

تكييف "الاغتصاب" بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي
Adaptation of "rape" between Islamic jurisprudence and
jurisprudence



د. حاجي يحيى¹

¹ جامعة البليدة -2- لونيسي علي، yyahia55@yahoo.fr



تاريخ النشر: 2023/05/31

تاريخ القبول: 2023/03/20

تاريخ الإرسال: 2023/02/01

ملخص:

تكييف "الاغتصاب" على أنه "نكاح شبهة"؛ إشكال بيّن وقعت فيه المحكمة العليا؛ على الرغم من أن المادة 40 من قانون الأسرة بينت طرق إثبات النسب، ومنها "نكاح الشبهة"، ولما كانت "الشبهة" تقوم على وقوع الفاعل في الاشتباه والخطأ؛ فإنّ هذا المعنى منتف في حالة "الاغتصاب"؛ لأنّ الفاعل يعلم أن المغتصبة لا تحل له، وأنّ فعله إكراه على الزنى، وهو من فساد الأخلاق.

كما أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يلحقوا الاغتصاب "بنكاح الشبهة"؛ حتى يلحق ولد المغتصبة بالغاصب؛ وبسبب عدم الفراش أثبتوا العقوبة الشرعية في حق المغتصّب؛ والأجدر في قضيتي "الاغتصاب" محل التكييف؛ الاستناد على الإقرار لإثبات النسب، أو الرأي الفقهي القائل بإلحاق ولد الزنى بأبيه إذا استلحقه، تجنباً للإشكال في تكييفه.

كلمات مفتاحية: الاغتصاب، نكاح، شبهة، النسب، الإكراه. تكييف.

Abstract:

adapting "rape" as "suspicioul marriage"; An obvious problem in which the Supreme Court fell; Although Article 40 of the Family Law clarified the methods of proving parentage, including "suspicious marriage", and since the "suspicion" is based on the occurrence of the perpetrator in suspicion and error; This meaning is negated in the case

of "rape"; Because the perpetrator knows that the raped woman is not lawful for him, and that his act is coercion into adultery, which is from the corruption of morals.

Also, the jurists of Islamic law did not associate rape with "suspicious marriage"; until the raped child catches up with the usurper; And because of the lack of bed, they established the legal punishment for the rapist. It is better in my case of "rape" to replace the adaptation; Relying on acknowledgment to prove parentage, or the jurisprudential opinion that says that the child of adultery should be attached to his father if he deserves it, in order to avoid confusion in conditioning it.

Keywords: Rape, marriage, suspicion, lineage, coercion. conditioning.

1- المؤلف المرسل: د. حاجي يحيى، الإيميل: yyahia55@yahoo.fr

مقدمة:

من الأفعال التي تتنافى مع ما شرعه الله تعالى لخلقه "الإغتصاب"، لأنه يؤدي إلى الاختلال في التوازن الفطري و الجانب الخُلقي، سواء على مستوى الفاعل نفسه، أو على المستوى المجتمعي، فينظر إليه نظرة ازدراء بإساءته إلى الوظيفة المجتمعية، مما يجلب له العار وعدم الطمأنينة في النفس.

والتشريع الإسلامي قد أرسى قواعد الحفظ الدائم للعلاقة الزوجية المقدسة، بما يدفع عنها الخلل وجودا و عدما؛ فدفع عنها كل ما يسيئ إليها، حتى يستقيم الفرد والجماعة، بعيدا عن هذه الإختلالات، فشرع العقوبة الحدية لهذا النوع من الجرائم في ظل المقاصد الملحوظة للشارع، وفق ضوابط تطبق فيها هذه العقوبات، فمنها ما يكون تبعا للظروف كاعتبار الشبهات، ومنها ما يتعلق بالبينات، فلا عقاب على من أكرهت على الزنى للشبهة، ولو سلب العقاب على المغتصب بما يليق به.

و الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، ففي حالة الاغتصاب، مهما كانت المغتصبة بكرة أو ثيباً، قد يكون لهذا الاتصال الجنسي المحرم آثار وخيمة في المجتمع، تمتد إلى ظهور الحمل ووجود الأولاد من هذه العلاقة غير الشرعية، أو إهدار لكرامة المغتصبة، وتقويت عذريتها، وقد يؤدي الأمر إلى هلاكها.

وقد أفاض علماء الشريعة الإسلامية شرحاً وتفصيلاً، في مثل هذه الحالات؛ كحالة الاغتصاب وظهور الحمل، ومدى إلحاقه بالفاعل إذا ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنه المغتصب، بينما الانتساب للأم بالولادة أمر لا جدال فيه.

وإلى جانب الفقه الإسلامي التشريعات الوضعية، ومنها التشريع الجزائري الذي يستند في تقنينه المتعلق بقانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية، وأيضاً ما استقرت عليه الأحكام القضائية فقها وقضاء، من خلال الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، وقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أن طرق إثبات النسب يكون بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول.

غير أنه من الممكن أن لا يساير هذا التشريع الحوادث الواقعة في المجتمع، كظهور حالات الاغتصاب التي ينتج عنها الحمل، فلا بد إذن من معالجة مثل هذه القضايا، في ظل طرق شرعية تهدف إلى الوصول لإثبات النسب في هذه الحالة، لأن الشارع الكريم يتشوف لإثباته؛ وفي إثبات نسب الولد إحياء له.

والظاهر أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، والتي يرجع إليها بالدرجة الأولى حق ممارسة الرقابة القانونية على العمليات القضائية، قد تضمن بعض حالات الاغتصاب التي ألحق فيها نسب الولد بالغاصب، استناداً إلى تكييفها على أنها نكاح شبهة يثبت به النسب، وبذلك يمكن تطبيق النص القانوني في هذا الشأن.

الأمر الذي يجعل هذا الموضوع مهماً للدراسة ويهدف أساساً إلى بيان الإشكال الذي وقعت فيه المحكمة العليا في اجتهداها، حين كيفت "الاغتصاب" على أنه "نكاح شبهة" بالرغم من أن نص المادة 40 من قانون الأسرة واضح، فلم ينص على إعطاء معنى

"للشبهة" مما يدفعنا القول حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة؛ بوجوب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لأخذ معنى "نكاح الشبهة" وأيضاً ما يتعلق بالشبهة من معانٍ. والتساؤل الجدير بالطرح؛ إذا كان "نكاح الشبهة" يقوم بالأساس على الاشتباه والالتباس والجهل والخطأ الذي يقع فيه الفاعل ظناً منه أنه يطأ من تحل له، فهل "الاغتصاب" يقوم أيضاً على هذه المعاني؟ وما مدى تكييف الاغتصاب في الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي؟

ولدراسة هذه الإشكالية اتبعت المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يظهر في تتبع واستقراء جزئيات الموضوع، وكذا المنهج المقارن، لأن طبيعة الدراسة بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي؛ تقتضي إبراز الطرح الذي اعتمده كل منهما للوصول إلى إعمال النصوص القانونية حسب مقتضياتها؛ متبعاً في ذلك خطة ضمنيتها مطلبين تناولت في الأول منهما: مدى تكييف الاغتصاب في الفقه الإسلامي وفي الثاني مدى تكييفه أيضاً في الاجتهاد القضائي، وذيلت هذه الورقة البحثية بخاتمة ضمنيتها ما توصلت إليه من نتائج، مع ما يجدر ذكره من اقتراحات.

1. المطلب الأول: مدى تكييف الاغتصاب في الفقه الإسلامي

لأنني في هذه الدراسة من أكره على الزنى بامرأة؛ لأنه لا علاقة له بالموضوع، وإنما نعني الفاعل الذي يُكره المرأة على الزنى، وهو ما يسمى: "بالإغتصاب" لذلك من الواجب بسط حقيقة كل من: "نكاح الشبهة"، و"الاغتصاب".

1.1. الفرع الأول: حقيقة نكاح الشبهة

"نكاح الشبهة" يقوم على مدى تكييف "الشبهة" ذاتها، والتي يتحدد معناها اللغوي من الشبه وهو المثل، يقال: أشبه الشيء الشيء إذا ماثله⁽¹⁾ وتطلق الشبهة أيضاً على الالتباس⁽²⁾ "وشبهه عليه: خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره"⁽³⁾ وقيل: "ما يُشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر"⁽⁴⁾ فالمعنى المراد والأدق من التعريف، المتفق مع موضوع الدراسة هو "الالتباس" وهو أن يختلط الأمر ويشبه بغيره، كونه ثابتاً في نفس الأمر وليس بثابت.

و"شبهة النكاح" عند العلماء تنقسم إلى: شبهة فعل: وهو ما ثبت بظن غير الدليل دليلاً، كظن حل وطء أمة أبويه وزوجه. (5) و معتدة الثلاث، وهنا الوطاء يشتبّه عل الفاعل حرّمته، وليس في محلّه أي: الموطوءة، فلا يعرف الواطئ الحل من الحرمة لاشتباه الأمر عليه، ولا حد للشبهة بشرط أن يظن أن الوطاء حلال.

وشبهة عقد: هو ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، كما إذا تزوج امرأة بلا شهود، أو مجوسية، أو خمساً في عقد، أو تزوج بمحارمه، أو جمع بين الأختين. (6) وشبهة محل: وتسمى شبهة حكمية، أو ملك؛ كوطء معتدة من طلاق الكنايات، ووطء أجنبية ظناً منه أنها امرأته. (7)

فوطء الرجل امرأة أجنبية ظناً منه أنها زوجته، كأن تكون مثل زوجته في الخلقة والصورة فهذا وطء الشبهة. (8) لأنّ المحل اشتبه عليه، فظن أنه يملكه حقيقة، فخرج غير ذلك.

ويرى الحنفية: أنّ الشبهة نوعان: شبهة في الفعل تتحقق في حق من اشتبه عليه، وأساس قيام الشبهة ظن غير الدليل دليلاً، أمّا شبهة المحل، وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث. (9)

لذلك أثبتوا النسب في الثانية إذا ادعى الولد؛ لقيام الدليل النافي للحرمة، ولم يشتبّه في الأولى وإن ادعاه؛ لأن الفعل في الأولى محض زنى، والفاعل لاحق له في المحل، وفي الثانية ليس كذلك؛ أي لم يكن زنى بالشبهة في المحل؛ لذلك ثبت نسب الولد، لأن النسب مما يحتاط في إثباته. وإنما تسقط العقوبة الشرعية لأمر راجع إلى الفاعل، وهو وقوعه في الاشتباه.

والظاهر من كلام الحنفية أنّ الرجل إذا لم يكن له حق في المحل، وقام بالفعل سواء بشبهة أم لا، كان زنى؛ فيسقط الحد بالشبهة، ولا يسقط بانتفائها، ولهذا لا ينسب إليه الولد ولو ادعاه، ولما كان الاغتصاب هو زنى بإكراه من قبل الفاعل، مع علمه بالحرمة، قامت الشبهة في حق المرأة فيدرأ عنها الحد، ولا شبهة في حقه فيحد ولا يلحق به الولد.

وعند المالكية: الضابط في نكاح الشبهة أن ينكح نكاحاً فاسداً مجمعا على فساده؛ كأن يتزوج بمعتدة أو خامسة، أو ذات محرم غير عالم ويتلذذ بها أو يطأ امرأة يظنها زوجته، وجعلوه كالنكاح الصحيح في الحرمة؛ فيحرم عليه أصل كل واحدة منهن وفرعها، ويدراً به الحد.⁽¹⁰⁾

واستناد إلى رأي المالكية فمن زنى بامرأة ولو تكرر زناه بها؛ لا يحرم عليه به أصلها ولا فرعها بل يحل له أن يتزوج بأمرها أو ابنتها التي لم تتخلق من مائه؛ لأن الزنى لا محرمية له؛ فلا يحرم به حلالاً.

أمّا "وطء الشبهة" عندهم فهو الوطء غلطاً فيمن تحل في المستقبل كوطء أخت الزوجة غلطاً؛ أما لو وطئ بنت الزوجة غلطاً فليس وطء شبهة؛ لأنها لا تحل في المستقبل.⁽¹¹⁾ قال ابن شاس المالكي: "وسبيل الوطء بشبهة؛ سبيل من وطئ في نكاح صحيح. فأما من وطئت بغير شبهة في عدة أو استبراء على وجه الزنى أو الاغتصاب، فإنه لا حرمة لذلك الوطء، فلا تقع به حرمة عليه ولا عليها."⁽¹²⁾

وعند الشافعية: وطء الشبهة ثلاثة أنواع: شبهة المحل مثل: وطء زوجة صائمة، أو محرمة، أو أمة لم تستبرأ، وشبهة الفاعل مثل: وطء أجنبية ظنها زوجته، أو أمته، وشبهة الجهة: كوطء من تزوجت بلا ولي، أو بلا شهود.⁽¹³⁾

قال الشيرازي: "وإن وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء في النكاح في النسب فكان كالوطء في النكاح في إيجاب العدة فإن زنى بامرأة لم تجب عليها العدة؛ لأن العدة لحفظ النسب والزاني لا يلحقه نسب."⁽¹⁴⁾ وإن كانت مكرهة وجب لها مهر ودية الإفضاء، ولا حد عليها، وعلى المكره حد الزنى.⁽¹⁵⁾

بينما يرى الحنابلة أن: الشبهة، مأخوذة من الاشتباه، ووطء الشبهة: كمن ظن في امرأة أجنبية أنها زوجته فيطأها.⁽¹⁶⁾ بسبب الاشتباه والالتباس على نفي الحرمة، لذلك ألحقوا النسب بوطء الشبهة.⁽¹⁷⁾ أما الوطء الحرام الذي لا يلحقه شبهة ولا التباس فهو كالزنى.⁽¹⁸⁾ كمن وطء إحدى محارمه عالماً بذلك. والوطء بشبهة يثبت به النسب، لأن

ثبوته هنا جاء من جهة ظن الواطئ، بخلاف الزنى فلا ظن فيه، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد، فلم يلحق الولد فيه كالزنى.⁽¹⁹⁾

والظاهر من كلام الفقهاء أنّ الشبهة في نكاح الشبهة أو وطء الشبهة، تقوم على ظن الواطئ، بحيث يلتبس عليه الأمر، وفي حقيقة الأمر تستند إلى عقد نكاح حقيقي؛ بغض النظر كونه صحيحاً أو فاسداً؛ إلا أنّ الوطء في الواقع وقع ظناً يخالف الحقيقة، ألا ترى أن واطئ الأجنبية ظناً منه أنها زوجته يستند على عقد الزوجية الصحيح، ولو كان بالظن الخاطئ، وعليه فإن الشبهة في النكاح التي يلحق بها الولد هي شبهة ملك، فهي تختلف عن الشبهة التي يدرأ بها الحد، كشبهة الإكراه في حق المغتصبة؛ لأنه لو كانت مطاوعة لحدث كونها زانية.

1.2. الفرع الثاني: حقيقة الإغتصاب

يتناول فقهاء الشريعة الإسلامية "الإغتصاب" في مسائل الغصب، واللفظ كما يستعمل في التعدي على مال الغير عدواناً وظلماً، يطلق أيضاً على التعدي بلا وجه حق على الفروج .

قال السرخسي من الحنفية: "اعلم بأن الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب، واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال. يقال: غصبت زوجة فلان وولده، ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً. ثم هو فعل محرم؛ لأنه عدوان وظلم."⁽²⁰⁾ لذلك يطلق الاغتصاب عندهم على "الإكراه على الزنى" ولا يوجب المهر، وعليه الحد.⁽²¹⁾ وإنما يجب المهر في كل وطء استوى فيه الإكراه والطوع، كالوطء للنكاح الفاسد.⁽²²⁾ وأسقطوا الحد عن المرأة المكرهة على الزنى، لأنها محل الفعل، ومع خوفها تحت الإكراه؛ يتحقق التمكين منها.⁽²³⁾ والمالكية يرون أن الاغتصاب هو: "وطء بالغ حرة أو أمة جبراً بغير وجه شرعي."⁽²⁴⁾

والظاهر من التعريف أنّ هذا الوطء حرام؛ لأنه يقع من بالغ بوجه غير شرعي، وبإكراه الحرة أو الأمة، ولا يبنى على عقد، فتنتفي الشبهة حينئذ، لذلك أوجبوا على من

وطئ امرأة غصبا عليها صدق مثلها يوم الوطء بكرة كانت أو ثيباً، ويتعدد عليه الصداق بتعدد الوطء، إن ثبت ذلك عليه، إما بإقراره به أو ببينة على الوطء، أو ببينة شهدت بأنه احتملها وغاب عليها غيبة يمكن وقوع الوطء فيها وادعته المرأة وإن لم تقع مشاهدة الوطء لها؛ هذا إذا كانت المرأة حرة مغتصبة، فإن كانت طائعة فهو زنى لا صدق فيه. (25)

ويلزمه مع ذلك الحد أيضاً بشهادة أربعة عاينوا الوطء أو بإقراره ما لم يرجع عنه ينكره. فإن رجع عن إقراره أو أنكر الوطء فلا حد عليه. (26)

قال مالك في الغصب: "إن الحد والصداق يجتمعان على الرجل." (27)

فلو ظهر بامرأة لا زوج لها حملٌ وأريد إقامة الحد عليها فقالت: استكرهت أي أكرهني من لا أستطيع دفعه عني، لم تصدق في دعواها الإكراه وحدث؛ لأن الأصل الطوع حتى يثبت الإكراه، و تصديقها ذريعة إلى كثرة الزنى، و إذا قامت بينة عادلة تورث الشبهة المسقطة للحد ولو بشهادة الواحد، أو جاءت مستغيثة بأنها أخذت قهراً وعانيت البينة غصبها وإكراهها، أو جاءت صائحة عند وقوع الزنى بها؛ لأن مجيئها على هذا الحال قرينة غصبها تدل على صدقها، ولا يكفي مجيئها تدمي من قبلها للإشكال البين. (28)

وعند الشافعية: من مسائل الغصب عند الشافعية الاستكراه على الوطء؛ لذلك من أكره امرأة على الزنى لزمه الحد والمهر. (29) وعندهم كل ما كان مضموناً بالبدل في العقد؛ جاز أن يكون مضموناً بالبدل في الاستكراه والغصب، كالعين.

قال الشافعي: "وإن استكره رجل حرة أو أمة، فوطئها... وجب عليه الحد والمهر." (30) ولو تكرر وطء مغصوبة أو مكرهة على الزنى تكرر المهر بتكرر الوطء. (31)

قال شهاب الدين الرملي: "ولو كرر وطء مغصوبة غير زانية، كنانمة أو مكرهة أو مطاوعة بشبهة اختصت بها، أو مكرهة على الزنى، وإن لم تكن مغصوبة إذ لا يلزم

من الوطء ولو مع الإكراه الغصب، تكرر المهر؛ لأن سببه الإتيان وقد تعدد بتعدد الوطآت." (32)

وعند الحنابلة: إن ادعت امرأة على رجل أنه أكرهها على الزنى، أو اشتبه عليها، فعليه المهر؛ لأنه أقر بسببه وليس عليه حد حتى يقر أربع مرات. (33)

ويستخلص مما سبق أنّ: نكاح الشبهة أن الواطئ يظن حله، وهذا لا يتحقق في وطء الزنى فلا يظن الحل فيه. (34) كما أنّ نكاح الشبهة قام بسبب وجود شبهة، سواء في المحل أو العقد أو الفعل، بينما الاغتصاب لا شبهة فيه، ولا استلحاق. (35)

كذلك أنّ الأصل في وطء الشبهة أنه يشبه الوطء الصحيح، وإن كان في الواقع لا يعد صحيحاً، وبالتالي أخذ وطء الشبهة معنى الوطء المحظور، لقيام شبهة ينتقي معها قصد الزنى، لذلك تدرأ العقوبة الحدية في هذه الحالة. (36)

والفرق الجوهرى بينه وبين الزنى أنّ الواطئ يعتقد حل الوطء في وطء الشبهة، فيلحق به الولد، بينما وطء الزنى يعلم الواطئ أنه منهي عنه، فلا يعتقد الحل فيه. (37) ومثله الاغتصاب، ولهذا يعذر الواطئ في الأول ولا يعذر في الثاني، وأيضاً أن وطء الشبهة فيه ظن الفراش، بينما الزنى لا يثبت فيه الفراش مطلقاً؛ لأنّ الفاعل يعلم أنه حرام، ويثبت في الاغتصاب الإكراه على الزنى بالقوة فاجتمعا في هذا المعنى، فكل من الزنى والاغتصاب لا يسمى كل منهما نكاحاً؛ لخلوهما من الفراش ولو ظناً، كما يسمى النكاح الفاسد نكاحاً لوجود الفراش ظناً؛ أي مشكوك فيه، أو مختلف في فساده، أو فاسد مطلقاً، وعليه لا يلحق الاغتصاب بنكاح الشبهة، وإنما يلحق بالزنى لهذه الاعتبارات فيأخذ أحكامه، والفرق بينهما وجود الإكراه في حق المغتصبة التي استكرهت على الزنى، فلو رضيت وطأعت الفاعل كان محض زنى.

2. المطلب الثاني: مدى تكيف "الاغتصاب" في الاجتهاد القضائي:

1.2. الفرع الثاني: تكيف الإغتصاب على أنه نكاح الشبهة:

يظهر الإشكال في اجتهاد المحكمة العليا الذي جعل "الاغتصاب وطأ بالإكراه، وبالتالي يكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب، وهو ما تضمنه قرار المحكمة العليا

بخصوص ملف رقم 617374 قرار بتاريخ 2011/05/12⁽³⁸⁾ حيث جاء فيه المبدأ أنّ "الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، وطأ بالإكراه، ويكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب". وقد أسست المحكمة اجتهادها على وجهين: جاء في حيثيات الوجه الثاني المأخوذ من قصور الأسباب:

بدعوى أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانوناً بين تاريخ إبرام عقد الزواج في 2006/08/01 وتاريخ ازدياد البنت في 2006/09/04 غير متوفرة دون مراعاة للزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن ظروف ومعطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة خاصة وأن الطاعة في ردها على دعوى إلغاء النسب أكدت على تعرضها للاغتصاب مما يجعل القرار بعيب القصور في التسييب ويعرض القرار للنقض.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أنّ البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة⁽³⁹⁾ فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية، لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بأنه "نكاح شبهة" يثبت به النسب وفقاً لنص المادة المذكورة، فضلاً على أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقراراً منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأنّ المقرر شرعاً أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقراراً مباشراً فيه تحميل النسب على النفس وأنّ الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت

النسب من المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض. حيث أنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار.

وعند مناقشة هذا الوجه الذي أسست عليه المحكمة العليا اجتهادها، يتبين أن قضية الموضوع لما استنتجوا أن مدة الحمل المنصوص عليها قانوناً بين تاريخ إبرام عقد الزواج في 2006/08/01 وتاريخ ازدياد البنت في 2006/9/4 غير متوفرة أي أنها لم تبلغ ستة أشهر، وهي أقل مدة للحمل يثبت معها النسب لذلك استنتجوا أن العلاقة بين الطاعة والمطعون ضده كانت علاقة غير شرعية وبالتالي لم يلحقوا نسب البنت بالطاعن.

كما أن الزواج العرفي الجاري في المجتمع، لا يمكن تكييفه على أنه خارج العلاقة الشرعية؛ طالما أنه يتم بعقد شرعي وبالتراضي بين طرفيه، ويعلن عنه عند وقوعه، فهو صحيح من الناحية الشرعية، طالما توافرت أركان العقد وشروطه؛ بينما "الاغتصاب" يتم عن طريق التعدي على المرأة سواء بإكراهها على الزنى، أو بخطفها ووطنها كرها دون رضاها، أو بإغرائها ووطنها؛ وهي العبارة ذاتها التي تضمنها القرار رقم 617374 مفادها أن "الطاعة أكدت على تعرضها للاغتصاب" ولو رضيت لكان الفعل حراماً وهو الزنى بعينه، وهذا واضح بأنه خارج العلاقة الشرعية؛ كما أنه لا يكفي أن تدعي الموطوءة أنها وقعت في "الاغتصاب" إلا ببينة تثبت ذلك، فمجرد الإدعاء لا يكفي، لأنه يمكن أن تكون الموطوءة راضية بالفعل مُمكنة للواطئ منها تريد التستر على فعلتها، ولذلك هذا الأمر فيه غموض فيما يتعلق بالواقعة المذكورة آنفاً، وهو ما يستشف من القرار بخصوص الملف رقم 617374 عدم لجوء المُغتصبة إلى القضاء، بل تركت الأمر حتى ثار النزاع على نسب البنت، لذلك كان الأولى أن تتجه إلى القضاء وقت الاغتصاب.

كما أن انعقاد الزواج اللاحق عن "الاغتصاب"، وهو أن يتم العقد بعد حدوث "الاغتصاب"؛ يمكن أن يلجأ إليه مرتكب الفاحشة بهذا الوصف إلى العقد؛ بحجة

تصحيحه وجعل الزواج شرعياً، ومن ثمة يلحق النسب بالجاني. وهذا ما يفهم من العبارة الواردة في الحيثيات التي تضمنها قرار المحكمة العليا وهي: "أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية".

وأيضاً من طرق إثبات النسب "الإقرار" وقد ثبت في القرار 617374 أن تسجيل المطعون ضده البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية يعد إقراراً منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقرر شرعاً أن الإقرار بالبنة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقراراً مباشراً فيه تحميل النسب على النفس، لأن الإقرار بالبنة مطلقاً عن الجهة؛ محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش، والشارع الكريم يتشوف إلى إثبات النسب، لما فيه من إحياء الولد.

والإقرار حجة على المقر في ثبوت النسب ولا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق الولد في النسب، ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه، وقد ثبت أن في قضية الحال، أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقراراً منه بنسب البنت، وهذا توجيه سديد؛ يمكن أن تحمل عليه قضية الحال في إثبات نسب البنت عوض تكييفه بأنه "نكاح شبهة".

2.2. الفرع الثاني: تكييف الإغتصاب على أنه وطء الشبهة:

أما في الملف رقم 1027105 قرار بتاريخ 2016/12/07⁽⁴⁰⁾: "إغراء المعاقبة ووطؤها الثابت بالحكم القاضي بإدانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الأخلاق، يعد من قبيل الوطء بالإكراه، ويأخذ حكم وطء الشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء."

جاء في حيثياته: "المأخوذ من قصور التسبيب بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة، تنص على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار والبيئة ونكاح الشبهة وأنه كان على قضاة الموضوع التحقيق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده أغتصبها

وأُنجبت منه البنت المسماة (ن) مستغلا إعاقتهما مما يعد وطأ بالإكراه حيث أن الطرق التي يثبت بها النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة هي الزواج الصحيح والإقرار والبينة والزواج المفسوخ بعد الدخول ونكاح الشبهة، وأنّ الشبه المثبتة للنسب عرفت بأنها: كل وطء حرام لا حد فيه أي لا يوصف بأنه زنى ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة، وأن الرأي الراجح في المذاهب لا حد على المكره على الزنى، وعلى ذلك انتهى اجتهاد المحكمة العليا إلى أن الإكراه يعتبر شبه مثبتة للنسب، ولما كان البين من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن الطاعنة مصابة بإعاقة الصم البكم بنسبة 100% حسب بطاقة الإعاقة المدرجة في الملف، وأن المطعون ضده يكون قد استغل هذه الإعاقة وقام بإغرائها ووطئها حسب الثابت من الحكم الجزائي الصادر عن محكمة سوق أهراس بتاريخ 2010/02/11 القاضي بإدانتها بعامين حبس مع وقف التنفيذ عن جريمة الإغراء على الفسق وفساد الأخلاق طبقا لنص المادة 347 من قانون العقوبات المؤيد بالقرار المؤرخ في 2010/06/07 فإن هذا التصرف الثابت بالحكم الجزائي الصادر عنه اتجاه الطاعنة المعاقعة يعد وطأ بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة يثبت به نسب البنت(ن) المولودة بتاريخ 2009/05/17 الناتج عن هذا الوطء .

وبخصوص هذا القرار فقد كificت المحكمة العليا في اجتهادها أيضا: "الوطء بالإكراه" على أنه نكاح شبهة، وهو "الاغتصاب" بعينه؛ كما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، وعليه تقوم الشبهة في حق المُكرهة على الوطء فقط، وهي شبهة دارئة للحد؛ فيسقط في حقها الحد للشبهة؛ وليست شبهة وطء؛ لأن هذه الشبهة تقوم على الالتباس والاشتباه الظاهر الذي يحصل للواطئ، وعليه فلا شبهة في حق الواطئ؛ لذلك يوجب في حقه الحد، كما أنّ الشبهة التي يثبت بها النسب تكون في جهة الواطئ، أي وقوعها في العقد بحيث يكون صورة لا حقيقة، أو في الفعل، أو في المحل، وهذا الذي بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي تمت الإشارة إلي سابقا، كأن يعقد عقدا فاسدا، أو يوطأ خطأ، أو يوطأ من لا تحل له بالظن.

وإذا كان "الاغتصاب" حين وقع لا يستند إلى شبهة ولو ظنا فكان زنى بالمطوعة كرها، ولو تم تسجيل الزواج بعد الفعل، لذلك تثبت الشبهة في حق المطوعة، لأنها مغلوبة على نفسها، فتسقط عليها العقوبة الشرعية، ولا شبهة في جهة الواطئ فتثبت في حقه العقوبة.

وأيضاً العبارة الواردة في القرار: "في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب." فيها إشكال أيضاً، في حين أن الاغتصاب حقيقته أنه "زنى بالإكراه" فإذا ثبت يعني ذلك تحمل المسؤولية الجزائية لفاعله.

وقد وقعت المحكمة العليا في إشكال آخر حينما حددت معنى "الشبهة المثبتة للنسب" في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بأنها: "كل وطء حرام لا حد فيه لا يوصف بأنه زنى، ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقاً لأحكام قانون الأسرة" واستنادها أيضاً على أن الراجح من الأقوال الفقهية أنه لا حد على المكره على الزنى، وهذا يستدعي القول بأن المحكمة العليا بعد تعريفها للشبهة المثبتة للنسب تحيل مرة أخرى الواقعة على المذاهب الفقهية فيما يتعلق بالعقوبة الحدية؛ بالرغم أن قضية الحال موضوع الاجتهاد الواضح منها وجوب الحد في حق المغتصب، وسقوطه على المغتصبة للإكراه وهذا ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، وهذا يعتبر استدلالاً بقول مخالف للقول الأول الوارد في تعريف "الشبهة" من حيث محل الاستدلال، لأن إثبات النسب لا يكون من جهة المكره، وإنما يكون من جهة الشخص الغاصب، بدليل أن الواقعة المذكورة هي إكراه على الزنى، وهذا عين الاغتصاب؛ أمّا المكره على الزنى فلا يجب عليه الحد، كما علل بذلك اجتهاد المحكمة العليا؛ كحال من أكره على الزنى بامرأة، وهي الحالة التي قصدتها الفقهاء في هذا الشأن، أمّا قضيتي الحال؛ كلاهما نجد أن الفاعل هو من يكره المرأة على الزنى، لذلك يوجب في حق كل منهما الحد دون المرأة المغتصبة.

وأيضاً الفرق واضح في الشبهة المثبتة للنسب في الأقوال الفقهية، والتي تدور حول ظن الواطئ ووقوعه في الاشتباه والالتباس ولو كان الوطء حراماً؛ لأن الوطء الحرام العاري من الشبهة والالتباس يأخذ حكم الزنى، وهذا ما يفهم من قول ابن شاس

من المالكية، وكذلك قول الحنابلة. بينما الشبهة الدارئة للحد هنا هي الإكراه على الزنى، فمن أكره امرأة على الزنى، فلا حد على المكره لقيام شبهة الإكراه في حقها، وهي المعاقة الموطوءة كرها، أما الفاعل فالأصل علمه بالتحريم، وهو الذي قام بإغراء المغتصبة واستدراجها حتى فعل فعلته، فينتفي في حقه الشبهة لذلك، فيجب في حقه الحد، كون الفعل زنى في حقه.

ومن هنا يمكن القول أن تكييف الاغتصاب على أنه "نكاح شبهة" يثبت به النسب تارة، وتارة أخرى على أنه: وطء بإكراه، يأخذ حكم "وطء الشبهة" يخالف ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، فلم يسلك منهم أحد هذا المسلك؛ مما يستدعي القول أن المحكمة العليا في اجتهادها في تكييف الاغتصاب على أنه "نكاح شبهة" يثبت به النسب قد وقعت في إشكال، ولو تم الاستناد في إثبات النسب فيما يتعلق بحالتي الاغتصاب المذكورتين على سند آخر كالإقرار، أو الرأي الفقهي الذي يلحق ولد الزنى بالزاني لكان أسلم.

الخاتمة:

تكييف الاغتصاب على أنه "نكاح شبهة"، الوارد في اجتهاد المحكمة العليا، يخالف ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لأن نكاح الشبهة يقوم على شبهة في الفعل وتحقق في حق من اشتبه عليه، وشبهة في العقد، وشبهة في المحل، أما "الوطء بشبهة" فسيبيل سبيل من وطئ في نكاح صحيح، بسبب الاشتباه والالتباس على نفي الحرمة، وأساس قيام الشبهة ظن الفاعل والاشتباه والالتباس الحاصل له بأن الموطوءة تحل له.

والمعنى الذي تقوم عليه "الشبهة" منتفٍ في حالة الاغتصاب؛ لأنه إكراه عن الزنى، دون رابطة زواج ظنية تذكر، والمغتصب يعلم أن فعله محرم؛ لأن المغتصبة لا تحل له، وفعله فساد في خلقه، لذلك لم يرد عن أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية هذا التكييف، أو أنهم ألحقوا الاغتصاب بنكاح الشبهة؛ فيأخذ أحكامه، ويتم من خلاله إلحاق ولد المغتصبة بالغاصب.

وعلى الرغم من قيام شبهة دارئة للحد في حق المغتصبة وهي الإكراه على الزنى، فتجب العقوبة الشرعية في حق المغتصب بحد عند الجمهور لعدم الفراش.

الإقتراحات:

- ضرورة إعادة النظر في الإشكال حول قضيتي "الاغتصاب" التي تم تكييفها على أنهما "نكاح شبهة" للإشكال في تكييفه، ومخالفة فقهاء الشريعة الإسلامية في جعل الإغتصاب إكراه على الزنى، دون إلحاقه بنكاح الشبهة.
- ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لأخذ معنى "الشبهة" لأنّ تحديد معناها بما ورد في الاجتهاد القضائي يعد مخالفا لما ورد عند فقهاء الشريعة الإسلامية، لأنّ هذا المعنى يحدد حقيقة كل من "نكاح الشبهة"، و"وطء الشبهة".

التهميش و الإحالات:

- (1)- ابن منظور، (1414هـ)، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ج13، ص503.
- (2)- المرجع نفسه.
- (3)- المرجع نفسه.
- (4)- المجددي، محمد عميم الإحسان، (2003م)، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ص109.
- (5)- الجرجاني علي بن محمد، (1983م)، التعريفات، بيروت، دار الكتب العلمية، ص124.
- (6)- المجددي، محمد عميم الإحسان، المرجع السابق.
- (7)- المرجع نفسه، ص110.
- (8)- محمد بن أحمد بطلان، (1991م)، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، ج2، ص212.
- (9)- المرغناني، (2000م)، الهداية (بهامشه البناية للعيني)، بيروت، دار الكتب العلمية، ج6، ص295. 296.
- (10)- الأبّي، صالح بن عبد السميع، (د، ن)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، المكتبة الثقافية، ص450.
- (11)- الدسوقي، (د، ن)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج2، ص252.
- (12)- ابن شاس، (2003م)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج2، ص435.
- (13)- الشريني، (د، ن)، حاشية الشريني على لغز البهية في شرح البهجة لوردية لتركيا الأنصاري، المطبعة الميمنية، ج5، ص82.

- 14- الشيرازي، (د، ن)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ج3، ص123.
- 15- الماوردي، (1999م)، الحاوي في فقه الإمام الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ج12، ص296. وما بعدها.
- 16- ابن المبرد، (1991م)، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرق، جدة، دار المجتمع، ج3، ص625.
- 17- ابن مفلح، برهان الدين، (1997م)، المبدع في شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية، ج7، ص96.
- 18- ابن المبرد، المرجع السابق.
- 19- ابن قدامة المقدسي، (1968م)، المغني، مكتبة القاهرة، ج8، ص82.
- 20- السرخسي، أبو سهل، (1993م)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج11، ص49.
- 21- القلوري، (2006م)، التجريد، القاهرة، دار السلام، ج7، ص3343.
- 22- المرجع نفسه، ص3344.
- 23- السرخسي، أبو سهل، المرجع السابق، ج24، ص89.
- 24- عثمان بن المكي التوزري، (1339هـ)، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ج4، ص124.
- 25- المرجع نفسه .
- 26- المرجع نفسه .
- 27- مالك بن أنس، (1994م)، المدونة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ص509.
- 28- ابن مهنا النفراوي، (1995م)، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الفكر، ج2، ص208.
- 29- النووي، يحيى بن شرف النووي، (1993م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي، ج7، ص331.
- 30- العمراني، يحيى بن أبي الخير، (2000م)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، جدة، دار المنهاج، ج7، ص74.
- 31- شهاب الدين الرملي، (د، ن)، غاية البيان في شرح زيد بن ارسلان، بيروت، دار المعرفة، بيروت، ص255.
- 32- شهاب الدين الرملي، (1984م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، ج6، ص354.

- (33)- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج9، ص68.
- (34)- القرافي، (1994م)، الذخيرة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج13، ص18 .
- (35)- المرجع نفسه .
- (36)- خليل بن إسحاق الجندي، (2008م)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ج4، ص485.
- (37)- المرجع نفسه.
- (38)- قضية: (ب، ف) ضد (ب، أ) ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص294.
- <https://www.coursupreme.dz>
- (39)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو عام 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 الصادر في 2005/02/27. (ج، ر، ج، عدد 15، سنة 2005، ص21).
- (40)- قضية: (ش، س) ضد (ر، ش) ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2016، ص228.
- <https://www.coursupreme.dz>

قائمة المراجع:

- 1- الجرجاني علي بن محمد، (1983م)، التعريفات، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 2- الدسوقي، (د، ن)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
- 3- ابن منظور، (1414هـ) ، لسان العرب، بيروت، دار صادر.
- 4- ابن مهنا النفراوي، (1995م)، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الفكر.
- 5- ابن مفلح، برهان الدين (1997م)، المبدع في شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 6- ابن المبرد، (1991م)، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، جدة، دار المجتمع.
- 7- مالك بن أنس، (1994م)، المدونة، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 8- الماوردي، (1999م)، الحاوي في فقه الإمام الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 9- المرغناني، (2000م)، الهداية (بهاشمه البناءة للعيني)، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 10- ابن قدامة المقدسي، (1968م)، المغني، مكتبة القاهرة .
- 11- المجلدي، محمد عميم الإحسان، (2003م)، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية.
- 12- محمد بن أحمد بطل، (1991م)، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب، مكة المكرمة، المكتبة التجارية.

- 13- النوي، يحيى بن شرف، (1993م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي.
- 14- السرخسي، أبو سهل، (1993م)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة.
- 15- عثمان بن المكي التوزري، 1339هـ، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية.
- 16- العمراني، يحيى بن أبي الخير، (2000م)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، جدة، دار المنهاج.
- 17- القرافي، (1994م)، الذخيرة، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- 18- القدوري، (2006م)، التجريد، القاهرة، دار السلام.
- 19- الشيرازي، (د، ن)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
- 20- الشريبي، (د، ن)، حثية الشريبي على الغر البهية في شرح بهجة الوردية لأزكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية.
- 21- ابن شاس، (2003م)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- 22- شهاب الدين الرملي، (د، ن)، غاية البيان في شرح زيد بن ارسلان، بيروت، دار المعرفة، بيروت.
- 23- شهاب الدين الرملي، (1984م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر.
- 24- خليل بن إسحاق الجندي، (2008م)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.
- 25- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو عام 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 الصادر في 2005/02/27. (ج، ر عدد 15، سنة 2005)
- 25- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، <https://www.coursupreme.dz>
- 26- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، <https://www.coursupreme.dz>