البصمة الوراثية كـوسيلة لإثبات ونفي النّسب
دراسة مقارنة

طالب الدكتوراه:بلبشير يعقـوب
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة محمد بن احمد وهران 2
عضو بمخبر حقوق الطفل

مقدمة:

يكتسي موضوع النسب في ظل التشريعات العربية والإسلامية أهمية بالغة، وازدادت أهميته في ظل الاكتشافات العلمية والتطورات الطبية الحديثة. ولعل موضوع البصمة الوراثية من أهم وأدق المواضيع المتصلة بالنسب؛ ذلك أن النسب وفقا للقواعد الشرعية والقانونية العامة له طرق إثباته، غير أن ما توصل إليه التقدم العلمي في تطبيقات الهندسة الوراثية، باتت قضية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية من القضايا التي دعت إلى اجتهاد فقهي وتشريعي وقضائي واسع.

يقصد بمصطلح البصمة الوراثية، بصمة الحمض النووي، أي الخصائص الوراثية ويرمز لها ADN، وهو اختصار لعبارة Acide Désoxyribose Nucléique. إذ يحتوي الحمض النووي على الصفات الوراثية للإنسان التي اكتسبها من أسلافه والتي سيورثها لأولاده وأحفاده من بعده، حيث ثبت علميا أن كل خلية من خلايا الجسم تحتوي على نواة فيها 46 كروموسوم؛ والمولود الذي يأتي من عملية الإخصاب يحمـل صفات وراثية مشتركة نصفها من الأب والنصف الأخر من الأم.

إن اكتشاف البصمة الوراثية أصبح حجة علمية قاطعة في مجال إثبات النسب أو نفيه، فهي تمثل وسيلة علمية معاصرة عوضا عن القيافة المعتبرة شرعا

طريقا في هذا المجال، لاعتماد الكثير من الفقهاء القدامى للقيافة كإحدى أوجه الخبرة؛ وقد كثرت المنازعات في اعتماد البصمة الوراثية كدليل أو كقرينة قاطعة لإثبات النسب أو نفيه في البحوث الفقهية وفي القوانين الوضعية واجتهادات القضاء. فهل تعتبر البصمة الوراثية في نظر الفقه والقانون وتطبيقات القضاء وسيلة لإثبات ونفي النسب باعتبارها دليل علمي في الإثبات؟.

المبحث الأول: حجية البصمة الوراثية في إثبات النّسب

نظرا لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب وإلحاقه بأدنى سبب، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة، أمر ظاهر الصحة والجواز. لأن كل ما يمكن أن تفعله القافة يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به، وبدقة متناهية في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء؛[1] وبناء على قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقد بمكة المكرمة من 05 إلى 10 جانفي 2002، أقرّ بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النّسب.[2] الأمر الذي سوف نوضحه من خلال المطلب الأول الذي يتناول أحكام استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي، ثم أحكام استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ضمن القوانين الوضعية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أحكام استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي

[1] – أسامة محمد الصلابي، مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، مجلة كلية الآداب، منشورات جامعة قاريونس، الجماهيرية العربية الليبية، العدد 35، 2011، ص 15.

[2] – رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي ،القرار السابع بشان البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشرة المنعقدة برابطة العالم الإسلامي، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 14، العدد 16، 2003، ص 344.

لما كان أمر النسب يتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى والأم والأب والولد، فإن الفقهاء قد توسعوا في وسائل إثباته بما يكفل صيانة الولد من الضياع، ويمنع اختلاط الأنساب. وتتمثل هذه الوسائل في الفراش، والإقرار، والبينة، والقيافة، والقرعة. وبناء على تطلع الشارع الحكيم وتشوفه إلى إثبات الأنساب، فإنه يمكن قبول كل ما يستجد من وسائل تحقق هذا المقصد، إسهاما في القضاء على حالة مجهولي النسب، لا سيما إذا علمنا أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في إثبات النسب، أي في التحقق من الوالدية البيولوجية.[3] وعلى هذه الأساس سوف نتطرق الفرع الأول إلى منزلة البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، وبعدها إلى الحالات التي يجوز فيها الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: منزلة البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية

لقد انقسم علماء العصر فيما يخص الأدلة الشرعية المتفق عليها كالفراش والبينة والإقرار والأدلة المختلف فيها والتي أطلقوا عليها الأدلة التقليدية والتي منها القيافة والقرعة؛ فقد انقسموا إلى فريقين منهم من يرى تقديم البصمة الوراثية على الأدلة التقليدية ومنهم من يرى تقديم البصمة الوراثية على كافة الأدلة الشرعية:

أولا – رأي الفقهاء المؤيدين للطرق التقليدية: ذهب جمهور من العلماء المعاصرين إلى أنه لا يجوز الالتجاء إلى البصمة الوراثية إلا في الحالات التي يحصل فيها التنازع في النسب، بسبب الاختلاط، أو تساوي وسائل الإثبات المعروفة شرعا وتعادلها، فيمكن في هذه الحال اللجوء إلى القيافة لحل النزاع، والبصمة الوراثية في

[3] – الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 35، 2003، ص 27.

حكم القيافة أو هي أولى.[4] فلم يرتضوا تقديم الأدلة العلمية كالبصمة الوراثية على طرق تثبت بنصوص شرعية صحيحة، باعتبار أنها تقنية لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار ويعترف الخبراء باحتمال أن يعتريها الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل.[5] وإنما عمدة جواز البصمة الوراثية هو قياسها على القيافة وغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتقع في منزلتها. وتظل أدلة إثبات النسب ونفيه المعروفة في الفقه الإسلامي منذ عصر الرسالة، والمقدمة على القيافة، مقدمة أيضا على البصمة الوراثية؛ وتظل هذه الأدلة الثلاثة: الفراش والبينة والإقرار سيدة الأدلة في إثبات النسب، إن وجدت كلها أو بعضها فلا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع، لأنه في هذه الحال يحتكم إلى القيافة لحل النزاع، والبصمة الوراثية في حكم القيافة أو أولى.

– يقول الدكتور وهبة الزحيلي: " ويقدم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النسب أو لنفيه، أما الإثبات: فيكون بالبينة، والاستلحاق أو الإقرار بالنسب وبالفراش، أي علاقة الزوجية، وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية والقيافة إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة ".[6]

---

[4] – سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية – دراسة فقهية مقارنة، القاهرة، مكتبة وهبة، ط2، 2010، ص 82.

[5] – خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، الأردن، دار النفائس، ط1، 2006، ص 374.

[6] – ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05–07 ماي 2002، ص 521.

– يقول الدكتور محمد رأفت عثمان: " وبعد، فإننا لا نوافق على الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس، أي دون أن تكون طرق الإثبات التقليدية مانعا من قبول البصمة الوراثية. ولا نوافق على هذا الرأي، لأنه يؤدي إلى هدم أمر مجمع عليه بين العلماء في كافة العصور ".[7]

– يقول ناصر عبد الله الميمان: " إن البصمة الوراثية تقع منزلتها بين مثبتات الأبوة في المنزلة بعد المراتب التي اتفق الفقهاء على العمل بها، فبالتالي لا يعمل بها إلا عند عدم وجود الفراش أو البينة أو الإقرار، فإن وجد شيء من الوسائل المتقدمة فإن البصمة الوراثية لا تقوى على معارضته، بل لا ينظر إليها مع وجوده ".[8]

– يقول الدكتور محمد سليمان الأشقر: " وأما الجواب عن السؤال الثاني، وهو منزلة هذه الوسيلة (يقصد البصمة الوراثية) بين الطرق الشرعية الأربعة لإثبات الأبوة، فنقول: إنها لا يجوز أن تقدم عند التعارض على الفراش ولا على شهادة التسامع، ولا على الشاهدين. ولكن يجب أن تقدم على القيافة، بل القيافة طريقة بدائية بالنسبة إلى هذه الطريقة المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها ".[9]

– يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل: " غير أني وقبل بيان ذلك أود القول بأن النظريات العلمية الحديثة من طبية أو غيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في

---

[7] – محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05–07 ماي 2002، ص 582.

[8] – ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 615.

[9] – محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم لندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت من 13 – 15 أكتوبر 1998، ص 17.

نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة من طب وغيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمان إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علميا، أو على الأقل أصبح مجال شك، ومحل نظر، فكم من النظريات الطبية كان الأطباء يجزمون بصحتها وقطعيتها، ثم أصبحت تلك النظريات مع التقدم العلمي الطبي المتطور ضربا من الخيال، وهذا أمر معلوم وثابت مما يحتم على الفقهاء والباحثين الشرعيين التروي في النظر، وعدم الاندفاع بالأخذ بالنظريات العلمية كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية أو تقاربها، فضلا عن إحلال تلك النظريات محل الأدلة الشرعية الثابتة ".[10]

ثانيا – رأي الفقهاء المعارضين للأدلة التقليدية: ذهب بعض العلماء إلى القول بأن البصمة الوراثية أقوى بكثير من القرائن بل حتى من الشهادة التي تمثل الصدق والكذب وحتى من الإقرار، بل إن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس. ذلك أن دليل البصمة الوراثية دليل مادي يعتمد العلم والحس ويقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار. ثمّ إن وسائل إثبات النسب ليست أمورا تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور البصمة الوراثية.[11]

كما ذهب أحد العلماء المعاصرين إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، والاكتفاء بها عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب، على اعتبار أنه الأقوى

[10] – عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05–10 جانفي 2002، ص 182.

[11] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 372.

في الدلالة على صاحب الماء، فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية دليل قطعي، وأن نتائجها تصل إلى درجة لا تدع مجالا للشك.[12]

يقول الدكتور سعد الدين مسعد هلالي: " إذا ثبت أن البصمة الوراثية تعين الهوية الشخصية بصفاتها المرجعة بمستند مادي، فإنها تحقق ما يحققه ما عرفه الفقه الإسلامي من طرق لإثبات الفراش الذي به النسب وزيادة، مما يجعلها دليلا مقدما على الأدلة التقليدية في ذلك.

ومن هنا أرى أن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية، دون العكس، لما سبق أن بيناه من شروط العمل بتلك الطرق، والتي أهمها عدم وجود ما يعارضها.

كما أرى أن البصمة الوراثية تصلح أن تكون شرطا لقبول طرق الإثبات التقليدية، لما سبق أن بيناه من شروط العمل بتلك الطرق، والتي أهمها إمكان صدقها عقلا.

وأرى أن البصمة الوراثية كدليل حسي تتردد بين كونها سببا شرعيا للنسب، وبين كونها شرطا شرعيا لقبول الأدلة الظنية، وبين كونها مانعا شرعيا من قبول الأدلة الظنية بالشهادة أو الإقرار إذا تعارضت معها، وذلك بعد أن ثبت علميا أنها محقق الهوية الخير ".[13]

– يقول الدكتور علي محي الدين القرة داغي: " وحينها ننظر إلى البصمة الوراثية نجدها أقوى بكثير من القيافة بل حتى شهادة امرأة واحدة، أو حتى شهادة رجلين، فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توافرت فيها

---

[12] – أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية، ب.ط، 2006، ص 96.

[13] – سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، دراسة فقهية مقارنة، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05–10 جانفي 2002، ص 271.

".[14]%شروطها وأكثر من عيناتها – مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار – دليل قطعي وأن نتائجها 100

– يقول الدكتور عارف علي عارف القرة داغي: " ويستفاد من تحليل البصمة الجينية في إثبات النسب في حالات أخرى غير ما ذكرنا، كالتنازع في الأبوة، وذلك إذا ادعى رجلان نسب الولد المجهول النسب أو اللقيط. ففي هذه الحالة فإن صاحب البينة مقدم على من لا بينة له؛ أما إذا كان لكليهما بينة، أو لم يكن لأحد منهما من بينة، فإن بمقارنة البصمة الجينية لكلا المدعيين مع الولد المتنازع عليه تظهر الحقيقة وتثبت بها النسب؛ لأن نظام البصمة الجينية هو أقوى من الشهود العدول في مثل هذه الأحوال وأقوى من قول القائف. ولو نظام البصمة الجينية معروف لدى فقهائنا القدامى رحمهم الله، لما وسعهم إلا الأخذ به لدوره الفعال القطعي في الإثبات ".[15]

– يقول الدكتور عبد القادر خياط: " من الناحية العلمية والواقعية يصعب تصور إثبات النسب بأقوال الشهود ما عدا الشهادة على ولادة الأم. فما يمكن أن يقدمه الشاهد في أحسن الأحوال عبارة ظروف ظاهرية شاهدها أو سمعها. بالإضافة إلى ذلك فإن الشهادة بحد ذاتها يعيبها التأثر بالجوانب الخُلقية والخَلقية والعاطفية للشاهد. بل ويمكن استغلال الشهود في عملية الاستلحاق لأغراض دنيوية. أما الأدلة المادية والتي تسمى "بالشاهد الصامت" تعتمد على قواعد علمية ثابتة. فتقنية البصمة الوراثية يمكن من خلالها الجزم لإثبات أو نفي البنوة دون تأثر بالعواطف.

---

[14] – علي محي الدين القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05–10 جانفي 2002، ص 63.

[15] – عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ط1، 2011، ص 79.

وما تقدمه تقنية البصمة الوراثية من دقة في كشف الحقيقة ومعرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليدية الظنية ".[16]

– يقول الدكتور فريد نصر واصل: " وحيث أن البصمة الوراثية قد ثبت حقيقتها العلمية ونجح إجراؤها فيمكن القول باعتبارها حكما حسيا لكونها مشاهدة حقيقية ويجب ألا تعارضها الأدلة الظنية الأخرى. ويمكن عده شرطا لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة كالفراش والبينة والإقرار إذا كان الأمر يتعلق بإثبات وتحديد الهوية. وقد علمنا أن البصمة الوراثية تعد دليلا حسيا لتحديد هوية الشخص فهي تعد لذلك مانعا من قبول الأدلة الظنية كالفراش والشهادة والإقرار إذا تعارضت معها ".[17]

– يقول الدكتور بندر بن فهد السويلم: "وبعد التأمل في أقوال العلماء والأدلة التي استدلوا بها على جواز العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، وانحصار الخلاف في تقديم البصمة الوراثية على غيرها من الوسائل الشرعية فثبات النسب يظهر لي – والله أعلم – أن البصمة الوراثية تقف جنبا إلى جنب مع وسائل الإثبات الأخرى في إثبات النسب، لأن أدلة القول بها محل اتفاق. فهي أقوى من القيافة والقرعة، أما بالنسبة للفراش والإقرار والشهادة فتقدم عليها البصمة الوراثية في حالات معينة حددها قرار المجمع الفقهي الإسلامي...لأنها تتميز بنتيجة عالية من الدقة، وأن

---

[16] – عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05–07 ماي 2002، ص 1513.

[17] – فريد نصر واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05–10 جانفي 2002، ص 95.

الشهادة والإقرار والفراش أدلة ظنية، لكن الشرع اعتبرها؛ تحوطا للأنساب التي يتشوف إلى ثبوتها".[18]

وبعد عرض آراء العلماء المعاصرين حول الأدلة الشرعية لإثبات النسب وموقف البصمة الوراثية منها، أرى أنه لا يمكن تقديم البصمة الوراثية على الفراش لأنه لا شيء يعلو من الأدلة عليه سوى اللعان الذي يجوز به نفي النسب الثابت به.

أما عن الإقرار أو الاعتراف لم بعد سيد الأدلة، لأنه أصبح من المؤشرات الظنية أو التخمينية فهناك من الحالات التي لا يتفق فيها إقرار المتهم مع ما يتوافر من أدلة. ومن الناحية العلمية فالإقرار في قضايا إثبات البنوة لا تتعدى ما نسبته 50 بالمائة، وبالتالي لا يمكن قياس الإقرار في إثبات النسب. وما ينطبق على الإقرار فإنه ينطبق على الشهادة، فهناك العديد من نقاط الضعف التي تعيب أسلوب الشهادة كشهادة الزور مثلا وضعف الوازع الديني.

أما عن بقية الأدلة التقليدية كالقيافة والقرعة فالبصمة الوراثية تحل بديلا عنهما لأن عمل القائف يتشابه إلى حد ما مع البصمة الوراثية من حيث اعتمادهما على قياس التشابه بين الآباء والأبناء؛ غير أن البصمة الوراثية ليست من باب الحدس والتخمين، وإنما هي وسيلة تقوم على قواعد علمية ثابتة. وهي بذلك وسيلة علمية متطورة لعلوم القيافة القديمة، والحكم بثبوت النسب بناء على قول خبراء البصمة الوراثية أقل أحواله أن يكون مساويا للحكم بقول القافة إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها.

أما عن القرعة فغير معمول بها في الوقت الحاضر في مجال إثبات النسب، ويمكن الاستغناء عنها بالبصمة الوراثية باعتبارها دليل يرجح.

---

[18] – بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد 37، 2008، ص 127 و128.

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيه الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النّسب

ذهب العلماء المعاصرون إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقا من طرق إثبات النسبة، فهي وسيلة شرعية جديدة؛ استنادا إلى قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 05 – 10 جانفي 2002، جاء فيه: وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة، ونصه:" البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات)، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه. وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي. ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم، أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره ".

وبعد الاطلاع على ما اشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، والاطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء، والأطباء، والخبراء، والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك، وبناء على ما سبق قرر ما يأتي:

خامسا: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ – حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب 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.[19]

وقد جاء في تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية بتاريخ: 26 أكتوبر 1999، بناء على قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الخامسة عشرة، المتضمن تشكيل لجنة لدراسة البصمة الوراثية؛[20] وبعد التعريف بالبصمة الوراثية توصلت اللجنة إلى تحديد مجالات استعمالها كالآتي:

أ – مجهول النسب أو اللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص يدعي كل منهم أنه يلحق به فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لترجح أحدهم على الآخر.

إذا أقر رجلان فأكثر بنسب شخص ما، وتنازعا فيه وتساوت الأدلة، فإنه لابد من مرجح، بأن يكون لأحدهما بينة. فإن أقام كل واحد بينة، فقد تعارضت وتساقطت، وكذلك إذا لم يكن لأي منهم بينة. قد يحدث في بعض الأحيان أن يتم اللجوء إلى

---

[19] – رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي ،القرار السابع بشان البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ، المرجع السابق، ص 343 و34.

[20] – تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، العدد 16، 2003، ص 289 وما يليها.

أكثر من قائف،[21] وربما تتعارض أحكامهم في الشخص الواحد.[22] ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية للفصل في القضية.

أما كون شخص يلحق طفلا لقيطا أو ضائعا لنفسه، ثم ظهر أهله ومعهم الأدلة، فهنا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسبه إلى والده الحقيقي.[23]

---

[21] – المعنى اللّغوي: القيّافة هيّ من قاف يقوف قيّافة فهو قائف، وهو الّذي يتتبّع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرّجل بأخيه وأبيه والجمع قافة. وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتفاه وهو أقوفهم. وتقيّف أثره تتبّعه والقيافة هيّ تتبّع الأثر. يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة. والقيّافة من القُوف: بضم القاف.

المعنى الاصطلاحي للقيّافة :قد عرّفها كثير من الفقهاء وأهمّها:

أ – فقد عرّفها ابن رشد من المالكية بأنّ القافة عند العرب هم: "قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص النّاس".

ب – وعند الحنابلة: "هم قوم يعرفون الأنساب بالشّبه ولا يختصّ ذلك بقبيلة معيّنة بل من عُرف منه المعرفة بذلك وتكررّت منه الإصابة فهو قائف".

ج – وعرّفها الإمام الجرجاني من الحنفيّة فقال: "القائف بأنّه الّذي يعرف النّسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود".

د – عند الشّافعية: "هو من يلحق النّسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى به من علم".

هـ – القافة عند ابن حزم: "هم الجماعة الّذين يعرفون الشّبه والأثر".

وقيل: "أنّ القيّافة هيّ اعتبار الأشياء لإلحاق الأنساب".

وجاء في الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة بأنّ القائف: "هو الّذي يستتبع الآثار ويتعرّف منها الّذين سلكوها، ويعرف شبه الرّجل بأبيه وأخيه ويلحق النّسب عند الاشتباه، بما خصّه الله تعالى به من علم ذلك". بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه بالبصمة الوراثية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012–2013، ص 45 و46.

[22] – عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج9، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993، ص 410.

[23] – علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 59.

ب – في حالة اختلاط المواليد في المستشفيات، حيث قد يحدث اللبس والشك، وحينئذ تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية فتثبت نسبة كل مولود إلى والديه بناء عليها.

وقد يحدث ذلك بفعل متعمد من بعض القابلات لغرض ما، أو يتم بطريق الخطأ أو نتيجة إهمال، وفي هذه الحالة يصعب على الأمهات التمييز بين الابن والأجنبي، فهنا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسبة كل طفل وإلحاقه بوالديه.[24]

ج – اختلاط الأطفال في حالات الحروب، ومطالبة ذويهم بأن يعرفوا أطفالهم الحقيقيين.

فإذا ما قامت الحروب والكوارث، فإن من آثار ذلك اختلاط الأطفال، ولا يعرفوا آباءهم، ففي هذه الحالة يمكن للبصمة الوراثية تحديد نسب كل واحد منهم. حيث أثبتت التجارب الميدانية للبصمة الوراثية أنها فعالة في كشف ذلك. وأن نتائجها يقينية، ولذلك فهي دليل مقبول شرعا يحتج بها في هذا المجال.[25]

د – في حالة وطء الشبهة،[26] حيث يمكن إثبات نسبة المولود إلى الزوج، أو إلى الذي واقعها بشبهة.

وهي حالة الولادة من فراشين، وتفترض في هذه الحالة في وطء المرأة بشبهة في طهر وطأها فيه زوجها. وأساس تلك الشبهة، اعتقاد وظن المشتبه عليه أن له حق في وطء

[24] – أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 106.

[25] – علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 68.

[26] – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية،ط1، 1995، ص 175 و176.

المرأة، كمن يطأ امرأة أجنبية على فراشه، أو في منزله يظنها زوجته.[27] ويترتب على ذلك أنه لا يمكن إلحاق الولد بصاحب الفراش مع وجود الفراش بسبب وجود الوطء بشبهة، لأن الحمل الحاصل يحتمل أن يكون من الواطئ الأجنبي، كما يمكن أن يكون من الزوج نفسه.

وهنا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الأب الحقيقي ونسب الولد إليه.

هـ – في حالة أن يدعي مجهول نسب الانتساب إلى آخر. وهي حالة الشك في شخصية مدّعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره. في مثل هذه الحالة تكون البصمة الوراثية وسيلة مناسبة للتحقق من نسب مدّعي الانتساب إلى أسرة ما.[28]

و – في حالة اختلاف الزوج مع زوجته المطلقة التي ولدت ولدا، فادعى الزوج أن الحمل قد جاء في غير المدة المعتبرة شرعا، ونفت الزوجة ذلك، فإذا أيدت نتيجة البصمة الوراثية قول الزوجة فحينئذ ينتهي النزاع، وإذا دلت على غير ذلك فتطبق القواعد العامة في الشريعة.

وصورتها أن يطلق الرجل زوجته بعد دخوله بها، ثم تقر بعد مضي 60 يوما من طلاقها بانقضاء عدتها، ثم تتزوج رجلا آخر، ثم تأتي بولد بعد زوجها الثاني لأقل من ستة أشهر، فهنا يكون الشك في نسب الولد، هل هو للزوج الأول أم الزوج

---

[27] – الوطء بشبهة :هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل: إنها زوجته، فيدخل بها. ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته. ومثل وطء المطلقة طلاقاً ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ولأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، سوريا، دار الفكر، ط2، 1985، ص 688.

[28] – الهادي الحسين الشبيلي، المرجع السابق، ص 39.

الثاني؟.[29] وهي حالة من حالات استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب عند الشك في أن مدة الحمل بعد الزواج أقل من ستة أشهر، فيمكن للبصمة إثبات ذلك.[30]

ز – في حالة طفل الأنابيب[31] قد توجد شبهة في أن ذلك المني من الزوج، وحينئذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية لتحديد ذلك، وقد يحدث ذلك في حالات تجميد المني في الثلاجات.

ي – في حالات طفل الأنابيب إذا حصل لبس وشبهة في اختلاط البويضات كما في (ز).

ويحدث ذلك في مراكز التلقيح الاصطناعي إما عمدا لغرض ما أو خطأ، كأن يقوم طبيب بتلقيح بويضة امرأة في حاجة إلى تلقيح اصطناعي بما يظنه ماء زوجها خطأ، وهو ماء رجل آخر جاءت زوجته لغرض التلقيح الاصطناعي أيضا فيلقح كل واحدة من الزوجتين بماء الرجل الآخر الذي هو أجنبي عنها. فهنا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل جنين، وبالتالي إلحاقه بمن يستحقه بعد ولادته.[32] حفاظا على إثبات نسب الجنين وعدم تعرضه للضياع أو النفي.

---

[29] – أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ط3، 1986، ص 1277.

[30] – علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 60.

[31] – طفل الأنبوب الجائز تكوينه بالتلقيح الاصطناعي مقصور على ما بين الزوجين فقط على أن تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05–10 جانفي 2002، ص 28.

[32] – عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 2002، ص 50.

وهناك حالة ثار حولها خلاف بين الفقهاء المعاصرين وهي تنسيب ابن الزنى إلى الزاني بعد انتشار العمل بالبصمة الوراثية.

حيث انقسم الفقهاء إلى فريقين تبعا لما رآه الفقهاء السابقين: فريق يرى بعدم إلحاق ولد الزنى لأبيه الزاني؛ بينما يرى الفريق الثاني أن ابن الزنى يلحق بأبيه لظهور البصمة الوراثية.

يقول الدكتور سعد الدين مسعد هلالي: '' وبعد ثبوت وانتشار العمل بالبصمة الوراثية في الدول المتقدمة، ودلالتها القطعية في تحديد صاحب الماءالذي منه الولد، هل يجوز لنا أن نتجاهل هذا النوروتلك الحقيقة، ونظل نتمسك بشكوك حسمها العلم وقضى عليها ''.

ثم يضيف قائلا: '' لماذا هذا التوجه في إلحاق أولاد الزنى؟

أولا: لظهور البصمة الوراثية التي هي حجة الله في الأرض على من عرفها.

ثانيا: إنقاذ المتشردين من أطفال المسلمين، وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد، أو بجوار صناديق القمامة وأحيانا بداخله.

ثالثا: تحميل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق « الغنم بالغرم »، فكما غنم اللذة غرم التربية والنفقة ''.[33]

فالبصمة الوراثية حجة في إثبات النسب للتأكد من الفاعل الحقيقي.

ويقول الدّكتور مازن إسماعيل هنية: " تبيّن لي أنّ ابن الزّنا ينسب للزّاني، إذا استلحقه وقامت الدّلائل على ثبوت الحالة التي أدّت إلى وصول مائه إلى رحم المزنى بها...ثمّ يقول: فإنّني أرى إثبات نسب ولد الزّنى إذا ثبتت رابطة البنوّة كحقيقة بين ولد الزّنا

[33] – سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص 393 وما يليها.

والزّاني، وذلك من خلال استخدام تقنيّة البصمة الوراثيّة المثبتة للرّبط بين الابن وأبيه ".[34]

وفي هذا يقول الدكتور أحمد الخمليشي – أستاذ بكلية الحقوق بالرباط –: " أنه لم يرد نص في الكتاب أو السنة الصحيحة يحرم انتساب ولد الزنا إلى أبيه، وأنه لا وجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم. وأن سبب قول أغلب الفقه بنسب الطفل إلى أمه دون أبيه راجع إلى ثبوت البنوة بالنسبة للأم عن طريق الولادة المادية، وتعذر هذا إزاء الأب، ولو استبعد هذا السبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التفرقة بين الأم والأب مجرد تحكم لا يقره منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة، وفي مقدمتها مبادئ المساواة في التكليف والجزاء وعدم مؤاخذة الفرد بما جناه غيره...لذا نقترح إلزام الأب بنسب ولده من الزنا إذا أثبتت البصمات الوراثية أنه ولده، ويؤمر بهذا النوع من التحليل من طرف النيابة العامة كلما وجدت قرائن كافية تبرره...".[35]

المطلب الثاني: أحكام استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ضمن القوانين الوضعية

بعد ظهور البصمة الوراثية تعددت استخداماتها في مجالات شتى منها إثبات النسب، حيث عملت العديد من الدول الغربية والعربية على تنظيم هذا الاستخدام لهذه التقنية مع تبيان كيفيات العمل بها وشروطها، بنصوص قانونية. بل أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات القانونية الوضعية يميل إلى تفعيل الأدلة العلمية في مجال إثبات النسب وعلى رأسها البصمة الوراثية.

[34] – مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزّنا بالبصمة الوراثيّة، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد17، العدد 01، جانفي 2009، ص 19 و20.

[35] – أحمد الخمليشي، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة، أصول الفقه والفكر الفقهي، ج2، الرباط، دار النشر للمعرفة، 1998، ص105.

الفرع الأول: نظرة التشريع العربي إلى استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

بظهور البصمة الوراثية وما كان لها من تأثير في موضوع النسب، اتجهت التشريعات العربية إلى إقحام هذه الوسيلة في مجال منازعات الأبوة والنسب، حيث اتضح تأثر هذه التشريعات إثر التعديل الذي طرأ على قوانينها.

أولا– التشريع الجزائري:نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،[36] على هذه التقنية العلمية بإضافة فقرة ثانية إلى المادة 40 من هذا القانون، حيث أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.وما يؤخذ على هذه المادة أنها اكتفت بالإشارة إلى الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها، علما أن البحوث العلمية تشير إلى نوعين من الطرق العلمية: طريقة تحليل فصيلة الدم وطريقة التحليل الجيني المعروفة بالبصمة الوراثية؛ والمعروف لدى العلماء أن تحليل الدم يعد كطريقة لنفي النسب لا لإثباته، وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري يقصد بالطرق العلمية البصمة الوراثية. وهذا هو النص الوحيد في قانون الأسرة الذي يحمل إشارة ضمنية إلى إمكانية الاستعانة بها في مجال إثبات النسب الشرعي.

غير أن المشرع الجزائري أصدر مؤخرا القانون رقم 16 – 03 المؤرخ في 19 جوان 2016،[37] يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص؛ أين عرف البصمة الوراثية في المادة الثانية منه، وفي المادة

---

[36] – الأمر رقم: 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم: 84 – 11 المؤرخ في 9 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ: 17 فبراير 2005، ص 18.

[37] – القانون رقم: 16 – 03 المؤرخ في 19 جوان 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد37، الصادرة بتاريخ: 22 جوان 2016، ص 5.

الخامسة حدد الأشخاص الذين يجوز أخذ عينات بيولوجية عنهم للحصول على البصمة الوراثية، لكن دون ذكر لمجال إثبات النسب.

ثانيا – التشريع المغربي: تمّ النص صراحة على الأخذ بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب في المواد 153،[38] و158[39] من مدونة الأسرة المغربية.[40] و من خلال استقراء هذه المواد يلاحظ أن المشرع المغربي لم يشر إلى مصطلح البصمة الوراثية بشكل صريح، وإنما استعمل عبارة الخبرة الطبية أو الخبرة القضائية؛ وقد استقرت الممارسة القضائية على أن المقصود بالخبرة هو ما يتعلق بالبصمة الوراثية.[41]

ثالثا – المشرع التونسي: أجاز المشرع التونسي اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية – التحليل الجيني في مجال إثبات البنوة الطبيعية من خلال الفصل 3 مكرر من القانون رقم 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمعدل بالقانون رقم 51 المؤرخ في 07 جويلية 2003.[42] حيث نص هذا الفصل على أنه:"يمكن للمعني بالأمر أو

---

[38] – نص المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية: " يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع...".

[39] – نص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية ".

[40] – ظهير شريف رقم: 1.01.22 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5184 الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004، ص 418.

[41] – محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، ج2، الدار البيضاء، مطبعة النجاح، ب.ط، 2006، ص 414.

[42] – القانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 07 جويلية 2003 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال

للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة طلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل ''. من خلال هذا النص يظهر أن المشرع التونسي أجاز استعمال التحليل الجيني والمقصود به البصمة الوراثية وهي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات) وهو التعريف الذي ورد في الصفحة السادسة أعلاه.

غير أن المشرع التونسي أجاز استعمالها في في مجال إثبات البنوة الطبيعية أي أبناء العلاقات غير الشرعية، أما النسب الشرعي فوسائل إثباته وردت في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.[43]

رابعا – التشريع الإماراتي: أشار المشرع الإماراتي في المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية إلى طرق إثبات النسب بقولها: '' يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش ''.[44]

لكن المشرع الإماراتي لم يشر صراحة من خلال نص المادة المذكورة صراحة إلى البصمة الوراثية، لكن بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية وضحت المقصود بالطرق العلمية في شرحها للمادة 89 من هذا القانون: '' وقد نبهت هذه المادة إلى ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة مثل الفحوصات الجينية

=المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 54، الصادر في 08 جويلية 2003، ص 2259.،

[43] – أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 56 الصادر في 17 أوت 1956، ص 1544.

[44] – قانون الأحوال الشخصية رقم: 28 لسنة 2005، الصادر في 19 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية عدد 439، بتاريخ 30 نوفمبر 2005.

والبصمات الوراثية وهي من الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة الحتمية بين الولد وأبيه...".[45]

خامسا – التشريع الأردني: ما يلاحظ على المشرع الأردني أنه أدرج ضمن المادة 157 فقرة ب الوسائل التي يمكن أن يثبت بها النسب للأب بنصها: " لا يثبت نسب الولد لأبيه إلا: – 4 – بالوسائل العلمية القطعية مع اقترانها بفراش الزوجية ".[46]

سادسا – التشريع المصري: أجاز المشرع المصري اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النسب في التعديل الجديد لقانون الطفل المصري بموجب القانون رقم 126 لسنة 2008، حيث نصت المادة 4 منه على أنّ: " للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما. وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما، بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة ".[47]

الفرع الثاني: موقف القضاء العربي من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

لقد اتجه القضاء العربي في كثير من الدول العربية إلى اعتبار البصمة الوراثية دليلا مساعدا، يساعد القاضي في تكوين عقيدته الشخصية، فمتى اطمأن إلى قوة الأدلة الفنية الماثلة أمامه، حكم على ضوئها بإثبات النسب. وكل ذلك في الدول العربية مردود إلى سلطة قاضي الموضوع وتكوين عقيدته.

[45] – المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية ملحق مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد 26، أبريل 2006، ص 162 وما يليها.

[46] – القانون رقم: 36 لسنة 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية، العدد 5061، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2010، ص 5809.

[47] – القانون رقم 126 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 24 مكرر، الصادرة بتاريخ 15 جويلية 2008، ص 3.

أولا – القضاء الجزائري: بالنسبة للقضاء الجزائري لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 كدليل لإثبات النسب، وإنما ظل متمسكا بالطرق الشرعية المتمثلة في الفراش والبينة والإقرار. حيث جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن إثبات النسب؛ إذ لم يتم اعتماد نظام تحليل الدم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك.[48]

وذلك من خلال قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جوان 1999،[49] والذي نص على أنه: "...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 إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المدة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض".

غير أنه وبعد التعديل الخير لقانون الأسرة وبالتحديد نص المادة 40، حيث أضيفت فقرة ثانية أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية (البصمة الوراثية) لإثبات النسب. الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 05 مارس 2006،[50] والذي نص على أنه: " يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات

---

[48] – زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011 – 2012، ص 279.

[49] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674 صادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 88.

[50] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 355180 صادر بتاريخ 05 مارس 2006، المجلة القضائية، عدد 1، 2006، ص 469.

النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ".

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جعل من الخبرة العلمية لتحاليل البصمة الوراثية نوعا من البينة التي تعد من بين طرق إثبات النسب المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة، وكان هذا تسبيب المحكمة العليا.

ثانيا – القضاء المغربي: كان للقضاء المغربي موقفا سلبيا قبل صدور مدونة الأسرة فيما يخص دور الخبرة الطبية في إثبات النسب؛ لكن بعد صدور المدونة عمد القضاء المغربي إلى الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب، بعد أن أظهر المشرع المغربي نيته في بقبول اعتماد هذه الخبرة ضمن وسائل إثبات النسب، كما يظهر ذلك من خلال النص في المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية ".[51]

عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أصدرت في 15 نوفمبر 2007 الحكم رقم 5593 في الملف عدد 815/05، جاء في حيثياته: "...حيث أن عدم حضور المدعى عليه إنجاز الخبرة المأمور بها وإصراره على حسب ما هو ثابت من خلال المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف دفاعه بالجلسة يعتبر تملصا من تنفيذ قرار إجراء الخبرة الجينية. وحيث أن امتناعه الصريح عن إجراء الخبرة الجينية المأمور بها قضائيا والتي تعد حسب نص القانون من بين وسائل إثبات النسب تعتبر حجة قاطعة على صحة أقوال المدعية بخصوص نسب الابن إليه...".[52]

---

[51] – **المادة 158 من القانون رقم 03–70 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.**

[52] – **حكم ابتدائي رقم 5593بتاريخ 15 نوفمبر 2007، ملف عدد 815/05، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه الصغير هادن، «رفض إجراء الخبرة**

ثالثا – القضاء التونسي: لقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات النبوة غير الشرعية، من ذلك القرار التعقيبي عدد 3040 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000، جاء فيه: " حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية ".[53]

يظهر من خلال هذا القرار أن المشرع التونسي لم يجز استعمال البصمة الوراثية إلا في مجال إثبات البنوة الطبيعية أي أبناء العلاقات غير الشرعية.

رابعا – القضاء الأردني: اعتمدت المحاكم الشرعية الأردنية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، واعتبرتها كقرينة قاطعة، واعتبرت العمل بهذه الوسيلة العلمية من الناحية الشرعية، كعمل صحيح لا يتصادم مع الأدلة الشرعية.

ويتأكد ذلك من خلال القضية رقم 213 لسنة 2002، التي حكم فيها القضاء الشرعي الأردني بناء على نتائج تحليل البصمة الوراثية. حيث ثبت بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته بأن الفحوصات الجينية المعروفة بالبصمة الوراثية تثبت بشكل حاسم أن المدعى عليه الأول وزوجته المدعوين (ص – ش) لا يمكن أن يكونا والديها.[54]

الجينية يؤكد الأبوة »، جريدة الاتحاد الاشتراكي، المغرب، بتاريخ 18 نوفمبر 2009: http://: www.alittihad.press.ma

[53] – ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، تونس، مركز النشر الجامعي، 2011، ص 160.

[54] – حكم محكمة الاستئناف الشرعية بعمان، رقم 56764/2002/175، بتاريخ 17 ديسمبر 2002، حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 744.

خامسا – القضاء المصري: اعتد القضاء المصري بالبصمات الوراثية في مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة فيه، ومن ذلك ما جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في القضية رقم: 944 بتاريخ 28 جوان 1997، من أنه: " لما كان من المقرر قانونا أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعي عليه، فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل للمدعي عليه ".[55]

والمقصود بتقرير الطب الشرعي في الواقعة هو تقرير عن فحص المحتوى الوراثي ADN.

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها وهي الفراش أو البينة أو الإقرار، فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط، وهو اللعان؛ وإن كان بعض الفقهاء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان، فإن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي أقر عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان.

---

[55] – حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، ص 124.

وظل موضوع نفي النسب بالبصمة الوراثية محل أخذ ورد، وشهد الكثير من الآراء بين مجيز ومانع ومقيد لاستخدامها بشروط معينة، سواء على مستوى الآراء الفقهية أو القانونية.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من نفي النسب بالبصمة الوراثية

لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين على عدم جواز استخدام البصمة الوراثية في التحقق من صحة النسب الثابت، لكن إذا شك الزوج في نسب ولده ولا دليل لديه على زنا زوجته، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويُكْتَفَى بها أم لابد من اللعان أيضا ؟.

والمراد من نفي النسب: أن يبعد الرجل عنه حملا أو مولودا وينكر أنه من مائه أو أنه ينتسب إليه.[56] أي أن اللعان هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه.

واللعان شهادات تجرى بين الزوجين مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة.[57]

لقد اختلف الفقهاء المعاصرين في إعمال مقتضى البصمة الوراثية مع وجود اللعان إلى عدة آراء:

الفرع الأول: الرأي القائل بجواز الاكتفاء بنتائج البصمة الوراثية عن إجراء اللعان

يرى أنصار هذا الرأي أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها يقينية إذا أثبتت أن الولد ليس من الزوج، فينتفي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان، لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة.[58]

---

[56] – محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ب.ط، 2015، ص 43.

[57] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فنّي الرواية والدراية من علم التفسير، ج3، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ط4، 2007، 248.

لأن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي نسب المولود عندما يفقد الشهود الأربعة بواقعة زنا امرأته، ومع التقدم العلمي في مجال البصمة الوراثية، ودقة نتائجها، وقطعية دلالتها، فإن هذا يكفي للشهادة على ما يدعيه الزوج.

ذهب إلى هذا القول الدكتور سعد الدين مسعد هلالي الذي قال: " وإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان؟ صحيح لا يزال الحق مع الزوجة في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها؛ لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة.وينحصر دور اللعان بالنسبة للزوج إذا كان معه، إذا كان مع الزوج فلا وجه للعان أي (ينفي بالبصمة الوراثية) وإن كان ضد الزوج وجب عليه حد القذف ولا يكون اللعان إلا لتدرأ الزوجة عن نفسها حد الزنى ".[59]

ويقول الدكتور محمد المختار السلامي في هذه المسألة: "...أجدني مطمئنا إلى اعتماد البصمة الوراثية في كل تلكم الصور، فبها يثبت النسب أو ينفى، وتكون النتيجة التي كشف عنها الاختبار العلمي أحق بالقبول.

يؤكد ذلك أن الله تعالى يقول: { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ }.[60] فالقـرآن بتقييده أن الزوج الذي لم يكن له شهداء إلا نفسه يمكن من اللعـــان، هو ما يوحي بأنه إذا كان له ما يتأيـد به قـوله لا يلتعـن. وما يكشفه

[58] – خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 442.

[59] – سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

[60] – سورة النور، الآية: 6.

الاختبار الجيني كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق ".[61]

الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية لنفي النسب

يرى أنصار هذا الرأي أن البصمة الوراثية لا تعتبر مساوية للعان، ولا يجوز تقديمها عليه في نفي النسب؛ لأن حديث {الولد للفراش} دليل مجمع عليه فلا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته، ولا يقوى عليه إلا اللعان.

ذهب لهذا القول العديد من الفقهاء المعاصرين وقرارات المجامع الفقهية الإسلامية؛ حيث جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة متوافق مع الرأي القائل بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب وعدم تقديمها على اللعان.

لقد نص القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 05 – 10 جانفي 2002، على ما يلي: " ثالثا: لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان ".[62] وهو رأي غالبية الفقهاء المعاصرين.

يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل: " وبناء على ذلك فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، وذلك لن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في

---

[61] – محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05–07 ماي 2002، ص 456.

[62] – القرار السابع بشان البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 344.

إقامته، فلا يجوز إلغاؤه، وإحلال غيره محله، أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها ".[63]

وذهب الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي إلى القول: " وأما نفي النسب كنفي ولد من زوجة بأيمان اللعان، الخمسة المعروفة فيقدّم في شرعنا على غيره كالقيافة والبصمة الوراثية، لأن هاتين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي، فلا حاجة لغيره ".[64]

أما قول الدكتور ناصر عبد الله الميمان في حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب: " إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها (الفراش، أو البينة، أو الإقرار)، فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط، وهو اللعان، واللعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب، فضلا أن تتقدّم عليه ".[65]

ويقول الدكتور علي محي الدين القرة داغي: " لقد بينا فيما سبق أن البصمة الوراثية لا يجوز استعمالها فبطال نسب ثابت ولا تحل محل اللعان في نفي النسب للمقاصد الشرعية المعتمدة في هذا الباب، حيث تنحصر الطرائق في الشرعية الإسلامية لنفي النسب الثابت في اللعان فقط ".[66]

وبعد عرض هذه الآراء يبدو أن القول الراجح هو الجمع بين القولين، أي الجمع بين البصمة الوراثية كقرينة لنفي النسب وبين اللعان كطريق شرعي لنفي النسب؛ حيث يمكن إعمال اللعان مع الأخذ بنتائج البصمة الوراثية إذا كانت مثبتة

---

[63] – عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 2002، ص 41.

[64] – وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 23.

[65] – ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 617.

[66] – علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 65.

للنسب وتعطيل أثر اللعان في هذا الجانب، مراعاة لمصلحة الطفل في إثبات نسبه وعدم ضياعه.

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء العربي في استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

لقد تباينت مواقف القوانين الوضعية في حكم الأخذ بالبصمة الوراثية في نفي النسب إلى عدة اتجاهات، هذه الاتجاهات قد تتوافق مع الفقه الإسلامي وقد تختلف معه؛ منها من أجاز الأخذ بها والنص عنها صراحة، ومنها من منع استخدامها في هذا المجال، ومنها من تجاهل النص عليها.

الفرع الأول: نظرة التشريع العربي إلى استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

الملاحظ على معظم التشريعات العربية التي تستمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية عمدت إلى تعديل قوانينها للأحوال الشخصية وتم إدراج الطرق العلمية أو ما يسمى بالبصمة الوراثية طريق لنفي النسب. غير أن مواقفهم اختلفت بالنظر إلى إعمال هذه التقنية الجديدة كبديل عن اللعان لنفي النسب.

أولا – المشرع الجزائري: بالنظر إلى نص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة والمعدلة بمقتضى الأمر 05–02 الصادر في 27 فبراير 2005،[67] بأنه: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية فثبات النسب "، ولكن ما يعاب على هذا النص، هو أنه أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز اللجوء إلى هذه الوسيلة إذا كان الأمر يتعلق بنفي النسب، ومن ثم يبقى الأمر مقتصرا على اللجوء إلى اللعان فقط لنفي النسب؟ ولكن، ففي اعتقادنا بأنه إذا

[67] – الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 18.

أباح المشرع اللجوء إلى هذه الوسيلة في مسألة النسب، فإنه من الأحرى أن تطبق في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بنفي النسب أو إثباته.[68]

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الوسيلة المتمثلة في البصمة الوراثية لنفي النسب، لكن يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" الواردة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري،[69] ذلك أن المشرع لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة لنفي النسب؛ إذ أن استعمال الجمع في هذه العبارة يقتضي أن المشرع لم يقتصر في نفي نسب الطفل على اللعان فقط، بل أخذ بجميع الوسائل الأخرى والتي من بينها الطرق العلمية ((البصمة الوراثية)). لأن النص القانوني لم يحدد الطرق المشروعة على سبيل الحصر وإنما ترك المجال مفتوحا لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه.[70]

ثانيا – المشرع المغربي: نص المشرع المغربي صراحة في مدونة الأسرة على الخبرة الطبية كوسيلة لنفي النسب، وذلك في المادة 153 التي ورد فيها: " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: – إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ – صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ".[71]

---

[68] – تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، العدد 03، 2005، ص 16.

[69] – نص المادة 41: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولمينفه بالطرق المشروعةالأمر رقم 05–02 ، المرجع السابق.

[70] – بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، العدد 03، 2005، ص 43.

[71] – المادة 153 من القانون 03–70 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

وبهذا يلاحظ أن المادة 153 بينت مدى حجية الفراش على ثبوت النسب واعتبرتها حجة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا بإحدى الوسيلتين وهما: – اللعان، والخبرة التي تفيد القطع مع توافر بعض الشروط المنصوص عليها في نفس المادة.

وإن كان هناك غموض في صياغة المادة 153 والتي لم توضح معنى الدلائل القوية التي يدلي بها الزوج أثناء الطعن في نسب المولود، والمعتبرة كشرط أساسي لإجراء الخبرة الطبية في نفي النسب، مما جعل تحديدها داخلا في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، وتبقى فكرة الدلائل القوية مسألة واقع لا مسألة قانون وإن كانت تحتاج إلى تعليل منضبط دفعا لأي تعسف قد يمارس من جانب المحاكم.[72]

ثالثا – التشريع التونسي: لقد تعرض المشرع التونسي إلى مسألة نفي النسب في الفصلين 75 و76 من مجلة الأحوال الشخصية.[73] حيث ينص الفصل 75 على أنه: " إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية ". أما الفصل 76 فينص على أنه: " إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين ".

الظاهر من هذه النصوص أن المشـــرع التـــونسي لم يتعرض صراحة إلى مسألة نفي النسب بالبصمـــة الـوراثية؛ لكن إعمالا بالقانـــون عـدد 75 لسنة 1998،[74] المتعلق

---

[72] – محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة (قراءة في مستجدات بيولوجية)، الدار البيضاء، المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، ب.ط، 2007، ص 208.

[73] – الفصلان: 75 و76 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، بتاريخ 17 أوت 1956، ص 1548.

[74] – القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 54، المؤرخ في 08 جويلية 2003، ص 2259.

بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسيب، قد أجاز إثبات البنوة الطبيعية والشرعية إما بالإقرار أو البينة أو التحليل الجيني المقصود به البصمة الوراثية. وهنا تبقى إمكانية نفي النسب قائمة إذا ثبت نسب الطفل بالبينة، واثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني، فإنه في مثل هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وتردّ دعوى إثبات البنوة غير الشرعية.[75]

رابعا – التشريع الإماراتي: نظم المشرع الإمارات مسالة نفي النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة خاصة خاصة في مجال الإثبات بالبصمة الوراثية. حيث نصت المادة 97 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه:

" 1 – للرجل أن ينفي عنه نسب الولد باللعان خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته له صراحة أو ضمنا، وتقدم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوما من تاريخ العلم بالولادة.

5– للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك.

أجاز القانون للمحكمة اللجوء إلى الطرق العلمية والاستعانة بها ومنها البصمة الوراثية، لنفي النسب، لكن قيد هذا الجواز بألا يكون النسب قد ثبت قبل ذلك بطرق الثبوت ومع مراعاة الفقرات السابقة في ذات المادة.[76]

ولعله في هذه المسألة قد انتهج منهج العلماء المعاصرين الذين ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللِّعان إذا دلت نتائجها على انتفاء النَّسب بين الزوج والمولود على فراشه.

[75]– عبد الحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013، ص 716.

[76] – المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 174.

خامسا – التشريع البحريني: بالرجوع إلى قانون الأسرة البحريني نجد أن المشرع نظم أحكام نفي النسب في المواد من 78 إلى 80 من قانون الأسرة البحريني.[77] حيث جاء في المادة 78 منه: " في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائماً أو منحل، أو الدخول بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بالملاعنة خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألا يكون قد أعترف بالنسب صراحة أو ضمناً ".

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع البحريني أجاز صراحة اللجوء إلى نفي النسب عن طريق اللعان، بشروطه المعتبرة شرعا. وما يهمنا في هذا البحث هو الحكم الذي جاء به نص المادة 79، على أنه: " يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة، ولا تتم الملاعنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته ".

ما يلاحظ على نص هذه المادة أنها جاءت موافقة للرأي القائل باستخدام البصمة الوراثية لمنع اللعان أو التقليل منه. وهذا الحكم لم يتضمنه أي من التشريعات محل الدراسة وتفرد به المشرع البحريني.

سادسا – التشريع القطري: لم ينص المشرع القطري صراحة في قانون الأسرة على البصمة الوراثية فيما يتعلق بإثبات ونفي النسب وقصر في الإثبات على الطرق الشرعية، وفي النفي على اللعان فقط. لكن بالرجوع إلى قانون رقم 9 لسنة 2013 بشأن البصمة الوراثية نص صراحة على إمكانية استخدامها في تحديد النسب.[78]

---

[77] – القانون رقم 19 لسنة 2009، بإصدار قانون أحكام الأسرة في 27 ماي 2009، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد 2898، بتاريخ 04 جوان 2009، ص 5.

[78] – نص المادة 03 من قانون 9 لسنة 2013: " للجهات المختصة بجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة ، الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية فيما يلي: 2 – تحديد النسب...". قانون

أما بشأن نفي النسب وفق نصوص قانون الأسرة، نص صراحة في المادة 96 على أن نفي النسب يكون باللعان، إذ جاء فيها: " يترتب على الملاعنة بنفي الحمل وفقا لحكام المادة 151 من هذا القانون،[79] نفي نسب الولد عن الملاعن ، ويثبت نسب الولد ولو بعد الحكم بنفيه، إذا كذب الرجل نفسه ".

الفرع الثاني: موقف القضاء العربي من استخدام البصمة الوراثية لنفي النسب

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى موقف كل من القضاء الجزائري والمغربي والتونسي والإماراتي، من استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب.

أولا – القضاء الجزائري: على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حكم استخدام الطرق العلمية ومنها البصمة الوراثية في دعاوى نفي النسب، إلا أن قضاء المحكمة العليا استقر على مبدأ مفاده أن رفع دعوى اللعان يحول دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب.[80]

يتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا قد أخذوا برأي الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثيــة على اللعان[81]. الأمر الذي تؤكده

رقم 9 لسنة 2013 بشأن البصمة الوراثية، بتاريخ 18 سبتمبر 2013، الجريدة الرسمية، قطر، العدد 16، بتاريخ، 28 أكتوبر 2013، ص 9.

[79] – نص المادة 151 : " اللعان هو أن يشهد الرجل أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رمى به زوجته من الزنا أو نفي الولد، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتشهد المرأة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين". قانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة، بتاريخ 29 جوان 2006، الجريدة الرسمية ، قطر، العدد 8، بتاريخ 28 أوت 2006، ص 159.

[80] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم 605592، بتاريخ 15 أكتوبر 2009، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2010، ص 245.

[81] – سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 155.

أحكام القضاء المتعلقة بموضوع نفي النسب، حيث أشارت صراحة إلى مصطلح اللعان كطريقة انفي النسب في العديد من القرارات، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: " من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون برفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا..."."[82]

وكان ذلك واضحا من حلال نص المادة 40 من قانون الأسرة أين نص المشرع على استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب وليس في نفيه، حيث ترك مسألة نفي النسب للطرق الشرعية وهي اللعان، وعدم الاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال نفي النسب.

هذا ما أكده اجتهاد المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 15 أكتوبر 2009، جاء في حيثياته: " ...وحيث أنه ما دام المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بأحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".[83]

ثانيا – القضاء التونسي: بالرغم من أن المشرع التونسي لم يتعرض لمسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية، إلا أن التطبيقات القضائية كانت عكس ذلك، حيث أثيرت مسألة استخدام التحليل الجيني لنفي النسب في العديد من القرارات.

[82] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172379، بتاريخ 18 أكتوبر 1997، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 70.

[83] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم 605592، بتاريخ 15 أكتوبر 2009، المرجع السابق.

لقد عرض موضوع نفي النسب على محكمة التعقيب، ومن قبلها محكمة الاستئناف بسوسة، وقد قررت هذه الأخيرة أن التحليل الطبي للدم يعتبر وسيلة شرعية من بين الوسائل المنصوص عليها بالفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، التي ينتفي بها النسب.

وقد أيدت محكمة التعقيب هذا القرار، إذ جاء في حيثيات القرار: "...إن وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الاستئناف بسوسة، هي وسيلة شرعية يقررها الشارع، ويأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الإثبات الأخرى المثبتة، كحصول اليقين بعد التلاقي مطلقا ".[84]

وقد سارت محكمة التعقيب على هذا النحو في بعض قراراتها اللاحقة،[85] معتبرة أن التحليل الدموي من بين الوسائل التي ينتفي بها النسب، فالنفي يكون بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل إثبات شرعية وقانونية، والتي لا تعد شهادة الشهود فيه كافية، بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية...ومن ذلك وسيلة التحليل الدموي للزوجين والمولود المطالب بنفي نسبه، وأنه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي حقق علماء الطب الشرعي صحتها، والتي تعد طريقة علمية قاطعة، وهو ما درج عليه فقه وقضاء هذه المحكمة.[86]

---

[84] – قرار تعقيبي مدني رقم 11005، صادر بتاريخ: 17 جويلية 1976، المجلة القانونية التونسية، العدد1، 1977، ص 21. أشار إليه: عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 717.

[85] – قرار تعقيبي رقم 27777، صادر بتاريخ: 26 جانفي 1993، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1993، ص 283. أشار إليه: عبد الرحمن أحمد الرفاعي، نفس المرجع، ص 718.

[86] – ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 208.

ثالثا – القضاء المغربي: ما يمكن التأكيد عليه هو الطابع غير الملزم للخبرة بالنسبة لمحاكم الموضوع، وهي مبدئيا تندرج ضمن السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، ما لم يفرضها المشرع في حالات محددة.[87]

ما يلاحظ من خلال بعض القرارات للمجلس الأعلى بالمغرب، أن القاضي المغربي يمارس سلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية أو عدم اللجوء إليها، كما يحتفظ لنفسه بسلطة الأخذ بنتيجتها أو عدم الاعتداد بها اعتبارا لظروف كل حالة، وعلى حسب خصوصية كل نازلة، والوثائق المدلى بها.[88]

غير أن موقف القضاء المغربي قد تغير بعد صدور مدونة الأسرة، وإن كان يستبعد صراحة وسيلة التحليل الطبي في مجال نفي النسب ضمن مدونة الأحوال الشخصية المعدلة، حيث قرر أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا والتي يمكن الاعتماد عليها في نفي النسب.[89] لكن بعد التعديل نصت المدونة على جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال نفي النسب بالشروط المذكورة في المادة 153 من المدونة وسبقت الإشارة إليها في الصفحة الثامنة عشرة.

---

[87] – الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية المغربية: "...يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا، قبل البت في جوهر الدعوى أن يأمر بإجراء خبرة...". ظهير شريف بمثابة قانون رقم1.74.447. بتاريخ 28 سبتمبر 1974بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 سبتمبر 1974، ص 2741.

[88] – المجلس العلى المغربي، محكمة النقض، قرار عدد 329، صادر بتاريخ 2008/09/11، ملف شرعي عدد 2007/01/02/446، غير منشور. أشار إليه: سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 154.

[89] – خالد برجاوي، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05–07 ماي 2002، ص 662.

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي بتاريخ 09 مارس 2005 ما يلي: "...حيث صح ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه وإن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب، فإن ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل المد المطلوب...ونفي الطالب نسب الابن المذكور إليه لكونه لم يعلم بوجوده...، إلا بعد توصله بدعوى المطالبة بنفقته،...وإنه أمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها ".[90]

رابعا – القضاء الإماراتي: بالنسبة للقضاء الإماراتي أنه يولي أهمية كبرى للطرق الشرعية في مجال نفي النسب، الأمر الذي جعله يستبعد في كثير من القضايا تقرير البصمة الوراثية. رغم أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي يجيز بحكم المادة 97 منه إلى إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب. حيث أكدت محكمة النقض في حكم صادر لها، أن دعوى نفي النسب لا يمكن قبولها بعد أكثر من سبعة أيام من تاريخ علم الأب بالولادة، وقررت رفض طعن تقدم به أب ضد زوجته يطلب فيه نفي نسب طفله بعد أن قادته المصادفة لإجراء تحاليل طبية للطفل أثناء علاجه، واكتشف استحالة أن الأب البيولوجي للطفل...وأن الدعوى التي أقامها كان الهدف منها عرضها على لجنة طبية كي يتمكن من التوصل إلى طفله الحقيقي، فإن القانون وقبله الفقه اشترط لرفع دعوى نفي النسب مدة معينة، فقد جاء في المادة 97 من قانون الأحوال الشخصية، أن للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بالعان خلال سبعة

[90] – قرار 4 مؤرخ في 4 يناير 2006 ، الملف الشرعي عدد547 /2/1/2004. أشار إليه محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 402.

أيام من تاريخ العلم بالولادة شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته له صراحة أو ضمنا، وتقدم دعوى اللعان خلال 30 يوما من تاريخ العلم بالولادة.[91]

كما أيدت المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات حكما قضى برفض دعوى أقامها رجل يطلب فيها نفي نسب الطفلة المولودة من زوجته بعد مرور أربعة أشهر من ولادتها، موضحة أن: " للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة، شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته له صراحة أو ضمنا ". وطرحت هيئة المحكمة الأخذ بالدليل المستمد من تحليل الحمض النووي، الذي طلب إجراءه الأب لثبوت النسب بالطريق الشرعي.[92]

[91] – علاء فرغلي، « التحاليل تنفي صلة الأبوة والمحكمة ترفض نفي النسب »، مجلة الإمارات اليوم:
:–section/accidents/2013–10–26–1.617541.
http://www.emaratalyoum.com/localتصفح بتاريخ: 2017/05/25.

[92] – أحمد عابد، « زوج ينفي نسب طفلة والاتحادية العليا تقر الأبوة »، مجلة الإمارات اليوم:
http://www.emaratalyoum.com/local–.
section/accidents/2011–07–15–1.409972 تصفح بتاريخ: 2017/05/25.

الخاتمة:

يعتبر اكتشاف البصمة الوراثية ذا أهمية كبيرة، حيث أصبحت حقيقة واقعية ملموسة، لا سيما اعتمادها في مجال النسب، خصوصا بعد أن أقرها الكثير من الفقهاء أعضاء المجمع الفقهي الإسلامي. وبعد النظر في مدى حجيتها واعتبارها وسيلة شرعية لإثبات ونفي النسب؛ تباينت آراء الفقهاء المعاصرين فيما يخص منزلة البصمة الوراثية من الوسائل الشرعية لإثبات أو نفي النسب.

من العلماء من عارض الأدلة التقليدية واعتبر البصمة الوراثية أقوى بكثير من القرائن، بل إنها تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية وليس العكس، في حين ذهب البعض الآخر من العلماء وهم الفريق المؤيد للطرق التقليدية إلى القول بعدم تقديم البصمة الوراثية على طرق ثبتت بنصوص شرعية صحيحة. لكن يبقى الإجماع على أن البصمة الوراثية تحتل مرتبة قوية في الإثبات إذا ما قورنت ببعض الوسائل الأخرى التي تحتمل الخطأ، مثل العمل بالقيافة، حيث تمثل البصمة الوراثية تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عليه.

وعلى إثر ذلك عمدت أغلب التشريعات الوضعية ومن ضمنها التشريعات العربية إلى اعتبار البصمة الوراثية بينة مستقلة أو طريق من طرق إثبات النسب أو نفيه، واستقر قضاء بعض هذه الدول على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب الشرعي والطبيعي؛ أما بخصوص استخدامه في نفي النسب، كانت الموافق مختلفة فقد أقر البعض النفي بالبصمة الوراثية، بينما منع البعض الآخر استعمالها في حالة اللجوء إلى اللعان.

نستطيع القول حقيقة أنّ البصمة الوراثيّة تعتبر ثروة هائلة قدّمتها البيولوجيا الجزيئيّة للإنسان، وقد تبنّتها الكثير من الدّول في العالم واعتمدتها كقرينة أساسيّة في قضايا النسب. إذ تعتبر حجّة دامغة في الفصل في نزاعات النّسب والتّأكّد من حقيقة

الأبوّة والأمومة. لذلك فمن الحكمة أن ندرس نتائج تجريب العمل بالبصمة الوراثيّة في الدّول المتطوّرة وما توصّلت إليه محاكمهم وتشريعاتهم من قواعد وضوابط تضمن سلامة العمل بها، وتبعث الثّقة للاحتكام إليها، حتّى إذا ما تدخّل الفقهاء والشّراع في عالمنا العربي أضافوا إليها أو عدّلوا منها بما يتناسب وقيمنا وعاداتنا دون تكرار بدعوى ابتكار.

وعملاً بذلك لابد من تشجيع إنجاز مخابر عِدّة لتعميم العمل بتقنيّة البصمة الوراثيّة قصد تغطيّة أكبر عدد من القضايا المطروحة أمام القضاء، والمساهمة في الحلّ العاجل لهذه المسائل العالقة بالعدل والإنصاف لأهلها.