مجلة القانون والعلوم السياسية | المجلد 09 / العـــدد: 01(2023)، ص 196-203

تاريخ الاستلام: 2022/11/10 تاريخ القبول: 2023/02/19

نسب ولد المتزوجة المغتصبة في التشريع الجزائري

(دراسة مقارنة)

Birth lineage of women married to rape in Algerian legislation

(Comparative Study)

مزوزي أحمد بن يوسف

جامعة مصطفى اسطمبولي - معسكر (الجزائر)

ahmed.mazouzi@univ-mascara.dz

ملخص:

يعتبر نسب المولود للزوجين ثابت لهما، لأن الفراش الصحيح هو السبب الرئيسي لثبوت النسب. لكن قد يحصل أن تغتصب المرأة المتزوجة وينتج عن ذلك مولود، وبالتالي تعتبر مسألة تنسيبه للزوج أو للمغتصب أو تركه دون نسب أمرا مختلفا فيه شرعا. لأن بعض الفقهاء عالجوا مسألة الاغتصاب بنفس أحكام الزنا فيما يخص نسب الولد، وآخرون عالجوها بمعزل عنه، مجيزين تنسيب الولد للمغتصب. والمشرع الجزائري تطرق لهذه المسألة من خلال الاجتهاد القضائي، وجاء موقفه منحازا لمصلحة الطفل من خلال الاعتراف بنسبه للمغتصب، حماية لحقه في النسب، وتخفيفا للعبء عن المغتصبة، وتحميل المغتصب تبعات فعلته من نفقة ومصاريف وغيرها. لكنه لم يجد سندا لذلك غير إدراجه ضمن وطء الشبهة، بسبب تشابه الآثار لأن في كلا الحالتين يوجد ولد للمرأة من غير زوجها.

كلمات مفتاحية: نسب.، اغتصاب.، شبهة.

Abstract:

The birth lineage of the couple is fixed for them, because the valid marriage. However, the rape of a married woman may occur and result in a birth, and thus the issue of his lineage with the husband or rapist or leaving him with no lineage is different. Some scholars have treated the issue of rape with the same provisions as adultery in relation to the child's descent, and some modern scholars has treated it in isolation, and have authorized the child's lineage to the rapist. The Algerian legislator has addressed this issue through jurisprudence. His position is biased in the interests of the child by recognizing that he is a from usurper, to protect his right of lineage, relieving the burden of the usurper, and charging the rapist with expenses and expenses. However, he found no support other than to include him in the suspicion, because of the similarity of the effects because in both cases there is a woman's son who is not her husband.

Keywords: lineage, usurpation, Suspicion

. مقدمة:

من بين المقاصد التي تدعو الشريعة الإسلامية على المحافظة عليها حفظ الأنساب، لما يترتب عنها من تنظيم لحياة الأفراد في المجتمع واستقراره. وبيّنت وسائل ذلك من خلال الطرق المنشئة له، والمتمثلة في الفراش بصحيحه وفاسده، أو من خلال الطرق الكاشفة كالبينة والإقرار وغيرها. وهذا ما تبناه المشرع الجزائري، وأضاف عليه الطرق العلمية المعاصرة، باعتبار أن مواد قانون الأسرة مستمدّة من الشريعة الإسلامية. غير أنه قد توطئ المرأة من غير زوجها بالإكراه والاغتصاب، مما يثير مسألة البحث في نسب هذا المولود، هل ينسب للمغتصب، أم للزوج صاحب الفراش.

ولا يعتبر اتخاذ موقف في هذه المسألة أمرا يسيرا، سواء بالاعتراف بنسب الطفل أو بالرفض بسبب تداخل الحقوق. باعتبار أن للزوج حق في حياته الزوجية ونسبه، فلا يرى تنسيب ولد غيره له، أو تنسيب ولد لرجل آخر من زوجته. وفي نفس الوقت من غير العدل أن يترك الولد دون نسب مع وجود والده الحقيقي. ولعل اختلاف المواقف يكمن في نظرة كل طرف للنسب، هل هو حق للزوج وأثر للزواج، أم هو حق للولد.

ومن خلال البحث في المواقف الشرعية، يتضح اختلاف الفقهاء حول مسألة تنسيب الولد للمغتصب، أو لزوج المغتصبة، أو تركه دون نسب. وأما المشرع الجزائري فلم يتطرق لذلك في قانون الأسرة، وإنما بيّن موقفه من خلال بعض الاجتهادات القضائية، باعتبار أن القضاء ملزم بالفصل في القضايا المطروحة أمامه، وأن مسألة اغتصاب المرأة المتزوجة واقع معاش .

ومن أجل التفصيل في الموضوع نطرح الإشكال التالي: **ما مصير نسب ولد المحصنة المغتصبة في التشريع الجزائري؟** محاولين البحث والإجابة عنه من خلال ثلاث محاور، نتطرق في الأول إلى مفهوم الاغتصاب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. وفي المحور الثاني نعرض المواقف الشرعية من هذه المسألة سواء المؤيدين أو الرافضين. أما في المحور الثالث نتطرق لموقف المشرع الجزائري، محاولين التعليق عليه.

المحور الأول: مفهوم الاغتصاب

الغصب لغة هو أخذ الشيء ظلما، وغصبه على الشيء أي قهره. ويقال غصبها نفسها أي أراد أن يواقعها كرها.[1] وهذا المعنى هو الذي شاع استعماله حتى غلب على العرف، فصار الإكراه على الجماع يسمى اغتصابا.[2] واصطلاحا هو الاتصال الجنسي الذي يقع بين رجل وامرأة عن طريق الإكراه وفي علاقة محرمة شرعا، أي يخرج منه اغتصاب الزوج لزوجته أو ملك اليمين، وإخراج اغتصاب من لها شبهة نكاح.[3] وفيما يلي نتعرض لمفهوم الاغتصاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري.

1- الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

في الفقه الإسلامي يستخدم الفقهاء مصطلح "الاغتصاب" أو "الغصب" للدلالة على سلب حق الغير بالقوة والإكراه، سواء أكان المسلوب مالا أو عرضا، فإن كان المسلوب أو الشيء المغتصب هو العرض، فهذا الفعل يعتبر زنا، أو وطء بالإكراه، وهذا ما نلمسه في كثير من النصوص الفقهية.[4] والفرق بين الزنا والاغتصاب هو الإكراه وعدم الرضا، وهو الأساس في درء حد الزنا. واتفق العلماء على أنه لا حد على المرأة المكرهة على التمكين من الزنا، لقوله عليه الصلاة والسلام: **"رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".**[5]

وتختلف مواقف الأئمة في إقامة الحد على الحامل التي ظهر حملها مع دعوى الاستكراه. حيث يقول الإمام مالك في الموطأ أنها تحد إلا إذا قدمت دليلا على استكراهها، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه. ويقول أبو حنيفة والشافعي بعدم قيام الحد عليها دون تقديم

بيّنة على الاستكراه، ودليلهم ما روي عن عمر أنه قبِل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم، وأن رجلا طرقها، فمضى عنها ولم تدر من هو بعد. ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حد عليها، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها.[6] واشترط الإمام مالك وجوب تبيان أمارة على استكراهها. أما أبو حنيفة والشافعي فقالوا: لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه، وكذلك دعوى الزوجية؛ وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمارة؛ ولا في دعوى الزوجية ببينة. وسبب الخلاف في وجوب المهر هو اعتباره عوض عن البضع أم نحلة. فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والمحرمية؛ ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه.[7]

2- الاغتصاب في القانون الجزائري

من الناحية القانونية يعرف الاغتصاب بأنه: "فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة لا تحل له شرعا وقانونا بالإكراه ودون رضاها".[8] نص عليه المشرع في المادة 336 من قانون العقوبات[9]، واستعمل مصطلح "هتك العرض" بدلا من مصطلح الاغتصاب، وهذا ما يؤاخذ عليه، على اعتبار أن المقصود بهتك العرض في الواقع هو الفعل المخل بالحياء. وتم تعديل المادة واستعمال مصطلح اغتصاب. كما أنه واستنادا إلى الأحكام القضائية فإن الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها، وهو تعريف قاصر قانونا لعدم شموله لكل الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة، ما يطرح نوع من عدم الدقة في تكييف الوقائع.[10]

وباعتبار أن فعل الاغتصاب جريمة فلا بد من توفر أركانها، والمتمثلة في فعل الوطء أساسا، المقصود به الوطء في الموضع الطبيعي، من رجل على امرأة. وما يلاحظ أن المشرع لم يعتبر جميع الممارسات الجنسية ضد المرأة بالإكراه اغتصابا ما عدا الممارسة الجنسية الكاملة الطبيعية بين رجل وامرأة، حتى ولو تم فض البكارة بوسيلة أخرى، أو من امرأة. والركن الآخر هو العنف، حيث يعتبر ركنا أساسيا في جريمة الاغتصاب، ولا يكون بالضرورة ماديا، وإنما قد يكون معنويا باستعمال وسيلة إكراه أو خديعة، بما فيها المواد المنومة والمخدرة.[11] بالإضافة إلى القصد الجنائي للفاعل.

وتجدر الإشارة إلى أن الزوج الذي يواقع زوجته كرها لا يعتبر فعله جريمة اغتصاب. وفي هذا قضت محكمة الجزائر في حكمها بتاريخ 1987/05/02 ما يلي: "عندما يكون الهدف من العنف المرتكب من طرف الزوج على زوجته إلى ممارسة المقاصد الشرعية للزواج، فإنه لا يشكل فعلا مخلا بالحياء، بل وببساطة تعديا معاقب عليه بعقوبات جنحية".[12] ومنه فلا تقوم جريمة الاغتصاب متى وجدت الرابطة الزوجية، سواء كانت قائمة تلك الرابطة حقيقة أم حكما.[13]

المحور الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من تنسيب ولد الاغتصاب

عند محاولة عرض الآراء الشرعية حول مسألة تنسيب ولد المغتصبة، لاحظنا انقسام الفقهاء إلى فريقين، الأول يرى بعدم جواز تنسيبه وهو جمهور الفقهاء. أما الفريق الثاني يجيز تنسيبه للمغتصب. وفيما يلي ينعرض آراء الفريقين بشيء من التفصيل.

1- المانعين لتنسيب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

بالنسبة لقدماء الفقهاء، نجد أن الحنفية لم يثبتوا نسب الولد من الاغتصاب، حيث يرون أن الرجل المكره على الزنا لا يرخص له الإقدام عليه، وإن أقدم عليه لم يكن موجبا للنسب، بل هو محض زنا، فكيف إذا كان هو المغتصب. وهو شبهة بالنسبة للمغتصبة تدرأ عنها الحد. والمالكية قالوا بأن المغتصب يثبت عليه الحد، والاغتصاب هو زنا يسقط فيه الحد عن المرأة ولا يثبت به النسب. وهذا نفسه

ما ذهب إليه الشافعية حيث قال الإمام المزني بأن الإكراه يعتبر شبهة بين النكاح الصحيح والزنا الصريح يوجب ثبوت المهر وسقوط الحد عن المرأة. والحنابلة قالوا بعدم ثبوت نسب الولد لأن الفاعل زاني ومتعد. لأن الشبهة التي يمكن بها إثبات النسب هي المتعلقة بالواطئ لا الموطوءة.[14]

وقد ورد في المدونة أنه قيل لأبي القاسم: أرأيت إن أقمت البيّنة على رجل أنه غصبني هذه الجارية وقد ولدت من الغاصب أولادا أو من غير الغاصب، أيقضى بها وبولدها للذي استلحقها؟ في قول مالك (قال): نعم ويقام على الغاصب الحد إذا أقر بوطئها ولا يثبت نسب ولدها منه.[15] وقال الماوردي: إذا استكره امرأة على نفسها حتى زنا بها ... وجملته أن الذي يختص بالرجل ثلاثة أحكام؛ الحد، المهر، والنسب. وأما النسب فيعتبر شبهة الواطئ دون الموطوءة، فإذا كانت له شبهة لحق به، وإن لم يكن له شبهة لم يلحق به".[16] وفي المغني: أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان لأنه ليست زوجة ولا ملك يمين... وإن حملت فالولد مملوك لسيدها؛ لأنه من نمائها وأجزائها، ولا يلحق نسبه بالواطئ لأنه من زنى.[17]

ونسب ولد المغتصبة ثابت لها، لقول ابن حزم في المحلى: " والولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ولا يلحق بالرجل. ويرث أمه وترثه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ألحق الولد بالمرأة في اللعان، ونفاه عن الرجل، والمرأة في استلحاق الولد بنفسها كالرجل بل هي أقوى سببا في ذلك لما ذكرنا من أنه يلحق بها من حلال كان أو من حرام؛ ولأنه لا شك منها إذا صح أنها حملته وبالله تعالى التوفيق".[18] وكذلك المغتصبة التي لم تكن تحت زوج؛ لأن الولد إذا انتفى عن أبيه بأي صورة من الصور، فإنه لا ينتفي من أمه بأي حال، لقول الشافعي: "والولد بكل حال ولدها لا ينفى عنها".[19]

وفي هذا الاتجاه نجد ما روي في صحيح البخاري " **أن النبي عليه الصلاة والسلام لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة**".[20] وكذلك ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: **"من ادعى ولدا من أمة لا يملكها أو من حرة عاهر بها فإنه لا يلحق له ولا يرثه، وهو ولد زنا لأهل أمه من كانوا".**[21]

ومما سبق يتضح أن المانعين لتنسيب ولد المغتصبة اعتبروه محض زنا، وطبقوا عليه نفس آثار الزنا ما عدا وجوب الحد على المرأة لأنها مكرهة، ومنه فنسب الولد ثابت لأمه، ولا يمكن إثباته للمغتصب، لأن أساس ثبوت النسب هو الفراش، وللعاهر الحجر سواء كان زاني أو مغتصب.

2- المؤيدون لتنسيب ولد الاغتصاب في الشريعة الإسلامية

يرى البعض من الفقهاء بأن ولد الزنا يلحق بأبيه الزاني إذا استلحقه، ومثله ولد الاغتصاب، وفي هذا الخصوص قال الماوردي: "قال إبراهيم النخعي يلحقه الولد إذا ادعاه بعد الحد، ويلحقه إذا ملك الموطوءة وإن لم يدعه، وقال أبو حنيفة إن تزوجها قبل وضعها ولو بيوم لحق به الولد، وإن لم يتزوجها لم يلحق به".[22] ويذهب البعض إلى تنسيبه له حتى بدون شروط، كإسحاق وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار. وقال الحسن وابن سيرين: "يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه". وذكر عن عروة بن الزبير وسليمان بن يسار أنهما قالا: "أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه". وقال ابن عابدين:" ليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره، إلا إذا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق".[23]

وبالنسبة للفقهاء المعاصرين المؤيدين لتنسيب ولد الاغتصاب عالجوا مسألة الاغتصاب بمعزل عن نسب ولد الزنا، حيث أجازوا إلحاق نسب ولد الاغتصاب بأبيه المغتصب، ومثاله فتوى الشيخ علي جاد الحق رئيس دار الإفتاء المصرية سابقا: "... لما كان من القواعد الشرعية والمستقرة والمتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال بضرر، وأن الضرورات تبيح المحظورات..."[24]، في محاولة لإنصاف المغتصبة التي تعد ضحية لجريمة لا بد لها فيها، وأم لطفل لم تسعى لإنجابه.

وكما بيّنا سابقا قول الحنفية وابن تيمية وغيرهم المؤيدين لتنسيب ولد الزنا لأبيه إذا لم تكن المرأة فراشا لرجل آخر، مع اشتراط أبي حنيفة زواجه بها خلال مدة حملها، ومنه فالمغتصبة أولى من سابقتها بحق تنسيب ولدها إلى أبيه، أو مغتصبها، سترا عليها وعلى ولدها؛ لأنها لا جريرة لها ولا ذنب، وقد أسقط الشارع عنها الحد والإثم معا، ومن ثم لا يجوز معاقبتها أو طفلها على ذنب عافاها الشرع من جريرته.[25]

وأدلتهم نفسها الأدلة المقدمة سابقا في حجج المؤيدين لتنسيب ولد الزنا. ونضيف عليه قوله تعالى: **"ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله"**،[26] وهي آية صريحة في وجوب نسبة كل مولود لأبيه متى عُرف الأب. وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يليط (يلحق) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.[27] وكذلك في إلحاق الولد بأبيه المغتصب حماية له من أن ينسب إلى غير أبيه وقومه، وحماية الغير من أن ينسب إليهم من ليس منهم، لتجنب الإثم المنتسب على من انتسب لغير قومه، لقول النبي عليه الصلاة والسلام: **"ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله، ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار"**.[28]

ومما سبق يتضح إجماع الفقهاء على عدم تنسيب ولد المحصنة المغتصبة للغاصب، لأن المجيزين لتنسب ولد الاغتصاب إنما أجازوا ذلك في حالة لم تكن المغتصبة فراشا لرجل آخر. ومن جهة أخرى نجد أن الفقهاء ينسبون مولود المحصنة الموطوءة بشبهة للواطئ. باعتبار أن الشبهة سبب مثبت للنسب، بينما الاغتصاب لا يرقى لذلك. وفي اعتقادنا أن للاغتصاب ووطء الشبهة نفس الأثر وهو ولادة مولود من غير الزوج، والفرق الوحيد هو حسن النية وسوؤها بالنسبة للواطئ وليس للزوجة. لذا نؤيد الرأي القائل بتنسيب ولد المغتصبة، حماية للولد وأمه، ومحافظة على الأنساب والحرمات.

المحور الثالث: موقف المشرع الجزائري من نسب ولد المحصنة المغتصبة

لم يتطرق القانون الجزائري لمسألة تنسيب المولود من جراء الاغتصاب، لا من قريب ولا من بعيد، بالرغم من كون المسألة واقعا معاشا. غير أن القضاء الجزائري تصدى لهذه المسألة باعتباره ملزما بالفصل في القضايا المطروحة أمامه. وفيما يلي سنعرض بعض قرارات المحكمة العليا التي تبين موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، محاولين التعليق على هذا الأخير.

1- الموقف القضائي من نسب المولود جراء الاغتصاب

للقضاء الجزائري موقفين من مسألة تنسيب الولد الناتج عن الاغتصاب الأول أخذ فيه برأي جمهور الفقهاء، فلم يعتبر الاغتصاب طريقا موجبا لثبوت النسب. أما الموقف الثاني فساير الرأي القائل بإثبات نسب ولد الاغتصاب من خلال قرار المحكمة العليا التي كيفت الاغتصاب على أنه نكاح شبهة في حال ثبوته بحكم قضائي[29] والذي جاء فيه: "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطء الإكراه، ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب". أي لا بد من وجود حكم قضائي بالاغتصاب، ولا بد من ثبوت الحمل من المغتصب. بالإضافة إلى الاعتماد على إقرار المغتصب بنسب البنت، لما في ذلك من مصلحة لها، هذا الأخير فإن المحكمة العليا قد

حددت الجهة التي يتم أمامها، وهي كل موظف عمومي مؤهل قانونا لتلقي الإقرار بالنسب، مثل الموثق، أو ضابط الحالة المدنية باعتباره موظفا عموميا مكلفا بتسجيل المواليد، أو القاضي، باعتبار أن الأصل فيه أن يقع أمام القاضي.[30] وبالتالي لا يحق له نفيه أو التراجع عنه.

وقرار آخر بإلحاق نسب الأطفال الذين ولدوا جراء الاغتصاب الذي تعرضت له النساء من قبل الارهابيين في فترة العشرية السوداء. حيث قال رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا لعوامري علاوة في إحدى مداخلاته بمجلس قضاء سطيف لسنة 2006 أن اجتهادهم بإلحاق نسب أبناء الاغتصاب الذي تعرضت له النساء أثناء عمليات المداهمة والإغارة في العشرية السوداء جاء من باب تحميل المتسببين في ذلك مسؤولية فعلتهم، وما يترتب عنه فيما بعد من إنفاق وتربية إعمالا للقاعدة الشرعية الغنم بالغرم.[31]

وفي قرار للمحكمة العليا، حول إغراء معاقة ووطئها وولادة ابنة لها، اعتبر الوطء بالإكراه ويأخذ حكم الشبهة، ويثبت به النسب، وجاء في مضمون القرار ما يلي: "... حيث إن الطرق التي يثبت بها النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسر هي الزواج الصحيح الإقرار، البينة، الزواج المفسوخ بعد الدخول، ونكاح الشبهة. وأن الشبهة المثبتة للنسب عرفت بأنها كل وطء حرام لا حد فيه، أي لا يوصف بأنه زنا، ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة. وأن الرأي الراجح في المذاهب أنه لا حد على المكره على الزنا. وعلى ذلك انتهى اجتهاد المحكمة العليا إلى أن الإكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب...".[32]

2- قراءة في موقف المشرع الجزائري

ما يلاحظ على قرارات المحكمة العليا أنها لم تخصص إثبات نسب المولود جراء الاغتصاب فيما إذا كانت المرأة ذات فراش أم لا، غير أنه يستشف من القرار الخاص بالاغتصاب في العشرية السوداء وجود حالات لنساء متزوجات. لذا يؤخذ النص على عمومه ويطبق على جميع الحالات. وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري يثبت نسب ولد المحصنة المغتصبة للمغتصب.

لكن، تأسيس المشرع لثبوت النسب في هذه الحالة على أساس الشبهة لا يوجد له أي أساس، لأن الشبهة بتقسيماتها ترتكز على حسن النية، ولا مجال للحديث عن ذلك في الاغتصاب. فمن جهة اعترافه بالنسب على أساس الشبهة للمحصنة، له ما يسنده في الجانب الشرعي باعتبار أن الشبهة سبب لثبوت النسب. حيث يلخص الجزيري ذلك في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة كما يلي: "... فإذا وطء شخص امرأة الآخر بشبهة... وحملت منه فإنه يحرم على زوجها أن يطأها حتى تنقضي عدتها من وطء الشبهة بوضع الحمل... وبهذا تعلم أنها إذا حملت بعقد صحيح، أو عقد فاسد، أو وطء شبهة، وتعتد بوضع الحمل، ويثبت نسب الولد من الواطئ الذي علقت منه..."[33]. غير أن تشبيه الاغتصاب بوطء الشبهة لم يقل به غير المشرع الجزائري، وهذا ما أكده اعتراف رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا لعوامري علاوة أن اجتهادهم هذا عرضوه على فقهاء ومفتين لكنهم لم يجدوا من الآراء من أيدهم في ذلك[34].

وفي المقابل، لو سلمنا بثبوت نسب الولد من المغتصب بالشبهة، فإن ذلك يطرح العديد من الإشكالات في الإثبات، هل هو من الزوج؟ أم من المغتصب؟ لأن المحصنة إذا وطئت بشبهة يمتنع عنها زوجها حتى يتبين حملها. لكن قد يكون الحمل من زوجها قبل يوم أو بضعة أيام من اغتصابها. لذا نعتقد بضرورة اللجوء للطرق العلمية لتحديد نسب المولود وإلحاقه لوالده.

ولعل اعتبار المشرع الاغتصاب مثبت للنسب جاء من باب المحافظة على الأنساب وحماية الأطفال. ويمكن قبوله إذا ما نظرنا للنسب على أنه حق للولد، لما فيه من حماية له وللمجتمع. أما إذا نظرنا له باعتباره أثر من آثار الزواج، وحق للزوج، فلا يمكن قبول هذا القرار. وبين هذا وذلك فإننا نرجح مصلحة الطرف الأضعف وهو الطفل، ونجد أننا نميل لقرار المشرع الجزائري، لما فيه من محافظة على الحقوق والأنساب وحماية للصالح العام. وربما يرجع تكييف واقعة الاغتصاب على أنها وطء شبهة، محاولة لإيجاد سند قانوني يثبت به النسب، لأن المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة الجزائري[35] على وسائل إثبات النسب في المادة 40 منه كما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...".

4. خاتمة:

من أجل المحافظة على الحقوق، وتطبيق ما أمر به الله تعالى من حفظ للأنساب، نجد أن مسألة تنسيب المولود للمحصنة جرّاء الاغتصاب لم يحصل اتفاق أو إجماع حولها. لأن فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا بين رافض لتنسيب ولد الاغتصاب وتطبيق أحكام ولد الزنا عليه، وبين مؤيد لتنسيبه في حالة لم تكن المرأة فراشا لرجل آخر. أما موقف التشريع الجزائري فكان صريحا بإثبات نسبه للمغتصب من خلال عدة اجتهادات قضائية.

غير أن موقف التشريع الجزائري ليس له أي سند شرعي، سواء من جانب الاعتراف بالنسب للغاصب، أو من جانب اعتبار الاغتصاب وطء شبهة. ولعل الباحث في هذا الموضوع يصعب عليه اقتراح حل لهذا الإشكال، لأن الاعتراف بنسب المولود أو عدمه يطرح إشكالات في كلتا الحالتين، والفيصل في ذلك هو ترجيح أخف الأضرار. ونعتقد أن موقف المشرع الجزائري أقرب للعدالة وحفظ الحقوق، حيث طبّق نفس آثار وطء الشبهة، لأن نتيجتهما واحدة، وهي ولادة طفل لامرأة محصنة من غير زوجها. لأننا نرى أن النسب حق للطفل أكثر منه حق للوالد. لما في ذلك من حفظ للحقوق وصيانة للحرمات.

ومن أجل التثبت فعلا من نسب الولد، باعتبار أن المحصنة المغتصبة هي في نفس الوقت فراش لزوجها، لا بد من إجراء تحاليل البصمة الوراثية للتحقق من الوالد البيولوجي، حتى نعفي الزوج من إجراء اللعان ونفي الولد الذي قد يكون ولده فعلا.

5. قائمة الهوامش:

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1991، ص 3262.

[2] سهيل الأحمد، إلحاق ولد المغتصبة غير المتزوجة بالمغتصب في الفقه الإسلامي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، 2019، ص89.

[3] انظر خالدي صفاء هاجر، إلحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 9، العدد 4، 2016، ص 338.

[4] بلقاسم مطالبي، مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي لونيسي – البليدة – الجزائر، مجلد 6، عدد 2، 2017. ص 172

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، ج6، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1985، ص 28.

[6] انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، ج3، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1995، ص 1728-1729

[7] الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج8، دار عالم الكتب، لبنان، 1995، ص 393

[8] سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص110

[9] قانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات. ج.ر عدد 7، ص07.

[10] رامي حليم، إشكالية التكييف والعقوبة في جريمة هتك العرض في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2013، ص15.

[11] المحكمة العليا، غ.ج، قرار رقم 0968071، مؤرخ في 2015/03/19، منشور في موقع المحكمة العليا الجزائرية.

[12] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 113.

[13] علي رشيد أبو حجيلة، الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 83.

[14] انظر، بلقاسم مطالبي، مرجع سابق، ص 176- 178.

[15] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ط1، ج12، مطبعة السعادة، مصر، 1905، ص351.

[16] الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، ج13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 241.

[17] انظر، ابن قدامة، المغني، ط3، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص391

[18] ابن حزم، المحلى بالآثار، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 2003، ص 142

[19] محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، عدد 20، 2014، ص98-99

[20] صحيح البخاري، حديث رقم 3515، ط1، دار ابن كثير، دمشق - سوريا، 2002، ص 1355

[21] جلال الدين السيوطي، جمع الجوامع (الجامع الكبير)، المجلد الثامن، دار السعادة، مصر، 2005، ص 481

[22] المزني، الحاوي الكبير، ط1، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص160.

[23] انظر، محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، عدد 20، 2014، ص 116-117.

[24] انظر خالدي صفاء هاجر، مرجع سابق، ص 339

[25] زينب عبد السلام أبو الفضل، المغتصبة وحكم رتق بكارتها وتنسيب ولدها، مجلة كلية دار العلوم، القاهرة – مصر، عدد 62، 2012، ص 519.

[26] سورة الأحزاب، الآية 5

[27] البيهقي، السنن الكبرى، ط3، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003، ص 444.

[28] صحيح البخاري، حديث رقم 3508، مرجع سابق، ص 867.

[29] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 617374، بتاريخ 2011/05/12، م.ق، 2012، عدد 1، ص 298-294

[30] انظر بلقاسم مطالبي، مرجع سابق، ص 182.

[31] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص103-104

[32] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1027105، بتاريخ 2016/12/07، م.ق، 2016، عدد 2، ص 228.

[33] انظر، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003، ص457.

[34] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص104.

[35] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.