

الإقرار بالبنوة بين صرامة قاعدة الولد للفراش ومرونة قاعدة إحياء الولد

Acknowledgement of paternity between the strictness of the principle of the child belongs to the bridal bed and the flexibility of the principle of resurrecting the child

د. زرقون نورالدين

كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
zergoune.noureddine@ gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022 / 03/03 * تاريخ القبول: 2022 / 03/13 * تاريخ النشر: 2022/04/15

ملخص:

يستند نظام الإقرار بالبنوة في الشريعة الإسلامية على قواعد أصيلة خاصة به، ويختلف هذا النظام عن أنظمة قانونية أخرى كنظام التبني و نظام الكفالة، إنه نظام قانوني يسمح بإلحاق مجهولي النسب بأبائهم ، عن طريق اعتراف الأب بأن ولدا مجهول النسب هو ابنه بالشروط المحددة شرعا وقانونا ، وتطرح دراسة موضوع إثبات النسب بالإقرار بالبنوة إشكالية تحديد نطاق هذا الإقرار، فمن جهة لا تسمح صرامة قاعدة الولد للفراش بإثبات النسب خارج العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى يكون من حق الولد أن يثبت نسبه لأبيه متى كان هذا الأخير مستعد للاعتراف به حتى ولو تعذر إثبات الفراش، لذلك فإن قاعدة إحياء الولد تتدخل لتلطيف قاعدة الولد للفراش والحد من آثارها.

الكلمات المفتاحية: إثبات النسب - الإقرار بالبنوة - قاعدة الولد للفراش - قاعدة إحياء الولد - مجهول النسب .

Abstract:

The system of acknowledgement of paternity in Islamic law is based on its own original rules, and this system differs from other legal systems such the adoption system and the kafala system. The study of the question of proving parentage by acknowledgement of paternity poses the problem of determining the scope of this recognition. On the one hand , the strictness of the principle of the child belongs to the bridal bed , does not allow to prove parentage outside the marital relationship , and on the other hand, the child has the right to prove his lineage to his father when the latter is ready to admit it even if it is not possible to prove the marriage. Therefore, the principle of resurrecting the child intervenes to soften the principle of the child belongs to the bridal bed and reduce its effects.

Keywords: proving parentage- acknowledgement of paternity- the child belongs to the bridal bed- Reviving the child - Unknown parentage.

مقدمة:

إثبات النسب عن طريق الإقرار بالبنوة هو وسيلة إثبات معترف بها من طرف التشريعات المقارنة وتأخذ هذه الوسيلة طابعا خاصا في الدول التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية، إذ أن معظم شروط الأخذ بها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تم النص على هذه الطريقة في الإثبات من طرف المشرع الجزائري بالمادة 44 من قانون الأسرة والتي تنص على أن النسب يثبت بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة (القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، س 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، ج ر ع 15، س 2005)، لكن المشرع لم يضع تعريفا محدد للإقرار بالبنوة ولم يحدد المقصود بمجهول النسب تاركا هذه المسائل للقضاة يرجعون في تعريفها إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، زيادة على أنه لم يضع لهم شروطا محددة يتقيدون بها للأخذ بالإقرار ما عدى معقولية الإقرار، وهذا ما سوف يؤدي إلى خلاف في تطبيقه بين محاكم الموضوع، حيث أن عدم تحديد الشروط ووضع التعريف يؤدي إلى التباين في فهم معنى الإقرار وشروطه وآثاره، فالتوسع في حدود إثبات النسب بالإقرار قد يسمح بإثبات نسب ابن الزنا لأبيه، وهي مسألة ربما تربك استقرار النظام الاجتماعي من جهة، لكن في المقابل قد تساهم في إعادة إدماج شريحة من أفراد المجتمع في وسطهم العائلي الطبيعي. ومن هذا المنطلق يبدو واضحا أن الإقرار بالبنوة كوسيلة إثبات للنسب يطرح إشكال تحديد نطاق تطبيقه، فمن جهة لا تسمح قرينة الولد للفراش بإثبات النسب خارج العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى يكون من حق الولد أن يثبت نسبه لأبيه متى كان هذا الأخير مستعد للإقرار بهذا النسب حتى ولو تعذر إثبات الفراش، لأن إثبات نسب الابن هو إحياء له. إن البحث في هذه الإشكالية هو مسألة جد مهمة، لمدى تأثيرها على نظام الإقرار بالبنوة من حيث الفاعلية، لذلك فإن هذا البحث يسلط الضوء على هذه المسألة، ويحاول الإجابة عن أهم التساؤلات التي تثيرها من أجل وضع تصور لحلول مقترحة من شأنها تفعيل هذا النظام دون إرباك النظام الاجتماعي. وللإجابة على هذه الإشكالية فإننا سنبحث في مسألتين أساسيتين، الأولى تتمثل في مدى تأثير صرامة قرينة الولد للفراش على فاعلية الإقرار بالبنوة، والثانية فهي تخص مدى مساهمة قاعدة إحياء الولد في الحد من تأثير هذه الصرامة.

- المبحث الأول: صرامة قرينة الولد للفراش

الإقرار بالبنوة وهو اعتراف الشخص بأن ولدا معيناً هو ابنه بالشروط المحددة شرعا وقانونا، ويطلق عليه أيضا مصطلح الاستلحاق بالإقرار، فإثبات النسب بالإقرار بالبنوة ينطلق من قاعدة أن الابن المقر به يجب أن يكون من صلب وماء المقر و يجب أن يكون ناتج عن علاقة شرعية (Prévost, 1977, p300). أي يجب أن يتعلق الإقرار ببنوة شرعية، لذلك فإن تطبيق قرينة الولد للفراش تصبح مسألة ضرورية في تحديد مدى قبول الإقرار وترتيبه لأثره في إثبات النسب. وهنا تلعب هذه القرينة دورا مزدوجا في نظام إثبات النسب بالإقرار بالبنوة، فمن جهة كل رجل يقر ببنوة ولد يجب لصحة إقراره أن يكون هذا الولد ناتج عن علاقة شرعية قامت بينه وبين أنثى، ومن جهة أخرى لا يقبل إثبات النسب عن طريق الإقرار بالبنوة إلا لمجهول النسب، فمن كان معلوم النسب لا يمكن قبول إثبات نسبه عن طريق الإقرار بالبنوة، فهنا قاعدة الولد للفراش تلعب الدور المانع من قبول الإقرار بالبنوة كوسيلة لإثبات النسب.

المطلب الأول : عدم جواز إثبات النسب بالإقرار بالبنوة لمعلوم النسب

يستند نظام الإقرار بالبنوة في الشريعة الإسلامية على قواعد أصيلة خاصة به، ويختلف هذا النظام عن أنظمة قانونية أخرى كنظام التبني والكفالة، فهو يختلف عن التبني في أن هذا الأخير هو ادعاء بالبنوة مع العلم أن المدعي ليس بوالد للمتبنى، فالتبني هو ادعاء ببنوة ولد معروف النسب من الغير، ولا يترتب على التبني حكم من الأحكام الشرعية المترتبة على النسب الشرعي، وهو استلحاق باطل شرعا بطلانا قطعيا لثبوت دليله من القرآن في قوله تعالى: « وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا " (سورة الأحزاب الآيتين رقم 04 و 05) ، والسنة فقد روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام " (حديث صحيح، رواه البخاري في صحيحه. رقم الحديث 6766). أما الكفالة فهي نظام قانوني يسمح للشخص بالتكفل بطفل دون الادعاء ببنوته وهي من أفعال التبرع الجائزة شرعا والتي لا يترتب عنها إلحاق النسب الشرعي ، حيث عرفها المشرع بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي . " (المادة 116 من قانون الأسرة) ، وحرص المشرع على القطع في مسألة عدم جعل الكفالة سببا من أسباب التبني ، إذ نص على وجوبية احتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية. (المادة 120 من قانون الأسرة) ، في حين أن الإقرار بالبنوة هو ادعاء صحيح بالبنوة يقوم على القطع أو أغلب الظن بأن المستلحق أي المدعى ببنوته هو ابن للمقر وهو وسيلة شرعية تؤدي إلى إثبات النسب الشرعي للمستلحق. ويلاحظ أن في نظامي التبني والكفالة لا يشترط أن يكون الابن المتبنى أو المتكفل به مجهول النسب ، بينما في نظام الإقرار يشترط أن يكون الابن المستلحق مجهول النسب. فلا يجوز إثبات عكس قرينة الفراش عن طريق الإقرار .

لقد كانت قرينة الولد للفراش القاعدة الأساس التي فصل بموجبها الرسول صلى الله عليه وسلم في النازلة التي عرضت عليه عندما تنازع بين يديه شخصان حول نسب ابن، الأول يدعي نسب هذا الابن لأخيه مستندا على ما سمعه من أخيه بأنه قد وطئ أم هذا الولد وما في هذا الولد من شبه بأخيه، والثاني يدعي نسبه إلى أبيه ، مستندا إلى أن هذا الابن قد ولد في فراش أبيه من جارية أبيه، فقد جاء في حديث عبد بن زمعة أن زمعة كانت له وليدة فلما أن مات تحاكما فيه ابن سيد هذه الوليدة واسمه عبد فقال: هو أخي ولد على فراش أبي، وقال سعد بن أبي وقاص: أخي عتبة بن أبي وقاص عهد أنه ألم بهذه الوليدة في الجاهلية، وأن الولد ولده. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لما تحاكما إليه: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاشر الحجر، والحديث جاء مفصلا في رواية عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت "كَانَ عُنْبَةُ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدٍ : أَنَّ ابْنَ وَليدَةٍ زَمْعَةَ مِنِّي ، فَأَقْبَضَهُ إِلَيْكَ ، فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ ، فَقَالَ : ابْنُ أَخِي عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، فَقَالَ : أَخِي وَابْنُ وَليدَةٍ أَبِي ، وَوُلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِهِ ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ سَعْدٌ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، ابْنُ أَخِي ، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : أَخِي وَابْنُ وَليدَةٍ أَبِي ، وَوُلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَاللِّعَاظِرِ الْحَجَرِ " ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ : " احْتَجِبِي مِنْهُ " لَمَّا رَأَى مِنْ شَبْهِهِ بَعْنَةَ ، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ " (الحديث عن عبد الله بن يوسف عن مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها ، حديث صحيح، رواه البخاري في صحيحه . رقم الحديث 6397). لقد وضع الرسول صلى الله عليه وسلم قاعدة لحل هذه النازلة، وهي قرينة الولد للفراش، فصارت حكما عاما يطبق عند النزاع في إثبات النسب. فالولد لصاحب الفراش أي للزوج.

وعدت بذلك قرينة الولد للفراش القاعدة الأساس في إثبات النسب، ويتم تطبيقها بشكل صارم، حيث نجد في بعض التطبيقات القضائية أنه لا يتم قبول أي وسيلة لإثبات النسب إلا بعد التحقق من أن الولد المطلوب إثبات نسبه هو من الفراش، وذهب البعض في شرحهم لحديث عبد بن زمعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكلف عبد بن زمعة إثبات الفراش لأن هذه كانت واقعة مشهورة إلى حد الاستغناء عن إثباته أي أنه لم يكن محل منازعة بين المتخاصمين.

ومن جملة ما يفهم من قرينة الولد للفراش أن الإقرار بالبنوة لا يجوز في حق من كانت أمه قد ولدته وهي فراش لغير المقر بالبنوة، لأن النسب في هذه الحالة يلحق بصاحب الفراش، وفي هذا قال ابن قدامة: وأجمعوا على أنه إذا ولد ابن على فراش رجل فطالب بنسبه رجل آخر فإنه لا يسمع في طلبه لأن الولد للفراش. لذلك كان من شروط صحة الإقرار بالبنوة أن يكون الابن مجهول النسب.

ومصطلح الولد للفراش يحمل معنيين: - المعنى الأول أن الولد هو ابن صاحب الفراش أي الزوج ما لم ينفه هذا الأخير بالطرق المشروعة، والمعنى الثاني أنه إذا تنازع صاحب الفراش والعاشر أي الزاني فالولد لصاحب الفراش حتى ولو أقر الزاني بأن الولد منه وطلب استلحاقه فدعواه مرفوضة وسعيه مآله الخيبة والحجر أي المنع.

و عليه فإنه يشترط في المقر له بالنسب أن يكون مجهول النسب، فإذا كان معروف النسب لا يصح إلحاقه بنسب آخر عن طريق الإقرار لأنه لا يتصور ثبوت نسب الابن من اثنين فيقال هذا ولد فلان وولد فلان في نفس الوقت، لأن النسب متى ثبت لا يفسخ.

ومجهول النسب عند بعض الحنفية هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فإنه لا يصح ادعاه بالنسب وإلحاقه بغير الأب الملاعن لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه (الزحيلي، 2017، ص 266). ، وكذلك بسبب أن ابن اللعان الظاهر فيه أنه إذا لم يتراجع الملاعن عن ما ادعاه فإن كل إقرار بالبنوة من الغير يحمل على أنه إقرار بأن الابن هو من الزنا ، والراجع عند العلماء أن الزنا لا يثبت به النسب .

وجرت العادة أن يعطى مجهول النسب اسماً ثلاثياً وتحرر له شهادة ميلاد وتوضع علامة X في خانة الأب ، وحيازته لهذه الشهادة لا يعني أنه أصبح معلوم النسب ، بل يبقى مجهول النسب إلى أن يتم الإقرار بنسبه على النحو الشرعي ، وعندئذ يزول عنه وصف مجهول النسب ، فإذا صدر حكم قضائي نهائي بإثبات نسبه بالإقرار ، فإنه يتم تصحيح شهادة ميلاده بوضع اسم والده واسم والدته ولقب والده على هذه الشهادة ، وتستخرج له شهادة ميلاد جديدة يعامل بها مدى حياته ولا يجوز أن ينقض هذا النسب أو يفسخ مهما كانت الأسباب .(كمال صالح البنا ، 1997 ، ص 178).

ويفرق الفقهاء بين مجهول النسب ومقطوع النسب، فالأول وهو من لا يعرف نسبه ولا سبب ولادته، ولا يعرف أنه ولد من سبب غير شرعي، أما الثاني فهو من لا يعرف نسبه، ولكن يعرف سبب ولادته والذي يكون سبباً غير شرعي وهو الزنى أو أي شكل يؤدي إلى نفس نتيجة الزنا في قطع النسب كالزواج الباطل الذي يكون الزوجين على علم ببطلانه قبل الدخول أو التلقيح الاصطناعي من غير ماء الرجل أو بويضة الزوجة.

ويفرق أيضاً بين مجهول النسب واللقيط، فاللقيط هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة، خوفاً من مسؤولية إعالته، أو فراراً من تهمة الريبة أو الزنا، أو لسبب آخر، فلا يعرف أبوه ولا أمه. وندب التقاط هذا الطفل لأن ذلك من أفضل الأعمال، لأن الشخص متى وجد طفلاً لقيطاً كان من الفضيلة ألا يتركه عرضة للهلاك وكان هذا العمل فرض كفاية إذا قام به شخص سقط عن الباقي، وإذا كان اللقيط في حالة خطر فإن التقاطه يصير

فرض عين، والالتقاط لا يعني الكفالة، لأن الملتقط حر في أن يتكفل بالطفل اللقيط وإن شاء سلمه للحاكم (الزحيلي ، ص 351).

ويعتبر اللقيط مجهول النسب، فإذا ادعى شخص نسبه، بأن أقر بأن هذا اللقيط هو ابنه، صحت دعواه وثبت النسب للقيط، ويقبل الإقرار حتى من الملتقط، ويثبت النسب بالإقرار استحسانا، ووجه الاستحسان أن هذا الإقرار يعود بالنفع على اللقيط لأنه يتشرف بالنسب ويعبر بفقده، وتصديق المقر في إقراره لا يتطلب أن يعزز ببينة، فهو وحده كاف لإثبات النسب.

ويكون الولد مجهول النسب حتى ولو قامت قرائن قوية على أنه ابن فلان من الناس مادام أن هذا الأخير لا يقر بنسبه إليه ولا يعترف بأنه منه أو أنه أنجبه من زوجة له ، فلا يكفي قول الناس أو اعتقادهم بأن هذا الولد هو ابن فلان حتى ينسب إليه ، بل يجب أن يبنى النسب على قواعد شرعية ، كقاعدة الولد للفراش أو الإقرار .(كمال صالح البنا ، ص 177)..

وإذا تنازع اثنان أو أكثر حول بنوة الولد المجهول النسب وافر به كل من المتنازعين، وكان إقرار كل منهم مقبول من حيث التصديق فإن الإقرار الذي ينفذ ويلحق به النسب هو إقرار من وجد عنده الولد مجهول النسب ولو تطابقت علامات الولد مع غير من وجد عنده من المتنازعين، وهذا قول الأحناف ، وهو قول ينطلق من قاعدة أن المقر الذي وجد عنده الولد مجهول النسب يستفيد من قرينة أنه يحتمل أن الولد ولد له من فراش استحال عليه إثباته .(كمال صالح البنا ، ص 181) ، لكن هذا الرأي غير ملزم للقاضي لأنه وحسب فهمنا وما دام أن كلاهما قد عجز عن إثبات الفراش فإنه لا مانع أمام القاضي في أن يطبق أحكام المادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة ويلجأ إلى الخبرة العلمية للتأكد من صحة ادعاء المقر بالنسب من غير المقر الذي وجد عنده الولد مجهول النسب فإذا ثبت علميا أن الولد هو ابن له أخذ إقراره وصح ونفذ ، واستبعد إقرار من وجد عنده الولد مجهول النسب ، أما إذا لم يثبت علميا نسبه إليه ، أخذ بإقرار من وجد عنده الولد مجهول النسب دون اللجوء إلى الخبرة العلمية لأن المقر في هذه الحالة يستفيد من قرينة احتمال أن الولد قد ولد له من فراش استحال عليه إثباته. ويجب أيضا أن يكون الابن المعترف به مجهول النسب قبل الإقرار، فإذا كان قد تم إلحاق نسبه بشخص آخر قبل الإقرار فإن هذا الأخير لا يرتب آثاره، حتى ولو كان المقر هو الأب الحقيقي للأبن. إذ أن الأمر هنا يخرج عن احتمالين، فإما أن مجهول النسب قد ثبت نسبه قبل الإقرار بقرينة الفراش وهنا لا يمكن أن ينفي نسبه الأول بالإقرار لصرامة قرينة الفراش، وإما أن مجهول النسب قد ثبت نسبه قبل الإقرار بإقرار أو شهادة شهود وهنا لا يمكن أن يؤخذ بالإقرار الثاني لتخلف شرط أن يكون الابن المقر به مجهول النسب بعد ثبوت نسبه بغض النظر عن صدق النسب الأول أو كذبه.

وتبدوا صرامة قرينة الولد للفراش من خلال أنه لا يتم قبول إثبات النسب بالإقرار بالبنوة أو بأي وسيلة أخرى إذا ثبت الفراش من غير جهة المقر، لأنه إذا ثبت الفراش لغير المقر فلا يمكن نفي النسب إلا باللعان، فالولد للفراش حتى ولو ثبت طبيا أن الابن لا يحمل جينات والده أو حتى ولو ثبت طبيا أن الابن يحمل جينات شخص آخر يطالب بنسب ذلك الابن.

وفي هذا الاتجاه ، ذهب القضاء المغربي في أحد قراراته إلى إثبات النسب استنادا لقرينة الولد للفراش رغم إثبات الخبرة العلمية عدم وجود أي اشتراك جيني بين المولود والزوج ، حيث طرحت قضية على القضاء المغربي موضوعها أن مغربيا تزوج بامرأة بالمغرب سنة 1995 ثم انفصلا بالطلاق بموجب حكم صادر عن المحاكم المغربية بتاريخ 1996/02/02 ، استقرت طليقته بفرنسا ، حيث وفي سنة 1997 رفعت عليه دعوى قضائية أمام محكمة مولوز بفرنسا تطالب بنفقة غذائية للبنات المولودة بتاريخ 1996/09/13 مدعية نسب هذا البنات له ، أنكر الزوج بنوة الطفلة ، فأمرت المحكمة بإجراء تحليل ADN وبعد إجراء التحاليل انتهت الخبرة

العلمية إلى أن البنات ليست من صلب المدعى عليه ، وبناء على هذه الخبرة تم رفض دعوى الأم وطلب منها إثبات نسب البنات لأبيها . في نفس الوقت نفس النزاع تم عرضه على القضاء المغربي ، فتمسك الزوج بما توصل إليه القضاء الفرنسي حيث دفع بالخبرة العلمية وبالحكم الصادر عن محكمة مولوز ، لكن القضاء المغربي قضى باستبعاد الخبرة العلمية وحكم القضاء الفرنسي وألزم الزوج بدفع نفقة غذائية للبنات ، وعلل حكمه بأن البنات ولدت أثناء سريان العلاقة الزوجية أي بعد الطلاق بأقل من تسعة أشهر ، وبالتالي فإن قرينة الولد للفراش هي قرينة قاطعة في إثبات النسب ولا يقطعها إلا إثبات الزنا أي باللعان أو الميلاد خارج المدد المحددة شرعا ، وأن الخبرة العلمية لا يمكنها أن تدحض قرينة الولد للفراش. (Robleh , 2014, p30)

إن ثبوت الفراش من جهة غير المقر يجب أن يفسره القاضي مباشرة على أن المقر فشل في إثبات أن الابن المقر به هو ابن مجهول النسب وهذا يؤدي مباشرة إلى عدم الأخذ بالإقرار، حتى ولو كان المقر صادقا في إقراره ، وحتى إن صدقه الشهود في إقراره ، وحتى وإن صدقته والدة المقر به ، وحتى وإن أثبت العلم نسبة الابن إليه ، فمتى تمسك صاحب الفراش بالبنوة ، فيتعين استبعاد الإقرار بالبنوة لأن الولد للفراش .

المطلب الثاني: شرط إثبات وجود العلاقة الشرعية

إن المقارنة بين نظام الإقرار بالبنوة في الشريعة الإسلامية ونظيره في القانون الفرنسي تكشف عن أوجه اختلاف كبيرة ، حيث يظهر الفرق الجوهرى بينهما من خلال العلاقة بين الإقرار والزواج ، فحسب قواعد الشريعة الإسلامية لا ينتج الإقرار أثره المتمثل في إثبات النسب إلا في ظل وجود علاقة شرعية بين الأب والأم ، إذ أن الإقرار المستند على العلاقة غير الشرعية لا يثبت النسب فرابطة الدم لا تكفي لإثبات النسب متى ثبت أن الابن مولود نتيجة علاقة جنسية خارج نظام الزواج ، لذلك فإن أي واقعة مصاحبة للإقرار يثبت منها العلاقة غير الشرعية بين الأب والأم ستحبط لا محالة إثبات النسب، فالإقرار في الشريعة الإسلامية لا يثبت إلا النسب الشرعي ، بغض النظر عن كون أن إثبات الزواج ليس شرطا جوهريا لصحة الإقرار ، بينما لا يقيم القانون الفرنسي هذا الربط بين النسب والزواج ، إذ يعول القانون الفرنسي على رابطة الدم لإثبات النسب دون النظر في شرعية هذا الأخير ، فمتى ثبت طبيا أو مخبريا أن الطفل له علاقة بالأب فإنه يثبت نسبه إليه حتى ولو كان ميلاد هذا الطفل خارج مؤسسة الزواج والعكس صحيح ، فيمكن نفي النسب عن الابن المولود في الفراش متى ثبت طبيا أو مخبريا بعدم وجود أي رابطة دم بينه وبين الأب للفراش (Robleh , p86).

و الولد المستفيد من قرينة الفراش هو المولود بموجب عقد زواج سواء كان العقد صحيحا أو باطلا أو فاسدا والمولود أثناء قيام العلاقة الزوجية بشرط أن تكون مدة الحمل سنة أشهر على الأقل أو قبل انقضاء عشرة أشهر من فك الرابطة الزوجية، فإذا استناد الولد من قرينة الفراش نسب لأبيه بقوة القانون ولا ترد هذه القرينة إلا باللعان، أما الولد الذي لا يتمتع بقرينة الفراش فإن نسبه يعتبر مقطوعا من أبيه.

وإن النص على الولد للفراش إنما المقصود به أن يقع الحمل نتيجة وطء تم في إطار علاقة زوجية بغض النظر عن صحة أو فساد العقد، وبالتالي فإن تاريخ الولادة ليس هو الفيصل في تحديد النسب ، ولكن يمكن أن يؤخذ كقرينة لإثبات أن الحمل قد وقع حال قيام العلاقة الزوجية ، فالمشرع يعتبر أن الولادة التي تتم قبل انتهاء الستة أشهر الأولى من الزواج هي واقعة تنفي قرينة الولد للفراش ، كما أن الولادة التي تتم بعد عشرة أشهر من فك الرابطة الزوجية هي أيضا واقعة تنفي قرينة الولد للفراش.

و على ذلك ، فإن الإقرار بالنسب يجب أن يكون محله بنوة شرعية والتي لا تكون إلا في حدود قرينة الفراش سواء كان الفراش صحيحا أو باطلا، والسبب في ذلك أن الإجماع في الفقه الإسلامي قائم على أن الأساس في إثبات النسب هو قيام العلاقة الزوجية تطبيقا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاشر

الحجر" ، وبالتالي فإنه يتعين على المقر أن يثبت العلاقة الشرعية التي نتج عنها ميلاد الابن المقر بنسبه (القرمازي ، 2014 ، ص 66).

ويرى بعض الفقهاء أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بإثبات النسب يقتضي عدم التساهل فيما يخص السماح لأي وسيلة إثبات نسب بالمرور خارج نظام الزواج أي خارج قاعدة الولد للفراش، فالنسب لا يتم إثباته إلا في إطار الزواج الشرعي، ولا يمكن للإقرار المجرد من إثبات العلاقة الشرعية أن يؤدي إلى إثبات النسب (Merkarbech , 1987, p 299). لذلك فإن مسألة إثبات الزواج تصبح ذات أهمية في النزاع القضائي عندما يثير أحد الأطراف عدم شرعية العلاقة بين والدي الطفل.

ومن هذا المنطلق، فإن التطبيق الصارم لقرينة الولد للفراش يؤدي إلى أن الإقرار بالبنوة حتى يكون منتجا لآثاره يجب أن يسبق بإثبات الزواج، أي ألا يكون إقرارا مجردا، فإثبات الزواج يعتبر مسألة أولية، ولا يشترط أن يكون الزواج صحيحا، فالإقرار بالبنوة المستند على زواج باطل أو نكاح شبيهة يسمح أيضا بإثبات النسب. إن هذا التشدد مبرر من جهة أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتخوفون من أن قبول الإقرار البسيط في إثبات النسب من شأنه أن يضيف الشرعية على العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، وكذلك من شأنه أن يشكل وسيلة تحايل على تحريم التبني، حيث أن الإقرار المجرد من إثبات العلاقة الشرعية يسمح بإثبات ابن الزنا والابن المتبني، وفي هذا مساس بالنظام العام والآداب العامة.

إن التشدد في تطبيق قاعدة الولد للفراش كان الهدف منه الحد من إمكانية الاندماج في المجتمع بالنسبة للأطفال المولودين خارج إطار الزواج من خلال تقييد حقوقهم في الارتباط بنسب السلف أو وراثته ، حيث أن النسل غير الشرعي هو أدنى مرتبة من السلف الشرعي من الناحية القانونية (Srrano , 2013, p 63).

إن التمسك بصرامة قاعدة الولد للفراش يجعل من صحة الإقرار بالبنوة معلقا على شرط ألا يذكر المقر أن المقر له هو ابنه من زنا، فإذا قال ذلك في إقراره، وصار بذلك الإقرار موصوفا لا مجردا، والراجح أن الزنا لا يصلح سببا للنسب، ولأن النسب نعمة فلا يصح أن تتولد النعمة من جريمة منكرا كالزنا، وهذا ما نصت عليه المشرع الإماراتي بالمادة 92 من القانون الاتحادي المتعلق بالأحوال الشخصية. وينص المشرع المغربي على هذا الشرط صراحة، إذ يشترط لصحة الإقرار بالبنوة أو ما سماه بالاستلحاق أن يصرح المقر بأن هذه البنوة قد نشأت في إطار عقد زواج صحيح كان أو فاسدا. وينطلق القضاء المغربي في فصله في قضايا إثبات النسب من التطبيق الصارم للمادة 148 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من البنوة الشرعية ، حيث نجد أن القضاء المغربي يرفض إثبات النسب ولو أقر به متى ثبت عدم وجود الفراش، إذ يمكن للقاضي أن يستنتج العلاقة غير الشرعية ولو من خلال القرائن، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أنه لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقر الزوج ببنتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه (بلبشير ، 2013 ، ص 38).

و قضت محكمة النقض المغربية بأن المطالبة بثبوت البنوة البيولوجية غير الشرعية مع ثبوت انقطاع النسب الشرعي هي مطالبة ليس لها أي موجب شرعي أو قانوني يبررها لأن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته لأن هذه الأخيرة لا يترتب عنها أي أثر يذكر ، لأن قواعد الفقه المعمول به وهي بمثابة قانون تقرر بأن ولد الزنا يلحق بالمرأة لانفصاله عنها بالولادة بغض النظر عن سبب الحمل ، ويكون منقطع النسب من جهة الأب ولا يلحق به بنوة ولا نسبا (نقض مغربي ، غرفة الأحوال الشخصية والميراث ، عدد 1/275 مؤرخ في 2000/09/29).

وفي نفس الاتجاه تقريبا سار القضاء التونسي ، حيث قضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها المؤرخ في 1975/04/29 بما يفيد عدم الأخذ بالإقرار بإثبات النسب المبني على علاقة غير شرعية ، حيث صرحت بأن

النسب يثبت بالإقرار بوجود اتصال جنسي ناتج عن علاقة شرعية ولا عمل بالإقرار المبني على علاقة جنسية مقامة خارج إطار الزواج (القرمازي ، ص 67). وذهبت نفس المحكمة أيضا في أحد قراراتها إلى القول بأن ثبوت الأصل غير الشرعي للطفل من طريق آخر غير الإقرار يؤدي إلى إهدار أثره القانوني ، فمتى كان ثابتا من محاضر الضبطية القضائية أو الحكم الجنائي أن الأب قد أقر بأن الطفل ناتج عن علاقة غير شرعية فإن النسب لا يثبت ، ولا يمكن للطفل التعويل على إقرار والده الثابت من محاضر الضبطية القضائية أو الحكم الجنائي أنه مقترن بوجود العلاقة غير الشرعية لإثبات نسبه ، لأن ثبوت العلاقة غير الشرعية تمنع الإقرار من ترتيب أثره في إثبات النسب ، وفي هذا قضت محكمة التعقيب التونسية بقولها أن الإقرار الذي يكشف عن الأصل غير المشروع للطفل لا يؤدي إلى إثبات نسبه لأن ذلك يتعارض مع النظام العام والآداب العامة . وتعود وقائع هذا القرار إلى أن فتاة لم تتجاوز العشرين قامت بتسجيل ابنها في شهادة الميلاد دون الإشارة إلى اسم الأب ، هذا الأخير تمت متابعتها بجنحة إبعاد قاصر وأثناء المحاكمة اعترف الأب بأبوته ، فقامت الأم برفع دعوى إثبات النسب مستندة على إقرار الأب أمام محكمة الجناح ، فقام قضاة الموضوع بقبول الدعوى وأثبتوا نسب الابن استنادا إلى إقرار الأب ، لكن محكمة التعقيب نقضت قضاء الموضوع واعتبرت أن محل الإقرار غير شرعي لا يرتب إثبات النسب الشرعي (Robleh , p87).

وإذا رجعنا إلى المشرع الجزائري فإن الأمر ليس بنفس الوضوح ، إذ أن المادة 44 من قانون الأسرة تشير إلى أن الإقرار بالبنوة يكون لمجهول النسب دون أن تضع أي تعريف لمجهول النسب ، ودون أن تضع شرطا صريحا يتضمن ضرورة أن يتضمن الإقرار بالبنوة ما يفيد صراحة أن الابن ليس من الزنا ، لكن هذا لا يعني أن المشرع قد سمح بإثبات نسب ابن الزنا عن طريق الإقرار المجرد من إثبات العلاقة الزوجية، لأن المشرع لو أراد الاعتراف بابن الزنا لأشار إلى ذلك صراحة، كما أن ابن الزنا معلوم أنه لا يرث من أبيه، فلو كان المشرع يريد الاعتراف بنسبه لأبيه ما منع التوارث بينهما.

يؤدي هذا التحليل لموقف المشرع إلى الاعتقاد بأن إثبات العلاقة الشرعية شرط لصحة الإقرار بالنسب، فينتج عن ذلك أن يصبح لدى محاكم الموضوع إثبات شرعية العلاقة شرط لقبول الإقرار بالبنوة ، أي بمفهوم المخالفة أن عدم إثبات العلاقة الشرعية يعني أن الابن هو من علاقة الزنا وبالتالي لا يصح الإقرار بنسبه حتى ولو اعترف به والده وحتى ولو لم يصرح في إقراره أنه من علاقة غير شرعية فيكفي عدم إثبات العلاقة الشرعية حتى ترفض دعوى النسب بالإقرار.

إن هذا الاعتقاد وإن كنا لا نوافق عليه بهذا الشكل الصارم وندعو إلى المرونة فيه إلا أنه اعتقاد سائد لدى بعض القضاة على مستوى المحاكم الدنيا إذ يعلقون إنتاج الإقرار بالبنوة أثره في إثبات النسب على شرط إثبات العلاقة الشرعية. رغم أن المحكمة العليا - وعلى ما سوف نرى لاحقا - لا تتماشى مع هذه الصرامة وتأخذ بقاعدة إحياء الولد تطيفا لقريظة الولد للفراش.

- المبحث الثاني: مرونة نظام إثبات النسب بالإقرار بالبنوة

إن الإقرار بالبنوة مؤهل للقيام بدور جد مهم في حل مشكلة إثبات نسب الأطفال المولودين خارج نطاق الزواج الصحيح، أو الذين استحال على والديهم إثبات الزواج، أو حتى الأبناء المولودين خارج نظام الزواج، إذ يرتب الإقرار أثره في إثبات النسب دون البحث في شرعية مصدره. فيعتبر بذلك الإقرار قريظة على الزواج. ويلعب الإقرار بالبنوة وظيفة إلحاق الأبناء بالأباء حال تعذر إثبات الفراش، حيث أن هذه الوسيلة من وسائل إثبات النسب تتيح للطفل اللحاق بركب الأبناء الشرعيين، وبالتالي فهي تخفف من شدة الحديث النبوي القائل إن الولد للفراش وللغاهر الحجر وتحد من وطأته (القرمازي ، ص 61).

لقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بموضوع إثبات نسب الأطفال مجهولي النسب، فحاولوا إيجاد حلول شرعية من أجل ضمان النسب لهؤلاء الأطفال، حيث انطلقوا من قرينة شرعية النسب، فوضعوا مجموعة من القواعد تسهل إثبات النسب من بينها قبولهم الإقرار بالبنوة لإثبات النسب بدون اشتراط إثبات الزواج وتوسعوا في حجية الإقرار بالبنوة، وكل هذه القواعد تهدف إلى تحقيق غاية واحدة وهي إحياء الولد .

المطلب الأول : تلطيف قرينة الولد للفراش عن طريق التساهل في شرط إثبات العلاقة الشرعية

إن التشدد في اشتراط إثبات العلاقة الشرعية لصحة الإقرار بالبنوة في إثبات النسب من شأنه أن يلحق الضرر بالأبناء الشرعيين الذين تعذر على آبائهم إثبات العلاقة الزوجية، كحالة وفاة الشهود أو وفاة الولي. ومع هذا التعارض بين صرامة قاعدة الولد للفراش وبين ضرورة رفع الضرر عن الأبناء الشرعيين الذين تعذر إثبات شرعية ميلادهم، أو حتى إلحاق الأبناء غير الشرعيين بأبائهم عن طريق تجاوز البحث عن شرعية العلاقة الجنسية، وجب إيجاد نوع من المرونة في قاعدة الربط بين الإقرار وإثبات العلاقة الشرعية. إن ظاهر حديث " الولد للفراش " يمكن أن يكشف أن مسألة إثبات الفراش ليست مطلوبة عند الإقرار بالبنوة ، ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكلف عبد بن زمعة إثبات الفراش بل عول فقط على مجرد قوله بذلك، فيفهم من ذلك أن الإقرار لإثبات النسب بالزواج لا يشترط فيه إثبات ذلك الزواج فيؤخذ بالإقرار لإثبات النسب الذي سببه الفراش. أي أنه لا يطلب من المقر إثبات علاقة الزوجية بينه وبين أم الابن الذي يقر بنسبه إليه نتيجة علاقة زوجية، فيؤخذ بالإقرار كاملاً، فما دام أن المقر قد صدق في إقراره بأبوته للولد فيصدق أيضاً في أن هذا الابن هو نتيجة علاقة شرعية. ولو أنه يمكن من جهة أخرى القول أن مسألة الفراش كانت ثابت غير متنازع عليها، وعلى ذلك أمكن حمل المسألة على الجهة التي تؤدي إلى تحقيق مصلحة الولد، فعدم مطالبة المقر بإثبات الفراش هو إحياء للولد، وفي نفس الوقت لا تتعارض مع قاعدة الولد للفراش .

ويمكن للإقرار أن يكون وسيلة لإثبات نسب الابن المولود لزوجين قبل انتهاء مدة الستة أشهر الأولى من تاريخ الزواج أو بعد أكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، فالأصل أن قاعدة الولد للفراش تعطي إثباتاً لنسب الابن المولود في الفترة الممتدة من ستة أشهر ابتداء من الزواج إلى غاية عشرة أشهر من تاريخ الطلاق وهو نسب ثابت لا ينفيه إلا اللعان أو ثبوت الزنا، لكن القانون لا يمنع إثبات النسب الابن المولود خارج هذا النطاق الزمني متى أقر والده بنسبه.

إن حصر فعالية نظام الإقرار بالبنوة في حالات الأطفال المولودين خارج نطاق الزواج الصحيح هي مسألة جد منطقية، لأنه في حالة إثبات الزواج لا يكون الطفل في حاجة لإقرار الأب ليثبت نسبه ، إذ أن الزواج وحده كاف لإثبات النسب مادام أن الطفل قد ولد في المدة القانونية (أقلها ستة أشهر من الدخول وأقصاها عشرة أشهر من الطلاق) فإن نسبه يثبت بدون الحاجة إلى إقرار والده ، بل أن حتى الإنكار لا ينفى النسب إلا إذا كان قد تم وفق إجراءات اللعان .

ويلعب الإقرار دوراً منقذاً للطفل، إذ وبفضل هذه الوسيلة الشرعية يمكن في حالة عدم القدرة على إثبات الزواج بسبب وفاة الشهود أن يتم إثبات نسب الطفل بمجرد إقرار والده بهذا النسب دون اشتراط إثبات الفراش، إنه يعبر عن تلطيف لقاعدة الولد للفراش. إذ يفترض المشرع أن كل ولد معترف بنسبه أنه ناتج عن علاقة شرعية، فالإقرار وحده كاف ليكون قرينة على شرعية العلاقة ولا حاجة بعد ذلك للمقر أن يثبت أمام القاضي أن الابن المقر به هو نتاج علاقة زوجية فهذه مسألة مفترضة، ويصعب من الناحية العملية إثبات عكسها، لأن إثبات ذلك يعني إثبات الزنى في المقر والأم وهذا عملياً يصعب إثباته.

ولا يشترط ثبوت الزوجية بين أم المقر له بالنسب وبين صاحب الإقرار بالبنوة، ومعنى ذلك أنه يكفي ألا يصرح المقر في إقراره أن الابن المقر له هو من علاقة غير شرعية حتى يصح نسب الابن إليه، فلا يطلب بعد ذلك القاضي من المقر أن يثبت وجود علاقة زوجية بينه وبين أم الابن المقر له بالنسب، كان يطلب منه إثبات الزواج قبليا أو ان يطلب منه إحضار شهود لإثبات وجود علاقة الزوجية.

لقد تبنت المحكمة العليا قاعدة إحياء الولد ولطفت في تطبيقاتها من حدة قاعدة الولد للفراش إلى أبعد الحدود، حيث قبلت إلحاق النسب حتى في حالة عدم وجود علاقة غير شرعية استنادا إلى الخبرة الطبية، إذ بموجب قرارها المؤرخ في 2006/03/05 قضت غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا إلى إلحاق نسب طفل استنادا إلى الخبرة الطبية رغم عدم ثبوت العلاقة الشرعية وفي تسبيهم لهذا القرار صرح قضاة النقض بأن أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا إلى طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيئة ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/03/05، ملف رقم 355180، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2006، ص 473).

وفي قرار سابق لهذا القرار أكد قضاة المحكمة العليا على عدم التشدد في قاعدة الولد للفراش عند إثبات النسب والمرونة فيها قدر الإمكان، معتبرين أن إثبات النسب إحياء للولد، إذ وبموجب هذا القرار صرح قضاة النقض بأن قضاة الموضوع قد أخطوا بين إثبات الزواج وبين دعوى النسب معتقدين بأن النسب لا يثبت إلا في حالة الزواج الصحيح مع أن الشريعة لا تشترط في إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار وبالبيئة أي شهادة الشهود وبنكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعتبر إحياء له ونفيه قتلا له. وحيث أنه في أغلب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/28، ملف رقم 172333، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد الأول 1997، ص ص 44-45).، وذهبت المحكمة العليا إلى إثبات نسب ولد المغتصبة رغم أن العلاقة غير الشرعية كانت ثابتة، ولم تقبل دفع المطعون ضده المستمدة من تمسكه بقاعدة الولد للفراش، إذ ألحقت نسب الابن إليه رغم عدم وجود العلاقة الزوجية (فاطمة الزهراء تبوب، 2013، ص 114). وفي قرار مشابه قضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها المؤرخ في 2006/03/02 أن رفض الرجل الذي رفعت عليه دعوى إثبات النسب إجراء التحليل الطبي الذي أمرت به المحكمة بدون سبب معطل يعد إقرارا منه بثبوت نسب الطفل مجهول النسب. لكن هذا الحكم لا يجد له أساس في الشريعة الإسلامية وإنما أخذ من بعض القوانين الغربية التي تجيز إثبات نسب الابن باللجوء إلى الطرق العلمية وحتى وإن أنكره والده (القرمازي، ص 69).

إن هذه المرونة في تطبيق قاعدة الولد للفراش المطبقة من طرف المحكمة العليا كانت دائما مقترنة بشرط الإقرار أو البيئة، أما إذا لم يتم الإقرار بالبنوة من طرف الأب أو لم تكن هناك بيئة فإن قاعدة الولد للفراش تصبح واجبة التطبيق، حيث سبق للمحكمة العليا أن قضت بأنه وحتى وفي حالة وجود الزواج الشرعي فإن ميلاد الابن في مدة تقل عن ستة أشهر من هذا الزواج لا يؤدي إلى إثبات نسبه إلى الزوج ما دام لم يقر ببنوته (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/01/22، ملف رقم 57756، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة

القضائية، العدد الثاني 1992، ص ص 71-76) ، و بالتالي فإن العلاقات الجنسية التي تتم قبل الزواج الشرعي لا يمكن أن تعتبر من قبيل الدخول الشرعي المؤدي إلى إثبات النسب ، وهنا نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا وفي ظل عدم وجود الإقرار رفضوا إثبات النسب تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش ، فميلاد الابن خارج دائرة الفراش ومع عدم إقرار صاحب الفراش بالبنوة فإن طلب إثبات النسب إلى صاحب الفراش يعد طلباً غير مقبول . ومع ذلك، فإن هذا الولد يمكن إنقاذه وإثبات نسبه متى أقر ببنوته شخص آخر، فمن المحتمل أن يكون مولوداً لفراش سابق، فيكون صاحب هذا الفراش السابق أن يقر ببنوته لهذا الولد وينسب إليه، ومتى أقر بالبنوة فإنه لا يطلب منه إثبات الفراش.

فالمبدأ أن من أقر بنسب مجهول النسب إليه غير ملزم بإثبات نسب البنوة لأن الأصل حمل الناس على الصلاح دائماً، ولمن يدعى خلاف ذلك أن يثبت صحة ما يدعيه، لذلك يكفي في البنوة أن يعلن الأب إقراره ثم يتخذ بعد ذلك موقفاً سلبياً، فلا يطالب بإثبات الفراش ما دام أن الشرع قد وضع لهذا السبب الأخير أحكاماً خاصة به، فلا يكون بذلك من واجبات المحكمة أن تبحث في طبيعة العلاقة الرابطة بين المقر والطفل المقر له (بلبشير ، ص 148).

وقضت المحكمة العليا أن الشخص متى تقدم أمام مصالح الحالة المدنية وسجل الولد باسمه واستخرج له شهادة ميلاد بتصريح منه فإن ذلك يعد إقراراً بأبوته، وأن ثبوت النسب بالإقرار لا يشترط فيه ثبوت العلاقة الزوجية (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2015/03/12 ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، مجلة المحكمة العليا، عدد 01 ، سنة 2015 ، ص ص 241-242) . كما قضت أنه يجب عدم الخلط بين إثبات الزواج وبين دعوى النسب، إذ أن بعض قضاة الموضوع يعتقدون بأن النسب لا يثبت إلا في حالة الزواج الصحيح مع أن الشريعة الإسلامية لا تشترط في إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار وبالبيينة أي شهادة الشهود وبنكاح الشبهة والنفاس أو الباطل تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعتبر إحياء له ونفيه قتال له (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/28- غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 1، ص 1997، ص 44) .

إن هذه المرونة التي يجب الأخذ بها عند إثبات النسب عن طريق الإقرار بالبنوة تجعلنا نتساءل حول مدى قبول إثبات نسب ابن الزنى، خاصة أن قانون الأسرة لم ينص صراحة إلى عدم إثبات نسب ابن الزنى بالإقرار. اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث انقسم بين رأي غالب وهو رأي الإجماع يقول بعدم جواز إثبات نسب ابن الزنى، ورأي ضعيف يقول بجواز ذلك.

لقد أجمع الفقهاء على رد الإقرار بالبنوة متى صرح المقر في إقراره بأن الولد المقر له بالبنوة هو ولده من زنى ، لأن تصريحه بأنه من الزنى يقتضي رد إقراره وعدم ثبوت نسبه منه وعدم استحقاقه شيئاً من تركته بعد وفاته ، وولد الزنى لا يثبت نسبه شرعاً لما فيه من إقرار غير المشروع الذي حرمه الله (الجندي ، 1992 ، ص 1287).

والأدلة الشرعية على عدم جواز استلحاق مقطوع النسب - ابن الزنى - مستمدة من السنة النبوية، إذ جاء في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أيما رجل عاهرَ أمةً أو حرةً فولده ولد زنا لا يرث ولا يُورث" (أخرجه الترمذي ، في الفرائض باب 21 رقم الحديث 2113 وصححه الألباني) ، فهذا حديث صحيح ألفاظه عامة تدل أن الابن المولود من علاقة غير شرعية محرمة هو ولد زنى لا يرث والده ولا يرثه والده، وما دام أن سبب الإرث هو النسب الصحيح فظاهر الحديث أن ابن الزنى لا يلحق بنسب أبيه نسباً شرعياً.

ويرى الفريق الثاني - وهو ضعيف - أن ولد الزنى يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج، وهذا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار ، فقد ذكر عنهما أنهما قالوا : " أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له ، وأنه زنا بأمه ، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه " (ابن القيم ، 2018 ، ص 583) ، وهو قول لأبي حنيفة فقد روى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال : " لا أرى بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ، ويستتر عليها ، والولد ولد له " (الماوردي ، 1999 ، ص 162) . وقد تكلم ابن تيمية في هذه المسألة حيث أشار إلى أن فيها قولان على رأي أهل العلم، مشيرا إلى أن حديث الفراش لم يتطرق إلى حالة الإقرار بالبنوة دون فراش، وأن سيدنا عمر رضي الله عنه ألحق أبناء ولدوا في الجاهلية بأبائهم ، (ابن تيمية ، ص 178) ، لكن شيخ الإسلام يميل إلى أن نسب ابن الزنى يلحق بأمه ولا يلحق بالعاهر ويضعف الرأي القائل بجواز إلحاق ابن الزنا بأبيه ، بل أنه يشكك في أن ينسب مثل هذا القول لأبي حنيفة (ابن تيمية ، ص 201) . وقال ابن القيم أن الأب هو أحد الزانين مثله مثل الأم الزانية وقد اشترك ماءه وماءها في نشأته فهما قد اشتركا فيه، فإذا كان ابن الزنى يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه، فما المانع من إلحاقه بأبيه إذا لم يدعه غيره، ولم تلده أمه على فراش غيره، فمن باب القياس المحض أننا نصل إلى إعطاء نفس الحكم فكما ينسب ابن الزنى لأمه يقتضي القياس إلحاق نسبه لأبيه (ابن القيم، ص 584). وقال الحسن البصري وابن سيرين وإبراهيم النخعي وإسحاق ابن راهوية أن ابن الزنى يلحق الزاني ويرثه إذا أقيم عليه الحد، فابن الزنى يلحق نسبه بأبيه، ولا يجوز حرمانه من هذا النسب، لأن حرمانه من النسب يشكل عقوبة له عن فعل لم يأت به (ابن قدامة، ب س ن ، ص 36) ، والقاعدة في الشريعة الإسلامية تقوم على عدم تحميل الشخص وزر غيره ولو كان أقرب الناس إليه مصداقا لقوله تعالى " ولا تزرر وزر أخرى " (سورة الأنعام ، الآية 164).

وأرى أن هذا المذهب وإن كان ضعيفا يخرج عن إجماع فقهاء الشريعة فإنه يقوم على شيء من المنطق ، وفيه ما يوافق التطور الذي صار عليه المجتمع الإسلامي حاليا ، وما تتطلبه المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية الطفل، لأن في نسبة ابن الزنى لأبيه إحياء له ، وحفظ له من التشرذم ، وإبعاده عن الحقد على المجتمع ، وتحميل للزاني مسؤولية جريته ، فالابن لا ذنب له في جنابة أبيه ، وأنه من العدل أن لا يتحمل خطأ والديه ، ذلك أنه ولأجل إنقاذ الولد وإحيائه وهي قاعدة شرعية متفق عليها ، فإنه يجوز إلحاق نسب ابن الزنى إذا تستر عليه والده بالادعاء بأنه من الفراش والإقرار بالبنوة ، فمتى تزوج بأمه وهي حامل به صارت له فراشا ومتى أقر ببنوته ثبت له النسب حتى ولو ولد لأقل من ستة اشهر بعد الدخول ، مع بقاء إثم الزنى على الأب والأم ، لأن حد الزنى وإثباته لا يتم شرعا إلا بالشهود أو الإقرار بالزنى ، ومن لطف الشارع الحكيم أنه لا يطلب من الحاكم أن يتتبع الناس في أعراضهم فهم أبرياء متى لم يقدّم الدليل الشرعي على ارتكابهم لفاحشة الزنى، وبالتالي فإن الإقرار بالبنوة يصح ويلحق النسب ولا يطلب من القاضي البحث في شرعية العلاقة التي أثمرت الولد. إن عدم نص قانون الأسرة على جواز أو عدم جواز إثبات نسب ابن الزنى عن طريق الإقرار بالبنوة رغم ثبوت الزنى يجعل من القضاء يميل إلى تبني الرأي الراجح والغالب الذي يقول بعدم جواز إثبات نسب ابن الزنى متى ثبت للقاضي من الإقرار أو من أدلة كافية في الملف أن الابن ناجم عن علاقة زنى، وعلى ذلك فإنه لا يبقى أمام الأب الذي يقر ببنوته من الزنى سوى طريق الكفالة متى كانت واقعة الزنى ثابتة ومشهورة ، إذ أن ثبوت الزنى يقطع النسب، حيث عمد المشرع مؤخرا وعن طريق المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 2020/08/08 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب (ج ر ع 47 س 2020) ، إلى السماح باكتساب المكفول لقب كفيله لكن دون أن يتمتع بآثار البنوة الكاملة خاصة ما تعلق منها بالميراث ، حيث

نصت المادة 01 مكرر من هذا المرسوم على أنه يجوز لكافل الطفل مجهول النسب أن يلجأ إلى القضاء من أجل الحصول على أمر بتغيير لقب الطفل مجهول النسب ومطابقته مع لقب الكافل. وأرى أنه وفي ظل عدم حدوث تقبل في المجتمع لإثبات نسب ابن الزنى فإن الوقت لم يحن بعد لكي يقوم القضاء بتبني الآراء الفقهية التي تقول بجواز ذلك. ذلك أن القضاء ولمخالفة الراجح في اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية يحتاج إلى وقت يتم تحضير المجتمع فيه إلى مثل هذا التحول ، مع عدم مساس هذا التحول بالحد الأدنى من النظام العام والأخلاق الحميدة داخل المجتمع .

المطلب الثاني : إعمال الحجية بما يفيد تفعيل قاعدة إحياء الولد

الإقرار بالنسب هو من المسائل التي لا تحمل الهزل فهو كإيقاع الطلاق ينفذ ولو كان بنية الهزل، فإذا ثبت الإقرار بالنسب فلا يجوز للمقر أن ينفيه مرة أخرى، أو ان يدفع بصورية الإقرار أو مخالفته للواقع ، لأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء كان صادقا في الواقع أو كاذبا ، فإن كان كاذبا سواء كان الابن ليس ولده ويريد أن يلحقه به أو كان ابنه من زنا ، فإن القاضي لا يكون من اختصاصه البحث في هذا الكذب إلا من جهة معقولة الإقرار .(كمال صالح البنا ، ص 179) . والراجح أن من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقة ، وأنه خلق من مائه ، سواء أكان صادقا في الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة ، غير أنه إذا كان كاذبا في الواقع ، كان عليه إثم ذلك الادعاء ، لذلك لا يجوز الدفع بصورية حكم النسب الصادر في دعوى سابقة بناء على الإقرار به للتخلص من آثار النسب ، (نقض مصري ، طعن رقم 26 جلسة 1973/12/05 ، أحكام النقض ، المكتب الفني - مدني - السنة 24 - العدد 03 - ص 1232).

و إذا أقر الرجل بأن هذا الولد ابنه ولم يصرح بأنه من الزنا فإن نسبه يثبت بهذا الإقرار، ولا يصح رد إقراره ، صيانة للولد من الضياع ، فضلا عن أن الأخذ بهذا الإقرار يطابق الأصل الذي هو حمل الناس على الصلاح ، فلا يجوز حمل الناس على الإتيان بالدليل على صدق ما يخبرون به ، لأن الأصل في الخبر الصدق ما لم يقم الدليل على كذبه ، وما دام أن الإقرار هو إخبار ، فيحمل صاحبه على الصدق ولا يجوز تكذيبه بدون بينة ولا يجوز مطالبته بإثبات صدق ما يقر به ، (علال برزوق ، 2015 ، ص 135).

إن إقرار الرجل ببنوة الولد حجة ملزمة فيثبت نسبه منه، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون إنكارا بعد الإقرار فلا يسمع، ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب وإن أنكرته الأم، إذ هو إلزام له دون غيره فلا يتوقف على تصديقها ولا يبطله إقرارها أنها لازالت بكر بعد ميلاد الولد أو أنها عاقر، فالأم لا تملك حق إبطال ثبوت نسب الولد لأبيه متى أقر به . فإذا قام الشخص بالإقرار بثبوت نسب طفل لقيط، فإن هذا الإقرار يرتب آثاره الشرعية متى توافرت شروطه ويصل في النهاية إلى تبني هذا اللقيط، وبذلك يستخدم الإقرار كحيلة لتحقيق أغراض شبيهة بما يحققه نظام التبني المحرم شرعا ، (فودة، ، 2003، ص 113). ، وهنا يظهر بوضوح تطبيق قاعدة إحياء الولد ، فغلبت مصلحة تمتيع الابن بالنسب على مفسدة إتيان فعل محرم وهو التبني ، فالنعمة تلحق الابن والإثم يلحق المقر الكاذب في إقراره .

ولا يصح الرجوع عن الإقرار، فإذا حكمت المحكمة بنسب الابن المقر به إلى المقر فلا يجوز للمقر أن يتراجع عن إقراره، فإذا تراجع عن إقراره فإن ذلك لا يؤثر على صحة النسب الذي يبقى صحيحا، وإذا كان التراجع عن الإقرار قد تم قبل أن يصير الحكم نهائيا كأن يتم في مرحلة الاستئناف ، فإن قضاة الاستئناف يجوزون سلطة فحص هذا التراجع من حيث تأسيسه ، فإذا كان التراجع يقوم على أساس واقعي أو قانوني سليم فإنه يمكن الأخذ به وإلغاء الحكم المستأنف، لأن هذا الحكم وإن كان قد قضى بثبوت النسب عن طريق الإقرار إلا أنه ليس حكما

نهائياً ، فهو يحوز حجية قابلة للمراجعة أمام جهة الاستئناف بمجرد الطعن فيه ، لكن إذا اكتسب الحكم قوة الشيء المقضي فيه فإن باب التراجع عن الإقرار يكون قد أغلق في وجه المقر .
والراجح في المذهب الحنفي المعمول به أن أحكام النسب حجة على الكافة ، ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل النسب من النظام العام فلا ينقض بالجوهر ، كما لا يرتد ، ولا ينفسخ بعد ثبوته (نقض مصري ، طعن رقم 27 جلسة 1997/03/17 ، أحكام النقض ، المكتب الفني - مدني - السنة 48 - ج 01 - ص 506) .
وإذا أنكر الورثة النسب بعد الإقرار به من طرف والده، فلا يلتفت إلى إنكارهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر والذي بإقراره قد قبل تحميل النسب على نفسه وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره (الجندي ، ص 1280) ، وذهب قضاء المحكمة العليا إلى إعطاء الإقرار بالنسب الحجية التي لا يجوز فقدانها بمجرد التراجع عنها ، حيث انتهت في أحد قراراتها المنشورة إلى القول بأن الإقرار بالبنوة المجرى الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب ويكون ذلك حجة على المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره سواء من المقر نفسه أو ورثته بعد وفاته لما ترتب عن ذلك من حق الولد في النسب (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2012/11/14 ، ملف رقم 761943 ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني 2013 ، ص 286) ، وفي قرار آخر ذهب قضاة المحكمة العليا إلى أن ثبوت النسب بالإقرار لا يقبل النفي بأي طريق وتحت أي ادعاء ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك، لأن ثبوته بالإقرار مقدم على الوسائل العلمية ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النسب الثابت به ، فضلا عن الاستعانة بها لتأكيد النسب أو نفيه لما في ذلك من حق الولد في النسب ولما يترتب عن ذلك من أضرار نفسية واجتماعية بالأفراد والأسرة والمجتمع (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2015/09/10- غرفة شؤون الأسرة والمواريث - مجلة المحكمة العليا، ع 2، س 2015، ص 168).

إن قضاء المحكمة العليا مستقر على أنه لا يجوز للمقر ولا لورثته ولا للغير الطعن في حجية الإقرار في إثبات النسب تحت ذريعة أن المقر قد تراجع عن إقراره أو أن هناك شهود يشهدون بكذب إقراره ، أو أن هذا الإقرار صوري يخفي التبني ، أو أن الإقرار غير معقول يكذبه الواقع ، لأن إعادة النظر في مثل هذه المسائل يشكل مساس بحجية الحكم القضائي الذي قضى بثبوت النسب والذي يفترض أنه قد ناقش وفحص كل حذو المسائل ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن إحياء الولد بإحياه بالنسب معين أولى من نفي هذا النسب عنه عن طريق البحث في كذب الإقرار ، كما أن السماح بالتراجع عن الإقرار ونفيه من شأنه أن يربك النظام العام الاجتماعي وأن يمس باستقرار العلاقات الأسرية داخل المجتمع .

وأقر القضاء المصري أن الإقرار بالبنوة حجة في ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق إداري أن الولد لقيط، ذلك أن اللقيط هو مجهول النسب فإن تصادق الزوجان على أنه ابنهما يكون النسب ثابت منهما، وهذا قضاء فيه إحياء للولد وتغليب لمصلحته، فالإقرار من حيث الحجية أقوى من مجرد التسجيل الإداري ، لأن الإقرار يقين والتسجيل الإداري مجرد قرينة بسيطة ، والدليل المحمول على اليقين في الإثبات أقوى حجية من القرينة البسيطة (البنا ، ص 179).

و رغم أن حجية الإقرار قاطعة لا يجوز إثبات عكسها حسب ما سبق بيانه . إلا أن هذا لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه وقع تحت إكراه معدم أو مفسد للإرادة أو أنه صدر منه وهو فاقد للأهلية، فإذا استطاع إثبات بطلان إقراره فإنه يزول ويفقد حجيته. لأن الإقرار من ناحية أنه يتضمن اعترافا بالحق من جانب واحد فهو أشبه بالتصرف بالإرادة المنفردة، وبهذا الوصف فهو يحتاج لصحته أن يتوفر جميع الشروط الواجب توفرها لصحة هذا التصرف. فإذا أقر الشخص بأبوته لشخص آخر فإنما هو يثبت على نفسه النسب، فيتعين حينئذ أن

يكون متمتعاً بالأهلية الواجبة لصحة الاعتراف، وأن تكون إرادته سليمة. حيث يجوز للمقر أن يرجع في إقراره للإكراه لا للغلط، فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم أن إقرار المكره باطل (السنهوري ، 2009، ص 486).

وإذا كان الشخص قاصراً أو محجوراً عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه ، فإن إقراره لا يصح ولا يرتب إثبات النسب ، أما إذا صدر الإقرار من وليه أو وصيه المقدم عليه فإن هذا الإقرار لا يصح ولا يثبت به النسب إلا إذا كان الإقرار قد تم بعد إذن من المحكمة، لأن مثل هذا الإقرار يؤدي إلى ترتيب حقوق مالية في ذمة المقر كالنفقة مثلاً، وبالتالي فهو تصرف مفقر له، وقياساً على القواعد العامة فإن التصرفات القانونية المفقرة لذمة القاصر أو المحجور عليه التي تتم من طرف وليه أو المقدم عليه فإنها لا تصح إلا إذا تمت بإذن من المحكمة. وإذا تم الإقرار بدون إذن من المحكمة فإنه لا يؤدي إلى إثبات النسب لعدم صحة الإقرار، ولكنه يمكن أن يؤدي إلى نفس النتيجة أي إثبات النسب ولكن استناداً على البينة أي شهادة الشهود، إذ يمكن أن يكيف إقرار الولي أو المقدم على أنه شهادة ويطلب تدعيمها بشاهد آخر أو أكثر ويثبت النسب من هذا الطريق لا من طريق الإقرار. وما دام الإقرار بالبنوة ينطوي على اعتراف بحق من الحقوق فإنه يجب أن يصدر عن صاحبه ولا تصح فيه الوكالة العامة ، فلا يصح من وكيل عام ولا يصح من محام إلا إذا كان المحامي مفوض بالإقرار في عقد الوكالة الصادر إليه وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني أن الإقرار يجب أن يصدر من الخصم أو ممن يفوض في ذلك بتوكيل خاص ، فلا يجوز للوكيل أن يقر عن الموكل إلا أن يكون قد خول ولاية خاصة ، لأن الإقرار في حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة ، فهو يخرج بذلك عن نطاق الوكالة العامة ، ولهذه العلة يشترط توقيع الموكل على المذكرات التي تقدم من محاميه إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامي مفوضاً بالإقرار بتوكيل خاص (السنهوري ، ص 487). والإقرار بالبنوة وباعتباره ذو طبيعة قانونية خاصة إذ أن محله لا يتعلق بحق مالي وإنما يتعلق بحق من حقوق الشخصية، فإن قبول المقر له يكون لازماً لترتيب آثاره إذا كان المقر له راشد، إما إذا لم يكن راشداً كأن يكون صغيراً مثلاً فإن الإقرار يرتب آثاره دون الحاجة إلى قبوله بل حتى في حالة رفضه، لأن الإقرار في هذه الحالة يعتبر نافعا له نفعاً محضاً، إذ أن به يثبت نسبه، وأن إثبات النسب لمجهول النسب هو دائماً في مصلحته.

ويكون للإقرار أثر رجعي يستمد من طبيعته الكاشفة ، فإذا تم الإقرار ببنوة الولد لحق نسبه بأبيه من يوم الحمل به وليس من يوم الإقرار أو من يوم صدور الحكم بالإقرار ، فيكتسب الابن المقر به جميع الحقوق التي مصدرها نسبه بأبيه والتي كان من الممكن أن يكتسبها من يوم الحمل به ، ويستثنى من ذلك الحق في النفقة بحيث أن هذا الحق لا ينشأ بأثر رجعي بل يكون مستحقاً فقط ابتداء من يوم رفع دعوى إثبات النسب، والسبب في ذلك هو عدم تحميل المقر التزامات مالية نظير صحوة صميره وإحيائه لمجهول النسب ، فالإقرار يجب أن لا يكون مجلبة للضرر بالنسبة للمقر ، وفي ذلك أيضاً تشجيع للمقر على الإقدام على الاعتراف ببنوة الولد (القرمازي ، ص 70).

خاتمة :

إن تحليل ودراسة عناصر وشروط الإقرار بالبنوة تسمح لنا بالقول أن أساس إثبات النسب بهذه الوسيلة القانونية هو رابطة الدم أكثر من رابطة الزواج ، فالإقرار يسمح للأب أن يلحق نسب ابنه به لأنه من صلبه قبل النظر في مدى شرعية العلاقة التي كانت تربطه بوالدة الابن ، إنها وسيلة تحقق التوازن بين مطلبين متعارضين ، فمن جهة تساهم في إحياء الولد بإثبات نسبه دون البحث في طبيعة العلاقة القائمة بين الأب والأم ، ومن جهة أخرى تشترط الحد الأدنى من الأخلاق الحميدة داخل المجتمع إذ لا تسمح بإثبات نسب الابن إلى أبيه متى كانت العلاقة غير الشرعية ثابتة بشكل واضح ، إن الإقرار بالبنوة لا يمكن أن يكون وسيلة لتبرير السماح بتفشي الزنى ، أو

أن يكون وسيلة لإخفاء التبني الذي هو محظور شرعا وقانونا . وهكذا فإن القضاء عندنا مدعو إلى تلطيف قاعدة الولد للفراش عند النظر في دعاوى إثبات النسب عن طريق الإقرار بالبنوة، وذلك بعدم التشدد في طلب إثبات شرعية العلاقة أو إثبات الفراش، فمتى أقر المدعي أو المدعى عليه ببنوته للابن مجهول النسب فإن هذا كاف لإلحاقه بركب الأبناء الشرعيين دون البحث في شرعية أو عدم شرعية العلاقة التي كانت تربط الوالدين إلا إذا كانت علاقة الزنا ثابتة من الإقرار نفسه، ولعل هذه المرونة المطلوبة تكون حلا لإنقاذ الولد وإحياءه. لكن هذه المرونة يجب أن لا تلغي قاعدة الولد للفراش التي تبقى هي القاعدة الأساس فهي أولى بالترتيب متى تنازع طرفان حول البنوة، فالبنوة تكون لصاحب الفراش حتى ولو قامت قرائن أو أدلة علمية تعاكس هذه القاعدة لأنه وعند النزاع فالأصل الثابت أن الولد للفراش وللعاهر المنع من النسب، أما قاعدة إحياء الولد فتكون قابلة للتطبيق عند الادعاء بالبنوة مع العجز عن إثبات الفراش، حيث يكون القاضي في هذه الحالة مدعو إلى التيسير بعدم مناقشة مسألة مدى شرعية العلاقة التي كانت قائمة بين والدي الابن المطلوب استلحاقه بالإقرار بالبنوة .

توثيق المراجع

أولا - توثيق النصوص

- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، س 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، ج ر ع 15، س 2005
- المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 08/08/2020 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر ع 47 س 2020.

ثانيا - توثيق الكتب

- البنا ، كمال صالح . (1997) . موسوعة الأحوال الشخصية، مصر، دار الكتب القانونية.
- ابن قدامة ، (ب س ن) ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ج 07 ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع .
- ابن تيمية ، (1987) ، الفتاوى الكبرى ، المجلد الثالث ، ط 01، بيروت ، دار الكتب العلمية .
- الجوزية ، ابن القيم (2018) ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، المجلد الخامس ، ط 01 ، الرياض ، دار عالم الفوائد .
- الزحيلي ، وهبة . (2017) . الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ط 12، دمشق. دار الفكر.
- الزحيلي ، وهبة . (2017) . الفقه الإسلامي وأدلته، ج 06، ط 12، دمشق. دار الفكر.
- الجندي ، أحمد نصير (1992) ، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، القاهرة ، ب د ن .
- الماوردي ، (1999) ، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي ، ج 08، ط 01، بيروت ، دار الكتب العلمية .
- السنهوري ، عبد الرزاق (2009) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 02، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية .
- فودة ، السيد عبد الحميد (2003) ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي .

ثالثا - توثيق الرسائل والأطروحات

- بلشير ، يعقوب (2013) ، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة وهران .

- علال بيزوق ، آمال (2015) ، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي . دراسة مقارنة . أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان .

رابعا - توثيق الدوريات والملتقيات

بحث في مجلة محكمة

- الفرمازي ، محمد (2014) ، أحكام النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتشريع الإسلامي ، مجلة دراسات قانونية ، كلية الحقوق بصفافس ، ع 21 ، س 2014 ، ص ص .
تطبيق على قرار

- تيوب، فاطمة الزهراء (2013) ، نسب ابن المغتصبة، تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2013، ص 114.

• **Références :**

I. Documentation des thèses :

Prévost .L, (1977) , L'établissement de la filiation en droit tunisien, thèse Paris.

Robleh, Youssef Ali,(2014), le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation, thèse de doctorat droit privé, université de Grenoble.

II. Documentation de périodiques et forums :

Merkarbec.C (1987) , L'enfant conçu et né hors mariage, RASJEP , Alger .p 299.

Serrano, Delfina (2013) , Paternity and filiation according to the jurists of AL-ANDALUS: legal doctrines on transgression of the Islamic order, revue Imago Temporis. Medium Aevum, VII (2013): 59-75. ISSN 1888-3931, p63.