Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

عن إمكانية إثبات نسب المولود نتيجة زواج عرفي في ظل جائحة كورونا

On the possibility of proving the lineage of the newborn as a result of a customary marriage in light of the Corona pandemic

1 خولة زرزايحي khawla zerzaihi

2 فريدة حايد farida haid

1 طالبة دكتوراه

جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

Jijel University, Faculty of Law and Political Science, Department of Law

مخبر حماية وترقية الأسرة وحقوق المرأة والطفل

Laboratory of protection and promotion of the family and the rights of women and children

khawla.zerzaihi@univ-jijel.dz

2 أستاذ محاضر (أ)،

جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

Jijel University, Faculty of Law and Political Science, Department of Law

مخبر حماية وترقية الأسرة وحقوق المرأة والطفل

Laboratory of protection and promotion of the family and the rights of women and children

farida.haid@univ-jijel.dz

المؤلف المرسل khawla zerzaihi خولة زرزايحي :الإيميل: khawla.zerzaihi@univ-jijel.dz

تاريخ الاستلام: 2022-02-15 تاريخ القبول : 2022-06-01

الملخص باللغة العربية:

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على مدى مساهمة الإجراءات الصحية المتخذة لمنع تفشي فيروس كورونا، المتمثلة في تعليق إبرام عقود الزواج في انتشار الزواج العرفي الذي يؤثر في زيادة ارتفاع القضايا المتعلقة بإثبات الزواج وكذا إثبات النسب، إذ أن مصالح الحالة المدنية تمتنع عن تسجيل الأبناء المولودين عن طريق الزواج العرفي لآبائهم لعدم وجود عقد مسجل لديها، ما دفع الكثير من الآباء إلى اللجوء إلى المحكمة من أجل إثبات نسب الأبناء بعد تثبيت عقد الزواج هذا ما لمسناه من خلال الحكم المعتمد كمثال عملي مدعم للدراسة.

الكلمات المفتاحية: زواج عرفي؛ نسب؛ كورونا؛ مولود.

Abstract:

The study aims to shed light on the extent to which the health measures taken to prevent the outbreak of the Corona virus, represented in suspending the conclusion of marriage contracts, contribute to the spread of customary marriage, which affects the increase in cases related to proving marriage as well as proving parentage, as the civil status interests refrain from registering children born with Through the customary marriage of their fathers, because they did not have a registered contract, which prompted many fathers to resort to the court in order to prove the lineage of their children after confirming this marriage contract. What we saw through the approved ruling as a practical example supported by the study.

Keywords: Customary marriage; pedigree; Corona; born.

مقدمة:

يعتبر عقد الزواج أقدس العقود وأهمها في حياة الإنسان ولهذا بات من الأولى توثيقه نظرا لما ينشأ عنه من حقوق وواجبات تتعدى الزوجين إلى ثمرة العلاقة الزوجية وهم الأبناء؛ خاصة ما تعلق بحقهم في النسب، وعلى هذا الأساس فرضت معظم التشريعات ضرورة توثيق عقد الزواج ومن بينها المشرع الجزائري الذي اشترط في قانون الأسرة الجزائري ضرورة إبرام عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا.

إلا أن ما شهده العالم خلال السنتين الماضيتين وإلى غاية اليوم ظهور فيروس خطير يمس بصحة وحياة الأفراد يعرف بفيروس كورونا؛ و نظرا لكونه من الأمراض المعدية التي تهدد سلامة الأفراد في المجتمع خاصة منهم الأطفال، فقد أصدرت الحكومة الجزائرية عدة مراسيم تنفيذية إبتداءً من 21 مارس2020 بإصدارها للمرسوم التنفيذي 61/20 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد-19 ومكافحته، وما لحقه من مراسيم تضمنت جملة من التدابر الوقائية للحد من انتشار الفيروس ومن تلك التدابير حضر التجوال، والحجر المنزلي لمدة 14 يوما مع تمديد هذه المدة في كل مرة، وإلزامية ارتداء القناع الواقي، فرض التباعد الاجتماعي، وكذا تعليق حركة السير بين الولايات وداخل المدن للحد من تبادل الزيارات بين العائلات لما قد يسبب زيادة انتشار الوباء، وغيرها من التدابير الوقائية الواجب احترامها والالتزام بها.

تدعيما للتدابير الوقائية المقررة، وعملا بتعليمات وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية المتعلقة بسلسلة التدابير والإجراءات الوقائية الرامية لمحاصرة كل مصدر متسبب في انتشار فيروس كورونا الذي تفشى بصفة مقلقة بسبب التجمعات العائلية لاسيما منها حفلات الأعراس التي تستقطب أعداد كبيرة من الحضور دون مراعاة التدابير الوقائية المتخذة للحد من تفشي هذا الوباء ودون الأخذ بعين الاعتبار لتداعياته على صحة المواطن، وللحد من هذه

الظاهرة أمر ولاة عدة ولايات على مستوى الوطن ضباط الحالة المدنية بتعليق إبرام عقود الزواج في إطار الصلاحية الممنوحة لهم ضمن المرسوم التنفيذي المذكور وتحديدا في المادة العاشرة منه التي تخول للولاة إمكانية اتخاذ كل إجراء يندرج في إطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا ضمن اختصاصه الإقليمي، ما ساعد في انتشار الزواج العرفي في تلك الفترة الذي قد يؤدي الى ضياع بعض الحقوق خاصة في حالة إنكار أحد الطرفين للزواج، خاصة ما تعلق بنسب الأبناء المولودين نتيجة الزواج العرفي، وتبعه في تلك الفترة زيادة عدد القضايا المعروضة أمام المحاكم والتي تتضمن إما المطالبة بتثبيت عقد الزواج أو المطالبة بإثبات النسب.

وعليه اقتضت دراسة حق الطفل المولود نتيجة زواج عرفي في النسب في ظل جائحة كورونا تزامنا مع تعليق عقود الزواج وبالتالي امتناع مصالح الحالة المدنية عن تسجيل الابن المولود في هده الفترة وفي هذه الظروف لأبيه ما يؤثر في المسائل المتعلقة بإثبات النسب، حيث تسلط الدراسة الضوء على الزواج العرفي في ظل جائحة كورونا وما يترتب عنه من آثار متعلقة بحق الطفل في النسب من الناحية النظرية، والتي نرفقها في جميع عناصرها بالواقع العملي من خلال وقائع حكم قضائي متعلق بالموضوع لنضفي على الموضوع أكثر جدية وواقعية.

يتبين من موجز الوقائع المدرجة بالحكم المدعم للدراسة أن المدعيان صرحا أنهما قد تزوجا زواجا عرفيا في 05 مارس 2020 ولم يتم تسجيله بسبب وباء كورونا، وقد ثم تثبيت الزواج بموجب حكم قضائي بتاريخ 2020/11/29، وأثمرت العلاقة الزوجية عن ميلاد بنت بعد تثبيت الزواج بحوالي شهر، لم تسجل البنت باسم أبيها لعدم وجود عقد زواج ما دفع الوالدين إلى رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة الميلية للمطالبة بإثبات نسب المولودة لأبيها، وقد أقر المدعي الأب إقرارا صريحا بأبوته للبنت وأنها ثمرة علاقة شرعية، وعلى هذا الأساس واستنادا لنص المادة 40 من قانون الأسرة فقد حكمت المحكمة بإثبات نسب البنت مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الميلية بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية وتصحيح شهادة ميلادها.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: هل يثبت نسب المولود نتيجة زواج عرفي تعذر تسجيله بسبب جائحة كورونا؟

نجيب على الإشكالية المطروحة من خلال المنهج الاستقرائي باستخدام تقنية التحليل لنصوص قانون الأسرة المتعلقة بالزواج والنسب؛ وكذا نصوص قانون الحالة المدنية المتعلقة بالزواج، كما نعتمد على المنهج الاستنباطي من خلال تركيب المعلومات النظرية وربطها مع حكم واقعي يعالج المسألة، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المحور الأول: الزواج العرفي وطرق إثباته

أولا: المقصود بالزواج العرفي وأسباب انتشاره

ثانيا: شرعية الزواج العرفي وكيفية إثباته.

المحور الثاني: مدى جوازية المطالبة بإثبات النسب في الزواج العرفي

أولا: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأبناء

ثانيا: شروط ثبوت النسب في الزواج العرفي

الخاتمة

المحور الأول: الزواج العرفي و إثباته.

بداية فقد أوجب التشريع الجزائري في نصوص قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية، وذلك من أجل إمكانية الاحتجاج به، ولضمان حقوق الطرفين والأبناء، إلا أن ظروف بعض الأزواج تمنعهم من ذلك، خاصة ما شهدناه في صيف 2020 من سرعة انتشار فيروس كورونا ما دفع بالأزواج إلى إبرام عقود زواجهم دون اتخاذ الإجراءات الشكلية المشترطة في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وهو ما يعرف بالزواج العرفي، ونتناول في هذا البحث، المقصود بالزواج العرفي من جهة، ومن جهة أخرى نتطرق إلى كيفية إثبات الزواج العرفي.

أولا- المقصود بالزواج العرفي وأسباب انتشاره

أجمع الفقهاء على تعريف الزواج بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع وينشئ لكل من الطرفين حقوقا لدى الآخر، فهو عقد أملاك يرد فيه الملك على حق تمتع كل طرف بالآخر على الوجه المشروع، فالزواج مرادف للنكاح وهما في الشريعة الإسلامية العقد الذي يعطي لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر على الوجه المشروع[1]، وحق الاستمتاع مرهون بعدم وجود مانع شرعي بين الطرفين، ومثالها أن تكون الزوجة من المحارم أو أن يعقد الرجل في ذمته أربع زوجات على خامسة دون أن يطلق إحدى زوجاته[2].

ويقوم الزواج على ركن الرضا المقترن بإيجاب طرف وقبول من الطرف الثاني، أي هو ما صدر من كلام أحد العاقدين ورافقه قبول العاقد الآخر، ولا تشترط الشريعة الإسلامية أن يتولى عقد الزواج رجل من رجال الدين بل الأصل أن يتولاه الزوجان بأنفسهما مع حضور ولي الزوجة مع ضرورة حضور شاهدين، وعدم كون الزوجة محرمة شرعا على المقبل على نكاحها[3].

1-تعريف الزواج العرفي:

مفهوم الزواج العرفي مفهوم غربي الأصل لارتباطه الوثيق مع بداية نشأة القوانين المدنية لتكون عرفية الزواج تعني عدم تسجيله في سجلات الدولة الخاصة بالزواج[4]، و لو أردنا تعريف الزواج العرفي نقول أنه زواج ثم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية غير أنه لم يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا، وقد عرفه يوسف القرضاوي بأنه :" زواجا مستكملا الأركان والشروط وكل ما في الأمر أنه غير موثق، فالزواج العرفي زواج رجل من امرأة بإيجاب وقبول بشهادة الشهود وبرضا الأولياء، وبمهر بغية الاستقرار في الحياة الزوجية وإنجاب الأبناء[5].

وقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح ويترتب عليه جميع آثاره الشرعية فيستوي أن يكون الزواج مكتوبا وغير مكتوب من الناحية الشرعية[6].

الزواج العرفي ثلاث أنواع، زواج عرفي شرعي مستوفي لأركانه وشروطه مع وجود العلنية فيه دون أن يكون مسجلا، زواج عرفي سري يتم بتراضي الزوجين ووجود الولي مع الشهود إلا أنه لم يتم الإعلان عنه، ولم يسجل أما النوع الثالث فهو الزواج العرفي السري يتم بتراضي الطرفين، ويسجل في ورقة في حضور الشهود أحيانا، وفي غياب الولي، ودون علمه غالبا، ويتم دون إعلان ولا إشهار، وهو زواج يفتقد إلى الشرعية[7]، بتأملنا لتعريف الفقه للزواج كما سبق ذكره نلاحظ أنه لم يفرق بين ما إذا كان الزواج مكتوبا أو غير مكتوب، موثق أو غير موثق، رسمي أو غير رسمي، لذلك فقد اتفق الفقه على أنه لا فرق بين تعريف الزواج الرسمي والعرفي لقيام كليهما على ركن الرضا وتوفر الشروط الشرعية له[8]، أي يشترك الزواج العرفي مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل، وبالتالي فالزواج العرفي أقرب في تعريفه للزواج الرسمي، فهو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالآخر على الوجه المشروع، وقد عرف الزواج العرفي بأنه عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانونا لذلك، وبالتالي يمكن القول أن الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي هو القيد في سجلات الحالة المدنية، وغياب هذا الأخير لا يؤثر في قيام عقد الزواج العرفي ولكنه يبقى لازما لإثباته بحكم[9].

ما يعني أن الزواج المبرم بين المدعيان في الحكم المدعم للدراسة زواج عرفي، فقد تم إبرام عقد الزواج دون اتخاذ إجراءات تسجيله نظرا للظروف الصحية التي فرضها الحجر الصحي المترتب عن انتشار وباء كورونا، نتيجة تعليق عقود الزواج في الفترة التي تزوج فيها المدعيان، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد المشرع الجزائري يعرف الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحا فضة على الأنساب ما يعني أن الزواج المنعقد بين المدعيان زواجاً صحيحاً.

2-أسباب انتشار الزواج العرفي:

يمكن للمجتمع والظروف المعيشية فيه أن تخلق أسبابا للزواج العرفي[10]، ففي الوطن العربي فهو وليد ظروف ومقتضيات تختلف من بلد لآخر فتارة يكون وليد خلل وقصور في التشريعات الوضعية لعدم القدرة على تطبيقها على أكمل وجه، خاصة مع وجود فئات في المجتمع كالبدو الرحل في الكثير من الدول العربية واتجاه هذه الفئة إلى الزواج العرفي، وقد يكون سبب هذه الظاهرة اقتصادي أو اجتماعي أو ثقافي يختلف من دولة إلى أخرى[11]، أما عن أسباب انتشار الزواج العرفي فنقول بداية أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أقر أن الزواج هو عقد رضائي، كما أقر في نص المادة 18 أن عقد الزواج لابد أن يتم أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في قانون الأسرة فيما يتعلق بأركان الزواج وشروطه، ما يعني أن المشرع الجزائري يشترط في الزواج الشكلية للانعقاد، ولو أردنا تسليط الضوء على نصوص قانون الأسرة ومعرفة أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي يمكننا القول أنه من بين أهم أسباب انتشار الزواج العرفي نظام تعدد الزوجات على اعتبار أن المشرع الجزائري يسمح للزوج بالتعدد في حدود الشريعة الإسلامية، ويرهن ذلك بوجود المبرر الشرعي وتوفر نية العدل، كما يقيد ذلك

بتقديم الزوج طلب الترخيص بالزواج من القاضي مع ضرورة إخباره للزوجة السابقة والمرأة المراد الزواج بها، وأجاز للزوجة الأولى طلب التطليق في حالة عدم علمها بالزواج الثاني، هذه القيود التي أوردها قانون الأسرة الجزائري على حق الزوج في التعدد وفق أحكام الشريعة الإسلامية جعلت من الأشخاص الراغبين في التعدد اللجوء إلى الزواج العرفي بدلا من الزواج الرسمي وبعدها تثبيته في المحكمة استنادا لنص المادة 22 من قانون الأسرة.

ومن بين أسباب انتشار الزواج العرفي في الآونة الأخيرة انتشار فيروس كورونا وما نتج عنه من إجراءات وقائية متمثلة في إجراءات الحجر الصحي التي فرضتها الدولة للحد من انتشار الفيروس على أوسع نطاق، ففي ظل هذه الأزمة الصحية التي مرت بها الجزائر والعالم أجمع، وأمام التزايد المستمر لعدد الحالات المؤكدة للمصابين عبر مختلف ولايات الوطن، وحرصا من الدولة على صحة وسلامة سكان الجزائر قدم ولاة عدة ولايات تعليمات عاجلة لمصالح الحالة المدنية بغية تحميد إبرام عقود الزواج على مستوى البلديات، في الفترة الممتدة من مارس 2020 إلى غاية أكتوبر 2020 ولفترات متقطعة مرهونة بعدد حالات الإصابة، هذا ما أدى إلى زيادة انتشار نسبة الزواج العرفي في الجزائر الذي تبعه بالضرورة زيادة عدد القضايا في المحاكم المتعلقة بإثبات الزواج وإثبات النسب، وفي بعض الأحيان كان للتعليق المفروض لعقود الزواج أثر في ثبوت نسب الابن من أبيه رغم تثبيت عقد الزواج في المحكمة إلا أن مصالح الحالة المدنية ترفض تسجيل الأطفال المولودين لآبائهم لعدم وجود عقد زواج هذا ما يثير إشكال بخصوص ثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يدفع بالقضاة إلى الحكم بثبوت النسب بناءا على إقرار الأب، إذ قد يتم إبرام عقد زواج بالشكل العرفي ويتم تثبيته بعد ذلك بموجب حكم قضائي لكن يتعذر تسجيله في مصالح الحالة المدنية تطبيقا لإجراءات المنع المذكورة، وتبعا لذلك فالولد الناتج عن هذا الزواج لا يسجل باسم أبيه ما يستدعي رفع دعوى لثبوت نسب الولد، وهذا ما حدث فعلا في إحدى القضايا المعروضة أمام محكمة الميلية.

ثانيا- شرعية الزواج العرفي وكيفية إثباته.

الزواج العرفي كما ذكرنا سابقا ثلاث أنواع، زواج عرفي مستوفي لأركانه وشروطه مع وجود العلنية فيه دون أن يكون مسجلا، زواج عرفي سري يتم بتراضي الزوجين ووجود الولي مع الشهود إلا أنه لم يتم الإعلان عنه، ولم يسجل أما النوع الثالث فهو الزواج العرفي السري يتم بتراضي الطرفين، ويسجل في ورقة في حضور الشهود أحيانا، وفي غياب الولي، ودون علمه غالبا، ويتم دون إعلان ولا إشهار، وهو زواج يفتقد إلى الشرعية، ودراستنا لشرعية الزواج العرفي وتحديد حكمه في الشريعة والقانون تقتصر على النوع الأول على اعتبار أنه النوع الوحيد المعروف في الجزائر، فنتناول الحديث عن حكمه من جهة، ومن جهة أخرى نتطرق إلى الحديث عن كيفية إثباته.

1- حكم الزواج العرفي:

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حكم الزواج العرفي نلاحظ أن علماء الشريعة الإسلامية اعتبروا الزواج العرفي هو زواج شرعي استوفى شروطه دون أن يوثق رسميا فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح ويترتب عليه جميع آثاره الشرعية فيستوي أن يكون مكتوبا أو غير مكتوب[12]، وهو ما ذهب إليه أحد كبار شيوخ الأزهر الشريف بأن عقد الزواج العرفي إذا كان مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية رغم عدم تسجيله أو تثبيته رسميا يكون زواجا صحيحا لأن التسجيل نظام وضعته القوانين الوضعية ولم يكن موجودا من قبل[13].

وبالعودة إلى أحكام قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري في المادة الرابعة يقر أن الزواج عقد رضائي لا شكلي وعلى هذا الأساس فلا يمكن الإدعاء ببطلانه على اعتبار أن الشكلية فيه غير مشترطة في الانعقاد، وإنما هي مشترطة للإثبات، والعقد لا يكون باطلا أو فاسدا إلا بتخلف أحد أركانه أو شروطه، لكن ورجوعا إلى نص المادة 18 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 نجد أن المشرع أشترط الشكلية في عقد الزواج بضرورة أن يتم عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا بمراعاة أركان الزواج وشروطه، كما أن قانون الحالة المدنية يكلف ضابط الحالة المدنية أو الموثق بتحرير عقود الزواج، وبالتالي فلزواج في القانون الجزائري يطغى عليه الجانب الشكلي أي أن للزوجين جهتان رسميتان يمكنهما إبرام عقد زواجهما أمام أحدها، ما يفهم أن تحرير عقد الزواج خارج هدين الجهتين يعتبر غير قانوني، ولا يحتج به أمام الجهات القضائية والإدارية[14]، ما يعني أنه لا يمكن الطرفين من تسجيل الأبناء المولودين نتيجة ذلك لدى مصالح الحالة المدنية.

نلمس من تحليلنا لنصوص مواد قانون الأسرة أن للزواج ركن وحيد متمثل في الرضا، ومجموعة من الشروط المتعلقة أساسا بأهلية الزوج، الصداق، الولي، الشاهدان، مع انعدام الموانع الشرعية[15]، أي أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي ويعتبره زواجا شرعيا يحتاج إلى تثبيت في المحكمة، ومن خلال الحكم المعتمد كنموذج مثال عملي وتوضيحي للدراسة نلمس أن عقد الزواج قائم على الرضا ومستوف الشروط ما يجعلنا نقول بصحة الزواج بين المدعيان من خلال عملية الإسقاط التي إعتمدناها انطلاقا من نصوص قانون الأسرة، غير أنه افتقد عنصر التسجيل الذي يلزم لإثباته، والذي ثم قبل شهر من ميلاد البنت ما يثير التساؤل حول ما إذا كان النسب في الزواج العرفي يثبت بأثر رجعي لإبرام العقد أم أنه يثبت ابتداء من تاريخ تثبيت عقد الزواج؟

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا بهذا الخصوص نجد بها تذبذب إذ أنها تقر في القرار رقم 12529 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 1975/04/21 أنه" من المقرر قانونا بأنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي الزوجية ما لم يثبت بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية[16]، في حين ذهبت المحكمة العليا في قرارها عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 1986/02/26، ملف رقم 40114، أنه من المقرر فقها وقضاءا بأن الزواج بقراءة الفاتحة ، وتحديد الصداق، وحضور الشهود والولي هو زواج صحيح[17]، وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1991، عدد 04 في الصفحة السابعة منها، فمتى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[18]، في السياق ذاته أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن نفس الغرفة المذكورة آنفا رقم 96238 بتاريخ 1993/09/28 أن الزواج العرفي الذي توافرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود اللذين حضروا مجلس العقد وأفادوا بأن حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة هو زواج صحيح، وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق.[19]

ما يمكن ملاحظته أن المحكمة العليا في هذا الخصوص يشوب قراراتها التذبذب وعدم الوضوح في اتخاذ موقف محدد من الزواج العرفي،إلا أنها من خلال القرارات الأخيرة لها والمتعلقة بهذا الخصوص فهي تعتبر الزواج العرفي زواج صحيح بتوافر أركان وشروط الزواج، مع ضرورة تثبيته بحكم قضائي إذ استقرت اجتهاداتها على أنه يجب على قضاة الموضوع التأكد من توافر أركان الزواج وشروطه لإثبات الزواج العرفي[20].

ننوه أن قانون الحالة المدنية نص على أن عقد الزواج يختص بإبرامه ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج ، وتشير أن ضابط الحالة المدنية يسجل عقد الزواج حال إتمامه ويسلم للمعنيين دفترا عائليا مثبتا للزواج[21]، هده العبارة الأخيرة تؤكد أن الزواج العرفي صحيح في تكوينه وأن تسجيله يفيد في إثباته رغم أن الأصل في التسجيل بمعناه القانوني أن لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد الصفة الرسمية، وما يؤكد صحة الزواج العرفي أيضا حسب قانون الحالة المدنية ما تضمنه نص المادة الثالثة منه والتي حددت مهام ضابط الحالة المدنية والتي من بينها تسجيل منطوق بعض الأحكام، هذه العبارة تشمل في مفهومها تسجيل الأحكام المتعلقة بتثبيت عقود الزواج.

2- إثبات الزواج العرفي.

يتعلق الموضوع بإثبات النسب إلا أن منطلقه هو الزواج العرفي فلا يمكن الحديث عن إثبات النسب في غنى عن الزواج العرفي، هذا الأخير تم وفق أحكام الشريعة الإسلامية وسلمنا بصحته غير أنه لم يسجل بسجلات الحالة المدنية، وباستقراء نصوص مواد قانون الأسرة نجد بها تناقض بهذا الخصوص، فمن جهة تقر المادة 18بضرورة إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية في حين تبيح المادة 22 إمكانية اللجوء إلى الزواج العرفي في عبارة وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم، وتسعى النيابة العامة لتسجيله في سجلات الحالة المدنية إلا أنه ما يمكن ملاحظته أن تسجيل الحكم المثبت للزواج لم يتم تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية.

الأصل أنه من أجل إثبات الواقعة المادية للزواج لابد من تسجيله قبل الدخول، وإذا حدث وأن ثم إغفال التسجيل فيتعين اللجوء إلى المحكمة وتقديم الأدلة والبيانات اللازمة لقيام العلاقة الزوجية مستوفية للشروط والأركان، وبعد صدور الحكم يرسل نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليسجل في سجلات الحالة

المدنية، فلا يجوز للمحكمة أن ترفض تسجيل عقد زواج تم إبرامه بقراءة الفاتحة، وبحضور شهود مبينين في شهادتهم أركان الزواج، وشروطه الأساسية من رضا الزوجين والولي وتحديد الصداق، وحضور الشاهدين.[22]

بعد التأكد من صحة تطبيق أركان الزواج المتمثلة في الرضا، وشروطه المتمثلة في أهلية الزواج، وتسمية الصداق، وولي الزوجة، وحضور شاهدين مع انعدام الموانع الشرعية يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج، أما إذا تم أمام الموثق فيقوم بتسجيله في سجلاته ويسلم للزوجين نسخة للإثبات، ويرسل ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيله للعقد ليسجل في سجلات الحالة المدنية، وخلال الخمسة أيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجلات الحالة المدنية ويسلم للزوجين دفترا عائليا من قبل ضابط الحالة المدنية[23].

فالأصل في التسجيل أن يتم قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم صورة شكلية تفيد إثبات الواقعة المادية، فإن حصل الدخول بالزوجة أو أبرم عقد الزواج بالفاتحة فإنه طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة لابد من اللجوء إلى المحكمة وتقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام عقد الزواج بجميع الأركان والشروط، وبعد صدور حكم المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج لتقوم بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، أي أن المشرع الجزائري قد سمح بصفة استثنائية إثبات الزواج بحكم قضائي وذلك بسماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها باللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم قضائي لإثبات الزواج إذا توافرت أركانه وشروطه[24].

هذا ما أقره قانون الأسرة الجزائري ففي حالة عدم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق بإمكان الزوجين أو احدهما المطالبة بإثباته أمام القاضي المختص بموجب حكم قضائي[25]، وبإسقاط ذلك على الحكم المعتمد كنموذج عملي لدراسة الموضوع فقد قام الزوجان بتثبيت زواجها الذي تعذر عليهما ذلك في حينه بسبب جائحة كورونا بعد حوالي ثمانية أشهر من الزواج العرفي، وعلى هذا الأساس فقد منح القاضي للطفلة المولودة بعد شهر من تثبيت الزواج حقها في النسب لأبيها مكيفا بذلك الزواج العرفي على أنه زواج شرعي ينتج آثاره بالاعتماد على نصوص قانون الأسرة.

أما عن كيفية إثبات الزواج العرفي فعلى الشخص الذي أبرم عقد زواجه عرفيا في ظل جائحة كورونا اللجوء إلى المحكمة المختصة إقليميا ويقوم بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية يلتمس فيه تسجيل عقد زواجه ثم تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتحري صحة ما يراد تسجيله ، وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة إصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلة والحجج وقيام الزواج على أركانه وشروطه اللازمة[26]، ويثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، وتحكمه قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصفة عامة، أما القواعد المتصلة بذات الدليل فهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية[27].

في هذا الصدد استقر اجتهاد المحكمة العليا في السنوات الأخيرة على أنه: يجب على قضاة الموضوع التأكد من توافر أركان الزواج وشروطه لإثبات الزواج العرفي وأن دعوى إثبات الزواج غير محددة بزمن معين وهو من المبادئ المستقر عليها قضاءا وقانونا الذي أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها[28]، ما يفهم أن إثبات الزواج العرفي يلحقه إثبات النسب.

نشير أن القانون الجزائري أوجب تسجيل عقد الزواج تفاديا للمشاكل الاجتماعية الناجمة عن الزواج العرفي، وذلك من خلال تثبيته بحكم قضائي، ويسجل في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وهذا متى توافرت الأركان الشرعية للزواج، فأجاز القانون تسجيل الزواج العرفي للقضاء بقوة القانون[29]، ويبقى الزواج العرفي زواجا شرعيا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها" متى كان الزواج متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق لشرع والقانون ..."[30].

بعد استصدار الحكم يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم هذا الأخير بتسجيل وقيد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، وبعد ذلك يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة من سجل الحالة المدنية ويثبت قانونا قيام عقد الزواج[31]، ما يمكن قوله من الناحية العملية أن سعي النيابة العامة لتسجيل عقود الزواج لدى مصالح الحالة المدنية غير

معمول به في الكثير من المحاكم، وبالتالي فعلى المعني بالأمر السعي بنفسه لذلك لتفادي ضياع حقوق الزوجين بصفة عامة وحقوق الأطفال المتعلقة بثبوت النسب بصفة خاصة.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري وقع في تناقض فمن جهة تفرض المادة 18 من قانون الأسرة أن يتم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ويختم العقد بوثيقة تثبته، في حين يبيح إمكانية إبرام الزواج بشكل عرفي في نص المادة 22، والتي تتضمن تثبيت الزواج بحكم ما لم يبرم أمام الضابط المؤهل لذلك، وكأن المادة 18 من قانون الأسرة مادة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها وهي الأصل، في حين أن المادة 22 هي الاستثناء، هذا الأمر يصعب على القضاة الحكم في القضايا المتعلقة بهذه المسألة فهو بذلك يفتح ثغره قانونية يستغلها الأفراد للجوء إلى الزواج العرفي، ولا يتم اللجوء إلى تثبيته إلا بعد حدوث الحمل أو الولادة، أو الانفصال بالطلاق أو الوفاة.

أضف إلى ذلك فالمادة 22 التي تعطي للزوجين إمكانية تثبيت زواجهما بحكم قضائي إذا تم الزواج بشكل عرفي دون تحديد الأسباب التي تخول لهما الزواج بتلك الطريقة، والتي هي نفسها التي تبيح لهما تثبيت زواجهما عن طريق المحكمة، ما يجعل اللجوء إلى مثل هذا الزواج بكثرة، بل وغالبا ما تكون هناك علاقات غير شرعية بين الطرفين، وبعد إنجاب الأطفال يقومان باستغلال الثغرة القانونية في قانون الأسرة وينسبان الابن المولود بهذه الطريقة لهما في حين يعتبر ابن زنا من خلال تثبيت زواجهما المزعوم، ما يظلل القضاء في تنفيذ الأحكام المتعلقة بالنسب، ويجعلهم بهذه الطريقة يخرقون أحكام الشريعة والقانون وذلك بمساعدة القانون ذاته ودون إدراك منهم.

المحور الثاني: مدى جوازية المطالبة بإثبات النسب في الزواج العرفي

رغم اعتراف المشرع بالزواج العرفي إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بآثاره قانونا طالما لم يثبت في سجلات الحالة المدنية، ففي الحكم المدعم للدراسة ومن خلال وقائعه تبين لنا أن الزواج العرفي تم في مارس 2020 وتم تثبيته في نوفمبر 2020، وولدت البنت في ديسمبر 2020، ومن هنا يتبادر إلى أذهاننا هل يمكن تطبيق شروط إثبات النسب على الطفل المولود نتيجة زواج عرفي وبعد شهر من تثبيت هذا الزواج؟

من أجل الإجابة على هذا التساؤل نتناول الحديث عن آثار تسجيل الزواج العرفي من جهة، ومن جهة أخرى نتطرق إلى شروط ثبوت النسب في الزواج العرفي.

أولا- آثار تسجيل الزواج العرفي:

بتمام انعقاد الزواج واستيفائه لركن الرضا وشروط صحته تنشأ حقوق مستحقة لكلا الزوجين فتترتب حقوق الزوجة على زوجها من مهر ونفقة وعدم الإضرار بها، وحقوق الزوجة على زوجته من حق الطاعة، وحق التأديب، والأهم من ذلك وهو موضوع الدراسة حقوق الأبناء وعلى رأسها حقهم في ثبوت نسبهم لأبيهم[32]، على اعتبار أن الزواج العرفي الذي تم بين المدعيان في المثال العملي محل الدراسة لم ينشب بخصوصه أي نزاع وتم إثباته بحكم لتعذر تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية نضرا لتعليق عقود الزواج في تلك الفترة، وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري يقر بشرعية الزواج العرفي مادام مستوفيا لأركان وشروط الزواج، ومع غياب الوقائع المتعلقة بإثبات هذا الزواج، فإن الزواج الذي يتم وفق الشروط المحددة قانونا وشرعا دون تسجيله، ونتج عنه ولادة طفل أو عدة أطفال فيجوز إثبات العلاقة الزوجية شرعا بالبينة سواء شهادة الشهود، أو سائر وسائل الإثبات بما في ذلك الصورة والخبرة، وتقبل شهادة الشهود ولو كانت سماعية[33]، وبالتالي فالزواج بهذه الطريقة يحدث آثاره خاصة ما تعلق منها بثبوت النسب إذ أنه من حق الولد أن ينسب إلى أبويه الشرعيين، لكن لا يتم ذلك إلا بعد تثبيت الزواج بحكم قضائي إذ أن إغفال تثبيت الزواج فيه ضياع لحقوق الزوجين والأبناء[34].

إن تثبيت الزواج العرفي يؤدي إلى تثبيت الحقوق المشتركة بين الزوجين وما يهمنا فيها هو الحق في النسب، وهو أهم أثر يترتب عن الزواج العرفي؛ ويحتج به بعد تسجيل الزواج العرفي بحيث يسهل للزوجة رفع دعوى إثبات النسب في حالة إنكار الأب لولده، وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها

كما قلنا سابقا أنه متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع والقانون.

وقد أقام الإسلام علاقة متينة بين رابطة الزواج ورابطة النسب فجعل الأولى سبب لثبوت الثانية لأن الزواج هو الوسيلة الوحيدة لحل مخالطة الرجل بالمرأة، وبإثمار العلاقة الزوجية للولد فإن هذا الأخير ينسب إلى الزوج، والقاعدة تقول أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ويقصد بالفراش العلاقة الزوجية التي تجمع بين الرجل وزوجته عند ابتداء حملها بالولد، وبالتالي فقرينة الفراش متوفرة في قضية الحال لأن زواج المدعيان زواج شرعي حسب الوقائع المذكورة، وقد ثم تثبيته بحكم ما يستدعي حتمية نسب البنت للأب، وهذا ما لم يحدث لدى مصالح الحالة المدنية لبلدية الميلية التي رفضت تسجيل البنت لأبيها واكتفت بنسبها لأمها هذا ما يؤكد لنا أن الزواج الذي تم تثبيته في المحكمة بموجب حكم قضائي قبل ميلاد البنت بشهر لم يتم السعي لتسجيله من قبل النيابة العامة للمحكمة، وهذا لم يضعه القاضي في الحسبان عند نطقه بالحكم بإثبات النسب، إذ يفترض أن تثبيت حكم الزواج يقترن معه بقوة القانون تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية.

فمصالح الحالة المدنية في تلك الفترة كانت تطبق في الإجراءات المتعلقة بالحجر الصحي التي من خلالها تم تعليق عقود الزواج لتفادي انتشار المرض، إلا أن تلك الإجراءات يمكن القول أنها مبالغ فيها، إذ كان بإمكان الولاة منع إقامة الحفلات دون منع إبرام عقود الزواج، والتشديد في الإجراءات الصحية الوقائية أثناء الإبرام فحسب كما فعل والي ولاية جيجل بتاريخ 26 أكتوبر 2020 بإصداره لقرار يتضمن الإجراءات التنظيمية المتعلقة بتدابير نظام الوقاية من انتشار فيروس كورونا المرتبطة بإبرام عقود الزواج على مستوى البلديات، إذ أقر جملة من التدابير الوقائية منها تخصيص قاعات خاصة لإبرام عقود الزواج مع تعقيمها، واقتصار الحضور على المعنيين بالأمر والشهود والولي، فمثل هذا القرار كان يفترض القيام به منذ البداية وتفادي تعليق إبرام عقود الزواج للتقليل من انتشار الزواج العرفي الذي يلحقه بالضرورة ارتفاع عدد القضايا المتعلقة بإثبات الزواج وإثبات النسب.

في هذا الصدد سار القضاء الجزائري على إثبات نسب الأبناء الناتجين عن زواج عرفي بعد تثبيته في المحكمة، إذ أقرت المحكمة العليا في قرارها 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1991، عدد 04 في الصفحة السابعة منها، أنه متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[35]، في السياق ذاته أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن نفس الغرفة المذكورة آنفا رقم 96238 بتاريخ 1993/09/28 أن الزواج العرفي الذي توافرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود اللذين حضروا مجلس العقد وأفادوا بأن حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة هو زواج صحيح، وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق.[36]

ثانيا- شروط ثبوت النسب في الزواج العرفي المثبت:

لا خلاف في أن واقعة الولادة سبب لثبوت نسب المولود من أمه سواء كان المولود من علاقة شرعية أو غير شرعية، ولا يثبت النسب إلا عن طريق الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد أو نكاح الشبهة، فالزواج يعتبر السبب الرئيسي في ثبوت النسب من الأب لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، والعاهر هو الزاني [37]، معناه أن نسب الابن من الأم ثابت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية، فهي التي حملت وهي التي ولدت[38]،أما فيما يخص الرجل فلا يثبت النسب إلا من خلال الزواج الصحيح، وهو ما أكدته المادة 41 من قانون الأسرة[39]، أي أن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو في العدة، أو في الوفاة، إذا كان الدخول ممكنا أي إمكانية الاتصال مع عدم نفي الولد بالطرق المشروعة، وبالتالي يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح أن يكون عقد الزواج مستوف الأركان والشروط مع إمكانية الاتصال بين الزوجين، إضافة إلى حدوث الحمل في المدة المحددة قانونا إذ لا يكفي الزواج الصحيح وحده للقول بثبوت النسب بل لابد من تحقق مدة الحمل المقررة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 42 من قانون الأسرة [40]، فالولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة متى ولد لستة أشهر من الزواج وهي أدنى مدة

الحمل، ويعتمد في حساب أدنى مدة الحمل ابتداء من إبرام عقد الزواج، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الشأن إلى أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، أقلها ستة أشهر، ولما كان الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا فإن قضاة الموضوع بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه[41]، وإثبات نسب الولد بناء على قرينة الفراش مرهون أيضا بعدم نفي الولد بالطرق المشروعة التي يقصد بها اللعان تفسيرا للمضمون الحرفي لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري في عبارة :" ولم ينفه بالطرق المشروعة" على اعتبار أنه تم استحداث وسائل علمية حديثة لنفي النسب تستعمل في بعض الدول لتحديد علاقة المولود بوالده في حالة حدوث نزاع حول أبوة الولد أمام القضاء، وتتمثل هذه الطريقة في تحليل الدم بداية والبصمة الوراثية[42]، وبتحليل نص المادة 41 من قانون الأسرة وأخذا بالإحالة الواردة بنص المادة 222 من نفس القانون يمكننا القول أن المشرع الجزائري يقصد بعبارة الطرق المشروعة اللعان

1- شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

قبل الحديث عن شروط ثبوت النسب يتعين علينا التنبيه أولا أن أهم سبب يثبت به النسب هو العلاقة الزوجية الشرعية، فالولد الناتج عن علاقة زوجية شرعية يثبت نسبه من الزوج دون حاجة إلى إقرار أو بينة تقدمها الزوجة، وهي قاعدة مقررة في الفقه الإسلامي وتبناها المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة التي نصت: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة ....."[43]، إذ يعتبر العقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت النسب، والزواج الصحيح المثبت للنسب هو كل زواج تم وفق أحكام الشريعة الإسلامية، أي الزواج المستوفي الأركان والشروط، فالمشرع الجزائري يهدف إلى إحياء النسب تطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وتجنبا للآثار السلبية المترتبة عن عدم إثبات النسب التي من بينها تأثر نفسية الطفل نتيجة ذلك ما يؤثر بالضرورة على سلامة أخلاقه،غير أن القول بأن الزواج الصحيح يترتب عليه إثبات النسب مند البداية قولا ليس مطلقا، إذ يستوجب لإثبات النسب أن يتم الاتصال بين الزوجين وتتم الخلوة الشرعية، مع عدم نفي الولد بالطرق المشروعة حسب ما تضمنته المادة 41 من قانون الأسرة، ضيف إلى ذلك لا بد أن يولد الولد في الفترة المعقولة بين تاريخ انعقاد الزواج وواقعة الميلاد؛ والمحددة من ستة أشهر كأدنى حد إلى عشرة أشهر كأقصى حد؛ وهو ما نستخلصه من نص المادة 42 من نفس القانون، أي أن لثبوت النسب بالزواج الصحيح شروط تتمثل في:

- إمكانية الاتصال بين الزوجين.
- ولادة الجنين بين أدنى مدة الحمل وأقصاها .
- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة، والتي يقصد بها اللعان.

بإسقاط الشروط المذكورة على وقائع الحكم المدعم للدراسة يمكن القول أن نسب الطفلة يثبت لأبيها لتوفر شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح، على اعتبار أن الزواج العرفي ثم في مارس 2020، وميلاد البنت كان في ديسمبر 2020، أي أن المدة القانونية والشرعية لثبوت النسب قائمة، إذ أن المحكمة العليا استقرت في اجتهاداتها على مبدأ مفاده أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بزمن معين[44].

غير أن رفض مصالح الحالة المدنية تسجيل البنت باسم أبيها ونسبها لأمها فقط يجعلنا نبحث عن طريق آخر نثبت به نسب الفتاة لأبيها، على اعتبار أن التسجيل في سجلات الحالة المدنية للمواليد مرهون بعقد الزواج والدفتر العائلي، مع العلم أن المدعيان ثبتا زواجهما بالمحكمة قبل شهر تقريبا من ميلاد البنت، أما عن تسجيله في سجلات الحالة المدنية فيفترض أن يكون بسعي من النيابة العامة، في حين لم نلمس هذه الواقعة من مجريات القضية، وبالتالي وبالترتيب الوارد بالمادة 40 من قانون الأسرة سنتطرق في النقطة الموالية للإقرار كطريق لإثبات النسب لتعذر إثباته بالزواج الصحيح، وهو الطريق الذي سلكه القاضي في حله للنزاع.

من خلال تحليل وقائع الحكم المدعم للدراسة يتبين لنا أن الأب أقر بأبوته للبنت، كما أنه وزوجته المدعيان صرحا بأن زواجهما زواجا شرعيا، فامتناع مصالح الحالة المدنية عن تسجيل البنت لأبيها كما قلنا سابقا يجعل من ثبوت نسبها بالزواج الصحيح أمر مستحيل، وبالتالي يمكن ذلك عن طريق الإقرار، وهو ما حصل فعلا أمام محكمة الميلية أين استدعت المحكمة المدعيان وقامت بإجراء سماعهما إذ أقر الأب من خلال ذلك بأبوته للفتاة.

يقصد بالإقرار إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر[45]،أي الاعتراف فأقر بالشيء أي اعترف به[46] وعرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، وتعتبره المادة 342 من نفس القانون أنه حجة قاطعة على المقر[47]، وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه:" اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا، مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار"، ما يفهم أن الإقرار عمل قانوني لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو إحداث أثر قانوني معين هو ثبوت الحق في ذمته، وبالتالي يشترط فيه أن يكون المقر متمتعا بإرادة معبرة[48]، والإقرار الذي يهمنا في مجال هذه المقالة هو إقرار الشخص بالنسب أي إخبار شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر.

2- ثبوت النسب بالإقرار:

الإقرار كوسيلة لثبوت النسب نظمه قانون الأسرة في المادتين 40 و44 و45، وهو نوعان، إقرار بالأبوة والبنوة والأمومة، وإقرار في غير الأبوة والأمومة والبنوة، وما يهمنا في ذلك هو النوع الأول من الإقرار، والذي يعرف عند الفقهاء بالإقرار بالنسب محمول على المقر نفسه[49].

انطلاقا من نص المادة 44 من قانون الأسرة فيثبت النسب بالإقرار بالأبوة والأمومة والبنوة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة، وبالتالي فهو إقرار بحمل النسب على النفس ومثاله ما أدعى به المدعي في القضية بأنه أب شرعي للبنت، ويسعى فقهاء الشريعة هذا النوع من الإقرار بتحميل النسب على النفس، وهذا النوع من الإقرار لا يكون إلا في الأبوة المباشرة أو الأمومة المباشرة أو البنوة المباشرة، وهو ما لمسناه من الحكم محل التعليق، ولهذا النوع من الإقرار مجموعة من الشروط لا يصح إلا بها اقتصر المشرع الجزائري على ذكر شرطين متمثلين في: أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، وكذلك أن يصدقه العقل والعادة، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية أضافوا شروطا أخرى متعلقة بالإقرار حيث اشترطت أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر، وهو شرط يمكن استخلاصه ضمنا من نصوص قانون الأسرة من خلال عبارة " يصدقه العقل والعادة"، كما اشترطوا أن يصدقه المقر له إذا كان أهلا للتصديق[50]، وبالتالي يمكن إجمال شروط الإقرار بالأبوة فيما يلي:

- أن يكون الولد مجهول النسب فإن كان له أب معروف فلا يصح الإقرار.
- أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل من يقر بنسبه.
- أن يصدقه الولد المقر إن كان مميزا.
- أن لا يصرح المقر بأن الولد ابنه من زنا لأن الزنا لا يثبت به النسب[51].

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري النص على شكل محدد للإقرار وعليه فإن الإقرار لا يتقيد بشكل معين، فقد يكون شفويا أو مكتوبا.

يمكننا القول بإسقاط ما سبق على الحكم المدعم للدراسة أن القاضي باعتماده على تصريح الأبوين بكون زواجهما شرعي، وبالاستناد إلى إقرار الأب أن البنت ابنته الشرعية، كما أن البنت ولدت في إطار علاقة شرعية، وفي مدة الحمل المقررة قانونا مما يتعين معه وعملا بنص المادة 40 من قانون الأسرة الاستجابة لطلب المدعيان لتأسيسه قانونا، ويكون بذلك القاضي قد طبق صحيح القانون بنسب البنت غفران لأبيها، وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الميلية بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية، وتصحيح شهادة ميلادها لتصبح لأبيها دون تغيير الباقي.

خاتمة:

نخلص في الأخير أن جائحة كورونا كان لها دور كبير في انتشار الزواج العرفي الذي يعتبره المشرع الجزائري زواجا صحيحا يحتاج إلى تثبيته عن طريق المحكمة لحماية حقوق الزوجين والأبناء، وبعد تثبيته تسعى النيابة العامة لتسجيله في سجلات الحالة المدنية، إلا أن هدا السعي من الناحية العملية وفي الكثير من المحاكم غير معمول به ما يؤدي إلى امتناع مصالح الحالة المدنية عن تسجيل الولد المولود لأبيه وبالتالي لجوء المعني بالأمر إلى المحكمة مرة أخرى للمطالبة بنسب الابن أو الأبناء والإقرار بأبوته، ما يعني أن جائحة كورونا وإن أترث في انتشار الزواج العرفي وبالتبعية له ارتفاع عدد القضايا المتعلقة بتثبيت الزواج وإثبات النسب، إلا أنها لا تؤثر بشكل أو بآخر في قواعد ثبوت النسب، ويبقى الزواج العرفي زواجا صحيحا يثبت به النسب.

توصلنا من خلال دراستنا إلى النتائج التالية:

- الإجراءات الاحترازية لمنع انتشار الوباء هدفها تفادي التجمعات العائلية التي تكون سببا في انتشار العدوى، وليس هدفها المساس بالحقوق المعترف بها قانونا.

- الولد المولود نتيجة زواج عرفي ينسب لأبيه، ولا يمكن الاحتجاج به إلا بعد تثبيت الزواج في المحكمة، على اعتبار أن المشرع الجزائري يسعى دوما إلى إحياء النسب تجنبا للنتائج السلبية المترتبة عن ذلك التي قد يكون من بينها الفساد الأخلاقي للطفل.

في الأخير ارتأينا تقديم مجموعة من الاقتراحات نوردها فيما يلي:

-ندعو بضرورة عدم تعليق عقود الزواج حتى مع زيادة تفشي الوباء، مع أخذ الاحتياطات الضرورية لضمان سلامة أطراف العقد باشتراط تقديم التحاليل المتعلقة بكوفيد -19 من طرف كلا الزوجين، هذا من أجل تفادي انتشار الزواج العرفي وما قد ينجر عنه من إنكار للعلاقة خاصة مع وجود الأبناء.

-ندعو المشرع الجزائري إلى تعديل نص المادة 22 من قانون الأسرة بالنص على أن تسجيل الزواج بعد تثبيته في المحكمة يكون بسعي من دوي الشأن لتفادي الوقوع في مشكلة عدم تسجيله وبالتالي مشكلة رفض تسجيل المولود لأبيه.

. قائمة المراجع:

• **الكتب:**

1. العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، د م،ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
2. العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة، 1966-2010، د ج، د مج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012.
3. العربي بلحاج، قانون الأسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د ج، د مج، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
4. العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، د ج، د م، ط 4، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010
5. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د ج، دمج، ط2، دار النفائس، لبنان، د س ن، ص177.
6. كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء،د ج، د مج، د ط ، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
7. ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، د ج، د مج، د ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 140.
8. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والفقه الجعفري والقانون،د ج، د مج، د ط، الدار الجامعية، لبنان، 1983.
9. مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي،د ج، د مج، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013..
10. ممدوح عزمي، الزواج العرفي، د ج، د مج، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن.
11. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، د ج، د مج، ط 02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

• **المقالات:**

1. عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي،مجلد 1،عدد 1، 2015، ص127-142.
2. لامية عفاف العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية،المركز الجامعي بأفلو، الأغواط، مجلد2، عدد2، 2019،ص 161-175.

الاطروحات:

1. الطاهرية هيباوي، واقع الزواج العرفي بمدينة تمنراست، دراسة ميدانية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم اجتماع العائلة والسكان، غير منشورة، قسم علم اجتماع، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الجزائر 2، 2011/2010.
2. فتيحة عليلوش، المستجدات الطارئة على عقد الزواج – زواج المسيار والزواج العرفي نموذجا-، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل. م. د في القانون الخاص، غير منشورة، تخصص أحوال شخصية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2021/2020.

. الهوامش:

[1] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، د ج، د مج، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن، ص10.

[2] كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء،د ج، د مج، د ط ، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص04.

[3] المرجع نفسه، ص ص،5،4.

[4] الطاهرية هيباوي، واقع الزواج العرفي بمدينة تمنراست، دراسة ميدانية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، غير منشورة، علم اجتماع العائلة والسكان، قسم علم اجتماع، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الجزائر 2، 2011/2010، ص ص، 64،63.

[5] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د ج، دمج، ط2، دار النفائس، لبنان، د س ن، ص177.

[6] كمال صالح البنة، المرجع السابق، ص02.

[7] الطاهرية هيباوي، وافع الزواج العرفي بمدينة تمنراست، المرجع السابق، ص ص، 64،63، نقلا عن شريف كمال غرب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، دط1، دار التقوى، القاهرة، مصر، 200، ص، ص،41، 43.

[8] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، المرجع السابق،ص11.

[9] عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية،مجلد 01، عد01، 2015، جامعة الوادي، ص 129.

[10] فتيحة عليلوش، المستجدات الطارئة على عقد الزواج – زواج المسيار والزواج العرفي نموذجا-، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل. م. د ، غير منشورة، القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2021/2020، ص216.

[11] الطاهرية هيباوي، واقع الزواج العرفي بمدينة تمنراست، المرجع السابق ص54.

[12] كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص2.

[13] ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، د ج، د مج، د ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 140.

[14] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج1، د مج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص268.

[15] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، د ج، د مج، ط 02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص14.

[16] العربي بلحاج، قانون الأسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د ج، د مج، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص23.

[17] المرجع نفسه،ص29.

[18] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة، 1966-2010، د ج، د مح، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012، ص107.

[19] المرجع نفسه، ص111.

[20] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات....)، المرجع السابق،ص274.

[21] أنظر المواد من 71 إلى 74 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 أوت 2014، ج ر ع 49، الصادر في 20 أوت 2014

[22] العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، د مج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،ص 280.

[23] المرجع نفسه،ص270.

[24] المرجع نفسه، ص272.

[25] نصت المادة 22 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة على" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.
يجب تسجيل حكم ثتبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

[26] العربي بلحاج، الوجيز في في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات....)، المرجع السابق،ص 275.

[27] الموضع نفسه.

[28] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق،ص274.

[29] عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه،مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الواد،مج 1،ع 1، ي،2015، ص132.

[30] العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، د ج ، ذ م ج، ط 4، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص61.

[31] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات....)، المرجع السابق،ص 280.

[32] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، المرجع السابق، ص ص،27،26.

[33] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات...، المرجع السابق،ص282.

[34] لامية عفاف العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بأفلو، الأغواط ، مجلد02، عدد02،، 2019،ص171.

[35] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة، المرجع السابق، ص107.

[36] المرجع نفسه، ص111.

[37] مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دج، د مج، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص13.

[38] المرجع نفسه، ص15.

[39] نصت المادة 41 من قانون الأسرة " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"

[40] نصت المادة 42 من قانون الأسرة " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

[41] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص-ص 372-374.

[42] مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المرجع السابق، ص23.

[43] القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة ج ر ع24 الصادر في1984/00/12م، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 27فيفري 2005م،ج ر ع15، الصادر في 2005/06/27م.

[44] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص108.

[45] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والفقه الجعفري والقانون، د ج، د مج، د ط،الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 714.

[46] مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص59.

[47] أمر رقم 78/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ع78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[48] مخطارية طفياني، المرجع السابق، سص60.

[49] مخطارية طفياني، المرجع نفسه، ص ص، 60، 61.

[50] المرجع نفسه، ص ص، 63،62.

[51] أنظر الماد ة 44 من قانون الأسرة، المرجع السابق.