

قاعدة إحياء الولد ودورها في توسيع حالات إثبات النسب

Title of the article Child reviving rule and its role in expanding paternity cases

بوسنة رابح¹

جامعة 8 ماي 1945-قالمة الجزائر، boucennarabah@live.fr

الاسم الكامل ميهوبي مراد

جامعة 8 ماي 1945 - قالمة-الجزائر، Mihoubimourad@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2024 / 02/13 * تاريخ القبول 2025/05/19 * تاريخ النشر: 2025/ 06 /04

ملخص:

يعد النسب من الموضوعات المهمة جدا في المنظومة التشريعية، وهذا لإرتباطه الوثيق بالأسرة ، لهذا فهو يعد أحد مقاصد الشريعة الخمسة التي جاءت لحفظها ، لذا جاءت نصوص القانون والشريعة متوافقة ومتوافقة تقريبا في تحديد إجراءات إثبات النسب وحصرها، وهذا إعمالا لمبدأ الإحتياط في النسب، ومع هذا فإن استقراء النصوص الشرعية والقانونية يدل بكل وضوح أن هناك قاعدة أخرى تم اللجوء إليها وتطبيقها في الكثير من القضايا الإجتهادية من أجل إثبات النسب، وهي قاعدة إحياء الولد، و إذا كان الأصل في النسب هو الإحتياط فيه ما أمكن، فإن النصوص والإجتهادات الفقهية لم تخل من إعمال قاعدة إحياء الولد، وهنا تطرح إشكالية المجالات التي تم تطبيق القاعدة بشأنها، وهل يمكن العمل بها حاليا لإثبات نسب الأطفال.

الكلمات المفتاحية: النسب ؛ إثبات ؛ الزواج ؛ الولد، الأسرة.

Abstract:

Filiation is one of the very important issues in the legislative system, This is due to its close association with the family, so it is one of the five objectives of Sharia that came to preserve it. Law and Sharia texts have been almost consistent and compatible in determining filiation proceedings and limiting them in implementation of the principle of precaution in lineage. so,extrapolating the texts of law and Sharia indicates clearly that there is another rule that has been resorted to and applied in many cases of jurisprudence in order to establish filiation, which is child reviving rule.

If the principle is precaution in filiation as much as possible, then the provisions and jurisprudence are not without the implementation of the rule of child reviving, and here the problematic arises about the areas in which the rule has been applied, and the possibility of using it currently to prove the lineage of children

Keywords : *filiation, proof, marriage, child, Family.*

¹ بوسنة رابح.

مقدمة:

من الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية للطفل الحق في ثبوت نسبه من والديه، والنسب "filiation" عرفه فقهاء الشريعة بأنه حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث أن الشخص انفصل من رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين للذي يكون الحبل منه(وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 1986، ص 231)، كما عرف النسب" على أنه القرابة الناشئة عن صلة الرحم بالتناسل (الطروانا، 2003، ص 303)، أو هو القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل (القاضي، 1996، ص 16)، وحق الطفل في النسب هو أن يكون له أبوان معلومان وغير مجهولين، وعليه فالبنوة هي أن ينتسب الطفل إلى أبيه وأمه، وتعبير القرآن أن يتخلق الولد من ماء أبويه نتيجة عقد زاج شرعي، كما في قوله - تعالى-: "هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا، وكان ربك قديرا"(سورة الفرقان، الآية).

ومظهر النسب يتجلى في اللقب، ومعناه في اللغة ما يسمى به الإنسان بعد اسمه العلم، من كل لفظ يدل على المدح أو الذم، ويكون اللقب الدال على النسب في الشريعة الإسلامية بحمل الطفل لإسم أبيه، قال الله تعالى: "ادعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين" (سورة الأحزاب، الآية رقم 5)، كما أوجب القانون أن يكون لكل شخص إسم و لقب، حيث جاء في المادة 1/28 من قانون الحالة المدنية أنه: "يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، و لقب الشخص يلحق أولاده".

وقد حددت النصوص القانونية والنصوص الشرعية قواعد النسب، وبينت وسائل إثباته، ومع ذلك لا زالت بعض الجوانب محل خلاف فيما إذا كان بالإمكان أن تشملها قاعدة إحياء الولد أم إخضاعها لمبدأ الإحتياط في إثبات النسب.

فعلى المستوى القضائي أكدت المحكمة العليا على وجوب إعمال هذا المبدأ بقولها في أحد قراراتها بأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد م ع غ أ ش ، قرار رقم 202430 صادر بتاريخ 15-12-1998) ، بل إن المشرع الجزائري نفسه في باب إثبات النسب من قانون الأسرة، نجده قد توسع في تطبيق هذه القاعدة حتى إنه جعلها تشمل كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لأحكام المواد 32 و 33 و 34، ومعلوم أن هذه المواد تتحدث عن الزواج الفاسد والباطل.

وتعد هذه القاعدة من محاسن الشريعة التي جاءت بالعدل والمساواة وكرامة الإنسان، ودلت عليها النصوص الشرعية.. لهذا ليس كل نسب عند فقهاء الشريعة يجب أن يكون مبنيا على اليقين والقطع، وإنما يكفي فيه غلبة الظن كما في الزواج الصحيح المبني على إمكانية الإتصال، بل وعند الشك كما في الإقرار، وعند تيقن عدم صحة الزواج كما في نكاح الشبهة والزواج الفاسد.

وعليه فإنه إذا كان النسب يثبت شرعا بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيينة أو شهادة الشهود، فإنه يثبت أيضا بطرق أخرى إعمالا لقاعدة حفظ الولد من الضياع أو ما يسمى بقاعدة إحياء الولد، والتساؤل المطروح هنا هو:

ماهي تطبيقات هذه القاعدة ومجالات إعمالها في الفقه والقانون؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول تطبيقات القاعدة في أنكحة المسلمين وغير المسلمين ، وتناولنا في المبحث الثاني تطبيقات القاعدة بالنسبة للأولاد خارج إطار الزواج، وفي المبحث الثالث تطرقنا إلى الولد القليل، وتضمن كل مبحث على عدة مطالب وفروع

المبحث الأول: تطبيق قاعد إحياء الولد بالنسبة للطفل الناتج عن علاقة نكاح.

الولد لا يكون في الأصل إلا نتيجة نكاح، وهذا المسلك الطبيعي، وهو الذي دأبت البشرية عليه منذ الأزول، غير أن هذه الأنكحة قد تكون أنكحة للمسلمين أو أنكحة للكفار، وعلى هذا الأساس سوف نبرز تطبيقات هذه القاعدة بالنسبة لكلا هذين النوعين من الأنكحة، من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تطبيقات القاعدة بالنسبة للولد الناتج عن أنكحة المسلمين.

تحت هذا العنوان سوف نتطرق إلى تطبيقات قاعدة إحياء الولد في الأنكحة التي تتم بين المسلمين، وهذه الأنكحة قد تكون صحيحة مستوفية لكل الأركان والشروط وفي الغالب تكون مسبقة بخطبة، وقد تكون غير صحيحة وهي إما فاسدة إذا كان الخلل في شروط وأوصاف العقد، أو باطلة إن كان الخلل في أصل العقد أو أركانه.

الفرع الأول: الولد الناتج عن النكاح الصحيح.

الفقرة الأولى: الولد الناتج عن الخطبة.

1- مفهوم الخطبة:

- أ- تعريف الخطبة: الخطبة هي " أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها" (خلاف، 1990، ص 18)، وهذا على الغالب، وإلا فقد تكون المرأة أو وليها هي التي تطلب من الرجل الزواج به.
- ب- طبيعتها: تعتبر الخطبة وعدا بالزواج، وهذا ما قرره المشرع في المادة 5 من قانون الأسرة، فهي لا تعدو أن تكون مقدمة من مقدمات الزواج، ولو قرأت الفاتحة أو تهادى الخاطبان أو تم تسليم جزء من المهر أو كله، وبالتالي فيترتب على إعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج، جملة من الآثار منها أن الخطيبين يظلان أجنبيين، فلا يصح أن يخلو أحدهما بالآخر لأي غرض كان ولو للتعارف إلا مع ذي محرم.

- 2- إثبات النسب بمجرد الخطبة: إنفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة لا ترقى لكي تكون عقد زواج، لأنها مجرد تواعد بين الطرفين على إنشاء العقد مستقبلا، وهذا يتفق تماما مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري من إعتباره الخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم لطرفيه، ويجوز لكلا الطرفين العدول عنه (م2/5) في أي مرحلة كان عليها، سواء طال الأمد أو قصر، وسواء رضي الطرف الآخر أو لم يرض، وعليه فإن أي علاقة جنسية تتم بين الخطيبين تعتبر علاقة خارج إطار الزواج، وبالتالي فلا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج، ولا سيما نسب المولود إلى أبيه، وهذا بناء على قاعدة "الولد للفراش".

ومع ذلك نقول ألا يمكن أن ينتسب الولد إلى أبيه، إعمالا لقاعدة الإحتيال والتشوف في نسب

الأولاد؟ لدينا هنا صورتان:

- الصورة الأولى: بالرجوع إلى المادة 6 (ق أ) نجد بأن المشرع أعطى إمكانية إحقاق نسب الولد بأبيه، إذا إحتوت الخطبة على أركان الزواج وشروطه المقررة في المادة 9 و9 مكرر (ق أ)، فبحسب عبارة المشرع فإن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد، يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج.

وعليه فالخطبة في هذه الحالة تصبح عقد زواج مكتمل الأركان، وبالتالي يترتب عليها كل ما يترتب على العقد الصحيح من آثار ومن أبرزها صحة إثبات النسب للأب.

• الصورة الثانية: عندما تخلو الخطبة من مجلس العقد الجامع للأركان والشروط، فإن القضاء وكما وضعنا سابقا ذهب إلى عدم ثبوت النسب قولاً واحداً... ولكن ألا يمكن هنا أعمال قاعدة إحياء الولد، وبالتالي يلحق نسب الطفل بأبيه بمجرد الخطبة؟

تعتبر الخطبة علاقة قانونية وشرعية تربط بين شخصين، ينشأ عنها بعض الآثار منها حق إستنثار الخاطب بمن خطبها بحيث يمتنع الكافة من التقدم إلى هذه المرأة لخطبتها، غير أنها لا تعد زواجا، لذا فهي حالة وسط بين مرحلتين، مرحلة سابقة تنعدم فيها أي رابطة قانونية، ومرحلة لاحقة ينشأ فيها العقد سواء كان صحيحا أو فاسدا أو باطلا.

وباستعمال الموازنة والمقارنة، نجد بأن الخطبة هنا أقرب إلى عقد الزواج منها إلى حالة ما قبل الخطبة، فإذا حصل وقاع بين الخطيبين (خاصة مع الجهل وعدم العلم بعدم المشروعية)، ألا يمكن إعتبار ذلك مثل نكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة، بل والأنكحة الباطلة التي صحح المشرع فيها النسب (المادة 40 ق أ)، وبالتالي يثبت بها أيضا النسب ويدراً الحد، مع وجوب التفريق بين الخطيبين، وهذا عملاً لقاعدة إحياء الولد؟ يبقى هذا مجرد تساؤل.

الفقرة الثانية: الولد الناتج عن فراش الزوجية. الزوجية قد تكون قائمة أو منتهية، وعلى هذا الأساس يتحدد النسب.

أولاً: الزوجية القائمة.

الأصل في إثبات النسب هو قيام الزوجية المستوفية لكامل أركانها وشروطها، وهذا ما أكده المشرع في المادة 40 (ق أ)، وهذا يتوافق تماما مع حديث " الولد للفراش " (الصنعاني، 1996، ص 328)، الذي يعتبر الدليل الوحيد الذي يستند إليه الفقهاء في إسناد صحة نسب الولد للفراش، ولكن التساؤل المطروح هنا هو معنى الفراش نفسه، هل ينصرف للعقد نفسه فقط أم ينصرف للعقد والدخول معا؟ بمعنى إذا كانت أدنى فترة للحمل هي ستة أشهر، فمن أين نبدأ إحتساب هذه المدة، هل من تاريخ إنشاء عقد الزواج أم من تاريخ الدخول بالزوجة؟

إذا تفحصنا نص المادة 41 (ق أ) نجد بأن عبارة المشرع تفيد بأن إحتساب المدة يكون من تاريخ إنشاء عقد الزواج (ينسب الولد لأبيه متى كان شرعياً..)، أما الدخول فهو ليس شرطاً ، وإنما المشروط هو "إمكانية الإتصال بين الزوجين"، وبهذا الصدد رفضت المحكمة نسب طفل لأبيه لأن المدعي كان محبوسا في مؤسسة إعادة التربية (قرار رقم 40114 ، صادر بتاريخ 1986/02/24) كما أن صغر السن- أيضا- يحول دون تحقق هذا الشرط (إمكانية الإتصال).. مما يعني بأن المشرع والقضاء لا يشترطان الدخول الحقيقي أو الخلوة، ولكن يشترطان إمكانية الدخول فقط، أي عدم وجود إستحالة أو مانع مادي يحول دون التلاقي، وهذا مذهب جمهور العلماء (الصنعاني ، ص 329)، بل في حكم آخر للمحكمة العليا قضت بصحة النسب بمجرد قيام

الزوجية ودون إتفات إلى إمكانية الدخول، حيث قضى بصحة ثبوت نسب الطفل متى تبين بأن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين ..وأن لا تأثير لغيب الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة (م ع غ أ ش قرار رقم 165408 صادر بتاريخ 1997-07-08)، وهذا هو مذهب الأحناف الذين يرون بأن الفراش يثبت بمجرد العقد (الصنعاني، ص 329)، بل ذهب أبو حنيفة إلى أن النسب يثبت بالعقد ولو علم أنه لم يجتمع بها، بل

ولو طلقها عقب مجلس العقد، وحصل الحمل ضمن المدة المشروعة وهي ستة أشهر من تاريخ العقد (الشوكاني، ص 1366).

وهذا أحد تطبيقات قاعدة إحياء الولد، على خلاف من قال بوجوب حصول الدخول الحقيقي حتى يثبت النسب كإبن تيمية وإبن القيم (الصنعاني، ص 329).

ويبقى التساؤل المطروح حول إنتساب الولد الناتج عن الطرق الحديثة التي إبتدعها العلم، وهي التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، واستنجاز الأرحام.

فالطريقة الأولى لا إشكال فيها إذا ما روعيت الشروط والضوابط التي نص عليها المشرع في المادة 45 والمستفادة من الإجتهادات الفقهية لبعض الفقهاء قديما لاسيما الشافعية والأحناف (هاللي، ص 541). وحتى في العصر الحديث، ونفس الأمر بالنسبة لأطفال الأنابيب إذا روعيت نفس الشروط، وبالتالي يتم إحتساب المدة من تاريخ زرع ماء الزوج في رحم زوجته، وليس من تاريخ العقد، لأن التلقيح واقعة يمكن إثباتها بالشهادات الطبية.

أما الطريقة الثالثة والمتمثلة في إستنجاز الأرحام أو الأم البديلة، فقد منعها المشرع جملة وتفصيلا باعتبارها زنى وهذا في نفس المادة (م 45 ق أ). لكن إن حصل ذلك فهل المعتبر في هذه الحالة هو إحقاق النسب بالأب؟ سنرى ذلك في فقرة ولد السفاح، وخاصة إذا أصبحت الأم البديلة زوجة لهذا الزوج.

ثانيا: الزوجية المنتهية.

ينتهي الزواج الصحيح بالطلاق أو الوفاة، وهذا ما عبر عنه المشرع في نص المادة 47 من قانون الأسرة، ولكي يثبت نسب الطفل بفراش الزوجية هنا، يجب أن يولد الطفل خلال مدة أقصاها عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال، وهذا ما ورد في المادة 42 و43 من قانون الأسرة، وكلمة الإنفصال تشمل الطلاق والوفاة والفسخ أيضا بالنسبة للزواج الفاسد غير القابل للتصحيح.

ونلاحظ بأن المشرع أخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي بخصوص المدة الدنيا وهي ستة أشهر، رغم أن الولادة الطبيعية قلما تتجاوز الشهر الثامن إلى السابع، كما إعتبر أن أقصى مدة هي عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال، والمعروف أن الطفل لايتجاوز حملة تسعة أشهر، بل عند المالكية قد يمتد الحمل إلى أربعة أعوام، وعند الأحناف يمتد لسنتين، وهذا التمديد ما هو إلا تكريس لمبدأ إحياء الولد.

الفرع الثاني: الولد الناتج عن نكاح غير صحيح.

الفقرة الأولى: الولد الناتج عن زواج فاسد.

1- النكاح الفاسد الذي يصح بالدخول لا إشكال فيه، لأنه أصبح في حكم الزواج الصحيح، وبالتالي فإن آثاره تظل قائمة بعد التصحيح، وهذا واضح من خلال نص 2/33 من قانون الأسرة. وهذا تطبيق صريح لقاعدة إحياء النسب، فما كان الزواج ليصح لولا أن التصحيح كان سيصب في مصلحة الأطفال.

ومن أمثلة الزواج الفاسد النكاح بلا ولي ولا شهود، وكل نكاح مختلف على فساد بين الفقهاء، سواء إعتقد (أي الزوج) حله أو حرمة، فلو نتج عنه ولد لحقه نسبه في الحالين (بن قدامة، بدون سنة النشر، ص 353 و354).

2- النكاح بشبهة: النكاح بشبهة يفسخ قبل وبعد الدخول وتظل آثاره سارية لاسيما ما يتعلق بالنسب،

ومنه الزواج بالمحرمات عن طريق الخطأ والذي عادة ما يكون في المحرمات بالرضاع، وإلى هذا أشار المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة.

ومن أمثلة ذلك أن تزف المرأة إلى شخصين، ودخل بها الثاني والحال أنه لا يعلم أنها متزوجة، فإن وطئها فهو وطء شبهة، يوجب فسخ العقد وقيل يبطل، كما يجب فيه المهر والإستبراء مع ثبوت النسب (ابن قدامة، ص 431).

الفقرة الثانية : الولد الناتج عن زواج باطل.

الزواج الباطل أيضا يأخذ صورا متعددة، منها ما تعلق بالخلل الحاصل في ركن العقد وهو الرضا في التشريع الجزائري ويقابله ركن الصيغة في الفقه الإسلامي، وصورة ذلك كما جاء في المغني أن يخطب الرجل امرأة ثم يُزوّج بغيرها، فإن ولدت منه، يلحق به الولد (ابن قدامة، ص 480 و481).

أو الزواج بإحدى المحرمات من النساء سواء بالنسب أو بالرضاع أو المصاهرة أو غيرهما.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى حالات الإبطال في المادتين 32 و1/33 من قانون الأسرة.

1- الزواج بالمرأة المعتدة: من المتفق عليه شرعا وقانونا أن العقد على المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة

غير صحيح، بل في قرار المحكمة العليا إعتبرت فيه الزواج بامرأة حامل باطل، وبالتالي نقضت حكما قضائيا إستئنافيا قضى بصحة نسب الطفل بناء على قاعدة الولد للفراش، معللين قرارهم هذا بأن الطفل ولد بعد أربعة أشهر من الزواج بالمعتدة الحامل (م ع غ أ ش قرار رقم 193825، صادر بتاريخ 19-05-1998)، وعليه فقد وقع الإتفاق بين الفقهاء على أنه إذا وقع العقد في العدة لزم التفريق بينهما (الشوكاني، ص 1248)، والأحرى إن تم الدخول بالمرأة المعتدة، ولكن هل يضيع نسب الطفل إن كان هو ثمرة هذا الدخول؟ وهل ما ذهبت إليه المحكمة العليا سديد وصحيح بصفة مطلقة؟

إن السؤال الذي يجب طرحه بهذا الخصوص يتعلق بالعلة التي جعلت الشارع الحكيم ينهى عن العقد وبالأحرى الدخول بالمعتدات من طلاق أو وفاة؟ لا شك بأن الجميع متفق على علة واحدة وهي خوف إختلاط الأنساب، باعتبار أن الحمل في بطن هذه المرأة (الحامل أو المفترض حملها) قد نشأ من ماء الزوج السابق المتوفي أو المطلق، وليس من حق الغير أن ينسبه إليه، وهنا يمكن أن نميز بين صورتين للمعتدة من طلاق أو وفاة:

- عدة الحامل: قال جمهور الفقهاء بأن عدة الوفاة تنتهي بمجرد أن تضع الحامل حملها ولو لم يمر على الوفاة إلا يوم أو بعض يوم، وهذا استنادا لحديث سبيعة الأسلمية في الصحيحين ، وقد علق على هذا الحديث الإمام الصنعاني، في سبل السلام، وقال بأن المسألة فيها خلاف (الصنعاني، ص 308)، وكذلك الحال بالنسبة للمطلقة، حيث تنتهي عدتها بمجرد وضع حملها.

- عدة غير الحامل: المعتدة قد لا تكون من ذوات الحمل وتكون من ذوات الإقراء، فهل هناك مبرر يبعث على الخوف من إختلاط الأنساب بعد ما شهد العالم ثورة في العلوم التجريبية (علم الجينات) وإمكانية معرفة النسب الصحيح للطفل إن كان من الزوج السابق أو اللاحق؟

نعم إن الزواج بالمعتدة باطل ويجب التفريق بين الزوجين إن تم الدخول، وهذا لصراحة النصوص، لكن النسب لا علاقة له هنا بالصحة والبطلان، إذ لو حصل حمل من هذا الزواج فالأولى أن يثبت النسب للأب الذي دلت الطرق العلمية على بنوته.

2- الزواج بالمحرمات: نص المشرع الجزائري على الزواج بالمحرمات في صلب المادة (34 ق.أ)،

معتبرا أن الزواج بالمحرمات يجب فسخه قبل الدخول وبعده، مع ثبوت النسب، ولم يفصل المشرع فيما

إذا كان ذلك عن شبهة أو عن عمد، رغم أن الفقهاء يفرقون بينهما، وثبوت النسب في هذه الصورة ما هو إلا تطبيق لقاعدة إحياء الولد.

المطلب الثاني: تطبيقات القاعدة بالنسبة للولد الناتج عن أنكحة الكفار. الفرع الأول: أنكحة الكفار الذين أسلم أزواجهم معهم.

ذهب جمهور أهل العلم كمالك والشافعي وأحمد وداود، إلى أن الكفار إذا أسلموا يحكم على عقودهم بالصحة وإن لم توافق الإسلام، فإذا أسلموا أجريت عليهم أحكام الشريعة الإسلامية (الشوكاني، ص 1283)، وهذا الذي تؤيده النصوص النبوية كحديث غيلان الثقفي الذي أسلم وكان معه 10 نسوة أسلمن معه، فأمره الرسول (ص) أن يختار منهن أربعاً (الشوكاني ص 1282)، بل وجميع من أسلم من صحابة النبي(ص)، حيث لم يثبت أن أحداً منهم جدد نكاحه البتة كما قال الشوكاني نقلاً عن ابن القيم (الشوكاني، ص 1285)، وتصحيح زواجهم يعني ضمناً تصحيح أنسابهم من باب أولى. بل حتى الذين قالوا بعدم صحة عقود الكفار إلا ما وافق منها أحكام الشريعة كأبي حنيفة وأبي يوسف والثوري والأوزاعي والزهري (الشوكاني، ص 1283)، فإنهم وافقوا الفريق الأول في صحة النسب الناتج عن أنكحة الكفار.

الفرع الثاني: أنكحة الكفار الذين أسلم أزواجهم بالتتابع.

نفس الأمر يسري على الزوجين الكافرين يسلم أحدهما قبل الآخر، لحديث ابن عباس أن النبي (ص) رد ابنته زينب على زوجها أبي العاص بالنكاح الأول، وقد أسلم بعدها بسنتين وفي رواية بست سنين، وهذا الحديث رواه أحمد وأبو داود، وذكر الشوكاني أن حديث ابن عباس هذا صححه الحاكم (الشوكاني، ص 1283)، وبالتالي فالولد الناتج أثناء قيام العلاقة الزوجية يعتبر نسبه صحيح. هذا والمسألة وإن كانت خلافية وليست موضع إجماع، فهي تبين مدى إهتمام الفقهاء بقاعدة إحياء الولد، والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

بل وأكثر من ذلك، بحيث لو أسلم الولد دون أبيه صح نسبه منهما، لأن أكثر الأنبياء ولدوا ونشأوا في أسر غير مسلمة، فالرسول (ص) كنموذج على ذلك، وهذا إبراهيم ينادي أباه وهو على الكفر قائلاً يا أبت في سورة مريم، بل إن المنافقين وهم أشد من الكفار لأنهم في الدرك الأسفل من النار عاشوا مع الرسول (ص) وعاملهم معاملة المسلمين في زواجهم وأنسابهم، وأبي بن سلول(المناق) وابنه عبدالله (الصحابي) أحد هذه النماذج.

المبحث الثاني: تطبيق قاعدة إحياء الولد بالنسبة للطفل الناتج عن علاقة سفاح.

قد ينتج الولد من سفاح كما ينتج من نكاح، فهل ابن السفاح له الحق في أن ينسب إلى أبيه، يمكن أن نتصور هنا حالتين، حالة الولد الذي نفاه أبوه معتبراً إياه ابناً لغيره، و حالة الولد الذي نتج من صريح الزنا من دون وجود أي علاقة زوجية.

المطلب الأول: ولد اللعان.

اللعان قد يصير فيه الطرفان على رأيهما، وقد يتراجع فيه أحد الطرفين، وبالتالي تنتهي حالة اللعان.

الفرع الأول: اللعان الخالي من الإعتراف.

اللعان أن ينفي الزوج بنوة من أنجبته زوجته، فإذا وقع اللعان إنتفى نسب الولد منه، وأنتسب إلى أمه فقط، وهذا ثابت بالنص لحديث ابن عباس" أن رسول الله (ص) لاعن بين هلال بن أمية وإمرأته وفرق بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب..". (نيل الأوطار، ص 1363) ، والسبب في نهيه (ص) بأن لا يدعى ولدها لأب ليس لأنه ابن زنا ولكن لأن نسبته لأبيه تتعارض مع الحكمة من اللعان، ثم إن الرسول (ص) رأى من الشبه بأن هلال صادق في دعواه، ومع هذا قال:" لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن" يعني إقامة حد الزنا.

ويتجلى العمل بقاعدة إحياء الولد في اللعان من حيث القواعد الناظمة له ومنها:

- جواز التراجع عن اللعان.
- لا يصح اللعان بعد مضي مدته(8 أيام من يوم العلم بالحمل) (م ع غ أ ش ، قرار رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997).
- لا يصح اللعان بعد الإقرار بالولد، أو بعد الحكم بثبوت نسبه شرعا.
- وفاة أحد الزوجين أو كليهما، قبل إتمام اللعان أو قبل تفريق القاضي بينهما (أشرف 1993، ص 226.)، ونفس الأمر عند أبي حنيفة إذا ولد الطفل ميتا أو مات قبل التفريق، وخالف في ذلك الإمام مالك والشافعي (الأبياني06، ص486).
- أن يتم اللعان في المسجد العتيق، فإن تم في المحكمة اعتبر لاغيا (م ع غ أ ش، قرار رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997).
- كما ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا ولد بعد اللعان ولد آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الطفل الأول، فإن نسب هذا الطفل يثبت لعدم إمكان نفيه باللعان، لأن اللعان لا يكون إلا بقيام الزوجية، والزوجية إنتهت بتفريق القاضي، كما يثبت نسب الطفل الأول لأنه ولد مع أخيه في بطن واحد، أي أنهما تكونا من ماء واحد. وعند مالك ينتفي نسبه إلا إذا أقر به (الأبياني، ص 487).
- والأغرب في مسألة اللعان هو المعاملة المزدوجة للطفل فتارة يعتبر كالإبن وتارة لايعتبر كذلك، وهذا بسبب الشك الحاصل في نسبه لأبيه بسبب اللعان، حيث:
 - لا ينفق أحدهما على الآخر ولا يتوارثان لأنه -كما قالوا- يمكن أن يكون الولد ليس إبنه، و لا يصح أن يعطي أحدهما زكاة ماله للآخر لأنه يمكن أن يكون الولد إبنه، وواضح أن الولد اشد تضررا من الأب في هذه المسائل خاصة عند صغر سنه.
 - كما إعتبروه ابنا في الشهادة التي لا تصح بين الأصول والفروع، وايضا في حكم القصاص بين الأصل والفرع، فلا يقتل الزوج الملاعن إن قتل الولد الذي نفى نسبه من زوجته، ولا يجوز للغير إستلحاقه عند بعض الفقهاء، كما لا يجوز له أن يتزوج من محارمه من جهة أبيه المحتمل أبوته، فبنات أبيه الذي نفى نسبه هن أخوات له من حيث المحرمية.
- كل هذا سيزول لو أقررنا بالطرق العلمية في نفي النسب باللعان، وهذا لرفع الشك باليقين، خاصة مع فساد الذمم وغياب الوازع الديني والأخلاقي لدى الكثيرين.
- وفي الاخير ماذا لو يقع الإجتهد بخصوص هذه المسألة، فيتم اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة في دعوى اللعان لمعرفة الوالد الحقيقي للطفل من جهة، ومن جهة أخرى من أجل التشديد والتقليل من اللجوء إلى اللعان، وهذا دون إلغاء العمل به.

الفرع الثاني: اللعان المصحوب بالإعتراف.

الإقرار قد يصدر من الجهتين، وهو في الحالتين مُنَّه للعان، وعليه فلو إعترفت المرأة وأقرت بأنها مذنبه، فيقام عليها حد الزنا، وينسب لها إنها ولا ينسب لزوجها، وهنا ينبغي البحث عن والد الطفل الطبيعي.

أما إن تراجع الزوج عن لعانه، فيقام عليه حد القذف، ويظل الطفل محتفظا بنسبه لأبيه وأمه.

المطلب الثاني: ولد الزنا أو الإغتصاب.

لا يختلف مفهوم الإغتصاب عن فعل الزنا في الشريعة الإسلامية لأن فعل الزنا في الشريعة الإسلامية هو كل وطء بين رجل وإمرأة بالغين في غير زواج صحيح ولا شبهة زواج (عزت، 2006، ص 198)، ويتحقق بكل وطء محرم سواء تم الفعل برضا الطرفين أو دون رضا الأنثى (عبد الحميد، 2000، ص 187 وما بعدها)، فقط أن الشخص المكره يصبح غير مسؤول جنائي، وبالتالي يقتصر العقاب على الشخص المكره دون غيره.

الفرع الأول: الولد الناتج عن الزنا.

ولد الزنا إذا كان معلوم الأبوين، فينسب إلى أمه مطلقا من غير خلاف، أما بالنسبة للأب فالمسألة بحاجة إلى توضيح وبيان.

إن الأصل في العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج تعتبر علاقات غير شرعية، ومن ثمة فإن المعتد به حاليا أنه لا يمكن إلحاق نسب الطفل إلى أبيه المزعوم، ويظل فقط محتفظا بنسبه إلى أمه، ولا يمكن تصحيح هذه العلاقة وجعلها زواجا مشروعاً، وهذا ما جرى عليه القضاء في المحاكم، حيث قضي بأن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، باعتراف كل طرف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، وعليه فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه... قد خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية (م ع غ أ ش قرار رقم 30954 صادر بتاريخ 1984/12/03).

لكن في الحقيقة أن القول بأن هذا الحكم هو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية قول غير دقيق، نعم في جانب تصحيح العلاقة وإضفاء طابع المشروعية عليها يعتبر خروج على النصوص الثابتة في الشريعة الإسلامية، أما إلحاق نسب الطفل بأبيه فهي مسألة ليست محل إتفاق، لأنها مسألة إجتهادية، خاصة إذا تزوج الزاني من المرأة التي زنى بها. لذا يجب التمييز بين حالتين:

أولاً: حالة ما إذا تزوج الزاني بالمرأة المزني بها: إذا أقدم الوالد الطبيعي للطفل للزواج بأمه، وأنتت به بالولد لسنة أشهر من العقد ثبت نسبه شرعا وقانونا، لأنه ولد لفراش صحيح، فإن جاء به لأقل من ستة أشهر، فالفقه على أن نسبه يثبت إن إدعاه غير معترف ولا مصرح بالزنا (الأبياني، ص498)، فهنا يوجد من الفقهاء من صحح نسب الطفل وكانهم جعلوا عقد النكاح يسري بأثر رجعي..

ثانياً: إذا لم يتزوج والد الطفل بأمه: فهذه الحالة الوحيدة التي ينتفي فيها نسب الطفل باتفاق، وهي التي نحن بصدد الوقوف عندها والتساؤل فيما إذا كان من الممكن إستعمال قاعدة إحياء النسب.

يستند الفقهاء في نفي نسبة الولد الناتج عن الزنا إلى جملة من المبررات:

أولاً: الأدلة الشرعية:

جمهور الفقهاء يرون نفي نسب الولد الناتج عن الزنا استنادا لحديث "الولد للفراش"، والفراش عندهم هو قيام الزوجية (سواء كانت صحيحة أو فاسدة)، غير أن هذا الرأي غير مسلم به للأسباب التالية:

أ- أن حديث الولد للفراش على الرغم من كثرة رواته فقد وقع فيه الكثير من التأويل والإختلاف حول دلالاته على الحكم الشرعي المستفاد منه (الصنعاني، ص 329 وما بعدها).

ب- كما أن هذا الحديث وبغض النظر عن الإختلاف الحاصل بشأنه يجب أن يفهم فهما موضوعيا ومقاصديا، وذلك أنه حديث خاص بواقعة محددة، وهي واقعة قضائية محددة بالزمان والمكان والأشخاص وليست واقعة تشريعية عامة ومجردة، والحديث جاء لحل نزاع بين شخصين كلاهما يدعي نسب الطفل إليه، فوجب ترجيح أحد الجهتين على الأخرى، بمعنى أن نسب الطفل محفوظ وليس فيه خشية ضياعه، فالمسألة مسألة ترجيح كفة على أخرى، فقال الرسول (ص) بأن الولد للفراش، أي لمن ثبت بأن المرأة قد حملت منه، أما نسب الطفل فهو ثابت حتما لأحد الجهتين.

وعلى فرض أن الفراش هو الزوجية، فهذا الحكم القضائي قد حل مشكلة الخصومة التي تنشأ بين إثنين كلاهما يدعي نسب الولد إليه وكلاهما يدعي أنه صاحب الفراش، أما عند إنعدام الفراش فلا يوجد نص يعالج هذا الأمر (بن رملي، 2015، ص 21).

والدليل بأن الفراش يتعلق بالمرأة الحامل بغض النظر عن كونه نكاحا أو سفاحا أن الرسول (ص) لم يبحث عند الفصل في نسب الطفل عن مشروعية الوطاء من عدمه، بل بحث في أي الرجلين أقرب شيها بالطفل (وكان عتبة أخ سعد بن أبي وقاص)، ثم قام بإلحاق نسبه لمن قال بان الغلام ولد على فراش أبيه (وهو عبد بن زمعة)، ثم قال " واحتجبي منه يا سودة"، وهذا دل على أن النسب ليس مقطوعا به، بل بني على غلبة الظن والترجيح، وإلا لما كان هناك داع لأن تحتجب زمعة منه. وهذا عند المالكية يعتبر حكم بين حكيمين، حيث أن الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة والشبه يقتضي إلحاقه بعتبة (الصنعاني، مرجع ساق، ص 330). ولو تساوى الدليلان لكان من الممكن أن يلحق نسبه بهما معا، وهذا جائز من الناحية الفقهية قبل ظهور علم الجينات، وهذا كله تطبيق لقاعدة إحياء الولد بناء على غلبة الظن.

ت- ثم إن الشطر الثاني من الحديث فيه أن للعاهر الحجر، بمعنى أن الطفل يثبت نسبه لأبيه سواء كان من نكاح أو من سفاح، غير أنه إذا كان من سفاح فيطبق حد الرجم على الزاني (العاهر). وهذا على رواية من يرى بأن لفظة الحجر بفتح الجيم المعجمة لا بإسكانها. هذا مع الإشارة أنه لا يوجد بين المتنازعين عاهر، إذا كلاهما إدعى الفراش.

ثانيا: الأدلة العقلية.

أ- قولهم بأن عدم نسبه لأبيه من باب العقوبة له (أي للزاني)، فهذا أيضا غير صحيح، ذلك أن عقوبة الزاني من العقوبات الحدية، والعقوبة الحدية تخضع لمبدأ الشرعية، لقوله تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" (سورة الإسراء الآية 15)، بحيث لا يجوز لأي كان أن يزيد أو ينقص منها، وقد بين الشارع الحكيم عقوبة الزاني بنصوص قرآنية ونبوية وليس فيها عقوبة الحرمان من النسب.

كما أن القول بأن هذا عقوبة له، يدفعنا للتساؤل، بشأن الطفل وما ذنبه حتى يعاقب هو الآخر من حرمانه من النسب، وأين مبدأ شخصية العقوبة، الذي جاءت به الشريعة الإسلامية " ولا تزر وازرة وزر أخرى" (سورة الإسراء، الآية رقم 15- وسورة فاطر، الآية رقم 18).

ب- القول بأن التوسع في القاعدة يؤدي إلى إدخال وارث جديد على الورثة، وهذا الكلام أيضا غير سديد، فايهما أولى في الإعتبار هل أموال التركة التي تركها الميت أم توسع دائرة الأطفال بدون نسب؟
أما القول بأن الطفل يمكن أن ينسب لأمه دون أبيه، فهذا مما يدعو للغرابة، كيف يكون الولد الذي نشأ من بويضة المرأة ومني الرجل أن ينسب إلى الأم دون الأب... نعم، كان لهذا الكلام معنى في السابق عندما لم يكن بالإمكان معرفة الوالد الحقيقي صاحب النطفة، أما الآن فيمكن بسهولة ويسر تجاوز هذه الإشكالية. ثم إن الطفل إذا نسب لأمه ألا يعتبر أبناء هذه الأم من زوجها هم إخوة لذلك الطفل، ويتوارثون جميعا باعتبارهم أبناء لها، وهو يرثهم باعتباره أبا لأم... فكيف نستسيغ أن يكون أبا لهم من أمهم ولا نستسيغ أن يكون أبا لإخوته من أبيه؟

ت- ثم إن هذا يؤدي إلى التمييز بين الأفراد في المجتمع، خصوصا في مرحلة الطفولة و لا يخفى التأثير النفسي السلبي لهذا التمييز على هذه الفئة، والإحساس بظلم المجتمع لهم وتقاعس الدولة عن حمايتهم.. وبالتالي تنشأ لديهم عقدة العداء للمجتمع والدولة معا.

ث- قال الله تعالى في النهي عن التبني: " أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين" (سورة الأحزاب، الآية رقم 5).

وهذا الكلام خاص – بالدرجة الأولى- بالأطفال الذين يعرف آباؤهم، من دون تفصيل حول طبيعة الآباء، حيث يجب أن ينسبوا لأبائهم الحقيقيين، فإن لم يكن بالإمكان معرفة آبائهم (من دون تفصيل)، فحينئذ يبقى إنتماؤهم للوطن وللمجتمع الذي يعيشون فيه قائما، وتسوي قوانين الدولة وضعيتهم بما يحفظ كرامتهم.

ج- أن وحدة اللفظة القرآنية في دلالتها على المعنى تدفع إلى التأكيد على حق الأطفال في الانتساب إلى آبائهم مطلقا من دون تمييز. فلفظة "الأبوة" في القرآن لم ترد مقيدة مطلقا بالشرعية وغير الشرعية بل وردت مطلقة في كامل المصحف الشريف، قال تعالى: " قل إن كان آباؤكم وإخوانكم... " وقال: " قالوا بل نتبع ما أفينا عليه أباؤنا، أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئا ولا يهتدون " (سورة البقرة، الآية رقم 170) وقال: "إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهْتَدُونَ"، والصورة العكسية للبنوة.

ح- قال الرسول(ص): " إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم...." (رواه أبو داود عم أبي الدرداء) ، وهذا الحديث عام يشمل الأولاد دون إستثناء... فكيف لا يكون لأبناء الزنا آباء وهم سيدعون يوم القيامة بأسماء آبائهم.

خ- قال ابن حزم "يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا، وأخته، وبنت ابنه، وبنت بنته، وبنت أخيه وأخته من الزنا، وهو قول عامة الفقهاء" (بن حزم، بدون سنة، ص529)، لذا فهو ينشر حرمة المصاهرة ، مثله مثل النكاح الصحيح، فكيف يساويه في نشر الحرمة ولا يساويه في النسب.(وقد ذهب مالك والشافعي في المشهور إلى أن الزنا لا ينشر الحرمة أنظر ابن حزم ، ص 529)

د- وأخيرا حديث جريح الذي رواه مسلم في قصة جريح الراهب، وفيه أن جريحا لما إتهموه بالزنا، قال للغلام الذي زنت أمه بالراعي: "من أبوك يا غلام"، قال: "أبي فلان الراعي". وهذا ما جعل فريق من الفقهاء كإسحاق بن راهويه والحسن البصري وسليمان بن يسار وعروة بن الزبير والقرطبي وابن تيمية وابن القيم، يرون نسبة الولد لأبيه من الزنا شريطة ألا ينازعه صاحب فراش، كما يفهم من حديث الولد للفراش. وأيضا في حديث امرأة هلال بن أمية، حيث قال الرسول (ص): "أنظروه" أي الولد" فإن جاءت به على

صفة كذا فهو لشريك بن سمحاء" يعني الزاني، أنظر كيف قال "فهو لشريك" وليس "من شريك" ، وحرف اللام يفيد الملكية والإختصاص .

- وخلاصة القول أن النصوص الشرعية لا يوجد فيها نص صريح يقضي بعدم جواز إلحاق ولد الزنا بأبيه، لاسيما إذا ادعاه وكانت المرأة المزني بها ليست ذات فراش كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء(أنظر علوان، 2006، ص762)، فكيف لو أنه تزوج بتلك المرأة، فهنا يصبح الأمر أولى بإلحاق النسب.

الفرع الثاني: الولد الناتج عن الإغتصاب.

من بين التشريعات التي تعرضت إلى تعريف هذا الفعل ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 486 من المسطرة الجنائية ، حيث عرف الإغتصاب بأنه موقعة رجل لإمرأة بدون رضاها، وهو نفس الوصف الذي استعمله المشرع العراقي في المادة 393 والمشرع الكويتي في المادة 286 من قانون العقوبات حيث عبرا عن الإغتصاب بعبارة: "كل من واقع أنثى بغير رضاها".

وكما سبق القول فإن الإغتصاب والزنا لهما نفس الأحكام، غير أن الحد لا يقع على المرأة المغتصبة. وتجدر الإشارة – بهذا الشأن- إلى أن المجلس الإسلامي الأعلى قد أصدر فتوى أباح فيها للنساء المغتصابات على أيدي ما يسمى "بالجماعات الإرهابية" في الجزائر، بالإجهاض على مستوى جميع المراكز الإستشفائية، إذا ثبت ذلك بتقرير الشرطة القضائية أو شهادة الشهود. ونكتفي بهذه الفتوى لأنها تغنينا عن البحث عن نسب الطفل الناتج عن الإغتصاب.

المبحث الثالث: إعمال قاعدة إحياء الولد بالنسبة للقيط.

اللقيط في الفقه الإسلامي هو الطفل المنبوذ والمجهول النسب، وقد عرفه ابن عابدين بأنه كل حي مولود طرحه أهله خوفا من الغيلة، أو فرارا من تهمة الريبة، أو يمكن القول بأنه المولود الذي تركه أهله بعد ولادته لأي سبب كان (بوسنة، 2016، ص282)...وعليه فاللقيط كما قد يكون ثمرة زواج يكون أيضا نتيجة الخطيئة، ومن أجل إحياء نسبه فيجب القيام حياله بأمرين إثنين: هما حفظه من الهلاك واستلحاقه بمن ادعاه.

المطلب الأول: حفظ اللقيط من الضياع.

الفرع الأول: حكم التقاطه شرعا.

من الناحية الشرعية، يعد حكم إلتقاط الطفل الذي تركه أهله فرض كفاية، فلو وجده جماعة فيكفي أن يلتقطه أحدهم، فإن كان في مكان يغلب هلاكه فيه فيصبح إيوؤه فرض عين على من يجده، فإن عجز عن القيام به وجب دفعه للدولة التي تتولى رعايته لأن نفقته من بيت مال المسلمين (بوسنة ، ص 282)، قال الله- تعالى:- "فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين" (سورة الأحزاب، الآية رقم 5).

الفرع الثاني: حكم إلتقاطه قانونا.

أما قانونا فقد جاء في المادة 1/67 من الأمر 20/70 من قانون الحالة المدنية: أنه يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا، أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية، وعدم الإلتزام بهذا يعرض صاحبه إلى الجزاءات الواردة في المادة 3 /442 من قانون العقوبات.

المطلب الثاني: حفظ نسب الطفل اللقيط.

أقرت الشريعة الإسلامية طرقاً أخرى غير الزوجية لإلحاق النسب، منها ما هو محل إتفاق ومنها ما هو محل خلاف، وهذا كله تطبيقاً وتكريساً لقاعدة إحياء الولد.

الفرع الأول: بدائل الفرائش المتفق عليها.

الفقرة الأولى: البيئة.

المعنى العام للبيئة هو الدليل مهما كان، وتعريف خاص وهو شهادة الشهود وإخبارهم للحاكم بما عاينوه أو علموه ليحكم بمقتضاه، وتكاد تعريفات الفقهاء لا تخرج عن هذا التعريف (هلالي، ص 536)، وقد إعتدت الشريعة بها كوسيلة لحفظ الحقوق، ومنها النسب، بل هي أقوى بدائل فرائش الزوجية في إثبات النسب، وإذا كان الإقرار حجة قاصرة على المقر، فالبيئة حجة متعدية، لذا التعارض تقدم عليه.

الفقرة الثانية: الإقرار.

أما الأمر الثاني فهو تكريس لقاعدة إحياء الولد، حيث يثبت نسب هذا الولد لكل من إدعاه من دون توقف على بيئة إستحسانا، فإن تنازع فيه إثتان فيثبت نسبه لمن أقام البيئة، فإن لم تكن بيئة ثبت نسبه من ملتقطه، فإن لم يكن أي من الطرفين ملتقطاً ثبت نسبه من أسبقهما إدعاء، فإن تساويا في ذلك ثبت نسبه منهما معا (ابن قدامة، ص 129).

كما يصح الإقرار - عند الأحناف - بالولد الناتج عن الزنا أو الذي جيئ به لأقل من ستة أشهر من العقد، وحينئذ يثبت نسبه بالدعوى لا بفرائش الزوجية، واشترط الفقهاء بالألا يقر بأنه من الزنا، وهذا يعد صيانة للولد وسترا على أعراض الناس (هلالي ، ص 499).

هذا وقد اشار المشرع إلى هذه الطريقة لإثبات النسب في صلب المادة 44 من قانون الأسرة معتبرا بأن الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت صحيح متى صدقه العقل والعادة.

الفرع الثاني: بدائل الفرائش المختلف بشأنها.

الفقرة الأولى: القرعة.

ممن قال بالقرعة في إثبات النسب الإمام مالك والشافعي وأحمد وجمهور العلماء عندما تتساوى الأدلة بين المتنازعين في نسب الطفل (الشوكاني ، ص 1367). وهذا أستنادا لحديث زيد بن أرقم في الثلاثة الذين وقعوا على امرأة في طهر واحد (الشوكاني، ص 1367). بينما ذهب أبو حنيفة إلى عدم العمل بالقرعة وقال بأن الولد يثبت لهم جميعا (الشوكاني، ص 1368). وكلا الرأيين يستندان إلى قاعدة إحياء الولد، سواء بإثبات نسبة الطفل إلى أحدهم، أو نسبتهم إليهم جميعا.

الفقرة الثانية: القيافة.

إثبات النسب بالقيافة ثابت في حديث عائشة الذي أقر فيه قول القائف بأن هذه الأقدام بعضها من بعض، وكان يقصد أقدام زيد وإبنة أسامة (الشوكاني، ص 1368)، وقد علق الإمام الخطابي عليه فقال: "هذا الحديث دليل على ثبوت العمل بالقيافة" (الشوكاني، ص 1368). وقد ذهب إلى الإعتماد عليها جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة (السويد، بدون تاريخ، ص 297).

أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة للأطفال الذين تم العثور عليهم و المولودين من أبوين مجهولين فقد نص عليهم قانون الحالة المدنية رقم 20/70 في المادة 4/64 جاء فيها : "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"، و إن كان المولود أنثى فقد أوجب القانون أن يكون

الإسم الأخير بصيغة المذكر، هذا ما ورد في المنشور الوزاري المشترك الصادر في 1987/01/17 بشأن كيفية تطبيق المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

خاتمة:

1- النتائج:

- رغم وجود نصوص شرعية وقانونية¹ تنظم حالات إثبات النسب وتبين طرقه ووسائله، إلا أن تلك القواعد الفقهية والقانونية عاجزة عن مواجهة أكبر مشكل يهدد المجتمع اليوم وهو كثرة الأولاد بدون نسب، وهذا بسبب التشدد غير المبرر في إثبات النسب، رغم أنه المشرع دائما ينص على صحة أو عدم صحة الزواج، ويتحدث عن فعل الزنا وعقوبته دون أن يتطرق ولو لمرة واحدة إلى الحديث عن نفي نسب الولد ضمن هذه النصوص، وبالتالي نقول بلا تردد لا توجد واقعة واحدة في زمن النبوة فيها دليل صريح على أن الرسول (ص) قد حرم إبننا من حق الإنتساب إلى أبيه، مع ورود وقائع أخرى تتعلق بالزنا كحديث الغامدية وماعز، سوى ما ورد بشأن اللعان كما سبق بيانه.
- وغاية ما إستند عليه الفقهاء في نفي نسب الزاني حديث واحد مع ما فيه من إختلاف وتعدد في فهم مقصده ومراده، و من هنا وجب التفريق بين النسب الذي يجب أن يحفظ في كل الحالات بالزواج الصحيح والفاسد وبالشبهة وبالزواج الباطل والإقرار وبالبيينة، وأيضا باستعمال الطرق العلمية التي تفصل في مدى صحة النسب من عدمه، وبين العلاقات الجنسية التي تنشأ من زواج أو من غير زواج.
- بل إن حفظ النسب الذي هو أحد الضرورات التي جاءت الشريعة لحمايتها والذب عنها، لا يتحقق إلا بتوسيع العمل بقاعدة إحياء الولد ما أمكن، لأن معرفة الولد لأبيه ولو كان نتيجة زنا سيجنبنا من إمكانية أن يتزوج الناس بيناتهم وأخواتهم من الزنا... وهذا هو الحفظ الحقيقي للنسب وللنسل معا.
- إن حفظ النسب له وجهان، وجه إيجابي يتمثل في وجوب أن يكون لكل طفل نسب معروف قدر الإمكان حتى نعرف أصل كل شخص، بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي ربطت بين أبويه، وجانب آخر سلبي، ويتمثل في نفي نسب أي طفل ألحق عمدا بغير أبويه، سواء عن طريق التبني أو الإقرار غير الصحيح المخالف للعقل والعادة، وبالتالي نقل من حالات نفي النسب في أضيق دائرة ويتحمل كل الأباء جميع الإلتزامات المترتبة على الأبوة من رعاية وإنفاق وغيرهما..

2- التوصيات:

- إعادة النظر في ضبط نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنسب، ولا سيما المادة 40 منه، والتي فتحت الباب على مصراعيه لإثبات النسب
- إعادة النظر في صياغة المادة 34 من قانون الأسرة المتعلقة بإثبات النسب بالمحرمات، وتوضيح أن الأمر يتعلق بالشبهة وليس العمد.
- النص على قاعدة إحياء الولد والسماح للقضاة باللجوء إليها عند الحاجة وتطبيقها على الحالات التي لا تتعارض مع صريح النصوص الشرعية.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- **النصوص القانونية:**
- الأمر 156/66 مؤرخ في 1966/04/08 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- قانون رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية.
- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.
- **المراجع:**
- أشرف مصطفى كمال، 1993، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية، جمهورية مصر، دار الإشعاع للطباعة.
- أشرف رمضان عبد الحميد، 2006، نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائياً، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الوضعي والنظام الجنائي الإسلامي، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية.
- عبد الوهاب خلاف، 1990، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار القلم للنشر والتوزيع.
- عزت حسين 2006، جرائم الإعتداء على الشرف والإعتبار بين الشريعة والقانون، جمهورية مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- خديجة النبراوي، 2006، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام، جمهورية مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد بن إسماعيلي الصنعاني، 1996، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لبنان، دار المعرفة، .
- محمد بن علي الشوكاني، 2000، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزائر، دار الصفاء،
- موفق الدين عبد الله بن قدامة، بدون سن ةالنشر، المغني شرح مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد محمد مصباح القاضي، 1996، لحماية الجنائية للطفولة، دراسة مقارنة وتطبيقاتها في نظم المملكة العربية السعودية، جمهورية مصر، دار النهضة العربية، القاهرة..
- حمد زيد الأبياني، 2006، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ناجب إبراهيم السويد، بدون تاريخ، فقه الممكن على ضوء قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور، لبنان، دار الكتب العلمية .
- هلاي عبد اللاه أحمد، 2006، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية، جمهورية مصر، دار النهضة العربية.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: 1986، الموسوعة الفقهية، الكويت، مطبعة الأوقاف.
- **المجلات والرسائل الجامعية:**
- إبراهيم علوان، 2006، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، مجلة روح القوانين، العدد 37. ص ص 683-811.

- بوسنة رابع، الحماية الجنائية للطفل، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عنابة 2016.
- عبد الحميد إبراهيم، 2000، القتل لحماية الشرف ودفع العار في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة مؤتة، للبحوث والدراسات، ع1، مج 15.
- مخلد الطروانا، 2003 حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2 .
- محمد روزيمي بن رملي، 2015، فهم الحديث في ضوء المقاصد الشرعية، تأصيل وضوابط وفوائد، مجلة الحديث، السنة الخامسة، العدد 9. مج 02، ص ص 1-25.