جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التطورات العلمية المتعلقة بمسائل اثبات النسب ونفيه(مقارنة بين أحكام الفقه)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبتين:
* نوال مسعودي
* سامية شيبان

إشراف الأستاذة:
د/ عينوش عائشة

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)د/ عيساوي فاطمة .....رئيسا
الأستاذ(ة): د/ عينوش عائشة.....مشرفا ومقررا
الأستاذ(ة): د/ بغدادي ليندة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة:.../.../2022

شكر وتقدير

الشكر لله الواحد القهار صاحب الفضل والإكرام اكرمنا بنعمة الاسلام ويسر لنا سبيل العلم، فيا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، ويا رب لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا.

وأتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى كل من أمدنا بيد المساعدة من قريب أو بعيد وكل من ساهم في إنجاز هذا البحث وذلك بعطائه مهما كان، كما أخص بالذكر الدكتورة المشرفة عينوش عائشة التي تفضلت بالإشراف على بحثنا وإتباعه بالتصويب والعناية من خلال توجيهاتها القيمة، فبارك الله فيها وجزاها خيرا، ونرجو من الله أن يوفقها في حياتها العملية والعائلية وأن يرزقها الفضل والبركة وأن يجعلها منارة من منارات العلم تنير درب المتعلمين.

كما يشُرفنا أن نرفع شكرنا وتقد رُنا إلى أعضاء اللجنة الموقرة الت قبلت مناقشة هذا البحث المتواضع

كما لا أنسى شكر كل الأساتذة المحترمين الذين رافقونا طيلة مشوارنا الدراسي أخص بالذكر:

الدكتور: طارق غنيمي

إلى كل عمال مكتبة الحقوق والعلوم السياسية وعلى رأسهم رابح بومعزة.

وفي الأخير أسال الله العظيم رب العرش الكريم أن يرزقنا العلم النافع ويمحوا عنا الجهل.

إهداء

إهدي هذا العمل المتواضع و ثمرة جهدي إلى:

إلى أقرب الناس من قلبي، و وأولاهم بحبي.....

إلى من وسعتني رحمتهما صغيرا، و إسعدتني صحبتهما كبيرا.....

إلى أمي و أبي .

إلى سندي ف الحياة إخواتي و إخوتي ...

إلى زوجي العزيز

إلى كل إحبتي و كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل

سامية

إهداء

إلـــــــى من قال تعالى فيهما:

"{ واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا }" صدق الله العظيم.

والدتـــــــي ووالدي حفضهما الله ورعاهما

إلـــــــى أحب الناس إلى قلبي إخوتـــــــي

إلـــــــى رفيق دربـــــــي زوجـــي

إلى أولادي: آلاء، عصام الدين، تسنيم.

إلـــــــى كل إنسان كان لـــــي صديقا وفيا

إلـــــــى كل من ساهـــــم في تعليمي أساتذتي الكرام

إلى روح الفقيد: البروفيسور: عيساوي محمد

إلى روح الفقيدة: البروفيسورة: بلحارث ليندة

رحمة الله عليهما.

أهدي هذا العمل إليكم جميعا

نوال

قائمة المختصرات

أولا- باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج: الجزء

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

د : دون طبعة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ع: العدد

ق إ م إ: قانون الاجراءات المدنية والإدارية

ثانيا- باللغة الفرنسية

ABO : نظام تحليل فصائل الدم
ADN : نظام البصمة الوراثية
HLA : مضاد الكريات البيضاء البشرية (مرتبطة بالمناعة)
Rh: نظام الزمة الدموية الرموسية

مقدمة

تعد رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي أعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين ورتّب عليه حقوقا، أوّلها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأولاد، ولم يقل اهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب، كما كان لها أكبر الاهتمام بإثباته. وذلك لما يتمتع به من مكانة مقدّسة بين نصوص الشرع وأحكامه الفقهية، إذ يعدّ أحد أركان ومقاصد الشريعة الخمسة التي من بينها النسل "النسب"، لذا أمر الله عزّ وجلّ الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم ونهاهم عن انكار بنوّتهم في قوله جلّ ثنائه **"ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله..."**[1] ، كما توعّد الرسول الكريم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال عليه الصلاة والسلام **"من ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنّة عليه حرام"**[2]، كما نهى المرأة عن انساب ولد إلى زوجها تعلم أنه ليس منه فقال **"أيّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة"**[3]، وأبطل أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه وسلم **"الولد للفراش وللعاهر الحجر"**[4].

لذلك فإن الشارع الإسلامي قد أحاط النسب بحصانة كبيرة لتشوّقه إلى ثبوته حتى لا يضيع أو يتعرّض للضرر وحتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد، فالنسب صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين أساسيين وهما الإثبات والنفي:

– الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق.

– النفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية.

---

[1]) سورة الأحزاب، الآية 5.

[2]) أخرجه الإمام عبد الله بن محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، الباب العاشر، الحجر، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1998، رقم الحديث: 16817 ص 1299

[3]) أخرجه البخاري، كتاب الفرائض ، باب من أدعى إلى غير ابنه، رقم 6766، ص1291

[4]) أخرجه مسلم، كتاب الايمان، باب بيان قول النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث، ح 63، ص57.

فإذا استقر النسب التحق المنسب بقرابته وتعلّقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث ونفقة وموانع الزّواج وترتّبت عليه حقوق وواجبات، فكان استقرار النسب استقرارا للمعاملات في المجتمع ولذلك خصّه الإسلام بما يمنع العبث به.

اهتمّ المشرّع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية ونظّمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة[1]، و حصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 منه وهي: الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تمّ فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البيّنة، وباستبدال المشرّع حرف (و) بحرف (أو) أزال الغموض عن المادة 40 التي كان يفهم منها قبل التعديل أن إثبات النسب يقتضي اجتماع الأدلّة الشرعية السابقة، ومحاولة من المشرّع الاستجابة لتطوّرات عصرنا الراهن لاسيما في المجال البيولوجي أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من نفس القانون بعد تعديله سنة 2005، بالإشارة إلى الطرق العلمية دون أن يحصر صورها، وهذا فتح أبواب الاجتهاد للقاضي وذلك بالاستعانة بما توصّلت إليه الدراسات العلمية في هذا المجال، كما أجاز المشرّع للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة إلا أنه لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة.

وإذا كان فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد الناتج عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية غير أن التطوّر العلمي في ميدان الطب جعل عمليّة الإنجاب ممكنة بواسطة التلقيح الاصطناعي، ومن المستجدات التي أدرجها المشرّع في هذا الإطار نص المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة التي وضعت الإطار القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي وضبطت شروطه.

ولقد كان الدافع لاختيار موضوع إثبات النسب ونفيه كمحور لهذه الدراسة لاعتبارات موضوعية كون أن النسب أمر بالغ الخطورة وله أبعاد وآثار نفسية على الولد بالدرجة أولى،

[1]– قانون رقم 84–11 مؤرّخ في 09 جوان 1984، يتضمّن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، معدّل ومتمم بالأمر رقم05–02 مؤرّخ في 27 فيفري 2005، الصادر في 2005/02/27.

كما له بعد اجتماعي لكونه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ويتضمّن حرمات الله تعالى. كما شدنا الوقوف على التكييف الشرعي للطرق العلمية ومدى ما تحققه من مصالح بشرية واجتماعية رغبة منا في تأصيل قواعد هذا الكشف الجديد، وإرجاعه إلى الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلاميّة ، ليكون هذا البحث بمثابة مرجع قانوني يستفاد منه لكشف الغموض الذي يكتنف بعض الجوانب المتعلقة بالتحاليل البيولوجية خصوصا البصمة الوراثية، وهو الأمر الذي يقتضي طرح الإشكالية الآتية:

- ما مدى مصداقيّة الطرق العلمية الحديثة في مجال إثبات النسب وسلطات القاضي في تقدير قيمتها القانونية؟

تمت معالجة الموضوع باتباع المنهج الوصفي بوصف المسائل المطروحة وتحليلها تارة وكذا اتباع المنهج المقارن تارة أخرى كلما اقتضت المقارنة ذلك بين موضوع الدراسة من الجانب القانوني من جهة وبين أحكام الشريعة الاسلامية من جهة أخرى، فتمت الاجابة على الاشكالية المطروحة من خلال فصلين، تضمن الفصل الأول إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة من خلال إبراز أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب وتكريس هذه الطرق العلمية في إثبات النسب، وذلك ضمن طرق إثبات النسب(الفصل الأول)، وتناولنا حجية الطرق العلمية لإثبات النسب وذلك من خلال ذكر حجية الطرق العلمية في مجال إثبات النسب ومكانتها ضمن طرق إثبات النسب(الفصل الثاني).

الفصل الأول

إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

الفصل الأول

إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي وفقا لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدّل بموجب الأمر رقم 05-02، وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب[1] ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء إلى ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيّافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، فما بالنا بخبرة يقينية.

ولقد تنوّعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء(A B O)، تلا هذا الاكتشاف تحليل الحمض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (A D N)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الاكتشاف. وهذا ما سنتناول دراسته في هذا الفصل من خلال تطرقنا إلى أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب (المبحث الأول) وما مدى تكريس هذه الطرق العلمية في إثبات النسب[2].

[1]- القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بستّ غرف بتاريخ 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الاجتهاد القضائي – القرار رقم: 222674 المؤرخ في: 1999/06/15 ص88.

المبحث الأول

أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

اتفق العلماء على أن الفراش يعتبر أقوى الأدلة ولا يعلو عليه أي دليل من الأدلة الأخرى سوى اللعان، ولا يلجأ إلى الطرق العلمية إلا عند التنازع في الإثبات وبالتالي فإن أدلة ثبوت النسب من الفراش والبينة والشهادة والإقرار، إذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية.

وباعتبار أن الشريعة الإسلامية تتمتع بمرونة مبصرة، محكمة بثوابت من الكتاب والسنة واجتهادات العلماء، تأمر بالمحافظة على مقاصد الشريعة، فكان الاعتماد في الفقه الإسلامي في مسألة ثبوت النسب على ما يسمى "القيافة" بأن يعرض الولد المتنازع عليه على القائف الذي يحسن الشبه في حالة تعذر الإقرار أو الشهادة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أقر القيافة كطريقة بدائية ببيان الشبه عند وقوع التنازل في الولد نفيا أو إثباتا[1].

وفي العصر الحديث تم اكتشاف العلامات الوراثية عن طريق تحاليل الدم المخبرية وفحوصات بصمة الحمض النووي وهي من الوسائل العلمية الدقيقة في مجال إثبات النسب[(2)]، وهو ما يقتضي التطرق لنظام البصمة الوراثية(المطلب الأول)، وكذا نظام فصائل الدم(المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظام البصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية من القضايا المستجدّة التي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها، وتعتبر فيها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا، وقد شاع

[1]– بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسطينة، 2012/2011، ص20.

[2]– بن عرابي هاجر– طرق إثبات النسب في التشريع الجزائري– مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019، ص 35

استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية، وقبلت بها عدد من المحاكم الأوروبية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية، لذلك يجدر بنا دراسة مفهوم البصمة الوراثية(الفرع الأول)، ومكانتها من الأدلة الشرعية لإثبات النسب أو نفيه(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم البصمة الوراثية

لتحديد مفهوم البصمة الوراثة ومعرفة حقيقتها لابد من التطرق لتعريف **البصمة الوراثية(أولا)**، وتبيان شروط العمل بها(ثانيا)، وكذا تحديد الضوابط الشرعية للعمل بها حتى تكون قرينة لإثبات النسب أو نفيه(ثالثا).

أولا: تعريف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية مصطلح مركب من كلمتين وهما البصمة والوراثية، فالبصمة لغة هي لفظ عامّي يعني العلامة وهي مشتقّة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر وهي أيضا أثر الختم بالإصبع[1]، بينما_الوراثة هي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال.

وفي معناه الاصطلاحي، فقد عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية وقد ارتضى المجمع الفقهي بمكة المكرمة لسنة 1998 التعريف الآتي "البصمة الوراثية هي البنية الجينية، نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"[2]، ويعود اكتشافها على البروفيسور إليك جفري سنة 1985.

ويجدر بنا قبل التطرّق لدراسة مضمون هذا المطلب إعطاء بعض المفاهيم حول البصمة الوراثيـة:

[1]– سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ط1، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2001،ص ص25–27.

[2]– أحمد الجمل، البصمة الوراثية ودورها في اثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، المجلد 46، العدد الثالث، نوفمبر، 2003، مصر، ص85.

تعتبر النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ماعدا كريات الدم الحمراء مستودع المادة الوراثية التي تحتوي الكروموزومات أو الصبغيات والتي تختلف من كائن إلى آخر وعددها عند الإنسان 46 كروموزوم خلافا للكروموزومات الجنسية[1]، وتتكون المادة الوراثية للطفل من الأبوين مناصفة، فالعدد الصبغي والكروموزومات الموجودة في خلية الطفل هي ستة وأربعون، ثلاثة وعشرون من نطفة الأب وثلاثة وعشرون من بويضة الأم.

ولإثبات أو نفي بنّوة طفل إلى أب معين أو إلى أم معينة يدّعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسب الطفل إليه، نأخذ عيّنات من الحمض النووي لكل من الأب المزعوم والأم المزعومة والطفل لإجراء المطابقة، فإذا كان أحد الوالدين المزعومين أبا لهذا الطفل فإن نصف ADN للطفل سيطابق مع ADN الأب وبهذا يتم إثبات النسب بوجه علمي دقيق، ونفس الأمر بالنسبة للأم، أما عندما يختلف الـ ADN للطّفل مع ADN الأبوين فإنهما بالقطع ليسا والدا هذا الطفل، وبهذا يمكن نفي نسب الطفل لهذين الأبوين[2].

وبناءا على ما تقدّم فقد أصبح الاعتماد على الشفرة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه يعتمد على أساس متين لا يتطرق إليه الشّك، وحتى تكون كذلك فلا بد أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محليا وعالميا في هذا المجال.

---

[1]– ويتركب الكروموزوم من سلسلة طويلة من المادة الوراثية ADN، ويعرف بالحمض النووي الرّيبوزي اللاّأكسجيني ويتركب من قواعد الأدنين (A) والتايمين (T) والجوانين (G) والسايتوزين (C) بالإضافة إلى السكر الخماسي والفوسفور، وبعد اتصال هذه القواعد ببعضها لتكوين الحمض النووي تلتفّ بصورة سلالم حلزونية حول بعضها مشكلة سلسلتين ملولبتين تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم ومن مجموع السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره من البشر[1]، وهي التي تكوّن ما يسمى بالشفرة الوراثية (Genetic Code) ومن التطبيقات العملية لاستخدامات الهندسة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه، راجع في ذلك: إبراهيم بن ناصر الحمود، "البصمة الوراثية" متاح على الموقع www.islamtoday.net، تاريخ الإطلاع 15 جوان 2022، على الساعة 20:15.

[2]– عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص33.

ثانيا: شروط العمل بالبصمة الوراثية

نظرا لأهمية البصمة الوراثية في كونها تمثّل دليلا حسيّا علميّا قطعيّا مبنيّا على التحليل والمشاهدة وأنها تساهم مساهمة كبيرة في إظهار الحقيقة فإنّها بحكم الأصل مباحة شرعا لحصول النفع بها في إقرار الحقوق وإقامة العدل ومع ذلك فإنه يشترط للعمل بها واعتبارها دليلا شرعيا عدة شروط منها [1]:

– أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلّا بطلب من القضاء وأن تكون المختبرات والمعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها، حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية والأهواء الدنيوية وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع.

– أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزوّدة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنّية القابلة للاستمرارية والتفاعل مع العيّنات والظروف المحيطة بها في الدولة مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج دقيقة ومطابقة للواقع.

– أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنّيين ممن يتّصفون ويتّسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل، وكل ما يتطلبه الشرع في سبيل درء المفاسد وجلب المنافع وألّا يكون أي منهم ذا صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة حسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

– أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني حتى لا يؤدّي عدم ذلك إلى تدهور النتائج الفنية وبالتالي ضياع الحقوق من أصحابها[2].

---

[1]– نصر فريد واصل، مفتي الديار المصرية، متاح على الموقع: www.islamtoday.net، تاريخ الإطلاع 18 جوان 2022 على الساعة 21:10.

[2]– من توصيات المجمّع الفقه الإسلامي بالموقع www.islam.Net.com – حلقة نقاش حول موضوع البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، جريدة الشرق الأوسط بتاريخ: الموافق لـ 11 يناير2002.

– تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصّصون الشرعيّون والأطباء والإداريون وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها.

– توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

وللقاضي السلطة التقديرية في مسألة تعدد الخبراء[1]، وهو الرأي الراجح باعتبار القاضي سيد القضية والخبير الأعلى لتقيّيم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة متى رأى في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة، وإذا ما شكك في صحة النتائج فإنه لا حرج من أن يكرّر التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا ما ورد أيضا في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية خلال ندوتها الـ11 حادية عشر المنعقدة بالكويت يومي 29/28 محرم 1421 الموافق لـ 4/3 ماي 2000[2].

ثالثا: الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

حتى يتم العمل بالبصمة الوراثية يتطلب الأمر مجموعة من الضوابط أهمها[3]:

– ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنّة، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها ومن ثمة لا يجوز استخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا وزعزعة الثقة بين الزوجين.

---

[1]- انقسم العلماء في ما يتعلق بشرط التعدد بين المؤيّدين والمعارضين، والمقصود بالتعدد هو تعدّد الخبراء الفنيّين القائمين على العمل في البصمة الوراثية. فهل فعلا البصمة الوراثية تحتاج خبراء أم يكفي خبير واحد؟

فقد انقسم العلماء في ذلك إلى عدة آراء:

– هناك من اشترط أن يكون العاملون على البصمة الوراثية أكثر من خبير قياسا على الشهادة.

– وهناك من يرى جواز عمل الخبير الواحد قياسا على القيّافة، على أن الفقهاء القدامى أجازوا الاعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، فمن باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط لأنها أوثق من القيافة. فأين هي معرفة القافة أمام دقّة ما يصل إليه التحليل الجيني، راجع في ذلك: بن عرابي هاجر، المرجع السابق، ص47.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– عبد المجيد عبد الحليم، الحماية القانونية للجنين والاستنساخ، دار النهضة العربية، 1998، ص172.

– يجب على الجهات المختصة منع اللجوء إليه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم.

– أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه كلما دعت الضرورة إلى ذلك وتتمثل هذه الحالات في:

1– حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

2– حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

3– حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذّر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين[1].

– يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر أو الأنثيين، إذ من لا يولد لمثله لا يعقل أن يأتي بولد وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعتراها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع وهو ما يتعين رفضه.

– منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها وفرض العقوبات الزاجرة والرّادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة وتحطيم دعائمها المستقرة.

– وتجدر الإشارة إلى أنه بتوافر الضوابط والشروط السابقة، فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات أو نفي النسب.

[1]– من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر، 17–23 فبراير 1990.

جدير بالذكر أن هناك خلاف فقهي بشأن جواز أن يثبت ولد الزنا من المرأة غير المتزوجة إلى الزنا حيث أجازه عدد من علماء الأزهر باعتبار أن ذلك سيقلل من جرائم الزنا إلا أن الدكتور علي جمعة – مفتي الديار المصرية– يرى عدم جواز الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات ولد الزنا ويؤيّده الدكتور يوسف القرضاوي بقوله "إن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأم بالميلاد أما الأب فلابد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية واعتبار إثبات ولد الزنا من خلال الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية مردودا عليه لأنّه فعل مجرم"[1].

الفرع الثاني

موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ونفيه

وأتناول في هذا المطلب موقف البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية لثبوت النسب المتمثلة في الفراش(أولا)، الإقرار(ثانيا)، البيّنة(ثالثا) ومدى التعارض بين تحاليل البصمة الوراثية وإجراء اللّعان في نفي نسب الولد(رابعا).

أولا– موقع البصمة الوراثية من الفراش

أجمع الفقهاء على أن الفراش يعتبر أقوى الأدلة ولا يعلو عليه شيء من الأدلة إلا اللّعان، فلا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع في الإثبات، وفي هذا الصدد يقول الدكتور نصر فريد واصل **"وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النّسب من الفراش والبينة والشهادة والإقرار إذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية"**[2].

ولقد وضع الفقهاء بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش وهذه الحالات تتمثّل في:

---

[1]– متاح على الموقع: www.islamtoday.net، تاريخ الإطلاع 10 أوت 2022 على الساعة 16:10.

[2]– نصر فريد واصل، مفتي الديار المصرية، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص 26. تم الإطلاع عليه من الموقع إلكتروني بتاريخ 12 أوت 2022 على الساعة 20: 15.

1- إذا شكّ الزوج عند وضع زوجته هل توافرت أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر أو أكثر ولم يستطع الجزم، وبالتالي فإن له اللجوء إلى البصمة الوراثية بأن تؤخذ عيّنة دم من الجنين ويتم مطابقتها مع الصفات الوراثية بالنسبة للأم والأب[1].

2-_حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بالشبهة أو من النكاح الفاسد أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدّتها، فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق.

3- وهي تتبع الحالة الثانية وذلك إذا تساوت البيّنات أو تعارضت الأدلّة كالشهود وغيرهم، كما تلعب البصمة الوراثية دورها في حسم النّزاع الدائر بين الزوج والزوجة فيما إذا ادعت المرأة أنّ الولد للفراش وكان زوجها قد سافر وعاد بعد زمن طويل فوجدها ولدت، فأنكر هذا الولد.

لكن من جهة أخرى فإن هناك اتجاه من الفقهاء يرى بأن البصمة الوراثية لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية، ويقول الشوكاني في كتابه السيل الجرّار "متى كان الفراش ثابت شرعا، كان الولد لاحقا قطعا"[2].

إلا أنه وتبعا لقاعدة "إحياء الولد وعدم تضييعه" فإن النّسب يلحق بالفراش، صحيحا أو فاسدا أو وطء شبهة ولا داعي لإدخال البصمة الوراثية فيه إلّا عند الضرورة القصوى لأنّ ذلك يزعزع الثقة بين الزوجين[3].

وأمام عدم توضيح المشرع الجزائري للطرق المشروعة لنفي النسب فقد أعطت الشريعة الإسلامية طريقا وحيدا لنفي النسب وهو اللّعان والذي هو أقوى من الفراش[4].

---

[1]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، كلية الشريعة ، جامعة دمشق ، سوريا، د س ن، ص6.

[2]- مشار إليه في: خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص148.

[3]- غانم محمد غانم، دور البصمة الوراثية في الاثبات ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002، ص ص 494، 495.

[4]- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ط1، ج4، دار الكتاب العلمية، لبنان، 1985، ص 164.

ثانيا: موقع البصمة الوراثية من البينة

يرى أغلب الفقهاء أن الشهادة تقدم على البصمة الوراثية عند التعارض وذلك للأسباب الآتية[1]:

– ثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجتها والعمل عليها في قوله تعالى ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ**﴾[2].

– لا ينبغي تعطيل النّصوص الشرعية الصحيحة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب.

قد يقول قائل بأن الشهادة قد تكون مهزوزة في حالات شهادة الزور، فإن تقارير البصمة الوراثية قد تكون مزوّرة أيضا إذا كانت لمصالح شخصية، لأنها شهادة من غير يمين بخلاف الشهادة الشرعية التي تقام بعد القسم على كتاب الله، ويبقى فيصل النزاع هو القاضي، فقد يستشفّ من البصمة الوراثية قرينة يطمئن بها قلبه وتدعم الشهادة وقد يكون عكس ذلك، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فقد وضّح بعض العلماء المعاصرين البعض من الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة وهي[3]:

1– حالة التنازع على نسب اللقيط وكان لكل واحد منهما بيّنة تعارض بيّنة الآخر أو حالة المستلحقين للولد الذين لا بيّنة لهم فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية، وكما هو معروف سابقا فإنه عند التعارض في البيّنات ولا يمكن الترجيح بينهما تستخدم القافة كدليل ترجيح، وتبقى البصمة الوراثية كعلم حديث لا يتعارض مع النصوص الشرعية إذا استخدمت بشكل صحيح، في ما يخدم مصالح الناس.

2– إذا ادعى شخص عنده بينة "أي شهود" نسب طفل عند آخر قد نسب إليه بلا بيّنة.

---

[1]- جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، 2001، ص ص 77، 78.

[2]– سورة البقرة، الآية 282.

[3]- بن غرابي هاجر، المرجع السابق، ص40.

ثالثا: موقع البصمة الوراثية من الإقرار

من المقرر شرعا أن الإقرار يعتبر أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بالإجماع[1]، فقد أجمع العلماء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية وذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعا وبذلك فإن البصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار والتي هي:

1- إذا أقر الرجل بنسب مجهول النسب وتوافرت شروط الإقرار فإنه يلحق به بالإجماع بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا عبر المقر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار، إلّا أنه هناك من يجيز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا كذّب المقر له المقر، باعتبار أن النسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبته بأي دليل والذي تحل محله البصمة الوراثية في ظل غياب أي دليل آخر بشرط رضى المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية[2].

2- إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به النسب، وتقتصر آثاره على المقرّ في حدود نصيبه من الإرث لأن من الشروط المعتبرة للإقرار المحمول على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب، وفي حالة عدم تحقق ذلك فلا مجال للبصمة الوراثية في هذه الحالة.

وتجدر الإشارة في خاتمة هذا الفرع إلى أن أئمة الفقهاء السابقين أخذوا بالقرعة والقافة عند تعارض البيّنات ولا يمكن ترجيح إحداها على الأخرى دفعا للشبهات وردا للحقوق لأصحابها، فإنّ لكل عصر طريقته الخاصة به لمعرفة نسب المولود المتنازع عليه، شريطة أن تكون هذه الطريقة موافقة لأصول الشرع وتخدم مصالح الناس كافة[3].

وبالتالي من باب أولى اللجوء إلى البصمة الوراثية كدليل مادي محسوس لكشف غموض واقعة النسب المراد التحقق منها.

---

[1]- إبن القيم، المرجع السابق، ص 158.

[2]- وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 15.

[3]- بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص73.

رابعا: موقع البصمة الوراثية من الدّليل الشرعي لنفي النسب (اللّعان)

إذا كان اللّعان حكم شرعي ثابت من الكتاب والسنة لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته ولم تكن له بيّنة، وأيضا حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعا للحد عنها بحيث يفترق بموجبه الزوجان وينسب الولد إلى أمه وقد ستر على المرأة فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه، وبعد ظهور البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الدم ومعرفة نسب الولد إن كان من صلب هذا الرجل أم لا، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لابد من إجراء اللعان أيضا؟ وهل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاعنة بين الزوجين أن يعطّل أثر اللّعان في نفي النسب ويأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحاليل البصمة الوراثية بناء على طلب من الزوج أو الزوجة؟ وهو الأمر الذي يقتضي التطرق لمدى إمكانية نفى النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان(1)، وكذلك بالنسبة لقطع النسب باعتباره ليس من لزوم اللّعان(2).

1- مدى إمكانية نفى النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان

اختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللّعان ويمكن تلخيص آرائهم على النحو الآتي:

الفريق الأول القائل: بأنه لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان[1]، وهو موقف عامة الفقهاء المسلمين والذي استقر عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي ورد فيه "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب ولا يجوز تقديمها على اللّعان" وهذا استنادا لقوله تعالى ﴿**وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ**﴾[2].

ذكرت الآية أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلّا نفسه فيلجأ للّعان، وإحداث البصمة بعد الآية يعتبر تزّيد على كتاب الله[1]، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية فحسب

[1]- سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص351.

[2]- سوة النّور، الآية6.

لإقامة حد الزنا، بل لا بد من البيّنة، فكيف تقدم البصمة على اللّعان ولا نقدمها على الحد، وكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناءا على نظريات طبية مظنونة[2].

الفريق الثاني: يمكن الاستغناء عن اللّعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينيّة، فإن أثبتت أن الولد ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللّعان[3].

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه ومن بينهم الدكتور يوسف القرضاوي إلى أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة وليس هناك موجب للّعان أصلا لاختلال الشرط الوارد في الآية وهو انعدام الشهود لقوله تعالى ﴿**وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ**﴾[4]، كما أن الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللّعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرأ عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية[5].

وبالتالي فإن الطفل لا ينفى نسبه باللّعان، إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكّد صحة نسبه للزوج ولو لاعن، وينفى النسب باللّعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكّد قوله وتعتبر دليلا تكميليا لأن نتائج البصمة الوراثية يقينيّة مبنية على الحس، فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية، وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذّب الحس ونخالف العقل، ولا يمكن أن يتعارض الشرع مع العقل، وبالتالي فإن إنكار الزوج وطلبه للّعان بعد ظهور النتيجة يعد نوعا من التعسف. كما أن الشرع يتشوق إلى إثبات النسب رعاية لحق الولد ومخالفة البصمة

---

[1]– من مناقشات حول البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرّابطة في دورته السادسة عشر 422/هـ.

[2]– محمد الأشقر، "إثبات النسب بالبصمة الوراثية"، ص 455، متاح على الموقع www.islamtoday.net، تم الإطلاع عليه يوم 15 أوت 2022، على الساعة 14:19.

[3]– خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص301.

[4]– سوة النّور، الآية6.

[5]– عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط01، دار الفضيلة، الرياض، 2002، ص38.

لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب، ونفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج يعد باعث كيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل[1].

وتجدر الإشارة أنه لا خلاف بين الفقهاء في المسائل الآتية[2]:

– إذا لاعن الزوج ونفى نسب الطفل وجاءت النتيجة تؤكّد قوله، فإن النسب ينتفي ويفرّق بين الزوجين، لكن الزوجة لا تحدّ لوجود شبهة اللّعان طبقا للمبدأ الذي مفاده أن "الحدود تدرأ بالشبهات".

– إذا رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللّعان للتأكد وإزالة الشبهة فإن ذلك يجوز في حقهما وقد استحسن الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللّعان.

وانطلاقا ممّا سبق فإن الرأي الراجح يمكن استنباطه من القاعدة التي مفادها قطع النسب ليس من لزوم اللّعان، وهو العنصر التالي.

2- قطع النسب ليس من لزوم اللّعان

معنى هذه القاعدة أن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب وإن لاعن أو طلب اللّعان، وأن نسب الطفل يثبت للزوج وتجري عليه أحكام الولد ولا يعد ذلك تناقضا مع أحكام الشرع، ذلك أن الشريعة أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع، وللتوضيح نورد المثال الآتي[3]: لو أن رجلا أقر بمن يساويه في السن وادعى أنه أبوه فإننا نرفض ذلك لمخالفته للعقل والحس، حيث لا يمكن أن يتساوى أب وابن في السن مع أن الإقرار في الأصل مشروع.

كما أن آية اللّعان قيّدت إجراؤه بعدم وجود أي شاهد إلا الزوج، وبالتالي لو كان هناك بيّنة من شهود، فإنه لا يجري اللّعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته ومن البديهي لو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشهادة، فلا وجه لإجراء اللّعان بإقرار الزوجة بما رماها زوجها من الزنا، فإذا

[1]– نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 30.

[2]– سيد شريف على بن محمد الزين الجرجاني الحنفي، التعريفات، ط01، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1998، ص 181.

[3]– نقلا عن ناصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 32.

منعنا وقوع اللّعان لوجود سبب مانع لـه، فما وجه إجرائه مع وجود بينة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج وحتى لو أصرّ الزوج عليه في هذه الحالة فإنّ الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين[1]. وما يؤكّد ذلك أيضا أن الزوج إذا كذّب نفسه بعد الملاعنة فإنه يترتب على ذلك ثبوت النسب منه ويزول أثر اللّعان في نفي النسب، ويعود للولد نسبه من الملاعن مع استمرار اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضا[2].

وبالتالي يتضح أن نفي النسب كأثر للّعان يقوم على الشك لا على اليقين، ذلك أن قول الزوج في اللّعان متساوي الطرفين في الصّدق أو الكذب أي بنسبة 50%، لأنه إمّا أن يكون صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الصدق أن ندع بيّنة قطعية تصل إلى *99,99 %* تؤكّد كذب الزوج ونأخذ بما هو محتمل الصدق بنسبة 50% وننسب ذلك للشريعة؟!

وعلى قول الإمام ابن القيم "فأيّ طريق أستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست *مخالفة له..."* [3].

وفي هذا الصدد أفتى الدكتور يوسف القرضاوي قائلا[4]: أنه من العدل أن يستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنّها لا تفعل ذلك إلّا إذا كانت مستيقنة من براءتها وتطلب اللّجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا[5].

---

[1]– محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، ع2، الكويت، 1996، ص287.

[2]– المرجع نفسه، ص232.

[3]– إبن القيم الجوزيّة، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، 1998، ص19.

[4]– يوسف القرضاوي حول أحقيّة أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية المنشورة في جريدة الأهرام العربي، بتاريخ 2006/04/28، https://www.al-qaradawi.net/node/4318 تاريخ الإطلاع يوم 01 سبتمبر 2022 على الساعة 18:15.

[5]– وهذه الأمور هي:

1– براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها وهو أمر يحرص عليه الشارع بألاّ يتهم بريء بما ليس فيه.

2– إثبات نسب الولد من أبيه وهو حق للولد باعتبار أن حفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس.

وصفوة القول أن القاضي يمكن له إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الدم، فإذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت شرعية الولد سواء قبل اللّعان أو بعده يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين. وأرى أنه يستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء من تلقاء نفسه[1]، أو بناءا على طلب أحد الزوجين الماثلين أمامه وتأخير اللّعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا.

المطلب الثاني

نظام تحليل فصائل الدم

يشتمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل والبويضة للأنثى، ومن العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية. سنتناول في هذا المطلب نظام نظامABO وRH (الفرع الأول)، نظام MNS و HLA (الفرع الثاني)

الفرع الأول

نظامABO وRH

يستخدم نظام الزمر الدموية ABO للدلالة على وجود أحد المستضدين A وB أو كلاهما أو غيابهما من سطح كريات الدم الحمراء. في عمليات نقل الدم البشري، يعد هذا هو النظام الأهم من بين 38 نظام تصنيف مختلف لزمر الدم (أو الفصائل) معترف بها حاليًا. قد يؤدي عدم التطابق (نادر جدًا في الطب الحديث) في هذا النمط المصلي أو أي نمط مصلي آخر إلى حدوث رد فعل ضار ومهدد للحياة بعد عملية نقل الدم، أو استجابة مناعية غير مرغوب بها لعملية زرع الأعضاء. عادةً ما تكون الأجسام المضادة لـ A وB المصاحبة هي أجسام مضادة

3- إزاحة الشك من قلب الزوج بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي بأن الولد الذي أتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك. ومن جهة أخرى يرى القرضاوي أن الزوج لا يستجاب لطلبه الاحتكام للبصمة الوراثية إلا إذا وافقت الزوجة لأن ذلك يضيع حقّها في الستر وفقا للّعان.

IgM، يجري إنتاجها في السنوات الأولى من العمر عن طريق التحسس للمواد البيئية مثل الطعام والبكتيريا والفيروسات

أولا: نظام ABO

بفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني (كارل لاند ستابير) سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادهما ببطء وعودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن الاتحاد يتم ببطء ويعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا والبلازما يتبعان لشخص واحد، أو أن الاتحاد لا يتم وينتج عن ذلك تجلّط الدم[1](Blood Agglutination).

1- كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولـدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيّا فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللّعان وزوال شكوكه[2].

وبناءا على ذلك وجد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: A– B – AB – O، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت. ومن جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة والتي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد (Antigènes) كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (Anti Bodies) في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة[3].

---

[1]- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان، 2002، ص186.

[2]- مأخوذ من بحث د/عمر السبيل، "عنوان البحث" المقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرّمة في دورته 16.

[3]- جلال جابري، المرجع السابق، ص187.

وفيما يلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد والأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة، والتراكيب الجينية التي تقابلها:

فصيلة الانسان	مولدات الضد في كريات الدم الحمراء	الأجسام المضادة في البلازما	التراكيب الجينية
A	A	مضاد B (بيتا)	نفي AA هجين AO
B	B	مضاد A (ألفا)	نفي BB هجين BO
AB	AB		AB
O	------	مضاد A (ألفا) مضاد B (بيتا)	OO

المصدر: جلال الجابري، المرجع السابق، ص 187

وأشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O, B, A) حيث (B, A) سائدة، بينما (O)متنحية و كل نسل له إثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد.

مثال: طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO، طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO وإذا ورث عاملين متنحيّين سيكون O وإذا ورث عاملين سائدين سيكون AB.

و قد دعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O.
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.

و فيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة وغير ممكنة[1].

[1]– جلال الجابري ، المرجع السابق، ص ص188 ،189.

فصائل الوالديـــن	فصيلـة الطفـــل	
	ممكن	غير ممكن
O X O	O	AB, B, A
A X A	O, A	AB, B
O X A	O, A	AB, B
B X B	O, B	AB, A
B X A	O, AB, B, A	------
AB X AB	AB, B, A	O
O X AB	B, A	AB, O

المصدر: جلال الجابري، المرجع السابق، ص ص188 ،189.

ثانيا: نظام RH

لقد ثبت علميّا أن 80% من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدات الضد وهي ذات 6 نماذج تتمثل في: e, d, c, E, D,C، الثلاثة الأولى سائدة والثلاثة الأخيرة متنحية، وإذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة السائدة الأولى فإنه يعتبرRh^{+}ve (ve : vaginal examinassions)

مثال ذلك: cde, cde, CDE... وإذا كان لديه cde فإنه يعتبر Rh^{-}ve (15% من الناس) ومن كل مولدات الضد هذه فإن مولد الضد D هو الأكثر أهمية لأنه إذا دخل إلى شخص لا يملكه فإنه سيؤدي إلى إنتاج عيار عالي من الأجسام المضادة لذلك يصنف الناس عادة إلى Rh^{+}ve أو Rh^{-}ve إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أم لا.

ويساعد عامل Rh في النزاع حول الأبوة، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فإن الطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

الفرع الثاني

نظام MNS وHLA

HLA هو اختصار Human Leukocyte Antigens وبالعربية مضاد الكريات البيضاء البشرية، وهي عبارة عن بروتينات في الجهاز المناعي، تقوم بتحديد فيما إذا كان جسم المريض سيتفاعل ضد عملية زرع المتبرع أو ما إذا كانت خلايا الزرع ستتفاعل ضد المتلقي.

أولا: نظامMNS

إذا كانت مولدات الضد B, A موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فإن الأجسام المضادة ألفا وبيتا موجودة في المصل، فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل وبالتالي فإن واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم الحمراء، وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO[1]، ولتوضيح المسألة نعطي هذا المثال:

إذا كانت الأم (M^+, N^+)، الابن (M^-, N^+) والأب المفترض (M^+, N^-) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N^+ من أمه وبالتالي M^- من أبيه.

ثانيا: نظام HLA

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير لذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون وقد أدّت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وسميت بنظام: HLA (Human leukocyte antigen) وكل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحد من الأب والآخر من الأم، مما يعطي له الفعّالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي.

[1]– جلال الجابري، المرجع السابق، ص ص186 ،187.

المبحث الثاني

تكريس الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

إن الاكتشافات العلمية و التطورات الطبية الحديثة لعبت دورا هاما في موضوع النسب و ذلك لارتباطه بكل الجوانب الدينية و الأخلاقية و الاجتماعية. و المشرع الجزائري كرس على هذه الاكتشافات لأنها كانت تحمي الأولاد من الضياع و التشرد فعل في القانون 05-02 الذي أدخل فيه الطرق العلمية للإثبات النسب وخاصة موضوع البصمة الوراثية الذي كان من أدق الوسائل التي تثبت النسب للولد. وموضوع إثبات النسب كانت له قواعد شرعية وقانونية غير أن تطور هذه التقنيات الحديثة سهل الأمر للإثبات نسب ولد. وفي هذا البحث وجدنا عدة اكتشافات جديدة لطرق إثبات النسب سواء الطرق التقليدية أو الطرق العلمية ولها دور فعال

إن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أصبح ضرورة لا مفر منها وإنه من غير المعقول تجاهل أهميتها في مجال إثبات النسب، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، حيث سنتناول في هذا المبحث التكريس القانوني للطرق العلمية لإثبات النسب (المطلب الأول) وجواز الأخذ بالطرق العلمية لإثباته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكريس القانوني للطرق العلمية لإثبات النسب

فالبصمة الوراثية تلعب دورا أساسيا في تحقيق السيطرة الأمنية على الجرائم و كشف ارمين إذا ما توافرت على مجموعة من الضمانات العلمية والقانونية، كي لا يترك مجالا لهروب من العدالة أو شخصا بريئا ارتكاب الجريمة. ورغم أن البصمة الوراثية قد أخذت حيزا هاما من اهتمام التشريعات وذلك من خلال عد هذه التقنية دليلا قاطعا في إثبات الجرائم، حيث لا يمكن التشكيك فيه أو محضه، إلا أن في غالب الأوقات تخضع لسلطة القاضي التقديرية اعتبارها دليلا نسبيا.

إن الحديث عن التكريس القانوني لإثبات النسب بالطرق العلمية أدى بالمشرع للحديث عن إدماج هذه الطرق العلمية لإثبات النسب(الفرع الأول) والبحث في كيفية اعتمادها في القضاء والإجراءات الواجب إتباعها لذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب

نتيجة للثورة العلمية التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات والتي نقلت نقلة نوعية من طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، فإنه قد برز دوروها جليا في عدة مجالات منها النسب، والذي استقطب بدوره كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض ومؤيد لها.

إلا أن الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية، أصبح يميل للأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب[1].

إذ هناك العديد من الدول التي سارعت إلى احتضانها صراحة وأقرتها بنصوص خاصة نذكر منها: التشريع الفرنسي، التشريع التونسي، التشريع الإنجليزي، التشريع الألماني، إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية[2]، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب؟

وهذا الموقف يتضح من خلال نص المادة 40 من القانون رقم 11-84 المتعلق بقانون الأسرة قبل التعديل[3]، والتي كانت تطرح عدة تساؤلات من بينها هل يجب التقيد الحرفي بنص المادة؟ ومن ثم الجزم باستعباد الاعتماد على الوسائل العلمية لإثبات النسب.

---

[1]- لينة بن دادة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2015/2014، ص 65.

[2]- مسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 724.

[3]- حيث نصت المادة 1/40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يثبت النسب بالزواج وبالإقرار والبينة والشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33 و34 من هذا القانون".

إذا كانت جل التشريعات تجيز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإن المشرع الجزائري سكت عن ذلك فيما سبق؟ أم أنه يمكن تأويل سكوت المشرع بأنه فتح المجال للقاضي بتكوين قناعته من خلال الدليل الذي يراه مناسبا؟ فكان نص المادة 40 من قانون الأسرة قبل التعديل بهذه الطريقة يفتح الباب للتأويلات المختلفة، مما يعد هدرا لحق الطفل وعلاقة نسبه؟

واعتبارا لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 وذلك من خلال المادة 40 مكرر الفقرة 2 منه والتي تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها فجاءت العبارة عامة ومطلقة دون قيد أو حصر، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إحالة أطراف الخصومة إلى إجراء التحاليل اللازمة مع إرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص. فهو بذلك صاحب القرار إذ تبين له من ملابسات وحيثيات القضية دواعي لذلك، أو كان رأيه مترددا بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه إشارة جلية تدعم أحد الاختيارين فله أن يعزز ظنه ويؤكده بالاستعانة بالوسائل العلمية على اختلافها، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى الطرق العلمية، لا يكون مقترنا دائما في حالة ملاعنة الزوج لزوجته ونفي نسب الولد منه، وإنما يجوز الاعتماد عليها في مجال إثبات النسب ضمن حالات عديدة منها:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها.

2- حالات اشتباه المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنابيب والأمثلة على ذلك عديدة منها حالات تبديل المواليد في المستشفيات كأن يتم تسليم مولود إلى غير أبويه

[1]- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، ط1، دار الأمل، الجزائر، 2012، ص261.

خطأ أو عمدا، وأيضا في بعض حالات الطوارئ، أين يتم خلط المواليد حديثي الولادة مع بعضهم البعض[1]، ضف إلى ذلك حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الحروب وتعذر معرفة أهليهم[2].

3- الحالات التي يدعي فيها الرجل بأنه فقد ابنه منذ فترة طويلة حول نسب شاب مجهول النسب أو العكس، كأن يدعي شاب نسبه إلى رجل معين فقد ابنه منذ فترة طويلة وذلك طمعا في أخذ أحدهما ميراث الآخر[3].

الفرع الثاني

أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

من بين الإشكاليات التي أثارتها المادة 40 من الأمر05-02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم تحديد وحصر المشرع لها، لذلك تطلب الأمر الاستعانة بما توصلت إليه البحوث الطبية والدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنته هذه الأخيرة من طرق علمية قطعية الدلالة(أولا) وأخرى لا ترقى بالشك إلى اليقين كونها ظنية الدلالة(ثانيا).

أولا: الطرق العلمية القطعية الدلالة

يتصل نظام HLA ونظام الوراثة توصل العلماء إلى اعتبار كل من البصمة بالمناعة طرق علمية لإثبات النسب بصفة قطعية لأن دقة ثبوتها تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة أن الخطأ فيها يقدر بـ 2.000.000/01 مرة، وهو الأمر الذي يجعله قطعي الدلالة، لذلك نجد أهم الطرق العلمية القطعية الدلالة تتمثل في نظام البصمة الوراثية(1)، ونظام البصمة بالمناعة(2).

---

[1]- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة ، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص324.

[2]- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسبنط1- منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة النشر2010، ص34 .

[3]- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص36.

1- نظام البصمة الوراثية:(ADN)

لقد رأى العديد من العلماء والباحثين قياس البصمة الوراثية على ما يسمى بالقيافة التي كانت تعتبر قرينة قوية أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود[1]، والتي تعني في مصدرها اللغوي مصطلح قافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه فالقائف هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود.

على الرغم من أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن على عكس جمهور العلماء اللذين استدلوا بحجيتها بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت "دخل علي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم ترى أن مجززا المدلحي نظر إلى زيد بن الحارث وأسامة إبن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من يعض"، فرأوا في سرور الرسول (صلى الله عليه وسلم) دلالة على إقراره بالقيافة[2].

إلا أن البعض الآخر رأوا في عدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعهما والأسس التي تبنى عليها، فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس والواقع، لذلك فالقيافة باب والبصمة الوراثية باب آخر[3].

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذت مرجعيتها من القيافة أو من غير ذلك، فإنها تعد وسيلة قاطعة لا تكاد تخطئ في التحقق من إثبات أو نفي نسب الولد لأبيه هذا لظهورها بسبب التطور البيولوجي الذي شهده عالمنا المعاص، حيث يعتبر الـ ADN العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان، عندما تلتقي البويضة مع الحيوان المنوي إذ أن الـ ADN لكل من الأب والأم بكونه متحدا ويتشكل من لفائف مزدوجة الجانب على هيئة رقائق تسمى (رقائق

---

[1]- راضية عيمور، "(لطرق العلمية الحديثة لثبوت النسب")، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2017، ص3.

[2]- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 28.

[3]- المرجع نفسه، ص29.

الحمض النووي الحلزونية يبلغ سمك جدارها من 50 مليون ملم وقطر هذا الحلزون 1/50 مليون متر مكعب)[1].

وتساهم البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب باعتبارها تقنية ذات قوة قطعية كدليل في ذلك، فهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء من الدم أو المني أو من الشعر أوفي أي عضو من أعضاء الجسم وهو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات تحمل مواصفات تختلف من شخص لأخر وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطب بتحليل مكونات ADN للأب لإثبات الأبوة وADN الأم لإجراء المطابقة بين ADN الطفل لإجراء المطابقة بين الطفل والأب والأم إذ تمت المطابقة ثبت نسب الطفل للأب أو للأم أو كلاهما معا إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي نسب الطفل إليهما.[2]

واللجوء للبصمة الوراثية يتم عن طريق الخبرة العلمية التي يتم فيها تحديد ضرورة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس أن دقة ثبوت النسب أو نفيه بهذه الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة99% وتقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول في ظرف زمن قريب إلى نسبة 100% لهذا يرى الأستاذ بن داود عبد القادر ضرورة تقنين جواز اللجوء للطرق العلمية القاطعة التي قد يقع تحديدها عن طريق التنظيم تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية مادام أنه لا مانع شرعي في ذلك[3].

استنادا إلى ما توصل إليه الباحثون في اعتماد البصمة الوراثية طبقا لما جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة بتاريخ 21 رجب 1422هـ الموافق لـ 8 أكتوبر 2001 توصل إلى أن الإسلام يقر الأخذ البصمة الوراثية في حالة تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب.

---

[1]– بن طاية زوليخة، سامي كحلول، حجية البصمة الوراثية في اثبات الجريمة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 05، العدد، 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2020، ص 80.

[2]– راضية عيمور، المرجع السابق، ص4.

[3]– المرجع نفسه، ص05

فقد ذكر الأمين العام للمنظمة في جريدة البيان بتاريخ 09 أكتوبر 2001 الدكتور أحمد الجندي أن 26 باحثا شاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية وذلك من الناحية الطبية والشرعية وتوصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وضرورة الاحتكام إليها في حالة تنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه وتوريث مجهول النسب وإذا أقر بعض الإخوة بأخوته ونفاها آخرون وفي حالة ادعاء امرأة بأمومتها بشخص ما دون دليل على ولادتها له، كما أنه ذكر أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيها أي شخص آخر وهو ما يعرف كما سبق الذكر بنظام الـ ADN[1]

2- نظام هلا HLA(مرتبط بالمناعة)

يعتبر نظام الـ **HLA** إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النسب، فهي من الناحية العلمية يمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيا وإثباتا، فهو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا[2].

ثانيا: الطرق العلمية الظنية الدلالة

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا، بأنها ظنية الدلالة، ومن بين هذه الأنظمة نجد نظام فحص الدم الـ ABO (1)، نظام الـ MNS (2)، نظام مجموعة البروتينات(3).

1- نظام فحص الدم الـ ABO

يعتبر هذا النظام من إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له

[1]- كسال سامية ، حماية الحق في الخصوصية الجينية في القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في المواثيق الدولية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 82.

[2]- راضية عيمور، المرجع السابق، ص4 و5.

خاصية جينية إما مع الأم وإما مع الأب، وبما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، ويتم على أساسها نفي النسب[1].

2- نظام الـ MNS

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا، يستخدم بنفس الطريقة كنظام فحص الدم ABO

3- نظام مجموعة البروتينات SJP :

يعتبر نظام مجموعة البروتينات نظام متعدد ومتغير نظرا لتعدد هيئات مظهر البروتينات الموجودة في المصل وأنزيمات كريات الدم الحمراء، وهو نظام حديث جدا يمكّن من استعمال هذه العلامات ويعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية ABO[2]، لأنه مع البروتينات تكون هناك قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص، ويستعمل في التحاليل والدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، ويبقى التمييز مقتصرا فقط على بعض الخاصيات الكيمائية والبيولوجية[3].

كما تجدر الإشارة إلى ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الظنية كان على سبيل المثال لا الحصر والتي يقتاد إليها في مجال النفي وتعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام علمي يستعمل في هذا المجال[4].

---

[1]- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الاثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010، ص15.

[2]- ابراهيم سطم العزي، البصمة الوراثية ودورها في اثبات الجنائي بين الشريعة والقانون الوضعي، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف، السعودية، 2004، ص ص153-154.

[3]- المرجع نفسه، ص155.

[4]- راضية عيمور، المرجع السابق، ص5.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في القانون الجزائري

تنص المادة 40 في فقرتها الأخيرة على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ويقصد بها تلك الوسائل القطعية الدلالة التي يستعين بها للوصول إلى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه، غير أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازا من خلال لجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي(الفرع الأول) ، ومطلق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها، خاصة من خلال ربطها بالزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو نكاح الفاسد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأمر بتعين خبير طبي

بمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب طفل أو أكثر، سواء تعلق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، أمام الجهة القضائية المختصة متبعا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك فإن القضاة لدى تصديهم للفصل فيها، إذ اعتبروا أنهم يحتاجون إلى من ينورهم في خصوص المسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم دراية فيها يعتمدون تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم إلى أهل المعرفة فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاع[1]. وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم، هم أعوان العدالة وبالضبط هم الخبراء القضائيين، حيث يتم تكليفهم بإجراء بالخبرة القضائية[2]، وتحدد مهمتهم على وجه الدقة في منطوق الحكم القضائي.

[1]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص263.

[2]– محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومه، الجزائر، 2002، ص7.

ونتائج الخبرة هي التي تسمح له بالحصول على المعلومات والتفاصيل التي لا يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العلمي المهني، والتي قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحا إعمالا بالمادة2/40 من القانون الأسرة الجزائري وتطبيقا للمادة 126ق. إ. م. إ[1].

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية في بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولا وفروعا وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة وذلك حسب دواعي القضية إضافة إلى الطفل محل النزاع وفحصها ثم إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابا إلى الجهة القضائية المعنية [2]. ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استنادا إلى نص المادة 128 ق. إ. م. إ.

الحاصل أن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي لإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا بناء على سبب جدي كالقرابة أو وجود مصلحة شخصية، كما أن القاضي هو المخول قانونا بتقدير الأتعاب ومصاريف الخبرة استنادا إلى كشف الأتعاب والطرف الذي يتحملها حسب نص المادة 129 ق. إ. م. إ.

أما بالنسبة لأتعاب الخبير النهائية فيتم تحديدها من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة طبقا لنص المادة 1/143 من نفس القانون والتي تنص على أنه "يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع التقرير، مراعيا في ذلك المساعي المبذولة، احترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز".

وعلى الخبير أن يتسلم أتعابه من كتابة الضبط لأنه يمنع استفاؤها مباشرة من أطراف الخصومة، وإذا كان الأخير قد استفاد من مساعدات قضائية فإن الخزينة العمومية هي التي

---

[1]– حيث تنص المادة 120 على أنه "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص ومن تخصصات مختلفة"، من قانون رقم 08–09 مؤرخ في 2008/04/23 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع21، الصادر في 2008/04/23

[2]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص264.

تدفع بدلا عنه، وبالتالي يبقى الأمر بتعيين خبير طبي من الصلاحيات المخولة للقاضي والتي تخضع لسلطته التقديرية في إصدار هذا الأمر من عدمه[1].

صفوة القول أن القاضي المخول بالفصل في الدعوى له واسع النظر بعد الاطلاع على وقائع وأقوال المتخاصمين في ضرورة تقدير مدى الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه.

الفرع الثاني

تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم

انطلاقا من المادة 114 ق. إ. م. إ [2] والمادة 2/40 ق. أ. ج يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادها كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أو ردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد بمطلق الخبرة، غير أنه ينبغي له حين ذلك استبعاده للخبرة كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا لعيب شكلي، أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

ورغم التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبرة في أحكام وقرارات القضاة، فإنها لا تفرض عليهم شيئا أبدا، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم[3].

وتلحق التقارير الطبية بتقرير بالأحكام القضائية ويمكن نقدها ومناقشتها، أو تبريرها بمقالات وتبقى حقوق الدفاع كاملة، فالقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة الطبية، والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف وتقدير ملائمة الخبرة المضادة، مادام تقدير الأدلة موكلا لقضاة الموضوع[4].

---

[1]– المرجع نفسه، ص256.

[2]– تنص م 114 ق إ. م. إ. ج على أنه "يمكن للقاضي ان يؤسس حكمه على نتائج الخبرة ، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب نتائج الخبرة".

[3]– عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، ط1، دار هومه، الجزائر، 2008، ص35.

[4]– محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق ، ص61.

فإذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعدد المختبرات، فإن أول الأمر في هذه الحالة هو لقضاة الموضوع أيضا، لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب الشرع، حيث أن تقرير الخبير بعد إجراء التحاليل اللازمة هو تقرير صامت يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه، فيأخذ ما هو مجدي، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير [1].

غير ان هذا الطرح لا يكون بنفس الوضوح في التطبيق دائما، ذلك أن هذه الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها، وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة، ومن ثم فإن جهل القاضي لهذه الطرق العلمية ومحتواها قد تشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها، لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالا ودون تحليل ومناقشة لعناصره وإذا فعل فإنه يمكننا القول أن القاضي يكون قد تنازل عن صلاحياته للخبير الذي يكون هو نفسه من عينه[2].

ورغم إمكانية جهل القاضي بمحتوى تقارير الخبرة الطبية التي يمكن أن تساعد في إظهار النسب الحقيقي للطفل، فإنه إذا تلقت هذه التقارير النقد والمناقشة فإنه يمكن أن تؤثر بشكل كبير على مجرى القضية عن طريق إظهار الحقيقة المتعلقة بالنسب، غير أن صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

ونخلص في الأخير إلى أن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلا قويا في ثبوت النسب وحتى في نفيه، مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي والذي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك، بهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب ونفيه، ما يستدعي التطرق لدراسة حجيتها في مجال إثبات النسب رغم أن الأمر لا يخلو من عدة عقبات في مجال التطبيق وهو ما تتناوله هذه الدراسة في الفصل منها.

---

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري وفقا للتعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017 ص ص399 – 400.

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص35.

الفصل الثاني

حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

الفصل الثاني

حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

تعد مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة إشكالية عويصة مطروحة على مستوى القضاء، حيث أن هذا الأخير غالبا ما كان يرفض الإثبات بهذه الطرق الحديثة، على أساس أنها لا تعد من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب، لكن بعد تدخل اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال وخلصوا إلى إجازة الأخذ بهذه الطرق العلمية لإثبات النسب، ولحل هذا الإشكال المتعلق بإثبات النسب، وتماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال الإثبات أورد المشرع نص المادة 40 ق. أ. ج التي تضمنت جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب. ولعل من أهم هذه الطرق العلمية لإثبات النسب، البصمة الوراثية أو تحليل الحمض النووي، ونظرا لأهمية هذه الوسيلة في مجال إثبات النسب أو نفيه، ويجدر بنا البحث للإجابة عن كثير من الاشكالات المتعلقة بمدى كفاية الطرق العلمية لإثبات النسب، ومدى مشروعية الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية وبيان حجيتها في مجال اثبات النسب في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري، وعليه سنتناول حجيّة الطرق العلميّة في مجال إثبات النسب وعقبات تطبيقها في التشريع الجزائري(المبحث الأول) هذا من جهة ومن جهة أخرى نبين مكانة الطرق العلمية ضمن طرق إثبات النسب (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حجيّة الطرق العلميّة في مجال إثبات النسب وعقبات تطبيقها في التشريع الجزائري

يبدو جليا تأثر المشرع الجزائري بالتطور البيولوجي الهائل والذي نتج عنه استحداث تقنيات متطورة في المعرفة العلمية والتي تستخدم في الكشف عن الحقائق الغامضة كمسائل اثبات النسب وذلك من خلال تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 لا سيما المادة 02/40 غير أنه الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تحديد حجية الطرق العلمية.

وعليه فإن لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب يعد من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم، لكن هل يمكن للقاضي الشك في نتائج هذه الطرق العلمية؟ مما يعني التساؤل عن قوة هذه الطرق العلمية في إثبات النسب؟(المطلب الأول) وكيف يواجه العقبات التي يحتجّ بها الخصم الذي يحاول الإفلات من الخضوع للتحليل البيولوجي؟(المطلب الثاني).

المطلب الأول

قوة الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب

تختلف مصداقية وحجية الطرق العلمية باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد، فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية وهي وسيلة علميّة لا تكاد تخطئ للتحقق من الولادة البيولوجية وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية[1] خلافا لتحليل فصائل الدم على النحو السابق بيانه وتبعا لذلك فإن الطرق العلمية من حيث حجيّتها تتفرّع إلى نوعين طرق علمية ذات حجيّة مطلقة(الفرع الأول) وأخرى ذات حجيّة نسبية(الفرع الثاني)

[1]- نبيل سليم، "البصمة الوراثية وتحديد الهوية"، مجلة حماة الوطن، عدد 265، الكويت، 2004، ص20، http://droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post_5528.html تم الإطلاع عليه يوم 10 أوت 2022 على الساعة 13:18.

وحتى بالنسبة للطرق العلمية ذات الحجية المطلقة فإن الظروف المحيطة بها من عاملين أو أجهزة له تأثير كبير على صحة نتائجها.

الفرع الأول

الحجيّة المطلقة للطرق العلمية

لقد اتفق معظم الفقهاء وعلماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية الـ ADN ونظام الـ HLA ذات دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم إذ لا يمكن أن يتشابه الـ ADN لشخصين إلاّ مرة واحد كل 86 بليون حالة ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي لا يتجاوز 08 مليار نسمة فبالتالي فإنه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما[1].

بدليل أن المحاكم الأوربية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما باعتبارها قرينة نفي وإثبات وما يدعّم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلّفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب، المني، أو أنسجة كالعظم والجلد والشعر، كما أنها تقاوم عوامل التعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة، حتى أنه يمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة والحديثة[2].

وبالتالي فإن نتيجة البصمة الوراثية في إثبات النسب تصل إلى نسبة 99,99 % وفي حالة النفي تقدر بنسبة 100% إذا تم التحليل بطريقة سليمة، لكن ورغم ما تتمتع به البصمة الوراثية من قوة ثبوتية، فهل هذا يعني أن الإثبات بواسطتها يشكل قرينة واقعية أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى؟

---

[1]– سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 273.

[2]– راضية عيمور، المرجع السابق، ص 245

فالحجية المطلقة للطرق العلمية في الاثبات مستمدة من دقة نتائجها التي تكاد تكون مطلقة، وذلك في جميع مجالات اعتمادها سواء في جانب إثبات أو نفي النسب أو في المجال الجنائي...

الفرع الثاني

الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية

تتنوع الطرق العلمية المعتمدة في مجال إثبات النسب، فمنها ذات الحجية المطلقة كنظام الـ ADN ونظام الـ HLA، ومنها ذات الحجيّة النسبيّة كفحص فصائل الدم والذي لا يمكن أن يعطينا نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب وبالتالي فلا يرقى إلى دليل إثبات قطعي، لتشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس وهو ما يجعله ظنّي الدلالة.

ومن جهة أخرى حتى بالنسبة للطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية الـ ADN فيمكن اعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته لملف القضية المتعلقة بإثبات أو نفي النسب، وتفتقر هذه الطريقة العلمية إلى صفة التأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين القطع والشك في صحتها، خلافا للطرق الشرعية الأخرى كالإقرار والشهادة لطرحها أمام القاضي في الجلسة فيدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشرعية.

وهذا الأمر(صفة التأثير على القاضي) تفتقر إليه البصمة الوراثية لأن إجراء التحاليل البيولوجية دائما يكون في غياب القاضي أي خارج نطاق المحكمة، فما الذي يدري القاضي بما يحصل في المخبر العلمي من نقل وفرز للعينات، الأمر الذي يدخل الشك في ضمير القاضي الذي تناط به مسؤولية رد الحقوق إلى أصحابها.

ومن الأسباب التي تقلل من قطعية دلالة التحاليل البيولوجية ولا تبعث فيها الثقة الكافية نذكر خاصة في حالة الأخطاء البشرية(أولا)، وحالة لاستنساخ البشري(ثانيا).

أولا: الأخطاء البشرية

إن التحاليل الجينيّة (خصوصا البصمة الوراثية) تخضع لسيطرة الإنسان وبالتالي يقع فيها ما كان يفترض أن لا يقع، ومن ذلك الأخطاء البشرية التي تنسب إلى القائمين عليها وليس

للبصمة الوراثية ذاتها، وقد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي ما نصّه "أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك"[1] وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنيّة والجوانب الإجرائية القانونية[2].

فطريقة استخلاص الحمض النووي عملية دقيقة جدا تحتاج إلى سوائل طيّارة مثل الكلوروفورم والإيثانول ويستخدم له جهاز يسمى "إلكتروفوريسد" ويستخرج بعدة طرق مثل: طريقة RELP لاستخراج عينة الـ ADN من نسيج الجسم أو سوائله وتتجسّد أهمّ خطوات هذه الطريقة في الآتي[3]:

– تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي الـ ADN طوليا، فيفصل قواعد الأدينينA والجوانينG من ناحية، والتايمينT والسيتوزين C من ناحية أخرى، ويسمى هذا الأنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجيني.

– ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي.

– تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية X-Ray Film . وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية وقد تستغرق هذه الطريقة من 8 إلى 10 أيام ورغم أنّ جزيء الـ ADN صغير إلى درجة فائقة (حتى أنه لو جمع كل الـ ADN الذي تحتوي عليه أجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملجم) فإنّ البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبيا وواضحة[4].

وهناك تقنية أخرى تعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل أي تكبير الحمض النووي وتدعى طريقة PCR بحيث يستخرج الـ ADN ويضخّم إلى عدة ملايين من النماذج بواسطة

---

[1]– المجمع الفقهي الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة 16، المرجع السابق، ص2.

[2]– أبو الوفاء محمد، المرجع السابق، ص 692.

[3]– المرجع نفسه، ص693

[4]- متاح على الموقع . www.islamonline.net، أطلع عليه يوم 20 اوت 2022 على الساعة 14:30.

أنزيم مكثف. وتبعات الخطأ بهذه الطريقة تكون أكثر ارتفاعا من تبعات الخطأ عد استعمال تقنيّة (RELP)[1].

اشترط العلماء في كل هذه الطرق أن تكون العيّنات طازجة ونظيفة وأن لا تكون قد تعرضّت إلى اعتداءات بيئية، فكل هذه الخطوات العملية والتقنيّة لا علم للقاضي بها ولم يستوعب طريقة تحضيرها فهي محتاجة إلى جهد مكثّف من الخبراء حتى تخرج النتائج سليمة من الشوائب.[2]

ثانيا: الاستنساخ البشري

نظرا للتطور الكبير الدي عرفه علم الهندسة الوراثية، فقد أصبح من الممكن إنتاج جنس بشري خارج الطريقة الطبيعية بواسطة تقنية الاستنساخ، فإن كان الأصل أنّ لكل إنسان ADN خاص به لا يتشابه مع غيره، ولكن ذلك يتنافى مع الاستنساخ الذي يؤدي إلى صناعة ألوف النسخ المتشابهة لها نفس الصفات الوراثية ونفس الـ ADN وهذا يناقض بالضرورة ما هو ثابت علميا ويؤثّر حتما على خصوصية كل كائن بشري[3].

وبالتالي فإن عملية الاستنساخ البشري تقتل تقنية البصمة الوراثية في مهدها وتجعل القاضي أمام تحديات جديدة للوصول إلى الحقيقة، لذلك لابد من تظافر الجهود عالميا لمكافحة هذه الظاهرة.

هذه أهم الأسباب التي قللت من قيمة التحاليل البيولوجية، ورغم ذلك تبقى البصمة الوراثية خصوصا قرينة قوية أقوى بكثير من تحليل فصائل الدم التي تنفي النسب فقط ولا يمكن الاعتماد عليها في إثباته.

---

[1]– وسام أحمد السمروط، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر،، 2007، ص300.

[2]- سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 273.

[3]– عرعور المداني، البصمة الوراثية في الاثبات القضائي للتعرف على الأشخاص في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016، ص 42.

وصفوة القول أنّ التحاليل الجينيّة تبقى قرينة ظنيّة تخضع لتقدير المحكمة وسلطتها في استخلاص الوقائع وتقدير أدلة الدعوى المطروحة أمامها. وبهذا ينتصر لواء أهل القضاء على أهل الطب لأنهم– أي أهل القضاء– هم أهل الحق والرشاد[1] الذين أمرهم الله تعالى بقوله﴿ **إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا**﴾[2].

المطلب الثاني

العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية

رغم الدور الذي تلعبه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلاّ أن هناك صعوبات تعرقل العمل بها سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع لفحص الدم، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد والشرف وتتمثل هذه الصعوبات بالأخص في الصعوبات القانونية (الفرع الأول) والصعوبات المادية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الصعوبات القانونية

من الصعوبات القانونية التي يمكن أن يتمسك بها الخصم مثلا للتهرب من الاختبارات الوراثية أن يتمسك بمخالفة هذه التحاليل لأحكام الشريعة الإسلامية(أولا)، أو بأنّ الخضوع لهذا الفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة(ثانيا) وقاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه(ثالثا).

أولا: مدى اتفاق الأخذ بالطرق العلمية مع مبادئ الشريعة الإسلامية

كثيرا ما تواجه عملية فحص الدم عائقا كبيرا أسست عليه الشريعة الإسلامية أغلب

[1]– نويري عبد العزيز، البصمة الجينية ودورها في الاثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة ، العدد 65، أفريل 2004، ص17.

[2]– النساء، الآية58.

أحكام النسب ولم تزعزعه أو تهدر قيمته إلاّ بما هو أقوى منه وهو اللّعان، وهذا العائق هو الفراش والذي لا تستطيع البصمة الوراثية اقتلاعه لأنه ثابت بالكتاب والسنة لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش"، إضافة للّعان الذي جعلته الشريعة الإسلامية الطريق الوحيد لنفي النسب[1] وبالتالي فإنّ هناك من يتمسّك باللّعان لنفي النسب ويرفض الخضوع لفحص الدم لعدم النص عليه شرعا، ومن جهة أخرى هناك من يحتجّ بأن تحاليل الدم وخصوصا البصمة الوراثية لم يرد بشأنها حكم عن الشارع الحكيم وتجاهلوا قوله تعالى ﴿**سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ**﴾[2] وبذلك فهي تعتبر في حكم المنصوص عليها.

ويرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الأشياء الإباحة وليس التحريم، لأن تحريم ما لم يرد بشأنه نص لمجرد أنه مسكوت عنه يعتبر من باب التكليف بدون بيان وهو تكليف بما لا يطاق[3]، وإسقاطا على العمل بالقافة في إثبات النسب بناءا على العلامات الظاهرة التي يعرفها القائف كما ورد في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ رسول الله –صلى الله عليه وسلم– ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال "ألم تري أن مجزّزا المدلجي نظر آنفا إلى زيد إبن الحارث و أسامة بن زيد وعليها قطيفة قد غطّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض..."[4]، وبالتالي فإن سرور نبيّ الله عليه الصلاة والسلام دال على إقراره بالقيافة، فما بالك اليوم بخبرة طبّية يقينيّة.

ثانيا: فحص الدم و مدى جواز المساس بمبدأ حرمة الجسد

لقد عبّرت الجماعة الدولية ممثلة في الأمم المتحدة من خلال مؤتمراتها عن قلقها إزاء المنجزات العلمية والتقنية الحديثة التي تولّد مشاكل اجتماعية وتعرّض للخطر الحقوق المدنية

---

[1]– إبن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص164.

[2]– سورة فصّلت، الآية53.

[3]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 95 – 97.

[4]– محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، ، عناية زهير الناصر، دور طوق النجاة، ط01، 1422 هـ، رقم الحديث 389، العمل بالحقائق، ص 3198.

والسياسية للفرد والجماعة وتتجاوز اعتبارات تتعلق بالكرامة الإنسانية[1]، فقد أوصت الأمم المتحدة بضرورة اتخاذ تدابير فعّالة منها التشريعية لكفالة استخدام التقدّم العلمي والتكنولوجي في تأكيد حقوق الإنسان وحريّاته[2]، وعلى ذلك فإن إلزام شخص بالخضوع للتحليل البيولوجي لإثبات النسب أو نفيه يعدّ مساسا بحق الإنسان في الحفاظ على أسراره وخصوصياته، كما أنه يعتبر تدخلا ومساسا بسلامته الجسدية[3]، وعلى المستوى المحلّي فإن الحق في السلامة الجسدية مبدأ مضمون دستوريا[4].

وبإنزال ما تقدّم على موضوعنا نجد أن هناك تنازع بين حقّين أوّلهما هو حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة والثاني هو حق الإنسان في صيانة أسرار حياته الخاصة لأن الفحوصات الجينية تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية وبالتالي الكشف عن معلومات ذات طابع شخصي (الكشف عن الشخصية، الطبع، الاستعداد الإجرامي الأمراض الوراثية كمعرفة اكتشاف وجود الجين المسبب أحد الأمراض التي لا تظهر إلا بعد سن معيّنة مثل الجين المسبب لمرضها نتجون الذي لا تظهر أعراضه إلاّ بعد بلوغ المريض سن الأربعين.

وهو مرض عصبي يصيب الدماغ وله نتائج وخيمة تؤدي إلى الموت خلال فترة (خمس إلى عشر سنوات)[5]، وبالموازنة بين الحقين السابقين نجد أن الأول أولى بالرعاية لكونه حق عام يهمّ المجتمع بأسره ذلك أن ثبوت النسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى وبين الأب

---

[1]– الإعلان الخاص باستخدام التقدّم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم والخير للبشرية والصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 1985/11/10، https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration تم الاطلاع عليه يوم 03 أوت 2022، على الساعة 20:20.

[2]– حمدي عبد الرحمان في شأن معصومية الجسد على موقع الأنترنيت www.islamonline.Net

[3]– المادة 47 المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري ، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر عدد 82 ل 30 ديسمبر 2020. "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضدّ الحقوق والحريات وكل ما يمس بسلامة الإنسان".

[4]– المادة 49 من المرسوم رقم 20-442 " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحضر أيّ عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة".

[5]– عرعور المداني، المرجع السابق، ص82.

والابن والأم والمجتمع ككل، كما أن هذا الإشكال يحدث فقط في حالة رفض الشخص الخضوع للفحص بغيّة الحصول على العيّنة.

أما عندما يتعلق الأمر برضاء الشخص وقبوله للفحص فإنّ قبوله الاختياري يحسم الإشكال، باعتبار الأمر يدخل في نطاق الحقوق التي يجوز للشخص التنازل عنها[1]، كما أن بعض التشريعات التي تسمح بجمع بيانات البصمة الوراثية رغم أنها تشكل ضررا بالحياة الخاصة قد سمحت بذلك في نطاق محدود جدا مع ضرورة إحاطة المعلومات المتحصلة من فحص البصمة الوراثية بقدر كبير جدا من السرية، حيث يعاقب كل من يفشي أسرار البصمة الوراثية وفقا للنصوص العقابية، وحبذا لو ساير المشرّع الجزائري هذا الاتجاه[2].

وبناءا على ما تقدم يباح المساس بالحق في الخصوصية رغم كونه من حقوق الإنسان اللّصيقة بشخصه والتي تتعلق بكرامته وهذا المساس لغايات أسمى يسعى إليها المشرّع رغم ما يلحق ذلك من ضرر بالحياة الخاصة.

ثالثا: فحص الدم ومدى إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه

تقضي المبادئ العامة في الإثبات أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه، لأن الخصم المكلف بالإثبات هو الذي يجب عليه تقديم المستندات التي تؤيّد صحّة ادّعائه، وليس له أن يطرح عن نفسه عبء الإثبات ويلقيه على خصمه. فهل يجوز إلزام الشخص بتقديم عيّنة من دمه أو خصلة من شعره أو عيّنة من سائله المنوي لإجراء فحوص طبية من أجل إثبات النسب أو نفيه؟[3]

وللإجابة على ذلك وقياسا على قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضّبطية القضائية أو وكيل الجمهورية تفتيش المتهم أو منزله إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، وهي نفس الغاية التي يسعى المشرّع إليها من خلال إجازته اللجوء للطرق

---

[1]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ص99 – 100.

[2]– يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 60.000دج إلى300.00 دج كل من يفشي معطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية.

[3]– إعلان طهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران في: 1968/05/13.

العلمية في مجال إثبات النسب، خاصة وأن المشرع في مجال الإجراءات الجزائية قد نص على عقوبة كل من يرفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية فإنه سيعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة مالية من 30.000 دج إلى 100.000 د ج[1]. فلماذا لا يكون نفس الأمر في مجال إثبات النسب أو نفيه تحقيقا لنفس الغاية؟

ورغم كل هذه الصعوبات والعراقيل التي تقف عقبة أمام تطبيق واستعمال التحاليل البيولوجية إلاّ أنه لا يمكن استبعاد اللجوء إلى الخبرة الطبية خصوصا بعد أن نصّ المشرّع عليها صراحة في قانون الأسرة، وبالتالي فمتى رأت المحكمة أن هناك ضرورة ما لخدمة العدالة بإجراء هذه التحاليل فلن تتأخر في الاستعانة بالخبرة الجينية.

الفرع الثاني

الصعوبات المادية

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما وفي الجزائر خصوصا هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيّد بأحدث التجهيزات وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين.

وفي الجزائر فإن مخبرADN الذي تم تدشينه بتاريخ 2004/07/22[2] يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية وهو يساهم بدور فعّال في المجال الجنائي ويفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه، إلاّ أن اعتماد بلادنا على مخبر وحيد وموجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدّي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى، كما يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة، تثقل كاهل المواطن البسيط الذي قد لا يتحملها.

---

[1]– المادة 16 من قانون رقم 16–03 ،، المؤرخ في 19 يونيو 2019 ، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج ر، ع37، الصادر في 22 يونيو 2016

[2]– نبالي مليكة، البيولوجيا الجزئية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص49.

المبحث الثاني

مكانة الطرق العلمية ضمن طرق إثبات النسب

عدّد المشرع الجزائري طرق إثبات النسب بين الإقرار والبينة، وجواز اللجوء إلى الطرق العلمية، وهي كلها أدلة تسعى إلى إبراز النسب الحقيقي مع إسناد الحقوق لأهلها والأصل في الأدلة هو التماس غلبة الظن قدر المستطاع، وهو الأمر الذي أدى بالفقهاء جعلا الأدلة مراتب بعضها أقوى من الأخر[1].

فلا إشكال يطرح إن تساوت الأدلة فيما بينها، غير أن تعارضها حول إثبات النسب أو نفيه يجعلنا نبحث عن الأولى بالإعمال بالطرق التقليدية أم بالطرق العلمية الحديثة؟ لهذا سنتطرق إلى كل من الطرق العلمية الحديثة والطرق التقليدية لإثبات النسب (المطلب الأول).

وإن كان الشارع قد تساهل وتوسع في طرق إثبات النسب فإنه قد تشدد في نفيها ولعل أقوى طرق نفي النسب تتمثل في اللعان، فهل يمكن للطرق العلمية الحديثة أن تثبت النسب بعد نفيه؟ وماذا إن أثبتت نتائج الفحوصات الطبية كذب دعوى الزوج؟ فهل يكتفي بذلك ويستغني عن اللعان لنفي النسب (المطلب الأول).

المطلب الأول

في حالة إثبات النسب

اختلف الفقهاء المعاصرين في تحديد مكانة الوسائل العلمية الحديثة (وبالضبط الطرق القطعية منها) وبين طرق التقليدية لإثبات النسب، ونتج عن ذلك ظهور فريقين، أحدهما يجعلها دليلا بعديا للأدلة التقليدية (الفرع الأول)، والأخر يجعلها تكميليا للطرق التقليدية (الفرع الثاني).

[1]– لينة بن دادة، اثبات النسب بالوسائل العلمية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2015/2014، ص598.

الفرع الأول

مذهب القائلين بتقديم الطرق التقليدية

تماشيا مع تطورات العلمية الحديثة في مجال الإثبات أورد المشرع نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب. ولعل من أهم هذه الطرق العلمية لإثبات النسب، البصمة الوراثية أو تحليل الحامض النووي، ونظرا لأهمية هذه الوسيلة في مجال إثبات النسب أو نفيه، ويجدر بنا البحث للإجابة عن كثير من الاشكالات المتعلقة بمدى كفاية الطرق العلمية لإثبات النسب، ومدى مشروعية الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية وبيان حجيتها في مجال اثبات النسب في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري. وعليه سنبين مقتضى القائلين بتقديم الطرق التقليدية (أولا)، وحجج القائلين بتقديم الطرق التقليدية(ثانيا).

أولا: مقتضى القائلين بتقديم الطرق التقليدية

يمثل هذا المذهب أغلب الفقهاء المعاصرين، إذ يرون أنه لا يمكن تقديم الأدلة العلمية الحديثة على أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي من إقرار وبينة مع وجوب توافر الزوجية، حيث لا يعهد إلى غيرها كالبصمة الوراثية أو تحليل فصائل الدم إلا إذا انعدمت الأدلة التقليدية أو حصل تعارض فيما بينها، لذلك فإذا وجدت إحداها فلا تقوى الطرق العلمية الحديثة وحتى القطعية منها على تضعيفها أو إسقاطها، لأن هذه الطرق هي الأصل لذلك فهي أقوى في تقدير الشرع لها [1].

وإن أخذنا بالبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب لا يعد أصلا من الأصول القاطعة الذي تثبت به البنوة أو الأبوة أو الأمومة بل هي دليل يؤخذ به على سبيل الاستئناس لا أكثر عند الاختلاف على النسب[2].

---

[1]– إقورفة زبيدة، المرجع السابق ، ص324.

[2]– حسيني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، المرجع السابق، ص732.

ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق التقليدية

اعتمد هذا الفريق في تبرير موقفهم المتمثل في تقديم الطرق التقليدية على الطرق الحديثة مجموعة من الحجج أهمها[1]:

1- الأدلة الشرعية التي تثبت النسب ورد العمل بها نصا وإجماعا، والقول بتقديم الأدلة العلمية الحديثة فيه إبطال للنصوص الشرعية، وبالتالي مخالفة إجماع الفقهاء، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا الصدد "ذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم وجود الدليل الأقوى..."[(2)].

2- إذا اعتمدنا الفحوص الجينية في إثبات النسب والقول بمشروعيتها، فهو قياس على القيافة فتنزل إلى منزلتها، ولا تقدم على الأدلة الأخرى، كما أن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية في الماء لإثبات الفراش، فلا تكون حجة ترقى بذلك عن باقي الأدلة وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية.

3- القول بالأخذ بنتائج الفحوصات والتقارير الطبية أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع، منها التستر على المذنبين، حيث سيقودنا على نهجها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب بحيث سيؤدي إلى الجرأة في ارتكاب الفاحشة مادامت الطرق العلمية الحديثة تعطيهم الدليل على تأكيد الأبوة أو البنوة أو غيرها.

يتضح مما سبق أنه رغم ما دفع به أنصار هذا الاتجاه من أدلة، فإن هذه الأخيرة لا ترقى إلى درجة اليقين، وتبقى قيمتها نسبية في الثبوت الشرعي للنسب، ولا يعهد إلى الظن إلا عند تعذر اليقين الذي لا نجده إلا عند الطرق العلمية القطعية، ومن هذا المنطلق بنى أنصار المذهب المخالف موقفهم.

[1]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص325-326؛ حسيني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص724.

[2]- رأي د/ وهبة الزحيلي مشار إليه في: إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص325.

الفرع الثاني

مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة

يرى أصحاب هذا المذهب وهم يمثلون ثلة من الفقهاء المعاصرين أن الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية أولى بالأعمال من الأدلة التقليدية ، إذ تعارضت نتائجها والإقرار أو البينة إذا وجد عقد الزواج، واستنادا إلى ذلك نبرز موقف القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة(أولا) ، وأهم حجج القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة(ثانيا).

أولا: موقف القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة

يرى أصحاب هذا المذهب، وهم ثلة من أهل العلم المعاصرين، أن الطرق العلمية الحديثة وعلى رأسها البصمة الوراثية أولى بالإعمال من الأدلة التقليدية، إذا تعارضت نتائجها مع الإقرار أو البينة إذا وجد عقد زواج [1].

ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة

لهذا الفريق أيضا حججهم في تقديم الطرق العلمية الحديثة على الطرق التقليدية نذكر منها ما يلي:

الطرق العلمية الحديثة هي ليست دليلا قائما بذاته يعلو على تلك الأدلة والطرق الشرعية، وإنما هي بمثابة شرط حسي[2] لصحة الأخذ بتلك الأدلة من ناحية، ومن ناحية أخرى فهي تعد مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنية، فهي ترفعها لمقام اليقين لاعتبار أنها دليلا قاطعا يصاحب الدليل الشرعي الآخر وليس مشتقا عنه.

---

[1]– إقورفة زوبيدة ، المرجع نفسه، ص ذاتها.

[2]– إن الأمور المدركة بالحس نوعان: الأول: نوع يشرك في العام والخاص كالقصر والطول ،والبياض والسواد والثاني ما يلزم فيه الإشراك كرؤية الهلال ومعرفة الأوقات ونحو ذلك مما يختص به أهل المعرفة ، والبصمة الوراثية تعد من قبل هذا النوع الأخير، فلا يدرك ماهيتها إلا أهل الخبرة من الأطباء والبيولوجيين ، مذكور من طرف حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص730.

وقد ورد في ندوة الكويت حول "الوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري والعلاج الجيني– رؤية إسلامية–"[1] في إحدى توصياتها بأن "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء من غير قضايا الحدود الشرعية.

حيث يتبين لنا أن الأدلة التقليدية مبنية على الظن الغالب إذ كلها لا تفيد القطع في إثبات النسب، فالشهود معرضون للنسيان. والإقرار قد يكون على خلاف الحقيقة والواقع، فهي في الواقع أدلة يتسرب إليها النسيان والخطأ إضافة إلى التزوير، ولهذا فإذا ما تعارضت نتائج إحدى الطرق العلمية الحديثة مع البينة على سبيل المثال، فيصبح بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها، على عكس أقوال الشهود الذين لا يشهدون بما لا يعلمون، وقد يكاد يكون علمهم بالشيء غير صحيح فالإنسان معرض للنسيان والخطأ، كما أن احتمال التزوير والخطأ غير وارد في بعض الطرق العلمية وإن وجد فيكون ضئيل جدا، يكاد يكون منعدم الوقوع للظروف العلمية التي تجري فيها الفحوصات[2].

أما بالنسبة للإقرار ففي كل نماذجه تصلح للطرق العلمية القطعية أن تلعب دورا أساسيا في حسم الخلاف بدلا عنه، كذلك الأمر في تحميل النسب على الغير، ومدى سريان الاعتراف بالنسب على الأقارب أو قصوره على المقر، فإذا كانت نتائج التحاليل متطابقة الخصائص بين المقر والمقر له دل ذلك على صحة الإقرار، فتقوم هذه الأخيرة مقام هذا النوع من الإقرار[3].

ولعل ما أسند عليه معارضو تقديم الطرق العلمية الحديثة على التقليدية أن نتائجها غير دقيقة لما قد يحصل أثناء الفحص من أخطاء بشرية ومخبرية، كاختلاط العينات المأخوذة من شخص بعينات لشخص أخر، أو بسبب أخطاء خبير أو غيره من العاملين في مختبرات

---

[1]– ندوة الكويت المنعقدة بتاريخ 23–24 جمادى الأخيرة 1419هـ الموافق لـ 13–15 أكتوبر 1998 –مذكور من طرف إقورفة ، المرجع السابق، ص327، هامش رقم 03.

[2]– إقروفة زبيدة، المرجع الساب، ص327.

[3]– المرجع نفسه. ص 328

الفحص الوراثي في أي إجراء من الإجراءات، أو عدم العناية التامة بآلات الفحص، وغيرها من الأخطاء[1].

فهذا لا يعد بالسبب الجدي لاستبعاد الطرق العلمية، لأنه ما من طريق من طرق إثبات النسب إلا وهو مظنة لحصول الخطأ فيه، أضف إلى ذلك أن مشروعية الأخذ بهذا النوع من الأدلة مقترن بشروط وضمانات عديدة، درء لهذه الأخطاء المحتملة فالخطأ يمكن أن لا يكون من الاختبار ذاته، ولكن يمكن أن يقع ممن يقومون به[2].

وبناء على ما سبق ذكره يظهر لنا أن الرأي الثاني أولى بالإعمال من الأول استنادا لقوة أدلتهم وموافقتها لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية، ونصوصها التي تدعو إلى عدم الجمود على ظواهر النصوص[3].

وبمحاولة التقريب بين الطب والقانون، فلا يمكننا أن نهدر دليلا علميا مؤكدا في مجال مهم كهذا، وخاصة أن الأدلة الأخرى لا تقدم مثل ما يقدمه هذا الدليل العلمي من مساعدة في إظهار الحقيقة التي هي مصب أدلة الإثبات عموما[4].

كما أن الملاحظ على الوسائل الشرعية لإثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري أنها تمثل درجة واحدة من القوة، وإن كان بعض من الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار، باعتبار هذا الأخير يمثل شهادة واحد على نفسه، فلا يمكن تقديم الطرق العلمية على أحد الأدلة السابقة. غير أنه قد تطرأ حالات، يتعذر فيها كشف حقيقة النسب بهذه الوسائل، مما يحتم علينا اللجوء إلى إحدى هذه الأدلة العلمية[5]، لتأكيد شجرة العائلة وإثبات البنوة. وهذا ما

---

[1]– حسيني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص734.

[2]– فؤاد عبد اللطيف أحمد– البصمة الوراثية (ما لها وما عليها ومكانتها بين وسائل الإثبات)، مجلة معارف، السنة السابعة، ع13، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند ولحاج، البويرة، ديسمبر2012، ص49.

[3]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص328.

[4]– محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص286.

[5]– فاطمة عيساوي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (وفقا لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، ع8، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد ولحاج، البويرة، جوان 2010، ص74.

ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين[1]، وما يأخذ به قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 222 منه والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يتم النص عليه في تقنين الأسرة.

فيتضح مما سبق أن العمل بإحدى الطرق العلمية في إثبات النسب لا يشكل إبطالا ولا إلغاء لأحكام الشريعة الثابتة، ولا تعارض مع نصوص القانون في شيء، خصوصا إذا استخدمت وفقا للشروط والضوابط المنصوص عليه شرعا وقانونا، ونشير أخيرا إلى أن الفقهاء إن كانوا يؤكدون على تساوي الطرق العلمية مع الأدلة التقليدية لإثبات النسب وأنه لا يمكن أن تتقدم عليه فكيف هو الأمر مع اللعان الذي يعتبر أقوى الطرق الشرعية لنفي النسب؟ ومن هذا المنطلق يمكن التساؤل عما إذا أثبتت نتائج الفحوصات الطبية استبعاد وجود رابطة بين الطفل والأب المفترض، فهل يمكن اعتبارها دليلا بديلا عن اللعان في نفي النسب؟

المطلب الثاني

في حالة نفي النسب

إذا كان اللعان إحدى الطرق المشروعة الذي يفيد نفي النسب طبقا لأحكام المادة 41 من ق. أ. ج[2]، لاعتباره أقوى الطرق في مجال نفي النسب وإن كانت الزوجية قائمة وأمكن الاتصال بين الزوجين، فإن العلوم الطبية قد أثبتت لنا وجود أدلة جد دقيقة يغلب فيها اليقين عن الظن، ونخص بالذكر الفحص الجيني وفصائل الدم اللذين يقومان وظيفتان لا أكثر ألا وهما الإثبات والنفي.

وبالوقوف أمام نص المادة 2/40 ق. أ. ج ، فإن المشرع تركها مبهمة لأنه قصّر الطرق العلمية على إثبات النسب دون أن يشير إلى إمكانية استخدامها في حالة النفي، في حين يمكن أن تتعارض نتائج هذه الطرق مع أقوال الزوج حيث تطابق عينة الزوج مع عينة الولد، فهل

[1]– فؤاد عبد اللطيف أحمد، المرجع السابق، ص40.

[2]– تنص المادة 41 ق. أ. ج على أنه **"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".**

يصح الاعتماد على تلك النتائج وبالتالي إثبات نسب الطفل إليه وعدم الاستجابة لطلب الزوج للملاعنة؟ وإذا أثبتت النتائج صحة ادعاء الزوج فهل يكتفي بها دون استكمال اللعان؟

للإجابة على ذلك ظهر اتجاهان، الأول يرى تقديم اللعان على الطرق العلمية(الفرع الأول)، والثاني يرى تقديم الطرق العلمية على اللعان(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

يقتضي الأمر التطرق لتعريف اللعان وبيان شروطه(أولا) ومن ثم بيان موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية وحججهم(ثانيا).

أولا: تعريف اللعان وشروطه

اللعان لغة مشتق من اللعنة، وهو الطرد والإبعاد من الخير، وسمى بذلك، لأن الزوجين يبتعدان عن الزواج ويتأبد التحريم بينهما، فالزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة وبينهم زوجته بأن الولد ليس منه ويطرده[1]، وفي المعنى الاصطلاحي هو عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين حين قيام الزوجية مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة[2].

واللعان حكم شرعي ثبت بنص القرآن الكريم في قوله تعالى﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين** ﴾ [3].

يشترط في اللعان ما يلي[4]:

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص637.

[2]– حاسم الأحمد، المرجع السابق، ص49.

[3]– سورة النور، الآية 6-7.

[4]– أسماء مندوه عبد العزيز، وسائل اثبات النسب بين القديم والحديث، دار الفكر العربي الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص324.

1- قيام الزوجية بين المتلاعنين ولو كان النكاح فاسدا، مع وجوب أن يكون الزوجين مسلمين حرين مكلفين، لأن الصغير لو قذف لا يحد.

2- التعجل في إجراء اللعان، وذلك خلال الآجال الشرعية حال رؤية الزنا أو الحكم بالحمل ما لم يكن هناك عذر مقبول، غير أن المالكية اشترطوا الفورية بعدم العلم بذلك وجعلوه من يوم إلى يومين على الأكثر.

3- ألا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة أو دلالة، إذ لا يجوز الرجوع عن الإقرار.

ثانيا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن ينفى النسب الشرعي الثابت بفراش الزوجية إلا باللعان فقط، وعليه فقد توصل بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول "بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان"[1]. وهو موقف يؤيده قرار مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي حيث ورد فيه "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"[2]. وبالنتيجة لا يمكن إثبات النسب بعد أن ينتفي باللعان، وقد استدل أنصار هذا المذهب بأدلة نذكر منها:

1- أن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان، ولو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها بالفاحشة، لأنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية. كما لا يمكن الاعتماد على الطرق العلمية فحسب فهي قرينة لا أكثر، وتقيم حد الزنا على الزوجة، بل لا بد من البينة، فكيف نقدمها على اللعان ولا نقدمها على الحد؟[3].

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص402.

[2]- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص287.

[3]- قرار مجلس الفقه الإسلامي في دورته السادسة بمكة المكرمة (21- 26)/10/1422 الموافق لـ (5- 10)/10/2002، مشار إليه في: بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص81، هامش رقم2 منه.

2- إن إجراء يمين اللعان لها صفة تعبدية بخلاف الطرق العلمية التي تقوم على معرفة الحقيقة العلمية المجردة، التي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري[1]، فلا يجوز شرعا الاعتماد على هذا النوع من الأدلة في نفي النسب، ولا يجوز إثبات النسب بها بعد نفيها باللعان، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم[2].

3- أهم آثار اللعان نفي نسب الولد، وهو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه، وهو أثر أجمع عليه فقهاء المسلمين، وهذا ما يحدث رغم أن الزواج متحقق بشروطه[3].

إضافة غلى ذلك فإن الطرق العلمية تقدم لنا اليوم أدلة شبه قطعية حول انتفاء النسب، وإذا قلنا النفي فإن الفحص الحديث للدم وحتى فصائل الدم تعطينا دليلا على التحقق من ذلك وباستكمال إجراءاته ينتفي النسب عنه وبالتالي يلحق الطفل بأمه، وهكذا يبدو لنا وجود تعارض بين لجوء الزوجة للطرق العلمية الحديثة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب الزوج إجراء اللعان وما ينتج من تفريق بينهما[4].

ترتب عن كل هذا مذهب ثاني يرى إمكانية تسبيق الطرق العلمية على اللعان.

---

[1]- أسماء ممدوح عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل اثبات النسب بين القديم والحديث، ط01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010، ص324.

[2]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم لشريعة الاسلامية، القاهرة، 2002 – ص292.

[3]- والواقع أنه تعارض ظاهري أكثر منه حقيقي لأنه إذا أمكن أن نكشف على أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان، وأن ثبوت النسب الولد للزوج لا يتعارض مع بقاء اللعان سببا للتفرقة بين الزوجين، أمكن في نفس الوقت رفع التعارض بين استخدام فحص الدم المثبت للنسب واللعان كإجراء للتفريق بينهما، مذكور من طرف محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص287.

[4]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص331.

الفرع الثاني

مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان

يمكن للطرق العلمية أن تكون بديلا للعان فيستغنى عنه بنتائجها إثبات ونفيا، لأن انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان، فقد يثبت نسب الولد من الزوج ويبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فقطع النسب ليس من ضرورة اللعان[1].

كما أن اللعان لا يلجأ إليه الزوج إلا عند انعدام الشهود، ولا يكون ثمة شاهد إلا الزوج فقط لقوله تعالى﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ** ﴾[2]، حينئذ يجد اللعان كسبب موقفه وفقا للآية الكريمة.

أما إذا كانت نتائج استخدام الطرق العلمية التي تثبت صحة ما يدعيه الزوج وتشهد لقوله وبالتالي تنفي النسب عنه، فليس هناك ضرورة للعان، ذلك أن هذه التحاليل تقوم مقامه، كما أن نتائجها قطعية ويقينية، كونها مبنية على صفات وراثية علمية بيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يوسع دائرة معرفة الأب الحقيقي البيولوجي[3].

وتقول الدكتورة إقروفة زبيدة بخصوص موقع البصمة الوراثية من اللعان أن البعض قد قصّرها على حالة إثبات نتائجها للبنوة بخلاف أقوال الزوج، فيعمل بها دون اللعان، كما ذهب الدكتور محمد سليمان الأشقر إلى القول بأنه "إذا ثبت باختبارات البصمة الوراثية أن الزوج هو الأب الطبيعي للمولود فإن ذلك يمنع نفي الولد عنه، لكن لا يسقط حقه في إجراء اللعان لأن المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت أو زنت ثم حملت من زوجها[4].

فإلحاق نسب الولد بابيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإذا أثبتت الطرق العلمية نسب الطفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك للتهرب من النفقة أو لغيرها من الأسباب، فإن

---

[1]– عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص289.

[2]– سورة النور، الآية 6.

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص402.

[4]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص334.

العدل يقضي أن نلحق الطفل بأبيه، ولا نمكن الأب من اللعان، لئلا يكون سببا في ضياع نسب الطفل.

فيقول الدكتور عبد المعطي بيومي في هذا المجال "أن اللعان أصبح أمر لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم، وضعف فيه الوازع الديني، وأن الأخذ بالوسائل العلمية خاصة تحليل لـ DNA بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء ومحققة لمصلحتهم، وواضعة للعدالة موضع صحيح، تردع المتطاولين على الشرف وتحفظ الأنساب..."[1].

واستنادا لكل ما سبق ذكره يتضح لنا جليا المركز الحساس لكل الطرق العلمية الحديثة واللعان، لكون هذا الأخير حكم شرعي نزل به الروح الأمين، أما الطرق العلمية فهي تلك الطرق التي تعبر لنا عن حقائق علمية يقينية يستبعد الاعتراض عليها، وبالتالي فمجال الاستفادة من هذه الأدلة المستحدثة مفتوح في مجال اللعان متى روعيت فيها شروط الحسية والشرعية[2].

فإذا كانت الغاية من وراء طلب الزوج للعان هو اتهام الزوجة ارتكاب الفاحشة دون ارتباطه بحمل فهنا يلجأ للعان دون التحاليل الطبية لتأكيد وقوع الفاحشة، إذ الحد لا يقام بناء على نتائج الخبرة، أما إذا قصد الزوج نفي الحمل أو المولود عن صلبه دون اتهام للزوجة بالرذيلة، ففي هكذا حالات يمكن أن تتدخل الطرق العلمية لحسم النزاع لإثبات نسب المولود الحقيقي دون حاجة لإجراء اللعان، والفصل الأبدي بين الزوجين حيث ينتسب الحمل أو المولود إلى الزوج إذا تطابقت عينات الفحص النووي معه، وتقصى أبوته إذا تغيرت أشكال العينات دون أن يؤثر ذلك على سير الزوجية[3].

وتضيف ذات الدكتورة أنه إذا طلب الزوج باللعان لنفي الحمل الذي يعتقد أنه ناتج عن علاقة محرمة ومشبوهة، فالقاضي له كامل السلطة التقديرية في الأمر بإحالة المدعي صاحب

---

[1]– نقلا عن: حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص ص809–810.

[2]– طغياني مختارية، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2006، ص86.

[3]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص335.

الفراش على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الوراثية ومقارنته مع الولد للتأكيد أو لنفي دعوى الزوج ، فسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة وواسعة بناء على المادة 2/40ق. أ. ج ، وكما أنه مراعاة لمصلحة الطفل من خلال صيانة حقوقه وعدم تعريضه لمختلف أنواع الإجرام، أولى بالإعمال من مصلحة الزوج لمجرد شكوك تلازمه.

الخاتمة

الخاتمـــة

من خلال دراسة رابطة النسب إثباتا ونفيا باعتبارها نسيج الأسرة، حاولنا معالجة هذا الموضوع بالاعتماد على الدراسة القانونية للطرق الشرعية والعلمية التي جسّدها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة المعدّلة، وتوصّلت الدراسة إلى أن القانون اقتدى بما أتى في الشريعة الإسلامية بأخذه الفراش كأساس للنسب وبالإقرار والبيّنة كما أن اعتماده للطرق العلمية في مجال النسب لا يعدّ خروجا على مبادئ الشريعة طالما أن الهدف منها هو وضع الحقائق في مكانها الصحيح، وبالتالي فإن التسليم بذلك يؤصّل ما هو مقرّر شرعا بأن الولد للفراش. مع ضرورة أخذ الحيطة والحذر والالتزام بالشروط والضوابط العلمية، ورغم اعتمادها كطرق قطعية الدلالة إلا أنها تبقى خاضعة لتقدير المحكمة.

كما أن نص المادة 40 ق. أ. ج يطرح إشكالية في تطبيقه على مستوى أقسام شؤون الأسرة، لهذا لا يزال النسب يثبت بالطرق الشرعية ويعود ذلك إلى وجود مخبر وحيد تابع للشرطة العلمية، وتعيين القائمين بالتحليل الجيني يرجع لمديره، وهذا لا يتماشى مع إجراءات الخبرة القضائية التي يعيّن فيها القاضي خبير محلّف للقيام بالإجراءات المطلوبة منه، الأمر الذي يحتّم على المشّرع ضرورة إصدار نصوص تنظيمية تبيّن كيفيّة تطبيق المادة نص 2/40 ق. أ. ج.

ورغم تنظيم قواعد النسب شرعا وقانونا إلاّ أنه وخلال السنوات الأخيرة لوحظ ارتفاع عدد قضايا النسب وسبب ذلك يعود أساسا إلى انتشار العلاقات غير الشرعية وتنامي ظاهرة الزواج العرفي أمام رفض الآباء الاعتراف بأبنائهم بعد فشل الزوجة في إثبات العلاقة الزوجية أمام المحكمة، وحتى لو تمكّنت من ذلك إلا أنها ستواجه حتما رفض الزوج الاعتراف بالنسب ورفض إجراء التحاليل استنادا إلى أن القانون لا يلزمه بالخضوع للتحاليل البيولوجية، ولذلك لا بدّ من إصدار نص يمنح للمحكمة الحق في إخضاع الأب لهذه التحاليل، وفي حالة الرفض عدّ رفضه دليلا على صحّة نسب الابن له.

وتشير الإحصائيات إلى أن هناك ما يفوق 21 ألف طفل غير شرعي في الجزائر ولدوا في السنوات السبع الأخيرة[1].

تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن هناك اختلاف فقهي بشأن جواز أن ينسب ولد الزنا إلى الأب مما أدى بالبعض إلى القول بضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل قاطع للنسب، لكن وانطلاقا من القاعدة الفقهية التي تقول بأن "ماء الزنا هدر"، أي ما ينتج عنه غير معترف به، وعليه فإن إثبات نسب ولد الزنا من خلال الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية مردود عليه.

نشير في هذا الإطار إلى النقطة التي أثارها وزير التضامن الاجتماعي السابق(جمال ولد عباس) بإعلانه الأخير عن فتح ملف الأمهات العازبات مجددا والذي كان محل شدّ وجذب بين كثير من الأطراف التي اختلفت رؤاها في كيفيّة معالجة الظاهرة، التي أصبحت تهدد وحدة المجتمع الجزائري فقد أعلن الوزير أن الحكومة الجزائرية ستصدر قريبا قانونا خاصا بالأمهات العازبات وكشف أنه سيتم استخدام تقنية ADN لتحديد هويّة آباء الأطفال غير شرعيّين للحصول على اسم عائلي وأضاف أن مشروع القانون الجديد سيخصص منحة مقدارها 10 آلاف دينار جزائري عن كل طفل غير شرعي[2].

إلاّ أن هذا القانون في حالة صدوره سيزعزع قاعدة متأصّلة مفادها أن الولد للفراش، وسيثير جدلا كبيرا خاصّة من الشخصيات الإسلامية التي ستعتبر أن هذه الخطوة تعدّ مبادرة حكومية لتشجيع الزنا، وبالتالي تقتضي الضرورة البحث عن جذور المشكل قبل البحث عن حلّه عن طريق البصمة الوراثية أو غيرها وهذا يستلزم البحث عن البصمة الأخلاقية والتربوية في مجتمعنا وأن نعمل على غرسها وتأكيدها.

---

[1]– نذير حمادو، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد غير الشرعي، دراسة فقهية، اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين سطيف يومي 10-09 :أفريل 2008، حول "البصمة الوراثية DNA في الإثبات"، مجلس قضاء سطيف، منظمة المحامين، سطيف09/أفريل 2008 ، المنعقد بدار الثقافة هواري بومدين، سطيف.

[2]– صولي إبتسام بوبكر طه حسين، طرق إثبات النسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007-2006، ص72.

وفي الأخير ومواجهة لكثرة قضايا إثبات النسب على مستوى المحاكم، وإضافة لما سبق اقتراحه فإن الأمر يتطلّب اتخاذ حزمة من الإجراءات أهمها:

1- إجراء تعديل تشريعي يضع التحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة، ويتضمن التعديل ضرورة إلزام الزوج بالخضوع لإجراء تحليل البصمة الوراثية مع تحمّل الدولة تكلفة إجراء هاته التحاليل.

2- تكوين خبراء محلّفين ومختصّين في التحاليل الجينية على مستوى المحاكم.

3- الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي مع إصدار تعليمات لأئمّة المساجد بمسك سجلاّت خاصّة لهذا الغرض حتى تسهل عمليّة الرّجوع إليها عند الحاجة.

4- استصدار قرار إداري يمنع استخراج شهادة بقيد ميلاد طفل إلّا بعد إجراء البصمة الوراثية لترفق بتلك الشهادة، على أن تكون بصمة الطفل مطابقة لبصمة الأبوين المسجّلة في عقد زواجهما.

5- إصدار قرار مثيل للأطفال اللقطاء ومجهولي النسب للبحث عن ذويهم أو لمعرفة أمهاتهم على الأقل، وذلك لإنسابهم إليهنّ شرعا لما يتعلّق بذلك من أحكام شرعية كالميراث والمحرّمات..

6- صدور الأحكام القاضية بإثبات النسب انتهائيا مع إعفاء دعوى إثبات النسب من الرسوم القضائية.

إنّ اتخاذ هذه الإجراءات المقترحة يعدّ مسايرة للعصر وأخذا بالحقائق العلمية، يعطي للطفل الحق في دفع العار عنه بالانتماء إلى والدين حقيقيين، وهذا هو أقل حق يمنح لطفل القرن الحادي والعشرين الذي ولد في ظل الثورة المعلوماتية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصـادر:

1- القرآن الكريم.

2- صحيح مسلم والبخاري.

ثانيا- النصوص القانونية:

1- الدساتير

أ- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج ر، ع76، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020، ج ر، ع82، المؤرخة في 30ديسمبر.2020

2- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر، ع49، الصادر في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم: 70- 20 مؤرّخ في 1970/12/19، يتعلّق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 غشت 204، ج ر عدد 49 لسنة 2014، والمعدل بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017، ج ر عدد 02 لسنة 2014.

3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09، يتضمّن قانون الأسرة، ج ر، ع؟؟، الصادر في 1984/00/00، معدّل ومتمم بالأمر رقم05- 02 مؤرّخ في 2005/02/27، ج ر، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.

ثانيا- المراجـع:

أ- المؤلفات

1. أنور العمروسي، أصول المرافعات في مسائل الأحوال الشخصية (القواعد الموضوعية والإجرائية)، ط7، دار الطباعة الراقية، القاهرة، 1995.
2. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
3. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
4. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب، الرّضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، دار الكتاب العربي، مصر، 1961.
5. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الثاني، الفرقة والحقوق والأقارب، دار النهضة العربية، مصر، 1991.
6. العربي بلحاج ، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
7. ـــــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
8. الجيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
9. جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان، الأردن، 2002.
10. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2002.
11. سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعيّة، مجلس النشر العلمي ط1، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2001.

12. شمس الدين محمد ابن أبي بكر ابن القيّم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ج4، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1985.

13. ـــــــــــــــــــ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعيّة، ط1، دار الجبل، بيروت، 1998.

14. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار البحث – قسنطينة الجزائر، 1989.

15. ـــــــــــــــــــ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

16. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأسرة السوري، الجزء الثاني (الطلاق وآثاره)، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.

17. عبد الفتّاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

18. عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الطباعة الجديدة، مصر، 2006.

19. فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري، ج2، الزواج والطلاق، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2007.

20. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998.

21. وسام أحمد السمروط، القرينة وأثارها في إثبات الجريمة (دراسة فقهيّة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2007.

22. محمد محي الدين عبد الرحمن، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، المكتبة التجارية للنشر والتوزيع، مصر، 1984.

23. محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

24. مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر. 1997.

25. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2002.

26. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.

27. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

ثانيا: المذكرات الجامعية

أ- مذكرات الماجستير

1. ابراهيم سطم العزي، البصمة الوراثية ودورها في اثبات الجنائي بين الشريعة والقانون الوضعي، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف، السعودية، 2004.

2. بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.

3. توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الاثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011/2010.

ب- مذكرات الماستر

1. بن عرابي هاجر- طرق إثبات النسب في التشريع الجزائري- مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019.

2. عرعور المداني، البصمة الوراثية في الاثبات القضائي للتعرف على الأشخاص في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016.

3. لينة بن دادة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2015/2014.

ثالثا: المجلّات والدوريات

1- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصيّة – المجلّة القضائية، ع4، 1989.

2- المجلة القضائية، ع1، 1990.

3- المجلّة القضائية، ع2، 1995.

4- نشرة القضاة، ع47، 1995.

5- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

رابعا: سلسلة البحوث الفقهية والمحاضرات

1- مجلس مجمع الفقه الإسلامي – دورة المؤتمر العاشر حول الاستنساخ البشري المنعقدة بتاريخ من: 1997/06/28 – 1997/07/03. المملكة العربية السعودية.

2- الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر بعنوان "الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري والعلاج الجيني – رؤية إسلاميّة"، المنظّمة الإسلامية للعلوم الطبيّة المنعقدة بالكويت في الفترة (13-15) اكتوبر 1998.

3- الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكّة المكرّمة لرابطة العالم الإسلامي بتاريخ (05- 10)2002/01.

4- ملزي عبد الرحمان، الإثبات في المواد المدنيّة، محاضرات موجهة لطلبة القضاة، الدفعة السادسة عشر، المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
شكر وعرفان	
اهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**01**
الفصل الأول: اثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة	
المبحث الأول: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب	**07**
المطلب الأول: نظام البصمة الوراثية	**07**
الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية	**08**
أولا: تعريف البصمة الوراثية	**08**
ثانيا: شروط العمل بالبصمة الوراثية	**10**
ثالثا: الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية	**11**
الفرع الثاني: موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ونفيه	**13**
أولا– موقع البصمة الوراثية من الفراش	**13**
ثانيا: موقع البصمة الوراثية من البينة	**15**
ثالثا: موقع البصمة الوراثية من الإقرار	**19**
رابعا: موقع البصمة الوراثية من الدّليل الشرعي لنفي النسب (اللّعان)	**17**
المطلب الثاني: نظام تحليل فصائل الدم	**21**
الفرع الأول: نظامABO وRH	**21**
أولا: نظامABO	**22**
ثانيا: نظام RH	**24**

الفرع الثاني: نظام MNS و HLA	25
المبحث الثاني: تكريس الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب	26
المطلب الأول: التكريس القانوني للطرق العلمية لإثبات النسب	26
الفرع الأول: مسألة إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب	27
الفرع الثاني: أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب	29
أولا: الطرق العلمية القطعية الدلالة	29
ثانيا: الطرق العلمية الظنية الدلالة	32
المطلب الثاني: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في القانون الجزائري	34
الفرع الثاني: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم	36
الفصل الثاني: حجية الطرق العلمية في اثبات النسب	
المبحث الأول: حجيّة الطرق العلميّة في مجال إثبات النسب وعقبات تطبيقها في التشريع الجزائري	40
المطلب الأول: قوة الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب	40
الفرع الأول: الحجيّة المطلقة للطرق العلمية	41
الفرع الثاني: الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية	42
المطلب الثاني: العقبات التي تواجه استخدام الطرق العلمية	45
الفرع الأول: الصعوبات القانونية	45
أولا: مدى اتفاق الأخذ بالطرق العلمية مع مبادئ الشريعة الإسلامية	45
ثانيا: فحص الدم و مدى جواز المساس بمبدأ حرمة الجسد	46
ثالثا: فحص الدم ومدى إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه	48

الفرع الثاني: الصعوبات المادية	**49**
المبحث الثاني: مكانة الطرق العلمية ضمن طرق إثبات النسب	**50**
المطلب الأول: في حالة إثبات النسب	**50**
الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الطرق التقليدية	**51**
أولا: مقتضى القائلين بتقديم الطرق التقليدية	**51**
ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق التقليدية	**52**
الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة	**53**
أولا: موقف القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة	**53**
ثانيا: حجج القائلين بتقديم الطرق العلمية الحديثة	**53**
المطلب الثاني: في حالة نفي النسب	**56**
الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية	**57**
أولا: تعريف اللعان وشروطه	**57**
ثانيا: موقف القائلين بتقديم اللعان على الطرق العلمية	**59**
الفرع الثاني مذهب القائلين بتقديم الطرق العلمية على اللعان	**59**
خاتمة	**64**
قائمة المصادر والمراجع	**68**
فهرس الموضوعات	**73**