



دور فحص التطابق النسيجي في نفي النسب

(دراسة مقارنة) (مستل)

أ.د. عمار سعدون المشهداني

ammar.almashhany52@gmail.com

جامعة الموصل/كلية الحقوق

أحمد ناصر مصطفى ناصر

ahmdalnaser292@gmail.com

طالب دراسات عليا/ ماجستير خاص/ جامعة الموصل/ كلية الحقوق

ROLE OF HISTOCOMPATIBILITY IN DENYING LINEAGE (A COMPARATIVE STUDY)^(Quoted)

Prof. Dr. Ammar saadun al-Mashhadani

Mosul University\College of Law

Nasser Ahmed Nasser Mustafa

Master student\Special Master\University of Mosul

College of Law

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين وبعد، أن مقتضيات البحث العلمية محل الدراسة تقتضي أن أتناول في المقدمة الأمور الآتية:

اولاً: المدخل التعريفي بموضوع البحث: قد يواجه القاضي في اثناء نظر الدعوى مسألة فنية يصعب عليه الإلمام فيها ومنها المسائل الطبية مما يضطر معها إلى الاستعانة بالخبراء الطبيين لانارة الطريق امامه من أجل حسم الدعوى، ومن تلك المسائل إثبات النسب ونفيه بطرق العلمية الحديثة، إذ تتطلب تلك الوسائل معرفة ومهارة لا يدركها الا اصحاب التخصص الفني، وكان اثبات النسب يعتمد على فصائل الدم في إيجاد العلاقة الوراثية بين الأبْن وأبويه، إلا أن تطور

العلم لاسيما في المجال الطبي ادى لظهور ادلة علمية حديثة ومنها فحص التطابق النسيجي أو ما يطلق عليه DNA حيث أن دقة هذا الفحص جعل القضاء يطمئن في اللجوء اليه لأنه يثبت العلاقة البيولوجية بين الابن وأبيه بدقة عالية لا يرقى اليها الشك ولا يرفضها العقل والمنطق.

إلا أن القضاء لم يستقر على اتجاه ثابت في الأخذ بفحص التطابق النسيجي ويعود السبب في ذلك أن المشرع العراقي لم يحسم موقفه تجاه تلك المسألة، مما يضطر معه القضاء إلى اللجوء إلى المادة (١٠٤) من قانون الإثبات والتي تعد قاعدة عامة تنطبق على وسائل التقدم العلمي جميعها ومنها فحص التطابق النسيجي بوصفها قرينة قضائية تساعد القاضي في حسم الدعوى.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع: تبرز أسباب عديدة دفعتني إلى اختيار موضوع دور فحص التطابق النسيجي في نفي النسب موضوعاً للبحث من أهمها:

١. ظهور أدلة علمية جديدة لم تكن موجودة سابقاً، ومن هذه الأدلة فحوصات الدم والتطابق النسيجي، مما يتطلب البحث فيها لمعرفة حجيتها في الأثبات.

٢. عدم تنظيم المشرع العراقي أحكام خاصة لأثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية الحديثة.

٣. من خلال الاطلاع على الكثير من القرارات القضائية وجدنا تباين الموقف القضائي فيما يخص نفي النسب بالخبرة الطبية المتمثل بفحص التطابق النسيجي، إذ لم يستقر القضاء العراقي على اتجاه ثابت وموحد في حسم مثل هذه الدعاوى.

ثالثاً: تساؤلات البحث: لقد تم اختيار موضوع دور فحص التطابق النسيجي في نفي النسب للإجابة عن الأسئلة الآتية:

١. هل تعد وسائل اثبات النسب الحديثة قرينة قضائية أم خبرة طبية؟
٢. ماهي الحجية القانونية لنفي النسب بفحص التطابق النسيجي؟
٣. هل يتعارض فحص التطابق النسيجي لنفي النسب مع الشريعة الإسلامية؟

٤. ما هو السبب في تباين وتعارض الموقف القضائي فيما يخص نفي النسب بفحص التطابق النسيجي؟

٥. هل من الممكن اقتراح أو إيجاد نصوص تشريعية خاصة تحكم الموضوع؟
رابعاً: منهجية البحث: تم الاعتماد في إعداد هذا البحث على المنهج المقارن الذي يقوم على مقارنة وسائل اثبات النسب الحديثة في القانون العراقي مع القانون المصري، والقانون اللبناني، والقانون الاماراتي، والقانون الاردني فضلا عن بيان موقف الشريعة الاسلامية، واعتمدنا على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية ومناقشتها التي تنظم هذا الموضوع حيثما وردت، وتحليل الآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح الرأي المفضل مع بيان رأينا الخاص كلما كان ذلك ضرورياً، وتم الاعتماد على المنهج التطبيقي، وذلك بتعزيز الموقف التشريعي والفقهية بالقرارات القضائية ذات الصلة بموضوع البحث سواء أكانت منشورة أم غير منشورة.

خامساً: هيكلية البحث: سوف تتم دراسة موضوع البحث بحسب الخطة الآتية:
المبحث الأول: ماهية فحص التطابق النسيجي/المطلب الأول: التعريف بفحص التطابق النسيجي/ المطلب الثاني: أساس نفي النسب بفحص التطابق النسيجي.

المبحث الثاني:الموقف القضائي لنفي النسب بفحص التطابق النسيجي/المطلب الأول: إذا لم يكن نفي النسب فيه الحاق الطفل بالغير/ المطلب الثاني: إذا كان نفي النسب فيه الحاق الطفل بالغير/ الخاتمة: وتشمل ما توصلنا إليه من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية فحص التطابق النسيجي

تتعدد طرق اثبات النسب في الخبرة الطبية إلا أن أحدث الطرق المستخدمة حالياً هو فحص التطابق النسيجي أو ما يطلق عليه (البصمة الوراثية DNA) فيعد التطور العلمي الحاصل في مجال علم الطب لاسيما(علم الوراثة) اصبحت من الوسائل التي لا

يمكن الاستغناء عنها، لان نتائج هذا الفحص تثبت بصورة قاطعة تصل نسبتها الى ٩٩,٩% في مسائل اثبات النسب اما في حالة نفي النسب فتصل دقة هذا الفحص ١٠٠% اذن هي من الفحوصات التي لا يرقى اليها الشك، وبما ان هذا الفحص هو المعول عليه حالياً في المجال الطبي والقضائي، لذا سيقصر بحثنا على هذا الوسيلة في بيان المقصود بفحص التطابق النسيجي، فضلا عن بيان الاساس الشرعي والقانوني لنفي النسب بهذه الطريقة والتي يتطلب بيانها على وفق ما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بفحص التطابق النسيجي

يقصد بفحص التطابق النسيجي أو ما يطلق عليه البصمة الوراثية^(١) DNA فحص الجينات الوراثية للأنسجة الواقعة على سطح كريات الدم البيض، وهو من الفحوصات الحديثة والمتطورة المستخدمة حالياً في مجالات طبية عديدة منها الطبابة العدلية في دعاوى إثبات النسب^(٢) ويستخدم في تطبيقات أخرى تتعلق بجسم الانسان وصحته^(٣) كما في تشخيص الأمراض الوراثية وايجاد العلاج للأمراض الموروثة، وقد

(١) الوراثة: علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال، أو هي العلامة أو الاثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الاصول إلى الفروع. د.حسام عبد الواحد كاظم، أياذ مطشر صيهود، الالتزام بسرية تقرير البصمة الوراثية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع٥٧، بغداد، ٢٠٠٨، ص٧٧.

(٢) القاضي فارس فيصل خورشيد، فحص التطابق النسيجي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الاعلى، لأغراض الترقية العلمية، ص٣. وعرفها مجمع الفقه الاسلامي بدورة السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة ٢٠٠٢، البصمة الوراثية هي(البنية الجينية، نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه).

(٣) ويمكن تطبيق هذه التقنية والاستفادة منها في المجالات الآتية: ١- إثبات النسب أو نفيه وما يتعلق بذلك مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو في حال الاشتباه في أطفال الأنابيب، أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث والحوادث، أو طفل لقيط، أو حال الاشتراك في وطء شبيهة وحصول الحمل، أو عند وجود احتمال حمل المرأة من رجلين في بيضتين مختلفتين في وقت متقارب كما لو تم اغتصاب المرأة بأكثر من رجل في وقت واحد، أو عند ادعاء شخص عنده بينة (شهود) بنسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة ٢- تحديد الشخصية أو نفيها مثل عودة الأسرى والمفقودين بعد غيبة طويلة، والتحقق من شخصيات المتهربين من عقوبات الجرائم، وتحديد شخصيات الأفراد إذا كانوا جثثاً مشوهة من الحروب والحوادث، والتحقق من دعوى الانتساب إلى قبيلة معينة بسبب الهجرة، أو تحديد القرابة للعائلة. لمزيد من التفصيل

توسع نطاق العمل بالبصمة الوراثية ليشمل المجال الجنائي لكشف هوية المجرمين في حالات ارتكاب جرائم القتل والاعتداء وغيرها، وفيما يخص فحص التطابق النسيجي في دعاوى النسب، فإن الاكتشافات الطبية تدل بأنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الانسان (٤٦) من الصبغيات الكروموسومات وتتكون هذه الكروموسومات من المادة الوراثية (الحمض النووي الريبوزي اللاكسيجيني الذي يرمز ب(دنا)^(١)) اي الجينات الوراثية ويحتوي كل واحد من الكروموسومات على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة الف مورثة تقريباً وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الانسان والطريقة التي يعمل بها، فضلا عن وظائف اخرى تنظيمية للجينات، وقد اثبتت التجارب الطبية بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة ان لكل انسان جينوماً بشرياً يختص به من دون سواه لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة اصابع في خصائصها إذ لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر وأن كانا توأمين^(٢).

لذا جرى إطلاق عبارة (البصمة الوراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف ب(دنا) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن ابيه وأمه، إذ أن كل شخص يحمل في خلية الجينية (٤٦) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي (٢٣) كروموسوماً عن ابيه بواسطة الحيوان المنوي والنصف الاخر وهي (٢٣) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (دنا) ذات شقين ويرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الأخر عن أمه فينتج بذلك

ينظر: د. عبد الرشيد محمد امين القاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، بحث متوفر على الأترنت على الموقع الإلكتروني: بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩. <http://www.islamtoday.net/>

(١) الدنا: عبارة عن خيطين اثنين حلزوني الشكل يلتف الواحد منهما على الاخر فهما اشبه بسلم خشبي ملتف، ويحملان الشفرة الوراثية Genetic code. لمزيد من التفصيل ينظر: تيسير عيسى الصيد احمد، أثر المستجدات العلمية الحديثة على أحكام النسب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٤، ص ٢٩٤.

(٢) أميرة حسن الرافعي، الوجيز في المسائل الشرعية- دعوى النسب شرعاً وقانوناً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٤٢.

كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع أبيه من كل وجه، ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منها^(١).

المطلب الثاني

أساس نفي النسب بفحص التطابق النسيجي

أن الأساس الشرعي لنفي النسب بأنه إذا جاءت الزوجة بولد لسته اشهر أو اكثر من حين بدء الفراش الشرعي ثبت نسبه من الزوج بالفراش من غير حاجة إلى دعوى أي اقرار من الزوج ونسب الولد^(٢) يثبت من أبيه وهو الزوج الشرعي، وإذا اراد الزوج أن ينفي نسب الولد إليه فلا ينتفي بمجرد نفيه بل لابد من اللعان^(٣) لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^(٤)، واستناداً إلى الآية الكريمة فإن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول امكانية احلال فحص التطابق النسيجي (DNA) بدل اللعان ويمكن تلخيص آرائهم على وفق الآتي:

(١) د.ياسين بن ناصر الخطيب، البصمة الوراثية، بحث منشور في مجلة العدل، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ع ٤١، ٥١٤٣٠، ص ١٧٣؛ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات النسب والجنائية، ط ١، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٢، ص ١١.

(٢) النسب عند الشافعية: القرابة ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤، ص ٣٠٦.

(٣) المحامي كمال صالح البناء، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، دار الكتب القانونية، مصر، دون سنة طبع، ص ٤٩؛ د. أحمد علي الخطيب، د. محمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ١، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ٢٠١؛ د. محمد محمد ابو زيد، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها جامعة الكويت، ع ١٥، ٢٠، ١٩٩٦، ص ٢٦٥.

(٤) سورة النور الآيات (٦، ٧، ٨، ٩).

القول الاول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فحسب، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين^(١) واستدلوا لرأيهم:

١- قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾^(٢) وتفسير الآية أن ما قضى به الله ورسوله مانع من الاختيار وموجب للامتثال ولا شك أن القول بإحلال البصمة الوراثية محل اللعان فيه اختيار^(٣) لوسيلة طبية مظنونة، وتقديمها على وسيلة شرعية ثابتة شرعية بالنصوص وهذا لا يجوز^(٤).

٢- قول النبي (ص): (الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْفَرَّاشِ الْحَجْرُ)^(٥) ووجه الدلالة ان النسب طالما ثبت بالفراش، فلا يمكن نفيه إلا بمعارض هو أقوى من الفراش هو اللعان ومن ثم فلا مجال لتقديم البصمة الوراثية أو احلالها محل اللعان^(٦). وعلى هذا الاتجاه قرر مجمع الفقه الإسلامي بالرابطه الاسلاميه عدم جواز احلال البصمة الوراثية بدل اللعان إذ جاء في القرار ما يأتي (... ثانياً: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد ان يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسريه، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية. ثالثاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة

(١) د. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالاته الاستفاده منها، ج٣، ص١٠٩؛ د. علي محي القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور اسلامي، ج٣، ص٦٠. نقلاً عن: د. محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص١٢٨؛ كذلك د. محمد جبر الالفي، اثر البصمة الوراثية في نفي النسب، بحث متوفر على الانترنت بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩ على الموقع الالكتروني:

<http://www.alukah.net/sharia>

(٢) سورة الاحزاب، الآية (٣٦).

(٣) محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٥، ص٤٣.

(٤) د. إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في اثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم في المؤتمر العربي الاول لعلوم الادلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص٢٣.

(٥) مسلم الحجاج أبو الحسن النيسابوري، صحيح مسلم، ج٢، دار احياء التراث العربي، دون سنة طبع. ص١٠٨١؛ محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، الجامع الصحيح والمختصر (صحيح البخاري)، ج٦، دار ابن كثير، بيروت، دون سنة طبع، ص٢٤٩٩.

(٦) لمزيد من النقاشات الفقهية ينظر: تيسير عيسى الصيد أحمد، مصدر سابق، ص٣٥٥.

الانساب الثابتة شرعاً. رابعاً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

- أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء..
- ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها..
- ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث والكوارث أو الحروب وتعذر معرفة اهلهم...^(١).

القول الثاني: يجد إمكانية إحلال البصمة الوراثية محل اللعان^(٢)، واستدلوا لرايهم:

١- بأن الزوج انما يلجأ إلى اللعان في حالة عدم وجود شهود يشهدون بصحة ما رمى به زوجته، إذ تدل نتائج البصمة الوراثية على صحة قول الزوج في نفي النسب من زوجته، فانه يمكن احلال البصمة الوراثية بدل اللعان.

٢- إن ما تكشفه نتائج اختبار البصمة الوراثية من الارتباط البيولوجي بين الولد وأبيه يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق والشرع يقيني .

اما الأساس القانوني من اثبات النسب ونفيه بفحص تطابق الأنسجة فأن قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ هو القانون الذي ينظم احكام النسب وكيفية اثباته إلا أنه لم ينص على جميع الوسائل المستخدمة في إثبات النسب ومنها تحاليل الدم وفحص التطابق النسيجي.

وغني عن البيان ان ادلة اثبات النسب المقررة في الشريعة الاسلامية وقانون

الاحوال الشخصية العراقي^(٣) ثلاثة: الفراش^(٤)، الاقرار^(١)، البينة^(٢).

(١) لمزيد من التفصيل حول قرار مجمع الفقه الاسلامي ينظر: د.محمد سعيد محمد الرملاوي، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٢) د.إبراهيم أحمد عثمان، مصدر سابق، ص ١٩؛ د.سعد الدين هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص ٣٥٢. نقلاً عن: تيسير عيسى الصيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٣) المادة (٥٢/ثانياً) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٤) يراد منه فراش الزوجية، وهو كناية عن قيام الزوجية الصحيحة حين ابتداء الحمل بالولد. لمزيد من التفصيل ينظر: د.أحمد علي الخطيب، د.محمد عبيد الكبيسي، د.محمد عباس السامرائي، مصدر سابق، ص ٢٠٠؛ أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٥.

واشترطت المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية لإثبات النسب بانه ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين الآتيين: ١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل. ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً.

مما يعني ان المشرع العراقي لم ينص على فحص التطابق النسيجي لإثبات النسب في قانون الاحوال الشخصية. إلا أن ذلك لا يمنع القاضي بالاستعانة بنصوص قانون الاثبات والخذ بالمواد التي تخدم هذه الوسيلة للوصول للحكم العادل^(٣) وبالرجوع إلى قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩^(٤) لم يشير بصورة صريحة إلى فحص التطابق النسيجي بوصفه وسيلة علمية جديدة من وسائل الاثبات، إلا أن المشرع جاء بقواعد مستحدثة عامة يمكن ان تستوعب حالات التقدم العلمي كلها التي يمكن استخدامها في الاثبات^(٥)، إذ نصت المادة (١٠٤) من قانون الاثبات بان للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، ويمكن لهذا النص أن يمتد ليشمل فحص التطابق النسيجي بوصفه وسيلة علمية حديثة.

فضلا عما جاء في المادة (١) من قانون الاثبات بتوسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً

(١) ويشترط لثبوت النسب بالإقرار تصديق المقر له إذا كان كبيراً أو مميزاً اما إذا كان صغيراً فلا يشترط ذلك، وأن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب فاذا كان نسبه معلوماً فلا فائدة من الاقرار وان يولد مثل المقر له من المقر.

(٢) يراد بالبينة المنصوص عليها في هذه المادة بالبينة الشخصية، أي الشهادة.
(٣) سه رگول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٢١٤.

(٤) والجدير بالذكر ان المادة (٣/١١) من قانون الاثبات العراقي نصت (يسري هذا القانون على: ٣- المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية مالم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون) وبما أن النسب يعد من الامور غير المالية في مسائل الاحوال الشخصية ولم يرد دليل شرعي خاص به والادلة الشرعية التي جاءت لإثبات النسب كلها ظنية فالشريعة الاسلامية فضلت الادلة القطعية على الادلة الظنية، ونجد ان البصمة الوراثية من الادلة القطعية.

(٥) ندى سالم ملا علو، نسب المولود في الشريعة الاسلامية والتشريع العراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص ١٠٥.

إلى الحكم العادل في القضية المنظورة وكذلك نصت المادة (٢) من القانون المذكور على الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته.

وفي تقديرنا ان فحص التطابق النسيجي وان كان المشرع العراقي يعده قرينة قضائية الا اننا لا نتفق معه، لان القرائن القضائية هي استنباط القاضي أمر مجهول غير ثابت من أمر معلوم ثابت لديه في الدعوى المنظورة، فهل يعد فحص التطابق النسيجي DNA مستتباً من واقعة مجهولة؟

لا يمكن أن يُعد فحص التطابق النسيجي وسائر فحوصات الدم قرينة قضائية، لان فحص التطابق النسيجي هو فحص فعلي لسوائل الجسم مباشرة فهو دليل مباشر، فلا يتناسب اعمال الوسائل العلمية ولاسيما البصمة الوراثية في نطاق القرائن القضائية مع القيمة العلمية لهذه الوسائل التي أصبح وبسبب تقدم الاجهزة الطبية بمقدورها إعطاء ادلة قطعية لا يرقى اليها الشك ولا يرفضها العقل والمنطق السليم، ولا تعد القرينة القضائية كافية لوحدها للحكم بل لابد من تعزيزها بغيرها من الادلة القانونية.

ومن هذا المنطلق كان على المشرع العراقي اعطاء قيمة قانونية اكبر لهذه الادلة بما يتناسب واهميتها في الواقع العملي بأن تدخل في نطاق الخبرة الطبية.

اما موقف القوانين المقارنة فلم ينص المشرع المصري على طرق إثبات النسب بالوسائل الحديثة في قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، وبانعدام النص في حكم تلك المسألة فأن القضاء المصري يرجع إلى احكام الشريعة الاسلامية في مسائل اثبات النسب ونفيه، والطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان.

اما موقف قانون الاحوال الشخصية اللبناني للمسلمين لسنة ١٩٩١ فلم ينص صراحة على موضوع اثبات النسب باستخدام الطرق العلمية الا انه اعترف بأحقية الابن غير الشرعي في الانتساب لأبيه الطبيعي على وفق نص المادة (٧٥) التي نصت (يحق للولد غير الشرعي ولامه ولوكيل العدل أيضاً أن يقيموا الدعوى على ما انجبه للاعتراف إذا نبذ نسبه اليه) واذا كان الامر كذلك فلا شك ان الوسائل العلمية من بصمة وراثية وغيرها الدور الأكبر في موضوع تحقيق العلاقة البيولوجية بين طرفي النسب.

ونصت المادة (٨٩) من قانون الاحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ بأنه (يثبت النسب بالفراش والاقرار والبينة أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش) ونصت المادة (٩٧) انه للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك).

مما يعني ان المشرع الإماراتي اراد الاستفادة من هذه التقنيات الحديثة في تحقيق النسب دون اخلال بالقواعد الشرعية، فأثبت النسب بالطرق العلمية على شرط ان يكون هناك اساس شرعي للعلاقة بين الطرفين في اشتراط ثبوت الفراش، كذلك فانه اجاز للمحكمة نفي النسب باستخدام هذه الوسائل شريطة الا يكون هذا النسب قد سبق وان ثبت قبل ذلك^(١).

وحسناً فعل المشرع الإماراتي لان ما دون في الاوراق الرسمية وبإقرار الابوين لا يمكن الرجوع عنه، ولعل مسوغ المشرع الاماراتي هو عدم فتح المجال لإقامة الدعاوى للتأكد من صحة النسب، مما يؤثر على الأسرة والمجتمع. فضلا عن ان المشرع الإماراتي قد جمع الفقه الاسلامي والطرق العلمية الحديثة وهذا اتجاه يثنى عليه.

ويبدو ان موقف قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٠ قد جمع كذلك بين الشرع والقانون فيما يخص نفي النسب بالبصمة الوراثية إذ نصت المادة (١٦٣/ج) بانه (يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات الآتية: ٣- إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له).

اما موقف المشرع الفرنسي وبصدور قانون ١٩٧٠/٧/٩ اصبح طلب فحص الدم الزامي للقاضي^(٢). إلا أن اللجوء إلى هذا الفحص لا يكون الا بطلب من القضاء إذ نصت المادة (١١/١٦) القانون المدني الفرنسي على ما يأتي (..وفي مجال القانون المدني فإن تحديد شخصية الفرد بناء على تحليل الجينات الوراثية لا يجب البحث عنه

(١) تيسير عيسى الصيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

(٢) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني، ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٤-٢٥.

إلا بمناسبة إتمام إجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص، ويصدد دعوى إنشاء أو منازعة في رابطة البنوة..).

المبحث الثاني

الموقف القضائي لنفي النسب بفحص التطابق النسبي

ان دعوى نفي النسب المقدمة إلى القضاء اما فيها حمل النسب إلى الغير، أو لا يكون فيها حمل النسب إلى الغير، ويختلف الحكم في الحالتين، ولبيان هذا الموقف بوضوح فإنه يقتضي تقسيم المبحث إلى مطلبين على وفق ما يأتي:

المطلب الأول

إذا لم يكن نفي النسب فيه احاق الطفل بالغير

قد ترفع دعوى نفي النسب إلى القضاء ولا يكون فيها حمل النسب إلى الغير، فأن القضاء العراقي لم يستقر على اتجاه ثابت بشأنها وانقسم موقفه إلى اتجاهين. الاتجاه الأول: رفض الاخذ بالخبرة الطبية ومنها البصمة الوراثية: يرفض هذا الاتجاه في قضاء محكمة التمييز الاتحادية الأخذ بالخبرة الطبية المتمثل بالبصمة الوراثية، أذ لا يحق للزوج نفي النسب الطفل المنسوب اليه، أما الفحص الطبي فهو قرينة وليس دليل يبنى عليه الحكم، لذا فأن القرينة ان لم يتبعها اعتراف فلا يبنى عليها الحكم مادامت الزوجية قائمة فلا يصار إلى الفحص الطبي لان الحديث النبوي الشريف قد حسم الأمر بأن الولد للفراش.

وتطبيقاً لهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرار حديث لها بأنه(لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية، وجد أن محكمة الاحوال الشخصية في .. سبق وان اصدرت قرارها في الدعوى المرقمة ١٦٣/ش/٢٠١٢ في ٢٠١٣/١/١٧ يقضي الحكم بنفي نسب الطفلة.. من والدها.. المدعي في الدعوى وثبوت نسبها من والدتها.. المدعى عليها في الدعوى واكتسب القرار درجة البتات بمضي المدة القانونية ولم تطعن المدعى عليها فيه، بتاريخ ٣/١/٢٠١٦ طعن نائب المدعي العام أمام محكمة الاحوال الشخصية في.. في القرار المذكور لمصلحة القانون

والذي (الطعن) ورد إلى الهيئة مع قرار هيئة الطعن لمصلحة القانون في رئاسة الادعاء العام بالعدد ٢/طعن/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٩/٢٠١٦ وطلبت نقض القرار لاحتوائه خرقاً للقانون .. وحيث ان الطعن في قرار المحكمة لمصلحة القانون مقدم ضمن المدة القانون واستناداً لإحكام المادة ٣٠/ثانياً-أ من قانون الادعاء العام قرر قبوله شكلاً، ولدى امعان النظر في القرار المطعون فيه لمصلحة القانون من لدن هذه الهيئة وجد أن المدعي .. ادعى بأن المدعى عليها .. مطلقته وصدق الطلاق بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٢ وحيث أن المدعى عليها انجبت الطفلة .. ولكونه عقيم طلب نفي نسب الطفلة منه وثبت نسبها من والدتها .. وأن المحكمة استندت في قرارها المشار اليه انفاً إلى تقرير معهد الطب العدلي بالعدد ٣٣٠٦٥ في ٢٠١٢/١٢/٢٣ المتضمن تعاكس العلامات الوراثية للطفلة .. مع نتائج البصمة الوراثية للمدعي وبالتالي نفى الفحص بنوة الطفلة .. للمدعي .. ولم تستكمل المحكمة تحقيقاتها في موضوع الدعوى على الرغم من تعلقه بالحل والحرمة وشموله بأحكام المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات المدنية .. اذ ان الثابت من المستمسكات المربوطة بالدعوى أن المدعي عقد على المدعى عليها بموجب عقد الزواج الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في .. بالعدد ٢٠٠٥/٩٥ في ٢٠٠٥/٩/٢٠٠٥ وانجبت المدعى عليها الطفلة .. بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/١ وسجلت باسم المدعى والمدعى عليها في سجلات الاحوال المدنية سجل .. صحيفة .. دائرة الاحوال المدنية في: تولد ٢٠٠٨ / ١٠ / ١ ثم طلقها بتاريخ ٢٠١٠/١١/٧ خارج المحكمة وصدق بموجب قرار محكمة الاحوال الشخصية في .. بالعدد ٣١٧٧/ش/٣/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/١٢ وبذلك ثبت نسب الطفلة من المدعي في السجلات الرسمية والتي هي حجة على الناس كافة مالم يطعن فيها بالتزوير (المادة ٢٢/اولاً من قانون الاثبات) كما أقر المدعي بنسب الطفلة منه بعد تسجيلها باسمه في سجلات الاحوال المدنية وحيث أن المادة ٥١ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل اشترطت في نسب ولد كل زوجة إلى زوجها شرطين هما ١- أن يمضي على عقد الزواج من أقل مدة الحمل ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً .. وقد تحقق الشرطان المذكوران في نسب الطفلة من المدعي بالإضافة إلى ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد استقر في

العديد من قراراتها ومنها القرار التمييزي المرقم ١٥٣٢/شخصية اولى/٢٠٠٣ في ٢٠٠٥/٤/٤ بأن من ينفي نسب الطفل أن يطلب الحاقه إلى والده الحقيقي وأخيراً وهو الأهم اتفاق العلماء على أن الفراش هو الاصل في ثبوت النسب والمراد في ثبوت الفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، فمن حملت وكانت حين حملها زوجة يثبت نسب حملها من زوجها الشرعي حين حملت، من غير حاجة إلى بيينة منها أو اقرار منه، وهذا النسب يعتبر شرعاً ثابتاً للفراش، وهو الاصل حفظاً للإنسان من الضياع، ولو ادعى رجل اخر زنى بهذه المرأة وأن هذه ابنه من الزنا- لم يلتفت اليه بالأجماع، وذلك لقول النبي(ص) (الولد للفراش وللعاهر الحجر) رواه البخاري، وهذا الحديث دل بمنطوقه على حكمين: أن المرأة أن كان لها فراش شرعي وزنت، والعياذ بالله، فالولد ينسب لصاحب الفراش الشرعي، فوجود الزنا لا يمنع من نسب الولد لأبيه: ودل أيضاً على أن العاهر أي: الزاني له الحجر أي: يرحم.. إذا لا يحق للزوج نفي النسب أن كان في فترة الحمل والولادة، أما الفحص الطبي فهو قرينة وليس دليل يبنى عليه الحكم، لذا فإن القرينة ان لم يتبعها اعتراف فلا يبنى عليها الحكم مادامت الزوجية قائمة فلا يصار إلى الفحص الطبي لان الحديث النبوي الشريف قد حسم الأمر بأن الولد للفراش.. ولما تقدم تكون دعوى المدعي واجبة الرد...^(١).

وأكدت محكمة التمييز اتجاهها بقرار اخر إذ قضت (... حيث لاحظت محكمة التمييز بأن الثابت أن المدعي عليها بموجب عقد زواج صحيح وانها انجبت منه الطفلة وتم تأشيرها في سجلات الأحوال المدنية.. ولما كانت المادة ٥١ من قانون الاحوال الشخصية قد اشترطت في اثبات نسب الولد لوالده شرطان وهما ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل وان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً وان الشرطين قد تحققا في نسب الطفلة من المدعي لقول الرسول الكريم ان(الولد للفراش وللعاهر الحجر) حيث لا يحق للزوج نفي النسب ان كان في فترة الحمل والولادة وان الفحص الطبي يكون قرينة وليس دليلاً كاملاً يبنى عليه الحكم مما تكون دعوى المدعي واجبة الرد...^(٢).

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٣/ الهيئة العامة ت١٥/ ٢٠١٦ في ٢٧/٣/٢٠١٦ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٥٤٧٤/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٦ (غير منشور).

يتضح مما تقدم ان الاتجاه التمييزي الرافض للأخذ بالبصمة الوراثية لنفي النسب إذا لم يكن فيه الحاق الولد بالغير يستند إلى التبريرات الآتية:

١- يثبت النسب من الزوج ولا يثبت لشخص آخر ما دامت الزوجية قائمة، فكل علاقة مشروعة يثبت بها نسب الطفل إلى الزوج الذي استولد زوجته هذا الطفل اعمالاً بقول الرسول (ص): (الولد للفرش وللعاهر الحجر).

٢- اشترطت المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في نسب ولد كل زوجة إلى زوجها شرطين هما ١- أن يمضي على عقد الزواج من أقل مدة الحمل ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً. فاذا تحقق الشرطين لا يجوز نفي النسب بالبصمة الوراثية.

٣- استقر قضاء هذه المحكمة في عديد من قراراتها ومنها القرار التمييزي المرقم ١٥٣٢/شخصية اولى/٢٠٠٣ في ٢٠٠٥/٤/٤ بأن من ينفي نسب الطفل أن يطلب الحاقه إلى والده الحقيقي.

الاتجاه الثاني: الأخذ بالخبرة الطبية ومنها البصمة الوراثية لنفي النسب: ويذهب الاتجاه الآخر من قضاء محكمة التمييز إلى الاخذ بالبصمة الوراثية لنفي النسب حتى وان لم يكن فيه الحاق الطفل بوالده الحقيقي إذا ثبتت الفحوصات المختبرية تعاكس العلامات الوراثية بين الطفل والاب طالب نفي النسب:

وتطبيقاً لهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز (.. ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الاحوال الشخصية في.. بأن المدعى عليها زوجته الداخل بها شرعاً وقانوناً وقد انجبت الطفل.. وحيث انه عقيم ولا يمكنه الانجاب عليه يطلب دعوتها للمرافعة والحكم بنفي نسب الطفل المذكور اعلاه منه وتحميل المدعى عليها الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.. اصدرت محكمة الموضوع بعدد ٣٣٩٨/ش/٢٠١٧ وبتاريخ ٢٠١٧/١٠/٤ حكماً حضورياً يقضي بنفي نسب الولد.. من صلب المدعي وتأشير ذلك في السجلات الرسمية بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية وتحميل المدعى عليها الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة طعن وكيل المدعى عليها بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة في ٢٦/١٠/٢٠١٧... وبناء على ذلك قررت محكمة التمييز: لدى التدقيق

والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون وللأسباب والحيثيات التي استند إليها لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز...^(١).

يتضح مما تقدم ان محكمة التمييز قد أخذت بفحص تطابق الانسجة لنفي النسب، لان من حق الرجل في عدم تنسيب من هو ليس من صلبه وهو ما يجب أن يؤخذ أيضاً بعين الاعتبار ولاسيما عندما تأتي الدلائل والقرائن المؤكدة عليه، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فالشريعة الاسلامية ذاتها اعتمدت على عديد من الوسائل التي كانت تجد فيها السبيل لما يوصلها إلى الحقيقة، وما القيافة وغيرها من الوسائل إلا الدليل على ذلك^(٢).

وتأكيداً على ما سبق ذكره بعدم استقرار محكمة التمييز على اتجاه ثابت ومحدد فيما يخص نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا لم يكن فيه الحاق الطفل بالغير، فقد اصدرت محكمة التمييز قرار يخالف رأبها السابق في غضون شهرا واحداً، إذ جاء في القرار التمييزي... ان المادة ٥١ من قانون الاحوال الشخصية تشترط لتحقيق ثبوت النسب توافر شرطان هما ان يمضي على الزواج اقل مدة الحمل وان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً اذا فانه بعد تحقق هذين الشرطين فان نسب الطفلة يعتبر ثابتاً لوالدها .. وان كانت نتيجة الفحص الطبي تخالف ذلك لأنه يتحتم التقيد بالقاعدة الشرعية(الولد للفراش وللعاشر الحجر)اذ ان وجوب الاستناد والأخذ بهذه القاعدة في حل مشاكل نفي النسب أو اثباته يحقق هدفاً اجتماعياً سامياً يتمثل بحماية اعراض الناس وصون الانساب وحماية لمبدأ استقرار المعاملات..^(٣)، ويلحظ ان عدم استقرار محكمة التمييز على اتجاه ثابت ومحدد في مسائل نفي النسب يجعل قضاة محاكم الاحوال

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٩٠٩١/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في ٢٠١٨/١/٩ (غير منشور).

(٢) د.ناديا خير الدين عزيز الحاتم، طرق الاثبات في دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٢٣٨.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٥٠٣/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٨/٢/٢٠ (غير منشور).

الشخصية في حيرة من امرهم، لذا كان الاجدر على محكمة التمييز ان تثبت على اتجاه محدد في تلك المسألة.

ونرى ان عدم استقرار محكمة التمييز على رأي ثابت يرجع إلى اختلاف وجهات الرأي بين الهيئات المتخصصة داخل محكمة التمييز، بل واختلاف وجهات النظر داخل الهيئة الواحدة، لذلك وقطعا للنزاع يتطلب الامر تدخل المشرع العراقي بأن ينظم مسائل اثبات ونفي النسب بشكل واضح، بأن يمنع اجراء فحص تطابق الانسجة إذا ثبت النسب في السجلات الرسمية، لان التأكد من صحة الانساب الثابتة فيه قدح في اعراض الناس وأنسابهم ويؤدي إلى الاضرار بالأسرة والمجتمع، ويفسد العلاقات الزوجية، كما يزرع العداة بين الاقارب.

المطلب الثاني

إذا كان نفي النسب فيه الحاق الطفل بالغير

استقر قضاء محكمة التمييز إلى نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا الحق الطفل بوالده الحقيقي (تصحيح نسب) إذا وجد اقرار من اطراف الدعوى، فالمحكمة تسأل المدعي ان كان يطلب الحاق نسب الولد إلى شخص معين، فاذا طلب الحاقه بالغير واقر الطرف المحال اليه وجاءت نتيجة تطابق الانسجة مؤيده لادعاه تحكم المحكمة بنفي النسب وتفتح دائرة الاحوال المدنية بتأشير ذلك في سجلاتها.

وعلى هذا المنوال قضت محكمة التمييز (.. لإقرار المدعى عليه والشخص الثالث زوجته بأن الصغيرة(ب) هي أبنه المدعي من زوجته المدعوة.. وانهما قد سجلا الصغيرة(ب) بأسهما وذلك لخلاف حصل بين المدعي وزوجته وكون عقد الزواج لم يتم في حينه ولكونهما يسكنا بدار واحدة ولتقرير مديرية مستشفى الكرامة(مختبر تطابق الانسجة) بالعدد/ في.. وحيث ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً وحيث ثبت من تقرير المختبر أعلاه ودراسة العوامل الوراثية للمذكورين بأن الصغيرة(ب) تعود للمدعي.. وزوجته.. وأن عواملها الوراثية تعاكس مع المدعى عليه وزوجته الشخص الثالث ولكل

ما تقدم قرر الحكم بنفي نسب الصغيرة(ب) من المدعي.. ووالدتها والايعاز إلى السيد أمين السجل المدني في.. لتصحيح ذلك...^(١).

يتضح من القرار المذكور ان المحكمة لا تمنع من نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا كان فيه الحاق الطفل بالغير (تصحيح نسب) وقرار من الطرف الاخر، بمعنى عدم وجود خصومه حقيقية بين اطراف الدعوى، بل الغرض هو تصحيح النسب إلى صاحبه الشرعي.

وتأكيداً على هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وذلك لان محكمة الموضوع وان كانت قد اتبعت ما ورد في قرار النقض الصادر من هذه المحكمة بعدد ٨٢/شخصية اولى/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢/١٢ الا انها لم تستكمل تحقيقاتها في الدعوى باستجواب المدعي عليها...حول بنوة البنت المذكورة في سجلاتها والتأكيد على ارسال المدعى عليها والشخص الثالث إلى الطبابة العدلية لإجراء فحص التطابق النسيجي عليهم وعلى ضوء نتائج هذه التحقيقات اصدار الحكم الذي يتراءى لها بالنتيجة وفق احكام الشرع والقانون...^(٢).

يتضح من حيثيات القرار التمييزي ان المحكمة ملزمة باستجواب المدعى عليه حول ادعاء المدعي بالحاق نسب الطفل موضوع الدعوى، وتأكيده ارسال اطراف

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٩٨/٨٨٤ في ١٩٩٨/٧/٥ أشار اليه: القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قرارات السادة قضاة محكمة الأحوال الشخصية في البياع، ج١، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٢٤٥.

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٣١٩١/الهيئة الشخصية الاولى ت٢٠٠٨/٣٩٦٩ في ٢٠٠٨/١٢/١٦ (غير منشور) وقضت محكمة التمييز على السياق نفسه بقرارها المرقم ١٥٣٢/ش/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٤/٤ حيث جاء فيه (أن المدعي طلب في عريضة الدعوى بنفي نسب الطفل(ز) منه دون أن يطلب أحاق نسبه إلى شخص معين بالذات.. وأن قضاء محكمة التمييز أستقر على أنه في دعاوى نفي النسب يجب طلب أحاق نسبه إلى شخص معين بالذات.. مما يقتضي الاستفسار من المدعي عما إذا يطلب أحاق نسب الطفل(ز) إلى شخص معين.. وفي حالة طلبه استكمال التحقيقات في الدعوى وأرسال الطفل مع الشخص المطلوب أحاق نسب الطفل له إلى معهد الطب العدلي لأجراء التطابق النسيجي ومن ثم اصدار القرار القانوني... (غير منشور).

الدعوى إلى فحص تطابق الانسجة وعلى ضوء نتيجة الفحص تصدر المحكمة قرارها المناسب بالدعوى.

وعلى هذا السياق اصبحت مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية ملزمة للقاضي إذا كانت البصمة الوراثية مؤيدة لادعاء الشخص المحال بالحاق نسب الطفل اليه، واستناداً لذلك قضت محكمة التمييز (إذا كانت العوامل الوراثية للمدعي متطابقة مع المطالب بالحاق نسبه اليه ويتقرير طبي رسمي من الطبابة العدلية فعلى المحكمة ان تحكم بصحة النسب)^(١).

وعلى ضوء الاتجاه التمييزي المذكور أنفاً سار القضاء العراقي إذ قضت محكمة الاحوال الشخصية/ في المحمودية(.. لدعوى المدعيين ان لديهم من فراش الزوجية الاطفال كل من .. و.. وهم من صلب المدعي الاول ومن رحم المدعية الثانية حيث تم تسجيلهم باسم المدعي عليهما الاول والثانية جهلاً بالقانون وطلب دعوى المدعي عليهم للمرافعة والحكم بنفي نسب الاطفال كل من .. من المدعي عليهما الاول والثانية واثبات نسبهم من والديهم الحقيقيين المدعي الاول والمدعية الثانية وللمرافعة الحضورية العلنية.. واطلاع المحكمة على اضبارة الدعوى المبطله والمربوط فيها هويات الاحوال المدنية لأطراف الدعوى وكذلك مربوط فيها تقرير معهد الطب العدلي ٣٧٩١٩ في ٢٠١٧/١٢/١٤ والمتضمن تطابق البصمة الوراثية(DNA) للبنات كل من .. مع العلامات الوراثية ولم ينف هذا الفحص بنوتهن للمدعويين.. كزوجين معاً وإقرار المدعي عليهما بدعوى المدعين وعدم ممانعتهم من نفي نسب البنات كل من الانثى.. والانثى.. منهم والحاquem بوالديهم الحقيقيين وهما من صلب المدعي عليه الاول.. ومن رحم المدعية الثانية، وقد تم تسجيلهم بسبب عدم تسجيل زواج المدعيين وقد استمعت المحكمة للبيئة الشخصية في الدعوى المبطله والتي ايدت الادعاء، ومن التدقيق تجد المحكمة عدم وجود مانع شرعي أو قانوني يحول دون نفي نسب البنات والحاquem بوالديهم ولتعلق ذلك بالحل والحرمة ولثبوت والدي البنات الحقيقيين بالإقرار والدليل

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٤/هيئة عامة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/٩ (غير منشور).

القاطع كونهن تم تسجيلهن باسم عم والهن وان الدين الاسلامي لا يجيز التبني ولقوله تعالى (ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله) عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بنفي نسب البنات كل من...من المدعى عليهما...والحاقهن بوالديهن الحقيقيين الاب.. والام.. وبنفس التولد...^(١).

وقضت كذلك (لدعوى المدعى عليه الاول هو زوجها الداخل بها شرعا وقانونا ولها من فراش الزوجية الطفل(م) تولد ٢٠٠٢ حيث قام والده بتسجيله سهوا باس زوجته الثانية (ج) وطلبت دعوة المدعى عليهم للمرافعة والحكم بنفي نسب من والدته الغير صحيحة المدعى عليها الثانية والحاقه بها.. ولتقرير معهد الطب العدلي بالعدد ١٨٨١ في ٢٠١٨/١/١٤ والمتضمن تطابق البصمة الوراثية(DNA) للولد(م) مع العلامات الوراثية لوالدته المدعية(ن) وحيث نفى الفحص بنوة المدعو(م) من المدعى عليها الثانية(ج) واطلاع المحكمة على صورة القيد الخاصة بالأب.. ومن التدقيق تجد المحكمة عدم وجود مانع شرعي أو قانوني يحول دون الحاق الولد(م) لوالدته الحقيقية المدعية، قررت المحكمة الحكم بنفي نسب الولد(م) من والدته الغير صحيحة المدعى عليها الثانية(ج) والحاقه بوالدته الحقيقية(ن) وتأشير ذلك في سجلات الاحوال المدنية...^(٢).

يتضح مما تقدم ان موقف القضاء العراقي لم يستقر في قراراته على اتجاه معين بشأن دعاوى النسب إذا لم يلحق الولد بالغير أو لم يكن فيه اقرار من اطراف الخصومة، ويعود السبب لعدم وجود النصوص التشريعية التي تحكم تلك المسائل الامر الذي يتطلب تدخل المشرع، وان توضع ضمانات خاصة لإجراء فحص التطابق النسيجي.

ومن الجدير بالذكر ان القضاء المصري لا يقر فحص البصمة الوراثية وسائر فحوصات الدم لنفي النسب، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن الاصول المقررة

(١) قرار محكمة الأحوال الشخصية/ في المحمودية المرقم ٥٤٥/شخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/٢٦ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة الأحوال الشخصية/ في المحمودية المرقم ٤٦٣/شخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/٢٨ (غير منشور).

في الشريعة الاسلامية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن (الولد للفراش)^(١) وان الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان، ولا تملك المحكمة اللجوء إلى هذا الفحص.

وعلى الرغم من ان القضاء المصري كان حريصاً بعدم الاستعانة بالخبرة الطبية وأستقر في العديد من قراراته إلى ان طريق نفي النسب يكون باللعان الشرعي، إلا أن الدعوى المشهورة التي تطرق فيها القضاء المصري إلى الخبرة الطبية في نفي النسب هي تتلخص وقائعها بأن محكمة اول درجة إجابة طلب المدعي نافية نسب المولود عنه، وملغية لشهادة الميلاد الصادر بهذا الخصوص واعتباره كأنه لم يكن، وقد سببت حكمها بكون المدعي ووفقا لتقرير الطب الشرعي لا يستطيع الانجاب نتيجة لعقم وظيفي... طعن المدعى عليه في الحكم امام محكمة استئناف القاهرة.. وقد قضت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة اول درجة وتأيد استئناف الطاعنة برفض طلب الزوج بإنكار نسب المولود.. لان النسب قد ثبت بالفراش ولا يستطيع الزوج أن ينفيه الا باللعان، وبما ان شروط اللعان ان يكون كلا الزوجين اهلا للعان من بلوغ وعقل عند ابتداء الحمل وليس عند الولادة.. لذا فأنها لا تتوافر فيها شروط اللعان^(٢).

وجاء في تبرير القرار القضائي المذكور ان التقرير الطبي وان كان في نهاية الامر اثبت عدم شرعية الولد، إلا أن هذا التقرير ليس هو الدليل الأقوى الذي يهدر قيمة الفراش. ويبدو ان القضاء المصري ومنذ صدور هذا الحكم قد قطع الخلاف بعدم امكانية اللجوء للخبرة الطبية لنفي النسب.

اما موقف القضاء الإماراتي من نفي النسب بالبصمة الوراثية، بانه وكما بينا سابقاً ان قانون الأحوال الشخصية في المادة(٩٧) منه قد اقر بإمكانية الاستفادة من الوسائل الحديثة في النسب بشرط ان لا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك.

(١) قرار محكمة النقض المصرية طعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ ق احوال شخصية في ٣١/٥/١٩٧٨ أشار إليه: د.محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٢) قرار محكمة استئناف القاهرة رقم ٤٣٦/١٨/ق/ احوال شخصية/ جلسة ٢٨/٥/٢٠٠٢، أشار إليه: تيسير عيسى الصيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٧٦.

وكان القضاء الإماراتي يُعد فحص البصمة الوراثية قبل صدور قانون الاحوال الشخصية^(١) قرينة قضائية يمكن الركون اليها إذا اقتنعت بها المحكمة وعززت بادلته اخرى، إذ قضت محكمة استئناف دبي بانه (لا تعول المحكمة على نتيجة المختبر الجنائي الاولي واللاحقة لان نتيجة تحليل الدم ليست من البيانات المعتمدة شرعاً لإثبات النسب ولا يخرج التقرير الطبي عن كونه قرينة تخضع لتقدير المحكمة)^(٢).



(١) قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
(٢) قرار محكمة التمييز بدبي رقم ٣٠/ احوال شخصية/ ١٩٩٦ جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٦، أشار اليه: نيسير عيسى الصيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

الخاتمة

بعد أن انهينا دراسة موضوع دور فحص التطابق النسيجي في نفي النسب اختتمنا دراستنا بأهم النتائج التي توصلنا إليها، مع ايراد التوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها.

أولاً: النتائج:

١. لم ينص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية على فحص التطابق النسيجي DNA بوصفه إحدى طرق إثبات النسب، إلا أن قانون الاثبات قد جاء بقاعدة مستحدثة في المادة (١٠٤) يمكن ان تطبق على جميع وسائل التقدم العلمي ومنها وسائل إثبات النسب الحديثة، بوصفها قرينة قضائية، الا اننا لم نتفق مع الموقف القانوني لان فحص التطابق النسيجي هو فحص فعلي لسوائل الجسم، فضلا عن ان هذا الفحص يعد دليلا من ادلة الاثبات بوصفه خبرة طبية يمكن الاعتماد عليه في حسم الدعوى من دون الاعتماد على دليل آخر.
٢. لم يستقر موقف القضاء العراقي في قراراته على اتجاه ثابت بشأن دعاوى النسب إذا لم يلحق الولد بالغير، أو إذا لم يكن فيه اقرار من اطراف الخصومة، ويعود السبب لعدم وجود النصوص التشريعية التي تحكم تلك المسائل.

ثانياً: التوصيات:

١. يلتزم القاضي بفحص التطابق النسيجي بشأن اثبات النسب، اما نفي النسب فيلتزم فيه إذا كان فيه اقرار بالحق الولد بالغير، اما إذا لم يكن حمل النسب إلى الغير فلا يلتزم القاضي فيه، ويمنع أجرأوه لحفظ الاسرة من التفكك، وعلى مبدأ استقرار السجلات الرسمية.
٢. للمحكمة ان تستخلص من رفض أحد الخصوم اجراء الفحص قرينة على صحة الواقعة المطلوب اثباتها.
٣. يمنع اجراء فحص التطابق النسيجي وسائر فحوصات الدم الخاصة باستظهار نتائج اثبات النسب أو نفيه الا بطلب رسمي مقدم من القضاء.

٤. يشترط الا يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية على صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين أو حكم عليه بحكم مغل بالشرف أو الأمانة.
٥. إنشاء مختبرات خاصة بهذا الغرض في كل محافظة، وان تخضع تلك المختبرات لضوابط محددة منعاً لتلاعب فيها أو تلوثها، وان يخضع عمل تلك اللجان تحت الرقابة المباشرة للقضاة بكل ما يتعلق بإثبات النسب أو نفيه.



المصادر

أولاً: مصادر الفقه الاسلامي:

١. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤.
٢. محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٥.
٣. محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخاري، الجامع الصحيح والمختصر (صحيح البخاري)، ج٦، دار ابن كثير، بيروت، دون سنة طبع.
٤. مسلم الحجاج ابو الحسن النيسابوري، صحيح مسلم، ج٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع.

ثانياً: الكتب القانونية:

١. أميرة حسن الرافي، الوجيز في المسائل الشرعية- دعوى النسب شرعاً وقانوناً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٢. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات النسب والجنائية، ط١، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٢.
٣. المحامي كمال صالح البناء، الزواج العرفي ومنازعات البتوة، دار الكتب القانونية، مصر، دون سنة طبع.
٤. د. أحمد علي الخطيب، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.
٥. د. محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣.
٦. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٧. سه ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
٨. د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط١، دار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

٩. القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قرارات السادة قضاة محكمة الأحوال الشخصية في البياح، ج ١، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

ثالثاً: البحوث المنشورة:

١. القاضي فارس فيصل خورشيد، فحص التماثل النسبي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الاعلى، لأغراض الترقية العلمية.

٢. د. حسام عبد الواحد كاظم، أباد مطشر صيهود، الالتزام بسرية تقرير البصمة الوراثية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٥٧، بغداد، ٢٠٠٨.

٣. د. ياسين بن ناصر الخطيب، البصمة الوراثية، بحث منشور في مجلة العدل، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ع ٤١، ١٤٣٠ هـ، ص ١٧٣.

٤. د. محمد محمد ابو زيد، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها جامعة الكويت، ع ٢٠١٤، ١٩٩٦.

٥. د. إبراهيم احمد عثمان، دور البصمة الوراثية في اثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم في المؤتمر العربي الاول لعلوم الادلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٧.

رابعاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

١. تيسير عيسى الصيد احمد، أثر المستجدات العلمية الحديثة على أحكام النسب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٤.

٢. ندى سالم ملا علو، نسب المولود في الشريعة الاسلامية والتشريع العراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٩٩٧.

٣. د. ناديا خبير البين عزيز الحاتم، طرق الاثبات في دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

خامساً: البحوث والمقالات المنشورة على الأنترنت:

١. د. عبد الرشيد محمد امين القاسم، البصمة الوراثية وحجبتها، بحث متوفر على الانترنت على الموقع الالكتروني: بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩.

<http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow>

٢. د. محمد جبر الالفي، اثر البصمة الوراثية في نفي النسب، بحث متوفر على الانترنت بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩ على الموقع الالكتروني:

<http://www.alukah.net/sharia/0/85846/>

سادساً: القرارات القضائية غير المنشورة:

أ- قرارات محكمة التمييز.

١. قرار محكمة التمييز المرقم ١٣ / الهيئة العامة ت ١٥ / ٢٠١٦ في ٢٧ / ٣ / ٢٠١٦.
٢. قرار محكمة التمييز المرقم ٥٤٧٤ / هيئة الأحوال الشخصية / ٢٠١٦.
٣. قرار محكمة التمييز المرقم ٩٠٩١ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٧ في ٩ / ١ / ٢٠١٨.

٤. قرار محكمة التمييز المرقم ٥٠٣ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٧ في ٢٠ / ٢ / ٢٠١٨.
 ٥. قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٤ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ٩ / ٢ / ٢٠٠٩.
 ٦. قرار محكمة التمييز المرقم ١٥٣٢ / ش / ٢٠٠٥ في ٤ / ٤ / ٢٠٠٥.
 ٧. قرار محكمة التمييز المرقم ٣١٩١ / الهيئة الشخصية الاولى / ٢٠٠٨ في ١٦ / ١٢ / ٢٠٠٨.
 ٨. قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٤ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ٩ / ٢ / ٢٠٠٩.
- ب- قرارات محكمة الأحوال الشخصية في المحمودية.

١. قرار محكمة الأحوال الشخصية المرقم ٤٦٣ / شخصية / ٢٠١٨ في ٢٨ / ٢ / ٢٠١٨.
٢. قرار محكمة الأحوال الشخصية المرقم ٥٤٥ / شخصية / ٢٠١٨ في ٢ / ٢ / ٢٠١٨.

سابعاً: القوانين:

١. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
٢. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٣. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
٤. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٠.
٥. قانون الأحوال الشخصية اللبناني للمسلمين لسنة ١٩٩١.
٦. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

المخلص:

ادى التطور العلمي إلى ظهور وسائل حديثة في إثبات النسب لم تكن معروفة من قبل ومنها فحص التطابق النسيجي أو ما يطلق عليه (DNA) حيث تصل دقة هذا الفحص إلى ٩٩,٩% في مسائل اثبات النسب، في حين تصل إلى نسبة ١٠٠% في مسائل نفي النسب. والمنصوص عليه شرعاً إذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر أو أكثر من حين بدء الفراش الشرعي ثبت نسبه من الزوج من غير حاجة إلى دعوى أي اقرار من الزوج، اما قانوناً فلم ينص قانون الاحوال الشخصية على وسائل اثبات النسب الحديثة ومنها فحص التطابق النسيجي، إلا أن المادة (١٠٤) من قانون الاثبات قد عدتها قرينة قضائية تساعد القاضي في حسم الدعوى. اما الموقف القضائي فلم يستقر على اتجاه ثابت فيما يخص نفي النسب إذا لم يلحق الولد بالغير، الا انه استقر في قراراته على نفي النسب استناداً لهذا الفحص، إذا لم تكن هناك خصومة قضائية فيه ولحقه اقرار من جميع الاطراف.

الكلمات المفتاحية: (فحص، تطابق نسيجي، نفي نسب، إلحاق طفل، قضاء، خبرة طبية)



ABSTRACT:

The scientific development has led to the appearance of recent means in proving lineage not known before, including histocompatibility called DNA, where the accuracy of such a test reaches 99,9% in matters relating to lineage proof, whereas it reaches 100% in matters relating to lineage negation. What is prescribed by sharia is that if a wife has a six-month child or above that ago from the time she is with her husband, then the child shall be registered to be lineally the son of the wife's husband without resorting to action or testimony on the part of the husband. Legally speaking, personal status law has not provided for recent means of proving lineage, including histocompatibility, yet art. 104 of law of evidence has deemed it to be a judicial presumption assisting a judge in setting action. As for the judicial attitude, it has not settled on a fixed trend concerning lineage denial if a child is not affiliated with others. However, it decides on lineage denial in accordance with this test if there is no litigation and all parties have attested to that.

key words: check up -Textural match -Negation of proportions- Inflict a child – Elimination -Medical expertise .