الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـامعة أدرار

جامعة أدرار- الجزائر

مخبر القانون والمجتمع

ينظـم

ملتقـى دوليـاً حـول

الحماية الجنائية للأطفال

يومي الأحد والاثنين 10 و11 نوفمبر 2013

السنة الجامعية 2014/2013

ديبـاجة

أظهرت التقارير الأمنية والإحصاءات التي أوردتها الجرائد اليومية في الجزائر في الآونة الأخيرة الأرقام المخيفة لظاهرة اختطاف الأطفال بما معدله 15 حالة شهرياً في سنة 2012، بينما بلغت حالات العنف ضد الأطفال خلال نفس السنة 32 ألف حالة (جريدة الجزائر صحافة: العدد 257، 2013/01/07). وقد دقت ناقوس الخطر جمعيات أولياء التلاميذ ونقابات التربية وجمعيات الدفاع عن الطفولة ودعت إلى ضرورة دراسة الظاهرة والوقوف على أسبابها، ويرجع بعض المختصين في علم الاجتماع تنامي ظاهرة اختطاف الأطفال إلى الاعتداء الجنسي أو القتل بغرض المتاجرة بالأعضاء والسحر والشعوذة.

ولقد اقترح بعض المختصين ضرورة إقرار عقوبة الإعدام لكل من يرتكب جريمة الاختطاف أو الاعتداء على الأطفال، بينما اقترح البعض الآخر ضرورة إصدار قانون لحماية الطفل من جميع المخاطر.

ورغم المعالجة القانونية للجرائم الواقعة على الأطفال من قبل المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة إلا أن ذلك لم يحل دون التنامي الرهيب لظاهرة الاختطاف وما يصاحبها من جرائم أخرى فهل يرجع ذلك إلى نقص في النصوص أم إلى نقص في صرامة تطبيقها ؟ مما يتطلب تدخل المختصين للوقوف على الخلل واقتراح البدائل الكفيلة بالقضاء على الظاهرة، أو الحد منها على أقل تقدير.

لقد بينت التحريات الأخيرة أن تنامي ظواهر الاعتداء على الأطفال في الآونة الأخيرة وراءه شبكات دولية تتاجر بالأعضاء البشرية وخاصة كلى الأطفال، الأمر الذي يحتم ليس فقط معالجة الظاهرة محلياً فحسب، بل يجب تنسيق الجهود على المستوى الإقليمي والعالمي للقضاء على جميع المخاطر التي تهدد الطفولة، بالرغم من وجود اتفاقيات دولية لحماية الطفل أبرزها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والبروتوكولات الملحقة بها.

إن الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع محل الملتقى تتركز حول البحث عن السبل الكفيلة بمعالجة تلك الظواهر، ووضع الآليات القانونية الملائمة للقضاء على جميع المخاطر والاعتداءات التي يتعرض لها الأطفال، وذلك من خلال المحاور التالية.

المحـــاور

المحور الأول: مفهوم الحماية الجنائية للأطفال

- الحماية الجنائية للأطفال في الاتفاقيات الدولية
- الحماية الجنائية للأطفال في التشريعات المقارنة

المحور الثاني: الحماية الجنائية للطفل في الحياة وسلامة الجسم

- جرائم خطف الأطفال
- جرائم قتل الأطفال
- الجرائم الماسة بحق الطفل في الصحة

المحور الثالث: الحماية الجنائية من أخطار الجرائم الأخلاقية

- جريمة الاغتصاب
- جريمة الفعل المخل بالحياء
- جريمة تحريض الأطفال على الدعارة
- جريمة التحريض على التسول

المحور الرابع: الحماية الجنائية للوضع العائلي للطفل

- حماية الطفل من الجرائم الماسة بحقه في النسب
- حماية الطفل من الجرائم الماسة بحقه في الحماية الاجتماعية

المحور الخامس: مسؤولية الدولة والمجتمع عن الأطفال

- مسؤولية الأسرة والمدرسة
- مسؤولية المزارات المختصة
- مسؤولية المجتمع المدني
- مسؤولية وسائل الإعلام

المحور الرابع:

الحماية الجنائية للوضع العائلي للطفل

شروط ثبوت النسب، وتفعيل دور البصمة الوراثية.

الدكتورة: نبيلة بن يوسف
أستاذة محاضرة كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مولود معمري - تيزي وزو-

تمهيد:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع أو الافتراء، ووضعت أحكاما لثبوت النسب، وجعلته حقا للولد ولأبويه وسائر القرابات، حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقرابة التي تقوي عزمها وتشدّ أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع، ولتثبت لها الحقوق وتلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفرادها.

و نظرا لأهمية الموضوع و منها اختلاط الأنساب لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح و جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب،كما أقر الفقهاء بأن النسب يثبت أيضا بالإقرار أو بالبينة، وتطبيقا لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1].

وسيتم معالجة هذا الموضوع وفق ما يأتي بيانه:

المحور الأول: الأسباب المنشئة للنسب فقها وقانونا

المحور الثاني: اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب فقها وقانونا

المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب

قبل التطرق للأسباب المنشئة للنسب لا بد من التعريف به أولا في اللغة والاصطلاح.

أولا: تعريف النسب لغة واصطلاحا

أ- في اللغة: مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب، عزوته إليه.

والاسم: النسبة بالكسر، فتجمع على نسب، واستعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال: بينهما نسب أي قرابة[2].

قال ابن السكيت: يكون النسب من قبل الأب أو من قبل الأم[3].

ب- في الاصطلاح: هو القرابة وهو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة[4]. ومن الألفاظ التي لها صلة بالنسب الرضاع والمصاهرة[5].

ثانيا: الأسباب المنشئة للنسب

1- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11:" يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

2- المعجم الوسيط، ص 916.

3- الفيومي: المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (دط،دت)، 602/2.

4- انظر، حسن موسى: القضاء الشرعي، ص 186.

5- الموسوعة الفقهية الكويتية: 232/40.

ثبوت نسب الولد إما أن يكون من أمه وإما أن يكون من أبيه. أما ثبوت نسبه من أمه فإنه يحصل بمجرد الولادة، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطء بشبهة أو من زنا، ولا يمكن نفي النسب من أمه بعد ثبوته بالولادة. أما ثبوت النسب من أبيه فإنه يتم بأحد الأسباب الآتي ذكرها بإيجاز:

أولا: الفراش

ويراد به الزوجية القائمة حقيقة أو حكما بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، ولا يكون إلا بالعقد الصحيح، ويلحق بالزواج الصحيح الدخول بالعقد الفاسد، والوطء بشبهة، ويسمى بشبهة الفراش. وعلى هذا فعقد الزواج الباطل لا يعد فراشا، ولا يثبت به نسب، وكذلك الوطء بدون حلّ ولا شبهة لأنه زنا، والزنا لا يثبت به نسب[6]. فإذا حملت الزوجة فإن الولد الذي تأتي به ينسب إلى زوجها صاحب الفراش دون حاجة إلى إقرار منه بذلك، ولا إلى أي بينة لإثباته[7]. والدليل على اعتبار الفراش سببا يثبت به النسب قوله ﷺ:"الولد للفراش وللعاهر الحجر"[8]، والحديث دليل على ثبوت نسب الولد بالفراش من الأب[9]. وهو ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 41 والتي تستشف منها شروط ثبوت النسب بالفراش، وذلك كما يأتي:

شروط ثبوت النسب بالفراش في قانون الأسرة

حتى يكون هذا الفراش صالحا لثبوت النسب لا بد من توافر شروط نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 41 من قانون الأسرة:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة[10]. وعليه لإثبات النسب في الزواج الصحيح يجب توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون الزواج شرعيا -كما سبق الذكر- أي مطابقا لما هو وارد في المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

2- أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا[11]: وذلك بأن يكون ممن يتأتى منه الحمل، ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت بلوغه وقدرته على الإنجاب، فإذا كان صغيرا لا يتصور منه الحمل فلا يثبت نسب الولد منه.

3- أن يكون الاتصال ممكنا[12]: ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا والذي يتأكد بالخلوة الصحيحة، وهذا عند جمهور الفقهاء بأن يكونا في بلد واحد أو بلدين متقاربين، أو متباعدين وكان الاتصال ممكنا عادة.

4- أن لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة: ويقصد بالطرق المشروعة لنفي النسب، نفي النسب باللعان، وذلك إذا لاعن الزوج زوجته اللعان الشرعي، ولا بد من حكم القاضي بنفي النسب؛ لأن اللعان وحده لا ينتفي به النسب[13].

6- انظر،أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 388.

7- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 484.

8- البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث رقم 2053. الجامع الصحيح، 75/2.

9- انظر، النووي: شرح النووي على صحيح مسلم، 37/10-38.

10- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

11- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص390.

12- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 391.

13- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 391.

ونفي النسب باللعان وإن لم ينص عليه المشرع صراحة إلا أنه يفهم من خلال المادة 138 من قانون الأسرة التى تنص :"يمنع من الإرث اللعان و الردة"[14].

إلا أن الاجتهاد القضائي أقر به من خلال ما جاء في القرار الصادر في 1992/10/20:"طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فنصت على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه"[15].

5- أن يولد الولد بين أقل و أقصى مدة للحمل[16]؛ لقوله تعالى:﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾[17].

وقوله تعالى:﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾[18]. وقد ذهب المشرع الجزائري من خلال المادة 42 من قانون الأسرة إلى أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، فلو تم الوضع بعد مرور عشرة أشهر من تاريخ الانفصال بين الزوجين سواء كان بطلاق أو وفاة أو بأي طريق آخر كالحكم عليه بعقوبة فلا يثبت بذلك نسب.

ثانيا: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي في الفقه والقانون

ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الجديدة المعاصرة؛ لإيجاد حلّ لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد معتبر من الأزواج، فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر.

أ- **المقصود بالتلقيح الصناعي:** هو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب، ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوج والزوجة، وإنما بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك، ويلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم، وكتدبير مساعد للحصول على الولد[19]. والأولاد الذين يولدون بهذه الطريقة يعرفون أو يسمون "أطفال الأنابيب" باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمنيّ الرجل يتم داخل الأنابيب[20].

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 45 مكرر من الأمر 05-02 :"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". وأخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية:

1- أن يكون الزواج شرعيا.

14- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

15- نشرة القضاة: العدد 54، ص 103.

16- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 386-387.

17- الأحقاف: الآية 15.

18- لقمان: الآية 14.

19- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/262-263. انظر، أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 606.

20- انظر، محمد مرسي زهرة: الإنجاب الصناعي-أحكامه القانونية وحدوده الشرعية- دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2008، 19 وما بعدها. أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 621.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.

3-أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

4- مع اشتراط أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

يتضح من خلال الفقرة الأولى من نص هذه المادة أن الحكم جاء عاما ومطلقا من كل قيد لجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، ومعنى هذا فتح الباب مطلقا لاتباع هذه الطريقة، ولو لم يكن هناك سبب يدعو لذلك.

إضافة إلى ذلك فإن النص لم يبين إن كانت عملية التلقيح تتم داخل رحم الزوجة، مما يعني أنه يجوز أن يكون التلقيح خارج رحم الزوجة، ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها، كما يجوز أن يكون عن طريق إدخال ماء الزوج بآلة معينة في رحم زوجته.

كما أن المشرع لم يوضح الجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط، وهو ما سنعرض له -فيما يأتي- من خلال بيان صور وأساليب التلقيح الاصطناعي المحظورة والمباحة شرعا.

ب- أثر تخلف إحدى شروط عملية التلقيح الاصطناعي

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ووضع شروطا لذلك، إلا أنه لم يتعرض للجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر نظرا لاعتبارها شروطا في غاية الأهمية.

فلو تمت عملية التلقيح الاصطناعي من غير مني الزوج أو من غير عقد زواج شرعي أو بتخلف شرط موافقة الزوج الصريحة فما أثر ذلك؟ وما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ؟.

وقد وضع المشرع الجزائري إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يوضح ما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة، و بالنسبة لثبوت و نفي النسب من جهة أخرى.

ج- صور التلقيح الاصطناعي وحكمها في الفقه الإسلامي المعاصر

أولا: صور التلقيح الصناعي المحظور

قسّم مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي إلى سبعة صور، وهي أهم الطرق المستعملة[21]:

الصورة الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج، وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

الصورة الثانية: أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الصورة الرابعة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي، وامرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الخامسة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى.

21- مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، عمان، 1986، قرار رقم 16، ص 34-35. وانظر تفصيلا أكثر حول صور التلقيح الصناعي وحكمها. أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 276-277.

صورتا التلقيح الاصطناعي المباح شرعا

الصورة الأولى: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثانية: أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في رحم زوجته، ويتم التلقيح داخليا.

ثانيا: موقف الفقه المعاصر

اتفق أكثر الفقهاء المعاصرين على حرمة الصور الخمسة الأولى[22]، وذلك لما تتضمنه من إدخال بيضة زوجة لقحت بماء زوجها، أو رجل آخر، في رحم أجنبية، أو في رحم تلك الزوجة من ماء رجل أجنبي عنها، مما يؤدي إلى التقاء تلك العمليات بحقيقة الزنا المحرم، فالطفل المنتج منها كولد الزنا، فلا يثبت له نسب من زوجها؛ لأن البذرة الذكرية ليست منه،كما لا يثبت للطفل نسب من صاحب البذرة الذكرية؛ لأنه ليس بزوج للحديث:"الولد للفراش"[23]، ولا هو في حالة شبهة، وإنما يلحق نسب الطفل بأمه حينئذ كما في الزنا الحقيقي، والحالات الأخرى أدعى لتحقق صورة الزنا، وضياع نسب الطفل، وإفساد معنى الأمومة كما فطرها الله تعالى عليه.

ومقاصد الشرع جاءت بحفظ العرض والنسب، وهذه الأنواع من التلقيحات الصناعية ضياع لتلك المقاصد، وخطر على كيان المجتمع الإسلامي.

وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي[24]، من منع أساليب التلقيح الصناعي الخمس الأولى، وإباحة الصورتين الأخيرتين، إلا أنه زاد شرطين وهما: عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى، وأن يتم بمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف واللقائح. وهو ما ذهب إليه كثيرا من الفقهاء المعاصرين[25]. واستدلوا بما يأتي:

1- أن عملية التلقيح تتم بين مائي الزوجين وتعاد إلى رحم الزوجة، وهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين؛ لذا يثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش؛ لأن الولد خلق من مائه وولد على فراشه، ولأن الإنجاب بهذه الطريقة يعد عملا مشروعا لا إثم فيه و لا حرج و هو بعد هذا يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يُذكر والداه به و تمتد به حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية و الاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة و بقاء المودة بينهما[26].

2- قواعد الشرع و مقاصده الكلية جاءت بما يكفل للعباد حفظ أنفسهم، و استمرار تعاقبهم، وحفظ نسلهم بأن لا يشوبه اختلاط مياه غير الأزواج أو ضياع أواصر الأنساب، وفي إباحة الطريقتين الأخيرتين تأكيد على حفظ تلك المقاصد، وتحقق السعادة النفسية والاجتماعية للزوجين.

أما ما قد يشوب حكم الإباحة لتلك الصورتين من احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار ولاسيما إذا كثرت ممارسته و شاعت، كذلك ما قد يحصل من تكشف للعورات المغلظة للزوج أو الزوجة أمام الأجانب اشترط مجمع الفقه الإسلامي الآتي[27]:

22- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 271/1.

23- سبق تخريجه، ص 440.

24- المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الثامنة، قرار رقم 2، 1984.

25- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 270/1-271.

26- انظر، كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، ص 553.

27- انظر،كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، ص 553-554.

أ- عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى.

ب- أن تكون العملية بمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

ج- التأكد من خلال أطباء ثقات على نجاح العملية أو حصول غلبة الظن على نجاحها.

د- الحرص على ألا تكشف عورة المرأة إلا طبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها و الضرورة قائمة.

هـ- قياس التلقيح الاصطناعي على مسألة الاستدخال-مصطلح فقهي قديم- وهوحقن ماء الرجل في قبل المرأة، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت النسب بالاستدخال[28].

وعلى هذا فلا يثبت النسب عند تخلف إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة.

وبالمقابل فإذا أنكر الزوج أبوته للمولود الناتج من زواج صحيح، أو فاسد وقام نزاع في ذلك بين الزوج والزوجة، فإن الفقرة الثانية من المادة 40 قد أجازت للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب، بما في ذلك ما يسمى بالحمض النووي، ويدخل ضمن الأسباب الكاشفة للنسب، وسيأتي بيان ذلك.

ثالثا: ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أغفل التفصيل في جملة أمور أساسية:

أولا: لم يبين المقصود من كلمة "الانفصال"، هل يقصد بها الانفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، أم أن المراد بعبارة "الانفصال" هو حكم الطلاق الصادر بحكم قضائي. غير أن المادة 60 من نفس القانون قد نصت صراحة على أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

فالقول أن الانفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي به وفقا للمادة 49 يطرح إشكالية بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور الحكم القضائي بالطلاق، ويترتب على ذلك أن الطفل الذي ينجب قد يكون خلال مدة أكبر من عشرة أشهر إذا تم بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب شرعا وقانونا. لذلك يكون المعنى الأصح للانفصال والذي يتماشى وأحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق الذي يصدر بحكم قضائي، والذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين؛ أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته.

وعلى هذا يرجع الأمر إلى القاضي لتفسيره كلمة الانفصال قياسا على القواعد العامة في إثبات النسب.

الثانية: كما أنه لم يفرق بين ما إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعده، فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة، ثم ولدت ولدا بعد الطلاق، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة، وإن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا؛ لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها.

28- انظر، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 124/4.الشربيني: مغني المحتاج، 712/4.

وإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا أم توفى عنها زوجها، فإن أتت بالولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة ثبت نسبه من الزوج، أما إن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى، وهذا رأي الجمهور[29].

الثالثة: لم يميز المشرع الجزائري بين ما إذا كان الطلاق رجعيا أو بائنا كما فعل الفقهاء. حيث فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي والبائن، فقالوا: إن كان الطلاق رجعيا ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من الزوج، سواء أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق، أم بعد مضي أقصى مدة الحمل؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها، فيجوز له الاستمتاع بها، ويكون ذلك رجعة، فإن أقرت المرأة بانقضاء العدة، وكانت المدة تحتمل انقضاءها، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها، فإن كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادّعاه.

وإن كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج، ولم تقر بانقضاء العدة فلا يثبت نسب الولد إلا أذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة، أما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ولم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة، فإن أقرت بانقضاء العدة والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار[30].

هذا، والملاحظ من خلال نص المادة 43 أن المشرع الجزائري قد وضع شرطا واحدا لثبوت النسب في حالة الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح، وهو الولادة خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. غير أنه إذا أتت المرأة بالولد بعد مرور أكثر من عشرة أشهر فلا يثبت نسبه إلى أبيه، إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى أو ورثته. وعليه يكون لأي شخص ذي مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زورا[31]. وهنا يثور التساؤل حول مدى حجية شهادة الميلاد في ثبوت النسب؟.

الواقع أن المشرع الجزائري من خلال المادة 43 لم يبين المعيار المعتمد في اعتبار النسب من يوم الولادة الحقيقي أم من يوم تسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية. ذلك أنه من المعلوم أن شهادة الميلاد تعدّ ورقة رسمية تشتمل على اسم المولود وجنسه واسم والديه وتاريخ ميلاده ومحل الولادة، وهي حجة على البيانات الواردة بها ما لم يثبت العكس؛ أي أنها ليست حجة قاطعة في ثبوت النسب بل هي قرينة قابلة لإثبات عكسها ما لم يقر الرجل بصحة البيانات المدونة بها، لأنها لم توضع أصلا لإثبات النسب، وإنما الغرض منها أن يكون للمولود اسم يتميز به عن غيره من الأفراد، فيجوز إثبات عكسها أو بطلانها، لأن بياناتها تثبتها الجهات المختصة طبقا للبيانات التي يقدمها من بلغ عن واقعة الميلاد أيا كان شخصه وصلته

29- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 709-710. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 685/7.

30- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 393 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 686/7. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 193/1.

31- تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن دعوى النسب حسبة لله تعالى، فلذا يجوز رفعها دون طلب من أحد لأن النسب يتعلق به حق الله تعالى وحق العباد باعتبار أن هذه الحقوق هي مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها.

بالمولود دون التحقق من صحتها أو التثبت منها. وعلى هذا لا تصلح بمجردها لثبوت النسب وأن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها[32].

الفرع الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب

وتسمى بالكاشفة؛ لأنها تكشف عن واقعة سابقة، و تتمثل هذه الوسيلة في الإقرار أو البينة أو اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب عند الاقتضاء، وفيما يلي عرض لهذه الأسباب بإيجاز.

أولا: الإقرار

وهو اعتراف شخص معين بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به، وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه سواء كان ذلك في حالتي الصحة أو المرض، ويثبت له النسب من غير حاجة إلى بيان سبب النسب؛ لأن الإنسان له ولاية على نفسه، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ثبت نسبه منه، وكان له جميع الحقوق التى تثبت للأبناء على الآباء مثل: النفقة و الإرث متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته[33].

و يتبين من خلال نص المادة 44 من قانون الأسرة أن الإقرار قد يكون بالبنوة، أو بالأبوة، أو بالأمومة.

ويشترط فيه عدة شروط يأتي ذكرها من خلال التطرق لأنواع الإقرار، وذلك بإيجاز فيما يلي:

1- **الإقرار بالبنوة**

وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معين ابنه أو ابنته، فهو اعتراف صريح من الأب أو الأم ببنوة المقر له،كقول الرجل هذا ابني أو هذه ابنتي، وحتى يكون هذا الادّعاء صحيحا يجب توافر مجموعة من الشروط تسمح بتصديق هذا الإقرار وهي:

- أن يكون المقر بالغا، عاقلا، مختارا.
- أن يكون الولد مجهول النسب؛ فإن كان معلوم النسب لا يصح نسبه إليه.
- أن لا يكذبه العقل و العادة؛ و تكذيب العقل يأتي من كون الشخص المقر له بالنسب أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو بينهما فارق نسبي أقل من اثنتي عشرة سنة، أما التكذيب بالعادة كأن يدعي شخص ببنوة شخص من بلد أجنبي لم يسافر إليه أبدا.[34]

2- **الإقرار بالأبوة أو بالأمومة**

و يكون بتصريح شخص معين له به علاقة أو أب أو أم كقوله"فلان أبي" أو " فلانة أمي" بشروط هي:

- أن يكون المقر مجهول النسب و ليس المقر له.
- أن يوجد بينه و بين المقر بأبوته أو أمومته فارق في السن يسمح باعتباره ابنا له و يقبله العقل و العادة[35].

3- **الإقرار بالأخوة و العمومة**

32- وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 9 في جلسة 1975/2/24. انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 508-509.

33- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 396-397. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/690-691.

34- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 715-716. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/691-692.

35- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 719.

وهذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر و لا فرعا له، وإنما تربطهما قرابة حواشي أي لهما أصل مشترك، و يكون الإقرار بلفظ:"هذا أخي"، "هذا عمي"، ويسمي بالإقرار المحمول على الغير وهو المقر عليه. وحتى ينتج آثاره يجب أن لا يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدقه العقل و العادة وأن يصدقه المقر عليه[36].

فلا يصدق هذا الإقرار و لا يثبت به النسب إلا بتصديق المقر عليه و هذا ما أكدته المادة 45 من قانون **الأسرة:**"الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه". و المقر عليه هنا هو الأب عند الإقرار بالأخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة.

ثانيا: البينة

يثبت النسب بالبينة الشرعية، وهي مرادفة للشهادة كشهادة الطبيب أو المستشفى ، وسواء أكان لإثبات النسب على النفس أو على الغير، وهي أقوى من الإقرار؛ لأن الإقرار يقوم على التصديق، بينما البينة لا تلزم ذلك، فهي أقوى الأدلة، فإذا ادعى شخص على آخر بأنه ابنه أو أخوه وأنكر المدعى عليه ذلك، فعبء الإثبات على المدعي، فإذا أثبتها بالبينة فإنه يحكم له ببنوة النسب إذا توفرت شروط صحة هذه الدعوى، وتترتب عليه جميع آثاره الشرعية[37].

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالبينة فهل هي جميع ما يكون حجة أم هي ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء على أنها الشهادة و التى تكون برجلين عند المالكية أو رجل وامرأتان كما ذهب إلى ذلك الحنفية.

المحور الثاني: اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في الفقه والقانون

أحاطت الشريعة الإسلامية النسب برعاية منقطعة النظير وأولته عناية فائقة، وجعلته من ضمن الضرورات الخمس – حسب تعبير الفقهاء والأصوليين– كما نظمته من خلال علاقة الزواج، إذ يعدّ عقد الزواج الصحيح الذي توافرت أركانه وشروطه وانتفت فيه موانعه سببا لصحة الأنساب، فنسب الولد الذي أنجبته المرأة المتزوجة زواجا صحيحا بعد ستة أشهر من الدخول ثابت بالإجماع لقوله ﷺ:"الولد للفراش وللعاهر الحجر"[38]. يقول ابن القيم في ذلك:"فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة"[39].

ومنه فإن القاعدة الأساسية في هذا الباب أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت منه، وليس في الإسلام طريقة أخرى لنفي النسب بعد ثبوته بالفراش غير اللعان، وهو خاص بالزوج فقط، وبذلك حمى الإسلام النسب والأسرة من الاهتزاز والاضطراب وأغلق أبواب نفي النسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما، ولم يسمح بفتحه إلا من خلال اللعان، وفي هذا يقول ابن رشد:"إنه لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، وتلك الطرق هي اللعان"[40].

هذا، ويشهد العصر الحديث بتقنياته العلمية المتطورة أسلوبا آخر لإثبات النسب أو نفيه، مما جعل مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية محلّ جدل فقهي، تباينت من خلاله آراء الفقهاء بين المنع والتوقف والجواز.

36– انظر، شلبي: المرجع نفسه، 719–720. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 693/7.

37– انظر، مصطفى شلبي: المرجع نفسه، 724–725. وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، 695/7.

38–سبق تخريجه، ص 440.

39–ابن القيم: زاد المعاد، 410/5.

40– ابن رشد: بداية المجتهد، 115/2.

ومرجع المنع في ذلك الاعتماد على قوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾[41]. باعتبار أن اللعان يعتبر الوسيلة الوحيدة لإثبات النسب، ذلك أن الآية قد ذكرت أن الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان، وأي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو خروج عن الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية. فأهدر بذلك الشبه البين، وهو الذي يعتمد على البصمات الوراثية.

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري أثناء سنّه لقانون 1984، إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في القرآن والسنة، و هو ماكرسه الاجتهاد القضائي، بالتزامه تطبيق النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد، وذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/6/15 حيث قضى بأن إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبيا غير جائز. وهذا نص ما جاء فيه:"حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا؟. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك أنه قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس[42].

حيث يتضح من خلال ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا أنهم قد طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة التي تحدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها، إذ تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة الحاكمة إلى التشريعية.

إلى جانب ذلك، لم يكن الرأي –المذكور أعلاه– و الرافض للطرق العلمية لإثبات النسب متفقا عليه بين فقهاء القانون، حيث رأى فريق آخر من فقهاء الشريعة والقانون في استعمال هذه الطرق وسيلة علمية تعطي نتائج صحيحة، طبقا لما أثبته العلم الحديث.

واعتبارا لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة التي نتج عنها استحداث تقنيات جديدة في المعرفة العلمية، فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 في الفقرة الثانية من المادة 40 والتي جاء فيها:"و يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

إلا أن ذلك لا يفهم على إطلاقه؛ لأن إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجيتها، قد يفتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة، وتحديدا مسألة سلطة القاضي في تقدير اللجوء إلى الطرق العلمية. ذلك أن المادة –السابق ذكرها– قد اكتفت بالإشارة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها.

وعلى هذا فالأمر ليس على إطلاقه؛ لأن إعمال القضاء للنص القانوني لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا.

41– النور: الآية 6.

42– ملف رقم 222674: المجلة القضائية، عدد خاص، 2002، ص 88.

– فمن هذه العوائق ما يمس حرمة الحياة الخاصة، إذ تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه:"تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة"[43].

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد.

– ومنها ما يؤدي إلى انتهاك السلامة الجسدية، إذ تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه:"يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان"[44].

– كما أنها تؤدي إلى إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهذا يتنافى مع ما كرسته مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه[45].

وانطلاقا من أن النص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب جاء مطلقا غير منضبط بالشروط الشرعية، مما يستوجب الوقوف عندها من خلال ما أقره الفقه الإسلامي، وذلك فيما يأتي:

أولا: إثبات النسب ونفيه عن طريق البصمة الوراثية من منظور شرعي

البصمة الوراثية: هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي التي تجعل كل إنسان مختلفا عن غيره، وهو ما يعرف بالحمض النووي.

كما يمكن تعريفها بأنها:" تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المتمركز في نواة خلية من خلايا جسمه"[46].

ونظرا لأهمية الموضوع فقد تم عرضه على المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد تم إرجاء اتخاذ قرار بشأن هذا الموضوع في الدورة الخامسة عشرة من دورات المجمع للحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة الطبية والشرعية، ثم صدر القرار في الدورة السادسة عشرة، وخلاصته أنه لا يجوز للزوج أن يعتمد على البصمة الوراثية لنفي نسب من تلده زوجته، وإنما طريق ذلك اللعان بشروطه الشرعية، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية بدعوى الاستيثاق من صحة من ثبت نسبهم شرعا.

ولكن لا بأس بالاعتماد على البصمة الوراثية في حالات التنازع على مجهول النسب ، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أم تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .وكذلك في حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب. وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين. فكان المجمع الفقهي الإسلامي سباقا للاعتداد بالطرق العلمية كوسيلة

43– الجريدة الرسمية: العدد 25 المؤرخة في 2002/4/14.

44– الجريدة الرسمية: العدد 25 المؤرخة في 2002/4/14.

45– إضافة إلى العوائق المادية التي تتمثل في قلة المخابر المتخصصة في مجال البصمة الوراثية، وكذا المصاريف الباهضة التي تثقل كاهل أطراف الدعوى.

46– انظر، سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص 35.

لإثبات النسب، وقد توصل إلى تحديد الضوابط الشرعية التي من خلالها يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب أو نفيه، وهي كما يلي[47]:

أولا: لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛ للحديث:"ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"[48]. وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانيا: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثا: لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعا: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم.

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

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادسا: لا يجوز بيع الجينات البشرية لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفاسد. كما يوصي المجمع بما يلي [49]:

أ- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء؛ وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

ب- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون، والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

47- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5-2002/1/10م. موقع"فاسألوا أهل الذكر". إسلام أو لاين، نت.www.islamonline.net

48- البيهقي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم 17057. السنن الكبرى، 413/8.

49- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5-2002/1/10م. موقع"فاسألوا أهل الذكر". إسلام أو لاين، نت.www.islamonline.net

وهذا ما أكدته- سلفا- بحوث المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت من خلال الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة، تحت عنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني: رؤية إسلامية"[50].

حيث اتفقت البحوث المقدمة للندوة على أن البصمة الوراثية ترقى إلى حجية القيافة[51]، وكادت تتفق على أن البصمة الوراثية لا تغني عن اللعان في إثبات النسب أو نفيه، فتظل أدلة إثبات النسب ونفيه المعروفة في الفقه الإسلامي منذ عصر الرسالة، والمقدمة على القيافة، مقدمة أيضا على البصمة الوراثية.

وتثبت الأمومة بالولادة المشهودة أو المقر بها، كما تثبت الأبوة بالفراش الذي هو علاقة الزوجية، كما تثبت بالإقرار والبينة، فإن وجدت كلها أو بعضها فلا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع؛ لأنه في هذه الحال يحتكم إلى القيافة لحل النزاع، و البصمة الوراثية في حكم القيافة أو أولى.

يقول سليمان الأشقر:"وأما الجواب عن السؤال الثاني، وهو منزلة هذه الوسيلة (يقصد البصمة الوراثية) بين الطرق الشرعية الأربعة لإثبات الأبوة، فنقول: إنها لا يجوز أن تقدم عند التعارض على الفراش ولا على شهادة التسامع ولا على الشاهدين، ولكن يجب أن تقدم على القيافة، بل القيافة طريقة بدائية بالنسبة إلى هذه الطريقة المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها"[52]. كما نص على أن مجال العمل بالبصمة الوراثية يكون في إثبات أو نفي أبوة من لم تثبت أبوته بطريق شرعي صحيح كحالة الشخص المجهول النسب[53].

واعتبر حسن علي الشاذلي أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب بحسب ما نص عليه الفقهاء، فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة، وكذلك البصمة الوراثية ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي[54]. ومعلوم أن القيافة لا تسقط اللعان بالإجماع.

ويقول محمد المختار السلامي:"لاعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب يجب التأكد من ثقة القائمين عليها، ولا تكون إلا عند تنازع الآباء في الأطفال المختلطين، وهذا أمر وإن كان قليل الحدوث إلا أنه ممكن"[55]. وقد ذهب في بحثه إلى أن البصمة الوراثية تغني عن اللعان لقوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾، قال: فالزوج

50- المنعقدة من 13 إلى 15 أكتوبر 1998 بالكويت، وذلك بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة "الإيسسكو"، ومجمع الفقه الإسلامي بجدة، ومنظمة الصحة العالمية. انظر، سعد الدين مسعد هلالي: المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

51- القافة: هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، والقائف هو الذي يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. وقد اختلف الفقهاء في ثبوت **النسب** بالقيافة، فذهب الجمهور إلى أن النسب يثبت بها، ويجوز الاعتماد عليها في إثباته عند التنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، وذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت النسب بقول القائف، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب. انظر، محمود محمد حسن: المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

52- سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 17.

53- سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص 14.

54- انظر، حسن علي الشاذلي: البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 27.

55- محمد مختار السلامي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 10-11.

يلجأ للّعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له، بل أصبح معه شاهد[56].

أما سعد العنزي فيقول:"بعد بيان النتيجة العلمية لحقيقة البصمة الوراثية، نقول: إن البصمة الوراثية تعتبر دليلا تكميليا ومساندا لإثبات النسب، وهو اختيار له مصداقية علمية، وخاصة في حالة اختلاف الزوجين في دعوى نسب الابن"[57]. وقد ذهب إلى أن البصمة لا تغني عن اللعان، وفرق بين حالتين:

إذا أثبتت البصمة الوراثية نفي النسب فيتأكد اللعان عند إصرار الزوجة على نسبة الولد لأبيه، وتكون البصمة الوراثية في هذه الحال من الأدلة المساندة لدعوى الأب.

وإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الولد لأبيه مع إصرار الأب في النفي، فينصح الأب بالعدول عن نفيه، أما إذا استمر الأب في نفيه للنسب فالصحيح بقاء اللعان لثبوته في الشرع[58]. ولا شك أن العمل بهذا الرأي الأخير يستوجب تأخير اللعان إلى ما بعد الولادة[59].

وحجتهم في هذا التوجه من ثلاثة أوجه[60]:

أولا: أن اعتماد البصمة الوراثية أساسا لإثبات النسب مطلقا – أي في حالي الزواج و عدمه– يعني اعتبار النسب لصاحب الماء وليس لصاحب الفراش، والفراش الذي ينسب إليه الولد عند أبي حنيفة هو مجرد عقد الزواج. وعند غيرهم لا ينسب إلى الفراش إلا إذا أمكن الدخول، أما ابن الزنا فلا ينسب لأب في الإسلام على سبيل الأصل حتى لا يحظى الزاني بشرف الأبوة وتستخدم الجريمة لإثبات النسب.

ثانيا: أن اعتماد البصمة الوراثية أساسا لإثبات النسب مقيدة –بحال الزواج– فيه كشف للمستور، وفيه من المخاطر والإشكالات ما لا تحمد عقباه، خاصة إذا كانت الزوجة مخطئة، مما يترتب عليه عدم ثبوت نسب الكثيرين ممن لا تنطبق بصمتهم مع بصمة آبائهم أصحاب الفراش. وهو ما يتعارض مع القاعدة الشرعية في تشوف الشارع لإلحاق النسب و عدم انقطاعه.

ثالثا: أن الأمر عند النزاع يحتكم فيه للعدل والحق المطلق لتشوف الإسلام إلى وضع الحقائق في مكانها الصحيح كإقرار مبدأ القيافة، فعند تعارض أدلة الفراش والبينة و الإقرار التي هي الأصل في إثبات النسب، يُرجع إلى تحكيم القيافة التي تعتمد على الشبه وذلك لحل النزاع و الخلاف. ولما كانت البصمة تعتمد على الشبه العلمي اعتمدت دليلا يحل محل القيافة إن توافرت.

وبعد هذا العرض الموجز لمدى اعتبار البصمة الوراثية وضوابط العمل بها في إثبات النسب أو نفيه في الفقه الإسلامي المعاصر، وأنها لا تغني عن اللعان إلا في حالات معينة–سبقت الإشارة إليها– يحسن بالمشرع الجزائري التأكيد

56– محمد مختار السلامي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، ص 12.

57– سعد العنزي:البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 14–15.

58– سعد العنزي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، ص 21.

59– انظر، سعد الدين مسعد هلالي: المرجع السابق، ص 81.

60– انظر، سعد الدين مسعد هلالي: المرجع السابق، ص 77–78.

على العمل باللعان أولا، ثم الأخذ بعين الاعتبار هذه الضوابط الشرعية الخاصة بالبصمة الوراثية ، وحصر الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب أو نفيه، حتى لا يترك الأمر على إطلاقه لما فيه من المخاطر والمحاذير الشرعية، كما هو الحال بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة.

ثانيا: إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل.

شرع الله تعالى حدّ القذف لمن يرمي غيره من الناس بالزنا، وشرع اللعان بين الزوجين إذا ما أراد الزوج نفي الولد أو اتهام الزوجة، ولم يكن معه شهود. والتحاكم للبصمة الوراثية جائز إذا كان الطلب من الزوجة؛ لأنه يحقق براءتها وطمأنينة الزوج ونسب الولد، أما إن كان من الزوج فلا يجاب إليه إلاّ إن وافقت الزوجة لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان.

وقد أجاب الدكتور يوسف القرضاوي عن سؤال بهذا الصدد يستحسن نقله كاملا للاستفادة منه في حكم هذه المسألة المستجدة، حيث يقول في ذلك:"شرع الله حد القذف لمن رمى إنسانا بالزنا –رجلا كان أو امرأة– ولم يُقم بينة على ذلك.

والبينة أن يأتي بأربعة شهداء رأوا عملية الزنى وهي تحدث بأعينهم، دون تجسس منهم على الزاني ومن يزني بها. قال تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌرَّحِيمٌ﴾[61].

ولكن القرآن استثنى من هذا الحكم: الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، فمن اتهم امرأته بالزنا، فقد جعل الله له بديلا عن الشهود الأربعة: أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. كما فصل القرآن ذلك في سورة النور. وبهذا يسقط عنه حد القذف. قال تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[62].

وهذا اللعان مشروع فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو اتهمها بنفي الولد منها.

وفائدة اللعان: أن يفترق الزوجان، وينسب الولد إلى أمه، وقد ستر على المرأة، فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه. وفي هذا من المصلحة ما فيه.

وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الدم، ومعرفة الولد إن كان من صلب هذا الرجل أو لم يكن من صلبه. فقد اتفق العلماء على أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لم يُستجب له؛ لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى ولدها، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها. ولكن الذي اختلف فيه العلماء هو ما إذا طلبت المرأة المقذوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية، هل تجاب إلى طلبها أو لا؟

أكثر العلماء قالوا: لا يجاب طلبها، ويكتفى باللعان؛ لأنه هو الذي شرعه الله لعلاج مثل هذه الحالة، فيوقف عنده، ويقتصر عليه، ولا نتعداه.

61–النور: الآيتين 4–5.

62–النور: الآيات 6–9.

ولكن الذي أرجحه أن يستجاب للمرأة في هذا الطلب، على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، تدفع التهمة بها عنها، وتحفظ بها حقها، ولا تعتدي على حق إنسان آخر، فهي تطلب بالاحتكام إلى البصمة إثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا:

أولهما: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهي جازمة بأنها غير كاذبة، وهذا أمر يحرص عليه الشارع ألا يتهم بريء بما ليس فيه.

وثانيهما: إثبات نسب ولدها من أبيه، وهذا حق للولد، والشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن، وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس.

الثالث: إراحة نفس الزوج، وإزاحة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي: أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا. وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، والطمأنينة مكان الريبة.

وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء: الزوجة والزوج والولد. وأمر يحقق هذه المصالح كلها، وليس فيه ضرر لأحد، ولا مصادمة لنص لا ترفضه الشريعة، بل هم يتفق مع مقاصدها.

وإذا طلبت الزوجة من القاضي الشرعي أو من المحكمة الشرعية الاحتكام إلى البصمة الوراثية، فالواجب أن نستجيب لها، رعاية لحقها في إثبات براءتها، وحق ولدها في إثبات نسبه، وعملا على إراحة ضمير زوجها، وإزالة الشك عنه"[63].

63- يوسف القرضاوي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل. موقع "فاسألوا أهل الذكر".www.islamonline.net