

استمارة المشاركة :

اللقب والاسم :بوسماحة الشيخ

الوظيفة: مدير مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي، نائب العميد المكلف بالبحث العلمي

الرتبة:أستاذ محاضر قسم أ

المؤسسة: كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت

الهاتف :0771705490 البريد الالكتروني: labo.envir14@live.fr

محور المداخلة: المحور الثاني: قوانين الأسرة العربية والتحديات المعاصرة

عنوان المداخلة: إثبات النسب ونفيه باستخدام البصمة الوراثية

ملخص المداخلة:

أحرز عالمنا اليوم في إطار التطور العلمي العديد من الاكتشافات التي لم تشهدها البشرية من قبل، من بينها البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه كحقيقة علمية ودليل مادي مؤكد، متجاوزا بذلك مجال الإثبات الموسع في الشريعة الإسلامية المثبت بالفراش الصحيح، النكاح بالشبهة، بالإقرار وبالبينة وغيرها، وذلك بالإعتماد على تحليل ومقارنة الحامض النووي لتحديد الهوية بالمعلومات الجينية رغم ما أحدثه هذا الاكتشاف من ضجة وجدل ونقاش حاد، مما حثم الإهتمام بهذه التقنية للاستفادة من تطبيقاتها في هذا المجال وأثرها على الأحكام الفقهية السائدة، وفي المقابل أن هذا التطور صاحبه تطور إجتماعي يحاول أن يتكيف معه، مما حثم على المشرعين سن تشريعات قانونية تتماشى والتطور الحاصل.

بالرجوع لأحكام قانون الأسرة رقم 84-11 المعدل والمتمم لم نجد نصا خاصا بالبصمة الوراثية، إذ تضمنت أحكام المادة 40 منه وسائل إثبات النسب ونفيه وفقا لما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي، إلا أنه في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 نجده تضمن لهذه التقنية بموجب المادة 02/40 منه، وذلك بإمكانية إثبات النسب باللجوء إلى الطرق العلمية إلى جانب الطرق الشرعية، بالرغم من إعتماد المشرع قبل هذا على الخبرة الطبية في مجال قانون الأسرة منذ صدوره في قضايا التنازع على النسب.

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيقات هذه التقنية تبقى متوقفة على سلطة القاضي التقديرية لأن النص جاء جوازيا، فقد يلجأ إلى طلب إجراء التحاليل البيولوجية، لأنه لا يوجد ما يفيد تقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية.

ومن هنا الإشكال الذي يثار يكمن فيما مدى قوة الأدلة بين الظنية والقطعية في ثبوت النسب ونفيه؟

وعليه سوف نعالج هذا الإشكال من خلال النقطتين التاليتين:

أولا: البصمة الوراثية والنسب.

ثانيا: تدخل القاضي في ثبوت النسب ونفيه بواسطة البصمة الوراثية.

مقدمة:

باعتبار الأسرة النواة واللبنة الأساسية لبناء أي مجتمع خصتها الأحكام الشرعية ونظمتها في إطار محكم وأولتها عناية بالغة بقواعد سليمة المبادئ وقيم رفيعة، لذا حاول القانون مساهمة هذا الوضع بإعطائه كل العناية لتقوية الأسرة من خلال نصوص قانونية منسجمة تضمن قداسة الروابط الأسرية وتسعى إلى صيانة المجتمع من الوقوع في الرذائل والمنكرات.

اكتسب موضوع إثبات النسب ونفيه في الحياة الاجتماعية أهمية نظرا لما شهدته بعض المجتمعات من جرائم وانحلال أخلاقي، مما حتم إيجاد حلٍّ لهذه المشكلة وعدم الاعتماد على الطرق التقليدية المعروفة في إثبات النسب ونفيه، إذ تم الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة، من ذلك اللجوء إلى التحاليل الطبية وخاصة البيولوجية بتحليل الحمض النووي.

نظرا لكون الولد عماد المستقبل في الاستمرارية خصته الشريعة الإسلامية بوافر العناية حماية ومحافظة ورعاية مساهرا إياها المشرع الوضعي في منظومته القانونية نهجا، فأثبت له النسب من والديه وأقر له حق التربية والاهتمام بكل شؤون.

مما سبق ارتأيت في ورقتي البحثية التركيز على نقطة وحيدة في مجال شؤون الأسرة تتعلق بمدى استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه.

تجدر الإشارة أن الشريعة الإسلامية جعلت إثبات النسب بعدة وسائل كالفراس الصحيح، النكاح، الشبهة، الإقرار والبيّنة، وإن كانت هذه الوسائل ثبوتية الظن لعدم ارتقائها لدرجة اليقين القاطع، فإن التطورات العلمية الحاصلة في هذا المجال اعتمدت على وسائل اعتبرها البعض وسائل دقيقة لا يكتنفها الغموض في إلحاق نسب الولد بأبيه أو نفيه، ألا وهي البصمة الوراثية. ذلك أن هذه الوسيلة الجديدة أحدثت جدلا ونقاشا حادا في هذا المجال، ولقيت اهتماما واسعا لدى علماء الشريعة الإسلامية وموقف الشارع منها.

بالرغم من اعتماد البصمة الوراثية في العديد من التشريعات وما أحرز استخداماتها من نتائج حاسمة لعديد المنازعات أمام القضاء، إلا أن المشرع الجزائري اعتبر المسألة جوازية أمام القاضي وأرجعها لسلطة القاضي التقديرية والأخذ بالتحاليل البيولوجية جزئيا أو كليا أو اعتماد الأدلة الشرعية والتقليدية في هذا الصدد.

من هنا الاشكال الذي يثار يتمحور حول ما مدى قوة الأدلة الظنية والقطعية في إثبات النسب ونفيه؟

منذ أمد غير بعيد اعتمد المشرع على الأخذ بالخبرة الطبية في مجال قانون الأسرة، إلا أنه في إثبات النسب ونفيه أورد نصا خاصا في أحكام قانون الأسرة رقم 84-11 بموجب المادة 40 المعدلة بالأمر رقم 02-05.

من خلال الاشكال السابق، في هذه الورقة يمكننا معالجة النقطتين التاليتين:

المبحث الأول: البصمة الوراثية والنسب

تعد البصمة الوراثية من أهم مستجدات التطورات الحاصلة في عصرنا في علم الأحياء، ويعود إكتشافها لعام 1985 لعالم الوراثة أليك جيفريز بجامعة لستر بلندن، وقد سبقه العالمين جيمس واطسن و فرانس كريك في إكتشاف تحاليل الحمض النووي ADN عام 1953 بعد أن كان العالم آنذاك كله يخضع لطريقة واحدة تعرف بنظام ABO من خلال تحليل خلايا الدم الحمراء.

انطلاقاً من ذلك أتبعَت هذه التقنية الحديثة للاستفادة من تطبيقاتها في مجال إثبات ونفي النسب، ولقيت في المقابل اهتماماً تشريعياً من الدارسين والباحثين وحتى الفقه.

المطلب الأول: البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه

تعد البصمة الوراثية من أهم إكتشافات علم الأحياء وأحدثها، نظراً لما تكتسبه من دقة ووضوح في مجال الطب الشرعي والمسائل الجنائية، إذ لا يقل ذلك أهمية في مجال النسب رغم الاختلاف حول مشروعيتها ومجال الاستفادة منها بالنظر لخصوصية النسب الشرعية.

بداية يجب الوقوف عند مدلول هذه الوسيلة، فالبصمة مشتقة من البُصم وتعني العلامة، وتعني أثر الختم بالأصبع حسب ما أقره مجمع اللغة العربية، كما عرّفها الموسوعة العربية العالمية بأنها عملية تستخدم لتحديد الهوية وتعتمد على طبعات مأخوذة لنهايات الأصابع والإبهام متكونة من أشكال خطوط تغطي بشرة الأصابع⁽¹⁾.

ذلك أن علم الوراثة يبحث في انتقال الصفات للكائن الحي من جيل لجيل، صارت البصمة الوراثية العلامة أو الأثر أو الصفة المتنقلة من الأصول إلى الفروع⁽²⁾، لذا يراد بالبصمة الوراثية الأثر أو الصفة المتنقلة من الكائن الحي لفروعه⁽³⁾.

نظراً لحدائثة مصطلح البصمة الوراثية اختلفت بشأنها التعريفات والمحاولات بين البنية الجينية، العلامة والأثر، الصفات الوراثية، المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية وغيرها⁽⁴⁾ ... ، أو بأنها المادة الكيميائية التي تتحكم في الصفات الوراثية للشخص، وهي بمثابة خريطة خاصة بالجسم محفوظة داخل كل خلية من خلايا الجسم⁽⁵⁾، أما في المجال القانوني لم تعط التشريعات تعريفات لها تاركة المسألة للفقه، هذا الأخير هو الآخر لم يضع لها تعريفاً موحداً، فالبعض⁽⁶⁾ يرى بأنها هي المعلومات ذات الطبيعة الجينية والفردية كمصدر وأصل للكيان الانساني محددة لصفاته وشخصيته

¹ - أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص 532.

² - حجازي محمد، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الاسكندرية 2007، ص 532.

³ - ناصر عبد الله الميمات، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، مجلة النشر العلمي، جامعة الامارات العربية المتحدة 2003، ص 176.

⁴ - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الاسلامي، مكة المكرمة 2002، ص 5.

⁵ - أحمد الجمل، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، العدد 3، مصر 2003، ص 85.

⁶ - حسن محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والاباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006، ص 92.

وهويته، كما عرّفها البعض⁽⁷⁾ بأنها تعيين هوية الانسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه.

إذ تتلخص خصائص البصمة الوراثية في:

- 1- أن كل شخص ينفرد ببصمة إلا إذا كان توئماً.
- 2- أن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية بقراءة البصمة الوراثية والمقارنة بينها بسهولة.
- 3- أن الحمض النووي له القدرة تحمّل الظروف ولا يفقد هويته مهما مرّ عليه الزمن.
- 4- أنه يمكن حفظ الفحوص البيولوجية وإمكانية الاستحضار كلما دعت الضرورة.

أما فيما يتعلق باستخدامات البصمة الوراثية لإثبات النسب أو نفيه، أنها تستخدم حالة تنازع الاستحقاق على مجهول النسب واللقب، أو حالة إدعاء القرابة بغرض الميراث، أو حالة الشك الكبير من الزوج في نسب ولده، أو حالة اختلاط وتبادل الولادات في المستشفيات، أو حالة الوطء بشبهة من رجلين لإمرأة أو من نكاح فاسد، أو حالة ضياع الأولاد بسبب الكوارث الطبيعية والحروب⁽⁸⁾.

إلا أنه رغم الاختلاف حول مجال استعمالها ومكانتها بين مختلف الأدلة، إذ يجوز استعمالها حالة حمل المرأة المحصنة المختصة لتحديد النسب، أو حالة حمل المرأة بسبب الزواج قبل إنقضاء العدة من الزوج الأول، أو حالة الشك في أقل مدة الحمل (ستة أشهر) من وقت الدخول، أو حالة تعارض الأدلة لحسم النزاع.

المطلب الثاني: مكانة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب و نفيه

بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، نجده نصّ في المادة 40 منه، أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة وبكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

منه أنّ النسب يثبت بالزواج الصحيح، النكاح الفاسد والوطء بالشبهة (بالفراش) أو بالإقرار (الإستحقاق) والبصمة الوراثية.

إذ يرى البعض⁽⁹⁾ أنه تُقدّم على البصمة الوراثية، الطرق المقررة في الشريعة الإسلامية لإثبات النسب، كالبيّنة والإستحقاق بالفراش، فلا يلجأ إلى غيرها كالبصمة الوراثية والقيافة إلا عند التنازع في الإثبات أو عدم وجود الدليل الأقوى.

ذلك أن أدلة ثبوت النسب من الفراش والبيّنة والإقرار وشهادة الشهود إن وجدت كلّها أو بعضها تُقدّم

⁷ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الطبعة الأولى، جامعة الكويت 2001، ص 35.

⁸ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2014، ص 378.

⁹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 144.

على البصمة الوراثية أو القيافة⁽¹⁰⁾ لأن الأصل للأدلة التقليدية والاحتياط لاستعمال البصمة الوراثية، وتُغلب هذه الأخيرة إذا ما تساوت الأدلة التقليدية أو تعارضت في مسائل النسب نظرا لدورها في حسم النزاع.

لذلك ذهب فريق من الفقهاء⁽¹¹⁾ إلى جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية تخريجا على مذهب جمهور الفقهاء بجواز اللجوء إلى القيافة حالة النزاع على النسب أو عند تعارض أدلة ثبوته أو تساويها، كما يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسا على الخبرة والمعرفة كما هو الشأن في العبادات والنكاح والمعاملات⁽¹²⁾.

غير أنه إذا كانت الأدلة قطعية الثبوتية مضمونا فلا مجال للإثبات بالبصمة الوراثية⁽¹³⁾ تماشيا والفقهاء الحنبلي الذي يقضي بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة.

تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تمنع الأخذ بالاكتشافات الطبية والعلمية ما لم تخالف مقاصدها، فمتى كانت البصمة الوراثية تفيد القطع واليقين إثباتا، وكانت وسائل الإثبات من فراش، بيّنة، إقرار وقيافة تفيد الظن اختلفت حول المسألة، ذلك أن أدلة إثبات النسب ظنية يجب أن لا تعارض الحس والعقل لقبولها، وخلاف ذلك تكون البصمة الوراثية حكما حسيا شريطة عدم تعارضها مع سائر الأدلة⁽¹⁴⁾.

في حين يرى جانب من الفقهاء⁽¹⁵⁾ ارتقاء البصمة الوراثية إلى مستوى القيافة وتُقدّم على أدلة إثبات النسب التقليدية، إذا ما ثبتت الأبوة بالفراش والأمومة بالولادة المشهوددة أو بالإقرار والبيّنة، فإن هذه الأدلة رائدة ومُقدّمة على البصمة الوراثية ولا مجال لإعمال هذه الأخيرة إلا عند النزاع أن لها حكم القيافة⁽¹⁶⁾.

غير أن البعض⁽¹⁷⁾ يستدل بالبصمة الوراثية على نفي النسب حالة اللعان، إذا ما تيقّن الزوج أن زوجته لم تحمل منه وأنه إستبرأها ولم يمسسها وظهر بها الحمل، فمتى وضعت وأثبتت بالبصمة الوراثية أن الولد ليس منه، فهنا يجوز الاستغناء عن اللعان. غير أن جانب آخر⁽¹⁸⁾ يرى أن نفي النسب بالبصمة الوراثية سوف يؤدي إلى حالات خطيرة من حيث استهلال هذا اللجوء والتساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات، لأن البصمة الوراثية مقاسة على القيافة وأن هذه الأخيرة تعتمد على الشبهة، فاللعان أقوى من الشبهة (القيافة) وقاطع للنسب.

¹⁰ - بوغرارة الصالح، أثر الاكتشافات الطبية على أحكام الزواج، دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس 2014، ص 363؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2003، ص 230.

¹¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 513.

¹² - رمزي رياض عوض، نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي الجنائي (دراسة فقهية مقارنة)، دار النهضة العربية، طبعة 1997، ص 30.

¹³ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 383.

¹⁴ - سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص 239.

¹⁵ - المرجع نفسه، ص 229.

¹⁶ - وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق 2006، ص 430.

¹⁷ - سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص 351.

¹⁸ - بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، الطبعة الأولى، كنوز إشبيلية، الرياض 2007، ص 372.

إلا أنه رغم أن البصمة الوراثية نتائجها قطعية يبقى اللعان حكم شرعي ثابت من القرآن والسنة والإجماع، لذلك لا يمكن أن تحل البصمة الوراثية محل اللعان رغم قوتها لنفي النسب، إلا أن اختباراتهما للتأكد من صحة الزواج أو من عدمه استجابة لطلب الخصمين أو من القاضي ممكن⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني: تدخل القاضي في ثبوت النسب ونفيه بواسطة البصمة الوراثية

أجاز تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 02-05⁽²⁰⁾ للقاضي حق اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. فمتى أثبتت نتائج الفحص الجيني أن هناك تطابق يصل لحد 99.99 % بين الجينات للزوج المنكر والولد، كانت النتيجة لها حجية قوية في ثبوت النسب لهذا الأخير من منكر البنوة، لكن إذا جاءت نتائج الفحص الجيني مخالفة للحقيقة وثبت يقينا أن الزوج المنكر للنسب ليس أبا للمولود المتنازع على نسبه لانعدام العلامات المشتركة بين الولد والأب، اعتبرت نتائج البصمة الوراثية دليلا تكميليا يدعم ادعاءات الزوج ويحول شكّه إلى يقين لنفي النسب وتمسكه بفك الرابطة الزوجية وليس نتيجة للعان.

منه أن الاستعانة بنتائج البصمة الوراثية يمكن أن يقلل من حالات اللعان كدليل علمي وليس شرعي، من خلال دعوة المحكمة التلقائي لإجراء البصمة الوراثية وعدم الملاعة الشرعية لفك الرابطة الزوجية، فمتى أثبتت التحاليل البيولوجية شرعية الولد قبل اللعان وأصر الزوج فله ذلك في طلب التفريق دون نفي الولد، وإذا أثبتت التحاليل البيولوجية شرعية الولد بعد اللعان فلا أثر للتحاليل على التفريق بين الزوجين، لأن اللعان دليل قطعي والبصمة الوراثية قرينة ترقى لليقين⁽²¹⁾.

وعليه قبل الوقوف عند جوازية الأخذ بالبصمة الوراثية أمام القاضي وفقا للتشريع الجزائري بموجب قانون الأسرة، يجدر بداية الوقوف على موقف بعض التشريعات من هذه المسألة في مجال النسب، من ذلك التشريع المغربي والمصري.

المطلب الأول: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المغربي والمصري لثبوت النسب أو نفيه

باعتبار البصمة الوراثية وسيلة علمية حديثة رغم دقتها، نجد أحيانا القضاء يعرضها من تلقاء نفسه بإجراء التحليل البيولوجي وعدم الملاعة. من الأمثلة في هذا المجال أن شخصا تقدم إلى قضاء محكمة الرياض طالبا للعان من زوجته لنفي نسبه من ابنته التي ولدت على فراشه، فأحال القضاء الأطراف على إجراء التحليل البيولوجي، فجاءت نتائج الفحص تثبت قطعا البنوة، فكانت هذه النتيجة دليلا لعدول الزوج عن اللعان وزوال شكوكه في زوجته⁽²²⁾. في هذا الصدد يرى البعض⁽²³⁾ أنه لا يحق للمحكمة تأخير اللعان في التفريق بين الزوجين متى أصر الزوج على اتهامه لزوجته، لكن يجوز تأخير دعوى نفي النسب لحين القيام بالتحليل البيولوجي.

¹⁹ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 390.

²⁰ - المادة 40 فقرة 02 من الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل قانون الأسرة رقم 84-11، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، المصادق عليه بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 22 جوان 2005.

²¹ - بوغزارة الصالح، المرجع السابق، ص 391.

²² - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 339.

²³ - بوغزارة الصالح، المرجع السابق، ص 392.

منه أن تأخير اللعان لغاية قيام التحليل البيولوجي لا دليل عليه شرعا وقد يؤدي هذا إلى ظهور وإحداث البدع في الدين وتعطيل الأحكام الشرعية.

بالجوء إلى التشريع المغربي⁽²⁴⁾ أنه يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، ويعتبر الفراش بشروطه حجية قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدعاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

يستفاد من هذا النص أن المشرع المغربي لم يشر إلى وسيلة البصمة الوراثية وإنما إلى الخبرة الطبية، في حين استقرت الممارسة القضائية في المغرب على المقصود بالخبرة كل ما يتعلق بوسيلة البصمة الوراثية⁽²⁵⁾ ووضع شروط لاستخدامها وهي:

1- أن يكون الولد لاحقا شرعا بالأب، أما إذا لم يكن الولد للفراش عندها الولد غير لاحق بالزوج شرعا دون الحاجة للعان أو الخبرة الطبية لنفي النسب، ما لم يثبت النسب خارج العلاقة الزوجية المستندة إلى فراش صحيح، كحالة الشبهة أو حالة الزواج الباطل أو الفاسد.

حيث صدر في 13 أبريل 2004 قرار عن المجلس الأعلى المغربي بعدم إلحاق النسب بسبب الوضع لأقل مدة للحمل المقدرة بأقل من 06 أشهر من تاريخ العقد، ولا حاجة لإجراء الخبرة الطبية في هذا الشأن.

كما حكمت محكمة مراكش في 22 ماي 2006 برفض دعوى لعدم توافر هذا الشرط الوارد في المادة 156 من مدونة الأسرة، بمناسبة دعوى تطلب فيها امرأة نسب ابنها لرجل حملت منه أثناء الخطوبة ملتزمة من المحكمة الاستعانة بالخبرة الطبية، إلا أن المحكمة اعتبرت الطرفين مدينان بجريمة الفساد ومن ثمة رفضت الدعوى.

2- لا نفي للنسب دون دعوى تنتهي بحكم قضائي، إذ تخضع دعوى إثبات النسب ونفيه للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية ولا تتعارض مع أحكام المساطر المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ لا بد أن يتضمن الحكم هوية الأطراف، مدعى، مدعى عليه والولد محل دعوى إثبات أو نفي النسب.

3- إدعاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه، هذه الدلائل غير محددة وتبقى خاضعة لسلطة القاضي التقديرية ووجهة نظره أمام أدلة الاقناع التي يقدمها الزوج دون إقرانها بالخبرة الطبية لنفي النسب بالفراش الصحيح.

4- صدور أمر قضائي بالخبرة الطبية، إذ لا تقبل المحكمة بخبرة طبية تم إجراؤها قبل صدور الأمر القضائي ولو اتفقا الطرفان على نتائجها، كما يتطلب إجراؤها بحكم قطعي بات في الموضوع ينفي النسب.

²⁴ - المادة 153 من القانون رقم 70-04 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 03 فيفري 2004، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5184 المؤرخة في 05 فيفري 2004.

²⁵ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 400.

5- نتيجة الخبرة الطبية قطعية في إثبات النسب أو نفيه، إذ يجوز للقاضي الأخذ بنتيجة التحليل البيولوجي لإثبات النسب أو نفيه بجانب وسائل الإثبات الأخرى في إطار سلطته التقديرية، ومن ثمة الاستعانة بالبصمة الوراثية متى توافرت الشروط السابقة⁽²⁶⁾.

أما باللجوء إلى المشرع المصري نجده أجاز العمل بالقرائن والقضاء بها، أمر دلت بصحته نصوص فقه المذهب الحنفي، القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام، وذلك ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة، والقضاء بأقوال أهل المعرفة والخبرة، والبصمة الوراثية لا تعد إلا قرينة من تلك القرائن ورأي خبير في مسألة فنية، لذلك فإن العمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة في مسائل الأحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص، وهو في المسائل الإجرائية والشروط المتعلقة بذات الدليل⁽²⁷⁾، دون أن يحصر المشرع المصري أدلة الإثبات.

من الملاحظ عدم وجود إشارة واضحة للاستعانة بالبصمة الوراثية، لكن لا يوجد مانعاً قانونياً من الاستعانة بها، إذ احتكم لها القضاء المصري في إثبات النسب في قضية العقم⁽²⁸⁾ المرفوعة بتاريخ 29 جويلية 1997 أمام محكمة القاهرة ضد مطلقة رفعت عليها دعوى من مطلقها ينفي فيها نسبه من جنيها بتاريخ 14 جويلية 1997 وعدم إلحاق نسبه به، مثبتاً ذلك بشهادات طبية تؤكد عدم قدرته على الانجاب منذ سنة 1990، لذلك أقرت المحكمة في جلستها بتاريخ 18 أكتوبر 1997 إجراء تحاليل البصمة باستعمال البصمة الوراثية، التي أثبتت عدم بنوته للطفل، بناءً عليه حكمت المحكمة بإنكار نسب المدعي وعدم الأخذ بشهادة ميلاد الطفل وإلزام مكتب الصحة لكفرطهوسم بشطب الشهادة من السجلات بتاريخ 31 مارس 2001.

على الرغم أنه ثبت فيما بعد للمحكمة أن الولد كان لفراش الزوجية بتردد الزوج على الزوجة، ولم تأمر باستخدام البصمة الوراثية. كما سمح القضاء المصري باستخدام البصمة الوراثية في حالة مجهولة النسب بمناسبة دعوى نفي نسبها، وأثبتت التحاليل نسبها من زوج ملاعن.

إذ أمام تعارض مواقف المحكمة تم إحالة القضية على دار الإفتاء المصرية التي قررت:

- التفريق بين المتلاعنين.
- إثبات نسب الطفلة إلى الملاعن.

من الملاحظ هنا أن القضاء المصري وفق بين الوسيطتين، اللعان والخبرة الطبية في ذات الحكم، حيث فرق بين الزوجين وأثبت النسب عن طريق البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع الجزائري لثبوت النسب ونفيه

لم ينص المشرع الجزائري على وسيلة البصمة الوراثية في قانون الأسرة رقم 84-11 واكتفى بالوسائل الشرعية لثبوت النسب ونفيه، أما التعديل الصادر بموجب الأمر رقم 05-02 في مادته 40 فقرة 02 أشار لجوازية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

²⁶ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 403.

²⁷ - المادة 03 من القانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري.

²⁸ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 405.

غير أنه لم يحدد هذه الطرق العلمية، دون أن ترقى هذه الأخيرة على الأدلة الشرعية لثبوت النسب من فراش زوجية صحيح أو فاسد أو إقرار أو بينة⁽²⁹⁾.

كما نص المشرع على الطرق الشرعية في الفقرة الأولى من المادة 40 وفي فقرتها الثانية النص على الطرق العلمية، مما يفيد اعتبار هذه الأخيرة مساعدة يستعان بها حالة فقدان الطرق الشرعية كما هو الحال في مجهول النسب أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية، وإلا لما لم يجمعهما في فقرة واحدة⁽³⁰⁾.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري نصّه على جوازية استعمال الطرق العلمية ولم يوضح كيفية اللجوء إليها ولا نطاق سلطته في هذا المجال.

لذلك يلجأ القاضي هنا للقواعد العامة لنظر هذه الوسائل التقنية قبل الفصل في النزاع، وذلك بتعيين خبير مختص تُسند له مهمة إثبات النسب أو نفيه استناداً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال الخبرة طبقاً للمادة 128 وما يليها.

منه أن الاستعانة بإجراء الخبرة الطبية بأمر من القاضي قد تكون من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، وأن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب الخبرة متى رأى بإمكانه الوصول للحقيقة باعتماد الأدلة المعروضة أمامه.

في هذا الصدد أكدت المحكمة العليا بتاريخ 12 ماي 2011 بشأن الدعوى التي أُلتمس فيها أمام مجلس قضاء معسكر برفض دعوى إسقاط النسب واحتياطياً إجراء التحاليل. حيث أن قضاة الموضوع أقرّوا بالبنوة التي أسقطت بمقتضى حكم محكمة غريس استناداً على أن الولادة كانت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج. وأكدوا على البنوة للبنات استناداً على إقرار الزوج بتسجيل البنات لدى مصالح الحالة المدنية، وتأكيد الزوجة على اغتصابها قبل الزواج وعدم الإبلاغ للتهرب من المتابعة الجزائية وقبول الزوج بالحمل. من ثمة ثبت للمجلس طبقاً لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت بالزواج الصحيح كما يثبت بالإقرار والبيّنة وبنكاح الشبهة. وأكدت المحكمة العليا أن الطاعنة طلبت احتياطياً بإجراء التحليل، هذا الطلب رفضه قضاة الموضوع الذين لم يستندوا على الخبرة الطبية وإنما اعتمدوا على الإقرار، وهو ما يؤكد استعمالهم لسلطتهم التقديرية في عدم قبولهم لطلب إجراء التحاليل.

يتضح لنا أن نتائج البصمة الوراثية مجرد قرينة خاضعة لسلطة القاضي التقديرية لاصطدامها في قضايا النسب بالأحكام الشرعية التي لا يرتقي عليها إلا اللعان متى ثبت الولد بالفراش، وطالما أن أدلة الإقرار والشهادة واليمين أدلة ظنية أو قاطعة، أما البصمة الوراثية قرينة يستعين بها القاضي لإثبات النسب، هذه الأخيرة لا ترقى لمرتبة اليقين كونها تجري بعيداً عن القاضي ولا تؤثر في نفسيته ولا تحاكي ضميره ووجدانه، ولا تضيي على نفسيته الطمأنينة مثل الأدلة الشرعية، وبالتالي احتمال الخطأ والشك في نتائجها وارد⁽³¹⁾، رغم أن الأصل في البصمة الوراثية القطع والدقة، غير أن الظروف المحيطة بها أهدرت من قيمتها⁽³²⁾. إلا أنه طبقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة أنه يجوز للقاضي أن يطبق اللعان للتفريق بين الزوجين، ويأمر بإجراء البصمة الوراثية قصد تحديد نسب الولد.

²⁹ - حجارى محمد، المرجع السابق، ص 559.

³⁰ - شامى أحمد، المرجع السابق، ص 392.

³¹ - شامى أحمد، المرجع السابق، ص 395.

³² - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 208.

كما أصدر مجلس قضاء معسكر في 20 ديسمبر 2006 قرارا قبل الفصل في الموضوع بإجراء خبرة فنية على الحمض النووي لمتبنى ومقارنتها مع خصائص الحمض النووي للأب الذي ادعى إبطال شهادة ميلاد المتبنى، الذي رفضت دعواه لعدم التأسيس أمام محكمة تغنيف بتاريخ 24 سبتمبر 2005 وتم استئنافها بإجراء تحقيق مدني لسماع أطراف الخصومة، وبعد إعادة سير الدعوى في 12 جويلية 2006 قدم الزوج التماسا بعدم جدوى التحقيق والمطالبة بإجراء خبرة فنية على الحمض النووي، وبتاريخ 27 جانفي 2007 وبعد إنجاز الخبرة أقرت المحكمة أن الابن ليس شرعيا مع المصادقة على تقرير الخبرة المنجز من قبل مخبر الشرطة العلمية بالجزائر، وقضى المجلس بإبطال التبنى وبتصحيح شهادة ميلاد المتبنى. يتضح من خلال هذه القضية أن إجراء التحليل البيولوجي كان من أجل النسب هو أمر جوازي للقاضي ولا دليل عليه في الشرع قبل اللعان.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي عند اعتماده على تحاليل البصمة الوراثية، حدد الحالات التي يجوز الرجوع فيها إليها كحالة الولادة تحت اسم مجهول، وحالة التلقيح الاصطناعي، وحالة التبني كل ذلك من أجل إثبات النسب أو نفيه.

الخاتمة:

إن اعتماد جوازية البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه طبقا للمادة 40 فقرة ثانية من قانون الأسرة الجزائري، نرى أنه كان على المشرع اعتمادها في كل الحالات أو تحديد مجالات استخدامها في حالات التنازع تحقيقا للعدالة، كون أن نتيجة البصمة الوراثية دقيقة ويقينية حالة التحقق من الولادة الطبيعية، وهو ما يهدف إليه الشارع بإظهار الحقيقة والعدالة والإنصاف للولد ورعايته.

كما أن الثابت من المادة المذكورة أعلاه الأخذ بالتحاليل البيولوجية حالة اللجوء إلى اللعان لنفي النسب، كون القاضي يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية والقانونية للتفريق بين الزوجين، ويجوز له الأمر بالتحاليل البيولوجية للوصول إلى حقيقة نسب الولد.

كما يتضح أن استعانة القاضي بالتحاليل البيولوجية في مجال إثبات النسب أو نفيه أمر غير ملزم له ولا برأي الخبير، وفي نظرنا يتطلب تسبيب حكمه عند رفضه واستبعاده للخبرة الطبية.

لذلك لا ننكر دور البصمة الوراثية كوسيلة علمية مشروعة تتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية، من ثمة يجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب ونفيه حالة النزاع، ويجوز الاستعانة بها لتأكيد صحة أو بطلان الأدلة التقليدية حالة تعارضها أو نقصها أو اختلافها، لكن لا تلغي الأدلة الشرعية ولا تقوم مقامها وتلقى محافظة على اعتبارها شرطا من الشروط العقلية والحسية لتقبيد تلك الأدلة حسب رأي الفقهاء.

قائمة المراجع:

- 1- أحمد الجمل، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، العدد 3، مصر 2003.
- 2- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006.
- 3- بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستندات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، الطبعة الأولى، كنوز إشبيلية، الرياض 2007.
- 4- بوغراة الصالح، أثر الاكتشافات الطبية على أحكام الزواج، دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس 2014.
- 5- حجارى محمد، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الاسكندرية 2007.
- 6- حسن محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والاباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006.
- 7- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية 2003.

- 8- رمزي رياض عوض، نظرية الاثبات في الفقه الاسلامي الجنائي (دراسة فقهية مقارنة)، دار النهضة العربية، طبعة 1997.
- 9- سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الطبعة الأولى، جامعة الكويت 2001.
- 10- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2014
- 11- ناصر عبد الله الميمات، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، مجلة النشر العلمي، جامعة الامارات العربية المتحدة 2003.
- 12- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الاسلامي، مكة المكرمة 2002.
- 13- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق 2006.

نصوص قانونية:

- 1- المادة 40 فقرة من الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، المصادق عليه بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 22 جوان 2005.
- 2- المادة 153 من القانون رقم 70-04 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 03 فيفري 2004، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5184 المؤرخة في 05 فيفري 2004.
- 3- المادة 03 من القانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري.