سلطات القاضي و تقديره للقاعدة العلمية في قضايا النسب

بن عودة حسكر مراد

أستاذ محاضر – قسم ب– كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

المقدمــة

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة على الزواج والطلاق معا، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، وقد أحاطت الشريعة الإسلامية بكل جوانب أحكام النسب وأولته أهمية كبيرة لقوله تعالى: " والله جعل لكم من أنفسهم أزواجا وجعل من أزواجكم بنين وحفدة "[1].

كما تعرض المشرع الجزائري إلى النسب في المواد من 40 – 46 من قانون الأسرة، والنسب الشرعي هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين، وينبني عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، و يترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وابنيه،أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا. وقد منحت الشريعة الإسلامية للأولاد حقوقا مختلفة تضمن لهم الحياة الكريمة والمعيشة الإنسانية، وهذه الحقوق الشرعية هي ثبوت نسبهم والتربية الحسنة، والرضاعة، والحضانة.

ويرجع اهتمام المشرع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب، وحفظها من الفساد والاضطراب، وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها ومن هنا يتفق الفقهاء بأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أو غير شرعية، أما نسب الولد من أبيه فلا يثبت في كل حالات الولادة.

والملاحظ أن قانون الأسرة المعدل في سنة2005 قد جاء بمستجدات جد هامة في موضوع إثبات ونفي النسب وهدا تماشيا مع روح فلسفة المشرع المسايرة للتطورات العلمية والمنسجمة مع متطلبات العصر[2]. فقد أضاف المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة فقرة ثانية ودالك بموجب الأمر 02/05 الصادر في سنة 2005و التي تبيح إمكانية اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب وبدلك يكون المشرع قد أعطى للقاضي سلطة قبول الدعوى الرامية لإثبات أو نفي النسب بناء على طرق علمية غير أن نص المادة 40 من قانون الأسرة قد ورد عاما فالمشرع لم يضع أي تنظيم خاص لهذه الطرق ولم يميز بين الطرق القطعية والطرق الظنية ولم يحدد حدود سلطات القاضي في الخبرة الطبية المرتبطة بدعوى إثبات النسب. كما أن تطبيق الفقرة الثانية من نص المادة40 من قانون الأسرة يلقى عدة عراقيل وصعوبات مادية وقانونية.

---

[1] أنظر الآية 72 من سورة النحل.

[2] القانون رقم 84–11، المؤرخ في09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب ا لأمر رقم 05–02، المؤرخ في 07 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 /2005.

إن التساؤل الذي يطرحه العديد من المهتمين في هذا المجال– ما هي اهمم الطرق العلمية المكرسة في إثبات النسب ؟ هل القاضي ملزم بتقرير الخبرة المنجزة في قضايا إثبات النسب ؟ وما هي حدود سلطاته فيها ؟ للإجابة عن هده الإشكاليات سنحاول أن نفصل في النقاط التالية:

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب.

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب وسلطات القاضي في تقديرها.

المطلب الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 2005/02/07 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسايرا في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 : (...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).[3]

إلا أن ذلك لا يعني بأن النص قد ورد واضحا ولا يطرح أي إشكال، فإطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجيتها، سيفتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة وتحديدا مسألة سلطة القاضي في تقدير هذه الطرق العلمية، وعليه سنحاول تناول إشكالية إدماج الطرق العلمية في إثبات النسب وعوائق تطبيقها

الفرع الأول: إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد كان المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي سباقا للاعتداد بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة[4]. إلا أن هذا الطرح لم يجد صداه لدى المشرع الجزائري في القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الذي لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب مكتفيا في ذلك بالطرق المقررة شرعا والمنظمة في المادة 40 الفقرة الأولى من قانون الأسرة، بالإضافة إلى الجدل القائم حول قيمة الأخذ بهذه الطرق وعدم حصر المشرع لها، مع العلم بأنها تختلف بين تلك التي يمكن نفي النسب بها فقط دون أن تكون وسيلة للإثبات.

لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب والرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أن اللعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى :"والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله..." [5]، فالآية ذكرت إذ أن الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان وأي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو إضافة على ما ورد في كتاب الله. كما جاء في السنة أن الرسول

[3] تنص المادة 40 من قانون الأسرة على ما يلي: (يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).

[4] أنظر، أحمد أحمد موضوع النسب في الشريعة والقانون. مصر، الطبعة الأولى، 1983 ص 133.

[5] أنظر سورة النور، الآية 05.

(ص) قال "الولد للفراش وللعاهر الحجر" [6]،فأهدر بذلك الشبه البين وهو الذي يعتمد على البصمات الوراثية، كما أن أنصار هدا الرأي يؤكدون أن العلم حقيقة نسبية بينما القران الكريم كلام إلهي لخلق الكون لأنه حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان وقد فصلوا في مسألة إثبات أو نفي النسب معللين رأيهم أن النص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية "لا اجتهاد مع وجود النص"[7].

وانطلاقا من كل ذلك فقد تبنى المجلس الإسلامي الأعلى موقفا صريحا في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية رغم عدم إصداره لأي فتوى توضيحية لذلك مستظهرا وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو تنفي النسب.

واعتمادا على كل ذلك قرر هذا الاتجاه عدم جواز الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس من عقل ونفس، ونسل ودين ومال. كما أنه لا لم تسمح باستعمال هذه الطرق حماية لحياة الإنسان وحفاظا لتعريض النسل وانتمائه لأي خطر كان فيه قد يكثر عديمي النسب واللقطاء.

ولقد كان المشرع الجزائري متأثرا فيما سبق ذكره أثناء سنه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 فقرة 01 من نفس القانون رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، وهو ما كان قد كرسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد. ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جوان 1999 الذي جاء فيه " حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقص القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس" [8].

وقد أضاف قضاة المحكمة العليا في قرارهم الصادر في 94/02/14: "من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة ونكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34-33-32 من قانون الأسرة."

يتضح من كل ما سبق أن قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النص الحرفي للمادة 40 لقانون الأسرة التي تحدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها وكانت تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة لأنها كانت تعتبر ذلك تشريعا في حد ذاته.

لم يكن الرأي المذكور أعلاه والرافض للطرق العلمية لإثبات النسب جامعا بين فقهاء القانون، ذلك أن اتجاها أخر رأى في استعمال هذه الطرق وسيلة علمية حتمية بنتائج ملموسة. فرأو أن الآية التي استدل بها الفريق الأول، إنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع

---

[6] « صحيح مسلم» ج 2، مفهرس، طبعة بيروت، دار إحياء الكتب العربيّة، باب الولد للفراش وتوقّي الشبهات، ص 1080.

[7] أنظر، إسماعيل صديق عثمان، أصل الاجتهاد والفتوى وقاعدة لا اجتهاد مع نص http://ismaelosman.blogspot.com

[8] المحكمة العليا غ أ ش، ملف رقم 22267، قرار بتاريخ 15-06-199 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص سنة 2002 ص 88.

على المرأة أو درأه عنها. [9] واعتبارا لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في الفقرة الثانية من المادة 40 السالفة الذكر.

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها علما أن البحوث العلمية والتوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات والثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ضني الثبوت يعطينا مجرد احتمالات بل وأحيانا نتائج يتحدد مجالها في نفي النسب فقط.

الفرع الثاني: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

من بين الإشكاليات التي أثارتها المادة 40 فقرة 02 من الأمر 05-02 أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم تحديد وحصر المشرع لهل، لذلك تطلب الأمر الاستعانة إلى ما توصلت إليه البحوث الطبية والدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنته هذه الأخيرة من طرق علمية قطعية الدلالة وأخرى لا ترقى بالشك إلى اليقين كونها ظنية.

أولا: الطرق العلمية القطعية

وهي تشمل كل من نظام البصمة الوراثية ADN ونظام البصمة المرتبط بالمناعة HLA.

1- نظام البصمة الوراثية:

لقد رأى العديد من العلماء والباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، والتي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه فالقائف هو الذي يتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود رغما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء[10] اللذين استدلوا بحجيتها بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت: " دخل علي رسول الله(ص) ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: أن مجززا المدلجي نظر إلى زيد بن الحارث وأسامة ابن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض."فرأوا في سرور الرسول (ص) دلالة على إقراره بالقيافة.إلا أن البعض الأخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعهما والأسس التي تبنى عليها فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس والواقع، لذلك فالقيافة باب والبصمة الوراثية باب أخر [11].

[9] من بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين، الدكتور يوسف القرضاوي ومحمد المختار السلامي، وعبد الله محمد عبد الله وإبن القيم الجوزية.

[10] أنظر، ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،359/2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة الرابعة 1395هـ- 1975م، ص.

[11] متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه رقم: 6272، كتاب: الفرائض، باب: القائف. ومسلم في صحيحه رقم: 2647، كتاب: الرضاع، باب: العمل بإلحاق القائف الولد.

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه.وتساهم البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب باعتبارها تقنية ذات قوة تدليلية قطعية في ذلك فهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء الدم، المني، الشعر أو في أي عضو من أعضاء الجسم وهو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات تحمل مواصفات تختلف من شخص لآخر، وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الشخص، بتحليل الحمض النووي للطفل والأم والأب إذا تمت المطابقة ثبت نسب الطفل للأب أو للأم أو كلاهما معا إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي نسب الطفل إليهما.

وللجوء للبصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس أن دقة ثبوت النسب أو نفيه بهاته الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة 100% وتقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول به في ظرف زمن قريب. لهذا لابد من ضرورة تقنين جواز اللجوء للطرق العلمية القاطعة التي قد يقع تحديدها عن طريق التنظيم تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية ما دام أنه لا مانع شرعي في ذلك.

كما أن الباحثين استندوا في اعتماد البصمة الوراثية طبقا لمل جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة بتاريخ 21 رجب 1422 هـ الموافق ل 08 أكتوبر 2001 توصل إلى أن الإسلام يقر الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب، فقد ذكر الأمين العام للمنظمة في جريدة البيان بتاريخ 2001/10/09 الدكتور أحمد الجندي أن 26 باحثا شاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية وذلك من الناحية الطبية والشرعية وتوصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب[12]، وضرورة الاحتكام إليها في حالة تنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن إستلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه وتوريث مجهول النسب وإذا أقر بعض الإخوة بأخوته ونفاها آخرون وفي حالة إدعاء امرأة بأمومتها بشخص ما دون دليل على ولادتها له، كما أنهم ذكروا أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيها أي شخص آخر[13].

2: نظام البصمة المرتبط بالمناعة:

يعتبر نظام إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطيعة في إثبات أو نفي النسب، فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيا وإثباتا، فنظام HLA مهم جدا باعتباره نظاما قطعيا أي رغم أنه جد متغير ومتعدد المظهر البيولوجي من شخص إلى أخر إلا أنه جد ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص،فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا.

المركب يتشكل في الحقيقة من خمس أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين مختلفين عن بعضهما واحدة من الأب والأخرى من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة أكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة.

[12] أنظر، بن داود عبد القادر،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر، 2005، ص113.

[13] حسين علي شحزور، كتاب " الطب الشرعي، مبادئ وحقائق "، بيروت، بدون سنة، ص 262.

إن قطعية إثبات النسب بواسطة نظامHLA قد يجد عائقا في حالة الزواج العائلي أو المتكرر فإن الطفل هنا يحصل من والديه على مركبين متشابهين يصعب الاستنتاجات والتحاليل المخبرية، مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية.

ثانيا: الطرق العلمية الظنية

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا، لذلك فإنها توجد العديد منها وهي تشمل:

1: فحص الدم:

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم وإما مع الأب، وبما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فبالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، ويتم على أساسها نفي النسب.

2: نظام مجموعة البروتينات:

هو نظام متعدد ومتغير نظرا لتعدد وتغير هيئات مظهر البروتينات المجودة في المصل وأنزيمات الكريات الحمراء، وهو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية، لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، ويستعمل في التحاليل والدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، يبقى التمييز مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية والبيولوجية.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر والتي يقتاد إليها في مجال النفي وتعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة منها كنظام الإفرازات اللعابية.

الفرع الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

رغم التكريس القانوني لـ'مكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة فإن إعمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا وهي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية.

أولا: العوائق القانونية

فمن هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة، واحترام السلامة الجسدية وعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

1 حرمة الحياة الخاصة:

تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة "

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة وتكون ذات طابع شخصي خاص.

2 انتهاك السلامة الجسدية:

تنص المادة 35 من دستور 1996 عل أنه " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان" وقد تنطوى الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان والذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، وهو ما يعد مساسا بسلامته الجسدية.

3 عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدءا عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي مثلا، وهو ما يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما قد يجعله دليلا باطلا، طبقا لقانون الإجراءات.

ثانيا: العوائق المادية

1 وجود مخبر علمي واحد ووحيد:

لقد خصص قسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر تحليل الحمض النووي ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال، حيث يشرف عليه تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة، تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات ونفي النسب باعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة 40 للفقرة الثانية من قانون الأسرة المعدل والمتمم، إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع وقف عائقا ماديا حال أمام صعوبة استصاغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

أ- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية وتقنية محضة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.

ب- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال، الذي يرتكز على الفرضيات والحالات النادرة واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة يجب مراقبتها بصورة دقيقة فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.

ج- يتطلب اعتماد نظام ال دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات والاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة والشائكة.

2 مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في أساس على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا.

المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب وسلطات القاضي في تقديرها

لم يشر المشرع إلى القيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب، مما يثير التساؤل عن مدى حجيتها وسلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها، فيما إذا كان الأمر يبقى خاضعا للقواعد المنوطة بالخبرة العلمية، أم أن الأمر يتطلب إخضاع هذه الطرق إلى قواعد خاصة نظرا للطبيعة العلمية والحتمية لهذه الطرق. كما أن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار أيضا بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة وبأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية ومن ثمة يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجودا أو عدما وسلطات القاضي في تقدير وتقرير نتائج هده الطرق وهو ما سيتم مناقشته فيما يلي:

الفرع الأول: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

إن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة أو ظنية الدلالة:

أولا: الحجية المطلقة للطرق العلمية لإثبات النسب

لقد تبنى معظم رجال القانون انطلاقا من القيمة التي تعتري مجال الطرق العلمية فكرة أن لهذه الأخيرة حجية مطلقة ذلك أن الخبراء اللذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال وبالتالي فإن لآرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بإنفراد كل شخص بنمط وراثي معين، لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الحمض النووي لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة أي أن نسبه التشابه يتساوى من 1 إلى 86 بليون شخص فمن تمة يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[14].

[14] أنظر، نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، الكويت، عدد256، 2004، ص76.

لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للآباء لأن الحمض النووي وأيضا ال يعد دليل إثبات ونفي قاطع بنسبة 100 بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة ما دام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الطرق العلمية المتمثلة حسب ما توصل إليه العلماء في نظامي البصمة الوراثية ونظامHLA هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية، وما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من أي مخلفات أدمية سائلة(دم،مني) أو أنسجة (لحم، عظم،جلد،شعر) كما أنها تقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة وجفاف، ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة والحديثة كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان" إيف مونتان" حيث ادعت امرأة أن لها إبنة منه تدعى "أنياس " وما أضفى على الأمر نوعا من المصداقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه وقد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان وأخذ عينة من جسمه فحص عينة من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للبنت التي تدعي أنه أباها وبعد مدة سارت القضية وظهرت النتائج وأثبتت الخبرة أنه لا يربط الفنان والسيدة أي علاقة أبوة أو بنوة، و لعل أن أكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص إنسان النايدات الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9000 سنة وعلم ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية فكيف لا يكون لها بذلك حجية مطلقة في إثبات أو نفي النسب.[15]

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلمية سواءا القطعية منها والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب أو الظنية التي تعطينا نتائج حتمية في مجال النفي واحتمالات في مجال الإثبات والذي يمكن القاضي دائما من الاستعانة إليها لحل الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم أولا.[16]

ثانيا: الحجية النسبية للطرق العلمية

إذا كان معظم علماء الطب والقانون قد توصلوا إلى اعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية ونظام HLA ذات حجية قطعية الدلالة نظرا للخصائص التي تم التطرق إليها مسبقا، فإن رأي أخر قد تبنى فكرة الحجية النسبية لهذه الطرق العلمية اعتمادا على ما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ولو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضة.

فالطرق العلمية الظنية كنظام تحليل فصائل الدم أو نظام المفرزات اللعابية تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى واردا بدرجة كبيرة، ومن تم فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هاته الطرق تبقي خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.

ليس ذلك فقط بل أن البعض رأى في الطرق العلمية القطعية التي تم تفصيل بيانها سابقا حجية نسبية كذلك، فتقنية البصمة الوراثية لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على اتهام شخص معين أو إلحاق نسب ولد ما أو نفيه، لذلك فإن القاضي وإن اعتمد عليها عند دراسته لملف معين فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس، كما اعتبر علماء الطب أن

[15] أنظر، محمد ابو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1996، ص287.

[16] أنظر، محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية – دار هومة – الجزائر – 2002 صفحة 37.

التحاليل الجينية لا تشكل بأي حال من الأحوال سلاحا مطلقا لأول وهلة لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها، وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيان معا، فكيف يمكن اعتبارها طرقا علمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء احتمال الشك واردا من الجهة الثانية ؟؟

وهو ما يجرنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب.

الفرع الثاني: سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

إن القضاة وهم بصدد الفصل في القضايا المطروحة أمامهم بحاجة إلى مساعدة من أطراف تملك خبرة في مجال محدد تكون لهم فيه الدراية التامة على اعتبار أن القضاة ذوو تكوين قانوني يكون أحيانا قاصرا في إيجاد حلول لقضايا فنية أو تقنية مما يجعل الاستعانة بذوي الخبرة أمرا ضروريا بل وملحا، ومن اجل سد هذا الفراغ المعرفي للقضاة في مجال فني محدد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص قانونية تسمح للقضاة بالاستعانة بذوي الخبرة لبناء قناعتهم القانونية لإيجاد الحلول العادلة للقضايا المطروحة عليهم.

وتعرف الخبرة بأنها عملية بحث وتحر يؤمر بها بطلب من الخصوم أو تلقائيا كلما رأى القضاة أنهم بحاجة إلى مشاركة أهل الاختصاص لملاحظة أمور أو تقدير واقع أو أسباب أو مبررات غير واضحة.

وعليه فان الخبرة يقوم بها طائفة من الخبراء لا ينتمون إلى سلك القضاء وعليه فان الخبراء هم: طائفة من أعوان القضاء لهم معلومات فنية خاصة تعوز القضاة وقد خول القانون للقضاة الاستعانة بفنهم وخبرتهم ومن هؤلاء الأطباء والمهندسون والمحاسبون وخبراء الخطوط، فالخبرة نوع من المعاينة تحتاج إلى الإلمام بعلم وفن لا يتوافر في القاضي لذلك يجيز القانون الاستعانة بالخبرة كلما كان الفصل في النزاع يتوقف على معرفة معلومات فنية يقصر عنها علم القضاء. وقد عرفها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 125 منه بأنها تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

وتعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كليا أو جزئيا، كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسألة النسب إثباتا ونفيا للقواعد العامة من جهة ؟

وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص مسألة نفي النسب عن طريق اللعان كما هو جار العمل به.

أولا: لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية وسلطاته اتجاهها

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة أراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم والاسترشاد بآرائهم[17].

ومن تم فإن القاضي في هذه الحالة يلجأ طبقا للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيستصدر من خلالها حكما تمهيديا قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية، والقول بان الحكم التمهيدي مفاده عدم اتضاح نية القاضي في الفصل في مسالة النسب ثبوتا أم نفيا بطبيعة الحال طبقا لما يعرف في ذلك عن الأحكام التمهيدية.

إلا أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال البيولوجيا من جهة، واستنادا إلى القيمة العلمية بالطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية، ونظام البصمة المرتبط بالمناعة وهو ما رأى فيه البعض خروجا عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها رغم أن هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضوح في التطبيق، ذلك أن هاته الطرق قد لا يتيح للقاضي فهمها وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة ودقيقة، ومن تمة فإن جهل القاضي بهذه الطرق ومصطلحاتها قد يقف عائقا أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتا للنسب أو نفيا له.

ثانيا: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب به طبقا لأحكام المادة41 من قانون الأسرة، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة النسب، لهذا طرحت هذه المسألة، إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب فهل يصح نفيه بالطرق العلمية سواءا منها القطعية والظنية التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخاة منها فيكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضا وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة لنفي النسب على اللعان ؟ الحقيقة أن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير، فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللعان في نفي النسب، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الإسلامي بالرابطة " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي ترتكز على أسس وشروط تعجيزية أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان (8 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

[17] أنظر، محمد خليفة الشيخ، الخبرة القضائية والإثبات الجنائي، رؤية إجرائية حول علاقة القاضي بالخبير القضائي في مسألة الإثبات الجنائي http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/

إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال يتعلق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان من تفريق للزوجين وغيرها على نفيه عن طريق الطرق العلمية خاصة أمام عدم تدخل المشرع الجزائري في تحديد هذه المسألة.

وتجدر في الأخير الإشارة إلى أنه وإضافة إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب، توجد قواعد وأحكام إجرائية تتمثل أساسا في وسائل ممارسة دعوى الإثبات هاته التي تخضع للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوي المدنية الأخرى، فإما أن تكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حول موضوع محدد، وإما دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعية إلى جانب إثبات الزواج مثلا.

الخـــاتمة

لقد حاولنا من خلال عرضنا المتواضع كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسألة إثبات النسب عموما، ودور الطرق العلمية في ذلك نظرا لما يكتسي هذا المجال من أهمية بالغة فقها وتشريعا وكذلك قضاءا، مبرزين من خلال ذلك نطاق تطبيق هده الطرق ودورها البيولوجي والعلمي في الإثبات والنفي من خلال درجات قيمتها وحجيتها.

إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات والإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع، والتي تتطلب حصرها من الجانب القانوني من خلال وضع إيطار قانوني للطرق العلمية أولا سواء القطعية منها التي ترقى إلى درجة اليقين كما تم تفصيله بالنسبة إلى البصمة الوراثية أو نظام من جهة أولى أو الضنية كذلك التي لا ترقى فيها درجة الشك إلى اليقين، وإلا فلا جدوى من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب بمقابل الطرق الشرعية أو لنفيه بمقابل اللعان كوسيلة شرعية كذلك. كما أن الضرورة تستدعي تحديد قيمتها القانونية وحجيتها من خلال بسط سلطات القاضي المكلف بشؤون الأسرة في مجال تطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية كذلك وإلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق دون حصر لمجالها وحجيتها بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليها كلما استعصى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية، كذا وفي شأن مسألة التلقيح الاصطناعي التي أسالت الكثير من الحبر من خلال التساؤل عن إثبات أو نفي نسب الولد الناتج عن طريق هذه العملية وأساسها كطريقة علمية جديدة للإنجاب وجودا وعدما تماشيا مع وجود أو غياب إحدى شروطها الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

كل هذه المسائل وغيرها قد تقف عائقا أمام القاضي المكلف بشؤون الأسرة لإيجاد حل قانوني بالنسبة للطرق العلمية المضافة بموجب الأمر 05 –02 السالف الذكر، مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إيطار قانونيا لا يدع مجالا للتأويل والتفسير أمام موضوع كان ولا يزال يشكل اهتمام القضاة والخبراء في نفس الوقت.