

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران
كلية الحقوق والعلوم السياسية

حقّ الطفل غير الشرعيّ في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف الأستاذة:

بولنوار مليكة

الطالب:

بلبشير يعقوب

لجنة المناقشة:

رئيسة	جامعة وهران	أستاذة التعليم العالي	حمدان ليلي
مشرفة مقررّة	جامعة وهران	أستاذة التعليم العالي	بولنوار مليكة
مشرفاً مساعداً	جامعة وهران	أستاذ مساعد (أ)	محي الدين محمد
عضواً مناقشاً	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	أوسكين عبد الحفيظ
عضوة مناقشة	جامعة وهران	أستاذة محاضرة (أ)	بوزيان مليكة

السنة الجامعية: 2012-2013

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لهم الفضل بعد الله سبحانه وتعالى فيما وصلت إليه.

إلى والدي رحمه الله وإلى والدتي الحبيبة أطال الله عمرها في طاعته.
إلى زوجتي العزيزة التي شجعتني على طلب العلم، وصبرت عليّ وضحت بوقتها وراحتها وحرصت على توفير وتهيئة جميع الظروف من أجلي، فجزاها الله عني خير الجزاء.

إلى الأولاد الأعزاء: (سمية، يوسف، زين الدين، البشير، عماد الدين، وأريج جيهان)، أعانهم الله على طاعته وفي طلب العلم والمعرفة.
إلى أشقائي وشقيقاتي.

إلى كلّ الذين شجّعوني وكان لهم دور في إخراج هذا البحث.
إلى كلّ هؤلاء أقدم هذا الجهد المتواضع راجياً من الله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به المسلمين.

شكر وتقدير

أشكر الله عزّ وجلّ الذي ألهمني الصبر وثبّنتني على إتمام هذه الرسالة، وأرى من الواجب أن أبتدئ بالشكر والامتنان للأستاذين الجليلين (أ. د. بونوار مليكة) و(د. محي الدين نحاس محمد) الذين أشرفا على رسالتي ولم يبخلا عليّ بما لديهما من علم ووقت وجهد، والشكر موصول للأستاذ الفاضل (أوسكين عبد الحفيظ) على الملاحظات والتوجيهات القيّمة التي أبداها من خلال تصفّحه للرسالة. وإلى أستاذتي الفاضلة (ن. فرحات) التي بسطت لي يد العون كلما احتجت إليها خلال إعداد الرسالة، فجزاها الله عني خير الجزاء ونور الله عقلها بالعلم والمعرفة.

كما لا يفوتني أن أتقدّم بجزيل شكري وامتناني إلى كلّ من ارتشفت منه علماً في السنة التحضيرية، وأخصّ بالذكر الأساتذة الأفاضل: (د. بن عزوز بن صابر) و(د. بوزيان مليكة) و(د. حبار محمد) و(د. بوزبوجة عبد الحكيم) و(د. زعنون فتيحة).

كما لا أنسى فضل زملائي وزميلاتي من طلبة الماجستير تخصص قانون الأسرة وحقوق الطفل، الذين كانوا خير سند، وما أقدمه الآن هو نتيجة تشجيعهم الدائم لي.

كما أختتم صفحة الشكر والعرفان هذه بتقديم امتناني الخاص إلى مكتبة كلية الحقوق بجامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف والقائمين عليها، حيث كانت أبوابها مفتوحة على مصراعها طوال الوقت، فلهم مني جزيل الشكر والتقدير خصوصاً الأخ: (علاوي الحاج).

لكلّ هؤلاء أقدم شكراً خالصاً وأدعو الله العليّ القدير أن يجزيهم عني خير الجزاء.

مقدمة

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة من حيث تكوينها، فوضعت نظاماً كاملاً محكماً تنشأ فيه رابطة الزوجية على أساس من المودة والرحمة والسكينة. لذلك جعل الله عز وجل الزوجية رابطة مقدسة ووسيلة في إبقاء النوع الإنساني بإنجاب الأولاد، حيث تترتب لهؤلاء الأولاد حقوق، وأول هذه الحقوق وأهمها النسب.

ومن أجل هذا حافظ الإسلام على أصالة النسب وحرّم نسبة الأبناء إلى غير آبائهم، فالزم الله تعالى ارتباط الأبناء بالآباء والتزام الآباء بالأبناء. قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁽¹⁾. إذن فالنسب هو الأساس الأقوى الذي تقوم عليه الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من صلة تقوم على أسس وحدة الدم؛ وحرّم كلّ اتصال جنسي خارج نطاق الزوجية محافظة على الأنساب، وحماية لها من الاختلاط ودرءاً للفساد ومنع الآباء من إنكار نسب أولادهم.

والأبناء حينئذ هم ثمرة الرباط المقدس بين الزوجين، والولد الذي يولد على فراش تلك الزوجية الثابتة ينسب للزوجين دون حاجة لاستلحاقه، ولكن طبيعة الإنسان النقص والخطأ، لذا فقد ينحرف الإنسان عن منهج الله القويم، فتنشأ علاقة بين الرجل والمرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية فيتورط في ارتكاب جريمة الزنا، سواء عن تراض منهما أو عن طريق الإكراه أو الاغتصاب، وقد يترتب على تلك الجريمة أن تحمل المرأة حملاً يفضي إلى إنجاب ولد الزنا أو الولد غير الشرعي، ويسمى أيضاً باللقيط أو مجهول النسب أو الطفل الطبيعي.

لقد شاع استعمال ولد الزنا واللقيط في الفقه الإسلامي؛⁽²⁾ وأطلق مصطلح الطفل الطبيعي في التشريع الفرنسي منذ نهاية القرن 19،⁽³⁾ وقد بات لهذا الولد في

(1) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

(2) - محمد محمود حسين أحمد عبد المجيد، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2008، ص 28 و 33.

(3) - NIZARD (Alfred), "Droit et statistiques de la filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804", revue population, 32è année n° 01, L'I.N.E.D, Paris, 1977, p. 91.

القانون الفرنسي على سبيل المثال نفس حقوق الولد الشرعي عملاً بمبدأ المساواة بين الأولاد. حيث بلغ الولد غير الشرعي مصاف الولد الشرعي بحقه في النسب على إثر الحقيقة البيولوجية،⁽¹⁾ منذ مطلع السبعينات في فرنسا بموجب قانون 03 جانفي 1972.⁽²⁾ وتم تأكيد مبدأ المساواة بين الأطفال، حيث ألغى المشرع الفرنسي كل الاختلاف والتمييز بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي بمقتضى تعديل 03 ديسمبر 2001⁽³⁾ وما تبعه من قوانين وأوامر ومراسيم في هذا الشأن.⁽⁴⁾

وأما تسميته بالطفل غير الشرعي، تناول بعض الفقه والتشريع العربي هذا المصطلح. إذ ذكر قانون الأحوال الشخصية السوري هذا المصطلح في العديد من المواد: 63، و65.⁽⁵⁾

نفس الأمر بالنسبة لقانون الجنسية اللبناني ذكر هذا المصطلح في المادة 02 منه.⁽⁶⁾

من جانب الفقه الجزائري، ذكر موحد إسعاد⁽⁷⁾ في الجزء الثاني من كتابه القانون الدولي الخاص، مصطلح الطفل غير الشرعي بقوله: "...ونحن نجد مرة أخرى ذات القضية التي أشرنا إليها أعلاه حول جنسية الولد غير الشرعي: ما هو القانون الذي سيتم على أساسه إثبات البنوة، وما هي قيمة بنوة غير شرعية تم إثباتها في الخارج بالنسبة للجزائر؟".

(1) – DEKEUWER – DEFOSSERZ (Françoise), "les droits de l'enfant", QUE SAIS – JE?, édition Presses Universitaires de France, Janvier 2001, 5^e édition, Paris, p. 43.
Et NIZARD (Alfred), op.cit, p. 92.

(2) – Loi n° 72 – 3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, J.O.R.F, du 5 janvier 1972, p. 145.

(3) – Loi n° 2001- 1135, du 3 décembre 2001, J.O.R.F, n° 281 du 4 décembre 2001, p.19279

(4) – Loi n° 2002 – 305, du 4 mars 2002, J.O.R.F du 4 mars 2002, p.4161. Ordonnance n° 2005 – 759, du 4 juillet 2005, J.O.R.F, du 4 juillet 2005, p.11159. Décret n° 2006 – 640, du 1^{er} juin 2006, J.O.R.F, n° 127 du 2 juin, p.8332. Loi n° 2009 – 61, du 16 janvier 2009, J.O.R.F, n° 0015 du 18 janvier 2009, p.1062

(5) – القانون رقم 31 لسنة 2006، المؤرخ في 18 جوان 2006، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية. العدد 26 بتاريخ 05 جويلية 2006؛ حيث نصت المادة 1/63 منه: "يحق للولد غير الشرعي ولأمه ولو كليل العدل أيضاً أن يقيموا الدعوى على من أنجبه للاعتراف به إذا كان نبذ نسبته إليه"، ونصت المادة 65 من نفس القانون: "الإقرار لولد غير شرعي يسري على المقر به دون سواء سواء أنكر الفريق الآخر في إقراره أم لا".

(6) – القرار رقم 15، الصادر بالأمر رقم 15 بتاريخ 19 جانفي 1925 والمعدل بتاريخ 11 جانفي 1960، المتضمن قانون الجنسية اللبناني؛ حيث نصت المادة 02 منه: "يتخذ الولد غير الشرعي الذي تثبت بنوته، وهو قاصر، التابعية اللبنانية إذا كان أحد والديه الذي تثبت البنوة أولاً بالنظر إليه، لبنانياً...".

(7) – موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج2، ترجمة: فائز أنجق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 155.

كما أشار تشوار جيلالي إلى هذا المصطلح بقوله: "...بخصوص نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي...".⁽¹⁾

وبخصوص تعريف الطفل غير الشرعي، عرفه الفقه الفرنسي على أنه الطفل الذي يولد من أبوين غير متزوجين،⁽²⁾ أو كان أحد أبويه أثناء علاقتهما الزوجية مرتبط بشخص آخر خلال الفترة القانونية للحمل.⁽³⁾

وعرفه الفقه العربي على أنه الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السقّاح، أو هو ثمرة العلاقة الأثمة بين الرجل والمرأة، ويسمى بالولد غير الشرعي.⁽⁴⁾ هذا ما جاء في تعريف للعربي بلحاج: "...وهو يسمّى في الاصطلاح الحديث بالولد غير الشرعي".⁽⁵⁾

إذن الطفل غير الشرعي هو نتاج علاقة غير شرعية أي خارج إطار الزواج سواء كانت العلاقة عن تراض أو إكراه أو اغتصاب.

لهذا وقع اختيارنا على مصطلح الطفل غير الشرعي باعتباره مصطلح حديث، ثم أنّ والده في الغالب يكون غير معروف، على عكس اللقيط أو مجهول النسب، الأصل فيه أنه ابن شرعي ما لم يثبت أنه ابن زنا. حيث يعرف مجهول النسب على أنه الطفل الذي يعثر عليه في الدولة لوالدين مجهولين⁽⁶⁾ وأما اللقيط يعرف على أنه اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة – أي الزنا.⁽⁷⁾

(1) - تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتّقيحات المستحدثة»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2005، ص 26.

(2) - NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), "Droit de la famille", la découverte, Paris, 1998, p. 52. (L'enfant naturel est issu de parent qui ne sont pas mariés).

(3) - SCHOTT - THIEFFRY (Isabelle), "Les droits de l'enfant", éditions de vecchi S.A, Paris, 2001, p. 37. (L'enfant naturel est celui dont le père ou la mère, au moment de sa conception, était engagé dans les liens du mariage avec un autre personne).

(4) - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان، دار الفكر، ط1، 1981، ص 721.

(5) - بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، 2008، ص 322.

(6) - المادة: 02 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2012، المؤرخ في 24 ماي 2012، في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب، الإمارات العربية المتحدة.

(7) - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب الميسوط، ج10، بيروت: دار المعرفة، 1989، ص 209.

إنّ ظاهرة الأطفال غير الشرعيين، تعدّ من أشدّ الأمور حيرة وأعقدها وأعظمها أثراً، وذلك باعتبارها ظاهرة إنسانية وأخلاقية وقانونية، حيث أصبحت مشكلة من المشكلات الاجتماعية الصعبة التي تعاني منها المجتمعات، وإن كانت ظاهرة ليست جديدة. إلاّ أنّه في وقتنا الحاضر أصبحت أكثر شيوعاً، خاصّة في المجتمعات الغربيّة، وتفاحشها وانتشارها ببعض الدّول الإسلاميّة، حيث تعاضمت أحوالها وآثارها وتداعياتها، لما آلت إليه الأوضاع الإنسانيّة والعالميّة من تزايد هؤلاء المواليد.

حسب الإدارة العامة للمفوضية الأوروبية "Eurostat"، بأنّ دول أوربا تشهد حالياً ولادة أعداد كبيرة من الأطفال غير الشرعيين، ووفقاً للإحصائيات الصّادرة عام 2009، فإنّ نسبة المواليد غير الشرعيين بلغت 37,4% (1) ويقابلها في الدّول المغاربيّة كالجزائر مثلاً وجود حوالي 3200 طفل يولدون سنوياً خارج إطار الزّواج الشرعي، حسب إحصائيات وزارة التّضامن الوطني. (2) وبالمغرب يتجاوز عددهم 1400 طفل يولد سنوياً حسب دراسة أقيمت حول الأمّهات العازبات بالمملكة من طرف جمعيّة "إنصاف". (3) أمّا عن تونس فتفيد الإحصائيات أنّ هناك نحو 1500 حالة ولادة خارج إطار الزّواج الشرعيّ سنوياً، حسب تقرير صادر عن جمعية أمل للعائلة والطفّل. (4)

وعلى ذكر هذه الدّول المغاربيّة فإنّ المشرّع الجزائري له موقف رافض لانتساب الطّفّل غير الشرعيّ إلى أبيه. بينما اتّجهت إرادة المشرّع التونسي سنة 1998 إلى التّفكير في وضع نظام قانوني خاص بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزّواج. ولا سبيل للاعتراف بنسب الطّفّل غير الشرعيّ من جهة المشرّع المغربي إذا ما استثنينا نص المادّة 156: "إذا تمّت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت

(1) - إسلامي عزّي، «أوروبا وظاهرة الأطفال غير الشرعيين»: <http://www.kalemasawaa.com/vb/t16971.html>

(2) - زاوية. ب، «تسجيل نحو 3200 طفل غير شرعيّ والتّكفل بـ 2000 منهم خلال العام الماضي»، جريدة الجزائر نيوز، الجزائر، بتاريخ: 19 فبراير 2011: <http://www.djazairnews.info/component/content/article/82-2009>

(3) - ، «153 طفل غير شرعيّ يولد يومياً بالمغرب منهم 24 طفل يتخلّى عنه»، جريدة أصداء المغرب، بتاريخ: 22 سبتمبر 2011: <http://www.assdae.com/3967->

(4) - يحي، «ولادة 1500 طفل غير شرعيّ في تونس سنوياً!!»، جريدة التّونسية، تونس، بتاريخ: 09 أبريل 2012، تقرير 19 نوفمبر 2011: http://www.attounissia.com.tn/details_article.php?a=43183&t=99&lang=ar&temp

ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة".⁽¹⁾

بالرغم من حرص القوانين الدولية على إضفاء الحماية القانونية لجميع الأطفال منذ الولادة وحتى بلوغ سن الرشد، يكفي أن نذكر أن المادة السابعة من اتفاقية حقوق الطفل،⁽²⁾ قد أشارت إلى أنه: "...يسجل الطفل بعد ولادته فوراً،...ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما". والاتفاقية في ضوء المادة الثانية أرسيت مبدأ المساواة بين كافة الأطفال في العالم بمنح الحقوق للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين.⁽³⁾

الأمر الذي نصت عليه المادة 24 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، حيث يمنح الطفل في كل دول العالم نوعاً من الحماية على أساس المساواة التامة بين كل الأطفال بلا تمييز لأي سبب كان، ودون النظر لكون هذا الطفل مولود نتيجة علاقة زواج شرعي، أو نتيجة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة.⁽⁴⁾

إن الحماية لحقوق الطفل غير الشرعي لا تكون إلا عن طريق إصدار تشريعات من قبل الدول تطبيقاً لما أقرته واهتمت به المواثيق الدولية وأوجبته الإعلانات والمعاهدات الدولية الخاصة بحماية حقوق الطفل⁽⁵⁾ وإلزام السلطات باحترامها ومن ذلك المساواة بين الأطفال دون أي تفریق أو تمييز بين النسب أو الوالدية.

إلا أن هذا الأمر قد يلقي معارضة من الدول الإسلامية على أساس أن الشريعة الإسلامية تحظر الزنا، بإنجاب الأطفال خارج علاقة الزوجية، كون الزنا

(1) - القانون رقم 03. 70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 93، العدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

(2) - لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، الجزائر: دار الهدى، 2006، ص 121.

(3) - SCHOTT - THIEFFRY (Isabelle), op.cit, p. 31.

(4) - منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 57.

(5) - إعلان حقوق الطفل لعام 1924 - جنيف. إعلان حقوق الطفل لعام 1954. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

لا يصلح لثبوت النسب، وجعلت هذا الأخير يدور في كنف الأسرة القائمة على العلاقة الشرعية.

غير أنه في ضوء التطور العلمي الحاصل في كافة الميادين بما في ذلك علم الوراثة وفي مقدمتها البصمة الوراثية، وهي من الوسائل المستحدثة في مجال إثبات النسب، لتمييزها بالدقة في معرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، والتي لا يتشابه فيها إنسان مع آخر (*).

وقد أقرّ مجمع اللغة العربية في مصر لفظ البصمة بمعنى: أثر الختم بطرف الإصبع بعد دهنه بمادة مخصوصة تشبه المداد الأسود، لتطبع الخطوط الدقيقة التي في بنان الأصابع على ورق أو قماش ونحو ذلك، فيسمى هذا الأثر المنطبع بالبصمة. ولكل إنسان بصمة أصابع خاصة به تميّزه عن غيره. (1)

وقد عرّفت الموسوعة العربية العالمية البصمة بأنها: "عملية تستخدم لتحديد الهوية، وترتكز على طبقات مأخوذة لنهايات الأصابع والإبهام، وهذه الطبقات تتكوّن من أشكال الخطوط التي تغطّي بشرة الأصابع. (2)

أما كلمة الوراثة فهي نعت مشتقة من الوراثة ومعناها في اللغة الانتقال، أي أنّ أصل الورث أو الإرث الانتقال، سواء كان هذا الانتقال مادياً كانتقال المال أو غيره، أم انتقالاً معنوياً كانتقال المجد والجاه، أم انتقالاً حسياً كانتقال

(*) - إذ تعدّ البصمة الوراثية من الاكتشافات الطبية الحديثة وهي مركّب وصفي من كلمتين: "البصمة" و"الوراثية"، والبصم في اللغة كلمة عامة تعني العلامة. تقول: بصم القماش بصماً، أي رسم عليه و تعني الفارق بين الإصبعين: الخنصر والبنصر. وأصل الكلمة في معاجم اللغة: بَصَمٌ بضم الباء وسكون الصاد يطلق على معنيين: الأول: الكثيف والغليظ. تقول: ثوب ذو بَصْمٍ أي كثيف الغزل؛ ورجل ذو بَصْمٍ أي غليظ.

الثاني: البَصْمُ هو فوت ما بين كلّ أصبعين طويلاً أي ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر.

أما مدلول كلمة البصمة على الإطلاق في وقتنا الحاضر، فيراد بها بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة، وهي اليوم تفيد في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الحادث، حيث لا يكاد يوجد بصمة تشبه الأخرى.

(1) - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم، وتحديد

الشخصية، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002، ص 131.

(2) - _____، الموسوعة العربية العالمية، ج4، السعودية: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، ط01، 1996، ص 431.

الصفات الوراثية للإنسان من الأصل إلى الفرع.⁽¹⁾

في المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان: "مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة"، تم تعريف البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقيق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال إثبات النسب، شأنها كشأن القیافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عليه".⁽²⁾

لقد ارتضى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف السابق للبصمة الوراثية، وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأن: "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية، من الدم أو اللعاب أو المنى أو البول أو غيرها...".⁽³⁾

للتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يعتبر البروفيسور "إليك جيفري" أول من أطلق اصطلاح البصمة الوراثية للإنسان في جامعة ليستر بإنجلترا عام 1985، فاكتشف ذلك الحمض النووي الذي يطلق عليه الدنا^(*) DNA وهو المميز لكل شخص مثل بصمات الأصابع، فأسماه بالبصمة الوراثية أو بصمة الحمض النووي.⁽⁴⁾ وهي النمط الوراثي المتكوّن من التتابعات المتكررة خلال

(1) - أحمد الرفاعي عبد الرحمن، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005، ص 25.

(2) - لمربني سهام، «ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية (A.D.N) في مجال الإثبات»، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، العدد 07، جانفي 2012، ص 63.

(3) - القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات: من الأول إلى الثاني بعد المائة، 1977-2004، ص 343. أنظر الملحق رقم: 01.

(*) - وهو الحامض النووي الريبي منقوص الأكسجين، المعروف باللغة الإنجليزية: "DeoxyriboNucleic Acid" D.N.A، أما باللغة الفرنسية فيراد به: "L'acide désoxyribonucléique".

(4) - عبد الرزاق ويح أشرف، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2006، ص 22.

الحمض النووي DNA، وهذه التتابعات تعتبر فريدة ومميّزة لكل فرد، ولم تتماثل في شخصين بعينين، وإنما في التوائم المتطابقة.⁽¹⁾

وعلى الرغم من نص عدد من التشريعات الوضعيّة على البصمة الوراثيّة في قوانينها الداخليّة، وإقرارها العمل بها في محاكمها كدليل إثبات ونفي، إلاّ أنّها لم تتعرّض لتعريفها أو تحديد مفهومها تاركة أمر ذلك للفقّه للقيام بتلك المهمّة. ففي فرنسا هناك من عرفها بأنّها: "الهويّة الوراثيّة والأصليّة لكلّ إنسان، التي تعيّن بطريقة التحليل الوراثي، وتسمح بالتّعرف على الأفراد بيقين شبه تام".⁽²⁾

كما عرفها آخر بأنّها: "المعلومات ذات الطّبيعة الجينيّة والفرديّة والتي تخصّ الشّخص بالمعنى الضيق وتعتبر مصدر وأصل الكيان الإنساني عند الاختلاف. فهي تحدّد صفاته وشخصيّته، وليس هيّ الشّخص نفسه، ولا برمجة للشّخص. إنّها رسالة تحمل جانب من شخصيّة الإنسان، وتمنحه الوجود بالقوّة، وإمكانيّة الحياة والمخاطرة معاً".⁽³⁾

وأما عن مراحل اكتشاف البصمة الوراثيّة، فنجد أنّ المصدر الأساسي لظهور فكرة البصمة الوراثيّة هيّ القيّافة كمصدر تاريخي شرعي كان معمولاً بها.⁽⁴⁾

غير أنّ الوجود الواقعي والعمل للقيّافة أظهر الحاجة إلى وسيلة أدقّ منها وأسرع، بل وتعدّ فنيّة أكثر، ألا وهي ما يسمّى بالبصمة الوراثيّة. ولم تُعرف البصمة الوراثيّة حتّى عام 1984 على يد البروفيسور "إليك جيفري" عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن وسجّل براءة اكتشافه عام 1985 وأطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثيّة للإنسان؛ وجاء "إريك لاندر"^(*) ليطلق عليها اصطلاح آخر

(1) - العوضي صديقة. والنّجار رزق، دور البصمة الوراثيّة في اختبارات الأبوة، بحث مقدّم لندوة الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري، في الفترة من 13 - 15 أكتوبر 1998، ص 10.

(2)- GALLAUX (jean- Christophe), "De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant", Revue de la recherche juridique, 1989, n° 3, p. 519.

(3)- GALLAUX (jean- Christophe), "L'empreinte génétique: la preuve parfaite?", J.C.P. 1991.I.3497, n°13, p. 10.

(4) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، الرّياض: دار السلام، ط1، 2000، ص 68. والتّرّمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، م4، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996، ص 08.

(*) - إيريك ستيفن لاندر: ولد في 03 فبراير 1957 بروكلين، نيويورك، الولايات المتّحدة. وراثي رياضيّاتي، عضو معهد هوبنهايم للبحوث البيوطبيّة ومدير مركز بحوث الجينوم بمعهد ماساتشوستس التّكنولوجيا.

ألا وهو محقق الهوية الأخير. (1) حيث أدرك علماء الطب الشرعيّ بسرعة أنّ الدّنا هو محقق الهوية الأخير، (2) لأنّ فيها كلّ الخصائص الأساسية المطلوبة للكشف عن هويّة الأشخاص بدقّة متناهية. (3)

إنّ البصمة الوراثية أصبحت تُترجم إلى واقع عملي وأثبتت نجاحها حتّى غزت ساحات المحاكم واستقرّ العمل بها في أوروبا. وبدأت بعض الدّول العربيّة والإسلامية في التمهيد للعمل بها، حيث أصبح الاتجاه الغالب في التّشريعات الوضعيّة يميل إلى الأخذ بالأدلة العلميّة وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي وفي مجال إثبات النسب.

فقد ذهبت تشريعات بعض الدّول العربيّة إلى اعتبار البصمة الوراثية أو التّحليل الجينيّة وإنزالها في منزلة تساوي منزلة الشّهادة والإقرار في مجال إثبات النسب. مثل التّشريع التّونسي في القانون عدد 75 لسنة 1998 المعدّل بالقانون رقم 51 لسنة 2003، صراحة إثبات نسب الطّفّل المجهول أو من على شاكلته بواسطة التّحليل الجيني أو البصمة الوراثية. (4)

كما تمّ إدراج الأخذ بالخبرة عامّة في مدوّنة الأسرة المغربيّة بصدّد إثبات ونفي النسب، (5) والمقصود بها الخبرة الطّبيّة عامّة، والبصمة الوراثية خاصّة. وأمّا من جانب المشرّع الجزائري فكان تأثره واضحاً بسبب التّطوّر البيولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلميّة لإثبات النسب. ونتيجة لذلك عدّل المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وأضاف فقرة ثانية تجيز اللّجوء إلى استعمال الطّرق العلميّة لإثبات النسب، ويمكن الاحتجاج بها أمام القاضي، لكن هذا الأخير له سلطة تقديرية في استخدامها. (6)

(1) - ابن ناصر الخطيب ياسين، «البصمة الوراثية، مفهومها، وحجبتها، ومجالات الاستفادة منها، والحالات التي يمنع عملها فيها، والاعتراضات الواردة عليها»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربيّة السّعودية، السّنة 11، العدد 41، 2009، ص 174.

(2) - أحمد مستجير أحمد، الشّفرة الوراثية للإنسان، الفصل التّاسع، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1997، ص 196.

(3) - سه ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجبتها في إثبات النسب، مصر: دار الكتب القانونيّة، 2010، ص 18.

(4) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، البصمة الوراثية ومدى حجبتها في الإثبات، القاهرة: دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، ص 742.

(5) - بلحساني الحسين، «قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة»، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، العدد 06،

أكتوبر 2002، ص 95.

(6) - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), " preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien ", laboratoire des droits de l'enfant, les cahiers de LADREN, N°02 , Université d'Oran, 2011, p. 07.

أما بالنسبة لقضاء هذه الدول العربية، فإنه يفتقر لاجتهادات في هذا المجال نظراً لحدائثة تقنية البصمة الوراثية من جهة واعتماد قضائها على الطرق التقليدية في الإثبات من جهة أخرى. غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض القضايا التي استعملت فيها هذه التقنية.

لقد أخذ القضاء المغربي بهذه التقنية بعد صدور مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، وبعد نصّ المشرّع على إثبات النسب بالخبرة القضائية، مثله مثل القضاء الجزائري الذي اعتمد البصمة الوراثية بعد أن أجاز له المشرّع اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.⁽¹⁾

إلا أن النصّ على الطرق العلمية لم يخلُ من الغموض على اعتبار أن التعديل غير واضح مما جعل الاجتهاد القضائي يتعدّد في موقفه. لأنّ التشريع المغربي وإن كان يسمح بإثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، إلا أنه ترك الأمر غامضاً ولم يفصح صراحة إن كان إثبات النسب بالطرق العلمية، المقصود به ضمن العلاقة الشرعية أو غير الشرعية؟، ثمّ منح القاضي السلطة التقديرية في اللجوء أو عدم اللجوء إلى هذه التحاليل، وعدم إلزام الشخص المطلوب بإجرائها يطرح إشكالاً وتعقيداً في فهم هذه النصوص، وبالتالي عدم معرفة نية المشرّع وموقفه في إلحاق الطفل غير الشرعي لأبيه من خلال الوسائل العلمية الحديثة.

بالرغم من أن بعض الفقه الإسلامي⁽²⁾ ألحق الطفل غير الشرعيّ بوالده إذا ادّعاه ورأوا في إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ من أبيه يحقّق مقصد التشريع في حفظ النسل.⁽³⁾

ونظراً لانتشار الأطفال غير الشرعيين في العالم و بأعداد هائلة ارتأيت أن يكون موضوع رسالتي حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق

(1) - قرار المحكمة العليا ملف رقم، 355180، بتاريخ 05-03-2006، مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد الأول، 2006، ص 469.

(2) - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2001، ص 357.

(3) - مازن هنية إسماعيل، «إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية»، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 17، العدد 01، جانفي 2009، ص 21.

البصمة الوراثية. حيث تناولت الدراسة من جانب الفقه الإسلامي وموقف بعض تشريعات الدول المغاربية من هذه القضية. كالجزائر، تونس والمغرب بالإضافة إلى تعامل قضاء هذه الدول مع هذا الموضوع.

ومن هذا المنطلق يمكن طرح الإشكالات التالية: هل من شأن البصمة الوراثية أن تمكن الطفل غير الشرعي من معرفة والديه والانتساب إليهما؟. وإذا كان الأمر كذلك ما هي القيمة الثبوتية للبصمة الوراثية، وما منزلتها بين أدلة إثبات النسب الأخرى؟ وهل تكفي وحدها دليلاً في نظر القضاء بإلزامه بها أم أنّ القاضي يستطيع أن يقضي بغير ما هو وارد في تقرير الخبرة؟

وإجابة لهذه الإشكالات عالجتنا هذا الموضوع من خلال الخطة التالية: حيث تناولنا في الفصل الأول مدى حجية البصمة الوراثية في معرفة الطفل غير الشرعي لوالديه، إذ تعرّضنا لموقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية في إثبات النسب ضمن المبحث الأول وبيننا منزلتها من الأدلة القطعية والظنية في المطلبين الأول والثاني. ثمّ كيفية تعرّف الطفل غير الشرعي على والديه عن طريق البصمة الوراثية في المبحث الثاني، بعدها تعرّفنا على آراء المذاهب المختلفة المؤيدة والمعارضة لإثبات نسب الطفل غير الشرعي من أبيه في المطلبين الأول والثاني.

أمّا الفصل الثاني تطرّفنا فيه إلى موقف بعض التشريع والقضاء المغاربي من حقّ الطفل غير الشرعيّ في معرفة والديه بالبصمة الوراثية، حيث تناولنا في المبحث الأول موقف التشريع المغاربي من إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ بالبصمة الوراثية، وتعرّضنا في المطلب الأول إلى نظرة المشرّع التونسي للطفل غير الشرعيّ في معرفة والديه بالبصمة الوراثية أمّا في المطلب الثاني فتطرّفنا إلى إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ في التشريع المغربي عن طريق البصمة الوراثية وفي المطلب الثالث موقف المشرّع الجزائري من إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ بالبصمة الوراثية.

وأما المبحث الثاني فخصّصناه لموقف القضاء المغربي من الخبرة الطبيّة في مجال إثبات نسب الطّفّل غير الشرعيّ، حيث تناولنا في المطلب الأوّل موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني في إثبات نسب الطّفّل غير الشرعيّ بعدها مدى إمكانيّة الاعتماد بالبصمة الوراثيّة أمام القضاء المغربي لإثبات نسب الطّفّل غير الشرعيّ وفي المطلب الثالث تعامل القضاء الجزائري مع البصمة الوراثيّة كدليل لإثبات نسب الطّفّل غير الشرعيّ.

الفصل الأول

مدى حجية البصمة الوراثية في معرفة الطفل غير الشرعي لوالديه

الفصل الأول: مدى حجّية البصمة الوراثية في معرفة الطّفل غير الشرعيّ لوالديه
لا خلاف بين الفقهاء في أنّ النسب الشرعيّ يثبت بالفرّاش الطّبيعيّ والحقيقيّ عن طريق مشروع النّكاح. وتوسّعوا في وسائل إثباته بما يكفل صيانة الولد من الضياع، كالإقرار والبيّنة والقيّافة والقرعة في حالة التّنازع عن الأبوة. ونظراً لتشوّف الشّارع الحكيم إلى ثبوت النسب وإحاقه بأدنى سبب، فإنّه يمكن قبول كلّ ما يستجدّ من وسائل تحقّق هذا المقصد، إسهاماً في القضاء على حالة مجهول النسب. والأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أمر ظاهر الصّحة والجواز، خصوصاً وأنّها من النّاحية العلميّة وسيلة لا تكاد تخطئ في إثبات النسب.⁽¹⁾ وأنّ نتائجها تكون قطعيّة في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، حيث جاء قرار المجمع الفقهي الإسلاميّ بمكّة المكرّمة: «...يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب...».

هكذا أصبح بالإمكان الاعتماد على البصمة الوراثية في تحديد نسب الابن لأبيه الحقيقيّ، وإظهار العلاقة الطّبيعيّة التي أصلها ماء الرّجل وبويضة الأنثى. وتستطيع التّعريف على حقيقة نسب أي إنسان من جهتي الأم والأب الطّبيعيّين دون النّظر إلى طبيعة العلاقة بين الرّجل والمرأة، نكاح أو سفاح.⁽²⁾

فيما ذهب العلماء المعاصرون⁽³⁾ إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وذلك لأنّه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القيّافة لاستنادها على علامات ظاهرة، أو خفيّة مبنيّة على الفراسة والمعرفة والخبرة في إدراك الشّبه الحاصل بين الآباء والأبناء، فإنّ الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية أقلّ أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القافة إن لم تكن البصمة الوراثية أولى بالأخذ بها، لأنّ البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلّة خفيّة محسوسة من خلال الفحوصات

(1) - —، المجمع الفقهي الإسلاميّ، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة

منها، م 3، مكّة المكرّمة، من 05 - 10 جانفي 2002، ص 358.

(2) - مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 388.

(3) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 718.

المخبرية التي عُلِمَ بالتجارب العلمية صحة نتائجها في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية.⁽¹⁾

ذهب أحد العلماء المعاصرين⁽²⁾ إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، والاكتفاء بها من الوسائل الشرعية لإثبات النسب، على اعتبار أنها الأقوى في الدلالة على صاحب الماء. فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توافرت فيها شروطها مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار، دليل قطعي، وأن نتائجها تصل إلى درجة لا تدع مجالاً للشك.

كما أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات العربية يميل إلى الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه. غير أن الاختلاف واقع في تحديد منزلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب بالنسبة إلى الطرق الأخرى، وفي مدى ثبوت نسب الطفل غير الشرعي للأب البيولوجي في حالة التعرف عليه.

هذا ما يمكن معرفته من خلال موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية ضمن المبحث الأول، ثم إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية ضمن المبحث الثاني.

(1) - ابن محمد السبيل عمر، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، الرياض: دار الفضيلة، ط1، 2002، ص 46.

(2) - خياط عبد القادر، تقنيات الهندسة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 05 - 07 ماي 2002، ص 1517.

المبحث الأول: موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية في إثبات النسب

طبقاً للندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة وما عرض فيها من أبحاث فقهية

بشأن البصمة الوراثية لكل من محمد سليمان الأشقر⁽¹⁾ وحسن علي الشاذلي⁽²⁾ ومحمد المختار السلامي⁽³⁾ وسعد العنزي⁽⁴⁾ حيث تكاد تتفق تلك البحوث في توجهاتها نحو تحديد موقع البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب أو نفيه. فاجتمعت الأبحاث الأربعة على أن البصمة الوراثية ترقى إلى حجية القیافة، وتظل أدلة إثبات النسب الأخرى مقدّمة على القیافة وعلى البصمة الوراثية، وتظل هذه الأدلة: الفراش "الذي هو علاقة الزوجية"، والبينة "الشهادة"، والإقرار "الاستلحاق". سيّدة الأدلة على إثبات النسب، وإن كانت هذه الأسباب الثلاثة،⁽⁵⁾ متفق عليها لإثبات النسب. فإنّ هناك سببين آخرين محل خلاف بين العلماء وهما: القیافة والقرعة.

وسوف نتطرق للكلام على كل واحد من هذه الطرق بشيء من الإيضاح

على ضوء الفقه الإسلامي، ولأنّ غالبية التشريعات العربية تستخدم أحكام الأحوال الشخصية ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية.

فالدول المغاربية مثلاً تأخذ أحكامه من المذهب المالكي⁽⁶⁾ كالمغرب.

ومن المذهب المالكي والحنفي كتونس والجزائر. حيث نصّ التشريع الجزائري بكلّ صراحة في قانون الأسرة في مادته 222: "كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". أمّا التشريع المغربي فنصّ هو أيضاً بصراحة في المادة 400 من مدونة الأسرة بقوله: "كلّ ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام

(1) - سليمان الأشقر محمد، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة بالكويت، عام 1998، ص 458.

(2) - علي الشاذلي حسن، البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، من 13 - 15 أكتوبر 1998، ص 494.

(3) - مختار السلامي محمد، التحليل البيولوجي في الجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون من 05 - 07 ماي 2002، ص 475.

(4) - العنزي سعد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة بالكويت، في الفترة من 13 - 15 أكتوبر 1998، ص 423.

(5) - مسعد هلاي سعد الدين، المرجع السابق، ص 75-76.

(6) - أبو زهرة محمد، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، القاهرة: دار الفكر العربي، ط1، 1986، ص 50.

في العدل والمساواة". أما المشرع التونسي فقد اتجه وجهة الإمام أبي حنيفة الذي يرى آثار النسب تتكوّن بمجرد إبرام عقد النكاح بقطع النظر عن شرط إمكان الدخول أو تحقق الوطاء من عدمه. وهناك العديد من الأحكام المأخوذة من هذا المذهب

ولهذا السبب سوف نتطرق إلى موقف هذه التشريعات من الأدلة الشرعية لإثبات النسب في تبيان منزلة البصمة الوراثية من الأدلة القطعية في إثبات النسب من خلال المطلب الأول، ثم تبيان منزلتها من الأدلة الظنية في إثبات النسب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: منزلة البصمة الوراثية من الأدلة القطعية في إثبات النسب

بما أن النسب من الأمور التي تمسّ شخصيّة الإنسان وتؤثر فيه، ويعتبر من أهمّ الحقوق للطفل بأن يُنسب إلى أبويه، ولهذا السبب اتجه جميع فقهاء الإسلام إلى التوسعة في طرق إثباته لتتسوّف الشارع الحكيم إلى شمول جميع الأطفال برعاية والديهم، ومن هنا تعددت أدلة إثبات النسب وأشهرها الأدلة الشرعية المتفق عليها: الفراش والبيّنة والإقرار، ومع استحداث وسيلة البصمة الوراثية ذهب العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فهل يمكن الاكتفاء بها عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب؟. هذا ما سوف نبينه في الفروع الآتية خلال موقف البصمة الوراثية من هذه الأدلة القطعية الثلاثة.

الفرع الأول: موقف البصمة الوراثية من الفراش في إثبات النسب

ذكر ابن القيم أن ثبوت النسب بالفراش قد أجمعت عليه الأمة،⁽¹⁾ وهو من الطرق الثلاث الشرعية لإثبات النسب التي اتفق عليها المسلمون، وأن النكاح يثبت به الفراش.

والفراش لغة مأخوذ من الفعل الثلاثي فرش، ويدلّ على تمهيد الشيء وبسطه، يقال: فرشت الفراش أفرشه، ويجمع على فرُش، وافترشه وطئه، فالفراش في اللغة هو الوطاء.⁽²⁾

(1) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 718.

(2) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السابق، ص 43.

وفي معناه الاصطلاحي يقصد به العلاقة بين الزوج والزوجة، أو الزوجة في علاقتها الشرعية بالرجل،⁽¹⁾ ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش، وللعاهر الحجر}.⁽²⁾ ويُفسر الفراش بأنه: "تعيين المرأة للولادة لشخص واحد".⁽³⁾ قال عنه الإمام الشوكاني في نيل الأوطار⁽⁴⁾: "واختلف في معنى الفراش فذهب الأكثر إلى أنه اسم للمرأة وقد يُعبر به عن حالة الافتراش". وروي ذلك عن أبي حنيفة أن الفراش اسم للزوج،⁽⁵⁾ وكان دليلهم على ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة﴾.⁽⁶⁾ أما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: {الولد لصاحب الفراش}.⁽⁷⁾

وسوف نتناول دليل الفراش بآراء العلماء في موقف البصمة الوراثية منه أولاً، ثم موقف بعض تشريعات الدول المغاربية من البصمة الوراثية والفراش في إثبات النسب ثانياً.

أولاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من الفراش

بعدما عرفنا الفراش وما يتعلق به من أحكام شرعية يمكن بيان البصمة الوراثية وأثرها على الفراش باعتباره سيّد أدلة إثبات النسب، بطرح أقوال العلماء المعاصرين حول موقف البصمة الوراثية من الفراش.

يقول علي محي الدين القرّة داغي حول البصمة الوراثية والفراش: "القاعدة الأساسية هي أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت به".⁽⁸⁾

(1) - كمال الدين إمام محمد، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، بيروت: المؤسسة الجامعية، ط1، 1996، ص 298.

(2) - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دمشق: دار ابن كثير، ط1، 2002، ص 1672.

(3) - بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، بيروت: دار النهضة العربية، 1967، ص 516.

(4) - المبارك فوري أبو العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي، ج1، عمان: بيت الأفكار الدولية، 1940، ص 1182.

(5) - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج6، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000، ص 255.

(6) - سورة النحل، الآية: 72.

(7) - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج2، الرياض: دار إحياء الكتب العربية، ط1، 1991، ص 1080.

(8) - علي القرّة داغي محي الدين، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبعوث الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002، ص 18.

ويقول وهبة الزحيلي: "وتقدّم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النسب كالبيّنة والاستلحاق والفراش أي علاقة الزوجية، لأنّ هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية والقيافة إلاّ عند التنازع في الإثبات أو عدم الدليل الأقوى".⁽¹⁾

وقال نصر فريد واصل: "وعلى ذلك فإنّ أدلّة ثبوت النسب من الفراش والبيّنة أو الشّهادة والإقرار إذا وجدت كلّها أو بعضها فإنّها تقدّم على البصمة الوراثية أو القيافة".⁽²⁾

هذا، وقد وضع علماء العصر بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش. وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: الشك في أنّ أقلّ مدّة الحمل وهيّ ستة أشهر من وقت الدخول،⁽³⁾ فهنا يمكن للبصمة الوراثية تقييم هذه الحالة. مع العلم أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّ أدنى مدّة للحمل هيّ ستة أشهر واختلفوا في اعتبار المدّة من الدخول أو العقد. والرّاجح عند الجمهور هو الدخول وإمكان التلاقي بين الزوجين.⁽⁴⁾

يقول العلماء المعاصرون: "إذا ما شكّ إنسان في حمل زوجته من يوم دخل بها هل هو أقلّ من ستة أشهر أو أكثر، ولم يستطع الجزم بهذا، فإنّ البصمة الوراثية تستطيع كشف غموض هذه المسألة وذلك بأن تؤخذ عيّنة من الجنين ويتم مطابقتها مع الصّفات الوراثية بالنسبة للأمّ والأب، باعتبارها وسيلة إثبات ونفي بنسبة 100% وأنّ نتائجها يقينية لا تحتل الشك والتردد".⁽⁵⁾

(1) - وهبة الزحيلي مصطفى، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002، ص 22 و 23.

(2) - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م 03، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، في مكة المكرمة، التي عقدت في الفترة ما بين 05 - 10 جانفي 2002، ص 26.

(3) - علي القرّة داغي محي الدين، المرجع السابق، ص 24.

(4) - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة: دار الفكر العربي، 2009، ص 387.

(5) - وهبة الزحيلي مصطفى، نفس المرجع، ص 06.

الحالة الثانية: وهي حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من النكاح الفاسد، مثل الشغار والمتعة أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق؟(1)

ففي هذه الحالة يمكن الاحتكام أولاً إلى القیافة لأنها علم بدائي قديم ولكن ما العمل في حالة عجز القیافة عن معرفة الشبه بين الولد وأبيه؟ فتكون البصمة الوراثية أقوى بكثير من القیافة.(2)

في جميع الحالات التي تلحق بهذه الحالة سواء في النكاح الفاسد أو من وطئت في طهر لم يصبها فيه الزوج واعتزلها وأنت بولد لستة أشهر من حين الوطء، ومن تزوجت في عدتها ظاناً أنها انقضت عدتها من الأول، ففي هذه الحالة فإن البصمة الوراثية تؤدي دوراً كبيراً في معرفة الأب الحقيقي.

الحالة الثالثة: وهي تتبع الحالة الثانية وذلك فيما إذا تساوت البيّنات أو تعارضت الأدلة كالشهود وغيرهم، فهنا تؤدي البصمة الوراثية دورها في حسم قضية النزاع الدائر بين المدعي بالولد وبين المدعي الآخر، أو بين الزوج والزوجة فيما إذا ادعت المرأة الولد على فراش وكان قد جامعها ثم سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدتها ولدت، وينفي نسبة الولد إليه. ففي هذه الحالة وهي حالة تعارض البيّنات أو تساويها كمن شهد له قائفان وشهد للآخر قائفان في هذه الحالة تقدم الأقوى دليلاً على الأضعف دليلاً.(3) فيقدم الفراش على البصمة الوراثية والقیافة بالنسبة للزوج المسافر لأن الفراش قائم وليس له نفيه إلا باللعان. أما إذا تساوت القیافة فتقدم البصمة الوراثية على القیافة لصدق نتائجها، ولكن لو كان العكس بأن تساوى خبيران في البصمة الوراثية واختلفا فيما بينهما فقال الأول هو لفلان وقال الثاني هو لفلان يقول العلماء في هذه الحالة يقدم الأول على الثاني لأن نسبه ثبت بالأول فلا يلتفت للثاني.(4)

(1) - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً، أعمال وبحوث الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، من 05 - 10 جانفي 2002، ص 18.

(2) - علي الكعبي خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الأردن: دار النفائس، ط1، 2006، ص 219.

(3) - علي الكعبي خليفة، نفس المرجع، ص 220.

(4) - ابن محمد السبيل عمر، المرجع السابق، ص 39.

في الأخير وبعد أن بيّنا أقوال العلماء المعاصرين والحالات التي يرونها جائزة، يمكن القول أنّ البصمة الوراثية لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية سواء كان صحيحاً أو فاسداً أو في مرحلة الشك نهائياً، وذلك للسبب الآتي:

يقول الشوكاني: "مهما كان الفراش ثابتاً شرعاً كان الولد لاحقاً قطعاً".⁽¹⁾

ثم إنّ الزّواج الفاسد من آثاره ثبوت نسب الولد من الرّجل إذا حصل حمل من ذلك الدّخول احتياطاً لإحياء الولد وعدم تضييعه.⁽²⁾ فإذا النّسب يلحق في الزّواج الفاسد فمن باب أولى لا يتزعزع في الصّحيح لأنّ إدخال البصمة الوراثية فيه سوف يززعز الثقة بين الزّوجين.⁽³⁾

وعلى هذا الأساس فالباحث يرى أنّه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في الزّواج الصّحيح طالما أنّ العلاقة الزوجية قائمة بين الزّوجين، وإن كان ولا بد فهناك طريق شرعي لنفي الولد وهو اللّعان.

ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع الفراش

أ- التّشريع المغربي: لقد ورد في مدونة الأسرة المغربية في قسم النّسب ضمن المادّة 152 من أسباب لحوق النّسب بالفراش. ويعتبر الفراش بشروطه حجّة قاطعة على ثبوت النّسب، لا يمكن الطّعن فيه إلّا من الزّوج عن طريق اللّعان. كما يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستّة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتّصال، سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً، وإذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق، فإذا نتج عن الاتّصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدّة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل.

المقصود بالفراش هنا الزوجية القائمة بين الرّجل والمرأة ولا يكون ذلك عادة إلّا بالزّواج الصّحيح أو ما ألحقه به المشرّع استثناءً كالنّكاح الفاسد أو الوطء عن طريق الشبهة. فلا بدّ من تحقّق مدّة الحمل المفروضة شرعاً وقانوناً.

(1) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 222.

(2) - فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة في الإسلام، الطّلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، بيروت: الدّار الجامعية، 1998، ص 258.

(3) - علي الكعبي خليفة، نفس المرجع، ص 222.

حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى: "...الولد للفراش متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج وهي أدنى مدة الحمل".⁽¹⁾

الفراش بذلك متى استوفى الشروط يعدّ قرينة قانونية قاطعة على إثبات نسب الأولاد المزدادين خلاله إلى أبيهم. فهي بذلك غير قابلة لإثبات العكس بأيّة وسيلة من وسائل الإثبات إلا عن طريق اللعان.

هناك قرار آخر للمجلس الأعلى جاء فيه: "...لئن كان الفراش الشرعيّ قرينة قاطعة على إثبات النسب فإنّ ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة بتاريخ وداخل الأمد المعتبرة شرعاً بشكل لا مرأى ولا جدال فيه...".⁽²⁾

ما يمكن ملاحظته على المشرّع المغربي أنّه جعل من أسباب لحوق النسب - أي الأسباب التي يثبت بها النسب - أي تفيده، وينشأ عنها - هيّ الفراش، إذ جعله في المرتبة الأولى، ثمّ هناك أسباب أخرى لم تكن البصمة الوراثية من ضمنها، بل جعل هذه الأخيرة من وسائل إثبات النسب⁽³⁾ في مرتبة لا ترقى إلى مستوى الفراش بدليل أنّ مدونة الأسرة اعتبرت الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يمكن الطعن فيه إلا بواسطة الخبرة؛ وإذا تمّ الطعن في حجّية الفراش يشترط في ذلك أن يصدر أمر بها من طرف المحكمة التي يرجع إليها في الأخير تقدير قيمتها الإثباتية حسب الحالات.

ب- التشريع التونسي: جاء الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ناصراً على أنّه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة".⁽⁴⁾ يتّضح من خلال قراءة نص هذا الفصل أنّ المشرّع التونسي قد وضع لإثبات النسب أي البنوة الشرعية دليل الفراش، واستعمال هذه العبارة المقتبسة

(1) - قرار المجلس الأعلى رقم 145، بتاريخ 03 فبراير 1987، ملف شرعي عدد 85/5420، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 40، 1987، ص 167.

(2) - قرار المجلس الأعلى رقم 186، بتاريخ 12 جانفي 2007، ملف شرعي عدد 05/815. أورده لعكيدي نورة. وحموش ياسر. دعوى إثبات النسب على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة المولى إسماعيل، كلية الحقوق مكناس، المغرب، 2007/2006، ص 52 و 53.

(3) - المادة: 158 من مدونة الأسرة المغربية: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية".

(4) - الأمر المؤرّخ في 13 أوت 1956، المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 100، العدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956، ص 1544.

من الفقه الإسلامي تعني العلاقة الشرعية، رغم أن المشرع التونسي لم يعرف قرينة الفراش واكتفى بالقول في صلب الفصل 71 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزواج".

يقتضي أن يثبت نسب المولود من الزوج صاحب الفراش سواء كان الفراش صحيحاً أو فاسداً، إذا ولد الطفل خلال المدة القانونية للحمل،⁽¹⁾ حددها المشرع بستة أشهر كأدنى حد ومدة سنة شمسية كأقصى حد طبقاً للفصلين 35 و69 من مجلة الأحوال الشخصية.⁽²⁾

المشرع التونسي اتجه في إثبات النسب بالزواج الصحيح بمجرد إبرام عقد النكاح وهي وجهة الإمام أبي حنيفة، وقد تبنت محكمة التعقيب هذا الاتجاه في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "الزواج الصحيح يثبت به النسب بمجرد وجود علاقة زوجية تستند إلى رسم صداق. ونتيجة لذلك يثبت الولد تلقائياً للزوج دون حاجة لإثبات دخول بالزوجة لترتيب تلك النتيجة فإثبات مجرد عقد الزواج كاف لإثبات النسب".⁽³⁾ المشرع التونسي هو الآخر حدّد وسائل ثبوت النسب في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر ولم يتم ذكر البصمة الوراثية كوسيلة لثبوت النسب. حتى بعد إصدار قانون 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، كان واضحاً في الفصل الأول من هذا القانون أن إثبات البنوة الطبيعية يكون بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني. يفهم من هذا أن المشرع التونسي جعل البصمة الوراثية في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة لكن في مجال العلاقة الزوجية غير الشرعية، بينما خصّ الفراش بالعلاقة الزوجية الصحيحة وبالتالي لا يمكن للبصمة الوراثية أن ترقى لمستوى دليل الفراش.

(1) - الزياتي نور الدين، الطفل الطبيعي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2001/2000، ص 21.

(2) - الفصلان: 35 و69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(3) - سكرة أنيس، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء،

تونس، السنة القضائية 2001/2000، ص 18.

ج- التشريع الجزائري: حسب حكم المادتين 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري. حيث جاء في نص المادة 40: "يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدخول...". ونصّ في المادة 41 منه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". فالزواج الصحيح مثله في الحكم الزواج الفاسد والوطء بشبهة وهو دليل الفراش، حيث تبنى المشرّع الجزائري ما قال به جمهور الفقهاء من أنّ النسب يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول.⁽¹⁾ وقد أكدّ قضاة المحكمة العليا في الجزائر شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب. ففي قرار المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من المقررّ شرعاً أنّ الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقررّ عليه قضاء أنّ مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيّام، ومتى تبين في قضية الحال أنّ ولادة الطفل قد تمتّ والزوجية قائمة بين الزوجين وأنّ الطّاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وألاّ تأثير لغيبة الطّاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأنّ القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون".⁽²⁾

في قرار آخر لنفس الجهة جاء فيه ما يلي: "ومن المقررّ قانوناً أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال، ومن المقررّ أيضاً أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدتها الشريعة والاجتهاد بثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل أو الزنا، ومتى تبين في قضية الحال أنّ العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأنّ البنت ولدت في مدة تقلّ عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني، كما أنّه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانوناً، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون".⁽³⁾

(1) - ذيايي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، الجزائر: دار الهدى، 2010، ص 15.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 165408، بتاريخ 08 جويلية 1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2001، ص 67.

(3) - قرار المحكمة العليا رقم 204821، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 82.

إنّ ثبوت النسب بالفراش بمعنى الزّواج الصّحيح وأنّ تحمل الزّوجة أثناء الزّواج وهذا ما يطرح مسألة مدّة الحمل، ومدّة الحمل هيّ بين أقلّ وأقصى، وأنّ أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر طبقاً لنص المادّة 42 من قانون الأسرة.⁽¹⁾ وقد استند في ذلك لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.⁽²⁾

هذا ما أكّدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حيث جاء فيها ما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً للقانون، ولما كان من الثّابت في قضية الحال أنّ مدّة حمل المطعون ضدها أقلّ من الحد الأدنى المقرّر قانوناً، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم إلحاق الطّفل لأبيه خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".⁽³⁾

هناك حالات أخرى واردة في المادّة 40 من قانون الأسرة فيما أقرت بأنّ النسب يثبت بنكاح الشّبّهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول. فثبوت النسب في النّكاح الفاسد هو الدّخول الحقيقي وجاء الولد بعد ستّة أشهر فأكثر فالنسب يثبت.⁽⁴⁾

قد ساير قضاة المحكمة العليا ما نصّ عليه المشرّع بهذا الشأن في قرار جاء فيه ما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّه يثبت النسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبّهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفة للقانون".⁽⁵⁾

حسب المشرّع الجزائري الزّواج الصّحيح هو دليل الفراش، حيث عدّد أسباباً يمكن بواحدة منها ثبوت النسب، كان في مقدّمها الفراش. ثمّ أجاز في فقرة ثانية من

(1) - ابن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2008، ص146 و147.

(2) - سورة الأحقاف، الآية: 15.

(3) - قرار المحكمة العليا رقم 57756، بتاريخ 22 جانفي 1990، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد02،

1992، ص71. أشار إليه لوعيل محمد أمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد

القضائي، الجزائر: دار هومة، 2010، ص 62.

(4) - ابن ملحة الغوثي، نفس المرجع، ص 147.

(5) - قرار المحكمة العليا رقم 222674، بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، الجزائر، العدد01، 2001، ص 126.

أشار إليه ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 196.

المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب مما يدل على أن الفراش مقدم على هذه الوسيلة.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من البيّنة في إثبات النسب

تعتبر البيّنة أحد أدلة الشرع المجمع على صحّة العمل بها، وتعتبر إحدى الطرق عند الفقهاء في إثبات النسب شرعاً، حيث ذكر ذلك ابن القيم فقال: "فأما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش والاستلحاق والبيّنة والقيافة، فالثلاثة الأولى متفق عليها".⁽¹⁾

والبيّنة لغة: من التبيين والتبين، بمعنى "الإيضاح والوضوح" وهي الظهور. تقول: أبان الشيء أي ظهر واتّضح.⁽²⁾

واصطلاحاً البيّنة هي: "اسم لما يبين الحق ويظهره،"⁽³⁾ وعرفها ابن القيم: "إنّ القرآن جاء بها أي البيّنة بمعنى الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة ويدخل في البيّنة الإقرار".⁽⁴⁾ والمقصود بالبيّنة الشرعية في إثبات النسب الشهادة⁽⁵⁾.

وكان دليلهم على ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَصِلَ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.⁽⁶⁾ أمّا من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: {البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه}،⁽⁷⁾ وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {وشهادة امرأتين بعدل شهادة رجل}. وقال أيضاً: {شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه}.⁽⁸⁾ وسوف نتناول دليل البيّنة بآراء العلماء في موقف البصمة الوراثية منه أولاً، ثمّ موقف بعض تشريعات الدول المغاربية من البصمة الوراثية والبيّنة في إثبات النسب ثانياً.

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 1998، ص 368.

(2) - مراد حلمي جمال وآخرون، المعجم الوسيط، مصر: مكتبة الشروق الدولية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، ص 80.

(3) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، مكة المكرمة: دار علم الفوائد، ط1، 2007، ص 64.

(4) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، نفس المرجع، ص 25.

(5) - أشرف ويح عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 73.

(6) - سورة البقرة، الآية: 282.

(7) - البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج10، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 2003، ص 427.

(8) - نياي باديس، المرجع السابق، ص 82.

أولاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من البيّنة

يرى خليفة علي الكعبي (1) أنّ البصمة الوراثية لا تقدّم على الشّهادة بل على العكس تقدّم الشّهادة على البصمة الوراثية عند التّعارض وذلك للأسباب التالية:

أ- ثبوت الشّهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجّتها والعمل عليها منذ عهد النّبي صلّى الله عليه وسلّم، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشّهَادَةَ لِلّهِ﴾، (2) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشّهَادَةَ﴾. (3) وتقديم البصمة الوراثية على الشّهادة ورفضها نوع من الكتمان.

ب- لا ينبغي تعطيل النّصوص الشرعيّة النّقليّة الصّحيحة الثّابتة من الكتاب والسنة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتّلاعب لمجرد هفوة أو شيء من الغبار أو العطس.

ج- قد تكون البصمة الوراثية مهزوزة ومزورة إذا كانت لمصالح شخصيّة ومطامع انتقاميّة والهدف منها التّضليل وما يدري القاضي بصحّتها لأنّها شهادة من غير قسم أو يمين بخلاف الشّهادة الشرعيّة فإنّها تقام بعد القسم على كتاب الله.

د- فيصل النزاع وسيّد الموقف هو القاضي فقد يستشفّ من البصمة الوراثية قرينة يطمئنّ بها قلبه وتدعم الشّهادة، وقد يكون العكس من ذلك، ولكن البصمة الوراثية لا تقام بها حجة عند تعارض أدلّة الشرع إذا كانت لوحدها أي دليلاً مستقلاً باستثناء القافة والقرعة.

هذا، وقد وضع بعض العلماء المعاصرين حالات تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشّهادة في قضايا النّسب وهي:

الحالة الأولى: حالة التّنازع على نسب اللّقيط أو الولد وكان لكلّ واحد منهما بيّنة تعارض بيّنة أخرى، فالذي عليه علماء العصر هو أنّ البصمة الوراثية لا تستعمل في حالات ثبوت النّسب بالبيّنة من الإقرار والشّهادة، بحيث إذا ثبت بأنّه طريقة

(1) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 312.

(2) - سورة الطلاق، الآية: 02.

(3) - سورة البقرة، الآية: 83.

شرعية مقبولة فلا ينبغي التشكيك فيها وبعبارة أخرى، فإنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في إثبات الأبوة الثابتة شرعاً أو إبطالها، واتفقوا أيضاً في استعمال البصمة الوراثية في حالة تعارض البيّنات والمستلحقين للولد الذين لا بيّنة لهما أو لهما بيّنة لكنهما متفقان في البيّنة، فإنّ الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية. إنّ علي محي الدين القرّة داغي يقول: "إنّه ينبغي اللّجوء للبصمة الوراثية لقطع النزاع الدائر بين صاحبي البيّنات".⁽¹⁾

الحالة الثانية: إذا ادّعى شخص عنده بيّنة أي شهود نسب طفل عن آخر قد نسب إليه من قبل بلا بيّنة.

الحالة الثالثة: في حالة تعارض البيّنات حيث ينبغي اللّجوء إلى البصمة الوراثية لقطع النزاع الدائر بين صاحب البيّنات.⁽²⁾ الأمر الذي قال به أيضاً علي محي الدين القرّة داغي.⁽³⁾

بالنظر إلى هذه الحالات يمكن القول أنّ البصمة الوراثية لا تقدّم على الشّهادة باعتبار أنّ الشّهادة هيّ اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ ويظهره إذا كان ذلك في نسب الفراش المعلوم. في حين أنّ البصمة الوراثية تفتقر إلى صفة التأثير في نفسيّة القاضي، لكن يمكن الاستفادة منها في نسب مجهول الهوية لأنّه لا سبيل لمعرفة نسب مجهول الهوية إلاّ البصمة الوراثية.

كما أبدى الفقهاء المعاصرون رغبتهم في الاعتماد على البصمة الوراثية في الإثبات أكثر من اعتمادهم على شّهادة الشهود باعتبار أقوالهم تحتمل الكذب. أمّا قرينة البصمة الوراثية يقينية وقطعية، وهذه الأخيرة اعتبرها القانون أولى القرائن العلميّة المستحدثة ولها قيمة برهانية في الإثبات باعتبارها تدرج في البيّنة الشرعيّة وهيّ الأجدر في منازعات النسب لقطعيتها وقوتها الثبوتية فنعتبر بيّنة مستقلة أو قرينة قويّة يؤخذ بها في الحكم الشرعيّ إثباتاً ونفيّاً للأمر التّالية:⁽⁴⁾

(1) - علي القرّة داغي محي الدين، المرجع السابق، ص 23 و26.

(2) - نجم عبد الله عبد الواحد، المرجع السابق، ص 18.

(3) - علي القرّة داغي محي الدين، نفس المرجع، ص 23 و26.

(4) - محمد أمين قاسم عبد الرشيد، «البصمة الوراثية وحجّيتها»، مجلّة العدل، وزارة العدل، المملكة العربيّة السّعوديّة، السنة 06،

العدد 23، 2004، ص 61.

أنّ البيّنة لم تأت في الكتاب والسنة محصورة في الشهادة والإقرار فقط بل كلّ ما أظهر الحقّ وكشفه فهو بيّنة قال تعالى في قصة موسى عليه السلام مع فرعون: ﴿قَدْ جِئْتُكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ، قَالَ إِنْ كُنْتَ جِئْتَ بِآيَةٍ فَأْتِ بِهَا إِنْ كُنْتَ مِنَ الصّٰدِقِينَ، فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُّبِينٌ، وَنَزَعَ يَدَاهُ فِإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنّٰظِرِينَ﴾. (1)

وجه الدلالة قال ابن القيم: "فالبيّنة اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ ويظهره ومن خصّها بالشّاهدين أو الأربعة أو الشّاهد لم يوفّ مسماها حقّه، ولم تأت البيّنة قط في القرآن مراداً بها الشّاهدان وإنّما أتت مراداً بها الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة". (2)

لو نظرنا إلى واقع ثبوت النسب بالشّهادة وكونها تبنى على غلبة الظنّ ويكفي فيها الاستفاضة والشّهرة مع وجود الاحتمال بالخطأ مع واقع البصمة الوراثية التي لا تكاد نتائجها تخطيء في ذاتها، والخطأ الوارد فيها يرجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك تستطيع أن تجزم بأنّ البصمة الوراثية حجّة شرعية يوجب العمل بمضمونها إذا توافرت شروطها. (3)

ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع البيّنة

أ- التشريع المغربي: إلى جانب إثبات النسب بالفراش، فإنّه يتمّ إثباته بشهادة عدلين أو بيّنة السّماع وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 158 من مدوّنة الأسرة، إلاّ أنّ هناك فرق واضح بين شهادة عدلين وبيّنة السّماع. فإثبات النسب بواسطة شهادة عدلين، فالمشرّع المغربي قام بتنظيم الشّهادة في قواعد قانون الالتزامات والعقود إلى جانب تنظيمه الإجراءات المسطرية الخاصة بها في قانون المسطرة المدنية. لكن أمر إثبات النسب عن طريق الشّهادة بالخصوص، فيتمثّل في فقه الإمام مالك انطلاقاً من المادة 400 من مدوّنة الأسرة التي تحيل على الفقه المالكي، الذي يعتبر شهادة الشّهود كوسيلة لإثبات النسب حيث يتمّ اعتبارها أقوى من الإقرار، وبالرغم من نصّ المشرّع المغربي على الشّهادة كوسيلة لإثبات النسب إلاّ أنّه لم ينظّمها

(1) - سورة الأعراف، الآيتان: 105 و108.

(2) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطّرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، المرجع السابق، ص 25.

(3) - وهبة الزحيلي مصطفى، المرجع السابق، ص 06.

تاركاً أمر ذلك للفقهاء المالكي كما أسلفنا القول، حيث أن القاعدة العامة في الشهادة في الفقه المالكي هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين ولكن متى تم تعليق الشهادة بالولادة فيمكن إثباتها أحياناً بشهادة امرأتين فقط على أساس أن الولادة ممّا يطّلع عليه إلا النساء أحياناً دون الرجال.⁽¹⁾

أمّا إثبات النسب بشهادة السّماع، فحسب مقتضيات المادة 158 من مدوّنة الأسرة فيقصد بها من النّاحية الفقهيّة إخبار الشّاهد أمام القضاء أنّه قد سمع سماعاً فاشياً أو واقعة ما قد تحقّقت، وتشارك شهادة السّماع مع البيّنة أو شهادة عدلين في الكثير من الأحيان خصوصاً ما يتّصل بإثبات النسب، وقد اشترط الفقه المالكي لصحّتها خمسة شروط أساسيّة: أوّلها الاستفاضة وثانيها السلامة من الرّيبة وثالثها أداء اليمين تركية لها، رابعها طول الزّمن وأخيراً ألاّ يتعلّق الأمر بنقل شهادة.⁽²⁾

أمّا بخصوص البصمة الوراثية، فالمشرّع المغربي اعتمدها كوسيلة حديثة إلى جانب الوسائل التقليديّة من أجل إثبات النسب أو نفيه. لكن ما يلاحظ على نصوص مدونة الأسرة والدّارس لوسائل إثبات النسب المحصورة في المادة 158 يرى أنّ ترتيب الخبرة المقصود بها تقنيّة البصمة الوراثية جاءت بعد شهادة العدلين وبيّنة السّماع.

مما يستنتج أنّ المشرّع المغربي اعتمد البيّنة كحجّة كافيّة وحدها لإثبات النسب، في حين أقرّ الخبرة الطّبية كوسيلة شرعيّة لإثبات النسب لكن بشروط⁽³⁾. لعلّ ذلك يرجع إلى أنّ المشرّع يعتبر البيّنة حجّة مشروعّة ممّا جرى به العمل في مذهب الإمام مالك، بينما قد يرى أنّ البصمة الوراثية لا تزال في طور التّجربة والاختبار.

ب- التّشريع التّونسي: تعرّض المشرّع التّونسي في الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة إلى الشهادة واعتبرها كأحد وسائل إثبات النسب، حيث نصّ على أنّه: "...ينبث النسب... بشهادة شاهدين من أهل النّقة فأكثر". إذ اشترط المشرّع

(1) - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، الدار البيضاء: مطبعة النجاح، 2006، ص 254 و 255.

(2) - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، نفس المرجع، ص 262.

(3) - المادة: 153 من مدونة الأسرة المغربية: "...أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: - إدلاء الزّوج المعني بدلائل قويّة على ادعائه. - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

التونسي لصحة الشهادة أن تكون من شاهدين من أهل الثقة، على أن لا يقل عدد الشهود بالنسب عن اثنين، ولم يبيّن المشرّع جنس الشاهد ولا حتى شكليات الشهادة وإجراءات تلقّيها وبالتالي يتوجّب الرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية لبيان تلقّي الشهادة. وقد اقتضى الفصل 92 منها: " إذا اقتضى الحال تلقّي بيّنة بالشهادة فإنّ القاضي المقرّر يأذن من استند إليها بإحضارها لديه في اليوم والساعة والمكان المحدّد لذلك، ويتولّى القاضي المقرّر سماع الشهود بنفسه وعند الاقتضاء ينبى لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد وكلّ الشهادات الواقعة تلقّيها على غير هاته الصّورة تعدّ باطلة ولا يعتدّ بها".⁽¹⁾

بينما لم يحصر المشرّع التونسي عدد الشهود في صلب القانون عدد 75 لسنة 1998 ولم يشترط صفة في ذاتهم، حيث جاء في الفصل 3 مكرر: "...يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العموميّة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود...".⁽²⁾

كذلك لم يبيّن المشرّع التونسي مضمون الشهادة، واعتبر السّاسي بن حلّيمة⁽³⁾ أنّ شهادة الشهود وسيلة إثبات مستقلة بذاتها عن الوسيلتين المذكورتين بالفصل 68 مجلة الأحوال الشخصية، ويؤخذ ذلك من ظاهر النصّ الذي استعمل عبارة "أو" وبالتالي فإنّه يكفي لقبول الشهادة المثبتة للنسب الشرعي أن يؤكّد الشاهد أنّ الطّفّل يتمتّع بوضعيّة الطّفّل الشرعي لنسبته بالنسبة للأب، وأنّ هذا الطّفّل يحمل دائماً لقب العائلة المزعومة وأنهم يعاملونه معاملة الابن وأنّه يعاملهم كأنّهما أباه وأمه وأنهما على هاته الصّفة قاما بتعليمه ورعايته وأنّ السّلطة العموميّة تعتبره كذلك.

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 57.

(2) - القانون عدد 75 لسنة 1998، المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003، المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 146، العدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.

(3) - ابن حلّيمة ساسي، «وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس»، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 02، 1966.

قد تبنت محكمة الاستئناف بتونس هذا الاتجاه بأحد قراراتها،⁽¹⁾ الذي قضت فيه بثبوت نسب طفلين استناداً إلى شهادة الشهود التي أثبتت أنه كانت توجد علاقة متينة بين الوالدين تتجاوز مجرد التعارف، "...إذ أن الولد المزعوم كان يدفع معين الكراء وينفق على الوالدة ويزورها ويتناول معها الطعام وهي كلها أمور من شأنها أن ينجر عنها الحمل، والافتناع بأن الأبناء مولودون من صلب الأب المزعوم.

غير أن محكمة التعقيب عبّرت عن رفضها ضمنياً واعتبرت أن البيّنة لم تثبت سوى سلسلة من الوقائع لا علاقة لها بالنسب وكان الحكم قابلاً للنقض مادام أنه أنبنى على مجرد قرائن لإثبات النسب"،⁽²⁾ وقد ثبتت محكمة التعقيب على موقفها هذا في قرار تعقيبي آخر، والذي جاء فيه: "...طالما أن الشهادة التي استندت إليها الطاعنة لا تفيد مطلقاً وجود علاقة شرعية كان من نتائجها ومن ثمرتها الولد المنسوب إلى المعقب عليه فإن علاقة الزنا ينتفي معها النسب".⁽³⁾

نستنتج أن الشهادة الواردة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية تتعلق بإثبات نسب الطفل الشرعي، في حين أن الشهادة الواردة بقانون 28 أكتوبر 1998، إنما تتعلق بإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب هم بالضرورة أطفال غير شرعيين مولودين خارج إطار الفراش، وبالتالي فإن فحوى البيّنة في إطار هذا القانون إنما تتعلق بإثبات العلاقة البيولوجية بين الطفل والأب المزعوم دون العلاقة القانونية.

أما بالنسبة للتحليل الجيني يبدو أن المشرع التونسي كرّس هذه التقنيّة في قانون 1998 وعدّها وسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية حسب ما يفهم من أحكام الفصل الأول من هذا القانون والذي عدّد وسائل إثبات هذه البنوة باستعمال حرف "أو"، وبالتالي أعطى للبصمة الوراثية مرتبة مساوية للبيّنة.

(1) - قرار استئنافي مدني عدد 93680، بتاريخ 08 جوان 1992، محكمة الاستئناف، المجلة القانونية، تونس، 1993.

(2) - قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس، ج2، 1992، ص 183. أشار إليه تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والتفجحات المستحدثة»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 3، 2005، ص 29.

(3) - قرار تعقيبي مدني عدد 760، بتاريخ 26 أبريل 1977، نشرية محكمة التعقيب بتونس، ج1، 1977، ص 243.

ج- التشريع الجزائري: ذهب المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة إلى استعمال كلمة البيّنة وهي مفهوم عام يشمل الأدلة الكتابية والقرائن والشهود.⁽¹⁾ ومن البيّنات التي يمكن اعتمادها اليوم الوثائق الرّسميّة المستخرجة من سجلات الحالة المدنيّة كشهادة الميلاد والوفاة وشهادة الجنسيّة والحالة العائليّة.⁽²⁾ في حين يرى جمع من الفقهاء والقانونيين⁽³⁾ أنّ إثبات النسب بالبيّنة يقتصر أساساً في شهادة الشهود، ودليلهم في ذلك:

1- أنّ قضاة المحكمة العليا أخذوا بمفهوم البيّنة الضيقة عندما أكدوا أنّ قواعد إثبات النسب محدّدة في المادة 40 من قانون الأسرة والتي من ضمنها البيّنة، ولو كان المقصود بالبيّنة المعنى العام لاستجاب قضاة المحكمة العليا لاعتماد فحص الدّم من خلال القرار الآتي: "من المقرّر قانوناً أيضاً أنّه يثبت النسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة...ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفة للقانون. ومتى تبين من قضيّة الحال أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبيّة قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض".⁽⁴⁾

2- ثمّ إنّ الأمر 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 المعدّل والمتّم لقانون الأسرة نصّ زيادة على الطّرق الشرعيّة في إثبات النسب على الطّرق العلميّة كوسيلة من وسائل إثبات النسب، وبالتالي فإنّ مجموعة الخبرات الطبيّة والتّحاليل الطبيّة نصّ عليها بشكل مستقلّ عن الطّرق الشرعيّة، والتي من ضمنها البيّنة، ما يعني أنّ البيّنة المقصودة في مجال إثبات النسب تتمثّل أساساً في شهادة الشهود فحسب.⁽⁵⁾

(1) - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 78.

(2) - داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر: دار البصائر، 2010، ص 198.

(3) - ذيابي باديس، نفس المرجع، ص 79.

(4) - قرار المحكمة العليا رقم 222674، بتاريخ 15 جوان 1999، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1999، ص 126. أشار إليه بالحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 (1966-2006)، ط3، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 179.

(5) - ذيابي باديس، نفس المرجع، ص 81.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأنّ ثبوت النسب يعدّ إحياءً له ونفيه قتلاً له. ولما كان ثابتاً أنّ قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أنّ الحكم حاز قوة الشيء المقضي فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأنّ حجّية الشيء المقضي فيه لا تطبّق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنّه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدّة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".⁽¹⁾

من جهته المشرّع الجزائري كان له نفس موقف المشرّع المغربي، بأن جعل وسائل ثبوت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة. وبالتالي فإنّ الخبرة الطيبة نصّ عليها بشكل مستقل عن الطرق الشرعيّة، والتي من ضمنها البيّنة. حيث أجاز للقاضي اللجوء إلى تقنيّة البصمة الوراثيّة، وتبقى في ذلك السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بها أم لا؟. ممّا يستنتج أنّ البصمة الوراثيّة في نظر المشرّع لا ترقى إلى مستوى البيّنة.

الفرع الثالث: موقف البصمة الوراثيّة من الإقرار في إثبات النسب

يعتبر الإقرار من أدلّة الشرع في إثبات النسب، وهو دليل شرعي لا خلاف فيه بين الجمهور، ويعتبره سعد الدين مسعد هلالى بأنّه الوسيلة الثالثة لإثبات فراش النسب، وهيّ أضعف من الشّهادة لأنّها تقوم على شهادة واحد، ولأنّه يشهد على نفسه بحقّ الغير، ولذلك كانت حجّيته تقتصر على المقرّ. الإقرار في اللّغة الإثبات. يقال: قرّ الشيء إذا ثبت، وأقرّه غيره إذا أثبتّه.⁽²⁾ ويقال: أقرّ بالحقّ إذا اعترف به وأثبتّه. فهو الإذعان للحقّ والاعتراف به

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 172333، بتاريخ 28 أكتوبر 1997، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1997، ص 42.

أشار إليه دلاندة يوسف، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالمر رقم: 02/05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر: دار هومة، ط2، 2007، ص 33.

(2) - الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، ص 03، بدون سنة النشر.

وأقرّ بالحقّ أي اعترف به وقد قرّره عليه وقرّره بالحقّ غيره حتى أقرّ. (1) ويقال:
أقرّ على نفسه بالذنب أثبته. (2)

وكان دليلهم على ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ، قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾. (3) وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾. (4) فشهادة المرء على نفسه إقراره بالحقائق وقوله الحقّ في كلّ أمر ويسمى الإقرار على نفسه شهادة كما تسمى الشهادة على الغير الإقرار. (5)

أمّا من السنّة قوله صلّى الله عليه وسلّم: { وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ، وَالْغَنَمُ رَدٌّ وَعَلَىٰ ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَاغْدُوا يَا أُنَيْسُ إِلَىٰ امْرَأَةٍ هَٰذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجِمِهَا } . قال: "فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فرجمت...". (6)

كان الإقرار هو الاعتراف وبالتالي يعتبر حجة للأخذ به. وسوف نتناول دليل الإقرار بأراء العلماء في موقف البصمة الوراثية منه أولاً، ثمّ موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية والإقرار في إثبات النسب ثانياً.

أولاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من الإقرار

بما أنّ الإقرار حجة على من أقرّ على نفسه بحقّ من الحقوق الشرعية فهل البصمة الوراثية تقدّم على الإقرار نظراً لقوتها؟.

لقد أجمع العلماء المعاصرون (7) على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية باعتباره أي الإقرار حجة شرعية تدين المعترف على نفسه بما عليه أو في ذمّته من حقوق كمن أقرّ بالزنا، أو أقرّ أنّ هذا ابني، وذلك بتوافر جميع الشّروط المعتمدة

(1) - ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، م5، القاهرة: دار المعارف، ص 3582، بدون سنة النّشر.

(2) - مراد حلمي جمال وآخرون، المعجم الوسيط، مصر: مكتبة الشّروق الدّولية، ط4، 2004، ص 725.

(3) - سورة آل عمران، الآية: 08.

(4) - سورة النساء، الآية: 135.

(5) - الأجنائي حمد آل مبارك عبد العزيز، تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج4، بيروت: دار الغرب

الإسلامي، ط2، 1995، ص 79.

(6) - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج11، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994، ص 294 و 295، بدون مكان النّشر.

(7) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 338.

للإقرار شرعاً سواء بالنسبة للمقرّ أو المقرّ له أو المقرّ به. ففي هذه الحالة لا خلاف بين العلماء في تأخير البصمة الوراثية على الإقرار.

قال صديق القنوجي: "الإقرار هو أقوى الأسباب في ثبوت الحقوق والحدود والأنساب والأسباب، فإذا وقع على وجه الصّحة كان معمولاً به إذا كان في جميع من له دخل في ذلك النسب أو السبب"⁽¹⁾.

فالبصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار وهذه الحالات هي التي لا تمسّها البصمة الوراثية عند وجود الإقرار.

الحالة الأولى: إذا أقرّ رجل نسب مجهول النسب وتوفّرت شروط النسب بالإقرار فإنه يلتحق به للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، ففي هذه الحال لا يجوز العرض على القافة لعدم التّنازع، وكذلك البصمة الوراثية.⁽²⁾ لأنّ كلا الطرفين قد عبّر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار، وإنّما يتمّ الاحتكام للقافة ومن ثمّ للبصمة الوراثية في حالات التّنازع وعدم الاتّفاق وعدم التّوافق بين الأطراف.

الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بأخوة النسب لا يكون حجّة على باقي الإخوة ولا يثبت به نسب وإنما تقتصر آثاره على المقرّ في خصوص نصيبه من الميراث، ولا يعتدّ بالبصمة الوراثية هنا لأنّه لا مجال للقافة فيها، والحالة التي نحن بصددّها لا دخل للقافة فيها لأنّ الإقرار صدر من بعض ولم يصدر من البعض الآخر وبالتالي لا يثبت النسب، لأنّ من الشّروط المعتمدة للإقرار بالنسبة للإقرار على الغير هو اتّفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور، وهذا الشّروط لم يتحقّق في هذه الحالة، فلزم بطلان الإقرار وإلغاء دور القافة والبصمة الوراثية لعدم ثبوت التّنازع أو ما يتطلّب ذلك.⁽³⁾

الحالة الثالثة: إذا تمّ إلحاق مجهول النسب بأحد المدّعين بناءً على قول القافة ثمّ أقام الآخر بيّنة على أنه ولده فإنه يحكم له به ويسقط قول القافة لأنّه بدل عن البيّنة فيسقط بوجودها لأنها الأصل كالتيّم مع الماء فكذلك البصمة الوراثية.⁽⁴⁾

(1) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 378.

(2) - ابن محمد السبيل عمر، المرجع السابق، ص 56 و 57.

(3) - علي الكعبي خليفة، نفس المرجع، ص 339.

(4) - ابن محمد السبيل عمر، نفس المرجع، ص 38.

ففي جميع الحالات الثلاثة لا مجال لاجتهاد البصمة الوراثية وذلك لقوة
وحجية الأدلة الشرعية في الحالات السابقة.

ويضيف وهبة الزحيلي⁽¹⁾ قائلاً: "...ويقدّم على البصمة الوراثية الطرائق
المقرّرة في شريعتنا لإثبات النسب أو لنفيه، أمّا الإثبات: فيكون... بالإقرار بالنسب
وهو أن يقرّ الأب بأنّ هذا الولد (ابن أو بنت) هو من صلبه وينسب إليه، كهذا ابني
أو أنا أبوه بشرط ألاّ يكذّبه الحس بأن يكون الولد أكبر سنّاً من الأب، وألاّ يكذّبه
الشرع كأن يكون معروف النسب من غيره، أو ولد على فراش زواج صحيح".
غير أنّه أورد حالة من الحالات التي يمكن فيها دور البصمة الوراثية مع
الإقرار وهي:

ألاّ يكذب المُستلحقّ أي المقرّ له بالنسب وليس عند المُستلحقّ دليل يثبت النسب
ولكنّه يقطع يقيناً ويجزم أنّ هذا ابنه. ففي هذا الأمر يمكن الاحتكام إلى البصمة
الوراثية لأنّ النسب حقّ للولد فينبغي على الأب أن يثبت به بأيّ دليل، ونظراً لانعدام
الدليل فإنّ البصمة الوراثية تحلّ محلّ الدليل،⁽²⁾ ويشترط في هذه الحالة رضا المقرّ
له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية لأنّ الإقرار حجة على المقرّ فلا يتعدّاه
إلى غيره.

ثانياً: موقف بعض تشريعات الدول المغربية من البصمة الوراثية مقارنة مع
الإقرار

أ- التشريع المغربي: لدى المشرّع المغربي الإقرار بالنسب هو ادّعاء المقرّ
أنّه أب لغيره.⁽³⁾

وقد اعتبر كما هو معلوم سيّد الأدلّة، فهو ينسجم مع تصوّر الشريعة
الإسلامية إلى حفظ الأنساب بدل قطعها، وعليه فإنّه لمن الطبيعي أن يعتدّ به الفقه
الإسلامي والمدونة في إثبات النسب.⁽⁴⁾

(1) - وهبة الزحيلي مصطفى، المرجع السابق، ص 22.

(2) - وهبة الزحيلي مصطفى، نفس المرجع، ص 15.

(3) - الكشور محمد، «مركز الخبرة الطبية في مادة الأحوال الشخصية»، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، العدد 77 و78، 1997،

ص 41.

(4) - بلحساني الحسين، المرجع السابق، ص 95.

ونظّمه المشرّع المغربي بمدونة الأسرة الجديدة وسمّاه بالاستلحاق في المواد من 160 إلى 162 من هذه المدونة، وقد أخضع الإقرار بالبنوة لمقتضيات خاصة مستمدة من الفقه الإسلامي تختلف عن قواعد الإقرار الواردة في قانون الالتزامات والعقود ولعلّ هذا ما يتّضح جلياً من وضع العديد من الشروط والمقومات حتّى يعتدّ بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب.

وبالرجوع إلى المواد 160 و161 و162 من مدونة الأسرة يمكن اختزال هذه الشروط فيما يلي:

- 1- أن يكون الأب المقرّ أب المستلحق عاقلاً، بأن يكون المقرّ بالنسب كامل الأهلية،
- 2- أن يكون المقرّ به أي الولد مجهول النسب،
- 3- ألاّ يكذب المستلحق عقل أو عادة،
- 4- أن يوافق المستلحق إذا كان راشداً حين الاستلحاق وأمّا إذا لم يكن راشداً فإنّه يبقى من حقه عند بلوغه سن الرشد أن يرفع دعوى نفي النسب،
- 5- أن يصرّح المقرّ بأنّ هذه البنوة قد نشأت في إطار عقد زواج صحيح كان أو فاسداً.

لقد ورد في إحدى قرارات المجلس الأعلى أنّه: "...لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقرّ الزوج بنوتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصحّ الإقرار ببنوته ولا استلحاقه".⁽¹⁾

- 6- أن يكون الإقرار صادراً من الأب المعني بالإقرار شخصياً إذ لا يصحّ إقرار غيره.⁽²⁾

حيث جاء في قرار المجلس الأعلى: "إقرار الأب بالبنوة يحمل به في لحوق النسب وهذه القاعدة مؤسّسة على الأصول العامة في مذهب الإمام مالك...".⁽³⁾

(1) - قرار المجلس الأعلى رقم 446، بتاريخ 30 مارس 1983، ملف شرعي، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، ص 370. أشار إليه زرويل محمد، «إثبات أو نفي النسب بالوسائل العلمية الحديثة»:

<http://www.stardz2.com/topics.php?t=11414>

(2) - المادة: 161 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) - قرار المجلس الأعلى رقم 12، بتاريخ 29 أكتوبر 1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، ص 108. أشار إليه زرويل محمد، نفس المرجع.

كما يجب أن يكون الإقرار في شكل رسمي أو بخط يد المقرّ الذي لا شكّ فيه.⁽¹⁾ فمتى استوفى الإقرار هذه الشّروط ثبت به النسب. وهو نفس المنهج الذي سلكه المجلس الأعلى في إحدى قراراته حيث جاء فيه: "...النسب يثبت بالإقرار كما يثبت بالفراش أو بالبينة، أو بنكاح فاسد أو بشبهة ويترتب عنه جميع نتائج القرابة ويستحقّ معه النفقة والتّوارث ولا تمييز في إثباته".⁽²⁾

وعليه فإنّ موقع البصمة الوراثية من الإقرار لا يثير أيّ لبس إذ كلّما أقرّ الأب ببنوة ابنه يعني عن اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة ما لم يكن هناك فراغ كما لو أنكرت الأمّ بذلك إذ في هذه الحالة يمكن اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة لتأكيد قرار الأب المقرّ أو تصديق الأمّ المنكرة بذلك.

ب- التّشريع التّونسي: يعدّ الإقرار بالنّسب أحد وسائل إثبات النسب الشّرعي في مجلّة الأحوال الشّخصيّة في المرتبة الثّانية بعد الفراش، وورد بالفصول 68 و70 و73 و74،⁽³⁾ دون أن يفردّه المشرّع التّونسي تحت عنوان خاص.

كما أورد المشرّع الإقرار أيضاً كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهمّلين ومجهولي النسب بالفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998.⁽⁴⁾

والملاحظ أنّ المشرّع التّونسي قد جعل من الإقرار وسيلة لإثبات النسب الشّرعي وإثبات البنوة الطّبيعيّة على حدّ السّواء، ومهما يكن من أمر فإنّ الإقرار بالنّسب نوعان إقرار على نفس المقرّ وهو أن يقرّ الابن بالوالد أو الأب بالولد وإقرار بنسب محمول على الغير.

نشير في هذا الصّدّد أنّه بالنّسبة للقانون المتعلّق بإسناد اللقب للأطفال المهمّلين ومجهولي النسب لا يمكن الحديث عن الإقرار الذي به تحميل على الغير

(1) - المادة: 162 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) - قرار المجلس الأعلى عدد 435، الصادر بغرفتين بتاريخ 22 سبتمبر 2004، ملف شرعي رقم 235 /1/2/2002، أشار إليّ بلحجوب إدريس، قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، ج3، الرباط: مطبعة الأمانة، ط1، 2005، ص 269.

(3) - المواد: 68 "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب..."; و70 "لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعياً ما يخالفه..."; و73 "لو أقر إنسان نسب فيه تحميل على غيره... فإن هذا الإقرار لا يثبت به النسب ويصح في حق نفس المقر إن تصادقا على الإقرار..."; و74 "إذا استلحق الرجل ولداً ثم أنكره فإن مات المستلحق قبل الولد ورثه الولد بالإقرار...". مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(4) - الفصل: 03 مكرر من قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب التّونسي، المرجع السابق.

لأنّ هذا القانون لا يتعلّق إلاّ برابطة البنوة المباشرة بين الابن والأب، أي إقرار الأب بأنّ فلان ابنه، بما يتعيّن إقصاء الإقرار بالأبوة وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلان أبوه، وإقصاء الإقرار بالأمومة وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلانة أمّه وسواء تعلّق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطبيعيّة في قانون 1998 فإنّ المشرّع لم يعط تعريفاً مضبوطاً للإقرار لا في مجلّة الأحوال الشخصيّة ولا في القانون المتعلّق بالأطفال مجهولي النسب. كما لم يضع شروطاً يتقيّد بها القاضي عند الحكم.

الظاهر أنّ هناك فرق واضح وجوهري بين الإقرار في مجلّة الأحوال الشخصيّة، الذي يتعلّق بإثبات نسب الطّفّل الشرعيّ الذي يشترط فيه أن لا يصرّح المقرّ بأنّ الطّفّل من زنا أو أن يثبت المقرّ وجود علاقة شرعيّة بينه وبين والدة الطّفّل. في حين أنّ الإقرار في القانون الجديد إنّما يتعلّق بالطّفّل غير الشرعيّ، وبالتالي فإنّ العلاقة الشرعيّة مفقودة من أساسها وعليه فإنّه ليس على المقرّ في دعوى إسناد اللقب سوى أن يصرّح بأنّ الطّفّل من صلبه دون حاجة لإثبات العلاقة الشرعيّة، فالمهم هو الإقرار بالعلاقة البيولوجيّة. وعلى هذا الأساس جعل المشرّع التونسيّ التحليل الجينيّ المقصود به البصمة الوراثيّة في مرتبة مساويّة للإقرار⁽¹⁾، حيث قرّر أن تحديد هويّة أب الطّفّل المجهول النسب يتمّ سواء بالإقرار أو بالتحليل الجينيّ فحسب. ومهما يكن من أمر فإنّ التحليل الجينيّ يعدّ وسيلة مستقلّة لإثبات البنوة غير الشرعيّة في قانون 1998 حسب ما يفهم من أحكام الفصل الأوّل منه الذي عدّد وسائل هذه البنوة باستعمال حرف "أو".

وقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسيّة في العديد من الأحكام التحليل الجينيّ كوسيلة أصليّة ومستقلّة عن بقيّة وسائل إثبات البنوة. من ذلك الحكم الصّادر عن المحكمة الابتدائيّة بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث اقتضت أحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر

(1) - ورد بالفقرة الثانية من الفصل الأوّل من قانون 1998/10/28 أنه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفّل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجينيّ...".

1998 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهمّلين ومجهولي النّسب أنّ اللّقب يثبت بالإقرار...أو بواسطة التّحليل الجيني" (1).

ج- التّشريع الجزائري: لقد عرف المشرّع الجزائري في القانون المدني الإقرار في المادّة 341 منه بنصّه على ما يلي: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونيّة مدّعى بها عليه وذلك أثناء السّير في الدّعى المتعلّقة بها الواقعة" (2). وقد تضمّنت المادّتان 44 و 45 من قانون الأسرة ثبوت النّسب بالإقرار. حيث أقرت المادّة 44 منه على أنّه: "يثبت النّسب بالإقرار بالبنوّة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النّسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

في حين نصّت المادّة 45 على أنّ: "الإقرار في غير البنوّة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلاّ بتصديقه".

الواضح من خلال المادّتين المذكورتين أنّه هناك نوعان من الإقرار:

الأوّل: يتعلّق بالإقرار بالبنوّة أو الأبوة أو الأمومة.

أمّا الثّاني: فيتعلّق بالإقرار في غير البنوّة والأبوة والأمومة.

يتّضح أنّ قانون الأسرة الجزائري أجاز إثبات النّسب بطريقة الإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدّعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفّر شرطين أساسيين هما:

1- أن يتعلّق الإقرار بطفل مجهول النّسب،

2- وبشرط أن يكون الإقرار يقبله العقل أو العادة. (3)

يعني ذلك أن يولد له مثل المقرّ له بالنّسب من مثل المقرّ أي أن يكون من الممكن ميلاد مثل الولد المقرّ له كأن يكون السنّ مناسباً، فلا يمكن اعتماد إقرار مقرّ بالأبوة سنّه عشرون عاماً لمقرّ له بالبنوّة عمره عشر سنوات.

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 31.

(2) - القانون رقم 10/ 05، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58 / 75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 42، العدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص 17.

(3) - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر: دار هومة، ط2،

2009، ص 104.

حيث أنه لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين من عمره، أو أنه عاجز تماماً أو مريض بالعقم وعدم الإنجاب أن يدعي أو يقرّ بأنّ فلان ابنه أو فلانة ابنته، حيث أنّ مثل هذا الإقرار لا يقبله العقل ولا العادة، كما أنه لا يتصور الإدعاء أو الإقرار ببنوة طفل معلوم النسب ومعروف عن أهله وقومه أنه ابن فلان أو أنه مسجّل في سجلات الحالة المدنية استناداً إلى تصريح والده فلان الفلاني بتاريخ يوم ولادته. (1) لأنه إذا كان المقرّ له معلوم النسب إلى أب معيّن لا يصحّ الإقرار ويصبح بذلك تبنيّ وهو ما لا يجوز طبقاً لنص المادة 46 من قانون الأسرة.

يضاف إلى هذه الشروط ألاّ يصرّح المقرّ أثناء إقراره بأنّ ابنه من زنا كون الزنا جريمة لا تصلح للنسب. (2) هذا ما أكدته إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل هيّ ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين من قضية الحال أنّ مدّة الحمل المحدّدة قانوناً وشرعاً غير متوفّرة لأنّ الزوّاج تمّ في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07، كما أنّ إقرار المطعون ضده بأبوتّه للمولود أمام مدير الصّحة والحماية الاجتماعيّة لا يؤخذ به لأنّ الإدارة غير مؤهّلة قانوناً لتلقّي الإقرار، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعيّة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". (3)

أمّا فيما يخصّ الإقرار من غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة، وهو ما يعرف عند الفقهاء بإقرار نسب المجهول على الغير، بأن يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلاً للآخر ولا فرع له، وإنّما قريبه قرابة حواشي أيّ لهما أصل مشترك هو أبوهما. ولصحة هذا الإقرار لا بد من توافر الشروط السالفة الذكر، وقد أضاف المشرّع الجزائري شرطاً ثالثاً يتمثّل في أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار. ذلك أنّه لثبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول على الإقرار وهو الأب. الأمر الذي نصّت عليه المادة 45 من قانون الأسرة.

(1) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 104.

(2) - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 62.

(3) - قرار المحكمة العليا ملف رقم 210478، بتاريخ 17 نوفمبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 85. أشار إليه ذيابي باديس، نفس المرجع، ص 66.

وعن هذا الإقرار وردت عدّة قرارات قضائيّة من المحكمة العليا منها ما جاء فيه ما يلي: "من المقرّر شرعاً أنّه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار ولزم الحمل في بطن امرأة... الخ. كما أنّ إثبات النسب يقع التّسامح فيه ما أمكن لأنّه من حقوق الله فيثبت حتّى مع الشكّ وفي الأнкحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد، ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المطعون ضده أقرّ بحمل الطّاعنة بشهادة جماعة أمام الموثّق... فإنّ هذه الشّهادة لا تعتبر صلحاً بل هيّ توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطّاعنة... كما أنّه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالذّفع بالمادّة 42 من قانون الأسرة الجزائريّ التي تحدّد مدّة الحمل، لأنّ الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أيّ دليل آخر ولا يحقّ للمقرّر أن يثير أيّ دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

وعليه فإنّ القضاة لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشّهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثّق، فإنّهم خالفوا الشّرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب". (1)

يمكن أن يثبت النسب بالإقرار بالأمومة متى كان الإقرار صحيحاً وموافق للشّروط التي يتطلّبها. فقد أكدّ قرار المحكمة العليا متعلّق بهذا الشّأن: "من المقرّر قانوناً أنّ النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحاً، ومن ثمة فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرّفص. ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أنّ أم المطعون ضده اعترفت بأنّه ابنها وأنّ اعترافها صحيح، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدّعى لعدم التّأسيس طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن". (2)

وما يلاحظ على موقف المشرّع الجزائريّ من البصمة الوراثيّة مقارنة مع الطّريق الشّرعيّ المتمثّل في الإقرار. أنّ المشرّع الجزائريّ قد أضاف فقرة جديدة

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 202430، بتاريخ 15 فبراير 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1999، ص 122. أشار إليه ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 66.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 51414، بتاريخ 19 ديسمبر 1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 03، 1991، ص 52. أشار إليه ذيابي باديس، نفس المرجع، ص 234.

في المادة 40 وهي الفقرة 2 والتي تنصّ على أنه: "يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب". هذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على أنّ المشرّع صرّح بإمكانية اللّجوء إلى طرق علمية حديثة في إثبات النسب وهذا تماشياً مع التّطوّرات الحديثة وللاستفادة من الاكتشافات العلميّة في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

غير أنّ المشرّع يجيز للقاضي استعمال الطّرق العلميّة: "يجوز للقاضي..."، بمعنى أنّ القاضي لا يمكنه في قضايا إثبات النسب إلزام أيّ شخص للخضوع لفحص الدّنا فالأمر جوازي فقط. في حين تضمّنت عدّة مواد من قانون الأسرة ثبوت النسب بالإقرار. وفيه وردت عدّة قرارات قضائية من المحكمة العليا منها ما جاء فيه ما يلي: "من المقرّر شرعاً أنّه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار... ولزم لحمل في بطن امرأة... إلخ. أنّ إثبات النسب يقع التّسامح فيه ما أمكن لأنّه من حقوق الله فيثبت حتّى مع الشكّ وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد. ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ المطعون ضده أقرّ بحمل الطّاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق...، فإنّ هذه الشهادة لا تعتبر صلحاً بل هيّ توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطّاعنة... ولأنّ الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحقّ للمقرّ أن يثير أيّ دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مكانة البصمة الوراثية من الأدلّة الظنية في إثبات النسب

ذكرنا في المطلب الأوّل أنّ نسب الولد من أبيه لا يثبت إلاّ بإحدى طرق

أو أسباب ثلاثة محلّ اتفاق بين العلماء وهيّ:

- الزوّاج الصّحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة، المعبر عنه بالفراش،

- الإقرار بالنسب أو الاستلحاق،

- البيّنة وهيّ الشهادة.

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 202430 بتاريخ 1998/12/15، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 01، ص 122. أشار إليه ذيابي

باديس، المرجع السابق، ص 66.

فضلاً عن هذه الأسباب الثلاثة المتفق عليها لإثبات النسب، فإنّ هناك سببين آخرين محلّ خلاف بين العلماء، وهما: القيّافة والقرعة.

لقد عدّد الفقهاء لثبوت النسب منذ العصور الأولى للإسلام أموراً عدّة هي: الفراش والإقرار والبيّنة والقيّافة والقرعة. حيث تعتبر الأدلّة الشرعيّة الثلاثة الأولى قطعيّة الثبوت لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلاّ بنص شرعي. في حين تعتبر الأدلّة الشرعيّة الأخرى ظنيّة الثبوت، يمكن القياس عليها حال حصول التّزاع في النسب فيمكن في هذه الحالة اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة لحلّ النزاع. فالبصمة الوراثيّة وإن كانت في حكم القيّافة أو هيّ أولى،⁽¹⁾ فمن باب أولى أن تحلّ بديلاً عن القرعة.⁽²⁾

في هذا المطلب سوف نتناول الحديث عن موقف البصمة الوراثيّة من القيّافة والقرعة في إثبات النسب في الفرع الأوّل ثمّ عن آراء العلماء المعاصرين وبعض التشريعات المغاربيّة في موقف البصمة الوراثيّة من القيّافة والقرعة في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل: موقف البصمة الوراثيّة من القيّافة والقرعة في إثبات النسب

تعتبر القيّافة من أقدم الطّرق التي عرفتّها الشريعة الإسلاميّة لمعرفة الأثر والشبه، وتعتبر من الطّرق الضّعيفة في إثبات النسب، ولما كانت القيّافة قائمة على تتبّع الأثر والشبه فقد قاسها العلماء المعاصرون على البصمة الوراثيّة.

وقبل تبيان موقف هذه الأخيرة من القيّافة سوف نقوم بنوع من التّوضيح لمعنى القيّافة وإثباتها للنسب أولاً ثمّ توضيح معنى القرعة وإثباتها للنسب ثانياً.

أولاً: المعنى اللّغوي والاصطلاحي للقيّافة والأدلّة على ثبوت النسب بها

أ- المعنى اللّغوي والاصطلاحي للقيّافة: القيّافة هيّ من قاف يقوف قيّافة فهو قائف، وهو الذي يتتبّع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرّجل بأخيه وأبيه والجمع قافة.⁽³⁾

(1) - مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 76.

(2) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 361.

(3) - ابن منظور جمال الدين، ج5، المرجع السابق، ص 3776.

وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتناه وهو أقوفهم. وتقيّف أثره تتبّعه والقيافة هي تتبّع الأثر. يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة.⁽¹⁾

أما من ناحية الاصطلاح، فقد عرفها كثير من الفقهاء وأهمّها:

1- فقد عرفها ابن رشد من المالكية بأنّ القافة عند العرب هم: "قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص النَّاس".⁽²⁾

2- وعند الحنابلة: "هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختصّ ذلك بقبيلة معيّنة بل من عُرِف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف".⁽³⁾

3- وعرفها الإمام الجرجاني من الحنيفة فقال: "القائف وهو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود".⁽⁴⁾

4- عند الشافعية: "هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى به من علم".⁽⁵⁾

5- القافة عند ابن حزم: "هم الجماعة الذين يعرفون الشبه والأثر".⁽⁶⁾

وقيل: "أنّ القيافة هي اعتبار الأشياء لإلحاق الأنساب".⁽⁷⁾

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنّ القائف: "هو الذي يتتبع الآثار ويتعرّف منها الذين سلكوها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ويلحق النسب عند الاشتباه، بما خصّه الله تعالى به من علم ذلك".⁽⁸⁾

بالنظر إلى هذه التعريفات يجد الباحث أنّها متقاربة سواء المعنى اللغوي أو المعنى الاصطلاحي، وتفيد جميعها أنّ القيافة هي معرفة النسب عند الاشتباه وتتبع الآثار بالفراسة والنظر. حيث جاء بالموسوعة الفقهية الكويتية ما يلي: "القيافة

(1) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج34، الكويت: مطابع دار الصفوة، ط1، 1995، ص 92.

(2) - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م2، القاهرة: دار السلام، 1995، ص 2086.

(3) - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج6، بيروت: دار الكتاب العربي، 1983، ص 398.

(4) - الجرجاني علي بن محمد الشّريف، كتاب التعريفات، بيروت: مكتبة لبنان، 1985، ص 177.

(5) - الشربيني محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، بيروت: دار المعرفة، ط1، 1997، ص 646.

(6) - محمد يوسف المحمدي علي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، طرق إثباته ونفيه، قطر: دار قطري، ط1، 1994، ص 324.

(7) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السابق، ص 77.

(8) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج1، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983، ص 247.

والفراسة كلاهما يقوم على النظر وبينهما فارق وليست القِيَافَة من الفراسة وإنما هي من باب قياس الشبّه، وهو أصل معمول به في الشرع".⁽¹⁾

6- ومن العلماء المعاصرين محمد رأفت عثمان، حيث عرفها بقوله: "القائفة نستعين به بوصفه وسيلة من وسائل إثبات النسب، فإذا وجد شك في بنوّة إنسان لإنسان، فإنّه من المشروع أن يؤخذ برأي القائف، ومن ألحقه به ألحقناه به إذا وجد الشبّه بين الابن وأبيه، وكانت العرب تحكم بالقِيَافَة، وتفخر بها وتعدها من أشرف علومها".⁽²⁾

ب- الأدلّة على ثبوت النسب بالقِيَافَة

اختلف في مشروعيّة العمل بالقِيَافَة على رأيين:

أ- الرّأي الأوّل: ذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابليّة والظاهرية إلى جواز إثبات النسب بالقِيَافَة عند عدم الفراش والبيّنة بأدلة من السنّة والإجماع والمأثور والمعقول.

1- الدليل من السنّة

استدلّ الجمهور على حجّية القِيَافَة بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "إنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم دخل عليّ مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال: {أَلَمْ تَرَيَ أَنَّ مُجَزَّزًا نَظَرَ أَنْفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ}. وفي رواية للبخاري، {أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُدَلِّجِي دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتِ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ}.⁽³⁾

وجه الاستدلال: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، اعتبر الشبّه دليلاً

على لحوق النسب، وهذا هو معتمد القائف.⁽⁴⁾

2- الدليل من الأثر والإجماع

ما رواه مالك بن أنس عن سليمان بن يسار: "أنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه كان يُليطُ أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدّعي ولد

(1) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج32، الكويت: دار الصفوة، ط1، 1995، ص 77 و78.

(2) - رأفت عثمان محمد، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار البيان، ط2، 1994، ص 431.

(3) - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دمشق: دار ابن كثير، ط1، 2002، ص 1676.

(4) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، المرجع السابق، ص 587.

امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدرّة، ثمّ دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرّجلين، يأتيني وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتّى يظنّ وتظنّ أنّه قد استمرّ بها حبلاً، ثمّ انصرف عنها، فأهريقته عليه دماءً، ثمّ خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيّهما هو. قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام وال أيّهما شئت. فإلى أيّهما شئت فانتبسب". (1)

يقول الصنعاني: "قضاء عمر هذا، كان بمحض من الصحابة من غير إنكار من واحد منهم، فكان كالإجماع تقوى به أدلة القيافة". (2)

3- الدليل من المعقول

إنّ أصول الشّرّع وقواعده والقياس الصّحيح تقتضي اعتبار الشّبّه في حقوق النّسب، والشّارع منشوّف إلى اتّصال الأنساب وعدم انقطاعها. ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدّعوى المجرّدة مع الإمكان وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشّبّه الخالي عن سبب مقاوم له كافيّاً في ثبوته. (3)

ب - الرّأي الثّاني: ذهب الحنفيّة إلى أنّ القيافة لا يلحق بها النّسب لأنّها من الظّنّ والتّخمين، (4) واستدلّوا بأدلة من السنّة والإجماع والمعقول.

1- الدليل من السنّة

استدلّوا بقوله صلّى الله عليه وسلّم: { الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ } . (5)

وجه الدّلالة عندهم أنّ النّسب يثبت للرّجل بثبوت سببه، وهو النّكاح أو ملك اليمين، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك.

2- الدليل من الإجماع والمأثور

(1) - مالك بن أنس، الموطأ، م2، رواية يحيى الليثي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997، ص 284.

(2) - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السّلام الموصلة إلى بلوغ المراد، ج8، المملكة العربيّة السّعوديّة: دار ابن الجوزي، ط2، 2000، ص101.

(3) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، المرجع السّابق، ص 588.

(4) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السّابق، ص 78.

(5) - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1672.

استدلّ الحنفيّة بكتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة، حيث ذكر أنّ شريحاً كتب إلى عمر في جارية بين شريكين، جاءت بولد، فادّعيها، فكتب إليه عمر: أنّهما لبّسا فلُبس عليهما، ولو بيّنا لبّيّنا لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصّحابة من غير نكير، فكان في حكم الإجماع.(1)

3- الدليل من المعقول

استدلّ الحنفيّة على عدم حجّية القيّافة بأكثر من وجه من المعقول نذكر منها:

- أنّ الله عزّ وجلّ شرع حكم اللعان بين الزّوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجّة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه وعدم الدليل.

- أنّ الشبه لا يثبت بالقيّافة، لأنّ الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيّافة إثبات المخلوقيّة من الماء لإثبات الفراش، فلا تكون حجّة لإثبات النسب.(2) ممّا لا شكّ فيه أنّ ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيّافة واعتبارها طريقاً شرعيّاً في إثبات النسب هو الرّاجح لدلالة السنّة على ذلك.

أمّا الاستدلال بحديث (الولد للفراش) من قبل الحنفيّة كان ردّ الجمهور، إنّما يكون حجّة فيما إذا علم بفراش ومع عدمه يؤخذ بالقيّافة(*) للاحتياط في الأنساب.(3)

ثانياً: المعنى اللغوي والاصطلاحي للقرعة والأدلة على ثبوت النسب بها

تعتبر القرعة آخر دليل شرعي عرفه الفقه الإسلامي في إثبات النسب، وذلك عند التّنازع على طفل ولا بيّنة لأحدهم فتجرى القرعة وهذه أضعف الطّرق. فالطّريقة هذه غير معمول بها في هذا الزّمان نظراً للتّقدم العلمي في مجال تحليل

(1) - الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج8، بيروت: دار الكتب العلميّة، ط2، 2003، ص 469.

(2) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السابق، ص 84.

(*) - يقول ابن حجر: "واستدل به على أنّ القائف إنّما يعتمد على الشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، لأنّ الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه، والتفت إليه في قصة زيد بن حارثة، وكذا لم يحكم بالشبه في قصة الملائنة، لأنّه عارضه حكم أقوى منه وهو مشروعية اللعان، وفيه تخصيص عموم "الولد للفراش".

(3) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 43 و 44.

الدّم والبصمة الوراثية، إذ شاعت واستقرّ العمل بها في محلّ التّنازع في النّسب. وسوف نتطرّق إلى نوع من التّوضيح لمعنى القرعة اللّغوي والاصطلاحي ودليل مشروعيتها لإثبات النّسب.

أ - المعنى اللّغوي والاصطلاحي للقرعة: القرعة هي السّهمة، والمقارعة المساهمة، وقد اقتزع القوم واقترعوا وقارع بينهم وأقرع واقترعت بين الشّركاء في شيء يقتسمونه، وقارعه فقرع ويقرعه أي أصابته القرعة دونه. (1)

القرعة طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله، إذا لم يكن تعيينه بحجّة. (2) وأقرع بين القوم ضرب القرعة وهي السّهم والنّصيب. وإجراء القرعة حيلة يتعيّن بها سهم الإنسان ونصيبه وهي اسم مصدر بمعنى الاقتراع وهو الاختيار بإلغاء السّهام. (3)

أمّا من النّاحية الاصطلاحية، تنقسم القرعة في المعنى الفقهي لنوعين: النوع الأوّل: وهي المشروعة، والتي تكون لتمييز الحقوق، ومعناها تمييز نصيب موجود، فهي أمارة مشروعة وهي القرعة للخصومة أو لإزالة الإبهام. أمّا النوع الثّاني: فهي غير مشروعة وهي القرعة التي يؤخذ منها الفأل أو التي يطلب بها معرفة الغيب والمستقبل كالاستقسام المحرّم شرعاً. (4)

يقول الإمام القرّافي: "أعلم أنه متى تعيّنّت المصلحة أو الحقّ في جهة لا يجوز الاقتراع بينه وبين غيره، لأنّ في القرعة ضياع ذلك الحقّ المتعيّن أو المصلحة المتعيّنة، ومتى تساوت الحقوق أو المصالح، فهذا هو موضع القرعة عند التّنازع، دفعاً للضغائن والأحقاد والرّضا بما جرت به الأقدار وقضى به الملك الجبّار. فهي مشروعة بين الخلفاء إذا استوت فيه الأهلية للولاية والأئمة والمؤدّنين إذا استووا، والتّقدم للصفّ الأوّل عند الازدحام". (5)

ب - الأدلّة على ثبوت النّسب بالقرعة

(1) - ابن فارس بن زكريا أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج5، مصر: دار الفكر، 1979، ص 72.

(2) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج1، المرجع السابق، ص 247.

(3) - معلوف لويس، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، بيروت: المطبعة الكاثوليكية، ط19، 1956، ص 621.

(4) - عبد الرحمن عبد المنعم محمود، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج3، مصر: دار الفضية، 1999، ص 83.

(5) - القرّافي أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ج4، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1998،

1- الدليل من القرآن الكريم

ذلك في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ (1).

يقول المفسرون في هذه الآية أن مريم عليها السلام لما ذهبت إلى من لهم الأمر على بيت المقدس تخاصموا أيهم يكون كفيلاً لمريم بغية الأجر واقترعوا عليها وذلك بأن ألقوا بأقلامهم التي يكتبون بها التوراة في النهر فأبهم لم يجز قلمه في الماء فله كفالتها. (2)

2- الدليل من السنة

ما ورد في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد السفر أفرع بين نسائه، فأبتهن خرج سهمها خرج بها. (3)

بالإضافة إلى حديث زيد ابن أرقم قال: أتيت علي بن أبي طالب، وهو باليمن في ثلاثة قد وقعوا على امرأة في طهر واحد. فسأل اثنين. فقال: أتقران لهذا بالولد؟ فقالا: لا. ثم سأل اثنين. فقال: أتقران لهذا بالولد؟ فقالا: لا. فجعل كلما سأل اثنين: أتقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا. فأقرع بينهم. وألحق الولد بالذي أصابته القرعة. وجعل عليه ثلثي الدية. فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه. (4)

3- الدليل من الإجماع

نقل العلماء والفقهاء القدامى والمعاصرون إجماع المسلمين على جواز العمل بالقرعة في تعارض البيئات وثبوت النسب والقسم بين الزوجات والعنق إلى غير ذلك من الأمور المشروعة في الشرع. (5)

هذا، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقرعة على قولين:

(1) - سورة آل عمران، الآية: 44.

(2) - ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج2، الرياض: دار طيبة، ط2، 1999، ص 39 و42.

(3) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، الرياض: دار السلام، ط1، 2000، ص220 و221.

(4) - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، ج2، دمشق: دار إحياء الكتب العربية، ص 786، بدون سنة النشر.

(5) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 344 و345.

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية، وهو المذهب عند كل من الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يثبت النسب بالقرعة.⁽¹⁾ وحبّتهم في ذلك: أنّ القرعة تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات النسب، لوجود طرق أخرى غيرها تستعمل فيه.⁽²⁾ في ذلك يقول ابن قدامة: "إذا ادّعا اثنان فكان لأحدهما به بيّنة فهو ابنه، وإن أقاما بيّنتين تعارضتا وسقطتا، ولا يمكن استعمالهما هاهنا، لأنّ استعمالهما في المال إمّا بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل إليه هاهنا، وإمّا بالاقتراع بينهما، والقرعة لا يثبت بها النسب. فإن قيل: إنّ ثبوته هاهنا يكون بالبيّنة لا بالقرعة، وإنّما القرعة مرجّحة. قلنا: يلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء فأنت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة".⁽³⁾

القول الثاني: ذهب إسحاق بن راهويه والشافعي في القديم واختاره ابن القيم، إلى جواز إثبات النسب بالقرعة إلى أحد مدّعي النسب.⁽⁴⁾ وحبّتهم في ذلك: أنّ القرعة لا يصار إلى الحكم بها إلاّ عند تعذر غيرها من طرق ثبوت النسب ووسائله من فراش أو شهادة أو قيّافة، وفي حالة تساوي البيّنتين، أو تعارض قول القافة، فيصار إلى القرعة حينئذ حفاظاً للنسب عن الضياع، وقطعاً للنزاع والخصومة والشقاق.⁽⁵⁾ في ذلك يقول ابن القيم: "وأما القرعة فقد تستعمل عند فقدان مرجّح سواها من بيّنة أو إقرار أو قافة، وليس ببعيد تعيين المستحقّ بالقرعة في هذه الحال، إذ هي غاية المقدور عليه من أسباب ترجيح الدّعوى، ولها دخول في دعوى الأملاك المرسلة التي لا تثبت بقرينة ولا إمارة، فدخولها في النسب الذي يثبت بمجرد الشبه الخفيّ المستند إلى قول القائف أولى وأحرى".⁽⁶⁾

(1) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السابق، ص 92.

(2) - محمد حسين محمود، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، الكويت: مجلس النّشر العلمي، 1999، ص 119.

(3) - عبد الرزاق ويح أشرف، المرجع السابق، ص 93.

(4) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، المرجع السابق، ص 386.

(5) - عبد الرزاق ويح أشرف، نفس المرجع، ص 95.

(6) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، نفس المرجع، ص 386.

يقول كذلك: "ولا تعارض بين هذا وحديث القيافة بل إن وجدت القيافة تعيّن العمل بها، وإن لم توجد قيافة أو أشكل عليهم تعيّن العمل بهذا الطّريق".⁽¹⁾

وجه الدّلالة من هذا الحديث هو: جواز العمل بالقرعة في إثبات نسب الولد ودلّ على ذلك إقرار النبي صلى الله عليه وسلّم لحكم علي رضي الله عنه في إجراء القرعة بين المتخاصمين في إلحاق الولد^(*).

والرأي الرَّاجح هو القائل بجواز إثبات النسب بالقرعة، لأحد مدّعي النسب لقوّة الأدلّة، وخير دليل هو إقرار الرسول صلى الله عليه وسلّم.

الفرع الثّاني: آراء العلماء المعاصرين وموقف بعض التّشريعات المغاربيّة من البصمة الوراثيّة مقارنة مع القيافة والقرعة

أولاً: آراء العلماء المعاصرين في موقف البصمة الوراثيّة من القيافة والقرعة

أ- آراء العلماء المعاصرين في موقف البصمة الوراثيّة من القيافة

لقد رأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثيّة على القيافة من باب أولى أو اعتبارها قرينة قويّة والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود، وقد جاء في توصيّة ندوة الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنبثقة عن المنظمة الإسلاميّة للعلوم الطّبيّة أنّ: البصمة الوراثيّة من النّاحية العلميّة وسيلة لا تكاد تخفيء في التّحقّق من الوالديّة البيولوجيّة والتّحقّق من الشّخصيّة، ولا سيما في مجال الطّب الشرعيّ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القويّة التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، وتمثّل تطوراً عصريّاً عظيماً في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كلّ ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.⁽²⁾

من خلال التّوصية السّابقة والبحوث المقدّمة في هذا المجال نجد أنّ فريقاً من الفقهاء يرى قياس البصمة الوراثيّة على القيافة وأنّ الأحكام التي تثبت بالقيافة تثبت في البصمة الوراثيّة.⁽³⁾

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، نفس المرجع، ص 387.

(*) - قال ابن حزم تعليقياً على هذا الحديث: "لا يضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم دون أن ينكر... وهو عليه الصلاة والسلام لا يسرّ إلاّ بالحق، ولا يجوز أن يسمع باطلاً فيقرّه، وهذا خير مستقيم السند نقلته كلّهم نقات. والحجة به قائمة، ولا يصحّ خلافه البتّة".

(2) - محمد أمين قاسم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 60.

(3) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 122.

يقول حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد⁽¹⁾ أن هذا القياس بعيد للأمور

التالية:

1- أن البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جداً، بخلاف القياس التي تقوم على الاجتهاد والفراسة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد، ففرق شاسع بين ما هو قطعي محسوس وبين ما بُني على الظن والاجتهاد.

2- إن البصمة الوراثية تستخدم في مجالات متعددة، كإثبات النسب والتعرف على الشخصية، وفي التحقيقات وإثبات الجرائم الجنائية فيما القياس لا يعمل بها إلا في مجال إثبات النسب فقط^(*).

3- أن القياس تعتمد على الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل وفيها قدر من الظن الغالب، أما البصمة الوراثية فهي تعتمد كلياً على بنية الخلية الجسمية الخفية وهي تكون من أي خلية من الجسم ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع.

4- أن القافة يمكن أن يختلفوا، بل العجيب أنهم يمكن أن يلحقوا الطفل بأبوين لوجود الشبه فيهما.⁽²⁾ أما البصمة الوراثية فلا يمكن أن تلحق الطفل بأبوين البتة، ويستبعد تماماً اختلاف نتائج البصمة الوراثية ولو قام بها أكثر من خبير، ومن ثم فالقياس بعيد فهذا باب وهذا باب آخر،⁽³⁾ أي أن البصمة الوراثية باب والقياس باب آخر مختلف فيه.

ثم إن مما لا شك فيه أن البصمة الوراثية حدث جديد أضافه العلم الحديث إلى موسوعة العلم التقني الحديث، حيث أثبت الطب أن نتيجة البصمة الوراثية قطعية لا تقبل التردد لأنها تثبت النسب أو تنفيه بنسبة 99% فأكثر. وذهب بعض

(1) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، نفس المرجع، ص 122.

(*) - حتى في هذه الحالة، إثبات الأنساب، فإن الاتفاق بينهما غير مكتمل، حيث إن الطريقة المتبعة لكليهما في إثبات النسب مختلفة تماماً، فالقائف يعتمد في إثبات النسب على الشبه الظاهر بين الأصل والفرع، ولهذا يفقد قوته الثبوتية عند تعدد الأشباه، وذلك بخلاف البصمة الوراثية التي تركز على التحليل البيولوجي وهو أمر داخلي.

(2) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 252.

(3) - محمد أمين قاسم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 61 و62.

العلماء إلى أنّ في حالات الإثبات تحدّد البصمة الوراثية الأم أو الأب أو الأخت بنسبة 99% وفي حالات النفي بنسبة 100% (1).

على إثر ذلك يمكن وضع مقارنة بين البصمة الوراثية والقيافة:

- أنّ القيافة عملية بدائية قديمة تعتمد على القدرة في معرفة فارق الشبه باستخدام المطابقة بين الأعضاء، وقد يصيب القائف وقد يخطئ، بينما البصمة الوراثية طريقة متقنة يكاد يجزم بصدق نتائجها وهي تعتبر دليلاً قاطعاً لإثبات النسب ونفيه (2).

- تتفق البصمة الوراثية والقيافة في عدم نفي النسب أو إثباته في حالة وجود الفراش الصحيح والقائم بين زوجين لا خلاف بينهما.

- في حالة اختلاف الزوجين في دعوى النسب للابن المشكوك في صحته، فإنّ البصمة الوراثية تستطيع إثبات هذا الابن أو نفيه بخلاف القيافة فإنّها لا تستطيع ذلك (3).

- البصمة الوراثية تعتمد على الخبرة الفنية العلمية والتقنية المتطورة بخلاف القيافة فإنّها تعتمد على خبرة المشاهدة والفراسة والنظر فقط (4).

هذا، وقد اتفق العلماء المعاصرون في هذا العصر أنّ البصمة الوراثية تقدّم على القيافة في إثبات النسب وذلك لقوة دلالتها العلمية غير المبنية على التخمين وهي طريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ وهذا بإجماع فقهاء العصر ولا مخالف لهم في ذلك.

أضاف محمد سليمان الأشقر قائلاً: "وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح في هذا الباب وليس هو عندي من القياس المساوي بل تقنية الهندسة الوراثية أولى بالصحة والصدق فينبغي أن تكون أرجح من القيافة والتي فيها أنّ القائف يتكلم عن فراسة وحس وتخمين بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى الشبه منه" (5).

(1) - وهبة الزحيلي مصطفى، المرجع السابق، ص 10.

(2) - علي الشاذلي حسن، المرجع السابق، ص 494.

(3) - علي الشاذلي حسن، نفس المرجع، ص 494.

(4) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 255.

(5) - سليمان الأشقر محمد، المرجع السابق، ص 456.

كما اتفق علماء العصر أيضاً على إجراء البصمة الوراثية في الحالات التي تعجز القيافة عن إثباتها واشترطوا لذلك فقط رضا الأطراف المعنية، في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا ادعى شخصان نسب الولد المجهول النسب أو اللقيط وكان لكل واحد بيّنة، وادعى القائف الشبه بينهما ففي هذه الحالة تستخدم البصمة الوراثية. (1) وأضاف علي محي الدين القرّة داغي قائلاً: "بل إنّ ما تثبته البصمة الوراثية حجة مقبولة إذا توفرت الشّروط المطلوبة لذلك". (2)

الحالة الثانية: وهذه الحالة هي حالة عصريّة ولم ينقل في كتب الفقه الإسلامي أنّها وقعت وإن كان الواقع يقبلها وهي اختلاط الأطفال حديثي الولادة واشتباه الأمر على الأمّهات، فإذا ادّعت امرأتان المولود ولم يكن لهما إثبات كشهود ولا قيافة، فبالتالي يمكن استخدام البصمة الوراثية في نسب الأولاد. (3)

ممن أيدّ شدة الأخذ بالبصمة الوراثية، بل ورأى أنّها أولى من الأخذ بالقيافة أحمد يوسف سليمان رئيس قسم الشريعة بجامعة القاهرة إذ يقول: "إنّ الوسائل العلميّة الحديثة في إثبات النسب مثل البصمة الوراثية أو بعض التحاليل الدقيقة هي ضرورة في العصر الذي نعيشه في ظلّ التقدّم العلمي الكبير الذي وصلنا إليه، خاصّة وأنّ الوسائل القديمة التي حدّدها العلماء لا تتوافق مع طبيعة العصر، وعلى سبيل المثال وسيلة القيافة أو تتبّع الأثر، من الصّعب حالياً إثبات هذه الوسيلة مثلما كان في السّابق في عهد الرّسول صلّى الله عليه وسلّم، وفي عهد صحابته رضوان الله عليهم، والإسلام لا ينكر هذه الوسائل العلميّة الحديثة، ولا يرفضها لأنّها لا تعدو أن تكون وسيلة من الوسائل المشروعة للوصول إلى الحقّ، وهي لا تقبل من جهة نظري الخاصة، عمّا ثبت في عهد الرّسول صلّى الله عليه وسلّم بالقيافة، بل البصمة الوراثية أولى وأثبت حالياً من القيافة". (4)

ب- آراء العلماء المعاصرين في موقف البصمة الوراثية من القرعة

(1) - نجم عبد الله عبد الواحد، المرجع السابق، ص 18.

(2) - علي القرّة داغي محي الدين، المرجع السابق، ص 23.

(3) - نجم عبد الله عبد الواحد، نفس المرجع، ص 18.

(4) - محمد الأزهرى مصطفى، «الدنا ما بين الفقه والقانون»:

يقول حسني محمود عبد الدايم: "ومما ينبغي أن نلفت النظر إليه، هو أن هذه الطريقة يعني بها القرعة، غير معمول بها في الوقت الحاضر في مجال إثبات النسب، وذلك بالتقدم العلمي في مجال تحليل الدّم والبصمة الوراثية، إذ شاعت واستقرّ العمل بها في محلّ التنازع في النسب، ولا شكّ أنّ القرعة لا يصار إليها لوجود الدليل المرجح".⁽¹⁾

يقول خليفة علي الكعبي: "وأما ما يخصّ النسب فيمكن الاستغناء عن القرعة بالبصمة الوراثية".⁽²⁾ ويقول في موضع آخر: "وأنّ العلاقة بين البصمة الوراثية وتعارض البيّنات وتكافئها في النسب هي أيضاً علاقة وثيقة لا تقبل التجزئة، لأنّ البصمة الوراثية قد تحلّ محلّ القرعة وبالتالي ينجلي غموض واقعة النسب المطلوب التّحقق منها". ثمّ قال: "أنّه لا ريب في اللّجوء إلى مسائل الطبّ العلميّة كتّحليل الدّم وتحليل الحامض النووي لمعرفة الصّفات الوراثية بين الولد وأبويه، وبالتالي لا حاجة للّجوء إلى القرعة طالما أنّ البصمة الوراثية يمكن أن تقوم بعمل أحسن من القرعة".⁽³⁾ ثمّ إنّ حجّية البصمة الوراثية أقوى من القرعة باتّفاق علماء العصر. حيث يقول محمد سليمان الأشقر: "...وحيث أنّ البصمة الوراثية قدّمت على القيّافة فمن باب أولى أن تحلّ بديلاً عن القرعة".⁽⁴⁾

يقول علي محي الدين القرّة داغي: "في حال تعارض البيّنتين أو القائنين أو المستلحقين، حيث يمكن في هذه الحالات اللّجوء إلى البصمة الوراثية، بل أقول: ينبغي اللّجوء إليها لقطع النزاع الدائر بين صاحبي البيّنتين أو القائنين أو المستلحقين اللّذين لا بيّنة لهما، وكلّ واحد يدّعي أنّ ذلك الولد المجهول نسبه أو اللّقيط ولده، فحينئذ ينبغي على القاضي أن يرجع الأمر إلى البصمة الوراثية، التي هي أولى من القرعة التي قال بها بعض الفقهاء...".⁽⁵⁾

(1) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 717.

(2) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 353.

(3) - علي الكعبي خليفة، نفس المرجع، ص 354 و 359.

(4) - سليمان الأشقر محمد، المرجع السابق، ص 470.

(5) - علي القرّة داغي محي الدين، المرجع السابق، ص 94.

أمّا حديث القرعة الذي وقع عند الإمام علي رضي الله عنه، فإنّ فيه أمرين
يجب معرفتهما:

الأمر الأوّل: أنّ لجوء الإمام علي بن أبي طالب للقرعة واستعماله لها كان من باب
اللجوء إلى آخر الأدلّة وآخر الحلول، إذ لم يكن لديه دليل غير القرعة فاستعملها
حتّى يحسم النزاع بين الأطراف المتنازعة في الولد.
الأمر الثّاني: إنّما كان اجتهاداً منه رضي الله عنه في غير مورد النصّ لأنّه
لا اجتهاد مع النصّ.(1)

وبالتّالي فكلّ موضع فيه القرعة فالبصمة الوراثية فيه أولى، لأنّ قضية
المولود في المستشفى أو تنازع امرأتين أو رجلين على ولد لا سبيل لمعرفةها إلاّ
البصمة الوراثية، حتّى شهادة الميلاد لا تعتبر دليلاً من أدلّة ثبوت النسب،(2) وأنّ
حجّيتها قاصرة على إثبات تاريخ الميلاد لا تتعدّاه. لكن البصمة الوراثية هنا تحسم
النزاع وترتفع من الظنّ إلى اليقين وتدخل الطمأنينة في نفسية القاضي وتحلّ بديلاً
عن القرعة. لأنّ في عصرنا هذا لا يعقل لأحد ذي لب وبصيرة أن يلجأ للقرعة
مع وجود البصمة الوراثية.(3)

إنّ التحليل البيولوجي يجعل القاضي يطمئنّ للبصمة الوراثية إذا لم يكن هناك
دليل آخر يعارضها كالإقرار والشهادة والفراش، وحتّى مع هذه الأدلّة القطعية
لاحظنا أنّ البصمة الوراثية ممكن أن تدخل معها في قضايا النسب.

**ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع
القيافة والقرعة**

وإنّ كُنّا لا نجد ما يدلّ على ورود هذين الدليلين الشرعيين لإثبات النسب
في قوانين بعض هذه الدّول كتونس والجزائر والمغرب، باعتبار أنّ هذه الدّول لم
تكن تعترف بثبوت نسب الطّفّل غير الشرعيّ أو الولد المولود من علاقة غير
شرعية، ما عدا ما يلاحظ على التشريع التونسي الذي كان سابقاً في إصدار قانون

(1) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 362.

(2) - العمروسي أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، القواعد الموضوعية والإجرامية، القاهرة: دار
الطباعة الراقية، ط7، 1989، ص 570.

(3) - علي الكعبي خليفة، نفس المرجع، ص 363 .

سنة 1985 المتعلق بالأطفال المهملين ومجهولي النسب، ثم قانون 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب. أما التشريع الجزائري والتشريع المغربي لم يتكفلا بتنظيم قانون للطفل الطبيعي وإن كانت هناك مشاريع قوانين بقيت حبيسة الأدرج إلى يومنا هذا.

أ- التشريع المغربي: بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصّ على قواعد النسب ضمن مدونة الأسرة بداية من المادة 153، حيث جاء فيها: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية..."، والمقصود بالفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ولا يكون ذلك عادة إلا بالزواج الصحيح، وبالرجوع إلى المواد (1) 160 و 161 و 162 من نفس المدونة والمنظمة للشروط الواجب توافرها حتى يعتد بالإقرار. نصّ المشرع المغربي صراحة في صلب المادة 148 من المدونة أن: "البنوة غير الشرعية لا تتولد عنها رابطة النسب من جهة الأب ولا ينتج عنها بصفة عامة أي نتائج قانونية". منها أن يصرح المقر بأن هذه البنوة قد نشأت في إطار عقد زواج صحيح كان أو فاسداً، أما بالنسبة للأب فتستوي البنوة من جهتها في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية، ونصّ أيضاً في المادة 158 من نفس المدونة كذلك على أن النسب يثبت بشهادة عدلين أو ببيّنة السماع، لكنّه لم ينظّمها وترك أمر ذلك للفقهاء المالكي طبقاً لنص المادة 400 من المدونة، إلا أنه لم ينصّ على دليل القيافة والقرعة. ممّا يستنتج أنّ المشرع المغربي مثله مثل المشرع الجزائري والمشرع التونسي بخصوص مجلة الأحوال الشخصية، لم يكن يعترف بابن الزنا أو الولد غير الشرعيّ وإحاقه بمن يدعيه وكان ذلك واضحاً من خلال ما رأيناه من نصوص المدونة، الأمر الذي أوضحت قرارات المجلس الأعلى، حيث جاء في إحدى قراراته: "...لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقرّ الزوج ببنوتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصحّ الإقرار ببنوته ولا استلحاقه...". (2) لكن بعد الثورة العلمية الحديثة وبخصوص الهندسة الوراثية وما

(1) - نص المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية: "يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر له ولو في مرض الموت... بشروط أربع سبق ذكرها عند تطرقنا لمعنى الإقرار؛ ونصت المادة 161 من نفس المدونة: "لا يثبت النسب بإقرار غير الأب؛ كما نصت المادة 162 من نفس المدونة أيضاً: "يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه".

(2) - قرار المجلس الأعلى المغربي، رقم 446، بتاريخ 30 مارس 1983، سبق ذكره في الصفحة 46.

أحدثته البصمة الوراثية مؤخراً بفضل التحليل الجيني والنتيجة اليقينية في معرفة الأب البيولوجي، أدرج المشرع المغربي مصطلح البصمة الوراثية ضمن وسائل إثبات النسب، حيث جاء في نص المادة 153: "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج وعن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع". كما جاء في نص المادة 2/155: "...يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعاً"، وأيضاً في نص المادة 158: "...وبكل الوسائل المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية"، وباعتبار البصمة الوراثية من الوسائل الشرعية حسب ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي على أنها طريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ لإثبات الأبوة والبنوة.

هذا ما يدل على أنها حلت محل القیافة والقرعة. وهكذا أصبح القضاء المغربي يأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب، حيث جاء في حكم أصدرته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء قسم قضاء الأسرة قضى بأنه: "...وحيث أنّ القرائن التي يمكن اعتمادها كذلك لوجود العلاقة الزوجية الخبرة المثبتة لعلاقة البنوة إلى المدعى عليه بالإضافة إلى الاستماع إلى الشهود...".⁽¹⁾

ب- التشريع التونسي: مما يلاحظ على مجلة الأحوال الشخصية أنّ المشرع التونسي أخضع إثبات النسب الشرعي لأحكام الفصل 68 وما بعده من هذه المجلة، وذلك بالاعتماد على ثلاث وسائل وهي الفراش والإقرار وشهادة الشهود، التي تبقى في مطلق الأحوال مرتبطة بقرينة الشرعية، التي يجب أن يتمتع بها المولود حتى يثبت نسبه، أمّا المولود من علاقة خنائية أي: غير شرعية، فلا يعتبر مبدئياً ابناً شرعياً ولو كان معلوم الأب، ويبقى نسبه مقطوعاً من جهة الأب. مما يدل على أنّ المشرع التونسي حسم الأمر في هذه الوسائل الثلاث لإثبات النسب الشرعي دون ما حاجة لوسيلتي القیافة والقرعة لحسم النزاع بين المتداعيين، هذا ما أشارت إليه محكمة التعقيب التونسية إذ اعتبرت أنّ الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لا يقتضي بحال إثبات نسب ابن الزنا للزاني إذ للولد الفراش وللعاهر

(1) - حكم ابتدائي رقم 7198، بتاريخ 24 أكتوبر 2005، ملف شرعي رقم 03/619، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب،

غير منشور. أشار إليه زريويل محمد، «الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء المغربي والمقارن»:

الحجر، واستقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على هذا الاتجاه المؤكّد على أنّ العلاقة الخنائية لا ترتّب نسباً.⁽¹⁾

في المقابل يخضع إثبات بنوّة الأطفال الطبيعيين إلى قانون 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، بالاعتماد على وسائل إثبات البنوّة الواردة بهذا القانون وهيّ الإقرار وشهادة الشهود والتحليل الجيني.⁽²⁾

وتتطلب طريقة التحليل الجيني من معطى مبدئي مفاده أنّ كلّ خلايا الجسم البشري تحتوي على تركيبة ADN والتي تحمل جميع الخاصّيات الوراثية للإنسان. حيث يشترك كلّ والد في التركيبة الجينية مع الولد الذي نتج من صلبه وهو ما يعبر عنه بالشبه الحاصل بينهما وهيّ خاصيّة يعمل بها في القيافة.⁽³⁾

ويتّضح أنّ هذه الوسيلة حلّت محلّ العمل بالقيافة بموجب قانون 1998 وأصبح بالإمكان إسناد لقب الأب للابن غير الشرعيّ وقد اعتمدت محاكم الموضوع التّونسيّة في العديد من الأحكام التحليل الجيني كوسيلة أصليّة ومستقلة عن بقية وسائل إثبات البنوّة من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير والذي جاء فيه ما يلي: "حيث اقتضت أحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب أنّ اللقب يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني.

حيث يتّضح بالاطّلاع على النسخة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أنّ أبوة المطلوب للبت...المقام في حقّها لا شكّ فيها بما تكون معه الدّعوى والحالة تلك في طريقها واتّجه الحكم لذلك لصالحها".⁽⁴⁾

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 59.

(2) - سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 60.

(3) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 41.

(4) - حكم ابتدائي مدني عدد 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس، 2000.

أشار إليه سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 31.

ج - التشريع الجزائري: لقد اتسم موقف المشرع الجزائري بالغموض وعدم الوضوح حول نسب الطفل لأبيه الناتج عن علاقة غير شرعية وأقرّ بثبوت نسب الطفل الناتج عن الزنا إلى أمّه، ويستنتج موقفه هذا من باب المخالفة للمواد 40 و 41 من قانون الأسرة، التي تشترط لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهة، وبالتالي فالطفل ينسب إلى أمّه في كل الأحوال.⁽¹⁾ عكس القضاء الذي كان صارماً في موقفه الرافض لكلّ دعوى تهدف إلى إثبات هذا الحقّ للطفل المولود خارج الزواج الصحيح وفق ما أكّدت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقررّ شرعاً أنّه لا يعتبر دخولاً ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسيّة بل هو مجرد عمل غير شرعيّ لا يثبت عنه نسب الولد...".⁽²⁾ في قرار آخر جاء فيه: "من المقررّ قانوناً أنّ أقلّ مدّة للحمل هي ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبيّن من قضية الحال أنّ مدّة الحمل المحدّدة قانوناً وشرعاً غير متوفّرة... وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعيّة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁽³⁾

إنّ اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن عديدة، ممّا يبيّن أنّ المشرع الجزائري كان لا يلجأ إلى الأدلّة الشرعيّة المتمثّلة في القيافة والقرعة في إثبات نسب الولد مجهول النسب في حالة التنازع عليه ونسبته إلى أبيه، بل كان واضحاً نسبه من أمّه، استناداً إلى نصّ المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري،⁽⁴⁾ على أنّ الطفل لا ينسب إلى أبيه إلاّ إذا كان الزواج صحيحاً.

وحتّى بعد تعديل القانون رقم 11/84 بالأمر 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، لم يتّضح موقفه في إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ وحقّه

(1) - بقره خالدية، المركز القانوني للطفل بالنظر للأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2008/2007، ص 218.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 34046، بتاريخ 19 نوفمبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1990، ص 67. أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 28.

(3) - قرار المحكمة العليا رقم 210478، بتاريخ 17 نوفمبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 85. أشار إليه دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 38 و 39.

(4) - تنصّ المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيّاً...".

في معرفة والديه، وإن قام بتعديل المادة 40 من قانون الأسرة وإضافة فقرة ثانية لها نصت على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

لكن يبقى الجدل مستمراً مع هذه الأحكام الجديدة حول وسائل الإثبات العلمية لإثبات النسب، إن كانت تطبق في الزواج أو خارج الزواج.⁽¹⁾

يرى الباحث أن هذه الوسيلة كما بيّناها في السابق حلت محلّ القِيافة والقرعة لاعتمادهما على الشبه حال تنازع المدّعين أو حال تعارض البيّناتين أو تساويهما يلجأ إليهما. فكذاك البصمة الوراثية تعتمد على التحليل الجيني لمعرفة الشبه الحاصل بين الولد وأبيه البيولوجي. الأمر الذي أكّده قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه.⁽²⁾ "يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبيّة (الحمض النووي)، ولا ينبغي الخلط بين النسب في الزواج الشرعيّ (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعيّة".

أين أثبتت الخبرة العلميّة المقصود بها البصمة الوراثية أنّ الطفل هو ابن المطعون ضده،⁽³⁾ حيث تبنيّ القرار الرأى القائل بأنّ ابن الزنا يلحق بالفاعل إذا ادّعه ولا فراش يعارضه.

في الأخير وبعد أن بيّنا موقف البصمة الوراثية من أدلّة ثبوت النسب سواء القطعيّة منها أو الظنيّة وأقوال العلماء المعاصرين فيه ونظرة بعض تشريعات الدول المغاربية إلى ذلك يمكن في الأخير استنتاج ما يلي:

لقد انقسم العلماء المعاصرون حول حجّية البصمة الوراثية في إثبات النسب مقارنة مع الأدلّة الشرعيّة . فقد ذهب بعضهم إلى تقديم البصمة الوراثية على الأدلّة الشرعيّة، باعتبارها دليل مادّي يعتمد العلم والحس، ويقوم على التّسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار.

(1) - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), op.cit, p. 08.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 01، 2006، ص 469.

(3) - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), "preuve scientifique et filiation, quelles perspectives?",

Colloque international: LE DROIT POSITIF ET SON EFFECTIVITE EN MATIERE MATRIMONIAL: LES FORMES DE CONJUGALITE ET DE FILIATION, Université d'Oran, 21 et 22 février 2010.

وذهب البعض الآخر إلى عدم تقدّمها على الأدلّة الشرعيّة، لأنّها طرق ثبتت بنصوص شرعيّة صحيحة، وأنّ البصمة الوراثيّة لا تزال حتّى الآن في طور التجربة والاختبار.

ويرى الباحث أنّ البصمة الوراثيّة إنّما هي إضافة دليل شرعي للأدلّة الشرعيّة المقرّرة. ثمّ أنّ البصمة الوراثيّة أقوى من القيافة التي تعتبر دليل شرعيّ ثابت بالسنة النبويّة. فإذا كانت البصمة الوراثيّة عبارة عن تحليل علمي بمثابة إقرار طبيعي بكون الولد من أبيه عندما يخضعان للتّحليل الطّبي، وأثبت التّحليل العلاقة الوراثيّة فهذا يعني أنّ البصمة الوراثيّة تقتفي الأثر الوراثي لتعطي نتائج مؤكّدة للنّسب، أي أنّها بمثابة القيافة كوسيلة شرعيّة، بل أقوى منها بكثير وبالتالي ألا تعتبر البصمة الوراثيّة إقرار بالفعل ووجب اعتباره كذلك.

ويمكن القول أنّ البصمة الوراثيّة لو توافرت شروطها وضوابطها الشرعيّة ونفادت أخطاء البشر، لرتّبت ضمن أدلّة إثبات النّسب وأخذت حكم القيافة والقرعة، بل هي أولى.

أما ما تمّ استنتاجه من خلال موقف بعض التّشريعات المغاربيّة، بداية بالتّشريع المغربي، وحسب قراء تنا لمدونة الأسرة أنّ البصمة الوراثيّة لا تقدّم على الأدلّة الشرعيّة لإثبات النّسب، والمقصود هنا الأدلّة المتّفق عليها لإثبات النّسب، ولا يمكن اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة إلّا إذا طعن في النّسب بالفراش من أجل نفي ذلك، ويكون بشرطين:

1- إدلاء الزّوج المعني بدلائل قويّة على ادّعائه،

2- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

فالبصمة الوراثيّة لا تغني عن قاعدة الفراش في شيء من حيث الإثبات للنّسب فكلّما توفّر الفراش كان قرينة قاطعة لإثبات النّسب، يغني بذلك اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة.

أمّا التّشريع التّونسي ومن خلال قراء تنا لمجلّة الأحوال الشخصيّة وقانون عدد 75 لسنة 1998 نستنتج أنّ النّسب المعتبر في مجلّة الأحوال الشخصيّة هو النّسب الشرعيّ المؤسّس على قرينة الفراش فحسب، ولا تعترف بالبنوّة الطّبيعيّة.

في حين أقصى قانون 1998 قرينة الفراش من وسائل إثبات البنوة الطبيعية وحافظ على الإقرار وشهادة الشهود كوسيلتين لإثبات البنوة الطبيعية. وعليه اعتبر البصمة الوراثية أو التحليل الجيني في نفس مرتبة الإقرار والشهادة.

في حين استقرّ عمل المحاكم التونسية و قضاء محكمة التعقيب من أنّ العلاقات الخنائية أو غير الشرعية، التي لا تستند إلى فراش لا ترتب نسباً، نفس الشيء بالنسبة لوسيلتي الإقرار وشهادة الشهود. فالملاحظ أنّ المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية لم يكن يسعى في البحث عن الحقيقة البيولوجية حفاظاً منه على الرابطة الدموية، يفهم من ذلك أنّ البصمة الوراثية لا تقدم على الأدلة الشرعية، بينما اتجه إلى تكريس هذه الحقيقة البيولوجية في قانون 1998 بواسطة إجراء التحليل الجيني، واعتبره بعض شرّاح القانون سيّد الأدلة.

أمّا المشرع الجزائري فكان موقفه واضحاً في تسبيق الطرق الشرعية عن الطرق العلمية الحديثة، من خلال قراءة تنا للمادة 40 من قانون الأسرة على أنّ النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة... ثمّ أضاف قائلاً: يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. فيفهم من خلال استعمال عبارة يجوز أنّ نية المشرع الجزائري كانت واضحة في أنّ البصمة الوراثية لا ترقى إلى درجة الأدلة الشرعية القطعية لإثبات النسب، وخالف بذلك المشرع التونسي والمغربي. حيث أعطى السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في إثبات النسب بهذه الطريقة ودون إجباره على الأخذ بها، الأمر الذي لاقى انتقادات كبيرة في أوساط المدافعين عن هذه الفئة من الأطفال.

المبحث الثاني: معرفة الطفل غير الشرعي لوالديه عن طريق البصمة الوراثية
إن قضية الأولاد غير الشرعيين ليست بالمسألة الجديدة، وإنما عرفتھا المجتمعات منذ قديم الزمان، لكن الجديد في المسألة تحولها إلى ظاهرة متفشية في مختلف دول العالم المعاصر بنسب متفاوتة، نظراً للانفتاح اللامحدود الذي يصل إلى حد الانحلال، وتزايد جرائم العرض والاعتصاب. وبديهي أن الإسلام يعتبر الزواج المجال الشرعي للتناسل. لذلك فكل طفل ولد خارج إطار الزواج الشرعي يعدّ طفلاً غير شرعياً. بمعنى ولد زنا، وولد الزنا: هو الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة.⁽¹⁾

إذا كان أول حق للطفل هو الحق في الانتساب لأسرة، فالطفل غير الشرعي يأتي للدنيا محروماً حتى من هذا الحق، محروماً من أب شرعي يمنحه نسبه. فهوية الأب قد تكون معروفة، ولكن غالباً ما يتخلص من المسؤولية إما لأن القوانين لا تنسب الطفل لأبيه إذا كان الحمل غير شرعي، أو لأن القوانين لا تعترف بفحص الحمض النووي كوسيلة لإثبات النسب. رغم أن الإسلام لا يحارب الأطفال غير الشرعيين أو نبذهم، بل يسعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة.

الملاحظ لاجتهادات الفقهاء في مدى حرصهم على إلحاق الابن بنسب الزوج أو الأب صاحب الماء، ومن أجل ذلك توسّعوا في وسائل إثبات النسب وتضييق فرص إنكاره. فبعد نجاح البصمة الوراثية وانتشار العمل بها في إثبات الهوية الشخصية، أصبح العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه حتى وإن أراد الأب لأوهام أو شكوك التهرب من النفقة أو الرعاية والعناية بهذا الطفل. ففي ظلّ تطوّر علم الوراثة إلى حدّ تمّ الوصول فيه إلى حقائق يمكن من خلالها التثبيت من حقيقة الرابطة الوراثي بين ابن الزنا ومن يدّعيه ولداً له. فإنّ الواجب الشرعي المنوط بأهل الشرع والتشريع القانوني لزوم حلّ هذه المشكلة. حيث اتفق العلماء على نسبة ولد الزنى لأمّه وهذه النسبة تثبت بالولادة، واتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي

(1) - وهبة الزحيلي مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، دمشق: دار الفكر، ط2، 1985، ص 430.

صاحب الفراش بمجرد الولادة دون استلحاق للولد منه، واختلفوا في نسب ابن الزنى إلى الزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيّد.

هذا ما سنوضحه من خلال المطلب الأوّل في بيان موقف المذهب المعارض أو الرافض لإثبات نسب الطّفل غير الشّرعيّ من أبيه، وفي المطلب الثّاني من خلال رأي المذهب المؤيّد لإثبات نسب هذا الطّفل من والده.

المطلب الأوّل: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب الطّفل غير الشّرعيّ من أبيه
إنّ من باب حفظ الأنساب، فإنّ جمهور الفقهاء لم يعتبر الزنى سبباً للنّسب بالنّسبة للرجل، ولا خلاف بين العلماء في اعتبار ماء الرجل سبباً موجِباً لتتسبب من يخلقه الله منه إليه، إذا كان في إطار العلاقة الشّرعيّة. فإن كان هذا قول الفقهاء القدامى، فإنّ من العلماء المعاصرين القائلين بأولويّة الطّرق الشّرعيّة المتفق عليها لإثبات النّسب على البصمة الوراثيّة. فالنّسب الشّرعيّ هو المعتبر وليس النّسب البيولوجي، فينسب الولد لأبيه الشّرعيّ وفقاً لما أثبتته الطّرق الشّرعيّة المتفق عليها. وعلى إثر ذلك سوف نوضّح موقف الفقهاء القدامى وما استدلّوا به من حجج في الفرع الأوّل. ثمّ موقف العلماء المعاصرين من هذه المسألة في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: رأي الفقهاء القدامى من عدم استلحاق ولد الزنى بأبيه

حيث يرى أصحاب هذا المذهب أنّ ابن الزنى لا ينسب لأب بحال، سواء أقرّ به الزاني أم لم يقرّ، وسواء ثبتت أبوتّه بموجب البصمة الوراثيّة أو غيرها من الوسائل الأخرى أم لا، وإنّما ينسب لأمّه^(*).

وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم، من الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة والظاهرية وبعض الحنابلة والإمام الشوكاني وأبو يوسف⁽¹⁾ وأدلّتهم من السنّة والإجماع والمعقول.

(*) - يقول ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ج2، ص 358: "اتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية. على ما روي عن عمر بن الخطاب، على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا: يلتحق ولد الزنى في الإسلام، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام". ويقول ابن عبد البر في تمهيد، ج8، ص 183: "أجمعت الأمة على أنه لا يلحق الولد بالزاني".
(1) - مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 352 و353.

أولاً: الدليل من السنة

أ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله، ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إليّ أنه ابنه انظر إليّ شبيهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد علي فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبيهه، فرأى شبيهاً بيناً بعتبة، فقال: {هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنُ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتُ زَمْعَةَ}، فلم تره سودة قط".⁽¹⁾

ب - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}.⁽²⁾

ج - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: قام رجل فقال: يا رسول الله، إنّ فلاناً ابني عاهرت بأمّه في الجاهليّة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لَا دِعْوَةَ (*) فِي الْإِسْلَامِ، ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}.⁽³⁾ ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد أثبت الولد لفراش زمعة للوليدة المذكورة، فإنّه لما قال عبد بن زمعة: "وُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشَ أَبِي" ألحقه النبي صلى الله عليه وسلم بزمعة صاحب الفراش، ولم ينظر إلى الشبه البيّن الذي فيه المخالفة للملحوق به.

قال ابن عبد البر: "حديث الولد للفراش وللعاهر الحجر، من أصحّ ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم، من أخبار الأحاد العدول".⁽⁴⁾

(1) - مختار الخادمي نور الدين، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 12.

(2) - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، حكم استحقاق ولد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 12.

(*) - الدّعوة في النسب بالكسر، وهو أن ينتسب الإنسان إلى غير أبيه وعشيرته، وقد كانوا يفعلونه، يعني في الجاهلية، فنهى عنه وجعل الولد للفراش.

(3) - ابن تركي الختلان سعد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 26.

(4) - ابن سعد الجهني فهد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 18.

فهذا الحديث أصل عند الجمهور في قصر النسب على الفراش، فلا ولد لمن لا فراش له، والزاني لا فراش له. يقول الإمام الكسائي في بيان وجه الدلالة: "أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزاني، فاقتضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له، كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه، إذ القسمة تنفي الشركة".⁽¹⁾

فالنبي صلى الله عليه وسلم جعل الولد لصاحب الفراش، ولم يلحقه بالزاني، فدل ذلك على أن الزاني إذا استلحق ولده من الزنا لم يلحق به.⁽²⁾

قال ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في أن العاهر لا يلحق به في الإسلام ولد يدعيه من الزنا، وأن الولد للفراش على كل حال".⁽³⁾

يقول ابن حجر في شرح الحديث: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)، والذي يظهر من سياق القصة، أنها كانت أمةً مستفرشة لزمعة، فانفق أن عتبه زنى بها، وكانت طريقة الجاهلية في مثل ذلك أن السيد إن استلحقه لحقه وإن نفاه انتفى عنه، وإذا ادّعه غيره كان مردّ ذلك إلى السيد أو القافة. فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم، حكم الجاهلية وألحقه بزمعة.⁽⁴⁾ وقال: "لا يمكن حمل الخبر (الولد للفراش) على كل واطئ، بل المراد من له الاختصاص بالوطء كالزوج والسيد".⁽⁵⁾

قال النووي: "قوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش)، معناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة، صارت فراشاً له فأنت بولد لمدة الإمكان منه، لحقه الولد وصار ولداً له يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة، سواء كان موافقاً له في الشبه أم مخالفاً".⁽⁶⁾

(1) - الكسائي علاء الدين أبي بكر بن مسعود، ج8، المرجع السابق، ص 465.

(2) - ابن فوزان بن صالح الفوزان عبد العزيز، «حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنا»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة8، العدد30، 2006، ص 170.

(3) - ابن فوزان بن صالح الفوزان عبد العزيز، نفس المرجع، ص 180.

(4) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 41 و42.

(5) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، نفس المرجع، ص 43.

(6) - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، المرجع السابق، ص 55.

قوله: "للعاهر" أي: الزاني. يقال: عهر إليها يعهر: إذا أتاها للفجور، والعهر: الزنى. وقوله: "الحجر" قيل: أراد بالحجر الرّجم بالحجارة. وقيل: ليس كذلك، لأنّه ليس كلّ زان يرمم، وإنّما معنى الحجر هنا الخيبة والحرام. أي: "لا حظّ له في النّسب".⁽¹⁾ ومعنى الخيبة هنا حرمان الولد الذي يدّعيه، وجرت عادة العرب أن تقول لمن خاب "له الحجر وبفيه الحجر والتراب" ونحو ذلك.⁽²⁾

قال الحافظ ابن عبد البر: "كانوا في جاهليّتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة، وقد أمضاها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حكم الزنى، لتحريم الله إيّاه. وقال: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، فنفي أن يلحق في الإسلام ولد الزنى. وأجمعت الأمّة على ذلك، نقلاً عن نبيّها صلّى الله عليه وسلّم، وجعل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كلّ ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كلّ حال، إلى أن ينفيه بلعان".⁽³⁾

نقل النووي: قال القاضي عيّاظ: "كانت عادة الجاهليّة إلحاق النّسب بالزّاني، وكانوا يستأجرون الإمام للزّنى، فمن اعترفت الأمّ بأنّه له ألحقه به، فجاء الإسلام بإبطال ذلك وإلحاق الولد بالفراش الشرعيّ. فلما تخاصم عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص، وقام سعد بما عهد إليه أخوه عتبة من سيرة الجاهليّة، ولم يعلم سعد بطلان ذلك في الإسلام، ولم يكن حصل إلحاقه في الجاهليّة، إمّا لعدم الدّعوى، وإمّا لكون الأمّ لم تعترف به لعتبة، واحتجّ عبد بن زمعة بأنّه وُلِدَ على فراش أبيه. فحكم النبيّ صلّى الله عليه وسلّم به لعبد بن زمعة مع شبهة بعتبة، وفي هذا دليل على أنّ الشّبه وحكم القافة، إنّما يعتمد إذا لم يكن هناك أقوى منه كالفراش، كما لم يحكم صلّى الله عليه وسلّم بالشّبه في قصّة المتلاعنين، مع أنّه جاء على الشّبه المكروه".⁽⁴⁾

(1) - ابن تركي الخثّان سعد، المرجع السابق، ص 27.

(2) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 45.

(3) - القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، ط2، 1982،

ص 183.

(4) - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، ج10، المرجع السابق، ص 39.

د - حديث الملاعنة بين هلال بن أمية وامرأته. وفيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: {إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا وَكَذَا فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ، أَوْ عَلَى صِفَةِ كَذَا وَكَذَا فَهُوَ لِزَوْجِهَا}، وفي رواية: فَهُوَ لِهَلَالِ بْنِ أُمِيَّةَ، فجاءت به على الوصف المكروه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ}.⁽¹⁾

وجه الدلالة أن قوله: (فهو للذي رميت به)، وفي رواية: (فهو لفلان) يدل على أنها جاءت به على الصفة المكروهة فهو ابن الزنى، لأنه خلق من مائه، ولكن الأيمان التي صدرت من أمه بإنكار الزنا منعت من إلحاقه بأبيه من الزنا لو استلحقه، فنسب إلى أمه حين انتفى منه زوجها باللعان.⁽²⁾

وقد قالوا في توجيه هذا الدليل: "ولد الزنا أسوأ حالاً منه، فيأخذ حكمه".

ه - ما أخرجه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {من عاهر أمةً أو حرّة فولده ولد زنى لا يرث ولا يورث}.⁽³⁾

و - حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لَا مُسَاعَاةَ^(*) فِي الْإِسْلَامِ، مَنْ سَاعَى فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَقَدْ لَحِقَ بِعُصْبَتِهِ، وَمَنْ ادَّعَى وَكَلَدًا مِنْ غَيْرِ رِشْدَةٍ فَلَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ}.

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث ما كان عليه أهل الجاهلية من استلحاق أولاد الزنى، وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يليب أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام. قال الحافظ ابن عبد البر: "إذا لم يكن هناك فراش، لأنهم كانوا في جاهليتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة، وقد أمضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جاء الإسلام أبطل حكم الزنى، وقال: (للعاهر الحجر)، فنفي أن يلحق في الإسلام ولد الزنى".⁽⁴⁾

(1) - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، بيروت: المكتبة العصرية، ص 277 و278 بدون سنة النشر.

(2) - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، ج6، المرجع السابق، ص 210.

(3) - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، ج2، المرجع السابق، ص 917.

(*) - المساعاة: وهي الزنا، قال الخطابي: المساعاة الزنا، وكان الأصمعي يجعل المساعاة في الإماء دون الحرائر وذلك لأنهن يسعين لمواليهن فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن؛ وقال ابن الأثير في النهاية: "يقال: ساعى الأمة: إذا فجرت، وساعاها فلان إذا فجر بها، وهي مفاعلة من السعي كأن كل واحد منهما يسعى لصاحبه في حصول غرضه؛ والرشدة: النكاح الصحيح، يقال: ولد رشدة، إذا كان من نكاح صحيح، وفي ضده: ولد زنية.

(4) - القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، ج8، المرجع السابق، ص 183.

فدلّ هذا على أنّ ولد الزّنى لا يلحق بالزّاني إذا استلحقه، سواء أكانت أمّه فراشاً
لزّوج أو لسيدّ، أو لم تكن.

ي - عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أنّ النبي صلّى الله عليه
وسلمّ قضى أنّ كلّ مستلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادّعاء ورثته، {فَقَضَى أَنْ كُلَّ مَنْ
كَانَ مِنْ أُمَّةٍ يَمْلِكُهَا يَوْمَ أَصَابَهَا، فَقَدْ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ، وَكَانَ لَهُ مِمَّا قُسِمَ قَبْلَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ،
وَمَا أَدْرَكَ مِنْ مِيرَاثٍ لَمْ يُقْسَمَ فَلَهُ نَصِيبُهُ، وَلَا يُلْحَقُ إِذَا كَانَ أَبُوهُ الَّذِي يُدْعَى لَهُ أَنْكَرُهُ، وَإِنْ كَانَ
مِنْ أُمَّةٍ لَمْ يَمْلِكُهَا أَوْ مِنْ حُرَّةٍ عَاهَرَ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يُلْحَقُ وَلَا يَرِثُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادّعاء
فَهُوَ وَلَدٌ زِنِيٌّ مِنْ حُرَّةٍ كَانَ أَوْ أُمَّةٍ}. وفي رواية: {وَهُوَ وَلَدٌ زَنَا لِأَهْلِ أُمَّةٍ مِنْ كَأَنَّهُمْ، حُرَّةٌ أَوْ
أُمَّةٌ، وَذَلِكَ فِيمَا اسْتَلْحَقَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ، فَمَا اقْتَسَمَ مِنْ مَالٍ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَقَدْ مَضَى}. (1)

هذه الأحكام وقعت في أوّل الإسلام، وكان حدوثها ما بين الجاهليّة وبين قيام
الإسلام، ولذلك جعل حكم الميراث السّابق على الاستلحاق حكم ما مضى
في الجاهليّة، فعفا عنه ولم يرد إلى حكم الإسلام. (2)

أمّا وجه الاستشهاد بهذا الحديث: أنّه صريح في أنّ الزّاني إذا استلحق ولد
الّتي قد زنى بها من حرّة أو أُمَّة، فإنّه لا يلحق به ولا يرثه، وإنّما ينسب لأُمَّة. (3)
مناقشة الاستدلال:

لقد أُجيب عن أنّ حديث {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، وحديث السيّد عائشة
أمّ المؤمنين (اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام...)، بأنّهما وردا
فيما إذا كان هناك فراش ينازع الولد، أمّا إذا لم يكن صاحب فراش فإنّ الحديث لا
يدلّ عليه، إذ لا نزاع أصلاً، فما المانع من استلحاق أبيه له.

قال ابن تيميّة: "ففي استلحاق الزّاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشاً قولان
لأهل العلم، والنّبي صلّى الله عليه وسلمّ قال: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. فجعل
الولد للفراش دون العاهر، فإذا لم تكن المرأة فراشاً لم يتناولها الحديث. وعمر ألحق

(1) - أبو داود سليمان بن الأشعث، ج2، المرجع السابق، ص 280.

(2) - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، المرجع السابق، ص 16 و 17.

(3) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق،

ص 383 و 384.

أولاداً في الجاهلية بآبائهم، وليس هذا موضع بسط هذه المسألة.⁽¹⁾ فالحديث ليس نصاً في المسألة، وإنما ورد في حال وجود التنازع على الولد، فعندئذ يرجح الفراش".⁽²⁾

فلو كان الأمر كما ذهبوا إليه لما حُرِّمَ على الرَّجُل أن ينكح المخلوقة من مائه سفاهاً وقد قال بهذا الأحناف والمالكية والحنابلة، ودليلهم عموم قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾.⁽³⁾ وفيه مراعاة للخصائص الوراثية في حرمة المصاهرة، فلا فرق بين البنت المتخلقة من نكاح سليم وبين أخرى تكوّنت من نكاح فاسد. وأجاز الشافعية نكاح الزاني ممّن تخلّقت من مائه سفاهاً. واعتبروها أجنبية عنه ولا تعدّ بنتاً في الشرع بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. وقد ردّ ابن القيم على الشافعية، حيث جاء في كلامه أنّه "إذا كان الشرع قد حرّم على الرَّجُل وطء البنت التي تغذّت بلبن الفحل، فكيف يحلّ له أن ينكح من تخلّقت من مائه سفاهاً؟".⁽⁴⁾

ثمّ أنّ الحديث ليس فيه دلالة على الحصر في قوله {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، ولو كان للحصر لاقتضى التقدير أن يقال: لا ولد إلاّ من فراش، ولا حجر إلاّ على من كان منه الزنا، ويلزم منه أن كلّ ولد يكون من فراش أن يثبت له النسب، ولا ينفي عنه إلاّ إذا كان من زنا. ولكن وجدنا أحوالاً تخالف القاعدة، فقد يكون ثمة فراش قائماً ولا يثبت معه النسب، كما لو كان الزوّج صبيّاً، أو أنّ المرأة أتت بولد لأقلّ من ستّة أشهر، فكيف يحكم بالحديث على أنّه يدلّ على الحصر؟. كما وجدنا أنّ الولد قد ينفي عنه النسب من غير زنا، كما لو نفاه الزوّج باللّعان، فالفراش قائم والزوّج ليس بزنا، ولا نثبت مع ذلك نسب.⁽⁵⁾

قال ابن القيم: "...وليس مع الجمهور أكثر من (الولد للفراش) وصاحب هذا المذهب، أي القائلون بأنّ ولد الزنى يلحق بالزاني، إذا استلحقه، ولم تكن أمّه فراشاً

(1) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 13.

(2) - مختار الخادمي نور الدين، نفس المرجع، ص 14.

(3) - سورة النساء، الآية: 23.

(4) - مختار الخادمي نور الدين، نفس المرجع، ص 14.

(5) - ابن عمر بورقة سفيان، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، الرياض: دار كنوز اشبيليا، ط1،

2007، ص 222.

لزوج أو سيّد أوّل قائل به". (1) أي: أنّهم لا يبنّون في أنّ الولد للفراش ولا يلحق الزّاني في هذه الحال.

أمّا عن حديث نفي ولد الملاءنة بين هلال بن أميّة وامرأته اعترض على هذا الحديث بأنّ نفي ولد الملاءنة إنّما كان لطلب الزّوج، وهو صاحب الحقّ، بخلاف ولد الزّنا فإنّكم تمنعون نسبه حتّى مع طلب الزّاني باستلحاقه بهذه الصّفة. (2) واعترض كذلك على حديث ابن عبّاس: (لا مساعاة في الإسلام...)، وحديث عمرو بن شعيب: (من عاهر أمةً أو حرّةً...)، بأنّه ضعيف ولا تقوم به حجة، وذلك لوجود راوٍ مجهول في سنده. وقد ضعّفه المنذري (3) وابن القيم (4) والشوكاني (5). ثمّ على فرض صحّته، فيكون محمولاً على من ولد على فراش زوج أو سيّد، فهو خارج عن محلّ النزاع. (6) أنّ هذا خاصّ بالإماء دون الحرّات، لأنّ المساعاة معروفة فيهنّ دون الحرّات.

كما اعترض على حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أنّه ضعيف لا تقوم به حجة. فإنّ في سنده محمد بن راشد المكحولي، وهو ضعيف وسليمان بن موسى الدمشقي، وهو ضعيف كذلك. ثمّ إنّ هذا الحديث ورد في إبطال ما كان أهل الجاهليّة يفعلونه، ومنها إبطال استلحاق الزّاني لولد المزني بها، لكون المزني بها فراشاً للسّيّد. (7)

قال ابن القيم: "كان قوم في الجاهليّة لهم إماء بغايا، فإذا ولدت أمة أحدهم، وقد وطئها غيره بالزّنى فربّما ادّعاه سيّدها، وربّما ادّعاه الزّاني واختصما في ذلك. حتّى جاء الإسلام فحكم النبي صلّى الله عليه وسلّم بالولد للسّيّد، لأنّه صاحب الفراش ونفاه على الزّاني". (8) فيكون هذا الاستدلال خارجاً عن محلّ النزاع.

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381.

(2) - مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 354.

(3) - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، المرجع السابق، ص 15.

(4) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، نفس المرجع، ص 382.

(5) - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، م7، القاهرة: دار ابن عفان، ط1، 2005، ص 436.

(6) - ابن سعد الجهني فهد، المرجع السابق، ص 19.

(7) - ابن تركي الخثّان سعد، المرجع السابق، ص 34.

(8) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، نفس المرجع، ص 427.

ثانياً: الدليل من الإجماع و المعقول

أجمع العلماء على أنّ الزّانيّة إذا كانت فراشاً لزوج أو سيّد، وجاءت بولد، ولم ينفه صاحب الفراش، فإنّه لا يلحق بالزّاني ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، إنّما ينسب لصاحب الفراش.

أ - قال ابن عبد البر: "وأجمعت الأمّة نقلاً عن نبيّها صلى الله عليه وسلّم على أنّ كلّ ولد يولد على فراش لرجل، لا حقّ به على كلّ حال، إلاّ أن ينفيه بلعان...وأجمعت الجماعة من العلماء على أنّ الحرّة فراش بالعقد عليها، مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل، فالولد لصاحب الفراش لا ينتفي عنه أبداً بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه، إلاّ باللعان". (1)

ب - وقد ذكر ابن رشد اتّفاق الجمهور على أنّ أولاد الزّنى لا يلحقون بأبائهم، إلاّ في الجاهليّة على ما روي عن عمر ابن الخطّاب رضي الله عنه على اختلاف في ذلك بين الصحابة. (2)

ج - وقال موفق الدّين بن قدامة: "وأجمعوا على أنّه إذا ولد على فراش رجل، فادّعاه آخر أنّه لا يلحقه، وإنّما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش". (3)

د - وفي المغني: "أجمع علماء الأمّة على قاعدة: أنّ الولد للفراش، وبذلك لا تقبل خصومة في نسب من ولد على فراش الزّوجيّة، وهذا إجماع على عدم اعتبار الزّنى سبباً للنّسب". (4)

أمّا دليلهم من المعقول:

أ - أنّ ماء الزّنى هدر، لا حرمة له فلا يرتّب أثراً. بمعنى أنّ ماء الزّنى غير محترم، لذا لا أثر له ولا يرتّب عليه حكم، وبذلك لا ينسب ابن الزّنى للزّاني وإن ادّعاه. (5)

(1) - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، ج8، المرجع السابق، ص 183.

(2) - ابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد، م4، المرجع السابق، ص 2085.

(3) - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد، ج9، الرياض: دار عالم الكتب، ط3، 1997، ص 123.

(4) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 06.

(5) - مازن هنية إسماعيل، نفس المرجع، ص 17.

ب - أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها، ويكون الولد له، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده. (1)

ج - أن الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من بذل وقدم لها بالزواج أو التسري، قال تعالى: ﴿... وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ...﴾. (2)

د - أنه لا يمكن التيقن من أن ابن الزنى منه، لأن الذي طوعته ساقطة المروءة والشهادة، ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه، فمن أين يتمخض نسبة الولد له؟ (3)

ه - قال السرخسي: "إن النسب نعمة والزنا جريمة، والجريمة لا يستحق صاحبها النعمة، بل يستحق العقوبة ليكون ذلك زجراً عن ارتكابه". (4)

و - إن النسب يثبت بالفراش ويلحق به دون أن يستلحقه صاحب الفراش، بينما في الزنى لا يثبت النسب للزاني دون استلحاق، فلا يلحق به على حال. (5)

الفرع الثاني: آراء بعض العلماء المعاصرين في حكم الطفل غير الشرعي وموقف القانون الوضعي من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية

أولاً: آراء بعض العلماء المعاصرين في حكم الطفل غير الشرعي من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية

هناك بعض العلماء المعاصرين يرى مثل ما رأى الفقهاء السابقين بعدم إلحاق ولد الزنى بأبيه حتى في ظل التطور العلمي وما أحدثته الهندسة الوراثية من تقدم مذهل عن طريق البصمة الوراثية في أن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما. ورغم أن هذه الوسيلة حلت محل القياس إن لم تكن هي الأولى. ويبطلون القياس الذي تبناه ابن القيم بأنه قياس باطل لأنه يعارض النص ولا قياس مع وجود النص. حيث أجاب ابن القيم: "أن القياس الصحيح يقتضي

(1) - مسعد هلاي سعد الدين، المرجع السابق، ص 356.

(2) - سورة النساء، جزء من الآية رقم: 24.

(3) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 756 و 757.

(4) - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب الميسوط، ج17، بيروت: دار المعرفة، 1989، ص 154.

(5) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 17.

إلحاق الولد بالزاني لأن الأب أحد الزانيين، وإذا كان ولد الزنى يلحق بأمه وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقاربها مع كونها زنت به، وإذا كان هذا الولد قد وجد من ماء الزانيين وهما اللذان اشتركا فيه وقد اتفقوا على أنه ابن لهما، فما هو المانع الشرعي من أن يلحق بأبيه الزاني إذا لم يكن هناك فراش أو لم يدعه غيره؟، فهذا هو محض القياس".⁽¹⁾

تأويلهم لحديث الفراش يبطله ما ذكره ابن حجر في فتح الباري من أن لهذا الحديث سبباً آخر غير قصة ابن زمعة، وأن هذا القول إذا جاز الأخذ به في زمن يقام به حد الزنى، فإنه لا يجوز في زمن لا يعاقب فيه الزاني، وإلا انفتح الباب لاعتبار الزنى أصلاً لثبوت النسب واكتفى المنحرفون في الحصول على النسل بالعلاقات الأثيمة واجترأ الناس على دعاوى النسب الباطلة وهو ما تأباه روح الإسلام وأصول شريعته. كما أنه لا يوجد دليل يصلح أن يكون حجة تؤيد مذهب إسحاق بن راهويه ومن تبعه في ذلك بإلحاق ولد الزنى بالزاني.⁽²⁾

من العلماء الذين لا يجيزون إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية ويقصرونه على الحالات الأسرية الشرعية، العلامة يوسف القرضاوي رئيس الإتحاد العالمي للعلماء المسلمين. بأن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا، وذلك لأن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية، لئلا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا. ودليله ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم لمن دفع ماعز بن مالك من الإقرار بالزنا {هلا سترته بطرف ثوبك}.

هذا مبني على أن الشرع يقر بأن (الولد للفراش) فالأصل في أولويات النسب هو فراش الزوجية، كما أن الشرع تشدد في جريمة الزنا، واشترط لها أربعة شهود. فكل وسيلة غير شهود الأربعة بقيام رجل وامرأة بعملية الزنا الحقيقي، فلا قيمة له ولا يتم به إثبات، وبالتالي لا يعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب.⁽³⁾

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381 و382.

(2) - محمد دفع الله عبد الله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار المصطفى، 1979، ص 286.

(3) - توفيق طه، «الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية»: <http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/787.html>

أمّا رأي علي جمعة مفتي مصر فيقول: "الذي عليه الفقه الإسلامي هو أنّ النسب من قبل الأمّ ثابت بالطّبع، فالولد يصبح ابناً لهذه السيّدة، ولكن يثبت بين الابن وأبيه بالشرع وليس بالطّبع، وهذا شبه متفق عليه في الفقه الإسلامي عبر العصور، ولذلك فإنّ التسرّع في إثبات النسب لابن الزّنا نراه غير سليم، وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل الـ DNA. حيث إنّ استعمال هذا التحليل يودّي إلى أمور يمكن أن تعتمد شرعاً وليس مع الإقرار بالزّنا، وإنّما لفصل خصومات أخرى غير قضية أن تتدرج هذه التحاليل تحت الإقرار بالزّنا".(1)

لقد كان علي جمعة قد أفتى بعدم جواز الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزّنا. وقال: "علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأبّ بالميلاد، أمّا للأبّ فلا بد أن يتمّ ذلك عن طريق الوسائل الشرعية وليس بغيرها".(2) وأضاف قائلاً: "أمّا القول بعدم الأخذ بتحليل الـ DNA في إثبات نسب ولد الزّنا هو من الفقه القديم ولا يتفق مع العصر ولا يحقق مبدأ السّتر، فإنّ الردّ عليه من جهتين: الجهة الأولى أنّ الزّنا غير معتبر، وأيضاً زنا المحارم لا نستطيع أن نحلّ فيه المشكلة، فماذا لو زنا الأبّ أو الأخ بالبنات؟ فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزّنا سنكون أمام حالة سنفرّق فيها بين الناس. فالزّنا بين الرّجل والأجنبية غير معتمد وحرام، فهل يعقل أن نقول في الأولى نثبت النسب، وفي الثانية لا نثبت النسب؟. وإذا أردنا أن نثبت النسب لكلّ زان فإنّنا سنرفع نظام القرابة وهو أول معوّل في القضاء على الاجتماع البشري... إذن عندما لا أعتد الزّنا أنا لا أرتكب جريمة... بل على العكس فأنا أحافظ على الاجتماع البشري.

الجهة الأخرى هي صورة اللّقيط مجهول الأبّ والأمّ أصلاً، فماذا نفعل فيه، وإلى أيّ شيء ننسبه؟. فإنّ مشكلات الطّفّل الذي جاء خارج الاعتماد الشرعيّ لها صور كثيرة لن تحلّ كلّها، ونحن نحاول أن نحلّها بقدر المستطاع.

(1) - الأرواعي محمد أنيس، محاضرة بعنوان: البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، جامعة بيروت الإسلامية، كلية الشريعة، لبنان، ص 15، بدون سنة النشر.

(2) - ، «فتوى مصرية ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـDNA»: <http://rss.mbc.net/portal/site/mbc/>

إذن فكلما واجتهدنا الجديد يراعي طائفة كبيرة جداً، ويحاول أن يقي المجتمع من الزنا...".⁽¹⁾

يرى الباحث هنا أن حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القافة أمر ظاهر الصحة والجواز، وذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على القافة. والقيافة عند القائلين بها في إثبات النسب إنما تستعمل عند عدم الفراش والبينة وحال الاشتباه في نسب المولود والتنازع عليه، فيعرض على القافة. فمن ألحقه القائف به ألحق به. فإذا كان هذا العمل جائزاً، فإن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية والحكم بثبوت النسب بناءً على قول الخبراء أقلّ أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القافة، إن لم تكن البصمة الوراثية أولى بالأخذ بها لأن البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة على العكس من القيافة التي يعتمد فيها على الفراسة والنظر إلى أعضاء المولود. حيث تمثل البصمة الوراثية تطوراً عسرياً عظيماً في مجال القيافة الذي يذهب إليه جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك يجب الأخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.⁽²⁾

من جهته أكد الشيخ عمر الديب وكيل الأزهر على جواز اللجوء لتحليل الـDNA في حالة التنازع على نسب الطفل من عقد زواج، لكن لا يجوز اللجوء إليه في حالة الزنا لإثبات نسب الابن، لأن الشرع يقضي بعدم نسب ولد الزنا لأبيه.⁽³⁾

كما شدد الشيخ محمد الجزار الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر على أهمية الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب الأبناء، ورأى أن اللجوء لتحليل البصمة الوراثية يتفق مع الشرع الذي يأمر بحفظ الأنساب، ويحث دائماً على الأخذ بالوسائل التي تؤكد الصلة بين الابن وأبيه وتزرع الشك في نسبه. وأوضح ما دام التحليل قائماً على جانب طبي علمي دقيق ويقوم به أناس أمناء، فهذا

(1) - الأرواعي محمد أنيس، المرجع السابق، ص 18.

(2) - علي القره داغي محي الدين، «البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي»، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم

الإسلامي، مكة المكرمة، السنة 14، العدد 16، 2003، ص 56.

(3) - ، «فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA»:»

لا يتعارض مع الدين. فالمهم في هذه المسألة هي الدقة الفائقة وعدم وقوع أي خطأ. ورفض الشيخ الجزار دعوة البعض إلى استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزنا قائلاً: "لا ينبغي اللجوء إلى أي وسيلة لإثبات نسب هذا الابن لأنه مهدر الماء". (1)

في تعليق على الفتوى التي أصدرها علي جمعة مفتي مصر بجواز إثبات النسب عن طريق تحليل الحامض النووي. قال الشيخ محمود عاشور وكيل الأزهر السابق وعضو مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر: "إن إصدار قانون لإثبات النسب عن طريق استخدام الحامض النووي جائز في حالة إذا ما ثبت أن المولود جاء عن طريق علاقة زوجية صحيحة، لكن لا يجوز استخدام DNA في إثبات النسب إذا كان المولود قد جاء عن طريق زنا، والقاعدة الشرعية التي تبنى عليها الأحكام الخاصة بالنسب هي "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أضاف قائلاً: إن قضايا النسب دائماً تثبت بالإقرار أي أن تقرّ الزوجة بأن المولود ابن لهذا الرجل إذا كانا متزوجين بعقد شرعي، وفي حالة إنكاره يتم اللجوء إلى استخدام الوسائل التي عن طريقها يثبت النسب، وكانت تستخدم في الماضي القياس أي مقارنة أرجل وأطراف المولود وأوصافه بأوصاف أبيه. ومع تقدّم العلم ظهرت وسائل جديدة أقرّها الإسلام مثل الـDNA، واتفق العلماء على أنها وسيلة دقيقة في إثبات النسب بشرط عدم التّدخل البشري، وأن تكون نتائج التحليل صادقة بنسبة 100%. وبالتالي ينسب المولود إلى أبيه في حالة الزواج الشرعي. أما في حالة الزواج غير الشرعي فينسب المولود إلى أمّه لأنّ الإسلام لا يعترف بالزنا باعتباره من الجرائم القبيحة التي حرّمها الشريعة الإسلامية. (2)

يتفق مع هذا الرأي الشيخ يوسف البدري عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة ويؤكد أنّ إثبات النسب جائز شرعاً بأية وسيلة من الوسائل الست التي أقرتها الشريعة الإسلامية وهي: الفراش والبيّنة والإقرار والقياس والقرعة

(1) - ، فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA، المرجع السابق.

(2) - خليل محمد، «جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة،

العدد 9971، بتاريخ 17 مارس 2006: <http://www.aawsat.com/details.asp?section=17&article=353415&issue=9971>

والحامض النووي، وأخيراً الدعوى بشرط أن يكون الماء ماءً محترماً نتج عن عقد شرعي صحيح.

ويضيف قائلاً: "هذا إذا لم يكن هناك ما يمنع تحقق البنوة من صاحب الفراش ويشترط ألا يكون الزوج غائباً أكثر من سنة ولا تكون مدة الزواج أقل من ستة أشهر، ولا يكون الزوج قد فقد صلاحيته للإنجاب. أما إذا كان الماء ماءً هدرًا أي زنا أو عقداً باطلاً شرعاً، فإن المولود ولو عُرفَ صاحب مائه إلا أنه لا ينسب لصاحب الماء لأنه جاء من ماء هدر، وبالتالي فإنّ الـDNA وإن أثبتت صاحب الماء إلا أنه لا يثبت نسباً مخالفاً لأحكام الشرع".⁽¹⁾

بالنسبة لخليفة علي الكعبي صاحب كتاب البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية يقول: "...غير أنني أرى أنّ الحجّة أقوى مع الجمهور من أنّ الزاني لا يلحق به الولد نظراً لدلالة النصّ الصريح في قوله صلى الله عليه وسلم: (...وللعاهر الحجر)، أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعلته الشنيعة وارتكابه أكبر الفواحش".⁽²⁾

ثانياً: موقف القانون الوضعي من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية

بالنسبة للمشرع المصري إذا كان قد أخذ بالخبرة الطبيّة لتحديد أقصى أمد الحمل سنة 1929 إلا أنه لم يؤخذ بها في مجال النسب، هادياً على نهج معظم التشريعات العربيّة إلا أنه وبالرغم من إنشاء معمل للطب الشرعي والبيولوجي لإجراء اختبارات الحامض النووي في الجرائم المختلفة، وذلك سنة 1995، فإن مشروع قانون الأحوال الشخصية⁽³⁾ رقم 01 في سنة 2000 لم يقرّ صراحةً بنجاعة الخبرة الطبيّة في إثبات النسب ونفيه، ذلك أنّ المادة 03 من مشروع القانون المذكور تنصّ على أنه "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف

(1) - خليل محمد، «جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، المرجع السابق.

(2) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 290.

(3) - القانون رقم 01 لسنة 2000، المؤرخ في 29 جانفي 2000، يتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 20، بتاريخ 18 ماي 2000.

المعمول بها ويعمل فيما لم يرد في شأنه نصّ في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة...".

إنّ نصوص فقه هذا المذهب تقضي بأن يثبت النسب بإقرار الرّجل بينوّة طفل مجهول النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة، ولم يصرّح المقرّ بأنّ الولد المقرّ بنسبه ولده من الزّنا، فإذا صرّح المقرّ بأنّ سبب البنوّة المقرّ بها هو الزّنا لا يثبت النسب بهذا الإقرار حتّى لا ينشأ الطّفّل المقرّ بنسبه في مستقبل حياته مصحوباً بأنّه ولد من زنا أو غير شرعيّ، ولأنّ البنوّة نعمة ولا تتال النعمة بالمحرّم شرعاً.⁽¹⁾

أمّا عن التشريع الكويتي فقد أقرّ الأخذ بالخبرة الطّبيّة لكن بصورة ضمنيّة في المادّة 168 من قانون الأحوال الشّخصيّة التي تنصّ على أنّه: "لا يثبت النسب من الرّجل إذا أثبت أنّه غير خصب أو لا يمكن أنّه يأتي منه الولد لمانع خلقيّ أو مرضي".⁽²⁾ والمادّة 335 من قانون الأحوال الشّخصيّة، نصت على أنّه مع مراعاة المدّة المبيّنة في الفقرة الأخيرة من المادّة 330 من نفس القانون بأن يولد حيّاً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجيّة قائمة وقت الوفاة⁽³⁾. يرث ولد الزّنا، وولد اللّعان من الأم وقرابتها، وترثهما الأمّ وقرابتها، ذلك أنّ ولد الزّنا ثبتت صلته بأّمه، وانتقت صلته بمن كان منه الحمل ظاهراً، فلا يثبت النسب منه، ولو كان معروفاً، ومقرّراً بأنّ الحمل منه من زنا، لأنّ ثبوت النسب نعمة والنّعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم.

فيما يخصّ المشرّع الجزائري، بالرّغم من أنّه نصّ صراحة على هذه الوسيلة المتمثّلة في البصمات الوراثيّة لإثبات أو لنفي النسب، خصوصاً بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 وإضافة فقرة ثانية للمادّة 40 بعبارة "يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب". كما يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطّرق المشروعة" الواردة في المادّة 41 من قانون الأسرة ذلك أنّ المشرّع لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة لإثبات النسب، لكن موقفه في حقّ الطّفّل المولود

(1) - جاد الحق علي جاد الحق، «حكم الأطفال غير الشّرعيّين في القانون المصري»: <http://www.manqol.com/topic/?t=1942>

(2) - زرويل محمد، المرجع السابق، ص 15.

(3) - القانون رقم 51 لسنة 1984، المؤرخ في 01 أكتوبر 1984، بشأن الأحوال الشّخصية الكويتي.

من الزنا في معرفة والديه بالبصمة الوراثية، فهو يقرّ بثبوت نسب الطفل إلى أمّه، ويمكن استنتاج ذلك من باب المخالفة للمواد 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فإنّ الطفل ينسب إلى أمّه في كلّ الأحوال سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو زنا. لكن بالنظر إلى نص المادة 44 من نفس القانون والتي تنصّ على أنّه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة". حيث يفهم من هذه المادة أنّ ابن الزنا يثبت نسبه بمجرد الإقرار. غير أنّه في المادة 41 من نفس القانون كذلك نجده لا يقرّ ثبوت نسب الطفل من أبيه إلاّ إذا كان الزواج شرعياً، وبالتالي فإنّ نسب ابن الزنا يعتبر غير مقبول.⁽¹⁾

وفي قول لباديس ذيابي تعليقاً على إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في ظلّ قانون الأسرة الجزائري: "...ويبقى الرأى الأصحّ والشرعيّ في نظري أنّه لا يمكن أن ننبي مجتمعاً نصفه أو أغلبيته من ماء حرام، فإذا ما فتح الباب على مصراعيه من أجل إثبات النسب لأبناء الزنا فإنّ ذلك يعني هدماً لنظام القرابة، وهو السبب الأوّل الساعي للقضاء على المجتمع البشري النقي...".⁽²⁾

يرى الباحث أنّ هذه التّشريعات قد أهدرت تماماً مصلحة الطفل بحرمان الطفل غير الشرعيّ من الانتساب إلى أبيه، رغم ما توصل إليه العلم الحديث في مجال الهندسة الوراثية، من أنّ وسيلة البصمة الوراثية لا تكاد تخطيء في الوالدية البيولوجية ومعرفة الأب الحقيقي للطفل. وبالرغم من هذا لا زالت بعض التّشريعات تحمّل نتيجة خطأ الوالدين للطفل الذي لا ذنب له، وكذا المجتمع الذي يصبح هو أيضاً ملزماً بتحمّل آثار أخطاء الأبوين، وما ينتج عنها من تشردّ وانحراف وبالتالي يؤدّي هذا إلى الجنوح والإجرام.

(1) - ابن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن،

كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2009، ص 83 و 85.

(2) - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 104.

المطلب الثاني: رأي المذهب المؤيد لإثبات نسب الطفل غير الشرعي من والده

يرى هذا المذهب أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيّد، وهو مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وذكر عنهما أنّهما قالوا: "أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنا بأمّه، ولم يدّع ذلك الغلام أحد فهو ابنه".⁽¹⁾ وهو قول لأبي حنيفة، فقد روي عنه أنه قال: "لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستترّ عليها، والولد ولد له".⁽²⁾ وهو قول الحسن البصري وابن سيرين والنخعي وإسحاق بن راهويه وابن تيمية وابن القيم⁽³⁾ قالوا بثبوت نسب الولد من الزنا إذا استلحقه الزاني مع عدم وجود الفراش أو شبهته.⁽⁴⁾ حيث ذهب أصحاب هذا المذهب إلى ثبوت نسب ابن الزنى للزاني متى عرفنا أنه من مائه، أو أقرّ به. وسواء أقيم عليه الحد أم لا، وسواء تزوّج من المزني بها أم لا.⁽⁵⁾ فإذا استلحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش فإنه يلحق به.⁽⁶⁾

إن كان هذا رأي الفقهاء القدامى فإنّ من العلماء المعاصرين من يرى بأن ابن الزنى يلحق بأبيه لظهور البصمة الوراثية التي هي حجة الله في الأرض وإنقاذاً للمتشردين من الأطفال والتقليل من ظاهرة المولودين المرميين بجوار صناديق القمامة. كأمثال سعد الدين مسعد هلال،⁽⁷⁾ سعد بن ناصر الختلان، يوسف بن عبد الله الشبيلي، علي محي الدين القرّة داغي ونور الدين الخادمي.⁽⁸⁾

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381.

(2) - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ج9، الرياض: دار عالم الكتب، ط3، 1997، ص 123.

(3) - ابن فوزان بن صالح الفوزان عبد العزيز، المرجع السابق، ص 166.

(4) - ابن أحمد الصالح محمد، الطفل في الشريعة الإسلامية، نشأته. حياته. حقوقه التي كفلها الإسلام، الرياض: مطابع الفرزدق التجارية، 1982، ص 758.

(5) - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد للطباعة، 2004، ص 139.

(6) - علي الكعبي خليفة، المرجع السابق، ص 285.

(7) - مسعد هلال سعد الدين، المرجع السابق، ص 387.

(8) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 16 و 17.

على هذا الأساس نتطرق في الفرع الأول إلى أدلة الفقهاء القدامى، وفي الفرع الثاني إلى آراء وحجج العلماء المعاصرين، ثم موقف القانون الوضعي من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: أدلة الفقهاء القدامى بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج

استدل أصحاب هذا القول لقولهم بأنّ ولد الزنى يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيّد بما يأتي:

أولاً: الدليل من القرآن الكريم

أ- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (1).

ووجه الدلالة: أنّ في إلحاق ولد الزنى بالزاني، إذا لم يكن ثمّ فراش، ففيه مصلحة عظيمة لولد الزنى في حفظ نسبه من الضياع. والقول بعدم حفظ نسبه يلحقه الضرر ويصيبه بالعار بسبب جريمة لم يرتكبها. وهذا لا يتفق مع الآية التي دلّت على أنه لا تحمل نفس وزر أخرى (2) أو قاعدة "لا يحمل أحد عن أحد". فولد الزنى لا يؤخذ بما فعله الزانيان. فيحرم من البنوة الشرعية ومن آثارها المترتبة عليها، بل يلحق بهما إذا توافرت شروط ذلك كالاستلحاق والتوبة والزواج وكونه قد تخلّق من مائهما وغير ذلك ممّا هو مذكور في شروط إثبات نسبه. وهذا ينطبق على من عرف أبوه وأمّه (3).

ب- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (4).

فهذا الولد الناتج من هذه الممارسة الشنيعة الخاطئة لا ذنب له ولا جريمة، وفي نفي النسب عنه من أبيه إذا استلحقه ظلم له، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ من القواعد المقررة في الشريعة استواء العقاب بين أهل الجريمة إذا كانت المقارفة لها على حدّ سواء. وعليه فإنّ من مقتضى العدل أن يُنسب الولد إلى أبيه الزاني، كما

(1) - سورة الأنعام، الآية: 164. سورة الإسراء، الآية: 15. سورة فاطر، الآية: 18. سورة الزمر، الآية: 39.

(2) - ابن تركي الختلان سعد، المرجع السابق، ص 37.

(3) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 25.

(4) - سورة النجم، الآية: 39.

يُنسَبُ إِلَى أُمِّهِ الزَّانِيَّةِ، وَأَنْ يُحْمَلَ تَبَعَةَ النَّسَبِ وَمَا يَسْتَتْبِعُهُ مِنْ أَحْكَامٍ، وَلَا يِنَاطُ ذَلِكَ بِالْأُمَّ وَحْدَهَا. (1)

قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً، وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾. (2)

وجه الدلالة: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَصَّ لِلزَّانِي نِكَاحَ الزَّانِيَّةِ وَالْعَكْسَ، وَمَنْعَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ، وَيَجِبُ لِتَحَقُّقِ نِكَاحِ الزَّانِي مِنَ الزَّانِيَّةِ أَنْ يَسْتَبْرَأَ رَحْمَتًا مِنْ غَيْرِهِ. وَلَمَّا كَانَ الْمَعْنَى غَيْرَ مُتَحَقِّقٍ مَعَ الزَّانِي صَاحِبِ الْمَاءِ، جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ، وَإِذَا جَازَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَنْسَبُ إِلَيْهِ. (3)

ج- قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ. فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ. وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾. (4)

يقول أهل العلم في تفسير هذه الآية أنها تبين لمن ينسب الولد، وحتى من لا يُعرف والده فقد سماهم الله تعالى أبا، فكيف لا ندعوهم بما أمر الله سبحانه وتعالى؟!.

في الغالب من لا يُعرف أباه، إمّا لقيط ضاع من أبيه وأمه وإمّا ابن زنا، لا تعرف أمه ممن ولدته وهو الأسوأ حالاً في أبناء الزنا. هذه الآية تبين تماماً أن الوالد أب سواء كان من نكاح شرعي أم من سفاح، فهو أب لا شك في ذلك بنص القرآن الكريم، وفي الغالب الأولاد الذين لا يُعرف آباءهم هم أولاد الزنا وقد سماهم المولى عزّ وجل في هذه الآية بالآباء، فصريح هذه الآية أنّ هناك نوعان من الوالدين من الرّجال معروفين وغير معروفين وفي الحالتين هم آباء. أي الزنا رغم أنّهم على علاقة غير شرعية بأمهاتهم، فنسب المولى عزّ وجلّ ولد الزنا إلى أبيه رغم أنّه زانٍ. وهذا تفسير فتادة رحمه الله لهذه الآية الكريمة، قال: فإن أنتم أيها الناس لم

(1) - ابن عمر بورقة سفيان، المرجع السابق، ص 242.

(2) - سورة النور، الآية: 03.

(3) - مسعد هلالى سعد الدين، المرجع السابق، ص 361.

(4) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

تعلموا آباء أديانكم من هم فتنسبواهم إليهم، ولم تعرفوهم، فتلقوهم بهم. ففي كلامه رحمه الله أن ابن الزنا يُنسب إلى أبيه ويُلقب به (1).

ثانياً: الدليل من السنة النبوية

أ- ما روي عن أبي هريرة في قصة جريج العابد "...وكانت امرأة بغي يُتمنل بحسنها فقالت: إن شئتم لأفتننكم لكم، قال فتعرّضت له، فلم يلتفت إليها فأثت راعياً كان يأوي إلى صومعت جريج فأمكنته من نفسها فوقع عليها، فحملت فلما ولدت قالت: هو من جريج فأثوه فاستنزلوه وهدموا صومعته وجعلوا يضربونه. فقال: ما شأنكم؟ قالوا: زويت بهذه البغي فولدت منك. فقال: أين الصبي؟ فجاعوا به. فقال: دعوني حتى أصلي، فصلّى فلما انصرف أتى الصبي فطعن في بطنه. وقال: يا غلام من أبوك؟. قال: فلان الراعي. قال: فأقبلوا على جريج يقبلونه...". (2)

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد حكا عن جريج العابد أنه نسب ابن الزنى للزاني، وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك. وأخبرنا صلى الله عليه وسلم عن جريج في معرض المدح له، وإظهار كرامته. فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى وبإخبار النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك. فثبتت البنية وأحكامها. (3)

قال ابن القيم: "وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب". (4)

وفي شرحه للحديث قال الشيخ محمد العثيمين: "واستدل بعض العلماء من هذا الحديث على أن ولد الزنى يلحق الزاني لأن جريجاً قال: من أبوك قال: أبي فلان الراعي، وقد قصها النبي صلى الله عليه وسلم علينا للعبرة. فإذا لم يناع الزاني في الولد واستلحق الولد فإنه يلحقه، وإلى هذا ذهب طائفة يسيرة من أهل العلم. وأكثر العلماء على أن ولد الزنى لا يلحق الزاني لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. ولكن الذين قالوا بلحقه قالوا هذا إذا كان له

(1) - سيد السقا، «ابن الزنا يُنسب لأبيه الزاني وليس لزوج المرأة بالدليل من القرآن والسنة»:

<http://almktabah.com/vb/showthread.php?t=2461>

(2) - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج2، المرجع السابق، ص 1976 و1977.

(3) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج6، المرجع السابق، ص 553.

(4) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 382.

منازع كصاحب الفراش فإنّ الولد لصاحب الفراش، وأمّا إذا لم يكن له منازع واستلحقه فإنّه يلحقه لأنّه ولده قدرأ. فإنّ هذا الولد لا شكّ أنّه خلق من ماء الزّاني فهو ولده قدرأ ولم يكن له أب شرعيّ ينازعه، وعلى هذا فيلحق به. قالوا وهذا أولى من ضياع نسب هذا الولد لأنّه إذا لم يكن له أب ضاع نسبه وصار ينسب إلى أمّه". (1)

ب- قصة ملاعنة هلال بن أمية رضي الله عنه مع امرأته، وفيه قول النبي صلّى الله عليه وسلّم: {أنظروها. فإن جاءت به أكحل العينين سابع الأيتين خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء}. فجاءت به كذلك فقال النبي صلّى الله عليه وسلّم: {لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن}. (2)

وفيه كذلك، عن أنس بن مالك قال: "إنّ هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء وكان أبا البراء بن مالك لأمّه، وكان أول رجل لاعن في الإسلام. قال: فلاعنهما. فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: {أبصروها. فإن جاءت به أبيضاً سبطاً*}، قضى العينين فهو لهلال بن أمية. وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء}. قال: فأنبئت أنّها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين". (3)

ووجه الدلالة: أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم نسب الولد إلى أبيه من الزّنا، والذي خلق من مائه. (4) أي أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم احتكم لصاحب الشّبه وهو صاحب الماء، ولكن الأيمان التي صدرت من أمّه وهو أيمان اللّعان بإنكار الزّنى منعت من إلحاقه بأبيه من الزّنى لو استلحقه، فنسب إلى أمّه حين انتفى منه زوجها باللّعان. (5) فدلّ ذلك على أنّ الرّجل إذا استلحقه ولده من الزّنى وليست أمّه فراشاً لغيره فإنّه يلحق به، لأنّه خلق من مائه، فهو له.

(1) - ابن سعد الجهني فهد، المرجع السابق، ص 26 و27.

(2) - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، ج1، المرجع السابق، ص 668.

(*) - سبطاً: هو المسترسل الشعر. قضى العينين: هو فاسد العينين بكثرة دمع أو حمرة أو غير ذلك. حمش الساقين: أي دقيقها.

(3) - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، ج2، المرجع السابق، ص 1134.

(4) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 19.

(5) - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، ج6، المرجع السابق، ص 211.

ج - استدلّوا بما روي عن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه أنّه كان يُليط، أي يُلحق، أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم في الإسلام. أي بأبائهم من الزّنا. (1)

قال ابن القاسم: "ولقد سمعت مالكا يقول ذلك غير مرّة. قيل: أرأيت كلّ دعا عمر لأولادهم القافة في الذي ذكرت عن عمر أنّه كان يليط أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم إنّما كانوا أولاد زنا كلّهم؟. قال: لا أدري أكلّهم كذلك أم لا؟ إلا أنّ مالكا ذكر لي ما أخبرتك أنّ عمر كان يليط أولاد الجاهليّة بالأباء في الزّنا. قلت: فلو أنّ قوماً من أهل الحرب أسلموا أكنّت تليط أولادهم بهم من الزّنا وتدعو لهم القافة؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولكن وجه ما جاء عن عمر بن الخطّاب أنّ لو أسلم أهل دار من الحرب كان ينبغي أن يصنع بهم ذلك لأنّ عمر قد فعله، وهو رأيي". (2)

وجاء عن الثّوري عن عبد الله بن عون غاضرة العنبري قال: "أتينا عمر بن الخطّاب في نساءٍ تبايعن^(*) في الجاهليّة، فأمر أن يقام أولادهنّ على آبائهن، ولا يسترقوا". (3)

عن عبد الله بن عمر عن نافع قال: "كانت جارية لابن عمر، وكان له غلام يدخل عليها، فسبّه، فرآه ابن عمر يوماً. فقال: أحامل أنت؟ قالت: نعم. قال: ممّن؟ قالت: من فلان. قال: الذي سببته؟ قالت: نعم. فسأله ابن عمر فجحد، وكانت له إصبع زائدة. فقال له ابن عمر: أرأيت إن جاءت به ذا زائدة؟ قال: هو إذن منّي. قال: فولدت غلاماً له إصبع زائدة. قال: فضربهما ابن عمر الحدّ، وزوجها إياه، وأعتق الغلام الذي ولدت". (4)

وجه الدّلالة: أنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه كان يلحق أولاد الجاهليّة بأبائهم من الزّنا، فدلّ فعل أمير المؤمنين على أنّ الزّنى مثبت للنّسب حال الاستلحاق بشرط ألا يعارضه عارض. (5)

(1) - مالك بن أنس، الموطأ، م2، المرجع السابق، ص 284.

(2) - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج8، مصر: مطبعة السعادة، 1905، ص 339 و340.

(*) - تبايعن: يعني بعن. وذكر المحقق أنّه يحتمل أن يكون "بعين".

(3) - الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ج7، بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1983، ص 303 و304.

(4) - الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ج7، نفس المرجع، ص 205.

(5) - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، ج32، المرجع السابق، ص 139.

وفي هذا دليل على أن عمر رضي الله عنه وهو أحد الخلفاء الراشدين الذين أمرنا بالتمسك بسنتهم مع سنة النبي صلى الله عليه وسلم، يرى أن الزاني إذا استلحق ولده من الزنى فإنه يلحق به.

د- حديث عائشة رضي الله عنها. "ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخصومة بين سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال: (هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة)، فلم تره سودة رضي الله عنها قط". (1)

وجه الدلالة: يفيد هذا الحديث اعتبار النبي صلى الله عليه وسلم للشبه الدال على صاحب الماء وليس على صاحب الفراش، وأمر سودة بالاحتجاب، فلو لم يكن هناك اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب، ومن هنا قال ابن حجر: "استدل به الحنفية على أنه لم يلحقه بزمعة، لأنه لو ألحقه به لكان أخاً لسودة، والأخ لا يؤمر بالاحتجاب منه". (2)

قال ابن تيمية: "إن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألحق الولد بالفراش، لأن هذا أصل ظاهر لا يعارض بدعوى النسب من الزاني، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما رأى علامات الشبه بين الولد وعتبة بن أبي وقاص أمر سودة رضي الله عنها بالاحتجاب عنه. وهذا فيه تفريق بين العمل بالظاهر الثابت بالفراش وحقيقة الولادة، فلم يثبت الحرمة بينه وبين سودة رضي الله عنها. فلولا الفراش لثبت نسب ولد الزنى من الزاني". (3)

هذا ما استدل به أصحاب هذا المذهب من النقل سواء في ذلك القرآن الكريم السنة النبوية أو من الأثر. وأما حجّتهم من المعقول فكانت من عدّة وجوه منها:

1- ما روي عن ابن عباس أنه سئل عن الرجل يزني بالمرأة ثم يريد نكاحها؟ فقال: "أول أمرها سفاح وآخره نكاح". (4)

(1) - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص 495.

(2) - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 45.

(3) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 17 و 18.

(4) - الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ج7، المرجع السابق، ص 202.

وسأله رجل فقال: إني كنت ألمّ بامرأة، وآتي منها ما حرم الله عزّ وجلّ فرزقني الله من ذلك توبة، فأردت أن أتزوجها. فقال الناس: إنّ الزّاني لا ينكح إلاّ زانيّة أو مشرّكة. فقال ابن عبّاس: "ليس هذا في هذا، أنكحها، فما كان من إثم فعلي". (1)

قد نقل عن ابن قدامة عن أبي حنيفة أنّه قال: "لا أرى بأساً إذا زنى الرّجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له". (2)

فدلّت هذه الآثار على صحّة زواج الزّاني بمن زنى بها، وإذا صحّ ذلك جاز ثبوت النّسب منه لأنّه أثر من أثر النّكاح.

2- دليل قياسي: ذلك بقياس الزّاني بالمرأة الزّانيّة في لحوق نسب الزّنا به، وذلك أنّ الولد ناتج من زناهما معاً، والأب أحد الزّانيين. فإذا كان الولد يلحق بأمه عند جميع العلماء لأنها هيّ التي ولدتها وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النّسب بينه وبين أقارب أمّه مع أنّها أنت به من الزّنا، فما المانع من لحوقه بالأب إذا ادّعاه وأقرّ بأنّه خلق من مائه ولم يدّعه غيره؟. (3)

وقد عهد في الشرع التّسوية بين المتمثلات والتّفارقة بين المختلفات. فتكون نسبته إلى أبيه مماثلة لنسبته إلى أمّه من جهة كون كلّ منهما سبباً لوجوده، الأمّ بمائها وحملها، والأب بنطفته ومائه. (4)

ذكر ابن القيم أنّ الولد تكوّن من ماء الزّانيين. فلا يعقل أن ننسبه إلى أحدهما دون الآخر، وما المانع من لحوقه بأبيه إذا لم يدّعه غيره؟ (5) ولأنّ الأمّ اشتركت مع الأب في ماء الولد وزادت عليه الحمل والرّضاع، ولأنّ الابن ينسب إلى أمّه فحسب إذا لم يعرف له أب. (6)

قال ابن القيم أيضاً: "وهذا المذهب كما تراه قوّة ووضوحاً... والقياس الصّحيح يقتضيه. فإنّ الأب أحد الزّانيين وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها...، وقد وجد

(1) - مسعد هلاي سعد الدين، المرجع السابق، ص 362.

(2) - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد، ج9، المرجع السابق، ص 123.

(3) - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، المرجع السابق، ص 22.

(4) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 20.

(5) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381 و382.

(6) - مختار الخادمي نور الدين، نفس المرجع، ص 20.

الولد من ماء الزانين وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما. فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس".⁽¹⁾

وقال كذلك: "وخلقه - ولد الزنى - من مائها وماء الزاني خلق واحد، وإثمهما فيه سواء، وكونه بعضاً له مثل كونه بعضاً لها...".⁽²⁾

ربما يكون القول بنسبته إلى الأم دون الأب مبنياً على جهة العلم بأمه دون الأب، فيقال من قبل الفقهاء بأن ولد الزنا ينسب إلى أمه إذا علمت أمه وجهل أبوه.⁽³⁾ ومعلوم أن الأم تعرف أكثر من الرجل، لأنها تحمل ولدها وتضعه، بخلاف الأب. فهو يضع النطفة فحسب، وهذا قد يكون له أثر في عدم معرفة هذا الأب. أما إذا علم الأب فيلحق الولد به كالأب تماماً.

3- قياس الزاني باستلحاقه ابنه من الزنا على الملاعن، فإن الملاعن إذا لاعن زوجته ثم أكذب نفسه واستلحق ولده منها، فإنه يلحق به. بل لو انتفى منه بعد استلحاقه له لم يقبل منه انتفاؤه، فكذلك الزاني هنا إذا استلحق ولده من الزنا فإنه يلحق به.⁽⁴⁾

4 - أن في إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا ادّعاه، ولم يعارضه شيء، أن في ذلك مصالح عظيمة، والشارع يتشوّف لحفظ الأنساب من حفظ نسبه، ومن حفظ كرامته من الامتهان، والتعبير بأنه لا نسب له، ومن حسن رعايته وتربيته، والقيام بشؤونه، وحمايته من التشرّد والضياع.

وفي نسبة ولد الزنا إلى أبيه تحقيق لهذه المصلحة، خصوصاً أن الولد لا ذنب له، ولا جناية حصلت منه، ولو نشأ من دون أب ينسب إليه ويعنى بتربيته والإنفاق عليه لأدّى ذلك في الغالب إلى تشرّده وضياعه وانحرافه وفساده وربما نشأ حاقداً على مجتمعه. ممّا قد يترتب عليه من أنواع الإجرام والعدوان،⁽⁵⁾ كما هو

(1) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381 و382.

(2) - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، نفس المرجع، ص 507.

(3) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 20.

(4) - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، حكم استلحاق ولد الزنى، المرجع السابق، ص 23.

(5) - ابن أحمد الصالح محمد، فقه الأسرة عند ابن تيمية في الزواج وأثاره، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، 1975، ص 759.

الحال في كثير من الأطفال غير الشرعيين، فيعيش طيلة حياته معقداً نفسياً، منزويّاً على نفسه.

ثمّ إنه ليس هناك مفسدة ظاهرة تترتب على إلحاق ولد الزنى بأبيه من الزنى الذي خلق من مائه إذا استلحقه مادام أنّ أمّه ليست فراشاً لزوج، وليس هناك نصّ صحيح صريح يمنع من ذلك، ولا إجماع. بل لو لم يرد في المسألة نصّ واضح في الإلحاق أو عدمه، لكانت أصول وقواعد الشريعة تقتضي الإلحاق باعتبار القاعدة المتفق عليها بين أهل العلم، وهي أنّ الشريعة مبنية على تحصيل المصالح ودرء المفاسد عن المكلفين.⁽¹⁾

5- قاعدة تشوّف الشرع إلى ثبوت النسب وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله. وأصل هذه القاعدة أدلّة وقرائن شرعية عدّة ومن ذلك: سرور النبي صلى الله عليه وسلّم بخبر ثبوت نسب أسامة بن زيد بن الحارثة رضي الله عنهما.⁽²⁾ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم لا يظهر السرور بما ليس من الحقّ في شيء^(*). ولأنّه ليس من صفته أن يسرّ بأمر باطل عنده لا يسوغ في شريعته. وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض. فكان المشركون يطعنون في نسبه، وكان يشقّ ذلك على النبي صلى الله عليه وسلّم، فسرّ بذلك لمكانهما منه.⁽³⁾

فكون قاعدة إثبات النسب أولى من نفيه، ووجه الاستحسان أنّ الشرع يتشوّف لإثبات النسب، فإنّ إلحاقه ولداً بغير أبيه أقلّ ضرراً من قطع نسبه، على أنّ الشرع أعطى له فرصة نفي النسب عند علمه بالولادة.

6 - أنّ تنسيب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب.⁽⁴⁾

7- إنّ المرأة إذا حملت من الزنى فلا شكّ أنّ الولد قد تخلّق من ماء الزاني حقيقة، والنسب ثابت واقعاً، وإن لم يكن الزنى طريقاً مشروعاً للنسب.⁽⁵⁾ كون التشريع

(1) - ابن تركي الختلان سعد، المرجع السابق، ص 43 و 44.

(2) - البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1676.

(*) - وذلك لما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم دخل تيرق أسارى وجهه فقال:

{ألم تري أنّ مجزراً المدلجي نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ورأى أقدامهما فقال: إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض}.

(3) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 21.

(4) - مسعد هلالي سعد الدين، المرجع السابق، ص 360.

(5) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 18.

يراعي الحقائق لا الأوهام، فلا عبرة بالتّوهم وولد الزّنى ليس وهماً وإنّما حقيقة كونية وطبيعية، ويعطى حكم الحقيقة الشرّعية عند إعمال مدركاتها وضوابطها الشرّعية في إثبات نسبه وبنوّته الشرّعية. (1)

8 - قياس ماء الزّنا على ماء الشّبهة: فقد ذهب الفقهاء إلى أنّ من وطء بشبهة امرأة غيره أو امرأة خلية وأنت بولد، أمكن أن يكون منه نسب له.

9 - أنّ الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسيب ولد الزّنى له أثبتوا بالزّنى حرمة المصاهرة. فلا يجوز عند أكثرهم للزّاني أن يتزوَّج بأُم الزّاني أو ابنتها منه أو من غيره. وإذا ثبت للزّنى الأثر ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصّغار الضّائعين؟. (2)

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء القدامى والعلماء المعاصرين في تنسيب الطّفل غير الشرّعيّ من والده البيولوجي يبدو للباحث أنّ القول الرّاجح هو قول المذهب المؤيّد لثبوت نسب هذا الطّفل من والده الحقيقي إذا استلحقه، أو أثبتت نتائج البصمة الوراثية أنّ هذا الوالد هو الأب البيولوجي للابن، لقوّة ما استدللّ به أصحاب هذا القول ولضعف أدلّة أصحاب القول الأوّل، والرّافض لثبوت هذا النسب.

لهذا قال ابن القيم: "وليس مع الجمهور أكثر من (الولد للفراش) وصاحب هذا المذهب، أي القائلون بالاستلحاق أوّل قائل به...". (3) وقال: "...وهذا المذهب كما تراه قوّة ووضوحاً...". (4)

كما أنّ في هذا القول حلّ لمشكلة الأولاد النّاتجين عن الزّنى، أو المولودين خارج رابطة الزّواج، وما أكثرهم في وقتنا المعاصر! فحفظ نسب هؤلاء الأطفال فيه تحقيق لمصالحهم وحمائهم من التّشرد والضياع.

(1) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 25.

(2) - مسعد هلالي سعد الدين، المرجع السابق، ص 360.

(3) - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381.

(4) - ابن تركي الخثّالان سعد، المرجع السابق، ص 41.

الفرع الثاني: آراء العلماء المعاصرين في ثبوت نسب الطفل غير الشرعي وموقف القانون الوضعي من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية

أولاً: آراء العلماء المعاصرين في ثبوت نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة

الوراثية

بعد ظهور البصمة الوراثية واعتمادها في الرَّاجح كدليل في إثبات النسب، ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أنه يجب إعادة النظر في نسب ولد الزنى للحجج التالية:

أ - قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾. (1)

إنَّ منطوق الآية يدعو إلى أن ينسب الشخص إلى الأب الحقيقي. (2)

ومقتضى قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾، أن نعرف الأب الحقيقي، وأن نبذل في ذلك جهداً في المعرفة لكي يأتي نسب الولد لأبيه حقاً سواء أكان شرعياً أو غير شرعيّ، وسواء أكان من زنى أو من زواج ضاعت وثائقه. (3)

حيث شدَّ الرَّسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النَّكِيرَ عَلَى الْآبَاءِ الَّذِينَ يَجْحَدُونَ نَسَبَ أَوْلَادِهِمْ. فيقول: {أَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ}. (4) لأنَّ في هذا الإنكار تعريضاً للولد وأمه للذلِّ والعار.

ب - قول الرَّسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، حيث قالوا: إنَّ الولد للفراش على حقيقته وليس على مظنته. وعملاً بكامل الحديث: {هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بِنِ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتُ زَمْعَةَ}. قالت: أي عائشة فلم ير سودة قط. (5) وأمرها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالاحتجاب منه لما رأى الشبه بيئاً بعنبة بن أبي وقاص.

ج - أنه يجب أن يلحق ابن الزنى بالزاني قياًساً على وطء الشبهة.

(1) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

(2) - مسعد هاللي سعد الدين، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ما بين 05 - 10 جانفي 2002، ص 276.

(3) - علي دبا حسن، «ما بين الدين والعلم علائق متواصلة»:

http://www.raya.com/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no=149072&version=1&template_id=93&parent_id=42

(4) - أبو داود سليمان بن الأشعث، المرجع السابق، ص 279.

(5) - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، ج2، المرجع السابق، ص 1080.

د - إنَّ الشَّارِعَ الحَكِيمَ يَتَشَوَّفُ إِلَى إِثْبَاتِ النَّسَبِ، لِئَلَّا يَضِيعَ الْأَوْلَادُ الَّذِينَ جَاعُوا نَتِيجَةَ خَطِيئَةٍ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ. وَالْأَخْذُ بِهَذَا الرَّأْيِ فِي اعْتِقَادِ قَائِلِيهِ يَحَقِّقُ جَمَلَةً مِنَ الْأَهْدَافِ هِيَ:

1 - الاستفادَة من نعمة الله بظهور البصمة الوراثية كآية من آيات الله في الإنسان تحقّق الهوية الشخصية بصفاتنا الذاتية والمرجعية.

2 - إنقاذ الطبقة المتشرّدة من هذه الفئة، والتقليل من ظاهرة رمي المولودين الجدد في الشوارع، أو في أماكن رمي القمامات.

3 - تحميل المتسبب مسؤولية الرعاية من تربيّة وإنفاق إعمالاً للقاعدة الشرعية "الغرم بالغرم".

4 - التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب عندما تستغلّ المرأة غفلة زوجها، فتلقق به من ليس منه. فقال عليه الصلّاة والسّلام: { أَيَّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِّنْ لَّيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ } (1).

وذهب بعضهم (2) إلى أنّ إثبات النسب للزّاني يحقّق مصلحة. حيث سيؤدّي إلى التقليل من فاحشة الزّنى، فإذا عرف الزّاني أنّه سيتحمّل نتيجة جريمته، فإنّه سيحسب لهذه الفاحشة وآثارها الوخيمة ألف حساب قبل أن يقدم عليها. وخاصّة إذا عرف أنّه إذا حاول إنكار الولد سيجري تحليل الدّنا. أو أنّ المرأة إذا حملت من غير زوجها فسينكره الزّوج، ويلجأ إلى التحليل، فلن تقدم على هذه الجريمة وستتضبط الأمور.

وليس معنى هذا أنّ قول الجمهور: إنّ ماء الزّنى هدر، أنّ رأيه هو الصّحيح. فقد يكون الرّأي صحيحاً في عصر وغير صحيح في عصر آخر نظراً لاختلاف الدّواعي. وفي عصرنا هذا حيث فقدت كثير من الضّمائر رعايتها لحقوق الله سبحانه. فإنّ كثيراً ممّن يتزوّجون عرفياً يستولون على ورقة الزّواج ويعدمونها، (3) ثمّ لا يعترفون بأبنائهم. فيحكم القضاء بأنّه زنى ولا ينسب الولد للزّوج.

(1) - أبو داود سليمان بن الأشعث، المرجع السابق، ج2، ص 279.

(2) - علي دبا حسن، ما بين الدين والعلم علائق متواصلة، المرجع السابق.

(3) - حمادو نذير، «أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي»، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،

قسنطينة، الجزائر، العدد26، سبتمبر 2008، ص 22.

كما يؤكد عبد المعطي بيومي- عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر- قائلاً: "إنه في جانب الزاني إذا كان قول الجمهور إن ماء الزنا هدر. فإنني أرى الأخذ ببعض المحققين منهم الحسن وابن سيرين وعروة والإمام أبي حنيفة، حيث كانوا يرون إذا أقيم الحد ثبت النسب. والحد لا يقام إلا ببينة. فإذا كانت البينة تثبت بالدنا وهي مضمونة كما قال العلماء بأكثر من 99.5%، فلا يتجاهل كلام هؤلاء المحققين، ونقول إن ماء الزنا هدر، فهذا تجاهل لمصالح المسلمين وما قام الشرع إلا لتحقيق هذه المصالح، وحيث تكون المصلحة فتم شرع الله. ولا بد من التأكد على أن القول بإثبات النسب بالبصمة الوراثية خاصة لولد الزنا سيؤدي إلى التقليل من الزنا...".(1)

وقال آخر(2): إن الأخذ بالبصمة الوراثية لا ينافي قاعدة الستر، حيث إن الستر في نسبة الولد لأبيه وليس في عدم نسبه. فعدم النسبة لأبيه سيؤدي إلى أن الولد سيظل معروفاً بأنه ليس من أب شرعي، وتعير بهما أسرتهما. بل إن نسبة ولد الزنى لأمه هو فضح دائم وضرورة أكبر تتطلب إثبات الولد لأبيه كما يرى بثبوت نسب ولد الزنا من المرأة غير المتزوجة إلى الزاني. ويقول: لقد دافع ابن القيم عن هذا الرأي. وقال: "إنه ليس مع الجمهور إلا حديث (الولد للفرّاش) ولا يوجد فرّاش في حالة المرأة غير المتزوجة. وعلى هذا فإذا جاءت امرأة ورجل وقالوا عن ولد إنه ولدهما فإنه يجوز هنا أن ينسب للرجل.

وفي العصر الذي نعيش فيه يمكن اللجوء للبصمة الوراثية في هذه الحالة(3) وكما يجوز في رأينا اللجوء إلى البصمة الوراثية في حالة الطفل اللقيط إذا تنازعه اثنان أو أكثر. فإنه يجوز أيضاً إثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة ادعاء امرأة على رجل أنه عاشرها كرّها فحملت منه. وكذلك في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فمع توقيع عقوبة الزنا المقررة شرعاً، فإنه يجوز إجراء

(1) - الأرواعي محمد أنيس، المرجع السابق، ص 19 و20.

(2) - علي دبا حسن، ما بين الدين والعلم علائق متواصلة، المرجع السابق.

(3) - الأرواعي محمد أنيس، نفس المرجع، ص 19.

الاختبار الوراثي والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أي من الذين قاموا باغتصابها على ضوء اختبارات البصمة الوراثية.⁽¹⁾

ثم يقول: " أعطانا الله عزّ وجل العلم الذي يوصل إلى أنّ إنسان ما هل هو ابن لهذا الرجل أم لا؟ وهل هذه أمّه أم لا؟ عن طريق ما يعرف بالدنا أو البصمة الوراثية ولا يتشابه اثنان إطلاقاً بالبصمة الوراثية، ويمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار الوراثي. وعن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية بأنّ الولد أو المولودة هيّ أو هو ابن أو بنت لهذا الرجل المتهم بالاغتصاب...".⁽²⁾ فأوضح أنّ استخدام تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الابن سواء داخل إطار الزوجية أو خارجها جائز شرعاً، مستنداً إلى أنّ الاختبار الوراثي يعطي نتيجة تقترب إلى اليقين في نسب الأبناء وإقرار حقوقهم.⁽³⁾

من جهته يقول المستشار طه الشريف - نائب رئيس محكمة النقض السابق بمصر-: "...إذا كان ابن الزنا لا يثبت لأبيه، فإنّ ابن المغتصبة لم يتعمّد فيه الزنا من جانب الأم. فهل تتمّ معاملة ابن المغتصبة مثله مثل ابن الزنا في شأن إثبات النسب، وخاصة إذا أثبت تحليل الحامض النووي أنّ المغتصب هو الأب؟".

فإذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (الولد للفراش وللعاهر الحجر). فإنّ المغتصبة المفترض فيها أنّها ليست عاهراً ولكنها تمت ممارسة الرذيلة معها دون رضاها ورغماً عن أنفها وليس لها حول ولا قوة فيما تعرّضت له.

وقد ورد في القرآن الكريم: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ﴾.⁽⁴⁾ وهذه الآية لا تحدثنا عن الآباء الشرعيين فقط بل أيضاً عن العلاقات غير الشرعية.

يضيف المستشار قائلاً: "لقد طبّق الإمام علي رضي الله عنه في قصة مشهورة عندما ادّعت امرأة معاشرته ثلاثة رجال لها وإنجابها ولداً فأقرع بينهم وألحق الولد

(1) - رأفت عثمان محمد، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد من 05 - 07 ماي 2002، ص 578.

(2) - الضمراني عبير، «أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالـDNA؟»، جريدة الأهرام، القاهرة، السنة 132،

العدد 44074، بتاريخ: 08 أوت 2007: <http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/INVE2.HTM>

(3) - ، فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA، المرجع السابق.

(4) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

بمن أصابته القرعة. كما ثبت أن سيّدنا عمر بن الخطّاب نسب ابن الزّنا عن طريق القيّافة، أي علم التّشابه وعلم الشّبه بين المولود ووالده. وأرى يقول المستشار طه الشّريف: "...ومنعاً للإضرار بالأبناء الأبرياء الذين لا بدّ لهم فيما جنّته عليهم أيدي غيرهم، أن يحسم الطّب الشرعي مسألة ثبوت النّسب عن طريق تحليل الحامض النّووي، وأن يكون هو صاحب الرّأي الأخير في ذلك استناداً إلى تقدّم العلم ورحمة بالمولود الذي لا ذنب له بحوادث سابقة على ولادته".(1)

ويقول مازن إسماعيل هنية⁽²⁾ - رئيس لجنة الإفتاء بفلسطين -: "أنّ ابن الزّنى ينسب للزّاني إذا استلحقه وقامت الدلائل على ثبوت الحالة التي أدت إلى وصول مائه إلى رحم المزني بها، وأثبتت رابطة البنوة كحقيقة ثابتة بين ولد الزّنى والزّاني، وذلك من خلال استخدام تقنية البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الابن وأبيه"، وذلك للأسباب التالية:

1 - إنّ في قصة الرّاهب والرّاعي ما يؤكّد أنّ الأبوة إذا كانت حقيقة واقعة ولو بطريق الزّنى فهي ثابتة. ودليله وصف المشرّع لها. فالغلام أنطقه الله بالحقّ، فوصف الرّاعي أباً له، وأقرّه الله على ذلك بالمعجزة التي أجراها على لسانه. ورواية النّبي صلّى الله عليه وسلّم لتلك القصة، لأخذ العبرة والموعظة منها. ومن جملة المواعظ هو أنّ الأبوة إذا كانت حقيقة واقعة، أقرّت ولو كانت بطريق الزّنى. فإذا نطقت البصمة الوراثية بالحقيقة الواقعة وهي رابطة الوراثة بين ولد الزّنى والزّاني، يصحّ حينئذ الحكم بالأبوة للزّاني وينسب الابن إليه.

2 - لو كان الزّنى ذاته هو السّبب في نفي النّسب عن الرّجل، لما صحّ نسب الولد إلى الأمّ لأنّها زانية، فيثبت حينئذ أنّ الزّنى ليس سبباً لنفي النّسب عن الرّجل بل الشكّ في تخلّق ولد الزّنى من مائه. هذا الشكّ غير المتحقّق مع الأمّ بوجود الولادة منها. ذلك يؤكّد أنّه متى ثبتت الصّلة الحقيقيّة بين ولد الزّنى والزّاني كثبوت الولادة من الأمّ، يثبت النّسب إليه.

(1) - الضمراني عبير، أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالـDNA؟، المرجع السابق.

(2) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 19 و 20.

ولمّا كانت البصمة الوراثية سبيلاً إلى إثبات هذه الحقيقة، صحّ حينئذٍ استعمالها في إثبات نسب ولد الزنى من الزاني.

3 - إنّ أمر النبي صلى الله عليه وسلّم لسودة بالاحتجاب عمّن نسب إلى أبيها زمعة بالنظر إلى الشبه بين الولد ومن ادّعاه بطريق الزنى هو عتبة بن أبي وقاص لهو دليل قاطع على اعتبار الوراثة في باب النسب وبناء الأحكام عليها.

لكن لمّا كان علم الوراثة علماً بسيطاً، ودلالته دلالة ضعيفة لم يترتب الشارع عليه أحكام النسب، لما قد يترتب عليه من فساد، لأنّ فلسفة التشريع تمنع بناء الأحكام على الدلائل الضعيفة التي قد تعبت بها الأهواء. ومع اكتشاف البصمة الوراثية التي تقطع بوجود صلة الوراثة أو عدمها بين ولد الزنى والزاني، وجب اعتمادها سبيلاً لذلك.

4 - إنّ الواقع لا يرتفع. فإذا أثبتت البصمة الوراثية صلة الوراثة بين ولد الزنى والزاني، فإنّها تثبت واقعاً. ولمّا الواقع لا يرتفع، وجب حينئذٍ علينا أن نقرّ بالواقع ونعالجه ونرتب عليه من الأحكام ما يليق به على جهة السداد والصواب.

5 - إنّ حفظ النسل وهو مقصد من مقاصد الشريعة يدعوننا للتثبت في موضوع الأنساب، فلا نلحق شخصاً بغيره على جهة الشك.

كذلك حفظ النسل يتحقّق بإلحاق الإنسان بأبيه إذا قامت الدلائل على ذلك. والبصمة الوراثية طريق قطعي للتحقيق من صلة الولادة بين الأب وابنه. فاستعمالها في إثبات نسب ولد الزنى من أبيه يحقّق مقصد التشريع في حفظ النسل.

6 - إنّ إثبات النسب حقّ للابن، ومن أعظم الآثار المترتبة على الزنى هو تضييع النسل، إذ أنّ الزاني تدعوه شهوته لارتكاب جريمته، ثمّ بعد ذلك لا يتحمّل أيّ مسؤولية ولا يترتب عليه أثر إلاّ إذا أثبتت الجريمة، وأقيم عليه الحد، وذلك لا يحفظ حقّ الابن في إثبات نسبه.

إذا كان ذلك أمر له ما يبرّره في الماضي فلا مبرر له مع اكتشاف البصمة الوراثية. فيجب العمل بها لحفظ حقّ الابن. وتحمل الأب المسؤولية نحو ذلك الابن. (1)

(1) - مازن هنية إسماعيل، المرجع السابق، ص 21.

ممن ذهب إلى القول بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج من المعاصرين، سعد بن ناصر الخثلان- نائب رئيس الجمعية الفقهية بالسعودية -: "أنّ القول الرّاجح في هذه المسألة هو قول المذهب الثّاني، وهو أنّ ولد الزّنا يلحق بالزّاني إذا استلحقه، ولم تكن أمّه فراشاً لزوج أو سيّد. وذلك لقوّة ما استدلّ به أصحاب هذا القول في الجملة وضعف أدلّة أصحاب القول الأوّل".⁽¹⁾

جاء قوله في فتوى لجنة موقع الفقه الإسلامي: "فأوافق على ما جاء في الفتوى، وعلى ما رجّح فيها من جواز زواج الزّاني بالمزني بها، شرط توبتها واستلحاق الزّاني لولده من الزّنا، بشرط ألاّ تكون المزني بها فراشاً لزوج أو سيّد. وهذا هو القول الذي يتفق مع الأصول والقواعد الشرعيّة، وفيه مصالح عظيمة خاصّة للولد الذي يترتب على القول بعدم استلحاقه تحطيم لشخصيّته وعقده تلازمه طيلة حياته. والشرعيّة تتشوّف لحفظ الأنساب وتحقيق المصالح ودرء المفاسد".⁽²⁾

مع العلم أنّ عنوان الفتوى كان: تزوج الزّاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه.⁽³⁾ جاءت ردّاً على سؤال ورد إلى لجنة الفتوى بنفس الموقع، حيث أقام شاب علاقة محرّمة مع مطلّقة وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبتها الأمّ خارج البلد ويريد التّزوج من هذه المرأة واستلحاق البنت.

رجّح البعض من أعضاء لجنة الفتوى القول الذي يفضّل زواج الزّاني بالمزني بها، وأنّ ينسب الولد له. كون الولد ينشأ منسوباً لأب خيراً له من أن ينشأ منسوباً لأمّه، مصاحباً للعار بقيّة عمره يتجرّع ويلات جريرة ليس له فيها بدّ.

ففي عدم نسبته مفسد عظيمة، كالحقوق العار به وبأمّه وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من السّتر على الزّناة والزّواني وأهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التّوبة.

وكان من بين العلماء الموافقين على هذه الفتوى سعد بن تركي الخثلان الذي سبق ذكر موقفه و يوسف بن عبد الله الشبيلي. جاء قوله: "أفيدكم بالموافقة على ما

(1) - ابن تركي الخثلان سعد، المرجع السابق، ص 44.

(2) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 15.

(3) - ، «فتوى بشأن تزوج الزّاني المزني بها ونسبة الولد إليه»: أنظر الملحق رقم: (02).

جاء في الفتوى...". وعلي محي الدين القرة داغي. جاء قوله: "أوافق على الفتوى وعلى الذي رجّح فيها، وهذا رأيي مسجّل منذ عدّة سنوات في كتابي (فقه القضايا الطبيّة المعاصرة). ولكن بشرط واحد، وهو أن لا تكون الزّانيّة داعرة يغشاها أكثر من واحد...".⁽¹⁾ ونايف العجمي بقوله: "اطّلت على الفتوى، وأوافق على مضمونها، مع ملاحظة استثناء أدلّة القول الأوّل، فقد بنا الجمهور قولهم على نصوص وأقيسة لم يذكر إلاّ دليلاً واحداً. وفي المقابل استوفت الفتوى أدلّة القول الثّاني الذي أخّاره...". وعقيل بن محمد المقطري. حيث جاء قوله: "أوافق على نشر الفتيا بالصيغة التي أعدتها اللّجنة". وهاني الجبير الذي قال: "...وقد اطّلت على الفتوى وأوافق عليها لا مانع من نشرها". ونور الدّين مختار الخادمي. حيث أورد قوله تعليقياً على فتوى أمانة موقع الفقه الإسلامي بالرياض. وإنّ الذي يترجّح بعد التأمّل في كلام الفقهاء وفتاوى القدامى والمعاصرين هو جواز عقد النّكاح على المرأة الحامل ممّن زنى بها بل لزوم ذلك، كما يترجّح لزوم إلحاق نسب الولد بعد التحري والتأكد بأبيه الزّاني، وهو لزوم اعتباري مصلحي تدعو إليه الحاجة والمصلحة مع انتفاء مخالفته للشريعة الغراء.⁽²⁾

في مقال لأحمد صبحي منصور بعنوان «ادعوهم لأبائهم حتى ولد الزّنا يلحق بأبيه في الإسلام».⁽³⁾ ردّاً على فتوى بعدم صحّة نسب ابن الزّنا لأبيه. يقول: "إنّ الفتوى بعدم صحّة نسب ابن الزّنى لأبيه تظلم نفساً بريئة لم ترتكب إثماً. والظلم محرّم في تشريع الرّحمن. فهذه الفتوى تناقض قاعدة أصوليّة تشريعيّة تكرّرت خمس مرّات في القرآن الكريم وهي ﴿الْأَنْزَارُ وَالزَّرُّ وَالزَّرُّ أُخْرَى﴾.⁽⁴⁾ ثمّ يؤكّدها ربّ العزّة جلّ وعلا في مواضع كثيرة بقوله: ﴿وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ﴾.⁽⁵⁾ ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾.⁽⁶⁾ أي أنّ الجاني وهو الأب المعترف بالزّنا، فلا يصحّ مطلقاً

(1) - مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 16.

(2) - مختار الخادمي نور الدين، نفس المرجع، ص 16 و17.

(3) - صبحي أحمد منصور، «ادعوهم لأبائهم حتى ولد الزّنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام»:

http://www.ahl-quran.com/arabic/show_article.php?main_id=25

(4) - سورة الأنعام، الآية: 164. سورة الإسراء، الآية: 15. سورة فاطر، الآية: 18. سورة الزمر، الآية: 07. سورة النجم، الآية: 38.

(5) - سورة النساء، الآية: 111.

(6) - سورة النساء، الآية: 123.

أن تتحمل خطأ أبيها وتحرم من النسب، طالما أصبح أبوها معروفاً أو يمكن معرفته. ثم إن هذه الفتوى تناقض حكماً تشريعياً إلهياً قرآنياً في وجوب نسبة المولود لأبيه طالما كان معروفاً بغض النظر عن مجيئه بزواج شرعي أو زواج فاسد أو متنازع فيه، أو مجيئه بعلاقة غير شرعية.

إن الله تعالى يقول: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾. (1)

قد يقول الفقهاء أن هذه الآية نزلت في قصة الصحابي زيد بن حارثة الذي تبناه النبي صلى الله عليه وسلم فنزل القرآن يمنع التبني ويأمر بإعادة نسب الابن بالتبني لأبيه الأصلي. ولكنهم بذلك يتجاهلون القاعدة القائلة أن خصوص السبب لا يمنع عموم الاستشهاد. أي أن هذه الآية تنطبق على الجميع في وجوب نسبة كل مولود لأبيه إذا علم من هو الأب. ثم إن الله تعالى هنا يربط الحكم بالمقصد التشريعي قائلاً: ﴿هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾. أي أن نسبة الابن لأبيه الحقيقي الطبيعي هو الأصل الشرعي في الموضوع لأنه يتفق والقسط أو العدل في الإسلام...". (2)

ويقول حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: "يرى غالبية الباحثين أن قول جمهور الفقهاء بأن النسب لا يثبت بالزنى هو الراجح، ومع هذا فإنني لا أميل إلى هذا الترجيح، وأتجه وأتبنى وجهة أخرى تبناها البعض بحق". (3) كسعد الدين مسعد هلال (4) وعبد المعطي بيومي ومحمد رأفت عثمان. (5) وهي ترجيح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنى وتنسيبه للزاني. حيث لا يوجد دليل من كتاب أو سنة تنهي عن إلحاق ولد الزنى بالزاني، بل إن الشواهد تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي مع مراعاة ضوابط الاستقرار في الإثبات.

(1) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

(2) - صبحي أحمد منصور، ادعوهم لآبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام، المرجع السابق.

(3) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 763.

(4) - مسعد هلال سعد الدين، المرجع السابق، ص 375 - 389.

(5) - رأفت عثمان محمد، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، المرجع السابق، 579 و 581.

وسندنا في هذا التّرجيح ما يلي:

1 - إن إقرار الحرمان من الأبوة بالنسبة للزّاني، قرار تأديبي عقابي وليس نصّاً ملزماً. فلو وجد عقاباً آخر مناسباً كان هذا واجب التطبيق. ثمّ كيف ننزل على الزّاني العقاب بما يضرّ البريء، وهو الطّفل الذي من حقّه أن يعيش، ولا يؤخذ بجريرة الزّاني المتسبّب في وجوده؟. ولعلّ خير عقاب لهذا الزّاني في مثل هذه الحالة، أن نلزمه بالولد ليتحمّل عبء تربيته والإنفاق عليه، إعمالاً لقاعدة "الغنم بالغرم"، فكما غنم اللّذة الرّخيصة، غرم مسؤوليّة التّربيّة والإنفاق.⁽¹⁾

2 - إنّ تنسب ابن الزّنى من الزّاني ليس تكريماً له، ولا ينفي بشاعة فعلته. فهو لا يزال في نظر المشرّع مجرماً يستحقّ حدّ الله فيه، ولكنّ التّنسب قائم على المجازاة لتسبب الأم.

لقد أجمع المسلمون بحقّ على تنسب ولد الزّنى من الزّانية لفعل النّبي صلّى الله عليه وسلّم ذلك مع الملائنة وابن الغامديّة. لقوله تعالى: ﴿...إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَوَلَدَتْهُمْ...﴾.⁽²⁾ ويعلّل الفقهاء ذلك بأنّ الأم معروفة قطعاً بخلاف الفاعل، فإذا ما أرسل الله إلينا رسول العلم بالبصمة الوراثيّة لمعرفة الفاعل قطعاً، ألا ينطبق الحكم على الأب أيضاً؟.⁽³⁾ فيكون الأب كما قال تعالى: ﴿وَحَلَّالُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ...﴾.⁽⁴⁾

3 - أنّ ماء الزّنى ليس هدراً، كما يقول جمهور الفقهاء، بل ماء تترتب عليه آثار شرعيّة متعدّدة منها: أنّه يوجب الحدّ، ويثبت حرمة المصاهرة، وحرمة الرّضاع عند الجمهور، فلو أرضعت الزّانية طفلاً كان الزّاني والده بالرّضاع. كما يثبت بالزّنا العدّة للمزني بها على الرّاجح، فكيف بعد كلّ هذا يكون ماء هدراً؟.

4 - أنّنا نرخص للزّاني وغيره أن يستلحق من الأطفال من شاء بمجرد الإقرار أو الادّعاء أنّه منه دون استفعال عن حقيقة العلاقة التي جاء منها الولد، كما ذهب

(1) - مسعد هلاي سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 375.

(2) - سورة المجادلة، الآية: 02.

(3) - مسعد هلاي سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، نفس المرجع، ص 364.

(4) - سورة النساء، الآية: 23.

إلى غير ذلك أكثر أهل العلم. ويقولون: لأنه نفع محض للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقبل كما لو أقر له بمال. (1)

فلماذا لا نعلنها صراحة في تنسيب ولد الزنى من صاحب الماء، مع التأكيد على ضرورة إقامة حدّ الله تعالى على كلّ مخطئ؟. (2)

من جهته يرى سعد الدين مسعد هلالى في كتابه البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، وحسب رؤيته الفقهية في إلحاق ولد الزنى بالزاني، ترجيح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنى وتنسيبه بالزاني راداً على قول الجمهور الذي ينفي ثبوت نسب هذا الولد بدليل حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر). يقول: "إنّ النسب في القرآن الكريم ثابت برابطة الدّم فقط، وإنّما كان الزّواج أو التّسري شرطاً لحلّ العلاقة حتّى لا يتعدّى أحد على عرض أحد. قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا، وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾. (3)

يقول ابن كثير: "فهو في ابتداء أمره ولد نسيب، ثمّ يتزوّج فيصير صهراً، ثمّ يصير له أصهار وأختان وقربان، وكلّ ذلك من ماء مهين. أقول: والآية ضمن آيات تعدّد نعم الله على المسلم والكافر سواء. فما ينطبق على ثبوت النسب بالماء في أحدهما ينطبق على الآخر. (4)

ثمّ إنّ الحديث يثبت ولا ينفي. لأنّه بمناسبة فض نزاع شبّ بين سعد بن أبي وقاصّ وعبد بن زمعة في غلام. فرأى شبهاً بيّناً بعنبة بن أبي وقاصّ، إلّا أنّ قواعد الإثبات التي كانت مستقرّة هو الحكم بأغلب الظنّ والظاهر من الحال، وهو هنا الفراش الحقّه بعبد بن زمعة. فاعتبار النبيّ صلى الله عليه وسلّم الغلام ابناً للزّاني حقيقة ولكن بحكم القضاء جعله ابناً لصاحب الفراش. (5)

يضيف قائلاً لقد قالوا: إنّ إلحاق ولد الزنى بالزّاني مخالف للإجماع الذي عليه الفقهاء. فقلت: ليس هذا إجماعاً لما فيه من خلاف حكاة ابن رشد وابن قدامة وذكره

(1) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 765.

(2) - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 387.

(3) - سورة الفرقان، الآية: 54.

(4) - ابن كثير أبو الفداء إسماعيل، ج3، المرجع السابق، ص 117.

(5) - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 377.

ابن حجر، وإن وصفوه بالشذوذ^(*) في موضع⁽¹⁾ وبالقلّة في موضع آخر⁽²⁾. كما ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للزاني أن يتزوج المزني بها ويلحق الحمل الذي منه به إذا كانت الزانية بغير زوج.

ثمّ إنني أقول: إنّ هذا الإجماع المدّعي على منع نسب ولد الزنى من الزاني يعارضه إجماع آخر، وهو مشروعية الاستلحاق ممّن يطلبه بشروط التي أهمّها أن يمكن أن يكون الولد منه، وأن لا ينازعه في ادّعائه أحد، ولا يشترط في كلّ حال أن يثبت المستلحق الفراش الشرعي⁽³⁾.

يقول ابن تيميّة: "لو استلحق مجهول النسب وقال: إنه ابني لحقه باتّفاق المسلمين، إذا كان ذلك ممكناً، ولم يدّع أحد أنه ابنه"⁽⁴⁾.

يجيب سعد الدين مسعد هلالى قائلاً: أمّا الزنا فمسألة غير منضبطة، ولذلك وجدت الشافعية وهم أكثر المذاهب الإسلامية تشدداً في المسألة، حتّى أجازوا للزاني أن يتزوج ابنته من الزنى لقولهم إنّ ماء الزنا هدر لا حرمة له⁽⁵⁾. وأراهم يتردّدون في هذه الفتوى، حتّى قال الإمام الشافعي: "أكره أن يتزوجها فإن تزوّجها لم أفسخ".

ثمّ أقول: وبعد ثبوت وانتشار العمل بالبصمة الوراثية في الدّول المتقدّمة، ودلالاتها القطعية في تحديد صاحب الماء الذي منه الولد، هل يجوز لنا أن نتجاهل هذا النور وتلك الحقيقة ونظّل نتمسك بشكوك حسمها العلم وقضى عليها؟.

من جانبه عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان يرجّح قول المذهب القائل بلحوق ولد الزنا بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمّه فرائشاً لزوج أو سيّد لضعف أدلّة المخالفين، إمّا في ثبوتها، وإمّا في دلالتها، ولكون إلحاق ولد الزنا بأبيه من الزنا

(*) - قال ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ج2، ص 358: "وشدّ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الإسلام، أعني الذي كان عن زنا في الإسلام". من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث في باب الحجب.

(1) - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، م4، المرجع السابق، ص 2085.

(2) - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، م3، نفس المرجع، ص 1308.

(3) - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 381.

(4) - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، ج34، المرجع السابق، ص 10.

(5) - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، نفس المرجع، ص 385.

عند انعدام الفراش حفظاً لنسب هذا الولد، وحماية له من التّشرد والانحراف، خصوصاً أنّه لا ذنب له، فلا ينبغي أن يعاقب بجريرة غيره.⁽¹⁾

كما ذهب أيضاً فهد بن سعد الجهني إلى القول: "...أميل للأخذ بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني إلى أنّ الولد الناتج عن زنا إذا لم يكن مولوداً على فراش يدّعيه صاحبه وادّعاه الزّاني، ألحق به ونسب إليه، ولكن بعد رفع الأمر إلى القضاء للنظر والتّحقق وصدور حكم بذلك من القضاء أو من الجهات المعنيّة بأحوال المسلمين وقضاياهم في بلاد الغرب ونحوها".⁽²⁾

بعد هذا العرض المفصّل لأدلة الفريقين يتبيّن للباحث رجحان القول الثاني، وهو إلحاق ولد الزّنا بالزّاني إذا استلحقه لقوّة الأدلّة لديهم، ثمّ إنّ في إلحاق الطّفل غير الشرعي بأبيه من العلاقة غير الشرعيّة حفظاً لنسب هذا الولد، وحماية له من التّشرد والانحراف، خصوصاً وأنّه لا ذنب له فيما اقترفه والداه. فلا ينبغي أن يعاقب بما ارتكبه غيره، ونحن نعلم بأنّ إثبات نسبه من والده الحقيقي هو حقّ له. خصوصاً مع اكتشاف البصمة الوراثيّة أصبح واجباً العمل بها لحفظ هذا الحقّ، وتحميل الأب المسؤوليّة نحو ذلك الابن. فالإسلام كما يتشوّف لثبوت النسب يتشوّف لظهور الحقيقة، وإقرار الزّاني بالولد لا تهمة فيه، وخاصّة إذا لم ينازعه أحد.

ما دام لم يرد نصّ في الكتاب أو السنّة الصّحيحة يحرّم انتساب ولد الزّنا إلى أبيه، وأنّه لا وجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم وأنّ سبب قول أغلب الفقه بنسب الطّفل إلى أمّه دون أبيه راجع إلى ثبوت البنوّة بالنسبة للأمّ عن طريق الولادة الماديّة، وتعدّر هذا الثّبوت إزاء الأب، ولو استبعد هذا السّبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التّفارقة بين الأمّ والأب مجرد تحكّم لا يقرّه منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة، وفي مقدّماتها مبادئ المساواة في التّكليف والجزاء وعدم مؤاخذه الفرد بما جناه غيره.⁽³⁾

(1) - ابن فوزان بن صالح الفوزان عبد العزيز، المرجع السابق، 174.

(2) - ابن سعد الجهني فهد، المرجع السابق، ص 29.

(3) - بلبشير يعقوب، نسب الطّفل غير الشرعي بالبصمة الوراثيّة، بحث مقدم في اليوم الدراسي حول الطّفل الطّبيعي، بجامعة وهران،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر حقوق الطفل، يوم 03 ماي 2012.

لذلك وجب إلزام الأب بنسب ولده من الزنا إذا اعترف بأبوتّه له أخذاً برأي الحسن البصري ومن معه من الفقهاء. وإلاّ عُرِضَ على التحليل الجيني، فإذا أثبتت البصمة الوراثية أنه ولده ينسب إليه. لأنها تقنيّة لا تكاد تخطئ في الوالدية البيولوجية. قال محمد بن عابد باخظمة - خبير في المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي -: " إنّ الفقهاء رحمهم الله لو عرفوا البصمة الوراثية في عهدهم لما أخذوا إلاّ بها نظراً لصحّتها ودقّتها. (1)

ثانياً: موقف القانون الوضعي من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية

إنّ المتنبّع لموقف القانون الوضعي في هذا المجال، لا سيما القانون الفرنسي، يرى أنه أجاز إثبات البنوة الطبيعية - غير الشرعية - والاعتراف بها بعد ظهور قانون 03 جانفي 1972 المتعلّق بالنسب، (2) رغم الاختلافات في النسب إلاّ أنّ الطّفل الطبيعي يملك نفس الحقوق والواجبات للطّفل القانوني. (3) ونصّ على ذلك صراحة في المادّة 335 من القانون المدني بقوله: "الاعتراف بالولد الطبيعي يكون بشهادة محرّرة صحيحة، إذا لم يكن هذا الاعتراف في شهادة الميلاد". (4)

كما أجاز المشرّع الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزواج قضائياً، بكافة وسائل الإثبات، بشرط أن يكون هناك قرائن وأدلة قويّة مثل وجود تشابه بين الطّفل والأب المزعوم ووقائع القضية. (5)

فضلاً عن ذلك، فإنّ المشرّع الفرنسي قد أجاز إثبات النسب المتنازع عليه اعتماداً على تحليل البصمة الوراثية، وذلك بمقتضى المادّة 11/16 من القانون رقم 94 - 653 الصادر في 29 جويلية 1994، سواء كان أمر الإثبات متعلّقاً بدعوى إنشاء بنوة شرعية أو طبيعية، أو إنكار البنوة الشرعية أو الطبيعية، شريطة

(1) - الحسين الشيبلي الهادي، «استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية»، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م18، العدد35، 2003، ص 28.

(2) - DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), op. Cit. p. 43.

(3) - RESMOND-MICHEL (Isabelle), 100% légal tous les droits du particulier. Edition: PRAT, 2005, p. 149.

(4) - Ordonnance n°2005 - 759 du 4 juillet 2005, J.O.R.F, Paris, 6 juillet 2005.Ed, n° 0156.

(5) - فواز صالح، «حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، دراسة قانونية مقارنة»، مجلة الشريعة والقانون، مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، جوان 2003، ص 212.

أن يتم ذلك بعد موافقة الأطراف، وأمر القاضي، ومن خلال دعوى مرفوعة أمام القضاء. (1)

وفيما يتعلّق بالتشريعات العربيّة، فمعظمها تتبنّى مذهب الجمهور القائل بعدم إثبات نسب ولد الزنا من أبيه الزاني. وخالفهم في ذلك المشرّع التونسي، حيث قضى بجواز إسناد لقب الأب للطفّل مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتّحليل الجيني، أنّ هذا الشّخص هو أب ذلك الطّفّل. وقد جاء نص قانون الأحوال الشّخصيّة التونسي الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1998 صريحاً في هذا الخصوص حيث قضى بأن: "على الأمّ الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسماً ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنيّة، ويمكن للأب أو للأمّ أو للنيابة العموميّة، رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفّل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التّحليل الجيني أنّ هذا الشّخص هو أب ذلك الطّفّل".

فإذا ما جاز لنا أن نعتبر ابن الزنا أي الطّفّل الطّبيعي مجهول النسب وهو كذلك، أصبح بالإمكان وبمقتضى هذا النصّ إلحاق نسبه بأبيه الزاني، إمّا بالبيّنة والتي هي شهادة الشهود أو الإقرار أو بواسطة التّحليل الجيني والذي هو البصمة الوراثيّة.

وعليه، فإنّ النسب الطّبيعي يمكن إثباته من الأب البيولوجي، وإنّ تعذّر ذلك فعلى الأمّ أن تمنح الطّفّل اسماً ولقبها العائلي. (2)

فضلاً عن ذلك، فإنّ المشرّع اللبناني قد أقرّ حقّ الطّفّل غير الشّرعيّ في طلب الانتساب إلى أبيه، حيث نصّت المادّة 95 من قانون الأحوال الشّخصيّة اللبناني على أنّه: "يحقّ للولد غير الشّرعيّ ولأمّه ولو كـيل العدل أيضاً، أن يقيموا الدّعى على من أنجبه للاعتراف إذا نبذ نسبه إليه، وقد اشترط المشرّع اللبناني لإثبات البنوة غير الشّرعيّة إذا كانت من الأمّ، أن ترفع الدّعى خلال سنتين ابتداء

(1) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 769.

(2) - أحمد الرفاعي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 555.

من تاريخ الوضع، وإذا لم ترفعها في المدّة التي كان الولد فيها قاصراً، فيحقّ للولد أن يرفعها خلال السنّة التي تلي سنّ الرشد.⁽¹⁾

إذا كانت تشريعات هذه الدّول قد منحت حق انتساب الطّفّل غير الشّرعي لأبيه، فإنّ غالبيّة التّشريعات العربيّة منعت من هذا الحق.

لقد نصّ المشرّع الكويتي في قانون الأحوال الشّخصيّة تحت عنوان: ولد الزنا وولد اللّعان، في المادّة 335 منه: "مع مراعاة المدّة المبيّنة بالفقرة الأخيرة من المادّة 330 يرث ولد الزنّى، وولد اللّعان من الأم وقرابتها، وترثهما الأم وقرابتها"⁽²⁾.

ذلك أنّ ولد الزنا ثبت صلته بأمه، وانتفت صلته بمن كان منه الحمل ظاهراً، فلا يثبت النّسب منه، ولو كان معروفاً، ومقرراً بأنّ الحمل منه من زنا. وبالرجوع إلى وسائل ثبوت النّسب حدّدها المشرّع في الزوج الصّحيح والإقرار ولا أثر للبصمة الوراثيّة.

إنّ قانون مدونة الأسرة المغربية الجديد 70.03 أقرّ وأكد على التّمييز بين كل من البنوة والنّسب، حيث خصّ موضوع البنوة بالمواد من 142 إلى 149، وبعده خصّ موضوع النّسب ووسائل إثباته بالمواد من 150 إلى 162.

وما يلاحظ أنّ المشرّع قد حدّد موضوع البنوة في المادّة 142 كما يلي: "تتحقّق البنوة بتتسلّ الولد من أبويه وهي شرعيّة وغير شرعيّة". فالبنوة إذا كانت شرعيّة بالنّسبة للأب تصبح خاضعة لقواعد النّسب، والذي عرفه في المادّة 150 من نفس القانون: "النّسب لحمّة شرعيّة بين الأب وولده تنتقل من السّلف إلى الخلف".

وبخصوص البنوة غير الشرعيّة يميّز المشرّع المغربي بين النّظرة إليها في اتجاه الأب، وينصّ في المادّة 148 من المدونة: "لا يترتب على البنوة غير الشرعيّة بالنّسبة للأب أيّ أثر من آثار البنوة الشرعيّة". والنّظرة إليها في اتجاه الأم، حيث أقرّ ما يلي في نص المادّة 146 من المدونة: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعيّة أو غير شرعيّة".

(1) - أحمد الرفاعي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 556.

(2) - المادّة: 335 من القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشّخصيّة الكويتي.

وبالرجوع إلى وسائل إثبات البنوة، لم يشر المشرع المغربي على هذه الوسائل بالنسبة للأب، أما بالنسبة للأم فقد خصص المادة 147 للحديث عليها⁽¹⁾. يستنتج من خلال ذلك أن الطفل غير الشرعي لاحق له في نظر المشرع المغربي تجاه والده المعروف. حتى في ظل وسائل الإثبات العصرية والمتمثلة في البصمة الوراثية والمعبر عنها في المواد 153 و158 بالخبرة القضائية. باعتبار أن نسب الولد يثبت بفراش الزوجية وهو حجة قاطعة على ثبوت النسب.

من جهته المشرع الجزائري كان موقفه واضحاً من هذه القضية باستقراء نص المادة 41 من قانون الأسرة والتي تنص: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية". من خلال هذه المادة نجد أن المشرع لا يقرّ ثبوت نسب الطفل غير الشرعي من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعياً، وبالتالي فإن نسب الطفل غير الشرعي من أبيه يعتبر غير مقبول.

بالرغم من أن المشرع عدل نص المادة 40 بإضافة فقرة ثانية تجيز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، والمقصود بها البصمة الوراثية، غير أن المادة 41 السالفة الذكر تجعلنا نطرح التساؤل الآتي إن كان المشرع يقصد به نسب الطفل الشرعي أو غير الشرعي.

ومن هنا يمكن القول أن موقف المشرع غير واضح ولم يزل الغموض بهذا التعديل، وبالتالي فهو يتبنى موقف جمهور الفقهاء القائل بحرمان الطفل غير الشرعي من الانتساب إلى أبيه.

(1) - المادة: 147 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق تنص: "تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق: - واقعة الولادة، - إقرار الأم...، - صدور حكم قضائي بها".

خلاصة الفصل الأوّل

بعد أن بيّنا موقف البصمة الوراثية من أدلة ثبوت النسب سواء القطعية منها أو الظنية، ونظرة بعض تشريعات الدول المغاربية إليها. يمكن القول في الأخير أنّ مشكلة إثبات النسب تعتبر من المشكلات التي تشغل اهتمام الفقهاء والقضاة، ومع التّقدم العلمي المذهل في تطبيقات الهندسة الوراثية باتت قضية إثبات النسب بالبصمة الوراثية وتداعياتها من القضايا التي تحتاج إلى اجتهاد فقهي وقضائي أسرع وأوسع، خصوصاً وأنّ الإحصائيات تشير إلى أنّ عدد الأطفال غير الشرعيين في تزايد مستمر.

هذا، وعلى إثر ذلك تباينت آراء الفقهاء المعاصرين حول حجّية البصمة الوراثية في إثبات النسب، وبيان موقعها أو منزلتها من الوسائل الشرعية لإثبات النسب، وحتى في تنسب الطّفل غير الشرعي لأبيه البيولوجي إلى عدّة آراء:

يرى بعضهم أنّ البصمة الوراثية قرينة قطعية بنسبة 100% فهي أساس علمي لا يشكّ فيه، ولا يقبل الطّعن فيه، حيث يرى هؤلاء أنّ البصمة الوراثية قد أثبت العلم دقّة صحتّها وانتفاء الخطأ عنها، اللهمّ إلا ما كان سببه بشري وهو أمر سهل الاحتياط فيه، ثمّ أنّ الله عزّ وجلّ أمر بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي وهو الأب البيولوجي لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ...﴾⁽¹⁾. على اعتبار أنّ البصمة الوراثية هي الأقوى في الدّلالة على صاحب الماء. وإنّ ما تقدّمه من دقّة في كشف الحقيقة ومعرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليديّة الظنية، بل حتى من الشهادة التي تمثّل الصدق والكذب كما يمكن استغلال الشهود في عملية الاستحلاف لأغراض دنيويّة، وحتى من الإقرار أو الاعتراف الذي يمكن أن يقوم على إكراه أو محاباة.

هذا ما أكّدته المنظمة الإسلاميّة للعلوم الطّبية من خلال ندوتها الحادية عشرة المتعلّقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المقامة في الكويت سنة 1998 إلى القول أنّ: "البصمة الوراثية من الناحية العلميّة وسيلة لا تكاد تخطيء في

(1) - سورة الأحزاب، جزء من الآية: 05.

التَّحَقُّق من الوالدِيَّة البيولوجِيَّة، والتَّحَقُّق من الشَّخْصِيَّة، ولا سيما في مجال الطَّب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة...".

وقد أيد هذا الموقف المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادَة منها، المنعقد بمكة المكرمة سنة 2002، شريطة استيفاء شروطها الكاملة حيث قال أن: "البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة واجتنبت الأخطاء البشرية، فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات الأولاد إلى الوالدين أو نفيها عنهما، وتصل نتائجها إلى 99.9%.

فالبصمة الوراثية تحقق ما حققه الفقه الإسلامي من معرفته طرق إثبات النسب، بل تزيد عليه، وهذا ما يجعلها دليلاً مقدماً على الأدلة التقليدية. فيجب العمل بمقتضاها إذا توافرت الشروط اللازمة".

أما الفريق الثاني يرى أن البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، وتأتي في مرتبة متأخرة من الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء. وإذا توافر للقاضي شيء من هذه الوسائل المتفق عليها فلا يعتد القاضي بنتيجة البصمة الوراثية لأنها دون تلك الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء، ولا يجوز اللجوء إليها إلا في الحالات التي يحصل التنازع في النسب، لأنها تظل محل شك ونظر ولأنها عرضة للخطأ، وبالتالي لا يعمل بها إلا عند عدم وجود الفراش أو البيئة أو الإقرار. يرى الباحث أن هذا الموقف هو محل إجماع بين العلماء في أن نسبة الولد إلى أبيه إذا استلحقه أو تم التعرف عليه من قبل نتائج البصمة الوراثية إذا لم تكن أمه فراشاً لزوج.

ثم إن البصمة الوراثية لا تعرف من العلائق سوى العلاقة الطبيعية، التي أصلها ماء الرجل وبويضة المرأة. وتستطيع التعرف على حقيقة نسب أي إنسان من جهتي الأم والأب الطبيعيين، دون النظر إلى طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة، شرعية أو غير شرعية، وبالتالي فالبصمة الوراثية تكون حجة في إثبات النسب للتأكد من الفاعل الحقيقي إذا ما تم التعرف عليه وترجيح تنسب ابن الزنا للزاني.

أمّا من جانب القانون الوضعي في الدّول الأجنبيّة، كفرنسا وبعض القوانين والتّشريعات العربيّة، كالتّشريع التّونسي واللّبناني، فإنّه يتّفق مع المذهب القائل بثبوت نسب الطّفل غير الشرعيّ مطلقاً.

أمّا ما ذهب إليه غالبيّة التّشريعات العربيّة، وهو منع إثبات نسب الطّفل غير الشرعيّ من أبيه، والذي يتّفق مع المذهب القائل بأنّ الطّفل غير الشرعيّ لا ينسب لأبيه بحال، سواء ثبتت أبوّته بموجب البصمة الوراثيّة أو بغيرها من الوسائل الأخرى.

الفصل الثاني

موقف بعض التشريع والقضاء المغربي في حقّ الطّفل غير الشرعيّ من معرفة
والديه بالبصمة الوراثية

الفصل الثاني: موقف بعض التشريع والقضاء المغربي من حقّ الطفل غير الشرعيّ في معرفة والديه بالبصمة الوراثية

يعتبر الحقّ في النسب من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية. وكما هو معلوم فالنسب هو ثمرة العلاقة الزوجية، ولأنّ علاقة الزواج تعتبر من أنبل وأقدس الروابط، تمّ إحاطتها بعناية بالغة، فهي السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب.

ولإثبات النسب عدّد الفقهاء منذ القدم وسائل عدّة منها الفراه والإقرار والبيّنة والقيافة والقرعة. وقد أخذت جلّ التشريعات العربية والمغربية خاصّة بالثلاث الأولى وهي موضع اتفاق بين العلماء. إذ نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة⁽¹⁾ والمشرّع المغربي في المادة 158 من مدونة الأسرة⁽²⁾ والمشرّع التونسي في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية⁽³⁾.

لكن بعد الثورة العلمية التي تسبّب فيها التطور البيولوجي، والناجم عن استخدام واستحداث أدقّ التقنيات في المعرفة العلمية، ولا سيما ما يحدث عن فحص الخلايا للجسم لإثبات حقائق يقينية بعيداً عن الظنّية. قامت هذه التشريعات بإدخال طريقة جديدة لإثبات النسب والتي تمثّل ضمانة كبيرة للطفل لمعرفة نسبه الحقيقي باستخدام الطرق العلمية، والتي تعتبر البصمة الوراثية نوعاً من هذه الطرق.

لقد اتّضح تأثر هذه التشريعات إثر التعديل الذي طرأ على قوانينها، فجاء قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 بإضافة هذه الوسائل الحديثة من أجل إثبات النسب أو نفيه، وأكّد المشرّع ذلك في المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية⁽⁴⁾.

(1) - نص المادة: 40 من قانون الأسرة الجزائري: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة...".

(2) - نص المادة: 158 من مدونة الأسرة المغربية: "يثبت النسب بالفراه أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببيّنة السماع...".

(3) - نص الفصل: 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "يثبت النسب بالفراه أو بإقرار الأب، أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر".

(4) - نص المادة: 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري: "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب...".

أما المشرّع المغربي، وبعد صدور مدونة الأسرة بموجب القانون رقم 70/03 المؤرخ في 03 فبراير 2004، أخذ بعين الاعتبار الاعتماد على الخبرة الطبيّة في النسب. ويظهر ذلك من خلال النصّ في المادة 153 من المدونة على أنّ النسب لا يمكن أن يتمّ الطعن فيه إلاّ من قبل الزوج سوى عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع.⁽¹⁾ كما يظهر ذلك أيضاً من خلال النصّ في المادة 158 من نفس المدونة، على أنّ النسب يثبت بكلّ الوسائل الأخرى المقرّرة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائيّة.

من جهته المشرّع التونسي أصدر قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، أجاز فيه صراحة إثبات النسب بواسطة التحليل الجيني أو البصمة الوراثيّة.⁽²⁾

أما من وجهة نظر القضاء، حيث أصبح موافقاً للقانون سيما بعد التعديل الأخير لقوانين الأسرة. إنّ قضاة المحكمة العليا بالجزائر أكدوا أنّ اللجوء إلى الخبرة الطبيّة بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلاّ بالتزوير. وذلك ما هو ثابت في قرار للمحكمة العليا يحمل رقم 355180 بتاريخ 05 مارس 2006.⁽³⁾

كما تراءى للمشرّع التونسي بعد الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في مجال الهندسة الوراثيّة، أن يجعل من التحليل الجيني وسيلة من وسائل إثبات النسب. هذا ما كرّسته بعض المحاكم بتونس ضمن حكمها رقم 42123 بتاريخ 25 جوان 1999.⁽⁴⁾

(1) - نص المادة: 153 من مدونة الأسرة المغربية: "...يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة قضائية تفيد القطع، بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

(2) - جاء في الفصل: 3 مكرر من قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب التونسي: "...يمكن للمعني بالأمر أو الأب أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب... الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني".

(3) - قرار المحكمة العليا ملف رقم 355180 بتاريخ 05 مارس 2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 469.

"يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي)..."

(4) - ابن حليمة ساسي، «رفض إجراء التحليل الجيني وإثبات البنوة»، جريدة الصباح، تونس بتاريخ 01 نوفمبر 2000، ص 05:

<http://www.assabah.com.tn/home-01112000.html>.

من جهته القضاء المغربي اعتبر الخبرة الجينية اليوم من أدق الوسائل العلمية التي يعتمد عليها القضاء للوصول إلى الحقيقة في بعض الملفات المعقدة، الأمر الذي كرّسته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها رقم 5593، ملف عدد 815/05 بتاريخ: 15 نوفمبر 2007^(*). حيث أقرت بإجراء الخبرة الطيبية على الأطراف.⁽¹⁾

فالحديث عن إجراء تحاليل البصمة الوراثية عادة ما يكون جرّاء دعاوى إثبات النسب، أين يحصل نزاع حول إثبات نسب الطفل غير الشرعي من أبيه، وإن كان نسبه من أمّه ثابت في كل الأحوال.

هذا ما سوف نوضّحه من خلال المبحث الأول في موقف بعض التشريعات المغربية من إثبات نسب الطفل غير الشرعي استناداً لتحاليل البصمة الوراثية، ثمّ نظرة القضاء المغربي للبصمة الوراثية في مجال إثبات نسب هذا الطفل في المبحث الثاني.

(*) - قضى بثبوت نسب الابن المزداد بتاريخ 25 أكتوبر 2002 لوالده ورفض باقي الطلبات وتحمله المصاريف، لكون الأب رفض الخضوع لإجراء الخبرة الجينية أمام المختبر العلمي للأمن الوطني، والتي تعد حسب نص القانون من بين وسائل إثبات النسب".

(1) - الصغير هادن، «رفض إجراء الخبرة الجينية يؤكد الأبوة»، جريدة الاتحاد الاشتراكي، بتاريخ 18 نوفمبر 2009: http://www.alittihad.press.ma/def.asp?codelangue=29&id_info=99329&date_ar=2009-11-19

المبحث الأول: التشريع المغربي وموقفه من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية

إنّ غالبية هذه التشريعات تستمدّ أحكام الأحوال الشخصية، ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية. وقد أخذت هذه التشريعات وتبنّت مذهب جمهور الفقهاء القائل بعدم إثبات ولد الزنا من أبيه الزاني، ولم يخالف في ذلك إلاّ المشرّع التونسي، حيث قضى بجواز إسناد لقب الأب للطفل مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتحليل الجيني. وبالرغم من الإشارة إلى وسيلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب في قوانينها إلاّ أنّ حجّتهم في ذلك أنّ اعتماد العلاقات الأئمة أساساً في النسب من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب وإشاعة الفاحشة والفسق والفجور في المجتمع، وإلى الاستهانة بعقد الزواج الشرعي. وعلى هذا الأساس سوف نتطرّق إلى نظرة المشرّع التونسي للطفل غير الشرعي في معرفة والديه بالبصمة الوراثية في المطلب الأول، ثمّ إلى نظرة المشرّع المغربي لهذه المسألة في المطلب الثاني، وأخيراً إلى موقف المشرّع الجزائري في إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: نظرة المشرّع التونسي للطفل غير الشرعي في معرفة والديه بالبصمة الوراثية

لقد تعرّض المشرّع التونسي إلى مسألة النسب في مجلة الأحوال الشخصية، حيث تبنى أحكام النسب الواردة في الشريعة الإسلامية، معتمداً على آراء فقهاء الحنفية والمالكية في مختلف مسائله. كما تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع التونسي قد وضع وسائل ثلاث لإثبات النسب، وهي الفراش والإقرار والبيّنة.⁽¹⁾

والنسب في التشريع التونسي يعني ارتباط الولد بأبيه ارتباطاً شرعياً وبيولوجياً، وهو ما يفترض أنّ الطفل ناتج من صلب والده وفي إطار علاقة شرعية. علماً وأنّ ثبوته يخول له التمتع بكافة حقوقه إزاء والده والمتمثلة أساساً في حمل اللقب العائلي والحق في النفقة والإرث. هذا ما يجعلنا نجزم أنّ النسب في مجلة الأحوال الشخصية هو علاقة شرعية بين الابن وأبيه. وكلّما اتّضح

(1) - الفصل: 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

أنّ المولود لا يتمتع بقرينة الشرعيّة انقطع نسبه عن والده ولم يبق له الانتساب إلاّ إلى أمّه. وبدت وضعيّة الطّفّل الطّبيعي في القانون التّونسي وضعيّة مشوبة بالغموض، حيث بقيت البنوة غير الشرعيّة أو ما يسمّى بالبنوة الطّبيعيّة غير منظمّة في القانون التّونسي ولم يقرّر المشرّع لها أحكاماً خاصّة بها سوى أنّ الفصل 152 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة تحدّث عن ابن الزّنا إذ أقرّ علاقته بأمّه وقرابته فقط.

أمام سكوت المشرّع التّونسي عن وضعيّة الابن الطّبيعي وغياب أحكام قانونيّة تكفل له اكتساب حقوقه تجاه أبيه البيولوجي، وفي ظلّ المناداة بحماية حقوق الطّفّل وفي مقدّماتها حقّه في الهويّة، وبعد صدور مجلّة حماية الطّفّل سنة 1995⁽¹⁾ اتّجهت إرادة المشرّع سنة 1998 إلى التّفكير في وضع نظام قانوني خاص بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزّواج، وذلك بسن القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 والذي أقرّ بحقّ الطّفّل الطّبيعي في إثبات الأبوة. لأنّ إقصاء الأبناء غير الشّرعيّين من حقّهم في إثبات النّسب يتجافى ومقتضيات العدالة والإنصاف. فليس من العدل في شيء أن نحمل الطّفّل نتائج ولادته من أبوين غير متزوّجين. حيث كان واضحاً في الفصل الأوّل من قانون 1998 المتعلّق بإثبات البنوة الطّبيعيّة بالإقرار أو بشاهدة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني.

وبهذا يكون المشرّع التّونسي هو أوّل المشرّعين العرب الذي أجاز صراحة إثبات نسب الطّفّل غير الشرعيّ بواسطة التّحليل الجيني، أو ما يسمّى بالبصمة الوراثيّة^(*). حيث جعلها في منزلة تساوي الإقرار والبيّنة باستعماله عبارة "أو".

(1) - القانون عدد 92 لسنة 1995، المؤرّخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلّق بإصدار مجلّة حماية الطّفّل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 138، العدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1995، ص 2205.

(*) - "...ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل". وبعد التعديل جاء في الفصل: 03 مكرر من قانون 51 لسنة 2003: "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النّسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل.

كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النّسب".

على إثر ذلك سوف ندرس وضعيّة الطّفل غير الشرعيّ ضمن قانون مجلّة الأحوال الشخصيّة في الفرع الأوّل، ثمّ حقّه في معرفة والديه عن طريق التّحليل الجيني ضمن قانون 75 لسنة 1998 في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: وضعيّة الطّفل غير الشرعيّ ضمن قانون مجلّة الأحوال الشخصيّة في الانتساب إلى والديه

إنّ النسب في القانون التّونسي حسب الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة يعني العلاقة الشرعيّة أو القانونيّة بين الطّفل ووالده. لكن ماذا لو ولد الطّفل خارج إطار الزّواج فهل بإمكانه أن يثبت علاقته الشرعيّة بأبيه؟.

يبدو أنّه وإلى غاية ظهور قانون 28 أكتوبر 1998 لم يشر المشرّع التّونسي إلى الأطفال المولودين خارج إطار الزّواج، ولم ينظّم وضعيتهم القانونيّة الخاصّة بهم، إذا ما استثنينا أحكام الفصل 152 من مجلّة الأحوال الشخصيّة الذي ينصّ على أنّ: "يرث ولد الزّنا من الأمّ وقرابتها وترثه الأمّ وقرابتها". ولكن هذا الفصل لا ينظّم قطعياً الوضعيّة القانونيّة للطّفل غير الشرعيّ فهو لا يرث والده لأنّه مقطوع النسب عنه.⁽¹⁾

ولعلّ من أبرز الحقوق الشخصيّة للطّفل، الحقّ في الاسم واللقب باعتبارهما من أهمّ مقومات الشخصيّة القانونيّة للإنسان، وهذا الموضوع مرتبط بالنسب. فالطّفل الشرعيّ يحمل لقب أبيه طالما أنّ النسب يثبت بالفراش على معنى الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة.

إذا كانت هويّة الأبناء الشرعيّين لا تتأثر أيّ إشكال، فإنّ وضعيّة غيرهم من الأطفال لا تخلو من صعوبات دقيقة لأنّ شخصيتهم القانونيّة تكاد تكون منعدمة. فهذا الصّنف من الأطفال يعيش مأساة لا ذنب لهم فيها. حيث حدّد المشرّع التّونسي وسائل إثبات النسب في الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة وهيّ الفراش أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل النّقة فأكثر.

(1) - الوسلاتي رضا، الجديد في قانون إسناد اللقب العائليّ، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، حول إسناد اللقب العائليّ لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003، ص 03.

وقد درج القضاء التونسي إلى: "أنّ المقصود بعبارة الفراش الواردة بهذا الفصل هو الزّواج الشرعيّ كيفما كان وجه إبرامه ولا يندرج فيه مدلوله ومرماه رابطة الاتّصال الناتج عن علاقة الزّنا وإنّ الولد المتخلف من الاتّصال الواقع على وجه الزّنا لا يعتبر ابناً شرعياً للزّاني ولا يثبت بذلك نسبه إليه وإنّما الولد للفراش وللعاهر الحجر". (1)

رغم إظهار نيّة المشرّع التونسي بإقراره جملة من الأحكام القانونيّة لحماية هؤلاء الأطفال، من ذلك أنّ الفصل 22 من مجلّة الأحوال الشخصيّة المتعلّق ببطلان الزّواج الفاسد، أقرّ أنّ من آثاره ثبوت النسب، (2) وهو نفس الأثر الذي رتبّه الفصل 36 مكرر من قانون الحالة المدنيّة (3) المتعلّق ببطلان الزّواج على خلاف الصّيغ القانونيّة أي أنّ المشرّع أراد حماية الطّفل الذي يكون ثمرة زواج فاسد أو أنّ ذلك الزّواج كان على خلاف الصّيغ القانونيّة فيكون نسبه شرعياً رغم بطلان الزّواج الرّابط بين والديه. وقد استقرّ القضاء التونسي على هذا المبدأ الذي مفاده ألاّ تأثير لبطلان الزّواج على نسب الابن. (4)

إلاّ أنّ مقتضيات الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة الذي بيّن وسائل إثبات النسب واشترط أن تكون العلاقة بين الابن وأبيه علاقة شرعيّة، فإن كانت علاقة الولد بأمّه ثابتة في جميع حالات الولادة، شرعيّة كانت أم غير شرعيّة، فإنّ علاقة الطّفل من أبيه لا تثبت إلاّ من طريق الزّواج الصّحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو الاستلحاق إذا توفّرت شروطه. وكذلك بمقتضيات الفصل 72 من مجلّة الأحوال الشخصيّة الذي اقتضى أنّ: "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط حقّه في النفقة والإرث". (5)

(1) - قرار تعقيبي عدد 4339 بتاريخ: 06 جانفي 1981، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1981 العدد 02، ص 61.

أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 29.

(2) - الفصل: 22 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية: "يبطل الزواج الفاسد... ويترتب على الدخول الآتية... بثبوت النسب".

(3) - القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في 01 أوت 1975، المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 02 و 03 بتاريخ 30 جويلية/ و 02 أوت 1957، ص 11. ينص على ما يلي: "لا ينجر عن الزواج المصرح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلاّ النتائج الآتية: - ثبوت النسب".

(4) - قرار تعقيبي مدني عدد 6030، بتاريخ 02 أبريل 1968، نشرة محكمة التعقيب التونسية، 1968، ص 33.

أشار إليه سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 33.

(5) - سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 04 و 05.

وباعتبار أن المشرّع التونسي حسب آراء الفقهاء أنه تبنى أحكام النسب الواردة في الشريعة الإسلامية معتمداً في ذلك على آراء فقهاء الحنفية والمالكية في مختلف مسائله، حيث وضع لثبوت النسب سبباً واضحاً وهو الاتصال بالمرأة ومخالطة الرجل لها بطريق من طرق الحل. فإذا تحقق ذلك الحمل أو شبهته وحصلت تلك المخالطة بين الزوج وزوجته كان الرجل أباً للولد الذي نتج عن هذه المخالطة، ويؤسس الفقهاء هذا القول على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، فهذا يعدّ دليلاً على عدم إمكانية إثبات نسب ابن الزنا، وفي هذا الاتجاه سار المشرّع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية⁽¹⁾ وبقيت البنوة غير الشرعية أو ما يسمّى بالبنوة الطبيعية غير منظمّة في القانون التونسي ولم يقرّر المشرّع لها أحكاماً خاصة بها.

رغم كلّ هذا فإنّ المواقف قد تباينت بين رافض لإثبات نسب الطفل المولود خارج إطار الزواج وقابل بإثبات ذلك النسب.

أولاً: القائلون بعدم إثبات نسب الطفل غير الشرعي في التشريع التونسي

حيث يذهب القائلون بعدم إثبات نسب الطفل الطبيعي إلى التمسك بأنّ التشريع التونسي لا يقبل بمثل هذا الإثبات. وهو ما يؤكده في نظرهم تجاهل مجلة الأحوال الشخصية للبنوة الطبيعية واكتفاؤها بالأومومة الطبيعية. وبالنظر إلى أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية نستنتج أنّ هذه المجلة تجاهلت مطلقاً مفهوم البنوة الطبيعية ما عدا استعمالها لعبارة ولد الزنا وذلك في صلب الفصل 152 السابق ذكره. فالمشرّع التونسي لم يقصد من وراء هذا الفصل إيجاد نظام قانوني للابن غير الشرعي، بل غايته من وراء وضعه كانت حجب الطفل من إرث والده حجباً كاملاً.⁽²⁾ ذلك أنّ القراءة العكسية للفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية تفضي إلى القول أنه لا يرث ولد الزنا من أبيه وقرابته ولا يرثه أبوه وقرابته.

فالتشريع التونسي للأحوال الشخصية قد اعترف بالأومومة الطبيعية، حيث نظم علاقة الطفل بوالدته ورتب عن هذه العلاقة ما يترتب عادة عن أومومة الزوج.

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 11.

(2) - الزياتي نور الدين، نفس المرجع، ص 10 و 11.

وفي المقابل فإنه قد تغاضى عن الإشارة إلى الأبوة الطبيعية، وبخصوص الأمومة الطبيعية فإنّ المشرّع لم يشترط وسيلة معيّنة لإثباتها وبالتالي اتّجه القول إلى أنّه تثبت بكلّ الوسائل الشرعيّة بوصفها واقعة قانونيّة. (1)

إنّ مجلة الأحوال الشخصية لا تعترف إذن بالطفل غير الشرعيّ، وهي لا تكرّس إلاّ نوعاً واحداً من البنوة وهو البنوة الشرعيّة، أي النسب الذي يتميّز بمدلول خاص في التشريع التونسي. إذ أنّه يعني علاقة الطفل بوالده لا أكثر، والسبب في ذلك هو تأثر مجلة الأحوال الشخصية الواضح بالتشريع الإسلامي، التي تعتبر أنّ صلة الأب هي الشرط الأساسي في حمل لقب العائلة، ولا شك أنّ هذا التجاهل للطفل غير الشرعيّ من قبل مجلة الأحوال الشخصية لا يخدم مصلحة هذا الأخير، بل يلحق الضرر كلّ الضرر بالطفل ووالدته لحرمانه من نعمة النسب، وبالتالي إهدار لحقوقه المادية إزاء والده من نفقة وإرث، وحقّ الرعاية فضلاً عن شعوره بالتيه والتشرد الذي قد يولد لديه النقمة والحقد على المجتمع.

وقد وجد هذا الاتجاه التأييد من جانب القضاء التونسي الذي رفض نسب الطفل غير الشرعيّ، حيث أبدى بعض الشدّة والتضييق في تطبيقه للفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلّق بوسائل إثبات النسب، فاشتراط العلاقة الشرعيّة لإثبات النسب بشهادة الشهود، وكان ذلك بصدور القرار التعقيبي المدني رقم 9210 المؤرّخ في 06 مارس 1973 جاء فيه: "...وحيث أنّ القرار قد خرق أحكام الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية وأساء تطبيقه لما اعتمد للحكم ثبوت النسب شهادات لم تثبت إلاّ مجرد المخالطة والخلوة بين الطرفين ولم تشهد بوقوع الزوّاج الشرعيّ الذي يترتّب عنه ثبوت النسب". حيث أكّدت المحكمة بأنّ القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعيّ لولد غير شرعيّ ناتج عن علاقات ما قبل الزوّاج الشرعيّ، أو في مرحلة الخطبة، ذلك أنّه لا ينسب الولد لأبيه إلاّ إذا كان هناك عقد زواج بصفة قانونيّة وشرعيّة. (2)

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 11.

(2) - قرار تعقيبي مدني رقم 9210، بتاريخ 06 مارس 1973، نشريّة محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1973، ص 142. أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 29.

وجاء في قرار محكمة التعقيب بأنه: "لا يعتبر الاتصال السابق (عن البناء) بين الزوجين لعدم شرعيته ولو أنجبت فيه المرأة مولوداً وللزوج حق نفي نسب هذا المولود".⁽¹⁾

علماً وأن محكمة التعقيب قد ثبتت على موقفها في قرارات متعدّدة من بينها القرار التعقيبي المدني عدد 760 المؤرّخ في 26 أبريل 1977، والذي جاء فيه بالخصوص: "...طالما أن الشّهادة التي استندت إليها الطّاعنة لا تفيد مطلقاً وجود علاقة شرعية كان من نتائجها ومن ثمرتها الولد المنسوب إلى المعقب عليه، فإنّ علاقة الزّنا ينتقي معها النسب".⁽²⁾

كذلك، وفي نفس الاتجاه صدر القرار التعقيبي المدني عدد 26431 المؤرّخ في 02 جوان 1992 والذي تضمّن أنّه: "...طالما أن الشّهادة التي استندت عليها المدّعية لا تفيد قيام فراش صحيح ولا فاسد فلا تصلح سنداً للنّسب. إذ إنّ الزّنا مفسد لشرعية النّسب عند الإنكار أو النّفي من قبل المنسوب إليه النّسب وهو واقع قانوني جرى عليه فقه القضاء وعمل المحاكم".⁽³⁾

كما اشترط القضاء التونسي العلاقة الشرعية لإثبات النّسب بالإقرار، حيث أصدرت محكمة التعقيب عدد من القرارات التعقيبية المدنية اشترطت من خلالها الإدلاء بما يفيد وجود علاقة شرعية بين والد الطّفّل المراد إثبات نسبه بالإقرار. منها القرار عدد 9853 المؤرّخ في 29 أبريل 1975 والذي جاء فيه: "...يثبت النّسب بالإقرار بوجود اتصال جنسي ناتج عن علاقة شرعية (زواج) ولا عمل بالاعتراف المبني على علاقة خنائية عملاً بالقاعدة القانونية (الولد للفراش وللعاهر الحجر) الواردة بالفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصية".⁽⁴⁾

(1) - قرار تعقيبي مدني عدد 11609، بتاريخ 15 جويلية 1975، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1975، ج2، ص 182.

أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 28.

(2) - قرار تعقيبي مدني رقم 760، بتاريخ 26 أبريل 1977، نشرية محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1977، ج1، ص 243.

أشار إليه الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 14.

(3) - قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1992، ج2، ص 183.

أشار إليه تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 29.

(4) - قرار تعقيبي مدني عدد 10009، بتاريخ 29 أبريل 1975، مجلة القضاء والتشريع التونسية، 1976، ص 45.

أشار إليه تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 27.

الواضح من مجموع القرارات القضائية السالفة الذكر أنّ محكمة التعقيب التونسية قد اشترطت بشكل صريح إدلاء المقرّر بالنسب بما يقيم الدليل على وجود زواج ربط بينه وبين والدة الطفل.

وهكذا، فإنّ القول بعدم إثبات القانون التونسي لنسب الطفل غير الشرعيّ قد يبدو قولاً سديداً بالنظر إلى الأسس التشريعيّة والقضائيّة المؤيّدّة له، إلا أنّ هذا القول لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه حسب المؤيدين لإثبات نسب الطفل غير الشرعيّ ضرورة أنّ القانون التونسي يتوفّر على أسس تشريعيّة وقضائيّة من شأنها أن تبرّر الاعتقاد في جواز إثبات نسب الأطفال المولودين خارج إطار الزواج.

ثانياً: القائلون بإثبات نسب الطفل غير الشرعيّ في التشريع التونسي

إذ ظلّ جانب من الفقهاء متمسكاً بالرأي القائل بجواز إثبات نسب الطفل المولود خارج إطار الزواج، أين اعتبروا أنّ التشريع التونسي يتيح للطفل غير الشرعيّ إمكانيّة الظهور بمظهر الطفل الشرعيّ لأسباب ثلاثة:

أ - تعدّد وسائل إثبات النسب: جاء الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية ناصراً على أنّه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر". يتّضح من قراءة هذا الفصل أنّ المشرّع التونسي قد انصرف إلى اعتماد وسائل ثلاثة في إثبات النسب تختلف الواحدة منها عن الأخرى وتستقلّ عنها بالضرورة، باستعمال أداة العطف "أو" ومن ثمّ فإنّه يسوغ إثبات النسب بإقرار الأب بالأبوة دون حاجة لكشف القناع عن والدة الطفل وطبيعة العلاقة التي ربطت بينها وبين المقرّر بالنسب.⁽¹⁾

كذلك بالنسبة لشهادة الشاهدين من أهل الثقة فأكثر، بأنّ فلاناً هو ابن فلان دون زيادة أو نقصان بشأن العلاقة التي ربطت بين والديه. وعليه فإنّ الزواج لا يعدو كونه إحدى وسائل إثبات النسب مثله مثل الإقرار والبيّنة. ومن ثمة يمكن القول أنّه من الناحية النظريّة لا شيء يمنع من إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة. وأمّا ترتيب هذه الوسائل لإثبات النسب المذكورة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، إنّما هو ترتيب تقاضلي،

(1) - الزيتاني نور الدين، المرجع السابق، ص 19 و 20.

حيث يرد الفراش في مقدمتها ثم يليه الإقرار بالشهادة، وهذا الترتيب لا يؤثر على مسألة استقلالية كل وسيلة عن الأخرى وكفايتها بذاتها لإثبات النسب.

ب - المفهوم الواسع للزواج: إن الزواج الذي أورده الفصل 68 من نفس المجلة في مقدمة وسائل إثبات النسب يتسم بمفهومه الواسع ضرورة أن المشرع التونسي قد استعمل عبارة الفراش التي تشمل صوراً شتى من الزواج. حيث أن عبارة الفراش هي مصطلح مقتبس من الفقه الإسلامي وتعني العلاقة الشرعية، وهو أكثر شمولية من الزواج، إذ يطلق على الزواج الصحيح والباطل وعلى العلاقة الجنسية مع ما تملك اليمين، وكذلك العلاقات الجنسية الواقعة خطأً والمعبّر عنها بالدخول بشبهة.⁽¹⁾

هكذا، فإن عبارة الفراش الواردة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لم تعد تشمل من الناحية العملية إلا الزواج الصحيح والزواج الباطل. كما أنه لا مانع من أن تشمل الدخول بشبهة وإن كان مثل هذا الدخول مستبعداً، فهي عبارة واسعة واتساعها هذا من شأنه أن يمكن الطفل غير الشرعي من أن يظهر بمظهر الابن الشرعي وذلك بتمسك من يمثله، أو بتمسكه هو إن كان مدركاً سن الرشد بوجود زواج باطل بين والدته ووالده البيولوجي. لأن هذا الزواج مثبت للنسب عملاً بالفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية، والفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنية التونسيين. علماً وأن هذا الزواج ينتج بدوره آثاراً من بينها ثبوت النسب.

ج - المفهوم الواسع لأدنى وأقصى مدة للحمل: إن إثبات النسب بشكل مباشر أمر غير سهل، ومن ثمة كان اللجوء إلى قرائن لإثباته، وفي مقدمتها قرينة الفراش، بمعنى أن كل طفل تلده امرأة متزوجة بعد انقضاء ستة أشهر من زواجها أو قبل مرور سنة عن انفصام الرابطة الزوجية، محمول على أنه مولود من صلب زوج المرأة المذكورة. لكن الملاحظ على قرينة الفراش أنها ليست بالقرينة المطلقة، إذ أنها قابلة للدحض طالما قضية نفي نسب الطفل المولود لفراش تظل قائمة للزوج

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 21.

إذا اعتراه شكّ في أنّ الطّفل ليس من صلبه، وأنّ زوجته قد أتت به من علاقة سفاح. وقد كرّس هذا الجواز مجلّة الأحوال الشخصيّة بشكل لا لبس فيه.⁽¹⁾

حيث أشار الفصل 71⁽²⁾ من مجلّة الأحوال الشخصيّة إلى مدّة الحمل فقد حدّد أدنى مدّة الحمل بستّة أشهر يقع احتسابها من حين عقد الزّواج سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً. ومن الواضح أنّ هذه المدّة لا تتماشى مع المدّة الطّبيعيّة للحمل الذي يستمرّ مبدئيّاً تسعة أشهر أو ما يزيد عن ذلك أحياناً، وهو ما يثير التّساؤل حول دواعي تحديد أدنى مدّة الحمل بستّة أشهر. علماً أنّ المشرّع التّونسي استلهمها من الفقه الإسلامي واستناداً للآية 15 من سورة الأحقاف⁽³⁾ والآية 14 من سورة لقمان⁽⁴⁾ ووقع الإجماع حول هذه المدّة في حين ظهر الاختلاف حول أقصى مدّة الحمل، ولهذا اختار المشرّعون في معظم البلاد الإسلاميّة أن تكون أقصى مدّة الحمل عامّاً يحتمسب من تاريخ انفصام الرّابطة الزّوجيّة بطلاق أو بطلان أو موت.⁽⁵⁾

وللإشارة فإنّه ثار نقاشٌ فقهيٌّ بشأن الطّبيعة القانونيّة لهذه القرينة أهّي قرينة بسيطة أم مطلقة؟ فإذا كانت قرينة أقصى مدّة الحمل قرينة بسيطة فذلك معناه أنّها قابلة للدّحض، فيكون في وسع من له صفة ومصلحة أن يقيم الدّليل على أنّ الطّفل لم يبق في بطن أمّه مدّة عام كامل، وهو أمر ممكن من النّاحيّة العلميّة. غير أنّه من الصّعب القول بأنّ الطّفل بقي في بطن أمّه مدّة تفوق العام لأنّ هذا الزّعم يتنافى مع الواقع البيولوجي والمعطيات الطّبيّة والعلميّة.

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 23.

(2) - جاء في الفصل: 71 من مجلّة الأحوال الشخصيّة التّونسيّة: "إذا ولدت الزّوجة لتمام ستّة أشهر فأكثر من حين عقد الزّواج سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج".

(3) - سورة الأحقاف، جزء من الآية: 15: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كَرهًا وَوَضَعَتْهُ كَرهًا وَحَمَلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

(4) - سورة لقمان، الآية 14: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾.

(5) - جاء في الفصل: 35 من مجلّة الأحوال الشخصيّة التّونسيّة: "...أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة". أما الفصل: 69 من نفس المجلة نص على ما يلي: "لا يثبت النسب عن الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق".

أما إذا قلنا أنها قرينة مطلقة، فإن ذلك يعني أن كل ولد ولد في بحر السنة الموالية لانفصام الرابطة الزوجية هو ابن لمفارق والدته. ولا يمكن لهذا الأخير أو لمن يقوم مقامه أن ينفي نسبه عن الوالد المحتمل بقرينة الفراش. وهنا يمكن لهذه القرينة أن تتيح للطفل غير الشرعي إمكانية التمتع بوضع الابن الشرعي⁽¹⁾. ذلك أن الطفل المولود لتمام ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج هو طفل يفترض أن أمه حملت به قبل إبرام عقد الزواج ومع ذلك فإنه يُقرّ بحق هذا الطفل في النسب.

كذلك، فإن الطفل المولود في أثناء العام الذي يعقب انفصام الرابطة الزوجية بين الزوجين، قد يكون طفلاً غير شرعياً، لا سيما إذا كان الانفصام ناتجاً عن طلاق تسبقه عادة فترة قد تطول أو تقصر تتعطل أثناءها المعاشرة بين الزوجين نتيجة لوجود الزوجة خارج محل الزوجية. فرغم احتمال عدم شرعية الطفل، فإن المشرع التونسي قد اعترف له بالحق في النسب ولو كانت ولادته في بحر عام من انفصام الزواج بين والديه⁽²⁾.

أمام تغاضي المشرع التونسي عن تنظيم وضعيّة الأبناء غير الشرعيين والاعتراف بهم اعترافاً صريحاً، فإن القضاء التونسي حاول استنباط حلاً لهؤلاء الأطفال وإشعارهم بالانتساب إلى آبائهم، وتحميل الآباء مسؤوليات أفعالهم. حيث اعتبر أنه إذا نشأت علاقة جنسية بين رجل وامرأة نتيجة وجود وعد بالزواج فإن هذا الوعد بالزواج يعدّ زواجاً باطلاً لإبرامه خلافاً للصيغ القانونية حسب الفصل 36 والفصل 36 مكرر من قانون الحالة المدنية⁽³⁾.

وهكذا، فقد ذهبت بعض المحاكم التونسية إلى تطبيق مفهوم الزواج الباطل على وقائع لا تعدو كونها علاقة زنا بنيّت على تغيير ووعد زائف بالزواج. فقد قضت محكمة الاستئناف بصفاقس بإثبات نسب طفل رغم عدم وجود عقد زواج محرر طبقاً للصيغ الشكلية المستوجبة، وكان ذلك في قرار عدد 7900 المؤرخ

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 24.

(2) - الزياتي نور الدين، نفس المرجع، ص 24.

(3) - الفصل: 36 و 36 مكرر من قانون تنظيم الحالة المدنية التونسي، المرجع السابق.

في 14 نوفمبر 1972⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "...حيث أنّ الطّاعن يحاول أن يجعل علاقته بالمعقّب عليها أثناء الحمل والوضع هي علاقة خنائية لا تجبره على قبول نسب مولودتها طالما لم يكن مرتبطاً بعقد شرعيّ كما يجب. وحيث القرار أنّ اتّصال الطّاعن جنسيّاً بالمعقّب عليها وازدياد المولودة الناتجة من ذلك الاتّصال، كلّ ذلك وقع بعد الاتّفاق بين الطّرفين والتّراضي على الزّواج وقبل تحرير الحجة الرّسميّة بالصّفة القانونيّة. وحيث أنّ الزّواج ينعقد فعلاً بمجرد رضا الزّوجين حسب أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث من مجلّة الأحوال الشخصيّة التّونسيّة، أمّا تحرير الحجة الرّسميّة... فإنّما هو شرط لصحّة عقد الزّواج، وحيث أنّ عدم إتمام ذلك الشرط يجعل الزّواج غير صحيح. لكن من جهة أخرى يترتّب عنه ثبوت النّسب حسب أحكام الفصل 36 مكرّر من القانون عدد 03 لسنة 1975 المؤرّخ في غرّة أوت 1957".

وأخيراً يمكن القول أنّ المشرّع التّونسي تفتّن إلى هذا الوضع في ظلّ المناداة بحماية حقوق الطّفل، في إرساء نظام قانوني خاص بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزّواج. حيث قام بسنّ القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 والمنقّح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرّخ في 07 جويلية 2003 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النّسب، والذي أقرّ بحق الطّفل غير الشرعيّ في إثبات الأبوة، ورتّب بعض الآثار كالحقّ في حمل اللقب العائلي والحقّ في الرّعاية من نفقة وحضانة. خصوصاً وأنّه أدرج وسيلة التّحليل الجيني أو ما يسمّى بالبصمة الوراثيّة كطريقة من طرق إثبات النّسب.

الفرع الثّاني: حقّ الطّفل غير الشرعيّ في معرفة أبويه من خلال قانون 1998/75
مبدئيّاً الأطفال المعنّيون بقانون 28 أكتوبر 1998 هم الأطفال غير الشرعيّين سواء تلعّق الأمر بالطّفل المهمّل أو بالطّفل مجهول النّسب. علماً أنّ الطّفل المهمّل هو الذي أهمله والداه أو أهملته أمّه وترك دون رعاية، وأمّا الطّفل مجهول النّسب

(1) - قرار تعقيبي مدني رقم 7900، بتاريخ: 14 نوفمبر 1972، نشريّة محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1972، ص 55.

أشار إليه الزياتي نورالدين، المرجع السابق، ص 25.

فهو الطّفل الغير معلوم الأب أو قام الأب الذي انتسب إليه بنفي نسبه عنه، وقد يكون مجهول النسب مطلقاً إذا لم يعرف له أب ولا أم. (1)

إضافة إلى أنّ الطّفل الشرعيّ ليس في حاجة إلى القيام بدعوى في إسناد اللّقب العائلي التي جاء بها هذا القانون طالما أنّه يكتسب اللّقب العائلي الأبوي بمجرد ولادته من علاقة شرعية.

عموماً يعتبر قانون 28 أكتوبر 1998 لبنة لتنظيم قانوني للولد الطبيعي الذي يتحصّل على البعض من حقوق الطّفل الشرعيّ. (2) حيث أعطى للطّفل الطبيعي جملة من الحقوق المتعلقة بالرعاية والحضانة والنفقة والولاية في ارتباطها بالحق في اللّقب العائلي وإثبات بنوته، وحمل واجبات على الأب البيولوجي الذي ينسب الطّفل إليه.

لقد أثار هذا القانون جدلاً عند مناقشته من طرف مجلس النواب حول المغزى منه والمقاصد التشريعية التي يرمي إليها، وكانت إجابة وزارة العدل في اتجاه ضمان تمتع الطّفل الطبيعي بحقوقه دون تمييز انطلاقاً من تمكينه من اللّقب العائلي وتحميل الأبوين وخاصة الأب، مسؤوليته في الإنجاب التي كان في السابق يتنصّل منها في غياب سند قانوني يجبره على الإيفاء بواجباته تجاه الطّفل. "الهدف من مشروع القانون هو حماية الطّفل غير الشرعيّ حتّى لا يتنصّل الأب من فعلته ويتولّى استبعاد قيامه بواجباته كأب...". (3)

حيث أعطى هذا القانون الحقّ للطّفل غير الشرعيّ المطالبة بإسناد اسم أو لقب عائلي له، وفي هذه الحالة، فإنّ إسناد اللّقب يخول له الحق في النفقة والرعاية وهو أمر طبيعي يكون هذا بإثبات الأبوة ومراعاة لمصالح الطّفل الفضلي. وفي ذلك حماية للطّفل غير الشرعيّ حتّى لا يتنصّل الأب من فعلته واستبعاده عن تحمّل المسؤولية القانونية. وقد عبّر المشرع التونسي في هذا القانون عن مواكبة لما وصلت إليه المستجدات العلمية في مادة العلوم البيولوجية واستفاد من تقنيّة

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 07 و08.

(2) - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي: التّجليات، مركز النّشر الجامعي: تونس، 2006، ص 45.

(3) - اليرماني غربال عائدة، مصلحة الطّفل الفضلي من خلال بعض المسائل الأسرية، تونس مثلاً، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006، ص 73.

التحليل الجيني ليقمها كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، عوضاً عن قرينة الفراش طالما أنّ الفراش في حالتهم منعدم.⁽¹⁾

حيث حظي الأطفال غير الشرعيين بحماية قانونية، وهي الحق في إقامة دعوى لإثبات الأبوة والمطالبة بتحاليل فحوصات الحامض النووي.⁽²⁾

ما يلاحظ على قانون 28 أكتوبر 1998 المعدل بقانون 07 جويلية 2003، أنه أورد في الفصل الثالث مكرّر وسائل ثلاث لإثبات الأبوة وهي الإقرار أو شهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، في حين أفصى قرينة الفراش من الوسائل القانونية المثبتة للبنوة. علماً أنّ هذه القرينة تخصّ الطفل الشرعي وأدرجها المشرع التونسي ضمن الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لإثبات النسب الشرعي.

إذ ورد في الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون 1998 أنه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل". وأضاف التعديل الجديد لسنة 2003 فقرة جديدة بعد أن مكّنت المعني بالأمر من رفع دعوى طلب إسناد لقب الأب، أنّ المحكمة تبت في الدعوى، عند عدم الإذعان إلى طلب الإذن الصّادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقويّة ومنضبطة.⁽³⁾ وهو تنقيح سعى المشرع من خلاله إلى حماية الطفل من تعسف الأب وتحقيق مصلحته الفضلى ورجّح هذه المصلحة على مصلحة الأب في رفضه الاعتراف بابن من صلبه.

وعلى إثر ذلك يمكن تحديد مضمون الوسائل غير العلمية لإثبات الأبوة أولاً، ثمّ الوسائل العلمية ثانياً.

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 13.

(2) - المكتب الدولي لحقوق الطفل، إعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا، ملامح قطرية بشأن الجزائر ومصر وليبيا والمغرب

وتونس، بحث مقدم للمؤتمر المقام بـمونتريال، كندا، مارس 2007، ص 153.

(3) - الفصل: 01 من قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب التونسي، المرجع السابق.

أولاً: الوسائل غير العلمية لإثبات الأبوة

يستفاد من الفقرة الأولى من القانون عدد 51 لسنة 2003 المتعلق بإسناد اللقب العائلي، أنّ وسائل إثبات الأبوة هي الإقرار أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني، وهي مستقلة عن بعضها البعض. ويمكن تناول الإقرار وشهادة الشهود بوصفهما وسيلتي إثبات غير علميتين، والتحليل الجيني بوصفه وسيلة إثبات ذات طابع علمي. أ - الإقرار بالبنوة: يعتبر الإقرار من ضمن وسائل إثبات النسب المذكورة في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وإن كان تحدّث هذا الفصل عن إقرار الأب، فإنّ القانون عدد 75 لسنة 1998 قد اكتفى بذكر الإقرار دون توضيح بشأن الشخص المقرّ بالبنوة، وبديهي أنّ المقرّ بالبنوة هو أب الطفل ضرورة أنّ طبيعة الإقرار كعمل إرادي إفرادي فيه تحميل على النفس تقتضي أن يقرّ الشخص على نفسه، فيعترف بتعمير ذمّته إزاء المستفيد من إقراره.

إنّ سكوت المشرّع عن تحديد فحوى الإقرار المثبت للنسب، وكأنّه يوكل الأمر للقاضي حتى يتولّى مهمة ضبط مضمون الإقرار بالبنوة،⁽¹⁾ ومعلوم أنّ الإقرار الذي تضمّنه هذا القانون إنّما هو إقرار بالبنوة أي إقرار الأب بأنّ فلان ابنه بما يتعيّن إقصاء الإقرار بالأبوة، وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلان أبوه، وإقصاء الإقرار بالأمومة وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلانة أمّه. وإذا كان الإقرار بالنسب يفضي إلى إثبات البنوة الشرعيّة، فإنّ الإقرار المذكور في هذا القانون ينتهي إلى إثبات البنوة غير الشرعيّة.

مما يلاحظ أنّ المشرّع التونسي قد جعل من الإقرار وسيلة لإثبات النسب الشرعيّ وإثبات البنوة غير الشرعيّة على حدّ سواء. وسواء تعلّق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطبيعيّة في قانون 1998، فإنّ المشرّع لم يعط تعريفاً مضبوطاً لهذا الإقرار كما لم يضع شروطاً يتقيّد بها القضاء عند الحكم، الشيء الذي انجرّ عنه خلاف كبير بين المحاكم التونسيّة في فهم مقتضيات هذا الإقرار ونتائج القانونيّة خاصّة في إثبات ابن الزنا.⁽²⁾

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 37.

(2) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 44.

علمًا وأن إثبات البنوة غير الشرعية في قانون 1998 تخول الطفل حقوقاً تتقارب في مضمونها والحقوق الثابتة للطفل الشرعي، خاصة فيما يتعلق بالحالة المدنية للطفل، غير أن الإقرار في مجلة الأحوال الشخصية يتعلق بإثبات نسب الطفل الشرعي الذي يشترط فيه ألا يصرح المقر بأن الطفل من زنا أو أن يثبت المقر وجود علاقة شرعية بينه وبين والدة الطفل، في حين أن الإقرار في قانون 1998 إنما يتعلق بالطفل المهمل أو مجهول النسب أي بعبارة أخرى بالطفل غير الشرعي. وبالتالي فإن العلاقة الشرعية مفقودة من أساسها وعليه فإنه ليس على المقر في دعوى إسناد اللقب سوى أن يصرح بأن الطفل من صلبه دون حاجة لإثبات العلاقة الشرعية، فهو الإقرار بالعلاقة البيولوجية.⁽¹⁾

إن قانون 1998 قد وفر الإطار القانوني الذي يخول إثبات بنوة الأطفال غير الشرعيين وعمل على التوسع في الوسائل المثبتة لهذه البنوة، بأن أبقى للإرادة الشخصية دوراً هاماً من خلال اعتماده الإقرار إضافة إلى شهادة الشهود.

ب - شهادة الشهود: إن المشرع التونسي لم يبق على الشهادة كوسيلة لإثبات النسب الشرعي فحسب وإنما أوردتها كوسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية في قانون 1998 المعدل بالقانون رقم 51 لسنة 2003. بينما لم يحصر المشرع في صلب هذا القانون عدد الشهود ولم يشترط صفة في ذاتهم، واكتفى بالتصيص عليها كوسيلة إثبات البنوة دون بيان لمحتواها. حيث سكت المشرع التونسي عن بيان مضمون الشهادة وما يجب أن يدلي به الشاهد في دعوى إثبات الأبوة، ومبدئياً فإن الشاهد يشهد بما رأى أو بما سمع، لكن في هذه الحالة يبقى السؤال مطروحاً من ناحية التشريع، أما من جانب القضاء التونسي فقد دأب على الأخذ بشهادة الشهود في إثبات النسب إلا متى أدلى الشاهدان من أهل الثقة فأكثر بما يفيد علاقة بيولوجية بين الطفل ووالده المزعوم، وأخرى شرعية بين الوالد ووالدة الطفل.

لما كان الأمر هو إثبات بنوة غير شرعية، فإن المنطق السليم يقتضي أن يقتصر مضمون الشهادة المعتمدة هنا على الإدلاء بما يفيد وجود العلاقة

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 37.

البيولوجية بين الطفل ووالده المزعوم لا أكثر ولا أقل،⁽¹⁾ وأن يدلي بما يقوم قرينة على حصول الوطاء وذلك بالإفادة بوجود علاقة جنسية بين أم الطفل والأب المزعوم خلال الفترة القانونية للحمل، كأن يقع إثبات الخلوة مع تلك الأم ومخالطة بينهما وترددها على المنزل الذي يقطن به ذلك الشخص بمفرده وكل ما من شأنه أن يستنتج منه وجود علاقة حميمية بينهما.

وما دام أن المشرع أقصى صراحة من وسائل إثبات البتة غير الشرعية وسيلة الفراش حتى يخول لهذه الشريحة من الأطفال الحقوق المسندة لهم بموجب هذا القانون. فالشهادة هنا تقتصر على إثبات العلاقة البيولوجية بين الطفل والأب مهما كانت صلة الأب المزعوم بالأم. حيث اعتبر وزير العدل التونسي أن شهادة الشهود تعدّ وسيلة إثبات كافية لإثبات نسب الطفل المجهول. ولقد كرس المشرع التونسي هذا الاتجاه في أغلب المجالات القانونية كمجلة الالتزامات والعقود ومجلة المرافعات المدنية والتجارية والمجلة الجنائية، حيث اعتبر أن شهادة الشهود هي وسيلة مقبولة إذا لم يكن هناك ما يدحضها من القرائن القاطعة.⁽²⁾

وأن المحكمة المتعده بدعوى إسناد اللقب في نطاق سلطتها التقديرية للشهادة المقدمة في الدعوى لها أن تلتجئ إلى وسيلة الإثبات المستحدثة بموجب هذا القانون وهي التحليل الجيني إذا لم تقتنع بكفاية الشهادة لإثبات البتة، وذلك حتى تحدد الأب البيولوجي للطفل بصورة قطعية والحسم نهائياً في مسألة ثبوت الرابطة البيولوجية من عدمها في صورة وجود نزاع جدّي حقيقة البتة الثابتة بالشهادة.⁽³⁾

ثانياً: الوسائل العلمية لإثبات الأبوة

جاء قانون 1998 لأول مرة في تاريخ التشريع الوطني التونسي باعتماد طريقة التحليل الجيني في إثبات البتة⁽⁴⁾ وإن لم يعرف القانون التحليل الجيني فإنه يمكن تعريفه من خلال الإجراءات بأنه "عملية فنية مخبرية تجري على عينة من

(1) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 39.

(2) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 61.

(3) - سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 63 و 64.

(4) - حافظ بو عصيد، «إثبات الأبوة»، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1999، ص 11.

الدّم يقوم بها بيولوجيون مختصّون، بحثاً عن تطابق التركيبة الجينيّة لخلايا شخص معيّن مع خلايا شخص آخر قصد تأكيد دعوة أبوة بينهما أو نفيهما".

أتجه المشرّع التونسي في قانون 1998 نحو تكريس الحقيقة البيولوجيّة بالاعتماد على وسائل الإثبات التي وضعتها العلوم البيولوجيّة على ذمّته والتي قلّصت من مجال الشكّ في إثبات بنوّة الشخص. فحول إثبات بنوّة الأطفال المهملين ومجهولي النسب بواسطة إجراء التحليل الجيني. وقد أثبتت تقنية البصمة الوراثية نجاعتها وقدرتها على اكتشاف الحقيقة البيولوجيّة وتحديد الأب الحقيقي للطفل ممّا جعلها تحرز على ثقة المشرّع التونسي الذي أدرج البصمة الوراثية ضمن وسائل الإثبات المعتمدة لإثبات البنوّة غير الشرعيّة في قانون 1998. غير أنّ اعتماد هذه الوسيلة قد يطرح عدّة إشكالات من حيث إمكانية إجراء العمل بها أو تعذّر ذلك لامتناع الوالد المزعوم.

أ - إجراء التحليل الجيني في دعوى إسناد اللقب العائلي: مبدئيّاً فإنّ إجراء التحليل الجيني ينطلق من رفع قضية في إثبات الأبوة يكون المدعى عليه فيها هو الوالد المزعوم للطفل المراد إسناد لقب عائلي له. ثمّ إنّ القائم بالدعوى يطلب من المحكمة الإذن بإجراء تحليل جيني على الطفل ووالدته ووالده المزعوم.

حيث جاء بالفصل الثالث مكرّر من قانون 2003 المتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب في فقرته الأولى أنّه: "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العموميّة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

وبالرغم من أنّ طريقة إثبات البنوّة عن طريق التحليل الجيني تتميز بالصبغة العلميّة والقاطعة، فإنّ العديد من الإشكاليات التطبيقية تحول دون تمكين الطفل من إتمام عناصر هويّته والمتعلّقة خاصّة بغياب الأب أو عدم التعرّف عليه أو امتناعه عن الامتثال للتحليل الجيني هروباً من تحمّل المسؤولية، ولتلافي هذه الإشكاليّة تدخل المشرّع التونسي عن طريق تنقيح قانون 1998 بالقانون عدد 51

لسنة 2003 من خلال الفصل الثالث مكرّر. (1) ومن خلاله سعى المشرّع التونسي إلى حماية الطفل من تعسف الأب وتحقيق مصلحته الفضلى ورجح هذه المصلحة على مصلحة الأب في رفضه الاعتراف بابن من صلبه.

فالمشرّع التونسي قرّر أن تحديد هويّة أب الطفل المجهول النسب يتمّ سواء بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتّحليل الجيني فحسب، وتأسيساً على ذلك فإنّ المشرّع التونسي قد أقصى بقيّة الوسائل العلميّة التي من الممكن اعتمادها في هذا المجال من ذلك تقنية التّحليل الدّموي.

مهما يكن فإنّ التّحليل الجيني يعدّ وسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعيّة حسبما يفهم من أحكام الفصل الثالث مكرّر الذي عدّد وسائل إثبات هذه البنوة باستعمال حرف "أو"، بحيث يكفي أن تثبت الرابطة البيولوجيّة بين الطفل والأب المطلوب بواسطة التّحليل الجيني حتّى تصرّح المحكمة بثبوت البنوة وتقضي بإسناد اللقب العائلي للطفل المجهول النسب. (2)

لقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسيّة في العديد من الأحكام التّحليل الجيني كوسيلة أصليّة ومستقلة عن بقيّة وسائل إثبات البنوة من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائيّة بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 (3) والذي جاء فيه ما يلي: "...حيث اقتضت أحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب أنّ لقب الأب يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التّحليل الجيني. وحيث يتّضح بالاطلاع على النسخة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أنّ أبوة المطلوب للبنات... المقام في حقّها لا شكّ فيها بما تكون معه الدّعوى والحالة تلك في طريقها واتّجه الحكم لذلك لصالحها". ومن جهة أخرى اعتمدت المحاكم التونسيّة التّحليل الجيني كوسيلة تكميليّة لتعزيز قناعة

(1) - الفصل: 3 مكرّر من القانون عدد 51 لسنة 2003، المرجع السابق: "...وتبنت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التّحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقوية ومنضبطة...".

(2) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 31.

(3) - حكم ابتدائي مدني رقم 12973، بتاريخ: 25 ماي 2000، المحكمة الابتدائيّة بالمنستير، تونس. أشار إليه سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 31.

المحكمة بثبوت بنوة الطّفل المقام في حقّه بدعوى إسناد اللّقب العائلي بحيث يقع الالتجاء إلى الاختبار الجيني كلّما بقي بعض الشّك حائماً حول بنوة الأب المزعوم رغم وجود إقرار أو شهادة شهود تثبت احتمال البنوة. ويتجلّى هذا الاتّجاه خاصّة في الحكم الابتدائي الصّادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 11 جوان 1999 وتتمثّل وقائعه في أنّ والدة طفلة ولدت خارج إطار الزّواج قد قامت بدعوى في إثبات النّسب مؤسّسة دعواها على شهادة الشّهود فنفى الأب أبوتّه للطفلة وأكّد أنّه زوج لعدّة أبناء منذ سنين عديدة فطلبت الأم الإذن بإجراء التّحليل الجيني للوقوف على صحّة ادّعاءاتها. وقد أذنت المحكمة تحضيراً بإجراء التّحليل الجيني الذي أثبت أبوة المطلوب للبنت المقام في حقّها فقضت المحكمة بإسنادها لقب الأب مؤسّسة حكمها على أنّ بنوة الطّفة ثابتة بموجب شهادة الشّهود وبالتّحليل الجيني المأذون به من طرف المحكمة.⁽¹⁾

بهذا يكون المشرّع التونسي قد استفاد ممّا توصلت إليه العلوم البيولوجيّة ووظّف آخر اكتشافاتها المتمثّلة في البصمة الوراثيّة التي أثبتت التجارب العلميّة نجاعتها حماية للأطفال المولودين خارج إطار الزّواج من التّشرد والضياع، ولكن ماذا لو امتنع الأب المطلوب لإثبات الأبوة وتعذّر إجراء التّحليل الجيني؟.

ب - **تعذّر إجراء التّحليل الجيني:** قد يتعذّر إجراء تحاليل البصمة الوراثيّة نتيجة لامتناع المدّعى عليه، الذي غالباً ما يكون الوالد المزعوم للطفّل من ذلك.

إنّ إجراء التّحليل الجيني في إطار دعوى إسناد اللّقب العائلي الهدف منه هو تحديد أب الطّفل المجهول النّسب حتّى تقضي المحكمة بإسناد اللّقب العائلي إذا ثبتت علاقة البنوة وهو ما يفترض بالضرورة إجراء مقارنة بين الخاصّيات الوراثيّة لذلك الطّفل والأب المزعوم بما يتعيّن معه إلزام أحد الطّرفين بتمكين الطّبيب من انتزاع العينات التي ستشكّل مادّة الاختبار.

لكن السّؤال المطروح بخصوص إمكانيّة إلزام المدّعى عليه بتمكين الطّبيب من كميّة من دمه أو أي جزء من بدنه، فهل يشكّل ذلك انتهاكاً لمبدأ السّلامة الجسديّة؟.

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 32.

لا شك أنّ غصب المدعى عليه على تقديم خلية من خلاياه لإخضاعها إلى التحليل الجيني أمر غير ممكن ولا مقبول في القانون التونسي ضرورة أنّه يتنافى مع حرمة الفرد التي أقرّها الفصل الخامس من الدستور. (1) كما أنّه يعدّ خرقاً للقانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرّخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بنقل وزرع الأعضاء البشريّة والذي أقرّ حقّ الشّخص في السّلامة الجسديّة. (2) علماً وأنّ قانون 1998 لم يسن أيّ نصّ قانوني يجبر أطراف النزاع على الخضوع إلى التحليل الجيني. ولما كان إكراه المدعى عليه على إعطاء خلية من خلاياه أمراً غير مستساغ ولا مقبول قانوناً في التشريع التونسي، فإنّ الحلّ الذي يبرّئ البعض يتمثّل في اعتبار أنّ رفض الوالد المزعوم يقوم مقام الإقرار الضمنيّ منه بالأبوّة، (3) ومن ثمة فإنّ في وسع المحكمة أن تقضي بإثبات الأبوة وإسناد لقب الشّخص الرافض لإجراء البصمة الوراثيّة للطفّل.

هذا الحلّ كرّسته بعض المحاكم التونسيّة، حيث اعتبرت المحكمة الابتدائيّة بصفافس ضمن حكمها عدد 42123 المؤرّخ في 25 جوان 1999 أنّ رفض الوالد المزعوم للطفّل إجراء التحليل الجيني يعتبر إقراراً حكماً بالأبوّة. (4) كذلك وفي نفس الاتجاه أصدرت محكمة الاستئناف بالمنستير قرارها عدد 13936 المؤرّخ في 12 جويلية 2000 (5) واعتبرت من خلاله أنّ رفض الوالد المزعوم إجراء

(1) - القانون عدد 57 لسنة 1959، المؤرّخ في 01 جوان 1959 المتضمن ختم وإصدار الدستور التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 102، العدد 30 بتاريخ 01 جوان 1959، ص 746. وأضيفت الفقرات الثلاث الأولى بالفصل: 05 بمقتضى القانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرّخ في 01 جوان 2002، يتعلّق بتتقيح بعض أحكام الدستور، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 45، بتاريخ 03 جوان 2002، ص 1442. "تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها. وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته... تضمن حرمة الفرد...".

(2) - الفصل: 01 من قانون عدد 22 لسنة 1991 التونسي، المتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 22، بتاريخ 29 مارس 1991، ص 474. "...الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة...".

(3) - مشعب الهادي، الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، بحث مقدّم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003، ص 42.

(4) - حكم ابتدائي مدني عدد 42123، مؤرّخ في 25 جوان 1999، المحكمة الابتدائيّة بصفافس، تونس، غير منشور.

أشار إليه الزياتي نور الدين، نفس المرجع، ص 42.

(5) - ابن حليمة ساسي، «رفض إجراء التحليل الجيني وإثبات البنية»، جريدة الصباح، تونس، بتاريخ 01 نوفمبر 2000، ص 05:

التحليل الجيني لا يعدو كونه إقراراً حكماً بالأبوة عملاً بأحكام الفصل 429 من مجلة الالتزامات والعقود.⁽¹⁾

تقول محكمة الاستئناف بالمنستير معللة قضاءها المشار إليه آنفاً: "إنّ رفض المستأنف ضده غير المعلل والمبرر واقعاً وقانوناً للخضوع للتحليل الجيني... يعدّ إقراراً بصحة ووجاهة الدعوى". وتضيف قائلة: "...إنّ رفض المستأنف ضده لمثل ذلك التحليل ولئن كان من حقه لعدم وجود آليّة قانونيّة في صلب قانون 28 أكتوبر 1998 لحمله على ذلك جبراً فإنّه يمنع المستأنفة والمحكمة في نطاق مبدأ المواجهة بين الطرفين من إحراز وسيلة إثبات حازمة وقاطعة في النزاع، ويخول ترتيباً على ذلك للمحكمة استنتاج ما يفرضه القانون من ذلك الموقف ألا وهو الإقرار الحكمي".

وفي الأخير ما يمكن استنتاجه من هذه الأحكام والقرارات للمحاكم التونسيّة هو تغليب الحقّ في الإثبات على مبدأ السلامة الجسديّة وحرية الشخص. ولا شكّ أنّه من الصّعب القبول بمشروعيّة الاحتماء بمبدأ في السلامة الجسديّة وتعطيل البحث عن الحقيقة البيولوجيّة التي أرادها قانون 1998. بينما لا يشكّل الاختبار الجيني أيّ خطر يذكر على جسم الإنسان.

والحلّ يكمن في تعديل القانون المذكور بوضع آليّة تجبر المطلوب من الخضوع للتحليل الجيني مادام أنّ المشرّع التونسي أقرّ به كوسيلة لإثبات البنوة غير الشرعيّة لكن مع بيان النظام القانوني لهذا الإجراء.

المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل غير الشرعيّ في التشريع المغربي عن طريق البصمة الوراثيّة

نصّ التشريع المغربي على حقوق عدّة خصّ بها الطفل بصفة عامّة والطفل المهمل بصفة خاصّة، حيث أوجب على الآباء العمل على تثبيت هويّة الأبناء

(1) - القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 148، العدد 68 بتاريخ 26 أوت 2005، ص 2396. جاء فيه: "الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصر على سكوته ولم يطلب أجلاً للجواب".

والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والتسجيل في الحالة المدنية⁽¹⁾ وحقّ الطّفّل في تثبيت هويّته بمقتضى القانون الجنائي⁽²⁾. الأمر الذي أكّده المادّة 05 من قانون كفالة الأطفال المهمّلين بالمغرب⁽³⁾ بالإضافة إلى حقّه في النّسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من مدوّنة الأسرة المغربيّة⁽⁴⁾ وهو حقّ مضمون بمقتضيات القانون الجنائي، والذي يعاقب على ترك الأطفال وتعريضهم للخطر⁽⁵⁾.

معلوم أنّ من آثار الزّواج هو ترتيب حقوق للأطفال من أهمّها ثبوت نسب الأولاد الذين هم ثمرة تلك العلاقة الزوجيّة بين الزّوجين، حيث اعتبر المشرّع المغربي النّسب تلك الصّلة التي تربط الابن بشخص معيّن، وبها تتحقّق البنوّة بتنسّل الولد من أبويه. وهي شرعيّة وغير شرعيّة. وأنّ هذا الحقّ تترتّب عليه حقوق كثيرة أخرى، فيه يثبت له حقّ الإرث والرّعاية والتّربيّة والنفقة. فمن حقّ كلّ إنسان أن يكون له نسب يعرف به ليدفع عن نفسه معرّة الانتساب إلى الزّنا. كون النّسب الشرعيّ معترف به ومعترف بأثاره خلافاً للنّسب غير الشرعيّ، إلاّ أنّ الولد الناتج عن هذه العلاقة الجنسيّة لا ذنب له فيما اقترفه والداه البيولوجيان، سواء كان ذلك عن خطأ أو عن اغتصاب، وقد تضيع حقوقه إذا ما أنكر الأب نسبته إليه، لأنّ نسب الولد من أمّه ثابت بمجرد ولادته في جميع الحالات. وفي هذا الخصوص نصّت مدوّنة الأسرة المغربيّة على أنّ النّسب يثبت بالظنّ، والولد لا ينتفي عن الزّوج أو حمل الزّوجة منه إلاّ بحكم قضائيّ⁽⁶⁾.

(1) - القانون رقم 99-37، المؤرخ في 03 أكتوبر 2002، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 91، العدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002، ص 3150.

(2) - القانون رقم 03-24، المؤرخ في 11 نوفمبر 2004، المتعلق بتغيير وتنظيم القانون الجنائي، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 93، العدد 5175 بتاريخ 05 جانفي 2004، ص 121، الفصول: من 468 إلى 470.

(3) - القانون رقم 15/01، المؤرخ في 13 جوان 2002، المتعلق بكفالة الأطفال المهمّلين، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 91، العدد 5031 بتاريخ 19 أوت 2002، ص 2362. "يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطّفّل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعاوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية، يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطّفّل مهملاً".

(4) - نص المادّة: 54 من مدوّنة الأسرة المغربية: "...للأطفال على الأبوين الحقوق التالية: 3- النّسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدوّنة...".

(5) - الفصول: من 459 إلى 482 من القانون الجنائي المغربي، المرجع السابق.

(6) - المادّة: 151 و159 من مدوّنة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الظاهر أنّ نفي النسب ليس بالأمر السهل، خصوصاً في توسيع دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبيّة كوسيلة شرعيّة للإثبات، حيث أنّ ضرورة الأخذ بنتائج البصمة الوراثيّة هيّ نتائج أبحاث علميّة لفكر إنساني،⁽¹⁾ يخدم العدالة ويخدم مصالح الطّفل بالأساس.

فمن خلال ما سبق نتعرّض إلى حقّ الطّفل غير الشرعيّ في النسب ضمن مدوّنة الأسرة في الفرع الأول، ثمّ في الفرع الثّاني إلى موقف التشريع المغربي من الخبرة الطبيّة في إثبات نسب الطّفل المولود خارج إطار الزّواج.

الفرع الأوّل: حقّ الطّفل غير الشرعيّ في النسب ضمن مدوّنة الأسرة

لقد نظّم المشرّع المغربي النسب ووسائل إثباته في الباب الثّاني من القسم الأوّل من الكتاب الثّالث، وخصّص له ثلاث عشرة مادّة، من المادّة 150 إلى المادّة 162. فعرّف النسب بأنّه: "لحمة شرعيّة بين الأب وولده وتنتقل من السّلف إلى الخلف. ثمّ حدّد أسباب لحوقه على سبيل الحصر وهيّ الفراش والإقرار والشّبهة، كما بيّن وسائل إثباته وهيّ الفراش وإقرار الأب وشهادة العدلين وبيّنة السّماع، ثمّ أضاف إليها عبارة كلّ الوسائل الأخرى المقرّرة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائيّة. انطلاقاً من نص المادّة 158 من مدوّنة الأسرة المغربيّة جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو ببيّنة السّماع، بأنّه وُلد على فراشه من زوجته".⁽²⁾

يتبيّن لنا أنّ النسب المقصود هو النسب الشرعيّ من خلال وسائل إثباته ولو أنّ المشرّع أدرج مصطلح الخبرة القضائيّة إلّا أنّه لم يبيّن مضمونها وطريقة إجرائها. وسوف نوضّح ما أراده المشرّع من خلال هذه الوسائل:

أولاً: إثبات النسب بالفراش

ويقصد بالفراش الزّواج الصّحيح، حيث يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا توفّرت شروطه كإبرام عقد زواج صحيح، وتقنضي المصلحة أن يثبت

(1) - الفاخوري إدريس، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، الرباط: مكتب دار السلام، 2004، ص 115.

(2) - قرار المجلس الأعلى عدد 12، الصادر في 29 أكتوبر 1968، الغرفة الشرعية، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، 1969، ص 43.

النَّسب في النِّكاح بشبهة وفي النِّكاح الفاسد وذلك حماية للنَّسب من الضياع وحماية لأعراض بعض النساء، والذي يرتب كافة آثاره الشرعية كثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش دون غيره. وذلك من خلال ما يستفاد صراحة من المادتين 153 و154⁽¹⁾ من مدونة الأسرة. فعقد الزواج هو مناط الفراش يدور معه وجوداً وهدماً، وبالتالي يمكن للشخص أن ينفي النَّسب عنه كلما استطاع إثبات عدم وجود رابطة زوجية أثناء الحمل أو الولادة.

جاء في قرار المجلس الأعلى: "...لما ثبت أن الزواج بعد الوضع فإن المولود لا يلحق نسب المدعي، ولو أقرَّ ببنوته...".⁽²⁾

الظاهر أن نية المشرع تتجه نحو إثبات نسب الطفل الشرعي ولا سبيل للاعتراف بنسب الطفل غير الشرعي.

يتضح ذلك من خلال القراءة لنصوص المدونة بالرغم من الحديث عن الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النَّسب إلا أنه جعل الفراش حجة قاطعة على ثبوت النَّسب، ولا يمكن الطعن فيه إلا بواسطة اللعان المعتبر من الوسائل الشرعية والمقدم على الخبرة الطبية في حالة نفي النَّسب.

وعلى العكس من هذا نصت المدونة في المادة 156: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبه، إذا توافرت الشروط التالية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء،
- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة،
- إذا أقرَّ الخاطبان أن الحمل منهما".

في هذا الصدد جاء في مقال بعنوان هوية الأطفال غير الشرعيين⁽³⁾ بتاريخ 03 أكتوبر 2006، إن المشرع المغربي أصبح يسمح بنسب الطفل إلى أبيه بدون

(1) - المادة: 153 من المدونة المغربية، المرجع السابق: "...يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب...". والمادة: 154 من نفس المدونة: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية...".

(2) - قرار المجلس الأعلى ملف عدد 446، الصادر في 30 جوان 1983، ملف شرعي رقم 54758، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، 1986، ص 109.

<http://modoumouhamed.maktoobblog.com/108941/>

(3) - محمد، «هوية الأطفال غير الشرعيين»:

زواج إذا كانت هناك خطبة معلنة بين الطرفين. وانتقد قانون الأسرة المغربي على أنه لم يحسم حق الطفل غير الشرعي إلا في حالة الخطبة المعلنة، ولكن هذا القانون لا يتطرق إلى الحالات التي يقع فيها الحمل دون وجود خطبة أصلاً، وهو ما يحدث غالباً. ففي هذه الحالات يتبرأ الرجل من المسؤولية وقد تضطرّ الأم إلى التخلص من طفلها إما بتركه لدى دور الأيتام أو بالإلقاء به في الخلاء. وهذا هو السبب الرئيسي لتفشي مشكلة الأطفال المتخلى عنهم.

غير أن الملاحظ على نص المادة 156 من المدونة والتي نصت على وجوب توفر ظروف قاهرة تحول دون توثيق عقد الزواج وحصل الإيجاب والقبول، يعني أنه لا بد من وجود ظروف استثنائية، ويجب أن تثبت هذه الظروف القاهرة ويبقى للقاضي السلطة التقديرية لكل حالة. مما يستشف أن الخطبة غير كافية لإثبات النسب بل لا بد من توفر الشروط المذكورة آنفاً. فهذا التداخل بين النصوص باعتبار الخطبة مجرد تواعد متبادل بين الرجل والمرأة على الزواج، فلا ترتب أي أثر من آثار الزواج.⁽¹⁾ في حين أن المشرع نصّ على أنه إذا حصل الإيجاب والقبول دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل بالمخطوبة ينسب الولد للخاطب. هذا الأمر انعكس على الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن. إذ يلاحظ اختلاف واضح في كيفية تعامل القضاء مع الشروط التشريعية المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة والذي يكتفي حيناً بإثبات الخطبة لإلحاق الحمل للخاطب في حالة الاتفاق بين الطرفين أو الأمر بإجراء خبرة طبية عند إنكار الخاطب،⁽²⁾ بينما يتشدد أحياناً أخرى في ضرورة إثبات الخطبة وحصول الإيجاب والقبول وقيام أسباب قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج.

هذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالدّار البيضاء في قرارها رقم 03/1913 بتاريخ 03 نوفمبر 2004: "...وحيث أنه وفق المشار إليه، فإنه تتبني الشبهة المفضية إلى نسبة الحمل للخاطب إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج

(1) - نص المادة: 05 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج...".

(2) - صالح أحمد عبد الرب وليد. وعبابسي إدريس، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، 2008-2009، ص 17 و 18.

في وقته المحدد، وتوافر الإيجاب والقبول والشروط المنصوص عليها في الفصل 156 من مدونة الأسرة، وذلك بموافقة الولي كلما كانت ضرورية واشتهار الخطبة بين الناس، وحمل المخطوبة خلال هذه الخطبة، وإقرار الخاطبين بالحمل، وحيث إن ذلك ثابت حسب تصريح الطرفين أثناء جلسة البحث وكذا ما هو منصوص عليه في النكاح المستدل به، وحيث أن المستأنف عليه خلال هذه الفترة لم ينف نسب البنت إليه بمجرد ظهور الحمل وقبل إبرام عقد النكاح، وحيث إنه تبعاً للمشار إليه أعلاه، فإن نسب البنت لاحق بالمستأنف عليه، وتترتب عليه جميع الآثار وكذا الوسائل المقررة شرعاً بالنفقة والتوارث وغيره وتسجيلها في الحالة المدنية...".⁽¹⁾

- انصرام مدة الحمل: لا يكفي لكي يلحق النسب بالزوج لدى جمهور الفقهاء، وطبقاً لأحكام المدونة الجديدة للأسرة، أن يكون هناك عقد زواج صحيح يربط بينه وبين زوجته، وإنما لا بد من أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعاً. وللحمل من الناحية القانونية حدان: أحدهما أدنى وثانيهما أقصى.

جاء في المادة 154 من مدونة الأسرة على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر". هذا ما كرّسه القضاء المغربي في إحدى قرارات المجلس الأعلى: "الولد للفراس متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج، وهي أدنى مدة الحمل".⁽²⁾

كما أكدت المادة 135 من مدونة الأسرة على أن: "أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة...". غير أن المشرع لم يبيّن المقصود بأقصى أمد الحمل، السنة القمرية أم السنة الشمسية، علماً بأن الفرق واضحاً بين السنتين. وقد اعتمد القضاء المغربي في أحد قراراته السنة الشمسية.

وعليه فمتى ولدت الزوجة قبل مرور ستة أشهر من تاريخ العقد عليها، فإن النسب لا يلحق بالزوج مطلقاً إذا ما استثنينا حالة الخطبة، وفي المقابل فإن فارق الزوج زوجته لكونه قد طلقها أو توفي عنها ثم أتت بولد بعد سنة من الفراق فإن النسب لا يثبت من الزوج كقاعدة.

(1) - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 03/1913، الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 2004.

أشار إليه صالح أحمد عبد الرب وليد. وعبابسي إدريس، المرجع السابق، ص 19.

(2) - قرار المجلس الأعلى رقم 145، صادر بتاريخ 03 فبراير 1987، ملف شرعي عدد 85/5420، مجلة قضاء المجلس الأعلى،

المغرب، العدد 40، 1987، ص 176.

ثانياً إثبات النسب بالإقرار والبيّنة: والإقرار بالنسب هو ادعاء المدعي المقرّ أنه أب لغيره، وقد نظّمه المشرّع المغربي في مدوّنة الأسرة في المادة 145 والمادة 158 وسمّاه الاستلحاق. فهو يعتبر الوسيلة الثانية لثبوت النسب، حيث يثبت النسب متى توفّرت الشروط المعتمدة لصحّته والمذكورة ضمن المادة 160 من مدوّنة الأسرة بأن يكون المقرّ ذكراً، ذلك أنّ الولد ينسب دائماً لأُمّه سواء جاءت به عن طريق شرعيّ أو من طريق غير شرعيّ، بخلاف الأب الذي لا يعترف الشرع بنسب الولد إليه إلا إذا جاء به عن طريق شرعيّ أو ثبت نسبه إليه بالوسائل التي يعتدّ بها شرعاً ومن بينها الإقرار.

في هذا السياق قضى المجلس الأعلى المغربي بأن: "لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقرّ الزوج ببنوتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصحّ الإقرار ببنوتها ولا استلحاقه لقول خليل "إنما يستلحق الابن مجهول النسب"... وأنّ اتفاق الزوجين على أنّ البنت ازدادت بعد عقد النكاح بينهما على فرض صحّته لا يؤدّي إلى إلحاقها بالزوج".⁽¹⁾

في هذا الصدد نصّت المادة 160 والمادة 143 من مدوّنة الأسرة على أنّ البنوة غير الشرعيّة ملغاة بالنسبة للأب، فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقاً، وهي بالنسبة للأم شرعيّة لأنّه ولدها.

جاء في مقال⁽²⁾ بعنوان آثار إثبات البنوة والنسب على ضوء مقتضيات قانون الأسرة الجديد 70.03. أنّ البنوة غير الشرعيّة وهي المعروفة بالبنوة الطّبيعيّة، وبشأنها يميّز القانون 70.03 المتعلّق بقانون مدوّنة الأسرة المغربيّة بين النظرة إليها في اتجاه الأب الطّبيعي والنظرة إليها في اتجاه الأم، حيث أقرّ ما يلي:

- بالنسبة للأب: تنصّ المادة 148 على أنّه: "لا يترتب على البنوة غير الشرعيّة بالنسبة للأب أيّ أثر من آثار البنوة الشرعيّة".⁽³⁾

(1) - قرار المجلس الأعلى ملف عدد 446، الصادر في 30 جوان 1983، ملف شرعي رقم 54758، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، 1986، ص 109.

(2) الملكي الحسين، «آثار إثبات البنوة والنسب في ضوء قانون مدونة الأسرة الجديد 70.03»، جريدة العلم، المغرب، عدد 19853، بتاريخ: 30 سبتمبر 2004.

(3) - المادة: 148 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

- وبالنسبة للأم: تنص المادة 146 على ما يلي: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".⁽¹⁾ بل أضاف المشرع المغربي إلى ذلك ما قرّره الفقرة الرابعة من المدونة بقولها: "تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب".

جاء في قرار للمجلس الأعلى: "...البنات لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقرّ بنوتها وكانت من مائه، لأنها بنت زنا، وابن الزنا لا يصحّ الإقرار بنوته ولا استلحاقه، لقول الشيخ خليل: "إنما يستلحق الابن مجهول النسب".

يفهم من خلال القراءة العكسية لهذا القرار أن المقرّ إذا لم يصرّح قبل أو أثناء إقراره أنّ الولد المراد استلحاقه لم يكن ثمرة زنا ففي هذه الحالة يتمّ استلحاقه به، ولأنّه غير مطالب بإثبات الفراش. فقد اقتضى ذلك أن الإقرار لا يصحّ قانوناً إلاّ لمجهول النسب، ومجهول النسب حسب جانب من الفقه الإسلامي هو الشخص الذي لا يعرف له أب، وفي تعريف الطفل المهمل بنص المادة الأولى من قانون 15/01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنّه يعتبر الطفل المهمل... إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلّت عنه بمحض إرادتها.

فنرى أنّ مجهول النسب يمكن أن يكون طفلاً غير شرعياً، وبالتالي لا مجال لهذه العبارة الأخيرة من القرار وبإمكان التعبير صراحة على انتساب الولد غير الشرعي للأب الحقيقي إذا استلحقه.

واضح أنّ المشرع المغربي قد أهمل التعرّض للطفل غير الشرعيّ في باب النسب وعدم الاعتراف به بدليل أنّه لا يسمح بإلحاقه بنسب أبيه وهذا يفهم من خلال نص المادة 148 من مدونة الأسرة "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي آثار من آثار البنوة الشرعية". وإن لم يشترط صراحة على أن يكون الإقرار مبنياً على وجود رابطة شرعية بين المقرّ وهو والد الطفل سواء كان زواجاً شرعياً أو فاسداً، فإنّه لا يخرج عن كونه إقرار بعلاقة شرعية بين المقرّ والمقرّ له، حيث يشترط فيه حسب الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي ألاّ يذكر المقرّ أنّ الطفل من زنا

(1) - المادة: 146 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

وَأَلَّا يَظْهَرُ مِنْ ظُرُوفِ الْحَالِ أَنَّهُ كَذَلِكَ، فَيَكْفِي أَنْ يَقْرَأَ الْأَبُ بِأَنَّ فُلَانَ ابْنَهُ مِنْ صُلْبِهِ وَشَرَطَ أَلَّا يَذْكَرَ فِي إِقْرَارِهِ أَنَّ الطِّفْلَ مَوْلُودٌ مِنْ عِلَاقَةٍ غَيْرِ شَرْعِيَّةٍ حَتَّى يَثْبُتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَلَيْسَ عَلَى الْمَحْكَمَةِ أَنْ تَبْحَثَ عَنِ طَبِيعَةِ الْعِلَاقَةِ الرَّابِطَةِ بَيْنَ الْمُقْرَرِ وَوَالِدِهِ الطِّفْلِ.

فَالْمَبْدَأُ فِي هَذَا الصَّدَدِ أَنْ مَنْ أَقْرَأَ بِنَسَبِ مَجْهُولِ النَّسَبِ إِلَيْهِ غَيْرِ مُلْزَمٍ بِإِثْبَاتِ نَسَبِ الْبِنُوَّةِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ حَمْلَ النَّاسِ عَلَى الصَّلَاحِ دَائِمًا، وَلَمَنْ يَدَّعِي خِلَافَ هَذَا الْأَصْلِ أَنْ يَثْبُتَ مَا يَدَّعِيهِ، وَلِذَلِكَ يَكْفِي بِالْبِنُوَّةِ أَنْ يَعلَنَ إِقْرَارَهُ ثُمَّ يَتَّخِذَ بَعْدَ ذَلِكَ مَوْقِفًا سَلْبِيًّا، لَا أَنْ يَطَالِبَهُ بِإِثْبَاتِ الْفِرَاشِ مَا دَامَ الشَّرْعُ قَدْ وَضَعَ لِهَذَا السَّبَبِ الْأَخِيرِ أَحْكَامًا خَاصَّةً بِهِ.

إِنَّ الْبَيِّنَةَ هِيَ الطَّرِيقُ الثَّلَاثُ لِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَهِيَ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيةٌ غَيْرُ قَاصِرٍ حُكْمُهَا الثَّابِتُ بِهَا عَلَى الْمَدَّعَى عَلَيْهِ. بَلْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ عَكْسُ الْإِقْرَارِ الَّذِي يَعتَبَرُ حُجَّةً قَاصِرَةً عَلَى الْمُقْرَرِ لَا تَتَعَدَّاهُ إِلَى غَيْرِهِ. وَعَلَيْهِ فَلَوْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَأَخَذَهُ رَجُلٌ وَادَّعَى نَسَبَهُ وَتَوَفَّرَتْ شُرُوطُ الْإِقْرَارِ ثُمَّ جَاءَ رَجُلٌ آخَرَ وَادَّعَى نَسَبَهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً صَحِيحَةً عَلَى أَنَّ ابْنَهُ كَانَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْمُقْرَرِ. لِأَنَّ النَّسَبَ وَإِنْ ثَبِتَ فِي الظَّاهِرِ بِالْإِقْرَارِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُؤَكَّدٍ فَاحْتَمَلُ الْبَطْلَانِ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنْهُ. (1)

حَيْثُ نَصَّتِ الْمَادَّةُ 158 عَلَى أَنَّهُ: "يَثْبُتُ النَّسَبُ... بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، أَوْ بِبَيِّنَةِ السَّمَاعِ...". (2) وَيَقْصِدُ بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ أَنْ يَشْهَدَ الشَّاهِدُ أَنَّهُ قَدْ سَمِعَ سَمَاعًا فَاشِيًّا أَنَّ فُلَانًا ابْنَ فُلَانٍ أَوْ أَنَّ فُلَانًا أَبَ فُلَانٍ، حَيْثُ يَشْتَرِكُ مَعَ الْبَيِّنَةِ فِي إِثْبَاتِ النَّسَبِ. مُبَدئِيًّا أَنَّ الشَّاهِدَ مُطَالِبٌ بِأَنْ يَشْهَدَ بِمَا سَمِعَهُ مُبَاشَرَةً، لَكِنْ مِنَ النَّاحِيَةِ الْمُنْطَوِّقَةِ لِلْبَيِّنَةِ أَنْ تَثْبُتَ الْبِنُوَّةُ بِصِفَةِ مُبَاشَرَةٍ وَحَتَّى فِي صُورَةٍ أَنَّهَا تَثْبُتُ الْإِتِّصَالَ الْجِنْسِيَّ بَيْنَ وَالِدِهِ الطِّفْلِ وَالْأَبِ الْمَزْعُومِ. فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَقْيِدُ بِصُورَةٍ قَطْعِيَّةٍ أَنَّ الْمَوْلُودَ هُوَ نَتِيجَةُ ذَلِكَ الْإِتِّصَالِ، وَبِالتَّالِي مَاذَا يَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ أَنْ يَثْبُتَهُ؟ فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَثْبُتَ الْعِلَاقَةَ

(1) - مصطفى شليبي محمد، المرجع السابق، ص 724.

(2) - المادة: 158 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

البيولوجية وأنّ الطّفّل هو ابن فلان فحسب أم يجب أن يثبت أنّه ناتج من علاقة شرعية؟.

المشرّع المغربي وإن كان بيّن مضمون هذه الشّهادة بالفصل 68 من مدوّنة الأحوال الشخصية السابقة أنّ النسب يثبت بشهادة عدلين أو ببينة السّماع أنّه ولد من فراشه من زوجته فلانة، إلّا أنّه لم يوضّح فحوى الشّهادة من خلال مدوّنة الأسرة الجديدة، واعتبرها وسيلة إثبات مستقلة بذاتها، وبالتالي فإنّه يكفي لقبول الشّهادة على أنّ الطّفّل من صلب الأب المزعوم دون حاجة لإثبات الفراش ما دام المشرّع لم يشترطه صراحة، ويكفي أنّ الطّفّل يتمتّع بوضعيّة الطّفّل الشرعيّ بالنسبة للأب.

غير أنّ ما يجري به العمل في الإثبات بواسطة الشّهادة وببينة السّماع، يمكن القول بأنّ هناك اليوم قناعة تكاد تكون عامّة على أنّ الشّهادة لم تعد تتمتّع بالمصدقية الكافية التي تؤهلها لأن تكون وسيلة إثبات مطمئنة وحاسمة لأيّ نزاع حول الوقائع التي تثبتها، بل إنّها تعتبر مصدر الكثير من التعقيدات والخصومات. وهو ما دفع وزارة العدل المغربية إلى طرح موضوع الشّهادة قصد الدّراسة والتّقييم من خلال ندوة نظمتها لهذا الغرض خلال شهر ماي سنة 2002. ولذلك فإنّ هذه الوسيلة ليست ذات فعالية في الاطمئنان إلى سلامة النسب الذي يثبت عن طريقها.⁽¹⁾ في الأخير بدا واضحاً موقف المشرّع المغربي أنّه لا يعتبر بثبوت نسب الطّفّل غير الشرعيّ من أبيه البيولوجي من خلال ما تمّ التّطرّق إليه إلى وسائل إثبات النسب الواردة بالمادة 158 من مدوّنة الأسرة، ومن خلال مقتضيات المادة 148 من نفس المدوّنة على أنّه لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أيّ أثر من آثار البنوة الشرعية. يبدو أنّ وضع هذه المادّة في مقابل بعض المواد المنظّمة لحقوق الطّفّل وكذا المتعلقة بقواعد المسؤولية الشخصية، لمن تسبّب بفعله الشّخصي في ميلاد الطّفّل عن طريق علاقة فساد أو جريمة اغتصاب نتج عنها ازدياد طفل أقرّ لفائدته التّشريع المغربي حقوقاً خاصّة من إنفاق أو تكفل أو رعاية، وضع غير سليم في عدم ترتيب أيّ أثر بالنسبة للبنوة غير الشرعية من الإعفاء الكلّي من أيّة

(1) - صالح أحمد عبد الرب وليد. وعبابسي إدريس، المرجع السابق، ص 15.

مسؤولية مرتبة للجزاء من قبيل الإنفاق أو الرعاية ولا يتأتى ذلك إلا بالحق الولد بأبيه الطبيعي.

حيث أوضح الأستاذ الحسين الملكي - محام بهيئة الرباط - في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط حول مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية: "أنّ البنوة غير الشرعية وفقاً لمدونة الأسرة لا تترتب عنها بالنسبة للأب أي من الآثار الشرعية، فيما تستوي هذه الآثار بالنسبة للأم في الحالتين الشرعية وغير الشرعية، مقترحاً في هذا الإطار أن يتمّ بالمقابل إقرار قاعدة تلزم الأب المفترض تحمّل مسؤولية هذا الوليد بدل أن تلحق المسؤولية بكاملها على كاهل الأم فقط أو المجتمع في حالة الأطفال المتخلى عنهم".⁽¹⁾

وما يؤكّد توجهه المشرع المغربي أيضاً في عدم الاعتراف بنسب الطفل غير الشرعي ما جاء في أعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا بعنوان لمحّة عن حقوق الطفل بالمغرب. ولا يزال التمييز مشكلة بارزة تخصّ الأطفال الذين تربوا خارج رابطة الزواج والأطفال المهملين والأطفال الذين لا يعرفون أهلهم على الرغم من الأحكام الجديدة التي ينصّ عليها قانون الأسرة في تأمين بعض الحماية للأطفال غير الشرعيين. إذ يسمح بتحليل الحامض النووي لتحديد هويّة الأب البيولوجي، علماً أنّه لا يُعترف رسمياً بانتمائه الطبيعي إلى الأب في سجلات الولادة.⁽²⁾ في وقت بلغت نسبة الأطفال مجهولي النسب ومن ضمنهم الأطفال غير الشرعيين بالمغرب ما يتجاوز عددهم 153 طفلاً، يولد خارج مؤسسة الزواج يومياً.⁽³⁾

على ذكر الخبرة الطبيّة كوسيلة لإثبات أو نفي النسب لم تكن مدرجة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية السابقة، لكن المشرع المغربي تدارك هذا النقص من خلال مدونة الأسرة الحاليّة ونصّ عليها في المواد 153 و158، وذلك

(1) - و.م.ع، «في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط: مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية»، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ 27 سبتمبر 2004: <http://www.attajdid.info/def.asp?codelangue=6&infoun=1404>

(2) - المكتب الدولي لحقوق الطفل، المرجع السابق، ص 118.

(3) - ، «153 طفل غير شرعي يولد يومياً بالمغرب منهم 24 طفل يتخلى عنه»، جريدة أصداء المغربية، المغرب، بتاريخ 22 سبتمبر 2011، دراسة قدمت من طرف جمعية إنصاف 153: <http://www.assdae.com/3967->

بقبوله الخبرة الطّبيّة كوسيلة شرعيّة لإثبات النّسب شرط صدور أمر قضائيّ، وقد أقرّ المجلس الأعلى بتاريخ 09 مارس 2005 الالتجاء إلى إجراء الخبرة الطّبيّة، هذا ما سوف نوضّحه لاحقاً في الفرع الآتي.

الفرع الثّاني: موقف التشريع المغربي من الخبرة الطّبيّة في إثبات نسب الطّفل غير الشّرعيّ

تعتبر الوسائل العلميّة التي توصل إليها العلم الحديث وسيلة فعّالة تصل إلى حدّ اليقين في مجال إثبات النّسب نظراً للتطور الهائل الذي عرفته هذه الوسائل. لقد استأثرت قواعد النّسب بالاهتمام في إطار مدوّنة الأسرة المغربيّة الحاليّة، حيث وسّع المشرّع من دائرة وسائل إثبات النّسب، بالنّص على الخبرة الطّبيّة بشروطها كوسيلة لإثبات النّسب ونفيه، بعد ما كانت مدوّنة الأحوال الشّخصيّة محدّدة لنفي النّسب بعد ثبوته بالفراش في اللّعان فقط.

فإنّ المشرّع باتّخاذ هذا المنحى يجعل الخبرة الطّبيّة من ضمن الإثبات، يكون بموقفه هذا مطابقاً لقاعدة فقهيّة راسخة تقوم على أنّ الشّرع منشوف للحوق النّسب. وإذا كانت مدوّنة الأسرة الحاليّة قد أشارت إلى الخبرة والخبرة القضائيّة كوسيلة يمكن اللّجوء إليها للفصل في النزاعات المتعلّقة بالنّسب، فإنّ المشرّع لم يشر بوضوح وبشكل صريح إلى الخبرة الطّبيّة وإلى وسيلة البصمة الوراثيّة ممّا يطرح التساؤل عن العوامل التي جعلت المشرّع يمتنع عن النّص الصّريح على ذلك في مدوّنة الأسرة؟. هذا ما يمكن معرفته من خلال التّمييز بين مرحلة استبعاد الخبرة الطّبيّة أولاً ثمّ مرحلة الأخذ بالخبرة ثانياً.

أولاً: مرحلة استبعاد الخبرة الطّبيّة

امتدّت هذه المرحلة إلى حدود فبراير 2004 تاريخ صدور مدوّنة الأسرة الجديدة وتميّزت بفراغ تشريعيّ، حيث ورد النّص على قواعد النّسب في مدوّنة الأحوال الشّخصيّة السّابقة، في الفصول من 83 إلى 96 ضمن كتاب الولادة ونتائجها، والمستمدّة مجملها من قواعد الفقه المالكي بالخصوص. وقد ورد فيها بصدد إثبات النّسب في الفصل التّاسع والثّمانين: "يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السّماع بأنّه ابنه ولد على فراشه من زوجته".

وجاء فيها بخصوص نفي النسب في الفصل التسعين: "لا ينتفي الولد من الرجل أو حمل الزوجة منه إلاّ بحكم القاضي". وفي الفصل الواحد والتسعين: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب".⁽¹⁾

من هذه النصوص القانونية يتبين أنّ مدونة الأحوال الشخصية لم تكن تتضمن أيّ إشارة صريحة إلى إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبيّة عامّة لإثبات أو نفي النسب، وخصوصاً في وجهها المعتمد على الهندسة الوراثية.

بعبارة أخرى هل المشرّع المغربي أعطى للقاضي في مجال نفي النسب سلطة تقديرية في اعتماد أيّة وسيلة إثبات يراها مناسبة ومحققة للعدل والإنصاف وبالتالي الاعتماد على الخبرة الطبيّة في نفي النسب وإثباته؟⁽²⁾

إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعاً تفيد فقط الوسائل المقررة التي جاء بها الفقه الإسلامي فلا يمكن الاعتماد على الخبرة الطبيّة. أمّا في الحالة المعاكسة أي إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعاً تمثّل الوسائل المتاحة، فإنّ المحاكم تكون ملزمة بالأخذ بالخبرة الطبيّة، وإلاّ فإنّها لن تطبّق القانون.

حسب محمد الكشور⁽³⁾ فإنّ الفقه الإسلامي عذره للمحافظة على هذا المبدأ إذ عند نزول القرآن الكريم وتكوين السنّة النبويّة وحتى في العهد الذي بدأ فيه تدوين هذا الفقه لم تكن للطب مكانة ذات شأن في المجال الذي تبحث فيه بالخصوص. المشكل الذي كان يطرحه الفصل الواحد والتسعين من مدونة الأحوال الشخصية يتعلّق بالوسائل المقررة شرعاً، هل هي المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلاميّة أم تلك القواعد القانونيّة المرتبطة بموضوع الإثبات بصفة عامّة؟. لكن بالمقابل لم تكن تتضمن هذه النصوص صراحة، ما يفيد عدم إمكانية اللجوء إلى الخبرة الطبيّة بكل أشكالها في هذا المجال خصوصاً وأنّ مدونة الأحوال الشخصية كانت في جوانب أخرى منها تأخذ بالخبرة الطبيّة.

(1) - برجواوي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة المنعقدة ما بين 05 - 07 ماي 2002، ص 657.

(2) - الفاخوري إدريس، المرجع السابق، ص 61.

(3) - صالح أحمد عبد الرب وليد. وعباسي إدريس، المرجع السابق، ص 25.

قد تضمّن الفصل السابع أنّ للقاضي أن يأذن للمجنون والمعتوه بالزّواج إذا ثبت بتقرير من هيئة طبيّة من أطباء الأمراض العقليّة أنّ الزّواج سيفيده في العلاج، ووافق الطّرف الآخر على ذلك بعد علمه به.

كما تضمّن الفصل الواحد والأربعين بعد تعديلات سبتمبر 1993⁽¹⁾ أنّه من ضمن الوثائق الواجب الإدلاء بها من قبل الخاطب والمخطوبة أمام العدلين قصد الزّواج بالمغرب "شهادة طبيّة تثبت الخلو من الأمراض المعدية".

وورد كذلك في الفصل الرابع والخمسين المتضمّن لقواعد التّطبيق للعيب، إشارة صريحة إلى إمكانية الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب.

وكان الفصلان الخامس والسبعون والسادس والسبعون المتعلّقان بالمنازعات التي تحصل بخصوص ادّعاء وجود حمل أو نفيه، إمكانية اللّجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء للفصل في الأمر وذلك على الشكل التّالي:

الفصل الخامس والسبعون: "إذا ادّعت المعتدّة الرّبية في الحمل ونوزعت في ذلك عرضت على أهل الخبرة".

الفصل السادس والسبعون: "أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطّلاق أو الوفاة، فإن انقضت السنّة وبقيت الرّبية في الحمل رفع من يهّمه الأمر، أمره إلى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الأطباء للتّوصل إلى الحلّ الذي يفضي إلى الحكم بانتهاء العدة أو إلى امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضروريّاً لمعرفة ما في البطن هل هو علة أم حمل".

يتبيّن للباحث ممّا سلف أنّ نصوص مدونة الأحوال الشخصيّة السابقة في مجال إثبات ونفي النسب لم تكن تبيّن بوضوح موقف المشرّع من اعتماد البصمات الوراثيّة في هذا المجال، ممّا يوحي بأنّ المشرّع المغربي اعتمد الوسائل المقرّرة بالفقه الإسلامي لإثبات ونفي النسب. حيث أنّ قاعدة الولد للفراس لا يجوز دحضها إلاّ بالوسائل المقرّرة شرعاً لنفي النسب.

وعلى هذا الأساس ضاعت حقوق العديد من الأطفال حال إنكار الآباء لنسبتهم في غياب وسيلة التّحليل الجيني. ممّا جعل القضاء المغربي يستبدها صراحة

(1) - برجواي خالد، المرجع السابق، ص 657.

ويرفض اعتماد الخبرة الطبيّة عامّة كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب في اجتهاداته، رغم الاعتداد بها في ميادين أخرى عند بتّه في منازعات تهّم الأحوال الشخصيّة. مبرراً موقفه هذا بعدم ورود في المدوّنة السّارية المفعول آنذاك نصوص صريحة تشجّع على اعتمادها. ثمّ إنه ليس في الفقه الإسلامي ما يثبت بوضوح اللّجوء إليها في هذا المجال.

ورد في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 25 جانفي 1994: "إنّ العارض طلق المطلوبة في النّقض بمجرد خروجها وبينّ للمحكمة أنّ الولد ليس من صلبه لأنّه عقيم ولكونه مريض، وقد زكى ذلك بشواهد طبيّة علميّة، وأنّه خال من الحيوانات المنويّة وأنّ المحكمة الابتدائيّة سبق لها أن أصدرت قراراً تمهيدياً قضى بإجراء خبرة طبيّة إلاّ أنّها تراجعته عنه دون تعليل... إنّ العبرة بموافقة الحكم للنّص الفقهي الذي اعتمده الحكم الابتدائيّ نقلاً عن الزّرقاني في باب اللّعان حيث قال: "لا يعتدّ على العقم حتّى يلاعن، كما أنّ الخبرة بالمرحلة الابتدائيّة التي رجعت عنها المحكمة الابتدائيّة لم يتمسك بها الطّاعن أمام محكمة الاستئناف التي اقتصر ردّها على ما أثاره الطّاعن، الأمر الذي يجعل ما نعه السّبب لا أثار له".⁽¹⁾

المجلس الأعلى هنا أكّد ما ورد في الأحكام الابتدائيّة والاستئنافيّة من رفض للخبرة الطبيّة، ورفض بذلك طلب المدّعي على أنّ العقم لا يمكن أن يكون سبباً في الملاعنة.

ثانياً: مرحلة الأخذ بالخبرة الطبيّة

لقد أدرج المشرّع المغربي سند الأخذ بالخبرة الطبيّة في مدوّنة الأسرة الجديدة الصّادرة في فبراير 2004، وخلافاً لما أقرّه الاجتهاد القضائي المغربي خلال سريان مدوّنة الأحوال الشخصيّة السّابقة، فإنّه من الثّابت لدى الكثير من فقهاء الإسلام الاعتماد على وسيلة قريبة من الخبرة الطبيّة في قواعدها وشروطها في إثبات النسب وهذه الوسيلة هيّ ما يعرف بالقيّافة، بالاعتماد على التّشابه بين الأجساد والأقدام بين الأب والولد. وما دامت القيّافة تعتمد الخبرة فهذا يبرّر الاعتداد

(1) - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 25 جانفي 1994، ملف الأحوال الشخصية عدد 87/5556، غير منشور.

أشار إليه برجواوي خالد، المرجع السابق، ص 659.

بالخبرة الطبيّة بالأساس خصوصاً في الوقت الحالي الذي عرفت فيه العلوم الطبيّة تطوّراً يُمكن من إثبات النسب بشكل أكثر قطعياً.

إنّ اعتماد التحليل العلمي لا سيما نظام البصمة الوراثية في مجال النسب لا يتعارض مطلقاً مع أحكام الفقه الإسلامي ولا مع نصوص المدونة. وعلى هذا تدارك المشرّع المغربي هذا النقص من خلال مدونة الأسرة الجديدة في المواد 153 و158⁽¹⁾ وذلك بقبوله للخبرة الطبيّة كوسيلة شرعية لإثبات أو نفي النسب شرط صدور أمر قضائيّ بها. فهذه الاختبارات يسمح بها بسهولة في حال كان الهدف منها إثبات النسب، في حين تكون أكثر تطلباً إذا ما كان الهدف منها إنكار الأبوة، من أجل عدم الإخلال بالاستقرار الأسري الذي يسعى القانون للحفاظ عليه.⁽²⁾ وذلك إحساساً منه بضرورة مواكبة التشريع لمستجدات هذا العصر وتقنياته الحديثة في مجال الطبّ الشرعي، خصوصاً ما عرفه علم الهندسة الوراثية من تطورات، بات معها يقيناً إثبات النسب أو نفيه لا سيما وأنّ الأمر يتعلّق بوسيلة إيجابية تقينا مرارة نسبة الولد لغير أبيه واختلاط الأنساب، وتحسم في معرفة الأب والأم البيولوجيين للولد المزداد بصفة يقينية.

تمّ النص صراحة على الأخذ بالخبرة الطبيّة كوسيلة لإثبات ونفي النسب في المواد 153 و158 السالفة الذكر من مدونة الأسرة المغربية، وبهذا يلاحظ أنّ المادة 153 بيّنت مدى حجّية الفرائش على ثبوت النسب واعتبرتها حجة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلاّ بإحدى الوسيّلتين منها: الخبرة الطبيّة التي تفيد القطع مع توافر بعض الشّروط المنصوص عليها في نفس المادة، وفي معرض الجواب عن التّساؤل حول أساس وشروط اعتبار الخبرة كوسيلة لنفي النسب وفقاً للمادة 153 من المدونة رغم وجود الفرائش أوضح السيّد وزير العدل أنّ اعتماد الخبرة في هذا الباب كوسيلة للطعن في حجّية الفرائش يشترط في ذلك أن يصدر أمر بها من طرف

(1) - نصت المادة: 153 من مدونة الأسرة المغربية: "...يعتبر الفرائش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلاّ من الزّوج...بواسطة خبرة تفيد القطع...؛ ونصّت المادة 158 من نفس المدونة: "يثبت النسب...بكل الوسائل الأخرى المقرّرة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائيّة".

(2) - BARRAUT (Emilie), "La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb", revue droit et cultures, n° 59/2010-1, p. 03.

المحكمة التي يرجع إليها في الأخير تقدير قيمتها الإثباتية حسب الحالات، وأن تتوفر كذلك باقي الشروط الواردة في المادة المذكورة.(1)

المشرع المغربي في مسألة الخبرة سار على شاکلة المشرع الفرنسي الذي اعتمد بشكل رسمي على أن تجرى الخبرة على البصمة الوراثية للإنسان من طرف اللجنة الأخلاقية للقوميّات في فرنسا، مع حصره فقط في المعامل المختصة والمعتمدة رسمياً، ولا يتم الأخذ به إلاّ بناءً على أمر قضائي.(2) وهناك مبررات واقعية تستدعي اعتماد الخبرة الطّبيّة أمام القضاء بصدد إثبات ونفي النسب، ويشجع ذلك عقود الزواج غير الموثقة في المغرب. فمدونة الأسرة لا زالت تسمح بالاعتداد بعقود الزواج التي لم تحترم شكلية الإشهاد بالكتابة أمام العدلين، فهذه الهفوة القانونية تشجع الآباء ذوي النية السيئة على نفي نسب أولادهم في أحيان كثيرة.(3)

وبناء على هذه المعطيات فإنّ اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة قطعية وحاسمة، ستقلل من مثل هذه القضايا، وتساعد القضاء على تحقيق العدالة والإنصاف، وإنقاذ الكثير من الأطفال والنساء من الضياع. فشهادة اللّيف المعتمدة من قبل القضاء حالياً تضللّ القضاء في أغلب الحالات أكثر ممّا ترشده.(4)

وإنّ تبرير إمكانية الاعتماد على الاكتشافات الطّبيّة الحديثة في ميدان علم الوراثة أو ما يعرف بالجينات لإثبات النسب، يرتكز على خبرة الطّبيب في هذا المجال. فهذه الخبرة هي التي تبرر إمكانية اللّجوء إليه، شأنه شأن القائف في مجاله.(5)

إذا كان الفقه الإسلامي لم يعتمد الخبرة الطّبيّة في النسب لخطورة هذا المجال، فالثابت أنّ فقهاء الإسلام قطعوا أشواطاً كبيرة في علم الطّب، فإنّه وأمام التطّور الذي عرفه الطّب في هذا المجال في الوقت الحاضر، فإنّه من غير المعقول ولا من غير المقبول الاستمرار في تجاهل خبرته من قبل القضاء المغربي، خصوصاً وأنّه

(1) - زربويل محمد، المرجع السابق.

(2) - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، المرجع السابق، ص 493 وما بعدها.

(3) - MOSLEH (Khadidja): "La procréation naturelle au Maroc", D.E.S, Fac. De droit, Rabat, 1993, p. 151.

(4) - الخليلي أحمد، وجهة نظر، ج2، الرباط: دار النشر للمعرفة، 1998، ص 94.

(5) - براجوي خالد، المرجع السابق، ص 667.

وسيلة جديدة قد تساعد القاضي على الوصول إلى الحقيقة التي هي مناط العدالة.⁽¹⁾ وقد أخذ المشرع في مدونة الأسرة الحالية بعين الاعتبار هذه الآراء، لكن لم يتخلص من التصور الذي كان سائداً، والذي مفاده تعارض الخبرة الطبية مع قواعد الفقه الإسلامي، ويظهر ذلك من خلال النص في المادة 153 من المدونة على أن نفي النسب لا يمكن أن يتم من قبل الزوج سوى عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع. ولعل ما يبرر هذا هو الترتيب لوسيلة اللعان قبل الخبرة الطبية. كما يظهر ذلك أيضاً من خلال النص في المادة 158 من نفس المدونة على أن النسب يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببيّنة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية. وهنا أيضاً إشارة إلى تسبيق الوسائل الشرعية لإثبات النسب.

والملاحظ على نص المادة أن المشرع استعمل عبارة "أو" في الأولى واستعمل حرف "الواو" في الثانية، مما يوحي أن وسيلة الخبرة الطبية لا تعتبر كوسيلة إثبات للنسب مستقلة بذاتها.

كما يظهر من النص أن المشرع جد متأثر بتطور النقاش في أوساط الفقه والقضاء والمجتمع المدني المغربي حول هذا الموضوع، بشكل جعله لا يشير بوضوح إلى الخبرة الطبية وإلى وسيلة البصمة الوراثية خصوصاً وأنه هناك من لا يزال يتحفّظ على هذه الوسيلة بمبرر أن لا سند لها في الشريعة الإسلامية.

حيث يرى إبراهيم بحماني - رئيس الغرفة الشرعية لدى المجلس الأعلى بالمغرب - أنه يتعيّن اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء ولكن ذلك لا يكون في الحالة التي يقع فيها نزاع حول النسب ولا يوجد حلّ لذلك النزاع. أمّا إذا وجد الحلّ القانوني كما إذا نتج عن زواج مضى عليه أقل مدة الحمل وتمّ الاتصال بين الزوجين جنسياً، فإنه لا يبقى هناك مبرر للفحص الطبي لأنّ الولد للفراش ولأنّ الشرعية مقدّمة على البنوة الطبيعية.⁽²⁾

(1) - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، المرجع السابق، ص 46.

(2) - ط، فاطمة، «وضعية القاصر في ظل مدونة الأسرة»: <http://www.blog.saeed.com/2010/08/the-status-of-a-minor-under-the-family-code>

من جهته عبد القادر بن داود يقول: "إنّ الطّفّل غير الشرعيّ لا ينسب لأبيه ولا يرث منه، وإنّما يثبت إلى أمّه فقط، يقول: الحكمة هيّ لأنّ النسب لحمة كبيرة وتترتب عليها آثار وبالتالي من باب الردع لا يجوز أن تترتب واجبات على الحمل غير الشرعيّ. ويستشهد أساتذة الشريعة بالحديث النبوي الشريف الذي يقول: (الولد للفراش وللعاهر الحجر). ويقول: "إنّ كلمة الفراش في الحديث كناية عن الزواج الشرعيّ، ولكن بن داود ينفى أن يكون معنى هذا الحكم تخلص الرّجل من مسؤوليّة ما أقدم عليه. فالرّجل لا يزال مسؤولاً شرعاً وقضائياً، فإذا كان زانياً يقيم عليه الحد، أمّا قضاء فإنّ للمشرّع أن يقضي بتعويض للطّفّل ولكن بدون أن يسطدم القانون بأحكام الشريعة".(1)

وفي نظر محمّد الكشيبور تظلّ تقنيّة البصمة الوراثية وسيلة احتياطية لا يمكن اللّجوء إليها بعد التّحقّق من شروطها إلّا في حالة عدم الاحتكام إلى اللّعان علاوة على أنّه يجب أن يكون هناك تبرير لها وهو ما أكّدته المادّة 153 من مدوّنة الأسرة المغربية.(2)

ختاماً يمكن القول بأنّ اعتماد البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب، يظلّ جدّ مستبعد في القانون المغربي، فالنصوص القانونية لا تقرّه صراحة ولكنها لا ترفضه قطعاً، لأنّ المشرّع المغربي لم يفصل أحكام وشروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات ونفي النسب. كما أنّه لم يبيّن مكانة البصمة الوراثية وحجّيتها عند تعارضها مع وسائل الإنكار أو النفي المقرّرة شرعاً. خصوصاً في ثبوت نسب الطّفّل غير الشرعيّ من أبيه.

وبشأن هذا الموضوع المشرّع المغربي حسم القول طبقاً لما جاء في المادّة 148 من مدوّنة الأسرة المغربية(3) تكون البنوة غير شرعية بالنسبة للأب كلّما انتفت إحدى الحالات التي يترتب عليها ثبوت النسب الشرعيّ الصّحيح. أي بمعنى أصح

(1) - محمّد، «هوية الأطفال غير الشرعيين»، المرجع السابق.

(2) - الكشيبور محمّد، البنوة والنسب في مدوّنة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، الرباط:

2007، ص 251.

(3) - تنص المادّة 148 من مدوّنة الأسرة المغربية: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

مجرد علاقة بيولوجية لا يتم الاعتراف بها من طرف المشرع ولا يترتب عنها أي أثر قانوني.

ويبقى على القضاء المغربي إذا أراد إنصاف تلك الفئة المحرومة من الوالدية ومن رعايتها والإنفاق عليها مادام أنّ المشرع أجاز العمل بالخبرة القضائية. فتبقى السلطة التقديرية للقضاء.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية

رغم اهتمام المشرع الجزائري بمسألة النسب، أين حصر طرق إثباته في المادة 40 من قانون الأسرة بالزواج الصحيح والإقرار والبيّنة والنكاح بشبهة. إلا أنّ الواقع يبيّن أنّ هناك حالات يصعب إثبات نسب الطفل فيها خاصة في حالة إنكار الأب أو الأم لنسب ذلك الطفل، لا سيما في العلاقات الجنسية غير الشرعية مما يجعل طرق إثبات النسب المذكورة لا تحلّ جميع قضايا إثبات النسب.

ولهذا أجاز المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة لعام 2005 اللجوء إلى الطرق العلمية والمتمثلة في تقنية البصمة الوراثية لإثبات النسب، وذلك تماشياً مع التطور العلمي الكبير في الميدان الطبّي والبيولوجي.

فإن كان موقفه واضحاً من إثبات نسب الطفل الشرعيّ لوالديه، يبقى موقفه غامضاً بالنسبة للطفل غير الشرعيّ في انتسابه أو في حق معرفته لأبيه طبقاً لإجراء التحليل بالبصمة الوراثية. الأمر الذي سوف نوضّحه من خلال الفرع الأوّل في مفهوم الطفل غير الشرعيّ ضمن التشريع الجزائري، ومدى اعتراف المشرع لابن الزنا في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل: مفهوم الطفل غير الشرعيّ ضمن التشريع الجزائري

إذا ما حاولنا تعريف الطفل غير الشرعيّ، فهو الطفل المولود من والدين غير متزوجين زواجا شرعياً، سواء كان لأحدهما أو لكليهما زوج، أو ليس لأيّ منهما زوج آخر. ويسمى بالولد الطبيعيّ، ومنه ابن الزنا.⁽¹⁾ هذا الأخير عرفه جمعة محمد براج على أنه: "الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج

<http://encyc.reefnet.gov.sy/>

(1) - نجار إبراهيم، «القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة المعرفة الريفية»:

شرعيّ، أي ما كان بطريق السفّاح، أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرّجل والمرأة، ويسمّى بالولد غير الشرعيّ".⁽¹⁾

وعرفه وهبة الزّحيلي فقال: "هو الولد الذي أتت به أمّه من طريق غير شرعيّ، أو هو ثمرة العلاقة المحرّمة".⁽²⁾

جاء في الموسوعة الفقهيّة في تعريف ولد الزّنا: "هو الولد الذي تأتي به أمّه نتيجة ارتكاب الفاحشة".⁽³⁾

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يتعرّض في قانون الأسرة إلى أحكام الطّفّل غير الشرعيّ المقصود به ولد الزّنا، ولم نجد ما يُذكر عن هذا المصطلح في التّشريع، على العكس في القضاء الجزائري ذكره في عدّة قرارات صدرت عن المحكمة العليا.⁽⁴⁾

المشرّع الجزائري لم ينظّم هذه الحالة وهيّ حالة نسب الطّفّل غير الشرعيّ في أيّة مادّة من مواد القانون، إلّا من باب الإشارة عرضاً في مواطن متفرّقة من مختلف القوانين، كقانون الأسرة في باب النسب ضمن المادّة 44، وفي موضوع الكفالة طبقاً للمواد 119 و120، وقانون الحالة المدنيّة حسب المواد 64 و67، بالإضافة إلى قانون العقوبات في المادّة 442، ثمّ في قانون الجنسيّة قبل تعديل الأمر 70-86 المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970 طبقاً للمواد 06 و07 منه.

لقد نصّت المادّة 44 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوّة، أو الأبوّة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

(1) - محمد محمد براج جمعة، المرجع السابق، ص 721.

(2) - وهبة الزّحيلي مصطفى، المرجع السابق، ص 430.

(3) - الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج3، المرجع السابق، ص 70.

(4) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 20841، بتاريخ 24 ديسمبر 1979، غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية، الجزائر، 1981، ص 80. أشار إليه بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائيّ وفقاً لقرارات المحكمة العليا، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2000، ص 53؛ وقرار المحكمة العليا، ملف رقم 34137، بتاريخ 08 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 04، 1989، ص 79. "أن الولد الذي يولد نتيجة لممارسة جنسية للأبوين قبل الزواج ويولد لأقل من ستة أشهر من إبرام هذا الأخير يعتبر ابن زنا...". أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 28.

أما المادة 119 من نفس القانون فنصت على أنه: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

أما المادة 120 منه أيضاً نصت على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".⁽¹⁾

وعلى ذكر المادة 64 من قانون الحالة المدنية، نصت الفقرة الرابعة منها على أنه: "...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أيّة أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

المادة 67 من نفس القانون: "يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية".⁽²⁾

أما المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى شهرين وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحداهما على كل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه لضابط الحالة المدنية".⁽³⁾

كما تعرض قانون الجنسية إلى تحديد وضعيّة المكفول مجهول النسب طبقاً لأحكام المادة 2/06 من قانون الجنسية الصادر في 15 ديسمبر 1970 قبل التعديل، حيث اعتبرت الولد من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب.⁽⁴⁾ غير أنّ هذه المادة تم تعديلها بالأمر 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(1) - ديدان مولود، القانون في متناول وخدمة الجميع، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، الجزائر: دار بلقيس، 2006، ص 30.

(2) - الشافعي عبيدي، قانون الأسرة ملحق بقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية الجزائرية، الجزائر: دار الهدى، 2008، ص 95 و 96.

(3) - القانون رقم 06 - 23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 43، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ص 12.

(4) - ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر: دار الخلدونية، ط1، 2008، ص 247.

أما المادة 01/07 من نفس القانون، فقد اعتبرت الولد المولود من أبوين مجهولين جزائرياً بالولادة، وإنّ الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعدّ مولوداً فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.⁽¹⁾

من خلال تعرّضنا لتعريف الطّفل غير الشرعيّ، وبالإشارة إلى المواطن التي تمّ ذكره فيها عرّضاً في مختلف القوانين الجزائرية يمكن التّطرق إلى حق الطّفل غير الشرعيّ في معرفة والديه، بالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري لم يتعرّض في قانون الأسرة لتعريف الزّنا وللطّفل الناتج عن هذه العلاقة غير الشرعيّة. غير أنّه وجدت إشارة لمصطلح الزّنا في قانون العقوبات، في المواد 339 و341. ممّا يستنتج أنّ الطّفل غير الشرعيّ حسب قانون الأسرة الجزائري هو الطّفل المولود من علاقة لا تستند إلى زواج أو شبهة، وهذا يعني أنّ المشرّع الجزائري يعترف ضمناً في قانون العقوبات بوجود الابن الطّبيعي.⁽²⁾ فهل يعترف له بحقّ الانتساب إلى والديه؟.

أولاً: انتساب الطّفل غير الشرعيّ إلى أمّه

بالنسبة للمشرّع الجزائري يبدو وكأنّ له موقفين مختلفين من حقّ الطّفل المولود من الزّنا في معرفة أمّه والانتساب إليها، الأوّل في قانون الأسرة والثّاني في قانون الصّحة قبل تعديله، فهو يتّفق في موقفه الأوّل مع الشريعة الإسلامية التي تقرّ بحقّ الطّفل في الانتساب إلى أمّه أيّاً كان سبب ولادته، لأنّ علاقته بها تكون دائماً شرعيّة.⁽³⁾ رغم أنّه لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة، يعترف للطّفل المولود من الزّنا بحقّ الانتساب إلى أمّه. إلاّ أنّه يمكن استنتاج ذلك من خلال النّصوص المنظّمة للنّسب، ومن باب المخالفة للمواد 40 و41 من قانون الأسرة الجزائري التي اشترطت لثبوت نسب الطّفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته.

(1) - الشافعي عبيدي، المرجع السابق، ص 129.

(2) - جمعي ليلي، حماية الطّفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة

في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006/2005، ص 39.

(3) - ابن أحمد الصالح محمد، المرجع السابق، ص 81.

وبالتالي فإنّ الطّفّل ينسب إلى أمّه في كلّ الأحوال بالإضافة إلى أنّ عدم وجود نص صريح حول المسألة يعتبر سكوتاً من المشرّع ممّا يحيلنا على الشريعة الإسلامية استناداً إلى المادة 222 من قانون الأسرة.⁽¹⁾ ممّا يترتّب عليه أنّ قانون الأسرة الجزائري يعترف لابن الزّنا بحقه في معرفة أمّه استناداً إلى المواد 40 و41 و222 من قانون الأسرة.

في حين يتّجه في الموقف الثّاني إلى ربط حقّ الطّفّل المولود من الزّنا في معرفة أمّه باختيارها وإرادتها. فإذا رغبت في انتسابه لها كان لها ما تريد، أمّا إذا لم ترغب يمكنها وضع الطّفّل تحت اسم مجهول.

حيث كان قانون الصّحة العموميّة الصّادر تحت رقم 79/76 بتاريخ 23 أكتوبر 1976⁽²⁾ يعترف في مادّته 3/243 للأمّهات العازبات بأن يلدن أطفالهنّ دون ذكر أسمائهنّ، وألزم القائمين على مساعدة مثل هذه الأمّهات بالسّر المهني. تمّ إلغاء هذا القانون بمقتضى القانون رقم 05/85 الصّادر في 16 فبراير 1985،⁽³⁾ إلّا أنّ قانون 1985 المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول النسب، وإن نصّت المادة 73 منه على أنّ وسائل وسبل المساعدة الاجتماعيّة والطّبيّة لوقاية الأطفال من التّخلي عنهم تنظّم لاحقاً عن طريق اللّوائح التّظيميّة.

إنّ المشرّع الجزائري يعترف للطّفّل سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو من علاقة غير شرعيّة بحقّ الانتساب إلى أمّه، إلّا أنّه سمح على سبيل الاستثناء للأمّ العازبة أن تحتفظ باسمها سرّاً عند الولادة. هذا ما اعتبره البعض تحقيقاً لمصلحة الأمّ على حساب مصلحة الطّفّل.⁽⁴⁾

(1) - جمعي ليلي، المرجع السابق، ص 40.

(2) - الأمر رقم 76 - 79، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 13، العدد 102 بتاريخ 19 ديسمبر 1979، ص 1392.

(3) - القانون رقم 85 - 05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. العدد 08، 1985، ص 122.

(4) - الأشهب أبو بكر، حقوق الطّفّل بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1999، ص 196.

ثانياً: انتساب الطفل غير الشرعي إلى أبيه

بالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب، وباستقراء المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّ: "النسب يثبت بالزواج الصحيح، أو بالإقرار...، ويجوز... بالطرق العلمية". وأيضاً نص المادة 44 من نفس القانون: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

ما يفهم من هاتين المادتين أنّ الطفل ومهما كان، سواء ولد من زواج صحيح أو شبهته، أو كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار أو عن طريق البصمة الوراثية في حالة إنكار الأب ادّعاء الولد الناتج من مائه. حيث أجاز قانون الأسرة الجزائري إثبات النسب بطريقة الإقرار أو الاعتراف بالمولود كإبن لمدّعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفرّ شرطين أساسيين هما أن يتعلّق الإقرار بطفل مجهول النسب، وشرط أن يكون الإقرار يقبله العقل أو العادة.⁽¹⁾

وبالتالي ما يمكن قوله أنّ المشرّع الجزائري يقرّ لهذا الأخير بحق الانتساب إلى أبيه، لكن بالرجوع إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، حيث اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، فيفهم من ذلك أنّ نسب ابن الزنا لأبيه يعتبر غير مقبولاً. وبالرغم من هذا الغموض فالمشرّع الجزائري تبنى موقف جمهور الفقهاء الرافض لانتساب الطفل غير الشرعي إلى أبيه. هذا ما تبناه المجلس الأعلى الجزائري في قرار صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984 بأنّ "...ابن الزنا لا ينتسب إلى أبيه...".⁽²⁾

إذن، فإنّه لا مجال هنا للتّوازي بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، إذ "من المقرّر شرعاً أنّه لا يعتبر دخولاً ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج

(1) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 103 و 104.

(2) - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 27.

من علاقات جنسيّة، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد".⁽¹⁾
إذ أن "الاتصال الجنسي قبل العقد يعدّ زنا...".⁽²⁾

وفي هذا إهدار لمصلحة الطّفل بحرمانه كابن زنا من الانتساب إلى أبيه
وتحميل الأم وحدها نتائج فعل اشتركت فيه مع أب الطّفل، قد يدفعها للتّخلّص منه.
فيعدّ هذا منافياً لمبدأ المساواة.

وكنتيجة أنّ المشرّع الجزائري من خلال هذه النّصوص المتفرّقة والتي
أشارت عرضاً إلى أحوال اللّقيط يتبيّن لنا أنّه لا أثر للانتقاط في إثبات النّسب، وما
يترتّب عليه من آثار قانونيّة. في حين أنّ من مصلحة اللّقيط مجهول النّسب إثبات
نسبه، باعتبار المساواة حق دستوري حيث نصّت المادة 29 من دستور 1996:
"كلّ المواطنين سواسيّة أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرّع بأيّ تمييز يعود إلى
المولد...".⁽³⁾ أي أنّه لا تمييز بين المواطنين بسبب المولد، فالطّفل المجهول الأبوين
يتساوى مع الطّفل المعلوم.

من هنا يمكن حل هذه القضية إمّا بالإقرار بالبنوّة أو البيّنة أو بواسطة التحليل
الجيني، خاصّة ونحن في وقت أظهر فيه العلم نجاعة وسيلة حديثة تكاد تكون
نتائجها يقينيّة بنسبة 99,9% إذا ما استعملت في مجال إثبات النّسب بشروطها
وضوابطها، ألا وهي البصمة الوراثيّة.

**الفرع الثّاني: مدى اعتراف المشرّع الجزائري للطّفل غير الشرعيّ من معرفة
والديه بالبصمة الوراثيّة**

لقد سكت قانون الأسرة الجزائري على عكس بعض التّشريعات العربيّة
عن تنظيم مركز الطّفل غير الشرعيّ من خلال عدم وضعه لقواعد منظّمة لنسبه
سواء من أبيه أو أمّه. في حين اعترفت بعض التّشريعات العربيّة بحقّ الطّفل

(1) - قرار المجلس الأعلى ملف رقم 34046، بتاريخ 19 نوفمبر 1984، المجلّة القضائيّة، العدد 01، 1990، ص 67.

أشار إليه تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 28.

(2) - قرار المجلس الأعلى ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، المجلّة القضائيّة، العدد 01، 1990، ص 86.

أشار إليه تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 28.

(3) - ديدان مولود، القانون في متناول وخدمة الجميع، دستور الجمهوريّة الجزائريّة، حسب آخر تعديل له، الجزائر: دار بلقيس،

2006، ص 13.

الطبيعي في الانتساب إلى والديه، كالتشريع التونسي في قانون 28 أكتوبر 1998، والمتعلق بإسناد لقب عائلي للطفل مجهول النسب.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري كانت المادة 40 منه تنص على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". وتتصّ المادة 41 كذلك على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

باستقراء هاتين المادتين يتضح أنّ المشرّع الجزائري يعترف بحقّ الطفل المولود من زواج صحيح أو شبهته بالانتساب إلى أبيه. في حين يعترف له بحقّ الانتساب إلى أمّه سواء ولد من زواج صحيح أو شبهته أو من زنا.

لكن بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أضاف فقرة جديدة في المادة 40، وهي الفقرة الثانية والتي تنص على أنه: "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". لأنّ الواقع يبيّن أنّ هناك حالات يصعب إثبات نسب الطفل فيها، خاصّة في حالة إنكار الأب أو الأمّ لنسب ذلك الطفل، لاسيما في العلاقات الجنسية غير الشرعيّة، ممّا يجعل طرق إثبات النسب المحصورة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري لا تحلّ جميع قضايا النسب.

وبذلك يكون قد أصاب المشرّع بهذا النصّ الذي يجيز اعتماد الوسائل العلميّة كطريق لإثبات النسب خاصّة أنّها وسيلة أصبح من المستحيل إنكارها أو تجاهلها. وكان واضحاً تأثر المشرّع الجزائري بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي، وهذا تماشياً مع التطورات الحديثة وللاستفادة من الاكتشافات العلميّة في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثيّة، والذي لقي انتشاراً واسعاً خاصّة في الدّول العربيّة التي بدأت تمهّد للعمل بها.

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد خلال المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أيّ طريقة علميّة يلجأ إليها في تحديد النسب، طريقة تحليل فصيلة الدّم أو طريقة التحليل الجيني المعروفة بالبصمة الوراثيّة؟.

والمعروف لدى العلماء أنّ تحليل الدّم يعدّ كطريقة لنفي النسب لا لإثباته وهي غير كافية، فعلى المشرّع النص صراحة على الطريقة المقصودة في ذلك. النقطة الثانية التي نلقي عليها الضوء في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري هي أنّ المشرّع يجيز للقاضي استعمال الطرق العلميّة: "يجوز للقاضي...". بمعنى أنّ القاضي لا يمكنه في قضايا إثبات النسب، إلزام أيّ شخص للخضوع لفحص الدنا فالأمر جوازي فقط. (1)

وفي هذا الخصوص ألحّت المحاميّة فاطمة بن براهيم على ضرورة تعديل المادة 40 من قانون الأسرة، وطالبت بضرورة أن يلجأ القاضي إلى إجراء تحليل الحمض النووي الذي يثبت نسب المولود لأبيه. وبالتالي الاعتراف به دون إجباره على إكمال الزواج، واقترحت أن تكون الصيغة هنا هي صيغة إلزام وليس صيغة جواز، حيث ترى أنّ المشرّع الجزائري عليه أن يعدّل المادة لتصبح على الشكل التالي: "يجب على القاضي أن يلجأ إلى الطرق العلميّة لإثبات النسب". حيث قالت أنّها انطلاقاً من خبرتها في الميدان وجدت أنّ الكثير من القضايا التي طرحت عليها في هذا الجانب لا يمكن حلّها لأنّ القاضي في الجزائر ليس من حقّه إلزام أيّ شخص بالخضوع إلى إجراء تحاليل تثبت علاقته أو تنفيها بأيّ طفل غير شرعيّ يدعي أو تدّعي والدته بأنّها أنجبت منه. (2)

يكون بذلك المشرّع قد قذف بالقاضي مرّة أخرى في هوة عميقة يصعب الخروج منها.

من جهته رئيس الشبكة الجزائرية للدفاع عن حقوق الطفل " ندا " السيد عبد الرحمن عرار أشار إلى أهميّة إدماج تحليل الدنا في تحديد أبوة الطفل الذي ولد خارج ضوابط الزواج، ودعا إلى إصدار أحكام قانونيّة خاصّة من أجل التكفل بالأطفال الذين ولدوا في الجبال خلال المأساة الوطنيّة. (3)

(1) - ،، «إثبات النسب بالطرق العلميّة الحديثة»:

(2) - ص. بورويل، «في انتظار تسوية وضعيّة انتمائهم؛ ثلاثة آلاف طفل غير شرعي في الجزائر سنويا»، جريدة الخبر، الجزائر، بتاريخ 04 أفريل 2011:

(3) - ،، «الأطفال مجهولي النسب: الحث على تحليل ADN لتحديد الأبوة»، جريدة الجمهورية، الجزائر، بتاريخ 25 أفريل 2012: http://www.eldjournhouria.dz/article.php?id=8780

وفي مقال لوزير التضامن الجزائري جمال ولد عباس بتاريخ 07 ديسمبر 2009، وفي تصريح حول الوضع القانوني لأطفال الجبال قال: "أما في الحالات التي تكون فيها هوية الأب غير معروفة، فإن السلطات اقترحت مشروع قانون يجيز اللجوء إلى إجراء فحص الحمض النووي من أجل معرفة هوية الأطفال الذين يولدون بصفة غير شرعية ومنهم الأطفال الولودين في الجبال".⁽¹⁾

حيث تسمح هذه الطريقة حسب الوزير بالاعتراف بهؤلاء الأطفال مع إعطائهم اسم العائلة الحقيقي دون فرض إتمام الزواج بين الأبوين الطبيعيين. موضحاً بأن الهدف ليس ترسيم العلاقة الزوجية، بل إعطاء هوية للطفل تمكنه من الحصول على هوية لتسهيل إدماجه في المجتمع الجزائري.

وفي نظر الباحث أنّ الهدف من معرفة الأب الحقيقي للطفل هو منح هذا الأخير الرعاية والنفقة وليس مجرد الحصول على وثائق تمكنه من التحصل على مقعد دراسي أو منصب عمل.

كما أوضح الوزير ولد عباس بأنّ المشروع لا يزال قيد الدراسة على مستوى الحكومة واعترف بوجود بعض العراقيل التي قد تواجه تطبيق هذا القانون بسبب معارضة بعض رجالات الدين لإجراء فحص الحمض النووي، وهو ما يستوجب حسبه مراعاة بعض الحساسيات الدينية.⁽²⁾

في حين توجد أرقام وحقائق مرعبة، حسب إحصائيات المنظمة العالمية للصحة، تمّ الكشف عنها في ملتقى حول الصحة العمومية، بأنه يتمّ تسجيل معدّل 5000 أم عازبة في السنة بالجزائر وهو ما يقابله وجود حوالي 7000 طفل يولدون سنوياً خارج إطار الزواج الشرعيّ في عدّة مناطق من الجزائر، حسب إحصائيات اللجنة الوطنية للسكان.⁽³⁾

(1) - رمزي وليد، «الجزائر تدرس الوضع القانوني "لأطفال الجبال"»، جريدة المغاربية، المغرب، بتاريخ 10 ديسمبر 2009: <http://magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/ar/features/awi/features/2009/12/10/feature-02>

(2) - رمزي وليد، نفس المرجع.

(3) - حاج إبراهيم سليمان، «5000 أم عازبة و7000 طفل غير شرعي في الجزائر سنوياً»: <http://www.algeriamedia.org/modules.php?name=News&op=NEArticle&sid=242>

وصف خبراء مندوبون من المنظمة العالمية للطفولة وضعيّة الأطفال الذين يولدون خارج الأطر الشرعيّة بالخطيرة، حيث يربّون في ظروف صعبة وهو ما من شأنه أن يزيد في استفحال الظاهرة.⁽¹⁾

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلميّة الحديثة، ورغم الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، فإنّ إعمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تقف حائلاً دون تطبيق هذه الوسائل العلميّة في إثبات النسب. فهناك مسائل قانونية وأخرى مادية يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للفحوصات، والأمر الذي يحتمّ ضرورة التغلّب على هذه الصعوبات حتّى لا يضيع الولد والشرف، ومن جملة هذه العرائق:

أولاً: العرائق القانونيّة

أ - **حرمة الحياة الخاصّة:** إنّ إجبار المتقاضى على إجراء تحاليل الدّم أو البصمة الوراثية من أجل تأكيد النسب من عدمه، قال البعض أنه يصطدم مع مبدأ دستوري يتعلّق بعدم انتهاك حرمة الإنسان كما نوّهت عن ذلك المادة 34 من دستور 1996.⁽²⁾ والتي تنصّ: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة".

إذ يعتبر أصحاب هذا الرأي أنّ المادة 34 من الدستور تشكّل إحدى العقبات الأساسيّة أمام تطبيق الطرق العلميّة الحديثة في النسب خصوصاً فحص الحمض النووي الذي يشكّل تدخلاً في الحياة الخاصّة للفرد، كونها تبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص ممّا قد يمدّد الغير بمعلومات خاصّة بالزوجين وتكون ذات طابع شخصي.⁽³⁾

ب - **انتهاك السلامة الجسديّة:** كما هو معلوم أنّ فحص البصمات الجينية يجري على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان، غير أنّ الوضعيّة الحاليّة للعلوم لا تسمح

(1) - ح. سامية، «المصادقة قبل نهاية السنة على مشروع قانون تحديد هوية الأطفال غير الشرعيين»، جريدة الحوار، الجزائر، بتاريخ 17 جوان 2009:

<http://www.djazairss.com/elhiwar/15231>

(2) - ديدان مولود، دستور الجمهورية الجزائرية، المرجع السابق، ص 15.

(3) - نياجي باديس، المرجع السابق، ص 110 و 111.

في الوقت الحاضر إجراء الفحص على الدّم والسائل المنوي والشعر، وفي الحالات التي لا يمكن الحصول فيها على العتاد الجسدي المرغوب بغرض إجراء الفحص النووي، ينبغي اللّجوء إلى المساس بالسّلامة الجسديّة للفرد. في حين أنّ الأفعال التي تستهدف الحرّيات والحقوق تعدّ مخالفاً يعاقب عليها القانون، حيث تعتبر هذه السّلامة مضمونة دستورياً طبقاً لنص المادة 35 من دستور 1996 على أنّه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحرّيات، وعلى كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".⁽¹⁾

يبقى الحقّ في السّلامة الجسديّة حقاً مطلقاً يحميه قانون الإجراءات الجزائيّة، وكذا قانون العقوبات ما إذا كان ينبغي إكراه الشّخص على أخذ عينات من جسمه.⁽²⁾

ج - **عدم جواز إجبار الشّخص على تقديم دليل ضد نفسه:** لقد كرّست مختلف القوانين الإجرائيّة مبدأً عاماً ظلّ راسخاً مؤدّاه أنّه لا يجوز إجبار الشّخص على تقديم دليل ضد نفسه. وأنّ اللّجوء إلى أخذ عينات من دم الشّخص أو خصلة من شعره أو عيّنة من سائله المنوي لإجراء فحوص طبيّة من أجل إثبات النسب أو نفيه، هو إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، وهنا يطرح بشدّة بطلان الإجراء كونه خرق المبدأ القانوني الرّاسخ.⁽³⁾

ثانياً: العراقيل الماديّة

إنّ أهم ما يقف عائقاً أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي وفي الجزائر خصوصاً هو العائق الماديّ، فلا زالت الأمور في بدايتها من خلال توافر المختبرات المعدّة لهذا الشّأن، فلا نعد سوى مخبراً واحداً مخصّصاً لقسم البيولوجيا الشّرعيّة من خلال تدشين مخبراً للبصمة الوراثيّة بتاريخ 22 جويلية 2004،⁽⁴⁾ حيث يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثيّة وهو يساهم بدور فعّال في المجال الجنائي ويفترض أن يكون له دوراً أيضاً في مسائل

(1) - بوجنان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الجزائر، الدفعة 2005-2008، ص 56.

(2) - بوجنان سولاف، نفس المرجع، ص 55.

(3) - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 111.

(4) - ، «إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة»:

إثبات النسب أو نفيه. إلا أن اعتماد بلادنا على مخبر وحيد موجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى، كما يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة.⁽¹⁾

وإن كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في أساسه على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآليات قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعباءها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى.⁽²⁾ فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري؟! مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقاً جداً.

ورغم كل هذه الصعوبات والعوائق التي تقف أمام التحاليل البيولوجية إلا أنه لا يمكن استبعاد اللجوء إلى الخبرة الطبية خصوصاً بعد أن نصّ عليها قانون الأسرة الجزائري، ثم إن الباحث يرى أن طريقة اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية وإدراجها ضمن هذا القانون لإثبات النسب، تعدّ وسيلة علمية حتمية. لكن مع ضرورة تحديد وبدقة كيفية إدماج هذه الوسائل العلمية في القضاء، كذلك الإجراءات الواجب مراعاتها فيه، ولا بدّ من تحديد قيمتها في الإثبات. لأن ترك الأمر جوازي للقاضي في اللجوء أو عدم اللجوء إلى الخبرة الطبية قد يهدر حقوقاً لأطفال أبرياء لا ذنب لهم فيما اقترفه الأولياء.

¹ - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 54.

² - ، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، نفس المرجع.

المبحث الثاني: موقف القضاء المغربي من البصمة الوراثية في مجال إثبات نسب الطفل غير الشرعي

بعد أن استعرضنا مواقف كل من التشريع التونسي والمغربي والجزائري من إثبات نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية، ورغم قبولهم بإدراج وسيلة التحليل الجيني ضمن وسائل إثبات ونفي النسب، بدا جلياً تأثر كل من المشرع المغربي والجزائري بالفقه الإسلامي في هذا المجال، بأن تبنياً لأحكام النسب الواردة في الشريعة الإسلامية والتي تقرّ بانتساب الطفل غير الشرعي للأُم في جميع الحالات دون الأب الحقيقي له، على أساس الحديث النبوي الشريف (الولد للفراش). بالرغم مما توصل إليه العلم الحديث باستخدام تقنية البصمة الوراثية التي لا تكاد تخطيء في الوالدية البيولوجية للطفل. وأمام تغاضي هذه التشريعات عن تنظيم وضعية الأبناء غير الشرعيين والاعتراف بهم صراحة، وإن كان التشريع التونسي يعتبر أول المشرعين العرب الذي أجاز استخدام التحليل الجيني بصدور قانون الأحوال الشخصية بتاريخ 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للطفل المهمل ومجهول النسب، وجعله في مرتبة موازية للإقرار والشهادة، حيث أصبح بمقتضى هذا النص إلحاق نسب الطفل غير الشرعي بأبيه صريحاً.

الأمر الذي سمح لقضاء هذه الدول بإبداء مرونة إزاء الطفل غير الشرعي خصوصاً بعد التعديلات التي طالت قوانينها للأحوال الشخصية، وتمكين هذا الطفل من الظهور بمظهر الطفل الشرعي. وقد اعتمدت محاكم الموضوع لهذه البلدان في العديد من الأحكام التحليل الجيني كوسيلة أصلية ومستقلة عن بقية وسائل إثبات النسب.

هذا ما سوف نوضحه من خلال موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني في إثبات النسب ضمن المطلب الأول، ومدى إمكانية الاعتماد بالخبرة الطبية أمام القضاء المغربي لإثبات النسب كمطلب ثاني، وأخيراً تعامل القضاء الجزائري مع البصمة الوراثية كدليل إثبات للنسب في المطلب الثالث.

المطلب الأول: موقف فقه القضاء التونسي من التحليل الجيني في إثبات نسب الطفل غير الشرعي

بعد ظهور التقنية العلمية والمتمثلة في تحديد خصائص البصمة الوراثية بواسطة التحليل، وتعدّد تطبيقاتها خصوصاً في مجال إثبات البنوة البيولوجية، وواكبت التشريعات ذلك التقدم العلمي، كان المشرع التونسي أول المشرعين العرب من استجاب لذلك بسن قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب. ضمّنه إمكانية اللجوء إلى التحليل الجيني لإسناد لقب الأب المزعوم وتحميله مسؤولية الرعاية والنفقة.

الأمر الذي دفع بالقضاء التونسي إلى إصدار أحكام وقرارات تثبت بمقتضاها إسناد اللقب العائلي للطفل غير الشرعي اعتماداً على تحاليل البصمة الوراثية، وقد كانت اجتهادات استهدفت تحديد مجال اعتماد التحليل سوف نوضّحها من خلال الفرع الأول، ثم بيان أوجه اعتماده في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مجال اعتماد التحليل الجيني

طبقاً لما جاء في الفصل الأول من قانون عدد 75 لسنة 1998 السالف الذكر والمعدّل بالفصل الثالث مكرر من قانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرّخ في 07 جويلية 2003، والمتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، الذي يثبت بواسطة التحليل الجيني، ومنه تحديد هوية أب الطفل المجهول النسب. إذ يعدّ التحليل الجيني وسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية بالرغم من أنّ هذه القوانين عدّدت وسائل إثباتها إلا أنّها استعملت حرف "أو"، بحيث يكفي أن تثبت الرابطة البيولوجية بين الطفل والأب المطلوب بواسطة إجراء التحليل الجيني حتى تصرّح المحكمة بثبوت البنوة وتقضي بإسناد اللقب العائلي للطفل المجهول النسب. حيث اعتبرت المحاكم نتيجة التحليل وسيلة كافية لوحدها لإثبات

الأبوة كما في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت رقم 32292 بتاريخ 21 فبراير 2000.⁽¹⁾

من هنا نستنتج أنّ البنوة عموماً تنقسم إلى بنوة شرعية وغير شرعية، حيث غلب في التطبيق القضائي التونسي الاتجاه الذي قصر مفهوم النسب على من ثبتت بنوته لأبيه في إطار علاقة زوجية شرعية، وهي تفرقة كرسها ظاهرياً القانون عدد 75 لسنة 1998 المنقح بمقتضى القانون عدد 51 لسنة 2003. حيث جاء في جواب السيد وزير العدل وحقوق الإنسان في رده على أسئلة مجلس النواب بمناسبة المداولات المتعلقة بمشروع هذا القانون: "إنّ موضوعي الإرث والنسب تتضمّهما مجلة الأحوال الشخصية، ومبدئياً فإنّ الأمر على هذا الأساس بيّن فالقانونان لا يتعلّقان إلاّ بمن كان مهملاً أو مجهول النسب، ولا مجال لأن تعالج المحاكم مسائل تتعلّق بالنسب باعتماد التحليل الجيني".⁽²⁾

لقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات البنوة غير الشرعية، من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث اقتضت أحكام الفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998...وحيث يتّضح بالاطّلاع على النسخة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور...أنّ أبوة المطلوب للبت...المقام في حقّها لا شكّ فيها بما تكون معه الدّعى والحالة تلك في طريقها واتّجه الحكم لذلك لصالحها".⁽³⁾

من جهة أخرى اعتمدت بعض المحاكم التونسية التحليل الجيني كوسيلة إثبات تكميلية لتعزيز قناعة المحكمة بثبوت بنوة الطّفّل المقام في حقّه بدعى إسناد اللّقب العائلي بحيث يقع الالتجاء إلى الاختبار الجيني كلّما بقي بعض الشكّ حائماً حول بنوة الأب المزعوم رغم وجود إقرار أو شهادة شهود تثبت احتمال البنوة.

(1) - حكم ابتدائي مدني رقم 32292، بتاريخ 21 فبراير 2000 صادر عن المحكمة الابتدائية، تونس، 2000.

أشارت إليه ابن عبد الحميد الدرويش عماد، موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني وآثاره، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003، ص 08.

(2) - ابن عبد الحميد الدرويش عماد، نفس المرجع، ص 03.

(3) - حكم ابتدائي مدني عدد 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس.

أشار إليه الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 31.

ويتجلى هذا الاتجاه خاصة في الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفافس بتاريخ 11 جوان 1999، وتتمثل وقائعه في أنّ والدّة طفلة ولدت خارج إطار الزّواج قد قامت بدعوى في إثبات النّسب مؤسّسة دعواها على شهادة الشّهود فنفي الأب إدّعاءاتها وقد أذنت المحكمة تحضيريًا بإجراء التّحليل الجيني الذي أثبت أبوة الأب المطلوب للنبت المقام في حقّها. فقضت المحكمة بإسنادها لقب الأب مؤسّسة حكمها على أنّ بنوّة الطّفلة ثابتة بموجب شهادة الشّهود السّالمين من القدرح وبالتّحليل الجيني المأذون به من طرف المحكمة.(1)

تارة أخرى اعتبرت المحاكم التّحليل الجيني وسيلة إثبات تنضمّ للإقرار بالأبوة كما في القضيّة عدد 33960 الصّادر فيها حكم ابتدائيّة تونس بتاريخ 12 جوان 2000.(2)

كما أقرّ قانون 28 أكتوبر 1998 إمكانية إثبات الأبوة بمقتضى التّحليل الجيني، فإنه بمقتضى تقيح جويليّة 2003 أقرّ المشرّع إمكانية القيام بدعوى إثبات الأمومة بمقتضى تلك الوسيلة حتّى يتسنى للطّفّل غير الشرعيّ وهو المعني بالأمر من معرفة والديه عن طريق إجراء التّحليل الجيني وحقّ الانتساب إليهما. إذ خولّ هذا القانون للمحكمة اللّجوء إلى تحاليل البصمة الوراثيّة لإثبات الأمومة بنفس الكيفيّة التي تجرى بها تحاليل البصمة الوراثيّة على الأب المحتمل. ولقد جاءت أولى تطبيقات هذا القانون في شكل إذن على عريضة أصدرها الوكيل الأوّل لرئيس المحكمة الابتدائيّة بتونس بتاريخ 03 سبتمبر 2003 تحت عدد 60487، بإجراء تحليل جيني على العارضين لتحقيق ما إذا كان الأبناء من العارضين أبناء لوالدهم وهو أحد العارضين وللمرأة التي لم يرسموا بمضامين ولادتهم على أنّهم أبناء لها.(3) ولئن جاء قانون 28 أكتوبر 1998 المنقّح بقانون 07 جويلية 2003، وأقرّ إمكانية إثبات الأبوة والأمومة بمقتضى التّحليل الجيني في حال وجدت علاقات

(1) - حكم ابتدائي مدني عدد 41164، مؤرخ في 11 جوان 1999، صادر عن المحكمة الابتدائية بصفافس، تونس، 1999.

أشار إليه الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 31.

(2) - حكم ابتدائي مدني عدد 33960، مؤرخ في 12 جوان 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس، 2000.

أشار إليه ابن عبد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 08.

(3) - ابن عبد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 08..

جنسية غير شرعية ونتج عنها أطفالاً ولدوا خارج إطار الزواج ، وهو أمر اتضحت
فعاليته ونجاعته في إيجاد حلول عملية لهاته الشريحة من الأطفال حتى لا تضيع
حقوقهم. لكن ما يدعوا إلى التساؤل في هذا المجال هو الإشكالية الإجرائية المتعلقة
بالاختبار الجيني من حيث السلطة المختصة بهذا الإجراء وفي حالة تعذر إجرائه؟.

الفرع الثاني: أوجه اعتماد التحليل الجيني

لقد أفضت عملية رصد موقف المحاكم من التحليل الجيني إلى الوقوف
على أن التحليل يعتمد سواء أجري بإذن قضائي أو بغير إذن قضائي، وأن هذا
التحليل يعتمد أساساً رضا المعني بالأمر مقوماً له.

أ - سلطة الإذن بإجراء التحليل الجيني: من خلال أحكام الفصل الأول من قانون
1998 السالف ذكره يمكن القول مبدئياً أن الإذن بإجراء التحليل الجيني
من اختصاص المحكمة الابتدائية المتعهدة بدعوى إسناد اللقب العائلي.⁽¹⁾ حيث
ينطلق من رفع قضية في إثبات الأبوة يكون المدعى عليه فيها هو الوالد المزعوم
للطفل المراد إسناد لقب عائلي له، ثم إن القائم بالدعوى يطلب من المحكمة الإذن.⁽²⁾
وبالتالي فإن هذه المحكمة لها أن تأذن بإجراء التحليل الجيني بواسطة حكم
تحضيري وذلك قبل البت في الدعوى. ويمكن أن يطلب إجراء التحليل الجيني القائم
بالدعوى ضمن عريضة دعواه، على غرار ما يكون في جميع الدعاوى المدنية التي
يطلب فيها مبدئياً إجراء اختبار، وهو ما كان في قضية إسناد اللقب عدد 9563 لدى
محكمة عروس الابتدائية وقضية إسناد اللقب عدد 42803 لدى محكمة صفاقس
الابتدائية.⁽³⁾ كما يمكن أن يتقدم بالطلب أثناء نشر القضية. ففي القضية عدد 41164
الصادر فيها حكم ابتدائية صفاقس في 11 جوان 1999، طلبت المدعية الإذن
بإجراء التحليل الجيني لدى التحرير المكتبي فأذن بذلك.

ولا مانع من أن يعتمد في قضية مدنية في إسناد اللقب نتيجة الاختبار المأذون
به في إطار قضية جزائية في الواقعة، كما في القضية التحقيقية عدد 18231 التي

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 37.

(2) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 40.

(3) - ابن عبد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 10.

كان تعهد بها مكتب التحقيق الرابع بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية وأذن فيها قاضي التحقيق بإجراء التحليل الجيني لمعرفة إن كان المولود من صلب المتهم. فإن كان هذا من جانب المحاكم فهل يمكن لغير المحكمة المتعهدة بالدعوى أن تأذن بإجراء التحليل الجيني، وهل أن الاختبار الجيني المأذون به من سلطة غير قضائية من الممكن الاحتجاج به في دعوى إسناد اللقب العائلي؟.

في الأصل أن القانون لا يمنع، وأن المحاكم تعتمد التحاليل الجينية غير المأذون بها قضائياً، حيث أن إجراء التحليل الجيني لا يتوقف دوماً على إذن قضائي، بل إنه قد يكون سابقاً أو منفصلاً تماماً عن دعوى إثبات البنوة، وقد يصدر عن بعض الهيكل الأخرى أيضاً. (1)

في دعوى إسناد اللقب العائلي نظرت فيها المحكمة الابتدائية بالمنستير، على أن الأم المدعية والقائمة بحق ابنتها القاصر أقامت علاقة جنسية مع المدعى عليه نتج عنها حمل ووضع مولودة. فأجري محضر بحث في الغرض تم خلاله عرض المطلوب على التحليل الجيني الذي أثبت أبوته للبننت المقام في حقها وتمت إحالة الأم على المجلس الجنائي لمقاضاتها من أجل البغاء السري. وفي الأثناء قامت الأم بدعوى في إسناد اللقب العائلي في حق ابنتها القاصر مؤسّسة دعواها على محضر البحث وعلى التحليل الجيني الواقع إجراؤه في الغرض، فطعن نائب المطلوب في النتيجة التي أذنت بها الشرطة العدلية والتي توصلت إليها على اعتبار أن المدعية تتعاطى البغاء السري ولها علاقات خنائية مشبوهة مع عدد غير محدد من الرجال فقضت المحكمة لصالح الدعوى، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "...وحيث يتضح بالاطلاع على النتيجة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى على أطراف قضية الحال بمعهد باستور بطلب من رئيس فرقة الشرطة العدلية بالمنستير والتي لا ترى المحكمة أيّ موجب لإعادته أن أبوة المطلوب للبننت...المقام في حقها لا شك فيها".

وفي الحقيقة أن الإذن المجرى في هذه القضية لا يخرج عن كونه تطبيقاً لمقتضيات المنشور الصادر عن وزير الصحة العمومية تحت عدد 128 والمورخ

(1) - الزيتي نور الدين، المرجع السابق، ص 41.

في 27 نوفمبر 1999 المتعلق بإحداث لجان خاصة تتولّى العناية بالأطفال المولودين خارج إطار الزواج، وتمّ تكليف هذه اللجان بإعداد ملف لكل امرأة تقد إلى الهياكل الصحيّة العموميّة لإجراء الفحوصات والرقابة الأوليّة أو للولادة دون أن تدلي بما يفيد أنّها متزوّجة، وذلك قصد ضمان الإحاطة اللازمّة للطفل ولوالدته وتسهيل إجراءات إثبات النسب بالتّوسط لدى الأب للاعتراف بأبوتّه، أو بعرضه عند الاقتضاء على التّحليل الجيني.⁽¹⁾

وقد أصبح يقدّم من بين أوراق ملف دعوى إسناد اللّقب تصريح على الشّرف ممضى من الأب في كونه يفوّض الأمر لمن له النّظر لإتمام إجراءات التّرسيم وإسناد اللّقب العائلي.

لقد سبق للمحكمة الابتدائيّة بتونس في القضيّة رقم 33680 الصّادر فيها حكمها بتاريخ 14 جوان 2000⁽²⁾ أن تبت في دفع بصدور الإذن بالتّحاليل عن غير السّلطة القضائيّة. فورد في إحدى حيثيّات هذا الحكم: "...كما أنّ منازعه في نتيجة الاختبار في غير طريقها باعتبار أنّ القانون عدد 75 لسنة 1998 لم يشترط أن يكون التّحليل الجيني بإذن قضائي وترى المحكمة اعتماده لابناء نتيجته على معطيات علميّة أجازها القانون سيما وقد أبدى المدعى عليه استعداده لإسناد لقبه العائلي للابن في صورته ثبوت أبوتّه له بواسطة التّحليل الجيني".

عموماً ما جاء به المنشور من تخويل للشرطة العدليّة بالإذن بإجراء التّحليل الجيني، ولئن كان يخدم مصلحة الطفل ويوفّر له أكثر الحظوظ لإثبات بنوتّه، إلاّ أنّه في رأي بعض الفقهاء⁽³⁾ يعدّ تعسفاً في حقّ الأب المزعوم وتعدّيّاً على حياته الخاصّة من طرف سلطة غير مؤهّلة قانوناً لذلك، خاصّة وأنّ هذه السّلطة قد تستغل ما لها من نفوذ لإخضاعه إلى التّحليل الجيني، وعليه فمهما يكن من أمر فإنّ قبول التّحليل الجيني كوسيلة لإثبات البنوة في قانون 1998 يجب إحاطته بضوابط و ضمانات حتّى لا تنتهك حقوق المتقاضين.

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 37.

(2) - ابن عيد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 11.

(3) - سكرة أنيس، نفس المرجع، ص 38.

ب - الرضا والتحليل الجيني: إنّ إجراء التحليل الجيني في إطار دعوى إسناد اللقب العائلي الهدف منه هو تحديد أب الطفل المجهول النسب حتى تقضي المحكمة بإسناد اللقب العائلي إذا أثبتت علاقة البنوة، وهو ما يفترض بالضرورة إجراء مقارنة بين الخاصيات الوراثية لذلك الطفل والأب المزعوم بما يتعيّن معه إلزام أحد الطرفين بتمكين الطبيب من انتزاع العينات التي ستشكل مادة الاختبار. (1) ولا شك أنّ التحليل الجيني فيه مساس بحرمة الجسد لذلك كان الرضا في قبول إجرائه مقومًا أساسيًا من مقومات اعتماده.

ولئن لم ينص المشرع التونسي على الرضا شرطاً لإجراء التحليل الجيني، فلقد ثبت من الاطلاع على بعض الملفات والأحكام التحضيرية والمأموريات الصادرة بإجراء التحليل الجيني أنّ ذلك يتم برضا المعني بالأمر، بل إنّ القضاء حريص كلّ الحرص على ذلك. (2)

في القضية عدد 46183 والتي أشير إلى كونها ما زالت على بساط النشر بابتدائية تونس لم تأذن المحكمة بالتحليل الجيني إلا بعد التحرير على جميع الأطراف وإبداء هؤلاء استعدادهم لذلك.

لاشك أنّ غصب المدعى عليه على تقديم خلية من خلاياه لإخضاعها للتحليل الجيني أمر غير ممكن ولا مقبول في القانون التونسي ضرورة أنّه يتنافى مع حرمة الفرد التي أقرّها الفصل الخامس من الدستور، كما أنّه يعدّ خرقاً للقانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية والذي أقرّ حقّ الشخص في السلامة الجسدية. (3)

ولمّا كان إكراه المدعى عليه على إعطاء خلية من خلاياه أمراً غير مستساغ ولا مقبول قانوناً في التشريع التونسي، فإنّ الحلّ الذي قد يرتئيه البعض لهذه المشكلة يتمثّل في اعتبار أنّ رفض الوالد المزعوم يقوم مقام الإقرار الضمني منه

(1) - سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 39.

(2) - ابن عيد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 12.

(3) - الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 42.

بالأبوة، ومن ثمة فإنّ في وسع المحكمة أن تقضي بإثبات الأبوة وإسناد لقب الشخص الرافض لإجراء التحليل الجيني للطفل.

هذا ما كرّسته بعض المحاكم التونسية فعلاً، حيث اعتبرت المحكمة الابتدائية بصفاقس ضمن حكمها عدد 42123 المؤرّخ في 25 جوان 1999، أنّ امتناع المطلوب غير المبرّر عن الاتّصال بالحكيم المنتدب للخضوع للتحاليل اللازمة رغم علمه بذلك وتعهّده بإجرائها يعدّ إقراراً منه بثبوت نسب الطفل بلال إليه تطبيقاً لأحكام الفصل 492 من مجلّة الالتزامات والعقود.⁽¹⁾

وفي قرارها عدد 13936 بتاريخ 12 جويلية 2000، اعتبرت محكمة الاستئناف بالمنستير أنّ رفض الوالد المزعوم إجراء التحليل الجيني لا يعدو كونه إقراراً حكماً بالأبوة عملاً بأحكام الفصل 492 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسية.⁽²⁾

وفي هذا السياق فقد أصدرت المحكمة الابتدائية بتونس حكمها عدد 25863 بتاريخ 19 نوفمبر 1999 الذي جاء فيه بالخصوص قول المحكمة: "...وحيث أنّه يتواجد المدعى عليه بالمستشفى زمن الولادة وتكفّله بمصاريفها وزواجه فيما بعد بالمدعية تجتمع القرائن وتتوفّر الأدلّة على كونه الأب الحقيقي للبنات، ولو كان غير ذلك لعرض نفسه على التحاليل ولما تخلف عن الحضور...".⁽³⁾

وفي القرار عدد 10020 بتاريخ 12 أكتوبر 2000 رأت محكمة التعقيب بتونس أنّ اعتبار محكمة الموضوع رفض التّقدم للتحليل الجيني إقراراً ضمناً أم يدخل ضمن سلطتها التقديرية.⁽⁴⁾

(1) - حكم ابتدائي مدني رقم 42123، بتاريخ 25 جوان 1999، صادر عن محكمة صفاقس الابتدائية، تونس، 1999.

أشار إليه سكرة أنيس، المرجع السابق، ص 42.

(2) - قرار استئنافي مدني عدد 13936، بتاريخ 12 جويلية 2000، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، تونس.

أشار إليه الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 42.

(3) - حكم ابتدائي مدني عدد 25863، بتاريخ 09 نوفمبر 1999، المحكمة الابتدائية بتونس، 1999.

أشار إليه الزياتي نور الدين، نفس المرجع، ص 43.

(4) - قرار تعقيبي عدد 10020، بتاريخ 12 أكتوبر 2000، نشرية محكمة التعقيب، تونس.

أشار إليه ابن عبد الحميد الدرويش عماد، المرجع السابق، ص 14.

في الأخير، فإن إقرار المشرع للتحليل الجيني كوسيلة لإثبات البنية غير الشرعية أمر في صالح هذه الفئة المحرومة من أكبر الحقوق وهي الهوية الشخصية للطفل المولود خارج إطار الزواج. لكن يجب أن يقترن هذا ببيان النظام القانوني لهذا الإجراء حتى يتسنى للقضاء إيجاد حلول للعديد من الإشكالات المطروحة وتفادياً للتناقض في المواقف، باعتبار أن النصوص التشريعية تركت المجال مفتوحاً أمام القاضي والمتقاضي في نفس الوقت دون توضيح لكيفية الإجراءات المتبعة ودون إلزام للأب المطلوب لذلك.

المطلب الثاني: مدى إمكانية الاعتداد بالبصمة الوراثية أمام القضاء المغربي لإثبات نسب الطفل غير الشرعي

إذا كان المشرع المغربي قد سنّ قوانين أقرّ فيها اعتماده على الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه، إلا أنه لم يوضح صراحة النظام القانوني لإجراء هذه التحاليل، ولم يدع لإجبار أو إلزام الشخص المطلوب بالقيام بها. ولهذا فالنصوص القانونية إذا لم تطبق لا قيمة لها، وهنا يبرز لنا دور القاضي في تفعيل النص القانوني وذلك بتطبيقه السليم لهذه النصوص، وفي هذا الإطار حاول القضاء المغربي إعطاء الحقوق لأصحابها في ميدان النسب، علماً أن القضاء المغربي كان له موقف سلبي قبل صدور مدونة الأسرة فيما يخص دور الخبرة الطبية في إثبات ونفي النسب.

وعليه سوف نقوم بمعالجة هذا الموضوع وفق مرحلتين: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة في الفرع الأول، وموقفه منها في إثبات النسب مرحلة صدور مدونة الأسرة ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة

لقد استقرّ العمل القضائي على عدم الأخذ بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه في ظلّ مدونة الأحوال الشخصية ورفضها عامّة كوسيلة من وسائل الإثبات في هذا المجال رغم الاعتداد بها في ميادين أخرى عند بثّه في منازعات تهمّ

الأحوال الشخصية مبرراً موقفه هذا بعدم ورود في المدونة نصوص صريحة تشجع على اعتمادها. (1) ثم إنه ليس في الفقه الإسلامي ما يثبت بوضوح اللجوء إليها في هذا المجال.

من أهم القضايا في الموضوع قضية عرضت على محكمة الاستئناف بأكادير، حيث يطلب فيها الأب بعدم إلحاق الولد بنسبه لأنه عقيم لا يلد، مؤكداً ادعائه بشهادة طبية، غير أن محكمة الموضوع رفضت الطلب بعلّة أن التحليلات الطبية لا تفيد وتثبت العقم، لا يمكن الاعتماد عليها من الناحية الشرعية في إثبات النسب، وطعن المدعي بالنقض منتقداً القرار المطعون فيه لأنه لا يركز على أساس عدم التعليل، لكن المجلس الأعلى رفض الطعن بناءً على أن: "...ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل الواحد والتسعين من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الطبي". (2)

إن المجلس الأعلى في هذا القرار يستبعد صراحة وسيلة التحليل الطبي عامّة كوسيلة يمكن الاعتماد بها في إثبات أو نفي النسب، باعتباره صراحة أنها ليست من الوسائل المقررة شرعاً، والممكن اعتمادها من قبل القاضي.

إضافة إلى هذه المواقف القضائية التي لا تفيد بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب هناك قرار رقم 780 صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2002 عن المجلس الأعلى، والذي لم يعتبر الخبرة الطبية من الوسائل المقررة شرعاً لإثبات النسب. (3)

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 08 سبتمبر 1992 جاء في إحدى حيثياته: "...لكن رداً على الأسباب أن محكمة الاستئناف لما علّلت قرارها بأن الولد للفراش وفسرت مضمونه وردت على الشهادة الطبية بأنها غير كاملة وتبنت كذلك تعليل الحكم الابتدائي الذي ردّ على الفحص الطبي الذي أثبت أن قدرة الطاعن

(1) - برجواوي خالد، المرجع السابق، ص 659.

(2) - قرار المجلس الأعلى عدد 527، بتاريخ 15 سبتمبر 1991، ملف اجتماعي رقم 91/217، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 30، 1991، ص 95. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

(3) - قرار المجلس الأعلى رقم 780، مؤرخ في 13 أكتوبر 2002، ملف شرعي عدد 2002/1/2/132، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، عدد مزدوج 59 - 60، سنة 2002، ص 223.

على الإنجاب ضعيفة جداً ومنعدمة تقريباً لا يفيدُه لفوات أو انه ولمخالفته للقواعد
الفقهية تكون طبقت الفصل 89 تطبيقاً سليماً.⁽¹⁾

يتبين من هذا القرار أن المجلس الأعلى أكد في ظل المدونة القديمة
مع المحاكم الدنيا رفض الاعتماد على الخبرة الطبية في مجال النسب، لأن ذلك
يخالف القواعد الفقهية، وهو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك.

وقد سبق للمجلس الأعلى أن أكد موقفه هذا في قرار آخر صادر بتاريخ
09 فبراير 1982 ورد فيه: "...حيث أن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها
إلا بالوسائل المقررة شرعاً لنفي النسب، وأنه إذا كان الشرع والقانون يعتمدان برأي
الخبير من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتمدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب
استناداً إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب
عن طريق اللعان...".⁽²⁾

في نفس التوجهات والبراهين اعتمدها المجلس الأعلى في قرار له سابق
على هذه القرارات، حيث أكد في هذا القرار الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 1981،
ما قرّره محكمة الاستئناف من كون "...التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يعتمد
عليها في نظر الشرع..."، والتي رفضت بذلك طلب الزوج عدم إلحاق الولد به.

وفي نفس الاتجاه ذهبت إحدى محاكم المملكة المغربية إلى رفض العمل
بالخبرة الطبية وإثبات نسب الولد الناتج عن عملية اغتصاب. حيث جاء في مقال
بإحدى الجرائد المغربية اليومية بتاريخ 17 أبريل 2008 بعنوان حكم استئنافي يثبت
نسب الطفل للمغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه. فرغم صدور الحكم
الاستئنافي بثبوت نسب الطفل لأبيه المغتصب، وجدت المغتصبة نفسها أمام مشكلة
أخرى، وتتمثل في تسجيل الابن في الحالة المدنية، فرفعت قضية أخرى أمام محكمة
الأسرة، لكن حسب مقتضيات المادة 152 من مدونة الأسرة، فثبوت النسب يتم
في حالتين لا ثالث لهما وهما الفراش، والوطء للشبهة مع وجوب فهم الإقرار

(1) - قرار المجلس الأعلى عدد 966، ملف الأحوال الشخصية والميراث 87/5457، المغرب، غير منشور.

أشار إليه براجوي خالد، المرجع السابق، ص 660.

(2) - زريويل محمد، المرجع السابق.

على ضرورة أن يصدر في إطار الحالتين المذكورتين، وأن الخبرة التي أمرت بها المحكمة الجنائية كانت لإثبات واقعة الاغتصاب التي نفاها المدعى عليه، وليس لإثبات نسب الولد المزداد نتيجة هذه الواقعة، وما دامت المحكمة قد أدانت المدعى عليه من أجل اغتصابه للمدعية، فإن ذلك يؤكد أن الوطاء الذي تمّ بين المدعى عليه كان زنا، فحكم القاضي وبناءً على اجتهاد للشيخ خليل بالألحاق نسب الولد الناتج عن الوطاء، وبالتالي فالطفل إبراهيم هو ابن زنا مقطوع النسب حسب اجتهاد الشيخ خليل، مما يكون معه طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم، فتعيّن التصريح برفضه.⁽¹⁾

هذا ما يؤكد كلامنا في مقدّمة هذا المطلب على أن المشرّع المغربي لا زال متأثراً بالفقه الإسلامي حتى في ظلّ مدونة الأسرة المعدّلة، وما يزيده تأكيداً هو غموض النصوص القانونية التي أورت العمل بالبصمة الوراثية وترك السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ أو عدم الأخذ بهذه الخبرة مما أدى إلى الاختلاف في المواقف القضائية.

في نفس الاتجاه أيضاً ذهب المجلس الأعلى بغرفة السّت مجتمعة إلى عدم الأخذ بالخبرة الطّبيّة عن طريق تحاليل الدّم في إثبات نسب البنت التي ولدت داخل أجل سنة من تاريخ طلاق الأم رغم إدلاء الطّالب بحكم نهائي صادر عن محكمة المنازعات الكبرى بتولوز بفرنسا، والذي أقرّ بأنّ البنت ليست من صلبه اعتماداً على ما جاء في الخبرة الطّبيّة وذلك اعتماداً على ما جاء في الفصل السادس والسّبعين من مدوّنة الأحوال الشّخصيّة.⁽²⁾ ذلك لكون أنّه كان في وسع الزّوج الطّاعن نفي النّسب عن طريق اللّعان. واعتبر هذا القرار أنّه رغم وجود اتّفاقيّة بشأنّ التعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسيّة.⁽³⁾ فإنّ تطبيق هذه

(1) - كريم سناء، «حكم استثنائي يثبت نسب الطّفل المغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه»، جريدة التجديد المغربية، بتاريخ

<http://www.maghress.com/attajdid/41020>

17 أفريل 2008:

(2) - زربويل محمد، المرجع السابق.

(3) - قرار المجلس الأعلى عدد 658، بتاريخ 30 ديسمبر 2004، ملف جنائي عدد 2003/1/2/556، مجلة الملف المغربية،

العدد 07، أكتوبر 2005، ص 232.

الاتفاقية رهين بعدم مخالفة قانون إحدى هذه الدول لقواعد النظام العام في الدول الأخرى.

فالفصل الرابع من هذه الاتفاقية ينصّ على أنه: "لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافياً بصورة واضحة للنظام العام".⁽¹⁾

يظهر إذن من التوجه القضائي المغربي قبل صدور مدونة الأسرة رفض الاستناد على الخبرة الطبية عامة في إثبات ونفي النسب، وبالأحرى الاعتماد على البصمات الوراثية. إلا أن المجلس الأعلى تدارك هذا الأمر وأصدر قراراً بتاريخ 09 مارس 2005 صرح فيه بأنه يتعين الأخذ بالخبرة الطبية فيما يخصّ إثبات ونفي النسب. حيث جاء في هذا القرار: "...أنه وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث في وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً، ومن بينها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها، والمحكمة لما اكتفت بالقول رداً على ملتصق إجراء الخبرة بأن ما تمسكّ به الطالب يخالف الفقه والحديث الشريف دون اعتماد نص قاطع في الموضوع. فإنها لم تضع لما قالت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض".⁽²⁾

باستثناء القرار الأخير فإن مجموع الأحكام والقرارات السابقة تستبعد العمل بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب ونفيه وبالتالي ما يمكن ملاحظته هو التناقض الواضح بين ما آلت إليه العلوم الحديثة من استحداث وسائل تمكّن القضاء من الوصول إلى الحقيقة في معرفة الأب البيولوجي. ومن ثمّ إنصاف وعدل الطفل غير الشرعيّ، وبين ما ذهب إليه القضاء المغربي في استبعاده للخبرة الطبية في مجال إثبات النسب. غير أنّ القرار الأخير يعدّ تحولاً في مسار المجلس الأعلى

(1) - الفصل: 04 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في أوت 1981، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 76، العدد 3910 بتاريخ 04 أكتوبر 1987، ص 924.

(2) - قرار المجلس الأعلى عدد 156، بتاريخ 09 مارس 2005، ملف شرعي عدد 2003/1/2/615، مجلة قضاء الأسرة، العدد 01، جويلية 2005، ص 91. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

وهو اتجاه سليم ولعلّ التعديلات التي عرفتها مدونة الأحوال الشخصية كان لها الأثر في هذا التوجه الجديد.

الفرع الثاني: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب مرحلة صدور مدونة الأسرة

كثيرة هي المنازعات الحاصلة بين الزوجين بخصوص نسب بعض الأبناء إليهما والمطروحة أمام القضاء بصدد إثبات ونفي النسب، ويشجع ذلك كثرة عقود الزواج غير الموثقة في المغرب لعدم احترام شكلية الإشهاد بالكتابة أمام العدلين، فهذا الفراغ القانوني يشجع الآباء ذوي النية السيئة على نفي نسب أولادهم في أحيان كثيرة، ناهيك عن العلاقات الجنسية غير الشرعية وحالات الاغتصاب التي يتولد عنها أطفال غير شرعيين.

وبناءً على هذه المعطيات فإنّ اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة قطعية وحاسمة في إثبات النسب، سنقل من مثل هذه القضايا وتساعد القضاء على تحقيق العدالة والإنصاف، وإنقاذ الكثير من الأطفال والنساء من الضياع.

بهذا نجد القضاء المغربي بعد صدور مدونة الأسرة المغربية يأخذ بالخبرة الطبية في إثبات ونفي النسب بعد أن أظهر المشرع المغربي نيته بقبول اعتماد الخبرة الطبية ضمن وسائل إثبات النسب، كما يظهر ذلك من خلال النص في المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببيّنة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية".

يظهر ذلك أيضاً من خلال النص في المادة 153 على: "...أن نفي النسب لا يمكن أن يتم من قبل الزوج سوى عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع...".⁽¹⁾ والمشرع في هذين النصين أورد السند القانوني الذي يمكن أن يستند إليه القاضي في الاستعانة بالخبرة في مجال إثبات ونفي النسب.

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي المغربي الصادر بعد دخول المدونة الجديدة حيز التنفيذ، نجد أنه أقرّ أهمية اللجوء إليها وهذا ما يظهر من خلال حكم المحكمة

(1) - برجواي خالد، المرجع السابق، ص 06.

الابتدائية بالدار البيضاء قسم قضاء الأسرة بتاريخ 24 أكتوبر 2005، قضى بأنه: "...وحيث أن من القرائن التي يمكن اعتمادها كذلك لوجود العلاقة الزوجية الخبرة المثبتة لعلاقة البنوة إلى المدعى عليه بالإضافة إلى الاستماع إلى الشهود. حيث أنه تبعاً لذلك فقد أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية حول وجود علاقة بيولوجية بين المدعى عليه والبنات المزدادة بتاريخ 13 جوان 1989، مع استعمال جميع الوسائل العلمية والطبية التي من شأنها إثبات ما هو وارد أعلاه. حيث أنجز تقرير طبي من طرف المختبر الوطني للشرطة العلمية مؤرخ في 21 فبراير 2005 الذي جاء فيه أنه أخذ عينة لعاب السيدة (ج) والسيد (و) المدعى عليه والطفلة (ة) لإجراء خبرة جينية لتحديد العلاقة البيولوجية ما بين الطفلة (ة) بنت (و). وبناءً عليه يتبين من خلال نتائج الخبرة الجينية بثبوت بنوة الطفلة (ة) للمسمى (و) بنسبة تفوق 99,99%..." (1).

كما أصدرت نفس المحكمة قسم قضاء الأسرة بتاريخ 06 جوان 2005 حكماً جاء في حيثياته ما يلي: "...وحيث انتهى المختبر الوطني للشرطة العلمية في تقريره على أنه من خلال نتائج الخبرة الجينية تثبت بنوة الإخوة (م) و(و) و(ن) للمسمى (ع).

حيث بناءً على ما ذكر أعلاه، وبناءً على ما جاء في تقرير الخبرة يبقى دفع المدعى عليه كون كل من (ن) و(و) و(م) ليسوا من صلبه مردوداً، ويتعين بالتالي الحكم بثبوت نسب هؤلاء الآخرين لوالدهم (ع) على اعتبارات نسب الولد يثبت بفراش الزوجة إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحاً أو فاسداً..." (2).

(1) - حكم ابتدائي رقم 7198، مؤرخ في 24 أكتوبر 2005، ملف رقم 03/619، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه زربويل محمد، المرجع السابق.

(2) - حكم ابتدائي رقم 4239، مؤرخ في 06 جوان 2005، ملف رقم 03/387، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب. غير منشور. أشار إليه زربويل محمد، نفس المرجع.

من بين المحاكم الابتدائية التي اعتمدت على الخبرة الطبية في إثبات النسب، المحكمة الابتدائية بالرباط التي قضت بثبوت الزوجية وثبوت نسب الابن لأبيه المدعى عليه.⁽¹⁾

في حكم استئنافي تمّ فيه نسب الطفل لمغتصب الفتاة (أ - أع). وبناءً على المقال المقدم من طرفها من خلال محاميها بتاريخ 26 سبتمبر 2006، عرضت أنها اغتصبت من طرف المدعى عليه (ه - أ) وأدين من أجل ذلك في الملف الجنائي رقم 428/03 ابتدائياً، وقررت محكمة الاستئناف أن تأخذ بالحكم ذاته بناءً على البراهين التي قدّمها محامي الضحية وحكم عليه بعقوبة حبسية لأربع سنوات. إلا أنه نتيجة ذلك الاغتصاب حبلت الضحية وولدت على إثره طفلاً أسمته إبراهيم، إلا أن المدعى عليه لا يتجاوز العشرين من عمره أنكر عملية الاعتداء بالاغتصاب التي قام بها في الخلاء. فلجأت الضحية من خلال محاميها إلى طلب إنجاز الخبرة الطبية الجينية حول الحامض النووي لإثبات حالة الاغتصاب والأبوة معاً.

أوضحت نتائج الخبرة الطبية في الموضوع الذي أدلت به الضحية أن الجاني اغتصب الضحية بالفعل، وانبنى القرار الاستئنافي على هذه النتيجة لتؤكد الحكم بثبوت نسب الطفل إبراهيم المزداد في 27 جانفي 2004 لوالده الجاني (ه - أ). والحكم تبعاً على ذلك بتسجيله في سجلات الحالة المدنية وأرفق المقال بشهادة إدارية تتعلق بالميلاد. وبناءً على مستنتجات النيابة العامة المسجلة تحت عدد 2747/06 بتاريخ 15 نوفمبر 2006 والتي التمسّت من خلالها البت في النّازلة طبقاً للقانون.⁽²⁾ يبدو أن القضاء المغربي قد تعامل بنوع من الليونة مع هذه الوسيلة وهي البصمة الوراثية، تفعيلاً منه بمجموعة من النصوص القانونية المتضمنة بمدونة الأسرة المغربية وسنحاول إبراز مجموعة أخرى من الأحكام والقرارات التي تمّ

(1) - حكم ابتدائي رقم 555، بتاريخ 13 أفريل 2006، ملف عدد 03/129/10، المحكمة الابتدائية بالرباط، مجلة قضاء الأسرة، العدد 03، ديسمبر 2006، ص 72.

(2) - كريم سناء، حكم استئنافي يثبت نسب الطفل المغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه، المرجع السابق.

الإطلاع عليها والتي في مجملها تتجه إلى الأخذ بالخبرة الطبيّة إثراءً وتدعيماً للموضوع.

وهكذا ذهبت المحكمة الابتدائية بالرشيدية في إحدى حيثيات الحكم الصادر عنها بتاريخ 28 سبتمبر 2006: "...وحيث أنّ سلوك الزوج لإجراء طلب الخبرة بخصوص نسب البنت...يغني عن مناقشة الشّروط الفقهية لممارسة اللّعان للخيار الذي تخوّله له المادة 153... .وحيث خلاص تقرير الخبرة المنجزة إلى أنّ السيّد...ليس هو الأب البيولوجي للطفلة...ابنة السيّد...وإنّ بنوّته للبنت مستحيلة استحالة تامّة...". (1)

قد سائر العمل القضائي الموقف الفقهي القاضي باعتبار الخبرة الجينية حجة قاطعة، حيث ورد في إحدى حيثيات الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 12 أبريل 2005: "...حيث إنّ من المعلوم وفق ما توصل إليه العلم الحديث أنّ نتائج الخبرة الجينية لتحديد الروابط البيولوجية بين الأفراد والمنصبة على تحليل الحامض النووي أو ما يصطلح عليه بالـ ADN تعتبر صحيحة ويقينية بدرجة لا يرقى إليها الشك ولا تحتل خطأ إلا بنسبة ضعيفة جداً لا ترقى إلى درجة الاعتبار...". (2)

قد أقرّ المجلس الأعلى في القرار المؤرّخ في 18 جانفي 2006 العمل بالخبرة الطبيّة جاء في حيثياته: "...حيث صحّ ما عابه السبب ذلك أنّ الفرائش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب شرط تحقق الامكانيين العادي والشرعي والثابت من أوراق الملف أنّ الطاعن نازع في نسب الابن إليه وادّعى أنّه لم يتصل بالمطلوبة منذ ازدياد الأوّل، أي أنّه استبرأها بعد هذا الوضع وأدّى يمين اللّعان على ذلك، في حين رفضت المطلوبة أداءها رغم توصلها كما رفضت الحضور أثناء أدائه اليمين ورفضت كذلك الخبرة والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولود إليه وتمسكّ بها، والمحكمة لما علّلت قرارها بأنّ الخبرة ليست من وسائل نفي النسب

(1) - وزارة العدل، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، المغرب: جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية،

المغرب، العدد 10 فبراير 2009، ص 255.

(2) - وزارة العدل، نفس المرجع، ص 250.

شرعاً في حين أنّ المادة 153 من مدوّنة الأسرة النافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه والواجبة التطبيق والتي تنصّ على الخبرة القضائيّة من وسائل الطّعن في النسب إثباتاً أو نفيّاً تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس ولم تعلّله تعليلاً سليماً ممّا يعرّضه للنقض".⁽¹⁾

من الملاحظ على هذه القرارات التي أظهرت التّوجه القضائي في مجال قضاء الأسرة والحلول الملائمة لها، أنّ القاضي يمارس سلطته التقديرية في اللّجوء إلى الخبرة الطبيّة أو عدم اللّجوء إليها، كون المشرّع لم يشر إليها صراحة ولم يلزم القاضي بها. يبقى السّؤال مطروحاً في حالة امتناع المطلوب بالخبرة الخضوع لها؟. حيث يؤكّد جانب من الفقه⁽²⁾ على ضرورة اعتبار هذا الرّفص بمثابة إقرار بأبوة المدّعي عليه، هذا ما يؤكّده حكم صادر عن المحكمة الابتدائيّة بالدار البيضاء، حيث امتنع المدّعي عليه من الامتثال للخبرة الطبيّة جاء فيه ما يلي: "...وقد أكّد الخبير المذكور كون السيّدة (ح) حضرت رفقة الطّفلة (ع) الموعد المحدّد بينما أدلى السيّد (م) بمذكرة جوابية مؤرّخة بتاريخ 12 جويلية 2004 يتعرّض فيها على إجراء الخبرة الطبيّة ويتمسك بمسطرة اللّعان لنفي النسب ممّا تعذّر معه إنجاز المهمّة الموكلة إليه.

حيث أنّ امتناع المدّعي عليه من الامتثال للخبرة الطبيّة المأمور بها بمقتضى الحكم التمهيدي وكذا بناءً على ما جاء في مضمون الشّواهد الطبيّة المشار لها أعلاه التي تبين من خلالها أنّ بداية حمل المدّعي عليها ترجع لتاريخ 29 أوت 2003. في حين أقرّ المدّعي كونه ظلّ على اتّصال بزوجته ويعاشرها معاشرة الزّواج إلى غاية 31 أوت 2003. ممّا يتبيّن معه كون اعتزال المدّعي لزوجته المدّعي عليها لم يتمّ إلاّ بعد وقوع الحمل. وبالتالي تبقى دعوى اللّعان هاته مفترقة لأهمّ شروطها المتمثّلة في استبراء الزّوجة واعتزال الزّوج لها مباشرة بعد

(1) - قرار المجلس الأعلى عدد 37، المؤرخ في 18 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، مجلة قضاء المجلس

الأعلى، المغرب، العدد 66، 2006، ص 69.

(2) - زريويل محمد، المرجع السابق.

طهرها من الحيض. مما يجعل طلب المدعي لكل ذلك غير مؤسس ويتعين بالتالي رفضه". (1)

وعن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أيضاً أصدرت في 15 نوفمبر 2007 الحكم رقم 5593 في الملف عدد 815/05 قضى بثبوت نسب الابن لوالده ورفض باقي الطلبات وتحميله المصاريف لكون الأب رفض الخضوع لإجراء الخبرة الطبية أمام المختبر العلمي للأمن الوطني. جاء في حيثياته: "...حيث أن عدم حضور المدعى عليه لإنجاز الخبرة المأمور بها وإصراره على ذلك حسب ما هو ثابت من خلال المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف دفاعه بالجلسة يعتبر تملصاً من تنفيذ قرار إجراء الخبرة الجينية.

وحيث أن امتناعه الصريح عن إجراء الخبرة الجينية المأمور بها قضائياً والتي تعدّ حسب نص القانون من بين وسائل إثبات النسب تعتبر حجة قاطعة على صحة أقوال المدعية بخصوص نسب الابن إليه.

حيث أن ما يعرض هذه الحجة هو واقعة الخطوبة التي ثبت قيامها للمحكمة في هذه النازلة...حكمت المحكمة بثبوت النسب...". (2)

أخيراً، وإن كانت مدونة الأسرة المغربية لم تنص صراحة على الخبرة الطبية المعتمد على البصمة الوراثية، فإن القضاء المغربي من خلال الاجتهادات السابقة كرّس هذا الأمر بوضوح. ومن خلال تطبيقاته ساهم في تطوير الممارسة العملية في مجال إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية مبرزاً فعالية هذه الوسيلة في تحقيق العدالة والإنصاف لفئة من الأطفال تبدو كطرف ضعيف مهضومة الحقوق. ومن أهمها الحق في الانتساب إلى أبوين حقيقيين حتى يتمكنوا من رعايتهم والنفقة عليهم مما يحميهم من الأخطار والأضرار التي تعترضهم.

الأمر الذي كرّسه حكم المحكمة الابتدائية بفاس، حيث جاء فيه: "...وحيث إنه إعمالاً لهذا المقتضى فقد أمرت المحكمة تمهيداً بإجراء خبرة على الحامض النووي

(1) - حكم ابتدائي رقم 15814، بتاريخ 10 مارس 2005، ملف رقم 03/767، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه زربويل محمد، المرجع السابق.

(2) - حكم ابتدائي رقم 5593 بتاريخ 15 نوفمبر 2007، ملف عدد 815/05، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه الصغير هادن، المرجع السابق.

لكلّ من المدعى عليه والطفلة...لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تنسّلت من صلب المدعى عليه...وحيث تمّ إنجاز تقرير الخبرة من قبل المختبر المنتدب والذي خلص فيه إلى القول بأنّ السيد...هو فعلاً الأب الطبيعي للطفلة...بنسبة 99,99%، وحيث إنه بالبناء على هذه العلل مجتمعة، فقد اقتنعت المحكمة جازمة بأنّ الشّروط المنصوص عليها بمقتضى المادة 156 من المدونة قام الدليل على توافرها في نازلة الحال، كما أنّ تقرير الخبرة جاء شاهداً بلسان حاله على تنسّل الطفلة من صلب والدها المدعى عليه... . حكمت المحكمة عانياً ابتدائياً بمثابة حضوري في الشّكل: بقبول الطّلب، وفي الموضوع: بثبوت نسب الطفلة لوالدها عثمان...»⁽¹⁾

المطلب الثالث: تعامل القضاء الجزائري مع البصمة الوراثية كدليل لإثبات نسب الطفل غير الشرعيّ

لقد اتضح تأثر المشرّع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 بسبب التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث طرق علمية لإثبات النسب التي نصّت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة: "...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب". إلا أنّ ذلك فتح باب لاختلاف فقهي حول مسألة سلطة القاضي في تقدير هذه الطّرق العلميّة، خصوصاً وأنّ المشرّع الجزائري لم يحصر أو يوضّح مجال تطبيقها، ثمّ إنه ترك المجال مفتوحاً للقاضي حينما استعمل عبارة "يجوز". فإذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطّرق العلميّة فلا بدّ له من اللجوء إلى الاستعانة بأصحاب خبراء البيولوجيا كون العملية تتطلّب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدّقيقة والتي على ضوئها يكون الحكم في النزاع المعروض، ولذلك فهل يأخذ القاضي برأي الخبير أم أنه غير ملزم بذلك؟.

فلا يمكن بأيّ حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطّرق العلميّة إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء المتخصّصين

(1) - حكم ابتدائي رقم 4650، ملف رقم 05/1/3181، بتاريخ 2007/10/15، المحكمة الابتدائية بفاس، المغرب، حكم غير منشور. أشار إليه برجواوي خالد، المرجع السابق، ص 661.

في مجال البيولوجيا للوصول إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية يمكن اعتمادها لدى الفصل في النزاع قصد الوصول إلى الحقيقة، ومن ثمّ مساعدته على تحقيق العدالة وإنقاذ العديد من الأطفال المحرومين من الرعاية الوالدية بسبب تنكّر أوليائهم في الانتساب إليهم.

معلوم أنّ القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لم يكن يأخذ بالخبرة الطبية كدليل لإثبات النسب، وإنّما ظلّ متمسكاً بالطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والبيّنة والتي تتمثل أساساً في شهادة الشهود، الأمر الذي سوف نوضّحه في بيان موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظلّ قانون الأسرة 11/84 ضمن الفرع الأوّل، ثمّ لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية جرّاء دعاوى إثبات النسب في ظلّ الأمر 02/05 كفرع ثاني.

الفرع الأوّل: موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظلّ قانون الأسرة 11/84

يبدو أنّ المشرّع الجزائري كان متأثراً بما جاء به الفقه الإسلامي من قواعد فقهية والتي لم تسمح باستعمال أيّ طريق غير شرعيّ قد تثبت أو تنفي النسب أثناء سنّه لقانون الأسرة في 1984. إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 من نفس القانون رافضاً استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، وهو ما كان قد كرّسه القضاء الجزائري فعلاً مكتفياً بجمود النصّ القانوني الذي لا يقبل أيّ اجتهاد.⁽¹⁾

هذا ما يتّضح من الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى، حيث قضى في قراره الصّادر في 17 ديسمبر 1984 بأنّ: "...ابن الزّنا لا ينتسب إلى أبيه...".⁽²⁾ ولعلّ ما تبناه القضاء الجزائري في العديد من القرارات الصّادرة عن المحكمة العليا تؤكّد وجهة نظر هذا الأخير تجاه إثبات النسب، والمقصود به نسب الطّفّل غير الشرعيّ إلى أبيه.

(1) -، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، المرجع السابق.

(2) - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 86. أشار تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 27.

قد جاء في إحدى القرارات ما يلي: "...من المقرر أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32. 33. 43 من هذا القانون".⁽¹⁾

حيث يتّضح أنّ قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النصّ الحرفي للمادّة 40 لقانون الأسرة التي حدّدت طرق إثبات النسب قبل تعديلها وتمّ رفض كلّ طفل نتج عن علاقة غير شرعيّة. إذ جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون.

ولمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعنة لم تثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁽²⁾

وما يبرر كذلك رفضهم لنسب الطّفّل غير الشّرعيّ القرار الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 1984: "من المقرر شرعاً أنّ الزّواج الذي لا يتوفّر على الأركان المقرّرة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثمّ فلا تعتبر العلاقة غير الشرعيّة بين الرّجل والمرأة زواجاً... وأنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعيّة، إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يعاشر صاحبه جنسيّاً، فإنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاداً للمستأنف على اعترافه بالزّواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلاميّة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة".⁽³⁾

(1) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674، الصادر بتاريخ 15 جوان 1999، غرفة الأحوال الشخصيّة، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص 126. أشار إليه بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 191.

(2) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172333 بتاريخ 28 أكتوبر 1997، غرفة الأحوال الشخصيّة، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1997، ص 42. أشار إليه بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص 176.

(3) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34137 بتاريخ 08 أكتوبر 1984، غرفة الأحوال الشخصيّة، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 04، 1989، ص 79. أشار إليه الدكتور بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع، ص 172.

في قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يُعدّ خرقاً للقانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون".⁽¹⁾

فكان واضحاً موقف القضاء الجزائري بتأييده الاتجاه الرافض لانتساب ولد الزنا من أبيه حتى في ظلّ إقرار هذا الأخير بأبوتّه للطفل المولود من صلبه، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً أن مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبيّن من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانوناً وشرعاً غير متوفرة لأنّ الزواج تمّ في 02 ماي 1994 والولد قد ولد في 07 ماي 1994، كما أنّ إقرار المطعون ضده بأبوتّه للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأنّ الإدارة غير مؤهلة قانوناً لتلقي الإقرار. وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁽²⁾

يتّضح من كلّ ما سبق أنّ القضاء الجزائري كان متمسكاً بتطبيق نصّ المادة 40 من قانون الأسرة، المحددة لطرق إثبات النسب قبل تعديلها وكانت تعتبر لجوء القاضي لأيّ خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأيّ طريقة من الطرق العلمية تجاوزاً للسلطة لأنها كانت تعتبر ذلك تشريعاً في حدّ ذاته.

ونظراً لحدائثة تقنية البصمة الوراثية ولغياب النصوص القانونية التي تنظّم هذه المسألة، فإنّنا ورغم البحث في اجتهادات المحكمة العليا لم نجد إلاّ قراراً واحداً،

(1) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 57756 بتاريخ 22 جانفي 1990، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 1992، ص 71. أشار إليه دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 37.

(2) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 210478 بتاريخ 17 نوفمبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، ص 85. أشار إليه بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 196.

هو ذلك القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، ملف رقم 222674 بتاريخ 15 جوان 1999.(1)

كانت وقائعه موجزة كما يلي: تقدّم المسمّى (ع - ب) بطعن ونقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 05 أكتوبر 1998 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة قديل بتاريخ 18 جانفي 1998 والقاضي بتعيين الدكتور (ح - أ) العامل بالمستشفى الجامعي بوهران خبيراً لفحص دم الأطراف والولدين (ع - أ) و(ع - ع) المولودين بتاريخ 27 أكتوبر 1995 مع العلم أنّ الولدين توأمان. قصد تحديد نسب الولدين، واستند الطّاعن على أربعة أوجه للنقض يتعلّق الوجه الأوّل بإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات تتمثّل في الاختصاص المحلي. والوجه الثاني مأخوذ من مخالفة المادة 43 من قانون الأسرة والمادة 144 من قانون الإجراءات الجزائية. ويتعلّق الوجه الثالث بالقصور في التّسبيب. والوجه الرابع مأخوذ من تناقض الأحكام النهائية الصّادرة عن محاكم مختلفة طبقاً للفقرة السادسة من المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية.

غير أنّ المحكمة العليا نقضت القرار اعتماداً على وجه مثار تلقائياً من طرفها والمأخوذ من تجاوز السّلطة، وقد جاء تسبيب القرار على الشكل التالي:

أولاً- حيث أنّ القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبيرة طبية قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسب للطّاعن أم لا. ثانياً- حيث أنّ إثبات النسب قد حدّته المادة 40 وما بعده من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محدّدة تفي بكلّ الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدّم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع. فدلّ ذلك على أنّهم قد تجاوزوا سلّطتهم الحكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس.

(1) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674 بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1999، ص 126. أشار إليه ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 196. أنظر الملحق رقم: (03).

ورغم أنّ القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الدّاعم لاعتماد اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة وتحليل الدّم لإثبات النّسب من نفيه جوبه بالنّقض من طرف المحكمة العليا، إلاّ أنّ الكثير من القانونيين⁽¹⁾ اعتبروه الانطلاقة الجريئة لاعتماد أدلّة علميّة في إثبات النّسب، علاوة على الطّرق الشرعيّة المتمثّلة في الإقرار والشّهادة. فكانت بذلك خطوة إيجابيّة موقوفة أمام جدار النّص القانوني وهو نصّ المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري. لكن التّساؤل المطروح هو كيف انتهى قضاء الدّرجة الأولى والثّانية إلى تكوين قناعتهم بأنّ إجراء تحليل دم التّوأمين هو الحلّ الوحيد والوسيلة المجدية الكفيلة بإثبات نسبهما رغم دراية قضاة الموضوع بفحوى نصّ المادّة 40 من قانون الأسرة؟. وهل اعتبر قضاة الموضوع أنّ تحليل الدّم من قبيل البيّنة التي يثبت بها النّسب؟.

هذه التّساؤلات تؤدّي بنا إلى الحديث عن التّقنين الذي يظمّ المادّة 40 وهو قانون الأسرة، والتي أخذت مجمل نصوصه من أحكام الفقه الإسلامي. وبالرجوع إلى نصّ المادّة 40 نجد أنّها تضمّنت البيّنة كوسيلة لإثبات النّسب، غير أنّ المقصود بها هل هو شهادة الشّهود فقط أم كلّ ما يظهر الحقّ؟.

وبالعودة إلى القانون المدني، يقصد بالبيّنة شهادة الشّهود غير أنّ أحكام قانون الأسرة مستمدّة من الشريعة الإسلاميّة، وهذه الأخيرة لم تحصر البيّنة في الشّهادة أو الإقرار فقط بل كلّ ما أظهر الحقّ وكشفه، وقد سبق أن وضّحنا فحوى البيّنة من خلال الفصل الأوّل في موقف البصمة الوراثيّة من البيّنة. (الصفحة الواحدة والثلاثون وما بعدها) على أنّها اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ ويظهره، والمراد بها الحجّة والدليل والبرهان مصداقاً لقول الرّسول صلّى الله عليه وسلّم: {البيّنة على من ادّعى}.⁽²⁾ والمراد به أنّ على المدّعي أن يقدّم ما يصحّ دعواه.

وإذا سلّمنا أنّ نتائج البصمة الوراثيّة قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين ونفيهم عنهم، نستطيع أن نجزم أنّ البصمة الوراثيّة حجّة شرعية يجب العمل بها كبيّنة إذا توافرت شروطها، ولعلّ هذا ما أدّى بقضاة الدّرجة الأولى

(1) - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 98.

(2) - البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، ج10، المرجع السابق، ص 426 وما بعدها.

بمحكمة قديل وغرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء وهران إلى تعيين خبير لتحليل دم التوأمين إثبات نسبهما لأبيهما من عدمه لاعتبار أن تحليل الدم بينة يثبت بها النسب. حيث استعملوا سلطتهم في تفسير البيّنة الواردة في المادة 40 بمفهومها الواسع من الناحية القانونية.

أما من الناحية العملية فإنّ المبادرة التي قام بها قضاء الموضوع لتحديد نسب التوأمين عن طريق تحليل الدم لمعرفة مكونات البصمة الوراثية كانت خطوة إيجابية، لأنّ مشكلة إثبات النسب تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية حقوق الطفل أكثر ممّا هي معرفة نسبه.

ورغم نقض القرار إلاّ أنّه أضحى فيما بعد موافقاً للقانون بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، والذي جاء في المادة 40 منه أنه: "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب". والطّرق العلميّة تتضمن الخبرات الطّبيّة والتي تشمل سواء تحليل الدم أو نظام البصمة الوراثية.

اعتباراً لكلّ ذلك ومحاولة من المشرّع الجزائري الاستجابة للتطورات العلميّة الحديثة، فإنّه قد أدرج الطّرق العلميّة ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05 - 02 في الفقرة الثّانية من المادة 40 السّالفة الذّكر. وسرعان ما استجاب قضاء المحكمة العليا لمدلولات هذه المادّة باعتماد الخبرة الطّبيّة وما تسفر عنه من نتائج. وعليه فإنّ قضاء المحكمة العليا في قرار لاحق ساروا عكس ما تبوّه في القرار المذكور سابقاً، وذلك حينما أكدوا أنّ اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة والقضاء وفقاً لما أسفرت عليه من نتائج تعتبر بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلاّ بالتزوير.⁽¹⁾

الفرع الثّاني: لجوء القضاء الجزائري إلى الخبرة الطّبيّة جرّاء دعاوى إثبات النسب في ظلّ الأمر 02/05

إذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطّرق العلميّة فلا بدّ له من اللّجوء إلى الاستعانة بأصحاب الاختصاص وهم خبراء البيولوجيا، كون العمليّة

(1) - نيايي باديس، المرجع السابق، ص 98.

تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة، والتي على ضوءها يكون الحكم في النزاع المعروف، ولذلك فلا مناص للقاضي من اللجوء إلى الخبير. في دعاوى إثبات النسب يخول للقاضي أن يأمر بتعيين خبير للقيام بما من شأنه رفع اللبس وإمطة اللثام عن الغموض الذي يكتنف النزاع في إثبات أو نفي النسب. وتبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (ADN)، مسألة علمية بحتة ودقيقة بالكيفية التي يصعب على القاضي استبعادها طالما أنه يصعب عليه تسبيب ذلك، ولهذا نجد غالبية الأحكام تعتمد الخبرات وتصادق عليها بقطع النظر عن دقتها وصحتها من عدمها.

إن لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في إحقاق الأبناء بأبائهم، لكن هل يمكن للقاضي الشك في نتائج هذه الطرق العلمية؟ وكيف يواجه العقبات التي يحتج بها الخصم الذي يحاول الإفلات من الخضوع للتحليل البيولوجي؟.

نظراً لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب، فإن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة وبأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية ومن ثمة يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجوداً أو عدماً.

قد تختلف مصداقية وحجية الطرق العلمية باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد، فمثلاً الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية وهي وسيلة علمية لا تكاد تخطئ للتحقيق من الوالدية البيولوجية وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية⁽¹⁾. خلافاً لتحليل فصائل الدم الأخرى، وتبعاً لذلك فإن الطرق العلمية من حيث حجيتها تنفرع إلى نوعين ذات حجية مطلقة وأخرى ذات حجية نسبية. وحتى بالنسبة للطرق العلمية ذات الحجية المطلقة فإن الظروف المحيطة بها من عاملين أو أجهزة له تأثير كبير على صحة نتائجها.

(1) - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 52.

أما بالنسبة للحجّية المطلقة للطرق العلميّة في إثبات النسب، لقد تبني معظم رجال القانون⁽¹⁾ انطلاقاً من القيمة التي تعترى مجال الطرق العلميّة فكرة أنّ لهذه الأخيرة حجّية مطلقة ذلك أنّ الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصّون في هذا المجال. وبالتالي فإنّ لآرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم. فعلى سبيل المثال يعتبر معظم الفقهاء وعلماء الطّب⁽²⁾ أنّ نظام البصمة الوراثيّة ذات دلالة قطعيّة في مجال النسب لانفراد كلّ شخص بنمط وراثي مميّز لا يوجد عند أيّ كائن آخر في العالم إذ لا يمكن أن يتشابه ADN لشخصين إلاّ مرّة واحدة كل 86 بليون حالة ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضيّة الذي لا يتجاوز 08 مليار نسمة وبالتالي فإنّه يمكن القول أنّ نسبة التشابه منعدمة تماماً⁽³⁾. لذلك لا يمكن في كلّ الأحوال الشكّ مطلقاً في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلميّة والتي تمكّن القاضي دائماً من الاستعانة إليها لحلّ الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم أو لا. إذا كان معظم علماء الطّب والقانون قد توصّلوا إلى اعتبار البصمة الوراثيّة ذات حجّية قطعيّة الدلالة، فإنّ رأي آخر تبني فكرة الحجّية النسبية لهذه الطرق العلميّة. إذ يمكن اعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف، وتفتقر إلى صفة التأثير على القاضي الذي يجد نفسه بين القطع والشكّ في صحتها خلافاً للطرق الشرعيّة الأخرى كالإقرار والشهادة لترحها أمام القاضي في الجلسة فيدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشرعيّة⁽⁴⁾. وهو الأمر الذي تفتقر إليه البصمة الوراثيّة لأنّ إجراء التحاليل البيولوجيّة دائماً يكون في غياب القاضي أي خارج نطاق المحكمة، الأمر الذي يدخل الشكّ في ضمير القاضي.

(1) - نبيل سليم، «البصمة الوراثيّة وتحديد الهوية»، مجلة حماة الوطن، الكويت، العدد 265، 2004.

(2) - نبيل سليم، نفس المرجع.

(3) - نبيل سليم، «البصمة الوراثيّة وتحديد الهوية»، المرجع السابق.

(4) - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 53.

ومن الأسباب التي تقلل من قطعية دلالة التحاليل البيولوجية الأخطاء البشرية لأن التحاليل الجينية تخضع لسيطرة الإنسان، وبالتالي الأخطاء تنسب إلى القائمين عليها وليس للبصمة الوراثية ذاتها.

وقد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي ما نصّه: "أنّ الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوّث أو نحو ذلك".⁽¹⁾ وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجوانب الإجرائية القانونية.⁽²⁾ ثم إنّ هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها، وهو ما يجعلنا نتساءل عن مدى تقارب المعنيين معاً، فكيف يمكن اعتبارها طرقاً علمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء احتمال الشك واردة من الجهة الثانية؟.

معلوم أنّ الخبرة القضائية طبقاً للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كلياً أو جزئياً، كما له الحكم من دونها.

وقاضي شؤون الأسرة لا يمكنه بأي حال من الأحوال الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلاّ باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المختصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلاّ بالاستعانة إليهم والاسترشاد بآرائهم. ذلك أنّ هاته الطرق قد لا يتيح للقاضي فهمها وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحثة ودقيقة.⁽³⁾

ومن ثمة فإنّ جهل القاضي بهذه الطرق ومصطلحاتها قد يقف عائقاً أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتاً للنسب أو نفيّاً له.

(1) - القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص 358.

(2) - أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، م 02، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، من 05-07 ماي 2002، ص 692.

(3) - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 54.

إذا كان المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، فإنّ هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو توضيح إجراءات العمل بها، ثمّ أنه أجاز للقاضي اللجوء إليها وبالتالي أعطى له سلطة واسعة في الأخذ بها أو استبعادها، ودون الإشارة إلى النص على إجبار الشخص المطلوب إجراء تحليل البصمة الوراثية. في وقت يوجد على مستوى مخبر البصمة الوراثية التابع للمخبر العلمي والتقني بمديرية الشرطة القضائية الكثير من الملفات تحمل قضايا قيد التحليل حول مطابقة البصمات الوراثية، ويعمل المخبر بالتنسيق مع مصالح العدالة. وأصبح وكلاء الجمهورية يوجهون إضافة إلى التحقيقات في جرائم القتل والاعتداءات الجنسية ملفات تتعلق بإثبات نسب الأبوة.

وإذا كان هذا النوع من القضايا يتصدّر القضايا المحالة على المخبر الذي يحدّد النسب من عدمه بناءً على عينة من الحمض النووي لكلّ من الأبوين والطفل لمطابقتها ومقارنتهما، إلاّ أنّها على صعيد آخر تعكس حجم القضايا المتعلقة بإثبات النسب المطروح على مختلف محاكم الوطن. حيث أصبح المعنيون يلجأون إلى التقاضي آملين في تقرير الـADN الذي لم يكن متاحاً قبل سنوات.⁽¹⁾

الأمر الذي كرّسته بعض المحاكم في طلب إجراء هذه الخبرة الطبّية للفصل في النزاع الدائر حول إثبات النسب، وهذه بعض الأحكام والقرارات التي اعتمدت الخبرة الطبّية كوسيلة لإثبات النسب. حيث اعتمدت المحكمة العليا فيما يخصّ نسب الطفل المولود من علاقة غير شرعية الخبرة الطبّية لإثبات الأبوة. إذ تعتبر هذه التجربة الطبّية كخطوة أولى يبدو فيها هذا الموقف بقبول أو بإقرار مبدأ الحجّة العلمية لإثبات الأبوة. لكن لا نعرف بعد أيّ تأثير سيكون لهذا الموقف على النظام القانوني للنسب.

في كلّ الحالات، هذا الموقف للمحكمة العليا يريد أن يرسم الطريق بإقراره الخبرة البيولوجية بأخذ عينة من الـADN من أجل إثبات الأبوة لطفل مولود

(1) - ش.ع، «284 ملف زواج عرفي بمخبر الآي دي أن التابع للشرطة الجزائرية قيد الدراسة»، مركز الأخبار أمان، الجزائر
بتاريخ 18 جويلية 2007: <http://www.amanjordan.org/a-news/wmview.php?ArtID=13180>

من علاقة غير شرعية، لكن لا نعرف بالضبط ماذا سيكون نتاج هذا الموقف بعد أحداث البحث عن أبوة خارج نطاق الزواج، وهل ستكون مقبولة في نظر القضاء بأن تجعل الطفل غير الشرعي يتساوى مع الطفل الشرعي، أم تبقى مجرد علاقة تربطه بوالده؟⁽¹⁾.

ذلك ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا يحمل رقم 355180 بتاريخ 05 مارس 2006⁽²⁾ والذي جاءت وقائعه كما يلي:

"...حيث أن المدعوة (ب. س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها في القرار الصادر بتاريخ 26/01/2004 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة القاضي في الشكل بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع المصادقة على الحكم المستأنف المصادق على الحكم الصادر بتاريخ 26/11/2002 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. وقد استتدت الطاعنة في طعنها على ثلاثة أوجه:

تمثل الوجه الأول في الخطأ في تطبيق المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى وطبقاً للمادة 339 من القانون المدني فإن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم. وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 11/04/2001 أن ذات المحكمة أصدرت حكماً تمهيدياً بتعيين خبير لإجراء تحليل (ADN) على المتهم للتأكد من الأبوة. وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن، وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر نهائي. والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم والقرار المؤيد له محل الطعن أخطأ عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

أضافت الطاعنة في نفس وجه الطعن أن القرار خالف أيضاً أحكام المادة 40 من قانون الأسرة بدعوى أن هذه الأخيرة ذكرت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة... الخ، وأن الخبرة أثبتت أن الطفل (ص. م) هو ابن المدعى عليه في الطعن، وذلك يعتبر بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

(1) - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), " l'arrêt de la cours suprême du 05 mars 2006: quelque observations ", laboratoire des droit de l'enfant -LADREN -, journée d'étude sur: l'enfant naturel, Université d'Oran, 03 Mai 2012.

(2) - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 469. أنظر الملحق رقم (04).

ويتمثل الوجه الثاني من تناقض أحكام نهائية بدعوى أن الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة، فإن الخبير وبمقتضى هذا الحكم أثبت أن الطفل (ص. م) أبوه هو المدعى عليه في الطعن، والحكم الجزائي الصادر في 2000/08/09 صادق على تلك الخبرة، أي أنه أثبت الابن للمدعى عليه في الطعن، وأن ذلك الحكم لم يتم استئنافه وأنه صادر نهائياً، وأنه بذلك يكون متناقضاً مع القرار المطعون فيه، كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

وتتمثل الوجه الثالث من القصور في التسبيب، كون القرار لم يناقش الأدلة المقدّمة، وقد أجاب قضاة المحكمة العليا عن الوجهين الأول والثاني معاً بما يلي:
حيث بالاطّلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطّاعة الرّامي إلى إلحاق نسب المولود (ص. م) للمطعون ضده باعتباره أباً له كما أثبتته الخبرة العلميّة (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة.

رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيّنة، ولما كانت الخبرة العلميّة (ADN) أثبتت أن هذا الطّفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناءً على العلاقة التي تربطه بالطّاعة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطّاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشرعيّ الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعيّة، خاصّة وأن كلاهما يختلف عن الآخر، ولكل واحد منهما آثار شرعيّة كذلك.

ولما تبين - من قضيّة الحال - أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطّاعة، فإنّه يلحق به. الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه. حيث جاء هذا القرار باجتهاد معاكس تماماً لما كان عليه الأمر في السّابق والمتعلّق في جعل البيّنة متمثلة أساساً في شهادة الشهود فحسب، ولا يمكن أن تتعدى إلى أمور أخرى كالخبرة الطّبيّة مثلاً.

غير أن القرار الصادر في 05 مارس 2006 المذكور أعلاه عكس الاجتهاد حينما أكد أنه يثبت النسب بالبيّنة، وأن الخبرة العلميّة (ADN) أثبتت أن الطّفل هو

ابن المطعون ضدّه. وبالتالي اعتبر الخبرة العلميّة المنجزة صورة من صور البيّنة عكس ما كان يقول به سابقاً.

إنّ هذا القرار الذي تطرّق لوقائع حدثت قبل تعديل 27 فبراير 2005 لقانون الأسرة، صدر بعد صدور التّعديل الذي تبنّى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب، ممّا جعل من قضاة المحكمة العليا يلعبون دور التّوفيق بين وقائع حدثت أثناء سريان القانون القديم، والبتّ فيها في خضم صدور القانون الجديد.

لذلك تحدّث القضاة عن قبولهم اللّجوء إلى الخبرة العلميّة (ADN) كصورة من صور البيّنة، طبقاً للمادّة 40 القديمة وليس تطبيقاً للمادّة المعدّلة التي تجيز اللّجوء إلى الخبرة العلميّة في إثبات النّسب.

حيث تبنّى القرار الرّأي القائل بأنّ ابن الزّنا يلحق بالفاعل إذا ادّعاه ولا فراش يعارضه، وذلك ما سار عليه العديد من الفقهاء منهم ابن القيم الجوزية في مؤلّفه زاد المعاد والذي بيّنا رأيه في المطلب الثّاني من المبحث الثّاني في الفصل الأوّل الصفحة التّسعين.

كما جاء في قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾⁽¹⁾ فقال أصحاب هذا الرّأي أنّ منطوق الآية يدعوا إلى أن ينسب الشّخص إلى الأب الحقيقي، ومقتضى قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾، أن نعرف الأب الحقيقي وأن نبذل جهداً في المعرفة لكي يأتي نسب الولد لأبيه حقاً سواء كان شرعيّاً أو غير شرعيّ⁽²⁾. ولئلاّ يضيع الأولاد الذين جاءوا نتيجة خطيئة من رجل وامرأة.

اعتماداً على هذا الرّأي سار قضاة المحكمة العليا في الجزائر في إحدى قراراتهم حينما ثبتوا نسب أطفال لمجموعة من الإرهابيين بعد عمليّات الاغتصاب التي تعرّضت لها نساء القرى والمداشر التي عانت ويلات الإرهاب.

وقال رئيس غرفة الأحوال الشّخصيّة بالمحكمة العليا لعوامري علاوة في إحدى مداخلته بمجلس قضاء سطيف سنة 2006 أنّ اجتهادهم القاضي بإلحاق نسب

(1) - سورة الأحزاب، الآية: 05.

(2) - ذيايي باديس، المرجع السابق، ص 102.

أبناء الاغتصاب الذي تعرّضت له النساء أثناء عمليّات المداهمة والإغارة في
العشريّة السّوداء، جاء من باب تحميل المتسببين في ذلك مسؤوليّة فعلتهم، وما
يترتّب عنها فيما بعد من إنفاق وتربيّة إعمالاً بالقاعدة الشرعيّة "الغنم بالغرم".⁽¹⁾

(1) - ذيايي باديس، نفس المرجع، ص 103 و 104.

خلاصة الفصل الثاني

ما يمكن استخلاصه من خلال توضيحنا لموقف بعض التشريع والقضاء المغربي من البصمة الوراثية في إثبات النسب وبالخصوص في حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق التحليل الجيني للبصمة الوراثية، كان واضحاً موقف التشريع المغربي بصفة عامة بعدم إثبات نسب الطفل غير الشرعي بهذه التقنية لاعتماده على الطرق الشرعية لإثبات النسب، حيث أن غالبية هذه التشريعات كانت تستمد أحكام الأحوال الشخصية ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية. إذ كانت تتبنى مذهب جمهور الفقهاء القائل بعدم إثبات نسب الطفل غير الشرعي من أبيه البيولوجي لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (الولد للفرش). غير أن هذا الموقف تغير في الآونة الأخيرة نظراً لكثرة الأطفال غير الشرعيين وما نتج عن ذلك من طرح العديد لقضايا إثبات النسب أمام المحاكم حال إنكار الآباء انتساب هؤلاء الأبناء إليهم.

وفي ظل الحملات المناهضة بتعديل قوانين الأسرة، والمطالبة بتسوية وضعيّة الطفل غير الشرعي مع وضعيّة الولد الشرعي وكذا التطورات العلمية الكبيرة التي أظهرت تقنية البصمة الوراثية ومدى نجاعتها في التعرف على الأب الحقيقي للطفل مجهول النسب. بادر المشرع التونسي إلى إصدار قانون سنة 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للطفل المهمل أو مجهول النسب، والذي يجيز التعامل بالتحليل الجيني في إثبات نسب الطفل المهمل أو مجهول النسب وجعله في مرتبة مساوية للإقرار والشهادة. حيث اعتبر هذا القانون لبنة من لبنات الإقرار بوضعيّة الطفل غير الشرعي وإكسابه نسباً قانونياً.

كما تأثر أيضاً المشرع المغربي والجزائري بهذه التطورات في الميدان الطبي والبيولوجي وعمداً إلى إدراج الطرق العلمية والمقصود بها البصمة الوراثية ضمن وسائل إثبات النسب.

والواضح أن هذه التقنية تستعمل في حالة التنازع على الولد وذلك لوجود علاقة غير شرعية في الغالب، مما يمكن القول أن هذه التشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثية بقي موقفها غامضاً في إثبات نسب الطفل غير الشرعي

صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتى على الإجراءات اللازمة لإجراء هذه التحاليل. بالإضافة إلى عدم النص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشخص المطلوب بها.

من جهته القضاء المغربي كان موقفه مشابهاً للتشريع المغربي في بداية الأمر لأن القاضي ملزم بتطبيق القانون الذي شرع وبالنظر إلى التعديلات التي طرأت على قانون الأحوال الشخصية للدول المغربية بإدراج تقنية البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب عمد هو الآخر إلى الأخذ بها وإن كان له السلطة التقديرية في ذلك.

ولعل الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في مجال إثبات النسب للطفل غير الشرعي بينت موقف القضاء الصريح في إنصاف هذه الفئة من الأطفال. لكن نظراً للعوائق القانونية التي تقف حاجزاً أمام إجبار الشخص على القيام بهذا التحليل يستوجب إعادة النظر في صياغة بعض المواد التي تضمنت تقنية البصمة الوراثية كطريقة لإثبات النسب، وتوضيح كيفية إجراءاتها والنص صراحة على إلزام القاضي والطرف المطلوب للتحليل حتى يمكن الطفل غير الشرعي من معرفة والديه الحقيقيين والعيش في وسط عائلي يمنحه الرعاية والعناية اللازمة حفاظاً على مصالحه الفضلى.

الخاتمة

إنّ الحديث عن إثبات النسب ورغم أنّه من المواضيع التي تطرّق لها الشرع والفقه والقانون والقضاء منذ القدم، إلا أنّ ذلك لم يمنع من القول أنّه موضوع لازال يولي اهتمام المشرّعين والفقهاء لكونه يتعلّق بهويّة الأفراد من حيث الجذور والأصل إن كان في إطار علاقة شرعيّة، ويزداد اهتمامهم أكثر لكونه يتعلّق بحياة فئة محرومة من الأطفال ومستقبلهم، وهو من الموضوعات أو المشكلات التي يصعب التّعافل عنها أو تجاهلها مع كثرة وقوعها لا سيما في عصرنا الحالي.

في الوقت الذي أقرّت الشريعة الإسلاميّة الطّرق الشرعيّة لإثبات النسب، فأثبتته بكلّ دليل وتشدّدت في نفيه إلا عن طريق اللعان، ونوّهت على أن يكون في إطار العلاقة الشرعيّة المتمثّلة في الزّواج، ظهرت الطّرق العلميّة المبنيّة على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجيّة للإنسان من أجل البحث والتأكّد من الأب الطّبيعي مهما كان أساس ذلك سواء كان إطاراً شرعيّاً أم غير ذلك.

نستطيع القول حقيقة أنّ البصمة الوراثيّة تعتبر ثروة هائلة قدّمتها البيولوجيا الجزيئيّة للإنسان، وقد تبنتها الكثير من الدّول في العالم واعتمدها كفرينة أساسيّة في قضايا الطّب الشرعي إذ تعتبر حجة دامغة في الفصل في نزاعات النسب والتأكّد من حقيقة الأبوة والأمومة. وهذه الحقيقة أصبحت ثابتة ويقينيّة. ذلك لأنّه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القيافة، لاستنادها على علامات ظاهرة، أو خفيّة مبنيّة على الفراسة والمعرفة والخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء، فإنّ الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثيّة والحكم بثبوت النسب بناءً على قول خبراء البصمة الوراثيّة أقلّ أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القافة إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها لصحّة نتائجها الدّالة على وجود الشبه والعلاقة بين اثنين.

فكلّ ما يمكن أن تفعله القيافة يمكن للبصمة الوراثيّة أن تقوم به، وبدقّة متناهية. وعلى هذا الأساس يمكن اعتبارها بأنّها نوع من علم القيافة.

لذلك فمن الحكمة أن ندرس نتائج تجريب العمل بالبصمة الوراثيّة في الدّول المتطوّرة وما توصّلت إليه محاكمهم وتشريعاتهم من قواعد وضوابط تضمن سلامة العمل بها، وتبعث الثقة للاحتكام إليها، حتّى إذا ما تدخل الفقهاء والشّرّاع في عالمنا

العربي أضافوا إليها أو عدّلوا منها بما يتناسب وقيمنا وعاداتنا دون تكرار بدعوى ابتكار.

بما أنّ النسب من الموضوعات التي أولاها الإسلام أهميّة خاصّة وأمر بالتشوف والبحث في النسب الحقيقي، فما تقدّمه تقنيّة البصمة الوراثيّة من دقّة في كشف الحقيقة ومعرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليديّة الظنيّة.

رغم أنّ البعض من التشريع المغربي أوضح الأطر التي ينبغي الحديث فيها عن إثبات النسب وهو الزوّاج الصّحيح ونكاح الشبّهة، إلّا أنّه استجاب لما آلت إليه التطوّرات العلميّة الحديثة في مجال البيولوجيا والطّب الشرعي، حيث تبنّى الطّرق العلميّة الحديثة في إثبات النسب، ممّا يجعلنا ندرك مستقبلاً أنّ هذه التشريعات تلوّح بالقول بأنّ الأب الطّبيعيّ يمكن أن يلحق به ابنه حتّى ولو كان في إطار علاقة غير شرعيّة.

ثمّ إنّ صحّة تنسب ابن الزّنا من أبيه الزّاني ما لم ينازعه فيه صاحب فراش أمر صحيح، وأنّ القول بذلك ليس فيه معارضة للنصوص الشرعيّة، فضلاً على انطوائه على مصالح داخلية في نطاق حفظ النّفس والنّسب، وحفظاً له من الضّياع والانحراف والنّفمة على المجتمع. وأنّ مفهوم الحديث (الولد للفراش) لا يدلّ على نفي نسب ولد الزّنا عن الزّاني في فرض عدم الفراش، أو في فرض العلم بعدم كون الولد من ماء الزّوج وحصول اليقين بكونه من ماء الزّاني، كما أنّه ليس في الحديث تعرّض لنفي الولد عن المرأة الزّانية، فهي أمّه فيكون الزّاني أباه لأنّه أحد الزّانيين، وهو مقتضى القياس الصّحيح.

علماً وأنّه لم يرد نص أو دليل من الكتاب أو السنّة الصّحيحة يحرّم انتساب ولد الزّنا إلى أبيه، وأنّه لا وجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم القائل بعدم استلحاق ولد الزّنا للزّاني. وأنّ قول أغلب الفقه بنسب الطّفل إلى أمّه دون أبيه راجع إلى ثبوت البنوّة بالنسبة للأمّ عن طريق الولادة الماديّة، وتعذرّ هذا الثّبوت إزاء الأب، ولو استبعد هذا السّبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التّفرقة بين الأمّ والأب مجرد تحكّم لا يقرّه منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة الإسلاميّة،

وفي مقدمتها مبادئ المساواة في التكليف والجزاء وعدم مؤاخذة الفرد بما جناه غيره. بل إن الشواهد تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي. خصوصاً وأن البصمة الوراثية أصبحت بمقدورها معرفة الفاعل قطعاً، فيكون الأب كما قال تعالى في سورة النساء، الآية 23: ﴿وَحَلَالُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾.

الأکید أن القضاء المغاربي والذي طالما دافع عن إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية الشرعية سار مؤخراً عكس ما كان يقضي به في السابق من خلال بعض القرارات التي اعتبرت كشف الأب الطبيعي لولد من علاقة غير شرعية من خلال تحليل الحمض النووي "ADN" كاف لإلحاق النسب به، بحجة إلزام الأب بمسؤولياته جراء ما قام به من فعل مجرم.

ولو أن جسم الإنسان يحضى بحرمة لا يجب الاعتداء عليها كون أن معرفة الحمض النووي لا يتأتى إلا بتحليل الوسائل البيولوجية للإنسان عند إجراء خبرة إثبات النسب، أي أن فحص البصمات الوراثية يشكل خطراً على حقوق الإنسان، وخاصة في حرمة الجسد وفي السلامة الجسدية والحق في احترام الحياة الخاصة. وإنه لتقادي هذه المشكلة يمكن إدراج شرط موافقة أطراف دعوى النسب لإجراء مثل هذه التحاليل الطبية، وإن كانت ضرورة لا بد منها، خصوصاً في حالات إلحاق نسب الأطفال الذين يولدون جراء الاغتصاب. فهو أمر ضروري أن يتدخل التشريع بشكل صريح وواضح كي يضع الإطار القانوني للطرق العلمية، وتحديد القيمة القانونية لهذه الطرق وحجيتها من خلال مد القاضي سلطات واسعة لتطبيق الطرق العلمية، وإلا فما أهمية وضع النص على الطرق العلمية دون حصر لمجالها وحجيتها بما يفيد القضاة في السهولة للجوء إليها كلما تطلب الأمر ذلك، أو كلما استعصى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية، دون ترك مجال للتأويل والتفسير لموضوع كهذا له أهميته. باعتبار أن البصمة الوراثية دليل علمي يساعد على ثبات اليقين لدى القاضي ويؤكد الواقعة أمام المحكمة تأكيداً لا يداخلها في الحقيقة شك لحل المنازعات القانونية؟.

هذا ما يعاب على المشرّع المغربي والجزائري بالنص على الطّرق العلميّة لإثبات النّسب دون توضيح. ممّا يمكن القول أنّ هذه التّشريعات وإن أجازت العمل بالبصمة الوراثيّة بقي موقفها غامضاً في إثبات نسب الطّفل غير الشرعيّ صراحة باعتبارها لم تنص عليها بصفة واضحة ولا حتّى على الإجراءات اللّازمة لإجراء هذه التّحاليل. بالإضافة إلى عدم النّص على إلزام القاضي للأخذ بها وإجبار الشّخص المطلوب بها. بدليل نص المشرّع المغربي في مدوّنة الأسرة، بأنّه لا يترتّب على البنوة غير الشرعيّة بالنّسبة للأب أيّ أثر من آثار البنوة الشرعيّة. أمّا بالنّسبة للأمّ تستوي البنوة سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعيّة أو غير شرعيّة. من جهته المشرّع الجزائري اشترط في المادّة 41 من قانون الأسرة الجزائري، لثبوت نسب الطّفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، فيفهم من ذلك أنّ نسب الطّفل غير الشرعيّ لأبيه يعتبر غير مقبولاً. حيث تبنى موقف جمهور الفقهاء الرّافض لانتساب الطّفل غير الشرعيّ إلى أبيه.

غير أنّ المشرّع التونسي وإنّ انتهج نفس المنهج إلّا أنّه تفرّد عن هذه التّشريعات، بحيث جعلها في مرتبة تساوي الإقرار والبيّنة.

وبإصداره لقانون 1998 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النّسب قد اتّجه نحو الاعتراف بالبنوة الطّبيعيّة وخول للطّفل الطّبيعي بعض الحقوق تجاه أبيه. حيث يعتبر هذا القانون بمثابة النّقلة النوعيّة في القانون التونسي، أين اتّضحت نيّة المشرّع في التّعامل مع وضعيّة الأطفال غير الشرعيّين بوضع نظام قانوني خاص بهم، وفي إثبات بنوتهم، وتسويّة حقوقهم بالولد الشرعي. إذ خول للطّفل الحقّ في النّفقة والرّعاية من ولاية وحضانة، وأبقى مسؤوليّة الآباء نحو أبنائهم قائمة طيلة المدّة القانونيّة في كلّ ما يتعلّق بأحكام المسؤوليّة. وفي ذلك حفظ لكرامة الطّفل الطّبيعي.

من هنا وترتيباً على ذلك لنا أن نتساءل عمّا إذا كانت ظاهرة أبناء الزّنا قد استفحلت في المجتمع المغربي، فهل حمايتهم ولو نسبياً تعدّ خرقاً للأحكام الفقهيّة؟ وهل من المعقول والعدل أن نترك الأب الطّبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤوليّة؟.

كنتيجة، فإن استعمال البصمة الوراثية التي أمكن بها الوصول إلى حقائق ثابتة في نسبة الأبناء إلى الآباء، لهذا نجد أن مفهوم البصمة الوراثية يفتح أمامنا باباً واسعاً للاجتهاد في الاستفادة من هذا الإنجاز العلمي في إلزام القضاء بالأخذ بها وإجبار الأب المطلوب للتحليل. فإن تبين أنه الأب الحقيقي للطفل ينسب إليه ويتحمل مسؤولية الإنفاق والرعاية كغيره لما غنمه من إشباع لغريزته.

وبالتالي إن استعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب الطفل غير الشرعي تحل مشكلة الطفل غير الشرعي نفسه، وأيضاً المجتمع بأسره إضافة للمرأة المزني بها

وعليه يجب الأخذ بعين الاعتبار المقننات القانونية المتعلقة بالنسب ومحاولة ملاءمتها مع اتفاقيات حقوق الطفل.

عملاً بذلك لا بد من تشجيع إنجاز مخابر جهوية لتعميم العمل بتقنية البصمة الوراثية قصد تغطية أكبر عدد من القضايا المطروحة أمام القضاء، والمساهمة في الحل العاجل لهذه المسائل العالقة بالعدل والإنصاف لأهلها.

كذا الحرص على تكوين خبراء وتقنيين للعمل بالمخابر يستعينون بخبراء أجانب، وبإجراء دورات تكوينية في البلدان الرائدة في هذا المجال.

وبهذه المنهجية في صياغة النصوص القانونية نستطيع أن نجد الحلول المتعلقة بمسائل النسب الشرعي وغير الشرعي وما يترتب عليهما من آثار مالية كانت أو غير مالية.

إن اتخاذ هذه الإجراءات المقترحة يعدّ مساهمة للعصر وأخذاً بالحقائق العلمية، ويعطي للطفل غير الشرعي الحق في دفع العار عنه بالانتماء إلى والدين حقيقيين. وهذا هو أقل حق يمنح للطفل غير الشرعي الذي ولد في ظل التطورات العلمية، لا سيما في المجال البيولوجي.

في الأخير نأمل أن تأخذ الدولة الجزائرية مأخذ الجد بالعمل بهذه التقنيات في مجال الأدلة الشرعية بالسّن عليها في تشريعاتها بكل صراحة ووضوح للمعنى في تحسين فعالية الحسم القضائي ومسايرة الإصلاحات التي حدثتها الدول المتقدمة، لعلّه يكون من حقّ الطفل غير الشرعي معرفة والديه عن طريق هذه

التقنية - البصمة الوراثية - في إنصافه والعمل بمبدأ المساواة بينه وبين الطفل الشرعي، خاصة وأن جانب من الفقه الإسلامي ذهب إلى إثبات نسب ولد الزنى من أبيه لما له من أدلة شرعية تثبت ذلك.

فالأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع. ولا يصح شرعاً ولا قانوناً أن تهدر. فهي نتاج أبحاث علمية لفكر إنساني لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الملاحق

أولاً: القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.
قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات: من الأول إلى الثاني بعد المائة،
1977-2004، ص 343.

ثانياً: فتوى تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه.
الشبكة العالمية للمعلوماتية: <http://www.Islamfeqh.com/lagna/PrintLagnaFatawa.aspx?>

ثالثاً: قرار المحكمة العليا ملف رقم 222674، بتاريخ 15-06-1999.
باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة
الجزائري، الجزائر: دار الهدى، 2010، ص 196.

رابعاً: قرار المحكمة العليا ملف رقم 355180، بتاريخ 05-03-2006.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد الأول، 2006، ص 469.

الملحق رقم 01

القرار السابع :

بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها .

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، أما بعد :
فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ، في المدة من ٢١-٢٦/١٠/١٤٢٢هـ الذي يوافق من ٥-١٠/١٠/٢٠٠٢م ، وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة ، ونصه : «البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات ، أي المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة ، لتسهيل مهمة الطب الشرعي * ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم ، أو اللعاب ، أو المنى ، أو البول ، أو غيره».

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

أولاً:

لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي،

واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛
لخبر (ادرووا الحدود بالشبهات) ، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع،
ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد
الشرعية .

ثانياً:

إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى
الحذر والحيطه والسرية ، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية
على البصمة الوراثية .

ثالثاً:

لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز
تقديمها على اللعان .

رابعاً:

لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب
الثابتة شرعاً ، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛
لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم .

خامساً:

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

- (أ) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها
الفقهاء ، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أم
تساويها ، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .
- (ب) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال
ونحوها ، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

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

سادساً:

لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس ، أو لشعب ، أو لفرد ، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة؛ لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفسد .

سابعاً:

يوصي المجمع بما يأتي :







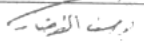


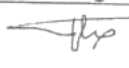
(أ) أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص؛ لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى .

(ب) تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون ، والأطباء ، والإداريون ، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية ، واعتماد نتائجها .

(ج) أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات ، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك .

والله ولي التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد .

التوقيعات

د. محمد رشيد راغب قباقي	د. صالح بن فوزان الفوزان	محمد بن ابراهيم بن جبير
		
د. الصديق محمد الأمين الضير	د. نصر فريد واصل	د. مصطفى سرمتش
		
محمد بن عبدالله السبييل	محمد سالم بن عبدالودود	د. محمد الحبيب بن الخوجه
		
محمد تقي العثماني	د. عبدالكريم زيدان	د. رضاللة محمد ادريس المباركفوري
		
د. عبدالستار فتح الله سعيد	د. يوسف بن عبد الله القرصاوي	د. وهبه مصطفى الزحيلي
		
رئيس مجلس الجمع الفقهي الإسلامي	نائب الرئيس	الأمين العام للمجمع الفقهي
		
عبد العزيز بن عبدالله آل الشيخ	د. عبدالله بن عبدالحسن التركي	د. صالح بن زابن المرزوقي
		

الملحق رقم 02

عنوان الفتوى : تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه رقم الفتوى 3 : التاريخ 18/8/1430 هـ -

الموافق 2009/8/9م

نص الفتوى :

فتوى رقم (3)

فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين ، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد .

فقد اطلعت لجنة الفتوى بموقع الفقه الإسلامي على السؤال الوارد إليها برقم (3)، وتاريخ 1430/8/18هـ، ونصه : أنا شاب أقمت علاقة محرمة مع مطلقة، وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبته الأم خارج البلد، وأنا أود أن أصلح غلطتي، والمرأة تريد أن أتزوجها لتحضر البنات من الغربية، فما وضع هذه البنات معي، وماذا أفعل؟

وبعد الاطلاع والدراسة أجابت اللجنة بما يأتي:

فإن الزنا فاحشة عظيمة، وجريمة لا يعذبها بعد الكفر وقتل النفس شيء، وسبيل للنشر وإشاعة الفاحشة، وسبب لنشر العداوة والبغضاء، وباب عظيم لكثير من الأمراض والأدواء؛ لذا حرمه الله في كتابه وفي سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ونوع في بيان تحريمه، فتارة بالنهي عنه صراحة ، وتارة بوصفه بأقبح الأوصاف، وقرنه بصنوف المحرمات، وتارة بتحريم الطرق المفضية إليه وسدّها، ممّا يدلّ على شناعة أمره، وشدة خطره، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَجِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ۝٦٨ ﴾
الإسراء 32، وقال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا ۚ آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ۝٦٨ ﴾ الفرقان 68 .

وفي الحديث الطويل في رؤياه صلى الله عليه وسلم ذكر عقوبة الزناة، ففي حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه في الصحيحين قال: "فانطلقنا فأتينا على مثل التنور - قال: فأحسب أنه كان يقول: فإذا فيه لغط وأصوات، قال : فاطلعنا فيه، فإذا فيه رجال ونساء عراة، وإذا هم يأتيهم لهب من أسفل منهم، فإذا أتاهم ذلك اللهب ضوضوا - قال - قلت لهما: ما هؤلاء؟ قال: قالوا لي: انطلق انطلق، وفي آخره: "وأما الرجال والنساء العراة الذين في مثل بناء التنور فإنهم الزناة والزواني." البخاري (1297)، ومسلم (4220).

كما انعقد الإجماع على تحريم الزنا، وأنه كبيرة من الكبائر . لذا كان الواجب التنبيه على تحريم وخطر الزنا، وأنه من الفواحش العظام. الإجماع لابن المنذر (41). أما المسألة الوارد السؤال بشأنها، فقد اختلف أهل العلم في زواج الزاني بالمزني بها إذا لم تكن فراشا لزوج أو سيد، واستلحاق ولده منها على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز للرجل أن يستحق ولده من الزنا، وهو قول الأئمة الأربعة، ومذهب الظاهرية. وأبرز ما استدلوا به حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ﴿اِخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ، فَقَالَ سَعْدٌ: هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أُخِي عَتَبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهْدٌ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ أَنْظُرْ إِلَيَّ شَبَّهِهُ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أُخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلِدٌ عَلَيَّ فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِيهِ، فَانظُرْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيَّ شَبَّهِهُ، فَرَأَى شَبَّهَا بَيْنًا بَعْتَبَةَ، فَقَالَ: ﴿هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَالْحَكِّيْبِيُّ مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتُ زَمْعَةَ﴾، فَلَمْ تَرَ سَوْدَةَ قَطُّ﴾. أخرجه البخاري (1912) ومسلم (2645). وقد أجيب عن الحديث بأنه ورد فيما إذا كان هناك صاحب فراش ينازع في الولد، أما إذا لم يكن صاحب فراش فإن الحديث لا يدل عليه، إذ لا نزاع أصلاً، فما المانع من استلحاق أبيه له؟!!

القول الثاني: أن الأفضل أن يتزوجها الزاني، وينسب الولد له، وهذا القول مروى عن عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهم الله. وأبرز ما استدلوا به الآتي:

أولاً: حديث أبي هريرة رضي الله عنه في قصة جريج، وفيه قال: ﴿مَنْ أَبُوكَ يَا غُلَامُ؟ قَالَ: الرَّاعِي﴾. أخرجه البخاري (2302) ومسلم (4625). ووجه الدليل: أن النبي صلى الله عليه وسلم حكى عن جريج نسب الولد للراعي الزاني، وصدق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف العادة في نطق الصبي. **ثانياً:** قصة ملاعنة هلال بن أمية رضي الله عنه مع امرأته، وفيه: ﴿فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغِ اللَّكِيْتَيْنِ، خَدَّيْكَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ﴾. أخرجه البخاري (4378). ووجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم نسب الولد لأبيه من الزنا، والذي خلق من مائه.

ثالثاً: القياس على الأم من الزنا، فكما أن الولد ينسب لأمه من الزنا؛ لأنها هي التي ولدته، فكذلك ينسب لأبيه؛ لأنه خلق من مائه، فهو أبوه كوناً، وإن انتفت الأبوة الشرعية، فكان أولى الناس به. **رابعاً:** أن منع إلحاق ولد الزنى بأبيه معقول المعنى، معروف العلة، وليس تعبدياً، والحكمة في ذلك هي حماية المرء من أن ينسب إليه غير ولده، وأنه في هذه المسألة هو الذي استلحقه، فقد انتفت هذه العلة فعاد الأمر إلى الجواز، كنسبته إلى والدته ولا فرق.

خامساً: أن هذا هو الموافق لقواعد الشرع، فإن الشرع يتشوف إلى ثبوت النسب، وحفظ الولد من الضياع والتشرد والانحراف، وفي الأخذ بهذا القول تحقيق لهذا المطلب الشرعي العظيم، ولا شك أن كون الولد ينتسب لمنسوباً لأبٍ خيرٌ له من أن ينشأ منسوباً لأمه، مصاحباً للعار ببقية عمره، يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها يد، ففي عدم نسبته مفسد عظيم، كلحوق العار به، وبأمه، وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني وأهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة.

وهذا القول هو الذي يترجح، وهو أنه يصح تزوج الزاني من الزانية، لكن بشرط توبة الاثنين والعزم على عدم الرجوع، كما يصح نسبة ولد الزنا لأبيه إذا استلحقه بشرط تزوجه إياها، بل هو الأولى به، وهو ما قضى به الصحابة رضي الله عنهم، فقد كان عمر رضي الله عنه يسيط - أي يلحق - أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام. أخرجه عبد الرزاق في المصنف (12374)، والبيهقي في السنن الكبرى 326/10، وسئل ابن عباس رضي الله عنهما فيمن فجر بامرأة ثم تزوجها؟ قال: (أوله سفاح، وآخره نكاح لا بأس به) . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 155/7 ، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : (لا بأس بذلك، أول أمرها زنا حرام ، وآخره حلال). أخرجه عبد الرزاق في المصنف 202/7، وسئل عمرو بن جابر بن زيد عن الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها؟ قال : "هو أحقّ بها، هو أفسدها". مصنف ابن أبي شيبة 361/3، والآثار في ذلك كثيرة جدا عن الصحابة والتابعين في القضاء والفتوى بذلك، وقد نقل ابن قدامة في المغني عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : (لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستر عليها، والولد ولد له) (9/122). والله أعلم

الموافقون على الفتوى رقم (3)

بشأن تزوج الزاني بالمرزني بها ونسبة الولد إليه من أعضاء لجنة الفتوى، هم:

- الأستاذ. الدكتور علي محي الدين القره داغي
- الشيخ. سليمان بن عبد الله الماجد
- الدكتور. عقيل بن محمد المقطري
- الدكتور. يوسف بن عبد الله الشبيلي
- الدكتور هاني بن عبدالله الجبير
- الدكتور. نايف بن محمد العجمي
- الدكتور. سعد بن تركي الخثلان
- الأستاذ. الدكتور نور الدين الخادمي

الملحق رقم 03

ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 15/06/1999

قضية: (ع ب) ضد: (م ل)

ولادة التوأمين حال قيام الزوجية - عدم نفي النسب عن طريق اللعان -
الحكم بإثبات النسب عن طريق تحليل الدم طيباً غير جائز.

(المواد 42 - 43 - 60 من قانون الأسرة)

من المقرر قانوناً أنه يثبت الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة
أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى
مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله.
ومتى تبين - من قضية الحال - أن ولادة التوأمين موضوع النزاع
وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع كان
إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى
يخضع لأحكام المادتين 43 - 60 ق أ، ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة
والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه باللعان.
وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما
يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

ومن المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار
وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد
32 - 33 - 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاة بخلاف ذلك يعد
مخالفة للقانون.



ومتى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم
المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدول للوصول إلى
تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً
لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا
تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960
الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون
الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن
بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 1999/02/01.

بعد الاستماع إلى السيد هويدي الهاشمي الرئيس المقرر في تلاوة تقريره
المكتوب وإلى السيد حبيش محمد الخامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسمى (ع.ب) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن
مجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن
محكمة قذيل بتاريخ 1998/01/18 والقاضي بتعيين الدكتور حاكم أحمد
العامل بالمستشفى الجامعي بوهران خبيراً لفحص دم الأطراف والوالدين
(ع.أ) و(ع.ع) المولودين بتاريخ 1995/10/27 قصد تحديد نسب الولدين.

حيث استند الطاعن في طلبه على أربعة أوجه للنقض.
حيث أن المطعون ضدها لم ترد.
حيث التمسست النيابة العامة نقض القرار.
عن الوجه الأول: المأخوذ من إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات.
بدعوى أن محكمة قديل غير مختصة محلياً إنما يعود الاختصاص إلى
محكمة سعيطة موطن الطاعن.

لكن وحيث أن دعوى النسب هي مثل دعوى الطلاق أو العودة إلى
مسكن الزوجية يكون الاختصاص فيها أمام المحكمة التي تقع غي دائرة
اختصاصها مسكن الزوجية، طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 08 من قانون
الإجراءات المدنية، وعليه فالوجه غير مؤسس.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القانون ويضمن فرعين:
عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 43 من قانون الأسرة.
بدعوى أن المادة 43 من قانون الأسرة تقضي بأنه ينسب الولد لأبيه إذا
وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، والمطعون
ضدها تعترف بأن الطاعن قد غادر مسكن الزوجية يوم 1994/02/14 مع
أن ولادة التوأمين كانت يوم 1995/10/27 أي بعد 19 شهراً.
لكن وحيث أن المادة 60 من قانون الأسرة تعني أن الانفصال المشار إليه في
المادة 43 من قانون الأسرة إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث إثر خلاف
مثل ما يزعم الطاعن من أنه انقطع عن الاتصال بزوجه، وعليه أن يعلم بأن
العصمة بينهما قائمة وأن زوجته تبقى فراشاً له إلى أن يقع الطلاق.

حيث قضت محكمة سعيلا في 1996/01/27 بالطلاق مما يعني أن ولادة التوأمين موضوع النزاع كانت في ظل قيام الزوجية بين الطرفين. حيث أن المادة 41 من قانون الأسرة قضت بأنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة يعني اللعان، وعليه فالفرع غير مؤسس. عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة الفقرة الرابعة من المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن القرار المنتقد لم يقيم بالتأشير الإجمالي على الوثائق. لكن وحيث أن التأشير الإجمالي على الوثائق لا يعتبر من الأشكال الجوهرية للإجراءات، وعليه فهذا الفرع أيضاً غير مؤسس. عن الوجه الثالث: المأخوذ من قصور الأسباب.

بدعوى أن القرار المنتقد قد اكتفى بتأييد الحكم المستأنف. لكن وحيث أنه عكس ما يدعي الطاعن فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف على اعتبار أن التوأمين قد ولذا حال قيام الزوجية، وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الرابع: المأخوذ من تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم مختلفة طبقاً للفقرة السادسة من المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيبة في 10/12/1996 قد قضى برفض نسب التوأمين بينما القرار الصادر في 05/10/1998 قد أيد الحكم القاضي بتعيين خبرة طبية حول إلحاق نسب التوأمين.

لكن وحيث أن قرار مجلس قضاء سعيبة قد رفض طلب النسب على اعتبار أنه طلب جديد وليس على أساس أن الطلب مرفوض، أما قرار مجلس وهران المشار إليه فهو القرار المنتقد الآن مما يدل على أنه ليس بنهائي، إضافة إلى أنه لا يوجد أي تناقض بين القرارين، وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه المثار تلقائياً من المحكمة العليا: والمأخوذ من تجاوز السلطة. حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا.

حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية، الأمر الذي معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس.

هذه الأسباب

قررت المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - بقبول الطعن شكلاً، ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس شكلاً من هيئة أخرى. للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون مع إلزام المطعون ضدّهما بالمصارف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر جوان سنة ثمانية وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والموارث - المتركة من السادة:

الرئيس المقرر	هو يدي الهاشمي
المستشار	إسماعيلي عبد الكريم
المستشار	أمقران المهدي

بمضور السيد حبيش محمد الحامي العام، وبمساعدة السيد زاوي ناصر أمين الضبط.

ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/03/05

قضية (ب-س) ضد (م-ع)

الموضوع : نسب-خبرة طبية.

قانون الأسرة : المادتان : 40 و 41.

المبدأ : يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر

1960 الأبيار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه :
وبناء على المواد 231.233.235.239.240.241.242.243.244 :
وما بعدها 275 والمادة 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.
بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عمريضة
الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2004/05/15.

بعد الإستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تسلاوة
تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العاينة في
تقديم طلباتها المكتوبة .

حيث أن المدعوة (ب-س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها
الأستاذ تباني أحمد الحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار الصادر
بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة
الغرفة المدنية قسم الأحوال الشخصية القاضي في الشكل : قبول
الإستئناف الأصلي والفرعي، وفي الموضوع : المصادقة على الحكم
المستأنف هذا الأخير كان قد صادق على الحكم المستأنف الصادر
بتاريخ 2002/11/26 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم
التأسيس.

حيث أن الطاعنة إستندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار
المطعون فيه على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول : مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية وينقسم إلى فرعين :

الفرع الأول:

بدعوى وطبقا للمادة 339 من القانون المدني فإن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2001/04/11 أن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيدا بتعيين خبير لإجراء تحاليل الأديان على المتهم للتأكد من الأبوة وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر لهمني والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم وكذا القرار المؤيد له محل الطعن أخطأ عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

الفرع الثاني : مأخوذ من مخالفة احكام المادة 40 من قانون الأسرة.
بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة ذكرت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة... إلخ والخبرة أثبتت أن الطفل (م-م) هو ابن المدعى عليه في الطعن وذلك يعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

الوجه الثاني : مأخوذ من تناقض أحكام فئانية طبقا للمادة 6/233

من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الحكم الجزائري التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خيرة فإن الخبير وبمقتضى هذا الحكم أثبت أن الطفل (ص-م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن والحكم الجزائري الصادر بتاريخ 2000/08/09 صادق على تلك الخيرة أي أنه أثبت نسب الإبن للمدعى عليه في الطعن، وأن ذلك الحكم لم يتم إستئنافه وأنه صليو نمائيا وأنه بذلك يكون متناقض مع القرار المطعون فيه كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

الوجه الثالث : مأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة 233/4

من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائري القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخيرة القضائية والحكم الجزائري المصادق عليها إلا ان القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت نسب الإبن للمدعى عليه في الطعن وأن عدم مناقشة القرار المطعون فيه لتلك الدفوعات والرد عليها سواء بالإيجاب أو السلب يعد قصورا في التسبيب.

حيث أن المدعى عليه في الطعن رد على الأوجه المثارة وخلص إلى رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحوبا بتقرير المستشار المقرر وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها نقض القرار المطعون فيه. حيث أن الرسم القضائي سدد.

وعليه المحكمة العليا

في الشكل :

حيث ان الطعن بالنقض جاء وفق الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا فهو مقبول.

في الموضوع :

عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما :

حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص-م) للمطعون ضده بإعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن

المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلاً، وموضوعاً وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة، وبإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون، وتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر مارس سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المتكونة من السادة :

غرفة الأحوال الشخصية	ملف رقم 355180
لعوامري علاوة	الرئيس
أمقران المهدي	المستشار
خيرات مليكة	المستشارة
ملاك الهاشمي	المستشار المقرر
سوزيد الخضر	المستشار
نعمان السعيد	المستشار

بم حضور السيدة/ صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة،
وبمساعدة السيد/ زاوي ناصر أمين قسم ضبط.

قائمة المراجع

أولاً/ القرآن الكريم وعلومه

- 01 - القرآن الكريم.
- 02 - ابن كثير عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج2، الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1999.
- ابن كثير عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج3، الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1999.

ثانياً/ القواميس والمعاجم

- 01 - ابن فارس بن زكريا أبو الحسن أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج5 مصر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979.
- 02 - ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، م5، القاهرة: دار المعارف. بدون سنة النشر
- 03 - الجرجاني علي بن محمد الشريف، كتاب التعريفات، بيروت: مكتبة لبنان، الطبعة. 1985.
- 04 - عبد الرحمن عبد المنعم محمود، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج3، مصر: دار الفضيلة، 1999.
- 05 - مراد حلمي جمال وآخرون، المعجم الوسيط، مصر: مكتبة الشروق الدولية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004.
- 06 - معلوف لويس، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، بيروت: المطبعة الكاثوليكية، ط19، 1956.
- 07 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج1، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج32، الكويت: مطابع دار الصفاة، ط1، 1995.

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج34، الكويت: مطابع دار الصفاة، ط1، 1995.

08 - —، الموسوعة العربية العالمية، ج4، السعودية: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، ط1، 1996.

ثالثاً/ المراجع العامة

1 - الحديث الشريف وعلومه

01 - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، بيروت: المكتبة العصرية، بدون سنة النشر.

02 - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، ج2، دمشق: دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة النشر.

03 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دمشق: دار ابن كثير، ط1، 2002.

04 - البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج10، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 2003.

05 - الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، م4، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996.

06 - العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، الرياض: دار السلام، ط1، 2000.

- العسقلاني بن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، الرياض: دار السلام، ط1، 2000.

07 - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994.

- النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج11، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994.

08 - مالك بن أنس، الموطأ، م2، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997.

09 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج2، بيروت: دار إحياء الكتب العربية، 1991.

2 - مصادر الفقه الإسلامي

01 - الأجبائي حمد آل مبارك عبد العزيز، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج4، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط2، 1995.

02 - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م2، القاهرة: دار السلام، 1995.

- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م3، القاهرة: دار السلام، 1995.

- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م4، القاهرة: دار السلام، 1995.

03 - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد للطباعة، 2004.

- ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج34، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد للطباعة، 2004.

04 - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغنى ويليهِ الشرح الكبير، ج6، بيروت: دار الكتاب العربي، 1983.

05 - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغنى، ج9، الرياض: دار عالم الكتب، ط3، 1997.

06 - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 1998.

07 - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، مكة المكرمة: دار علم الفوائد، ط1، 2007.

08 - الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، ط1. بدون سنة النشر

- 09 - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج10، بيروت: دار المعرفة، 1989.
- السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، بيروت: دار المعرفة، 1989.
- 10 - الشربيني محمد بن الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، بيروت: دار المعرفة، ط1، 1997.
- 11 - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، م7، القاهرة: دار ابن عفان، ط1، 2005.
- 12- الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ج7، بيروت: منشورات المجلس العلمي، ط2، 1983.
- 13 - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج6، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000.
- الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج8، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000.
- 14- القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ج4، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1998.
- 15 - القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، الرباط: ط2، 1982.
- 16 - الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 2003.
- 17 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج8، مصر: مطبعة السعادة، 1905.
- 18 - المبارك فوري أبو العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي، ج1، عمان: بيت الأفكار الدولية، 1940.

3 - كتب الفقه القانوني

- 01 - أبو زهرة محمد، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، القاهرة: دار الفكر العربي، ط1، 1986.
- 02 - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة: دار الفكر العربي، 2009.
- 03 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، بيروت: دار النهضة العربية، 1967.
- 04 - بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2000.
- 05 - بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، (1966-2006)، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2007.
- 06 - بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2008.
- 07 - بلمحجوب إدريس، قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو جميع الغرف، ج3، الرباط: مطبعة الأمينية، ط1، 2005.
- 08 - ابن أحمد الصالح محمد، الطفل في الشريعة الإسلامية، نشأته. حياته. حقوقه التي كفلها الإسلام، الرياض: مطابع الفرزدق التجارية، 1982.
- 09 - ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر: دار الخلدونية، ط1، 2008.
- 10 - ابن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2008.
- 11 - الخمليشي أحمد، وجهة نظر، ج2، الرباط: دار النشر للمعرفة، 1998.
- 12 - داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر: دار البصائر، 2010.
- 13 - دلاندة يوسف، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر رقم 02-05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر: دار هومة، ط3، 2007.

- 14 - ديدان مولود، القانون في متناول وخدمة الجميع، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، الجزائر: دار بلقيس، 2006.
- 15 - ديدان مولود، القانون في متناول وخدمة الجميع، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، حسب آخر تعديل له، الجزائر: دار بلقيس، 2008.
- 16 - رأفت عثمان محمد، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار البيان، ط2، 1994.
- 17 - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر: دار هومة، ط2، 2009.
- 18 - الشافعي عبيدي، قانون الأسرة ملحق بقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية الجزائرية، الجزائر: دار الهدى، 2008.
- 19 - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي: التّجليات، مركز النّشر الجامعي: تونس، 2006.
- 20 - العمروسي أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، القواعد الموضوعية والإجرامية، القاهرة: دار الطباعة الراقية، ط7، 1989.
- 21 - الفاخوري إدريس، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، الرباط: مكتب دار السلام، 2004.
- 22 - فراج حسين أحمد ، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، بيروت: دار الجامعية، 1998.
- 23 - الكشور محمد، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، الدار البيضاء: مطبعة النجاح، 2007.
- 24 - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، الدار البيضاء: مطبعة النجاح، 2006.
- 25 - كمال الدين إمام محمد، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، بيروت: المؤسسة الجامعية، ط1، 1996.
- 26 - لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، الجزائر: دار الهدى ، 2006.

- 27 - لوعيل محمد أمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، الجزائر: دار هومة، 2010.
- 28 - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان: دار الفكر، ط1، 1981.
- 29 - محمد حسين محمود، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، الكويت: مجلس النشر العلمي، 1999.
- 30 - محمد دفع الله عبد الله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار المصطفى للنسخ، 1979.
- 31 - محمد يوسف المحمدي علي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، طرق إثباته ونفيه، قطر: دار قطري، ط1، 1994.
- 32 - منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 33 - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
- 34 - وهبة الزحيلي مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، دمشق: دار الفكر، ط2، 1985.

رابعاً/ المراجع الخاصة

- 01 - ابن عمر بورقة سفيان، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، الرياض: دار كنوز اشبيليا، ط1، 2007.
- 02 - ابن محمد السبيل عمر، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، الرياض: دار الفضيلة، ط1، 2002.
- 03 - نياي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، الجزائر: دار الهدى، 2010.

- 04 - سه ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، مصر: دار الكتب القانونية، 2010.
- 05 - عبد الرزاق ويح أشرف، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2006.
- 06 - علي الشاذلي حسن، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، بحث مقدّم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، من 13 - 15 أكتوبر. 1998.
- 07 - علي الكعبي خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الأردن: دار النفائس، ط1، 2006.
- 08 - محمود عبد الدايم عبد الصمد حسني، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، القاهرة: دار الفكر الجامعي، ط1، 2008.
- 09 - مسعد هلالى سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2001.

خامساً/ النصوص القانونية

- 01 - الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 100، العدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.
- 02 - الأمر رقم 76-79، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 13، العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1976.
- 03 - القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في 01 أوت 1957، المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 02 و 03 بتاريخ 30 جويلية / و 02 أوت 1957.

- 04 - القانون عدد 57 لسنة 1959، المؤرخ في 01 جوان 1959، المتضمن ختم وإصدار الدستور التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 102، العدد 30 بتاريخ 01 جوان 1959.
- 05 - القانون رقم 15، الصادر بالأمر رقم 15، بتاريخ 19 جانفي 1925، المتضمن قانون الجنسية اللبناني، والمعدل بتاريخ 11 جانفي 1960.
- 06 - القانون عدد 51 لسنة 1984، المؤرخ في 01 أكتوبر 1984، بشأن الأحوال الشخصية الكويتي.
- 07 - القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 22، العدد 08 بتاريخ 17 فبراير 1985.
- 08 - القانون عدد 22 لسنة 1991، المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 22، بتاريخ 29 مارس 1991.
- 09 - القانون 94-653، المؤرخ في 29 جويلية 1994، المتعلق باحترام جسم الإنسان، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. العدد 175 بتاريخ 30 جويلية 1994.
- 10 - القانون عدد 92 لسنة 1995، المؤرخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 138، العدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1995.
- 11- القانون رقم 01 لسنة 2000، المؤرخ في 29 جانفي 2000، يتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 04، بتاريخ 29 جانفي 2000.
- 12- القانون عدد 51 لسنة 2002، يتعلق بتقنين بعض أحكام الدستور، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 45، بتاريخ 03 جوان 2002.

- 13 - القانون رقم 15.01، المؤرخ في 13 جوان 2002 ، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 91، العدد 5031 بتاريخ 19 أوت 2002.
- 14 - القانون رقم 99.37 ، المؤرخ في 03 أكتوبر 2002، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 91، العدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002.
- 15 - القانون عدد 75 لسنة 1998، المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المعدل والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 146، العدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003.
- 16- القانون رقم 03-24، المؤرخ في 11 نوفمبر 2003، المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 93، العدد 5175 بتاريخ 05 جانفي 2004.
- 17- القانون رقم 03.70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 93، العدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.
- 18 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 42، العدد 43 بتاريخ 22 جوان 2005.
- 19 - القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 42، العدد 44 بتاريخ 26 جوان 2005.

- 20 - القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام " مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 148، العدد 68 بتاريخ 26 أوت 2005.
- 21 - القانون رقم 31 لسنة 2006، المؤرخ في 18 جوان 2006، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية. العدد 26 بتاريخ 05 جويلية 2006.
- 22 - القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 43، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006.
- 23 - القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2012، المؤرخ في 24 ماي 2012، في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب، الإمارات العربية المتحدة.
- 24 - ظهير شريف رقم 1.83.197، المؤرخ في 14 نوفمبر 1986، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في أوت 1981، الجريدة الرسمية المغربية. السنة 76، العدد 3910 بتاريخ 07 أكتوبر 1987.

سادساً/ الأحكام والقرارات القضائية

- 01 - قرار تعقيبي مدني عدد 6030، بتاريخ 02 أفريل 1968، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1968.
- 02 - قرار المجلس الأعلى عدد 12، المؤرخ 29 أكتوبر 1968، الغرفة الشرعية، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، 1969.
- 03 - قرار تعقيبي مدني عدد 7900، بتاريخ 14 نوفمبر 1972، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1972.
- 04 - قرار تعقيبي مدني عدد 9210، بتاريخ 06 مارس 1973، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1973.

- 05 - قرار تعقيبي مدني عدد 11609، بتاريخ 15 جويلية 1975، نشرية محكمة التعقيب، ج02، تونس، 1975.
- 06 - قرار تعقيب مدني عدد 10009، بتاريخ 29 أفريل 1975، مجلة القضاء والتشريع تونس، 1976.
- 07 - قرار تعقيبي مدني عدد 760، بتاريخ 26 أفريل 1977، نشرية محكمة التعقيب، ج1، تونس، 1977.
- 08 - قرار تعقيبي عدد 4339، بتاريخ 06 جانفي 1981، مجلة القضاء والتشريع، العدد02، تونس، 1981.
- 09 - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 20841، بتاريخ 24 ديسمبر 1979، غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية، الجزائر، 1981.
- 10 - قرار المجلس الأعلى عدد 446، المؤرخ 30 مارس 1983، ملف شرعي رقم 54758، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، 1986.
- 11 - قرار المجلس الأعلى عدد 145، المؤرخ 03 فبراير 1987، ملف شرعي عدد 5420-85، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 40، 1987.
- 12 - قرار المجلس الأعلى عدد 966، ملف الأحوال الشخصية عدد 87/5457، المغرب، غير منشور.
- 13 - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 34137، بتاريخ 08 أكتوبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 04، 1989.
- 14 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34046، بتاريخ 19 نوفمبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد01، 1990.
- 15 - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1990.
- 16 - قرار المجلس الأعلى عدد 527، بتاريخ 15 سبتمبر 1991، ملف اجتماعي عدد 91/217، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 30، 1991.
- 17 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51414، بتاريخ 19 ديسمبر 1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد03، 1991.

- 18 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 57756، بتاريخ 22 جانفي 1990، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 1992.
- 19 - قرار تعقيبي مدني عدد 26431، بتاريخ 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، ج2، تونس، 1992.
- 20- قرار المجلس الأعلى ، بتاريخ 25 جانفي 1994، ملف الأحوال الشخصية عدد 87/5556، المغرب، غير منشور.
- 21 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172333، بتاريخ 28 أكتوبر 1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1997.
- 22 - قرار المحكمة العليا، رقم 202430، بتاريخ 15 فبراير 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1999.
- 23- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674، بتاريخ 15 جوان 1999، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1999.
- 24 - قرار تعقيبي مدني عدد 10020، بتاريخ 12 أكتوبر 2000، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 2000.
- 25 - قرار استئنافي مدني عدد 13936، بتاريخ 12 جويلية 2000، محكمة الاستئناف بالمنستير، تونس، 2000.
- 26 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 165408، بتاريخ 08 جويلية 1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2001.
- 27 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 204821، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 28 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 210478، بتاريخ 17 نوفمبر 1998، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 29- قرار المجلس الأعلى عدد 780، المؤرخ في 13 نوفمبر 2002، ملف شرعي عدد 2002/1/2/132، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 59 / 60، 2002.

- 30 - قرار المجلس الأعلى عدد 435، بتاريخ 22 سبتمبر 2004، ملف شرعي عدد 2002/1/2/235، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، 2004.
- 31 - قرار المجلس الأعلى عدد 156، بتاريخ 09 مارس 2005، ملف شرعي عدد 2003/1/2/615، مجلة قضاء الأسرة، المغرب، العدد 01، جويلية 2005.
- 32 - قرار المجلس الأعلى عدد 658، المؤرخ 30 ديسمبر 2004، ملف جنائي عدد 2003/1/2/556، مجلة الملف، المغرب، العدد 07، أكتوبر 2005.
- 33 - قرار المجلس الأعلى عدد 37، المؤرخ في 18 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 66، 2006.
- 34 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 01، 2006.
- 35 - قرار المجلس الأعلى عدد 186، بتاريخ 12 جانفي 2007، ملف شرعي عدد 05/815، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، 2007.
- 36 - قرار استئنافي مدني عدد 93680، بتاريخ 08 جوان 1992، محكمة الاستئناف، المجلة القانونية التونسية، 1993.
- 37 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 03/1913، الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 2004، المغرب.
- 38 - حكم ابتدائي مدني عدد 41164، بتاريخ 11 جوان 1999، المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس، 1999.
- 39 - حكم ابتدائي مدني عدد 42123، بتاريخ 25 جوان 1999، المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس، 1999.
- 40 - حكم ابتدائي مدني عدد 25863، بتاريخ 09 نوفمبر 1999، المحكمة الابتدائية، تونس، 1999.
- 41 - حكم ابتدائي مدني عدد 32292، بتاريخ 21 فبراير 2000، المحكمة الابتدائية، تونس، 2000.
- 42 - حكم ابتدائي مدني عدد 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس، 2000.

- 43 - حكم ابتدائي مدني عدد 33960، بتاريخ 12 جوان 2000، المحكمة الابتدائية، تونس، 2000.
- 44 - حكم ابتدائي رقم 7198 بتاريخ 24 أكتوبر 2005، ملف شرعي رقم 03/619، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور.
- 45 - حكم ابتدائي رقم 4239، بتاريخ 06 جوان 2005، ملف رقم 03/387، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور.
- 46 - حكم ابتدائي رقم 15814، بتاريخ 10 مارس 2005، ملف رقم 03/767، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور.
- 47 - حكم ابتدائي رقم 555، بتاريخ 13 أبريل 2006، ملف عدد 03/129/10، المحكمة الابتدائية بالرباط، مجلة قضاء الأسرة، العدد 03، ديسمبر 2006.
- 48 - حكم ابتدائي رقم 5593، بتاريخ 15 نوفمبر 2007، ملف عدد 05/815، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور.
- 49 - حكم ابتدائي رقم 4650، ملف رقم 05/1/3181، بتاريخ 15/10/2007، المحكمة الابتدائية بفاس، المغرب، حكم غير منشور.

سابعاً/ المذكرات والرسائل العلمية

- 01 - أحمد الرفاعي عبد الرحمن، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005.
- 02 - الأشهب أبو بكر، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1999.
- 03 - ابن أحمد الصالح محمد، فقه الأسرة عند ابن تيمية في الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه، م2، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بمصر، 1975.
- 04 - ابن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

- 05 - بوجنان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الجزائر، الدفعة 2005-2008.
- 06 - جمعي ليلي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه دولة، جامعة وهران، كلية الحقوق بوهران، 2005-2006.
- 07 - الزياتي نور الدين، الطفل الطبيعي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001.
- 08 - سكرة أنيس، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001.
- 09 - صالح أحمد عبد الرب وليد. وعباسي إدريس، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، 2008-2009.
- 10- لعكيدي نورة. وحموشن ياسر، دعوى إثبات النسب على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة المولى إسماعيل، كلية الحقوق بمكناس، المغرب، 2006/2007.
- 11 - محمد محمود حسين أحمد عبد المجيد، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2008.
- 12 - اليرماني غربال عائدة، مصلحة الطفل الفضلي من خلال بعض المسائل الأسرية، تونس مثلاً، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006.
- 13- يقرو خالدية، المركز القانوني للطفل بالنظر للأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق بوهران، 2007-2008.

ثامناً/ المنتقيات

01 - أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، من 05 - 07 ماي 2002.

02 - برجواي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد ما بين 05 - 07 ماي 2002.

03 - بلبشير يعقوب، نسب الطفل غير الشرعيّ بالبصمة الوراثية، بحث مقدم في اليوم الدراسي حول الطفل الطبيعي، بجامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر حقوق الطفل، يوم 03 ماي 2012.

04 - ابن تركي الخثلان سعد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010.

05 - ابن سعد الجهني فهد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010.

06 - ابن صالح آل عبد السلام أحمد، حكم استلحاق ولد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010.

07 - ابن عبد الحميد الدرويش عماد، موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني وآثاره، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003.

08 - خياط عبد القادر، تقنيات الهندسة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد من 05 - 07 ماي 2002.

- 09 - رأفت عثمان محمد، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد من 05 - 07 ماي 2002.
- 10 - سليمان الأشقر محمد، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998.
- 11 - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب، والجرائم، وتحديد الشخصية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002.
- 12 - علي القرّة داغي محي الدين، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي من 05-10 جانفي 2002.
- 13 - العنزي سعد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية بالكويت، في الفترة من 13 - 15 أكتوبر 1998.
- 14 - العوضي صديقة. والنجار رزق، دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998.
- 15 - —، المجمع الفقهي الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مكة المكرمة، الفترة من 05 - 10 جانفي 2002.
- 16 - مختار الخادمي نور الدين، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010.
- 17 - مختار السلامي محمد، التحليل البيولوجي في الجينات البشرية وحجته في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد من 05 - 07 ماي 2002.

18 - المكتب الدولي لحقوق الطفل، إعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا، ملامح قطرية بشأن الجزائر ومصر وليبيا والمغرب وتونس، بحث مقدم للمؤتمر المقام بمونتريال، كندا، مارس 2007.

19 - مسعد هلاي سعد الدين ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002.

20 - مشعب الهادي، الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003.

21 - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا أو نفيا، أعمال وبحوث الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، من 05 - 10 جانفي 2002.

22 - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، من 05 - 10 جانفي 2002.

23 - الوسلاتي رضا، الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين بتاريخ 16 أكتوبر 2003.

24 - وهبة الزحيلي مصطفى، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة 16، للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة من 05 - 10 جانفي 2002.

تاسعاً/ المواقع الإلكترونية

01 - إسلامي عزي، « أوروبا وظاهرة الأطفال غير الشرعيين »:
<http://www.kalemasawaa.com/vb/t16971.html>

02 - توفيق طه، « الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية »:
<http://qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/787.html>

- 03 - جاد الحق علي جاد الحق، «حكم الأطفال غير الشرعيين في القانون المصري»: <http://www.manqol.com/topic/?t=19420>
- 04 - حاج ابراهيم سليمان، «5000 أم عازبة و7000 طفل غير شرعي في الجزائر سنويا»: <http://www.algeriemedi.org/modules.php?name=News&op=NEArticle&sid=242>
- 05 - زريويل محمد، «إثبات أو نفي النسب بالوسائل العلمية الحديثة»: <http://www.stardz2.com/topics.php?t=11414>
- 06 - زريويل محمد، «الخبرة الطبية في ضوء التشريع والقضاء المغربي والمقارن»: <http://www.startimes.com/f.aspx?t=25884810>
- 07 - سيد السقا، «ابن الزنا يُنسب لأبيه الزاني وليس لزوج المرأة بالدليل من القرآن والسنة»: <http://almktabah.com/vb/showthread.php?t=2461>
- 08 - صبحي أحمد منصور، «ادعواهم لآبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في الإسلام»: http://www.ahl-alquran.com/arabic/show_article.php?main_id=25
- 09 - ط, فاطمة. و,م,ع أسماء. وش, نعيمة. «وضعية القاصر في ظل مدونة الأسرة»: <http://www.blog.saeed.com/2010/08/the-status-of-a-minor-under-the-family-code>.
- 10 - علي دبا حسن، «ما بين الدين والعلم علائق متواصلة»: http://www.raya.com/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no=149072&version=1&template_id=93&parent_id=42
- 11 - محمد الأزهرى مصطفى، «(D.N.A) ما بين الفقه والقانون»: <http://islamtoday.net/bohooth/artshow-14-7671.htm>
- 12 - محمد، «هوية الأطفال غير الشرعيين»: <http://modoumouhamed.maktoobblog.com/108941/>
- 13 - نجار إبراهيم، «القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة المعرفة الريفية»: <http://encyc.reefnet.gov.sy/>
- 14 - —، «إثبات النسب و تأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة»: http://droit-tlemcen.over-blog.com/pages/_-4038055.html
- 15 - —، «فتوى بشأن تزوج الزاني المزمى بها ونسبة الولد إليه»:

<http://www.islamfeqh.com/Lagna/ViewLagnaFatawaDetails.aspx?ID=84>

16 - —، «فتوى مصرية ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـDNA»:»

<http://rss.Mbc.net/portal/site/mbc>

17 - —، «فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA»:»

<http://www.pls48.net/default.asp?ID=8718>

عاشراً/ المقالات

01 - أحمد مستجير أحمد، «الشفرة الوراثية للإنسان، القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، الفصل9»، سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، جانفي 1997.

02 - بلحساني الحسين، «قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة»، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، العدد 06، أكتوبر 2002.

03 - ابن حليمة ساسي، «وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس»، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 02، 1966.

04 - ابن فوزان بن صالح الفوزان عبد العزيز، «حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنا»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة 08، العدد 30، 2006.

05 - ابن ناصر الخطيب ياسين، «البصمة الوراثية، مفهومها، وحجيتها، ومجالات الاستفادة منها، والحالات التي يمنع عملها فيها، والاعتراضات الواردة عليها»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة 11، العدد 41، 2009.

06 - بوعصيدة حافظ، «إثبات الأبوة»، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1999.

07 - تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 3، 2005.

- 08 - حمادو نذير، «أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي»، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 26، سبتمبر 2008.
- 09 - الشبيلي الهادي الحسين، «استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية»، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م18، العدد 35، 2003.
- 10 - علي القرة داغي محي الدين، «البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي»، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، السنة 14، العدد 16، 2003.
- 11 - فواز صالح، «حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، دراسة قانونية مقارنة»، مجلة الشريعة والقانون، مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، جوان 2003.
- 12 - قاسم عبد الرشيد محمد أمين، «البصمة الوراثية وحجيتها»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة 06، العدد 23، 2004.
- 13 - الكشور محمد، «مركز الخبرة الطبية في مادّة الأحوال الشخصية»، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، العدد 77 و 78، 1997.
- 14 - لمريني سهام، «ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية (A.D.N) في مجال الإثبات»، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 07، جانفي 2012.
- 15 - مازن هنية إسماعيل، «إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية»، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 17، العدد 01، جانفي 2009.
- 16 - نبيل سليم، «البصمة الوراثية وتحديد الهوية»، مجلة حماة الوطن، الكويت، العدد 265، 2004.
- 17 - وزارة العدل، «المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة»، ج1، المغرب: جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد 10 فبراير 2009.

الحادي عشر / المحاضرات

01 - الأرواعي محمد أنيس، محاضرة بعنوان البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، جامعة بيروت الإسلامية، كلية الشريعة، لبنان، بدون تاريخ النشر.

الثاني عشر / الجرائد

01 - بن حليلة ساسي، «رفض إجراء التحليل الجيني وإثبات البنوة»، جريدة الصباح، تونس، بتاريخ 01 نوفمبر 2000:

<http://www.assabah.com.tn/home-01112000.html>

02 - بورويلا .ص، «في انتظار تسوية وضعية انتمائهم، ثلاثة آلاف طفل يولدون في الجزائر سنويا»، جريدة الخبر، الجزائر، بتاريخ 04 أفريل 2011:

<http://www.elkhabar.com/ar/nas/249510.html>

03 - ح. سامية، «المصادقة قبل نهاية السنة على مشروع قانون تحديد هوية الأطفال غير الشرعيين»، جريدة الحوار، الجزائر، بتاريخ 17 جوان 2009:

<http://www.djazairress.com/elhiwar/15231>

04 - خليل محمد، «جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971، بتاريخ:

17 مارس 2006:

<http://www.aawsat.com/details.asp?section=17&article=353415&issueno=9971>

05 - رمزي وليد، «الجزائر تدرس الوضع القانوني "لأطفال الجبال"»، جريدة المغربية، المغرب، بتاريخ 10 ديسمبر 2012:

<http://www.magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/ar/features/awi/features/2009/12/10/feature-02>

06 - زواوية ب، «تسجيل نحو 3200 طفل غير شرعي والتكفل بـ 2000 منهم

خلال العام الماضي»، جريدة الجزائر نيوز، الجزائر، بتاريخ: 19 فبراير 2011:

<http://www.djazairnews.info/component/content/article/82-2009>

07 - ش.ع، «284 ملف زواج عرفي بمخبر " الآي دي أن " التابع للشرطة

الجزائرية قيد الدراسة»، مركز الأخبار، آمان، الجزائر، بتاريخ 18 جويلية 2007:

<http://www.amanjordan.org/a-news/wmview.php?ArtID=13180>

- 08 - الصغير هادن، «رفض إجراء الخبرة الجينية يؤكد الأبوة»، جريدة الاتحاد الاشتراكي، المغرب، بتاريخ 18 نوفمبر 2009:
http://www.alittihad.press.ma/def.asp?codelangue=29&id_info=99329&date_ar=2009
- 09 - الضمراني عبير، «أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالـ DNA؟»، جريدة الأهرام، القاهرة، السنة 132، العدد 44074، بتاريخ: 08 أوت 2007: <http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/INVE2.HTM>
- 10 - كريم سناء، «حكم استئنافي يثبت نسب الطفل المغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه»، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ: 17 أبريل 2008:
<http://www.maghress.com/attajdid/41020>
- 11- الملكي الحسين، «آثار إثبات البنوة والنسب على ضوء مقتضيات قانون مدونة الأسرة الجديدة 70.03، الجزء الأول»، جريدة العلم، المغرب، العدد 19852 بتاريخ: 29 سبتمبر 2004:
http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&view_date=
- 12- و.م.ع، «في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط: مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية»، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ: 27 سبتمبر 2004:
<http://www.attajdid.info/def.asp?codelangue=6&infoun=1404>
- 13- يحي، «ولادة 1500 طفل غير شرعي في تونس سنويا!!»، جريدة التونسية، تونس، إحصائيات جمعية أمل للعائلة والطفل، بتاريخ: 09 أبريل 2012، تقرير 19 نوفمبر 2011:
http://www.attounissia.com.tn/details_article.php?a=43183&t=99&lang=ar&temp
- 14- —، «153 طفل غير شرعي يولد يوميا بالمغرب منهم 24 طفل يتخلى عنه» جريدة أصداء المغرب، المغربية، بتاريخ: 22 سبتمبر 2011، دراسة من طرف جمعية إنصاف:
<http://www.assdae.com/3967-153>
- 15- —، «الأطفال مجهولي النسب: الحث على تحليل ADN لتحديد الأبوة»، جريدة الجمهورية، الجزائر، بتاريخ 25 أبريل 2012:
<http://www.eldjournhouria.dz/article.php?id=8780>

1- Ouvrages

- 01- NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), " *Droit de la famille* ", la découverte, Paris, 1998.
02 - RESMOND-MICHEL (Isabelle), " *100 % légal, tous les droits du particulier* ", PRAT, 2005.
03- SCHOTT-THIEFFRY (Isabelle), " *Les droit de l'enfant* ", vechi.S.A, Paris, 2001.

2 - Mémoires

- 01- MOSLEH (Khadidja), " *La procréation naturelle au Maroc* ", mémoire de DES en sciences juridiques, Fac. De droit, Rabat, 1993.

3 - Articles de revues

- 01- AIT ZAI (Nadia), " *Les droits de l'enfant en Algérie* ", C I D D E F , Alger, 08 juin 2005.
02 - BARRAUD (Emilie), " *La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb* ", Droit et cultures, n° 59/2010-1.
03 - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), " *preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien* ", les cahiers de LADREN, Université d'Oran, N°02, 2011.
04 - DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), " *Les droits de l'enfant* ", Que sais-je?, Presse Universitaire de France, Paris, 2001.
05 - GALLAUX (Jean-Christophe), " *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant* ", R.R.J n° 3, 1989.
06 - GALLAUX (Jean-Christophe), " *L'empreinte génétique: la preuve parfaite?* ", J.C.P.I. 3497 n° 13, 1991
07 - NIZARD (Alfred), " *Droit et statistiques de la filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804* ", revue population, 32è année n° 01, L'I.N.E.D, Paris, 1977.

4 - Colloques

- 01- Colloque international: *LE DROIT POSITIF ET SON EFFECTIVITE EN MATIERE MATRIMONIAL: LES FORMES DE CONJUGALITE ET DE FILIATION*, Université d'Oran, 21 et 22 février 2010.
02 - BOULENOUAR AZZEMOU (malika), " *l'arrêt de la cours suprême du 05 mars 2006: quelques observations* ", laboratoire des droit de l'enfant – LADREN, journée d'étude sur: l'enfant naturel, Université d'Oran, 03 Mai 2012.

5 - Législations

01- Loi n° 72 – 3 du 3 janvier 1972, sur la filiation, J.O.R.F, du 5 janvier 1972.

02 - Loi n° 2001- 1135, du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, J.O.R.F, n° 281 du 4 décembre 2001.

03 - Loi n° 2002 – 305, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, J.O.R.F du 4 mars 2002.

04 - Ordonnance n° 2005 – 759, du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, J.O.R.F, n° 156 du 6 juillet 2005.

05- Loi n° 2009 – 61, du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005 – 759 modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, J.O.R.F, n° 0015 du 18 janvier 2009.

06- Décret n° 2006 – 640, du 1^{er} juin 2006, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005 – 759 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation, J.O.R.F, n° 127 du 2 juin 2006.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01.....	مقدّمة.....
	الفصل الأوّل: مدى حجّية البصمة الوراثية في معرفة الطّفل غير الشرعي
14.....	لوالديه.....
16.....	المبحث الأوّل: موقع البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية في إثبات النسب.....
17.....	المطلب الأوّل: منزلة البصمة الوراثية من الأدلّة القطعية في إثبات النسب.....
17.....	الفرع الأوّل: موقف البصمة الوراثية من الفرائش في إثبات النسب.....
18.....	أوّلاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من الفرائش.....
21.....	ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية البصمة الوراثية مقارنة مع الفرائش.....
26.....	الفرع الثّاني: موقف البصمة الوراثية من البيّنة أو الشّهادة.....
27.....	أوّلاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من البيّنة في إثبات النسب.....
29.....	ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع البيّنة.....
34.....	الفرع الثّالث: موقف البصمة الوراثية من الإقرار.....
35.....	أوّلاً: آراء العلماء في موقف البصمة الوراثية من الإقرار.....
37.....	ثانياً: موقف بعض تشريعات الدول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع الإقرار.....
44.....	المطلب الثّاني: مكانة البصمة الوراثية من الأدلّة الظّنية في إثبات النسب.....
45.....	الفرع الأوّل: موقف البصمة الوراثية من القيافة والقرعة في إثبات النسب.....
45.....	أوّلاً: المعنى اللّغوي والاصطلاحي للقيافة والأدلّة على ثبوت النسب بها.....
49.....	ثانياً: المعنى اللّغوي والاصطلاحي للقرعة والأدلّة على ثبوت النسب بها.....
	الفرع الثّاني: آراء العلماء المعاصرين وموقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من
53.....	البصمة الوراثية مقارنة مع القيافة والقرعة.....
53.....	أوّلاً: آراء العلماء المعاصرون في موقف البصمة الوراثية من القيافة والقرعة.....
	ثانياً: موقف بعض تشريعات الدّول المغاربية من البصمة الوراثية مقارنة مع القيافة
58.....	والقرعة.....

المبحث الثاني: معرفة الطّفّل غير الشرعي لوالديه عن طريق البصمة الوراثية..66	66
المطلب الأوّل: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب الطّفّل غير الشرعي	67
من أبيه.....67	67
الفرع الأوّل: رأي الفقهاء القدامى من عدم استلحاق ولد الزنا بأبيه.....67	67
أوّلاً: الدليل من السنّة.....68	68
ثانياً: الدليل من الإجماع والمعقول.....75	75
الفرع الثاني: آراء بعض العلماء المعاصرين في حكم الطّفّل غير الشرعي وموقف	76
القانون الوضعي من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية.....76	76
أوّلاً: آراء بعض العلماء المعاصرين في الطّفّل غير الشرعي من إثبات نسبه	76
بالبصمة الوراثية.....76	76
ثانياً: موقف القانون الوضعي من إثبات نسب الطّفّل غير الشرعي بالبصمة	81
الوراثية.....81	81
المطلب الثاني: رأي المذهب المؤيّد لإثبات نسب الطّفّل غير الشرعي من والده..84	84
الفرع الأوّل: أدلة الفقهاء القدامى بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج.....85	85
أوّلاً: الدليل من القرآن الكريم.....85	85
ثانياً: الدليل من السنّة النبويّة.....87	87
الفرع الثاني: آراء العلماء المعاصرين في ثبوت نسب الطّفّل غير الشرعي	95
وموقف القانون الوضعي من إثبات نسبه بالبصمة الوراثية.....95	95
أوّلاً: آراء العلماء المعاصرين في ثبوت نسب الطّفّل غير الشرعي.....95	95
ثانياً: موقف القانون الوضعي من إثبات نسب الطّفّل غير الشرعي بالبصمة	108
الوراثية.....108	108
خلاصة الفصل الأوّل:.....112	112
الفصل الثاني: موقف بعض التشريع والقضاء المغربي من حقّ الطّفّل غير الشرعي	116
في معرفة والديه بالبصمة الوراثية.....116	116
المبحث الأوّل: التشريع المغربي وموقفه من إثبات نسب الطّفّل غير الشرعي	119
بالبصمة الوراثية.....119	119

المطلب الأول: نظرة المشرع التونسي للطفل غير الشرعي في معرفة والديه	
بالبصمة الوراثية.....	119
الفرع الأول: وضعية الطفل غير الشرعي ضمن قانون مجلة الأحوال الشخصية	
في الانتساب إلى والديه.....	121
أولاً: القائلون بعدم إثبات نسب الطفل غير الشرعي في التشريع التونسي.....	123
ثانياً: القائلون بإثبات نسب الطفل غير الشرعي في التشريع التونسي.....	126
الفرع الثاني: حق الطفل غير الشرعي في معرفة أبويه من خلال قانون 75	
لسنة 1998.....	130
أولاً: الوسائل غير العلمية لإثبات الأبوة.....	133
ثانياً: الوسائل العلمية لإثبات الأبوة.....	135
المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل غير الشرعي في التشريع المغربي عن طريق	
البصمة الوراثية.....	140
الفرع الأول: حق الطفل غير الشرعي في النسب ضمن مدونة الأسرة.....	142
أولاً: إثبات النسب بالفراش.....	142
ثانياً: إثبات النسب بالإقرار والبيّنة.....	146
الفرع الثاني: موقف التشريع المغربي من الخبرة الطبية في إثبات نسب الطفل	
غير الشرعي.....	151
أولاً: مرحلة استبعاد الخبرة الطبية.....	151
ثانياً: مرحلة الأخذ بالخبرة الطبية.....	154
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من إثبات نسب الطفل غير الشرعي	
بالبصمة الوراثية.....	159
الفرع الأول: مفهوم الطفل غير الشرعي ضمن التشريع الجزائري.....	159
أولاً: انتساب الطفل غير الشرعي إلى أمه.....	162
ثانياً: انتساب الطفل غير الشرعي إلى أبيه.....	164
الفرع الثاني: مدى اعتراف المشرع الجزائري للطفل غير الشرعي في معرفة	
والديه بالبصمة الوراثية.....	165

169.....	أولاً: العراقيل القانونية.....
170.....	ثانياً: العراقيل المادية.....
172.....	المبحث الثاني: موقف القضاء المغربي من البصمة الوراثية في مجال إثبات نسب الطفل غير الشرعي.....
173.....	المطلب الأول: موقف فقه القضاء التونسي من التحليل الجيني في إثبات النسب الطفل غير الشرعي.....
173.....	الفرع الأول: مجال اعتماد التحليل الجيني.....
176.....	الفرع الثاني: أوجه اعتماد التحليل الجيني.....
181.....	المطلب الثاني: مدى إمكانية الاعتماد بالبصمة الوراثية أمام القضاء المغربي لإثبات نسب الطفل غير الشرعي.....
181.....	الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة.....
186.....	الفرع الثاني: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب مرحلة صدور مدونة الأسرة.....
192.....	المطلب الثالث: تعامل القضاء الجزائري مع البصمة الوراثية كدليل لإثبات نسب الطفل غير الشرعي.....
193.....	الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظل قانون الأسرة 11-84.....
198.....	الفرع الثاني: لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية جرّاء دعاوى إثبات النسب في ظل الأمر 02-05.....
207.....	خلاصة الفصل الثاني:.....
209.....	الخاتمة.....
215.....	الملاحق.....
236.....	المراجع.....
262.....	الفهرس.....

الملخص

طبقا لاتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 وفي مادتها السابعة، بأن يكون للطفل الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما. حيث أثار اهتمامي موضوع الطفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية وهو ما يسمّى حديثا بالطفل غير الشرعي. ونظرا لانتشار ظاهرة الأطفال غير الشرعيين في العالم وبأعداد هائلة ارتأيت أن يكون موضوع رسالتي: حقّ الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية. حتى وإن استعصى الأمر في مسألة إثبات النسب، فالبصمة الوراثية أصبحت وسيلة من وسائل إثبات النسب، وذلك قياسا على القيافة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء. وبعد البحث عن إمكانية معرفة الطفل غير الشرعي لوالديه عن طريق البصمة الوراثية، خصوصا من جانب الأب في الفقه الإسلامي وبعض الدول المغاربية اتضح أنّ الفقه الإسلامي فيه مذهب رافض ومذهب مؤيد أمّا من حيث التشريع المغربي فله موقف رافض باستثناء المشرع التونسي. ولقضاء هذه الدول السلطة التقديرية في اللجوء أو عدم اللجوء إلى هذه التقنية. فهل من شأن البصمة الوراثية أن تمكن الطفل غير الشرعي من معرفة والديه والانتساب إليهما؟.

الكلمات المفتاحية:

الطفل غير الشرعي؛ الطفل الطبيعي؛ الزنا؛ البصمة الوراثية؛ القيافة؛ الأبوة؛ الأمومة؛ البنوة؛ الزواج الشرعي؛ النسب.