ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية والقانون

Proof of lineage in the illegal marriage in Islamic Sharia and the law

طالبة الدكتوراه/ كريمة فرحات حميده[1,2,3]، الدكتورة/ دليلة فركوس[1]

[1] **جامعة الجزائر 1، (الجزائر)**

[2] **مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1**

[3] **المؤلف المراسل:** hk.ferhat@univers-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2020/07/15 تاريخ القبول للنشر: 2021/06/26 تاريخ النشر: 2021/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: أ. د./ قويدر قيطون (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د./ محمد أكرم عربات (جامعة سطيف 2)

ملخّص:

يعتبر النسب من الموضوعات ذات الأثر البالغ في حياة الإنسان. حيث اعتَبَر الإسلام فراش الزوجية الموجب له، وحصر الطريق الوحيد لاتصال الرجل بالمرأة بالزواج، وقد يحدث هذا الاتصال عن طريق زواج غير صحيح، فقد ينشأ فاسدا وقد يقع باطلا. وقد ينتج عن هذا الزواج ولد، ومن حقه الانتساب إلى أبيه، إلا أن الشارع الحكيم لا يثبت أي نسب إلا بشروط وقيود تضبط طرق إظهاره وإثباته، والمشرع الجزائري اعتبر نسب المولود إلى والده من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج. فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابتا بسبب الحمل المرئي والولادة، فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا. وأمام حقيقة الزواج غير الصحيح وولد من حقه أن ينسب لأبيه، نجد لفقهاء الشريعة الاسلامية وكذا قوانين الأحوال الشخصية أقوالاً في مسألة ثبوته من عدمه، مراعين في ذلك قاعدة إحياء الولد، والأخذ بمعيار مدى علم الطرفين للحرمة وقت إبرام الزواج.

الكلمات المفتاحية: الزواج غير الصحيح؛ الزواج الباطل؛ الزواج الفاسد؛ ثبوت النسب.

Abstract:

Descent is one of the topics that has a profound impact on human life. In this regard, Islam has considered the marital bed as the only way for a man to contact a woman after getting married. However, this connection may happen through an illegal marriage, as it may arise corrupt and may be null and void. This marriage may result in a son, and he has the right to be affiliated with his father, except that the wise legislator does not establish any lineage except under conditions and restrictions that control the way it is shown and proven, and the Algerian legislator considered the lineage of the child to his father one of the most important effects of the marriage contract. If the child's lineage to his mother is constant, because of the visible pregnancy and childbirth, then assigning the child's lineage to his father is not always easy. In the face of the truth of the illegal marriage, and a child who was born of his right to be attributed to his father, we

find the jurists of Islamic Sharia as well as personal status laws sayings regarding the issue of whether he is proven or not, taking into account the rule of reviving the boy, and taking the criterion of the extent of the two parties 'knowledge of the sanctity at the time of the conclusion of the marriage.

***Key words**: illegal marriage; Invalid marriage; Corrupt marriage; Proof of lineage.*

مقدّمة:

لثبوت النسب في الإسلام مكانة خاصة، لذلك اهتم الشارع الحكيم وحرص على تواصله وثبوته وعدم انقطاعه، وجعل له قواعد وأساسيات يثبت بها، وأحاطه بسياج منيع يحميه من الفساد والاضطراب والاختلاط، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا في حالة تعذر إثباته.

واعتبر الإسلام فراش الزوجية هو الموجب للنسب؛ لأنه نظم علاقة الرجل بالمرأة، وحصر أنه لا يكون اتصال الرجل بالمرأة إلا عن طريق الزواج، لذا فالمرأة المسلمة لا تسلم نفسها لغير زوجها لعلمها بحرمة الزنا وعقوبته في الدنيا والآخرة، والرجل المسلم أيضا لا يطأ غير زوجته لعلمه بالحرمة نفسها وعقوبتها، فالأصل في المسلم الالتزام بالأحكام الشرعية. وقد حذر الإسلام تحذيرا شديدا من مخالفة هذا.

ولكن قد يحدث اتصال الرجل بالمرأة عن طريق الزواج لكن حقيقة هذا الزواج أنه غير صحيح على أقوال الفقهاء والقوانين، فقد يكون فاسدا وقد يقع باطلا، وينتج عن هذا الزواج ولد. ونحن ونعلم أن النسب يعتبر مقصدا شرعيا أصيلا قائما بنفسه، إذ من حق الولد الانتساب إلى أبيه، إلا أن الشارع الحكيم لا يثبت أي نسب إلا بشروط وقيود تضبط طرق إظهاره وإثباته. كما اعتبر المشرع الجزائري أن نسب المولود إلى والده هو من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج، وعليه فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابتا بسبب الحمل المرئي والولادة، فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا.

وأمام حقيقة الزواج غير الصحيح -المتواجد في وقتنا الحالي- وولد من حقه أن ينسب لأبيه، نجد لفقهاء الشريعة الاسلامية وكذا قوانين الأحوال الشخصية أقوالاً.

وعليه نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يؤثر فساد عقد الزواج وبطلانه في ثبوت النسب؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نقترح الفرضيات التالية:

- لعقد الزواج غير الصحيح قسمان فاسد وباطل.
- يراعى في ثبوت النسب قاعدة إحياء الولد بغض النظر عن نوع الزواج.

إن هذا المقال يمثل معالجة علمية فقهية قانونية لثبوت النسب، الذي يعتبر من الموضوعات ذات الأثر البالغ في حياة الإنسان المعيشية، ومستقبل أجياله القادمة. وجاء الهدف من هذه الدراسة تناول مسألة ثبوته في حالة عدم صحة الزواج؛ سواء فساد أم بطلانا. نظرا لشح الدراسات التي تناولت هذه النقطة بالخصوص،وتعرض معظمها إلى مدى اعتبار النسب أثراً من آثار الزواج غير الصحيح، أو الإشارة البسيطة له. وعليه قُسم العمل إلى مبحثين، تعرضت في المبحث الأول للإطار المفاهيمي لعقد الزواج غير

الصحيح في الشريعة و القانون، بينما المبحث الثاني خُصّصَ لدراسة أثر فساد عقد الزواج أو بطلانه على ثبوت النسب. ولقد اعتمدت في إنجاز هذا المقال منهجية ترتكز على التحليل والمقارنة؛ وذلك حتى يتسنى لنا وضع الأحكام المتعلقة بثبوت النسب في الزواج غير الصحيح في إطارها الشرعي والتشريعي.

المبحث الأول:

عقد الزواج غير الصحيح في الشريعة و القانون

إنّ أفعال المكلّفين إذا أُدّيَتْ على وفق ما طلبه الشارع بأن تحققت أركانها وتوافرت شروطها الشرعية حكم الشارع بصحتها، وإذا لم يؤدها المكلف على وفق ما طلبه الشارع؛ حكم الشارع بعدم صحتها وعدم ترتب الآثار الشرعية عليها، وهذا ما ذهبت إليه القوانين.

والعقد الصحيح يقابله العقد غير الصحيح، هذا الأخير يختلف في تقسيماته بين الباطل والفاسد أو بترادفهما، وهذا التقسيم عَرَفَهُ عقد الزواج أيضا، فيكون في صورته الأولى عقدا صحيحا، كما يأخذ صورة العقد غير الصحيح أيضا.

ولقد اختلفت المذاهب الفقهية في تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى مذهبين، وتبعهم في ذلك اختلاف قوانين الأحوال الشخصية، وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نخصص الأول لدراسة موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة، والثاني لدراسة أسباب فساد عقد الزواج وبطلانه.

المطلب الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

لقد ظهر اختلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء بشأن العقد غير الصحيح، إذ أن العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء هو العقد الباطل أو الفاسد دون تفرقة بينهما، أما عند الحنفية فإن العقد غير صحيح نوعان باطل وفاسد، وهذا الاختلاف مَسَّ قوانين الأحوال الشخصية كذلك، وسنخصص هذا المطلب بشيء من التفصيل لدارسة التمييز بين أنواع عقد الزواج غير الصحيح حسب ما تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، مع دراسة معايير تصنيف عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد.

الفرع الأول: بطلان و فساد عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى قول الجمهور ثم قول الحنفية فيما يتعلق بتقسيم عقد الزواج غير الصحيح.

أولا: بطلان وفساد عقد الزواج عند جمهور الفقهاء

يذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بالتقسيم الثنائي للزواج؛ وذلك بتقسيمه إلى صحيح وغير صحيح دون تمييز بين الباطل والفاسد. غير أن جمهور الفقهاء يلجؤون إلى التفريق بين نوعي عقد الزواج غير الصحيح عن طريق الآثار التي تترتب عليهما (أبوبكر كريم، 2012، 73)، واعتبارهما وصفين مترادفين بجامع فقدان المشروعية ووجوب الفسخ، و انعدام مقاصد الزواج فيهما جميعا (الحموي، 1985، 439).

فلا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل (الزحيلي، 1985، 96)، و لكن نجد قول فقهاء المالكية بأن النكاح الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته (الزحيلي، 1985، 112) وهو ينقسم إلى نوعين: نوع مجمع على فساده كنكاح المحارم بنسب أو رضاع أو الجمع بين ما لا يحل الجمع بينهما ونوع غير مجمع على فساده كنكاح الشغار؛ لأنه من الأنكحة التي فيها خلاف بين الفقهاء. ونجد ابن رشد القرطبي أرجع فسخ أي نوع إلى ضعف و قوة علة الفساد (ابن رشد القرطبي، 595هـ، 60).

أما فقهاء الشافعية فالفاسد والباطل عندهم مترادفان، لكن عندهم بعض المسائل أين يفرقون فيها بين البطلان والفساد، ومنها النكاح؛ كالنكاح بلا شهود؛ إذ يصفونه بالفاسد لا بالباطل؛ لأنهم يعرفون الفاسد على أنه هو الذي لم يتفق على بطلانه، فإن تم الاتفاق على بطلانه كان نكاحا باطلا، وإذا كان هناك اختلاف في صحته وفساده وبطلانه عَدُّوه فاسدا (أبوبكر كريم، 2012 ، 75).

في حين لم يقر فقهاء الحنابلة بوجود عقد باطل وفاسد؛ فالباطل والفاسد لفظان مترادفان عندهم لكن عند النظر إلى جزيئات مسائلهم نجدهم فرقوا بين زواج اتفق الفقهاء على بطلانه، و زواج اختلف الفقهاء في بطلانه؛ حيث يصفون الأول بأنه زواج باطل مجمع على بطلانه، والثاني زواج فاسد مختلف في فساده (أبوبكر كريم، 2012، 76).

وخلاصة القول أن جمهور الفقهاء بالرغم من عدم التفريق الصريح بين الباطل و الفاسد في عقد الزواج إلا أنهم اعترفوا بوجود هذا التقسيم وبوجود نكاح فاسد حتى وإن لم يقروا بذلك من الناحية النظرية.

ثانيا: بطلان وفساد عقد الزواج عند الحنفية

إن الزواج الباطل عند الحنفية هو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده. أما الزواج الفاسد هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة (الزحيلي، 1985، 95،96).

ففقهاء الحنفية على الرغم من اتفاقهم على التمييز بين الباطل والفاسد في العقود المالية، إلا أنهم لم يتفقوا على الأخذ بهذا التمييز في عقد الزواج (أبوبكر كريم، 2012، 77). فنجد المتقدمين من الأحناف يقسمون النكاح قسمة الجمهور ويجعلون الفاسد يطابق الباطل؛ حيث يقول كمال الدين بن الهمام في فتح القدير: "إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء" (جانم، 2009، 20)، أما المتأخرون منهم يقسمونه قسمة ثلاثية إلى صحيح وفاسد وباطل (الدريني، 1994، 322). درءا للخلط الذي وقع فيه الدارسون على اعتبار أن الاشتراك في الحكم نتيجة للاشتراك في الاسم بين باطل وفاسد العقود المالية وبين باطل وفاسد عقد الزواج، ولكن في حقيقة الأمر هذا غير صحيح؛ لأن العقد الفاسد في العقود المالية عند الحنفية لا يفسخ إذا تسلم المشتري المبيع أو استهلكه أو تصرف فيه، وتنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، أما في الزواج فإن العقد الفاسد عند الحنفية الدخول فيه حرام؛ ويجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا تترتب عليه كل آثاره، ولا يوجب حد الزنا للشبهة، فاستوى في الحرمة و وجوب الفسخ مع العقد الباطل عند الحنفية (جانم، 2009، 21).

الفرع الثاني: بطلان و فساد عقد الزواج في القانون

لم تتفق تشريعات الأحوال الشخصية للدول الإسلامية بشأن التفرقة بين الباطل والفاسد في عقد الزواج؛ فهناك تشريعات لم تأخذ بالتمييز (أبوبكر كريم، 2012، 83) كقانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون الأحوال الشخصية اليمني، في حين هناك تشريعات أخرى أخذت بالتمييز ومنها قانون الأحوال الشخصية السوري، قانون الأحوال الشخصية الأردني، قانون الأحوال الشخصية المغربي وقانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح (بلحاج، 2013، 487)، ولقد حدد المشرع الجزائري الزواج غير الصحيح في الزواج الباطل والزواج الفاسد، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة المتعلق بالزواج وانحلاله (بلحاج، 2012، 375)، ونرى تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد (سعد، 1986، 163) بالرغم من أنه لم يبين في قانون الأسرة الفرق بين النوعين وإنما اكتفى بالعنوان العام؛ النكاح الفاسد والنكاح الباطل (بن ملحة، 2004، 74)، مع أنه لم ترد في نصوص مواده كلمة فاسد وإنما استفيد هذا الوصف من المادة 33 و35 ق أ ج التي تثبت الزواج بعد الدخول مع اختلال العقد، وأما وصف البطلان فقد ورد في المادتين 32،33 من ق أ ج (بن الزين، 2015/2014، 114).

ولقد أخذت بهذا التقسيم أيضا جل التشريعات العربية من بينها مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمدونة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي والسوري فكلهم اعتمدوا التقسيم الثلاثي صراحة (بن الزين، 2015/2014، 114).

واستنادا لتشريعات الدول السابقة يتبين أن لعقد الزواج غير الصحيح مرتبتين؛ تمّ تمييزهما من ناحية؛ كونه منعقداً أو غير منعقد أصلا، وما يترتب على الوصفين من آثار بحسب الطبيعة القانونية لهذا العقد. فيكون العقد باطلا؛ وهو العقد غير المنعقد في ذاته ولا ينتج أثرا كَحِل التمتع و وجوب النفقة والتوارث ولكنه كواقعة مادية ينتج بعض الآثار كوجوب العدة و وجوب المهر وثبوت النسب وسقوط الحد (السنهوري، 1998، 267)، وهذه الآثار هي من قبيل النظام العام ولم تترتب عن العقد لعدم انعقاده (الزحيلي، 1985، 112). ويكون العقد فاسدا؛ عندما يكون عقد الزواج منعقداً ويفسخ قبل الدخول إجماعا وبعد الدخول تثبت له بعض الحقوق والأحكام التي تثبت للعقد الصحيح مثل المهر، ثبوت النسب، العدة وحرمة المصاهرة (الدريني، 1994، 341).

وهو ما سار عليه قانون الأسرة الجزائري والمدونة المغربية، وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي والسوري.

المطلب الثاني: حالات (أسباب) الزواج غير الصحيح

سنتعرّض في هذا المطلب إلى دراسة الأسباب التي تلحق بعقد الزواج فتجعل منه عقدا باطلا أو عقدا فاسدا، وذلك من وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا من وجهة نظر القانون.

الفرع الأول: أسباب الزواج غير الصحيح فقها: لقد اختلف الفقهاء في تحديد ما يعتبر سببا يؤدي إلى بطلان الزواج أو سببا يؤدي إلى فساده، ومن بين الأسباب التي تعترض عقد الزواج فتجعله باطلا أو فاسدا ما يلي:

أولا: أسباب الزواج الباطل فقها: إن عقد الزواج الباطل هو الذي أصابه خلل في ركن من أركانه (شرف الدين، 2003، 372)، أو فقد شرطا من شروط الانعقاد؛ كزواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، كالمجنون والمعتوه الملحق به، وكذلك عقد الرجل على امرأة محرمة عليه تحريما قطعيا مؤبدا لا خلاف فيه لأحد من العلماء (فراج حسين، 1988، 132) سواء أكان التحريم للنسب، للمصاهرة أو للرضاع (سمارة، 2008، 147)؛ وعقد غير المسلم على المسلمة (فراج حسين، 1988، 133)؛ و ذلك لانتفاء المحلية الأصلية التي هي شرط انعقاد النكاح (سمارة، 2008، 147) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ﴾ [سورة البقرة، الآية 221].

ويكون عقد الزواج باطلا أيضا:

1- إذا حصل خلل في صيغة العقد؛ كأن صدرت بلفظين يعبّر بِهِمَا عن المستقبل؛ أو لا يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجازا (خلاف، 1990، 39).

2- إذا تزوج أحد امرأة الغير أو معتدته.

3- إذا تزوج الرجل أختين خاليتين من نكاح وعدة في عقد واحد (محمود المصري، 1292هـ، 43).

4- زواج المسلم بغير كتابية كالمجوسية و الوثنية و نحوهما (الزحيلي، 1985، 112).

5- نكاح المحلل والذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي طلقها فهو حرام باطل مفسوخ (الزحيلي، 1985، 117) .

6- نكاح المُحْرِم فالمُحْرِم لا يَنكح ولا يُنكح فإن فعل فالنكاح باطل لقوله ﷺ: " لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُبُ" (مسلم، د س ن، 1030).

ثانيا: أسباب الزواج الفاسد فقها: الزواج الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة، وذلك كالعقد بغير شهود عند من يشرط الشهادة (ابن قدامة، 1388 هـ، 29-30)، والزواج المؤقت (فراج حسين، 1988، 133). كما يكون الزواج فاسدا أيضا في حالة الجمع بين امرأتين لا يحل الجمع بينهما شرعا. فإن تزوج إحداهما قبل الأخرى، فنكاح الأولى جائز ونكاح الثانية فاسد، فيفرق بينه وبينها (سمارة، 2008، 148). ويكون عقد الزواج فاسدا أيضا:

1- إذا جمع خمسة في عقد (الزحيلي، 1985، 109)؛ أي أن يتزوج بالخامسة قبل تطليق الرابعة وانقضاء عدتها.

2- إذا تزوج الرجل من مطلقته ثلاثا قبل أن يصيبها زوج غيره ويحلها له (محمود المصري، 1292هـ ،44).

3- نكاح المريض مرض الموت فاسد، يفسخ فور الاطلاع عليه، قبل الدخول وبعده (الغرياني، 2011، 64)، (الأزهر، 2004، 105).

الفرع الثاني: أسباب الزواج غير الصحيح قانونا: من بين الأسباب التي تعترض عقد الزواج فتجعله يدخل تحت دائرة البطلان أو الفساد ما يلي:

أولا: أسباب الزواج الباطل قانونا: إن المشرع الجزائري لم يعرف الزواج الباطل، ولكن بالاعتماد على نصوص قانون الأسرة الجزائري الجديد (قانون الأسرة، 05/02)، (ولد خسال، 2010، 86)، نجد أن هناك أسبابا وأوصافا تجعل من عقد الزواج باطلا وهي ما يلي: (بلحاج، 2012، 376):

- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضا الزوجين وفق ما نصت عليه المواد 4، 9، 10، 1/33 من ق أ ج. فإذا انعدم الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلا وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار رقم 255711 حيث جاء فيه (إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون) (غ أ ش، ملف 255711، 2002، 424).

- و ما يسترسل من السبب هو عدم إجبار الولي أبا كان أو غيره من في ولايته على الزواج دون موافقتها وهو ما وضحه القرار رقم 90468 حيث جاء فيه ما يلي: (من المقرر شرعا و قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون) (غ أ ش، ملف 90468، 1994، 66)، كما لا يجوز لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية بالزواج على إتمام إجراءاته أو مراسيم الدخول بها وتأكيدا على ذلك ما جاء به القرار رقم 415123 (لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها) (غ أ ش، ملف 415123، 2008، 275).

- في حين نجد المشرع الجزائري في ظل القانون القديم اعتبر الزواج باطلا إذا اختل فيه أكثر من ركن واحد من غير الرضا والتي أصبحت هي الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر وهو ما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 33 ق أج (قانون الأسرة، 05/02)، (ولد خسال، 2010، 86)، وهي الشروط التي اعتبرها القانون شروط صحة (بلحاج، 2013، 493)، وهو ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا تطبيقا للنص القديم على أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا فإن الزواج يبطل وهو ما أكده القرار رقم 51107 وذلك بانعدام الولي والصداق، حيث جاء فيه (من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركاناً أربعة وهي: صداق – صيغة (رضا الزوجين) وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقرر أيضا أنه إذا أختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه و يستوجب رفضه) (غ أ ش، ملف 51107، 1992، 53). ومن خلال هذا يتبين مدى التفرقة بين الركن والشرط واعتبارهما سببا لفساد أو بطلان عقد الزواج، ما بين القانون القديم وما جاء به التعديل، وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا كما لاحظنا.

- لقد أوجبت المادة 32 من ق أ ج بطلان الزواج عندما يشتمل على مانع من الموانع الشرعية (قانون الأسرة، 05/02)، (بختي، 2013، 58)، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم

371562 والذي جاء فيه (أن البناء بالزوجة و هي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق) (غ أ ش، ملف 371562، 2007، 457)، وعليه نقول أن حمل الزوجة الطاعنة من غير زوجها الشرعي يعتبر مانعا من موانع الزواج(بلحاج، 2013، 492)، وكذلك ما جاء به القرار رقم 232324 (من الثابت شرعا أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع) (غ أ ش، ملف 232324، 2001، 261).

- ذهبت المادة 34 من ق أ ج إلى ما ذهب إليه الشرع (بختي، 2013، 58)، إلى أن كل زواج بإحدى المحرمات لوجود موانع شرعية بين الزوجين سواء منها المؤبدة أو المؤقتة وفقا للمواد 23 إلى 30ق أ ج (بلحاج، 2013، 492)، يعتبر زواجا باطلا أما بالنسبة للموانع المؤقتة ما لم يزل سبب تأقيتها (شريقي و بوفرورة، 2013، 52). فالحرمة المؤقتة تنصرف إلى زواج المسلمة بغير المسلم حسب المادة 30 من ق أج (بلحاج ، 2013، 492) وكذلك الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها والقاعدة عدم جواز الجمع بين امرأتين إذا فرض أن إحداهما ذكرا لا يحل له أن يتزوج الثانية، والعمة والخالة هنا يستوي أن تكون شقيقة أو لأب أو لأم (الجندي، 2014، 73).

- يعتبر الزواج باطلا كذلك إذا كان أحد الزوجين مرتدا طبقا للمواد 32 (قبل التعديل) و138 من ق أ ج (بلحاج ، 2013، 492).

- إذا اشتمل على شرط يتنافى و مقتضيات العقد حسب ما نصت عليه المادة 32ق أ ج (نبيل صقر و قمراوي عز الدين، 2008، 41)، وهذا في حالة الشرط الذي يمس موضوع العقد ومقصوده مثل حالة النكاح الصوري الذي يشترط فيه عدم الحل و يقتصر أثره على استخراج شهادة الإقامة في بلد أجنبي (بن الزين، 2015/2014، 190).

- إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى و مقتضيات العقد، أو يتعارض مع أحكام ق أ ج وهذا حسب المادتين 19و 32 من ق أ ج، غير أن المشرع في المادة 35 ق أج أقر بصحة العقد مع بطلان الشرط إذا كان هذا الشرط ينافي مقتضيات العقد (قانون الأسرة، 05/02)، (صقر و قمراوي، 2008، 42)، ومن هاته الشروط المقيدة لآثار العقد والمغيرة له كاشتراط عدم الإنفاق وعدم الوطء (بن الزين، 2015/2014، 190) وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في القرار رقم 49575 الذي جاء فيه (من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه و الذي يدخل في باب الكراهية لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية) (غ أ ش، ملف 49575، 1991، 54).

ثانيا: أسباب الزواج الفاسد قانونا: يفسخ الزواج الفاسد في الحالات التالية:

- إذا تم الزواج فاقدا لشرط واحد من شروط الصحة المذكورة في المادة 9 مكرر (قانون الأسرة، 05/02).

وذلك كالزواج بدون شهود (سايس، 2013، 466)، وهو ما أكده منطوق القرار رقم 48184 والذي جاء فيه (من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل

الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض) (غ أ ش، ملف 48184، 1991، 49).

- الزواج بدون ولي في حالة وجوبه (بلحاج، 2013، 500)، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في القرار رقم 253366 والذي جاء فيه (يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا أختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق أ وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون)(غ أ ش، ملف 253366، 2002، 440).

- الزواج بدون صداق يفسخ قبل البناء ولا صداق، ويثبت بعد البناء بصداق المثل وهذا حسب ما ورد في نص المادة 2/33 من ق أ ج (قانون الأسرة، 05/02)، وعدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يحكم للزوجة بصداق المثل حسب المادة 17 و2/33 من نفس القانون، وهو ما أكده القرار رقم 210422 (غ أ ش، ملف 210422، 2001، 53).

- إذا ثبت ردة الزوج بعد أن انعقد العقد الصحيح وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ في الحال حسب المادة 32 من ق أ ج، وذلك أن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز شرعا وقانونا المادة 30 من ق أ ج (المجد، 2020).

- كل زواج وقع فيه تعدد للزوجات ولم يستصدر الزوج فيه ترخيصاً من القاضي وكان ذلك قبل الدخول وهذا ما قررته المادة 8 مكرر1 من ق أ ج (ولد خسال، 2010، ص 84).

- إذا تزوج أحد الزوجين في المرض المُخوف الذي يخشي عليه الموت بسببه وهو المرض الشديد أو الخطير الذي يلازمه حتى الموت، وعليه فعقد زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة (بلحاج، 2013، 501).

- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً، ويقصد هنا حالة الطلاق البائن بينونة كبرى فإذا كانت نية الزوج منصبة على مجرد تحليل المرأة لمطلقها فإن الزواج يعتبر فاسدا لعقده، وهذا ما نصت عليه المواد 30 و 51 من ق أ ج (بلحاج، 2013، 504).

فيما سبق رأينا حقيقة الزواج غير الصحيح، وحالاته وأسبابه المتعددة، وبالطبع تنجر عليه آثار في حالة وقوعه على العلاقة بين الطرفين أولا وكذا على الزوجة ثانيا، وأخيرا على الولد في حالة وجوده من هذا الزواج. فهل يثبت نسبه باعتباره نتاج زواج؟ أو لا يثبت هذا النسب على اعتبار أن هذا الزواج غير صحيح؟ فبين ثبوته وعدمه تعددت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك القوانين وهو موضوع حديثنا في المبحث التالي.

المبحث الثاني:
أثر فساد أو بطلان عقد الزواج على ثبوت النسب

أثبت الشارع الحكيم للطفل على أبويه حقوقا كثيرة، منها تسميته تسمية حسنة، تربيته تربية صالحة، وغيرها، غير أن ثبوت هذه الحقوق متوقف على ثبوت النسب الذي يعرّف على أنه القرابة وهو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة، ومن الألفاظ التي لها صلة بالنسب؛ الرضاع والمصاهرة. فإذا ثبت النسب؛ تثبت سائر الحقوق، وإذا لم يثبت؛ لا تثبت الأبوة ولا الحقوق.

المطلب الأول: أثر فساد عقد الزواج على ثبوت النسب

لقد أجمع الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح الصحيح لما روته عائشة عن رسول الله ﷺ: "الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وللْعَاهِرِ الحَجَرْ" (البخاري، 1422هـ، 370). غير أن اختلاف أقوالهم في فساد عقد الزواج أدى إلى ظهور رأيين.

الرأي الأول: اتفق جمهور الفقهاء من حنفية؛ مالكية؛ شافعية وحنابلة على أن النسب يثبت من النكاح الفاسد كما يثبت من النكاح الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، ولأن الولد الذي ليس له أب معروف كالميت (الزيلعي، 1314 هـ، 570)، كما ذهب بعض فقهاء الإباضية وغيرهم إلى الإطلاق في إلحاق نسب الولد من أبيه إذا وقع الدخول بعد العقد لوجود الشبهة التي تسقط الحد. فالشبهة هي كل ما لم يتيقن هل هو حلال أم حرام، فهو لا يكون زنا ولا ملحقًا بزنا ولا يكون بناء على نكاح صحيح أو فاسد ومن هنا دخلته الشبهة التي أنزلته منزلة الفراش على مستوى النسب.

غير أن أصحاب هذا الرأي لم ينظروا إلى علم أو جهل العاقدين بالحرمة إذ النسب حسب رأيهم ثابت مطلقا مادام الدخول مستندا للعقد ولم يتمخض فيه الزنا.

الرأي الثاني: رأى ابن حزم بعدم ثبوت النسب من النكاح الفاسد إن كان عالما بفساد النكاح، فلا نسب إلا بنكاح صحيح، أما في حالة ثبوت الجهل بحسب رأيه فلا يقام الحد والولد لاحق بوالده استنادا إلى أن الناس أسلموا في الجاهلية وفي نكاحهم الصحيح والفاسد وألحق الرسول ﷺ النسب إلى كل هؤلاء (الأندلسي، ب ت ن، 46).

ويشترط الفقهاء لثبوت النسب من النكاح الفاسد الشروط التالية:

1- أن يتحقق الدخول في النكاح الفاسد، حيث تنطبق نفس أحكام الزواج الصحيح على النكاح الفاسد في ثبوت النسب، احتياطا في ثبوته، وإحياءً للولد. ومن أهم شروط ثبوت النسب تحقق الدخول والوطء في النكاح الفاسد، لا العقد فقط وهذا عند جمهور الفقهاء بلا خلاف. والذي يفترق فيه ثبوت النسب في النكاح الفاسد عن الصحيح، أن اللعان ينفي الولد في الصحيح، ولا يمكن نفي الولد به في الفاسد؛ ولذلك عدَّ الفقهاء فراش النكاح الفاسد أقوى من فراش النكاح الصحيح (زوزو، 2006، 246-247). أما ثبوت النسب بالخلوة فيه؛ فقد اختلف الفقهاء فيه الى قولين، غير أن الراجح هو عدم ثبوت النسب بالخلوة في النكاح الفاسد؛ على اعتبار أنها خلوة فساد لا حكم لها شرعا.

2- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، بأن يكون مراهقا عند الحنفية أو بلغ عشر سنين عند الحنابلة أو بالغا عند المالكية.

3- أن تأتي المرأة بالولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر، من بدء المدة المعتبرة في إثبات النسب، وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء الى اتجاهين في تحديد التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة الحمل، حيث يرى أبو حنيفة وأبو يوسف عدم وجود فرق بين الفاسد والصحيح من حيث ثبوت النسب؛ فكلاهما فيه إلحاق للولد بأبيه، إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد. بينما، يرى أصحاب الاتجاه الثاني أن احتساب المدة يبدأ من وقت الدخول الحقيقي لا العقد؛ على اعتبار أن العقد في الزواج الفاسد ليس بِدَاعٍ الى الدخول فلا يقوم مقامه (طفياني، 2013، 45). وعليه يثبت النسب إذا جاءت به أمه بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وذلك ابتداء من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة وليس من تاريخ العقد، فالفقهاء لا فرق عندهم بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب لأن كلهما يثبته (الصابوني، 1979، 168).

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري، نجد المشرع قد عبر في نص المادة 40 على أن: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32،33 و34 من هذا القانون" (قانون الأسرة، 05/02). إذ لا فرق برأي المشرع الجزائري بين الصحيح والفاسد من حيث ثبوت نسب الولد الذي حملت به من هذا الدخول، إذ كلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه؛ إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ التفريق أو الانفصال بين الزوجين (المادة 42-43) من قانون الأسرة الجزائري (بلحاج، 2012، 481). وعليه حسب المشرع الجزائري لا ثبوت للنسب قبل الدخول. وفي قرار مشهور للمحكمة العليا، حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33 و34 من قانون الأسرة الجزائري؛ ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما قضوا بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى معرفة النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض (غ أ ش، ملف 222675، 1999، 126). كما قضت محكمة النقض المصرية بذلك، وجاء قرارها كما يلي: الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد، وبالدخول الحقيقي تترتب عليه آثار الزواج الصحيح منها النسب (طفياني، 2013، 45).

أما ما يقوله الفقهاء اجتهادا في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها، فلقد أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر؛ لا يعرف في ذلك خلاف لأحد من أهل العلم، فإن أقل مدة للحمل والتي يتكون فيها الجنين ويولد حيا هي ستة أشهر قمرية (الكاساني، 1989، 211).

وبالنظر الى تقنين الأسرة الجزائري، نرى أن المشرع الجزائري اتفق مع جمهور الفقهاء من خلال نص المادة 42 على أن: "أقل مدة الحمل (6) أشهر ..."، وبذلك فقد حدد المشرع أدنى مدة للحمل، وبالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي؛ فلا يثبت نسبه من الزوج؛ لأنها ولدته بأقل من مدة الحمل، فلابد أن تكون حملت به قبل أن تصير زوجة في العقد الفاسد،

أما لو أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول؛ فإنه يثبت نسبه من الزوج (قانون الأسرة، 05/02)، (بلحاج، 2005، 195).

كما نص المشرع السوري صراحة في المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953، على أن المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج (قانون الأحوال الشخصية السوري، 53/59)، (النبشة، 2010، 27).

أما فيما يتعلق بتحديد أقصى مدة للحمل فقد اختلف الفقهاء اختلافا بيّنًا إذ منهم من حددها بخمس سنوات ومنهم من قال أربع سنوات في حين رأى الحنفية أن أقصى مدة للحمل هي سنتان.

ولعل سبب اختلاف الفقهاء مرجعه أن أقصى مدة الحمل لا دليل عليها في الكتاب والسنة، وذلك اعتبارا بما شاهدوه في زمانهم، ولكن مع تقدم الطب اليوم لابد من أن يكون مرجع تقدير أقصى مدة الحمل الى أهل الخبرة (امام، د ت ن، 299).

أما ما يقوله الفقهاء اجتهادا في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها، فلقد أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لا يعرف في ذلك خلاف لأحد من أهل العلم، فإن أقل مدة للحمل والتي يتكون فيها الجنين ويولد حيا هي ستة أشهر قمرية (الكاساني، 1989، 211).

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 42 من قانون الأسرة حدد عشرة أشهر كأقصى مدة للحمل (قانون الأسرة، 05/02).

فإذا حصلت الفرقة بالتراضي أو بتفريق من القاضي بعد الدخول في عقد الزواج الفاسد يثبت نسب المولود إذا جاءت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة، ويشترط أن يكون لستة أشهر على الأقل من تاريخ الدخول.

المطلب الثاني: أثر بطلان عقد الزواج على ثبوت النسب

انطلاقا من قوله ﷺ: "الْوَلَدُ لِلْفِراشِ وِلِلْعَاهِرِ الحَجَر" يعتبر النسب الرئيسي والأسمى في ثبوت النسب من الأب الشرعي؛ لأنه متى أمكن الاتصال وعدم نفي هذا الأخير؛ يثبت النسب بدون منازع، ولكن في حال قيام علاقة غير مشروعة؛ تكون بمنزلة الزنا وهنا ليس للزاني حق في ثبوت النسب؛ لأن الزنا جريمة يترتب عليها الحد المقرر في الشريعة الاسلامية والقانون، ولهذا ما مصير ثبوت النسب في النكاح غير المشروع لا بأصله ولا بوصفه؟

الفرع الأول: أثر بطلان عقد الزواج على ثبوت النسب حسب فقهاء الشريعة الاسلامية

إذا كان النكاح باطلا بين الرجل والمرأة وافترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا يثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان ولو مات أحدهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أي أثر وهذا لعدم مشروعيته (خلاف، 1990، 39). حيث يعتبر الدخول في العقد الباطل بمنزلة الزنا والزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح عند الدخول، ولا ينشأ عنه أي التزام من قبل أحد الطرفين نحو الآخر، بل يعتبره الشارع كأنه غير موجود، حتى إن تسميته بالعقد فيه شيء من التجاوز، إذ أن كل صلة تمت بين رجل وامرأة محرمة عليه شرعا أو لم تتوافر فيه أحكام الانعقاد لا يعتبر

عقدا (جانم، 2009، 31)، إلا أن البعض رتبوا على الدخول في النكاح الباطل بعض الآثار، هذا ما جعل لفقهاء الشريعة الاسلامية أقوالاً فيما يخص ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا النكاح الباطل، وسنورد أقوالهم على مذهبين:

المذهب الأول: ثبوت النسب مطلقا

ذهب بعض فقهاء الإباضية وغيرهم إلى أن الولد يلحق بنسب أبيه مطلقا وذلك إذا وقع الدخول في هذا النكاح مادام الزوج لم يقر بالزنا، وهذا احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه، وذلك لأن الزنا لا يلحق به نسب وهذا قول الحنفية والمالكية وبعض من الشافعية والحنابلة على اعتبار أن ولد الزنا يلحق نسبه بأمه متى شهدت القابلة بولادة هذه المرأة الزانية.

ولم ينظر أصحاب هذا الرأي إلى كون العاقدين على العلم أو الجهل بالحرمة، فالنسب ثابت مطلقا مادام الدخول مستندا للعقد ولم يتمحض فيه الزنا (الجندي، 2003، 91-92). واستثنوا من ذلك الأم (ارشوم، 2002، 433)، ومن تزوج مطلقته ثلاثا بعد انتهاء عدتها وكذلك من تزوج وفي عصمته أربع.

المذهب الثاني: سقوط النسب في حالة العلم بالتحريم

ذهب جمهور فقهاء الإباضية ،المالكية والحنفية إلى عدم ثبوت النسب في النكاح المتفق على فساده إذا وقع الدخول بعد العلم بالحرمة ولذلك في هذه الحالة قد انتفت الشبهة وتمحض الزنا، ولهذا يجب حد الزنا على الزوجين إذا كانا مكلفين عالمين بالتحريم (القرطبي، 595 هـ، 974).

وعليه فلا يثبت النسب من الزنا لأن ثبوت النسب نعمة أنعمها الله خشية من ضياعه وإرسائه على أسس صحيحة وسليمة، والزنا جريمة والجريمة تستحق العقاب.

الفرع الثاني: أثر بطلان عقد الزواج على ثبوت النسب قانونا

اهتم المشرع الجزائري بالنسب اهتماما كبيرا وهذا حفظا للحقوق الشرعية للأولاد وصيانتهم من كل ظلم وجور؛ ولذلك نجد المشرع الجزائري أثبت النسب في النكاح الباطل من خلال نص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل زواج بإحدى المحرمات يبطل قبل البناء وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء" (قانون الأسرة، 05/02).

فالمشرع الجزائري أحسن صنعا من خلال ثبوت النسب بالدخول في هذا النكاح ولكن المشرع أغفل بدوره الإشارة على أنه يشترط لثبوت النسب في النكاح الباطل أن يكون الزوج حسن النية أو لا يعلم بالتحريم مطلقا أو دون علمه ببطلان النكاح فإذا ثبت حسن النية، تستبرئ المرأة ويلحق نسب الأبناء (بلحاج، 2012، 390).

ونرى أن المشرع الجزائري رتب على هذا النكاح ثبوت النسب للأولاد وذلك لإلحاقهم بأبيهم قانونا وشرعا لأنه الهدف الأسمى الذي يرمي إليه التشريع الإسلامي؛ وذلك منعا لاختلاط الأنساب وحفظها من الاضطراب لقوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾، [سورة الفرقان، الآية 54] ، ولذلك فإن من حقوق الولد على والديه ثبوت نسبه منهما لأن النسب يعتبر أول ثمرة من ثمرات الدخول في النكاح (جانم، 2009، 60- 61)، إلا أن الدخول في النكاح الباطل عن غير علم أو

قصد أُثْبِتَ به النسب وذلك لأنه درء الحد عنه وليس زنا. حيث يرى عبد العزيز سعد في هذا الصدد أنه في حالة العلم المسبق لأحد الزوجين أو كليهما أن زواجهما معا زواج ممنوع قانونا ومحرم شرعا وتعمدا الزواج، فإن زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا فقط ويعتبر زنا، ولا يثبت به نسب (سعد، 1996، 214).

ونجد المشرع المغربي كذلك اعتد بحسن النية فيما يتعلق بثبوت النسب في الزواج الباطل حيث نصت المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "... يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة" (الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، 2010، 94). كما جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "وحيث إن بطلان العلاقة الزوجية بين والدي البنت...لا يؤثر في نسبها إليهما باعتبار أن بطلان العقد يرتب عند حسن النية لحوق النسب وإن حسن النية في العلاقات الزوجية هو الأصل" (قسم الأسرة، ملف 8/2/3674، 2009). غير أن المشرع الإماراتي في المادة 61 من قانون الأحوال الشخصية نص على أنه: "...لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك"، فالزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح (الديسي، 2019، 129). في حين نجد قانون الأحوال الشخصية اليمني في مادته 134 نص على أن يلحق نسب الولد بالرجل في الزواج الذي لم يستوف أركانه وشرائطه، وهو الزواج الباطل في القانون (الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، 2010، 74). غير أنه بحسب المشرع الأردني فالزواج الباطل لا يثبت به أحكام الزواج الصحيح من نفقة ونسب وحرمة مصاهرة أو إرث قبل الدخول أو بعده، وهو ما جاء ذكره في نص المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "الزواج الباطل سواء وقع به دخول أم لم يقع به دخول لا يفيد حكما أصلا- وبناء على ذلك لا يثبت به بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح، كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث". عكس الزواج الفاسد الذي رتب عليه أحكام الزواج الصحيح؛ في حالة ما إذا تم الدخول، وهو ما جاء توضيحه في المادة 42 من نفس القانون بنصها" الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكما أصلا، أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة، ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريـــــــــق أو بعده" (الجندي، 2011، 65-66). وهو نفس ما جاء به قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 51، حيث ألحق الزواج الباطل بالزواج الفاسد قبل دخول الرجل بالمرأة، وذلك بعدم ترتيب هذا الأخير أي أثر من آثار الزواج الصحيح (الجندي، 2009، 54-55).

مما سبق، يتضح لنا التضارب الواضح بين أحكام قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية، فمنهم من اعتبر الزواج الباطل كالصحيح من حيث ثبوت النسب، على الرغم من الاختلاف الواضح في النص على شروطه، فنجد المشرع المغربي تميّز بالنص على ثبوته بشرط توفر شرط حسن النية، في حين نجد المشرع الجزائري واليمني تناولا ثبوته على الإطلاق؛ إحياءً للولد الذي لا ذنب له. بينما نجد المشرع الإماراتي، الأردني والسوري كان لهم رأي معاكس؛ إذ حسبهم أنه لا ثبوت للنسب من نكاح باطل؛ حيث ألحقه المشرع الأردني بالفاسد قبل الدخول، وهذا الأخير لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

الخاتمة:

في ختام هذا المقال الذي تناولنا فيه موضوع ثبوت النسب في عقد الزواج غير الصحيح توصلنا إلى عدة **نتائج** نوجزها فيما يلي:

- تبعا للاختلاف الفقهي في تقرير حالة الفساد التي تغاير في طبيعتها وأثرها البطلان، ولخصوصية الزواج، اختلف في وجود عقد الزواج الفاسد كمرتبة بين العقد الصحيح والباطل من حيث وجوده الشرعي بانعقاده من جهة، وعدم مشروعيته مع قابليته للتصحيح وترتب بعض آثار الصحيح عنه إذا اقترن به دخول بالزوجة من جهة أخرى، بينما العقد الباطل موجب للفسخ وليس له أثر شرعي.

- إن الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء بشأن العقد غير الصحيح وتقسيمه إلى باطل وفاسد لم يقف عند التسمية بل تجاوز ذلك إلى آثار كل منها.

- إن الأنكحة غير الصحيحة لها خطرها وضررها وتعتبر من المسائل العويصة التي تضاربت فيها الاجتهادات والتشريعات.

- المشرع الجزائري لم يكن واضحا في صياغة الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة 02/05، ومن حيث تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد، وأتبعه ضبابية في صياغة المواد المتعلقة بالشروط الفاسدة، على نقيض المدونة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي الذين كانت صياغتهم جيدة وقد نصوا على تفاصيل كثيرة تجاهلها المشرع الجزائري في هذا الباب.

- حرصت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وجل القوانين العربية على ثبوت النسب في الزواج الفاسد؛ وذلك إعمالا لمبدأ الاحتياط في ثبوت النسب حفاظا على الولد، فجعل لإثباته شروطاً هي نفسها شروط إثباته في حالة الزواج الصحيح. حيث اشترط جمهور الفقهاء وجود العقد مع إمكانية التلاقي بعد العقد على خلاف المذهب الحنفي الذي لم يشترط إمكانية الدخول ليثبت النسب، فمن شدة حرصه على الأنساب قال به بمجرد العقد. غير أن ابن حزم رأى بعدم ثبوته في حالة العلم بالفساد.

- الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، خلافا للزواج الفاسد؛ إذ النكاح الباطل لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ويعتبر وجوده كعدمه، وكذلك بعد الدخول، غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم، وإذا كان عالما بالتحريم لا يثبت النسب، ويعتبر الوطء زنا، والمشرع الجزائري أحسن صنعا من خلال نصه على ثبوت النسب بالدخول في هذا النكاح، ولكنه أغفل بدوره الإشارة على أنه يشترط لثبوت النسب في النكاح الباطل، أن يكون الزوج حسن النية، أو لا يعلم التحريم مطلقا، أو دون علمه ببطلان النكاح، فإذا ثبت حسن النية، تستبرئ المرأة و يلحق نسب الأبناء.

- اختلاف قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية في النص على مسألة ثبوت النسب في الزواج الباطل؛ فمنهم من أتبعه بالفاسد وأقر بثبوته، واعتبره كالزواج الصحيح. وهناك من نص صراحة على عدم ثبوت النسب في النكاح الباطل واعتبر وجوده كالزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أي أثر.

- بالرغم من التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري بالأمر 02/05 إلا أنه لا يزال هناك غموض ولبس و تعارض، ما يثيرنا إلى إبداء بعض الاقتراحات:

- نجد المشرع الجزائري سلك مسلك الفقهاء على الرغم من وجود بعض الهفوات والغموض والتناقض بين مواده، فنجد أن مراجعة قانون الأسرة لا بد منه لتدارك ذلك، ومع التدقيق في المصطلحات الشرعية والقانونية بما يحقق الانسجام بينها.

- عقد الزواج يختلف في طبيعته و قواعده و مصادر استمداده عن العقود المعروفة في القانون المدني، ومن ثم ينبغي لخصوصيته اعتباره عقدا مستقلا وصياغة نظرية خاصة به.

- تقنين آثار الأنكحة الباطلة والفاسدة بشكل مفصل، وعدم الاكتفاء بالإيجاز.

الإحالات والمراجع:

1. أبو القاسم بن الزين. (2015/2014). الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و التصحيح. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الشهيد حمّه لخضر:الوادي. الجزائر.
2. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد القرطبي. (595ه). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: مكتبة ابن تيمية.
3. أحمد بن محمد الحنفي الحموي. (1985). غمز عيون البصائر بشرح الأشباه و النظائر. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
4. أحمد فراج حسين. (1988). أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية.
5. أحمد نصر الجندي. (2003). النسب في الإسلام والأرحام البديلة. مصر: دار الكتب القانونية.
6. أحمد نصر الجندي. (2009). الأحوال الشخصية السوري في القانون السوري، مصر والإمارات: دار الكتب القانونية ودار شتات.
7. أحمد نصر الجندي. (2010). الأحوال الشخصية في القانون اليمني. مصر: دار الكتب القانونية.
8. أحمد نصر الجندي. (2010). شرح قانون مدونة الأسرة المغربية. مصر: دار الكتب القانونية.
9. أحمد نصر الجندي. (2011) . شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. مصر: دار الكتب القانونية.
10. أحمد نصر الجندي. (2014). شرح قانون الأسرة الجزائري. مصر و الإمارات: دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات.
11. البخاري. (1422ه). صحيح البخاري. تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر. ر ح 2053 .(ط1). دار طوق النجاة.
12. بلحاج العربي. (2005). الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
13. بلحاج العربي. (2012). أحكام الزواج في ضوء في قانون الأسرة الجديد. (ط1). عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.
14. بلحاج العربي. (2013). أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع.

15. بؤكان أبوبكر كريم. (2012) . نظرية البطلان و الفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية. (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية). مصر: دار الكتب القانونية.
16. جمال سايس. (2013). الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. (ط 1). منشورات كليك.
17. جميل فخري محمد جانم. (2009). آثار عقد الزواج في الفقه و القانون. (ط1). دار الحامد للنشر و التوزيع.
18. سليمان ولد خسال. (2010). الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط1). الجزائر: دار طليطلة.
19. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني. (2011). الأسرة أحكام و أدلة. (ط8). زليتن و مسراته. ليبيا: ، دار و مكتبة بن حموده للنشر والتوزيع و دار و مكتبة الشعب للنشر و التوزيع.
20. عبد الرحمان الصابوني. (1979). شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. (الطلاق وآثاره). الطبعة 5. دمشق: المطبعة الجديدة.
21. عبد الرزاق أحمد السنهوري. (1998). مصادر الحق في الفقه الإسلامي. (ط2). بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
22. عبد العظيم شرف الدين، (2003). أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (ط1). مصر: الدار الدولية للاستثمارات الثقافية.
23. عبد العزيز سعد. ،1996 الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
24. عثمان بن علي الزيلعي فخر الدين. (1314 ه) . تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق. (ط1). بولاق: المطبعة الأميرية الكبرى.
25. العربي بختي. (2013). أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية.
26. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني. (1989). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
27. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي.(ب ت ن). تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري. المحلى بالآثار. (المجلد11). بيروت: دار الكتب العلمية.
28. غالية رياض النبشة. (2010). حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية. (ط1). بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
29. الغوثي بن ملحة. (2004). قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. (الطبعة الثالثة). ديوان المطبوعات الجامعية.
30. فريدة صادق زوزو. (2006). النسل- دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر. (ط1). الرياض: مكتبة الرشد.
31. فضيل سعد. (1986). شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب.
32. لواء المجد. (تاريخ الاطلاع يوم 16مارس2020). بحث الزواج الباطل و الفاسد. www.tribunaldz.com .
33. محمد الأزهر.(2004). شرح مدونة الأسرة. المكتبة القانونية العربية.
34. محمد خليل سلمان محمد الديسي. (2019). موسوعة الأحوال الشخصية في ضوء قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة. (ط1). المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع .
35. محمد سمارة. (2008). أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. (ط1). عمان الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.

36. محمد فتحي الدريني. (1994). بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي. (ط1) بيروت: مؤسسة الرسالة.
37. محمد كمال الدين إمام. (1996). الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. الإسكندرية: الدار الجامعية.
38. مخطارية طفياني. (2013). إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
39. موفق الدين ابن قدامة.(1388هـ، 1968م). المغنى لابن قدامة. (د ط). مكتبة القاهرة.
40. مصطفى بن محمد أرشوم. (2002). النكاح صحة وفسادا وآثارا. (ط1). سلطنة عمان: مطابع النهضة.
41. مسلم. (1330). صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ر ح 1030 .(ط 1). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
42. نبيل صقر و قمراوي عز الدين. (2008). قانون الأسرة نصا وتطبيقا. الجزائر: دار الهدى.
43. نسرين شريقي و كمال بوفرورة. (2013). قانون الأسرة الجزائري. (ط1). دار البيضاء. الجزائر: دار بلقيس للنشر.
44. وهبة الزحيلي. (1985). الفقه الإسلامي و أدلته. (ط2). دمشق : دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر.
45. الأمر 84/11 المؤرخ في 1984/06/09. المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 2005/02/27. الجريدة الرسمية رقم 15. 2005/02/27.
46. القانون رقم03.07 بمثابة مدونة الأسرة. المعدل بالقانون رقم 15.02 و القانون رقم 08.09 . بتاريخ 1- يوليو 2010. الجريدة الرسمية عدد5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.
47. قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992. المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 2003.
48. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953. المعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2019 .
49. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.
50. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم188 لسنة 1959.
51. مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956.
52. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
53. قسم الأسرة. ملف 8/2/3674 . 2009/04/06 المحكمة الابتدائية. فاس المغرب.
54. غ أ ش .ملف 48184 . 1988/02/29. المجلة القضائية. العدد الأول. 1991.
55. غ أ ش .ملف 49575 . 1988/06/20. المجلة القضائية. العدد 2. 1991.
56. غ أ ش .ملف 51107 . 1989/01/02. المجلة القضائية. العدد 3. 1992.
57. غ أ ش .ملف 90468 . 1993/03/30. المجلة القضائية. العدد 3. 1994.
58. غ أ ش .ملف 222675 . 1999/06/15. المجلة القضائية. العدد الأول. 1999.
59. غ أ ش .ملف 232324 . 2000/01/18. المجلة القضائية. العدد الأول. 2001 .
60. غ أ ش .ملف 210422 . 1998/11/17. اجتهاد قضائي. عدد خاص. 2001.
61. غ أ ش .ملف 253366 . 2001/01/23. المجلة القضائية. العدد 2. 2002.
62. غ أ ش .ملف 2557711 . 2001/02/21. المجلة القضائية. العدد 2. 2002.
63. غ أ ش .ملف 371562 . 2006/10/11. مجلة المحكمة العليا. العدد 2. 2007.
64. غ أ ش .ملف 415123 . 2008/03/12. مجلة المحكمة العليا. العدد الأول. 2008.