر امرأة، فلا يعتد بشرط عدم إقرار بأنه من الزنا، لأن إبن الزنا يثبت نسبه من أمه، ولا يثبت من الذي زنا بها[3].

د- أن يصدقه المقر له في إقراره إذا كان أهلا للتصديق: وهنا يجب على المقر له أن يصدق ثبت نسبه، أما إذا كذبه كان الإقرار باطلا ولا يثبت به النسب.

أما إذا كان المقر له غير مميز ثبت نسبه بالإقرار فقط دون حاجة إلى تصديق لأن في ذلك مصلحة له. وإذا ما بلغ وأنكر هذا النسب فلا يسمع منه، لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإنكار[4].

وفي حالة الإقرار بالأبوة أو الأمومة يشترط كذلك أن يصدقه المقر له في هذا الإقرار. أما إذا كذبه فإن للمقر في هذه الحالة أن يثبت إقرار بالبينة، وإذا عجز عن ذلك يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقرر، أما إذا لم يلفا تثبت دعوى المقر وينسب إلى المقر له[5].

كما يمكن أن يقر الولد بان امرأة معينة هي أمه، وهذا الإقرار يأخذ حكم الإقرار بالبنوة باستثناء شرط الزنا. فينسب نسبه من أمه ولو كان نتاج زنا، وهنا إن صدقته المقر لها ثبت نسبه منها، وإن لم تصدقه في إقراره فإنه يستطيع إثباته بالبينة، وإن عجز عن الإثبات. تحلف

1 المرجع نفسه، ص85.

2 سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر،1985، ص 219-220.

3 عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص99.

4 سلامي دليلة، المرجع السابق، ص18.

5 عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص89.

المقر لها بأن المقر ليس ابنها، فإن حلفت بطل إقراره، ولم يثبت نسبه منها[1].

هذا الإقرار بالبنوة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة والتي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة والمحرمة التي ينتج عنها أولاد غير شرعيين ويكون من السهل بمجرد الإقرار أن يثبتوا نسب هؤلاء الأولاد ويصبح ولد الزنا ولدا شرعيا يتمتع بحقوق ليست له وهذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة (الشهادة)

وقد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البينة في المادة 40، وعليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج، والإثبات هنا ليس إثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش ولكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة.

والمشرع الجزائري لم يبين ما يقصده بالبينة، وما هي الحجج التي يعتد بها كبينة، وكيف يثبت بها النسب. وعليه يتم اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 مت قانون الأسرة. وبذلك يكون إثبات النسب بالبينة عند جمهور الفقهاء بالشهادة سواء شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة، والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه.[2]

وبذلك بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى.

وما يمكن ملاحظته هو أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا بناء على زواج صحيح أو فاسد، فلا يمكن إثبات نسب ولد نتج عن علاقة غير شرعية ولا قانونية بأية بينة باستثناء نسبه إلى والدته.

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية

ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، وهذا ما أجل مراعاة مصلحة الولد في إثبات نسبه، وعدم اختلاط الأنساب من جهة أخرى.، وهذا أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في الفقرة الثانية من المادة 40 دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجيتها، وتنقسم طرق الإثبات إلى طرق علمية قطعية (الفرع1)، وطرق علمية ظنية (الفرع2).

الفرع1: الطرق العلمية القطعية

وتتمثل في نظام البصمة الوراثية أو الحمض النووي وهي المادة المورثة الحاملة لصفات وخصائص معينة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية. فلكل إنسان بصمته الوراثية الخاصة به وتبقى ملازمة له مدى الحياة، وهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم، ولتحديد البصمة الوراثية الخاصة بالولد يؤخذ عينة من الحمض النووي لأحد المواد في جسمه سواء الدم أو الجلد أو الشعر أو اللعاب.. مما يسمح للخبرة العلمية من معرفة النسب، ويعتبر هذا الفحص دليل دقيق لإثبات النسب أو نفيه بطريقة أكيدة وقاطعة.

والحمض النووي للولد يتكون من اتحاد الحمض النووي للأب والأم، وبذلك فإن البصمة الوراثية تساهم في إثبات ونفي نسب الطفل، فإذا حصلت المطابقة بين ADN الأب والأم وADN الطفل ثبت نسب الطفل للب

1عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص102.

2 أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 2000، ص63.

أو الأم أو كليهما معا. أما إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي النسب منهما.

الفرع2: الطرق العلمية الطبية

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون، وبذلك فإنها لا ترقى بالشك إلى اليقين.

ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم وإما مع الأب، وبما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، ويتم على أساسها نفي النسب.

المبحث الثالث: نسب ابن الزنا واللقيط بين الشرع والقانون والاتفاقيات الدولية

تعتبر مشكلة الأطفال مجهولي النسب وأطفال الزنا من أكثر المشاكل تعقيدا، حيث تواجه كافة المجتمعات على اختلاف مذاهبها وعقائدها، فالاعتراف بالنسب الشرعي وحده لا يعني أن يعيش الطفل غير معروف النسب بدون هوية ولا اسم، سوءا كان هذا الولد ابن زنا أو لقيط، وهذا ما عالجته القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية محاولة إيجاد حلول له ليعيش مثل الطفل العادي.

المطلب الأول: نسب ابن الزنا

اعتبر الإسلام الزواج هو السبيل الوحيد لإنجاب الأولاد لتسهيل معرفة والد الطفل، وهذا لأن الزنا تؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها، لذا حرمه الله تحريما قطعيا. لذلك يتم التساؤل عن نسب الولد الناتج من علاقة غير شرعية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية أو الاتفاقيات الدولية.

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

إن الزنا هو الولد الذي أتت به أمه عن طريق غير شرعي، فهو ثمرة علاقة جنسية محرمة بين الرجل والمرأة، وهو بذلك يختلف عن ابن الشبهة،، وابن الزواج الفاسد، لأنهما ناتجان عن زواج شرعي.

وبالنسبة لنسب ابن الزنا فإن الشريعة الإسلامية تقر أنه ينسب لأمه، لأن نسب الولد يثبت من أمه بالولادة، كما لا ينسب ابن الزنا لأبيه الزاني لأن نسب الأب يشترط فيه أن يكون الزواج شرعيا، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا". وقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[1].

وعليه يرى جمهور الفقهاء من المالكية والأحناف والشافعية، ويساندهم في ذلك الفقهاء المحدثين أن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه الزاني، ذلك أن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب إلى الزاني، فالزنا جريمة والنسب نعمة، ولا تصلح الجريمة التي يستحق صاحبها العقاب سببا للنعمة[2].

وبذلك فإن ولد الزنا لا يلحق بالزاني ولا يثبت نسبه منه ولو ادعاه، وأقر به بأنه من الزنا أو أثبتت البصمة الوراثية أنه ابنه، وهذا لأن إثبات النسب بالزنا قد يكون سببا في جرأة الناس على هذه الفاحشة وإقدامهم عليها مادامت تؤدي إلى نسب صحيح مثل الزواج تماما، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تنص على الزنا لا تصلح أن تكون سببا في إثبات النسب شرعا.

---

1 رواه البخاري، باب للعامر الحجر، ح ر 6818، ص254.

2 زينب خلادي، حق الطفل في النسب في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، فرع شريعة وقانون، جامعة ومران، 2013، ص60. منقول عن أبن القيم، زاد المعاد، ج4، ص ص173-174.

الفرع2: وفق الاتفاقيات الدولية

نتيجة لانتشار ظاهرة الأطفال غير الشرعيين، نجد بعض الدساتير الغربية كفلت نفس الحقوق للطفل غير الشرعي مع الطفل الشرعي1.

على الصعيد الدولي نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 أول من نص على التسوية بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي في المادة 2/25 حيت نصت على أنه: "..ينعم كل الأطفال بالحماية نفسها، سواء كانت ولادتهم ناتجة رباط شرعي أو غير شرعي".

أما إعلان حقوق الطفل لسنة 1959،اكتفى بالمبادئ العامة، فلم ينص على الأطفال غير الشرعيين، الذين لا شك أن النصوص العامة تشملهم أيضا مثل الأطفال الشرعيين.

أما اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، فلم تنص صراحة على المساواة بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، وهذا لأنه أثناء إعدادها احتجت الدول الإسلامية على أساس أن الشريعة تمنع الزنا، وتحظر إنجاب الأطفال خارج العلاقة الزوجية. فجاءت المادة 2 من الاتفاقية بصيغة توفيقية متجنبة الإشارة الصريحة للمساواة بين الأطفال دون الإشارة إلى كونهم شرعيين أو غير شرعيين فنصت على أنه:"...دون أي نوع من أنواع التمييز... بغض النظر عن... مولدهم أو أي موضع آخر". وهذه المادة في الحقيقة كناية عن الولد الشرعي والولد غير الشرعي.

وبذلك فإن المواثيق الدولية تسوي بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي من حيث حقهم في النسب لأبيهم، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية كما سبق ذكره.

المطلب الثاني: نسب اللقيط

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

اللقيط هو المولود حديث العهد بالولادة، لا يعرف له أب أو أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو خوفا من شبهة الزنا، أو غير ذلك من الأسباب2.ويسمى كذلك المنبوذ.

فاللقيط هو طفل وجد منبوذا في مكان ما والتقط منه، ويعرف بأنه مجهول النسب أي لا يعرف له أبا ولا أما، على عكس ابن الزنا التي أمه معلومة، فاللقيط هو الطفل الضائع الذي لا يعرف أبواه لأسباب عديدة منها[3]:

–قد يكون للطفل أبوان، لكن دعتهما الحاجة والفقر إلى تركه في المستشفى بعد ولادته مباشرة.

– قد يكون المولود ثمرة زواج عرفي عجزت الأم على إثباته.

–أن يكون الأب مصاب بمرض الشك في عرض الزوجة ويتهمها أن الطفل ليس منه.

– أن يكون الطفل فقد والديه بسبب نزاعات أو حروب في البلد الذين يقطنون فيه.

المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة –اللقيط– في أية مادة من مواد قانون الأسرة، وبذلك لم يتكلم علة نسبه ولكنه منع التبني ليدخل تحت حكم التبني.

أما في ما يخص نسب اللقيط فإنه يتعذر إثبات نسبه بالطرق الشرعية كالفراش أو البينة وغيرها. لذلك فإنه يثبت نسبه عن طريق الدعوى.

فاتفقت كلمة الفقهاء على المدعي نسب اللقيط، إذا أقام البينة التي تشهد له صحة دعواه بالنسب لحق به اللقيط قولا واحدا. لكنهم اختلفوا في ثبوت نسب اللقيط بمجرد الدعوى الخالية من بينة[4].

1 الدستور الإيطالي لسنة 1947 المادة 30، الدستور البلغاري لسنة 1948 المدة 76، دستور بولندا لسنة 1956 المادة 67 زينب خلادي، المرجع السابق، ص 68-69.

2 صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص45.

3 زينب خلادي، المرجع السابق، ص 74-75.

4 المرجع نفسه، ص 77.

والنظام المتبع في الجزائر هو أنه من وجد لقيطا يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء وتربيتهم وحمايتهم.

وتنص المادة 3/442 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000دج:

3-..كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون.."

وتؤكد المادة 67 /1 من قانون الحالة الدنية على أنه:" يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه. وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية." وبعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتحرير محضر مفصل يذكر فيه جنس المولود وساعة ومكان وتاريخ التقاطه وغيرها من معلومات، وبعدها يسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية، وبعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بإعداد عقد ميلاد الطفل يذكر فيه الاسم والجنس وتاريخ الميلاد الظاهري، وتعين البلدية التي وجد فيها مكان ولادته[1].

وضابط الحالة المدنية يتسلم اللقيط وطبقا للمدة 4/64 من قانون الحالة المدنية يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

وفي حال ظهور والدي اللقيط أو أحدهما بعد ذلك فمن حقهما أخذه من دور الرعاية الاجتماعية وإلحاقه بنسبهما[2].

الفرع2: نسب اللقيط وفق الاتفاقيات الدولية

لم ينص إعلان جنيف لسنة 1924 وإعلان حقوق الطفل لسنة 1909 على حقوق اللقطاء صراحة. أما الإعلان العامي لحقوق الإنسان لسنة 1948 فقد نص في المادة 2/25 على أنه: "..ينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي، أم بطريقة غير شرعية".

نص إعلان حقوق الطفل في البد 6 منه على أنه:".. ويجب على المجتمع والسلطات العامة تقديم عناية خاصة للأطفال المحرومين من الأسرة " ويفهم من هذه المادة أنه يتكلم عن الطفل اللقيط. أما اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 1989/11/20 تحدثت بالإجمال على عدم التمييز بين الأطفال عامة.

وبذلك تكون الاتفاقيات الدولية لم تميز بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، وكذلك بين الطفل غير الشرعي واللقيط.

المطلب الثالث: نظام التبني والكفالة

إن الطفل مجهول النسب له حقوق كفلتها له الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وكذا الاتفاقيات الدولية، باعتباره إنسان له ما لغيره من حقوق وإن كان وضعه الخاص يحتم أن يكون له نظام خاص يحكمه ويعالجه.

الفرع1: من الناحية الشرعية والقانونية

تجدر الإشارة أولا أنه يجب أن نميز بين التبني ونظام الإقرار بالنسب، فالإقرار بالبنوة هو إقرار بنسب صحيح وحقيقي لشخص مجهول النسب، شاءت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته، ويشترط فيه أساسا أن يكون المقر له مجهول النسب، وألا يكون من نتاج علاقة زنا، وإنما هو نتاج زواج شرعي وصحيح، أما التبني فهو إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر والتصريح بأنه ولد له، وهو ليس بولد

1 راجع المدة 76 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970 بموجب أمر 70-20.

2 صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص45.

له في الحقيقة[1]. وتأييدا لهذا المعنى حرم الإسلام التبني[2]، كذلك منعه القانون إذ نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا".

فنجد في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا...."[3].

ومنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب فلانا إليه ويسجله تحت لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية، ولا بموجب حكم قضائي، وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات[4].

وبذلك فالتبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.

المشرع الجزائري منع نظام التبني، وأقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125[5]. مقتديا بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية لقوله صلى الله عليه وسلم:" أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا"[6].

وبهذا فالكفالة هي التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، إذ تمنح الكفالة بناءا على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق[7].

وبالرغم من هذه النصوص التشريعية الصريحة في منع التبني، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الصادر في 13 جانفي 1992 والمتعلق بتغيير اللقب، يجيز التبني بطريقة غير مباشرة حيث أنه يمكن قانونا للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب بتغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي[8]، وبهذا يكون قد أجاز الشيء الممنوع قانونا والمحرم شرعا؟

الفرع2: وفق المواثيق الدولية

إن إهمال حق النسب في المواثيق الدولية، ليس وليد الصدفة وإنما هو تحصيل حاصل للقوانين الغربية، التي تستمد المواثيق الدولية مشروعيتها، والتي أبيحت العلاقات الجنسية غير المشروعة، مما أدى إلى وجود فئة كبير من الأطفال يفتقرون إلى أسر دافئة تحميها، مما جعل بالدول الغربية تسن قوانين تحمي بها هذه الفئة المحرومة وعلى رأسها قانون التبني.

إن اتفاقية حقوق الطفل جعلت من نظام التبني حقا من حقوق الطفل، وهو بذلك يساوي بين الطفل الشرعي والمتبني في الميراث والحضانة وكل الحقوق الأخرى، وهذا في المادة 3/20 منها.

و أكدت في المادة 21 على ضرورة أن تكفل الدول في قوانينها الداخلية على حقوق الطفل المتبني بوصفه

1 المرجع نفسه، ص45.

2 الآية 4، 5 من سورة الأحزاب: "وما جعل أدعياء كم أبناء كم ذلك قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم."

3 المحكمة العليا غ أ ش قرار في 94/06/28 ملف رقم 129761 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 155.

- وكذلك في القرار الصادر بتاريخ 1995/05/2 في الملف رقم 103232 المجلة القضائية عدد خاص 1995 ص 99.

4 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص220.

5 الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي (المادة116)

6 رواه البخاري.

7 المادة 117 من قانون الأسرة.

8 بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 203.

فرد من أفراد الأسرة المتبنية[1]. كما فرض بعض الإجراءات والضوابط التي يجب مراعاتها والالتزام بها من قبل الدول الأعضاء، عند إجازة التبني، وخاصة بالنسبة للتبني في بلد آخر، إذ أجازت للطفل المتبني أن يسافر مع الأسرة المتبنية مع إمكانية حصوله على جنسيتهم، وكل ذلك مع مراعات المعاهدات والاتفاقيات بين الدول[2].

إن أغلبية الدول الغربية تأخذ بنظام التبني، أمّا الدول الإسلامية فقد رفضت الأخذ به لأنه محرم شرعا ولذلك حرمته في قوانينها الداخلية هناك من انظم إلى هذه الاتفاقية وهناك من لم ينظم إليها[3].

الخاتمة:

إن إثبات النسب لا يكون إلا بالفراش ويتبعه كثير من الأحكام كالرضاع والنفقة والحضانة والميراث وغيرها: ولما كان من الراجح عدم ثبوت نسب ابن الزنا من الزاني، فلا يثبت شيء من الأحكام السابقة على الأب غير الشرعي، إنما تتحمل الأم كل الأعباء.

وما دام أن الطفل الناتج من علاقة غير مشروعة أو الطفل اللقيط لا ذنب لهما، فلا يجب أن نحاسبهما على خطئ لم يرتكباه مصداقا لقوله تعالى: "**ألاّ تزر وازرة وزر أخرى**"، النجم الآية 38. لدى علينا أن نبذل كل الجهود لرعايتهم وتهيئة الظروف لرعايتهم مثلهم مثل الأطفال الطبيعيين.

وفي الأخير إن ظاهرة أطفا ل ضحايا المأساة الوطنية في الجزائر وخاصة الذين يجهلون نسبهم، تعتبر نازلة من نوازل الفقه الإسلامي التي يجب الوقوف عندها والتعجيل بدراستها فقها وقانوني أو اجتماعيا، حيث لهؤلاء الأطفال كل الحق في الالتحاق بآبائهم في النسب، إذا كانوا نتاج زواج شرعي عرفي، أو نكاح فاسد خاصة في ظل المستجدات العلمية

1 خلوفي رشيد، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2003-2006، ص12.

2 المرجع نفسه، ص12.

3 إن المشرع التونسي أجاز التبني في القانون رقم 27 لستة 1998، آخذا بالقوانين الغربية التي تجيزه مثل القانون الفرنسي في قانون المدني. أما المشرع الجزائري فقد حرم التبني في المادة 46 من قانون الأسرة.