جامعـــة زيـــان عاشـــور بالجلفـــة
كليـة الحقـوق و العلـوم السياسـية
قســـم الحقـــوق

سلطة القضاء في إثبات النسب و نفيه في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
شعبة الحقوق تخصص: أحوال شخصية

إعـداد الطالبـتين:
الأوعيـل عيشـــة
بلعيـدي ليلـــى

إشـراف الدكتـور:
عطاء الله فشار

لجنـــة المناقشـــة :

د/ بشير حفيظة .....رئيسا
د/ عطاء الله فشار ..... مقررا ومشرفا
د/ جمال عبد الكريم .....مناقشا

الموسم الجامعي: 2016/2015م

جامعـــة زيـــان عاشـــور بالجلفـــة
كليـة الحقـوق و العلـوم السياسـية
قســـم الحقـــوق

سلطة القضاء في إثبات النسب و نفيه في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
شعبة الحقوق تخصص: أحوال شخصية

إعـداد الطالبـتين:
الأوعيـل عيشـــة
بلعيـدي ليلـــى

إشـراف الدكتـور:
عطاء الله فشار

لجنـــة المناقشـــة :

د/ بشير حفيظة .....رئيسا
د/ عطاء الله فشار ..... مقررا ومشرفا
د/ جمال عبد الكريم .....مناقشا

الموسم الجامعي: 2016/2015م

شكروعرفان

يقول رسول الله ﷺ **" من لم يشكر الناس لم يشكر الله "**

لذا يسعدنا أن نتقدم بجزيل الشكر و التقدير. بعد حمد الله تعالى، إلى أستاذنا الكريم

الدكتور **" عطاء الله أحمد فشار"** على تفضله بقبول الإشراف على المذكرة و إحاطتنا

بتوجيهاته ونصحه طيلة إعدادها .

ونجزل الشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة على ملاحظاتهم القيمة

من أجل إثراء موضوع البحث.

الأوعيل عيشة

بلعيدي ليلى

الإهـــــداء

إلى الذي سخر حياته لأجلي ... مثلي الأعلى والدي العزيز

إلى التي تمطرني دائما بالدعاء .. غاليتي أمي

إلى من قاسموني لبن الأمومة وحب الله وطاعة الوالدين وشاركوني حلو الحياة ومرها أخوتي رفيق

وربيع وزوجتيهما ، سماح و فهيمة وزوجيهما إلى صغار العائلة : سمية، نورهان، سيف الدين،

إسلام، مايا، ندى، ريتاج، عبد القادر، إياد، ريان.

إلى جميع الأهل و الأقارب كبيرا وصغيرا

إلى كل زملائي في الدراسة

بلعيـــــدي ليلى

إهداء

...إلى الوالدين الكريمين ...

إلى الإخوة و الأخوات...

إلى الأصدقاء والصديقات ...

وكل من ساعدنا ...

إليهم جميعا نهدي هذا العمل...

الأوعيل عيشة

قال الله تعالى في سورة النساء الآية 57

* إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ
ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ
إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨

مقـــدمـــة

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ،وأفضل الصلاة والسلام وأتم التسليم على سيد الأولين والآخرين محمد، وعلى آله وصحبه ومن سبقهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

العدل هو اسم من أسماء الله الحسنى ،و به قامت السموات والأرض وأقام الله تعالى ملكه على العدل وأمرنا بأن تكون أحكامنا كلها قائمة على العدل، فالعدل هو أساس الملك والقضاء هو حصن العدل وأداة تنفيذه ،وفي سبيل تحقيق المقصود منه لقد نص المشرع الجزائري على مجموعة من القوانين التي تضبط سلوك الأفراد في المجتمع ،ونص على طرق تساعدهم على جلب حقوقهم وهي وسائل الإثبات ،ونص على أنواع العقوبات التي تتناسب مع كل مخالفة.

والقاضي باعتباره هو ممثل القضاء ،فهو مطالب ببذل الجهد لتحقيق العدل والغاية من منصبه القضاء ،وذلك عن طريق تفحص القضايا المطروحة أمامه باستخدام نشاطه الذهني للوصول إلى الحكم المناسب وهذا النشاط الذي يستخدمه القاضي، يسمى بالسلطة التقديرية وهي ملازمة للعمل القضائي، فأينما وجد العمل القضائي وجدت السلطة التقديرية للقاضي ،إذ لا يقام القضاء بدون قاضي.

وقد كرس المشرع الجزائري منح القاضي السلطة التقديرية أثناء ممارسته للوظيفة القضائية ونص عليها في مختلف فروع القانون والتي من ضمنها قانون الأسرة مسايرا بذلك الفقه والنظم القانونية.

إن النسب يعتبر من أهم المواضيع الذي يحظى بالاهتمام والعناية، فقد أولت له الشريعة الإسلامية اهتمام كبير وأحاطته بسياج منيع من الأحكام ،وهذا ما سار عليه المشرع الذي وضع له أحكام تضبطه.

ونظرا للانتشار الكبير لقضايا النسب في المحاكم الجزائرية سواء بالإثبات أو بالنفي النسب مما جعل القضاء الجزائري ممثلا في قاضي شؤون الأسرة المكلف بالفصل في مثل هذه القضايا

للسعي للفصل فيها بإعمال السلطة الممنوحة له من قبل المشرع، وعليه تأتي هذه الدراسة " **سلطة القضاء في إثبات النسب ونفيه في التشريع الجزائري**" لمعرفة كيفية تطبيق القاضي لسلطته التقديرية في كل من إثبات النسب ونفيه، ومدى ملائمة النصوص ووضوحها بحيث تسهل على القاضي تطبيقاتها.

أولا: إشكالية البحث:

إلى أي مدى يمكننا أن نقول أن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بالسلطة التقديرية سواء في إثبات النسب أو نفي النسب ؟ و ما هي حدوده في ذلك؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نقترح مجموعة من تساؤلات تساعدنا على الإجابة عن هذه الإشكالية وهي:

1- ما هي السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ؟ وماهي مصادر نشاطه التقديري وخصائص السلطة التي يتمتع بها ؟

2- كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة نشاطه التقديري سواء في إثبات النسب أو نفي النسب ؟

3- ماهي حدود سلطة قاضي شؤون الأسرة سواء في إثبات النسب أو في نفي النسب ؟

ثانيا:أهمية الموضوع :

إن كثرة القضايا المعروضة أمام القضاء وتشعبها خاصة في موضوع الأنساب وعدم إلمام المشرع الجزائري بها في المنظومة القانونية ،مما يجعل القاضي ملزم بالفصل فيها نظرا للأهمية البالغة التي يحظى بها موضوع الأنساب ،ودور القاضي فيها بإعمال سلطته التقديرية ،لذا جاءت هذه الدراسة لمحاولة الوقوف على سلطة قاضي شؤون الأسرة في موضوعي إثبات النسب ونفي النسب ،وخاصة أمام التطور العلمي وظهور أساليب جديدة تحدد هوية الإنسان بصورة دقيقة وتصرف القاضي أمامها.

ثالثا : أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختيارنا إلى موضوع "**سلطة القضاء في إثبات النسب ونفيه في التشريع الجزائري**" إلى عدة أسباب ودوافع أجملها في ما يلي:

1- الأسباب الموضوعية:

– غموض مصطلح السلطة التقديرية للقاضي

– تشعب القضايا النسب المعروضة أما القضاء وعدم إلمام النصوص القانونية بها،مما يجعل القاضي يعمل سلطته التقديرية لحلها

– تعديل رقم 05-02 الوحيد على قانون الأسرة قد تضمن الاستعانة بالطرق العلمية لإثبات النسب في الفقرة الأخيرة من مادة أربعين ،وهو خطوة ايجابية نحو مسايرة التطور العلمي ،غير أن المشرع جزائري لم يتطرق لها بالتوضيح

– غموض نص المادة واحدة وأربعين في مسألة نفي النسب

– قلة الدراسات التي تعنى بموضوع السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة خاصة في موضوعي إثبات النسب و نفيه

2- الأسباب الذاتية :

كما أن للدوافع الذاتية حظ في اختيارنا لموضوع البحث ،فقد زاولنا عملنا في قطاع العدالة ،وخاصة في قسم شؤون الأسرة مما جعلنا نحاول معرفة بالبحث وتمحيص دور قاضي شؤون الأسرة في مسألتي إثبات النسب ونفي النسب

رابعا:أهداف الموضوع:

وترمي دراسة موضوع "سلطة القضاء في إثبات النسب ونفيه في التشريع الجزائري " إلى تحقيق مجموعة من الأهداف العلمية أهمها .

1- محاولة إعطاء نظرة شاملة على سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،من خلال معرفة ماهية السلطة التقديرية للقاضي.

2- تقويم سلطة قاضي شؤون الأسرة في مسألتي إثبات النسب وفي نفي النسب .

3- محاولة استقراء النصوص القانونية المرتبطة بسلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه .

4- محاولة معرفة حدود وضوابط سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه .

خامسا:منهج الدراسة :

اعتمدنا على منهجين أساسين في تناول الموضوع :

المنهج الأول :المنهج الاستقرائي :

وقمنا من خلاله بجمع وتحصيل كل ما يتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة من تعاريف وخصائص ومصادر وشروط ،وتطرقنا لها بالشرح بعد استقراءنا لكل ما يتعلق بها ،بحيث قمنا بنظرة شاملة عن سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التشريع الجزائري .

المنهج الثاني : المنهج التحليلي :

وذلك بمعالجة كل ما تم الوقوف عنه من تعاريف لغوية واصطلاحية وكذا مصادر وشروط إعمال السلطة التقديرية للقاضي، وتطبيقها على موضوعي إثبات النسب ونفيه وذلك بدراسة تحليلية .

سادسا:الدراسات السابقة :

عالجت بعض الرسائل الجامعية موضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وبعض آخر تناول موضوع النسب ونذكر أبرزها :

* السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ،رسالة لنيل درجة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة ،كلية الحقوق ،جامعة العربي بن مهيدي ،فتقدمت بها الطالبة اسمهان عفيف ،أم البواقي السنة الجامعية 2010،2011 .

* السلطة التقديرية لقاضي لشؤون الأسرة في الزواج وانحلاله ,مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة السادسة عشر 2008/2005 .

* أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، رسالة لنيل درجة الماجستير في قانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة أبوبكر بلقايد، قدهما الطالب محمد ولد عال ولد محمياني ,تلمسان ,السنة الجامعية 2008,2007

سابعا :صعوبات البحث :

لقد صادفتنا بعض الصعوبات أثناء إعدادنا لهذا البحث تتمثل في نقص بعض المراجع التي تتكلم على السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب ونفيه وخاصة في حدود سلطة القاضي فقد حاولنا استنتاجها من خلال ماهو متوفر عندنا من مراجع ونصوص قانونية .

ثامنا :خطة البحث :

لقد قسمنا البحث إلى مقدمة وفصلين ،فصل نظري والآخر تطبيقي ،تضمن كل منهما على مباحث ومطالب ،أما المقدمة فضمنتها الإشكالية المراد الإجابة عنها، أهمية الموضوع وأسباب اختيار الموضوع ،ثم الهدف من البحث ،وبيان المنهج المتبع في الدراسة ،مع بيان بعض

الدراسات السابقة والتي عرضت لبعض العناصر و الجزئيات الموضوع محل الدراسة ،ثم قمنا بالإشارة إلى بعض الصعوبات التي واجهتنا .

وقد تناولنا في الفصل الأول ما يتعلق بـــ: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،وذلك من خلال مبحثين :

المبحث الأول :عرضنا في ثناياه بالبيان تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وخصائصها .

المبحث الثاني: خصصناه لبيان مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله لهذا النشاط.

ويتضمن الفصل الثاني: ما يتعلق بـ:

سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه وحدوده في التشريع الجزائري وذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: عرضنا فيه سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه.

المبحث الثاني:حدود سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه.

وأما الخاتمة: فسنحاول أن نلخص ما انتهينا إليه من خلال الدراسة وذلك بالنتائج المستخلصة إلى جانب جملة من الاقتراحات.

الفصـــــل الأول

السلطــة التقديريـــة

لقاضي شؤون الأسـرة

تمهيد:

إن قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بالفصل في النزاعات المتعلقة بالقضايا الأسرية وذلك عن طريق التحليل الفكري الذي يقوم به – القاضي – للوصول إلى إيجاد تطابق بين عناصر النزاع و القاعدة القانونية للوصول إلى حكم مناسب وهذا ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي وهي من صميم العمل القضائي فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن سلطة تقديرية وعليه سنتطرق في المبحث الأول إلى تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وخصائصها، وفي المبحث الثاني إلى مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله لهذا النشاط .

المبحث الأول: تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وخصائصها :

إن السلطة التقديرية للقاضي هي وسيلة ممنوحة له للوصول إلى غاية من توليه منصب القضاء ،وهي فض النزاعات من خلال الحكم الذي يصدره في كل قضية ،ولقد خص المشرع جزائري قاضي شؤون الأسرة ببعض الصلاحيات و السلطات تستطيع التدخل باستخدام سلطته التقديرية نظرا لأهمية القضايا التي يفصل فيها وخصوصيتها.

وعليه سنتطرق :

في **المطلـــب الأول:** إلى تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .

وفي **المطلب الثاني:** إلى خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي :

مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة متكون من قسمين السلطة التقديرية وقاضي شؤون الأسرة؛ لذلك نعرف السلطة التقديرية ثم قاضي شؤون الأسرة.

أولا: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية وقاضي شؤون الأسرة:

السلطة التقديرية مصطلح مكون أو مركب من لفظين:

السلطة و التقديرية لذلك سنقوم بتعريف كليهما لغويا.

السلطة لغة: من سلط يسلط سلاطة، وسلط سلاطة والسلاطة: القهر و الحدة، والتسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط والاسم سلطة، والسلطة: التسلط و السيطرة والتحكم[1]، والسلطة: السهم الطويل، والجمع سلاط، و السلطان الحجة، والبرهان وقدرة الملك وقدرة من جعل له ذلك وان لم يكن ملكا والولي[2].

وسلطان كل شيء:شدته وحدته وسطوته، ويسمى السلطان إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، ويقال للأمراء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة و الحقوق[3].

---

[1] مجمع اللغة العربية، المعجز الوجيز،بدون طبعة ،مصر ،وزارة التربية والتعليم ،1994، ص: 317،318.

[2] ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم، لسان العرب ،مجلد 12 ، بدون طبعة ،بيروت ،لبنان ،دار الصادر ،2007 ص: 230،231.

[3] ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم، لسان العرب، المرجع نفسه ،ص: 230،231.

فالمادة إذنتدل على القوة و القهر و التمكن وا ذا كان التمكن لازما للقوة[1] والقهر، وتدل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة.

السلطة اصطلاحا :

لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام ،كما يشهد بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُومِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِيۤ أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً ﴿٦٤﴾ ۞ سورة النساء الآية : 64

فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي ما تفيده مادة كلمة السلطة من القوة و الصلاحية ،وأن يمكن من استعمالها على الشكل الصحيح ،وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادر عن هذه السلطة لها من الحجية و النفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

معنى التقدير:

التقدير لغة:

من قدر يقدر وبابه نصر وضرب، والقدر والقدرة والمقدار:القوة، والقدر:الغنى واليسار وهو من ذلك لأنه كله قوة، وقد قدر كل شيء ومقداره: مقياسه، وقدر الشيء بالشيء وقدره: قاسه.و التقدير على وجوه من المعاني التروي والتفكير في تسوية أمر و تهيئته وقد ورد لفظ قدر في القر آن الكريم من ذلك قوله تعالى: ﴿ وَقَدِّرْ فِي ٱلسَّرْدِ ...﴿١١﴾ سورة سبأ الآية : 11

[1] محمود محمد ناصر بركات ،السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، إشراف الأستاذ الدكتور وهبي الزحيلي ، الطبعة الأولى ،الأردن دار النفائس للنشر و التوزيع ، 2007 ،ص: 79

التقدير اصطلاحا:

يبين كمية الشيء ،وهو من المعاني اللغوية و التقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما.

وتقدير الله وجهان: الأول: بالحتم فيه أن يكون كذا إما وجوبا أو إمكانا ، الثاني:بإعطائه القدرة عليه[1] وعليه مما سبق السلطة التقديرية تدل على القوة، و الصلاحية وهي إمكانية التفكير وإعمال العقل بتسوية أمر معين وتهيئته للحكم فيه بعد مقايسته بأمور أخرى وتثبيته بعلامات قاطعة.

التعريف اللغوي لقاضي شؤون الأسرة :

1- **القاضي لغة** :من قضى يقضي قضيا وقضاء، يأتي :حكم وفصل ويقال قضى بين الخصمين وقضى لفلان على فلان فهو قاضي والجمع قضاة ،والقاضي من يقضي بين الناس بحكم الشرع ومن تعينه الدولة للنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام طبقا للقانون والقضية :الحكم والمسألة المتنازع فيها وتعرض غلى القاضي للبحث والفصل فيها أو هي ما يحتمل الصدق والكذب بذاته ويصح أن يكون موضوعا للبرهنة[2].

يتبين من هذه المعاني أن القاضي هو الشخص الذي يحكم بين الناس فيما ينشأ بينهم من خصومات وفق الشرع أو القانون بعد البحث في الدعاوى وتحري صدقها من كذبها .

وقد ورد لفظ القضاء في العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ.... ﴿٢٠﴾ ﴾ سورة غافر الآية : 20 أي حكم.

---

[1] محمود محمد ناصر بركات ،المرجع السابق ،ص: 80.

[2] اسمهان عفيف ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ،رسالة ماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة ،جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،السنة الجامعية 2010 ،2011 ،ص: 46.

2- شؤون لغة :

جمع شأن :الخطب أي :ما عظم من الأحوال والأمور ويقال من شأنه كذا أي :من طلبه وطبعة وخلقة والقدر والمنزلة[1].

تعنى الحوائج وكل الحالات اللاتي يعتني بها.

وقد ورد لفظ شأن في عدة مواضيع من قوله تعالى:﴿ كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ ﴿٢٧﴾ سورة الرحمان الآية: 27.

3- الأسرة لغة :

الدرع الحصينة ،ورهط الرجل وأهل بيته، أو هي جماعة يربطها أمر مشترك ،جمعها أسر[2] ،كما تعني القوة والإمساك. أوهي عشيرة الرجل وأهل بيته والأدنون منه.

ثانيا :التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية :

هي صلاحية تمنح لمن يتولى الفصلبين جماعة من الناس، يربطهم أمر مشترك ،وذلك بالتروية والتفكير لتسوية ما ينشأ بينهم من خصومات بعد البحث ادعائهم وتحري صدقهم من كذبهم.

ثالثا:السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح القانوني :

إن المشرع الجزائري عند إصداره تقنين الأسرة وغيره من التقنيات الأخرى لم يورد النص على المصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، ولم يضع لها تعريفا محددا. بل ترك الأمر لأهل

---

[1] وضع جماعة من المختصين ، معجم النفائس الوسيط ، الطبعة الأولى ، إشراف أحمد أبو الحاقة ، بيروت ، لبنان، دار النفائس 2007 ص: 618.

[2] ابن منظور، لسان العرب ،ص: 60

الاختصاص من الفقهاء وشراح القانون لبحث وا يجاد المدلول المتوافق مع إرادته، التي ضمنتها كثير من النصوص القانونية، لذلك تنوعت تعريفات هذه السلطة حيث عرفها :

- الدكتور عبد الحميد الشواربي :"أنها نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع، مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون فإذا ما تم كشف هذا التطابق ،فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه"[1] .

ومنه يمكننا تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة:

"أنها نشاط ذهني يقوم به قاضي شؤون الأسرة بدءا بتحديد عناصر النزاع ثم تصنيفها في تصرفات قانونية أو وقائع قانونية ثم القيام بالوصف القانوني للوقائع وذلك باستعمال القياس للتأكد من وجود جميع عناصر النزاع لإعمال حكم قاعدة القانونية لحل النزاع."

المطلب الثاني: خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

لقد خص المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة بصلاحيات وسلطات يجوز له من خلالها إعمال سلطته التقديرية بشكل أكثر ايجابية عن غيره من جميع الفروع الأخرى، وذلك لخصوصية القضايا التي يفصل فيها وارتباطها بصميم المجتمع ،وتظهر هذه الخصوصية خاصة فيما يلي :

أولا: من حيث مجال استعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية :

منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة أثناء ممارسته لوظيفته القضائية التي لا تقتصرعلى الفصل في الخصومات وقطع النزاعات فقط وا نما تمتد حتى للعمل الإصلاحي وكذا العمل الولائي .

[1] عبد الحميد ألشواربي ،المسؤولية القضائية ،دون طبعة ،الإسكندرية ،منشأة المعارف،2001،ص: 81

1 - في مجال العمل القضائي :

متمثل في بحث النزاعات والفصل في كل ما ينشأ من خصومات من خلال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع ،نجد القاضي ملزما بتطبيق النص القانوني ،وفي حالة انعدام النص أو غموضه خول له القانون لإيجاد الحل القانوني من خلال بذل الجهد في الفهم وتفسير النصوص لاستنباط الأحكام القانونية وتقرير الأحكام القضائية .

2 – في المجال الإصلاحي :

ألزم القانون القاضي في بعض المنازعات الأسرية بإجراء محاولة الصلح خاصة في حالة الشقاق بين الزوجين و الإقدام على الطلاق[1] ،غير أنه من جانب أخر خول له سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالصلح بينهما من خلال بذله الجهد في التوفيق بينهما .

3 - في مجال الولائي :

حيث لقاضي شؤون الأسرة ولاية واسعة في كل ما يتعلق بالأسرة فهو المخول بتقدير مدى توفر المصلحة في كل الطلبات المقدمة إليه فيما يتعلق بالوصاية والكفالة.

ثانيا: من حيث الدور الايجابي الذي يمارسه القاضي الأسري :

من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في مجال قانون الأسرة والذي يقضي بالاجتهاد في إيجاد الحلول الموضوعية لكل ما يطرح أمامه ،فالمتطلع على هذا القانون يجد انه يحتوي على نصوص قانونية قصيرة وناقصة مقارنة بقوانين الدول العربية التي سبقت المشرع الجزائري في تقنين هذا المجال.

[1] اسمهان عفيف ،المرجع السابق ،ص: 53.

نجد قاضي شؤون الأسرة في العمل الإصلاحي خصه المشرع دون سائر القضاة بمهمة الصلح بين الخصمين من خلال بذل الجهد للتوفيق بينهما[1] ، حيث يذكرهما بتقوى الله وما يتصف به الزواج بأنه ميثاق غليظ ، وكذا العواقب الوخيمة التي تنجر عنه من هدم للأسرة وضياع للمستقبل ناهيك عن تشرد وضياع الأطفال .غير أن شخصية القاضي ودوره له تأثير كبير في منع الفرقة الزوجية .

أما فيما يتعلق بالعمل الولائي نجد أن لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي من خلال السلطة التقديرية الواسعة المخولة له بموجب القانون الموضوعي وكذا الإجرائي الذي لم يجعل منه عنصرا محايدا في القضية بل جعل منه عنصر فعال فيها يبحث في مدى توفر المصلحة ويبحث في الدوافع ويحمي المصالح من خلال اتخاذ التدابير الملائمة لذلك[2].

ثالثا :من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة :

الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وهي عماده وأساس صلاحه،لذلك فممارسة القاضي سلطته التقديرية ليس بالأمر السهل أو البسيط وهذا لاتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع فهذا القانون يتعلق بجوهر الحياة الخاصة لان موضوعه يتعلق

[1] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة الثانية ، الجزائر ،دار الهومة 2009،ص: 119.

[2] عبد الرحمان بربارة شر ح القانون الإجراءات المدنية والإدارية ،طبعة الأولى ،الجزائر، منشورات بغدادي ،2009 ص: 344 .

بأمور شخصية تمس الجوانب النفسية والاجتماعية والدينية[1] ، وهذا يترتب عنه الاختلاف في القضايا المنظورة لأنها وان اتفقت في الظاهر إلا أن لكل قضية خاصية وميزة تختلف حسب الأشخاص والظروف الأمر الذي يضع

القاضي أمام اختبار حقيقي لقدراته وملكاته الذهنية التي تختلف من قاضي إلى أخر .لذا يجب أن يكون القاضي مطلعا بالمسائل الفقهية والعلوم النفسية و الاجتماعية وان تكون له ثقافة قانونية خاصة وهذا ما يحث على ضرورة تكوين وتخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة وإعطاء أهمية كبيرة لهذا الفرع من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة و الكفاءة الكافية .

رابعا: من حيث أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي ذات طابع مركب

فهي في الوقت ذاته التز ام وواجب ،فالقاضي عند إعماله لنشاطه الذهني يهدف إلى إظهار وكشف المراكز القانونية ومنح الحماية القضائية وبذلك هو مرتبط بالغاية التي حددها له القانون كما انه ملزم بالنظر في الظروف والملابسات والملائمة بين الواقع و القانون .

مما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون، لكن لها مميزات خاصة في قانون الأسرة بحكم طبيعة المسائل التي يتناولها قانون الأسرة والقضايا التي يفصل فيها قاضي شؤون الأسرة ،وهذه السلطة هي جوهر الوظيفة القضائية لذلك تكتسي أهمية بالغة في تحقيق الاستقرار العادل .

[1] اسمهان عفيف ،المرجع السابق ،ص: 55.

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله لسلطته التقديرية

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية ممنوحة له للفصل في النزاعات والخصومات المطروحة أمامه ،غير أن هذه السلطة لا يتسنى له إعمالها إلا من خلال مصادر يستند إليها وكذا شروط يستطيع من خلالها استخدام سلطته التقديرية و بالتالي الوصول إلى الحكم المناسب وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين فتطرقنا :

في **المطلـب الأول** : إلى مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة

وفي **المطلب الثاني:** إلى شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة

يتجسد عمل القاضي في إصدار الأحكام، والحكم القضائي هو المخطوط الذي يصوغه القاضي فاصلا به في النزاع المعروض عليه[1]. ولكن القاضي لا يستطيع الوصول إلى الحكم القضائي الفاصل في الدعوى ،إلا من خلال مصادر لسلطته التقديرية للفصل في النزاع _ وهي كل ما يعين القاضي بصفة نظرية أو عملية رئيسية أو تابعة في أي مرحلة من مراحل الدعوى للوصول إلى الغاية من منصب القضاء[2]_ ، وعليه فإن مصادر نشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة تتمثل فيما يلي :

أولا: مصادر النشاط التقديري للقاضي حسب كل قضية:

وتتمثل فيما يلي:

1-عناصر النزاع.

2- القاعدة القانونية.

3- وسائل الإثبات التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه.

1- عناصر النزاع :

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية و الأولية التي تحدد وجهة القاضي وعمله وتحدد مناط اجتهاده ،وهي المصدر الأول للمعلومات عن الدعوى ،فمن خلال عناصر النزاع يستشف ما إذا كان مختصا بالنظر في الدعوى وقبول سماعها

[1] صلاح الدين شروخ ،الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية ،بدون طبعة ،دار العلوم للنشر و التوزيع، 2010، ص: 131 .

[2] محمود محمد ناصر بركات ،المرجع السابق، ص: 91

واختيار الصالح منها والتقيد بها دون الخروج عنها أو إضافة وقائع أو الطلبات لم يطلبها الخصوم فأطراف النزاع عند رفع الدعوى هم أحرار في عرض ما يشؤون من وقائع وحجب ما يريدون عنها[1]. كما أن الخصوم عند ادعائهم الوقائع المتفا ع عليها غير ملزمين بإعطاء الوصف القانوني فالقاضي هو الذي يقوم بتحديد عناصر النزاع وا عطاءها وصفا قانونيا عن طريق ترجمة العناصر الواقعية للنزاع إلى مفاهيم القانونية.

والقاضي في تقديره للنزاع غير مقيد بحدود فهو حر في إعطاء تكييف قانوني جديد للنزاع كلما بدا له أن التكييف الذي قدمه الخصوم غير ملائم باستثناء تلك التي يفرضها القانون حسب نص المادة 29 من قانون إجراءات مدنية و إدارية[2].

ومنه فإن القاضي في ترجمته للوقائع المعروضة أمامه يكون ذلك نتيجة الاقتنا ع الشخصي.

2- القاعدة القانونية :

تعد القاعدة القانونية هي المصدر الأول الذي يستند إليه القاضي في حكمه على النزاع المطروح أمامه ،ولكنها المصدر الثاني في النشاط التقديري للقاضي حسب كل قضية ،والقاعدة القانونية عبارة عن قاعدة سلوكية تنظم النشاط للأفراد في المجتمع ويترتب على مخالفتها حلولا قانونية على شكل جزاءات أو التزامات تقوم السلطات

[1] نبيل إسماعيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص: 126

[2] بربارة عبد الرحمان ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الطبعة الثانية ،منشورات البغدادي ،الجزائر ،2009. ص: 67.

العامة في المجتمع بفرضها[1] . تتكون من فرضية وحكم والقاضي يستند إليها في إعطاء وصف لعناصر الواقعية للنزاع وصفا قانونيا من خلال مطابقة الوقائع المادية، لمضمون القاعدة القانونية لأنها تحدد له حالات ومجالات إعمال نشاطه الذهني وحل النزاع عن طريق الحكم المناسب له.

3 - وسائل الإثبات التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه:

الإثبات هو إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يرتب أثاره وموضوع متصل بفكرة الوصول إلى الحقيقية و البحث عنها لاسيما أمام القضاء[2]. ووسائل الإثبات تعتبر من الوسائل المهمة التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه للوصول إلى الحكم المناسب في القضية فهي تبين للقاضي صدق الدعوى عن عدم صدقها، وينعكس أثرها على الحكم عليها[3] وتتمثل وسائل الإثبات التي تساعد القاضي فيما يلي

أ - الشهادة:

الشهادة هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها[4].أو هي الأقوال التي يدلي بها شخص شفويا أمام القضاة على شهادة أو ما سمعه

---

[1] صلاح الدين شروخ،المرجع السابق، ص: 09

[2] بربارة عبد الرحمان ،المرجع السابق ،ص: 106.

[3] محمود محمد ناصر بركات ،المرجع السابق ، ص: 91.

[4] فريدة محمدي زواوي ،مدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق ،دون طبعة ،الجزائر،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،2000، ص: 172.

بشأن الواقعة المراد إثباتها أو نفيها[1] ،ويشترط في الواقعة المادية المراد إثباتها أن تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود وهذا ما نصت عليه المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

(يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ،ويكون تحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية)و عليه فالقاضي يجوز له الاستعانة بالشهود في حالة نقصان في الأدلة وله السلطة التقديرية الكاملة في ذلك وأيضا له سلطة الأخذ بها أو ردها .

ب- اليمين المتممة:

وهي وسيلة من وسائل إثبات الوقائع المادية يوجهها القاضي إلى احد الخصوم ليتم أو يكمل بها دليلا يقدره بأنه غير كاف[2] وهي عكس اليمين الحاسمة التي يوجهها احد الخصوم إلى الآخر. و يشترط القانون لتمكين القاضي من توجيه اليمين المتممة ما يلي حسب نص المادة 348 قانون مدني:

أ- ألا يكون له دليل كامل في الدعوى إذا القاضي لا يستطيع توجهها إذا وجد دليل كامل في الدعوى.

ب- ألا تكون دعوى خالية من الدليل إذ لا يجوز للقاضي الفصل في الدعوى بناءا على يمين متممة وحدها فقط .

[1] أحمد سي علي ، مدخل العلوم القانونية نظرية العامة الحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية ،دون طبعة ،دار الهومة ،الجزائر، 2010 ص: 276.

[2] أحمد سي علي ،المرجع نفسه ،ص: 278.

ومنه فإن القاضي له سلطة توجيه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين وذلك لاستكمال اقتناعه بالأدلة ، كما أن للقاضي سلطة الأخذ بها إذا اقتنع بها كما يمكنه عدم الأخذ بها .

ج- القرائن القضائية :

القرائن القضائية وهي عكس القرائن القانونية التي هي من استنباط المشرع وهي تدخل ضمن الطرق المعفية من الإثبات[1] وهذا ما نصت عليه المادة 337 قانون مدني جزائري .(القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحة من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات)، أما القرائن القضائية فهي من استنباط القاضي وله السلطة التقديرية الكاملة في استنباطها و الأخذ بها ،فهي تخضع لاجتهاد القاضي فله استنباطها من أي مصدر كان ،كما أن له السلطة التقديرية.وهذا ما نصت عليه المادة 340 قانون مدني جزائري (يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة).

د- الخبرة:

تعتبر الخبرة من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي ليجسد بها اقتناعه عند تعارض الأدلة المقدمة من طرف الخصوم ،غير أن اللجوء إلى الخبرة لا يكون إلا في المسائل التي تتجاوز معارف القاضي[2].

[1] عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق،دون طبعة ،دار الهومة ،الجزائر ،2011،ص: 75.

[2] بربارة عبد الرحمان ،المرجع السابق ،ص: 131.

وهذا ما نصت عليه المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي).والقاضي له السلطة التقديرية الواسعة بالأمر بإجراء الخبرة ،والخبرة من الوسائل أو القرائن التي يستعين بها القاضي حتى يتسنى له فهم القضية بشكل جيد

ثانيا:مصادر النشاط التقديري للقاضي التي يبنى عليه حكمه :

لقد نصت المادة الأولى من قانون مدني جزائري على: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواهاوا إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). من خلال نص المادة يتبين أن مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة التي يبنى عليها حكمه تتمثل في قانون الأسرة ثم الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالإضافة إلى أحكام القضاء وأراء الفقهاء.

1-قانون الأسرة :

هو قانون يتكون من مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أفراد الأسرة حسب نص المادة الأولى من قانون 11/84 المؤرخ في9 يوليو1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ 27 فبراير2005. (تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون) سواء كانت العلاقات متمخضة عن الزواج أو عن فك الرابطة الزوجية أو بصدد العلاقات الناتجة عن بنوة أو أبوة وسواء كنا بشأن علاقات أثناء الحياة أو بعد الموت كالميراث أو الوصية[1].

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة ،دون طبعة ،دار الهومة ،2014،ص: 13.

فالقاضي في إصدار حكمه مقيد بنص القانون فهو المصدر الأول بالنسبة له عند حكمه، ومعنى هذا أنه يجب على القاضي أن يلجأ إليه أولا لحل كل ما يعرض من منازعات حتى ولو كان النص غامضا إذ في هذه الحالة يبحث القاضي عن المعنى المقصود[1].

2- الشريعة الإسلامية:

هي المصدر الثاني بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة ،فالقاضي يلجأ إليها إن لم يجد نصا في التشريع الوضعي، وقد نص عليها القانون صراحة في المادة 222 من قانون الأسرة جزائري (كل لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) ،والمقصود بالشريعة الإسلامية كل القواعد الفقهية التي تطبق على المجتمع الجزائري[2].

3-العرف:

هو مصدر من مصادر القانون ،وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية بل ناتجة عن ممارسة طويلة في المجتمع ،ومن أهم شروطه أن تكون القاعدة العرفية معمول بها منذ زمن طويل، وأن تكون قاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها، وأن تكون عامة ومجردة، وان يألف الناس احتر امهاوالالتزام بها و ألا تكون مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي،فالقاضي يلجأ إليها عند عدم وجود نص في التشريع الوضعي وكذا في الشريعة الإسلامية .

[1] فريدة محمدي زواوي،المدخل للعلوم القانونية ،دون طبعة ،الجزائر ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،2000 ، ص: 79.

[2] لحسين بن الشيخ آت ملويا، مرجع السابق، ص: 478.

4- القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

القاضي ملزم بالفصل في كل نزاع معروض أمامه لذا وضع المشرع وسيلة يلجأ إليها القاضي حتى تمكنه الفصل في النزاع المعروض أمامه عند عدم وجود نص سواء في القانون أو الشريعة الإسلامية أو العرف فيلجأ القاضي إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

5- أراء الفقهاء وأحكام القضاء :

تعتبر من المصادر التفسيرية للقانون ولم ينص عليها المشرع والمقصود بأحكام القضاء فهو ما صدر عن المحاكم باختلاف درجاتها عن أحكام في الدعاوى التي تعرض عليها ،وأحكام القضاء ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العملية فهي ملزمة للمحاكم .أما المقصود من الناحية الفقهية هو ما صدر عن الفقهاء من أراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يتعرضون للنصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم. ومنه فإن القاضي لا يستطيع الحكم بما لا علم له به حسب قاعدة "لايجوز القضاء بما لاعلم للقاضي به "والمقصود بالعلم هو العلم بعناصر النزاع وأدلة الإثبات و القاعدة الذي سوف يبني عليه حكمه[1]

[1] محمود ناصر بركات، المرجع السابق ، ص: 170.

المطلب الثاني : شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري

قاضي شؤون الأسرة حتى تكون له صلاحية إعمال سلطته التقديرية في القضايا المعروضة أمامه لا يتأتى له ذلك إلا من خلال توفر شرطين هما :

أولا: الاختصاص القضائي .

ثانيا :توفر الدعوى على شروط قبولها.

أولا : الاختصاص القضائي:

الاختصاص القضائي من أهم المسائل التي يجب مراعاتها قبل النظر في موضوع الدعوى وهو أول نشاط تقديري يقوم به القاضي وقاضي شؤون الأسرة حتى تكون له الولاية الكاملة في النظر في دعوى مقدمة أمامه عليه أن يكون مختصا سواء الاختصاص النوعي أو الإقليمي

1-الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية باختلاف د جاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى[1]، وقاضي شؤون الأسرة مختص في جميع ما ورد في قانون الأسرة غير أن المادة 423 من قانون إجراءات مدنية و إدارية نصت على أهم الدعاوى التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة ،باعتبارها أهم القضايا التي تعرض أمام القضاء ،وجاء ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر وهي :

1- دعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة .

2- دعاوى النفقة و الحضانة وحق الزيارة.

[1] بربارة عبد الرحمان ،المرجع السابق ،ص: 74.

3- دعاوى إثبات الزواج و النسب .

4- دعاوى المتعلقة بالكفالة .

5- دعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب و الفقدان والتقديم.

2- الاختصاص الإقليمي :

الاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتفسير القضائي[1] ،ويتمثل الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة بحسب طبيعة النزاع فقد حددته المادة 426 من قانون إجراءات مدنية و إدارية وهو كالأتي :

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعي عليه

2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما

4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المتعلقة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة

5- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها

6- في الموضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي

7- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طلب الترخيص

8- في الموضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعي عليه

9- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية.

[1] بربارة عبد الرحمان ،المرجع السابق ،ص: 83.

ثانيا:توفر الدعوى على الشروط قبولها :

حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة مناقشة موضوع الدعوى عليه أولا أن يتحقق من شروط قبولها ،وهو أول نشاط ذهني يقوم به قاضي شؤون الأسرة للوصول من خلاله لمناقشة موضوع الدعوى ،وبالتالي إعمال سلطته التقديرية فيها ،و أهم شرطين حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء هما :الصفة والمصلحة المادة 13 قانون إجراءات مدنية و إدارية.

1- الصفة :

هيالعلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضو عها[1] ، وقد نصت المادة 13 فقرة 1 قانون إجراءات مدنية وا إدارية (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون).فالصفة شرط ضروري لقبول الدعوى وعند انعدامها لا تقبل الدعوى ويستطيع القاضي إثارتها من تلقاء نفسه الفقرة 2 من مادة 13قانون إجراءات مدنية وا إدارية .والصفة في قضايا شؤون الأسرة تتمثل في صاحب الحق الشخصي الذي خصه القانون دون غير ه في حق المطالبة أمام القضاء، والصفة يجب أن تتوفر في المدعى والمدعى عليه، فمثلا في قضايا النسب فالزو ج الذي يلاعن زوجته هو صاحب الصفة التي خوله له القانون حق نفي نسب الحمل عن صلبه .

[1] بوبشير محند أمقران ،قانون الإجراءات المدنية ،دون طبعة ،الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ،1998، ص: 67 .

2- المصلحة:

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء[1'] ،بحيث يشترط قانون إجراءات مدنية و إدارية أن تتضمن الدعوى مصلحة لأحد المتقاضين سواء كانت مادية أو معنوية ،غير أن قانون إجراءات مدنية و إدارية لا يخول للقاضي سلطة إثارة انعدامها مثل ما هو مقرر في الصفة، إلا إذا كانت غير مشروعة.و تتمثل الصفة في قضايا شؤون الأسرة على سبيل المثال في النسب على حق الشخص في معرفة نسبه من جهة الأب و الأم ودفع العار عن نفسه .

[1'] بربارة عبد الرحمان ،المرجع السابق ، ص: 38.

ملخص الفصل :

وفي الأخير فإن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي السلطة الممنوحة له في مواجهة ظروف تطبيق القانون ،قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به بناءا على ما بين يديه من عناصر النزاع التي تعد المادة الأولية التي بموجبها يتم الاتصال بالدعوى و كذا القاعدة القانونية التي يستند إليها في حكمه ويستمد منها شرعية ممارسته لهذه السلطة بالإضافة إلى الوسائل التي يستعين بها القاضي أثناء ممارسة السلطة التقديرية وتتمثل في الوسائل القانونية و المنطقية التي يكون بها اقتناعه و أدلة الإثبات التي تعتبر مصدرا مهما لأنها تبين صحة الادعاءات المقدمة من الخصوم ،وعليه سنحاول معرفة مدى تطبيق هذه السلطة في قضايا النسب وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني .

الفصـــل الثانـــــي

سلطة قاضي شؤون الأسرة

في

إثبـــات النســـــب و نفيـــه

تمهيد:

تعتبر قضايا النسب من أهم القضايا التي تعرض أمام القضاء ومرد ذلك، للأهمية التي يحظى بها موضوع الأنساب ،لذا وضع له المشرع الجزائري مجموعة من مواد تضبطه من خلال قانون الأسرة من المواد 40 إلى46 ،وبما أن قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بالفصل في هذه القضايا ،فله سلطة تقدير ه للنسب سواء كان بالإثبات أو النفي غير أن هذه السلطة الممنوحة له في قضايا النسب، وحرية استخدامه لسلطته التقديرية .قد تؤدي في بعض الأحيان إلى التعسف في استعمالها وبما أن أساس عمل القاضي هو تحقيق العدل ،فلا يكون ذلك إلا بوضع ضوابط وحدود لهذه السلطة وعلى القاضي أن يلتزم بها ويكون له بعد ذلك حرية استخدام السلطة التقديرية لكن ضمن قيود .

وعليه سنتطرق :

في **المبحث الأول:** سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه .

وفي **المبحث الثاني**: حدود سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب و نفيه.

المبحث الأول : سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه :

إن قاضي شؤون الأسرة ،في إعمال سلطته التقديرية ،سواء في إثبات النسب أو في نفي النسب لا يكون ذلك ممكننا إلا من خلال أدلة إثبات النسب أو نفيه المعروضة أمامه ، والتي تبني عليها الدعوى .

غير أن القاضي لا يستطيع تقييم أدلة إثبات أو نفي النسب، إلا من خلال مصادر نشاطه التقديري سواء في إثبات النسب وسلطته التقديرية فيه (المطلب الأول)أو في نفي النسب وسلطة التقديرية فيه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري في إثبات النسب:

إن تفسير قاضي شؤون الأسرة لأدلة إثبات النسب المعروضة أمامه للوصول من خلالها إلى إعمال نشاطه التقديري فيها لا يتأتى إلا من خلال مصادر نشاطه التقديري في إثبات النسب وهي :

أولا: طرق إثباتالنسب التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسر ة .

ثانيا: تدخل قاضي شؤون الأسرة فيها بإعمال سلطة التقديرية .

أولا : مصادر النشاط التقديري للقاضي في إثبات النسب :

تتمثل مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب في الوسائل و الطرق التي يتم من خلالها تفسير أدلة الإثبات المعروضة أمام القاضي ، منصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 40 إلى45 مكرر .

طرق إثبات النسب: لقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت النسب ،تماشيا مع الهدف الذي يرمي إليه التشريع الإسلامي ،الذي جعل التناسل بين البشر محاطا بالعفة و الطهارة ،حتى لا تختلط الأنساب ولا يكون ذلك إلا بالزواج الصحيح، لقوله تعالى :﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجاً وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ اَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ... ﴿٧٢﴾

سورة النحل الآية : 72 .

وقوله تعال﴿ ٱلذِے خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُۥ نَسَباً وَصِهۡراًۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ﴿٥٤﴾

سورة الفرقان الآية: 54.

وقوله عليه الصلاة و السلام ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) [1].

[1] محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي ،صحيح مسلم ،الجزء الخامس دون طبعة ،المنصورة ،مكتبة الإيمان ،بدون سنة ص: 229.

فالنسب الشرعي هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون و الدين والحضارة[1].

وقد تناول المشرع الجزائري وسائل وطرق إثبات النسب في نص المادة **40** المعدلة و المتممة بالأمر رقم 02/05 ,المؤرخ في 27 فبراير 2005، في فقرتها الأولى تنص على:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون "

ونظرا للتطور العلمي الحاصل في المجال البيولوجي ،فقد واكب المشرع الجزائري هذا التطور ونص في الفقرة الثانية على :

"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " وعليه يمكننا تقسيم وسائل إثبات النسب إلى:

الطرق التقليدية لإثبات النسب : وهي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة .

الطرق العلمية لإثبات النسب: وهي النصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة.

أ-الطرق التقليدية لإثبات النسب: وهي التي نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة وهي: الزواج الصحيح, نكاح الشبهة, كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و 34، الإقرار، البينة.

[1] بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،طبعة الأولى ،عمان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2012،ص: 466.

1- إثبات النسب بالزواج الصحيح :

الزواج الصحيح هو أصل في ثبوت النسب, فمتى كان الزواج شرعيا و قانونيا[1] كان طريقا لإثبات النسب.

والزواج الصحيح :هو العقد المستجمع للأركان و الشروط المطلوبة شرعا لإحلال العشرة بين الرجل و المرأة[2] ،وإذا لزم فليس لأحد الزوجين ولا لغيرها حق نقض العقد ولا فسخه، ولا ينتهي إلا بالطلاق أو الوفاة[3] ، وينتج عنه جميع أثاره ومنها ثبوت نسب الولد لوالده ولا ينتفي إلا باللعان .

وعليه فان الزواج المستوفي لجميع أركانه وشروط صحته (المواد من 7 إلى 31 قانون الأسرة). يترتب عليه كافة الآثار ومنها ثبوت نسب الأولاد، ولا يهم مطلقا أن يثبت هذا النسب وقت الميلاد أو بعده، كون المشرع لازال يعترف بالزوجالعر في[4] ،وحتى يكون الزواج الصحيح سبيلا لإثبات النسب، يجب اجتماع الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة.

" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "

فبعد أن أصبح عقد زواج صحيحا، باستيفائه جميع أركانه وشروط صحته،لا يكون سبيلا لإثبات النسب إلا بتوفر الشروط الآتية:

* إمكانية التلاقي بين الزوجين.
* مدة الحمل .
* لم ينفه بالطرق المشروعة .

---

[1] عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،الطبعة الرابعة ،الجزائر ،دار الهومة ،2013،ص100.

[2] اقورفة زبيدة ،الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ،بدون طبعة ،تيزي وزو ،دار الطباعة والنشر والتوزيع ،2012،ص 36.

[3] تواتي بن تواتي،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،طبعة الأولى ،الجزائر ،دار الوعي للنشر والتوزيع ،2009،ص 115.

[4] تشوار الجلالي ،الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ،بدون طبعة ،الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية ،2011، نص95.

1-1 إمكانية التلاقي بين الزوجين:

إن الزواج الصحيح حتى يكون وسيلة لإثبات نسب الولد لأبيه، يتطلب توفر إمكانية الاتصال

بين الزوجين.وهذا شرط تعددت فيه الآراء الفقهية ،فالحنفية يكفي عندهم العقد لإثبات النسب و لا يشترطوا التلاقي بين الزوجين[1] ، أما شيخ الإسلام ابن تيمية ،فيشترط لإثبات النسب، أن يكون العقد مع الدخول المحقق لا إمكانية المشكوك فيه[2] ، أما الجمهور فاشترطوا العقد مع إمكانية الوطء[3].

وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في مادة 41 من قانون الأسرة و من خلال استقر اء المادتين 41 و45 مكرر من قانون الأسرة يتبين أن إمكانية التلاقي بين الزوجين ،إما بالاتصال الجنسي بين الزوجين ،وا ذا تأكد عدم الاتصال بينهما لسبب أو لأخر فلا يثبت النسب ولا يلحق الولد لوالده أو عن طريق التلقيح الاصطناعي، وهي من وسائل الإنجاب الحديثة التي اعتمدها المشرع الجزائري واقرها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة **"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".**

والتلقيح الاصطناعي هو :"عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة _ سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها تم أعيدت بيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها_ بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي[4]-.

وقد قيد المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بجملة من الشروط وهي:

1- أن يكون الزواج شرعيا.

---

[1] محمد سمارة،أحكام وأثار الزوجية،طبعة الأولى ،عمان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2008،ص 371.

[2] ابن القيم الجوزية ،زاد المعاد في هدى خير الأنام ،الطبعة الثانية ،مصر،دار الحورى للنشر والتوزيع ،2012.ص 211.

[3] محمد سمارة، المرجع سابق،ص372.

[4] اقورفة زبيدة ،المرجع السابق ،ص 111،112.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

3- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

كما لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

2-1 مدة الحمل :وهنا نميز بين حالتين أقل وأقصى مدة للحمل

1- أقل مدة للحمل :وهي ستة أشهر باتفاق الفقهاء ، لقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا.... ﴾ سورة الأحقاف الآية: 14.

وقوله تعالى: ﴿ ۝١٢ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ... ﴾ سورة لقمان الآية: 13.

ومن خلال الآيتين يتبين أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ،أما قبل ذلك فلا يثبت النسب . ويتفق أهل الطب مع أهل الفقه في اقل مدة للحمل[1] وعليه فإن جاءت المرأة بعد زواجها بولد قبل مرور ستة أشهر على الزواج، وهي أقل مدة للحمل، فلا يثبت نسب الولد من الزوج[2].

2- أقصى مدة للحمل:

لقد اختلف الفقهاء في أقصى مدة للحمل، فمنهم من قال أنها سنتان وهو رأي الحنفية،و أربع سنوات وهو قول الجمهور الشافعية والحنبلية و المالكية، وتسع أشهر وهو قول الظاهرية.

ولعل سبب هذا الاختلاف بين الفقهاء، هو عدم وجود دليل سواء من الكتاب أو السنة، فأراء الفقهاء اجتهادية وفقا لطرق استنباطهم[3]

أما المشرع الجزائري فقد حدد أقل و أقصى مدة الحمل في المادة 42 من قانون الأسرة **"اقل مدة الحمل ستة (06) أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر** "ومن هنا ، فإن الولد للفراش، مادامت

---

[1] اقورفة زبيدة ،المرجع السابق ،ص 41.

[2] محمد سمارة،المرجع السابق،ص373،374.

[3] طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري في الفقه الإسلامي، (ب.ط)، الإسكندرية، دار الطباعة الجديدة، 2013، ص:19.

العلاقة الزوجية قائمة متى ولد لسنة أشهر من عقد الزواج، وهي أدنى مدة للحمل ،وأقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر[1]. أما إذا وقعت ولادة المولود بعد الطلاق أو الوفاة ، فان المادة 43 من قانون الأسرة نصت على "**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة** " .

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الحالات المختلفة لثبوت النسب سواء قبل الطلاق أو بعد الطلاق أو الوفاة[2] ، في حين أن الفقهاء ميزوا بين مختلف الحالات.

1-3- لم ينفه بالطرق المشروعة:

إن اجتماع الشروط السابقة من زواج صحيح وا مكانية التلاقي ومدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا، لا تكفي لإسناد الولد إلى أبيه، إلا بتوفر هذا الشرط ،وهو عدم نفي الزوج الولد بالطرق المشروعة وهو اللعان ،فطالما أن الزوج يتهم زوجته بالحمل في علاقة آثمة، فإن نسب المولود ينقطع عنه، ويكون ابنا غير شرعي بعد تمام الملاعنة أمام القاضي بشروطها الشرعية[3].

وسنتطرق إلى اللعان بالتفصيل في المطلب الثاني ،وعلية فإذا توفرت جميع الشروط السابقة كلها تكون قرينة قانونية كافية وحدها لإثبات النسب، ولا تقبل الادعاء بإثبات العكس[4].

---

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص: 472.

[2] طفياني مخطارية،المرجع السابق ،ص: 51

[3] اقورفة زبيدة ،المرجع السابق ،ص: 45،46

[4] عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،طبعة الثالثة ،دار الهومة ،1996،ص: 211

2- إثبات النسب بعد الزواج الفاسد:

لقد ورد في النص المادة 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من هذا القانون.

وباستقرائنا لهذه المواد يتضح أن المادة 32قانون أسرة نصت على بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

أما المادة 33 قانون الأسرة نصت على بطلان الزواج إذا اخل فيه ركن الرضا وإذا كان ركن الرضا متوفر، ولكن تخلف احد شروطه ،كأن يبرم دون حضور شاهدين أو دون صداق، أو دون ولي في حالة وجوبه،فإذا كان قبل الدخول يفسخ ولا صداق فيه أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل.

أما المادة 34 قانون الأسرة نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء.

نلاحظ من خلال المواد أن المادة 34 قانون الأسرة هي الوحيدة التي نصت على ثبوت النسب ووجوب الإستبراء .

ومنه فإن كل حمل ناتج عن زواج فاسد فان نسب المولود محفوظ لتعلق حق الله تعالى به وحق العبد معا ، وله نفس أثار الزواج الصحيح، بشرط أن يولد في الفترة الممكنة بستة أشهر بعد الدخول و عشرة أشهر من تاريخ إبطال العقد، و المولود يمكن أن يصرح بولادته إلى ضابط الحالة المدنية وفقا للآجال وبالطرق المحددة في قانون الحالة المدنية[1].

[1] عبد العزيز سعد ،نظام الحالة المدنية في الجزائر ،ج2 ،الطبعة الثالثة ،الجزائر ،دار الهومة ،2011،ص: 50

3-إثبات النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو احد الطرق التي تضمنتها المادة 40 قانون الأسرة التي يثبت بها النسب.

تعريف نكاح الشبهة:

لغة: الشبهة وهي الالتباس[1].

اصطلاحا: وهي كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد[2].

وقد قسم الحنفية الشبهة إلى:

1-شبهة في الحكم:

أي أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم فيه إباحة وطء امرأة في حين أنها ليست مباحة.

2- شبهة في العقد:

وهي أن يعقد رجل نكاحه على امرأة ثم يتبين أنها لا تحل له.

3- شبهة في الفعل:

وهو أن يطأ الرجل امرأة ضنا أنها زوجته[3].

ومنه فان الوطء المستند إلى شبهة النكاح،لا هو زنا يجب فيه الحد ولا هو دخول حقيقي يرتكز إلى عقد النكاح ،ولذلك يلحق فيه الولد بأبيه ،لأنه نكاح مختلف فيه و الاختلاف شبهة والشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين اقل مدة للحمل وأقصاها من تاريخ الدخول[4] .

---

(1) مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط ،بدون طبعة ،المكتبة الإسلامية ،تركيا ،دون سنة ،ص:471 .

(2) سعد الدين مسعد الهلالي ،البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية ،الطبعة الأولى ،الكويت ،مجلس النشر العلمي ،2001 ،ص: 284 .

(3) محمد سمارة،المرجع السابق،ص:375.

(4) بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص: 483

4-إثبات النسب بالإقرار:

تعريف الإقرار:

لغة: هو الاعتراف به[1].

اصطلاحا:هو اعتراف ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب[2]

والإقرار بالنسب إذا كان مباشرا يسميه المالكية الإستلحاق وقد نص المشرع الجزائري على إثبات النسب بالإقرار في المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة ففي المادة الأولى " **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة** "

و أما في الثانية "**الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**".

ومن استقرائنا للمادتين 44 و45 من قانون الأسرة يتبين أن الإقرار بالنسب نوعان:

1- الإقرار على النفس:وهو متعلق بنفس المقر ويشترط فيه:

- أن يكون الولد الذي ينصب عليه الاعتراف مجهول النسب.

- أن يكون الإقرار يقبله العقل أو العادة.

2- الإقرار على الغير: وهو تحميل النسب على الغير ويشترط فيه بالإضافة إلى الشروط السابقة أن يوافق المحمول عليه بالنسب.

---

[1] مجمع اللغة العربية،المعجم الوسيط ،ج2،المرجع السابق ،ص 725.

[2] محمد سمارة ،المرجع السابق ،ص 376.

4- إثبات النسب بالبينة:

لغة: الإيضاح والوضوح[1].

اصطلاحا : هي كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات القانونية و الشرعية مما ورد النص عليه في قوانين الإجراءات أو لم يرد[2].

و البينة في إثبات النسب هي شهادة الشهود، وهي أقوى من الإقرار لأن الإقرار حجةقاصر ة على المقر ولا تتعدى غيره، أما في الإقرار على الغير فهي تحتاج إلى تصديق، بخلاف البينة فإن ثبتت أصبحت ملزمة لجميع الأطراف.

ب- الطرق العلمية لإثبات النسب :

لقد واكب التشريع الجزائري التطور العلمي الحاصل في المجال البيولوجي فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 40 قانون الأسرة "**يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"

حيث أجاز القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم .مع أن المشرع لم يبين ما هي الوسيلة العلمية التي يتم اللجوء إليها في إثبات النسب، غير انه وعلى أغلب يقصد البصمة الوراثية أو التحليل الجيني للحمض النووي **(DNA)** لتميزه بالدقة.

وعليه سنتطرق:

أولا إلى تعريف البصمة الوراثية وشروط العمل بها ودورها في إثبات النسب.

---

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط،ج 1،المرجع السابق،ص: 80

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق ،ص: 217.

1- تعريف البصمة الوراثية :

لغة :وهي جملة مركبة من كلمتين :البصمة و الوراثة ، فالبصمة هي الأثر الختم بالأصبع[1] أما الوراثة هي المصدر ورث وتعني الانتقال و البقاء[2].

التعريف الاصطلاحي:"هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض (D.N.A) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا الجسم"[3].

أو هي "ما يتوارثه الأبناء عن أبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة و تميزهم عن غيرهم"[4].

2- شروط العمل بالبصمة الوراثية:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لشروط العمل بالبصمة الوراثية إلا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بخصوص العمل بالخبرة .

1- لا يتم اللجوء إلى الخبرة إلا في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية و التقنية للقاضي[5] كما نصت عليه المادة 125 قانونإجراءات مدنية وا إدارية "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

2- يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء إما تلقائيا من طرف القاضي أو بناء على طلب الخصوم. وهذا ما نصت عليه المادة 126 اقون إجراءات مدنية وا إدارية **"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو تخصصات مختلفة"** .

---

(1) ابن منظور جمال الدين محمد ،لسان العرب ،ج12،المرجع السابق ،ص50

(2) الفيروز بادي ،القاموس المحيط ،بدون طبعة ،بيروت ،دار الجيل ،بدون سنة،ص 182.

(3) سعد الدين مسعد الهلالي ،المرجع السابق ،ص 95

(4) بلحاج العربي المرجع السابق ،ص 494

(5) بربارة عبد الرحمان ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الطبعة الثانية ،المرجع السابق ص 131

3 - أن يتضمن الحكم الآمر بالخبرة الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة وتحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا وفقا للمادة 127 قانون الإجراءات المدنية والإدارية "**يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يلي:**

أ- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.

ب- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص.

ج- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.

د- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط"

4- ألا تربطهم علاقة قرابة مباشرة أو غير مباشرة أو مصلحة حسب نص المادة 133فقرة3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «**لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي أخر** "

3- دور البصمة الوراثية في إثبات النسب :

إن البصمة الوراثية تعتبر من أهم الوسائل الحديثة للإثبات في العالم و خاصة في مجال الأنساب ،وقد اقرها المشرع الجزائري في آخر تعديل لقانون الأسرة ، وهي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث أن الفقه الإسلامي كان يعتمد على القيافة وهي –تعرف على النسب عن طريق الشبه- وذلك في حالة تعارض الأدلة أو انعدامها ، والبصمة الوراثية تشبه إلى حد كبير القيافة لكن بشكل أقوى و أوضح، فهي تقوم على أساس معرفة الشبه بين الولد ووالديه ، ولكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحمض النووي[1] وتعتبر نتائجها يقينية .

ويتمثل دورها في إثبات النسب خاصة عند تنازع شخصان فأكثر على الأنساب، فإن البصمة الوراثية لها دور في فضها ومن أمثلتها :

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص: 494.

1- حالة الولد المجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي.

2- الاشتباه في حالة أطفال الأنابيب.

3- الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد.

4-حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة، أو من زواج فاسد (كزواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها) ،وكذلك حالات الزنا و الاغتصاب بالإكراه لمعرفة الشخص الزاني لإستلحاق ولده من الزنا.

5- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب ولد المتنازع عليه ،لمعرفة الأب الحقيقي للطفل.

6- حالة اختلاط المواليد في المستشفيات وكذا في الحروب.

ثانيا : سلطة القاضي في تقديره لطرق إثبات النسب:

نظرا للدور الايجابي الذي يتمتع به قاضي شؤون الأسرة ،إذ له سلطة تقدير أدلة إثبات النسب المعروضة أمامه حسب كل قضية ، بحيث يقوم بالتأكد من صحة الوسائل المقدمة لإثبات النسب بكل الطرق الشرعية والقانونية ،وذلك تبعا لقاعدة "**إحياء الولد** " التي اعتمدتها المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ :1998/12/15 . "كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع شك في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "**إحياء الولد**"[1].

و منه فإن تدخل قاضي شؤون الأسرة في طرق إثبات النسب يكون كما يلي:

1- تدخل القاضي في تقديره للزوجية وما يلحق بها من زواج فاسد

و نكاح شبهة:

إن القاضي في تقديره للزواج الصحيح باعتباره أقوى طريق يثبت به النسب، يقوم بالتأكد من

[1] المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ،2001،ملف رقم 202490،قرار بتاريخ 1998/12/15،ص: 73.

صحة الزواج ،فمتى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه الزوج بالطرق المشروعة حسب نص المادة 41 قانون الأسرة وتحققت مدة الحمل المفروضة قانونا المنصوص عنها في المادة 42 قانون الأسرة ،ما على القاضي إلا إثبات نسب الولد لوالده، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ : 1989/12/15 "**حيث أنه متى كان الزواج العرفي متوافر على أركانه التامة والصحيحة ،فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنيةوا إلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون القضاء موافقا للشرع و القانون** "[1] .

- أما سلطة القاضي في تقدير إثبات النسب بعد الطلاق أو الوفاة فعليه التأكد من أقصى مدة الحمل حسب نص المادة 43 قانون الأسرة وهي 10أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ،غير أن المشرع لم يبين هل من تاريخ الحكم بالطلاق حسب المادة 49 قانون الأسرة أو من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق .

وقد أعطى المشرع الجزائري الولد الناتج بعد الزواج الفاسد ونكاح الشبهة -ولعل المشرع كان يقصد الوطء بشبهة- نفس حكم الولد الناتج عن زواج صحيح ،فالقاضي في تدخله سواء في تقديره إثبات النسب بعد الزواج الفاسد أو الوطء بالشبهة، يكون ذلك من خلال تأكده من توفر ما نص عليه القانون الأسرة في المواد 34,33,32 المذكورة سابقا بالإضافة إلى توفر شروط الزواج الصحيح ،وهي الدخول الحقيقي بالمرأة وأن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي أما أقصى مدة للحمل فهي تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين[2].

أما الوطء بالشبهة فالقاضي له السلطة التقديرية في تقديره للشبهة[3] المسقطة للحد، بجميع

---

[1] المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية،عدد رابع ،1991،ملف رقم 58224،قرار بتاريخ 1989/12/25،ص:111،112

[2] بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص: 481.

[3] بلحاج العربي ،المرجع نفسه ص: 484

الوسائل القانونية و الشرعية حتى لا يختلط على القضاء إثبات نسب ولد ناتج عن زنا.

- أما الأطفال الناتجين عن التلقيح الاصطناعي فالقاضي له سلطة تقدير توفر شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

2-تدخل القاضي في تقدير ه لإثبات النسب بالإقرار:

إن القاضي في إعمال سلطته التقديرية في إثبات النسب بالإقرار يكون بالتأكد من صحة الإقرار وذلك من خلال ما نصت عليه المادتين 44و45 من قانون الأسرة، حتى يكون الإقرار صحيحا يجب أن تتوفر فيه ثلاث شروط :

1- أن يكون المقر له مجهول النسب .

2- أن يقبله العقل أو العادة.

3- أن يوافق المحمول علية بالنسب على هذا الإقرار في الإقرار المحمول على الغير.

إضافة إلى شرط أخر لم يذكره المشرع الجزائري، وهو أن يكون الطفل محل الإقرار ناتج عن زواج شرعي صحيح بين الرجل و المرأة[1].

غير أن القاضي لا يستطيع أن يطلب من المقر في دعوى الإقرار بالنسب ،الاستدلال بوثيقة الزواج[2].

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ 1998/12/15.

"حيث أن القول في كون الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء تطبيقا للمادة 341 من القانون المدني، مع أن هذه المادة لا تطبق في قضايا الحالة التي يحكمها قانون خاص وهو قانون الأسرة، ولأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع

[1] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،المرجع السابق،ص: 104

[2] بلحاج العربي ،المرجع السابق ص: 488

الشك و في الانكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "**إحياء الولد** "،حيث أن القول أيضا في كون الشهادة المؤرخة في 1997/04/06 أمام الموثق هي عبارة عن الصلح ،لا يجوز طبقا للمادة 461 من القانون المدني مع أن هذا الوصف للوثيقة لا يصلح بل هي توثيق لشهادة جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، ورغم ذلك لم ينتبه قضاة الموضوع لوجوب سماع هؤلاء الشهود.

حيث أن المادتين 40 و44 من قانون الأسرة تثبيتا النسب بالإقرار دون تحديد شكل يقع به هذا الإقرار، بالأمر الذي ينطبق مع قول خليل في باب بيان أحكام الإقرار"ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة"[1].

3- تدخل القاضي في تقديره لإثبات النسب بالبينة:

إن سلطة القاضي في تقديره لإثبات النسب بالبينة له سلطة أن يقبل شهادة الشهود أو ردها. وبما أن إثبات النسب يقع تسامح فيه ما أمكن طبقا لقاعدة "**إحياء الولد** " فالقاضي له أن يستمع لشهادة أقارب الزوجين أو أجانب لان قضايا الأحوال الشخصية يجوز فيها شهادة الأقارب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ :1997/02/18 (من المقرر شرعا وقانونا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لان بثبوت النسب يعد أحياءا له ونفيه قتلا له ....حيث انه في غالب الأحيان يرخص القضاة شهادة الأقارب في الزواج و النسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق)[2].

[1] قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،اجتهاد قضائي ،عدد خاص ،ملف رقم 202430،بتاريخ 1998/12/15،ص: 79،80.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المرجع السابق ،ص: 92,91.

4- تدخل القاضي في تقدير ه للطرق العلمية لإثبات النسب:

أعطى القانون لقاضي شؤون الأسرة صلاحية استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب من خلال الفقرة الثانية من المادة 40 قانون الأسرة **"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب** " ، حتى يعزز بها اقتناعه سواء بالإثبات أو النفي لأنها تعتبر قرينة يعضد بها اقتناعه في حالة تعارض أدلة إثبات النسب، غير أن المشرع خول للقاضي سلطة تقدير الأخذ بها أو ردها وذلك من خلال نص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة القاضي غير ملزم برأي الخبير،غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

و القاضي له أيضا السلطة التقديرية في حالة تعارض أقوال خبراء البصمة الوراثية أو في حالة تعددت المختبرات فله تقدير الأخذ بها أو ردها[1].

المطلب الثاني: مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري في نفي النسب:

إن إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في القضايا المعروضة أمامه لنفي نسب الولد لوالده ،لا يكون ذلك إلا من خلال:

أولا- مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في نفي النسب

ثانيا- سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقديره لنفي النسب

أولا - مصادر النشاط التقديري القاضي في نفي النسب :

تتمثل مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في نفي النسب ،في ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة "و لم ينفه بالطرق المشروعة "إلا ما يلاحظ أن ما ورد في هذه العبارة جاء بصيغة الجمع،الذي يجعلنا نتساءل ما هي الطرق التي قصدها المشرع أم

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 500 .

الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي في تحديدها[1]، غير أن الطريق المشروع الوحيد الذي استقر عليه القضاء الجزائري لنفي النسب هو اللعان، فسنتطرق في البداية إلى اللعان كطريق أصلي في نفي النسب ثم لحالات أخرى ينتفي بها النسب بدون اللجوء إلى اللعان .

1-اللعان:

إن المشرع الجزائري لم يورد صراحة اللعان في نفي النسب،بل أشار إليه في المادة 41 من قانون الأسرة "**و لم ينفه بالطرق المشروعة**" ، غير أن عبارة اللعان وردت في المادة 138 من قانون الأسرة "**يمنع من الإرث اللعان و الردة** " وعليه سنتطرق: لتعريف اللعان و شروطه و الآثار المترتبة عليه .

تعريف اللعان:

لغة: ومعناه الإبعاد و الطرد عن الخير[2].

شرعا: عرفه ابن عرفة

" اللعان حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نوكلها حدها حكم قاضي، وان فسد نكاحه".

---

[1] محمد ولد عال ولد حمياني ،أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ، السنة الجامعية 2007 -2008 ، ص: 48.

[2] مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ،المرجع السابق ،ص: 829.

أما عند الإباضية "يمين الزوج على زوجته بزنا أو نفي النسب ويمين الزوجة على تكذيبه"[1] و اللعان مشروع رخصه نص عليها الكتاب والسنة ولا خلاف بين الأئمة فيه.

ومن الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَن لَّعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنْ غَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾ سور ة النور الآيات : 6-9

ومن السنة : ومن حديث سعد بن سعد ألساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له :أرأيت يا عاصم ! لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله؟ فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فسل لي عن ذلك يا عاصم ! رسول الله صل الله عليه وسلم. فسأل عاصم رسول الله صل الله عليه وسلم. فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها ،حتى كبر على عاصم ما سمع عن الرسول الله صل الله عليه وسلم ،ثم أن عويمر سأل رسول الله صل الله عليه وسلم عن ذلك وسط الناس ،فقال يا رسول الله ! أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقتله فتقتلونه ؟أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صل الله عليه وسلم((قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأتي بها))

قال سهل :فتلاعنا عند الرسول الله صل الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر ((كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها))، فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صل الله عليه وسلم

[1] التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص: 239.238.

قال ابن شهاب:فكانت سنة المتلاعنين...[1] **رواه مسلم**

شروط اللعان:يشترط في اللعان ما يلي:

1- قيام الزوجية بين المتلاعنين لأن اللعان لا يقوم إلا من زوجين وعن زواج صحيح وأضاف البعض جواز اللعان في النكاح الفاسد و الوطء بالشبهة[2] ، ما عدا الحنفية الذي منعوه في الفاسد[3].

2- أن يكون كل من الزوجين عاقلا، بالغا ومسلما.

3- يشترط المالكية إذا كان اللعان لنفي الحمل المبادرة به ،والحاصل أن كل من الوطء و التأخير يمنع اللعان إذا كان لنفي الحمل[4].

4- أن يتم اللعان بناء على دعوى يقيمها الزوج، وبواسطة حكم قضائي يصدره القضاء .

الآثار المترتبة على اللعان :

يترتب على اللعان ما يلي:

1- سقوط الحد القذف عن الزوج وعقوبة الزنا عن الزوجة.

2- التفريق بين المتلاعنين ويترتب التحريم المؤبد.

3- تقع الفرقة بين المتلاعنين بتمام الملاعنة حسب المالكية[5] .

---

[1] محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي ،صحيح مسلم ،المرجع السابق،ص: 297

[2] طفياني مخطارية ،المرجع السابق ،ص: 26 .

[3] اغورفة زبيدة ،المرجع السابق ،ص: 83

[4] تواتي بن تواتي ،المرجع السابق ،ص: 644

[5] تواتي بن تواتي ،المرجع نفسه ،ص: 655

4- أما أخطر أثر يترتب على اللعان هو نفي نسب الولد عن الملاعن ،ويلحق أمه فقط. لقوله عليه الصلاة والسلام ((ولد المتلاعنين يلحق بأمه يرثها وترثه)) [1].

2- حالات أخرى لنفي النسب:

إذا ثبت النسب بالزواج وتوفرت فيه جميع شروطه الشرعية والقانونية ،لا ينتقى إلا باللعان ، غير أن هناك حالات يكون فيها الزواج مستوفي لجميع شروطه الشرعية والقانونية حتى يكون طريق لإثبات النسب ، ومنه ينتفى النسب بدون اللجوء إلى اللعان وهذه الحالات هي :

1- أن يثبت الزوج عدم التلاقي بينه وبين زوجته أو لم يدخل بها (م 1 4 قانون الأسرة).

2- أن يثبت استحالة الإنجاب.

3- إذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل (م 42 قانون الأسرة).

4- إذا جاءت المعتدة عن الطلاق أو وفاة بولد بعد أقصى مدة للحمل وهي 10 أشهر (م 43 قانون الأسرة).

وعليه فان نفي النسب لا يكون إلا عن طريق حكم قضائي وفقا للقاعدة "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي "[2].

[1] محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي ،صحيح مسلم ،المرجع السابق،ص: 306

[2] بلحاج العربي ،المرجع السابق ص: 520

ثانيا: سلطة القاضي في تقديره لنفي النسب:

نإ نفي النسب الثابت بالفراش لا يكون إلا باللعان و القاضي يتمثل دور ه في التحقق من شروط اللعان، وذلك بالتأكد من أن:

1- المتلاعنين تربطهم علاقة زوجية صحيحة

2- أن يكون كل من المتلاعنين عاقلا، بالغا و مسلما

3- أن يتم اللعان في المدة المحددة له ، وفي المكان المحدد له وهو المسجد العتيق بالعاصمة .وذلك حسب قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1998/10/20.

"ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها فيالشر يعةو الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا "[1].

وقرار أخر في 1997/10/28، (تأييد الحكم القاضي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد و إلحاق نسب الولد بأمه).

طعن بالنقض لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر و المولود ولد له أكثر من ثمانية أشهر وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وا نما بالمسجد – قبول الطعن.

طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة فإن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر أما المادة 41 فتنص أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه)[2].

غير أن للقاضي السلطة التقديرية في تقبل النفي من زوج إن كان ذلك مؤخرا[3].

---

[1] قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ،اجتهاد قضائي ملف رقم 204821 بتاريخ 1998/10/20 ص: 83-84

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، اجتهاد قضائي ملف رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 العدد 54، ص: 70

[3] الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية ،بدون سنة،ص: 148

ومنه فإن قاضي شؤون الأسرة في تقديره لإثبات النسب له سلطة استخدام جميع الطرق الشرعية و القانونية من أجل الوصول إلى إثبات النسب بما في ذلك اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لتحديد النسب، فالمشرع أعطى له السلطة واسعة في تقدير طرق إثبات النسب أما في نفي النسب فالقاضي له سلطة اللجوء إلى إعمال المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1] ،حيث أن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان والقاضي له سلطة التحقق من صحة شروط اللعان باعتباره الطريق الشرعي لنفي النسب،غير أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إفراط في استخدامها و بالتالي قد تؤدي إلى تجاوز سلطتهم الحاكمية ،لذا يجب وضع حدود وضوابط تحكمها وهذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني .

[1] عز الدين كيحل ،اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري ،مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ببسكرة ،الجزائر ،العدد3،بدون سنة ،ص 129.

المبحث الثاني:حدود سلطة القاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه

إن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بمرونة واسعة في تقدير وسائل إثبات ونفي النسب ومدى مصداقيتها ،وتظهر هذه السلطة الممنوحة له خاصة في الأمر بالفحوص الطبية الوراثية من عدمها، تأسيسا على ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة " **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب** "

غير انه و لخطورة هذه السلطة الممنوحة للقاضي ،قد تكون في بعض الأحيان مضنة تعسف إذن هل القاضي مقيد بضوابط وحدود في إعمال سلطته التقديرية سواء في إثبات النسب أو نفي النسب ؟

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

حدود سلطة القاضي في تقدير طرق إثبات النسب **المطلب الأول.**

و حدود سلطة القاضي في تقدير نفي النسب **المطلب الثاني.**

المطلب الأول :حدود سلطة القاضيفي تقدير ه لطرق إثبات النسب

إن قاضي شؤون الأسرة في تقديره لطرق إثبات النسب مقيد بقاعدتين هما "**الولد للفراش وللعاهر حجر** "والمراد بالفراش هما الزوجية ومعنى "للعاهر الحجر" أي أن الزاني ليس له استلحاق ولده من الزنا،وأنتا له الخيبة ولا حق له في الولد[1] ، و قاعدة " **إحياء الولد** " لأن نفيه يعتبر قتلا له. وهذا ما نصت عليه المادة 40 قانون الأسرة "**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و 34من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.** " من خلال تحليلنا لنص المادة 40 من قانون الأسرة نجد أن المشرع نص على طرق إثبات النسب على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة، كأصل في إثبات النسب والاستثناء ما نص عليه في الفقرة الثانية من نفس المادة.

فالقاضي في تقديره لطرق إثبات النسب مقيد بما ورد في الفقرة الأولى من المادة 40 قانون الأسرة التي نصت على طرق إثبات النسب، التي لا يمكن له تجاوزها عند إعمال سلطته التقديرية.

غير انه، وحسب نص المادة إن تعذر عليه إثبات النسب بإحدى الطرق السابقة، يستطيع اللجوء إلى الطرق العلمية ،و إعمال ما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة.

و يظهر ذلك جليا في حالتين :

1-حالة تعارض دليلان مختلفان:

إن قاضي شؤون الأسرة في تقديره لطرق إثبات النسب في حالة تعارض أدلة إثبات النسب فالقاضي هنا مقيد بتقديم الأقوى حسب الترتيب.الزواج الصحيح ثم الشهادة ثم الإقرار، بالشروط المنصوص عليها في المواد 41إلى 45 قانون الأسرة.

[1] محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي،صحيح مسلم ، مرجع السابق ، ص: 229

إذن فإن الزوجية هي اقوي دليل من أدلة إثبات النسب وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في احد قراراتها بتاريخ 08 جوان1997 .

(لكن حيث أن المادة 42 من قانون الأسرة لا تنطبق على دعوى الحال، لان ولادة الطفل موضوع النزاع تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة ،وان دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة التي طبقت قاعدة **"الولد للفراش والعاهر الحجر"** وعليه فهذا الوجه كسابقيه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[1].

2-حالة تعارض دليلان متساويان:

إن قاضي شؤون الأسرة في تقديره لإثبات النسب في حالة تعارض دليلان متساويان بدون مرجح كفراشين أو إقرارين أو شهادتين، حيث يتعذر على القاضي إسقاط إحداهما كاختلاط المواليد أو حالة تنازع مع انعدام الدليل من أصله. أو الاشتراك في الوطء بأن وطء رجلان امرأة بشبهة ففي هذه الحالات مع على القاضي إلا إعمال نص المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ومنه فإن القاضي مقيد بنص القانون في إعمال السلطة التقديرية في استعمال الطرق العلمية

كدليل لإثبات النسب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ: 1999/06/15 جاء فيه "حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا،حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة ،الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من هذه القواعد تحليل الدم الذي

[1] المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ،ملف رقم 165408 قرار بتاريخ 1997/06/08،ص: 69.

ذهب إليه قضاة الموضوع، فيدل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار للمطعون فيه ،وا إحالته لنفس المجلس"[1] .

غير أن، ما يلاحظ أن المشرع لم يحدد للقاضي نوع الوسيلة العلمية التي يلجأ إليها في إثبات النسب ،وأرجح انه كان يقصد البصمة الوراثية لأنها وسيلة فنية معتبرة لتحديد الهوية[2] ، وكذا تمتعها بالدقة في نتائجها ولم يضع له حدود وضوابط عند استعمالها كطريق لإثبات النسب ،مثل ما فعل في التلقيح الاصطناعي في مادة 45 مكرر قانون الأسرة ، لذا يؤسس العمل بهما انطلاقا من عموم النص ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة والإجراءات التي يتبعها في ذلك والمنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومنه فإن القاضي في إعمال سلطته التقديرية باستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ،مقيد بقاعدة "الولد للفراش" وبالتالي لا يستطيع القاضي اللجوء إلى البصمة الوراثية بغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالطرق الشرعية طبقا للمادة 40الفقرة الأولى من قانون الأسرة[3].

المطلب الثاني حدود سلطة القاضي في تقدير ه لنفي النسب :

إن المشرع قد تساهل وتوسع في طرق إثبات النسب وأعطى للقاضي السلطة التقديرية في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة على المعمل الجنائي، لإجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم، في حالة تردده بين النفي و الإثبات دون أن يكون هناك دليل يعزز احد الاختيارين حتى يصل إلى درجة القناعة التامة .غير انه تشدد في نفي النسب وجعل له طريقا واحد مقيدا بجملة من الشروط وهو اللعان تماشيا مع الشريعة الإسلامية، رغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة صراحة على اللعان كطريق لنفي النسب ،ولكن القضاء الجزائري عده كذلك، رغم

---

(1) المجلة القضائية غ ،أ ،ش ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 1999/06/15 ،ص: 91 .

(2) اقورفة زبيدة ،المرجع السابق ، ص: 307 .

(3) بن الصغير مراد ،حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ،دفاتر السياسة والقانون ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ،الجزائر ،عدد 9،جوان 2013،ص: 267.

انه هناك من قال أن المقصود بالعبارة الواردة في المادة 41 قانون الأسرة " لم ينفه بالطرق المشروعة " كل الطرق المؤدية شرعا وقانونا لنفي النسب[1].

غير أن المحكمة العليا أكدت أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان ،وذلك من خلال قرار صادرا في 10 يناير 2013 (حيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين بأن قضاة المجلس اثبتوا أن طرفي النزاع بعلاقة شرعية وفق عقد الزواج المؤرخ في 2007/06/27 وأثمرت هذه العلاقة عن البنت مروه المولودة بتاريخ 2008/11/05 حال قيام العلاقة الزوجية وانتهى القضاة إلى أن نسب البنت ثابت من والدها، و أسبابا كافية تبرر ما انتهوا إليه من قضاء، و بالتالي فان النسب الثابت لا ينتفي إلا باللعان فقط ،وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة ، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناءا على طلب الزوج وان القضاة باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 40- 2 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون)[2] ،ومنه فإن القاضي في إعمال سلطته التقديرية في نفي النسب يكون مقيد باللعان كطريق شرعي وحيد لنفي النسب ،حسب قانون الأسرة الجزائري وما استقر عليه القضاء ،"ولا يستطيع اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب " .

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،الطبعة الأولى،الجزائر دار الخلدونية 2008 ص: 237.

[2] المجلة القضائية غ ،أ، ش ملف رقم 148 قرار بتاريخ 10 يناير 2013 غير منشور.

ملخص الفصل :

ومنه فإن قاضي شؤون الأسرة له سلطة استخدام جميع الطرق الشرعية والقانونية في إثبات النسب لكن هذه السلطة الممنوحة له في إعمال نشاطه التقديري مقيدة بقاعدة **"الولد للفراش** " ورغم أن المشرع أعطى له صلاحية اللجوء إلى الطرق العلمية لكنها ليست مطلقة في جميع الحالات ،حيث أن النسب ثابت بالزواج الصحيح أو بنكاح الشبهة أو زواج الفاسد أو الإقر ار أو البينة لا يستطيع اللجوء فيه إلى الطرق العلمية لإثباته فهو ثابت . ولكن يستطيع اللجوء إليه كقرينة تعزز اقتناعه عند صعوبة الإثبات أو تعارض الأدلة المقدمة .

أما في نفي النسب فالطريق الشرعي الوحيد للنفي هو اللعان رغم عدم ذكره صراحة من طرف المشرع، إلا أن الاجتهاد القضائي اعتبره كذلك ، وبالتالي فلا يستطيع القاضي بسلطته اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب فهو مقيد باللعان ،والطرق العلمية وضعت للإثبات وليس للنفي ومنه فإن القاضي مقيد بنص القانون في إعمال السلطة التقديرية في استعمال الطرق العلمية للإثبات والنص واضح في ذلك.

خاتمـــــة

خاتمة :

قد بلغ البحث غايته وأشرف على نهايته ،ولم يبقى إلا حوصلة بعض النتائج والمقترحات المستخلصة من و حي هذه الدراسة .

النتائج :

* السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة له في مواجهة ظروف تطبيق القانون ،قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي.

* السلطة التقديرية للقاضي هي ملازمة العمل القضائي فأينما وجد العمل القضائي وجدت السلطة التقديرية.

* يتمتع قاضي شؤون الأسرة بسلطات واسعة نظرا بطبيعة القضايا التي يفصل فيها وخصوصيتها.

* إن مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة هي التي تساعد في مقايسة عناصر النزاع وأدلة الإثبات ،وبالتالي إعمال القاعدة القانونية لإصدار الحكم المناسب في الدعوى .

* تكمن أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في سد الثغرات القانونية، وتفادي القصور التشريعي وخاصة في ظل نصوص قانون الأسرة وغموضها.

* لا يستطيع قاضي شؤون الأسرة مناقشة موضوع الدعوى إلا بعد أن تكون الدعوى مستوفية جميع الشروط الشكلية .

* إن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطات واسعة في إثبات النسب،فله استعمال جميع الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب طبقا لقاعدة "إحياء الولد".

* البصمة الوراثية وسيلة علمية حديثة تتميز بدقة نتائجها يجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب أو نفيه في مواطن النزاع ،وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في استعمالها .

* قاضي شؤون الأسرة له سلطةالتحقق من طرق إثبات النسب .

* إن استعمال قاضي شؤون الأسرة للطرق العلمية الحديثة في الإثبات لا تلغي الطرق الشرعية والقانونية بحيث لايجوز للقاضي تجاوزها .

* لا يستطيع القاضي استعمال البصمة الوراثية للتأكد من أنساب الثابتة بالفراش .

* قاضي شؤون الأسرة مقيد بقاعدتين هما "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وقاعدة "إحياء الولد" .

* إن قاضي شؤون الأسرة في نفي النسب مقيد باللعان كطريق شرعي لنفي النسب حسب ما استقر علية القضاء الجزائري.

* لا يستطيع القاضي استخدام الطرق العلمية الحديثة في النزاعات المتعلقة بنفي النسب ،ولا يمكن لها أن تتقدم على اللعان .

المقترحات :

* وضع قانون ينظم مسألة اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب أو نفيه وضبطها وتنظيمها بصورة محكمة ومفصلة ضمن قانون الأسرة ،حتى يسهل على القاضي اللجوء إليها ضمن تلك الضوابط .

* توضيح الغموض الوارد في نص المادة الواحد وأربعون من قانون الأسرة المتعلقة بنفي النسب، وذلك لتسهل على القضاة و رفع الغموض.

* وضع قانون ينظم و ينص على اللعان صراحة في قانون الأسرة كطريق لنفي النسب.

وفي الأخير فإن أصبنا فمن الله وأن أخطأنا فمن أنفسنا أو من الشيطان ،وأخر دعوانا الحمد لله رب العالمين .

قائمـــة المراجع والمصـــادر

أولا :المصادر :

1- القرآن الكريم

2- السنة النبوية الشريفة:

- محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي ،صحيح مسلم ،الجزء الخامس ،بدون طبعة ،المنصورة ،مكتبة الإيمان،بدون سنة .

3- المعاجم :

1_ابن المنظور جمال الدين محمد،لسان العرب ،المجلد 12 ،الطبعة الرابعة ،بيروت ،دار الصادر ،2005.

2_ الفيروز بادي ،القاموس المحيط،بدون طبعة ،بيروت ،دار الجيل ،دون سنة.

3_ مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ،بدون طبعة،المكتبة الإسلامية ،تركيا،دون سنة.

4_ مجمع اللغة العربية ،المعجز الوجيز،دون طبعة،مصر ،وزارة التربية والتعليم ،1994.

5_ وضع جماعة من المختصين ،معجم النفائس الوسيط ،الطبعة الأولى ،بيروت ،لبنان ،دار النفائس ،2007.

ثانيا:الكتب :

1_ ابن القيم الجوزية ،زاد المعاد في هدى خير الأنام ،الطبعة الثانية ،مصر ،دار الحورى للنشر والتوزيع ،2012

2_ اقورفة زبيدة ،الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثرها على النسب ،دون طبعة تيزي وزو،دار الطباعة للنشر والتوزيع ،.2012

3_ أحمد سي علي، مدخل العلوم الثقافية ،نظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، بدون طبعة ،دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2010.

4_ بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،الطبعة الأولى،عمان،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2012.

5_ بربارة عبد الرحمان ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الطبعة الثانية ،منشورات البغدادي ،2009

6 بوبشير محمد أمقران ،قانون الإجراءات المدنية ،بدون طبعة ،الجزائر, ديوان المطبوعات الجامعية،1998.

7_ بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل, الطبعة الأولى, الجزائر,دار الخلدونية،2008 .

8_ تواتي بن تواتي, المبسط في الفقه المالكي بالأدلة،الطبعة الأولى, الجزائر,دار الوعي للنشر والتوزيع ،2009 .

9_ تشوار الجيلاني، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بدون طبعة ،الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية،2001.

10_ سعد الدين مسعد الهلالي ،البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية،الطبعة الأولى،الكويت ، مجلس النشر العلمي ،2001.

11_ صلاح الدين فروخ،الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية ،بدون طبعة ،دار العلوم للنشر والتوزيع،2010.

12_ طفياني مخطارية ،إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري في الفقه الإسلامي ،بدون طبعة ,الإسكندرية ،دار الطباعة الجديدة ، 2013.

13_ عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد الطبعة الرابعة ،الجزائر،دار الهومة للنشر والتوزيع ،2013 .

14_ عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ،دار الهومة للنشر والتوزيع ،1996.

15_ عبد العزيز سعد،نظام الحالة المدنية في الجزائر ،الجزء الثاني ،الطبعة الثالثة ،الجزائر ،دار الهومة النشر والتوزيع ،.2011.

16_ عمر نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية ،بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008 .

17_ عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية،دون طبعة ،الإسكندرية،منشأة المعارف ،1997.

18_ عبد المجيد زعلاني ،مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق ،بدون طبعة،دار الهومة للنشر والتوزيع،الجزائر ، .2005

19_ الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2005 .

20_ فريدة محمدي زواوي مدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق ،نظرية القانون ،دون طبعة ،الجزائر ،المؤسسة الوطنية،للفنون التطبيقية، 2000 .

21_ لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة ،بدون طبقة،دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع،2014 .

22_ محمود محمد ناصر بركات،السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي،إشراف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي،الطبعة الولى،الأردن،دار النفائس للنشر والتوزيع،2007.

23_ محمد سمارة ،أحكام وأثار الزوجية ،الطبعة الأولى،عمان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2008.

ثالثا:الرسائل و المذكرات الجامعية :

1_ اسمهان عفيف ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة ،جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،السنة الجامعية 2010 ،2011.

2_ محمد ولد عال ولد محمياني ،أحكام النسب وطرق إثباته،دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة أبوبكر بلقايد ،تلمسان ،السنة الجامعية 2007 ،2008.

رابعا:المقالات:

1_ بن صغير مراد ،حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ،دراسة تحليلية مقارنة دفاتر السياسة و القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبوبكر بلقايد،تلمسان،الجزائر ،العدد التاسع،جوان 2013.

2_ عز الدين كيحل ،اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري ،مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ببسكرة ،الجزائر ،العدد الثالث ،بدون سنة.

خامسا:الاجتهاد القضائي:

1_ المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،العدد الرابع ,1991,ملف رقم 58224,قرار بتاريخ 1989/12/25 .

2_ المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ،2001،ملف رقم 165408 ،قرار بتاريخ 1997/06/08 .

3_ المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،اجتهاد قضائي ،عدد خاص ،ملف رقم 204821 ،قرار بتاريخ 1998/10/20.

4_ المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،اجتهاد قضائي ،العدد 54 ،ملف رقم 172379،قرار بتاريخ 1998/12/15 .

5_ المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ،2001،ملف رقم 202490،قرار بتاريخ 1998/12/15.

6_ المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 222674 ،قرار بتاريخ 1999/06/15.

7_ المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ،غير منشور ،ملف رقم 148 ،قرار بتاريخ 2013/01/10.

سادسا:النصوص القانونية :

1- الأمر رقم75،58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 07 -05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ 13ماي 2007 .

2– الأمر رقم 66 -154 مؤرخ في 18صفر1386هـ/ 08 جوان 1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية ،الجريدة الرسمية ،عدد 47 ،الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 ،الذي عدل بالأمر رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 سنة 2008.

3– قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة،الجريدة الرسمية ،عدد 24 لسنة 1984،المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 ،الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

الفهـــــرس

فهرس الآيات القرآنية:

الرقم	الآية الكريمة	السورة	الآية	ص
1	قوله تعالى ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُومِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِيۤ أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً ﴿٦٥﴾	النساء	64	11
2	قوله تعالى ﴿ وَقَدِّرْ فِي ٱلسَّرْدِ ..... ﴿١١﴾	سباء	11	11
3	قوله تعالى ﴿ وَٱللَّهُ يَقْضِي بِٱلْحَقِّ .... ﴿٢٠﴾ ۞	غافر	20	12
4	قوله تعالى﴿ كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ ﴿٢٩﴾	الرحمان	27	13
5	قول تعالى﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ... ﴿٧٢﴾	النحل	72	35
6	قوله تعالى﴿ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ﴿٥٤﴾	الفرقان	54	35
7	قوله تعالى﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْراً.... ﴾	الأحقاف	14	39
8	قوله تعالى ﴿١٢﴾ وَوَصَّيْنَا ٱلإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ... ﴾	لقمان	13	39
9	قوله تعالى ﴿ وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَٰمِسَةُ أَن لَّعْنَتُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَٰمِسَةُ أَنْ غَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾	النور	9/6	53

فهرس الأحاديث النبوية:

الرقم	الآية الكريمة	ص
01	قوله ﷺ:((الولد للفراش وللعاهر الحجر))	35
02	قوله ﷺ: ((قد نزل فيك وفي صاحبتك ،فاذهب فأت بها...))	53
03	قوله ﷺ: ((ولد المتلاعنين يلحق بأمه يرثها وترثه))	55

فهرس الموضوعات

الموضوعات	الصفحة
المقدمة	**أ/ و**
الفصل الأول:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة	**07**
المبحث الأول :تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وخصائصها	**09**
المطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة	**10**
أولا :التعريف اللغوي للسلطة التقديرية وقاضي شؤون الأسرة	**10**
ثانيا :التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية	**13**
ثالثا:التعريف القانوني للسلطة التقديرية	**13**
المطلب الثاني :خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة	**14**
أولا:من حيث مجال استعمال القاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية	**14**
ثانيا:من حيث الدور الايجابي الذي يمارسه قاضي شؤون الأسرة	**15**
ثالثا:من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة	**16**
رابعا:من حيث أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ذات الطابع مركب	**17**
المبحث الثاني:مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله لسلطته التقديرية	**18**
المطلب الأول:مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة	**19**
أولا:مصادر النشاط التقديري للقاضي حسب كل قضية	**19**
ثانيا:مصادر النشاط التقديري للقاضي التي يبني عليها حكمه	**24**
المطلب الثاني :شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري	**27**
أولا:الاختصاص القضائي	**27**
ثانيا:توفر الدعوى على الشروط قبولها	**29**
الفصل الثاني:سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه وحدوده	**32**
المبحث الأول:سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه	**34**
المطلب الأول:مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري في إثبات النسب	**35**
أولا:مصادر النشاط التقديري للقاضي في إثبات النسب	**35**
ثانيا:سلطة القاضي في تقديره لطرق إثبات النسب	**47**
المطلب الثاني :مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري في نفي النسب	**51**
أولا:مصادر النشاط التقديري للقاضي في نفي النسب	**51**
ثانيا:سلطة القاضي في تقديره لنفي النسب	**56**
المبحث الثاني :حدود سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب ونفيه	**58**
المطلب الأول:حدود سلطة القاضي في تقديره لإثبات النسب	**59**
المطلب الثاني:حدود سلطة القاضي في تقديره لنفي النسب	**61**
الخاتمة	**64**
قائمة المصادر والمراجع	**68**

فهرس الآيات	75
فهرس الأحاديث	76
الفهرس	77