وزارة التعليـــم العـــالي والبحـــث العـــلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية "قسنطينة"

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية — قسم الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي: ..... — – دراســات علــيا-

رقم التسجيـــل..... — تخصص أحوال شخصية

البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب:

مصطفى مناصرية

إشراف الدكتور:

عبد القادر جدي

لجنـــة المناقشـــة:

أعضـــــاء اللجـــــنة	الرتبـــــــة	الجامعة الأصلية	الصـــــــفة
د/ كمال لدرع	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	رئيســـــا
د/ عبد القادر جدي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	مـــشرفا ومقـــررا
د/ عبد الكريم عثماني	أستاذ محاضر	كلية الطب/ جامعة منتوري	عضوا مناقشا
د/ محمد زعموش	أستاذ محاضر	جامعة منتوري- قسنطينة-	عضوا مناقشا
د/ نوار بن الشلي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1428-1429هـ/2007-2008م

جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز للعلوم الإسلامية

شكر وتقدير

بعد الحمد لله على نعمته وكريم فضله أن وفقني في إنجاز هذا البحث أتقدم بالشكر الجزيل والثناء الجميل إلى أستاذي الفاضل الدكتور: **عبد القادر جدي** الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة، ولما حباني به من نصح وتوجيه وإرشاد واستعداد دائم للمناقشة وإبداء الرأي دون كلل أو ملل .

فأسال الله العلي القدير أن يجزه عني وعن طلبة العلوم الشرعية خير الجزاء

كما أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى أعضاء جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، وأخص بالذكر أساتذتي الكرام الذين درسوني بها، وإلى رئيس قسم الشريعة والقانون الدكتور صالح نعمان .

وأسال الله تعالى أن يجعل هذه الجامعة منارة علم ونبراس حق لتخريج العلماء والدعاة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الإهداء

إلى التي كان بطنها لي وعاء وحجرها لي حواء وثديها لي سقاء وفراقها لي عزاء: **أمي الحبيبة رحمها الله.**

إلى الراقد في جدثه الهانئ في مضجعه، الروح الطاهرة والنفس المؤمنة الذي أشعل جذور الإيمان في فؤادي، وأجج شعلة النور في نفسي ليضيء أمامي الجادة القويمة، فأعانني على طلب العلم وشجعني عليه وكان حلمه الدائم أن يراني متعلما وفقط: **أبي رحمه الله.**

والديّ الكريمين، اللذان توفاهما الله قبل أن أرد لهما ولو اليسير اليسير من فضلهما أهدي ثمرة هذا الجهد اعترافا لهما بفضلهما، راجيا من الله جل شأنه أن يتغمدهما برحمته الواسعة ويسكنهما فسيح جنانه.

اللهم تقبل مني هذا الدعاء استجابة لأمرك وطاعة لجلالك.

﴿ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

(الإسراء: 24)

مصطفى مناصرية

مقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مقدمـــــة:

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين، وصلى اللهم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، الحمد لله رب العـــالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين، خلق الإنسان من سلالة من طين ثم جعله نطفة في قرار مكين، ثم خلق النطفة علقة وخلق العلقة مضغة، ثم خلق المضغة عظاما مختلفة الأشكال والمقادير يقوم عليه هذا البناء المبين، ثم كسا العظام لحما ثم أنشأه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين، سبحان من شملت مقدرته كل مقدور، وجرت مشيئته في خلقه بتصاريف الأمور وتفرد بملـــك الســـماوات والأرض يخلق ما يشاء، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء ذكورا، أراد الله لهـــذا الإنســـان أن يكون خليفة في الأرض فقال: ﴿ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾[1]، ولما استفسر الملائكة عن سر هذا الاختيار وقد يقع منه الكفر والعصيان وسفك الدماء قال: ﴿ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾[2]، فعلم من ذلك سبب اختياره خليفة في الأرض دون غيره، وهو قدرته على التعلم والاكتشاف والاستنباط فكان له شرف عمارته للأرض دون غيره.

وقد ظل الإنسان مجاهدا مكافحا مكابدا يسعى إلى تفسير الظواهر التي حوله واكتشـــاف أسرار هذا الكون واختراع الآلات التي تسهل عليه نمط حياته ويستخرج بها مكنونـــات هـــذا الكون، خاصة بعد ظهور الرسالة المحمدية، حيث دعاه الحق تبارك وتعالى إلى التأمل والتـــدبر في آياته، واكتشاف عجائب قدرته وبدائع صنعه ليزداد الذين آمنوا إيمانا، قال تعالى: ﴿ سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِي ٱلْآفَاقِ وَفِيٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾ ﴾[3].

وتشير الدراسات أن العلم تطور في العقود الأخيرة بشكل لم يسبق له مثيل، خاصة بعـــد ظهور الآلات الحديثة كالمجهر والحاسوب، وظهور ثورة علمية اصطلح عليها ثورة تكنولوجيـــا المعلومات، والواقع أننا لا نعيش ثورة في تكنولوجيا المعلومات فقط، بل نعيش عصرا ثوريا آخر في علوم البيولوجيا، وكلتا الثورتين تؤازران بعضهما البعض، حيث لم تتقدم العلوم البيولوجية إلا

---

1 سورة البقرة، الآية30.

2 سورة البقرة، الآية30.

3 سورة فصلت، الآية 53.

عندما تم اختراع الحواسيب الحديثة بمزاياها المختلفة، كما ساهم المجهر في دراسة الكائنات الدقيقة والخلايا.

ومما أولى له العلم الحديث عناية في مجال البيولوجيا هو دراسة خلايا الإنسان والتعرف على مكوناتها، حيث ثبت أنها تحتوي على نواة تشتمل على المادة الوراثية الموجودة في الكروموسومات، والتي يمكن تشبيهها بكتاب يحتوي على ستة وأربعين بابا بعدد الكروموسومات الموجودة في النواة وكل باب يتكون من عدة كلمات بعدد المورثات التي تحملها، وهذه الكلمات حروفها القواعد الآزوتية المكونة لها، وقد أحكمت آيات هذا الكتاب بطريقة عجيبة وبتفصيل دقيق يروي قصة الإنسان وتاريخه، بفضله يمكن رسم شجرة العائلة الإنسانية وتاريخ بعض الأمراض، كما تعبر عن التشابه والتمايز بين أفراد البشر وتحدد أجناسهم، ومن ذلك أنها تعبر عن الخصوصية الفردية التي طُبع عليها الإنسان وما تحمله من خصائص ذاتية وصفات شخصية يختص بها كل فرد بشكل لا يوجد له مثيل عند غيره، وهذه الخصائص الفردية التي يمكن استخراجها من دراسة المادة الوراثية بهذه الصورة تبين بما لا يدع لنا مجالا للشك عظمة الخالق جل وعلا وقدرته، بما يعبر عنه هذا التناسق والتمايز من آيات، وفي ذلك يقول المولى عز وجل: ﴿وَفِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ أَفَلَا تُبۡصِرُونَ ٢١﴾[1].

ومن بين ما استطاع أن يثبته العلم الحديث إمكانية تحديد هوية الفرد وإمكان تحديد والديه البيولوجيين عن طريق تحليل المادة الوراثية، لذلك اصطلح على هذا التحليل اسم البصمة الوراثية تشبيها لها ببصمة الأصبع التي يتميز بها كل شخص عن غيره.

وقد أدى اكتشاف البصمة الوراثية وما تحمله من فوائد عظيمة إلى دخولها ساحة القضاء، واعتمادها كدليل أمام المحاكم سواء تعلق الأمر بتحديد الهوية وما له من فوائد في القبض على المجرمين والتعرف على الجثث والأشلاء أو دعاوى إثبات النسب ونفيه.

ولأن النسب يمثل أحد المواضيع التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية فائقة، واعتبرته أحد الأركان الرئيسية التي يقوم عليها بناء الأسرة المسلمة، ولبنة من لبنات المجتمع ودعامة أساسية لصلاحه، فجعل حفظ النسل ضرورة من الضرورات التي اهتم بها التشريع الإسلامي، كما جعل من اتصال الأنساب أحد المقاصد الشرعية التي تسعى الشريعة إلى تحقيقها، فوضعت له أحكاما

---

1 سورة الذاريات، الآية 21.

حرصا على استقرار الأوضاع في المجتمع، وزرعا للمحبة والألفة بين الأفـــراد، واتقـــاء للفتن والنزاعات.

ومن هنا تبرز الأهمية البالغة التي يجب أن يحظى بها موضوع استخدام البصمة الوراثيـــة في قضايا النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الذي يعتمد أساسا في هذا الموضوع على ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، لذلك فقد آثرت أن يكون موضوع دراستي لهذه المـــذكرة بعنوان:

"البصـــمة الوراثيـــة وأثرهـــا في إثبـــات ونفـــي النـــسب"

– دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري –

أولا: إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية الأساسية للبحث التي سأسعى جاهدا للإجابة عنها على مدار صـــفحات هذه المذكرة في: إلى أي مدى يمكن الاحتكام إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيـــه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

والإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي تقسيمها إلى إشكالات فرعية تتمثل في:

– ما هو تكييف البصمة الوراثية، وما مشروعيتها في إثبات النسب؟

– ما هي حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه،من خلال بيان مترلتها ضمن أدلة النسب، والحالات التي يلجأ فيها لها؟

– وما هي الشروط والضوابط التي يجب أن تتوفر فيها؟

– ما هي الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات، وكيف يمكن التوفيـــق بـــين الحاجة إلى الإثبات بالبصمة الوراثية، وهذه الصعوبات؟

– كيف يمكن للمشرع الجزائري أن يعتمد على هذه التقنية في الإثبات، بحيـــث يســـتثمر فوائدها ويتفادى مساوئها؟

ثانيا: أهمية الموضوع

تبرز أهمية موضوع البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب من عدة نواحي وهي:

1- أن تقنية البصمة الوراثية هي تقنية حديثة دخل استخدامها حيز التطبيـــق في الـــدول الغربية، وهي الآن موضوع اهتمام من قبل الدول العربية والإسلامية، حيث تعالت أصوات مـــن هنا وهناك نادت بضرورة إدخال هذه التقنية ساحة القضاء وتقنين استخدامها، لذلك فإنها تمثـــل أحد النوازل الطبية الحديثة التي ينبغي تأصيلها من الناحية الشرعية، وتحديد مشروعيتها ومجالات استخدامها وكذا الضوابط والشروط التي يجب أن تخضع لها عند الإثبات.

2- إن قضايا النسب هي من المسائل البالغة الأهمية التي تشغل بال المجتمع، ولها انعكـــاس مباشر على وحدة المجتمع وترابطه وتماسكه، ويترتب عليها العديد من الحقوق والواجبات الأسرية من نفقة وحضانة وإرث وولاية وصلة رحم، لذلك فإن طرق إثبات النسب أو نفيه تعد عـــاملا مهما في البناء الأسري، فيجب أن تحظى بالاهتمام اللازم.

3- تزايد الاهتمام باستخدام البصمة الوراثية أمام القضاء بشكل واسع في الدول الغربية، نظرا للمزايا التي تحظى بها في الإثبات، لدرجة أنه أصبح يطلق عليها ملكة الإثبات بلا منـــازع، وهذا الأمر يدعونا إلى مواكبة التطورات التي تحدث حولنا باستخدام هذه التقنية واعتمادهـــا في الإثبات كما اعتمدها غيرنا مع مراعاة الخصوصيات التي يتميز بها مجتمعنا خاصة في مجال العلاقات الأسرية، بحيث يعتمد عليها بطريقة تتلاءم مع الغايات والأهداف المنشودة خاصة إذا تعلق الأمر بموضوع ذي أهمية كبيرة كموضوع النسب.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

يقوم سبب اختياري لهذا لموضوع على عدة أسباب يمكن تقســـيمها إلى أســـباب ذاتيـــة وأسباب موضوعية، وتتمثل الأسباب الذاتية التي دعتني لاختيار هذا الموضوع في:

1- رغبتي في الغوص في أغوار المواضيع الطبية الحديثة والوقوف على ما توصل إليه العلماء من اكتشافات تجسد آيات الخالق عز وجل وعظائم قدرته وبدائع صنعه، خاصة تلك التي تعـــنى بالمكونات الدقيقة في جسم الإنسان وآلية عملها، وصولا إلى الفوائد التي تحققها من مصالح بشرية واجتماعية وكذا المحاذير التي ينبغي تفاديها.

2- اهتمامي المتزايد بالمواضيع الحديثة المستجدة خاصة تلك التي تقوم على المزاوجة بين ما هو علمي وما هو شرعي، حيث يقتضي الأمر تأصيل قواعد هذا الاكتشاف الجديد وإرجاعه إلى الأصول والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية.

وأما الأسباب الموضوعية فتتمثل في:

1- أن موضوع البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب يعد من المواضيع الحديثة التي لم تنل حظها من الدراسة المستفيضة، وقد أخذت على عاتقي أن أسهم في دراسة هذا الموضوع ومعالجة إشكالاته المتعددة بشكل واف ومقبول قصد تنوير أهل الاختصاص من قضاة ومحامين ومهتمين بالدراسات الشرعية والقانونية، ليكون هذا البحث مرجعا هاما ومفيدا يحيط بجميع الجوانب التي قد تثار عند استخدام البصمة الوراثية في قضايا النسب.

2- قصور الدراسات والبحوث التي تناولت هذا الموضوع، فمن خلال التعرض إلى ما كتب حوله، تبين لي أن هذه الكتابات لم تُحِطْ بجميع الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع، وجاءت بشكل مختصر، لذا فإنه ينبغي معالجة هذا القصور، و إعداد دراسة شاملة ووافية تتناول جميع جوانبه الشرعية والقانونية، ثم الخروج بخلاصة عامة تحدد مكانة البصمة الوراثية في إثبات النسب.

رابعا: أهداف الدراسة

تتمثل الأهداف المتوخاة من دراستي لهذا الموضوع في:

1- جمع شتات البحوث التي تناولت موضوع البصمة الوراثية كدليل من أدلة النسب قصد الخروج ببحث متكامل يتناول جميع الجوانب المتعلقة بها، ويحاول الإجابة عن جميع الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع.

2- دراسة منزلة البصمة الوراثية ضمن أدلة النسب، وتحديد الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى هذه التقنية في إثبات النسب، من خلال مناقشة آراء العلماء في هذا الشأن، وترجيح الرأي الأقرب إلى لصواب، وكذلك الشروط الواجب توفرها فيها.

3- دراسة مدى التوافق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري فيما يخص اعتماد البصمة الوراثية في قضايا النسب، انطلاقا من مبدأ أن إثبات النسب في القانون الجزائري يجد مرجعيته في الشريعة الإسلامية، وأن استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب يجب أن يكون مطابقا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، واعتماد أسلوب المقارنة بين الآراء حيث تفيد الدراسات المقارنة في الوصول إلى أنجع الحلول من خلال عرض عدة آراء واختيار الرأي المناسب.

4- سد النقص الفادح المتعلق بغياب دراسات أكاديمية تتناول هذا الموضوع، وإثراء المكتبة بهذا النوع من البحوث ليكون عونا لذوي الاختصاص عند قيامهم بدراسات لاحقة ذات صلة بهذا الموضوع.

خامسا: الدراسات السابقة للموضوع

البصمة الوراثية هي أحد النوازل الحديثة التي لم تنل حظا وافرا من البحث، والكتابات في هذا الموضوع قليلة جدا، وإن وجدت فهي لا تغطي جميع جوانب الموضوع، ومعظم هذه الكتابات هي بحوث تم تقديمها في ملتقيات وندوات بهذا الشأن، وأهم الدراسات التي تناولت هذا الموضوع هي:

1- الندوة الفقهية الطبية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها الحادية عشرة المقامة بدولة الكويت في الفترة ما بين 23 – 25 جمادى الثاني 1419 الموافق لـ 13 – 15 أكتوبر 1998 بعنوان: "الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية-"؛ ومن ضمن ما عالجته هذه الندوة موضوع البصمة الوراثية في الإثبات، وأمام أهمية هذا الموضوع ارتأت هذه المنظمة تخصيص ندوة ثانية تتعلق بالبصمة الوراثية فقط والتي كان عنوانها: " ندوة مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة " في الفترة ما بين 28 – 29 محرم 1421 هـ الموافق لـ 3 – 4 ماي 2000 م، ولم أحصل سوى على بحث واحد من ضمن البحوث المقدمة في هذه الندوة، إلا أنني حصلت على ملخص للمناقشات التي جرت والقضايا التي أثيرت وكذلك التوصيات التي خرجت بها المنظمة في كلا الندوتين.

2- الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في الفترة ما بين 21 – 25 شوال 1422 هـ الموافق لـ 05 – 10 جانفي 2002 م، وقدمت خلال هذه الدورة سبعة بحوث، ثلاثة منها تم نشرها بمجلة المجمع الفقهي، إضافة إلى التوصيات التي خرجت بها الدورة؛ وقد تمكنت بعون الله من الحصول على هذه البحوث السبعة، التي تناولت الموضوع من الناحية الطبية والشرعية فقط، ركزت على المدلول العلمي للبصمة الوراثية ودورها الشرعي وشروطها.

3- رسالة ماجستير منشورة في كتاب بعنوان" البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية – دراسة فقهية مقارنة- " بجامعة الإسكندرية لصاحبها خليفة علي الكعبي، وهي محاولة جادة من الباحث لتجميع ما كتب حول البصمة الوراثية في الندوات السابق ذكرها وبحوث

أخرى، وقد ناقشت هذه الرسالة بالتفصيل جميع الإشكالات التي أثيرت في البحوث التي كتبت حول هذا الموضوع، إلا أنها كانت مقتصرة على الجانب الشرعي فقط، لم يتم التعرض إلى الصعوبات والعقبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات وكذلك الجانب القانوني لها.

هذا بالإضافة إلى بعض البحوث الأخرى التي نشرت في المجلات أو بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع من قريب أو بعيد.

سادسا: منهج البحث

إن طبيعة هذا البحث تقتضي استخدام المناهج الآتية:

1- المنهج الاستقرائي: من خلال جمع النصوص والأدلة الشرعية المختلفة ذات الصلة بالموضوع، وكذلك الأمر بالنسبة إلى لنصوص القانونية.

2- المنهج التحليلي: ويتمثل في عرض الآراء الفقهية والتمحيص فيها ومناقشتها وإبداء الرأي بشأنها إذا تطلب الأمر ذلك.

3- المنهج المقارن: حيث يتم دراسة الآراء الفقهية مع ذكر الأدلة التي يعتمد عليها كل رأي والمقارنة بينها قصد الوصول إلى رأي راجح، ثم مقارنة ما ذهب إليه الفقهاء وما ذهب إليه القانون الجزائري، وإبداء ملاحظات واقتراحات في هذا الشأن.

وقد سلكت في عرض موضوعات البحث الخطوات الآتية:

1- اعتمدت في بحثي هذا على توثيق المعلومات أخذا من مصادرها الأصلية وفق منهجية محددة طوال صفحات البحث، يتم فيها ذكر اسم المؤلف وعنوان الكتاب ودار النشر ورقم الطبعة وتاريخها إن وجدا ثم ذكر الجزء والصفحة، أما إذا أعدت ذكر المصدر أو المرجع فأكتفي بذكر المؤلف وعنوان الكتاب ثم ذكر عبارة المرجع أو المصدر السابق ثم ذكر الجزء والصفحة.

2- تدعيم البحث بالنصوص الشرعية من آيات وأحاديث نبوية مع تخريج الأحاديث من كتب الحديث وذكر درجته إذا لم يكن موجودا في صحيح البخاري أو صحيح مسلم.

3- اعتماد آراء العلماء بناء على أن البصمة الوراثية قضية معاصرة و لم يكن لها وجود من قبل، مع محاولة ربط الأسانيد والأدلة المعتمدة بما ذهب إليه علماء السلف والرجوع إلى كتب التفاسير إذا تعلق الأمر بتفسير آية، وشروح الحديث إذا تعلق الأمر بالاستدلال بحديث.

4- ترجمة بعض الأعلام الذين تم ذكرهم في المتن بالاعتماد على كتب التراجم.

5- الاعتماد على شبكة الانترنت في بعض القضايا من بعض المواقع التي أولت لهذا الموضوع عناية خاصة، وقد وثقت هذه المعلومات بذكر صاحب المقال إن وجد وعنوان المقال ثم عنوان الموقع كما استشهدت ببعض المقالات والاستطلاعات المنشورة في الجرائد التي لها علاقة مباشرة بالموضوع.

6- اكتفيت في هذا البحث بالآراء الفقهية التي قال بها فقهاء المذاهب السنية الأربعة، وهي المذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الشافعي والحنبلي باعتبارها المذاهب الأساسية، وأضفت في بعض الجوانب ما ذهب إليه الظاهرية وما ذهب إليه الإمام الشوكاني، بناء على أن آراءهم قريبة من مذاهب السنة.

سابعا: صعوبات البحث

واجهتني صعوبات عديدة أثناء إعدادي لهذا البحث أذكر منها على الخصوص:

1- أن علم البصمة الوراثية علم جديد لم يستوف حظه من البحث و لم تثرى المكتبات بمؤلفات تتناول هذا الموضوع، فكل الذي حصلت عليه كان معظمه في شكل بحوث قصيرة مقدمة بمناسبة ندوة أو دورة علمية أو منشورة في مجلة معينة عدا رسالة الماجستير التي نوقشت بجامعة الإسكندرية، وقد تناولت هذه البحوث الموضوع بشيء من الاختصار من جهة، كما أنها لم تتعرض لجميع محاور الموضوع من جهة أخرى، لذلك كان علي بذل الكثير من الجهد قصد تجميع المادة العلمية لهذا الموضوع، والاستعانة بنظام الانترنت والمقالات الصحفية إن تطلب الأمر ذلك.

2- صعوبة الموضوع كون الإلمام به يقتضي التعمق في الجانب العلمي للبصمة الوراثية الذي ينتمي إلى العلوم البيولوجية الطبية، ومعرفة جميع المصطلحات العلمية التي لها صلة بالموضوع وآلية عمل الخلايا في الجسم وكيف يحدث انقسامها وتضاعفها، وهذا كله يجب أن يؤخذ من ذوي الاختصاص.

3- كون أن هذا الموضوع يتطلب المزاوجة بين ما هو طبي وما هو شرعي، حيث تتم الإحاطة بالجانب الطبي البيولوجي لهذا الموضوع، ثم إسقاط ما تم تحصيله على الأصول والقواعد

العامة للشريعة الإسلامية لاستخراج الأحكام، وهي عملية في غاية الصعوبة تتطلب بذل المزيد من الجهد.

4- إن امتلاكنا لمخبر خاص بالبصمة الوراثية لم يكن إلا مؤخرا، و لم يتم تقنين البصمة الوراثية كطريق من طرق إثبات النسب إلا حديثا، وفق الأمر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، مما يعني عدم وجود سوابق قضائية، أو اجتهادات للمحكمة العليا تخص هذا الموضوع مما يضفي على موقف القانون الجزائري بعض الغموض، خاصة أن دراسة ما ذهب إليه القانون يتطلب إثراءه بما ذهب إليه الاجتهاد القضائي.

وعلى الرغم من هذه الصعوبات فإنني أحمد الله على توفيقه وعنايته حيث كلل جهدي بالنجاح في تخطي هذه العقبات، ووصلت إلى ما أطمح إليه.

ثامنا: خطة البحث

اقتضت إشكالية البحث في هذا الموضوع تقسيمه إلى فصل تمهيدي وفصلين أساسيين على النحو الآتي:

الفصل التمهيدي: طرق إثبات ونفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الأول: دور البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب.

الفصل الثاني: التطبيق العملي للبصمة الوراثية في قضايا النسب.

وقد حاولت في الفصل التمهيدي وضع ملخص لأحكام النسب في الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة الجزائري منها، رغبة مني في تحديد المنهج الذي سار عليه الفقهاء المسلمون في تحديد الأحكام الخاصة بإثبات ونفي النسب، و استخلاص المبادئ التي طبقوها خاصة؛ والهدف من هذا الفصل هو استخراج هذا المنهج وهذه المبادئ لتطبيقها على الإثبات بالبصمة الوراثية في الفصلين التاليين، وقد جاء هذا الفصل بشكل ملخص يكاد يخلو من التحليل والتعليق أو ترجيح رأي على آخر وإنما اكتفيت في غالب لأحيان بعرض الآراء الفقهية والأدلة المعتمدة فقط مع ذكر ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري، وقسمته إلى ثلاثة مباحث، تناولت في الأول مفهوم النسب وعناية الإسلام به وقواعده، وفي المبحث الثاني تعرضت فيه إلى طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الثالث إلى نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .

أما الفصل الأول فقد كان نظريا بحثا شمل ثلاثة مباحث، تناولت في المبحث الأول ماهيـــة البصمة الوراثية ومشروعيتها في الإثبات تعرضت فيه إلى تعريف البصمة الوراثية ومدلولها العلمي وأهميتها ثم تطرقت إلى تكييفها الشرعي والقانوني وحكمها الشرعي، وناقشت في المبحث الثاني حجيتها في إثبات النسب بتحديد مترلتها بين أدلة الإثبات وأثر ذلك، وكذلك الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، ونفس المنهج اعتمدته في المبحث الثـــاني حـــين تعرضت إلى حجيتها في نفي النسب.

وبخصوص الفصل الثاني فقد تعرضت فيه إلى تطبيق البصمة الوراثية على بساط المحكمة من خلال مناقشة الشروط والضوابط الكفيلة بتحقيق نتائج أكثر قبولا لدى القضاء، ثم الصـــعوبات التي قد تعترض البصمة الوراثية في الإثبات، وأخيرا موقف القانون الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية، والذي ناقشت فيه مدى مطابقته مع الفقه الإسلامي، وكذلك الحلول الناجعة التي ينبغي الاهتداء إليها في تقنين البصمة الوراثية.

وفيما يأتي ملخص لخطة البحث:

الفصل التمهيدي:إثبات ونفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: تعريف النسب وعناية الإسلام به و قواعده

المطلب الأول: تعريف النسب

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب

المطلب الثالث: قواعد النسب

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الفراش

المطلب الثاني: الإقرار بالنسب

المطلب الثالث: البينة

المطلب الرابع: القيافة

المبحث الثالث: نفي النسب في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

المطلب الأول: تعريف اللعان ومشروعيته

المطلب الثاني: شروط اللعان كطريق لنفي النسب

المطلب الثالث: آثار اللعان

الفصل الأول: دور البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية ومشروعيتها في الإثبات

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية

المطلب الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المطلب الأول: مترلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

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

المطلب الثالث: حالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية

المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

المطلب الأول: مترلة البصمة الوراثية من اللعان

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

الفصل الثاني : التطبيق العملي للبصمة الوراثية في قضايا النسب

المبحث الأول: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات

المطلب الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

المطلب الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات

المطلب الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد البشري

المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 11/84

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

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل التمهيدي:

إثبات ونفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: تعريف النسب وعناية الإسلام به وقواعده

المطلب الأول: تعريف النسب.

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب

المطلب الثالث: قواعد النسب

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الفراش.

المطلب الثاني: الإقرار بالنسب.

المطلب الثالث: البينة.

المطلب الرابع: القيافة.

المبحث الثالث: نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: تعريف اللعان ومشروعيته.

المطلب الثاني: شروط اللعان كطريق لنفي النسب.

المطلب الثالث: آثار اللعان.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل التمهيدي: إثبات ونفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تناول الفقهاء المسلمون موضوع النسب باختلاف مذاهبهم بصورة موسعة، وتعرضوا إلى أدق تفاصيله، فلا يكاد يتبادر سؤال إلى الذهن إلا وجدنا له إجابة عندهم، كل حسب المذهب الذي ينتمي إليه، حيث يبدو جليا الاختلاف في وجهات النظر بين المذاهب في بعض المسائل.

أما عن قانون الأسرة الجزائري، فالأصل فيه أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق بموضوع النسب، وأحكامه ما هي إلا تغليب لمذهب على مذهب آخر أو رأي فقهي على رأي آخر، لذلك فإن دراسة هذا الموضوع لا تكون فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، بل إنها تقوم على التعرض إلى الآراء الفقهية، ثم بيان موقف قانون الأسرة الجزائري منها.

وغرضي في هذا الفصل، ليس التعرض لموضوع النسب بصورة موسعة، إذ إن هذا الفصل لا يحتمل ذلك، لأنه موضوع مطول وإشكالاته كثيرة، بل إنني أتناوله بصورة وجيزة، والقصد من ذلك هو الخروج بوجهة نظر حول معالجة الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لهذا الموضوع، تكون بمثابة المقدمة التي استعين بها للإجابة على الإشكالات التي يثيرها موضوع البصمة الوراثية وأثرها على إثبات ونفي النسب، وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: تعريف النسب وعناية الإسلام به و قواعده

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثالث: نفي النسب في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: تعريف النسب وعناية الإسلام به و قواعده

أردت أن أتناول في هذا المبحث كما يعبر عنه عنوانه تعريف النسب، ثم إبراز العناية التي أولاها الإسلام له، وفي الأخير بيان قواعده، وهذه الأمور الثلاثة تعد من المسائل المهمة في موضوع النسب، مما دعاني إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف النسب.

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب.

المطلب الثالث: قواعد النسب.

المطلب الأول: تعريف النسب

الفرع الأول: النسب لغة

النسب نسب القرابات، وهو واحد الأنساب، وهو في الآباء خاصة، و يكون النسب للآباء وللبلاد ويكون في الصناعة، وانتسب واستنسب بمعنى ذكر نسبه، وإذا سئل الرجل عن نسبه يقال له: استنسب لنا وفي المثل: القريب من تقرب لا من تنسب[1].

والخلاصة من ذلك أن كلمة النسب في اللغة تعني القرابة.

الفرع الثاني: النسب في الاصطلاح

انصرفت جهود الفقهاء في موضوع النسب إلى التعرض لأحكامه، ومعالجة مسائله وإشكالاته دون وضع تعريف له، وهو ما يعني أن تعريفه في الاصطلاح ينطبق على تعريفه في اللغة، ومن خلال استقرائي للكتب التي تناولت هذا الموضوع لم أجد إلا ما ذكره عبد الكريم زيدان حيث عرفه بأنه: " صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"[2].

وما ذكره أحمد أحمد حين عرفه بأنه: "سلالة الدم أو رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله، وفروعه، وحواشيه"[3].

---

1 ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، د ت، ج 6، ص4405.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 3، 2000، ج9، ص 316.

3 أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط 1، 1983، ص 17.

والملاحظ أن هذين التعريفين لا يختلفان فيما بينهما، وينطبقان في المعنى، فكلاهما يركز على أن النسب قوامه رباط سلالة الدم دون غيره، والقول بذلك يعني استبعاد كل رباط آخر كرباط المصاهرة أو رباط الدين أو الولاء أو الرضاعة ونحوه...

وقولنا الإنسان، يعني أننا قصرنا هذا الرباط الذي نحن بصدد دراسته على الإنسان دون غيره كالحيوان مثلا، وذكر الأصول والفروع والحواشي في التعريف الثاني، يعني إدخال إقرار الأب بابنه والتحاق الابن بأبيه وإلحاق الأخ بأخيه[1].

وذكر علي محمد المحمدي تعريفا آخر جاء فيه أنه: "حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إن الشخص انفصل من رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو شبيهين بالثابت، للذي يكون الحبل من مائه"[2].

والمقصود من أنه حالة حكمية أي أنه يمكن تقديرها وإدراكها.

والملاحظ في هذا التعريف أنه ركز على الأسباب التي يقوم عليها النسب، وهي الزواج الصحيح والزواج الفاسد ووطء الشبهة والملك، وفي ذلك إخراج لكل علاقة لا تقوم على هذه الأسباب لأن الولد لم يخرج من رحم المرأة محل العلاقة المبنية على الأسباب السابق ذكرها، كابن الزنا مثلا.

والمقصود من عبارة للذي يكون الحبل من مائه تحديد الشروط المتعلقة بأسباب النسب، فلا ينسب الولد للزوج الصغير لأنه لا ماء له، ولا ينسب لمن لم يلتق بزوجته أصلا، و هو ما لا نلمسه في التعريفين السابقين.

لذلك فإنني أرى أن هذا التعريف كان أكثر دقة من سابقيه،لأنه كان ملما بأسباب النسب وشروطه، وهو التعريف المختار.

---

1 أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 18.

2 علي محمد المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه،دار الفحالة، الدوحة،ط1، 2000، ص12، نقلا عن: خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص109.

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب

النسب رابطة سامية، وصلة عظيمة، جعلها الله نعمة من النعم التي امتن بها على عباده[1]، و لم يجعلها عرضة للأهواء والتروات، قال جل من قائل: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ [2]

ولأن الله كرم بني آدم وفضلهم على سائر خلقه، قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ [3]، فإن من هذا التكريم أن سن له طريقا للتوالد والتناسل يليق بمقامه ويختلف به عن غيره وهو النكاح، وجعل حفظ النسب من الكليات الخمس، لذلك فقد أرست الشريعة الإسلامية أحكاما وقواعد للمحافظة على الأنساب أتناولها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تحريم التبني

كان من سنة العرب في الجاهلية جواز التبني، حيث كان النسب عندهم منحة يجوز أن يهبها الشخص لمن شاء من أولاد ليسوا من صلبه، فيسري عليهم حكم الأولاد الشرعيين، فكان الرجل منهم إذا أعجبه من الفتى حسنه وجلده ألحقه بنفسه، وجرى عليه حكم الولد الشرعي، وترتبت عليه آثاره[4]، ولما جاء الإسلام أبطل هذه العادات، قال الله عز وجل في محكم تنزيله ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴾ [5]، وأمر أن ينسب هؤلاء الأولاد لآبائهم الشرعيين إن كانوا معروفين، فإن لم يكونوا معروفين فهم إخواننا في الدين أو موالي قال تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [6].

---

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط 2، 1988، ص 676.

2 سورة الفرقان، الآية 54.

3 سورة الإسراء، الآية 70.

4 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت، ج14، ص119

5 سورة الأحزاب، الآية 4.

6 سورة الأحزاب، الآية 5.

ويقول المفسرون إن هاتين الآيتين نزلتا في شأن زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم، فصار يدعى زيد بن محمد، ولما نزلت هاتان الآيتان صار يدعى إلى نسبه الصحيح وهو زيد بن حارثة[1].

والحكمة من تحريم التبني هو كونه مدعاة لاختلاط الأنساب، ويؤدي إلى الاختلاط المحرم، وتحريم الحلال لأنه يمنع من الزواج بمن تحل له، كما يؤدي إلى مزاحمة المتبنى لأصحاب الإرث الحقيقيين فيحرم الورثة من حقوقهم أو ينتقص منها، فيؤدي إلى انتشار الأحقاد والنزاعات[2].

وأشير في هذا الصدد إلى أن الإسلام وإن حرم التبني، فإنه لم يمنع كفالة الولد والإحسان إليه خاصة إذا كان يتيما، إذ يثاب ويؤجر من فعل ذلك، على أن يبقى هذا الشخص محافظا على نسبه الحقيقي.

الفرع الثاني: منع إدخال المرأة ولدا أجنبيا على نسب زوجها

فالمرأة المتزوجة عليها أن تصون فراش زوجها باعتباره الوحيد المختص بالاستمتاع بها، و يكون ثمرة ذلك أن ينسب الأولاد الذين تأتي بهم على فراشه إليه، ولا ينبغي أن تدخل عليه من ليس منه، وصورة ذلك أن تحمل من غير زوجها سواء برضاها أو بإكراهها على الزنا وتكتم عليه ذلك فيظن أنه ولده، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما نزلت آية تحريم التبني: "**أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته...**"[3].

وبناء على ذلك فإنه وعلى ما تتوفر عليه الشريعة الإسلامية من طرق لإثبات النسب تقوم على الاحتياط، فإنها جعلت طريقا لنفي النسب يستعمله الزوج متى عرف أن الولد ليس منه، وقاس أهل العلم على هذا الحديث وجوب نفي الزوج للابن الذي يولد على فراشه إذا كان عالما أنه ليس منه، كأن يكون قد وطأها ثم استبرأها بحيضة، أو بوضع الحمل ثم أتت بولد بعد ستة

---

1 الطبري، تفسير الطبري، دار الفكر،بيروت،1398هـ/1978م، ج21، ص75،القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج14، ص118، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المكتبة الملكية، مصر، 1367هـ/ 1948م، ج3، ص466.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 407.

3 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1371هـ/1952م ، ج 1، ص 525.

قال عنه الحاكم:حديث صحيح، ووافقه الذهبي (الحاكم، المستدرك على الصحيحين، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت، ج2، ص203).

أشهر من ذلك دون أن يمسها، أو يكون قد رآها تزني في طهر لم يمسها فيه، فاعتزلها حتى تبين حملها فوثق من ذلك أن الحمل ليس منه، لأن ترك النفي يعني استلحاق من ليس منه وهو حرام[1].

الفرع الثالث: تحريم جحد الآباء لأبنائهم

والمقصود من ذلك هو أن ينكر الأب أبوته لابنه وهو عالم أنه ابنه، وهو ما يعني عدم شموله بالرعاية، وإلحاقه تهمة الذل والعار، ولهذا نهى الرسول صلى الله عليه وسلم مثل هؤلاء الآباء وتوعدهم بالعقاب، لعظيم التغليظ على فاعل ذلك وقبيح ما يترتب عليه من المفاسد، فقال عليه الصلاة والسلام: "...و **أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين** "[2]، ومعنى جحد ولده وهو ينظر إليه أي أنكره ونفاه وهو يعلم أنه ولده، وفي ذلك إشعار على قلة شفقته ورحمته وقسوة قلبه وغلظته، ومعنى احتجب الله منه أي أبعده من رحمته[3].

الفرع الرابع: تحريم انتساب الابن إلى غير أبيه

إذ يعتبر ذلك من عقوق الآباء والإساءة لهم، وهو من أعظم الكبائر لذلك توعد الله فاعله بالعقاب، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"**[4].

يقول صاحب نهاية المحتاج في هذا السياق: " فإن حصول الولد نعمة من الله فإنكارها جحد لنعمته تعالى، ولا نظر لما قد يعرض للولد من عقوق ونحوه، وشمل ذلك ما لو قال أبي زيد جوابا لمن سأله عن أبيه وليس زيد أباه في الواقع، فإن ذلك يتضمن نفي أبوة أبيه عنه وبه يندفع ما يقال إنكار النعمة ظاهر في النفي دون الإثبات[5].

---

1 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ج 3، ص 383.

2 أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، ج 1، ص 525.

قال عنه الحاكم:حديث صحيح ووافقه الذهبي(الحاكم، المستدرك على الصحيحين، المصدر السابق، ج2، ص203).

3 شمس الحق أبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 1968م، ج6، ص75.

4 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ج2، ص 870.

قال عنه السيوطي حديث صحيح(السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، دار الفكر، بيروت، 1401هـ/1981م، ج1، ص454).

5 الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م، ج5، ص107.

ويتبين مما سبق ذكره أن الشريعة الإسلامية كانت حريصة كل الحرص على صدق انتساب النسل إلى أصله ووضعت لذلك أحكاما، وفي هذه التحديدات التي جاء بها الإسلام نظرة عظيمة إلى حفظ حقوق النسل وعدم تعريضها للإضاعة والتلاشي، وفساد النشأة التي لا تصاحبها الرعاية[1].

المطلب الثالث: قواعد النسب

تقوم أحكام النسب على قواعد هامة تحقق استقرار العلاقات الأسرية، وثبات الأنساب واتصالها وصيانتها من الأهواء والتروات وهي:

الفرع الأول: أحكام النسب من النظام العام

النسب حق من الحقوق الشرعية التي خصها الشارع الحكيم بأحكام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إذ تتعلق به حقوق شرعية ثلاثة هي حق الله، وحق الولد، وحق الوالدين، ويترتب عليه من أحكام الوصل بين العباد وما به قوام مصالحهم[2].

أما عن كونه حقا لله، فلأنه يتضمن مصلحة عامة يراد منها استقرار العلاقات الأسرية[3]، وشمول جميع الأولاد بالرعاية وتحريم النسب الزائف أو ما يعرف بالتبني.

أما عن كونه حقا للولد فلأن النسب تنجر عنه عدة حقوق لصالحه[4]، من نفقة ورعاية ورضاع وحضانة وإرث ويدفع به عن نفسه تهمة الذل والعار عن كونه ابن زنا.

وأما عن كونه حقا للأم فإن النسب يثبت من الأم بمجرد الولادة بغض النظر عن كونه ثمرة زواج صحيح أو من سفاح، فيكون النسب حقا للأم لحاجتها لنفي التهمة عنها وعن ولدها لذلك يصح أن تكون خصما في دعوى النسب[5].

---

1 ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ط 1، 1978، ص 163.

2 ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت ، د ت، ص 227.

3 بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، د ت، ص05.

4 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة و البيت المسلم، المرجع السابق، ج 9، ص 316.

5 بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 06.

والنسب حق للأب أيضا ذلك أن كل إنسان ينسب لأبيه وهو ما يدل عليه ظاهر الآية الكريمة: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [1]، وفي ذلك قال الإمام القرطبي[2]: "إن الله أرشد أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه"[3]، وبناء على لحوق النسب بالأب يكون له حق الولاية والإرث والنفقة فإذا مات ابنه قبله ورثه، وإذا عجز عن التكسب وكان ابنه قادرا كان من حقه أن يطالبه بالنفقة.

لذلك أمكن القول إن قواعد النسب هي من الأحكام الثابتة المستقرة، التي يمكن وصفها بأنها أشبه ما تكون بقواعد النظام العام[4]، التي لا يجوز الخروج عنها أو الاتفاق على مخالفتها[5]، مما يؤدي إلى استقرار العلاقات الأسرية ودعومتها وعدم تعريضها للنزاع.

الفرع الثاني: أحكام النسب تقوم على الاحتياط

حيث إن الفقهاء يترصدون أدنى الأسباب للحكم بثبوت النسب ففي كل مرة تتكرر عبارة النسب يحتاط له بل إنني وجدت أن الإمام الزيلعي[6] قد استعمل عبارة الاحتيال بدل الاحتياط

---

1 سورة الأحزاب، الآية 05.

2 هو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي الأندلسي الأنصاري الخزرجي، الإمام الفقيه المفسر المتقن، له تصانيف كثيرة تدل على كثرة اطلاعه و وفور عقله وفضله، سمع من كثير من العلماء كأبي العباس القرطبي صاحب المفهم، والحافظ أبي علي الحسن بن محمد البكري والحافظ أبي الحسن علي بن محمد بن علي اليحصبي وغيرهم، توفي سنة 671هـ(ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان وعلماء المذهب، تحقيق مأمون بن يحى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج2، ص308).

3 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج14، ص118

4 النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية للجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقرار عليها(حسن كيرة، المدخل إلى القانون،منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، د ت، ص48).

وتتسع فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية لتشمل المصلحة العامة وكذلك المصلحة الفردية الجديرة بالرعاية أيضا إذا منيت بأضرار راجحة من جراء ممارسة حرية عامة أو استعمال حق فردي مشروع من قبل الغير، ويضاف إلى ذلك قواعد الأخلاق التي تزخر بها أحكام الشريعة الإسلامية على نحو لا يضارعها فيه النظام العام في القانون، بل القانون المقارن دوليا دون تطرف أو مجافاة(محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1418هـ/1997م، ص205،204).

5 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة و البيت المسلم، المرجع السابق، ج 9، ص 317.

6 هو عثمان بن علي بن أبي محجن بن يوسف أبو عمر الملقب بفخر الدين الإمام العلامة، أبو محمد الزيلعي، قدم القاهرة سنة 705هـ فدرّس بها وأفتى وصنف، ونشر الفقه فانتفع الناس به،توفي في رمضان بقرافة مصر سنة742هـ(ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، ط2. 1413هـ/1993م، ج2، ص520).

فيقول "...إن النسب يحتال له"[1]، والمقصود من ذلك هو المبالغة في الاحتياط.

والقارئ لموضوع النسب في الفقه الإسلامي ربما يتفاجأ لدرجة هذا الاحتياط وربما يقول إن هذا الاحتياط مبالغ فيه لدرجة أنه أصبح لا يعكس الوصول إلى الحقيقة، وربما يتستر على مجرم، لكنه إذا تعمق في دراسته فإنه يعرف مدى المصلحة التي يريد الشرع تحقيقها، من خلال شمول جميع الأطفال بالرعاية من جهة، وعدم الخوض في الأعراض من جهة أخرى، كما يدرك أيضا مدى التناسب القائم بين مسألتي النسب والعرض في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: عدم قابلية النسب الثابت للنفي أو التنازل أو التحويل

فالمتعارف عليه عند الفقهاء أنه متى ثبت النسب وأقر به صاحبه فإنه لا يمكن نفيه، ولا يحتمل نقضه أو فسخه، ولا يتصور تحويله من شخص إلى آخر، وذكر الإمام السرخسي[2] "أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أنه إذا أقر الرجل بولده لم يكن له أن ينفيه، ومثل ذلك روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه"[3]، وهناك قاعدة تقول "الاستلحاق بعد النفي جائز والنفي بعد الاستلحاق غير جائز"[4].

ويرد استثناء على قاعدة عدم قابلية النسب للنفي إذا تعلق الأمر بالفراش، لأن ثبوت النسب بالفراش يعد من قبيل الاستدلال على أمر خفي الذي هو الوطء بأمر ظاهر وهو الفراش والذي يفيد احتمال أن لا يكون الولد منه، لذلك فإنه بإمكان الزوج نفي الولد عنه إذا علم أنه ليس منه[5]، على أن تتوفر شروط اللعان و التي من بينها عدم إقرار الزوج بالولد.

---

1 الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، د ت، ج3 ، ص39.

2 هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الإمام الكبير شمس الأئمة صاحب كتاب المبسوط، أحد فحول أئمة الحنفية الكبار، كان إماما وعلامة ومتكلما وفقيها أصوليا مناظرا، توفي في حدود490هـ (ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، المصدر السابق، ج2، ص207-208).

3 السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1406هـ/1986م، ج 17، ص 99.

4 الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت،د ط، 1994م، ج 14، ص 107.

5 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ح 17، ص 99.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

طرق إثبات النسب أربعة وهي: الفراش، الإقرار والبينة والقيافة، أما الثلاثة الأولى فمتفق عليها، وأما القيافة فمختلف فيها، لذلك نجد التشريعات الوضعية عند تناولها لموضوع النسب قد نصت على الطرق الثلاثة الأولى و لم تتعرض إلى القيافة، والتي من بينها قانون الأسرة الجزائري[1] في المواد من 40 إلى 45 منه، وأضاف طريقا جديدا وفقا للتعديل الجديد وهو موضوع دراستي في هذه المذكرة لذلك فقد أرجأته إلى حينه.

وقد قسمت هذا المبحث إلى أربعة مطالب وهي:

المطلب الأول: الفراش.

المطلب الثاني: الإقرار بالنسب.

المطلب الثالث: البينة.

المطلب الرابع: القيافة.

المطلب الأول: الفراش

وقد آثرت أن أقسم هذه الدراسة الموجزة لموضوع الفراش بالتعرض إلى معنى الفراش وعلة ثبوت النسب به ثم التطرق إلى الشروط المتعلقة به.

الفرع الأول: معنى الفراش وعلة ثبوت النسب به

الفراش لغة: هو ما يبسط للجلوس والنوم وتكنى به المرأة لأن الرجل يفترشها[2]، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿ وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ۝ إِنَّآ أَنشَأْنَٰهُنَّ إِنشَآءً ۝ فَجَعَلْنَٰهُنَّ أَبْكَارًا ۝ عُرُبًا أَتْرَابًا ﴾[3]، والمراد بذلك نساء أهل الجنة[4].

أما في الاصطلاح: فإن الفراش دليل لإثبات النسب لما روته عائشة رضي الله تعالى عنها عن

---

1 القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 رمضان1404هـ الموافق لـ09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فيفري 2005م.

2 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 5، ص 3382.

3 سورة الواقعة، الآيات 34- 37.

4 الطبري، تفسير الطبري، المصدر السابق، ج27، ص107، القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج17، ص210.

النبي صلى الله عليه وسلم قوله: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[1]، وفي ذلك يقول الإمام الكاساني[2]: "المراد بالفراش هي المرأة، فإنها تسمى فراش الرجل وإزاره ولحافه وسميت المرأة فراشا لأنها تفرش وتبسط بالوطء عادة"[3].

وعرفه القرافي[4] بقوله: "إن المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها"[5].

وعرفه من المحدثين عزمي البكري بأنه: "الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين"[6].

وعلة أن ينسب الولد إلى صاحب الفراش مع أن العقل لا يجزم جزما تاما بعيدا عن الشك بصحة ذلك، أن الزوجة صارت فراشا له وتعينت للولادة له[7]، وأن الأصل في أحوال الناس الاستقامة والتزام الحدود الشرعية[8]، و ثبوت النسب بالفراش هو من قبيل الاكتفاء بالأمر الظاهر الذي هو الفراش، بدلا من الأمر الخفي الذي هو الوطء لصعوبة إثباته، لأنه يقع غالبا في غاية الستر والتكتم بعيدا عن العيون، لا يطلع عليه القريب والبعيد، فلو كلف البينة على سببه لضاعت الأنساب[9].

---

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1375هـ/1956م ، ج 2، ص 1081.

2 هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، الملقب بملك العلماء، أحد أقطاب المذهب الحنفي في عصره تفقه على يد علاء الدين السمرقندي الذي لازمه وتفقه على يده ثم شرح تحفته وعنونها بدائع الصنائع، فزوجه ابنته الفقيهة العالمة فاطمة، وتفقه على يده خلق كثير أشهرهم محمود الغزنوي ، توفى بحلب سنة587هـ(ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، المصدر السابق،ج4، ص25-28، خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، د ت ، ج 02، ص70.)

3 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1402هـ/ 1982، ج 6، ص242.

4 هو شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المحقق البارع في المذهب المالكي، فقها وأصولا صاحب التصانيف المفيدة التي من أهمها كتاب الذخيرة في الفقه وكتاب الفروق الذي أبدع فيه، توفى سنة684هـ(ابن فرحون، الديباج المذهب ، المصدر السابق، ج1، ص136)

5 القرافي، الذخيرة، تحقيق أحمد أبو خبزه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج11، ص 323.

6 عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ج3، ص 463.

7 الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج3، ص39.

8 محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط1، 1984، ص 355.

9 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص228.

وينبغي الإشارة إلى أن المقصود من الفراش في هذا المطلب، الفراش بصفة عامة سواء كان قائما على أساس زواج صحيح أو زواج فاسد[1]، أو كان وطأ بشبهة[2].

ولقد ذكر المشرع الجزائري الفراش كدليل لإثبات النسب في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة بقوله: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"[3].

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالفراش

حتى يكون الفراش طريقا مثبتا للنسب فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط هي:

أولا: إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد

الراجح عند أهل العلم أن النسب يثبت بوجود العقد بين الزوجين حال بداية الحمل مع إمكان التلاقي لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الولد لفراش وللعاهر الحجر**"[4]، لذلك فإنه لا يثبت النسب من الزاني ويلحق الولد بأمه فقط[5]، ولا يثبت إذا كان الحمل قبل العقد إلا أنهم اختلفوا في تحديد مدلول إمكان التلاقي وانقسموا إلى ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول: وإليه ذهب الحنفية[6]، حيث قالوا إن الفراش يبدأ بمجرد العقد بين الزوجين ولا حاجة لإثبات التلاقي وهو ممكن عقلا، اعتمادا على ظاهر الحديث "**الولد للفراش**"، وحمل النسب على الاحتياط، فلو تزوج مغربي بمشرقية وكانت المسافة بينهما مسيرة سنة وأتت بولد

---

1 الزواج الفاسد هو ما تخلف فيه شرط من شروط صحة النكاح (ابن رشد ، بداية المجتهد، المصدر السابق، ج2، ص48).

2 وطء الشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل أن يجد الرجل امرأة على فراشه فيظنها زوجته (ابن لهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج5، ص249).

3 المادة 40 من القانون 84 / 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 / 02.

4 سبق تخريجه، ص12.

5 قد خالف ذلك شيخ الإسلام بن تيمية وتلميذه بن القيم، وهو قول إسحاق بن راهوية وعروة وسلمان بن سيار والحسن البصري حيث يرى أصحاب هذا الرأي أنه إذا استلحق الزاني ولده من الزنا ولا فراش ينازعه فإنه يلحقه (نقلا عن: ابن القيم ، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الإمام مالك، الجزائر، ط 1، 1425 هـ /2004 م ، ج 4، ص 190).

6 ابن لهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د ت، ج 4، ص 350، الشيخ نظام ومن معه، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، 1411هـ/1991م ، ج 2، ص 536، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م ، ح 4، ص 262، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 3، ص 39، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ/1979م ، ج 3، ص 551، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت، ح 1، ص 474.

لستة أشهر من العقد لحقه نسبه، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات، ولو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لستة أشهر من العقد لحقه نسبه لأن النسب يحتاط له[1].

المذهب الثاني: حيث اشترط الجمهور[2] من المالكية والشافعية والحنابلة إمكان التلاقي بين الزوجين في العقد الصحيح، فلا يثبت النسب عندهم إذا لم يكن التلاقي ممكنا، لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح الاتصال الذي هو السبب الحقيقي للحمل، ولا حمل دون إمكان التلاقي عادة.

المذهب الثالث: وإليه ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية[3] وابن القيم[4] إذ اشتراطا الدخول الحقيقي، ولا نسب إذا لم يثبت الدخول حال بداية الحمل، وفي ذلك قال ابن القيم: "كيف تصير المرأة فراشا و لم يدخل بها الزوج، و لم يبن بها لمجرد إمكان بعيد، وهل يعد أهل العرف والفقه المرأة فراشا قبل البناء بها، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب بمن لم يبن بامرأته، ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك"[5].

والملاحظ من آراء الفقهاء في هذه المسألة أن الحنفية بالغوا فيما ذهبوا إليه لدرجة أنه يمكن أن تستغله بعض النسوة اللاتي فسدت أخلاقهن فيلحقن أولادا ليسوا لأزواجهن، وضيق أصحاب الرأي الثالث لدرجة إمكان ضياع الكثير من الأنساب، وهو ما ينافي مبدأ الاحتياط في الأنساب

---

1 ويبررون ذلك أن النسب يحتال له وقد أمكن ذلك بأن يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها فوافق الإنزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك :(الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج3، ص 39).

2 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، د ت، ج2، ص120، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق ،ج4، ص296، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت، د ت، ج3، ص 312.

3 هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني، تقي الدين شيخ الإسلام في عصره، له الفتاوى الكبرى ومنهاج السنة والسياسة الشرعية وغيرها، توفى بقلعة دمشق، سنة 728هـ (ابن رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، د ط، د ت، ج2، ص378).

4 هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الفقيه الأصولي بن قيم الجوزية الحنبلي، ولد سنة691هـ، سمع من القاضي تقي الدين إسماعيل و فاطمة بنت جوهر و أبي بكر بن عبد الدايم و لازم الشيخ إبن تيمية فأخذ عنه تأثر به، برع في عدة فنون و اعتنى بالحديث و أجاد الفقه و تدريسه، توفي سنة 751هـ، ترك مصنفات كثيرة و نفيسة منها: إعلام الموقعين ، زاد المعاد، الطرق الحكمية (ابن رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، المصدر السابق، ج2، ص447).

5 ابن القيم، راد المعاد، المصدر السابق ، ج4، ص186.

أما رأي الجمهور فكان أكثر وسطية واعتدالا، لذلك رجحه الكثير من الفقهاء المحدثين[1]، وهو ما طبقه قانون الأسرة الجزائري بما ذكر في المادة 41 منه قوله:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية".

أما إذا تعلق الأمر بالعقد الفاسد فإن الفراش يبدأ من وقت الدخول[2]، وهو ما ذهبت إليه المادة 40 من قانون الأسرة حيث إن النسب يثبت من كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

ثانيا: أن يكون الزوج ممن يتصور منه مجيء الولد

فإذا كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه فإن النسب لا يثبت له، ولو أمكن التلاقي بين الزوجين أو تم الدخول وأتت به في المدة الشرعية للحمل، وهذا ما اتفق عليه أهل العلم[3] وإن كانوا قد اختلفوا في تحديد سن البلوغ الذي يأتي منه الحمل فحدده الحنابلة بعشر سنين[4] وقال الشافعية إنه تسع سنين[5].

أما بالنسبة لعدم القدرة على الوطء لعجز كما لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو خصيا[6]، فما ذهب إليه الحنابلة والشافعية أنه إذا كان الزوج مقطوع الذكر والأنثيين أو مقطوع الأنثيين

---

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، د ت، ص 388، محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع سابق، ص 357 ، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، المرجع السابق، ج 9، ص331، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص675.

2 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص143، الشيخ نظام ومن معه، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج1، ص540.

3 الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت،د ت، ج 2، ص 88، ، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق ، ج 2، ص 120، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 3، ص 39، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 3، ص 312، النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ج 17، ص 399.

4 ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983، ج9، ص53، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق ، ج 3، ص 312، البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دارالفكر، بيروت، 1982، ج5، ص405،.

5 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 120.

6 المجبوب هو من استؤصل ذكره وخصيتاه، والخصي هو من نزعت خصيتاه، أما العنين فهو من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، لمرض به، أو كان يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض، سواء كانت آلته تقوم أم لا (ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص206-208).

فقط مع بقاء الذكر لم يلحقه نسب الولد لتعذر الإنزال، أما من قطع ذكره فيلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل وكذلك العنين[1].

وقال المالكية إذا وجدت البيضة اليسرى مع إمكان الإنزال فإنه يلاعن وإلا فلا لعان[2]، وسئل الإمام مالك عن الخصي فقال أرى أن يسأل أهل الخبرة والمعرفة، وما كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه[3].

والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذا الجانب، و لم أجد اجتهادات قضائية في هذا الشأن تحدد موقف القضاء الجزائري مما قاله الفقهاء.

ثالثا: أن يكون الولد لمدة يتصور فيها مجيء الحمل من الزوج

وهي مدة محصورة بين حد أدنى وحد أقصى.

أما أقل مدة الحمل فهي ستة أشهر ولا خلاف في ذلك بناء على ما جاء في الآيتين الكريمتين قوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ [4]، وقوله: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾[5]، وبناء على أن مدة الحمل والرضاع حددتها الآية الأولى بثلاثين شهرا ومدة الفصال في الآية الثانية أربع وعشرون شهرا فإن مدة الحمل هي ستة أشهر وهي أقصر مدة يجيء فيها الحمل[6].

وقد ذكر ذلك المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر "

---

1 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج02، ص 120، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق ، ج 5، ص 107، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص54، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 3، ص 214، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق ، ج5، ص407.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت،د ت، ج2 ،ص461 ، القرافي، الذخيرة ، المصدر السابق ،ج4 ، ص295.

3 الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق ، ج 2، ص 88.

4 سورة الأحقاف، الآية15.

5 سورة البقرة، الآية233.

6 يعلق ابن نجيم من الحنفية على هذه المدة فيقول: "فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر، وربما تمضي دهور و لم تسمع فيها الولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف ينبغي نفيه، وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته " (ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق ، ج 4،ص263).

أما أقصى مدة الحمل فوجد خلاف كبير بين الفقهاء فيها:

فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان[1] واستدلوا على ذلك بحديث موقوف، ذكره البيهقي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل أكثر من سنتين قدر ما يتحول به ظل المغزل"[2]، وظل المغزل هنا مثل لقلته لأنه حال دورانه أسرع من سائر الظلال.

وقاس بقية الأئمة أقصى مدة الحمل على الوقائع النادرة في ذلك الزمان احتياطا لإثبات النسب، على خلفية أن المسألة لم يأت فيها نص، فذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات، مستندين في ذلك إلى أن امرأة محمد بن عجلان أنجبت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين، وعند المالكية خمس سنوات[5].

وقال الظاهرية إنها تسعة أشهر بناء على الغالب، وأنه المروي عن عمر رضي الله تعالى عنه[6]، وذهب محمد بن الحكم[7] إلى أن أقصى مدة للحمل سنة، وعلق على ذلك ابن رشد[8] قائلا:

---

1 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق ، ج 4، ص 169، ابن همام، شح فتح القدير، المصدر السابق ، ج 4، ص 362، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 3، ص 266، المرغيناني، على الهداية شرح بداية المبتدى، دار الفكر، ط2، ج 2، ص 316، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق ، ج 3، ص 45، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق ، ج 3، ص 540.

2 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، دار الفكر، بيروت، د ت، ج7، ص443

وفي حديث آخر، جاء فيه : عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث عائشة لا تزيد المرأة عن السنتين في الحمل، قال مالك: سبحان الله من يقول هذا جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين، (المصدر نفسه، ج7، ص443)

وقال عن ذلك الألباني، رجال هذا الحديث ثقاة غير المبارك بن مجاهد وقد ضعفوه، وما أرى بحديثه بأسا (ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/1985م ، ج7، ص189).

3 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق ، ج 2، ص 120.

4 ابن قدامة ، المغني، المصدر السابق ، ج9، ص65 ، البهوتي ،شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق ،ج3، ص312 ، البهوتي، كشاف القناع ، المصدر السابق، ج6 ، ص406.

5 ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/2001م، ج2، ص291 ، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2 ، ص460.

6 ابن حزم ، المحلى ، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 10، 346.

7 محمد بن الحكم كان فقيها مبرزا من أهل النظر والمناظرة، له كتاب أحكام القرآن وتاب الوثائق، أخذ العلم من أصحاب مالك، ولد سنة182هـ، وتوفى سنة 168هـ (القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق أحمد بكير محمود، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت، دار مكتبة الفكر، طرابلس، د ت، ج4،ص157)

8 هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الحفيد الفقيه الغرناطي الأديب الجليل، برع في الفقه والأصول وعلم الكلام والطب، ولد سنة 520هـ، وتوفى سنة 595هـ(ابن فرحون، الديباج المذهب، المصدر السابق، ص284).

"إن هذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن الحكم والظاهرية أقرب إلى المعتاد والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر"[1].

وإذا كان أهل التجربة في زماننا هم أهل الطب، فإن الدراسات في هذا الشأن تشير إلى أن مدة الحمل هي مائتان وستة وستون يوما (266 يوما)، أي تسعة أشهر إلا أربعة أيام، وقد يتأخر الحمل أو يتقدم بأسبوعين من المدة المحسوبة، وهو أمر عادي وقد يتأخر إلى شهر كامل، أما مدة الحمل الطويلة التي تحدث عنها الفقهاء فيسميها الطب الحمل الكاذب، وهي حالة تصيب النساء يمتلئ البطن فيها بالغازات، وتتوقف العادة الشهرية فتعتقد المرأة أنها حامل[2].

ولقد واكب المشرع الجزائري ما ذهب إليه الطب وجعل أقصى مدة الحمل عشرة أشهر وعبر عن ذلك في المادة 42 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر "؛ وأشير في هذا الصدد أن غالبية التشريعات العربية جعلت أقصى مدة للحمل سنة شمسية كاملة[3].

وللحنفية تفصيل مطول في حساب المدة القصوى للحمل بعد الطلاق، إذ تختلف حالاته حسب نوع الطلاق، وحسب الإقرار بنهاية العدة من عدمه[4]، أما القانون الجزائري فقد عالج ذلك في المادة 43 حيث جاء فيها "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" .

رابعا: أن لا ينفه بالطرق المشروعة

والطريق المشروع لنفي نسب الولد الذي تأتي به الزوجة هو اللعان، الذي جعله الله مخرجا للزوج كي ينفي به الولد إذا علم أنه ليس منه ولا أفصل في مسألة نفي النسب في هذا المقام بل سأتركها للمبحث الثالث لأتناولها فيه بالتفصيل.

---

1 ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المصدر السابق، ج 02، ص 291.

2 محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1995، ص 453.

3 أنظر :(المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة 84 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي، الفصل69 من جريدة الأحوال الشخصية التونسية).

4 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص352.

المطلب الثاني: الإقرار

وتقتضي دراسة الإقرار كطريق لإثبات النسب في هذا الموضوع أن نقسمه إلى فرعين يخصص الأول لدراسة معنى الإقرار وأنواعه أما الثاني فيتم فيه التطرق إلى شروطه

الفرع الأول: معنى الإقرار

الإقرار لغة: هو الاعتراف والإذعان، أقر بالحق أي اعترف به[1].

أما في الاصطلاح فقد عرفه ابن قدامة[2] بأنه: "إخبار على وجه ينفي عن نفسه التهمة والريبة"[3]، وجاء تعريفه لدى بقية المذاهب بتعريفات متقاربة في المعنى مع هذا التعريف[4].

وهو ثابت بالكتاب لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾[5]، قال المفسرون شهادة المرء على نفسه هي الإقرار[6]، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام "...**واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**"[7].

هذا ويثبت النسب بالإقرار كما يثبت بالفراش وهو أن يخبر شخص بصلة قرابة بينه وبين شخص آخر وهو نوعان:

---

1 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 4، ص 3583.

2 هو محمد موفق الدين عبد الله ابن احمد بن محمد بن قدامة بن نصر المقدسي الدمشقي الصالحي ، الفقيه الأصولي الإمام . ولد سنة 501 هـ درس في دمشق على حل علمائه رحل على بغداد ليأخذ العلم عن مشايخها كهبة الله الذقان ، وعبد القادر الجيلاني وأبي ذرعة ويحي بن كثير . توفي رحمة الله سنة 620 هـ مخلفا تصانيف كثيرة أشهرها : كتاب بالمغني شرح مختصر الخرقي، والمقنع في الفقه الحنبلي، وكذا العمدة ، وله في الأصول : رخصة الناظر ، وجنة المناظر وتصانيف أخرى في العقيدة والأنساب والفضائل (ابن مفلح، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد تحقيق وتعليق عبد الرحمان العتيمي ، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1990، ج2، ص15).

3 ابن قدامة ، المغني، المصدر السابق، ج5، ص271.

4 ومن ذلك:عرفه الحنفية أنه: "إخبار بحق عليه"(ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق،ج8، ص97)، وعرفه الشافعية أنه: "إخبار بحق ثابت على المخبر"(الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج2، ص238)، أما المالكية فقالوا عنه أنه: "إخبار على أمر يتعلق به حق الغير"(ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج2، ص51).

5 سورة النساء، الآية135.

6 ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، ط1، 1376هـ/ 1957م ، ج1، ص506

7 البخاري، صحيح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1345هـ، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا.8 ص208، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج3، ص1325.

1- إقرار الشخص بالنسب على نفسه، وهو إما أن يكون إقرارا بالأبوة أو البنوة.

2- إقرار الشخص بتحميل النسب على الغير، كأن يقول هذا أخي وهذا عمي أو هذا ابن أخي.

ويحتل الإقرار بالنسب المرتبة الثالثة من حيث قوته الثبوتية بعد الفراش والبينة، وقد تناوله قانون الأسرة الجزائري بنوعيه في المادتين 44 و45 منه.

الفرع الثاني: شروط الإقرار بالنسب

تختلف شروط الإقرار بالنسب حسب نوع الإقرار، فإذا تعلق الأمر بالنوع الأول وهو إقرار الشخص بالنسب على نفسه فإن له شروطا متفقا عليها وأخرى مختلفا فيها وتتمثل في:

أولا: الشروط المتفق فيها

وتتمثل الشروط التي اتفق عليها الفقهاء[1] في:

1- أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فمن كان نسبه معروفا لا يقبل فيه إقرار بالنسب لأن النسب الثابت لا يقبل النقل أو الإبطال، وإذا كان مجهول النسب لقيطا فإن المالكية يشترطون أن يثبت ذلك ببينة لأن ظاهر الحال يكذبه[2].

2- أن يصدقه المقر له إذا كان أهلا للتصديق لأن التصديق حجة للمقر لا تتعدى إلى غيره إلا بتصديقه، ولا ينتفي بعد ذلك إذا بلغ الصغير أو أفاق المجنون.

3- أن يكون الإقرار ممكنا بأن يصدقه العقل والعادة، فلو كان عمر المقر مثلا ثلاثون وعمر المقر له خمسة وعشرون فإن الظاهر يكذب المقر في إقراره.

---

1 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج7، ص 228، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 5، ص 327، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 2، ص 259، المرغيناني، على الهداية شرح بداية المبتدى، المصدر السابق ، ج 3، ص 212، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 6، ص 101، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 6، ص 105.

2 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 106، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 105، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 3، ص 412.

4- أن لا يصرح المقر أن المقر له ابنه من زنا لأن ماء الزنا لا يصلح أن يكون سببا للنسب بناء على قوله عليه الصلاة والسلام: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[1].

ثانيا: الشروط المختلف فيها

يضيف المالكية شرطا آخر وهو أن يكون المقر ذكرا فلا يصلح إقرار المرأة بالولد عندهم لأن النسب للآباء، لقوله عز وجل: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ ... ﴾ [2]، وإقرار المرأة بالنسب فيه تحميل للنسب إلى الغير وهذا لا يجوز[3]، وأما بقية المذاهب فإنه لا يثبت إقرار المرأة عندهم إلا بتصديق الزوج لها أو ببينة[4]، وذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يكن لها زوج وكان لها نسب معروف فعليها البينة، لأن ولادتها لا تخفى على أهلها[5].

والجدير بالذكر أن النسب يثبت بالإقرار حتى ولو كان ذلك في مرض الموت[6].

وقد جاء في المادة 44 من قانون الأسرة: "يثبت الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، حيث الملاحظ من نص هذه المادة أن القانون الجزائري جعل الإقرار بالأمومة كالإقرار بالأبوة أو البنوة، وهذا مخالف لما ذهب إليه جمهور الفقهاء كما سبق وأن بينت، لأنهم لا يجيزون إقرار المرأة دون بينة.

أما إذا تعلق الأمر بالإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، فإنه يتحقق بتوفر الشروط المذكورة سابقا والمتعلقة بالإقرار الذي منه تحميل النسب على النفس، ويضاف إليها شرط آخر

---

1 سبق تخريجه،ص12.

المقصود بالعاهر هنا الزاني، أما الحجر فيعني الرجم الخيبة والخسران (الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار، المصدر السابق، ج8، ص68)

2 سورة الأحزاب، الآية 05.

3 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 101، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 412، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق ، ج 9، ص 314، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 105، أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 2، ص 180.

4 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 30، ص 69، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 7، ص 208، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 8، ص 395، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 394، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 4، ص 235، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 5، ص 107.

5 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 394.

6 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 17، ص 152، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج8، ص97.

وهو أن يصدقه المقر من حمل النسب عليه، فإذا أقر الرجل بأخوة مجهول النسب فلا يثبت حتى يصدق الأب الإقرار، أو أن يثبت ذلك ببينة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعدى إلى غيره[1]، ولو انضم إليه أخ ثان في إقراره كان ذلك بمثابة بينة ويؤدي إلى ثبوت النسب[2].

وجاء في قانون الأسرة الجزائري أن الإقرار بالنسب في غير الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه، ويعني ذلك مطابقة ما جاء به الشرع؛ وأشير في هذا الصدد إلى أنه في هذا النوع من الإقرار وإن لم يحصل التصديق به، فإن المقر يعامل بمقتضى إقراره في الحقوق المالية كالإرث والنفقة[3].

المطلب الثالث: البينة

وفيه فرعان كذلك، أتناول في الفرع الأول معنى البينة، وفي الثاني أحكام إثبات النسب بها.

الفرع الأول: معنى البينة

البينة في اللغة تعني الإيضاح والوضوح والبيان وهو ما بين به الشيء من دلالة غيره وهي بمعنى الدليل أو الحجة[4]

أما المعنى الشرعي للبينة فهي شهادة الشهود، وفي ذلك يقول المولى عز وجل: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [5]، وقوله تعالى أيضا: ﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [6]

وهناك من اعترض على تخصيص البينة بالشهادة فقال إن البينة أعم من الشهادة وفي هذا الاتجاه ذهب العلامة ابن القيم حيث يقول: "البينة اسم لما يبين به الحق ويظهر ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماها، و لم تأت البينة في القرآن قط مرادا بها الشهادة، وإنما أتت مرادا بها

1 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 28، ص 187، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 7، ص 228، المرغيناني، على الهداية شرح بداية المبتدى، المصدر السابق، ج03، ص 212.

2 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 6، ص 103.

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص289.

4 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 1، ص 402.

5 سورة البقرة، الآية 282.

6 سورة الطلاق ، الآية 02.

الحجة والدليل والبرهان"[1]، وهو ما ذهب إليه أيضا ابن فرحون المالكي[2]، ويعني ذلك جواز الحكم بقرائن الأحوال والأمارات[3].

الفرع الثاني: أحكام إثبات النسب بالبينة

إذا تعلق الأمر بإثبات الأبوة والبنوة فإن النصاب المعتبر في البينة هي شهادة رجلين عدلين عند المالكية والشافعية[4]، وحجتهم في ذلك أن النسب لا يثبت إلا بشاهدين لقوله تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [5]، أما الحنفية والحنابلة[6] فنصاب الشهادة عندهم رجلان أو رجل وامرأتان.

وبما أن النسب مما يتسامح في إثباته فقد أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع وجعلوها مما يثبت النسب به، إلا أنهم اختلفوا في تحديد معنى التسامع الذي يثبت به النسب، فقال أبو حنيفة هو أن يشيع الخبر وينتشر، وقال الصاحبان أن يسمعه الشاهد من رجلين عدلين[7]، كما يجوز أيضا شهادة الأقارب فلو شهد أخوان بثالث ثبت نسبه[8]، وهو ما طبقته المحكمة العليا الجزائرية في اجتهادها وكل ذلك يدخل ضمن الاحتياط والتسامح الذي يقوم عليه نظام إثبات النسب[9].

---

1 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 12.

2 هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن الشيخ بن الحسن علي بن فرحون المدني قاضي المدينة المنورة، له تآليف غاية في الإجادة لاتساع علمه، توفي في ذو الحجة سنة 799هـ (محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، د ت، ج1، ص146-147).

3 ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ/1987م ، ج1، ص240.

4 الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 4، ص 84، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 9، ص 313، الشافعي، الأم، تحقيق محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، د ت، ج 6، ص 250.

5 سورة البقرة ، الآية 282.

6 السرخسي ، المبسوط، المصدر السابق، ج6، ص144 ، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق،ج4، ص356، الشيخ نظام ومن معه، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج4، ص537، ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق ،ج4 ،ص271 ، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3 ، ص545، ابن قدامة ، المغني، المصدر السابق، ج6، ص407.

7 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 16، ص150.

8 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 103.

9 قرار رقم 182333، بتاريخ 28 / 10/ 1997، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 42.

أما إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة، كأن يكون هناك نزاع بين الرجل وزوجته، أو بين الزوجة والورثة فتدعي الزوجة الولادة وينكر ذلك الورثة، فإن إثبات الولادة في هذه الحالة يحتاج إلى بينة، ولأن الولادة من الأمور التي يختص بها النساء ولا يطلع عليها الرجال، فإن النصاب المعتبر في الشهادة عند المالكية هو شهادة امرأتين بدلا من رجلين[1]، وقال الشافعية إن الولادة تثبت بشهادة أربع نسوة[2]، وذكر بعض الشافعية في ذلك رأيين أحدهما أنه يلجأ إلى القافة، والثاني هو قول الرجل مع يمينه[3].

أما الحنفية[4] والحنابلة[5] فقالوا إنه يكفي شهادة امرأة واحدة، وكذلك الأمر إذا كان الخلاف في تعيين جنس المولود كأن تدعي المرأة أنها أنجبت ذكرا ويدعي الزوج أو الورثة أنه أنثى.

و لم يتناول المشرع الجزائري بالتفصيل هذه المسألة حيث إنه أشار في المادة 40 من قانون الأسرة للإثبات البينة دون تفصيل و لم أجد اجتهادات قضائية في هذا المجال أيضا، والرأي المختار في هذه المسألة هو جواز إثبات الولادة بشهادة المرأة الواحدة وكذلك اللجوء إلى القيافة أذا تعسر الأمر و لم يوجد شاهد، اعتمادا على أن الولادة مما لا يطلع عليه الرجال، ومبدأ الاحتياط في إثبات النسب.

المطلب الرابع: القيافة

وهي رابع الطرق لإثبات النسب، وهي ذات صلة كبيرة بالموضوع الذي اخترته كما سيتبين فيما بعد، وقد قسمته إلى أربعة فروع:

---

1 الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 4، ص 81، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 11، ص 330، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص 381.

2 الإمام الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 4، ص 249، الماوردي، الحاوي الكبير ، المصدر السابق ، ج 21، ص 22.).

3 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق ، ج 2، ص 122، النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1992، ج 6، ص 293.

4 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 16، ص 142، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق ، ج 4، ص 359، ابن نجيم، ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص 272، الشيخ نظام ومن معه، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج 1، ص 536، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 3، ص 544.

5 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص 407، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج5، ص398.

الفرع الأول: معنى القيافة

القائف لغة: وهو الذي يعرف الآثار والجمع قافة ويقال قفت أثره إذا اتبعته ويقول في ذلك النطامي:

كذبت عليك لا تزال تقوفني كما قاف آثار الوسيقة قائف

وتطلق كلمة قائف أيضا على الذي يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه[1].

أما المعنى الشرعي للقيافة فقد عرفها ابن قدامة بقوله: "القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه"[2]، وعرفها ابن رشد بقوله: "القافة هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس"[3]، وقال عنها الخطيب الشربيني[4] من الشافعية: "القائف من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك"[5].

وتختلف القيافة عن الفراسة في أن القيافة من باب قياس الشبه وهو معمول به شرعا أما الفراسة فهي من الظن والتخمين، والظن يصيب ويخطئ[6].

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة

اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة وانقسموا إلى مذهبين، فمنهم من رفض العمل بالقيافة وهم الأحناف، ومنهم من صرح بالأخذ بها وهم الجمهور من الشافعية و الحنابلة، أما المالكية فالمشهور عندهم الجواز في الإيماء فقط[7].

---

1 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 5، ص 3776.

2 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 398

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق ، ج 2، ص 292.

4 هو محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين، فقيه شافعي، مفسر، لغوي، له تصانيف كثيرة من بينها السراج المنير في تفسير القرآن، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، توفى سنة977هـ (ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار المسير، بيروت، ط2، 1399هـ، ج8، ص384)

5 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 2، ص 488.

6 الأصل في الفراسة قوله تعالى: ﴿ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴾ (الحجر:75)، وما رواه الترمذي قوله صلى الله عليه وسلم:"اتقوا فراسة المومن فإنه ينظر بنور الله" وهي ناشئة عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر.(ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 2، ص 236).

7 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج2 ، ص115، القرافي ، الفروق، دار علم الكتب، بيروت، د ت، ج3، ص125.

أولا: أدلة المانعين من الأخذ بالقيافة

1- من السنة: يستند الحنفية في قولهم بـــ:

أ- عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقـــال: يـــا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود فقال له النبي: "**هل لك من إبل**" قال نعم قـــال: "**مـــا ألوانها**" قال: حمر قال: "**هل فيها من أورق؟**" قال نعم قال: "**فأنى لها ذلك؟**" قال لعله نزعه عرق قال: "**وهذا عسى أن يكون نزعه عرق**"[1].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم منع نفي الولد بالشبه فدل ذلك على عدم جواز الحكم بالشبه[2].

ورد الجمهور على الحنفية **بأن هذا القول حجة عليكم لأنه دليل على أن العادة التي فطر الله** عليها الناس اعتبار الشبه وأن خلافه يوجب الريبة، **وإنما لم يعتبر الشبه ههنا لوجود** الفراش الذي هو أقوى منه، بل وفي الحديث ما يدل على اعتبار الشبه **فإنه عليه الصلاة والسلام** أحال إلى نوع آخر من الشبه وهو العرق وهذا الشبه أولى لقوته بالفراش[3].

ب- حديث الملاعنة: عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه إن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال ابن أمية وامرأته بعد أن قذفها بشريك بن سمحاء قال: "**أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين**[4] **فهو لشريك بن سمحاء**" قال فأتت به أكحل جعدا حمش الساقين [5].

فلو كان الشبه معتبرا لأقام عليها حد الزنا ولجاز اللجوء إليه كبديل عن اللعان.

---

1 البخاري ، صحيح البخاري، المصدر السابق،كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، ج 7، ص 69، مســـلم، صـــحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان، ج 2، ص 1137 واللفظ لمسلم.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 244.

3 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق ، ص 222، ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق ، ج 4، ص 189.

4 سبطا:تعني مسترسل الشعر، قضيء العينين :أي فاسدهما بكثرة دمع أو حمرة ، والجعد لها معنيين أحـــدهما القصـــير المتـــردد والآخر البخيل، وحمش الساقين: دقيقهما (النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عصام الصباحي وحازم محمـــد عـــاد عامر، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،ط1، 1415هـــ/1994م، ج5، ص391)

5 مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان، رقم02، ج2، ص 1134، أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب اللعان ، رقم 27، ج1، ص524.

ورد الجمهور على ذلك أنه إنما منع الشبه لقيام مانع اللعان، ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام" **لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن**"[1]، وسبب اللعان أقوى من الشبه واعتبار الشبه إنما يكون إذا لم يقاومه سبب أقوى منه[2].

2- من الإجماع: يستدل الحنفية بما روي أنه وقعت حادثة في زمن عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح: "لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه" وكان هذا بمحضر الصحابة، و لم ينقل أنه أنكر عليه أحد، فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك، وقد وجد لكل واحد منهما، فثبت بقدر الملك حصة النسب[3].

ثانيا: أدلة المجيزين للأخذ بالقيافة

1- من السنة: استدل المجيزون بأن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: دخل عليّ رسول الله ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: "**ألم تري أن مجززا المدلجي نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض**"[4].

وذكروا في ذلك أن أسامة كان شديد السواد، وأبوه شديد البياض، وكان الكفار يطعنون في نسب أسامة، لذلك لما سمع النبي هذا الكلام من المدلجي سر به لعلمه بترك الطعن، والرسول صلى الله عليه وسلم لا يسر إلا بالحق فتكون القيافة حقا[5] ولو كانت من الكهانة ما سر به[6].

ورد الحنفية على ذلك بأن سرور النبي لم يكن لاعتبار قول القائف، بل لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه، وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح

---

1 رواه البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب التفسير، باب ما جاء في تفسير سورة النور، ج6، ص126 .

2 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 221.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 244.

4 البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ج9، ص195، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، ج 2، ص 1080، واللفظ لمسلم.

5 القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج 3، ص 126، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 8، ص 375، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ت، ج8، ص72.

6 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 415،ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 4، ص 187.

الرسول عليه الصلاة والسلام لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم، فكان فرحه بزوال الطعن بما هو حجة عندهم[1].

ورد الجمهور أن سرور النبي كان لاستبشاره بتعاضد أدلة النسب وتظافرها، وهو من باب الفرح بأعلام الحق وأدلته وتكاثرها[2].

كما استدل الجمهور ببعض الأحاديث التي تفيد وجود الشبه بين الأب وابنه، ومن ذلك عن أم سليم أنها سألت الرسول صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقال الرسول: **"إن رأت ذلك فلتغتسل"** فقالت أم سليم وقد استحييت من ذلك، قالت وهل يكون هذا فقال لها نبي الله:" **نعم فمن أين يكون الشبه، إن ماء الرجل غليظ أبيض وماء المرأة رقيق أصفر فمن أيهما علا أو سبق يكون الشبه**"[3].

ومن الحوادث التي تدل على جواز العمل بالقيافة، أن قوما من عكل أو عرينة قتلوا راعي الرسول واستاقوا الغنم فبعث الرسول صلى الله عليه وسلم في طلبهم قافة فأتوا بهم[4].

2- من الإجماع: عن مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط[5] أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام[6]، وقد قضى بالقافة بمحضر الصحابة من غير إنكار لأحد منهم وعد ذلك إجماعا[7].

ومن خلال هذا العرض يتبين لي أن العمل بالقيافة جائز باعتبارها طريقا يستفاد منه في حل النزاع إلا أنه يقع ترتيبها في المرتبة الرابعة بعد كل من الفراش والبينة والإقرار.

---

1 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 6، ص 244.

2 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق ، ج 4، ص 187.

3 مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها، ج1، ص250.

4 أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الحدود، باب ما جاء في المحاربة، ج2، ص444.

قال عنه الألباني: حديث صحيح (ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق ، ج8، ص94).

5 يليط بمعنى يلحق (الإمام مالك، الموطأ، تحقيق يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس للنشر، بيروت، ط11، 1408هـ/1988م، 525)

6 الإمام مالك، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ص525.

7 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق ، ج 2، ص 292.

الفرع الثالث: شروط العمل بالقيافة

حتى يعتمد رأي القائف، يجب أن تتوفر فيه عدة شروط، وهذه الشروط استنبطها الفقهاء قياسا على شروط الشاهد وشروط المخبر أو الحاكم وهي:

1- الإسلام: فلا يجب أن يكون كافرا وهو شرط تقتضيه طبيعة عمل القائف فهو كالحاكم ولا ولاية للكافر على المسلم.

2- العدالة: فلا تقبل من فاسق[1] وقال بعض المالكية إنه لا يشترط العدالة وقد روي عن مالك روايتان أحدها تشترط العدالة والثانية لا تشترط[2].

3- التجربة: يشترط في القائف أن يكون مجربا فلا حكيم إلا ذو تجربة، وهو عمل شبيه بالقضاء ذلك أن القاضي لا يولى إلا بعد معرفته للأحكام[3]، وتقتضي التجربة أن يعرض له ولد معروف النسب في نسوة ليس فيهن أمه ثلاث مرات، ثم في نسوة فيهن أمه، فإن أصاب في كل منها قبل قوله، ومثال ذلك أيضا أن يعرض الولد في مجموعة من الرجال[4]

ولا يشترط أن يكون القائف مدلجيا كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشافعية قياسا على القائف الذي رأى أسامة بن زيد وزيد بن حارثة، وذلك لأن بنو مدلج قوم اشتهروا بالقيافة[5]، إلا أن الراجح أن كل من توفرت فيه الخبرة والتجربة فهو قائف، فالخبرة علم ومن تعمله عمل به[6] وهناك من القضاة من اشتهروا بالقيافة ولم يكونوا من بني مدلج مثل إياس بن معاوية وهو من مزينة، وشريح من كندة، واستعان عمر رضي الله عنه بالمصطلقي وهو ليس من بني مدلج[7].

4- شرط التعدد: اختلف الفقهاء حول إمكان الاكتفاء بقائف واحد أم أنه يجب التعدد؟، فذهب الإمام أحمد إلى اشتراط التعدد حيث جاء في المغني: "أن ظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا

---

1 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،المصدر السابق ،ج 4، ص 488.

2 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 2، ص 114.

3 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 4، ص 489.

4 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 298، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 4، ص 240، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 4، ص 489.

5 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق ، ج 21، ص 421.

6 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 421،الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 4، ص 489.

7 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 229.

اثنين لأنه قول يثبت به النسب فأشبه بالشهادة"[1]، أما الإمام مالك فرويت عنه روايتان الأولى أن التعدد شرط والثاني أنه ليس شرطا[2]، وذهب كثير من فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أنه يُكتفى بقائف واحد فقط، واستدلوا على ذلك بأن قائف أسامة بن زيد كان واحدا وأن عمر استعان بالمصطلقي وحده وكذلك ابن عباس استقاف ابن كلدة وحده[3].

وسبب خلاف الفقهاء بخصوص شرط التعدد هو كون القائف شاهدا أو مخبرا فالذين جعلوا من القيافة شهادة اشترطوا التعدد والذين اعتبروها خبرة أجازوا قول قائف واحد[4].

5- أن يكون رجلا حرا[5] وغير ذلك من شروط الشهادة كالنطق والبصر وأن لا يكون محجورا عليه[6]، والملاحظ أن الإمام البهوتي قد أسقط شرط الحرية نقلا عن الحارثي في ذلك وذهب إلى أن الرق لا يخل بالمقصود[7].

الفرع الرابع: مجال العمل بالقيافة

اجتهد الفقهاء[8] في حصر الحالات التي يرجع فيها للقيافة كطريق لإثبات النسب والتي يمكن القول على أنها تدور دائما في حالات التنازع على النسب، بأن يدعي رجلان نسب ولد أو العكس بأن ينفيه كل واحد منهما، ويمكن تقسيم حالات التنازع هذه إلى قسمين القسم الأول يتعلق بالتزاع حال قيام الفراش، والقسم الثاني يتعلق بالتزاع حول مجهول النسب.

أولا: أن يشترك اثنان أو أكثر في الفراش: ويكون ذلك بأن يطأ رجل زوجة رجل آخر بشبهة ثم تأتي بولد حيث يحتمل أن يكون منهما أو أن ينكح رجلان امرأة نكاحا فاسدا ثم تأتي بولد يمكن أن ينسب إلى كلا الرجلين، أو أن يطلق رجل زوجته فتدعي انتهاء العدة فتتزوج من

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 399.

2 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص 292، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 302 ، ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 2، ص 114.

3 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق ، ج 4، ص 239، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 399، ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 232، الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ج 4، ص 489.

4 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 321.

5 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 420، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 389.

6 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص 489.

7 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 4، ص 239.

8 انظر المصادر السابقة

رجل آخر لستة أشهر من زواجها بالرجل الثاني وبوقت قريب من طلاق الأول بحيث لم تنته أقصى مدة الحمل.

ثانيا: أن يدعي اثنان فأكثر مجهول النسب، فلو وقع النزاع بين اثنين أو أكثر على مجهول النسب وكل واحد يدعي أنه ولده فإن الولد ينسب إلى صاحب البينة منهما، فإذا لم توجد بينة أو تعارضت البينات و لم يوجد بينهما مرجح، فإنه يتم اللجوء إلى القافة وكذلك الحال لو تنازعت امرأتان على ولدين كل واحدة منهما تدعي أن أحد هذين الولدين هو ولدها.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث: نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إذا علم الزوج أن الولد الذي ولد على فراشه ليس ابنه ، وأنه ثمرة علاقة غير شرعية لزوجته مع شخص آخر، جاز له نفيه عن طريق ما يعرف باللعان، ولأن اللعان الذي نظمه الشارع الحكيم يكون لسببين وهما الزنا ونفي النسب، فإنني في هذا المبحث، سأركز على اللعان الذي يتأتى منه نفي النسب فقط .

أما من الناحية القانونية، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى اللعان كطريق لنفي النسب بالتفصيل، فلم يذكر شروطه ولا آثاره، واقتصر على الإشارة إليه حسب ما ورد في المادة 41 من قانون الأسرة بقوله: "ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال، و لم ينفه بالطرق المشروعة" والمقصود، من الطرق المشروعة هو اللعان، ثم ذكر في المادة 138 منه قوله: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وهو ما يعني ضمنيا أنه أخذ باللعان كطريق لنفي النسب، لذلك عالج القضاء الجزائري مسألة اللعان حسب ما ورد في المادة 222 منه، التي تحيل إلى الأخذ بالشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص، لذلك فإنني أتناول في هذا المبحث اللعان كطريق لنفي النسب، حسب ما جاء في الفقه الإسلامي، وأطعمه باجتهادات المحكمة العليا إن وجدت.

وقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف اللعان ومشروعيته.

المطلب الثاني: شروط اللعان كطريق لنفي النسب.

المطلب الثالث: آثار اللعان.

المطلب الأول: تعريف اللعان ومشروعيته

تناولت في هذا المطلب تعريف اللعان عند الفقهاء، ودليل مشروعيته، والحكمة من تشريعه.

الفرع الأول: تعريف اللعان

أولا: المعنى اللغوي

اللعن هو الإبعاد والطرد من الخير، وقيل الطرد والإبعاد من الله، واللعنة الاسم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه لعنا أي طرده وأبعده.

واللعان والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعدا، ويقال تلاعن القوم أي لعن بعضهم بعضا، ولاعن امرأته لعان وملاعنة[1].

ثانيا: المعنى الاصطلاحي

اختلف الفقهاء في تعريف اللعان كل حسب مذهبه، ونظرته إلى طبيعة اللعان ، كما سنرى لاحقا وهذه التعريفات هي:

1- عرفه الحنفية بأنه: " شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة شهادته باللعن وشهادتها بالغضب، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها"[2].

2- وعرفه المالكية بأنه: "حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض"[3].

3-وعرفه الشافعية بأنه: "كلمات جعلت حجة للمضطر لقذف من لطخ فراشه، وألحق به العار أو لنفي ولد عنه"[4].

4-أما الحنابلة فعرفوه بـ: "شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين، مقرونة باللعن والغضب، قائمة مقام حد قذف أو تعزير في جانبه أو قائمة مقام حد زنا في جانبها إذا أقرت بالزنا، أو حبس إلى أن تقر أو تلاعن"[5].

والملاحظ من هذه التعاريف، أن هناك اختلافا بين العلماء في طبيعة اللعان، فالحنفية يركزون على أنه شهادة، بينما يرى الجمهور أنه يمين، مع بعض التقارب بين الحنفية والحنابلة في بعض الأحكام كما سنرى لاحقا، ويمكن ترجيح ما ذهب إليه المالكية والشافعية بناء على أن اللعان هو أقرب لليمين من الشهادة، لأن المدعي لا تقبل شهادته لنفسه وتقبل يمينه، فهو عبارة على يمين خاصة تؤدى بألفاظ محددة بناء على حكم قضائي.

---

1 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 5، ص 4044.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 242،ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 3، ص 482، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص 189.

3 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدرالسابق، ج 4، ص 124، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 187.

4 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 267، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص103.

5 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 390.

الفرع الثاني: مشروعية اللعان

اللعان ثابت بالكتاب والسنة والإجماع

أولا: من الكتاب

قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [1].

ثانيا: من السنة

ما جاء في كتب الحديث في قصتي هلال بن أمية وعويمر العجلاني

1- عن سهل بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني[2] جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري، فقال له: يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ سل لي ياعاصم عن ذلك، فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما رجع عاصم إلى أهله، جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عاصم لعويمر: " لم تأتني بخير فقد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها" فقال عويمر:"والله لا أنتهي حتى أسأله عنها" فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال: "يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها**" قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

1 سورة النور، الآيات 6-9.

2 هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري صاحب اللعان، قال الطبري عويمر بن الحرث بن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني، هو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما، وكان ذلك في شعبان 09هـ وكان قدم من تبوك فوجدها حبلى، عاش ذلك المولود سنتين ثم مات، وعاشت أمه بعد ذلك يسيرا (ابن عبد البر، الاستيعاب في أسماء الأصحاب، بهامش الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت، ج3، ص18).

فلما فرغا من تلاعنهما، قال عويمر: "كذبت عليها إن أمسكتها"، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين[1].

2- عن سعيد بن جبير، أنه سأل عبد الله بن عمر: المتلاعنان يفرق بينهما؟ قال سبحان الله إن أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان قال: "يا رسول الله أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع إن تكلم تكلم بأمر عظيم وإن سكت سكت على مثل ذلك"، قال فسكت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجبه، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به، فأنزل الله عز وجل هذه الآيات من سورة النور ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ... ﴾[2].

ثالثا: من الإجماع

أجمع العلماء على مشروعية اللعان وفي ذلك يقول ابن رشد: "فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة و الإجماع إذ لا خلاف في ذلك أعلمه"[3].

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية اللعان

حرم الشارع الحكيم الخوض في الأعراض، وجعل عقوبة رادعة لكل من تسول له نفسه الإساءة إلى شرف وعفة المحصنات دون بينة، كي لا تكون النساء مضغة في أفواه الرجال الذين يريدون التشهير بهن، وجعل البينة في ذلك أربعة شهود[4]، قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝ ﴾[5].

ومن المعلوم أن "الأزواج هم أحرص الناس على صيانة أعراض زوجاتهم ، ونفي التهمة عنهن، وعلة ذلك أن في نفوس الأزواج وازعا يزعهم عن أن يرموا نساءهم بالفاحشة كذبا، وهو وازع التعير من ذلك ووازع المحبة في نفوس الأزواج"[6].

---

1 البخاري،صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ج 7، ص 69.

2 رواه مسلم ، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان ،حديث رقم 1493 ،ج2 ،ص1131 .

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص93 .

4 الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار لتونسية للنشر، تونس، المدرسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ج 18، ص 164.

5 سورة النور، الآية04 .

6 الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، المرجع السابق، ص 162.

غير أن الزوج قد يبتلى بزنا زوجته، فلا يجد من البينة ما يدفع به العار والفضيحة عن فراشه، لذلك نزلت آية اللعان لتكون فرجا للأزواج وزيادة مخرج لهم، إذا قذف أحد زوجته وتعسر عليه إقامة البينة[1]، وفي هذا الحكم قبول لقول الزوج لامرأته في الجملة إذا كان متثبتا حتى أن المرأة بعد أيمان زوجها تكلف بدفع ذلك بأيمانها وإلا قبل قوله[2].

وفي سبب نزول هذه الآية، فقد اختلط الأمر على أهل التفسير، فقيل إنها نزلت في هلال بن أمية[3] عندما قذف زوجته بشريك بن سمحاء، وقيل إنها نزلت في عويمر العجلاني عندما قذف زوجته وما ورد في ذلك من أحاديث[4].

أما الحكمة في تكرار ألفاظ اللعان، فيقول ابن العربي[5]: "...الحكمة في تكرارها التغليظ في الفروج والدماء على فاعلها لعله أن يكف عنها فيقع الستر في الفروج والحقن في الدماء"[6].

المطلب الثاني: شروط اللعان

ذكر الفقهاء للعان شروطا حتى يحصل به المقصود وينتفي النسب به، وهذه الشروط وهي: قيام حالة الزوجية وعدم الإقرار بالولد والتعجيل بالنفي، وأضاف بعضهم شرط أن يكون نفي الزوج للنسب مبني على يقين، ويمكن دراسة هذه الشروط في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أن تكون الزوجية قائمة عند اللعان

جعل الشارع الحكيم اللعان أمرا مخصوصا بين الزوجين فقط للحكمة السابق ذكرها تصديقا لقوله عز وجل: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ...﴾ إلا أن التساؤل يثور حول المقصود من الزوجية التي تعتبر شرطا لإجراء اللعان، وقد درس أهل العلم ذلك فقالوا

---

1 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 12، ص 265.

2 محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج 18، ص 161.

3 هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن كعب بن وافق الأنصاري الوافقي، شهد بدرا وما بعدها، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم، عاش إلى خلافة معاوية (ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت، ج3، ص574).

4 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 12، ص 265.

5 هو القاضي أبو بكر العربي بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأشبيلي الإمام الفقيه الأصولي البارع، ولد في468هـ ، أخذ العلم من علماء بلده، ثم ارتحل إلى بغداد ودمشق ومصر أخذ من علمائها كالغزالي والشاشي والتبريزي، عاد بعدها إلى الأندلس سنة 491هـ، توفي بفاس سنة 543هـ ،له تصانيف عديدة منها أحكام القرآن، المحصول في أصول الفقه.(الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985، ج20، ص197).

6 ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق ، ج3، ص1332 .

إنه إذا تعلق الأمر بالنكاح الصحيح أمكن إجراء اللعان ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك، سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها، عملا بظاهر الآية: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ...﴾

أما إذا تعلق الأمر بالنكاح الفاسد، فيرى الحنفية[1] أن الرجل إذا قذف زوجته من نكاح فاسد فلا يلاعن، لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، أي أن الولد المولود من نكاح فاسد يلحق بالزوج ولا يمكن نفيه، فيكون بذلك الفراش الفاسد أقوى من الفراش الصحيح، وذهب جمهور المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنه إذا تعلق الأمر بنفي الولد فإن اللعان جائز في النكاح الفاسد، وكذلك نكاح الشبهة، فإن لم يكن هناك ولد يريد نفيه فلا لعان بينهما.

وفي حالة الزوجة المطلقة، فإن الأحناف فرقوا بين المطلقة رجعيا والبائنة[5]، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا ثم قذفها فيجب اللعان، لأن العلاقة الزوجية لم تنته بعد، أما إذا بانت المرأة من زوجها وقذفها فلا لعان بينهما، فالعبرة عندهم قيام العلاقة الزوجية حقيقة[6] ، أما مذهب الجمهور في هذه الحالة فقد وافق الأحناف فيما ذهبوا إليه إذا تعلق الأمر بطلاق رجعي، أما في حالة البينونة فإنه يجوز اللعان إذا كان لنفي النسب، أما إذا تعلق بالقذف بالزنا فلا لعان بينهما[7].

---

1 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 241، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص 484، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص 190، داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، المصدر السابق، ج 1، ص 456.

2 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص 295، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر سابق، ج 2، ص 475، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 124.

3 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 48، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص 124، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 382، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص 311.

4 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 395، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 15.

5 الطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير رضاها، ومن دون حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، أما الطلاق البائن فهو غيره،كالخلع وطلاق الثلاث (ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص49).

6 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 241، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص 484، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص 190.

7 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 5، ص387، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص123، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص41، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص311، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص295، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 128، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص16، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 395.

وإذا كانت الزوجة متوفية وكان هناك ولد يراد نفيه فيجوز إجراء اللعان عند المالكية والشافعية فقط[1]، لأن النسب عندهم ينتفي بمجرد لعان الزوج أما لعان الزوجة فهو لرفع الحد عنها فقط.

والرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية، فيجوز نفي النسب من الزوج سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا، أثناء الزواج أو بعده، حتى ولو كانت الزوجة متوفية، لأن ذلك تضمن مصلحة هي تخلص الزوج من النسب الفاسد، ومنع اختلاط الأنساب.

الفرع الثاني: أن يكون الزوجان بالغين وعاقلين

اختلف العلماء في وضع الشروط المتعلقة بالزوجين إلى فريقين، فذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أن اللعان يصح من كل زوجين بالغين وعاقلين ولا يصح من المجنون والصبي، ويصح لعان الأخرس والمملوك والمحدود في قذف، ويصح لعان النصرانية تحت المسلم ولعان اليهودية تحت المسلم، ويصح لعان الكافرين إذا رضيا بحكمنا، أما الحنفية فقد اشترطوا العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنطق وعدم الحد في قذف[5].

وجوهر الخلاف بين الجمهور والحنفية هو هل أن اللعان يمين أم شهادة؟، فالجمهور قالوا إن اللعان يمين واشترطوا أن يكون الزوجان من أهل اليمين، وأن تتوفر فيهما شروط اليمين[6] ،

---

1 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 286، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 382، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص336.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق ، ج2 ، ص475، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق ،ج4 ،ص294 ، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج4 ، ص124، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المصدر السابق، ج4، ص187 ، ابن الجوزي ، القوانين الفقهية ، الدار العربية للكتاب، ليبيا ، 1988 ، ص250 .

3 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج5، ص291، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2 ص124، الماوردي ، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص04 .

4 ابن القيم ،زاد المعاد ، المصدر السابق ، ج4 ،ص159، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج5، ص395، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص05 .

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 242، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 279.

6 استدلالات الجمهور على أن اللعان يمين: ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 4، ص 159، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 04، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص96.
وهذا القول رجحه الشوكاني من الزيدية: (الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص63).

مستدلين على أن اللعان يمين بقوله تعالى: ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [1] فقالوا أن الشهادة إذا اقترنت باسم الله عدت يمينا كما في قوله تعالى: ﴿ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ۘ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ ﴾ [2] ثم قوله: ﴿ ٱتَّخَذُوٓا۟ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا۟ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [3]، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام في قصة المتلاعنين: "**لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**"[4]، وقالوا أيضا إن الشهادة لا يستوي فيها الذكر و الأنثى بخلاف اليمين، ولو كان اللعان شهادة ما تكرر لفظه بخلاف اليمين فإنه شرع فيها التكرار، كما أن شهادة الإنسان لنفسه مردودة ويمينه مقبولة.

وقال الحنفية إن اللعان شهادة ويجب أن يكون الزوجان من أهل الشهادة[5]، واحتجوا بقوله عز وجل: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ [6] فقالوا إن الله سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء، وأن الله سمى اللعان شهادة نصا بقوله: ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [7]، أما عن التسوية بين الرجل والمرأة فقالوا إنها شهادة مؤكدة بيمين، فيراعى فيها معنى الشهادة ومعنى اليمين باشتراط لفظ الشهادة ومعنى اليمين ولا حجة في الحديث ففي بعض الروايات قوله: "**لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن**"[8]، كما استدلوا بما رواه ابن ماجه قوله عليه الصلاة والسلام: " **أربع نسوة لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحرة**"[9] .

---

1 سورة النور، الآية06.

2 سورة المنافقون، الآية01.

3 سورة المنافقون، الآية02.

4 أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الطلاق ، باب اللعان ، رقم 27، ج1، ص524.

قال عنه الألباني حديث ضعيف(الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ، ج7، 183)

5 استدلالات الحنفية على أن اللعان شهادة: الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص242 .

6 سورة النور، الآية06.

7 سورة النور، الآية06.

8 سبق تخريجه، ص27.

9 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب اللعان رقم2071، ج1، ص670.

قال عنه الألباني: حديث ضعيف (ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م، ص158) .

وقد انتصر ابن القيم لرأي الجمهور فقال: "إن حاجة الزوج الذي لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفي الولد كحاجة من تصح شهادته سواء، والأمر الذي يتزل به بما يدعو إلى اللعان كالذي يتزل بالعدل الحر، والشريعة لا ترفع ضرر أحد النوعين، وتجعل له فرجا ومخرجا مما نزل به، وتدع النوع الآخر في الآصار والأغلال، لا فرج له مما نزل به ولا مخرج بل يستغيث ولا يغاث ويستجير ولا يجار"[1]، إلا أنه جمع بين القولين حول طبيعة اللعان فقال إنه يمين مقرونة بالشهادة وشهادة مقرونة باليمين[2].

أما ابن رشد فقد رجح قول الجمهور وقال "إن اللعان يمين مخصوص وجب أن يكون لها حكم مخصوص"[3]، وهو القول الذي أرجحه.

الفرع الثالث: أن لا يقر الزوج بنسب الولد

يجب أن لا يقر الزوج بنسب الولد قبل اللعان ، فإن بادر الزوج إلى الإقرار بنسب الولد ثبت نسبه، وأصبح غير قابل للنفي، وبالتالي يسقط حقه في النفي، ولا يشترط أن يكون الإقرار صريحا، بل يمكن أن يكون ضمنيا بأعمال تدل على ذلك، ومن أجل ذلك اتفق الفقهاء على أن قبول الزوج للتهنئة بالولد من الناس يعتبر إقرارا منه بالولد، فلو هنئ الزوج بالولد فأمّن على الدعاء، أو قال أحسن الله إليك، أو جازاك الله خيرا، أو بارك الله فيك عد ذلك إقرارا بالنسب[4]، وكذلك لو بادر بشراء الألبسة للولد أو بادر إلى المصالح الإدارية لتسجيل اسمه.

وذهب أهل العلم إلى أنه لو ولدت المرأة توأمين فلا يجوز أن ينفي ولدا دون آخر، فلو أقر بالولد الأول ثم لحق الولد الثاني وأراد نفيه لم يكن له ذلك، لأنهما من حمل واحد، ولو ولد الولد الأول فنفاه، ثم بعد ذلك لحق الولد الثاني فسكت و لم يبادر إلى نفيه أو أقر به لحقه الولدان معا، إذ أنه بإقراره للولد الثاني يكون قد أكذب نفسه ويقام عليه الحد.

---

1 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 4، ص 159.

2 واستدل ابن القيم على ذلك بعشر شواهد (انظر: ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج4، ص 160)

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص 98.

4 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 122، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 246، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 403، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص 491، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص 50.

ويكون الولدان توأمين ما لم يكن الفرق بينهما ستة أشهر وإذا نفى الولدين معا ثم استلحق أحدهما لحقه الثاني أيضا للعلة نفسها[1]، فالنسب يحتاط في إثباته ما أمكن ولا يحتاط في نفيه، وهناك قاعدة تقول الاستلحاق بعد النفي جائز والنفي بعد الاستلحاق غير جائز[2].

الفرع الرابع: التعجيل بنفي الولد

بمعنى أن يسارع الزوج إلى نفي الولد عنه بعد علمه بالولادة دون تأخر ، إلا إذا كان هناك عذر، فإن تباطأ الزوج في نفي الولد يعد بمثابة الإقرار بالولد مما يسقط حقه في اللعان.

وذهب أبو حنيفة إلى أن المدة المعتبرة في النفي هي مدة التهنئة وابتياع الآلات وروي عن أبي حنيفة أنه حددها بثلاثة أيام، وقيل إنه حددها بسبعة، أما الصاحبان فقد وقتاها بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما[3]، فإذا كان الزوج غائبا فإن المدة تحسب من يوم قدومه وعلمه بالولادة، واشترط أبو يوسف أن يكون ذلك في مدة الفصال فإن مضت مدة الفصال فليس له الحق في نفيه[4].

وقال الشافعية في رأي لهم إن مدته ثلاثة أيام[5]، وفي رأي آخر أن يكون على الفور ولا يجوز التأخير إلا لعذر فإن بلغه الخبر ليلا يؤخر حتى يصبح وإن كان جائعا حتى يأكل وإن كان مريضا حتى يشفى وإن كان محبوسا فحتى يطلق صراحه، فإن كان بإمكانه الإشهاد على ذلك فليفعل وإلا سقط حقه في النفي، وإن ادعى عدم العلم بالولادة ، وكان في مكان يغلب فيه عدم

---

1 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 123، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 125، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 39، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 295، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 247، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص499.

2 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 107.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 246، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص 491، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 295، داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، المصدر السابق، ج 1، ص 460.

4 لأنه لو جاز له النفي بعد الفصال جاز له النفي بعد أن يصير شيخا وهذا قبيح (الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3. ص 246، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص 296).

5 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 5، ص 293، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص122، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص 333.

سماعه فالقول قوله مع يمينه، وإن لم يكن ذلك بأن كان معها في بيت واحد فلا يقبل[1]، وهذا الرأي يوافق ما ذهب إليه المالكية[2] و الحنابلة[3].

وإذا تعلق الأمر بنفي الحمل فذهب أبو حنيفة وبعض الحنابلة إلى عدم جواز نفي الحمل بل يجب انتظار الولادة لاحتمال أن يكون ريحا فينفش[4]، وذهب أبو يوسف و محمد إلى جواز القذف وتأخير اللعان حتى الوضع فإن جاءت به لستة أشهر من القذف يلاعن لتحقق الحمل عند القذف، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا يلاعن[5].

وذهب الشافعية[6] وابن قدامة من الحنابلة[7] إلى أن نفي الحمل مأخوذ على الجواز، بمعنى أنه يجوز إجراء اللعان أثناء الحمل ويجوز تأخيره حتى الولادة، واستدلوا في ذلك على أن الرسول صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وزوجته وهي حامل وكذلك عويمر العجلاني.

أما المالكية فإنهم قالوا إنه لا يجوز تأخير اللعان حتى الوضع فلو أخر ذلك فإنه لا يصح وإذا سكت حتى وضعته فإنه يحد ولا يلاعن[8].

والواضح من أقوال الفقهاء هو أنهم كانوا حريصين على وجوب التعجيل في النفي، لأن عدم التعجيل يعد قرينة ضمنية على الإقرار بالنسب، لذلك حدده بعضهم بمدة واشترط البعض الآخر أن يكون على الفور حال العلم بالولادة أو الحمل، ونظرا لأن اللجوء إلى تحديد المدة ضرورة يفرضها العمل القضائي الحالي الذي يقوم على تحديد المواعيد في إجراءات التقاضي فإن هذا الرأي هو الأنسب في هذا العصر، أما عن نفي الحمل فإن الأحاديث النبوية دلت على جوازه، لذلك يمكن ترجيح رأي المالكية.

---

1 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 5، ص 293، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص122، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص 333.

2 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج4 ، ص129.

3 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 403.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ،ج3 ، ص240، ابن الهمام، المصدر السابق، ج4 ،ص294 ، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص41 .

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 240.

6 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 93، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج7، ص 123.

7 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 47.

8 الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج4 ، ص129

وبخصوص اجتهاد المحكمة العليا فيما تعلق بالتعجيل بنفي النسب فقد حددت هذه المدة في قرار لها بسبعة أيام تحسب ابتداء من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا[1] ثم عدلت عن ذلك وقالت أنه يجب أن ترفع خلال يوم واحد[2]، واستقر اجتهادها بعد ذلك على اعتبار مدة الثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا[3]، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بصاحب الدعوى[4].

أما عن نفي الحمل فإنه على ما يبدو أن اجتهاد المحكمة العليا كان موافقا لما ذهب إليه فقهاء المالكية من حيث وجوب التعجيل به وهو ما يتضح من القرارات السابق ذكرها

الفرع الخامس: أن يغلب على الزوج أن الولد ليس منه

ذهب فقهاء المالكية [5] والشافعية[6] إلى أنه يجب أن يتوفر اليقين لدى الزوج أو يغلب ظنه أن الولد ليس منه، ويرتكز ذلك على قرائن تدعم ما ذهب إليه ويمكن إجمالها في:

1- إذا لم يطأ الزوج زوجته أصلا، بأن يكون قد عقد عليها و لم يطأها وجاءت بولد، أو يكون قد وطأها وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الوطء.

2- أن يكون قد وطأها ثم استبرأها بحيضة بعد الوطء[7] أو بوضع الحمل، ثم جاءت بولد بعد ستة أشهر من الاستبراء.

3- أن تأتي بحمل بعد الوطء لمدة تفوق المدة القصوى للحمل.

---

1 قرار بدون رقم، بتاريخ: 1971/02/03 نشرة القضاء 1972، العدد 2، ص 44.

2 قرار رقم 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص 89.

3 قرار رقم 99000، بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 64، والقرار رقم204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 82.

4 حيث جاء "من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لضروف خاصة و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية "(قرار رقم 76343 بتاريخ1990/07/16 ، المجلة القضائية، 1991 ،عدد3، ص75).

5 الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 460، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 2، ص 426، ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 249، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 190.

6 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 139، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 121، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 112.

7 ذهب بعض المالكية إلى أنه يجب استبراءها بثلاث حيضات انظر: (القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 287، ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 251).

ولا يجب أن يعتمد الزوج في نفيه لولده على شك، كأن يكون الولد غير شبيه بأبويه كما لو كان أبواه أبيضان والولد أسود[1]، لما رواه أبو هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله ولد لي غلام أسود"، فقال: "**هل لك من إبل**" قال: "نعم" قال: "**ما ألوانها**" قال: "حمر" قال: "**هل فيها من أورق**" قال: "نعم" قال: "**فأنى ذلك**" قال: "لعله نزعة عرق" قال: "**وهذا عسى أن يكون نزعه عرق**"[2]. وذهب بعض الشافعية إلى أنه لو رآها تزني في طهر مسها فيه وجاء الولد و لم يغلب على ظنه أحد الأمرين جاز أن يعتمد الشبه لأن النبي جعل الشبه في هلال بن أمية[3].

ولا يجوز نفي الولد اعتمادا على العزل بأن يطأ الرجل زوجته ويعزل عنها عند الإنزال ثم يعتمد على ذلك لنفي الولد منه، لأن ماء الرجل قد يسبق قبل أن يحبس به[4]، ولا يجب أن يعتمد على أنه عقيم لأن هناك من يجزم بعقمه ثم يحبل[5].

وقد يتساءل البعض في حالة تصديق الزوجة لزوجها في نفي النسب هل ينتفي النسب أم لا؟ بمعنى لو قال الزوج هذا الولد ليس مني فقالت له صدقت فهل يؤدي ذلك إلى سقوط نسب الولد أم لا؟

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 44، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 294، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 461، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 127، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 113، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، المصدر السابق، ج3، ص 373.

2 سبق تخريجه، ص26.

3 المراد من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: ""أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء" قال فأتت به أكحل جعدا حمش الساقين" (الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص122).

4 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 122، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 45، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 296، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص462، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 3، ص 45، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 409،.

5 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 39، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 113.

في هذا الشأن قال الشافعية إنه يجب توقيع حد الزنا على الزوجة، ويلاعن الزوج لنفي النسب[1] وهو مذهب المالكية إذا جاء الولد بعد البناء[2]، وينتفي بلا لعان إذا كان الحمل قبل البناء[3].

واتفق الحنابلة[4] والحنفية[5] أنه لا يجوز التصادق على نفي النسب، فإذا صدقته فلا لعان بينهما ولا ينتفي نسب الولد لأن فيه اتفاق على إسقاط حق الولد، وأن النسب لا ينفي إلا بلعانهما معا وقد تعذر ذلك.

المطلب الثالث: آثار اللعان

يتعلق باللعان آثار ثلاثة وهي:

الفرع الأول: سقوط الحد عن الزوجين

يؤدي اللعان بين الزوجين إلى سقوط الحد على كلا الزوجين وهو ما يدل عليه صريح قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[6].

إلا أن التساؤل يثور حول المقصود من الحد في ذلك؟ .

فإذا تعلق الأمر بالزوج فإن الحد المقصود في ذلك عند الجمهور[7]-وهم المالكية والشافعية والحنابلة- هو حد القذف، لأن اللعان جعل بمنزلة البينة بالنسبة للأجنبية، فإذا لم يكن له شهداء

---

1 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص89، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6، ص 336.

2 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص282، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 460

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 460.

4 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 74، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 399.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق،ج3 ،ص246 ، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص436 ، ابن همام ، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص282 ، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص193 .

6 سورة النور، الآيات 6-9 .

7 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 127، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص06، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 373، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص306. ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 251، ابن قدامة، المغني،المصدر السابق، ج 9، ص 20.

أقيم عليه حد القذف، فكذلك الزوج إذا لم يلاعن، وفي الحديث الشريف أن هلال ابن أمية لما قذف زوجته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: "**البينة أو حد في ظهرك**"[1]، وقال له عند اللعان: "**إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة**"[2]، فدل ذلك على أنه في حالة الامتناع عن اللعان يقام عليه الحد، واعترض الحنفية على ذلك فقالوا أن آية القذف منسوخة في حق الزوج فإذا قذف الرجل زوجته فإن الواجب هو اللعان فإذا نكل فإنه يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه[3].

أما بالنسبة للزوجة فعليها حد الزنا عند الشافعية والمالكية لأن لعان الزوج يعد بمثابة البينة ، ولها أن تدفع ذلك عن نفسها بأن تلاعن لقوله عز وجل: ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [4] فالعذاب المقصود في هذه الآية هو حد الزنا[5].

وذهب الحنفية[6] والحنابلة[7] إلى أنه إذا لاعن الزوج فعلى الزوجة أن تلاعن أو تحبس واستدل الحنفية في ذلك أن قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ... ﴾ ليس دليلا على وجوب الحد فقد يدل على الحبس أيضا، فالحبس يسمى عذابا كما في قصة سيدنا سليمان مع الهدهد في قوله عز وجل: ﴿ لَّأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا ﴾ [8] والمقصود به الحبس[9]، وأوضح الحنابلة أن عدم توقيع الحد على

---

1 رواه البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، تفسير سورة النور، ج6، ص126، أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج1، ص522 .

2 مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان، رقم1493، ج2، ص1133، أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق،كتاب الطلاق، باب اللعان، ج1، ص523 .

3 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص238، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص190.

4 سورة النور، الآيتان08- 09 .

5 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج5، ص292، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص380، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص306، ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص349.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص238، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص282، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص482.

7 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص73.

8 سورة النمل، الآية21.

9 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص238، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص193.

الزوجة بمجرد النكول كون أن الحدود لا تثبت بالنكول، فقد يكون عدم ملاعنتها حياءها، ومن باب أولى لا يجوز إقامة حد الزنا الذي شدد فيه الله سبحانه، وذكروا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال أن الحد على من زنى وقد أحصن إذا كانت هناك بينة أو كان الحمل أو الاعتراف ولم يذكر معها اللعان[1].

الفرع الثاني: وقوع الفرقة بين الزوجين

إذا تم اللعان بين الزوجين نتجت آثاره ومن بينها وقوع الفرقة بين الزوجين وهذا باتفاق المذاهب الأربعة، إلا أنهم اختلفوا في ابتداء سريان هذه الفرقة ونوعها

فبالنسبة لبدأ سريان الفرقة ذهب فقهاء الشافعية إلى أن الفرقة تقع بمجرد لعان الزوج فإذا أكمل الزوج اللعان نتجت آثاره التي من بينها وقوع الفرقة أما لعان الزوجة فهو لدفع الحد عنها فقط[2].

وذهب المالكية وزفر[3] من الحنفية أن الفرقة تقع بتمام لعان الزوجين وهو مذهب الحنابلة في رواية واحتجوا بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا"[4].

أما الحنفية فقالوا أن الفرقة تقع بتمام اللعان وتفريق القاضي واحتجوا بما روي عن عويمر العجلاني أنه طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان قبل أن يأمره الرسول صلى الله عليه وسلم[5] وهذا يعني

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص 73.

2 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 5، ص 291، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 60.

3 هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى ،ولد سنة110هـ، كان من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأي، تفقه على شيخه أبي حنيفة فكان أكبر تلامذته ، جمع بين العلم والعمل ، وكان عارفا بالحديث . تولى قضاء البصرة، مات سنة 158هـ (ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، المصدر السابق، ج2، ص207، العسقلاني، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 1974م، ج2، ص376).

4 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 307، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 135، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص 244، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 29، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج5، ص402.

5 سبق تخريجه، ص34.

إمكان إمساكها قبل الطلاق وكذلك ما روي عن الرسول فرق بين المتلاعنين وتفريق القاضي في هذه الحالة يكون دون استئذانهما[1].

أما عن نوع الفرقة فذهب الجمهور[2] إلى أن الفرقة هي فرقة فسخ توجب تحريما مؤبدا، تشبه فرقة الرضاع، وقال فقهاء الحنفية أن فرقة اللعان تطليقة بائنة تثبت بها الحرمة ما دام على حالة اللعان فإذا أكذب الرجل نفسه جاز النكاح بينهما، لأن اللعان عندهم شهادة وإكذاب الزوج لنفسه هو رجوع عن الشهادة ، فيبطل اللعان ويجوز النكاح[3]، وقد خالفهم أبو يوسف[4] وزفر فذهبا مذهب الجمهور[5].

والحكمة من فرقة اللعان كما ذكر ابن قدامة هو أنه: "حصل لكل منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما وإزالة الصحبة المتمخضة مفسدة، ولأنه إن كان كاذبا فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها فيما صنع من القبيح إليها، وإن كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها، ولهذا قال العجلاني كذبت عليها إن أمسكتها"[6].

الفرع الثالث: انتفاء نسب الولد

وهو ثمرة اللعان التي يسعى الزوج الوصول إليها إذا كان الهدف من اللعان نفي نسب الولد، فمتى تم اللعان بين الزوجين وفقا للشروط السابق ذكرها كانت ثمرته انتفاء نسب الولد من أبيه ولحوقه بأمه، واستدل الفقهاء في ذلك بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله

---

1 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4 ،ص287، ابن نجيم ، المصدر السابق، ج4، ص197، داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، المصدر السابق، ج1 ،ص459.

2 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص304، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص135، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق،ج 9، ص 32، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 9، ص 402، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 86، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص121، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص59.

3 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 287، ابن نجيم، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، المصدر السابق، ج4، ص 197، داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، المصدر السابق، ج 1، ص 459.

4 أبو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، له كتاب الخراج و والنوادر وغيرها، توفي سنة 192هـ(ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، المصدر السابق، ج3، ص304)

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 245..

6 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص33.

عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأته ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة[1]، وكذلك ما أخرجه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وألحق الولد بأمه[2]،وحديث سهل بن سعد: "فكانت حاملا فأنكر حملها وكان ابنها يدعى إليها"[3].

و يكفي لعان الزوج وحده لينتفي النسب عند الشافعية والمالكية[4]، على خلاف الحنفية والحنابلة حيث أن النسب عندهم لا ينتفي إلا بتمام اللعان لكلا الزوجين[5].

والجدير بالذكر أن انتفاء نسب الولد لا يؤدي إلى سقوط آثار النسب كلها ، حيث تبقى بعض الآثار قائمة ، خاصة ما تعلق بالشهادة والزكاة والقصاص والنكاح ، وكذلك عدم لحوقه بالغير إذا ادعى أحدهم أن الولد المنفي ابنه، وتسقط الحقوق المالية المتعلقة بالإرث والنفقة[6]، وإذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان وأراد استلحاق الولد، فإنه يلحقه و يثبت نسبه منه ويقام عليه الحد[7] .

1 البخاري ، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب اللعان، باب يلحق بالملاعنة ،ج7 ،ص72 .

2 مسلم ، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان ،رقم ،1494 ،ج2 ،ص1133 .

3 مسلم ، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب اللعان ،رقم ،1494 ،ج2 ،ص1130 .

4 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج5، ص291، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص380، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص308، ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص249.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص241، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص27.

6 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق ، ج4 ، ص197 .

7 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص248، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص25، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص299، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص380.

خلاصة الفصل:

اهتمت الشريعة الإسلامية بموضوع النسب وأولته عناية بالغة أن جعلته ضرورة من الضرورات وكلية من الكليات، وتُرجمت هذه العناية في مجموعة من الأحكام التي تهدف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، فجعلت النسب نعمة يتم تحصيلها في إطار علاقة شرعية بين الرجل و المرأة، وحرمت تحصيل النسب خارج هذه العلاقة حتى لا ينشأ المجتمع خائرا ضعيف الروابط ملياً بالعلل، فحرمت الزنا ونفرت منه، فالنسب نعمة والزنا نقمة ووباء يجب أن يحاصر ويجتث، كما رفضت تلك العلاقة الصورية التي تؤسس لعلاقة أبوة وبنوة مفترضة اسمها التبني لأنها تقوم على أساس مخادع غايته إشباع غريزة وملء فراغ فتحل حلالا وتحرم حراما، وقد تبنى قانون الأسرة الجزائري ما ذهب إليه التشريع الإسلامي .

والدارس لأحكام النسب في الفقه الإسلامي يجد أنها مبنية على الاحتياط في إثباتها والحرص على اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، لذلك فإنه أوجدت طرق عديدة إلى إثباته، وقد ترجم الفقهاء من خلال هذه الطرق مقصد الشارع وغايته فحكموا بثبوت النسب بأدنى دليل ولو كان فيه شبهة، ومن ذلك أن ثبوت النسب بالفراش مع انه حكم بالظاهر ومبناه الظن، كما بثبت النسب بالإقرار إذا توفرت شروطه دون حاجة للتحقق من مدى صدقه، ومن الفقهاء من أجاز ثبوته بشهادة المرأة الواحدة ومنهم من حكم بثبوته بالقيافة مع أنها تقوم على حدس وتخمين .

وفي المقابل فإنهم تشددوا في أحكام نفي النسب بأن جُعل له طريق واحد وهو اللعان ، وأثقلوه بالشروط الكثيرة حتى لا يكون نفي النسب طريقا يسلكه كل من هب ودب، فلا يلجأ إليه إلا المضطر الذي لطخ فراشه و لم يجد ما يدفع به عنه النسب الزائف، وفي ذلك حكمة جليلة ابتغاها الشارع تقوم على الاحتياط في الأنساب وعدم الخوض في أعراض الناس .

الفصل الأول:

دور البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية ومشروعيتها في إثبات النسب.

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية

المطلب الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

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

المطلب الثالث: حالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب.

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من اللعان

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول: دور البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب.

أدى التقدم العلمي الكبير الذي حققته البشرية في هذا العصر إلى ظهور اكتشافات علمية عجيبة، وتجلى 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 تحتوي 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 الاستفادة منها في أثبات النسب أو نفيه.

وإذا كان الله عز وجل قد جعل الشريعة الإسلامية خاتمة لكل الشرائع، وهي صالحة لكل زمان ومكان، فمن خلال القواعد الكلية المبنية عليها باستطاعة أهل العلم الشرعي التوصل إلى استنباط الأحكام لكل نازلة قد تقع في أي عصر من العصور؛ لذا يقع على عاتقهم اليوم تحديد الأحكام المتعلقة بمدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب أو نفيه.

ودراسة أحكام البصمة الوراثية المتعلقة بالنسب تقتضي التعرض إلى ماهيتها من خلال دراسة تعريفها والتعرض إلى مدلولها العلمي وأهميتها في الإثبات، ثم تناول مشروعيتها في الإثبات، وكذلك دراسة حجيتها في إثبات النسب أو نفيه، لذلك فإنه ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وهي:

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية ومشروعيتها في إثبات النسب.

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.

المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية ومشروعيتها في إثبات النسب

قبل أن أتناول الأحكام المتعلقة بالبصمة الوراثية، فإنه من الأهمية أن أستعرض ماهية البصمة الوراثية، من خلال تعريفها كتقنية علمية جديدة، وشرح نتائجها ومصداقية هذه النتائج، ثم دراسة مشروعيتها في إثبات النسب، لهذا فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين وهما:

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية

المطلب الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية

وأتناول في هذا المطلب تعريف البصمة الوراثية وقيمتها العلمية و أهميتها في الإثبات في ثلاثة فروع وهي:

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية

الفرع الثاني: القيمة العلمية للبصمة الوراثية

الفرع الثالث: أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية

أولا: البصمة الوراثية لغة

1- البصمة لغة: البصم هو فوت مابين طرفي الخنصر إلى طرف البنصر، والفوت هو كل مابين الأصبعين طولا، ويقال رجل ذو بصم أي غليظ.

والبُصم بضم الباء تعني كثافة الثوب[1].

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

2- الوراثة لغة: ورث، وارث، والوارث من صفات الله عز وجل، فهو الباقي والدائم الذي يرث الأرض ومن عليها بعد فناء الكل[3].

---

1 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 1، ص 295.

2 المعجم الوسيط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت، ج 1، ص 60.

3 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 6، ص 4808.

وورث: هو أن يكون الشيء لقوم ثم يصير لقوم آخرين[1]، ويقال ورث فلان أباه يرثه وراثة وميراثا، قال الله تعالى في زكريا عليه السلام ودعائه: ﴿ فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ﴾[2]، أي يبقى من بعدي فيبقى له ميراثي وهو النبوة[3].

والوراثة هي العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال[4].

وخلاصة ما سبق أن لفظ البصمة في اللغة ينصرف مدلوله إلى العلامة أو الأثر، الذي تتركه الأصابع على السطوح، والبصمة الوراثية تعني العلامة أو الخصائص والميزات التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء.

ثانيا: البصمة الوراثية في الاصطلاح

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

1- عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة 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 الجينات أو المورثات- التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[5].

أي بمعنى تحديد هوية الإنسان اعتمادا على البنية الوراثية أو الجينية؛ وإذا نظرنا إلى كلمة "هوية" نجدها مشتقة من الضمير "هو"، وتعني كون هذا الشخص هو ذاته وليس شخصا آخر[6]، أو هي لفظ يطلق للتعبير عن الأمور اللصيقة بالأشخاص أو الأشياء يراد بها التيقن من شخص هو

---

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط3، 1402هـ/ 1982م، ج6، ص105.

2 سورة مريم، الآيتان 05، 06.

3 ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 6، ص 4808.

4 المعجم الوسيط، المصدر السابق، ج2، ص1024.

5 الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، www.islamsat.com.

6 جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بدون دار نشر، د ت، ج 2، ص 1758.

بعينه[1]، فلكل فرد مجموعة من الخصائص ينفرد بها عن غيره، وهذه الخصائص هي التي تتيح لنا التعرف على ذاتية الشخص وتمييزه عن غيره.

وتحليل الحمض النووي (ADN) يتيح لنا التعرف على الشخص من خلال الاختلافات الموجودة عليه، والتي تتمثل في التّوضُّع المختلف للقواعد الآزوتية 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 بصمة الأصبع تفيد في التحقق من الشخصية، إلا أنها لا تثبت النسب، أما البصمة الوراثية فإنها تحدد لنا الهوية بصفاتها الذاتية والمرجعية[2]، من خلال التحقق من الشخصية وتحديد صلة القرابة بين هذا الشخص وغيره، وهي خصائص تدخل ضمن مدلول الهوية، لذلك فإنه من المستحسن إن يشتمل التعريف على هذه الخاصية التي تتميز بها البصمة الوراثية عن غيرها من وسائل إثبات الهوية.

2- عرفها المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة، حيث جاء في توصياته تعريفان.

أما التعريف الأول فهو نقل حرفي لما جاء عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وأما التعريف الثاني فهو أنها: " مركب كيميائي ذو شقين بها ينفرد كل إنسان عن غيره ..."[3]؛ ثم تم ترجيح التعريف الأول أي التصديق على ما ذهبت إليه المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[4].

3- عرفها نصر فريد - مفتي مصر سابقا- بقوله: "البصمة الوراثية في اصطلاح العلماء يقصد بها تحديد هوية الإنسان عن طريق جزء أو أجزاء من حمض الدنا -ADN- الحمض المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه" [5].

---

1 عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص221.

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03، ص263.

3 تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة14، 1424هـ /2003م، ص 291.

4 المرجع نفسه، ص 291.

5 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 15، عدد 17، 1425هـ/ 2003م، ص 59.

ويبدو أنه لا يوجد اختلاف بين هذا التعريف والتعريف الذي تبنته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

4- عرفها وهبة مصطفى الزحيلي بقوله: "هي المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه والتماثل بين شيئين أو الاختلاف بينهما"[1].

والمقصود بالمادة المورثة هو تتابع مجموعة من النيكليوتيدات المتوضّعة على الحمض النووي(ADN)، والتي تمثل صفة وراثية، والبصمة الوراثية إنما يقصد بها الاختلافات الموجودة على مستوى تركيبة الحمض النووي (ADN)، والتي تختلف من شخص لآخر، نتيجة لاختلاف هذه المورثات المكونة له، أما المقصود من مدى التشابه والتماثل بين شيئين أو الاختلاف بينهما فربما يقصد بها المقارنة بين مادتين وراثيتين، إلا أن هذا التعريف لم يبين لنا الغاية أو الهدف الأساسي من المقارنة بين مادتين وراثيتين، والمتمثل في تحديد الشخصية أو تحديد النسب.

5-عرفها عارف علي عارف بقوله: "المقصود ببصمة الجينات هو الاختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة الأنترون، وينفرد بها كل شخص تماما وتورث"[2].

والمقصود بمنطقة الأنترون هنا المنطقة التي تظهر عليها الاختلافات، وهي مكان من الحمض النووي تظهر فيه هذه الاختلافات، لأن 99.9% من الحامض النووي متماثل عند كل الناس بينما يقع الاختلاف بين الأفراد في 0.1% منه فقط[3].

وقد أضاف هذا التعريف كلمة تورث للدلالة على خاصية يتميز بها الحمض النووي، وهي أن الشخص يحصل على تركيبه الوراثي من والديه، نصفه من الأب والنصف الآخر من الأم فينتج مزيجا جديدا ينفرد به هذا الشخص، فتفيد في إثبات النسب، لذلك يمكنني القول أن هذا التعريف كان أكثر دقة من غيره.

ونستخلص من كل ما سبق أن البصمة الوراثية هي البنية الوراثية التي يتفرد بها كل شخص

---

1 وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03، ص 15.

2 عارف علي عارف، بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي -رؤية إسلامية-، دار التحديد للطباعة والنشر والترجمة، ماليزيا ، ط 1، 1422هـ/ 2002م، ص 14.

3 احمد محمد خليل، البيولوجيا الجنائية والبصمة الوراثية، مجلة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، جامعة عجمان، عدد 1، 1421هـ/ 2001 م، المجلد 6، ص 82.

عن غيره والتي تمكننا من التحقق من الشخصية و الوالدية البيولوجية.

ذلك أن البصمة الوراثية هي تعبير عن توضُّع المورثات المتكونة من مجموعة من القواعد الآزوتية في الحمض النووي، والتي تختلف في ترتيبها من شخص إلى آخر، وثمرة هذا الاختلاف أنها تمكننا من التحقق من الشخصية لأي فرد من ناحية، وتمكننا من التحقق من الوالدية البيولوجية من ناحية أخرى، وأضافتنا لكلمة "بيولوجية" هنا جاءت لتمييزها عن الوالدية الشرعية أو النسب الشرعي، لأن النسب الشرعي هو الذي يأتي ثمرة نكاح صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة، أما النسب البيولوجي فيعني صاحب الماء الذي تخلق منه الولد، فلا يتعلق بوجود العقد من عدمه، ولا بنوع العلاقة بين الرجل والمرأة سواء كانت شرعية أو محرمة.

الفرع الثاني: القيمة العلمية للبصمة الوراثية

وأتناول في هذا الفرع: نتائج تحليل البصمة الوراثية، ومصداقية هذه النتائج.

أولا: نتائج تحليل البصمة الوراثية

يتكون جسم الإنسان من مليارات الخلايا، وكل خلية تتكون من عضيات معقدة التركيب والوظيفة تؤدي عملها بتناسق وتنظيم تامين[1]، ويوجد في كل خلية نواة وفي كل نواة ثلاثة وعشرون زوجا من الصبغيات (الكروموسومات)[2] نصفها من الأب (الحيوان المنوي) ونصفها من الأم (البويضة)، ويشكل كل صبغي آية من آيات الله جل وعلا ومعجزة من معجزاته، إذ أنه يحتوي على ما يعرف بالحمض النووي الريبوزي منقوص الأوكسجين، الذي يرمز له في اللغة الإنجليزية بـ (DNA)، وفي اللغة الفرنسية بـ (ADN)[3].

ويمثل الحمض النووي (ADN) المادة الوراثية في كل الكائنات الحية، وهو عبارة عن سلسلتين ملتفتين حول بعضهما البعض في شكل لولبي شبيه بالسلم، وتتكون كل سلسلة من أربع وحدات أساسية، وكل وحدة تسمى النكليوتيدة، وكل نكليوتيدة تتكون من سكر خماسي ومادة الفوسفات (P)، وقاعدة آزوتية وهي على أربعة أنواع: الآدنين(A) و الجوانين (G)

---

1 مجموعة من الأخصائيين والأساتذة، الموسوعة الطبية، الشركة الوطنية للمطبوعات ش م م، 1995، ج 6، ص 966.

2 الكروموسومات هي مركبات كيميائية توجد في نواة الخلية تتكون من الحمض النووي(ADN) و بروتينات تسمى الهيستونات (إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1423هـ/2002م، ص39.)

3 (DNA) وهو اختصار إنجليزي لـ Deoxy ribonucleic acid، و(ADN) وهو اختصار فرنسي لمصطلح Acide désoxyribonucléique .

والسايتوزين(C) والتايمين(T)[1].

وتتصل أطراف السلسلتين عن طريق هذه القواعد، ولكن كل قاعدة أدنين (A) تقابلها قاعدة تايمين (T)، وكل قاعدة جوانين (G) تقابلها قاعدة سايتوزين (C)، مكونة بذلك شكلا شبيها بالسلم درجاته هي هذه القواعد[2].

وتمثل كل مجموعة من النكليوتيدات مورثة (جين)، ويصل عدد المورثات في كل صبغي إلى مائة ألف مورثة تقريبا[3]، تعبر كل واحدة منها عن صفة وراثية كالطول ولون العينين وكثافة الشعر ولون البشرة وما إلى ذلك.

وفي سنة 1985 استطاع العالم الإنجليزي "إليك جيفرس"- أستاذ بجامعة ليستر الأنجليزية- أن يثبت أن تتابعات القواعد الآزوتية التي تظهر تحت التحليل في شكل شرائط مختلفة الطول والبعد عن بعضها البعض، تمثل نمطا وراثيا ينفرد به كل شخص عن غيره، باستثناء التوائم المتطابقة، والتي تنشأ من حيوان منوي واحد وبويضة واحدة، ثم تنقسم إلى خليتين، وقد أطلق على هذا الاكتشاف اسم البصمة الوراثية، تشبيها لها ببصمة الأصابع التي ينفرد بها كل شخص عن غيره[4]، وهي متطابقة في جميع خلايا الجسم[5]، إذ إن البصمة الوراثية تمثل حدثا علميا بالغ الأهمية، من خلاله يمكن التحقق من هوية أي شخص، بطريقة يصعب التحايل عليها وعلى هذا الأساس سماها العالم البيولوجي "إريك لندر" بـ "محقق الهوية الأخير"[6].

ولأن النمط الوراثي للفرد يرثه من أبويه، حيث يرث ثلاثة وعشرين صبغيا من الأب وثلاثة وعشرين صبغيا من الأم، ويحدث ذلك وفق نظام متقن بديع يدل على قدرة الخالق، حيث إن الصفات الوراثية تتولد بالتقاء الأمشاج[7]، التي تحمل العوامل الوراثية كما عبر عن ذلك الحق تبارك

---

1 أحمد محمد خليل، البيولوجيا الجنائية والبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 88.

2 براين إينس، الأدلة الجنائية، ترجمة مركز التدريب والبرمجة، الدار العربية للعلوم، بيروت، ط 1، 2002، ص 146.

3 نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422هـ/ 2002م، المجلد 03، ص 231.

4 الأساليب الوراثية لإثبات النسب، www.islamenline.com.

5 إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، المرجع السابق، ص63.

6 إريك لندر، بصمة الدنا: العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، ترجمة أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، عدد 217، 1417هـ/ 1997 م، ص 211.

7 الأمشاج هي أخلاط ماء الرجل وماء المرأة والدم (القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج19، ص118).

وتعالى:﴿ إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ ﴾ [1]، وهذه العوامل الوراثية إما سائدة وإما متنحية، والعامل الوراثي المتنحي ليس له القدرة على الظهور إلا إذا اجتمع مع عامل وراثي آخر متنح مماثل، أي أنه موجود في المشيج الذكري والمشيج الأنثوي على السواء، أما العامل السائد فلا يحتاج إلى ذلك[2]، وهذا هو التفسير العلمي لاختفاء بعض الصفات لدى الآباء ثم ظهورها عند الأبناء؛ ونتيجة ذلك كله إمكانية التعرف على الأبوين البيولوجيين لكل فرد من خلال تحليل البصمة الوراثية، وليس ذلك فقط بل أنه أصبح بالإمكان التأكد من الشجرة العائلية للإنسان حيث أكد بعض العلماء أن البشر تفرعوا من جد مشترك في مرحلة بين 140 إلى 290 ألف سنة مضت، ويحلل في السنوات الأخيرة (ADN) بعض المومياءات المصرية للتعرف على تاريخ الأمراض، وكيف عاش الناس قديما[3].

ثانيا: مصداقية تحليل البصمة الوراثية

تؤخذ المادة الحيوية التي تخضع لتحليل البصمة الوراثية من المواد والأجزاء الآتية: الدم، المني، جذر الشعر، العظم، اللعاب، البول، السائل الآمينوسي، خلية البيضة المخصبة بعد انقسامها، خلية من الجنين[4].

والكمية المطلوبة لذلك مقدرة بحجم الدبوس، ويقول أهل الاختصاص لو أجريت دراسة على كروموسومين فقط بطريقة عشوائية لكانت كافية[5].

أما عن دقة النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية، فيذكر العلماء أنها في حدود 96%[6]، ويذهب بعضهم إلى أنه يمكن أن تصل إلى 99.9% [7].

ولقد أجريت دراسات في عدة بلدان، وكانت نتائجها مشجعة، ونسب النجاح في اتخاذ

---

1 سورة الإنسان، الآية02 .

2 أحمد شوقي الألفي، زواج الأقارب، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، www.islamset.com.

3 ميتشو كاكو، شيفرة (د،ن،أ) الشخصية، ترجمة سعد الدين خرفان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، عدد 270، 1402هـ/2001م، ص 198/ 199.

4 نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 231، براين أينس، الأدلة الجنائية، المرجع السابق، ص 163.

5 نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 231.

6 جاء ذلك على لسان الدكتور الهادي مصباح في حصة الشريعة والحياة لقناة الجزيرة والتي كانت بعنوان الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية، أنظر: (الفقه الإسلامي و البصمة الوراثية، موقع قناة الجزيرة، www.aljazeera.net).

7 نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 231.

القرار الصحيح مطمئنة، ومن ذلك دراسة أجريت في اليابان 1996 على مجموعة كبيرة من اليابانيين، نجحت في إثبات البنوة بنسبة 89% ونفي الأبوة بنسبة 68%، وذلك باستعمال مجموعة واحدة فقط في 164 حالة، أما في كولومبيا فقد أجريت دراسة على 348 حالة ثبت أن 50 حالة نفي الأبوة بنسبة 99.9% و34 حالة تحقق أبوة بنسبة 99%، بينما 85 حالة كانت تتعلق باحتمال إثبات الأبوة لأن العلامات موجودة ولكنها محتملة، والباقي 179 حالة لم يكن هناك جواب بسبب قلة الصفات الوراثية المستعملة[1]، وتم الاستعانة ببرامج الحاسوب في الدراسات أخرى للتغلب على احتمال فرص التكرار بالصدفة في عائلة واحدة أو بين شخصين[2].

لذلك فقد سارعت المحاكم في الدول الأجنبية، إلى تبني البصمة الوراثية كدليل إثبات، في مجال النسب وفي التحقيقات الجنائية، وكانت أول قضية استعملت فيها هي قضية كولن بتشفورك، حيث من خلالها تم الوصول إلى المجرم الحقيقي، وتبرئة المتهم رغم اعترافه بالجريمة[3].

وعلى الرغم من دقة النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية، فإن العاملين في هذا الميدان يقولون إن التشكيك في نتائجها وارد، لإمكان الخطأ الذي قد يحدث بسبب عدة عوامل، فأي تلوث يصيب العينات أو أي اختلاط مع عينات أخرى على سبيل الخطأ أو الاحتيال قد يقلب النتائج رأسا على عقب، ومثال ذلك ما ذكره ممثل معمل الأدلة الجنائية إثر مناقشة موضوع البصمة الوراثية من قبل المجمع الفقهي الإسلامي، من أن امرأة ادعت أنها حملت من أبيها، وكان احتمال تصديقها ضعيفا لأن الأب في الستينات من العمر، ولقوة العلاقة التي تربطهما، وعندما وضع الحمل ومن خلال التحاليل وجد أن الطفل لا علاقة له بالمتهم، وأغرب من ذلك أنه لا علاقة له بالمرأة، فاتضح أن القضية فيها تلاعب، وأن أيد خفية وراءها، وبعد التحقيق تبين أن هناك طفلا لقيطا أدخل المستشفى في اليوم نفسه وعند التسليم تم التبديل لإخفاء الحقيقة [4].

كما أنه يجب التأكد من سلامة الأجهزة، ومن أجل ذلك استبعدت البصمة الوراثية في

---

1 نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 234.

2 وهي دراسات أمريكية أجريت في نفس السياق سنة 1996 (المرجع نفسه، ص 235).

3 لقد أثبتت البصمة الوراثية براءة شاب في قضية اغتصاب وقتل فتاتين بمقاطعة ليسترالأنجليزية، وللوصول إلى المجرم الحقيقي، لجأت الشرطة إلى حملة جماعية لأخذ العينات، والتي تم من خلالها تحديد هوية المجرم الحقيقي والذي يدعى كولن بتشفورك، أنظر: (براين أينس، الأدلة الجنائية، المرجع السابق، ص 174).

4 عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، عدد 23، رجب 1425هـ، ص56.

بعض القضايا نتيجة تمسك الدفاع بعدم صلاحية التجهيزات، ومن ذلك قضية أورجي سيمسون لاعب الكرة الأمريكية الشهير الذي اتهم بقتل زوجته وعشيقها، كما استبعدت في قضية قتل 1991 بولاية فلوريدا للسبب ذاته، ولما أعيد التحليل سنة 1995 بطريقة متقدمة ثبت براءة المتهم[1]، لذلك نقبل نصيحة البروفيسور "إريك لاندر" وهو يعلق على نتائج البصمة الوراثية، حيث يقول:"يجب أن نحترس من الثقة الزائدة في التكنولوجيا"[2].

ومما سبق يمكن القول أن النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية جيدة جدا، إلا أن الخطأ البشري وارد فيها، ويكون ذلك بسبب اختلاط العينات أو عمليات الاحتيال التي قد تقوم بها أيد خفية ، أو بسبب عدم صلاحية التجهيزات المستعملة، إلا أن هناك ما يقلل من مخاوفنا هذه، وهو التقدم الذي أحرزه العلماء، من حيث طرق التحليل المستخدمة، إذ كان يعتمد في بادئ الأمر على طريقة للتحليل تسمى (RLFP)، وهي طريقة تحتاج إلى عينات كبيرة، لذلك لجأ العلماء إلى طريقة أخرى من خلال مضاعفة الـ (ADN) باستعمال أنزيمات تسمى (PCR)، وركزت بعض البحوث الحديثة على طريقة جديدة في التحليل، تسمى طريقة المواقع المتكررة قصيرة الأطوال (STR)[3].

الفرع الثالث: أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

تظهر أهمية البصمة الوراثية في الإثبات من خلال الخصائص والمميزات التي تميزها ومجالات الاستفادة منها.

أولا: خصائص ومميزات البصمة الوراثية

من خلال دراسة البصمة الوراثية، تبين أنها تتميز بعدة خصائص ومميزات تزيد من أهميتها في مجال الإثبات، والتي يمكن إجمال فيما يأتي:

---

1 إبراهيم صادق الجندي ، تقنية البصمة الوراثية وإمكانية التحايل عليها، مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، السعودية، عدد 218 ، رجب1421هـ، ص50.

2 إريك لندر، بصمة الدنا: العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، المرجع السابق، ص 229.

3 إن طرق تحليل الحمض النووي عبارة عن عمليات معقدة لا يعرفها إلا أهل الاختصاص، وتطرقي لها في هذا البحث إنما أردت من خلاله الإشارة إلى التقدم الحاصل في طرق التحليل، والذي يسهم في تحقيق نتائج أكثر دقة، ولمزيد من المعلومات حول هذه الطرق أنظر: (أحمد محمد خليل، البيولوجيا الجزيئية والبصمات الوراثية، المرجع السابق، ص 72- 75، براين اينس، الأدلة الجنائية المرجع السابق، ص 171- 172، نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 232).

1-إنفراد كل شخص بنمط وراثي خاص، أي بصمة خاصة يتعذر وجود بصمة مطابقة لها باستثناء حالة التوائم المتطابقة، لذلك فإنه يعول عليها كثيرا في تحديد الشخصية بصورة كبيرة.

2- سهولة الحصول عليها، حيث يمكن استخدام أية بقايا آدمية كالشعر واللعاب والمني، ويمكن الحصول عليها ولو من عقب سيجارة أو لعاب مأخوذ من طابع بريدي[1].

3- دقة النتائج التي تحققها في تحديد الهوية، حيث يشير أهل الاختصاص إلى أن دقة التحاليل قد تصل إلى نسبة 100%، لذلك يعول عليها كدليل إثبات أمام المحاكم باعتبار أن نتائجها قريبة من القطع.

4- إن الحامض النووي له قدرة كبيرة في مقاومة عوامل التحلل والتعفن لفترات طويلة، على عكس الطرق الأخرى التي تستعمل في تحديد الهوية كبصمة الأصابع، وعليه فإن للبصمة الوراثية فائدة عظيمة في تحديد هوية الجثث والأشلاء المتعفنة والمتفحمة.

5-يظهر تحليل البصمة الوراثية في صورة خطوط تختلف من شخص لآخر، من حيث الطول والبعد بينها، تسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسوب، والرجوع إليها عند الطلب[2]

ثانيا: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية .

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

1- تحديد هوية الشخص:حيث تكون عاملا مهما في عدة 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 ادعاء الانتساب إلى عائلة معينة قصد الحصول على جنسية بلد آخر.

ج- تعقب المجرمين من خلال الآثار الآدمية التي تؤخذ من مسرح الجريمة، وتفيد هذه التقنية

---

1 استطاع رجال المباحث من الوصول إلى المتهم في قضية تتعلق بإرسال خطاب تهديد إلى رئيس تحرير إحدى الصحف، بأخذ مسحة من اللعاب الموجود على المكان اللاصق في الخطاب (أنظر إبراهيم صادق الجندي، البصمة الوراثية وإمكانية التحايل عليها، المرجع السابق، ص 49).

2 منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط 1، 2000، ص 80.

خاصة في جرائم القتل والاغتصاب والسرقة.

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

المطلب الثاني مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب

وقد قسمت هذا المطلب بدوره إلى فرعين أساسيين هما:

الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني للبصمة الوراثية.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب.

الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني للبصمة الوراثية

وأتناول في هذا الفرع تكييف البصمة الوراثية من الناحية الشرعية والقانونية كل على حده.

أولا: التكييف الشرعي للبصمة الوراثية

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

وتتميز البصمة الوراثية بأنها دليل مادي يعتمد الحس، لذلك يمكن تكييفها شرعا بأنها نوع من القرائن، والتي ذهب جانب من العلماء إلى قبولها كدليل في الإثبات[1].

والقرينة شرعا هي: "كل ما يشير إلى المطلوب على سبيل الترجيح لا اليقين"[2]، تعرف أيضا بأنها "كل أمارة ظاهرة تقارن أمرا خفيا فتدل عليه"[3]، والتعريفان متقاربان.

غير أن القرائن بدورها يمكن تقسيمها إلى قرائن قطعية وقرائن ظنية، والقرائن القطعية هي القرائن البالغة حد اليقين، والتي تمثل دليلا مستقلا في الإثبات بحيث تقوم مقام البينة.

---

1 ومن ذلك ما ذهب إليه ابن القيم، حيث ألف كتابا في هذا المجال وعنونه ب: "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية".

2 الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1408 هـ/1988م، ص171.

3 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر،بيروت، ط 10، 1387هـ /1958م، ج2، ص918.

أما القرائن الظنية فلا تمثل دليلا مستقلا، ويستعان بها على سبيل الاستئناس والترجيح[1]، 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[2]، وفي ذلك يقول أحدهم: "...ويمكن القول بأن البصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية يقينية لإثبات هوية الإنسان، وتعد سببا شرعيا لحسم نزاع النسب"[3]، ويقول آخر: "...فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة، أن البصمة الوراثية إذا توفرت شروطها وأكثر عيناتها، مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار دليل قطعي وأكثر نتائجها 100% "[4].

المذهب الثاني: حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية وهو الموقف الذي تبناه عمر بن محمد السبيل[5]، إذ يقول "إن النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها، مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في 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"[6].

وبرر مؤيدوا هذا الرأي بأن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من

---

1 محمد أحمد حسن القضاة، حجية القرائن في الفقه الإسلامي، مجلة دراسات، عمادة البحث الأردنية، المجلد 30، عدد 2، تشرين الثاني،2003، ص 465.

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجلات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص271، نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 65، علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، 1424هـ/2003م، عدد16، ص 55، عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 61.

3 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 65.

4 علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص55.

5 الشيخ الدكتور عمر بن محمد السبيل من مواليد رمضان1377هـ، في أسرة ذات علم ودين، التحق بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، وتخرج منها سنة1402هـ، تحصل على شهادة الماجستير سنة1406هـ، والدكتوراه سنة1412هـ، عين إماما بالمسجد الحرام سنة1413هـ، توفي في غرة العام الجديد1423هـ، أي بعد كتابته لهذا البحث بستة أشهر(أنظر :سيرة الشيخ د/ عمر بن محمد السبيل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي،عدد16، 1423هـ2003م، ص271 وما بعدها).

6 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثالثة عشرة ، عدد 15، 1423هـ / 2002م، ص 55.

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 والإجـــراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها[1].

وقد ذهبت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من خلال ندوتها الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المقامة في الكويت في الفترة الممتـــدة بـــين 23-25 جمادى الثانية 1419 هـــ الموافق لـــ 13-15 أكتوبر 1998 إلى أن: "البصمة الوراثية مـــن الناحية العلمية، وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصـــية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة التي أخذ بهـــا جمهـــور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية"[2].

وأيد هذا الموقف المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي شـــريطة اســـتيفاء شروطها الكاملة، حيث جاء في توصياته: " إن البصمة الوراثية إذا استوفت الشـــروط الكاملـــة واجتنبت الأخطاء البشرية فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيها عنهما، وتصل نتائجها إلى 99.9% "[3].

والذي أراه هو أن قطعية نتائج البصمة الوراثية مرهونة بمدى توفر شروطها مـــن حيـــث سلامة الأجهزة وكفاءة القائمين عليها، وإتباع الخطوات العلمية الصحيحة، لذلك فإننا نقول أن الأصل في البصمة الوراثية اليقين و القطعية، إلا أن عامل اليد البشرية والمراحل المعقدة التي يتطلبها التحليل قللت من مصداقيتها وجعلت نتائجها قريبة من القطع، بمعنى أنها قرينة قطعية من الناحية العلمية وقرينة ظنية من الناحية العملية.

ثانيا: التكييف القانوني للبصمة الوراثية

سبق البيان أن مصادر البصمة الوراثية التي يتم عليها التحليل تتمثل في نـــواتج وإفـــرازات جسم الإنسان، كاللعاب والشعر والدم والمني، وانطلاقا من ذلك فقد رأى جانب مـــن فقهـــاء القانون المصري أن تحليل عينات بيولوجية من جسم الإنسان كتحليل الدم والبول بغرض الإثبات

---

1 خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 205 وما بعدها.

2 الحلقة النقاشية حول الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعـــلاج الجـــيني، موقـــع المنظمـــة الإســـلامية للعلـــوم الطبيـــة www.islamset.com.

3 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 292.

يدخل ضمن أعمال التفتيش[1]، فيما ذهب رأي آخر أن تحليل الدم أو البول يدخل ضمن أعمال الخبرة الطبية[2].

والحقيقة أن القول بأن البصمة الوراثية تدخل ضمن أعمال التفتيش يمكن قبوله إذا تعلق الأمر بالإثبات الجنائي، أما إذا تعلق الأمر بإثبات النسب فإنها تعد من أعمال الخبرة الطبية، وهو ما عبرت عنه المحكمة العليا في قرار لها بشأن تحليل الدم، حيث جاء فيه "...ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما حكموا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية، قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة..."[3].

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.

والتسليم بأن البصمة الوراثية نوع من الخبرة يؤدي إلى عدة نتائج أهمها:

1- إن تحليل البصمة الوراثية إجراء قضائي، فالمحكمة لا تأخذ برأي الخبير إلا إذا كانت هي التي انتدبته[4]، وقد جاء في المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري "يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه، أو بناء على اتفاق الخصوم"[5].

2- إن اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية إجراء اختياري للقاضي، حيث أن للقاضي مطلق

---

1 نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص 357.

2 عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، د ت، ص373.

تعرف الخبرة بأنها "استيضاح رأي أهل الخبرة في شأن استظهار بعض جوانب الوقائع المادية، التي يستعصى على قاضي الموضوع إدراكها بنفسه من مجرد مطالبة الأوراق"، أنظر: (نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 516).

3 قرار رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد1، ص 126.

4 بوفاتح أحمد، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003/2002، غير منشورة، ص 74.

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

الحرية في ندب الخبير، ويعد ذلك بمثابة رخصة في يده[1]، وليس حقا للخصم، فالقاضي ليس ملزما بالاستجابة لطلب الخصوم بندب الخبير إذا رأى في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، والفصل في الموضوع[2]، وهو ما يستشف من أحكام المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية[3].

3- رأي خبير البصمة الوراثية غير ملزم للقاضي، أي أن التقرير الذي يقدمه خبير البصمة الوراثية يأخذ به القاضي على سبيل الاستئناس، إذ إنه لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات وللمحكمة تقديره[4]، وهذا ما نصت عليه المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها: "...القاضي غير ملزم برأي الخبير ".

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب

أدى اكتشاف البصمة الوراثية وما تتصف به من مزايا في الإثبات إلى دخولها حيز التطبيق وأصبحت وسيلة رائدة لدى المحاكم والجهات الأمنية، لما يترتب عنها من تحقيق مصالح تفويت مفاسد، إذ أصبحت وسيلة هامة في هذا العصر لتعقب المجرمين والتعرف على الجثث المتفحمة أو المتحللة، خاصة أمام فشل الوسائل المعروفة في التعرف على هوية المعنيين[5] .

وإذا كان استخدام البصمة الوراثية قد صار سببا يحصّل هذه الجوانب، وقرينة لمعرفة الأنساب وتحصيل آثارها، فلا شك أن الشرع يجيزها ولا يمنعها ويمكن أن نستدل على ذلك بما يلي:

أولا: من الكتاب

1- قوله تعالى:﴿ حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ قَدْ جِئْتُكُم بِبَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَرْسِلْ

---

1 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دارالنشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، السعودية، ط2، 1999، ص 327.

2 محمد شتا أبو السعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، 1997، ج 2، ص8.

3 المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية :"يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو طلب أحدهم أو من تلقاء نفسه أن يأمر قبل الفصل في الموضوع بموجب أمر شفوي بحضور أحد الأطراف شخصيا أو بإجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، بموجب أمر كتابي بإجراء الخبرة أو التحقيق في الكتابة أو بأي إجراء آخر من إجراءات التحقيق وله أن يأمر شفاهيا بالانتقال للمعاينة ما لم يرى ضرورة إصدار أمر كتابي"

4 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المرجع السابق، ص 337.

5 الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في أثبات النسب، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة الجزائر، عدد05، ربيع الأول 1424هـ/ ماي2003م، ص95.

مَعِيَ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ ﴿١٠٥﴾ قَالَ إِن كُنتَ جِئۡتَ بِـَٔايَةٖ فَأۡتِ بِهَآ إِن كُنتَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿١٠٦﴾ فَأَلۡقَىٰ عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعۡبَانٞ مُّبِينٞ ﴿١٠٧﴾ وَنَزَعَ يَدَهُۥ فَإِذَا هِيَ بَيۡضَآءُ لِلنَّٰظِرِينَ ﴿١٠٨﴾ ﴾[1].

2-وقوله تعالى:﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ﴿٢٨﴾ ﴾[2].

3- وقوله تعالى:﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖ ﴾[3].

ووجه الاستدلال من هذه الآيات أن البينة لفظ جامع لكل ما يبين به الحق ويظهر، ولا يراد بها الشهادة أو الإقرار فقط، كما لو تعلق الأمر بالقرائن ودلائل الأحوال، فالمراد من البينة في الآيات الأولى البراهين العقلية الدالة على صدق موسى عليه السلام[4]، وفي الآيات الثانية فإن موضع قد القميص عدّ دليلا على صدق أحدهما وتبرئة الآخر، ومن العلماء من يحتج بهذه الآية، فيرى جواز الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات[5]، ووجه الاستدلال من الآية الثالثة أن أخوة يوسف أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم، وقرن الله تعالى هذه العلامة بعلامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق[6].

ولابن القيم كلام نفيس في هذا المعنى إذ يقول: "فالبينة اسم لكل ما يبين به الحق ويظهر ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه، و لم تأت البينة قط مرادا بها الشاهدان، وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "**البينة على المدعي**"[7]، والمراد به أن يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة أخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى، فالشرع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ

---

1 سورة الأعراف، الآيات 105-108.

2 سورة يوسف، الآيات 26-28.

3 سورة يوسف، الآية 18.

4 الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الرجع السابق، ج 09، ص39.

5 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 2، ص 118.

6 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج9، ص149.

7 سيأتي النص الكامل للحديث وتخريجه في ص158.

الشرع ومصادره وموارده وجده شاهدا بها بالاعتبار، مرتبا عليها الأحكام"[1].

ثانيا: من السنة

حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في مناسبات عديدة بالقرائن ومن ذلك:

1- ما حدث في قصة فتح خيبر بعد أن صالحه أهلها أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئا فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد فغيبوا مسكا فيه مال وحلي لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حيي بن أخطب: "**ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير؟** قال: "أذهبته النفقات والحروب،" قال: "**العهد قريب والمال أكثر من ذلك**"، فدفعه إلى الزبير فمسه بعذاب وقد كان حيي قبل ذلك دخل خربة، فقال: "قد رأيت حييا يطوف في خربة ههنا"، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة[2].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث جواز الاعتماد على القرائن والأمارات الظاهرة، فكثرة المال وقصر المدة دلالة على الكذب[3].

2- عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت: "دخل علي رسول الله ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال:"**ألم تري أن مجززا المدلجي نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض**"[4].

حيث يستفاد من هذا الحديث جواز العمل بالقيافة، فقد كان أسامة شديد السواد، وأبوه زيد شديد البياض، وكان الكفار يقدحون في نسب أسامة، لذلك فإنه لما سمع النبي ذلك سر به، والرسول صلى الله عليه وسلم لا يسر إلا بالحق[5]؛ والبصمة الوراثية من جملة القرائن التي يمكن

---

1 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 12.

2 أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب الخراج والأمارة والفيء، باب ما جاء في حكم أرض خيبر، ج2، ص141، البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب السير، باب من رأى قسمة الأرض المغنومة ومن لم يرها،ج9، ص137، واللفظ للبيهقي.

قال عنه الألباني: حديث حسن الإسناد (ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض،ط1، 1419هـ/1998، ج2، ص252).

3 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص08.

4 سبق تخريجه، ص27.

5 القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج 3، ص 126، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 8، ص 375.

التعويل عليها في إقامة العدل بين الناس.

ثالثا: من القياس

قياس البصمة الوراثية على القيافة بجامع اعتماد الشبه في كل منهما، بل الشبه في البصمة الوراثية آكد[1]، فالأبحاث العلمية تشير إلى أن عدد الكروموسومات في خلايا جسم الإنسان هي ستة وأربعين كروموسوما، نصفها موروث من الأب، والنصف الآخر من الأم، وأن كل كروموسوم يحتوي على الرسالة الوراثية والمتمثلة في مجموعة الصفات التي يتميز بها كل شخص عن غيره، بداية من لون العينين وطول القامة وشكل القدمين ودرجة الذكاء ومدى الاستعداد للإصابة بمرض وراثي، وصولا إلى أدق المميزات الموجودة في الجسم[2]، لذلك فإن تكوين البصمة الوراثية لكل فرد هو نتاج انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء، وهذه الصفات الوراثية هي التي تصنع الشبه بين الأصول والفروع، 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[3].

كما أن البصمة الوراثية نوع من الخبرة الطبية يمكن قياسها على ما ذهب إليه الحنابلة عندما أجازوا اعتماد وزن اللبن للترجيح فقالوا: "وإن ولدت امرأتان ابنا وبنتا، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت، احتمل وجهين أحدهما أن نري المرأتين القافة مع الولدين، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به، كما لو لم يكن لهما ولد آخر، والثاني أن نعرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته، وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف، ويعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها

---

1 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1422هـ/2001م ، ص 264، وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23، علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 56، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03، ص 145، نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 78، الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 98، عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 59، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام، المرجع السابق، ص 255.

2 عارف علي عارف، بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 95.

3 الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، www.islamsat.com.

لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى"[1].

وهذا الحكم يعني جواز اللجوء إلى الخبرة لإثبات النسب، وعلى أساسه قاس بعض الفقهاء جواز اللجوء إلى خبرة تحليل الدم واعتبارها قرينة معتبرة لإثبات نسب الولد ، وإلحاقه بالرجل باعتباره أباه أو بالمرأة باعتبارها أمه بناء على تشابه الدم[2]، مع العلم أن تحليل الدم الذي يعتمد على الزمر الدموية يعتبر دليل نفي فقط، وليس دليل إثبات للنسب، ونتائجه غير دقيقة خلافا للبصمة الوراثية.

والبصمة الوراثية دليل مادي للتحقق من الهوية الشخصية، "وقد تم قبول وسائل مستحدثة لإثبات الهوية، أثبتت جدواها علميا ويسرت التعامل بين البشر ومن ذلك:

أ- بصمة الأصابع: فإن الله العليم القدير جعل بصمة الأصابع لكل إنسان متفردة لا تلتبس ببصمة إنسان آخر، وبعض المفسرين في هذا العصر يأخذ الإشارة من هذا قوله تعالى:﴿ بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّيَ بَنَانَهُۥ ﴾[3].

ب- التوقيع الخطي: كما هو معلوم والمعتاد أن التواقيع لا تتماثل في نظر خبراء الخطوط.

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

و لم نسمع أحدا من أهل العلم والفقه إنكار العمل بشيء من هذه الوسائل الثلاث المستحدثة، بل استخدموها هم أنفسهم كما استخدمها غيرهم، ويضاف إلى هذا أن هذه الوسائل الثلاث قد أثبتت فعاليتها وصحة نتائجها وهو الأمر الذي جعل لها الاستمرار والثبات"[4].

رابعا: الأصل في الأشياء النافعة الإباحة

الإسلام دين علم، يحث على طلبه و العمل به، ولا تعارض بين الدين والعلم، وفي القرآن الكريم ما يدعو إلى التأمل والتدبر في آياته، وكل ما توصل إليه العلماء أشار إليه الحق تبارك وتعالى في قوله:﴿ سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص 406، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 4، ص 237.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، ج9، ص 414.

3 سورة القيامة، الآية 04.

4 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 264.

كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ۝ أَلَآ إِنَّهُمْ فِي مِرْيَةٍ مِّن لِّقَآءِ رَبِّهِمْ ۗ أَلَآ إِنَّهُۥ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطٌ ۝ ﴾[1]، حيث وعد الله تعالى بأن تظهر دلائل حقيته في الآفاق البعيدة عنهم، وفي أنفسهم فتتظاهر الدلائل على أنه الحق فلا يجدوا لإنكارها سببا[2]، وأكد ذلك في آية أخرى بقوله: ﴿ وَفِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ۝ ﴾[3]، بمعنى ألا تفكرون في خلق أنفسكم وكيف أنشأكم الله من ماء وكيف خلقكم أطوارا[4]، واكتشاف البصمة الوراثية هو تجسيد لآية من آيات الله في خلقه، يستطيع الإنسان من خلالها معرفة الحقائق بطريقة علمية ملموسة[5].

وبما إن الأصل في كل ما يستجد من أمور بما لم يرد فيه نص كتاب أو سنة، أو لم ينقل فيه إجماع يدل على منعه، فإنه يحكم بإباحته أو جوازه، بناء على البراءة الأصلية، أو القاعدة الكلية التي تقول إن الأصل في الأشياء الإباحة[6]، واستصحابا لبراءة الذمة ومبدأ سلطان الإرادة في الإسلام، إذ يحق لكل إنسان أن يبرم ما يراه من العقود وينشئ ما يراه من التصرفات، ويضع ما يراه من الشروط، ويخترع ما يريد دون التقيد بأية شكليات، في حدود عدم الضرر بالنفس أو الغير، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشارع على تحريمه وإبطاله[7]

خامسا: البصمة الوراثية تحقق مصلحة مشروعة

إن النظر في شرعية البصمة الوراثية باعتبارها من النوازل الحديثة، تتحدد حسب المصلحة التي تحققها والمفسدة التي تنجم عنها، فيحكم بجوازها إذا أدت إلى تحقيق مصلحة، أو إذا أدت إلى مصلحة ونجمت عنها مفسدة إلا أن المصلحة التي تحققها أرجح من المفسدة، أما إذا غلب فيها جانب المفسدة فإنه يحكم بعدم جوازها، لأن الشريعة أساس مصالح العباد، وبما أن إثبات النسب من المصالح التي حرص الشارع على تحقيقها بإلحاق الأنساب الضائعة، والبصمة الوراثية يمكن أن تحقق ذلك، فإنها تدخل ضمن أدلة النسب التي أجازها الشارع، وبناء على أنه بالإمكان أن ينجم

---

1 سورة فصلت، الآيتان 53- 54.

2 الطبري، تفسير الطبري، المصدر السابق، ج25،ص04، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج25، ص18.

3 سورة الذاريات، الآية 21.

4 الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج26، ص353.

5 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 61.

6 الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، المرجع السابق، ص102.

7 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 62.

عن استخدام البصمة الوراثية مفسدة تعاكس مقصود الشارع، فإنه يجب أن توضع لها ضوابط وشروط تفاديا للمفسدة التي قد تنجم عنها حسب ما تدعو إليه الحاجة فقط[1].

كما أن المنطق يقتضي أن نحكم بكل أمارة محققة للعدل لما في ذلك من المصلحة المشروعة، فكما يقول ابن القيم: "فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها قيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فهي من الدين وليست مخالفة له"[2].

1 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 100.

2 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 14.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

من خلال ما تقدم في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، نجد أن الفقه الإسلامي يتميز بوجود طرق عديدة في إثبات النسب، وهي الفراش والبينة والإقرار والقيافة، أما الطرق الثلاثة الأولى فقد اتفق 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؛ والمقصود من حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في هذا المبحث هو تحديد مترلتها ضمن أدلة إثبات النسب الأخرى، والآثار المترتبة على ذلك، ثم تحديد الحالات التي يلجأ فيها إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، لذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: مترلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

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

المطلب الثالث: حالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

انقسم الفقهاء المعاصرون في تحديد مترلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب بالنسبة إلى الطرق التقليدية الأخرى، وهي الفراش والبينة والإقرار والقيافة.

فمنهم من تبنى فكرة أولوية البصمة الوراثية على الأدلة التقليدية، واعتبر أنها طريقة علمية دقيقة ويقينية، يجب تقديمها على طرق الإثبات التقليدية، ومنهم من تحفظ على ذلك ورأى أن البصمة الوراثية تأتي في المرتبة الرابعة بعد الفراش والبينة والإقرار، وتقدم على القيافة لأنها أكثر منها دقة، وأتناول في هذا المطلب موقف كل فريق بالتفصيل:

الفرع الأول: الراي القائل بتقدم البصمة الوراثية على أدلة الإثبات الأخرى

يقول بهذا الرأي سعد الدين هلالي، وأيده في بعض الجوانب بعض الفقهاء[1] خاصة ما تعلق

---

1 من بينهم عبد المعطي بيومي و محمد عثمان رأفت وهما عضوان بمجمع البحوث الإسلامية، إلا أن محمد عثمان رأفت ذهب إلى أن نسب ولد الزنا يحكم به إذا لم يوجد فراش أي أن ترتيب البصمة الوراثية ضمن أدلة النسب يكون بعد الفراش وقبل البينة والإقرار أنظر: (جدل واسع حول فتوى البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا www.factjo.com)

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:

1- من الكتاب: يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[2]، واستدلوا بأن منطوق الآية الكريمة يدعونا إلى أن ينسب الشخص إلى الأب الحقيقي[3]، ومقتضى ادعوهم لآبائهم هو أن نعرف الأب الحقيقي، وأن نبذل 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[4].

يمكن **الاعتراض** على ذلك بأن هذه الآية نزلت لتحريم التبني، الذي كان سائدا قبل ذلك، فقد كان زيد بن حارثة يدعى زيد بن محمد، ولما نزلت هذه الآية، أصبح يدعى إلى نسبه الأصلي زيد بن حارثة[5]، أما أن لفظ الأب يشتمل على الأب غير الشرعي، فهو قول مردود، لمناقضته لقول النبي عليه الصلاة والسلام: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[6]، لأن الشريعة تشترط شروطا أخرى في إثبات النسب غير كون النطفة من الوالد، مثل وجود العقد ونحو ذلك، فليس هناك تلازم بين الأمرين، فالولد الثابت بنوته لشخص من حيث النطفة، لا يثبت نسبه منه إذا ثبت أنه من الزنا مع أنه ابنه البيولوجي.

2- من المعقول:

أ- إن أدلة النسب التي ذكرها الفقهاء لا تخرج في الحقيقة عن أطر الأدلة الشرعية في الإثبات مطلقا، لأنها تهدف إلى كشف وإظهار الحقيقة المتاحة، وليس فيها ما يتعبد به سواء بعدده

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق ، ص 271.

2 سورة الأحزاب الآية05.

3 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 276.

4 ذهب إلى هذا القول كل من الدكتور محمد عثمان رأفت والدكتور عبد المعطي بيومي (حسن علي دبّا، ما بين الدين والعلم علائق متواصلة ، www.raya.com).

5 ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج3، ص1493.

6 سبق تخريجه، ص12.

أو بهيأته، إلا ما ورد في حد الزنا والقذف[1].

ب- إن عمل الفقه الإسلامي بوسائل الإثبات المتعلقة بتحديد الشخصية، والتي استقر عليها العمل دهرا 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 والزمان، فالمفتي إنما يفتي على عرف أهل زمانه، وليس زمن المتقدمين كزمن المتأخرين[2].

ويعترض على ذلك بأن القول بتقديم كل دليل علمي على أدلة الشرع، سيؤدي في النهاية إلى جحود كتاب الله، وإهدار سنة نبيه الكريم عليه الصلاة والسلام من أجل آيات شاء الله أن ينعم بها على البشر ليستفيد منها الناس، وليعلموا أنه الحق من ربهم وليس لضرب النصوص الشرعية بعرض الحائط[3].

إن الأصل في الأدلة الشرعية الصحة واليقين، لأنها من شرع الله، وشرع الله واف غير مشوب بنقص، فكما في الأدلة الشرعية شيء من التزوير، فإن البصمة الوراثية لا تخلو من التزوير والمطامع الشخصية وحتى توجد التهمة التي تهدر من قيمة الدليل الشرعي حينها لا يلتفت إليه، ولذلك لا يصح التعميم بأن الأدلة الشرعية ظنية وقديمة[4]

ج-إن الفراش ليس دليلا للنسب، وإنما هو تعبير عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة في إطار شرعي، وهذه الحالة أي الجماع تحتاج إلى دليل، وهو متعذر عقلا إلا من الزوجين لبناء علاقتهما على الستر، لذلك تم الاكتفاء بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية الممكنة، وأول دليل لإثبات الفراش الشرعي هو قيام حالة الزوجية في الواقع المشاهد، وعبر الفقهاء عليه بدليل الفراش حتى ظن الناس أن الفراش دليل لإثبات النسب، وهو في الحقيقة تعبير عن قيام الزوجية، وإشارة مهذبة إلى الجماع المشروع[5].

د- إذا كانت طرق إثبات الفراش هي قيام الزوجية والبينة والإقرار والاستفاضة والقيافة،

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 267.

2 المرجع نفسه، ص 263.

3 حليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ، ص 212.

4 المرجع نفسه، ص200.

5 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق ، ص 268.

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 ترميم الواقع على حساب الحقيقة[1].

ويحيلنا بهذا الكلام إلى الحديث عن الشروط التي وضعها الفقهاء لثبوت النسب، والمتعلقة بكل طريق من طرق النسب؛ فإذا تعلق الأمر بالفراش فإن النسب لا يثبت إلا إذا أمكن الاتصال بين الزوجين، وكان الزوج يولد لمثله، وجاءت بالولد في مدة يتصور مجيء الحمل منه، فمثلا لو تزوج صبي بامرأة واجتمع بها ثم أتت بولد في مدة يتصور فيها مجيء الحمل منه، فإن النسب لا يثبت لأن الصبي لا يولد لمثله، وإذا تزوج الرجل بالمرأة وأمكن التلاقي بينهما، ثم جاءت به لأقل من ستة أشهر من الزواج فإن الولد لا يلحق به، لأننا تيقنا أن العلوق كان قبل الزواج.

ونفس الشيء يقال على الإقرار، حيث وضع الفقهاء شروطا لتصديقه[2]، فيجب أن يكون هذا الإقرار من ذات المقر، ولا يقبل من غيره إلا ببينة أو تصديق المقر له، ويجب أن يصدقه العقل والحس، فمن استلحق شابا له خمس وعشرون سنة وهو لم يتجاوز الثلاثين، لا يقبل منه إقراره، لأن ذلك لا يصدقه العقل، ويشترط كذلك أن يقع الإقرار على مجهول النسب، ولا يكون له منازع فيه.

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة

وهو مذهب أغلب الفقهاء المعاصرين[3]، وفحوى هذا الرأي أن البصمة الوراثية هي طريقة

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق ، ص 276.

2 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 5، ص 327، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 2، ص 259 ، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 7، ص 228، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 101.

3 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 264، وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23، علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 56، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق ، ص 145، نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 78، الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 98، عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 59، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام، المرجع السابق، ص255، محمد بن يحي حسن النجيمي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، السنة19، العدد37، محرم1425هـ، ص84.

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 ترميم الواقع على حساب الحقيقة[1].

ويحيلنا بهذا الكلام إلى الحديث عن الشروط التي وضعها الفقهاء لثبوت النسب، والمتعلقة بكل طريق من طرق النسب؛ فإذا تعلق الأمر بالفراش فإن النسب لا يثبت إلا إذا أمكن الاتصال بين الزوجين، وكان الزوج يولد لمثله، وجاءت بالولد في مدة يتصور مجيء الحمل منه، فمثلا لو تزوج صبي بامرأة واجتمع بها ثم أتت بولد في مدة يتصور فيها مجيء الحمل منه، فإن النسب لا يثبت لأن الصبي لا يولد لمثله، وإذا تزوج الرجل بالمرأة وأمكن التلاقي بينهما، ثم جاءت به لأقل من ستة أشهر من الزواج فإن الولد لا يلحق به، لأننا تيقنا أن العلوق كان قبل الزواج.

ونفس الشيء يقال على الإقرار، حيث وضع الفقهاء شروطا لتصديقه[2]، فيجب أن يكون هذا الإقرار من ذات المقر، ولا يقبل من غيره إلا ببينة أو تصديق المقر له، ويجب أن يصدقه العقل والحس، فمن استلحق شابا له خمس وعشرون سنة وهو لم يتجاوز الثلاثين، لا يقبل منه إقراره، لأن ذلك لا يصدقه العقل، ويشترط كذلك أن يقع الإقرار على مجهول النسب، ولا يكون له منازع فيه.

الفرع الثاني: الراي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة

وهو مذهب أغلب الفقهاء المعاصرين[3]، وفحوى هذا الرأي أن البصمة الوراثية هي طريقة

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق ، ص 276.

2 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 5، ص 327، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 2، ص 259 ، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 7، ص 228، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 101.

3 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 264، وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23، علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 56، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق ، ص 145، نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 78، الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 98، عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 59، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام، المرجع السابق، ص255، محمد بن يحيى حسن النجيمي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، السنة19، العدد37، محرم1425هـ، ص84.

علمية تعتمد الشبه من خلال انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع، لذلك فهي نوع من القيافة إلا أنها من باب قياس الأولى، بمعنى أن مترلتها تكون مقدمة على القيافة لأنها أدق منها، ولا تقدم على الأدلة الشرعية المتفق عليها، والمتمثلة في الفراش والبينة والإقرار فالطرق الشرعية لإثبات النسب أقوى في تقدير الشرع، ولا يلجأ إلى غيرها من الطرائق كالبصمة الوراثية والقيافة إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل القوي وعند تعارض الأدلة[1]، كما لا يجوز أن تقدم البصمة الوراثية 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...[2].

ويمكن تقسيم الأدلة التي يقوم عليها هذا الرأي إلى قسمين، فالقسم الأول يمثل الأدلة التي من خلالها تم تقديم الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية، والقسم الثاني يتعلق بتقديم البصمة الوراثية على القيافة.

فبالنسبة لأولوية الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية احتج الفقهاء بـــ:

1- من الكتاب:

أ- قال الله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [3]، فقد نسب الحق عز وجل الأولاد للأمهات للقطع بوالديتهن لهم، بخلاف الآباء وقد عبر عنهم بقوله (المولود له)، لأن المولود له قد لا يكون الأب الحقيقي، لكنه لما ولد على فراشه نسب إليه إعمالا للأصل وإطراحا لما سواه[4]، بمعنى أن الأصل هو أن ينسب الولد إلى صاحب الفراش مع الاكتفاء بذلك، وعدم البحث فيما إذا كان صاحب الفراش هو الأب الحقيقي أم لا.

ب- وقوله تعالى: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [5]، وقوله:﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ [6] وقوله أيضا:﴿ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ﴾[7]، و في هذه الآيات أمر بإقامة الشهادة وعدم كتمانها، وتقديم

---

1 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23.

2 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 265.

3 سورة البقرة الآية 233.

4 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 70.

5 سورة البقرة الآية 282.

6 سورة الطلاق الآية 02.

7 سورة البقرة الآية 283.

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 ونصفها من الأم[1]، لذلك يمكن القول بأن البصمة الوراثية هي علم من القيافة تميزت بالبحث في أسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة وعمق ومهارة علمية بالغة[2].

ب- إن البصمة الوراثية تعتمد على الشبه وعدمه، لكن عن طريق النمط الوراثي، ولكن وبما إنها تتم من خلال مختبرات وتقنيات معقدة جدا، فإن نتائجها دقيقة جدا[3]، وفيها زيادة علم وحذق[4]، أما القيافة فنتائجها غير دقيقة، فالقائف إنما يتكلم عن حدس وتخمين وفراسة، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكمه بحال، بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، وذلك لأن الصفات الظاهرة في البشر قد تتشابه وقد ينخدع القائف بالتشابه الظاهر، فيكون حكمه بإثبات الأبوة كاذبا[5].

ج- القيافة طريقة بدائية قديمة، تعتمد في معرفة الشبه بالمطابقة بين الأعضاء كلون الأقدام أو اليدين أو العينين، وتعتمد البصمة الوراثية على الخبرة الفنية المعملية والتقنية المتطورة[6]

د- إن البصمة الوراثية والقيافة كلاهما يقوم على دراسة الشبه، ولكن البصمة الوراثية تعتمد الشبه الخفي بينما تعتمد القيافة على الشبه الظاهر[7]، وقد ذهب أهل العلم إلى تقديم الشبه الخفي على الشبه الظاهر حيث جاء في مغني المحتاج: "... ولو ألحقه قائف بالأشباه الظاهرة وآخر بالأشباه الخفية كالخلق وتشاكل الأعضاء، فالثاني أولى من الأول لأن فيها زيادة حذق وبصيرة"[8].

ومن أجل ما سبق، فقد تبنت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية هذا الرأي، وجاء في توصياتها " إن البصمة الوراثية تمثل تطورا ضخما في مجال القيافة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية "[9].

---

1 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 78.

2 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 61.

3 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 56.

4 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 60.

5 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263.

6 خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص172.

7 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 60.

8 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص491.

9 ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المرجع السابق ، www.islamset.com.

ومن العلماء من **اعترض** على قياس البصمة الوراثية على القيافة، فيعتبر أن البصمة الوراثية باب والقيافة باب آخر، اعتمادا على أنها تقوم على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية، كما إن العمل بها يكون في مجالات متعددة، على خلاف القيافة فهي مبنية على الظن ومجالها إثبات النسب فقط، لذلك فإن البصمة الوراثية تعد بينة أو قرينة مستقلة يؤخذ بها في الحكم الشرعي إثباتا ونفيا[1].

من خلال تعرضي لأقوال العلماء بشأن منزلة البصمة الوراثية وترتيبها ضمن أدلة إثبات النسب، فإنه بناء على ما سبق من أدلة، يمكن ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، 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 وهو من قبيل الإفراط والثقة الزائدة في الأدلة العلمية، وإطلاق سلطان المصطلحات العلمية في الإثبات، فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية قرينة قاطعة أما من الناحية التطبيقية فإن الخطأ فيها وارد، كاختلاط العينات المأخوذة من شخص بعينات شخص آخر، أو بسبب خطأ خبير البصمة الوراثية في إجراء من الإجراءات، أو بسبب عدم العناية التامة أو بتعقيم الآلات أو حدوث خلل بسيط ولو غبار أو عطس، قد يقلب النتائج فينتفي النسب من القريب ويثبت من البعيد، لذلك فإنه لا ينبغي الإفراط الزائد في التكنولوجيا كما عبر عن ذلك أهل الاختصاص[2].

كما أن مجال العمل بالبصمة الوراثية إنما يكون في الأنساب التي لم تثبت بعد، وهذا يتوافق مع مقصد الشارع وتشوفه إلى اتصال الأنساب التي لم تثبت بعد، لذلك فإن النسب يثبت بطرق عدة حتى ولو كانت فيها شبهة ولا ينتفي إلا باللعان، والقول بأولوية البصمة الوراثية في الإثبات يؤدي إلى كثرة النزاعات وخلق الفوضى في المجتمع، وزرع الأحقاد والضغائن، وإضعاف تماسك الأسرة .

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

إن استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب يؤدي إلى ظهور عدة نتائج وآثار تتحدد حسب منزلتها ضمن أدلة النسب، والتي سبق وأن تناولتها في المطلب السابق، ولكل مذهب نتائج وآثار أتعرض لها في فرعين هما:

---

1 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 61، 62.

2 إريك لاندر، بصمة الدنا : العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، المرجع السابق ، 225.

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

الفرع الثاني الآثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية

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

تتعلق هذه النتائج بالأحكام الوضعية للبصمة الوراثية، وإثبات نسب ولد الزنا، وظهور دعوى جديدة هي دعوى تصحيح النسب.

أولا: الأحكام الوضعية للبصمة الوراثية

السبب والشرط والمانع من أقسام خطاب الوضع[1]، ولأن البصمة الوراثية دليل حسي ونتائجها يقينية، فإنها تعد سببا شرعيا للنسب، وشرطا لقبول الأدلة الظنية الأخرى، ومانعا من قبول الأدلة الظنية إذا تعارضت معها.

1- فالبصمة الوراثية تعد سببا شرعيا للنسب يرجع إليها في حسم النزاع، فيجوز فسخ نكاح المحارم إذا ثبتت القرابة عن طريقها، وبها يتم الاعتراف بعودة المفقود إذا ثبتت القرابة بها[2].

2- البصمة الوراثية شرط شرعي لقبول الأدلة الأخرى، وقد سبق البيان أن قبول الأدلة الأخرى كالفراش والإقرار يكون بتوفر شروطها، ومن ذلك إمكان تصديقها عقلا، إذ إن البصمة الوراثية ثبتت حقيقتها العلمية، ونجح إجراؤها فيمكن اعتبارها دليلا حسيا يعتمد على مشاهدة حقيقية، يجب أن لا تعارضها الأدلة الظنية الأخرى، ويمكن عدها شرطا لصحة الأدلة الظنية المعروفة كالفراش والبينة والإقرار إذا كان الأمر يتعلق بتحديد النسب.

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[3].

---

1 الحكم الوضعي هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال العباد، الذي لم يكن متعلقا بخطاب التخيير أو غيره ، والذي ينقسم إلى كونه صحيحا أو باطلا أو سببا أو مانعا أو شرطا (الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية،بيروت، 1403هـ/1983م، ج1، ص135-137) .

والسبب هو وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي، ولا يخفى فيه من الاحتراز، والشرط ما كان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، والمانع هو وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض السبب (المصدر نفسه، ج1، ص181-187).

2 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها المرجع السابق، ص 65.

3 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 271.

واعترض على هذا الرأي بـــ:

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

2-إن الطرق التقليدية كالفراش والبينة والإقرار هي ما أجمعت عليه الأمـــة مـــن عصـــر الصحابة إلى يومنا، هذا فكيف يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حـــتى الآن في طور التجربة والاختبار، ويعترف الخبراء أنه يعتريها الخلل من الناحية الفنية أثناء أجراء التحليـــل، 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 مترلتها[2]

ثانيا: إثبات نسب ولد الزنا

اختلف الفقهاء بشأن نسب ولد الزنا من جهة الأب إلى رأيين.

فذهب الجمهور الأعظم من العلماء إلى أن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ويثبت نسبه من أمه فقط[3]، و قد خالف هذا الرأي بعض الفقهاء وهم إسحاق بن راهوية[4] وعروة[5] وســـليمان بـــن

---

1 خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص256.

2 ناصر الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، نقلا عن خليفة على الكعـــبي، البصـــمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص256.

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص291، ابن عبد البر، التمهيـــد، المصـــدر الســـابق، ج8، ص193، السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج17، ص154، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص66، الشوكاني، نيل الأوطار ، المصدر السابق، ج8، ص68.

4 هو اسحاق بن ابراهيم بن مخلد الحنظلي، أبو يعقوب المعروف بابن راهوية، عالم خرسان في عصره وأحد كبار الحفاظ، لـــه تصانف منها المسند، استوطن بنيسابور وتوفى بها سنة238هـــ (ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار الفكـــر دمشـــق، ط1، 1984م، ج1،ص216).

5 هو عروة بن الزبير، من الفقهاء السبعة، تفقه على يد خالته عائشة رضي الله تعالى عنها، توفى سنة94هـــ (الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية بيروت،2005م، ج1، ص245).

يسار[1] والحسن البصري[2]، ووافقهم في ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وقالوا بلحوق ابن الزنا بالفاعل إذا ادعاه ولا فراش يعارضه[3].

واستند كل رأي على حجج أهمها:

الرأي الأول: استدل الجمهور فيما ذهبوا إليه على قوله صلى الله عليه وسلم: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[4] والعاهر هنا هو الزاني والمقصود بالحجر هنا الرجم أو الخيبة والخسران[5]، ونقل ابن رشد في هذا الشأن اتفاق الجمهور أن أولاد الزنا لا يلحقون آباءهم[6].

واعترض أصحاب الرأي الثاني على ذلك بقولهم إن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش[7]، فإذا لم يوجد فراش فما المانع من إثبات نسب ولد الزنا.

الرأي الثاني: احتج الفريق الثاني بـــ:

1-بالقياس: بأن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع أنها زنت به، وقد جاء الولد من ماء الزانيين، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعيه غيره فهذا هو محض القياس[8].

2-من الأثر: أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام[9].

---

1 سليمان بن يسار مولى ميمونة أم المؤمنين، من أفقه التابعين، روى عن ابن عباس وأبي هريرة وأم سلمة، توفي سنة100هـ (الحجوي الثعالبي، الفكر السامي، المصدر السابق ،ج1، ص245)

2 هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري الأنصاري ، إمام البصرة ، نشأ بالمدينة و حفظ القرآن الكريم بها في خلافة عثمان ، لقي الحسن عددا من الصحابة و سمع منهم كعثمان و عمران بن الحصين و عبد الرحمان بن سمرة بن جندب، و ابن عباس ، و ابن عمر ، و سمع منه قتادة و أيوب و خالد الحذاء و حميد الطويل ، توفي الإمام البصري رحمه الله110هـ (الذهبي تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ج1، ص71) .

3 نقلا عن ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 4، ص 190.

4 سبق تخريجه، ص12.

5 الشوكاني، نيل الأوطار ، المصدر السابق، ج8، ص68.

6 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص291.

7 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 4، ص 190.

8 المصدر نفسه ، ج 4، ص 191.

9 الإمام مالك، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ص525.

ورد من الجمهور على هذا الأثر ابن عبد البر[1]: " بأن ذلك جهل وغباوة وغفلة مفرطة، وإنما الذي كان عمر يقضي به أن يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم إذا لم يكن هناك فراش، وفيما ذكرنا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر" ما يكفي ويغني، ونحن نزيد ذلك بيانا بالنصوص عن عمر رحمه الله، وإن كان مستحيلا أن يظن به أحد أنه خالف بحكمه حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الولد للفراش وللعاهر الحجر إلا جاهل، لاسيما مع استفاضة هذا الخبر عند الصحابة من بعدهم "[2]، واستدل بحادثة شيخ بني زهرة، حيث أرسل عمر بن الخطاب إليه يسأله عن ولد من أولاد الجاهلية، وكانت المرأة في الجاهلية إذا طلقها زوجها أو مات عنها نكحت بغير عدة، فقال الرجل أما النطفة فمن فلان وأما الولد فعلى فراش فلان، فقال عمر صدقت ولكن قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالولد للفراش[3].

وبظهور البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب، ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنه يجب إعادة النظر في نسب ولد الزنا[4]، واستندوا فيما ذهبوا إليه بعدة أدلة وهي:

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ **ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ** ﴾[5]، فقالوا أن العمل بروح الآية الكريمة يقتضي أن نعرف الأب الحقيقي ونبذل الجهد لمعرفته[6].

2- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: **"الولد للفراش وللعاهر الحجر"** فقالوا أن الولد للفراش على حقيقته لا على مظنته، وعملا بتكملة الحديث: **"احتجبي يا سودة"**[7] لما رأى الشبه بينا بعتبة بن أبي وقاص[8].

---

1 هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، تفقه عند أبي عمر بن المكوي وأبو الوليد بن الفرضي، من أشهر مؤلفاته كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعني والأسانيد وكتاب الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار توفى سنة 463هـ عن 95سنة وخمسة أيام (القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، المصدر السابق، ج2، ص808-810)

2 ابن عبد البر، التمهيد، المصدر السابق، ج8، ص193.

3 المصدر نفسه، ج8، ص194.

4 ذهب إلى هذا الرأي الدكتور سعد الدين هلالي في بحثه:(البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها) وكذلك الدكتور عبد المعطي بيومي والدكتور عثمان رأفت (الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية، المرجع السابق،) www.aljazeera.net

5 سورة الأحزاب، الآية05.

6 الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية، المرجع السابق، www.aljazeera.net.

7 سبق تخريجه، ص79.

8 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 276.

3- من القياس: أنه يجب أن يلحق ابن الزنا بالزاني قياسا على وطء الشبهة[1].

4- من المعقول: إن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب كي لا يضيع الأطفال الذين جاءوا نتيجة خطأ من الأب أو الأم، والأخذ بهذا التوجه في اعتقادهم يحقق فوائد كثيرة هي:

أ- الاستفادة بنعمة الله تعالى بظهور البصمة الوراثية كآية من آيات الله تعالى في الإنسان التي تحقق الهوية الشخصية بصفاتها الذاتية والمرجعية.

ب- إنقاذ المتشردين من أطفال المسلمين، وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد أو بجوار صناديق القمامة.

ج- تحميل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق إعمالا للقاعدة الشرعية "الغرم بالغنم[2]".

د- التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب عندما تستغل المرأة غفلة زوجها فتلحق به من ليس منه[3].

وذهب بعضهم إلى إثبات النسب للزاني يحقق مصلحة، حيث سيؤدي إلى التقليل من الزنا، فإذا عرف الزاني أنه سيتحمل نتيجة جريمته فسيفكر ألف مرة قبل أن يرتكب الفاحشة إذا عرف أنه إذا أنكر نسب ولده سيجري تحليل (DNA)، أو أن المرأة إذا حملت من غير زوجها فسينكره الزوج، ويلجأ للتحليل فلن تقدم على هذه الجريمة وستنضبط الأمور، وليس معنى أن الجمهور قالوا إن ماء الزنا هدر أن يلزم منه صحة رأيهم، فقد يكون الرأي صحيحا في عصر وغير صحيح في عصر آخر نظرا لاختلاف الدواعي، وفي عصرنا هذا حيث فقدت كثير من الضمائر رعايتها لله، فإن كثيرا من الذين يتزوجون عرفيا ويستولون على ورقة الزواج ويعدمونها ثم لا يعترفون بأبنائهم، فيحكم القضاء بأنه زنا، ولا ينسب الطفل للزوج لانعدام البينة أمام القاضي[4]

وقال آخر إن الأخذ بالبصمة الوراثية لا ينافي قاعدة الستر، حيث إن الستر في نسبة الولد

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق ، ص276.

2 قاعدة الغرم بالغنم تعني أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره، فالشريك مثلا ملزم بتحمل الخسارة بنسبة ماله من المال المشترك كما يأخذ من الربح، أنظر: (علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل ،بيروت، ط1، 1411هـ/1991م، ج1، ص90).

3 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 276.

4 ذهب إلى هذا الرأي الدكتور عبد المعطي بيومي أنظر:(حسن علي دَبَا، ما بين العلم والدين علائق متواصلة، www.raya.com).

لأبيه وليس في عدم نسبته، فعدم النسبة لأبيه سيؤدي إلى أن الولد سيظل معروفًا بأنه ليس من أب شرعي وتعير به أسرته، بل أن نسبة ولد الزنا لأمه هو فضح دائم وضرورة أكبر تتطلب إثبات الولد لأبيه[1] .

واعترض على هذه الأقوال "بأن الزنا غير معتبر، وأيضًا إن زنا المحارم لا نستطيع أن نحل فيه المشكلة، فماذا لو زنا الأب أو الأخ بالبنت؟ فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزنا سنكون أمام حالة سنفرق فيها بين الناس، فالزنا بين الرجل والأجنبية غير معتمد وحرام، والزنا بين الأب والبنت والأخ وأخته غير معتمد وحرام، فهل يعقل أن نقوم في الأولى ونثبت النسب، وفي الثانية لا نثبت النسب؟! وإذا أردنا أن نثبت النسب لكل زان فإننا سنرفع نظام القرابة، وهو أول معول في القضاء على الاجتماع البشري، إذن عندما لا أعتمد الزنا أنا لا أرتكب جريمة، بل على العكس فأنا أحافظ على الاجتماع البشري"[2].

كما يؤدي إثبات نسب ولد الزنا إلى إسقاط الحكم الشرعي الذي جاء في قوله صلى الله عليه وسلم " **الولد للفراش وللعاهر الحجر** "[3]، و فتح باب واسع للفجور بمساندة المرأة الزانية في إلحاق ولدها بمن حصلت مواقعته إياها، مما قد يؤدي إلى إزالة إحدى المعوقات الطبيعية في طريق الزنا بتشريع يزيد الزانية اطمئنانا إلى اطمئنان، ضمنه لها القانون الوضعي سلفا بإلغاء عقوبة الزنا المقررة شرعا، بالإضافة إلى التشهير بأحد الوالدين أوكليهما، ومن ثم إثبات نسب ولد الزنا هو إثبات للرذيلة قضائيا ونشرها اجتماعيا.

وإذا كان الراجح هو عدم الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا، فإن من الفقهاء من قبل العمل بها كقرينة يلجأ إليها عندما يدعي أحدهم قيام علاقة زوجية صحيحة أثمرت أنجاب ولد، إلا أنه لا يستطيع إثبات ذلك لضياع وثائق الزواج، أو فقد الشهود لسفر أو

---

1 وهو رأي الدكتور محمد رأفت عثمان عضو مجمع البحوث الإسلامية ألا أنه اشترط في إثبات نسب ولد الزنا أن تكون المرأة بلا زوج أنظر:(حسن علي دَبَا، ما بين العلم والدين علائق متواصلة،.www.raya.com).

2 وهو اعتراض قدمه الدكتور علي جمعة –مفتي مصر– ردا على القائلين بثبوت النسب من الزاني، أنظر:(حسن علي دَبَا، ما بين العلم والدين علائق متواصلة،.www.raya.com).

3 سبق تخريجه، ص12.

موت[1].

ثالثا: استحداث دعوى تصحيح النسب

إن العمل وفقا لتغليب البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية، يعني تغليب النسب البيولوجي على النسب الشرعي، فينسب الولد لأبيه البيولوجي وفقا لما أثبتته البصمة الوراثية.

ويؤدي هذا التوجه إلى ظهور نوع جديد من الدعاوى أمام القضاء لم تكن من قبل، اسمها "دعوى تصحيح النسب"[2]، وهذا النوع من الدعاوى لم يكن معروفا من قبل إذ إن المتعارف عليه فقها هو عدم جواز نفي أو إبطال النسب الثابت، فمتى ثبت النسب بأي طريق من الطرق الشرعية فإنه لا يمكن إبطاله أو نفيه بأي طريق كان، وتستثنى من ذلك دعوى اللعان التي ترد وفق شروط محددة[3].

ومثل هذا التوجه قد يؤدى إلى حدوث نزاعات كثيرة وإلى عدم الاستقرار، وتخلق فوضى عارمة داخل الأسرة، إذ إن تبني مثل هذا الرأي يعني الاستسلام لشطحات العلم الحديث، وأن ندفع ضريبة التقدم العلمي والتفوق الطبي الذي حققته البشرية في هذه العقود الأخيرة من الزمن، فكم من أسرة يعيش أفرادها في جو مثالي ثم تدب الشكوك بين أطرافها، فيسارعون إلى التأكد من أنسابهم فتتوتر العلاقة الحميمة التي كانت تجمعهم، وتتلاشى العواطف النبيلة، وتنهار الروابط الأسرية التي كانت فيما سبق صلبة متينة.

والأخذ بهذا الرأي لا يتوقف عند كون البصمة الوراثية تقع في المرتبة الأولى في الإثبات فحسب، بل إنه يقترح إيجاد إجراءات كفيلة لتحقيق هذا المبدأ، والتي تتمثل في استصدار تعليمات حكومية من خلالها يتم تسجيل البصمة الوراثية لكلا الزوجين في عقد الزواج على أن تقرن بقسيمة الزواج، فإذا رزقا بطفل يتم تسجيل اسمه في شهادة الميلاد، مع إرفاق بصمته الوراثية والتأكد من توافق بصمته مع بصمة والديه المسجلة في عقد الزواج، وهذا الإجراء يحقق حسبهم

---

1 رفض الدكتور علي جمعة –مفتي مصر– تنسيب ولد الزنا اعتمادا على البصمة الوراثية إلا أنه أجازها كقرينة لإرغام الزوج على الاعتراف في حالة الزواج العرفي إذا فقد الشهود لسفر أو وفاة أنظر: (سامي حامد، الحكم بأشهر قضية نسب في مصر "انتصار للشرع، www.osrty com) .

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 275.

3 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 17، ص 99.

نوعا من الانضباط الاجتماعي والأخلاقي ومحاولة جادة لحفظ حقوق الأطفال في هذا العصر[1].

والحقيقة إن إجبارية هذا الإجراء فيه مساس بالحرية الشخصية للأفراد، كما إن الأصل في الناس الاستقامة والتزام الحدود الشرعية، وإجبارهم على مثل هذا الإجراء فيه تجريم للنفس البشرية، فلماذا نجبر الأزواج على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية، إذ إن ذلك يعد اتهاما لهم ومساسا بكرامتهم.

لذلك فقد اعترض كثير من الفقهاء على هذا الإجراء[2]، ويرى بعضهم أن الحل الأمثل لهذه القضية هو أن يكون إجراء التحليل بموافقة الزوجين معا[3]، بمعنى أنه يدخل ضمن الشروط الاتفاقية التي يمكن أن يبرمها الزوجان أثناء العقد أو بعده، والتي نظمها المشرع الجزائري وفقا للمادة 19 من قانون الأسرة المعدل والمتمم[4].

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

بناء على أن النسب وفق هذا التوجه هو النسب الشرعي فإنه تترتب عليه آثار ونتائج تتمثل في استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها، وعدم جواز التأكد من الأنساب الثابتة.

أولا: عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها.

المقصود باستخدام البصمة الوراثية بديلا عن تلك الوسائل التي اعتمدها المشرع هو الاستغناء والاستعاضة بالبصمة الوراثية عن الوسائل التي اعتمدها الشرع، والمتمثلة في الفراش والبينة والإقرار، وهو ما يرفضه أصحاب هذا الرأي، لأن إثبات النسب بالطرق المتفق عليها شرعا هي أقوى في تقدير الشرع[5]، فإن وجدت هذه الطرق كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 277.

2 ندوة مدى حجية البصمة الوراثية لإثبات البنوة، - توصيات الحلقة النقاشية -، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، www.islamset.com. (www.aljazeera.net).

3 ذهب إلى هذا الرأي الدكتور يوسف القرضاوي أنظر: (الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية،

4 المادة 19 من قانون الأسرة المعدل والمتمم"لزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية،ولا سيما شرط عدم تعدد الزواج وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"

5 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23.

الوراثية، أما إذا حدث تعارض أو تنازع عند تساوي الأدلة فإنه يحتكم إلى البصمة الوراثية[1]، وبناء عليه فإن استخدام البصمة الوراثية بديلا على الوسائل المنصوص عليها اعتمادا على قطعية نتائجها قول مردود، وهو من قبيل استبدال الذي هو خير بالذي هو أدنى.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الطرق الشرعية تتفاوت من حيث قوتها الثبوتية، فيأتي الفراش كأقوى دليل وهو الأصل الشرعي المقرر في إثبات النسب، فلا ينبغي أن يعارضه شبه ولا إقرار ولا فراسة، فقد اعترف عتبة بن أبي وقاص بأن ابن أمة زمعة هو ابنه، واعترض عبد بن زمعة على ذلك فقال هو أخي ولد على فراش أبي زمعة فحكم الرسول صلى الله عليه وسلم به لعبد بن زمعة لقرينة الفراش وقال: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[2]، وفي هذا الحديث أمران هامان هما إسقاط شبه الغلام البين بمن ادعاه، وإسقاط إقراره له لأن الفراش أقوى منهما[3].

ونستنتج من ذلك أيضا أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان[4]، إذ لا يجب أن يعارض الفراش ما هو أضعف منه[5]، مع أن تخلف البصمة الوراثية في هذه الحالة لا يعد إلغاء لها بل هو إعمال للأصل.

ثانيا: عدم التأكد من الأنساب الثابتة

حيث إنه لن يكون مقبولا شرعا استخدام البصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي ثبتت بطريق شرعي صحيح[6]، فإذا ثبت نسب الشخص بالوسائل المقررة شرعا مثل الفراش وغيره، فلا مجال لاستخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب من جديد، أو محاولة التأكد منه لأي سبب كان وفقا لما جاءت به الشريعة المباركة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ومحاولة التأكد من النسب الثابت فيه بلاء عظيم وفتن لا يحمد عقباها، لما فيه من التشكيك في ذمم الناس وتوجيه التهمة لهم، ويلحق أنواعا من الأضرار النفسية والاجتماعية بالأفراد والأسر والمجتمع، وينشر بين الزواج سوء الظن ويقوي الريبة بين أفراد المجتمع[7]، ومجرد أن يذهب الزوج للتأكد من نسب مولوده يعد اتهاما

---

1 نصر فريد واصل، البمة الراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 78.

2 سبق تخريجه، ص12.

3 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، 147.

4 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 17، ص 99.

5 خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 151.

6 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 262.

7 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 71.

لزوجته وشكا في عفتها، وهذا يتناقض مع الثابت شرعا وهو حمل الناس على العفاف والطهارة والذي يعبر عنه لدى التشريعات الوضعية بقرينة البراءة، ولا شك أن هذا يشعر الزوجة بأنها ليست محلا للثقة أمام زوجها، مما يؤدي إلى شعورها بالظلم من قبل زوجها، وهذا سوف ينعكس سلبا على الحياة الزوجية ويعرضها لأن تنفصم عراها وتتلاشى روابطها[1].

والحجة التي يقوم عليها عدم جواز التأكد من النسب الثابت ما رواه أبو هريرة حيث قال: "جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ولدت امرأتي غلاما أسود وهو حينئذ يعرض بنفيه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: **"هل لك من إبل؟"** قال نعم، قال: **"فما ألوانها؟"** قال حمر، قال: **"هل فيها من أورق"** قال إن فيها لورقا، قال: **"فأنى أتاها ذلك؟"** قال عسى أن يكون نزعه عرق، قال **"فهذا عسى أن يكون نزعه عرق"**[2].

فهذا الحديث فيه دليل على أن المخالفة في اللون بين الأب وابنه لا يتيح الانتفاء[3]، ودل أيضا على أنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهرت من أمارات وعلامات، فإذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان، فإنه لا يجوز أيضا استخدام أي وسيلة قد تدل على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه، لأن للوسائل حكم الغايات فما كان وسيلة لغاية محرمة، فإن للوسيلة حكم الغاية[4]، وقد سبق البيان في الفصل التمهيدي أن النسب متى ثبت بأي طريق من الطرق الشرعية فإنه لا يمكن نفيه أو إبطاله ويستثنى من ذلك ثبوت النسب بالفراش، لأنه يعد من قبيل الاستدلال على أمر خفي الذي هو الوطء بأمر ظاهر وهو الفراش، والذي يفيد الاحتمال أن يكون الولد منه لذلك[5].

ونظرا لحرمة التأكد من النسب الثابت، فأنه يجب على الجهات المسؤولة في البلاد الإسلامية منع ذلك، والحيلولة دون حصوله وإيقاع العقوبات الرادعة على المخالفين[6]، وقد أحسن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي صنعا عندما نص في توصياته بشأن البصمة الوراثية

---

1 الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 107.

2 سبق تخريجه، ص26.

3 ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المصدر السابق، ج04، ص69، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج08، ص67.

4 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 72.

5 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 17، ص 99.

6 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 72.

على عدم استخدامها للتأكد من النسب الثابت، بل وذهب أكثر من ذلك عندما نص على ضرورة أن تكون مخابر البصمة الوراثية تابعة للدولة، وعدم السماح للقطاع الخاص بالولوج في هذا الميدان كي لا تستخدم لأجل الربح، وأن يتم إجراء الاختبار بناء على تعاون بين السلطة التنفيذية والقضائية[1].

وتطبيق مثل هذه التوصية من شأنه أن يمنع حدوث أي محاولة للتأكد من النسب دون إذن من السلطة القضائية، وأن يمنع حالات التحقق من النسب سواء كان ذلك بصفة فردية أم جماعية.

ولم يُحبِّذ أصحاب هذا المذهب على الحكم في حالة ما إذا تأكد أحدهم من النسب الثابت بالفراش بالبصمة الوراثية وجاءت النتيجة مخالفة لدليل الفراش؟ فليس من المستبعد أن يلجأ أحدهم إلى مخبر البصمة الوراثية لا سيما إذا كان ذلك في دولة أجنبية تسمح بهذا الإجراء، وربما يكون هذا الإجراء إجباري عندها

فهذه المسألة تحتمل وجهين، إما أن تستبعد البصمة الوراثية ولا يكون لها أي أثر، وإما أن يعمل بالدليلين ويكون للمسألة حكما بين الحكمين لما ذهب إليه المالكية وابن القيم[2]، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: "... **إحتجبي يا سودة** " والذي يفيد أن الحكم في الظاهر لا يحل الأمر في الباطن[3]، وبهذا يعمل بدليل الفراش في التحريم والميراث والنفقة والولاية، ويعمل بدليل البصمة الوراثية في المحرمية و الخلوة والنظر[4]، وعلى هذا الأساس لا يكون الولد محرما لعماته وأخواته لأب، ويفسخ النكاح إذا ثبتت القرابة بالبصمة الوراثية، وهذا الرأي أرجح والله أعلم.

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، وللقاضي

---

1 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 293.

2 ابن عبد البر، التمهيد المصدر السابق، ج8، ص193، القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، المصدر السابق، ج4، ص650، ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج4، ص185.

3 القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، المصدر السابق ، ج4، ص653.

4 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق، ج4، ص185.

السلطة التقديرية في ذلك؟.

ومن خلال ما وقع بين يدي من بحوث، فإن معظم العلماء يميلون إلى تحديد الحالات التي يلجأ فيها للبصمة الوراثية على وجه الحصر، ويفيد 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 لمساندة وتأكيد 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 الثالث: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الإقرار

الفرع الأول: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش

يثبت النسب بالفراش إذا تحققت شروطه، والمتمثلة في إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد، وأن يأتي الولد في المدة المعتبرة شرعا وأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الولد، إلا أنه قد يثور النزاع بين الزوج وزوجته أو بين الزوجة والورثة، ويكون مدار الخلاف في مدى توفر شروط الفراش بحد ذاتها عند بداية الحمل، أو وجود خطأ أو لبس عند حدوثه، وهذه الحالات هي:

أولا: ادعاء الزوج عدم التلاقي بينه وبين زوجته

اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أن إمكان التلاقي بين الزوجين هو أحد الشروط التي يثبت بها نسب الفراش، وإن اختلفوا في مدلول الفراش، حيث أن الحنفية اشترطوا وجود العقد، أما التلاقي فهو ممكن عقلا[1]، واشترط ابن تيمية وابن القيم الدخول الحقيقي[2] بينما ذهب الجمهور إلى الحل الوسط وهو وجود العقد مع إمكان التلاقي[3]، وهو الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في مادته 41، والتي جاء فيها: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

---

1 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 2، ص 536 ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، المصدر السابق، ج 4، ص 262.

2 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق ، ج 4، ص 186.

3 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص296، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص 120، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 3، ص 312.

السلطة التقديرية في ذلك؟.

ومن خلال ما وقع بين يدي من بحوث، فإن معظم العلماء يميلون إلى تحديد الحالات التي يلجأ فيها للبصمة الوراثية على وجه الحصر، ويفيد 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 لمساندة وتأكيد 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 الثالث: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الإقرار

الفرع الأول: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش

يثبت النسب بالفراش إذا تحققت شروطه، والمتمثلة في إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد، وأن يأتي الولد في المدة المعتبرة شرعا وأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الولد، إلا أنه قد يثور النزاع بين الزوج وزوجته أو بين الزوجة والورثة، ويكون مدار الخلاف في مدى توفر شروط الفراش بحد ذاتها عند بداية الحمل، أو وجود خطأ أو لبس عند حدوثه، وهذه الحالات هي:

أولا: ادعاء الزوج عدم التلاقي بينه وبين زوجته

اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أن إمكان التلاقي بين الزوجين هو أحد الشروط التي يثبت بها نسب الفراش، وإن اختلفوا في مدلول الفراش، حيث أن الحنفية اشترطوا وجود العقد، أما التلاقي فهو ممكن عقلا[1]، واشترط ابن تيمية وابن القيم الدخول الحقيقي[2] بينما ذهب الجمهور إلى الحل الوسط وهو وجود العقد مع إمكان التلاقي[3]، وهو الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في مادته 41، والتي جاء فيها: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

---

1 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 2، ص 536 ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، المصدر السابق، ج 4، ص 262.

2 ابن القيم، زاد المعاد، المصدر السابق ، ج 4، ص 186.

3 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص296، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص 120، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 3، ص 312.

ومعنى هذا أنه إذا ادعى الزوج عدم التلاقي مع زوجته بعد العقد فإنه يقع عليه عبء الإثبات، فإذا أثبت ذلك، فإن هذا يعني أن شروط الفراش غير قائمة، ومنه فإن النسب ينتفي من الزوج دون اللجوء إلى اللعان، فإذا نجح الزوج في إثبات عدم التلاقي فإن ذلك قرينة قاطعة مفادها أن الزوج ليس هو الأب[1]، ومثال ذلك لو أثبت الزوج أنه كان مقيما في بلد بعيد أو كان مسافرا أو أنه دخل السجن و لم يلتق مع زوجته.

واعتماد مثل هذا المبدأ يؤدي إلى قطع الطريق أمام بعض النسوة التي ساءت أخلاقهن من التزوير والاحتيال، إلا أنه يثور التساؤل ماذا لو كان التزوير والاحتيال من جانب الزوج؟ فقد يحرص الزوج على إثبات عدم التلاقي، وينجح في إقناع القاضي بذلك، وتفشل الزوجة في إحباط المكيدة فتلحقها تهمة العار والفضيحة بها وبابنها.

لذلك فإنه في مثل هذه الحالة لن يكون للزوجة ما تدفع به إلا أن تطالب باللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية[2]، وفي مثل هذه الحالة فإنها تقرر مصلحة عظيمة كانت مستحيلة بالأمس، ومعنى هذا أن عدم التلاقي بين الزوجين سيصبح قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بعد أن كان قرينة قاطعة[3].

ثانيا: حالة اختلاف الزوجين في مدة الحمل

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

1- أن يكون اختلاف الزوج مع زوجته بادعائه أن الحمل حدث قبل العقد، بمعنى أن مجيء الحمل كان قبل تمام الستة أشهر، وهي أقل مدة يتأتى فيها الحمل، بينما تدعي الزوجة أن الحمل جاء بعد تمام الستة أشهر من العقد، وهو ما يعني أن العلوق قد حدث بعد العقد، وفي هذه المسألة ذهب الحنفية إلى أن القول قول الزوجة لأن الظاهر يشهد لها فالأصل فيها الاستقامة[4]،

---

1 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، السنة20، عدد1، 1416هـ/1996م ، ص 262.

2 حالة الاستعانة بالبصمة الوراثية في إثبات التلاقي هي حالة ذكرها الدكتور محمد محمد أبو زيد، و لم أجد من الفقهاء من أثار هذه النقطة و لم تحتو توصيات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ما يفيد بإدراج هذه الحالة ضمن الحالات التي يلجأ فيها للبصمة الوراثية في إثبات النسب.

3 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 264.

4 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص359.

وقال المالكية يلاعن للتساوي في التداعي[1].

أما الآن وقد أنعم الله علينا بهذه النعمة – البصمة الوراثية- فقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية لحسم الخلاف بين الزوجين في هذه الحالة[2].

2- 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 (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر " فإذا جاء الولد لعشرة أشهر من الطلاق أو أقل فإنه ينسب للزوج وإذا جاء لأكثر من عشرة أشهر فإنه لا ينسب له.

أما إذا وقع الخلاف 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[3].

ثالثا: حالة الوطء بشبهة

نكون أمام حالة الوطء بشبهة عندما يجامع الرجل زوجة غيره خطأ، ظنا منه أنها زوجته[4]، 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 القائف للفصل في النزاع، أما الآن ومع دقة نتائج البصمة الوراثية وأولويتها في الإثبات على القيافة، فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية لحسم الخلاف، وقد تكون بذلك البصمة الوراثية حاملا للواطئ بشبهة للإقرار إن لم يقر سابقا بفعله، فيلزمه مهر المرأة الموطوءة بشبهة[5]، ويضاف إلى هذه الحالة حالة أن تتزوج المطلقة أو الأرمل قبل انقضاء عدتها ثم تأتي بولد يمكن أن ينسب إلى زوجها الأول والثاني معا.

رابعا: حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب

طفل الأنبوب الجائز تكوينه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، هو الذي يتم فيه التلقيح

---

1 القرافي، الذخيرة ، المصدر السابق، ج4، ص296.

2 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 295.

3 المرجع نفسه، ص 295.

4 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص58.

5 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 28.

الصناعي بين الزوجين فقط، مع عدم دخول طرف ثالث، ويمكن أن يحدث هذا التلقيح حسب ما حدده مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في طريقتين هما:

1- أن تؤخذ نطفة زوج وبويضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

2- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الوضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا[1]

وقد تم إدخال تعديل في قانون الأسرة الجزائري حيث أجيز اعتماد هذه الطريقة للحصول على الولد وفقا لشروط محددة[2]، تتوافق مع ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي.

وإذا حدث اشتباه أو إشكال في ملابسات التلقيح، ذلك أن الخطأ الطبي وارد في مثل هذه الحالات، فإنه يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية حفاظا على نسب الولد وعدم تعريضه للضياع أو النفي[3].

ويمكنني القول إنها حالة شبيهة إلى حد بعيد بحالة الوطء بالشبهة، لذلك وجب أن تأخذ حكمها، وإدراجي لهذه الحالة ضمن الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش لأن عملية التخصيب تحدث والفراش قائم بين الزوجين، وأن 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 والأكثر قبولا خاصة عند غياب الأدلة الأخرى، وأن اللجوء إليها ضرورة حتمية لا بد منها، وتكون في هذه الحالات سيدة أدلة

---

1 أنظر إلى توصيات مجمع الفقه الإسلامي بشأن أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 03، 1407هـ / 1987 م، ج1، ص 516.

2 جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم:

" يجوز للزوجين اللجوء للجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

3 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 28.

الإثبات بلا منازع، وإليها يعود القول الفصل في حل الإشكال؛ كما أن النزاع في مثل هذه الحالات، قد لا ينحصر بين الزوجين، وقد يكون بين الورثة أو أطراف خارجية، وقد تكون الدولة طرفا في ذلك أيضا وأهم هذه الحالات:

أولا: اختطاف أو ضياع الأطفال

مثال ذلك أن يقوم شخص باختطاف ولد صغير من والديه وإخفائه عنهم، وتبنيه له أو بيعه لغيره، كما تفعل بعض العصابات المختصة في سرقة وبيع الأطفال، حيث يتم سرقة الطفل وبيعه لبعض الأزواج الذين لم يرزقوا أطفالا، كما يمكن أن يحدث وأن يضيع الطفل من والديه أو من مركز حضانة ورعاية الأطفال، وقد يصعب التعرف على الطفل أو التأكد من هويته بعد ذلك، خاصة إذا مرت فترة زمنية طويلة، قد تكون كفيلة بتغير ملامح الولد، وتنعدم الوثائق الرسمية التي تدل على هويته[1]، فلا يعرف اسمه الحقيقي ولا والديه أو الجهة التي انحدر منها، وكثيرا ما تطالعنا شاشات التلفزيون والصحف بمثل هذه الحالات، لذلك فإن اللجوء إلى البصمة الوراثية يكون هو الأنسب لإعادة هذا الطفل إلى أهله وذويه بعد العثور عليه.

ويضاف إلى هذه الحالات حالة الأسرى والمحتجزين والمفقودين لفترة طويلة، ولا شك أنه من الأهمية بمكان التحري والتثبت من هذه الحالات لتفادي عملية الاحتيال والتزوير[2]، وفي مثل هذه الحالات فإن دليل البصمة الوراثية يكون حاسما، أما الأدلة الأخرى فقد تكون محل شك وريبة تحكمها الأهواء والمطامع الشخصية، التي قد يجنيها الشاهد من وراء ذلك.

ثانيا: اختلاط الأطفال المولودين حديثا

قد يحدث وأن يختلط الأطفال المولودين حديثا، خاصة في العيادات الخاصة بالولادة والمستشفيات، ويكون ذلك بسبب الإهمال وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، وفي هذه الحالة قد يصعب على الممرضات والقابلات أو حتى الأمهات التمييز بين الأطفال، وقد يحدث وأن يكتشف الخطأ بعد سنوات عدة[3].

---

1 خليفة علي الكعبي، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية**، المرجع السابق، ص 47.

2 نصر فريد واصل، **البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها**، المرجع السابق، ص 78.

3 طالعتنا جريدة الشروق اليومي في عددها الصادر في 19 /04 / 2006 بحادثة خطأ في أحد المستشفيات بمدينة باتنة، تم اكتشافها بعد ثمانية عشر عاما حيث أنجبت امرأة توأمين غير متشابهين، وأنجبت الأخرى ولدا في نفس اليوم وفي نفس المستشفى، ثم تلعب الصدف دورها ويلتقي أحد التوأمين بالولد الآخر ويكتشف مدى التشابه والتطابق بينهما حيث يصعب التفريق بينهما، ليتم بعد ذلك إحالة القضية إلى العدالة.

والبصمة الوراثية في مثل هذه الحالات تمثل طريقة علمية يقينية محمودة الأثر، يلجأ إليها 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 بينهم لتشابه الملامح والتقاسيم وهي في الواقع عرضة للخطأ[1].

ويضاف إلى مثل هذه الحالات حالة اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث الطبيعية، وحالات الهجرة الجماعية الاضطرارية التي قد تحدث بسبب العدوان المفاجئ والسيول العارمة والحرائق الهائلة[2].

ثالثا: تعارض البينات

قد يقر شخصان فأكثر بمجهول النسب أو اللقيط فيتنازعان، ولا يكون لكل واحد منهما بينة على ادعائه أو في حالة تساوي البينات إذا كان لكل واحد منهما بينة ولا يوجد مرجح يعتمد عليه القاضي، فإذا كان الفقهاء حكموا باللجوء إلى القيافة لحل النزاع، فإنه من الأولى اليوم اعتماد البصمة الوراثية لأنها أكد من القيافة.

وقد أثيرت في هذا المجال حالة ما إذا لم تثبت البصمة الوراثية النسب لأي أحد من المدعين فهل يتم إقرار ما أثبتته البصمة الوراثية ويبقى هذا الولد مجهول النسب، أو يتم اللجوء إلى طريقة أخرى من طرق الإثبات؟ حيث ذهب بعضهم إلى أنه يجب اللجوء إلى طريقة أخرى كالقيافة والقرعة حتى يتم إثبات النسب لأحد المدعين لأنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب مطلقا[3].

وفي رأيي إن مثل هذا القول فيه إجحاف في حق البصمة الوراثية وقطعية نتائجها، والأولى إعادة إجراء اختبار البصمة الوراثية مرة أخرى، أذا كان هناك شك في نتائجها ، فإذا جاءت نتائجها الثانية مطابقة للنتائج الأولى انتفى النسب من المدعين، وقبول الاحتكام إلى البصمة الوراثية في مثل هذه الحالة إنما كان لعدم وجود ما يعارضها من النصوص الشرعية بالإضافة إلى نتائجها التي لا تحتمل الشك، لذلك كيف يسوغ لنا أن نستبعدها ونلجأ إلى القيافة وما بها من حدس وتخمين، إذ إن اللجوء إلى القيافة في هذه الحالة يتعارض مع أولوية البصمة الوراثية عليها.

---

1 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 23.

2 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ، المرجع السابق، ص 153.

3 هادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 116.

وينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى رأي الحنابلة في هذه المسألة حيث أنه إذا لم توجد قافة أو أشكل عليهم الأمر أو تعارضت أقوالهم فإنه يضيع نسبه[1]، فكذلك يجب أن يكون الأمر بالنسبة للبصمة الوراثية.

رابعا: إثبات الولادة

إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة، كأن يكون الرجل مسافرا أو مسجونا أو أسيرا ثم يعود بعد فترة طويلة ويجد وزوجته عندها ولد، فتقول له هذا ولدك، ويقول هو لقيط أو مستعار...

فقد حكم الفقهاء في هذه الحالة بأن عليها بينة الولادة، ولا لعان بينهما لأنه لم يقذفها بالفاحشة، وقد اختلفوا في تحديد بينة الولادة فقال الحنفية[2] والحنابلة[3] يكفي شهادة المرأة الواحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال، وعند المالكية[4] يثبت بشهادة امرأتين بدلا من رجلين، وعند الشافعية[5] يثبت بشهادة أربع نساء، وذكر بعض الشافعية جواز اللجوء إلى القافة في ذلك[6]، ولأن البصمة الوراثية أولى من القيافة في هذا العصر، فقد ذهب بعض فقهاء العصر إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة[7].

الفرع الثالث: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الإقرار

يعد الإقرار أحد الطرق التي يلجأ إليها في إثبات النسب، فمتى وقع الإقرار صحيحا وتوفرت شروطه نتج أثره ولا حاجة لبينة في ذلك، ومن ثم فإنه لا دخل للبصمة الوراثية لأن النسب أصبح ثابتا، ولا يجوز التأكد منه.

ولأن الإقرار بالنسب نوعان، إقرار فيه تحميل النسب على النفس, وإقرار فيه تحميل النسب على الغير, ولكل نوع شروطه, فإن تخلف أحد الشروط لا يؤدي إلى ثبوت النسب, مما يثير التساؤل حول جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في مثل هذه الحالات ؟

وقد ناقش علماء العصر بعض هذه الحالات، خاصة ما تم أثناء الحلقة النقاشية للمنظمة

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6،ص403.

2 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص359، السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 16، ص 142.

3 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 407، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 398.

4 الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 4، ص 81، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 11، ص 390.

5 الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج 4، ص 249، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 22.

6 الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج 2، ص 122، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 6 ، ص 293.

7 علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 59.

الإسلامية للعلوم الطبية التي عقدت في دولة الكويت أيام 28-29 محرم 1421هـ الموافق لـ 3-4 ماي 2000 م, وتتمثل هذه الحالات في :

أولا: حالة ادعاء مجهول النسب الانتساب إلى فرد لا يقره ولا يكذبه

حيث إن الإقرار بالنسب يقوم على شروط ذكرها الفقهاء[1] وهي:

1- أن يكون المقر به مجهول النسب.

2- أن يصدقه العقل والحس.

3- أن لا يقر أنه ولده من زنا.

4- أن يصدقه المقر له إن كان أهلا للتصديق.

ولكن ما العمل إذا لم يقم المقر له بتصديقه أو تكذيبه، وليس للمقر بينة يثبت بها ادعاءه؟ حيث يرى بعض الفقهاء إمكان اللجوء إلى البصمة الوراثية لانطباق الشروط عليها ولا يوجد ما يعارضها[2]، وأيد ذلك المجمع الفقهي الإسلامي في توصياته[3].

وقد أضاف بعض الفقهاء إلى ذلك حالة الانتساب إلى القبائل والأشخاص الميتين حيث يجوز للجهة المختصة -وزارة الداخلية أو القضاء- أن تحيل هذه القضايا إلى البصمة الوراثية لتكون الفيصل إثباتا ونفيا[4].

ثانيا: حالة الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير

من المعلوم أنه إذا أقر شخص إقرارا فيه تحميل النسب على الغير، فإنه لا يثبت حتى يصدقه المقر له أو يثبت ذلك ببينة، فلو أقر أحدهم بأخ فلا يثبت نسبه إلا إذا صدقه الأب إذا كان حيا، وإذا كان ميتا فلا يسري على الإخوة الآخرين إلا إذا أقر هؤلاء الإخوة بهذا النسب أو وجدت بينة تثبت ذلك.

---

1 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج7، ص 228، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 5، ص 327، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 2، ص 259، المرغيناني، على الهداية شرح بداية المبتدى، المصدر السابق ، ج 3، ص 212، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 6، ص 101، الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 6، ص 105.

2 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية وبجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 25.

3 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 295.

4 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 59.

وقد أثار بعض الفقهاء هذه النقطة وقالوا إنه بالإمكان الاعتماد على البصمة الوراثية في هذه الحالة كما لو أن إنسانا قال بأن فلانا أخوه مثلا، وما يترتب على هذا من حقوق المحرمية والميراث وغيرها، وقام أحد الورثة يعارض ذلك، فيمكن حينئذ الفصل في النزاع باستعمال البصمة الوراثية التي تثبت الإقرار أو تنفيه[1].

وتم دراسة هذه الحالة إثر الحلقة النقاشية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وتم رفضها إذ جاء في توصياتها: " إن إقرار بعض الإخوة بأخوة مجهول النسب لا يكون حجة على باقي الإخوة، ولا يثبت النسب، وآثار الإقرار قاصرة على المقر بخصوص نصيبه من الميراث ولا يعتد في ذلك بالبصمة الوراثية"[2].

ثالثا: إقرار المرأة بالنسب

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إقرار المرأة بالولد لا يعتد به إلا ببينة، إذ إن إقرار المرأة بالنسب فيه تحميل للنسب على الغير وهو الزوج، لأن الأصل في النسب أنه للأب[3]، لقوله تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[4]، وعلى خلاف ذلك فقد ذهب المالكية إلى أن إقرار المرأة بولد مجهول النسب لا يعتد به أصلا[5].

وفي هذا العصر هناك رأي يذهب إلى جواز استعمال البصمة الوراثية مع إقرار المرأة، وجعلها بينة تعوض الشهود عندما تفشل المرأة في إقامة البينة فاشتراط الشهود فيه تضييق على المرأة وتضيع لحق الصغير، استنادا لحالة الولادة التي قد لا تتمكن المرأة من الأشهاد عليها لسبب

---

1 ذهب إلى هذا الرأي الدكتور سعد الدين هلالي والدكتور عبد الستار فتح الله سعيد (أنظر سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 270، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 150).

2 ندوة مدى حجية البصمة الوراثية لإثبات البنوة، - توصيات الحلقة النقاشية -، المرجع السابق ، www.islamset.com.

3 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق ، ج 30، ص 69، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 7، ص 208، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق ، ج 8، ص 395، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 394، البهوي، كشاف القناع، المصدر السابق ، ج 4، ص 235، الرملي، المصدر السابق ، ج 5، ص 107.

4 سورة الأحزاب، الآية05.

5 الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، المصدر السابق ، ج 6، ص 101، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص 412، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق ، ج 9، ص 314.

أو لآخر[1]، وهو الرأي الذي يمكن ترجيحه لتشوف الشارع لاتصال الأنساب، وعدم انقطاعها.

ولا تطرح إشكالية استعمال البصمة الوراثية للتأكد من إقرار المرأة في قانون الأسرة الجزائري، **لأنه يساوي بين إقرار الرجل بالبنوة وإقرار المرأة بالأمومة**، حيث جاء في المادة 44 منه: " **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة** ".

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص270.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

إذا كان إثبات النسب في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، قد تميز بطرقه المتعددة، فإن نفي النسب على النقيض من ذلك، عرف طريقا واحدا وهو اللعان، والذي سبق وأن بينت أحكامه في المبحث الثالث من الفصل التمهيدي.

وتتميز أحكام اللعان بالتشدد من خلال الشروط التي وضعها الفقهاء لهذا الغرض، لاتصال ذلك بكلية من كليات الشرع، وهي الحفاظ على النسب، فالشرع يتشوف إلى ثبوت النسب لا إلى انقطاعه، بالإضافة إلى الصلة الوثيقة بين النسب والعرض من جهة أخرى، وحتى لا يكون الإقدام على نفي النسب لكل من هب ودب.

وبما أنه في عصرنا الحالي يمكن التأكد من صحة إدعاء الزوج، عن طريق البصمة الوراثية، خاصة وأن اللعان جعل حجة للزوج المضطر للتخلص من النسب الفاسد حيث لا توجد بينة على ذلك، أما الآن فقد وجدت، الأمر الذي يجعلنا ندرس إمكانية استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب بتحديد منزلتها من اللعان، والآثار المترتبة على ذلك، وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من اللعان

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من اللعان

المقصود بمنزلة البصمة الوراثية من اللعان هو معرفة مكانتها منه، أي هل يمكن الاستغناء عن اللعان كطريق لنفي النسب واستبداله بالبصمة الوراثية على اعتبار أن نتائجها قريبة من القطع وتصلح أن تكون بينة يرجع إليها كلما أثيرت مسألة نفي النسب أم لا؟

بخصوص الإجابة عن هذا السؤال فقد انقسم علماء العصر في هذا الشأن إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أصحابه إلى جواز الاستغناء عن اللعان والاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب.

والرأي الثاني: يرى أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان ولا تقوم البصمة الوراثية مكانه إلا أنهم يجيزون استعمالها بطريقة ودية للتقليل من اللعان.

أما الرأي الثالث: فيرى أن البصمة الوراثية دليل تكميلي للعان، حيث يعتمد على نتائجها في إجراء اللعان من عدمه، ولا يصح انتفاء النسب إذا أثبتت البصمة الوراثية كذب ادعاء الزوج.

الفرع الأول: الرأي القائل بالاعتماد على البصمة الوراثية دون اللعان في نفي النسب

مقتضى هذا الرأي أن البصمة الوراثية قرينة قطعية يمكن من خلالها الاستغناء عن اللعان في نفي النسب، ولا يلجأ إلى اللعان إلا لدرء الحد عن الزوجة، والحدود تدرأ بالشبهات، فقد تكون الزوجة قد حملت من وطء بشبهة دون أن تعلم، أما إذا خالفت نتائج البصمة الوراثية ادعاء الزوج فإنه لا ينتفي النسب، ولا يمكن من اللعان بل يقام عليه حد القذف[1]، ووافق أصحاب هذا الرأي ما ذهب إلية علي محيي الدين القره داغي في رأيه الثاني، وهو حالة ثبوت الزنا بالإقرار أو الشهادة، ثم تبين حملها فإن هذا الحمل قد يكون من الزوج أو من الزاني، فإذا أراد الزوج نفيه فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية، فإن جاءت نتيجة البصمة الوراثية بأن الطفل منه انتهى الأمر وتأكدت صحة نسبه إليه، ولا يحتاج إلى أي شيء لوجود الفراش، وإن تبين أن الولد ليس منه، فإنه يجوز في هذه الحالة الاعتماد على هذه النتيجة دون الحاجة إلى اللعان[2].

ويقوم هذا الرأي على الأدلة الآتية:

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[3] ووجه الدلالة من هذه الآية:

أ- أنها ذكرت أن اللجوء إلى اللعان يكون عندما لا يجد الزوج من يشهد له، وليس ثم شاهد إلا الزوج[4]، ومع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له، بل أصبح له شاهد، فإذا كان موثوقا به فإنه يكون رافعا اتهام الزوج بالكذب الذي يترتب عليه الحلف أو جلد

---

1 ذهب إلى هذا الرأي كل من الدكتور سعد الدين هلالي والشيخ محمد المختار السلامي كما سنرى لاحقا في استدلالهم على ذلك.

2 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 57.

3 سورة النور، الآية06.

4 في هذا الشأن ذكر القرطبي خلا ف الأئمة في الزوج الذي يكون له شهود يلاعن أم لا، فقال مالك والشافعي يلاعن كان له شهود أو لم يكن، لأن الشهود ليس فيه غير درء الحد، أما رفع الفراش ونفي الولد فلا بد فيه من اللعان، وقال أبو حنيفة إنما جعل اللعان لزوج الذي لم يكن له شهود غير نفسه لقوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ (القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 12، ص 190).

ظهر[1].

ب- إذا كان الشرع قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فما وجه إجرائه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج أو منه[2].

واعترض على هذا القول من حيث:

أ- إن مقصد الشارع من تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب، حتى لا تتعرض للاضطراب والفوضى، حيث من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان، الذي لو تطرقت إليه لوجدت فيه من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى، فمن يكن مستعدا لأربع شهادات بأن ذلك الحمل ليس منه أو أن زوجته زنت، ثم الخامسة اللعنة والغضب من الله عليه إن كان من الكاذبين؟ ونعلم أن مقصود الشارع هو بقاء النسب على ما هو عليه، دون أن يتعرض للجرح والخدش إلا عندما يبلغ السيل الزبى، فلذلك لا يمكن أن تحل محله البصمة الوراثية، فينفى بها النسب دون اللعان[3].

ب- إن هذا القول فيه من المصادمة للنصوص الشرعية، والجرأة على إبطالها وإلغاء العمل بها، ما يحمل على رد هذا القول وعدم اعتباره، وذلك لأن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها وهو أمر مستحيل[4].

ورد أصحاب هذا الرأي على هذه الاعتراضات بأن الأخذ بالبصمة الوراثية لا يلغي اللعان مطلقا في حال الاتهام بالزنا، أما اللعان من أجل نفي ولد فهو ممنوع شرعا إذا وجد الدليل، لأن أيمان اللعان مغلظة، قال تعالى:﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾ فلا يتوجه إلى اللعان حال وجود دليل الإثبات.

ثم لماذا التساهل في إقامة اللعان مع أن أيمانه مغلظة خوفا من تنفيذ الحد على الزوج في حال ثبوت كذبه بالبصمة، مع أنه حد ضعيف شرعا، لأن الفقهاء اختلفوا في كونه حق للعبد أم حق

---

1 محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، نقلا عن علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 53.

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق،ص275.

3 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 53.

4 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 53.

للرب، وقد ذهب الحنفية إلى أنه حق للزوجة[1]، وتملك العفو عن زوجها فيه[2].

2- من المعقول: أن اللعان يوجب الشهرة والافتضاح، وأنه قائم على مرأى من الناس وفي مسجد من مساجد الله، ولا يقوم في حقيقته على الستر بخلاف البصمة الوراثية، فهي لا تحتاج لهذا وتقوم على السرية التامة[3].

واعترض على هذا القول أن الفقهاء متفقون على أن النسب بعد ثبوته بالفراش لا ينفى إلا باللعان، لما بني على اللعان من التغليظ والردع والزجر ولذلك شرع أن يكون في المسجد وأمام الناس، ولما يحمله من حكم ومقاصد معتبرة للشارع وردع كبير لمنع التسرع في نفي النسب، فلو فتح هذا الباب -وهو الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب والاكتفاء بها دون اللجوء إلى اللعان- لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث التساهل في نفي النسب، الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات، وبالتالي إلى فوضى واضطراب في هذا الأمر الخطير، الذي تترتب على أي تساهل فيه مفاسد عظيمة، ولذلك لابد من سد هذا الباب، ومنع هذه الوسيلة والذريعة المؤدية إلى ذلك[4].

الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم جواز استبدال اللعان بالبصمة الوراثية

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يمكن استبدال اللعان بالبصمة الوراثية، فاللعان حكم ثابت بالشرع لا يمكن نسخه إلا بدليل شرعي وهو غير ممكن، غير أنه فيهم من أجاز العمل بالبصمة الوراثية بطريقة ودية بين الزوجين لحمل الزوج على العدول عن اللعان، حيث الاستعانة بها كقرينة من القرائن للحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع، لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، وتشوفه لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية[5]، فإذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإذا أثبتت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة أما إذا أثبتت أن الولد

---

1 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص243.

2 جاء هذا الكلام في سياق ردود الدكتور سعد الدين هلالي على المعترضين(أنظر: ندوة مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة، المرجع السابق ، www. islamset. com)

3 محمد المختار السلامي ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، نقلا عن خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية وأثرها غلى الأحكام ، المرجع السابق ص321.

4 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 53.

5 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 56.

ليس منه فعليه اللعان[1]، وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي في توصياته[2].

ويقوم هذا الرأي على ما يأتي:

1- **من الكتاب**: قوله تعالى﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾[3]، ووجه الاستدلال من هذه الآية أنه لا يليق لمن اتصف بالإيمان إلا الامتثال لأمر الله ورسوله واجتناب نهيهما[4]، وأن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها، إلا بنص شرعي يدل على نسخها وهو أمر مستحيل، لأنه لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة، فإن النسب يلحق الزوج لقوله صلى الله عليه وسلم: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر** "[5] ولا ينتفي عنه إلا باللعان ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات مظنونة[6].

2- **من السنة**:

أ- ما رواه أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود فقال صلى الله عليه وسلم: " **هل لك من إبل** " قال: نعم قال: "**ما ألوانها** " قال: حمر قال: "**هل فيها من أورق** " قال: إن فيها لورقا، قال: " **فأنى أتاها ذلك** " قال: لعله نزعه عرق قال: " **فلعل ابنك هذا نزعه عرق**"[7].

---

1 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 52.

2 "...فإذا شك الزوج في زوجته شكا كبيرا لأي سبب كان مثل أن طال عدم دخوله بزوجته أو رأى أجنبيا دخل عليها، ويظن عدم نسبته أليه ظنا غالبا، ويريد الزوج الملاعنة فتقول زوجته أو الحكم في ذلك: ألجأ إلى البصمة الوراثية..." أنظر: (تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية،المرجع السابق، ص295).

3 سورة الأحزاب، الآية 36.

4 الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج22، ص27، عبد الرحمن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام الحنان المنان، تحقيق محمد زهري النجار، دار عالم الكتب، بيروت، ط2، 1414هـ/1993، ج4، ص147.

5 سبق تخريجه، ص12.

6 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 56، 57.

7 سبق تخريجه، ص26.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن المخالفة بين الأب والابن في اللون لا تتيح الانتفاء[1]، ومسألة نفي النسب حصرها الشارع الحكيم في اللعان فقط، وبذلك يمتنع اللجوء إلى وسيلة أخرى غير اللعان للانتفاء من النسب[2].

إلا أن هذا الحديث لا يناقض العمل بالبصمة الوراثية، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يلغ الشبه تماما وإنما أحال إلى نوع آخر من الشبه وهو العرق[3]، والمراد به الأصل من النسب[4]، ويجد هذا الحديث تفسيرا علميا يتمثل في انقسام الصفات الوراثية إلى صفات سائدة تنتقل من الآباء إلى الأبناء، وصفات متنحية قد تظهر في جيل وتختفي في جيل آخر[5].

ب- ما روي عن عائشة رضي الله عنها في قصة سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، حيث حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالولد لعبد بن زمعة، وقال: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر** "[6]

فقد دل هذا الحديث أنه إذا نفى الزوج ولدا من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة، ولا تحليل البصمة الوراثية، لأن ذلك يعارض حكما شرعيا مقررا وهو إجراء اللعان بين الزوجين[7].

ويمكن **الرد** على ذلك أن استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب لا يعني الاستغناء بها عن اللعان، وإنما يمكن الاعتماد عليها كقرينة من خلالها يتم اللجوء إلى اللعان أم لا.

ج- ما جاء في قصة الملاعنة عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله صلى الله عليه وسلم: "

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 44، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، المصدر السابق، ج3، ص 373، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 461، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 127، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 113، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص 294، ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المصدر السابق، ج04، ص69، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج08، 67.

2 الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب المرجع السابق، ص 106.

3 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص222.

4 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، تحقيق عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1421هـ/2001م، ج9، ص353.

5 أحمد شوقي الألفي، زواج الأقارب، المرجع السابق، www.islamset.com.

6 سبق تخريجه، ص12.

7 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 147.

أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء " فجاءت به كذلك فقال صلى الله عليه وسلم: " **لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن** "[1] وفي رواية أخرى " **لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**[2]

واستدلوا بهذا الحديث من وجهين:

- إن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألغى دليل الشبه بين الزاني والولد الملاعن عليه، ودليل الشبه الذي أهدره رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتمد على الصفات الوراثية، فهو أشبه بالبصمة الوراثية، ومع ذلك لم يقو على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان[3].

- إن اللعان يدفع الحد عن المرأة ولولا ذلك لأقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المرأة الحد من أجل ذلك الشبه الظاهر بالذي رميت به، ويدل هذا على أنه لا يعمل بالاجتهاد ومنه البصمة الوراثية، وإنما يعمل بالوحي الإلهي ويجري الأمر على الظاهر ولو قامت قرينة تقتضي خلاف الظاهر[4]، وحينئذ نغض الطرف عن نتيجة البصمة الوراثية، ونعمل بظاهر اللعان، أي أننا نعمل بأدلة الشرع أولا ونأخذ بالأدلة العلمية الموافقة لأدلة الشرع، فإذا حدث تعارض قدم الدليل الشرعي[5].

واعتراض على هذه الحجج من ثلاثة أوجه وهي[6]:

- "**إن قوله صلى الله عليه وسلم: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن**" يعني أن اللعان يسقط الحد عن المرأة ولولا اللعان لأقام عليها الحد[7]، لقوله تعالى: ﴿ **وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ** ﴾[8]، وهناك فرق بين إثبات النسب أو نفيه، وبين إقامة الحد القائم على المبالغة في الاحتياط، فالحدود تدرأ بالشبهات بخلاف النسب، فهو يثبت مع وجود الشبهة كما في قصة عبد بن زمعة، فلو ادعت المرأة على أنها كانت مكرهة أو أنها سقيت شرابا به مادة منومة،

---

1 سبق تخريجه، ص27.

2 سبق تخريجه، ص38.

3 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 148.

4 الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج08، ص61، ابن حجر، فتح الباري، المصدر السابق، ج9، ص372.

5 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 20.

6 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 77، 78.

7 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج12، ص243، ابن حجر، فتح الباري، المصدر السابق، ج9، ص372.

8 سورة النور، الآيتان08-09 .

وزنا بها آخر فحملت منه، كان ذلك كافيا في إسقاط الحد عنها، وكذلك الرجل لو ادعى أنه أودع منيه في بنك المني، وأن امرأة أخذت منيه بطريقة أو بأخرى، واستدخلته وحملت منه طفلا، وجاءت البصمة الوراثية تؤكد لحوق الطفل وراثيا بذلك الرجل، لم يحد لوجود شبهة، لأن البصمة الوراثية ليست حجة.

- إن من العلماء المعاصرين من يقول بإقامة الحد إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية و لم يدع المتهم شبهة اعتمادا على هذه البينة، واخذ بها بعض الفقهاء المتقدمين.

- إن الفقهاء نصوا على أن الملاعن لو بدا له أن يعود في قوله، ويلحق ابنه الذي نفاه باللعان جاز له ذلك لزوال الشبهة التي لاعن من أجلها، فهل من الحكمة ومن العدل أن يتجاسر الناس للتعرض للعنة الله أو غضبه وندع البينة (البصمة الوراثية)، ولا نحكمها بينهم ثم بعد اللعان يعود ويلحق ما نفاه، فإن هذا من الفقه البارد".

1- من المعقول:

أ- الأصل إن إحلال البصمة الوراثية بدل اللعان إنما هي من النوازل العصرية لا دليل عليه ولا مستند له يمكن التعويل عليه[1]، ولن يكون مقبولا شرعا استخدام البصمة الوراثية في إبطال الأبوة التي ثبتت بطريق شرعي صحيح، ولكن مجال البصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح[2].

ب- إن القول بتعطيل اللعان و تقديم البصمة الوراثية عليه هو تعطيل حكم شرعي، و لم يعهد السلف السابق إلغاء النصوص الشرعية، وإنما هو اجتهاد في غير محله يتنافى مع الشرع ومقاصده السمحاء[3]، فيحكم عليه بالخطأ والسقوط.

ج- إن الأخذ بالقول بأن البصمة الوراثية تصلح أن تنفي النسب محل اللعان، هو في الحقيقة منفذ ومفتاح باب الشر والفساد، إذ كل من شك في زوجته لأدنى سبب بسيط يسارع إلى نفي النسب بالتحاليل الطبية، وبالتالي ضاعت الأنساب وتدهورت أواصر الأسرة المسلمة وتزعزعت الثقة بين كل زوج و زوجته[4].

---

1 حليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام ، المرجع السابق ص 306.

2 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 262.

3 حليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام ، المرجع السابق ص 307.

4 المرجع نفسه، ص 307.

د- إن قياس البصمة الوراثية على اللعان هو قياس فاسد الاعتبار، وذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الأصل في اللعان هو درء الحد ونفي النسب، و الأصل في البصمة الوراثية هي دراسة الصفة الوراثية للولد و أبويه فقط.

الوجه الثاني: أن اللعان حكم شرعي محكم وقطعي الدلالة، فكيف يسوغ لنا القول بأن اللعان يلغى نهائيا بمجرد دليل علمي حديث – البصمة الوراثية- التي تفتقر لوجود العلة بينها و بين اللعان.

الوجه الثالث: أن حكم اللعان لم ينسخ أبدا، فكيف طاب لأولئك العلماء الاجتهاد في حكم قطعي غير منسوخ؟

الوجه الرابع: وهو ما تعلق بسد الذرائع فلو طبقناه على البصمة الوراثية لوجدنا أنه سدا لذريعة الفساد وهتك الأعراض، فإنه يمنع إجراؤها بين الأزواج، فبتطبيق المفاسد والمصالح وأقسام الذرائع على البصمة الوراثية يتبين الآتي:

- البصمة الوراثية موضوع للإفضاء إلى مفسدة شرعية، وهي إلغاء اللعان وإحلال البصمة الوراثية بديلا لنفي النسب.

- البصمة الوراثية موضوعة للمباح وهو التحليل البيولوجي، لم يقصد بها التوصل لفضيحة الزوجة، ولكنها مفضية إليها غالبا، لوجود الخطأ واحتمال اختلاط العينات في المعمل الجنائي، ومفسدتها أرجح من مصلحتها وهذه مفسدة اجتماعية أخرى وهي التشهير بعرض الزوجة بتقرير البصمة الوراثية.

- البصمة وسيلة موضوعة للمباح وهي مصلحة الولد، لكنه يقصد بها التوصل إلى مفسدة وهي فضيحة الزوجة.

- البصمة الوراثية موضوعة للمباح الذي لا يخالف الشرع، كتحليل الجثث مثلا، واختلاط المواليد، نظرا لأنه لا طريق لمعرفة هذه الأمور إلا بالبصمة الوراثية، فتكون مصلحتها هنا أرجح وأقوى من المفسدة[1]

---

1 وضع الأستاذ خليفة علي الكعبي شرحا مفصلا تعرض فيه للمفاسد التي قد تنجم على إحلال البصمة الوراثية محل اللعان، وقمت بتلخيص ذلك، ولمزيد من الشرح أنظر: (خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام ، المرجع السابق، ص 307 وما بعدها).

الفرع الثالث: الرأي القائل أن البصمة الوراثية دليل تكميلي

حاول أصحاب هذا الرأي الجمع بين الرأيين السابقين بإعطاء حل وسط بين إجراء اللعان كطريق لنفي النسب، وتحليل البصمة الوراثية كقرينة في إثبات النسب، فإذا جاءت نتيجة البصمة الوراثية مؤكدة لادعاء الزوج فإنه يلجأ إلى اللعان لنفي النسب، وإذا جاءت مكذبة لادعائه فإنه لا ينتفي النسب منه؛ وإن أصر على اللعان حكم بالفرقة المؤبدة بينهما ولحق به نسب الولد، وذهب إلى هذا الرأي بعض الفقهاء[1] وهو ما أقرته دار الإفتاء المصرية[2]، ويقوم على الأدلة الآتية:

1- من الكتاب:

أ- قوله تعالى:﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[3]

ووجه الدلالة من هذه الآية أن إلحاق نسب الطفل مقصد عظيم من مقاصد الشريعة؛ فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الطفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النفقة أو لأي غرض آخر مع ضعف الذمم في هذا الزمان، فإن العدل يقتضي أن يلحق الطفل بأبيه[4]، ولا نمكن الأب من اللعان لئلا يكون سببا في ضياع الطفل[5].

ب- قوله تعالى:﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾[6].

أن الآية الكريمة ذكرت درء العذاب و لم تذكر النسب، ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب[7]، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرء عن نفسه العذاب، ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا

---

1 ذهب إلى هذا الرأي كل من نصر فريد واصل في بحثه البصمة الوراثية مجالات الاستفادة منها، وعبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، و محمد محمد أبو زيد في بحثه دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، وافقهم في ذلك يوسف القرضاوي إلا أنه اشترط أن يكون طلب إجراء البصمة الوراثية من حق الزوجة فقط (يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، موقع القرضاوي، www.karadhaoui.com).

2 للاطلاع على ما جاء في فتوى دار الإفتاء المصرية أنظر: (نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 91/ 92.)

3 سورة الأحزاب، الآية 05.

4 القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، المصدر السابق، ج14، ص118.

5 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 75.

6 سورة النور، الآيتان08-09 .

7 يرى الحنفية أن النسب ليس من لوازم اللعان، بل ينفصل عنه في الجملة،لأنه شرع أيضا في المقذوفة من غير ولد، لذلك فإن من أقر بنسب ولد ثم نفاه، فإنه يلاعن ولا ينقطع النسب منه (الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج3، ص147).

ثبت ذلك بالبصمة الوراثية[1].

2- من السنة:

أ- ما ورد في قصة هلال بن أمية وزوجته، بعد أن لاعن الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما قال: " **أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء** "، فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين، أي شبيه بشريك بن سحماء الذي رميت به فقال النبي عليه الصلاة والسلام: " **لولا ما مضى من كتاب لكان لي ولها شأن** "[2].

فقد أفاد الحديث أنه حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج فإنه ينسب له، ولا ينفى عنه، ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المثبتة للنسب، لأنه أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم في إثبات النسب[3].

والاستشهاد بهذا الحديث هو إحياء لرأي ضعيف في الفقه الشافعي، والذي مفاده جواز اللجوء إلى اللعان لنفي النسب اعتمادا على الشبه[4]، فيما ذهب بعضهم إلى عدم ذلك إلا إذا انضم إلى الشبه قرينة أخرى كأن يأتي الولد شبيها بالرجل الذي اتهمها به[5]

ب- الاحتجاج بقصة عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص، وإلحاق الرسول صلى الله عليه وسلم الولد بالفراش وأمره سودة بالاحتجاب مع أنه أخوها، فدعوى أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يلتفت لأمر الشبه (البصمة الوراثية)، واستدلالهم بهذا الحديث هو استدلال بعيد، فالحديث حجة عليهم، فقد اعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم أمر الشبه لذا أمر بالاحتجاب، ففي حال التنازع على طفل ولد على فراش صحيح ما المانع أن نعمل دليل الشبه، ونثبت بمقتضاه النسب نفيا وإثباتا، ويكون درء الحد عن الزوج لوجود شبهة اللعان.

---

1 هذا التوجه للصديق الضرير طرحه إثر مناقشات المجمع الفقهي الإسلامي، نقلا عن عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 71.

2 سبق تخريجه، ص26.

3 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 90.

4 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج02، ص122.

5 النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج6، ص305.

وبهذا نعمل بالأدلة كلها ولاسيما أن الولد ولد على الفراش، فيتقوى إثبات النسب للطفل من جهة أن " الولد للفراش " ومن جهة البصمة الوراثية، وهذا في حال نفي النسب وثبوت خلاف ذلك من جهة البصمة الوراثية، أما إذا جاءت البصمة الوراثية مؤكدة لقول الزوج، فيجتمع دليل اللعان مع البصمة الوراثية فينتفي النسب وندرء الحد عن الزوجة لوجود شبهة اللعان، أما في حال الملاعنة فالأصل أن الطفل منسوب للزوج، لأن الزوجة فراش له وجاء أمر الشبه (البصمة الوراثية) يؤكد ذلك الأصل، فإننا نعمل بالأصل ونلحق الطفل بأبيه لدلالة الفراش والشبه، ونكون قد أعملنا الشطر الأول من الحديث "الولد للفرش"، وندرء الحد عن الزوج إذا لاعن، لوجود شبهة الملاعنة، والحدود تدرء بالشبهات، ونكون أعملنا الشطر الثاني من الحديث "احتجبي يا سودة"[1].

3- من المعقول:

أ- إنه لا ينبغي إسقاط النسب من الطفل حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين إلا بيقين، لأن الأصل أن كل من ولد له ولد على فراش الزوجية فهو له، وأن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية وحفاظا على حق الطفل المولود، وأنه إذا جاءت المرأة بالطفل شبيها في الشكل بوالده صاحب الفراش، أو أثبت العلم عن طريق التحاليل والفحوصات الطبية أنه ليس هناك ما يمنع من نسب الطفل إلى زوجها صاحب الفراش، فإنه يؤخذ بالرأي العلمي في ذلك، ولا ينفى نسب الطفل في هذه الحالة[2].

ب- إن النسب ليس من لزوم اللعان، وذلك أن من حق الزوج طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل الذي وضعته زوجته، إلا أن هذا الإجراء يخضع لقيود والتي من بينها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب، سواء كان الإقرار صريحا أو دلالة، وإذا عاد الزوج بعد الإقرار وتنصل عن نسب الولد، كان للزوجة الحق في طلب إجراء اللعان وذلك لأن رجوعه في الإقرار بالنسب يعد اتهاما لها بالزنا، ومن ثم لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعنة بينهما، إلا أن إجراء اللعان لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج، ومما سبق يتضح لنا أمر ينبغي التنبيه إليه وهو أن القاضي يمكن أن يجيب الزوجة لطلبها في إجراء اللعان، ولكن يعطل أثره في نفي النسب، ويترتب على هذا المنطق القول بأن القاضي يمكن أن يجري الملاعنة دون أن يعوقه في ذلك

---

1 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 76.

2 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 89.

الاستجابة لفحص الدم[1]، فإجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء فحص الدم يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب أم غيره[2].

ج- اتفق الفقهاء أنه إذا أكذب الزوج نفسه بعد الملاعنة لحقه النسب[3]، وهذا يعني أن تكذيب الزوج لنفسه يؤدي إلى زوال أثر اللعان في قطع النسب، ويعود للولد نسبه من الملاعن.

أما عن أثر تكذيب الزوج لنفسه على العلاقة الزوجية فيذهب الجمهور وأبو يوسف إلى أن اللعان يرتب فرقة مؤبدة[4]، ولا يفيده تكذيبه لنفسه، وذهب أبو حنيفة إلى أنها فرقة بائنة فيمكن أن تعود المرأة لزوجها في حالة تكذيبه لنفسه[5]، ومن هنا يتضح تماما أن ثبوت النسب من الزوج في حالة تكذيبه لنفسه في حالة الملاعنة لا يتعارض مع استمرار اللعان[6].

ج- إن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية لكونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية، وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس والواقع ونخالف العقل؟ ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في هذه المسائل المعقولة المعنى، وهي ليست تعبدية، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة، والشرع يتنزه أن يثبت حكما بني على المكابرة[7].

د- إنه لا ينفى نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج، لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة، وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة يقينية قطعية ولخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته وفي ذلك إقرار للحق واستقرار

---

1 المقصود من فحص الدم في هذا البحث هو تحليل البصمة الوراثية.

2 محمد محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 288.

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص462، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص25، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 107.

4 القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، 304، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المصدر السابق، ج 4، ص 135، البهوتي، المصدر السابق، ج 5، ص 402، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 32، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 14، ص 86، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 7، ص 121، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3، ص 245.

5 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 287، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص 197.

6 محمد محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 293.

7 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 72.

للأوضاع في المجتمع[1].

هـ- إن الشريعة أعظم من أن تبني أحكامها على مخالفة الحس والواقع، فإن الشرع أرفع قدرا من ذلك، والميزان الذي أنزله الله بالحكم بين الناس بالحق يأبى ذلك كل الإباء فلو استلحق رجل من يساويه في السن، وادعى أنه أبوه، فإننا نرفض ذلك لمخالفة العقل والحس، فلا يمكن أن يتساوى أب وابن في السن، مع أن الاستلحاق في الأصل مشروع، ورد جماهير العلماء دعوى امرأة مشرقية تزوجها مغربي فلم يلتقيا، ثم أتت بولد وادعته للمغربي وهذا النفي ليس تقدما على قوله: " الولد للفراش "، وإنما لمخالفة ذلك لصريح العقل والحس[2].

و- إن آية اللعان قيدت إجراءه إذا لم يكن ثمة شاهد إلا الزوج، ومفهومه أنه لو أن هناك بينة شهود فإنه لا يجرى اللعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته ومن البديهي أنه لو كانت بينة أخرى غير الشهادة لم يكن هناك وجه لإجراء اللعان، كما لو أقرت الزوجة لزوجها فيما رماها به من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بينة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج؟ فإننا إذا قمنا بذلك كان ضربا من المكابرة ومخالفة للحس والعقل، واللعان معقول المعنى ومعروف السبب وليس تعبديا محضا[3].

ي- إذا علمنا أن الشهادة أقوى من قول الزوج في اللعان، لأن الشهادة مبنية على غلبة الظن أما قول الزوج في اللعان فهو تساو بين الطرفين في الصدق أو الكذب أي بنسبة (50%)، لأنه إما أن يكون صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الفقه أن ندع بينة قطعية تصل إلى (99.9%) تؤكد كذب الزوج، ونأخذ ما هو محتمل للصدق بنسبة (50%) وننسب ذلك للشريعة[4].

ز- إن انتفاء النسب بطريقة اللعان يقوم على الشك لا على اليقين، وقد نبه الفقهاء المسلمون لخطورة الأمر فحددوا مركز الولد في مواجهة الزوج الملاعن بطريقة تلائم احتمال كذب هذا الأخير أو خطئه وتسرعه في ادعائه، فذهبوا إلى اعتبار ولد الملاعنة أجنبيا عن الزوج بالنسبة لأحكام الميراث والنفقة[5]، وعلة ذلك هو أن هذه الأحكام لا تثبت إلا بنسب متيقن، أما

---

1 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 82.

2 عبد الرشيد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، المرجع السابق، ص 73.

3 المرجع نفسه، ص 74.

4 المرجع نفسه، ص 74.

5 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق ، ج4 ، ص197 .

بالنسبة لسائر الأحكام الأخرى فقد اعتبر الفقهاء ولد الملاعنة في علاقته بالملاعن كالابن فمثلا بخصوص الشهادة لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفى نسبه باللعان، ولو قتل الملاعن الولد الذي نفاه باللعان فلا يقتل فيه كما لو قتل الأب ولده، وبالنسبة للمحرمية لا يجوز للملاعن أنه يتزوجها إذا كانت بنتا، ولا يجوز أن يزوجها لابنه من زوجة أخرى، وبالنسبة للالتحاق بالغير، لا يصح لأحد غير الملاعن أن يدعي نسبه، وإذا حدث لا يثبت نسبه منه؛ والواقع أن علة اعتبار الولد المنفي نسبه بطريق اللعان كابن بالنسبة للزوج الملاعن في خصوص سائر الأحكام الشرعية عدا النفقة والميراث، وهو أن هذا الولد قد وضعته أمه وهي مقترنة بالزوج بمقتضى عقد زواج صحيح، وخلال الفترة المحددة شرعا للحمل، ومن ثم فالحكم بنفي النسب باللعان لا يدل بصفة يقينية على أن الولد ليس ابنا للزوج، فقد يكون ابنه حقيقة ولكنه كذب بأيمانه أمام القاضي حتى ينفي نسبه منه، ولهذا يجب الاحتياط في الأحكام فيعامل الولد هنا معاملة الابن، فإذا يتضح لنا أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الظن لا على اليقين، فإنه يكون من العدل أن نعطي للزوجة الحق في طلب تحليل فحص الدم للتوصل إلى ما يفيد كشف النسب بطريقة لا تقبل الشك[1].

من خلال دراستي لما ذهب إليه أهل العلم، فإن الذي أراه بشأن أحكام البصمة الوراثية في نفي النسب، يقتضي التفريق بين حالتين، حالة استخدامها قبل اللعان وحالة استخدامها بعده.

فإذا تعلق الأمر باستخدامها قبل اللعان، فإنه يمكن ترجيح المذهب القائل أن البصمة الوراثية دليل تكميلي على أن يكون طلب إجراء تحليل البصمة الوراثية من حق المرأة وحدها دون الرجل، أما الرجل فمن حقه طلب إجراء اللعان فحسب وللمرأة أن تدفع ذلك بالبصمة الوراثية اعتمادا على أن:

1- بعض فقهاء الشافعية[2] أجازوا العمل بقرينة الشبه في نفي النسب بناء على قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الملاعنة" **أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء** "[3]، أما إذا انضمت إلى قرينة الشبه قرينة أخرى فإنهم حكموا بجواز النفي، ومثال ذلك أن يرى الزوج رجلا يخرج من عندها ثم تأتي بولد شبيه بذلك الرجل الذي اتهمها به[4]، وشبيه ذلك في الوقت الحالي أن

1 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 294.

2 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج02، ص122.

3 سبق تخريجه، ص26.

4 النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج6، ص305.

يشك الرجل في زوجته شكا كبيرا ثم تأتي نتيجة البصمة الوراثية مؤكدة لهذا الشك فهنا يمكن اللجوء إلى اللعان، لذلك فإنه ينبغي العمل بهذا الرأي لأنه أكثر مواكبة لهذا العصر.

2- يمكن الرد على الذين يقولون أن نفي النسب بالبصمة الوراثية يدعو إلى الخوض في الأعراض والأنساب، ويؤدي إلى الفوضى والاضطراب وأنها منفذ ومفتاح شر وفساد، ويؤدي ذلك إلى انهيار العلاقات الأسرية وفضح الزوجة، وإلصاق التهمة بها، بأنه يمكن تفادي هذه المفاسد كلها عن طريق جعل مخابر البصمة الوراثية تابعة للدولة، وعدم السماح للقطاع الخاص بالولوج فيها، وأن لا يكون التحليل إلا بناء على أمر قضائي وأن يكون طلب إجراء التحليل بيد الزوجة فقط دون غيرها، فإذا أراد الزوج أن ينفي النسب، فإنه يرفع دعوى لعان، ولا يحق له طلب إجراء البصمة الوراثية، وعلى القاضي أن يجيبه لإجراء اللعان، إلا إذا طالبت الزوجة بإجراء تحليل البصمة الوراثية لإثبات كذب الزوج فإنه يلجأ إلى تحليل البصمة الوراثية أولا، ويعتبر سكوت الزوجة وعدم مطالبتها بتحليل البصمة الوراثية قبول للعان فهو يحقق الستر على المرأة لأنها صاحبة الحق في طلبها ولا تطلبها إلا إذا كانت متيقنة من براءتها وإثبات البراءة مقصد شرعي، ويحمي حق الولد في الانتساب إلى أبيه، ويزيل شكوك الزوج في زوجته إذا كانت غير صحيحة وكلها مقاصد تتوافق مع الشرع[1].

3- إن إجراء نفي النسب بهذه الطريقة يعني الاستفادة من المقاصد الشرعية للعان بعدم الخوض في أعراض الناس، وعدم الإقدام على النفي إلا في حالة الضرورة القصوى لأنه يتم بشكل علني في المساجد، وأمام جمع من الناس، ويحقق الاحتياط في الأنساب وعدم مخالفة الحس عن طريق إجراء البصمة الوراثية كما أن استخدام البصمة الوراثية بهذه الطريقة سيساهم في التقليل من حالات اللعان، خاصة إذا علمنا أن ادعاء الزوج بأن الولد ليس منه قد يكون مبنيا على شكوك وأوهام لا أساس لها من الصحة، أو أن الزوج يريد الانتقام من زوجته والإساءة لها، أو التهرب من المسؤولية، وبإمكان الزوجة فضح ذلك بالبصمة الوراثية.

4- إن جعل البصمة الوراثية دليلا تكميليا يقتضي أنه لا يتم اللجوء إليها إلا إذا كانت إمكانية إجراء اللعان قائمة، أي توفر شروط اللعان بأن يكون الزوج لم يقر بالنسب مع التعجيل بالنفي، وهذا على خلاف الرأي الذي يرى إمكانية الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان، حيث

1 ذهب إلى هذا الرأي يوسف القرضاوي، أنظر: (يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، www.karadhaoui.com).

يمكن اللجوء إلى نفي النسب بالبصمة الوراثية في أي وقت وهو ما يعني استخدامها لإبطال أنساب ثابتة، وهذا غير جائز شرعا، فالنسب إذا ثبت لا يمكن نفيه.

5- إن القول بالاكتفاء بالبصمة الوراثية في نفي النسب، يعني أن نتائج البصمة الوراثية بلغت من الدقة إلى حد اليقين، وارتقت إلى مصاف الحالات التي ذكرها الفقهاء والتي ينتفي فيها النسب دون إجراء اللعان كما لو جاء الولد لأقل من ستة أشهر من العقد، أو إذا كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله، أو كان الزوج مقطوع الذكر والأنثيين[1]، وهذا مخالف للواقع لأن إمكانية الخطأ البشري عند إجراء البصمة الوراثية وارد، فالبصمة الوراثية قرينة يمكن ضمها إلى القرائن التي يعتمد عليها الزوج عند اللعان كأن يدعي أنه استبرأها بحيضه أو حمل و لم يمسها حتى جاءت بولد، ولا يمكن الاستعاضة بها عن اللعان إلا إذا كانت قرينة قطعية لا تقبل الشك.

6- إن الأخذ بالبصمة الوراثية مع اللعان يوافق الأخذ بالحس والعقل من جهة، وما أقره الشرع من جهة ثانية، فلو أراد الزوج نفي النسب، وكانت نتيجة البصمة الوراثية مثبتة للنسب فهذا يعني تغليب دليل الفراش على اللعان، أي أن دليل الفراش قد تساند وتعاضد بقرينة البصمة الوراثية، فلا ينفى النسب، ونكون بذلك قد حكمنا بالولد لصاحب الفراش، وطبقنا قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، وإذا كانت نتيجة البصمة الوراثية نافية للنسب، فإنه يتم نفي النسب باللعان أي أن دليل اللعان قد تعاضد وتساند مع قرينة البصمة الوراثية فيتم تغليب اللعان على الفراش، ومن جهة أخرى فإن الاحتكام إلى البصمة الوراثية بهذه الطريقة يحقق مقصد الشارع الحكيم في الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطها.

أما إذا انتفى النسب باللعان ولجأت المرأة بعد ذلك إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب ولدها فلا يكون لنتيجتها أي تأثير في لحوق الولد بالملاعن، لأن حكم اللعان مع حكم الشبه في هذه الحالة صار بمنزلة أقوى الدليلين مع أضعفهما، فلا عبرة بدليل البصمة الوراثية مع اللعان الثابت بالقرآن والسنة والإجماع، وهو ما يمكن الاستدلال عليه بما ذهب إليه العلماء في تفسيرهم لقوله عليه الصلاة والسلام:" **أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء** " ، فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين، أي شبيها

1 سبق وأن تناولت هذه الحالات عند تعرضي لشروط الفراش في الفصل التمهيدي، ص13 ومابعدها.

بشريك بن سمحاء الذي رميت به فقال عليه الصلاة والسلام: " **لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن** "[1] ، حيث ويستفاد من هذا الحديث:

1- إن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يحكم بالاجتهاد فيما لم يترل فيه وحي خاص، فإذا نزل الوحي بالحكم في تلك المسألة، قطع النظر وعمل بما نزل وأجرى الأمر على الظاهر ولو قامت قرينة تقتضي خلاف الظاهر[2].

2- إن حكم الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث لا يفيد بأنه حكم بعد اللعان ونفي الولد بأنه إن جاء يشبه الزوج صاحب الفراش فهو له وإن جاء يشبه الذي رميت به فهو له، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يخبر عن شأن الولد وشبهه ليغير بذلك حكم اللعان، وإنما هو إخبار عن أمر قدري كوني يتبين به الصادق من الكاذب، ولا يعني فسخ حكم اللعان[3]، والحكمة من البيان المذكور ردع من شاهد ذلك من التلبس بمثل ما وقع لما يترتب عليه من القبح[4].

3- يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم:" **لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن** "[5] بعد أن جاء الولد شبيها بالزاني إلى أن حكم الحاكم في الظاهر لا يغير بما هو عليه في الباطن، فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم حكم الشبه يقتضي لحوقه بأشبههما، ثم لم يلحقه بواحد منهما مع وجود الشبه لأن الحكم في الظاهر (اللعان) مانع من لحوقه[6].

وقوله صلى الله عليه وسلم: "**أبصروها فإن جاءت كذا وكذا فهو للذي رميت به**" ليس إلحاقا به وجعله ابنه وإنما هو إخبار عن الواقع، وهذا كما لو حكم بيمين القسامة ثم أظهر الله سبحانه وتعالى آية تدل على كذب الحالفين لم ينتقض حكمها بذلك، وكذا لو حكم بالبراءة في الدعوى بيمين فاجرة لم يبطل الحكم بذلك[7]

---

1 سبق تخريجه، ص27.

2 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المصدر السابق ، ج9، ص372، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص61.

3 ابن القيم، زاد المعاد، ج4، ص169.

4 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص371، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص65.

5 سبق تخريجه، ص27.

6 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص68.

7 ابن القيم، زاد المعاد، ج4، ص170/169.

4- يستفاد من الحديث أيضا أن النبي جعل للشبه تأثيرا في لحوق الأنساب يوجب الحكم بالقيافة عند إشكالها لأنه جعله من هلال بن أمية إن كان على شبهه ومن شريك بن سحماء إن كان على شبهه، فإن قيل كيف يكون دليلا وما ألحقه بواحد منهما مع وجود الشبه؟ قيل لأن نفيه باللعان نص، وإلحاقه بالشبه استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص ويستعمل أذا انفرد[1].

فكل هذه الاستدلالات التي استخرجها العلماء من الحديث المذكور تصب في أن البصمة الوراثية لا تلغ حكم اللعان والله أعلم.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب

وتتعلق هذه الآثار بالحالات أو الصور المختلفة عند تطبيق استخدام البصمة الوراثية، وكذلك صاحب الحق في طلب إجراء التحليل، والتي يمكن تناولها في فرعين.

الفرع الأول: الصور المختلفة للبصمة الوراثية في نفي النسب

يمكن أن تستخدم البصمة الوراثية وتطبق نتائجها حسب حالتين، ففي الحالة الأولى يلجأ إلى الاختبارات البيولوجية المتعلقة بالبصمة الوراثية قبل إجراء اللعان، أما الحالة الثانية فإن اللجوء إلى البصمة الوراثية يكون بعد تمام اللعان ونشوء آثاره، يمكن التفصيل في هاتين الحالتين كالآتي:

أولا: استخدام البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان

وفي هذه الحالة فإنه إذا عرض النزاع على القاضي يقوم بإصدار حكم يحيل بمقتضاه القضية إلى الخبرة الطبية قبل إجراء اللعان بين الطرفين.

وبغض النظر عن نتيجة الخبرة، فإن إصدار حكم بإجراء هذه الخبرة وتأجيل اللعان إلى غاية الحصول على نتائجها يتناقض مع ما ذهب إليه الفقهاء من حيث التعجيل في اللعان وعدم تأخيره، ولو كان الزوجان مريضين، ولا يؤخر إلا في حالة الحائض والنفساء[2].

أما عن نتيجة البصمة الوراثية، فإنها إن جاءت مصدقة لادعاء الزوج نافية للنسب منه، فإن ذلك يعني انتفاء النسب منه ولا حاجة للعان عند الذين قالوا باستبدال اللعان بالبصمة الوراثية،

---

1 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص68.

2 الخرشي، الخرشي على مختصر الخليل، المصدر السابق، ج 4، ص 136.

ولا يلجأ للعان في هذه الحالة إلا إذا طالبت به الزوجة لمصلحتها في ذلك لدرء الحد عنها[1]، والحدود تدرأ بالشبهات، ذلك أن نتيجة البصمة الوراثية لا تعني ارتكابها لفاحشة الزنا، فقد يكون الولد ناتج عن وطء بشبهة أو أن الزوجة قد سقيت شرابا منوما وزُني بها وهي لا تعلم.

أما بقية الآراء الفقهية فإن النسب لا ينتفي إلا باللعان بمعنى أن النسب يبقى ثابتا من الزوج حتى يلاعن فإذا لاعن انتفى النسب منه.

والإشكال الذي قد يثار هنا يتعلق بمنزلة الولد الملاعن من الزوج في هذه الحالة، حيث ذهب الفقهاء إلى أن اللعان لا يؤدي إلى سقوط آثار النسب كلها حيث تبقى بعض الآثار قائمة خاصة ما تعلق بالشهادة والزكاة والقصاص والنكاح، وكذلك عدم لحوقه بالغير إذا أراد أحدهم أن يستلحقه، ويستثنى من ذلك الحقوق المالية المتعلقة بالإرث والنفقة[2]، فهل أنه بعد نفي النسب بالبصمة الوراثية واللعان معا تبقى هذه الآثار قائمة أم أنها تسقط ويعامل الولد على أنه أجنبي؟.

وبالإضافة إلى ذلك فقد حكم الفقهاء أنه بإمكان الزوج استلحاق الولد الملاعن، وفي هذه الحالة يطبق عليه حد القذف، فهل بعد نفي النسب منه وتأكيد ذلك بالبصمة الوراثية يجوز للزوج استلحاق هذا الولد؟ ذلك أن جعل الولد الملاعن في منزلة شبيهة بالابن من حيث الأحكام، اقتضته ضرورة مفادها إمكانية أن يكون هذا الولد منه وأنه مخطئ في ادعائه، لذلك فإنه تترك له فسحة لعله يتراجع عن نفيه، ويعود ويستلحق الولد، أما الآن فإن استخدام البصمة الوراثية يمكننا من التأكد من حقيقة نسب الولد أهو له أم لا؟، ومثل هذه المسائل مازالت في حاجة إلى بحث وتدقيق من أهل العلم.

أما إذا جاءت البصمة الوراثية مثبتة لنسب الولد من الزوج ومكذبة لادعائه، فإن ذلك يعني أن النسب يبقى ثابتا من الزوج، ولا ينتفي منه ولو أصر على اللعان عند الذين قالوا أن البصمة الوراثية دليل تكميلي للعان، مع أنه بالإمكان أن يجرى اللعان بينهما وتنتج آثاره المتعلقة بوقوع الفرقة بين الزوجين وسقوط الحد عنهما، أما الذين قالوا بأن استخدام البصمة الوراثية يكون على سبيل الاستعانة فإن إصرار الزوج على اللعان بعد ذلك يؤدي إلى نفي النسب، ولا أهمية لنتائج البصمة الوراثية في هذه الحالة اعتمادا على أولوية الدليل الشرعي على الدليل العلمي[3].

---

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 275.

2 ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 194.

3 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص26.

وتطرح مسألة تنفيذ حد القذف على الزوج في حالة تراجعه عن اللعان بعد أن ثبت بالبصمة الوراثية ما يخالف ادعاءه، فقد ذهب الفقهاء إلى أن قذف الزوج لزوجته موجب لحد القذف في حقه، وله أن يخلص نفسه من ذلك باللعان[1]، إذ انه كيف لنا أن نحرم هذا الزوج من حقه في اللعان، ونقيم عليه الحد وبيده الوسيلة التي بإمكانه أن يتخلص بها من هذا الحد؟ وبخصوص هذا الإشكال فهناك من ذهب إلى أنه علينا أن نطبق الحد على الزوج، مع إمكان إسقاطه إذا عفت عنه الزوجة، لأنه حد ضعيف وهو متعلق بحقوق العباد، وللزوجة إسقاطه إذا طالبت بذلك[2].

ثانيا: استخدام البصمة الوراثية بعد اللعان

ومعنى ذلك أن يقدم القاضي على الاستجابة لإجراء البصمة الوراثية دون أن يعطل إجراء الملاعنة والتفريق بين الزوجين، أو أن تتم الملاعنة بين الزوجين ثم تقوم الزوجة بالالتجاء للقضاء مرة ثانية تطلب فيها إجراء تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الولد من الزوج الملاعن.

والحقيقة أنه لا جدوى من الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب بعد اللعان عند الفقهاء إلا لدى الرأي القائل بأن البصمة الوراثية دليل تكميلي، وحجتهم في ذلك أن النسب ليس من لزوم اللعان، حيث يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة دون أن يعوقه في ذلك الاستجابة لتحليل البصمة الوراثية ، فإجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين، وإجراء البصمة الوراثية يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج هو الأب الحقيقي أم لا، فإن جاءت نتيجة البصمة الوراثية تؤكد انتفاء النسب فلا مشكلة، حيث يصبح اللعان سببا موجبا للفرقة ونفي النسب، ويتحد أثر اللعان في نفي النسب مع أثر البصمة الوراثية الذي أيضا أفاد نفي النسب، وإن جاءت نتيجة البصمة الوراثية تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملاعن حكم القاضي بلزومه دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائما كسبب للفرقة بين الزوجين"[3].

وهذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية في قضية عرضت عليها، ونظرا لأهمية هذه القضية وموقف دار الإفتاء منها فإنني ارتأيت أن أقوم بسرد لوقائعها ثم بيان موقف دار الإفتاء المصرية من

---

1 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 127، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج14، ص06، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 373، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج 4، ص306، ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 251، ابن قدامة، المغني،المصدر السابق، ج 9، ص 20.

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 275.

3 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 290.

ذلك:

وتتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 10/ 02/ 1994 عقد قران الزوجان عبد الشافي ومنال وتم حفل الزفاف بينهما بحضور الأهل والأصدقاء بتاريخ 17/ 10/ 1994، حيث اكتشف الزوج بعد مرور ثلاثة أشهر من الزفاف أن زوجته حامل في شهرها السابع، بمعنى أنه عند الزفاف كان حملها في الشهر الرابع لذلك قام برفع دعوى نفي النسب، وكان ذلك بتاريخ 25/ 02/ 1995، وقدم شاهدين على ذلك، ودفعت المدعى عليها بأن عقد القران والدخلة تما في 10/ 02/ 1994.

وتداولت الدعوى بالجلسات، وانتهى الحكم فيها بتاريخ 30/ 03/ 1998 باتخاذ طريق الملاعنة بين الطرفين، وتم ذلك في جلسة في 11/ 05/ 1998.

وقد طالبت المدعى عليها بتاريخ 15/ 06/ 1998 إحالة المولدة مع المدعي إلى الطب الشرعي وحكمت المحكمة بذلك بتاريخ 27/ 07/ 1998.

وقد انتهى رأي مصلحة الطب الشرعي أن نتائج التحاليل التي أجريت جميعها أثبتت أن الطفلة تحمل العوامل الوراثية بين الأب المدعو عبد الشافي والأم المدعوة منال وعليه فإن الطفلة هي ثمرة زواج صحيح بين عبد الشافي ومنال ولا يوجد ما يمنع نسب الطفلة إليهما.

وأمام هذا الوضع قررت المحكمة بتاريخ 30/ 04/ 2001 عرض الدعوى على دار الإفتاء المصرية لبيان الحكم الشرعي فيها، على ضوء ما تقدم من شهادة الشهود ويمين اللعان وتقرير الطب الشرعي.

وقد جاء قرار دار الإفتاء المصرية بعد استعراضها للوقائع كالآتي:

"**أولا:** يفرق بين الزوجين المتلاعنين السيد عبد الشافي والسيدة منال ولا يجتمعان أبدا.

ثانيا: أنه يثبت نسب الطفلة (بسنت) المولودة بتاريخ 19/ 03/ 1995 إلى والدها عبد الشافي ولا تنتفي عنه تأسيسا على الآتي:

1- أن الزوجة المدعى عليها قد وضعتها بعد أكثر من ستة أشهر -أقل مدة الحمل- من تاريخ العقد الصحيح، وقبل مرور سنة شمسية من الوطء والغيبة عنها، وأن إمكانية حدوث الحمل من الزوج والتلاقي بينهما قائم من وقت عقد القران، ولا يقدح في ثبوت النسب ادعاء الزوج شهادة شاهديه أنه أجرى حفل الزفاف بتاريخ 17/ 10/ 1994، لاحتمال أن يكون المدعي

قد دخل عليها وعاشرها بعد القران، فإن شاهديه لم يقررا على وجه القطع واليقين بأنه لم يدخل عليها من تاريخ العقد، وإنما قررا فقط أنهما حظرا الزفاف في 17/ 10/ 1994 ،و لم يعرفا ما إذا كان قد دخل عليها أم لا، بذلك تطرق الاحتمال إلى دليله، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، بالإضافة إلى أن شاهدي المدعى عليها قد قررا أن المدعي دخل بالمدعى عليها في نفس يوم عقد القران، ولأن الثابت شرعا أن كل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا ونسبا طالما أمكن أن يكون له لقوله صلى الله عليه وسلم: **الولد للفراش وللعاهر الحجر**[1]".

وعلى ذلك فيقتصر أثر اللعان في درء الحد عن الزوج والتفريق بين الزوجين، دون أن يؤثر في نسب الطفلة إلى والديها حتى ولو نفاها الأب، لأن ذلك حق الشرع والشرع يتشوف إلى إثبات النسب، خاصة وأنه قد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج في ظل عقد زواج صحيح شرعا.

2- أن التحاليل الطبية التي أجريت جميعها بالإدارة المركزية للمعامل الطبية الشرعية والخاصة بمجموعات فصائل الدم الرئيسية والفرعية، وكذلك التحاليل الخاصة بالحامض النووي أثبتت أن الطفلة (بسنت) تحمل العوامل الوراثية مناصفة بين المدعو عبد الشافي والمدعوة منال.

وبذلك تكون الطفلة (بسنت) من الناحية الطبية ثمرة زواج المدعي عبد الشافي من المدعى عليها منال، وأنه لا يوجد ما يمنع من نسب الطفلة (بسنت) إلى كل منهما لأنه يعمل بالدليل العلمي قياسا على إثبات رسول الله صلى الله عليه وسلم النسب بالشبه للزوج صاحب الفراش في الشكل كما هو الواضح في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن هلال السابق[2]

والواضح مما ذهبت إليه دار الإفتاء، هو رفض القضاء بدعوى اللعان، لعدم قيامها على سبب قوي، إذ إن الزوجة ولدت لتمام ستة أشهر من العقد الصحيح، هذا كاف لإثبات النسب[3]، ولا يجوز نفيه لمجرد الشك ويحرم عليه اللعان[4]، فكأن الحكم صدر بعدم الاعتداد بدعوى اللعان في نفي النسب، لعدم توفر الأسباب المحققة لنفيه من قبل الزوج، واعتبار ما حصل طلاقا

---

1 سبق تخريجه، ص12.

2 وردت وقائع القضية بالتفصيل مع قرار دار الإفتاء المصرية بشأنها في بحث الدكتور نصر فريد واصل - مفتي مصر سابقا – (نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها)

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص252.

4 الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 460.

وفرقة زوجية، وهو اجتهاد فيما هل يجب على القاضي الحكم باللعان مطلقا أم بعد التحقق، وهو رأي فقهي لم يخرج على مذهب من المذاهب و لم تسر عليه القوانين الوضعية.

الفرع الثاني: صاحب الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية

إذا كان المتفق عليه من أهل العلم أن اللعان هو حق للزوج وحده، لا يجوز لغيره، فإن استخدام البصمة الوراثية كدليل عند نفي النسب يثير إشكالا يتعلق بصاحب الحق الذي له أن يطلب إجراء هذه التحاليل المخبرية.

وبشأن الإجابة على هذا الإشكال فإن هذا الأمر تتنازعه أربعة آراء رئيسية، فمنهم من يرى أن صاحب الحق في طلب هذا الإجراء هو الزوج وحده، ومنهم من يرى أنه حق مشترك لكلا الزوجين والقاضي أيضا، ومنهم من يرى أنه لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية مطلقا، ومنهم من يرى أنه حق للزوجة دون غيرها، وفي ما يلي تحليل لهذه الآراء:

أولا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق للزوج

وهذا الاتجاه تبناه بعض الفقهاء الذين يرون بضرورة أن تحل البصمة الوراثية محل اللعان مطلقا، فإذا كان طلب إجراء اللعان هو حق للزوج وحده في وقت سابق حيث لا يوجد دليل يؤكد ما ذهب إليه الزوج، هل هو صادق أو كاذب، فإنه في الوقت الحالي وقد وجد الدليل، فإن الزوج إذا أراد نفي نسب الولد عنه فإنه يرفع الأمر إلى القاضي وفق دعوى نفي النسب، وفي هذه الحالة فإنه على القاضي أن يحيل الأمر لإجراء الخبرة الطبية اللازمة للتأكد من مزاعم الزوج، إلا أن طلب تحليل البصمة الوراثية يكون وفق شروط[1] هي:

1- أن يكون الزوج متيقنا بأن زوجته لم تحمل منه، لأنه استبرأها بحيضه و لم يمسها بعد ذلك ثم ظهر بها الحمل.

2- أن يكون الذي له الحق في الاختبار الجيني إنما هو الأب وحده دون غيره من القضاة أو

---

1 تبنى هذا الرأي الشيخ محمد المختار السلامي – مفتي تونس سابقا – أنظر: (وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 18)، أما سعد الدين هلالي فإنه تبنى فكرة التحليل الجبري الذي تفرضه الدولة، فهو يطرح فكرة استصدار تعليمات حكومية من خلالها يتم تسجيل البصمة الوراثية لكلا الزوجين في عقد الزواج على أن تقرن بقسيمة الزواج فإذا رزقا بطفل يتم تسجيل اسمه في شهادة الميلاد، مع إرفاق بصمته الوراثية والتأكد من توافق بصمته مع بصمة والدية المسجلة في عقد الزواج، ويتوافق مع ما ذهب إليه الشيخ محمد المختار السلامي في كون أنه يدعو إلى إجبارية التحليل عند نفي النسب، أنظر:(سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 277).

العائلة أو المولود ذاته، لأن اللعان المشروع في الإسلام استثناء لا قاعدة، والأصل أن الزوج يتبعه النسب في كل ما جاء بعد ستة أشهر فأكثر من دخول الزوج بزوجته.

ومعنى هذا أن تقرير الخبرة البيولوجية سيكون حاسما وإجباريا للفصل في الدعوى، وأنه يدخل ضمن الحالات التي يكون فيها تقرير الخبرة إجباريا على خلاف الحالات العامة في الإثبات حيث أن الأصل أن اللجوء إلى الخبرة أمر جوازي يخضع لتقدير للقاضي.

ثانيا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق مشترك

ويعني هذا أن تحليل البصمة الوراثية يمكن أن يكون بناء على اتفاق بين الزوج وزوجته، ويكون ذلك إما بناء على اتفاق ودي بينهما قبل رفع الدعوى للقضاء أو بعد رفع الدعوى للقضاء، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون بناء على طلب القاضي أيضا[1]، بل بالإمكان أن يجبرهما على ذلك[2].

إلا أن اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية يكون على سبيل الاستعانة فقط، بمعنى أن الهدف منه هو حمل الزوج على التراجع عن اللعان فقط، فإن أصر الزوج بعد ذلك على اللعان فهذا حقه[3].

وهذا الموقف سانده المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إذ جاء في توصياته: " ... فإذا شك الزوج في نسب ولده شكا كبيرا لأي سبب كان، مثل أن يكون قد طال عدم دخوله بزوجته، أو رأى أجنبيا دخل عليها، ويظن عدم نسبته إليه ظنا غالبا، ويريد الزوج الملاعنة، فتقول زوجته أو الحكم في ذلك إلجأ إلى البصمة الوراثية حتى تكشف لك السر، أو يلجأ الزوج إلى المحكمة، وحينئذ تعرض المحكمة على الرجل أن يلجأ إلى البصمة الوراثية أو تأمره بذلك، فإذا ظهرت النتيجة إيجابية، أي أثبتت أن الولد للزوج ينتهي أمر الشك، أما إذا كانت سلبية فلا ينتفي النسب إلا باللعان"[4].

والملاحظ في هذا الرأي أنه وإن كان صاحب الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية مشترك

---

1 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 58، علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 52.

2 علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 52.

3 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص58.

4 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 295.

بين الزوج والقاضي، إلا أن تقييم نتائجه فيما بعد يعود للزوج وحده، بمعنى أنه إذا أصر الزوج على النفي فلا يمكن منعه من ذلك حتى ولو كانت نتائج التحليل مكذبة له.

أما الذين ذهبوا إلى القول بأن البصمة الوراثية دليل تكميلي، فإنه وإن لم أجد في بحوثهم ما يحدد موقفهم بدقة بشأن صاحب الحق في طلب التحليل إلا أن ظاهر ما يدعو إليه هذا الرأي أن طلب إجراء البصمة الوراثية حق مشترك، إلا أن تقييم هذه النتائج موكول للقاضي، فإذا كانت النتائج مثبتة للنسب ومكذبة للزوج فإنه يحكم بثبوت النسب ولو تم اللعان، والعمل بهذا الرأي يتوافق إلى حد كبير إلى ما ذهب إليه قانون الإجراءات المدنية الجزائري في مادة 48 حيث جاء فيها: " يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم ".

ثالثا: الرأي القائل بعدم جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية مطلقا

اعترض صاحب هذا الرأي في ما يخص مسألة الذهاب إلى البصمة الوراثية عند نفي النسب، سواء كان ذلك جبريا أو وديا وذلك بناء على ما يلي:

1- إن القول بإجراء البصمة الوراثية بين الزوجين وديا أو جبريا، هو من باب التجسس والبحث عن أمور شاءت رحمة الله سترها، وهو من باب سوء الظن بالمسلم، فلماذا يتجسس الزوج على زوجته تجسسا أقامه على شك وظن؟ فإن كان لا يرغب فيها فله الخيار بين الطلاق واللعان.

ومن جهة أخرى فقد تكون الزوجة شريفة عفيفة، وزوجها مقتنع بها كل القناعة، لكن أرادت الزوجة أن تقنعه بعفتها وكرامتها، فاحتكموا إلى التحليل البيولوجي، وجاءت النتيجة مخالفة لاعتقاد الزوجة من صحة شرفها ليس لأنها خائنة، ولكن نتيجة لخطأ في المعمل البيولوجي[1].

2- إن القول بإجراء البصمة الوراثية بين الزوجين هو من باب إشاعة الفاحشة بين نساء المسلمين، ولا أحقية في ذلك للزوج في الاختبار البيولوجي، إذا ما أدى ذلك إلى فضيحة الزوجة، قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾[2]، فمن كان مستورا لا يعرف بشيء من المعاصي، فإذا وقعت منه

1 حليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 314، 315.

2 سورة النور، الآية 19.

هفوة أو زلة فإنه لا يجوز كشفها ولا هتكها ولا التحدث بها[1].

3- إن شق مثل هذا الطريق على الزواج بالطريق الجبري أو الاختياري لهو نوع من أنواع تكليف العباد بما لا يطيقون، وإضاعة المال في غير ما أحل الله، بمعنى البذخ والإسراف في أمور لا فائدة فيها، والتي نهى الله عنها[2].

4- إن القول بإجراء البصمة الوراثية لكل زوج، وتسجيل ذلك بعقود الزواج، وإعطائه الأحقية والصلاحية للزوج وحده دون الزوجة هو من باب إطلاق سلطان المصطلحات العلمية والمفاهيم العصرية الحديثة كالعولمة وتحرير المرأة على حساب النصوص الشرعية، ودفنها تحت أنقاض الجسور الهدامة الهادفة إلى نشر الفساد والرذيلة بين نساء المسلمين، وهذا ما يعرف بالمغالاة في البصمة الوراثية[3].

ويمكن **الاعتراض** على هذا القول، بأن اللجوء إلى البصمة الوراثية لا يفيد دائما التجسس ومعارضة مبدأ الستر والتشهير وإشاعة الفاحشة، بل قد يكون مبينا للحق مثبتا لبراءة الزوجة، ومن خلاله يمكن تجنب حالات نفي النسب التي تقوم على شكوك ومزاعم كاذبة، على أن يكون ذلك وفق شروط وضوابط محددة، والتي من بينها أن يكون إجراء هذا التحليل بطلب من الزوجة، بل في السنة ما يفيد ذلك فقد سأل الرسول صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين البيان فقال **"اللهم بين"**[4]،فجاء الولد شبيها بالذي ذكر زوجها أنه وجده عندها، والمراد من ذلك معرفة الصادق من الكاذب[5]، ثم أن اللجوء إلى البصمة الوراثية له فوائد كثيرة حتى ولو كان ذلك بعد اللعان ونفي النسب، لأن إثبات براءة الزوجة مازال قائما، وهو مقصد شرعي، كما أن النتيجة التحليل قد تحمل الزوج على التراجع واستلحاق الولد والشارع يتشوف إلى ذلك، وفي هذه الحالة يثبت النسب ويطبق عليه الحد.

---

1 خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 316.

2 المرجع نفسه، ص 317.

3 المرجع نفسه ، ص 320.

4 رواه البخاري، صحيح البخاري،كتاب اللعان، باب قول الإمام اللهم بين، ج7، ص72، مسلم، كتاب اللعان، ج2، ص1135.

5 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص371، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص65، ابن القيم، زاد المعاد، ج4، ص169.

رابعا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق للمرأة

معنى أن تحليل البصمة الوراثية هو حق للمرأة فقط، هو أنه إذا شك الزوج في زوجته وأراد نفي النسب، فلا يمكنه أن يطالب بإجراء التحاليل البيولوجية، بل عليه أن يطلب اللعان وعلى القاضي تمكينه من ذلك إذا توفرت شروط اللعان، ولا يلجأ إلى تحليل البصمة الوراثية إلا إذا كان ذلك بناء على طلب الزوجة فقط، لأنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، فتطلب وسيلة مقطوعا بها، تدفع بها التهمة عنها وتحفظ حقها، ولا تعتدي على حق إنسان آخر، وسبق لي وأن رجحت هذا الرأي بما فيه من رعاية المصالح ودرء المفاسد، لأنه يحقق أمورا في غاية الأهمية وهي:

1- براءة المرأة من التهمة المنسوبة إليها، فمن حق المرأة أن تدافع عن أغلى ما تملك وهو شرفها وعفتها، إذ إن طلب الزوج للعان ونفي النسب عنه هو اتهام لها، ومن حقها أن تثبت براءتها وتدفع التهمة عنها، والبصمة الوراثية بما تثبته من نتائج شبه قطعية كفيلة بتحقيق ذلك وهذا أمر يحرص الشارع عليه، حتى لا يتهم بريء بما ليس فيه.

2- إن طلب تحليل البصمة الوراثية عندما يكون من حق الزوجة لوحدها، يتوافق ومبدأ الستر الذي تريده الشريعة، لأن الزوجة لا تلجأ إلى طلب هذه التحاليل المخبرية إلا إذا كانت متيقنة من براءتها، أما إذا كانت من حق الزوج أو القاضي فإنه يفوت عليها هذا الستر الذي يحرص عليه الشرع، فمن المعلوم أن الزوجة بعد الملاعنة الشرعية تبقى عفيفة محصنة، لا يجوز الكلام في عرضها، فلو منحنا هذا الحق للزوج، وقال ألجأ إلى البصمة الوراثية، ثم تأتي نتائج البصمة الوراثية نافية للنسب من الزوج، فإن ذلك يعني افتضاح أمر الزوجة والتشهير بها وهذا ما لا يريده الشرع.

3- إثبات نسب الولد من أبيه مقصد عظيم يتشوف الشارع إليه، وفيه حق للولد ليدفع به تهمة الذل والعار عن نفسه، ويجد من يكفله، وتمكين الزوجة من إثبات نسب الولد بهذه الطريقة يحفظ نسب الولد، وكما هو معلوم أن حفظ الأنساب من الضرورات الشرعية.

4- إراحة نفس الزوج وإزاحة الشك عن قلبه، بعد أن يثبت له الدليل العلمي القطعي أن الولد الذي أراد نفيه هو ابنه حقا، وبذلك يحل اليقين محل الشك والطمأنينة مكان الريبة.

وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة من هذا الإجراء، وهذا أمر يحقق المصالح كلها ليس في ضرر

لأحد، ولا مصادمة لنص لا ترتضيه الشريعة، بل هو يتفق مع مقاصدها[1] .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1 أنظر ما جاء في فتوى الدكتور يوسف القرضاوي بخصوص هذا الموضوع:(إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، www.karadhaoui.com)

خلاصة الفصل:

البصمة الوراثية هي البنية الجينية أو الوراثية التي يتم استخلاصها من تحليل الحمض النووي (ADN) الموجود في نواة كل خلية، والتي يتفرد بها كل شخص نتيجة الاختلاف الموجود في ترتيب قواعده الآزوتية، والتي تظهر تحت التحليل في شكل خطوط وأشرطة مختلفة السمك والمسافة فيما بينها، ولأن تركيب الحمض النووي يرثه الفرد من أبويه، نصفه من الأب ونصفه الآخر من الأم، فإنه بالإمكان الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب.

أما عن دقة النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية فهي في حدود 96 % ، ويذكر أهل الاختصاص أنه يمكن أن تصل إلى نسبة 99.9 % إذا روعيت فيها جميع الشروط الكفيلة بتحقيق نتائج دقيقة.

ولأن البصمة الوراثية يمكن تكييفها، بأنها تدخل ضمن القرائن القوية التي يجوز الاعتماد عليها والاستعانة بها في بيان الحكم الشرعي، فإنه يجوز للمحاكم استخدامها عند الفصل في النزاع، لاسيما في النزاعات المتعلقة بالنسب.

أما عن منزلتها ضمن أدلة إثبات النسب فإن الراجح عند علماء العصر أنها تأخذ حكم القيافة لكن من باب قياس الأولى، لأنها تعتمد على الشبه الذي تمثله الصفات الوراثية، إلا أن نتائجها أدق؛ ويقدم عليها طرق إثبات النسب الشرعية المتفق عليها والمتمثلة في الفراش والبينة والإقرار، ومجال استخدام البصمة الوراثية يكون عند حدوث التنازع وعدم وجود دليل مرجح لذلك، وإذا تعلق الأمر بمنزلتها في نفي النسب فإن هذه المسألة اختلف فيها العلماء وتباينت فيها الآراء على ثلاثة مذاهب، فريق يرى جواز الاستغناء عن اللعان بالبصمة الوراثية، وفريق يرى عدم جواز ذلك، وفريق يرى أنه يمكن اعتمادها كدليل تكميلي يستعان بها عند اللعان.

وقد امتد الخلاف ليشمل أيضا صاحب الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية، فمن الفقهاء من قال إن الزوج هو الوحيد الذي له الحق في طلب إجراء الخبرة على اعتبار أنها تعوض اللعان وتأخذ مكانه، بينما ذهب فريق آخر أنه حق مشترك يمكن أن يتفق عليه الطرفان، كما يمكن أن يكون بناء على حكم القاضي بذلك، وذهب رأي آخر إلى عدم جواز استخدام البصمة الوراثية عند نفي النسب مطلقا، أما الرأي الرابع فيذهب إلى أنه حق للمرأة وحدها دون غيرها.

الفصل الثاني:

التطبيق العملي للبصمة الوراثية في قضايا النسب

المبحث الأول: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات

المطلب الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

المطلب الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات

المطلب الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد البشري.

المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 11/84.

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

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني : التطبيق العملي للبصمة الوراثية في قضايا النسب

بعد أن تعرضت إلى الجانب النظري للبصمة الوراثية في الفصل السابق، حيث تم التركيز فيه على ماهية البصمة الوراثية كتقنية علمية توصل الإنسان إلى اكتشافها، وما تحظى به من أهمية ومشروعيتها في الإثبات، ثم استعرضت حجيتها في قضايا النسب، حيث تطرقت بالتفصيل إلى أقوال العلماء بشأن مترلتها ضمن أدلة النسب سواء تعلق الأمر بالإثبات أو النفي.

فإنني ارتأيت أنه من الضروري أن أخصص فصلا أتناول فيه الجانب التطبيقي للبصمة الوراثية، فيقع بذلك الربط والتكامل بين الجانب النظري والجانب التطبيقي، وأقصد بالجانب التطبيقي تطبيقات البصمة الوراثية أمام المحاكم دليل أمام المحاكم كدليل أثبات في قضايا النسب، والإشكالات التي يمكن أن تثار بهذا الشأن.

فترى ما هي الشروط الواجب توفرها في البصمة الوراثية عند تطبيقها في ساحة القضاء، سواء تعلق الأمر بها كتقنية أو بالعاملين والمشرفين عليها؟ وما هي الصعوبات التي تعترض عند استخدامها، وحدود هذه الصعوبات؟ وفي الأخير أتناول إلى موقف القانون الجزائري من خلال دراسة مدى توافقه مع الآراء الفقهية، والحلول المقترحة تجاه الصعوبات التي تعترضها في الإثبات.

لذلك فإن دراستي لهذا الفصل تقتضي أن أقسمه إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات

المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات

تقوم البصمة الوراثية على نظريات علمية دقيقة قابلة للتعلم والاكتساب، وتخضع عند القيام بالتحاليل اللازمة لها بعدة مراحل وإجراءات بالغة التعقيد لا يتقنها إلا أهل الاختصاص، ونتائجها مرهونة بمدى الالتزام بالقواعد المهنية التي تتطلبها هذه التقنية عبر كل مراحلها وإجراءاتها.

وبناء على ذلك فإن استخدام هذه الطريقة كدليل في الإثبات أمام القضاء، مرتبط بمدى توفر الضوابط والشروط التي تتطلبها، وعلى القاضي أن يتأكد من توفرها عند الاعتماد عليها في الإثبات، وإلا كان حكمه مشوبا بعيب وقابلا للطعن.

وتتعلق ضوابط وشروط البصمة الوراثية بالقواعد والأسس المعملية المتعلقة بالمختبر الذي تجرى فيه الفحوصات من جهة، وبالشروط التي يجب أن تتوفر في القائمين على المختبر من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

المطلب الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية

المطلب الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

المقصود بضوابط العمل بالبصمة الوراثية مجموعة القواعد والأسس التي يجب مراعاتها عند اعتمادها في الإثبات، لذلك فإن معظم هذه القواعد مرتبطة بما يراه أهل الاختصاص لازما عند إجراء الفحص، لأنهم أعلم من غيرهم بهذه القواعد التي تمكننا من الوصول إلى نتائج أكثر قبولا، وأهم هذه الضوابط هي:

الفرع الأول: شيوعها وانتشار العمل بها

هذا الشرط وضعه بعض الفقهاء، حيث إنهم ذهبوا إلى أن هذا الشرط أساسي شرعا، والمقصود بذلك أن تكون هذه التقنية متوفرة لدى الجميع، غير مقتصرة على بعض الدول فقط دون البعض الآخر، لأنها لو استمرت عزيزة نادرة ما حازت الرضا والقبول عند الناس، ولا شك أن رضاهم معتبر لاستقرار الحقوق[1]، كما إن الفقهاء قرروا أن الحكم للكثير الغالب لا للقليل

1 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 262.

النادر، وأن الحكم بالمعتاد لا بالنادر[1].

واستدل من ذهب إلى هذا الشرط، على أن الله قد اعتبر الرضا بالشهادة فقال جل شأنه: ﴿ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[2]، ووجه الاستدلال أن تكثر عدد الشهداء هو بمعنى الشيوع والانتشار.

وخالفهم آخرون، حسب ما جاء في ملخص الحلقة النقاشية حول مدى حجية البصمة الوراثية لإثبات البنوة، التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الفترة ما بين 28 و 29 محرم 1421 هـ الموافق لـ 03 و 04 ماي 2000 م بالكويت، وقالوا إنه لا يشترط شيوعها وانتشار العمل بها، لأن الحق يجب أن يتبع ولو لم ينتشر[3].

وهو الرأي الذي أرجحه اعتمادا على أن الآية التي استند عليها أصحاب الرأي الأول تدل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم، لأن الرضا معنى يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه، ويقوم من الدلائل المبينة له، ولا يكون غير هذا فإن لو جعلناه لغيره لما وُصِل إليه إلا بالاجتهاد، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره[4].

وتطبيق هذا المعنى على البصمة الوراثية يؤدي بنا إلى تفويض أمر استخدامها إلى الحاكم، فله أن يأخذ بها وله أن يعدل عنها، وقبول الحاكم من عدمه لا يقتضي الشيوع والانتشار، وإنما هو مرتبط بالنتائج التي تحققها فمتى تأكدنا من جدوى هذه الطريقة في إظهار الحق وإقامة العدل جاز العمل بها، فكما يقول ابن القيم: " ..فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط "[5].

وبناء عليه فإن العمل بالبصمة الوراثية يقوم على القبول، والقبول مرتبط بجدوى هذه الطريقة في إقامة العدل ولا يعني دائما الشيوع والانتشار، فمتى تأكدنا من صحة هذه الطريقة

---

1 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 69.

2 سورة البقرة، الآية 282.

3 الحلقة النقاشية حول مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة، المرجع السابق، www.islamset.com

4 ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 01، ص 254.

5 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 14.

وأهميتها في الإثبات أخذنا بها، كما أن قاعدة الحكم بالمعتاد لا بالنادر لا محل لها هنا[1].

الفرع الثاني: القرب من القطع

ويكون ذلك باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة، للوصول إلى نتائج دقيقة، ومن ذلك التأكد من سلامة الأجهزة وتعقيمها ودراية الفنيين في تشغيلها، وأن تحرص الدولة على وضع رجال مشهود لهم بالعلم والتقوى والإخلاص في المختبرات وإدارتها[2].

كما يجب أن توفر كل الوسائل الممكنة، لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يعرقل الوصول إلى نتائج صحيحة، حتى تكون النتيجة مطابقة للواقع، ومن ذلك ما ذكره المسؤولون عن المعمل الجنائي بوزارة الداخلية السعودية لأعضاء اللجنة الخاصة بالبصمة الوراثية التابعة للمجمع الفقهي الإسلامي مثل:

- حفظ العينات في ثلاجات مناسبة تصل نسبة البرودة فيها إلى 1280 درجة تحت الصفر حتى لا تتلوث.

- الانتقال من مرحلة الأخذ إلى مرحلة الفحص إلى الاستكشاف وصولا إلى النتائج... وكل هذه المراحل يحتاط فيها من حيث وجود الشهود وعملية التسليم والتسلم، حتى لا يحدث التزوير والانتحال وغير ذلك.

- إن التقرير الأخير يجب أن يوقع عليه أربعة أشخاص من المسؤولين المباشرين للمعمل إضافة إلى توقيع المدير.

- عدم الاكتفاء بفحص جينة واحدة ولا اثنتين ولا ثلاث على الرغم من تكاليفها الكبيرة، وإنما نقوم بفحص أكثر من أربع جينات، وذلك لاحتمال وجود شبه في جينة واحدة، ولكن كلما زاد عدد الجينات المفحوصة أصبحت النتيجة قريبة من القطع[3].

وبخصوص هذه النقطة فقد اقترح المجمع الفقهي الإسلامي في توصياته بأن:" لا يقل عدد المورثات (الجينات) المستعملة للوصول إلى أية نتيجة في أي مجال مقصود العدد الذي يثبت العلم

---

1 قاعدة الحكم بالمعتاد لا بالنادر تمثل شرطا من شروط العادة التي تجعل منها حكما شرعيا، فمن شروطها أن تكون غالبة مطردة، ومن خرج عن ذلك كان نادرا لا يعتد به ، ومثال ذلك تقدير سن البلوغ بخمسة عشرة سنة (سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، ب ت، ج1، ص37).

2 نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 69.

3 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 290.

إمكانية الاكتفاء به، وفي هذا الوقت نرى ألا يقل عن ست مورثات، وإن أثبت العلم أكثر فيجب الأخذ به حتى لا يبقى مجال للشك أبدا، وأن يتم ذلك باستخدام عدة طرق "[1]

- اقترح المجمع الفقهي الإسلامي ضرورة تشكيل لجنة رقابية متخصصة خاصة بالبصمة الوراثية متكونة من المتخصصين الشرعيين والأطباء والإداريين، وتكون مهمتهم الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها بمنتهى السرية[2].

- يجب أن تكون هناك جهة رقابية للمعمل الجنائي، تراقب مدى توفر الشروط المعملية وتقوم بالتدقيق في صحة النتائج المعتمدة في التحليل وأن تفرض عقوبات صارمة على المخالفين.

وبناء على هذه الشروط التي وضعها العلماء ونص عليها المجمع الفقهي الإسلامي، فإنني أقترح أن يكون هناك قانونا خاصا بمخبر البصمة الوراثية، يحدد بمقتضاه كيفية سير المخبر وتنظيمه وأجهزة الرقابة عليه وشروط تسليم العينات، وإلى غير ذلك من المسائل المهمة التي يثيرها العمل بالبصمة الوراثية.

الفرع الثالث: القبول العام لأهل الاختصاص

يشترط في الأخذ بالكشف العلمي كدليل للإثبات، أن يعبر من مرحلة التجريب إلى مرحلة الثبوت والتطبيق[3]، وهذا الشرط الذي قال به بعض العلماء مأخوذ مما استقر عليه العمل في المحاكم الأوربية وأمريكا، من حيث اعتماد الطرق العلمية الحديثة كوسائل للإثبات أمام المحاكم، حيث وضع القضاء في هذه الدول قاعدة لقبول الإثبات بالطرق العلمية يطلق عليها " قاعدة فراي "، وهي قاعدة أصدرتها محكمة فدرالية أمريكية عام 1923 عند محاكمة شخص يدعى جيمس فراي، وهو شاب أسود أتهم بقتل رجل أبيض في واشنطن، وطالب محاميه من المحكمة أن تقبل نتائج " اختبار ضغط الدم الانقباضي " كدليل في الإثبات، وهو صورة مبكرة لجهاز كشف الكذب بناء على القاعدة العامة التي تسمح للخبراء بأن يدلوا بشهادتهم في مواضيع خبرتهم أو معارفهم، وقد رفضت المحكمة قبول نتائج كشف الكذب لاعتقادها بأن جهاز كشف الكذب لم

---

1 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق ، ص 294.

2 المرجع نفسه، ص 294.

3 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 262، نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 70.

يكن يحظي بالقبول العام لأهل الاختصاص[1].

ومن خلال ما توفر من دراسات ونتائج فإن هذا الشرط متوفر بشكل كاف بالنسبة للبصمة الوراثية، ذلك أن البصمة الوراثية قطعت شوطا كبيرا في هذا الشأن، وتجاوزت مرحلة التجريب إلى مرحلة الثبات وهو ما تبينه دقة نتائجها، والدليل على ذلك أن نسبة النتائج التي تحققها في حدود 96 %، ويمكن أن تصل إلى 99.99 % [2]، وعلى هذا الأساس فإنه سرعان ما قبلتها المحاكم التي شاع فيها انتشار هذه التقنية، كما أنها سرعان ما قبلت على نطاق واسع في التطبيقات الطبية.

الفرع الرابع: ان تكون المختبرات تابعة للدولة

حيث إن هذا الشرط يعد ضمانة أساسية لتقصي الحقيقة، والسبب الحقيقي الذي يقوم عليه عدم السماح للقطاع الخاص بالولوج في هذا المجال هو أن لا تكون مخابر البصمة الوراثية معدة للربح ، كما إن دخول القطاع الخاص في هذا الجانب وامتلاك هذه التقنية قد يؤدي إلى نتائج خطيرة، وقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي إلى أن إجراء تحليل البصمة الوراثية عن طريق مختبرات بمقابل مادي لا يجب أن يؤخذ بتقريرها شرعا[3].

وفيما ذهبت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى موقف أقل تشددا مما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي، حيث جاء في توصياتها: " يفضل أن تكون المختبرات تابعة للدولة، وإذا لم يتوافر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المحلية والعالمية المعتبرة في هذا المجال "[4].

وهذا الشرط قد لا يكون كافيا، لذلك فإنه يجب أن يضاف إليه شرط أخر، وهو أن لا يتم التحليل إلا بناء على إذن من الجهة المختصة كوزارة الداخلية أو الهيئات القضائية[5]، ولا يجوز أن يسمح للأفراد باللجوء تلقائيا إلى هذه المختبرات دون ترخيص مسبق من هذه الجهات، درءً للمفاسد التي قد تنجم عن هذا الاختبار.

---

1 إريك لندر، بصمة الدنا: العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، المرجع السابق، ص 214.

2 الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية، المرجع السابق، www.aljazeera.net ، نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، المرجع السابق، ص 231.

3 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 293.

4 الحلقة النقاشية حول مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة، المرجع السابق، www.islamset.com

5 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 293.

المطلب الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية

لا يتوقف اعتماد البصمة الوراثية كدليل أمام القضاء الاكتفاء بالشروط العملية الكفيلة بتحقيق نتيجة دقيقة، بل إن هناك شروط يجب أن تتحقق في خبير البصمة الوراثية ذاته، وأتناول في هذا المطلب شروط خبير البصمة الوراثية التي وضعها الفقهاء المسلمون، وكذلك الشروط التي وضعها القانون الجزائري.

الفرع الأول: شروط خبير البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي

ومعظم هذه الشروط مأخوذة من شروط القائف في الفقه الإسلامي[1]، فبالإضافة إلى شرط التكليف الشرعي والمتمثل في العقل والبلوغ نجد ما يأتي:

أولا: الخبرة والتجربة

لا بد أن يكون خبير البصمة الوراثية عالما فيما يخبر به، ولا يصح بناء حكم قضائي اعتمادا على خبرة يقدمها من لا تتوفر فيه الكفاءة والدراية اللازمة بأصول مهنته، ولجوء القاضي للاستعانة برأي الخبير يكون عادة عندما يتعلق الأمر بإظهار حقيقة علمية لا يتقنها أو يعجز في الإلمام بها، لذلك فإنه يفوض هذا الأمر إلى من يتوفر فيه جانب العلم والتجربة، ليدلي برأيه.

ويمكن التأكد من مدى قدرة خبير البصمة الوراثية في إنجاز مهمته بأن يعطى الخبير عينات من خلايا آباء وأبناء قد علم صحة نسبهم، وعينات من خلايا أشخاص ليس بينهم نسب، فإذا ألحق كل ابن بأبيه ونفى النسب عمن لا نسب بينهم علم بذلك خبرته وإصابته، وبالتالي أمكن قبول قوله[2].

وشبيه ذلك ما قال به الفقهاء للتأكد من خبرة وتجربة القائف، بأن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه، ويُرى إياهم فإن ألحقهم بواحد منهم سقط قوله لأننا تبينا خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم من يدعيه فإن ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله[3]، مع العلم أن هذه التجربة التي يمتحن فيها القائف إنما تكون على سبيل الاحتياط في

---

1 سبق وأن تناولت شروط القائف في الفقه الإسلامي في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي(أنظر: ص 28)

2 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263، عمر بن محمد السبيل البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 63.

3 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 06، ص 398، الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 420.

معرفة إصابته، فمن كان مشهورا بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز قوله[1].

وفي هذا العصر فإنني أرى أنه يمكن الاعتماد على الشهادة التي تعطى لخبير البصمة الوراثية من قبل أهل الاختصاص بعد إتمام دراسته، كالشهادة التي تعطى للأطباء، لأنها علم يمكن اكتسابه بالتدريس، ويمكن أن يضاف إلى شرط الشهادة اشتراط الممارسة الفعلية لهذا النشاط لفترة زمنية معينة، ووفقا لهذا المنطق نكون قد جمعنا بين الجانب النظري والجانب التطبيقي في هذا المجال.

ثانيا: الإسلام

النتيجة التي يقدمها خبير البصمة الوراثية في مجال النسب هي نتيجة بالغة الأهمية، ولأن قوله يتضمن خبرا ورواية فإنه يجب أن يتوفر فيه شرط الإسلام، ولا يقبل قول غير المسلم في أمر خطير كهذا[2]، فالقول الذي يؤديه الخبير شبيه بالقول الذي يدلي به القائف أو الشاهد لذلك اشترط فيه الإسلام[3]، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[4]، والكافر ليس من رجالنا[5]، وقوله تعالى:﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[6]، والكافر غير مرضي[7].

ولأن البصمة الوراثية هي من اختراع الغرب الذين لا يدينون بدين الإسلام، وهم الذين امتلكوا السبق في هذا المجال، واخترعوا الآلات والأجهزة المعدة لهذا الغرض وهم أعلم الناس بأسرار هذه التقنية واقدر على تشغيلها، فإنه يطرح تساؤل حول مدى الاستعانة بغير المسلم في إجراء هذه الخبرة، خاصة إذا تعلق الأمر بندرة خبراء مسلمين ملمين بالتحكم في هذه التقنية؟.

وبناء على أن البصمة الوراثية هي أحد فروع الطب، فإنه بالرجوع إلى الكتب الفقهية نجد أن من فقهاء المالكية من أجاز الاعتماد على خبرة الطبيب غير المسلم عند الضرورة، وقالوا إنه

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 06، ص 399.

2 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263، عمر محمد بن السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 63.

3 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 259، ابن همام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 07، ص 403، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 04، ص 427، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01، 1387هـ / 1958 م، ج 12، ص39.

4 سورة البقرة، الآية 282.

5 البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 03، ص 546.

6 سورة البقرة، الآية282.

7 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 259.

ليس على جهة الشهادة، وإنما هو علم يأخذه الحاكم ممن يبصره ويعرفه[1].

ومن الفقهاء من أسقط شرط الإسلام في الخبير في بعض الحالات فقد أجاز الحنفية قسمة الخبير غير المسلم، وحجتهم في ذلك أنه من أهل البيع فكان من أهل القسمة[2].

لذلك نجد من الفقهاء من أجاز الأخذ بخبرة البصمة الوراثية التي يجريها غير المسلم مع اشتراط التعدد والأمن من تهمة الهوى والتعصب ضد المسلمين في تحديد الجثث عند الحوادث ونحوها، وقال أنها قضية تحتاج إلى مزيد نظر[3].

والخلاصة من ذلك كله، أن الشريعة الإسلامية تزاوج بين الجانبين العلمي والديني في الشروط المتعلقة بالخبرة، أما إذا لم يتوفر شرط الكفاءة والدراية العلمية اللازمة إلا في غير الخبير المسلم، فإن الضرورة تقتضي الاستعانة به، فإذا وجد الخبير المسلم انتفت الضرورة.

ثالثا: العدالة

العدالة هي: "هيئة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى واجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة، والمراد بها أيضا الاعتدال والاستواء في الأحوال الدينية ذلك أن يكون ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم، متوقيا المآثم، بعيدا عن الريب، مأمونا في الرضا والغضب"[4].

وقالوا عنها أيضا: "هي استواء أحواله الدينية، واعتدال أقواله وأفعاله"[5]، ومعظم تعاريف الفقهاء لها متقاربة وتدور في نفس المعنى.

ويجب أن يكون الطبيب خبير البصمة الوراثية معروفا بالصلاح غير مشهور أو مجاهر بالكبائر، وأن لا يكون ذو هوى يحمل على قبول الإغراءات المادية، فحقيقة الخبرة أن تقوم على التسوية بين الخصمين وترك الميل لأحدهما، لذلك فإن خبرة الفاسق غير جائزة لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾[6]، أما إذا لم يوجد طبيب عادل فإنه يمكن الاستعانة

---

1 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق ، ج 01، ص 347.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 07، ص 18.

3 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 146.

4 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 259.

5 المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 12، ص 43.

6 سورة الحجرات، الآية06.

بالفاسق لما ذهب إليه ابن فرحون المالكي في إجازة خبرة الفاسق عند الضرورة "لأن إخباره ليس من جهة الشهادة وإنما هو علم يأخذه الحاكم ممن يبصره ويعرفه، مرضيا كان أو مسخوطا واحدا كان أو اثنين"[1]، ومن جهة أخرى فإن البصمة الوراثية تمثل تطورا في علم القيافة وقد ذهب بعض المالكية إلى عدم اشتراط العدالة في القائف[2].

ومما تقتضيه العدالة زوال التهمة بأن لا يجلب الخبير إلى نفسه نفعا أو يدفع عنه ضررا[3]، فلا ينبغي أن يقبل قول خبير البصمة الوراثية إذا كان ذلك يجر لنفسه نفعا أو يدفع به ضررا عنه ولا يقبل حكمه لمن كانت تربطه به قرابة كالوالدين والزوجة والأولاد أو كانت له معه عداوة.

رابعا: شرط التعدد واختلاف العلماء فيه.

المقصود بشرط التعدد هو تعدد خبراء البصمة الوراثية، بمعنى هل يجوز الاكتفاء بخبرة واحدة أم أنه يجب الاستعانة بخبرتين على الأقل؟

وبشأن هذا الإشكال تباينت أقوال العلماء على ثلاثة مذاهب وهي:

المذهب الأول: يميل بعض الفقهاء إلى اشتراط التعدد عند إجراء البصمة الوراثية فيجب أن يجرى تحليل البصمة الوراثية من قبل طبيبين فأكثر[4]، والأولى أن تعطى العينات المطلوب فحصها إلى جهتين مختصتين كل على انفراد، ودون علم أحدهما بالأخرى فإذا اتفقت النتيجتان وتطابقتا عمل بهما[5].

وهذا الرأي اعتمدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث جاء في توصياتها: "أن يجرى التحليل في مختبرين على الأقل معترف بهما، على أن تأخذ الاحتياطات اللازمة لعدم معرفة أحد

---

1 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 347.

2 المصدر نفسه ، ج 02، ص 114.

3 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 04، ص 433، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج10، ص59، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 12، ص 64.

4 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263، علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 64، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 146.

5 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263، علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 64.

المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر "[1].

ويقوم هذا الرأي على الحجج الآتية:

1- قياس البصمة الوراثية على الشهادة، ولا يحكم بأقل من شاهدين[2]، لقوله تعالى: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾[3]، فكذلك البصمة الوراثية لا يقبل فيها أقل من خبرتين.

2- قياس البصمة الوراثية على القيافة، حيث إن بعض الفقهاء اشترطوا في الحكم بالقيافة لمجهول النسب التعدد، بل لا بد من تعدد المختبرات لأن الأمر ذي بال وهو النسب[4].

3- إن اشتراط التعدد يحقق مصالح يقتضيها حال الناس في هذه الأزمنة، حيث شاع الإهمال والأهواء خاصة في إثبات النسب أو نفيه، أو تحديد الزاني في حالات اغتصاب النساء ونحو ذلك[5].

المذهب الثاني: ويذهب أصحابه إلى جواز الاعتماد على خبرة واحدة فقط[6]، مع أن الأمر يخضع لقواعد المهنة وأهل الاختصاص، لأنهم أعرف بالمفارقات والاختلافات وربما قرروا تكرار البصمة الوراثية مرات والعرف حاكم[7].

ويراد من ذلك أن قواعد المهنة هي التي تفرض نفسها في إجراء الخبرة، فقد يلجأ الطبيب إلى إعادة التحليل مرات عديدة وبطرق مختلفة، إلا أن ذلك لا يعني تكليف طبيب ثان لأداء نفس المهمة لأن نفس الطبيب هو الذي يعيد التحليل، بمعنى أن الخبرة خبرة واحدة.

ويستند هذا الرأي على الأدلة الآتية:

1- إن اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياسا على التعدد في الشهادة ليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة هي التوثق والتذكير عند النسيان كما قال الله تعالى: ﴿ أَن تَضِلَّ

---

1 الحلقة النقاشية حول مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة، المرجع السابق، www.islamset.com

2 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، المرجع السابق، ص 263.

3 سورة البقرة، الآية 282.

4 علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 64.

5 عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 146.

6 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 20، سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 262، مضاء مصطفى منجد، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1428هـ/2007م، ص86.

7 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 262.

إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [1]، والحكمة من التعدد منتفية من الآلة[2]، لعدم طروء هذه العوارض عليها.

واعترض على ذلك بأن الحكمة من التعدد في الشهادة جاءت في جانب النساء نظرا لنقصان العقل والدين، وجاءت في جانب الرجال في قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [3] وقوله أيضا: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [4]، أي شاهدين من أهل العدل منكم والحكمة من اشتراط الرجلين هي أيضا لتوثيق الثبوت ودفعا للظنون، أما اشتراط القائفين العدول إنما هو رأي بعض الفقهاء، فلماذا لا يقاس هذا القياس على البصمة الوراثية[5]

3- إن الفقهاء وإن اتفقوا على إثبات الواقعة بالخبرة، بالاعتماد علـى رأي المختصـين في التراع بطلب القاضي، أو المعاينة بالاعتماد على ما يشاهده القاضي بنفسه أو نائبه من محل التراع الذي يختصم فيه الخصمان.

ولأن البصمة الوراثية قطعية لأنها تثبت النسب أو تنفيه بنسبة 99% فأكثر، وهذا أوثق من القيافة لأن القائف يعرف الآثار معتمدا على الحدس والتخمين، فلا يشترط إلا ما اشترطه الفقهاء القائلون بجواز الاعتماد على القيافة، ومنها الاكتفاء برأي الخبير الواحد كالقائف الواحد[6].

المذهب الثالث: ومفاد هذا الرأي أن مسالة تعدد الخبراء عند إجراء البصمة الوراثية مسألة خلافية و الحكم فيها متروك للقاضي، فبالإمكانه الاعتماد على رأي خبير واحد إذا اطمأن لهـذه الخبرة، أما إذا رأى في ذلك ريبة أو أن للقضية أهمية بالغة جاز اللجوء إلى خبرة ثانية[7].

ويحتج أصحاب هذا الرأي بـــ:

1- أن بعض الفقهاء اشترطوا العدد في القيافة، بمعنى أنه لابد أن يتفق قائفان أو أكثر على

---

1 سورة البقرة، الآية 282.

2 سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 262.

3 سورة الطلاق، الآية 02.

4 سورة البقرة، الآية282.

5 خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 36.

6 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 20.

7عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 64، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 38.

إلحاق المدعى نسبه بأحد المتداعين[1]، بينما ذهب آخرون إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد[2]، وهو الراجح من حيث الدليل؛ والخلاف هنا ينسحب تبعا على البصمة الوراثية، لذا ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى اشتراط التعدد في خبراء البصمة الوراثية احتياطا للنسب -وهم أصحاب المذهب الأول- ، بينما ذهب آخرون إلى جواز الأخذ بقول خبير واحد -وهم أصحاب المذهب الثاني-.

لذلك فإن الأمر راجع إلى الحاكم الشرعي، فعليه أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحا كسائر المسائل الخلافية، ومحققا للمصلحة، لأنه قد يرى من قرائن الأحوال في قضية من القضايا من صدق وأمانة وكفاءة عالية وخبرة دقيقة متناهية في خبير البصمة الوراثية، ما يحمله على الاكتفاء بقوله بينما قد يظهر في قضية أخرى من الشكوك ما يدعوه إلى التثبت والاحتياط، فيحتاج إلى قول خبير آخر[3].

2- إن البصمة الوراثية في الأصل ليست شهادة، لأن الشهادة مشتقة من الرؤية والمشاهدة بالعيان، بخلاف تقرير البصمة الوراثية، فإن الخبير فيها لا يقوم إلا بإجراء بعض التحاليل البيولوجية ومزج بعض المواد الخاصة بالبصمة الوراثية فكيف تعتبر شهادة؟

كما أن تقرير البصمة الوراثية قائم على خبرة علمية، وجوانب عملية لا علاقة لها بالشهادة المرئية بالعيان، أما الشهادة فهي قائمة على أحاسيس ومشاهدة يستشفها الشاهد من الواقعة المطلوب فيها مشاهدته، ثم ينقلها بصورة صحيحة للقاضي فتدخل في نفسه الطمأنينة، بخلاف البصمة الوراثية فهي تقرير صامت لا يتكلم باسم الشهادة[4].

ومن خلال تمعني في أقوال الفقهاء بشأن مسألة تعدد خبراء البصمة الوراثية، يمكن القول إن هذا الخلاف هو امتداد للخلاف الذي تم تداوله في مسألة تعدد القائفين، ومدار الخلاف بين الفقهاء هنا هو هل أن القائف شاهد أم مخبر؟[5].

---

1 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 399، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص302.

2 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق ، ج 4، ص 239، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 399، ابن القيم، الطرق الحكيمة، المصدر السابق ، ص 232.، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 4، ص 489.

3 عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 64.

4 خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 38، 39.

5 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص231، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص302، القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج1، ص06.

لذلك فإن مسألة التعدد في البصمة الوراثية تقتضي أولا تكييفها هل هي شهادة أم خبرة؟ فإذا قلنا أن البصمة الوراثية خبرة جاز الاكتفاء برأي خبير واحد، وإذا قلنا أنها شهادة فإن ذلك يعني أنه لا يجوز الحكم بالبصمة الوراثية إلا بناء على قول طبيبين فأكثر.

ومن خلال ما تبين لي، فإن البصمة الوراثية هي خبرة اعتمادا على:

1- ذهب القرافي في تفريقه بين الشهادة والرواية (الخبرة) إلى أن "الشهادة والرواية خبران، غير أن المخبر عنه إذا كان أمرا عاما لا يختص بمعين في جميع الأعصار والأمصار فهو رواية، فيتعين قبول الواحد العدل، ومتى كان الحكم خاصا فيها فهو شهادة، فيشترط فيها التعدد لتوقع عداوة باطنية لم يطلع عليها الحاكم، فتبعث العدو على إلزام عدوه على ما لم يكن لازما له، فاحتاط الشارع لذلك واشترط معه آخر إبعادا لهذا الاحتمال، فإذا اتفقا في المقال قرب الصدق جدا بخلاف الواحد، ويناسب أيضا اشتراط الذكورية من وجهين، أحدهما أن المعين سلطان وغلبة وقهر واستيلاء تأباه النفوس الأبية وتمنعه الحية، وهو من النساء أشد نكاية لنقصانهن، فإن استيلاء الناقص أشد ضرر الاستيلاء، فخففت ذلك على النفوس بدفع الأنوثة، والثاني أن النساء ناقصات عقل ودين فناسب أن لا ينصبن نصبا عاما موارد الشبهات، لئلا يعم ضررهن بالنسيان والغلط، بخلاف الرواية لأن الأمور العامة تتآسى فيها النفوس وتبلى بعضها ببعض، فيخف الألم وتقع المشاركة غالبا في الرواية لعموم التكليف والحاجة "[1].

2- إن شهادة الشاهد عند الفقهاء تختص بفعل مشاهدة محسوس وقول مسموع، أما الخبرة فتعتمد على الاجتهاد، والخبير يشهد بما أدى إليه اجتهاده، فالقائف يشهد بما أدى إليه اجتهاده من لحوق نسب الصبي المدعى به لأحد المتخاصمين[2]

3- إن قول الخبير المعتمد على الاجتهاد، حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة وشهادة الشاهد تتعلق بفعل محسوس يراه الشاهد ويسمعه.

4- يشترط في الخبير أن يكون عالما وصاحب معرفة وتجربة فيما يخبر به، أما الشاهد فلا يشترط فيه ذلك[3].

---

1 القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج1، ص06-07.

2 الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 21، ص 426.

3 عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 01، 2005، ص 63.

5- إن عدد الشهود محدود لمن حضر الواقعة موضع الخلاف، ولا يمكن استبدال الشهود بغيرهم ممن لم يشاهد الواقعة، أما الخبير فيمكن استبداله بغيره[1]، كما هو الحال في مسألة البصمة الوراثية لذلك فإن القول بأن البصمة الوراثية هي نوع من الخبرة هو القول الأرجح و الأصوب، ومنه جاز الاكتفاء بخبير واحد.

كما يمكن الاستدلال على الاكتفاء بخبرة واحدة بناء على أن البصمة الوراثية هي من اختصاص الأطباء، وقد ذهب الإمام أحمد إلى أنه يمكن الاكتفاء بالطبيب والبيطار الواحد إذا لم يوجد سواه[2]، وهو رأي المالكية أيضا[3]، وإذا كان من الفقهاء من اشترط التعدد في القيافة[4]، فإن الراجح عندهم هو الاكتفاء بقائف واحد[5]، وقياس البصمة الوراثية يقتضي أن الراجح هو جواز الاكتفاء بخبرة واحدة.

أما عن مسألة ذهاب القاضي إلى خبرة ثانية إذا وجد في الأمر من الشكوك ما يدعو إلى التثبت والاحتياط، سواء كان ذلك بطلب من الخصوم بأن يطعنوا في قول الخبير أو بناء عن قرار من القاضي بما يتمتع من سلطة تقديرية، فإن ذلك عين الحكمة والصواب والأمر يختلف من قضية لأخرى فمتى اطمأن القاضي لرأي الخبير عمل به وإن راوده شك استعان بخبرة ثانية، ومنه فإنني أرى أن الرأي الثالث هو الأرجح والأقرب للصواب.

الفرع الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية في القانون الجزائري

شروط خبير البصمة الوراثية في القانون الجزائري هي نفسها الشروط التي وضعها القانون، المتعلقة بالخبرة عامة وقد جاءت على الخصوص في المرسوم التنفيذي رقم 95/ 310 المؤرخ في 15 جمادى الأول 1416 هـ، الموافق لـ 10 أكتوبر 1995، المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، خاصة ما ورد في المادتين الرابعة والخامسة منه.

وقد ارتأيت أن أتعرض لهذه الشروط وفق المنهج الذي اتبعته في دراسة شروط خبير البصمة

---

1 عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 63.

2 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 232.

3 ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 347، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص302.

4 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 399.

5 البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق ، ج 4، ص 239، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق ، ج 6، ص 399، ابن القيم، الطرق الحكيمة، المصدر السابق ، ص 232.، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق ، ج 4، ص 489.

الوراثية في الفقه الإسلامي، وهذه الشروط هي:

أولا: الخبرة والتجربة

إذا كانت وظيفة الخبير الأساسية تتحدد في مساعدة القاضي في استظهار أمور ليس في إمكانه إظهارها بنفسه، لارتباطها بعلم من العلوم أو بوسائل فنية يجهلها القاضي ولا يحيط بها خاصة أمام تقدم العلوم الإنسانية وتشعبها في هذا العصر، فإنه من البديهي أن يشترط القانون في الخبير الإلمام بالجانب العلمي الذي يريده القاضي في الدعوى.

فإذا كان الخبير شخصا طبيعيا فإنه يشترط فيه:

1- أن تكون له شهادة جامعية أو تأهيل مهني معين في الاختصاص الذي يطلب التسجيل فيه.

2- أن يكون قد مارس المهنة أو هذا النشاط في ظروف سمحت له أن يتحصل على تأهيل كاف لمدة لا تقل عن سبع سنوات.

3- أن تعتمده السلطة الوصية على اختصاصه، أو يسجل في قائمة تعدها هذه السلطة[1].

أما إذا كان الخبير شخصا معنويا فإن القانون يشترط فيه أن يكون قد مارس نشاطا لا تقل مدته عن خمس سنوات لاكتساب تأهيل في التخصص الذي يطلب التسجيل فيه[2].

ومن هنا يمكن القول أن شروط الخبرة والتجربة في القانون الجزائري تعتمد على الإلمام بالعلم المرتبط بالخبرة مع الممارسة الفعلية لهذه الخبرة لمدة زمنية معينة حتى تكون له تجربة في هذا الميدان.

ثانيا: العدالة

حيث اشترط المشرع الجزائري عدة شروط وإجراءات من أجل تحقيق عدالة الخبير، وتفادي أي تحيز يبديه لأي طرف من أطراف الدعوى، أو أية ضغوط قد تؤثر عليه في ممارسته لمهمته، وهذه الشروط والإجراءات تتعلق بسيرة الخبير في حد ذاته أو بعلاقته بالدعوى التي انتدب فيها.

وتتمثل الشروط المتعلقة بسيرة الخبير حسب ما جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 310/95 في:

---

1 وردت هذه الشروط في الفقرات الثانية والسابعة والثامنة من المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته كما يحدد حقوقهم وواجباتهم.

2 أنظر الفقرة الثانية للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310 المذكور سابقا.

1- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف.

2- أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية.

3- أن لا يكون ضابطا عموميا وقع خلعه أو عزله أو محاميا شطب اسمه من نقابة المحامين، أو موظفا عزل بمقتضى إجراء تأديبي بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف.

4- أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة، بمعنى أن لا يكون قد تعرض لعقوبة تأديبية تم بموجبها منعه من ممارسة الخبرة لارتكابه خطأ من الأخطاء المهنية الوارد ذكرها في المادة 20 من المرسوم التنفيذي 310/95[1].

أما إذا كان الخبير شخصا معنويا فإنه يشترط في المسيرين الاجتماعيين الشروط الثلاثة الأولى المتعلقة بالشخص الطبيعي[2].

وإذا تعلق الأمر بعلاقة الخبير بالدعوى، فقد أقر المشرع بعض الإجراءات والمبادئ لتفادي التحيز وهي:

1. تأدية الخبير لليمين: تحميلا للخبير بمسئولية أداء مهمته بالنزاهة والحيدة، أوجب المشرع على الخبير أداء اليمين قبل مباشرته لمأموريته إذا لم يكن من خبراء المسجلين، أما إذا كان من الخبراء المسجلين، فإنه يؤدي اليمين المنصوص عليها أول مرة عند تسجيله بالقائمة[3]، وهي إجراء جوهري يؤدي إغفاله إلى بطلان الخبرة.

واليمين بهذا الشكل هي ضمانة دينية تمنع الخبير من الانحياز أو الخروج عما أنيط به أو

---

1 المادة 20 من مرسوم التنفيذي رقم 95 / 310 "يعتبر أخطاء مهنية على الخصوص ما يأتي:

الانحياز إلى أحد الأطراف أو الظهور بمظهر من مظاهره.

المزايدات المعنوية أو المادية قصد تغيير نتائج الخبرة الموضوعية.

استعمال صفة الخبير القضائي في أغراض إشهار تجاري تعسفي.

عدم إبلاغ الجهة القضائية بانقضاء الآجال المحددة في الحكم قبل إنجاز الخبرة وإعداد التقرير.

رفض الخبير القيام بمهمتة أو تنفيذها في الآجال المحددة بعد إعذاره دون سبب شرعي

عدم حضور الخبير أمام الجهات القضائية لتقديم التوضيحات اللازمة بشأن التقرير الذي أعده إذا طلب منه ذلك"

2 المادة 05 من المرسوم النفيذي 310/95.

3 اليمين القانونية كما وردت في المادة 145 من قانون الإجراءات الجزائية هي: "أقسم بالله العظيم أن أقوم بأداء مهمتي كخبير على خير وجه، وبكل إخلاص، وأن أبدي رأيي بكل نزاهة واستقلال"

التقصير دون مبرر، كما أن هذه اليمين هي الرقيب الداخلي على الخبير فتحرك فيه الوازع الديني وخوف الله سبحانه وتعالى.

2. جواز رد الخبير: جاء في المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية: "على الخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أن يقدم طلب الرد خلال ثمانية أيام تسري من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويكون الطلب موقعا منه أو من وكيله، ويتضمن أسباب الرد، ويفصل في طلب الرد دون تأخير ولا يقبل الرد إلا إذا كان مبنيا على سبب قرابة أو على أي سبب جدي".

ويفهم من هذه المادة أن سبب طلب الرد منشأه خوف أحد الخصوم من انحياز الخبير وميله لأحد الأطراف، والملاحظ في هذا الجانب أن المشرع لم يحدد الحالات التي يجوز فيها رد الخبير على سبيل الحصر، حيث ذكر سبب القرابة أو أي سبب جدي والسبب الجدي هو لفظ عام متروك تقديره لسلطة القاضي، بحيث يمكن أن يشمل الحالات التي يجوز من أجلها رد القاضي والتي ذكرها المشرع في المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية[1]، ويشترط في رد الخبير ما يأتي:

- أن يكون طالب الرد خصما في النزاع.
- أن يكون طلب الرد على أسباب مقبولة كسبب القرابة أو أي سبب جدي.
- أن يكون طلب الرد موقعا من الطالب أو وكيله القانوني أو محاميه.
- أن يقدم طلب الرد خلال الثمانية أيام ابتداء من تبليغه بتعيين الخبير.
- أن يكون الخبير المطلوب رده قد عينته المحكمة من تلقاء نفسها فإذا عين باتفاق الخصوم فلا يجوز رده.

---

1 وتتمثل هذه الحالات في:

إذا كان له أو لزوجته مصلحة في النزاع

إذا وجدت قرابة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة

إذا كان له أو لزوجه أو أصولها أو فروعها خصومة قائمة مع أحد الخصوم

إذا كان القاضي مدينا لأحد الخصوم

إذا سبق له أن أفتى أو أدى شهادة في النزاع أو سبق له نظره في أول درجة

إذا سبق له وأن كان ممثلا لأحد الخصوم في الدعوى

إذا كان أحد الخصوم في خدمته

إذا كان بين القاضي وأحد الخصوم عداوة شديدة

أما في حالة ما إذا كان الخبير شخصا معنويا كما هو الحال بالنسبة لتحليل البصمة الوراثية ذلك أن الخبرة تجرى في مخبر الشرطة العلمية فإن طلب الرد ينصب على الأشخاص الذين يتولون تنفيذ الخبرة باسم الشخص المعنوي[1].

والهدف من رد الخبير في هذه الحالات، هو تفادي حالات التهمة التي قد يقع فيها الخبير، كأن تكون له قرابة أو عداوة مع أحد الخصوم، أو تكون له مصلحة قد يجنيها من النزاع.

2. طلب الخبير إعفاءه من المهمة: وهي حالات مذكورة على وجه الحصر، يستطيع من خلالها الخبير المسجل في قائمة الخبراء القضائيين أن يطلب إعفاءه من المهمة، حسب ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 310/95 والتي جاء فيها: "يتعين على الخبير القضائي أن يقدم طلبا مسببا إذا أراد إعفاءه من المأمورية في الحالتين الآتيتين مع مراعاة الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا.

- حين لا يستطيع أداء مهمته في ظروف تقيد حرية عمله أو تضر بصفته خبيرا قضائيا.
- إذا سبق له أن اطلع على القضية في نطاق آخر".

وبهذا يستطيع الخبير أن يتفادى الضغوط والظروف التي قد يصطدم بها، وتعرقل أداء مهمته على أكمل وجه؛ إلا أن طلب الإعفاء من المهمة يخضع لسلطة القاضي فمتى تبين أن الأسباب التي اعتمدها الخبير واهية فإنه بإمكانه رفض طلبه.

غير أن إمعان النظر فيما ذهب إليه القانون الجزائري، بشأن الشروط التي وضعها بغرض تحقيق عدالة الخبير، يفرز أن هناك بعض الأفعال تخرج من دائرة التجريم في القانون، مع أنها مؤثرة في تحقيق عدالة الخبير، كحالة شرب الخمر وبعض حالات الزنا، والتي اعتبرها الشريعة الإسلامية من جرائم الحدود، ناقضة لشرط العدالة.

ثالثا: تعدد الخبراء

جاء في المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم: "عندما يأمر القاضي بإجراء الخبرة يعين خبيرا أو عدة خبراء ويوضح لهم مهمتهم".

ويبدو من خلال هذه المادة أن القانون لم يقيد القاضي بعدد معين من الخبراء، وهذا ما يؤدي بنا إلى استنباط مبدأ هام تم اعتماده من قبل المشرع الجزائري وهو جواز الاكتفاء بخبير واحد

1 بوفاتح أحمد، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 12.

مع إمكانية تعدد الخبراء.

وإذا كان رأي الخبير يعد دليلا من أدلة الإثبات، فإنه لا يحظى بصفة الدليل الحاسم في الدعوى بحيث يجوز التعقيب عليه، ويكون محلا للمناقشة بين القاضي والخصوم[1]، ووفقا لهذا الحق فإنه بإمكان المحكمة استدعاء الخبير ومناقشته، وهذا ما نصت عليه المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية[2]، حيث إن لكل خصم أن يدلل على صحة مزاعمه وأن يقدم من الأدلة ما القاضي يستبعد تقرير الخبير، ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يستبعد تقرير الخبير نهائيا أو أن يعيد له المأمورية ثانية لتفادي العيوب التي يكون قد وقع فيها، أو استبداله بخبير آخر.

أما إذا اعتمد القاضي على خبرتين وورد تناقض بين الخبرتين فإنه يجوز للقاضي أن يرجح أحدهما على الأخرى[3]، أو إحالة الخبرة إلى خبير ثالث وهذا ما قضت به المحكمة العليا في هذا الشأن بقولها: "إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين، وجب الاستعانة بخبرة أخرى، وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل والإنصاف"[4].

وخلاصة ما تعلق بمسألة تعدد الخبراء في القانون الجزائري أنه يتوافق بشكل تام مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث في الفقه الإسلامي والذي سبق وأن تناولته، والذي ينبني على أن تعدد الخبراء مسألة خلافية لذلك فإن الأمر متروك لسلطة القاضي وتقديره حيث له أن يكتفي برأي خبير واحد فإن لم يأنس بهذه الخبرة واتضح فيها بعض القصور أعادها من جديد، سواء من قبل الخبير نفسه أو بتكليف خبير آخر، وله أن يأمر بتعدد الخبراء حسب أهمية القضية وحسب ما يراه مناسبا.

إلا أن الإشكال الذي يطرح عندنا في الجزائر هو وجود مخبر واحد خاص بالبصمة الوراثية

---

1 رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، لبنان، ب ط، 1993 م، ص 461.

2 المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية: "إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنا عليها الخبير تقريره غير وافية له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة وله على الأخص أن يأمر باستكمال التحقيق أو أن يستدعي الخبير أمامه ليحصل على الإيضاحات والمعلومات الضرورية، والقاضي غير ملزم برأي الخبير"

3 جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر أن تفضيل خبرة على خبرة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، التي خولها لهم القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، كونه يستغني عن الخبرة الأولى المجراة أمام المحكمة في غير محله، وينبغي رده، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" (قرار رقم 33801 بتاريخ 03 / 11 / 1985 المجلة القضائية لسنة 89 العدد 04، ص 22).

4 قرار رقم 159373 بتاريخ 18 / 11 / 1998، المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 02، ص 55.

وهو موجود على مستوى مخبر الشرطة العلمية بالجزائر العاصمة والذي تم إنشاؤه مؤخرا[1] بمعنى أن مسألة التعدد في الخبرة أو استبدال الخبير بخبير آخر يصعب تطبيقها في الوقت الحالي وهو ما ينعكس سلبا فيما يخص التأكد والتثبت الذي يسعى القاضي للوصول إليه.

كما أن وجود مخبر واحد على مستوى الوطن مدعاة للقلق وعدم الارتياح، فقد يؤدي كثرة القضايا التي تحتاج إلى تحليل البصمة الوراثية إلى تزاحمها لدى المخبر وربما اختلاط العينات ببعضها، وهذا ما نخشاه لذلك فإن وجود مخبر ثان أمر ضروري.

رابعا: شرط الجنسية

اشترط القانون إلى جانب الشروط التي ذكرها سابقا شرط الجنسية الجزائرية لكل خبير معتمد على رأيه في المحاكمة، ولا يمكن أن يكون أجنبيا إلا في حالة ما إذا كانت هناك اتفاقية بين الدولتين في هذا المجال[2].

وشرط الجنسية شرط يقتضيه مفهوم الدولة الحديثة ومفهوم المواطنة في الوقت الحالي، وبناء على هذا الشرط فإنه بالإمكان قبول خبرة خبراء غير مسلمين نظرا لتمتعهم بالجنسية الجزائرية أو لوجود اتفاقية بين الجزائر ودولة هذا الخبير، وهو ما يعني جواز قبول خبرة غير المسلم في القانون الجزائري بما يوافق ما ذهب إليه فقهاء المالكية.

وبالإضافة إلى شرط الجنسية فإنه في حالة ما إذا كان الخبير شخصا معنويا يشترط فيه أن يكون له مقر رئيسي أو مؤسسة تقنية تتماشى مع تخصص في دائرة اختصاص المجلس القضائي[3].

---

1 تم إنشاء هذا المخبر بتاريخ 2004/07/20 (استقيت هذه المعلومة من كلام وزير العدل بمناسبة سؤال كتابي طرحه عليه أحد أعضاء مجلس الأمة، أنظر: الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، الفترة التشريعية الثانية، السنة الأولى، عدد08، 20 جمادى الثانية1425هـ/08 أوت 2004م ، ص 27).

2 الفقرة 01 من المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310.

3 الفقرة 03 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310.

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات

إن استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب يقتضي أن تكون خاضعة للقواعد والمبادئ العامة للإثبات، ولا تتعارض مع الحقوق التي يتمتع بها الأفراد، فكما هو معلوم أن للإثبات مبادئ وقواعد تتحكم في تقديم الأدلة واعتمادها وتحديد قيمتها، وتخضع لقواعد النظام العام.

فتطبيق البصمة الوراثية في الإثبات يجب أن ينسجم وفق هذه القواعد والمبادئ، بمعنى أن يكون دليل البصمة الوراثية مقدما حسب الكيفيات التي حددها القانون.

إلا أن تطبيق البصمة الوراثية في الإثبات قد يفرز تعارضا مع بعض هذه المبادئ، مما يوهن من استخدامها أو يقلل من أهميتها، بل قد يؤدي إلى عدم إجرائها، والتي يمكن القول عنها بأنها عبارة عن صعوبات تعترضها في الإثبات.

ومن ذلك نجد أن مطالبة الأطراف بالخضوع إلى تحاليل البصمة الوراثية يتعارض مع مبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده، كما أن المادة الحية التي يجرى عليها تحليل البصمة الوراثية تتمثل في الخلايا والأنسجة المأخوذة من جسم الإنسان بما يعني المساس بحرمة الجسد البشري.

لذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد البشري.

المطلب الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

مبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده هو أحد المبادئ التي استقر عليها القانون الوضعي، والذي يمكن أن يتعارض مع الإثبات بالبصمة الوراثية، وأتناول تحت هذا المطلب ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: معنى عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

الفرع الثاني: ازدهار المبدأ وأثره على الإثبات بالبصمة الوراثية

الفرع الثالث: تراجع المبدأ وأثره على الإثبات بالبصمة الوراثية.

الفرع الأول: معنى عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده

الأصل في قواعد الإثبات المدني أن الدعوى ملك للخصوم، وعلى كل خصم يدعي خلاف الظاهر أن يثبت ما يدعيه، باستخدام قواعد وإجراءات الإثبات المنصوص عليها قانونا.

وإذا كان الإثبات حقا للخصم وله أن يقدم ما لديه من أدلة يجيزها القانون تدعيما لحقه أو ما يدعيه، ويقع على عاتقه التزام بتقديم الدليل على صحة ادعائه، أذا أراد ربح الدعوى، فإنه لا يجوز له أن يلزم خصمه بتقديم دليل ضد نفسه[1].

وعلى هذا الأساس فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، ولا يجبر على أن يقدم في الدعوى ما لا يرى له مصلحة في تقديمه[2]، ولا يتعارض هذا المبدأ مع ما هو مقرر أن للمحكمة أن تستند في حكمها على ما قدمه الخصم من مستندات وأدلة، ولو على غير الوجه الذي أراده مقدمه، بناء على ما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية في تقدير ما يعرض عليها من أدلة، وفي استخلاص ما تدل عليه، كما لا يتعارض أيضا مع اعتماد الخصم على الدليل الذي قدمه خصمه واستخلاص ما يفيده في ذلك، على اعتبار أن تقديم الخصم لمستند في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه، فيصح الاحتجاج به[3].

ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده هو مبدأ تم اعتماده في الإثبات في مقابل المبدأ القائل بأنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، وإنما يجب أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم محتجا به على خصمه صادرا من هذا الأخير، إذ لا يلتزم الشخص إلا بما صدر عنه، وعلة تقرير هذا المبدأ هو أنه لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلا لنفسه ضد أي شخص آخر، لما أمن إنسان على نفسه أو ماله ولتعرض الشخص لادعاءات لا حصر لها، يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده[4].

وبناء على ما سبق فإنه لو طبقنا مبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده، فإننا نكون في

---

1 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، المرجع السابق، ص 147

2 نبيل إبراهيم سعد، همام محمد زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 79.

3 المرجع نفسه، ص 79.

4 نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 24.

ومبدأ عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه يجد أساسه في الشريعة الإسلامية بما رواه ابن عباس قوله صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج3، ص1336.

وفي معنى هذا الحديث قال النووي" في هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك "(النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المصدر السابق، ج6، ص244).

حرج بشأن تطبيق البصمة الوراثية في الإثبات، فمثلا لو كان هناك نزاع بين الرجل وزوجته بشأن ولد لهما، فأنكر الرجل الولد وقال ليس ابني، وقالت الزوجة بل هو ابنك، وأراد الزوج اللعان بينما تمسكت الزوجة بأقوالها وقالت ألجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات ذلك، فإن استخلاص كمية من دم الزوج أو أي نسيج من جسده أو لعاب أو قطعة من شعره، يعد من قبيل إجبار الخصم بتقديم دليل ضده إذا امتنع الزوج عن الخضوع للتحاليل، لذلك فإن أول ما يعرقل البصمة الوراثية في الإثبات هو إمكان أن تكون من قبيل إجبار الخصم على تقديم دليل ضده.

الفرع الثاني: ازدهار المبدأ وأثره على الإثبات بالبصمة الوراثية

مبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده هو مبدأ معترف به في الأنظمة القانونية إلا أنه عرف ازدهار كبيرا في ظل المذهب الفردي الذي كان سائدا بعد الثورة الفرنسية، حيث يقوم الإثبات على دعامتين أساسيتين وهما:

أولا: عبء الإثبات على المدعي

يعرف الإثبات بأنه " هو تقديم الدليل على واقعة يدعيها شخص من شأنها أن تحدث أثرا قانونيا لمصلحته في مواجهة شخص آخر[1]"، والأصل فيه أن الدعوى ملك للخصوم حيث يسعى كل خصم إلى إثبات ما يدعيه بتقديم الأدلة المؤيدة لدعواه، في حين يسعى الطرف الآخر إلى إبطال هذا الادعاء بتقديم الأدلة المبطلة له ومناقشة الأدلة التي يقدمها، فيمكن تصور الإثبات بأنه معركة بين الخصمين تقوم على مبدأ المجابهة بالدليل، لا ينتظر أي شخص المساعدة من خصمه، وهذا ما يجعل الإثبات حق للخصم وآية ذلك أنه إذا كان الإثبات عبأ على المدعي فهو في نفس الوقت حق له، لا يستطيع القاضي أن يحرمه منه أو يحجبه عنه، وإلا كان حكمه مشوبا بعيب يستوجب نقضه[2]، وتقوم الخصومة بين طرفين أحدهما يسمى المدعي والثاني يسمى المدعى عليه، والتفرقة بين المدعي والمدعى عليه لها أهمية كبيرة سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، فعلى أساسها يحدد الذي يطالب بالبينة والذي لا يطالب بها.

---

1 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، المرجع السابق، ص 143.

2 نبيل إبراهيم سعدن الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 22.

ففي الشريعة الإسلامية يقوم تحديد المدعي من المدعى عليه بناء على قول النبي عليه الصلاة والسلام: " **البينة على المدعي واليمين على من أنكر**"[1]، وفي تحديد المدعي الذي يكلف بالبينة والمدعى عليه الذي يحلف أختلف العلماء والمشهور فيه تعريفان، الأول "هو المدعي من كان قوله على خلاف الظاهر والمدعى عليه من كان قوله موافقا له "[2]، والثاني هو "المدعي من يستدعي على الغير بقوله وإذا ترك الخصومة تُرك والمدعى عليه من يستدعى عليه بقول الغير وإذا ترك الخصومة لا يترك "[3].

وفي القانون فإن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت، سواء كان مدع أو مدعى عليه إذ يسيطر على قواعد الإثبات مبدأ عام هو احترام الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، فالأصل هو براءة الذمة، وانشغالها أمر عارض، ويقع الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلا مدعيا كان أو مدعى عليه[4]، لهذا فعلى من يدعي عكسه أن يقيم الدليل عليه، أما الطرف الآخر وهو من يشهد له الأصل الثابت فلا يكلف بشيء لإثباته، وإنما يكفيه مجرد إنكار الادعاء أو اتخاذ موقف سلبي تجاهه[5].

ولا يهمنا في هذا المجال مناقشة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه، بل أن ما يهمنا هو أن للخصومة طرفان أحدهما يطالب بالبينة، والثاني لا يطالب بها وليس مجبرا على تقديم أية مساعدة تذكر للطرف الآخر خاصة وفق المذهب الفردي حيث وصل الأمر إلى حد إلغاء أي مساعدة منه كما لو تعلق الأمر بمستند تحت يده أو توجيه يمين له.

---

1 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، 10، ص252، الدارقطني في سننه، كتاب الأقضية والأحكام، دار عالم الكتب، بيروت، ط4، 1406هـ/1986م، ج4، ص218، الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، دار الفكر، ط2، 1403هـ/1983م، ج2، ص399.

قال ابن حجر " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " زيادة ليست في الصحيحين وإسنادها حسن(ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المصدر السابق، ج5، ص334) .

2 القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج4، ص75 ، ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق،ج1، ص140، الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج8، ص339.

3 السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج17، ص31، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص291، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج7، ص326، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج10، ص240.

4 رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق، ص94.

5 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، المرجع السابق، ص 159.

الفرع الثالث: تراجع المبدأ واثره على الإثبات بالبصمة الوراثية.

نظرا للمساوئ الكثيرة التي يقوم عليها نظام الإثبات وفقا النزعة الفردية، فقد تبنت التشريعات الوضعية تيارا جديدا يسعى لمعالجة الانتقادات التي الموجهة للنظام الأول حيث يقوم على مبدأ مشاركة الخصم في إقامة الدليل، كما أن دور القاضي أصبح إيجابيا وهو ما يفتح المجال لجواز الإثبات بالخبرة التي من بينها البصمة الوراثية، ويقوم هذا النظام على:

أولا: مشاركة الخصم في إقامة الدليل .

إذا كان من مبادئ الإثبات عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضده، إلا أن هذا المبدأ قد يصطدم بمبدأ آخر مفاده وجود التزام أخلاقي على عاتق كل خصم بأن يسعى دائما إلى قول الصدق، وإثبات الحقيقة، وعدم جواز أن يتستر على الحقيقة فيخفيها[1].

لذلك فإن هناك من يرى بأن امتناع الخصم دون حق من أن يستجيب إلى طلبات خصمه بتقديم مستندات في حوزته، أو أن يجعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلا كأن يمتنع مثلا عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه، جاز أن يخسر دعواه، أي أن امتناع الخصم عن تسليم دليل للإثبات موجود تحت يده بطريق الغش يعتبر ذلك تسليما بصحة ما يدعيه خصمه[2].

وبناء على ما تقدم فإنه ينبغي التمييز بين عبء الإثبات وعبء إقامة الدليل، فعبء الإثبات يتحمله طرف واحد فقط وهو المدعي بخلاف الظاهر، أما بخصوص عبء إقامة الدليل فالمقصود به العبء الإيجابي للإثبات بمعنى عبء إقامة الأدلة التي تساعد في كشف الحقيقة، وهذا العبء يتحمله الطرفان معا[3].

وانطلاقا من مبدأ تعاون الخصم في إقامة الدليل أدخلت بعض التشريعات بعض الاستثناءات على مبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده، ومن جملة ما نص عليه القانون طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم محرر منتج في الدعوى إذا كان تحت يده إلا أن ذلك مقيد بحالات خاصة وهي:

---

1 رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص100.

2 المرجع نفسه، ص 100.

3 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 300.

- إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم المحرر أو تسليمه كما لو تعلق الأمر بالدفاتر التجارية[1].

- إذا كان المحرر مشتركا بين الخصوم[2].

كما أنه يجوز للخصم الذي يعجز عن الإثبات طلب توجيه اليمين الحاسمة لخصمه[3]، واليمين الحاسمة وسيلة يلجأ إلها الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يلزم من خلالها خصمه بقول الحقيقة، لذلك فهي تمثل مظهرا من مظاهر تعاون الخصوم في كشف الحقيقة.

وبناء على ذلك يمكن تكييف إثبات النسب بالبصمة الوراثية على أنه مظهر من مظاهر تعاون الخصوم في إقامة الدليل واعتباره كما لو تعلق الأمر بوجود محرر تحت يد أحد الخصوم، أو ما تعلق بتوجيه اليمين الحاسمة.

إلا أن هذا القياس سرعان ما يصطدم بحالات استثنائية سنها المشرع، ترد على مبدأ عدم إجبار الخصم بتقديم دليل ضده، خاصة إذا علمنا أن الإثبات يقع بالطرق والأشكال التي حددها القانون فلا يجوز للخصم أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه قانونا.

والجدير بالذكر في هذا المجال أننا نجد من التشريعات من تبنى موقفا أكثر جرأة من غيره ومن ذلك إلزام الأفراد بالتعاون على كشف الحقيقة حيث إنه يجب على كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة، ومن يتهرب دون مبرر مشروع من هذا الالتزام يجوز إجباره عن طريق الغرامة التهديدية[4]، بمعنى أنه يمكن للمشرع الجزائري أن يأخذ بهذا الاتجاه.

---

1 جاء في المادة 16 من الأمر75/ 59 المؤرخ في 20 رمضان1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر1975م، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم: "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام النزاع، وذلك لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع"

ونصت المادة 18 منه "إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقديم هذه الأخيرة جاز للقاضي توجيه اليمين للطرف الآخر"

2 وهي حالة نصت عليها بعض التشريعات من بينها قانون الإثبات المصري في مادته28 ، مع أنه للقاضي رفض إصدار أمر بعرض هذه الأوراق إذا كان لمن أحرزها مصلحة مشروعة في الإمتناع عن عرضها، أما عندنا في الجزائر فلم أجد نصا صريحا يقضي بذلك (أنظر: رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص105).

3 المادة 343 من الأمر رقم58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم "يجوز لكل خصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك "

4 هذا الموقف تبناه المشرع الفرنسي حسب ما جاء في المادة10 من القانون المدني (محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 301) .

ثانيا: الحياد الإيجابي للقاضي

مع التطور الذي حدث في القانون الوضعي، وتفاديا لمساوئ نظام الإثبات السابق ذكـــره، خاصة ما تعلق بالدور السلبي للقاضي، اتجهت التشريعات الحديثة إلى اعتناق فكرة قوامها اعتماد الحياد الإيجابي للقاضي حيث اعترف للقاضي بدور إيجابي في تسيير الدعوى.

وهذا التغير كان نتيجة وعي لأهمية الدور الذي يلعبه القاضي في الدعوى، سواء تعلق الأمر بجمع الأدلة أو تقييمها، ومن أجل ذلك أقر القانون مد يد العون للخصم الذي يلجأ إلى القاضـــي للدفاع عن حقوقه، بإطلاق سلطة القاضي وإعطائه صلاحيات تتعلق بحقه في تســـيير الـــدعوى واستكمال جمع الأدلة وتقديرها، ومن جملة السلطات الممنوحة للقاضـــي في اســـتكمال الأدلـــة وجمعها، سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة لأحد الخصوم[1]، وله أيضا أن يأمر بحضور أحـــد الأطراف شخصيا، أو بإجراء تحقيق أو الانتقال للمعاينة أو الخبرة، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والتي جاء فيها: "يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو طلب أحدهم أو من تلقاء نفسه، أن يأمر قبل الفصل في الموضوع وبموجب أمر شفوي بحضور أحد الأطراف شخصيا، أو بإجراء تحقيق أو بتقديم وثيقة، وبموجب أمر كتابي بإجراء الخـــبرة أو التحقيق في الكتابة أو بإجراء آخر من إجراءات التحقيق، وله أن يأمر شفاهيا بالانتقال للمعاينة ما لم ير ضرورة إصدار أمر كتابي ".

وإذا لاحظنا سلطات القاضي في الدعوى نجد أن القانون خول له سلطة الاستعانة بـــالخبرة الفنية كما لو تعلق الأمر بمسألة النسب وكانت ظروف الدعوى تستدعي اللجوء إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية جاز له ذلك، إلا أنه وما دام هذا الإجراء قد يكون الهدف منه استخراج دليل من أحد الخصوم، والذي يرفض الخضوع لهذا الفحص ويرى في ذلك أنه إجبار له على تقديم دليـــل ضده.

وبناء على ما سبق فإنه بإمكان المشرع أن يتدخل، ويمنح للقاضي سلطة إرغام الخصم على الخضوع للخبرة،في حال امتناعه عن الاستجابة لذلك، عن طريق اللجوء إلى أســـلوب الغرامـــة التهديدية، بناء على واجب الخصوم في المشاركة في إقامة الدليل، كما أن للقاضي سلطة تقديريـــة

---

1 المادة 347 من الأمر رقم58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم"للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أوفي ما يحكم به

يشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل "

في تقييم الدليل المقدم له، حيث لا يجوز المجادلة في تقدير المحكمة لشهادة شاهد اطمأنت إليه، أو حول تقديرها في الأخذ بتقرير خبير، أخذت برأيه أو استبعدته، ومن جهة أخرى فإن للمحكمة سلطة كبيرة في الموازنة بين الأدلة المقدمة في الدعوى، فيأخذ القاضي بما يطمئن له وجدانه، ويطرح ما لا يطمئن إليه[1] فبإمكانه أن يقييم امتناع الخصم على أنه قرينة ضده.

لذلك فإن الحلول التي في يد القاضي بخصوص هذه المسألة هي إما الضغط على الخصم للخضوع للبصمة الوراثية باستخدام الغرامة التهديدية، أو تقييم امتناعه في عدم الخصوم إلى البصمة واعتباره دليلا من الأدلة التي تم جمعها، حيث يوازن بين الأدلة كلها ويصدر حكمه حسب ما اطمأن له في ذلك، إلا أنه ينبغي مناقشة هذين الحلين مع الصعوبات الأخرى التي تعترض البصمة الوراثية كمبدأ حرمة الجسد و الذي سأتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد

يعد مبدأ حرمة الجسد البشري أحد المبادئ الهامة التي عنيت بها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ونصت على حمايتها لذلك نجد عادة ما يتم النص عليه في دساتير الدول، ويتم كفالة هذا الحق وبيان حدوده وتحديد معالمه ونطاقه عند كل اعتداء في القوانين الجنائية.

ولأن تحليل البصمة الوراثية يعتمد أساسا في مادته الأولية على الخلايا والأنسجة الجسمية التي يتم الحصول عليها من أطراف الدعوى، فإن ذلك يعني أن هناك تصادما بين الإثبات بالبصمة الوراثية، وحق الفرد بالتمسك بحرمة جسده.

وتناولي لهذا الجانب يفرض تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع

الفرع الأول: مدلول مبدأ حرمة الجسد وموقف القانون الجزائري منه.

الفرع الثاني: تعارض مبدأ حرمة الجسد والإثبات بالبصمة الوراثية.

الفرع الثالث: التوفيق بين الإثبات بالبصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد.

الفرع الأول: مدلول مبدأ حرمة الجسد وموقف القانون الجزائري منه

وأتطرق في هذا الفرع إلى بيان مدلول مبدأ حرمة الجسد وموقف المؤتمرات الدولية والقانون الجزائري منه

أولا: مدلول حرمة الجسد عند الفقهاء والقانونيين

1 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، المرجع السابق، ص 154.

يقصد بجسم الإنسان ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة وهو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مكونة لهذه الأنسجة[1]، وتتقرر حرمة الجسد بحمايته من كل اعتداء يمس بالجانب المادي لتكوينه الذي تمثله الأعضاء والخلايا المكونة له، وتقوم هذه الحماية على ثلاثة عناصر هي:

1- الحق في أن تظل أنسجة الجسم تؤدي وظائفها على نحو طبيعي ، وكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الوظائف يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم.

2- الحق في الاحتفاظ بكامل أعضاء الجسم البشري كاملة غير منقوصة، فكل ما يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء بالبتر أو استئصال جزء منها، أو إحداث تغيير ينال من تماسك الخلايا والأنسجة أو يضعف منها، يعد مساسا بسلامة الجسم وتكامله يمنعه القانون، ولا يخرج من دائرة التحريم إلا بسبب من أسباب الإباحة، أو بترخيص قانوني.

3- الحق في التحرر من الآلام البدنية، فأي فعل من ضرب أو جرح أو أذى يعد مساسا بالحق في سلامة الجسد[2].

ولقد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان وخصته بمنزلة عظيمة، إذ جعله الله خليفة في الأرض قال تعالى: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٣٠﴾ ﴾[3]، ومن مظاهر هذا التكريم أن فضله الله على سائر خلقه، قال الحق جل وعلا :﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾ ﴾[4]، ويتجلى هذا التكريم في حسن الخلقة، وسجود الملائكة له، وشرف عمارة الأرض، ونعمة العقل التي ميزه بها عن غيره.

ويترتب عن هذا التكريم آثار أهمها حرمة جسم الإنسان، وعدم تعريضه للخطر، ومن أجل ذلك أسقطت العبادات إذا كان فيها ضررا بجسم الإنسان وشرع القصاص عند الاعتداء، قال

---

1 نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، المرجع السابق، ص 24.

2 عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 97.

3 سورة البقرة، الآية30.

4 سورة الإسراء، الآية70.

تعالى:﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾[1] ، وقد جعل الله تعالى أول ما يقضي به بين العباد يوم القيامة الدماء

ومبدأ حرمة الجسد في القوانين الوضعية مبدأ دستوري يتم النص عليه في دساتير الدول، وتضعه القوانين الجنائية حيز التطبيق ببيان العقوبات التي تطبق عند الإخلال به، وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية تطور مفهوم حرمة الجسد، وتزايد الاهتمام به فعقدت الكثير من المؤتمرات والاتفاقيات الدولية التي تناولت هذا الحق، ويجسد ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948، حيث جاء في المادة 03 منه التأكيد على حق كل فرد في الحياة والحرية والسلامة الجسدية.

أما الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية فقد جاء في مادتها السابعة: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر".

وعلى ضوء ما أسفرت عنه الانجازات العلمية المحققة في مجال العلوم الطبية والبيولوجية، حيث أدت إلى ظهور اعتبارين متناقضين فهناك مصلحة عامة تفرض تقدم العلوم الطبية والبيولوجية وإتاحة الفرصة للأطباء للعمل على الابتكار والقيام بالتجارب اللازمة، وهناك من جهة أخرى مصلحة الأفراد الذين سيخضعون لتجارب مازالت محل خلاف عند أهل الطب، ومن أجل ذلك فإنه ولمراعاة هذا التوازن بذلت جهود في هذا الإطار، ومنها إعلان هلسنكي سنة 1964، والذي جاء بمجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية تتعلق بتوفر الكفاءة العلمية والخبرة الطبية اللازمة، وضرورة أن تقوم التجربة على أسس علمية راسخة، وأن تكون هناك موازنة بين المخاطر والأهداف المرجوة من التجربة مع استحصال الرضا من الشخص المعني[2].

ثانيا: موقف القانون الجزائري من مبدأ حرمة الجسد

اهتم القانون الجزائري بالسلامة الجسدية للفرد وجعلها مبدأ دستوريا مواكبا بذلك ما قررته دساتير الدول وما جاءت به الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن، حيث جاء في المادة 32 من دستور 1996 "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونه".

---

1 سورة البقرة، الآية179.

2 نصر الدين مروك، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، الدوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2004، ص 64.

وجاء في المادة 34 منه "تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

أما المادة 35 فقد جاء فيها: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

وبشأن التطور الحاصل في العلوم الطبية والبيولوجية، خاصة تلك التي تمس بالسلامة الجسدية، فقد اشترط المشرع الجزائري ضرورة الحصول على رضا الشخص المعني بالفحص الطبي عند انتزاع الأنسجة أو الأعضاء، واشترط أن يكون الانتزاع لأغراض علاجية، حيث جاء في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها[1]: "لا يجوز انتزاع أعضاء إنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في القانون ".

واشترط القانون أن لا تتعرض حياة المتبرع لخطر عند أي انتزاع للأنسجة والأعضاء منه، بالإضافة إلى الموافقة الكتابية للمعني، والتي تحرر بحضور شاهدين اثنين، كما أنه على الطبيب أن يعلم الشخص المعني بالأخطار المحتملة التي قد يتسبب فيها الانتزاع[2]، وهكذا فإن أي انتزاع لعضو من أعضاء الجسم أو نسيج من الأنسجة، يجب أن يكون مشروطا برضا الشخص المعني وأن يكون ذلك لأغراض علاجية.

وإذا تعلق الأمر بخبرة طبية، فإنه يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا على العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته[3]، ويفيد هذا الموقف في احترام حرمة الحياة الشخصية للفرد خاصة وان الدراسات التي أجريت على الحمض النووي(ADN)، تشير إلى احتمال

---

1 القانون رقم 85 / 05 المؤرخ في 16 أفريل 1984 المتضمن قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 88 / 15 المؤرخ في 08 ماي 1988.

2 المادة 162 ممن القانون 85 / 05 المتضمن قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأخذ أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدي مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"

3 المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم276/92 المؤرخ في 01 محرم 1413هـ الموافق لـ06 جويلية 1992م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب " يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا العناصر التي في شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته ".

التعرف على بعض أسرار الفرد كنسبة الذكاء عنده، والإمراض الوراثية التي يمكن أن يتعرض لها، وقابلية الإقبال على الإجرام[1]

الفرع الثاني: تعارض مبدأ حرمة الجسد والإثبات بالبصمة الوراثية

إذا كان مبدأ حرمة الجسد يمثل أحد القيم العليا التي يتمتع بها الفرد في مجتمع متحضر، بما يفيد الوقوع تحت طائلة العقوبات عند أي مساس بهذا المبدأ، فإن هناك مبدأ آخر لا يقل أهمية عن هذا المبدأ وهو ما تعلق بثبوت النسب، إذ أن مسألة ثبوت النسب تحقق مصلحة عامة تقوم على وجود حقوق مشتركة بما يعني عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، فهي تمثل حقا لله تعالى وحقا للوالدين وحقا للولد[2].

فأما اعتبار النسب حقا لله تعالى فذلك لأن الحق تبارك وتعالى حرم أن ينسب الولد لغير أبية فقال جل حلاله: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴾ [3]، وأمر أن ينسب الولد لأبيه فقال: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [4]، فقد أرشد الله سبحانه وتعالى من خلال هاتين الآيتين إلى أن الأرشد و الأعدل أن ينسب الولد إلى أبيه[5]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما نزلت آية تحريم التبني: **"أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته و أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"**[6].

ويمثل حقا للأم لحاجة الأم لثبوت نسب ولدها من أبيه، حتى لا تعير به، فيقال أنها زانية، كما أن ثبوت النسب للأم يرتب حقوقا لها كحقها في النفقة والحضانة وحقها في الإرث.

ويمثل حقا للأب يترتب عنه حق الولاية والإرث والنفقة إذا عجز عن التكسب.

كما يمثل النسب حقا للولد، فمن حقه أن يعيش في كنف والدين يؤمنان له النفقة والرعاية

---

1 دورثي نيلكين، القوة الاجتماعية للمعلومات الوراثية، ترجمة أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، عدد217، يناير1997، ص195.

2 ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص227.

3 سورة الأحزاب، الآية04.

4 سورة الأحزاب، الآية 05.

5 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ج 14، ص 118.

6 سبق تخريجه، ص06

والحضانة وبه يدفع التهمة عن نفسه عن كون أنه ابن زنا.

وعلى العموم فإن قوام المجتمع وتماسكه من قوام الأسرة وتماسكها، حيث يؤدي ذلك إلى نشوء مجتمع سليم قوي الروابط بعيدا عن العلل و الاختلالات، لذلك فإنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط حق النسب، ومن أجل ذلك ذهب فقهاء الحنفية والحنابلة إلى عدم جواز التصادق على نفي النسب، فلو أنكر الزوج الولد وصدقته الزوجة في ذلك، فإن النسب لا ينتفي ولا يتم اللجوء إلى اللعان، لأن ذلك تضمن إسقاط حق الولد في النسب وهذا غير جائز[1].

ويتجه الفكر القانوني المعاصر نحو الاهتمام بحقوق الطفل وإبرام اتفاقيات تتعلق بهذا الشأن والتي من بينها حقه في النسب، حيث جاء في المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر 1989: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر المستطاع الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما.

تكفل الدول الأطراف إعمال هذه الحقوق وفقا لقانونها الوطني، والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولاسيما حينما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك".

وبناء على الأهمية المعتبرة التي يتمتع بها النسب، جاز إثباته بأي طريق من طرق الإثبات التي من بينها البصمة الوراثية، والتي تعتمد على الخلايا والأنسجة الآدمية.

ويتضح مما تقدم حقيقة الإشكال الذي يواجه استخدام البصمة الوراثية في الإثبات، والمتمثل في وجود مبدأين متعارضين، وهما حق الخصم في الامتناع عن الخضوع للبصمة الوراثية، وتمسكه بأن ذلك يمثل مساسا بحرمة جسده واعتداء على كيانه المعنوي[2]، والحق في إثبات النسب وما تمثله البصمة الوراثية في تحري الحقيقة خاصة وأن هذه التقنية تعطينا نتائج شبه قطعية، لذلك فإن التطبيق العملي للبصمة الوراثية يطرح مسألة التوفيق بين حق الخصم في التمسك بحرمة جسده والحق في إثبات النسب لذي يقتضي استخدام البصمة الوراثية .

---

1 الكاساني ، بدائع الصنائع، المصدر السابق،ج3 ،ص246 ،ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج3، ص436، ابن همام ، شرح فتح القدير، المصدر السابق،ج4 ،ص282، ابن نجيم ،البحر الرائق، المصدر السابق، ج4، ص193 ،ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 74، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5، ص 399.

2 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص304

الفرع الثالث: التوفيق بين استخدام البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد

وصلنا في النقطة السابقة إلى أن استخدام البصمة الوراثية في الإثبات يثير تعارضا بين مبدأين هامين هما: مبدأ حرمة الجسد البشري ومبدأ إثبات النسب، فمن جهة نجد أن إثبات النسب يفرض علينا في بعض الحالات اللجوء إلى مثل هذا التحليل، ومن جهة أخرى

فإنه ليس من المستبعد أن يرفض أحد الخصوم الامتثال لهذا التحليل، بحجة أن ذلك يمس بحرمة جسده، لذلك فما السبيل الذي يمكن أن يسلكه القاضي عند إثبات النسب في هذه الحالة، وكيف يوفق بين استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب وحق الفرد في التمسك بحرمة جسده؟ وللإجابة على هذا السؤال فإنه ينبغي علينا إلقاء نظرة حول موقف الفقه المقارن من هذه القضية، بما في ذلك المؤتمرات الدولية المنعقدة في هذا الإطار، ثم دراسة الحلول المقترحة لهذه المسألة.

أولا: موقف الفقه المقارن

ذهب جانب من الفقه إلى أن أخذ عينة من الدم إذا تعلق الأمر بالإثبات الجنائي غير مشروع لأنه يمثل اعتداء على الحرية الشخصية للمتهم[1].

بينما ذهب أغلبية الفقه إلى مشروعية ذلك وأجازوا استخدام هذه الوسيلة، حيث إنه وإذا كان ذلك يمثل اعتداء على الحرية الفردية، فإنه لا يتساوى هذا الاعتداء مع المصلحة التي ينالها المجتمع في ذلك، كما أن هذا الإجراء لا يتساوى مع بعض الإجراءات المباحة قانونا، والتي تمس الحرية الفردية كالتفتيش والقبض على المتهم[2].

وقد نوقشت هذه المسألة في بعض المؤتمرات الدولية ومن ذلك مؤتمر الأمم المتحدة المنعقد بفينا سنة 1960، ومؤتمر الأمم المتحدة المنعقد بنيوزلندا سنة 1961، حيث نوقشت بصفة أخص مسألة الإثبات في حالة قيادة السيارة تحت تأثير الخمر، وحالة إثبات البنوة، واتجهت آراء غالبية المشاركين إلى قبول استخدام هذه الفحوص في الإثبات الجنائي بصفة عامة، وأنه لا محل للتعدي على حرمة الجسد، إذ إن المصلحة العامة أولى من مصلحة الفرد، بل أن بعضهم ذهب إلى

---

1 خربوش فوزية، الأدلة العلمية ودورها في إثبات الجريمة، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 / 2002، ص 164.

2 إلهام بن خليفة، دور البصمات والآثار المادية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 103.

إجبار المتهم على ذلك[1]، وإذا كان الرأي الراجح هو جواز اللجوء مثل هذه الوسائل، إلا أن ذلك مقيد بشروط وهي:

- يجب أن لا يكون هذا الإجراء ضارا ضررا بليغا بشخص المتهم.
- أن يكون الإجراء مفيدا في التحقيق.
- أن يتم من قبل طبيب مختص.
- أن يتم تحت رقابة الدفاع.
- أن يكون الأمر متعلقا بجناية أو جنحة[2].

ومهما يكن من أمر فعلينا أن نضع نصب أعيننا أن ما ذهب إليه الفقه المقارن من حيث جواز اللجوء إلى مثل هذه الطرق في الإثبات، مشروط بأن تكون الدعوى جنائية متعلقة بجناية أو جنحة، فيجب أن نميز بين الإثبات الجنائي حيث بإمكان القاضي اللجوء إلى جميع طرق الإثبات، وبين الإثبات المدني الذي تكون في طرق الإثبات محددة، كما أن الإثبات الجنائي يقوم على تحقيق مصلحة عامة قوامها مصلحة المجتمع في الاقتصاص من المجرم والهدف منه الوصول إلى الحقيقة، أما الإثبات المدني كما لو تعلق الأمر بقضايا النسب فيقوم على تنازع مصالح الأفراد والهدف منه فض النزاع، لذلك فإنه ينبغي استبعاد اللجوء إلى تحليل الدم وفقا لمنطق الإكراه إذا تعلق الأمر بإثبات البنوة في المجال المدني، ولا يجب أن يخضع لقواعد التفتيش[3]، ويمكن تطبيق الإكراه في حالات الإثبات الجنائي فقط كقضايا الاغتصاب مثلا.

ثانيا: الحلول القانونية المقترحة

إذا كان اللجوء إلى أخذ العينة من جسم الإنسان في قضايا البنوة وفق أسلوب الإكراه غير جائز إذا كانت قواعدها الإجرائية تخضع لقواعد الإثبات المدني، فإن تطبيق مثل هذه التقنية أفرز إمكان اللجوء إلى حلين هما:

1- استخدام الغرامة التهديدية حيث يتم استخدام أسلوب الضغط على الخصم للامتثال

1 نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، المرجع السابق، ص 358.

2 نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، المرجع السابق ، ص 364.

3 اعتبر جانب من الفقه المصري إلى أن تحليل عينات بيولوجية من جسم الإنسان كتحليل الدم أو البول يدخل ضمن أعمال التفتيش. (نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، المرجع السابق، ص 357.)

للفحص الطبي باستخدام العقوبات ذات الطابع المالي، أو ما يعرف بالغرامة التهديدية.

من ذلك نجد أن بعض التشريعات ذهبت إلى إجبار كل فرد يملك معلومات بأن يقدم مساعدته للعدالة بغرض اكتشاف الحقيقة، و تنص على أن كل من يتهرب من دون مبرر مشروع من هذا الالتزام عندما يطلب منه ذلك، بجواز إجباره عن طريق فرض غرامة تهديدية[1].

كما تنص بعض التشريعات على أنه إذا تخلف الخصم عن تنفيذ قرارات الخبير بغير عذر لجأ الخبير إلى المحكمة لتحكم عليه بغرامة مالية، إلا إذا أبدى عذرا مقبولا[2].

وبناء عليه فإن عدم امتثال الخصم لإجراء الخبرة الطبية المتعلقة بالبصمة الوراثية وفقا لهذا المنطق، يعد امتناع من قبل هذا الخصم عن مساعدة العدالة من جهة، كما يعد أيضا عرقلة لأعمال الخبير من جهة أخرى، فيتم استصدار حكم بتوقيع الغرامة المالية عليه.

أما عندنا في الجزائر فإنني لم أجد نصا صريحا يقضي بتوقيع مثل هذا الجزاء في حالة الامتناع عن الخضوع للخبرة.

إلا أن التطبيق القضائي لهذا الحل لدى هذه الدول، قد أفرز موقفا مخالفا لما ذهب إليه القانون، حيث حكمت محكمة باريس بشأن نزاع عرض عليها، تتعلق وقائعه بدعوى رفعتها أم لإثبات نسب ولدها، وقد طلبت المحكمة من الأب المدعى عليه الخضوع لفحص الدم للتحقق من نسبه و لم يعارض الأب في البداية إلا أنه عاد وغير رأيه، ورفض الخضوع لهذا الفحص، الأمر الذي دفع المحكمة لفرض غرامة تهديدية قدرها 200 فرنك في كل مرة يمتنع فيها عن تلبية طلب الخبير المكلف بهذه المهمة للحضور أمامه، وبالطعن في الحكم أمام محكمة باريس للاستئناف أيدت الطعن وجاء في حيثيات الحكم: "إن المبدأ الأساسي وهو حرمة الجسم الإنساني، يتعارض مع لجوء القاضي إلى إجراء الضغط والإجبار، حتى ولو كان هذا الإجراء من طبيعة عملية لحمل الشخص للخضوع للمساس بجسمه، وحتى لو كان هذا المساس بسيطا، وقد اعتبر الاعتداء على حق الإنسان في سلامة جسده جريمة تقع تحت طائلة العقوبات"[3]، وإلى مثل ذلك ذهبت المحكمة العليا

1 المادة 10 من القانون المدني الفرنسي.

2 المادة 11 من قانون الخبرة الكويتي.

3 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 305.

للولايات المتحدة الأمريكية[1].

وما يمكن استخلاصه مما سبق، أن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لا يمتد إلى مثل هذه الحالات التي يؤدي فيها الإجبار والضغط إلى مخالفة وخرق أحد المبادئ الأساسية، التي يجب احترامها وهو مبدأ حرمة الجسد[2].

لذلك فإن إتباع أسلوب الضغط على الخصم باستخدام الغرامة التهديدية منتقد ويجب تفاديه عند إجراء تحليل البصمة الوراثية، حتى لدى الدول التي تفرض اللجوء إلى الغرامة عند عدم الامتثال لأوامر الخبير.

2- يتمثل الحل الثاني الذي يمكن الاهتداء إليه خاصة أمام عدم جدوى الغرامة التهديدية لاصطدامها بمبدأ حرمة الجسد، هو اعتبار عدم خضوع الخصم إلى إجراءات الخبرة قرينة ضده، حيث يعود للمحكمة في هذه الحالة استخلاص ما تراه من نتائج جراء امتناع الخصم.

وغير أنه وإن كان هذا الاتجاه يبدو سليما، إلا أننا نتساءل عن قيمة هذه القرينة في الإثبات، فهل أن امتناع الخصم في الامتثال للخبرة يمثل قرينة قاطعة ضده، بما يفيد خسرانه الدعوى كلها، أم أنه مجرد دليل ينظم إلى بقية الأدلة المطروحة أمام القاضي؟

وللإجابة على هذا السؤال ذهب بعضهم إلى أنه يمكن للقاضي أن يستخلص قرينة من رفض الخضوع للفحص ضد مصالح الممتنع وادعاءاته، حيث لا تصل هذه القرينة إلى حد اعتبارها دليلا كاملا[3].

وخلاصة ما في الأمر أن القاضي في هذه الحالة لا يجب أن يفسر امتناع الخصم دليلا كاملا، فقد يكون امتناعه لأي سبب من الأسباب كداعي الخوف من الفحص مثلا وما إلى ذلك.

---

1 ذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن إخضاع الشخص إلى الاختبارات ضد إرادته يعد اعتداء وإخلالا بالحصانة التي يقررها القانون العام لحماية الشخص وتنطوي كذلك على اعتداء على ألفة الحياة الخاصة للإنسان، وعلى نقيض ذلك في قضية مماثلة حيث ذهبت المحكمة العليا لولاية نيوجرسي إلى أن التحليل الإجباري للدم لا ينطوي على اعتداء على الحياة الخاصة للإنسان (نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، المرجع السابق، ص 363).

2 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 307.

3 المرجع نفسه، ص 307.

المبحث الثالث: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

بعد أن عالجت جميع القضايا المتعلقة باستخدام بالبصمة الوراثية في مسائل النسب بداية بمشروعيتها ثم حجيتها في الإثبات سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو نفيه، وتناولت شروطها في الإثبات، وكذلك الصعوبات التي تعترض هذه الطريقة، يأتي الآن التركيز على موقف القانون الجزائري، حيث تبين مما سبق أن البصمة الوراثية سلاح ذو حدين لها فوائد كثيرة إذا أحسن تطبيقها، ولها مساوئ ينبغي تفاديها، لذلك فإنه يثار على الأخص مشكل الصياغة القانونية للوصول إلى موقف سليم، وسأسعى في هذا المبحث إلى تشريح ما ذهب إليه القانون الجزائري وإبراز جميع الثغرات والانتقادات التي يمكن أن توجه له، والحلول المقترحة في هذه الحالة.

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 11/84.

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

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 11/84

أتعرض في هذا المطلب إلى موقف القانون الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية وفق القانون 11/84، مركزا في ذلك على ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا والانتقادات الموجهة لها، وذلك في ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: المحكمة العليا ترفض اللجوء إلى الخبرة الطبية

الفرع الثاني: التعليق على ما ذهبت إليه المحكمة العليا

الفرع الثالث: موقف الفقه من قرار المحكمة العليا بعدم الأخذ بالخبرة الطبية

الفرع الأول: المحكمة العليا ترفض اللجوء إلى الخبرة الطبية

أثير في السنوات الماضية قبل التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري بمقتضى الأمر 02/05 مدى جواز استخدام البصمة الوراثية كدليل أمام القضاء، فمن ناحية نسجل عدم وجود نص صريح يسمح باللجوء إلى هذا النوع من الخبرة، ومن ناحية أخرى نجد أنه من الممكن أن يطرح هذا الإشكال أمام المحاكم، بأن يطالب أحد الأطراف باللجوء إلى الخبرة مادام أن النتائج التي تعطيها البصمة الوراثية دقيقة، أو أن تكون المبادرة من القاضي نفسه حين يعجز أطراف الخصومة

في إثبات ادعاءاتهم وعدم وجود دليل مرجح.

ومن خلال البحث في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية حول موقفها من ذلك، لم أجد إلا قرارا واحدا في هذا الشأن، ولأهمية هذا القرار فإنني ارتأيت من الضروري التعرض لمنطوقه، وقبل ذلك فإنه من الأفضل التطرق إلى حيثيات القضية.

حيث إنه من خلال ما ورد في القرار فإن فصول القضية تعود بدايتها إلى تاريخ 1994/02/14، حين قام الزوج بمغادرة مسكن الزوجية ليبقى الحال على ما هو عليه إلى غاية 1995/10/27، تاريخ ولادة التوأمين أي بعد تسعة عشرة شهرا كاملة من مغادرة الزوج لمسكنه الزوجي، ثم رفع الزوج بعد ذلك دعوى طلاق، وقد تم الحكم بذلك بتاريخ 1996/01/27.

كما رفع الزوج دعوى إنكار النسب للتوأمين مدعيا أنه غادر مسكن الزوجية بتاريخ 1994/02/14، وأن التوأمان ولدا بعد ذلك بتسعة عشرة شهرا، واحتج بأن إثبات نسب التوأمين للزوج يعني مخالفة أحكام المادة 43 من قانون الأسرة والتي تقضي بأن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وحكمت المحكمة باللجوء إلى الخبرة الطبية لفحص وتحليل دم الأطراف الوالدين والولدين، وهو الحكم الذي أيده المجلس القضائي لولاية وهران.

وقد جاء اجتهاد المحكمة العليا رافضا لمبدأ استخدام الخبرة الطبية في إثبات النسب، حيث جاء في فحوى القرار قوله: "... من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا، طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"[1].

ويتضح من موقف المحكمة العليا في اجتهادها أنها ترى أن إثبات النسب قد حددته المادة

1 قرار رقم 22674، بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية لسنة 1999، عدد 01، ص 126.

40 وما بعدها من قانون الأسرة، التي جعلت له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة، تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، و لم يكن من بين هذه القواعد جواز اللجوء إلى تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون.

لذلك فإن رفض المحكمة العليا لإجراء الخبرة الطبية كان سببه أن المشرع لم يذكرها كطريق لإثبات النسب، فأحكام قانون الأسرة كغيرها من المسائل المدنية تخضع لنظام الإثبات المقيد الذي يقوم على أساس أن طرق الإثبات محددة ومعينة تعيينا دقيقا، بحيث لا يجوز للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الطرق المحددة، ولا يستطيع القاضي أن يقبل منهم غيرها[1].

ومن هذا المنطلق فإنه من واجب القاضي والخصوم التقيد بهذه الطرق التي حددها القانون، فلا يجوز لهم أن يلجأوا إلى طريق غير منصوص عليه في القانون، لأن تحديد وحصر طرق الإثبات في القانون يعد أمرا من النظام العام، ولو نظرنا إلى المادة 40 من قانون الأسرة نجد أنها حددت طرق إثبات النسب حيث جاء فيها: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون".

الفرع الثاني: التعليق على ما ذهبت إليه المحكمة العليا

بناء على ما جاء في القرار السابق ذكره، فإن المحكمة العليا قررت عدم جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية في إثبات النسب بصورة عامة سواء تعلق الأمر بتحليل الدم الذي تمثله الزمر الدموية أو عن طريق تحليل البصمة الوراثية.

ومن خلال التدقيق في حيثيات القضية ومنطوق القرار الذي عبرت به المحكمة العليا عن موقفها، فإنه يمكن الاعتراض على ما ذهبت إليه من خلال تحديد مدلول إمكان التلاقي بين الزوجين من جهة، ومن خلال تحديد معنى البينة من جهة أخرى.

فبخصوص تحديد مدلول إمكان التلاقي بين الزوجين، فإن المادة 41 من قانون الأسرة نصت على أن: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة"، وتفسير المحكمة العليا لمدلول إمكان التلاقي هو التلاقي الذي يحدث لأول مرة بعد العقد فقط، أما ما يحدث من فرقة بين الزوجين بعد ذلك فلا يعتد به ما دامت العلاقة الزوجية

1 فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي، المرجع السابق، ص 12.

قائمة، ولا تأثير لغيبة الزوج لمدة طويلة أو سجنه مثلا لمدة تتجاوز أقصى مدة الحمل[1].

لذلك فإن الحل الذي تضعه المحكمة العليا للزوج للتخلص من النسب الفاسد هو اللعان فقط ما دام الدخول قائما، وهذا عكس ما تأخذ به التشريعات العربية حيث نصت على اعتبار حالات عدم التلاقي بين الزوجين لفترة طويلة، حتى ولو كان ذلك بعد الدخول، سواء كان لغياب أو لدخول السجن مثلا حيث ينتفي النسب دون اللجوء إلى اللعان، إذا أثبت الزوج ذلك[2].

والواضح من خلال حيثيات القضية أن الزوج احتج بأنه ترك مسكن الزوجية قبل الولادة بتسعة عشر شهرا باعتراف الزوجة نفسها، لذلك فإن الولادة تمت لأكثر من عشرة أشهر من الغياب والتي تمثل أقصى مدة للحمل في القانون.

واعتمادا على الرأي الفقهي القائل بأنه إذا نجح الزوج في إثبات الغياب خلال مدة الحمل فإنه بإمكان الزوجة أن تثبت عكس ذلك باستخدام التحاليل الطبية بما في ذلك البصمة الوراثية[3]، نجد من التشريعات العربية من أدخلت تعديلات على قوانينها، بما في ذلك اعتماد الخبرة الطبية في مسائل إثبات النسب حيث إنه إذا أثبت الزوج وجود دلائل قوية على صحة ادعائه جاز نفي النسب بناء على تقرير الخبرة الطبية[4].

والواضح من استخدام لفظ "دلائل قوية" هنا، هو التعبير عن الأدلة التي يقدمها الزوج قصد نفي نسب الولد عنه بناء على عدم توفر شروط الفراش، كحالة الغياب لمدة طويلة أو الحبس أثناء الفترة التي بدأ فيها الحمل، أو ادعاءه أن الولادة تمت لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، أو

---

1 ذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها إلى أنه "من المقرر أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقرر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون" (قرار رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 67).

2 المادة 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية الأردن، المادة 125 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

3محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوحي في إثبات النسب، المرجع السابق، ص 262.

4 المادة 153 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

ويعتبر 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 بدلائل قوية على ادعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة"

لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق، وهي الحالات التي أجاز فيها المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العلم الإسلامي اللجوء إلى البصمة الوراثية[1].

وبناء على ما تقدم فإن تصديق المجلس القضائي لولاية وهران على حكم اللجوء إلى الخبرة الطبية يكون صحيحا من الناحية الشرعية.

أما بخصوص تحديد معنى البينة، فإن المحكمة العليا رفضت اعتماد الخبرة الطبية في مسائل النسب، واستندت في قرارها إلى أن الحكم باللجوء إلى الخبرة الطبية يعد من قبيل تجاوز القضاة لسلطتهم الحاكمية إلى السلطة التشريعية، حيث إن طرق إثبات النسب التي جاءت بها المادة 40 من قانون الأسرة كانت على وجه الحصر وذكرت الفراش والبينة والإقرار.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو تحديد معنى البينة التي ذكرتها المادة 40 من قانون الأسرة، وبما أن هذه المادة ذكرت البينة كطريق لإثبات النسب، و لم يتم تحديد معناها هل هي شهادة الشهود فقط، أم أنها كل قرينة تفيد الإثبات؟

وبناء على ما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تنص على أن ما لم يرد به نص في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لذلك فإن القاضي في هذه الحالة مطالب بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد مدلول البينة.

فمن الفقهاء من ذهب إلى أن البينة اسم جامع لكل ما يبين به الحق ويظهر، وليست قاصرة على الشهود، فتارة تكون شاهدا وتارة تكون شاهدين وتارة أخرى تكون أربعة، وقد تكون أمارة أو علامة أو خبرة[2].

ويمكن الاستشهاد على عمومية البينة وشمولها بكل ما يبين به الحق ما ورد في القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ ﴾ [3]، وقوله تعالى ﴿ كَيْفَ يَهْدِى ٱللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا۟ بَعْدَ إِيمَٰنِهِمْ وَشَهِدُوٓا۟ أَنَّ ٱلرَّسُولَ حَقٌّ وَجَآءَهُمُ ٱلْبَيِّنَٰتُ ۚ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٨٦﴾ ﴾ [4] وقوله أيضا: ﴿

1 تقرير اللجنة العلمية للبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص295.

2 ممن ذهب إلى هذا الرأي: ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 12، ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ج 01، ص 240.

3 سورة الحديد، الآية25.

4 سورة آل عمران، الآية86.

وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ﴿٤﴾ ﴾ [1].

وإذا نظرنا إلى عمل الفقهاء بالخبرة في إثبات النسب فإنه علاوة على ما ذهب إليه الفقهاء بشأن العمل بالقيافة، نجد أن فقهاء الحنابلة أجازوا الاحتكام إلى وزن اللبن وعرضه على أهل الطب والمعرفة، واعتماده كدليل مرجح، فقالوا إن ولدت امرأتان ولدا وبنتا، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت فإنه يجوز أن نعرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته، وقد قيل أن لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف[2]، لذلك فإن اللجوء إلى الخبرة لتحديد النسب جائز شرعا.

والحقيقة أنه على قضاة الحكم في مثل هذه الحالة أن يرجعوا لاستفتاء أهل الشرع حول حكم استخدام الخبرة الطبية في مسائل النسب، مثلما هو الحال بالنسبة لما حدث في مصر في القضية التي سبق وأن تكلمت عنها، وبينت موقف دار الإفتاء المصرية منها، وكذلك الحال بالنسبة إلى قضية أخرى، حيث استدعى الأمر تدخل مفتي مصر، فأجاز فيها استخدام البصمة الوراثية[3].

الفرع الثالث: موقف الفقه من قرار المحكمة العليا بعدم الأخذ بالخبرة الطبية

الملاحظ حول تعليقات أهل الاختصاص من القانونيين[4] بشأن اجتهاد المحكمة العليا هو الإجماع على ضرورة إدخال تعديل على المادة 40 من قانون الأسرة، وأن يؤخذ بعين الاعتبار جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية، بما في ذلك البصمة الوراثية في إثبات النسب.

وانتقل هذا الانشغال إلى قبة البرلمان حيث كان موضوع سؤال كتابي من أحد أعضاء مجلس الأمة، موجه إلى وزير العدل جاء فيه: "أن العلم الحديث قد توصل إلى اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية والتي بإمكانها وبشكل قطعي إثبات نسب الولد لأبيه وأمه أو نفي ذلك، وهذا بطبيعة الحال في حالات النزاع حول هذه المسألة، والتي يمكن أن تثار أمام القضاء، ولكن نص المادة 40 يحدد على سبيل الحصر طرق إثبات النسب، وهو ما يجعل المحكمة العليا تنقض قرارا صادرا من أحد الجهات القضائية.

---

1 سورة البينة، الآية04.

2 ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 06، ص 406، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 04، ص 237.

3 سامي حامد، الحكم بأشهر قضية نسب في مصر "انتصار للشرع، www.osrty. com

4 محافظي محمود دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، مجلة الدراسات القانونية، الوادي، الجزائر، عدد 08، مارس 2003. ص 67، الحسين بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005، ج 01، ص 120.

لذلك فهل هناك تفكير على مستوى الحكومة لملء الفراغ القانوني، وذلك بوضع نص يتيح المجال أمام الجهات القضائية لتعيين خبراء يستعملون تقنية البصمة الوراثية في النزاعات المتعلقة بإثبات النسب، وأيضا في كثير من القضايا خصوصا الجزائية منها عندما يتعلق الأمر بالتحقيق في شخصية الجاني عند وجود بقايا الدم أو غيره من السوائل في مسرح الجريمة أو على جسم الضحية؟"[1].

وقد أجيب على هذا السؤال بأنه قد تم إنشاء مخبر للبصمة الوراثية على مستوى الشرطة العلمية بالجزائر، ووعد بإدخال الإثبات بتقنية البصمة الوراثية من خلال اللجان التي تسهر على مراجعة القوانين الأساسية في إطار إصلاح العدالة التي باشرتها الحكومة[2].

والواقع أن هذا الانشغال الذي أبداه المختصون مرده عدة أسباب تقتضي ضرورة اللجوء إلى البصمة الوراثية، فبالإضافة إلى دخول البصمة الوراثية حيز التطبيق في ساحة القضاء لدى دول أجنبية، والاعتماد عليها بشكل مكثف في كثير من القضايا خاصة المتعلقة بإثبات البنوة وكذا بعض القضايا الجنائية حيث أثبتت جدواها، أدى التفسير الضيق للبينة إلى قصور في معالجة بعض القضايا التي تتطلب اللجوء إلى مثل هذه التقنية، ومن ذلك نجد أن الحالات الأكثر شيوعا هي:

1- حالة ادعاء الزوج تركه لمسكن الزوجية أثناء فترة بداية الحمل، فمن خلال تصفحي لبعض قرارات المحكمة العليا وجدت الكثير من قضايا النسب تدور وقائعها حول ترك الزوج مسكن الزوجية لمدة طويلة، تصادف هذه المدة مدة حمل زوجته فيرفع الزوج دعوى إنكار النسب مدعيا أنه كان مسافرا لمدة طويلة وأن حمل الزوجة وقع أثناء غيابه أو أنه هجر مسكن الزوجية بسبب خلاف عائلي أو كان مسجونا[3].

2- حالة اختلاط المواليد في المستشفيات وقاعات التوليد، حيث يتم أحيانا تبديل المواليد بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة أو الإهمال[4]، وفي هذه الحالة فإن وقوع نزاع من هذا القبيل

---

1 سؤال كتابي طرحه العضو بوزيد لزهاري، (أنظر: الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، المرجع السابق، ص27).

2 المرجع نفسه، ص 27.

3 قرار رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 67.

4 ومثال ذلك ما نشرته يومية الخبر عن أب رفع دعوى قضائية ضد مستشفى الوادي يتهم فيها إدارة المستشفى بتبديل ولده الذكر، ويطالب بإخضاع البنت التي سلمت له لتحاليل إثبات الأبوة، حيث ذكر أن المولود الذي أنجبته زوجته كان جنسه ذكرا بشهادة القابلة التي زفت الخبر للأم، والتي أشرفت بنفسها على توليدها، وبعد نصف ساعة من الولادة تفقدت الأم الولد فوجدته أنثى (أنظر: الوالد يرفع دعوى قضائية ويطالب بتحاليل إثبات الأبوة، يومية الخبر، عدد 4977، ليوم 2007/04/12).

فإن البصمة الوراثية هي الحل الأنسب والأصلح لتصحيح الخطأ.

3- حالة ادعاء مجهول النسب الانتساب إلى شخص لا يقره ولا ينكره، أو تلك الحالات التي يكون فيها النزاع على إرث، والمقصود من ذلك الدعوى التي ترفع بعد وفات من يراد إثبات البنوة منه، حيث ذهبت بعض التشريعات إلى اشتراط أوراق مكتوبة جميعها بخط يد المتوفى عليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء[1].

حيث إن المقصود بالأدلة القطعية الجازمة التي تدل على صحة الادعاء يفتح المجال للجوء إلى الأدلة العلمية الطبية الحديثة في إثبات النسب لمثل هذه الحالات[2].

وتشير بعض الاستطلاعات الصحفية أن مثل هذه الحالات في تزايد مستمر، خاصة بعد استفحال ظاهرة الزواج العرفي الذي يفتقر إلى توثيق العقد، حيث بينت هذه الاستطلاعات أنه من بين أسباب انتشار هذه الظاهرة تضييق الخناق في مسألة تعدد الزوجات التي أتى بها التعديل الجديد لقانون الأسرة، و أصبح الزواج العرفي هو الصيغة الجديدة لتعدد الزوجات، والذي ينتج عنه أطفال غير مسجلين، لذلك فإن مطالبتهم بالإرث بعد وفاة والدهم قد يثير مسألة إثبات النسب أولا[3]، ويضاف إلى مثل هذه القضايا قضايا الأسرى والمفقودين لمدة طويلة وحالات الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات.

4- حالة إنكار النسب حيث إن أغلب القضايا التي أثيرت أمام المحاكم المتعلقة بالنسب يدور موضوعها حول إنكار النسب[4] وفي مثل هذه الحالات فإننا كثيرا ما نجد أن الزوج متمسك بحقه في اللعان ويبني ذلك على حجج قد تكون مجرد شكوك وأوهام لا أساس لها من الصحة، وإذا

---

1 تنص المادة 07 من قانون إجراءات التقاضي المصري على أنه"لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا عند وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة جازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

2 محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الخصية، دار الشروق، مصر، ط 01، 1423 هـ، 2002 م، ص 110.

3 نشرت جريدة الخبر حوادث، النصف شهرية ملفا خاصا بالموضوع عنوانه: الزواج العرفي الصيغة الجديدة لتعدد الزوجات، تعرضت فيه لبعض هذه الحالات في الواقع (أنظر: الزواج العرفي الصيغة الجديدة لتعدد الزوجات، جريدة الخبر حوادث العدد 110، من 01 إلى 14 جانفي 2007)

4 ومثال ذلك ما ذهبت إليه في عدة قرارات لها كالقرار رقم69789، المؤرخ في1991/04/23، المجلة القضائية لسنة1994، عدد03، ص54، والقرار رقم99000، المؤرخ 1993/11/23، المجلة القضائية لسنة2001 عدد خاص، ص64.

كان الحل في مثل هذه القضايا اللجوء إلى اللعان، باعتباره الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، فإن من حق الزوجة أن تنتصر لشرفها وعفتها وتثبت عكس ما يدعيه الزوج، ومن جانب آخر تثبت نسب ولدها من زوجها الذي ينكره، فلا تجد ما تثبت به ذلك إلا باللجوء لتحاليل البصمة الوراثية.

وأمام هذا الوضع الذي آل إليه إثبات النسب وفقا لأحكام المادة 40 وما بعدها فإن هناك من بادر إلى اقتراح تعديل يتضمن إضافة مادة جديدة لإثبات النسب نصها كالآتي: "ينسب الولد لأبيه ما لم ينفيه بجميع وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون، بما في ذلك الخبرة الطبية، ويثبت نفي النسب بحكم قضائي "[1].

والملاحظ من عبارة ينسب الولد لأبيه ما لم ينفه بجميع وسائل الإثبات التي المنصوص عليها في القانون، أنها تعني وجود طرق عديدة لنفي النسب، والواقع نجد خلاف ذلك حيث نجد طرق عديدة لإثباته أما نفي النسب فلا يتم إلا بطريق واحد وهو اللعان الذي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن الواضح من سياق هذا الاقتراح هو جعل البصمة الوراثية دليلا لنفي النسب وليس لإثباته، بينما الأصل المعتمد هو أن البصمة الوراثية تصلح للإثبات فقط ومجالها يكون خاصة في حالة التنازع وعدم وجود دليل مرجح.

أما نفي النسب فيكون بطريق اللعان الذي يمثل الطريق الشرعي الوحيد لذلك، وبناء عليه فإن هذا المقترح وفقا لهذه الصيغة يعني إلغاء حكم شرعي ثابت بالقرآن والسنة وإحلال البصمة الوراثية محله.

المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق الأمر رقم 05 / 02

أتناول في هذا المطلب ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري حسب ما ذهب إليه في التعديل الذي أدخله بمقتضى الأمر02/05 وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية

الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية

الفرع الثالث: امتناع الخصم عن الخضوع لتحاليل البصمة الوراثية.

1 الحسين بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج 01، ص 120

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.

أولا: مبدأ حرية القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية

أقر المشرع الجزائري جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في مسائل النسب بمقتضى التعديل 02/05 الذي أدخل على قانون الأسرة، حيث أضيفت فقرة جديدة للمادة 40 منه جاء فيها: "يجوز للقاضي اللجوء للبصمة الوراثية لإثبات النسب".

وبالنظر لمنطوق هذه الفقرة فإن البصمة الوراثية هي عبارة عن خبرة قضائية تخضع لأحكام الخبرة التي نظمها قانون الإجراءات المدنية في المواد 48 إلى المادة 54.

وإذا نظرنا إلى المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية نجدها تنص على أنه: "يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو من أحدهم أو من تلقاء نفسه أن يأمر قبل الفصل في الموضوع... أو بموجب أمر كتابي بإجراء الخبرة أو التحقيق في الكتابة أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق وله أن يأمر شفاهيا بالانتقال للمعاينة ما لم ير ضرورة إصدار أمر كتابي"، وهو ما يعني أن استعانة القاضي بالبصمة الوراثية في مسائل النسب أمر جوازي متروك تقديره لسلطته، ومثل هذه المسائل لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

ويكون لجوء القاضي إلى هذه الخبرة إما من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو أحدهم، إلا أن طلب اللجوء إلى هذه الخبرة ليس حقا لأطراف الدعوى، بل هو رخصة يمتلكها القاضي فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء حيث يجوز له رفض طلبهم متى رأى في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، أما إذا رفض الاستعانة بخبير دون ذكر سبب معقول ودون أن يكون للمدعي وسيلة أخرى لإثبات ما يدعيه، فإنه يكون قد أخل بحقوقه وهذا غير جائز[1]، بمعنى أن رفضه اللجوء للبصمة الوراثية يجب أن يكون مبنيا على أسباب سائغة.

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

1 رمضان أبو السعود أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 402.

حالة استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب، وحالة استخدامها في دعوى إنكار النسب.

1- إذا تعلق الأمر بتراع يراد منه إثبات النسب لأحد الأطراف، كأن يتداعى شخصان مجهول النسب، أو أن يقع اختلاط المواليد في المستشفى، أو أن يدعي مجهول نسب الانتساب 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[1]، ذلك لأن الأدلة الشرعية لإثبات النسب المتفق عليها والمتمثلة في الفراش والبينة والإقرار أقوى في تقدير الشرع من البصمة الوراثية[2]، ويمكن أن تثار مسألة الاستعانة بالبصمة الوراثية في هذه الحالة من طرف الخصوم أو أحدهم أو يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، بمعنى أنه لا يوجد خلاف بين ما ذهب إليه القانون الجزائري وما 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.

إلا أنه يخشى من تساهل القضاة في استخدام البصمة الوراثية، فقد جرى العمل على كثرة استعانة القضاة بالخبرة، ليس للحاجة الفنية الملحة في القضية، وإنما رغبة منهم في التخفيف من أعباء المعاينة وكثرة القضايا الملقاة على عاتقهم[3]، بالإضافة إلى الثقة الزائدة التي قد يبديها بعض القضاة في البصمة الوراثية.

ومثل هذا التوجه قد يؤدي إلى الإفراط في استخدام هذه الوسيلة من قبل بعض القضاة، مما قد يؤدي إلى تقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية في الواقع العملي، خاصة وأن التعديل الذي أدخل على المادة 40 من قانون الأسرة لم ينص على أولوية الأدلة الشرعية على الأدلة العلمية، حيث إنه بعد أن ذكر الطرق الشرعية لإثبات النسب 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

---

1 ذهب إلى هذا الرأي كل من سعد الدين هلالي عبد الستار فتح الله سعيد (أنظر سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 270، عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 150).

2 وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها المرجع السابق، ص 23.

3 نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، 354.

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 ولد على فراشه، فإن ما جرى عليه القضاء الجزائري هو اللجوء إلى اللعان متى توفرت الشروط على أن يتم ذلك خلال الثمانية أيام من العلم بالحمل أو الولادة[1].

والجدير بالذكر في هذه المسألة هو أن القانون الجزائري لم ينظم مسألة اللعان بشكل واف، واكتفى بالإشارة إليها في المادة 41 بقوله: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينتفي بالطرق المشروعة"، والمقصود بعبارة الطرق المشروعة اللعان، لذلك فإن لجوء القضاة إلى اللعان يكون حسب قواعد الشريعة الإسلامية، وهو ما يقتضيه العمل عند عدم وجود نص في قانون الأسرة.

وبناء على التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري، عندما منح القضاة سلطة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فإن أول إشكال يطرح في هذا الشأن، هو منزلة البصمة الوراثية من اللعان، أو بصيغة أخرى ما هي الإجراءات المتبعة عند نفي النسب؟ فإذا أراد الزوج نفي نسب الولد، وحكم القاضي باللجوء إلى البصمة الوراثية، فهل أنه يكفي نفي النسب بهذه الخبرة دون اللجوء إلى اللعان، أم أن النسب لا ينتفي إلا باللعان فيكون لجوء القاضي لهذه الخبرة على سبيل الاستئناس فقط، أو لحمل الزوج على التراجع عن موقفه؟ فالمشرع الجزائري لم يبين موقفه بدقة في هذا الجانب.

ومن خلال مناقشة الفقهاء لهذه المسألة، نجد أن الراجح هنا عدم استخدام البصمة الوراثية كبديل عن اللعان ذلك أن هذا الموقف يعني استبدال حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة باجتهاد علمي، واللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة إنما يكون للتأكد من ادعاء الزوج وعلى أساسها يحكم القاضي باللجوء إلى اللعان من عدمه[2]، وما يزيد الأمر تعقيدا فيما يخص غموض الموقف بشأن هذا الجانب هو غياب نص قانوني ينظم مسألة اللعان، ويرشد القاضي إلى الحل الصحيح

1 قرار رقم172379 المؤرخ في1997/10/28، المجلة القضائية لسنة2001، العدد الخاص، ص70.

2 تعرضت لموقف الفقهاء بخصوص منزلة البصمة الوراثية من اللعان في المبحث الثالث من الفصل الأول.

الذي يجب أن يتبعه، لذلك فإنه ينبغي انتظار ما ستسفر عليه الاجتهادات القضائية بخصوص هذه النقطة.

ونظرا للمساوئ الكثيرة التي قد تنجر عن استخدام البصمة الوراثية إذا تعلق الأمر بإنكار النسب، فإن من الفقهاء من اهتدى إلى أن اللجوء إلى مثل هذه الطريقة لا يجب أن يكون إلا في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان بطلب من الزوجة، وهذا حرصا على تحقيق مبدأ الستر الذي تريده الشريعة الإسلامية، وتمكين الزوجة من الدفاع عن شرفها وإثبات براءتها وإلحاق نسب ولدها[1].

وبما أن إخضاع البصمة الوراثية للأحكام العامة للخبرة، التي تفيد بان 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 والتشهير بها وهذا ما لا يريده الشرع، لذلك فإن إعطاء الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية لكلا الخصمين والقاضي أيضا ينطوي على مفسدة كبيرة وهي الكلام في أعراض الناس وشرفهم، ومن هنا فإنه ينبغي تقييد اللجوء إلى البصمة الوراثية في إنكار النسب بأن يمنح هذا الحق للزوجة فقط على أن يكون على سبيل الاستئناس فقط وليس دليلا كافيا لنفي النسب. حتى لا يكون هناك تناقض بين ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وما وضعه القانون، كما أنه ينبغي على المشرع أن يتدارك النقص الحاصل في قانون الأسرة والمتعلق بوضع مواد قانونية تحدد أحكام اللعان.

الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية

تتمثل هذه السلطة في مناقشة التقرير، و مدى تقيده بالنتائج التي توصل إليها

أولا: مناقشة تقرير البصمة الوراثية

بناء على أن البصمة الوراثية عبارة عن خبرة يلجأ إليها القاضي في النزاع إذا رأى ضرورة لذلك، وهي تخضع للقواعد العامة التي تحكم الخبرة، فإن ما اشتمل عليه تقرير خبير البصمة الوراثية يكون محل مناقشة من قبل الخصوم، حيث يجوز لمن هو في مصلحته الاحتجاج به فيما يدعيه، ويصح للخصم الآخر أن يقدم من الدفاع والأدلة ما يفند به هذا التقرير[2]، حيث إنه من حق كل

1 يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، www.karadhaoui.com

2 محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، المرجع السابق، ص 336.

خصم أن يدلل على مزاعمه، ويفسر ما غمض من التقرير بما يتفق مع مصلحته، كما يجوز له أن يقدم من الأدلة ما يجعل المحكمة تستبعد التقرير كليا[1]، وإذا 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 نقص منها، أو استبداله بخبير آخر حسب ما جاء في المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية[2].

ومثل هذا التوجه يعطي نوعا من السلطة للقاضي للبحث عن الحقيقة خاصة أمام الأخطاء التي قد يقع فيها خبير البصمة الوراثية، حيث إن هذه الخبرة يمكن أن تتعرض كغيرها من الخبرات إلى الأخطاء، فقد يكون الخطأ متعلقا بتبديل العينات، خاصة عند تزاحم القضايا المتعلقة بهذه الخبرة، أو بسبب الإهمال وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة كشروط التبريد وتعقيم الأجهزة وما إلى ذلك.

لذلك فإن إعطاء القاضي سلطة تقديرية في هذا الجانب تمكنه من تجاوز هذا الخلل، خاصة إذا دقق في الأدلة وملابساتها، ومكن الخصوم من مناقشة ما جاء في التقرير، فقد يتعلق الأمر مثلا بحالة إنكار النسب ويدعي فيها الزوج أن الولد ليس منه ويطالب باللعان، وتطلب الزوجة اللجوء إلى البصمة الوراثية فتأتي النتائج نافية للنسب لكلا الزوجين، إذ أن المنطق يقول أن الولد ثابت نسبه من الزوجة على الأقل، فيدل ذلك على أن خللا ما وقع عند تسليم العينات أو أثناء إجراء عملية التحليل.

ثانيا: مدى تقيد القاضي بنتائج البصمة الوراثية

جاء في الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية أن: "القاضي غير ملزم برأي الخبير".

وبناء عليه فإن النتيجة التي يخلص إليها الخبير البصمة الوراثية لا تعدو أن تكون رأيا استشاريا لا يلزم القاضي به، وبالتالي فهي عبارة عن دليل مطروح في الدعوى يتزاحم مع غيره من الأدلة، لا يصادر ما قدم منها كما لا يمنع من تقديم غيرها، وللمحكمة أن تقيم قضاءها على الأدلة الأخرى

1 بوفاتح أحمد، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 67.

2 المادة 54: "إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنا عليها الخبير تقريره غير وافية، فله أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة. وله عى الأخص أن يأمر باستكمال التحقيق أو أن يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية".

المقدمة في الدعوى متى وجدت فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها[1]، وليست في حاجة إلى تبرير عدم أخذها بتقرير الخبير.

إلا أن ما درج عليه أن رأي الخبير قد يكون ملزما للقاضي في بعض الحالات، كما لو تعلق الأمر بمسألة فنية بحتة، ذلك أن مثل هذه الحالات تستوجب على القاضي الحكم بمقتضى رأي الخبير، فإذا لم يقتنع برأيه فعليه أن يستنير برأي خبير آخر، كما لو تعلق الأمر بالخبرة طبية لتحديد نسبة العجز[2].

أما بالنسب للبصمة الوراثية فعلى الرغم من أنها عبارة عن خبرة طبية إلا أنه لا يمكن وصفها بالخبرة الفنية البحتة، لأن النسب يمكن إثباته بطرق أخرى من غير البصمة الوراثية.

فعلى الرغم مما تتميز به البصمة الوراثية من دقة في النتائج فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن القاضي ملزم بما جاء في التقرير الذي أعده خبير البصمة الوراثية، إذ أنه يعتبر كغيره من تقارير الخبرة من حيث قوته الثبوتية، فمهما بلغت البصمة الوراثية من الدقة ومن اليقين تبقى دائما خاضعة لسلطة القاضي وتقديره

و يضاف إلى ذلك ما ذهب إليه الفقهاء في ترجيح الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية حيث قرروا أن مجال العمل بالبصمة الوراثية يكون في الحالات التي لم يثبت فيها النسب بأي طريق شرعي، مما يعني أن القاضي لا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا إذا لم يثبت النسب بأي طريق من الطرق الشرعية الأخرى، كما أن ظهور عناصر جديدة في الدعوى قد يثني القاضي عن الأخذ بتقرير البصمة الوراثية، كما لو ظهر شهود في القضية أو أي دليل شرعي آخر، فإن القاضي مطالب في هذه الحالة بأن يقدم الأدلة الشرعية و يعدل عن البصمة الوراثية.

الفرع الثالث: امتناع الخصم عن الخضوع لتحاليل البصمة الوراثية.

سبق البيان في المبحث السابق أن من بين الصعوبات التي تواجه البصمة الوراثية في الإثبات هو إمكان أن تصطدم بامتناع الخصم عن الخضوع للبصمة الوراثية، محتجا بأن هذا الإجراء يناقض مبدأ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضده، أو أن يتمسك بمبدأ حرمة جسده كون أن هذا

---

1 نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص565.

2 وذهب اجتهاد المحكمة العليا إلى: "أنه من المقرر قانونا إذا كانت المسألة محل الخبرة الفنية تخرج من اختصاص القاضي. فإن هذا الأخير يلتزم برأي الخبير فإذا حدد نسبة مئوية لعجز شخص معين فلا يجوز للقاضي أن يخفض النسبة إلا إذا اسند خبرة طبيب آخر"قرار رقم 49302 بتاريخ 1988/04/11، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 02، ص 40

الإجراء يعتمد في مادته الحيوية على أجزاء من جسمه، كالدم والشعر واللعاب والبول والمني.

وبخصوص هذه المسألة نجد أن التعديل الجديد لقانون الأسرة اكتفى بالنص على جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب التي من بينها البصمة الوراثية، و لم يبين الحل المتبع عند عدم خضوع أحد الأطراف للفحص.

وأمام عدم جدوى اللجوء إلى أسلوب الإكراه أو أسلوب الضغط الذي تنص عليه بعض القوانين من خلال فرضها غرامة مالية عند عدم تعاون الخصم مع العدالة، أو عند عرقلته لأعمال الخبير، فإن هذا الإجراء غير مجد باعتراف من التشريعات التي سنت مثل هذا الأسلوب، واستبعد تطبيقه قضائيا في مثل هذه الحالات.

لذلك فإننا نجد من التشريعات في بعض الدول، والتي نصت على جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية في قضايا النسب أنها جعلت امتناع الخصم عن الخضوع لهذا التحليل يعد بمثابة قرينة ضده[1].

وأرى أن هذا الحل هو الأصوب والأنسب في مثل هذه القضايا لتناسبه مع المبادئ التي يقوم عليها الإثبات، ويحترم حرمة الحياة الخاصة للفرد، لذلك فإنه كان ينبغي على المشرع الجزائري أن يحذو حذو هذه التشريعات، و ينص على أن امتناع الخصم عن الخضوع لمثل هذه الخبرة يمثل قرينة ضده.

وذهاب المشرع إلى الإشارة إلى هذا الموقف يمكن أن تكون له أهمية كبير في الإثبات، فهو يبين للأطراف الآثار المترتبة عند الامتناع كما يمكن من خلاله تفادي بعض الحالات غير المرغوب فيها، فقد سبق وأن بينت حقيقة الخلاف الذي عليه القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص صاحب الحق في طلب اللجوء إلى البصمة الوراثية إذا تعلق الأمر بنفي النسب، حيث إن القانون الجزائري يقرر جواز اللجوء إلى الخبرة بناء على طلب الأطراف أو حدهم أو أن يأمر به القاضي من تلقاء نفسه، ومثل هذا التوجه قد يفوت على الزوجة حقها في الستر الذي وفرته لها الشريعة الإسلامية، لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن طلب تحليل البصمة الوراثية إذا تعلق الأمر

---

1 المادة 343 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني: "يجوز أن يتناول التحقيق في اتخاذ إجراء على جسم الإنسان كفحص الدم شرط أن لا يكون مخالفا لقواعد الفن أو مفضيا إلى ضرر هام، وللمحكمة أن تستخلص من رفض الخصوم الإذعان لهذا الإجراء قرينة على صحة الحالة أو الواقعة المراد إثباتها" والموقف نفسه تبناه قانون إصلاح العائلة الإنجليزي الصادر سنة 1969 والذي أعطى السلطة التقديرية للقاضي من حيث العمل بفحص الدم، وفي حالة رفض الخصم فإن ذلك يعد دليلا على صحة ادعاء الخصم الآخر (عباس لعبودي، شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 243).

بنفي النسب من حق الزوجة فقط أما الزوج فله حق اللعان[1]، وبيان هذا الأثر يعطي للمرأة الحق في الامتناع، وفي هذه الحالة لا يملك القاضي إلا أن يحيل الطرفين إلى الملاعنة الشرعية.

أما عن قيمة هذه القرينة المستخلصة من امتناع الشخص فهل هي قرينة قاطعة بحيث يمكن للقاضي الحكم من خلالها على صحة مزاعم الخصم الثاني، أم هي قرينة بسيطة؟ فإن الأولى والأفضل في هذا المجال جعلها قرينة بسيطة مساوية لقيمة الخبرة في الإثبات، فإذا كانت القيمة القانونية للبصمة الوراثية أنها تعد أحد الأدلة في الدعوى وأنها تقدم رأيا استشاريا للقاضي عند الحكم في الدعوى، فكذلك الحل بالنسبة لقرينة الامتناع فيجب اعتبارها قرينة بنفس القيمة، لأن الامتناع قد يكون لأسباب أخرى كحالة الخوف الذي قد يصيب الخصم أو أن يرى في خضوعه لهذا التحليل مساسا بكرامته، لذلك فلو فرضنا مثلا في أحد قضايا النسب أن القاضي أمر باللجوء إلى البصمة الوراثية ورفض أحد الخصوم إجراء هذه الخبرة، ثم تبين أن هناك أدلة جديدة كوجود شهود مثلا، وشهدوا لصالح الخصم الذي رفض الخبرة فإنه على القاضي أن لا يحكم بناء على امتناع هذا الخصم في إجراء الخبرة، بل عليه أن يهملها ويتركها جانبا ويحكم بناء على شهادة الشهود في القضية لأن شهادة الشهود مقدمة على البصمة الوراثية.

وبخصوص إثبات الامتناع فإنه إذا كان امتناع الخصم في الخضوع لتحليل البصمة الوراثية يعد أحد القرائن التي يعتمد عليها القاضي في الإثبات فإن إثبات الامتناع يعد أمرا هاما، لذلك فإن التزاما يقع على عاتق الخبير تجاه الخصوم بإعلامهم بتاريخ بدأ عمله، فعليه أن يدعو الخصوم لحضور ذلك بإخطارهم بواسطة كتاب موصى عليه بعلم الوصول، وذلك للتحقق من وصول هذه الدعوة إلى الخصم، ويكون ذلك قبل خمسة أيام من بدأ المهمة، يخبرهم فيه بمكان أول اجتماع ويومه وساعته لإجراء أعمال الخبرة[2].

ويمكن اعتبار تخلف الخصم عن حضور هذا الموعد دليلا على امتناعه إلا إذا أثبت عكس ذلك بجميع طرق الإثبات، وعلى الخبير في هذه الحالة أن يخطر القاضي بامتناع الخصم وتخلفه عن إجراء الخبرة، وفي هذه الحالة فإنه بإمكان القاضي أن يعطي مهلة للخصم للامتثال لإجراءات الخبرة

---

1 يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، www.karadhaoui.com

2 المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية: "يجب على الخبير أن يخطر الخصوم بالأيام والساعات التي سيقوم فيه بإجراء أعمال الخبرة

وفي غير حالات الاستعجال يرسل هذا الإخطار إلى الخصوم قبل اليوم المحدد بخمسة أيام على الأقل بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إما إلى موطنهم الحقيقي أو محل إقامتهم أو إلى موطنهم المختار ويثبت الخبير أقوال وملاحظات الخصوم ".

من جديد إذا كانت هناك أسباب سائغة منعته من الحضور.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خلاصة الفصل:

البصمة هي نوع من الخبرة الطبية، يتطلب استخدامها كدليل في القضايا المتعلقة بالنسب توفر جملة من الشروط الأولى تتعلق بمدى سلامة الأجهزة والآلات المعدة لذلك وكذلك الأسس العلمية التي تتطلبها هذه الخبرة لتحقق أكبر معدل لليقينية, كما يجب أن يخضع العاملين والمشرفين على المختبر لجملة من الشروط، هي نفسها الشرط 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 اعتداء على كرامتهم ومساس بحريتهم واعتداء على حرمة جسدهم، وهو ما يجعل مسألة البحث عن طريقة يتم بها التوفيق بينها وبين هذه الصعوبات أمرا ضروريا.

وقد 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، ومرحلة تدخل فيها المشرع وأدخل تعديلات على قانون الأسرة بما في ذلك المادة 40 منه، والتي 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 وما ذهب إلية قانون الأسرة الجزائري في صيغته الحالية فإن هناك بعض الاختلافات التي يجب على المشرع تداركها حتى يتطابق القانون مع مبادئ الشريعة الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخـــاتمة

الحمد لله على كريم فضله وخالص نعمته أن وفقني في إنجاز هذا البحث الموسوم بالبصـــمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري–، حيث أردت من خلال هذه الصفحات أن أسلط الضوء على نازلة من النوازل التي اســـتحدث أمرها في هذا الزمان، وكان لها مكان في رواق المحاكم، فكان لا بد من إسقاط الأحكام الشرعية عليها من حيث الحل والحرمة، وكذا بيان الضوابط والشروط التي يجب أن تخضع لها، خاصة وأن مجال استخدامها يتعلق بأمر ذي بال، له خاصيته، ألا وهو النسب الذي عنى الشارع به فأراده أن يكون ضرورة من الضرورات، وقاعدة من القواعد الكلية التي حرص أن يصـــونها وأن يخصـــها بالعناية والرعاية، وذهب التشريع الوضعي الجزائري المتمثل في قانون الأسرة إلى الاقتداء بما ذهب إليه هذا التشريع فنهل مما قال به فقهاؤها.

ومن أجل هذا وجب أن تكون أحكام البصمة الوراثية عندما يتعلق الأمر بإثبات النسب، خادمة لما استقر عليه الشرع، وعلى هذا الأساس كانت معالجتي لهذا الموضوع، وعلى إثر ذلـــك توصلت إلى عدة نتائج ومقترحات هامة تمثل عصارة هذا البحث، تتمثل في:

أولا: النتائج

1- أن البصمة الوراثية هي البنية الوراثية –نسبة إلى المورثات– التي ينفرد بها كل شخص عن غيره، والتي تفيد في التحقق من الشخصية والوالدية البيولوجية، وهي من الناحيـــة العلميـــة وسيلة لا تكاد تخطئ في إثبات النسب والتحقق من الهوية.

2- سميت البصمة الوراثية بصمة تشبيها لها ببصمة الأصبع لأن الشخص ينفرد بها عـــن غيره تماما كما ينفرد ببصمة الأصبع عن غيره، أما كلمة وراثية فلأنها تورث مـــن الأصـــول إلى الفروع، هي نتاج الاختلاف في تكوين المورثات الموجودة في الصبغيات (الكروموزومـــات)، الموجودة في نواة كل خلية من خلايا الجسم.

3- يرث كل فرد بصمته الوراثية من والديه، نصفها من الأب (الحيوان المنوي) ونصفها من الأم (البويضة)، ويؤدي التقاؤهما إلى تكوين مركب ثالث يختلف عنهما، يمثـــل البصـــمة الوراثية للابن، لذلك جاز استخدامها في إثبات البنوة عن طريق مقارنة بصمته ببصمة والديـــه،

وجاز التحقق عن طريقها من الشخصية لانفراد كل شخص ببصمة وراثية ليس لها مثيل عنـــد غيره.

4- الأصل في البصمة الوراثية من الناحية العلمية القطع اليقين، والخطأ فيها ليس مرده إلى طبيعة البصمة، بل إلى الظروف المحيطة بها، وظروف إجراء الاختبار، والقائمين عليها، وإلى غـــير ذلك من عوامل الخطأ البشري، عند تسليم العينات وإجراء الاختبار، والتلوث والتعفن وعـــدم احترام شروط الحفظ وسلامة الأجهزة.

5- تصل نسبة نجاح البصمة الوراثية إلى نسبة 99.9 %، وبالتالي فهي قرينة قريبة مـــن القطع، يجوز بناء الحكم عليها لإثبات النسب استقلالا، اعتمادا على أن الحق كما يثبت بالقرائن القاطعة فإنه يثبت أيضا بالقرائن المغلبة للظن، وعلى قاعدة تشوف الشارع لإثبات النسب حيث يجوز إثباته مع وجود الشبهة.

6- تُعنى البصمة الوراثية بدراسة انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع، أي أن تحديد درجة القرابة عن طريق البصمة الوراثية أساسه الشبه، بما يعني أن البصمة الوراثيـــة تمثـــل امتدادا وتطورا عظيما في علم القيافة الذي أجازه جمهور الفقهاء في إثبات النسب.

7- يمكن الاستدلال أيضا على جواز العمل بالبصمة الوراثية بناء على أن الأمة قد قبلت إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة، كبطاقات الهوية التي عليها صورة حاملها وبصمات الأصابع والتوقيع الخطي ونحو ذلك، وقد دل على ذلك الإجماع العملي، والبصمة الوراثية مثـــل ذلـــك وأولى، لذلك تعد البصمة الوراثية طريقا شرعيا لإثبات النسب قياسا على القيافة بل أن البصمة الوراثية أدق وأوثق منها لذلك فهي مقدمة عليها.

8- يأتي ترتيب البصمة الوراثية من حيث مترلتها في إثبات النسب في المرتبة الرابعة بعـــد الطرق الشرعية المتفق عليها وهي الفراش والإقرار وشهادة الشهود.

9- لا يجوز بأي حال من الأحوال استخدام البصمة الوراثية للتأكد من صحة أنســـاب ثبتت بأي طريق من الطرق الشرعية الثابتة والمتفق عليها، سواء تعلق الأمر بفراش أو شـــهادة أو إقرار، لما في ذلك من مفاسد أسرية واجتماعية، وإنما يكون مجالها في إثبات أنساب لم تثبت بعد أو عند التنازع في الإثبات وعدم وجود دليل قوي، أو عند تعارض الأدلة وعدم وجـــود دليـــل مرجح.

10- إذا توفرت شروط الفراش فإنه لا يجوز نفي النسب إلا بالطريق الشرعي الوحيـــد الذي دل عليه القرآن والسنة النبوية المطهرة وهو اللعان، والقول بإحلال البصمة الوراثية مكـــان

اللعان هو قول مردود وباطل، لما في ذلك من المصادمة بالأدلة الشرعية، ولما في اللعان من حكم بليغة.

11- يجوز استخدام البصمة الوراثية كقرينة يعتمد عليها لمنع اللعان بين الزوجين، على أن يكون ذلك بناء على طلب من الزوجة وحدها، حيث إذا أيدت قول الزوج أجري اللعان، وإذا أيدت قول الزوجة كان ذلك مدعاة للعدول عنه.

12- لا يمكن اعتماد البصمة الوراثية كدليل أمام القضاء إلا بتوفر جملة من الضوابط والشروط، تتعلق بالقواعد والأسس العلمية والمعملية للبصمة الوراثية، وشروط خاصة بالقائمين عليها من تجربة وإسلام وعدالة وزوال التهمة.

13- إذا امتنع أحد الخصوم عن إجراء البصمة الوراثية عد ذلك قرينة بسيطة ضده مساوية للقيمة الشرعية والقانونية لخبرة البصمة الوراثية.

ثانيا: المقترحات

1- أناشد المسؤولين في الدولة الجزائرية خاصة والدول الإسلامية عامة إلى ضرورة أن يبقى مختبر البصمة الوراثية تابعا للدولة، وخاضعا لإشرافها، وعدم السماح للأفراد بامتلاك مثل هذه المختبرات، لما في ذلك من مخاطر.

2- يجب أن يمنع اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية، إلا بناء على طلب من الهيئات المختصة كوزارة الداخلية والجهات القضائية، وفي إطاره المشروع وفقا للحالات التي حددها أهل العلم للجوء إلى هذا الاختبار، وأن لا يسمح للأفراد باللجوء تلقائيا لإجراء هذا التحليل، لما في ذلك من مفاسد ومخاطر قد تؤدي إلى تهديم الأسرة وفساد المجتمع، ويجب تطبيق عقوبات ردعية في حال حدوث ذلك.

3- يجب أن يعاد النظر في مسألة تقنين البصمة الوراثية في قانون الأسرة بحيث تكون صياغة هذا التقنين دالة على أولوية الطرق الشرعية لإثبات النسب على البصمة الوراثية، أو عن طريق تحديد الحالات التي يلجأ إليها للبصمة الوراثية على وجه الحصر كما حددها العلماء.

4- أناشد المسؤولين في الدولة إلى ضرورة التدخل، ووضع تعديل لقانون الأسرة الجزائري، يتم بمقتضاه تقنين أحكام اللعان، وتحديد شروطه لتسهيل المهمة على القضاة.

5- كما أتوجه برسالة إلى القضاة، أدعوهم فيها بأن يضطلعوا بمهمتهم المنوطة بهم، وتوخي الحيطة عند اللجوء إلى البصمة الوراثية، وعدم الثقة الزائدة في هذه التقنية، وعدم الإفراط

في استخدامها في قضايا النسب، إلا إذا تحققت حالاتها التي نص عليها العلماء، وأن لا يبادروا إلى اللجوء إلى هذه الخبرة دون قيد أو شرط.

6- أؤكد على أهمية هذه التقنية العلمية وفوائدها الجمة، لذلك وجب على كـــل دولـــة مسلمة السعي لامتلاكها واستخدامها خدمة للعدالة، كما يجب أن يحاط هذا الأمر بمنتهى العناية والحذر، لما فيها من المخاطر إذا أسيء استعمالها.

7- أرى أنه من الضروري استصدار قانون خاص ينظم مخبر البصمة الوراثية، ويحدد كيفية عمله وشروط إجراء الاختبار والإجراءات التنظيمية لذلك، وأن يوضع على رأس هذا المختـــبر رجال مشهود لهم بالصلاح من علماء وأطباء وتقنيين ووضع لجنة خاصة بالرقابة علـــى هـــذا المختبر.

بهذا أصل إلى نهاية هذا البحث، وما قصدت بيانه من أحكام لهذه النازلة الحديثة، فما كان به من حق وصواب فبتوفيق من الله تعالى، وما كان به من خطأ فمن نفسي ومـــن الشـــيطان، أستغفر الله تعالى عن كل زلة قلم أو سوء فهم، وأحمده تعالى على توفيقه لي.

وفي الختام أدعو الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا جميعا إلى ما يحبه ويرضاه، إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملاحق

الملحق الأول: تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية

الملحق الثاني: صور توضيحية تشرح آلية عمل تقنية البصمة الوراثية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملحق الأول: تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية[1]

بسم الله الرحمن الرحيم

بدعوة كريمة من صاحب السمو الملكي الأمير نايف بن عبد العزيز وزير الداخلية، وبناء على قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الخامسة عشرة، المتضمن تشكيل لجنة لدراسة البصمة الوراثية، قامـــت اللجنة المذكورة برئاسة فضيلة الدكتور صالح بن زابن المرزوقي أمين المجمع الفقهي الإسلامي وعضوية كل من الأستاذ الدكتور محمد علي البار، والأستاذ الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد، والأستاذ الدكتور محمد عابد باخطمة، والأستاذ الدكتور علي محيى الدين القره داغي يوم الثلاثاء 1420/08/16هـــ بزيارة إدارة الأدلة الجنائية وأقسامها المختلفة، في وزارة الداخلية، واستقبلت من قبل مديرها اللواء محمد البار وبعض المسؤولين فيها استقبالا حارا، واحتفي بها حفاوة بالغة.

واطلعت بالتفصيل على كيفية ما يجري حول التحقيق في الأدلة الجنائية من البصـــمة العاديـــة، والبصمة الوراثية، والآلات المستعملة في الجريمة، وغيرها، وكان الهدف الأساس للجنة هـــو الاطـــلاع الكامل على ما يجري حول البصمة الوراثية وذلك للوصول إلى الحكم الشرعي الذي لا يتأتى بدقة إلا بعد التعرف على محل الحكم من جميع جوانبه "إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره".

وقد ألقى مسؤول قسم البصمة الوراثية محاضرة قيمة بالصوت والصورة لمدة ســـاعة ونصـــف الساعة شرح فيها الجانب النظري والتقنيات المعاصرة المطبقة لدى القسم بالمملكة، وقد أوضح فيها أن العينات البايلوجية التي تخضع للفحص والبصمة الوراثية تشمل الدم، والمني، واللحم، والشعر، واللعاب، والعظم، والسن، ونحو ذلك، وبين بأنه منذ اكتشاف DNA(الحمض النووي) عام1944م تبين أنه المسؤول عن نقل المورثات، وخطا العلم خطوة عظيمة في مجال كشف المجرمين عن طريـــق البصـــمة الوراثية، وفي مجال معرفة مدى صحة نسبة الأولاد إلى أبائهم، وأمهاتهم حتى تصل نسبة احتمال الخطأ فيها إلى -1- من مئات الملايين، بل المليارات

ثم شرح للجنة التقنيات التي تستعمل في المملكة العربية السعودية في مجال البصمة الوراثية موضحا الخطوات العلمية التي تبدأ بأخذ العينات، ثم مرحلة الاستخلاص لمادة DNA، ثم معرفة المقاطع، ونسخ الجينات لتكثيرها وتكبيرها عن طريق جهاز PCR, ثم البدء بالتعرف علـــى الخـــواص والصـــفات الأساسية، وإجراء عدة تجارب على الجينات عن طريق تقنية STRالتي تتيح لنـــا إجـــراء الفحـــص والكشف على تسع جينات، وقد أفاض المسؤول في شرح هذه التقنيات، وعرض على أعضاء اللجنـــة

[1] تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص289-300.

صورا وتطبيقات ووقائع عملية.

وقد أكد المسؤولون في الأدلة الجنائية للجنة ما يأتي:

(أ) حفظ العينات في الثلاجات المناسبة حتى لا تتلوث.

(ب) حفظ النتائج في الثلاجات التي تصل نسبة البرودة فيها إلى1180 درجة تحت الصفر.

(ج) تتخذ كل الاحتياطات لأجل عدم التلوث.

(د) إن الانتقال من مرحلة الأخذ إلى مرحلة الفحص، إلى مرحلة الاستكشـــاف إلى الوصول إلى النتائج.. كل هذه المراحل يحتاط فيها من حيث وجود الشهود، وعملية التســـلم والتسليم، حتى لا يحدث التزوير والانتحال أو غير ذلك.

(ه) إن التقرير الأخير لا بد أن يوقع عليه أربعة أشخاص من المسؤولين المباشرين للعمل، إضافة إلى توقيع المدير.

(و) إن إدارة البصمة لا تكتفي بفحص جينة واحدة، ولا اثنتين ولا ثلاث على الرغم من تكاليفها الكبيرة، وإنما تقوم بفحص أكثر من أربع جينات، وذلك لاحتمال وجود شبه في جينة واحدة، ولكن كلما زاد عدد الجينات المفحوصة أصبحت النتيجة قطعية أو قريبـــة مـــن القطع.

(ز) إن إدارة الأدلة الجنائية لا تسمح للقطاع الخاص بالولوج في هذا الميـــدان نظـــرا لخطورته، وقد منعت عن طريق وزارة الداخلية معملا خاصا بجدة عن ممارسة هذا النشاط.

وفي تمام الساعة الثالثة والربع بعد الظهر اجتمعت اللجنة العلمية الخاصة بدراسة البصمة برئاســـة أمين المجمع الدكتور صالح بن زابن المرزوقي. وبعد افتتاح الجلسة قال: إننا قد استفدنا من زيارتنا لإدارة الأدلة الجنائية استفادة كبيرة وقد ظهر لي بعد المشاهدة أن ما يجري في المملكة من الخطوات العمليـــة والاستفادة من التقنيات المتطورة شيء مشرف، كما أننا لاحظنا أن إدارة الأدلة الجنائية بالمملكة حريصة كل الحرص على اتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات لصحة النقل، وعدم التلوث، والمطابقة.

وبعد ذلك بدأ أعضاء اللجنة بمناقشة الموضوع على ضوء مشاهداتهم لما جـــرى في إدارة الأدلـــة الجنائية (قسم البصمة الوراثية)، حيث تداول الأعضاء أهمية البصمة، وقوة دلالتها، وصحة الإجـــراءات المتخذة من قبل الإدارة، ومدى توسيع دائرتها، لتشمل النسب، وإثبات الجرائم، وغير ذلك . وقبل بيان ما توصلت إليه اللجنة أخذت في الاعتبار تعريف البصمة الوراثية، والتأكيد على بعض الأمور:

تعريف البصمة الوراثية

هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات) التي تدل على هوية كل فرد بعينه ويمكـــن أن يقال: إنها مركب كيميائي ذو شقين، بها يتفرد كل إنسان عن غيره. وأفضل مثل لها ما يعرفـــه أهـــل القافة من اختلاف الأقدام، وأهل الفراسة من اختلاف الوجوه، والتعريف الأول هو الذي اختارته ندوة الوراثية الهندسية، وأقره المجمع الفقهي للرابطة في دورته الخامسة عشرة

سميت بصمة (تشبيها لها ببصمة الإصبع) لأنها متفردة، ووراثية لأنها تورث ولا تستحدث، وتوجد في المورثات (الجينات) التي تدخل في تكوين الصبغات الوراثية (كروموزومات) الموجودة في الخليـــة. ويختلف موضع شقي هذا المركب في الصبغات في كل فرد .

يرث الإنسان أحد شقي البصمة من الأم (البويضة) والأخر من الأب (الحيوان المنـــوي) ولمـــا كانت المواقع مختلفة في كليهما فإن التقاءهما سيكون شيئا ثالثا مختلفا هي بصمة الابن، فمصدر الشطرين معروف، إلا أن التقاءهما يكون بصمة مختلفة، ومن المهم التأكيد على أن تحديد البصمة يتم بناء علـــى البويضة والحيوان المنوي وليس على الرحم الذي حمل الجنين.

وأما الأمور التي أكدت عليها اللجنة، فهي:

-إن نصوص الشريعة ودلالتها هي الأساس فلا يقدم شيء عليها .

-أن للشريعة مقاصد خاصة في النسب، وغير» لذا يجب أن تلاحظ هذه المقاصد عند إقـــرار أي دليل.

أن البصمة الوراثية وإن أثبتت الأبوة، أو البنوة البايلوجية (أي أن هذه النطفة من ذلك الرجـــل) فإن الشريعة تشترط شروطا أخرى لإثبات النسب منها وجود العقد، أو عدم ثبوت الزنا، وغير ذلك.

أن هذه الشريعة لا يمكن أن تتعارض حقائقها مع الحقائق العلمية: لأن مصدرهما من خالق واحد عليم خبير وهو الله جل جلاله.

ثم توصلت اللجنة من خلال العرض والمناقشة، إلى ما يأتي:

1-إن البصمة الوراثية، إذا استوفت الشروط العلمية الكاملة واجتنبت الأخطاء البشـــرية، فـــإن نتائجها تكاد تكون قطعية، ففي إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما تصل نتائجهـــا إلى 99.9 % وفي مجال إسناد العينة (من الدم، أو المني، أو اللعاب) التي وجدت في مسرح الحـــادث إلى صاحبها يكاد يكون قطعيا حيث أن نسبة الخطأ في ذلك واحد إلى 2 تريلون في بعـــض الحـــوادث، وواحدة إلى ما يقرب من 000, 000, 840 مليون في حوادث أخرى فهي إذن - عندما تجرى

حسب أصولها العلمية المعتبرة في المختبرات المعتمدة – أدق بكثير من القافة العادية.

2 –إن الخطأ في البصمة الوراثية ليس منشؤه طبيعة البصمة، وإنما الخطأ في التناثر – إن وجد – معزو إلى الجهد البشري، أو عوامل التلوث ونحو ذلك

3 –تؤكد اللجنة على أهمية هذا العلم وفوائده الجمة في خدمة العدالة، وبالمقابل تؤكد كـذلك على مخاطر التناثر التي تتوصل إليها البصمة الوراثية في مجالات الإرث وإثبات الجـرائم وإسـنادها إلى أصحابها، ونحو ذلك، لذا ترى اللجنة أن يستفاد من هذا العلم، ولكن بضوابط دقيقة وتعاون بناء مـع السلطة التنفيذية والقضائية للوصول إلى النتائج المرضية، وذلك من خلال ما يأتي:

أن تكون مختبرات البصمة الوراثية خاصة بالدولة، أي ألا تكون مختبرات لأجل الربح، ولذا نرى أن لا تسمح الدولة للقطاع الخاص بإجراء المورثات (البصمة الوراثية) وإذا أجري تحليل البصمة عـن طريق مختبرات بمقابل مادي فلا يؤخذ بتقريرها شرعا

نرى ألا يطلع عليه المراجعون البتة، لما يترتب على ذلك من مخاطر كبيرة

يجب أن تحرص الدولة على وضع رجال مشهود لهم بالعلم والتقـوى والإخـلاص في هـذه المختبرات وفي إدارتها .

أن تفرض كل الوسائل الممكنة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث، وكل ما يخص الجهد البشري حتى تكون النتيجة مطابقة للواقع

أن يكون هناك جهة رقابية متخصصة، تقوم بالتدقيق في صحة النتائج المعتمدة في التحليل، وأن تفرض عقوبات صارمة على المخالفين

أن لا يقل عدد المورثات (الجينات) المستعملة للوصول إلى أية نتيجة في أي مجال مقصود عـن العدد الذي يثبت العلم إمكانية الاكتفاء به، وفي هذا الوقت نرى ألا تقل عن ست مورثات، وإن أثبت العلم أكثر فيجب الأخذ به، حتى لا يبقى مجال للشك أبدا .

تشكيل لجنة في كل دولة خاصة بالبصمة الوراثية يكون فيها المتخصصون الشرعيون والأطبـاء والإداريون، وتكون مهمتهم الإشراف على نتائج البصمة واعتماد نتائجها بمنتهى السرية

4– ترى اللجنة أن استعمال البصمة الوراثية لكشف المجرمين وإثبات جرائمهم أمر مفيد جدا ، ينبغي قبوله حيث يخدم العدالة، ويصب في تحقيق الأمن للمجتمع، ويصل إلى أن ينال المجرم عقابه، وأن يبرأ البريء، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة، ولكن الحدود لا تثبت بالبصمة، لأنها تدرأ بالشـبهات، ويمكن أن يستدل بها على تبرئة البريء المزمع إقامة حد أو قصاص عليه.

5- وترى اللجنة أن استعمالها في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة، ولذلك لا بد أن تقدم على البصمة الوراثية القواعد والمبادئ الشرعية (مثل الولد للفراش وللعاهر الحجر، وأن نفي النسب الثابت بالفراش لا يكون إلا باللعان)، ولذلك لا بد أن يمنع استعمال البصمة الوراثية في نفـــي النسب الثابت، وأن يفرق بين الابن البايلوجي (مثلا) والابن الشرعي، وذلك لأن الشـــريعة تشـــترط شروطا أخرى في إثبات النسب غير كون النطفة من الوالد، مثل وجود العقد ونحو ذلك، فليس هنـــاك تلازم بين الأمرين، فالولد الثابت بنوته لشخص من حيث النطفة (أو البصمة) لا يثبت نسبه منه إذا ثبت أنه من الزنا منه مع أنه ابنه البا يلوجي؟ ولذلك ترى اللجنة أن تحدد مجالات استعمال البصمة الوراثية في الحالات التالية:

(أ) مجهول النسب أو اللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص يدعي كل منهم أنـــه يلحق به فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لترجح أحدهم على الأخر.

(ب) لمنع الوصول إلى اللعان، فإذا شك الزوج في نسب ولد» شكا كبيرا لأي ســـبب كان مثل أن طال عدم دخوله بزوجته أو رأى أجنبيا دخل عليها، ويظن عدم نسبته إليه ظنا غالبا، ويريد الزوج الملا عنة، فتقول زوجته أو الحكم في ذلك: الجأ إلى البصمة الوراثية حتى تكشف لك السر؟ . أو يلجأ الزوج إلى المحكمة، وحينئذ تعرض المحكمة على الرجل أن يلجأ إلى البصمة الوراثية، أو تأمره بذلك، فإذا ظهرت النتيجة إيجابية أي أثبتت أن الولد للـــزوج ينتهي أمر الشك، أما إذا كانت سلبية فلا ينتفي النسب إلا باللعان.

(ج) في حالة اختلاط المواليد في المستشفيات، حيث قد يحدث اللـــبس والشـــك ، وحينئذ تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية فتثبت نسبة كل مولود إلى والديـــه بناء عليها .

(د) اختلاط الأطفال في حالات الحروب، ومطالبة ذويهم بـــأن يعرفـــوا أطفـــالهم الحقيقيين.

(ه) في حالة وطء الشبهة، حيث يمكن إثبات نسبة المولود إلى الزوج ، أو إلى الـــذي واقعها بشبهة.

(و) في حالة أن يدعي مجهول نسب الانتساب إلى آخر.

(ز) 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 قول الزوجة فحينئذ ينتهي النزاع ء وإذا دلت على غير ذلك فتطبق القواعد العامة في الشريعة.

(ح) اختلاف الزوج مع زوجته وادعاؤه أن الحمل قد حدث قبـــل التـــزوج منـــها وبالتالي فليس منه، وحينئذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية على ضوء فقرة (ز).

(ي) في حالة عودة المفقودين والأسرى الذين طال عهدهم ببلدهم وهم الآن قد عادوا ويريدون التعرف على ذويهم» ولكن ذويهم في شك من أمرهم.

(ك) في حالات طفل الأنابيب قد توجد شبهة في أن ذلك المني من الـــزوج، وحينئـــذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية لتحديد ذلك ، وقد يحدث ذلك في حالات تجميد المني في الثلاجات، واحتمال الخلط واللبس، والأفضل أن يجعل فحصه بالبصمة أحـــد الإجـــراءات المسبقة على التلقيح الصناعي.

(ل) في حالات طفل الأنابيب إذا حصل لبس وشبهة في اختلاط البويضات كمـــا في (ك).

6- وترى اللجنة جواز استعمال البصمة الوراثية في التعرف على جثث الضحايا في أثناء الحروب والكوارث ونحوها لمعرفة حقيقتهم وهويتهم.

7- ترى اللجنة عدم جواز بيع البصمة الوراثية، لجنس أو لشعب أو لفرد، لأي غرض، وعـــدم هبتها لأي جهة

رئيس اللجنة

د. صالح بن زابن المرزوقي

الأعضاء

د. علي محيى الدين القره داغي

د. محمد عابد باخطمة

د. نجم عبد الله عبد الواحد

د. محمد علي البار

وقد أضاف سعادة الدكتور محمد بن عابد باخطمة بعض الأمور التي تزيد البصمة الوراثية وضوحا

وباعتبار تعريف البصمة الوراثية، وما تبعه من أمثلة، فإنه :

أولا : يتعذر (والله على كل شيء قدير) التشابه بين بشرين (خُلقا من التقاء بويضة وحيوان منوي) منذ بدء الخليقة وحتى آخر الزمان .

ثانيا : يمكن تحقيق انتماء أي جزء مهما كان ضئيلا إلى جسم الإنسان الذي هو منـــه: لأن البصمة موجودة في كل خلية من الإنسان .

ثالثا : ليس للشقين مصدر غير الأب والأم، فكل فرد يشبه أحد شقيه بصمة أمـــه وشـــقه الآخر يشبه بصمة أبيه .

رابعا : بعد أن تتكون البصمة تبقى حتى لو ماتت الخلية .

خامسا : لا يمكن إرجاع البصمة إلى صاحبها، أو أحد شطريها إلى مصدره إلا بالمقارنـــة، ومطابقة المتشابه أمثال ذلك :

1- شعرة مجهولة المصدر، لا يمكن القول إنها لزيد إلا بعد مقارنتها بشيء من جسم زيـــد (دم - مني - قطعة من أظافره - جزء من عظمه... إلخ) أما في غياب زيد فلا يمكن إثباتها له أو نفيها عنه .

2-طفل مجهول الأب (أو الأم)، لا يمكن معرفة أمه (أو أبيه) إلا بمقارنة بصمته الوراثية (في العادة تؤخذ من خلايا الدم) بمن يراد التحقق منه، أحدهما أوكليهما، وعليه فإنه مـــن الممكـــن إرجاع الطفل إلى أم فقط، أو أب فقط، أوكليهما أو النفي عن أحدهما أوكليهما .

3- أم ولدت طفلا وكانت قد جامعت رجلين أو أكثر، فإن شق البصمة الذي مـــن الأم يمكن إرجاعه إلى مصدره تحقيقا بعد مقارنة بصمة الطفل مع بصمتها، أما الشق الذي مـــن الأب فيمكن إرجاعه على وجه التأكيد إلى أحدهم بعد مقارنة بصمة الطفل مع بصمة كل منهم، أما إن نفت البصمة نسبته إلى أي منهم فإن أباه رجل آخر .

4- رجل مات وله ولد .. وادعت كل واحدة من زوجاته الأربع (مثلا) أنها الأم فإنـــه يمكن بالبصمة تحديد شطر الأب تحقيقا، ثم يؤكد بالبصمة

وبمقارنة شطر الأم مع الزوجات الأربع يمكن إرجاعه إلى إحداهن إن كانت إحداهن أمه، فإن أرجعت البصمة الولد إلى إحداهن فهي أمه، وإن نفته عنهن كلهن فإن أمه ليست إحداهن بل امرأة أخرى.

5- لو فرض أن دولة ما قررت أن تضع البصمة الوراثية لكل مولود في بنك للمعلومـــات ثم بعد سنين وجد شخص (أو جزء منه) مجهول الهوية، فإنه يمكن معرفة بصمته الوراثية، وبالتالي مقارنتها مع بنك المعلومات لمعرفته، وهذه الطريقة متبعة في الجيوش المتقدمة لمعرفـــة أصـــحاب الرفات بعد تفرق أجسادهم.

والأمثلة كثيرة لا يحصرها عدد، ويمكن وضع مسائل نظرية كثيرة واقتراحات عديدة ...

وأقرب مثل لإمكانية تعدد الأمثلة هو مسائل المواريث في الفرائض.

سادسا : البصمة الوراثية ليست سوى أداة دقيقة صحيحة وأكيدة لتعريف الشخص بمفرده، وبالنسبة إلى أمه (صاحبة البويضة)، وأبيه (مصدر الحيوان المنوي)

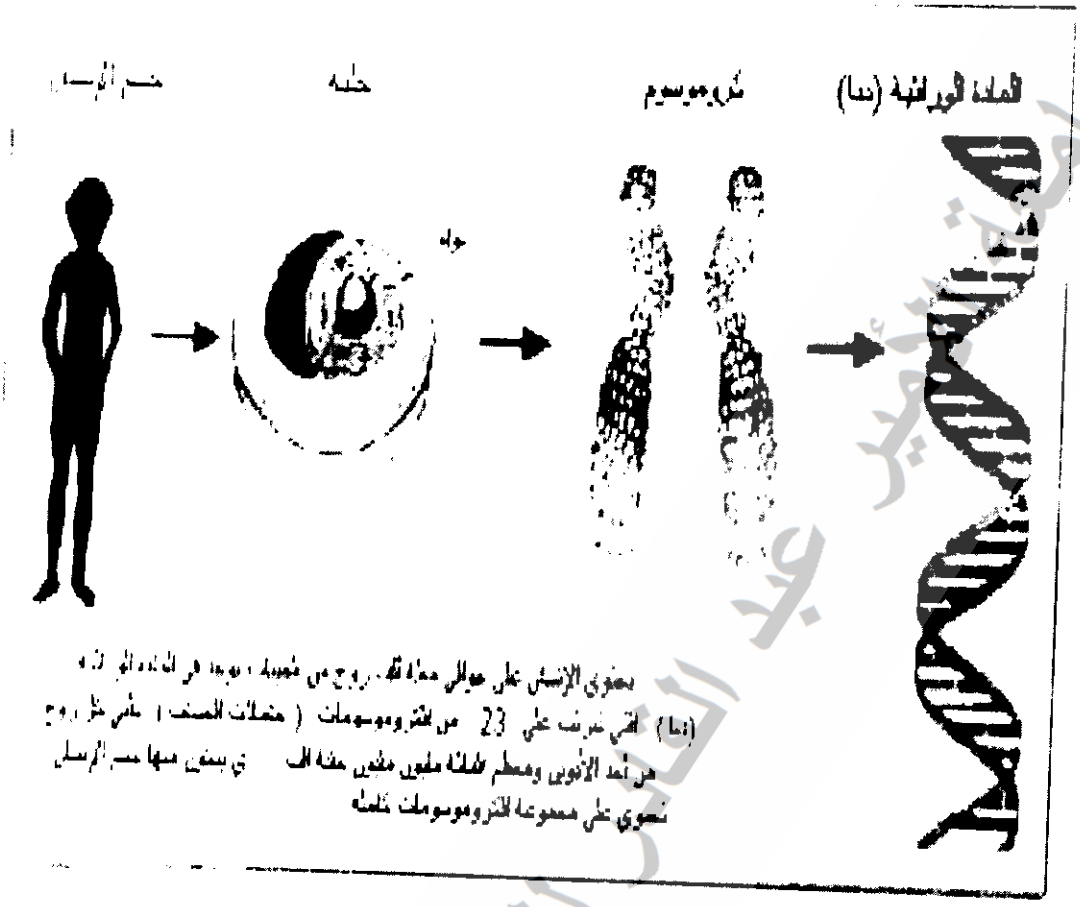
جدول يبين الفروق بين القافة والبصمة الوراثية

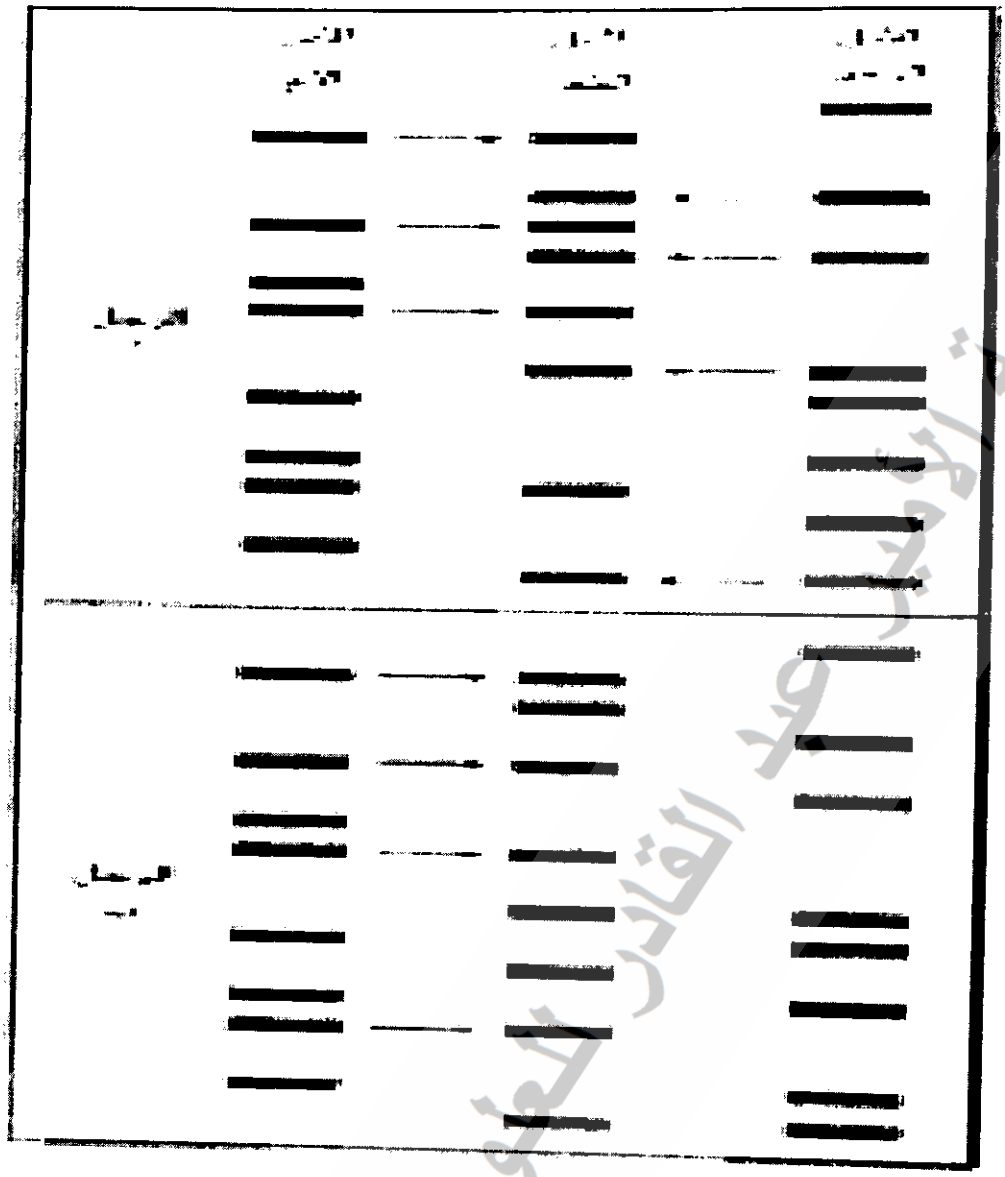
البصمة الوراثية	القافة العادية
تعتمد على الشبه الخفـــي (الـــداخلي الذاتي)	بعنمد علـــى الشـــبه الظـــاهري (الشكلي)
تعتمد على أجهـــزة وآلات يـــديرها أشخاص .	تعتمد على شخص محدد بعينه
يصعب تحديد المسؤولية في شـــخص لأن من يجريها فريق عمل .	يسهل تحديد المسؤولية في شخص واحد بعينه.
تعتمد على وسائل علمية مختبريـــة لا تخطئ إلا أقل من النادر.	تعتمد على التخمين والحدس.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملحق الثاني: صور توضيحية تشرح آلية عمل تقنية البصمة الوراثية

- صور مأخوذة من موقع: www.islamonline.com

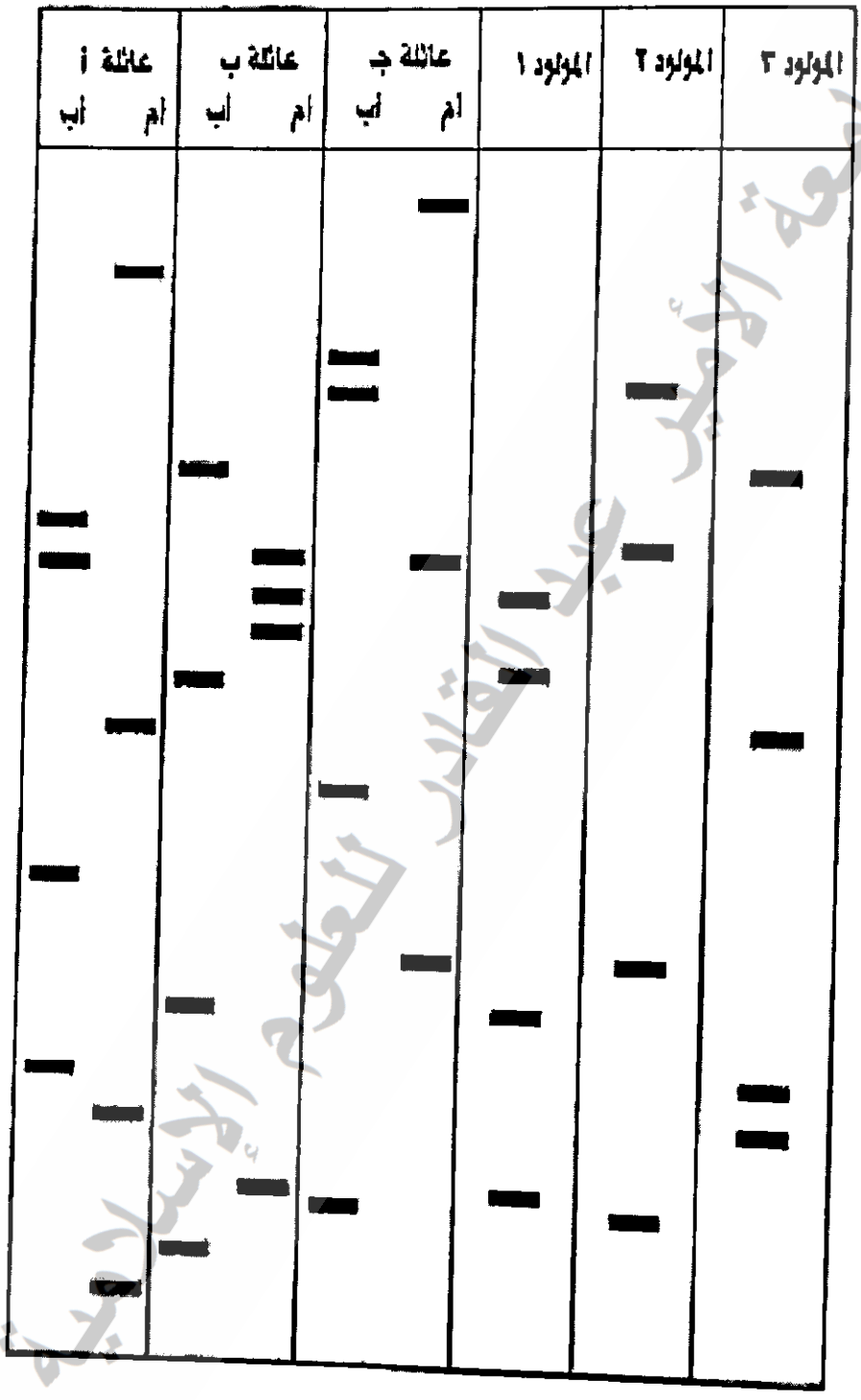




بصمة وراثية لرجلين وثلاثة وطفل واحد هو واضح في شكل (أ) فإن الطفل يرث شريطات الـ "DNA" من أمه أو من الرجل "أ" أما الرجل "ب" فلا يوجد أي من شريطاته ما يماثله في الطفل بمعنى أن الأب الحقيقي هو الرجل "أ"

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

– هذا الشكل[2] يبين استخدام البصمة الوراثية في التعرف على هوية المواليد في المستشفيات . . . المولود رقم 1 يعود للعائلة ب، والمولود رقم 2 يعود للعائلة ج، والمولود رقم 3 يعود للعائلة أ



جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

2 إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، المرجع السابق، ص122.

قائمة المصادر والمراجع

جامعة الأمير محمد بن فهد للعلوم الإسلامية

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانيا: كتب التفسير

1. الطبري(أبو جعفر بن محمد بن جرير الطبري)، تفسير الطبري، دار الفكر،بيروت،1398هـ/1978م.
2. عبد الرحمن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام الحنان المنان، تحقيق محمد زهري النجار، دار عالم الكتب، بيروت، ط2، 1414هـ/1993.
3. ابن العربي(أبو بكر أحمد بن عبد الله المعروف بابن العربي)، أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، ط1، 1376هـ/ 1957م.
4. القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي)، الجامع في أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.
5. ابن كثير(عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير)، تفسير القرآن العظيم، المكتبة الملكية، 1367هـ/ 1947م.
6. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار لتونسية للنشر، تونس، المدرسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.

ثالثا: كتب الحديث وشروحها

7. الباجي(أبو الوليد سليمان بن خلف بن سيعيد الباجي الأندلسي)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب العربين بيروت، ط3، 1403هـ/1983م.
8. البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري)، صحيح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1345هـ.
9. البيهقي(أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي)، السنن الكبرى، دار الفكر،بيروت، د ت.
10. الترمذي (أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي)، سنن الترمذي ، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ/1983م.
11. الحاكم(أبو عبد الله الحاكم النيسابوري)، المستدرك على الصحيحين، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.

12. ابن حجر العسقلاني(أحمد بن علي بن حجر العسقلاني)، فتح الباري، تحقيق عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1421هـ/2001م.

13. الدارقطني(أبو الحسن بن عمر الدار قطني)، سنن الدارقطني، دار عالم الكتب، بيروت، ط4، 1406هـ/1986م.

14. أبو داود (أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني)، سنن أبي داود، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1371هـ/1952م.

15. ابن دقيق العيد(تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد)، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية ،بيروت، د ت.

16. السيوطي(جلال الدين السيوطي)، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، دار الفكر، بيروت، 1401هـ/1981م.

17. الشوكاني(محمد بن علي بن محمد الشوكاني)، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ت.

18. شمس الحق أبادي(أبي الطيب محمد شمس الحق أبادي)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية. المدينة المنورة، 1968م.

19. ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، تحقيق محمد فلاح، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب،ط2، 1400هـ/1980م.

20. القاضي عياض(أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1419هـ/1998.

21. ابن ماجه(أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، د ت.

22. الإمام مالك(مالك بن أنس الأصبحي)، الموطأ، تحقبق يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس للنشر، بيروت، ط11، 1408هـ/1988م.

23. مسلم(مسلم بن الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1375هـ/1956م.

24. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/1985م.

25. ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض،ط1، 1419هـ/1998.

26. ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م.

27. النووي (أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي)، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عصام الصباحي وحازم محمد عاد عامر، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،ط1، 1415هـ/1994م.

رابعا: مصادر الفقه الإسلامي

أ- الفقه الحنفي

28. الجرجاني(سيد الشريف علي بن محمد علي السيد الزين الجرجاني)، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1408 هـ/1988م.

29. داماد أفندي(عبد الله بن محمد بن سليمان الشهير بداماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت.

30. الزيلعي(فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، د ت.

31. السرخسي(شمس الدين السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1406هـ/1986م.

32. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، ب ت.

33. ابن عابدين(محمد أمين الشهير بابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ/1979م.

34. الكاساني(علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2،1402هـ/ 1982.

35. المرغيناني(برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني)، على الهداية شرح بداية المبتدى، دار الفكر، بيروت، ط2،د ت.

36. الشيخ نظام ومن معه من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، 1411هـ/1991م.

37. ابن نجيم(زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.

38. ابن الهمام(كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواني السكندري المعروف بابن الهمام)، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د ت.

ب- الفقه المالكي

39. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر،بيروت، د ت.

40. ابن الجوزي(محمد بن أحمد الكلبي) ، القوانين الفقهية ، الدار العربية للكتاب، ليبيا ، 1988.

41. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، د ت .

42. الدسوقي(محمد بن عرفة الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د ت.

43. ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد المعروف بابن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/2001م.

44. الزرقاني(محمد بن عبد الباقي الزرقاني)، الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت،د ت.

45. ابن فرحون (برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ/1987م.

46. القرافي (شهاب الدين أبي العباس أحمد الصنهاجي المشهور بالقرافي)، الفروق، دار عالم الكتب، بيروت، د ت.

47. ابن فرحون (برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ/1987م.

48. القرافي(شهاب الدين أبي العباس أحمد الصنهاجي المشهور بالقرافي)، الذخيرة، تحقيق أحمد أبو خبزه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.

49. الإمام مالك(مالك بن أنس الأصبحي)، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، د ت.

ج- الفقه الشافعي

50. الخطيب الشربيني(محمد الخطيب الشربيني)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، د ت.

51. الرملي(شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي)، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر. بيروت،1404هـ/1984م.

52. الشافعي(محمد بن إدريس الشافعي)، الأم، تحقيق محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، دت.

53. الشيرازي(أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، د ت.

54. الماوردي(علي بن محمد بن حبيب الماوردي)، الحاوي الكبير ، تحقيق محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994.

55. النووي(أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل بن أحمد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1992.

56. النووي (أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، د ت.

د- الفقه الحنبلي

57. البهوتي(منصور بن يونس بن إدريس البهوتي)، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت، دت.

58. البهوتي(منصور بن يونس بن إدريس البهوتي)،كشاف القناع عن متن الإقناع، دارالفكر، بيروت، 1982.

59. ابن قدامة(موفق الدين ابن قدامة) ، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983

60. ابن القيم (محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية)، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الإمام مالك، الجزائر، ط 1، 1425 هـ /2004 م.

61. ابن القيم (محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت.

62. المرداوي(علاء الدين أبي الحسن بن علي المرداوي)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01، 1387هـ / 1958 م.

هـ- الفقه الظاهري

63. ابن حزم(أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري)، المحلى، دار الفكر، بيروت،دت.

و- كتب الأصول

64. الآمدي(سيف الدين أبي الحسن بن علي الآمدي)، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية،بيروت، 1403هـ/1983م.

خامسا: كتب التراجم والسير

65. ابن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، ط2، 1413هـ/1993م.

66. ابن حجر العسقلاني(أحمد بن علي بن حجر العسقلاني)، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت.

67. ابن حجر العسقلاني(أحمد بن علي بن حجر العسقلاني)، تهذيب التهذيب، دار الفكر دمشق، ط1، 1984م

68. الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية بيروت،2005م.

69. ابن رجب الحنبلي(زين الدين عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي)، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، د ط، دت

70. الزركلي (خير الدين الزركلي)، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، د ت.

71. الذهبي(شمس الدين الذهبي)، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، دت

72. الذهبي(شمس الدين الذهبي)، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985

73. ابن عبد البر(أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي)، الاستيعاب في أسماء الأصحاب، بهامش الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت

74. ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار المسير، بيروت، ط2، 1399هـ

75. العسقلاني(شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني)، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 1974م.

76. ابن فرحون(برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي)، الديباج المذهب في معرفة أعيان وعلماء المذهب، تحقيق مأمون بن يحى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996.

77. القاضي عياض(أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق أحمد بكير محمود، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت، دار مكتبة الفكر، طرابلس، د ت.

78. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، دت.

79. ابن مفلح(برهان الدين إبراهيم)، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد تحقيق وتعليق عبد الرحمان العتيمي ، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1990.

سادسا: المعاجم والقواميس

80. جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بدون دار نشر، دت.

81. عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

82. ابن فارس(أحمد بن فارس بن زكرياء)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط3، 1402هـ/ 1982م.

83. ابن منظور(أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي ابن منظور)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د ت.

84. مجموعة من الأخصائيين والأساتذة، الموسوعة الطبية، الشركة الوطنية للمطبوعات ش م م، 1995.

85. المعجم الوسيط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت.

سابعا: المراجع الحديثة

86. إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1423هـ/2002م.

87. أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط 1، 1983.

88. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، د ت.

89. براين إينس، الأدلة الجنائية، ترجمة مركز التدريب والبرمجة، الدار العربية للعلوم، بيروت ، ط 1، 2002.

90. بوبشير محند أمقران، التنظيم القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .

91. حسن كيرة، المدخل إلى القانون،منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، د ت.

92. الحسين بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005.

93. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، لبنان، ب ط، 1993 م.

94. عارف علي عارف، بصمة الجينات ودورها في الإثبات الجنائي -رؤية إسلامية-، دار التجديد للطباعة والنشر والترجمة، ماليزيا، ط 1، 1422هـ/ 2002م.
95. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
96. عباس لعبودي، شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
97. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، د ت.
98. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 3، 2000 .
99. عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000 .
100. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، د ت.
101. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3،د ت.
102. محمد شتا أبو السعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر ،بيروت، 1997.
103. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ط 1، 1978.
104. محمد على البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1995.
105. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1418هـ/1997م.
106. محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الخصية، دار الشروق، مصر، ط 01، 1423 هـ، 2002 م.
107. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط 2، 1988.
108. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دارالنشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، السعودية، ط2، 1999.

109. محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط 1، 1984.

110. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت،ط 10، 1387هـ/1958م.

111. مضاء مصطفى منجد، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1428هـ/2007م.

112. منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1، 2000.

113. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

114. نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

115. نصر الدين مروك، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2004.

ثامنا: الرسائل الجامعية

116. إلهام بن خليفة، دور البصمات والآثار المادية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005.

117. بوفاتح أحمد، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003/2002.

118. خربوش فوزية، الأدلة العلمية ودورها في إثبات الجريمة، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 / 2002.

119. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

120. عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 01، 2005.

121. فاطمة الزهراء تبوب, السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني, رسالة ماجستير غير منشورة, كلية الحقوق، جامعة الجزائر, 1997/1996.

122. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003.

تاسعا: المجلات والدوريات

123. إبراهيم صادق الجندي ، تقنية البصمة الوراثية وإمكانية التحايل عليها، مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، السعودية، عدد 218 ، رجب1421هـ.

124. احمد محمد خليل، البيولوجيا الجنائية والبصمة الوراثية، مجلة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، جامعة عجمان، عدد 1، 1421هـ/ 2001 م، المجلد 6.

125. إريك لندر، بصمة الدنا: العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، ترجمة أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، عدد 217، 1417هـ/ 1997 م.

126. تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة14، 1424هـ /2003م.

127. توصيات مجمع الفقه الإسلامي بشأن أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 03، 1407هـ / 1987 م.

128. الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، الفترة التشريعية الثانية، السنة الأولى، عدد08، 20 جمادى الثانية1425هـ/08 أوت 2004م.

129. دورثي نيلكين، القوة الاجتماعية للمعلومات الوراثية، ترجمة أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، عدد217، يناير1997.

130. سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03.

131. عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، عدد 23، رجب 1425هـ.

132. عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03.

133. علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، عدد16، 1424هـ/2003م.

134. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثالثة عشرة ، عدد 15، 1423هـ / 2002م.

135. محافظي محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، مجلة الدراسات القانونية، الوادي، الجزائر، عدد 08، مارس 2003.

136. محمد أحمد حسن القضاة، حجية القرائن في الفقه الإسلامي، مجلة دراسات، عمادة البحث الأردنية، المجلد 30، عدد 2، تشرين الثاني،2003.

137. محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة لحقوق، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، السنة20، عدد1، 1416هـ/1996م.

138. محمد بن يحي حسن النجيمي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية،السنة19، العدد37، محرم1425هـ.

139. ميتشو كاكو، شيفرة (د،ن،أ) الشخصية، ترجمة سعد الدين خرفان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، عدد 270، 1402هـ/2001م.

140. نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422هـ/ 2002م، المجلد 03.

141. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 15، عدد 17، 1425هـ/ 2003م.

142. الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في أثبات النسب، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، عدد05، ربيع الأول 1424هـ/ ماي2003م.

143. وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422هـ / 2002 م ، المجلد 03.

عاشرا: القوانين

144. الأمر رقم 154/66، مؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 نوفمبر 1966 المعدل والمتمم بالأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

145. الأمر رقم58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

146. الأمر75/ 59 المؤرخ في 20 رمضان1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر1975م، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

147. القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 رمضان1404هـ الموافق لـ09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فيفري 2005م.

148. القانون رقم 85 / 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى1405هـ الموافق لـ 16 فيفري 1985م المتضمن قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 88 / 15 المؤرخ في 08 ماي 1988.

149. المرسوم التنفيذي رقم276/92 المؤرخ في 01 محرم 1413هـ الموافق لـ06 جويلية 1992م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

150. المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310 المؤرخ في 15جمادى الأولى 1416هـ الموافق لـ 10 أكتوبر1995م الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته كما يحدد حقوقهم وواجباتهم.

إحدى عشرة: القرارات القضائية

151. قرار بدون رقم، بتاريخ: 1971/02/03 نشرة القضاء 1972، العدد 2.

152. قرار رقم 33801 بتاريخ 03 / 11 / 1985 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04.

153. قرار رقم 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، 1989، العدد 1.

154. قرار رقم 76343 بتاريخ1990/07/16 ، المجلة القضائية، 1991 ،عدد3.

155. قرار رقم 49302 بتاريخ 1988/04/11، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 02.

156. قرار رقم69789، المؤرخ في1991/04/23، المجلة القضائية لسنة1994، عدد03.

157. قرار رقم 182333، بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، 1997، العدد 1.

158. قرار رقم 159373 بتاريخ 1998/11/18، المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 02.

159. قرار رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد1.
160. قرار رقم 99000، بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص.
161. قرار رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص.
162. قرار رقم172379 المؤرخ في1997،/10/28 المجلة القضائية لسنة2001، العدد الخاص.
163. قرار رقم204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص.

أثنى عشرة: مواقع الأنترنت

164. أحمد شوقي الألفي، زواج الأقارب، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، www.islamset.com.
165. الأساليب الوراثية لإثبات النسب، www.islamenline.com.
166. جدل واسع حول فتوى البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا www.factjo.com .
167. الحلقة النقاشية حول الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية www.islamset.com.
168. حسن علي دَبَا، ما بين الدين والعلم علائق متواصلة ، www.raya.com.
169. سامي حامد، الحكم بأشهر قضية نسب في مصر"انتصار للشرع، www.osrty.com.
170. الفقه الإسلامى و البصمة الوراثية، موقع قناة الجزيرة، www.aljazeera.net .
171. الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، www.islamsat.com.
172. ندوة مدى حجية البصمة الوراثية لإثبات البنوة – توصيات الحلقة النقاشية –، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، www.islamset.com.
173. يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، موقع القرضاوي،www.karadhaoui.com.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس الموضوعات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية

الآيـــــــــــة	السورة	رقمها	الصفحة
وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ...	البقرة	30	165
وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُولِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ..	البقرة	179	166
وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ...	البقرة	233	78-16
وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...	البقرة	282	-23-22 -138-78 -145-142 146
فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ..	البقرة	282	142-137
أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ...	البقرة	282	146
وَلَا تَكْتُمُوا ٱلشَّهَٰدَةَ...	البقرة	283	78
كَيْفَ يَهْدِي ٱللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَٰنِهِمْ وَشَهِدُوٓا أَنَّ ٱلرَّسُولَ حَقٌّ وَجَآءَهُمُ ٱلْبَيِّنَٰتُ.	آل عمران	86	178
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ	النساء	135	19
حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ قَدْ جِئْتُكُم بِبَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ...	الأعراف	108-105	68
وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ..	يوسف	18	68
وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ ...	يوسف	28-26	68
وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ...	الإسراء	70	165-05
فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ...	مريم	06-05	54

وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ...	النور	09-06	-35-34 -45-39 -110-105 113
إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا....	النور	19	129
وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ...	الفرقان	54	05
لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا...	النمل	21	46
وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ....	الأحزاب	05-04	-09-05 -75-21 -102-86 168-113
وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ...	الأحزاب	36	108
سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ...	فصلت	54-53	71
وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا....	الأحقاف	15	16
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا...	الحجرات	06	143
وَفِىٓ أَنفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ...	الذاريات	21	72
وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴿٣٤﴾ إِنَّآ أَنشَأْنَٰهُنَّ إِنشَآءً ﴿٣٥﴾ فَجَعَلْنَٰهُنَّ أَبْكَارًا ﴿٣٦﴾ عُرُبًا أَتْرَابًا...	الواقعة	37-34	11
لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ...	الحديد	25	178
إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ...	المنافقون	01	39
ٱتَّخَذُوٓا أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ..	المنافقون	02	39
بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّىَ بَنَانَهُۥ...	القيامة	04	71
إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ...	الإنسان	02	59

وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ...	الطلاق	02	-78-22 146
وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ...	البينة	04	179

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الصفحة
أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية...	118-26
أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين.....	39-27-121-110
أربع نسوة لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسل....	39
أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم،...	168-07-06
إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة...	46
إن رأت ذلك فلتغتسل.....	28
البينة على المدعي واليمين على من أنكر...	158
البينة أو حد في ظهرك	46
اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها...	19
قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها...	34
ألم تر أن مجززا المدلجي نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد...	69-27
اللهم بين...	130
ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير...	69
من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام	07
الولد للفراش وللعاهر الحجر.	12-13-75-88-109-126
هل لك من إبل" قال نعم قال: "ما ألوانها" قال:...	26-44-92-108
هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، احتجبي يا سودة....	79-86

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام المترجم لهم

اســـم العـــلم	الصفحة
ابن تيمية.....	14
ابن رشد	17
إسحاق بن راهوية.....	84
الحسن البصري.....	85
الخطيب الشربيني.....	25
زفر بن الهذيل.....	47
الزيلعي.....	09
السرخسي.....	10
ابن عبد البر.....	86
ابن العربي	36
سليمان بن يسار	85
عروة بن الزبير	84
عمر بن محمد السبيل.....	64
عويمر العجلاني	34
ابن فرحون.....	23
القرافي.....	12
القرطبي	09
ابن قدامة	19
ابن القيم	14
الكاساني	12
محمد بن الحكم.....	17
أبو يوسف.....	48
هلال بن أمية.....	36

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهـــرس الموضوعات

مقدمة.....أ-ك

الفصل التمهيدي:

إثبات ونفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 01

المبحث الأول: تعريف النسب وعناية الإسلام به و قواعده.....03

المطلب الأول: تعريف النسب.....03

أولا: النسب لغة.....03

ثانيا: النسب في الاصطلاح.....03

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب.....05

الفرع الأول: تحريم التبني.....05

الفرع الثاني: منع إدخال المرأة ولدا أجنبيا على نسب زوجها.....06

الفرع الثالث: تحريم جحد الآباء لأبنائهم.....07

الفرع الرابع: تحريم انتساب الابن إلى غير أبيه.....07

المطلب الثالث: قواعد النسب.....08

الفرع الأول: أحكام النسب من النظام العام.....08

الفرع الثاني: أحكام النسب تقوم على الاحتياط.....09

الفرع الثالث: عدم قابلية النسب الثابت للنفي أو التنازل أو التحويل.....10

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....11

المطلب الأول: الفراش.....11

الفرع الأول: معنى الفراش وعلة ثبوت النسب به.....11

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالفراش.....13

أولا: إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد.....13

ثانيا: أن يكون الزوج ممن يتصور منه مجيء الولد.....15

ثالثا: أن يكون الولد لمدة يتصور فيها مجيء الحمل من الزوج.....16

رابعا: أن لا ينفه بالطرق المشروعة.....18

المطلب الثاني: الإقرار بالنسب.....19

الفرع الأول: معنى الإقرار.....19
الفرع الثاني: شروط الإقرار بالنسب.....20
أولا: الشروط المتفق فيها.....21
ثانيا: الشروط المختلف فيها.....20
المطلب الثالث: البينة.....22
الفرع الأول: معنى البينة.....22
الفرع الأول: أحكام إثبات النسب بالبينة.....23
المطلب الرابع: القيافة.....24
الفرع الأول: معنى القيافة.....25
الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة.....25
أولا: أدلة المانعين من الأخذ بالقيافة.....26
ثانيا: أدلة المجيزين للأخذ بالقيافة.....27
الفرع الثالث: شروط القيافة.....28
الفرع الرابع: مجال العمل بالقيافة.....30
المبحث الثالث: نفي النسب في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري.....32
المطلب الأول: تعريف اللعان ومشروعيته.....32
الفرع الأول: تعريف اللعان.....32
أولا: المعنى اللغوي.....32
ثانيا: المعنى الاصطلاحي.....33
الفرع الثاني: مشروعية اللعان.....34
أولا: من الكتاب.....34
ثانيا: من السنة.....34
ثالثا: من الإجماع.....35
الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية اللعان.....35
المطلب الثاني: شروط اللعان.....36
الفرع الأول: أن تكون الزوجية قائمة عند اللعان.....36
الفرع الثاني: أن يكون الزوجان بالغين وعاقلين.....38

الفرع الثالث: أن لا يقر الزوج بنسب الولد.....40
الفرع الرابع: التعجيل بنفي الولد.....41
الفرع الخامس: أن يغلب على الزوج أن الولد ليس منه.....43
المطلب الثالث: آثار اللعان.....45
الفرع الأول: سقوط الحد عن الزوجين.....45
الفرع الثاني: وقوع الفرقة بين الزوجين.....46
الفرع الثالث: انتفاء نسب الولد.....48
خلاصة الفصل التمهيدي.....50

الفصل الأول:

دور البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب 51

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية ومشروعيتها في إثبات النسب.....53
المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية.....53
الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية.....53
أولا: البصمة الوراثية لغة.....53
ثانيا: البصمة الوراثية في الاصطلاح..... 54
الفرع الثاني: القيمة العلمية للبصمة الوراثية.....57
أولا: نتائج تحليل البصمة الوراثية.....57
ثانيا: مصداقية تحليل البصمة الوراثية.....59
الفرع الثالث: أهمية البصمة الوراثية في الإثبات.....61
أولا: خصائص ومميزات البصمة الوراثية.....61
ثانيا: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية.....62
المطلب الثاني: مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب.....63
الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني للبصمة الوراثية. 63
أولا: التكييف الشرعي للبصمة الوراثية.....63
ثانيا: التكييف القانوني للبصمة الوراثية.....65
الفرع الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية في إثبات النسب.....67
أولا: من الكتاب.....67

ثانيا: من السنة.....69
ثالثا: من القياس.....70
رابعا: الأصل في الأشياء النافعة الإباحة.....71
خامسا: البصمة الوراثية تحقق مصلحة مشروعة.....72
المبحث الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.....74
المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب.....74
الفرع الأول: الرأي القائل بتقدم البصمة الوراثية على أدلة الإثبات الأخرى.....74
الفرع الثاني: الرأي القائل بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة.....77
المطلب الثاني:الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.....82
الفرع الأول: الآثار المترتبة على أولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية.....83
أولا: الأحكام الوضعية للبصمة الوراثية.....83
ثانيا: إثبات نسب ولد الزنا.....84
ثالثا: استحداث دعوى تصحيح النسب.....89
الفرع الثاني الآثار المترتبة على أولوية الطرق الشرعية المتفق عليها على البصمة الوراثية.....90
أولا: عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل المنصوص عليها.....90
ثانيا: عدم التأكد من الأنساب الثابتة.....91
المطلب الثالث: حالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية.....93
الفرع الأول: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الفراش.....94
أولا: ادعاء الزوج عدم التلاقي بينه وبين زوجته.....94
ثانيا: حالة اختلاف الزوجين في مدة الحمل.....95
ثالثا: حالة الوطء بشبهة.....96
رابعا: حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب.....96
الفرع الثاني: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع البينة.....97
أولا: اختطاف أو ضياع الأطفال.....98
ثانيا: اختلاط الأطفال المولودين حديثا.....98
ثالثا: تعارض البينات.....99
رابعا: إثبات الولادة.....100

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفرع الثالث: الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الإقرار.....100
أولا: حالة ادعاء مجهول النسب الانتساب إلى فرد لا يقره ولا يكذبه.....101
ثانيا: حالة إقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير.....101
ثالثا: إقرار المرأة بالنسب.....102
المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب.....104
المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من اللعان.....104
الفرع الأول: الرأي القائل بالاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب.....105
الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم جواز استبدال اللعان بالبصمة الوراثية.....107
الفرع الثالث: الرأي القائل أن البصمة الوراثية دليل تكميلي للعان.....113
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب.....122
الفرع الأول: الصور المختلفة للبصمة الوراثية في نفي النسب.....122
أولا: استخدام البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان.....122
ثانيا: استخدام البصمة الوراثية بعد اللعان.....124
الفرع الثاني: صاحب الحق في طلب تحليل البصمة الوراثية.....127
أولا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق للزوج.....127
ثانيا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق مشترك.....128
ثالثا: الرأي القائل بعدم جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية مطلقا.....129
رابعا: الرأي القائل بأن تحليل البصمة الوراثية حق للمرأة.....131
خلاصة الفصل الأول.....133

الفصل الثاني:

التطبيق العملي للبصمة الوراثية في قضايا النسب 134

المبحث الأول: ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات.....135
المطلب الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.....135
الفرع الأول: شيوعها وانتشار العمل بها.....138
الفرع الثاني: القرب من القطع.....139
الفرع الثالث: القبول العام لأهل الاختصاص.....140
الفرع الرابع: أن تكون المختبرات تابعة للدولة.....

المطلب الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية.....141
الفرع الأول: شروط خبير البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.....141
أولا: الخبرة والتجربة.....141
ثانيا: الإسلام.....142
ثالثا: العدالة.....143
رابعا: شرط التعدد واختلاف العلماء فيه.....144
الفرع الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية في القانون الجزائري.....149
أولا: الخبرة والتجربة.....150
ثانيا: العدالة.....150
ثالثا: تعدد الخبراء.....153
رابعا شرط الجنسية.....155
المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض البصمة الوراثية في الإثبات.....156
المطلب الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده.....156
الفرع الأول: معنى عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضده.....156
الفرع الثاني: ازدهار المبدأ وأثره على الإثبات بالبصمة الوراثية.....158
أولا: عبء الإثبات على المدعي.....158
ثانيا: الحياد السلبي للقاضي.....160
الفرع الثالث: تراجع المبدأ وأثره على الإثبات بالبصمة الوراثية.....161
أولا: مشاركة الخصم في إقامة الدليل.....161
ثانيا: الحياد الإيجابي للقاضي.....163
المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد البشري.....164
الفرع الأول: مدلول مبدأ حرمة الجسد وموقف القانون الجزائري منه.....164
أولا: مدلول حرمة الجسد عند الفقهاء والقانونيين.....165
ثانيا: موقف القانون الجزائري من مبدأ حرمة الجسد.....166
الفرع الثاني: تعارض مبدأ حرمة الجسد والإثبات بالبصمة الوراثية.....168
الفرع الثالث: التوفيق بين الإثبات بالبصمة الوراثية ومبدأ حرمة الجسد.....170
أولا: موقف الفقه المقارن.....170

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثانيا: الحلول القانونية المقترحة.....171
المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الإثبات بالبصمة الوراثية.....174
المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق القانون 11/84.....174
الفرع الأول: المحكمة العليا ترفض اللجوء إلى الخبرة الطبية.....174
الفرع الثاني: التعليق على ما ذهبت إليه المحكمة العليا.....176
الفرع الثالث: موقف الفقه من قرار المحكمة العليا بعدم الأخذ بالخبرة الطبية.....179
المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية وفق الأمر 02/05.....182
الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية.....183
أولا: مبدأ حرية القاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية.....183
ثانيا: مدى توافق ما ذهب إليه القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية.....183
الفرع الثاني: سلطة القاضي إزاء تقرير البصمة الوراثية.....186
أولا: مناقشة تقرير البصمة الوراثية.....186
ثانيا: مدى تقيد القاضي بنتائج البصمة الوراثية.....187
الفرع الثالث: امتناع الخصم عن الخضوع لتحاليل البصمة الوراثية.....188
خلاصة الفصل الثاني.....192
الخاتمة.....193
الملحق.....198
قائمة المصادر والمراجع.....210
فهرس الآيات القرآنية.....225
فهرس الأحاديث النبوية.....228
فهرس الأعلام المترجم لهم.....229
فهرس الموضوعات.....230

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية