

قراءة لإجتهاديين قضائيين للمحكمة العليا في مجال النسب

A reading of the two jurisprudence of the Supreme Court in the field of lineage ط. د عبدلي أمينة⁽¹⁾

باحثة دكتوراه - مخبر النظام القانوني للعقود
والتصرفات في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة (الجزائر)

amina.abdelli@univ-dbk.m.dz

تاريخ النشر:	تاريخ القبول:	تاريخ الارسال:
05 أبريل 2020	29 فيفري 2020	16 جانفي 2020

المخلص:

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 الفساد وتدني الأخلاق في المجتمع باتت خطيئة الزنا والاختصاص منتشرة كثيرا في المجتمع الجزائري مما نتج عنه أطفال مجهولي النسب مما جعل المحكمة العليا تتجه في هذه القضايا مستندة على القاعد الفقهية التي تقضي بإحياء الولد، ولكن إجتهادها 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 مستنديا على بعض الأحكام لفقهاء الشريعة الإسلامية الذين اجتهدوا في معالجة هذه المسائل.

الكلمات المفتاحية: النسب، الزنا، الاختصاص، تكاح 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.



مقدمة :

الأولاد هم رجال اليوم والغد يعتمد عليهم استمرار النسل الإنساني والوجود لذلك أحاطتهم الشريعة الإسلامية ومن ورائها قانون الأسرة الجزائري باهتمام كبير فشرعت الكثير من الأحكام لهذا الطفل من الوقت الذي يكون فيه جنينا في بطن أمه إلى الوقت الذي يبلغ ويشب فيه، فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من العار وحصنته من كل الشبهات فأثبتت نسبه من والديه الذي يترتب على عقد زواج شرعي سواء أثناء قيامه أو بعد انحلاله، و بذلك يعتبر النسب أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله من أمه إذ هو رابطة مقدسة وصلة عظيمة تبنى عليها الأسر والمجتمعات لذلك لم تتركها لا الشريعة الإسلامية ولا قانون الأسرة الجزائري عرضة للعواطف والأهواء المريضة تهبها لن تشاء وتمنعها عن تشاء، لذلك تم إحاطتها بسياسات منيع يحميها وذلك يظهر جليا من خلال تصفحنا لأحكام النسب المنصوص عليه من الماد 40 إلى الماد 46 من الفصل الخامس المعنون بالنسب من الباب الأول المعنون بالزواج من الكتاب الأول المعنون بالزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم حيث نجد أن قواعده كلها أمره ومن النظام العام أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولما كان النسب ليس فقط حقا خالصا للوالدين والمولود بل حتى لله عز وجل لأنه يتضمن حرمات كلها لله عز وجل فقد تصدت المحكمة العليا في اجتهاداتها لكل ما يمكن أن يخل أو يمس بأحكامه سواء المنشئة له أو المثبتة له سواء المنصوص عليها في قانون الأسرة أو في أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن هذه الأخيرة تعتبر المصدر المادي لقانون الأسرة ذلك أن الماد 222 من قانون الأسرة تنص على أن كل ما لم يرد فيه النص في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والسماح.

والاجتهاد القضائي في مجال النسب له أهميه وخصوصيته فهو خير سلاح في يد القاضي يستعمله إما في حالة عدم وجود نص قانوني في قانون الأسرة يعالج المسألة المتنازع عليها وبذلك يجد القاضي نفسه أمام فراغ تشريعي وما عليه إلا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية للفصل في المسألة المتنازع عليها بمذاهبها المختلفة ذلك أن المشرع الجزائري لم يلزم القاضي بإتباع مذهب معين وقد أحسن صنعا بذلك وإما يستعمله القاضي ليكمل النص القانوني الناقص ويوضح النص القانوني الغامض والمجمل.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية : كيف تصدت المحكمة العليا للقضايا المثارة بشأن إثبات النسب في اجتهاداتها القضائية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج التحليلي غالبا مع الاستعانة بالمنهج الوصفي كما أننا سنتبع نسق منهجي من التعميم إلى التخصيص وبذلك سنقسم دراستنا هذه

إلى مبحثين حيث سنتناول في المبحث الأول الاجتهاد القضائي القاضي بتكليف الاغتصاب على أنه نكاح شبهة وبدوره هذا المبحث سنقسمه إلى ثلاث مطالب محاولين فيها التعرض في المطلب الأول إلى أنواع نكاح الشبهة وفي المطلب الثاني سنتعرض لحكم النسب في كل نوع منها أما المطلب الثالث فسنناقش فيه الاجتهاد القضائي الخاص بتكليف الاغتصاب على أنه نكاح شبهة بالنظر إلى المعطيات التي سنتطرق لها بالدراسة مسبقا، أما المبحث الثاني فسنخصصه للاجتهاد القضائي القاضي بإلحاق النسب المترتب عن علاقة غير شرعية استنادا للبيئة وبدوره هذا المبحث سنقسمه إلى ثلاث مطالب حيث سنتناول في المطلب الأول لمفهوم البيئة كوسيلة لإثبات النسب وفي المطلب الثاني سنتعرض لحكم نسب الابن الناتج عن علاقة غير شرعية في أحكام الشريعة الإسلامية أما المطلب الثالث فسنستعرض فيه لمناقشة اجتهاد المحكمة العليا الذي ألحق ابن العلاقة غير الشرعية بنسب أبيه استنادا للبيئة وهذا بالنظر للمعطيات التي سنتعرض إليها مسبقا.

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي القاضي بتكليف الاغتصاب على أنه نكاح شبهة

لقد نصت المادة 40 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري¹ على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، وأول ما نلاحظه على هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اخلط بين أسباب ثبوت النسب التي هي الزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول ووسائل إثبات النسب التي هي الإقرار أو البيئة أو الطرق العلمية إلا أننا لن نفصل القول في هذا الطرح لأنه ليس من صميم موضوع دراستنا فاكثفينا فقط بالإشارة إليه، وبالإطلاع على اجتهادات المحكمة العليا في مجال النسب وجدنا الاجتهاد القضائي التالي "المبدأ: الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب"، وهذا في القرار رقم 17374 الصادر بتاريخ 2011/05/12²، والمشرع الجزائري كما ذكرنا سائفا جعل من نكاح الشبهة سببا لنشأ النسب، وما أثار حيرتنا وانتباهنا هو هذا التكليف للاغتصاب على أنه نكاح شبهة وبما أن هذا الأخير لم يخصه المشرع الجزائري بنص خاص في قانون الأسرة فكان علينا أن نرجع بموجب المادة 222 من قانون الأسرة لأحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة التأصيل الشرعي والفقهية لنكاح الشبهة وهل أن الاغتصاب يعتبر نكاح شبهة في أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها.

أول ما يجب الإشارة إليه هو أن المصطلح الصحيح ليس نكاح الشبهة بل وطأ الشبهة، والمقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه³ ويعرف الوطء بشبهة على أنه الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح فهو ما لم يتيقن كونه حراما أو

حلالاً أو ما جهل تحليله أو تحريمه على الحقيقة، وسبب إضافة الشبهة للوطء هو أن كل دخول لا يخلو من أمرين في الشريعة الإسلامية فإما يوجب الدخول الحد وهو الزنا وإما يوجب الدخول المهر والنسب والعدو⁵ وتجد الشبهة سندها الشرعي في حديث النبي صلى الله عليه وسلم " ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم " لذلك يترتب على الشبهة مجموعة من الآثار أهمها سقوط حد الزنا وإلحاق النسب ونشير إلى أن الظاهرية يرون عدم ثبوت النسب في وطء الشبهة وأن يحد الواطئ⁶.

وسنقوم في المطلب الأول بتبيان أنواع نكاح الشبهة وفي المطلب الثاني نبين الحكم الشرعي للنسب لكل نوع منها أما في المطلب الثالث فسنقوم بمناقشة اجتهاد المحكمة العليا الخاص بتكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة من خلال مناقشته وربطه بالتأصيل الفقهي لنكاح الشبهة مبدين رأينا المتواضع والبسيط حسب قدراتنا العلمية.

المطلب الأول: أنواع نكاح الشبهة

لقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا سيما الأحناف والشافعية بتقسيم الشبهة وتنويعها واكتفوا ببيان ما يعتبر شبهة وعلة اعتباره شبهة، ذلك أن الشبهات لا يمكن حصرها لتعدد وقائعها⁷، والنوع الأول من نكاح الشبهة هو شبهة الفعل والتي فيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن هذا الفعل حلال حيث هذا الظن القائم بذهنه يكون بسبب جهله لأحكام الشريعة الإسلامية كأن يتصل الزوج بزوجه المطلقة ثلاثاً والبائنة منه بينونة كبرى في العدو معتقداً أنها تحل له⁸. أما النوع الثاني فهو شبهة الملك والتي تسمى كذلك بشبهة المحل والشبهة الحكمية وهي تحصل بقيام دليل مناف للحرمة ذاتاً إذ أن منشأ هذه الشبهة هو قيام دليل ينفي الحرمة ويفيد المحل لكن هذا الدليل ضعيف مقابل الدليل الذي يفيد الحرمة الذي يكون هو الأقوى في الترجيح ومثالها هو وطء الأب لجارية ابنه وهنا يرفع الحد عن الأب لوجود شبهة الحد استناداً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم " أنت ومالك لأبيك "⁹، أما النوع الثالث فهو شبهة العقد والتي تكون في العقد الفاسد أو بإخبار الرجل أن هذه المرأة زوجته وهي بمنزلة العقد الصحيح¹⁰ كأن يتزوج الرجل بخامسة وفي عصمته أربعة أو يتزوج مجوسية أو يتزوج أخته من الرضاع... والأمثلة متعددة.

ويرى الأحناف وعلى رأسهم الإمام أبو حنيفة والإمام زفر أنه مادام العقد قد حصل بإيجاب وقبول ممن هم أهلاً له فالدخول في مثل هذا الزواج الذي ذكرنا أمثله سابقاً هو دخول شبهة ويدراً معه الحد سواء كان الرجل عالماً بالتحريم أم لا، ونشير أن صاحباً أبي حنيفة أبا يوسف ومحمد بن حسن الشيباني قد اختلفا مع أبي حنيفة في هذه المسألة فعندهما الحد لا يدراً إلا لو كان الشخص غير عالم بالتحريم لوجود شبهة المحل أما لو كان عالماً بالتحريم فيحد

حد الزنا لأن عندهما صورة العقد لا تكفي لقيام الشبهة وهو نفس رأي الإمام مالك رضي الله عنه لأنهم يعتبرون هذا الفعل زنى وتؤكد انه لو كان غير عالما بالتحريم يسقط عنه الحد¹¹.

المطلب الثاني: تبيان حكم النسب في كل نوع من نكاح الشبهة في الشريعة الإسلامية

بالنسبة لثبوت النسب في شبهة الفعل فذهب البعض إلى عدم ثبوت النسب فيه واعتبروه زنا والزنا لا يثبت النسب به أبدا ومنهم من أجازوا ثبوت النسب به حيث هناك قصة وقعت في عهد الإمام أبي حنيفة حيث أن أخوين عقدا زواجهما في عرس واحد وزفت لكل واحد منهما عروس أخيه خطأ فأقر الفقهاء وجوب العدو على العروسين وإذا ظهر حمل فينسب لمن دخل بها وذلك نتيجة لوطء الشبهة ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن ذلك سألهما إن يرضى كل واحد منهما بمن زفت إليه خطأ فكان جواب الأخوين نعم وأشار أبو حنيفة أن يطلق كل منهما زوجته ويعقد له على من دخل عليها، أما بالنسبة لثبوت النسب في شبهة الملك فإن النسب يثبت للواطئ إذا ادعاه وذلك لأن الفعل فيه شبهة والشبهة تمحو وصف الزنا ذلك أن النسب يحتاط له قدر الإمكان، أما بالنسبة لثبوت النسب في شبهة العقد فإن النسب يثبت إذا لم يكن يعلم الواطئ بسبب التحريم فإذا كان يعلم بسبب التحريم فإن الشبهة لا تتحقق ولا يثبت بها النسب¹².

المطلب الثالث: مناقشة اجتهاد المحكمة العليا الذي كيف الاغتصاب على انه نكاح للشبهة

جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا السالف الذكر¹³ ما يلي " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاء الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية. حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبكناح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاء 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 وفقا للمادة المذكورة...".

لقد فصلنا القول سابقا في تعريف نكاح الشبهة وتبيان أنواعه وتصفحنا بعض المراجع حسب قدراتنا طبعا إلا أننا لم نجد أن الاغتصاب الذي هو زنا يعتبر نوع من نكاح الشبهة فهو ليس من قبيل لا شبهة الفعل ولا الملك ولا العقد بل وجدناه في بعض المراجع يعتبر زنا رغم أنه كان بالغصب والإكراه ولا يثبت نسب الولد للمغتصب لأنه كان نتيجة علاقة غير شرعية ولو كانت بالإكراه وليس بالرضا¹⁴ لأنه في الأول والآخر هو زنا، وبرجعنا إلى تعريف الزنا في

الشريعة الإسلامية وجدناه يعرف بأنه كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهو وطء محرم يشمل جميع صور الفاحشة سواء وقع بالإكراه والاعتصاب أو بالرضا والاختيار¹⁵، ومن هذا المنطلق نتساءل عن السند الشرعي الذي استندت إليه المحكمة العليا في تكييفها للاغتصاب الذي هو زنا بأنه نكاح للشبهة ويثبت به النسب إذ لسنا هنا في معرض النقد والتعقيب بل نحن هنا في معرض محاولة الفهم وكما يقول سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه للقاضي أبو موسى الأشعري "...فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل، الفهم الفهم عندما يتلجج في صدرك مما لم يبلغك في كتاب الله ولا في سنة النبي صلى الله عليه وسلم"، ويقول النبي عليه الصلاة والسلام "الولد للفراش وللعاهر الحجر" والزاني هو العاهر وعقوبة على جرمه يحرم من نسب ابنه لأن النسب نعمة والزاني لا يستحق النعمة وأليس المغتصب بزاني ؟

في نظرنا المتواضع أن المحكمة العليا قد جانبت الصواب في تكييفها للاغتصاب بنكاح الشبهة لأن نكاح الشبهة له شروطه وضوابطه في الشريعة الإسلامية التي تجنبنا الوقوع في الزلل في الفصل ما بين ما يستحق به حد الزنا وما يدرأ به وما يثبت به النسب وما لا يثبت به، كما أن الشريعة الإسلامية لم تفتح الباب على مصراعيه في مجال نكاح الشبهة محافظة بذلك على النسب الذي هو أحد الكليات الخمس إذ يندرج في المحافظة على النسل والنسل المترتب على عقد زواج شرعي وليس المترتب على علاقة غير شرعية محرمة شرعا.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي القاضي

بالحاق النسب المترتب عن علاقة غير شرعية استنادا للبيئة

دائما ونحن بصدد البحث في مجال النسب وجدنا اجتهاد للمحكمة العليا مفاده كالتالي "المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية"¹⁶ وقد جاء في حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا المرتبط بهذا المبدأ ما يلي "حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبين منه بأن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص - ب) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدد طرق ومنها البيئة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد

بأبيه وهو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به...".¹⁷

وبالعودة إلى المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى فإنها تنص على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول أما الفقرة الثانية فتتص على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ونجد المحكمة العليا وكأنها فسرت الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب المترتب على علاقة غير شرعية "زنا" كما فسرت أن الخبرة الطبية تعتبر من قبيل البينة التي هي وسيلة من وسائل إثبات النسب والمذكورة في المادة السالفة الذكر في فقرتها الأولى وهذا ما يجعلنا نتناول بالدراسة مفهوم البينة كوسيلة كاشفة ومثبتة للنسب في المطلب الأول وحكم نسب الابن الناتج عن علاقة غير شرعية في أحكام الشريعة الإسلامية في المطلب الثاني وفي المطلب الثالث سنقوم بمناقشة اجتهاد المحكمة العليا القاضي بإلحاق الابن الناتج عن علاقة غير شرعية بنسب أبيه.

المطلب الأول: مفهوم البينة كوسيلة لإثبات النسب في أحكام الشريعة الإسلامية

البينة هي وسيلة من وسائل كشف وإثبات النسب المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة فقرة 01 وفي معرض البحث عن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للبينة وجدنا أن (ابن فرحون قد عرفها بأنها كل اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وسمى النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتضاع الإشكال بشهادتهم، ووافق هذا التعريف لابن فرحون تعريف ابن القيم حيث قال: "إن القرآن جاء بها أي البينة بمعنى الحجة والدليل والبرهان مضردة ومجموعة"¹⁸ إلا أنه في مرجع آخر وجدت أن ابن القيم اعتبر البينة بمثابة الشهادته وذلك كالتالي (ويقول ابن القيم في زاد المعاد أن البينة أن يشهد شاهدان أنه ابنه أو أنه ولد على فراشه من زوجته أو أمته وإذا شهد بذلك اثنان من الورثة لم يلتفت لإنكار بقيتهم وثبت نسبه ولا يعرف في ذلك نزاع)¹⁹، وجمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والمالكية والحنابلة وابن قدامة فقد اعتبروا البينة هي الشهادته لأن بالشهود يبين الحق ويظهر²⁰، والشهادة يقصد بها إخبار صادق لإثبات حق في مجلس القضاء²¹، وتستمد مشروعيتها من القرآن الكريم حيث يقول عز وجل في سورة البقرة الآية 282 "وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى"²².

أما في ما يخص نصاب الشهادة فقد تضاربت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية فالإمام مالك رحمة الله عليه يرى أنه لا تقبل شهادة النساء مع رجل أو بدونه لا في قصاص ولا في حد ولا في طلاق ولا في نكاح... ولا في نسب ولا بد من شهادة الرجال فقط وقد وافقه في هذا الرأي كل من الشافعية والحنابلة، أما الأحناف فيجيزون شهادة رجل وامرأتين في جميع الأحكام إلا في القصاص أو الحدود وبذلك فهم يقبلون شهادة رجل وامرأتين في الحق سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والنسب²³، ورغم أن الأصل في الشهادة أن يشهد شخص بما علمه برؤية أو سماع وهذه هي الشهادة المباشرة إلا أنه هناك أنواع أخرى للشهادة حيث هناك الشهادة السماعية والتي هي رواية الشهادة وتعرف أيضا على أنها شهادة على شهادة ومثالها أن يشهد شاهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون رآها بعينه وسمعها بأذنه²⁴.

أما النوع الثاني فهو الشهادة بالتسماع والتي تختلف عن الشهادة السماعية فهذه الأخيرة يرويها الشاهد نقلا عن شخص شاهد وسمع الواقعة بنفسه بينما الشهادة بالتسماع فهي استفاضة الخبر واشتহারه بين الناس كما هو الشأن في الزواج والزفاف والدخول بالزوجة والولادة ودليلهم في هذا أن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس فإذا لم تجز فيها الشهادة بالتسماع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج²⁵، إذ هي نقل ما يتسمعه الناس ويتناقلونه من الأخبار والأحداث والوقائع أي هي ما يرويها شخص عن شخص عن عدة أشخاص آخرين، ورغم أنها أقل قوة من الشهادة المباشرة وشهادة السماع إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجمعوا على جواز الشهادة بها على النسب²⁶. فإذا ادعى شخص أن فلانا ابنه أو أبوه فأنكر المدعي عليه تلك الدعوى وأقام المدعي البينة على دعواه قبلت دعواه وثبت النسب لذلك يقال أن البينة أقوى من الإقرار في النسب لأن هذا الأخير حجة قاصرة على المقر لا تتعداه لغيره أما البينة فهي حجة متعدية تثبت في حق المدعي وفي حق غيره²⁷.

المطلب الثاني: حكم نسب الابن الناتج عن علاقة غير شرعية في أحكام الشريعة الإسلامية

الزنا هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح أو شبهة نكاح ولا ملك يمين وحكمه أنه حرام وهو من الكبائر²⁸ حيث يقول الله عز وجل في سورة الإسراء الآية 32 "وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"²⁹، وابن الزنا هو الابن الذي يكون نتيجة لهذه العلاقة الجنسية غير الشرعية بين الرجل والمرأة فهو ثمره العلاقة المحرمة لذلك اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم ثبوت نسبه لأن الزنا مُعْطَلٌ للأنساب³⁰ فثبوت الحكم يتبني على ثبوت السبب والزنا ليس سببا حتى تبني عليه الحكم³¹، وبذلك فإن ابن الزنا لا يثبت نسبه من الواطئ الزاني ولا يلحق به لأن الزنا فاحشة والنسب نعمة وبذلك لا تكون هذه الجريمة والفاحشة سببا في

النعمة لذلك عوقب الزاني بالحجر عليه في النسب أي حرمانه من نسب ابنه الناتج عن هذه العلاقة غير الشرعية وذلك استنادا لقول النبي صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"³².

ومع أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أنه لا يلحق ابن الزنا بالزاني إذا استلحقه إلا أنه خالفهم في ذلك ابن تيمية وابن القيم اللذان رأيا أن ابن الزنا يلحق بنسب الزاني إذا استلحقه، وقد استند جمهور الفقهاء في عدم جواز الاستلحاق بحديث النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ووجه الاستدلال في ذلك أن الولد ينسب لصاحب الفراش ولا فراش للزاني أما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى أن الزاني إذا استلحق ابنه من الزنا فإنه يقر بأنه من مائه فينسب إليه بخلاف إذا لم يستلحقه لأنه لا يقر بأن المولود مخلوق من مائه³³.

كما أنه حتى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين اختلفوا هم أيضا في ذلك فمنهم من اتبع رأي جمهور الفقهاء في عدم جواز إلحاق ابن الزنا بأبيه ويعارضون الرأي الذي تبناه ابن القيم وشيخه ابن تيمية لأنه يعارض النص ولا اجتهاد ولا قياس مع وجود النص كما أنهم يرون أنه لا يجوز في الزمن الذي نحن فيه والذي كثر فيه الانحلال الخلقي والذي لا يعاقب فيه الزاني أن نفتح الباب لإعتبار الزنا أصلا وسببا لثبوت النسب حيث بذلك سيفتح الباب على المنحرفين في الحصول على نسب ونسل بعلاقات آثمة ومحرمة شرعا وهذا ما تأباه روح الشريعة الإسلامية وأصولها، وهناك من اتبع رأي ابن القيم وشيخه في جواز إلحاق ابن الزنا بأبيه ولا سيما بعد ظهور البصمة الوراثية التي تعد إنقاذا في نظرهم للمتشردين من الأطفال وحتى نحمل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق انطلاقا من قاعدة الغنم بالغرم فكما غنم اللذو يغرم التربية والنفقة³⁴ ويستندون إلى أن الشريعة الإسلامية تتشوف لإثبات النسب ولذا يثبت بأضعف الأدلة في نظرهم لذلك يرون أنه ينبغي إلحاق ابن الزنا بأبيه إذا استلحقه حفظا له من الضياع³⁵.

المطلب الثالث: مناقشة اجتهاد المحكمة العليا الذي ألحق ابن العلاقة غير الشرعية بنسب أبيه

بداية أقول أنه إذا ما بحثنا عن مجال تفسير النصوص القانونية فإننا نجد مضمونة مجموعة من المبادئ أهمها احترام التفسير للمصدر المادي للقانون الذي ينتمي إليه النص القانوني المراد تفسيره ومبدأ تفسير النص القانوني وفقا لمقتضيات النصوص القانونية السابقة أو اللاحقة للنص المراد تفسيره وتغليب النص الأصلي المكتوب باللغة العربية التي هي اللغة الرسمية للدولة الجزائرية استنادا للدستور على النص المترجم باللغة الفرنسية³⁶، وبإلقيام بعملية إسقاط بسيطة لهذه المبادئ المشار إليها في عملية تفسير القضاء لمصطلح البيئة الواردة

في الفقرة الأولى من المادة 40 فإننا نجد أنه كان على قضاة المحكمة العليا تفسير مصطلح البينة وفقا للمصدر المادي لقانون الأسرة والذي هو أحكام الشريعة الإسلامية ورأينا بأن معظم جمهور الفقهاء اعتبروا أن البينة على أنها شهادة الشهود، كما أنه يجب أن يكون تفسير البينة ضمن مقتضيات النصوص السابقة واللاحقة للنص الوارد فيه مصطلح البينة فقد كيف قضاة المحكمة العليا الخبرة الطبية (البصمة الوراثية) على أنها البينة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 40 ولكن إذا ما سلمنا أن هذا الرأي صحيح فلماذا نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر على جواز القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ؟ أو ليست البصمة الوراثية وسيلة علمية لإثبات النسب أو يعقل أن تكون البصمة الوراثية ضمن مضمون الفقرة الأولى والثانية معا من نفس المادة أو ليس هذا بتناقض وقعت فيه المحكمة العليا ؟

كما أنه هناك من يقول أن مصطلح البينة الوارد في المادة المذكورة سابقا نجده في النص الفرنسي المترجم للنص العربي بـ *preuve* والتي تعني الأدلة ولكن كيف يتم تفسير مصطلح مكتوب باللغة العربية بمصطلح مكتوب باللغة الفرنسية لأن إذا أمعنا النظر في الفقرة الثانية من المادة 40 بنسختها الفرنسية نجد مصطلح *preuve* ورد مرتين فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة سالفا كالتالي " *la filiation est établie par le mariage valide la preuve* " وورد في الفقرة الثانية من نفس المادة كالتالي " *le juge peut recourir aux moyens de preuves* " والخبرة الطبية أي البصمة الوراثية بمفهوم النص الفرنسي نجدها تدرج في الفقرة الثانية وليست الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة، كما تجدر الإشارة أن المحكمة العليا سابقا كانت تأخذ بمفهوم البينة على أنها شهادة الشهود وهناك قرارات توضح موقفها هذا ³⁷ منها القرار رقم 202430 الصادر بتاريخ 1998/12/15 ³⁸.

كما أن هناك من فقهاءنا الأجلاء من وضع حالات يتم فيها اللجوء لإثبات النسب بالبينة باعتبارها شهادة للشهود وهي إما في حالة ادعاء الزوجة الولاد وأنكرها الزوج وإما في حالة إنكار الزوج أن ما ولدته غير هذا الطفل فهنا يثبت النسب بشهادة القابلة أو الطبية أو من حضرت الولاد وإما إذا أنكر الزوج الولاد بعد انقضاء العلاقة الزوجية وهناك حالات أخرى، المهم ونحن في معرض البحث لم نجد أنه يلجأ للبينة باعتبارها شهادة للشهود لإثبات نسب من علاقة غير شرعية وحتى ولو كانت البينة هي الخبرة الطبية *ADN* فأیضا فقهاءنا حددوا الحالات التي يجب اللجوء فيها لهذه الوسيلة العلمية وهي للاستفادة منها عند التنازع على المولود أو في حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات، كذلك للاستفادة منها في حالة ادعاء مجهول النسب إلى أسرة ما أو قبيلة، كذلك هناك من قال أنه يستفاد منها لمنع اللعان

وكذلك في حالات الاشتباه في طفل الأنابيب أو في حالة اختلاط المواليد في الحروب أو في حالة الاغتصاب لمعرفة الجاني المغتصب وكذا لمعرفة جثث الضحايا والحروب وكذلك تستعمل للاباثات في القضايا الجنائية... الخ³⁹، ولكن لم أجد إلا القلة القليلة التي ذكرت أن هذه الوسيلة يستفاد منها لإثبات نسب ابن الزنا.

خاتمة:

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

ولما كان قانون الأسرة مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية والمتضمنة إما نصوصا قطعية لا يجوز الاجتهاد فيها وإما نصوصا ظنية يجوز الاجتهاد فيها فإننا نهيب بقضاء 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 "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا" لذلك أرسى الله عز وجل أسسه على قواعد سليمة ففضى على التبني الذي كان سائدا في الجاهلية حيث قال عز وجل في سورة الأحزاب الآية 05 "أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ".

كما أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لثبوت النسب سببا واضحا وهو الزواج الشرعي حيث يقول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فيجب على قضاء المحكمة العليا أن يحترموا هذه الضوابط الشرعية وأن لا يتجاوزوها تحت تأثير اتفاقيات حقوق الانسان التي انضمت اليها الجزائر ولاسيما اتفاقية سيداو لسنة 1976 والتي انضمت اليها الجزائر وصدقت عليها، فالحاق 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.

وما يمكن أن نقدمه من توصيات من خلال دراستنا هذه هو أنه يجب أن يكون تكوين القضاء في مجال قانون الأسرة يزاوج ما بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية وذلك نظرا لخصوصية هذا المجال الذي يغلب عليه الطابع الفقهي الشرعي أكثر من القانوني حتى أن هنالك من قال بأن مجال الأسرة يحكمه مبدأ اللاقانون.

كما نوصي أن تكون هنالك هيئة عليا خاصة بالفتوى وأن تنشأ قنوات اتصال تلقائية ما بينها وبين المحكمة العليا حتى لا يحيد قضائتها عن أحكام الشريعة الإسلامية في الإجتهاادات القضائية التي تصدر عنهم ويبقون محافظين على الثوابت مهما كثرت النوازل.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

القوانين:

1. القانون رقم 11/84 الصادر بتاريخ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الجزائرية الرسمية الجزائرية، عدد 24، 1984.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1. أحمد المهدي وأشرف شافعي، الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة.
2. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
3. بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة، بيروت لبنان.
4. عابد بن محمد السفياي، موقف الشريعة الإسلامية من الحريات "حكم الزنا في القانون وعلاقته بمبادئ حقوق الإنسان في الغرب"، دون ذكر دار النشر، 1998.
5. عبلة عبد العزيز عامر، النسب فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
6. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985.
7. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 2012.

ب- الرسائل الجامعية:

1. أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015.
2. فؤاد مرشد داوود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، مذكره لنيل شهادة الماجستير، قسم الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، للسنة الجامعية 2001/2002.

ج- المقالات في المجلات:

1. بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 37، 1429 هـ، ص ص 82-166.
2. العزيز فرج محمد موسى، مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 07، عدد 23، ص ص 265-384.
3. علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، 2014، ص ص 43-74.

الهوامش:

- 1 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرّة والمعدل والمتمم بالامر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الجزائرية الرسمية الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984 م عدد 24.
- 2 - مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012، عدد 1، ص 294.
- 3 - أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، طبعة 2003، دار الكتب القانونية، مصر ص 88.
- 4 - علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2014-2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 124.
- 5 - فؤاد مرشد داؤود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير بكلية الدراسات العليا قسم الفقه والتشريع للسنة الجامعية 2001-2002، جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين، ص 42.
- 6 - المستشار أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 88.
- 7 - فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 43.
- 8 - علال برزوق أمال، مرجع سابق، ص 124.
- 9 - فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 43.
- 10 - أحمد المهدي وأشرف شافعي، الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دون ذكر الطبعة، دار العدالة القاهرة، ص 34.
- 11 - عبلة عبد العزيز عامر، النسب فقها وقضاء، طبعة 2011، دار النهضة العربية، القاهرة ص 85، 86.
- 12 - علال برزوق أمال، مرجع سابق، ص 128.
- 13 - مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012 عدد 1، ص 296.
- 14 - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 91.
- 15 - عايد بن محمد السفياي، موقف الشريعة الإسلامية من الحريات "حكم الزنا في القانون وعلاقته بمبادئ حقوق الإنسان في الغرب" الكتاب الأول، طبعة 1998، دون ذكر دار النشر، ص 35.
- 16 - مجلة المحكمة العليا لسنة 2006 العدد الأول، ص 469.
- 17 - نفس المرجع، ص ص 473، 474.
- 18 - عبد العزيز فرج محمد موسى، مقال حول مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة حوثية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، عدد 23، ص 316.
- 19 - بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل مجلة فصلية علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر عن وزارة العدل بالملكة العربية السعودية، العدد 37 محرم 1429 هـ، ص 99.
- 20 - عبد العزيز فرج موسى، المرجع السابق، ص 317.
- 21 - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 134.
- 22 - الآية 282 من سورة البقرة.
- 23 - أحمد المهدي وأشرف شافعي، مرجع سابق، ص 96.
- 24 - علال برزوق أمال، مرجع سابق، ص 168.

- 25 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية 1985، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 696.
- 26 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص 100.
- 27 - بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول الزواج والطلاق، دون ذكر الطبعة، دار النهضة، بيروت لبنان، ص 525.
- 28 - عابد بن محمد السفيناتي، مرجع سابق، ص 35.
- 29 - الآية 32 من سورة الإسراء.
- 30 - فؤاد مرشد داؤود بدير، مرجع سابق، ص 73.
- 31 - أحمد نصر الجندى، مرجع سابق، ص 167.
- 32 - فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 73.
- 33 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص 109.
- 34 - عبد العزيز فرج محمد موسى، مرجع سابق، ص 338.
- 35 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص 113.
- 36 - علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، مقال منشور في مجلة صوت القانون، مجلة دولية علمية محكمة تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية بجامعة خميس مليانة، العدد الثاني لسنة 2014، ص 43.
- 37 - علال برزوق أمال، مرجع سابق، ص 166.
- 38 - المجلة القضائية لسنة 1999 عدد 01، ص 122.
- 39 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثالث عشر، الطبعة الثالثة 2012، دار الفكر دمشق سوريا، من الص 70 إلى الص 89.