الدور السلبي للقاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية في التشريع الجزائري

the judge's negative role into establishing filiation by scientific methods in the Algerian legislation

فاطمة حايد *

جامعة جيجل–الجزائر

مخبر القانون البنكي والمالي fatima.haid@univ-jijel.dz

تاريخ الإرسال : 2021/04/08 تاريخ القبول : 2021/05/22 تاريخ النشر:2021/06/08

الملخص: يعتبر النسب لُحْمَة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف، ويثبت بوسائل ذات حُجَيَّة ظنية ووسائل ذات قيمة قطعية، ويشرف على هذه العملية القضاء .

ورغم أهمية إلحاق الولد بأبيه على الصعيد الأسري والاجتماعي ...، إلاّ أن المشرع أطلق العنان أمام القاضي في الأخذ بالطرق العلمية من خلال عدم تقييده باللجوء إليها رغم أنه يمكن أن توصله إلى نتائج شبه مؤكدة لاسيما طريقة تحليل الحمض النووي. ومَنَحَهُ بذلك الحرية المطلقة دون قيد أو شرط في اتباع الوسائل الحديثة من عدمه، ما يبرر عدم ضمان حماية حقيقية وجدية وكافية للولد والأسرة والمجتمع ككل، إذ يترتب جراء ذلك ضياع مصير حقوق الولد من روابط أسرية و ميراث إن كان لها ما يبرّرها .

لذلك كان حريا بالمشرع أن يعمل على إلزام القاضي باللجوء إلى الطرق العلمية في كل الأحوال التي تستلزم ذلك وغلق باب التقدير المطلق في وجهه لأن إسناد النسب لأهله ليس على القاضي بعزيز.

الكلمات المفتاحية: القضاء. إثبات النسب. الطرق العلمية. المشرع. حرية القاضي .

Abstract:

Filiations a legitimate tie between the father and his son transmitted from the ancestor to the successor. It is proved by means of presumptive authority and means of absolute value. This process is supervised by the judiciary body. Despite the importance of joining the child with his father at the family and social level, the legislator gave absolute freedom to the judge to adopt scientific methods, by not restricting him to resort to them, despite the fact that this could lead him to almost confirmed results, especially the method of analyzing the DNA. By that the legislator granted the judge absolute freedom - no restrictions or conditions in following the modern means or not. This justifies the non-guaranteeing real, serious and adequate protection for the child, the family and society as a whole, as this results in the loss of the fate of the child's rights in terms of family ties and inheritance if they are justified. Therefore, the legislator should have worked on obligating the judge to resort to scientific methods in all cases that necessitate this, and to close the door of absolute appreciation for him since assigning filiation to its family is not difficult for the judge.

Key words:

Judiciary. Filiation proof . Scientific methods. Legislator. Judge’s freedom.

*المؤلف المرسل

مقدمة:

إنّ من لطف الله ورحمته بعباده أن جمعهم في لحمة واحدة ليتعايشو بصورة إنسانية رائعة، وقد قدّس الله الروابط الزوجية وما ينتج عنها من أولاد وضمان حمايتهم عن طريق نسبهم لآبائهم، وذلك تجنبا لاختلاط الأنساب وتوريثهم وكذا ضمان أمنهم اجتماعيا .

فالأسرة هي النعيم الدنيوي الذي يشد أواصر العلاقة بين الأب وولده والأم وابنها، لذا يعتبر النسب أهم أثر ناتج عن علاقة ثنائية تربط بين رجل وامرأة، فهو بذلك لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف .[1]

لئِن كان موضوع النسب من الأهمية بما كان، فإن إثباته يثير عديد الإشكالات العملية، لذا فإن المشرع لم يكتف بالطرق الشرعية والقانونية لإثباته، وإنّما تعداها للطرق العلمية تماشيا مع التطور التكنولوجي الحديث الحاصل.

لذلك استحدث المشرع الطرق العلمية لإثبات النسب منذ سنة 2005 بمناسبة تعديله لقانون الأسرة لسنة 1984 [2] بموجب المادة 40 منه، إذ لم يحدد هذه الطرق وترك مسألة ذلك للفقه، إضافة إلى جعل إمكانية اللجوء إليها استثناء على عدم ثبوت النسب بالطرق الشرعية والقانونية التي هي الأصل.

فلا يجوز إثبات النسب بواسطة الطرق العلمية في علاقة غير شرعية، إنّما يتم استعمال هذه الطرق في إثبات حالات معينة وهي: حالة اختلاط المواليد في مستشفيات الولادة، الشك والاشتباه في حالة أطفال الأنابيب، اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث، الحالة التي يدعي فيها رجلان نسبة الولد وكذا حالة ادعاء المرأة أن ولدها يخص رجلا معينا. [3]

إنّ الهدف من تحديد هذه الحالات هو إخراج الحالات غير الشرعية التي لم يبين المشرع كيفية إثباتها بموجب المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة، وباعتبار القضاء هو الجهة المخولة قانونا بتطبيق النص القانوني والمخاطبة به، فإن المشرع لم يلزمها باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حين عدم ثبوته بالطرق الشرعية والقانونية ما يفتح الباب بمصراعيه لإعمال سلطتها التقديرية التي يمكن أن تكون في غير صالح الولد بعدم إتباعها تلك الطرق التي يمكن أن توصلنا إلى نتائج قطعية في مثل حالة تحليل الحمض النووي.

فجواز اتباع الطرق العلمية من عدمه منح للقضاة حرية التصرف، **ما يؤدي بنا إلى طرح إشكالية تتمحور حول دور القاضي في اتباع الطرق العلمية لإثبات النسب عند عدم إمكانية ثبوته بالطرق الشرعية والقانونية؟.**

للإجابة عن الإشكالية المطروحة تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي، وأردنا أن تكون دراسة عملية فعززنا ذلك بمجموعة من الاجتهادات القضائية التي تعالج مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية لغرض محاولة إبراز دور القاضي حيال ذلك، ولتفصيل ذلك توصلنا إلى تقسيم هذه الورقة البحثية إلى شقين رئيسيين هما:

المطلب الأول: عدم تقييد القاضي باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

المطلب الثاني: قاض كاشف غير منشئ لأحكام إثبات النسب.

المطلب الأول: عدم تقييد القاضي باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .

لم يعرف المشرع الجزائري مسألة إثبات النسب خارج إطار الطرق الشرعية إلاّ بعد استحداث وتعديل وتتميم المادة 40 من قانون الأسرة الجديد عن طريق إمكانية اعتماد القضاء على الطرق العلمية لإثبات النسب، إذ جسد ذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة المذكورة التي كانت في ظل قانون 1984 مهندسة تشريعيا في فقرة وحيدة تنص على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وهو توجه محمود ونباركه لاسيما وأنّها أثبتت حجيتها وقطعيتها في إحياء النسب بواسطة إثباته (أولا) .

لكن المشرع لم يضيق الأمر على القاضي عند اتباعه الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب بدليل جعله إجراء الخبرة العلمية إجراء غير ملزم من حيث اتباعه أو عند الأخذ بنتائجه ما يبرر الدور السلبي للقاضي وفقا للمادتين 125 و 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(ثانيا) [4].

أولا: جواز اتباع الطرق العلمية لإثبات النسب :

أخذا بالفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة بعد التعديل والتي تنص على أنه :" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "، نتوصل إلى أنّ مقتضيات هذه المادة أجازت وسوّغت للقاضي صراحة إجراء اتباع الطرق العلمية لإثبات النسب سيما وأنّ الدراسات العلمية أثبتت أنّه يُتوصل عبرها إلى نتائج قطعية لا ضنية خاصة بالنسبة لإجراء تحليل الحمض النووي DNA [5]، ما يثير إشكالية حقيقية أمام هذا الولد الذي لم يتم إحياءه بهذه الكيفية التي فتحت الباب والمجال أمام القاضي في إتباع مسلك الخبرة العلمية والأمر بها بكل حرية دون قيد أو شرط، ودون النظر إلى الطرف المتضرر الضعيف من ناحية الحماية والضمانات التشريعية التي يُنادى بها في كل مرّة .

هي الإشكالية التي لازالت عالقة على الدوام ويتطلب الأمر التدخل التشريعي للفصل فيها لمصلحة الولد، لأن إبقاء الأمر على حاله يؤدي لا محالة إلى ضياع وتضرر حقوق الولد من ناحية الميراث والأخلاق و مكانته في المجتمع من خلال اختلاط الأنساب والفساد الأخلاقي.

لذا حبذا لو ألزم المشرع القضاة اتباع طريق تحليل الحمض النووي الذي أثبت فعاليته اعتبارا من مصلحة الطفل المراد إثبات نسبه طبعا في غياب الطرق الشرعية والقانونية، ولتصبح الفقرة الثانية كما يلي :" يتوجب على القاضي اتباع الطرق العلمية ...."؛ كما يتعين على المشرّع أن يجعل هذه الفقرة مُفَعّلة كيف؟. تصبح مفعلة عن طريق توقيع الجزاء في حالة المخالفة حتى لا يبقى هذا الإلزام مجرد خطاب سياسي وإجراء شكلي خال من أي مضمون لا يجد مجالا له في التطبيق العملي .

إذن باستقراء هذا الحكم نتوصل إلى أنّ القاضي يتمتع بدور سلبي مادام أنه لا حكم أو مقتضى قانوني يلزمه باللجوء إلى الخبرة العلمية، فهو إذن بحكم ذلك يصبح طرفا ملاحظا لا يسعى إلى الوصول إلى الحقيقة ويحكم بنفي النسب بكل بساطة .

غير أنه ليس بعزيز على القاضي أن يحكم بالمصلحة الفضلى للطفل، لذا يتعين جعل هذا الحكم يتمتع بقوة قانونية وإلزامية في مواجهة القاضي لمصلحة الطرف الضعيف .

دليل قولنا ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بقرار لها :"يتعين على جهتي التحقيق اللجوء إلى خبرة تحليل الحمض النووي عندما يكون ذلك ضروريا ". وورد ضمن حيثياته بأنّه:" حيث وبالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإنّ غرفة الاتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة بتحليل الحمض النووي ADN بالرغم من أنّ هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب وعند الاقتضاء الهوية الحقيقية للأطراف .

حيث إنّ غرفة الاتهام سارعت أيضا إلى تأييد الأمر بانتفاء وجه الدعوى الصادر عن قاضي التحقيق دون الوصول بالتحقيق إلى نهايته ".[6]

إذن نلمس التهاون واللامبالاة التي تتعرض لها حقوق الولد من قبل القضاء الذي يفترض فيه أن يكون صمّام أمان وحامي الحقوق، لذا يتعين جعل اللجوء إلى تحليل الحمض النووي إلزاميا طالما فيه فائدة وحياة للولد وتجنبا لأي لبس أو شك في نسبه.

بالتالي يجب على القضاة التأني في الفصل في قضايا النسب من خلال الأحكام الصادرة فيها، فلا يجعلوا همهم تطبيق القانون دون النظر إلى التأثيرات السلبية على الولد والمجتمع [7].

ما يجدر التنويه به أننا لا ننكر ما يتعارض مع إلزامية إتباع طريق تحليل الحمض النووي من قبل القضاء من خلال مساسه بحرمة الحياة الخاصة وحرمة الجسد ورفض الشخص الخضوع للتحليل، إلاّ أنّه ومراعاة للمصلحة الفضلى والأسمى لابد أن نعتبر هذه العقبات في مثل هذه الحالات مجرد ثغرات ينفذ منها المتحايلون على القانون .

ففي هذه الحالة يتعين ترشيد مسائل إثبات النسب على نحو تتم به الملائمة بين ما هو ثابت في استقرار التشريع وسامي قيم العدالة والإنصاف ومتغير الوقائع والمستجدات، لذا يلزم بُعد نظر المشرع الأسري في هذا الجانب عن طريق تمسكه بالأصالة الذي لا يعد مانعا له من الاستجابة لروح الحداثة القانونية التي تقتضي الانفتاح على ما جاءت به الأبحاث العلمية في مجال الإثبات [8] .

ثانيا: حرية الأخذ بتقرير الخبرة لإثبات النسب:

لو طرحنا تساؤلا حول مدى حاجة قاضي الأحوال الشخصية للخبرة في مادة النسب لوجدنا الإجابة بالإيجاب لمصلحة الولد دائما حفاظا على الروابط الأسرية من الضياع وما يعقبها من مشاكل متعددة، لذا

فالإجابة كانت مبنية على شقين، الجانب الأول فيها مرتبط بمدى حجية تلك الطرق العلمية، والجانب الآخر متعلق بمدى التزام القاضي في الأخذ بما توصلت إليه التقنيات العلمية ؟ .

إذن نعالج الشق الأول المتصل بحجية الطرق العلمية، ونقول أن الطرق العلمية تتميز بالمراوحة بين النسبية والإطلاق من حيث إثبات النسب، إذ نجد بأنّ المتخصصين في هذا المجال هم من كان لهم الحسم في حجية وقيمة هذه الطرق و تفاوتها .

فالطرق العلمية الحديثة التي يُعتمد عليها في إثبات النسب متعددة، إذ يعرف تحليل الـ A D N وكذا تحليل H L N حجية مطلقة في إثبات النسب، إلاّ أنّ الطريقة الثانية تُصعب الأمر على الخبراء في حالات الزواج المتكرر أو زواج الأقارب لذلك فتحليل الحمض النووي يكون أكثر حجية[9] .

أمّا بخصوص الطرق العلمية الضنية فيمكن أن يتم الأمر عن طريق فحص زمرة الدم وكذا عن طريق التلقيح الاصطناعي، و إننا لنستغرب بشأن ذلك ، فمادامت أنّها طرق ضنية، فلماذا إذن يتم تضييع جهد و وقت و مـال المتقاضين فيها ؟، و لماذا لا يتم النص في المادة 40 فقرة ثانية من قانون الأسرة على اتباع طريق تحليل الحامض النووي، و لماذا كل هذه المتاهات في الوصول إلى الحقيقة .

لذلك نقدّم للمتقاضي حلولا يسيرة و مضمونة، ولا ننكر مدى فتح المجال أمام الذين يشككون في نسبة أبنائهم لهم وتقديم طلبات لغرض التحقيق بهذه التقنية، و بالتالي فإنه يتعين على القاضي والحال هذه استعمال عين العقل والبصيرة لقبول الدعوى حتى يكون لدينا قاضي منشئ وليس قاض جالس فقط في قضايا النسب .

أمّا بخصوص أخذ القاضي بما توصلت إليه الخبرة العلمية، فتكون إجابتنا بالسلب طالما لم يلزمه المشرع بالأخذ بها و اعتبار تقرير الخبرة للاستئناس لا أقل ولا أكثر، غير أنه و في معظم الأحوال وعند لجوئه للخبرة التقنية فإنه يأخذ بنتيجة الخبرة برمتها دون تفصيل وتأييدها يعزز لا محالة دوره السلبي من هذا الجانب سيما ما يخص مختلف التقنيات دون تقنية تحليل الحمض النووي التي أثبتت حجيتها الدامغة.

إذن، فإنه يصبح من الضروري على المشرّع أن يغلق جميع منافذ الضرر على مستوى الفرد والجماعة بجعل الطرق العلمية محصورة في تحليل الحمض النووي دون غيرها من الطرق التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج عكسية(نسبة الولد لغير والده نظرا لنسبيتها في الإثبات)، لذلك نقدم اقتراح تصبح بموجبه الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة كما يأتي: "يتوجب على القاضي اتباع طريق تحليل الحمض النووي لإثبات النسب".

كنتيجة طبيعية يأخذ القاضي بنتائج الخبرة العلمية عن طريق البصمة الوراثية دون نقاش يذكر طالما حجيتها مطلقة في إسناد النسب لأهله، وما يتوجب التنويه له أنه لا يمكن تجاهل الدور السلبي للقاضي هاهنا الذي يجعله عنصرا غير فاعلٍ في مثل هذه المسألة، غير أن الضرورة تبيح له ذلك نظرا لأن تكوينه ليس تقنيا إنّما علميا محضا، إضافة إلى ذلك فالمشرع هو الأخر أصبح يعقد الأمر على القضاء بشأن الخبرة بالنظر لفرض تقديم تبرير لاستبعادها بموجب المادة 144 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على :" القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

المشكل يكمن في نهج القاضي نهجا مغايرا لما تتوصل له نتيجة الخبرة الطبية في إثبات النسب لأهله وهو ما يضر بمصلحة الولد، حيث ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في هذا الاتجاه إلى أنّه :"يتبين أنّ قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص–م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة العلمية(AND) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أنّ هذه الأخيرة تفيد وأنّه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية (AND) أثبتت أنّ هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن "[10] .

يتبين من هذا القرار أنّ الأخذ بنتائج الخبرة بات أمرا محتشما لدى القضاة وهو الأمر الذي يتعين الاهتمام به لتجنب ترك آثاره الخطيرة على الولد والمجتمع ككل .

من خلال إقرار المشرع واجتهاد القضاء نتوصل إلى أنّ موقف المشرّع بشأن الخبرة يصلح في مسائل إثبات النسب نظرا لكون الخبرة الطبية أثبتت نجاعتها بالنظر لحجيتها المطلقة، وهو ما يوفر حماية للولد ويبرر الدور السلبي للقاضي مادام أنّ المشرّع يقيّده بهذه الأحكام، لكن ورغم هذا الدور الذي جعل القاضي عنصرا غير فاعل بخصوص إثبات النسب، إلاّ أنّه في مسائل حساسة كإثبات النسب التي فيها إحياء للولد نرى بأنه توجه محمود للمشرع لأنه من الأولى الأخذ بنتائج الخبرة الطبية .

المطلب الثاني: قاض كاشف غير منشئ لأحكام إثبات النسب .

إنّ علاقة القاضي والمشرع من المفروض أن تكون علاقة تأثير وتأثر، حتى يكون أمامنا قضاء منتج لضوابط وأحكام جديدة مضافة لما يضعه المشرع نظرا لاحتكاكه بالواقع من خلال المسائل العملية التي تعرض عليه بمختلف تفاصيلها، وتقديم اجتهادات تبعا لذلك ليأخذ بها المشرع ويدرجها ضمن المنظومة التشريعية لتتمتع بالقوة الملزمة نظرا لارتباطها بالنظام العام والآداب العامة (أولا).

في ما يتعلق بمسائل إثبات النسب وما يثيره من إشكاليات جمة نلمس بأن للقاضي مجالا محدودا فيما يتعلق بإحداث ضوابط واجتهادات بهذا الخصوص، حيث لا توجد مجلات قضائية دورية وخاصة تحوي قرارات منشئة لمقتضيات تحقق المصلحة الفضلى للولد عن طريق بعث الحياة فيه من جديد(ثانيا).

أولا: كشف القضاء عن أحكام قانونية فقط .

المفروض أن يكون للقاضي دور إيجابي ومرن بخصوص مسائل النسب في شق الإثبات نظرا لإمكانية تضرر الولد على أكثر من صعيد جرّاء التهاون واللامبالاة أو الاستعجال الذي يمكن أن يقع فيه القضاة، لكن الواقع خلاف ذلك نظرا لإمكانية عدم سعي القضاة في إثبات النسب وإحياء الولد ما يؤثر سلبا على مصالحه .

ما يؤكد قولنا عديد الاجتهادات التي لم تعط أهمية لإثبات النسب بتحليل الحمض النووي نأخذ منها على سبيل المثال ما ذهبت إليه المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في قرار لها أين اعتبرت أن قضايا إثبات

الزواج والنسب تعد من قضايا الحالة لا تطبق بشأنها المادة 338 ق م للوصول إلى الحقيقة فكان يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة ".[11]

هذا ولا يمكن نفي النسب عن طريق التحقيق باستعمال البصمة الوراثية طالما يتعارض مع الشريعة الإسلامية والمادة 41 من قانون الأسرة، فالطريقة الوحيدة لنفي النسب هي اللعان، إذ يحول رفع دعوى اللعان دون التدرع بالطرق العلمية لإثبات النسب وهذا الحكم واضح أنه لا يحتاج إلى اجتهاد قضائي حياله، لكن قضاة الموضوع لم يتقيّدوا بصراحة النص و الشرع، بدليل ثبوت ذلك في عديد القرارات الصادرة عن الجهة المخولة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد و التي نذكر من بينها قرار قضى بعدم استخدام الطرق العلمية للتشكيك في الأنساب الثابتة شرعا وورد ضمن حيثياته :" حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للمطعون ضدّه وللطاعنة وكذا الشفرة الوراثية للولد "أ" الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه، والقول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه وإلغاء شهادة ميلاده.

وحيث أنّ الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده والولد "أ" وذلك بعد أخذ عينة من أنسجتهما والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه ومن ثم إذا كان المطعون ضده هو والد الولد أم لا .

وحيث أنه مادام أنّ المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التدرع باتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ....وأنّه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".[12]

الغريب في الأمر كله ورغم وجود اجتهاد ونص قانوني يبين أن البصمة الوراثية تستخدم لإثبات النسب لا لنفيه، إلاّ أنّ اتجاه قاضي الموضوع يخالف ذلك ويقدم البصمة الوراثية على اللعان ما يخلق إشكالات تتعلق بإثبات النسب .[13]

إذن باستقرائنا لهذه الأحكام نتوصل إلى أنه للقاضي دور المراقب فقط لا يخلق لنا أحكاما لم ترد في النص وتتميز بنوع من المرونة للحفاظ على مصالح الولد الضعيف في مسائل إثبات النسب، لذلك نجد بأن القاضي أصبح هو الآخر يخلط الأمر على الولد في الوقت الذي كان من المفروض أن يوفر له الأمن القضائي، فهل يواجه إجراءات إثبات نسبه أم يواجه القضاء أم المشرع الذي هو الأخر لم يحدد ماهية الطرق العلمية والتي ارتأينا أعلاه أن يجعلها محصورة في تحليل البصمة الوراثية لحجيتها القطعية ولا تثار بشأنها أي شكوك.

لذلك فحتى ولو قصر المشرع من جانب إثبات النسب بهذه الكيفية المذكورة أعلاه، إلاّ أن ذلك لا يمنع القاضي من المبادرة وتقديم يد العون للطرف الميت أو الذي سيموت، فلا يستغل الوضع واعتباره مطية لتطبيق النص القانوني بعيدا عن إنشاء ضوابط تصب في مصلحة الولد أو الأسرة أو المجتمع .

كما أنّه ذات الوضع بخصوص إثبات النسب في زواج الأجانب وما يثيره من إشكالات لا تصب في مصلحة الولد بتاتا، وتبقى مسألة إسناد النسب للوالد أم لا وفقا للتشريع الجزائري متوقفا على شرط حمل الوالد الجنسية الجزائرية وقت ولادة الولد أو تمتعه بالجنسية الجزائرية (الوالد) عند وفاته. ما يعقّد المسألة أمام الولد الذي يمكن لوالده تغيير جنسيته بمجرد ولادته أو قبل وفاته حتى يحرم الولد من حقوقه تبعا لسوء نيته، لذا حبذا لو أعاد المشرع النظر في حكم المادة 13 مكرر من القانون المدني حفاظا على مصلحة الطرف الضعيف. إذ تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني على ما يلي :" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة ".[14]

ثانيا :عدم إنشاء القاضي ضوابط فضلى للطفل :

إن القاضي الذي يعمل على كشف ضوابط قانونية دون إنشاء أحكام وضوابط تفيد الولد يتجه نحو الخانة السلبية من حيث الدور الذي يفترض أن يلعبه كحامي الحقوق انطلاقا من قاعدة إحياء الولد وإنشاء ضوابط فضلى للطفل .

وما يؤكد قولنا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه أنّه:" من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34من قانون الأسرة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون .

ومتى تبين- في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية 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 تجاوزا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض .

حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية. الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته إلى نفس المجلس".[15]

يتبين من خلال هذا القرار أنّ القضاة همهم الأول والأخير تطبيق نصوص القانون دون ضمان أدنى حماية للطفل الذي يحتل مركزا ضعيفا نظرا لوضعه الذي يفترض فيه التريث واستعمال البصيرة والحذر التام للفصل في مثل هذه القضايا بالنظر للنتائج الخطيرة التي تنجم عن عدم إتباع قواعد فضلى في إثبات نسبه وإحياءه.

إذن فهذه المبادرة من قبل قضاة الموضوع إيجابية بكل ما تحمله الكلمة من معنى، لكن سرعان ما عملت الجهة التي تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد على نقض ذلك القرار حتى قبل أن ينص المشرع على إثبات النسب بالطرق العلمية .

ففي هذه الحالة أخذوا بالقواعد الفضلى لحماية الولد والأسرة والمجتمع ككل، غير أن اختلاف القضاة حياله بعلة تجاوز القاضي للدور التحكيمي إلى الدور التشريعي غير سديدة نظرا للأخذ بالحلقة الأضعف إلى طريق غير آمن، فالأولى تقديم الحماية على التطبيق الحرفي للنص.

إضافة إلى ذلك لابد من النظر إلى أنّ هذه المبادرة محمودة مادام أنّه لا ضرر على الولد، كما يتعين النظر إليها على أنّها مُنشئة لضوابط وأحكام وتوصيات حتى تكون علاقة القاضي بالمشرع علاقة متوازية وليست علاقة تسير في منحى واحد، لذا فللقاضي دور سلبي يعمل على تطبيق النص بكل جمود دون إعمال سلطته التقديرية أو المرونة في إسناد النسب لأهله ما يجعله دون فعالية تذكر.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة التي انصبت حول الدور السلبي للقاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية يمكننا القول أن النسب يحقق التلاحم والترابط على أكثر من صعيد، لذا فالمشرع أخذ بالطرق العلمية لإثباته منذ سنة 2005 عند تعديله لقانون الأسرة مواكبا بذلك التطورات الحديثة باعتبار أنّها من الوسائل التي تتمتع بحجية قطعية سيما طريقة تحليل الحمض النووي.

كما أنّ المشرع لم يترك مسألة نفي النسب مفتوحة أمام كل من تسول له نفسه إتباع طريق البصمة الوراثية، فلم يجز تقديم البصمة الوراثية على اللعان في قتل الولد، وهذا ما أكد عليه الاجتهاد القضائي في أكثر من مناسبة.

غير أن المشرع ترك في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الباب مفتوحا على مصراعيه أمام القاضي في إتباع طريق تحليل الحمض النووي من عدمه مع غيره من الطرق العلمية لإثبات النسب وأنزلهم منزلة المساواة على الرغم من أن التحقيق عن طريق البصمة الوراثية ثبتت حجيته المطلقة مقارنة بتحليل الدم وكذا التلقيح الاصطناعي.

وعلى ضوء ما تقدم توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

1- عدم تحديد المشرع الطرق العلمية لإثبات النسب ما يفتح المجال أمام القضاء لإعمال سلطته التقديرية بكل حرية دون قيد أو شرط، إذ يؤدي ذلك إلى إمكانية الإضرار بمصلحة الولد سيما أن طريق الخبرة الطبية أثبت حجيته القطعية في إثبات النسب دون غيره من الطرق العلمية الأخرى التي تتمتع بحجية نسبية ظنية.

2- ليس هناك مصلحة أسمى من مصلحة الولد، حيث أن حرمة الجسد والحياة الخاصة للشخص لا تعتبر عراقيل تعلو على إثبات نسب الولد لأهله .

3- لم يقيد المشرع القاضي باتباع الطرق العلمية لإثبات النسب من خلال جعل ذلك إجراء جوازيا يسوغ للقاضي اتباعه أو عدم اتباعه بكل حرية، كما لم يلزمه بالأخذ بمقررات الخبرة، بل قيّده بتسبيب استبعاده لها، ما يدفع بالقاضي إلى اعتمادها دون مناقشة ما يبرر الدور السلبي له.

4- تميز القضاء بكونه كاشفا لأحكام ومقتضيات قانونية، ولا يتميز بكونه قضاء منشئ لضوابط جديدة مرنة تتدرج ضمن المصلحة الفضلى للطفل، وما وُجِد من مبادرات أصبحت في حكم العدم نتيجة تدخل الجهة المكلفة برقابة التطبيق السليم للقانون واعتبارها مخالفة لدور القضاء الذي يعتبر تحكيميا وليس تشريعيا .

وعلى هذي هذه النتائج نقدّم اقتراحات تتخذ شكل توصيات أهمها :

1- الأخذ بطريق تحليل الحمض النووي كطريقة وحيدة لإثبات النسب نظرا لحجيتها الدامغة مقارنة بغيرها من الطرق العلمية الأخرى التي ثبت حجيتها الضنية لا القطعية التي تعتبر مضيعة للوقت والجهد والمال.

2- إلزام المشرع القاضي باللجوء إلى طريق تحليل الحمض النووي لإثبات النسب في حالة عدم ثبوته بالطرق الشرعية والقانونية حصرا والتوجه نحو الهدف مباشرة دون لف أو دوران وهو توفير وتعزيز وضمان حماية مصالح الولد عن طريق إحياءه، وإقران مخالفة ذلك الإجراء بجزاء حتى لا يبقى النص مجرد خطاب سياسي لا يرقى إلى درجة التطبيق .

3- اعتبار القيود المتعلقة بتحليل الحمض النووي عراقيل لذاتها لا تتجاوز مصلحة الولد، إضافة إلى أنّها مطية للتهرب من التحقيق بشأن نسب الولد، ويتعين على المشرع الذي يسن النصوص اعتبارا من سيادة الدولة أن يكون لديه الجرأة والشجاعة لصنع الاستثناء والفارق بشأنها وذلك بعدم الاعتداد بها واتخاذها كدريعة لتجنب تحليل الحمض النووي.

4- العمل على جمع شتات الاجتهادات القضائية وتوحيدها في مجلات قضائية خاصة دورية أو سنوية متعلقة بمسائل الأسرة عامة والنسب على الخصوص لتسهيل الأمر على الولد والقضاء والمهتمين بالمجال تجنبا لأي لبس أو تضارب أو غموض، فالطفل يواجه إجراءات التقاضي المعقدة ويواجه القاضي بتقديم الدليل ويواجه الاجتهاد القضائي المتضارب .

5- جعل نتائج الخبرة الطبية إلزامية في مواجهة القاضي بغض النظر عن مكانة دوره حيال مسائل إثبات النسب ما دام أنه يتوجب عليه تبرير استبعادها، إضافة إلى تكوينه العلمي لا التقني، والتركيز هنا على المصلحة الفضلى للولد.

إذن الهدف الأساسي والأسمى من محاولة إبراز الدور السلبي للقاضي حتى يكون لدينا قضاء منشئ يوفر هو الآخر حماية للطفل إضافة إلى ما يوفره المشرع له ليكون بذلك الطرف الضعيف محاطا بضمانات تعمل على بعث الروح فيه من جديد ويحيا بذلك حياة سعيدة بعيدة عن إهدار حقوقه الميراثية والأسرية والمجتمعية .

الهوامش:

[1]– يجد هذا التعريف أساسه في الباب الثاني الذي يحمل عنوان النسب ووسائل إثباته بموجب المادة 150من قانون الأسرة المغربي. ظهير شريف رقم 22.04.1، مؤرخ في 03 فبراير 2004، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد 5184، مؤرخ في 05 فبراير 2004.

[2] – قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، مؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]– بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا عدد01، 2012، ص ص37، 38.

[4]– قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخ في 23 أفريل 2008.

[5]– ADN هي مختصر لعبارة Deoxyribonucleic Acid ومعناها الحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين. لأكثر تفاصيل راجع الرابط: https://ar.wikipedia.org ، تاريخ الزيارة : 16أفريل 2021 على الساعة 13:00 .

[6] – قرار رقم 414233، مؤرخ في 2007/03/21، قضية (ق.س) ضد(مجهول)، مجلة المحكمة العليا عدد01 ،2007، ص 567.

[7] – خلف فاروق، أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانوني والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، جوان 2016، ص 106.

[8] – الكلمي أحمد المدني، النسب والخبرة : إشكالات التصور والتعريف وضوابط الإعمال والتوظيف – بحث في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي المغربي ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 01، 2021، ص ص 98.96.

[9] – لأكثر تفاصيل راجع: خلف فاروق، المرجع السابق، ص 98 .

[10]– قرار رقم 355180، مؤرخ في 05 /2006/03، قضية (ب . س) ضد (م .ع) ، مجلة المحكمة العليا عدد 01، 2006، ص 469.

[11]– قرار رقم 262912، مؤرخ في 2001/04/18، قضية (ص. ف) ضد (ب. ب)، مجلة المحكمة العليا عدد 02، 2001، ص 379.

[12] – قرار رقم 605592، مؤرخ في 2009/10/15، قضية (ر. ف) ضد(س. ش)، مجلة المحكمة العليا عدد 01، 2010، ص 245.

[13]– وتطبيقا لذلك وبعد مرور ثلاث سنوات صدر قراران يوضحان ذلك، حيث يقضي الأول بأن:" **عدم قيام الزوج بنفي نسب بنته المولودة أثناء العلاقة الزوجية بالطرق المشروعة، يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. حيث أنّ الطاعن يعيب على قضاة الموضوع عدم اللجوء إلى الطرق العلمية طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة لإثبات نسب البنت "ز" إليه بالرغم من تمسكه بذلك الإجراء.**

لكن حيث أنّه ثبت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه بالنقض أن البنت المذكورة قد ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية الشرعية التي كانت تربطه بالمطعون ضدها ولم يثبت قيامه بنفي تسبها عنه بالطرق المشروعة ، وبالتالي فإن ثبوت نسبها إليه قد أصبح طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة أمرا مفروغا منه وأنّ مسألة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات ذلك النسب لم يعد يجدي نفعا .

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء تحاليل الحمض النووي على البنت المذكورة للتأكد من صحة نسبها إليه، على هذا الأساس، يكونون قد بنوا قرارهم على أساس قانوني

سليم. الأمر الذي يجعل الوجه المثار بهذا الشكل غير مؤسس.ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن".((راجع قرار رقم 704222، مؤرخ في 2012/03/15، (ب.أ) ضد (س.ج)، مجلة المحكمة العليا عدد 2013،1 ، ص262)).

ويقضي الثاني ب" حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس أشاروا في حيثيات قرارهم إلى أ، المطعون ضدها حبلى من الطاعن في الشهر الرابع وألزموا الطاعن بمصاريف العلاج ....وبقضائهم بذلك يكونون قد ردوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص نفي النسب بتحاليل الحمض النووي وانتهوا إلى رفضه ضمنيا وطبقوا في ذلك صحيح القانون لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلاّ باللعان فقط وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج وأنّ نص المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة مقرر للإثبات وليس للنفي والحال والنسب هاهنا ثابت بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".((قرار رقم 828820، مؤرخ في 2012/12/13، قضية(د.ن) ضد (ب. ن)، مجلة المحكمة العليا عدد01، 2014، ص 323)) .

[14]– أمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب قانون 05–10 ، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44، مؤرخ في 26 يونيو 2005.

[15]– قرار رقم 222674، مؤرخ في 1999/06/15، قضية(ع . ب) ضد (م.ل)، مجلة المحكمة العليا عدد01، 1999، ص 126.