مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ISSN 2602-7321/ EISSN 2773- 2649

السنة: 2022 المجلد: 05 العدد: 02 ص- ص: 1248- 1263

أحكام الولادة الناتجة عن الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

Birth provisions resulting from false marriage in Algerian family law

وليد ضيف* مخبر الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، Oualid.dif@univ-biskra.dz

تاريخ إرسال المقال: 2022/08/01 تاريخ قبول المقال: 2022/09/07

الملخص:

تهدف هذه الدراسة أساسا لتسليط الضوء على حقوق الأولاد الناتجين عن زواج باطل في قانون الأسرة الجزائري في نسبهم لأبيهم، كما تهدف بالتبعة للبحث عن أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، حيث تم التوصل إلى أن أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة تنحصر في أربعة أسباب مبينة في المواد 32 و 33 و 34من قانون الأسرة.

كما تم التوصل أيضا إلى أن موقف المشرع الجزائري جاء صريحا بشان مسألة نسب الأولاد لأبيهم بشكل عام، حيث تبنى أغلب القواعد الفقهية التي قررها فقهاء الشريعة عند حديثهم عن نسب الولد، بما في ذلك قاعدة إحياء الولد، التي يتجلى من تطبيقاتها أن الزواج الباطل يصلح لأن يكون سببا من أسباب ثبوت نسب الولد لأبيه، مع ضرورة احترام جملة من الشروط الضابطة لهذا الحق.

الكلمات المفتاحية: الولادة، النسب، زواج باطل، دخول.

Abstract:

The main objective of this study is to shed light on the rights of children resulting from invalid marriage in the Algerian family law in relation to their father, and consequently aims to search for the reasons for the invalidity of the marriage contract in the Algerian family law, where it was concluded that the reasons for invalidity of marriage in the family law are limited to four Reasons set out in Articles 32, 33 and 34 of the Family Code.

It was also concluded that the position of the legislator Algerian was frank about the issue of children attributed to their father in general, where most of the jurisprudence rules established by the adoption of Shariah scholars when they talk about the child ratios, including the revival of the child base, which is evident from its applications that marriage is wrong fit because be a reason for

* وليد ضيف

evidence of the boy attributed to his father, with the need to respect a number of conditions for the control of this right.

Keywords : Birth. pedigree. void marriage. Consummation of marriage.

مقدمة:

من الأحكام الثابتة في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري[1] أن الطريق الوحيد لارتباط الرجل بامرأة أجنبية عنه يكون عن طريق عقد الزواج، الذي يبيح الاستمتاع بين طرفيه، وما يترتب عن هذه الإباحة من نتائج شرعية وقانونية في غاية من الأهمية من ذلك الولادة، فالولادة بهذا المفهوم تحتاج رجل وامرأة تتوفر فيهما شروط صحية معينة، ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على أن تتم هذه العملية المعقدة بين رجل وامرأة يربطهما عقد زواج صحيح لكي تنتج الولادة مفاعيلها الشرعية، ويلحق نسب الولد لأبيه، أما إذا تمت الولادة بين رجل وامرأة لا يربطهما زواج صحيح عد المولود ابن زنا، وتسري عليه أحكام هذا الأخير المتميزة عن أحكام الابن الشرعي.

فموقف الشريعة وقانون الأسرة، جاء واضحا بشأن الولادة الناتجة عن زواج صحيح، التي ترتب جميع أثارها الشرعية والقانونية وفي طليعتها ثبوت نسب الولد لأبيه، وتقابلها الولادة الناتجة عن علاقة غير الشرعية، التي لا يلحق فيها نسب الولد لأبيه، وبين الفرضين الأول والثاني ثمة هناك فرض وسط متمثل في ارتباط رجل بامرأة بموجب عقد زواج باطل، فهذا الأخير لا يبيح الاستمتاع بين الزوجين، إلا أنه ارتباط من شأنه الإيصال إلى اتصال جنسي بينهما، فالزواج الباطل لا يعد زواجا صحيحا ليرتب أثار هذا الأخير، وإن كان يحمل من خصائص الزواج الصحيح بعضها، وفي المقابل لا يعد زنا محض ليعامل معاملته، وإن كان يحمل من خصائص الزنا ما يحمل لعدم توافر بعض مقومات الزواج فيه.

إن النسب الناتج عن الولادة حق مشترك بين كل من الأم والأب والابن، والمستفيد أو المتضرر الأكبر من هذا الحق هو الولد، ذلك أن النسب في حد ذاته حق ذو قيمة معنوية بالغة الأثر، ويتفرع عن هذا الحق حقوق جزئية مالية وغير مالية، من ذلك حق الولد في الميراث، حقه في النفقة، حقه في الحضانة، حقه في حماية ماله...، فكان لا بد على الشرائع والقوانين حماية هذا الحق وحفظه لمصلحة الولد.

1- القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، الموافق عليه بموجب القانون 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية عدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

فبهذا تخلق الولادة الناتجة عن زواج باطل مشكلة تكيفيها في قانون الأسرة هل تعد ولادة شرعية يلحق بها نسب الولد لأبيه شأنها في ذلك شأن الزواج الصحيح، أم يعد زنا لا يحلق به نسب الولد لأبيه؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على كل من المنهج التحليلي والوصفي والمقارن، حيث قسم العمل إلى الخطة الثنائية التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للنسب في الزواج الباطل.

المطلب الأول: مفهوم النسب

المطلب الثاني: أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: إشكاليات النسب الناتج عن الزواج الباطل

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الباطل

المطلب الثاني: نفي النسب في الزواج الباطل.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للنسب في الزواج الباطل.

من المسائل المهمة التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية، وحرصت التشريعات الوضعية من قوانين محلية، ومعاهدات واتفاقيات دولية العناية بها مسألة نسب الأولاد، فما هو النسب وما هي أهميته؟،

يدرس النسب عادة كنتيجة مترتبة عن الزواج، وعقد الزواج باعتباره عقد يخضع لأحكام العقود، فأمكن تقسيمه إلى زواج صحيح وأخر باطل، وبما أن النسب في الزواج الصحيح لا يخلق إشكال سواء من حيث إثباته أو نفيه، على عكس النسب الناتج عن زواج باطل، ويكفي في هذا المبحث معرفة أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل التطرق إلى إثبات النسب ونفيه في الزواج الباطل المتروك للمبحث الثاني.

المطلب الأول: مفهوم النسب.

خصص هذا المطلب لتعريف النسب في كل من اللغة والاصطلاح القانوني والفقهي في الفرع الأول، وكذا تبيان أهميته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف النسب.

أولا: تعريف النسب في اللغة.

"مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه طلب عزوته إليه، والاسم: النسبة بالكسر، فتجمع على النسب، واستعمل النسب وهو المصدر من مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال: بينهما نسب أي قرابة"[2]،

2- مكتبة الشروق الدولية، المعجم الوسيط، ط04، دون دار نشر، 2004، ص 916.

ثانيا: تعريف النسب في الاصطلاح.

هو القرابة والاتصال بن شخصين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة[3]، ومن الألفاظ ذات الصلة بالنسب الرضاع والمصاهرة[4]، ونفس التعريف تقريبا يعتمده المشرع الجزائري، حينما يعرف النسب في نص المادة 32 من القانون المدني[5] التي تنص على أنه " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويصل واعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل أحد".

الفرع الثاني: أهمية النسب.

يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن النسب من الكليات الخمس التي جاء الشرع بالحفاظ عليها[6]، فبهذا يعد النسب مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية الذي إذا اختلت اختل معها نظام الحياة، وعلاوة على هذه الأهمية تظهر أهمية النسب من حيث الآثار المتنوعة المترتبة عنه، سواء من الناحية الشخصية من ذلك الحضانة، التحريم في الزواج،.. أو الناحية المالية كالنفقة والميراث.

المطلب الثاني: أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة.

من القواعد الفقهية المبينة على الاستصحاب[7] الأصل في العقود الصحة[8]، وباعتبار الزواج عقدا فالأصل فيه الصحة، والحكم ببطلانه يحتاج سببا قويا، وأسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة حددها المشرع الجزائري في المواد 32، 33، 34، و 35. من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاءت المواد السابقة بالآتي على التوالي:

(- يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.)

(- يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

3- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- 2015/2014، ص 193.

4- الموسوعة الكويتية، الجزء 40 نائحة - نفاذ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، 2001، ص 232.

5- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

6- اليوبي محمد سعد بن أحمد بن مسعود، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998، ص245.

7- يعد الاستصحاب أصل من أصول الفقه المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يقصد به الحكم بثبوت الأمر أو نفيه في الزمن الحاضر أو المستقبل، بناء ثبوته أو عدمه في الزمن الماضي، لعدم قيام دليل على تغييره -وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الفكر، دمشق، 1986، ص 859.

8- ديدي علي الحبيب، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، عين البيضاء، 2012، ص 175.

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

(- كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.)

(- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا)

لقدت بينت المادة 32 من قانون الأسرة سببان من شأنهما جعل الزواج باطلا في التشريع الجزائري، يتمثل السبب الأول في تحقق مانع من موانع الزواج[9]، حيث يقصد بالمانع في اصطلاح الأصوليين ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه الوجود[10]، فترتيبا عليه إذا وجد أحد الموانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في قانون الأسرة[11] انعدم الزواج وكان زواجا باطلا[12]، ونفس الحكم نص عليه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة بشيء من التفصيل، بينما يتمثل السبب الثاني في بطلان الزواج، اشتراط أحد الزوجين شرط منافي لمقتضى عقد الزواج كاشتراط عدم الإنجاب[13]، وما يلاحظ على الحكم الذي جاءت به المادة 32 من قانون الأسرة أنه موافق للمادة 35 من حيث بطلان الشرط المنافي لعقد الزواج، معارضا لها في وصف عقد الزواج المقترن بمثل هذا الشرط، حيث تقضي المادة 32 ببطلانه بينما المادة 35 تجعل منه زواجا صحيحا[14].

إن التعارض بين النصوص القانونية ظاهرة غير صحية تحيط بالنصوص القانونية فتخلق فيها نوع الاضطراب واللاستقرار، وعلى كل من يواجه تعارضا بين نصيين قانونين وجب عليه التوفيق بين النصين والجمع بينهما بقدر الاستطاعة وإلا فيصار إلى تغليب أحد النصين على الأخر[15]. والتعارض المسجل بين المادة 32 والمادة 35 من أنواع التعارض الذي يمكن معه الجمع بين المتعارضين، لأنه بالرجوع إلى فكرة الشروط الباطلة في عقد الزواج لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، يلاحظ أن هناك نوعين من الشروط

9- شريفي نسرين و بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس، 2013، ص 52.

10- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 01، ص 102.

11- نص المشرع الجزائري على موانع الزواج في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة.

12- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 75.

13- شريفي نسرين ، وبوفرورة كمال ، المرجع السابق، ص 52.

14- أ. بن شيخ آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا- من سنة 1982 إل سنه 2014)، ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، ص85.

15- السنهوري عبد الرزاق أحمد و أبو ستيت حشمت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، القاهرة، 1950، ص 242.

الباطلة[16]، شروط باطلة تؤثر على صحة الزواج، وشروط باطلة تلغى ولا تؤثر على صحة الزواج[17]، في هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من التمسك المادة 32 إذا كان الشرط المقترن بعقد الزواج من صنف الشروط التي تؤثر على صحة الزواج، والتمسك بتطبيق المادة 35 إذا كان الشرط المقترن بعقد الزواج من صنف الشروط التي لا تؤثر على صحة الزواج، وبهذا يكون قد تم التوفيق بين حكمين متعارضين وتم العمل بكل حكم في حدود معينة.

بينما المادة 33 المشكلة من فقرتين، بينت هي أيضا سببين لبطلان الزواج، سبب منصوص عليه بطريق صريح متمثل في تخلف[18] أو انعدام ركن الرضا الذي يترتب عنه بطلان الزواج[19]، حيث فسر البعض مقصد المشرع من خلال هذه الفقرة أن حكمها يشمل رضا المرأة صغيرة كانت أم كبيرة[20]، والمتمعن في صياغة الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة يلاحظ أنها استعملت عبارة –اختل– وعبارة اختل لا تقضي حتما بتخلف ركن الرضا أو انعدامه البتة، فقد يوجد الرضا لكن يوجد معيبا عليلا فاسدا، كأن يوجد الرضا لكن معيب بعيب الغلط، مما يجعل الزواج صحيحا في نظر من فهم بأن المشرع يقصد تخلفه وانعدامه برمته، باطلا حسب مقصد المشرع الذي ركز على الحماية القانونية لركن الرضا في الزواج من خلال نص المادة 33 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى التي اختارت عبارة اختل بدل من عبارة تخلف أو انعدام.

أما الفقرة الثانية من المادة 33 فلقد بينت جزاء تخلف كل من الشاهدين أو الولي في حالة وجوبه أو الصداق بعد وقبل الدخول، حيث يستنتج منها بطريق صريح أن الزواج المتخلف فيه أحد الشروط السابقة زواجا فاسدا[21]، في حين لم تبين وصف الزواج المتخلف فيه أكثر شرط من بين الشروط السابقة، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 33 قبل التعديل حيث كانت تنص على ما يلي:

16- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة،جامعة الحاج لخضر، 2009/2008، ص 457.

17- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1950، ص 158.

18- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 338.، سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 52.

19- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 75.

20- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 338.

21- ضيف وليد و دحامنية علي، قيود تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08/ العدد 01 (2022)، ص 578.

(- إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد.

- ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد)

فهذه المادة جاءت صريحة بشأن تحديد وصف الزواج المتخلف فيه أكثر من مقوم من بين المقومات المذكورة، حيث تقضي ببطلانه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قرار تها المشهور[22]، ويبقى هذا الحكم ساري المفعول حتى بعد تعديل قانون الأسرة، وذلك للاعتبارات الآتية:

- من أسباب تعديل هذه المادة ليس العدول عن القضاء ببطلان الزواج في حالة تخلف أكثر من مقوم، إنما تعديلها جاءت استجابة لحركة الإصلاح التي مست الطبيعة القانونية لكل من الشاهدين، الولي، الصداق، فهذه المقومات في ظل القانون القديم كانت تشكل أركان للزواج[23]، في حين تشكل شرط من شروط الزواج بعد التعديل حسب صريح المادة 09 مكرر من قانون الأسرة[24]، هذا ما لا ينسجم مع صياغة المادة 33 قبل التعديل التي استعملت عبارة ركن.
- تغير نظرة المشرع الجزائري إلى الولاية في الزواج، حيث أصبحت الولاية قاصرة على زواج القصر دون البالغات[25]، فكان لا بد من تعديل هذه المادة بما ينسجم مع نظرة المشرع الجزائري الجديدة للولاية في الزواج.
- من خصائص التقنين الإيجاز والدقة في صياغته فلا حاجة للإطناب فيه، فالمشرع استعمل حرف أو التي تفيد التخيير لا الجمع، فإذا تخلف شرط واحد فالزواج فاسد وإذا تخلف أكثر من شرط فالزواج ليس بصحيح ولا بفاسد، فيبقى حكمة هو البطلان.

بعد معرفة أحوال الزواج الباطل في التشريع الجزائري، يثور التساؤل حول مصير نسب الولد الناتج عن اتصال جنسي كان بمناسبة زواج باطل وإن كان لا يبيح الاستمتاع بين طرفيه،إلا أنه واقعة مادية من شأنه الإيصال إلى اتصال جنسي بين طرفيه.

22- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12 يناير 1989 ملف رقم 51107، مجلة قضائية عدد 03 لسنة 1992، ص 56.

23- أ. بن شيخ آث ملويا لحسين، المرجع السابق، ص 45.

24- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص60.

25- بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 66.

المبحث الثاني: إشكاليات النسب في الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري.

إن النسب حق لله تعالى، ويشترك في هذا الحق أطرافه، المتمثلين في الولد الأم والأب[26]، ولا يخلق النسب أي مشكلة باعتباره علاقة بين الأم والولد فنسب الولد يلحق بالأم ما دامت هي من حملت وولدت وأرضعت بغض النظر عن شرعية أو لا شرعية حملها[27]، هذا على عكس اعتبار النسب علاقة بين الولد والأب، حيث يكون الأصل فيه هو ثبوته بسبب الزواج الصحيح، هذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بثبوت النسب بالفراش استنادا للحديث الشريف[28]، "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[29]، ولما كان النسب على قدر الأهمية السابقة المذكورة، اجتهد فقهاء الشريعة الإسلامية وقرروا قاعدة مفادها أنه يحتاط في النسب أكثر ما يحتاط في غيره[30]، فهل تتسع مرونة هذه القاعدة ليتصور ثبوت نسب الولد لأبية في الزواج الباطل، وإلى جانب مسألة ثبوت نسب الولد، مسألة لا تقل أهمية عنها، متمثلة في نفيه، وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول، ثبوت النسب في الزواج الباطل، والمطلب الثاني، نفي النسب في الزواج الباطل.

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على ما يلي:

(- يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون...)

ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بعدة طرق لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، من بينهما ثبوت النسب عن طريق كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة التي بينت حالات بطلان الزواج، فبهذا يكون الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري سببا من أسباب ثبوت النسب، إلى جانب ثبوته عن طريق الزواج الصحيح، فالزواج الباطل يتساوى مع الزواج الصحيح من حيث مبدأ ثبوت النسب مع بعض الاختلاف الطفيف في الشروط المتطلبة لثبوت النسب في كل منهما.

26- أبو العينين بدران بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 478.

27- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013، ص 621.

28- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 228.

29- أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث 2053، كما أخرجه مسلم، كتاب الرضاع، باب ولد الفراش وتوقي الشبهات، حديث 1457.

30- مناصرية مصطفى، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 186.

لقد حددت المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة)، شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح، ومن بأب أولى فثبوت النسب في الزواج الباطل، يتطلب بعض الشروط الأشد من تلك المتطلبة في الزواج الصحيح، التي لا يمكن معرفتها إلا بعد التطرق إلى شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح، وصولا إلى ما يقابلها من شروط ثبوت النسب في الزواج الباطل، وفيما يلي شروط ثبوت النسب الصحيح حسب المادة 41، متبعة بشروط ثبوت النسب في الزواج الباطل.

1- ضرورة وجود عقد زواج صحيح[31]، ويكون الزواج صحيحا حين يستوفي جميع مقوماته القانونية المنصوص عليها في المادة 09 و 09 مكرر و المادة 07 مكرر والمادة 08 من قانون الأسرة الجزائري[32]، فالزواج الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد لأبيه أثناء قيام الزوجية، أو أثناء العدة لطلاق أو وفاة[33]، ويقابل هذا الشرط فيما هو محل للدراسة، ضرورة وجود زواج باطل، بمعنى وجود بعض مقومات عقد الزواج وإن لم تكن غير مكتملة، ولا يكفي وجود خطبة بين رجل وامرأة لكي تحقق هذا الشرط[34]، فإن غاب هذا الشرط عد ابن زنا ولا يلحق نسبه من أبيه[35]، هذا ما أكده الاجتهاد القضائي الجزائري في الكثير من أحكامه، على عكس مدونة الأسرة المغربية التي تلحق نسب الولد لأبيه الناتج في مرحلة الخطبة بشرط توافر جملة من الشروط المحددة قانونا[36].

2- اشتراط إمكانية الاتصال بين الزوجين لثبوت النسب في الزواج الصحيح، حيث يقصد بالاتصال هنا الاتصال الجنسي[37]، ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى إمكانية الاتصال بين الزوجين[38]، حيث ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة إلى حمله على إمكانية

31- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 231.

32- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 483.

33- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 627.

34- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 228.

35- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 625.

36- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 228.

37- شريفي نسرين و بوفرورة كمال، المرجع السابق، ص 58.

38- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1985، دمشق، ص 682.

الاتصال الحسي، في حين حمله الحنفية على إمكانية الاتصال الشرعي والعقلي[39]، بطريقة أخرى اشترط جمهور الفقهاء إمكانية الدخول بالزوجين وهو ما يتأكد عن طريق الخلوة الصحيحة[40]، أما الحنفية فلقد اكتفوا باشتراط وجود زواج صحيح ليتحقق شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين[41].

أما بالرجوع إلى هذا الشرط في الزواج الباطل فيلاحظ أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى اشتراط الدخول الحقيقي بين الزوجين[42]، وخالف في ذلك المالكية الذين اكتفوا باشتراط تحقق الخلوة بين الزوجين في الزواج الباطل[43]، وظاهر أن المشرع تأثر بما عليه جمهور الفقهاء من خلال النص الصريح على ضرورة تحقق الدخول بين الزوجين في نص المادة 40 من قانون الأسرة.

ويتعلق بهذا الشرط شرط أخر ضروري سواء في ثبوت النسب في الزواج الصحيح أو الباطل، آلا وهو شرط أن يكون الأب ممن يتصور منه الحمل عادة، ويتصور الحمل عادة من البالغ السليم، على عكس القاصر أو المريض[44]، ولقد كفل قانون الأسرة هذا الشرط من خلال نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري التي ألزمت الزوجين بضرورة الخضوع لفحص طبي يؤكد خلوهما من أي مرض من شأنه التأثر على الحياة الزوجية.

3- أن يوضع المولود بين أدنى مدة للحمل وأقصاها[45]، وأدنى مدة للحمل بالإجماع هي 06 أشهر، أما عن أقصى مدة للحمل في الفقه الإسلامي فهي من المسائل الخلافية، حيث قال أبو حنيفة وأحمد سنتان، ومالك خمس سنوات، أما عند الشافعي أربع سنين[46]، وقال ابن حزم الظاهري بأن أقصى مدة للحمل تسعة أشهر قمرية[47]. أما عن موقف قانون الأسرة من أدنى مدة للحمل وأقصاها، فلقد نص على أقصى مدة للحمل وأدناها، في نص المادة 42 من قانون الأسرة، التي

39- علال برزوق امال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان، ، 2014-2015، ص 20.

40- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 483.

41- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 683.

42- أبو العينين بدران بدران، المرجع السابق، ص 499.

43- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 687.

44- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 682.

45- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 196.

46- أبو زهرة محمد ، المرجع السابق، ص 386.

47- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 677.

تنص على ما يلي: (أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر)، كما أكد المشرع الجزائري على أقصى مدة للحمل من خلال نص المادة 43 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (ينسب الولد لأبيه إذا وضع خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة)، و يبدوا أن المشرع الجزائري مهووس بأقصى مدة للحمل حين يؤكد عليها مرة ثالثة في نص المادة 60 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (عدة الحامل وضع حملها،وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

ولا تتغير مدة الحمل بتغير النسب الناتج عن زواج صحيح أو الباطل، إنما الخلاف بينهما يمكن في وقت أو زمن احتساب هذه المدد، ففي النسب المترتب عن زواج صحيح، أدنى مدة للحمل تحسب من يوم إمكانية الاتصال بين الزوجين، في حين أن أقصى مدة للحمل تحتسب من يوم الطلاق أو الوفاة. أما عن أقصى مدة للحمل وأدناها في الزواج الباطل فتحتسب من يوم الدخول.

تطرح مدد النسب في قانون الأسرة مشكلة التقييم المعتمد لاحتسابها، هل يتم اعتماد التقييم الهجري المعتمد لدى فقهاء الشيعة الإسلامية، أم يتم اعتماد التقييم الميلاد المتعمد من قبل المشرع الجزائري طبقا للمادة 03 من القانون المدني التي تنص على أنه (تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)، عند استقراء مختلف قرارات المحكمة العليا التي جاءت بشأن احتساب مدد النسب واحتساب المواعيد في قانون الأسرة بوجه عام يلاحظ اعتمادها على التقييم الميلادي في احتسابها[48].

إذا تحققت هذه الشروط ثبت نسب الولد من أبيه سواء في زواج صحيح أو زواج باطل، هكذا يكون قد انتهى الحديث عن ثبوت النسب في الزواج الباطل حيث تم التوصل إلى أن المشرع تساهل في هذه المسألة، إعمالا لقاعدة إحياء الولد وعدم حرمانه من اسم أبيه.

المطلب الثاني: نفي النسب في الزواج الباطل.

إن حرص الشريعة الإسلامية على إثبات نسب الولد إلى أبيه، يقتضي الحرص على عدم إلحاق نسب الولد لغير أبيه، ففي الزوجية الصحيحة وبناء على القاعدة الفقهية القاضية بأن الأصل في الإنسان الأمانة والاستقامة، إذا ما حدث وولدت الزوجة مع توافر شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح ألحق نسب الولد للزوج، إلا أن الزوج قد يتأكد أن الحمل ليس منه أو المولود ليس ولده، هنا فتحت له الشريعة

48- إحدى القرارات التي اعتمد التقييم الميلادي ما صدر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2013/01/10، تحت رقم 148، غير منشور، نقلا عن أ. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 96.

الإسلامية مجالا لنفي النسب عن طريق فرقة تسمى في الفقه الإسلامي باللعان، وقانون الأسرة الجزائري وتحديدا في المادة 40 منه حذى حذو الفقه الإسلامي في إجازة نفي الولد الناتج عن زواج صحيح، هذا ما يظهر من خلال عبارة – ما لم ينفيه بالطرق المشروعة– ولقد فسر الفقه[49] والقضاء[50] الطرق المشروعة على أن المقصود منها هو اللعان.

حيث يقصد باللعان أن يرمي الزوج زوجته بالزنا بأن يقسم أربع مرات بالله بأنه صادق والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، وتقسم هي أربع مرات إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين[51]، أو هو "أربع شهادات من الزوجين أمام الحكام مؤكدات بالإيمان مقرونة شهادة الزوج باللعن، وشهادة الزوجة بالغضب، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها"[52]، ومن أهم آثار اللعان حسب هذا المفهوم نفي نسب الولد.

رغم اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية اللعان إلا أنهم اختلفوا في شروطه وما يتفرع عنه من تفاصيل، ومن بين المسائل المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية المتعلقة باللعان، هو العلاقة التي تربط المتلاعنين، هل يجب أن يكونا زوجين بموجب عقد زواج صحيح، أم يكفي أن يكونا مرتبطين بموجب عقد زواج باطل، حيث ذهب في ذلك كل من المالكية[53]، الشافعية[54]، وحنابلة[55]، للقول بجواز اللعان لنفي نسب الولد، في حين أن الحنفية[56] خالفوا في ذلك وقالوا بأنه لا لعان إلا بين زوجين يربطهما

49- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 636.

50- للمحكمة العليا قرارات عديدة في هذا الشأن من بينها، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/10/15، ملف رقم 605592، المجلة القضائية 2009، عدد 01، ص 247.

51- أبو زهرة محمد ، المرجع السابق، ص 98.

52- الصابوني عبد الرحمان ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، الطبعة 02، دار الفكر، القاهرة، 1968، ص 870.

53- الدسوقي محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء التراث العربي، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر، ص458. أبي بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ج 01، مكتبة نزار، الرياض، دون تاريخ نشر، ص 340.

54- الغزالي أبي حامد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ويليه التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي لشيخ الإسلام عبد الكريم بن محمد الرافعي، حققه وعلق عليه أحمد فريد المزيدي، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص 350.

55- الموفق ابن قدامة المقدسي، المغني، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 03، الطبعة 03، عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 132.

56- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، درسه وحققه عادل احمد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، الجزء 05، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص149.

عقد زواج صحيح. ويبدو أن قانون الأسرة قد تأثر بما عليه الحنفية، هذا ما يتجلى من نص المادة 41 من قانون الأسرة، وما أكده الاجتهاد القضائي حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا مل يلي: (...مع أن نفي النسب لا يكون إلا في حالة قيام زواج شرعي...)[57].

بهذا يُتوصل أن ثبوت النسب في الزواج الباطل أقوى منه في الزواج الصحيح، لعدم إمكانية نفي نسب الولد في الزواج الباطل وهذا غير مقبول البتة.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم تم التوصل إلى مجموعة من النتائج متمثلة في الآتي:

- يعد النسب أحد الدعائم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الإنساني في أي زمان وأي مكان.
- لكي ينعقد الزواج صحيحا لا بد من أن يستجمع جميع مقوماته المقررة سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري.
- ليست جميع مقومات عقد الزواج المنصوص في قانون الأسرة على قدم المساواة، فمنها ما يعد أساسيا يترتب على تخلفها بطلان الزواج، ومنها ما يعد ثانويا لا يرتب بطلان الزواج عند تخلفها.
- تنحصر أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة في أربع، اختلال ركن الرضا، الزواج بأحد المحارم، اقتران الزواج بشرط منافي له من صنف الشروط التي تؤثر على صحة الزواج. تخلف أكثر من شرط من بين الشروط التالية، الشاهدين، الولي في حالة وجوبه، الصداق.
- تساهل المشرع الجزائري في ثبوت النسب في الزواج الباطل، حيث يكفي وجود شبهة زواج فقط لكي يلحق نسب الولد لأبيه،
- يقترب الزواج الباطل من الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب فيهما، حتى لا يكاد يفرق بينهما من هذه الزاوية.
- يعد ثبوت النسب في الزواج الباطل نتيجة مترتبة عن الدخول الحقيقي، الأمر الذي لا يتطلبه ثبوت النسب في الزواج الصحيح.

وعليه يقترح الآتي:

57- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18 فيفري 1997، ملف رقم 153640، مجلة قضائية لسنة 1997، عدد 01، ص 44.

- يجب على المشرع أن يهتم بهذه المسألة الخطيرة أكثر من خلال استحداث نصوص قانونية أخرى توضح مسألة ثبوت نسب الولد لأبيه في الزواج الباطل.
- يستحسن على المشرع التفريق بين الزواج الباطل بشبهة التي تمحو وصف الزنا، وبين الزواج الباطل بغير شبهة الذي يعد في حقيقته زنا.
- كما عليه أيضا النص على جواز إمكانية اللجوء لنفي نسب الولد الناتج عن زواج باطل.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية.

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.
- القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، الموافق عليه بموجب القانون 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية عدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

ثانيا: الكتب.

- بن شيخ آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا- من سنة 1982 إل سنه 2014)، ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر، 2015-2016.
- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، درسه وحققه عادل احمد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، الجزء 05، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- أبو العينين بدران بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1950.
- الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، الطبعة 02، دار الفكر، القاهرة، 1968.

- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- الدسوقي محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء التراث العربي، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر، ص458. أبي بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ج 01، مكتبة نزار، الرياض، دون تاريخ نشر.
- ديدي علي الحبيب، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، عين البيضاء، 2012.
- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2018.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد و أبو ستيت حشمت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، القاهرة، 1950.
- شريفي نسرين و بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس، 2013.
- الغزالي أبي حامد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ويليه التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي لشيخ الإسلام عبد الكريم بن محمد الرافعي، حققه وعلق عليه أحمد فريد المزيدي، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
- مكتبة الشروق الدولية، المعجم الوسيط، ط04، دون دار نشر، 2004.
- الموسوعة الكويتية، الجزء 40 نائحة – نفاذ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية– الكويت، 2001.
- الموفق ابن قدامة المقدسي، المغني، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 03، الطبعة 03، عالم الكتب، الرياض، 1997.
- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الفكر، دمشق، 1986.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1985، دمشق.

ثالثا: الرسائل والمذكرات.

- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة،جامعة الحاج لخضر، 2009/2008.

- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –1– 2015/2014.
- علال برزوق امال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان، 2014–2015.
- اليوبي محمد سعد بن أحمد بن مسعود، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998.

رابعا: المقالات.

- ضيف وليد ودحامنية علي، قيود تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08/ العدد 01 (2022).
- مناصرية مصطفى، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة.