إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة – البصمة الوراثية نموذجا

بوحادة سمية

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أحمد دراية - أدرار

الملخص

قد يؤدي اختلاط الأنساب وعدم حفظها إلى وقوع آثار وخيمة لا يحمد عقباها لأجل ذلك كرست مختلف التشريعات مختلف الوسائل والطرق من أجل إلحاق ذي كل نسب بنسبه هذا فضلا عن الدور الذي تلعبه الوسائل التقليدية المعروفة، بحيث ظهرت وسائل علمية حديثة لإثباته على رأسها البصمة الوراثية التي سيتناولها موضوع هذا البحث بالنظر لأهميتها.

الكلمات المفتاحية: إثبات النسب، البصمة الوراثية، الطرق العلمية الحديثة.

Résumé

Mélange de lignées et pas enregistré à la survenue d'effets indésirables pouvant conduire à l'ordre il a consacré diverses législations divers moyens et méthodes afin d'infliger un tous les tarifs par celui-ci, ainsi que les méthodes traditionnelles connues, de sorte que les méthodes scientifiques modernes pour prouver émergé au-dessus de l'ADN à être abordées par le sujet de cette recherche en vue de son importance.

Mots clés: la paternité, de l'ADN, des méthodes scientifiques modernes.

المقدمة:

لقد حث الإسلام على التكاثر والإنجاب فعمد إلى الترغيب فيه في محاولة منه إلى حفظ الجنس البشري والإبقاء عليه، وهذا من خلال الدعوة إلى ضرورة التزاوج والتناكح بين الجنسين لتحقيق ذلك، حيث جاء في ذلك قوله تعالى: "يا أَيُّها النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُم الَّذي خَلَقَكُم مِّن نَّفْس وَاحدَة وَخَلَقَ منْها زَوْجَها وَبَثَّ منْهُما رجَالا كَثيراً وَنسَآءَ وَاتَّقُوا اللهَ الَّذي تَسَآءلُونَ بهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلَيْكُم رَقيب" سورة النساء – الآية 01، كما قال أيضا: " الْمالُ وَالْبنُونَ زينَةُ الْحَياة الدُّنْيا وَالْباقيَاتُ الصَّالحَاتُ خَيْر عنْدَ رَبِّكَ ثَوَابا وَخَيْر أَملا " سورة الكهف – الآية 46، وهو ما أوصى به الرسول عليه الصلاة والسلام فقال: "تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ولا تكونوا كرهبانية النصارى".

ليصبح بذلك النسل من المقاصد الشرعية السامية التي نالت اهتمام الشريعة الإسلامية والتشريعات السماوية وحتى القوانين الوضعية، لذلك دعت إلى ضرورة حفظه والمحافظة عليه تجنبا لاختلاط الأنساب وما يترتب عليه من آثار وخيمة، من أجل ذلك كرست مختلف الوسائل التي تتيح الفرصة لإثبات وإلحاق الطفل بنسب أبيه، حيث أن هذه الوسائل أو الطرق بعدما كانت حكرا على تلك الطرق التقليدية اتجهت نحو الحداثة لتشمل نوع آخر من الطرق تشترك هي والأولى في ذات الهدف وهو إثبات النسب ومن بينها البصمة الوراثية.

وبناء على هذا اختارت الباحثة إلقاء الضوء على هذه الوسيلة لتوضيح الدور الذي تلعبه في إثبات النسب انطلاقا من الإشكالية التالي: ما هي أهمية النسب؟ وما مدى نجاعة البصمة الوراثية في إثباته؟ وما هو موقف القانون والشريعة الإسلامية من ذلك؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية سيتم معالجة الموضوع انطلاق من مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم النسب وطرق التقليدية في اثباته

لقد كان لتفشي ظاهرة الأطفال مجهولي النسب والارتفاع اللامتناهي لها وقعها الخاص على المجتمعات بمختلف فئاتها وثقافتها وانتمائها حيث أن جل المجتمعات في العالم باتت تشكو هذا الوضع الذي تعمل مختلف التشريعات إلى تصحيحه عملا وامتداد لما

وبما كان يعمل به من قديم العصور، التي اقترن فيها انتشار هذه الظاهرة بمحاولة ضبطه بتكريس جملة من الوسائل والطرق التي تعمل على تحيق هذه الغاية، ولأنها قديمة قدم الإنسان تزامنت تسميتها بذلك لتعرف بالطرق التقليدية في اثبات النسب.

والتي سنتطرق لها في مطلبين رئيسيين:

المطلب الأول: تعريف النسب.

من الناحية الاصطلاحية فإن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يقوموا بتحديد تعريف للنسب مكتفين في ذلك بالتعريف اللغوي له[1]؛ إلى جانب معالجة مسائله والقضايا المتعلقة به، ومن هذا المنطلق عرفه جانب من الفقهاء بأنه تلك القرابة التي تقضي بوجود اتصال بين شخصين للاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة كانت[2].

في حين عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه عبارة عن علاقة دم أو رابطة السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بفروعه وأصوله وحواشيه[3].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص بأن المشرع نظم لنا أحكام النسب ضمن فصل كامل وهو الفصل الخامس مستهلا الحديث بطرق إثباته مباشرة دون أن يتطرق لأي تعريف له، غير أن هذا لا يمنع من تحديد معناه والذي يتضح لنا من خلال هذه المواد والذي يمكن حصره في ذات التعريف الذي جاء به الفقهاء وحتى التعريف اللغوي له.

المطلب الثاني: طرق التقليدية في إثبات النسب.

انطلاقا من المادة 40 من ق. أ. ج[4]؛ فإن النسب يمكن إثباته بثلاثة طرق هي كل من الزواج أو الإقرار وإما البينة، حيث أن هذه الطرق يمكن تقسيمها إلى قسمين، الطرق المنشأة للنسب والطرق الكاشفة عنه[5].

أولا: الزواج.

هو الآخر وطبقا للمادة 40 ق. أ. ج قد يكون إما صحيحا أو نكاحا بشبهة أو زواج فسخ قبل الدخول.

1- بالنسبة للزواج الصحيح (بالفراش): ولثبوت النسب في هذا الزوج لا بد من قيام جملة من الشروط:

أ) الشروط المنصوص عليها في المادة 41: وتتمثل هذه الشروط في كل من امكانية الاتصال بحيث يثمر عن هذا الاتصال الذي يحدث بعد العقد وبعد تلاقي ماء الرجل والمرأة الولد، ليصبح بعد ذلك لا محال من ثبوت نسب الولد لغير الزوج[6].

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم سبق نفي النسب بالطرق المشروعة، وفي البحث عن مقصد المشرع من الطرق الشرعية لنفي النسب فهو ما لم يرد فيه نص صريح يعمل على تحديده مما يقضي بالرجوع إلى نص المادة 222 من ق. أ. ج لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية[7].

وبالتالي فإن أحكام الشريعة الإسلامية لخصت طرق نفي النسب في طريق واحد وهو ما يعرف باللعان، واللعان يكون في حالة ما اتهم الزوج زوجته إما بالخيانة الزوجية أو الزنا، إذ يتم اللعان بحلف الزوج على أنه صادق فيما يقول أي بعدم نسب الولد له، وأيضا حلف الزوجة على أنه كاذب فيما رماها به، ومن أجل صحته يشترط الفقهاء شروط وهي كل من:

- قيام الزواج الصحيح بين الزوجين المتلاعنين. - وأن يكون الزوجين عاقلين. - بالإضافة إلى عدم وجود أي مسلك أو طريق غير اللعان يخول الزوج إثبات الخيانة أو الزنا[8].

ب) الشروط المنصوص عليها في المادة 42 و43: وتتمثل الشروط المنصوص عليها ضمن هذه المواد في شرط ولادة الولد بين أقل مدة حمل وأقصاها.

وأقل مدة الحمل محددة بستة أشهر، وهذا ما هو مقرر شرعا، حيث جاء في قوله تعالى: "وحملته وفصاله ثلاثون شهرا"[9]؛ وقوله أيضا "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"[10].

أما أقصى مدة الحمل فهي محددة بعشرة أشهر، وهذا ما يؤكده الطب الحديث الذي يقضي بأن الجنين من غير الممكن أن يلبث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر ونادرا ما يتجاوز هذه المدة إلى عشرة أشهر كأقصى حد[11].

2- نكاح الفاسد: ويكون في أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 33 من ق. أ. ج في فقرتها الثانية؛ والتي تقضي بأنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"[12].

وقبل أن نقوم بتوضيع حكم النسب في هذا النوع من النكاح، لابد لنا أيضا من أن نشير إلى أن المشرع الجزائري وقع في لبس عندما تحدث لنا عن حكم النكاح الباطل والفاسد بعدما جمعهما في نفس الفصل وهو الفصل الثالث دون أن يوضح لنا ما يعتبر من قبيل النكاح الباطل والنكاح الفاسد إلا بما يفهم من أحكام نصوص المواد من 32 إلى 35 من ق. أ. ج.

ولربما كان هذا الخلط مبرر بما أن الجمهور من الفقهاء ذهبوا في فتواهم إلى الجمع بينهما واعتبارهما وجهان لعملة واحدة[13].

إذ أنه ومن خلال هذه المواد نجد بأن المشرع جاء بنوعين من الآثار، فهناك آثار تترتب بمناسبة اشتمال عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو بسبب اختلال ركن الرضا فيه، وهناك آثار أخرى تترتب بمناسبة اختلال أحد الشروط الواجب من أجل انعقاده.

وعليه فإنه بمناسبة الآثار الأولى نكون أمام عقد نكاح باطل، أما بمناسبة الآثار الثانية فنكون أمام عقد نكاح فاسد.

وبناء على هذا نجد بأنه من المناسب جدا على المشرع لإزالة هذا البس وتجاوز الخلط بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل للفرق الجوهري الموجود بينهما ضرورة الفصل بينهما بصريح العبارة.

وبخصوص ثبوت النسب به فلقد أتفق الفقهاء على تحقق النسب به إذا تحقق فيه الدخول الحقيقي وتوافرت فيه الشروط المطلوب توافرها في الزواج الصحيح أيضا[14].

لكن السؤال الذي يبقى مطروح هنا هل الأمر هو كذلك في التقنين الجزائري؟.

هذا السؤال نجد له جواب في نص المادة 40 من ق. أ. ج التي جاء نصها على هذا النحو: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

حيث أنه عبارة " أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون" تحتمل في معناها الزواج الباطل والفاسد أيضا.

3- نكاح الشبهة: وهو دخول الرجل على المرأة ليست حلا له مع انتفاء العلم بذلك، ليتضح له فيما بعد العكس من ذلك لكن بعدما أن يطأها[15].

وفي حكم ثبوت النسب مع شبهة فكان للفقهاء اتفاق على تحقق النسب معها كون هذه الأخيرة تعمل عمل الحقيقة، أي ما يعمله الزواج الصحيح الذي تنتفي معه أي شبهة[16].

وفي ما يتعلق بالمشرع الجزائري فموقفه واضح في المادة 40 من ق. أ. ج السابق الذكر والذي يقضي ضمنها بأن النسب يثبت في هذا النوع من النكاح متى جاء وفقا لأحكام نص المادتين 42 و43 من ق. أ. ج.

ثانيا: الإقرار والبينة.

1) الإقرار: نص المشرع ضمن قانون الأسرة الجزائري على الإقرار كطريق لإثبات النسب ضمن نص المادة 40 و 44 و 45 لكن لم يعطي له أي تعريف بموجب هذه المواد.

والإقرار لثبوت النسب به قد يتخذ عدة أنواع طبقا لنص المواد 44 و 45 من ق. أ. ج التي جاء نصها كما يلي:

"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

"الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

أ- الإقرار بالبنّوة أو الأبّوة أو الأمومة: ويطلق عليه أيضا عند فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الاستلحاق[17]؛ وكما يتضح من اسمه فهو إقرار ليس فيها واسطة بين المقر والمقر له إذ يعترف الشخص هنا بالنسب بصفة مباشرة دون أن يحمل النسب للغير[18]؛ ومثاله أن

يقر الرجل لولد أنه ابنه، أو تقر امرأة لولد أنه ابنها، أو إقرار الابن بأن فلانا أبوه أو أمه[19]؛ ولإثبات النسب وفقا له شروط قد تكون شروط تتعلق بالمقر أو بالمقر له وقد تكو شروط صريحة أو تستفاد ضمنيا من نص المادة 44 من ق. أ. ج:

1ـ أن يكون الولد مجهول النسب: وهذا شرط منطقي لأنه من غير المتصور أن يقع الإقرار على شخص نصبه معلوم في الأصل.

2ـ أن يصدق الإقرار كل من العقل والعادة: فليس لا من العق ولا من العادة أن يقر المقر بأن الولد الذي يساويه في السن ولد له[20].

3ـ تصديق المقر له إقرار المقر: وهذا متى كان المقر له مميزا.

4ـ أن يكون المقر مختارا غير مجبر: فإذا كان مجبرا فإن إقراره لا يكون صحيحا[21].

ب- الإقرار بغير بالبنّوة أو الأبّوة أو الأمومة: وهو على النقيض من الإقرار الأول، وهو يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرع له وإنما قريبه قرابة حواشي فقط أي لهما أصل مشترك كالأب أو الجد، فيقول المقر مثلا هذا أخي[22]؛ ويشترط فيه هو الآخر لثبوت النسب به شروط قد تستفاد ضمنيا أو صراحتا، وقد تخص المقر أو المقر له:

1ـ أن يصدقه المقر عليه بالنسب إن كان حيا، أما إذا كان ميتا فعلى ورثته أن يصدقوا ذلك.

2ـ أن يقيم المقر بينة على إقراره[23].

2) البينة: تعرف البينة بأنها كل حجة تقضي بتأكيد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا[24]؛ والتي يمكن إثباتها عن طريق الكتابة أو مشافهتا أو عن طريق الإشارة أو بالكلام.

وفي تحديد النصاب المسموح به لعدد الأشخاص الذين يكون من الجائز الاعتداد بشهادتهم هو الأمر الذي كان محل اختلاف الفقهاء، فتكون الشهادة برجلين أو رجل وامرأتين عند فقهاء المذهب الحنفي، وشهادة رجلين عند فقهاء المذهب المالكي، أما عند فقهاء كل من المذهب الشافعي والحنبلي فيجوز لجميع الورثة[25].

وعليه فإن الشهادة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وطبقا للمذهب المالكي المعمول به في المنطقة تقتضي لاعتداد بها أن تكون برجلين فضلا عن توافر الشروط التالية فيها[26]:

- البلوغ، العقل، الحفظ، الكلام، العدالة، الإسلام، وانتقاء موانع الشهادة و هي العداوة والتهمة.

وكخلاصة لما سلف ذكره نذهب إلى القول بأن النسب يمكن إثباته طبقا للتشريع الجزائري وحصرا وفقا لأحد الحالات التي جاء النص عليها صراحة بموجب المادة 40 من ق. أ ج، حيث أنه وخارجها لا يستوي ثبوت النسب.

إلا أن هذا لا يحول دون اللجوء إلى بعض الطرق التي أطلق عليها المشرع الجزائري اسم الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب، والتي لم يتعرض لها تاركا فيها المجال مفتوح، ومن هذا المنطلق نجد بأن النسب يثبت بطريقين طرق تقليدية والتي قلنا أن المشرع عمل على حصرها فلا يثبت النسب في غيرها، وطرق حديثة غير محدد، من بينها البصمة الوراثية والتي سنتعرض لها في المبحث أدناه.

المبحث الثاني: البصمة الوراثية كطريق حديث لإثبات النسب

إن التطور الذي تشهده الحياة في مختلف مناحيها حتى ما يتعلق منها بجسم الإنسان إلى جانب تفشي بعض الظواهر الدخيلة يستدعي أحيانا وفي بعض الحالات محاولة تطويع بعض النصوص القانونية بما يتمشى مع هذا التطور من جهة وما يعمل على معالجة تلك الظواهر من جهة أخرى، وعليه فإن ظهور طرق حديثة لإثبات النسب لا تختلف عن الطرق التقليدية إلى في الوسيلة المستعملة لا يشكك ولا ينقص من شأن الثانية خاصة وأن دورها ليمكن أن يستهان به.

وعليه فإن محاولة البحث على وسائل أكثر حداثة لا ينفي وجودها غير أنه قد يعمل على تعزيز إثبات النسب وتفادي جميع الثغرات التي ربما من شأنها الحيلولة دون تحقيق هذه الغاية، وهو ما سنحاول معرفة مدى تحققه عند معالجتنا للبصمة الوراثية كنموذج لأحد الطرق الحديثة التي يثبت بمقتضاها النسب.

المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية

أولا: تعريف البصمة الوراثية

من الناحية الشرعية أعطيت للبصمة الوراثية عدت تعاريف نذكر منها:

فعرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في أحد ندواتها التي كانت حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني بأنها "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[27].

كما عرفها د وهبة الزحيلي في أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرة "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها" بأنها "المادة الموروثة الموجودة في جميع خلايا الكائنات الحية، وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية، أو الشعر، أو الأنسجة، تين مدة التشابه والتماثل بين شيئين أو الاختلاف بينهما"[28].

وجاء في تعريف آخر لها "بأنها عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بالتعرف على الفرد، وهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية، ولكنها لا تبين عناصر الحالة المدنية للشخص – الاسم – الكنية- الموطن – الأهلية، وإنما تحدد صفاته الوراثية، فهي إذا عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد"[29].

ومن الجدير الإشارة إليه أنه من الناحية القانونية فلم يسبق وأن ورد تعريف للبصمة الوراثية في هذا المجال، غير أنه وسبقا لما تقدم عرضه يمكن تعريف تعريفها بتعريف جامع يقضي بأن البصمة الوراثية هي "عبارة عن تقنية حديثة تقوم على أساس مجموعة من الجينات التي يورثها شخص لآخر بحيث أن تحليلها والتفصيل ينتهي في الأخير إلى تحديد الصفات التي يمكن أن تجتمع في شخصين أو أكثر".

وبالرغم من ذلك فإن البصمة الوراثية هي طريق من طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا والتي تبنها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 40 من ق. أ. ج في فقرتها الثانية والتي جاء فيها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية.

من أهم خصائصها ما يلي:

- الشمولية في البصمة الوراثية، فالبصمة الوراثية ليست حكرا على عينات معينة يتم استخلاصها من جسم الإنسان، وعلى هذا يمكن تطبيقها على العديد من العينات، كالدم، الشعر، اللعاب، الجلد، العظام...إلخ[30].

- الخصوصية في البصمة الوراثية، وهذا لأنه من غير الممكن أن يحدث توافق أو تشابه بين بصمتين وراثيتين، إلا في حالة نادرة وحيدة والتي تتعلق بالتوائم المتطابقين، وهذا ما يعزز وظيفتها ويجعل منها قرينة نقي أو إثبات قوية جدا لا تحتمل الشك[31].

- كما تتميز البصمة الوراثية بأنها لا تتعرض لتلف أو التغير في طبيعتها بتغير الظروف المناخية[32].

- ومن بين أهم خصائصها أيضا الدقة التي تتمتع بها، وهذا فيما يتعلق بالنتائج التي تترتب عنها والتي لا تقبل التزوير ولا تحتمله، وهذا بالطبع يتحقق متى تم مراعاة جميع الشروط والظروف التي تتطلبها[33].

- أيضا تتميز بالوضح في نتائجها، حيث أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة مختلفة السمك والمسافة كذلك، لأنها تختلف من شخص لآخر، وهذا ما يجعل من هذه النتيجة سهلة القراءة والحفظ والتخزين[34].

وبناء على هذا ننتهي إلى أن البصمة الوراثية وسيلة علمية حديثة معول عليها لتحقق من ثبوت نسب شخص لآخر من عدمه، فكيف يتحقق بها ذلك وما حكمه؟.

ثالثا: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية.

ننونه بأن هذه الضوابط لم ينص عليها المشرع الجزائري وهذا أمر طبيعي بما أنه حتى البصمة الوراثية كطريق علمي حديث لم ينص عليه صراحتا، غير أن المختصين في المجال والتشريعات التي كانت سباقة للعمل بها من أجل عقلنة العمل بالبصمة الوراثية وترشيده عملوا على ضبطها بعدت ضوابط وشروط، والتي سنقوم بتعرض لها ضمن هذه النقطة عملا على سد الفراغ الذي يعتري التشريع الجزائري.

1- الضوابط والشروط المهنية أو العملية للبصمة الوراثية: وتتمثل فيما يلي[35]:

- أن تتوافر في الأشخاص الذين يتولون عمليات التحليل المتعلقة بها الدراية والكفاءة والخبرة اللازمة التي تتطلبها هاته العمليات.

فضلا عن كون هؤلاء الأشخاص مسلمين تتوافر فيهم الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في الفائق – لأن البصمة الوراثية يقابلها في الشريعة الإسلامية ما يعرف بالقيافة ومنها الفائق- من إسلام والعدالة وعدم التهمة، وهذا عندما يتعلق الأمر بإثبات النسب في دولة عربية مسلمة.

- أن تكون المخابر الخاصة بالتحليل تابعة لدولة وخاضعة لرقابتها، وهذا لأن خضوعها لغير الدول أي الخواص قد يجعل من نتائج هذه التحاليل لا تسلم من التلاعب بها.

- بالرغم من كون نتائج المترتبة على البصمة الوراثية تعتبر حجة قاطعة لا تحتمل الشخص غير أن هذا لا يمنع من تدعيمها بعمل هذه التحاليل بطرق متعددة ومختلفة لا غلق المجال أمام أي شكوك.

2- الضوابط والشروط الموضوعية للبصمة الوراثية: وهي:

- ضرورة استخدام البصمة الوراثية في المجالات المحددة لها من بينها قضية إثبات النسب.

ومتى تعلق الأمر بإثبات النسب فلابد من عدم استخدامها لإثبات نسب هو في الأصل معلوم أو سبق الكشف عنه بأحد الطرق المقررة له، وهذا لما قد يترتب عنه من مفاسد كإثارة الشكوك وتشتت الأسر...إلخ[36].

- ضف إلى هذا أن تكون جل الأوامر المتعلقة بتحاليل البصمة الوراثية بداية من الأمر ببداية التحليل بموجب أمر صادر من القضاء أو من تخوله السلطة ذلك، وهذا الشرط هو شرط لازم لأنه بواسطته لا يسمح لكل من سولت له نفسه العبث بهذه الوسيلة.

- ومن المشترط أيضا أن تكون النتائج المترتبة على التحليل بواسطة البصمة الوراثية تخالف الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، كأن يثبت بالبصمة الوراثية نسب مولود لم يولد مثله[37].

وفي الأخير من هذه الضوابط، نقول لعل أن العمل بها أمر متطلب وضروي وهذا أن كان لشيء فليس لعرقة العمل بها وإنما لضمان السير الحسن لإجراءاتها وبتالي الوصول إلى نتائج أكثر مصداقية وعلى هذا فإن مراعاتها وتوفير كل الظروف اللازمة لاحترامها واجب.

المطلب الثاني: حكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية وعوائقه

إذا كان إثبات النسب بالبصمة الوراثية أمر مسلم بجوازه فما هي الآثار المترتبة عنه؟.

أولا: حكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية

هل فعلا يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية؟. وفي الإجابة على هذا السؤال سنتعرض أولا إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ثم موقف القانون من ذلك.

فمن الناحية الشرعية، مما لا يحتمل الخلاف فيه هو أن البصمة الوراثية هي مصطلح حديث النشأة فلم يعرف إلا في الآونة الأخيرة التي تزامنت مع التطور الذي شهدته بعض المجالات الحياتية، غير أن الاشتراك الموجود في العلة بين البصمة الوراثية من جهة وما يعرف بالقيافة من جهة أخرى والذي يعود إلى تشابه الصفات الوراثية يقضي بتطبيق الأحكام المطبقة على القيافة وقياسها على البصمة الوراثية أيضا[38].

وتصديق لما ما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال: "" يا عائشة ألم تري بأن مجزرا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض"[39].

أخذ جمهور الفقهاء بالقيافة واعتبروها علما صحيحا يجب القضاء به في الأنساب والآثار، حيث أخذ بها كل من الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، غير أن هذا الرأي لم يمنع جانب من الفقهاء أمثال الإمام أبو حنيفة وأصحابه للقضاء بخلاف ذلك، محتجين على قولهم في ذلك بأن الحكم بالقيافة هو حكم باطن قد يقع فيه الشبه بين الاجانب والعكس صحيح بحيث ينتفي فيه بين المشتركين، وعززوا موقفهم هذا باللقيط

الذي يدعي نسبه اثنين وتعادلت بينتهما في هذا الادعاء أو انتفت في الاثنين أين يأخذ برأيهما معا دون أي اعتبار بقول القائف.

وتجدر الإشارة في هذا الموضع إلى أنه بالرغم من اختلاف الفقهاء حول ثبوت النسب بالقيافة إلا أنهم أجمعو حول عدم جواز نفي النسب بالفراش بها، فلا ينفى هذا الأخير إلا بطريق اللعان.

أما الفقهاء المعاصرون، فقد اختلفوا في جواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية فانقسموا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات هي:

فرأي يرى بأن البصمة الوراثية هي قرينة ضنية، وحجتهم في ذلك ترجع إلى أمرين هما عدم تمتعها بقوة الثبوتية التي تتمتع بها مثيلتها من الوسائل إلى جانب عدم الاعتراف بها من الناحية الشرعية، **ورأي آخر** كان له موقف مخالف فيرى بأنها قرينة قاطعة مستدلا في ذلك بأدلة من الكتاب الكريم لما جاء في قوله تعالى: ((أدعوا لأباءكم هو أقسط عند الله))[40]؛ كما استدلوا على قولهم هذا بأدلة من الواقع العملي الذي يثبت مدى قوة الثبوتية والحجية التي تتمتع بها البصمة الوراثية في الإثبات، أما الرأي الثالث فكان له رأي وسط يقضي بأن البصمة الوراثية قرينة مستقلة على حد قولهم وهذا لعدم سبق حصر الإثبات على أدلة محددة[41].

هذا وقد عمد البعض الفقهاء المعاصرين إلى حصر الحالات التي يمكن فيها إثبات النسب بالبصمة الوراثية ولم يتركوه على إطلاقه، فيمكن إثبات النسب بها[42]:

- عند التنازع بمختلف صوره على مجهول النسب، أيضا، عند الاشتباه بين المواليد، الاشتباه بين أطفال الأنابيب، وأخيرا، عند ضياع الاطفال واختلاطهم.

أما من الناحية القانونية، فلقد استعمل المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 40 من ق. أ. ج. عبارة "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وكما يتضح منها لصريح العبارة فإن البصمة الوراثية سبيل من سبل الجائز اللجوء له بقصد إثبات النسب ليكون بذلك قد ساير معظم الآراء الفقهية التي قضت بنفس

ذلك، إلا أنه بالرغم من ذلك نجد بأن هذا النص لا زال يعتريه اللبس والغموض لعدم تفصيل المشرع لمقصوده الكامل من وراء ذلك.

فبعدما نص على جواز اللجوء إلى مختلف الطرق العلمية لإثبات النسب كان عليه في نظرنا أن يحدد لنا مدلول كل منها وما يعتبر من قبيلها ولما لا يعتبر وما يجوز اثبات النسب به وما لا يجوز وحالات التي يمكن أن نكون فيها أمامها؟.

وهذا كله حصرا للاجتهاد القضائي الذي قد يفتح الباب على مصرعيه في ظل عدم وجود نص مضبوط محدد يكون عرضتا لتطبيقات المتعارضة.

ثانيا: عوائق إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

وتشكل هذه النقطة لب الموضوع والقالب الذي يصب فيه، وهذا لأن ظهور وسائل علمية جديدة لإثبات النسب بها يشكل إنجاز كبيرا يشهد له بما حققه من آثار في مجال النسب على وجه الخصوص باعتباره موضوع حساسا للغاية، غير أن هذه الوسائل وجل الاكتشافات العلمية الحديثة إن لم نقل كلها ما تلبث وأن تحقق نجاحا حتى ترتب بعض العوائق التي تتطلب الحذر الأكثر والحرص الأكبر في التعامل معها.

والبصمة الوراثية كأحد هذه الإنجازات المتطورة في مجال النسب كان لها وقعها، حيث توجد هناك العديد من العوائق التي تعرقل العمل بها وترجع هذه الأخيرة إلى النقاط التالي:

1- عدم اجبار الشخص على اتخاد دليل ضد نفسه: من بين المبادئ التي تقوم عليها مختلف الأنظمة الإجرائية هي عدم جواز اجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه يستفيد منه الخصم الآخر، انطلاقا من كون الخصومة القضائية تخول أي شخص كان طرف فيها الدفاع على مصالحه على الوجه المشروع لذلك.

وهو ما لا يتحقق في فحص بالبصمة الوراثية بما أنها تحمل الشخص محل النزاع على الخضوع له من أجل تبين حقيقة معينة لمصلحة الطرف الآخر، وهو ما لا يسمح به قانونا[43].

2- عدم المساس بحرمة الجسد والحياة الخاصة: من بين الحقوق الدستورية المكفولة بموجب الدستور الجزائري ما نص عليه المشرع بمقتضى مادتين 34 و 35 والتي جاء في هما:

المادة 34 وتقضي بأنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويخطر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

أيضا المادة 35 وجاء فيها: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

فبموجبهما لا يخول القانون أي شخص مهما كان مركزه القانوني التعرض إلى حرمة وجسد الغير إلا بالموافقة الصريحة له على ذلك، والعمل بما يخالف ذلك يعد جريمة معاقب عليها قانونا، فما هي إذا الضمانات القانونية التي تجيز اللجوء للبصمة الوراثية بما لا يتعارض وهذا المبدأ الدستوري.

3- محدودية الوسائل المادية: إن عدم توافر الإمكانية المادية اللازمة التي تمكن من القيام بتحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية على وجهها الصحيح والكامل قد يحول عائق كبير في وجه هذا الإجراء.

وهذا ما هو عليه الوضع في الجزائر، والتي استحدث على مستواها مخبر واحد وهو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن ببن عكنون المنشأ سنة 2004 والذي لم يدخل حيز العمل إلى غاية سنة 2006، وحتى الوقت الراهن لم يتفرع عنه إلا مخبرين اثنين أحدهما بولاية وهران والآخر بولاية قسنطينة.

هو ما يستعدي توافر عدت مخابر تكون تحت الطلب فضلا عن كونها مجهزة بأحدث الوسائل والتقنيات وبكفاءات ذات خبرة وتكوين عاليين في هذا المجال[44].

وفي حقيقة الأمر نرى بأن هذه العوائق باستثناء العائق الأخير الذي يرجع إلى محدودية الوسائل المادية هي ليست بأكثر من حقوق إذا تمسك بها الشخص الذي يكون في مواجهة هذه التحاليل فهي حقوق مكفولة له لا يجوز ولا يمكن تجاوزها إلى في حدود ما يسمح به القانون.

وعلى فإن العوائق في استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب تتجاوز هذه الحقوق، وهو ما يتجسد لنا جليا من خلال التشريع الجزائري الذي جاء نصه عليها محتشما وهو ما يشكل العائق الأكبر في التعامل مع النسب في كل مرة يثار فيها اثباته بالبصمة الوراثية، هذا في التشريع الجزائري على الأقل.

الخاتمة: في ختام هذا البحث توصلت الباحثة إلى جملة من النتائج هي:

- النسب مقصد سامي من مقاصد الشريعة الإسلامية بما أنه ينتهي إلى تحقيق غاية أسمى وهي حفظ الأنساب وتجنب اختلاطها.

- لنسب طرق تقليدية في إثباته وتتمثل أساسا في:

1) الزواج، صحيحا كان أو فاسد، أو زواجا بشبهة. 2) الإقرار. 3) البينة.

حيث أنه متى توافرت الشروط اللازمة المتطلبة في كل وسيلة كان النسب قابلا للإثبات بمن أدعي عليه النسب.

- من بين النتائج المتوصل إليها أيضا، هي أن ثبوت النسب لم يعد حكرا على تلك الطرق التقليدية بل هناك طرق مستحدثة يمكن إثبات النسب بموجبها، وعلى رأس هذه الطرق البصمة الوراثية.

- للبصمة الوراثية جملة من المقومات تتحقق معها نتائج ربما تكون أكثر حسما من تلك النتائج التي تتحقق بالطرق التقليدية الأمر الذي يستدعي تعزيز العمل بها وتكريس مختلف الوسائل لتحقيق الغاية المرجوة منها.

وبناء للأهمية البالغة التي اصبحت الضرورة العلمية تفرضها بالنظر لنتائج التي تمتاز بها البصمة الوراثية نخلص من خلال معالجة هذا الموضوع الذي حاولنا ضمنه الإجابة على السؤال المتعلق بإشكالات التي تثيرها البصمة الوراثية كلما ثار موضوع إثبات النسب بها إلى الدعوة إلى ضرورة احاطتها بضمانات قانونية اكثر لإزالة اللبس الذي يلحق الكثير من أحكامها خاصة في التشريع الجزائري الذي غالب ما يحيل كل ذلك إلى أحكام نص المادة 222 من ق. أ. ج، وهو ما نرى بأنه لا يتماشى مع ضروريات هذه التقنية إذا ما تمحصنا في نتائجها بل العكس يعقد من طريقة العمل بها.

الهوامش:

[1] أحمد محمد سعيد السعدي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية مقارنة، *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633 Sayı:XII*، ص 53.

[2] بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2011- 2012، ص 123.

[3] بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص 123.

[4] وهو القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، (ج. ر. ج. ج المؤرخة في 12 رمضان 1404هـ، ع 24، ص 910) المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1624هـ الموافق لـ 27 فبراير2005 (ج. ر. ج. ج المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، ع 15، ص 18).

[5] أحمد دغيش، الاجتهاد القضائي في إثبات النسب وموقف الفقه الإسلامي من قضايا النسب المعاصرة، ص 158.

[6] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ظل علم الوراثة، قانون جنائي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلا مية بغزة، 1433 هـ – 2012 م، ص 9.

[7] ولقد جاء نص المادة 222 على النحو التالي: " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

[8] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في إثبات النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2006- 2007، ص 21-22.

[9] سورة الأحقاف ، الآية رقم 15.

[10] سورة البقرة، الآية رقم 233.

[11] أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 159.

[12] أنظر، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة السابق الذكر.

[13] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 30.

[14] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 9.

[15] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 160.

[16] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 10.

[17] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 161.

[18] نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، رسالة ماستر، قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 14.

[19] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1410هـ– 1999 م، ط 2، ص 184.

[20] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 184.

[21] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 13- 14.

[22] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 162.

[23] ريمة مخبي وعلاء بوتهلولة، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري، قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، 2006- 2007، ص 26.

[24] توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، قانون الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011، ص 85.

[25] د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 695.

[26] ريمة مخبي وعلاء بوتهلولة، مرجع سابق، ص 35

[27] نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 41.

[28] توفيق سلطاني، مرجع سابق، ص 12.

[29] أ. شكر محمود داؤم السليم و د. أحمد حميد سعيد النعيمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد 22، ص 117.

[30] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 53.

[31] فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011- 2012، ص 157.

[32] ايناس هاشم رشيد، مرجع سابق، ص 158.

[33] نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 42.

[34] ايناس هاشم رشيد، مرجع سابق، ص 158.

[35] نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 40. عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 67.

[36] نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 44.

[37] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 66 – 67.

[38] أ. شكر محمود داؤم السليم م د. أحمد حميد سعيد النعيمي، مرجع سابق، ص 127.

[39] سنن الترميذي، باب: ما جاء في القيافة، الحديث رقم 2129، الجزء 4، ص 44.

[40] الاحزاب، الآية 5.

[41] لمزيد من التفصيل أنظر، عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، مرجع سابق، ص 55 – 59. أ. شكر محمود داؤم السليم و د. أحمد حميد سعيد النعيمي، مرجع سابق، ص 127 و 128.

[42] توفيق سلطاني، مرجع سابق، ص87.

[43] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 61.

[44] نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 50.

قائمة المراجع:

- أحمد محمد سعيد السعدي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية مقارنة، *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633 Sayı:XII.*

- أحمد دغيش، الاجتهاد القضائي في إثبات النسب وموقف الفقه الإسلامي من قضايا النسب المعاصرة.

- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2011- 2012.

- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، قانون الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011.

- ريمة مخبي وعلاء بوتهلولة، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري، قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، 2006- 2007.

- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في إثبات النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2006- 2007.

- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1410هـ– 1999م، ط 2.

- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ظل علم الوراثة، قانون جنائي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلا مية بغزة، 1433 هـ – 2012 م.
- أ. شكر محمود داؤم السليم و د. أحمد حميد سعيد النعيمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد 22.
- فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011- 2012.
- نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، رسالة ماستر، قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، (ج. ر. ج. ج المؤرخة في 12 رمضان 1404هـ، ع 24، ص 910) المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1624هـ الموافق لـ 27 فبراير2005 (ج. ر. ج. ج المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، ع 15، ص 18).