ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

الدكتور عبد الرؤوف دبابش
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد خيضر بسكرة

مقدمة:

النسب رابطة مقدسة وصلة عظيمة تتبني عليها الأسرة والمجتمع، وبالنظر إلى أهمية النسب وخطورته نجد أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت به ونظمت أحكامه وجعلته محل حماية وجعلت منه أحد المقاصد الكلية في الشريعة الإسلامية[1]، وقد واكب القانون الجزائري الفقه الإسلامي في هذه المسائل، حيث نظم أحكام النسب وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي تمنع اختلاط الأنساب وتحافظ على العلاقات داخل المجتمع. ويعتبر النسب أول حق للولد يكتسبه بعد انفصاله عن والديه وهو ما يكفل له نموا اجتماعيا سليما يبعده عن الذل والعار ويحصنه من الضياع. وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم وتوعدهم بالعقاب، فقد روى البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه –أي يعلم أنه ابنه- احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق)[2]، كما نهى الأبناء عن الانتساب إلى غير آبائهم، فقد روى سعد رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام)[3]، كما حرم الشارع الحكيم على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه فقال: (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته)[4].

وبالنظر إلى هذه الأحكام وهذه الحرمة التي أضفاها الفقه الإسلامي على النسب، وكذلك قانون الأسرة الجزائري الذي يستمد جل أحكامه من الشريعة الإسلامية، فإني ارتأيت أن أسلط الضوء على ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وقد رسمت لذلك الخطة التالية:

أولا: الأنكحة الفاسدة والأنكحة الباطلة.

ثانيا: أسباب ثبوت النسب وشروطه.

ثالثا: إثبات النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من ذلك

رابعا: حكم النسب عند وقوع الوطء من جهة أخرى.

أولا: الأنكحة الفاسدة والبا ـلة

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الفساد والبطلان في الزواج، فمنهم من يعتبرهما مترادفان وهو رأي الجمهور، وفرق البعض بين الفساد والبطلان وهو ما ذهب إليه الحنفية.[5]

1- مذهب الجمهور:

اعتبر جمهور الفقهاء الفاسد والباطل في النكاح بمعنى واحد، فالزواج الباطل والفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى قسمين:

أ- زواج متفق على فساده:

وهو ما يكون فساده مؤبدا لا يتغير بتغير الأحوال والأزمان، وهذا القسم يتفق على تحريمه جميع الفقهاء، كالزواج من المحرمات بالنسب أو بالمصاهرة أو بالرضاعة.

ب- زواج مختلف حول فساده:

وهو ما يكون فساده مؤقتا إذا زال المانع أصبح صحيحا، ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحا وبعضهم يعتبره فاسدا مثل نكاح المحرم –بالكسر- ونكاح المريض.

فإذا وقع العقد الفاسد فلا يترتب عليه آثار الزواج الصحيح، أما إذا حدث دخول بعد هذا العقد دون العلم بفساده وتحريمه فإنه يترتب عليه بعض الآثار المحدودة مثل حرمة المصاهرة وثبوت النسب ووجوب المهر.

غير أن هذه الآثار لا تترتب، بل ويجب حد الزنا إذا وقع الدخول في الزواج الفاسد إذا كان الزوجين عالمين بالتحريم، ويرى الإباضية أنه تثبت به فقط حرمة المصاهرة.[6]

2- مذهب الحنفية:

اضطربت أقوال الحنفية في مسألة الفساد والبطلان في عقد الزواج، وقد عرف بعضهم الفاسد والباطل كما يلي:

- **الباطل:** ما كان الخلل في ركن من أركانه أو في أهلية العاقدين، أو فقد شرطا من شروط انعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه.

- **الفاسد:** ما حصل خلل في وصف من أوصافه بأن كان في شرط خارجه عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشاهدين، أو أن تكون المرأة محرمة على من تزوجها بشرط عدم علمهما وقت العقد بالحرمة.[7]

ولا يظهر أثر هذه التفرقة إلا إذا حصل دخول في أي منهما، فهم يساوون بينهما في عدم ترتيب أي أثر من آثار الزواج الصحيح إذا لم يحصل دخول، فلا مهر ولا نفقة ولا توارث، أما إذا حصل دخول فإنهم يرتبون عليه في العقد الفاسد أحكاما لا تترتب على الدخول في العقد الباطل.

فالدخول في الزواج الفاسد يترتب عليه وجوب المهر والعدة وحرمة المصاهرة وثبوت النسب وانتفاء الحد، أما الدخول في الزواج الباطل فلا يترتب عليه سوى:

-حرمة المصاهرة وذلك لأن حرمة المصاهرة عند فقهاء الحنفية تثبت بالزنا فأولى أن تثبت بالدخول في الزواج الباطل لوجود صورة العقد.

-المهر أو الحد، لأن كل وقاع في دار الإسلام لا يخلو من مهر أو حد.[8]

وخلاصة القول في الخلاف بين الجمهور والحنفية في المسألة هو أن دائرة الخلاف ضيقة حيث تنحصر فيما بعد الدخول، ويمكننا في هذا الصدد ترجيح ما ذهب إليه الجمهور حيث أن بعض الآثار المترتبة على الأنكحة الباطلة لا يرجع إلى نفس العقد وإنما هو مترتب على الوطء بشبهة، أو للحفاظ على حقوق الأطفال في إثبات نسبهم وغيرها.

وقد وافق المشرع الجزائري هذا الرأي حيث لم يفرق بين الفاسد والباطل كما دلت على ذلك المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: أسباب ثبوت النسب وشروطه

ينقسم كلامنا هنا إلى قسمين، نتناول في القسم الأول أسباب ثبوت النسب، ونتحدث في القسم الثاني عن الشروط اللازمة لثبوت النسب مع توفر سببه.

1- أسباب ثبوت النسب:

يثبت نسب الولد إلى أمه بالولادة، ولا فرق أن تكون الولادة من زواج مهما كان وصفه، أو من سفاح وزنى، أو وطء بشبهة كمن يطأ امرأة زفت إليه ضانا أنها زوجته وهي ليست كذلك.

أما سبب ثبوت النسب من الرجل فإنه يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام: (الولد للفراش وللعاهر الحجر).[9] ومعناه أن الولد الذي تلده المرأة يلتحق نسبه بمن يحل له الاتصال بها اتصالا جنسيا، وهو :

- الزوج.
- السيد المالك للأمة.

ويلحق بهما: - الزواج الفاسد أو الباطل. و: -الوطء بشبهة.

ولا شك في ثبوت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح بالشروط التي سنبينها لاحقا، أما ملك اليمين فلم يعد له وجود بانتهاء نظام الرق، فلا داعي لذكره هنا ويمكن الرجوع إلى الموضوع في مواطنه.

أما ثبوت النسب بالوطء بالشبهة فيستلزم منا توضيح معنى الشبهة وأقسامها:

أ- معنى الشبهة: عرف الفقهاء الشبهة بأنها: مقاربة الرجل لامرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم.[10]

ب- أقسام الشبهة: يقسم الفقهاء الشبهة في الوطء إلى قسمين:[11]

- **شبه العقد:** أن يجري رجل عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد كمن يتزوج زوجة الغير أو معتدته ويدرأ عنه حد الزنا لعدم علمه بالتحريم الذي هو محل إجماع.

- **شبهة الفعل:** أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح أو فاسد، بل يقاربها غير منتبه إلى أي شيء أبدا، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس، وقد قرر الفقهاء أن الاتصال الجنسي المبني على الشبه لا يعتبر زنى.

وصورته أن يتزوج الرجل امرأة ثم تزف إليه امرأة أخرى فيدخل بها على أنها زوجته ويتصل بها اتصالا جنسيا.

وفي كلتا الحالتين يثبت الولد إلى الرجل الذي وطء المرأة إحياء للولد ولوجود الشبة التي تمنع وصف الفعل بالزنا، إذا توفرت الشروط اللازمة لإثبات النسب وهو ما نتناوله فيما يلي:

2- شروط إثبات النسب:

وضع الفقهاء شروطا لإثبات النسب إذا توفر سببه وهذه الشروط هي نفسها نص عليها قانون الأسرة الجزائري وتتلخص في:

أ - إمكان حمل الزوجة من زوجها: وذلك بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل، بأن تكون بالغا أو مراهقا على الأقل، فإذا كان اقل من ذلك لا تعبر الزوجة فراشا.

ب - **إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد**، وهو شرط عند الإمام مالك والشافعي واحمد[12] لآن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار انه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل فإذا انتفى إمكان التلاقي عادة وجاءت بولد فلا يثبت نسبه منه.

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد وقد وافق المشرع رأي الجمهور وذلك بنصه في المادة 41 من ق ا ج " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال".

ج - أن تلد المرأة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع إمكان التلاقي ومن وقت التلاقي في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير فراشا إلا بها، وقد وافق المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 42 من ق ا ج.

د - أن تلد في اقل من أقصى مدة الحمل، وقد اختلف الفقهاء في ذلك وأخذ المشرع الجزائري بأنها عشرة أشهر وهو ما نصت عليه المادة 43 من ق ا ج.

أن لا ينفي الأب نسب الولد بالطرق الشرعية أي بالملاعنة وهو ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، ويشترط الفقه لتحقق الملاعنة النافية للنسب شروطا وهي:

أن ينفي الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود عند أبي حنيفة، أو في مدة النفاس عند الصحابيين إذا كان حاضرا وقت الولادة، أو في وقت حضوره أو وقت التهنئة عند أبي حنيفة إذا كان غائبا.

- ألاّ يكون الزوج اقر بالولد صراحة كقبوله التهنئة أو سكوته عندها ولم يرد.
- أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل بالولد.
- أن يكون الولد حيا عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء بنفيه عنه، فلو مات قبل القضاء بنفي نسبه، لا ينفى نسبه، لأن النسب يتقرر بالموت.

ثالثا: ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والباطل

وكما سبق وأن فصلنا في أقوال الفقهاء،. وما تم ترجيحه فان الانكحة الفاسدة والباطلة سواء، فإننا نسجل أقوال الفقهاء في الموضوع إلى مذهبين:

المذهب الأول: ثبوت النسب مطلقا

ذهب بعض فقهاء الاباية وغيرهم إلى أن الولد يلحق بنسب أبيه مطلقا إذا وقع الدخول بعد العقد لوجود الشبه لأنها تسقط الحد، فإذا سقط الحد ثبت النسب ولو كان العقد باطلا ما دام لم يقر الزوج بالزنى، وذلك احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه.

ولم ينظر أصحاب هذا الرأي إلى كون العاقدان على علم أو جهل بالحرمة فالنسب ثابت مطلقا ما دام الدخول مستندا للعقد ولم يتمخض فيه الزنى.

واستثنوا من ذلك الأم، وكذلك من تزوج مطلقته ثلاثا بعد انتهاء عدتها وكذلك من تزوج خاصة وفي عصمته أربع[13].

المذهب الثاني: سقوط النسب في حالة العلم بالتحريم

وذهب جمهور فقهاء الاباضية والمالكية وهو رأي جمهور العلماء إلى عدم ثبوت النسب في النكاح المتفق على فساده إذا وقع الدخول بعد العلم بالحرمة، لأن في هذه الحالة قد انتفت الشبه وتمحض الزنى ويترب على ذلك وجوب الحد.

والزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشا بالعقد بل بالدخول الحقيقي وهو المنفى به في المذهب الحنفي[14]

ويلاحظ أن ثبوت نسب الولد بالزواج الفاسد لا ينفي بالملاعنة، لأن اللعان لا يكون إلا في الزواج الصحيح، وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح.

ومن أمثلة الانكحة الفاسدة المتفق على فسادها نذكر:

كنكاح المحارم والمشركات.

النكاح في العدة.

النكاح في الردة.

نكاح المسلمة بالكافر.

نكاح الحوامل.

النكاح بدون ولي أو شهود.

كما يجب الإشارة إلى أن الاتفاق منعقد على عدم ثبوت النسب في العقد الفاسد مطلقا إذا لم يقع الدخول لأن المرأة كما قلنا لا تصير فراشا إلا بالدخول الحقيق.

وقد وافق المشرع الجزائري رأي جمهور الفقهاء في هذه المسألة حيث نصت المادة 40 على انه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول".

كما أن التعديل أضاف إمكانية إثبات النسب باللجوء إلى الطرق العلمية كالحمض النووي وغير ذلك.

رابعا: حكم النسب عند وقوع وطء من جهة أخرى

ونتناول هنا حكم النسب في بعض الحالات ونجملها في الحالتين:

نسب ولد المغتصبة والهاربة من زوجها.

نسب ولد المتزوجة من أكثر من زوج.

1 - نسب ولد المغتصبة والهاربة من زوجها:

إذا اغتصب المرأة التي هي في عصمة زوجها رجل أو أكثر إلا إذا هربت المرأة من زوجها وهي في عصمته واتصلت بغيره من الرجال ونتج عن هذه العلاقة المرحمة أولاداً فما حكم نسبهم؟

والجواب أن الفقهاء اختلفوا في حكم هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول، عدم ثبوت النسب: وهو رأي جمهور الفقهاء لأن الولد نتج عن علاقة غير شرعية وهي علاقة زنا ولا عبرة بالعقد لانقطاع وطء الزوج عنها ولا يمكن أن يلحق النسب بالمغتصب لأن وطأه لها ليس فيه شبهة تدرأ الحد.

القول الثاني، ثبوت النسب للمغتصب: وذهب أصحاب هذا القول إلى ثبوت النسب إذا ضم الولد لنفسه وانزلوه منزلة المستحل.

وهذا قول بعض الاباضية.

القول الثالث، ثبوت النسب للزوج مع عدم إمكان التلاقي: وهو مذهب أبو حنيفة وبعض أصحابه الذين قالوا أن الولد للفراش وأن الفراش يثبت بالعقد وأن النسب يثبت للزوج تعبدا وإن لم يكن هناك وطء منه، ووافقهم على ذلك ابن عباد الاباضي وهذا يشمل المغتصبة والهاربة وغيرهما، فالنسب عندهم للزوج ما لم ينفه.

2 - نسب ولد المتزوجة من أكثر من زوج:

لو تزوجت امرأة بزوج ثان ثم ادعت بعد ذلك أن لها زوجا قد تزوجته من قبل ثم اختفى فما حكم نسب أولادها؟

وقد ذهب بعض الفقهاء أنه إذا ثبت صدق دعواها فانه يفرق بينهما وبين زوجها الثاني ويلحق الولد بالثاني إذا ولدته بعد ستة أشهر، وإن علم الثاني بأن لها زوجا وتعمد زواجها يحد ويلحق الولد بالأول مطلقا.

وذهب البعض الآخر إلى انه إن أتت بالولد قبل ستة أشهر من زواجها بالثاني يلحق بالأول، ويثبت للثاني ما ولد بعد ستة أشهر إن طلقها الأول ثلاثا دون علمها أو أنكرت ذلك، أو أجبرت على الزواج بالثاني ففي هذه الحالات يثبت نسب الولد للزوج الأول فان تدخل القاضي وفرق بينهما لزم الثاني ما ولدت قبل الستة أشهر ويحد كذلك[15]

ويمكننا في هذه الحالة أن نطرح التساؤل إن كان بالإمكان اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد إلى أبيه؟ خاصة في هاتين المسألتين.

والجواب على ذلك أنه في حالة وجود أكثر من عقد ووجود الحمل مع إمكانية الاتصال بالأزواج المختلفين فانه يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يلجأ إلى الوسائل المستحدثة لإلحاق الولد إلى أبيه الحقيقي وذلك لأن الولد نتج عن وطء فيه عقد فاسد.

أما في حالة الاغتصاب فان الولد لا يمكن أن ينسب إلى المغتصب لكون العلاقة غير شرعية وينسب الولد إلى الزنا.

وفي حالة هروبها من زوجها وتزوجها بغيره وهو لا يعلم فان الحكم يكون كما في المسألة الأولى والله اعلم.

خاتمة:

من خلال هذا العرض الموجز لما جاءت به الأحكام الشرعية واجتهادات الفقهاء والنصوص القانونية في مسألة إثبات النسب خاصة في الانكحة الفاسدة والباطلة تبين لنا مراعاة الشريعة لمصلحة الولد وهو ما عبر عنه الفقهاء " بإحياء الولد" وهي عبارة بليغة تدل على

مدى حرص الشريعة على حقوق الطفل كي ينشأ في بيئة سليمة مهما كانت العلاقة التي نتج عنها ما لم تكن علاقة زنا محض.

وهذا لا يتنافى مع مقاصد الشريعة التي جعلت من حفظ الأنساب كما بينا أحد كلياتها الخمس وأحد المقاصد الضرورية.

وفي الأخير من الضروري التعمق في التعديل الذي أورده المشرع الجزائري وهو ذو فائدة جهة خاصة في الاعتراف بالوسائل العلمية المستحدثة كطريق لإثبات النسب وكذا بالاعتراف بالتلقيح الاصطناعي كسبب من أسباب النسب إذا توفرت فيه الشروط المحددة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ونسأل الله أن يوفقنا لدراسة هذه النقطة بالذات وأقوال الفقهاء في ذلك والنظر في بعض الطرق الأخرى التي يمكن أن يستحدثها العلم كالاستنساخ وغيرها والله نسأل التوفيق.

الهوامش:

1- راجع في ذلك كتب أصول الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة، والكليات الخمس هي حفظ الدين، وحفظ الروح، وحفظ العقل، وحفظ المال، وحفظ النسب.

2- البيهقي، السنن الكبري، كتاب اللعان، ج7.

3 - أخرجه البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 6766

4 - البيهقي، سنن البيهقي، كتاب اللعانج7، ابن حبان.

5 - مصطفى بن حمو ارشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا، مطابع النهضة، سلطنة عمان الطبعة الأولى سنة 2002، ص87.

6 - مصطفى بن حمو ارشوم، مرجع سابق ص88.

7 - د.سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر الجماهير الخمس، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثانية سنة 1998، ج1 ص138-139.

8 - نفسه ص140.

9 - رواه الجماعة إلا أبا داود.

10- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، بدون تاريخ ولا رقم طبعة ص508.

11 - نفسه، وانظر: مصطفى بن حمو ارشوم، مرجع سابق ص439.

12 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 705.

13 - مصطفى بن حمو ارسوم، مرجع سابق، ص 433.

14 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص708.

15 - مصطفى بن حمو ارشوم.