

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن
The role of Genetic fingerprint (DNA) in proving the descent between
Islamic jurisprudence and comparative law

| | | |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|
| تاريخ النشر: 2020/01/08 | تاريخ القبول: 2019/12/28 | تاريخ الارسال: 2019/08/23 |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|

د. شهباني سمير
جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة
s.chihani@univ-bouira.dz

*د. ضريفي الصادق
جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة
sabayayozalza@yahoo.fr

ملخص :

ذهب كثير من العلماء المسلمين المعاصرين إلى القول بجواز إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية باعتبارها قرينة قطعية، لكن بقيود وضوابط، بينما ذهب فريق ثانٍ إلى أنها قرينة ظنية لا ترقى إلى درجة القرائن القطعية، أي إنها رغم دقتها تبقى دائما محتملة للخطأ، وقد رجحنا الرأي الأول لقوة أدلته.

غير أنه إذا ثبت نسب الشخص بالطرق الشرعية كالفراش أو الإقرار أو الشهادة، فإنه لا يجوز إثباته من جديد عن طريق البصمة الوراثية، أو محاولة التحقق منه لأي سبب كان؛ لأن في ذلك مساسًا بالعلاقات الزوجية المستقرة، وزعزعة للثقة بين الزوجين.

أما التشريعات المقارنة فاختلفت بشأنها بين مؤيد ومعارض؛ حيث أخذت بعضها بها بصورة مطلقة، على غرار القانون الإنجليزي، بينما قيّدتها أخرى بقيود وضوابط معينة كما فعل المشرع الفرنسي، ولم تأخذ بها بعض التشريعات مطلقا، مثل المشرع الموريتاني.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فيبدو أنه تأثر من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بما استجد في العلوم الطبية وعلم الوراثة والعلوم البيولوجية؛ حيث أقر في الفقرة الثانية من المادة 40 اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، ويأتي على رأس

*المؤلف المرسل : ضريفي الصادق

هذه الطرق البصمة الوراثية، غير أنه جعل الأمر جوازياً للقاضي، كما أنه لم يحدّد المقصود بالطرق العلميّة، فضلاً عن أنه لم يبيّن حالات الالتجاء للتّحليل الجيني، ولم يبيّن كذلك الشروط والضوابط اللازمة لذلك.

الكلمات المفتاحية: إثبات النسب، البصمة الوراثية، أدلة الإثبات، التحاليل الطبية، الطرق العلميّة.

Abstract:

Many contemporary Islamic jurists and scholars went on to say that pedigree could be established as a peremptory presumption, while a second group concluded that the DNA was a presumption that did not amount to peremptory evidence, which, despite its accuracy, was always likely to be mistaken. The first is the strength of evidence. However, if the person is proven to be legitimate, such as a butterfly, a confession or a certificate, it is not permissible to prove it again by means of DNA, or to try to verify it for any reason, because this affects the stable marital relations and distrust between the spouses. That this is the team of the Jurisprudence in the use of DNA in the field of proof of descent restrictions and controls did not make it at all. Comparative legislation differed between supporters and opponents, some of which were taken absolutely by English law, while others restricted them with certain restrictions and controls as the French legislator did. That he was affected by the recent amendment to the Family Code under Order 05-02 of 07/05/2005.

Key words: Descent, Evidence, DNA, Islamic jurisprudence, medical analysis, Scientific methods.

مقدمة :

لا ريب أنّ الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية التي أخذت أحكامها عنها تتشوّف لآتصال الأنساب وعدم انقطاعها، والحفاظ على تماسك الأسرة وترباطها، بل إنّها جعلت حفظ الأنساب من الضرورات الخمس التي يفرضي المساس بها إلى اختلال الحياة، ويكون إثبات النسب بالفراش والشهادة والإقرار والقيافة، بل وحتى بالقرعة عند بعض الفقهاء، حتى لا يضيع نسب أحد من الناس. وقررت في قضايا النسب حقوقاً لكل من الأولاد والأب والأم، كما أحاطت النسب بقيود صارمة وضوابط حازمة؛ حيث وضعت قاعدة جوهرية تضمّنها حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽¹⁾، فالولد الناشئ عن واقعة الزنا لا يثبت نسبه لأبيه حتى وإن ثبت أنّه متخلق بيولوجيا من ماء الزاني⁽²⁾.

وقد أشار المشرّع الجزائري في نصّ المادة 40 من تقنين الأسرة المعدّلة بموجب القانون 05-09⁽³⁾ إلى طرق إثبات النسب وهي: الزواج الصّحيح (الفراش)، الإقرار، البيّنة، نكاح الشّبهة، الزواج الذي تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32، 33، و34 من ذات التقنين، كما أجاز للقاضي اللّجوء للطّرق العلمية في إثبات النسب، ومن بين هذه الطّرق البصمة الوراثية، التي تعد من الطّرق العلمية الحديثة.

وعرّف البعض البصمة الوراثية بأنّها: «المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحيّة، وهي مثل تحليل الدّم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه أو التماثل بين الشّيين أو الاختلاف بينهما، فهي بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري الشفرة التي تحدد مدّة الصّلة بين المتماثلات، وتجزم بوجود الفرق أو التغيرات بين المختلفات، عن طريق معرفة التّركيب الوراثي للإنسان، في ظل علم الوراثة: أحد علوم الحياة...»⁽⁴⁾.

من خلال هذا التعريف يظهر أنّ البصمة الوراثية ذات طبيعة بيولوجية، تهدف إلى التمييز بين الأشخاص وتحديد هويتهم، وأنّ نتائجها شبه يقينية.

فهل يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب؟ وهل يمكن اللجوء إلى هذه التقنية العلمية لإثبات نسب من ثبت نسبه بالطرق الشرعية عند الشك؟ وهل

اتّفتت كلمة الفقهاء المسلمين حول هذه المسألة؟ وهل ثمة قيود ترد على استعمال هذه التقنية الطبية الحديثة في القانون المقارن؟ وما موقف المشرع الجزائري من المسألة؟

المبحث الأول: إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي

بداية يمكن القول إنّ استعمال تقنية البصمة الوراثية في مجال النسب يكون في الكثير من الحالات، منها: حالة التنازع حول شخص مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة، أو بسبب الوطاء بشبهة، وعند تعذر معرفة العائلات لأبنائها خلال الحروب والنزاعات المسلحة، أو الكوارث الطبيعية خاصة في حالة وجود جثث، وما شابه ذلك⁽⁵⁾.

المطلب الأول: اختلاف العلماء حول جواز إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية

يرى كثير من الفقهاء والعلماء المسلمين المعاصرين جواز إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، باعتبارها قرينة قطعية، بينما ذهب فريق ثان إلى أنّها قرينة ظنية لا ترقى إلى درجة القرائن القطعية، وذهب رأي ثالث إلى اعتبار البصمة الوراثية بينة مباشرة أو دليلاً مباشراً، يثبت بها الحكم نفيًا أو إثباتًا، متى توافرت الشروط التي قدرها وجوب توافرها.

الفرع الأول: الرأي القائل بأن البصمة الوراثية قرينة قطعية

ذهب إلى هذا الرأي جمهور العلماء المسلمين المعاصرين، حيث يعتبرون البصمة الوراثية قرينة قاطعة في إثبات النسب، غير أنّها تأتي في مرتبة متأخرة عن طرق الإثبات التي اتفق عليها الفقهاء؛ فلا تقدّم لا على الفرائض ولا على الإقرار ولا على الشهادة⁽⁶⁾، بمعنى أنّه إذا ثبت النسب بإحدى هذه الطرق فلا يجوز للقاضي اللجوء إلى البصمة الوراثية إلا في حالة التنازع، مع العلم أنّ هؤلاء الفقهاء أجازوا العمل بالقرائن، ونذكر منهم: الدكتور نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر سابقًا، الدكتور علي محي الدين القرة داغي، الدكتور عمر سليمان الأشقر، الدكتور سعد العنزي، الدكتور محمّد رأفت عثمان، الدكتور وهبة الزحيلي، المستشار فؤاد عبد المنعم، الدكتور ناصر عبد الله الميمان، الشيخ محمد المختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية الأسبق، الدكتور عابد باخظمة، الدكتور حسن الشاذلي، الدكتور عبد الستار فتح الله سعيد وغيرهم. وقد أقرت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها المنعقدة في الكويت من 13 إلى 15/10/1998 هذا الرأي.

واستدل هذا الفريق بأدلة كثيرة: من الكتاب، القياس، المصلحة، الاستصحاب، الاستحسان، سد الذرائع وغيرها، وهي بكثرتها وتنوعها تتعاقد وتجتمع للدلالة على مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.

أولاً: الدليل من القرآن الكريم

استدل هذا الفريق على كون البصمة الوراثية قرينة قاطعة من القرآن الكريم بقوله تعالى: ((ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ))⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن الله جلّ وعلا أمر بنسبة الأولاد لأبيهم الحقيقي، وهو الصواب والحقيقة، وقوله تعالى: ((فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ))، حثّ على التحري والبحث عن الأب الحقيقي، وما من شك في أن البحث يتم من خلال الأدلة والقرائن، والبصمة الوراثية وسيلة علمية حديثة يمكن من خلالها التأكد من الأب الحقيقي، وبالتالي تحقيق ما أمر الله عزّ وجلّ به في قوله: ((ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ))، وعليه متى كشفت البصمة الوراثية عن الأب الحقيقي وجب العمل بها عملاً بالآية الكريمة⁽⁸⁾.

ثانياً: القياس

مما يؤكد كون البصمة الوراثية قرينة قاطعة يجوز استعمالها في إثبات النسب، أن القياس – أي التشابه بين الآباء والأبناء- مقبول كدليل لإثبات النسب عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية⁽⁹⁾، كما روي عن ابن عباس وأنس بن مالك، وعطاء وزيد بن عبد الملك والأوزاعي، والليث بن سعد في حالة عدم وجود الأدلة التي يستند إليها بحسب الأصل في إثباته، أي: الفراش والبيّنة والإقرار، فكيف لا يصح قبول إثباته بالبصمة الوراثية رغم أنّها دليل يقيني وليس ظنيّاً؟ كما أنّ هذه الأدلة السابقة ليست في مرتبة واحدة، حيث يقدم الفراش (الزوجية الصحيحة) على الشهادة، وتقدم هذه الأخيرة على الإقرار الذي يقدم على التّسامع، فإذا تعارض دليلان جاز اللجوء إلى القياس، فيكون اللّجوء إلى البصمة الوراثية من باب أولى، بل أنّ الاعتماد عليها يقدم على البيّنة والإقرار لأنهما دليلان ظنيان⁽¹⁰⁾.

وتفسير ذلك أن معتمد القيافة في إثبات النسب هو الشبه بين الأصل والفرع، وهي مشروعة عند جمهور الفقهاء كما ذكرنا، وحتى البصمة الوراثية لا معتمد لها في إثبات النسب سوى الشبه بين الأصل والفرع، مع وجود فارق واحد بينهما يتمثل في أن الشبه الذي تتم على أساسه القيافة هو الشبه الظاهري في الأعضاء والهيئة، في حين نجد أن الشبه المعتمد عليه في البصمة الوراثية هو شبه باطني خفي، يبحث في المورثات الجينية المستقرة في نواة الخلية البشرية، وهذا الشبه في البصمة الوراثية يتميز في دلالته على النسب بالدقة والتطابق، وهنا قرر الفقهاء أنه إذا استند القائف إلى شبه ظاهر واستند آخر إلى شبه خفي قدم الثاني على الأول، من باب قياس الأولى.

غير أنه يجب التنبيه إلى أنه مهما بلغت دقة البصمة الوراثية إلا أنها لا يمكن أن تلغي استخدام القيافة في إثبات النسب لأن هذه الأخيرة ثبتت مشروعيتها بالأدلة الشرعية من السنة النبوية الشريفة، وثبوت العمل بها عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يعلم لهم مخالف، فكان كالإجماع عنهم في العمل بها، أما دليلها من السنة فهو الحديث الصحيح الذي رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: «دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ، فَقَالَ: " يَا عَائِشَةُ، أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجَرِّزًا الْمُدَلِّجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَّتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»⁽¹¹⁾. قال النووي: «قال القاضي قال غير أحمد بن صالح: كان زيد أزهر اللون، وأم أسامة وهي أم أيمن، واسمها بركة كانت حبشية سوداء» ووجه الاستدلال بالحديث أ، النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرح لكونه وجد في أمته من يميز أنسابها عند اشتباهها، ولو كانت القيافة باطلة لما حصل سرور النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك⁽¹²⁾.

ويجيز الكثير من العلماء الاعتماد على البصمة الوراثية بشروط القيافة⁽¹³⁾، وهي كون القائف أهلا للشهادة والحكم، مع تمتعه بالخبرة والتجربة، وأن يتعدد القائف الذي يحكم بنسب مجهول النسب كالشهادة وهو اثنان فأكثر، وأن يكون عالما في فنه مجتهدا بالمعنى الشرعي في العلم الذي تخصص فيه⁽¹⁴⁾، كما اشترط العلماء في صحة حكم القائف ألا يكون هناك مانع شرعي من الإلحاق بالشبه، فلا يعتمد على قول القائف في حالة اللعان، لأن الله تعالى شرع اللعان عند نفي النسب في قوله تعالى: ((وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6)

وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) ((⁽¹⁵⁾).

ثالثاً: المصلحة المشروعة

من المبادئ التي يقوم عليها التشريع الإسلامي تحقيق مصالح الناس، ويكون ذلك بجلب المصالح ودرئ المفسد، يقول الإمام ابن القيم رحمه الله في هذا الشأن: «فإنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنَاهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحِكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا؛ فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ، وَعَنْ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا، وَعَنْ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمُفْسَدَةِ، وَعَنْ الْحِكْمَةِ إِلَى الْبُعْثِ؛ فَلَيْسَتْ مِنْ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ؛ فَالشَّرِيعَةُ عَدْلٌ لِلَّهِ بَيْنَ عِبَادِهِ، وَرَحْمَتُهُ بَيْنَ خَلْقِهِ...»⁽¹⁶⁾.

وبالتأمل في موضع استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نجده يحقق مصلحة مشروعة شهد الشارع الحكيم لأصلها بالاعتبار، مع العلم أنَّ المعنى المناسب الذي يشهد الشرع بقبوله، لا يطرح إشكالا في صحته ولا خلاف في إعماله، وباعتبار أن إثبات النسب أمر مرغوب فيه شرعا وضياعها مفسدة فإن البصمة الوراثية تصلح لإثبات النسب، وتدخل ضمن ما هو مشروع من وسائل كالفراش، الإقرار، البيعة، والقيافة، لأنها تحقق مصلحة معتبرة شرعا.

ويمكن الاستدلال في هذا الصدد بالقاعدة الفقهية الآتية: «ما كان أبلغ في تحصيل مقصود الشارع كان أحب إذا لم يعارضه ما يقتضي خلاف ذلك»، وإثبات النسب بالبصمة الوراثية تنطبق عليه القاعدة تماما، ذلك أن الشارع كما ذكرنا يتشوف لإثبات النسب وإلحاق الأولاد بأسرهم وعائلاتهم، من باب حفظ الشرف، وحماية النفس، واتصال الأنساب وهذا مقصد عظيم من مقاصد الشرع، وفي استعمال البصمة تحقيق لهذا المقصد⁽¹⁷⁾.

رابعاً: الاستصحاب

لا يوجد كما يقرر أنصار هذا الرأي ما يمنع من توسيع البحوث والعمل على توسيع استخدام البصمة الوراثية سواء في إثبات النسب أو التحقق من مرتكبي الجرائم وغيرها من المجالات الاجتماعية والطبية المختلفة، وهذا راجع إلى أنّ الأصل في الأشياء المستحدثة النافعة، والتي لا يدل على مشروعيتها نص شرعي هو الإباحة عملاً بالقاعدة الشرعية "الأصل في الأشياء الإباحة" والبصمة الوراثية لا دليل ينص على منعها، أو عدم استخدامها، إلا ما ذكره العلماء من وجوب عدم استعمالها بديلاً عن الوسائل والطرق المنصوص عليها، وهو أمر يمكن تفادي الوقوع فيه إذا روعيت الضوابط والشروط التي أقرها العلماء⁽¹⁸⁾.

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن البصمة الوراثية قرينة ظنيّة

يرى هذا الرأي أن البصمة الوراثية مجرد قرينة ظنية، أي أنها رغم دقتها تبقى دائماً محتملة للخطأ، وبالتالي فهي ليست من البيّنات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب، وممن قال بهذا الرأي القاضي وليد العاكوم، الدكتور أحمد الكبيسي، الدكتور عمر السبيل، القاضي عبد الله عبد الواحد، والدكتور وهبة الزحيلي، حيث قال هذا الأخير: «وفي تقديري أنّه يعمل بالبصمة الوراثية في إثبات نسب المجهول، بالضوابط الشرعية المقررة لقرينة القيافة،... والعمل فيها قاصر على حالة التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة»⁽¹⁹⁾، وهو ما ذهب إليه عدد من المحاكم في الدول العربية على غرار محكمة الاستئناف الاتحادية في إمارة الشارقة، ومحكمة التمييز بدولة الإمارات العربية المتحدة⁽²⁰⁾، ومحكمة التمييز بدولة الكويت⁽²¹⁾، وقد استدلل هؤلاء فيما ذهبوا إليه بجملة من الأدلة من أهمّها:

أولاً: الإثبات بالبصمة الوراثية قرينة واقعية بسيطة، لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى وأقوى من القوة الثبوتية لكافة طرق إثبات النسب الأخرى، لذلك فإن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في اعتمادها أو رفضها⁽²²⁾.

ثانياً: البصمة الوراثية ليست دليلاً شرعياً، بل الأدلة الشرعية تتمثل في عقد الزواج الصحيح، الإقرار، الشهادة، والقيافة عند جمهور العلماء، واعتراض على هذا الدليل بالقول إنّ القواعد القديمة التي كانت تعتمد عليها المحاكم الشرعية في معظمها ظنيّة، غير

قوية بالمقارنة مع الأدلة التي تعدّ بيانات قاطعة، غير أنّه ردّ على هذا الاعتراض بأنّ الأصل في الأدلة الشرعيّة هو الصحّة واليقين، لأنّها من شرع الله عزّ وجلّ، وشرع الله لا يشوبه نقص، وكما قد يلحق الأدلة الشرعية شيء من التزوير كأن يشهد الشاهد شهادة زور مثلاً، فإنّ البصمة الوراثية لا تخلو من التزوير والمطامع الشخصيّة، وحتى توجد التهمة التي تهدر من قيمة الدليل الشرعي حينها لا يلتفت إليه، وعلى هذا لا يجوز التعميم بأنّ الأدلة الشرعية ظنيّة وقديمة⁽²³⁾.

ثالثاً: أن النظريات العلمية الحديثة مهما بلغت درجة دقتها وصحتها عند المختصين، إلّا أنّها تبقى دائماً محلّ شك ونظر، والدليل على ذلك أنّ الكثير من هذه النظريات التي كان يقطع بصحتها ثبت التقدم العلمي خلافها، أو على الأقل تبقى محلّ شك ونظر. واعتراض على ذلك بأنّ البصمة الوراثية تعدت مرحلة النظرية إلى التطبيق العملي الذي أثبت صحة ودقة نتائجها التي قد تصل إلى مائة بالمائة⁽²⁴⁾.

الفرع الثالث: الرأي الذي يعدّ البصمة الوراثية بيّنة مستقلة أو دليلاً مباشراً

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى أنّ البصمة الوراثية لا تعدّ قرينة من القرائن، بل هي بيّنة مستقلة أو دليل مباشر، ومن هؤلاء نذكر: الدكتور عباس أحمد الباز، الدكتور عيد الرشيد قاسم، والدكتور أحمد عثمان وغيرهم. أدلة هذا الرأى استدلت أنصار هذا الرأى بجملة من الأدلة من أهمها:

أولاً: أنّ البيئة في الكتاب والسنة لم تأت محصورة فقط في الشهادة والإقرار، بل يمكن القول أنّ كلّ ما أظهر الحق وكشف عنه يعدّ بيّنة، ولا شك أنّ البصمة الوراثية من أدقّ الوسائل للكشف عن حقيقة النسب فهي بيّنة مستقلة، واستدلوا في هذا بقوله تعالى في قصة موسى عليه السلام وفرعون: ((وَقَالَ مُوسَى يَا فِرْعَوْنُ إِنِّي رَسُولٌ مِنْ رَبِّ الْعَالَمِينَ (104) حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ قَدْ جِئْتُكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ (105) قَالَ إِنْ كُنْتَ جِئْتَ بِآيَةٍ فَأْتِ بِهَا إِنْ كُنْتَ مِنَ الصّٰدِقِينَ (106) فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُبِينٌ (107) وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنّٰظِرِينَ (108)))⁽²⁵⁾، قال ابن القيم رحمه الله: «فَالْبَيِّنَةُ اسْمٌ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ وَمَنْ خَصَّهَا بِالشَّاهِدِينَ، أَوْ الْأَرْبَعَةَ، أَوْ الشَّاهِدِ لَمْ يُؤَفِّ مَسْمَاهَا حَقَّهُ. وَلَمْ تَأْتِ الْبَيِّنَةُ قَطُّ فِي الْقُرْآنِ مُرَادًا بِهَا الشَّاهِدَانِ وَإِنَّمَا أَتَتْ مُرَادًا بِهَا الْحُجَّةُ وَالِدَّلِيلُ وَالْبُرْهَانُ، مُفْرَدَةً مَجْمُوعَةً»⁽²⁶⁾.

ثانياً: لا يعدّ تحليل البصمة الوراثية قرينة باعتبار أنّ هذه الأخيرة تعرّف بأنّها: استنباط واقعة معلومة من واقعة مجهولة، فهي ليست واقعة مجهولة مستنبطة من واقعة معلومة، فتحليل الحمض النووي هو فحص فعلي لسوائل وأنسجة جسم الإنسان بشكل مباشر، وعليه لا يمكن عدّه مجرد قرينة بل هو دليل مباشر⁽²⁷⁾.

المطلب الثاني : ضوابط وشروط استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

حتى وان اختلف العلماء في التكييف الشرعي للبصمة الوراثية إلا أنهم لم يختلفوا في أنّهم يقررون أنّ استخدامها في إثبات النسب يتعيّن أن يكون بمراعاة جملة من الشروط والضوابط، ويمكن تقسيم هذه الأخيرة إلى قسمين: ضوابط شرعية، وضوابط عملية.

الفرع الأول: الضوابط الشرعية لاستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

يمكن أن نجمل أهم هذه الضوابط الشرعية في النقاط الآتية:

أولاً/ أن يكون استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب لا في نفيه: لما كانت الشريعة الإسلامية كما ذكرنا تتشوف لاتصال الأنساب فإنه يمكن قبول كل ما يستجد من طرق ووسائل لتحقيق هذا المقصد، ومن أهمها على الإطلاق البصمة الوراثية لما تتميز به من دقة، وهذا يسهم بلا ريب في القضاء على ظاهرة مجهولي النسب، أما بالنسبة لنفي النسب فإن جمهور الفقهاء لا يقبلون إلا اللعان كوسيلة لذلك، حيث أنّه يوفر للمرأة وولدها الستر، وقد منع الشارع نفي النسب بغير اللعان.

ثانياً/عدم استعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ثابت: فمتى ثبت نسب الشخص بالطرق الشرعية كالفراش فإنه لا يجوز إثباته من جديد عن طريق البصمة الوراثية، أو محاولة التحقق منه لأيّ سبب كان، لأنّ في ذلك مساس بالعلاقات الزوجية المستقرة، وزعزعة للثقة بين الزوجين⁽²⁸⁾.

ثالثاً/ أن يكون جميع العاملين في المختبرات المختصة في تحليل البصمة الوراثية، سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية أو من المساعدين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة، أي أن يكونوا مسلمين عدولاً، ثقات، أمناء، ولا يغلبون المصالح الشخصية أو المادية الضيقة، ضماناً لمصداقية نتائج البصمة، ولأنّ قولهم شهادة ولا تصح شهادة غير المسلم على المسلم، خاصة في أمر خطير كهذا، حيث تترتب عليه

أحكام شرعية تدور بين الحلّ والحرمة ولا يؤتمن عليها غير المسلم، لمخالفتها عقيدته وفكره، وقيل يعتد بقول الخبير غير المسلم إذا لم يوجد المسلم، وحجتهم في ذلك أن قوله مبني على علم ودراية وقد ينفرد بها⁽²⁹⁾.

رابعاً/ يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، بل يتعين أن تكون مطابقة للعقل والمنطق، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله كأن يكون فارق السن بين الأب والابن بسيطاً جداً كخمس أو عشر سنوات مثلاً، فهنا تكون البصمة قد اعترها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع.

خامساً/ أن يأمر القضاء بتحليل البصمة الوراثية أو من له سلطة الأمر، حتى لا يكون ثمة مجال للتلاعب، واتباع الأهواء من قبل ضعاف النفوس⁽³⁰⁾. واشترط بعض العلماء تعدد الخبراء، بمعنى أنه لا يُكتفى بقول خبير واحد⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: الضوابط العملية لاستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

أولاً/ أن تكون المختبرات التي تجري عملية تحليل البصمة الوراثية تابعة للدولة، أي أن لا تكون مختبرات تابعة للخوادم تستهدف الربح التجاري.

ثانياً/ أن تكون المخبر التي تجري فيها تحاليل البصمة الوراثية مزودة بأحدث الوسائل العلمية المتطورة، ذات التقنيات العالمية توخيًا لدقة النتائج. ومن الأجهزة التي ينبغي توافرها في هذه المخبر نذكر: الثلاجات العادية التي تستخدم في حفظ العينات والكيمائيات والمحاليل، ثلاجات 80م، جهاز تعقيم حراري تحت الضغط "Auto clave" يستخدم في تعقيم الزجاجات كأنايب الاختبار والدوارق والمخابير، جهاز الطرد المركزي "Centrifuge"، جهاز (P. C. R) يستخدم لتكثير تتابع ما، جهاز فصل الدنا (ADN) بالهجرة الكهربائية، جهاز القياس الطيفي، جهاز تحليل الجل، جهاز مسح الباندات وغيرها⁽³²⁾.

ثالثاً/ يجب اتخاذ كل الاحتياطات التي تمكن من تلافي الغش والاحتيال، ومنع التلوث، وكل ما يخص الجهد البشري حتى تكون النتائج مطابقة فعلاً للواقع، حيث يجب أن تخزن العينات في ظروف مناسبة تختلف باختلاف العينة نفسها، كما ينبغي أن تكون المحاليل الكيماوية المستخدمة نقية إلى غير ذلك.

رابعاً/ أن تجري الاختبارات في أكثر من مخبر واحد، أي على الأقل في مخبرين، على أن لا يكون المخبر الثاني على علم بنتائج المخبر الأول قبل صدور نتائجه، وهنا يقع على عاتق الدولة توفير عدد من المختبرات، كما ينبغي أن يتم التحليل على أكثر من عينة، لإمكان المقارنة والاطمئنان إلى النتيجة⁽³³⁾.

خامساً/ وضع جهة رقابية مختصة تتولى مهمة التدقيق في صحة النتائج المعتمدة في التحليل، على أن تفرض عقوبات صارمة على المخالفين.

سادساً/ تشكيل لجنة في كل دولة خاصة بالبصمة الوراثية، تتكون من مختصين في الشريعة الإسلامية والطب والإدارة، وأن يكونوا من ذوي الخبرة والمستوى العالي.

المبحث الثاني : إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القانون المقارن

اختلف موقف التشريعات المقارنة حول مسألة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية بين مؤيد بصورة مطلقة ومعارض، ومؤيد بشروط وضوابط معينة، ولاستحالة التطرق لكافة التشريعات في هذا الصدد، فإننا سنركز على التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية وبيان موقف بعض التشريعات في الدول الغربية كالتشريع الإنجليزي والفرنسي.

المطلب الأول : موقف المشرع والقضاء الجزائريين من إثبات النسب بالبصمة الوراثية قبل التعرض لمسلك القضاء في الجزائر فيما يتعلق بإثبات النسب بالبصمة الوراثية(فرع ثان) يجدر بنا بداية أن نقف عند موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة سواء قبل تعديل تقنين الأسرة سنة 2005 أو بعده(فرع أول).

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية عندما صدر تقنين الأسرة سنة 1984 لم يكن يتضمن نصاً يفيد استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب - إثبات ونفياً - بل لم يشر إلى الطرق العلمية بتاتا، لكن موقف المشرع تغير إثر التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05، المؤرخ في 2005/02/07، متأثراً بالطفرة العلمية الهائلة في مجال العلوم الطبية وعلم الوراثة والعلوم البيولوجية، التي فتحت الأبواب على مصراعها أمام بروز قضايا مستجدة ونوازل مستحدثة ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، لم يكن الإنسان يتصور

الوصول إليها منذ عقود قريبة من الزمن، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40: «ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

وما يمكن ملاحظته من قراءة هذه الفقرة المضافة بموجب التعديل:

- أنّ المشرع أجاز اللجوء إلى الطّرق العلمية في إثبات النسب تمثيلاً مع التطورات العلمية الحديثة في المجال الطّبي، دون أن يحدّد لنا ماهية هذه الطّرق أو يفرّق بينها، علماً أنّ هناك طرقاً ذات نتائج غير يقينية مثل تحليل الدّم، وطرقاً ذات نتائج شبه يقينية، كالبصمة الوراثية وهي موضوع بحثنا، وهذا يفهم منه أنّها كلّها تصلح لإثبات النسب.

- أنّه أخذ بالاتجاه الفقهي الذي يرى جواز استعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب لا في نفيه ولعل ما يؤكد ذلك ما جاء في عرض أسباب التعديل حيث ورد في المشروع التمهيدي: «مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيداً وضرورياً إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون مدّ القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية»⁽³⁴⁾.

- أنّه جعل اللجوء إلى الطّرق العلمية سبيلاً لإثبات النسب في حالة عدم إثباته بالطّرق الشرعية الواردة في الفقرة الأولى من ذات المادة وهي الزواج الصحيح، الإقرار، البينة، نكاح الشبه، كل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، و34 من هذا القانون، وليست بديلاً عنها، فإذا كان النسب ثابتاً للشخص بهذه الطرق فلا مجال للبحث عن تحليل الحمض النووي، ولا يثبت النسب عن علاقة زنا بين رجل وامرأة حتى وإن أثبت تحليل البصمة الوراثية أن الولد ناشئ عن علاقة جنسية بينهما.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

اختلف مسلك القضاء حول إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 عن موقفه قبل ذلك.

أولاً: قبل تعديل قانون الأسرة

كان القضاء سابقاً (قبل تعديل قانون الأسرة) لا يقبل إثبات النسب إلا بالطرق الشرعية التي كانت محددة بموجب القانون؛ حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: «... لا يعتبر دخولاً ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير مشروع، لا يثبت عنه نسب الولد...»⁽³⁵⁾.

«ومن المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول... ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإجراء خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض»⁽³⁶⁾.

ثانياً: بعد تعديل قانون الأسرة

غيرت المحكمة العليا اتجاهها بعد تعديل تقنين الأسرة، وأصبحت تأخذ بالطرق العلمية في مجال النسب، في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/03/05 حيث جاء في المبدأ: «يمكن طبقاً للمادة 40 قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي A. D. N)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية». كما جاء في حيثياته: «... ولما كانت الخبرة العلمية (ADN)، أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما (كليهما) يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به»⁽³⁷⁾.

غير أن ما يثير الاهتمام في هذا القرار هو التفتح الكبير -إن صحّ التعبير- لقضاة المحكمة العليا في مجال إثبات النسب، إذ لم يتوقف عند مسألة إمكانية إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية في نطاق الزّواج الشّرعي أو نكاح الشبهة أو أيّ نكاح تم فسخه بعد الدخول لأحد الأسباب المذكورة في المواد 32، 33 و34 على التوالي، بل تعدى إلى إمكانية إثبات النسب حتى في إطار العلاقات غير الشّرعية، لما أعاب على قضاة المجلس خلطهم بين النسب في الزواج الشرعي المنصوص عليه في المادة 41 من تقنين الأسرة، وبين إثبات النسب بالطرق العلمية المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 40 من ذات القانون! وكأن نص هذه الفقرة منفصل عن نص الفقرة الأولى، ومنفصل في مجمله عن نص المادة 41. وهذا يتضح أكثر إذا علمنا أن القضية تتعلق باغتصاب رجل لامرأة، ورفع دعوى جزائية ضده، تم خلالها اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لأطراف الدعوى، والتي ثبت من خلالها أن الابن الذي تم إنجابه من قبل هذه المرأة هو ابن المغتصب، ولما رفعت دعوى من طرفها لإثبات النسب أمام القضاء المدني، صدر قرار بعدم ثبوت النسب؛ لأن الولد جاء خارج العلاقة الشرعية، لكن عند رفع الأمر أمام المحكمة العليا، قرّر قضاتها بأن الولد ينسب لأبيه ما دام تحليل البصمة الوراثية قد أظهر أنه منه، ولا يلتفت إلى مسألة أنه جاء خارج العلاقة الزوجية.

وهذا في اعتقادنا مخالف للقانون فضلا عن كونه مخالفاً للشرع؛ ففقرتا المادة 40 ليستا منفصلتين بل مكملتين لبعضهما، كما أن هذه المادة غير منفصلة عن المادة 41؛ فإذا كان هناك زواج شرعي صحيح، أو كان هناك نكاح بشبهة، أو زواج تم فسخه بسبب وجود قرابة مانعة من الزواج أو انعدام التراضي... وثار نزاع بشأن مولود معين، أمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية (تحليل ADN) للفصل في الأمر. أما في غيرها فلا يمكن الإقدام أصلاً على إجراء التحليل الطبي.

ضف إلى ذلك أن عبارة قضاة المحكمة العليا توحى بوجود إجراء التحليل الطبي لإثبات النسب في كل الحالات، في حين أن النص يفيد الجواز، ولو تركنا الأمر على الجواب، مجرداً من كل قيد، لفتحنا المجال لكل رجل أو امرأة أقاما علاقة خارج الإطار الشرعي أن يثبتا نسب الأبناء الناتجين عن هذه العلاقة، وهذا ما لم يقرره الشرع، كما لا يقول به عاقل. كما أن ادعاء شخص نسبة ابن إلى شخص آخر، وإجراء التحليل عليه، ثم ثبوت النسبة إليه، يفيد ثبوت واقعة الزنا، وهذا يفيد وجوب الحدّ الشّرعي، في حين أن

ثبوت واقعة الزنا وإقامة الحد فيه نص قرآني محكم يتطلب أربعة شهود أو الإقرار بالواقعة.

بل حتى الفقهاء الذين أجازوا أن ينسب ابن الزنا إلى الزاني اشتراطوا شروطاً، منها:

– أن لا تكون المرأة فراشا، أي ألا تكون متزوجة وولد الولد وهي متزوجة، إذ حينها ينسب إلى الزوج لا إلى الشخص الرجل الآخر.

– أن يستلحق هذا الرجل الابن، أي أن يدعي نسبه إليه لا أن يدعى عليه؛ لأنه إذا ادعى عليه ونفاه فإنه لا يلحقه. وفي هذه القضية المرأة هي من ادعت عليه وليس هو من أقر به أو استلحقه.

ثم يُقال لمن يرى إثبات نسب ولد الزنا إلى الزاني: لِمَ تثبتونه إذا لم تكن المرأة متزوجة، ولا تثبتونه إذا كانت متزوجة؟! هل لأن المرأة إذا كانت متزوجة وجب الستر عليها وإذا لم تكن متزوجة فلا محل للستر؟ فما دامت المرأة قد زنت فلا ستر عليها أصلاً متزوجة كانت أم لا. ثم ماذا لو كانت المرأة قد زنت مع أكثر من شخص، ولكنها ادعت على أحدهم، وظهرت نتائج التحاليل الطبية بخلاف ما ادعت، ألا يلحق العار بهما ويتهتك الستر؟ بل حتى لو كانت النتائج تفيد بنسبة الولد للزاني فإن العار لا يزول، والستر لا يتحقق.

ثم لماذا تُعطون للمرأة غير المتزوجة الحق في طلب إجراء تحليل البصمة الوراثية ولا يكون ذلك للمرأة المتزوجة؛ فقد تريد المرأة – رغم كونها متزوجة – أن ينتسب ولدها إلى شخص ما لأسباب معينة، كأن يكون الزوج مريضاً ولا يقوم بواجب النفقة على الابن، أو تكون في نزاع معه وتعزم على الانفصال منه، أو يكون الشخص المدعى عليه ذا مال فتريد أن يكون لولدها نصيب منه، أو أنه يمثل شخصية ذات سمعة في المجتمع فتريد أن تخدش سمعته أو تبتزه... لا سيما إن كانت متأكدة أن الولد إنما أتى منه؟!!

فإذا كنتم تدعون إلى المساواة بين الرجل والمرأة في إلحاق النسب، فمن باب أولى المساواة بين المرأتين – المتزوجة وغير المتزوجة – في طلب إلحاق النسب.

ثم أين الحق الذي تدعون حمايته للطفل، بأن يُنسب لأبيه الحقيقي لا إلى غيره؟ أم أنكم مقيدون بالنص الشرعي الذي يفيد بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر؟

نعم إن الولد للفراش، أما من لا فراش له فلا ولد ينسب إليه كما قال الجصاص⁽³⁸⁾، والنصوص الشرعية في هذا الشأن ليست فقط حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». بل هناك عدّة نصوص أهمها قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا رَجُلٍ عَاهَرَ بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فَالْوَلَدُ وَلَدُ زَنَّا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ»⁽³⁹⁾.

فهذا نصّ صريح بأنّ الولد خارج العلاقة الشرعية يبقى غير شرعي، إذ يعتبر ولد زناً، بدليل أنه لا يرث ولا يورث، والميراث فرعٌ للنسب، فلا يمكن أن نقول إنه ينتسب إلى شخص معين ثم نقول إنه ابن زناً، وأنه لا يرث ممّن ينتسب إليه ولا يرثه!

كما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «كُلُّ مُسْتَلْحَقٍ اسْتَلْحَقَ بَعْدَ أَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ، ادَّعَاهُ وَرَثَتُهُ مِنْ بَعْدِهِ، فَقَضَى أَنْ مَنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ يَمْلِكُهَا يَوْمَ أَصَابَهَا، فَقَدْ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ. وَلَيْسَ لَهُ فِيهَا قِسْمٌ قَبْلَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ، وَمَا أَدْرَكَ مِنْ مِيرَاثٍ لَمْ يُقَسِّمْ، فَلَهُ نَصِيبُهُ، وَلَا يَلْحَقُ إِذَا كَانَ أَبُوهُ الَّذِي يُدْعَى لَهُ أَنْكَرَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ لَا يَمْلِكُهَا أَوْ مِنْ حُرَّةٍ عَاهَرَ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ وَلَا يَرِثُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادَّعَاهُ، فَهُوَ وَلَدُ زَنَّا، لِأَهْلِ أُمَّهِ مَنْ كَانُوا، حُرَّةً أَوْ أُمَّةً»⁽⁴⁰⁾.

ونعتقد أن قضاة المحكمة العليا هنا قد راعوا أمرين: الأول هو مسألة الاغتصاب، حيث إنّ المرأة لم تُقم علاقة غير شرعية برضاها بل قد تم اغتصابها، ولا ذنب لها أو لابنها الناتج عن ذلك، وميلاً إلى رأي بعض الفقهاء المعاصرين الذين يرون أنه في حالة الإكراه أو الاغتصاب يصح نسبة الولد إلى المغتصب⁽⁴¹⁾.

والأمر الثاني الذي يتمثل في عدم معارضة ما أصدره قضاة القسم الجزائي الذين أثبتوا الجرم في حق المغتصب، كما أثبتوا عن طريق تحليل البصمة الوراثية أن الولد له نفس الصفات الوراثية للمدعى عليه؛ ولذلك عابوا على قضاة غرفة الأحوال الشخصية عدم الالتفات إلى ما وصل إليه قضاة القسم الجزائي، وقضوا بعدم ثبوت نسب الولد كونه جاء خارج العلاقة الشرعية.

- أنّ اللجوء إلى الطرق العلمية جوازي بالنسبة للقاضي، وهذا ما يستنتج من بداية الفقرة 2 من المادة 40 سالفه الذكر «... ويجوز...»، بمعنى أنّها أعطت السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إليها من عدمه، ويكون ذلك عادة في حالات معيّنة مثل التنازع على نسبة الولد، أو اختلاط المواليد في المستشفيات وغيرها.

ويمكن القول إنّ المشرع عندما أعطى السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية لإثبات النسب، فإنّ هذا جاء مسaire للتطورات الهائلة في المجال الطبي، غير أنّ ما يؤخذ عليه أنّه لم يحدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذه الوسيلة. وهنا يطرح السؤال عن الحدود التي تقف عندها السلطة التقديرية للقاضي؟

في اعتقادنا أنّه كان على المشرّع أن يرجع إلى ما توصل إليه رجال الفقه الإسلامي المعاصرين، لا سيما توصيات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، وندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيّة بالكويت عام 1998؛ خاصة ما تعلق منها بشروط وضوابط اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب. كما يتعيّن على المشرع وضع نصوص تنظيمية تتعلق بإجراءات تحليل البصمة الوراثية، مع التركيز على وجوب اتخاذ كافة الاحتياطات التي توصل إلى نتائج صحيحة وسليمة، سواء ثبت النسب أم لم يثبت، وأن تُجرى العملية في مخابر تابعة للدولة حتى لا يُشكّك في مصداقيتها؛ لاحتمال تغليب المخابر الخاصة لمصالحها المادية، مما قد يؤدي إلى التحايل والتدليس.

وقد صدرت عن المحكمة العليا عدة قرارات يفهم منها إجازة قضاة القانون لاستخدام الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية في إثبات النسب تطبيقاً لنص المادة 2/40 ق. أ. ج، حيث جاء في أحد قراراتها: «يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)»⁽⁴²⁾.

المطلب الثاني : إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القوانين العربية

بالنسبة للتشريعات العربية نجد أنها اختلفت في مسألة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، حيث لم تعتد البعض منها، واعتبرته أخرى.

الفرع الأول: التشريعات العربية التي لا تعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب

ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصية إلى عدم الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب، ومن تلك القوانين نجد المشرع اليمني، الذي نص على مسائل النسب في المواد 121 إلى 135 من قانون الأحوال الشخصية⁽⁴³⁾، ولم يشر مطلقاً إلى إثباته أو نفيه بالوسائل العلمية الحديثة.

المشروع العراقي أيضا لم يأخذ في قانون الأحوال الشخصية بالوسائل العلمية لإثبات النسب أو نفيه، بل أخذ بالوسائل الشرعية المعروفة فقط في هذه المسألة، وذلك في المواد 51 إلى 54⁽⁴⁴⁾.

المشروع السوري في المواد 128 إلى 136، حيث نص على الطرق المعروفة شرعا، دون أن يجعل ضمنها الطرق العلمية وسيلة لإثبات أو نفس النسب⁽⁴⁵⁾.

قانون الأحوال الشخصية الكويتي⁽⁴⁶⁾ هو الآخر لم ينص على البصمة الوراثية في مسائل النسب بشكل صريح، لكنه نص في المادة 168 منه على أنه: «لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد...وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين». وفي هذا النص إشارة إلى إمكانية اللجوء إلى الوسائل العلمية، ومن بينها البصمة الوراثية، في هذه المسألة. ومع أن المشروع الكويتي أصدر قانونا خاصا بالبصمة الوراثية⁽⁴⁷⁾، إلا أنه لم يضمنه نصا يتعلق بتحديد النسب، بل حصر حالات اللجوء إليها في: تحديد ذاتية مرتكب الجريمة وعلاقته بها، أو المشتبه فيهم والتعرف على ذويهم، أو تحديد هوية الجثث المجهولة، كما يمكن اللجوء إليها في أي حالة تتعلق بالمصلحة العليا للبلاد أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة (المادة 5). غير أننا نشير إلى أن هذا القانون قد ألغي من قبل المحكمة الدستورية بتاريخ 5 أكتوبر 2017، لمخالفته للدستور.

المشروع الموريتاني كذلك، يعد من بين المشرعين الذين لم يتطرقوا في قانون الأحوال الشخصية إلى الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب ضمن الفرع الخاص بالنسب، في المواد 59 إلى 69، حيث اقتصر على الطرق الشرعية لإثبات ونفي النسب⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثاني : التشريعات العربية التي تعتمد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب

من بين التشريعات العربية التي نصت على إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب نذكر على سبيل المثال:

أولا/ القانون التونسي: نشير بداية إلى أن المشروع التونسي لم يذكر البصمة الوراثية ولا الأدلة العلمية عموما عندما تطرق في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية إلى وسائل إثبات النسب، مما يوحي بأنه لا يعدّها من جملة تلك الوسائل، غير أنه ذهب من خلال القانون رقم 75 المؤرخ في 28/10/1998 والمتعلق بإسناد لقب عائلي إلى الأطفال

المهملين أو مجهولي النسب، الذي نص على إمكانية اللجوء إلى التحليلي الجيني لإثبات النسب، حيث نصّ في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على ما يلي: «يمكن للأب أو الأم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة، لطلب اسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص أب هذا الطفل»، ولا شك أنّ المشرع التونسي كعادته جانب الصواب محتذيا حذو القوانين الغربية وخرج عما ذهب إليه جمهور العلماء المسلمين المعاصرين عندما أقر بنسب الطفل للأب البيولوجي دون التمييز بين حالة الزواج الشرعي وحالة العلاقة غير الشرعية، رغم ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة، حيث يتمتع الولد المولود من علاقة زنا بذات الحقوق التي يتمتع بها الولد الشرعي (نفقة، حضانة، ولاية وغيرها) في حالة ما إذا أثبت الفحص الجيني نسبه لوالده البيولوجي، وفي هذا خروج صريح عما قرره العلماء من السلف والخلف.

ثانيا/ القانون الإماراتي: حيث نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 في المادة 89 منه، التي جاء نصّها كالآتي: « يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش»، وبالمقارنة مع ما ذهب إليه المشرع التونسي يظهر لنا أن المشرع الإماراتي أقر الطرق العلمية لإثبات النسب، غير أنه قيد ذلك بوجود عقد زواج صحيح بين الزوجين عندما نص في آخر المادة المذكورة أعلاه (...إذا ثبت الفراش) بمعنى أنّه لا يقبل إثبات النسب للطفل الناتج عن علاقة غير شرعية؛ جريا على ما ذهب إليه جمهور العلماء المسلمين.

وتعد الإمارات العربية المتحدة أول دولة عربية تنشئ مخبرا لإجراء تحاليل الحمض النووي وكان ذلك سنة 1993، حيث شرعت في الأخذ بنتائج البحث الجيني في الجرائم وقضايا النسب وغيرها، حيث سجل المخبر أكثر من ثمانمئة (800) قضية منها 96 قضية متعلقة بالنسب في أقل من 10 سنوات⁽⁴⁹⁾.

ثالثا/ القانون الأردني: نشير هنا إلى أنّ المشرع الأردني قام بتعديل قانون الأحوال الشخصية عام 2010، ومس التعديل الأحكام الخاصة بالنسب، حيث جاء في المادة 157 المعدلة: «لا يثبت نسب المولود لأبيه إلاّ: بفراش الزوجية، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالوسائل العلمية القطعية مع اقترانها بفراش الزوجية» وهنا يلاحظ أن المشرع لم

يستعمل عبارة البصمة الوراثية بل استعمل عبارة الوسائل العلمية القطعية كما فعل المشرع الجزائري والمشرع الإماراتي.

ويلاحظ أن المشرع الأردني وإن كان أقرب باستعمال الطرق العلمي وعلى رأسها البصمة الوراثية إلا أنه قيد ذلك بشرطين أساسيين، الأول هو أن تكون هذه الوسائل العلمية قطعية، وهنا تستبعد الوسائل العلمية غير القطعية مثل تحليل الدم (A. B. O) التي تعتبر وسائل ظنيّة، أمّا الشرط الثاني فهو اقترانها بفراش الزوجية، وهو ذات الشرط الذي ذكره المشرع الإماراتي في المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية المشار إليه سابقاً، وبمفهوم المخالفة لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في حالة عدم قيام العلاقة الزوجية.

المطلب الثالث: إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القوانين الغربية

نشير هنا إلى أنّ أغلب التشريعات الغربية تعترف بإثبات النسب عن طريق استعمال تقنية البصمة الوراثية، ونميز في هذا الصدد بين اتجاهين مختلفين: حيث ذهبت بعض التشريعات إلى إباحة ذلك بشكل مطلق بينما قيدته بعضها ببعض القيود.

الفرع الأول: مبدأ حرية اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية

هناك الكثير من التشريعات الغربية التي تجيز اللجوء إلى الأدلة البيولوجية بشكل عام والبصمة الوراثية على وجه الخصوص، دون قيد أو شرط، نذكر منها على سبيل المثال: القانون الإنجليزي، القانون السويسري، القانون الأمريكي، القانون الدانمركي وغيرها.

أولاً/ القانون الإنجليزي: تلعب الأدلة البيولوجية دوراً مهماً في إثبات البنوة أو نفيها، وذلك لأنّ قواعد النسب في بريطانيا تقوم على الحقيقة البيولوجية، حيث صدر سنة 1969 قانون "Reforma acte Law"⁽⁵⁰⁾ الذي يجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي نسبة ولد إلى شخص معين وإثباتها لشخص آخر إذا أثبت التحليل العلمي ذلك، ويتم ذلك بإحدى طريقتين: (التراضي أو التقاضي).

1/ اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية بالتراضي (اتفاق الطرفين)

وفقا لما هو مقرر في قواعد إثبات النسب في القانون الإنجليزي يجوز أن يتفق الزوجان على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في أي خبير يختارانه للتأكد من كون الولد ينسب لكلهما، فيتم الأمر خارج نطاق القضاء، وفي هذه الحالة فإن لا تخرج من أحد أمرين:

- في حالة ثبوت نسب الولد للزوج، فللابن أن يرفع دعوى إعلان شرعية نسبه، إذا كان الأمر متعلقا بنسب قانوني، أما في حالة النسب الطبيعي فيمكنه رفع دعوى تحديد طبيعة النسب.

- في حالة عدم ثبوت نسب الولد للزوج فلا يمكن رفع أي دعوى على هذا الأخير لإثبات أبوته، وإذا تم الكشف عن نتائج هذه الخبرة أثناء دعوى قضائية سارية، فإن ذلك يفضي إلى فقدانه صفة الأب عن طريق الدم التي كان يتمتع بها بمقتضى سند معين كشهادة الميلاد، وفي هذا الفرض إذا رغب الزوج في الحفاظ على علاقته بالطفل - كأن يكون شديد التعلق به- فيتعين عليه من باب الاحتياط أن يضيف على هذه العلاقة الطابع القانوني، وهنا لا مناص من رفع دعوى قضائية يستند فيها إلى قانون الطفل (Children Act) لسنة 1989⁽⁵¹⁾.

2/ اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية بالتقاضي (حالة عدم اتفاق الأطراف)

إذا وقع نزاع بين الطرفين ورفض أحدهما إجراء الاختبارات البيولوجية طواعية، فبوسع الطرف الآخر أن يلتجأ إلى القضاء للمطالبة بذلك، وحل النزاع القائم بينهما، ويمنح القانون الإنجليزي سلطة تقديرية للقاضي في الأمر بإجراء تحاليل الحمض النووي بما يتفق مع مصلحة الطفل بالدرجة الأولى، وتأسيسا على ذلك بوسع القاضي عدم إجابة المدعي إلى طلبه بإجراء التحليل إذا كانت الظروف تدل على أنه ليس بالإمكان الشك في أبوة الشخص الذي يطلب إجراء هذه الخبرة.

وعمليا لوحظ أن القضاة في إنجلترا يأمرن غالبا بإجراء تحليل البصمة الوراثية إذا طلب الزوج ذلك، بينما يظهر القضاة تشددا إذا كان الطلب مقدم من رجل يدعي أنه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني، حيث إذا رأى القاضي أن إجابة الطلب المقدم من شخص ثالث قد يؤثر سلبا على الوضع العائلي للطفل فيرفض طلبه.

ولا يمكن للقاضي إجبار شخص بإجراء تحليل البصمة الوراثية إذا رفض هذا الأخير القيام بها، حيث يشترط رضا الشخص، أمّا بالنسبة للقاصر الذي لم يبلغ سن السادسة عشر فإنه يشترط لتحليل بصمته موافقة الشخص الذي يتولى الإنفاق عليه أو له حق الحضانة عليه⁽⁵²⁾.

ثانيا/ القانون الكندي (قانون مقاطعة كيبيك)

بالرجوع إلى القانون المدني لمقاطعة كيبيك الكندية الناطقة بالفرنسية والمتمتعة بالاستقلال الذاتي، نجده يجيز إجراء تحاليل البصمة الوراثية حتى خارج نطاق الدعوى القضائية، ولا يشترط في هذه الحالة إلا رضا الشخص الخاضع للتحليل، ورغم أنه لا يوجد نص صريح يشير إلى إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 355 من هذا القانون فإنها تجيز استعمال كافة طرق الإثبات في دعاوى النسب، ومنها البصمة الوراثية، غير أنه لا تقبل الشهادة إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أو قرائن أو أدلة مستخلصة من وقائع صريحة ثابتة بصورة مسبقة صريحة، ونتيجة لعدم وجود نص صريح يحدد كيفية اللجوء إلى البصمات الوراثية في القضايا المدنية فإن المختبرات تقوم بإجراء تحاليل البصمة الوراثية خارج أي دعوى قضائية، ويظهر أنّ القضاء هناك لم يبدي أي اعتراض على ذلك⁽⁵³⁾.

الفرع الثاني : تقييد حرية اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية

أقرت العديد من تشريعات الدول الغربية اللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية، سواء كان ذلك من أجل تحديد هوية الأشخاص والتعرف عليهم، أو في إثبات النسب أو نفيه، أو في طار التحقيقات الجنائية وغيرها من المجالات، غير أنها لم تدع الأمر على إطلاقه بل قيدت ذلك بقيود وضوابط لا يجوز التغاضي عنها ومن هذه القوانين على سبيل المثال نذكر القانون الفرنسي.

فقد أصدر المشرع الفرنسي مجموعة من القوانين المنظمة للمستجدات الطبية ذات الصلة بالعمل القضائي، وعلى رأسها البصمة الوراثية، فيما يعرف بقانون الأخلاق الحيوية (Loi Bioéthique)، الصادرة بالأمر 653/94، مؤرخ في 29/06/1994، وبالمرسوم 109/97 مؤرخ في 6/2/1997، اللذان وضعا جملة من القواعد والضوابط التنظيمية بخصوص استعمال عناصر الجسم البشري، والمساعدة الطبية للإنجاب، ودراسة

الخصائص الوراثية المميزة للشخص، وتحديد الهوية عن طريق البصمة الوراثية، وتحديد الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المخولين بإجراء كل هذه العمليات⁽⁵⁴⁾.

وبالرجوع للقانون المدني الفرنسي وتحديدًا نص المادة 16-10 منه نجد أنها نصت على جواز أخذ عينات من جسم الإنسان من أجل تحديد خصائصه الجينية وهذا لأغراض محددة تتمثل في: الأغراض العلاجية، البحث العلمي، كما أنها قيدت ذلك بضرورة الموافقة المكتوبة من الشخص الخاضع للتحليل الجيني، مع وجوب إعلامه بسبب وغرض هذا التحليل حتى يكون على بينة من أمره⁽⁵⁵⁾.

أما المادة 16-11 من ذات التّقنين⁽⁵⁶⁾ فقد أكدت أنّ تحديد هوية الأشخاص عن طريق البصمة الوراثية يجب أن يكون في إطار إجراءات تنفيذ الأوامر، أو التحقيقات القضائية بشأن قضية مرفوعة أمام الجهات القضائية، أو لغرض العلاج، أو في إطار البحث العلمي، أو لغرض التعرف على هوية جثث أشخاص غير معروفين، وفي المسائل المدنية فإن تحديد الهوية عن طريق البصمة الوراثية يجب أن يكون متعلقًا بدعوى إنشاء بنوة سواء كانت شرعية أو طبيعية أو إنكارها، وإما لطلب النفقة للأم أو الطفل أو طلب الإعفاء منها⁽⁵⁷⁾، بغض النظر عن المدعي والمدعى عليه، غير أن هذا كله لا يتم إلا بعد الحصول على الرضا الحر المستنير من الشخص الخاضع لاختبار البصمة الوراثية أي بالحصول على موافقته الصريحة بإجراء التحاليل حال حياته⁽⁵⁸⁾، ولا شك أن هذا القبول لا يكون إلا لشخص راشد يتمتع بأهلية الأداء أما إن كان قاصرًا فلا بد من أن يصدر الرضا من ممثله الشرعي، ولا يمكن إجراؤها بعد موته، ويشترط لإجراء تحاليل البصمة الوراثية لأغراض علاجية أو في إطار البحث العلمي الموافقة الكتابية للمعني، ويجب أن يكون الهدف من هذه الدعاوى البحث عن الحقيقة البيولوجية في القضايا المدنية ومنها النسب.

واشترط المشرع الفرنسي في المادة 16-12⁽⁵⁹⁾ أن يكون إجراء تحاليل البصمة الوراثية في الحالات المذكورة أعلاه من قبل الخبراء والفنيين المقيدين في جدول الخبراء القضائيين، وبالشروط التي تحدد بمرسوم صادر عن مجلس الدولة، وقبل كل هذا لا يكون اللجوء لهذه التقنية في كل الحالات إلا بأمر من القضاء.

ونعتقد مع بعض الباحثين أنّ المشرع الفرنسي قيّد اللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل الطبيعي، يعود إلى أنّ فرنسا كغيرها من الدول الغربية تنتشر فيها العلاقات الجنسية خارج نطاق العلاقة الزوجية بشكل كبير جداً، وأن فتح المجال لإثبات نسب الأطفال الناشئين عن هذه العلاقات دون قيود ودون دعوى قضائية يهدد استقرار المجتمع؛ لأنه في كثير من الأحيان تختلف الحقيقة البيولوجية عن الحقيقة الاجتماعية.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد حكم في الكثير من القضايا بإثبات النسب أو نفيه بناءً على نتائج تحاليل الحمض النووي سواء في إطار علاقات الزواج أو خارجها، فعلى سبيل المثال أصدرت محكمة استئناف بوردو بتاريخ 1997/2/1 قراراً أيدت فيه قرار محكمة أول درجة الذي قضى بنسب الولد للمدعى عليه استناداً لتحاليل البصمة الوراثية، كما دعت محكمة النقض الفرنسية قضاة المحاكم إلى الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب في تقريرها السنوي لسنة 1987⁽⁶⁰⁾.

الخاتمة :

بعد هذه الدراسة المقتضية لموضوع البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب بين الفقه الإسلامي المعاصر والتشريع المقارن، والذي ندرك أننا لم نوقّه حقّه من البحث والتمحيص والتحليل؛ ذلك أنه يشكّل موضوعاً يحتاج إلى أبحاث وأبحاث حتى يمكن الإحاطة بمختلف جوانبه، خلصنا إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يأتي:

- أنّ الشريعة الإسلامية تتشوف لاتّصال الأنساب وعدم انقطاعها؛ لذا وضعت طرقاً ووسائل متعددة لإثبات النسب، كالفراش البينة، الإقرار، والقيافة.

- أن جمهور العلماء المعاصرين أقرّ اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، وفي مقدمتها البصمة الوراثية في إثباته، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، وندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت عام 1998، غير أنه لا يلجأ إليها في نفي النسب عند الجمهور، حيث لا يمكن ذلك إلا بالوسيلة الشرعية المنصوص عليها وهي اللعان.

- أن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدلّ على هويّة الشّخص بعينه.

- يدل على مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب عند جمهور الفقهاء مجموعة من الأدلة المستقاة من الكتاب والقياس والمصلحة المشروعة والاستصحاب وغيرها.
- أنه لا يجوز إثبات النسب الثابت شرعا لا عن طريق البصمة الوراثية ولا عن طريق وسيلة أخرى.
- أن إثبات نسب ابن الزنا عن طريق البصمة الوراثية غير جائز؛ لأن فتح مثل هذا الباب سيؤدي حتماً إلى عواقب وخيمة ليس على المجتمع، حيث يعتبر مدعاةً لممارسة الزنا جهاراً؛ لذا فتغليب المصلحة العامة أولى من تغليب المصلحة الخاصة.
- يمكن استثناء استلحاق الابن غير الشرعي بوالده الطبيعي إذا كان ناتجاً عن حالة اغتصاب أو إكراه على المعاشرة.

الهوامش :

- (1)- رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراس وتوقي الشبهات، حديث رقم 36- (1457).
- (2)-، انظر: محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحججته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 5-7 ماي 2002، ص438.
- (3)- قانون 05-09 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق 4 ماي 2005م، يتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م، الذي يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 8 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 43 صادرة بتاريخ 22 يونيو 2005م، ص4.
- (4)- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، ودورها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 7 ماي 2002، ص513.
- (5)-انظر: محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثاني كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 7 ماي 2002، ص578.
- ونشير هنا إلى أن القضاء الجزائري ذهب إلى هذا الرأي في قرار له بتاريخ 5 مارس 2006، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 355180، قضية (ب. س) ضد (م. ع)، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2006، ص469. سنورد بعضاً من حيثياته فيما بعد.
- (6)-محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015، ص41.
- (7)- سورة الأحزاب: من الآية 5.

- (8)- عبد القادر الخياط، وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 7 ماي 2002، ص1516.
- (9)- اعتمد الشافعية والحنابلة القيافة في إثبات النسب في أولاد الزوجات وفي ملك اليمين، بينما خصّ المالكية القيافة بالإماء، ونقل المازري عن ابن وهب أنّه يرى اعتماد القيافة في أولاد الحرائر وأولاد الإماء على حدّ السواء واختاره اللّخمي.
- نهاية المحتاج 8 / 375، ومغني المحتاج 4 / 489، والمغني لابن قدامة 7 / 483، ومنتهى الإرادات 3 / 224، والمبدع 8 / 136، والفروق 4 / 99، ومواهب الجليل 5 / 247، وبداية المجتهد 2 / 328.
- محمد المختار السلامي، المرجع السابق، ص448: عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، ط1، الرياض، 2002، ص26.
- (10)- سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية- دراسة فقهية مقارنة-، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 2010، ص313؛ محمد المختار السلامي، المرجع السابق، ص475.
- (11)- صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ج8، ص157، حديث رقم 6770؛ صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بالحق القائف الولد، ج2، ص1082، حديث رقم 38- (1459).
- (12)- يحيى بن شرف بن مزي النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار بيت الأفكار الدولية، عمان، الرياض، 2000، ص914.
- (13)- للتفصيل أكثر في شروط القيافة انظر: عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة- دراسة فقهية تشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية دارالعلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2000، ص90 وما يليها؛ علاء برزوق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص69 وما يليها.
- (14)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص516.
- (15)- سورة النور: الآيات من 6 إلى 9.
- (16) - محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ - 1996م، ج3، ص11.
- (17)- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص613.
- وقد جاء في قضاء المحكمة العليا ما يؤيد هذا المقصد: «من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيّنة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد؛ لأن ثبوت النسب يعدّ إحياءً له ونفيه قتلاً له». انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 28 أكتوبر 1997، ملف رقم 172333، غرفة الأحوال الشخصية، قضية (ر.ف) ضد (ص.ع)، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1997، الصفحة 42.
- (18)- محمد نصر واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 14، العدد 17، ص61؛ بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012/2011، ص105.
- (19)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص529.
- (20)- تمييز رقم 1995/30 أحوال شخصية بتاريخ 1996/12/28 محكمة التمييز بدولة الإمارات، حكومة دبي. نقلا عن عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، ط1، الرياض، 2002، ص294.
- (21)- نقض دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/01/27 محكمة التمييز بدول الكويت، طعن رقم 2000/140. أشار إليه عمر بن محمد السبيل، المرجع نفسه، ص294.

- (22)- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2012، ص57.
- (23)- عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص295.
- (24)- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص58.
- (25)- سورة الأعراف: الآيات من 104 إلى 108.
- (26)- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قِيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1410هـ-1989م، ص11.
- (27)- إبراهيم عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، من 11 إلى 14 نوفمبر 2007، ص15.
- (28)- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص203؛ الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المجلد18، العدد35، محرم 1424هـ، ص51.
- (29)- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص201.
- (30)- خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط1، دار النفائس، عمان، 2006، ص50.
- (31)- سعد الدين مسعد هلاي، المرجع السابق، ص242.
- (32)- للتفصيل أكثر في هذه الأجهزة وكيفية عملها انظر: عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة - الجزء الأول بصمة الحامض النووي (المفهوم والتطبيق) - ط1، دار العلم للجميع، القاهرة، 2006، ص137.
- محمد نصر واصل، المرجع السابق، ص70. (33)
- (34)- أشارت إليه مفيدة ميدون، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2014/2015، ص57.
- (35)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046، قضية (ب. ح) ضد (ب. ع)، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص67.
- انظر كذلك: القرار الصادر بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم، قضية (ت. ن. ب. أ) ضد (ت. ص. ب. أ)، المجلة القضائية، العدد1، 1990، ص86. الذي ورد فيه: «... الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه».
- (36)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/06/15، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قضية (ع. ب) ضد (م. ل)، المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص126.
- وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 جويلية 2000، الغرفة الجنائية، ملف رقم 183365، قضية (س. س. ط. م) ضد (م. ن. ع)، المجلة القضائية، العدد 2، 2000، ص188، حيث مما جاء فيه: «حيث إنه يتعين التذكير، بأن الشريعة الإسلامية لا تعترف إلا بالنسب الشرعي، (الولد للفراش) وأن الشريعة الإسلامية لا تعترف خارج النسب الشرعي، لا بالنسب التبني ولا النسب الطبيعي».
- وفي نفس الاتجاه: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984، ملف رقم 35087، قضية (ت. ن. ب. أ) ضد (ت. ص. ب. أ)، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص86؛ والقرار الصادر بتاريخ 7 فيفري 1987، ملف رقم 47915، قضية (م. م) ضد (ل. د)، المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص65؛ والقرار الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1988، ملف رقم 51414، قضية (ب. ي. و. ب. ب. ي) ضد (ب. ي. أ)، المجلة القضائية، العدد 3، 1991، ص52.
- (37)- مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2006، ص469.

- انظر كذلك: قرارها الصادر بتاريخ 15 مارس 2012، غرفة شؤون الأسرة والموارث، قضية (ع. ر) ضد (ق. ن)، ملف رقم 690718، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013، ص 268.
- (38)- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي- مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ- 1992م، ج 5، ص 160.
- (39)- محمد بن عيسى بن سؤدة الترمذي، سنن الترمذي، حكم وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، ص 477، حديث رقم 2113. قال الألباني: صحيح؛ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، حكم وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، باب في ادعاء الولد، ص 466، حديث رقم 2745. قال الألباني: حسن.
- (40)- أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، 1416هـ- 1995م، ج 6، ص 247-248. قال المحقق: إسناده صحيح؛ ابن ماجه، المرجع السابق، ص 466، حديث رقم 2746. قال الألباني: سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، الرياض، السعودية، 1424هـ، باب ادعاء ولد الزنا، ص 395، حديث رقم 2265. قال الألباني: حسن.
- (41)- انظر في هذا الرأي: محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 578.
- (42)- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05، سالف الذكر.
- (43)- الصادر بموجب قرار جمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج.ر عدد 6، ج 2، لسنة 1992، معدل ومتمم.
- (44)- القانون رقم 188 لسنة 1959.
- (45)- مرسوم تشريعي رقم 59 يتضمن قانون الأحوال الشخصية، مؤرخ في 17 سبتمبر 1953، ج.ر عدد 63، صادرة في 8 أكتوبر 1953، ص 4783.
- (46)- قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية.
- (47)- قانون رقم 78 لسنة 2015 بشأن البصمة الوراثية المؤرخ في 28 يوليو 2015، جريدة الكويت اليوم، العدد 1247، السنة 61، 2 أغسطس 2015.
- (48)- قانون رقم 2001-052، بتاريخ 19 يوليو 2001، يتضمن مدونة الأحوال الشخصية، ج.ر عدد 1004، صادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001، ص 361.
- (49)- عبد القادر الخياط، وفريدة الشمالي، المرجع السابق، ص 1493.
- انظر في هذا القانون:
- (50)- Jacqueline Flauss -DIEM, Filiation et preuve scientifique en droit anglaise, Les petites affiches, 3 Mai 1995, P103.
- أشار إليه فواز صالح، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، يونيو 2003، ص 203.
- (51)- فواز صالح، المرجع نفسه، ص 204؛ فاطمة الزهراء رابعي، إثبات النسب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011، ص 162.
- (52)- ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلي الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 171.
- (53)- فواز صالح، المرجع السابق، ص 206.
- (54)- فاطمة الزهراء رابعي، المرجع نفسه، ص 236.

(55)-Article 16-10: «L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment. (Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 4, JORF. 7 août 2004).

(56)-Article 16-11: «L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2° A des fins médicales ou de recherche scientifique;

3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées ;

4° Dans les conditions prévues à l'article L. 2381-1 du code de la défense.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Lorsque la recherche d'identité mentionnée au 3° concerne soit un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées, soit une victime de catastrophe naturelle, soit une personne faisant l'objet de recherches au titre de l'article 26 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et dont la mort est supposée, des prélèvements destinés à recueillir les traces biologiques de cette personne peuvent être réalisés dans des lieux qu'elle est susceptible d'avoir habituellement fréquentés, avec l'accord du responsable des lieux ou, en cas de refus de celui-ci ou d'impossibilité de recueillir cet accord, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance. Des prélèvements aux mêmes fins sur les ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne peuvent être également réalisés. Le consentement exprès de chaque personne concernée est alors recueilli par écrit préalablement à la réalisation du prélèvement, après que celle-ci a été dûment informée de la nature de ce prélèvement, de sa finalité ainsi que du caractère à tout moment révocable de son consentement. Le consentement mentionne la finalité du prélèvement et de l'identification.

Les modalités de mise en œuvre des recherches d'identification mentionnées au 3° du présent article sont précisées par décret en Conseil d'Etat».

(57)- Art. 342 (Code civil): «Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception». (Loi n°72-3 du 03 janvier 1972, art. I, Journal officiel du 05 janvier 1972, date d'entrée en vigueur le 1er août 1972). (Loi n°77-145 du

29 décembre 1977, art. I, Journal officiel du 30 décembre 1977, Ordonnance n°2005-759 du 04 juillet 2005, portant réforme de la filiation, art. 3, art. 161, Journal officiel du 06 juillet 2005, date d'entrée en vigueur le 1er juillet 2006).

(58)- فقد كان القضاء الفرنسي يقضي بعدم إجبار الخصم على إجراء تحليل الدم إذا ما طلبه الطرف الآخر. راجع القرارات: «... Respect du corps humain. Le principe fondamental de l'inviolabilité du corps humain s'oppose à ce que le juge civil recoure à une mesure de coercition, même d'ordre pécuniaire, afin de contraindre un individu à subir une atteinte directe à son corps (expertise sanguine demandée dans une action en recherche de paternité). L'art. 10, malgré les termes généraux qu'il emploie, ne vise que les cas où la condamnation à une astreinte est légalement admissible, non ceux dans lesquels une telle mesure de contrainte aboutirait à la violation d'un principe essentiel de notre droit. Paris, 24 nov. 1981: D. 1982. 355, note Massip; RTD civ. 1982. 203, obs. Perrot. Comp. Reims, 6 avr. 2000: préc. note 73 ss. art. 9. Mais l'expertise biologique est de droit en matière de filiation: V. note 1 ss. art. 311-12 ancien.

Expertise biologique de droit: principe. BIBL. Gaumont-Prat, obs. D. 2006. Pan. 1202 (arrêts du 18 mai et du 14 juin 2005). — Granet-Lambrechts, obs. D. 2006. Pan. 1141, 1142, 1143 (domaine et portée de la solution). L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Civ. 1re, 28 mars 2000: Bull. civ. I, n° 103; R. , p. 328; D. 2000. 731, note Garé ; D. 2001. Somm. 976, obs. Granet ; ibid. 1427, obs. Gaumont-Prat ; ibid. 2868, obs. Desnoyer; JCP 2000. II. 10409, concl.

(59)- Article 16-12: «Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires».

(60)- نقلا عن علال برزوق آمال: المرجع السابق، ص366.