



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



دور الاجتهاد القضائي في إرساء أحكام قانون

الأسرة الجزائري

(إثبات النسب أمهذجا)

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية - تخصص:

شريعة وقانون

المشرف:

د. منى منصور

إعداد الطالبتين:

جوادي عواطف

بالمهدي سعدية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
بوغزالة محمد رشيد	أ.د.	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
منى منصور	أستاذ مساعد ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا
برير نصيره	أستاذ مساعد ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1444-1445هـ/2023-2024م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿١﴾ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ ﴿٢﴾ مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ﴿٣﴾ إِيَّاكَ
نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴿٤﴾ اهْدِنَا
الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ﴿٥﴾ صِرَاطَ الَّذِينَ
أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ ﴿٦﴾ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ
عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ ﴿٧﴾





إهداء

إلى التي أفضلها عن نفسي

إلى الحضن الدافئ وسمائي التي لم تتركني يوما

إلى التي لا يكتمل يومي بدونها إليك وحدك أُمي الحبيبة

إلى روح أبي الطاهرة الزكية

إلى سندي ومن شجعني على إكمال دراستي زوجي الغالي

إلى قرة عيني أبنّي أمين وأميره

إلى كل إخوتي وأخواتي وخاصة أختي صباح التي وقفت معي خلال مسيرتي

إلى أهل زوجي .

إلى كل من ساعدني وشجعني من قريب أو من بعيد.

عواطف



إهداء



إلى فيض الحب والحنان والعطاء بلا مقابل ولا انتظار
إلى من كانت سندي في هذا العمل المتواضع
مهما قلت لن أوفيمها حقها "أمي الغالية" أتمنى لها دوام الصحة
والعافية والعمر المديد يارب.
إلى من كان شمعة دربي وبهجة سروري
إلى من علمني معنى الحياة والمثابرة والاجتهاد وحب الاطلاع "أبي العزيز"
أطال الله عمره بالصحة والسلامة.
إلى زوجي و كل الأخوة والأخوات كل باسمه.
إلى كل الزملاء الكرام في العمل وخاصة قاضي شؤون الأسرة بمحكمة تقرت "قادري
عبد الرحمان "
ولقاضية قسم المخالفات بمحكمة تقرت فرع الحجيرة "بشقاوي منيرة"

سعدية



شكر و تقدير

قال تعالى: ﴿ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه﴾ لقمان:12

فالحمد لله الذي ما تم جهد ولا ختم سعي الا بفضلته

نتوجه بجزيل الشكر و الامتنان

إلى كل من : الدكتورة منى منصور حفظها الله و أطال في عمرها

وبعد توفيقنا من الله، ما كانت المذكرة ستنتهي دون إشرافها

و تقديمها للتوجيهات ونصائح قيمة من

أعضاء لجنة المناقشة الكرام كل باسمه ومكانته

لكل هؤلاء جزيل الشكر و كل الاحترام

قائمة المختصرات

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

د. ط :دون طبعة

د.ت :دون تاريخ النشر

ج . ر :الجريدة الرسمية

س:سنة

ص:صفحة

ط:طبعة

ع:عدد

م:مجلد



مقدمة

مقدمة

الأسرة هي اللبنة الأولى في المجتمع ، يترتب على تماسكها أو انهيارها تماسك أو انهيار المجتمع ، بل هي جزء أساسي من نظام الحياة في الإسلام ، ومن هنا يمكن القول بأنه "لا" مجتمع حيث لا أسرة، بل لا آدمية حيث لا أسرة.

و على ذلك نجد أن كل أفراد الأسرة يتمتعون في مواجهة بعضهم البعض بحقوق وواجبات.

وفي الغالب الأعم تتكون الأسرة من الزوجين اللذين يربط بينهما الزواج ، وكلما حسنت هذه العلاقة قويت الأسرة وقامت بواجبها خير قيام وعلى أحسن حال .

وقد حرصت قوانين الأسرة في مختلف النظم القانونية على تنظيم أحكامها ، لأن هذه القوانين استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية التي كفلت للأسرة الحماية ضد أي اعتداء أو ضرر قد يلحق بها.

وبعد القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 منظمًا للعلاقات الأسرية وفقا للأحكام الشريعة الإسلامية في غالبية أحكامه إضافة للأحكام الواردة في قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل و المتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09 غشت سنة 2014 و بالقانون 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017.

وانطلاقا من كون الأبناء هم ثمرة العلاقة الزوجية فإن الاعتداء عليهم يهدد الكيان الأسري لذلك فقد حرص المشرع الجزائري على حمايتهم، إضافة إلى النص على الجرائم الناجمة عن الإخلال بواجب رعاية الأبناء وتربيتهم بالمواد 314 إلى 318 ، م 320 ، م 331 ق ع ج .

ولم يغفل المشرع الجزائري النص على ظاهرة تخلي الآباء عن نسب أبنائهم وذلك في المادة 40 ف 1 من قانون الأسرة الجزائري وطرق إثباته .

أهمية الموضوع:

* يعتبر النسب من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية وأحد الكليات الخمس المتمثلة في الدين العقل والنسل و المال و العرض، ويعد من أبرز الروابط التي حث الشرع على حفظها لكونها ترتبط الأسرة بها بموجب رباط دائم الصلة يقوم على وحدة الدم.

* يعتبر النسب السبيل الوحيد لصلة الإنسان بما ينتمي إليه من ذويه و السبب الشرعي الوحيد في نسب الولد لأبيه دينا وقانونا وحضارة ، وعليه تبنى مجموعة من الحقوق والواجبات الأبوية.

* يعتبر النسب الإثبات والتأكيد لعلاقة الأبناء بأبائهم، وهذا حماية لهم من الضياع وللحفاظ على الأنساب من الاختلاط حتى لا تعدم المحرمات بين الناس وتستباح الأعراس، والقصد من ذلك المحافظة على الروابط المقدسة في الأسرة الواحدة.

وحتى لا تضيع الأنساب ضبطت الشريعة جملة من الآليات لإقامة الدليل حول ثبوت النسب وشرعيته، وفي مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حدد النسب بأنه الصلة القائمة بين الأفراد الذين يجمعهم دم واحد وأصل واحد، وهو بدوره سار مسرى الشرع في اتخاذ آليات شرعية تكون السبب لإثباته ومع الإعجاز العلمي في جسم الإنسان والثورة العلمية في المجال الطبي والبيولوجي الذي لم يعد حكرا على أهل العلم والعلماء بل توسع نطاقه ليشمل مجالات كثيرة لما له من مزايا وخصائص، وكان للوسائل العلمية باب في مجال الإثبات القانوني والقضائي لما لها من القدرة على فك الكثير من النزاعات وإيجاد الحلول للعديد من القضايا العالقة في موضوعات عديدة ومن بينها النسب، فمشكلة إثبات هذا الأخير في بعض القضايا تحتم علينا

الرجوع مباشرة للوسائل العلمية المساعدة في هذا المجال والتي تبنتها الشريعة من جهة واحتضنها القانون من جهة أخرى لما لها من دور بالغ الأهمية في مثل هذه المسائل.

وأحيانا عندما يكون قاضي شؤون الأسرة عليه معالجة مسألة متنازع عليها ، يجد نفسه أمام فراغ تشريعي، وما عليه إلا العمل بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحتم علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة لحل المسألة المتنازع عليها، و خاصة أن المشرع الجزائري لم يلزم قاضي شؤون الأسرة بإتباع مذهب معين ، فعليه بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية ليكمل النص القانوني الناقص ويوضح النص القانوني الغامض والمجمل ، وفي موضوع النسب بالتحديد له أهمية وخصوصيته.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختيارنا لموضوع دور الاجتهاد القضائي في أحكام قانون الأسرة الجزائري إلى الرغبة الذاتية في دراسته باعتباره موضوعا تم التطرق إليه في سنوات دراستنا في الجامعة مما ولد لدينا تشويقا في دراسته .

السبب الذي جعلنا ندرس هذا الموضوع، هو انتشار ظاهرة تخلي الآباء عن نسب أبنائهم رغم وجود رابطة الزواج وكثرة الزواج العرفي في المجتمع و ما ينجر عنه من دعاوى النسب التي تملأ المحاكم.

أهداف الموضوع :

ومن أهم أهداف دراستنا لهذا الموضوع هو تبيان مدى فعالية السياسة المتبعة في الجزائر لحماية كيان الأسرة ، من خلال توفير الحماية اللازمة للأبناء ، سواء بحماية حقوقهم أو بحماية شرفهم واعتبارهم.

- الإحاطة بالصورة الحقيقية لمكانة الاجتهاد القضائي في حل مسائل الأسرة على العموم ومسألة إثبات النسب بالخصوص.

- معرفة الطرق الشرعية والعلمية الحديثة المعتمدة في إثبات النسب، وكذلك توضيح مدى كفاية و نجاح هذه الطرق.
 - إبراز السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي شؤون الأسرة المطلقة والمقيدة في نفس الوقت.
 - بيان مدى تقييد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الفصل في مسائل النسب، والسبب أنه لا نسب إلا في إطار شرعي مهما بلغ العلم من تطور ودقة، ذلك للبعد عن أي علاقة رابطة تخالف الشرع.
 - تكمن دراسة هذا الموضوع في تسليط الضوء على الجرائم الماسة بكيان الأسرة و تطورها و خطورتها في تشتت الأسرة و المجتمع الجزائري.
 - إثبات أن العمل بأحكام الشريعة الإسلامية أمر لازم في مسائل شؤون الأسرة.
- إشكالية الموضوع:

بناء على ما تم بيانه سلفا ، يعد النسب من القضايا المهمة في حياة الإنسان والهدف منها لحفاظ على المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية وهو عدم اختلاط الأنساب والمحافظة عليها، ومن هذا المنطلق تبرز لنا الفرصة في طرح الإشكالية التالية: ما هو موقف قضاة المحكمة العليا من طرق إثبات النسب سواء الشرعية منها أو الحديثة ؟

الدراسات السابقة:

دراسة "يوسفات علي هاشم" أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014/2015 والتي تطرق فيها للأحكام الموضوعية للنسب في التشريع الجزائري، وكذا الأحكام الإجرائية المتعلقة بإثبات النسب بالإضافة إلى الطرق العلمية لإثباته في التشريع الجزائري.

دراسة "علال برزوق أمال " أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014/2015، والتي تطرقت فيها إلى مقارنة بين أحكام النسب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي.

دراسة بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد بن أحمد، وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2018/2017.

و التي تطرق فيها إلى الطرق العلمية لإثبات النسب بين قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين المقارنة، بالإضافة للعديد من الدراسات التي مست هذا الموضوع التي لم نستطيع ذكرها كاملة. الصعوبات المعرفية للبحث:

- كون الموضوع يتعلق بالحياة الخاصة بالإنسان، هناك صعوبة في الحصول على ملاحق وإدراجها في المذكرة.

المنهج المتبع:

من حيث المنهج الذي اتبعناه في دراستنا لهذا الموضوع منهجين يملئها علينا طبيعة الموضوع، و هي المنهج الوصفي من خلال بيان أهم الطرق التي تتبع في إثبات النسب و جمع المعلومات التي لها صلة بالموضوع المدروس.

كما اتبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل بعض من النصوص القانونية و الشرعية التي عاجلت موضوع إثبات النسب.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة ووفق ما تم السعي للحصول عليه تناولنا موضوع الاجتهاد القضائي في إثبات النسب في فصلين ومقدمة وخاتمة.

حيث احتوت المقدمة على أهم العناصر وفق المعايير العلمية المطلوبة ، وتضمن الفصل الأول الاجتهاد القضائي ودوره في إثبات النسب في مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الاجتهاد القضائي و المبحث الثاني مفهوم النسب.

أما الفصل الثاني الذي هو أيضا يحتوي على مبحثين فقد خصصناه إلى جزئية اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب ، ذكرنا في المبحث الأول اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الشرعية و المبحث الثاني اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الغير شرعية.

وفي الأخير الخاتمة احتوت على أهم النتائج المتوصل إليها.



الفصل الأول:

الاجتهاد القضائي في إثبات النسب

تمهيد:

إنّ الاجتهاد القضائي وإسهاماته قصد تحقيق بعض الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة ، والتي تحاول التّصل من التّصوص الثّابتة المتعلقة بأحكام الأسرة، بدعوى قصورها وعجزها عن مواكبة التطورات الوطنية والإقليمية والعالمية، الأمر الذي يدفع إلى تفعيل دور الاجتهاد القضائي إلى إثبات النسب.

يعتبر النسب أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه؛ إذ يعد أحد أركان ومقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة وهي حفظ : الدين والعقل والنفس و النسب والمال، وذلك بهدف المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط.

سنتناول في الفصل مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: مفهوم النسب

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

يعمل القاضي على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فإن لم يجد نصا فيها يصلح لحكم النزاع اجتهد بإعمال نشاطه الذهني للخروج بحل قانوني على نحو يحقق العدالة. وتختص عملية الاستنباط لرقابة الجهات القضائية الأعلى بهدف الوصول إلى استقرار المراكز القانونية داخل المجتمع وتكفل ثقة المواطن في السلطة القضائية .

وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم الاجتهاد القضائي ويكون ذلك في مطلبين، نتناول في الأول الاجتهاد القضائي، ثم حدود و شروط الاجتهاد القضائي في المطلب الثاني. سنتطرق في هذا المطلب إلى الاجتهاد القضائي ، حيث نتطرق إلى تعريف الاجتهاد القضائي ، ثم مميزات الاجتهاد القضائي .

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي:

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي:

الاجتهاد القضائي هو مركب وصفي يتكون من الاجتهاد والقضاء .

أولاً: تعريف الاجتهاد لغةً واصطلاحاً

الاجتهاد لغة : هُوَ بَدَلُ الْمَجْهُودِ لِئِيلِ الْمَقْصُودِ .¹

تكاد تتفق المعاجم اللغوية على أن لفظ "الاجتهاد" مشتق من مادة (ج ه د)، وتُطلق على:

بذل الوسع والطاقة، وبلوغ الغاية في الطلب، وتحمل المشقة.

بذل الوسع في النظر في الأدلة الشرعية لاستنباط الأحكام» : الاجتهاد في الاصطلاح

: وقد اشتمل هذا التعريف على الضوابط الآتية «الشرعية

¹ - علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ) ، شَمُّ الْعَوَارِضِ فِي ذَمِّ الرُّوَافِضِ،، د. مجيد الخليفة مركز الفرقان للدراسات الإسلامية ط: الأولى، 1425 هـ - 2004 م ع أ: 1

أ- أن الاجتهاد هو بذل الوسع في النظر في الأدلة، فهو بذلك أعم من القياس؛ إذ القياس هو إلحاق الفرع بالأصل، أما الاجتهاد فإنه يشمل القياس وغيره.

ب- أن الاجتهاد لا يجوز إلا من فقيه، عالم بالأدلة وكيفية الاستنباط منها؛ إذ النظر في الأدلة لا يتأتى إلا ممن كان أهلاً لذلك.

ج- أن الاجتهاد قد ينتج عنه القطع بالحكم أو الظن به، وذلك ما تضمنه قيد "الاستنباط

د- وقد تضمن قيد "الاستنباط" أيضاً بيان أن الاجتهاد إنما هو رأي المجتهد واجتهاده، وذلك محاولة منه لكشف حكم الله، ولا يُسمى ذلك تشريعاً؛ فإن التشريع هو الكتاب والسنة، أما الاجتهاد فهو رأي الفقيه أو حكم الحاكم².

ثانياً: تعريف القضاء لغةً واصطلاحاً

سنتناول التعريف اللغوي والاصطلاحي .

القضاء في اللغة : له معانٍ عدة، منها

1 - الحكم، يقال: قضى قضاءً: أي حكم حكماً. ومنه قول الله تبارك وتعالى: { وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا } (الإسراء: 32) أي: حكم.

2 - الفراغ والانتهاء من الشيء، يقال: قضى حاجته إذا فرغ منها. ومن ذلك قوله تبارك وتعالى: { فوَكَّرَهُ مَوْسَى فَقَضَى عَلَيْهِ } (القصص: 15) أي: قتله وفرغ منه. [وكزه: ضربه بجمع كفه].

3 - الأداء والانتهاء، يقال: قضى دينه إذا أداه، وأنهى ما عليه قال تعالى: { وَقَضِينَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ } (الحجر: 66). [أي أدينا إليه، وأنهينا إلي عمله. دابر هؤلاء: آخرهم. مقطوع مصبحين: مستأصل في الصباح].

² - محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن جوزي، ط: الخامسة، 1427 هـ: ع: 1 ص 3.

4 - الصنع والتقدير، يقال: هذا شيء قضاه: أي صنعه. وعليه قول الله تبارك وتعالى:

{فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ} (فصلت: 12)

القضاء شرعاً: فصل الخصومة بين اثنين فأكثر بحكم الله عز وجل.³

للقضاء في اللغة معان ، لعل أقربها إلى ما نحن فيه الحكم ، والجمع أفضية، وقضى عليه يقضي قضاء وقضية ، والاسم القضية ، واستقضى فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس، ويقال قضى يقضي قضاء، فهو قاضي إذا حكم وفصل، وقضاء الشيء إحكامه وإمضاؤه والفرغ منه، فيكون بمعنى الخلق.⁴

والحكم في أصل اللغة من قولهم: حكمته عن الشيء وأحكمته أي منعته، ومنه حكمت الدابة وحكمت الرجل، ألزمته مقطع الحق.⁵

القضاء في الاصطلاح: هو تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات. قوله: (تبين الحكم الشرعي)، هذا القيد يجمع مع القاضي المفتي فإن المفتي كذلك يبين الحكم الشرعي.

(والإلزام به)، هذا يختص بالقاضي، فإن المفتي يبين الحكم الشرعي لكنه لا يلزم به، قد يفتي بأن امرأته تطلق بالثلاث وتبين منه لكنه لا يلزم بذلك، فقد يذهب هذا المستفتي إلى غيره فيفتيه بغير ذلك.

وعلى ذلك فالقاضي يُلزم، وأما المفتي فإنه يبيّن فقط.

هذا من فروض الكفاية، فيجب على الأمة أن يكون فيها قضاة يحكمون بالشرع في أمصارها وأقاليمها، ويكونون على جهة الكفاية.

فإن كان في البلد عالم لا يصلح سواه للقضاء فإنه يتعين عليه ذلك.

³ - د. مصطفى الخرن، د. مصطفى البغا، علي الشربجي ، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ط: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م ، ع ج: 8

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت)، مادة (قضى)، ج 15، ص 186، 187.

⁵ - أبو منصور الأزهري، أديب اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ط 1، 9، دت ، ص 211 .

إذاً: القضاء من فروض الكفاية؛ لكن إن كان لا يوجد في البلد سواه يصلح للقضاء فإنه يتعين عليه.

لكن بالنسبة للفرد الذي تتوفر فيه صفات القاضي ويوجد غيره يتولى القضاء، هل يستحب له أن يتولى القضاء أو لا يستحب له؟ قولان لأهل العلم: القول الأول: أنه لا يستحب؛ قالوا: لما جاء عند الأربعة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: (من ولي القضاء فقد ذُبح بغير سكين). وروى الخمسة أن النبي ﷺ قال: (القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقاضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق وقضى للناس على جهل فهو في النار).

والقول الثاني: أنه يستحب له أن يتولى القضاء، واستدلوا بأن النبي عليه الصلاة والسلام قد تولى القضاء، وأن الخلفاء الأربعة كذلك قد تولوا القضاء.

قالوا: وإنما يُحمل ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام: (من تولى القضاء فقد ذُبح بغير سكين) على ما يُخشى على القاضي من طلب الرياسة والمال وما يحوطه مما يُخشى عليه من المفاسد، فإن قوي على نفسه فهو مستحب، وهذا هو الراجح.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: والواجب في ولاية القضاء اتخاذها ديناً وقربة، وإنما فسد حال الأكثر لطلب الرياسة والمال فيها.⁶

تعريف القضاء في اصطلاح الفقهاء : فقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء.

فعند الحنفية هو: فصل الخصومات وقطع المنازعات .

وعند المالكية هو: حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده .

وعند الشافعية هو: إظهار حكم الشرع في الواقعة من قطاع الوقائع الخاصة بحكم الشرع لمعين أو غيره .

⁶ : حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد ، :دروس الشيخ حمد الحمد ، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية،

<http://www.islamweb.net>

وعند المناقشة هو: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات .
 من هذه التعريفات نجد أن الفقهاء اختلفوا في تعريف القضاء إصطلاحاً ،
 فبعضهم جعل مجرد حكم المحكم نوع من القضاء، وبعضهم جعله على سبيل الإلزام،
 وبعضهم أدخل فيه الصلح بين الخصمين.
 جاء في مجموع الفتاوى:

المقصود من القضاء: وصول الحقوق إلى أهلها، وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو
 المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة، فالمقصود هو جلب تلك المصلحة،
 وإزالة هذه المفسدة .

حقيقة القضاء وبيان ما يستند إليه في استنباط الحكم وإدراك المراد الشرعي.⁷
 حتى لا يدخل فيه نحو الصلح بين الخصمين .⁸

وهذا التعريف تعريف باللائم، فإن قطع المنازعات وفصل الخصومات هما الغرض
 المقصود من القضاء وهما نتيجة له يترتبان عليه ولا يدخلان في حده وحقيقته ، وقد يتضح أنه
 غير جامع لاقتصره على قضايا التنازع والمخاصمة ، فمن القضايا ما يتطلب الحكم وإن خلت
 من الخصومة ، كالحكم بالحجر على المفلس ، والوصاية على السفية ، وغير ذلك.
 وأما عند المالكية، فالذي ذهب إليه ابن راشد القفصي أن حقيقة القضاء إخبار عن حكم
 شرعي على سبيل الإلزام .⁹

وفي هذا التعريف مسامحة من وجوه:¹⁰

الأول: أن ذكر لفظ إخبار يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء
 وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام.

⁷ - العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1990، 2، ص8 .

⁸ - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1992، ص3 .

⁹ - ابن راشد القفصي، لباب اللباب، دار البحوث وإحياء التراث، بيروت، ط2009، 1، ص253 .

¹⁰ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997، ص613 .

الثاني: أنه يدخل فيه حكم الحكّمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين وحكم المحكم في التحكيم ، ومنها أنه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي.

وقال ابن عرفة : القضاء صفة حكّمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين ، فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والولاية العظمى .¹¹

فقوله: "نفوذ"، أي مضميه ولزومه، لا حصول التعيين في نفس الأمر لتعذره في الحكم على الجبارة، فهو مساو لكلام القرّاني ولا يحتاج لتقدير، أي لزوم نفوذ، خلافاً للحطاب. وإنما يحتاج لذلك إذا جعل "نفوذ" بمعنى تنفيذ وإضافة حكم إلى الضمير، وهو معرفة تنفيذ العموم، أي نفوذ جميع أحكامه، وبه تخرج ولاية الشرطة وأخواتها، فإنها خاصة ببعض الأحكام كالحسبة .

عرفه الحنابلة بأنه: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات.¹² ويبدو أن هذا التعريف وإن كان تخلص من الخلاف الدائر حول حقيقة القضاء ، هل هو إخبار أم إنشاء بحد "تبيين"، إلا أنه لما عطف الإلزام بالحكم الشرعي على التبيين أشعر بالمغايرة بين الأمرين، بينما هما في الحقيقة أمر واحد، فهو لا يبين الحكم في حالة ويلزم به في حالة أخرى، وإنما البيان يكون على وجه الإلزام.¹³

ثالثاً : تعريف الاجتهاد القضائي

يطلق مصطلح الاجتهاد القضائي على مجموعة الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية

في موضوع معين.¹⁴

¹¹ - الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992، ص433 .

¹² - البهوتي،الروض المرعب، شرح زاد المستقنع (للحجاوي)، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة،(د ط)، بيروت، (د.ت)، ص 409 .

¹³ - أحمد الدردير ، الشرح الصغير - ومعه حاشية الصاوي- مطبعة الحلبي، مصر، 1952، ص329 .

¹⁴ - عبد المنعم البداوري، مبادئ القانون، القاهرة، دون تاريخ الطبع، ص244 .

نصت المادة 2 فقرة 2 من القانون العضوي رقم 1/97 المؤرخ في 1998/05/30

المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله على ما يلي: " يضمن مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد.¹⁵

ومن ثم ، فإن العمل القضائي يطلق عليه لفظ اجتهاد قضائي إذا كان صادرا عن جهة قضائية حول موضوع معين ومستقرًا وقتنا من الزمن، وفي التشريع الجزائري يطلق لفظ الاجتهاد القضائي على قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة متى قررت مبدأ قانونيا و استقرت على العمل به دون أن يوجد نص في القانون يحكم المسألة.¹⁶

و إذا كان معظم رجال القانون يطلقون لفظ الاجتهاد القضائي على كل قرارات المحكمة العليا ، فإن هذا اللفظ على إطلاقه غير دقيق ، لا سيما وأن المادة 18 من القانون العضوي رقم 12/11 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها ذكرت مصطلح الاجتهاد القضائي بمناسبة تنظيمها لعمل الغرف المجتمعة إذ جاء فيها : " ... تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي ".¹⁷

ووفقا لهذا النص يتضح أن الاجتهاد القضائي هو ما استقرت المحكمة العليا على العمل به ، أو ما صدر عن الغرف المجتمعة.

الفرع الثاني: مميزات الاجتهاد القضائي:

يتميز الاجتهاد القضائي بجملة من الخصائص أهمها عدم الشمولية أي، أنه عمل يقتصر على قضاة المحاكم فحسب مهما كانت درجتها، كما أنه يتميز أيضا بعدم الثبات.

أولا- خاصية عدم الشمولية

¹⁵ - عدل القانون العضوي رقم 1/97، بموجب القانون العضوية رقم 13/11 المؤرخ 2011/07/26 الجريدة الرسمية عدد 43 سنة، 2011 .

¹⁶ - محفوظ بن صغير ، مرجع سابق، ص222 .

¹⁷ - عجالي خالد، دور، الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري ، مجلة الفكر القانوني و الاقتصاد، المجلة 03، العدد2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بن خلدون تيارت، الجزائر، 2016، ص827 .

الاجتهاد القضائي عمل يقوم به جميع قضاة المحاكم على اختلاف درجاتها، فهو عنصر غير مقصور على قضاة محاكم القانون فحسب، فكل حكم فصل في قضية بناء على تفسير نص غامض أو إكمال نقص أو تدارك فراغ قانوني أو استنباط من المصادر الأخرى للقانون يعد اجتهادا حتى ولو كان من طرف قضاة الجهات القضائية الدنيا.¹⁸

ثانيا- خاصية عدم الثبات

الأصل في الاجتهاد القضائي أن يكون مستقرا مدة من الزمن، غير أن عنصر الاستقرار والتكرار مدة من الزمن ليس شرطا لنشأة الاجتهاد القضائي، فقد يصدر قرار فريد يتضمن حلا قانونيا مستجدا و حاسما بخصوص مشكلة قانونية معينة ويوصف مع ذلك بأنه ليس اجتهادا قضائياً.¹⁹

أما توحيده فهو إجراء يتم اتخاذه للتصدي لحالة وجود اجتهادات قضائية متناقضة، أي حلول قضائية مختلفة بالنسبة لمسائل قانونية متشابهة أدت إلى تعارض الأحكام ، أما التراجع عنه فهو أن يستقر العمل بالاجتهاد القضائي معين ثم يتم تغييره ، لأن هذا الاجتهاد أصبح لا يواكب التطورات الجديدة ولا يتوافق مع مقتضيات العدالة.²⁰

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي

سنتعرف في هذا المطلب على مجالات الاجتهاد القضائي ويتمثل ذلك في معرفة حدوده وفهم شروطه من خلال فرعين؛ نتناول في الأول منهما حدود الاجتهاد القضائي، لنوضح شروط الاجتهاد القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حدود الاجتهاد القضائي

¹⁸ - شفارة لحضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية دراسة القانونية، مذكرة نيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022-2023، ص 11 .

¹⁹ - عبد الرحمان الموتي عبد الرحمان الممتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، مجلة الملحق القضائي، عدد 46، ماي 2014، ص 04 .

²⁰ - شفارة لحضر، مرجع سابق، ص 12 .

أن سلطة القاضي في الاجتهاد يحكمها أصل جامع مؤداه أنه لا اجتهاد في مورد النص، ورغم ذلك توجب عليه مهمته الاجتهاد وأعمال نشاطه ذهني يمنع وجود النص في حالتين منها:

أولاً: حالة غموض النص التشريعي

يعتبر النص التشريعي المصدر الرسمي الأول الذي يلجأ إليه القاضي أثناء نظره في النزاع تمهيدا للفصل فيه، ولهذا يبذل المشرع وسعه في إصدار تشريعات تستجيب لكل مستجدات المجتمع، ويعتمد إلى تعديلها في كل مرة يتبين عدم إحاطتها بالوقائع.²¹

غير أن ذلك لا يعني أن تكون نصوص القانون واضحة دائما، إذ قد يعترها غموض يجعل ألفاظها غير واضحة، أو أن تحتل أكثر من معنى، أو أن يوجد تعارض بين النصوص في المفاهيم، وهذا ما يجعل القاضي ملزما بالبحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع عن طريق نشاط ذهني هو عبارة عن تفسير قضائي وهو يعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا وفقا لقواعد تفسير النصوص.²²

وإذا كان النص غامضا ليس له معنى محدد ويحتل أكثر من تأويل فإن القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني.²³

مع ملاحظة أن التفسير القضائي للنص يعد تطبيقا له، فالقاضي عند قيامه بتفسير النص الذي يعتره الغموض ويحتل عدة تأويلات، لا يعد متطوعا بل يعد تفسيره للنص من صميم عمله في فض المنازعات، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المطروح عليه حتى ولو لم يطلب منه أطراف الخصومة ذلك.²⁴

21 - عبد الرحمان الموتي عبد الرحمان اللمتوني ، مرجع سابق ، ص 05 .

22 - عجالي خالد ، مرجع سابق ، ص 830

23 - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، ط 3 ، 2007، ص 171 .

24 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية ، دار هومو، الجزائر ، ط 16، 2008 ، ص 285 .

كما أن قيام القاضي بتفسير النص القانوني يكتسي طابعا عمليا، فهو يتصل بالنزاع الذي عرض عليه ولذلك تتأثر عملية التفسير بظروف القضية ومعطياتها ويؤدي تفسيره إلى إثراء النظريات الفقهية وبيان الجوانب الواقعية والتطبيقية لها.²⁵

ثانيا: حالة النقص في التشريع

يتضح أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين يعترف بوجود النقص في التشريع، وأن التشريع المكتوب مهما بلغت صياغته وتطوره لا بد أن تعثره نقائص ناجمة عن عدم احتوائه جميع سلوكيات البشر المتكررة.

يتضح مما سبق أن اجتهاد القاضي بمناسبة تطبيقه للنصوص القانونية يكون في حالة عدم وجود النص التشريعي المكتوب فيلجأ إلى استقاء القاعدة القانونية من مصادرها الرسمية الاحتياطية، كما يجتهد في حالة غموض النص القانوني أو قصوره وهذه هي حدود الاجتهاد القضائي وهي تظهر دوره في تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها.²⁶

الفرع الثاني: شروط الاجتهاد القضائي

أولا: الإسلام:

يشترط في القاضي أن يكون مسلما لقوله تعالى : « وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى

الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا » سورة النساء الآية 140.

²⁵ - عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص830

²⁶ - عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص831 .

لأن القصد من القضاء تطبيق الأحكام الشرعية، وغير المسلم قد يحملة كفره لمخالفة هذه الأحكام.

ثانياً: البلوغ والعقل :

وهذا من الشروط التي لا يمكن التنازل عنها أن يكون حراً بإلغاء عاقلاً عدلاً، فقيهاً، مدركاً لتنزيل الأحكام على الواقع .

ثالثاً: سلامة الحواس :

يشترط أن يكون القاضي سليماً في السمع والبصر والكلام، ليصح أمامه إثبات الحقوق ، ويفرق بين المدعي والمدعى عليه، ويميز بين المقر والمنكر، ويعاين محل النزاع، ليظهر الحق على الباطل.

رابعاً: العلم بالأحكام الشرعية :

ومقتضى ذلك أن القاضي عالماً بالأحكام الشرعية، عارفاً لما يقضي به حتى لا يقضي بين الناس بغير ما أنزل الله.²⁷

المبحث الثاني: مدخل إلى النسب

يعتبر النسب أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه إذ يعد أحد أركان ومقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة وهي حفظ الدين والنفس والنسل "النسب والمال، والعقل، وذلك بهدف المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط .

²⁷ - سرمد أحمد جاسم السلماني، النظام القضائي والإداري في الإسلام، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، ع 30، 2010 ص 405 .

المطلب الأول: مفهوم النسب

سنتعرف في هذا المطلب على مفهوم النسب من خلال فرعين؛ نتناول في الأول منهما تعريف النسب، لتتولى في الفرع الثاني أهميته.

الفرع الأول: تعريف النسب

النسب لغة: نسب في اللغة معناه القرابة، وسميت القرابة نسباً لما بينهما من صلة واتصال، وأصله من قولهم نسبته إلي أبيه نسباً، ومن باب طلب، بمعنى: عزوته إليه، وانتسب إليه: اعترى.²⁸

والاسم: النسبة بالكسر، وتجمع علي نسب، قال ابن السكيت: يكون من قبل الأب، ومن قبل الأم، وقال بعض أهل اللغة: هو في الآباء خاصة علي اعتبار أن المرء إنما ينسب لأبيه فقط ولا ينسب لأمه إلا في حالات استثنائية.²⁹

وقد استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة فيقال: بينهما نسب أي قرابة، وجمعه أنساب، قال الراغب الأصفهاني النسب والنسبة: اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان: نسب بالطول، كالأشتراك من الآباء والأبناء، ونسب بالعرض، كالنسبة بين بني الأخوة، وبني الأعمام.³⁰

النسب اصطلاحاً: مع البحث المستفيض في كثير من المصنفات في المذاهب الفقهية الأربعة لم أقف علي تعريف شرعي للنسب جامع مانع إذ يكفي الفقهاء بتعريف النسب بمعناه العام، المستفاد في معناه في اللغة وهو مطلق القرابة بين شخصين، دون أن يعرفوه بالمعني الاصطلاحي الشرعي، وهو الذي يفيد صحة ثبوت النسب لشخص ما، أو عدم ثبوته له.³¹

²⁸ - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 3، 1414هـ، 1/755، مادة (نسب).

²⁹ - أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط دار الأمواج، بيروت، لبنان، ط 2، 1410هـ، 1990م، ص 621.

³⁰ - الإمام الفخر الرازي، التفسير الكبير، الجزء الخامس والسادس، دار إحياء التراث العربي، ط 3، بدون سنة نشر، ص 26.

³¹ - الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 1393هـ، ص 111.

ومن تلك التعريفات العامة تعريف العلامة البكري بقوله: (هو القرابة، والمراد بها الرحم، وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قربت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم.³²

وعرفه صاحب العذب الفاضل، بالقرابة أيضاً، ثم قال: " وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة."³³

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين تعريف النسب بمعناه الاصطلاحي الخاص، وهو القرابة من جهة الأب باعتبار أن الإنسان إنما ينسب لأبيه فقط فقد قال في تعريفه: (حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي، أو ملك صحيح، ثابتين، أو مشبهين الثابت للذي يكون الحمل من مائه.³⁴

الفرع الثاني: أهمية النسب

النسب من أهم وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، لذلك يعتبر من أعظم نعم الله على عباده، فلولا له لتفككت الأسرة وذابت الصلات بينهما، ولما بقي أثر، هنا جاء امتنان الله جل وعلا على الإنسان بالنسب في قوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ سورة الفرقان، الآية رقم 54.

ولأن النسب حق الله وحق الولد، ولا يملك أحد نفي نسب الولد بعد ثبوته أو إثباته لغير صاحبه، ولا يجوز شرعاً أو قانوناً أن ينتسب الإنسان إلى غير والده الحقيقي، ولا يملك أحد أن ينفي نسب مولود عنه إلا وفق شروط قام ببحثها الفقهاء في موضوع اللعان، وعلى

³² - البغاء مصطفى ديب الرحبية، في علم الفرائض بشرح سبط الماردني وحاشية العلامة البكري، دار القلم، دمشق الطبعة الثامنة، 1997، ص 32.

³³ - لطفي أحمد محمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 190.

³⁴ - الزركلي، خير الدين، الأعلام، بيروت، دار الكتب العربي، ط1، 1983، ص 76.

ذلك فقواعد النسب والأحكام التي تترتب بموجبها نسب الولد لا يجوز الخروج عليها والاتفاق على ما يخالفها أو التنازل عنها، وطبيعة قواعد النسب هذه لها أهميتها في استقرار العائلة وثبوت الأنساب وعدم اختلاطها أو التلاعب بها، وصيانتها من الأهواء والنزوات، كما أن فيها ضمانه قوية لثبوت نسب الولد والمحافظة على مركزه الشرعي في المجتمع، وما يترتب على هذا المركز من حقوق له أو عليه.³⁵

الفرع الثالث: الحكمة من النسب

فقد اعتبر الإسلام النسب من الضروريات الخمس التي ما جاء الإسلام إلا للمحافظة عليها؛ إذ كل أحكامه وقواعده تدور عليها، وقد جمعها من قال:

النفْسُ والعقلُ كذا المألُ وَجِبَ *** صونٌ لها والدينُ أيضاً والنَّسَبُ³⁶

ومن معاني حفظ النسل: حفظ النسب، وذلك بأن يكون نسب الأبناء إلى آبائهم أمراً معلوماً، وأن يكون حاصلاً بالطريقة الشرعية المتمثلة في الزواج بشروطه وأحكامه، فهذا الانتساب إلى الأسرة بالطريقة الشرعية من شأنه أن يجعل النسل - أي: الولد - شديد الانتماء إلى مجتمعه، بشدة انتمائه إلى أسرته التي هي اللبنة الأولى للمجتمع، كما تجعل الأسرة شديدة الإحاطة به والرعاية له، وكل ذلك ينعكس قوة في النفس، وتوازناً في الشخصية، وانسجاماً مع المجتمع، وأما الجهالة في الأنساب والاختلاط فيها، فإنه لا يثمر إلا أن يزيل من الأصل الأبوي الميل الجليلي الباعث على الذب عن الولد، والقيام عليه بما فيه بقاؤه وصلاحه، وهو يزيل من الفرع الإحساس بالمبرة والصلة والمعاونة والحفظ عند العجز، وهو ما يؤول إلى التفكك الاجتماعي، بتفكك المكون الأول للمجتمع وهو الأسرة، فيدخل إذاً حفظ الأنساب ضمن حفظ النسل ويكون مقصداً من مقاصده.³⁷

³⁵ - مسعود القاضي عبد الباسط، الفرائض كوسيلة من وسائل الإثبات في دعاوى النسب، مجلة القضاء، كردستان العراق، 2013، ص 8.

³⁶ - عبد الله بن الطاهر، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج 3، ص 38.

³⁷ - عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة الإسلامية بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 2008، ص 147.

كما أن حفظ الأنساب ضرورة من ضرورات حفظ المجتمع؛ إذ بالإضافة إلى ما لجهالة النسب واختلاطه من أثر في انحلال الرابطة الأسرية بانحلال عواطف الأبوة والبنوة - فإن علم النفس الحديث أصبح يثبت على وجه اليقين ما لجهالة النسب من تأثير نفسي مدقّر على شخصية المجهول نسبه، وهو تأثير كثيراً ما يتعدى إلى انحلال الرابطة الاجتماعية بينه وبين المجتمع الذي يعيش فيه، بما تقضي إليه تلك الجهالة من نقمة على المجتمع قد تنتهي إلى العمل على تدميره.³⁸

ولهذا جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام واسعة ومشدّدة، تهدف كلها إلى تحقيق مقصد حفظ النسب؛ بغاية تحقيق مقصد حفظ النسل؛ إذ لا يكون النسل قوياً في ذاته من الناحية النفسية على وجه الخصوص إلا بصحة النسب وشهرته ووضوحه، وكل ذلك ينتهي إلى حفظ المجتمع؛ إذ حفظ النسل يفضي إلى العلاقة السوية بين الأفراد ومجتمعهم ، وإلى شعورهم بشدة انتمائهم إليه، وإلى حرصهم على العمل من أجل خيره وصلاحه ، وإذا كان النسل مختلطاً الأنساب، فإنه لا يكون إلا مشاكساً للمجتمع، حاقداً عليه، عاملاً على اضطرابه، إن لم يكن على تدميره.³⁹

المطلب الثاني: طرق إثبات النسب

سنتعرف في هذا المطلب على طرق إثبات النسب من خلال فرعين؛ نتناول في الفرع الأول طرق إثبات النسب الشرعية منهما ، لتتولى في الفرع الثاني إثبات النسب بالطرق العلمية.

الفرع الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

³⁸ - نفس المرجع، ص152 .

³⁹ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقراني، الفروق، عالم الكتب، ج 1، ص 205.

والمقصود هنا بيان طرق إثبات النسب بياناً مجملاً، دون الدخول في تفاصيل آراء العلماء في بعض الشروط والصور المعتمدة في كل طريق من طرق إثبات النسب.

وطرق إثبات النسب خمسة، وهي: الفراش، الإستلحاق، والبينة، والقافة، والقرعة. فالثلاثة الأول محل اتفاق بين العلماء وأما الرابع فيه قال الجمهور، وأما الخامس فيه قال بعض أهل العلم، وأن كل واحد من هذه الطرق بشيء من الإيضاح علي النحو التالي:

أولاً: الفراش

قال العلامة بن القيم: (فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة)⁴⁰، والمراد بالفراش: فراش الزوجة الصحيح، أو ما يشبه الصحيح، فالصحيح هو عقد النكاح المعتبر شرعاً، وأما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح الفاسد، وهو المختلف في صحته، وكذا الوطء بشبهة علي اختلاف أنواعها⁴¹، فإن حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء.

ثانياً: الاستلحاق

ويعبر عنه أيضاً بـ (الإقرار بالنسب)، والإقرار بالنسب علي نوعين:

الأول: إقرار يحملة المقر علي نفسه فقط كالإقرار بالبنوة، أو الأبوة.⁴²

الثاني: إقرار يحملة المقر علي غيره وهو ما عدا الإقرار بالبنوة والأبوة كالإقرار بالأخوة، والعمومة

43.

وقد أشرت الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين شروطاً لا بد من تحققها لصحة

الإقرار وثبوت النسب بمقتضاه، فاشتروا لصحة الإقرار بالنسب علي النفس الشروط

التالية:⁴⁴

40 - الجرجاني، علي بن محمد بن الزين الشريف، مرجع سابق، ص90 .

41 - الزرقاني، عبد الباقي، مرجع سابق، ص110 .

42 - الجرجاني، علي بن محمد بن الزين الشريف، مرجع سابق، ص91 .

43 - أبو بكر الرازي، مختار الصحيح، دار الجيل، بيروت، دط، 2002، ص221.

- أن يكون المقر بالنسب بالغاً، عاقلاً، فلا يصح إقرار الصغير، ولا المجنون، لعدم الاعتداد بقولهم لقصورهم عن حد التكليف.
- أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر، وذلك بأن يولد مثله لمثله، فلو أقر من عمره عشرون ببنوة من عمره خمسة عشر لم يقبل إقراره، لاستحالة ذلك عادة .
- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأن معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه السابق بحال من الأحوال .
- ألا يكذب المقر له المقر، إن كان أهلاً لقبول قوله، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ ولا يثبت به النسب .
- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا، فإن صرح بذلك فإنه لا يقبل إقراره.
- القيافة هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والقيافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب، إنما تستعمل عند عدم الفراش، والبينة، وحال الاشتباه في نسب المولود لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب لقول النبي صلي الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر).
- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه غير فليس أحدهما أولي من الآخر بمجرد الدعوى ، فلا بد من مرجح لأحدهما فإن لم يكن فإنه يعرض على القيافة، فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار.
- فإذا توفرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر، وثبت بمقتضي ذلك جميع الأحكام المتعلقة بالنسب، فإن كان الإقرار بالنسب فيه تحميل للنسب علي الغير، كالإقرار بأخ له ونحوه، فإنه يشترط لصحة ثبوت النسب إضافة إلى الشروط المتقدمة ما يأتي :
- اتفاق جميع الورثة علي الإقرار بالنسب المذكور.

44 - عبد الرزاق السنهوري، للوسيط فيشرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بالوجه العام لإثبات و آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ط، 1982، ص 311 .

أن يكون الملحق به النسب ميتاً، لأنه إذا كان حياً فلا بد من إقراره بنفسه .
أن لا يكون الملحق به النسب قد أنتفي من المقر له في حياته بالعان.⁴⁵

ثالثاً : البينة

ويقصد بالبينة الشهادة، فإن النسب يثبت لمدعيه بناء علي شهادة العدول بصحة ما ادعاه وقد أجمع العلماء علي أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عادلين⁴⁶ ، واختلفوا في إثباته بغير ذلك: كشهادة رجل وامرأتين، أو شهادة أربعة نساء عادلات، أو شهادة رجل ويمين المدعي، حيث قال بكل حالة من هذه الحالات طائفة من العلماء.⁴⁷
غير أن جمهور الفقهاء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة قالوا: بأنه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عادلين.⁴⁸

رابعاً: القيافة

والتنازع عليه ، فيعرض علي القيافة، ومن ألحقته به القيافة من المتنازعين نسبه، ألحق به⁴⁹

وقد اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بما علي قولين مشهورين:⁵⁰

القول الأول: أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب، وهذا رأي الحنفية.

القول الثاني: اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه وبه قال جمهور الفقهاء في

أولاد الإمام في المشهور من مذهبهم، وقيل: في أولاد الحرائر أيضاً.⁵¹

45 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص312 .

46 - مابنو الجيلاني، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة أبو بكر، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015، ص20 .

47 - مرجع نفسه، ص20 .

48 - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دب، ط2، 1959 ص281-284 .

49 - ابن المنظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص295 .

50 - الحاج لعربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الزواج والطلاق، ج1، د.ط.د.ت، ص 291.

51 - احمد عبد الجيد حسيني، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، جامعة الأزهر كلية الشريعة و القانون ، القاهرة، د.ت، ص38 .

قال العلامة بن القيم رحمه الله في بيان حجية العمل بالقيافة في إثبات النسب وقد دل عليها سنة رسول الله وعمل خلفائه الراشدين، والصحابة من بعدهم، منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبو موسى الأشعري، وابن عباس، وأنس بن مالك رضي الله عنه، ولا مخالف لهم في الصحابة، وقال بها من التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، والزهري، وإياس بن معاوية، وقتادة وكعب بن سور ومن تابعي التابعين أليس بن سعد ومالك بن أنس وأصحابه ومن بعدهم الشافعي وأصحابه، وأحمد وأصحابه، وإسحاق وأبو ثور، وأهل الظاهر كلهم، وبالجملة فهذا قول جمهور الأئمة، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة وأصحابه وقالوا العمل بها تعويل علي مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجانب، وينتفي بين الأقارب.⁵²

وقد ذهب أكثر القائلين بالحكم بالقيافة إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد والحكم بإثبات النسب بناء علي قوله، بينما ذهب آخرون إلي أنه لا يقبل في ذلك أقل من اثنين، ومبني الخلاف في ذلك علي اعتبار القائف هل هو شاهد، أو مخبر، فمن قال بالأول أشترط اثنين، ومن قال بالثاني أكتفي بواحد، وقيل مبني الخلاف على أن القائف هل هو شاهد أو حاكم⁵³؟ رأي الباجي: (وجه القول الأول: أن هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي، ووجه القول الثاني انه يختص بسماعه، والحكم به، الحكام، فلم يجز في ذلك أقل من اثنين.⁵⁴

وأيضاً في الإنصاف: (وهذا الخلاف مبني عند كثير من الأصحاب علي أنه هل هو شاهد أو حاكم؟ فإن قلنا هو شاهد اعتبرنا العدد، وإن قلنا هو حاكم: فلا وقالت طائفة من الأصحاب: هذا خلاف مبني علي أنه شاهد، أو مخبر، فإن جعلناه شاهداً اعتبرنا العدد، وإن جعلناه مخبراً لم نعتبر العدد، كالخبر في الأمور الدنيوية.⁵⁵

⁵² - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، بيروت، ط2002، ص 1، ص 36.

⁵³ - محمد سمارة، مرجع سابق، ص 36.

⁵⁴ - الحاج لعربي، مرجع سابق، ص 291.

⁵⁵ - سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012، ص 131.

هذا وإن لم تتفق القافة علي إلحاق المجهول نسبه بأحد المدعيين ، فإن قولها يسقط لتعارضها، كالبينتين إذا تعارضتا تساقطتا، إلا في حالة واحدة وهي أن يتفق اثنين من القيافة علي إلحاقه بشخص، ويخالفهما قائف واحد، فإنه لا يلتفت إلي قوله، ويؤخذ بقول الاثنين لأنهما كالشاهدين، فقولهما أقوى من قول الواحد.

أما ما عدا ذلك من حالات الاختلاف كأن يعارض قول اثنين قول اثنين آخرين، أو قول ثلاثة فإن قول القيافة يسقط في هذه الحالات كلها، وهذا رأي الحنابلة.⁵⁶

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية

تطرق المشرع الجزائري في المادة 40 من ق. أ. ج هي فقرتها الثانية إلى أنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات و هذا جاء نظرا للتطور و التقدم الذي شهده مجال الاكتشافات العلمية و التي تعد دلائل قوية يقارب البعض منها حد القطعية في الإثبات عموما و إثبات النصب خصوصا.

أولاً: فصائل الدم ABO

1/ تعريف فصائل الدم ABO

أ- لغة: الدم من الأخلاط و آدميته و دميته تدمية إذا ضربته حتى خرج منه⁵⁷

ب- اصطلاحاً: هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين و أوردة و شعيرات دموية و المصنع الأساسي للدم هو نقي العظام الذي ينتج ثمانية ملايين خلية ثانية و يتكون من جزئين رئيسيين هما بلازما الدم و خلايا الدم.⁵⁸

2/ دلالة تحليل فصائل الدم في إثبات النسب: لقد أثبت العلم بصفة قاطعة أن فصيلة دم الابن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه و أمه سواء كان الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين

⁵⁶ - محمد سمارة ، مرجع سابق، ص 37

⁵⁷ - زيري بن فويدر النسب في ظل التطور العلمي والقانوني دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق و العلوم السياسية 2011-2012، ص 243

⁵⁸ - عباس العبيودي، الحججة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني الدار العلمية الدولية عمان الأردن، ط1، 2002، ص 14

مختلفتين فكل إنسان يرث صفاته من أبيه و أمه من صفة، و استثناء لهذه القاعدة الوراثية الثابتة فإن فصيلة الدم الابن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين؛ فإذا عرفت فصيلة دم كل من الأب و الأم معرفة فصيلة دم الابن وكذلك إذا وجدت فصيلة دم الابن و فصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب.⁵⁹

أما إذا كان المولود يحمل فصيلة الدم A أو B أو AB فنقول بأنه من الممكن أن يكون هذا المولود لهذه العائلة و لا نقطع بأنه ينسب لهم على سبيل اللزوم و ذلك لأنه من الممكن أن يكون لعائلة ثانية تحمل نفس فصائل الدم هذين الأبوين، و من خلال المثال السابق يتضح أن فصيلة الدم يستعان بها في نفي النسب لا في إثباته.

إن كل إنسان يرث صفاته من أبيه أو أمه منصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين فهي حالة توافق الفصائل بين الطفل و مدعيه فإن هذا ليس قطعياً في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم.⁶⁰

ثانياً: البصمة الوراثية

البصمة الوراثية هي مركب وصفي ولكي نتعرف على معناه لا بد من تعريف البصمة و من ثم تعريف الوراثية.

1/ تعريف البصمة:

أ- لغة: وهي مشتقة من البصم و هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر يقال ما فارقتك شبرا و لا فترا و لا عتبا و لا رتبا و لا بصما ورجل ذو بصم أي غيظ البصم و البصمة أثر الختم بالإصبع.⁶¹

⁵⁹ - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العملية المعاصرة، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، سنة 2000، ص 259 .

⁶⁰ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 411.

⁶¹ - حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2010، ص 19 .

الوراثة: من مصدر ورت أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثة بكسر الكل و تنفي الانتقال و البقاء، و أورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له وورث المال أي صار إليه بعد موت مورثه.⁶²

ب/ اصطلاحا: البصمة الوراثية هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هو يتهم بدقة و تميزهم عن غيرهم فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه و التي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه.⁶³

البصمة الوراثية و هي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي و التحقق من الشخصية و لا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره بل لا يتشابه حتى في أصابع الشخص الواحد و هي التي تحدد هوية الشخص عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض المعروف بأي دي أن ADN وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه و أمه في خليته الجينية.⁶⁴

2/ دور البصمة الوراثية في إثبات النسب : يثبت في قانون الأسرة الجزائري بالفراش الناتج عن عقد زواج صحيح أو زواج فاسد و كذا بالإقرار و البينة و هذا ما وفق للمواد 32-33-34 و 40 من قانون الأسرة الجزائري كما أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب وفقا للتعديلات التشريعية الأخيرة مادة 2/40 المضافة عام 2005.

من ثم فإنه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 1/40 من قانون الأسرة الجزائري، كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لإبطال الأبوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها و بالإضافة إلى هذا

⁶² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 680.

⁶³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 ص 663 .

⁶⁴ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 663.

فإن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقا للمادة 41 قانون الأسرة الجزائري .⁶⁵

و قد كان الاعتماد في الفقه الإسلامي في مسألة ثبوت النسب على ما يسمى بالقيافة بأن يعرض الولد المتنازع عليه على القائف الذي يحسن الشبه في حالة تعذر الإقرار أو الشهادة و في العصر الحاضر تم اكتشاف العلامة الوراثية عن طريق تحليل الدم المخبرية و فحوصات بصمة الحمض النووي و هي من الوسائل العلمية الدقيقة في مجال إثبات النسب فإن اللجوء

إلى الطرق العلمية و التي منها فحص الدم و بصمة الحمض النووي ADN

إن تحليل البصمة الوراثية تقوم أساس على معرفة الشبه بين الولد ووالديه و لكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحمض النووي ADN فهي نوع من القيافة لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة و إن تميزت البصمة الوراثية بنتائجها البيولوجية البينية و الدقيقة في المختبرات المعتمدة.

ثالثا: التلقيح الاصطناعي

هذا المصطلح مركب و لكي نعرف معناه لابد أن نعرف التلقيح أولا ثم الصناعي.

1/ تعريف التلقيح الاصطناعي

أ- لغة: هذا المصطلح يتكون من كلمتين هما التلقيح و الاصطناعي.

- التلقيح: لقحت لقحا، واللقاح اسم ماء الفحل من الإبل والخيل القح الفحل الناقة القاحا و لقاحا و الملقوحة ما لقحته في من الفحل و اللقاح التي تحمل الندى ثم تمحيه في السحاب و اللقاح اسم ما أخذ من القحال ليست في الآخر وجاء ناز من اللقاح أي

⁶⁵ - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 05

التلقيح⁶⁶ الاصطناعي: صنع صنعه مصنعا فهو مصنوع و صنع أي عمله و اصطنعه أي اتخذه و الاصطناعي هي افتعال من الصنعة و هي الكرامة و العطية و الإحسان .⁶⁷

ب- اصطلاحا: عرف التلقيح الاصطناعي بعدة تعريفات من بين هذه التعريفات هو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب و الإنجاب ، ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوج و الزوجة؛ و إنما يحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك و يلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم و كتدبير مساعد للحصول على الولد والأولاد الذين يولدون بهذه الطريقة يعرفون أو يسمون أطفال الأنابيب باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمني الرجل يتم داخل الأنابيب .⁶⁸

2/ إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي: ينسب الجنين إلى أمه وأبيه بعد ولادته و ذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة للمعاشرة الجنسية الطبيعية، لكن في التلقيح الاصطناعي يمكن للزوجة أن تأتي بولد بغير هذه المعاشرة مما يثير الكثير من المشاكل في تحديد نسب المولود إلى والديه.⁶⁹

و بصفة عامة فإن المجتمع الفقهي الإسلامي قرر أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين و يتبع الميراث و الحقوق الأخرى بثبوت النسب فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث و غيره من الأحكام و يحرم به ما يحرم من النسب.⁷⁰

خلاصة الفصل:

⁶⁶ - ابن منظور ، مرجع سابق، ص 4057-5058

⁶⁷ - ابن منظور، مرجع سابق، ص 2508 .

⁶⁸ - محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 406-407

⁶⁹ - بلحسان هواري، جواج أمينة التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مجلة القانون و التنمية المحلية، ص 146 .

المحلية، أدرار، الجزائر، م2، ع2، جوان 2020، ص 146 .

⁷⁰ - مرجع نفسه، ص 146 .

الأسرة هي الدعامة الأساسية للمجتمع، ولحماية المجتمع من الفساد يتوجب حماية الأسرة واثبات النسب هو أساس حمايتها لذلك توجب التنويه بالمجهودات المبذولة من قبل المشرع وكذا الفقهاء القانونيين والشرعيين التي بذلوها لضمان حماية شرعية للأنساب والحد من اختلاطها، ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية كانت السبّاقة إلى وضع مسألة النسب في إطار شرعي صحيح، وكذلك المشرع الجزائري قد قام بمجهود كبير سعياً منه للحفاظ على الأنساب من الضياع.



الفصل الثاني:

اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب

تمهيد :

يعتبر النسب حق من حقوق الله عز وجل قبل أن يكون حق من حقوق عباده؛ ذلك أنه تترتب عليه آثار تمس بكيان الأسرة ووجودها من نسب ومصاهرة وميراث وغيرها، لذلك خصه الله عز وجل بحدود وقيود حتى لا يكون عرضة للتلاعب، كما أن المشرع الجزائري هو الآخر تناول أحكام النسب في قانون الأسرة ولكن مع كثرة المفاصد وتدني الأخلاق في المجتمع باتت جريمة الزنا والاعتصاب منتشرة كثيرا في المجتمع الجزائري مما نتج عن ذلك أطفال بدون نسب. وهذا ما جعل المحكمة العليا تجتهد في هذه القضايا مستندة على القاعدة الفقهية التي تقضي بإحياء الولد، ولكن اجتهداها هذا هنالك من رأى فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنسب والتي تقضي بأن النسب لا يكون إلا في إطار الزواج الشرعي، وهنالك من رأى فيها عدم مخالفة لأحكام النسب مستنديين على بعض الأحكام لفقهاء الشريعة الإسلامية الذين اجتهدوا في معالجة هذه المسائل.

سنتناول في هذا الفصل مبحثين الأول سنتطرق فيه إلى اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الشرعية و المبحث الثاني اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الغير شرعية.

المبحث الأول: اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الشرعية

أقر المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة على كيفية إثبات النسب، إلا أنه أغفل بعض المفاهيم مثلما هو موجود في المادة 40 بقوله أنه " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، عرفنا فيما سبق مفهوم الطرق العلمية إلا أنه لم يوضح متى نعتمد الطرق العلمية الحديثة ومتى يتم اللجوء إلى الطرق التقليدية كالإقرار، هناك عدة مسائل تحتاج إلى شرح وتفسير وهذا ما نجده في بعض الاجتهادات القضائية، زد على ذلك أننا لم نطرح مسائل اعتمدها المشرع في الإثبات بهذه الطرق وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث،

حيث سنتناول في هذا المبحث مطلبين الأول سنتطرق فيه إلى اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب بالطرق التقليدية، والمطلب الثاني سيتضمن اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب بالطرق الحديثة .

المطلب الأول: اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب بالطرق التقليدية

من آثار الزواج هو إثبات نسب المولود إلى والده، وبما أن نسب الولد ثابت لأمه بسبب الحمل والولادة المعلومة فإن نسبه إلى أبيه ليس كذلك، ومنعا لاختلاط الأنساب فإنه لا يمكن الحديث عن وجود نسب إلا إذا كان هناك زواج صحيح أو نكاح شبهة أو نكاح فاسد.

● اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب بالزواج الصحيح

إن أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الأنساب، فقد حرص الشارع الحكيم والتشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري على ذلك لما له من أهمية في حماية المجتمع وتماسكه , حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة الغير

شرعية بين الرجل والمرأة زواجا. ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.⁷¹

نستخلص أن الزواج مادام قائما فإن النسب يثبت به متى توفر الشروط اللازمة لذلك ، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدت الأم في مدة مخصصة تبعا لنوع الفرقة التي يترب عليها الانفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة وعدم وجوبها.⁷²

- الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة على أساس عقد الزواج الصحيح:
و على هذا الأساس فإن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي و هذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها: " من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد ...".⁷³
- إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين:

وهذا ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا في إحدى قراراتها: " حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته و هي في بيت خالها بوهران حسب ما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود"⁷⁴

إن العقد في الزواج الصحيح هو السبب في ثبوت نسب الولد المولود خلال الحياة الزوجية.

لكن هل يكفي ذلك فقط؟ بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة فإن من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه أن يكون التلاقي بين الزوج و زوجته ممكنا و هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية و المالكية و الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن الفراش في الزوجية

⁷¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 34137، مؤرخ في، 1984/10/08 ، مجلة المحكمة العليا، العدد4، 2010، ص 79.

⁷² - د. أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الاسلام، الطلاق- وحقوق الأولاد ونفقة الأقراب ، د ط ، 1991، ص202.

⁷³ . المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ: 1984/11/19 ملف رقم: 34046 - المجلة القضائية 1990 - العدد الأول، ص 67.

⁷⁴ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ: 1986/02/24 ملف رقم: 39473 - المجلة القضائية 1990 - العدد الأول، ص 67.

إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول بالزوجة، فلو تزوج مشرقي بمغربية و ثبت أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه.⁷⁵

و ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط ذلك فقالوا إنّ مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى لأنّ الاتصال لا يطّلع عليه بخلاف العقد.⁷⁶

و هذا حفاظا على الولد من الضياع، فبتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسب الولد لأبيه. و قد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم إلى اشتراط الدخول المحقق لإلحاق النسب إلى الزوج لأنّ المرأة عنده لا تصير فراشا إلاّ إذا إفترشها زوجها و الإفتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق.⁷⁷

و نلاحظ أن المشرع الجزائري بإتباعه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجة يتّفق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق و المعقول، و عليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فإنّ هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا و قانونا إذا كان الإتصال بين الزوجين ممكنا، أما إذا إستحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه.

● ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها:

أقل مدة الحمل:

⁷⁵المستشار أحمد نصر الجندي - النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، طبعة 2003 ، ص 39.

⁷⁶د. أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، طبعة 1991، ص 200

⁷⁷المستشار أحمد نصر الجندي - المرجع السابق ص 41.

إنفق الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوما و هو موقف المشرع الجزائري أيضا في المادة 48 من قانون الأسرة و الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها من المقرر قانون : " أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و متى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا و شرعا هي متوفرة "

و حسب المادة 42 فيما يخص أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين و يولد بعدها حيّا مستنبط من قوله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف: " و صينا الإنسان بوالديه إحسانا، حملته أمه كرها و وضعت كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهرا ... " و قوله جلّ شأنه: " و وصينا الإنسان بوالديه، حملته أمه وهنا على وهن و فصاله في عامين .. " الآية 14 من سورة لقمان فقد قدرت الآية الأولى للحمل و الفصل ثلاثين شهرا و قدرت الثانية للفصال عامين و بإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر و هو تقدير العليم الخبير. و على هذا الأساس فإذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج .⁷⁸

أقصى مدة الحمل: لم يرد بشأن ذلك نص في القرآن الكريم و لا في السنة الصحيحة و اختلف في ذلك الفقهاء اختلفا كبيرا على عدة أقوال:

- أنها سنتان و هو رأي الحنفية و مستند هذا الرأي ما روي من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل".

أي أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين و لو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ضل عمود المغزل.

- ذهب الشافعية و المالكية في القول المشهور عندهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات و في قول آخر أنها خمس سنوات و هناك من يزيد على ذلك.

⁷⁸ محمد محي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1984 ص 357.

-تسعة أشهر و هو رأي الظاهرية و حجّتهم ما روي من قول عمر رضي الله تعالى عنه: "أيما رجل طلق إمرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها(2).

بينما المشرع الجزائري فقد حدّدها بعشرة أشهر كما جاء في المادة 42 من قانون الأسرة. و الطّب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكنه في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا. أما عن حساب أقل و أقصى مدتي الحمل فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج و إمكانية الإتصال بين الزوجين معا.

● اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب بالإقرار

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة الإقرار، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 على أنه: " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعمقة بهذه الواقعة " .⁷⁹ ويجد موقعه من بين طرق إثبات النسب عامة في المادة 40 من قانون الأسرة، وبصفة خاصة في المادتين 44 و 45 منه.⁸⁰

حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: " من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة... الخ "⁸¹. إن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

⁷⁹ - الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم الصادر بالجريدة الرسمية ع 78.

⁸⁰ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 15.

⁸¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 202430، مؤرخ في، 15/12/1998، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2010، ص 245.

الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبقان على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 42 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر و يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.⁸²

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق ، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فأنهم خالفوا الشرع و القانون و عرضوا قراراتهم للقصور في التسبيب .

● اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب بالبينة

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا و قانونا بإتفاق العلماء، كما ذكر ذلك ابن القيم، حيث قال: "فأما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش و الإستلحاق و البينة و القافة فالثلاثة الأولى متفق عليها..."⁽²⁾.

و البينة لغة من التبين بمعنى الوضوح أي الدليل و الحجة، أما معناها الشرعي فقد عرفها علماء الدين الطرابلسي بأنها "إسم لكل ما يبين الحق و يظهره و سمى النبي صلى الله عليه و سلم "الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم و إرتفاع الإشكال بشهادتهم" و ذهب الحنفية و جمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق و يظهر.⁸³

⁸² - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 388.

⁸³ - خليفة علي الكعبي - البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية - دار الجامعة الجديدة للنشر ص 179

و قد أورد المشرع الجزائري البيّنة في المادة 40 من قانون الأسرة و إعتبرها إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن المولود هو ابنه الصّلي. و لكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 بموجب الأمر 02/05 البيّنة في مجال إثبات النسب مما يفهم منه أن المشرع يقصد بالبيّنة المعنى الخاص، أي شهادة الشهود.

حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبيّنة و بنكاح الشبهة".⁸⁴

و على هذا الأساس يثبت النسب بالبيّنة الشرعية التي يقيمها المدعي، فمثلا لو ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أنه عمّه و أنكر المدعى عليه هذا الحق⁸⁵ فلجأ المدعي إلى إثبات دعواه بالبيّنة قبلت منه دعواه، و حكم له بثبوت النسب و بالتالي تترتب على ذلك كل الآثار الشرعية لهذا النسب و إذا كانت دعوى النسب بالأبوة أو البتوة حال حياة الأب أو الإبن المدعى عليه تسمع الدعوى و لو كانت مجردة من أي حق آخر، كالإرث و النفقة لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد لذاته و إن كانت دعوى النسب بما ذكر، بعد وفاة الإبن أو الأب المدعي الإنتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البتوة و الأبوة كالأخوة و العمومة أي سواء كانت الدعوى حال حياة المدعي الإنتساب إليه أو بعد وفاته، فإن الدعوى لا تسمع شرعا إلا في ضمن دعوى لحق آخر لأن النسب حينئذ غير مقصود لذاته بالدعوى و إنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة و الإرث، فيجب على المدعي بالحق المقصود له بالذات و في ضمنه النسب حتى إذا ما ثبت الحق المدعى قصدا ثبت النسب ضمنا.

- 3: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 74712، مؤرخ في، 1998/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2022، ط 84

- 85 د. محمد نبيل سعد الشاذلي - المرجع السابق ص 354.

أما فيما يخص نصاب البيّنة فقد اختلف الفقهاء فيها على عدة أقوال إلا أن الرأي الأرجح هو قول أهل الحنفية الذين إشتروا شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل و إمرأتين لقوله تعالى: "... فإن لم يكونا رجلين فرجل و إمرأتان ... " [البقرة الآية 282].

أما إذا اختلف الزوج مع زوجته في الولادة أو المولود، بأن ادّعت الولادة في وقت معين و أنكر هو حدوثها أو يكون الولد هو نفسه الذي ولدته⁸⁶، فهل يمكن للزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة المرأة التي حضرت الولادة فقط؟

بما أن الولادة واقعة مادية و لا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات، و يقل أن يحضر الرجال أو عدد من النساء الولادة و على هذا الأساس فإنه يكتفي بشهادة القابلة أو شهادة الطبيب الذي باشر ولادتها. و هو ما ذهب إليه الحنابلة و الحنفية أما المالكية فإشتروا شهادة أربعة نساء ليكون نصاب الشهادة كاملا، و في القانون الجزائري فقد نصت المادة 62 من قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 19/02/1970 على ما يلي:

"يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا فالأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها، فالشخص الذي ولدت الأم عنده". و ما تجدر الإشارة إليه أنه إذا أثبتت الولادة بهذا الطريق، نسب الولد إلى الزوج و ذلك بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، بعد أن يحمل إسم و لقب والده.⁸⁷

المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب بالطرق الحديثة

تطرق المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية إلى انه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، ولقد تنوعت هذه الطرق سواء كانت لإثبات النسب

⁸⁶ - نشرة الفضاة - العدد 47 - مديرية البحث، طبعة 1995 ص 121.

- ⁸⁷د. بالحاج العربي - المرجع السابق ص 199.

لفصائل الدم أو البصمة الوراثية والتي تعد من أهم الوسائل العلمية الدقيقة في نتائجها لمعرفة نسب الولد و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع .

● اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر وهي حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا لإثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية، و هي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي و التحقق من الشخصية و لا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره بل لا يتشابه حتى في أصابع الشخص الواحد و هي التي تحدد هوية الشخص عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض المعروف بأي دي أن ADN وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه و أمه في خليته الجينية .

الفرع الثاني : دور اجتهادات المحكمة العليا في نفي النسب بالبصمة الوراثية

تعد البصمة الوراثية أداة دقيقة للغاية لنفي النسب، ولكن عادة ما يتم استخدامها في حالات النزاع أو الشك، حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها مايلي: " القضاء بتعيين خبرة طبية، قصد تحليل الدم، للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا، تجاوز للسلطة " .⁸⁸

نستخلص من هذا المبدأ أن القضاة تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية هو قول في محله، لكون المادة 222 تحيل القاضي عند انعدام الحل في قانون الأسرة إلى وجوب تطبيق أحكام الشريعة حتى وإن كان هذا التطبيق لا يوصلنا إلى الحقيقة وحتى لو كان مخالفا للعقل والمنطق السليم، فالقاضي مقيد بذلك النص، وللجو إلى الخبرة الطبية ولو كان حكما عادلا ومنصف وموصلا إلى اليقين إلا أنه مخالفا لقانون الأسرة ويعد ابتكارا للتشريع وخروجا من القاضي عن مهنته المتمثلة في تطبيق القانون وليس خلقه .⁸⁹

⁸⁸ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 222674، مؤرخ في، 15/06/1999، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 88.

⁸⁹ د.حسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، الجزء الأول، 2006، ص، 122.

المبحث الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب في حالة العلاقات الغير شرعية

إن المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية، لذا شرع الله النكاح حتى لا يكون الاختلاط، فإذا كان نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية أو غير الشرعية، و ثبت النسب منها كان لازماً ولا يمكن نفيه.

نتحدث في هذا المبحث عن قرارات المحكمة العليا لإثبات النسب حال العلاقات الغير شرعية للأطفال المولودين خارج إطار الزواج، يتضمن مطلبين حيث يتناول المطلب الأول الاغتصاب أما المطلب الثاني يتناول الزنا.

المطلب الأول: اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب الأطفال المولودين نتيجة الاغتصاب

يعتبر الاغتصاب بأنه كل فعل للإيلاج الجنسي مهما كانت طبيعته يرتكب على الغير باستخدام العنف، والإكرام و التهديد والمباغاة.

الاغتصاب هو الفعل المنصوص و المعاقب عليه في المادة 336 من قانون العقوبات جزائري.

حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها في مجال العلاقات الغير الشرعية في قضايا الاغتصاب ما يلي: " الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطء بالإكراه، ويكيف بأنه نكاح شبهة، يثبت به النسب⁹⁰."

أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

⁹⁰ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 35087، مؤرخ في، 1982/01/06، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 86.

حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب.⁹¹

المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب الأطفال المولودين نتيجة الزنا

سوف نتناول فيه اجتهادات المحكمة العليا في الإثبات النسب الأطفال المولودين نتيجة الزنا .

حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بخصوص الزنا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي-64 - يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه"⁹².

من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن الولد للفراش وأن النسب يثبت للفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح والفقهاء رتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت النسب وحددوا ستة أشهر أقل مدة للحمل.

أن المدعي ينفي النسب لما اثبت أن ميلاد البنت وقع بعد مضي شهرين فقط من الزواج قد برر طلبه بناء على القاعدة الفقهية بأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأن المجلس لما استجاب لطلبه لم يخالف قواعد الإثبات لأن يمين اللعان غير واجب في هذه الحالة.

⁹¹ - مجلة المحكمة، غرفة الأحوال الشخصية، 2012، ع1، ص294

⁹² - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 35087، مؤرخ في، 1982/01/06، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 86.

● اجتهادات القضاة في نفي النسب باللعان

و يكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه و لم يكن له بيّنة على دعواه .

ومن اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال اللعان ما يلي: " أقل مدة الحمل هي ستة أشهر الولد ينسب لأبيه، متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق الشرعية. يمكن نفي النسب، عن طريق اللعان، في أجل لا يتجاوز 8 أيام من يوم العلم بالحمل⁹³. " إن واقعة نفي الولد لا يمكن أن يرد عليها يمين أو شهادة الزوج على سبيل القطع أو البث ومن هنا يتضح لنا أهمية البصمة الوراثية فإذا جاءت نتيجة الفحص تؤكد على انتفاء النسب فلا توجد أصلاً مشكلة حيث يصبح اللعان سبباً موجباً للفرقة، وذلك إذا استجمعت الخبرة القضائية شروطها.

أما إذا علم من تلك النتائج أن الولد منه فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي الولد، وإنما يمكن اللعان كإجراء شرعي لدرء الحد عن الزوجين وللتفريق بينهما لأن الزوج لا ربما قد يكون متأكداً من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقه إجراء اللعان دون نفي الولد.⁹⁴

يقصد بقاعدة الولد للفراس من الناحية الاصطلاحية الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة أو كون المرأة معدة للولادة من رجل معين، ولا يكون ذلك عادة بالزواج الصحيح أو ما ألحقه به المشرع استثناءً كالنكاح الفاسد أو الوطء عن طريق الشبهة. لا يكفي لكي يلحق النسب بالزواج لدى جمهور الفقهاء أن يكون هناك عقد زواج يربط بينه وبين زوجته وإنما لابد من تحقق مدة الحمل المفروضة شرعاً وهي:

⁹³ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 172379، مؤرخ في، 1973/10/28، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 86.

⁹⁴ - ادريس الفاخوري، مرجع سابق، ص47.

أن يولد الولد داخل ستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا، باستثناء الزواج المجمع فساده فهذا الأخير لا يثبت فيه النسب وكذلك المختلف في فساده مع وجود نية سيئة وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة- باب النسب- في عدة مناسبات إذ جاء في أحد قراراته: "الولد للفراش متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج وهي أدنى مدة الحمل".

أن يزداد الولد خلال سنة من الفراق كيفما كان سبب ذلك الفراق طلاق أم وفاة أم فسخوا الفراش بذلك متى استوفى الشروط، يعد قرينة قانونية قاطعة على إثبات نسب الأولاد المزدادين خلاله إلى أبيهم فهي بذلك غير قابلة لإثبات العكس بأية وسيلة من وسائل الإثبات إلا عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة طبية تفيد القطع إذا استجمعت شروطها المحددة قانونا.

جاء في الحديث، عن أبي ذر، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: " ليس من رجل ادعى لغير أبيه، وهو يعلمه إلا كفر ". ومعنى الحديث أنه حين يلاعن الزوج زوجته هو بذلك ينفي نسب هذا الطفل، غير أن هذا الطفل له فرصة أمام المجتمع لغياب دليل ثابت، أما لو نفته البصمة الوراثية فقد حكمنا على هذا الطفل بالدمار، ولم يعد أمامه أي فرصة لرفع رأسه أمام الأفراد في شخص مثله.⁹⁵

و من المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. و من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر و أن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة و وزن الولد و اللعان الذي لم يتوفر شروطه و الذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق".

● موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من اللعان

⁹⁵ - يوسف وهابي، تحليل البصمة الوراثية ودورها في إثبات أو نفي النسب، قراءة في مواقف القضاء والتشريع (مدونة الأسرة)، دراسة مقارنة، مجلة الملف، العدد 2006، 8، ص 14.

إن الاجتهاد القضائي الجزائري و متى تم اللعان بالشروط السابق ذكرها يلحق نسب الولد بأمه و لا يعتبر ابنا للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة و الإرث، أما فيما يتعلق بحقوق الله عزّ وجلّ يعامل و كأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته و لا تجوز شهادة أحدهما للآخر إضافة إلى المحرمية بينه و بين أولاده لاحتمال أن يكون ابنه لوجود الفراش كما لا يعدّ مجهول نسب، فلا يصح أن يدّعيه

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان و يمكن تلخيص آرائهم على النحو الآتي:

الفريق الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان فقط و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان.⁹⁶

الفريق الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان و الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينية، فإن أثبتت أن الولد ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان.⁹⁷

⁹⁶ - د. سعد الدين مسعد الهلالي ، البصمة الوراثية و علاقتها الشرعية ، مجلس النشر العلمي ، مكتبة ، الكويت الوطنية، الطبعة الأولى 2001 ،ص351

⁹⁷ - خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، 2002. ص 301.

خلاصة الفصل

تعد رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية لذلك اهتم بها الإسلام وكذلك فعل المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة حينما أكد على ثبوت النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد والبيئة (الشهادة) والإقرار والوطء بشبهة، وكذلك الطرق العلمية الحديثة والتلقيح الاصطناعي وحرمة التبني، وأكد على مدة الحمل.

ويمكن القول أن قضايا النسب هي قضايا ناجمة إما عن علاقات شرعية يحكمها عقد الزواج، كإنكار الزوج للنسب إما بادعاء عن حق أو من غير حق، وقد يكون سببها أن الزوج يريد الانتقام من زوجته بالتشهير بها أو قد يكون على جانب من الصواب، وبالتالي اتهامها بالزنا نفياً للنسب.



الخاتمة

الخاتمة

في ختام دراستنا تبين لنا إن الاجتهاد القضائي يلعب دورا كبيرا ومهما في مجال الأحوال الشخصية، فهذه المهمة الصعبة والثقيلة التي أحيطت بها قضاء المحكمة العليا ليست بالسهلة ولا اليسيرة بل هي صعبة نظرا للمسؤولية التي يتحملها هؤلاء القضاء إما في خلقهم لقواعد قانونية عند غياب النص القانوني وإما في تفسيرهم لنصوص الغامضة والمبهمه وإما في تكملتهم للنصوص الناقصة في قانون الأسرة.

ولما كان قانون الأسرة مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية والمتضمنة إما نصوصا قطعية لا يجوز الاجتهاد فيها وإما نصوصا ظنية يجوز الاجتهاد فيها، فإننا نهيى بقضاة المحكمة العليا أن لا يتأثروا بنوازل العصر التي كثرت لكثرة الفساد في هذا الزمن إذ أن النسب هو قبل أن يكون حقا للعباد هو حق لله عز وجل حيث يقول سبحانه وتعالى في سورة الفرقان الآية 54 " وهو الذي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " لذلك أرسى الله عز وجل أسسه على قواعد سليمة فقضى على التبني الذي كان سائدا في الجاهلية حيث قال عز وجل في سورة الأحزاب الآية 05 ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ "

كما أن النبي ﷺ جعل لثبوت النسب سببا واضحا وهو الزواج الشرعي حيث يقول ﷺ "الولد للفراس وللعاهر الحجر فيجب على قضاة المحكمة العليا أن يحترموا هذه الضوابط الشرعية وأن لا يتجاوزوها تحت تأثير اتفاقيات حقوق الإنسان التي انضمت إليها الجزائر ولاسيما اتفاقية سيداو لسنة 1976 والتي انضمت إليها الجزائر وصدقت عليها، فإلحاق ابن الزنا غير الشرعي بأبيه يعتبر خرق واضح لأحكام شريعتنا السمحاء التي كانت رحيمة بالأولاد مجهولي النسب أكثر من اتفاقيات حقوق الإنسان منذ زمن بعيد فشرعت نظام الكفالة الذي يجسد أسمى قواعد الرحمة الإنسانية.



قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولاً: المصادر:

- أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، الدار المصرية للتأليف، ط1، دت.
- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، الفروق، عالم الكتب، ج 1
- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دب، ط2، 1959
- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ، بيروت، 1992.
- ابن راشد القصفي، لباب اللباب، دار البحوث وإحياء التراث، ط1، بيروت، 2009 .
- ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت) مادة (قضى)، ج 15
- أبو بكر الرازي، مختار الصحيح، دار الجيل، بيروت، دط، 2002
- الإمام الفخر الرازي، التفسير الكبير، الجزء الخامس والسادس، دار إحياء التراث العربي، ط3، بدون سنة نشر.
- أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط دار الأمواج، بيروت، لبنان ، ط 2، 1410هـ، 1990م
- البهوتي، الروض المربع، ش الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به مُجَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997
- الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992.
- الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به مُجَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997
- سعدي أبو جيب، المعجم الفقهي، دار الفكر، دمشق - سورية، ط2، 1408هـ - 1988م
- الشافعي، مُجَّد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 1393هـ
- عبد الكريم زيدان، الوجيه في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، دط، 2004.
- العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، ج2، ط2، بيروت، لبنان، 2002.
- وهبه الزحيلي، الفقهاء الإسلاميين وأدلته، دار الفكر، ط2، دمشق سورية، 1405 هـ ، 1985م

ثانيا: المراجع

أ-الكتب

- أحمد الدردير ، الشرح الصغير - ومعه حاشية الصاوي- مطبعة الحلبي، مصر، 1952.
- أحمد بن مُجَّد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ط1، لبنان، 1987.
- أبو الفضل جمال الدين مُجَّد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب دار صادر، بيروت، دون سنة الطبع.
- البغاء مصطفى ديب الرحبية، في علم الفرائض بشرح سبط المارديني وحاشية العلامة البقري، دار القلم، دمشق الطبعة الثامنة، 1997.
- الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،اعتنى به مُجَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997
- الحاج لعربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الزواج والطلاق، ج1، دط، دت
- الحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013
- الحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، ديوان المطبوعات الجامعية 2014
- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 ، 2012
- سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز للنشر و التوزيع، ط1، المملكة العربية السعودية، 2008.
- الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 2006
- الزركلي، خير الدين، الأعلام، بيروت، دار الكتب العربي، ط1، 1983
- عباس قاسم مهدي الداوقوي، الاجتهاد القضائي (مفهومه، حالاته، نطاقه)، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2015.
- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية . دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، ط3، 2007
- مُجَّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية ، دار هومه، الجزائر ، ط16، 2008

- مُجَّد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، بيروت، ط1، 2002.
- عبد الرزاق السنهوري، للوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بالوجه العام لإثبات و آثار الالتزام، دار إحياء، التراث العربي، بيروت. ط، 1982
- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة الإسلامية بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 2008.
- ممدوح عزمي، الزواج العربي، أركانه، شروطه، آثاره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة
- محمود أحمد طه ، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية -دراسة مقارنة- ، منشأة المعارف بالإسكندرية- مصر،-، 2008
- لطفي، أحمد مُجَّد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006
- د.لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، الجزء الأول، 2006، ص، 122.
- خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، 2002. ص 301.
- ب- الرسائل الجامعية
- شفارة لخضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية دراسة القانونية، مذكرة نيل شهادة دكتوراه في قانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022-
- 2023.
- زيري بن قويدر النسب في ظل التطور العلمي والقانوني دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق و العلوم السياسية 2011-2012
- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، نيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة،-، 2008-2009.
- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العملية المعاصرة، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، سنة 2000
- ماينو الجيلاني، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة أبو بكر، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015.

ج-المجالات و الدوريات

- ادريس الفاخوري،نفي واثبات النسب بالتحليل الطبية-مقارنة شرعية قضائية وفقهية،المجلة المغربية القضائية للاقتصاد والقانون المقارن،عدد 4، 2003
 - بن صغير مراد،حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب- دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائر الحديثة مع الفقه الإسلامي- مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 9، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-2013
 - بلحسان هوارى، جواج أمينة التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري،مجلة القانون و التنمية المحلية، مخبر القانون و التنمية المحلية، أدرار، الجزائر،م2،ع2، جوان2020
 - سرمد أحمد جاسم السلماني، النظام القضائي والإداري في الإسلام، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، ع 30، 2010
 - عجالي بخالد،دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري،مجلة الفكر القانوني و الاقتصاد،المجلة 03، العدد2،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة بن خلدون تيارت،الجزائر، 2016
 - عاصم بن منصور بن مُجَّد أبا حسين،إثبات النسب بالبصمة بعد نفيه باللعان-دراسة فقهية،جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية-مجلة الجمعية الفقهية السعودية.
 - عبد الرحمان الموتي عبد الرحمان اللمتوني،الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، مجلة الملحق القضائي، عدد 46، ماي 2014
 - مسعود القاضي عبد الباسط ،الفراش كوسيلة من وسائل الإثبات في دعاوى النسب، مجلة القضاء، كردستان العراق، 2013
 - يوسف وهابي، تحليل البصمة الوراثي ودورها في إثبات أو نفي النسب،قراءة في مواقف القضاء والتشريع(مدونة الاسرة)-دراسة مقارنة-مجلة الملف،العدد2006،8،
- د-القوانين

- عدل القانون العضوي رقم 1/97 ،بموجب القانون العضوية رقم 13/1 المؤرخ 26/07/2011 الجريدة الرسمية عدد 43 سنة،2011
- قرار المحكمة العليا رقم : 605592، غرفة الأحوال الشخصية، 15/10/2009، مجلة المحكمة العليا، 2010، ع1.

- قرار المحكمة العليا رقم : 605592، غرفة الأحوال الشخصية، 15/10/2009، مجلة المحكمة العليا، 2011
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 34137، مؤرخ في، 1984/10/08 ، مجلة المحكمة العليا، العدد4، 2010، ص 79.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 202430، مؤرخ في، 1998/12/15 ، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2010، ص 245.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 222674، مؤرخ في، 1999/06/15 ، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 88.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 35087، مؤرخ في، 1982/01/06 ، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 86.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم : 172379، مؤرخ في، 1973/10/28 ، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2001، ص 86
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، الصادر بالجريدة الرسمية، ع15.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، الصادر بالجريدة الرسمية، ع15.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم الصادر بالجريدة الرسمية ع 78.



قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

1	إهداء
2	شكر و تقدير
3	قائمة المختصرات
2	الفصل الأول:
2	الاجتهاد القضائي في إثبات النسب
2	الفصل الثاني:
2	اجتهادات المحكمة العليا في إثبات النسب
41	قائمة المصادر و المراجع

ملخص

تعتبر النسب حق من حقوق الله عز وجل قبل أن يكون حق من حقوق عباده ذلك أنه تترتب عليه آثار تمس بكيان الأسرة ووجودها من نسب ومصاهرة وميراث وغيرها لذلك خصه الله عز وجل بحدود وقيود حتى لا يكون عرضة للتلاعب ، كما أن المشرع الجزائري هو الآخر تناول أحكام النسب في قانون الأسرة ولكن مع كثرة المفاصد وتدني الأخلاق في المجتمع باتت خطيئة الزنا والاعتصاب منتشرة كثيرا في المجتمع الجزائري مما نتج عنه أطفال بدون نسب مما جعل المحكمة العليا تجتهد في هذه القضايا مستندة على القاعدة الفقهية التي تقضي بإحياء الولد، ولكن اجتهادها هذا هنالك من رأى فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنسب والتي تقضي بأن النسب لا يكون إلا في إطار الزواج الشرعي وهنالك من رأى فيها عدم مخالفة لأحكام النسب مستندين على بعض الأحكام لفقهاء الشريعة الإسلامية الذين اجتهدوا في معالجة هذه المسائل.

الكلمات المفتاحية : النسب ، الزنا ، الاعتصاب ، نكاح الشبهة ، الاجتهاد القضائي

. Abstract:

Descent is considered a right of Almighty God before being one of the rights of His servants, because it has effects that affect the family entity and its existence of lineage, mixed marriages, d inheritance, etc. Therefore, Almighty God singled it out with restrictions and restrictions so that it is not subject to manipulation, just as the Algerian legislator also deals with the provisions Lineage in family law, but with the numerous evils and moral morals of society, the sin of adultery and rape became widespread in Algerian society, resulting in children without lineage, which prompted the Supreme Court to endeavor in these cases on the basis of the rule of jurisprudence that revives the boy Where there are jurists who agreed to her jurisprudence and there are those who opposed it .

Keywords: lineage, adultery, rape, Suspicion marriage, jurisprudence.