أحكام الزواج و أنواعه و آثاره على اثبات النسب
دراسة مقارنة على ضوء قانون الأسرة الجزائري و مدونة الأسرة المغربية

هتهوت فاطنة

fatna.hathout@univ-tlemcen.dz

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان / الجزائر

Provisions, types and effects of marriage on proof of descent.
A comparative study in the light of the Algerian Family Code and the Moroccan Family Code

Hathout Fatna

Faculty of Law and Political Science - University of Tlemcen

الملخص

لقد أولت الشريعة الإسلامية العناية الكافية للنسب فأرست له القواعد التي تكفل حمايته و صيانته من الفساد و الرذيلة بل عدته أحد مقاصدها ،فالنسب هو ثمرة الزواج الذي يبنى على رباط المودة و الرحمة، إذ يعد أحد أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، فهو عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي ،فهو بمثابة مؤسسة قانونية يتمخض على عقد تؤطره نصوص قانونية منهلها أساسا من كتاب الله و سنة رسوله صلى الله عليه و سلم و كذا من اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، فهو يعد عقد صحيحا متى انطوى على شروط و أركان مرتبا حينها آثار تتعلق بمسألة اثبات النسب وأما إذا ما اختل في هذا العقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه اعتبر العقد غير صحيح و بالتالي قد يتأثر ثبوت النسب بناءا على هذا الوصف فلا مناص من الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية و مذاهبها للمقارنة و الوقوف على مأخذ المشرعين الجزائري و المغربي .

مشكلة الدراسة: إذن فالإشكال الذي يثار: هل يختلف اثبات النسب بين الزواج الصحيح و الزواج غير الصحيح في القانونين الجزائري و المغربي للأسرة ؟

و على ذلك نقسم بحثنا إلى قسمين نتناول في القسم الأول :اثبات النسب في الزواج الصحيح، و في القسم الثاني: اثبات النسب في الزواج غير الصحيح.

ما يميز هذه الدراسة عن غيرها: لعل أن اثبات النسب من المواضيع الحساسة و المثارة و الاكثر نقاشا ،إلا أن دراسة أثر الزواج و ننوه هنا إلى الزواج الصحيح و غير الصحيح كدراسة قانونية مقارنة بين كل من قانون الأسرة الجزائري و مدونة الأسرة المغربية لها أثر فارق و متفاوت و كذا الإختلاف البائن و لعل ذلك من المواضيع التي تثير اهتمام الباحثين و هو ما نصبو لتحقيقه و محاولة بيانه من خلال هذه الورقة البحثية المتواضعة.

الكلمات المفتاحية: الزواج الصحيح– الزواج غير الصحيح- اثبات النسب - الاحوال الشخصية.

Abstract

The Islamic Shariah has givenadequate attention to lineage and has establishedrules to protect and preserveitfrom corruption and vice. lineageis the fruit of a marriagebuilt on the bond of affection and compassion, It is one of the most important decades of human life. It is a consensualcontractbetween a man and a woman in law, It serves as a legal institution resulting in a contractframed by legal texts derivedmainlyfrom the Book of God and the Sunnah of His Messenger, mayGodblesshim and granthimpeace, as well as from the jurisprudence of gloriousIslamicjurists. If one of itspillars or conditions isdisturbed, the contractisdeemed incorrect. Consequently, proof of lineagemaybeaffected on the basis of this description, itisinevitable to refer to the sources and doctrines of Islamiclaw for comparison and to identify the shortcomings of Algerian and Moroccanlegislators.

So the formsthat arise: does the proof of lineagedifferbetween a validmarriage and an incorrect marriage in Algerian and Moroccan family laws?

Wethereforedivideourresearchintotwo sections, which are dealtwith in section I: proof of descent in a validmarriage, and section II: proof of descent in an incorrect marriage.

Keywords: Valid Marriage - CorruptMarriage - InvalidMarriage - Proof of Descent - MoroccanFamily Code.

المقدمة

جعل الله تعالى الأولاد ثمرة الزواج و زينة الحياة الدنيا، كما أناط الشرع الحكيم بنفسه مهمة تنظيم الزواج، و التكفل بتشريع أدق جزيئاته، نظرا لما يترتب عليه من نسل يطلب إثباته و وصل فروعه بأصوله، حتى لا تختلط الأنساب و تضيع ،فاشترط القانون لقيامه شروط و أركان تكفل قيامه على الوجه الصحيح، كما رتب على تخلف شرط من شروطه آثار تنعكس على إثبات النسب ،هذا الأخير الذي سعى كل من الشرع الحكيم و التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي على توخي كافة الوسائل التي تتيح حفظه و صونه من الضياع .

ما جعلنا نتساءل عن: ما علاقة اثبات النسب بالزواج الصحيح و الزواج غير الصحيح ؟

و لأجل دراسة ذلك قسمنا بحثنا إلى قسمين خصصنا المبحث الأول منه لتبيان و دراسة اثبات النسب في الزواج الصحيح، و المبحث الثاني خصص لبيان اثبات النسب في الزواج غير الصحيح.

المبحث الأول

إثبات النسب في الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي

يعد النسب من آثار الزواج إذ يعد هذا الأخير الطريق الأصلي في ثبوته دون حاجة لباقي الطرق الأخرى، فيعد الزواج الصحيح الطريق الأصلي في ثبوته إذ يعد النسب صحيحا متى ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج فلا نحتاج لإثباته بطريق دونه و هو ما اصطلح عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بثبوت النسب بالفراش اسنادا لحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم "الولد للفراش و للعاهر الحجر" ،فيثبت النسب بالفراش دون حاجة لإقرار أو بينة فكون الزواج صحيح يجعل خاصية لزوم الزوجة بزوجها وحده دون غيره[1]،و على هذا الأساس فالنسب يتأثر توافقا مع الزواج الرسمي (المطلب الأول) و كذا الزواج العرفي(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الزواج الصحيح و أثره في اثبات النسب

يعد الزواج الصحيح قانونا متى استوفى أركانه و شروطه المنصوص عليها في المادة ٠٩ و المادة ٠٩ مكرر[2] ، و المادة ١٣ من المدونة المغربية [3]،فمتى استوفى عقد الزواج لهذه الشروط و الأركان عد صحيحا صالحا لإثبات النسب، كما يعد هذا الأخير من أهم الحقوق التي تثبت للطفل المولود [4] من الزواج الصحيح، كما أن الشريعة الإسلامية أولته العناية الكاملة و جعلته مبني على أسس سليمة منعا لاختلاطه و حفظا له من الفساد فالولد جزءٌ من أَبيهِ و الأبُ بعضٌ من ولدِهِ ،فالنسب رابطة و نسيجٌ لا يَنْفَصِمُ ،و لقوله تعالى ﴿وَ هُوَ الَذِي خَلَقَ مِنَ اَلْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا وَ كَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾[5].

أولا. تعريف النسب:

١. لغـــة: يعني اتِّصال شيءٍ بشيءٍ، فنقول انتَسَبَ إلى أبيهِ أي التَحَقَ بِهِ،و نسبت فلانٌ إلى أبيه أي أنسَبُهُ و نسبةً إذَا رفعت في نسبه إلى جدِّهِ الأكبَر و ذكرتَ نَسَبَهُ، فالنسب هو القرابة و قيل في الآباء خاصةً، واسْتَنْسَبَ أي ذكر نسبه، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه استنسب لنا حتى نعرفك و النسب يكون من قِبَلِ الأب و الأم[6] .

٢. اصطلاحا: فمعناه غير بعيد عن المعنى اللُّغوي ،فهو يدور حول القرابة، و هي اتصال بين إنسانين بالإشتراك في ولادةٍ قريبة أو بعيدة و منه قوله تعالى ﴿ فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنْسَابَ بَيْنَهُمْ﴾[7]، و هو أيضًا إلحاق الولَدِ بأَبِيهِ[8].

و قد عرَّفه أحمد حمد: هو رباط سلالة الدم الذي تربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه[9].

و عرفته ابتسام القرَّام النسب: رابطةٌ تَصِلُ شخصًا بأبيه أو أمه.[10]

و هو ما انتهجه كل من المشرع الجزائري و المغربي، إذ عرفته المادة ١٥٠ من المدونة المغربية بأنه اللحمة الشرعية بين الأب و ولده تنتقل من السلف إلى الخلف و لم يتطرق له المشرع الجزائري.

إذ يعد الزواج الصحيح السبيل و الطريق الأصلي في ثبوت النسب ،كما أن الشريعة الإسلامية تعتبر الولد الذي يولد خلال قيام الزوجية ينسب لأبيه دون حاجة لاعتراف أو بينة.

ثانيا. شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

متى انعقد الزواج وفقا للشروط و الأركان التي أوردها القانون كان مرتب لكافة آثاره الشرعية و القانونية و أهمها ثبوت النسب طبقا للمادة ٤٠ من قانون الأسرة الجزائري و المواد ٥٠ والمواد ١٥٢،١٥٣،١٥٤ من المدونة المغربية.

١. إمكانية الإتصال بين الزوجين بعد العقد:

ليس تمتا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار إمكانية التلاقي بين الزوجين أحد شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح، إنما محل الخلاف كان حول حقيقة هذا التلاقي هل بالدخول الفعلي أم بمجرد إبرام العقد[11] ،و على ذلك نجد الفقه انقسم إلى ثلاث آراء:

---

(١) عبد القادر لطفي ، الحالة المدنية و إثبات النسب ،مجلة الدفاع المغربية، ٠٢ فبراير ٢٠٠٢، العدد ٠٣ ،ص ٤٦.

(٢) قانون رقم ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ المعدل و المتمم للقانون رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٠٩ جوان ١٩٨٤ ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(٣) ظهير شريف رقم ٢٢-٠٤-١ صادر في ١٢ من ذي الحجة عام ١٤٢٤هـ الموافق لـ٠٣ فبراير ٢٠٠٤ تنفيذ القانون رقم ٠٣-٧٠ بمثابة مدونة الأسرة.

(٤) تشوارجيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،٢٠٠١،ص١٦٣.

(٥) سورة الفرقان، الآية ٥٤.

(٦) إسماعيل الجوهري،تاج اللُّغة و صحاح العربية، الجزء ٠١، الطبعة ٠٣، دار العلم للملايين،بيروت،١٩٨٤، ص ٢٢٤،و مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي ،القاموس المحيط، الجزء ٠١، ط ٠٢،دار إحياء التراث العربي،بيروت، ٢٠٠٠ ،ص٢٢٩.

(٧) سورة المؤمنون،الآية ١٠١.

(٨) طفياني مخطارية،إثبات الذسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،٢٠١٣،ص ٠٣،خليفة الكعبي ،البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة،الطبعة ٠١، دار النفائس،الأردن ٢٠٠٦،ص ١٦٥.

(٩) أحمد حمد ،موضوع النسب في الشريعة و القانون، الطبعة ٠١، دار العلم، الكويت،١٩٨٣، ص ١٧.

(١٠) ابتسام القرَّام،المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري-قاموس باللغتين العربية و الفرنسية،قصر الكتاب،البليدة،١٩٩٨،ص ١٣٣.

(١١) محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية، الكتاب الأول،دار الفكر العربي،سنة ١٨٦٣،ص ٣٨٧.

- جمهور الفقهاء اشترطوا في إمكانية الدخول ،أي إمكانية التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين بعد العقد ، فلا يثبت النسب متى انتفت إمكانية التلاقي [١] ، فلو تزوج رجل بامرأة و أتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج و كان الزوج ممن يتصور منه الحمل، غير أنه ثبت أن الزوجين لم يلتقيا قط أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما كأن يكون الزوج مسجون ، فعندها لا يثبت نسب هذا الولد[٢].

- أما الحنفية فلم يشترطوا إمكانية الدخول، مدام إمكانية التلاقي ممكنة عقلا فهذا كاف لثبوت النسب حفظا للأنساب من الضياع و اكتفوا بمجرد العقد الصحيح وعدوه كافيا لثبوت النسب ، فلو أنجبت إمرأة بعد العقد الصحيح ولد و بعد تمام ستة أشهر فأكثر ،ثبت النسب سواء ثبت التلاقي أم لم يثبت[٣].

- وعند شيخ الإسلام ابن تيمية فاشترط الدخول الحقيقي لثبوت النسب[٤] و لعل ذلك من الأمور التي لاينبغي لغير الزوجين الإطلاع عليها.

و لعل أرجح هذه الآراء ،رأي الجمهور فلم يجعلوا مجرد العقد سببا لثبوت النسب كما لم يشترطوا الدخول الحقيقي بل اشترطوا إمكانية الدخول، فالأحكام الشرعية تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر.

في التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي:

١. فرأي المشرع الجزائري في المادة ٤١ من قانون الأسرة الجزائري يتوافق مع رأي الجمهور ،فاشترط إمكانية التلاقي بين الزوجين إي تحقق الدخول ،وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها "حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته و هي في بيت خالها بوهران حسبما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود " [٥]

٢. كما سار المشرع المغربي على نحو رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة ١٥٤ من المدونة المغربية فنصت على إمكانية الإتصال لا عن تحققه فعلا على اعتباره من المسائل التي لا يمكن الإطلاع عليها إذ جاء فيه ما يلي "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل و أمكن الإتصال و إلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق"[٦]، فالأساس يقوم على متى تم الإتصال و إمكانيته من احتماله حتى يساعد على ثبوت النسب، و تقديره مردود للمحكمة على حسب ملابسات كل قضية، و قد اشترط الفقه المالكي أن يكون الزوج ممن يفترض منه الحمل و أن يكون بالغا[٧] .

2. تحقق مدة الحمل المفروضة قانونا:

يعد شرط تحقق مدة الحمل من أهم الشروط المهمة في إلحاق النسب ،فلا يثبت النسب إلا إذا أتى في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل و أقصاها[٨]،إذ لا يكفي أن يكون العقد صحيحا أو فاسدا بل لا بد من تحقق مدة الحمل المنصوص عليها شرعا و قانونا لقوله تعالى﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾[٩]،و قوله أيضا ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[١٠].

أ. أدنى مدة الحمل: فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر قمرية مستنبطين ذلك من مجموع آيتين واردتين في القرآن الكريم[١١] ،هما قوله تعالى﴿**وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا**﴾[١٢] ففي هذه الآية قدرت مدة الحمل و الفصال ثلاثون شهرا، و قوله تعالى أيضا ﴿**وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ ٱشْكُرْ لِي وَلِوَٰلِدَيْكَ إِلَيَّ ٱلْمَصِيرُ**﴾[١٣] و هذه الآية قدرت مدة الفطام بعامين، و عند إنقاص الثانية من الأولى يتبقى للحمل مدة ستة أشهر[١٤]، و لعل هذا ما سار عليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة ٤٢ من قانون الأسرة الجزائري و المادة ٠١/١٥٤ من المدونة المغربية، و بالتالي فلو جاءت إمرأة بولد لأقل هذه المدة من الزواج لم يلحق نسبه بالزوج،و تحسب هذه المدة من تاريخ العقد أو من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق أو الحكم الذي يصدر بثبوت الزوجية لكن المشرعين الجزائري و المغربي لم يحددا أن كانت المدة تحسب بالشهور القمرية أم بالشهور الشمسية، لكن المشرع الجزائري نص ضمن المادة ٠٣ من القانون المدني الجزائري[١٥] و التي تعتمد الحساب بالتقويم الميلادي أي بالشهور الشمسية ،كما جرى اعتماد التقويم بالأشهر الشمسية و العمل بها في قرارت المجلس الأعلى المغربي.

---

(١) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،الطبعة ٠٢، دار الفكرالجامعية،الإسكندرية مصر،٢٠١١،ص ٧٠١

(٢) عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الطبعة ٠٣،الجزائر،١٩٩٦،ص ٢٠٩-٢١٠.

(٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي،شرح فتح القدير، المجلد الرابع،دارالفكر،لبنان،ص

(٤) أبي عبد الله بن القيم الجوزية،زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني،الجزء٠٤،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان،ص١١٥.

(٥) بلحاج العربي ،قانون الأسرة ،مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ،ص ٤٨.

(٦) عبد الكريم شهبون،شرح مدونة الأحوال الشخصية المغاربية ،الجزءالأول ،الزواج و الطلاق و الولادة و نتائجها ،الطبعة ٠٢،مزيدة و منقحة ،دارالنشر، المعرفة،المغرب،ص ٣٤٩.

(٧) محمد الكشبور، البنوة و النسب في مدونة الأسرة-قراءة في المستجدات البيولوجية-مطبعة النجاح الجديدة،المغرب،٢٠٠٧،ص٩٩.

(٨) وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و أدلته ،الجزء السابع-الأحوال الشخصية ،الطبعة ٠٢،دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر،دمشق،سوريا،١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، ص ٦٧٦.

(٩) سورة لقمان،الآية ١٤.

(١٠) سورة البقرة ،الآية٢٣.

(١١) علاءالدين الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثالث ،الطبعة ٠٢،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،ص٢٢١.

(١٢) سورة الأحقاف،الآية ٢٥.

(١٣) سورة لقمان،الآية ١٤.

(١٤) عبد الفتاح تقية ،مباحث في قانون الأسرة من مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ،ص ٢٨٢

(١٥) القانون رقم ٠٥-١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ ،المعدل و المتمم للقانون رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني الجزائري.

ب. أقصى مدة الحمل: وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أقصى مدة للحمل، كما لم يثبت بشأنها قول في الكتاب أو في السنة[١]، و قد اعتمدوا في تحديدها في أقوال أهل الثقاة، فمنهم من نفى وجود هذه المدة على اعتبار أنه لم يرد بشأنها نص في الكتاب، و منهم من جعلها خمس سنين و هو المشهور عند المذهب المالكي[٢]، و رأي الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة جعلها ضمن أربع سنين[٣]، و رأي آخر للمالكية عدها بثلاث سنوات[٤]، أما رأي الحنفية فحددوها بسنتان[٥]، كما هناك رأي حددها ضمن سنة قمرية واحدة، و رأي آخر من الظاهرية حددوها بتسعة أشهر و كذلك الجعفرية، و هذا الرأي أقرب إلى العقل و قد اعتمد المشرع الجزائري أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر ضمن المادة ٤٢ من قانون الأسرة الجزائري، و المشرع المغربي نصت المادة ١٥٤ من المدونة المغربية على مدة سنة، و بالإضافة إلى شرط تحقق مدة الحمل المفروضة قانونا يثبت النسب مالم يتم نفيه من طرف الزوج بالطرق المشروعة أي باللعان، فعند ذلك متى توفرت هذه الشروط كانت موفية وحدها لإثبات النسب.

المطلب الثاني

الزواج العرفي و اثره في اثبات النسب

فالنسب يحتاج إلى إثبات سواء في الزواج الرسمي ،و لعل الزواج العرفي هو الآخر ما يتمخض عنه من أولاد يحتاج إلى إثبات لإحاقهم بوالديهم الحقيقين، إذ يشترك كل من الزواج العرفي و الزواج الرسمي في جميع الأركان و الشروط ماعدا التسجيل، لذا وجد التقارب في معناهما، فهما عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع و على سبيل القصد[٦].

أولا. تعريف الزواج العرفي:

١.المعنى اللغوي :العرفي مأخوذة من العرف و هو ما تعارف عليه جمهور الناس و سارو عليه، سواء كان قولاأو فعلا أو تركا[٧]، العرف يراد به عدة معان ،و المعروف هو كل ما تعرفه النفس من الخير و تطمئن إليه، يقال أولاه عرفا بمعنى معروفا [٨]،فكلمة العرفي المضافة للزواج هي من الفعل الثلاثي عرف بمعنى إدراك للشيء بأحد الحواس، عرفه يعرفه- بالكسر- معرفة و عرفانا-بالكسر-،و المعروف ضد المنكر، و العرف ضد النكر، يقال أولاه عرفا أي معروفا، و هو ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم.

٢.المعنى الإصطلاحي: وردت بشأنه عدة تعاريف، فمنه من عرفه بأنه ما تعارف عليه الناس و ساروا عليه من قول أو فعل أو ترك[٩]،كذلك عرفه آخر فالعرف ما استقر في العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول[١٠]، و على هذا المعنى يقاس عليه معنى الزواج العرفي على اعتبار أن عقد الزواج يحل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، أي عن طريق الفاتحة مع توفر الشهود و ولي الزوجة، فالزواج العرفي هو عقد بين رجل و إمرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ،و تم الدخول فيه بالزوجة، إلا أنه لم يسجل بسجلات الحالات المدنية خلال المدة المحددة قانونا[١١] ،ليتم اللجوء للمحكمة لاستصدار حكم بتسجيل عقد الزواج المبرم عرفيا و هنا تبرز نية الزوج الحسنة و الظروف المبررة لعدم تسجيل عقد الزواج لاسيما أمام غياب نص عقابي في هذا الصدد من أجل الإلزام بتوثيق الزواج العرفي كي يتسنى إثبات النسب بالزواج العرفي بعد توفر أركان و شروط الزواج الصحيح.

و يعرفه رجال القانون بأنه زواج غير موثق إذ يتم بتبادل الإيجاب و القبول بين الزوج و الزوجة على ورقة عرفية إلا أن ما يعاب عليه عدم تسجيله سواء على يد مأذون شرعي أو محكمة الأحوال الشخصية[١٢].

ثانيا: إجراءات إثبات الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري و مدونة الأسرة المغربية.

ففي التشريع الجزائري إذا تم إبرام عقد الزواج دون تسجيله ضمن سجلات الحالة المدنية خلال الآجال القانونية المفروضة لذلك أو إذا لم يكن محل خلاف أو نزاع سواء بين الطرفين الزوجين أو من له مصلحة في ذلك ،فعند دلك يمكن تثبيته و بالنتيجة تسجيله بسجلات الحالة المدنية و ذلك بعد استيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها ،إذ يقوم أحد الزوجين بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة باعتبارها الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات تثبيت الزواج، طبقا للمادة ٣٩ من قانون الحالة المدنية الجزائري[١٣]،و ذلك من خلال تقديم عريضة دون مصاريف و يكون الطلب مكتوبا على ورقة عادية موجهة إلى وكيل الجمهورية متضمنا البيانات المتعلقة بعقد الزواج و كذا دواعي تسجيله مع إرفاقه بالوثائق و الإثباتات المادية على ذلك، ليقوم بعد ذلك رئيس الجمهورية بإجراء التحقيقات الازمة على واقعة الزواج و توفر جميع الأركان و شروط عقد الزواج الواردة في المادتين ٠٩ و ٠٩ مكرر من قانون الأسرة الجزائري، و لم يعلق على إذن أو لرخصة ثم يرفعه بموجب عريضة بطلب قيد زواج مع أمر إلى رئيس المحكمة ليقوم هذا الأخير بإصدار أمره بتسجيل عقد الزواج ضمن سجلات الحالة المدنية للسنة الجارية و ذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها بعد التأكد من شرعيته[١٤]، أما إذا تم إبرام عقد الزواج دون رخصة أو إذن حال وجوبهما فإن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم على أساس مخالفة أحكام تنظيمية يتعين على الطرفين إحترامها، و على ذلك يوجه المعني إلى رفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية، و في حال قيام نزاع بين الزوجين أو من له مصلة

---

(١) عبد العزيز سعد ،المرجع السابق،ص٢١٠.

(٢) وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ص ٦٨٨.

(٣) محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة ٠١،دار الكتاب العربي،بيروت،لبنان، ١٩٨٤،ص ٣٥٨.

(٤) خليفة علي الكعبي،المرجع السابق،ص١١٨-١١٩.

(٥) محمد محدة ،سلسلة فقه الأسرة،الخطبة و الزواج،الطبعة ٠٢،شهاب الجزائر،٢٠٠٠،ص ٤٢٤.

(٦) بلحاجالعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء ٠١،دوان المطبوعات الجامعية،بنعكنون،الجزائر، ٢٠٠٢، ص٣٠.

(٧) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي،مختار الصحاح،مكتبة لبنان، ١٩٢٠،ص ١٩٢٠

(٨) محمد محمود محمد الجمال،تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،٢٠٠٨،ص ١٦.

(٩) عبد الوهاب خلاف،علم أصول الفقه،الطبعة ٠٩،دار الكلمة،مصر،١٩٩٨،ص٩٩.

(١٠) الشريف علي بن محمد الجرجاني،التعريفات،لبنان،١٩٧٠،ص ١٣٠.

(١١) بدوي علي،عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع،المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا،عدد ٠٢،٢٠٠٢،ص ١٥٧.

(١٢) فارس محمد عمران ،الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي ،دار الجامعة الجديدة،مصر،٢٠٠١،ص ٢٤.

(١٣) قانون رقم ١٤-٠٨ المؤرخ في ١٣ شوال ١٤٣٥هـ الموافق لـ ١٩ غشت ٢٠١٤م يعدل و يتمم الأمر رقم ٧٠-٢٠ المؤرخ في ١٣ ذو الحجة ١٣٧٩هـ الموافق لـ ١٩ فبراير ١٩٧٠م المتعلق بالحالة المدنية ،الجريدة الرسمية عدد ٢١،المؤرخة في ٢٧ فبراير ١٩٧٠م.

(١٤) بلحاج العربي، مبادئ الإجتهاد القضائي ،وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،١٩٨٤،ص ٢٩.

في ذلك حول واقعة الزواج كأن يدعي أحدهما قيام الزواج شرعا و قانونا،و يزعم الآخر بنفيه أو الطعن في قيامه أو في صحته ، فالطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة[١]،و إذا تمكن المدعي من إثبات الزواج بكل طرق الإثبات(الإقرار ،اليمين ،و الشهود) حكمت المحكمة بقيام الزواج و عندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع المعني إستخراج نسخة لعقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، إلا أن الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليست له حجية الشيء المقضي به طبقا للمادة ٣٣٨ من القانون المدني الجزائري[٢] ،لاعتبار إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توفرت الأدلة الكافية.

أما في التشريع الأسري المغربي طبقا للفقرة ٠٢ من المادة ١٦ من مدونة الأسرة المغربية فإثبات الزواج بطريق دعوى قضائية إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في أجله المحدد له قانونا ،و تعتمد المحكمة في ذلك كل وسائل الإثبات كشهادة الشهود و الخبرة القضائية و تراعي ذلك إذا ما وجد أطفال تمخضت عن العلاقة الزوجية و كذا ما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين ، و قد عدلت هذه المادة قيد المشرع المغربي هذه الدعوى من خمس سنوات إلى خمسة عشرة سنة بموجب القانونين رقم ٠٨-٠٩ و رقم ١٥-١٠٢، أما في الواقع فنجد أنه لا علاقة بالقوة القاهرة الناتجة عن وقائع خارجة عن إرادة الزوجين [٣].

فللمحكمة أن تلجأ لإثبات واقعة الزواج إذ بالإمكان أن يعمد إلى كل وسائل الإثبات المنصوص عليها ضمن المسطرة المدنية ،و إن كان في الغالب يعتمد في المحكمة على شهادة الشهود مدعمة ببعض القرائن[٤].

و إذا كان هذا حال اثبات النسب في ظل الزواج الصحيح لدى كل من التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي ،فلنا أن نتساءل عن إثبات النسب في حال الزواج غير الصحيح كيف يكون؟

المبحث الثاني

إثبات النسب في الزواج غير الصحيح لدى المشرع الجزائري و المغربي

قد يحصل أن يبرم عقد الزواج فيطرأ عليه أثناء الإبرام أو بعده ما يعيب إما ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته لينقل بذلك إلى وصف الزواج غير الصحيح و الذي يكون إما زواجا باطلا(المطلب الأول) زواجا فاسدا (المطلب الثاني) أو وطئ بشبهة (المطلب الثالث)و هذا بحسب درة العيب الذي يشوبه، و لا سيما و أن النسب هو أحد النتائج الهامة التي تتولد على الزواج ما يجعل قيامه وما يطرأ عليه من عيب يؤثر على ثبوت النسب.

المطلب الأول

أثر الزواج الباطل على ثبوت النسب لدى التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي

فعند جمهور الفقهاء لا فرق بين الزواج الباطل و الفاسد، فيقول الزركشي الشافعي "و الفاسد و الباطل عندنا مترادفان، فكل فاسد باطل وعكسه"[٥] ، فالزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في أركانه أو شرط من شروط صحته[٦]، أما الأحناف فهم يفرقون بين الباطل و الفاسد فهما نوعان مختلفان في مدلولهما و فعلهما[٧]، فحسب رأيهم الزواج الباطل ما حصل خلل في أركانه أو فقد شرطا من شروط انعقاده[٨].

فالنكاح الباطل لا يرتب إلا أحكاما عرضية كون وصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام و الشريعة الإسلامية و هذا عل خلاف العقد الفاسد الذي يقوم غير إستفائه لشروط النكاح الشرعي[٩].

فالمشرع الجزائري نص على حالات الزواج الباطل ضمن المواد ٣٢،٣٣،٣٤ من قانون الأسرة الجزائري في المادة ٤٠ من قانون الأسرة الجزائري "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة و بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون"

و وفقا لهذه المواد يكون عقد الزواج باطلا في الحالات التالية:

- إذا اختل ركن الرضا طبقا للمادة ٣٣ من قانون الأسرة الجزائري الذي عده المشرع الجزائري الركن الوحيد لعقد الزواج.
- إذا اشتمل عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضيات العقد، طبقا للمادة ٣٢ المعدلة في قانون الأسرة الجزائري، و هذا لا ينافي مضمون نص المادة ١٩ من قانون الأسرة الجزائري التي أعطت للزوجين الحق في الإشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق الشروط الغير منافية لمقتضى عقد الزواج .

و كذا المادة ٥٨ من مدونة الأسرة المغربية "تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة ٥٧ أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، بطلب ممن يعنيه الأمر"، بالإضافة للمادة ٦٤ منها" الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين ٦٠ و ٦١ أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، و تترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحي إلى أن يصدر الحكم بفسخه"، فالمشرع الجزائري رتب ثبوت النسب على الوطء في الزواج الباطل طبقا للمادة ٣٤ من قانون الأسرة الجزائري، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها و اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على

---

(١) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٢) الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان ١٣٩٥هـ الموافق لـ ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المعدل و المتمم بالقانونرقم ٠٧-٠٥ المؤرخ في ١٣ ماي ٢٠٠٧م المتضمن القانون المدني.

(٣) قرار رقم ٢٢٣ ،محكمة النقض المغربية ،غرفة الأحوال الشخصية و الميراث ٠٣ ماي٢٠١١م، ملف رقم ٦٧٩ مؤرخ في ٠٢ يناير ٢٠١٠.

(٤) قراررقم٢٤٨،محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية و الميراث،٠٧ ماي ٢٠٠٨م، ملف رقم ٥٩٦ المؤرخ في ٠٢ يناير ٢٠٠٧م.

(٥) سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة ٠٢، دار النفائس ،الأردن،١٤١٨هـ -١٩٩٧م ،ص ٩٣.

(٦) وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ص ١١٥.

(٧) سليمان الأشقر،المرجع نفسه،ص٩٤ .

(٨) بدران أبوالعينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري، الجزء ٠١، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧، ص ١٧٦.

(٩) فضل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء ٠١، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر،١٩٨٦،ص١٦٣.

أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب[١]. فالنسب في الزواج الباطل يلحق بالزوج متى كان حسن النية جاهلا بسبب بطلان عقد الزواج، أما إذا كان الزوجان أو أحدهما سيء النية عالما بالتحريم، فهنا الوطء يعد زنا يوجب الحد والنسب لا يلحق بالزوج[٢]، فمن علم بحرمة هذا الزواج قانونا و شرعا سواءا كلاهما أو أحدهما ،و تعمدا إبرامه فإن زواجهما يقع باطلا و يعد زنا و لا مجال لثبوت النسب فيه و لا توارث و لا نفقة[٣] ،كون أن كل نكاح يترتب عليه الحد لا يلحق فيه الولد بأبيه ،طبقا للقاعدة الشرعية "لا يجتمع حد و نسب[٤]"،باستثناء حالات:

فمن تزوج إمرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة، أو تزوج إمرأة طلقها ثلاثا دون أن تتزوج غيره ،أو عدد الزواج بالخامسة، فمتى تم الزواج و نتج الحمل فإنه يلحق بالزوج و في هذا تحقيقا لحماية عرض و شرف المرأة و كذا حماية نسب الأولاد.

المطلب الثاني

أثار الزواج الفاسد على ثبوت النسب لدى التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي

لقد عكفت الشريعة الإسلامية على إثبات النسب في الزواج الفاسد، تتوخى بذلك مصلحة الطفل و الحفاظ عليه من الضياع ، فيثبت بعد الدخول في الزواج الفاسد كأثر من الآثار القانونية له مع وجوب الفرقة بين الزوجين[٥]، فساوت بين الزواج الفاسد و الزواج الصحيح في إثبات النسب إذا حصل دخول الزوج بالزوجة المعقود عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا، فالزواج الفاسد عند الحنفية باعتباره أقرب للتعريف القانوني هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه[٦].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق للتعريف الصريح للزواج الفاسد، لكن بالرجوع لمواد قانون الأسرة الجزائري فنجد متى تم عقد الزواج بتوفر ركن الرضا ،و تخلف فيه شرطا من شروط الصحة الواردة ضمن نص المادة ٠٩ مكرر من قانون الأسرة الجزائري أي اشتمل على سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال و اتضح ذلك قبل الدخول طبقا للفقرة ٠٢ من المادة ٣٣ من قانون الأسرة الجزائري ، فالزواج الفاسد هنا لا يرتب أي أثر ،لكن إذا حصل الدخول يرتب آثارا منها ثبوت النسب[٧].

أما المشرع المغربي فسار على منوال المشرع الجزائري في عدم تعريفه للزواج الفاسد، و رغم ذلك نجده فرق بين الزواج غير الصحيح و بين الزواج الفاسد و الباطل،و طبقا للمادة ٥٩ من مدونة الأسرة المغربية فإذا اختل في الزواج شرطا من شروط الصحة استنادا للمادتين ٦٠ و ٦١ من مدونة الأسرة المغربية فمنه ما يفسخ قبل البناء و يصحح بعده، و منه ما يفسخ قبل البناء و بعده.

فالمشرع الجزائري رتب على الدخول في الزواج الفاسد ثبوت النسب متى توفرت شروط ثبوته، طبقا للمادة ٣٤ و ٤٠ من قانون الأسرة الجزائري، متى تحققت مدة الحمل بين أقلها لستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي و أقصاها لعشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الإنفصال بين الزوجين المادة ٤٣ من قانون الأسرة الجزائري ،فالمشرع الجزائري جعل الزواج الفاسد كالزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، فلو جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من والديه[٨]،كما تجب العدة للزوجة في هذا الزواج كون أن الشبهة قوية فيه وهي الدخول و لا نفي فيه إلا باللعان، أما قبل الدخول فلا يرتب آثار عليه فلا عدة للمرأة فيه ،ولا نفقة لها و لا صداق ،كما لا توارث فيه بين الزوجين، طبقا للمادة ٣٣ من قانون الأسرة الجزائري ، فلو عقد رجل على إمرأة عقدا فاسدا و لم يتم فيه دخول و أتت بولد فإنه لا يثبت نسبه منه ، فعقد الزواج الفاسد قبل الدخول هو زواج باطل ما لم يدعي نسبه و لم يصرح بأنه ابن من الزنا[٩].

أما المشرع المغربي رتب الفسخ على الزواج الفاسد لعقده قبل الدخول و بعده إعمالا لنص المادة ٦١ من مدونة الأسرة المغربية كما نصت المادة ٦٤ من نفس المدونة على أن الفسخ الوارد على الزواج تطبيقا للمادتين ٦٠ و ٦١ من مدونة الأسرة المغربية فالزواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب أي آثار، أما بعد الدخول فيرتب كل آثار الزواج الصحيح، من صداق و نفقة و كذا ثبوت النسب و التوارث بين الزوجين ، فحسب المذهب المالكي بعد الدخول يستوي الزواج الفاسد بالزواج الصحيح من حيث الطلقات و من حيث التحريم [١٠]،و هذه الآثار توقف بموجب الحكم بالفسخ،وعلى المرأة أن تعتد ،و النسب يثبت في هذه الحالة في كافة الأحوال سواءا كان الزوج حسن النية أو سيئها.

المطلب الثالث

أثار نكاح الشبهة على ثبوت النسب لدى التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي

فالشبهة عموما مالم يتيقن كونه حراما أو حلالا، فالوطء بشبهة هو اتصال جنسي دون الزنا و لا يكون مبنيا على عقد زواج صحيح أو فاسد[١١]،و قيل هو وطء حرام لا حد فيه [١٢]،فالشبهة عرفها الأحناف ما يشبه الشيء الثابت و ليس بثابت في نفس الأمر[١٣] ،مثال ذلك كمن يطأ إمرأة بالغلط ظانا أنها زوجته زفت إليه بالخطأ ،أو وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له بالغلط فقط[١٤].

---

(١) بلحاج العربي، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) محمد محمود حسن، النسب و أحكامه في الشريعة الإسلامية و القانون الكويتي، الطبعة ٠١، سنة ١٩٩٩م،ص٤٩.

(٣) عبدالعزيز سعد،المرجع السابق،ص٢١٤،٢١٣.

(٤) فالعقوبة الشرعية أو الحد لا يقام ،إلا إذا توفر للشخص قصد جنائي ،أي يكون له علم بواقعة التحريم، إذ يعد فعله هذا فعل الزاني و يأخذ حكمه ، و القاعدة الشرعية و القانونية أن الزاني لا يلحق به النسب.

(٥) بلحاج العربي، المرجع ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-أحكام الزواج- الجزء ٠١،الطبعة ٠٦،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،الجزائر،٢٠١٢، ص ٣٨١..

(٦) الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، الجزء ٠٢،دار القلم ، دمشق، ١٩٩٨ص ٧٣٢.

(٧) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص ٢٩٥ ،

(٨) عبد العزيز سعد، انون الأسرة في ثوبه الجديد،دار هومة للنشر،الجزائر،٢٠٠٧،ص١٠٢.

(٩) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام-الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، منشأة المعارف،الإسكندرية،١٩٨٨،ص٢٠٦.

(١٠) محمد الكشبور،المرجع السابق،ص ٤٩٨،٤٩٧.

(١١) وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص ٦٦٨.

(١٢) باديس ذبياني،حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري ،دار الهدى،٢٠١٠،ص ٥٥.

(١٣) ابن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار ،الجزء الرابع، دار الفكر،بيروت،١٩٩٢،ص ١٨.

(١٤) بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص ١٩٥.

فنكاح الشبهة كل معاشرة بين رجل و امرأة لا يربطهما زواج شرعي صحيح و لا زنا موجب للحد[١]، و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في نسب الوطء بالشبهة بين مثبت لذلك و معدم له ومرد ذلك يحوم حول واقعة الدخول[٢].

فالمشرع الجزائري اعتبر الوطء المستند إلى شبهة نكاح فنسب الولد فيه يلحق بالوالد، نظرا لما فيه من خلاف و الذي يفسر لصالح الولد مادام ولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها من تاريخ الدخول طبقا للمواد ٣٤ و ٤٠،٤١،٤٢،٤٣ و ٤٤ من قانون الأسرة الجزائري، و لعل ما يثير الإشكال حول نكاح الشبهة هو ما قد يتخذه الزاني ذريعة لستر فعله بوطء الشبهة ،و لهذا أوجب فقهاء المالكية إثباتها بجميع الوسائل الشرعية المتاحة في الإثبات[٣]، فإذا تمخض عن الإتصال بشبهة حمل وفق المدة المقررة قانونا و أنكر الرجل هذا الحمل ،فبالإمكان اللجوء لجميع وسائل الإثبات الشرعية و القانونية المقدمة للقاضي[٤].

فقد عد المشرع المغربي طبقا للمادة ١٥٢ من مدونة الأسرة المغربية أن الشبهة يثبت بها النسب، و أردف في الفقرة ٠١ من المادة ١٥٥" إذا نتج عن الإتصال بشبهة حمل و ولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها ،ثبت نسب الولد من المتصل"، فمن خلال هذا النص يستشف أن المشرع أعمل قاعدة أقل مدة الحمل و أقصاها ليثبت نسب الولد من المتصِل، كما أنه أتاح لإثبات النسب جميع الوسائل المقررة شرعا طبقا للفقرة ٠٢ من نفس المادة.

اثبات نسب الشبهة الوارد في المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة المغربية ،و هو معنى لم يتم إيراده في الفقه الإسلامي[٥]، و لعل حالة وطء الخطيبة الوارد بشروطها ضمن المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة المغربية لا يبرر الإقدام على الحرام كما لا يعد بمثابة زواج و إنما خطبة و الإجماع منعقد على حرمة الإستمتاع بالخطيبة قبل العقد عليها ،فالخطيبة ليست أمة مشتركة،كما أن الخاطب لم تلتبس عليه الخطيبة بزوجته فهو يعلم حين الوطء ،أنه يطأ امرأة لا عقد له عليها،و بالتالي فالخطة لا تمت بالصلة بالزواج[٦]،و لعل المقصود من هذه المادة أن الأمر يتعلق بزواج استوفى أركانه الشرعية و لظروف قاهرة لم يوثق[٧]، و لعل الهدف المنشود في هذه المادة هو البحث عن سبل اثباته و لعل هذا ما دفع بالكثيرين إلى صب هذه المادة في وعاء الشبهة و في ذلك ما أورده قرار المجلس الأعلى المغربي بشأن الشبهة التي يثبت بها النسب هي إما شبهة الملك أو شبهة الحكم كمواقعة أب جارية ابنه ظانا إباحتها، أو شبهة العقد كمن تبين له أن الزوجة المدخول بها أخته من الرضاعة،أو شبهة الفعل كمن دخل بإمرأة ظانا أنها زوجته[٨]، و ننوه إلى أن الشبهة الواردة في من مدونة الأسرة المغربية ١٥٦ لا تندرج في أي نوع من أنواع الشبهة فقها.

و منهم من اعتبر أن المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة المغربية أن الخاطب و المخطوبة يجمعهما عقد شرعي و ظهور الحمل قبل الإشهاد أي أن الدخول تم قبله و بهذا نكون أمام زواج مختل شرعا، و يرى المالكية الحكم فيه الفسخ و ليس فيه حد على الزوجين نظرا لاشتهار زواجهما ،أما إن لم يكن مشهورا فهنا الأمر يختلف و يوجب الحد حتى لو كانا يجهلان وجوب الإشهاد[٩]،و لعل الشبهة المفضية لنسبة المولود للخاطب هو حيلولة ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج مع توفر الإيجاب و القبول، إضافة للشروط المنصوص عليها بنص المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة المغربية [١٠].

فإثبات النسب في زواج الشبهة وفق المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة المغربية يستوجب توفر الشروط التي تخضع للمتابعة من قبل المحكمة بطريقة غير مباشرة ،و متى انتفى شرط من هذه الشروط امتنع نسب الحمل إلى الخاطب[١١]، و لعل قصد المشرع المغربي من صياغة هذه المادة هو حفظ الأطفال المزدادين في مرحلة الخطبة، و لعل المادة١٧ من المرسوم رقم ٦٦٥-٩٩-٢ [١٢] تثمن على ذلك، فالحمل الذي ينتج عن الخطبة لا يتم تسجيله من طرف المصالح الإدارية ما لم يتم استصدار حكم قضائي على ذلك.

الخاتمة

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياتها، و أهم التصرفات ذات الشأن الكبير نظرا لاشتماله على حقوق و التزامات،عظيمة الأثر طويلة الأمد ، لذا خصه كل من الشرع الحكيم و التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي بأحكام و ضوابط تؤطره، مستندا في ذلك على شريعتنا الغراء فيعد صحيحا متى تم العقد ملما بكافة أركانه و شروطه و أنشأ عندئذ أثره ، كما أن ثبوت النسب أحد أهم الآثار المتمخضة عنه، فلا مناص في لحوق النسب بالوالد في الزواج الصحيح ،غير أنه إذا اختل شرط أو ركن به وقع

---

(١) إقروفة زوبيدة ،الإكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري-التلقيح الإصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا-تخصص أصول الفقه،الجزائر،٢٠٠٨-٢٠٠٩،ص٣٣.

(٢) باديس ذبياني، حجية الطرق الشرعية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ،إقرار بينة، تلقيح إصطناعي ،البصمة الوراثية(DNA) ،نظام تحليل الدم-دراسة مدعمة بالإجتهادالقضائي،دارالهدى،الطبعة١٠،عين مليلة،الجزائر،٢٠١٠، ص ٥٦.

(٣) بلحاج العربي، المرجع ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-أحكام الزواج- الجزء ٠١،المرجع السابق،ص ٣٨٤.

(٤) تشوار الجيلالي ،نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بقايد،تلمسان،عدد٠٢،سنة،٢٠٠٤،ص ٢٦.

(٥) يونس الزوهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، العدد ٠٥،يونيو ٢٠٠٥،ص ٩٤.

(٦) محمد التاويل، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية و البصمة الوراثية في إثبات النسب و نفيه، مطبعة آنفو، فاس ،المغرب،٢٠٠٧،ص ١٠٩،١١٠.

(٧) عبد الخالق أحمدون، الزواج و الطلاق في مدونة الأسرة، الطبعة ٠١،مطبعة طوب بريس،الرباط،المغرب،٢٠٠٦م،ص ٢٦١.

(٨) قرار رقم٢٣،الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٣١ منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى، مدونة الأحوال الشخصية، من ١٩٦٥إلى ١٩٨٦،ص ١٠٨.

(٩) محمد المهدي،ثبوت النسب و نفيه في مدونة الأسرة، مجلة القضاء و القانون المغربية، عدد ٢٠٠٧،٤٩٤،ص ٧٣.

(١٠) عبدالكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء ٠١،الطبعة ٠١،مطبعة النجاح الجديدة،المغرب،٢٠٠٦،ص٣٧٦.

(١١) إدريس حمادي، البعد المقاصدي في إصلاح مدونة الأسرة ،طبعة إفريقيا الشرق،٢٠٠٥،ص ١٢٤.

(١٢) المادة ١٧ من المرسوم رقم ٦٦٥-٩٩-٢ صادر في ٠٢ شعبان ١٤٢٣هـ الموافق لـ ٠٩ أكتوبر ٢٠٠٢ المتعلق بتطبيق القانون رقم ٩٩-٣٧ المتعلق بالحالة المدنية المغربي "يعزز التصريح بالولادة بشهادة يسلمها الطبيب المولد أو المولدة الشرعية أو السلطة المحلية و بنسخة من عقد الزواج فيما يخص المغاربة المسلمين تثبت العلاقة الشرعية التي نتجت عنها الولادة" .

العقد باطلا أو فاسدا ،غير أن هذا لا ينفي النسب عن الولد الذي سعت الشريعة الإسلامية و حدا التشريعين الأسريين الجزائري و المغربي حدوها في اثبات النسب و إلحاق الولد بوالده.

الإستنتاجات و المقترحات: لعل أهم ما يستشف من هذه الدراسة و يستنتج نحاول إجماله فيما يلي:

- إعادة الصياغة القانونية للمصطلحات في ما يخص الزواج الصحيح أو ما يصطلح عليه بالزواج الرسمي.
- ينبغي ضبط صياغة المصطلحات خاصة في الزواج العرفي نظرا لما يختلط فيه من مصطلحات ينبغي إعادة صياغتها و ضبطها إصطلاحيا متماشيا مع مدلوله حتى لا يختلف المعنى مع الإصطلاح.
- الإختلاف بشأن نكاح الشبهة و ما أثارته مدونة الأسرة المغربية و لا سيما في المادة ١٥٦ منه و تعارضها البائن مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- إعادة ضبط و صياغة المصطلحات بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و تقريب مفهومها لذهن المواطن لا سيما على الراغبين و البالغين السن القانوني للزواج حتى يتسنى فهم فحوى النصوص القانونية و تطبيقها على أكمل وجه.

قائمة المراجـــع

١.المصادر:

- القرآن الكريم.
- وهبة الزحيلي ،الفقه الإســـلامي و أدلته ،الجزء الســـابع-الأحوال الشـــخصـــية ،الطبعة ٠٢،دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر،دمشق،سوريا،١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.
- أبي عبد الله بن القيم الجوزية ،زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني،الجزء٠٤،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان.

الكتب:

محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، سنة١٨٦٣-

- عبد الفتاح تقية ،مباحث في قانون الأسرة من مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي
- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة ٠١،دار الكتاب العربي ،بيروت ،لبنان، ١٩٨٤

عبد القادر لطفي ، الحالة المدنية و إثبات النسب ،مجلة الدفاع المغربية، ٠٢ فبراير ٢٠٠٢، العدد ٠٣

تشوار جيلالي ،الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،٢٠٠١

إســـماعيل الجوهري ،تاج اللُّغة و صـــحاح العربية، الجزء ٠١، الطبعة ٠٣، دار العلم للملايين،بيروت،١٩٨٤، ص ٢٢٤،و مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي ،القاموس المحيط، الجزء ٠١، ط ٠٢،دار إحياء التراث العربي،بيروت،٢٠٠٠

-بلحاجالعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء ٠١،دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، ٢٠٠٢

طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،٢٠١٣ .

خليفة الكعبي ،البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة ،الطبعة ٠١، دار النفائس،الأردن.٢٠٠٦

- حســني محمود عبد الدايم عبد الصــمد، البصــمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ،دراســة مقارنة بين الفقه الإســلامي و القانون الوضعي ،الطبعة ٠٢، دار الفكر الجامعية ،الإسكندرية مصر،٢٠١١.
- ابتسام القرَّام ،المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري-قاموس باللغتين العربية و الفرنسية ،قصر الكتاب،البليدة،١٩٩٨

-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختارالصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٢٠،

- عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الطبعة ٠٣،الجزائر،١٩٩٦
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي،شرح فتح القدير، المجلد الرابع،دارالفكر،لبنان
- بلحاج العربي ،قانون الأسرة ،مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا
- أحمد حمد ،موضوع النسب في الشريعة و القانون، الطبعة ٠١، دار العلم، الكويت،١٩٨٣.

-عبد الكريم شهبون،شرح مدونة الأحوال الشخصية المغاربية ،الجزءالأول ،الزواج و الطلاق و الولادة و نتائجها ،الطبعة ٠٢،مزيدة و منقحة ،دارالنشر ،المعرفة ،المغرب.

- محمد الكشبور، البنوة و النسب في مدونة الأسرة-قراءة في المستجدات البيولوجية-مطبعة النجاح الجديدة،المغرب،٢٠٠٧

-بلحاج العربي، مبادئ الإجتهاد القضائي ،وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،١٩٨٤

- علاءالدين الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثالث ،الطبعة ٠٢،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان.

-فارس محمد عمران،الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي،دار الجامعة الجديدة،مصر،٢٠٠١

-الشريف علي بن محمد الجرجاني،التعريفات،لبنان،١٩٧٠

- محمد محمود محمد الجمال ،تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة ،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،٢٠٠٨

-بدوي علي ،عقود الزواج العرفية بين قصـــور أحكام القانون و متطلبات المجتمع ،المجلة القضـــائية الصـــادرة عن المحكمة العليا،عدد٢٠٠٢،٠٢.

- محمد محدة ،سلسلة فقه الأسرة ،الخطبة و الزواج ،الطبعة ٠٢،شهاب الجزائر،٢٠٠٠،

-عبد الوهاب خلاف ،علم أصول الفقه ،الطبعة ٠٩،دار الكلمة،مصر،١٩٩٨

-سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة ٠٢، دار النفائس ،الأردن،١٤١٨هـ -١٩٩٧م

-بلحاج العربي، المرجع ، الوجيز في شـــرح قانون الأســـرة الجزائري-أحكام الزواج- الجزء ٠١،الطبعة ٠٦،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،الجزائر،

-باديسذبياني،حجيةالطرقالشرعيةوالعلميةفيدعاوىاثباتالنسبعلىضوءالقانونالجزائري،دار الهدى،٢٠١٠،ص ٥٥.

- ابن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار ،الجزء الرابع ،دار الفكر،بيروت،١٩٩٢٢٠١٢

-بدران أبوالعينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري، الجزء ٠١، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧
-فضل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء ٠١، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر،١٩٨٦
-الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، الجزء ٠٢،دار القلم ، دمشق، ١٩٩٨
-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام-الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية،.١٩٨٨
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،دار هومة للنشر،الجزائر،
-إقروفة زوبيدة ،الإكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري-التلقيح الإصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا-تخصص أصول الفقه،الجزائر،٢٠٠٨-٢٠٠٩.
-محمد التاويل، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية و البصمة الوراثية في إثبات النسب و نفيه، مطبعة آنفو، فاس ،المغرب،٢٠٠٧.
-إقروفة زوبيدة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية(DNA) ،نظام تحليل الدم-دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي ، دارالهدى الطبعة١٠،عين مليلة،الجزائر،٢٠١٠،
-محمد محمود حسن، النسب و أحكامه في الشريعة الإسلامية و القانون الكويتي، الطبعة ٠١، سنة ١٩٩٩م
-عبد الخالق أحمدون، الزواج و الطلاق في مدونة الأسرة، الطبعة ٠١،مطبعة طوب بريس،الرباط،المغرب،٢٠٠٦م.
-عبدالكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة ،الجزء ٠١،الطبعة ٠١،مطبعة النجاح الجديدة ،المغرب، ٢٠٠٦
-إدريس حمادي، البعد المقاصدي في إصلاح مدونة الأسرة ،طبعة إفريقيا الشرق،٢٠٠٥.

القوانين:

-قانون رقم ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ المعدل و المتمم للقانون رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٠٩ جوان ١٩٨٤ ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان ١٣٩٥هـ الموافق لـ ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المعدل و المتمم بالقانون رقم ٠٧-٠٥ المؤرخ في ١٣ ماي ٢٠٠٧م المتضمن القانون المدني.
-قرار رقم٢٣ ،الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٣١ منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى ،مدونة الأحوال الشخصية ،من ١٩٦٥إلى ١٩٨٦
ظهير شريف رقم ٢٢-٠٤-١ صادر في ١٢ من ذي الحجة عام ١٤٢٤هـ الموافق لـ٠٣ فبراير ٢٠٠٤ تنفيذ القانون رقم ٠٣-٧٠ بمثابة مدونة الأسرة.
-قانون رقم ١٤-٠٨ المؤرخ في ١٣ شوال ١٤٣٥هـ الموافق لـ ١٩ غشت ٢٠١٤م يعدل و يتمم الأمر رقم ٧٠-٢٠ المؤرخ في ١٣ ذو الحجة ١٣٧٩هـ الموافق لـ ١٩ فبراير ١٩٧٠م المتعلق بالحالة المدنية ،الجريدة الرسمية عدد ٢١،المؤرخة في ٢٧ فبراير ١٩٧٠م.
- قراررقم ٢٢٣ ،محكمة النقض المغربية ،غرفة الأحوال الشخصية و الميراث ٠٣ ماي٢٠١١م، ملف رقم ٦٧٩ مؤرخ في ٠٢ يناير ٢٠١٠.
- قراررقم٢٤٨،محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية و الميراث،٠٧ ماي ٢٠٠٨م، ملف رقم ٥٩٦ المؤرخ في ٠٢ يناير ٢٠٠٧م.

٣. المجلات:

-محمد المهدي ،ثبوت النسب و نفيه في مدونة الأسرة، مجلة القضاء و القانون المغربية،عدد٢٠٠٧.
-يونس الزوهري ، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، العدد ٠٥،يونيو ٢٠٠٥
- تشوارالجيلالي ،نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بقايد،تلمسان،عدد٠٢،سنة،٢٠٠٤.