

## المقدمة

الحمد لله الأول قبل الإنشاء، والآخر بعد فناء الأشياء، والصلاة والسلام على نبينا محمدٍ خير الأنبياء، وعلى أهل بيته الأصفياء، وأصحابه النجباء، وعلى من أتبعهم فكان من الأولياء.

كان من تداعيات التطور التكنولوجي في مجال النسب ظهور ما يعرف بالبصمة الوراثية أو الدنا (DNA) والتي لها من الدقة في تحديد الخريطة الوراثية للإنسان ما لا يسمح بالمجال للشك في نسبة هذا المولود من ذلك الشخص، حتى قيل بشأن دقة هذه التقنية في الإثبات انه يصل الى حوالي 99 و99% وما ترتب على ذلك من اشكاليات في مدى الاعتماد على هذه التقنية في مجال نفي النسب كما هو الحال في اثباته.

ان اشكالية البحث تتمحور في عدة جوانب لعل اهمها يكمن في مدى جواز اللجوء الى البصمة الوراثية في نفي النسب بالاعتماد على دقة النتائج المستخلصة منها بعيدا عن الركون الى وسائل النفي التقليدية وخاصة اللعان سواء على صعيد الشريعة الإسلامية او على صعيد التشريعات الوضعية المقارنة ومنها التشريع العراقي.

ومن جانب اخر ما حكم التعارض بين النتائج المتحصلة من اختبارات البصمة الوراثية مع الادلة الاخرى لأثبات النسب كالإقرار والفراش والشهادة وايهما يقدم على الاخر على الصعيدين الشرعي والقانوني؟

ومن جانب اخر ما حكم التعارض بين النتائج المتحصلة من اختبارات البصمة الوراثية مع اللعان اذ لو اثبت الاول صحة النسب وتمسك الزوج باللعان في نفيه المولود عنه؟

ثم كيف تقام دعوى نفي النسب؟ وعلى من؟ ومن قبل من؟ وما قيمة النفي المتحصل بالبصمة الوراثية؟

ان المنهج الذي اعتمده في بحثي هذا هو المنهج التحليلي المبني على أسلوب الدراسة المقارنة.

فمن حيث الدراسة المقارنة اعتمدت اسلوب المقارنة بين الفقه والتشريع وقد استعنت بالقضاء قدر الحاجة والمصادر المتوفرة لتغطية بعض الاشكاليات.

## المبحث الأول

### الموقف الفقهي الشرعي والقانوني من نفي النسب بالبصمة الوراثية

يرى البعض ان النسب الثابت بإحدى الطرق الشرعية المعتمدة (الفراش, الاقرار, الشهادة) لا يجوز نفيه او ابطاله مهما كانت هنالك امارات او قرائن تدل عليه وذلك لاحتياط الشارع للأنسب من جهة واكتفائه في الاثبات بأدنى سبب ما يعني التشدد في نفي النسب وعدم الحكم به الا مع وجود الدليل القوي<sup>[11]</sup>).

ومع ظهور البصمة الوراثية ودقة نتائجها التحليلية في الاثبات تسارعت الانظار نحو الاستعانة بهذه التقنية في نفي النسب الثابت شرعاً والاستغناء بها عن سائر طرق النفي الاخرى, لا سيما, اللعان, خصوصاً في مسائل الاتهام بالزنا ولاغتصاب.

وهذا الامر وان لم يكن له محل نقاش بالنسبة للفقهاء المسلمين الاوائل, لعدم اكتشاف هذه التقنية وقتهم, الا ان ذات الفكرة, اي نفي النسب بلا لعان<sup>[2]</sup>, لم تغرب عن فكرهم لجامع العلة بينهما, وهو تيقن عدم انتساب المولود لأبيه بيولوجياً.

ومع ذلك فان الفقهاء المعاصرين, سواء على صعيد الفقه الاسلامي ام القانون اختلفوا في مسألة جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية بين مجيز ومانع ومفصل.

عليه فأننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: الأول, نتناول فيه المجيزون مطلقاً لنفي النسب بالبصمة الوراثية, والثاني نتطرق فيه الى المانعين مطلقاً لنفي النسب بالبصمة الوراثية.

## المطلب الأول

### المجيزون مطلقاً لنفي النسب بالبصمة الوراثية

يرى عدة من الفقهاء المسلمين المعاصرين جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي نسب المولود من ابيه والاستغناء عن اللعان في نفي النسب متى ما كانت النتائج الممخضة عن اجراء التحليل يقينه ان الحمل ليس من الزوج، لأن نتائجها يقينية إذا أثبتت أن الولد ليس من الزوج، فينتفي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان. لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة [3]، كما أن نتائج البصمة الوراثية يقينية مبنية على الحس، فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية، و ثبت أن الطفل من الزوج و أراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب و نكدّب الحس و نخالف العقل، ولا يمكن أن يتعارض الشرع مع العقل [4].

ويرى البعض من اصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية كما يرد دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحوق الطفل به، لأن قول الزوج حينئذ مخالف للحس والعقل وليس ذلك تقديماً للعان، وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود، فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان.

والأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين [5].

ومن فقهاء القانون من يرى إن البصمة الوراثية يمكنها أن تؤكد يقينا نفي الولد عن رجل معلوم وكذلك يمكن بها أن تؤكد يقينا أن هذا الولد من هذا الرجل المعلوم وبهذا ينتفي الخلاف تماما، ويتم ذلك عن طريق تحديد البصمة الوراثية للرجل والمولود والأم، و مقارنة البصمة الوراثية للطفل مع بصمة كل من الرجل والمرأة، فلو تمت مطابقة البصمة الوراثية لكل من الرجل والمرأة ووجد أن الصفات الوراثية الموجودة في الطفل نصفها من الأم والنصف الآخر من الرجل المدعى عليه، أو مدعي النسب، فهذا دليل لا يقبل الشك على أن هذا الطفل من ذلك الرجل، أما "إذا وجد أن الصفات الوراثية الموجودة في الطفل نصفها من الأم والنصف الآخر

غير مطابق لما هو الرجل المدعي عليه أو مدعي النسب؛ فهذا دليل أكيد على أن هذا الطفل ليس من هذا الرجل<sup>[6]</sup>.

واستدل القائلون باعتبار البصمة الوراثية بجملة ادلة عقلية واخرى نقلية:

1- قوله تعالى " الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ(6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ(7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ(8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ(9) وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ(10) " <sup>[7]</sup>، ووجه الدلالة في هذه الآية أن اللعان لا يكون الا مع انعدام الشهود و ليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط حينئذ يكون اللعان، فان كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب للعان أصلا لانتفاء القيد الوارد في الآية اعلاه، اي ان البصمة الوراثية تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته عندما يثبت نفي النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية <sup>[8]</sup>. كما ذكرت الآية اعلاه عبارة (درء العذاب) ولم تذكر عبارة ( نفي النسب)، وحقيقة لا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل و يدرأ عن نفسه العذاب و لا يمنع ذلك من أن ينسب المولود إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية <sup>[9]</sup>.

2- قوله تعالى " (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ) " <sup>[10]</sup>. ووجه دلالة الآية اعلاه أن شق القميص من جهة معينة اعتبر نوعا من الشهادة و البصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة، ومن ثم القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية <sup>[11]</sup>.

3- قوله تعالى (ادعوهم لإبائهم هو اقسط عند الله) <sup>[12]</sup>، ووجه الدلالة بان الحاق النسب من المقاصد العظيمة للتشريع الاسلامي فاذا ما اراد الاباء لأمر من الامور التملص من الابناء فان

مقتضى العدل ان يتم الحاق المولود بابيه دون تمكين الاب من اللعان حفاظا عليهم من الضياع (131).

4- ما رواه البخاري ومسلم بن انس من ان هلال بن امية قذف امراته بشريك بن سمحاء وكان اول رجل لاعن في الاسلام، فقال الرسول صلى الله عليه وآله (ابصروها فان جاءت به ابيض سبطاً فهو لزوجها وان جاءت به اكله فهو للذي رماها به) فجاءت به على النعت المكروه، فقال (لولا الايمان لكان لي ولها شان) (14)، ووجه الدلالة في هذا الحديث ان الرسول صلى الله عليه وآله جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلاً على عدم انتسابه اليه ونفي النسب عنه وهو عين ما تقوم به البصمة الوراثية (15).

5- إن نتائج المسلم عنها للبصمة يقينية قطعية كونها مبنية على الحس، فلو أجري تحليل للبصمة الوراثية وثبت أن المولود من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس و الواقع ونخالف العقل، فلا يمكن أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى وهي ليست تعبدية، وان إنكار الزوج وطلبه اللعان بعد ظهور النتيجة يعد من المكابرة و الشرع ينتزه أن يثبت حكماً بني على المكابرة (16). كما أن الشرع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الولد و مخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب، ونفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج يعد باعث كيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل (17).

6- ان خراب الذمم عند بعض الناس في هذا الزمان وتعدد احوال وبواعث باعث الكيد بالزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً و باعثاً لاستقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع، ذلك لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحقوق الصغير وان مخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصل من أصول الشريعة في حفظ الأنساب.

ونوقشت الأدلة اعلاه من قبل المانعين بالمناقشات الآتية:

1- ففيما يخص الدليل الاول فيرد عليه في ان الاصل الذي عدل عنه الى اللعان في الآيات اعلاه ورد بلفظ (الشهداء) وهو ما يضعف الاستدلال لعدم امكانية القول بان البصمة الوراثية تكون من الشهداء خلافا فيما اذا كانت الآية اعلاه تورد عبارة (بينات) لامكن القول بذلك فاستوجب الامر عدم الاعتداد بالبصمة الوراثية <sup>[18]</sup>). اضف الى ذلك انه لا تلازم بين اثبات النسب واقامة البينة على زنى الزوجة لانهما بينتان لأمرين مختلفين ما دعا غالبية الفقهاء الى القول بان النسب الثابت بالفراش لا ينتفي الا باللعان ما دام يولد لمثل الزوج <sup>[19]</sup>).

2- فيما يخص الدليل الثاني فرد عليه بمثل ما رد في الدليل الاول.

3- فيما يخص الدليل الثالث فالقول بان اللعان كان وسيلة معاصرة لزمانه قول غير سليم لان تشريع اللعان هو لكل زمان ومكان والقول بنفي النسب بالبصمة معناه نسخ لآية اللعان وهو قول مرفوض جملة وتفصيلاً <sup>[20]</sup>).

4- فيما يخص الدليل الرابع فيرد عليه انه لا يوجد في هذا الحديث ما يشير الى التعويل على الصفات الوراثية في نفي النسب بدليل عدم الحاق الرسول صلى الله عليه وآله الولد بمشبهه في الحكم وانما نفاه باللعان وهي اقوى من البصمة الوراثية <sup>[21]</sup>).

## المطلب الثاني

### المانعون مطلقا نفي النسب بالبصمة الوراثية

بقبالة الاتجاه الاول القائل بالجواز فان هنالك اتجاه اخر يرى عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية وانه لا يجوز تقديمها مطلقاً على اللعان، وان كان اصحاب هذا الاتجاه بدورهم انقسموا بهذا الخصوص بين المانع مطلقاً وبين المفصل.

عليه فاننا سنقسم هذا المطلب على فرعين: الاول: نتناول فيه المانعين مطلقاً، والثاني نتطرق فيه الى المفصلين.

## الفرع الأول

### المانعون مطلقاً

ذهب غالبية فقهاء الشريعة والقانون الى القول بعدم انتفاء النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان فقط و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان او نفي النسب به مطلقاً (221)، وهو اتجاه مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة (231). بل ذهب البعض منهم وإذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان؛ فإنه لا يجوز أيضاً استخدام أي وسيلة قد تدل على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه؛ لأن للوسائل حُكْمَ الغايات، فما كان وسيلة لغاية محرّمة، فإن للوسيلة حُكْمَ الغاية (241).

أولاً: استدل القائلون بأن النسب لا ينفي إلا باللّعان فقط بما يأتي:

1- قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين \* و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين \* و يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين \* و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " (251). ووجه الدلالة أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة سوى نفسه فيلجأ حينئذ للّعان، وإحداث البصمة بعد الآية اعلاه تزيد على كتاب الله "، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " (261).

2- ما روي عن عائشة انها قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال ابن أخي عهد إلى فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا(تدافعا) إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إليه فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي صلى الله عليه وآله هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش و للعاهر الحجر ثم لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله (271)، ووجه الدلالة أن



الرسول صلى الله عليه وآله أهدر الشبهه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية و أبقي الحكم الأصلي وهو " الولد للفراش " فلا ينفى النسب إلا باللعان فحسب (281)- (291).

3- ما رواه البخاري ومسلم عن انس بن مالك في قصة الملاعنة وفيها " ان هلال بن اميه قذف امراته بشريك بن سمحاء قال فلاعنها، فقال الرسول صلى الله عليه وآله " أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خد لج الساقين فهو لشريك بن سمحاء...فجاءت به كذلك فقال الرسول صلى الله عليه وآله " لولا ما قضي من كتاب الله لكان لي و لها شأن " (301). وقال البعض انه " إذا نفى الزوج ولدا من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكما شرعيا مقررًا و هو إجراء اللعان بين الزوجين، ولذلك ألغى رسول الله صلى الله عليه وآله ( دليل الشبهه ) بين الزاني و الولد الملعن عليه.... وهذا الدليل يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبهه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقوا على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان " (311).

4- إن اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب و لو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج لقول الرسول صلى الله عليه وآله " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ولا ينتفي عنه إلا باللعان، ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة (321). فإن المشرع قد جعل اللعان سبيلا للزوج إذا قذف زوجته بالزنا، أو نفى نسب ولدها عنه، وهذا ثابت بالكتاب والسنة، والإجماع، فأثبات نفي النسب عن الزوج بالحقائق العلمية، فيه إبطال لحكم اللعان وهذا باطل؛ فيبطل العمل بتلك الحقائق في نفي النسب (331).

5- لا نستطيع الركون على البصمة فقط ونقيم حد الزنا على الزوجة، بل لابد من البينة، فكيف تقدم البصمة على اللعان ولا نقدمها على الحد (341).

ونوقشت الأدلة اعلاه من قبل المجيزين بالمناقشات الاتية:

1- ففيما يخص الدليل الاول فيرد عليه بان المرأة لو رضيت بنتائج البصمة الوراثية في نفي النسب وقبلها القاضي فيمتنع اللعان [351].

2- فيما يخص الدليل الثاني والثالث فان الاستدلال بالحديثين هو امر بعيد بل هو حجة عليه, لان الرسول صلى الله عليه وآله امر بالاحتجاب من الشبه (البصمة الوراثية) ولم يلتفت اليه بقوله (واحتجبي عنه يا سوده) [361].

3- فيما يخص الدليل الثالث فانه مع تمام الملاعنة بين الزوجين فان المولود ينسب للزوج صاحب الفراش ولا ينفى عنه لان نسبة النص اليه اقوى بكثير من مجرد التشابه الظاهري الذي اخذ به الرسول صلى الله عليه وآله في اثبات النسب [371].

4- فيما يخص الدليل الرابع و الخامس فان هناك فرقا بين إثبات النسب أو نفيه و بين إقامة الحد القائم على المبالغة في الاحتياط فالحدود تدرأ بالشبهات بخلاف النسب فهو يثبت مع وجود الشبهة كما في قصة عبد بن زمعة، فلو ادعت المرأة أنها كانت مكرهة أو أنها سقيت شرابا به مادة منومة و زنا بها آخر فحملت منه كان ذلك كافيا في إسقاط الحد عنها، وكذا الرجل لو ادعي أنه أودع منيه في (بنك المنى) وأن المرأة أخذت منيه بطريقة أو بأخرى و استدخلته وحملت بطفل و جاءت البصمة الوراثية تؤكد لحقوق الطفل وراثيا بذلك الرجل لم يحد لوجود شبهة، لا لأن البصمة ليست حجة [381].

## الفرع الثاني

### المفصلون

ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين الى السير بمنحى وسط بين البصمة الوراثية واللعان, فهم لم ينحوا منحاً الاتجاه الاول والقول بجواز نفي النسب مطلقا بالبصمة الوراثية ولم يسايروا الاتجاه الثاني والقول بعدم جواز نفي النسب مطلقا الا باللعان لا بالبصمة الوراثية, فهم اجازوا اللجوء الى البصمة الوراثية في احوال معينة الا انها لا تقدم على اللعان ولكن تكون مكملة له وما عدا تلك الاحوال فانهم لا يجيزون النفي بالبصمة الوراثية.

الا ان اصحاب هذا الاتجاه,ومن خلال استقراءنا لمجمل الآراء التي امكن الاطلاع عليها, قد انقسموا بهذا الخصوص على ثلاث فرق:

الاول: يرى ان نسب المولود لا ينفى باللعان متى جاءت تحاليل البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن,لكن لو جاءت البصمة الوراثية مؤكدة لقول الزوج فهنا ينتفي النسب باللعان و تعد البصمة الوراثية دليلاً تكملياً. يقول الدكتور نصر فريد " إذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت نسب الطفل إلى الزوج, فإنه لا ينفى نسب للزوج حتى لو لاعن الزوج, لأن الشارع يتشوق إلى إثبات النسب. وإن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية فقد يكون باعث الزوج الكبير لزوجته (391).

الثاني: يرى انه مع التيقن بالبصمة الوراثية من الحمل او المولود ليس من عند الزوج فينتفي النسب دون حاجة لأجراء اللعان مع احقية الزوجة في طلب اللعان درا للحد عنها لاحتمال ان يكون حملها المنفي عنه النسب كان عن وطء شبهه. فيرى د. سعد الدين هلالي (إن اللعان إنما يدفع الحد عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء أو شبهة. وينحصر دور اللعان بالنسبة للزوج إذا كان معه,فإن كان معه الزوج فلا وجه للعان أي (ينفي الولد بالبصمة الوراثية) وإن كان ضد الزوج وجب عليه حد القذف ولا يكون اللعان إلا لتدراً الزوجة عن نفسها حد الزنى (401),وهو اتجاه لجنة الفتوى بوزارة الاوقاف الكويتية في فتواها المرقمة 10 هـ 95 في 29 ربيع الاخر 1416 هـ الموافق 24-9-1995.

ثالثاً: يميز بين النسب الثابت بطريق شرعي من عدمه,حيث يرى جواز نفي النسب في الحالة الثانية دون الاولى. فيرى د. محمد الاشقر " انه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لأبطال الابوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بيانها, و لكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في اثبات او نفي ابوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح " (411).

بل ان البعض يذهب الى ضرورة الاخذ بالبصمة الوراثية في نفي النسب دون الاستغناء عن اللعان لان الاخير فيه احتياط للأعراض وانه من الاحكام الثابتة في النصوص الشرعية من جهة وان العمل باللعان لنفي النسب فيه صفة تعديديه من جهة اخرى خلافاً للبصمة الوراثية التي تقوم على كشف ومعرفة الحقيقة المجردة فحسب (421).

وهناك من يرى بأن البصمة الوراثية لها مرتبة دون اللعان في نفي نسب الولد, ولا يجوز لها أن تحل محل اللعان, وإنما يمكن أن تستخدم للتقليل من حالات اللعان إذا أطمأن الزوج لذلك, بحيث تعتبر البصمة الوراثية

دليلاً مكماً لللعان لأن اللعان حكم شرعي ثابت في الكتاب والسنة والإجماع في حين أن البصمة الوراثية قرينة طبية ومن ثم فلا ترتقي لمرتبة الدليل القطعي<sup>[431]</sup>.

وهناك من يرى أنه لا يجوز الاعتماد على تحاليل الحمض النووي في نفي النسب، إلا في حال الأشخاص مجهولي النسب، أو إذا أقيمت الملاعنة من الزوجة، فأرادت تبرئة نفسها بالتحليل الطبي الذي إما أن يثبت أو ينفي النسب<sup>[441]</sup>.

و لا يفضل البعض اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية إلا في الحالات النادرة جداً وبأمر القاضي الذي يريد الفصل في قضية التشكيك في النسب، كأن يكون الزوج عقيماً وفوجئ بأن زوجته تنجب، فمن حقه هنا إقامة دعوى قضائية لنفي النسب. وهنا على القاضي اتخاذ الوسائل التي من خلالها يمكن الحكم في القضية، وذلك باللجوء إلى التحاليل الدقيقة<sup>[451]</sup>.

مع ملاحظة ان اصحاب هذا الاتجاه من (كلا الفريقين) استندوا بذات الحجج والادلة التي استدل بها اصحاب الاتجاه القائل بالجواز المطلق والتي نحيله اليه ولا داعي لتكرارها.

والذي يبدو للباحث ان هذا الاتجاه هو الاصوب والادق, ذلك انه لا يمكن الركون الى البصمة الوراثية في نفي النسب مطلقا ولا يمكن الاستغناء عنها مطلقاً, ذلك ان نتائجها قطعية ولا يمكن تصور خطأ النتائج لكن في الوقت ذاته لايمكن تجاهل قاعدة فراش الزوجية فقد يثبت ان المولود هو من فلان من خلال تحليل البصمة الوراثية الا انه قد يكون من زنا او ولد من طلاق تجاوز اقصى مدة الحمل بعد الفرقة, وعليه يرى الباحث جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية, مع ضرورة توافر شروط الفراش الشرعي, كما يرد دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحقوق الطفل به, لأن قول الزوج حينئذ مخالف للحس والعقل و ليس ذلك تقديماً لللعان, وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود, فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان<sup>[461]</sup>. كما أن اللعان مبني على الظن وليس على اليقين, لذلك لا ينبغي أن يحرم ابن من نسبه مدى الحياة بناءً على الظن, خاصة و أن الشارع متشوف إلى إثبات النسب المبني على الحقيقة, ثم إن اللعان لم يعد يعول عليه كلية لأنه يحتكم إلى الضمير والوازع الديني في زمن لم تكن هناك وسيلة أخرى توفر العلم و الإثبات اليقينيين. أما في عصرنا الحالي, وما يعرفه من فساد كبير للذمم وتراجع الوازع الديني لدى الكثير من الناس, فإن المفروض هو تطبيق قاعدة الشك يزول باليقين, ومن ثم

تطبيق الخبرة الطبية فهي على الأقل تضمن لهذا الطفل نسبا يدفع عنه المعرفة، ذلك انه أقل ما يمكن تقديمه لهذا الطفل الوافد على المجتمع هو ضمان نسبه حتى يتقي في الشرع والقانون والقضاء.

حتى ان بعضا ممن قالوا بالمنع مطلقاً راوا انه من المستحسن الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما اذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية ان المولود على فراشه هو ابنه الذي تخلق من مائه، كما يرون ضرورة الاخذ بها في اثبات النسب لو طلبته الزوجة او التمييز بين المولودين عند الاختلاف لان ذلك يحقق مصلحة ولا يتعارض من نص وان الاصل في الاشياء الاباحة حتى يدل الدليل على التحريم (147).

ويرى البعض من الفقه ان النسب لا يجب أن يكون حقيقة قانونية فقط وإنما حقيقة واقعية، ويضيف ان المعيار الرئيسي أو الموجه للنسب هو المعيار البيولوجي لان الولد يجب أن يكون قانوناً من صلب الرجل ويرتبط به ارتباطاً حقيقياً لا ارتباطاً قانونياً أو اجتماعياً فقط، وهو ما يفسر وضع المشرع بعض الشروط لاعتبار الزوج أباً للمولود لان الغرض منها التأكد من وجود صلة بيولوجية أو حقيقية بين الزوج والولد وهو ما يفسر أيضاً أحقية الزوج قانوناً إنكار النسب بالرغم من توفر الشروط التي حددها القانون، فهذه الشروط لا تؤكد بالضرورة أن الولد من صلب الزوج وكون الحمل قد حدث أثناء الزوجية لا يعني ضمناً أن الولد من نطفة الزوج ولذلك أجاز القانون له إنكار نسب الولد الذي جاءت به زوجته في حالة انعدام الرابطة الحقيقية بينهما " (148).

## المبحث الثاني

### الموقف التشريعي والقضائي نفي النسب بالبصمة الوراثية

ان الموقف التشريعي من مسألة جواز الاستعانة بتقنية البصمة الوراثية في نفي النسب ليست على وتيرة واحدة في كل الانظمة القانونية لمختلف تشريعات الدول محل الدراسة المقارنة [49]، فوتيرة جواز تكون في اشدها بالنسبة لتشريعات الدول الغربية والتي لا تعبر لمسألة الفراش اي اهمية و بين التشريعات العربية التي تستعين بأحكام الشريعة الاسلامية في تنظيم مسائل الاحوال الشخصية ومنها النسب فتتشدد في النفي في اطار النفي بما لا يتعارض مع هذه الاحكام ومنها اللعان.

والنتيجة نفسها تؤثر على الموقف القضائي مع ملاحظة ان الاجتهادات القضائية قد تغيرت بين الحين والآخر، حتى بالنسبة للدول العربية، نحو التسليم بجواز النفي حتى مع سكوت المشرع الوطني عن تنظيم هذه المسألة.

عليه فأنا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: الاول، نتناول فيه الموقف التشريعي من نفي النسب بالبصمة الوراثية، والثاني نتطرق فيه الى الموقف القضائي من نفي النسب بالبصمة الوراثية.

### المطلب الأول

#### الموقف التشريعي من نفي النسب بالبصمة الوراثية

ان الرؤى التشريعية مختلفة بين تشريعات تناولت البصمة الوراثية بالتنظيم واخرى سكتت عليه ان البحث في الموقف التشريعي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين: الاول، موقف التشريعات الغربية، والثاني، موقف التشريعات العربية.

## الفرع الأول

### موقف التشريعات الغربية

بالنسبة إلى القانون الايطالي فإن المشرع الايطالي قد اصدر التشريع المرقم (5) لسنة 1975 الذي عدل فيه احكام القانون المدني الايطالي إذ اجاز فيه الاعتماد على اختبارات الخريطة الوراثية في اثبات او نفي وقائع الابوة او البنوة او الامومة حيث نصت المادة (35) المعدلة على انه " للزوج ان يقدم الدليل على ان لا تطابق في الخصائص البيولوجية او فصيلة الدم بينه وبين الطفل الذي يراد اثبات نسبه اليه وله ايضاً اثبات ذلك بأي وسيلة اخرى تنفي رابطة الابوة"، ومعنى ذلك ان المشرع الايطالي قد اجاز الاعتماد على البصمة الوراثية وجعلها من حيث الحجية مقدمة على الحقيقة الشكلية التي تُستمد من مجرد قيام الرابطة الزوجية (501).

وفي فرنسا لم يكن دليل الاثبات او النفي للنسب عن طريق البصمة الوراثية مقبولاً في التشريع الفرنسي حتى عام 1994، وتؤكد الامر بعدما أصدر المشرع الفرنسي في 22/تموز/1955 قانوناً يحظر فيه استخدام البصمة الوراثية في كل الأحوال التي تثار فيها مسألة وجود او عدم وجود صلة قرابة بين الأطراف المتنازعة في الدعوى (511). وامام ما اثير من خلاف فقهي وقضائي بين مجيز ومانع من اللجوء للبصمة الوراثية في قضايا النسب قطع المشرع الفرنسي دابر هذا الخلاف حين اصدر التشريع رقم 94 في 29 يوليو سنة 1994 الذي اضاف في م (5) مئة فصل جديد للباب الاول من الكتاب الاول من القانون المدني تحت عنوان (دراسة الخصائص الجينية للشخص و تحديد شخصيته بطريق الفحص بالجينات الوراثية) حيث أضاف المشرع الفرنسي، ثلاث مواد إلى القانون المدني الفرنسي، وهي م 10-16 التي نصت، على أن البحث الجيني المحدد لخصائص الشخص، لا يمكن ممارسته إلا لأسباب طبية، أو علمية، ويجب الحصول على موافقة الشخص المعني قبل إجراء التحليلات الجينية عليه، م 11-16 والتي نصت على أن تحديد هوية الشخص، عن طريق بصمته الجينية، لا يمكن أن يتم، إلا في إطار إجراءات التحقيق، التي تفرضها دعوى قضائية، أو خدمة أهداف طبية، أو علمية في المواد المدنية، فإن هذا التحديد، لا يمكن أن يتم، إلا تنفيذاً للأمر بإجراء بحث، يأمر به القاضي في دعوى تتعلق بالنسب، وشريطة الموافقة المسبقة للمعني بالأمر. و م (12-16) ونصت على " أن التحليلات الجينية، لا يمكن أن تتم إلا من جانب أشخاص مقبولين ومسجلين بجدول الخبراء.

وهذا يعني ان المشرع الفرنسي اجاز نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية شريطة ان يتم ذلك بقرار من القاضي وامام دعوى منظورة امامه وبرضا الشخص صاحب العلاقة وان تتم من قبل خبراء يتمتعون بالقبول ومسجلين بجدول الخبراء. كما أوجب المشرع الفرنسي صراحة أن

يصدر الإذن بإجراء التحليل الجيني عن سلطة قضائية، كما خوّل للقاضي أو للمحكمة المتعهّدة الحرية في قبول طلب إجراء التحليل الجيني أو رفضه.

أما المشرع الإسباني وان كان قد أشار في الفصل (642) من قانون الإجراءات المدنية الى أنه "يتعين على القضاء و المحاكم تقويم التقارير التي يقدمها الخبراء ولكنهم لا يسألون عن صحة الاستنتاج الذي توصل إليه أولئك الخبراء " ما يعني اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة في تقرير صحة ما يستدل به الخبراء من نتائج في تقاريرهم وواضح ان هذا النص عام يشمل الدعاوى المختلفة ومنها دعاوى النسب كما انه مطلق بكافة مسائل الخبرة والتي من بينها اختبارات البصمة الوراثية.

لكن بالرجوع الى الفصل(127) من التقنين المدني الإسباني نجده نص على انه "في نطاق التحقيقات التي تجرى لأثبات وقائع الابوة او البنوة او الامومة، يجوز استخدام جميع انواع الاختبارات البيولوجية " وهذا يعني ان المشرع الإسباني اجاز نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية فهو نص خاص بينما النص السابق عام مع ملاحظة ان النص الاخير ليس بملزم للقاضي وانما على سبيل الجواز الا ان الامر، برأينا، ليس مزاجيا بل يعتمد على قناعات القاضي وفق المعطيات المقدمة في الدعوى والا كان قرار القاضي في الاستجابة لطلب التحليل ومن ثم نفي النسب من عدمه عرضة للنقض من المحكمة العليا كما سنرى ذلك لاحقا.

ويرى الفقه القانوني الإسباني ان ادخال تقنيات البصمة الوراثية في متن القانون المدني يشكل اضافة حقيقية للنظام القانوني الإسباني تستحق الاشادة بها <sup>[53]</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف التشريعات العربية

ذكرنا فيما سبق ان اسس التشريع في الدول العربية تختلف عنها في الدول الغربية خاصة في مسائل الاحوال الشخصية حيث ان الاولى تستمد جل احكامها من الشريعة الاسلامية بخلاف الثانية التي تستمدتها من العرف والواقع.

وترتب على هذا الاختلاف في الاسس نتائج عديدة ومنها ما يتعلق بنفي النسب، حيث ان حداثة تقنية البصمة الوراثية وقدم التشريعات العربية محل المقارنة كان من بين اهم الاسباب التي يرى الباحث كونها حائلا دون التنظيم القانوني المباشر لهذه التقنيات وان حاول البعض منها



تلافي هذا الصقور بالنص على جواز الاستعانة بها لكن من باب العموم لا الخصوص، كما سنرى.

فبالنسبة لتونس فإنّ المتمعّن في أحكام الفصل(68) وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية التونسية (54) يخلص إلى أنّ المشرّع التونسي لم يجعل من (الحقيقة البيولوجية) هي الغاية الاكيدة من أحكام النسب، على اعتبار أنّ النسب لا يتأسس على رابطة بيولوجية بين المولود وأبيه فحسب وإنما على رابطة قانونية(شرعية)أيضا، فالمشرّع حاول قولبة الحقيقة الشكلية أو الظاهرة بما يخدم مصلحة المولود والأسرة باعتماده قرينة الفراش بحيث يفترض قانونا أنّ ولادة الطفل من الزوجة في ظلّ علاقة الزوجية يعدّ قرينة على أنّ هذا الطفل هو ابنا شرعيا للزوج، غير أنّ هذه الحقيقة الشكلية المجسّمة في قرينة الفراش والقائمة على الافتراض القانوني تظلّ عاجزة عن مجابهة الحقيقة البيولوجية التي يمكنها بواسطة التحليل الجيني الجزم قطعا بثبوت البنوة أو بنفيها.

وإذا كان من الواضح أنّ المشرّع التونسي لم يتعرّض إلى تقنية البصمة الوراثية كوسيلة قانونية لإثبات النسب الشرعي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ولا لنتفيه الا أنّ توسع القضاء التونسي في تأويل الفصل (75) من المجلة (55) ما يسمح بقبول إدراج الوسائل البيولوجية ضمن الوسائل الجائر اعتمادها لنفي النسب على نحو ما سنذكره لاحقا.

فيرى البعض (56) ان التحليل الجيني من الممكن اعتماده كوسيلة لنفي النسب الشرعي استنادا لأحكام الفصل(75) من المجلة طالما أنّ المشرع في هذا الفصل لم يعدّد على سبيل الحصر الوسائل الشرعية التي من الممكن اعتمادها لنفي النسب وكانت عبارته عامّة و مطلقة بينما اشار في الفصل (68) من المجلة الى أنّ " النسب يثبت بالفراش أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة " ما يعني أنّ المشرّع التونسي قد حصر صور إثبات النسب في إقرار الأب والفراش و شهادة شاهدين فأكثر في هذا الفصل، بدليل أنّه عدّها مستعملا حرف "الباء" الذي يفيد التخصيص وعلى هذا الأساس لا يمكن التوسّع في تأويل هذا الفصل ولا إضافة وسائل أخرى كالتحاليل البيولوجية عامّة والاختبار الجيني خاصة لإثبات النسب لأنّ علاقة النسب وان كانت واقعة قانونية الا ان المشرّع أفردها عن بقية الوقائع القانونية الأخرى بعدم خضوعها لمبدأ حرية الإثبات وجعل وسائل إثبات النسب محدّدة على وجه الحصر على خلاف نفيه حسبما يتبيّن من خلال إجراء المقارنة بين أحكام الفصلين (68 و 75) من المجلة، ويضيف أنّ هذا التأويل الضيق لأحكام الفصل 68 من المجلة له ما يبرّره خصوصا وأنّ رابطة النسب في المجلة مرتبطة أساسا بقرينة الفراش الذي تتأسس عليه وحده رابطة البنوة الشرعية بينما يقتصر التحليل الجيني على إثبات الرابطة الدموية فحسب والتي لا تكفي وحدها لإقامة رابطة نسب

شرعي بين الطفل وأبيه إذا كان الفراش مفقوداً، وإنّ المشرّع التونسي قد أورد التحليل الجيني كوسيلة مستقلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب وأبقى الباب مفتوحاً للفقهاء وفقه القضاء للاجتهاد والتساؤل لا في خصوص ميدانه ونطاق إجراءاته فحسب وإنما في خصوص الإشكاليات الإجرائية التي يطرحها هذا الاختبار في غياب نصوص قانونية تنظّمه من جميع جوانبه (571).

أما بالنسبة للقانون الجزائري فإن المشرّع الجزائري تأثر بالشرعية الإسلامية عند سنه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتمد سوى على الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في م (1/40) من هذا القانون رافضاً استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك.

ويعد هذا الأمر، بنظر البعض، قفزة هامة قام بها المشرّع الجزائري في هذا المجال تماشياً مع التطورات العلمية خاصة تلك المتعلقة بالمجال البيولوجي. فهذا التعديل، بنظر البعض من الفقهاء القانونيين، جاء تماشياً مع التطور العلمي لوسائل الإثبات بعدما كان القضاء يرفض اللجوء إليها على أساس أن قانون الأسرة، قبل التعديل، لم يعتبر الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب (581). ومع ذلك فإن هذه القفزة وهذا الإدماج ورغم أهميته لا يخلو من العيوب و السلبيات والتعقيدات التي أثارَت جدالات عدة في الوسط الفقهي القانوني.

وما يجب توضيحه هنا أن المقصود بالطرق العلمية لإثبات النسب هي الطرق العلمية القاطعة وليس الطرق العلمية الظنية، وأن البصمة الوراثية تقف في المقدمة من الطرق العلمية القاطعة هكذا يمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفي أو إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات ومنها النسب (591).

أما بالنسبة لموقف التشريع العراقي فالأمر مختلف تماماً عن ما ذكرناه من التشريعات المقارنة فلا يوجد في العراق تشريعات خاصة بجسم الإنسان عامة و البصمة الوراثية خاصة، سواء في الأطر الجنائي أو المدني، ومنها مسائل إثبات النسب أو نفيه فنصوص القانون المدني وقانون المرافعات وقانون العقوبات النافذة لا تسعفنا هي الأخرى بموضوع الدراسة وهو ما نعتقده قصوراً تشريعياً لا يصل حد القول بوجود فراغ تشريعي نكون أمامه عاجزين عن البت بدعوى نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا ما عرضت أمام القضاء العراقي.

فلو رجعنا الى قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم (188) لسنة 1959 نجده وان لم يشر الى البصمة الوراثية او الى أي من الطرق العلمية كإحدى طرق اثبات النسب وانما دلت على هذا الاثبات بالوسائل التقليدية من فراش وقرار وشهادة، ومع ذلك فان هذا القانون احال كل ما لم يشر اليه من مسائل على الفقه الاسلامي وقضاء الدول الاسلامية<sup>[60]</sup> والتي وجدنا فيها اختلافاً في الرؤى على نحو ما فصلناه مسبقاً.

وعليه فان المشرع العراقي وان اشار الى طرق اثبات النسب الثلاثة (الفراش، الاقرار، البينة) فان ذلك لا يعني براينا، انه اوردها على سبيل الحصر ولا يمكن الركون لغيرها بل ان الذي نراه انه احال بقية الطرق الاخرى على الفقه الاسلامي دون التقييد بمذهب معين مثلما احال مسألة اللعان على الفقه الاسلامي ولم يشر اليها فلا يمكن عد ذلك الغاءً للعان وعدم الاعتداد به.

## المطلب الثاني

### الموقف القضائي من نفي النسب بالبصمة الوراثية

ان الموقف القضائي من نفي النسب بالبصمة الوراثية كان متردداً بين الرفض والقبول من دولة لأخرى من جهة وفي ذات البلد من فترة لأخرى من جهة اخرى.

في اسبانيا كانت إحدى المحاكم الدنيا قد رفضت الاعتماد على الدليل البيولوجي في دعوى نفي النسب الا ان المحكمة العليا الإسبانية نقضت هذا القرار على أساس ان المحكمة لم تقدم التبرير المنطقي لهذا الرفض وقضت بانه "من غير المنطقي وغير المقبول عدم إدراك القاضي للحجية المطلقة التي تقدمها الاختبارات البيولوجية ولا سيما فيما يتعلق بنفي واقعة الابوة"<sup>[65]</sup>.

اما في فرنسا فقد استقر فقه القضاء الفرنسي على أنّ المحاكم غير ملزمة بالإذن بإجراء التحليل الجيني إلا إذا تعلق الأمر بنفي البنوة أمّا في بقية دعاوى البنوة فتبقى السلطة القضائية المتعهدة على حريتها في الإذن بهذا الاختبار من عدم ذلك. وبدى ذلك واضحاً في الدعوى التي نظرتها محكمة استئناف باريس في عام 1975 و خلاصتها بان امرأة فرنسية كانت قد انجبت مولوداً الحقت نسبه من زوجها وبعد ان تطلقت منه وتزوجت من اخر اقامت دعوى امام احدى محكمة استئناف باريس نفي نسب المولود من مطلقها والحاقه بزوجها الثاني فقررت المحكمة في 11-9-1975 احالة الدعوى على

الطب الشرعي وتكليف خبير بالقيام بهمة اجراء الفحوصات الوراثية للأطراف وفي 3-3-1976 اودع الخبير تقريره الذي استبعد فيه ابوة الزوج الاول (المطلق) للمولود و واثبت ابوة الزوج الثاني له فأصدرت المحكمة قرارها في 16-12-1976 بنفي نسب المولود من الزوج الاول الذي ولد على فراشه والحاقه بالزوج الثاني (66).

كما اصدرت محكمة النقض تقريرها السنوي عام 1976 والذي اجازت فيه صراحة امكانية استخدام الدليل البيولوجي في اثبات وقائع الأبوة والامومة والذي جاء فيه " على المحاكم الا تترد في استخدام التقنيات الحديثة في اثبات الوقائع في قضايا النسب " (67). الا ان التقرير لا يعني القول بالزامية القضاء بالأخذ بالبصمة الوراثية ويؤيد ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في احكامها الصادرة في 12/1/1994 " أن وسائل الفحص الطبية لأثبات النسب او نفيه، خاصة المسماة التحليل للجينات الوراثية ليست بذاتها وسائل للدفع بعدم قبول الدعوى ولكنها فقط وسيلة دفاع في الموضوع، وكما انها ليست ملزمة للمحكمة بحيث انه يحق لمحكمة ان تقدر بناء على اسباب جدية ومقبولة ان اجراء الخبرة الطبية الجديدة ليست من شأنها تدعم او تثبت ادعاءات الطاعن، لأنها لا يمكن ان تشكل في صحة النتائج العملية للفحوصات التي تم إجراؤها " (68).

الا ان الامر تغير وبات اللجوء للبصمة الوراثية ملزماً للقضاء في دعاوى نفي النسب خصوصا بعد صدور القانون رقم 94 لسنة 1994. فقد رفعت زوجه تحمل الجنسيتين (الفرنسية و المغربية) دعوى ضد زوجها المتمتع بذات الجنسيتين امام احدى المحاكم الفرنسية تطلب فيها التفريق عنه من جهة والزامه بالنفقة على بنته منها ثانيا فحكمت المحكمة بالتفريق لكنها لم تحكم بالنفقة لإنكار الزوج بنوتها وطلبه اجراء الفحص الجيني عليها الذي اثبت انعدام الصلة بين البنت والزوج ما دعى المحكمة الحكم بنفي نسب البنت من الزوج المدعى عليه. الا ان هذه الزوجة لم تقتنع بهذا الحكم بل قامت برفع دعوى اثبات نسب البنت من زوجها امام احدى المحاكم الابتدائية المغربية, ودفع الزوج بنفي النسب مدليا بنتائج الخبرة الطبية وانه يستحيل ان يكون ابا لهذه البنت الا ان المحكمة حكمت بأثبات النسب مسببة حكمها بتوافر الوسائل الشرعية للنسب من الفراش وشروطه خاصة مدة الحمل، وقد ايدت محكمتي الاستئناف والمجلس الاعلى للسبب نفسه, علما ان القرار الاخير كان موضع انتقاد شديد من القانونيين المغاربة (69).

وفي تونس فقد كانت محكمة الاستئناف بسوسة سباقة للقبول فعلياً باللجوء إلى تحليل الدم لنفي الأبوة رغم ما اشرنا اليه من الموقف التشريعي في تونس من خلال إثبات اختلاف الفصائل الدموية بين الابن والأب المزعوم فقد جاء في قرارها المؤرخ في 17 جانفي 1974 أنّ " الاعتماد على التحاليل الطبيّة لنفي النسب لا لإثباته اعتمادا على وسائل إثبات شرعية مادام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لآخر حسب تحاليل خاصة تؤدّي إلى نتيجتها دون شك أو جدل " .

كما أكّدت محكمة التعقيب(النقض)التونسيّة من جهتها على هذا الموقف في العديد من المناسبات وجاء بأحد قراراتها " أنّ أحكام الفصلين 75 و 76 من م أ ش اقتضت إمكانية القيام بطلب نفي النسب استنادا إلى وسائل الإثبات كآفه ومنها وسيلة تحليل الدم التي هي حجة قاطعة يمكن الاستناد إليها في طلب نفي النسب " .

كما وايدت محكمة التعقيب ايضا قرار محكمة استئناف سوسة، بمناسبة دعوى نفي نسب رفعت اليها والقاضي بان التحليل الطبي للدم يعد وسيلة شرعية من بين الوسائل المنصوص عليها بالفصل (75) من مجلة الاحوال الشخصية معللة ذلك بان وسيلة الاثبات التي اخذت بها محكمة الاستئناف بسوسة هي وسيلة شرعية يقررها الشارع و يأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الاثبات الاخرى المثبتة كحصول اليقين بعدم التلاقي مطلقاً<sup>(70)</sup>.

وعليه فقد استقر قضاء محكمة التعقيب التونسية على اعتماد الاختبارات البيولوجية كوسيلة لنفي النسب واكدت بان النفي لا يعتمد على ما يقدمه الزوج من وسائل الاثبات الشرعية والقانونية ومنها الشهادة لا تعتمد بل يجب الاعتماد على الابحاث والاختبارات الطبية والتي يكون لها تأثير سلبي او ايجابي ومن وسيلة تحليل الدم لكل من الزوج والزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه وانه لا شئ يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي تحقق علماء الطب الشرعي من صحتها والتي تعد طريقة علمية قاطعة وهو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة<sup>(71)</sup>.

اما في الجزائر فكان الاجتهاد القضائي يطبق حرفية م (1/40) من قانون الأسرة مارة الذكر مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد، كما أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة (40) اعلاه التي تحدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها وكانت تعد لجوء القاضي لأي

خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة لأنها كانت تعد ذلك تشريعاً في حد ذاته.

وفي العراق، قد ذهبت المحاكم في بعض قراراتها الى الاخذ بنتائج البصمة الوراثية في نفي النسب بالرغم من عدم وجود نص مباشر يقضي بذلك, منها ما ذهبت اليه محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة من نفي نسبة طفلة من رجل وامرأة كانت قد سجلت في دائرة الأحوال المدنية على إنها ابنتهما بعد إن تبين للمحكمة بالتقارير الطبية ثبوت عقم الرجل (176).

كما ذهبت محكمة التمييز إلى انه "إذا كان الثابت من تقرير مستشفى الكرامة التعليمي الخاص بنتيجة فحص تطابق الأنسجة لأطراف الدعوى أن الصفات الوراثية للطفل (ز) لا تمت بأي صلة للصفات الوراثية للزوج (م) وزوجته المدعي عليها (ك) وان الصفات الوراثية العائدة للزوج (ن) وزوجته المدعية (س) وان الطفل (ز) لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال أبناً للزوجين (م، ك) فيتعين القضاء باعتبار (ز) ابناً للمدعية (س) وزوجها (ن) وتسليمه إليهما ومنع معارضة المدعي عليهما في ذلك" (177).

كما اكدت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى ضرورة الاستعانة بالفحوصات البيولوجية "إذا ادعت المدعية بأنها ابنة المتوفى وأن المدعي عليه هو خالها وليس أبيها وأن زوجته ليست أمها فينبغي على المحكمة تكليفها بالإثبات وأن تحيل الطرفين على الجهة المختصة لإجراء الفحوص المختبرية للخلايا النسيجية وعوامل الوراثة وصولاً إلى الحكم العادل " (178).

ويلاحظ على ما اشرنا اليه من قرارات قضائية ان دعوى نفي النسب لم ينظرها القضاء العراقي لوحدها بل تكون في مناسبة دعوى نفي النسب واثباته معاً.

## المبحث الثالث

### مدى حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

اشرنا فيما مضى الى وجود اختلاف فقهي بخصوص جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية، الا انه ومع التسليم بالجواز، على راي من يقول ذلك، فان ثمة خلاف بخصوص القيمة الشرعية و القانونية لنفي النسب عن طريق البصمة الوراثية

### المطلب الأول

#### القائلون بالحجية المطلقة لنفي النسب بالبصمة الوراثية

ذهب جمع من الفقهاء <sup>[79]</sup> الى اسباغ الحجية المطلقة على الاثبات بالبصمة الوراثية وانها قرينه قطعيه على اساس ان نسبة النجاح فيها وصلت فيها إلى 99،99%، ويرون تقديم البصمة الوراثية على بقية الادلة الشرعية الاخرى لأنها تحقق ما تحققه تلك الادلة وزياده عنها، واذا ما كان ثم تعارض بين البصمة الوراثية وتلك الادلة قدمت البصمة الوراثية عليها. ويضيفون إن قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسب قطعية في النفي أو الإثبات للبنوة والنسب، وإن هذه من التطورات الفنية الحديثة في مجال الفحوص المختبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات، والخطأ فيها أصبح مستحيلاً، ونسبة النجاح فيها ما يقارب 100% <sup>[80]</sup>.

ويرى اصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية أقوى بكثير من بقية القرائن بل حتى من الشهادة التي تمثل الصدق والكذب بل وحتى من الإقرار كما أن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعاً من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس، ذلك لأنها دليل مادي يعتمد العلم و الحس، ويقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار بخلاف غيرها من الادلة الاخرى التي تعتمد على الذمم فهي لا تقبل العود و الإنكار <sup>[81]</sup>.

وان رأى البعض منهم بأن البصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية يقينية؛ لإثبات هوية الإنسان، وتُعدُّ سبباً شرعياً؛ لحسم نزاع النسب"<sup>[82]</sup>. بينما ذهب آخر " فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توفّرت شروطها وأكثر عيّناتها مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار دليل قطعي وأكثر نتائجها 100%<sup>[83]</sup>.

وقد ذهبت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من خلال ندوتها الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المقامة في الكويت في الفترة الممتدة بين 23-25 جمادى الثانية 1419 هـ/ الموافق 13-15 أكتوبر 1998 م إلى أن " البصمة الوراثية من الناحية العلمية، وسيلة لا تكاد تُخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة التي أخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية"<sup>[84]</sup> وقد أيّد هذا الموقف المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، شريطة استيفاء شروطها الكاملة؛ حيث جاء في توصياته أن " البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية؛ فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيها عنهما، وتصل نتائجها إلى 99.9%"<sup>[85]</sup>.

ويخلص البعض الى قول إن الأصل في البصمة الوراثية اليقين والقطعية، إلا أن عامل اليد البشرية والمراحل المعقدة التي يتطلبها التحليل قللت من مصداقيتها، وجعلت نتائجها قريبة من القطع، بمعنى أنها قرينة قطعية من الناحية العلمية، وقرينة ظنية من الناحية العملية<sup>[86]</sup>.

## المطلب الثاني

### القائلون بالحجية الظنية لنفي النسب بالبصمة الوراثية

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية بل قرينة ظنية، لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من البيانات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة<sup>[89]</sup>.



وهذا يعني استناداً لهذا الرأي إذا اعتبرت البصمة الوراثية قرينة من القرائن فهذا يضعف من دلالتها، وذلك لأنه لا يلجأ إلى القرائن إلا عند انتفاء الأدلة وإذا عارضها دليل يقدم عليها، كالفراش أو الإقرار أو الشهادة، وهذه الأدلة غالباً ما تكون مصاحبة لدعاوى إثبات النسب<sup>(190)</sup>.

واستدل اصحاب هذا الاتجاه في رأيهم الى إن الإثبات بالبصمة الوراثية قرينة واقعية بسيطة، لا ترتقي الى ذات القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات ما يعني حرية القاضي في اعتمادها أو رفضها ذلك أن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من قيمتها؛ ذلك بأنها تفتقر إلى التأثير في نفسية القاضي، كون أن إجراء التحليل يتم في غيابه، وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر، بالإضافة إلى أن الظروف المحيطة والإجراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها كما إن رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النسب ينطلق من كونه غير معترف به شرعاً حتى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين، إضافة الى إن النظريات العلمية الحديثة من طبية أو غيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك ونظر<sup>(191)</sup>.

وإذا كان اصحاب هذا الاتجاه مجمعين على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية و ذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعاً إلا أنه هناك من يجيز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا كذب المقر له المقر، باعتبار أن النسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبتته بأي دليل و الذي تحل محله البصمة الوراثية في ظل غياب أي دليل آخر بشرط رضى المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية<sup>(192)</sup>.

### المطلب الثالث

#### القائلون باعتبار البصمة الوراثية من ادلة الاثبات

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية تعد بينة مستقلة أو دليلاً مباشراً، يثبت بها الحكم نفياً أو إثباتاً، إذا توفرت الشروط اللازمة<sup>(194)</sup>، اي أن البصمة الوراثية تعد دليلاً شرعياً مستقلاً لإثبات النسب إذا توافرت الشروط والضوابط اللازمة، وأنها لا تلغي الأدلة الشرعية، بل تعتبر واحدة منها وبأيها ظهر الحق وجب الأخذ به، ولكن لا يلجأ إليها ابتداءً، بل يلجأ إليها عند حصول التنازع في النسب، ويجب أن يكون ذلك بأمر من القاضي، وفقاً للشروط والضوابط الشرعية و العملية اللازمة فعند ذلك إذا أثبتت نتائج الفحص القاطعة نسب شخص لآخر أو نفيه عنه فلا مجال لإنكار ذلك، بل يجب العمل بمقتضاها، حتى لو تعارضت مع غيرها من الأدلة، وذلك لما فيها من القطعية واليقين<sup>(195)</sup>.

إذا كان ما تقدم من تكييف انما ينطبق على اثبات النسب بالبصمة الوراثية فهل ينطبق هذا التكييف على نفي النسب؟

ويرى البعض أنه يجدر بالحاكم الشرعي الاستفادة من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها علي التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها, بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع علي درء ذلك ومنعه, وتشوفه لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية (196).

ويرى البعض ان يتم اللجوء للبصمة الوراثية عند حصول التنازع في النسب, ويجب أن يكون ذلك بأمر من القاضي, وفقاً للشروط والضوابط الشرعية والعملية اللازمة فإذا ما أثبتت نتائج الفحص القاطعة نسب شخص لآخر أو نفيه عنه فلا مجال لإنكار ذلك, بل يجب العمل بمقتضاها, حتى لو تعارضت مع غيرها من الأدلة, وذلك لما فيها من القطعية واليقين (197).

وجاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ما نصه " البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ للتحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي, وعى ترقى إلى مستوى قرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء, وتمثل تطورا عصريا عظيماً في مجال القيافة التي يذهب اليها جمهور الفقهاء في اثبات النسب المتنازع عليه, ولذلك ترى الندوة ان يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب اولي (198).

كما أنه لا يجوز, بنظر البعض, الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان على اعتبار أن نتائجها عند ذوي الاختصاص بها قطعية أو قريبة من القطعية, وذلك لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلا بدليل نصي وهو غير ممكن, غير أن الحاكم يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها, بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحفظ الشارع على درء ذلك ومنعه, وتشوفه لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية (199).

اما بخصوص موقف التشريعي يلاحظ منه أنه بالرغم من كون موقف المشرع المغربي يعتبر ومتقدما بنصه على الخبرة الطبية صراحة في عدة مواد من مدونة الأسرة مقارنة بباقي التشريعات العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية فانه مع ذلك يعد منتقداً, براينا, لأن المشرع المغربي لم يفصل أحكام وشروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات ونفي النسب كما أنه لم يبين مكانة البصمة الوراثية وحجيتها خاصة عند تعارضها مع وسائل الإثبات أو النفي المقررة شرعاً. كما نجد أن قانون الإثبات العراقي قد سمح للقاضي في م (104) منه بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية, وهذا يعني ان للقاضي أن يستفيد من اختبارات البصمة الوراثية لاستنباط قرائن قضائية في نفي أو إثبات موضوع الدعوى. وانتقد البعض هذا المسلك للمشرع العراقي في قانون الإثبات في عدّه للدليل البيولوجي المستمدة من البصمة الوراثية مجرد قرينة قضائية, وهذا لا ينسجم مع طبيعة الدليل البيولوجي ولا مع الحجية الموضوعية المطلقة التي يقدمها لان ليس فيه نقل لعبء الإثبات من واقعة مجهولة إلى واقعة معلومة كما هو الحال في القرائن القضائية بل هو إثبات للواقعة محل النزاع ذاتها (الأبوة أو البنوة أو الأمومة) وليس مجرد استدلال على واقعة مجهولة بواقعة معلومة (100).

واستناداً لقانون الإثبات العراقي فان قيمة اختبارات البصمة الوراثية تخضع لتقدير قاضي الموضوع, اذ أجاز هذا القانون للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها أو أن تأخذ ببعض ما جاء في تقرير الخبير وتطرح ما بقي منه أو أن لا تأخذ به جملة وتفصيلاً لتحكم بخلاف الرأي الذي أثبتته الخبرة, ومن ثم تكون المحكمة ملزمة بأن تسبب حكمها عند عدم الأخذ برأي الخبير من عدمه <sup>[101]</sup>. ويرى البعض ان الدليل البيولوجي المستمد من اختبار الخريطة الوراثية يضارع في حجيته الموضوعية في إثبات الوقائع المادية حجية الدليل الكتابي في إثبات التصرفات القانونية ويدعو المشرع العراقي إلى إضفاء حجية مطلقة على الدليل المستمد من هذه الاختبارات والركون إليه حتى لو كان هو الدليل الوحيد في القضية أو تناقض مع أدلة أخرى في القضية <sup>[102]</sup>.