جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون نظام (ل.م.د)

إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص : القانون الخاص الداخلي

إعداد الطالـــبتين:
خديجة علوش
فريدة حمزة

تحت إشراف:
د/ سعيد بويزري

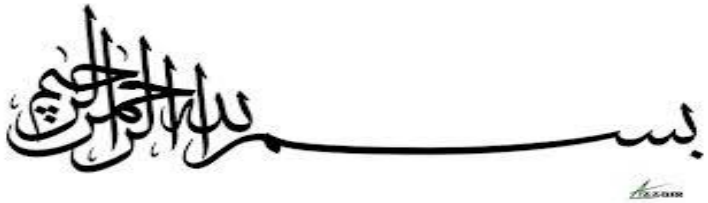
لجنة المناقشة:

د/ صفية باي ، أستاذة محاضرة(أ) جامعة مولود معمري ، تيزي وزو..... رئيســا.

د/ سعيد بويزري ، أستاذ محاضر (أ) جامعة مولود معمري ، تيزي وزو..... مشرفا، مقررا.

أ/ أعمر لخضاري ، أستاذ محاضر (أ) جامعة مولود معمري ، تيزي وزو..... ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 22-11-2012



﴿ سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتىّ يتبيّن لهم أنّه الحق
أو لم يكفي بربك أنّه على كلّ شيء شهيد ﴾

سورة فصّلت : 53

كلمة شكر

نتقدّم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف الدكتور "سعيد بويزري"، الذي كان له الفضل الكبير في إنجاز هذه المذكرة والذي لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته للعمل.

ونرجو من الله عزّ وجلّ أن يعطيه الصحة والعافية كما نرجو أن يجزيه عنّا وعن الطلبة جميل صنائعه.

« فريدة و خديجة »

إهـــداء

الحمد لله الذي بفضل قدرته استطعنا إنجاز هذا العمل الذي كان ثمرة دراستنا.

اهدي هذا العمل إلى أبي الذي كان له الفضل الكبير في مشواري الدراسي والذي كان مثلي الأعلى.

و إلى من كانت الجنّة تحت أقدامها أمّي الحنون التي سهرت الليالي على رعايتنا.

كما أهديه إلى كلّ من إخوتي: محمد ، مولود، رفيق و عز الدين.

و إلى أختاي: منيرة و نسرين.

و إلى كل من علّمني حرفًا و أنار لي دربًا وكان لي على الصعاب معينًا أهدي هذا العمل.

فـــريدة

إهـــداء

الى روح الغالي أبي....

الى نبع الحنان المعطاءة أمي .

الى اخوتي : محمد ، مختار ، نور الدين ، اسماعيل ،عثمان

الى أخواتي : سجية ، باية ، رتيبة ، عقيلة ،ايمان

الى كل أستاذاتي الفضليات و أساتذتي الأفاضل

الى كل صديقاتي

اليكم جميعا أهدي ثمرة هذا الجهد .

خديجة

قائمة المختصرات الاصطلاحية:

ج ر:.....الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.س.ن..... دون سنة النشر.

د.م.ن:.....دون مكان النشر.

ص:.....الصفحة.

ص.ص:.....من الصفحة الى الصفحة.

Liste des principales abréviations:

A.D.N :.....Acide désoxyribose nucléaire.

P.C.R :.....Polymérase chan réaction.

P :.....Page.

Ibid. :.....Même référence.

مقدمة

مقدمة

خلق البارئ عز و جل الانسان و جعل وجوده يتميز بالتفرد الخاص في الكثير من صفاته ، و تتجلى هذه الخصوصية في الكثير من جوانب خلقه :

فمن حيث انتمائه الى الصنف البشري ، ينفرد كل انسان على وجه الأرض ببصمة أصابعه ، و ببصمة صوته ، و ببصمة رائحته..... فضلا عن كشف جديد هام و هو نظام البصمة الجينية و الذي يعتمد على حقيقة مفادها أن كل انسان يتفرد بنمط خاص في ترتيب جيناته ضمن كل خلية من خلايا جسده و لا يشاركه فيها أي انسان.

وقد أدى اكتشاف خصوصية هذا التفرد الى تحقيق مصالح كبرى لبني البشر لا سيما في مجال اثبات الهوية ما جعله يتربع على عرش أدلة اثبات الجرائم و المجرمين حيث يعد اكتشاف البصمة الوراثية خدمة كبيرة قدمها علم البيولوجيا لأنظمة القضاء الجنائي بوجه خاص امتد بعدها للمجال المدني في قضايا الهجرة و اثبات البنوة ،والذي يعد القضاء البريطاني السباق لتوظيفها .

و من حيث أشركه مع غيره من الكائنات الحية في أساسيات و أساليب بقائه و عدم انقراضه بتقرير آلية التناسل [1]، ميزه بالمقابل بأن أفرده بالتأسيس لهذا التناسل وفق ما يحفظ له مكانته الأدمية عن غيره ممن خلق ، حيث يعد النسب الرباط العضوي و الفيزيولوجي الذي يربط الانسان بأصوله و فروعه و حواشيه ، وهو الرباط الذي يكون الأسرة و العشيرة و القبيلة و الشعب و الأمة .

1 - يراد بالنسل في الشرع : الولد و الذرية التي تعقب الآباء في بقاء المسيرة الطويلة للنوع البشري .أنظر: صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الاسلامي،مذكرة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين 2005 http://www.ketab link.com

و لما كان النسب في المجتمع يلعب دور العصب باعتبار ما يحققه ثبوته من آثار على علاقات أفراده بتقرر الحل و الحرمة في الزواج على أساسه و منه يحدد المعالم رابطة المصاهرة و تتأكد حقوق الأولاد و الآباء .....فقد أولته الشريعة ا لاسلامة و معها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا مصنفة اياه ضمن الضروريات الخمسة التي تعني بالمحافظة عليها وذلك بتنظيم أحكامه ضمن اطار يضمن سلامته و نقاءه .

فشرعت على اثره الزواج و حرم التبني و حذر من الادعاء لغير الأب وأن يجحد الانسان ابنه وهو ينظر اليه، كما سطرت له أسباب وجوده و حددت طرق اثباته و الذي كان محورا لدراسات عديدة جاءت تطالب بادراج البصمة الوراثية ضمنها استنادا الى مايراه العلماء من أنه نظام يمكن من تحديد الأم والأب والأخ بصفة قطعية ما يجعل من الضروري معه بحث **مدى امكان اثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري.**

تستوجب هذه الدراسة بحث البصمة الوراثية كآلية لاثبات النسب بابراز مفهومها و ما حدث حولها من جدل و طبيعة الاعتراف بها **(الفصل الأول)** و نطاق استخدامها **(الفصل الثاني) .**

الفصـــل الأول:

البصمة الوراثية كآلية لإثبات النسب

الفصل الأول

البصمة الوراثية كآلية لاثبات النسب

انه و لما لدليل الاثبات من بالغ الأثر على تثبيت الحق لصاحبه فان فهم دوره الوظيفي يعين المتحجج به على توظيفه بايجابية لصالحه . و لما كانت البصمة الوراثية احدى مخلفات الثورة العلمية التي طالت القرن الواحد و العشرين فقد تم من خلال هذا الفصل محاولة بحث اطارها العام من خلال دراسة مفهومها و نوعية الاشكالات التي طرحت ازاءها (المبحث الأول) و الدور المرجو منها قضائيا من خلال الاعتراف بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم البصمة الوراثية و الجدل القائم حول حجيّتها

زود علم البيولوجيا المحاكم بتقنيات عديدة لكشف الهوية و الاثبات وهذا ماجعل الحديث عن البصمة الوراثية كآلية لاثبات النسب يقتضي بحث مفهومها (المطلب أول) و تدرج فكرة اعتمادها و الجدل القائم حول حجيتها(المطلب الثاني)

المطلب الأول

مفهوم البصمة الوراثية

البصمة الوراثية اكتشاف حديث نسبيا ، يعود الفضـــل فـــي اكتشـــافها للعـــالم الانجليـــزي "اليك جيفرز" ALEX JEFFRYS من جامعة ايستر بـــانجلترا [1] الـــذي بـــيّن أنّ لكـــل كائن حي بصمة وراثية خاصة به ، تميّزه عن غيـــره و لا تتشـــابه إلاّ لـــدى التـــوائم المتطابقة .[2]

1- سجلها كبراءة اختراع في نوفمبر 1984.
أنظر:فؤاد عبد المنعم أحمد ،البصمة الوراثية و دورها في الاثبات الجنائي بين الشريعة و القانون ، المكتبة المصرية، د م ن ، د س ن ،ص7

2- GALIZIA Jean-Luc et LECAILLON Jeremy , *Les empreintes génétiques à Titre post-mortem, Rapport de recherche DEU droit de la santé, f*evier2003, p3.

والبحث عن مفهومها يتطلب التعرض إلى :

- § تعريفها (الفرع الأوّل).
- § أساسها العلمي (الفرع الثاني).

الفـــرع الأوّل

تعريف البصمة الوراثية

ان فهم مدلول البصمة الوراثية يتعين لتحقيقه البحث في معناها اللغوي ثم الاصطلاحي:

§ أوّلاً: التعريف اللّغوي:

البصمة الوراثية: كلمة مركبة من : "بصمة" و "وراثية".

و البصمة لغةً: مشتقة من البصم وهو فوت ما بين الخنصر إلى البنصر يقال رجل أو ثوب ذو بصم أي غليظ، وبصم ببصمه بصمًا أي طبعه وهو باصم. وكذلك البصمة للعلامة التي ترسم على القماش.

وقد خلص علماء اللّغة العربية في مؤتمر عقدوه بمصر أن لفظ بصمة تعني أثر الختم بالإصبع[1].

و البصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحًا مصقولاً[2] . و الوراثية نعت

---

1 - فؤاد عبد المنعم أحمد، مرجع سابق، ص 13.

قال بها أيضًا نافع تكليف دافار العماري ، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2009، ص20.

2 - هاشم محمد علي الفلاحي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب و الجناية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، اليمن ،2009-2010، ص 04. http://www.4shared.com.

وهي مشتّقة من الوراثة، و تعني في اللّغة الانتقال[1] ، يقـال ورث فـلان أبـاه أي انتقـل إليه ماله عند هلاكه[2].

والوراثة هي العلم الذي يختص بدراسة انتقال الصـفات الوراثيـة مـن جيـل إلـى جيل، و تفسير كافة الظواهر الخاصة بهذا الانتقال[3].

والمعنى اللّغوي للبصمة الوراثية: هو العلامة أو الأثر الذي ينتقـل مـن الآبـاء إلـى الأبناء وفقًا لقوانين محدّدة يمكن تعلّمها[4].

§ ثانيًا: التعريف الاصطلاحي:

تعدّدت تعريفات البصمة الوراثية وهذا مردّه إلـى حـداثتها كاكتشـاف علمـي مـن جهة، وعدم استقرار الفقه على تعريف موّحد لهـا كنازلـة[5] فـي مجـال الإثبـات مـن جهة أخرى.

ومن بين هذه التعريفات:

يعتبرها الدكتور محمـد بـن أحمـد صـالح صـلاح أنّهـا: «المـادة الوراثيـة الموجودة في جميع خلايا الكائنات الحيّة، كما أنّها وسـيلة مـن وسـائل التعـرّف علـى الشخصية»[6]

1 - نافع تكليف دافار العماري، مرجع سابق، ص 22.

2-سعد بن عبد العزيز عبد الله الشيويح، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2007، ص 32.

3-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية "دراسة مقارنة"، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 42.

4 - نافع تكليف دافار العماري، مرجع سابق، ص22.

5 - النازلة: هي الأمر الجديد الحادث، ينزل بالأمة و ليس فيه نص من الكتاب و السنة. أنظر: وليد ملحم، فقه النوازل مقال منشور على موقع مكتبة صيد الفؤاد. http://www.saaid.net

6 - محمد بن أحمد صلاح الصلاح، إثبات نسب ولد الزنا، الحكم و الضوابط و الشروط، بحث مقدم لأشغال مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين، مكّة المكرمة فترة ما بين 29/25 ديسمبر 2010، ص21.

وتعرّفها الدكتورة عائشة سلطان المرزوقي أنهـــا: «عبـــارة عـــن الـــنمط الـــوراثي المتكوّن من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي وهـــذه التتابعـــات تعتبـــر فريـــدة و متميّزة لكلّ فرد »[1]

وأقرّت ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينـــوم البشـــري للمنظمـــة الإســـلامية للعلوم الطبيّة التعريف : « هي البنية الجينية التي تدل علـــى هويّـــة كـــل إنســـان بعينـــه وهي وسيلة تمتاز بالدّقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي التي يمكـــن أخـــذها مـــن أي خليـــة بشرية،كّالدم أو اللعاب أو المني ...».

كما عرّفها بأنّها: «تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليـــل جـــزء أو أجـــزاء مـــن حمض الدنا(AND)المتمركزة في نواة كل خليـــة مـــن خلايـــا جســـمه، ويظهـــر هـــذا التحليل في صورة شريط مـــن سلســـلتين، لكـــل سلســـلة تـــدرج علـــى شـــكل خطـــوط عريضة مسلسلة وفقًا لتسلسل القواعد الأمينية على حمـــض (AND)وهـــي خاصـــة بكـــل إنسان تميّزه عن غيره في الترتيب و المسافة ما بين الخطوط العريضة»[2].

وقد عرّفها الدكتور سعد الدين هلالي أنّها: «العلامة أو الأثـــر الـــذي ينتقـــل مـــن الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع»[3].

v مناقشة التعريفات:

بالقراءة الأوّلية لهذه التعريفات يتبيّن لنا اتفاقها في نقطتين:

1 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية و تشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، مكتبة دار العلوم، مصر، 2000، ص 305.

2 - نافع تكليف دافار العماري، مرجع سابق، ص 23.

3 - سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، 2001، ص25.

- **الأولـــى**: أنها تتعلّق بانتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء.
- **الثانيـــة**: دراسة التركيب الوراثي للإنسان.

غير أنّها تختلف من حيـث نسـبة احترامهـا للضـوابط المعمـول بهـا لتقـديم التعريف التي تتمثل أساسًـا فـي وجـوب أن يكـون التعريـف جامعًـا لكـل عناصـر المعرف ومانعًا من إقحام عناصر خارجة عنه.

فلو تمعنا في التعاريف المقدّمة نجد معظمهـا أبـرزت طابعهـا الـوراثي، غيـر أنها لم تمنع من دخول عناصر أخرى لا يتضمنّها مفهـوم البصـمة الوراثيـة، ذلـك أن معظم التعريفات قدمتها على أنها فحـص لجـزيء الحمـض النـووي بغـرض كشـف الهويّة، لكنها لم تبرز المميز في هذا الجزء و الذي على أساسه يتم تفرقـة شـخص مـا عن غيره.

و يرى أن التعريف الذي يلمس فيه الاشتمال على عنصـري الجمـع والمنـع هـو ما جاء به الدكتور عارف علي عارف قرة الداغي[1].

حيث اعتبر: « المقصود بالبصمة الجينيـة الاختلافـات فـي التركيـب الـوراثي لمنطقة الأنترون و يتفرد بها كل إنسان وتورث ».

ذلك أن التركيـب الـوراثي يعتمـد فـي بنائـه علـى تكـرار تسلسـل القواعـد النتروجينية (إدنين - ثايمين – جوانين – الستوزين) وفق نظام معـين موحـد عنـد كـل

1 - عارف علي عارف قرة الداغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2011، ص 47.

البشر بنسبة 99,5%، و الإختلاف يكمـــن فيمـــا نســـبته 0,5% فـــي منـــاطق موزعـــة على طول جزيء الحامض النووي تدعى انتيرون[1].

الفرع الثاني

الأساس العلمي للبصمة الوراثية

§ أوّلاً: مجال الفحص الجيني:

يتعلّق الفحص الجيني بتحليل مخبري لمـــادة كيميائيـــة تـــدعى الحمـــض النـــووي الريبوزي منقوص الأكسجين[2] الذي يتمركز في نواة الخليـــة البشـــرية لتحديـــد الوالديـــة البيولوجية، على اعتبار أنّ أصل خلق الإنسان خلية واحدة مردهـــا إلـــى إتّحـــاد الخلايـــا الجنسية للوالدين.[3]

ذلك أن الحمض النووي هو الـــذي يحمـــل المعلومـــات الوراثيـــة[4] و يتكـــون مـــن وحدات صغيرة تسمى تولكيبوتيدات[5] يـــرتبط الواحـــد منهـــا بـــالآخر ليشـــكل سلســـلتين حلزونيتين ليشكل بدوره التركيب الكيميـــائي للكروموزومـــات وكـــل واحـــدة مـــن هـــذه

---

1 - إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع عن النسب و تحديد الجنس، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون ، المجلد 2، الإمارات العربية، 05/02 ماي 2002، ص 633.

1- وهو مادة كيميائية ذات زون جزئي عالي جدًا، أنظر: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق ،ص21

3- تعرّف الخلية على أنّها: الوحدة الأساسية لتركيب جسم الإنسان، و يحوي الجسم على نوعين من الخلايا، خلايا جسمية مسؤولة عن وظائف الجسم و خلايا جنسية مهيّئة للإتحاد من أجل تكوين إنسان جديد ، و التي تتمثل في: الحامين والبويضة، أنظر: سعد بن عبد العزيز عبد الله الشويخ، مرجع سابق، ص 33

4 - عبد الحميد فوال، الحامض النووي، مداخلة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،أيام 09-10 أفريل 2008، ص 218.

5 . D. Brisnik- Stephen, *Biologie en Bref*, http:// coursdemedecineblogsport.com, p 47.

الكروموزومات تحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثيـــة[1] التـــي قـــد يبلـــغ عـــددها في الخلايا البشرية حوالي مائة ألف مورثة جينيـــة علـــى الأقـــل، و التـــي تعـــد الوحـــدة المعلوماتية في الدنا (A.D.N) و تتحكم في صـــفات الإنســـان و الطريقـــة التـــي يعمـــل بها[2] و تكمن المعلومة الوراثية للخلية فـــي تتـــابع الشـــفرة الوراثيـــة أي تتـــابع القواعـــد النتروجينية الأربعة التي وهبها الله للحياة وهي :

- § الأدنين (A) Adinine
- § الثايمين (T) Thaimine
- § الستوزين (C) Cytosine
- § الجوانين (G) Guanine

ذلك أن النيوكليوتيدات كوحدة تركيبيـــة أساســـية فـــي الـــدنا (A.D.N) تتكـــون أساسًا إضافة إلى: سكر منقوص الأكسجين، ومجموعة فوســـفوتية[3] مـــن قواعـــد أزوتيـــة و تبرز الأخيرة فـــي شـــكل قطـــع مســـطحة مـــن جانـــب النيوكليوتيـــدة تكـــون نقطـــة الإختلاف الوحيدة في بناءها و تبرزها في أربعة أشكال.

وتظهر القواعد النتروجينية فـــي السلســـتين علـــى شـــكل أزواج و تتابعهمـــا فـــي طول السلسلتين هو لاشيء الوحيد الذي يشكل التباين في التركيب.[4]

و تتخذ هذه الإختلافات صورتين[1]:

---

1 - تعرف الجينات على أنّها: عبارة عن ترددات من النيوكليوتدات تتراوح ما بين 500-1000 زوج قاعدي وتترتب ضمن ترددات الحامض النووي (A.D.N) تفصل بين مورث و آخر فاصلة مؤلفة من عدد قليل من الترددات. أنظر: إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي، بيروت، د ت ن، ص 681.

2 - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية، دار الفضيلة، السعودية، 2002، ص 09.

3 - D. Brisnik Stephen., Ibid. P50

4 - دانييل كيفلس و ليروي هود، ترجمة: أحمد مستجير، الشفرة الوراثية للإنسان ، الكويت، 1997، ص51.

§ تتابع متعدد الأشكال: Sequence Polymophisms

§ طول متعدد الأشكال: Length Polymophisms

حيث يتعلّق الأوّل باختلاف في تتابع الأزواج القاعدية في مكان معيّن ويتعلّق الثاني باختلاف في طول جزء من الحامض النووي في نهايتين محددتين[2].

كخلاصة يمكن القول أن فكرة البصمة الوراثية مبنية على أساس أن العوامل (الصفات) الوراثية في الطفل الابن لابد أن يكون أصلها مأخوذ من الأب والأم فالطفل يأخذ دومًا نصف الصفات الوراثية من الأب عن طريق الحيوان المنوي و النصف الآخر من الأم عن طريق البويضة و لهذا لابد من وجود أصل الصفات الوراثية الخاصة بالولد في كل من الأب و الأم.

§ ثانيًا: مراحل الفحص الجيني:

يعتمد الفحص على جمع العينات البيولوجية من جسم الأشخا ص المراد الكشف عن احتمال وجود علاقة قرابة بينهم، كمرحلة أولى: و يدخل في المواد التي يمكن اعتمادها كعيّنات كل أجزاء أو سوائل الجسم كالدم أو المني أو الشعر أو الأضافر، ....: ذلك أن كل خلية من الخلايا المكونة لجسم الإنسان تحوي في تركيبها على نفس المادة الوراثية. ويستثنى من هذه المواد كريات الدم الحمراء.[3]

---

1 - أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية، الإمارات 2-5 ماي 2002، ص 682.

2 - صحر الياس، البصمة الوراثية و لمحة عن تطبيقاتها في مجال العلوم الطبية الشرعية،جامعة دمشق ،سوريا ،2010 ، ص 20.

3 - محمد بن إدريس الحلي، البصمة الوراثية ، تقرير فقهي، مركز الإدريسي للدراسات الفقهية، العدد الأول، شتاء 2008، ص 8.

http://www.4shared.com.

ويراعى عند أخذ العينات بعض الشروط الإجرائية[1] التـــي يتعـــين علـــى الطبيـــب المشرف على الفحص التيقن منها تتمثل:

- فحص هوّية المتقدم للفحص.
- تسجيل بصمة الإبهام للأطراف المعنية.
- التوقيع بالنسبة للأطراف المعنية.
- يكتب على الأنبوب الحاوي للعينة (اســـم، لقـــب، تـــاريخ ميلادهـــا فيهـــا بشـــكل ثابت و حضور الأشخاص المجرات لهم هذه التحاليـــل لإجتنـــاب الإخـــتلاط وفـــي المرحلة الثانية يتم فحص العينات بفصل القطـــع المـــراد تحليلهـــا مـــن الجينـــوم الكامل.

ويتم التحليل بعدة طرق أهمها طريقتان مشهورتان:

الأولى تدعى (RFLP) يتم من خلالها دراســـة عـــدد تكـــرار التتابعـــات للقواعـــد على طول جزء الدنا محل الفحص.

ومساوئ هذه التقنية أنها تتطلب عينات كبيـــرة مـــن الـــدنا و يســـتغرق الفحـــص مدّة زمنية طويلة.[2]

الطريقة الثانية و التي تعتبر أكثر أنواع فحص الحـــامض النـــووي شـــيوعًا فـــي الوقت الحالي في مجال التحليل الجينـــي هـــو الفحـــص المســـمى التفاعـــل البوليمـــوري

1 - صحر إلياس، مرجع سابق،ص20.

http://www.4shared.com.

2 - بومجان سولاف، إثبات النسب في ظل التعديل الجديد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 2005-2008، ص 70.

التسلسلي (PCR) [1] ، حيث يتيح هـذا الإختبـار عمـل ملايـين النسـخ مـن كميـات صغيرة من الحامض النووي ممّا يساعد على توليد عدّة عينـات بغـرض مقارنتهـا مـع خصائص الحامض النووي المأخوذة من الشخص المعني.

- يتم قطع سلسلتي الحمض النووي و ذلك بفك الروابط الهيدروجينيـة عـن طـرق إنزيم يدعى(DNA Helicase) [2] الذي يفصل طولاً بين الخطين.
- تعـرض القطـع للتفاعـل عـن طريـق إضـافة إنـزيمين: « Primer » و « Polymérise » وتعرض للحرارة عن طريق جهاز.
- تتم عملية المقارنة بقطع الشريط عنـد شـفرات معينـة باسـتخدام إنـزيم يـدعى « Strictianisime ».[3]

وعملية المقارنة تتم عن طريق ما يسمى "بجـال الكوتوفـوريزس" وهـذا بوضـع القطع داخل مادة من الجال و أمامها نضع خلـيط لشـخص آخـر وتعـرض لتيـار كهربائي هذا يجبر قطع الدنا (A.D.N) بالتحرك ناحيـة التيـار الموجـب لأن الـدنا شحنته سالبة.

هذه العملية تفصل بين القطع طبقًا لأحجامهـا تظهـر فـي الفحـص علـى شـكل خطوط كل خط يمثل حجما مختلفا.

لو كان هناك قرابة نجد الشطوط الموجودة على اليمين متطابقـة مـع التـي علـى اليسار.

1 - عبد الله عبد الغني، دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانونا، المجلد2، الإمارات العربية، 02 – 05 ماي 2002، ص 1249.

2D. Brisnik - Stephen., Ibid, P 50

3 - Michel Thison, *Recherche en Paternité et filiation* , P4.

المطلب الثاني
الجدل القائم حول حجية البصمة الوراثية

صاحبت التطورات العلمية التي طالت حقـل البيولوجيـا فكـرة الاسـتفادة منهـا قضائيا في مواد الإثبـات عمومـا، و فـي مسـائل الأحـوال الشخصـية علـى وجـه الخصوص ،بيد أنها لم تلقى موافقة مطلقـة ، حيـث انقسـم الفقـه إلـى قـائلين بعـدم حجيتها(الفرع الأول) ، و إلى مؤيدين للأخذ بها في مجال الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الاتجاه الرافض للبصمة الوراثية

§ أولا: دوافع الرفض:

يرى رواد هـذا الاتجـاه عـدم نفعيـة إدراج البصـمة الوراثيـة فـي الميـدان القضائي على اعتبار أنما تسفر عنه مـن نتـائج لا يرقـى إلـى درجـة دليـل يمكـن اعتماده للفصل في الدعوى ذلك أنها ظنية الدلالة، حيـث يـرى الـدكتور محمـد بـن عمر السبيل:" أن النظريات العلمية الحديثة من طبية و غيرها مهمـا بلغـت مـن الدقـة و القطع بالصحة في نظر المختصين إلا أنها تظـل محـل شـك و نظـر لمـا علـم

بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة في طب و غيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علميا" .[1]

و قد استقرت على هذا الوضع معظم المحاكم في الدول العربية التي تأبى نظمها انتدابها كآلية إثبات و تجبر القاضي على عدم اتخاذ البصمة الوراثية و الاعتماد عليها في مجال النسب كالقضاء الأردني بدافع أن إثبات النسب العبرة فيه للنصوص الشرعية و لا وجه للفحوص الطبية[2] ، و هو الحال الذي سار عليه القضاة في المملكة العربية السعودية إذ تعتبر حسبهم من القرائن التي لا يلتفت إليها القاضي عند الفصل في النزاع الذي يعرض أمامه و مرد ذلك اعتماد المحاكم الشرعية قاعدة" الولد للفراش"، وأن العمل بها يهدر قيمة النصوص المتفق على صحتها و العمل بها منذ عصور.[3]

و جاء في توصيات المؤتمر الذي عقده المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب يجب أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة و السرية وذلك لابد أن تتقدم النصوص الشرعية على البصمة الوراثية ، ولا يجوز اعتمادها في نفي النسب، و لا يجوز تقديمها على اللعان[4].

و أصدرت في نفس السياق محكمة التمييز بإمارة دبي بالإمارات العربية عند فصلها في إحدى القضايا مبدأ قانونيا يقضي بأن نتيجة فحص الدم ليست من

1-عمر بن محمد السبيل ، مرجع سابق، ص : 35

2 - خليفة علي الكعبي ، مرجع سابق ، ص: 84 و ما يليها

2 - هدى الصالح ، البصمة الوراثية منجز علمي لا يعترف به القضاء ،مقال منشور بجريدة الشرق الأوسط ،العدد 9873، الرياض ،9 ديسمبر 2005.

3 - باديس ذيابي ، حجية الطرق الشرية و العلمية على ضوء قانون الأسرة الجزائري"دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي "،دار الهدى ، الجزائر،2010،ص : 92.

البيانات المعتبرة شرعا لإثبات النسب ، ولا يعدو هذا التقريـــر أن يكـــون مجـــرد قرينـــة يخضع تقديرها إلى محكمة الموضـــوع ، ولا يترتـــب علـــى محكمـــة الاســـتئناف فـــي عدم أخذها بنتيجة المختبر الجنائي في إثبات نسب الولـــد المتنـــازع عليـــه مـــن الطـــاعن بعد تحليل الدم[1].

و تابع أصحاب هذا الاتجاه بإثارة الإشكال بخصـــوص مســـألة الحصـــول علـــى العينة محل الفحص التي يكون مصـــدرها جســـم الإنســـان علـــى أنـــه ان كـــان الأمـــر مقبولا عندما يختار المعني بالفحص التعاون مع الجهـــات المختصـــة. فـــان الحصـــول عليها في حالة رفضه حسبهم عـــن طريـــق جبـــره [2]لا يجـــوز لأن حقـــوق الإنســـان و شرعية الإثبات فوق كل اعتبار.

ثم أن التسليم بقطعية نتيجة التحليل غير ممكن فـــي ظـــل وجـــود احتمـــال الخطـــأ ، و مساهمة عوامل خارجية قد تتعلق بالعينة أو بعملية الفحص.

§ ثانيا :حجج أصحاب هذا الاتجاه :

عن الوجه الأول المثار احتج أصـــحاب هـــذا الاتجـــاه بقاعـــدتي: الولـــد للفـــراش وعدم جواز البحث في الأنساب الثابتة . حيث تفيـــد الأولـــى أن الولـــد يثبـــت لصـــاحب الفراش حتى و لو كانت هناك قرائن أخرى تفيد غير ذلـــك و هـــو المتعـــارف عليـــه و المعمول به لدى قضاة المحـــاكم الشـــرعية، الأمـــر الـــذي لا يتوافـــق مـــع البصـــمة الوراثية كون أن ما تسفر عنه الأخيرة هو وجـــود رابطـــة بيولوجيـــة التـــي لا اعتبـــار

1 - خليفة علي الكعبي ، مرجع سابق ، ص: 84 و ما يليها.

2-اختلفت التشريعات العالمية في تعاملها مع مبدأ معصومية الجسد بين من اعتبرت رضى المعني كالتشريع الفرنسي و من انتهجت خيار الاخضاع الاجباري كالمشرع الألماني.

Voir : Furkel françoise, *L'identification Par Empreinte Génétique En Matière Civile République, Fidirale D'allmande,* Revue Internationale De Droit Compare, N 2, 2004, P411. Http // :www.google boocks.com

لها إذا ما تعارضت مع الفراش[1] ولا يمكن بأي حـــال أن تقـــدم عليـــه إذا مـــا جـــاءت نتيجتها معارضه كونه مبدأ منصوص عليه بقول الرسول (ص) :"الولد للفراش[2].

و الاعتبار الثاني أن الشارع ندب عـــدم هتـــك الأســـرار بـــذلك لا يجـــوز لمـــن يعرف نسبه بوجه من الوجوه أن يطلب التحقيق في نسبه بالبصمة الوراثية[3].

و عن الوجه الثاني المثـــار فـــان اللجـــوء البصـــمة الوراثيـــة يصـــطدم بمبـــدأ معصومية الجسد و حرمة الحياة الخاصة [4]. فأما المبـــدأ الأول فـــلا شـــك أن التـــدخل على جسد المتهم لأخذ عينة من دمه أو لعابه أو حتى شعرة مـــن فـــروة رأســـه كرهـــا عنه يعد انتهاكا لمبدأ حرمة الجسد ومنـــه حقـــوق الإنســـان التـــي مضـــمونها أن للفـــرد على كامل جسده السيادة التامة[5] و هذا وفق مبدأ ســـمو جســـد الإنســـان[6]، الـــذي يقصـــد به سموه في مواجهة الحاجات المشروعة للتقدم العلمـــي فمصـــلحة الإنســـان تكـــون لهـــا الغلبة و الأولوية على مصلحة المجتمع و العلـــم ، و أي نظـــام قـــانوني يطـــال جســـم الإنسان يجب أن يخضع لهذا المبدأ و يحترمـــه. وهـــو مـــا تكرســـه غالبيـــة الدســـاتير الوطنية للدول.فيحظر ميثـــاق حقـــوق الإنســـان لســـنة 1948 الفحـــص الشـــامل لجســـم

2- محمد مختار السلامي ، التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجته في الإثبات، بحث مقدم لأشغال مؤتمر الهندسة الوراثية.

2 - رواه البخاري.

3 - عارف علي عارف القرة داغي ،مرجع سابق،ص:78

4 -تعرف الحياة الخاصة بأنها :" رقعة من حياة الانسان التي يجب أن يترك فيها يعيش في حياة حميمية ، سرية و هادئة بعيدا عن الغير و رقابتهم و ذلك في حدود مشروعة ."
أنظر:صفية باشاتان،الحماية القانونية للحياة الخاصة(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،2012،ص:103http//:www.Ummto.dz

5 - محمود حسني عبد الدايم،البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الاثبات(دراسة مقارنة)،دار الفكر الجامعي،مصر،2007،ص 879.

6 - حسام الدين كامل الأهواني،نحو نظام لجسم الانسان،بحث مقدم لمؤتمر الطب و القانون المجلد الأول ، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية ، فترة ما بين:3-5مايو1998 ،ص146.

الإنسان و ترفض في نفس السياق المـــادة 145 مـــن قـــانون الصـــحة الفرنســـي أخـــذ العينات عنوة من المعني دون إبداء رضاه صراحة[1].

و جاء الدستور الجزائري لسنة 1996 ليجسد هذا التوجـــه حيـــث تـــنص المـــادة 34منه على أنه "**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنســـان و يحضـــر أي عنـــف بـــدني أو مساس بكرامته**"

هذا و تنص المادة 162 القـــانون :05/85 المتضـــمن حمايـــة الصـــحة وترقيتهـــا على أنه "لا يجوز انتزاع أنسجة أو أعضاء بشـــرية مـــن أشـــخاص أحيـــاء إلا لـــذا لـــم تعرض حياة المتبرع للخطر و تشترط الموافقـــة الكتابيـــة للمتبـــرع بأحـــد أعضـــائه و تحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين و تودع لدى مدير المؤسسة "[2].

أما عن الوجه الثاني المثار فهو الحـــق فـــي الخصوصـــية أو الحـــق فـــي الحيـــاة الخاصة الذي ينصب موضوعه على ما يرغـــب الفـــرد إخفـــاءه عـــن علـــم الآخـــرين والذي ينتمي إلى طائفة الحقوق الفرديـــة المكـــرس حمايتهـــا فـــي مختلـــف الأديـــان و الدساتير العالمية[3].

ولما كانـــت المعلومـــة الجينيـــة المحـــل الـــذي ينصـــب عليـــه الحـــق فـــي الخصوصية و الذي تنصرف إليها الحماية القانونية فان فحصـــها عـــن طريـــق تحليـــل البصمة الوراثية يتطلب أخذ رضا المعني بالفحص[4].

1- زبيدة اقروفة ،" النسب بين تطور العلم و جمود التشريع" ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،العدد الأول،جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق بجاية ،2010،ص79.

2 - القانون 85-05 ،المؤرخ في 26جماد الأولى1405 الموافق ل 16فبراير1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ،ج ر عدد8 الصادر في 17 فيبراير1985 المعدل و المتمم.

3 - حسني محمود عبد الدايم ،مرجع سابق، 890 و ما بعدها

4 - و ينص قانون الجينوم البشري للولايات المتحدة الأمريكية لسنة1990 أنه "في حالة موافقة الشخص على كشف عن معلوماته الجينية أن يتم ذلك على وجه يكفل له ضمان هذه المعلومة و المحافظة على خصوصيتها ذلك أنها تدخل في طائفة حقوق الشخصية ".

و عن الوجه الثالث قـــالوا بـــأن البصـــمة الوراثيـــة و إن كانـــت مـــن الجانـــب النظري تمتاز بالدقة فإنها عمليا معرضة للكثير من المشـــاكل قـــد تطـــال العينـــة ذاتهـــا مثـــل تلـــوث العينـــات بفعـــل العوامـــل البيئيـــة و توافقهـــا لـــدى التـــوائم المتطابقـــة كما قد يكون السبب خطأ بشريا و لعل أشهر قضية يمكـــن أن نلمـــس فيهـــا هـــذا النـــوع من الأخطاء كانت قضية نيويورك ضد كاسترو ،و تتلخص وقائعهـــا فـــي مقتـــل ســـيدة و ابنتها ذات الربيعين بوحشية واتهـــم زوجهـــا بـــواب العمـــارة و التـــي تســـبب خطـــأ بشري فيها بإهدار النتيجة فحص عينة الدم التـــي وجـــدت علـــى ســـاعة اليـــد الخاصـــة بالمتهم من طرف المحكمة.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيّد للعمل بالبصمة الوراثية

§ أولا:دوافع أصحاب هذا الاتجاه:

رد أنصار هذا الاتجاه على حجج القائلين بـــرفض العمـــل بالبصـــمة الوراثيـــة والتـــي تتلخص في:

- أن اعتماد البصمة الوراثية يشكل مساسًا بأركان العقيـــدة الإســـلامية والمبـــادئ و القيم الشرعية المعروفة.
- أن اعتماد البصمة الوراثية يشكل تهديدًا لكرامة و حقوق الإنسان.
- أن نتيجة الفحص يغلب عليها طابع الظنيّة.

انظر: أشرف توفيق شمس الدين ،الجينات الوراثية و الحماية الجنائية للحق في الخصوصية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون ،المجلد الثالث،جامعة الإمارات العربية ،كلية الشريعة و القانون ، الإمارات العربية ،فترة ما بين:2-5 ماي 2002 ، ص1140.

بأن رفض البصمة الوراثية علـــى أســـاس الوجـــه الأوّل المثـــار ينـــدرج ضـــمن الفهم الخاطئ لدور البصمة الوراثية ذلـــك أن البصـــمة الوراثيـــة كتقنيـــة علميـــة تـــدخل ضمن باب القرائن، و لا يؤدي العمل بها بأي حـــال مـــن الأحـــوال إلـــى إهـــدار أدلـــة الإثبات وما يعرف على القرينة أنها تعفي من تقررت لمصـــلحته مـــن الإثبـــات ويقـــول ابن القيّم: «الحاكم إذا لم يكـــن فقيـــه الـــنفس فـــي الأمـــارات ودلائـــل الحـــال ومعرفـــة شواهده في القرائن الحالية و المقالية كفقهه في كليـــات الأحكـــام أضـــاع حقـــوق كثيـــرة على أصحابها و حكم بما يعلم الناس بطلانه و لا يشكون فيه اعتمـــادًا منـــه إلـــى وضـــع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»[1]. كما تجد القـــرائن مشـــروعيتها فـــي القـــرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ ... وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصـــه قـــد قُـــدّ مـــن قبـــل فصدقت وهو من الكاذبين (26) و إن كان قميصه قد قُدّ مـــن دبـــر فكـــذبت وهـــو مـــن الصادقين (27)﴾.[2]

كما أنّ اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبـــات النســـب أو نفيـــه لا يمكـــن أن يكـــون إلاّ بعد استنفاذ جميع الطرق الشرعية وعندما نكـــون مضـــطرين إلـــى الطـــرق العلميـــة إنّما نكون في إطار البحث عن إثبات النسب من علاقة شـــرعية تـــربط الرجـــل والمـــرأة وهو الزواج، ولا نكون أمام بحث عن أب طبيعـــي لطفـــل بقطـــع النظـــر عـــن وجـــود علاقة شرعية أم لا[3].

ثمّ إن إثارة مسألة كرامة الإنسان لا أساس له ، وهذا من عدّة زوايا:

1 - ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع، د.م.ن، د.س.ن.ص:8 http://www.alwaqfia.com

2 - سورة يوسف، آية 26، 27.

3 - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 112.

- أن الهدف من الفحص الجيني لا يستهدف البحث في الأسـرار الجينيـة للخاضـع له و إنما غرضه تحديد الشخصية[1].
- إن مصلحة الأب في التأكّد مـن أبوتـه أوّلاً تسـتدعي أن تجعلـه هـو شخصـيًا مقبلاً على هكذا تحليل، ثم إن الخبرة تضيف له أكثر ممّا تضر به[2].

- إن مسألة تعارض مبدأ إخضاع المعني للفحص بحرمة الجسـد يمكـن تجاوزهـا وهذا بإعمال قرينة رفض المعني دليل لإحداثه[3].

ذلك بأنّ الأمر يتعلّق بالبحث عن الحقيقـة فـي موضـوع يتعلـق بالنظـام العـام باعتبار أنها تخص الأنساب ومن سـلطة المحكمـة أن تـأمر بإخضـاع المـدعي عليه لفحص البصمة الوراثية. وفي حالة رفضه فإنّـه يصـبح مـن سـلطاتها أن تفسر رفضه باعتباره قرينة ضمن قرائن أخرى على ثبوت النسب.

ثم إن مسالة الأخطاء الفنية يمكن تجاوزها و ليس لها بـأي حـال أن تقـف عائقًـا أمام تطبيق الوسائل العلمية في مجال الإثبـات إذا مـا وضـعت لهـا ضـمانات تحدّ من حصول الأخطاء الفنية و البشرية.

§ **ثانيا : حجج أصحاب هذا الاتجاه:**

إنّ ما يبعث على الإطمئنان لهذا الحدث العلمـي أن اعتمـاد علـم الجينـات فـي مجال النسب ليس وليد العصر، إذ ثبت اعتمـاده فـي السـنة النبويـة حيـث روى عـن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً من بني فـزارة جـاء رسـول الله صـلّى الله عليـه

1 - غانم محمد غانم، دور البصمة الوراثية في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية، فترة ما بين 5/2 مايو 2002، ص 496.

2 - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 113.

3 - وليد عاكوم، البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني ،جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية، فترة ما بين، 5/2 ماي 2002، ص 546.

وسلّم ، فقال ولدت امرأتي غلامًا أسود – وهو حينئذ يعـرض بـأن ينفيـه – فقـال لـه النبي (ص) هل لك إبل: قال نعم قال ما لونها قال: حمر، قـال: هـل فيهـا مـن أروق؟ (أي يميل لونه إلى الغبرة) قال: إنّ فيها أروقًا، قـال: فـأنى أتاهـا ذلـك (أي مـن أيـن أتاها اللّون الذي خالفها) قال: عسـى أن يكـون نزعـة عـرق (أي الصـفات المتنحيـة حيث متداول في علم الوراثة أن الولد تنقل إليه نوعين من الصـفات مـن أبويـه يكـون بعضها ظاهرًا و بعضها خفيًا يكتسبه من أجداده) قـال: فهـذا عسـى أن يكـون نزعـة عرق[1].

هذا وقد حازت البصـمة الوراثيـة علـى ثقـة غالبيـة التشـريعات و المحـاكم الوطنية للدول، ومرد ذلك إلى ما تحويه من امتيازات تؤهلهـا للعـب دور الفيصـل فـي قضايا الإثبات التي يستعصى على غيرها من أدلة الإثبـات الكشـف عنـه انطلاقًـا مـن أن هذه الفحوصات تمنح مستندًا علميًا إذا ما كانت النتيجة تتعلّـق باحتمـال الأبـوّة بـ **99,99%** [2] ما يجعل منها الوسيلة الأدق التي اكتشفت و هـذا نظيـر مـا تحملـه مـن معلومات و الذي يمثل الهوّية الوراثية[3].

هذا و تتميّز التركيبة الجينية بـالتفرد و التمـايز لـدى كـل إنسـان عـن غيـره Principe de l'anicité biologique de tout individu مـع اسـتحالة حـدوث توافق إلا في حالة التوائم المتطابقة المتخلقين من بويضة واحدة[4].

1 - محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون ،المجلد الثاني،كلية الشريعة و القانون،جامعة الامارات ،الامارات العربية، 2/5ماي2002 ،ص553

2 - وليد عاكوم، مرجع سابق، ص 543.

3 - حميد فوال، مرجع سابق، ص 221.

4 - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 48.

و يتمتّع جزيء الحامض النووي و البصـــمة الوراثيـــة بالقـــدرة علـــى استنســـاخ وبذلك يعمل على نقل الصفات الوراثية من جيل إلـــى جيـــل، وذلـــك مـــا يســـمح بتأكيـــد وجود علاقة بيولوجية بين المعنيين بالفحص من عدمها دونما ترك مجال للشّك.

كما يتميّز بقوّة تحمله ضد التعفنات و العوامل البيولوجية، ومـــا يزيـــد مـــن قيمـــة الفحص الجيني اكتشاف العلماء لتقنية (PCR) التـــي تســـمح بعمـــل نســـخ مـــن العيّنـــة محل الفحص بغية ضمان إعادة الفحص إذا ما شاب النتيجة أي خطأ جيني[1]

المبحث الثاني

الإعتراف الفقهي و القانوني بالبصمة الوراثية

استطاعت البصمة الوراثية أن تتحول بشـــكل ســـريع مـــن بحـــث أكـــاديمي إلـــى علم تطبيقي، خصوصًا في الحالات التي عجزت الوسائل التقليدية عـــن حلّهـــا مـــا أهلهـــا لأن تحتل مكانة بارزة في المجال الاثبات، الأمر الذي جعلهـــا تحظـــى بالإهتمـــام مـــن قبل المحاكم الشـــرعية و التشـــريعات العالميـــة بصـــفة عامـــة، و التشـــريع الـــوطني بالخصوص ، والذي سنحاول من خلال تقسيم هـــذا المبحـــث الـــى مطلبـــين التعـــرض الى:

فحوى الاعتراف الفقهي(المطلب الأول)

و الاعتراف القانوني(المطلب الثاني)

1 - بومجان سولاف، مرجع سابق، ص 54.

المطلب الأول

اعتراف الفقه الإسلامي

خلصت معظم الدراسات التي قامت حول حجية البصـــمة الوراثيـــة فـــي الإثبـــات في مواد الأحوال الشخصية بصـــفة خاصـــة[1] إلـــى تبنيهـــا كبينـــة جديـــدة فـــي مجـــال الإثبات. و سندرس منظور الفقه الإسلامي للبصمة الوراثية من خلال التطرق لـــ :

- § علاقتها بالقيافة (الفرع الأوّل).
- § حكم البصمة الوراثية (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل
علاقة البصمة الوراثية بالقيافة

إعتراف الفقه الإسلامي بالبصمة الوراثية جاء قياسًـــا علـــى آليـــة إثبـــات كانـــت متداولة لدى العرب في الجاهلية [2] و حظيت بتزكيـــة الرســـول صـــلى الله عليـــه وســـلم تدعى القيافة. و سيتم توضيح علاقة البصمة الوراثية بالقيافة من خلال بيان:

- § مفهوم القيافة (أوّلاً).
- § قياس البصمة الوراثية بالقيافة (ثانيًا).

1 - عقدت عدّة مؤتمرات و ندوات فقهية تداولت حجية البصمة الوراثية في الإثبات كان منها: مؤتمر الكويت سنة 1998، ثم مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بالإمارات العربية 2002، مؤتمر مكة المكرمة سنة 2010.

2 - كان معروف على زواج العرب في الجاهلية أربعة أنواع من الزواج ، وكان منها ما يجتمع جمع على امرأة حتى إذا وضعت جاءت القافة و ألحقته بأحدهم. أنظر محمد رأفت عثمان ، مرجع سابق ، ص 552.

§ أولاً: مفهوم القيافة:

تقوم فكرة القيافة على تقفي الأثر مـــن أجـــل معرفتـــه، يقـــال قيّـــف أثـــره تقيفًـــا وتقيفه تقيفًا تتبعه. و القيافة تتبع الأثر[1].

و القائف هو الشخص الـــذي يعـــرف النســـب بفراســـته و نظـــره إلـــى أعضـــاء المولود[2] و القيافة بهذا المفهوم ينصرف مدلولها إلى معنيين:[3]

- أوّلها: تقفي أثر الأقدام و يطلق عليها "العيافة"
- و الثانية: تعني تقفـــي أثـــر البشـــر يقصـــد بـــه الاســـتدلال بهيئـــات الأعضـــاء للأشخاص لتبين المشاركة و الإتحاد في النسب.

وحجية القيافة في إثبات النسب تنازعها فريقان:

حيث رفضها الحنابلة و قالوا لا يثبت النسب بقـــول القافـــة. وحجـــتهم أن القيافـــة كالكاهنة في الذم و الحرمة ومرد ذلك إلى اعتمادهـــا علـــى الظـــن لا علـــى اليقـــين ، و أن غاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا الفراش[4] و أن الشـــبه غيـــر معتبـــر حيـــث يمكن أن يشبه الولد أباه الأدنى، و أسسوا لحججهم بقـــول الرســـول صـــلّى الله عليـــه و سلم فيمن جاء لنفي ولده بحجة انعدام الشبة بينهما أنها نزعة عرق[5].

---

1 - بطرس البستاني، مرجع سابق، ص 766.

2 - على محي الدين القرة داغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، د.ب.ن، 2006، ص

3 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص 75.

4 - مرجع سابق، ص 81.

5 - حيث جاء في صحيح مسلم عن سعد بن المسيب، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل من بني فزازة إلى النبي (ص) فقال إن امرأتي ولدت غلامًا أسود و أني أنكره ، فقال (ص): «هل لك من إبل ؟» قال : نعم، قال «ما لونها ؟» قال حمر، قال : «هل فيها من أورق » قال : إنّ فيها لورقا، قال : «أنى أتاها ذلك ؟ » قال عسى أن يون نزعة عرق، قال: «وهذا عسى أن يكون نزعة عرق».

ونزعة العرق أثبتها الطب الحديث ، حيث أن الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع تأتي على شكلين منها ما تأتي ظاهرة و تسمى سائدة ، ومنها ما تكون خفيّة و تسمى منتحية و الأخيرة قد يكتسبها الفرد من أحد أجداده.

و أيّدها الجمهور، حيث ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلـــة إلـــى ثبـــوت النســـب بالقيافة و حجتهم في ذلك استخدامها من قبل الرسول صلّى الله عليـــه وســـلّم فقـــد جـــاء عن السيّدة عائشة أن الرسول صلّى الله عليه و سلّم دخـــل و أســـارير وجهـــه تبـــرق ، و قال : «ألم ترى أن مجزر نظر آنفًا إلى زيد بـــن الحارثـــة وأســـامة بـــن زيـــد فقـــال: «هذه الأقدام بعضها من بعض»[1].

وبمناقشة الحجتين:

يمكن أن نلاحظ من الحديث الأوّل أن المعني بـــالأمر جـــاء للرســـول صـــلّى الله عليه و سلّم من أجل نفي الولد و ليس لينسبه لـــه ثـــم ان قـــول الرســـول (ص) لعلـــه نزعة عرق دليل على أن اللون ليس معيارا للشبه.

بينما في الحديث الذي استند إليه الجمهـــور فقـــد تبـــيّن مـــن الحـــديث أن القيافـــة دعمت الفراش و ثبّتت نسب كان مشكوك فيه

§ ثانيًا : قياس البصمة الوراثية بالقيافة:

من الثابت لدى الفقه اعتماد البصمة الوراثيـــة قياسًـــا علـــى ا لقيافـــة واعتبارهـــا تطورًا تاريخيًا لها[2].

ومرد التوافق بينهما تلاقيهما في عدّة نقاط، منها :

- فكما أن القيافة تقوم علـــى مـــدى تشـــابه ملامـــح و أطـــراف ذوي الشـــأن فـــإن البصمة الوراثية تقوم هي الأخرى على دراسة مـــدى تقـــارب الصـــفات الوراثيـــة بين المعنيين بالفحص[3].

أنظر: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 242.

1 - إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب و الجرائم الجنائية، مكة المكرمة، 2007، ص 21 و ما يليها . http://www.4shared.com

2 - جيلالي تشوار ، "عولمة مواد القانون، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية"، د ع، الجزائر، ص 121.

3 - عثمان رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 576.

فالمفارقة الوحيدة بينهما تعود لكـــون القيافـــة أداة بدائيـــة تعتمـــد علـــى الملامـــح الخارجية، بينما الطب الشرعي يعتمـــد علـــى الملامـــح الداخليـــة التـــي تخـــص التركيب الوراثي للعينات محل الفحص.

- كما تشتركان في الأشخاص المـــؤهلين للقيـــام بهـــا ، حيـــث تتطلبـــان أشـــخاص معترف لهم بالخبرة ، فعمل القائف لا يقوم على مقارنـــة اللـــون الظـــاهر للعامـــة و إنّما يعتمد فـــي إلحـــاق النســـب علـــى هيئـــة الأطـــراف و تركيبهـــا وتناســـق الملامح، وهي أمور تحظى إلاّ على خبير متيقن لهـــا[1]. فالبصـــمة الوراثيـــة هـــي الأخرى لا يمارسها إلاّ خبراء معتمدين مؤهلين لهذا الغرض.

وجاء في التوصية الصادرة عن المنظمة الإســـلامية للعلـــوم الطبيـــة فـــي نـــدوتها الحادية عشر، التي عقـــدت بدولـــة الكويـــت فـــي 13 أكتـــوبر 1998، فـــي موضـــوع الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينـــوم الـــوراثي: «إن البصـــمة الوراثيـــة مـــن الناحيـــة العلمية وسيلة لا تكاد تخطـــئ فـــي التحقـــق مـــن الوالديـــة البيولوجيـــة والتحقـــق مـــن الشخصية لاسيما في مجال الطب الشرعي، وهـــي ترقـــى[2]. لمســـتوى القـــرائن القوليـــة التي يأخذ بها كل الفقهاء ، وفي غير قضايا الحـــدود و تعتبـــر تطـــور عصـــري عظـــيم في مجال القيافة»

ويرى الدكتور أحمد رأفت عثمـــان[3] أنـــه إذا لاعتبرنـــا الســـنة وهـــي المصـــدر الثاني للتشريع بيّنت اعتبار القائف مع احتمال خطئه فمن بـــاب أولـــي اعتبـــار البصـــمة الوراثية التي تقوم بالموازنة اعتمادًا على أسس علمية.

---

1 - إبراهيم أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 20، 21.

2 زريويل محمد، الخبرة الجينية في ضل و القضاء المغربي، كلية الحقوق ، مقال منشور على موقع منتدى ستار تايمز، بتاريخ: 2010/10/28.

http://www.star times.com/f

3 - أحمد رأفت عثمان، مرجع سابق ، ص 576.

الفرع الثاني
الحكم الشرعي للبصمة الوراثية

الحكم في الاصطلاح هو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه[1].

و الحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أوالتخيير أو الوضع[2]، ويرد الحكم في قسمين:

- حكم فيه كلفة على الإنسان و الذي يعرف على أنّه: "خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلفين اقتضاءًا أو تخييرًا"[3] ، و الذي يرد في خمسة صور هي: الواجب و المندوب والمحرّم و المكروه و المباح.

و سمي هذا النوع من الحكم التكليفي لما فيه من كلفة على الإنسان وهذا ظاهر فيما طلب فيه الشارع الفعل أو الترك أو التخير على سبيل التسامح و التغليب.

- حكم وضعي (جعلي) هو حكم الشارع يجعل الشيء سببًا لوجوده أو شرطًا لصحته أو مانعًا من وجود غيره[4].

ولمّا كانت البصمة الوراثية اكتشاف حديث ، لم يكن له وجود قبل سنة 1984 فإنها تأخذ حكم النوازل التي لم يرد عليها نص. وعلى ذلك فإن اعتمادها جاء وفقًا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة و التي مفادها أنّه يحق للإنسان أن يبرم ما يراه من العقود وينشئ ما يراه من تصرفات و يضع ما يشاء من الشروط و

1 - مسفر بن علي بن محمد القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة "دراسة تأصيلية تطبيقية"، رسالة ماجيستير، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية :ص51

2 - فؤاد عبد المنعم أحمد ، مرجع سابق، ص 1382.

3 - مسفر بن علي بن محمد القحطاني، مرجع سابق، ص 26.

4 - أحمد بن محمد بن إدريس الحلي، مرجع سابق، ص 21.

يخترع ما يشاء من دون أن يتقيّد بأية شـكليات فـي حـدود عـدم الضـرر بـالغير أو النفس ولا يحرم منها و لا يبطل إلاّ ما دّل الشرع على تحريمه و إبطاله.

وعلى هـذا الإعتبـار فـإن البصـمة الوراثيـة يـرد عليهـا الحكـم الشـرعي بصورتيه.

§ أولاً: الحكم التكليفي:

البصمة الوراثيـة كسـائر أفعـال المكلفـين تسـري عليهـا الأحكـام التكليفيـة الخمسة.

ذلك لما هو معروف في الفقه الإسلامي مـن أن أحكامـه التكليفيـة توصـيفية أو تشخيصية و ليست تجريدية فناسب أن تختلف بحسب أحوالهم.

فالصلوات الخمسة مثلاً تكون واجبة على المسلم البـالغ العاقـل و تكـون حرامًـا على الحائض و النفساء، و تكون مستحبة للصغير المميّز حتّـى يتعـود عليهـا وتكـون مكروهة في مكان فيه بدعـة و تكـون مباحـة عنـد تعـارض حـالتي الاسـتحباب و الكراهة [1]، ومن ذلك تكون واجبًا متـى تعينـت طريقًـا لـرد حـق أو تبرئـة مظلـوم ويكون العمل بها حرامًا إذا ما استغلت استغلالاً سيّئًا و ترتـب عليهـا ظلمًـا و ارتكـاب محرم أو فساد في الأرض[2]. ومن ذلك ما جاء فـي محضـر اجتمـاع اللّجنـة العلميـة بالرياض: على أنّه يمنع استعمال البصمة الوراثية في النسـب الثابـت و أن يفـرق بـين الأب البيولوجي و الأب الشرعي ذلك أن الشـريعة الإسـلامية تشـترط شـروط أخـرى لثبوت النسب غير كون النطفة من الوالد، مثل وجود عقـد و نحـو ذلـك فلـيس هنـاك تلازم بين الأمرين فالولد الثابت بنوّته لشخص من حيـث النطفـة بالبصـمة الوراثيـة لا يثبت نسبه منه إذا ثبت أنّه من زنا مع أنّه ابنه البيولوجي[3].

---

1 - سعد الدين مسعد الهيلالي، مرجع سابق، ص 112.

2 - فؤاد عبد المنعم أحمد ، مرجع سابق، ص 1383.

3 - محضر اجتماع اللّجنة العلمية بالرياض بتاريخ : 1999/10/22. أنظر علي محي الدين القرة داغي، قضايا طبية معاصرة، الطبعة الثانية، لبنان، 2002

وقد يكون العمل بها إذا ترتب على العمل بهـــا منـــافع وفوائـــد للمجتمـــع دون أن يكون في ترك العمل مضار و يكون العمل بها مكروها إذا كـــان ترتـــب عليهـــا ضـــرر ولو قليل، و يكون مباحًا إذا اعتادها الناس ولم يكن بها ضرر عليهم.

ويقول الدكتور عمر الســـبيل فـــي حكمهـــا: «إنـــه يحســـن الاســـتفادة مـــن هـــذه الاكتشافات العلمية التي هيّئها الله تعالى لعباده وهداهم إليهـــا و الإســـتعانة بهـــا لتحقيـــق ما ترمي إليه الشريعة المباركة من مقاصد علـــى ضـــوء قاعـــدة الشـــرع الكبـــرى فـــي تحقيق المصالح ودرئ المفاسد لاسيما و أنّ من أعظـــم ســـمات هـــذه الشـــريعة الخالـــدة ما تميّزت به من سماحة ومرونة تحمل علـــى الأخـــذ بكّـــل مـــا يســـتجد ممّـــا يحقـــق المصالح و يدرأ المفاسد و لا يخالف الشرع »[1].

§ ثانيًا: الحكم الوضعي (الجعلي) للبصمة الوراثية:

لما كان الحكم الوضعي يرد علـــى الأشـــياء الماديـــة بحـــد ذاتهـــا فـــإن البصـــمة الوراثية كونها من قبيل الأشياء التي يمكن ورودهـــا فـــي أحـــد الصـــور الثلاثـــة التـــي يشتمل عليهم الحكم الوضعي.

فتأخذ وصف السبب متى كانت تمثل إثباتًا للهوّية الحقيقيـــة للشـــخص ومـــن يـــأتي من صلبه وهي بذلك تعد سببًا شرعيًا لما يترتب عليها من آثـــار لإثبـــات الهوّيـــة ومنـــه الشبه بقول القائف سبب شرعي لإلحاق النسب عند التنازع مـــع مـــا يترتـــب عليـــه مـــن آثار في المحارم و الميراث وغيرها.

وتحقق هوّية المفقود و اكتشاف حياته ســـبب شـــرعي فـــي حقـــه فـــي الميـــراث[2] ومنه قصة تنازع المرأتين اللّتين ادعتا ولدًا فحكـــم بـــه داوود للكبـــرى ، فقـــال ســـليمان أتوني بسكين أشقه فسمحت الكبرى بذلك ، فقالت الصـــغرى لا تفعـــل يرحمـــك الله هـــو

1 - عمر محمد السبيل، مرجع سابق، ص 40.

2 - فؤاد عبد المنعم أحمد ، مرجع سابق، ص 30.

ابنها، فقضى به للصغرى[1] . و موضع الاستدلال في الحديث أن امتناع الصغرى قرينة و سبب اعتبارها هي الأم ذلك أن الحامل على الامتناع هو ما قام بقلبها من رحمة و شفقة التي وضعها الله تعالى في قلب الأم فقويت هذه القرينة عنده فجعلها سببًا لقبول إقرارها هي ورفض إقرار الكبرى.

وقد تكون شرطًا لقبول الدليل إذا ما توقف الأخير على موافقة العقل والحس، فإذا كانت طرق إثبات النسب هي قيام الزوجية و الإقرار و القيافة فإن فقهاء الإسلام قد نصوا صراحة على عدم الأخذ بهذه الطرق مع وجود ما يعارضها [2]، ومنه إذا وافق الإقرار دليلاً حسيًا المتمثل في نتيجة فحص البصمة الوراثية كان دافعًا لحقوق الولد بمدعيه، كونه يقف على شرط إمكان التصديق العقلي ، ثمّ إن البصمة الوراثية باعتبارها دليلاً حسّيًا لتحديد الهوية فهي تعد مانعًا من قبول الأدلة الظنية إذا تعارضت معها لأن ما يعدّ شرطًا شرعيًا لصحة عمل معيّن يعد في ذاته مانعًا في الجهة العكسية فإذا اشترط في الإقرار بالشيء أن يكون ممكنًا عقلاً وحسًا كان عدم الإمكان العقلي هو المانع من قبول الإقرار[3].

1 - ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 08.

2 - أحمد بن محمد بن إدريس الحلي، مرجع سابق، ص 19.

3 - عبد المنعم أحمد، مرجع سابق، ص 32.

المطلب الثاني

الإعتراف القانوني بالبصمة الوراثية

على غرار غالبية التشريعات العالميـــة، اعتـــرف المشـــرع الجزائـــري بالبصـــمة الوراثية كآلية لإثبات النسب من خـــلال اســـتحداث فقـــرة بموجـــب التعـــديل الجديـــد [1] حيث نصّت: «يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلميـــة لإثبـــات النســـب» حيـــث جـــاءت الفقرة في المادة 40 من الفصـــل الخـــامس تحـــت عنـــوان النســـب مـــن البـــاب الأوّل المتضمن أحكام الزواج من الكتـــاب الأوّل المتضـــمن أحكـــام الـــزواج وانحلالـــه مـــن الأمر 05-02 المتضمن تقنين الأسرة الجزائـــري التـــي وردت شـــكلاً متضـــمنةً صيغة الجوازية ،وهذا بتوظيف المشرع لمصطلح «يجوز للقاضـــي»، التـــي تفيـــد أنّهـــا قاعدة مكمّلة.

جاءت باعتراف ضمني للبصمة الوراثية تحـــت عبـــارة "الطـــرق العلميـــة" ومـــا يمكن ملاحظته بخصوص هذه الفقرة أنّها:

- § منحت السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إليها.
- § حصرت استعمالها في مجال النسب في الإثبـــات دون النفـــي، وهـــذا مـــا يثيـــر اشكاليتين محوريتين:
  - ü أوّلهما: ما هو الاطار القانوني للبصمة الوراثية؟
  - ü ثانيهما : مدى سلطة القاضي في اعتمادهما ؟

1 - الأمر 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج/ رقم 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، رقم 43.

الفرع الأول
الاطار القانوني للبصمة الوراثية

§ أولا:الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية

تدخل البصمة الوراثية ضمن أعمـــال الخبـــرة الطبيـــة [1] وتعـــرف بأنهـــا تـــدبير إجرائي يلجأ إليه القاضي في كل أمر يتطلـــب معرفـــة ضـــرورية بوقـــائع ذات طبيعـــة مركبة، حيث يعهد القاضي بمقتضى هذا التـــدبير ، و بموجـــب ســـلطته التقديريـــة إلـــى واحد أو أكثر من المختصين[2]، و الخبرة يقصـــد بهـــا التحـــري لا الـــدليل مثـــل العقـــد الصريح أو الشهادة [3].اذ أن الهدف المرجو مـــن وراء الأخـــذ بهـــاهو توضـــيح واقعـــة مادية تقنية وهو ما يوضحه المشرع الجزائري من خلال تعريفـــه للخبـــرة فـــي المـــادة 125 من تقنين الاجراءات المدنية و الادارية على أنها:" تهـــدف الخبـــرة الـــى توضـــيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".[4]

---

1 - محمد هشام علي الفلاحي ، مرجع سابق، ص 35.

و هو المعمول به في الجزائر ، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا "يمكن طبقا للمادة 40 من تقنين الأسرة الجزائري اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية"

أنظر قرار المحكمة العليا رقم :355180 الصادر بتاريخ 5 مارس 2006، حول"النسب – الخبرة الطبية" ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول،2006،ص: 449.

2 - محمد واصل و حسين بن علي الهلالي،الخبرة الفنية أمام القضاء"دراسة مقارنة"، المكتب الفني للنشر و التوزيع، مسقط، 2004، ص 22.

3 - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 51.

4-الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر1429 الموافق ل :25فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج ر عدد21،المؤرخة في 23 أفريل 2008

و الخبير هو الشخص الذي له دراية خاصـــة بمســـألة مـــن المســـائل فالشـــخص الخبير المختص في فن هو من يتم الاســـتعانة بـــه فـــي كشـــف الغمـــوض فـــي مســـألة المختص لإثبات وقائع الدعوى المنظورة لدى المحكمة [1].

فالخبرة الفنية باعتبارها من أعمال التحـــري هـــي تحقيـــق فنـــي يتنـــاول الوقـــائع المادية دون المسائل القانونية، لأن المسائل القانونية مـــن اختصـــاص القاضـــي وحـــده.و على هذا الأساس فان البصـــمة الوراثيـــة كبينـــة علميـــة مـــا هـــي الا تحقيـــق يســـاعد القاضي في الفصل في الدعوى وذلك بتحديـــد صـــاحب الوالديـــة البيولوجيـــة(صـــاحب الماء)بصفة قطعية تصل الى حد اليقين ذلك بأنهـــا تقـــوم بمقارنـــة خصـــائص التركيـــب الوراثي لعينتي الطفل و الوالد المفترض.

§ ثانيا:شروط العمل بالبصمة الوراثية:

يتطلب العمل بالبصمة الوراثية في مجـــال الاثبـــات وجـــوب تـــوفر جملـــة مـــن الشروط. فمن حيث أنها خبرة يتطلب اللجوء اليها :

- § وجود نزاع يتضمن صعوبات فنية تتجاوز معرفة القاضي.
- § صدور حكم بالخبرة من القاضي.
- § يقدم الخبير خلاصة أبحاثه في شكل رأي فنّي

و من حيث هي اكتشاف علمي جديد فقد خصـــها الفقـــه القـــانوني ومعظـــم التشـــريعات العالمية بجملة من الضوابط و الشروط لاستخدامها:

§ ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

تنقسم هذه الضوابط إلى ضوابط إجرائية و ضوابط فنيّة.

---

1 - جمال الكيلاني، "الإثبات بالمعاينة و الخبرة في الفقه و القانون"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 16، عدد 02، 2002، ص 277.*http//* www. *scholar.najah.edu/.../**journal**.../proof-through-chec*

1. الضوابط الإجرائية:

أ. جمع العيّنات وتوثيقها:

ثبت من الناحية العلمية أن العيّنات البيولوجيـــة تفقـــد حيويّتهـــا وتفاعلهـــا إذا لـــم تجمع و تحفظ بطريقة سليمة، فيجب توثيق جميع العيّنات بحيـــث يـــتّم تـــدوين العناصـــر و الأجزاء، كما يجب أن تتضـــمن الاســـتمارة التـــي ســـيحمل بواســـطتها الأثـــر إلـــى المختبر للتحليل على جميع التفاصيل الخاصة بالعيّنة[1].

ب. اعتماد المعامل المناسبة:

يشـــترط اعتمـــاد الأشـــخاص الأكفـــاء و أن تتـــوفر المرافـــق و التجهيـــزات المناسبة و أن تنجز الأعمال بضمان الغياب التـــّام لأي تلـــوث، وبالتـــالي يجـــب إجـــراء هذه التحاليل في معامل طبيّة تابعة لوزارة العدل[2].

ج. مراقبة النوعية:

حيـــث تجـــب الرقابـــة علـــى النوعيـــة الخاصـــة بـــالحمض النـــووي D.N.A ، و تنجز هذه الرقابة على النوعية من قبل وكالة خاصة.

د. حماية المعلومات أو المعطيات:

يجب أن يتم تحليل الحامض النووي فـــي نطـــاق احتـــرام التوصـــيات و القواعـــد المقررة المتعلّقة باحترام و حماية المعلومات[3].

2. الضوابط الفنيّة:

تتمثل هذه الضوابط في:

---

1 - سهام لمريني ، ضوابط و شروط العمل ب البصمة الوراثية في مجال الاثبات ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، عدد 07، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جانفي 2012، ص 64.

2 - سهام لمريني ، مرجع سابق، ص 67.

3 - حسيني محمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 476.

أ-تحديد أساليب التحاليل:

في المرحلة الأولى من التحليل يجب اختيار المـــواد أو العيّنـــات البيولوجيـــة مـــن حيث الكفاءة و أن يتم تقدير كمية D.N.A المســـتخرجة مـــن النـــواة قبـــل إجـــراء بقيـــة التحاليل ، كما يجب استخدام عينتين في التحليل لإجراء عملية المقارنة بينهما[1].

أ. تحديد المواقع الوراثية:

عند إجراء تحليل البصمات الوراثيـــة فإنـــه يجـــب تحديـــد المواقـــع و العوامـــل الوراثية التي يتّم إجراء التجارب عليهـــا ، كمـــا يجـــب تحديـــد نســـبة وجـــود العوامـــل الوراثية التي تمت الاختبارات عليها في المجتمع، وذلك مـــن خـــلال القيـــام بإحصـــاءات توضح مدى انتشار هذه العوامل فيه.

و تحليل البصمات الوراثية يجب أن يكـــون منجـــزًا علـــى الأقـــل فـــي معملـــين مختلفين تحقيقًا لمبدأ النزاهة العلمية و تكون المختبرات تابعة للدولة[2].

ويجب الحرص علـــى أن تجـــرى القياســـات الكميّـــة وتضـــاعف عينـــة إيجابيـــة للمقارنة حتى يسهل عملية إجراء الاختبار و يتم الوصـــول إلـــى نتيجـــة حاســـمة ليقبـــل القاضي بالبصمة الوراثية.

§ : شروط العمل بالبصمة الوراثية:

حتى يقبل العمل بالبصمة الوراثية يجب توفر شروط عديدة، تتمثل في:

القبول العام لأهل الاختصاص:

وتعرف هذه القاعدة بقاعدة "**فراي**" وهي قاعدة أصـــدرتها محكمـــة فدراليـــة ســـنة 1923، عند محاكمة "جيمس فراي" وهو شاب أسود اتهم بقتـــل رجـــل أبـــيض وطالـــب محاميه من المحكمة أن تقبل نتائج اختبار ضـــغط الـــدم وهـــو صـــورة مبتكـــرة لكشـــف الكذب فجاء ردّ المحكمة أنها رفضت قبـــول نتـــائج كشـــف الكـــذب اعتقـــادًا أن جهـــاز

1 - مرجع سابق، ص 477.

2 - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 50

كشف الكذب لم يكن يحظى بالقبول العام لأهل الاختصاص ، وهـذه القاعـدة هـي التـي سمحت للمحاكم الأمريكية الأخذ ببصمة الحـامض النـووي لأن تحديـده مقبـول علـى نطاق واسع وهو ثابت تمامًا لا يتغير في كل خلايا الجسم.

اختبار الموضوعية:

و المقصود بهذه القاعدة معاودة اختبار الحمض النووي فـي أكثـر مـن موضـع منه للتيقن من نتائجه و يجب أن تضاعف عينة للمقارنة حتى تكون النتيجة دقيقة.

الحذر من التكنولوجيا المتطورة:

فتقضي هذه القاعدة على الحرس مـن الثقـة الزائـدة فـي التكنولوجيـا ، فضـلاً عن الاستخدام المتحيّز لها، و كلما ازدادت قدرة التكنولوجيـا كتقنيـة الحمـض النـووي فيجب أن نكون في غاية الحذر لهذه التكنولوجيا الأكثر قدرة و الأكثر قيمة[1].

الفرع الثاني
سلطة القاضي في اعتمادها

الشيء الذي يمكننا أن نخلـص إليـه مـن إبـراز الطبيعـة القانونيـة للبصـمة الوراثية ، هو أنّها تعتبر قرينة قضائية تكشف عن حقيقـة واقعيـة متمثلـة فـي وجـود رابطة بيولوجية بين الأب المفترض و الإبن المعني.

فلو إنطلقنا من مبدأين يحكمان الإثبات المتمثلين في :

- أن الإثبات هو نظام قـانوني تحكمـه قواعـد يقررهـا القـانون تيسـر للقاضـي الوصول إلى الحقيقة القانونية دون الإعتـداد بالحقيقـة الواقعيـة التـي لـم تثبـت بالطرق التي حدّدها القانون.

1 - سعد الدين مسعد الهلالي، مرجع سابق، ص 244.

- ومبدأ حياد القاضي الذي يقصد به في مواد الإثبات القيـام بـدور الحكـم دون أن يكون لـه دور إيجـابي فـي الـدعوى ، إذ يقتصـر دوره فـي تقـدير الأدلـة واستكمالها في إجراءات التحقيق، و ذلك للوصول إلى الحقيقة القانونية.
- إضافة إلى مبدأ ثالث فحواه أن الواقعـة القانونيـة محـل الإثبـات لـيس الحـق المدّعى به شخصيًا كان أم عينيًا، بـل هـو المصـدر الـذي ينشـأ هـذا الحـق. والمصادر التي تنشأ الحقـوق لا تعـدوا أن تكـون تصـرفات أو وقـائع قانونيـة فإننا نصل إلى المسلمات التالية:

إن اللجوء إلى البصمة الوراثية من قبـل القاضـي تتـدرج فـي صـميم سـلطته القضائية، بينما توظيفها يخضع لحقيقة مفادهـا أن المشـرع يعتبـر النسـب أثـر مـن آثار الزواج بمفهومه الواسع الذي يعني الفراش.

ما يعني بمفهوم آخر هو سبب وجود الحق في النسـب، فالقاضـي قـد يبـيّن لـه الفحص حقيقة واقعية لا يتطرق إليها الشـك، ولكـن ينعـدم أمامـه الطريـق القـانوني لإثباتها، فلا يجد بدًّا من إهدارها و البحث عن سبل القانون ، ومـن ثمـة قـد تتعـارض الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضـائية. و القـانون فـي تمسـكه بالحقيقـة القانونيـة دون الواقعية، إنّما يوازن بين اعتبارين:

- اعتبار العدالة يدفعه إلى تلمس العلاقة البيولوجيـة كحقيقـة واقعيـة بكـل السـبل من جميع الوجوه التي تتفق معها الحقيقة القضائية المتمثلـة فـي ثبـوت الفـراش و اعتبارها.
- و اعتبار استقرار التعامل يدفعه إلى تقييد القاضي فـي الأدلـة التـي يأخـذ بهـا وفي تقدير كل دليل ، فيحدد له طرق الإثبات و قيمة كل دليل منها.

وجاء عن تطبيقات محكمة النقض المصـــرية أن للمحكمـــة الســـلطة التامـــة فـــي الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة وطرح ما عداه دون الحاجة إلـــى الـــردّ اســـتدلالاً علـــى ما لم تأخذ منها طالما كان الحكم على الأسباب الصائغة لها[1].

و المبدأ الذي أرسته محكمة التميّز في دولـــة الإمـــارات العربيـــة مفـــاده: نتيجـــة لتحليل الدّم ليست من البيانات المعتبرة شرعًا لإثبات النســـب و لا يعـــدوا هـــذا التقريـــر أن يكون مجرد قرينة يخضع تقديرها إلى محكمة الموضوع [2].

1 - خليفة علي العكبي، مرجع سابق، ص 142.

2 - مرجع سابق، ص 134.

الفصل الثاني:

نطاق استخدام البصمة الوراثية

الفصل الثاني

نطاق استخدام البصمة الوراثية

البصمة الوراثية كبينة علمية لها دور بارز في إثبات واقعة الأبوة البيولوجية، بينما قيمتها الثبوتية للنسب في حد ذاته تحكمها الوضعية التي تؤول إليها الأخيرة – الأبوة البيولوجية – التي تحتمل الورود في صورتين:

- § الأبوة الشرعية:(المبحث الأول)
- § الأبوة الطبيعية:(المبحث الثاني)

المبحث الأول

قيمة البصمة الوراثية في حالة الأبوة الشرعية

حدّدت الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، طبيعة الواقعة التي من شأنها أن ترد كمصدر يترتب على تحققها حق الطفل في الإنتساب إلى أبيه البيولوجي و المتمثلة في واقعة الفراش التي تعتبر معيارًا للقول بالأبوة الشرعية.

- فما مفهوم هذا المعيار؟
- وما هو دور البصمة الوراثية في وجوده ؟

المطلب الأوّل

مفهوم الفراش كمعيار لثبوت النسب

الفراش لغةً: هو ما يبسط عادة للنوم أو للجلوس عليه[1] و الفراش شرعًا هو تعيين المرأة للولادة لشخص واحد بشرط إمكان الدخول[2] وهو كل إتصال جنسي لا يوجب حدّ الزنا[3] و لدراسة مفهومه يقتضي التعرض إلى:

- § نطاقه (فرع أوّل).
- § ضوابطه (فرع ثاني).

[1] - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 684

[2] - نبيل صقر، قانون الأسرة نصًا، فقهًا و تطبيقًا، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2007 ،ص 29.

[3] - محمد المختار السلامي، مرجع سابق، ص 438

الفــرع الأوّل
نــطاق الفــراش

يرد الفراش على كل زواج سواء كان صحيحًا أم غير صحيح و وطأ بشبهة

§ أوّلاً: الــزواج الصحيح:

الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجــل و المــرأة بمــا يحقــق مــا يتقاضــاه الطبع الإنساني و تعاونهما مدى الحياة و يحدد مــا لكليهمــا مــن حقــوق و مــا عليــه من واجبات.[1]

ويتم الزواج بتوفر الرضا و شروطه التي تنقسم إلى:

- شروط صحة تتعلّق بحضــور الشــاهدين و أن تكــون المــرأة حــل أي غيــر محرمة على الرجل مؤقتًا أو مؤبدًا و هي الشروط التــي يعتبــر العقــد بغيرهــا غير موجود.[2]
- شروط النفاذ وهما الأهليه و الولاية وهي التي لا تنفذ أحكــام العقــد علــى كــلا عاقديه بدونها بأن يكون العقد موقوفًا إلى أن تتوفر.
- شروط اللزوم وهي شروط لا يلزم العقد كــلا طرفيــه إلاّ بوجودهمــا وبغيرهــا يكون لأحد الطرفين أن يفسخ العقد.

ويعتبر الزواج صحيحًا إذا توافرت أركانه حتى ولــو كــان غيــر مســجل فــي الحالة المدنية.[3]

---

[1] - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، د س ن ،ص 44.
http://www.alwaqfia.com

[2] - مرجع سابق، ص 91. أنظر أيضًا: نبيل صقر، مرجع سابق، ص 30.

[3] - نبيل صقر مرجع سابق، ص 31.

ويتم إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية طبقًا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري ، التي تنص: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي »، كما يثبت الزواج بشهادة الشهود لتغيب وجود عقد شرعي.[1]

§ ثانيًا: النكاح الفاسد:

يعرف النكاح الفاسد بأنه العقد الذي فقد شرطًا من شروط الصحة، وذلك كالعقد بغير شهود أو الزواج المؤقت.[2]

وهناك من يميز في عقود الزواج بين العقد الفاسد و الباطل من باب أن العقد الباطل هو :«كل عقد زواج تم بدون توفر أركانه و شروط انعقاده كالزواج بالمحرمات و انعدام الرضا. وكزواج المسلم بغير ذات الدين السماوي و زواج المسلمة بغير المسلم، و بين الفاسد الذي يتوفر على الرضا بالإيجاب و القبول وفاقد لشروط الصحة ».[3]

ومنهم من يعتبر أن العقد الفاسد و الباطل في النكاح سواء بحكم اشتراكهما في نفس الحكم سواء كان الخلل في الركن أو في الشرط[4] وبذلك جعلوا فاسد العقد وباطله في رتبة العقد غير الصحيح، الذي مفاده أنه عقد لا يترتب شيء في الأصل لأنّ أصل العلاقة بين الرجل و المرأة فيه قائمة على التحريم فلا يترتب عليه حكم شرعي بمقتضى وجوده المجرد، [5] و لذلك لا تثبت

---

[1] - قرار المحكمة العليا/ م.ق1/ 1989 ملف 37501 قرار 1985/09/23 نقلاً، عن نبيل صقر، مرجع سابق، ص 32.

[2] - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 604.

[3] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل"، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2007، ص 77. كذلك خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 604، و ما يليها.

[4] - و هو رأي الجمهور.أنظر عبد الرؤوف دبابش، " ثبوت النسب في اللأنكحة الفاسدة و الباطلة في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري"،مجلة الاجتهاد القضائي،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر، بسكرة ،د س ن ،ص70

[5] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 200.

نفقة ولا طاعة و لا توارث بأي حال و لا حق لأحدهما قبل الآخر، بينما إذا حدث دخول رتب آثارًا مثل العقد الصحيح من بينها ثبوت النسب

موقف المشرع الجزائري:

لم يفرق المشرع الجزائري بين النكاح الباطل و الفاسد من حيث أنهم أنكحة مثبتة للنسب [1] ، و حدد الحالات التي يعتبر فيها العقد غير صحيح:

- § اشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.
- § اختلال ركن الرضا.
- § إذا قام بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه.
- § كل زواج بإحدى المحرمات.[2]

§ ثالثًا: وطأ الشبهة:

الشبهة عند الفقهاء هي كل ما لم يتّفق على أنه حلال أم حرام و يتحقق الوطء بشبهة في صورة غير مشروعة للاتصال الجنسي تكتسب صفة المشروعة.

فالوطء بشبهة لا يكون زنا و لا مبني على الزنا و لا يكون بناءً على نكاح صحيح أو فاسد من جهة أخرى.

مثاله أن يطأ شخص زوجته بعد انتهاء العدّة جهلاً منه بانقضائها. [3]

---

[1] - المادة 40 من الأمر 05-02، السلف الذكر.

[2] - المواد 32- 33 34، من الأمر 05-02، السالف الذكر

[3] - ولو أن المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة أوردها ضمن عبارة نكاح الشبهة، وما يعرف على النكاح أنّه الزواج ما يثير التساؤل ما الفرق بينهما – بهذه العبارة – و الزواج الفاسد و الباطل ؟

الفــرع الثــاني
ضــوابط الفراش

ممّا لا خلاف عليه فقهًا و قانوناً أن النسب يثبــت لصــاحب المــاء فــي إطــار علاقة مشروعة (فراش). ولمّا كانت هذه العلاقــة قائمــة علــى الســرّ و الســتر فــإن إثباتها أوقع أشكالاً لدى الفقهاء ما اضــطرهم للبحــث فــي العلامــات الظــاهرة التــي تدّل في غالب الأحوال عليها فتحول محــل النــزاع إلــى البحــث فــي طــرق إثبــات الفراش أساسًا لا النسب الذي يكون اتفاقًا بالفراش و ذلك بعــد إجمــاع الفقهــاء علــى أنه لا يثبت للزوج الولد الذي تأتي به الزوجــة مــن غيــره إذا تــيقن ذلــك، فحــدّدوا لهذا الغرض ثلاثة ضوابط تتمثل في:

- § إمكان أن يكون الولد من الزوج.
- § أن يولد بين أدنى و أقصى مدّة الحمل.
- § ألاّ ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة.

§ أولاً: إمكان أن يكون الولد من الزوج:

يقصد من إمكان أن يكون الولد من الزوج أمرين هما:

- § إمكان أن يولد لمثله.
- § إمكان الاتصال بين الزوجين.

فالزوج الذي يلحق به النسب هو الــزوج الــذي يلحــق بــه الحمــل[1] فيخــرج من هذا الوصف المجــوب[2] و الصــغير وهــو دون التســع ســنوات عنــد المالكيــة والشافعية و اثني عشر سنة عند الحنفية و عشر سنة عند الحنابلة.[1]

---

[1] - سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية و قضايا النسب الشرعي،د م ن ،د س ن ، ص 05.
www.gulfkids.com/ar/index.php?action=show_res&r_id=68&topic_id=1349

[2] - المجوب: هو مقطوع الذكر، أنظر: تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، دار الراعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 3.

إمكان الاتصال بين الزوجين:

اختلف الفقهاء حول مدى هذا الإمكان بعد أن اتفقوا على أنّه شرط من شروط ثبوت النسب بالفراش. بين من اكتفى بصحة عقد النكاح و بين من اشترط الدخول أو إمكانه:

- حيث يرى رواد الفقه الحنفي أن الولد ينسب للزوج عند العقد ولو لم تثبت الخلوة[2] فينسب الولد حتى ولو لم يلتقي الرجل و المرأة قط.
- وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و المالكية إلى اشتراط إمكان الدخول[3]، و يرى الدكتور عثمان التكروري[4] أن النسب يبنى على الدخول الحقيقي أصلاً غير أن معرفة ذلك متعسرة ، لذلك يؤدي اشتراط الدخول إلى بطلان الكثير من الأنساب ما جعل احتياطًا العبرة لمجرد الإمكان، فإذا ثبت أنه غير ممكن أثناء قيام الزوجية أو العدّة بأن أثبت الزوج أنه لم يلتقي الزوجة لا تسمع دعوى النسب على الزوج. فإذا طلق الزوج زوجته في مجلس العقد أو جرى عقد الزواج وكانا متباعدان أحدهما بالمشرق و الآخر بالمغرب لم يلحق النسب به.[5]

موقف المشرع الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور ، حيث نصت المادة 41 من تقنين الأسرة الجزائري:" يثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيًا و أمكن

---

[1] - تواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص 3. و يحدد المشرع المصري سن البلوغ باثني عشر سنة، أنظر: سامح سيد محمد، دعوى النسب شرعًا و قانونًا، بحث منشور على شبكة الانترنت ،ص 3.
http://www.4shared.com

[2] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، د.ت.ن، د.س.ن، ص 387.
http://www.alwaqfia.com

[3] - لعربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، ج1، الزواج و الأطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ت.ن، ص 192.

[4] - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2004، ص 253.

[5] - تواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص 776.

الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "على أساس أنّه الرأي الصحيح الذي يتوافق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق".

ولو أننا نرى أن إمكان الاتصال تحكمه طبيعة المصدر الذي نشأ عنه حق النسب ، باعتبار أن الفراش اشتمل على تصرّف قانوني متمثل في الزواج كعقد وواقعة متمثلة في الدخول شبهة ، وعليه فإن مسألة التلاقي و إن كان يحكمها ثبوت الدخول في الشبهة بشقيها العقد و الفعل كون الدخول هو سبب ثبوت النسب متى جاء الولد بعده بستة أشهر[1] فإن الأمر يختلف عنه في الزواج الصحيح كون الإنجاب قد يتّخذ مسارًا غير طبيعي عندما يتعلّق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الذي لا يتطلب الاتصال و الدخول[2].

لذلك نرى أن العقد في الزواج الصحيح كاف مادام الزوج له أن ينفيه عكس الدخول شبهة التي تتطلب ثبوت الدخول فيها كأصل مادام المنتسب له الولد لا يمكن نفيه عنه متى ثبت الدخول[3].

فلو أن شخصًا سافر لتلقي علاج العقم وترك زوجته في الوطن لمدّة سنة كان يتم خلالها تزويدها بالحيوانات المنوية المعالجة ثم جاءت بولد لستة أشهر، فلو اعتبرنا رأي المشرع ينتفي الولد لعدم إمكان الاتصال في الفترة بين الحمل و الوضع.

على هذا فإننا نرى ضرورة تعديل المادة بما يجعلها تتجاوب مع الاستحداثات العلمية[4].

---

[1] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص : 387.

[2] - التلقيح الاصطناعي: يعرف على أنّه عملية الادخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي يتمثل في الإنجاب، أنظر: بن صغير مراد، " التأصيل الفقهي (الشرعي) و القانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية " ، مجلة الحجة ، العدد الأول،جويلية 2007، ص 72.

[3] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق.

[4] - حيث نقترح أن يرد في الصياغة التالية: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيًا ولم يوجد مانع و لم ينفه بالطرق المشروعة»

§ ثانيًا: أن يولد بين أدنى و أقصى مدّة الحمل:

لا يكفي أن يولد الولد لمن يحتمل الحمل منه في إطار زوجية شرعية أو دخول شبهة على اعتبار أن هذا الضابط يحكمه عنصر المدّة التي يتطلب فيها ميلاده ما بين أدنى مدّة على قيام الفراش و أقصى مدّة على انقضائه.

ولو أن الفقه اتفق على أدنى مدّة للحمل بستة أشهر فإن تقديرهم لأقصى مدّة يمكث فيها الجنين في بطن أمه كانت محل خلاف و ذلك يعود أساسًا إلى أن القول بستة أشهر جاء مستندًا إلى قاعدتين شرعيتين ،الأولى هي قوله تعالى ﴿ وحمله وفصامه ثلاثين شهرًا ﴾[1] و الثانية هي قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾[2] فكان بذلك المستقر عليه ستة أشهر كنتيجة لإنقاص مدّة الرضاعة من مدّة الحمل و الفصام[3].

بينما أقصى مدّة الحمل في ضل غياب نص شرعي استند و لأقاويل وردت في كتب التاريخ ووقائع حدثت لبعض الناس فقال الحنيفة سنتين وقال المالكية بخمس سنوات[4].

ولما كانت معرفة أقصى مدّة الحمل مسألة ضرورية لمعرفة نسب المولود و إثباته لأبيه أو لنفيه وحيث لم يرد فيها ما يحسم النزاع فقد اعتمد البعض على العادة الغالبة فيما يقع بين النساء. فقال محمد بن عبد الحميد من المالكية بسنة قمرية وقال ابن جزم لا يزيد عن تسعة أشهر.

ويرى الطب الشرعي أن أقصى مدّة حمل تقدر بـــ 365 يوم متى شمل جميع الأحوال النادرة[5].

---

[1] - سورة الأحقاف، الآية 65.

[2] - سورة لقمان، الآية 64.

[3] - كان أوّل من استنبط أدنى مدّة حمل علي كرم الله وجهه في قضية جاءت فيها امرأة بولد لستة أشهر فهم عمر رضي الله عنه بإقامة الحدّ عليها، أنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 386.

[4] - معوض عبد التواب ، مرجع سابق، ص 782.

[5] - معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 882.

موقف المشرع الجزائري:

طبقًا للمادتين 42، 43 من تقنين الأسرة الجزائري فقد استقر المشرع على عشرة أشهر كأقصى حدّ للحمل حيث لا تتجاوز في كل الأحوال ذلك سواء من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

والملاحظ على المشرع الجزائري أنّه خص المطلقة و المتوفى عنها زوجها بنفس الحكم دونما تميّز بين المطلّقة رجعيًا و المطلقة بائنًا خلافًا للفق

§ ثالثًا: ألاّ ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة:

والمقصود بالطرق المشروعة هو اللّعان: وهو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية بأن الولد ليس منه، و ذلك بأن يقسم أمام القاضي أربعة مرات أنه لصادق في اتهامه لزوجته أن الولد ليس منه و يقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تقسم الزوجة أربعة مرّات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، و اللّعان بهذا المفهوم حتى يكون منشأ يتطلب ألاّ يثبت له إقرار بالولد سواء ضمنيًا كأن سكت عن الحمل أو صراحةً بأن يقرّ بأن الحمل منه[1] على اعتبار أن يثبت بالإقرار لا يجوز نفيه بعد ذلك[2] و يكون النفي منتجا لآثاره من حيث عدم لحوق الولد بالزوج متى جاء خلال ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو الولادة[3] ، وكانت العلاقة قائمة بالزواج الصحيح ، ذلك أن متى كان الولد ناتج عن دخول بشبهة فإن الولد لا يمكن نفيه[4] و يثبت لصاحب الفراش متى جاء لستة أشهر من الدخول أو لعشرة أشهر من الانفصال بالتفرقة بينهما.

---

[1] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 390و ما يليها.

[2] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق.

[3] - NEHAS M. Mahieddin, *L'évolution du droit de la famille en Algérie, nouveauté et modification apportées par la loi de 04 mai 2005 au code algérien de la famille de 9 juin 1984*, Revue l'Année du Maghrib, N°2 2005-2006 , p35

[4] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 390.

المطلب الثاني

حجية البصمة الوراثية في وجود الفراش

بتحقق السبب المنشئ للنسب يتحقق معه حق النسب دونما حاجة لتدخل عوامل خارجية لتأكيده كأصل. غير أنه قد تطرأ على هذا الوضع مشاكل تستدعي اثباته ، كما يحدث أن يشك الزوج في نسب الولد الذي تأتي به زوجته في ظل قيام الزوجية .ما ينشئ معه دعاوي النسب التي تتطلب اثبات رابطة الوالدية من عدمها ،ولما كان المتعارف عليه علميا أن أصل الصفات الوراثية للطفل يشارك فيها والداه دفعنا ذلك إلى طرح إشكال فيما اذا كان بالإمكان اعتبار نتيجة الفحص الجيني لإثبات النسب (فرع أول) أو نفيه (فرع ثاني)؟

الفرع الأول

حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

أولا : موقف الفقه الإسلامي من حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب:

يميل الفقه المعاصر إلى اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب باعتبارها قرينة قطعية حيث يقول في ذلك الدكتور محمد المختار السلامي :" إن ما يكشفه الفحص الجيني يقيني بإجماع الفقهاء وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز حد الظن بالصدق"[1].من حيث أنها أساس علمي لا شك فيه و لا يقبل الطعن فيه وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ لإثبات البنوة و الأبوة، التي قد يتخذ فيها الإقرار صورة منازعة متى ادعى الطفل أكثر من مقر واحد، وهو الوضع الذي تجد فيه البصمة الوراثية مجالا خصبا لإعمالها و تكون السبيل الوحيد لفض النزاع من حيث أنها تسهم في إخفاء الصور و المسائل التي جعل بعض الفقهاء نتيجتها إلحاق الولد بأكثر من والد في وقت

[1] - محمدالمختار سلامي ، مرجع سابق ،ص: 456

واحد[1]، و التي يمكن رد علة و سبب الخلاف فيه الى عدم وجود طريقة مؤكدة يمكن بها أن يثبت أن هذا الولد من هذه المرأة قد خلق من مني رجل معلوم أم لا كما لا توجد طريقة يمكن بها التأكد من صحة ادعاء مدعي النسب ولا من صحة أقوال الشهود لأن البصمة الوراثية تمنع منعا باتا إلحاق الولد بأكثر من والد و تفصل في بيان الوالد الحقيقي ببرهان ساطع لا شك فيه ، لاسيما و أن العلم الحديث قد أثبت استحالة أن يخلق الإنسان الواحد من مائين[2].

هذا وقد أورد الفقهاء بعض الصور على سبيل المثال تكون فيها للبصمة الوراثية دورا ايجابيا في حسم النزاع، نذكر منها:

***جميع الحالات التي ذهب الفقهاء فيها الى اعتماد قول القافة في تحديد النسب و التي منها:**

- اذا وطأ رجلان امرأة وطأً يثبت به النسب كالموطوءة بشبهة أو في زواج فاسد

- لو تزوج معتدة و أتت بولد بعد ستتة أشهر من الزواج ،و قبل انتهاء أقصى مدة حمل فانه يقع الاحتمال و عندها تحكم البصمة الوراثية.

- عند التنازع في مجهول النسب و عدم ترجيح أي طرف

- اذا ادعت أم أمومة شخص ما دون دليل على ولادتها له

***اختلاط أطفال المستشفيات :**

و هو أن يتم تسليم مولود إلى غير والديه عمدا أو خطأً أو في بعض حالات الطوارئ و الكوارث

*حالات اختلاط أطفال الأنابيب .

[1] - و هو قول أبو حنيفة فيما إذا تنازع الولد رجلان أو امرأتين أو رجل و امرأة أن يلحق بهما.

أنظر : محمد المختار سلامي، مرجع سابق ، ص:452

[2] - ناصر عبد الله الميمان ،البصمة الوراثية و حكم استخدامها في الطب الشرعي و النسب ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون ، المجلد الثاني ، الإمارات العربية ، 5/2 يوليو 2002 ،ص:621

ثانيا:موقف القانون الجزائري من حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب:

رغم اعتراف المشرع الجزائري بالبصمة الوراثية كأداة اثبات نسب الا أن اعتمادها قضائيا بقي محاطا ببعض التحفظ من طرف القضاة وهو ما يمكن استخلاصه من سلسلة الأحكام و القرارات القضائية التي صدرت بعد ادراجها ضمن أدلة الاثبات وهو ما يمكننا أن نلمسه من احدى القرارات الصادرة عن المجلس قضاء وهران[1] في قضية طفلة تدعى صفية التي تنازع نسبها كل من (ي م) بصفته زوج أول لوالدتها كمتدخل في الخصومة ، و(ج ش)كزوج ثاني و طرف أصلي في الخصومة و السيدة (ب ص)كطرف أصلي باعتبارها جدة الطفلة لأمها و التي تتلخص وقائعها في :

-زواج والدة صفية بالسيد (ي م) بتاريخ :1999/04/28.

-تم الطلاق بينهما بتاريخ: 2000/08/19.

-تم اعادة الزواج عرفيا بتاريخ :2001/01/11.

-تم الطلاق دون اللجوء الى المحكمة بتاريخ:جوان 2001.

-تعرفت على السيد(ش ج) و تزوجا عرفيا في مارس2001 و قاما بترسيمه بتاريخ:

2001/09/22 بمدينة "فار"بفرنسا.

-وضعت السيدة الطفلة صفية بتاريخ 2001/12/10.

-توفيت والدة الطفلة في حادث مرور.

على اثر ذلك و بعد أن استولت السيدة جدة الطفلة لأمها على حضانة الطفلة دخل السيد(ج ش)في تنازع حول حضانة الطفلة مع السيدة جدة الطفلة انتهى باصدار المحكمة أمر بحق الزيارة ثم على حكم مؤرخ في 2005/06/28يقضي بحقه في الحضانة.

[1] -قرار مجلس قضاء وهران رقم:06/126 الصادر بتاريخ 22 جانفي 2006 نقلا عن :ذيابي باديس ، مرجع سابق،ص ص :261-268

نازعه السيد (ي م) بصفته مدخل في الخصام باعتباره الزوج الأول و الأولى بحضانة الطفلة متحججا بزواجه عرفيا مع المرحومة والذي حصل على حكم من المحكمة بتثبيته بتاريخ 2005/09/27

نازع السيد (ج ش) معترضا بدعوى أنه هو من تزوج المرحومة عرفيا بأرزيو بتاريخ مارس 2001 ، تم بعدها الغاء الحكم المثبت للزواج العرفي بين والدة الطفلة و السيد (ي م) من طرف نفس الجهة القضائية.

استأنفت السيدة جدة الطفلة بهدف الغاء الحكم المستأنف و تاييد حكم 2005/09/27 وأسست طلبها على مخالفة زواج الفرنسي للشريعة الاسلامية و المواد 32،33،34 من قانون الاسرة الجزائري.

والذي يظهر من خلال وقائع القضية و دفوع الأطراف أن المشكل المتضمن في هذا القرار هو مآل النسب عند تنازع فراشين؟

ألحق من خلاله المجلس النسب للزوج الثاني ورفض طلب الأستأناف حيث جاء عنه: "حيث ثبت رسميا و قضائيا أن المرحومة لما تزوجت سنة 2001 من المستأنف عليه السيد (ش)الذي أكد اسلامه كانت خالية من أي مانع لأنها كانت مطلقة رسميا بحكم صادر عن محكمة وهران المؤرخ في 2000/08/14 و لهذا يقول المجلس أن مزاعم المستأنفة و المدخل في الخصام (ي م) الذي لم يكلف نفسه حتى استئناف الحكم الحالي تبقى مجرد مزاعم تدمغها الوثائق الرسمية التي هي في صالح المستأنف عليه(ش) و عليه فان المجلس يقول بصواب الحكم المعاد و من

ثم وجوب القضاء بتأييده مع تحميل المستأنف المصاريف".

وما يمكن قوله كتعليق على هذا القرار أن القاضي محق في رفض تأسيس المستأنفة

لأن النسب مثلما يثبت بالزواج الصحيح يثبت بالزواج الفاسد. لكن في رأينا أن اعتماده في اصدار قراره على صحة الزواج الثاني غير كافي لأن من أهم القواعد التي تراعى قانونا للقول بلحوق الولد هي ميلاد الطفل بين أدنى و أقصى المدة

القانونية و هو الذي لا يتوفر عليها الوضع الحالى اذ أن الفرق الزمني بين تاريخ ميلاد الطفلة الذي كان في :2001/12/10 ، و تاريخ تسجيل الزواج الذي كان في2001/09/22 هو أقل من ستتة أشهر و الذي يستحيل معه لحوق الولد و منه عدم امكان اعتماده لالحاق النسب بالسيد (ج ش) ما يجعل معه الزوجين متساوون في دليليهما وهو الزواج العرفي الذي زعم كل واحد منها أنه أبرمه مع المرحومة.و منه كان على المجلس الاستعانة بالتحليل الجيني للبصمات الوراثية للأطراف المعنية و الطفلة لترجيح أحد الدليلين لا أن يرفض طلب الدفاع اللجوء للخبرة الفنية.

الفرع الثاني
حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

أولا :موقف الفقه الاسلامي من حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

لم يحسم بعد الفقه موقفه من أثر البصمة الوراثية في نفي النسب وكان محور الجدل إشكالين أساسيين: يتعلّق أحدهما بما إذا كان بالإمكان أحلال البصمة الوراثية محل اللّعان في نفي الولد، و يتعلّق الآخر بإمكان تقديمها على اللّعان كمرحلة سابقة لإجرائه؟ انقسم المجيبون عنها إلى فريقين:

- فريق يرى عدم حجية البصمة الوراثية في نفي النسب: على أنّه لا ينفي النسب الثابت إلاّ باللّعان و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان ، ذلك أنّه حكم شرعي ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغائه و إحلال غيره محلّه أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدّقة و الصحة في نظر المختصين بها، وفي هذا يقول الدكتور محمد بن عمر السبيل: « لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللّعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج و المولود على فراشه»[1].

وهذا من باب أنّ:

إحلال البصمة الوراثية محل اللّعان إنّما هي من النوازل العصرية التي لا دليل عليها و لا مستند لها يمكن التعويل عليه.

إن القول باعمال و تقديم البصمة الوراثية على اللعان هو تعطيل لحكم شرعي ، ولم يعهد من السلف السابق إلغاء النصوص الشرعية و إنّما هو اجتهاد في غير محله[2].

---

[1] - عمربن محمد السبيل، مرجع سابق، ص 41.

[2] - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 450.

وهو ما تبنّاه مجمّع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة المنعقدّة ما بين 21 إلى 1422/10/26، الذي صدر عنه قرار مضمونه : « لا يجوز شرعًا الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها عن اللّعان »[1].

و يستدّل أصحاب هذا الإتجاه بقول الله تعالى: ﴿ و الذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلاّ أنفسهم﴾[2]، ووجه الاستدلال أن الزوج إذا لم يجد شاهدًا إلاّ نفسه فإنه يلجأ إلى اللّعان، و القول بالبصمة الوراثية إحداث و تزيد عن كتاب الله، فدّل ذلك على منع الأخذ بها[3].

- فيما يرى فريق ثاني جواز اعتماد البصمة الوراثية لنفي النسب متى تيقن الزوج أن الحمل ليس منه[4]، و تقول في ذلك سهير سلامة حافظ الأغا[5]: « يجوز اعتماد البصمة الوراثية والحقائق العلمية المعاصرة في نفي النسب دون حاجة إلى إجراء اللّعان بين الزوجين، لأن الزوج قد يعتقد بزوجته خيرا ولا يتّهمها بالزنا فقد يكون الحمل حملاً لا يجب به حد كوطأ شبهة أو الإكراه مثلاً لأن اللّعان يترتب عليه حدّ القذف على الزوج وحدّ الزنا على الزوجة إذا نكل أحد الزوجين و أقرّ على نفسه »، حيث يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن اللّعان هو استثناء و ليس القاعدة، و إنّما هو لدفع الحدّ عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها سبب وطأ شبهة [6]، وهو الرأي الذي نرى تأييده لعدّة اعتبارات.

---

[1] - بدر بن فهد السويلم، "البصمة الوراثية و أثرها في النسب"، مجلة العدل، عدد 37، د.م.ن، محرم 1429، ص 150.

[2] - سورة النور، آية 6.

[3] - بدر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص 152.

[4] - وممّن يمثل هذا الإتجاه: محمد مختار السلامي ، مرجع سابق، ص 452.

[5] - سهير سلامة حافظ الأغا، قواعد النسب في ظل علم الوراثة المعاصر، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، جامعة غزة، فلسطين، 2010، ص 95. http//:www.library.iugaza.edu.ps/these/88102.pdf

[6] - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 442.

إن الفقه يذهب إلى القول بأن الولد متى كان من إكراه بالزنا أو وطأ شبهة و أمكن عرضه على القائف أو أقر الواطئ بالشبهة بوطئه فإنّ الولد يعرض في هذه الحالة إلى القافة معهما فإن ألحقوه بغير الزوج انتفى عنه [1]، فيما يقول فريق آخر أن الولد في هذا الوضع لا ينتفي عن الزوج بلعان ولا بغيره وذلك لتعذر اللّعان إلاّ بالقذف ولم يوجد، و حيث انتفى اللعان امتنع النسب [2]، حيث يوحي هذا الاختلاف أن اللّعان كحق للزوج يجد سببه الموجب لاستحقاقه في واقعة القذف، و الذي يكون أثره المباشر هو الحرمة بين الزوجين و يتحقق بأثر فوري سواء وجد أولاد بين الزوجين أم لا. بينما انتفاء الولد يأتي كأثر متعدي يقف على شرط تزامن الحمل مع واقعة القذف فيكون نفي الولد ليس باللّعان بحدّ ذاته و إنّما بقرينة تزامن الحمل مع الرمي الذي يبدر من الزوج و منه لحوق الولد بالملاعن اذا عاد في اقراره. ما يوحي أنّه ليس هناك تلازم بين اللّعان و النفي ومنه ليس كلّ نفي للولد يستلزم القذف.

وهذا ما نلمسه من موقف الرسول صلى الله عليه و سلم في حادثة هلال بن أمية حيث استجاب للزوج عند طلبه ملاعنة زوجته ثم استند الى الشبه لنفي الولد وهذا بقوله: " أبصروه ان جاءت أكحل العينين خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو لشريك بن سمحة"[3]

ثمّ إن الشريعة الإسلامية لا تأبى بالأخذ بالقرائن لنفي النسب و منه انتفاء النسب عن الزوج رغم قيام الزوجية كسبب منشئ للنسب لصغر سن الزوج كقرينة على عدم إمكان أن يكون الولد منه.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

من المستقر عليه قضاءا في القانون الجزائري على غرار القضاء العربي أن

[1] - ناصر عبد الله الميمان، مرجع سابق، ص 611.

[2] - وهذا في رواية عن أحمد في مذهب الأحناف ، ناصر عبد الله الميمان مرجع سابق، ص 612.

[3] - وهبة الزحلي ،البصمة الوراثية و دورها في الاثبات،بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون،المجلد الثاني ،كلية الشريعة و القانون ، الامارات العربية ،2-5ماي 2002، ص520

نتيجة الفحص لا اعتبار لها في الأنساب الثابتة [1]. كما أن تحليل المواد 40 ، 41 من قانون الأسرة الجزائري يتضح منه أن المشرع حدد بصريح العبارة مجال توظيف البصمة الوراثية فجعله في الاثبات و ليس في النفي ما يفهم منه أن توظيفه الطرق المشروعة لا يشمل على البصمة الوراثية باعتبار هي الأخرى محصورة باللعان وميلاد الطفل لمن لا يمكن أن يولد لمثله و ميلاد الولد في غير المدة المتفق على اتيان الولد فيها

المبحث الثاني
قيمة البصمة الوراثية في حالة الأبوّة الطبيعية

تأخذ الأبوة البيولوجية إلى جانب الصورة الأولى "الأبوة الشرعية"، صورة أخرى متمثلة في الأبوة الطبيعية متى تحققت واقعة الزنا.

وقد تم التعرض إلى هذه الصورة من خلال دراسة:

- § حكم ولد الزنا المثبت نسبه بالبصمة الوراثية.(المطلب الأول)
- § المسؤولية المدنية للأب البيولوجي.(المطلب الثاني)

المطلب الأوّل
حكم ولد الزنا المثبت نسبه بالبصمة الوراثية

ورد مصطلح "زنا" في القرآن الكريم في خانة الكبائر من المحرمات التي نها الله سبحانه و تعالى العباد الإتيان بها [2]، و رتب عليها جزاءًا صارمًا. ومعالجة مسألة حكم ولد الزنا يقتضي منا الإجابة على الإشكالية التي مفادها: ما

[1] - باديس ذيلبي ، مرجع سابق ،ص : 127

[2] - قال الله تعالى في سورة الفرقان: «و الذين لا يدعون مع الله إله آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنزن زمن يفعل ذلك يلقى آثامًا (68) يضاعف له العذاب يوم القيامة و يخلد فيها مهانًا (69) صدق الله العظيم.»

هي حدود الفعل الذي يلحق وصف الزنا بالولد الناشئ عنه ثم ما حكم نسبه بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

الفرع الأول
مفهوم ولد الزنا

§ أولاً: مفهوم ولد الزنا في الفقه الإسلامي:

يعرّف الفقه الإسلامي الزنا بأنها: «كل وطأ وقع من غير نكاح صحيح و لا شبهة نكاح ولا ملك يمين »[1] و بأنها: «مجرد لقاء رجل بامرأة و مجامعتها من غير عقد و لا شبهة عقد»[2].

و تتميز الزنا بهذا المفهوم عن وطأ الشبهة في أن الأخيرة بأنّها: وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته[3] وهي متى ثبتت سقط حد الجريمة مع بقاء وصف الفعل[4] ، وهذا عكس ما يترتب على الزنا التي متى ثبتت ثبت معها الحدّ و يعاقب مرتكبها.

فالفرق بين الواقعتين أن الشبهة وقوع في الخطأ و الجهل بحسن نية أما الثانية أي الزنا فيكون فيها الفعل مصحوبا بالقصد. ولمّا كانت تشمل كل ما خرج عن الشبهة فكانت القول بها يتطلب إثبات الواقعة، و التي قيّدتها الشرعة

---

[1] - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المشهور بابن رشد، نقلاً عن أحمد محمد مجيد محمد محمود حسن، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلي، فلسطين، 2008، ص 12.

[2] - وهبة مصطفى الزحلي، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا ، بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، مابين 25 و 29 ديسمبر 2010، ص 09.

[3] - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهًا و قضاءًا "الزواج"، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص 127.

[4] - مرجع سابق، ص 138.

الإسلامية بشهادة أربعة شهود أو بإقرار الفاعل أو ظهور الحمل لمن لم يعرف لها زوج[1].

ولما كانت الزنا تأخذ هذا المفهوم فإن الولد الذي ينتج منها و يندرج تحت هذا الوصف هو الولد ذكر كان أم أنثى الذي تخلق من ماء رجل وماء امرأة ليس للرجل فيها ملك و لا عقد و لا شبهة [2] ، وعليه فإنه يخرج منه.

- **ولد الشبهة**: و الذي ينتج عن دخول شبهة الحل[3].
- **ولد الملاعنة**: الملاعنة كما سبق التوضيح هي شهادات مؤكدات أيمان من الجانبين – الزوجين – مقرونة بلعن وغضب قائمة مقام حدّ القذف في جانبه أو حد الزنا في جانبها. وولد الملاعنة من هذا المنظور هو الولد الذي إدعى الزوج أنّه ليس منه و أنه من زنا و أنكرت ذلك الزوجة، و إن كان يشتبهان في تعذر النسبة إلى الأب و يفترقان في:

1. أن ولد الملاعنة نعته بإبن الزنا يتطلب البيّنة أو يوجب حدّ القذف عكس ولد الزنا[4].
2. إن ولد الملاعنة يقطع نسبه بالملاعن و لا يكون لأحد فيه حق دعوى النسب لأن في إثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه عن غير.

- اللقيط: ممّا أعطي كتعاريف للقيط، هو:

- اللقيط هو طفل حي طرحه أهله خوفًا من الفقر أو فرارًا من جريمة الزنا.
- وهو الطفل الذي نبذه أهله لسبب ما أو ضاع منهم قبل نسب التميّز[5].

وما يميّز اللّقيط من إبن الزنا، أنّه:

---

[1] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 197.

[2] - إبراهيم بن عبد الله بن صالح ، أحكام ولد الزنا، بحث تكميلي لنيل شهادة ماجستير، المعهد العالي للقضاء قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1424 هـ ، ص 30.

[3] - مرجع سابق، ص 32.

[4] - أحمد محمد مجيد، مرجع سابق، ص 32.

[5] - محمد ربيع صباهي،" أحكام اللّقيط في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية تربوية)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، مجلد 25، العدد الأول، 2008، ص 794.

- اللقيط لا يعرف أهله و لا نسبه، فيخرج منه من عرف أهله و أمّه كأن يكون ابن زنا مثلاً.
- اللّقيط يشمل على كل طفل بدّده أهله أو ضاع منهم ما يجعله يشتمل في مفهومه على ابن الزنا.

§ ثانيًا: مفهوم ولد الزنا في القانون الجزائري:

رأينا أن مفهوم الزنا في الفقه الإسلامي يتعدى ليشمل كل وطأ محرم بغض النظر عن حالة الفاعل سواء كان متزوجًا أم لا، في حين حصرها المشرع الجزائري في الفعل الذي يأتي به شخص متزوج على اعتبار أن فيه انتهاك لحرمة الزوج الآخر ، حيث يعرّفها الفقه القانوني الجزائري بأنّها: كل وطأ أو جماع تام غير شرعي يقع من رجل متزوج أو امرأة متزوجة استنادًا إلى رضاهما المتبادل و تنفيذًا لرغباتهما الجنسية[1].

و تقضي المادة 339 من تقنين العقوبات الجزائري[2]: « يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت إرتكابها جريمة زنا ».

وتطبق العقوبة ذاتها على من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنّها متزوجة.

ويتم إثباتها وفق قانون العقوبات الجزائري:

- وجود رابطة زوجية.
- إثبات فعل الوطأ غير المشروع.
- إثبات القصد الجنائي.

v موازنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري:

[1] - سماعون سيد احمد، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جريمتي الزنا و السياقة في حالة سكر، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص 29.

[2] - الأمر رقم 66-156 ، مؤرخ في 08 يوليو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

إن المطلع على الموقفين يميّز شدّة التباين بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في تحديده لنطاق الفعل الذي سبغ عليه وصف الزنا.

ما يثير إشكال مفاده: ما هو المركز القانوني للولد الناشئ عن العلاقات الخاصة لغير المتزوجين، هل هو لقيط أم ولد شبهة ؟

و تبرز أهمية الإشكال من عدّة اعتبارات، أهمها مئال نسب الولد المتأتي من العلاقة إن تم ادعائه ومصيره إن تم الإدعاء به للغير.

الفرع الثاني

حكم نسب ولد الزنا المثبت بالبصمة الوراثية

§ أوّلاً: موقف الفقه الإسلامي من لحوق ولد الزنا:

إن الفصل في مسألة حجية البصمة الوراثية في لحوق ابن الزنا بمن ثبت انتماؤه إليه بيولوجيًا يستدعي مبدئيًا الوقوف على النظام المعتمد من قبل الشريعة الإسلامية في معالجة هذه النقطة ، حيث جاءت الأحكام تفصيلاً انطلاقًا من التمييز بين وضعين، وهما ما كانت فيه أمّ الولد محصنة وما كانت فيه أمّ الولد غير محصنة، فينسب إلى زوجها إجماعًا [1] في الأوّل استنادًا إلى قاعدة الولد للفراش[2]

واختلفوا في الوضع الثاني فيما إذا لم يعرف لأم الولد زوج أو سيّد [3] ، على قولين:

---

[1] - حيث قال بها كلّ أهل العلم من جمهور و حنابلة.

[2] - عن أبي هريرة رضي الله عنه، صحيح مسلم.

[3] - حيث كان النظام السائد عند العرب في التناسل يسمح بوطأ السيد للأمة و يلحقه الولد إذا استلحقه و ويسمى استيلاد.

§ **القول المؤيد للحوقه:**

تبنى هذا الفريق من الفقه [1] القول بلحوق ولد الزنا بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمّه فراشاً و لا شبهة فقيل فيمن زنا بإمرأة و روي عن أبي حنيفة أنّه قال: لا أرى بأسًا إن زنا رجل بإمرأة فحملت منه أن يتزوجها ويستر عليها والولد ولد له[2]. و أيدهم فيما ذهبوا إليه ثلة من الفقه المعاصر في صورة حسن محمود عبد الدايم [3]، محمد صالح الصلاح [4] ، مازن هنية[5].

أدلتهم في ذلك:

ما جاء عن النبي صلّى الله عليه و سلّم في قصة اختصام سعد بن أبي وقاص مع عبد بن زمعة، على أن:

- قول الرسول (ص) الولد للفراش ورد على سبيل الحصر لحالة وجود زوجية في حالة ملك ولم يرد عن الرسول صلّى الله عليه و سلّم ما يفهم منه من الحديث عدم إلحاق ابن الزنا إذا ما كانت الأم غير فراش.
- قول الرسول (ص) احتجي منه يالسودة: توحي بأن ماء الزنا يثبت النسب وعدم لحوقه بالزاني إنما لوجود سبب أقوى منه هو الفراش.

---

[1] - هو ما ذهب إليه محمد بن سيرين البصري الأنصاري مولاهم، رواه عنه إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي المعروف بابن راهوية، أنظر: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في مدى خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، لبنان، 1998، ص 381.

http://www.4shared.com

[2] - إبراهيم بن عبد الله بن صالح ، مرجع سابق ، ص 101.

[3] - حسن محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 763.

[4] - محمد بن أحمد صلاح الصلاح، إثبات نسب أولاد الزنا (حكم مترابط شروط وعناية الإسلام باللّقطاء)، بحث مقدّم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 29/25 ديسمبر 2010، ص 19.

[5] - مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب أولاد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السابع، العدد الأول، ص 1 1-25 ، فلسطين، 2009، ص 18-19.

من **الأثر**:

تحججوا بحديث جريج العابد **1** حيث قال للغلام من أبوك ، قال هذا أبي و أشار إلى الراعي.

ووجه الاستدلال : أن قول الغلام هذا أبي تأكيد بأن ابن الزنا يلحق بمن تخلف من مائه.

ثم: من المعقول بأن إلحاق ابن الزنا بالزاني بعد بمثابة تحريم للزاني على فعلته

القول الرافض للحوقه:

رد الفريق القائل بعدم لحوق الولد بالزاني مطلقًا و الذي يمثلهم الجمهور[1] على حجج القائلين بلحوق ولد الزنا بالزاني.

أن كلمة الولد للفراش اقتضى معنيين إحداهما إثبات النسب لصاحب الفراش و الثاني أن من لا فراش له لا نسب له.

واستدلوا في ذلك بحديث روي عن الرسول (ص)، عن ابن عمر بن العاص رضي الله عنهما، أنّه لما فتحت مكة المكرمة على عهد الرسول صلّى الله عليه و سلم قام رجل فقال: « إن فلان ابني عاهرت بأمه في الجاهلية »، فقال صلّى الله عليه وسلم: «لا دعوى في الإسلام ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش و للعاهر الأثلب»، قالوا وما الأثلب، قال «الحجر».

وفي حديث عن أبو داوود عن عمرو بن الشعيب عن جدّه قال: قضى رسول الله الحديث وفيه: و إن كان من أمة لم يملكها أو حرّة عاهر بها، فإنّه لا

---

[1] - وبه قال أكثر أهل العلم، وقال به من الفقه المعاصر:

- نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، جامعة الأمير عبد القادر، مقال منشور على شبكة الانترنت

http://www.4shared.com

أنظر أيضا : و هبة الزحلي، مرجع سابق ، ص 14.

يلحق ولا يرث و إن كان الذي يُدعى له هو ادعاه فهو ولد زينه من حرة كانت أو أمة ،[1].

وهو القول الذي نؤيدّه من عدّة أوجه :

- § إن القائلين بلحوق ولد الزنا تحججوا بمصلحة الولد و تغريم الزاني، ونقول أن القائلين بلحوقه إذا ادعاه يفهم منه أن نسب الولد عندهم معلّق على رضا الزاني و إقراره به و لا نسب للطفل إذا ما ثبت تخلقه من الزاني و أنكر الأخير.
- § إن القائلين بلحوق ابن الزنا يقرّون بالفعل المخل بالحياء طريقًا للتناسل موازي للسبب الشرعي الذي اعتمده الشارع للتناسل البشري.
- § إن التحجج بتغريم الزاني مردود عليه من زاوية أنّه ماداموا يعلقون لحوقه بادعائه فله أن يكفله و يخصص له ثلث ماله و ينتهي الإشكال دونما استحداث طريق غير مشروع للتناسل.

§ ثانيًا: موقف المشرع الجزائري من لحوق ولد الزنا بالزاني:

لم نجد في التشريع الجزائري ما يوحي باهتمام وتنظيم المشرع الجزائري لأحكام ابن الزنا [2]، بينما يمكن استنباط موقف للمشرع الجزائري في استحقاق النسب بصفة عامة أنّه يرفض لحوق الولد بمن ادعاه بدون ثبوت شرعية العلاقة التي تأتى بها ما يستنتج منه استبعاد ابن الزنا من النسب، وهذا يفهم من إدراج

---

[1] - شكك في مصدره ابن القيم و ربط موقفه في مسألة لحوق ابن الزنا بصحة هذا الحديث: أنظر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سابق، ص 384.

[2] - على عكس مثيلاتها من التشريعات التي تضمن المركز القانوني لولد الزنا، حيث رقاه المشرع الفرنسي بموجب تعديل جويلية 2006، إلى درجة الإبن الشرعي من حيث لحوق نسبه بمن ادعه أو قامت نتيجة الفحص الجيني لصالح دعواه.

وكذلك جعل المشرع التونسي ولد الزنا بنفس درجة الابن الطبيعي من حيث لحوقه بالزاني.

أنظر : زبيدة اقروفة ،مرجع سابق، ص 81.

أحكام النسب ضمن الفصل الخامس من باب الزواج كأثر له، ما يؤكد تبني المشرع الجزائري لرأي الجمهور في مسألة لحوق ولد الزنا وهو النهج الذي كان يسير عليه القضاء حيث جاء في أحد قراراته: «من المقرر شرعًا أن الولد للفراش الصحيح و أنّ أقل مدّة حمل ستة أشهر ومن ثم فإن الولد الذي بعد مضي 64 يومً لا يثبت نسبه لصاحب الفراش ولما كان كذلك فإن النعي على قرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس يستوجب الرفض».

إذا كان الثابت – في قضية الحال – أنّ قضاة الاستئناف طبق في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبيّن لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/12 وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06، أي أربعة و ستين يومًا من تاريخ الزواج المزعوم قبل العقد يعد زنا و أن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

و هو المبدأ الذي بدأ يتخلى عنه قضاة المحكمة العليا من خلال انتهاج منحى جديد في اجتهاداتهم الأخيرة و هو ما يبرزه قرار المحكمة العليا لسنة 2006 الذي جاء فيه :

"حيث بالاطلاع على القرار المطون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبو لطلب الطاعنة الرامي الى الحاق نسب المولود(ص.م) للمطعون ضده بأعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (A.D.N) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق و منها البينة و لما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم الحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 و بين الحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية و خاصة أن كلاهما يختلف عن

[1] - قرار 17-12-1984 / ملف 35087 / م ق 1/ 1990، نقلاً عن: أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة "موسوعة الفكر القانوني"، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 44.

الأخر و لكل واحد منهما أثاره الشرعية كذلك ، ولما تبين في قضية الحال أن الولد من صلب المطعون ضده نتيجة علاقة مع الطاعنة فانه يلحق به ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون

المطلب الثاني

مسؤولية الأب البيولوجي

إذا سلّمنا بأنّه ليس لولد الزنا على والده البيولوجي اسم (كحق معنوي لصيق بالشخصية)[1]، و لا نفقة و لا ميراث (كحق مادي)، على اعتبار أنّهم من متطلبات حق النسب الذي لم يتحقق في هذه الصورة بسبب استحقاقه. و الذي لا يمكن مطالبة الأب البيولوجي بهم لهذا الاعتبار.

فإننا لو نظرنا إلى الموضوع من زاوية أخرى نجد أن الحقين حُرم منهما الطفل بسبب واقعة الزنا، فلمّا كانت نوعية العلاقة التي أتى منها الولد هي التي حكمت عليه الحياة بدون اسم و ونفقة وميراث فإنّ هذه الواقعة أنشأت علاقة بين الابن و الزاني لا علاقة نسب، و إنما علاقة مضرور بمسبب ضرر.

و الأمر الذي دفعنا لإثارة هذه النقطة هو البحث عن مدى إمكان مؤاخذة الأب البيولوجي مدنيًا بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري؟

[1] - لا نقول سقط عنه لأن الاسم حق لصيق بالشخصية و ميزته لا يسقط و لا يتقادمو لا يمكن التنازل عنه و إنّما هو غير مستحق لأنّه لم يتحقق السبب المنشئ للنسب و الذي يعد الاسم أحد متطلباته .
أنظر: خصائص حقوق الشخصية: فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق" دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر.ص25

الفرع الأوّل

أساس مسؤولية الأب البيولوجي مدنيًا

إن محاولة بحث أساس مسؤولية الأب البيولوجي مدنيًا يقتضي مبدئيًا إلقاء نظرة على نظام المساءلة المعتمد في كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري عن الأفعال الشخصية، وهذا بدراسة:

أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في الشريعة الإسلامية وأساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في القانون الجزائري.

§ أولاً: أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في الشريعة الإسلامية:

يفيد اصطلاح المسؤولية في الشريعة الإسلامية معنى المؤاخذة [1]، و تعني مؤاخذة الشخص عن تقصير و إهمال الواجب[2]، و المسؤولية بهذا المفهوم تنقسم تبعًا للحق المنتهك إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية جنائية و مسؤولية مدنية، فتتعلّق الأولى بالسلوك الأخلاقي للإنسان و لا عقوبة دنيوية عليها و تتعلق الثانية بانتهاك حقوق الله و توجب مسؤولية جنائية و تتعلّق الثالثة بانتهاك حق العبد وتوجب مسؤولية مدنية[3].

---

[1] - عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ليبيا، 1994، ص 49.

[2] - مرجع سابق، ص 58.

[3] - أسماء أسعد مرسي، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية "دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2006، ص 29.

وتجد المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية التي تتكوّن من عناصر ثلاثة هي التعدي و التلف و العلاقة السببية في ركن الضرر أساسًا لها [1]، والذي و الذي يجد مشروعية تعويضية في حديث الرسول صلّى الله عليه و سلّم « لا ضرر ولا ضرار»[2]، و الذي يقصد به إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا، التي مؤداها تحريم الضرر ومنعه ووقوعه يوجب إزالته، و طريقة إزالة الضرر في الشريعة الإسلامية تتغيّر تبعًا لنوع الضرر الواقع فيكون القصاص متى كان محل الضرر النفس و الضمان إذا كان محل الضرر المال[3].

§ ثانيًا: أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في القانون الجزائري:

ترد المسؤولية القانونية بصفة عامة على جزاء مترتب على مخالفة أحدى الواجبات المناطة بالشخص مهما كان مصدر هذا الواجب[4]، وهذا سواء كان قاعدة عقدية أو جزائية أو تقصيرية، و الذي مبدؤها عدم الإضرار بالغير، والتي تجد إطارها في نص المادة 124 من التقنين المدني الجزائري، حيث تنص: « كل فعل أيًّا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررًا للغير يلتزم من كان سبب حدوثه في التعويض». وهي مسؤولية تقوم على عناصر ثلاثة تتمثل في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية و التي شكل فيها الخطأ الواجب الإثبات أساسًا لها[5]، و المحور الذي تقوم عليه نظام المسؤولية عن الأفعال الشخصية حيث

---

[1] - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 49.

[2] - أخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام في باب من بني في حقه ما يخسر بجاره، نقلاً عن: خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، الكويت، د. س. ن، ص 15.

[3] - أسماء أسعد مرسي، مرجع سابق، ص 26 – 27.

[4] - مرجع سابق، ص 10.

[5] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، الجزء الأوّل، الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 641.

يدور الحديث حول تقدير سلوك الفاعل محل المؤاخذة و اللّوم عند مخالفته قاعدة سلوك معترف به يقرّه المجتمع و القانون[1].

ولما كان للخطأ وظيفتان على اعتبار أنّه سبب الضرر ومناط مسؤولية أو عدم مسؤولية الشخص، كان لابد من تحديد الفعل الذي يعتبر خطأ ، حيث تعدّدت محاولات تحديد فطرة الخطأ ومفهومه ومن بين هذه التعريفات عرّف على أنّه الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك[2]، و منه يتكوّن الخطأ من عنصرين:

- عنصر مادي يكون ركن الإنحراف و التعدّي.
- وعنصر معنوي يتمثل في الإدراك و التمييز.

ويراعى في تحديد الفعل الذي يعدّ انحرافًا سلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية[3]، هذا الشخص العادي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة و لا هو محدود اليقظة خاملاً مهملاً متكاسلاً غير مبال بعواقب الأمور فهو وسط بين هذا وذاك، فينظر للمألوف من سلوك هذا الشخص العادي ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي. فإن كان لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد وانتفى عنه الخطأ و نقض المسؤولية عن كاهله، أمّا إذا انحرف فمهما يكن من أمر فطنته ويقظته فقد تعدى وثبت عليه التعدي و الخطأ. على أنه يجب أن يتجرد الشخص العادي الذي نجعل سلوكه المألوف معيارًا للخطأ من الظروف الذاتية الملابسة

---

[1] - إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د. س. ن، ص 85.

[2] - أياد محمد جاد الحق، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، (دراسة تحليلية،("مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 20، العدد الأوّل، كلية الحقوق جامعة الأزهر، فلسطين، يناير 2012، ص 204.

http://www.ivgaza.edu.ps/rar/periodical

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق،ص 645.

لشخص المعتدي دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التي تحيط بالتعدي و التي أهمها ظروف الزمان و المكان[1].

ويقترن التعدي بركن آخر هو الإدراك الذي يمثل الركن المعنوي للخطأ حيث لا يسأل الشخص مسؤولية تقصيرية إلاّ إذا كان مدركًا، و يكون ذلك إذا كان مميّزًا و هذا ببلوغه سن التمييز وغير مصاب بالجنون أو العته أو فاقدًا للإدارك سبب عارض[2]. وتنص في هذا الخصوص المادة 125 تقنين مدني جزائر: « لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلاّ إذا كان مميزًا»[3].

ولما كان التمييز بهذا المفهوم ركن لابد منه لاكتمال عنصر الخطأ الموجب للمساءلة فإنّه يمكن استثناءًا مؤاخذة عديم التمييز وهذا متى لم يجد المضرور سبيلاً للحصول على التعويض من شخص آخر غيره وفي هذه الحالة المساءلة لا تكون مبنية على الخطأ لأن الأخير ركنه الإدراك و إنما تقوم المسؤولية على تحمل التبعية حيث أن الغالب أن يكون عديم التمييز موكلاً إلى رقابة شخص آخر يكفله[4] وتنص في نفس السياق المادة 134 تقنين ندني جزائري: « على أنه كل من تجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار».

---

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق،ص 645.

[2] - مرجع سابق، ص 646.

[3] - إياد محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص 214.

[4] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق،ص 667.

الفرع الثاني

نطاق مسؤولية الأب البيولوجي

تتحقق مسؤولية الأب البيولوجي تبعًا لما فقد الطفل من حقوق جراء ميلاده خارج إطار علاقة الزواج وعلى ذلك فإن نطاق مسؤوليته تتمثل أساسًا في تعويض ما ألحق بالولد من ضرر أدبي نظير حرمانه من الاسم و ضرر مادي نظير ما فقده من حق في النفقة و الميراث و التي ما كان ليفقدها لو ولد في إطار علاقة زواج مشروعة.

ونتناول مفهوم الضررين ونظرة كل من الفقه الإسلامي للتعويض عن تحققهما وفقًا لتقسيم هذا الفرع إلى جزئين:

- نطاق المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية.
- نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري.

§ أولاً: نطاق المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية:

ترد المسؤولية على ما أحدثه الفرد من ضرر لغيره، و الضرر في الشريعة الإسلامية بالنظر إلى محلّه ينقسم إلى ضرر معنوي و ضرر مادي ويشمل النوع الأوّل ما يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو في شرفه أو أي معان أخرى يحرص الإنسان عليها[1]. وهو إنزال مفسدة أو إلصاق صفة سيّئة في شخصية الآخرين تنال من كرامتهم و شخصيتهم بين

[1] - خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، الكويت، د. س. ن، ص 09.

الناس [1]، و يجد الضرر الأدبي[2] مشروعية التعويض عنه فيما كان يعرف في الشريعة الإسلامية بنظام التعازير.

و الضرر المعنوي متى كان محققًا ومباشرًا و شخصيًا وماسًا بمصلحة أدبية مشروعة ولم يسبق التعويض عنه[3] كان ملزمًا لملحقه بغيره.

إلى جانب ذلك يشمل النوع الثاني من الضرر على كل مساس بحق له صفة مالية للشخص المضرور، كما يرد على حق غير مالي إذا كان يترتب عليه مصلحة مالية للشخص المضرور كالعجز الكلي أو الجزئي عن العمل الذي يصيب الشخص نتيجة تعرضه لإصابة، فلا ريب أنها تنتج عنها نفقات مالية فضلاً عن أنّها أقعدته عن العمل أو على الأقل أنقصت قدرته عليه.

و الذي يتحقق فضلاً عن الضرر المادي:

- متى كان المتلف مالاً.
- متى كان المال متقومًا أي له قيمة في الشريعة الإسلامية فلا ضرر عن إتلاف خمر مسلم.
- أن يكون المال مملوكًا ، إذ ما لا مالك له فهو من المباحات[4].

و الضرر بشقيه متى تحققت شروطه تطلب التعويض وهو مقابل مساءلة المعتدي أو مرتكب الفعل الضار وهو متروك تقديره لذوي الخبرة وهو

---

[1] - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 258.

[2] - يفرق بعض الفقهاء بين اصطلاحي أدبي ومعنوي ذلك أن الضرر الأدبي هو ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل وقول يعد مهانة له كما في القذف و السب يصيبه من ألم في جسمه أو عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثر أو تحقير في مخاطبية أو امتهان في معاملته.

أمّا الضرر المعنوي فهو تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كما في التزام امتنع فيه المتلزم تنفيذ التزامه.

أنظر: عبد العزيز بن أحمد السلامة، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، العدد 48، د. م. ن، شوال 1431.

[3] - أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 50.

[4] - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 30.

ما سمي في الفقه الإسلامي حكومة العدل، و يكون معيار تقديره مقاييسه بين الضرر و الجزاء[1].

هذا و يجد مبد تعويض المضرور سنده في قاعدة الضرر يزال و الذي تعتبر السنة النبوية مرجعها ، حيث روى عن الرسول (ص) أنّ رجلاً صاح في الرسول يريد حقه فغاض ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهدّده بالقتل فقال له الرسول (ص) اذهب يا عمر اكفه حقهوزده عشرين صاعًا[2].

§ ثانيا: نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري:

يرتبط الضرر في القانون بمسؤولية لأنه الركن الثاني من أركانها وتتجلّى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر يكون مصيرها الرفض. ويكون الضرر معنويًا بمنظور القانون كل ألم نفسي ينطوي عليه مساس بشعور الإنسان أو عواطفه أو كرامته أو سمعته ومركزه الاجتماعي [3]، و يجد مشروعية تعويضه في كونه مجرد ترضية للمضرور توفر له نوع من العزاء الذي يخفف عنه الألم و الحزن الذي أصابه و تشمل الأضرار الأدبية أيضًا الآلام العضوية التي يشعر بها المصاب الحالية و المستقبلية و الآلام النفسية التي يشعر بها المصاب كآلام التشويه و آلام الحرمان من متاع الحياة باستحالة أو تعذر ممارسة نشاطها ، وتنص المادة 182 من التقنين المدني الجزائري: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرّية أو الشرف أو السمعة ».

---

[1] - عبد السلام التونجي ، مرجع سابق، ص 30

[2] - حديث لعبد الله بن سلامة، أخرجه ابن حيان ، صحيح ابن حيان 1/ 531، مؤسسة الرسالة، بيروت 1988، نقلاً عن خالد عبد الله الشعيب، مرجع سابق، ص 30.

[3] - نائل مساعدة،" الضرر في الفعل الضار وفقًا للقانون الأردني، دراسة مقارنة "،مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006، ص 402.

و يتعيّن على الضرر الأدبي حتى يستحق التعويض عليه أن يكون مباشرًا و يعني قيام السببية مباشرة بين الفعل الضار و الضرر و أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب.

ثم يجب أن يكون الضرر الأدبي محققًا، و يعني أنه يجب أن يكون هذا الضرر قد حدث فعلاً أو أنّه محقق الوقوع مستقبلاً وبالتالي أن الضرر المحتمل لا يجوز التعويض عنه فهو قد يقع وقد لا يقع[1].

ويقوم إلى جانب الضرر الأدبي الضرر المادي الذي يمثل كل أذى يمس الإنسان في جسمه أو ذمته المالية منتقصًا منها أو مفوتًا لمصالح مشروعة ويشمل الضرر المادي إلى جانب ذلك ما لحق الإنسان من خسارة وما فاته من كسب [2]، و يشمل الضرر المادي كل صور الخسارة المالية الناجمة عن فعل من أفعال التعدي الذي ينسب للغير[3]. و الضرر المادي متى أخل بمصلحة المضرور وكان الضرر محققًا استحق تعويضًا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[4].

إن ما يمكن استخلاصه من عرض أساس ونطاق المسؤولية المدنية في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري أنّه لا يوجد ما يمنع الحديث عن تعويض ابن الزنا من طرف والده البيولوجي مدنيًا وهذا من عدة زوايا:

- إنه لو قسنا وضعية الأب البيولوجي بما تقدم فنجد أن الزنا و الاغتصاب لا يقبل عليهما الشخص العادي المتوسط الفطنة و الذكاء في سلوكه المألوف، ما يتأكد مع المعيار المادي للخطأ.

---

[1] - أمجد محمد منصور،" التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية و انتقاله"، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب ، المجلد 20، العدد 39، د. س. ن، ص :

[2] - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 27.

[3] - نائل مساعدة، مرجع سابق، ص 394.

[4] - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 715.

- إنّه لو سلّمنا باستحالة انتفاء الخطأ لانعدام التمييز لصغر سنه لأنه لا يتصور ميلاد الولد صغير السن، فإن متولي الرقابة يكون ضامناً بصفة عامة عما يحدثه من هو تحت رقابته متى أحدث ضررًا للغير ، ثم إن نتيجة تحليل الحمض النووي الخاصة بالطفل والأب تكون قرنية قاطعة على وجود علاقة أبوة من عدمها ومنها تتحقق مسؤولية الأب البيولوجي التي لا يمكنه التنصل منها إلاّ بإثباته فراشًا أو تدخل أجنبي كإثبات حصول المرأة على منيّه من بنك المني عن طريق التلقيح الاصطناعي.
- إن مصلحة ومشروعية التعويض له يمكن استنتاجها قياسًا لوضع المغتصبة، فلو اعتبرنا أن السبب المنشئ لضررها كان نفسه السبب المنشئ لضرر الطفل فإذا كان يحق للمغتصبة [1] طلب تعويض يكون من باب أولى حقًا للطفل في تعويضه عن ضرره.

[1] - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 290.

أنظر أيضا:محمد المختار السلامي ،مرجع سابق،ص462

خـــاتمـــة

خاتمة

ان تحليل البصمة الوراثية اكتشاف جديد يعنى بقراءة الجينات (المورثات) التي تدل على هوية كل انسان بعينه ، و قد أثبتت -ككيان علمي لا تقبل الشك في مصداقيتها- مكانتها في الاثبات حتى اعتبرها القضاء محقق الهوية الأخير و مكسبا حقيقيا في تحري الحقيقة ، حيث لقيت اهتماما كبيرا من الأخير سواء الشرعي قياسا لها على القيافة أو القانوني كأداة تحقيق يلجأ اليها القاضي وفق ما يخوله القانون من سلطة لمباشرة التحقيق .

ان ما تخلص اليه نتيجة الفحص من ابراز العلاقة البيولوجية يجب ألا يؤول على أنه دليل لالحاق النسب كون الأخير يتحكم في نشوئه نوعية العلاقة التي وجد منها الولد و الذي يتطلب القول به قيام العلاقة الزوجية بين والديه البيولوجيين.بالمقابل متى تحقق السبب المنشئ للنسب تجد مجال توظيفها اثباتاو نفيا بصفة قطعية لا يتطرق اليها الشك .

لما كان شرط شرعية العلاقة المتأتي منها الولد هي التي تتحكم في وظيفة البصمة الوراثية الثبوتية فان عدم جدوى نتيجة الفحص الجيني في حالة الولد غير الشرعي لا تؤدي بالضرورة الى هدر حقيقة علمية اسفرت عليها نتيجة الفحص و المتمثلة في علاقة مضرور بمسبب ضرر و ذلك باثبات وجود سببية بين الضرر الحاصل للطفل من جراء فقده للاسم و مصدر الرزق . ما يؤدي الى القول أن للبصمة الوراثية اضافة الى ماتلعبه من دور في اثبات النسب، فانها من جهة أخرى تثبت بصفة قطعية و دقيقة المسؤولية المدنية للأب البيولوجي. وهذا ما يجعلنا نرى:

- ضرورة الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب متى تحقق السبب المنشئ له.
- ضرورة الاستفادة من نتيجة الفحص لمنح بعض الحقوق للطفل البيولوجي.
- ضرورة الاهتمام بابن الزنا كحقيقة اجتماعية بوضع اطار عام لاحكامه .

قائمـــة المراجع

قائمة المراجع

أولا :باللغة العربية:

I. المصحف الشريف

II. الكتب:

1. **إبراهيم أحمد عثمان**، دور البصمة الوراثية في قضايا نسب الجرائم والجناية،
مكة المكرمة، 2007.
2. **ابن القيم الجوزية**، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد للنشر، للنشر، د.م.ن، د.س.ن.
3. _____، زاد الميعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، لبنان، 1998.
4. **أحمد بن محمد بن إدريس الحلي**، البصمة الوراثية، تقرير فقهي، العدد الأول، مركز الإدريسي للدراسات الفقهية، د.م.ن، 2008.
5. **أحمد لعور**، الدليل القانوني للأسرة، "موسوعة الفكر القانوني"، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
6. **أسامة السيد عبد السميع** ،التعويض عن الضرر الأدبي ،دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007.
7. **إسماعيل مرحبا**، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار الجوزي بيروت، د.س.ن.

8. **باديس ديابي**، حجية الطرق الشرعية و العلمية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى للنشر و التوزيع الجزائر، 2010.

9. **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.

10. **بن زيطة عبد الهادي**،تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري"دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007

11. **تواتي بن التواتي**، المبسط في الفقه المالكي، "كتاب الأحوال الشخصية" الجزء الرابع، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

12. **خليفة علي الكعبي** ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن 2006.

13. **دانييل كليفنس و ليروي هود** ، ترجمة: أحمد ماسنجير، الشفرة الوراثية للإنسان، الكويت، 1997.

14. **سعد الدين مسعد الهلالي**، البصمة الوراثية، مكتبة الكويت الوطنية 2001.

15. **سعد الدين مسعد**، البصمة الوراثية وقضايا النسب الشرعي، أطفال الخليج ذوي الإحتياجات الخاصة.

16. **سعد بن عبد العزيز**، عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع العربية السعودية، 2007.

17. **عارف علي عارف قرة الداغي**، مسائل شرعية في الجينات البشرية الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا ،2011.

18. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، "الإلتزام بوجه عام"، درا أحباء التراث العربي، بيروت، 2006.

19. **عبد السلام التونجي**، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ليبيا، 1994.

20. **عبد العزيز سعد**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.

21. **عبد العزيز عامر**، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهًا وقضاءًا، دار الفكر العربي، مصر، 1984.

22. **عبد القادر دواوي**، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

23. **عثمان التكروري**، شرح قانون الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2004.

24. **علي محي الدين القرة داغي**،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،دار البشائر الاسلامية ، د ب ن ، 2006

25. **عمر بن محمد السبيل**، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في الطب والجناية، طبعة أولى، دار الفضيلة، المملكة العربية السعودية 2002.

26. **فؤاد عبد المنعم أحمد**، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون، المكتبة المصرية، ت.د.ن.
www.alwaqfia.com

27. **فريدة زواوي** ،المدخل للعلوم القانونية"الجزء الثاني :نظرية الحق" ، دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر، د.ت.ن

28. **محسن العبودي**، القضاء و تقنية الحامض النووي، المؤتمر العربي الأوّل لعلوم الأدلة الجنائية و الطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الآمنة، السعودية ، 2007.

29. **محمد أبو زهرة**، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د.ت.ن.

30. **محمد علي رأفت**، الخبرة الطبية أمام القضاء، عمان، الأردن 2004.

31. **محمود توفيق إسكندر**، الخبرة الطبية، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر، د.ت.ن.

32. **محمود حسين عبد الدايم عبد الصمد**، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

33. **معوض عبد التراب**، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني الطبعة السادسة، دار المعارف، مصر، 1995.

34. **نبيل صقر** ، قانون الأسرة نصاً، فقهًا و تطبيقًا، دار الهدى للطباعة والنشر ، الجزائر، 2000.

III. بحوث و ملتـــقيات

1. **إبراهيم صادق الجندي، حسن حسين الجنـــدي**، الفحـــص الجينـــي و قضـــايا التنازع على النســـب و تحديـــد الجـــنس، مـــؤتمر الهندســـة الوراثيـــة بـــين الشـــريعة و القـــانون، الإمـــارات العربيـــة، 05/02 مـــاي 2002،ص ص:631-654
2. **أبو الوفا محمد أبو الوفا**، مـــدى حجيـــة البصـــمة الوراثيـــة فـــي الإثبـــات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإســـلامي، مـــؤتمر الهندســـة الوراثيـــة بين الشـــريعة و القـــانون، مجلـــد 2، جامعـــة الإمـــارات العربيـــة، 05/02 ماي 2002، ص ص:669-748
3. **أحمد رأفت عثمان**، البصمة الوراثية ودورهـــا فـــي إثبـــات ونفـــي النســـب، بحث لمقدم مؤتمر الهندسة الوراثيـــة بـــين الشـــريعة والقـــانون، الإمـــارات العربية، 02 ماي 2002،ص ص :551-587
4. **أشرف توفيق شمس الدين**، الجينات الوراثيـــة و الحمايـــة الجنائيـــة للحـــق في الخصوصية، بحث مقدّم لمـــؤتمر الهندســـة الوراثيـــة، المجلـــد الثالـــث، جامعة الإمارات العربية ، كلية الشـــريعة و القـــانون، الإمـــارات العربيـــة، فترة ما بين 05/05 ماي 2002،ص ص:1099-1176
5. **حسام الدين كامل الأهواني**، نحو نظـــام قـــانوني لجســـم الإنســـان، بحـــث مقدم لمـــؤتمر الطـــب والقـــانون، المجلـــد الأوّل، كليـــة الحقـــوق، جامعـــة الإمارات العربيـــة فتـــرة مـــا بـــين 05/03 مـــاي 1998،ص ص:141-192
6. **حميد فوال**، الحمض النـــووي، مداخلـــة ضـــمن أشـــغال الملتقـــى الـــوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، 10/09 أفريل 2008.

7. **سحر إلياس**، البصمة الوراثية و لمحة عن تطبيقها في مجال العلوم الطبية الشرعية، جامعة دمشق، حلب، في 01 نوفمبر 2010.
8. **عبد الله عبد الغني**، دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، مجلد الثالث، كلية الشريعة والقانون الإمارات العربية، 02 ماي ،2002ص ص1221-1284
9. **غنام محمد غانم**، دور البصمة الوراثية في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية، 05/02 ماي 2002،ص ص:469-510
10. **محمد أبو زهرة**، محاضرات في عقد الزواذج وآثاره، دار الفكر العربي، د.ت.ن.
11. **محمد بن أحمد صلاح الصلاح**، إثبات نسب ولد الزنا (حكم، ضوابط شروط، وعناية الإسلام باللفظ)، بحث مقدم للدورة 20 للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 29/25/ ماي 2010.
12. **محمد رأفت عثمان**، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات و نفي النسب، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني،كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية 02 ماي 2002،ص ص:533-551
13. **محمد مختار سلامي**، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وجحيته في الإثبات بحث مقدّم لأشغال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعة و القانون ،المجلد الثاني ،كلية الشريعة و القانون،الامارات العربية المتحدة 5/2ماي 2002ص ص:435-468

14. **ناصر عبد الله الميمان**، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في الطب الشرعي و النسب ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني ،كلية الشريعة و القانون ، الامارات العربية ،5/2ماي2002،ص ص:579-630

15. **وليد عاكوم** ، البصمة الوراثية و أثرها في الاثبات ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون ، المجلد الثاني،كلية الشريعة و القانون جامعة الامارات العربية ، الامارات العربية ،5/2ماي2002 ،ص ص:533-549

16. **وهبة الزحلي**، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للدورة 20 للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 29/25 ديسمبر 2010.

16 . _____،البصمة الوراثية و دورها في الاثبات،بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المجلد الثاني، كلية الشريعة و القانون ، الامارات العربية المتحدة، 5/2ماي 2002،ص ص:511-532

IV. الرسائل و المذكرات

1- **إبراهيم بن حديد**، السلطة التقديرية للقاضي المدني (دراسة تحليلية نقدية) رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر، د.س.ن.

2- **إبراهيم بن عبد الله بن صالح القهير**، أحكام ولد الزنا، بحث تكميلي لنيل شهادة ماجستير المعهد العالي للقضاء للفقه المقارن ، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003.

3- **أحمد بو فاتح**، القيمة القانونية لتقرير الخبير، مذكرة لنيل شهادة ماجستير السنة الجامعية، 2003/2002.

4- **أحمد محمد محيي** ، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

5- **أسماء أسعد موسى**، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و القانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2006.

6- **بومجان سولاف**، إثبات النسب في ظل التعديل الجديد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 2005-2008.

7- **سماعون سيد أحمد**، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جريمتي الزنا و السياقة في حالة سكر، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.

8- **سهير سلامة حافظ الآغى** ،قوادح النسب في ظل علم الوراثة المعاصر"مذكرة ماجيستير،كلية الشريعة و القانون ، جامعة غزة ،فلسطين 2010

9- **شمروك محمد، محمداوي مراد، عربي عدلان** ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005 /2008.

10- **صفية بشاتان** ،الحماية القانونية للحياة الخاصة (دراسة مقارنة)رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري،تيزي وزو 2012

11- **عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي**، إثبات النسب في ظل المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية و تشريعية معاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، مصر ، 2000.

12- **مسفر بن علي محمد القحطاني**، منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تطبيقية "رسالة"، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

13- **نافع تكليف، دافار العماري**، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2009.

14- **هاشم محمد علي الفلاحي**، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والجناية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر ، 2009، 2010.

V. المقالات:

1. **أم الخير بوقرة**، " دور البصمة الوراثية في حماية النسب "، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، كلية الحقوق ،جامعة محمد خيضر، بسكرة ،د س ن،ص ص :780-91

2. **أمجد محمد منصور**، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية و انتقاله ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب،المجلد20،العدد 39 ،د.س.ن ،د .م .ن

3. **إياد محمد جاد الحق**، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع لاقانون المدني الفلسطيني (دراسة تحليلية) "، مجلة

الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأوّل، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، يناير 2012، ص ص 201-220.

4. **بدر بن فهد السويلم** ، البصمة الوراثية و أثرها في النسب،مجلة العدل،عدد 37،د.م .ن ،محرم 1492ه.
5. **بن صغير مراد،** " التأصيل الفقهي الشرعي والقانوني للتلقيح الاصطلاحي مجلة الحجة، "، العدد الأوّل، تلمسان ، جويلية 2007، ص ص70، 91.
6. **جمال الاكيلاني،** "الإثبات بالمعاينة و الخبرة في الفقه و القانون "، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 16، عدد 1، فلسطين 2002.ص ص:265-314
7. **جيلالي تشوار،** "عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، كلية العلوم القانونية ، بن عكنون الجزائر، 2006.ص ص :110-131
8. عبد الرؤوف دبابش،ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة و الباطلة في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ،مجلة الاجتهاد القضائي،العدد السابع ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،د س ن،ص ص:69-76
9. **عبد العزيز بن أحمد السلامة**،التعويض عن الضرر المعنوي،مجلة العدل،عدد 48،د.م.ن،شوال1431،ص ص192-200
10. **زبيدة أقروفة،** "النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)"، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر ، 2010، ص ص 78، 93.

11. **زرويل محمد** ، "الخبرة الطبية في ظل التشـــريع و القضـــاء المغربـــي "،كليـــة الحقوق، مقال منشور على موقع "ستار تايمز" بتاريخ 2010/10/28.

12. **لمريني سهام**، ضوابط و شـــروط العمـــل بالبصـــمة الوراثيـــة فـــي مجـــال الإثبات مجلة الأكادمية للدراسات الإجتماعيـــة و الإنســـانية، عـــدد 07، جامعـــة حسيبة بن بوعلي، شلف، جانفي 2012، ص 61، 73.

13. **مازن إسماعيل هنتة**، إثبات ولد الزنا بالبصـــمة الوراثيـــة، مجلـــة الجامعـــة الإسلامية، المجلد السابع، عدد 01، فلسطين، 2009.ص ص :1-25

14. **مهند عزمي مسعود المعنـــي**، التعـــويض عـــن الضـــرر الأدبـــي، مجلـــة الشـــريعة و القـــانون، العـــدد الســـابع والثلاثـــون، يوليـــو 2009.، ص 211، 251.

15. **نذير حمادو**، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، جامعة الأمير عبد القادر، مقال منشور على شبكة الأنترنت.

http://www.4shared.com

16. **نور عبد الدايم، فؤاد موســـى**،" أحكـــام الأنكحـــة الفاســـدة"، مجلـــة العـــدل، العدد 27 السنة العاشرة، جامعة غرب كاردفان، النهود، ص 145، 160.

17. **وليد ملحم**، فقه النوازل، مقال منشور على موقع مكتبة صيد الفوائد.

http://www.saaid.net

:النصوص القانونية:

1- الدستور

الدستور1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم96-483 مؤرخ في 7فيفري يتعلق بنشر نص تعديل الدستورالموافق عليه باستفتاء 28نوفمبر الجريدة الرسمية عدد9 مؤرخ في 8ديسمبر 1996 المعدل و المتمم.

2- النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، رقم 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.
3. قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.
4. قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادي الأولى 1405 الموافق لـ 16 فيفري 1985، يتعلّق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 08، المؤرخة في 17 فيفري 1985.
5. الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 08 يوليو 1966، المتضمن قانون العقوبات.

الاجتهاد القضائي:

1. قـــرار المحكمـــة العليـــا رقـــم 355180، الصـــادر بتـــاريخ، 05 مـــارس 2006، مجلـــة المحكمـــة العليـــا ، العـــدد الأوّل، 2006، ص ص 449-475.

ثانيا:المراجع باللغة الفرنسية:

I. Les Ouvrages :

- Stephen D. Brenick, biologie en bref, 2ème édition, maison de boeck, Paris, 2004. http://coursde medecin.biologspor.com.

II. Les articles :

1. Françoise Furkel, l'identification par empreinte génétique en matière civil en république fédérale d'Allemand, Revue international de droit comparé, N°02, 2004.

2. Jean-Luc Gaizia et Jérémy Le Callon, Les empreinte génétiques à titre post mortem , rapport de recherche de droit de la santé, janvier 2003.

3. Michel Thison, Recherche en paternité et filiation.

4. Nahas M. Mahieddin, l'évaluation du droit de la famille en Algérie , nouveautés et modification apportées par la loi de 04 mai 2005 au code algérien de la famille de 09 juin 1984, Revue l'année de Maghreb , N°02, 2006.

فهرس

الفـــهـــرس

مقدمة 01

الفصل الأول: البصمة الوراثية كآلية لإثبات النسب 03

المبحث الأول: مفهوم البصمة الوراثية و الجدل القائم حول حجيتها ...04

المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية 04

الفـــرع الأوّل: تعريف البصمة الوراثية 05

أولاً: التعريف اللغوي 05

ثانيًا: التعريف الاصطلاحي 06

الفـــرع الثـــــاني: الأساس العلمي للبصمة الوراثية.....09

أولاً: مجال الفحص الجيني 09

ثانيًا: مراحل الفحص الجيني 11

المطلب الثاني: الجدل القائم حول حجية البصمة الوراثية 14

الفرع الأوّل: الاتجاه الرافض للبصمة الوراثية 14

أولاً: دوافع الرفض 14

ثانيًا: حجج أصحاب هذا الاتجاه 16

الفـــرع الثـــاني: الإتجاه المؤيد للعمل بالبصمة الوراثية 19

أولاً: دوافع أصحاب هذا الاتجاه.....19

ثانيًا: حجج أصحاب هذا الاتجاه 21

المبحث الثاني: الإعتراف الفقهي و القانوني بالبصمة الوراثية 23

المطلب الأوّل: إعتراف الفقه الإسلامي 24

الفرع الأوّل: علاقة البصمة الوراثية بالقيافة 24

أولاً: مفهوم القيافة 25

ثانيًا: قياس البصمة الوراثية بالقيافة 26

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية 28

أولاً: الحكم التكليفي للبصمة الوراثية 29

ثانيًا: قياس الحكم الوضعي(الجعلي) للبصمة الوراثية 30

المطلب الثاني: الإعتراف القانوني بالبصمة الوراثية 31

الفــرع الأوّل: الإطار القانوني للبصمة الوراثية 32

أولاً: الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية 32

ثانيًا: شروط العمل البصمة الوراثية 34

الفرع الثاني: سلطة القاضي في اعتمادها 37

الفصــل الثاني: نطاق استخدام البصمة الوراثية 40

المبحث الأوّل: قيمة البصمة الوراثية في حالة الأبوة الشرعية 41

المطلب الأوّل: مفهوم الفراش كمعيار لثبوت النسب 41

الفرع الأوّل: نطاق الفراش .....42 .

أولاً: الزواج الصحيح 42

ثانيًا: النكاح الفاسد 43

ثالثًا: وطأ الشبهة 44

الفرع الثاني: ضوابط الفراش 44
أولاً: إمكان أن يكون الولد من الزوج 45
ثانيًا: أن يولد بين أدنى و أقصى مدّة حمل 48
ثالثًا: ألاّ ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة 49
المطلب الثاني: حجية البصمة الوراثية في وجود الفراش 50
الفرع الأول: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب 50
أولاً: موقف الفقه الإسلامي من حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب 50
ثانيًا: موقف القانون الجزائري من حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب 52
الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب 55
أولاً: موقف الفقه الإسلامي من حجية البصمة الوراثية في نفي النسب.....55
ثانيًا: موقف القانون الجزائري من حجية البصمة الوراثية في نفي النسب
..... 57
المبحث الثاني: قيمة البصمة الوراثية في حالة الأبوة الطبيعية 58
المطلب الأوّل: حكم ولد الزنا المثبت نسبه بالبصمة الوراثية.....58
الفرع الأول: مفهوم ولد الزنا 59
أولاً: مفهوم ولد الزنا في الفقه الإسلامي 59
ثانيًا: مفهوم ولد الزنا في القانون الجزائري 61
الفــرع الثاني: حكم نسب ولد الزنا المثبت بالبصمة الوراثية 62
أولاً: موقف الفقه الإسلامي من لحوق ولد الزنا بالزاني 62
ثانيًا: موقف القانون الجزائري من لحوق ولد الزنا بالزاني 65

المطلب الثاني: مسؤولية الأب البيولوجي 67
الفرع الأوّل: أساس مسؤولية الأب البيولوجي مدنيًا 68
أولاً: أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في الشريعة الإسلامية 68
ثانيًا: أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية في القانون الجزائري 69
الفرع الثاني: نطاق مسؤولية الأب البيولوجي 72
أولاً: نطاق المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية 72
ثانيًا: نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري 74
خاتمة 77
قائمة المراجع 78
الفهرس 91

ملخص

تبرز أهمية البصمة الوراثية في مجال النسب باعتبارها أداة تحقيق تفيد بصفة قطعية في كشف وجود رابطة البيولوجية بين أطراف النزاع من عدمها ،والتي تكون قرينة لثبوت النسب كحق متى تحقق السبب المنشئ له المتمثل في الرابطة الزوجية أو قرينة نفي الولد متى ثبت ا نتفاء علاقة بيولوجية بين الابن و الأب المفترض . كما و تفتح البصمة الوراثية بفضل نتائجها مجالا أخر للدراسة يتعلق بالمساءلة المدنية و هذا نظير ما تحققه من ابراز غلاقة السببية بين فعل الزاني و و ما يلحق الطفل من أضرار جراء ميلاده خارج اطار الزوجية .

الكلمات الدالة :

النسب ،البصمة الوراثية ،قرائن ،الأبوة الطبيعية ،الأبوة الشرعية

Résumé

L'importance de l'empreinte génétique dans le domaine de filiation manifeste dans son usage comme moyen de vérification constatant de fait et décisivement l'existence de l'inexistence d'un lien biologique entre les parties litigieuses et par conséquent, elle constitue une preuve décisoire de constatation de la filiation en tant que droit légitime lorsque la cause de naissance de ce lien, soit le lien conjugal, est réalisé. Elle constitue en outre, preuve de négation de la filiation de l'enfant lorsque l'inexistence du lien biologique entre l'enfant et le présumé père est bien constatée.

Par ailleurs, l'empreinte génétique et de part ses résultats, crée un domaine nouveau d'études relativement à l'interrogatoire civil par rapport à son fait de concrétisation de la relation de causalité entre l'auteur de l'adultère (fornication) et les préjudices que subis l'enfant par suite de naissance hors rapport conjugal légitime.

Termes signifiants :

Filiation, empreinte génétique, preuves, parenté biologique, parenté légitime,