ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج الفاسد

د. سعيدان أسماء
أستاذة محاضرة (أ) بكلية الحقوق
جامعة الجزائر (1)

مقدمة

يعتبر النسب من أهم الآثار المترتبة على الزواج، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة الزواج. وأحاط الشارع الحكيم موضوع النسب بأهمية كبرى، لقوله تعالى: « والله جعل لكم من أنفسهم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة».[1] ولقد عملت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع والتزييف، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المعرة والضياع، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والاتهام بالفحشاء، وحق للأب يحفظ به سمعة ابنه من كل دنس وريبة، وجعلت أحكامه من النظام العام المعبّرعنه بحق الله سبحانه وتعالى، لاتصاله بحرمات أوجب الله رعايتها وهذه الرعاية لن تتأثر إلا بالمحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها.ولما كان موضوع النسب بهذه الأهمية ولتعلق الحقوق المشار إليها سابقا به، فقد أولت الشريعة الاسلامية اهتماما كبيرا بإثبات النسب، وذلك لما يتمتع به من مكانة مقدسة بين نصوص الشرع وأحكام الفقه. فنسب الولد ثابت من جهة الأم في كل حالات الولادة الشرعية وغير الشرعية عكس نسب الولد من أبيه، فيثبت بالزواج الشرعي الذي

1- سورة: النحل، الآية: 72.

تحققت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، كما يثبت بعقد النكاح الفاسد الذي اختلت بعض شروطه، ويثبت بالوطء بشبهة، وهو الذي يشتبه في كونه حراما أو حلالا. ونص الفقهاء الاسلاميون على طرق اثبات النسب، فمنها ما هو متفق عليه كالفراش والإقرار والبينة، ومنها ما هو مختلف فيه كالقيافة والقرعة.[2]

كما أن المشرع الجزائري لم يغفل هو الآخر عن هذا الجانب، حيث اهتم بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه وقواعده من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأصلي لقانون الأسرة،حيث نظّم أحكامه في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول، مخصصا له مجموعة من المواد من: 40 إلى: 46 من قانون الأسرة[3] تحت عنوان النسب،وهذا نظرا لكثرة القضايا في هذا الجانب، كالزواج الفاسد وما قد ينجم عنه من اختلاط في الأنساب. فالنسب يعتبر من أهم حقوق الأولاد ويعدّ من أسمى الروابط الإنسانية وأقوم الدعائم التي تقوم عليها الأسرة. وتقوم رابطة النسب على أساس وحدة الدم. ويعتبر النسب من أهم المواضيع التي اهتم بها الإسلام إذ اعتبره ثمرة الزواج الشرعي الذي جعله الله ميثاقا غليظا بين الزوجين، وبواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية، فإذا ثبت نسبه فإن كافة الحقوق تثبت له بصورة تلقائية أهمها: الاسم، واللقب، والميراث، والنفقة، وموانع الزواج ... إلخ.

ولم يهتم الفقهاء قديما بوضع تعريف للنسب، وإنما تحدثوا عن مسائله وعالجوا قضاياه دون تحديد لمعناه. أما من الفقهاء المحدثين فقد عرّفه الدكتور: أحمد بقوله: « هو علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفرعه وحواشيه، ورباط السلالة هذا هو السبب في تكوين الأسر.»[4] وعرّفه الدكتور: « العربي بلحاج» بأنه: « هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث وتنتج

2- رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2011 - 2012، ص 1 وما يليها.

3-القانون رقم: 84 - 11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404 الموافق لـ: 09 يونيو 1984 الصادر في الجريدة الرسمية في: 12 يونيو 1984عدد:24 والمتضمن قانون الأسرة.

4-أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط 1، دار القلم، الكويت، 1983، ص 17.

عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية».[5] ولم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف النسب رغم تنظيمه لموضوع النسب في المواد من:40 إلى 47 من قانون الأسرة الجزائري.وكما يثبت النسب بالزواج الصحيح، فإنه يثبت أيضا بغير الصحيح في أغلب صوره. وفي هذا الصدد تنص المادة: 40 الفقرة: 01 من قانون الأسرة على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.»[6] فعقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، وهذا الأخير ينقسم في الفقه الإسلامي إلى باطل وفاسد. ولقد تأثر المشرع الجزائري بأحكام التشريع الاسلامي، فاستعمل مصطلحي « الباطل والفاسد» في المواد من: 32 إلى35 من قانون الأسرة الجزائري.وفي الحقيقة فإن هذه النصوص المحال عليها ما هي إلا تجسيد لبعض صور الأنكحة الفاسدة المعروفة في الفقه الاسلامي، وعليه نخلص إلى نتيجة مفادها اعتماد المشرع النكاح غير الصحيح كأحد طرق إثبات النسب انطلاقا من مبدأ ثابت مفاده أن كل نكاح لا يأخذ وصف الصحيح فهو غير صحيح. وعليه ستقتصر دراستي لهذا الموضوع على كل من نكاح الشبهة، والزواج الفاسد من خلال مبحثين،وهذا وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ثبوت نسب الولد في نكاح الشبهة

المطلب الأول: المقصود من نكاح الشبهة

المطلب الثاني: أقسام الشبهة

المطلب الثالث: حكم النسب في نكاح الشبهة

المبحثالثاني: ثبوت النسب من الزواج الفاسد

المطلب الأول: تعريف الزواج الفاسد

المطلب الثاني: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

---

5 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة: 5، سنة: 1999، ص 189.

- 6 الأمر رقم: 05 - 02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 الموافق لـ: 18 محرم عام 1426 الصادر في الجريدة الرسمية في: 27 فبراير 2005 عدد: 15 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

المبحث الأول : ثبوت نسب الولد في نكاح الشبهة

إن نكاح الشبهة من الأمور التي يترتب عليها آثار مهمة من إلحاق النسب وعدم إلحاقه، ولقد ورد نكاح الشبهة كأحد طرق إثبات النسب في المادة: 40 من قانون الأسرة، لكن المشرع لم يبين المقصود بنكاح الشبهة، ولا أقسام الشبهة، وعليه وبناء على نص المادة: 222، فإننا أمام خيار وحيد هو اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي للتعرف على المقصود من نكاح الشبهة (المطلب الأول)، وأقسام الشبهة (المطلب الثاني)، ثم حكم النسب في الوطء بشبهة (المطلب الثالث).

المطلب الأول : المقصود من نكاح الشبهة

لفظ نكاح يعني لغة: « الضم أو الاختلاط، فيقال تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض، ونكح المطر الأرض إذا اختلط بترابها.»[7]

أما اصطلاحا: فهو عقد التزويج، أي: عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته، وهو حقيقة في العقد، مَجازٌ في الوطء؛ لكثرة وروده في الكتاب والسنة في العقد، وفي وجه عند الشافعية والحنفية أنه حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، وقيل: مشترك بينهما.[8]

أما الشبهة لغة فهي: « الشبهة بالضم جمعها شبهوشبهات،وهي الالتباس، وتشابه الشيآن، اشبه كل منهما الآخر حتى التبسا، واشتبه الأمر عليه: اختلط، واشتبه في المسألة: شك في صحتها ... والالتباس ما يلتبس فيه الحق بالباطل، والحلال بالحرام.

واصلاحا فهي: « كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد.[9] فنكاح الشبهة هو: «أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله

7-ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 2، دار صادر، بيروت، 1991، ص 625.

8-كشاف القناع، ج 7، ص 2355، وكتاب النيل وشفاء العليل، ج 6، ص 5، وشرح منح الجليل، ج2، ص 2، والبيان، ج9، ص 105.

9-إقروفة زوبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، تخصص أصول الفقه، الجزائر، 2008-2009، ص 33.

بالتحريم».[10] فنكاح الشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد،ومثال ذلك وطء الرجل إمرأة يجدها على فراشه فيظنها زوجته،ومثال أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.[11]

وعرّف الإمام أحمد الشبهة بأنها: « منزلة بين الحلال والحرام فإذا استبرأ لدينه لم يقع فيها. معناه:

« ما لم يتيقن من كونه حراما أو حلالا، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة، أو ما يشبه الثابت، أي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته.» وأصل الشبهة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم.»[12]

فالشبهة هي الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت. والوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، وقيل: هو وطء حرام لا حدّ فيه.[13]

المطلب الثاني : أقسام الشبهة

قد تكون المرأة محرّمة على الرجل بحسب الحقيقة ولكن توجد أمور ظاهرة تجعلها تشتبه بالمحللة، وقيام أية شبهة من هذا القبيل كاف في درء الحد، أي إسقاط عقوبة الزنا المحددة شرعا. وبالرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي نجد أن الفقهاء قسّموا الشبهة بصفة عامة إلى ثلاثة أنواع، وهي شبهة الملك،وشبهة العقد، وشبهة الفعل.[14]

10-بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، ب ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بت، هامش 1، ص 508.

11-وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، طبعة خاصة بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص 688.

12-أحمد نصر الجندي،الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانون، مصر، طبعة 2009، ص 128.

13-ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري، دار الهدى، 2010، ص 55.

14-رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 46، 47.

الفرع الأول: شبهة الملك

وتسمى أيضا شبهة الحكم، أو شبهة الحل أو شبهة المحل، أي شبهة حكم الشرع بحل المحل، وهي عكس شبهة الفعل، بحيث لا يشترط فيها ظنّ الحل، كما هو الحال في شبهة الفعل، لأن الواطئ في هذه الحالة ملكا. وتتحقق شبهة الملك إذا وجد دليل شرعي يثبت حل الفعل الذي ارتكب وهذا الدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يعارضه يحرّم الفعل نفسه ويكون الفعل محرّما حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم.[15]

وشبهة الملك هي التي نشأت عن دليل مثبت للحل في المحل، فتقوم بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده، لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الحكم، أي أن الحرمة القائمة بالمحل توجد فيها شبهة عدم الثبوت نظرا إلى دليل الحل، وليس هناك اعتبار بمعرفة الجاني بالحرمة من عدمها. وفحواه أنه يختلط الدليل الشرعي على الرجل، كأن يفهم من الدليل الشرعي أن مواقعة المرأة مباح في حين هو غير مباح له، ومثال ذلك أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدّتها منه ظنا منه أن مواقعتها تكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا.[16]

فشبهة الملك تتحقق إذا كان في المحل دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم، والآخر ضعيف قد يفيد الحل، فيأخذ الفاعل بالدليل الضعيف، فيكون هذا شبهة قوية. ومن أمثلة ذلك الدخول بجارية الابن، إذ دليل التحريم قائم قوي، حيث لا تعتبر جارية الابن ملكا للأب بل هي ملك غيره وهو ابنه، ولكن في المحل دليل آخر، وإن كان لا يرقى إلى قوة الدليل الأول، وهو ما رواه : « ابن ماجة» في سننه عن محمد ابن المنكدر عن جابر عن عبد الله: أن رجلا قال: « يا رسول الله إن لي مالا وولدا، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي،

- 15بوزيد خالد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 - 2011، ص .78

16-ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 55. - د.عبد الله محمد دفع الله، أحكام النسب في الاسلام، دكتوراه كلية الشريعة، جامعة القاهرة 1979، ص 221.

فقال: « أنت ومالك لأبيك.» حيث أضاف النبي عليه الصلاة والسلام مال الولد إلى الأب بلا تمليك، وهذا يدل على نوع ملكية للأب في مال الولد بوجه من الوجوه، وقد جرت العادة بسيطرة الأب على مال الولد لوجود الخلطة بينهما.[17] ومن أمثلة هذه الشبهة أيضا تزوج رجل من أخته بالرضاع وهو لا يعلم أنها أخته،حيث أخبره المقربون منه أنه لا علاقة محرمة بينهما، ثم تبين بعد ذلك أن بينهما علاقة الرضاع المحرم، فدليل الحل هنا موجود، وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لا صلة محرمة، فإن هذا دليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم.[18]

الفرع الثاني: شبهة العقد

هي شبهة انفرد بها الإمام أبو حنيفة، وتقوم على وجود صورة العقد لا حقيقته، فتثبت الشبهة بالعقد وإن كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم بها.[19] كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات بنص المادة: 34 من قانون الأسرة الجزائري. ومثال هذا النوع من الشبهة أيضا أن يتزوج شخص أمه أو أخته ويدخل بها بناءً على ذلك، أو خامسة على أربع في عصمته، أو كأن يتزوج زوجة الغير، أو معتدة ويطأها، أو المطلقة ثلاثا،أو زواجه من غير ذات دين سماوي، أو كل من حددتها الشريعة الاسلامية من المحرمات. وفي هذا النوع من الشبهة يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها عليّ حرام، وأما عند أبي يوسف أبو حنيفة ومحمد فإن الحد لازم ولايثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا.[20]

17-ابن ماجة، في التجارات، ج 2، باب مال الولد من مال أبيه، حديث: 2291، ص 769.

18-رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 48.

19-عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ص 83.

20-كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري (5 / 141) والمغنى لابن قدامة (1 /149). - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار البعث، قسنطينة، ط. 2، سنة: 1989، ص 47. - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 176.

الفرع الثالث: شبهة الفعل

شبهة الفعل وتسمى أيضا شبهة اشتباه، أو شبهة مشابهة، وهي الشبهة التي تحدث في نفس الرجل فيعتقد حل الفعل ويظن في نفسه الحرام بأنه حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، أو أخبر من الناس. ولا دليل في السمع يفيد الحل ولكنه ظن غير الدليل دليلا، أي اعتمد على دليل لا يصلح أن يكون دليلا.[21] وعلّة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل أنها صاحبت نفس الفعل ولم تقم بالمحل الذي لا شبهة في تحريمه، ولكن الظن قام في ذهن الفاعل بسبب جهله الشرع.[22]

ومثال ذلك أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدّة،أو المطلقة بائنا، أو أن يواقع الرجلأخته من الرضاع وهو جاهل لهذه الحرمة حيث يظن أنها تحل له.ومن هذا النوع أيضا أن يباشر الرجل أمة أبيه ظنا منه أن ذلك من قبيل الانتفاع المباح له شرعا في مال أبيه، على أساس أن العادة جرت بأن ينتفع الرجل بمال أبيه من غير استئذان منه، فأورث هذا الظن شبهة صاحب الفعل.[23] ولا خلاف بين الفقهاء في سقوط الحد في شبهة الفعل بالنظر إلى الجهل بحكم التحريم لأن « الحدود تدرأ بالشبهات»، ولكن وقع الاختلاف في ثبوت النسب وسقوط وصف الزنا من عدمه، وكان للفقهاء في هذه المسألة قولان، أحدهما يقضي بثبوت النسب وهو قول الجمهور تأسيسا على أن الشبهة تسقط وصف الزنا، والقول الثاني هو للأحناف الذين قالوا بأن هذه الشبهة لا تسقط وصف الزنا ولا يثبت فيها النسب إلا في بعض الأقوال التي ارتأت ثبوته لمصلحة الولد.[24]

21-أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، طبعة: 2004، ص 115.

22-عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية فيا لشريعة الاسلامية فقها وقضاء،(الرضاع، الحضانة، النفقة، الأقارب)، دار الفكر العربي، طبعة: 1976، ص68.

23-طفياني مخطارية، اثبات النسب في ظل تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديد، 2013، ص47.- د.عبد الله محمد دفع الله، المرجع السابق، ص 121.

24 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 1997، ص 149.

المطلب الثالث : حكم النسب في نكاح الشبهة

لقد اختلف الفقهاء حول ثبوت النسب في نكاح الشبهة، فالبعض أثبتوا النسب والبعض الآخر لم يثبتوه، وسأتناول في هذا المطلب حكم النسب في كل نوع من أنواع نكاح الشبهة.

الفرع الأول : شبهة الفعل

لقد وقع خلاف بين الفقهاء في ثبوت النسب في الوطء بشبهة من الفاعل، حيث يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من الوطء في أية حالة من حالاتها، وإن ادّعى الزوج الولد، لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منهما في الوطء بشبهة الفعل فالنسب لا يثبت سواء في ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة، لأن هذا الأمر يتعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا، وكونه كذلك يستتبع عدم ثبوت النسب، لأن الزنا لا يثبت به النسب.واعترض بعض الفقهاء في حكم شبهة الفعل، ودليلهم هو أنه من زفت له غير امرأته فوطئها فهي تعتبر في حكم الأجنبية عنه وليست زوجته الحقيقية، ومع أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد ولا يكون الحد على الفاعل لأنه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه، وهذا الدليل الشرعي هو الإخبار.[25]

ويذكر هنا زياد أحمد سلامة عن الأستاذ مصطفى الزرقا قصة وردت في عهد الإمام أبي حنيفة، بأن أخوين عقدا عقد زواج وأقيم لهما عرس واحد وزفت إلى كل منهما عروس أخيه خطأ. وقد قرر الفقهاء حينئذ وجوب العدّة على العروسين لوطئهما بالشبهة وإذا ظهر الحمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفراش الشرعي للزوج الذي عقد عليها. ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة قال: هل يرضى كل من الأخوين بمن زفت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم كل منهما يرضى، أشار بأن يطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد له من دخل بها.[26]

25-عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص86، 87.

26 - طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 49.

الفرع الثاني: شبهة العقد

يسقط الحد عن الفاعل في شبهة العقد، وإن قال علمت إنها عليّ حرام، ويثبت النسب لأن الوطء تعلقت به الشبهة. أما عند أبي يوسف ومحمد فإن الحد لازم، وكذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة، ذلك لأن الفعل تمحض زنا، والزنا يجب فيه الحد ولا يثبت به النسب، كما هو قول باقي الأئمة لأنهم يعتبرون الفعل زنا. أما إذا لم يكن عالما بالجريمة فإن الحكم فيه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة، فيسقط الحد ويثبت النسب، وإن قال الواطئ علمت أنها محرمة. وأساس الخلاف بين الإمام وصاحبيه هو اختلافهم في محل العقد، فالصاحبان قالا: إن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل، وهذه من المحرمات، في سائر الحالات، فكأن الثابت صورة العقد لا العقد، لأنه لا انعقاد في غير المحل. في حين يرى جمهور الفقهاء أن صورة العقد لا تعدّ شبهة، والقاعدة عندهم: « كل وطء صاحبته شبهة تدرأ الحد عن الواطئ يثبت به النسب، وكل وطء يحدّ فاعله لا يثبت به النسب». بمعنى لا يجتمع النسب والحد فإذا درئ الحد ثبت النسب. وكذلك إذا تزوج الرجل امرأة لا تحل له ودخل بها وهو غير عالم بحرمتها عليه ثم تبين له أنها من المحرمات، فإنه لا يحدّ في هذه الحالة وإن جاءت بولد ثبت النسب. أما إذا تزوج الرجل إحدى المحرمات عليه متعمدا وهو عالما بالحرمة ودخل بها فإنه يحدّ ولا يلحق به الولد، لأن مجرد صورة العقد المشتملة على الايجاب والقبول لا تعتبر شبهة تدرأ الحد عن فاعلها بل يعتبر الوطء في هذه الحالة زنا.[27] وقال الكمال بن الهمام من الحنفية لا يثبت النسب. غير أن الإمام أحمد لا يفرّق بين الشبهة والأخرى، فيثبت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص، فمتى وطئ الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ، حيث قال: « كل من درئ عنه الحد في وطء ألحق الولد به، ولأنه وطء اعتقد الواطئ حلّه فلحق به النسب. « ويقول الإمام محمد أبوزهرة: « الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أية شبهة مسقطة للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب على الراجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الحالة الأولى.»[28]

27-د.عبد الله محمد دفع الله، المرجع السابق، ص412 ومايليها.

28-بوزيد خالد،المرجع السابق، ص 81. - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص 389.

الفرع الثالث: شبهة المحل

يثبت النسب للولد الحاصل جراء الوطء في حالة شبهة المحلإن ادعاه الواطئ، لأن الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم،ذلك أن الوطء بشبهة يثبت شبهة الفراش لا غيروالفراش نفسه في هذه الحالة لا يثبت النسب وإنما يثبته إقرار الرجل في أي وقت من تاريخ دخوله لأنه أعلم بنفسه، كما أن الفعل ليس زنا، فثبوت النسب هنا يكون على أساس أن النسب يحتاط في إثباته حفظا لحق الولد ورعاية له من الضياع.[29] فالنسب يثبت، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل، بل على أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل.[30] وفي هذا الصدد يقول الإمام أبو زهرة: «إن الزنا لا يثبت نسبا لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، لأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة ويستحق صاحبها النقمة، والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطة للحد، فإذا كان هناك شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد، فإن النسب يثبت على الأرجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الحالة الأولى[31]. ففي شبهة المحل لا خلاف بين جمهور الفقهاء في اعتبارهذه الشبهة مسقطة للحد، ولا خلاف أيضا بينهم في ثبوت النسب فيها، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: « ادرؤوا الحدود على المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن للإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة.» وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام: « ادرؤوا الحدود بالشبهات». ويثبت النسب في هذه الشبهة، لأن النسب يحتاط في إثباته فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل بل إن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل. وقيل: « إن كل موضوع فيه شبهة الحل لا يثبت نسب الولد من الواطئ وإن ادعاه، وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه.»[32]

29-محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية والقانون، المينا، دار الألفي القانونية، ص 65.

30-بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 80.

31-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 388.

32 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 87.

وتلخيصا لما سبق فإن كل وطء اعتقد الواطئ حله يثبت به النسب، وتلحق به آثاره من تحريم المصاهرة وإثبات العدّة ودرء الحد، وغيرها. وفي هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:

" فإن من وطئ فرجا يعتقده حلالا له، وليس هو في الحقيقة حلالا، مثال: أن يشتري جارية اشتراها، أو وهبت له، أو ورثها، ثم تبين أنها غصب، أو حرة، أو يتزوجها زواجا فاسدا لا يعلم فساده، إما بأن لا يعلم السبب المفسد، مثل أن تكون أخته من الرضاعة ولم يعلم، أو علم السبب ولم يعلم أنه مفسد لجهل كمن يتزوج المعتدة معتقدا أنه جائز، أو لتأويل، كمن يتزوج بلا ولي ، فإن حكم هذا الوطء حكم الحلال في درء الحد ولحوق النسب وحرية الولد ووجوب المهر وفي ثبوت المصاهرة والعدة بالاتفاق".[33]

ولكن يشترط في لحوق الولد بالواطئ إمكانية كونه منه، بأن يكون ممن يولد لمثله، وأن تأتي به لأكثر من ستة أشهر من حين الدخول بها.[34]

المبحث الثاني : ثبوت النسب من الزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبيّن أمره قبل الدخول. وعليه سأتناول من خلال هذا المبحث تعريف الزواج الفاسد (المطلب الأول)، ثم الشروط التي يثبت بها النسب في الزواج الفاسد (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف الزواج الفاسد

سأتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الزواج الفاسد في الفقه القانوني والفقه الاسلامي:

(الفرع الأول)، ثم أمرّ بعد ذلك إلى تعريف الزواج الفاسد في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

33-مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (32 /27).

34-مجموع الفتاوى لابن تيمية (34 /10)

الفرع الأول : التعريف الفقهي للزواج الفاسد

الفساد في اللغة يفسد وفسد وفسودا، فهو فاسد وفسيد. وفسد الشيء بطل.[35]

أما إصطلاحا فيعرّف الزواج الفاسد بأنه: « كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكن اختل فيه شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة: 09 مكرر من قانون الأسرة، المتمثلة في: أهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدين،عدم وجود مانع من الموانع الشرعية، وتوافر أهلية الزوجين. ففي هذه الحالة يكون عقدا مختلا من شرط من شروط الصحة، ويعدّ ذلك سببا من أسباب الفسخ الذي يعدّ الأثر المقرر قانونا وفقا للمادتين 33 و 34 من قانون الأسرة.»[36]

وترد كلمة فساد عند فقهاء القانون عند تعرضهم لنظرية الالتزام، فالعقد الفاسد هو العقد الذي توافر فيه الرضا واختل فيه شرط من الشروط واشتمل على مانع من الموانع الشرعية.[37]

وعرّف الفقه الإسلامي الزواج الفاسد بأنه: « ذلك العقد الذي توافر فيه الايجاب والقبول وتخلف فيه ركن واحد من الأركان أو اشتمل على مانع أو على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو يتخلف فيه شرط أهلية الزواج، وهذا التفريق بين الفساد والبطلان تمايز لا يعرفه إلا المذهب الحنفي في غير عقد الزواج، فجمهور الفقهاء يترادف عندهم الفساد والبطلان.»[38]

35-رواق أمال، الاشهاد ودوره في اثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام المترتبة عليها، نوميديا للطباعة والنشر، فلسطين، 2010، ص 63.

36-العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة: 1999، ص 148 ومايليها.

37- رواق أمال، المرجع السابق، ص 173.

38-أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الاسلامي، دار الجامعة، 1987، ص 149.

وجاء في البدائع: الفاسد عندهم قسم آخر وراء الجائز والباطل. ويقول الجرجاني الحنفي: الفساد قسم ثالث ما بين الصحة والبطلان. ويقول الحنفية في التفريق بينهما، الفاسد مشروع بأصله لا بوصفه، والباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة، ومثل الفساد في المعاملات عقد الربا، فإنه مشروع من حيث إنه بيع وممنوع من حيث إنه عقد ربا.

وبالنسبة للزواج الفاسد عند جمهور الفقهاء، فلا فرق عندهم بين الباطل والفاسد، فكل باطل عندهم فاسد وكل فاسد عندهم باطل، على عكس الأحناف الذين يفرّقون بين الباطل والفاسد في عقود النكاح.[39]

وعرّفه البعض بأنه: « ما استوفى أركانه، وشروط انعقاده، وفقد شرطا من شروط صحته، كما إذا عقد الزواج من غير حضور شاهدين، أو كما إذا كانت الزوجة محرمة عليه، كأن يتزوج أخته من الرضاع وهو لا يعلم أنها محرمة عليه.»[40]

الفرع الثاني: تعريف الزواج الفاسد في القانون الجزائري

تنص المادة 32 من قانون الأسرة المعدّلة على: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.»

وتنص المادة: 33 المعدّلة على أنه: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.»

أما المادة: 34 فنصت على أنه: « كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.»

يتضح من خلال استقراء المواد: 32و33 و 34من قانون الأسرة أن المادة 32 المعدلة بموجب الأمر: 05/02 نصت على بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط

39-بوزيد خالد،المرجع السابق، ص 63.

40-بدران أبو العنين بدران،المرجع السابق، ص 176.

يتنافى ومقتضيات العقد، بعد أن كانت تنص على فسخ النكاح أي فساده إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج، أما المادة: 33 المعدلة فنصت في الفقرة 01 على بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا، ونصت في الفقرة 02 على الزواج الفاسد. وبذلك فإن المشرع فرّق بين بطلان الزواج، وبين فساده، فبالنسبة للزواج الباطل يكون إذا اختل ركن الرضا، أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة: 9 مكرر، وهي الحالات التي رتب المشرع عليها فساد النكاح، ويفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. وفي المادة: 34 في حالة ما إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وفقا للمواد من:23 إلى 30 من قانون الأسرة، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، وهي الحالات التي اعتبرها المشرع من الموانع الشرعية لعقد الزواج، ورتب عليها بطلان الزواج بموجب المادة: 32 من قانون الأسرة. وهذا معناه أن المشرع أخلط مرة أخرى بين الزواج الباطل والزواج الفاسد ورتب على كليهما ثبوت النسب، في حين أن الزواج الباطل يساوي العدم، والعدم لا يرتب أي أثر لا شرعي ولا قانوني.[41]

إذن فالفسخ يعتبر جزاء رتبه المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 25 جوان 1984: « من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا.»[42] فإذا ما تبيّن سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يفسخ الزواج، أما إذا تبين بعد الدخول فيثبت الزواج.

كما أن هناك حالة استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم: 02 - 05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث رتب المشرع الجزائري فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يحصل الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي، وهذا ما نصت عليه

41-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 148 ومايليها.

42-م ع غ أ ش، 25/06/ 1984، ملف رقم: 33715، م ق 1989، عدد: 04، ص 99.

المادة: 08 مكرر1: « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة: 08 أعلاه.»[43] غير أن المشرع الجزائري أغفل تحديد المدة التي يمكن للزوجة رفع دعوى فيها للمطالبة بالتطليق. لكن إذا تم الدخول دون الحصول على ترخيص قضائي فما مصير عقد الزواج الجديد؟

لقد سكت المشرع الجزائري على تنظيم هذه الحالة، وقياسا على ما جاء في المادة: 33 من قانون الأسرة يمكن القول بثبوت الزواج بعد الدخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص مع حق كل زوجة في المطالبة بالتطليق على أساس التدليس، طبقا للمادة: 08 مكرر من الأمر: 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، إذ نصت على ما يلي: «في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.»

يتبين لنا من خلال ما تقدم أن الأثر المترتب على العقد الفاسد هو الفسخ، مع الملاحظة أن المشرع لم يبين لنا ما يميز بين الفسخ الذي جاء به المشرع في الزواج الفاسد، والفسخ المعروف في القانون المدني، حيث إن الفسخ في القانون المدني يترتب على عدم وفاء أحد المتعاقدين بأحد التزاماته رغم أن العقد يقع صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه، وللمتعاقد المضرور الحق في التعويض نتيجة الفسخ. ويبدو أن المشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة سنة: 2005 والذي بموجبه أنزل بعض أركان عقد الزواج منزلة الشرط بموجب المادة 9 مكرر، فإنه يكون قد تأثر بالمذهب الحنفي الذي يفرّق بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل.

43-قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة كان للزوجتين السابقة واللاحقة في حالة عدم علمهما بالزواج الجديد، طلب التطليق على أساس الغش أو عدم الرضا طبقا لنص المادة: 8 السابقة: « ... يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا.»

المطلب الثاني: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

لا يعترف المشرع الجزائري بثبوت النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول لأن ذلك يعدّ زنا، ولكن يعترف به بعد الدخول، وتترتب عليه بعض الآثار القانونية، منها: ثبوت النسب، الإرث والنفقة، وذلك حفاظا على مصلحة الولد خشية من ضياع نسبه.ولم يتطرق المشرع الأسري إلى شروط ثبوت النسب بالزواج الفاسد. لكن بالرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي نجد أن الشريعة الإسلامية أقرت بثبوت النسب في الزواج الفاسد مثله مثل الزواج الصحيح وهذا إعمالا لمبدأ الاحتياط في ثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع، لكنها اشترطت في ذلك مجموعة من الشروط:

- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، بأن يكون بالغا عند المالكية والشافعية، أو مراهقا عند الحنفية والحنابلة، على خلاف الشافعية التي سارت على رأي المالكية – البلوغ - . فإذا كان الرجل صغيرا لم يصل إلى درجة البلوغ وجاءت المرأة في الزواج الفاسد بولد فلا يثبت نسبه منه حتى ولو ولدته لأكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد. أما الأحناف فيكفي عندهم أن يكون الرجل مراهقا، وهو من بلغ الثانية عشرة من عمره، ومثل هذا الرجل إذا جاءت إمرأته في الزواج الفاسد بولد ثبت نسبه عند الأحناف.[44]

- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا، فلو لم يكن هناك دخول فلا محل للقول بالنسب لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي، فقبل الدخول لا يترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح حتى ولو اختلى بمن عقد عليها فلا تجب لها لا نفقة ولا مهر ولا ميراث.ويجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما لأن الشرع يوجب عدم المضي في العقد غير الصحيح بل ويعتبره غير موجود حكما فإن لم يفترقا فرّق القاضي بينهما دفعا للمعصية وإزالة للمنكر. فإذا عقد الرجل على إمرأة عقدا فاسدا ولم يدخل بها ثم أتت بولد لا يثبت نسبه منه. أما بعد الخول ونظرا لخطورة الوضع فقد رتب المشرع ثبوت نسب الولد مراعاة لمصلحته كي لا يصبح

44-أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 115.

مهددا بالضياع. ونستنتج من المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة التي تنص على أنه: « إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل «،إن المشرع الجزائري ربط ثبوت النسب في الزواج الفاسد بالدخول واعتبر هذا الأخير ملزما له. أما إذا أكتشف سبب الفساد بعد الدخول، فإن هذا الزواج يثبت ويصحح ويترتب عليه ثبوت النسب، وتجب العدّة على المرأة، وتبدأ من يوم الفرقة بين الطرفين إذا كان ذلك من تلقاء أنفسهما أو بمقتضى حكم قضائي، وتثبت حرمة المصاهرة، وتستحق الزوجة صداق المثل إن لم يتم تسمية الصداق.[45]

- أن يدّعيه الأب بطريقة لا يرفضها لا العقل ولا العادة.

- أن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل المقدرة سابقا بـ: 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، أي أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، وأما بالنسبة لأقصى مدة الحمل في الزواج الفاسد فإنها تحتسب من تاريخ التفرقة بين الزوجين.

ويرى علماء الفقه بأنه ليس هناك فرق بين الزواج الفاسد والصحيح من حيث إثبات النسب، لكنهم اختلفوا في حساب مدة الحمل هل تكون من وقت العقد أو من وقت الدخول.

إذن يمكن القول إنه إذا كان العقد فاسدا فإنه يعتبر كالصحيح فيما يتعلق بإثبات النسب، لذلك من المنطقي أن يعامل كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل وهي إمكانية الاتصال وقد يكون ذلك من تاريخ إبرام العقد.

كما أكد القضاء الجزائري على ثبوت النسب في النكاح الفاسد في عدّة أحكام وقرارات، وفي هذا الصدد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: « من المقرر شرعا أنه يثبت النسب، لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار وألزم القرار حمل المرأة ... كما أن

45-بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 73.

النسب يقع التسمع فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.»[46]

الخاتمة

إن موضوع ثبوت نسب الأولاد إلى والديهم يحتل مكانة حساسة في مجال الأحكام المنظمة لشؤون الأسرة، وهذا بسبب دور النسب في إنشاء الروابط الأسرية وما يترتب على ذلك من آثارومستلزمات، وبالتالي فإن رعاية النسب وحمايته من كل شبهة أو ادعاء أو تزييف هو حماية ووقاية للروابط الأسرية من أي تفكك. فالنسب الشرعي هو رابطة الدم والسلالة التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه، وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية.

ولقد اهتم المشرع الجزائري على غرارباقي التشريعات بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بآبائهم دينا وقانونا خوفا من اختلاط الأنساب وحرصا على أن لا يبقى الشخص بلا نسب، وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها، ولقد نظم المشرع الجزائري موضوع النسب في المواد: (40 إلى 46) من قانون الأسرة.

والنسب هو من المسائل المهمة التي حرصت أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء في اجتهادهم على صونها وحمايتها.

ويثبت نسب المولود من النكاح بشبهة إذا جاءت به بين أقل مدة الحمل وبين أقصاها لتتأكد ولادته حينئذ من ذلك الوطء. ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص. وتكون الشبهة في عقد الزواج في أشكال مختلفة، كالشبهة في الحكم كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج وترتب عليه الدخول بالمرأة، والشبهة في العقد كالدخول بامرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات، والشبهة في الفعل، كما لو دخل رجل على إمرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين له أنها ليست زوجته.

46 - نعيمي إيمان، اثبات النسب بين الشريعة والقانون،م ذكرة تخرج من معهد القضاء، الدفعة العشرون، 2009 - 2012 ، ص 15 ومايليه.

واعتبر قانون الأسرة نكاح الشبهة سببا من أسباب ثبوت النسب دون أن يفرّق بين شبهة وشبهة كما بيناه سابقا، حيث نص في المادة 40: " يثبت النسب بالزواج الصحيح ... وبنكاح الشبهة ... ".

وبعد دراستي لثبوت النسب في الوطء بشبهة اتضح لي أن نص المادة 40 من قانون الأسرة الذي يعتبر المبدأ العام في ثبوت النسب معيبا شكلا، فكان على المشرع الجزائري في تعديلهلقانون الأسرة سنة: 2005 أن يعيد صياغة هذه المادة، حيث يعاب على هذه المادة أنها أقرت بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد، فالمعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا الأمر غير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، إذ كان على المشرع أن يتكلم على الوطء بشبهة بدل نكاح الشبهة. ويمكن إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بالزواج الفاسد أو بالوطء بشبهة ... ".

وختاما أقول أن نكاح الشبهة وإن كان وجوده يحتمل في أزمان ماضية فإنه يعتبر اليوم في حكم الأحداث القليلة الوقوع، ومع ذلك اعتبره المشرع واحدا من الطرق التي تضمنتها المادة: 40 من قانون الأسرة في مجال إثبات النسب. وعليه يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها لثبوت تولده حينئذ من ذلك الوطء، والأمر يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي.

وبالنسبة للزواج الفاسد،يظهر أن هناك تناقضا بين المواد المنظمة للنسب من الزواج غير الصحيح، فالمادة 40 تنص على ثبوت النسب حتى ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لوطء بشبهة، أي حتى إذا كان غير صحيح أو غير قائم تماما، وبتعبير آخر لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة بشأن نسب الطفل، فاعتبرته شرعيا في كل الحالات، في حين أن المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة أن الطفل لا ينسب لأبيه إذا كان الزواج غير صحيح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى

هناك تناقض أيضا بين المادتين: 32و 35، حيث تنص المادة 32: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.» وتنص المادة 35: « إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.» حيث يتبين أن المادة 32 قضت ببطلان عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين أن المادة 35 قضت ببطلان الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد فقط والإبقاء على العقد صحيحا. فكان على المشرع الانتباه إلى هذا التناقض، ويأخذ بالحكم الذي تضمنته المادة 35 لأنه يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الاسلامي.

وأخيرا يمكن القول إن المشرع الجزائري قرر بشأن كل من نكاح الشبهة والزواج الفاسد إما الفسخ قبل الدخول أو بعده، ورتب عليهما آثار العقد الصحيح معتبرا أنهما نتيجة لحسن النية،بسبب جهل الأطراف أن زواجهما ممنوع شرعا وقانونا، أما إذا كان أحد الزوجين أوكليهما يعلمان مسبقا وأصرّا على الزواج، فإن هذا الزواج لا يعتبرفاسدا بل باطلا، ولا يثبت النسب ولا تترتب عليه أية آثار شرعية أو قانونية.

وخلاصة القول فإن كل وطء اعتقد الواطئ صحته بتأويل أو اجتهاد أو تقليد، فإن النسب لاحق به، وإن كان ذلك الوطء محرما.

قائمة المراجع

1. محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية والقانون، المينا، دار الألفي القانونية.

2. ابن ماجة، في التجارات، ج 2،باب مال الولد من مال أبيه، حديث: 2291.

3. أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط 1، دار القلم، الكويت، 1983.

4. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الاسلامي، دار الجامعة، 1987.

5. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانون، مصر، طبعة 2009.

6. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

7. إقروفة زوبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، تخصص أصول الفقه، الجزائر، 2008 - 2009.

8. البيان، ج9.

9. العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة: 1999.

10. المغنى لابن قدامة (1 / 149).

11. بوزيد خالد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 - 2011.

12.ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري، دار الهدى، 2010.

13.رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، السنة الجامعية: 2011 - 2012.

14.شرح منح الجليل، ج2.

15.عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار البعث، قسنطينة، ط. 2، سنة: 1989.

16.عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية.

17.عبد الله محمد دفع الله، أحكام النسب في الاسلام، دكتوراه كلية الشريعة، جامعة القاهرة، 1979.

18.كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري (5 / 141).

19.كتاب النيل وشفاء العليل، ج 6.

20.مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (27 /32).

21.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 1997.

22.نعيمي إيمان، اثبات النسب بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج من معهد القضاء، الدفعة العشرون، .2009-2012

23.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، طبعة خاصة بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق، دار الفكر، الجزائر، 1992.

24.أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، طبعة: 2004.

25.عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء، (الرضاع، الحضانة، النفقة، الأقارب)، دار الفكر العربي، طبعة: 1976.

26.طفياني مخطارية، اثبات النسب في ظل تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديد، 2013.

27.ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 2، دار صادر، بيروت، 1991.

28.العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة: 5، سنة: 1999.

29.بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، ب ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بت، هامش 1.

30.رواق أمال، الاشهاد ودوره في اثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام المترتبة عليها، نوميديا للطباعة والنشر، فلسطين، 2010.

31.كشاف القناع، ج 7.

32.مجموع الفتاوى لابن تيمية (34 /10).