المحور الثالث: الزواج

المحاضرة التاسعة: آثار عقد الزواج (ثبوت النسب واثباته في قانون الأسرة)

الفرع الثالث: ثبوت النسب واثباته في قانون الأسرة

نصت المادة 40 من ق. أ على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

من خلال النص أعلاه فإن طرق ثبوت النسب واثباته تتمثل في الزواج الصحيح، الإقرار، البينة، نكاح الشبهة، النكاح الباطل والطرق العلمية.

أولا: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر "، وهذا دونما حاجة إلى بينة أو إقرار، ويشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- قيام الزوجية حين ابتداء الحمل.

2- أن يكون الاتصال ممكنا، أي إمكانية حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا كما قال به الجمهور وليس عقلا كما قال به الأحناف من حين العقد وهذا دون حاجة إلى إثبات (المادة 41 ف1)، فإذا كان الاتصال غير ممكن كأن يكوف أحد الزوجين غائبا في بلد امتدت مدته أكثر من مدة الحمل أو كان سجينا فينتفي النسب دون لعان في نظر الجمهور.

ج- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل (المادة 42)، وأقل مدة للحمل هي 06 أشهر من تاريخ الزواج للآيتين الكريمتين "**وحمله وفصاله ثلاثون شهرا**"، "**وفصاله في عامين**"، فالآية الأولى حددت الحمل والفصال ب 30 شهرا أي عامين وستة أشهر، والآية الثانية حددت الفصال بعامين فتكون مده الحمل هي المتبقية وهي ستة أشهر، وهذا الذي نص عليه قانون الأسرة في المادة 42 ، أما أقصى مده للحمل فقد اختلف الفقهاء في الاسانيد وروايات بعض النساء وتجاربهن واستقر الفقه المعاصر على اعتماد مدة 12 شهرا أو 10 اشهر، والطب الحديث يقرر ان الجنين لا يمكن أن يمكث في بطن أمه اكثر من تسعه أشهر الا نادرا، لذلك حددها المشرع ب 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة المادة (المادة 43).

د- أن لا ينفه الأب بالطرق المشروعة: الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان وإن لم يذكر في نص المادة بشكل صريح إلا أنه يستفاد من نص المادة 138 من ق. أ، المتعلقة بموانع الميراث، واللعان هو انكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فرق بينهما فرقه ابدية ونسب الابن الى أمه، وقد استقر الاجتهاد القضائي على ان مدة نفي نسب الولد هي ثمانية أيام من تاريخ العلم به.

وخلاصة القول هو إذا توفرت الشروط السابقة يثبت النسب دونما حاجة إلى إثبات، ولا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان الذي يتم بحكم قضائي

2- إثبات النسب بالإقرار

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من حيث اعترافه بثبوت النسب بالإقرار، وهذا الأخير يختلف عن التبني ألنه اليتم إلا ذا كانت هناك علاقة شرعية، بينما التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية والقانون في المادة 46 ق.أ هو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل،

ويقسم الإقرار إلى نوعين إقرار بثبوت النسب على النفس، وإقرار بثبوت النسب على الغير.

أ- الإقرار المتعلق بنفس المقر(الاستلحاق، الإقرار بالبنوة، والأبوة، والأمومة): ويشترط في هذا النوع من الاقرار حسب المادة 44 من ق.أ، أن ينصب على مجهول النسب ولو في مرض الموت، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل (مثل ان يكون الفارق في السن بين المقر والمستلحق معقولا)، أو تصدقه العادة (كأن يقر بنسب شخص من بلد اجنبي ولم يرحل اليها ولم يسافر اليها فلا يعتد بهذا الإقرار).

وإذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا، أو تثبت ذلك، لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل الا بتصديقه أو ببينة، فمتى توفرت الشروط السابقة تم اثبات نسبب الطفل، وترتب عنه الميراث والنفقة وجميع الابناء أخوة له.

ب- الإقرار المتعلق بغير المقر) الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة) : الشروط السابقة معتبره أيضا مع إضافة شرط آخر، وهو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار حسب المادة 45 من ق.أ، (كأن يقول شخص هذا اخي فيشترط ان يصدقه أبوه) او ان يقر المقر البينة على إقراره.

3- إثبات النسب بالبينة

وهي الحجج التي تؤكد وجود واقعه ماديه وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الاثبات الواردة في قانون الاجراءات المدنية، ويطلق الفقهاء البينة على الشهادة، أي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان، وهي أقوى من الاقرار من حيث الاثبات.

4- ثبوت النسب بنكاح الشبهة

والمقصود به هنا هو الوطء بشبهة، وهو الذي يحصل بالخطإ بسبب غلط يقع فيه الشخص، كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير زوجته، ويثبت نسب الولد الناتج بالوطء بشبهة، إذا جاءت به ما بين أقل مدة الحمل وبين أقصاها، لتؤكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (المادة 40 من ق .أ)

5- ثبوت النسب بالنكاح الباطل

النكاح الباطل هو الذي يفسخ قبل الدخول وبعده، وحفاظا على نسب الولد الناتج عن هذا الزواج جعله المشرع كالنكاح الصحيح تماما من حيث هذا الأثر، وذلك متى توافرت شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح من دخول حقيقي او الاختلاء، وامكانية مجيء الولد من هذا الزواج.

6- اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب

وذلك عن طريق الخبرة الطبية بتحليل الحمض النووي الموجود في نواة كل خلية ADN، وينبغي لإثبات النسب بهذه الطريقة العملية الحديثة أن يكون الولد ناتج عن زواج شرعي أو من نكاح باطل تم فسخه أو من وطء بشبهة، أما اذا انعدمت هذه الوقائع الثلاثة المنصوص عليها في المادة 40 من ق أ، فدوره يقتصر على اثبات النسب البيولوجي وليس الشرعي، ولا يعدو إلا أن يكون بمثابة تبني لهذا الولد وهو ممنوع شرعا وقانونا (المادة 46 ق.أ)

وبمفهوم المخالفة للفقرة 02 من المادة 40، فإنه لا يجوز اللجوء الى الطرق العلمية في نفي النسب، ويبقى الأسلوب القانوني المعهود لذلك هو اللعان، لكن ومن جهة أخرى يمكن تفسير المادة 41 من ق.أ بأنها تسمح باعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب ما دام المشرع لم يحدد فيها الطرق المشروعة لذلك، مما يجعل دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب واردا، ويمكن القول أنه ينبغي عدم التوسع في تفسير النص ونعتمد على الطرق العلمية في اثبات النسب دون نفيه، لأن الأول فيه مصلحة وبه تتحقق قاعدة إحياء الولد بينما في الثاني لا.

*** ثبوت الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي**

أجاز كل من الفقه المعاصر والقانون اللجوء الى التلقيح الاصطناعي للإنجاب وذلك لمعالجة حالات العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، والولد الناتج عن هذا التلقيح مثله مثل الطفل الناتج عن الاخصاب الطبيعي من حيث ثبوت نسبه لأبيه وهذا متى توفرت فيه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ، وهي الشروط نفسها التي وضعها المجمع الفقهي وتتمثل في:

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما
- لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة