تنظيم قانون الأسرة للحق في النسب بناء على معيار تمييزي

Family law regulation of the affiliation's right on the basis of a distinctive criteria

د. منادي مليكة بريكة(*)
جامعة سعيدة
menad.droit@yahoo.fr

تاريخ الإيداع: 2018/03/24	تاريخ المراجعة: 2019/04/08	تاريخ القبول: 2019/04/10

الملخص:

انطلاقا من تأسيس أحكام النسب على شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة، في إطار الزواج كأصل عام، أغفل قانون الأسرة تنظيم نسب الطفل خارج الزواج، وبهذا يكون المشرع قد تبنى معيارا تمييزيا ضد هذه الشريحة من الأطفال.

إن ضمان المساواة في احترام هوية الطفل والحفاظ عليها، ليس مناداة بالمساواة للأنساب، ولا بتوحيد الأحكام، وإنما مجرد كفالة هذا الحق لكل طفل في إطار خصوصية مركزه القانوني، من حيث توافر أو انعدام لجميع أو بعض عناصر هويته.

الكلمات المفتاحية: الزواج ، العلاقة غير الشرعية ، النسب، المركز القانوني، الطفل.

Résumé :

A partir de la reconstitution des dispositions de la filiation sur la légitimité de relation entre l'homme et la femme, dans le contexte de mariage en tant qu'un principe général, leCode de la famille a omis de réglementer la filiation de l'enfant hors mariage, de cette manière le législateur a adopté un critère discriminatoire contre cette catégorie d'enfants.

Assurer l'égalité dans le respect et la préservation de l'identité de l'enfant, ce n'est pas un appel à la l'égalité des filiations, ou à l'unification des dispositions ;Mais seulement pour garantir ce droit à chaque enfant dans le cadre de la spécificité de son statut juridique, en termes de disponibilité ou de l'absence de tout où quelques éléments de son identité.

Keywords : Le mariage, La relation illégitime, La filiation, Le statut juridique, L'enfant.

(*) المؤلف المراسل.

مقدمة:

لقد حرصت الجزائر كغيرها من الدول على توفير الحماية للطفل، وتكريسها دستوريا[1]، حتى قبل سنة 1989[2]، وبصدور اتفاقية حقوق الطفل [3]بادرت بالانضمام والمصادقة عليها[4]، وبهذا تكون قد تبنت معيار المصلحة الفضلى كأساس لحماية حقوق الطفل، الأمر الذي سيتوجب ضرورة مراعاة مصلحة الطفل وإعطائها الأولوية عند اتخاذ أي تدبير أو قرار أو إجراء مهما كان تشريعيا، إداريا وحتى قضائيا[5].

ولعل من أبرز المعايير المحددة للمصلحة الفضلى للطفل، حمايته من جميع أشكال التمييز[6]، حقه في الحياة والبقاء والنمو[7]، احترام حقه في الحفاظ على هويته[8]، حقه في التعبير عن آرائه في كل شؤونه، وضرورة أخذها بعين الاعتبار تبعا لسن الطفل ونضجه[9].

في الحقيقة، وبالنظر لأهمية مسألة الهوية، والتي تعد من المسائل المتشعبة والشائكة، إذ تلتقي في تنظيم وضبط أحكامها عدة نصوص تشريعية منها قانون الجنسية، قانون الحالة المدنية، القانون المدني وغيرها، فضلا عن النصوص التنظيمية، أثرنا قصر الدراسة عليها.

الأمر الذي يحيلنا إلى قانون الأسرة، لارتباط قضية الهوية أساسا بموضوع النسب، وهو موضوع لا يقل أهمية عن سابقته، لما يرتبه من آثار، فبثبوته تثبت أولا باقي الحقوق من ارث ونفقة...، وثانيا باقي العلاقات النسبية من أخوة وغيرها.

---

[1] تنص المادة 72 من التعديل الدستوري في 2016/03/06 بأنه:"...تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل، تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب. يقمع القانون العنف ضد الأطفال...".

[2] وذلك طبقا للمادة 02/65 من دستور 1976 والتي تنص بأن :" تحمي الدولة... الطفولة...بواسطة سياسة ومؤسسات ملائمة".

[3] وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة عليها بتاريخ 1989/11/20، لتدخل حيز التنفيذ في 1990/09/02.

[4] المرسوم التشريعي رقم 92-06 الصادر بتاريخ 1992/11/17 المتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1992/11/18، عدد 83.

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 الصادر في 1992/12/11 المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1992/12/23، عدد 91.

- المرسوم الرئاسي رقم 97-102 المؤرخ في 1997/04/05، المتضمن المصادقة على تعديل المادة 2/43 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل.

[5] تنص المادة 1/3 من الاتفاقية بأنه: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

[6] تنص المادة 2 من الاتفاقية بأن: " تحترم الدول الحقوق...لكل طفل... دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل...أو أي وضع آخر".

[7] تنص المادة 6 من الاتفاقية بأن: " تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقا أصيلا في الحياة. تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه"

[8] تنص المادة 8 من الاتفاقية بأن: " تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته...إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية ...بإعادة إثبات هويته".

[9] تنص المادة 12 من الاتفاقية بأن: " تكفل الدول الأطراف...للطفل القادر على تكوين أرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولي أراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه..."

لذا سنتناول في هذه الدراسة مدى الحماية التي وفرها قانون الأسرة للطفل من خلال تنظيم أحكام النسب، في محاولة للإجابة، عن مدى حرص المشرع على تحقيق مصلحة الطفل الفضلى في الحفاظ على هويته في إطار أحكام الشرع، وإلى أي حد وفق في ذلك؟ وذلك في نقطتين: تنظيم أحكام نسب الطفل الناتج عن علاقة شرعية (المطلب الأول)، إغفال تنظيم أحكام نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم أحكام نسب الطفل الناتج عن علاقة شرعية

لقد نظم قانون الأسرة أحكام النسب في الفصل الخامس من الباب الأول المتعلق بالزواج، وهذا ما يؤكد اعتبار النسب أثرا من آثار العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة القائمة أساسا على عقد الزواج.

فنظام الأسرة، إنما يعتمد في وجوده واستمراره على الزواج، كما أن آثاره لا تنحصر بين طرفيه فحسب، بل تسري أيضا على ما ينجبونه من أولاد، ولما للحفاظ على الأنساب من الضياع من حفظ للنسل الذي يعد من أهم الضروريات الخمس[1]، وحماية للأسرة وللمجتمع من التصدع والانحلال.

ومن الثابت، أن أحكام النسب سواء تلك المتعلقة بإثباته (الفرع الأول)، أو نفيه (الفرع الثاني) مستمدة من الشريعة الإسلامية، مع مراعاة جواز اللجوء إلى الطرق العلمية[2]، وفقا للتعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة فيما يخص إثبات النسب.

الفرع الأول: ثبوت النسب

يثبت النسب على أساس قاعدة الولد للفراش(أولا) مصدقا لقوله (ص):"الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وذلك متى توافرت شروطها(ثانيا).

أولا: أساس ثبوت النسب

يثبت النسب دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وفقا لقاعدة "الولد للفراش"، بالنظر لإباحة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة بمقتضى عقد الزواج، مما يجعل كل من الزوجين، والزوجة على وجه الخصوص، مقصورا على الآخر في حق الاستمتاع، فيكون من الثابت يقينا اعتبار كل حمل أو وضع للزوجة ابنا لها ولزوجها كأصل عام[3].

واستنادا لقوله (ص): " ادرؤوا الحدود بالشبهات"، يأخذ النسب في الزواج الباطل وفي الدخول بشبهة حكم النسب في الزواج الصحيح من حيث ثبوته، إحياء للولد وتحقيقا لمصلحته، شريطة وقوع الدخول الحقيقي، طبقا

[1] من دين، نفس، عقل، نسل، مال، وأضاف القرافي العرض لقوله تعالى:" كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله".

[2] د.محمد الكشبور، النبوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص.15.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، ج.1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967، ص.499.

للمادة 40 من قانون الأسرة والتي تنص بأنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...".

وفي ذات السياق، نجد المادة 34 من ذات القانون تنص على أن: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل دخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب..."، والتي قصرت ثبوت النسب من الزواج الباطل في حالات محدودة وهي اختلاف الدين، القرابة، تعلق حق الغير بزواج أو عدة من خلال عبارة "إحدى المحرمات" دون باقي الحالات، الأمر الذي يشكل إقصاء للأطفال خارج الحالات المنصوص عليها، كما أنها لم تأخذ بعين الاعتبار مدى حسن نية الزوج وأثره على ثبوت النسب[1].

في الحقيقة فإن مبدأ حسن النية أو الزواج مع الجهل بسبب البطلان يعد شرطا ضروريا لاستلحاق الأولاد وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة، والتي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، وفي هذا الصدد يقول ابن حزم:"...لأن الرسول(ص): أتى بالحق ولم تزل الناس يسلمون، في نكاحهم الصحيح والفاسد...ففسخ عليه الصلاة والسلام كل ذلك (الفاسد) وألحق فيه الأولاد، فالولد لاحق بالجاهل".

و بالرجوع للمادة 40 السالفة الذكر، فقد ألحق المشرع الزواج الباطل والدخول بشبهة بالزواج الصحيح استنادا للشبهة[3]، مما يستوجب ترتيب بعض الآثار العرضية من استحقاق للمهر بعد الدخول، ثبوت النسب احتياطا، سقوط الحد ووجوب العدة.

كانت هذه أهم أسباب ثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة شرعية، فماذا عن شروط ثبوته؟

ثانيا: شروط ثبوت النسب

تنص المادة 42 من قانون الأسرة بأن:"أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

لم تحدد المادتان أساسا لحساب هذه الأشهر، فهل يعتمد التقويم الهجري أو الميلادي؟ خاصة وأن الاختلاف قائم بين تطبيقات المادة 222 من قانون الأسرة الداعية إلى اعتماد التقويم الهجري، وبين القانون المدني[4] طبقا للمادة الثالثة منه القاضية بتبني التقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا ما يرجح اعتماد التقويم الهجري.

---

[1] منادي مليكة بريكة، بطلان عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2000/1999، ص.148.

[2] ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج.7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص.345، ابن حزم، المحلى، ج.9، ط.2، دار الأندلس، 1986، ص.491.

[3] الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم. وهي على قسمين: شبهة عقد، وشبهة فعل، فشبهة العقد أن يجري الرجل عقد زواجه على امرأة، تم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد، وشبهة الفعل أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد، بل يقاربها غير منتبه إلى شئ أبدا، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس". بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.508.

[4] د.تشوارجيلالي، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، فرع القانون الخاص، 1998/1997، جامعة الجيلالي اليابس.

أما عن بدء سريان هذه المدة، فهي تاريخ إبرام العقد عندما يتعلق الأمر بالعقد الصحيح والعقد الفاسد على حد السواء، إذ يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنها تثبت بعد مرور أدنى مدة الحمل من تاريخ العقد، ويضيف مالك والشافعي وأحمد إمكانية الاتصال[1]، وهذا ما ذهبت إليه المادة 41 من قانون الأسرة بقولها : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال...".

وفي هذا يتضح موقف المشرع مناقضا، للمبدأ الذي أقره في المادتين 34 و40، من ذات القانون القاضي بثبوت النسب بالزواج(غير الشرعي: الباطل ونكاح الشبهة) وذلك بقوله " متى كان الزواج شرعيا...".

وخلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف، يرى محمد أن المدة تحتسب ابتداء من تاريخ الدخول، وذلك عندما يتعلق الأمر بالعقد الفاسد على أساس أن العقد في الزواج الصحيح يقوم مقام الدخول، لأنه يدعو إليه، أما العقد الفاسد فلا يدعو إلى الدخول[2]،ويرى الأحناف بأن الفراش للزواج الفاسد أقوى منه في الفراش الصحيح[3]، لأنه إذا ثبت نسب الولد فلا يستطيع الزوج نفيه باللعان.

الفرع الثاني: نفي النسب بواسطة اللعان

وهذا ما يحتم البحث عن الحلول في ظل عدم تنظيم المشرع لأحكام اللعان(أولا)، وما يفرضه الموضوع من حرص ومراعاة لمصلحة الطفل(ثانيا).

أولا: عدم تنظيم المشرع لأحكام اللعان

في واقع الأمر، لا يعد اللعان ظاهرة اجتماعية لندرة وقوعه عمليا، بقدر ما هو مشكلة قانونية نتيجة الفراغ التشريعي وانعدام النصوص القانونية المحددة لأحكامه وقواعده الإجرائية والموضوعية.

على الرغم من أهمية اللعان لما له من صلة وثيقة بموضوع النسب، وما يرتبط به من أحكام[4]، ولما له من آثار بالغة الخطورة تطال حالة الطفل وهويته، الأمر الذي يفرض على المشرع الحرص والتدخل لضبط أحكامه بدقة متناهية، فإنه على النقيض من ذلك تماما، نأى بنفسه، فلا نجد ولا مادة واحدة تنظم دعوى اللعان وإجراءاته، خاصة وأنه طريق قضائي لنفي النسب.

[1] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، شركة سابي، ص.388.

[2] ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج، 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص.245.

[3] ابن الهمام، المرجع السابق، ج.4، ص.114. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.506.

[4] موانع الزواج، النفقة، الولاية، الميراث، أسباب فك الرابطة الزوجية.

كما أن الوضع في قانون الأسرة ليس بأفضل حال، فالمشرع لم يكلف نفسه عناء ذكر اللعان ضمن موانع الزواج، ولا في إطار أسباب الطلاق، ولا ضمن أحكام النسب إلا ضمنا[1]، وإنما أشار إليه مجرد إشارة عندما اعتبره مانعا من موانع الميراث طبقا للمادة 138 من هذا القانون[2].

ولسد هذا الفراغ التشريعي، يتحتم من الناحية الإجرائية الاسترشاد بالقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن الناحية الموضوعية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

تنص المادة 2/40 من قانون الأسرة على أنه:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، مما يعني بمفهوم المخالفة استبعاد اللجوء إلى الخبرة العلمية فيما يتعلق بنفي النسب، وهذا ما يعكس تأثر المشرع بالفقه المالكي الذي لا يعترف بغير اللعان وسيلة لنفي النسب[3].

وتبعا لهذا يظهر التباين جليا بين أحكام إثبات النسب وأحكام نفيه، من حيث تعدد طرق إثبات النسب، وبنائها على غلبة الظن أخذا بالشبهة، الأمر الذي يضفي على هذه الأحكام نوعا من المرونة وعدم التضييق في إطار الضوابط الشرعية، انطلاقا من حرص الشارع الحكيم على إلحاق الأنساب، حماية للولد من الضياع وحفظا لعرض وكرامة المرأة قدر الإمكان[4].

وعلى النقيض من ذلك، فإن أحكام نفي النسب تمتاز بالتضييق[5]، من خلال حصر طرق نفي النسب في اللعان كطريق قضائي، مما يعني أن نفي النسب لن يثبت إلا بصدور حكم قضائي، بالنظر لحوزة الأحكام والقرارات القضائية حجية الشيء المقضي به باعتبارها عنوانا للحقيقة.

ثانيا: مدى الاحتياط لمصلحة الطفل

إن اللعان نظام أصيل من أنظمة التشريع الإسلامي، من أبرز آثاره التفريق بين الزوجين ونفي نسب الولد من أبيه الملاعن، إلا أنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، تظهر الازدواجية في المركز القانوني للولد بعد نفي نسبه.

---

[1] تنص المادة 41 من قانون الأسرة بأنه :" ينسب الولد لأبيه..." ولم ينفه بالطرق المشروعة".

[2] تنص المادة 138 من قانون الأسرة بأن : يمنع الإرث اللعان والردة".

[3] د.محمد الكشور، المرجع السابق، ص.139.

[4] د.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، ج.1، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص.417.

[5] أ.د محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، العدد 50، 2004، ص.150.

إذ يأخذ تارة حكم الأجنبي فيمنع التوارث والنفقة بينهما، وحكم الولد الثابت النسب تارة أخرى لبقاء بعض أحكام البنوة على سبيل الاحتياط لاحتمال كونه ولدا للملاعن، كثبوت حرمة المصاهرة، عدم قبول شهادة أحدهما للآخر، عدم جواز إعطاء أحدهما الزكاة للآخر، وعدم قتل الملاعن به إذا قتله، وفي كلتا الحالتين، لايمكن اعتبار الولد بعد الملاعنة مجهولا للنسب، لاحتمال تكذيب الملاعن لنفسه وعودة نسب الولد مجددا[1].

من الواضح، أن الطفل يبقى معلقا أو متأرجحا، رهين احتمال تكذيب الملاعن لنفسه، وهكذا تبقى عناصر هويته غير ثابتة، فما الضير أن نقطع الشك باليقين في ظل التطور العلمي في هذا المجال، وكما هو معلوم أن اللجوء إلى أهل الخبرة في الأمور الفنية لا يتنافى وأحكام الشرع.

لذا، فإنا لنستغرب موقف قانون الأسرة، والذي لا يزال يحصر طرق نفي النسب في اللعان، القائم على مجرد إدعاء الزوج ولو مع أداء اليمين، لما قد يطاله من افتراء أو تلفيق أو الانتقام من الزوجة وأسرتها، لاسيما في ظل انعدام الوازع الديني والأخلاقي.

خاصة وأن إعمال المصلحة الفضلى للطفل، يقضي بتغليب مصلحته على باقي المصالح في حالة التزاحم(مصلحة المرأة ومصلحة الزوج)، والاحتياط لنسبه، بإضافة الطرق العلمية في مجال نفي النسب، تماما كما هو الحال بالنسبة لإثباته.

كما للمشرع أن يبقى على اللعان كوسيلة وحيدة لنفي النسب، مع إعطاء المرأة، على الأقل، الحق في طلب اللجوء إلى الخبرة في حالة ما إذا اختار الزوج رفع دعوى اللعان، لأنها لا تقدم على هذا الإجراء إذا لم تكن متأكدة من بطلان إدعاء زوجها.

بقي أن ننوه، إلى القول، بضرورة جواز نفي نسب الولد في الزواج الفاسد باللعان استنادا إلى ما ذهب إليه الإمام مالك والشافعي وأحمد خلافا للأحناف، لأنه من غير المعقول أن يكون المركز القانوني للطفل في إطار الزواج الفاسد، أفضل من المركز القانوني للطفل في إطار الزواج الصحيح[2].

وفي الأخير، فإن الطفل في حالة اللعان طبقا لأحكام الشرع، لا يمكن اعتباره بحال من الأحوال، ابنا ناتجا عن علاقة غير شرعية حتى ولو ألحق بأمه، والتي هي بدورها لا تعد زانية فيسقط عنها الحد.

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط.2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1977، ص.605.

[2] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر، ص.458، محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.367 و 371.

المطلب الثاني: إغفال تنظيم نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية

باكتفاء قانون الأسرة بتنظيم نسب الطفل الناتج عن علاقة شرعية، يكون المشرع قد اعتمد على شرعية العلاقة التي جمعت بين أبوي الطفل، ليكون هذا الأخير جدير بتنظيم نسبه، وهو معيار تمييزي يقصي شريحة لا يستهان بها[1] من احترام حقها في الحفاظ على هويتها ولو كانت منقوصة.

ذلك لأنه، إذا كان ميلاد الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية، لا يكون إلا نتيجة لجريمة أخلاقية اقترفها أبواه أو أحدهما[2]، فهذا ليس ذنبه على الإطلاق، ومن العار والإجحاف تحميله وزر هذه الخطيئة، بينما هو في حقيقة الأمر أكبر ضحاياها.

وأمام سكوت المشرع، ليس علينا سوى الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحدد نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية من أمه(الفرع الأول)، هذه الأخيرة التي غالبا ما تقرر التخلي عنه لا سيما في ظل عدم تقرير مسؤولية الأب البيولوجي له مما يؤكد هشاشة مركزه القانوني(الفرع الثاني).

الفرع الأول: ثبوت نسبه من أمه

مما لا شك فيه، أن ظاهرة الأطفال مجهولي النسب تكاد تلازم كل المجتمعات، فيضيق ويتسع نطاقها تبعا للظروف الاقتصادية، الاجتماعية[3] والدينية لكل بلد، بما فيها الجزائر إذ بلغ عدد هؤلاء الأطفال حدا رهيبا، لذا يكون من غير المعقول، الاستمرار في التغاضي عن وقائع أثبتتها الحقائق الاجتماعية في ظل انعدام الوازع الديني والانحطاط الخلقي[4].

الأمر الذي يتطلب التصدي لهذه الظاهرة قصد القضاء أو الحد منها، والعمل على توفير الحماية لهؤلاء الأطفال الأبرياء، ولعل أول أوجه الحماية هي التنصيص صراحة على حقهم في النسب والحفاظ على هويتهم ولو بعناصر منقوصة، وهذا ما سنعالجه في نقطتين: أساس ثبوت النسب(أولا)، نتائجه ثبوته(ثانيا).

أولا: أساس ثبوت النسب

لقد حرم الشرع الزنا، بالنظر لما ينجم عنه من آثار وخيمة، تطال كيان وسلامة المجتمع، وتهدم نظام الأسرة، فيضيع النسل وتختلط النساب، وتنحل الروابط الأسرية وتتفشى الآفات والأمراض[5].

---

[1] لقد بلغ عدد الأطفال الناتجين عن العلاقات غير الشرعية إلى غاية نوفمبر 2016 حوالي 1267 طفل، تخلت الأمهات العازبات عن حوالي 900 طفل، وفقا لتصريحات وزيرة التضامن والأسرة وقضايا المرأة في فبراير 2017، مع بقاء الإحصائيات الرسمية بعيدة عن الأرقام الحقيقية.

[2] كما هو الحال في جريمة الاغتصاب.

[3] سميرة برادة، كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق، الأيام الدراسية، حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية 5، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004، ص.190.

[4] د. تشوار جيلالي، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجيلالي اليابس، 1998/1997.

[5] بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.119.

لذا وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، يرى جمهور الفقهاء ثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية من أمه استنادا لقوله تعالى:" إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم..."[1] ، وذلك لثبوت واقعة الولادة، فلا يمكن إلحاقه بأبيه، لقوله (ص):" الولد للفراش وللعاهر الحجر".[2]

وفي المقابل، ترى قلة من الفقه خلافا لرأي الجمهور، بجواز استلحاق الولد الناتج عن علاقة غير شرعية لأبيه البيولوجي عن طريق الإقرار، إلا أن هذه القلة اختلفت بين مكتف بالإقرار، ومقيد له بضرورة إقامة الحد واستحقاق الإرث أو الزواج من الأم البيولوجية[3].

ما من شك، أن الدافع إلى القول بهذا الرأي نبيل، لحرصه على تحقيق مصلحة الطفل، من خلال تقرير ثبوت نسبه من أبيه، إلا أن المفسدة المترتبة على ذلك أشد خطورة وأعظم ضررا، لأنها تتجاوز الفرد وتطال الأسرة والمجتمع، وكما هو معروف فإن درء المفاسد أولى من جلب المنافع، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنه في حالة التعارض بين مصالح الفرد والمجتمع تقدم مصلحة المجتمع، لأنه لا يمكن بحال من الأحوال توفير الحماية للفرد على حساب المجتمع، كما أنه بالحفاظ على المصلحة العامة تتحقق المصلحة الخاصة[4].

لذا، في اعتقادي، أن هذا الرأي لا يستقيم، لأنه وإن وفر الحماية للطفل، فإنه يهدم نظام الأسرة القائم على الزواج، ويؤدي حتما إلى اختلاط الأنساب وتفشي الرذائل، سيكون سببا غير مباشر في التشجيع على الزنا، ومكافأة الزاني بتقرير ثبوت النسب، وكما هو معروف شرعا عدم اجتماع حد مع ثبوت نسب مطلقا[5].

وبناء على ما تقدم، يكون رأي الجمهور راجحا، ومنه يثبت نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية من أمه، وعلى هذا الأساس تثبت له باقي الحقوق.

ثانيا: نتائج ثبوت النسب

بثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة شرعية من أمه، يخول تلقائيا وبقوة القانون، وبدون أي إشكال، حمل لقب أو اسم عائلته، ذلك لأن اللقب إنما يكون لازما للأب ثم لجميع فروعه لاحقا، وبمفهوم المخالفة لا يمكن

---

[1] سورة المجادلة ، الآية 2.

[2] الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2003، ص. 1211.

[3] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط.1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص.1005 و 1006.

[4] منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، 2006/2005، ص.164 وما بعدها.

[5] الزنا توجب الحد ولا تثبت النسب، بخلاف الدخول في الزواج ولو كان باطلا، وفي هذا يقول الإمام الشافعي:" إن الزواج أمر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه، فكيف يستويان"، أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.1، دار الفكر، 1984، ص.135 .

للأم أن تمنح اسمها العائلي لأولادها الناتجين عن علاقة شرعية مطلقا[1]، مما يدعو إلى التساؤل عن مدى إمكانية ذلك بالنسبة لأبنائها الناتجين عن علاقة غير شرعية؟

تنص المادة 1/28 من القانون المدني بأنه:" يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده"، استنادا إلى عموم النص، من خلال استعمال لفظ (الشخص)، والذي ينصرف لكلا الجنسين، يكون الجواب بنعم، يمكنها ذلك.

غير أن قانون الحالة المدنية في مادته 64 في فقرتها الأخيرة تعرض لحالة الأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، دون الأطفال مجهولي الأب[2]، والذين أشارت إليهم المادة 04/67 بنصها :" كما يجب إعداد عقد مماثل بناء على تصريحات الإسعاف العمومي بالنسبة للأطفال الموضوعين تحت وصايتها والمجردين من عقد ميلاد معروف أو الذين تفرض عليها سرية ولادتهم".

وبالرجوع إلى الأمر رقم 79/76 [3] الملغى، وفقا للمادة 245منه والتي تنص على أنه:" إذا كانت نزيلة المستشفى لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة، وجب تلبية طلبها...ولا محل لطلب أي وثيقة تعريف ولا إجراء أي تحقيق...".

لعل حرص المشرع على حماية حق الطفل في الحياة وضمان سلامته، هو الدافع لإعطاء الأم العازبة بالتبعية، بعض التسهيلات، لذا يمكن اعتبار مسألة استقبالها في المصالح الاستشفائية، وإحاطة حملها ووضعها بالسرية، تدابير رأى فيها المشرع حماية للطفل في ظل هذه الوضعية الصعبة، وإلى هذا الحد قد يعد الأمر مقبولا.

إلا أنه، بتقرير حق الأم العازبة في عدم الإفصاح عن هويتها، ثم حقها في التخلي عن تخاذل طفلها، الحديث العهد بالولادة، بكل حرية ودون مساءلة، تخاذل وتفريط من المشرع في حقوق الطفل لصالح الأم العازبة، وبهذا أصبح الطفل ضحية المشرع أيضا، لأنه حرمه مجرد حقه في معرفة أمه على الأقل، وساهم في إنقاص عناصر هويته المنقوصة أصلا.

بينما الواقع العملي يؤكد إسناد لقب الأم لابنها في مثل هذه الحالات، بل أكثر من ذلك، فقد اشترط المادة الأولى[4] من المرسوم التنفيذي رقم 24/92[5] موافقتها على تغيير لقب ابنها في حالة ما إذا تقدم به كافله، وبهذا حصر المرسوم حق الاعتراض عليها وحدها، وهذا تراجع آخر عن حماية مصالح الطفل لصالح أمه.

---

[1] أ.د محمد الشافعي، الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، ط.1، سلسلة البحوث القانونية 7، 2003، ص.65.

[2] فاللقيط ليس حتما ناتجا عن علاقة غير شرعية، الأمر الذي يقتضي اختلاف الأحكام المنظمة للمركز القانوني لكل منهما.

[3] الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1976/12/19، العدد 101.

[4] تنص المادة الأولى: "...كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل...ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب...وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها..."

[5] المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13، المتمم للمرسوم رقم 157/71.

وعلى العموم، ثبوت نسب الطفل من أمه، يثبت له جميع الحقوق الشخصية والمالية من جهتها، إلا أن هذه الحقوق تبقى حبرا على الورق، إذا ما قررت الأم العازبة عدم الاحتفاظ بابنها والتخلي عنه، مما يزيد مركزه القانوني هشاشة وضعفا.

الفرع الثاني: هشاشة المركز القانوني للطفل

مما تقدم، فقد قصر الشرع العلاقة الجنسية في إطار الزواج، وكفل قيامه بتحديد أركانه، آثاره وانحلاله، حفاظا على الأسرة ورعاية لحقوق الأولاد، وفي المقابل حرم الزنا، كيلا تكون الحصيلة أطفالا لا يعرفون آباء ينتسبون إليهم، لأنه لا يمكن بحال من الأحوال مكافأة الزاني بمنحه شرف الأبوة، بناء على جرعته، وقد تتركه أمه للمجهول منذ ولادته فيلقى مصير اللقطاء[1].

يشكل فقدان السند العائلي أو الحرمان من الرعاية فضلا عن انعدام الهوية أو نقصها أبرز العوامل التي تزيد من تعقيد وضع الطفل ومعاناته، فيجد نفسه في مركز قانوني هش، خاصة إذا أخذ بعين الاعتبار عدم تقرير مسؤولية الأب البيولوجي(أولا)، وتخلي الأم غالبا بإرادتها أو نتيجة الظروف الاجتماعية والاقتصادية (ثانيا).

أولا: عدم تقرير مسؤولية الأب البيولوجي

إذا كانت جميع حقوق الأولاد سواء كانت شخصية أو مالية لا تثبت لهم في مواجهة أبيهم، إلا بناء على ثبوت نسبهم، باعتبارها آثارا للزواج، يكون من الطبيعي عدم ثبوتها بانتفاء الزواج كأصل عام.

ومع ذلك، ثمة حقيقة لا يمكن إنكارها ولا تجاهلها، وهي أن إلغاء نسب الطفل من أبيه، لا يعني مطلقا انتفاء بنوته من الناحية البيولوجية، الأمر الذي يفرض على المشرع ضرورة النص على إقامة موانع الزواج المبنية على أساس رابطة الدم، أخذا برأي الجمهور، بصرف النظر عن شرعية العلاقة أو عدمها[2].

ولما لهذه المسألة من أهمية، باعتبارها أفضل حل للحد من ظاهرة زنا المحارم، التي أصبحت تعكس انحلال المجتمع في الوقت الراهن، لذا يمكن صياغة المادة 26من قانون الأسرة على النحو التالي: "يمنع على الشخص الزواج بسبب القرابة من فرعه وإن نزل ولو كان من علاقة غير شرعية..."

كما أن عدم تحميل الأب البيولوجي أية مسؤولية مسألة فيها نظر، وإلا اعتبر الأمر بمثابة مكافأة له، وكأنه لم يكن السبب المباشر في وجودهم على هذا الوضع وهذه الحالة، كما أن تحميل الأم المسؤولية لوحدها، فيه الكثير من الإجحاف خاصة إذا ما كانت هي نفسها ضحية، تم إكراهها على ممارسة الجنس، وفرضت عليها الأمومة، في حين يتحلل الجاني من أية مسؤولية أو أعباء حتى ولو كانت مالية كالنفقة.

[1] بلخير سديد، المرجع السابق، ص.60.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق، ج.7، ص.485، ابن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.127، محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.185.

ثانيا: تخلي الأم

إن التخلي عن الأطفال ظاهرة متجدرة في القدم، وليست وليدة اليوم، وإن اختلفت صوره عبر العصور، ابتداء من وأد البنات في الجاهلية، فقتل أو رمي الطفل المتخلى عنه في الشارع أو في القمامات، إلى عقد اتفاق التبني بشأنه، وبهذا يصبح الطفل شخصا غريبا عن أمه وعن المجتمع بأكمله[1].

كما قد يأخذ التخلي شكلا آخر، الأمر الذي يؤكده الواقع العملي، بتوقيع الأم على محضر التخلي تحت إشراف مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، بصفة نهائية، مما يترتب عليه قطع جميع الروابط بينها وبين طفلها، وفقدان جميع الحقوق عليه، تمهيدا لوضعه في وسط عائلي عن طريق الكفالة.

إلا أنه بالنظر إلى خطورة هذه الآثار، قد تحجم الأم عن توقيع محضر التخلي النهائي، لحاجتها للتروي والتفكير مليا قبل اتخاذ هذا القرار المصيري، فتمنح أجل شهر قابل للتجديد لمدة شهرين، متى كانت مترددة، أوكانت لديها رغبة في الاحتفاظ به، لكنها تحتاج بعض الوقت لتدبير أمورها، لذا قد تفضل توقيع محضر بالتخلي المؤقت.

و إذا انتهت هذه الآجال دون نتيجة، يكون من الممكن وضع الطفل لدى عائلة كافلة تتولى رعايته وتربيته وتعليمه، والقيام بجميع شؤونه على سبيل التبرع، وتسهيل إدماجه في المجتمع.

غير أنه، وبالنظر إلى ظروف الطفل المتخلى عنه خاصة الصحية، كما لو كان معاقا أو مصابا بمرض خطير، فلن يكون متاحا له على الأغلب، الاستفادة من هذه المزايا في كنف الأسرة الكافلة، فتبقى مؤسسات الطفولة المسعفة الملجأ الوحيد، تكريسا لكفالة الدولة للأطفال المتخلى عنهم.

[1] سميرة برادة، المقال السابق، ص.190.

خاتمة:

إن توفير الحماية للطفل لا سيما إذا كان ناتجا عن علاقة غير شرعية يقتضي أولا: عدم الإقصاء أو التهميش والتعامل معه وكأنه غير موجود، ثانيا: عدم التفريط في مصالحه وتغليبها في كل الأحوال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن حماية هذه الشريحة المحرومة يقتضي العمل على التصدي لهذه الظاهرة كتدبير للحد منها قدر المستطاع.

وفي هذا الإطار، يبرز أساسا دور المشرع في الإسهام في تفشي هذه الظاهرة، من خلال قصور فلسفة قانون العقوبات في تجريم العلاقات خارج إطار الزواج، ثم عدم قدرته على استيعاب أو احتواء نتائجها، فضلا عن إغفال تحديد المركز القانوني لهؤلاء الأطفال الأبرياء.

في حين كان بإمكانه على الأقل تعزيز هذا المركز، عندما يتعلق الأمر بحالة الطفل، وذلك على غرار قانون الحالة المدنية المغربي، والذي راعى أثر خلو شهادة ميلاد الطفل في هذه الحالة من بعض البيانات المتعلقة باسم الأب واللقب، فقرر إسناد اسما عائليا صوريا للطفل، وآخر شخصيا للأب مستفاد من أسماء العبودية لله مع ضرورة تضمين سجلات الحالة المدنية حقيقة هوية الطفل طبقا لأحكام القانون 37/99[1].

وفي الختام، نقول بحسرة وأسف شديدين، أن هذه الشريحة من الأطفال، وبلا ريب، ليست ضحية المجتمع وحده، بل المشرع أيضا.

[1] أ.د محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.74.

المراجع

1- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط.1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1999.

2- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج.7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983.

3- ابن حزم، المحلى، ج.9، ط.2، دار الأندلس، 1986.

4- ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج، 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

5- الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2003.

6- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، ج.1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967.

7- د.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، ج.1، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

8- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

9- سميرة برادة، كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق، الأيام الدراسية، حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية 5، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004.

10-د.محمد الكشبور، النبوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.

11-د. محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، العدد 50، 2004.

12-محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، شركة سابي.

13-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط.2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1977.

14-محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر.

15-أ.د محمد الشافعي، الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، ط.1، سلسلة البحوث القانونية 7، 2003.

16- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.1، دار الفكر، 1984.