جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

- قسم الحقوق -

مـــــــذكـرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليـــــــــســـــــانس

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

شعبــة : الـحقـــوق

الـتـخـصـص : قـــانـــون خـــــــــاص

مـن إعداد الطـــــالـب : بن شعاعة محمد الصالح

بعنـــوان

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

نـــــــوقشـت و أجيزت بتـــاريخ :

أمـــام اللجنة المكونة من الســـادة :

1 / سمية صالحي أستاذة محاضرة - أ - جامعة قاصدي مرباح ورقلة.....- رئيســـــــــا

2 / طوبال فهيمة أستاذة محاضرة - ب - جامعة قاصدي مرباح ورقلة .....- مشرفـــــــا

3 / الداوي نجاة أستاذة محاضرة - أ - جامعة قاصدي مرباح ورقلة .....- منـاقشـــــــــا

السنة الجامعية 2014/2013

قال الله تعالى في سورة النساء " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفسٍ واحدةٍ وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تسائلون به والأرحام. "

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي الذين كانوا لي عونا كبيرا بدعواتهم علي

وإلى أمي التي زودتني بالحنان والمحبة

أقول لهم: أنتم وهبتموني الحياة والأمل والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة

وإلى إخوتي الأعزاء (مبروك – عبد العزيز – لقمـــان) و إلى خالاتي الأعزاء و بالأخص خالتي العزيزة عليا كثيرا زهـــيرة بريك.

و دون أن أنسى صديق الذي كان لي عونا " كمـــــال الريغي "

ثم إلى كل من علمني حرفاً أصبح سنا برقه يضيء الطريق أمامي.

محمد

الـصـــــــــــالـح

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا مباركا فيه، لك الحمد ربنا حتى ترضى ، ولك الحمد

إذا رضيت ، ولك الحمد بعد الرضا.

أشهد أن لا الله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمد

عبده ورسوله صلى الله عليه و على آله ومن

تبعهم بإحسان إلى يوم الدين و يلم تسليما كثيرا...

قال تعالى({فَاذْكُرُونِي أَذْكُرْكُمْ وَاشْكُرُواْ لِي وَلاَ تَكْفُرُونِ}

لأن البداية متعبة دوما ولأن الطريق مهما قصر وحدك ... فإنك

تحتاج دوما إلى عيونا تبصر بها و قلوبا تنبض صدقا

لتجعلك أكثر إيمانا ، وأيادي تمد طوعا حتى لا تسقط جبرا و كلمات تلهب

صدرك حماسا كلما تضاءلت شعلة. وبعد السلام على الرسول أتقدم بالشكر إلى:

- الأستاذة طوبـــال فهيمة

على إشرافها لي و توجيهها لي في إعداد هذه المذكرة.

محمد الصالح

منتديات نرانيم الأمل

خطة المذكـــــــــــــــــرة

مـــقدمة

الفصل الأول : ماهية البصمة الوراثية و مشروعيتها في إثبات النسب

المبحث الأول : تعريف البصمة الوراثية و قيمتها العلمية

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية

الفرع الأول: البصمة الوراثية لغة

الفرع الثاني:البصمة الوراثية اصطلاحا

المطلب الثاني: القيمة العلمية للبصمة الوراثية

الفرع الأول :نتائج تحليل البصمة الوراثية

الفرع الثاني: مصداقية البصمة الوراثية

المطلب الثالث:أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

الفرع الأول: خصائص و مميزات البصمة الوراثية

الفرع الثاني: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية

المبحث الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المطلب الأول : التكييف الشرعي للبصمة الوراثية

الفرع الأول : أصحاب الرأي الأول (المذهب الأول)

الفرع الثاني: أصحاب الرأى الثاني (المذهب الثاني)

المطلب الثاني: التكييف القانوني للبصمة الوراثية

المطلب الثالث: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثباث النسب

الفرع الأول : من الكتاب

الفرع الثاني: من السنة

الفرع الثالث: من القياس

الفصل الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المبحث الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

المطلب الأول : الرأي القائل بتقديم البصمة الوراثية على أدلة الإثبات الأخرى

الفرع الأول: من الكتاب

الفرع الثاني: من المعقول

المطلب الثاني:الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القافة

الفرع الأول: من الكتاب

الفرع الثاني: من السنة

الفرع الثالث: من المعقول

المطلب الثالث:موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 02/05

الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية

الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية ، تتمثل هذه السلطة في مناقشة التقرير ، و مدى تقيده بالنتائج التي توصل إليها

المبحث الثاني:الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

المطلب الأول:الآثار المترتبة على أولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية

الفرع الأول: الأحكام الوضعية للبصمة الوراثية

الفرع الثاني: إثبات نسب ولد الزنا

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية

خطة المذكـــــــــــــــــرة

الفرع الأول: عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها

الفرع الثاني: عدم التأكد من الأنساب الثابتة

المطلب الثالث: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب

الفرع الأول:الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش

الفرع الثاني : الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع البينة

الخاتمة

الفصل الأول : ماهية البصمة الوراثية و مشروعيتها في إثبات النسب

أدى التقدم العلمي الكبير الذي حققته البشرية في هذا العصر إلى ظهور إكتشافات علمية عجيبة، و تجلى ذلك في مجالات متعددة وظهرت نوازل لم تكن معروفة من قبل.

ففي مجال الطب مثلا استطاع العلماء أن يقفوا على البنية الأساسية لجسم الإنسان ، ومعرفة الكثير من أسرار الخلية ، حيث ثبت أنها تحتوى على الحمض النووي الذي يحافظ على نفس التركيبة في جميع خلايا الجسم ، وظهر أن لكل إنسان نمطا وراثيا ينفرد به عن غيره لذلك فقد أطلق عليه اسم البصمة الوراثية ، والتي يمكن الإستفادة منها في اثبات النسب أو نفيه.لهذا قسمت هذا الفصل إلى مبحثين و هما:

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية و قيمتها العلمية

المبحث الثاني:مشروعية البصمة الوراثية في اثبات النسب

المبحث الأول : تعريف البصمة الوراثية و قيمتها العلمية

و أتناول في هذا المبحث تعريف البصمة الوراثية و قيمتها العلمية و أهميتها في الإثبات في ثلاثة مطالب وهي :

المطلب الأول : تعريف البصمة الوراثية

المطلب الثاني : القيمة العلمية للبصمة الوراثية

المطلب الثالث : أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية

الفرع الأول: البصمة الوراثية لغة

1 -البصمة من بصم وبَصَمَ بصمًا القماش رسم عليه ، و البصمة لغة هي العلامة وهو من كلام العامة ، و البصم: هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر ، يقال رجل دو بصم أي غليظ [1].

وجاء في المعجم الوسيط : بصم أي ختم بطرف أصبعه ، و البصمة هي أثر الختم بالأصبع[2].

و في لسان العرب: البصم هو فوت مابين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، و الفوت هو ما بين كل أصبعين طولا[3].

2 -الوراثة لغة: ورث وارث والوارث من صفات الله عز وجل ، فهو الباقي و الدائم الذي يرث الأرض ومن عليها بعد فناء الكل

وورث: هو أن يكون الشيْ لقوم ثم يصير لقوم آخرين ، و يقال ورث فلان أباه يرثه وراثة وميراثا ، قال الله تعالى في زكريا عليه السلام ودعائه:" فهب لي من لدنك وليا يرثني ويرث من آل يعقوب" أي يبقى من بعدي فيبقي به ميراثي وهو النبوة[4].

والوراثة هي العلم الذي يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الإنتقال[5].

وخلاصة ماسبق أن لفظ البصمة في اللغة ينصرف مدلوله إلى العلامة أو الأثر الذي تتركه الأصابع على السطح.

والبصمة الوراثية تعني العلامة أو الخصائص و المميزات التي تنتقل من الأباء إلى الأبناء.

الفرع الثاني:البصمة الوراثية اصطلاحا

---

[1] **خليفة علي الكعبي:** البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى ص42.

[2] المعجم الوسيط ، دار الفكر العربي، القاهرة،د ت،ج 1، ص60.

[3] **ابن منظور لسان العرب:** دار احياء التراث العربي،بيروت،ط3،1999،ج1،423.

[4] **سورة مريم** ، الآيتان 05،06.

[5] **مصطفى مناصرية:**البصمة الوراثية و أثرها في اثبات ونفي النسب،(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري)ماستر غير منشورة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية " بقسنطينة " 1428 – 1429 هـ/2007-2008 ص54.

البصمة الوراثية تقنية علمية حديثة، و كثيرا ما نجد الدين كتبوا في هذا الموضوع يركزون على الجانب العلمي المتعلق بها و يتحاشون ذكر تعريف لها، ولم أجد تعريفات كثيرة لها، وأهم التعريفات التي وردت نجد:

1 - عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها العلمية حول الوراثية و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني، المنعقد بالكويت بالفترة ما بين 23-25 جمادى الثاني 1419 هـ الموافق لـ 13-15 أكتوبر 1998 ، حيث جاء في توصيتها:" البصمة الوراثية هي البنية الجينية – نسبة إلى الجنيات أو المورثات – التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه".

أي بمعنى تحديد هوية الإنسان اعتماد على البينة الوراثية أو الجينية، و إذا نظرنا إلى كلمة " هوية" نجدها مشتقة من الضمير " هو " و تعني كون هذا الشخص هو ذاته و ليس شخصا آخر، أو هي لفظ يطلق للتعبير عن الأمور اللصيقة بالأشخاص أو الأشياء يراد بها التيقن من شخص هو بعينه، فلكل فرد مجموعة من الخصائص ينفرد بها عن غيره، و هذه الخصائص هي التي تتيح لنا التعرف على ذاتيه الشخص و تمييزه عن غيره و تحليل الحمض النووي (ADN) يتيح لنا التعرف على الشخص من خلال الإختلافات الموجودة عليه، والتي تتمثل في التوضع المختلف للقواعد الأزوتية وترتيبها على مستوى الـ(ADN) كما سنرى لاحقا.

إلا أن البصمة الوراثية تختلف عن غيرها من وسائل التحقق من الهوية في أنها تحدد لنا درجة القرابة، فمثلا نجد أن الصورة الشخصية أو البصمة الأصبع تفيد في التحقق من الشخصية، إلا أنها لا تثبت النسب ،أما البصمة الوراثية فإنها تحدد لنا الهوية بصفاتها الذاتية و المرجعية من خلال التحقق من الشخصية وتحديد صلة القرابة بين هذا الشخص وغيره، و هي خصائص يشتمل التعريف على هذه الخاصية التي تتميز بها البصمة الوراثية عن غيرها من وسائل إثبات الهوية[6].

2 -عرفها المجتمع الفقهي الإسلامي في المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان:(مدى حجية البصمة الوراثية في اثبات البنوة) تم تعريف البصمة الوراثية بأنها:

[6] مصطفى مناصرية: المرجع السابق ، ص55.

البنية الجينية ، نسبة إلى الجينات أي المورثات ، التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالديه البيولوجية و التحقق من الشخصية و إثباتها ، ولا سيما في مجال الطب الشرعي هي ترقي إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية – وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيها [7].

3 -وقد عرفها الدكتور سعد الدين هلالي بأنها " العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع " و عرفها في مكان آخر بأنها " تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو آجزاء من حامض الدن المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه".

4 -وعرفها الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا في معرض بحثه فقال بأنها " الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع و التي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي يحتوي عليه خلايا جسده.

المطلب الثاني: القيمة العلمية للبصمة الوراثية

و أتناول في هذا المطلب نتائج تحليل البصمة الوراثية، و مصداقية هذه النتائج.

الفرع الأول :نتائج تحليل البصمة الوراثية

يتكون جسم الإنسان من مليارات الخلايا، و كل خلية تتكون من عضيات معقدة التركيب و الوظيفة تؤدي عملها يتناسق.

وتنظيم تأمين [8]، يوجد في كل خلية نواة و في كل نواة ثلاثة و عشرون زوجا من الصبغيات الكروموسات[9] نصفها من الأب (الحيوان المنوي) و نصفها من الأم (البويضة)، ويشكل كل صبغي أيه من آيات الله جل و علا و معجزة من معجزاته،إذ أنه يحتوي على ما يعرف بالحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين الذي يرمز له في اللغة الإنجليزية (DNA) ، و في اللغة الفرنسية (ADN)[10] و يمثل الحمض النووي (ADN) المادة الوراثية

[7] **حسني محمود عبد الدايم:**البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ، طبعة1،2008ص83.

[8] مجموعة من الأخصائيين و للأستاذة ، الموسوعة الطبية، الشركة الوطنية للمطبوعات ش.م.م،1995،ج 6 ص966.

[9] الكرومو سومات هي مركبات كيميائية توجد في نواة الخلية تتكون من الحمض النووي (ADN)، أي أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض ط1،1423هـ ، سنة 2002م،ص39.

[10] (ADN) وهو مختصر إنجليزي بـ ADNDEOXX RIBONCHIVA CID وهو اختصار فرنسي لمصطلح ACIDE DESOSC

في كل الكائنات الحية، وهو عبارة عن سلسلتين: ملتفتين حول بعضهما البعض في شكل لولبي بالسلم،و تتكون كل سلسلة من أربع و حدات أساسية ، و كل وحدة تسمى النكليوتيدة ، و كل نكليوتيدة تتكون من سكر خماسي مادة الفوسفات.(p) وقاعدة ازوتية وهي أربعة أنواع:الأدنين (A) والحيوانين(G).

والسايتوزين (c) و التايمين (t)[11].

وتتصل أطراف السلسلتين عن طريق هذه القواعد، ولكن كل قاعدة أدنين (A) تقابلها قاعدة تأمين (t) ، و كل قاعدة جوانين (g) تقابلها قاعدة سايتوزين (c)، مكونة بذلك شكلا شبيها بالسلم درجاته هي هذه القواعد[12].

و تمثل كل مجموعة من النكليوتيدات مورثة (جين) ، ويصل عدد الموارثات في كل صبغي إلى مائة ألف مورثة تقريبا [13] ، تعتبر كل واحدة منها صفة وراثية بالطول و لون العينة وكثافة الشعر ولون البشرة و ما إلى ذلك.

الفرع الثاني: مصداقية البصمة الوراثية

السؤال الذي يتبادر إلى الدهن الآن ... هل فعلا نتائج البصمة الوراثية صحيحة 100% أم أن هناك شيئا نجهله عن البصمة الوراثية؟

حول هذا الموضوع تعددت أقوال الأطباء حول مسألة مدى مصداقية البصمة الوراثية و الذي يهمنا، هو النقل الصحيح عن أهل العلم و الدراية، فأهل الطب و العاملون بالمختبرات هم أهل العلم و الدراية، يقول أحد الأطباء: إن نتيجة البصمة الوراثية في الإثبات بنسبة 99.99% و في حالة النفي 100% و قال آخر إن احتمال تطابق القواعد النتروجينية في الحمض النووي في شخصين غير وارد مما جعلها قرينة نفي و إثبات لا تقبل الشك. و قال آخر إنه يظهر أنظمة الفحص من نوع STR يمكن وصول مؤشر الأبوة إلى 99.999% وهذه النسبة عمليا تعتبر قطعية، ثم قال أيضا و يجب توضيح أن إثبات الأبوة و البنوة لا

[11] **أحمد محمد خليل:**البيلوجيا الجنائية والبصمة الوراثية مجلة عجمان للعلوم و التكنولوجيا، جامعة عجمان،عدد1.
[12] **براين إنيس:** الأدلة الجنائية، ترجمة مركز التدريب و البرمجة، الدار المغربية للعلوم ، بيروت ، ط1،2002،ص146.
[13] **نجم عبد الله عبد الواحد:** البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا و نفيا أعمال و بحوث الدورة السادسة عشرة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،1422 هـ/2002م المجلد 03،ص231.

يمكن أن يصل من الناحية العلمية و العملية إلى 100% و ذلك لأنه يتوجب فحص جميع الدكور البالغين في المجتمع وهذا ضرب من الاستحالة[14].

المطلب الثالث:أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

تظهرأهمية البصمة الوراثية في الإثبات من خلال الخصائص و المميزات التي تميزها و مجالات الاستفادة منها:

الفرع الأول: خصائص و مميزات البصمة الوراثية

من خلال دراستنا من أهميتها في مجال الإثبات، و التي يمكن إجمالها فيما ياتي:

1 -عدم التوافق و التشابه به بين كل فرد و آخر عند تحليل البصمة الوراثية، وهذا من الإستحالة من بين ستة مليار نسمة إلا في حالة التوأم المتماثلة الواحدة.

2 - تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان، و ذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك و الظن وذلك بنسبة 100%.

3 -يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أعضاء الجسم،أو سوائله حتى بعد جفافها،ولا باختلاف أنواع العينات من مواد الجسم،بل البصمة الموجودة في أي مكان جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر[15].

4 - يظهر تحليل البصمة الوراثية في صورة خطوط تختلف من شخص لاخر،من حيث الطول و البعد بينها، تسهل قراءتها وحفظها و تخزينها في الحاسوب،و الرجوع إليها عند الطلب.

5 - إن الحمض النووي به قدرة كبيرة في مقاومة عوامل التحلل و التعفن لفترات طويلة، على عكس الطرق الأخرى التي تستعمل في تحديد الهوية لبصمة الأصابع،وعليه فإن للبصمة الوراثية فائدة عظيمة في تحديد هوية الجثث و الأشلاء المعفنة و المتفحمة[16].

---

[14] **خليفة علي الكعبي:** المرجع السابق ص45.

[15] **خليفة علي الكعبي:** المرجع السابق ص41.

[16] **أنس حسن ناجي**: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي و الشريفة الإسلامية دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة الإسكندرية ت4121،99 ص29.

6 - هي أدق القرائن في قضايا النسب العائلي والبنوة، وكذلك في قضايا الإرث وتوزيع التركات و الأملاك، وتأخذ المحاكم في أوربا و أمريكا بنتائج هذه التقنية الوراثية منذ اكتشفت عام 1985م.

الفرع الثاني: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية

تكمن المجالات التي يستفاد منها من البصمة الوراثية كدليل إثبات يلجأ إليها أمام المحاكم وفي التحقيقات الأمنية[17] ، و تساهم في حل كثير من القضايا وتتمثل في:

1 - **تحديد هوية الشخص:** حيث تكون عاملا مهما في مسائل وهي:

أ - التحقق من شخصية المفقودين وعودة الأسرى ، خاصة إذا عادوا بعد زمن طويل تغيرت فيه ملامحهم، بحيث يصعب التعرف عليهم ، وكذلك انتشال الجثث عند الكوارث الطبيعية .

ب -انتحال الشخصية وقضايا الهجرة حيث يلجأ بعضهم إلى إدعاء الانتساب إلى عائلة معينة قصد الحصول على جنسية بلد آخر .

ج- تعقب المجرمين من خلال الآثار الآدمية التي تؤخذ من مسرح الجريمة ، وتنفيذ هذه التقنية خاصة في جرائم القتل و الاغتصاب و السرقة .

2 -**اثبات النسب ونفيه :** إذ يمكن إثبات الأبوة البيولوجية أو نفيها عن طريقها لذلك فإنه يستفاد منها في قضايا النسب و النزاعات التي يثيرها هذا الموضوع كاختلاط المواليد في المستشفيات ، وضياع الأطفال واختطافهم ، وحالة ما إذا وقع خطأ في أطفال الأنابيب.

المبحث الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

وقد قسمت هذا المبحث بدوره إلى ثلاثة مطالب أساسية هما :

المطلب الأول: التكييف الشرعي للبصمة الوراثية

المطلب الثاني: التكييف القانوني للبصمة الوراثية

المطلب الثالث: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب

[17] **حسني محمود عبد الدايم:** المرجع السابق،ص113.

المطلب الأول : التكييف الشرعي للبصمة الوراثية

البصمة الوراثية كغيرها من النوازل ، التي ظهرت حديثا بفعل تقدم العلوم ، حيث فتحت بابا لإمكانية استخدام تقنيات جديدة كوسائل للإثبات أمام القضاء ، كانت محل دراسة من قبل أهل العلم في السنوات الأخيرة بهدف تحديد قيمتها الثبوثية ، ومدى جواز العمل بها كدليل أمام القضاء.

وتتميز البصمة الوراثية بأنها دليل مادي يعتمد الحس، لذلك تمكن تكييفها شرعا بأنها نوع من القرائن ، والتي ذهب جانب من العلماء إلى قبولها كدليل في الإثبات.

والقرينة عرفت بأنها "أمر يشير إلى المطلوب" وعرفت أيضا بأنها " كل أمارة تقارن شيء خفيا فتدل عليه ، و عرفت كذلك بأنها "أمر يشير إلى المقصود، أو يدل على شيء من غير الاستعمال فيه، ويؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود.[18]

غير أن القرائن بدورها يمكن تقسيمها إلى قرائن قطعية و قرائن ظنية، و القرائن القطعية هي القرائن البالغة حد اليقين ، و التي تمثل دليل مستقلا في الإثبات بحيث تقوم مقام البينة.

أما القرائن الظنية فلا تمثل دليلا مستقلا ، و يستعان بها على سبيل الاستئناس والترجيح،[19] وهو ما يدعونا للتساؤل حول موقع البصمة الوراثية ضمن القرائن فهل هي قرينة قطعية أم هي قرينة ظنية؟

انقسم الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال إلى مذهبين:

المذهب الأول: ويرى أصحابه أن البصمة الوراثية قرينة قطعية.

[18] **أنس حسن محمد ناجي:** المرجع السابق،ص19 .

[19] **محمد أحمد حسن القضاة:** حجية القرائن في الفقه الإسلامي / مجلة دراسات عمادة البحث الأردنية، المجلد30 ، عدد 2 ، تشرين الثاني ، 2003، ص465.

الفرع الأول : أصحاب الرأي الأول (المذهب الأول)

وفي ذلك يقول أحدهم :".....ويمكن القول بأن البصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية يقينية لإثبات هوية الإنسان، وتعد سببا شرعيا لحسم نزاع النسب" [1] ، ويقول أخر :"....فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة ، أن البصمة الوراثية إذا توفرت شروطها و أكثر عيناتها، مع ملاحظة الدقة و الضبط و التكرار دليل قطعي و أكثر نتائجها 100% "

الفرع الثاني: أصحاب الرأى الثاني (المذهب الثاني)

حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية وهو الموقف الذي تبناه عمر بن محمد السبيل،إذ يقول "إن النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها ، مهما بلغت من الدقة و القطع بالصحة في نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك ونظر لما علم بالاستقراء للوقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة من طب و غيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمان ، إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علميا .[2]

ويبرر مؤيدوا هذا الرأي بأن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من قيمتها ، ذلك بأنها تفتقر إلى التأثير في نفسية القاضي ، كون إن إجراء التحليل يتم في غيابه وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر، بالإضافة إلى أن الظروف المحيطة و الإجراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها [3] وقد ذهبت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من خلال ندوتها الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية و الجيوم البشري و العلاج الجيني، المقامة في الكويت في الفترة الممتدة بين 23-25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق لـ 13-15 أكتوبر 1998 إلى أن " البصمة الوراثية من الناحية العلمية ، وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية و التحقق من

[1] **نصر فريد واصل:** البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها، مجلة الفقهي ، السنة 15 ، عدد 17 ، 1425 هـ / 2003 م ص59.
[2] **عمر بن محمد السبيل:** البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في النسب و الجناية ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي السنة الثالثة عشر ، عدد 15 ، 1423 هـ / 2002 م ، ص55.
[3] **خليفة علي الكعبي:** المرجع السابق،ص205.

الشخصية و لا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترتقي إلى مستوى القرائن القاطعة التي أخد بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية .

المطلب الثاني: التكييف القانوني للبصمة الوراثية

سبق البيان أن مصادر البصمة الوراثية التي يتم عليها التحليل تتمثل في نواتج و إفرازات جسم الإنسان ، كاللعاب و الشعر والدم والمني، وانطلاقا من ذلك فقد رأى جانب من فقهاء القانون المصري أن تحليل عينات بيولوجية من جسم الإنسان كتحليل الدم و البول بغرض الإثبات يدخل ضمن أعمال التفتيش [1] 1، فيما ذهب رأي آخر أن تحليل الدم أو البول يدخل ضمن أعمال الخبرة الطبية حيث تعتبر الخبرة الطبية استشارة فنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية عملية قد لا تتوفر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم عمله وثقافته[2] وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة وفقا للتعديل الجديد ".....يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وظاهر هذه الفقرة أن لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب إجراء اختياري بما يعني أنها نوع من الخبرة.و التسليم بأن البصمة الوراثية نوع من الخبرة يؤدي إلى عدة نتائج أهمها:

1 - إن تحليل البصمة الوراثية إجراء قضائي ، و الأصل أن الإستعانة بأهل الخبرة يترك لتقدير المحكمة ، فهي التي تقدر ما إذا كانت الاستعانة بهم لازمة أم غير لازمة [3] وقد جاء في المادة 48 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري "يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم"[4] .

2 - إن اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية إجراء اختياري للقاضي ، حيث أن للقاضي مطلق الحرية في ندب الخبير، ويعد ذلك بمثابة رخصة في يده ، وليس حقا للخصم

---

[1] **نصر الدين مروك:**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه منشورة ، الديوان الوطني للأشغال التربوي ، الجزائري ، ط1 ، 2003 ، 357.

[2] **حسني محمود عبد الدائم :** المرجع السابق،ص435.

[3] **أنس حسن محمد ناجي :** المرجع السابق ص 78.

[4] **المادة 48 من الأمر رقم 154/66** ، مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 نوفمبر 1966 المعدل و المتمم بالأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

فالقاضي ليس ملزما بالاستجابة لطلب الخصوم بندب الخبير إذا رأى في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، و الفصل في الموضوع، وهو ما يستشف من أحكام المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية[1] .

3 - رأي الخبير البصمة الوراثية غير ملزم للقاضي، أي أن التقرير الذي يقدمه خبير البصمة الوراثية يأخذ به القاضي على سبيل الاستئناس إذ أنه لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات و للمحكمة تقديره و هذا ما نصت عليه المادة 54 من قانون الاجراءات المدنية حيث جاء فيها ".... القاضي غير ملزم برأى الخبير".

المطلب الثالث: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب

أدى اكتشاف البصمة الوراثية وما تتصف به من مزايا في الاثبات إلى دخولها حيز التطبيق وأصبحت وسيلة رائدة لدى المحاكم و الجهات الأمنية ، لما يترتب عنها من تحقيق مصالح تفويت مفاسد، إذا أصبحت وسيلة هامة في هذا العصر لتعقب المجرمين و التعرف على الجثث المتفحمة أو المتحللة ، خاصة أمام فشل الوسائل المعروفة في التعريف على هوية المعنيين [2] و إذا كان استخدام البصمة الوراثية قد صار سبب يحصل هذه الجوانب وقرينة لمعرفة الأنساب و تحصيل آثارها فلا شك أن الشرع يجيزها ولا يمنعها ويمكن أن نستدل على ذلك بما يلي:

الفرع الأول : من الكتاب

1 -قال تعالى:" حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق قد جئتكم ببينة من ربكم فأرسل معي بني إسرائيل قال إن كنت جئت بأية فأتي بها إن كنت من الصدقين فألقى عصاه فإذا هي ثعبان مبين ونزع يده فإذا هي بيضاء للنظرين"[3] .

2 -وقوله تعالى: " وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكذبين وإن كان قميصه قدمن دبر فكذبت وهو من الصدقين فلما رءا قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم"[1]

[1] المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

[2] الهادي الحسين الشبيلي: إستخدام اليصمة الوراثية في إثبات النسب ، مجلة المعيار ، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة الجزائر، عدد 05 ، ربيع الأول 1424 ماي 2003 م ، ص95.

[3] سورة الأعراف ، الآيات 108.105.

3 -وقوله تعالى :" وجاءو على قميصه بدم كذب "[2]

ووجه الاستدلال من هذه الايات أن البينة لفظ جمع لكل ما يبين به الحق ويظهر ولا يراد بها الشهادة أو الاقرار فقط، كما لو يعلق الأمر بالقرائن ودلائل الأحوال، فالمراد من البينة في الايات الأولى البراهين العقلية الدالة على صدق موسى عليه السلام، وفي الايات الثانية فإن موضع قد القميص عد دليلا على صدق أحدهما وتبرئة الآخر، ومن العلماء من يحتج بهذه الاية، فيرى جواز الحكم بالأمارات و العلامات فيما لا تحضره البينات، ووجه الاستدلال من الاية الثالثة أن اخوة يوسف أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم، وقرن الله تعالى هذه العلامة بعلامة تعارضها و هي سلامة القميص من التمزيق[3].

الفرع الثاني: من السنة

1 -أخرج البخاري و مسلم عن عائشة أن أم سليم الأنصارية قالت : يارسول الله إن الله لايستحي من الحق ، فهل على المرأة غسل إذا هي احتلمت؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم" نعم إذا رأت الماء" فقالت أم سليم : أو تحتلم المرأة؟ فقال" تربت يداك فبم يشبهها ولدها"

وجه الدلالة:

أن إخبار النبي صلى الله عليه وسلم بأن المني يوجب الشبه، يلزم فيه أن الشبه مناط شرعي في إثبات النسب ، و إلا لما كان للأخبار فائدة يعتد بها ، و لما كان ماء الأبوين اللذين يتكون منهما الجنين سببا في إظهار شبهه بهما ، فوجب أن يكونالشبه دليلا لأثبات نسبه منهما لأنه إلحاق الولد بأبيه الحقيقي و هذا هو معتمد و دليل البصمة الوراثية .

2 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم:" بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب لدهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها إنما دهب بابنك فتحاكمتا إلى

---

[1] سورة يوسف الآيات ،28.26.
[2] سورة يوسف الآية 18.
[3] القرطبي : الجامع في أحكام القرآن ، دار الكتاب العربي، د ت ، ج14،ص119.

داود فقضى به الكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليه السلام فأخبرتاه، فقال:ائتوني بالسكين أشقه بينكما ، فقالت الصغرى يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى"[1]

وجه الدلالة:

أن نبي الله سليمان عليه السلام قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولم يكن للقرينة اعتبار في الاحكام الشرعية لما أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول العلامة ابن المفلح: (فلواتفقت مثل هذه القضية في شريعتنا عمل بالقافة وفقا لمالك والشافعي، وكان أولى من القرعة لأن القرعة مع عدم الترجيح، ولم يقص النبي صلى الله عليه وسلم قصة سليمان إلا ليعتبر بها في الأحكام).

ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار من قرينة الشفقة أو قرينة التهديد بذبح الولد بالسكين[2].

الفرع الثالث: من القياس

قياس البصمة الوراثية على القافة بجامع اعتماد الشبه في مجال يحل منهما ، بل الشبه في البصمة الوراثية الحد، فالأبحاث العلمية تشير إلى أن عدد كروموسوما في خلايا جسم الإنسان هي ستة وأربعون كروموسوما ، نصفها موروث من الأب، والنصف الثاني من الأم، وأن كل كروموسوما يحتوي على الرسالة الوراثية و المتمثلة في مجموعة الصفات التي يتميز بها كان شخص عن غيره ، بداية من لون العينين و طول القامة و شكل القدمين و درجة الذكاء و مدى الإستعداد للإصابة بمرض وراثي ، وصولا إلى أدق المميزات الموجودة في الجسم [3] ، لذلك فإن تكوين البصمة الوراثية لكل فرد هو نتاج إنتقال الصفات الوراثية من الأباء إلى الأبناء ، و هذه الصفات الوراثية هي التي تصنع الشبه بين الأصول

[1] **صحيح البخاري:**ج3ص1260- باب قول الله تعالى :" ووهبنا لداوود سليمان نعم العبد انه أواب ".
[2] حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص719.
[3] **عارف علي عارف** : بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي ، رؤية إسلامية ، دار التجديد للطباعة و النشر و الترجمة ماليزيا ، ط1 ، 1422 هـ / 2002 م ، ص95.

و الفروع، مما يعني أن البصمة الوراثية هي امتداد لما يسمى بالقيافة فهي تمثل تطورا عصريا ضخما في علم القيافة التي أجازها جمهور الفقهاء كطريق لإثبات النسب.[1]

و البصمة الوراثية دليل مادي للتحقق من الهوية الشخصية ، و قد تم قبول وسائل مستحدثة لإثبات الهوية ، أثبتت جذورها علميا و يسرت التعامل بين البشر و من ذلك:

أ - **بصمة الأصابع:** فإن الله العليم القدير جعل بصمة الأصابع لكل إنسان متفردة لاتلتبس بصمة إنسان آخر ، و بعض المقصرين في هذا العصر يأخذ الإشارة من هذا قوله تعالى:" بلى قدرين على أن نسوى بنانه .[2]

ب -**التوقيع الخطي :** كما هو معلوم و المعتاد أن التوقيع لا تتماثل في نظر خبراء الخطوط.

ت -ومن ذلك الصور الشخصية المأخودة بانعكاس الأشعة المثبتة على البطاقة الشخصية و التي تكتفي بها جميع الجهات الرسمية في إثبات الشخصية.

[1] الندوة العلمية حول الوراثية و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني ، www.islamsat.com.
[2] سورة القيامة ، الآية 04.

الفصل الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

من خلال ما تقدم في الفصل الأول ، نجد أن الفقه الإسلامي يتميز بوجود طرق عديدة في إثبات النسب ، و هذه الفراش والبينة والإقرار و القيافة ، أما الطرق الثلاثة الأولى فقد أتفق الفقهاء بشأنها أما القيافة فمختلف فيها ، لذلك فإننا نجد من التشريعات الوضعية من لم يتعرض لها ، والتي منها قانون الأسرة الجزائري.

أما اليوم وقد ظهر دليل جديد ، وأقصد بذلك البصمة الوراثية ، فإنه يقع على عاتق علماء العصر أولا تحديد حجيتها في الإثبات ، و المقصود من حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في هذا الفصل هو تحديد منزلتها ضمن أدلة إثبات النسب الأخرى ، و الآثار المترتبة على ذلك ثم تحديد الحالات التي يلجأ فيها إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب لذلك فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين و هي:

المبحث الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

المبحث الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

انقسم الفقهاء المعاصرون في تحديد منزلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب بالنسبة إلى الطرق التقليدية الأخرى ، و هي الفراش و البينة والإقرار و القيافة.

فمنهم من تبنى فكرة أولوية البصمة الوراثية على الأدلة التقليدية ، واعتبر أنها طريقة علمية دقيقة و يقينية ، يجب تقديمها على طرق الإثبات التقليدية ، و منهم من تحفظ على ذلك ورأى أن البصمة الوراثية تأتي في المرتبة الرابعة بعد الفراش و البينة و الإقرار وتقدم على القيافة لأنها أكثر منها دقة ، و أتناول في هذا المبحث رأي كل فريق بالتفصيل

المطلب الأول : الرأي القائل بتقديم البصمة الوراثية على أدلة الإثبات الأخرى

يقول بهذا الرأي سعد الدين هلالي ، و أيده في بعض الجوانب بعض الفقهاء خاصة ما تعلق بنسب ولد الزنا ، ويقوم هذا الرأي على " أن البصمة الوراثية تعين الشخصية بصفاتها المرجعية بمستند مادي ، فإنها تحقق ما عرفه الفقه الإسلامي من طرق لإثبات الفراش الذي به النسب وزيادة مما يجعلها دليلا مقدما على الأدلة التقليدية في ذلك [1] ،والذي يمكن قوله أن هذا الرأي يقوم على أن النسب المعتبر هو النسب البيولوجي وليس النسب الشرعي ويستند على عدة أدلة أهمها:

الفرع الأول: من الكتاب

يقول الحق تبارك تعالي << أدعوهم لأباهم هو أقسط عند الله >> [2]، واستدلوا بأن منطوق الآية الكريمة يدعونا إلى أن ينسب الشخص إلى الأب الحقيقي [3] ، و بمقتضى أدعوهم لأباهم هو أن نعرف الأب الحقيقي ، و أن نبدل في ذلك جهدا في المعرفة، لكي يأتي نسب الولد لأبيه حقا سواء كان شرعيا أو غير شرعي،سواء كان من زنا أو من زواج ضاعت وثائقه.

يمكن الاعتراض على ذلك بأن هذه الآية نزلت لتحرم التبني الذي كان سائد قبل ذلك، فقد كان زيد بن حارثة يدعى زيد بن محمد ، ولما نزلت هذه الآية ، أصبح يدعى إلى نسبه الأصلي زيد بن حارثة [4]، أما أن لفظ الأب يشمل على الأب غير الشرعي فهو قول مردود ، لمناقضته لقول النبي عليه الصلاة و السلام : **" الولد للفراش و للعاهر الحجر"**، لأن الشريعة تشترط شروطا أخرى في إثبات النسب غير كون النطفة من الوالد ، مثل وجود العقد ونحو ذلك فليس هناك من بين الأمرين فالولد الثابت بنوته لشخص من حيث النطفة، لا يثبت نسبه منه إذا ثبت أنه من الزنا مع أنه ابنه البيولوجي.

---

[1] **سعد الدين هلالي:**البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422 هـ / 2002م ،المجلد 03،ص263.

[2] سورة الأحزاب الآية 05.

[3] **سعد الدين هلالي:** المرجع السابق،ص276.

[4] **إبن العربي:** أحكام القرآن تحقيق محمد على البجاوي ، دار إحياء الكتب العربية ط1،1376هـ/1957م،ج1ص506.

الفرع الثاني: من المعقول

أ - أن أدلة النسب التي ذكرها الفقهاء لا تخرج في الحقيقة عن أثر الأدلة الشرعية في الإثبات منطقيا ، لأنها تهدف إلى كشف و إظهار الحقيقة المتاحة ، وليس فيها ما يتعبد به سواء بعدده أو بهيأته ، إلا ما ورد في حد الزنا و القذف[1].

ب -إن عمل الفقه الإسلامي بوسائل الإثبات المتعلقة بتحديد الشخصية و التي استقر عليها العمل دهرًا طويلا ، حتى حسبها بعضهم أصولا وقواعد ثابتة ، هي في الحقيقة لا تعدو أن تكون عملا بالممكن المشاهد ، وتفسيرا للنصوص بأدوات العصر،و لم يكن في المقدور الحكم بأبعد من ذلك ، والمقصود من ذلك أن الفتوى تتغير وتتبدل بتغير الظروف و الزمان فالمفتي إنما يفتي على عرف أهل زمانه وليس من المتقدمين كزمان المتأخرين[2].

و يعترف على ذلك بأن القول بتقدير كل دليل عملي على أدلة الشرع ، سيؤدي في النهاية إلى جحود كتاب الله ، و إهدار سنة نبيه الكريم عليه الصلاة و السلام من أجل آيات شاء الله أن ينعم بها على البشر ليستفيد منها الناس ، و ليعلموا أنه الحق من ربهم و ليس لضرب النصوص الشرعية بعرض الحائط[3].

أن الأصل في الآية الشرعية الصحية و اليقين ، لأنها من شرع الله ، وشرع الله واف غير مشوب بنق ، فكما في الأدلة الشرعية شيء من التزوير فإن البصمة الوراثية لا تخلو من التزوير و المطامع الشخصية وحتى توجد التهمة التي تهدر من قيمة الدليل الشرعي حينها لا يلتفت إليه ، ولذلك لا يصح التعمير بأن الأدلة الشرعية ظنية و قديمة[4].

ج -أن الفراش ليس دليلا للنسب ، و إنما هو تعبير عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة في إطار شرعي ، وهذه الحالة أي الجماع تحتاج إلى دليل ، هو متعذر عقلا الا من الزوجين لبناء علاقتهما على الستر ، لذلك تم الاكتفاء بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية

---

[1] **سعد الدين هلالي:** المرجع السابق، ص277.
[2] نفس المرجع،ص263.
[3] **خليفة على الكعبي:** المرجع السابق، ص212.
[4] نفس المرجع، ص200.

الممكنة ، و أول دليل لإثبات لفراش هو قيام حالة الزوجية في الواقع المشاهد ، و عبر الفقهاء عليه بدليل الفراش حتى ظن الناس أن الفراش دليل لإثبات النسب ، وهو الحقيقة عن قيام الزوجية ، وإشارة مهدية إلى الجماع المشروع[1].

د - إذا كانت طرق إثبات الفراش هي قيام الزوجية و البينة و الإقرار و الاستفاضة و الفياضة ، فإن الفقهاء قد نصوا صراحة على عدم جواز الأخذ بتلك الطرق مع وجود ما يعارضها بحثا عن الحقيقة ، وليس كما يظن البعض في تعدد طرق الإثبات أن الإسلام يهدف إلى ترسم الواقع على حساب الحقيقة[2].

المطلب الثاني:الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القافة

اختلف الفقهاء فيما بينهم و ذلك بالنسبة لثبوت النسب بالقافة و إلحاقه بصاحبه على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يثبت النسب بالقيافة إذ هي ليست بحجة و إلى هذا ذهب أبو حنيفة و أصحابه من الحنفية و إلهاء دوي و العزة و أبو إسحاق و الكوفيون.

واستدل الحنفية في مذهبهم بعدم ثبوت النسب بالقيافة بالكتاب والسنة و الاجماع و المعقول[3].

الفرع الأول: من الكتاب

قوله تعالى:" و لاتَقْفُ ما ليس لك به علم إن السمع و البصر و الفؤاد كل أوليك كان عنه مسؤولا"[1].

---

[1] **سعد الدين هلالي:** المرجع السابق، ص268 .
[2] المرجع نفسه:ص276.
[3] **حسن محمد ناجي:** المرجع السابق ، ص219.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه و تعالى نهى عن إتباع الحدس و الظن وهو في اللغة إتباع الأثر و الذي به سميت القافة و لتتبعهم الآثار وهو مأخوذ من القنا كأنه يتفو الأمور القافة مبنية على الحدس و الظن و هذا منهي عنه بلفظ الآية.

الفرع الثاني: من السنة

أ - ما أخرجه مسلم من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل من بني فزاره إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي ولدت غلاما أسود وفي رواية وإني أنكرته فقال النبي صلى الله عليه وسلم:هل لك من إبل ؟ قال: نعم ، قال:فما ألوانه؟ قال: حمزة ، قال: هل فيها من أورق؟قال :إن فيها أورق .قال فأنا أتاها ذلك ؟ قال عيسى أن يكون نزعه عرق. قال:وهذا عسى أن يكون نزعه عرق[2].

وجه الاحتجاج: النبي صلى الله عليه وسلم لم يمكنه من نفي الغلام و لا جعل للشبه و لا لعدمه أثر فبين عليه الصلاة و السلام أنه لا عبرة للشبيه.

اعترض على هذا الاحتجاج بعدة اعتراضات.

اعترض الأول: فالحديث حجة عليهم لأنه دليل على أن المادة التي نظر الله عليها الناس اعتبار الشبه و أن خلافه يوجب ريبة في أوضاع خلف إنكار ذلك، و لكن لما عارض ذلك دليل أقوى منه هو الفراش كان الدليل القوى وهو الفراش الصحيح ومتى كان قائما يعارض بقافة و لا شبه لمخالفة ظاهر الشبه لدليل أقوى منه وهو فراش.

اعتراض الثاني: إنما لم يعتبر الشبه هنا لوجود الفراش وهو أقوى منه ولا يدل ذلك على أنه مطلق بل في الحديث ما يدل على اعتبار الشبه يرى وأولى لقوته، بالفراش.

و أستدل أصحاب هذا الرأي في قيام سهم للبصمة الوراثية على القافة، و أخذها حكم القيافة من باب قياس الأولى بـ:

---

[1] سورة الإسراء ، الآية 36.
[2] **حسن محمد ناجي:** المرجع السابق ، ص220.

أ - إن البصمة الوراثية تعنى بدراسة انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع وهو ما يعني أن تحديد درجة القرابة عن طريق البصمة الوراثية أساسه الشبه، فقد ثبت علميا أن الحمض النووي لكل خلية من جسم الإنسان يتكون من ستة وأربعين كروموسوما نصفها من الأب و نصفها من الأم [1]. لذلك يمكن القول بأن البصمة الوراثية هي علم من القافة تميزت بالبحث في أسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة وعمق ومهارة علمية بالغة.

ب -من المعلوم أن القيافة هي عملية بدائية قديمة و تعتمد على القدرة على معرفة فارق الشبه باستخدام المطابقة كلون الأقدام أو اليدين أو العينين و قد يصيب القائف وقد يخطي بينما البصمة الوراثية طريقة متقنة يكاد يجزم بصدق نتائجها وهي تعتبر دليلا تكميليا مساندا لإثبات النسب ونفيه[2].

ت -إن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب لا يوجد بطلان العمل بالقيافة،لأنها طريق شرعي لإثبات النسب عند التنازع ثابت بالنص، فلا يجوز إلغاؤه ، وإبطاله بأي حال من الأحوال،لكن يظل الطريقان القيافة و البصمة الوراثية محلا للعمل بهما في مجال إثبات النسب.

ث -بعد بيان النتيجة العملية لحقيقة البصمة الوراثية نقول:إن البصمة الوراثية تعتبر دليلا تكميليا و مساندا لإثبات النسب وهو اختيار له مصدقيه علمية،خاصة في حال اختلاف الزوجين في دعوى نسب الابن ...، وإذا كانت القيافة لها قوة تدليلية أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم في إثبات ونفي النسب ، فإننا نقول:إذا البصمة الوراثية ما هي إلا دليل آخر مساند يدل على إثبات النسب ونفيه في ظل الزواج[3].

ج -البصمة الوراثية تعتمد على الخبرة الفنية المعملية و التقنية المتطورة بخلاف القيافة فإنها تعتمد على خبرة المشاهد و الفراسة و النظر فقط.

من خلال تعرضي لأقوال العلماء بشأن منزلة البصمة الوراثية و ترتيبها ضمن أدلة إثبات النسب ، فإنه بناء على ما سبق من أدلة، يمكن ترجيح ما ذهب إليه أصحاب

---

[1] **مصطفى مناصرية:** المرجع السابق، ص80 .
[2] **خليفة على الكعبي:** المرجع السابق ، ص 254.
[3] **أنس حسن محمد ناجي:** المرجع السابق، ص231.

الرأي الثاني ، و ذلك أن القول بأولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية فيه رد للنص وتقديم الرأي عليه ، ولا اجتهاد مع النص ويعني أيضا أنها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها و هو قبيل الإفراط و الثقة الزائدة في الأدلة العلمية، ولإطلاق سلطان المصطلحات العلمية في الإثبات ، فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية قرينة قاطعة أما من الناحية التطبيقية فإن الخطأ فيها وارد[1].

الفرع الثالث: من المعقول

فقد قيل: إن النسب نعمة و الزنى جريمة و الجريمة لا يستحق صاحبها النعمة بل يستحق العقوبة ليكون ذلك زجرا عن ارتكبها.و قيل أيضا :" فإذا زنى بامرأة فاتته بانبه ، يمكن أن تكون منه من وقت الزنى فلا خلاف بين أهل العلم أنه لا يثبت نسبها من الزنى و لا يتوارثان. و معنى للعاهر الحجر: أي لا شيء للعاهر إلا الخيبة و الخسارة و الخدلان.و العاهر هو الزاني".

القول الثاني حيث يرى هذا الفريق أنه إذا استحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش فإنه يلحق به[2].

المطلب الثالث:موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 02/05.

أتناول في هذا المطلب ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري حسب ما ذهب إليه في التعديل الذي أدخلته بمقتضى الأمر 02/05 وقف الفروع الآتية.

الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية

أناقش في هذا الفرع حدود الحرية التي منحها القانون للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية ثم بيان مدى توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

[1] **مصطفى مناصرية:** المرجع السابق، ص82.
[2] **حسن محمد ناجي:** المرجع السابق، ص 264.

أولا: مبدأ حرية القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية

أقر المشرع الجزائري للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، وكان باقتراح الطرق العلمية التي تمتاز بالقطعية و اليقين و لا النسبية فيها وهي تحليل الدم.

فهي لا ترتقي إلى اليقين فيها نوع من الشك [1] كما نجد أن المشرع الجزائري أستحسن أن يعتمد على البصمة الوراثية في جميع مجالات النسب أي بمفهوم آخر في مجال الإثبات و النفي ، وهذا حسب منصوص المادة 02/40 من الأمر 02/05 ، ق. أ . ج . و فيما يخص نفي النسب فإنه يتوجب على القاضي تطبيق اللعان حسب منصوص المادة 41 ق.أ.ج ، و ذلك كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء إختبارات البصمة الوراثية الوصول إلى حقيقة نسب الولد ونجد أن اللعان يكون في حالة انعدام الشهود ، و لبس ثمة شاهد إلا الزواج ، لقوله تعالى **"** و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم**"**.[2]

وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ 2006/03/05 لملف رقم 355180 من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده ، باعتباره أبا له ، كما أثبتت الخبرة العلمية (ADN) البصمة الوراثية من أن الطفل المذكور هو إبن المطعون ضده و من 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 ق.أ.ج وبين إلحاق النسب الذي جاء بسبب علاقة غير شرعية ، و هذا هو الأمر الذي يتعين معه نقص القرار المطعون فيه.[3] هنا نرى أن المحكمة العليا قد أحسنة صنعا في هذا القرار الإجتهادي كون أنها اعترفت بدور الخبرة الطبية و دورها في القوة الثبوتية و ذلك من خلال المادة 02/40 ق.أ.ج ، كون أنه مع تطور التجارب المخبرية و البيولوجية لفحوصات ADN و التي أصبحت تعطي نتائج حتمية و يقينية و لا تدع مجالا لشك حول هوية والدي الطفل المتنازع

[1] **أحمد شامي :** قانون الأسرة الجزائري دار الجامعة الجديدة 2010 ص192 – قانون الأسرة الجزائري 02/05 المؤرخ في 05/02/27 المادة 02/40.
[2] سورة النور الآية 04.
[3] مجلة المحكمة العليا ، 2006 ، العدد (1) ، ملف رقم 355180. مؤرخ في 2006/03/05، ص469.

عليه كون أنها لم تصبح كالسابق تتناول عينات الدم وإنما أصبحت تتناول الخصائص الجينية الوراثية للإنسان.[1] أما فيما يخص القرار السابق الذكر فإنه لا بد من الطعن فيه لا يثبت النسب في حالة وجود الزنا ، أي علاقة غير مشروعة.

ثانيا: مدى توافق ما ذهب إليه القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية.

تقتضي المقارنة بين ما ذهب إليه القانون الجزائري فيما يخص اللجوء إلى البصمة الوراثية في القضايا المتعلقة بالنسب مع أحكام البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي أن نفرق بين حالتين ، هما حالة استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب ، و حالة استخدامها في دعوى انكار النسب.

1 -إذا تعلق الأمر بنزع يرد منه إثبات النسب لأحد الأطراف كأن يتداعى شخصان مجهول النسب ، أو أن يقع اختلاط المواليد في المستشفى ، أو أن يدعي مجهول نسب الإنتساب إلى شخص فيتم اللجوء إلى البصمة الوراثية للتحقق من ذلك ، أو أن يكون هذا الشخص متوفي ووقع الخلاف بين الورثة على مجهول النسب بين مقر ومنكر ، فإن من الفقهاء من أجاز اللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة.[2] ، وذلك لأن الأدلة الشرعية لإثبات النسب المتفق عليه و المتمثلة في الفراش و البينة و الإقرار أقوى في تقدير الشرع من البصمة الوراثية.[3] ، ويمكن أن تثار مسألة الاستعانة بالبصمة الوراثية في هذه الحالة من طرف الخصوم أو أحدهم أو يثيرها القاضي من تلقاء نفسه ، و يخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي بمعنى أنه لا يوجد خلاف بين ما ذهب إليه القانون الجزائري و ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من حيث جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في هذه الحالات أو من حيث تحديد صاحب الحق في المطالبة باللجوء إلى البصمة الوراثية.

---

[1] **بلحاج العربي:** أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ص503.

[2] **سعد الدين هلالي :** المرجع السابق ، ص150.

[3] **وهبة مصطفى الزحيلي :** البصمة الوراثية و مجالات الإستفاذة منها ، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422 هـ / 2002 م ، المجلد 03 ، ص23.

إلا أنه يخشى من تساهل القضاء في استخدام البصمة الوراثية فقد جرى العمل على كثيرة الإستعانة القضاء بالخبرة لمعرفة حقيقة الشيء و فحص ككنهه[1] ، ليس للحاجة الفنية الملحة في القضية ، و إنما رغبة منهم في التخفيف من أعباء المعاينة و كثيرة القضايا الملقاة على عاتقهم ، بالإضافة إلى الثقة الزائدة التي قد يبديها بعض على القضاة في البصمة الوراثية .

ومثل هذا التوجه قد يؤدي إلى الإفراط في استخدام هذه الوسيلة من قبل بعض القضاء ، مما قد يؤدي إلى تقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية في الواقع العملي ، خاصة و أن التعديل الذي أدخل على المادة 40 من قانون الأسرة لم ينص على أولوية الأدلة الشرعية على الأدلة العلمية ، حيث أنه بعد أن ذكر الطرق الشرعية لإثبات جاء في الفقرة التالية وقال " يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

ولتجاوز هذا الإشكال فإنه بالإمكان تقييد هذه السلطة الممنوحة للقاضي بأن تكون صياغة هذه الفقرة تحمل دلالة على أولوية الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية ، ومثال ذلك أن نقول : "إذا لم يثبت النسب بأحد الطرق الشرعية جاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب" وبهذه الصيغة فإن القاضي يصبح مقيدا بأولوية الطرق الشرعية على البصمة الوراثية فلا يلجأ إليها إلا إذا استنفذ الطرق الشرعية في الإثبات كما أن اعتماد هذا التوجه قد يفيد في التقليل من النفقات الباهظة التي تستلزمها تحاليل البصمة الوراثية.

2 إذا تعلق الأمر بإنكار النسب بأن يرفع الزوج دعوى قضائية يريد فيها نفي نسب الولد الذي على فراشه ، فإن ما جرى عليه القضاء الجزائري اللجوء إلى اللعان متى توفرت الشروط على أن يتم ذلك خلال الثمانية أيام من العلم بالحمل أو الولادة.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد استحسن أن يعتمد على البصمة الوراثية في جميع مجالات النسب أي بمفهوم آخر في مجال الإثبات و النفي وهذا حسب منصوص المادة 02/40 من الأمر 02/05، ق –أ – ج ،وفيما يخص نفي النسب فإنه يتوجب على القاضي

[1] **أنس حسن محمد ناجي:**المرجع السابق ، ص111.

تطبيق اللعان حسب منصوص المادة 41 ق ،أ ، ج ، وذلك بالرجوع إلى الطرق التقليدية في ذلك وذلك لتفريق بين الزوجين كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية للوصول إلى حقيقة نسب الولد ونجد أن اللعان يكون في حالة انعدام الشهود ، وليس ثمة شاهد إلا الزوج ، لقوله تعالى:" ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم " وفي هذه الحالة يكون اللعان وفقا لاية الكريمة، أما في حالة ماكان للزوج بينة على ما يدعيه كالبصمة الوراثية التي تشهد لقوله أو نفيه، ففي هذه الحالة ليس هناك حاجة اللعان كون أن البصمة الوراثية نتائجها قطعية و حتمية[1]

ونظرا للمساوي الكثيرة التي قد تنجر عن استخدام البصمة الوراثية إذ تعلق الامر بإنكار النسب ، فإن الفقهاء من اهتدى إلى أن اللجوء إلى مثل هذه الطريقة لا يجب أن يكون إلا في حالة واحدة و هي حالة ما إذا كان يطلب من الزوجة ، وهذا حرصا على تحقيق مبدأ الستر الذي تريده الشريعة الاسلامية ، و تمكين الزوجة من الدفاع عن شرفها و إثبات براءتها و إلحاق نسب ولدها.[2]

وبما أن اخضاع البصمة الوراثية للأحكام العامة للخبرة التي تفيد بأن لجوء القاضي إلى الخبرة يكون بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو أن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، فإن العمل بالنص الحالي قد يثير بعض العواقب التي حرص الفقهاء على توقيها فقد تستخدم البصمة الوراثية في غير محلها فتؤدي إلى افتضاح أمر الزوجة و التشهير بها و هذا مالا يريده الشرع ، لذلك فإن اعطاء الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية لكل الخصمين و القاضي أيضا ينطوي على مفسدة كبيرة و هي الكلام في أعراض الناس و شرفهم ، و من هنا فإنه ينبغي تقييد اللجوء إلى البصمة الوراثية في انكار النسب بأن يمنح هذا الحق للزوجة فقط على أن يكون على سبيل للاستئناس فقط وليس دليلا كافيا لنفي النسب، حتى لا يكون هناك تناقض بين ما ذهب إليه الفقه الاسلامي وما وضعه القانون كما أنه ينبغي على

[1] **مصطفى مناصرية :** المرجع السابق ، ص185.
[2] **حمزة مشوار:** إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري ، غير منشور ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،2013/2012، ص33.

المشرع أن يتدارك النقص الحاصل في قانون الاسرة و المتعلق بوضع مواد قانونية تحدد أحكام اللعان.[1]

الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية ، تتمثل هذه السلطة في مناقشة التقرير ، و مدى تقيده بالنتائج التي توصل إليها

1 – مناقشة تقرير البصمة الوراثية

بناء على أن البصمة الوراثية عبارة عن خبرة يلجأ إليها القاضي في النزاع إذا رأى ضرورة لذلك، وهي تخضع لقواعد العامة التي تحكم الخيرة، فإن ما اشتمل عليه تقرير خبير البصمة الوراثية يكون محل مناقشة من قبل الخصوم ، حيث يجوز لمن هو في مصلحته الاحتجاج به فيما يدعيه، ويصبح للخصم الاخر أن يقدم من الدفاع الأدلة ما يفند به هذا التقرير ، حيث إنه من حق كل خصم أن يدلل مزاعمه، و يفسر ما غمض من التقرير بما يتفق مع مصلحته، كما يجوز له أن يقدم من الأدلة ما يجعل المحكمة تستبعد التقرير كليا ، و إذا اقتنع القاضي بوجود غموض أو خلل أو نقص يشوب عمل خبير البصمة الوراثية فإنه يجوز للقاضي أن يستبعد التقرير نهائيا أو يعيد المأمورية إلى الخبير نفسه لتكملة ما بقص منها، أو استبداله بخبير آخر حسب ما جاء في المادة 54 من قانون الاجراءات المدنية.[2]

المبحث الثاني:الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب يؤدي إلى ظهور عدة نتائج و آثار تحديد حسب منزلتها ضمن أدلة النسب ، و التي سبق و أن نتاولناها في المطلب السابق ، و لكل مذهب نتائج وآثار أتعرض لها في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على أولوية البصمة الوراثية على الطرق

[1] **مصطفى مناصرية :** المرجع السابق ، ص 186.

[2] **المادة 54: "** إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنا عليها الخبير تقريره غير يأمر باستكمال التحقيق أوان يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية

المطلب الثالث: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب

المطلب الأول:الآثار المترتبة على أولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية

الفرع الأول: الأحكام الوضعية للبصمة الوراثية

السبب و الشرط و المانع من أقسام خطاب الوضع ، لأن البصمة الوراثية دليل حسي ونتائجها يقينية ، فإنها تعد سبب شرعيا للنسب ، وشرطا لقبول الأدلة الظنية الأخرى ، و مانعا من قبول الأدلة الظنية إذا تعارضت معها[1].

1 -البصمة الوراثية:من حيث كونها دليلا حسب في تحديد الهوية الشخصية ، تعد شرطا شرعيا لقبول الأدلة الظنية شرطا موافقة الحس و العقل.

2 -البصمة الوراثية إثبات للهوية الحقيقة:ليس هذا فقط بل وإثبات لهوية من يأتي من طلب صاحبها،تعد سبب شرعيا لما يترتب على إثبات الهوية من آثار في غير مانع.

هذا و بمطالعة فروع الفقه الإسلامي ، وجدنا أن الفقهاء الأوائل قد نهوا على تأثير اكتشاف الهوية الحقيقة على أنه سبب شرعي في كثير من الأحكام،من هذه الأحكام مايلي:

أ - تحقق هوية المفقود واكتشاف حياته سبب شرعي في حقه في الميراث واسترداد زوجته.

ب -ثبوت الشبه بقول القائف سبب لإلحاق النسب عند النزاع،مع ما يترتب على ذلك من آثار في الميراث و المحارم و غيرهما.

ت -تحقق هوية الزوجة واكتشاف لأنها أخته من النسب أو الرضاع ، يعتبر ذلك سبب لوجوب الافتراق[2].

[1] نفس المرجع:ص 83.

[2] **حسنى محمود عبد الدايم:** المرجع السابق ، ص361 .

3 -البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس، فإذا تعارضت البصمة الوراثية مع الفراش أو الشهادة أو الإقرار لم تقبل هذه الأدلة لعدم الإمكان ، لما سبق بيانه من شروط العمل بتلك الطرق.

واعترض على هذا الرأي بـ:

1 -إن القول بتجويز مثل هذا الرأي سيؤدي في النهاية إلى إلغاء جميع النصوص الشرعية و استبدالها بالأدلة الفنية الحديثة، فكلما استجد دليل جديد في هذا العصر صاغ للبعض تكييفه وفق منظوره الشخصي ، وكأن المسألة هي سبق اجتهادات وهذا ليس بالصواب ، وذلك أن مثل هذا القول سيؤدي إلى استبدال الإقرار بالبصمة الصوتية أو بصمة الصوت ، واستبدال الشهادة ببصمة الأذن واستبدال اللعان بالبصمة الوراثية،واستبدال حلف اليمين بجهاز كشف الكذب، إلى أن يقضي على جميع النصوص الفقهية الصريحة،والتي لا يكاد يشك فيها مسلم عاقل[1].

2 -إن الطرق التقليدية كالفراش و البينة و الإقرار هي ما أجمعت عليه الأمة من عصر الصحابة إلى يومنا، هذا فكيف يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تترال حتى إلا في طور التجربة و الاختيار ، و يعترف الخبراء أنه يعتريها الخلل من الناحية الفنية أثناء أجراء التحليل، فمن ثم لم يتفق عليها حتى في محاكم الدول التي اكتشفتها وعرفت كثيرا من أسرارها بادئ الأمر،فعمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هو قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتقع في منزلتها[2].

الفرع الثاني: إثبات نسب ولد الزنا

لا خلاف بين العلماء في اعتبار ماء الرجل سببا و موجب لتنسيب من يخلقه الله منه إليه، إذا كان في إطار العلاقة الشرعية المرسومة للمعاشرة،وهي النكاح و التسري و شبهتهما من كل مالا حد فيه.

[1] **خليفة علي الكعبي:** المرجع السابق، ص256.
[2] **مصطفى مناصرية:** المرجع السابق، ص84.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في تبعية الولد لأمه التي ولدته من نكاح أو من الخلاف بين الفقهاء في ذلك يرجع إلى اختلافهم في اعتبار الماء الذي يخلف الله منه الولد هو وحده السبب في التنسيب ، لأنه الأمر الطبيعي ، أم أن السبب هو الماء وعلاقة الزوجية أو التسري معا ، لأنها الأمر المشرع و ما بعداه باطل؟

هذا ،وقد اختلف الفقهاء في إثبات النسب لابن الزنا على مذاهب ثلاث:

المذهب الأول:

وهي أكثر أهل العلم المالكية ، و الشافعية، و الحنابلية، والظاهرية،والزبدية،والأمامية ،وبعض الإباضية ، وأبو يوسف، وبعض الحنفية، إلى أن أبن الزنا لا ينسب لأب بحال، سواء أقربه الزاني أم لم يقر، وسواء ثبت أبوته بموجب البصمة الوراثية أو بغيرها من الوسائل الأخرى أم لا[1].

وأستدل أصحاب هذا المذهب في تدعيم وجهة نظرهم بالآتي:

أولا:من السنة

1 -استدلوا بأن ابن الزنا لا ينسب إلى الزاني و إن ادعاه يقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش و للعاهرة الحجر "[2].

2 -ما أخرجه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه و سلم قال << من عاهرة أمه أو حرة فولده ولد زنى لا يرث و لا يورث>>[3].

[1] **حسني محمود عبد الدائم:** المرجع السابق،ص753.
[2] **صحيح البخاري:**ج2ص724-باب تفسير المشبهات، صحيح مسلم:ج2ص1080- باب الولد للفراش و توقي الشبهات- حديث رقم:1457.
[3] **سنن ابن ماجة:** ج2ص917-باب ادعاء الولد – حديث رقم 2745.

وجه الدلالة:

يفيد هذا الحديث الشريف، أن النسب لو كان يثبت بالزنا لترتيب عليه أثاره الشرعية من ميراث وغيره، ولما لم يكن ذلك دل على أن ولد الزنى لا يلحق بالزاني.

ملاحظة: وجه الدلالة للحديث الأول

ووجه الدلالة من هذا الحديث ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حصر وقصر ثبوت النسب على صاحب الفراش،فلا يكون لغيره.

يقول صاحب فتح الباري في شرح هذا الحديث:

الذي يظهر من سياق القصة، أنها كانت أمه مستفرشة لذمعة ، فاتفق أن عتبة زنى بها، وكانت طريقة الجاهلية في مثل ذلك أن السيد أن استحقه لحقه و إن السيد أو القافة، فأبطل النبي صلى الله عليه و سلم حكم الجاهلية و أحلق بزمعة...ولا يمكن حمل الخبر << الولد للفراش >> على كل واطئ بل المراد من له الاختصاص بالوط كالزوج و السيد.

ويمكن الجواب عن ذلك ، بأن قصر الفراش على من له الاختصاص بالوط كالزوج و السيد،يتعارض مع حق الزوج في نفي الولد باللعان و إهدار الفراش، وأيضا منع تنسيب الولد للزوج إن أتت الزوجة به من غيره لأقل من ستة أشهر،و هذا المنع محل الاتفاق.

ولذلك فقد نقل عن الشافعي أنه قال وقوله: << الولد للفراش >> له معنيان:أحدهما:هو له مالم ينفيه، فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتفى عنه.والثاني:إذا تنازع رب الفراش و

العاهرة فالولد لرب الفراش قال ابن حجر ، بعد أن ذكر قول الشافعي:و الثاني منطبق على خصوص الواقعة، و الأول أعم[1].

ثالثا:من الكتاب

قوله تعالى:" أدعوهم لإبائهم هو أقسط عبد الله " فقالوا أن العمل بروح الآية الكريمة يقتضي أن نعرف الأب الحقيقي ونبدل الجهر لمعرفته[2].

رابعا: من القياس

أنه يجب أن يلحق ابن الزنا بالزاني قياسا على وطء الشبهة[3].

المذهب الثاني:

ذهب الشعبي، وإسحاق بن راهوية ،وابن سيرين ، وعروة بن الزبير،و سليمان بن يسار ، و ابن تيمية، وابن القيم ، وبعض المالكية،إلى ثبوت نسب ابن الزنى للزاني مطلقا، متى عرفنا أنه من مائه،أو أقربه،وسواء أقيم عليه الحد أم لا، وسواء تزوج من المزني بها أم لا وقد اعتمد أصحاب هذا المذهب في تدعيم رأيهم هذا على الأدلة الآتية.

أولا:من السنة

1 -حديث عائشة في قصة عتبة الذي عهد إلى أخته سعد أن ابن وليدة زمعة منى ، و قال عبدين زمعة: هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش وللعاهرة الحجر" ، ثم قال لسودة بنت زمعة:"احتجبي منه"،لما رأى الشبه بعتبة فما رآها حتى لقي الله[4].

وجه الأدلة:

[1] **حسنى محمود:** المرجع السابق،ص756.
[2] سورة الأحزاب،الآية05.
[3] **سعد الدين هلالة:**المرجع السابق، ص276.
[4] **حسنى محمود عبد الدايم:** نفس المرجع، ص758.

يفيد هذا الحديث اعتبار النبي صلى الله عليه وسلم للشبه الدال على صاحب الماء وليس الدال على صاحب الفراش، وأمر سودة بالاحتجاب فلو لم يكن هناك اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب.

هذا ، وقد أجاب الجمهور عن هذا الدليل بأجوبة ضعيفة مقنعة فقالوا: يتعين تأويل هذا الحديث، واختلفوا في التأويل ، فقال ابن حزم: ليس أمره صلى الله عليه وسلم سودة أم المؤمنين بالاحتجاب منه بكادح في أن الولد لصاحب الفراش ، ولا احتجاب الأخت عن أخيها بمبطل أخوته لها البتة ، لأنه ليس فرضا على المرأة رؤية أخيها لها وإنما الفرض عليها صلة رحمة فقط، ولم يأمر عليه الصلاة و السلام قط بأن لا تصله.

2 -روى البخاري ومسلم عن أنس بن مالك قال:إن هلال بن أمية قدف امرأته بشريك بن سحماء ، و كان أخ البراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لا عن في الإسلام قال:فلا عنها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:

"أبصروها، فإن جاءت به أبيض سبطا فهو لزوجها، الأيمان لكان لي ولها شان".

وجه الدلالة:

فالنبي صلى الله عليه وسلم احتكم لصاحب الشبه ، وهو صاحب الماء ، فوجب أن يلحق ابن الزنى بمن هو من مائه ، إذا أقربه أو أثبت البصمة الوراثية أو غيرها ، أنه ابنه.

ويمكن الجواب عن هذا الدليل ، بأن قوله صلى الله عليه وسلم:"فهو الذي رماهابه" على سبيل المجاراة ، وليس على الحقيقة.

ثانيا: من القياس

استدل القائلون بهذا المذهب بالقياس من وجهين:

الأول: أن الأب هو أحد الزانيين، فإذا كان يلحق أمه و ينسب إليها وترثه ويرثها،مع كونها زنت منه ، وقد وجد الولد من ماء الزانيين واشتركا فيه ، واتفقا.على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره.

الثاني: قياس ماء الزاني على قياس ماء الشبهة،الذي يقول جمهور الفقهاء بثبوت النسب به.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية

بناء على أن النسب وفق هذا التوجه هو النسب الشرعي فإنه تترتب عليه أثار و نتائج تتمثل في استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها ، وعدم جواز التأكيد من الانتساب الثانية.

الفرع الأول: عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها

المقصود باستخدام البصمة الوراثية بديلا عن تلك الوسائل التي اعتمدها المشرع هو الإستعنانة بالبصمة الوراثية عن الوسائل التي اعتمدها الشرع ، و المتمثلة في الفراش و البينة و الإقرار ، وهو ما يرفضه أصحاب هذا الرأي ، لأن إثبات النسب بالطرق المتفق عليها شرعا هي ّأقوى في تقدير الشرع[1] ، فإن وجدت هذه الطرق كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية ، أما إذا حدث تعارض أو تنازع عند تساوي الأدلة فإنه يحتكم إلى البصمة الوراثية[2] ، وبناء عليه فإن استخدام البصمة الوراثية بديلا على الوسائل المنصوص

[1] **وهبة الزحيلي :** المرجع السابق ، ص78.
[2] **خليفة علي الكعبي:** المرجع السابق ، ص147.

عليها اعتمادا على قطعية نتائجها قول مردود ، و هو قبيل استبدال الذي هو خير بالذي هو أدنى.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الطرق الشرعية المقرر في إثبات النسب فلا ينبغي أن يعارضه شبه ولا إقرار و لا فراسة ، فقد إعترف عتبة بن أبي وقاص بأن إبن أمه زمعة هو ابنه و اعترض عبد بن زمعة على ذلك فتال هو أخي ولد على فراش أبي زمعة فحكم الرسول صلى الله عليه و سلم به لعبد بن زمعة لقرينة الفراش وقال : " الولد للفراش وللعاهر الحجر .

وفي هذا الحديث أمران هامان هما إسقاط شبه الغلام البين بمن ادعاه ، واسقاط إقراره له لأن الفراش أقوى منهما.

ونستنتج من ذلك أيضا أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان ، إذا لا يجب أن يعارض الفراش ما هو أضعف منه[1] ، مع أن تخلص البصمة الوراثية في هذه الحالة لا يعد إلغاء لها بل هو إعمال للأصل.

الفرع الثاني: عدم التأكد من الأنساب الثابتة

حيث إنه لن يكون مقبولا شرعيا استخدام البصمة الوراثية لإبطال حيث إنه لن يكون مقبولا شرعا استخدام البصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي ثتبث بطريق شرعي صحيح فإذا ثبت نسب الشخص بالوسائل المقررة شرعا مثل الفراش و غيره فلا مجال لإستخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب من جديد ، أو محاولة التأكيد منه لأي سبب كان وفقا لما جاءت به الشريعة المباركة من جلب المصالح ودرء المفاسد ، و محاولة التأكيد من النسب الثابت فيه بلاء عظيم و فتن لا يحمد عقباها ، لما فيه من التشكيك في دمم الناس و توجيه التهمة لهم ، ويلحق أنواعا من الأضرار النفسية و الإجتماعية بالأفراد و الأسرة و المجتمع ، و ينشر بين الزواج سواء الظن و يقوي الريبة بين أفراد المجتمع ، و مجرد أن يذهب الزوج للتأكد من نسب مولوده يعد اتهاما لزوجته وشكا في عفتها ، و هذا يتنافس مع

[1] سبق تخريجه ، ص26.

الثابت شرعا وهو حمل الناس على العفاف و الطهارة و الذي يعبر عنه لدى التشريعات الوضعية بقرينة البراءة ، و لا شك أن هذا يشعر الزوجية بأنها ليست محلا للثقة أمام زوجها ، مما يؤدي إلى شعورها بالظلم من قبل زوجها ، وهذا سوف ينعكس سلب على الحياة الزوجية ويعرضها لأن تنفصم عراها و تتلاش روابطها.

و الحجة التي يقوم عليها عدم جواز التاكيد من النسب الثابت ما رواه أبو هريرة حيث قال : "جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ولدت أمرأتي غلاما أسود وهو حينئذ يعرض بنفيه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : " فما ألوانها ؟" قال حمر ، قال : " هل فيها من أورق " قال إن فيها لورقا ، قال : " فإنى أتاها ذلك " قال عسى أن يكون نزعه عرق قال " فهذا عسى أن يكون نزعه عرق"[1].

فهذا الحديث فيه دليل على أن المخالفة في اللون بين الأب و إبنه لا يتبع الإنتفاء ودل أيضا على أنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهرت من أمارات و علامات فإذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان فإنه لا يجوز أيضا استخدام أي وسيلة قد تدل على انتفاء النسب و نفيه عن صاحبه ، لأن للوسائل حكم الغابات فما كان و سيلة لغاية محرمة ، فإن للوسيلة حكم الغابة ، وقد سبق البيان في الفصل التمهيدي أن النسب متى ثبت بأي طريق من الطرق الشرعية فإنه لا يمكن نفيه أو إبطاله و يستثنى من ذلك ثبوت النسب بالفراش ، لأنه يعد من قبيل الاستدلال على أمر خفي الذي هو الوطء بأمر ظاهر و هو الفراش ، والذي يفيد الاحتمال أن يكون الولد منه لذلك[2].

ونظر الحرمة التأكد من النسب الثابت ، فإنه يجب على الجهات المسؤولة في البلاد الإسلامية منع ذلك ، و الحيلولة دون حصول و ارتفاع العقوبات الرادعة على المخالفتين وقد أحسن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي صنعا عندما نص في توصياته بشأن البصمة الوراثية على عدم استخدامها للتأكيد من النسب الثابت ، بل وذهب أكثر من ذلك عندما نص على ضرورة أن تكون مخابر البصمة الوراثية تابعة للدولة وعدم

[1] **مصطفى مناصرية :** المرجع السابق ، ص 92.
[2] تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية ، ص293.

السماح للقطاع الخاص بالولوج في هذا الميدان كي لا تستخدم لأجل الربح ، و أن يتم إجراء الإختبار بناء على تعاون بين السلطة التنفيذية و القضائية[1].

المطلب الثالث: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب

بعد أن تناولت في مطلب سابق مسألة منزلة البصمة الوراثية في إثبات النسب وخلصت إلى أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني الذي مفاده أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية فإن العمل بهذا الرأي يثير مسألة تحديد الحالات التي يجوز فيها للقاضي اللجوء إلى البصمة الوراثية ، فهل يجب تحديدها على وجه الحصر أم أنه يترك الأمر على إطلاقه ، و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك؟

ومن خلال ما وقع بين يدي من رسائل جامعية ، فإن معظم العلماء يميلون إلى تحديد الحالات التي يلجأ فيها البصمة الوراثية على وجه الحصر ، و يقيد هذا التحديد في منع التصادم مع الأدلة الشرعية الذي قد يقع فيه بعض القضاة وهذه الحالات التي يلجأ فيها إلى البصمة الوراثية في معظمها تأتي المساندة و تأكيد قيام أحد الأدلة الشرعية ، لذلك يمكن تقسيم هذه الحالات حسب الفروع الآتية:

الفرع الأول: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش

الفرع الثاني: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع البينة

الفرع الأول:الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش

[1] **مصطفى مناصرية :** المرجع السابق ، ص 94.

يثبت النسب بالفراش إذا تحققت شروطه ، و المتمثلة في إمكانية التلاقي بين الزوجين بعد العقد ، و أن يأتي الولد في المدة المعتبرة شرعا و أن يكون الزوج ممن يأتي منه الولد إلا أنه قد يثور النزاع بين الزوج وزوجته أو بين الزوجة و الورثة ، و يكون مدار الخلاف في مدى توفر شروط الفراش بحد ذاتها عند بداية الحمل ، أو وجود خطأ أو لبس عند حدوثه [1] ، وهذه الحالات هي:

أولا: إدعاء الزوج عدم التلاقي بينه و بين زوجته

اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أن إمكانية التلاقي بين الزوجين هو أحد الشروط التي يثبت بها نسب الفراش ، و إن اختلفوا في مدلول الفراش ، حيث أن الحنيفة أن العقد وحدة يكفي بمجرد العقد في إثبات النسب ، لمن يأتي بعده في المدة المشروعة ، وهذا يسري حتى ولو علم أنه لم يتلق بها قط ، كأن يكون هو في أقصى المشرق و تكون هي في أقصى المغرب ، و لم يتلاقيا أو يكون قد طلقتها عقيب مجلس العق[2].

و معنى هذا أنه إذا إدعى الزوج عدم التلاقي مع زوجته بعد العقد فإنه يقع عليه عبء الإثبات ، فإذا ثبت ذلك ، فإن هذا يعني أن شروط الفراش غير قائمة ، و منه فإن النسب ينتفي من الزوج دون اللجوء إلى اللعان ، فإذا نجح الزوج في إثبات عدم التلاقي فإذا ذلك قرينة قاطعة مفادها أن الزوج ليس هو الأب ، ومثال لو أثبت الزوج أنه كان مقيما في بلد بعيد أو كان مسافرا أو أنه مدخل السجن و لم يتلق مع زوجته.

لذلك فإنه في مثل هذه الحالة لن يكون للزوجة ما تدفع به إلا أن تطالب باللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية ، و في مثل هذه الحالة فإنها تقرر مصلحة عظيمة كانت مستحيلة بالأمس

[1] **أنس حسن محمد ناجي :** المرجع السابق ص 157.
[2] **مصطفى مناصرية :** المرجع السابق ، ص 95.

، و معنى هذا أن عدم التلاقي بين الزوجين سيصبح قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بعد أن كان قرينة قاطعة[1].

ثانيا:حالة اختلاف الزوجين في مدة الحمل

اتفق الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر مائة وثمانون يوما لقوله تعالى " وقضا له في عامين " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ و َبَلَغَأَر ْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِيذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ (١٥)

فقد حدت الآية للحمل و الفصال ثلاثين شهرا[2].

قد يثور النزاع بين الزوجة حول الفترة التي جاء فيها الحمل أو حدث فيها العلوق ، و التي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

1 -أن يكون اختلاف الزوج مع زوجته بعد ادعائه أن الحمل حدث قبل العقد ، بمعنى أن مجيء الحمل كان قبل تمام الستة أشهر ، وهي أقل مدة يتأتي فيها الحمل بينهما تدعى الزوجة أن الحمل جاء بعد تمام الستة أشهر من تمام العقد ، و هو ما يعفي أن العلوق قد حدث بعد العقد ، وفي هذه المسألة ذهب الحنيفة إلى أن القول قول لزوجته لأن الظاهر يشهد لها فالأصل فيها الإستقامة ، و قال المالكية يلاعن للتساوي في التداعي.

أما الآن وقد أنعم الله علينا بهذا النعمة – البصمة الوراثية – فقد ذهب المجتمع الفقهي الإسلامي إلى جوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لحسم الخلاف بين الزوجية في هذه الحالة.[3]

[1] **أنس حسن محمد ناجي :** المرجع السابق ص 157.
[2] سورة الأحقاق : الأية 15.
[3] تقرير اللجنة العلمية ، المرجع السابق ، ص295.

إذا حدث الطلاق بين الزوجين فإن أقصى مدة للحمل يمكن أن ينسب منه الولد حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري هي عشرة أشهر حيث جاء في المادة 42 منه:" أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر و أقصاها عشرة (10) أشهر " فإذا جاء الولد لعشرة أشهر من الطلاق أو أقل فإنه ينسب للزوج و إذا جاء لأكثر من عشرة أشهر فإنه لاينسب له.

أما إذا وقع الطلاق بينهما فادعى الزوج أن الحمل جاء بعد عشرة أشهر من الطلاق وأن الولد ليس ابنه، وادعت المرأة أنه جاء لعشرة أشهر أو أقل وأن الولد ابنه فإنه في هذه الحالة يلجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات ذلك.[1]

ثالثا: حالة الوطء بشبهة

نكون أمام حالة الوطء بشبهة عندما يجامع الرجل زوجة غيره خطأ، ظنا أنها زوجته، فتأتي الزوجة بحمل في مدة يتصور فيها مجيء الحمل من الواطئ والزوج معا ، فيقوم النزاع بينهما بشأن نسب الولد سلبا أو إيجابا.

وحيث كان قديما يلجأ إلى الفائق للفصل في النزاع، أما الان ومع دقة نتائج البصمة الوراثية وأولويتها في الإثبات على القيافة ، فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية لحسم الخلاف، وقد تكون بذلك البصمة الوراثية حاملا للوطئ بشبهة للإقرار إن لم يقر سابقا بفعله، فيلزمه مهر المرأة الموطوءة بشبهة[2]

ويضاف إلى هذه الحالة حالة أن تتزوج المطلقة أو الأرمل قبل انقضاء عدتها ثم تأتي بولد يمكن أن ينسب إلى زوجها الأول و الثاني معا.

رابعا: حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب :

طفل الأنابيب الجائز تكوينه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، هو الذي يتم التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط مع عدم دخول طرف ثالث ، و يمكن أن يحدث هذا التلقيح حسب ما حدده مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في طريقتين هما:

[1] نفس المرجع ، ص295.
[2] **وهبة الزحيلي :** المرجع السابق ، ص 28.

1 – أن تؤخذ نطفة زوج و بويضة مع زوجته، ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

2 – أن تؤخذ بدرة الزوج و تحقن في الوضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا.

ويمكنني القول إنها حالة شبيهة إلى حد بعيد بحالة الوطء بالشبهة لذلك وجب أن تأخذ حكمها، وادراجي لهذه الحالة ضمن الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثيةمع الفراش لأن عملية التخصيب تحدث و الفراش قائم بين الزوجين ، و أن النزاع يكون أحد طرفيه صاحب الفراش .

الفرع الثاني : الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع البينة

تتميز هذه الحالات بأن البصمة الوراثية هي الدليل الحاسم و الأكثر قبولا خاصة عند غياب الأدلة الاخرى ، وأن اللجوء إليها ضرورة حتمية لابد منها وتكون في هذه الحالات سيدة أدلة الإثبات بلا منازع.

وإليها يعود القول الفصل في حل الاشكال ، كما أن النزاع في مثل هذه الحالات قد لا ينحصر بين الزوجين، وقد يكون بين الورثة أو أطراف خارجية و قد تكون الدولة طرف في ذلك أيضا و أهم هذه الحالات :

أولا : اختطاف أو ضياع الأطفال

مثال ذلك أن يقوم شخص باختطاف ولد صغير من والديه و إخفائه عنهم وتبنيه له أو بيعه لغيره، كما تفعل بعض العصابات المختصة في سرقة و بيع الأطفال ، حيث يتم سرقة الطفل و بيعه لبعض الأزواج الذين لم يرزقوا أطفالا كما يمكن أن يحدث و أن يضيع الطفل من والديه أو من مركز حضانة و رعاية الأطفال، وقد يصعب التعرف على الطفل أو التأكد من هويته بعد ذلك ، خاصة إذا مرت فترة

زمنية طويلة، قد تكون كفيلة بتغير ملامح الولد، و تنعدم الوثائق الرسمية التي تدل على هويته[1] .

فلا يعرف اسمه الحقيقي ولا والديه أو الجهة التي إنحدر منها، و كثيرا ما تطالعنا شاشات التلفزيون و الصحف بمثل هذه الحالات لذلك فإن اللجوء إلى البصمة الوراثية يكون هو الأنسب لإعادة هذا الطفل إلى أهله ودويه بعد العثور عليه.

ثانيا: اختلاط الأطفال المولودين حديثا

قد يحدث و أن يختلط الأطفال المولودين حديثا ، خاصة في العيادات الخاصة بالولادة و المستشفيات، و يكون ذلك بسبب الإهمال و عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، و في هذه الحالة يصعب على الممرضات و القابلات أو حتى الامهات التمييز بين الأطفال، و قد يحدث وأن يكتف الخطأ بعد سنوات عدة.[2]

و البصمة الوراثية في مثل هذه الحالات تمثل طريقة علمية يقينية محمودة الأثر يلجأ اليها شرعا حيث لا بينة ولا إقرار ولا لعان ولأن نتيجة البصمة الوراثية أوثق من القيافة التي كانت تعتمد قديما خاصة لدى الأطفال الصغار حيث يتضاءل التمييز لتشابه الملامح و التقسيم وهي في الواقع عرضة للخطأ.[3]

ثالثا: إثبات الولادة

إذا تعلق الامر بإثبات الولادة ، كأن يكون الرجل مسافرا أو مسجونا أو أسيرا ثم بعد فترة طويلة يجد زوجته عندها ولد، فتقول هذا ولدك ، و يقول هو لقيط أو مستعار....

فقد حكم الفقهاء في هذه الحالة بأن عليها بينة الولادة، ولا لعان بينهما لأن لم يقدفها بالفاحشة ، وقد اختلفوا في تحديد بينة الولادة فقال الحنيفية و الحنابلة يكفي شهادة المرأة الواحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال، و عند المالكية يثبت بشهادة امرأتين بدلا من رجلين، و عند الشافعية يثبت بشهادة ألابع نساء، وذكر بعض الشافعية جواز اللجوء إلى القافة في ذلك ، ولأن البصمة الوراثية أولى من القيافة في

[1] **خليفة علي الكعبي :** المرجع السابق ، ص47.
[2] جريدة الشروط اليومي في عددها الصادر في 2006/04/19 بحادثة خطأ في أحد المستشفيات بمدينة باتنة.
[3] **وهبة الزحيلي :** المرجع السابق ، ص 23.

هذا العصر ، فقد ذهب فقهاء العصر إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة.[1]

[1] **علي محي الدين القرة داغي:** المرجع السابق، ص 59.

الخاتمـــــــــة

البصمة الوراثية هي نوع من الخبرة الطبية ، بتطلب استخدامها كدليل في القضايا المتعلقة بالنسب ، توفر جملة من الشروط الأولى تتعلق بمدى سلامة الأجهزة والآلات المعدة لذلك و كذلك الأسس العلمية التي تتطلبها هذه الخبرة لتحقق أكبر معدل لليقينية كما يجب أن يخضع العاملين و المشرفين على المختبر لجملة من الشروط ، هي نفسها الشروط التي تناولها القانون الجزائري المتعلقة بالخبير بصفة عامة ، أما إذا تعلق الأمر بالفقه الإسلامي فهي تكاد تكون الشروط نفسها التي وضعها الفقهاء للأخذ برأي القائف.

وقد يصادف البصمة الوراثية عند استخدامها كخبرة فنية يلجأ إليها القاضي لحل النزاع صعوبات تقلل من أهميتها، أو تمنع إجرائها، وتتمثل هذه الصعوبات خاصة في تعارضها مع المبادئ التي وضعتها التشريعات الوضعية في الإثبات، كمبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده، أو تلك المتعلقة باحترام حقوق الأفراد، بما تشكله البصمة الوراثية من أعتداء على كرامتهم ومساس بحريتهم واعتداء على حرمة جسدهم، وهو ما جعل مسألة البحث عن طريقة يتم بها التوفيق بينها و بين هذه الصعوبات أمر ضروريا.

وفق تميز إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القانون الجزائري بمرحلتين، مرحلة رفض القضاء فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية ، حيث ذهب إلى أن اللجوء إليها يتطلب وجود نص قانوني خاص يسمح باستخدام هذه الطريقة، و مرحلة تدخل فيها المشرع و أدخل تعديلات على قانون الأسرة بما في ذلك المادة 40 منه، و التي أجاز من خلالها استخدام هذه التقنية الحديثة في مثل هذه القضايا.

من خلال المقارنة بين ما ذهب إليه الفقهاء بشأن استخدام البصمة الوراثية في مسائل النسب و ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في صيغته الحالية فإن هناك بعض الاختلافات .

قائمـــة المراجع

✓ الكـــــتب

1. **إبن العربي:** أحكام القرآن تحقيق محمد على البجاوي ، دار إحياء الكتب العربية ط1،1376هـ/1957م،ج1.
2. **ابن منظور لسان العرب:** دار احياء التراث العربي،بيروت،ط3،1999،ج1،423.
3. **أحمد شامي :** قانون الأسرة الجزائري دار الجامعة الجديدة 2010،قانون الأسرة الجزائري 02/05 المؤرخ في 05/02/27 المادة 02/40.
4. **أحمد محمد خليل:** البيلوجيا الجنائية والبصمة الوراثية مجلة عجمان للعلوم و التكنولوجيا، جامعة عجمان،عدد1.
5. **أنس حسن ناجي** : البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي و الشريفة الإسلامية دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة الإسكندرية ت99،4121 .
6. **براين إنيس:** الأدلة الجنائية، ترجمة مركز التدريب و البرمجة، الدار المغربية للعلوم ، بيروت ، ط1،2002.
7. **بلحاج العربي:** أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد.
8. **حسني محمود عبد الدايم:** البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،دار الفكر الجامعي – الإسكندرية طبعة1،2008.
9. **خليفة علي الكعبي:** البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دار النفائس
10. **سعد الدين هلالي :** البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م المجلد 03 .

11. **سعد الدين هلالي:** البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها ، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422 هـ/ 2002 م،المجلد 3.
12. **سعد الدين هلالي:** البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422 هـ / 2002م ،المجلد 03.
13. **سنن ابن ماجة:** ج 2ص917-باب ادعاء الولد – حديث رقم 2745. **صحيح البخاري:**ج2- باب تفسير المشبهات، صحيح مسلم:ج 2-باب الولد للفراش و توقي الشبهات- حديث رقم:1457..
14. **صحيح البخاري:**ج3ص1260- باب قول الله تعالى :" ووهبنا لداوود سليمان نعم العبد انه أواب ".
15. **عارف علي عارف** : بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي ، رؤية إسلامية،دار التجديد للطباعة و النشر و الترجمة ماليزيا ، ط 1 ، 1422 هـ / 2002 م.
16. **عمر بن محمد السبيل:** البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في النسب و الجناية ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي السنة الثالثة عشر ، عدد 15 ، 1423 هـ / 2002 م.
17. القرطبي : الجامع في أحكام القرآن ، دار الكتاب العربي، د ت ، ج14.
18. الكرومو سومات هي مركبات كيميائية توجد في نواة الخلية تتكون من الحمض النووي (ADN)، أي ديمية ناين للعلوم الأمنية، الرياض ط1،1423هسنة 2002م.
    a. للنشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى.
19. المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

20. **المادة 48 من الأمر رقم 154/66** ، مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 نوفمبر 1966 المعدل و المتمم بالأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
21. مجلة المحكمة العليا ، 2006 ، العدد (1) ، ملف رقم 355180. مؤرخ في 2006/03/05.
22. مجموعة من الأخصائيين و للأستاذة ، الموسوعة الطبية، الشركة الوطنية للمطبوعات شمم،1995،ج6.
23. **محمد أحمد حسن القضاة:** حجية القرائن في الفقه الإسلامي / مجلة دراسات عمادة البحث الأردنية، المجلد 30، عدد 2 ، تشرين الثاني ، 2003.
24. **مصطفى مناصرية:** البصمة الوراثية و أثرها في اثبات ونفي النسب،(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري)ماستر غير منشورة ، جامعة الأمير عبد القادر المعلوم الإسلامية " بقسنطينة " 1428 – 1429 هـ/2007-2008م.
25. المعجم الوسيط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت،ج1.
26. **نجم عبد الله عبد الواحد:** البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا و نفيا أعمال و بحوث الدورة السادسة عشرة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،1422 هـ/2002م المجلد 03.
27. الندوة العلمية حول الوراثية و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني، www.islamsat.com.22: 10 2014/04/22
28. **نصر الدين مروك:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه منشورة ، الديوان الوطني للأشغال التربوي ، الجزائري ، ط1 ، 2003 ، 357.
29. **نصر فريد واصل:** البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها، مجلة الفقهي السنة 15 ، عدد 17 ، 1425 هـ / 2003 م.

30. الهادي الحسين الشبيلي: إستخدام اليصمة الوراثية في إثبات النسب ، مجلة المعيار،مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة الجزائر، عدد 05 ، ربيع الأول 1424 ماي 2003 م.

31. **وهبة مصطفى الزحيلي :** البصمة الوراثية و مجالات الإستفاذة منها ، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422 هـ / 2002 م ، المجلد 03.

ب - القرأن الكريم

1. سورة يوسف الآية 18.

2. سورة الأحزاب،الآية05.

3. سورة القيامة ، الآية 04.

4. سورة يوسف الآيات ،28.26.

5. سورة الأعراف ، الآيات 108.105.

6. سورة مريم ، الآيتان 06،05.

الفـــــــــهرس **الصفحة**

آيـة قرآنيـــة	
الإهـــــداء	
شكـــر وتقدير	
خطة المذكـــرة	
مقـــــدمة	أ.ب.ج
الفصل الأول:ماهية البصمة الوراثية و مشروعيتها في إثبات النسب	04
المبحث الأول:تعريف البصمة الوراثية و قيمتها العلمية	04
المطلب الأول:تعريف البصمة الوراثية	05
الفرع الأول:البصمة الوراثية لغة	05
الفرع الثاني : البصمة الوراثية اصطلاحا	06
المطلب الثاني:القيمة العلمية للبصمة الوراثية	07
الفرع الأول:نتائج تحليل البصمة الوراثية	08
الفرع الثاني:مصداقية تحليل البصمة الوراثية	09
المطلب الثالث:أهمية البصمة الوراثية في الإثبات	09
الفرع الأول:خصائص و مميزات البصمة الوراثية	09
الفرع الثاني:مجالات الإستفاذة من البصمة الوراثية	10

الفـــــــــهرس **الصفحة**

المبحث الثاني:مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب	11
المطلب الأول:التكييف الشرعي للبصمة الوراثية	11
الفرع الأول: المذهب الأول	13
الفرع الثاني:المذهب الثاني	13
المطلب الثاني:التكييف القانوني للبصمة الوراثية	14
المطلب الثالث: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب	15
الفرع الأول:من الكتاب	15
الفرع الثاني: من السنة	16
الفرع الثالث: من القياس	17
الفصل الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب	19
المبحث الأول:منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب	19
المطلب الأول:الرأي القائل بتقديم البصمة الوراثية على أدلة الإثبات الأخرى	20
الفرع الأول:من الكتاب	20
الفرع الثاني:من المعقول	21
المطلب الثاني:الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة	22
الفرع الأول:من الكتاب	23
الفرع الثاني:من السنة	23

الفـــــــــهرس **الصفحة**

الفرع الثالث:من المعقول	25
المطلب الثالث:موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 02/05	26
الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية .	26
الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية.	30
المبحث الثاني:الأثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.	31
المطلب الأول:الآثار المترتبة على أولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية	31
الفرع الأول:الأحكام الوضعية للبصمة الوراثية	31
الفرع الثاني:إثبات نسب ولد الزنا	33
المطلب الثاني:الأثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية.	38
الفرع الأول: عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها.	38
الفرع الثاني:عدم التأكد من الأنساب الثابتة.	39
المطلب الثالث:حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.	41
الفرع الأول:الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش.	41
الفرع الثاني:الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع البينة.	45
الخاتمة	
المراجع	