

القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب

تشوار جيلالي*

إن نصوص القوانين الوضعية تكون مقتضة عادة، ومهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فلا يلبث العمل في المحاكم أن يوضح إما غموض بعضها أو نقصها عن حل سائر المسائل المطروحة. فعلى القاضي في مثل هذه الحالات أن يجد الحل الملائم والعاقل، علما أنه كثيرا ما تختلف المحاكم في تطبيق القانون في المسألة الواحدة، وذلك لتفاوت القضاة في قوة الإدراك وملكة الاستنباط، ومقدار وقوفهم على أسرار النصوص. غير أنه لتلافي هذا التناقض في الأحكام في الأمور المتشابهة عمد المشرع إلى إنشاء محكمة عليا تكون مهمتها رقابة أحكام المحاكم بغية استقرار القضاء وتوحيد أحكامه. وذلك مما يؤدي إلى القول إن القضاء يساعد على تكوين القواعد القانونية من حيث المادة، وذلك بتفسيره للموجود منها، واقتراحه الحلول فيما ليس موجودا منها وإن كان لا يعد مصدرا رسميا في ظل التشريع الجزائري.

ومن ثم، فإن التفسير الذي قد يظهر للقضاء سليما يرتب تارة آثار وخيمة أو أنه لم يعد يتماشى والتطور. لذلك، ففي هذا العصر، إذا كان المجال الذي يتعلق بالكيان الجسدي للإنسان أضحى من أخطر المجالات التي غزاها الإنسان بعلمه في المسائل الطبية والبيولوجية، وأخضعها لتجاربه، فإنه هنا تظهر بجلاء ضرورة الانتقاء في توظيف المكتشفات من القوانين، ووضع الضوابط في استخدامها، وإخضاعها لمنهج يراعي فيه تحقيق مصلحة الإنسان وحمايته. وإذا كان تحديد الضوابط وتبيان المبادئ ضرورة لا بد منها، فذلك يدفع بنا إلى التساؤل عما إذا كان يمكن الأخذ بدليل تحليل الدم أو البصمات الوراثية في مجال النسب؟ هل يمكن تحديد النسب أو نفيه عن طريق هذا الاكتشاف العلمي الجديد؟

* أستاذ في كلية الحقوق، جامعة تلمسان

نقول في بداية الأمر أن المحكمة العليا قد أجابت في هذا الصدد بالنفي بمقتضى قرارها الصادر في 15 جوان 1999. لذلك لنا أن نتساءل عن مدى صحة هذا التفسير القضائي من حيث النصوص التشريعية والأحكام الشرعية. تلك هي الإشكالية التي سنحاول إثارتها من خلال هذه الدراسة، والتي سنسلط عليها الأضواء من خلال مقارنة ما هو كائن وما ينبغي أن يكون، وبين رغبة المشرع في تطوير القواعد القانونية، والاجتهاد القضائي الذي جمدها، ذلك أن الاجتهاد مهما بلغ تطوره، فهو غير ناجع إذا لم يراع المعطيات العلمية الجديدة العائدة بالمنفعة على المجتمع.

أ. - نفي النسب بين نظام اللعان والتطور العلمي

ذكرنا فيما سبق أن العلوم البيولوجية والطبية أضحت تلعب دورا بارزا في مسألة إثبات النسب أو نفيه، ومع ذلك فينبغي، قبل البدء في الخوض في هذه الوسيلة، أن نعرض إلى مسألة في غاية الأهمية ويمكن أن تقلع الغبار عن العديد من القضايا الناتجة عن "التطور" الذي عرفه المجتمع الجزائري في العشريتين الآخرتين، هي المسألة الكامنة في التساؤل إلى أي مدى يتم اقتناع القاضي بالنتائج المعاصرة لفحص الدم والبصمات الوراثية كدليل مؤكد على نفي النسب أو إثباته؟ وما هي سلطة القاضي في تفسير النصوص إذا أقر الخصم في النزاع بأن الأخذ بهذه الوسائل العلمية الحديثة كدليل في إثبات البنوة أمر يتنافى والمبادئ التي بني عليها اللعان الذي سطرته الشريعة الإسلامية كإجراء شرعي لنفي النسب؟ أو يتباهر، بمعنى أدق، أنها وسائل تتعارض مع ما أقرته النصوص القانونية وأكده الأحكام القضائية في هذا المضمار.

لا شك أن الإجابة تتعلق هنا بالقاعدتين الأصوليتين المعروفتين قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" وقاعدة "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر". غير أن المتفق عليه فقها في هذا الإطار¹ أن للزوج الحق، عند تعذره على إقامة الدليل بما يدعيه، في

1 - انظر، د/ محمد زكريا البرديسي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ج. 1، 1975، ص. 36 وما بعدها؛ د/ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 617 وما بعده.

طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل التي جاءت به زوجته، وأن هذا الإجراء مشروط
بعدة قيود، أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب¹.

وهذا ما قضت به أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1997
بقولها "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا
يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"². وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرارها
الصادر في 20 أكتوبر 1998، حيث قضت بمقتضاه بأنه "من المقرر أيضا أن نفي
النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة
الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"³.

وهذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر في 19 نوفمبر 1984،
حيث قضى بأن "النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف
الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته من أهلها والمكوث معها
في الخفاء مدة لا ينكرها الزوج ولم يعارضها، فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به، أو
الولد حيث ولادته في المهلة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء قواعد اللعان، سقط حقه
في إنكار النسب"⁴.

ويظهر لأول وهلة من هذا التقديم أن الزوج متى أقر بالنسب ضمينا أو تصريحاً،
فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك، لأنه عندما أقر به فقد ثبت، والنسب حق الولد لا يملك
الزوج الرجوع عنه بالنفي⁵. ولكن إذا تراجع الزوج عن إقراره بالنسب ألا يعد ذلك

1 - أنظر، نادية مرسل عبد الله، اللعان كسبب للتفريق، دار النهضة العربية، 1994، ص. 54 وما بعدها؛
المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الشرعية، ج. 1،
1985، ص. 467 وما بعدها.

2 - أنظر، محكمة عليا، 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001،
عدد خاص، ص. 70-72. في نفس الاتجاه، انظر، محكمة عليا، 1997/07/08، ملف رقم 165408، المرجع
السابق، ص. 67-69، محكمة عليا، 1993/11/23، ملف رقم 90.000، المرجع السابق، ص. 64-66.

3 - أنظر، محكمة عليا، 1998/10/20، ملف رقم 204821، المرجع السابق، ص. 82-84.

4 - أنظر، مجلس أعلى، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م. ق.، 1990، عدد 1، ص. 67.

5 - أنظر، د./ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوريين ج. 2، الطلاق وآثاره، ط. 5،
المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص. 185.

قذفا أي اتهامها للزوجة بالزنا، مما يمكنها أن تدفع عنها هذه التهمة بالتماس إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها. بل حتى ولو أصر الزوج على إقامة إجراء اللعان لنفي النسب، هل يقتضي الأمر اللجوء إلى هذه الوسيلة وأن الزوجة متيقنة كل اليقين أن ما في بطنها من مائه؟ ما حكم هذا الإجراء أمام انخفاض الوازع الديني واضمحلال الأخلاق وانتشار الفساد؟

ومن هنا تجلت فرصة طرح الأسئلة الكامنة في معرفة ما إذا يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء فحص الدم أم البصمة. فإجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين، وإجراء تلك الفحوص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملعن هو الأب الحقيقي أم لا. ألا يمكن أن تكون المرأة حاملة بماء زوجها ومرتبطة بعد ذلك جريمة الزنا؟

وهذا يعني بوضوح أن إجراء اللعان واستمراره يبقى سببا للفرقة بين الزوجين، ولكن دون أن يمتد أثره إلى نفي النسب. وهنا يجب التنبيه إلى أن الأثر الأساسي المترتب على اللعان بنفي الولد هو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه¹، ولكن فالحكم القاضي بهذا النفي لا يعني بصفة قطعية أن الولد ليس ابنا للزوج، حيث من الممكن أن يكون ولده، غير أنه كذب بأيمانه أمام المحكمة من أجل نفي نسبه منه².

ويكفي أن نتساءل من أجل ذلك بما يلي: إلى أي مدى ينحني مبدأ نفي النسب باللعان أمام قيام حماية أخرى لا تقل أهمية، وهي في مسألتنا منح للزوجة الحق في طلب إجراء فحص الدم للتوصل إلى ما يفيد في كشف حقيقة النسب بطريقة لا تقبل

1 - ولقد صرح الفقه الإسلامي بأن الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر مجهول النسب، فلا يدعي لأحد غير الملعن أن يدعي نسبه. وأن هذا الولد وإن نفي نسبه تبقى له بعض الأحكام بالنسبة لمن نفيه منها فإنه لا يحل لأحدهما إعطاء زكاته للآخر، ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر، ولا يقتل الأب به قصاصا إذا قتله، وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس. ولكن يكون أجنبيا في بعض الأحكام كالتوارث والنفقة. انظر - ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ج. 3، ص. 129، د. / محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 625.

2 - انظر، د. / عبد الرحمان تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص. 402.

الشك، علما أن نفي النسب بطريق اللعان، كما قلنا، لا يقوم على اليقين بل على الظن؟

وثمة أسئلة أخرى تطرح نفسها علينا، وتساهم في الإجابة عما سبق، وهي : هل تسمح النصوص القانونية الأخذ بهذه الوسائل المعاصرة، وما هو التفسير الذي تبنته المحكمة العليا بشأن تلك النصوص ؟ وهل تسمح المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية اللجوء إلى الأخذ بتلك الوسائل في نطاق النسب ؟ وبتعبير أدق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية استخدام مقارنة البصمات الوراثية أو تحليل الدم في مجال نفي النسب أو ثبوته؟

ب.- التفسير القضائي للنصوص القانونية المتعلقة بإثبات النسب

في الحقيقة، كان من نتيجة افتقار القانون الوضعي الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لهذه الوسائل الجديدة في مجال النسب أن تحمل القضاء العبء الأكبر في تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يرسيه من مبادئ قضائية جديدة ولكن على أساس آراء فقهية قديمة في المنازعات التي تعرض عليه.

ومن ثم، فإن عدم التدقيق في النصوص القانونية لم يقف حجر عثرة أمام القضاء في أن يعمل باستمرار على سد ذلك النقص في التدقيق في الصياغة القانونية، ولكن دون أن يتوخى في أحكامه التطور والتجديد. وذلك ما يظهر بجلاء في القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999، حيث قضت بمقتضاه بأنه "متى يتبين، من قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"¹.

يتضح من هذا القرار أن نقطة الأساس التي انطلقت منها المحكمة العليا هي إعمالها لما هو مستقر عليه في فقه الجمهور من تقسيم وسائل الإثبات بحسب موضوعها إلى وسيلة مستقرة ومعترف بها في مجال الإثبات وهي اللعان والوسائل الأخرى القديمة

1 - انظر، محكمة عليا، ع.ا.ش.ن 15/06/1999، ملف رقم 222674، المرجع السابق، ص. 88-92.

والحديثه التي لا دخل لها في هذا الإطار. وبعد إعمال غير سليم هذه القاعدة، قضت المحكمة في وقائع الطعن الذي نظرت به بأن تحليل الدم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية مفضية إلى تحديد النسب وإنما هو إجراء غير مشروع. والمحكمة بذلك تبرز موقفها الذي أصبح غير مشكوك فيه. وتشاطر بذلك الاتجاه الذي قال به بعض المفسرين لقانون الأسرة¹، الذي ينبذ فكرة التمييز بين المشروعة وغير المشروعة في مجال تثبيت النسب ونفيه على الأقل في قانون الأسرة.

وبهذا تكون هذه المحكمة قد تخطت، كما سنراه لاحقاً، مواكبة التطور والتحديد في مسألة يتعلق بها مصير عدة أبرياء. هذا الذي يعني أنها، بمراعاتها الآراء الفقهية الضيقة، لم تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي أصبحت تحيط بالمجتمع المعاصر من انخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى، حيث أصبح كثير منهم اليوم لا يعبأون بأية شهادة أو يمين أو قسم².

وتأسيساً على ما تقدم يتضح أن هذا القضاء يفرق بين اللعان من جهة والوسائل الأخرى الحديثة لنفي النسب أو تثبته من جهة أخرى. فاللعان وحده في ظل هذا القضاء هو الذي يجوز العمل به في هذا المجال دون الوسائل الطبية المستحدثة. وهذا ما نستشفه أيضاً من قرارات أخرى، حيث قضت المحكمة ذاتها بأنه "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان..."³؛ وبأن "من المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان..."⁴.

ثم إن القرار لا يفرق بين تحليل الدم والبصمات الوراثية فيما يتعلق باتخاذ كل منهما كدليل في مجال النسب، حيث ساوى بينهما في هذه الناحية وهو عدم جواز

1 - انظر، د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. أول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص. 200.

2 - انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص. 358-359.

3 - انظر، محكمة عليا، 1997/10/28، ملف رقم 172379، المرجع السابق، ص. 70.

4 - انظر، محكمة عليا، 1998/10/20، ملف رقم 204821، المرجع السابق، ص. 82.

العمل بكل منهما في هذا النطاق إذ جاءت عبارته عامة تجمع بين الاكتشافين الطبيين دون تفرقة بينهما، وذلك لما أكدت بأن " العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه باللعان " ¹.

ج.- موقف الأحكام الشرعية من هذه المسألة

فالأسئلة سالفة الذكر، وغيرها لدينا، لا يجوز أن تظل بلا إجابات، حتى لا يكون حكم هذه المسألة مجرد كلام بلا دعائم. وبهذا فالإجابة على تلك الأسئلة تقودنا حتما إلى تبيان مدى تماشي فكرة الأخذ بالنتائج التي توصلت إليها الاكتشافات الطبية والبيولوجية المعاصرة في مجال النسب مع المبادئ الشرعية.

لقد ثار هذا السؤال في الفقه الإسلامي فعلا، ولكن من زاوية أخرى، حيث تحدث عن ما أسماه بالقيافة التي يعني بها " تتبع الآثار ومعرفتها، وكذا النظر بفراسة في وجوه الشبه بين شخصين، لمعرفة أبينهما نسبة في البنية أم لا " ²، واختلفت آراء الفقهاء بشأن الحل الواجب الاتباع في مجال النسب. فبعضهم يقولون بجواز الأخذ بها، حيث اعتبروا القيافة علما سليما يقتضي الحكم به في الأنساب، وذلك نتيجة لإقرارها من قبل الرسول صلى الله عليه وسلم إذ روي عنه أنه صلى الله عليه رؤي مسرورا بسبب أن القائف رأى أن أسامة وزيد وعليهما قטיפعة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض، ومن ثم جعلت القيافة حدا لكلام الطاعنين في نسب أسامة لشدة بياضه وحمرة، وشدة سواد أبيه زيد ³.

وبمعنى أدق، رأى جمهور الفقهاء ⁴ أنه يقتضي الحكم بالقيافة استنادا لقول عائشة " إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا، تبرق أسارير وجهه، فقال:

- 1 - انظر، محكمة عليا، ع.ا.ش.ن 1999/06/15، ملف رقم 222674، المرجع السابق، ص. 88.
- 2 - انظر، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج. 4، ص. 488، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع تبيان المذاهب الفقهية، 1985، ص. 463.
- 3 - وهذا هو رأي الجمهور. انظر، ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ج. 10، ص. 148 وما بعدها؛ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، 1985، ص. 463.
- 4 - مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي. انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، ص. 252؛ ابن قدامة، المعنى، ج. 7، ص. 482؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج. 6، ص. 282 وما بعدها.

ألم تري أن مجززا (القائف) نظر إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض " ¹.

وأثبت عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس بن مالك الحكم بالقيافة. فقد نقل عن كعب بن سور، قاضي عمر بن الخطاب أنه اختصم إليه امرأتان كان لكل واحدة مهما ولد، فانقلبت إحدى المرأتين على أحد الصبيين فقتلته، فادعت كل واحدة منهما الباقي، فقال كعب لست بسليمان بن داود، ثم دعا بتراب ناعم ففرشه ثم أمر المرأتين فوطئتا عليه، ثم مشى الصبي عليه ثم دعا القائف، فقال انظر في هذه الأقدام، فألحقه بإحدهما ².

بينما لم يجد الرأي السابق صدق كبيراً عند الفقه الحنفي ³ الذي استقر على نفي القيافة كدليل في مجال النسب ⁴. فهذا الاتجاه لم يأخذ بأقوال القائف في هذا المجال بدليل أنها وسيلة قائمة على الشبه المبني على الظن، بل أكثر من ذلك فالشبه قد يقع بين الأجانب دون الأقارب؛ وما سرور الرسول صلى الله عليه وسلم هنا لا يدل عند أنصار المذهب على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف كون أن نسب أسامة من زيد كان ثابتاً بالفراش، وإنما لقطع السنة الطاعنين في نسب أسامة.

وهذا الاتجاه الدقيق مرتبط بطبيعة الوسيلة المستعملة ذاتها، فالقيافة ما هي إلا أداة ظنية في معرفة متى يجب ومتى لا يجب تثبيت النسب أو نفيه، وهذا الرأي، بمفهوم المخالفة، يعتبر كل وسيلة فعالة قائمة على الاستدلال واليقين من وسائل تثبيت النسب أو نفيه يجب الأخذ بها. فأسلوب القيافة أخذ اليوم طابعا آخر نتيجة لتطوره ولخضوعه لدراسات عديدة ودقيقة في آن واحد. وهذا ما أكدته الاكتشافات الطبية

1 - رواه الجماعة عن عائشة. انظر، الكشوكاني، المرجع السابق، ص. 282.

2 - ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1961، ص. 78.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص. 680.

4 - انظر، ابن حزم، المرجع السابق، ج. 10، ص. 148 وما بعدها

والبيولوجية المستحدثة في هذا المجال من حيث اعتبار نتائجها أضحيت تؤكد بشأن ما يتعلق بإثبات النسب أو نفيه¹.

وهل من ثمار هذا التحليل والاستنباط في الأحكام ظهرت للقضاء الجزائري ملامح واضحة في الأخذ بما توصلت إليه العلوم الطبية في هذا الإطار، وهو موقف يحمل كل سمات التطور، ولا يقف عند حد الجمود في الفكر والتطبيق.

د- مدى تطابق التفسير القضائي مع النصوص القانونية والأحكام الشرعية

في الواقع، فنحن نعتقد أن قضاء المحكمة العليا الراض للأخذ بوسائل نفي النسب وثبوتها المعاصرة لا يتماشى بتاتا مع ما جاء به واضعو قانون الأسرة، إذ فالمرجع الجزائري، حفاظا على كرامة الطفل وصيانة حقوقه، قد أكد إلحاق الولد بأبيه كل ما أمكن ذلك، لأن الأصل عنده نسبة المولود إلى فراش الزوجية. ومن ثم، كلما ازداد المولود في بيت الزوجية يلتحق بقوة القانون بنسب الزوج، وذلك بناء على مقتضيات المادة 41 من قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، كما تنص المادة 40 منه على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

ولكن بالرغم من هذه الوسائل المتعددة لثبوت النسب، فالمرجع الجزائري قد أجاز للزوج، في مقابل ذلك، نفي النسب بالطرق المشروعة. وعليه، إذا كان في القانون الوضعي يجوز للزوج نفي الحمل الظاهر بالزوجة، فما هي الوسائل المشروعة لنفيه الواردة في المادة 41 من قانون الأسرة ؟

نعم، فتقدير هذه الوسائل يعود بالدرجة الأولى للمحكمة حيث تقرر ما يمكن اعتباره وسيلة من وسائل النفي وما لا يمكن اعتباره كذلك. ونعم كذلك بأنه طبقا للمبادئ الشرعية، لما يظهر حمل الزوجة فيجب على الزوج، إذا تبين له زنى

1 - انظر، د./ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص. 162 وما بعدها.

الزوجة، أن يدعي أن حملها هذا ليس منه لسبب ما، إذ فيحسب القاعدة العامة، كما قلناه سابقا، أن كل ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئيا ولد للفراش.

ففي هذه الحالة يتعين على الزوج أن يعلن عن إنكاره بنسب حمل أو ولد زوجته، وإذا لم يستطع إثبات دعواه أمام القضاء، فإنه يلجأ دائما إلى اللعان. ولكن من زاوية أخرى يكون من المنطق أن الأمر لا يتعلق هنا باللعان كإجراء شرعي لنفي النسب إذ أن هذه الوسيلة ليست لها أية علاقة بالاكشافات المستحدثة في الساحة البيوطبية والمتمثلة أولا في الفحص المقارن للدم⁽¹⁾. غير أنه، حتى بمقتضى هذه الوسيلة الأخيرة يستحيل إقامة الإثبات المباشر للأبوة إذ أنها تمكن، ما من شك الوصول إلى احتمال أكثر فأكثر إلى أن إثبات عدم الأبوة أمرا ممكنا، ولكن دون يقين¹.

ولكن إذا تأكد بيولوجيا اليوم إقصاء الأبوة في عدد متزايد للحالات كلما تقدمت العلوم الدموية، ويتم ذلك بمقارنة الفئات الدموية. غير أنه بالرغم من هذا التقدم، فإن التطورات المحققة لاحقا في مجال البيولوجية وفي علم الوراثة أصبحت تفتح اليوم آفاقا جديدة فيما يتعلق بتحديد أبوة الطفل. وعليه، فإن هذه التطورات تسمح، من الناحية العلمية، بتقدير احتمالات الأبوة للأب المزعوم. وتوضح هكذا الاحتمالات القابلة للوصول هنا إلى يقين تقريبي إذ أن هذه الاحتمالات يمكن أن تصل في عهدنا هذا إلى نسبة $99,99\%$ يدخل تحت دائرة هذه الوسائل الحديثة الفحص المقارن الخاص بالبصمات الوراثية³.

فإن هذه الطريقة تتجلى في دراسة البصمة الوراثية للشخص ابتداء من بعض عينات الدم، أو المنى، أو الريق، أو الأسنان، أو العظام، أو جذور الشعر، الخ. وهكذا إن التقدم العلمي في مجال البيولوجية يسمح لنا اليوم عن طريق هذه الدراسة بما يكشف لا عن نفي النسب فقط، وإنما بما يكشف عن إثباته أيضا وبطريقة لا تقبل الشك، وسمي

1- R. Merger, La recherche de la paternité, cité par H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil, p. 921.

2- J. Massip, note sous Cass. 12 janv. 1994, D.S. 1994, 2, p. 449.

3- J. Massip, Empreintes génétiques et droit de la filiation, D.S. 1989, pp. 271 et s; M. Gomez, Un progrès à manipuler avec prudence, les empreintes génétiques, in Prévention santé, 1989, avril, n° 94, pp. 44 et s.

هذا الاكتشاف علميا "ببصمة الحمض النووي"، ويرمز له في اللغة الفرنسية بحروف "A.D.N"¹

ففي الميدان التشريعي، فالقانون الجزائري لم ينص صراحة على هذه الوسيلة المتمثلة في البصمات الوراثية لنفي النسب أو إثباته، غير أنه يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" التي جاءت بها المادة 41 من قانون الأسرة أن المشرع لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب، حيث أن استعمال الجمع - الطرق- في هذه العبارة يقتضي أن المشرع لم يقصر نفي نسب الطفل على اللعان فقط، بل قد أخذ أيضا بكل الوسائل الأخرى التي يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة.

ولذلك إذا أثبت الزوج بمقتضى إحدى هذه الوسائل الحديثة أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه لاختلاف البصمات، محل الفحص، فيكون طلبه هذا مؤسسا. ذلك مما يبرهن، بصفة مطلقة، أن الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية يمكن أن تعود في بعض الحالات بالمنفعة على المجتمع بأكمله إذ تسمح بصدد هذه المسألة التفرقة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي.

وتأكيدا لذلك، فإذا عرفنا أن اللعان لا ينتج عنه اليقين بل كان الباعث عليه هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، وعرفنا كذلك أنه من بين أسباب عدم الأخذ بنظام القيافة من قبل الحنفية، نجد سبب الظن الذي يقوم عليه هذا النظام، فإنه من باب الاستحسان أن يرجع في هذه المسألة إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم العلوم الطبية والبيولوجية يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء، وقد قدروا أن استخدام هذه الوسيلة سيمنع من اختلاط الأنساب، وضياع الأولاد، وصون الأعراض.

والواقع، أن هذا التطبيق يتماشى مع حماية حقوق الأطفال الأبرياء، ذلك أن اللجوء إلى هذه الوسيلة المستحدثة في علم الوراثة تتيح للوليد التعرف على أبويه كما ترضع القضاء في موضع الرقابة على مدى صحة أقولهما. ويمكن تشبيه الخبرة التي يأمر

1 - وهو اختصار للمصطلح العلمي Acide désoyribonucleique

Sur cette question, cons. G. Nicolau, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, édité.

Presses Universitaires de Bordeaux, 1991

بها القضاء في مجال النسب بالخبرة التي يأمر بها في المسائل الجنائية لتبنيان الحقيقة، والتي تلعب دورا يعتبر من أكبر ضمانات الحقوق الفردية والحماية الاجتماعية.

ونحن نستند في كل ذلك إلى أن العمل بهذا التطور ما هو إلا تدعيم لقاعدة الولد للفراش، إذ إذا كان في السابق لا ما فر من تطبيق اللعان كوسيلة ظنية لانتفاء النسب، وذلك بسبب انفرادها آنذاك. تغير الأمر اليوم، بل لا يكون مقبولا أن نستمر على هذه القاعدة إزاء تقدم العلوم التي تتيح لنا دليلا مؤكدا يرد اتهام الزوج لزوجته، ولا سيما أنه دليل، كما قدمنا، لا يتنافى مع دعائم الشرع الإسلامي. ولهذا، فإن المشروع التمهيدي للقانون المعدل لقانون الأسرة جاء بصياغة جديدة للمادة 40 تجعلها تنسجم مع التطورات البيولوجية في علم الوراثة وهي كما يلي " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبحث عنه وبالبيينة بما فيها الطرق العلمية وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ".

وذلك كله يجعل التفسير الذي تبنته المحكمة العليا بصدد المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة هو تفسير تعسفي للنصوص القانونية، حيث ما كان على قضاة المحكمة العليا إلا أن ينتهجوا البساطة في تفسير هذه النصوص، وأن الشرع لم يكن أبدا ضد العلم النافع، بل حث عليه، ويعد الاجتهاد بشأنه مسؤولية وواجبا في الوقت ذاته¹. وعليه، فإن تأكيد حقيقة اللعان كوسيلة واحدة لنفي النسب، وترتيب على ذلك، امتناع القياس بين نظام القيافة والوسيلة العلمية الحديثة المتمثلة في A.D.N. فهي ليست بالمنهجية السليمة.

ومن ثم فهذا التفسير القضائي يتنافى ويتجافى مع التفسير المرن الذي يجب أن يتحلى به القضاء بشأن المادة 222 من ذات القانون، خاصة وأن هذه الأخيرة جعلت من مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني لقانون الأسرة، وأن الفقه الإسلامي

1 - حيث أن هذه المسؤولية لا يتحملها إلا من كان أهلا لها، ولا يهرب من الواجب فقهاء المسلمين. انظر، مناع القطان، التشريع والفقه في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983؛ وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.

الراجع، كما تبين لنا سابقا بجلاء، يعترف بنظام القيافة في مجال نفي النسب وثبوتها، لماذا لا نعترف بوسيلة علمية معاصرة أكثر دقة وبقين في هذا المجال.

الخاتمة

وخلاصة ما تقدم جميعا يتضح لنا أن النسل مبني على قوام الحياة الزوجية، وعليه أين الحياة الزوجية وأين هو النسب الشرعي إذا اختلطت المفاهيم واندثرت المبادئ بسبب انخفاض الوازع الديني والقيم الأخلاقية. إذا جعل الله للإنسان مرتبة السيادة في الكون والخلافة في الأرض، فإنه خلقه مستعداً لأن يسعد نفسه بالخير أو يشقيها بالشر، والخير هو ما ينفع جماعته في الدنيا، ويرضى الله عنه في الآخرة. لذا فقد خلقه مختاراً في أفعاله، ولا مجبوراً على خير أو شر.

إثبات النسب أو نفيه عن طريق البصمات الوراثية يدخل في دائرة الأعمال التي تعود بالمنفعة على المجتمع الإنساني ككل. ومن ثم، يكون جزاء الأخذ به والباحث في نطاقه يوم القيامة تبعاً لما يرتكز عليه كيان الأسرة، صورة من الحجّة اليقينة، مساوية لما ستحمل أثره من بواعث الخير استناداً لقوله تعالى "إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات كانت لهم جنات الفردوس نزلاً". وقد قرر جمهور الفقهاء قاعدة القافة أساساً لسعادة الكائن البشري في الدنيا والآخرة.

فالوضع الطبيعي للولد الشرعي أن ينتسب من رجل وامرأة يرتبطان بعقد نكاح شرعي، أما ما عدا ذلك فهو ظلم وعدوان على النسل. وهذا ينطبق بكل وضوح على قاعدة الولد للفراش، حيث أن هذه القاعدة تدفعنا في الوقت الحاضر إلى الأخذ بما توصلت إليه الاكتشافات المستجدة في العلوم الطبية والبيولوجية في مجال النسب. ومن ثم، فإنه لا يمكن أن نبقى حبيسين لما كان يقرره الفقه سابقاً بشأن اللعان فيما يتعلق بنفي النسب أو إثباته.

وفي عرض أسباب التعديل، جاء المشروع التمهيدي للقانون المعدل لقانون الأسرة بأنه "مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود

وأبيه أو أمه ، أضحى مفيدا وضروريا إدراج هذه المناهج الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية.

ولذلك نقول مع الأستاذ روجي نرسون "فإنه يجب الدفاع، لا على حرية الفرد، وإنما على كرامته ضد حرите، حماية الإنسان ضده شخصيا"¹.

1- Cf. R. Nerson, Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial, in Etudes offertes à G. Ripert, t. 1, édit. L.G.D.J., Paris, 1950, p. 419.