موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه

The Supreme Court's position on DNA as a means of proving and denying

تاريخ الارسال: 2019/08/25	تاريخ القبول: 2020/01/20	تاريخ النشر: 2020/06/30

*د. شامي أحمد
جامعة ابن خلدون - تيارت
ahmedchami04@hotmail.fr

ط.د. قلال بن عبد الله
جامعة ابن خلدون - تيارت
benabdallah.guellal@univ-tiaret.dz

ملخص :

لقد تطور علم الهندسة الوراثية في القرن الماضي والذي نتج عنه ظهور طرق جديدة للتحقق من شخصية الإنسان ووقوع الحمل من عدمه.

وقد واكبت التشريعات عبر العالم هذا التطور ومن بينها التشريع الجزائري، وذلك من خلال ما استحدثه في قانون الأسرة بموجب الأمر 05 - 02 حين أقر بالخبرة العلمية كوسيلة لإثبات النسب.

وبعد صدور الأمر 05 - 02، عرفت قضايا إثبات ونفي النسب بالطرق العلمية تنوعا وازديادا انعكس على عدد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن.

وعلى اعتبار أن المحكمة العليا هي الهيئة المكلفة، بتقويم العمل الصادر عن المحاكم والمجالس القضائية، وأنها وأمام قلة النصوص القضائية المتعلقة بالطرق العلمية في إثبات ونفي النسب ولزوم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإنها قد وجدت نفسها أمام ضرورة تفسير النصوص وتحديد ضوابط الاعتماد على الطرق العلمية، سواءا فيما يتعلق بإثبات النسب ونفيه، وذلك عن طريق التقيد بالطرق الشرعية والتي أمر المشرع بالرجوع إليها من خلال المادة 222 من قانون الأسرة عند غياب النص التشريعي أو عدم وضوحه.

***المؤلف المرسل:** شامي أحمد

ومن خلال ما سبق بيانه يتعين توضيح وتبيان ما أولته الشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي) لهذا الموضوع، والعمل القضائي سيما المحكمة العليا نظرا لخطورة الخطأ في إثبات ونفي النسب لما ينجر عنه من خلط في الأنساب وسلب الحقوق من أصحابها وتمكين الغير منها. وهذا أمام إلزامية مواكبة القضاء للتطور العلمي ومناقشة المستجدات من أجل تحسين أحوال المتخاصمين وحفظ حقوقهم.

كلمات مفتاحية: إثبات نسب، نفي نسب، لعان، بصمة وراثية، المحكمة العليا.

Abstract:

Genetic engineering has developed in the last century, which has resulted in a new appearance to verify the personality of the person and the occurrence of pregnancy or not.

Legislation throughout the world has accompanied this development, including Algerian legislation, through its introduction into family law under Ordinance No. 05 - 02 , which recognized scientific expertise as a means of proving descent.

And that after the year 2005 the issuance of the said order, the issues of proof and denial of the ratios of scientific methods varied and increased reflected in the number of decisions issued by the Supreme Court in this regard.

Considering that the Supreme Court is the body entrusted with the task of evaluating the work of the courts and the judicial councils, and that in light of the lack of judicial texts related to scientific methods in proving and denying ratios and the need to refer to Islamic jurisprudence, , Both in terms of proof of descent and denial, by adhering to the legitimate methods which the legislator ordered to refer to through article 222 of the Family Code in the absence of the legislative text or its lack of clarity.

In light of the above, it is necessary to clarify what Islamic jurisprudence (Islamic jurisprudence) has pointed out to this subject, and the judicial work, especially the Supreme Court, in view of the seriousness of error in proving and

denying descent. This is in line with the necessity of keeping pace with the judiciary of scientific development and discussing developments in order to improve the situation of the opponents and preserve their rights.

Keyword : Proving Proportions, Denied Ratios, Lactation, Pedigree, Supreme Court.

تمهيد:

إن البصمة الوراثية كدليل علمي ونقلة نوعية في الإثبات، قد تبنتها الكثير من التشريعات في دول العالم واعتمدتها كدليل إثبات في مختلف القضايا سيما في الكشف عن الجريمة والمجرمين من جهة، ومن جهة أخرى التحقق من الولد البيولوجي وإثبات النسب، والسبب في ذلك يعود إلى كون نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في الإثبات.

وقد كان لموضوع البصمة الوراثية التي أحدثت جدلا ونقاشات حادة في مجال إثبات ونفي النسب، اهتمام كبير لعلماء الشريعة الإسلامية، خصوصا أنه كان محل خلاف حول موقف الشريعة الإسلامية منه.

وقد أقر المشرع الجزائري بإمكانية الاعتداد بالبصمة الوراثية أمام القضاء في الكثير من المجالات، ومنها الأخذ بالخبرة الطبية في مجال الجنايات وكذا في مجال قانون الأسرة منذ تعديله بموجب الأمر 05 - 02 لسنة 2005.

ولعل ما تم توضيحه في التعريف واستعمال البصمة الوراثية في الإثبات، يصلح لأن يكون سببا لبيان أهميته خصوصا أن هذا الموضوع يتعلق بقضية حساسة هي إثبات ونفي النسب والخطورة الكبيرة والنتائج الوخيمة الناتجة عن الخطأ في نفي النسب لما ينجر عنه من سلب حق النسب من صاحبه وحرمانه من ميراث أبيه وطعن شرف الزوجة، وتابيد الفرقة بينها وبين زوجها.

ومقابل هذا أهمية التطور العلمي والحركة التشريعية التي عليها مواكبة التطور العلمي ومناقشة المستجدات لما في ذلك من حفظ لحقوق الناس والفصل فيها طبقا للقانون.

وبناء على ما تم الحديث عنه سلفا، يتبين أنه توجد طرق شرعية لإثبات النسب كما استحدثت طريقة علمية جديدة لأجل إثبات ونفي النسب، وعليه سنطرح التساؤلات الآتية: **ما منزلة البصمة الوراثية من وسائل إثبات ونفي النسب الشرعية؟وهل تخضع مسألة تقدير البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب للقواعد العامة في الإثبات؟وما موقف المحكمة العليا من ذلك؟**

للإجابة على التساؤلات المطروحة كان لابد من التطرق أولا إلى منزلة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب، ثم إلى منزلتها بين طرق نفي النسب وموقف المشرع الجزائري من ذلك، ثم الانتقال إلى تبيان موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية في إثبات النسب وهو ما تم وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: منزلة البصمة الوراثية بين طرق إثبات ونفي النسب.

المبحث الثاني: موقف المحكمة العليا من استخدام البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب.

المبحث الأول : مكانة البصمة الوراثية بين طرق إثبات ونفي النسب

من خلال هذا المحور سنتطرق إلى تحديد منزلة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب والآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع في نقطة أولى، وفي نقطة ثانية سنتكلم عن منزلة البصمة الوراثية بين طرق نفي النسب والآراء الفقهية التي تحدثت في الموضوع، ثم نصل إلى رأي المشرع الجزائري فيما يخص هذه المسألة.

ا- منزلة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب: لقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول تحديد مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب الفقهية إلى فريقين: الفريق الأول قال بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية، والفريق الثاني قال بتقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية، وسنتناول رأي كل فريق بشيء من التفصيل.

أ - رأي القائلين بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية:هذا الرأي يمثله أغلب الفقهاء المعاصرين،[1]فهم يرون أن أعلى مراتب البصمة الوراثية أن تكون في درجة القيافة، وتبقى أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي، زوجية، بينة، إقرار، وأنه لا يصار إلى غيرها كالقيافة أو البصمة الوراثية، إلا إذا انعدمت هذه الأدلة، أو حيث يتعذر العمل بها في حالة وقوع التنازع أو التدافع فيها، أما إذا وجدت إحداها فلا تقوى البصمة على تضعيفها أو إسقاطها لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع وعامل الوراثة ليس أصلا من

الأصول القاطعة الذي تثبت به البنوة أو الأبوة، أو الأمومة، بل هي مجرد قرينة يستأنس بها.

وحجتهم في ذلك أن الأدلة الشرعية المثبتة للنسب ورد بها العمل نصا وإجماعا، والقول بتقديم البصمة الوراثية عليها إبطال للنصوص الشرعية، ومخالفة لإجماع الأمة، واستخدامها بإطلاق يؤدي إلى مزاحمتها الوسائل المنصوص عليها شرعا.

وجاء الرد على ذلك أن تلك الأدلة ليست أدلة تعبدية غير معقولة المعنى حتى نتحرج أو نتردد في تقديم البصمة الوراثية عليها، أو أية وسيلة علمية يكشف عنها العلم، بل هي أدلة معللة الغرض منها الإثبات والبيان، وهو متحقق بالبصمة الوراثية، ويبقى العمل بتلك الأدلة حيث لا يسير الإثبات بغيرها، كما أن تلك الأدلة في حد ذاتها إذا وجد ما يعارضها حسا فإنه يسقط العمل بها، كوضع المولود مثلا لأقل من 6 أشهر اتفاقا، ولم يقل أحد أن ذلك إبطال لنص الحديث الولد للفراش، أو لإجماع الأمة.[2]

والحجة الثانية: أن الأخذ بالفحص الوراثي إذا عارض الفراش أو الشهادة،كان سيثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة الوراثية بنتائجها اليقينية لتكشف المستور "الحقيقة".

ويرد على ذلك أن أهل العلم يثبتون النسب بتلك الأدلة الشرعية لأنها أقصى ما كان متاحا في زمانهم من معارف يستدل بها على قيام المخالطة الزوجية فاستندوا إلى أمور تقريبية وهي مبنية على الحس والعقل كاشتراط كون الزوج ممن يولد له، وأن يكون فارق السن مقبولا بين المقر والمقر له، ووضع الحمل بين أقل وأقصى مدة الحمل، وأنه يمكن اختزال كل هذه الشروط في شرط واحد وهو عدم معارضة دليل إثبات النسب لنتيجة البصمة الوراثية.[3]

ب- رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية:يرى أصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالتطبيق من أدلة إثبات النسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية، الشهادة، أو الإقرار بأنواعه، وهي بذلك ليست دليلا مستقلا بذاته يتقدم عن تلك الأدلة الشرعية وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة، ومن جهة أخرى تعد مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنية إذا تعارضت معها، فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة،[4]تصاحب الدليل الشرعي وليس دليلا مستقلا بذاته.[5]

وقد جاء في ندوة الكويت المنعقدة تحت عنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية-" في إحدى توصياتها البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء، من غير قضايا الحدود الشرعية.[6]

وقد اعتمد هذا الاتجاه على أن الأدلة الفقهية مبنية على النص الغالب إذ كلها لا تفيد القطع بوقوع المخالطة الزوجية التي تكون سببا للحمل، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك ولا الفراش الشرعي مفضي وجوبا إلى ذلك، ولا الإقرار الذي قد يكون على خلاف الحقيقة والواقع، فهي كلها تتعرض للخطأ والنسيان والتزوير، أما البصمة الوراثية فهي مبنية على اليقين والجزم خصوصا إذا روعيت الضوابط التي حددها الفقهاء تفاديا لاختلاط العينات أو تلوثها.

ج- رأي المشرع الجزائري فيما يخص مدى الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب:بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

من خلال استقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع لم يذكر كلمة بصمة وراثية وإنما ذكر عبارة الطرق العلمية والتي يقصد بها كل وسيلة علمية من شأنها الوصول إلى حقيقة يقينية لإثبات نسب الطفل، ولكن نرى في هذا الشأن ان نية المشرع تذهب إلى قصد تقنية فحص الحمض النووي بسبب أنها يقينية في دلالتها بعكس تقنية فحص عينة الدم التي تعتبر دلالتها ظنية.

بالإضافة إلى ذلك فالملاحظ أيضا أن نسب الولد لا يثبت إلا بأحد الطرق التي يمكن تقسيمها إلى طرق منشئة والمتمثلة في الزواج الصحيح، النكاح الفاسد،[7]والوطء بشبهة[8] (أو ما يطلق عليه بالفراش)، والطرق الكاشفة كالبينة، والإقرار (أو ما يطلق عليها بالاستلحاق) والبصمة الوراثية.

وأن المشرع الجزائري جعل البصمة الوراثية في المرتبة الأخيرة بين طرق إثبات النسب بل أكثر من ذلك جعلها جوازية أي أنه يمكن للقاضي اللجوء إليها كما أنه يمكنه التغاضي عنها.

2 -**منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لنفي النسب:**إن أحكام الشريعة الإسلامية توسعت في طرق إثبات النسب لكنها شددت ذلك في نفيه، ولم تجعل إلا طريقا واحدا وقيدته بجملة من الشروط ولم تسمح به إلا عن طريق اللعان[9].وقد اختلف الفقهاء حول صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان أو بالاعتماد على اللعان للتفريق بين الزوجين دون نفي النسب ويمكن تبيان آرائهم فيما يلي:

أ- **رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية عن اللعان[10]:** يميل أصحاب هذا الرأي إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان لأن نتائجها يقينية، فإذا ثبت لدى الزوج أن الولد ليس منه له أن ينفي ذلك بالبصمة الوراثية دون اللعان.

وقد قال الدكتور يوسف القرضاوي أن التحاكم إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج حتى تمكن من درء التهمة عن نفسها وتحفظ حقها، وليس في ذلك اعتداء على شخص آخر وتم الاستدلال بما يلي:

-أن الزوج يلجأ الى اللعان لنفي النسب بسبب انعدام الشهود أن العدد المطلوب من الشهود بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه ولما كان الفحص من خلال البصمة الوراثية يدل على صحة أقوال الزوج وعليه يكون بمثابة الشهود والتي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته، ودعموا رأيهم بقوله تعالى: {**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ**}[11]

والبينة هنا هي البصمة الوراثية لأنها أقوى حجة من الشهادة، ولأن الارتباط بين الوالد والمولود دلالته يقينية، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين باليقين.[12]

- ما ورد على رسول الله صلى الله عليه وسلم: [**أيما رجل أنكر ولده وقد عرفه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأشهاد**]

هذا الحديث صريح في منع إنكار نسب الولد بعد معرفته أو ثبوته بأي وسيلة كانت ومنها وسيلة البصمة الوراثية.[13]

- أن اللعان الذي شرع رفعا للحرج عن الأزواج لا تعرف فيه الحقيقة فقد يؤدي إلى ظلم طفل بحرمانه من النسب وإلى ظلم الزوجة في الطعن في شرفها إذا لم يكن الزوج ممن يتقي الله خصوصا في هذا العصر الذي تراجع فيه الوازع الديني.

- أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليل على أنه ليس منه بقوله: [**إذا جاءت به أبيضا بسطا فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به**][14] وفي ذلك اعتبار للشبهة أي الصفات الجينية، فقد جعله النبي صلى الله عليه وسلم دالا على نفي النسب عن الزوج.

- وقد تم الرد على هذا الرأي بما يلي:

- أن الأصل الذي عدل عنه إلى اللعان في الآية الكريمة جاء بلفظ "الشهداء" وهذا ما يؤدي إلى ضعف ذلك الاستدلال لأن البصمة الوراثية لا يمكن أن تكون من الشهداء بخلاف ما جاءت به الآية بلفظ "بينات" ومنه لا يمكن الاستدلال بتلك الآية.

- كما أن هذا الرأي فيه مصادمة لنصوص شرعية إذ كيف يمكن إلغاء حكم شرعي بناء على تصريحات طبية مظنونة، وأن الله سبحانه وتعالى يقول: {**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا** }[15].

- أما بالنسبة للحديث السابق فردوا عليه بأن ليس فيه ما يدل على اعتبار الصفات المتشابهة أو الصفات الجينية للاستناد عليها لنفي النسب بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [**لولا الإيمان كان لي ولا شأن**] أي لولا إيمان اللعان، لأن اللعان سبب أقوى من الشبه وبالتالي لا يصار إلى البصمة الوراثية مع وجود ما هو أقوى منها وهو اللعان.[16]

ب- رأي القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية وقد استدلال أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- أن اللعان مسألة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ولا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله مهما بلغت من الدقة في نظر المختصين بها.[17]

- أن الشريعة شددت في نفي النسب بعد ثبوته وجعلت الطريق الوحيد لهذا النفي هو اللعان، حتى يحمي الزوجة من اتهام زوجها لها بالباطل.

- أن اللعان طريق شرعي يقدم على البصمة الوراثية، لأن هذه الأخيرة لا يلجأ لها إلا عند جهالة النسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي فلا حاجة لغيره.

- أن إجراء اللعان له صفة تعبدية وتترتب عليه آثار كثيرة كدرء حد القذف على الزوج وحد الرجم عن الزوجة وتأبيد الحرمة بينهما وغيرها، ولا يقتصر حكمها على مجرد نفي الولد عن الزوج بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة، والتي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري.[18]

ج- إمكانية الاستفادة من نتائج البصمة الوراثية: الملاحظ أنه فيما عدا الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب المحددة في المادة 40 فقرة 01 من قانون الأسرة فإنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية، كخبرة طبية أو كدليل علمي لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجيا وفقا للمادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة المضافة عام 2005 لحل قضايا التنازع الشائعة على النسب في عدة حالات نذكر منها ما يلي:[19]

- حالة الولد المجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي.
- حالات اختلاط المواليد في المستشفيات وأصحاب الجثث المفحمة.
- الاشتباه في حال أطفال الأنابيب.

حالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة، أو من زواج فاسد (كزواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها).

- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المتنازع عليه.
- الحالة التي تدعي فيها المرأة أن مولودها يخص رجلا معينا لإجباره على الزواج أو طمعا في الميراث والنفقة للتأكد من النسب سلبا أو إيجابا.
- حالات اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث.
- لمنع اللعان، كما لو عزم الزوج على اللعان (م 41 من قانون الأسرة).

فإن البصمة الوراثية يمكنها دفع هذا الشك والاكتفاء بنتيجتها لحل النزاع كدليل علمي بحت.

د- موقف المشرع الجزائري فيما يخص منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لنفي النسب:

بصدور الأمر 05 - 02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للقانون 84 - 11 المؤرخ في 1984/6/9، أضيفت الفقرة الثانية للمادة 40 والتي جاءت بما يلي: "**يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب**"، حيث أخذ المشرع الجزائري بإعمال التحليلات الطبية، ولكن قصرها على إثبات النسب، دون إعمالها في نفي النسب الذي يبقى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلنا إليها المادة 222 من قانون الأسرة والتي حصرت نفي النسب في وسيلتين هما: اختلال شرط الفراش، واللعان.[20]

ونظرا لحداثة هذه التقنية التي كانت نتيجة للتطور العلمي المذهل الذي حدث في المجال الطبي ونظرا لغياب نصوص قانونية صريحة في مسألة نفي النسب بإعمال البصمة الوراثية فإن موقف المشرع الجزائري حيال هذه التقنية يمكن استنباطه من اجتهادات المحكمة العليا، والتي سوف يكون الحديث عنها في المبحث الثاني .

المبحث الثاني : موقف المحكمة العليا من استخدام البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

لقد اعتبر المشرع الجزائري المحكمة العليا الهيئة المكلفة بتقويم العمل القضائي وأنها الجهة التي تسهر على توحيد الاجتهاد في جميع أنحاء البلاد، وأنه وأمام قلة وغموض النصوص القانونية المتعلقة بالطرق العلمية في إثبات وتفي النسب ولزوم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة، فإن قضاة المحكمة العليا وجدوا أنفسهم أمام ضرورة تفسير وتحديد الضوابط التي يعتمد عليها عند استعمال الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب خصوصا أن هذه الطرق تصطدم مع الطرق الشرعية المنصوص عليها قانونا.

بتاريخ 2005/08/27 وبموجب الأمر 05 - 02 قام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة، وقد مس التعديل على وجه الخصوص المواد المتعلقة بانعقاد الزواج وانحلاله كما طال التعديل المادة 87 المتعلقة بالولاية على النفس.

ومن المسائل التي مسها التعديل أيضا مسألة النسب وقد نجم عن ذلك وقوع العديد من المنازعات مما أدى إلى صدور العديد من القرارات عن المحكمة العليا، وبتمحيصها نلاحظ أنها تتعلق بمجموعتين من الأحكام، الأولى تتعلق بإثبات النسب، والثانية تتعلق بنفي النسب، وهذا ما سوف نتطرق له بشيء من التفصيل، حسب ما يأتي:

1- القرارات المتعلقة بحجية الطرق العلمية في إثبات النسب:بالرجوع إلى أحكام القرار رقم 355180 المؤرخ في 03/05 /2006،[21] والذي جاء فيه:"المبدأ يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية. وجاء في حيثيات القرار: "عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما".

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف الذي رفض طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص-م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة العلمية(ADN)معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أن النسب يثبت بعدة طرق منها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية (ADN)أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن.

يترتب على التحليل الوارد في هذا القرار أنه كلما ثبت النسب بيولوجيا عن طريق الخبرة العلمية يلحق النسب بالأب البيولوجي.

وهنا يتضح أن المحكمة العليا لم تبين بصفة دقيقة هل أن الابن ناتج عن علاقة شرعية بين الطرفين أم أنه ناتج عن علاقة غير شرعية.[22]

ولكن نقول أنه إذا كان القصد هو أن الطفل قد نتج على علاقة غير شرعية فتكون المحكمة العليا قد أخذت "برأي الشيخ ابن تيمية" الذي يرى أن يلحق ولد الزنا بالزاني إذا استلحقه دون أن يكون هناك فراش شرعي قياسا على إلحاق نسب ولد الزنا بأمه وتوارثهما باتفاق كل المذاهب الإسلامية، ضف إلى ذلك رأي **ابن القيم الجوزية** الذي جاء موافقا لرأي الشيخ ابن تيمية لكنه اشترط لأجل تحققه عدة شروط أهمها ألا يتطرق القاضي عند فصله في النزاع للتحقيق في مدى قيام العلاقة الزوجية من عدمها.

وهذا ما عبر عنه بقاعدة إحياء الولد والذي تبنتها المحكمة العليا بموجب قرارها المؤرخ في 1997/10/28 فصلا في الطعن رقم 172333،[23]والذي جاء فيه المبدأ:" من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له، ونفيه قتلا له".

وبناءا علي ذلك اذا اقر الرجل ببنوة الطفل, فانه علي القاضي أن يلحق به نسبه دون أن يطلب منه تقديم نسخة من عقد الزواج.

أما بالنسبة للقرار رقم 704222 المؤرخ في 2012/03/15،[24]حيث الرجوع إلى تفاصيل القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا رفضوا الطعن بالنقض ضد قرار **مجلس قضاء باتنة** الذي أيد حكم **محكمة بريكة** القاضي برفض طلب المدعي لعدم التأسيس، حيث أن المدعي طلب اللجوء إلى الخبرة العلمية للتحقق من نسب ابنته المولودة أثناء قيام العلاقة الزوجية فرفض طلبه لأن الغرض منه ليس إثبات النسب لأنه ثابت شرعا إنما الغاية منه هو نفي النسب وهو ما لا يكون إلا بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان، وما دام لم يستخدمه (أي اللعان) فلا مجال للجوء إلى الطرق العلمية، ومن ثم يتضح أن قضاة المحكمة العليا أكدوا بوضوح أنه لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتحقق من الأنساب الثابتة شرعا وهو ما يوافق ما أقرته مجامع الفقه الإسلامي في قراراتها المختلفة.[25]

بالإضافة إلى ذلك قررت المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1998/12/15 فصلا في الطعن رقم 202430،[26]جاء فيه المبدأ: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار، ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة/ جاء في القضية أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 وما دام الحمل قد تبين بالإقرار فلا مجال لإعمال دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار. وهذا ما يوافق ما استقرت عليه مجامع الفقه الإسلامي بشأن عدم جواز استخدام البصمة الوراثية والخبرة الطبية لأجل التحقق من الأنساب الثابتة شرعا".

2- القرارات المتعلقة بحجية الطرق العلمية في نفي النسب:من خلال اطلاعنا على القرار رقم 605592 المؤرخ في 2009/10/15،[27]والذي نص صراحة أن رفع دعوى اللعان يحول دون التذرع بالطرق العلمية، حيث أن قضاة المحكمة العليا نقضوا القرار المطعون فيه

بوجه تلقائي لما تبين لهم من ملف القضية أنه سبق وأن كان بين الطرفين دعوى ملاعنة وإتباع الطريق الشرعي يحول دون اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا النسب.[28]

كما جاء في القرار رقم 828820 المؤرخ في 2012/12/13[29]، بقوله:" المبدأ أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة، لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج.

إن المحكمة العليا رفضت طلب النقض ضد قرار قضى بتأييد حكم صادر عن محكمة المحمدية قضى برفض دعوى الطاعن الذي طالب أمامها بإلزام الطاعن ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية وإجراء تحاليل الحمض النووي ADN على الجنين، وقد عللت المحكمة العليا رفضها كما ذكر أعلاه أن النسب ثابت بالفراش ولا يمكنه نفيه إلا عن طريق اللعان حسب ما جاء في المادة 41 من قانون الأسرة".

وهذا التوجه جاء موافقا لما جاء في آراء معظم الفقهاء في العصر الحديث حول هذه المسألة لكي لا يفتح باب التشكيك في الأنساب والذي ينتج عنه فتن كثيرة تؤدي إلى الطلاق وشتات الأسر.

الخاتمة:

تم التطرق من خلال هذه المداخلة إلى تحديد منزلة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب، حيث تطرقنا إلى رأي القائلين بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية وحججهم في ذلك، وإلى رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية وحججهم في ذلك، ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك، ثم في نقطة ثانية تحدثنا عن منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية في نفي النسب حين تحدثنا عن رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية عن اللعان وحججهم في ذلك، ثم الحديث عن رأي القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية وحججهم في ذلك، ثم أنهينا ذلك ببيان موقف المشرع الجزائري فيما يخص منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لنفي النسب.

وبعد ذلك تعرضنا لرأي المحكمة العليا فيما يخص استخدام البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب عارضين لأجل ذلك نماذج من قرارات المحكمة العليا والتعليق عليها، ومن خلال ذلك توصلنا إلى النتائج التالية:

1 - اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول منزلة البصمة الوراثية من بين طرق إثبات النسب، لكن الأغلبية يقولون بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية.

2 - المشرع الجزائري جعل البصمة الوراثية فيما يخص مسألة إثبات النسب مسألة جوازية، يمكن للقاضي اللجوء إليها كما يمكنه عدم اللجوء إليها.

3 - اختلاف الفقهاء حول صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان أو بالاعتماد على اللعان للتفريق بين الزوجين دون نفي النسب.

4 - التوصل إلى أن رأي جمهور العلماء المعاصرين أنه لا يمكن للبصمة الوراثية أن تحل محل اللعان، كما لا يمكن أن تقدم عليه، كما لا يمكن الاكتفاء بالبصمة الوراثية في نفي نسب الولد، لأن الولد منسوب بالفراش إلى أن يلاعن الزوج.

5 - البصمة الوراثية قطعية الدلالة إثباتا ونفيا.

6 - يمكن الاستفادة من نتائج البصمة الوراثية لإثبات البنوة والأبوة بيولوجيا.

7 - المشرع الجزائري أجاز إعمال التحليلات الطبية، ولكن قصرها على إثبات النسب، دون إعمالها في نفي النسب الذي يبقى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية.

8 - رأي المحكمة العليا أنه لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتحقق من الأنساب الثابتة شرعا.

ومن خلال هذا نقترح ما يلي:

- إدراج نصوص دقيقة وواضحة تضاف إلى المادتين 40 و41 من قانون الأسرة تحدد فيها الطرق العلمية بدقة.

- تحديد المشرع للمجالات التي يعمل فيها بالبصمة الوراثية حتى لا يقع التباس لدى المتقاضين و الباحثين وكذا على القضاة والمحامين فيما يخص مواطن استعمال هذه التقنية الدقيقة.

- نشر قرارات المحكمة العليا بنصها الكامل حتى يتسنى لرجال الفقه والقانون دراستها والتعليق عليها والاستفادة منها.

- مراجعة النصوص القانونية الخاصة بالنسب والخبرة العلمية مع اعتماد ما أقرته المحكمة العليا من مبادئ مستمدة مما استقر عليه الفقه الإسلامي.

- التكوين المتخصص للقضاة والمحامين في الجانب القانوني والجانب الشرعي فيما يخص المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

الهوامش:

[1] منهم الدكتور محمد سليمان الأشقر، د. وهيبة الرجيلي، د. ناصر عبد الله سليمان، وهو ما استقرت عليه الحلقة المنقاشية لندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة بالكويت في الفترة 28-2000/01/29، اتفق أكثر الحضور على أن البصمة ترقى إلى دليل القيافة ولا تتقدم على الشهادة.

[2] عبد الرحمن بن قدامى، الشرح الكبير بذيل المغنى، تحقيق محمد شرف وابن خطاب وآخرون، 82، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 98.

[3] بورقعة سفيان بن اعمر، النسب ومدى تأثير المستجدات الطبية في إثباته، ط1، الرياض، كنوز إشبيليا، 2007

[4] القرينة هي الوسيلة التي تتوصل بها إلى استنتاج أساسي تطمئن إليه النفس لإثبات واقعة أو نفيها عند انعدام البينة القاطعة، محمد الحاج ناصر، الإثبات بالقرائن أو الأمارات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع12، 2000، ص 98.

[5] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 239.

[6] ندوة الكويت المنعقدة بتاريخ 13-15 مارس 1998 بالكويت.

[7] النكاح الفاسد: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول لكنه فقد شرطا من شروط الصحة الوارد في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المضافة بالأمر 02/05، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 499.

[8] الوطء بشبهة: هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص ويظهر بأشكال مختلفة، كالشبهة في الحكم، والشبهة في العقد، والشبهة في الفعل. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 646.

[9] اللعان: لغة هو من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد، أما اصطلاحا فهو شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعان تجري على الطريقة الشرعية. أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

[10] أصحاب هذا الرأي: الشيخ محمد المختار السلامي، الشيخ يوسف القرضاوي أثناء مناقشات موضوع البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي السادس عشر بمكة المكرمة في 2002/1/9، حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

[11] سورة النور، الآيات 6-7-8-9.

[12] السلامي محمد مختار، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ج2، ص 456.

[13] الأدعمي تمام، أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2005، ص 133.

[14] مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 22، دت، ص 133.

[15] سورة الأحزاب، الآية 36.

[16] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 811.

[17] حسين محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 805.

[18] الميمان ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، 2000، ج2، ص618.

[19] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 670.

[20] بوهشالة إبراهيم، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 13، جويلية 2018.

[21] مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد1، ص 469.

[22] نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2016، ص 88-89.

[23] مجلة المحكمة العليا، العدد 1/1997، ص 42.

[24] مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد1، ص 262.

[25] محمد توفيق قديري، موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة لإثبات النسب بالطرق العلمية نموذجا، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، 24- 25 أكتوبر 2018، حامعة الوادي.

[26] المجلة القضائية، 1999، العدد1 ، ص 122.

[27] مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد1، ص 245.

[28] محمد توفيق قديري، موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة، المرجع السابق.

[29] مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد1، ص 323.