إثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجديد

Prove and deny descent in light of the new family law

تاريخ الإرسال: 2019/08/24	تاريخ القبول: 2019/11/23	تاريخ النشر: 2020/01/08

*ط.د. عشاري عبد العالي
جامعة الجزائر 1
acharidroit@yahoo.com
عضو بمخبر حقوق الانسان

د. بن قوية سامية
جامعة الجزائر 1
bengouia@hotmail.fr

ملخص :

لقد اعتمد المشرع الجزائري على الطرق الشرعية في إثبات النسب أو نفيه لكن من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة 2005 فتح الباب على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، دون أن يحدد هذه الطرق العلمية، حيث بدا يخرج بعض القانونيين عن المبدأ العام في إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية الشرعية لان اتجاها في القضاء بدا ينطق بإثبات النسب من علاقات غير شرعية و بدا الحديث عن الأب الطبيعي هذا ما نراه خطرا في المحافظة على الأنساب ، مما أضحى من الضروري تدخل المشرع بشكل صريح ليضع الإطار القانوني للطرق العلمية و يحدد سلطة القاضي في اللجوء إليها و الاستفادة من نتائجها في حدود الشريعة الإسلامية .

الكلمات المفتاحية : الطرق الشرعية ، النسب ، المشرع، الأب الطبيعي ، الطرق العلمية .

Abstract:

The Algerian lawmaker relied on the legitimate methods to prove or deny the descent, but through the recent amendment of the Family Law 2005 opened the door to the possibility of resorting to scientific methods to prove the descent, without specifying these scientific methods, where some jurists appeared to depart from the general principle of proof of descent in The framework of the legal marital relationship because the trend in the judiciary began to prove the

***المؤلف المرسل : عشاري عبد العالي**

ratios of illegal relationships and talk about the natural father, this is what we see as a danger in the maintenance of genealogy, which became necessary for the intervention of the legislator explicitly to establish the legal framework for scientific methods and determine the authority of the judge in asylum To it and to Benefit from its results within the limits of Islamic law.

Keywords: Shari'ah methods, descent, legislator, natural father, scientific methods.

مقدمة:

يعتبر النسب نتيجة طبيعية وشرعية للنكاح و حقيقة كبرى في هذا الوجود و قد جعل الله البشر ذوي نسب و ذوي مصاهرة ، و النسب كذلك حق من حقوق الله ، باعتباره أساس لبناء الأسرة كما هو حق من حقوق الأولاد ، إذ من حقهم الانتماء بثبوت النسب إلى أب قال الله تعالى " ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله " ، و توجد ثلاث طرق شرعية لإثبات النسب و هي الفراش أو الإقرار أو البينة وقد نص عليها القانون في المادة 40 من ق أ ج " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون "

لكن من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة أضاف المشرع الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب الفقرة 2 من المادة 40 من ق أ ج و بهذا يكون المقنن قد فتح الباب شاسعا أمام طرق علمية مستحدثة يمكن من خلالها إثبات النسب أو نفيه بها ، فالمشرع لم يحدد الطرق العلمية التي خصها بالذكر رغم أن العلميين يقسمونها إلى طرق علمية قطعية الثبوت وظنية الثبوت كما لم يحدد أنواع الطرق و لا حجيتها إذا ما كانت تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أم لا ، مما فتح الباب بطرح كثير من التساؤلات كما نوه بعض القانونيين إلى ضرورة ضبط المشرع للمسائل المتشعبة و التي لا تحقق التوحيد في العمل القضائي ، رغم وجود المادة " 222" من ق أ ج التي تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " لكنها مادة غير كافية لحل الإشكال لان الآراء الفقهية متشعبة هي الأخرى و ليست على قول واحد .

إن تبني الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب بدا يخرج القانونيين على المبدأ العام المتمثل في إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية الشرعية لأن اتجاها في القضاء

الجزائري بدا بنطق بإثبات النسب عن علاقات غير شرعية و بدا الحديث عن الأب الطبيعي بدلا من الأب الشرعي و هو في اعتقادنا يشكل خطرا في المحافظة على الأنساب و يرى أصحاب هذا الاتجاه انه لابد من الاستفادة من نتائج الطرق العلمية القطعية الثبوت وهو الاتجاه الذي تتبناه المحكمة العليا في أخر اجتهاداتها القضائية .

مما اقتضى النظر العلمي في دائرة النقاش هذا من ضرورة الوقوف على مقتضيات ما تتضمنته مواد قانون الأسرة الجزائري في شان إثبات النسب من طريق شرعية و علمية حديثة من خلال دراسة علمية و موضوعية بعيدة عن الموافق المسبقة و الجاهزة .

فكيف يمكن ترجيح الطرق العلمية عن الطرق الشرعية في إثبات النسب و نفيه على ضوء قانون الأسرة الجديد ؟

للإجابة عن إشكالية المقال لابد من التطرق إلى الطرق الشرعية لإثبات النسب ونفيه ثم إلى الطرق العلمية و بعدها إلى سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية .

العنوان الرئيسي الأول: الطرق الشرعية لإثبات و نفي النسب

توجد هناك ثلاث طرق رئيسية لإثبات النسب و هي الفراش ، و البينة ، و الإقرار، كما هي مذكورة في المادة 40 من ق أج والتي سوف نتناولها بالتفصيل في الفروع التالية .

العنوان الفرعي الأول: إثبات النسب بالفراش

يقصد به الزواج الصحيح الذي ينشا عن عقد صحيح ، و هو سبب الإباحة و الوطء و حل العشرة الزوجية ، و هذا سبب لثبوت النسب و الولادة لأنه بالفراش يكون الوطء و الاتصال بين الزوجين [1]فقد اجمع الفقهاء على أن عقد الزواج الصحيح هو السبب الأصلي في ثبوت النسب دون الحاجة إلى ادعاء الزوج أو إقراره ، وهذا بتوفر مجموعة من الشروط :

-صلاحية الزوجين للحياة الزوجية أي أن يكون الزوج صحيحا قادرا سليما في أعضائه ، لا يكون صغيرا غير بالغ و تكون الزوجة صالحة أي لا تكون صغيرة و لا مريضة ولا من ذوي المحارم الصحيحة [2] مع إمكانية الحمل و اللقاء هذا ما نصت عليه المادة 41 من ق أ ج ، أي إمكانية اللقاء أي كل منهما قريبا لا بعيدا و إلا فلا يثبت النسب .

-مدة الحمل أن تلد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد الصحيح أو الفاسد إن تم الدخول أو الخلوة الصحيحة بينهما بعد العقد الشرعي فيثبت النسب ، كما يمكن للزوج أن يقر بنسب الولد منه إن ولد لأقل من ستة أشهر فيعترف به فينسب له ، و يلحق به إن

كان بينهما دخول و حملت من دخول غير شرعي ، أما أقصى مدة للحمل فمختلف فيها لعدم وجود أدلة من القرآن و السنة ، و تعتبر آراء الفقهاء آراء اجتهادية بما شهدوا في زمانهم [3] لكن بتطور العلوم الطبية فلابد من الرجوع إلى أهل الخبرة في تقدير أقصى مدة حمل و في القانون جاءت أقصى مدة للحمل عشرة أشهر المادة 42 ق أ ج [4] وهي نفس المدة المحددة قانونا في الانفصال و الوفاة و فق المادة 43 من ق ا ج .

-ثبوت النسب من عقد فاسد ، يمكن أن يكون النسب ثابتا و يكون شرعيا وصحيحا إن تم الدخول بعد عقد فاسد وسبب النسب هنا هو الفراش فلا يستوجب ادعاء أو إقرار الزوج فادعاء الزوج غير ضروري في الزواج الصحيح و الزواج الفاسد الذي تم فيه الدخول [5] أما الدخول بشبهة مثل الزواج بالمحارم و الرضاع فيلحق الولد بابيه و ينسب له ، كذلك عقد الرجل على امرأة دون أن يراها ، فيدخل بأخرى و هو يعتقد زوجته ، أو زواج الرجل بأخته من الرضاع و دخل بها دون أن يعلم [6] .

العنوان الفرعي الثاني: إثبات النسب بالإقرار

يعتبر الإقرار وسيلة لإثبات النسب بين الأشخاص و يعرف انه " اعتراف بنسب الغير من المقر " و له شروطه .

فالإقرار بالنسب هو تصريح منتج لآثار قانونية بصحة حدوث واقعة مدعاة على من وجهت إليه ، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في 1572م منها على انه " أخبار الإنسان بحق عليه لآخر " [7] ، من خلال المادتان 44 و 45 من ق ا ج اللتان تضمنتا ثبوت النسب بالإقرار فقد نصت المادة 44 على " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرضى الموت متى صدقه العقل أو العادة " .

في حين نصت المادة 45 من ق ا ج " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على المقر إلا بتصديقه " [8] يتضح لنا انه يوجد نوعان من الإقرار و هما إقرار مباشر و إقرار غير مباشر .

أولا : الإقرار المباشر

إن إثبات النسب فائدة عظيمة في الإسلام و هي إحياء الطفل عن طريق إلحاقه بأبيه ، فقد خولت الشريعة الإسلامية الأب أن يلحق به غيره عن طريق الإقرار الشخصي و كذلك الأم أو الابن ذاته بأن يلحق نفسه بأبيه و أمه [9] ولكن بشروط :

- اجمع الفقهاء على أن الإقرار المباشر يكون صادرا عن الأب أو الأم أو الابن و هو تصريح بإلحاق نسب من لم يكن معروفا نسبه عن طريق إقرار أبوه أو أمه أو بنوة [10] فان كان المقر له معروف النسب لا يصبح الإقرار و يكون باطلا لان الشخص لا يمكن أن يكون له أبوان في وقت واحد و يدعيه شخصان ، فيبطل إقرار الثاني بالتأكيد [11] .

- يجب أن يصدق المقر له المقر في الدعوى ولا يعترض عليه و حكمه فان كان المقر له ممن يعتد باعتراضه ، و هو المميز الراشد فقوله فصل في التصديق لان الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ، فاعتراض المقر له و تكذيب المقر ، يصبح الإقرار باطلا لا يصح أما إذا كان المقر له قاصرا غير مميز لا يعتد باعتراضه و يصح الإقرار دون حاجة إلى التصديق لما فيه من مصلحة و منفعة لان إثبات النسب خير له و للمجتمع من أن يبقى مجهول النسب [12] ، و هو نفع محض له يوجب النفقة و الرعاية و العناية ن و يرث إن توفي المقر حسب درجة القرابة .

- كذالك في الإقرار المباشر إثبات واقعة الولادة ، أي يكون المقر له بالنسب مما يمكن أن يولد للمقر أي اقل عمرا و أن سنه تتحمل ذلك و يصدقها العقل و العادة ، كذلك عدم تصريح المقر بان سبب النسب هو الزنا لان الزنا لا يثبت النسب [13].

- كما توجد بعض الشروط للإقرار المباشر لم ينص عليها ق ا ج مثل أن يكون المقر عاقلا بالغا ، و أن يكون المقر مختارا و أن يكون المقر له بالنسب حيا وقت الإقرار [14].

ثانيا : الإقرار الغير مباشر

هو تحميل نسب على الغير ، كما عرفه الفقهاء بإقرار نسب محمول على الغير و مؤدى هذا الإقرار انه يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا لآخر و لا فرع له ، و إنما قريبه قرابة الحواشي أي لهما أصل مشترك هو أبوهما [15] ، وحتى يكون هذا الإقرار الغير المباشر منجزا لآثاره الشرعية و القانونية لابد من توفر شروط الإقرار المباشر بالإضافة إلى شرطين هما :

- تصديق من أضيف إليه النسب أي الأب أو الجد إن كان حيا أو على الأقل اثنين من الورثة إذا كان ميتا .

- تصديق المقر له إن كان مميزا و إلا فيما يقدمه من إثبات كامل على دعواه .

بتوفر الشرطان يثبت النسب و بتخلف شرط واحد يصبح الإقرار الغير مباشر باطلا ، و في حالة ما أراد المقر التراجع عن إقراره لم يعتد برجوعه و يبقى النسب ثابتا [16]

العنوان الفرعي الثالث : ثبوت النسب بالبينة

هي شهادة الشهود العدول ، فانه يثبت بها النسب بالشروط الشرعية في الشهادة و توافر شروط الإقرار في الشهادة أيضا، **لقوله تعالى " و اشهدوا ذوي عدل منكم "** [17] ، و البينة هي الوضوح و الجلاء و البيان ، لكن رجال القانون يختلفون في مفهوم البينة فمنهم من يراها حسب الرأي الأول في المعنى العام يشتمل على الدليل أيا كان نوعه كتابة ، قرائن ، اعتراف أو شهادة الشهود ، أما الرأي الثاني حسب المعنى الخاص محصور في شهادة الشهود فحسب [18] .

تبقى البينة أقوى من الإقرار من حيث ثبوت النسب لذلك لو كان هناك طفل نبذه أهله و لم يعرف له أب فأخذه رجل و أقر بنسبه ثبت النسب بناءا على ما يدعيه كان أدق نسبه من الأول لان النسب و إن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه [19] ، و البينة المقصودة في مجال النسب تتمثل أساسا في شهادة الشهود فحسب حيث عدلت المادة 40 من ق أ ج بنصها " ... و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " دليل على أن مجموعة الخبرات الطبية و التحاليل نص عليها بشكل مستقل عن الطرق الشرعية و التي من ضمنها البينة [20]

العنوان الفرعي الرابع : الطرق الشرعية لنفي النسب اللعان

يعرف اللعان انه حلف الزوج على زنا زوجته و نفي الولد منها و تقوم الزوجة بتكذيبه أمام القاضي أربع مرات مقرونة بغضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ويعتبر اللعان الطريقة الشرعية التي تفيد نفي النسب طبقا لأحكام المادة 41 من ق ا ج [21] و هي الوسيلة الوحيدة التي يجيزها فقهاء الشريعة الإسلامية ، غير أن المادة 41 من ق ا ج لم تذكر اللعان صراحة و إنما عبرت عليه بعبارة " و لم ينفه بالطرق المشروعة " كأن المشرع عدد هذه الطرق دون أن يذكرها على سبيل الحصر رغم انه استدرك الأمر في المادة 138 من ق ج أ من خلال عبارة " يمنع من الإرث اللعان و الرد " [22].

من أهم آثار اللعان هي الفرقة بين المتلاعنين حيث اجمع الفقهاء انه في حاله اللعان بين الزوجين وقعت الفرقة بينهما بشكل مؤكد ولا حديث على رفع التحريم بينهما عن ابن عباس عن **الرسول " ص " قال " المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا "** [23] و أساس التفرقة و التحريم هو التشنج في العلاقة و التباغض و الكراهية إلى حد يمس عفة و شرف

المتلاعنان أي هدم الحياة الزوجية ، و استحالة المواصلة لان أساس الحياة الزوجية هي المودة و الرحمة و السكينة .

كما طرحت قضية اللعان عدة إشكاليات تتمثل في هل الفرقة التي يحدثها اللعان فسخا أم طلاقا ؟

في هذه المسالة نجد إن الفقهاء انقسموا إلى رأيين الرأي الأول و هو جمهور الفقهاء يرون أن اللعان هو فسخ و دليلهم على ذلك هو تأبيد التحريم ، و استشهدوا بحديث الرسول "ص " عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة الملاعنة

إذ قال " قضى ألا قوت لها و لا سكن من اجل أنهما يتصرفان من غير طلاق و لا متوفى عنها "رواه احمد و أبو داود [24] أي أن الفسخ باللعان يمنح المرأة من مستحقاتها كنفقة العدة و المسكن .

أما الرأي الثاني و هو رأي الحنفية و قد اعتبروه انه طلاق و استشهدوا على ذلك لقول " ص " لما لاعن بين عويمر العجلاني و بين امرأته ، فقال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطا لقها ثلاثا ، **فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " لا سبيل لك عليها "** و بهذا صار طلاق الزوج عقب اللعان سنة المتلاعنين ، فيجب على كل متلاعن أن يطلق الزوجة المتلاعنة ، فان امتنع ينوب منابه القاضي في ذلك [25] .

ومن أهم آثار اللعان إلحاق الولد بأمه ، إذا نفى الزوج نسب ابنه و حكم له بذلك انتفى نسبه من أبيه وزالت كل الآثار المترتبة عن هذا النسب من سقوط النفقة و التوارث فيما بينهما و يلحق بأمه و له أن يرثها و ترثه ، فيما روى عمر و بن شعيب عن أبيه عن جده قال : و قضى رسول الله " ص" في ولد المتلاعنين انه يرث أمه و ترثه أمه و من رماها به جلد ثمانين " [26] .

أما في حالة تراجع الزوج عن اللعان و إقراره بان الطفل منه أو الحمل ،فان الفقهاء انقسموا إلى قسمين ،القسم الأول و هم جمهور الفقهاء الذين يرون انه في حالة تراجع الزوج عن الملاعنة لا يتغير من الأمر شيء و أن الفرقة تظل أبدية و استشهدوا على ذلك بالأحاديث السابقة ، أما الحنفية يرون انه في حالة تراجع الزوج عن الملاعنة يبطل حكم اللعان و يلحق به الطفل و ترد له زوجته بعد ما يجد جلد الحد [27] بعدها يمكن مراجعة زوجته بعقد جديد ، كون السبب الموجب للتحريم إنما كذبة و بانكشافها يرفع التحريم .

كما حدد مدة اللعان بمدة أسبوع من رؤيه الزنا أو العلم بالحمل ، [28] كذالك من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة [29]

أما موقف قانون الأسرة من اللعان فقد نص عليه في باب الطلاق لكنه أشار في المادة 41 من ق ا ج و المتعلقة بنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ، لم ينفه بالطرق الشرعية ، إلا أن المشرع لم يتطرق إلى الطرق المشروعة ، ولم يورد أي مادة أخرى تنص عن اللعان إلا انه تطرق إلى اللعان مرة واحدة في إطار المادة 138 ق ا ج و التي توضح أن اللعان مانع من موانع الإرث [30] .

غير انه من خلال قرارات المحكمة العليا نستنتج أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب و لم يستعين بأي طريق آخر ، و يتحلى ذلك من خلال قرار المحمة العليا الصادر يوم : 1997/10/28 " و من المستقر عليه القضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل "[31] .

العنوان الرئيسي الثاني: الطرق العلمية لإثبات و نفي النسب

من خلال استقراء التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة الجديد و بالتحديد المادة 40 الفقرة 2 لم يبين المشرع الطرق العلمية ، و إن كان القاضي يستعين بها في حالة نفي النسب كما أن المشرع لم يبن حدود سلطة القاضي عند اللجوء إلى هذه الطرق العلمية .

فالمشرع الجزائري جعل الطرق العلمية قاصرة على إثبات النسب و نفيه بالإشارة إلى الخبرة الطبية ، فرغم تبني المشرع للطرق العلمية القطعية و هي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ، إلا انه لقي صعوبات في التطبيق و العمل بها ، كما انه لم يحدد الوسائل التي ينفي بها النسب مما يفرض تلقائيا تطبيق المادة 222 من ق أ ج [32] مما نستنتج أن المشرع حصر طريق نفي النسب في اللعان و هو ما نصت عليه الشريعة الإسلامية لكن بالتطرق إلى المادة 41 من ق ا ج بالتحليل و التمعن نستنج أن المشرع الجزائري لم يبين نوع هذه الطرق المشروعة ، حيث جاءت بلفظ عام و شامل و بهذا يمكن دخول طرق أخرى غير اللعان في مجال نفي النسب بما فيها الطرق العلمية [33] .

العنوان الفرعي الأول: نظام تحليل الدم (ABO) لنفي النسب

نظام تحليل الدم استعمل في مجال الطبي لكشف الأمراض و في المجال الجنائي لكشف هوية مرتكبي الجرائم و يستعمل كذلك في مجال نفي النسب حيث يعد نظام

تحليل الدم من الطرق الظنية التي يمكن أن نتوصل بشكل قطعي بان نسب (أ) منتفي بالنسبة للرجل (ب) ، لكن لا نجزم أو لا يمكن أن نتوصل من خلاله القول قطعيا بان نسب (أ) ثابت بالنسبة للرجل (ب) إن نظام تحليل الدم يعبر من الطرق العلمية الشائعة الاستعمال في مجال نفي النسب ، حيث يعتمد في هذه العملية على فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب، حيث يتم تحديد الخصائص الجينية لدم الطفل يفترض فيها أن تكون مورثه عن الخصائص الجينية الموجودة في دم الأم و الأب إذ تشكل مزيجا بينهما [34] ، وبهذا إذا ثبت للطفل خاصية جينية لم تكن موجودة في دم الأم ، فهي بالضرورة موروثة عن دم الأب ، فإذا لم تكن هذه الخاصية في دم الأب المفترض فان أبوته لهذا الطفل غير ممكنة و يتم على أساسها نفي نسبه إليه [35].

العنوان الفرعي الثاني : البصمة الوراثية لإثبات أو نفي النسب

البصمة الوراثية من الطرق العلمية القطعية الثبوت تساهم في إثبات النسب أو نفيه و هي موجودة في جميع مكونات الجسم ، الدم ، الشعر... و تتميز بالثبات مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت ، و قد شاع استعمال البصمة الوراثية في البلدان العربية و تمكنت من انساب أعمال الإجرام إلى أصحابها لذلك كان من الأمور المهمة للقضاء لمعرفة البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات و نفي النسب ، لذلك فان أثبتت نتائج الفحص الوراثي صدق ما ادعى به الزوج فهل يمكن أن نكتفي بتلك النتائج لنفي النسب و درء الحد عن الزوجين دون الاستعانة باللعان ؟ و في حالة تعارض نتائج الفحص الوراثي مع أقوال الزوج ، حيث تؤكد تطابق عينة الزوج مع الولد فهل يصح الاعتماد على تلك النتائج وعدم الاستجابة لطلب الزوج في إجراء اللعان ،أم نجريه بغض النظر عن النتائج ؟ للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من التطرق أولا إلى تعريف البصمة الوراثية .

فقد عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أنها البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه ، وهي وسيلة لا تكاد تخطأ في تحقق من الوالدية البيولوجية ، و التحقق من الشخصية كذلك و إثباتها [36] ، كذلك عرفها أعضاء المجمع الفقهي الذي ناقش موضوع البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشر التي انعقدت بمكة المكرمة (2002) ، أن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه [37] .

و اللجوء إلى البصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي تعتمد على فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس دقة ثبوت النسب أو نفيه تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة 99 % ووصلت نسبة نجاحها في مجال نفي النسب إلى حد القطع بنسبة 100% [38].

أما فيما يخص مدى حجيه البصمة الوراثية نفي النسب أمام اللعان يوجد رأيين للفقه المعاصر:

الرأي الأول و القائل بتقديم اللعان عن البصمة الوراثية بحيث لا يمكن أن تحل هذه الأخيرة محل اللعان ، أو تقدم عليه و استشهدوا على ذلك كون اللعان حكم شرعي ثبت بنص من **القرآن" و الذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهدات بالله انه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين "** ، كذلك أن النظريات العلمية مهما بلغت من القطع و الدقة إلا أنها تظل محل شك لان كثير من النظريات العلمية كان يجزم بها إلا انه مع التقدم العلمي أصبحت غير دقيقة [39] .

أما أصحاب الرأي الثاني يرون أن انه يجب تقديم البصمة الوراثية عن اللعان أو الطرق الشرعية حيث يرون انه يمكن الاستغناء عن اللعان باللجوء إلى البصمة الوراثية و ذالك ليقين نتائجها و قد استشهدوا على ذلك **لقوله تعالى " ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإذا لم تعلموا آباءهم فإخوانهم في الدين و مواليكم و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم و كان الله غفورا رحيما[40] "**

تدعوا هذه الآية إلى أن ينسب الولد إلى أبيه الحقيقي و أن يعرف الابن أبوه الحقيقي و أن يبذل الأب جهدا في معرفة نسب الولد الحقيقي حتى ينسب إليه ، كذلك نظرا للنتائج القطعية للبصمة الوراثية فيعتمد عليها في نفي النسب و يجب على القضاة أن يحيلوا الزوجين إلى البصمة الوراثية قبل اللجوء إلى اللعان لان اللعان يكون عندما ينعدم الشهود وليس ثم شاهد إلا الزوج فقط عندها يتوجب اللعان ، أما إذا كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب للعان أصلا [41].

لكن عند لجوء الزوج و طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية اتفق العلماء على انه لا يستجاب له لأنه يفوت على المرأة ما يوفره اللعان من الستر عليها و على ولدها ، لكن

اختلف العلماء في ما إذا طلبت المرأة المقذوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية هل يستجاب إلى طلبها أم لا ؟ .

معظم العلماء قالوا لا يستجاب لها و يكتفي باللعان لان الشريعة الإسلامية هي من شرعت اللعان فيوقف عنده و يقتصر عليه ولا نتعداه و لكن الذي رجحه أن يستجاب إلى المرأة في هذا الطلب على أنها لا تفعل إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها لتدفع التهمة عليها و الاحتكام إلى البصمة الوراثية أهمية كبيرة تتمثل في :[42] .

- براءة المرأة من التهمة المنسوبة إليها .
- إثبات نسب الولد .
- إزالة الشك من قلب الزوج و إراحته .
- حتى تتحقق مصلحة الأب و الأم و الولد فإذا طلبت الزوجة من القاضي الشرعي أو من المحكمة الاحتكام من البصمة الوراثية فالواجب أن يستجاب لها رعاية لحقها في إثبات براءتها و حق لولدها في إثبات نسبه .

العنوان الفرعي الثالث : سلطة القاضي في ترجيح الطرق العلمية

من خلال قرار المجمع الفقهي الإسلامي فقد مكن القاضي في اللجوء إلى الخبرة الطبية خاصة البصمة الوراثية لكن في حالات معينة و هي :

*** الحالات التي يمكن للقاضي فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية :**

لقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي و حدد سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية في الحالات التالية [43] :

- حالة الاشتباه في المواليد في المستشفيات و كذلك الاشتباه في أطفال الأنابيب و مراكز رعاية الأطفال و غيرها .
- في حالة الحروب و الكوارث الطبيعية و الحوادث و تعذر معرفة أهاليهم .
- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صورها سواء أكان التنازع بسبب اكتفاء الأدلة أو تساويها أو كان بسبب الاشتراك في وطء بشبهة .

*** الحالات التي لا يمكن للقاضي فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية :**

من خلال القرار السابع للمجتمع الفقه الإسلامي فقد بين الحالات التي لا يمكن فيها اللجوء أو الاعتماد على البصمة الوراثية و هي :

أولا: حالة الأنساب الثابتة

لا يجوز شرعا و لا قانونا اللجوء إلى البصمة الوراثية إلى إثبات النسب الثابت المشار إليه في الفقرة 1 من المادة 40 ق ا ج لذلك يمنع استخدام البصمة الوراثية قصد التأكد من تحقق النسب و هذا حفاظا على الاستقرار الأسري و تفادي سوء المعاشرة بين الزوجين و حماية أعراض الناس و صونا للأنساب [44] و هذا ما قضت به المحكمة العليا 15 مارس 2012 إذ رفضت اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب بنت ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية و لم يثبت قيام الزوج باللعان [45] أي لم ينفي نسبها بالطرق المشروعة .

ثانيا : اللعان

من خلال المادة 41 من ق ا ج يتضح لنا أن اللعان هو إحدى الطرق المشروعة لنفي النسب ، إلا أن الفقه الإسلامي المعاصر اختلف في مدى ترجيح حجية اللعان و الطرق العلمية في نفي النسب كما سبق و أن تطرقنا له سابقا ، فبعض الفقهاء المعاصرين يرجحون البصمة الوراثية لما تمتاز من دقة و يقين و فضلا عن قطيعتها و مدى يسرها على دعوى اللعان و التي لها شروط و أسس تعجيزية أحيانا كالمدة التي اعتمد عليها المحكمة العليا (08 أيام) كمدة تقادم يسقط فيها حق الزوج في الدفع باللعان من اليوم سماعه بالحمل أو العلم به[46] أو عدم حصول الزوج على الشهود في ذلك [47] .

أما البعض الآخر من الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب و استشهدا على ذلك ما جاء في النقطة الثالثة من القرار السابع للمجمع الإسلامي " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها عن اللعان " [48] .

هذا ما قضت به المحكمة العليا حيث صرحت في قرار صادر انه" يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب" [49]كما ورد في قرار آخر " ولايجوز تقديم البصمة الوراثية عن اللعان"[50]

العنوان الفرعي الرابع : ترجيح الطرق العلمية في العلاقات الغير شرعية

من المعلوم إن العلاقة الغير شرعية يثبت فيها النسب من جهة الأم و لا يثبت النسب من جهة الأب ، إلا أن المشرع الجزائري لم يصرح صراحة بنسب ابن الزنا و ابن المغتصبة و عدم تناوله لهذا الإشكال لا يعد اعترافه بنسب الابن الغير شرعي ، بالرجوع إلى المادة 41 من ق ا ج يتضح انه ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا هذا بالنسبة إلى الأب [51]

أما النسب بالنسبة للام فهو ثابت بتطبيق المادة 222 من ق ا ج سواء كانت العلاقة شرعية أو غير شرعية [52] .

لقد اعتمد القضاء قبل تعديل ق ا ج على مبدأ عدم إثبات نسب الولد الناتج من علاقة غير شرعية لكن بعد 2005 أصبح الاعتماد على البصمة الوراثية لإلحاق نسب الابن الغير شرعي" لأبيه البيولوجي " دون مراعاة لأحكام الشرعية الإسلامية [53].وعلى هذا الرأي سار قضاة المحكمة العليا في الجزائر في إحدى قراراتهم حينما ثبتوا نسب أطفال لمجموعة من الإرهابيين بعد عمليات الاغتصاب التي تعرضت لها النساء في العشرية السوداء حيث صرح رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا لعوامري علاوة في إحدى مداخلاته بمجلس قضاء سطيف سنة **2006** أن اجتهادهم بإلحاق نسب أبناء الاغتصاب إعمالا بقاعدة "الغنم بالغرم "لكن بعد عرض اجتهادهم على الفقهاء والمفتين لم يجدوا من يؤيدهم الراى.

الخاتمة:

من خلال التطرق إلى الطرق الشرعية و العلمية لإثبات النسب و نفيه نستنتج أن هناك ترجيح للطرق الشرعية في إثبات النسب أو نفيه بواسطة اللعان لأنه يعتبر من الأمور القطعية بالقران و السنة ، إلا أن المشرع الجزائري فتح الباب على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب دون أن يحدد هذه الطرق العلمية ولا الطرق المشروعة لنفي النسب ، فقد كان على المشرع أن يتدخل للقول بان اللجوء إلى الطرق العلمية و الشرعية في إثبات النسب هو وجود العلاقة الشرعية و هي الزواج ، وعدى ذلك فلا حديث عن هذا الموضوع حتى لا نساهم في التشجيع على ظاهرة " الزنا " ، و التي تعرف عند القانونيين بالجريمة الأخلاقية فاللقيط في الإسلام مكفول الحقوق ، ولا نغير من وضعه القانوني استجابة لوضع أخلاقي و اجتماعي .

كما انه بعد سنة 2005 أصبح القضاء يستند إلى البصمة الوراثية لإلحاق نسب الابن الغير شرعي " لأبيه البيولوجي " دون مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في إثبات النسب ، و عليه يجب إجراء تعديل تشريعي يوضح الطرق المشروعة التي يعتمد عليها الزوج في نفي النسب ، كما يجب إدخال تعديل يدخل البصمة الوراثية ضمن الطرق التي تسمح بنفي النسب مع إلزام الزوج بالخضوع لإجراء التحاليل الجينية عند رغبته في نفي النسب .

كما يجب على القاضي عند إقدام الزوج على إجراء اللعان أن يوجهه أولا لإجراء التحاليل الجينية و ذلك لتفادي أثار اللعان الخطيرة على الأسرة و المجتمع فقد أضحى من الضروري تدخل المشرع بشكل صريح ليضع الإطار القانوني للطرق العلمية القطعية و يحدد كيفية الاستفادة من نتائجها دون المساس بالأمور والمسائل القطعية المتعلقة بإثبات ونفي النسب في حدود الشريعة الإسلامية.

الهوامش:

[1] د . محمد باوني ، عقد الزواج و اثاره دراسة مقارنة بين الفقه و القانون ، منشورات مكتبة أقرا ، قسنطينة - الجزائر ، ط 1 ، سنة 2009 ، ص 163 .

[2] د .محمد باوني ، نفس المرجع ، ص 163 .

[3] محمد سليمان النور ، مدة الحمل بين الطب و بعض القوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية ، 1428 هـ – 2007 م عدد 70 ، ص 291-303 .

[4] انظر المادة 42،43 ، ق أ ج، المعدل و المتمم بالأمر 05/02.

[5] محمد سلام مذكور ، الوجيز لإحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، سنة 1978 ، ص 419 .

[6] أ. د . دليلة فركوس ، د. جمال عياشي ، محاضرات في القانون الأسرة - انعقاد الزواج ، دار الخلدونية ، الجزائر ، سنة 2016 ، ص240 .

[7] أ د دليلة فركوس ، جمال عياشي ، نفس المرجع ، ص 243 .

[8] انظر المادة 44 ، 45 ، منقانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05/02 ، سنة 2005 .

[9] د . عبد السلام محمد الشريف العالم ، الزواج و الطلاق في القانون الليبي و أسانيده الشرعية ، ط خ بالجامعة المفتوحة ، ط 2 ، سنة 1995 ، ص 313 .

[10] د جمال العياشي ، المختصر المفيد في نسب الوليد ، مجلة البحوث و الدراسات العلمية ، مجلة علمية سنوية محكمة تصدر عن جامعة يحي فارس ، المدية ، سنة 2014 ، العدد 8 ، ج2 ، ص 69 ، 70 .

[11] د . احمد باوني ، مرجع سابق ، ص 164 .

[12] د . عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في احكام الأسرة الإسلامية ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر ، ط1، سنة 2004 ، ص 78

[13] د. عبد السلام محمد الشريف العالم ، مرجع سابق ، ص 314 .

[14] أ. باديس ذبابي ن حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، سنة 2010 ن ص 62 .

[15] أ. باديس ذيابي ، نفس المرجع ، ص 246 .

[16] محمد بن محمد الشربيني الشافعي الخطيب ، معنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الثاني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت من دون سنة ، ص 259 .

[17] د . محمد باوني ، مرجع سابق ، ص 166 .

[18] أ . باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 77 .

[19] د . احمد محمود الشافعي ن الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب ، سنة 1987 ، ص 157 -158 .

[20] أ. باديس ذيابي ن مرجع سابق ، ص 81 .

[21] د . محمد باونى ، نفس المرجع ، ص 127 .

[22] أ . باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 40 .

[23] محمد علي بن محمد علي ، الدر المختار، ط1، دار الكتب العلمية ، لبنان 2002 ، ص 241 .

[24] أ.باديس ذيابي ن مرجع سابق ، ص 46 .

[25] علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، دار الكتب العمية ، لبنان 2003 ، ص 53 .

[26] أ . باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 46 .

[27] أ . باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 46 .

[28] قرار المحكمة العليا 296020 مؤرخ : 2002/12/25 ، م ق ،سنة 2004 ، ع1، ص 289 .

[29] قرار المحكمة العليا رقم 99000 مؤرخ 1993/11/23 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 642.

[30] انظر المادة 138من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر05/02.

[31] قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، ص 70.

[32] المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر02/05.

[33] انظر المادة41 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر02/05.

[34] فاطمة الزهراء تبوت ، إثبات النسب ، رسالة دكتورة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، سنة 2012 ، ص 133 .

[35] عبد العالي حاجة و رياض دنش ، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، مجلة المنتدى القانوني ، سنة 2007 ، ص 86 .

[36] حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ط 1، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2008 ، ص86 .

[37] عارف علي عارف ، بصمة الجينات و دورها في الإثبات الجنائي ، ط1، دار التجديد للنشر و الترجمة ، ماليزيا ، 2002 ، ص 14 .

[38] فاطمة الزهراء تبوب ،نسب ابن المغتصبة ،تعليق عن قرار المحكمة العليا رقم 734072المؤرخ،2016/03/15 ، قسم الوثائق والدراسات القانونية و القضائية ، عدد1 ،ص117 .

[39] أ . باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 123 .

[40] سورة الأحزاب الآية (5) .

[41] كاعو ليندة ، اقدلان كهينة ، نفي النسب في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة فقهية و قانونية ، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، سنة 2014/2013 ،ص50 .

[42] يوسف القرضاوي ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا لرجل ، مقال على الموقع
htp: // www.qardawi.net / fatawaakam/ 30/1323.htm(14/03/2006)

[43] أ. د.دليلة فركوس ، د . جمال عياشي ، مرجع سابق ، ص 250.

[44] النقطة الرابعة من القرار السابع بشان البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ، مكة، د1، إلى 17 ، القرارات من 1 إلى 102 ، سنة 2004 .

[45] قرار رقم 704222 ، في 2012/03/15 ، م .م.ع ، 2003 ، عدد 1، ص 262 .

[46] م .ع ، قرار 296020 ن مؤرخ : 2002/12/25 ، م ق ،سنة 2004 ، ع4 ، ص 289.

[47] " من المستقر أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 8 أيام " قرار 99000 مؤرخ 1993/11/23 ، إ .ق ، سنة 2001، ع خاص ، ص 64 .

[48] انظر النقطة الثالثة للقرار السابع المجمع الفقه الإسلامي .

[49] م .ع ، قرار رقم 605592، مؤرخ2009/10/15 ، م. ق ،سنة2010، ع1 ، ص245 .

[50] م .ع ، قرار رقم 828820، مؤرخ2012/12/13 ، م. م. ع،سنة 2014، عدد1، ص323.

[51] أ.د دليلة فركوس ، د .جمال عياشي ، مرجع سابق ، ص 253 .

[52] انظر المادة 222 من ق ا ج المعدل و المتمم بالأمر: 02/05 ، سنة 2005 .

[53] فاطمة الزهراء تبوب ، مرجع سابق ، ص 113 .