دور الطرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النسب

The role of conclusive scientific methods to (dis) prove kinship

غربي صورية، طالبة باحثة في الدكتوراه،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.
أستاذة مؤقتة بالمركز الجامعي الحاج بوشعيب عين تموشنت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/20 – تاريخ المراجعة: 2017/11/19.

ملخص:

يعتبر الاعتماد على البصمة الوراثية كطريق من الطرق العلمية المعتبرة لإثبات النسب، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل التي يقوم عليها القضاء، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة 01/40 من قانون الأسرة، كما أنه لا يجوز استعمالها للتشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين، ومن ثمّ، فإنّ الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية، يستوجب توافر مجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية.

الكلمات المفتاحية:

البصمة الوراثية، النسب، إثبات، نفي، قانون الأسرة، الإجراءات.

Abstract:

DNA analysis is considered to be one of the most reliable scientific ways to prove kinship, in order to ascertain the truth and apply the principles of justice which form the basis of the legal system. However, this technique cannot be used to disrupt legal proceedings, as mentioned by the legislator in article 40/01 of Family Law, nor is it allowed to use it in order to cast doubt upon marriages and stable lineages, and challenge the trust between husband and wife. Therefore, the admissibility of DNA analysis results requires the availability of a range of legitimate and legal parameters.

Keywords:

DNA, ancestry, (dis) prove, denied, Family Law, legal proceedings, scientific analysis.

مقدمة:

تصنف الطرق العلمية القطعية و المتمثلة في البصمة الوراثية، أو ما يعرف بتقنية الحمض النووي من الطرق العلمية القطعية، فهي تعتبر من الاكتشافات العلمية الحديثة التي فتحت آفاقا جديدة للبشرية، فيما يتعلق بمجالات عديدة كالجنايات وتحديد الهوية والنسب وهو الذي يهمنا في هذا المقام. ويطلق مصطلح البصمة الوراثية[1] على المادة الوراثية في الكائنات الحية، ويوجد هذا الحمض في جميع الخلايا

[1]– البصمة الوراثية في اللغة: هي مركب وصفي مكون من كلمتين " البصمة " و " الوراثية".

والبصمة في اللغة: هي الكثيف أو الغليظ وثوب ذو بصم ، أي كثيف وكثير الغزل كما يقال أنها أثر الختم بالأصبع فيقال بصم بصما أي: ختم بطريق أصبعه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، لبنان ، الجزء 02، الطبعة01، 1993، ص.50؛ محي الدين محمد يعقوب الفيروز الأبدي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة 06، 1998، ص.108.

والبصمة اصطلاحا: هي تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط منخفضة والتي تكسو رؤوس أصابع الإنسان، وهذه البصمات تمثل بطاقة شخصية ربانية أودعها الله سبحانه وتعالى في أطراف الإنسان وهي في غاية الدقة والإعجاز بحيث لا يمكن أن تتشابه بصمة إنسان مع آخر، وكذلك لا يمكن أن تتطابق بصمة أصبع مع آخر في نفس يد الشخص، فبصمة كل أصبع مختلفة في بعض دقائقها وربما جميع دقائقها ولا تتشابه مع بصمة أصبع آخر؛ مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.24.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البيولوجية، مهما اختلفت مصادرها، وهو في الإنسان موجود في كافة خلايا الجسد أنويته باستثناء الكريات الحمراء كونها لا تحتوي على نواة [1].

وبناءا على حداثة هذا المصطلح اجتهد العلماء المعاصرون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت إن البصمة الوراثية هي: " البنية الجينية نسبة إلى الجينات الموروثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"[2]، وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف في دورته الخامسة عشر[3].

وعليه نطرح الإشكال التالي ما مدى حجية االطرق العلمية القطعية والمتمثلة في البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب؟.

وللتعمق أكثر في البصمة الوراثية سنقوم بداية بدراسة ضوابط وشروط البصمة الوراثية وعوائق تطبيقها (المبحث الأول)، ثم نتكلم عن موقف كل من الفقه والقانون والقضاء من إثبات ونفي النسب بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضوابط و شروط العمل بالطرق العلمية القطعية و عوائق تطبيقها

لأهمية هذا الفحص الحديث سواء في مجال النسب أو غيره، ولخطورته في نفس الوقت، فلقد وضع الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية ضوابط وشروط عديدة حتى تقبل (المطلب الأول)، إلا أنه هناك عوائق تعترض تطبيقها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط و شروط العمل بالطرق العلمية القطعية

سنتكلم بداية عن ضوابط العمل بالبصمة الوراثية (الفرع الأول)، ثم نفصل في الشروط التي وضعها الفقهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

يعتبر الاعتماد على البصمة الوراثية كطريق من الطرق العلمية المعتبرة لإثبات النسب، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل التي يقوم عليها القضاء، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة 01/40 من قانون الأسرة، كما أنه لا يجوز استعمالها للتشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين[4]، ومن ثّم، فإن الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية، يستوجب توافر الضوابط الشرعية و القانونية الآتية:

الوراثة لغة: ويقصد بها الانتقال فيقال أورثه الشيء أبوه، وهم ورثة فلان، وورثه توريثا، أي أدخله في ماله، ويقال: ورثت فلانا من فلان، أي: جعلت ميراثا له، وأورثت الميت وارثه، أي: تركه له؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، الجزء 02 ، المرجع السابق، ص.200.

[1]- أنظر، إبراهيم ناصر المحمود ، البصمة الوراثية، مقال منشور بتاريخ 2017/08/12 على الموقع www.islamtodav.com

[2]- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، ما بين 13 و 15 أكتوبر 1986 ، الكويت، الجزء 02 ، 2000 ، ص.105.

[3]- أنظر ، حسن محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 01، 2007، ص.83 ، نقلا عن قرارات المجمع الفقهي لسنة 1998، البصمة الوراثية في منظور الفقه الإسلامي ، للدكتور علي محي القرهداغي، بحث مقدم لمجمع الفقهي في دورته (16) المنعقد بمكة المكرمة في 2002، ص.10 ؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص.182-183؛ أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب ، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، ع.07، ص.79.

[4]- أنظر، العربي بلحاج، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد ، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا ، الجزائر ، 2012، ع.01 ، ص.37- 38 ؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2006، ص.49.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء، في مختبرات مختصة ومعتمدة و موثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة و سرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 02/40 من قانون الأسرة [1] من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة حيث تنص: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

2- يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، بل يجب أن توافق العقل والمنطق، 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 ينبغي رفضه[2].

3- أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه و المحافظة عليه، كلّما دعت الضرورة إلى ذلك، وتتمثل هذه الحالات في:

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

- حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو التعرف على الهوية أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين [3].

4- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس، فإن رفع دعوى اللعان أمام القضاء وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، لا يجيز للمدعي التذرع بإتباع الطرق التقليدية لإثبات النسب الواردة في المادة 01/40 من قانون الأسرة، غير أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وفقا للمادة 02/40 من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05-02.

وعليه فإنه يجوز للقاضي اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان بين الزوجين، وذلك لغرض إزالة شك الزوج وحرج الزوجة، ومعرفة ما إذا كان الولد من صلب الزوج أم لا، ورغبة في عدولهما عن دعوى اللعان وإجراءاتها، وسعيا للمحافظة على العشرة الزوجية [4].

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 أكتوبر 2009 [1] بقولها: " ... حيث أنه ما دام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج

---

[1]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24 ، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج.ر 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

[2]- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق ،ص.49.

[3]- أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015، ص.339.

[4]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.674.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصحيح أو الإقرار ... وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. وعليه يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العملية لإثبات النسب ".

5- لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة ، فلا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك [2].

6- منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من يتلاعب بالجينات البشرية أو يتعرض للأسرة المسلمة بتحطيم دعائمها المستقرة [3].

الفرع الثاني: شروط العمل بالبصمة الوراثية

من أجل نتائج فحص البصمة الوراثية فقد وضع العلماء مجموعة من الشروط وهي:

1- أن تكون المختبرات و المعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية والأهواء الدنيوية وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع [4].

2- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة.

3- أن يكون العاملون في هذه المختبرات من أصحاب الكفاءة المهنية [5]، ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل.

4- ألا يكون للخبراء أي صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة [6].

5- أن يتم أخذ العينة بحضور أطراف النزاع أو وكلائهم، والمخبر أو المحقق الذي تحدده المحكمة، وذلك للتأكد من مصدر العينة، وإلا فإن عمل الخبير يكون مشكوكا فيه من قبل الأطراف المعنية بالدعوى وخاصة في دعاوى إثبات النسب.

6- تسجيل وتوثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من أخذ العينة ونقلها حتى ظهور نتائج التحليل، حرصا على سلامة العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع الاحتفاظ بهذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة [7].

7- شرط التعدد بين المؤيدين و المعارضين، والمقصود بالتعدد هو تعدد الخبراء الفنيين القائمين على العمل في البصمة الوراثية قياسا على الشهادة و القيافة [8] وعلى هذا الشرط انقسم علماء العصر إلى عدة آراء:

---

[1]- أنظر، المحكمة العليا، القرار رقم ملف رقم 605592 ، المؤرخ في 2009/10/15، غ.أ.ش ، مجلة المحكمة العليا ، ع.01 ، 2010 ، ص.245.

[2]- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص.674.

[3]- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.50.

[4]- مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.37.

[5]- أنظر، كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص.354.

[6]- أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.337.

[7]- مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.37.

[8]- القيافة لغة: هي من قاف يقوف قيافة فهو قائف، وهو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل وأبيه والجمع قافة، وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتفاه وهو أقوفهم، وتقيف أثره تتبعه والقيافة هي تتبع الأثر، يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، الجزء 05، المرجع السابق، ص.3776.

أما من ناحية الاصطلاح، فقد عرّفها كثير من الفقهاء وأهمها:

1- عرفها ابن رشد من المالكية بأن القافة عند العرب هو: " قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس"؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار السلام، القاهرة، الجزء 02 ، 1995، ص2086.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرأي الأول: ويرى هذا الفريق أن العاملون على البصمة الوراثية يجب أن يكون أكثر من شخص وذلك قياسا على الشهادة [1].

وقد احتج هذا الفريق بأن البصمة الوراثية مثل الشهادة وما دام أن الشهادة لا يقبل بها إلا إذا كان عدد الشهود لا يقل عن شاهدين لقوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " [2]، فنفس الشيء لإجراء الخبرة بالبصمة الوراثية، وفضلا عن ذلك فقد قاسوها على القيافة، فكما لم يقبل الفقهاء أقل من قائفين اثنين وأكثر، فمن باب أولى أن يقوم خبيرين في البصمة الوراثية لتحديدها [3].

الرأي الثاني: يرى هذا الفريق جواز عمل الخبير الواحد في البصمة الوراثية ولا يشترط التعدد، وحجتهم في ذلك أن الفقهاء القدامى أجازوا الاعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، لذلك من باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط، لأنها أوثق من القيافة [4] حيث إن نتيجة البصمة الوراثية قطعية بنسبة 99 بالمائة [5].

الرأي الثالث: هذا الرأي أرجح مسألة تعدد الخبراء إلى القاضي، وهو الرأي الراجح باعتبار القاضي سيد القضية والخبير الأعلى لتقييم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة، متى رأي في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة، وإذا ما شكك في صحة النتائج، فإنه لا حرج من أن يكرر التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا ما ورد أيضا في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 29/28 محرم 1421 هـ الموافق لـ 04/03 مايو 2000.

المطلب الثاني: عوائق تطبيق البصمة الوراثية

قد نجد عوائق في استخدام البصمة الوراثية، سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتج بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للطرق العلمية الحديثة، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد و الشرف، وهذا ما سنعالجه من خلال العوائق القانونية (الفرع الأول)، والعوائق المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوائق القانونية لتطبيق البصمة الوراثية

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة له يحدق في غالب الأحيان، ولذا فمن المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع لاختيارات الوراثة (ADN)، لاسيما عندما يكون سيء النية، فقد يتمسك الخصم بأن تقنية البصمة الوراثية، أمر يتعارض مع الأخذ باللعان كإجراء شرعي لنفي النسب، وقد يتمسك الخصم بأن الخضوع لهذه التقنية الحديثة أمر يتعارض مع قاعدة عدم

2- وعند الحنابلة " هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكرّرت منه الإصابة فهو قائف"؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، الجزء 06، 1983، ص398.

3- وعرفها الإمام الجرجاني من الحنفية فقال: " القائف وهو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود "؛ علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1985، ص177.

4- عند الشافعية: " هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى به من علم"؛ محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، الجزء 04، الطبعة 01 ، 1997، ص.646.

[1]- وذهب لهذا القول محمد الأشقر، وعلي القره داغي، وفؤاد عبد المنعم، عبد الستار فتح الله سعيد، عمر الشيخ الأصم، حسن الشاذلي؛ يراجع في ذلك خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.51-52.

[2]- سورة البقرة، الآية 282.

[3]- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.52.

[4]- أنظر، عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006 ، ع.35 ، ص.34.

[5]- وقد قال بهذا الرأي سعد الدين هلالي، ووهبة الزحيلي، وقد رد فريق الرأي الثاني عن الرأي الأول بقولهم بأن اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياسا على التعدد في الشهادة ليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى: " أنّ تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"، البقرة 282 ؛ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.53-54.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وقد يتمسك الخصم بمبدأ معصومية الجسد تهربا من الكشف عن الحقيقة بالإضافة إلى مبدأ حرمة الحياة الخاصة.

أولا: البصمة الوراثية أمام التمسك باللعان:

بداية يظهر أن هناك تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام فحص الدم كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب إجراء اللعان وما يترتب على إجرائه من التفريق بين الزوجين و إلحاق الولد بالأم. وفي الحقيقة هذا التعارض مجرد تعارض ظاهري وليس حقيقي، وذلك لسببين هامين وهما:

– **أولا**: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان لأنه قد يثبت نسب الولد من الزوج و يبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فنفي النسب ليس من ضرورة اللعان[1]، وهذا يتضح من خلال القواعد التي تحكم اللعان. فالقاعدة التي تقضي بعدم جواز نفي النسب باللعان بعد الإقرار به لأن الزوج إذا تعذر عليه إقامة الدليل الحق في طلب إجراء اللعان لنفي النسب ، لكن هذا الأمر مشروط بعدة قيود أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بنسب الطفل ، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 28 أكتوبر 1997 حيث جاء فيها:" من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل "[2].

و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر في 20 أكتوبر 1998:" من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا".

وهذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر في 19 نوفمبر 1984 حيث جاء فيه: " بأن النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى و تصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها و المكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها و لم يعارضها ، فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به، أو الولد حين ولادته في المدة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء قواعد اللعان، يسقط حقه في إنكار النسب " [3].

ويتضح من خلال هذا القرار بأنه متى أقر الزوج بالنسب ضمنيا أو تصريحا فإنه لا يملك نفيه ، لأنه عندما أقر به فقد ثبت وهناك من يرى بأن تراجع الزوج عن إقراره بالنسب يعد قذفا أي اتهاما للزوجة بالزنا، مما يمكنها أن تدفع عن هذه التهمة بإجراء اللعان[4]، و يمكن للقاضي أن يوافق على إجراء الملاعنة دون أن يؤثر هذا الأمر في النسب ، فالولد يبقى منسوبا إلى الزوج لكن يجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة [5].

وبناءا على ما سبق فإن إجراء القاضي للملاعنة لا يمنع من إجراء الفحص الطبي، لأن إجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء الفحص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج هو الأب الحقيقي أم لا، فإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب فيصبح اللعان سببا موجبا للفرقة و لنفي النسب و إذا كانت نتيجة الفحص تؤكد ثبوت النسب من الزوج ، حكم القاضي بلزوم النسب دون أن يتعارض هذا الأمر مع الفرقة بين الزوجين.

---

[1]– أنظر، خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010–2011، ص.115.

[2]– أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 172379، المؤرخ في 1997/10/28، غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.70.

[3]– أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 34046، المؤرخ في 1984/11/19، غ.أ.ش، المجلة القضائية، ع.01 ، 1999، ص.67.

[4]– خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.116.

[5]– أنظر، جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنّسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ع.01، ص.11.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما القاعدة الثانية التي تحكم اللعان هي عندما يكذب الزوج نفسه بعد إجراء اللعان فإن هذا الأمر يزيل نفي النسب كأثر من آثار الملاعنة وهذا الأمر لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة ،على عكس التشريعات الأخرى كالمشرع السوري في المادة 219 منه بقولها: " إذ اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام و نفي النسب لزمه نسب الولد و لو بعد الحكم بنفيه " [1].

ومن خلال هذه القاعدة يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة بين الزوجين، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، إلى غاية ظهور نتائج الفحص الطبي فإذا ثبت الفحص بأن الطفل ابن الزوج يثبت النسب ويبقى اللعان سببا للفرقة بين الزوجين وبهذا يرتفع التعارض بين استخدام البصمة الوراثية في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافي للنسب.

– **ثانيا:** انتفاء النسب عن طريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين، بمعنى أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين، لأنه إما أن يكون الزوج صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فنسبة الصدق تكون بـ 50 بالمائة و طالما أن الأمر محل شك، فليس من العدل أن نعطي للزوجة الحق في طلب إجراء الفحص الطبي لقطع الشك باليقين، خاصة في زمن تطورت فيه العلوم الطبية وأصبحت تقدم نتائج يقينية لمعرفة الأب الحقيقي للولد.

ثانيا: البصمة الوراثية و مدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

إن مسألة إجبار شخص على تقديم دليل لإدانة نفسه لا تزال تعد استثناءا من الأصل العام الذي بمقتضاه يمنع إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه[2]، تماشيا مع المادة 03/04 و 04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1998، إذ تعتبر أنّ أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على تقديم دليل ضد نفسه[3]. وفي الجزائر، نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: " الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي"، وبالتالي يبقى الشخص بريئا إلى أن تثبت إدانته نهائيا من طرف القضاء الجزائي.

ويتماشى هذا التصور مع مبدأ حياد القاضي، ذلك المبدأ الذي يجعل موقف القاضي سلبيا هو الآخر، فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة وفقا للإجراءات التي يضعها القانون دون تدخل من جانبه [4].

وبناء على هذا فالأخذ بالبصمة الوراثية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، ذلك لأنها تقوم بإجبار الأب أو الأم على الخضوع للفحص الطبي و هذا يعد إجبارا و إلزاما للشخص على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما يجعله دليلا باطلا [5]. ونجد أن الاتجاهات الحديثة تتجه إلى رفض قاعدة " عدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه"، وترى أنه على الخصوم المشاركة و المعاونة في الإثبات، وقد بنوا رأيهم هذا على التمييز بين عبء الإثبات وبين عبء إقامة الدليل، فعبء الإثبات هو العبء السلبي للإثبات والذي يتحمله شخص واحد فقط

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 ، دمشق ، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة لسنة 2000.

[2]– مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.202.

[3]– أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.370.

[4]– خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.122.

[5]– أنظر، عبد العالي حاجة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، مجلة منتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ع.04، ص.85.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو الشخص الذي يدعي خلاف الظاهر، أما عبء إقامة الدليل، والمقصود به العبء الإيجابي بمعنى عبء تقديم الأدلة التي تساعد في الكشف عن الحقيقة وهذا العبء يتحمله الطرفان معا [1].

وبالنسبة لاستجواب الخصوم، يتضح أن للقاضي صلاحية طلب حضور الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه، وقد يهدف الاستجواب إلى الحصول على إيضاحات متعلقة بالواقعة محل النزاع، يستفيد منها الخصم في الوصول إلى الحقيقة في شأن وقائع الدعوى المعروضة عليه، وهكذا يمكن أن يحتكم الخصم الذي لا دليل له على صحة ما يدعيه إلى ضمير خصمه، فهنا يلجأ الخصم الذي يعوزه الدليل إلى طلب توجيه اليمين إلى خصمه، يلزمه فيه بأن يقول الحقيقة.

صحيح أنه من المتصور أن يحلف من وجهت إليه اليمين كذبا و لا يقول الحقيقة، و يعتبر الحلف كذبا معصية دينية، وكذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون، إنها مظهر آخر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة [2]. كذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضبطية القضائية أو وكيل الجمهورية بتفتيش المتهم أو منزله إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، ونفس الغاية التي يسعى إليها المشرع من خلال إجازته للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب. وهكذا يتبين أن الخصوم أنفسهم مكلفون بالتعاون في الكشف عن الحقيقة ومن هنا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب أو نفيه وبين مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

ثالثا: البصمة الوراثية ومدى جواز المساس بمبدإ معصومية الجسد

تستوجب معصومية أو حرمة جسم الإنسان؛ حظر كل عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساس بهذا الجسم، فيحظر على كل شخص الاعتداء على غيره والمساس بجسده أو بعضو من أعضائه، فجسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء وكل مساس بجسم الإنسان يدخل كأصل عام في دائرة التعدي غير المشروع والموجب لقيام المسؤولية القانونية [3]. وقد كرس الدستور الجزائري حقوق الإنسان لاسيما من خلال المادة 34 والتي تنص: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس بسلامة الإنسان"، والمادة 37 منه والتي تنص: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون". وعليه فإن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يتعارض مع لجوء القاضي إلى إجبار الشخص على خضوع للمساس بجسمه وذلك بإخضاعه للفحص الطبي، سواء من أجل إثبات النسب أو نفيه".

لكن في الحقيقة هذا المبدأ ليس مبدأ مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقتضيها المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، لأنه إذا نظرنا إلى الواقعة و المتمثلة في حالة الكشف عن حقيقة نسب الطفل من خلال عينة تؤخذ من جسم المدعى عليه في حالة إنكاره له نجد أن حق الطفل في معرفة حقيقة نسبه لا تقل أهمية من مبدأ المساس بجسم الإنسان، خاصة وأن هذا الحق لا يتعلق بشخص واحد وإنما هو حق مشترك بين الله والأب والأم إضافة إلى كونه من أهم الحقوق المتعلقة و المقررة للطفل [4]. كما أن أخذ عينة من جسم المدعى عليه ليس بالاعتداء الخطير الذي يمس سلامة الجسم لسهولة الحصول على المادة الجينية، فشأنها شأن أي إجراء طبي روتيني يقوم به

---

[1]- أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 1996، ع.01، ص.75؛ مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.205.

[2]- أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.371.

[3]- مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.207؛ علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2007، ص.358-359؛ رابح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010، ع.07، ص.135.

[4]- أنظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، دون سنة نشر، ص.06.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإنسان، لذلك يجوز إجبار الشخص للخضوع للفحص الطبي من أجل إثبات النسب أو نفيه وذلك لغاية حفظ الأنساب ومنعها من الاختلاط وصون كرامة الطفل، وبهذا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية ومبدأ معصومية الجسد[1].

الفرع الثاني: العوائق المادية لتطبيق البصمة الوراثية

إن المشكل دائما في الجزائر هو كيفية ووسائل تطبيق القانون لأن المادة القانونية التي تحمي موجودة لكن التطبيق غير موجود وهذا ما سنراه أيضا في البصمة الوراثية.

أولا: وجود مخبرين علميين:

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 جيد بأحدث التجهيزات، وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة، ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين، وفي الجزائر فإن مخبر ADN الذي تم تدشينه بتاريخ 2004/07/22 يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية وهو يساهم بدور فعال في المجال الجنائي ويفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه، إلا أن اعتماد بلادنا على مخبر وحيد و موجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني و هذا يؤدي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى[2]. لأنه يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية وتقنية محظة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال كما أنه يتطلب العمل بالبصمة الوراثية الإلمام الشامل بعلم الجينات و كل الأنظمة في هذا المجال، الذي يرتكز على الفرضيات والحالات النادرة واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي[3].

ثانيا: مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جداً [4].

المبحث الثاني

موقف الفقه والقانون والقضاء من الطرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النسب

تعتبر البصمة الوراثية من التقنيات الجديدة للإثبات، لذلك كانت محل دراسة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية(المطلب الأول) والقانون بل وحتى القضاء (المطلب الثاني)، وذلك بهدف تحديد قيمتها الثبوتية للنسب، ومدى جواز العمل بها كذلك أمام القضاء.

المطلب الأول: موقف الفقه من البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

---

[1]- وقد أقر القانون الفرنسي إجراء البصمة الوراثية في عملية التعرف على الشخص لكن يكون في إطار تحقيق أثناء إجراء قضائيا ولغايات طبية أو بحث علمي، وهو ما نصت عليه المادة 16-11 من القانون الفرنسي والتي تنص:

Art 16-11 du c.civ.fr : « L'identification d'une personne par ses empreints génétiques ne peut-être recherchée que :
1- Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judicaire ;
2- A des fins médicales ou de recherche scientifique ;
3- A ux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue , l'identification de personnes décédées ».

[2] - أنظر الموقع droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post_5528.html بتاريخ 2017/10/19:

[3]- أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.373.

[4]- أنظر، الموقع بتاريخ 2017/10/19: www.startimes.com/?t=27698447

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها (الفرع الأول)، ورأي آخر لا يجيز ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد للبصمة الوراثية

ذهب إليه العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية؛ وذلك تخريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة عند النزاع على النسب أو عند تعارض البينات أو تساوي الأدلة في ذلك[1]. واستدلوا بقول السيدة عائشة حيث قالت: " دخل عليّ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم وهو مسرور فقال: " يا عائشة ألم تري أن مُجَزِّزًا المدجلي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض " [2]. إن وجه الدلالة من الحديث أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد أجاز عمل القائف في إثبات نسب أسامة لزيد مع اختلاف اللون، ونبينا – صلى الله عليه وسلم – لا يقر إلا على حق، بقول الشافعي – رحمة الله عليه– " فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو – صلى الله عليه وسلم – لا يُقر على خطأ ولا يُسَر إلاّ بالحق، وسبب سروره – صلى الله عليه وسلم– بما قاله مجزز، أن المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة، لأنه كان طويلا أسود أقنى الأنف، وكان زيد قصيرا بين السواد والبياض أخنس الأنف، وكان طعنهم مغيظة له – صلى الله عليه وسلم – إذ كان حِبيْه، فلما قال المدلجيّ، وهو لا يرى إلاّ أقدامهما سرّ به " [3].

كما استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه مالك عن سلمان يسار: " أنّ عمر بن الخطاب كان يُليطُ أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدّعي ولد امرأة، فدعا عمر قائفا فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدّرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرّجلين يأتيني، وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبلٌ، ثم انصرف عنها، فأهرقت عليه دماً، ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيهما هو، قال: فكبّر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت " [4]. فقضى عمر بمحضر من الصّحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم فكان كالإجماع تقوى به أدلّة القيافة، قال الزهريّ: " فإن عمر بن الخطاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هذا " [5].

الفرع الثاني: الاتجاه الرافض للبصمة الوراثية

هذا الرأي يرى بعدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، وذلك تأثرا بفقهاء الحنفية الذين يرون بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب[6]. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: " الّذِي خَلَقَكَ فَسَوّاكَ فَعَدَلكَ فِي أَيّ صُورَةٍ مّا شَاءَ رَكّبَكَ " [7]، وقوله – صلى الله عليه وسلم – لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاما أسود، فقال له: " هل لك من إبل " قال الرجل نعم، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم–: " فما ألوانها ؟ قال: حمر " فهل فيها من أورق " قال: نعم إن فيها الورق قال: " فأني لها ذلك " ؟ قال: عسى أن يكون

---

[1]– محمد محمود أبو زيد، المرجع السابق، ص.279.

[2]– أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة 01، 2002، ص.1676.

[3]– محمد بن الخطيب الشربيني، الجزء 06، المرجع السابق، ص.439.

[4]– مالك بن أنس الأصبيحي، الموطأ، المكتبة الثقافية، بيروت، الجزء 02، 1408 هـ الموافق لـ 1988، ص.372.

[5]– أنظر، يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015–2016، ص.128.

[6]– شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، الجزء 17، دون ذكر سنة النشر، ص.70.

[7]– سورة الانفطار، الآيتان 07، 08.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نزعة عرق، قال: " وهذا عسى أن يكون نزعة عرق "[1]. ومن أدلة هذا الرأي أن القيافة تعتمد على الشبه، وهو أمر مدرك بالحس، فإن حصل بالشاهدة فلا حاجة إلى القائف وإن لم يحصل بالمشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمراً غير مشاهد ولا يدرك بالحس، كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بها تبعا لذلك[2].

ومنه، يمكن القول بأنه رغم ما استدل به المانعون، إلا أننا نرجح الرأي الأول وذلك لأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة.

المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائري من البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

سنتكلم بداية عن موقف القانون (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى موقف القضاء منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية يميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وحتى نفيه، فبالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يتضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 نصا خاصا بالبصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 منه :"يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة و بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 ، 34 من هذا القانون "، وبعد صدور الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، أضاف المشرع فقرة جديدة للمادة 40 منه، حاول من خلالها أن يواكب التقدم العلمي، وما وصلت إليه التشريعات الغربية في هذا المجال، وقضى بجواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، هذه الفقرة التي تحتمل تفسيرات كثيرة، من بينها أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في كل حالات إثبات السبب بما في ذلك النسب غير الشرعي، والتحقق من النسب الثابت وغيرها من كل حالات الاستفادة من البصمة الوراثية المعتمدة فقهيا. كما يحتمل هذا النص تفسيرا آخر، وهو أن القاضي يجوز له اللجوء إلى أي طريق من الطرق العلمية التي بإمكانها إثبات النسب، فله الاختيار في ذلك، دون أن يكون مطبقا للقانون تطبيقا خاطئا، ثم أنه يجوز للقاضي رفض اللجوء إلى الطرق العلمية المقدم من طرف أحد أطراف الدعوى، دون أن يلام على ذلك، ثم أنه يمكن للقاضي بمقتضى هذا النص أن يفرض على الخصوم الطريق العلمي الذي يراه هو[3].

هذه التفسيرات كلها تجعلنا نقول؛ أن تدخل المشرع الجزائري جاء مثيرا للعديد من إشكالات تطبيق هذا النص، لاسيما وأنه ما زال مقرا لنظام الزواج العرفي الذي غالبا ما يتنصل منه الأزواج، ومن ثم يتنكرون لأبنائهم، الأمر الذي يتعين معه ضبط هذه الطرق العلمية، وإن كان الكثير يشير إلى أن المقصود منها هو البصمة الوراثية، وهو ما يظهر من خلال الأحكام القضائية التي تثار فيها هذه المشكلة ،أي اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب. وبدليل كذلك مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: " 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 مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة، وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية ". ضف إلى كل هذا، المشرع لم يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية خاصة وأنه لم ينص صراحة على أن القاضي يجب اللجوء إلى هذه التقنية في حالات تنازع

[1]- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، الجزء 06، الطبعة 01، 2002، ص.2667.
[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص.188-189.
[3]- كريمة نزار، المرجع السابق، ص.396.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النسب، الإيجابي منه والسلبي، وكذا في الحالات التي اعتمدها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة من 05 إلى 10 جانفي 2002، وهي:

" أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين".

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية

بداية كان القضاء يرفض إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية على أساس أنها ليست من الوسائل المقررة والمسطرة في المادة 40 ق.أ.ج.، وهذا يتضح من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 ، 33 ، 34 ، من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض. ومتى كان ذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه " [1].

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة القديم مما جعلهم يرون أن اللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه يعدّ تجاوزا للسلطة. وقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعوا القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي، لإثبات النسب أو نفيه [2].

وقائع هذه القضية في أن المدعوان (ع.ب) و (م.ل) تربطهما علاقة زوجية شرعية إلا أنه حدث خلاف بينهما أدى إلى مغادرة الزوج لمسكن الزوجية يوم 1994/02/14، وقد ولد لهما توأمين بتاريخ 1995/10/27 أي بعد 09 أشهر من مغادرة الزوج لمسكن الزوجية. حُلّت الرابطة الزوجية بين الطرفين بموجب حكم صادر عن محكمة " سعيدة" بتاريخ 1996/01/27، ورفع الزوج دعوى نفي النسب التوأمين أمام محكمة " قديل" بوهران التي أصدرت حكما بتاريخ 1998/01/18، يقضي بتعيين طبيب مستشفى وهران لفحص وتحليل طرفي الدعوى والتوأمين قصد تحديد نسب الولدين. وقد تم تأييد هذا الحكم بقرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05، ثم طعنت طليقته في هذا القرار بالنقض، عندما أصدرت المحكمة العليا قرارها بتاريخ 1999/06/15، الذي قضى بـ : " ... وعن الوجه التلقائي المثار من المحكمة العليا والمأخوذ من تجاوز السلطة، والمتعلق بتعيين خبير قصد تحليل دم التوأمين والأطراف لتحديد نسب الولدين ...، فإن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة لكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس...".

وبناءا على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تحدد طرق إثبات النسب، فإن المحكمة العليا عندما نقضت قرار المجلس، واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضوا بإجراء خبرة طبية، هي على صواب، لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع، وهذا خرق لنص المادة 40، هذا إذا نظرنا إلى هذه المسألة من الزاوية أو الناحية القانونية.

---

[1]- أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 222674 ، المؤرخ في 1999/06/01، غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.88.

[2]- خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكن إذا نظرنا إليها من الناحية العلمية والمنطقية، فإنه يمكن اعتبار المبادرة التي قام بها قضاة الموضوع، لتحديد نسب التوأمين عن طريق تحليل الدم، خطوة إيجابية موقوفة أمام جدار النص القانوني وهو "نص المادة 40"، تلقى نهايتها أمام قرارات المحكمة العليا[1].

وبعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أصبح القضاء يعترف بالخبرة العلمية الطبية والمتمثلة في ADN كوسيلة لإثبات النسب وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/03/05، من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده، باعتباره أبا له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN، من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه [2]. وبالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، نلاحظ أن البينة لم تأت محصورة في الشهادة، كما كان الأمر قبل تعديل سنة 2005، وإنما قصد بها في هذا القرار الحجة والدليل و البرهان، وبناء على ذلك فإن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا الخبرة الطبية ADN بمثابة البينة في إثبات النسب بغض النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية [3].

وقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار الاجتهادي التاريخي، عندما ما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب و دون منازع (02/40 من قانون الأسرة)، فإنه مع تطور التجارب المخبرية والبيولوجية والطبية لفحوصات ADN، التي أصبحت لا تتناول مجرد عينات الدم، وإنما الخصائص الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجالا للشك حول هوية والدي الطفل المتنازع عليه [4].

خاتمة:

وفي الأخير نقول؛ بأنّ المشرع قد أصاب عندما نصّ على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه، ذلك لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال النسب، ويمكن الاعتماد عليها في تحديد هوية الأطفال، كذلك يمكن التعرف بواسطتها على الجثث المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

لكن كان على المشرع الأخذ بعين الاعتبار الضوابط الشرعية عند اللجوء للفحص الطبي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب سن نصوص تنظيمية لتحديد الكيفيات والإجراءات المتبعة في حالة اللجوء إلى الفحص الطبي، ووضع الضوابط والاحتياطات اللازمة لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل.

---

[1]- أنظر، محمود محافظي، دور البصمة الوراثية " ADN" في تحديد النسب، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، 2003، ص.70.

[2]- أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 355180، غ.أ.ش ، مجلة المحكمة العليا، 2006، ع.01 ، ص.469.

[3]- أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.367.

[4]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.405.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com