

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا إثبات
النسب

-بين النص القانوني والعمل القضائي-

The Use Of Scientific Expertise In Establishing Paternity Suits As A Discretion Of
Family Court

-Between Legal Provision and Judicial Action

بلعباس آمال (*)

أستاذة محاضرة ب

المركز الجامعي مغنية

ملخص

بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05، أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 40، نص فيها على الطرق العلمية لإثبات النسب، إلا أنه جعل اللجوء إلى هذه الطرق خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما أثبتته القضاء في عدة أحكام وقرارات له. وفي ظل غياب النص القانوني المنظم لنسب الابن غير الشرعي، كان للقضاء توجه جديد؛ فقد أعمل سلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسألة إلحاق نسب ابن المغتصبة لأبيه البيولوجي دون أن يمنحه القانون مجالا لإعمال سلطته في ذلك.

كلمات مفتاحية

سلطة تقديرية؛ خبرة علمية؛ إثبات نسب؛ قاضي شؤون الأسرة؛ بصمة وراثية.

Summary

A second paragraph was added to article No. 40 after adopting amendments to the Family Code by the act No. 05-02, where scientific methods are provided to establish paternity. However, the use of these methods is subject to the discretion of family court; this has already been proven in several provisions and decisions. Nevertheless, a new approach has been adopted in the absence of the legal provision regulating the lineage of the illegitimate child. Family Court has used discretion in resorting to scientific methods in the suits of establishing paternity of the biological father without Family Court judgment in the case.

Keywords

Discretion, Scientific Expertise, Establishing Paternity, Family Court.

* المرسل : د . بلعباس آمال.

مقدمة

أحاطت الشريعة الإسلامية بالنسب بسياج منيع يحميه من الاختلاط والالتباس، فأرست قواعده على عدّة أسس متينة تمنع تَسَيُّب أو اصر القرباة، ومن مظاهر هذه العناية تحريم التبني والزنا اللذان يعدّان أهم أسباب اختلاط الأنساب، ومن هذه المرتكزات استقى قانون الأسرة الجزائري أحكام ثبوت النسب وإثباته وكذلك نفيه بموجب القانون رقم 84-11¹.

وحماية للنسب، وتوسعا في طرق إثباته، أضاف المشرع الأسري بالأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل قانون الأسرة² فقرة ثانية للمادة 40 جاء فيها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذا النص جاء عاما واستثنائيا، يستلزم إعمال السلطة التقديرية للقاضي. في اللجوء إلى الطرق العلمية ونوع الطرق العلمية وتقدير الأدلة واختيار أيها مناسب لحل المسألة.

وسلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حديثة حدثت تعديل قانون الأسرة؛ لأن القضاء الجزائري لم يكن يستعمل هذه الطرق في مسائل النسب، بل واعتبرت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15/09/1998 أن قضاة الموضوع الذين قضوا بتعيين خبير لإجراء تحاليل في قضية نسب قد تجاوزوا سلطتهم من سلطة القضاء إلى سلطة التشريع³.

وفي سياق حماية النسب، جاءت النصوص المنظمة له مرنة في معظمها، تسمح للقاضي بمواجهة مقتضيات تطبيق القانون بإعمال سلطته التقديرية والبحث عن الحل المناسب للقضية المطروحة أمامه، ومن هنا يثور التساؤل الآتي: كيف يتولى قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب؟ ويتفرع عن ذلك مجموعة من الأسئلة، فما المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي في مجال النسب؟ وكيف يتم تقدير نتائج الخبرة العلمية؟ وهل تم تكريس القضاء للطرق العلمية في إثبات النسب أم أنها بقيت رهينة النصوص القانونية؟

تقتضي الإجابة على هذه الأسئلة اعتماد عدّة مناهج، أهمها المنهج التحليلي الاستنباطي والاستقرائي وكذلك الوصفي. وبداية، سيتم دراسة معنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وأساسها القانوني (المبحث الأول) ثم تقدير القاضي لنتائج الخبرة

العلمية في قضايا النسب ومدى إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: معنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وأساسها القانوني
يتمتع قاضي شؤون الأسرة بدور إيجابي في سير الدعوى، ومتى طرحت أمامه قضية إثبات نسب وتعدّر ذلك بالطرق التقليدية الواردة في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة، فله إعمال سلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية في ذلك. ولفهم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في هذا المجال، يتعين بداية تحديد معنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (المطلب الأول) ثم أساسها القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة
تحظى السلطة التقديرية بأهمية كبيرة في مجال العمل القضائي بصفة عامة، تعتمد أساساً على النشاط العقلي للقاضي، وقد عرفها بعض الفقه على أنها: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه"⁴. أو هي صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب نص قانوني، وأن قوامها النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي أثناء ممارسة السلطة القضائية وأن مادة هذا النشاط الذهني هو الواقع والقانون معاً⁵.

والسلطة التقديرية ملازمة للسلطة القضائية، فحيثما وجدت الأخيرة وجدت الأولى، وقوام السلطة التقديرية النشاط الذهني والنظر العقلي⁶.

والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية مينة تكون صالحة للتطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية⁷.

وقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في أغلب مسائل الأسرة يمارسها في كل مراحل الدعوى، وهذا بالاجتهاد من أجل إيجاد الحلول لكل القضايا المطروحة أمامه وبذلك يمكنه تجاوز النقائص والثغرات الموجودة في قانون الأسرة.

بعد الوصول إلى معنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، يتم الانتقال الآن إلى البحث عن الأساس القانوني الذي يستمد منه هذه السلطة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية في قانون الأسرة

يملك قاضي شؤون الأسرة سلطة تامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمًا صحيحًا وموازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما يطمئن إليه منها، ولا رقابة للمحمة العليا في ذلك متى أقام حكمه على أسباب سائغة⁸.

ومن ثم، يكون تقدير القاضي في جميع مراحل دعوى النسب ابتداءً من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي⁹.

ولأنه لا يمكن لقانون الأسرة احتواء جميع المسائل المطروحة أمام القضاء وإيجاد الحلول لها، منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية تشمل كل النقائص الموجودة في هذا القانون، بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبذلك، اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً لقانون الأسرة في كل ما لم يتم النص عليه، دون تقييد للقاضي بمذهب معين. فقد تبنى المشرع المنهجية اللأمذهبية، وهذا ما يحقق مرونة الشريعة الإسلامية الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهذه ميزة تحسب لمشرعنا، إذ سمح للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستنباط الحل من أي رأي فقهي يجد فيه القاضي الحل الأنسب للقضية المطروحة أمامه.

إضافة إلى ذلك، تتسم نصوص قانون الأسرة بالمرونة إذ تسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في مختلف أحكام الأسرة. منها سلطته في منح الإذن القضائي بزواج القاصر،

والترخيص بتعدد الزوجات وكذلك سلطة تقديرية في أحكام الزواج والطلاق والآثار الناجمة عنهما، وفي تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة وكذلك يجيز القانون للقاضي أعمال سلطته التقديرية في منازعات النسب.

وفي هذا الصدد، يستمد القاضي سلطته التقديرية من المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة فيمكنه الأخذ بالطرق القانونية والشرعية الواردة في الفقرة الأولى من المادة 40 ذات القانون، من أجل إثبات النسب باللجوء إلى التحقيق كسماع الشهود، وكذا مدى الأخذ بالإقرار. أما سلطة القاضي التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب فتجد أساسها الموضوعي في نص المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة.

وتجدر الملاحظة، أن إبقاء المشرع للطرق التقليدية في المادة 1/40 من ق.أ في فقرة مستقلة، وعدم إدراجه للطرق العلمية معها، إنما يقصد منه أن هذه الأخيرة ليست دليلاً شرعياً قائماً بذاته، مما يعني أن المشرع اعتبرها دليلاً مساعداً أو احتياطياً، يستعين به القاضي في إطار سلطته التقديرية كآخر حلّ عند انعدام كافة الوسائل الأخرى، في حال فقدان الطرق الشرعية كما هو الحال في مجهول النسب أو تعارض الأدلة الشرعية¹⁰.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلم يخصص نصاً للدور الإيجابي للقاضي في مجال إثبات النسب، وإنما اكتفى بالنص على الاختصاص الإقليمي في المادة 490¹¹ ووجوب حضور النيابة العامة في قضايا النسب 491¹².

ومتى أعمل القاضي سلطته التقديرية طبقاً للفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، فإنه يقوم بإصدار حكم تمهيدي بإجراء خبرة علمية لتبني مدى مطابقة البصمة الوراثية بين الابن والأب المزعوم¹³.

أما في حالة طلب الخصوم إجراء تحاليل البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب، فللقاضي سلطة تقديرية في قبول أو رفض الطلب، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليه تسبب رفضه بأسباب سائغة. وقد بدت هذه السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب في عدّة قرارات للمحكمة العليا، منها القرار الصادر بتاريخ 2006 /03/05¹⁴ الذي تم فيه الحاق النسب بناء على نتائج تحليل البصمة الوراثية،

وكذلك بدت السلطة التقديرية للقاضي في استبعاد الاعتماد على الطرق العلمية بالرغم من طلبها من طرف الخصوم في قرار صادر بتاريخ 2011/05/12¹⁵ ، وإنما اعتمدوا على الشبهة والإقرار، وهو ما يؤكد لنا أن القضاة استعملوا سلطتهم التقديرية في عدم اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات نسب البنت.

المبحث الثاني: تقدير القاضي لنتائج الخبرة العلمية ومدى إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب. سيتم دراسة سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة لنتائج الخبرة العلمية في المطلب الأول ثم إعمال السلطة التقديرية في قضايا إثبات النسب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة لنتائج الخبرة العلمية

بعد ندب الخبير من طرف القاضي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقوم بعمله تحت إشراف القاضي، وفور انتهائه من المهمة الموكلة إليه، يقوم بإيداع تقرير الخبرة لدى أمانة ضبط المحكمة. ويبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة تجاه هذا التقرير، بمعنى أن رأي الخبير ليس ملزما للقاضي، ويمكن أن يأخذ به كلياً أو جزئياً أو حتى يستبعده غير أنه يجب عليه أن يُضمن حكمه الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً¹⁶ وهو ما تم النص عليه في المواد 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷.

فرأي الخبير لا يعدو أن يكون رأياً استشارياً، وليس له من قوة في الإثبات أكثر من كونه عنصراً من عناصر إقناع القاضي مع بقية الأدلة الأخرى القائمة في الدعوى¹⁸. وقد سار القضاء الجزائري على وجوب احترام رأي الخبير وعدم جواز مخالفة ما جاء في تقريره إلا بتقديم الدليل المخالف والتسبيب الكافي الذي يغني عن الأخذ بهذه الخبرة¹⁹.

ورغم التأثير الكبير لتقارير الخبراء في أحكام وقرارات القضاة، إلا أنها لا تفرض عليهم شيئاً، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم²⁰.

ومع ذلك، وبالرغم من دقة نتائج الفحوص الوراثية التي غالباً ما تستعصي على فهم القاضي، فإنه يقع على عاتقه مناقشة محتواها والردّ على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، ولا يمكن للقاضي المصادقة على تقرير الخبرة دون مناقشة، لأنه حينها سوف يتخلى عن صلاحياته لفائدة الخبير²¹.

بعد أن تم دراسة سلطة تقدير القاضي لنتائج الخبرة العلمية فان السؤال الذي يتبادر الى الأذهان هو ما مدى إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب؟

المطلب الثاني: مدى إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل إثبات النسب

إن القضاء الجزائري وفي إطار السلطة التقديرية تمسك بأحكام الشريعة الإسلامية واعتمد على القواعد التقليدية في إثبات، وقد استقرت المحكمة العليا ردحا من الزمن على الاعتراف بالنسب الشرعي في عدة قرارات لها²² غير أن منحاه هذا تغير بعد استحداث الطرق العلمية في آخر تعديل لقانون الأسرة.

وبخصوص إعمال القاضي لسلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فلم نجد أي قرار بهذا الشأن، إذا أن المقصود بإثبات النسب هو النسب الشرعي الثابت بالفراش والزواج الشرعي، كحالة اختلاط المواليد بالمستشفيات أو اختلاط النطف في مراكز التلقيح الاصطناعي أو التنازع حول مجهول النسب وغيرها. غير أن القضاء الجزائري توجه إلى إعمال سلطته التقديرية في إلحاق نسب غير شرعي لأبيه البيولوجي، بناء على خبرة عليمية أو دليل آخر. وهو ما جاء في عدة قرارات للمحكمة العليا قضت بإلحاق ابن المغتصبة بمغتصبها. وأول هذه القرارات صدر بتاريخ 05/03/2006 الذي تم فيه إلحاق النسب بالأب البيولوجي بناء على الخبرة الطبية بالرغم من أن العلاقة غير شرعية²³.

زيادة على ذلك، تم إلحاق نسب ابن غير شرعي بناء على الشهية وإقرار أبيه البيولوجي في قرار آخر للمحكمة العليا، فالقاضي في هذه القضية لم يستجب لطلب الخصوم بإجراء خبرة طبية، وكانت هذا القرار صادرا بتاريخ 2011/05/12²⁴.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2012/03/15 أكدت المحكمة العليا موقفها من نسب ولد المغتصبة إلى المغتصب²⁵، بعد ثبوت هتك عرض قاصرة وحملها من المغتصب وإنجاب بنت فإن نسبها يلحق بالمغتصب.

تعقيبا على القرارات أعلاه، كان القرار الصادر بتاريخ 2006/03/05 جريئا في استخدام الخبرة العلمية لإلحاق نسب ابن غير شرعي، بالرغم من أن المادة 2/40 تعطي السلطة

التقديرية للقاضي في إثبات النسب الشرعي بالخبرة الطبية، وما ذهبت إليه المحكمة العليا لا يوجد بشأنه نص قانوني. فقانون الأسرة أهمل تنظيم مسألة نسب الطفل غير الشرعي، فكان على القاضي إعمال سلطته التقديرية بالبحث عن الحل في أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة. ومن ثم، ومتى أعمل القاضي سلطته التقديرية ورجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فأى مذهب أو رأي استند عليه في إلحاق ابن المغتصبة بمغتصبيها؟ وكيف يتم هذا الاستلحاق؟

إجابة على ذلك، يتوجب الرجوع في هذه المسألة إلى الأحكام التي جاء بها الكتاب والسنة وآراء العلماء في ذلك.

وفي شأن إثبات النسب للأب، جاء في كتاب الله عز وجل: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ"²⁶. وفي الحديث قوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"²⁷. ولم يتفق الفقهاء حول نسب ابن الزنا لأبيه على النحو الآتي:

الرأي الأول هو قول الجمهور: لا ينسب للزاني ابنه من الزنا، وقد ورد في المغني لابن قدامة الحنبلي أن ابن الملاعن يلحق به إذا استلحقه، وان ابن الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور²⁸، وهذا استناداً إلى الحديث الشريف "الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ" ولا فراش للزاني ولا للمغتصب. لأن النسب لا يثبت أساساً من جريمة الزنا، لعل أن الزنا يعد من جرائم الحدود التي تستوجب العقاب والذم، فكيف يثبت به النسب الذي هو مفخرة وفضل، وهذا الأصل ثابت بأدلة الشرع الجزئية وقواعده الكلية وعموم توجهاته وقرائنه ومعطياته²⁹.

أما الرأي الثاني فيقول بأن الزاني إذا استلحق ولده من الزنا يلحق به إذا أقيم عليه الحد، وهو قول ابن سيرين والحسن البصري وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار وإبراهيم النخعي وإسحاق³⁰. وكذلك قول أبو حنيفة أنه لا بأس أن يتزوجها مع حملها ويسترعليها والولد ولد له³¹، أما ثبوت نسبه من أمه فهو ثابت بالولادة.

وقال ابن عثيمين: "أن قول النبي ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر عام سواء ادعاه صاحب الفراش أم لم يدعه، أو خاص فيما إذا ادعاه صاحب الفراش؟ قال الجمهور أنه عام، وأنه لا يلحق الزاني في الولد الذي ولد من مائه. وذهب بعض العلماء

إلى أن هذا خاص في المخاصمة، يعني إذا تخاصم الزاني وصاحب الفراش قضينا به لصاحب الفراش، أما إذا كان لا منازع للزاني واستلحقه فإنه يلحق به. والزاجح أن ولد الزنا لا يلحق به إلا إذا ادعاه، أي أقر بأنه ولده ولم يصحح بأنه جاء به من زنا، فله ذلك، ويلحق به، وهذا القول هو الزاجح والمناسب للعقل وكذلك الشرع عند التأمل³².

وقال إسحاق بن راهوية أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه وادعاه الزاني يلحق به، وأن قوله ﷺ الولد للفراش على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش على الولد³³.

فمنحى القضاء في نسب ابن المغتصبة إلى المغتصب جاء موافقا لاتجاه الثاني، وأيضا لبعض الفقه المعاصر الذي استند على عدة قواعد فقهية لرفع الضرر الذي يصيب الصغير جراء ضياع حقوقه، ومنها الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سنة 1980 من طرف الشيخ جاد الحق علي جاد الحق-مفتي مصر سابق- الذي استند على القواعد الفقهية "الضرر يزال" و"الضرورات تبيح المحظورات". وفي عدم ثبوت نسب الحمل للمتهم المغتصب ضرر كبير على الجنين، بل وفيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة، بما تستتبعه من أبناء غير شرعيين، والانحراف عن الشرعية قضاء على مستقبل الإنسان الإنساني. وهذا فوق الأضرار الاجتماعية والنفسية التي لا يمكن حصرها³⁴.

وبتطبيق قواعد العدالة، لا يجوز أن نساوي بين الزانية والمغتصبة، ونسب الطفل في الحالتين لأنهما مختلفتين من الأساس، فالزانية تمارس الرذيلة بمشيئتها، أما المغتصبة فلم تتعمد الزنا ويفترض بأنها ليست عاهرا، لأن الزاني استخدم معها الإكراه، والإكراه مخرج لإسقاط العقوبة عنها فيرتفع الإثم عنها، لأن الإكراه يعتبر شبهة والحدود تدرأ بالشبهات³⁵، وبالتالي فلا حد على المستكرهه على الزنا-باتفاق الفقهاء-³⁶، ويقول الشافعية بثبوت النسب منه إذا حملت ولها مهر مثلها وعلما العدة³⁷.

إذن، قضاة المحكمة العليا استعملوا سلطة تقديرية واسعة في الرجوع إلى آراء العلماء في الموضوع وأخذوا بالرأي القائل بإلحاق ولد المغتصبة لمغتصبها، لكن أهملوا شروط هذا الاستلحاق. ففي القرار الأول والثالث لم يدعي المغتصب أن المولود ابنه، وبالتالي فقضاة المحكمة العليا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية في شروط إلحاق الولد

للمغتصب، واستعملوا سلطة تقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية دون أن يمنحهم إياها القانون.

وما نلاحظه على القرار الثاني هو أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة بإجراء التحاليل، وكذلك قضاة المحكمة العليا لم يستندوا على الخبرة العلمية من أجل نسب البنت، وإنما اعتمدوا على الشبهة والإقرار. وهنا تبرز جيدا السلطة التقديرية للقاضي في عدم الأخذ بالفحوص الطبية لإلحاق النسب.

وما يمكن أن نقوله هو أن إعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية إنما منحه المشرع للقاضي في مسائل إثبات النسب وليس إلحاقه، وأن إلحاق ولد المغتصبة بالمغتصب يجب أن يكون بشرط استلحاق هذا الأخير للطفل، وهو ما لا نلمسه في القرار الأول والثالث. لذلك وفي ظل عدم وجود نص يقضي بنسب ولد المغتصبة إلى مغتصبها ولا نص يسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية للتحقق من تطابق الحمض النووي بين الطفل والأب البيولوجي (المغتصب)، فيجب على القضاء الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن دون سواها.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة تم التوصل إلى النتائج الآتية:

كان النسب ولا يزال موضع عناية المشرع الأسري، وإضافة الطرق العلمية إلى الرصيد القانوني ومنح القاضي سلطة تقديرية واسعة للجوء إليها في مسائل النسب، إنما كان الهدف منه هو التوسع قدر الإمكان في التنقيب عن نسب الطفل وإثباته.

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تستمد أساسها من نصوص قانون الأسرة التي جاءت مرنة تتيح للقاضي إعمال قدراته في فهم القضية المطروحة أمامه، واستنباط عناصرها التي تدخل في نطاق القاعدة القانونية للوصول إلى حل عادل للنزاع المطروح. فيجوز للقاضي الأمر بخبرة علمية في مسائل إثبات النسب بناء على سلطته التقديرية، وله أن يلبى أو يرفض طلب الخصوم للخبرة العلمية في هذا الشأن، وله سلطة في تقدير نتائج الخبرة والأخذ بها أو تركها.

منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في إثبات النسب الشرعي بموجب خبرة علمية، ولم يمنحه هذه السلطة في إثبات ولد الزنا، ومع ذلك قام القضاء بإلحاق ولد المغتصبة بابيه البيولوجي بناء على الطرق العلمية.

إن سكوت المشرع عن نسب ابن الزنا لاسيما ابن المغتصبة لا يتناسب مع حجم الجريمة ونتائجها الحاصلة في المجتمع، وإعمال السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة قد يوقع القضاء في تناقضات، فتم إلحاق نسب ابن الاغتصاب بالبصمة الوراثية تارة وتارة اخرى بناء على إقرار أبيه، لذلك يتوجب التقيد بالأحكام الشرعية في إلحاق نسب ولد المغتصبة.

إضافة إلى هذه النتائج يمكن أن نقترح إعادة النظر في النصوص الناظمة للنسب، والنص صراحة على نسب ابن الزنا وابن المغتصبة وهذا من باب الحرص على الأنساب وعدم اختلاطها.

¹ القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية مؤرخة في 1984/06/12، عدد 24، ص.910.

² الأمر رقم 05 - 02 ، المتضمن تعديل قانون الاسرة الجزائري، المؤرخ في 2005/02/27، جريدة رسمية لسنة 2005، عدد 15، ص.18.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1999/06/155، ملف رقم 222674، المجلة القضائية، 2002، عدد خاص، ص.88.

⁴ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013 - 2014، ص.ج.

⁵ أنظر، وسن قاسم الخفاجي وجعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، 2017، عدد 4، ص.196.

⁶ أنظر، محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص.81.

⁷ شامي أحمد، المرجع السابق، ص.د.

⁸ أنظر، محمد حجاري، النطاق الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الإثبات، دراسة تحليلية في ضوء القانون والعمل القضائي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، 2018، مجلد 7، عدد 27، ص.206.

⁹ محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص.81.

¹⁰ أنظر، محمد بجاق، الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة الوادي، جوان 2012، عدد 5، ص.40؛ شامي أحمد، المرجع السابق، ص.392.

- ¹¹ تنص المادة 490 منق.إ.م.إ على أنه: "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة والأبوة أو بالأبوة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام المحكمة موطن المدعى عليه".
- ¹² جاء في نص المادة 491 من ق.إ.م.إ "ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية".
- ¹³ تتنوع وسائل الكشف عن الأبوة البيولوجية، إلا أن الخبرة المعتمدة في مسائل النسب هي خبرة البصمة الوراثية، ذلك انها قطعية الدلالة في إثبات البنوة البيولوجية بنسبة قد تصل إلى 99.99% ، وتؤكد استخدامها من طرف القضاء الجزائري بعد صدور القانون رقم 03-16، المؤرخ في 2016/06/19، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، جريدة رسمية مؤرخة في 2016/06/22، عدد 37، ص.5.
- ¹⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، المجلة القضائية، 2007، عدد 1، ص.01.
- ¹⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 617374، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 1، ص.294.
- ¹⁶ أنظر، أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دار الفكر الجامي، ط1، الاسكندرية، 2014، ص.134.
- ¹⁷ تنص المادة 144 منق.إ.م.إ على أنه "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة".
- ¹⁸ أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص.135.
- ¹⁹ أنظر، رابيس محمد ومحمد أمين امحاسني، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2011، عدد 2، ص.102.
- ²⁰ أنظر، سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.35.
- ²¹ أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، في قانون الاسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.675.
- ²² المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 58224، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص.110؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، نشرة القضاة، 1999، عدد 54، ص.103، مقتبس عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص.633.
- ²³ المبدأ: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الاسرة اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ولا ينبغي الخلط بين اثبات النسب في الزواج الشرعي المادة 41 وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية" وجاء في حيثيات القرار انه: "لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة، وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية

كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به". المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، سبق ذكره.

²⁴ جاء في القرار أن: "... وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدا على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل، ومطالبه المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف، أصدر مجلس قضاء معسكر القرار المؤرخ في 2007/03/28 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض. حيث أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا غير متوفرة دون مراعاة للزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن ظروف ومعطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة ... بينما أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج، واستنتجوا من ذلك أنه نتيجة علاقة غير شرعية، المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 617374، سبق ذكره.

²⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 734072، مقتبس عن، تبوب فاطمة الزهراء، نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072، المؤرخ في 2012-03-15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2013، ص.124.

²⁶ سورة الأحزاب، الآية 5.

²⁷ أنظر، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 253، باب تفسير الشبهات، ط1، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 2002، ص.491.

²⁸ أنظر، بن قدامة الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، جزء9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص.123.

²⁹ أنظر، أوان عبد الله الفيضي، الخلافات في إثبات ولد الزنا وموقف القوانين، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2019، مجلد3، جزء، عدد4، ص.99.

³⁰ بن قدامة الحنبلي، المرجع نفسه، ص.123.

³¹ بن قدامة الحنبلي، المرجع نفسه، ص.123.

³² محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مجلد 12، طبعة1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص.127.

³³ أنظر، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، جزء5، طبعة3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص.381.

³⁴ وأضاف وأنه يجب دفع الضرر عن الطفل والمغتصبة بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان زواج المتهم من المجني عليها يقبل منه شرعا يقبل منها شرعا أيضا هذا الاقرار بنسب هذا الحمل اليه واكتساب ابوته، دار الافتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية، المجلد8، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1993، ص.2941 وما بعدها.

³⁵ أنظر، محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، جزء1، طبعة1، دار الفكر، دمشق، 2006، ص.660.

³⁶ أنظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، جزء5، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.88.

³⁷ عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص.88.